

החקירה המשטרית והמודיעין האנושי

גדי אשד*

א. מבוא ב. כלי האיסוף 1. הפעלת סוכנים ומקורות מודיעיניים
2. הכרונולוגיה של הפעלת המודיעין האנושי 3. האוריינטציה
המודיעינית ג. החקירה והסוכן החשאי 1. הסוכן השוטר (ס"ח)
2. הסוכן החשאי העבריין (מס"ח) ועד המדינה - השותף לעבירה
(א) קנדה (ב) ארצות הברית (ג) ישראל 3. הסוכן המדיח
(א) ארצות הברית (ב) הקהילה האירופית (ג) בריטניה (ד) ישראל
4. הסוכן הקטין ד. תחבולות בחקירה והסוכן המדובב 1. בריטניה
2. קנדה 3. ארצות הברית 4. ישראל ה. עיון בחומר חקירה מול
הגנה על סוכנים 1. ארצות הברית 2. בריטניה 3. ישראל ו. סיכום

א. מבוא

חברה מתוקנת שואפת לאיזון בין הרצון לטפל בעבריינות ובפשיעה, לבין
ההקפדה המחמירה על זכויותיו של הפרט. בסיס מוסרי חשוב ביותר למימוש תהליכי
אכיפת החוק נובע מביטחון הציבור בכך שהמערכת פועלת בהגינות, במימוש כלי
האכיפה הנתונים בידה. נדרשת התחשבות, בד בבד, ב"ערכי ההגנה על זכויות
הנאשם והצורך להבטיח משפט הוגן כערך עליון בהליך הפלילי" כמו גם
ב"האינטרס הציבורי החיוני במאבק בפשיעה..."².

* סגן ניצב, סגן מפקד היחידה המרכזית (הימ"ר) במ"י תל-אביב, מוסמך במנהל עסקים. ברצוני להודות
לכבוד השופטים המחויים סגן הנשיא שרה סירוטה וסגן הנשיא דוד בר אופיר, לניצב עו"ד יוסף סדבון,
לסני"צ אורית היימן-שפירא, למשנה לפרקליט המחוז במדינת ניו-יורק, עו"ד Jonathan Davis, לקצין
החקירות במכס הבריטי Emrys Tippett, ולעורכי הדין טלי אשכנזי ואסף פורת על הערותיהם
המועילות לטיטא של מאמר זה. כן ברצוני להודות לסרן נילי לימוני, סרן טובי הארט וסרן יונתן קיזול,
חברי מערכת משפט וצבא, על הערותיהם המועילות לטיטוט שונות של מאמר זה ולפרופ' עמנואל
גרוס. למותר לציין, כי האחראיות לתוכן הדברים היא של המחבר בלבד. תודה מיוחדת על מאמץ רב
וסייע בעריכה לגולדה צפניה ולקרין בן דיין.

1 בש"פ 2043/05, 2130 מדינת ישראל נ' זאבי ואח' (טרם פורסם), החלטה מיום 19.9.05.

2 בש"פ 3152/05 בן יעיש נ' מדינת ישראל (טרם פורסם), החלטה מיום 10.5.05.

השאיפה האופטימלית בהליך הפלילי בכלל, כמו גם בראשיתו בחקירה המשטרית, היא חשיפת מציאות בה חופפות האמת העובדתית והאמת המשפטית זו את זו, תוך כדי התנהלות הוגנת ושמירה על זכויות החשוד.

מובן שקיים חשש, כי ההליך הפלילי, על כללי הראיות וסדרי הדין שבו, עלול ליצור לעתים פער שלילי בין האמת העובדתית לבין האמת המשפטית, אשר יפגע באמון הציבור במערכת המשפט. השופט אלון התייחס לפער כאמור שעלול ליצור ההליך המשפטי, בציינו:

“... הכלל הוא כי המערכת המשפטית משתדלת היא להתאים, ככל האפשר, את עקרונותיה לאמת שבמציאות והרשות השיפוטית מיישמת את דרכי בירורה כדי להגיע במידה מרבית לבירורה של האמת העובדתית... אמנם כן כדברי Ashworth המובאים לעיל, אין שיטה של עשית צדק בפלילים, המעריכה בכל מקרה את האמת מעל לכל שיקול אחר... אך הייתי מוסיף ואומר, שבדרך כלל עשיית צדק מחייבת הערכת האמת מעל לכל שיקול אחר, ורק במקרים יוצאים מן הכלל ניתן להעדיף שיקולים ערכיים אחרים על פני הערכת האמת וגילויה...”³

פעמים רבות, פער בין האמת העובדתית לבין האמת המשפטית נובע מהדרך בה סבור בית המשפט כי על החקירה המשטרית, הגלויה והסמויה, להתנהל, זאת, לעומת הדרך בה התנהלה החקירה בפועל. שימוש לא נכון בחקירה עלול להגביר את הפער הנחזה בין “האמת העובדתית” לכאורה (זו המשתקפת מההודאה) לבין האמת המשפטית (הפוסלת את ההודאה מטעמים שונים, לרבות בגין האפשרות שהאמצעים שננקטו הובילו לכך שאין מדובר בהודאת אמת, או שלא ניתן להכריע בכך).

התוצר החשוב ביותר של החקירה המשטרית הינו ההודאה ואין פלא כי זו נמצאת לרוב במרכז הדיון המשפטי. קיים חשש, כי חקירה לא נכונה תניב הודאה כפויה - הודאה אשר אינה “חופשית ומרצון”; האתגר העומד בפני מערך החקירות

³ מ' אלון “חוקי היסוד – עיגון ערכיה של מדינה יהודית דמוקרטית” מחקרי משפט יג (תשנ"ז) 27, בעמ' 80 - 81 (שתי הפיסקאות האחרונות מהוות ציטוט מתוך דבריו בעניין 115/82, 168 מועדי נ' מדינת ישראל, פ"ד לח (1) 197, 259).

הוא לנקוט טקטיקות יעילות והוגנות כך שיתקבלו הודאות אמת ויימנע מצב שינתנו הודאות, ואפילו הודאות אמת כתוצאה מנקיטת הליכים שייאלצו את פסילתן.⁴

לדברי סנדובל, מדריך באקדמיה של ה-F.B.I., ניהול שגוי של החקירה הפרונטלית עלול לפגוע בהשגת המידע הנחוץ, וכפועל יוצא מכך - לסכל את חקר האמת. חקירה מקצועית ונכונה של הקורבן, העד או החשוד, עשויה לצמצם חשש זה, אולם, לעתים, העומס העצום המוטל על החוקר אינו מאפשר לו הכנה יסודית בטרם החקירה, העלולה להיחשב בעיניו כמותרות.⁵ מכאן מובנת החיוניות של מידע מוקדם, הנובע פעמים רבות מחקירה סמויה מקדימה. לעתים, החקירה הגלויה עצמה היא המנוף לחקירה סמויה שיש שהיא משלימה אותה.

להבדיל מן החקירה הפרונטלית הגלויה, הרי כאשר סוכן סמוי, יהא זה שוטר או עברייין, נשלח מטעם רשויות החוק אל חשוד, או שמשימה שקיבל מתפתחת לכדי מגע עם חשוד שלא היה מוכר קודם לכן לגורמי האכיפה, הוא (הסוכן) עושה כן בלא לגלות את זהותו. מכאן, שהסוכן מקבל מידע מן החשוד בלי להעמיד אותו על הזכויות המסורות לו אילו היה מדובר בחקירה גלויה.

זכות עיקרית מבין זכויות אלו הינה זכות השתיקה, לה מעמד חשוב במשפט הישראלי, כמו גם בשיטות המשפט המערביות.⁶ אף על פי כן, אין בנמצא שיטת משפט בה אין נעשה שימוש בסוכן החשאי ו/או במקורות מודיעיניים.⁷

4 MR. Napier & S. Adams "Criminal confessions - overcoming, the challenges" *F.B.I. Law Enforcement Bulletin* (2002) 9. נפיר ואדמס הינם חוקרי F.B.I. ומדריכים לתחום החקירות.

5 V. Sandoval "Strategies to Avoid Interview Contamination" *F.B.I. Law Enforcement Bulletin* (2003) 9.

6 מפורסמת, למשל, ההלכה בארה"ב בעניין *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966) (להלן: עניין מירנדה). ארנסטו מירנדה נעצר בשנת 1963 כחשוד בחטיפה ואונס, ונחקר במשך שעות בלי שהובהרו לו זכויותיו להימנע מהפללה עצמית (על פי התיקון החמישי לחוקה) ולהיוועץ בעורך דין (על פי התיקון השישי). בבית המשפט העליון האמריקני נקבע, כי התביעה אינה רשאית לעשות שימוש בהודאות הנובעות מחקירה של חשוד במשטרה, אלא אם כן הן משקפות שימוש בפרוצדורה של נקיטת אמצעי בטיחות יעילים להבטחת זכויות החשוד נגד הפללה עצמית. עוד נקבע, כי כאשר המשטרה עוצרת חשוד ובכוונתה לחקור אותו, היא חייבת להודיע לו את זכויותיו החוקתיות לשמור על זכות השתיקה ולקבל ייעוץ משפטי לפני חקירתו ובמהלכה. זאת, על-מנת להבטיח כי חשוד המוותר על זכות השתיקה עושה כן מרצונו החופשי, מהבנתו ומתבונתו. אחרת, ישנה חזקה חלוטה, כי ההודאה לא נמסרה מרצונו של החשוד. בשנת 2000, בעניין *Dickerson v. U.S* 530 U.S. 428 (2000) הובהר בהחלטת רוב, כי להפרת הכללים שנקבעו בהלכת מירנדה קיים משקל חוקתי, וכי ההלכה הפכה לחלק מן התרבות ושגרת העבודה של המשטרה. כפי שנראה להלן, במשפט הישראלי לא היה מקובל עד כה לפסול תוצרי חקירה שנתקבלו בעקבות הפרת זכויות השתיקה וההיוועצות. עם

מאמר זה יבקש לבחון את תרומת מערך המודיעין האנושי, המקורות המודיעיניים והסוכנים החשאיים לחקר האמת, אל מול שאלות בדבר פגיעה אפשרית בזכויות השתיקה וההיוועצות, המתעוררות בעת הפעלת מערך מודיעין זה. המאמר יבקש לבחון בהרחבה גם את היחס בין זכותו של נאשם למצות את הגנתו אל מול הצורך להגן על ביטחונם של המקורות המודיעיניים.

נבקש לעמוד על מגמה המתפתחת בישראל, של הגדלת היקף החומר החסוי הנחשף להגנה, בשילוב העצמת הביקורת כלפי ביצוען של תחבולות במהלך חקירות. המאמר ינסה לנתח את התהליך ואת השלכותיו על יכולות האכיפה וההרתעה. ננסה להאיר את הדברים באור ביקורתי, גם באמצעות השוואה לכל אורך המאמר עם המצב המשפטי בשיטות משפט מרכזיות. נבקש להצביע גם על פתרונות אפשריים לקושי שבמימוש כוחו של מערך המודיעין הפלילי.

עמדנו, לאורך המאמר, היא, כי יש מקום ללמוד מהסדרים שונים בתחום הפעלת הסוכנים הקיימים בשיטות המשפט השונות שתוצגנה, זאת, תוך נתינת הדעת לנקודות האיזון השונות בשיטות משפט אלו לעומת השיטה הישראלית, ובין לבין עצמן, בכל הנוגע למתח בין זכויותיהם הדיוניות של החשוד והנאשם לבין האינטרס הציבורי במיגור הפשיעה.

זאת, ההודאה עצמה שנתקבלה באמצעים כאלו אינה קבילה כראיה, אם בית המשפט סבור כי הפגם הוביל למסירת ההודאה שלא מ"רצון טוב וחופשי", זאת בהתאם להוראת סעיף 12 לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א-1971. החיסיון מפני הפללה עצמית מעוגן אף באמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות משנת 1966: (The United Nations International Covenant on Civil and Political rights, Article 14(3)(g) (ICCPR), 999 U.N.T.S 171). למשפט האירופאי: The European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (nov. 4th, 1950) Article 6. ראו גם את פסקי הדין של בית הדין האירופי לזכויות אדם: **Murray v. U.K.**, 22 Eur. C.T.H.R 29, 45 (1996); **Saunders v. U.K.**, 23 Eur. C.T.H.R. 313 (1997); **Funke v. France**, 16 Eur. C.T.H.R 297 (1995) (פסקי הדין נמצאים גם באתר: www.echr.coe.int).

יש הסבורים, כי הפעלת סוכנים ומדובבים בארצות הברית מהווה סוג של חריג להלכת **מינדה**, לנוכח העובדה כי מושא החקירה אינו מודע לעובדה שרשויות האכיפה מנהלות נגדו חקירה סמויה ובפועל הוא מוסר בפני שליח של הרשויות סוג של גירסה. ראו לעניין זה: K.A. Crawford "Constitutional Rights to Counsel During Interrogation - Comparing Rights Under the Fifth and Sixth Amendments" 71(9) **F.B.I. Law Enforcement Bulletin** (2002) 28, 29.

ב. כלי האיסוף

בעולם המודיעין מקובלים כלי איסוף אחדים המאפשרים עמידה ביעדי הארגונים המפעילים אותם:

1. Signals Intelligence - Sigint - מודיעין אותות.
2. Electronic Intelligence - Elint - מודיעין אלקטרוני.
3. Communications Intelligence - Comint - מודיעין תקשורת.
4. Human Intelligence - Humint - מודיעין אנושי.

שלושת כלי האיסוף הראשונים מהווים, מסורתית, אמצעים בעלי אוריינטציה ביטחונית-צבאית. עלותם של אמצעים אלו עצומה; הם מחייבים תעשייה משוכללת ביותר, המשלבת לוויינים, מכ"מים, מקלטים ומשדרים מיוחדים, מטוסי ביון, מזל"טים, צוללות, מחשבי על וכיוצא באלה. ניתוח התפוקות המתקבלות ממערך איסוף מסוג זה והעשרתן, מחייבים השקעה עצומה בעובדים ומומחים במגוון רב ביותר של מקצועות.

הפעלה נכונה ומושכלת של כל ארבעת כלי האיסוף הטכניים והאנושיים, מאפשרת תרגום מעשי ויעיל של המידע העצום המצטבר במערכת המודיעינית להתרעות, לתוכניות עבודה ולפעילות תגובתית או יזומה.

כלי האיסוף הרביעי, קרי - המודיעין האנושי, נחל הצלחה לא רק במישור הביטחוני, אלא אף במישור הפוליטי.⁸ יתירה מכך, מערך האיסוף המודיעיני המשטרתי טיפח ופיתח את תחום המודיעין האנושי וזכה בו ליתרון יחסי. זאת, בעיקר בשל העדר כמעט מוחלט של שיתוף פעולה עם הגורמים הביטחוניים, השולטים על האיסוף הטכנולוגי של ה-Sigint וה-Elint. למעשה, גם תחום ה-

⁸ ההיסטוריון John Keegan טוען, כי ישראל גברה על אויביה בארבע המלחמות העיקריות שלה בזכות היתרון היחסי שצברה בתחום ה-Humint, תוך שילוב שימוש בשאר כלי האיסוף. זאת, בדומה לבריטים במלחמת פוקלנד בשנת 1982, שהפעילו בהצלחה רבה מקורות אנושיים, ובניגוד לכישלון האמריקני בוואטנם ראו: J. Keegan *Intelligence in War* (New-York, 2003) 270. בהרצאתו באוניברסיטת Georgetown, מיום 5.2.04, בנושא עירק והנשק להשמדה המונית, התייחס ג'ורג' טנט, ראש ה-C.I.A. (Central Intelligence Agency), לתהליך איסוף המידע והערכתו; לדבריו, המודיעין עוסק בלא ברור, בלא ידוע ובמוסתר בכוונה. כך, כשניתח את העובדה שבעירק לא נמצא נשק להשמדה המונית, הדגיש של-C.I.A. לא היו די מקורות אנושיים, זאת, כחלק מהנימוקים להערכה האמריקנית השגויה.

Comint מצוי בשליטה מלאה של גורמי הביטחון, חרף תוכניות שונות בנדון. לנוכח מציאות זו, הצליח המודיעין המשטרתי לצבור ניסיון והצלחות בתחום ה-Humint - בהפעלת מקורות מודיעיניים אנושיים, סוכנים חשאיים ומדובבים.⁹ עם זאת, ראוי להתייחס למודיעין האנושי בחשדנות ובוזהירות, הן בהיבט הביטחוני והן בהיבט הפלילי. הפעלת מקורות אנושיים מחייבת ידע ומיומנות, כמו גם הקפדה על חוק, אתיקה והגינות.

1. הפעלת סוכנים ומקורות מודיעיניים

החקירה המשטרית מנווטת, בדרך כלל, באמצעות שני ערוצים מרכזיים: חקירה תגובתית וחקירה יזומה. חקירה תגובתית היא חקירה המתחילה לאחר שהעבירה התרחשה; במסגרתה קיים מיצוי של כלי המודיעין והחקירה לצורך איסוף ראיות לחשיפת מבצעי העבירה ולהעמדתם לדין.

חקירה יזומה היא חקירה הנעשית ביוזמת המשטרה. חקירה זו מאופיינת בשניים:

(א) **התמקדות בעבריון המועד/הכרוני** – מדובר בהצבעה מודיעינית על חשודים בולטים ויזומה לנקוט תהליך איסוף מידע וראיות, במגמה לחשוף את העבירות בהן על פי החשד מעורבים אותם החשודים, וכן הצבעה על עבריינים העומדים בראשות פירמידת הפשיעה, כאשר הפללתם והעמדתם לדין עשויות לצמצם את היקף הפשיעה; זאת, במטרה לשדר לציבור מסר כפול, שלפיו רשויות האכיפה אינן נרתעות מטיפול ב"עבריינות הבכירה", וכי הפשיעה אינה משתלמת. הביקורת כלפי מאפיין זה מתמקדת בחשש מ"ציד-אדם" בסגנון המערב הפרוע.

(ב) **פענוח וטיפול ב"עבירות חשיפה"** – מדובר בעבירות ללא קרבן או מתלונן קלאסי (כגון סחר וייבוא סמים, הלבנת הון, שחיתות ציבורית, עבירות זנות ומוסר וכן חברות ופעילות בארגון פשיעה).

⁹ ג' אשד "אוזניים לכותל": האזנות סתר בעידן החדש" משפט וצבא 16 (2003) 585, 604. מצב דברים זה נפוץ גם ביתר מדינות המערב: ראו J.E. Ross "Tradeoffs in Undercover Investigations: A Comparative Perspective" 69 U. Chi. L. Rev (2002) 1501, 1517.

כאשר בודקים את היתרונות שבהפעלת מקורות מודיעיניים וסוכנים בעבירות חשיפה ופשיעה סמויה, מקובל להצביע על המאפיינים הבולטים הבאים:¹⁰ דיווח על הדמויות הפעילות; איסוף ראיות לקידום החקירה; אספקת מידע משמעותי, יעיל ומקיף; חיזוק ואימות של מידע קיים; החדרת סוכן חשאי לכנופיות פשע; רכישות יזומות. תחומים נוספים, בהם חשובה הפעלת הסוכנים החשאיים והמקורות המודיעיניים, הם אלה הנוגעים לפשע מאורגן, לפשיעת נוער, ובעיקר לעבירות אלימות וסמים.¹¹

ואכן:¹²

"החדרה של סוכני משטרה לתוך קבוצות עברייניות או הפעלת אנשי משטרה מוסוים כדי שישמשו פתיון לאנשים החשודים בעיסוק קבע בתחום פלילי מוגדר (כגון סוחרי סמים, סוחרי רכוש גנוב או עברייני מין) הם הכרח בל-יגונה ומהווים אחת משיטות הפעולה החיוניות של הלחימה בפשע".

הקושי העיקרי בפעולת הסוכנים הוא, כי בשל אילוצים אובייקטיביים, ובהם אופי המידור בארגוני פשיעה, הרי שבפועל הסוכנים מופעלים לרוב נגד עבריינים זוטרים יחסית.

2. הכרונולוגיה של הפעלת המודיעין האנושי

הפעלת מקורות מודיעיניים, ובעיקר סוכנים כלואים-מדובבים, מיוחסת לשיטה האנגלית. המלומד צימרמן תיאר את שורשי השיטה באנגליה של המאה ה-13, אז

¹⁰ למשל D.G. Osther "Juvenile Informants - A Necessary Evil?" 39 *Washburn L. J.* 106 (1999). מחקר ידוע שערך שקולניק בעיר בקליפורניה הראה, כי מתוך כלל המעצרים בחשד לעבירות זנות, 39% ברצונו בהמשך לביצוע תצפיות. התצפיות הוגדרו כלא מוצלחות והשפעתן העיקרית הייתה לנייד את מעשי הזנות למקומות שמחוץ לטווח התצפית, שפעמים רבות התגלתה מראש. יתר המעצרים ברצונו תודות להפעלת מקורות מידע. ראו J.D. McClean "Informers and Agents Provocateurs" *Crim. L. Rev.* (1969) 527.

¹¹ ראו למשל A.J. Schreiber "Dealing With the Devil: An Examination of the FBI's Troubled Relationship With its Confidential Informants" 34 *Col. J. of L. and Social Problems* (2001) 301, 302.

¹² עניין בן יעיש, לעיל הערה 2, פסקה 7, ציטוט מתוך עניין ביבס, להלן הערה 75.

נקבעו כללי הפעלה ונהלי הטבה לעבריינים מורשעים, שסיפקו מידע וראיות נגד שותפיהם.¹³ נקודת המוצא חייבה את האנשים הללו להתוודות תחילה על מעשיהם. הבעייתיות החוקית-מוסרית הנוגעת לאמינותם של עדים מסוג זה באה לידי ביטוי כבר אז; החשש היה, כי עדים אלה עלולים היו לנסות ולסחוט חפים מפשע באיום, שלפיו אם לא ישלמו דמי חסות, אזי משתף הפעולה ימסור כנגדם עדות. כמו כן, התעוררו סימני שאלה בנוגע למוטיבציה ולאמינות של מפעילי העצורים, שזכו גם הם בתגמולים. למרות הכל, מקובל היה לראות בהפעלת עבריינים אלה הכרח בל יגונה למיגור הפשיעה.

בשנת 1692 נקבעו באנגליה כללים לתגמול ולמתן הטבות למקורות ולעדים. באותה תקופה נעשה ניסיון נוסף לעגן בחקיקה את השימוש במקורות ובעדים, ובשנת 1722 נקבעו פיצויים והחזרים לאלה שנפצעו או שנהרגו במהלך הפעלתם. בשנת 1736 נחקק חוק בנושא אלכוהול (Gin Act of 1736), בו נקבע, כי שתיית משקאות אלכוהוליים אינה חוקית. אכיפת החוק נעשתה בעזרת מקורות מודיעיניים ועדים שקיבלו תגמולים. אולם, אט-אט נוצר מצב חברתי בעייתי, במסגרתו החל הציבור לראות באנשים הללו רשעים רעי לב. בפועל, הוכרזה מעין מלחמה נגדם, שבמהלכה הותקפו מוסרי מידע ועדים בתשלום, וחלקם אף נהרגו. בעקבות האמור, נחקק בשנת 1738 חוק ההגנה על מוסרי מידע; בשנת 1829 הוקמה משטרת המטרופוליטן והנושא כולו עבר רפורמה, שבמסגרתה הוחמרו כללי הפיקוח והבקרה ונקבעו סנקציות עונשיות למקורות ולעדים בתשלום, כאשר הוכח שמעדו. בשנת 1839 נתגבשו בחקיקה האנגלית כללים לעניין זה (Metropolitan Police Court Act). לבסוף, בשנת 2000 נחקק ה- Regulation of Investigatory Powers Act 2000, המסדיר בחקיקה ראשית את הדרכים החוקיות למעקב אחר אדם, הן באמצעים אלקטרוניים והן תוך כדי שימוש במקורות אנושיים חשאיים.¹⁴

¹³ C.S. Zimmerman "Toward a New Vision of Informants: a History of Abuses and Suggestions for Reform" 22 *Hast. Const. L. Q.* (1994/5) 81 p. 130 - 132

¹⁴ החוק החדש, בפרק 23 חלק שני, מגדיר מהו מקור אנושי חשאי, מסדיר את המטרות לשמן ניתן להפעיל מקורות חשאיים, את המוסמכים להפעיל מקורות חשאיים, קובע גבולות של אחריות אזרחית וחסיונות מפני תביעה ועוד. לנוסח החוק ראו www.opsi.gov.uk/acts/acts2000. בוועידת שרי הפנים של מועצת אירופה, מ-17-18 במארס '05, צוין החוק האנגלי כבסיס חוקי ברור, המתיישב עם מטרות הקהילה האירופית, קובע מנגנון היתרים המתחשב ברגישות הפעולה המבוקשת ומאפשר גישה

שיטה זו של הפעלת מקורות בתשלום, שכאמור - מקורה באנגליה, הועתקה לארצות הברית עם הקולוניות האנגליות. בפסיקה האמריקנית המוקדמת הוזכר נושא המקורות, ובית המשפט הכיר בחשיבות השיטה כחלק מאכיפת החוק. כך, בשנת 1905, נדון בבית המשפט העליון בארה"ב ערעורו של מי שבניין שבבעלותו חולט ממנו לטובת פלונית, שמסרה מידע על כך שהוא מאפשר הפעלת קזינו בבניין. בית המשפט לא ראה בעייתיות כלשהיא בחוק מקומי המפקיע את רכושו של מבצע עבירה לטובת מוסר מידע, וציין, כי חוקים המעניקים זכויות למוסרי מידע, שאין להם כל אינטרס אחר בעניין, קיימים מזה מאות שנים באנגליה ומוכרים גם בארה"ב מני עצמאותה.¹⁵

במזרח אירופה, בעיקר ברוסיה, וכן בצרפת שבמערב אירופה, יצר הרקע החברתי תרבות של שלטון ריכוזי, אשר ניצל באופן מסורתי את היכולת לאסוף מידע באמצעות אזרחים, באופן של מעין ריגול פנימי.

בצרפת השתמשו בכלים אלו כבר במאה השבע-עשרה, ולאחר מכן בתקופת נפוליון ובמהלך גיבוש השלטון המרכזי, כשמשימתם העיקרית של הסוכנים היתה פיקוח חברתי על סטייה פוליטית, לצד הטיפול בפשיעה.¹⁶

צרפת ורוסיה של המאה התשע-עשרה העמיקו את השיטה על רקע אותה תרבות שלטונית ריכוזית, דבר שהביא להפעלת סוכנים גם נגד איגודים מקצועיים. כך לדוגמה, הופעלו "שוערים" בבניינים שדיווחו בקביעות למשטרה על כניסה, יציאה ותנועה של הדיירים. בברית המועצות כונו המקורות המודיעיניים "אנשי אמון" וכללו מרכזויות, שוערים, משגיחים, יועצים, שומרים וכדומה, שדיווחו הן למשטרה והן לרשויות הביטחון על הפשיעה, אך גם על האווירה החברתית ועל

למותב שיפוטי בלתי תלוי מצד כל מי שסבור כי נפגע מהפעלה לא חוקית של אמצעי מעקב. ראו נייר בנושא "Practical Approaches and Techniques to the Fight Against Terrorism and Organized Crime". הסיכום נכתב בידי יו"ר ועדת מומחים לטכניקות חקירה מיוחדות - Nigel Burrowes - והעתקו מצוי בידי מחבר מאמר זה.

¹⁵ *Marvin v. Trout*, 199 U.S. 212, 225 (1905). בכל הנוגע למקורות של ה-F.B.I. מוסדרת הפעלתם במסגרת נהלים פנימיים. לסקירת נהלים אלו, משנת 1976 ועד לנוהל הנוכחי משנת 2000, בדגש על הסדרים למניעת שימוש לרעה מצד מקורות בקשריהם עם הרשויות לצורך המשך פעילות פלילית עצמאית שלהם, ראו שרייבר, לעיל הערה 11.

¹⁶ רוס, לעיל הערה 9, בעמ' 1504.

סטייה אידיאולוגית. בצרפת הוחדרו סוכנים לתוך קבוצות של מפגינים, יצרו פרובוקציות והפגנות אלימות וביצעו מעקב אחר גורמי אופוזיציה וארגוני עובדים. הבעייתיות המתעוררת במדינות בעלות מסורת כזו, כגון צרפת ורוסיה, נסבה על התיחום הלא ברור בשימוש באמצעים אלו בין רשויות הביטחון למשטרה.¹⁷

בסוף מלחמת העולם השנייה נוצרה רתיעה בקרב המדינות הדמוקרטיות שבמערב אירופה מהפעלת הסוכן החשאי כאמצעי לטיפול בפשיעה. עם זאת, מדינות אלו הוסיפו לראות בסוכן כלי חשוב בתחום הביטחוני הלאומי.¹⁸ במהלך שנות ה-70 של המאה ה-20 חזרו מדינות אירופה לבצע חקירות פליליות סמויות. תחילה הופנו אמצעים אלו נגד גורמי טרור וסחר בסמים ונגד פשע מאורגן, בהגדרה רחבה של המונח.¹⁹

ביטוי חריף ליחס דו-ערכי זה לשימוש בסוכנים, מצא ביטוי, לדעתנו, בצרפת, שם במשך מספר דורות היה זה מן הנמנע להגיע להסדרי "עד-מדינה".²⁰ בהקשר זה, בפברואר 2004 חשפו העיתונאים א' פפה וא' פיורי²¹ תוכנית מהפכנית של שר המשפטים הצרפתי לאמץ את שיטת עסקאות הטיעון האמריקנית, כאמצעי שיאפשר הפעלת סוכנים ומשתפי פעולה, המעידים נגד שותפיהם הבכירים יותר לעבירות פליליות חמורות. זהו צעד הנחשב לאמצעי קלאסי, בסיסי, לגיוס סוכנים ולהפעלתם. חברות בעלות שלטון ריכוזי פחות, כגון ארצות הברית ובריטניה (לעיל), הולנד ובלגיה, הנהיגו במשך תקופה ארוכה תשתית לשיתוף פעולה של האוכלוסייה עם רשויות האכיפה.

באמצע שנות ה-90 של המאה הקודמת נחשפה בהולנד שערורייה רחבת היקף בתחום הפעלת מקורות וסוכנים שהיתה לקויה ביותר. התברר, שבחסות מפעילי הסוכנים, ובכלל זה גם הפרקליטות, התאפשר לסוכנים לייבא להולנד כמויות עצומות של סמים, כחלק מהשיטה להעמקת אמינותם של הסוכנים והחדרתם עמוק לכנופיות פשע מאורגן. יתרה מזאת, פעולות אלו התאפשרו לעתים אף כחלק

¹⁷ רוס, לעיל הערה 9, בעמ' 1515 - 1516.

¹⁸ רוס, לעיל הערה 9, בעמ' 1504.

¹⁹ רוס, לעיל הערה 9, בעמ' 1523.

²⁰ ע' גרוס עד המדינה (תשמ"ט) 80.

²¹ E. Pape and A. Piore "Justice, American Style" *Newsweek* 23.4.04

מהתגמול בעד פעולותיהם של הסוכנים בשירות רשויות האכיפה. עד אז, נחשבה הולנד כמאמצת בולטת של שיטות הפעולה האמריקניות.²²

משטרת ישראל החלה בהפעלת סוכנים חשאיים בשנת 1974. באותה שנה, כתוצאה מהפעלת הסוכנים, נפתחו שישה תיקים פליליים, כולם בעבירות של סחר בסמים. עם השנים עלה בהדרגה מספר התיקים שנפתחו כתוצאה מהפעלת הסוכנים, ובמלאות עשר שנים לאימוץ השיטה, לאחר גיבוש דרכי ההפעלה, נפתחו כבר כ-2,000 תיקים פליליים.²³

כך, עבאס אבו-מוסטפה, עבריינין זוטר אשר נעצר במאי 1984 על-ידי בלשי ימ"ר ת"א, הופעל כסוכן כנגד עשרות עבריינים שעסקו בסחר בהירואין בשכונות הדרומיות של תל-אביב ובעיקר, באזור שכונת התקווה, היה שותף בפענוח רצח על רקע סכסוך בין עבריינים, ואף הופעל במתכונת של סוכן מוכר.²⁴

בשנת 1995 הוחדר קצין משטרה ישראלי לכנופיה כורדית, אשר פעלה בגרמניה, בהולנד ובבריטניה, ועסקה על פי החשד בייבוא הירואין, כחלק ממימון פעילות טרור. קצין משטרה ישראלי אחר פעל כסוכן חשאי בהולנד ובבלגיה בסוף שנות ה-90, וחשף כנופיה ישראלית שעסקה בייבוא סמים בינלאומי.

במקרה נוסף, באותה שנה, הפעילו אנשי הרשות הפדרלית האמריקנית למלחמה בסמים, סוכן עבריינין קולומביאני, בישראל, כנגד כנופיה ישראלית, שעסקה בייבוא סמים בינלאומי. במהלך המבצע נתפסו כמויות גדולות של קוקאין והירואין.

בשנים 2001-2003 הפעילה משטרת ישראל 29 שוטרים כסוכנים חשאיים (ס"ח), וכן 54 מקורות מודיעיניים כסוכנים חשאיים (מס"ח) - ובסך הכל: 83 סוכנים שונים, שעסקו באיסוף ראיות נגד חשודים בעבירות פליליות. באותה תקופה בוצעה הפעלה נוספת של סוכנים בכ-115 מבצעי "עוקץ", בהם פרק הזמן המוקדש להפעלה ומספר החשודים קטן באופן יחסי; במסגרת מבצעים אלה נאספו ראיות נגד 337 חשודים שהועמדו לדין.²⁵

²² רוס, לעיל הערה 7, בעמ' 1506.

²³ תורת הסוכנים (משטרת ישראל, אגף חקירות ומודיעין, מדור איסוף חולית סוכנים, תשס"ה).

²⁴ בשנת '91 נרצח עבאס בעזה, באשמת שיתוף פעולה עם ישראל.

²⁵ התפלגות גזרי הדין בשנים '97 - '02 היא כדלקמן: 16.1% - הרשעה ללא מאסר בפועל. 23.9% - מאסר בפועל עד שנה. 32.3% - מאסר בפועל בין שנה אחת לשנתיים. 18% - מאסר בפועל בין שנתיים לשלוש. 9% - מאסר בפועל מעל 3 שנים. הנתון לקוח ממסמך בנושא "רמות ענישה בתוכניות סוכנים -

בשורה התחתונה, וכפי שנדגים גם בהמשך, בישראל, בדומה לרוב ארצות מערב אירופה, היחס למקורות ולעדים בתשלום נותר במידה רבה אמביוולנטי – מחד גיסא, מוסכם כי השיטה חשובה, "אמצעי-הכרחי" ושוב לא מוסד שלילי בגדר הכרח בל-יגונה,²⁶ אולם מאידך גיסא, הפעלת הסוכנים מועטה יחסית ומדיניות הענישה אינה מביאה בחשבון את הסיכון הכרוך בהפעלה והחוסר באמצעי פעולה יעילים אחרים.

3. האוריינטציה המודיעינית

בכל תכנון של מבצע מודיעיני, נטיית הלב של הקברניטים המודיעיניים בשלב הערכת הסיכונים, היא ספקנית מחמירה. פרופ' ב' שילוני ראה בשירותי המודיעין מוסדות פסימיים, הנוטים להגזים במידת הסכנה, הכוח, הכוונות והיכולות של היריב.²⁷

כאשר מפעיל של סוכן משגר אותו למשימה, עליו להתמודד, בין היתר, עם ספקנות בשני מימדים - רמתו של הסוכן, ומידת מהימנותו. אולי מסיבות אלה בחר משה רבנו, בספר "במדבר", כ-12 המרגלים את ראשי השבטים, כדמויות מנוסות ובעלות מוניטין של מהימנות ויכולת מוכחת. אף על פי כן, התוצאות ידועות.

מה שנכון בהפעלת סוכן שוטר, הופך להיות קשה הרבה יותר כאשר הסוכן הוא עבריין מפוקפק ובעל רקע שלילי. במצב זה, מיומנותם של המפעילים, מקצועיותם, הידע שלהם, הכשרתם והקפדתם על יצירת מנגנוני פיקוח, הופכים קריטיים, שכן במצב זה מוענק גיבוי מערכתי לדמות אשר מלכתחילה נגועה ביושר ובמוסר מפוקפקים.

החדרה חלקה ובטוחה של הסוכן ליעד כרוכה בשילוב של מודיעין עם הונאה. פרופ' מ' הנדל הגדיר "הונאה" כ"ניסיון מכון מצד מבצע הונאה לטפלל (להפעיל מניפולציה – ג' א') את תפיסותיהם של קורבנות ההונאה במגמה לזכות ביתרון חד

נספח לצוות סוגיות בהפעלת סוכנים" – משטרת ישראל, מחלקת איסוף וטכנולוגיה, חוליית מחקר סמים.

²⁶ י' קדמי, על הראיות (חלק א', תשנ"ט) 358.

²⁷ ב' שילוני "מלחמת האוקיינוס השקט: כישלונות מודיעיניים וסודיות שהזיקה" מודיעין ובטחון לאומי (1998), בעמ' 85 - 86.

צדדי עליהם".²⁸ מאבק המוחות בין מפעילי הסוכנים לעברייני המועד ולחבר בארגוני פשיעה הינו סוג של לוחמה. בהקשר זה מזכיר פרופ' הנדל את סון צו, שקבע כי "כל לוחמה מבוססת על הונאה".

מקרה מעניין של הפעלת תחבולה נסב סביב פרשת סמים מורכבת.²⁹ סוכן חשאי יצר קשר טלפוני עם עברייני, הזדהה כחברו של סוחר סמים בינלאומי מהאג וביקשו לעבור לטלפון "נקי" וליצור איתו קשר למספר טלפון "בטוח", לאחר שהבהיר כי מסוכן לדבר מהטלפון שבביתו. במהלך השיחה הוקלטו הודאות החשוד בטלפון; נראה, כי הצלחתה של פעולת הסוכן נבעה מכך שהתחבולה אותה נקט השתלבה במנגנוני ההגנה הטבעיים של החשוד. במהלך החקירה נעצרו גם סוחרי הסמים, כשבחפציהם 2 ק"ג הירואין טהור. כל המעורבים נדונו לעונשי מאסר מחמירים.

במקרה אחר, באנגליה, נעשה שימוש בתחבולה כלפי חשוד ברצח; החשוד צפה בתוכנית טלוויזיה, במהלכה בוים דיווח על רצח בלתי מפוענח שאירע 20 שנה קודם לכן. החשוד התוודה בפני אישתו אודות ביצוע הרצח; כאשר זומן לחקירה מספר ימים לאחר מכן, התברר, שבדירה הוסתרו משדרי אודיו סמויים, שקלטו את דבריו. למעשה, תוכנית הטלוויזיה היתה חלק מתחבולה, שנועדה לדובב את החשוד ולהמריצו להתוודות על מעשיו, ואכן, החשוד הודה בחקירה המשטרית, ולבסוף אף הורשע.³⁰

בצד ההצלחות, כמו גם בעטיין, יש לזכור, כי התוצר המוגמר פרי החקירה המשטרית מתבטא לרוב בהגשת כתב אישום ובדיון פומבי במהלכו נחשפות הראיות ונחשף בהיקף כזה או אחר אופן איסופן, דבר המאפשר לעברייני להסיק מסקנות אופרטיביות בנוגע לאופן השגת הראיות; לכן, למעשה, כל הצלחה בהפעלת סוכן הופכת את המבצע להפעלת הסוכן הבא אחריו לקשה יותר.

פרופ' הנדל טוען, כי דווקא עירנות כזו מצד העבריינים, מהווה מנוף אותו ניתן

לנצל:

"הערנות להונאה מעודדת להלכה בדיקה מדוקדקת ושיטתית יותר של הנתונים, אך הצפייה להונאה גם

²⁸ מ' הנדל "מודיעין והונאה" מודיעין ובטחון לאומי (1998), 385.

²⁹ ע"פ 331/88 חלובה ואח' נגד מדינת ישראל, פ"ד מד (4) 141.

³⁰ C. Dyer "By the Book" *The Guardian* 13.1.04

מביאה את מנתח הנתונים להיות ספקני יותר לגבי כל הנתונים ובמידה שהנתונים נחשבים לא מהימנים, הערכותיו הקודמות של המנתח חייבות למלא תפקיד חשוב יותר בהחלטה לאיזה נתונים להאמין. דבר זה מוביל לפרדוקס: ככל שאנו ערניים יותר להונאה, אנו מועדים יותר ליפול קורבן לה".³¹

למעשה, עירנות יתר מצד העבריין, המנוצלת היטב על ידי מתכנן המבצע המודיעיני ומפעיל הסוכנים, מאפשרת לחזור ולהשתמש בסוכנים ובמדובבים, במשימות הנראות מלכתחילה כבלתי אפשריות. מנגד, יש לזכור, כי "אליה וקוץ בה" - ההונאה עלולה לפעול כ"בומרנג", שכן יריב מתוחכם עלול לגבור על המפעילים המשטרתיים כשהוא חושף את ההונאה, אך מעמיד פנים כי אינו מודע לנוכחות הסוכן. במצב זה, דווקא המפעילים נופלים קרבן להונאה ולמניפולציה הפוכות, ואילו קרבנות התחבולה הופכים להיות אנשי החוק. הנזק התוצאתי בנסיבות אלו עלול להיות עצום: ספיגת דיסאינפורמציה, שינוי סדרי עדיפות, הקצאת משאבים שגויה וקליטת ראיות שליליות.

ג. החקירה והסוכן החשאי

בצד הקשיים הטכניים וההגבלות המסורתיות, הסוכן החשאי עדיין משמש כאחד הכלים החשובים והאפקטיביים ביותר של המשטרה בחקירה. להבדיל מן המקור החי - הפעלת אדם שאינו שוטר, המספק בחשאי מידע הדרוש למודיעין המשטרתי, והוא אינו מיועד להעיד בבית המשפט - משמש הסוכן כמוקד לאיסוף ראיות והוא צפוי למסור עדות בבית המשפט.

השיטות הטכניות הקיימות בעולם להפעלת מקורות מודיעיניים וסוכנים בדרך כלל דומות. לרוב, נובעים השינויים מאילוצים תקציביים, מפערים טכנולוגיים ובעיקר מפערים חוקיים.

את תחום הסוכנים מקובל לחלק למספר סוגים:

1. הסוכן השוטר - ס"ח.
2. הסוכן העבריין - מקור, סוכן חשאי (מס"ח).

³¹ הנדל, לעיל הערה 28, בעמ' 414.

3. הסוכן הכלוא - המדובב.
4. הסוכן המשחזר - עד המדינה השותף לעבירה.
5. הסוכן הקונה/עוצר - Buy Busts.
6. הסוכן המוכר - Reverse Buy.
7. הסוכן הרדום - Deep Cover.
8. הסוכן במשלוח מבוקר - Controlled Deliveries.
9. הסוכן הקטין.
10. הסוכן המדיח - הפרובוקטור.

כל הסוכנים מופעלים אמנם בצורה מתוכננת, אך מותאמים לסוגי חקירה שונים. כך נהוג, בדרך כלל, לראות בסוכן הכלוא (המדובב) ובסוכן המשחזר אמצעי חשוב בחקירה תגובתית, בעוד ששאר הסוכנים מופעלים בדרך כלל במסגרת חקירה יזומה. בחלק מסוגי הסוכנים, ביניהם הסוכן המוכר והסוכן הרדום, נעשה שימוש בעיקר בחקירות הנערכות בארצות הברית, כאשר הם מופעלים לפרקי זמן ממושכים ביותר ובמידור המזכיר מנטליות של ריגול.³²

הסוכן החשאי (השוטר) - ס"ח - הוא שוטר המגויס והמופעל במשימה חשאית לאיסוף ראיות. הוא מיועד להעיד בבית המשפט. עם סיום הפעלתו וחשיפתו ממשיך לשרת כשוטר בתפקידים אחרים.

מקור סוכן חשאי (מס"ח) - עבריין, עד מדינה, מקור מודיעיני או כל אדם אחר המופעל במשימת איסוף ראיות בצורה חשאית. הוא אינו מגויס למשטרה, ומיועד להעיד בבית המשפט. הפעלתו נעשית כפוף להסכם משפטי.³³

הסוכן הכלוא - המדובב - הוא אדם המשמש מקור ממוקד לאיסוף ראיות. הפעלתו חשאית והוא מיועד להעיד בתחושות ובצורה סמויה בבית המשפט כדי שניתן יהיה להמשיך ולהפעילו בעתיד.

הפעלת הסוכן הקונה/עוצר נפוצה בארצות רבות. מדובר בהפעלה קצרה ביותר, כאשר הסוכן רוכש את המוצר האסור מן העבריין החשוד ומיד בתום הרכישה מתבצע מעצרו.

³² רוס, לעיל הערה 9, בעמ' 1525. רוס עומד על כך שמדינות אירופיות רבות אוסרות פעילות ארוכת טווח שכזו, מחשש להשחתה של הסוכן.

³³ תורת המודיעין של משטרת ישראל (התשס"ג - 2003), בעמ' 99, 295.

בשונה מן הסוכן הקונה/עוצר, יש במדינות רבות רתיעה, בעיקר מוסרית, מהפעלת הסוכן המוכר (Reverse Buy) - סוכן אשר מספק את המוצר האסור לעברייין. בארצות הברית, לעומת זאת, מקובל להצדיק את הפעלתו של סוכן מסוג זה בבדיקה מקדמית של נטיית הנאשם לבצע את העבירה מלכתחילה, גם אם יתברר שרשויות האכיפה הציגו וסייעו בביצועה.³⁴

הסוכן במשלוח מבוקר מופעל לרוב בחקירת עבירות סמים ופשיעה, אשר חוצה גבולות בינלאומיים, ובשל כך, מחייבת הפעלתו קבלת אישורים משפטיים מהמדינות המעורבות בתהליך. מדובר בדרך כלל באירוע, שתחילתו בתפיסת מטען סמים, המשכו בניסיון לרתום את החשוד לשותף פעולה ולהמשיך בפעילותו הפלילית בתפקיד של מעין "סוכן-כפול", וסופו - במסירת המטען הפלילי למשגרים ואיסוף הראיות נגדם.³⁵

הסוכן המדיח מהווה לכאורה איום על כל שיטת חקירה, ומעורר שאלות בנוגע להגינות הליך האכיפה ואמון הציבור בתהליך. בפרקים הבאים נרחיב אודות הסוכן השוטר (ס"ח), הסוכן העברייין (מס"ח), הסוכן הקטין, הסוכן המדיח והמדובב.

1. הסוכן השוטר (ס"ח)

להפעלת שוטר כסוכן חשאי יש יתרונות עצומים, הן במישור המוסרי והן בתחום המקצועי. מרכיבי האמינות, המניע והמוטיבציה, של סוכן מסוג זה ברורים, ובדרך כלל אינם שנויים במחלוקת. הבעייתיות בהפעלת השוטרים כסוכנים נובעת דווקא מהיותם "בחורים-טובים", שכן בשטח הופכת אמינותם לחיסרון. הסיכוי של ס"ח לחדור לרבדים הגבוהים של ארגוני הפשיעה, למטרת איסוף ראיות או מידע, הוא קטן. בניית סיפור כיסוי הינה מלאכת מחשבת סבוכה ומסוכנת. בשל נתוני הפתיחה הקשים, נדחקו רוב הפעלות הסוכנים (ס"חים) בעיקר לטיפול ברובד הנמוך-בינוני של הפשיעה, בו "מבחני-הכניסה והמיון" של המתקבלים לארגון

³⁴ רוס, לעיל הערה 9, בעמ' 1525. ע' גרוס "גבולות מוסריים לאכיפת המשפט הפלילי" מנחה ליצחק - קובץ מאמרים לכבודו של השופט יצחק שילה בגבורותיו (תשנ"ט) 401, בעמ' 419 - 423.

³⁵ ראו גם רוס, לעיל הערה 9, בעמ' 1525.

קלים יחסית.³⁶ בעבירות סמים, למשל, ככל שלסוחר הסמים קהל לקוחות רחב ומגוון יותר, כך עשוי הסוכן להשתלב בקהל זה, עם סיכון נמוך יותר לחשיפה. הגבלות נוספות על הפעלת הסוכן השוטר נובעות מהיותו איש חוק. כך, למשל, בניסיונות הספורים שנעשו להפעלת שוטרים כסוכנים בתחום עבירות הרכוש, התעוררו קשיים, שכן במצבים בהם סוכן משטרתי מתחזה לרוכש סחורה גנובה, נוצר חשש שפורצים ייזמו התפרצויות על מנת לקבל מחיר סביר "מהסוחר-שוטר". כמו כן, במצבים בהם מנסה השוטר להשתלב בכנופיית פורצים, קיים סיכוי שכדי להיטמע בין העבריינים, הוא יאלץ לבצע עבירות אשר יפגעו ברכושם של חפים מפשע. גם הפעלת שוטרים כסוכנים בתחום הסחר באמצעי לחימה העלתה חשש, שמאותן הסיבות עלולה הפעלת השוטרים להחריף את התופעה, ולהאיץ תוכניות רדומות לגנוב מבסיסי צה"ל והמשמר האזרחי.

נוסף לכך, מטבע הדברים, מוגבל מאוד פרק הזמן בו ניתן להשתמש בשירותיו של הסוכן המשטרתי.

בד בבד, ככל שנעצרו חשודים רבים יותר בתיקים בהם הופעל סוכן משטרתי, והוגשו יותר כתבי אישום, החלו נחשפות בבית המשפט השיטות אותן נקטה המשטרה בהפעלת שוטרים כסוכנים. כתוצאה מכך, הגיבו הכנופיות בהחמרת מבחני הסינון כלפי דמויות חשודות שצצו בשטח וניסו לקנות את אמונם. בתחום הסמים, לדוגמה, עמדו הסוחרים על כך שהלקוחות "הפרובלמטיים" ישתמשו בסמים בנוכחותם, כאשר ברור, כי אף שוטר לא יעשה זאת; ניסיונות הסוכנים המשטרתיים לטעון, כי הם מתווכים, התקבלו בעוינות ובחשדנות. נוסף לכך, הנהיגו העבריינים בדיקות יסודיות של פרטים שמסרו הסוכנים על עצמם - כגון מאסרים קודמים, כביכול, כתובות מגורים, משפחה, חברים ובעיקר ממליצים. קשיים אלו תרמו לירידה חדה בהיקף הפעלתם של הסוכנים המשטרתיים, וכמובן באפקטיביות שלהם. כמובן, לעתים, יש גם הצלחות - הפעלה חריגה ומיוחדת של המשטרה בתחום הסוכנים השוטרים הסתיימה במאי 2003 בעיר לוד, שם עסק הסוכן החשאי כעברייני

³⁶ שרייבר, לעיל הערה 11, בעמ' 302.

זוטר בהפצת סמים בשליחות עבריינים בכירים, ובכך רכש את אמונם והצליח להפליל עשרות חשודים.³⁷

2. הסוכן החשאי העבריין (מס"ח) ועד המדינה - השותף לעבירה

נראה, כי חסרונותיו של הסוכן המשטרתי התבררו כיתרונותיו של הסוכן העבריין. סיפורי הכיסוי, הממליצים ומבחיני הסינון, נחסכו מהסוכן העבריין בזכות המוניטין הפלילי שלו וקשריו לרבדים הבכירים והדומיננטיים ביותר בארגוני הפשיעה. חסרונותיהם של סוכנים אלה, לצד הבעיות המוסריות, היו ונותרו בתחום המניע, האמינות והמוטיבציה שלהם לקבלת טובות הנאה.

כאמור, המקור המודיעיני המופעל כסוכן (מס"ח) זכה בכריטיס הכניסה לחוג הסלקטיבי של עולם הפשע ובאמונו, בזכות היותו פעיל ובדרך כלל גם שותף אקטיבי במידה כלשהי לעשייה הפלילית של חברי הכנופיות או של יעדי המבצע המשטרתי. המשתנים הללו הופכים בהכרח את העבריין הסוכן לשותף לעובר העבירה, לפחות ביחס לעברם המשותף. הקושי להעיד סוכן כזה נגד שותפיו מעורר, מטבע הדברים, גם את שאלת מעמדו כ"עד מדינה".

(א) קנדה

בהלכת **Vetrovec** (1982),³⁸ שעסקה בעבירות של סחר בהירואין, סטה בית המשפט העליון הקנדי מההלכה האנגלית בדבר הצורך ב"אימות" (corroboration) לעדותו של שותף לעבירה. בית המשפט קבע, כי יש לבחון כל מקרה לגופו ולהימנע מסיווגם מראש של עדים מסוג זה כבלתי אמינים. בית המשפט היה ער לכך, שאמנם קיימות עדויות של שותפים לעבירה, המשתפים פעולה, שעליהן לא ניתן לסמוך, אך זאת ניתן לעתים לייחס גם לקטגוריות אחרות של עדים. כלומר, לא קיים גורם אינהרנטי הטבוע בראיה המתקבלת ממשותף פעולה שהוא שותף לעבירה, המסווג אותה אוטומטית כבלתי אמינה.

³⁷ "לוד: סוכן הפליל 42 סוחרי סמים, היכספומטים נהרסו", מתוך www.ynet.co.il/Ext/Comp/articleLayout

³⁸ **Vetrovec v. La Reine** (1981) S.C.R. 811

נקבע, כי חובה על השופט להתמקד בעובדות המקרה ולבחון את מכלול המשתנים המחזקים או המחלישים את ערכם של עדים מסוימים. אם מגיע השופט למסקנה, כי יש לגלות ספקנות בנוגע לעד כלשהו, עליו להנחות את המושבעים בהתאם; אם השופט מתרשם, כי העד אמין, אזי גם אם מבחינה פרוצדורלית הוא מוגדר כמשתף פעולה שהינו שותף לעבירה, אין חלה על השופט החובה להזהיר את המושבעים.

בית המשפט הקנדי יצר הבחנה בין שני סוגי עדות של שותף לעבירה, על פי המניע שלהם: מניע בסיסי-אמיתי, ומניע מוטיבציוני-אישי. קבוצת העדים הראשונה מהווה מיעוט, שכן מספר העדים הפועלים על-פי קודים של מוסר ומתוך מניע של חשיפת האמת, הוא קטן. בעיית האמינות מתקיימת לכאורה בקרב הקבוצה הרחבה של בעלי המניע האישי לקבלת טובת הנאה. למרות זאת, סירב בית המשפט הקנדי לנסח נוסחה סגורה, שתמנע קבילות ראיות שסופקו על ידי עדים מן הקבוצה השנייה, אלא חייב בדיקה יסודית וזהירה של כל סוגי העדים.³⁹

בעניין **Dikah** (1994)⁴⁰ נדון מקרה בו הואשמו שניים בסחר בסמים, בעקבות מכירת קוקאין לסוכן-עבריין בשלוש הזדמנויות. לאחר המכירה הראשונה נחתם הסכם הפעלה בין הסוכן לבין המשטרה. הוסכם, כי בתמורה לסך מקסימלי של \$10,000, הסוכן יסייע למשטרה בחקירת פעילות פלילית של פלוני ואחרים שאליהם ייחשף במהלך החקירה. הסוכן הסכים לסייע גם בכך שיעיד בהליכים פליליים הנובעים מן החקירה. לבסוף, אך במרכז הדיון, הצהיר הסוכן כי הוא מבין ומאשר שלא יוכל לצפות לתשלום מלא, אלא אם כן המשטרה תצליח, בסיועו, להוביל חקירה מוצלחת נגד החשודים שהוגדו לעיל. במהלך פעילותו לא צויד הסוכן במתקני הקלטה כלשהם, מחשש לביטחוננו, אך הוא נלקח והוחזר מכל פעילות על ידי שוטרים, שדאגו לערוך כל פעם חיפוש מקיף על גופו וכליו. כלומר – ללא עדותו לא ניתן היה להאשים איש בפלילים. זמו קצר לאחר ביצוע הרכישות, הוגשו כתבי אישום כנגד השניים הנ"ל ולאחר מספר שבועות שולם לסוכן מלוא הסכום שסוכם.

³⁹ הפסיקה הקנדית התייחסה למצבים בהם הדרישה לאימות התפתחה בפסיקה, ולא למצבים בהם מדובר בדרישת המחוקק.

⁴⁰ בית המשפט העליון הקנדי: **Dikah v. R.** (1994) 3 S.C.R. 1020. בית המשפט לערעורים (אונטריו): **R. v. Dikah** (1994) 20 C.R.R. (2d) 193.

הסוכן לא היה אמור לקבל כל תשלום נוסף בעבור עדותו, אלא סכום נמוך (\$45) בגין החזרי הוצאות עבור כל יום עדות.

בערכאה הראשונה לא אישרה השופטת את עדות הסוכן והורתה על עיכוב הליכים (stay of proceedings), בטענה כי חוזה ההפעלה מנוגד לעקרונות בסיסיים של צדק ופוגע באמון הציבור. בבית המשפט לערעורים של חבל אונטריו נהפכה ההחלטה. פסיקת ערכאת הערעור אושרה כמות שהיא בבית המשפט העליון בקנדה. בפסק הדין של בית המשפט לערעורים הובהר, כי תפקידם של סוכנים בתשלום הוכר זה מכבר ככלי בעל ערך במלחמה בסמים. אמנם, תשלום לסוכן משפיע על משקלה של עדותו, אך אינו נוגע לשאלת הקבילות. בנסיבות העניין, ובשים לב להיקף הפיקוח על הסוכן, לא נמצא מקום לטענה, כי יש לחשוד בו שהיה מבקש לטפול אשמה על הנאשמים, כגון שהיה רוכש סם ממקום אחר ומאשימם בכך. כמו כן, אין זה מקרה בו משתלם כסף בעד עדות בפלילים, שאז כבר נפסק כי העדות פסולה.

הלכת **Vetrovec** קנתה לה שביתה חזקה במשפט הקנדי ויושמה גם על עדויותיהם של עבריינים שנדונו לעונשי מאסר ובתקופת כליאתם מבקשים לשתף פעולה עם רשויות החוק בעבור טובות הנאה שונות. הייחוד כאן נעוץ בכך שהכלוא נתון לשליטת הרשות ויש לשער כי יבקש לנקוט צעדים שיקדמו את חירותו. זיכוי המלא של גי פול מורין, בשנת 1996, מאשמת רצח שכנתו הקטינה, לאחר 10 שנות מאסר, וזאת, בעקבות ראיות D.N.A, גררה דיון משפטי וציבורי בסוגיה זו. ההרשעה גרמה להקמת ועדה מיוחדת, אשר קבעה כי הסתמכות על עדותו של כלוא היוותה מרכיב חשוב ומשפיע במשפט והובילה להרשעתו השגויה. הכלוא שמע, כביכול, את התוודותו של מורין ביחד עם אסיר נוסף מתא סמוך, והשניים העידו נגדו. נמצא, כי שניים אלו היו אנשים בלתי אמינים, שפעלו על בסיס מוטיבציה אישית לקבלת הטבות, ללא כל בעיה פסיכולוגית לשקר.⁴¹

הוועדה קבעה כי אין להתבסס אך ורק על ראייה שאינה מאומתת המתקבלת ממקור כלוא, וקבעה חובה לאסוף ראיות חיצוניות לכלוא שיש בהן לאמת את

⁴¹ S. Skurka "A Canadian Perspective on the Role of Cooperators and Informants" 23 *Cardozo L. Rev.* (2002) 759, 761

הפרטים המפלילים שמסר. בהקשר זה נקבע, כי יש להיזהר מקבלת גירסה של כלוא נוסף כאימות עצמאי לגירסת עמיתו הכלוא. הובהר, כי סוכנים מסוג זה נגועים במניע אישי, ועל כן עלולות הראיות להיות בלתי אמינות ובסופו של דבר, בהיותן כאלה, הן עשויות להכשיל את מערכת הצדק.

הוועדה יצרה סל של משתנים, העשוי לסייע לתביעה בבחינת מידת האמון שניתן ליחס לגירסת סוכן כלוא. בפועל, ניתן לעשות שימוש בכללים אלה כבסיס לבדיקת אמינותם של כל סוגי הסוכנים. על-פי קביעת הוועדה, יש לבדוק מהי מידת האימות שיש בגירסת הסוכן הכלוא (המדובר), מה משקלה הסגולי ומידת הפרטנות של גירסת הסוכן הכלוא, מהו היקף הפרטים המופיעים בגירסת הסוכן הכלוא והידועים לכאורה רק למבצע העבירה (מה שמכונה בארץ "פרטי חקירה מוכמנים" - פח"מ) והאם יכלו הפרטים הללו להגיע בדרך אחרת לסוכן הכלוא. כמו כן, יש לבחון את אישיותו של הסוכן הכלוא, תוך בחינת הרישום הפלילי או הפרופיל הפסיכיאטרי שלו, ולבדוק כל בקשה להטבה או לטיפול מיוחד שהגיש הסוכן הכלוא וכל הבטחה שניתנה לו; יש לבדוק אם הסוכן הכלוא מסר מידע אמין בעבר, או טען בעבר שכאשר היה עצור שמע הודאות והתוודויות, אם העיד בעבר למען התביעה או ההגנה בהליכים משפטיים, ומה היו תוצאותיהן של עדויותיו. עוד יש לבדוק, אם שיחותיו של הסוכן הכלוא עם הנאשם הונצחו, ובאלו נסיבות נתן הסוכן הכלוא את עדויותיו - האם בשבועה ואם היו שאלות מנחות מצד חוקריו.⁴²

הוועדה הקנדית קבעה במפורש, כי אין לדחות אפריורית הסתמכות על ראיות שהתקבלו מסוכנים כלואים; ההכרעה בעניין הושארה לשופט, שתפקידו לבחון את אמינות הראיות בזהירות ובחשדנות.

הוועדה הזהירה, כי לעתים מדובר דווקא במניפולציה מצד הרשויות. בהקשר זה הוזכר פסק דין אמריקני, בו התברר כי סוכן כלוא מסר מידע, ובמקביל הוחתם על מסמך שמחייבו להמשך שיתוף פעולה. בהתאם למסמך, הרי אם יחדל הכלוא מלשתף פעולה, הוא היה צפוי להפסקת הטיפול בערעור שהגיש בדבר עונש מאסר עולם שנגזר עליו, כמו גם להגשת כתבי אישום נגדו בעבירות נוספות בהן היה חשוד.

⁴² שם, בעמ' 763.

כפי שהעיד הכלוא עצמו, בנסיבות אלו לא נותרה לו כל ברירה אלא לקבל את תנאי הרשויות, כששאלת האמינות והמניע שלו קיבלו מאפיין נוסף. המשתנים שהציעה הוועדה מצאו ביטוי בהנחיות המשטרתיות בקנדה, כמו גם בהקמת צוות תובעים שמתפקידם לבחון תיקים בהם מבקשים להסתמך על עדותו של כלוא.⁴³

(ב) ארצות הברית

נראה, שהניסיון האמריקני מצביע על כך שנדיר הוא דיון ההוכחות הפלילי שאינו מערב העדת פושע – כזה שהשתתף בעבירה והגיע להסדר טיעון עם רשויות התביעה, או כזה המעיד בחסות חסינות שהובטחה לו. מעטים ביותר הם המקורות המעידים שלא בעבור הטבות או גמולים.⁴⁴ בהקשר זה נפסק, בשונה מן הדין הקנדי ותוך הפיכת פסיקה קודמת, כי אין למנוע עדות של סוכן שהובטחה לו תמורה מותנית. סוכן כזה אינו שונה מעד המצפה, בתמורה לעדותו, להקלה במשפטו שלו. כך או כך, מסור הדבר להערכת המושבעים.⁴⁵

(ג) ישראל

משטרת ישראל מתייחסת בפועל למס"ח כאל עד מדינה, שעדותו טעונה סיוע. זאת, למרות העובדה שהסוכן עוסק באיסוף ראיות המנותקות מעברו הפלילי, והוא מוכוון עתיד, ללא כל מחשבה פלילית או שותפות אמיתית בביצוע העבירות נשוא כתב האישום.⁴⁶

עניינו של עד מדינה מוסדר בסעיף 54 (א) לפקודת הראיות [נוסח חדש]. בדרך כלל, מדובר ב"שותף לעבירה נשוא האישום, אשר בתמורה להסכמתו לשתף פעולה

⁴³ שם, בעמ' 764.

⁴⁴ A.C. Rowland "Effective Use of Informants and Accomplice Witnesses" 50 *South Carolina L. Rev.* (1999) 679. המאמר נכתב על ידי תובעת פדרלית והוא סוקר את שיקולי התובע בהתקשרות עם מקורות מידע לכל אורך ההליך הפלילי.

⁴⁵ *U.S. v. Cervantes-Pacheco*, 826 F. 2d 310 (1987). רולנד, שם, בעמ' 682, הע"ש 10.

⁴⁶ למעשה, דיעה כזו כבר הביע פרופ' גרוס, לעיל הערה 20, בעמ' 175 – 185, שעורך השוואה בין עד מדינה לבין סוכן עבריין ומגיע למסקנה כי הסיכונים הגלומים במוסד "עד מדינה" מתקיימים גם לגבי סוכן עבריין, יהא אשר יהא. מכאן סבור פרופ' גרוס, כי יש מקום לדרישת סיוע גם לגבי סוכן עבריין.

עם השלטונות ולהעיד כנגד השותפים האחרים ניתנת לו "הבטחה" לפיה הוא לא יועמד לדין פלילי בקשר לחלקו בביצוע אותה עבירה.⁴⁷

פרופ' קדמי מדגיש בספרו, כי "תקווה" של עד אינה הופכת אותו לעד מדינה. הנושא נדון בפסק הדין בעניין **חבורה**,⁴⁸ בו עלתה השאלה אם עדותו של משתף פעולה הינה בגדר עדות של עד מדינה, הטענה סיוע. בהקשר זה קבע השופט לוי:⁴⁹

"נמצא שאם בכלל קבל אלוני טובת הנאה, לא נמסרה אמרתו ת/7 לאחר שטובת ההנאה ניתנה או שהובטחה לו כנדרש בסעיף 54 לפקודת הראיות (נוסח חדש) ואין קשר סיבתי בין טובת ההנאה והאמרה."

בנוהל זה של משטרת ישראל קיימת, כביכול, סתירה פנימית. עד המדינה ה"קלאסי" היה לכאורה ישר דרך ביחסיו עם שותפיו הקודמים, אולם, כעת הוא "חוצה את הקווים" על מנת להתחמק מעונש. דרישת הסיוע לעדותו נועדה להבטיח, כי גירסתו לא תושפע מרצונו לזכות בענישה מופחתת. לעומתו, המס"ח יוצא לדרך מראש כשבכוונתו לבגוד בחבריו (תוך כדי ביצוע עבירות חדשות, שאודותן הוא כמובן מתעתד להעיד).

בפועל, הבדלים אלו הם קטנים, שכן שני סוגי ההפעלה ניזונים מעבר פלילי משותף; המס"ח מסוגל לאסוף ראיות הנוגעות לעבירות חדשות רק בזכות קשריו הקודמים עם אותם חשודים, והזיקה הפלילית ביניהם הינה תולדה של עבריינות משותפת. לכן, גם לטעמנו, חובה להתייחס אל המס"ח כאל עד מדינה.

על-פי הוראות אגף החקירות המשטרית,⁵⁰ אין להרבות בהפיכת נאשם לעד מדינה ואין להרבות במתן הקלות. "עד מדינה", בהתאם לפרקטיקה המשטרית המקובלת, הוגדר כ"אדם שנטל חלק בביצוע עבירה והביע נכונות להעיד מטעם התביעה נגד שותפיו לאותה עבירה בתמורה להבטחה (עם או בלי טובת הנאה נוספות) שלא יובא לדין בגין אותה עבירה או שיוחלף סעיף האישום נגדו מחמור לקל

⁴⁷ קדמי, **לעיל** הערה 26, בעמ' 358, 359, 361. יוער, כי בהתאם לסעיף 54(ב) לפקודת הראיות, כל טובת הנאה שהיא, בתמורה לעדות, הופכת עד, שהוא שותף לעבירה, ל"עד מדינה".

⁴⁸ ע"פ 347/89 **חבורה נ' מדינת ישראל**, פדאור 89 (3) 171.

⁴⁹ **שם**, בעמ' 173.

⁵⁰ הנחיית מח"ק 03.300.080 (ביטלה את אח"ק מסעיף 70 ואת פקודת הקבע המשטרית 14.01.18 "עדי המדינה – הקלות בדין"). ראו גם הנחיית היועץ המשפטי לממשלה בנושא העברייני כעד מדינה מיום 01.01.72.

יותר"; נקבע, כי מעמד של עד מדינה יינתן רק על דעתו ובהסכמתו של ראש אגף החקירות, וכי אין להמליץ על מתן מעמד של עד מדינה לחשוד שהוא העבריין העיקרי באותה עבירה; עוד הודגש, כי ההמלצה תינתן רק כאשר מדובר בביצוע פשע חמור או בעבירה אחרת שיש עניין לציבור בהרשעת מבצעה. על פי ההוראות, אין להבטיח לחשוד דבר, לפני שנתקבלו אישור ראש א"ק והחלטת פרקליט המחוז להעניק לחשוד מעמד של עד מדינה.

הנחיות היועץ המשפטי לממשלה קובעות גם הן, כי אין להסכים להפיכתו של עבריין לעד מדינה אלא במקרים יוצאי דופן, היינו - במקרים בהם יש להעדיף למען טובת הציבור את ההבאה לדין של עבריין עיקרי מסוים (אשר תהיה אפשרית רק עקב הפיכת עבריין אחר לעד מדינה) על פני הבאתו לדין של העבריין האחר. בהנחיות הודגש, כי עבריין לא יקבל מעמד של עד מדינה, אלא על פי הסכמת פרקליט המחוז.

פרופ' עמנואל גרוס⁵¹ ביקר את שיטת ה"סחר" עם מפירי החוק, וקרא לשוב ולשקול שנית את מעמדו של עד המדינה, שכן, לדבריו, יש בו מידה של פגיעה בתדמית החברה.

למרות הביקורת והתדמית הבעייתית של השיטה, נראה, כי אין למעשה פתרון אחר, הן מציאותי והן הוגן יותר, לטיפול בעבירות חשיפה, בפשיעה בכלל, ובפשע המאורגן בפרט.

3. הסוכן המדיח

טענת ההגנה בדבר פיתוי על ידי סוכן מדיח קדומה ביותר וכבר בספר בראשית עלתה בכל חריפותה: "ויאמר ה' אלוקים לאישה מה-זאת עשית ותאמר... הנחש השיאני ואכל..."⁵².

כפי שכבר אמרנו, הסוכן המדיח מהווה איום לכאורה על כל שיטת חקירה ומעורר שאלות בנוגע להגינות הליך האכיפה ואמון הציבור בתהליך. פרופ' ע' גרוס עמד על סוגיה זו במאמרו:⁵³

⁵¹ ע' גרוס "עיסקות טיעון וחקר האמת" פלילים ג (תשנ"ג) 256.

⁵² בראשית, פרק ג', י"ג-י"ד.

"יש להדגיש שאם בתי המשפט יקרינו מדיניות לפיה המטרה מקדשת את האמצעים, וההונאה והתכסיסנות מקובלים כשמדובר בהתעסקות עם אנשים בעלי עבר פלילי, הדבר עלול בסבירות גבוהה לגרום לכך שהשיטות להשיג הודאה/הרשעה להתעסק בפעולות לא חוקיות ולטייח עוולות תחשבנה קבילות. מעבר לכך, הסכנה העומדת מאחורי אימוץ מדיניות כזו היא רחבה יותר שכן תושבים הרואים פקידים שלטוניים מבצעים פעולות נפסדות ופסולות אלו ופטורים מעונש, עלולים לנהוג באופן דומה. לכן, הדרך הטובה ביותר ללמד אחריות היא על ידי אימוץ מודל התנהגותי המכבד זכויות אינדיבידואליים... אימוץ מודל מעין זה לא ימנע מעצר והרשעה של עבריינים כרוניים העוסקים בפשע ובו זמנית - יקטין את האפשרות שזכויות אינדיבידואליים יופרו באמצעות הקטנת האפשרות של אנשים להיות מודחים לביצוע עבירות שלא היו מבצעים בנסיבות אחרות."

עם זאת נראה, כי גישתו של פרופ' גרוס יוצאת מנקודת הנחה שאינה בהכרח נכונה, כי ניתן להשיג אותן תוצאות חקירתיות שהושגו תוך כדי הפעלת סוכנים, בכלים חקירתיים חלופיים.

לטעמנו, במציאות בה הפשע המאורגן הופך בהדרגה לחלק מהמציאות היום-יומית בארצנו, והחשש כי בעתיד הוא עלול להוות סיכון אסטרטגי, הרי דווקא הפעלה והירדה, הוגנת ומושכלת של הסוכנים עשויה לחזק את אמון הציבור במערכת המשפט ולתרום לצמצום הפער בין האמת העובדתית לבין האמת המשפטית.⁵⁴ בדברינו אלה אין אנו מבקשים לטעון לטובת השימוש בסוכן המדיח, אלא נגד ראייה "מרחיבה" הרואה הדחה במקום בו כלל אינה קיימת.

(א) ארצות הברית

הפסיקה בארצות הברית דנה בכמה היבטים, מוסריים וחוקיים-משפטיים, עת בחנה את נושא הפעלת המקורות המודיעיניים והסוכנים. בין היתר, כפי שהובא

⁵³ גרוס, לעיל הערה 34, בעמ' 430 - 431.

⁵⁴ דוגמה להפעלת סוכנים מושכלת ניתן למצוא במקרה של שוטר ימ"ר מרכז, אשר הופעל במשך תקופה ארוכה כמאבטח של אדם, הנחשב לעבריין בכיר בנתניה. השוטר הצליח לאסוף ראיות נגד אותו אדם ונגד 11 חשודים נוספים בעבירות של סחיטת דמי חסות, החזקה ושימוש בנשק ועוד. ראו "פעילות יומית", מיום 22.8.03 באתר www.bambli.com/bambli_news/katava_main.asp

לעיל, נבחנה הבעייתיות וההוגנות של השימוש בסוכנים קטינים, חברים ובני משפחה. אולם, בסופו של דבר, עיקר ההתמודדות נסב סביב הציר הרגיש והפרובלמטי של ההדחה (Entrapment).

כבר בשלהי המאה התשע-עשרה הביעו בתי משפט פדרליים את דעתם, כי לא כל "הטמנת פח" היא מותרת. כאשר הוכח, כי הרעיון הפלילי הוחדר למוחו של הנאשם על ידי הסוכן, הוא זוכה, בין מטעם של טובת הציבור ובין מטעם של מניעות. במקרה אחד אף נקבע כי מדובר בהגנה מוחלטת לנאשם, אם תוכח.⁵⁵

הסוגיה נבחנה לראשונה בבית המשפט העליון בארה"ב, בעניין **Sorrells** (1932)⁵⁶ שהיווה ציון דרך חשוב בהלכת ה-Entrapment. בימי האיסור על שתיית אלכוהול, התקרב סוכן חשאי לנאשם ורכש את אמונו בסיפורי הווי על עבר צבאי, כאשר בד בבד, שידל הסוכן את הנאשם לספק לו ויסקי. לבסוף, נעתר הנאשם לפניותיו של הסוכן וסיפק לו את האלכוהול, כמחווה לחבר ותיק מהמלחמה. מיד לאחר שעשה זאת - נעצר. הנמקת רוב השופטים בבית המשפט בחנה את נטיית הנאשם לבצע את העבירה. נקבע, כי העבירה בוצעה בשל התנהגות הסוכן והוחלט, לכן, לזכות את הנאשם. שופטי המיעוט הצטרפו לתוצאה, אך בחרו למקד את הדיון בהתנהגות הסוכן, כאשר תקנת הציבור מונעת לנצל לרעה הליכי משפט נגד מי שהודחו לעבור על החוק מצד הרשות.⁵⁷

בפסק דין **Sherman** (1958),⁵⁸ דובר בסוכן שהתחזה לנרקומן הסובל מחוסר סמים. הסוכן שב וביקש מהנאשם שיספק לו סמים והנאשם כך עשה. גם במקרה זה נעצר הנאשם, אולם בית המשפט התחשב בנסיבות וזיכה אותו. פסק הדין שב ואישר את הנמקת הרוב בעניין **Sorrells**.

בשורה התחתונה, הגנת ה-Entrapment הוכרה בבתי המשפט הפדרליים, וכן ברוב המדינות בארה"ב, הן בפסיקה והן בחקיקה.⁵⁹

⁵⁵ ע' גרוס "סוכן מדיח - כטענת הגנה במשפט פלילי" **משפט וצבא** 9 (תשמ"ט) 109, בעמ' 112.

⁵⁶ **Sorrells v. U.S.**, 287 U.S. 435 (1932).

⁵⁷ גרוס, **לעיל** הערה 55, בעמ' 115.

⁵⁸ **Sherman v. U.S.**, 356 U.S. 369 (1958).

⁵⁹ גרוס, **לעיל** הערה 55, בעמ' 117.

פסק דין נוסף שדן בהדחה הוא עניין **Russell** (1973),⁶⁰ שם התבקש הסוכן המשטרתי לספק לנאשם כימיקלים לייצור אמפטמינים, ובהמשך רכש מן מהנאשם את המוצר המוגמר. טענת הדחה שהועלתה נדחתה, ונקבע כי הנאשם נטה מלכתחילה לעבור את אותן העבירות. עם זאת, קבע בית המשפט, כי רשויות האכיפה היו אך "... מרחק קצר מהפיכה יסודית של הוגנות וזעזוע של תחושת הצדק האוניברסלית".

בפסק דין **Hampton** (1976),⁶¹ נדונה פרשה דומה, בה סיפק הסוכן המשטרתי למערער סם לא חוקי, בעוד סוכן אחר רכש ממנו את הסם ואז נעצר. הנאשם הורשע תוך שבית המשפט חוזר על העקרונות שנקבעו בעניין **Russell**.

בשנת 1978, באזור לונג איילנד בניו יורק, החל אחד ממבצעי הסוכנים הידועים ביותר בארצות הברית, שכונה מבצע "Abscam" והיה מבצע חשאי של ה-F.B.I.⁶² סוכן, אשר הציג עצמו כנציג חברת "Abdul Enterprises", המנוהלת כביכול על ידי שייחים עשירים המעוניינים להשקיע סכומי עתק בארצות הברית, הופעל נגד אישי ציבור וממשל, שהתפתו לדרוש שוחד. במהלך הפרשה נאספו ראיות נגד ראש עיריית Camden, סנטור מניו-ג'רסי, שישה חברי קונגרס, שלושה חברים ממועצת עיריית פילדלפיה, פקח מהרשות להגירה ואזרחות, ועוד שורה ארוכה של עובדי ציבור, אשר כולם הואשמו והורשעו בעבירות שחיתות.

הביקורת הציבורית העלתה לדיון את שאלת ההדחה, הפיתוי והמוסריות שבפעולת הרשויות ואת שאלת ההטבות שקיבל הסוכן. התברר, בין היתר, כי בוטל עונש מאסר בן שלוש שנים שעמד נגדו, וכי הוא קיבל גמול כספי בסך \$150,000. בהמשך התברר, שאת החברה שנבנתה למענו ככיסוי מודיעיני לקידום החקירה, ניצל הסוכן במקביל גם להונאת קרבנות נוספים. חרף כך, טענת ההגנה שהעלו הנאשמים, שלפיה המדינה היא שהדיחה אותם לביצוע הפעילות הפלילית, נדחתה, לאחר שנקבע, כי הנטייה לבצע פעולות אלו היתה קיימת בהם מלכתחילה.⁶³

⁶⁰ **U.S. v. Russell**, 411 U.S. 423 (1973).

⁶¹ **Hampton v. U.S.**, 425 U.S. 484 (1976).

⁶² Schreiber, לעיל הערה 11, בעמ' 14-15.

⁶³ Zimmerman, לעיל, הערה 13, בעמ' 139.

הכרעה שונה בנושא שימוש לקוי במקור מודיעיני וסוכן חשאי התקבלה בפסק דין **Bergman** (1983),⁶⁴ בו נחשפה הפעלתו של סוכן על ידי ה-F.B.I. בשורות הארגון הגזעני קו קלוקס קלאן (Ku Klux Klan) מתחילת שנות השישים לאורך כ- 20 שנה. התברר, שהסוכן פעל בהיבטים רבים כסוכן מדיח.

בצד טענת "הסוכן המדיח" כטענת הגנה, סירב בית המשפט העליון בארצות הברית, למעשה, למנוע את האפשרות להפעיל סוכנים שהם חברים וקרובים, לגביהם נטען כי קיימת בעייתיות מוסרית מיוחדת בהפעלתם.⁶⁵ כך, הגם שאם עמדנו לעיל על הפגיעה בזכויות השתיקה והאזהרה הטבועה בהפעלת סוכנים, הרי שכאן, לכאורה הפגיעה רבה יותר.

בפסק דין **Hoffa**⁶⁶ התברר, כי המשטרה הפעילה את חברו של הנאשם במהלך משפט שהתנהל כנגדו. ההקלטות שביצע החבר חשפו את ניסיונותיו של הנאשם לשחד את המושבעים. בהכרעת הדין נקבע, שעדותו של הסוכן-חבר קבילה. הודגש, כי הנאשם בחר מרצונו החופשי לנהל את שיחותיו המפלילות בנוכחות חברו, ואיש לא כפה עליו לעשות כן. עוד נקבע כי הפעלת סוכן-חבר אינה מנוגדת לתיקון הרביעי לחוקה (הזכות מפני חיפוש בלתי סביר), כך שטעותו של הנאשם, בכך שבטח בחברו, היתה סיכון שהיה עליו להביא בחשבון.

בעניין **White**,⁶⁷ נדונה הפעלת סוכן-חבר שבא למפגש בבית הנאשם, כשעל גופו הוסתר מכשיר ששידר את תוכן שיחותיו עם הנאשם לקציני יחידת הסמים הפדרלית שהסתתרו בסמוך. בית המשפט שב וקבע, כי הקלטות סמויות על ידי סוכן-חבר הינן קבילות. זאת ועוד, הודגש בפסק הדין, כי ההקלטות מבססות את אמינותו של הסוכן, מצמצמות את הסיכוי שהסוכן יתחרט ויחזור בו, וכן מפחיתות את הסיכון שהסוכן יסתיר ראיות שליליות או בלתי נוחות.⁶⁸

Bergman v. U.S., 565 F. Supp. 1353 (W.D Mich. 1983) ⁶⁴

P.R. Glover "Re-Defining Friendship: Employment of Informants by Police" 72 U. ⁶⁵
Colorado L. Rev. (2001) 749

Hoffa v. U.S., 385 U.S. 293 (1966) ⁶⁶

U.S. v. White, 401 U.S. 745 (1971) ⁶⁷

ראו גם: גלבר, לעיל הערה 65, שם. ⁶⁸

(ב) הקהילה האירופית

בפסק דין חשוב של בית הדין האירופי לזכויות אדם (ECHR) בעניין *Teixeira*,⁶⁹ נפסקו פיצויים נכבדים לנאשם שהורשע בפורטוגל בעבירות של סחר בסם, לאחר שבית הדין האירופי מצא כי הנאשם הוסת לעבירה על ידי שוטרים מקומיים והרשעתו בדין מנוגדת לזכותו להליך נאות, כאמור בסעיף 6 לאמנה האירופית לזכויות אדם.

בנסיבות העניין, ניסו שוטרים מוסווים כאזרחים לאתר מפיו סמים, וזאת, בעזרת פלוני בו חשדו שהוא מוכר סמים. השוטרים הציעו לפלוני הצעות שונות בקשר לרכישת חשיש ממנו. באחד הלילות, הגיעו השוטרים במפגיע לביתו של פלוני וביקשו לרכוש מיידית 20 גרם הירואין תמורת כסף מזומן שהציגו. פלוני מסר להם כי אין בידיו הירואין אך ייתכן כי המערער (הנאשם) יודע היכן לרכוש סם זה. פלוני ליווה את השוטרים אל המערער, והסוכנים חזרו באוזניו על הצעתם. המערער, חסר עבר פלילי קודם, הסכים לתנאים, אלא שבעצמו נזקק להשיג את הסם ממקור אחר. המערער פנה לרכוש סם ולבסוף נפגש עם השוטרים בביתו של פלוני ושם נעצר, כשעל גופו נתפסה כמות נוספת של סם, העולה על זו שדרשו השוטרים. ממשלת פורטוגל כפרה בטענות המערער וטענה לפני בית הדין, כי השוטרים הסמויים פעלו אך לחשיפת העבירות שאותן ביצע המערער. בית הדין קבע, כי הסוכנים החשאיים שידלו את המערער לביצוע עסקת סמים, וכי לא ניתן להוכיח שגם אלמלא מעורבותם הפעילה היו העבירות מתקיימות. בית הדין קבע, כי האינטרס הציבורי אינו מתיישב עם שימוש בראיה שהושגה בדרך כזו, וההסתמכות עליה מנוגדת לזכות למשפט הוגן כאמור בסעיף 6 לאמנה הנ"ל.⁷⁰ בית הדין האירופי הדגיש, כי הפעלת סוכנים יש לבצע באורח מוגבל ובטוח, גם כשמדובר בעבירות סמים. התגברות הפשיעה המאורגנת אמנם מחייבת שימוש בכלים אלו, אך לצד זאת קיימת החובה לשמור על הגינות ההליך. בית הדין הוסיף והבחין בין פסיקתו לבין מקרה בו הסוכנים פעלו במסגרת מבצע ללחימה בסמים בפיקוח שופט, או מקרה בו היתה

⁶⁹ פסק הדין הינו 533 BHRC 4 (1998) *Teixeira de Castro v. Portugal* (מופיע גם ב- www.echr.coe.int).

⁷⁰ שם, פיסקה 39, בעמ' 541.

סיבה טובה לחשוד בנאשם שהוא סוחר בסם. שופט המיעוט מצא, כי הנאשם ידע שהוא מבצע פשע, ואין כל משמעות לכך שהוא לא ידע את זהות הקונים. נראה, שהספקנות וההיסוס של בית הדין האירופי אודות ההוגנות שבהפעלת הסוכנים, עומדים בניגוד לקביעת בית הדין עצמו במקרים קודמים, שהוא עצמו איזכר, בדבר יעילות השיטה ונחיצותה. עובדה היא, כי המערער ידע להשיג סם במהירות. גם דרישה לליווי הפעילות המשטרית על ידי שופט או פעילות רק במסגרת של מבצעים מתוכננים, יכולה לאפיין שיטת משפט קונטיננטלית, אך בוודאי אינה מקובלת ברחבי המשפט המשווה. יש לזכור, כי בעבירות מסוימות (כגון סרסרות או זנות), האפשרות לאסוף ראיות באמצעים שונים היא נמוכה ביותר, ואין פתרון אכיפתי אחר, למעט הפעלת סוכנים. כך הוא המצב, למעשה, בכל הנוגע לעבירות החשיפה - העבירות הפליליות שבאופן מסורתי אינן מובאות לידיעת המשטרה.⁷¹

(ג) בריטניה

הפסיקה באנגליה לא קיבלה את הלכת ה-Entrapment כפי שהיא נהגת בארה"ב. בעניין Sang (1979) הבהיר בית הלורדים כי טענת הדחה אינה מקימה הגנה מהותית וגם אין בה לאפשר פסילת ראיה שהיא קבילה מכל בחינה אחרת. נסיבות כאלה יכולות ותאפשרנה הקלה בעונש ויכול גם שיובילו לנקיטת צעדים משמעותיים או פליליים כנגד עובדי הציבור המעורבים.

בתקופה שלאחר מתן פסק הדין בעניין Sang החלו שופטים להביע מורת רוח גוברת והולכת כלפי התנהגות "מדיחה".⁷²

בשנת 2000 התגלגלו לפתחו של בית הלורדים באנגליה שני עניינים, שהתבררו במאוחד, בהם עלתה שאלת הסוכן המדיח.⁷³ במקרה הראשון, הואשם המערער

⁷¹ לדיון בנושא עבירות חשיפה, ראו לעיל פרק ב.1.

⁷² D. Corker & D. Young *Abuse of Process and Fairness in Criminal Proceedings* 159 - 161 (Butterworths, London, Edinburgh, Dublin, 2000). לסקירת הפסיקה האנגלית לפני הלכת Sang ראו מקלין, לעיל הערה 10.

⁷³ R. v. Looseley [2001] או גם ב [www.publications.parliament.uk /pa /ld200102 /ljudgmt](http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200102/ljudgmt/)

בהספקת הירואין לשוטר סוכן חשאי (ס"ח) שהופעל בשנת 1999. הסוכן יצר קשר טלפוני עם המערער ונקבע מפגש. השניים נסעו יחדיו לספק הסמים; הסוכן שילם למערער 30 לירות שטרלינג, והמערער חזר מהספק עם כמות מסוימת של הירואין, מתוכה הותר מעט לעצמו ואת היתר מסר לסוכן. לאחר כמה ימים בוצעו שתי עסקאות סם נוספות. ההגנה טענה, כי הסוכן הדיח את המערער לביצוע העבירות. בית הלורדים קבע, כי הסוכן לא עשה יותר מאשר לתת למערער הזדמנות להפר את החוק, בעוד שהמערער בחר מרצונו החופשי לנצל את ההזדמנות; כל זאת, בנסיבות בהן נראה, כי המערער היה שב ומתנהג בדיוק באותה דרך, גם אם אדם אחר היה מציע לו לבצע אותן עבירות.

במקרה השני, ניהלו סוכנים חשאים משא ומתן עם נאשם בדבר אספקת סיגריות מוברחות. במהלך השיחות שאלו הסוכנים את הנאשם אם הוא יכול לספק להם גם הירואין, ובתגובה השיב הנאשם כי הוא עצמו אינו מעורב בעסקי ההירואין אך טובה עבור הסוכנים, יוכל להשיג להם את הסם. בית המשפט קבע, כי הנאשם לא התכוון מלכתחילה לבצע את עבירת הסחר בהירואין.

תוך עמידה על העקרונות למניעת ניצול לרעה של כוח והגנה על מעמד (integrity) מערכת השיפוט הפלילי, הבהיר בית המשפט, כי אמנם באנגליה אין מהווה הדחה פסולה טענת הגנה מהותית (כלומר, עילה לזיכוי) אך השלכותיה עשויות להתבטא לא רק בטיעון לעונש, אלא גם בפסילת ראייה שהושגה כתוצאה מן ההדחה או אף ב"עיכוב הליכים" (stay of proceedings). בית המשפט לא קיבל כמכרעת את ההבחנה בין פעילות אקטיבית לפסיבית מצד הרשויות, שפעמים רבות כלל אינה מקדמת את הדיון, אלא ראה בכך מדד אפשרי אחד מבין אחרים. בית המשפט סבר כי בכך אין כל סתירה לאמור בפסיקת בית הדין האירופי בעניין *Teixeira*. בית המשפט פירש את עניין *Teixeira* כעוסק בנסיבות בהן ה"אקטיביות" בפעולת המשטרה ברורה, ללא כוונה לכבול את שיקול הדעת במקרים אחרים, בהן קריטריון זה אינו מספיק או מסייע.⁷⁴

⁷⁴ פסקה 74 לפסק הדין (דברי הלורד הופמן). לעניין *Teixeira*, ראו לעיל הערה 69. לניתוח פסק הדין האנגלי ראו גם *Rev.* (2002) 161. ראו גם ז' סגל וא' זמיר "הגנות מן הצדק כיסוד לביטול אישום - על קו התפר בין המשפט הפלילי למשפט הציבורי" *הפרקליט* מז (תשס"ד) 42, בעמ' 62 - 67.

אם כן, אנו רואים כי הפסיקה הבריטית מיישמת הכרה בטענת הדחה, מתוך מטרה להגן על האזרח מפני ניצול לרעה של כוח ומתוך שמירה על הגינות המערכת הפלילית. זיכוי הנאשם מסחר בהירוואין מדגיש, כי התנהגות הרשויות לאכיפת החוק היתה "Seriously improper", וגרמה לפגיעה באמון הציבור במנגנון השלטת הצדק.

(ד) ישראל

ההלכה המסורתית בישראל מבוטאת היטב בעניין **ביבס**, בו מציין השופט

שמגר:⁷⁵

"בית המשפט נקט לשון 'שיטה נפסדת' בתארו את החלופה של הכשלת אזרח בדרך הפרובוקציה, אך הוא לא אימץ לעניין זה את הגישה מרחיקת הלכת הנוהגת לעניין זה, למשל, בארצות הברית כפי שבאה לדוגמה לידי ביטוי בפסק הדין בעניין Sorrels v. U.S. (1932), שלפיה עשויה טענת 'הפח היקוש' (Entrapment) לשמש גם מגן מפני הטלת אחריות פלילית."

בעניין **פלוני**, בו הודגש, כי "המערער לא נתפש בכף מיד כשנפל עליו חשד-של-ממש, אלא ניתן לו עידוד מטעם אנשי הבטחון להרבות קלקלה, למען ישקע יותר ויותר ביון-החטא",⁷⁶ מצא בית המשפט כי יש להתחשב באמור רק כנסיבה מקילה לעניין העונש. החלטה דומה נרשמה גם בעניין **שלום**,⁷⁷ בו חזר בית המשפט והביע מורת רוח מהתנהלות המשטרה, אך לא העניק לעברייני פטור מאחריות פלילית.

בפרשת **נעמן**, הזכיר השופט לנדוי את קביעתו בעניין **ברנדויין**:⁷⁸

"אינני רואה פסול בכך שבמילוי חובתה למנוע פשעים שמה המשטרה מלכודת לאיש כזה, כדי לסתום את מקור הרע. בעשותה כן היא לא יזמה בצוע עבירה ולא שדלה אדם ישר או חלש-אופי לעבור עבירה, שאלמלא כן לא היה עובר אותה."

בנושא הזה רלוונטיים גם דבריו של השופט בך בעניין **מורי**:⁷⁹

⁷⁵ ע"פ 15/78 **ביבס נ' מדינת ישראל**, פ"ד לב (3) 64, בעמ' 72 פסקה ו.

⁷⁶ ע"פ 28/59 **פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד יג (2) 1205, בעמ' 1216.

⁷⁷ ע"פ 129/61 **שלום נ' היועץ המשפטי לממשלה** פ"ד טו (3) 2444, בעמ' 2446.

⁷⁸ ע"פ 42/66 **נעמן ואח' נ' היועץ המשפטי**, פ"ד כ (4) 187, בעמ' 194.

⁷⁹ ע"פ 470/83 **מורי נ' מדינת ישראל**, פ"ד לט (1), 1, בעמ' 5.

"הפעלתם של סוכני משטרה סמויים הוכרה זה מזמן בתור כלי נשק הכרחי ולגיטימי במלחמה נגד הפשע החמור בכלל ונגע הסמים בפרט, אולם עם זאת הובהר תמיד כי יש לאמצעי זה גבולות סבירים. כך נקבע, כי אסור שהפעלת הסוכן תשמש פיתוי והדחה, שיש בהם כדי להשחית אדם חף משפע ולהביא לידי ביצוע עבירות שאחרת לא היו כנראה מבוצעות כלל..."

בפרשת **אפנג'ר**, קבעה השופטת בן-פורת:⁸⁰

"אין ספק שהדרך בה מילא הפעם השוטר הסמוי את תפקידו מטעם המשטרה יש בה טעם לפגם, הפעלתם של שוטרים סמויים ללכידת סוחרי סמים היא בגדר אמצעי הכרחי לעקירת הנגע שפשה בנו, אך יש להציב לה גבולות סבירים."

באותו פסק דין, הביע גם השופט אלון ביקורת חריפה על אופי הפעלת הסוכן:⁸¹

"הבעת מורת הרוח היא בראש ובראשונה על עצם העיוות שבהתנהגותו של אותו סוכן מדיח. שהרי מתפקידה של המשטרה הוא למנוע את הפשיעה ולגלות את העבריינים שפשעו, ועיוות קשה ונלוז הוא, כאשר אחד משלוחיה יוזם ויוצר מעשה עבירה ומביא לידי פשיעה."

אף על פי כן, לא שינה בית המשפט העליון בעניין **אפנג'ר** מהלכת **ביבאס**. בעניין רב"ט **ברטוב**⁸² טען העותר, כי הסוכן הסמוי פעל נגדו במשך תקופה ארוכה; נקבע, כי כאשר החשוד יוזם את העסקאות, אין פגם בכך שמצ"ח מביימים מספר רב יחסית של עסקאות, במטרה להצביע על שיטתיות מצד החשוד ועל יכולתו לספק מגוון של סמים.

בפסק הדין בעניין **טוראים סבח ושמואלי**⁸³ נפסק, כי לא היה מקום לפנייתו של הסוכן הסמוי למשיבים בבקשה לסייע לו בהשגת סמים בלי שהיה לו מידע מוקדם כי יש למשיבים זיקה כלשהי לסמים. בית הדין לא התעלם מכך שבסופו של דבר שיתפו

⁸⁰ ע"פ 360/80 מדינת ישראל נ' אפנג'ר, וערעור שכנגד, פ"ד לה (1) 228, בעמ' 232.

⁸¹ שם, בעמ' 234 - 235.

⁸² בג"צ 1607/97 רב"ט בר טוב נ' הפצ"ר ואח', פדאור 97 (3) 88.

⁸³ 205/94/ע התצ"ר נגד טוראי סבח ואח', פדאור 95 (3) 631.

המשיבים עצמם בעבירת הסמים בלי שהופעל עליהם לחץ ממשי, והרשיע אותם, אולם אופן הפעלת הסוכן הביאה להקלה בדינם.

מלומדים שונים תהו, אם בירור האמת והענשת העבריין הן מטרות כה חשובות, שהן מקדשות את כל האמצעים לשם השגת הראיות.⁸⁴ כיום, יתכן שפגיעות מסוג זה בתהליך עשויות לעורר טענת הגנה מן הצדק כיסוד לביטול האישום למעשה, אם אמנם יצליח הנאשם לעמוד בנטל המוטל עליו כפי שנרחיב להלן.⁸⁵

פרופ' גרוס הציע בעבר מבחנים מצטברים לפעולת סוכן, אשר תיחשב כהדחה פסולה - כאשר הסוכן מדיח לביצועה של העבירה באמצעות נקיטת שיטת שכנוע, היוצרת סיכון ממשי כי העבירה תבוצע על-ידי אדם סביר, ומבלי כל סיבה סבירה להאמין כי הנאשם ביצעה או שהוא מתכוון לבצעה.⁸⁶

בפסק הדין יפת, בו למעשה נטבע המונח "הגנה מן הצדק" מחמת השתק הרשות, אמר השופט דב לוין את הדברים הבאים (ההדגשות הוספו - ג' א'):⁸⁷

"המבחן הקובע, כפי שאני רואה לאמצו, הוא מבחן ה'התנהגות הבלתי נסבלת של הרשות', היינו התנהגות שערווייתית, שיש בה משום רדיפה, דיכוי והתעמרות בנאשם... המדובר במקרים שבהם המצפון מזדעזע ותחושת הצדק האוניברסלית נפגעת, דבר שבית המשפט עומד פעור פה מולו ואין הדעת יכולה לסובלו. ברי כי טענה כגון זו תעלה ותתקבל במקרים נדירים ביותר, ואין להעלותה כדבר שבשיגרה ובענייני דיומא סתם. חשיבותה של טענת ההשתק הפלילי במקרים שבהם התנהגות הרשות היתה כה מקוממת עד כי אי-אפשר להרשיע אדם, כשמי שמעמידו לדין הוא שהביאו לכלל מעשה."

למיטב ידיעתי, טרם מצאו בתי המשפט לנכון ליישם דברים אלו על דרך הכרה בהדחה כבסיס לקבלת הטענה בדבר הגנה מן הצדק.⁸⁸ גם לאחר פסק הדין בעניין

⁸⁴ א' הרנון "ראיות שהושגו שלא כדין - האם נשתנה המצב המשפטי בעקבות חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו?" מחקרי משפט יג (1) (תשנ"ז) 139.

⁸⁵ ראו מאמרם של סגל חמיר, לעיל, הערה 74.

⁸⁶ ע' גרוס, לעיל הערה 55, בעמ' 120 - 121.

⁸⁷ ע"פ 2910/94 יפת ואח' נ' מדינת ישראל, פ"ד נ (2) 221, בעמ' 370. בנסיבות העניין לא נעשתה כל הפעלה של סוכנים. הנמקתו הרחבה של פסק הדין היא המקנה לו חשיבות לענייננו.

יפת, הבחין פרופ' קדמי בין הסוכן המודיע (מס"ח), שאותו הגדיר כמוסד "הנסבל", לבין ה"סוכן המדיח", כנגדו יוצאת הפסיקה, אם כי טרם הוביל בפועל לזיכוי. כפי שהדגיש קדמי, הלכת ה-Entrapment האמריקנית לא נתקבלה במשפט הישראלי, כך שגם אם הוכחה הדחה מצד הסוכן, היא תהיה רלוונטית לעניין העונש.⁸⁸ גישה ביקורתית, שאין בה שינוי מן ההלכה, ניתן למצוא בעניין דהן, שם, במסגרת בחינת בקשת מעצר עד תום ההליכים, נטענה טענת הסוכן המדיח כעילה לשחרור ממעצר; השופט לידסקי הצביעה על הבעייתיות הגלומה בהפעלת סוכנים, וקבעה, כי אף שבישראל לא מיושמת הלכת ה-Entrapment האמריקנית, יש להורות על שחרור העצור; זאת, תוך מתיחת ביקורת קשה על הפעלת הסוכנת החשאית:⁸⁹

5. הסוכנת יזמה את עסקאות הסמים ואף דחקה במשיב לסייע לה ואף למכור לה. ניתן להסיק זאת הן מהודעת המשיב והן מהודעת הסוכנת עצמה וכן מריבוי הטלפונים אל המשיב ובקשותיה לקנות סם.

6. לכאורה עבר המשיב עבירות על פקודת הסמים המסוכנים, אולם לא לצורך הפללת אנשים מסוגו של המשיב, הכשירה הפסיקה את הלכת הסוכן המדיח. באשר לעסקת החשיש - אני מתקשה לקבוע, בשלב זה, ואף איני נזקקת לכך, האם היתה זו מתבצעת. באשר לעסקת הקוקאין - נראה כי הסוכנת לא רק יזמה אותה, אלא אף לא חדלה מלדחוק במשיב שיקשר אותה עם סוחר הקוקאין וישיג לה את הסם המבוקש על ידה.

למרות שמדובר בעבירות מסוג פשע בניגוד לפקודת הסמים המסוכנים, איני סבורה שקמה חזקת מסוכנות כלפי המשיב, אשר הינו, כאמור, נטול הרשעות קודמות כלשהן והודח על ידי הסוכנת.

⁸⁸ בעניין בר טוב, לעיל הערה 82, אמנם ציין בג"ץ, אגב דיון בעתירת הנאשם להורות על ביטול סעיפי אישום בעניינו הנובעים לטענתו מהפעלה בלתי מידתית של סוכן, כי: "אכן, נראה כי לבית המשפט שיקול דעת לבטל כתב אישום או חלקים ממנו, משראה שאין באפשרותו להעניק לנאשם משפט הוגן או שיש בניהול המשפט משום פגיעה בחוש הצדק וההגינות כפי שבית המשפט רואה אותו. ראו [עניין יפת - ג'א'...]". בנסיבות אותו עניין נדחתה העתירה על הסף מחמת שמקומה, כטענה מקדמית, בפתיחת המשפט. בפועל, אין אנו מכירים מקרה בו הובילה טענה כנגד אופן הפעלת סוכן לביטול האישום.

⁸⁹ קדמי, לעיל הערה 26, בעמ' 363.

⁹⁰ תיק בית משפט השלום - ב"ש (ת"א) 004051/05 מדינת ישראל נ' דהן, החלטה מיום 27.8.02.

לאחרונה, בעניין **בורוביץ'**, בדונו בטענת הגנה מן הצדק, קבע בית המשפט

העליון את הדברים הבאים:⁹¹

"מטרת החלתה של ההגנה היא לעשות צדק עם הנאשם, ולא לבוא חשבון עם רשויות האכיפה על מעשיהן הנפסדים. ואולם לרוב (אם כי לא תמיד) תיחוס הפגיעה בצדקתו ובהגינותו של ההליך הפלילי להתנהגות נפסדת של הרשויות; ובמקרים כאלה אכן מוטל על בית-המשפט לבקר את מהלכיהן. ברם, לא כל מעשה נפסד שעשו הרשויות החוקרת או המאשימה, או רשות מעורבת אחרת, יצדיק את המסקנה שדין האישום להתבטל מטעמי הגנה מן הצדק; בין מפני שבאיוון בין האינטרסים הציבוריים המתנגשים גובר העניין שבקיום המשפט, ובין (וזה, כמדומה, המצב השכיח) מפני שבידי בית-המשפט מצויים כלים אחרים לטיפול בנפסדות מהלכיהן של הרשויות. ביטולו של הליך פלילי מטעמי הגנה מן הצדק מהווה אפוא מהלך קיצוני שבית-המשפט אינו נזקק לו אלא במקרים חריגים ביותר. בדרך כלל יידרש הנאשם להראות, שהתקיים קשר סיבתי בין התנהגות הנפסדת של הרשויות לבין הפגיעה בזכויותיו..."

מששוכנע בית-המשפט כי קיומו של ההליך אכן כרוך בפגיעה חריפה בתחושת הצדק וההגינות, עליו לבחון האם לא ניתן לרפא את הפגמים שנתגלו באמצעים יותר מתונים ומידתיים מאשר ביטולו של כתב-האישום. בין היתר, עשוי בית-המשפט לקבוע, כי הפגיעה שנגרמה לנאשם, אף שאינה מצדיקה את ביטול כתב-האישום שהוגש נגדו, מצדיקה היא את ביטולם של אישומים ספציפיים, או תהא ראויה להישקל לטובתו בקביעת עונשו, אם יורשע. כן עשוי בית-המשפט לקבוע, כי תיקון הפגיעה יכול שיעשה במסגרת בירורו של המשפט, כגון בבירור שאלת קבילותה של ראיה שהושגה תוך שימוש באמצעים פסולים."

אם כן, בית המשפט פותח פתח למקרי קיצון חריגים ביותר לפגיעה בקבילות ראיה, או אף ביטול ההליך הפלילי. בית המשפט העליון מדגיש את הקיצוניות והחריגות שבעניין, כמתחייב מן האינטרס הציבורי, וביישום לענייננו – אי התפשרות באותם המקרים, הנדירים ביותר, יש לקוות, בהם פעולת גורמי החקירה היא-היא

⁹¹ ע"פ 4855/02, 4909, 4917 מדינת ישראל נ' **בורוביץ'** (טרם פורסם), ניתן ביום 31.3.05. גם נסיבות עניין זה אינן נוגעות להפעלת סוכנים, אלא ההנמקה הרחבה היא המקנה חשיבות לענייננו. הערת מערכת: לאחר הבאת מאמר זה לדפוס ניתן פסק הדין בע"פ 5268/04 **מינין נ' מדינת ישראל** (טרם פורסם), ניתן ב-7.11.05) שם חוזר הנשיא ברק על ההלכה המסורתית דווקא. קרי, פעולת סוכן מדיח נוגעת לעונש.

הגורמת לפגיעה במעמדו של החוק, תוך הבנת המורכבות והסיכונים שבהפעלת סוכן, וייחודיות השימוש בו בכל הנוגע לעבירות חשיפה.

4. הסוכן הקטין

בשנים האחרונות מתגבשת במדינת ישראל תת-תרבות עבריינית אלימה, עם סממנים של כנופיות נוער בעלות מבנה היררכי, הכולל חלוקת תפקידים וקודים של התנהגות אלימה ביותר. החשש הינו, כי בשכונות מצוקה, לעתים, על רקע של בעיות קליטה או הזנחה, עלולה התופעה להעמיק, ולגרום ליצירת כנופיות נוער אתניות המתנכרות לחברה ופועלות בעבריינות מגוונת, ובעיקר תוך כדי הפעלת אלימות קשה.⁹²

באפריל ובמאי 2003 נחקרו בימ"ר תל אביב עשרות קטינים מבתי ספר ומשכונות מבוססות, שאינם סובלים ממצוקה כלכלית וסוציאלית. הנערים הודו בנייהול בנק הימורים "פיראטי" ש"גילגל" מאות אלפי שקלים בחודש; חלקם הפסידו עשרות אלפי שקלים, והוריהם נאלצו לפרוע את החובות מחשש לשלומם. בחקירה נחשפו עבירות שונות, כגון קשרים לארגוני פשיעה, עבירות סמים, הדחת עדים ושיבוש הליכים. אם כן, מדובר בתופעה ההולכת וצוברת תאוצה.⁹³

בארצות הברית נדון הקושי המוסרי בהפעלת קטינים כמקורות מידע, אל מול יכולתן המוגבלת של הרשויות לאכיפת החוק לטפל באופן אפקטיבי בכנופיות נוער אלימות ביותר, הפועלות בכל רחבי ארצות הברית והמעורבות במגוון עצום של פשיעה אלימה. ברור, כי סיכוייו של מבוגר לחדור לכנופיות מסוג זה הינו נמוך, שכן בדרך כלל מדובר בתת-תרבות מקומית, שכונתית, סגורה וחדנית. מנגד, פרט לסיכון שייחשפו ויפגעו,⁹⁴ קיים חשש, כי קטינים המופעלים כמקורות אינם בשלים

⁹² מדו"ח סיכום פעילות לשנת העבודה 2003, ימ"ר מחוז ת"א, משטרת ישראל, עולה, כי גילם הממוצע של חלק גדול מהחשודים בחקירת מלחמת כנופיות במחוז תל אביב בסמטאות יפו, בשכונות פרדס כץ ועמידר באזור רמת גן ובהרצליה, היה קרוב מאוד לגיל המוגדר כנוער וקטינים: 18 - 22 שנה.

⁹³ שם, בעמ' 46.

⁹⁴ כך לדוגמה נחשף על ידי עיתונאים (P. Oshaughnessy Daily News, 7.3.04), כי הפעלה מודיעינית כושלת של צעיר בן 20 מברוקלין, ניו-יורק, הובילה לטיפול מהיר במידע שהתקבל ממנו, אודות דירה בה מוסתר נשק. אמנם, במקום האירוע נערך חיפוש, שבמהלכו נתפסו סמים ואקדח, אולם כמחצית השעה לאחר החיפוש נורה המודיע בעורפו ומת מפצעיו. תקלה מודיעינית נוספת אירעה במהלך פריצת כוח בלשים לדירה בהארלם, על פי מידע מודיעיני, שלפיו במקום מוסתרים נשק וסמים,

דים כדי להעריך את הסיכון אותו הם נוטלים וכמו כן, הם עלולים להגזים, להתרברב, להסתכן ובסופו של תהליך, להצביע דווקא על החשודים השוליים ולא הדומיננטיים.⁹⁵

בעת קבלת ההחלטה הקשה, אם להפעיל קטין כמקור מודיעיני, מתחייבת בחינה מדוקדקת כיצד יש להתייחס אליו - האם כדמות בלתי מגובשת ופזיזה, העלולה לחפש סיכונים על מנת לחוות ריגושים, או שמא כאל עבריין רגיל ומגובש. במסגרת הפתרון שיושם בקליפורניה לעניין זה, נקבע כי בנסיבות מיוחדות ולצרכים מאוד מוגבלים, ניתן להפעיל קטין, על אף המגבלות המוסריות, אולם הדבר מחייב קבלת צו מבית המשפט. המשמעות האופרטיבית של החלטה זו הינה העברת ההכרעה בנושאים אלו מידי המשטרה לבית המשפט.⁹⁶

משטרת ישראל מגבילה את עצמה בהפעלת קטינים כמקורות; גילם של המקורות אינו נופל מגיל 16-17, וגם אז הפעלתם הינה אירוע חריג ונדיר, אשר נעשה באישור פרקליטות המחוז ובשיתוף קצינים המתמחים בנושאי נוער. הכלל הוא, כי קטין מופעל כמקור רק כאשר הביע הסכמה לכך, כאשר יש לו כבר עבר פלילי וכשאורח חייו והתנהגותו משקפים מעורבות וקשרים בתרבות העבריינית. גם קטין שעמד בקריטריונים אלה, מופעל רק במסגרת עבירות מוגדרות ומגבלות מראש ובתחומים שכבר היה מעורב בהם.

הבעייתיות, הפרקטית כמו גם המוסרית, והנהלים, עדיין מגבילים ביותר את הפעלתם של הקטינים כסוכנים, אך ייתכן שהדבר ישתנה עם התרחבותם של מימדי האלימות מצד בני הנוער והכנופיות.

שהסתיימה במותה של בעלת הזירה מהתקף לב; בדירה לא נתפסו כל ממצאים והתברר שהמידע היה שגוי. לאחר התקריט קבע מפכ"ל משטרת ניו-יורק כללים נוקשים יותר להפעלת המקורות המודיעיניים, לקבלת המידע וביצוע צווי חיפוש. לדוגמה נוספות מעין זו ראו אצל אוסטר, לעיל הערה 10. אוסטר מוסיף ומבאר מדוע החדרת סוכן לכנופיית קטינים היא אחת המשימות הקשות והמורכבות לביצוע (עמ' 121).

⁹⁵ אוסטר, לעיל הערה 10, בעמ' 110, 117, 122.

⁹⁶ אוסטר, לעיל הערה 10, בעמ' 122 ואילך. מדובר בחוק של מדינת קליפורניה, האוסר על הפעלת מקורות מידע שטרם הגיעו לגיל 12. כמו כן נדרש צו בית משפט המתיר את ההפעלה. החוק קובע את השיקולים אותם על בית המשפט לבחון ובין היתר, הסכמת ההורים.

ד. תחבולות בחקירה והסוכן המדובב

כאמור לעיל, הקושי העיקרי בו נתקל חוקר המנסה לקבל הודאה מחשוד, בהיותו חופשי וכאשר אינו מודע לחקירה הסמויה המתנהלת נגדו, הוא קניית אמונו של החשוד ושבירת מחסומי ההגנה שלו כלפי כל גורם המנסה לקבל ממנו גירסה אודות מעורבותו בביצוע העבירה.

אחד האמצעים הבולטים בניסיון לקבל הודאת חשוד, הינו השימוש בתחבולות.⁹⁷ במסגרת זו נעשה שימוש תדיר בהפעלת סוכנים חשאים.

השימוש בתחבולות נמשך גם כאשר החשוד מצוי במעצר. במקרה שהחדרתו של הסוכן לעומק הפעילות העבריינית טרם החקירה אמנם הניבה את פרי ההודאה המיוחלת, תתמקד החקירה באימות פרטי ההודאה, ככל שניתן, ובהשלמת התהליך לקראת הגשת כתב האישום. במקרים רבים אחרים, מחייבת חקירת החשוד המשך פעולות של איסוף ראיות. למותר לשוב ולציין, כי החשדנות הטבעית והזהירות שמפעיל החשוד מגיעות לשיאן בהיותו נתון במעצר וכשהוא ער למאמץ לקבל את גירסתו המפליאה. בהקשר זה, תחבולה אמינה הופכת כמעט בלתי אפשרית. בשלב זה נכנסים לתמונה הסוכנים המדובבים, כאשר השימוש בסוכן הכלוא מחייב יצירתיות הולכת וגדלה, המביאה לביקורת על הגינות השיטה וחוקיותה.

1. בריטניה

הפסיקה באנגליה אינה פוסלת הודאות שנתקבלו בתא מעצר, גם אם לא בוצעה הקלטה של השיחה, וגם אם המקור לדברים, בהיעדר הקלטה, הינו עברייני כלוא כזה או אחר הפועל ממניעים אינטרסנטיים.⁹⁸

2. קנדה

לעניין חוקיות הפעלת מדובבים, עורך המשפט הקנדי הבחנה חדה בין חשוד שהבהיר כי הוא דבק בזכות השתיקה לבין חשוד אחר. מקור ההבחנה נעוץ בעניין

⁹⁷ לעיל פרק ב.3. (האוריינטציה המודיעינית).

⁹⁸ J. Dein "Non Tape Recorded Cell Confession Evidence - on Trial" *Crim. L. Rev.* 630 (2002). השו' לפרשת מורין (קנדה), לעיל הערות 41 – 42 וטקסט נלווה.

Hebert (1990),⁹⁹ שם דובר במי שנחשד בביצוע שוד ובעקבות כך נעצר ונלקח לחקירה. עם המעצר התייעץ החשוד עם עורך דינו ובעצתו הבהיר לגורמי המשטרה כי הוא עומד על זכותו לשתוק. החשוד נלקח לתא מעצר, שם פגש שוטר מוסווה לבלוא, שחילץ מפיו כמה אמרות מפלילות. בית המשפט העליון הקנדי קבע, כי מטרתה של זכות השתיקה היא להגן על חופש הפרט, הנמצא במעצר, לבחור שלא למסור גירסה. משכך, ומשהביע עצור את רצונו לשתוק, אין לקבל הצמדת סוכן סמוי אליו, הפועל לחלץ מפיו פרטי מידע בניגוד להחלטתו לשתוק. עם זאת, אין פסול בהצמדת סוכן סמוי "פסיבי" המפקח על תנועות העצור ומגיב לפניותיו אליו בנושא העבירה (אך לא יוזם אותן). כמו כן, אין פסול בהצמדת סוכן סמוי או מדובב לנחקר בטרם נעצר.¹⁰⁰

באותו אופן נפסלו התבטאויות מפלילות, שנבעו מייזום במודע של שיחה בין חברו של העצור לבין העצור, במטרה שהחבר, המסייע למשטרה בידועין, ידובב את העצור.¹⁰¹

3. ארצות הברית

סוגיית התחבולה נדונה בפסק דין מעניין, שעסק בחקירתו של אסיר בשם פולמינטה, שהורשע ונכלא בגין אחזקת אמצעי לחימה (אמל"ח) בניו יורק.¹⁰² אותו פולמינטה נחשד בעבר ברצח בתו החורגת, בת ה-11, אולם הוא הכחיש את המעשה והתיק נסגר. בכלא פגש פולמינטה אסיר אחר, קצין משטרה לשעבר, שחצה את הקווים, נדון בפלילים למאסר וחזר לשמש מודיע של ה-F.B.I. הסוכן שמע שמועות מכלואים אחרים אודות החשד נגד פולמינטה והתרשם גם כי אותם אסירים נוהגים בפולמינטה יחס קשה. לאחר שהסוכן דיווח על כך למפעיליו, הוא

⁹⁹ **R. v. Hebert**, 1990 N.R. Lexis 260

¹⁰⁰ זו היתה דעת שבעה שופטים. שופט אחד שם הדגש לא על מעצר אלא על קיומם של יחסים אדוורסיים בין גורמי החקירה לנחקר. על פי רוב, ידובר בנקודת המעצר ואילך, אולם שופט זה לא רצה לקבוע מסמרות בעניין.

¹⁰¹ **R. v. Broyles**, 1991 W.C.B.J. Lexis 8461. במקרה שלישי נדחה ערעורו של נאשם, שהורשע בעקבות הודאתו בפני מדובב, הגם שהיה זה לאחר שקודם לכן הצהיר כי הוא דבק בזכותו לשתוק. נמצא, כי הנאשם עצמו הוא שיוזם את השיחה עם המדובב: **R. v. Liew**, 2002 C.R.D.J. Lexis 316.

¹⁰² **Arizona v. Fulminante**, 499 U.S. 279, 282 (1991)

טען בפני פולמינטטה שחיו (של פולמינטטה) בסכנה, והציע להגן עליו בתנאי שיספר את האמת. פולמינטטה אכן נענה להצעה והודה בביצוע הרצח ובתקיפתה של הילדה. ביום שחרורו ממאסר פגש פולמינטטה בסוכן ובאישתו לעתיד של הסוכן, וסיפר לשניהם מיוזמתו על הרצח. פולמינטטה הורשע ברצח. ערעורו הגיע לבית המשפט העליון של ארה"ב, שם, בדעת רוב, נפסל השימוש בהודאתו בפני הסוכן, תוך שבית המשפט העליון קובע כי על הסוכן, כנציג החוק, חלים הכללים הפוסלים הודאה שהושגה בידי איש חוק אגב שימוש באיומים. משנפסל השימוש בהודאתו בפני הסוכן, נפסל גם השימוש בהודאתו בפני אשת הסוכן, מתוך מחשבה שאלמלא ההודאה הראשונה, שלא תוצג עוד במשפט, אין זה ברור כי ניתן ליתן אמון בהודאה השנייה.

במקרה אחר הבהיר בית המשפט העליון, אף כאן בדעת רוב, כי ראיית הסוכן המדובב כאיש חוק אינה מביאה להחלת כללי **מירנדה** עליו. קרי – המדובב אינו נדרש להזהיר את הכלוא או ליתן לו זכויות, כפי שסברו ערכאות קמא שהיה עליו לעשות. דעת הרוב ציינה, כי כאשר הכלוא אינו יודע שהוא מדבר עם מדובב, אין רלוונטיות לחששות ולשיקולים שעמדו מאחורי הלכת **מירנדה**: אין אווירת שליטה משטרית, אין חשש ממעצר או תקווה להקלות כאלו ואחרות. כלומר, הלכת **מירנדה** אוסרת אמנם כפייה, אך היא אינה אוסרת הטעיה. בית המשפט הדגיש כי במקרה זה לא הואשם פולמינטטה בעבירות התקיפה והרצח עת פגש במדובב, שאחרת היתה כאן פגיעה בזכותו לייעוץ משפטי בהתאם לתיקון השישי לחוקה. דעת המיעוט סברה, כי במעצר, בשל המוניטין הנודעים למקומות מעצר, יש למשטרה הזדמנות ייחודית לנצל את פגיעותו של העצור, ויש למנוע זאת ממנה. להמחשת דבריו העלה שופט המיעוט את השאלה מה היה קורה לו המדובב היה מכה את הנאשם כדי להוציא ממנו הודאה ואם גם אז לא היתה משתנה המסקנה.¹⁰³

¹⁰³ שם, עמ' 303 ואילך.

4. ישראל

בכללים המשטרתיים, אשר נגזרו מהפסיקה,¹⁰⁴ הודגשה חשיבות ביצוע הקלטות בעת הפעלת סוכן מדובב. הנהלים מחייבים גיבוי טכני לכל אמרותיו של הסוכן בהקלטות האודיו ולעתים, כפוף למגבלות הטכניות, אף בהקלטות וידאו. על גופו של הסוכן ייעשה חיפוש יסודי לפני שיוחדר למתקן הכליאה וקיים איסור לתדרך אותו בפרטי חקירה מוכמנים, הידועים למבצע העבירה בלבד.

לא למותר לציין, כי בטרם הפעלת סוכן מדובב (כלוא), בודקים החוקרים באופן יסודי את הרקע שלו, את עברו הפלילי ואף את בריאותו הנפשית, מאחר שברור כי רובם המוחלט של סוכנים אלה הם עבריינים, המקבלים טובת הנאה תמורת שירותם.

בפרשת אדרי,¹⁰⁵ בהתייחסו לסוגיית המדובב, הזכיר השופט לוי, באזכרו את

עניין דיין,¹⁰⁶ כי מדובר בשיטה שאינה חריגה:¹⁰⁷

”כידוע, לא ראתה ההלכה הפסוקה פגם בהפעלתם של סוכנים על ידי המשטרה, במטרה לדובב חשודים (ע”פ 476/79, פ”ד לה, חלק ראשון, 785, 805; ע”פ 2831/95, אלבה נגד מדינת ישראל, פ”ד נ’ חלק חמישי, 221, 291). אדרבא, החלטתה של המשטרה להיעזר במדובב, הוכרה כהכרח בל-יגונה. המציאות מלמדת, כי במקרים רבים נוטה חשוד לפתוח את סגור ליבו בפני מי שעצור עמו, ולהימנע מכך בחקירה בפני איש מרות, ואם בדרך זו ניתן לתרום לחשיפתן של עבירות והעמדתם של עבריינים לדין, כי אז אין מנוס מלעשות שימוש גם באמצעי חקירה זה.”

השופט לוי הוסיף, בהתייחסו לימים בהם שהה המדובב בתאו של אדרי וזה

מסר הודאות שבהן נכללו אמירות מפלילות:¹⁰⁸

¹⁰⁴ ראו למשל את ע”פ 4004/93 יעקובוביץ’ ואח’ נ’ מדינת ישראל, פ”ד נ (1) 133, וכן בש”פ 5264/96 אוחנה נ’ מדינת ישראל, פדאור 96 (1) 194.

¹⁰⁵ ע”פ 854/02 אדרי נ’ מדינת ישראל, פדאור (1) 02 303.

¹⁰⁶ ע”פ 4577/98 דיין נ’ מדינת ישראל, פ”ד נה (2) 405, בעמ’ 411.

¹⁰⁷ עניין אדרי, שם, בפסקה 11. וכך אומר השופט מצא, בע”פ אלבה הנ”ל, אותו איזכר השופט לוי (ע”פ 2831/95 אלבה נ’ מדינת ישראל, פ”ד נ (5) 221, עמ’ 287 - 288): “השימוש במדובב נתפס כתחבולה חקירתית מותרת. המדובב אינו מפר את זכות החשוד לאי-הפללה עצמית; שכן, בידי החשוד לשמור על זכות השתיקה, בכל הנוגע לנושא החקירה, גם בשיחו ושיגו עם המדובב.”

¹⁰⁸ שם, בפסקה 12.

"על פי השקפתי, נכון היה לראות בעדות המדובר נדבך
נוסף וחשוב לחקר האמת..."

אם כן, הכשיר השופט לוי למעשה את הפעלת המדובר, וציין, כי מדובר בהכרח
בל יגונה.

בעניין זכאי,¹⁰⁹ התייחס בית המשפט העליון לתחבולה חקירתית שבמסגרתה
הופעל סוכן ובוצעו הקלטות סמויות. בא-כוח הנאשם ביקש לפסול את קבילות
ההקלטות כראיה, שכן, לדבריו, עד המדינה הקליט את הנאשם לפני שזה נפגש עם
עורך דינו ובכך, לדברי הסנגור, פגעה המשטרה בזכות יסוד של הנאשם לקבל ייעוץ
משפטי לפני תחילת החקירה. השופט שמגר קבע כי:¹¹⁰

"... לו סבר המחוקק כי אין לקיים חקירה כלשהי בטרם
ניתנה לעצור אפשרות להיפגש עם עורך דין ולהיוועץ בו,
צריך היה הדבר להיאמר מפורשות בחוק."

ובהמשך:¹¹¹

"במקרה שלפנינו אין מדובר על דברים, אותם השמיע
המעורר בשלב החקירה אלא על שיחה - מרצונו
ומיוזמתו לא פחות מיוזמת האחר - עם עמיתו וידידו
מלפני המעצר, אשר במסגרתה פלט תוך כדי הדו-שיח
דברים מהם ניתן היה ללמוד על חלקו בעבירה. למותר
להוסיף כי הלכת Miranda אינה חלק ממשפט ארצנו וכל
שנאמר כאן לא בא אלא כדי להציג את ההנחה, כי
התוצאה המשפטית לא היתה שונה לו גם יושמה
ההלכה האמורה במקרה שלפנינו."

בהתייחס להקלטות הסמויות שבוצעו על-ידי עד מדינה, ציין הנשיא כי:¹¹²

"אגב, גם הודיה שהושגה בתחבולה, היא קבילה כראיה
[ע"פ 913/80 עטור אלטורי נ' מדינת ישראל - לא פורסם],
אם כי יש שנסכיבות השגתה ישפיעו על משקלה
ויפחיתוהו. כפי שעוד נפרט בהמשך הדברים, לא היתה
במקרה שלפנינו כל עילה בעטיה צריך היה לגרוע כהוא
זה ממשקלה של ההודיה..."

¹⁰⁹ ע"פ 533/82 זכאי נ' מדינת ישראל, פ"ד לח (3) 57.

¹¹⁰ שם, בעמ' 66.

¹¹¹ שם, בעמ' 71.

¹¹² שם, בעמ' 72.

עוד ציין השופט שמגר, כי לא מצא בסיס לטענה, שלפיה לא נמסרה ההודעה

חופשית ומרצון:¹¹³

”... כדי לקבוע אם ההודאה היא חופשית ומרצון נבחנת עובר לקבלתה השאלה אם היו פיתוי או לחץ פסולים. קיים חשש נוסף, ואף הוא כבר הוזכר לעיל, וביטוי בכך שהנאשם פעל מתוך 'לחץ פנימי' אשר בעטיו נטל על עצמו אחריות לביצועו של מעשה, אשר אותו לא עשה כלל.”

גם על פי מבחן הלחץ הפנימי קבע בית המשפט שהראיה דנן אמינה וקבילה. השימוש במדובבים הוכר איפוא על ידי בית המשפט ומוכר הוא אף לסביבה העבריינית. על גורמי החקירה מוטל לנסות ולשכנע את החשוד כי הסוכן הכלוא, שהינו שליח של איש המרות, אמנם עצור. שלב בעייתי וקשה ליישום הוא החדרתו של הסוכן הכלוא לתא המעצר, שכן עירנותם של חשודים מחייבת מאמץ רב בבניית “אמינותו” של המדובב בעיני החשוד. במהלך אחת התחבולות של המשטרה, השאיר סוכן כלוא במכוון מסמך כוזב לעניין מעצרו בידיו של נחקר, לשם הוכחת אמינותו. פעולה זו הובררה מאוחר יותר כטעות טקטית, שכן הסנגור מיהר לבדוק את המסמך במזכירות בית המשפט, והתחבולה נחשפה. בהחלטה חריפה של השופט נויטל בבית משפט השלום בתל אביב, מיום 2.11.02, בבקשה להארכת מעצר, זכתה התחבולה לביקורת קשה:¹¹⁴

”... אני לא בדקתי אם פרשנות בית המשפט העליון לגבי תחבולות בחקירה מגיעה עד כדי כך ואני מרכין ראשי אם אני טועה במה שאני הולך לומר: לדעתי זוהי חציית קו אדום, אני לא סבור שיש חקירה כלשהי שמצדיקה עריכת פרוטוקול מדומה כאילו שבית משפט נתן פרוטוקול, פרוטוקול פיקטיבי, של בית משפט מוסמך בישראל, זהו ממש לב ליבו של שלטון החוק, היינו - האמון המוחלט שיש לאזרחי המדינה בפרוטוקול של בית משפט. אקט כזה סודק את האמון הזה...”

ביקורת זו הינה קיצונית וקובעת “תג מחיר” לתחבולה; ספק בעינינו, אם אמנם קיים הבדל כה קיצוני בין אסמכתא לכליאה לבין פרוטוקול להארכת מעצר ששניהם

¹¹³ שם, בעמ' 73.

¹¹⁴ מ/01855 (ת"א) מפקח זאב חכים נ' גולן שאי ואח' (לא פורסם).

פיקטיביים. בפועל, כל מטרתם היא להכשיר את נוכחותו של הסוכן המדובר בתא המעצר ואין בהם כל ניסיון ל"פברק" ראיות ממשיות או ליצור השפעה לא הוגנת על החשוד, אשר אינו מנוע מלבחור בין האפשרות לשתוק או לפטפט עם "עמיתו" העצור. תחבולה שכזו שונה, לדעתנו, במובהק, מהצגת מסמך מעבדה מזויף לפני חשוד במהלך חקירתו, דבר העלול לפגוע באמונו במערכת המשפט ובהוגנות ההליך. במצב זה עלול החשוד להיקלע לתחושת ייאוש ולחוסר תקווה, עד כדי הודאה כוזבת,¹¹⁵ מה שאין כן בענייננו.

אם כן, לטעמנו, השימוש בפרוטוקול פיקטיבי לצורך מתן "כיסוי" לסוכן, אינו מקים חשש כי לתיק החקירה "יחדרו" ראיות כוזבות, או כי יושפע רצונו החופשי של החשוד להתוודות, ומשכך, היה מקום לראותו בגדר תחבולה מותרת. גם מעמדה של הרשות השופטת אינו נפגע, שהרי ברור לכל כי מדובר בתחבולה משטרית, ללא מעורבות בית המשפט.

ביקורת מכיוון אחר על הפעלת מדובבים הופיעה לאחרונה במאמרו של ניר פלטר, הסבור, בעקבות המהפיכה החוקתית והדמיון שבין חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו לבין צ'רטר הזכויות הקנדי, כי על בתי המשפט בארץ ללכת בדרכם של בתי המשפט בקנדה. שם, כזכור, נפסק כי משבחר חשוד בזכות השתיקה, אין לאפשר למדובר לעודדו לדבר.¹¹⁶ ברוח זו כותב פלטר כי:

"חשוד השומר על זכותו לשתוק מבקש ליטול את העוקץ מן ההליך האינקוויזטורי המנוהל נגדו.

אם כך מה הועילו חכמים בתקנתם אם יאפשרו פגיעה בזכות זו על ידי אמצעי רמיה והטעיה דורסניים? מכאן כי באיזון האינטרסים המתנגשים יש ליטול העוקץ והדורסנות מן התשאול הסמוי, תוך שמירה על אפקטיביות החקירה באמצעות אימוץ ההבחנה בין מדובר אקטיבי לפסיבי."¹¹⁷

¹¹⁵ ב"ש 22/87 ביטר נ' מדינת ישראל, פ"ד מא(1) 52.

¹¹⁶ נ' פלטר "תיחום גבולות השימוש במדובבים משטרתיים סמויים לאור חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו" **מאזני משפט** ג (תשס"ה) 439. הערת מערכת: לאחר הבאת מאמר זה לדפוס, ניתן פסק הדין בעניין 75/05/ע טור' וובשת נ' התצ"ר וערעור שכנגד (טרם פורסם, ניתן ביום 10.11.05) המתייחס לנושא.

¹¹⁷ שם, בעמ' 473.

פלטר אינו מבאר כיצד מגיעים בדווקא מן הערך החוקתי של כבוד האדם וממנו לזכות השתיקה, אל ההבחנה בין מדובב אקטיבי לפסיבי. מדוע קיים הבדל מהותי כל כך, לשיטתו, בין זכויותיו של מי שהצהיר על כך שהוא שומר על זכות השתיקה לבין זכויותיו של מי שטרם הצהיר? יש מקום גם לתהות אם אמנם הרציונל של זכות בחירה, באשר היא, הוא הנימוק העיקרי לזכות השתיקה בארץ, או אולי טעמים אחרים, ובהם, למשל, אי העמדת החשוד בפני בחירה אכזרית (להפלייל את עצמו, להסתבך עם עדות שקר וכו'), מה שאינו מתקיים בשיחה עם "עמית" לתא, ויהא זה גם "עמית אקטיבי". למעשה, משמעותה המעשית של הצעת פלטר הינה, כי מעתה ואילך על כל חשוד להצהיר מיידית כי הוא דבק בזכותו לשתוק שאזי יזכה בחסינות מפני תחבולות. לחלופין, נוכל להתדיין בכל מקרה מחדש בשאלה אם היה ויתור בהתנהגות על זכות השתיקה. בהנחה, כי אין מציעים שהמשטרה תבצע מעצרים במיוחד כדי להפגיש בין חשוד לבין "חברו" לתא מעצר טרם תחילת חקירה פורמלית, הן כי זה לא מעשי והן כי פעמים רבות יהיה זה בלתי ראוי, ואם נסכים כי אין אנו רוצים מציאות סוריאליסטית בה עבריינים מסתובבים חופשי בתחנות משטרה, כדי שגם מדובבים יוכלו לעשות כן וליצור יחסי חברות עם הנחקרים במהלך הפוגות בחקירה, כי אז תוצאתה המעשית של הצעת פלטר היא "ניטרול" היכולת להשתמש במדובבים. עמדה זו מנוגדת להלכות שיצאו מבית המשפט העליון, גם לאחר חקיקת חוק היסוד, כמו גם להיסטוריה החקיקתית של חוק המעצרים.¹¹⁸

ה. עיון בחומר חקירה מול הגנה על סוכנים

הפעלתה של הצרפתייה Marie Bastian כסוכנת לאיסוף מודיעיני אצל הנספח הצבאי הגרמני בפריז, הובילה ב-25.9.1894 למציאת מסמך, שהצביע על מסירת

¹¹⁸ חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים), התשנ"ו-1996, ס"ח 338. להיסטוריה החקיקתית ראו ח' זנדברג "הליכי חקירה שלא ניתן לקיימם אלא במעצר" הפרקליט מד (תש"ס) 587, בעמ' 592, הע"ש 21 - 22 וטקסט נלווה. לפסיקת בית המשפט העליון לאחר חוק היסוד ראו לעיל בתחילת פרק זה. נציין עוד, כי אולי הבדלי תרבות לפנינו, באופן שיש להיזהר מפני השוואות אוטומטיות. למשל, בקנדה היקף המידע המתקבל מהאזנות סתר והשימוש בו הינו עצום ביחס למקובל במדינות המערב: ראו, למשל, אצל רוס, לעיל הערה 11, בעמ' 1511 (לכל אורך מאמרו, רוס סוקר שני ספרי יסוד בתחום השימוש בסוכנים, הכוללים התייחסות למצב המשפטי בנדון במספר מדינות, ועומד גם על המקורות התרבותיים להבדלים המוצגים).

סודות צבאיים צרפתיים לנספח הגרמני. המסמך הועבר למפעילה של מארי במודיעין המסכל הצרפתי. רס"ן הנרי מן המודיעין העיד בבית הדין הצבאי נגד הנאשם בבגידה, סרן אלפרד דרייפוס, וביסס את הראיות נגדו, תוך כדי הסתמכות על מקור מודיעיני, שגילה לו, כביכול, כי דרייפוס הוא הבוגד. לכך הצטרפה גם עדותו של רס"ן דופאטי, שהגיש לבית הדין תיק עם חומר חסוי שכלל מסמכים שזויפו על ידי רס"ן הנרי.

פרשת דרייפוס מהווה ביטוי לתוצר השלילי הלקוי והמפורסם ביותר של חומר חסוי. מערכת ההגנות בחקיקה, בפסיקה, בנהלים ובשיטות העבודה, נועדו למנוע הישנות אירועים קשים וחמורים מסוג זה. מן הצד השני, היקף היכולת להסוות חומרי חקירה, כמו גם היקף היכולת לעשות שימוש בחומרים חסויים, הם מרכיבים בסיסיים של היכולת להפעיל סוכנים ושל אופן הפעלתם. על כן, נבחן להלן את סוגיית החומר החסוי בדגש על חשיפת מקורות מידע.

1. ארצות הברית

הזכות לעיין בחומר חקירה, כפי שהיא מוכרת בדין הישראלי (להלן), שונה משמעותית מזו הנוהגת בארצות הברית.¹¹⁹ עם זאת, כבר בפסק דין מתחילת שנות ה-60¹²⁰ חייב בית המשפט העליון האמריקני את התביעה לחשוף ראיות העשויות לתמוך בגירסת הנאשם. בית המשפט ציין, כי לנאשם זכות חוקתית לבקש ולקבל מהתביעה את הראיות, וכי גם בהיעדר בקשה כזו חייבת התביעה לחשוף ראיות שמעוררות ספק בשאלת אשמתו של הנאשם. התהליך זכה לכינוי "Brady Right", ולפיו ראיה תיחשף לעיני ההגנה אם היא משמעותית, בעלת פוטנציאל לתמיכה בגירסת הנאשם, רלוונטית, אינה נגישה ממקור אחר, והתיק מצוי בידיעת התביעה

¹¹⁹ זאת, במציאות בה השימוש בחומר חסוי בארה"ב נפוץ הרבה יותר ומצוי במגמת עלייה. כך, סקר שבחן את צווי החיפוש שהוצאו באטלנטה בשנת 1989 מצא, כי השימוש במידע ממקורות חסויים היווה עילה ל- 90% מן הצווים, לעומת 60% בשנת 1980. מספר צווי החיפוש הפדרליים שהתבססו בלעדית על מקורות מודיעיניים עלה מ- 24% ל- 71% בין השנים 1980 - 1993. אגב, גם בהיבט הפיננסי חלה עלייה מ- 25 מיליון דולר ששילמו הרשויות הפדרליות למקורות בשנת 1985, ל- 97 מיליון דולר ששולמו בשנת 1993. ראו: T.A. Mauet "Informant Disclosure and Production: A Second Look at Paid Informants" 37 *Ariz. L. Rev.* (1995) 563, 564.

¹²⁰ *Brady v. Maryland*, 373 U.S. 83, 87 - 88 (1963).

ובשליטתה. באופן עקרוני, סטייה מ-"Brady Right" נחשבת להפרת החוקה. אולם, לתביעה שמורה עדיין הזכות לחסות חומר רגיש.

עניין זה נדון בפסק דין **Roviaro**,¹²¹ שם ביקשה ההגנה כי בית המשפט יורה לחשוף את שמו של מקור מודיעיני. בית המשפט העליון בארה"ב ביקש לאזן בין האינטרס הציבורי לעודד סיוע באכיפת החוק באופן אפקטיבי, תוך צמצום עד למינימום של החשש לסיכון חייו של המקור, הן כמוסר מידע והן כעד (כולל האופציה לאפשר את המשך הפעלתו המבצעית בצורה אפקטיבית), לבין האינטרס הציבורי שבמניעת הרשעת חפים מפשע והבטחת זכויותיו החוקתיות של הנאשם.

בנסיבות אותו עניין נקבע, כי המקור המודיעיני, שאת זהותו ביקשו לחסות, מהווה הרבה יותר ממוסר מידע; הוא מילא חלק מהותי ביותר (highly material) בכך שהנאשם השיג חזקה בסם והוא אף נכח בהעברת הסם ובמכירתו. בית המשפט הדגיש, כי אותו מקור המודיעיני עשוי בעדותו להבהיר מה היתה משמעותן של הפעולות בהן נכח, ומשכך - ייתכן שיוכל להטיל ספק באשמת הנאשם. הובהר גם, כי חשיפה של מקור-מעיד אינה הכרחית, כשהיא עלולה רק לסבך את הנאשם באופן עמוק יותר באותה עבירה.¹²²

מן הצד האחר, בתי המשפט אינם מקנים למקור מודיעיני חסינות כלשהי, אם מתברר כי הגורם הציבורי שהבטיח לו חסינות פעל בחוסר סמכות. כך, למשל, אנשי ה-F.B.I., להבדיל מרשויות התביעה, אינם מוסמכים להבטיח חסינות כלשהי לעד, או אף אי שימוש בראיות כנגדו בשום צורה שהיא, אלא אך ורק סודיות.¹²³ באחד המקרים התקינו מקורות מודיעיניים מכשירי הקלטה עבור ה-F.B.I. והוקלטו במכשיר בעצמם. בצד שאלה עובדתית, אם אכן הובטח למקורות כי המכשיר לא ישמש נגדם,

¹²¹ **Roviaro v. U.S.**, 353 U.S. 53 (1957).

¹²² הקריטריונים שיש לבחון, בהתאם להלכת **Roviaro**, הינם, שהמקור מחזיק בידיו מידע רלוונטי משמעותי ומידע מוכה; שהמידע אינו זמין להגנה בדרך אחרת; שהמקור היה משתתף אקטיבי בפשע ושהאינטרס של רשויות אכיפת החוק בסודיות הוא קטן. לסקירת ההלכה, כמו גם הפרקטיקה, בארה"ב, של העדת מקורות מטעם ההגנה, במסגרת של דיני העברת חומר חקירה, השונה מהותית מן השיטה בישראל, ראו אצל מאואט, לעיל הערה 119, בעמ' 569.

¹²³ שרייבר, לעיל הערה 11, בעמ' 353.

קבע בית המשפט כי הבטחה כזו ניתנה בחוסר סמכות ואינה מהווה כל טענת הגנה למקורות במשפטם.¹²⁴

2. בריטניה

העיקרון הבסיסי נקבע בפסיקה האנגלית לפני שנים ולפיו, לא ייחשפו פרטי מקור מידע, אלא אם כן ישנו סיכון כי אחרת חף מפשע עלול להיות מורשע או שעשוי להיגרם עיוות דין.¹²⁵

אף על פי כן, בדו"ח משנת 2001 של ארגון A.C.P.O.¹²⁶, ארגון של מפקדי המשטרה בבריטניה, הושמעה ביקורת חריפה ביותר על אפקטיביות החוקים הנהוגים בבריטניה, הנוגעים לטיפול בפשע המאורגן ולסטנדרטים הפליליים הנדרשים להוכחת ביצוע העבירות בבית המשפט. הדו"ח עומד על מציאות במסגרתה המושכים בחוטים בארגוני פשיעה, כמו גם אנשי מנהלה וכספים, חסינים למעשה מפני תביעה אפקטיבית נגדם. מעטים בלבד מן האישומים נגד ראשי פשע מובילים להרשעה, כעבור שנתיים לפחות, בעלות כספית עצומה.

ארגון ה-A.C.P.O. קורא, ביו היתר, בעיקר לצמצום יכולת ההגנה לפסול ראיות חשובות על בסיס טכני, תוך חשיפת חומרים חסויים באופן שיסכן את המקורות

¹²⁴ *United State v. Flemmi*, 225 F. 3d 78, 86 (1st Cir., 2000)

¹²⁵ הלכת *R. v. Slowcobe*, *Crim. L. Rev.* 198 (1991) וכן א' סלנט *ראיות במשפטים אזרחיים ופליליים* (תשכ"ג) 298. בעניין *Slowcobe* למשל טען פלוני שהאשם בשוד מזוין, כי שותפו לעבירה שימש כסוכן משטרתי וכי הוא ששיכנע אותו לקחת נשק בטענה כי זה רק מטעמי אותנטיות, וכי הכסף גם כך יימסר מרצון על ידי משתף פעולה. בית המשפט דחה את בקשת הנאשם לחשוף אם אכן שותפו סייע למשטרה וקבע, כי בין אם השותף סייע למשטרה ובין אם לאו, אין זה רלבנטי לטענה כי הוא שכנע את הנאשם לקחת נשק לצורכי "תדמית" בלבד. שונים הם פני הדברים כאשר מקור המידע נטל חלק מהותי ביותר ביצירת הפשע או נכח בעת ההתרחשות: למשל, כאשר פלוני, שנטען כי הוא סוכן, הוביל סוכן מדיח לפלוגנית (הנאשמת) המאפשרת לבצע עיסקאות בכרטיסי אשראי גנובים. מאוחר יותר, לטענת ההגנה, יצר אותו סוכן קשר עם הנאשמת והציע את "עזרתו" מול גורמי החקירה. בנסיבות העניין הורה בית המשפט לאפשר להגנה לזמן את הסוכן לעדות והתביעה בחרה לחזור בה מן האישום: *R. v. Langford*, *Crim. L. Rev.* (1990) 653.

מעניין לציין כי בבדיקת 150 משפטים פליליים שהתנהלו ב-Old Bailey בשנים 1971 ו-1972 נמצא, כי רק בתשעה מקרים הוכרה מעורבותם של מקורות מודיעיניים. במחקר אחר, שבדק 508 תיקי סמים, התברר, כי רק ב-9% אחוזים מהם הוכרה הפעלת מקור מודיעיני. לכאורה מצביעים הנתונים על שימוש מועט במקורות מודיעיניים, אולם יש גם המפקקים ביכולת ללמוד מנתונים אלו. ראו E. Oscapella "A Study of Informers in England" *Crim. L. Rev.* (1980) 136.

¹²⁶ S. Katwala "Loosing the Battle on Organised Crime: What the ACPO Report Says" *The Observer* 9.12.01. ה-A.C.P.O. הינו התאחדות קציני משטרה בכירים מכל רחבי אנגליה.

המודיעיניים, או תוך חשיפת אמצעים ושיטות חקירה באופן שימנע שימוש חוזר בהם. לעניין זה קורא הארגון לאפשר לתביעה ערעור על החלטות ביניים הנוגעות לקבילותן של ראיות או לחסיון.

הביקורת בדו"ח עסקה גם בעובדה, שבתיקים בהם הופעלו במשך תקופה ארוכה כלי איסוף של המודיעין האנושי והמעקב הטכני, נעשה המבחן המקובל לרלוונטיות על פי אמות המידה של האינטרס הציבורי, אולם, באופן הדרגתי, צברה ההגנה ניסיון ומומחיות בניצול התהליך במטרה לחשוף את החומרים החסויים הללו. לעומת זאת, אין התמחות מקבילה בקרב שופטים ותובעים, ובכך גם נוצר סיכון ממשי לזליגת מידע. כותבי הדו"ח המליצו, כי דיונים משפטיים בדבר חשיפת הראיות החסויות בתיקי פשע מאורגן יתקיימו רק לפני שופטים מומחים בעלי ידע, הכשרה וניסיון בנושאים מודיעיניים וחקירתיים ורק על ידי תובעים בעלי התמחות מקבילה וערובה מתאימה לכך שלא "יחצו את הקווים".

3. ישראל

בשנים האחרונות התרחשה בארץ מהפכה עקרונית בכללי המשחק. ההגדרות שהיו מקובלות בעבר ביחס למושגים הבסיסיים "חומרי חקירה" ו"חומרים חסויים", עברו שינוי מהותי.

סעיף 74(א) לחוק סדר הדין הפלילי¹²⁷ מבסס את זכות העיון העומדת לנאשם ולסנגורו בחומר החקירה וקובע כי:

"הוגש כתב אישום בפשע או בעוון, רשאים הנאשם וסנגורו... לעיין בכל זמן סביר בחומר החקירה וכן ברשימת כל החומר שנאסף או שנרשם בידי הרשות החוקרת, והנוגע לאישום שבידי התובע ולהעתיקו."

המונח "חומר חקירה" זכה לאורך השנים להתייחסויות רבות בפסיקת בית המשפט העליון. כבר בבג"צ בעניין צינדר¹²⁸ הודגשה חובת התביעה להעמיד את חומר החקירה, שעל פיו הוגש כתב האישום לרשותו של הנאשם וסנגורו לעיון ולהעתיקה. נקבע, כי אין נפקא מינה לעניין זה, אם התביעה הסתמכה על חומר זה

¹²⁷ חוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב - 1982.

¹²⁸ בג"צ 147/50 צינדר נ' ראש אגף החקירות של המשטרה ואח', פ"ד ה 509.

לצורך הכנת כתב אישום, אם התביעה מתכוונת להסתמך על חומר זה במסגרת הדיון, אם התביעה קיבלה את החומר ועיינה בו וגם אם המשטרה לא העבירה את החומר לתביעה ולא העמידה אותו לרשותה. עוד נקבע, כי הפרת החובה להעביר חומר חקירה לעיון הסנגוריה, יכול שיש בה גם משום הפרת חובתה של התביעה כלפי בית המשפט.¹²⁹

קביעות דומות מופיעות גם בעניין סיקסיק¹³⁰ ובעניין אל הווייל,¹³¹ בו קבע השופט בך כי המונח "חומר חקירה" כולל גם "ראיות השייכות באופן הגיוני לפריפריה של האישום במשמע".¹³²

בעניין חוזה, הוסיף השופט בך:¹³³

"...מושג זה של 'חומר חקירה', אין הוא ניתן להגדרה אלא באורח כללי בלבד. מורי הדרך העיקריים הם השכל הישר והענקת הזדמנות הוגנת לסנגוריה להכין את הגנתה, ובעת ובעונה אחת אין 'להפליג' למרחקים ואין לכלול באותו חומר חקירה ראיות 'שהרלוונטיות שלהן לתביעה הפלילית הנדונה היא רחוקה ושולית'..."

סעיף 78 לחוק סדר הדין הפלילי קובע, כי הזכות לעיון בחומר חקירה אינה חלה על חומר שאי גילוי מותר או שגילוי אסור לפי כל דין. להוראה זו מצטרפת ההוראה שבסעיף 45 לפקודת הראיות,¹³⁴ הקובעת, בהתייחסה לחיסיון לטובת הציבור, כי:

"אין אדם חייב למסור, ובית המשפט לא יקבל, ראיה אם שר הביע דעתו, בתעודה חתומה בידו, כי מסירתה

¹²⁹ במקרה אחד הורשע נאשם בבית המשפט המחוזי בעבירה של הריגה, בעקבות הודאתו במשטרה, ולאחר שטענתו, לפיה הודאתו נבעה מהשפעת המדובב עליו, נדחתה כשקרית. כעבור שלוש שנים זוכה הנאשם, בהכרעת דין מתוקנת, לאחר שנחשפו תמלילי שיחות שערך המדובב, שנפטר מאו, עם הנאשם ושלא הועברו קודם לכן להגנה. בית משפט המחוזי זיכה את הנאשם, תוך כדי מתיחת ביקורת חריפה על התביעה, שלדעת בית המשפט, לא נהגה בתום לב אובייקטיבי והפרה את חובתה כלפי הסנגור וכלפי בית המשפט. ראו ת"פ (י-ם) מ 453/97 מדינת ישראל נ' יוסף שך, הכרעת דין מתוקנת מיום 24/09/03.

¹³⁰ ע"פ 1152/91 סיקסיק נ' מדינת ישראל, פ"ד מו (5) 8, בעמ' 19.

¹³¹ בג"צ 233/85 הווייל נ' מטרת ישראל ואח', פ"ד לט (4) 124.

¹³² שם, בעמ' 129.

¹³³ בג"צ 5274/91 חוזה נ' שר המשטרה ואח', פ"ד מו (1) 724. ראו גם בג"צ 1885/91 צוברי נ' פרקליטות מחוז תל-אביב, פ"ד מה (3) 630, 633 - 634, שם שב והוסיף השופט בך באותו נושא: "ברור, שכל ראיה, העשויה להיות רלבנטית לשאלות העומדות להכרעה במשפט, במישרין או בעקיפין, בין שהיא תומכת בגירסת התביעה ובין שהיא לכאורה עומדת בסתירה לה, ובין שהיא נראית ניטראלית לגבי השאלות השניות במחלוקת, חייבת להיכלל בחומר החקירה העומד לעיון הסנגוריה." (פיסקה 7).

¹³⁴ פקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א-1971.

עלולה לפגוע בעניין ציבורי חשוב, אלא אם מצא בית המשפט הדין בדבר, על פי עתירת בעל דין המבקש גילוי הראיה, כי הצורך לגלותה לשם עשיית צדק עדיף מן העניין שיש לא לגלותה.”

במשך תקופה ארוכה בעבר הוענק למוסר מידע מודיעיני למשטרה חיסיון נרחב, והסיכוי שיוזמן לעדות היה קלוש. עם זאת, הגדרתו של “חומר חסוי” בפסיקת בית המשפט העליון עברה שינויים לאורך השנים. ראשיתם בעניין **מאזריב**,¹³⁵ בפסק הדין נקבע, כי במבחן האיזונים בין שני אינטרסים ציבוריים - הגנת הנאשם מזה ועניין ציבורי חשוב או ביטחון המדינה (שהחיסיון לגביו קבוע בסעיף 44(א) לפקודה) מזה - גוברת הגנת הנאשם. היינו, על בית המשפט להורות על גילוי ראיה החיונית להגנה, גם אם הפגיעה בעניין הציבורי או בביטחון היא חמורה. במקביל, על התביעה להחליט אם העניין הציבורי או הביטחוני גובר על האינטרס שבהרשעת הנאשם; מקום שסבורה היא שכך הוא, יופסק המשפט או יזוכה הנאשם.

לעניין זה רלוונטיים דברי הנשיא ברק, בעניין **מאזריב**:¹³⁶

”שום נימוק בטחוני ויהא הוא הנכבד ביותר, אינו שקול יותר, במשקלותיו היחסיות של הליך פלילי נתון, ממשקל הרשעתו של חף מפשע.

עדיף זיכוי של נאשם שאת אשמתו אין להוכיח בשל הצורך לגלות ראיה שיש אינטרס בטחוני שלא לגלותה, על פני הרשעתו של נאשם שאת חפותו אין להוכיח בשל הצורך שלא לגלות ראיה חסויה [ב”ש 838/84 ליבני ואח’ נ’ מדינת ישראל, פ”ד לח (3) 729, 738].

ראיה העשויה לעורר ספק באשמת הנאשם, בין באופן ישיר, על ידי ביסוס טענות הגנה ובין בעקיפין על ידי כרסום משקלן של ראיות התביעה, היא חיונית להגנת הנאשם.”

בהמשך פסק הדין הוסיפה השופטת דורנר, בהתייחסה גם לפסק דין **Roviaro**,¹³⁷

כ”ל:138

¹³⁵ ע”פ 889/96 **מאזריב נ’ מדינת ישראל**, פ”ד נא (1) 433.

¹³⁶ **שם**, בעמ’ 443.

¹³⁷ עניין **Roviaro**, לעיל הערה 121.

"אכן, ההנחה הכללית האמורה כי תוכן העדות החסויה תהיה על-פי ציפייית הנאשם עשויה להביא לזיכוי גם אם קיימות עדויות סותרות. אך זהו המחיר שחברתנו חייבת לשלם על-מנת למנוע הרשעה של חפים מפשע. בעניין זה כתבתי בדנ"פ 2316/95 מדינת ישראל נ' גנימאת, פ"ד מט(4) 589, 654: 'לזכות-יסוד, מעצם מהותה, יש מחיר חברתי... במשטרנו הדמוקרטי, שבו מוכרת חירות הפרט כזכות-יסוד, מוותרת החברה על מקצת מן ההגנה האפשרית על שלום הציבור'."

פסק דין חשוב ומשפיע שעסק בסוגיית הראיות החסויות והשפעתן על מהימנות הודאה כעדות יחידה, הינו עניין **אבו-סעדה**.¹³⁹ המערער, נידל אבו סעדה, הורשע ברצח עציר מנהלי יחד עם עצירים חברי ארגון ה"חמאס". עד התביעה, עציר בעצמו, טען במסגרת חקירתו כחשוד, כי ראה את המערער מכה את המנוח. במהלך המשפט התברר, כי אותו עד מסר קודם לכן שלוש הודעות, בהן הכחיש כי היה עד ראייה לאירוע; דא עקא, על הודעות אלה ועל מיזכר של מקור מודיעיני, ממנו עלה כי המכים לא התכוונו להרוג את המנוח, הוצאה תעודת חיסיון לפי סעיף 45 לפקודת הראיות.

בית המשפט העליון זיכה את המערער. בפסק דינה קבעה השופטת דורנר:¹⁴⁰

"... הוראות החיסיון בפקודת הראיות מקנות לתובע תפקיד-אמון מיוחד. מוטל עליו - מבלי שיעמדו מולו הנאשם וסנגורו - להחליט בעצמו אם החיסיון אינו פוגע בהגנת הנאשם, ולהביא את מסקנותיו ביחס לכך באופן הוגן בפני בית-המשפט. כאמור, במקרה דנן, לא היה כלל מקום להטיל חיסיון על דבריו הסותרים של זקאק לאחר גילוי זהותו. לא-כל-שכן, שאסור היה להסתירם מעיני המערער..."

בהמשך, הדגישה השופטת דורנר, כי:¹⁴¹

"...בחומר החסוי מצויות ראיות הדרושות להגנת המערער."

¹³⁸ ע"פ מאזריב, לעיל, הערה 139, בעמ' 445.

¹³⁹ ע"פ 4765/98 אבו סעדה נ' מדינת ישראל, פ"ד נג (1) 832.

¹⁴⁰ שם, בעמ' 840.

¹⁴¹ שם, בעמ' 841.

תקדים חשוב נוסף ביחס למידע מודיעיני מצוי בפסק הדין בעניין **דרוויש**.¹⁴² בעקבות הירצחו של פואד חמדאן, החליטו בני משפחתו לנקום את דמו. במהלך המהומות נרצח אחד מהחברוש ואישתו נפצעה. המשיב, בן-דודו של חמדאן, הואשם בהשתתפות בעבירות אלה. במשטרה, טען אדם בשם עותמן, כי המשיב הודה לפניו ברצח של חברוש; עותמן הופעל גם כמדובב, ושיחותיו עם המשיב בתא המעצר הוקלטו. בבית המשפט חזר בו עותמן מגירסתו במשטרה. על אודות אירוע הרצח התקבלו דו"חות מידע ממקורות מודיעיניים, אשר ייחסו את הרצח לחשודים אחרים ועליהם הוצאה תעודת חיסיון, לפי סעיף 45 לפקודת הראיות. חרף זאת, המשיכה התביעה בהליכים הפליליים.

בית המשפט המחוזי, במסגרת העתירה לגילוי ראיה, הורה לאפשר להגנה להזמין את מוסרי הידיעות לעדות בבית המשפט, בלי שתתגלה זהותם (בתחפוש או בדרך אחרת, כגון מאחורי פרגוד). המדינה סברה כי פתרון זה עלול לפגוע קשות באינטרס הציבורי, ולכן חזרה בה מן האישום נגד המשיב ובכך הביאה לזיכוי. בערעור בבית המשפט העליון, שבה המדינה וטענה, כי מוסרי המידע אינם עדי ראיה, ואין במידע שמסרו כדי להטיל ספק בהשתתפות המשיב עצמו במעשה הרצח, כפי שעלה מהדברים שמסר לעותמן. בית המשפט העליון דחה את טענת המדינה, וקבע, מפי השופטת דורנר:

"...לעניין זה אין לקבל את טענת המדינה, שלפיה אין בדברי מוסרי הידיעות כדי לשלול את האפשרות, שהיא כשלעצמה מוכחת מהודאתו של המשיב, כי אף הוא השתתף במעשה הרצח. שכן, על-פני הדברים, דברי מוסרי הידיעות סותרים את הודאת המשיב ובכך די כדי להעלות ספק סביר באשמתו.... מכיוון שכך, סבורים אנו כי הצורך בהעדתם של מוסרי הידיעות גובר על האינטרס הציבורי החשוב שבאי-העדתם. לפיכך הגענו לכלל דעה כי מן הראוי להורות על הסרת החסיון".¹⁴³

עוד נקבע בפסק הדין, כי:¹⁴⁴

¹⁴² ע"פ 621/01 מדינת ישראל נ' דרוויש, פ"ד נה (2) 823.

¹⁴³ שם, בעמ' 828 - 829.

¹⁴⁴ שם, בעמ' 828.

"בית המשפט יכריע באשר לחיוניותה של עדות חסויה להגנת הנאשם, לפי השאלה, האם בעדות זו מצוי פוטנציאל ראייתי, שעשוי - על פי קנה מידה אובייקטיבי - לעורר ספק סביר באשמת הנאשם [ע"פ 889/96 מאזריב נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(1) 433, דברי הנשיא אהרון ברק בע' 466]. באותו מקרה ציינתי, בעמ' 443, כי בגדר המבחן האובייקטיבי תיקבע חיוניותה של העדות להגנת הנאשם 'על סמך ההנחה כי היא תניב את המידע שהוא מבקש להגיש באמצעותה, ובלבד שקיים פוטנציאל ראייתי לנכונותה של הנחה זו ואין היא מופרכת... המידע שמסרו מצביע על אנשים אחרים, ובהם ענאד וערפאת, כרוצחים. דברים אלה, על-פי ציפייתו הסבירה של המשיב, עשויים להטיל ספק סביר באשמתו ולהביא לזיכויו."

מציאות חדשה זו שהתגבשה בארץ, הופכת, לדעתנו, בהדרגה, את כל מוסרי המידע למשטרה לעדים בכוח, כאשר רק נסיבות והנמקות מיוחדות עשויות לחלץ אותם מדוכן עדים. ביטוי חריף לכך, שסדרת פסקי דין זו גרמה לשינוי כללי המשחק ביחס להגדרות ולמושגים "חומר חקירה" ו"חומר חסוי", מצוי בהחלטת בית המשפט המחוזי בחיפה בעניין טאהא ועיד:¹⁴⁵

"... עיינו בחומר החסוי ודעתנו כי חלק מהחומר הוא בלתי רלוונטי, חלקו בגדר עדות שמיעה וחלקו עלול להזיק למי מהנאשמים. בכל זאת, מאחר ותוכן החומר החסוי ידוע להגנה, ורק מה שחסוי הוא זהות המקורות ושוכנענו שחשיפת המקורות עלולה לסכן אותם ולפגוע בפעולות המשטרה, בכל זאת כדי לא לקפח את ההגנה כפי שהיא מבינה את תפקידה וכפי שהדברים נראים בעינינו אנו מתירים לפי שיקול דעת ההגנה לזמן כל מקור שתבקש שיעלה בדעתה לפי תנאי חיסוי שנקבע באשר לזהות המקורות אם על ידי תחפושת, אם על ידי פרגוד, ואם על ידי טשטוש קול באמצעים אלקטרוניים לפי הצורך."¹⁴⁶

כאן המקום לציין, כי שני הנאשמים באותו עניין הואשמו ברציחתו של טראק בוקאי, אשר שימש מקור סוכן חשאי (מס"ח), ועמד להעיד בבית המשפט נגד סוחרי סמים אותם הפליל ומהם קנה בשליחות המשטרה סמים מסוכנים. בסופו של יום,

¹⁴⁵ ת"פ (חי') 345/99, עתירה לגילוי ראיה מ-4/11/01.

¹⁴⁶ שם, בעמ' 53, פסקה 94.

הרשיע בית המשפט את הנאשמים בדין, בדרך שסבר כי היא שומרת על הגינות ההליך, תוך מתן פתרון טכני העשוי, לכאורה, למנוע את חשיפת מוסרי המידע. דא עקא, ניתן ללמוד על מידת הסכנה הנשקפת לסוכנים מגורל קרבנם של שני הנאשמים.

הנה כי כן, תוכן מידע מודיעיני, שבעבר זכה לחיסיון, הופך להיות נחלתו הכמעט מלאה של הכלל, וזאת, בנסיבות בהן חלק מן המידע אינו רלוונטי, חלקו מבוסס על עדות שמיעה וחלקו מזיק להגנה. לא זו אף זו, הפתרון הטכני שמציע בית המשפט בפסיקתו, להסתרת זהות מוסרי המידע או הסוכנים, אינו מציאותי. בהיבט זה חשוב לזכור, כי למוסרי המידע קשר ישיר לאנשים שאודותם נמסר המידע. במקרים רבים, מפעילים הנאשמים מערך מודיעיני עצמאי, הכולל חוקרים פרטיים ובודקי פוליגרף, על-מנת לנסות וללמוד מתוך החומר הגלוי שנמסר להם מיהו המדליף וכיצד הופללו. אם אותו אדם יגיע לעדות, יתעורר קושי לסנן מראש את תשובותיו, וקרוב לוודאי שסנגור מיומן יצליח לחשוף פליטות פה משמעותיות, אשר עלולות להביא לזיהויו של האדם. כמו כן, לעבריינים בכירים ובעיקר לעשירים שבהם, יש משאבים כספיים כדי לבחון מי נעדר מביתו ולכמה זמן, במהלך עדותו של המקור המודיעיני בבית המשפט, דבר שיצמצם בסופו של דבר בעבור הנאשמים את מספר החשודים כמוסרי המידע.

על אחת כמה וכמה כאשר מדובר בתיקים שעניינם ריב חמולות ונקמת דם בתוך הכפר. יש לזכור, כי העבריינים אינם נרתעים משימוש בכוח ובאלימות קשה כדי לפענח את התעלומה "מי בגד", והעונש על כך עלול להיות גור דין מוות.¹⁴⁷ בע"פ 10596/03 בשירוב נ' מדינת ישראל, התברר ערעורו של מי שהורשע בעבירת רצח ונידון למאסר עולם. ההגנה טענה, כי במהלך החקירה קיבלה המדינה מידע לפיו הרוצח הינו פלוני אחר, שעזב בינתיים את הארץ. בסופם של הליכי ביניים אלו, איפשר בית המשפט העליון להגנה לזמן את מקור המידע לעדות, בתנאים מסוימים שנציג המשטרה הסכים להם, ובהם אי חשיפת שמו של המקור, שיעיד מאחורי פרגוד או מחופש, ייכנס וייצא מבית המשפט באופן חשאי ולא ייחשפו

¹⁴⁷ במקרה אחד בקליפורניה טופל במהירות מידע בדבר דירה בה מוחזק נשק, ואכן נתפסו בה נשק וקוקאין. דא עקא, 29 דקות לאחר מכן נורה המודיע ונהרג. ראו P. Oshaughnessy, *Daily News*, 7/3/04.

ידיעות קודמות שמסר (הסכמת המשטרה ניתנה לאחר שבית המשפט קיבל את ההחלטה לאפשר את העדות).

החלטת בית המשפט העליון ניתנה בינואר 2005. כעבור זמן קצר, ב 17/3/05, בהחלטת ביניים של בית המשפט המחוזי, בפרשיית רצח הילד אביב אילוז (עניין **תורכ**¹⁴⁸), הורה בית המשפט המחוזי לאפשר העדת מוסר מידע באותם תנאים כבעניין **בשירוב**. בעקבות כך, ובעקבות הערכתה כי האמצעים שננקטו בפרשת **בשירוב** אינם מספקים ואינם מאפשרים להעיד מקור בביטחון, הוגשה בקשה לנקוט אמצעים נוספים על אלו שננקטו בעניין **בשירוב**. בית המשפט המחוזי קיבל את הסבר המשטרה כיצד העדת המקור ישירות, ולו בדרך של עיוות קולו, עלולה לגרום לחשיפתו. בית המשפט המחוזי קיבל לכן את הצעת המשטרה, שלפיה השאלות אל העד ותשובותיו תימסרנה בכתב באמצעות "איש ביניים". המקור עצמו לא יהא נוכח בבית המשפט, אלא ישהה במקום אחר שמוקנת בו מערכת "וידאוקונפרנס", אשר תתעד את מלוא עדותו ללא תחפושת. הצדדים יחקרו את העד בלא שישמעו אותו ישירות, אלא באמצעות שוטר שיקבל את השאלות, יחזור עליהן בקול כדי למנוע אי הבנה, ירשום מפי העד את התשובה ויעבירה בקולו שלו (השוטר) לבית המשפט. השוטר גם יתודרך למנוע פליטות פה של המקור שעלולות לחשוף את זהותו. פירוט הסינון יועבר לעיון השופטים בלבד. בית המשפט המחוזי ציין, כי אין בהחלטתו כדי להיות תקדים למקרים אחרים וכי אחרת עלול העד להיחשף באופן שיימנע ממנו להעיד. בית המשפט המחוזי הוסיף, כי:¹⁴⁹

"בדרך המוצעת ע"י המאשימה להעדתו של העד, שעדותו נחוצה להגנת הנאשם, כטענת בא כוחו, יש משום איזון ראוי בין הצורך להגן על חייו של העד לבין זכותו של הנאשם להביא עדים להגנתו."

בכל הכבוד, האיזון שערך בית המשפט העליון בעניין **תורכ** הוא ראוי, לדעתנו, ומגן היטב על מקור המידע, בנסיבות אותו עניין. אף על פי כן, המציאות החדשה שנוצרה בארץ, והמגמה העולה מהחלטות בתי המשפט שצוטטו לעיל, מחייבות

¹⁴⁸ פ"ח (ת"א) 001167/02 מדינת ישראל נ' יחיאל תורכ.

¹⁴⁹ לדיווח אודות העדתו בפועל של המקור ראו ידיעות אחרונות, 6/6/2005, עמ' 14.

להדגיש, כי אין כעת כל ביטחון שמוסרי מידע למשטרה לא ימצאו עצמם על דוכן העדים, באופן שעלול לסכן את חייהם ולהרתיעם משיתוף פעולה. המצב שנוצר בפסיקה באשר לחשיפת מקורות, כמבוטא בעניין טאהא ועיד לעיל, שם בית המשפט קבע כי אין ממש במידע החסוי, יוצר מציאות בלתי אפשרית מבחינת יכולת המשטרה להוביל לשיתוף פעולה של מקורות עימה.¹⁵⁰

אכן:¹⁵¹

"Informers are shy and timorous folks, whether they are under cover agents of the police or merely citizens stepping forward with information about violations of law, and if their names were subject to be readily revealed, this enormously important aid to law enforcement would be almost cut off."

ובאשר לחקירה נטולת מקורות, יאים לדעתנו דבריו של השופט שטרוזמן,

בהקשר אחר:¹⁵²

"הצדק דורש את מיצוי הדין והדין חסום ללא הצדקה. לא יתכן שכך יהיה עד שיודעו הציבור ונציגיו בכנסת מרצח ללא אפשרות הרשעה של הרוצח, או מפסיקה אחרת, בתחום האזרחי או הפלילי, שתציג אמת משפטית מעוותת לחלוטין לעומת האמת העובדתית..."

לא למותר לציין, כי מטבע הדברים, אנשי המשטרה הבאים במגע עם מקורות מידע חבים כלפיהם חובת זהירות ודאגה לביטחונם האישי. ייתכן אף, כי במצבים מסוימים יטען מי שיטען כי הגורם המשטרתי הפר אישית את חובתו כלפי המקור.¹⁵³ בנסיבות אלו, המציאות החדשה הנ"ל עלולה לפעול גם כנגד נכונותם של גורמי המשטרה לפעול בסביבה עתירת סיכון.

¹⁵⁰ אמנם לתביעה שמורה תמיד האפשרות לחזור בה מן האישום, אולם, הדבר תלוי בגורמים שונים, ולכן אדם המתלבט אם לשתף פעולה עם המשטרה (או סנגור המייצג לאדם כזה), יתקשה למנות שיקול זה במניין שיקוליו.

¹⁵¹ *McCormick on Evidence* (4th ed., St. Paul, Minn., 1992) 155

¹⁵² א' שטרוזמן "האמת קבורה ב'עדות שמיעה'" המשפט א (תשנ"ג) 239, בעמ' 248.

¹⁵³ ראו למשל: 3 [1996] Q.B. 464 (1997) *Swinney v. Chief Constable of Northhumbria*. All E.R. 449.

גישה אחרת, ולדעתנו, בכל הכבוד, מאוזנת יותר, ניתן למצוא בהחלטתו של

השופט מודריק, באשר לבקשה להסרת החיסיון מדו"חות עיקוב, בעניין **הר שפי**:

"אינני בטוח שכל מה שאפשר לגלותו בדרך האמורה, אינו ידוע כבר לרבים. אולם אני חושש מאוד שאכן ישנן פרטי שיטה שאינם ידועים או אינם ידועים מספיק שהתרת האסור תגלה אותה. לפיכך, הקפדתי לברר היטב מה כלול בחומר החסר. מצאתי, למיטב הבנתי ושיפוטי, שהמידע שבחומר איננו רלוונטי כל עיקר. רובו ככולו פעולות עיקוב שלא הניבו כל תוצאה מחשידה.

העובדה, שמי מן הנאשמים יוצא מביתו ונכנס לסופרמרקט וחוזר לביתו איננה בעלת משמעות לסוגיות המתבררות במשפט. עם זה אני מנחה את התביעה, לחשוף בפני הנאשמים את הפרטים הבאים מתוך דוחות העיקוב:

א. תאור של אנשים שהנעקבים פגשו.

ב. שמות של אנשים, כאמור, אם הם ידועים.

ג. מקומות המפגשים ומועדיהם.

ד. תאור כלי רכב ומספרי כלי הרכב שצוינו בדוחות העיקוב.

כל זה ייעשה בידי התביעה על דרך של רשימה מודפסת וללא חשיפת דוחות העיקוב עצמם. אם תראה הסנגוריה לנכון להצביע, תוך הנמקה, על מעקב מסוים, כתוצאה מן האינפורמציה שתיחשף, כמצדיק ברור מפורט יותר אשקול בחיוב מתן הוראה לחשיפה מלאה של אותן מעקב.¹⁵⁴

בעניין **אלבז** ניתנה החלטה דומה מפי השופט מודריק:¹⁵⁵

"... וידאתי כי הריכוז שנמסר לסנגורים משקף נאמנה את פרטי המעקבים... מה שחסר בטבלאות הוא ראשית חלוקה לזמנים של יום המעקב... שנית, מסלולי התנועה של הנעקב אינם מצוינים במדוקדק... כל אלה הושמטו כדי לא לגלות שיטות מעקב... אם יראו הסנגורים צורך

¹⁵⁴ תפ"ח (ת"א) 10393/98 מדינת ישראל נ' הר-שפי, תק-מז 99 (2) 692.

¹⁵⁵ ת"פ (ת"א) 40065/01 מדינת ישראל נ' אלבז, תק-מז 2002 (1) 657.

בקבלת מידע מפורט יותר ביחס לנקודות זמן קונקרטיות, או יום מעקב מסוים.... אעתר לבקשות קונקרטיות כאלה אם אשתכנע שלא מדובר ב'דייג' של ראייה וכי מדובר בפניה רלוונטית ובראייה רלוונטית."

בגישה זו של השופט מודריק ניכרת הקפדה מירבית על זכויותיו של הנאשם, אך במקביל ניכר גם צמצומו של מרחב התמרון ו"הדיג" של ההגנה.

לאחרונה, בעניין **זאבי**, במסגרת דיון בנושא חומר חקירה, הדגישה שופטת בית המשפט העליון, השופטת פרוקצ'יה, את מאפייניו העיקריים של חומר חקירה, שהם רלוונטיות לאישום בראייה רחבה של הרלוונטיות, וללא ראיות שהרלוונטיות שלהן אינה קיימת או שהיא רחוקה ושולית. לעניין זה קבעה השופטת, כי:¹⁵⁶

"ככל שהזיקה בין החומר לבין השאלות שבמחלוקת במשפט רופפת יותר, כך נדרש לשקול ביתר שאת את מידת הפגיעה בזכויותיהם של אחרים ובערכים שונים שבאינטרס ציבורי חיוני הצפויה מהצגתו לדיון."

מעניין, לדעתנו, להשוות מצב זה לחיסיון הקיים לגבי מקורות עיתונאיים. לעמדתנו, מומלץ להקיש מהכללים הנוגעים לחיסיון העיתונאי גם לגבי חיסיון זהותם של מוסרי המידע למשטרה. וכך שורטטו גבולות החיסיון העיתונאי, יציר הפסיקה, בעניין **ציטרין**, על ידי נשיא בית המשפט העליון דאז, מאיר שמגר:¹⁵⁷

"לשם מימוש חופש העיתונות לא יחויב עיתונאי בגילוי זהות מקורותיו בהליך שיפוטי, אלא אם כן הגילוי רלוונטי "וחיוני ובעל חשיבות לשם עשיית משפט צדק בעניין מהותי..."

פסיקת בית המשפט נותנת למעשה זכות יתר, לעיתונאי, שהוא עד במשפט, שלא לגלות את מקורות המידע שלו. הזכות אינה עומדת לעד רגיל, ומכאן ייחוד ההכרעה בתפקיד העיתונאי.¹⁵⁸

בעניין **ציטרין הנ"ל**, מזכיר הנשיא שמגר את איזון האינטרסים שיש לבצע בעניין

החומר החסוי:¹⁵⁹

¹⁵⁶ עניין זאבי, לעיל הערה 1, פסקה 13.

¹⁵⁷ ב"ש 298/86 ציטרין נ' בית הדין המשמעתי של לשכת עורכי הדין, פ"ד מא (2) 337, בעמ' 360.

¹⁵⁸ ז' סגל "חופש העיתונות והרשות השופטת" חופש העיתונות - בין מיתוס למציאות (תשנ"ו) בעמ' 44 - 45.

“עניין החיסוי חוזר ונדון בפסיקה האנגלית פעמים מספר בתקופה בה התנהלה החקירה בפני ועדת חקירה ממלכתית בפרשת הריגול של Vassall (ראה: Attorney General v. Clough, [1963] 1 All E.R. 450; Attorney General v. Mulholland [1963] 1 All. E.R. 767). בתי המשפט התייחסו שם לטענתם של עיתונאים אשר סירבו לגלות מקורות המידע בעניין פרסומיהם בקשר ל-Vassall טוענו (צ"ל 'וטענו' - ג' א') כי יש להם חיסיון על פי החוק המתיר להם לסרב לגלות את מקורות האינפורמציה. כנטען שם, קיום החסיון הוא אמצעי כדי להגיע לחקר האמת. במה דברים אמורים. יש לציבור עניין שהעיתונאי ישיג את המידע, אך הוא יצליח בכך רק אם האיש שהוא מקור המידע יוכל לרכוש אמון לכך כי זהותו לא תתגלה. על ידי כך יתאפשר פרסומו לציבור הרחב של מה שהציבור זכאי לדעת. בדרך זו יכול העיתונאי לגלות מעשי עבירה ומעשי עוולה ומעשי רשלנות במילוי תפקיד, אשר אחרת יישארו ללא תגובה. העיתונאי לא ישיג את המידע אלא אם כן ישמור את מקורו בסוד. כאמור שם, פיותיהם של מוסרי המידע ייסגרו אם הם יידעו כי זהותם תתגלה. זו תמצית הטענה שהועלתה שם - הדומה לזו שהועלתה בפנינו, לפיה העיתונאי זכאי לסרב להשיב לשאלה בה מתבקש גילוי המקור.”

ברוח הלכת **ציטרין**, המליצה הוועדה לחיסיון עיתונאי משנת 1994, כי עיתונאים ייהנו מחיסיון מסויג לחובת גילוי זהות מקורותיהם, ולא יידרשו לגלות את זהותם, אלא אם כן חיוני הדבר לעשיית צדק בנוגע לביצוע עבירה חמורה או למניעת עוול חמור בהליכי משפט, ולא ניתן לגלות ראיות אחרות בשקידה סבירה. על-פי המלצות הוועדה, החיסיון העיתונאי יחול על כל הליך שיפוטי או חקירתי, ולא תחול חובת גילוי אלא על פי צו של בית משפט.

מקבלים אנו, כי חיסיון עיתונאי בא לשרת את זכות הציבור לדעת, כחלק מחירות הביטוי, בעוד שלהליך הפלילי, אשר בסופו של דבר נועד להגן על ביטחון הציבור ושלומו, יש מטרה נוספת של הבטחת הליך נאות תוך צמצום פערי הכוחות בין המדינה ליחיד. חרף זאת, לדעתנו, לא ייתכן לאפשר מציאות בה מקור מודיעיני

¹⁵⁹ עניין **ציטרין**, לעיל הערה 157, בעמ' 344 - 345. בפסק הדין **Vassall**, שאותו מזכיר הנשיא (כתוארו אז) שמגר, חייב בית המשפט את העיתונאים לחשוף את מקורות המידע, לנוכח אופיה של פרשת ריגול וביטחון המדינה נשואת המידע.

שימסור מידע לעיתונאי עשוי בנסיבות מסוימות לזכות להגנה חזקה יותר מאשר אם היה בוחר למסור אותו המידע לרכז מודיעין משטירתי.

לדעתנו, המסורת שהתגבשה בארץ בנושא החיסיון העיתונאי והפרתו מבטאת פתרון הוגן וראוי. מרכיבי הפתרון הם -

1. רלוונטיות (להליך המשפטי).
2. מהותיות (העבירה מהותית ומדובר בעוון או פשע).
3. חיוניות (אין אפשרות להישען על ראיות אחרות).¹⁶⁰

לעמדתנו, ראוי וכדאי שמבחנים דומים יינקטו גם לגבי מקורות מידע משטירתיים, וזאת, בדומה לקיים במדינות מערביות אחרות, כפי שהוצג וכנוהג גם אצלנו לגבי המקורות העיתונאיים.

לא למותר לציין, כי המגמה לחשוף אמצעים וחומרי חקירה שהוגדו "מודיעיניים" או "חסויים" משתלבת בעובדה לפיה מזה שנים אחדות מזוהה תופעה של איום על עדים, בעיקר בחקירת עבריינות חמורה. כתוצאה מכך הוקם צוות מיוחד לבחינת הנושא על ידי פרקליטת המדינה דאז, עדנה ארבל. בספטמבר 2004 הגיש הצוות, בראשות עו"ד משה לדור, לשעבר פרקליט מחוז ירושלים, את המלצתו להקמת רשות להגנה על עדים. מממצאי הצוות עולה, כי: "בישראל הולכת ומחריפה בשנים האחרונות תופעה שבה עדים אינם משתפים פעולה עם הרשויות, ובמיוחד בעבירות אלימות קשה, סחר בבני אדם, סמים ופשע מאורגן. הם נרתעים מפני איומים בפועל או חשש לאיומים."¹⁶¹ מתמצית "דו"ח צוות ההקמה לתוכנית להגנה על עדים תשס"ד-2004" עולה, כי: "עבירות רבות, בתחום זה [איום ופגיעה בעדים - ג"א], אינן נחשפות כלל, עבירות רבות מבוצעות מתוך אמונה של מבצעהן כי לא יימצא מי שיעמוד בדרכם ויעיד נגדם, חקירותיהן של עבירות חמורות נמצאות מסוכלות באיבן... [ש]ידוע למשטרה על עדים שנחשפו לאיומים ואף נרצחו, וכן על סוכנים שויתרו על קבלת סל אבטחה ונפגעו...". הצוות מצא כי בכלים העומדים כיום

¹⁶⁰ וכדברי הנשיא (כתוארו דאז) שמגר, שהבאנום לעיל: "רלוונטי וחיוני לשם עשיית משפט צדק בעניין מהותי".

¹⁶¹ הארץ, 13/9/05, עמ' 5א. לדיווח לפיו אלפים רבים של פושעים באנגליה מוזכרים מדי שנה בפלילים, או שכלל לא ננקטים נגדם הליכים, בשל פגיעה או איומים כלפי עדים ומושבעים, ראו M. Bright & G. Hinsliff "Guilty Walk Free as Jury Threats Soar" **The Observer** 07.7.02.

לרשות משטרת ישראל אין כדי לספק מענה הולם לצרכים ההולכים וגדלים בתחום זה. הצוות מצא הכרח להקים גוף מקצועי, שמעמדו יוסדר בחקיקה.¹⁶² עם זאת, קשיים פיננסיים מעכבים מאז את מימוש התוכנית.

1. סיכום

הרציונל האכיפתי, ובעיקר המשטרתי, דומה לגישה הביטחונית - הוא בנוי מהרתעה, התרעה והכרעה.

אחד הכלים החשובים בתחומי איסוף הראיות היה ונותר המקור המודיעיני האנושי והסוכנים למיניהם. בשנים האחרונות, ניכרת מגמה ברורה של ירידה ביחס שבין כמות הכוחות המשטרתיים הפועלים בשטח לבין היקף המשימות וגודלה של האוכלוסייה. בכך נפגעת יכולת ההרתעה. במקביל, מצטברת פגיעה באפקטיביות של המודיעין האנושי, תוך מגמה של הגדלת היקף החומר החסוי הנחשף להגנה והעצמת הביקורת כלפי ביצוען של תחבולות בחקירה, דבר העלול להשפיע על כושר ההרתעה המשטרית. שילוב משתנים אלו עלול, בסופו של דבר, לפגום ביכולת ההכרעה של רשויות האכיפה ובהכרח - לחבל באיכות החיים וביציבות הכלכלית, התרבותית והחברתית של אזרחי המדינה, עד לרמה של סיכון אסטרטגי.

לטעמנו, מדינה הנאבקת באלימות פלילית קשה ובפשע מאורגן המעמיק חדירתו לתחומים מגוונים ומסוכנים, חייבת להגיב במהירות, תוך שידרוג וייעול של האמצעים העומדים לרשותה. אחד האמצעים הללו - השימוש בתחבולות - מהווה בסיס לפיתוח חקירות יזומות ומתוכננות; אחד הכלים החשובים ביותר בארסנל התחבולות הינו הסוכן החשאי.

בשנים האחרונות יצרה הפסיקה שינוי של ממש בהיקף החשיפה של החומרים שנחשבו מסורתיים כחסויים; משכך, יש ליצור בחקיקה, וגם במסגרת מערך המודיעין המשטרתי, הגדרות ברורות בדבר התנאים בהם עשוי להתחייב מוסר מידע להשתתף בהליך הפלילי. דרושים כללים ברורים, ובעיקר הגיוניים, המביאים בחשבון משתנים שונים, כגון מימד הזמן והרלוונטיות. במציאות הנוכחית היקף החומר המודיעיני

¹⁶² הציטוט לקוח מתמצית הדו"ח, כפי שפורסמה באתר האינטרנט של משרד המשפטים: www.justice.gov.il

שנחשף נבחן באורח רחב ביותר ומתירני ביחס למשתנים הללו, ובכך גורם לחשיפת כמויות עצומות של חומר מודיעיני, דבר שברוב המקרים הוא מיותר. לדעתנו, ניתן וראוי לאמץ את ההצעה שהועלתה באנגליה בדבר הכשרת שופטים בתחום המודיעין ומינוי פרקליטים ותובעים מיוחדים, שירכוז את הטיפול המקצועי בנושאים הללו, כך שלא יתאפשר לכלל מערך התביעה להיחשף ולסכן חומרים רגישים של שיטות עבודה, אמצעים ושמות של מקורות מודיעיניים אנושיים. נוסף לכך, מן הראוי לעגן בחקיקה את המלצותיה של ועדת לדור ולהקים את הרשות להגנת עדים.

בד בבד, לנוכח המציאות בפסיקה, נדרש המודיעין המשטרתי לבחון היטב את כדאיות המשך הפעלתו של חלק נכבד מהמקורות האנושיים שלו. נהלים קפדניים ועדכניים, וכן חוקים, שיגנו על מי שאמנם ראוי להגנה כמקור אנושי, יאפשרו צמצום במספר המקורות המודיעיניים והגנה מקסימלית על היעילים והחשובים שיוותרו. הקפדה על הגינות התהליך היא הכרחית ומהווה תנאי להמשך קיומן והכשרתן של חקירות יזומות. צמצום במספר המקורות המודיעיניים האנושיים, שאינם מעידים בבתי המשפט, מחייב הרחבה דרסטית במספר הסוכנים החשאיים (הן השוטרים והן העבריינים), תוך הפעלתם בחקירות של מגוון עבירות חשיפה (להבדיל מהמצב הקיים היום, בו רובם המוחלט של הסוכנים מופעל בתחום הסמים בלבד). חלק מן הסוכנים הללו חייב להיות מופעל גם בתוך בתי הכלא כלפי אסירים, בדומה לנהוג בארצות הברית ובקנדה, תוך נקיטת כל אמצעי זהירות אפשרי למניעת שיבוש ובידוי ראיות.

שינוי זה הוא אפשרי וישים, אך יותר מכך - הוא מחויב המציאות, ולדידנו, טיפול יסודי ומקיף בחולשות ובבעיות הנדונות במאמר עשוי להוות חלק ניכר מפתרון הבעיה.

על המשפט הפלילי באזורי יהודה, השומרון וחבל עזה¹: אשנב ומגמות

נתנאל בנישו*

א. מבוא ב. מערכת בתי המשפט הצבאיים באזור - המסגרת החקיקתית ג. תהליכי האזרחות של הדין הפלילי באזור - תהליכי חקיקה 1. ביטול סמכות המפקד הצבאי כרשות מאשרת 2. שינויים בדיני הראיות 3. שינויים בסדרי הדין 4. הרכב בית המשפט 5. סוגיות שלא עברו תהליך הידמות לדין האזרחי ד. התהליכים בפסיקה בתי המשפט הצבאיים באזור 1. כללי 2. בדיקה אמפירית 3. צעדים מהוססים בפסיקה - התקופה הראשונה 4. ביטוי צלול - התקופה השנייה 5. פריצת הסכר - התקופה השלישית ה. מדין מיוחד לדין כללי - יתרונות וחסרונות 1. יתרונות בולטים (א) שיפור השמירה על זכויות האדם (ב) הקניית סממנים אזרחיים למערכת הצבאית (ג) בניית "שיח משפטי" אחיד (ד) הרחבת מקורות ההשראה של השופטים 2. הסייגים ליתרונות האמורים 1. סיכום

א. מבוא

מאז הקמתם בשנת 1967² העבירו בתי המשפט הצבאיים באזור יהודה ושומרון

וחבל עזה³ תחת שבט שיפוטם עשרות אלפי נאשמים.⁴

¹ במהלך עריכת המאמר בוטל הממשל הצבאי באזור חבל עזה כתוצאה מתוכנית ההינתקות. יחד עם זאת, המגמות עליהן נצביע במאמר זה היו משותפות לשני האזורים, על כן קיים עדיין עניין לחקרן.

* סא"ל, המשנה לנשיא בית המשפט הצבאי לערעורים ביהודה ושומרון. תודתי נתונה לסא"ל שלמה הומינר אשר עודד אותי להשלים כתיבת מאמר זה ולחבריי, סא"ל צבי לקח, רס"ן יאיר תירוש ולעורך משפט וצבא, על הערותיהם המועילות. העמדה המובאת על ידי במאמר זה נסמכת על זווית ראייתי האישית כשופט, ואינה משקפת בהכרח את עמדת המערכת הצבאית.

² להיסטוריה החקיקתית של הקמת בתי המשפט ראו מ' דרורי **החקיקה ביהודה ושומרון** (תשל"ה) 160; מ' שמגר "המשפט בשטחים המוחזקים על ידי צה"ל" **הפרקליט** כג (תשכ"ז) 540, ו- Z.Hadar **Military Courts in Military Government in the Territories Administrated by Israel 1967-1980 - The Legal Aspects** (1982) 179

³ להלן: האזורים ובהתייחס ליהודה ושומרון בלבד: האזור. נציין כי לרוב נתייחס לדין ולפסיקה באזור יהודה ושומרון בלבד, זאת מאחר שתחיקת הביטחון באזורים הייתה זהה כמעט לחלוטין.

⁴ בנישו "על המשפט הפלילי באזורי יהודה, השומרון וחבל עזה: אשנב ומגמות" **משפט וצבא** 18 (התשס"ה) 293

מערכת זו, אשר אין לה בסיס חקיקתי רב - ואולי כתוצאה מכך - יצרה עם חלוף הזמן מכלול של הלכות בתחומי המשפט השונים הבאים לידי ביטוי בהליכים המתנהלים במסגרתה.⁵

על אף חשיבותה והשפעתה של מערכת בתי המשפט הצבאיים באזורים, כמנגנון לאכיפת חוק מרכזי בקרב אוכלוסייה נשלטת, ולמרות אינטנסיביות עבודתה, לא זכה פועלה לבחינה אקדמית ראויה לשמה, להוציא מאמרים ספורים אשר עסקו בסוגיות מיוחדות בלי שערכו ניתוח שיטתי של שינויי החקיקה והמגמות בהלכות שיצאו מלפני בתי המשפט.⁶

מטרת מאמר זה היא להציג שורה של התפתחויות בחקיקה ובפסיקה ביהודה, בשומרון ובחבל עזה, מתחילת שנות ה-90 ועד לימינו, בניסיון לעמוד על מאפיין מרכזי, חוזר ונשנה, לשינויים אלה. היינו, נטייתה ההולכת ומתגברת של מערכת זו לנטוש את מקורותיה הצבאיים לטובת הידמות למערכת המשפט הפלילית האזרחית,⁷ המתקיימת במדינת ישראל.

עוד נבחן את גבולות התופעה, מגבלותיה ומניעיה, ונסה לעמוד על קווי התפתחות עתידיים.

ב. מערכת בתי המשפט הצבאיים באזור - המסגרת החקיקתית

בטרם נפנה לבחינת ההתפתחויות בחקיקה ובפסיקה באזור, מן הראוי לעמוד בקצרה על מקורות הסמכות של בתי המשפט הצבאיים באזור ועל המסגרת החקיקתית בה הם פועלים.

בתי המשפט הצבאיים הוקמו מכוח סמכותו של הממשל הצבאי בשטח מוחזק לצוות בו על ההוראות הנדרשות לקיום ממשל תקין ולשמירה על הביטחון והסדר

⁴ על פי דו"חות סיכום שנת העבודה של הפרקליטות הצבאית לשנים 1990 - 2003, נשפטו בכל מגוון העבירות (תעבורה, שהייה בלתי חוקית, עבירות פליליות, הפרות סדר ופעילות חבלנית עוינת) למעלה מ-124,000 נאשמים.

⁵ נוכל לומר, אם נזכיר את תחום המעצרים המנהליים, כי תחומים אלה חופפים לתחומי העיסוק של בית משפט פלילי בישראל.

⁶ כך לדוגמה ע' בן חיים "עונש מוות בפסיקת בתי המשפט הצבאיים בישראל ובאזורים המוחזקים" **משפט וצבא** 10 (תשמ"ט) 35.

⁷ ברשימה זו נעשה שימוש במונח זה כמונח המנוגד למערכת הצבאית.

הציבורי.⁸ סמכות זו מוצאת את ביטויה בסעיף 64 לאמנת ג'נבה בדבר הגנה על אזרחים בימי מלחמה, 1949, הקובע:

"...אולם המעצמה הכובשת רשאית להטיל על אוכלוסייתו של השטח הנכבש הוראות שיש בהן הכרח כדי לאפשר למעצמה הכובשת לקיים את התחייבויותיה לפי האמנה הזאת, לקיים את הממשל התקין של השטח ולדאוג לבטחונה של המעצמה הכובשת, לבטחון אנשי כוחות הכיבוש ורכושם או לבטחון מינהלת הכיבוש, לבטחון המוסדות וקווי התחבורה שהם משתמשים בהם."

כאשר לכך נוסף סעיף 66 לאמנת ג'נבה הקובע כי:

"עברו על הוראות העונשין שפרסמה המעצמה הכובשת בתוקף הפסקה השנייה של סעיף 64, רשאית המעצמה הכובשת למסור את הנאשם לבתי המשפט הצבאיים והבלתי מדיניים שלה שהוקמו כהלכה, בתנאי שבתי המשפט האלה ישבו בשטח הנכבש. רצוי שאף בתי המשפט לערעורים ישבו בשטח הנכבש."

על כן, כבר ביום הראשון של נטילת השלטון באזור על ידי צה"ל, נחקק המנשר בדבר כניסתו לתוקף של צו בדבר הוראות בטחון.⁹ צו זה, שהינו ההוראה המקיפה ביותר של המשפט הפלילי באזור, קובע בסעיפים 5, 6 ו-43, כי מפקד האזור יכונן בתי משפט צבאיים.

על פי הצו משנת תשכ"ז הוקמו בתי משפט משני סוגים. הראשון, בו כיהנו שלושה שופטים וכנשיאו שימש קצין צה"ל בדרגת רב סרן, בעל הכשרה משפטית, והשני, של דן יחיד בו מוסמך לכהן כל קצין בצה"ל, אשר גם הוא בעל הכשרה משפטית.¹⁰ בהמשך, שונה הרכבם של בתי המשפט ונקבע כי בבתי המשפט הצבאיים

⁸ כ"א 1, עמ' 559. וראו דרורי, לעיל הערה 2, אשר מוסיף להבהיר, כי סמכות זו "היתה פרקטיקה מקובלת בדיני המלחמה ואף נמצא לה תימוכין בספרות" עד שנתגבשה לאמנה האמורה.

⁹ צו בדבר הוראות בטחון (אזור הגדה המערבית) (מס' 3), התשכ"ז-1967, קמצ"מ (יהודה ושומרון) (מס' 1) 5, אשר לימים בוטל והוחלף בצו בדבר הוראות בטחון (יהודה ושומרון) (מס' 378), התש"ל-1970, קמצ"מ (יהודה ושומרון) (מס' 21) 733 (להלן: הצו בדבר הוראות בטחון או הצו) ובחבל עזה: צו בדבר הוראות בטחון, תש"ל-1970, קמצ"מ (אזור חבל עזה) (מס' 19) 1338.

¹⁰ בפועל כוננו חמישה בתי משפט בצו בדבר כינון בתי משפט צבאיים (אזור הגדה המערבית) (מס' 3), התשכ"ז-1967, קמצ"מ (יהודה ושומרון) (מס' 1) 25. וראוי לציין, כי בתי משפט אלה עברו גלגולים שונים בהתאם להתפתחויות הפוליטיות והביטחוניות, כאשר לעתים צומצם מספרם ולעתים הורחב.

יכהנו שופטים משפטאים בדרגת סרן ונשיאי בתי משפט בדרגת סגן אלוף, שימונו על ידי המפקד הצבאי בהמלצת הפרקליט הצבאי הראשי.¹¹

לצד בתי משפט של הערכאה הראשונה לא היתה קיימת תחילה ערכאת ערעור. זו הוקמה לאחר התערבות בג"ץ¹² ובראשה עומד נשיא בית המשפט הצבאי לערעורים, קצין בעל השכלה משפטית בדרגת אלוף משנה.¹³

הצו בדבר הוראות בטחון אף קובע את סמכויות הענישה של בתי המשפט הצבאיים, סמכויות המבדילות בין שופט דן יחיד להרכב של שלושה שופטים.¹⁴ על פי סעיף 4א (ד) לצו, מוסמך שופט דן יחיד לדון בכל עבירה ללא כל הגבלה הנובעת מהעונש הקבוע לצידה, אך אין בכוחו להטיל על נאשם מאסר העולה על עשר שנים וקנס בשיעור הקבוע בצו בדבר דרכי ענישה.¹⁵ סמכות הענישה של הרכב אינה מוגבלת, ותלויה היא בעונש הקבוע לצידה של כל עבירה ועבירה.¹⁶

כבר בראשית הדרך הובהרה עצמאותם של השופטים המכהנים בבתי המשפט הצבאיים, כאמור בסעיף 7א לצו בדבר הוראות בטחון, הקובע:

”בענייני שפיטה אין מרות על מי שבידו סמכות שפיטה, וולת מרות הדין ותחיקת הביטחון.”

¹¹ ראו סעיפים 3, 3א, 4, 4א לצו בדבר הוראות בטחון, טרם תוקן בצו 1550 מיום 12/10/2004 (טרם פורסם). כיום מתמנים השופטים על ידי מפקד האזור לאחר שנבחרו על ידי ועדת בחירה בה מכהנים שבעה חברים, וראו עוד דברינו לעיל בפרק ג.4.

¹² בג"צ 87/85 ארג'וב ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל לאזור יו"ש ואח', פ"ד מב (1) 353. בעניין זה אמנם דחה בית המשפט את העתירות, שביקשו לחייב את המפקד הצבאי להקים ערכאת ערעור, תוך שציינו כי זכות הערעור אינה זכות טבעית וכי אין כל הוראה במשפט הבינלאומי המחייבת את ישראל כמחזיקה בשטחי יהודה, שומרון וחבל עזה, להעניק למי שנשפט בפני בית משפט צבאי אפשרות לערער. בד בבד המליץ בית המשפט הגבוה לצדק, בהמלצה שלא הותירה שיקול דעת רב למפקד האזור, ליזום הקמת ערכאה כאמור, וכך אכן קרה בשנת 1990.

¹³ ראו סעיף 3 (ב)5 ו-1 (6) וסעיף 40 לצו בדבר הוראות בטחון.

¹⁴ על פי הצו עד לתיקונו בשנת 2004 די היה כי שופט משפטאי אחד יעמוד בראש ההרכב, כאשר שני השופטים הנוותרים היו קצינים שאינם חייבים להיות בעלי השכלה משפטית. אולם, הצו שונה כך שכיום כל ההרכבים מורכבים מקציני צה"ל בעלי השכלה משפטית שמונו כשופטים, בקבע או במילואים.

¹⁵ צו בדבר דרכי ענישה (יהודה ושומרון) (מס' 322), התשכ"ט-1969, קמצ"מ (יהודה ושומרון) (18) 645. מן הראוי לציין כי, תחילה, הוגבלה סמכות הענישה של דן יחיד לחמש שנות מאסר, עד לתיקון הסעיף בצו בדבר הוראות בטחון (תיקון 65) (מס' 1344), התשנ"ד-1994, קמצ"מ (יהודה ושומרון) (מס' 121) 367 מ-25 ביוני 1995.

¹⁶ למעט הטלת עונש מוות, אשר מוגבלת בכך שקיימת חובה כי כל שופטי ההרכב יהיו משפטנים בעלי דרגה שאינה פחותה מדרגת סגן אלוף (ראו סעיף 47 (א) (8) לצו).

כאמור, ניתן לראות בצו בדבר הוראות ביטחון את הקודקס הפלילי המחייב באזור. צו זה מסדיר את סוגיית כינון בתי המשפט, עליה עמדנו, את דיני הענישה וסדרי הדין במשפט ובערעור. הוא מגדיר גם שורה של עבירות, את סמכויות המעצר, החיפוש והתפיסה ואת דיני הראיות.¹⁷

לצד צו מקיף זה קיימים צווים נוספים, המסדירים תחומים שונים של המשפט הפלילי. כך, לדוגמה, עוסק הצו בדבר כללי האחריות לעבירה,¹⁸ בסוגיות המוסדרות בחלק הכללי של חוק העונשין הישראלי, והצו בדבר דרכי ענישה (יהודה ושומרון) (מס' 322), התשכ"ט – 1969,¹⁹ משלים את קביעות הצו בדבר הוראות בטחון בתחום הענישה.

יחד עם זאת, עלינו לזכור, כי לצד צווים של המפקד הצבאי, ממשיכה לחול גם החקיקה אשר הייתה בתוקף עת העביר צה"ל את השליטה על האזור לידינו.²⁰ אשר על כן, נקראים בתי המשפט לעשות שימוש גם בחקיקה ירדנית באזור יהודה ושומרון ובחוק המצרי באזור חבל עזה.²¹ כתוצאה משמירת תוקפו של המשפט הקיים נוקקים בתי המשפט גם לתקנות ההגנה המנדטוריות, שהיו בתוקף גם ביהודה ושומרון ערב פרוץ מלחמת ששת הימים.²²

עוד נציין, כי המפקד הצבאי מוסמך מכוח סעיף 3א למנשר בדבר סדרי שלטון ומשפט²³ לתקן את החקיקה המקומית, אשר תוקפה נשמר. כך תוקנו, למשל, חלקים נרחבים של החוק הפלילי הירדני, 1960, בנושא עבירות הקשורות לרכב.²⁴

¹⁷ מעבר לכך מסדיר הצו גם את ההגבלות והפיקוח אותם רשאי המפקד הצבאי להטיל על כל תושבי האזור, כגון תיחום מגורים, סגירת שטח, הריסת בתים ומעצר מנהלי, תחום המוסדר גם בצו בדבר מעצרים מנהליים (הוראת שעה) (יהודה ושומרון) (מס' 1229), התשמ"ח-1988, קמצ"מ (יהודה ושומרון) (מס' 76) 180, אשר עבר גלגולים רבים.

¹⁸ צו בדבר כללי האחריות לעבירה (יהודה ושומרון) (מס' 225), התשכ"ח-1968, קמצ"מ (יהודה ושומרון) (מס' 12) 467.

¹⁹ לעיל הערה 15.

²⁰ זאת, מכוח המנשר בדבר סדרי שלטון ומשפט (אזור הגדה המערבית) (מס' 2), התשכ"ז-1967, קמצ"מ (יהודה ושומרון) (מס' 1) 3, הקובע בסעיף 2: "המשפט שהיה קיים באזור ביום כ"ח באייר תשכ"ז (7 יוני 1967) יעמוד בתוקפו, עד כמה שאין בו משום סתירה למנשר זה או לכל מנשר או צו, שיינתנו על ידי, ובשינויים הנובעים מכינונו של שלטון צבא הגנה לישראל באזור."

²¹ ראו בעניין זה דרורי, לעיל הערה 2, בעמ' 126 ואילך.

²² תקנות ההגנה (שעת חירום), 1945. ראו דרורי, לעיל הערה 2, בעמ' 154 ליד הערה 171.

²³ לעיל הערה 20.

²⁴ ראו הצו בדבר תיקון החוק הפלילי הירדני מספר 16 לשנת 1960 (תיקון מס' 6) (יהודה ושומרון) (מס' 1428), התשנ"ה-1995, קמצ"מ (יהודה ושומרון) (מס' 162) 1826.

משעמדנו בקצרה על מקור סמכותם של בתי המשפט הצבאיים באזור ועל המסגרת החוקית בה הם פועלים, נפנה לבחינת התהליך אשר התרחש במשפט הפלילי באזור, שהוא נושא רשימה זו. יש להבהיר, כי תהליך זה מתבטא בשני מישורים. הראשון, שינויי חקיקה, אשר חלו בשנים האחרונות, במסגרתם נזנחו הסדרים שנשאבו בעבר מחוק השיפוט הצבאי²⁵ וקירבו בין המשפט הנוהג באזור למשפט האזרחי הישראלי. השני, הלכות פרי פסיקת בית המשפט הצבאי לערעורים, אשר גם הן מתאפיינות במגמה דומה. נדון תחילה בשינויי החקיקה ובפסיקת בתי המשפט, ובהמשך נבחן את יתרונותיה וחסרונותיה של מגמה מהותית זו.

ג. תהליכי האזרוח של הדין הפלילי באזור - תהליכי חקיקה

כאמור, מיד עם תפיסת שטחי יהודה ושומרון על ידי כוחות צה"ל ובמטרה "לאפשר קיום ממשל תקין וכדי לשמור על הביטחון ועל הסדר הציבורי", פורסמו מנשר מס' 26,3 והצו הנלווה אליו, הצו בדבר הוראות בטחון (אזור הגדה המערבית), התשכ"ז - 1967. צו זה, אשר כלל 74 סעיפים, הוחלף בשנת 1970 בצו בדבר הוראות בטחון (יהודה ושומרון) (מס' 378), התש"ל - 1970,²⁷ הנמצא בתוקף עד עצם היום הזה (להלן: "הצו"). הצו עבר שינויים נרחבים במרוצת הימים, ועד לכתיבת שורות אלה ניתן למנות לא פחות מ-91 תיקונים בהם תוקן.

בחינת מאפייני הצו עם לידתו, ובעיקר השוואת נוסחו הראשון לנוסח המחייב כיום, מלמדות על השינוי הדרסטי שהתחולל בדמותו של המשפט הפלילי הצבאי ובתוכו בתי המשפט הצבאיים באזור. אם בתחילתו לבש בית המשפט הצבאי באזור סממנים צבאיים מובהקים, הרי שאלו היטשטשו בעקבות התיקונים שנוספו לו. אין כאן המקום לסקור את כל הוראות הצו בגלגוליהן השונים. נפנה, על כן, לארבע הוראות מהותיות הנוגעות לסמכויות המוענקות למפקד הצבאי, לדיני הראיות וסדרי הדין הנהוגים בבתי המשפט, ולהרכבם של בתי המשפט. די יהא בעמידה על נקודות אלה כדי להדגים עד כמה מושרשת ועמוקה מגמת האזרוח של בתי המשפט

²⁵ חוק השיפוט הצבאי, התשט"ו-1955, ס"ח 189, 171. (להלן: חוק השיפוט הצבאי).

²⁶ לעיל הערה 9.

²⁷ לעיל.

הצבאיים, זאת, לאור העובדה, כי הן נוגעות לקשת רחבה של נושאים כאמור, בחלקם - מסממניה המובהקים של שיטת המשפט הצבאית הנהוגה בישראל.

1. ביטול סמכות המפקד הצבאי כרשות מאשרת

מאפיין בולט של שיטת המשפט הצבאית בישראל, לגבי חיילים, עד לעת האחרונה, היה הצורך במתן אישור מאת רשות מאשרת (מפקד צבאי) לגורי דין הניתנים על ידי הרשות השופטת.²⁸

הוראה זו שהתקבלה גם לגבי האזורים עוד בנוסחו הראשון של הצו בדבר הוראות בטחון בשנת 1967, המכפיפה במידה רבה את ההחלטות השיפוטיות לרשות המבצעת, מקומה לא יוכר במערכת משפט אזרחית הבנויה על הפרדת רשויות. עיון בשני נוסחיו של הצו בדבר הוראות בטחון מלמד, כי תחילה סבר המחוקק שהסדר זה נחוץ אף באזורים. כך נכללו בצו הוראות דומות לאלו של חוק השיפוט הצבאי. על פי הוראות אלו, סמכויותיו של מפקד האזור אף מרחיקות לכת יותר מסמכויות הרשות המאשרת על פי חוק השיפוט הצבאי.²⁹

סעיף 42 לצו קבע, כי מפקד האזור רשאי בשעת האישור:

- (1) לקיים את החיוב ואת גור הדין; או
- (2) לבטל את ממצאי בית המשפט, לזכות את הנאשם ולהורות כי ישוחרר;
- (3) ...
- (4) לבטל את הדיון ולצוות על שפיטה חדשה...

עם כניסתו לתוקף, דגל, על כן, הצו בזהות מושגית בין הדין הצבאי על פי חוק השיפוט הצבאי לבין הדין החל באזור, בסוגיה חשובה זו למבנה המערכת השיפוטית.³⁰ על אף שסעיפים אלה זכו לתיקונים מסוימים בשנים 1975³¹ ו-1979,³²

²⁸ כך קבע סעיף 441 לחוק השיפוט הצבאי, כי שר הביטחון, הרמטכ"ל, או אלופי הפיקודים, בהתאמה, יהוו רשות מאשרת לגורי דין שניתנו על ידי בית דין צבאי. בשנת 2004 בוטלה חובה זו בתיקון מס' 45 לחוק השיפוט הצבאי (ס"ח 1924, עמ' 290). הרשות המאשרת הוסמכה לאשר את גור הדין או להקל בעונש.

²⁹ סעיף 39 לצו בנוסחו המקורי קבע: "בהקדם האפשרי לאחר סיום המשפט יועבר פסק דין של חיוב לאישורו של מפקד האזור."

³⁰ נפנה גם להוראת סעיף 43 לצו בדבר הוראות בטחון, שבוטל בשנת 1989, אשר העמידה את המפקד הצבאי כסמכות הערעור היחידה על פסקי הדין של הערכאה השיפוטית, כאשר קבע: "לא יהיה ערעור על פסק דין לערכאה שיפוטית, אולם הנידון רשאי לפנות בערעורים ובבקשות, בקשר להרשעה או גור

היה צורך לחכות עד שנת 1990 כדי שדרישת האישור האמורה תבוטל לחלוטין,³³ שנים רבות קודם לביטולה בבתי דין צבאיים הדנים חיילים. יחד עם זאת, יש בביטול דרישת האישור, אשר עד לאחרונה היוותה, כאמור, אחד מהסממנים הבולטים של השיפוט הצבאי, צעד גדול לקראת טישטוש זהותה של מערכת בתי המשפט הצבאיים באזור כמערכת צבאית במהותה, והתקרבותה למערכת משפט אזרחית. אין צורך להכביר מילים אודות ההשפעה מרחיקת הלכת של ביטול הכפפת החלטות שיפוטיות למפקד האזור, כגורם מעצב של כלל המערכת השיפוטית הצבאית באזור כמערכת בלתי תלויה, ומשכך - ככזו המסוגלת להעניק לבאים לפניה משפט נטול פניות והשפעות מצד הריבון באזור.

2. שינויים בדיני הראיות

סעיף 9 לצו בדבר הוראות בטחון מסדיר את דיני הראיות בבתי המשפט הצבאיים. המחוקק בחר לפעול בסוגיה זו בדרך ייחודית, כאשר הסדיר תחום שלם באמצעות החלת דין זר שלא בדרך ההעתקה. בנוסחו המקורי קבע סעיף 9 כדלקמן:

”בדיני ראיות ינהגו בתי משפט צבאיים לפי הכללים הנהוגים בבתי דין צבאיים הדנים חיילים, בתנאי שבית משפט צבאי רשאי לסטות מדיני הראיות מטעמים מיוחדים שיירשמו – אם נראה לו שמן הצדק לעשות כן.”

הזיקה לדין הצבאי, כתוצאה מהוראה זו ברורה, והיא שהביאה את בתי המשפט לדון במקרים רבים בהוראות חוק השיפוט הצבאי, הנוגעות לדיני הראיות.³⁴ כך היה הדין עד שביום 23 בדצמבר 1992 הורה מפקד כוחות צה"ל באזור על תיקון הסעיף. נוסח הסעיף שונה, כך שמעתה ואילך הופנו בתי המשפט הצבאיים לדיון הנהוג בבתי המשפט האזרחיים בכל הקשור לדיני הראיות. ובלשון הסעיף:

הדין, אל מפקד האזור או אל המפקד הצבאי, לפי המקרה. אף מן הראוי לציין, כדוגמה נוספת של כפיפות החלטות המערכת השיפוטית לדרג הפיקודי, את סעיף 5 לצו בנוסחו המקורי, אשר אפשר למפקד הצבאי למנות שופט צבאי אחר בתיק בו נבצר מהשופט להמשיך בשמיעת הדיון.

³¹ צו בדבר הוראות בטחון (תיקון 10) (מספר 585), התשל"ה-1975, קמצ"מ (יהודה ושומרון) (מס' 35) 1456.

³² צו בדבר הוראות ביטחון (תיקון 16) (מס' 801), התשל"ט-1979, קמצ"מ (יהודה ושומרון) (מס' 45) 132.

³³ צו בדבר הוראות ביטחון (תיקון 62) (מס' 1309), התשנ"א-1990, קמצ"מ (יהודה ושומרון) (מס' 100) 3.

³⁴ לדוגמה ראו דברינו בפרק ד.2. להלן.

“בדיני הראיות ינהג בית משפט צבאי לפי הכללים המחייבים בעניינים פליליים בבתי המשפט של מדינת ישראל.”

קל לשער את עומק השפעתו של תיקון זה על פסיקת בתי המשפט, אשר מעתה ואילך נדרשו להיצמד למקור יניקה חדש. אופיו המיוחד של סעיף 9 הנ"ל, כסעיף המייבא דין אחר לתוך שיטת המשפט הנהוגה באזור, הביא במהרה לשינויים דרסטיים גם בפסיקת בית המשפט, אשר על אחד מהם נעמוד בהמשך דברינו.³⁵

3. שינויים בסדרי הדין

בנושא זה רבים הם סעיפי הצו, בנוסחו המקורי ואף בנוסחו העדכני, אשר מקור השראתם נעוץ בבירור בחוק השיפוט הצבאי. יש טעם, על כן, להתמקד בדוגמאות ספורות הקשורות לסממניו הבולטים של ההליך הפלילי הצבאי. לשם הבנת העניין, ובטרם ננתח את הוראת סעיף זה, מן הראוי להקדים ולציין, כי קיים שוני בניסוח כתבי האישום, המוגשים לבתי המשפט האזרחיים (במתכונתם העכשווית), לבין ניסוח כתבי האישום במערכות הצבאיות בישראל ובאזור. בעוד שעל פי חוק סדר הדין הפלילי³⁶ מפרט כתב האישום את העובדות ולאחריהן את סעיפי העבירות הרלוונטיים, מפורטת בכתבי האישום ה"צבאיים" כל עבירה ועבירה המיוחסת לנאשם בפרט אישום נפרד. הסדר זה, המוצא את ביטוי המפורש בתוספת לחוק השיפוט הצבאי, הקובעת את צורת כתבי האישום ואף דוגמאות לניסוח האשמות, אומץ גם באזור. על פי פסיקת בתי הדין הצבאיים, אין לכלול בכתב האישום עובדות נוספות מעבר לעובדות המהוות את יסודות העבירה. משכך, ובהתאם לסעיף 358(ג) לחוק השיפוט הצבאי, נהוג כי יוגשו לאחר הודאת הנאשם באשמה וטרם הרשעתו, פרטים נוספים המפרטים את נסיבות ביצוע העבירה.

סעיף 26 לצו אימץ הסדר זה של הגשת פרטים נוספים גם אל דין האזור. יחד עם זאת, על אף שהסעיף לא בוטל, הוא הפך לאות מתה, כאשר התביעה הצבאית,

³⁵ ראו פרק ד.3. להלן.

³⁶ חוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982, ס"ח 1043, 43, בסעיף 85 (להלן: חוק סדר הדין הפלילי).

בגיבוי מלא של בית המשפט,³⁷ קירבה עד מאוד את ניסוחם של כתבי האישום באזור לניסוח הנהוג במערכת האזרחית.

לפנינו, על כן, דוגמה בולטת נוספת לזניחתם של סממני משפט צבאיים מובהקים לטובת קבלת הסדרים מן התחום האזרחי, בנושא בעל השפעה על אופי ההליך המשפטי.³⁸

בניגוד להוראת סעיף 9 לצו בדבר הוראות בטחון, המקשר את הדין הישראלי לדין באזור באופן ישיר, בסוגיית סדרי הדין שינהגו בבתי המשפט הצבאיים, הסתפק המחוקק באמירה כללית. כך נקבע בסעיף 10 לצו:

”בית משפט צבאי רשאי להורות בכל עניין של סדרי דין שלא נקבע בצו זה, על סדרי הדין שייראו לו כמתאימים ביותר לעשיית דין צדק.”

יחד עם זאת, בחינה ארוכת טווח של הפסיקה באזור מובילה למסקנה ברורה אחת, שלפיה מאמצים בתי המשפט כעניין שבשגרה את סדרי הדין בישראל, לעתים מתוך השוואה מלאה בין הנעשה באזור לנעשה בישראל, ולעתים מתוך עריכת שינויים והתאמות הנצרכים מכורח הנסיבות השונות בהן פועלות המערכות.

קצרה היריעה מלהדגים את עומק השתרשות כללי סדרי הדין בישראל, בכל מגוון הסוגיות הרלוונטיות, לתוך פסיקת בתי המשפט באזור. ההיזקקות המרובה להוראות הדיוניות הקבועות בחוק הישראלי ולהלכות שנקבעו בפסיקת בתי המשפט האזרחיים, הפכה לפרקטיקה שאין עליה עוררין, ושופטי בתי המשפט הצבאיים פונים, פעם אחר פעם, לנעשה במערכת המשפט בישראל לשם השלמת החסרים הרבים, המצויים בניסוחו התמציתי של הצו בדבר הוראות בטחון. כך הוסדרו סוגיות רבות, שלא זכו להתייחסות בצו, כגון חובת גילוי חומר החקירה לסנגוריה והעדויות

³⁷ ראו ע' איז"ש 61/01 נעאלווה נ' התובע הצבאי (לא פורסם), בו נקבע כי יש לכלול מירב העובדות הרלוונטיות בכתב האישום.

³⁸ לשינוי זה אין אמנם השפעה מעשית רבה מאחר שהעבירות המיוחסות לנאשם נותרות זהות, אולם נודעה לו חשיבות סמלית ודקלרטיבית לא מבוטלת בדבר הרצון ליצירת זהות בין המערכות. יתרה מזו, מן הראוי לציין, כי לאחרונה גוברים הקולות בדיונים פנימיים הקוראים להעתיק במלואו את המודל האזרחי בנושא זה של ניסוח כתבי אישום, המוגשים לפני בתי המשפט וניתן לראות בכך עוד סממן לרצון ההאחדה האמור.

המוקדמת, בהתאם לדין בישראל.³⁹ כאשר, בד בבד, הוראות דיוניות של הצו פורשו אף הן בדרך דומה.⁴⁰

שינוי משמעותי נוסף, המשקף את מגמת ההיצמדות המוגברת לדין הנוהג במדינת ישראל, נוגע לחובה להביא את עניינו של מי שנעצר עד תום ההליכים ובחלוף שנתיים מהגשת כתב האישום נגדו טרם הוכרע דינו, לפני בית המשפט הצבאי לערעורים. עד לתיקונו של סעיף 78(א)(2) לצו ביולי 2003, לא היתה כל מגבלה על המשך החזקתם במעצר של נאשמים עד תום ההליכים, בשונה מהקבוע בסעיפים 59 – 62 לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה - מעצרים),⁴¹ המגביל את החזקתו של הנאשם לפרק זמן של תשעה חודשים עד לסיום משפטו. כך אירעו מקרים בהם נאשמים במעצר בטרם נסתיים משפטם למשך תקופות ארוכות, אף מעבר לשנתיים. מצב זה זכה לביקורתו של בית המשפט הצבאי בחברון, אשר קבע בבקשה שהוגשה לפניו כדלקמן:

“... ברי כי בית המשפט הצבאי מחויב לפעול בהתאם לדין החל באזור. עם זאת, סבורני כי הפער הקיים בין הדין החל באזור לדין הנוהג בישראל בנוגע למשך המעצר עד תום ההליכים מעורר קושי, שמן הראוי שהמחוקק באזור ייתן עליו דעתו. (...)

עלינו לשאוף לכך שהפער בין דיני המעצרים באזור לאלה שבישראל, לא יפגע בזכויות נאשמים מעבר לנדרש על מנת להשיג את תכלית דיני המעצר בהתחשב במאפייניו הייחודיים של האזור. בית המשפט הצבאי באזור תורם להתממשותה של השאיפה האמורה במלאכת הפרשנות של הצו שאת מקצתה הזכרתי לעיל,

³⁹ ראו לדוגמה בנושא עיון בחומר חקירה ע' איו"ש ע/33/03, 36, 44, 46 **התובע הצבאי נ' אלכברי** (לא פורסם).

⁴⁰ הדוגמאות רבות. כך לדוגמה פורשו סעיפים 22 - 24 לצו, הדנים בצירוף נאשמים, תיקון האישום והפרדת הדיון ברוח חוק סדר הדין הפלילי. ראו ב"ש (שומרון) 315/00 **התובע הצבאי נ' חשמה**, פש"מ יב 238, וסעיף 30 לצו העוסק בטענת "אין להשיב לאשמה", לגביה ראו לדוגמה רמ/2058/92 **התובע נ' עוינה**, פש"מ ז 380. כך אף נזכר את קביעת בית המשפט הצבאי לערעורים בעניין **קייסי** (להלן הערה 68, בעמ' 180), לפיה: "בחפשו את סדרי הדין המתאימים ביותר במקרה שכזה לעשיית צדק, טוב ונכון וראוי הוא שביהמ"ש יפנה קודם כל לבחון את ההסדר הקיים בחסד"פ, נוכח יתרונותיו המתוארים לעיל וינהג על פיו. זאת, כמובן, רק במידה שהסדר זה מתאים לתנאי האיזור ולנסיבות העניין שנדון לפניו."

⁴¹ חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה - מעצרים), התשנ"ו-1996, ס"ח 1592, 338 (להלן: חוק המעצרים).

אולם בעניינים מסוימים ידיו של בית המשפט כבולות הן, והמענה מצוי בידי המחוקק.

בהקשר שלפנינו אני סבור כי העדר המגבלה בצו הקיים על משך המעצר עד תום ההליכים הוא בעייתי, וראוי כי המחוקק ייתן דעתו על כך.⁴²

בית המשפט הצבאי לערעורים החזיק אף הוא בעמדה דומה באשר לצורך בבחינת הדין הרצוי על ידי המחוקק.⁴³ ואכן, בעקבות קביעה זו בחן המפקד הצבאי את הדין הרצוי במגבלות המציאות באזור,⁴⁴ ובשים לב אליהן אימץ את רוח הוראת סעיפים 59 - 62 הנ"ל, בשינויים מסוימים הנוגעים לפרק הזמן עד להבאה לפני שופט,⁴⁵ ובמשך תקופת ההארכה האפשרית.⁴⁶

גם כאן, בבחורו במודע לזנוח את הדין הנוהג, ששיקף את הנעשה בבתי הדין הצבאיים, ולאמץ הסדר חקיקה אזורי במהותו, פעל המפקד הצבאי להצמדת הדין באזור לדין החל במערכת האזורית הישראלית. אלא, שכאן נדרש לעשות כן לא מיוזמתו שלו, אלא מתוך קריאת בית המשפט הצבאי לערעורים לשינוי החקיקה. מהלך כזה הינו חזיון נפרץ באזור, בו פסיביות מכוונת של המפקד הצבאי, בכל הקשור לשינויי חקיקה,⁴⁷ מביאה את בית המשפט הצבאי לערעורים לפעול ביתר שאת, כפי שנראה בהמשך דברינו.

⁴² ב"ש (חברון) 108/02 עמרו נ' התובע הצבאי (לא פורסם).

⁴³ ע"מ איר"ש 52/02 עמרו נ' התובע הצבאי (לא פורסם).

⁴⁴ סעיף 78(יא)(2) קובע את החובה להביא את הנאשם לפני בית המשפט הצבאי לערעורים בתום שנתיים ממצערו עד תום ההליכים. באותו מועד, בית המשפט לערעורים יורה על שחרור הנאשם, אלא אם כן סבר השופט כי נסיבות העניין אינן מצדיקות את שחרורו. צו בדבר הוראות ביטחון (תיקון 86) (מס' 1530), התשס"ג-2003, קמצ"מ (יהודה ושומרון) (מס' 203) 3432.

⁴⁵ שנתיים במקום תשעה חודשים. כאן המקום לציין, כי ספק אם ניתן לטעון להשוואת הדינים לאור השוני המשמעותי בתקופות המעצר שהוסבר בנסיבות המיוחדות של ניהול הליכים באזור, הן לאור כמות התיקים העצומה עמה נדרשים להתמודד שופטי בתי המשפט הצבאיים וחומרתן של העבירות והן לאור הקשיים הכרוכים בשיפוט באזור הנתון ללחימה. עם זאת, קיימת משמעות גם לעצם אימוץ רוחו של ההסדר הישראלי. אף אציין כי ללא ספק קיים מקום לבחינה מחודשת של התקופה האמורה ולצמצומה.

⁴⁶ שישה חודשים במקום שלושה, סעיף 78(יא)(2)(ב) לצו.

⁴⁷ כאשר אין לשכוח, כי סמכותו של המפקד הצבאי לשנות את הדין שהיה נהוג עד לתפיסת השטח, מוגבלת היא מתוקף תקנה 43 לתקנות האג הקובעות: "בעבור סמכויות השלטון החוקי למעשה לידי הכובש, ינקוט הלה בכל האמצעים שביכולתו כדי להחזיר על כנם ולהבטיח את הסדר והבטחון הצבאיים, עד כמה שהדבר אפשרי, מתוך כיבוד החוקים הנוהגים במדינה, חוץ אם נבצר ממנו הדבר לחלוטין." קובץ אמנות בדיני מלחמה (פרסומי מטכ"ל הפ/10-17, תשכ"ה).

4. הרכב בית המשפט

אם עמדנו על השינויים, שחלו בדין ובנוהג באזור ואשר הביאו למחיקתם של סימני זיהוי מובהקים של המערכת הצבאית, לא נוכל לפסוח על המהפכה שהתחוללה במהלך שנת 2001 בנושא הרכב בתי המשפט הצבאיים באזור. מהפכה זו, אשר גובתה בשינוי חקיקה רק בסוף שנת 2004, מהווה צעד מהצעדים המשמעותיים ביותר לקראת הינתקותה הסופית של מערכת זו משורשיה הצבאיים. עמדנו על כך, כי סעיף 3א לצו קובע, שבית המשפט הצבאי של ערכאה ראשונה יכול שיורכב משלושה שופטים ויכול שידון כדן יחיד. המבדיל בין שני הרכבים אלה נעוץ בסמכויות הענישה המצומצמות יותר של דן יחיד, המוסמך להטיל עונש כולל של 10 שנות מאסר בלבד.⁴⁸ בפועל, נתונה ההחלטה, לפני איזוה מותב יישמע תיק זה או אחר, לתביעה הצבאית אשר מגישה כתב אישום "לפני הרכב" או "לפני דן יחיד" בהתאם לציפיותיה לעונש.

עד לשנת 2001 היה הרכבם של בתי המשפט הצבאיים דומה לזה של בתי הדין הצבאיים. בעוד ששופט דן יחיד או אב בית הדין בהרכב, חייבים היו על פי הצו להיות משפטנים שמונו לתפקידם על ידי מפקד כוחות צה"ל באזור, בהמלצת הפרקליט הצבאי הראשי,⁴⁹ הרי שכאשר דן בית משפט בהרכב, צורפו שני שופטים מקרב קציני צה"ל.⁵⁰ ביקורת רבה הושמעה נגד שילובם של קצינים ללא הכשרה משפטית לשמש כשופטים בעניינם של נאשמים להם יוחסו עבירות חמורות. אף "שופטי הצד", כפי שכונו בפי המעורבים בהליך המשפטי, לא תמיד חשו בנוח בפני משימה זו. הביקורת מבית ומחוץ הביאה למתן התחייבות של סגן הפרקליט הצבאי הראשי לוועדת חוץ וביטחון של הכנסת, לשינוי המצב, כך שעד לסוף שנת 2002 ייפסק לחלוטין שילובם של קצינים ללא הכשרה משפטית במשפטים המתנהלים לפני

ומתוקף סעיף 64 לאמנת ג'נבה בדבר ההגנה על אזרחים בימי מלחמה, 1949, שהזכרה לעיל, ליד הע"ש 8. מן הראוי לציין, כי מגבלה זו אינה חלה על בית המשפט, החופשי לפרש את הדין על פי ראות עיניו גם במצב של תפיסה לוחמתית, הגם שמוצדק יהא שאופיה המיוחד ישמש נר לרגליו של בית המשפט בבואו להפעיל את סמכויותיו.

⁴⁸ סעיפים 4 ו-4א לצו.

⁴⁹ סעיף 3 לצו.

⁵⁰ זאת, בהתאם לסעיף 4 לצו.

בתי המשפט הצבאיים.⁵¹ ואכן, עוד לפני תאריך היעד שנקבע כאמור, מונו על ידי מפקד כוחות צה"ל באזור שופטים בעלי השכלה משפטית, רובם המוחלט קצינים במילואים, אשר החליפו את קציני צה"ל במלאכת השיפוט. בהמשך אף עוגן השינוי האמור בתיקון מס' 89 לצו, אשר קבע במפורש כי הרכב בית המשפט הצבאי יכלול שלושה שופטים משפטנים.

אין צורך להכביר מילים אודות השינוי הדרסטי שחל בדימויה של מערכת בתי המשפט הצבאיים בעקבות המעבר לשיפוט על טהרת השופטים המשפטנים. אחת מאבני היסוד של שיטת המשפט הצבאי במדינתנו, היינו, שילובם של קציני צה"ל במלאכת השיפוט, ננטשה ובמקומה אומץ הסדר הדומה במהותו לזה הנהוג בבתי המשפט האזרחיים.

נוכל לומר, על כן, לאחר שעמדנו על דוגמאות מגוונות, כי מסתמנת מגמה איטית אך ברורה של המחוקק באזור לשוות לדין הפלילי אופי אזרחי במהותו. זאת, באמצעות שינויי חקיקה המבטלים הסדרים דומים וזיקות לדין הצבאי הישראלי, לטובת היצמדות לדין האזרחי. מגמה זו אף צומחת מתוך הנהוג המשפטי והשיפוטי הנהוג בבתי המשפט הצבאיים באזור, כחלק מרוח האקטיביזם השיפוטי המאפיין את בתי המשפט, ובראשם - בית המשפט הצבאי לערעורים בפסיקתו העכשווית, המכוונת, לדעתי, בחלקה הנכבד להשוואת מירב פועלו של בית המשפט לנעשה בבתי המשפט האזרחיים בישראל.

5. סוגיות שלא עברו תהליך הידמות לדין האזרחי

יחד עם זאת, ועל אף המגמה הברורה של השוואת הדין והנהוג בבתי המשפט הצבאיים עם הדין והנהוג במערכת המשפט הפלילי האזרחית, עדיין נותרו סוגיות לא מעטות בהן נבדלות הוראות החוק.

המשטר הנהוג באזורי יהודה, שומרון וחבל עזה, סמכותם ואופיים המיוחדים של בתי המשפט הצבאיים, המציאות השונה והצורך בהתמודדות עם גלי פשיעה בעלת מאפיינים אידיאולוגיים ולאומיים, חייבו ומחייבים חקיקתן של הוראות

⁵¹ ראו מכתבו המסכם של סגן הפצ"ר דאז, אלי"מ אילן כץ, ליו"ר ועדת שלטון החוק וחכיות האזרח בלשכת עורכי הדין מיום 16/4/2002.

מיוחדות באזור. דוגמאות בולטות לכך ניתן למצוא בשורה של עבירות, המופיעות בפרק ג' לצו בדבר הוראות בטחון ובסמכויות הרחבות, שהוענקו על פי הצו, בהליכי מעצר וחיפוש.⁵²

יחד עם זאת, נדמה, כי חלק מההבדלים הקיימים עד עצם היום הזה בין הדינים אינם פרי מחשבה תחילה ויד מכוונת, אלא נובעים בעיקר מחוסר מעש של המחוקק באזור. המפקד הצבאי, לו ניתנה הסמכות להוסיף על הדין הקיים באזור במידת הצורך, אינו שש להביא לשינויים קטנים כגדולים בדין, ועד כה נמנע מלהסדיר תחומים רחבים של הדין הפלילי. קיימת מידה לא מבוטלת של צדק בעמדה זו, המתבססת על מעמדו של המפקד הצבאי כמחזיק בשטח, שהגיע לידי מכוח מעשה לחימה. ברם, לצד ההצדקה העקרונית האמורה, נראה, כי לא ניתן להתעלם מההתפתחויות שחלו בדיני העונשין בישראל, בפרט בשנים האחרונות, כאשר על המפקד הצבאי לבחון אותם באופן שיטתי ואף לאמצעם, ככל שהדבר תואם את צרכי האזור, אם לא כלשונם, אזי לפחות את רוחם. הטיעונים לצורך זה יפורטו בהרחבה בפרק האחרון למאמר זה, העוסק כולו ביתרונות ובחסרונות שבמגמת היצמדות המשפט הפלילי באזור לנעשה בישראל. יחד עם זאת, כבר בשלב זה ניתן לציין, כי מהלך כזה ייטיב עם השמירה על זכויות האדם, ויאפשר התנהלות תקינה יותר של הליכי המשפט.⁵³

לטעמי, נדרשת בראש ובראשונה רפורמה של ממש בשני תחומים עיקריים של המשפט הפלילי באזור, בעקבות ההתפתחויות שחלו בתחומים אלה בישראל בשנים האחרונות. כוונתי לתיקון מס' 39 לחוק העונשין⁵⁴ ולחקיקת חוק המעצרים.

⁵² ראו סעיפים 78 ו-80 לצו. נדמה, כי בעניין זה מתרכזים ההבדלים המשמעותיים ביותר בין שיטות המשפט. הדין באזור מתאפיין במתן סמכויות מעצר וחיפוש רחבים ביותר ובביקורת שיפוטית הדוקה פחות מזו הקיימת בישראל. דוגמה בולטת לכך נעוצה בסמכות להחזיק במעצר משך שמונה ימים כל אדם החשוד בביצוע עבירה בטרם יובא לפני שופט. אין להתעלם מהבדלים אלה המבטאים היטב את התפישה העומדת מאחורי חלק נכבד מההסדרים החוקיים שהתקבלו מאז תפיסתם של האזורים בתפיסה לוחמתית, קרי הרצון לאפשר חופש פעולה רחב לכוחות הביטחון בהשלטת חוק וסדר.

⁵³ די אם נזכיר בשלב זה כי השינויים המפליגים, שחלו בשנים האחרונות בדיני העונשין הישראליים, נבעו, בין במישורין ובין בעקיפין, מחקיקת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ס"ח תשנ"ד 150 (להלן: חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו).

⁵⁴ חוק העונשין, התשל"ז-1977, כפי שתוקן בס"ח 1481, 348 (להלן: חוק העונשין).

בנושא הראשון, סלולה הדרך, ודי אם נפנה לקריאתם החוזרת ונשנית של שופטי בתי המשפט הצבאיים לבחינה ולהחלה של תיקון מס' 39 באזור. כך, לדוגמה, נקבע בעניין **בוכארי**:⁵⁵

"נלאנו לחזור ולהבהיר כי, לצערנו, התיקון הנ"ל טרם נקלט באזור. כבר הבענו ביקורת אודות פיצול זה בין הדינים. ביקורת זו הביאה אף את בית המשפט לנקוט במספר מקרים בגישה פרשנית מרחיקת לכת, אשר בדרך של חקיקה שיפוטית הביאה לאיחוד הדין באזור עם ההוראות החדשות של חוק העונשין הישראלי."

גם בנושא דיני המעצר ראוי יהא, לדעתי, כי המחוקק באזור יאמר את דברו, בעיקר - בנושא עילות המעצר. כפי שאראה בהמשך דברי, הכריע בית המשפט הצבאי לערעורים באופן בולט למדי בעד החלת כללי המעצרים הנהוגים בישראל, תוך זניחת עילות המעצר הצבאיות שהיו נהוגות על ידו בעבר.⁵⁶ יחד עם זאת, נשמעו קולות המצדדים בשימור עילות המעצר הצבאיות לנוכח מאפייניהם המיוחדים של בתי המשפט הצבאיים באזור וצורכי אכיפת החוק. משכך, מן הראוי יהא, כי המפקד הצבאי יכריע לאן על פני בית המשפט להיות מועדות בסוגיה זו. אימוץ רחב של הדין הישראלי בשני הנושאים האמורים ובנושאים אחרים, אשר עד כה זכו להסדרה שיפוטית בלבד,⁵⁷ הינו, להערכתנו, אך שאלה של זמן לנוכח המגמה הברורה של הצמדת הדין באזור לדין הנוהג במדינת ישראל.

ד. התהליכים בפסיקת בתי המשפט הצבאיים באזור

1. כללי

עד כה עמדתי על פועלו של המחוקק למחיקת סימני ההיכר הצבאיים של מערכת בתי המשפט הצבאיים באזור, והצמדתה לדין הנוהג במערכת האזרחית. כפי שאראה מיד, מגמה זו הינה אף נחלת פסיקת בתי המשפט הצבאיים באזור. טענתי, באמצעות ניתוח פסיקה זו, הינה, כי מדובר במגמה רבת משמעות למשפט באזור.

⁵⁵ תיק (יהודה) 3539/02 **התובע הצבאי נ' בוכארי** (לא פורסם).

⁵⁶ ראו דברינו בפרק ד.4. **להלן**.

⁵⁷ לדוגמה, גילוי חומר חקירה וגילוי ראיה חסויה, אשר על חלקם נעמוד בפרק הבא.

מובן, כי גם בתחום זה תקצר היריעה מלתאר את כל השינויים שחלו. נפנה, על כן, למספר סוגיות, אשר החוט המקשר ביניהן הינו מגמתו הברורה של בית המשפט הצבאי לערעורים, ובעקבותיו בתי המשפט של ערכאה ראשונה, להיצמד לנעשה במערכת האזרחית הישראלית.

אקדים ואומר, כי לעשייה השיפוטית באזור שמור מקום מרכזי כתוצאה מהיקפה המצומצם של החקיקה בתחום הפלילי, דבר המותיר פרצות ולאקוונות רבות המחייבות את בית המשפט למלאן, בבואו לעשות משפט צדק. כן, נוכל לציין, כי רבים הם המקרים, בהם נדרשת התערבותו של בית המשפט כדי להניע את המפקד הצבאי לצוות על הסדרים חדשים או לתקן הסדרים קיימים הדורשים תיקון.⁵⁸

פסיקת בתי המשפט באזור, ובראשם בית המשפט הצבאי לערעורים, היוותה ומהווה גורם עיקרי, שלא נאמר - מכונן, למהלך של התקרבות מערכת המשפט באזור לזו הקיימת בישראל. מהלכיו של בית המשפט הצבאי לערעורים, שנקט פעם אחר פעם עמדה לטובת היצמדות לדין הישראלי, הובילו לעתים קרובות את המחוקק לומר את דברו לטובת היצמדות זו.

עיון מקיף בפסיקת בתי המשפט הצבאיים לאורך השנים מלמד, כי המעבר מהתבססות לא מועטה על הדין וההלכות שיצאו מלפני בתי הדין הצבאיים, לקבלה בלתי מסויגת של פסיקת בתי המשפט האזרחיים, לא נעשה ביום אחד. בעוד שבתקופה החל מהקמתו בשנת 1967 ועד לשנות ה-90, נותר בית המשפט הולך בתלם שהיתווה לו המחוקק כחלק מהשלטון הצבאי על האזור, הרי שהחל משנות ה-90 וביתר שאת בשנות ה-2000, התנתק בית המשפט מהמערכת של בתי הדין הצבאיים ששימשה לו כור היתוך, לעבר עשייה עצמאית המתאפיינת באימוץ כללי משפט אזרחיים.

מגמה זו בפסיקת בית המשפט הצבאי לערעורים לא נוצרה בין לילה, אלא היתה פרי תהליך ארוך ומדורג. כפי שאראה להלן, אם בתקופה הראשונה צעדיו הראשונים של בית המשפט לערעורים בדרך זו היו מינוריים למדיי ואף מגומגמים, הפך קולו בהמשך לצלול יותר, מהלך אותו ניתן לסווג כתקופה שנייה, עד כי

⁵⁸ דוגמאות: איסור פרסום, הגבלת משך המעצר עד לתום ההליכים והתליית הליכים.

בתקופה השלישית, הנוכחית, נפרץ הסכר ופסיקת בית המשפט אך הולכת ומגבירה את הצמדת השיטות, כגל שאינו ניתן לעצירה.

2. בדיקה אמפירית

מעבר לשינויי החקיקה, שעליהם עמדנו, גם בחינה כמותית של הפניות בתי המשפט הצבאיים לפסיקת בתי הדין הצבאיים מאששת את טענתנו. מבדיקת כל פסקי הדין אשר פורסמו מאז שנת 1969 ועד היום,⁵⁹ עולה, כי אם בראשית דרכה של מערכת בתי המשפט היה נהוג להפנות במקרים רבים למדי לפסיקת בית הדין הצבאי לערעורים,⁶⁰ הרי שעם השנים הלכה והתמעטה ההיזקקות למקור השראה והנחיה זה, עד שמאז שנת 1994 אין אנו מוצאים אזכורים נוספים לפסיקה צבאית כאמור, כאשר במקביל, ניכרת עלייה בציטוט פסקי דין של בית המשפט העליון והפניה להלכותיו.

3. צעדים מהוססים בפסיקה – התקופה הראשונה

הסוגיה הראשונה, אשר ניתן באמצעותה לעמוד על השינוי שחל במקורות ניקת מערכת בתי המשפט, עניינה במעמדה של שתיקת הנאשם כ"דבר-מה נוסף". סוגיה זו מעניינת, במיוחד לאור העובדה כי היא נדונה במקביל לתיקון סעיף 9 לצו, שעליו עמדנו לעיל.⁶¹ דומה, כי היא מהווה פרשת דרכים בהתייחסות בית המשפט לערעורים למקורות הצבאיים, כאשר, בהסתנות האופיינית לצעדים ראשונים, נטש

⁵⁹ פסקי הדין המפורסמים הינם רק פסקי דין נבחרים, אשר מהווים חלק קטן בלבד מפסקי הדין הנמסרים. אולם, מאחר שאלה הם פסקי הדין שנבחרו על ידי המערכת לפרסום, יש להניח שהם מאגדים את ההלכות החשובות והחדשניות, בהם נזקק בית המשפט למקורות משפט חיצוניים. פסקי הדין פורסמו במספר קבצים (עד כה 13, בתדירות ובהיקף משתנים, כאשר עד הקמת ערכאת הערעורים, מדובר בפסקי דין של הערכאה הראשונה בלבד ולאחר מכן, לעתים, פורסמו פסקי דין של בית המשפט הצבאי לערעורים בלבד ולעתים אף נכללו פסקי דין של מחוזות השיפוט השונים.

⁶⁰ כך בשנת 1972 מוצאים אנו הפניות ל-4 פסקי דין ו-5 הפניות לחוק השיפוט הצבאי (ראו פש"מ ב), בשנת 1974 - לפסק דין אחד ולסעיף של החוק הנ"ל (ראו פש"מ ג). בשנת 1981 פורסם פש"מ ה ובו שתי הפניות לפסקי דין ושתי הפניות לחוק. בשנת 1987 יצא לאור פש"מ ו שכלל לא פחות מ-11 הפניות לפסקי דין ו-9 הפניות לחוק. כך גם בפש"מ ז, שפורסם בשנת 1994, נכללו הפניות ל-8 פסקי דין ול-6 חוקים. בשנת 1996 פורסם כרך ט של פסקי הדין של בתי המשפט הצבאיים וממנו והלאה לא נמצאו הפניות לפסקי דין של בתי הדין הצבאיים, מלבד איזכור אחד של הלכה ישנה.

⁶¹ ראו לעיל בפרק 2.ג.

בית המשפט את מקורותיו המסורתיים לטובת היצמדות לפסיקה האזרחית הישראלית.

בעניין **עואד** התעוררה שאלת כוחה של שתיקת הנאשם לשמש "דבר-מה נוסף" להודאתו.⁶² עובדות המקרה פשוטות. במשפטו של הנאשם העיד מטעם התביעה גובה הודאת הנאשם, ולאחר שהעיד - הוגשה הודאה זו לבית המשפט. ההודאה הוגשה בהסכמת ההגנה באשר לקבילותה, אך לא באשר לאפשרות לסמוך את הרשעת הנאשם עליה בלבד. הנאשם בחר לא לעלות על דוכן העדים וההגנה לא הביאה ראיות מטעמה וביקשה שהנאשם יזוכה, כיוון שלא נמצאה תוספת ראייתית חיצונית להודאתו. בית המשפט סקר בהרחבה את התפתחות ההיסטורית של דרישת ה"דבר-מה נוסף" ואת הלכות **עלי**⁶³ ו**קוזלי**,⁶⁴ בהן פסק בית המשפט העליון, כי אין שתיקת הנאשם יכולה להיות "דבר-מה נוסף" להודאתו. אז פינה בית המשפט לבחינת פסיקת בית הדין הצבאי לערעורים, אשר קבעה הלכה הפוכה:⁶⁵ בהסתמך על סעיף 366 לחוק השיפוט הצבאי, תוך בחינה ואבחון של פסיקת בית המשפט העליון. לאחר סקירה רחבה זו, ניגש בית המשפט להכריע בשאלה מהו הדין הראוי כי יחול באזור, ובצעד חסר תקדים בחר לסטות מפסיקת בית הדין הצבאי, על אף הוראת סעיף 9 המקורי עליו עמדנו. וכך קובע בית המשפט:

"בכבוד גדול ובענווה באים אנו להרהר אחר דבריו של בית הדין הצבאי לערעורים הנכבד. בין אם מתוך שמורה הוא את כללי הראיות הנהוגים בבתי דין צבאיים הדנים חיילים, ואלה הם, כידוע, דיני הראיות הנהוגים אצלנו, מכוח סעיף 9 לצו בדבר הוראות בטחון (יהודה והשומרון) (מספר 378), תש"ל-1970, והן מתוך שערכאה גבוהה הוא מאתנו. אם באלה לא די, הרי נשענים דבריו, לפחות בחלקם, על דעותיהם של שופטי בית המשפט העליון. הרהרנו, כי אולי קשורים וכבולים אנו בפסק-דינו עד שאין לנו כלל שיקול-דעת לסטות ממנו. בסופו של דבר, הגענו לכלל דעה, שאין אנו, בנסיבות העניין,

⁶² תיק ג'נ/ 7201/90 **התובע הצבאי נ' עואד**, פש"מ ז 5.

⁶³ ע"פ 556/80 **עלי נ' מדינת ישראל**, פ"ד לו (3) 169.

⁶⁴ ד"נ 3081/91 **קוזלי נ' מדינת ישראל**, פ"ד מה (4) 441.

⁶⁵ ע/80/85 **כהן נ' התובע הצבאי הראשי**, פד"צ (1985) 73. סוגיה זו נדונה שוב על ידי בית הדין הצבאי לערעורים בע/126/02, 230 **מרסינו ומילשטון נ' התצ"ר**, פסק דין בו אישר בית המשפט את ההלכה שנקבעה בעניין **כהן**.

קשורים על ידי פסק הדין האמור, ולכך נאמר רק משפטים אחדים למקרה שתתעורר השאלה.

וממשיך בית המשפט ומכפיף את בתי המשפט הצבאיים באזורים לבית המשפט

העליון, לאור שני נימוקים עיקריים:

"אצלנו הכל מפרשים את הדין. בני אדם בהתנהגותם, עורכי דין ויודעי חוק ביעוצם, כל ערכאה שיפוטית או מעין שיפוטית בהחלטותיה, כל טריבונל מנהלי במעשיו, וכך הלאה. מכאן, יש שפרשנותם משתקפת במעשיהם ויש המפרשים ואומרים דבר פרשנותם בכתובים. הנה, מרוב פרשני חוק למיניהם ממש מתחייב שיימצאו דעותיהם סותרות או בלתי מתיישבות. מהטעם הזה קבעה לנו שיטתנו השיטתית פרשן אחד בכיר, המוסמך מטעמה של השיטה, לקבוע מהו הפירוש שיחייב, לקבוע בכך מהו הדין ומהי השקפת השיטה בנושא שבמחלוקת. זהו אחד מתפקידיו של בית המשפט העליון... גם סמכות ישירה יש לבית המשפט העליון על בית הדין הצבאי ועל בית המשפט שלנו... אם לפי השקפתנו פרשנותו של בית הדין הצבאי לערעורים מתרחקת מפרשנותו הנכונה של הדין, כפי שהיא מתבטאת בפסיקתו של בית המשפט העליון, פטורים אנו מעולא. זוהי תוצאה של מבנה השיטה המשפטית שבקרבה אנו יושבים לדין... זאת, ועוד אחרת: חוקה עלינו הוראת סעיף 9 לצו בדבר הוראות בטחון כי רשאים אנו (ולמעשה רואים אנו עצמנו חייבים) לסטות מהדרך שקבע בית הדין הצבאי לערעורים, אם נראה לנו שמן הצדק כך לעשות."

לנוכח האמור, ולאור הרציונל של דרישת ה"דבר-מה נוסף", שנועדה למנוע הרשעות שווא כתוצאה מלחץ פנימי של הנאשם, סירב בית המשפט לראות בשתיקת הנאשם תוספת ראייתית מספיקה להודאה, בהיותה ראייה שאינה חורגת "מהמתחם הסובייקטיבי" של הנאשם.

עניין עואד בא לפיתחו של בית המשפט הצבאי לערעורים.⁶⁶ בית המשפט, בהחלטה תקדימית, החליט לדון בערעור זה בהרכב מורחב של חמישה שופטים,

⁶⁶ איו"ש 425/92 התובע הצבאי נ' עואד, פש"מ ז 574 וראוי להבהיר, כי בין לבין שונה נוסחו של סעיף 9 לצו בדבר הוראות בטחון (לעיל, פרק ג.2), אך בית המשפט הצבאי לערעורים בחן את המצב על פי הדין החל בזמן הדין בערכאה הראשונה.

ונימק קביעה זו בחשיבותה העקרונית של שאלת ההיזקקות לשתיקת הנאשם כ"דבר-מה נוסף".

בטיעוניה קבלה התביעה נגד סטיית הערכאה הראשונה מדיני הראיות הנהוגים בבתי הדין הצבאיים המחייבים את בתי המשפט בהתאם לסעיף 9 לצו. עוד טענה התביעה, כי אף בית המשפט הצבאי לערעורים אימץ במקרים קודמים את הלכת בית הדין, הרואה בשתיקת הנאשם "דבר-מה נוסף", ועל כן חייב היה בית המשפט בערכאה הראשונה לכבד תקדים מחייב זה.

בית המשפט הצבאי לערעורים קבע, כי אמנם עד כה, ההלכה הפסוקה על ידו ראתה בשתיקת הנאשם תוספת ראייתית מספקת להודאה,⁶⁷ על סמך גישת בית הדין הצבאי לערעורים בעניין בהן הנ"ל. אז פונה בית המשפט לסקירה ארוכה של הדין בישראל, ככל הנראה - לנוכח הנימוק שעמד בבסיס קביעת בית הדין, דהיינו, כי הסוגיה לא הוכרעה על ידי בית המשפט העליון ולאור שינוי החקיקה בעקבות תיקון סעיף 9 לצו. אלא שבסופו של דבר, לא קבע בית המשפט הצבאי לערעורים הלכה עקרונית בשאלה זו וצמצם את קביעתו למקרה הספציפי שעמד לפניו, בו לאור טיב הודאת הנאשם ופרטיה היה מקום להביא ראיות חיצוניות, אשר בהעדרן אין שתיקת הנאשם יכולה להיות "דבר-מה נוסף".

מעבר לקביעת בית המשפט, מצטיין פסק דין זה, לדעתי, דווקא במה שאינו אומר. ראשית, בית המשפט הצבאי לערעורים התייחס לפסיקת בית הדין הצבאי לערעורים, אך לא בחן אותה לעומקה, לא התעמת איתה ואף לא שלל אותה במפורש. אך בכך לא סגי, ועיקר החידוש הינו בהתעלמותו המוחלטת של בית המשפט מהוראת סעיף 9 לצו בנוסחו הקודם ומקביעותיו שלו בפסיקתו בסוגיה האמורה. בית המשפט בחן, על כן, את סוגייתנו במנותק מחובתו על פי החוק דאז להיצמד לדיני הראיות החלים בבתי הדין הצבאיים בישראל.

ניתן לומר כי זהו, על כן, מקרה קלאסי, בו זנח בית המשפט את שורשיו הצבאיים ועל אף חובותיו החוקיות ועל אף שאינו קובע הלכה, נצמד לפסיקת בית

⁶⁷ ראו אוח"ע/ע/111/90 אלדסה נ' התובע הצבאי (לא פורסם).

אוח"ע/ע/51/89 אבו ורדה נ' התובע הצבאי (לא פורסם).

אוח"ע/ע/59/89 אבו חמאם נ' התובע הצבאי (לא פורסם).

המשפט העליון לאורך כל פסק דינו. שינוי גישה זה, הגם שלא הביא לסטייה עקרונית מהלכת בית הדין הצבאי, הינו חשוב, במיוחד מאחר שהוא מתרחש במקביל לשינוי החקיקה. נאמר, על כן, כי המחוקק ובית המשפט הצבאי לערעורים צעדו יד ביד במעבר מהמקורות הצבאיים למקורות האזרחיים בכל הקשור לדיני הראיות המחייבים באזור. אך אם בתחילת שנות ה-90 היה מעבר זה נקודתי, מהוסס ובלתי מוצהר, הרי בשנות ה-2000 חל בו מפנה נוסף, בו מגמת ההיצמדות לפסיקת בית המשפט העליון קיבלה משנה תוקף, הן מבחינת היקפה והן מבחינת צורתה הגלויה, עד כי ניתן לראות במפנה זה תקופה שנייה בפסיקת בתי המשפט הצבאיים. עתה יחל בית המשפט לפעול בלא להמתין לאיתותיו של המחוקק ומתוך קביעות בנושאים נרחבים יותר ויותר.

4. ביטוי צלול – התקופה השנייה

סעיף 78(ז)(1) לצו בדבר הוראות בטחון קובע את סמכותו של שופט משפטי להורות על מעצרו של אדם עד לתום ההליכים המשפטיים נגדו. אלא, שלצד קביעה זו, ובדומה לחסר הקיים בחוק השיפוט הצבאי, לא מצא המפקד הצבאי לקבוע מה יהיו השיקולים, אשר ינחו את השופט בבואו להפעיל סמכות זו.

יחד עם זאת, תחום זה לא נותר פרוץ ועד מהרה נתגבשו להן עילות מעצר המנחות את בתי המשפט הצבאיים, כאשר גם בסוגיה זו ינקו בתי המשפט באזור משני מקורותיהם המסורתיים, היינו, המשפט הצבאי ודיני המעצר החלים בבתי המשפט האזרחיים במדינת ישראל.

כך התפתחו באזור הלכות שיפוטיות דומות למדי לאלה אשר היו קיימות בישראל באותה עת. אלא שבפסיקה זו לא לובנה באופן מעמיק שאלת תוקפן והתאמתן של עילות המעצר האמורות לאזור.

חריג לאמור נמצא בעניין קייסי,⁶⁸ בו דן בית המשפט הצבאי לערעורים בהרחבה בשאלה זו. בהחלטה מקיפה זו נקבע כי ההסדר הכלול בסעיפים 78 ו-79 לצו בעניין

⁶⁸ ע"מ איו"ש 22/95 קייסי נ' התובע הצבאי, פש"מ ט 173

מעצר ושחרור נאשמים, הינו הסדר שלילי הבא למנוע היזקקות לחוק סדר הדין הפלילי בישראל בכל הקשור לסוגיה זו. אשר על כן, קבע בית המשפט, כי:

"אין כל מקום שבת-המשפט הצבאיים יפעלו בניגוד לכוונת המחוקק ויחילו את הוראות חסד"פ הנ"ל.⁶⁹"

וממשיך בית המשפט וקובע:

"אם כן מהי עילת המעצר על פיה עוצר בימ"ש צבאי? נראה כי כוונת המחוקק הייתה שכל עבירה על הצו מהווה עילה למעצר (ודוק עילת מעצר ולא **חובת** מעצר, שהרי שיקול הדעת נתון לבית המשפט בכל מקרה ומקרה)..."

בית המשפט קובע, כי הוא הדין בכל העבירות "הביטחוניות" תוך שהוא מנמק

קביעה זו כך:

"בכל אלה מדובר בעבירות "ביטחוניות", שהעובר עליהן צפוי בד"כ לעונשי מאסר ארוכים יחסית, ובשל **חומרתן בעיני המחוקק** ראה בהן בשל עצמן משום עילה למעצר" (ההדגשות שלי - נ' ב')."

יחד עם זאת, בעבירות פליליות טהורות, פונה בית המשפט להסדרים אשר נקבעו בחוק הישראלי "ככל שהוראותיו מתאימות וישימות באזורינו". ההנמקה לכך נעוצה הן בלאקונה שנפלה, באשר לעילת מעצר בעבירות מסוג זה, והן בצורך למנוע אפליה בין עבריינים בישראל ובאזור, מאחר שקיימת זהות בין האינטרסים והערכים המוגנים על ידי המעצר בעבירות אלה.

בכל הקשור לעבירות על הצו, הציב, אם כן, בית המשפט את חומרת העבירה כעילת מעצר בלעדית - אין. עיון בפסיקת בתי המשפט בשנים 1995 עד 2000 מלמד, כי הלכה זו הפכה לאבן הבוחן לפיה יקום דבר. בתי המשפט המשיכו, על כן, כמעשה שביום-יום להורות על מעצרים של נאשמים בעבירות ביטחוניות, לנוכח חומרת העבירות.⁷⁰

⁶⁹ שם, בעמ' 183.

⁷⁰ גם כאן לא נוכל להפנות לפסקי דין מיוחדים, שהרי ניתנו בתקופה זו החלטות מעצר באלפי תיקים. עם זאת, ראו לדוגמה: ע"מ איר"ש 78/95 **אשקר נ' התובע הצבאי**, פש"מ ט 129 ו-ע"מ איר"ש 32/97 **התובע הצבאי נ' אבו קישק**, פש"מ י 288.

במערכת האזרחית הישראלית עברה שאלת עילות המעצר שינויים קיצוניים. אם תחילה ראתה דעת רוב השופטים בחיוב מעצר של אדם עקב חומרת העבירה שאותה עבר, הרי ששינויי החקיקה השונים, החל בחקיקת סעיף 21 לחוק סדר הדין הפלילי וכלה בחוק המעצרים (סעיף 21 (א)(1)(ג) לחוק), צמצמו בתחילה, ובסופו של דבר - שללו עילה זו. ההנמקה לשינוי דרסטי זה מגוונת, אך לא ניתן להתעלם מההשפעה המכרעת אשר היתה לחקיקת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו על התהליך המתואר. כתוצאה מחקיקת חוק יסוד זה זכו זכויות הפרט, כגון הזכות לחירות ולכבוד, למעמד חוקתי, מעמד, שלא יכול היה לדור בכפיפה אחת עם המשך הפעלת העילה הרתעתית, שהרי העמדת זכויות הפרט כעיקרון-על שוללת כל שימוש בפרט כמכשיר לחינוך ולהרתעת הכלל.⁷¹

קביעות ברורות אלו של המחוקק הישראלי גרמו לנתק בין הדין הנוהג במערכת האזרחית לזה הקיים בבתי הדין הצבאיים. כאמור, גם חוק השיפוט הצבאי, כצו דבר הוראות בטחון, לא פירש מה יהיו עילות המעצר בנוגע לחילוי צה"ל. עילות המעצר שהוכרו, על כן, במסגרת הצבאית כוללות הן את העילות המקובלות במשפט הפלילי האזרחי, קרי: המסוכנות והחשש להימלטות, והן עילות נוספות המיוחדות למערכת הצבאית, חומרת העבירה והפגיעה במשמעת הצבא.⁷² עילות הפגיעה במשמעת הצבא וחומרת העבירה, או בשמן הכולל "העילה ההרתעתית", הינן, על כן, פרי פיתוח של פסיקת בתי הדין הצבאיים.⁷³

ניתן היה לצפות, כי מערכת בתי המשפט הצבאיים באזור תאמץ לעצמה גישה דומה לזו הנהוגה בבתי הדין הצבאיים. זאת, לנוכח שורה של נימוקים. תחילה, עמדנו על הקשר ההדוק בין המערכות, כאשר בראשיתה נוצרה מערכת בתי המשפט מתוך הכללים שחיבו בבתי הדין. שנית, כאמור, בשתי המערכות גם יחד נמנע המחוקק מלהסדיר את שאלת עילות המעצר בחקיקה. שלישית, פסיקת בית המשפט

⁷¹ רבות רבות הן האסמכתאות הפסיקתיות והמאמרים שנכתבו בנושא זה ועל כן נסתפק בהפניה למאמרו של מ' לוי "האם חומרת העבירה מהווה עילת מעצר בצבא? בחינה מחדש של עילות המעצר בצבא לאור חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו ו'חוק המעצרים'" משפט וצבא 15 (תשס"ב) 193. להיסטוריה החקיקתית בתחום זה ראו שם בהרחבה בעמ' 198 - 203.

⁷² ראו למשל ע"מ 33/95 רב"ט אסער נ' התובע הצבאי הראשי, פד"צ (1995) 58, אשר בישר את תחילת הדיון המחודש בשאלת עילות המעצר בצה"ל ובו אושר השימוש בעילה ההרתעתית.

⁷³ לסקירה רחבה ומעמיקה של פסיקה זו ראו בהרחבה ע' גרוס "היבטים חוקתיים של דיני המעצר בצבא" משפט וממשל ה (תש"ס) 437, ולוי, לעיל הערה 71.

הצבאי לערעורים בעניין קייסי הנ"ל, אינה מותירה לכאורה כל ספק באשר לייחודיות הדין באזור ותוקפה של העילה ההרתעתית בעבירות ביטחוניות. אלא שמשנת 2000, חל, אט-אט ומבלי שתינתן החלטה עקרונית בעניין, שינוי מגמה בהלכות בית המשפט הצבאי לערעורים. בית המשפט, אשר המשיך לדבוק בפסיקתו העקבית שלפיה אין חוק המעצרים וחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו חלים באזור, החל בוחן ומנמק את החלטותיו בשאלת המעצר על פי מבחן המסוכנות לביטחון האזור, תוך נטישת ההיזקקות לחומרת העבירה כעילה. יתרה מזו, בית המשפט פתח בתהליך של קליטת היסודות של חוק המעצרים אל דין האזור, למרות שלא היה מחויב לנהוג על פיו. דוגמה בולטת לשינוי זה ניתן לראות בעניין **אבו סלים**,⁷⁴ בו קבע בית המשפט, כי:

"הגם שאין מחלוקת כי הוראות חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה- מעצרים), התשנ"ו-1996, אינן חלות באזור, הרי שככלל מנחים אנו עצמנו לפעול בהתאם לעקרונות שהותוו באותו חוק."

ומן הראוי להדגיש, כי בהתאם לכך, גם בתי המשפט של הערכאה הראשונה הלכו בדרך זו.⁷⁵

הגם שניתן לטעון, כי השינוי האמור אינו יותר משינוי רטורי בלבד, המציאות מלמדת, כי אין אנו עוסקים בשינוי לשוני קוסמטי בלבד, אלא בתפישה חדשה ומצמצמת של עילות המעצר, אשר הביאה לשחרורם של נאשמים רבים, שקודם לכן היו נעצרים.⁷⁶

כאמור, שינוי זה נותר גם היום מבלי שגובה באמירה מפורשת מצד בית המשפט הצבאי לערעורים, שלפיה העילה ההרתעתית עברה מעולמם של בתי המשפט

⁷⁴ ע"מ איר"ש 157/00 **התובע הצבאי נ' אבו סלים**, פש"מ יא 217, בעמ' 220. ראו לדוגמה גם ע"מ איר"ש 42/01 **פארל נ' התובע הצבאי**, פש"מ יב 104, בו נבחנה שאלת קיומה של עילת מעצר בעבירה של יציאה מן האזור ללא היתר, כאשר בית המשפט מתייחס לעילות המקובלות בישראל, אחת לאחת.

⁷⁵ ושוב לא נוכל להפנות להחלטות מסוימות בהיות קביעת בתי המשפט בשתי הערכאות מעשים שביום-יום.

⁷⁶ נתונים השוואתיים בנקודה זו אינם קיימים ועל כן לא נוכל לבסס טענה זו אלא על הצטברותם של המקרים בהם שוחררו נאשמים, כפי שעולה מקריאה מתודית של פסיקת בית המשפט הצבאי לערעורים.

הצבאיים. יחד עם זאת, אין ספק, כי ניתן לייחס שינוי זה להשפעה אשר היתה לרוחם של חוק המעצרים וחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו גם באזור.⁷⁷ ניתן לסכם ולומר, על כן, כי כעת ועל אף תקפותה של ההלכה שנקבעה בעניין קייסי, אין בתי המשפט מורים על מעצר מכוח העילה הרתעתית בלבד. עינינו הרואות, אם כן, כי במהלך עמוק ובניגוד למצופה, החליט בית המשפט הצבאי לערעורים שלא להיצמד לדין הנוהג בבתי הדין הצבאיים, ותחתיו להעדיף את הדין האזרחי. התעלמותו של בית המשפט מהצורך בבדיקת הדין החל במערכת הצבאית בישראל אינה יכולה להתפרש אלא כנטישה מוחלטת וסופית של כל השפעה מצד הדין הצבאי.⁷⁸

5. פריצת הסכר – התקופה השלישית

דוגמה נוספת למידה ההולכת וגוברת של כריכת הלכות בתי המשפט הצבאיים לנעשה בישראל, ניתן למצוא בפסק דינו של בית המשפט הצבאי לערעורים בעניין **אבו סנינה**, בו ביטל את הלכת האחוריות הסולידרית של הקושרים שהיתה נהוגה עד כה.⁷⁹

כפי שכבר הוזכר,⁸⁰ תיקון מס' 39 לחוק העונשין הישראלי לא הוחל באזור. כתוצאה מכך, מוסדרת סוגיית הצדדים לעבירה באזור בשורה של הוראות⁸¹ והלכות, הדומות למצב המשפטי ששרר בישראל בטרם תוקן חוק העונשין כאמור. במקרה דנן, הגישה התביעה הצבאית כתב אישום שייחס לנאשם שורה של עבירות, ביניהן גרימת מוות בכוונה.⁸² בית המשפט דלמטה החליט לזכות את הנאשם מהמיוחס לו בפרט אישום זה.⁸³ בית המשפט קבע, כי אמנם על פי הדין

⁷⁷ כך קבע בית המשפט הצבאי לערעורים בע"מ אזח"ע 5/01 אלגמיל נ' התובע הצבאי, פש"מ יב 138: "הגם שחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, אינו חל באזור, הרי שרוחו שורה עלינו."

⁷⁸ ראו ע"מ איו"ש 19+23/02 התובע הצבאי נ' שוויכי (לא פורסם), בו קבע בית המשפט הצבאי לערעורים כי "לא מוכרת במקומותינו העילה ההרתעתית" והשוו עם ע"מ איו"ש 115/02 התובע הצבאי נ' חג-חסין (טרם פורסם), בו נטה בית המשפט להכיר במקרים מיוחדים בעילה זו.

⁷⁹ ע' איו"ש 353/03 התובע הצבאי נ' אבו סנינה (טרם פורסם).

⁸⁰ ראו לעיל פרק ג.5.

⁸¹ סעיפים 19, 20 לצו בדבר כללי האחוריות לעבירה, התשכ"ח-1968, לעיל הערה 18.

⁸² סעיף 51 (א) לצו בדבר הוראות בטחון.

⁸³ תיק (אדוריים) 1618/02 התובע הצבאי נ' אבו סנינה (לא פורסם).

הנוהג יש לראות את הנאשם כאחראי לגרימת המוות מכוח עקרון האחראיות הסולידרית של הקושרים, אולם, לנוכח התפתחות הדין בישראל, ולאור העובדה שמדובר בעיקרון יציר הפסיקה, מצא בית המשפט לנכון לבטל את ההלכה הקיימת ולהיצמד תחתיה לדין החל היום בישראל מכוח סעיף 499 לחוק העונשין והפרשנות העדכנית שניתנה לו.

החלטה זו של בית משפט קמא הובאה לבחינת בית המשפט הצבאי לערעורים, וזה פסק בתורו להותיר את החלטת הערכאה הראשונה על כנה ולצמצם את עקרון האחראיות הסולידרית של הקושרים לגבולות שהתוו לו בישראל.

פסיקת בית המשפט הצבאי לערעורים ראויה לניתוח משתי בחינות: ראשית, בולטת במהלך זה המגמה שעליה אני מבקש לעמוד. אי החלת תיקון מס' 39 על הדין באזור יצר פערים משמעותיים בין הדין באזור לבין הדין בישראל.⁸⁴ וכבר עמדנו על קריאות בתי המשפט הצבאיים למחוקק באזור להשוות בין הדינים. עם זאת, בתי המשפט עמדו לא אחת על חובתם לדבוק בלשון החוק החל באזור, על אף השינויים שהונהגו בישראל בסוגיות דומות. בהתאם לכך, עמדה בפני בית המשפט הצבאי לערעורים האפשרות להימנע משינוי הדין, תוך ציון, כי הלכת האחראיות הסולידרית של הקושרים הינה חלק מהמכלול השלם של דיני השותפות באזור, כך שאין לבצע בה תיקונים חלקיים. אלא שבית המשפט בחר ללכת בדרך אחרת וביטל הלכה מורשת ביותר בדין הנהוג באזור, והכול, במטרה אחת - לקרב בין מערכת הדינים החלים באזור לרעותה הישראלית.

יתרה מזו, בעוד שמהלכיו הקודמים של בית המשפט ליישור קו עם הדין בישראל לא זכו להסברים, הרי שבמקרה הנוכחי איפשר בית המשפט הצצה נדירה אל השיקולים שהנחו אותו להחליט כאמור. וכך קובע בית המשפט:⁸⁵

"אין חולק כי מערכת המשפט באזור הנה מערכת עצמאית אשר במישור הפורמאלי אינה קשורה בשיטת המשפט הישראלית. אין זה סוד כי חוקי מדינת ישראל

⁸⁴ כך לדוגמה בקשר לפרשנות הראויה לסעיף 51(א) לצו בדבר הוראות בטחון ובסוגיית הצדדים לעבירה, ראו תיק (יהודה) 4832/01 התובע הצבאי נ' מסלמאני (לא פורסם) וע' איו"ש 64/02, 66 התובע הצבאי נ' חנני (טרם פורסם).

⁸⁵ מפי נשיאו, השופט אל"ם גורדון.

לא הוחלו מעולם באזור, ואילו כך נעשה הרי שהדבר היה עולה כדי סיפוח...

ככל שבמשפט הפלילי עסקינן, הרי שבמסגרתה של חקיקה זו הניח המחוקק הצבאי, הלכה למעשה, את הבסיס להקמתה של מערכת שיפוט... שלמה, הכוללת את כל המרכיבים הבסיסיים הדרושים למערכת משפט תקינה. על כן, לפחות על פני הדברים, יכולה מערכת זו להתקיים מבלי שתידרש היא, ולו פעם אחת, להציץ אל שכנתה הישראלית - שלא לומר ליטול ולאמץ לה את שאינו שלה. חרף האמור לעיל, יובהר מייד, כי הצגת מערכת המשפט באזור כמערכת נטולה כל זיקה למשפט הישראלי, רחוקה מלשקף את המציאות. אף אם על פני הדברים, נדמה כי עניין לנו במערכת אוטונומית ונפרדת, הרי שבחינה מעמיקה יותר תגלה כי הן המחוקק הצבאי והן הפסיקה ראו לפנות ולהפנות לחוק בישראל."

כך מונה בית המשפט כמה נימוקים לזיקה המהותית בין הדינים, עד שהוא

קובע בלשון שאינה משתמעת לשתי פנים:

"מכירים אנו במעמדה המיוחד של מערכת המשפט הישראלית, אשר קנתה לה מוניטין והנחשבת מתקדמת וראויה על פי כל קנה-מידה. גם מערכת משפט צבאית יכולה וצריכה לשאוף לסטנדרטים אלה, ועל כן, ככל שאימוצם של סטנדרטים אלה אינו עומד בסתירה לחוק, או אינו נמצא בלתי מתאים באופן אחר למציאות המיוחדת הנובעת ממעמדו של האזור ומצרכיו הביטחוניים, הרי שיהיה מקום לאמצם וללכת לאורם."

אך מעבר לחידוש המשמעותי, כשלעצמו, שבפסיקה זו של בית המשפט הצבאי לערעורים באשר להשוואת הדינים, הרי שיש בה מרכיב נוסף המחייב התייחסות. לדעתי, מסמן פסק דין זה באורח בולט במיוחד את המהפכה ההולכת ונרקמת בדרכו של בית המשפט הצבאי לערעורים. עידן חדש זה מתאפיין באקטיביזם שיפוטי מוגבר. בית המשפט אינו עוד אך פרשן החוק, כפי שהוכתב על ידי המפקד הצבאי בצוויו, אלא הוא צועד בראש המחנה, יוצר את הדין הרצוי לפי דעתו, ובעיקר - משלים את הנדרש במערכת משפטית מרובת לאקונוט.

זהו עידן חדש בפסיקת בית המשפט הצבאי לערעורים, עידן בו בית המשפט, לאחר שהשתחרר לחלוטין מעולו של הדין הצבאי ודבק במשפט הפלילי הישראלי, מאמץ את דפוסי ההתנהגות של המערכת המשפטית הישראלית והופך ליוצר דין.⁸⁶ נכונותו של בית המשפט הצבאי לשנות סדרי יסוד משפטיים, לנקוט עמדה חדשנית, ובסופו של דבר - למלא ללא מורא לאקוונות שנתגלו בשיטת המשפט באזור, ממקמים אותו במקום מרכזי הרבה יותר מזה שהיה שמור לו בעבר. משקלו הסוגלי של בית המשפט, מבין יתר המערכות לאכיפת החוק, נמצא מחוץ כתוצאה ממזהלכיו. בית המשפט הופך לרלוונטי ולמשפיע יותר, עד כי ניתן לומר שבתקופה זו, אשר ללא ספק אנו עומדים בפיתחה, הוא תופס מקום של בכורה.

האקטיביזם השיפוטי, אשר החל מתפתח אט-אט, כאמור, הגיע לשיא חדש במחצית שנת 2003, עת נדרש בית המשפט הצבאי לערעורים להכריע בעתירת נאשם להסרת חיסיון על ראיות, אשר הוציא מפקד כוחות צה"ל באזור, בהתאם לסמכותו הקבועה בסעיף 9א לצו.⁸⁷ בית משפט קמא, שאליו הופנתה תחילה הבקשה, דחה אותה בהתאם להלכה הפסוקה הנוהגת, בהסבירו, כי הצו אמנם מסדיר את דרכי הטלת החיסיון, אך אינו מוסר לבית המשפט את הסמכות להסיר חיסיון זה. הסנגור לא השלים עם קביעה זו והניח את בקשתו לפיתחו של בית המשפט הצבאי לערעורים. התביעה הצבאית מצידה החזיקה בעמדה, כי, כקביעת בית משפט קמא, לנוכח ההסדר השליילי שהוכתב על ידי הצו, אין בית המשפט מוסמך להיזקק לבקשה.

בהחלטתו, הסביר בית המשפט הצבאי לערעורים⁸⁸ תחילה, כי, בשונה מן הדין בישראל, בו לצד הסמכות להוציא תעודת חיסיון הסדיר המחוקק אף את האפשרות

⁸⁶ על תפקידו של בית המשפט בפיתוח המשפט, ראו א' ברק שופט בחברה דמוקרטית (2004), במיוחד פרקים מס' 7 ו-8. עם זאת, נדגיש, כי לפני בית המשפט הצבאי לערעורים עמדו כמה דרכי פעולה, ולמרות ההעזה שבפתרון אותו בחר, יש לזכור כי בית המשפט לא נקט את האפשרות הקיצונית שעמדה בפניו ולא יצק את המושגים הישראליים אל דין האזור, עת הדבר לא התיישב עם לשון הצווים. כך, לדוגמה, קבע בית המשפט, כי אין לקרוא בהוראות הצו בדבר כללי האחריות לעבירה (לעיל הערה 18), המהוות ברובן העתקה של הוראות חוק העונשין הישראלי טרם תיקון מס' 39 הנ"ל, את הדין החדש כפי שנקבע לאחר תיקון זה (ראו עניין חנני, לעיל הערה 83).

⁸⁷ וו לשון הסעיף: 9א: "אין אדם חייב למסור ובית המשפט לא יקבל, ראייה אם מפקד האיזור הביע דעתו, בתעודה חתומה בידו, כי מסירתה עלולה לפגוע בבטחון האיזור או בענין ציבורי חשוב."

⁸⁸ ב"ש איר"ש 71/03 פלוני נ' התובע הצבאי (טרם פורסם).

לעתור להסרת החיסיון,⁸⁹ הצו אינו כולל כל הוראה מפורשת בעניין זה. יחד עם זאת, בית המשפט קובע, על סמך ארבעה נימוקים, כי מוסמך הוא כערכאה העליונה באזור לדון בעתירת הסנגור לגילוי ראייה חסויה. נימוקו הראשון של בית המשפט נעוץ בלשון הצו. כבר עמדנו על כך, כי המחוקק באזור בחר להחיל את הכללים המחייבים בדיני הראיות הנוהגים בבתי המשפט בישראל על דרך ההפניה. בית המשפט פירש את לשון סעיף 9 לצו בדבר הוראות ביטחון פרשנות מרחיבה וקובע:

”בבואו להסדיר את דיני הראיות לא הותיר הוא, מטבע הדברים, מרחב תמרון כה רב, ובכדי לשמור על מסגרת ברורה וידועה הפנה הוא לכללים המחייבים בעניינים פליליים בבתי המשפט של מדינת ישראל. ודוק, לא דיני הראיות של ישראל הם החלים בבתי המשפט הצבאיים, אלא הכללים המחייבים בלבד. אמור מעתה, המחוקק הצבאי לא ראה צורך ליצור מערכת מיוחדת של דיני ראיות לאזור, ותחת זאת הסתפק בהפניה לכללים החלים בישראל אף אם אלה ישתנו בעתיד. ניתן רק להניח, כי בעשותו כן ביקש המחוקק הצבאי להחיל בבית המשפט הצבאיים את אותן נורמות ראיות מקובלות בישראל בתחום דיני הראיות, מכאן, שאין מקום לנסות ולהחיל את פקודת הראיות הישראלית, ככתבה וכלשוונה, באזור, אלא עלינו ליישם את הכללים והעקרונות הקבועים בפקודה זו.”

בהמשך דחה בית המשפט את טענת התביעה, שלפיה שתיקת המחוקק באזור מהווה הסדר שלילי המסביר, כי לפי עקרונות המשפט המקובלים, אין לשלול מאדם את הזכות לנהל הגנה ראויה במעשה מנהלי ללא כל אפשרות ערעור. בית המשפט אף נימק כי שיקולים שביעילות הדיון מחייבים הכרה בסמכותו לדון בעתירה. פסיקה זו של בית המשפט מהווה, ללא ספק, ציון דרך מכריע במגמת האזרוח של הדין באזור. ראשית, מדובר במקרה בולט בו יוצר בית המשפט דין יש מאין ונוטש בבת אחת את ההלכה שנהגה עד כה. בית המשפט בוחר, בעשותו כן, להסדיר את הנושא על פי התבנית המקובלת בחוק הישראלי ובכך מקרב שוב את הדין באזור

⁸⁹ סעיפים 44 ו-45 לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א-1971, נ"ח 18, 421.

לרעהו הישראלי.⁹⁰ אך בכך לא סגי. יש לשים לב גם לדרך בה בחר בית המשפט להגיע לתוצאה האמורה. בית המשפט לא הסתפק בבחינת לשון החוק, אלא הפעיל פרשנות תכליתית ומילא באמצעותה חסר משמעותי של הדין. בחירתו המודעת של בית המשפט להתערב בסוגיה זו, בדרך בה בחר, מלמדת על החילחול העמוק של פעולתו של בית המשפט העליון הישראלי אל דרכו של בית המשפט הצבאי לערעורים. נראה, כי לא רק הדינים התקרבו זה לזה, אלא אף דרכי החשיבה של בתי המשפט השונים גישרו על הפערים.

ה. מדין מיוחד לדין כללי – יתרונות וחסרונות

לאחר שעמדנו על המגמה העוברת על המשפט הפלילי באזור, במסגרתה חלה הינתקות ממערכת המשפט המחייבת בבתי הדין הצבאיים, והתקרבות גוברת לדין הנוהג במערכת האזרחית בישראל, עלינו לבחון את היתרונות והחסרונות של תופעה זו.

אקדים ואציין, כי היתרונות והחסרונות, שעליהם ננסה לעמוד בהמשך דברינו, נוגעים הן לדין המהותי והן ובעיקר, ל"תרבות" המשפטית הנובעת ממנו והסובבת את ההליכים המשפטיים באשר הם.

1. יתרונות בולטים

המהלך אשר פורט עד כה טומן בחובו יתרונות בולטים רבים.

(א) שיפור השמירה על זכויות האדם

נדמה, כי היתרון המשמעותי ביותר בקבלת כללי משפט אזרחיים לתוך שיטת המשפט הנהוגה באזור, נעוץ בשיפור השמירה על זכויות האדם, הנובעת ממנה. מערכת בתי הדין הצבאיים בישראל נועדה לשרת מטרה מצומצמת למדי, קרי,

⁹⁰ יצוין, כי מאז דן בית המשפט הצבאי לערעורים בבקשות לגילוי ראיה חסויה כמעשה שבשגרה. ראו לדוגמה, ב"ש איו"ש 28/04 נוארה נ' התובע הצבאי (לא פורסם), ב"ש איו"ש 39/04 צאלח נ' התובע הצבאי (לא פורסם) וב"ש איו"ש 143/04 עבדאללה נ' התובע הצבאי (לא פורסם).

השלטת הסדר והמשמעת בצבא, תוך כדי שמירה על זכויות החיילים. מטרה זו שונה בתכלית ממטרותיה של המערכת הפלילית באזור, אשר סמכויותיה משתרעות על פני אוכלוסייה אזרחית שאינה חבה כל חובת נאמנות כלפיה.

אמת, מעולם לא התעלמה מערכת המשפט הצבאית מזכויות היסוד של חייליה. היא אף הושפעה השפעה עמוקה ביותר מהשינויים החוקתיים, שחלו בעקבות חקיקת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק-יסוד: חופש העיסוק.⁹¹ אלא, שעם כל עוצמת ההשפעה של חוקים אלה על המערכת הצבאית, הרי שלא ניתן להשוותה כלל למהפכה אשר חלה בעקבותיהם בכל תחומי המשפט האזרחי. די אם נציין, כי המחוקק עצמו היה ער לקושי שבהכפפת המסגרת הצבאית לחוקי היסוד ועל כן, ייחד לה פיסקת הגבלה מיוחדת.⁹²

גם בתחום המשפט הפלילי הותירו חוקי היסוד חריש עמוק. הצורך בהתאמת הוראות החוק החדשות ופירוש הישנות ברוח חוקי היסוד, הביא לשינויים של ממש בהלכות בתי המשפט בישראל ואף לחקיקה עניפה אשר הדוגמה המובהקת ביותר שלה הינה חוק המעצרים.

הפנמת הדין הפלילי הישראלי בבתי המשפט הצבאיים באזור אינה יכולה אלא להוביל לשיפור השמירה על זכויות האדם, זאת, גם במציאות ביטחונית קשה. לראיה, נפנה לדברינו בסוגיית המעצר.⁹³ יש טעם להזכיר, לדוגמה, את יתר הרגישות של בתי המשפט לצורך בייצוג נאשמים על ידי סנגור, רגישות, אשר הביאה לכך שמעטים הם המקרים בהם נותר נאשם ללא הגנה משפטית. נוסף לכך, רבות ההשפעות על סדרי הדין, כגון נוכחות העצור או הנאשם בהליכים המתקיימים בעניינו.⁹⁴

⁹¹ ס"ח התשנ"ד 90. גם כאן לא נוכל להפנות לשלל הנושאים אשר הושפעו מחקיקת חוקי היסוד הנ"ל. נפנה על כן לסימפוזיון: "המשפט הצבאי בראי חוקי היסוד" **משפט וצבא** 14 (תש"ס) 77, בעמ' 82, ולמאמרו של גרוס, **לעיל** הערה 73.

⁹² סעיף 9 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

⁹³ ראו דברינו **לעיל** פרק ג.4.

⁹⁴ ראו לדוגמה ע"מ איר"ש 44/01 **פוקה נ' התובע הצבאי**, פש"מ יב 109, בו קבע בית המשפט בהסתמך על הרציונל של סעיף 16 (2) לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה - מעצרים), התשנ"ו-1996, כי קיימת חובת נוכחות העצור בדיון בשאלת המשך מעצרו, זאת, על אף החוסר בהוראה דומה בצו בדבר הוראות בטחון.

לנוכח האמור, ניתן לומר בביטחה, כי זניחת המקורות שבמשפט הצבאי לטובת המשפט האזרחי תרמה רבות לשמירה על זכויות הפרט בהליך הפלילי הצבאי באזור.

(ב) הקניית סממנים אזרחיים למערכת הצבאית

כנספח לשיפור ההקפדה על זכויות האדם, שעליו עמדנו, נראה, כי הבחירה ללכת בעקבות המשפט האזרחי תואמת את הצורך בפעולה על פי נורמות אזרחיות במשטר של החזקת שטח במשך תקופה ממושכת. על הריבון, ובמקרה דנן - המפקד הצבאי, לאפשר לאוכלוסייה לשוב למסלול חיים רגיל ככל האפשר, במגבלות המשפטיות והביטחוניות ההכרחיות, והמגמה עליה עמד המאמר משתלבת היטב בתהליך זה.⁹⁵

כן יש בו, לדעתי, כדי להשלים את המהלך שתחילתו בהוצאת הצו בדבר הוראות בטחון והצווים הנלווים לו, אשר נועדו להקנות לאוכלוסייה זכויות יסוד בסיסיות, כגון: הזכות להליך משפטי פומבי, השמירה על עקרון החוקיות ומניעת ענישה מוגזמת.⁹⁶

(ג) בניית "שיח משפטי" אחיד

הפנמת כללי השיפוט האזרחי בדין הפלילי באזור בסוגיות רבות ככל האפשר מאפשרת גם להגיע לשיח משפטי אחיד, המקל עד מאוד על השתלבותם של גורמים חיצוניים במערכת זו, הן ברמה המעשית והן ברמה העיונית. תחילה, לרמה המעשית: מי לא נתקל במבט ספק מרחם ספק משועשע של שופטים בבתי משפט "מיוחדים" למראה עורך דין שאינו בקיא לגמרי במאטריה המשפטית הספציפית הנדרשת בתחום זה או אחר, חלקם אוטוריים למדי? תופעה זו, בה "שחקנים החוזרים" בתחום - שהם בדרך כלל אנשי השירות הציבורי

⁹⁵ ראו בעניין זה בג"צ ארגוב, לעיל הערה 12.

⁹⁶ ראו הדר, לעיל הערה 2 בעמ' 172, והשוו עם ההוראה העונשית הגורפת שנכללה בסעיף 9 למנשר בדבר נטילת השלטון על ידי צה"ל (אזור הגדה המערבית) (מס' 1), קמצ"מ (יהודה ושומרון) (מס' 1) 2, שנחקק ביום 7 ביוני 1967, יום כינון שלטון צה"ל באזור, אשר קבעה: "כל המפר הוראות אלה יענש בכל חומר הדין וכל ניסיון להפר את הבטחון ידוכא מיד". וראו גם סעיף 7 למנשר בדבר סדרי השלטון והמשפט (אזור הגדה המערבית) (מס' 2), תשכ"ז-1967, לעיל הערה 20.

המתמחים בענף משפט זה - יש יתרון בולט על עורך דין מזדמן מוכרת היטב בבתי המשפט הצבאיים ובבתי הדין הצבאיים.⁹⁷ אין מדובר בתופעה רצויה כלל, מאחר שהיא פוגעת במידה מסוימת באיזון הכוחות בין הצדדים, ואין ספק, כי ככל שתדמה המערכת המשפטית הפלילית באזור לזו הנהוגה בישראל, יוכל האיזון הראוי להתממש בקלות יתר. אכן, נוכל לציין, כי בפועל עדים אנו לריענון ולפתיחת השורות מצד הסגורים המופיעים בבתי המשפט הצבאיים באזור, כאשר אין ספק שההתקרבות של המערכות המשפטיות מאפשרת לאותם עורכי דין להשתלב בלי כל קושי בעבודה לפני הערכאות הצבאיות.

גם בפן העיוני מהלך זה מבורך. השימוש במונחים משפטיים רווחים ומוכרים יש בו כדי לאפשר אנאליזה וביקורת של ההחלטות המשפטיות המתקבלות על ידי קבוצות רחבות יותר של חוקרים מהאקדמיה ושל גורמי פיקוח ציבוריים ופריטיים. המערכת המשפטית הצבאית באזור הופכת, על כן, "שקופה" יותר ובכך פתוחה יותר לעיון, להשוואה ולביקורת.

(ד) הרחבת מקורות ההשראה של השופטים

אם עד כה נימנו יתרונות בולטים לתהליך קליטת הדין הישראלי לתוך המשפט הנהוג בבתי המשפט הצבאיים, לגורמים חיצוניים למערכת, כגון האוכלוסייה הנתונה לסמכות של אותם בתי המשפט, והגורמים המשפטיים הבאים איתה במגע, הרי שגם למערכת עצמה עשוי תהליך זה להועיל. אין זה סוד, כי מספר השופטים, המכהנים בתקופת זמן נתונה כשופטים במערכת בתי המשפט הצבאיים, קטן.⁹⁸ הגבלת מקורות ההשראה של השופטים להלכות בתי המשפט באזור, היתה עלולה להביא ליצירת ואקום משפטי שקל לתארו, במיוחד לאור העובדה כי אין באזור חקיקה פלילית עניפה, ועל כן, בסוגיות מרכזיות רבות נקבע הסדר חוקי באמצעות חקיקה שיפוטית. מצב בלתי אפשרי זה הביא לשימוש מקדמת דנא בחוק ובפסיקה הישראלים כמקור השראה עיקרי לשופטי בתי המשפט הצבאיים. אלא, שהיזקקות

⁹⁷ ארשה לעצמי להניח, כי זו נחלת כלל בתי המשפט ה"מיוחדים" כאמור, כגון בית המשפט לעניינים מקומיים, בתי דין למשמעת וכדומה להם.

⁹⁸ בשנת 1999 כיהנו ארבעה שופטים בשירות קבע בערכאה הראשונה ושופט אחד בערכאת הערעורים. האירועים שהחלו בספטמבר 2000 הביאו להכפלה ואף לשילוש מספר השופטים בשירות קבע.

זו נמנעה במקרים בהם ההסדרים המשפטיים, הן החוקיים והן של פסיקת בתי המשפט, באו בניגוד לדין הישראלי.⁹⁹ לאור האמור, מובן, כי ככל שייקלטו הסדרים משפטיים הנהוגים בישראל לתוך המשפט הפלילי באזור, תתרחב אפשרותם של השופטים לפנות לדין בישראל כמקור ללימוד, להשוואה ולהשראה.

2. הסייגים ליתרונות האמורים

כפי שניסינו להראות, יש לתהליך זניחת המקורות המשפטיים הצבאיים לטובת קליטה רחבה של ההסדרים המשפטיים האמיתיים הישראליים, יתרונות רבים עד שניתן לומר כי מדובר בתהליך חיובי ומבורך, אשר מן הראוי להגבירו ולהרחיבו. יחד עם זאת, לצד היתרונות הבולטים שבתהליך קליטתו של המשפט הפלילי המחייב במדינת ישראל לדין האזור, עלינו לזכור, כי, בראש ובראשונה, כפוף בית המשפט הצבאי באזור לצווי המפקד הצבאי. משכך, מקום בו זה האחרון אמר את דברו בצורה ברורה ובניגוד לנעשה בישראל, אל לו לבית המשפט ללכת נגד הוראות הריבון באזור.¹⁰⁰

שנית, וכאן העיקר, עלינו לזכור, כי בתי המשפט הצבאיים פועלים במציאות מיוחדת הנובעת הן ממעמד החוקי המיוחד של אזור יהודה ושומרון והן מההתרחשויות המייחדות אותם מימים ימימה, וביתר שאת מאז פרצו האירועים האלימים הרחבים בשנת 1987 ובשנת 2000. מציאות זו מעוררת צרכים ביטחוניים ייחודיים לאזור, אשר, ללא ספק, יש בהם כדי להשפיע על התנהלותם של המחוקק ושל בית המשפט הצבאי.¹⁰¹

⁹⁹ ראו דברינו לעיל בסוגיית עילות המעצר ובנושא החלת תיקון מס' 39, בפרק ג.5.

¹⁰⁰ כך אכן נהגו בתי המשפט, כאשר הבחינו, לדוגמה, בין הלכה שמקורה בפסיקה, אותה ניתן לשנות ולהתאים להתפתחויות בישראל (דוגמת ביטול האחריות הסולידרית של הקושרים עליה עמדנו), לבין הוראת צו ברורה המחייבת את בית המשפט, גם כאשר זה סבר שיש מקום להורות על תיקונה (ראו עניין אבו סנינה, לעיל הערה 78).

¹⁰¹ להמחשת ייחודיות המציאות איתנה נדרשים בתי המשפט הצבאיים להתמודד די אם נציין כי בשנת 2044 בלבד הוגשו לבתי המשפט הצבאיים 3,189 תיקי פעילות חבלנית עוינת אשר ב-35% מהם העבירה העיקרית שיוחסה לנאשם היתה עבירה של גרימת מוות בכוונה או ניסיון לגרימת מוות בכוונה או ירי לעבר אדם או הנחת פצצה.

מעמדו של האזור וצרכיו הביטחוניים צריכים להיות, על כן, נר לרגלי בית המשפט. העתקה בלתי מחושבת ובלתי מבוקרת של המשפט הישראלי לאזור עלולה להוביל להפיכת בית המשפט הצבאי למוסד בלתי רלוונטי לנעשה ובכך לסכן את שלטון החוק, כשיש להניח שרשויות האכיפה יבקשו למלא את החסר באמצעים אחרים שלא בהכרח יתאמו לרצון להשליט חוק וסדר בדרך הולמת. על כן, על המחוקק ועל בתי המשפט לברור את ההוראות הראויות להיקלט מן הדין הישראלי לשם קידום המערכת המשפטית הפלילית באספקלריה המקומית, ולזנוח את ההוראות וההלכות שאינן משתלבות עם הערכים שאותם מבקשות רשויות החוק לבטא במלאכתן. נדמה, כי זו המתכונת שאותה ביקש בית המשפט הצבאי לערעורים לאמץ כאשר קבע:

”אין מקום להחיל באופן גורף את כל עקרונות הדין הישראלי על האזור וכי יש לבדוק כל נושא לגופו של עניין.”¹⁰²

ואכן, לא אחת זנחו המחוקק ובית המשפט את ההסדרים הקיימים בישראל והלכו בדרך עצמאית.¹⁰³ כך, לדוגמה, ביטל בית המשפט הצבאי לערעורים הלכה למעשה את הלכת קינזי¹⁰⁴ בדבר אי העדת עד שמשפטו טרם הסתיים נגד שותפו.¹⁰⁵ כך אף קבע בית המשפט הצבאי לערעורים בעניין חג-חסיין¹⁰⁶ כי במקרים מיוחדים יהא מקום להורות על מעצרו של נאשם עד לתום ההליכים נגדו, מכוח חומרת העבירה בלבד, אף שעילות המעצר המקובלות אינן מתקיימות בעניינו.

¹⁰² עניין אבו סנינה הנ"ל וראו אף הדברים שצוטטו מפסק דין זה, לעיל ליד הערה 84.

¹⁰³ אין חידוש רב בעמדה זו מצד המחוקק הפועל, כאמור, ללא תלות במערכת האזרחית הישראלית, אך קביעה זו אינה מובנת מאליה בנוגע לבית המשפט שתלותו בפסיקת רעיו הישראלים, הובהרה.

¹⁰⁴ ע"פ 194/75 קינזי נ' מדינת ישראל, פ"ד (2) 477.

¹⁰⁵ ע' איו"ש 282/94 בדארנה נ' התובע הצבאי, פסד"ן 1994-95, 203. מן הראוי לציין, כי אמנם בית המשפט הצבאי לערעורים בהחלטתו זו לא הכריז על בטלות ההלכה, אולם, משקבע כי טעמיה אינם מתקיימים לרוב באזור וניתן לסטות ממנה במקרים מתאימים, דחו בתי המשפט באופן גורף טענות ברוח ההלכה, עד כי היום אלו אינן מועלות עוד.

¹⁰⁶ ע"מ איו"ש 115/02 התובע הצבאי נ' חג-חסיין (לא פורסם) בהערת אגב. עם זאת, לדעתנו, אמירה בודדה זו, שלא יושמה עד כה בשום מקרה קונקרטי, אין בה כדי להשפיע רבות על שינוי ההלכה: ראו לעיל דברינו בה"ש 78.

1. סיכום

למאמר זה הוגדרו שתי מטרות. תחילה, ביקשתי לפתוח צוהר למשפט הנוהג בבתי המשפט הצבאיים באזור יהודה ושומרון, אשר למרות חשיבותו והיקף השפעתו נשאר לרוב בבחינת נעלם בעיני המשפטן הישראלי. שנית, וכאן העיקר, ניסיתי לסקור, בכתובה אקדמית ראשונית מסוגה, התפתחויות במשפט זה, בתקווה כי יהא בכך כדי לעודד שיח אקדמי בנושא.

עמדתי בדבריי על מהלך הינתקות המשפט הפלילי באזור יהודה ושומרון ממקורותיו ההיסטוריים, קרי, מהמשפט שהיה נהוג במערכת בתי המשפט הצבאיים, וההיצמדות לדין האזרחי הנוהג במדינת ישראל. אף הדגמתי, כי תהליך זה אך הולך וגובר עם השנים, עד שלגישתי, הפך לתהליך המרכזי בהתפתחות המשפט הפלילי ובתי המשפט הצבאיים באזור. יש, על כן, יסוד להניח, כי המגמה האמורה תמשיך ללוות את פועלם של בתי המשפט והמחוקק באזור.

יתרונותיה של מגמה זו ברורים וללא ספק עולים עשרות מונים על חסרונותיה. ניתן לומר, כי השפעותיה מורגשים היטב בתחומים מרכזיים במשפט הפלילי, בראשם - השמירה על זכויות הפרט של הנאשמים.

יחד עם זאת, אין, ולא יכולה להיות, מחלוקת כי המערכות לאכיפת החוק באזור עומדות, מאז פרוץ אירועי ספטמבר 2000, בפני מציאות קשה ומורכבת הנבדלת הברור מהמציאות העבריינית השוררת במדינת ישראל. עומדים אנו בפני עבריינות גואה המונעת ברובה המוחלט ממניעים אידיאולוגיים ואשר אחת ממטרותיה המוצהרות היא למוטט את רשויות השלטון הצבאי באזור. במצב לוחמה זה, עולה משקלו של האינטרס הציבורי הסובל מפגיעות רבות ומגוונות והוא תופס מקום נכבד, ואפילו מקום של בכורה, לפני האינטרס הפרטי של הנאשם וזכויותיו.¹⁰⁷ עליית כוחו של האינטרס הציבורי מחייב, לצד המגמה הברוכה עליה עמדנו, להקפיד ולשמור על המאפיינים העצמאיים של הדין באזור לאור מטרותיו הייחודיות. על ההיצמדות, רחבה ככל שתהיה, להיות, על כן, מבוקרת ומאוזנת לנוכח הצורך

¹⁰⁷ נעיר עוד, כי מצב דברים זה נותן אותותיו בנושאים רבים נוספים, אשר המפורסמים שבהם - הריסת בתים, הסגר וסוגיית הסיכול הממוקד, אך אלה חורגים מתחום מאמר זה מאחר שמדובר בסמכויות מנהליות של מפקד האזור הנמצאות מחוץ לעיסוקם של בתי המשפט הצבאיים.

המוגבר בהרתעת עבריינים בכוח ובקידום מתן אמון הציבור ביעילותם של המנגנונים לאכיפת החוק. איזון בין שיקולי הפרט והכלל באזור אינו בהכרח זהה לזה הנאות לגבי מדינת ישראל.¹⁰⁸

אשר על כן, נראה כי עוד ארוכה הדרך ומלאכה מרובה עומדת בפני רשויות החוק באזור, ויש לקוות כי אלה ידעו לעמוד באתגרים אשר נכוונו להם.

¹⁰⁸ מן הראוי לציין, כי גם בישראל נותנים האירועים הביטחוניים את אותותיהם, כך שבתי המשפט הורו על מעצרים של נאשמים בעבירות בעלות גוון ביטחוני, כגון יידוי אבנים, בהתבסס על מסוכנות אשר ביטאה יותר את צוק העתים וחומרת המעשים, מאשר מסוכנות אישית של הנאשם. דבר המלמד על חזרה מסוימת לבהינת שיקולים נוספים מלבד השיקולים הפרסונליים הקשורים למסוכנות הנאשם ומכאן ועד להחזרת העילה ההרתעתית במסווה של מסוכנות, הדרך קצרה. ראו שורה של החלטות בבית המשפט העליון, לדוגמה: בש"פ 408/01 עטיה נ' מדינת ישראל, תק-על 2001 (1) 525, בש"פ 8971/00 חזות נ' מדינת ישראל, תק-על 2000 (4) 19, בש"פ 8296/00 אבו ריזק נ' מדינת ישראל, תק-על 2000 (4) 396 ובעיקר בש"פ 7103/00 פלוני נ' מדינת ישראל, תק-על 2000 (3) 1665.

“מקרים קשים מולידים הלכה גרועה, אך הלכה גרועה מולידה מקרים קשים” – על השלכותיה של הלכת יוסף

אור בסוק*

א. מבוא ב. התמודדות הסנגוריה הצבאית עם פסק דין יוסף ג. תוצאות התקיפה החזיתית של הלכת יוסף ד. בחינה של השלכות הלכת יוסף באמצעות “השכל הישר” ותורת המשחקים ה. תוצאות התקיפה העקיפה של הלכת יוסף ו. השלכות הלכת יוסף על פעולת רשויות החקירה ז. סיכום

א. מבוא

כלל יסוד בדיני הראיות במדינת ישראל הוא, כי אין מרשיעים על-פי הודיית חוץ כראיה יחידה, אלא אם כן מצוי בחומר הראיות “דבר-מה נוסף” התומך באמיתותה.² בשנת 2001 נפל דבר במערכת המשפט הצבאית. בית הדין הצבאי

¹ אהרן ברק שופט בחברה דמוקרטית (2004) 66.

* סרן, סנגור צבאי במילואים. המחבר שירת בשירות סדיר בין השנים 1999 - 2003 כסנגור צבאי בסנגוריה הצבאית הראשית ובסנגוריה הצבאית המחוזית. המחבר ייצג את הנאשמים בחלק מהתיקים עליהם מבוסס המאמר. למען הגילוי הנאות, בעת איזכורו של כל אחד מהתיקים בהם ייצג המחבר את הנאשמים יצוין הדבר בהערות השוליים הראשונה בה מאוחר התיק במאמר.

על הרעיונות המוצגים במאמר שוחחתי עם רבים מחברי לסנגוריה הצבאית. תודתי נתונה לרס"ן מאיה גולדשמידט, סרן (מיל.) ירון גת, סרן (מיל.) אסף הרדוף ורס"ן (מיל.) איתי הרמלין. תודה מיוחדת נתונה לרס"ן (מיל.) אלקנה לייסט, שהערותיו סייעו לי רבות בשלבים הראשונים של פיתוח חלק מן הרעיונות המוצגים במאמר, וכן לרס"ן אבי חלבי שהערותיו והיכרותו המעמיקה עם הפסיקה הצבאית העדכנית היו לי לעזר רב. ולבסוף, תודתי העמוקה נתונה לסרן (מיל.) נעם (יעקב) פינגר שהשיחות הרבות עימו והערותיו המצוינות סייעו לי רבות בפיתוח הטיעונים המוצגים במאמר ועידונם.

המאמר הוצג לפני משתתפי הסמינר “החובה למסור מידע במשפט” בפקולטה למשפטים באוניברסיטה העברית בשנת תשס”ה בהנחיית ד”ר רינת קיטאי-סנגור. פרופ’ מרדכי קרמניצר, ד”ר רינת קיטאי-סנגור, נעם (יעקב) פינגר, אסף הרדוף כמו-גם ד”ר גיא רוטקופף, יונתן קיזול ושי דותן ממערכת “משפט וצבא” קראו טיוטות שונות של המאמר והעירו הערות מחכימות. אוריאל מנוחין סייע לי בהערות בנוגע לקטעים המתייחסים להגותו של לודוויג ויטגנשטיין. תודתי שלוחה לכל האמורים. מובן שעלי בלבד מוטלת האחריות לכתוב.

² יעקב קדמי על הראיות (תשס”ד) 1, 111, 124.

א’ בסוק “מקרים קשים מולידים הלכה גרועה, אך הלכה גרועה מולידה מקרים קשים” – על השלכותיה של הלכת יוסף “משפט וצבא” 18 (התשס”ו) 77

לערעוריים קבע בעניין יוסף כי "הימנעותו של נאשם מלהעיד במשפטו עשויה לשמש, במקרים המתאימים, כ'דבר-מה נוסף'".³

סעיף 162 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב – 1982, ומקבילו, סעיף 366 לחוק השיפוט הצבאי, התשט"ו – 1955, מייחסים משמעות נכבדה להימנעות נאשם מלהעיד במשפטו. על-פי שני הסעיפים "הימנעות הנאשם מהעיד עשויה לשמש חיזוק למשקל הראיות של התביעה וכן סיוע לראיות התביעה במקום שדרוש להן סיוע...".

אך למרות הנוסח הרחב שנקט המחוקק, הדעה המקובלת טרם מתן פסק הדין בעניין יוסף, היתה כי הימנעות נאשם מלהעיד אינה יכולה להוות תוספת ראייתית להודייתו במשטרה, כלומר, אינה יכולה לשמש כ"דבר-מה נוסף" להודייתו.⁴

³ ע/41/01 התובע הצבאי הראשי נ' סמל יוסף, תקדין-צבאי 2001(3), 26. יצוין, כי אמנם בעבר כבר קבע בית הדין הצבאי לערעורים בע/80/85 טוראי כהן נ' התובע הצבאי הראשי, פד"צ (1985) 73, כי הימנעות נאשם מלהעיד יכול שתהווה "דבר-מה נוסף" להודייתו (לסקירת פסק הדין ב-ע/80/85 ראו ע/41/01, פסקה 8). עם זאת, עיון מעמיק בפסיקת בית הדין הצבאי לערעורים משנת 1985, עת ניתן פסק הדין בעניין כהן, ועד למתן הלכת יוסף בשנת 2001 גילה כי ראשית, אין כל זכר בפסיקת בית הדין הצבאי לערעורים, לאורך כל תקופה זו, להרשעה על סמך הודיה במשטרה והימנעות מלהעיד במשפט; שנית, פסק דין כהן לא אוזכר ולו פעם אחת, בפסיקת בית הדין הצבאי לערעורים לאורך כל אותה תקופה. אכן, מעשית, לא יושם פסק הדין בעניין כהן על ידי בתי הדין הצבאיים מאז שנתקבל (דוגמה טובה לאי-יישום פסק הדין הינה זיכוי של סמל יוסף בבית הדין הצבאי המחוזי – חא/396/00 התובע הצבאי נ' סמל לוי יוסף (לא פורסם), פסקה 7; כן ראו סיכום הכרעת דינו של בית הדין הצבאי המחוזי בפסק הדין של בית הדין הצבאי לערעורים ב-ע/41/01, פסקה 4). הואיל ופסק הדין בעניין כהן לא הוטמע, לא הוגשו כתבי אישום עת בתיק החקירה לא היה כלל "דבר-מה נוסף". כלומר, התביעה, בעת הגשת כתב האישום, נמנעה מלהסתמך על האפשרות ש"דבר-מה נוסף" להודיה במשטרה יצמח מהימנעות הנאשם מלהעיד. לכן, ככלל, לא עלתה בפסיקה הצבאית, לאחר פסק הדין בעניין כהן, האפשרות להסתמך על שתיקת נאשם במשפטו כ"דבר-מה נוסף" להודייתו במשטרה. בעניין יוסף נמנע הנאשם מלהעיד; חוות-דעת מומחה, עליה הסתמכה התביעה בעת הגשת כתב האישום כ"דבר-מה נוסף", לא ענתה, לדעת בית הדין הצבאי המחוזי, לדרישות הפסיקה מראיית "דבר-מה נוסף"; בית הדין הצבאי המחוזי סירב לראות בהימנעות הנאשם מלהעיד כראיית "דבר-מה נוסף" (התובע בסיכומיו כלל לא הפנה לפסק הדין בעניין כהן) וזיכה את הנאשם בהעדר "דבר-מה נוסף" להודייתו. כך, הגיעה לביורר בפני בית הדין הצבאי לערעורים סוגיית הימנעותו של נאשם מלהעיד כ"דבר-מה נוסף" להודייתו.

⁴ האינדקציה הטובה ביותר לכך שטרם הלכת יוסף, רווחה בקהילה המשפטית הדעה שתיקת נאשם אינה יכולה להוות "דבר-מה נוסף" להודיה במשטרה, מצויה בספרי ההכנה לבחינות ההסמכה של לשכת עורכי הדין מאותה תקופה – מנשה כהן, רון דלומי, סיגל צייג (עורכים) ספרי ההכנה לקראת בחינות ההסמכה של לשכת עורכי-הדין (מועד אוקטובר 2000, תש"ס) 338; גם כיום, הדעה המקובלת בקהילה המשפטית (פרט לדעה בבתי הדין הצבאיים) הינה כי לפי המצב המשפטי הנוהג, הימנעות נאשם מלהעיד אינה מהווה "דבר-מה נוסף" להודייתו בחקירה - ראו נתן קנת, חיים קנת סדר הדין הפלילי – החוק והפסיקה (תשס"ה) 145 - 146; קדמי, לעיל הערה 2, 130 - 131 וראו גם עמ' 146, 149 - 150, 269; יצוין כי במהדורה קודמת משנת 1999, עליה נסמך בית הדין הצבאי לערעורים בעניין יוסף, אימץ השופט קדמי את האמירה כי "טרם נאמרה בעניין זה המלה האחרונה" - ראו יעקב קדמי על הראיות (תשנ"ט) 117; ע/41/01, לעיל הערה 3, פסקה 8.

אכן, בנושא לא היתה הלכה פסוקה "כמשמעות ביטוי זה בסעיף 20 לחוק-יסוד: השפיטה...".⁵ עם זאת, נמצאו בפסיקת בית המשפט העליון כמה אמירות התומכות בגישה, שלפיה אין בהימנעות נאשם מלהעיד כדי להוות "דבר-מה נוסף".⁶ פסק הדין הבולט ביותר בסוגיה זו היה פסק הדין בעניין **עלי** שזכה לסיכום ממצה בהחלטתו של הנשיא י' כהן לדחות את הבקשה לדיון נוסף על פסק הדין: "דעת הרוב (השופטים מ' אלון וי' שילה) באותו פסק הדין היתה, ששתיקת המשיב בבית המשפט אינה משמשת 'דבר-מה נוסף' להודאותיו במשטרה, אך הם מצאו דבר-מה נוסף בראיה אחרת. לדעת השופטת מ' בן-פורת שתיקתו של המשיב בבית המשפט המחוזי היא בבחינת דבר-מה נוסף להודאותיו."⁸ קביעת דעת הרוב בעניין **עלי** נכתבה אגב אורחא, שכן, כאמור, אף דעת הרוב מצאה "דבר-מה נוסף" בראיה אחרת. כמה שנים מאוחר יותר, בערעור בעניין **קוזלי** ציין השופט אלוני, כי דעת הרוב בפסק דין **עלי** היתה "שלא מן הראוי לראות בשתיקת נאשם בבית המשפט משום חיוק להודאתו, שנמסרה מחוץ לכתלי בית המשפט. חוששני, שבעניין זה טרם נאמרה המילה האחרונה..."⁹

עתה, בחלוף כארבע שנים מעת שניתנה הלכת **יוסף**, עתידה שאלת משמעותה של הימנעות נאשם מלהעיד במשפטו לעמוד לבחינה בבית המשפט העליון. בבקשת רשות הערעור שהגישה הסגוריה הצבאית בעניין **מילשטיין**, התבקש בית המשפט העליון להכריע בשאלה אחת: האם הימנעותו של נאשם מלהעיד במשפטו הינה בגדר "דבר-מה נוסף" להודייתו?

⁵ ע/41/01, לעיל הערה 3, פסקה 9; וראו גם פסקה 8 לפסק הדין.

⁶ ע"פ 115/82 מועדי ואח' נ' מדינת ישראל, פ"ד לח(1) 197, 234; ד"נ 3081/91 אהמד מזויר קוזלי ו-אח' נ' מדינת ישראל, פ"ד מה(4) 441, 469. לאמירות שיפוטיות, מהן משתמע שניתן לראות שבהימנעות נאשם מלהעיד בגדר "דבר-מה נוסף" להודייתו, ראו ע"פ 747/86, 23,11,6/87 אייזנמן ואח' נ' מדינת ישראל, פ"ד מב(3) 447, 450; ע"פ 915/85 קוזלי ואח' נ' מדינת ישראל, תק-על 91 (2) 1825, 1841. לסקירת האמירות השיפוטיות השונות בפסיקת בית המשפט העליון ראו ע/41/01, לעיל הערה 3, פסקה 8.

⁷ ע"פ 614, 556/80 עלי ואח' נ' מדינת ישראל, פ"ד לז(3) 169.

⁸ ד"נ 13/83 מדינת ישראל נ' אלבחירי (לא פורסם), דף לפרקליט (פלילי) מס' 236.

⁹ ע"פ 915/85, לעיל הערה 6, בעמ' 1841.

הבקשה לרשות ערעור בעניין **מילשטיין** נדונה ביום 4.4.05 לפני הנשיא ברק והשופטות פרוקצ'יה ונאור. מותב השופטים החליט ליתן רשות ערעור וביקש מן היועץ המשפטי לממשלה להציג את עמדתו בסוגיה.¹⁰

סוגיית השימוש בהימנעות נאשם מלהעיד במשפטו כתוספת ראייתית להודייתו במשטרה מעלה סוגיות עקרוניות הנוגעות לאיזון בין זכויות היסוד של נאשם (דוגמת זכות השתיקה וחוקת החפות) לבין האינטרס הציבורי. כן עולה שאלת דרך פרשנותו של סעיף 162 לחוק סדר הדין הפלילי. סוגיות אלו נדונו בהרחבה בספרות ובמשפט הזר.¹¹ פסקי הדין של בית הדין הצבאי לערעורים בעניין **יוסף**, **להב**¹² ו**מילשטיין**¹³ עוסקים גם הם בהרחבה בסוגיות אלה. ניתן לשער, כי הדיון בפסק דינו של בית המשפט העליון בעניין **מילשטיין**, בין שהערעור יתקבל ובין שיידחה, יסוב סביב האיזון הערכי בין זכויות היסוד של הנאשם לבין האינטרס הציבורי.¹⁴

¹⁰ רע"פ 4142/04 **מילשטיין נ' התובע הצבאי הראשי** (החלטה מיום 4.4.05). הדיון בערעור בעניין **מילשטיין** נקבע לחדש דצמבר 2005. רב"ט מילשטיין הורשע בשימוש חד-פעמי בסם מסוכן, לפי סעיף 7(א) ו-7(ג) לפקודת הסמים המסוכנים [נוסח חדש], התשל"ג-1973. המחבר מייצג את רב"ט מילשטיין לפני בית המשפט העליון וכן ייצגו בבית הדין הצבאי לערעורים. בבית הדין הצבאי המחוזי יוצג רב"ט מילשטיין בידי סרן (מיל.) ירון גת והמחבר.

¹¹ לדיון בסוגיות אלו במשפט הישראלי ובמשפט הזר ראו מאמרה של ד"ר קיטאי-סג'ורו המתפרסם בגיליון זה: רינת קיטאי-סג'ורו "שתיקה כהודאה: על התפישה המוטעית של שתיקה בבית המשפט כדבר-מה נוסף להודאה בחקירה" **משפט וצבא יח** (תשס"ה) 31.

¹² ע/190/01 **סמל להב נ' התובע הצבאי הראשי**, תקדין-צבאי 2002(4) 1. סמל להב יוצג בבית הדין הצבאי לערעורים ובבית המשפט העליון על-ידי רס"ן (מיל.) אלקנה לייסט והמחבר.

¹³ ע/126/02, ע/230/02 **סמלת מרסינו נ' התובע הצבאי הראשי**; רב"ט מילשטיין נ' **התובע הצבאי הראשי** (פדאור). נוכח זהות השאלה המשפטית שעמדה לדיון, אוחד עניינו של **מילשטיין** (ע/230/02) עם עניינה של **מרסינו** (ע/126/02), אשר זכתה מכל אשמה. בערעור יוצגו שני המערערים בידי המחבר.

¹⁴ כידוע, פסיקת בית המשפט העליון כיום בסוגיות עקרוניות נשענת על בחינת האיזון הערכי העומד בבסיס סעיפי החוק ולא על פרשנות מילולת החוק בטהרתן. פרופ' Schauer מכנה סוג זה של הנמקה משפטית: "תורת משפט של טעמים" (להבדיל מ"תורת משפט של כללים"). משמע: פנייה לכלל פלוני או לתקדים אלמוני כבר אינה נתפשת כנימוק משפטי מספק: הנמקה משפטית ראויה חייבת לענות על שאלת ה"למה?" - **Frederick Schauer "The Jurisprudence of Reasons" 85 Mich. L. Rev. (1987) 847**. מכאן, יש להניח שפסק דינו של בית המשפט העליון בעניין **מילשטיין**, לכשיינתן, לא יתמקד בפרשנות "פורמליסטית" של מילות סעיף 162 לחוק סדר הדין הפלילי. כך, יש להניח שהדיון בפסק הדין לא יסתפק בבחינה אם המונח "חזוק" בסעיף כולל בגדרו או זהה למונח "דבר-מה נוסף". יוער, כי בעניין **יוסף**, אחד מנימוקיו העיקריים של בית הדין הצבאי לערעורים למסקנתו נשען על פרשנות "פורמליסטית" של החוק. בית הדין הצבאי לערעורים קבע ש"העובדה כי שתיקת הנאשם עשויה לשמש גם סיוע לראיות התביעה, מלמדת, לכאורה, כי יש בכך כדי לענות גם על דרישת ה'דבר-מה הנוסף', בבחינת המרובה המכיל את המעט" (ע/41/01, **לעיל** הערה 3, פסקה 8). קסמה של הנמקה זו, כקסמן של הנמקות פורמליסטיות, באופיה המעין "מתמטי-מדעי": שמירה על עקביות בתוך מערכת התוספות הראייתיות כופה, כביכול, את התשובה במקרה דנן. אך הנמקה זו אינה עולה בקנה אחד, במישור הפורמליסטי, עם יכולתה של "ראשית הודיה" להוות "סיוע" אך לא "דבר-מה נוסף" להוריה (קדמי, **לעיל** הערה 2, בעמ' 3, 7, 130, 142, 146, 366); עם טענות מלומדים כי ההבדל בין

במאמר זה אבקש לבחון את ההלכה שנקבעה בפסק דין יוסף דרך פריזמה שונה: אבקש לבחון את הדרכים בהן התמודדה הסנגוריה הצבאית עם הלכת יוסף, ובעיקר את התמודדות הפסיקה הצבאית עם הטענות שאותן העלתה הסנגוריה. אבקש להראות כי דרך ההתמודדות אותה נקט בית הדין הצבאי לערעורים כלאה את מערכת המשפט הצבאית במערבולת משפטית-מעשית קשה. הלכת יוסף נבחנת במאמר זה, אם כן, דרך השפעותיה על "חיי המעשה" המשפטיים ולא דרך בחינת האיזון הערכי העומד בבסיסה. בחינה דרך פרספקטיבה הנסמכת על הניסיון שנצבר בהתמודדות עם הלכת יוסף מספקת זווית חדשה, שונה מן הזווית הערכית שמבדדה נבחנות, בדרך כלל, הלכות כדוגמתה.

מעבר ליחודיות בזווית הבחינה, עוקפת בחינה הנשענת על הניסיון קושי בדיונים משפטיים הנסובים סביב איזונים ערכיים. רבים מקרב המשפטנים תופסים את השיח האיזוני-ערכי בסוגיות דוגמת הסוגיה דנן כשיח של העדפות (preferences) או טעמים (tastes), הנגזרים מהעמדה בה ניצב הדובר. לפי גישה זו, העמדה הערכית בסוגיה דנן נשענת על אמונות בסיסיות שקשה מאוד לשנותן באמצעות הנמקות מן השדה הערכי. עמדה זו נוסחה בחדות על-ידי שופט בית המשפט העליון האמריקני, השופט הולמס (Holmes):

"Deepseated preferences cannot be argued about – you cannot argue a man into liking a glass of beer – and therefore, when differences are sufficiently far reaching, we try to kill the other man rather than let him have his way. But that is perfectly consistent with admitting that, so far as appears, his grounds are just as good as ours".¹⁵

התוספות הראייתיות הוא איכותי ולא רק כמותי (קדמי, לעיל הערה 2, בעמ' 149, 269) וכן עם הטענה כי אם המרובה מכיל את המועט אזי באיזון המונח "חיוק" בסעיף 162 לחוק סדר הדין הפלילי השחית המחוקק מילותיו לריק. די במונח "סיוע" בו נכלל "חיוק" שהרי המרובה מכיל בתוכו את המועט. ולכן, לא היה צורך באיזון המונח "חיוק" בסעיף. אני חב את הרעיון לטענה האחרונה לאסף הרדוף.

Oliver Wendell Holmes Jr. "Natural Law" in: Richard A. Posner (ed.) **The Essential Holmes: Selections from the Letters, Speeches, Judicial Opinions and Other Writings of Oliver Wendell Holmes Jr.** (Chicago and London, The University of Chicago Press, 1992) 181

הניסיון להצביע על ההשפעות השליליות של הלכת יוסף ב"חיי המעשה" נועד לעקוף את הקושי בניסיון לשכנע את הקורא, התומך באיזון הערכי המבוטא בהלכת יוסף, לשנות את עמדותיו הערכיות. גם קורא המשוכנע כי האיזון הערכי בין זכויות הנאשם לבין האינטרס הציבורי מצדיק הלכה הקובעת כי הימנעות מנאשם מלהעיד תהווה "דבר-מה נוסף" להודייתו, יכול שישתכנע כי נוכח התוצאות השליליות, הנובעות מהלכה כזו בחיי המעשה, יש לזנוח. במקרה מעין זה, למרות שהאיזון הערכי יוביל את הקורא לתמוך בהלכת יוסף, ייתכן שהניסיון המעשי יוליך אותו, כטעם מסדר שני, לדחותה. במקרה דנן מהווה, אם כן, הניסיון האמפירי שיקול מסדר אחר במובן זה שהשפעתו אינה בגדר שיקול נוסף המשפיע על האיזון בין זכויות הנאשם לבין האינטרס הציבורי. הניסיון האמפירי, בדמות כשלון הלכת יוסף בחיי המעשה, מהווה טעם שלא לפעול על-פי האיזון הערכי, אף אם איזון זה תומך באימוץ הלכת יוסף.¹⁶

ב. התמודדות הסנגוריה הצבאית עם פסק דין יוסף

הסנגוריה הצבאית מייצגת אחוז נכבד מקרב הנאשמים שעניינם נדון במערכת השיפוט הצבאית.¹⁷ אך פסק דינו של בית הדין הצבאי לערעורים בעניין יוסף מצא את הסנגוריה הצבאית מופתעת, מאחר שהנאשם באותו עניין יוצג בידי סנגור

עוד על השקפה זו של השופט הולמס ראו - Louis Menand *The Metaphysical Club* (New York, Farrar, Straus and Giroux, 2001) 61-63; John Patrick Diggins *The Promise of Pragmatism* (Chicago and London, The University of Chicago Press, 1994) 349-353.

¹⁶ לביאור סוגיית הטעמים מסדר שני ראו - Joseph Raz *Practical Reason and Norms* (2nd ed., Oxford, Oxford University Press, 1999) 34-40. הדוגמה הראשונה אותה בוחן רו בקטע האמור (אן הנאלצת לוותר על הצעה להלוואה בשל כאב ראש) מקבילה לענייננו: קושי מעשי, בדמות כאב הראש, הגורם לאן לזנוח כליל את עריכת האיזון בין השיקולים לטובת לקיחת ההלוואה לבין השיקולים נגד לקיחתה.

¹⁷ בראיון שנערך עם הסנגור הצבאי ראשי דאז, אל"ם דני עפרוני, נכתב כי 85% מן הנאשמים בבתי הדין הצבאיים מיוצגים על-ידי סנגורים צבאיים: אורי אטינגר, "אני רוצה לקוות שאין קצינים שמתמשים בדין המשמעותי כנקמה אישית בחייל" *במחנה* (12.12.03) 6, 7. מנתונים שאסף נעם פינגר עולה, כי בין השנים 2000 - 2004 יוצגו בין 70% - 80% מהחיילים, שעניינם נדון בבית הדין הצבאי לערעורים, בידי סנגורים צבאיים. מנתונים שנאספו על-ידי הסנגור המחוזי, רס"ן אבי חלבי, סרן מירב קרסו בן-עטר וסמל אורן תמיר עולה, כי בשנת 2003 יוצגו בבתי הדין הצבאיים של פיקוד מטכ"ל, חיל-ים, עורף, מרכז וחיל האוויר, 89% מהנאשמים על-ידי סנגורים צבאיים. בשנת 2004 עלה מספר הנאשמים שיוצגו על-ידי סנגורים צבאיים ל-93%.

פרטי.¹⁸ בעקבות ההלכה שנקבעה בפסק הדין, נאלצה הסנגוריה לכלכל אסטרטגיה להתמודדות עם ההלכה החדשה.

¹⁸ מאחר שהסנגוריה הצבאית אמונה על ייצוג מרבית הנאשמים לפני בתי הדין הצבאיים, ראוי לאפשר לסנגוריה הצבאית, בתיקים בעלי משמעות עקרונית הנוגעים בבית הדין הצבאי לערעורים, קבלת מעמד כ"ידידת בית הדין". כידוע, מוסד "ידיד בית המשפט" (Amicus Curiae) אומץ בפסיקה בית המשפט העליון ובין היתר גם בתיקים פליליים (ראו לדוגמה ע"פ 111/99 שוורץ נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(2) 241, 251 - 252). אף הסנגוריה הצבאית ביקשה פעמיים מבית המשפט העליון להצטרף לעתירות לבג"ץ כ"ידיד בית המשפט": בקשה אושרה בבג"ץ 8868/99 עמירם נ' קצין משטרת צבאית (החלטה מיום 5.6.00); בדג"ץ 5404/99 דותן נ' התנועה לאיכות השלטון (החלטה מיום 15.11.99) נקבע, שהסנגוריה תוכל להגיש עמדתה מבלי שנקבע מעמדה בהליך. בסופו של דבר, צוטטה בקשת הסנגוריה בהחלטה לדהות את העתירה לדיון נוסף.

לסנגוריה הצבאית יש הן אינטרס כגוף המייצג חיילים נאשמים והן מומחיות וניסיון, שמן הראוי שיובאו לפני בית הדין הצבאי לערעורים בערעורים בעלי משמעות עקרונית (על מוסד "ידיד בית המשפט" במשפט האמריקני ובמשפט הישראלי, ראו מיכל אהרוני "הידיד האמריקני – קווים לדמותו של

ה-Amicus Curiae (ידיד בית המשפט) "המשפט 18 (2004) 30; על הקריטריונים לצירוף גוף כ"ידיד בית המשפט", ראו מ"ח 7929/96 קזולי נ' מדינת ישראל, פ"ד נג (1) 529, 553 - 556).

החשיבות במתן פתרון פה לסנגוריה הצבאית בערעורים בעלי חשיבות עקרונית הינה בייחוד נוכח מעמדן של הלכות הנקבעות על-ידי בית הדין הצבאי לערעורים - מאז שנת 1986 עת הוסף סעיף 440ט לחוק השיפוט הצבאי, ניתן לבקש רשות ערעור מבית המשפט העליון על פסקי הדין של בית הדין הצבאי לערעורים. בכך, על פני הדברים, הושווה מעמדם של פסקי הדין של בית הדין הצבאי לערעורים למעמד פסקי הדין של בית המשפט המחוזי בכובעו כערכאת ערעור. למרות זאת, בית הדין הצבאי לערעורים זוכה למעמד מיוחד בשל מומחיותו בדין הצבאי והתערבותו של בית המשפט העליון בפסקי דינו של בית הדין הצבאי לערעורים מועטה (ראו קביעת השופט בניש בהחלטתה מיום 26.12.03 ברע"פ 11327/03 טוראי דוד נ' התובע הצבאי הראשי; אסף פורת "דרכי התקיפה של החלטות בתי-הדין הצבאיים בבית-המשפט העליון" משפט וצבא 13 (תשנ"ט) 163, 164). מאז שנת 1986 ניתנה רשות ערעור רק בעשרה מקרים: בתשעה - לבקשת ההגנה; במקרה אחד - לבקשת התביעה נכך עולה מצירוף נתונים שאסף נעם פינגר עם הנתונים עליהם מבוסס מאמרו של עורך מודריק "עצמאות וכפיפות - הפסיקה הצבאית במבחן הביקורת של בית המשפט העליון" (בתוך: אהרן ברק, י"ד המערכת, ספר שמגר חלק א', תשס"ג) 341, 366]. לנוכח המעמד לו זכו פסקי הדין של בית הדין הצבאי לערעורים, ראוי לאמץ את הסדר "ידיד בית המשפט", המופעל, בדרך כלל, בערכאות השיפוט בקודקוד המערכת, גם בבית הדין הצבאי לערעורים (על הגשת תזכיר "ידיד בית המשפט" בערכאות נמוכות, ראו אהרוני, שם, 32, 36 - 37).

מתן מעמד לסנגוריה הצבאית כ"ידידת בית הדין" יאפשר ייצוג בערעורים עקרוניים בהם מיוצג הנאשם על-ידי סנגור פרטי, לאינטרס של כלל הנאשמים בצבא. זאת ועוד, גם בתיקים בהם מיוצג הנאשם על-ידי סנגור צבאי יהיו מקרים בהם האינטרס של הנאשם הקונקרטי יהא שונה בתכלית מאינטרס של כלל הנאשמים (או של חלק גדול מביניהם). אף במקרים מעין אלו מן הראוי לשקול מתן ייצוג, בערעורים עקרוניים, לסנגוריה הצבאית כ"ידידת בית הדין" המייצגת את אינטרס כלל הנאשמים (למקרה בו התעורר צורך כאמור ראו ע"מ/42/01 התובע הצבאי הראשי נ' רב"ט שממה, תקדין-צבאי 2001 (3) 1). ברי, כי המעמד האמור יוקנה לסנגוריה הצבאית רק בתיקים בהם תחפוץ הסנגוריה במעמד כאמור ובאישור בית הדין הצבאי לערעורים.

כללי סדר הדין של בית המשפט הצבאי לערעורים בארה"ב מקנים אפשרות לגורמים שונים לבקש להגיש טיכומי "ידיד בית המשפט" ובית המשפט האמריקני אף מעודד הגשת טיכומים אלו. לו היה מאומץ בארץ כלל בנוסח הכלל האמריקני, היתה יכולה הסנגוריה הצבאית הראשית לבקש מעמד של "ידיד בית המשפט" בתיקי ערעור המנוהלים בבית הדין הצבאי לערעורים על-ידי סנגורים פרטיים. על הכלל האמריקני ראו Eugene R. Fidell "Guide to the Rules of Practice and Procedure" 131 Mil. L. Rev. (1991) 169, 278-281.

עד להלכת יוסף, עת כנגד החייל-הנאשם עמדה אך הודייתו בחקירתו במשטרה (הצבאית או האזרחית), יכל הסנגור להמליץ לנאשם שלא להעיד. גם במקרים, בהם היה בידי התביעה "בדל" של "דבר-מה נוסף" בתיק החקירה, יכל הסנגור להימנע מלהעיד את הנאשם.¹⁹ במקרים אלו, היה הסנגור עושה כל מאמץ להפריך את "בדל" ה"דבר-מה נוסף" שהתביעה היתה מציגה יחד עם הודית הנאשם במסגרת פרשת התביעה. אם הצליח ניסיון ההפרכה, היה הסנגור יכול, לאחר תום פרשת התביעה, להצהיר "אלו עדיי" ובהעדר "דבר-מה נוסף" להודייתו במשטרה, היה הנאשם מוזכה מכל אשמה.

מצב עניינים זה שונה כליל לאחר פסק דין יוסף. עתה, על-פי הלכת יוסף, לא יוכל עוד הנאשם החפץ בזיכוי מאשמה, להימנע מלהעיד, עת הראיות אשר עמדו כנגדו הסתכמו בהודייתו במשטרה (או בהודייתו וב"בדל" "דבר-מה נוסף"²⁰).²¹ בקרב

¹⁹ כאלה היו המקרים בהם ביקשה התביעה להתבסס על "חוות דעת מומחה" כ"דבר-מה נוסף" בתיקים בהם הודה הנאשם במשטרה בשימוש בסמים. "חוות דעת המומחה" במקרים אלו נכתבה על-ידי איש קבע המשרת במשטרה הצבאית. איש הקבע היה מאשר כי תיאורו של החייל בהודייתו את תחושותיו שנגרמו עקב השימוש בסם, כמו גם תיאורו את דרך השימוש בסם, תואמים חוויות הנובעות משימוש בסם ומדרכי שימוש בסמים. הוראת קצין חיל המשטרה הצבאית הראשי 5217 מיוני 1998 מפרטת את נהלי הפקת "חוות דעת מומחה שתבסס את דרישת 'דבר-מה נוסף' להודאת נאשם בעבירת סמים" (סעיף 1 להוראה). בעניין יוסף, הן בית הדין המחוזי והן בית הדין הצבאי לערעורים סירבו להכיר בנסיבות העניין בחוות דעת המומחה כ"דבר-מה נוסף" להודיית הנאשם – ע/41/01, לעיל הערה 3, פסקאות 4, 10. לדוגמאות למקרים בהם סירבו בתי דין מחוזיים, עוד טרם הלכת יוסף, להכיר בתיקי סמים בחוות דעת מומחה כ"דבר-מה נוסף" להודיית נאשם באותו מקרה ראו צפ/351/00 התובע הצבאי נ' טוראי חדר (פדאור); צפ/303/99 התובע הצבאי נ' רב"ט אסף (לא פורסם); חא/28/99 התובע הצבאי נ' סמל מילס (לא פורסם).

²⁰ להלן - בכל מקום שמדובר בנאשם, שכנגדו עומדת אך הודייתו, הכוונה היא גם לנאשם שכנגדו עומדת הודייתו ו"בדל" ראייה בו רואה התביעה כ"דבר-מה נוסף".

²¹ למען שלמות התמונה יוער, כי בנסיבות אלו טענת "אין להשיב לאשמה" (סעיף 158 לחוק סדר הדין הפלילי; סעיף 365 לחוק השיפוט הצבאי), שתשמע בתום פרשת התביעה, לא תצלח: ההלכה כיום הינה, כי די בהבאת אמרה מפלילה הדורשת תוספת כדי לדחות טענת "אין להשיב לאשמה". לכן, העדרה של תוספת ראייתית של "דבר-מה נוסף" בשלב זה, אין בו כדי לבסס הטענה ודי בהודיית הנאשם במשטרה כדי לחייבו להשיב על האשמה. ראו ע"פ 638/85 מדינת ישראל נ' בוטרוס ואח', פ"ד מ(2) 658, 662-661; אסף הרדוף אין להשיב לאשמה (תשס"ה) 46, 53-54; יעקב קדמי על סדר הדין בפלילים (תשס"ג-2003) 1050, 1054. בעניין יוסף, בתום פרשת התביעה בערכאה הדיונית, טען הסנגור טענת "אין להשיב לאשמה" הואיל ולא הובאה כל ראיית "דבר-מה נוסף" להודיית הנאשם. בית הדין הצבאי המחוזי דחה טענתו (חא/396/00, לעיל הערה 3, החלטה בעמ' 18 לפרוטוקול וכן פסקה 2 להכרעת הדין). מיד לאחר החלטה זו, הודיע הסנגור כי "הנאשם לא יעיד, לאחר שהסברתי לו את מהות זכות השתיקה, ואין לו עדים". כאמור, זיכה בית הדין הצבאי המחוזי את הנאשם – ע/41/01, לעיל הערה 3, פסקאות 3 - 4.

הסנגורים הצבאיים התעצבו שתי גישות שונות בתכלית להתמודדות עם הלכת יוסף.

על-פי הגישה הראשונה, תקיפת הלכת יוסף תיעשה באורח חזיתי: בתיקים בהם עמדה כנגד הנאשמים אך הודייתם בחקירה, ימשיכו הנאשמים, במקרים המתאימים, להימנע מלהעיד; ההגנה תחלוק על הלכת יוסף חזיתית ותבקש להביאה לבחינה מחודשת לפני בית הדין הצבאי לערעורים ולפני בית המשפט העליון.

על-פי הגישה השנייה, יש לשנות, בעקבות הלכת יוסף, את הטקטיקה הסנגוריאליית להתמודדות עם תיקים בהם עומדת כנגד הנאשם אך הודייתו בחקירה: אם לפני הלכת יוסף נאשם, החפץ בזיכוי, יכול היה להימנע, במקרים המתאימים, מלהעיד בפרשת ההגנה, עתה השתנה המצב. לאחר הלכת יוסף, נאשם שכנגדו עומדת אך הודייתו, והוא יימנע מלהעיד, יכול שיורשע. לכן, במקרה בו הראיות שעמדו כנגד הנאשם התמצו בהודייתו בלבד, הבהירו הסנגורים לנאשם כי אם יימנע מלהעיד סביר שיורשע על סמך הודייתו והימנעותו מלהעיד. נאשמים רבים החליטו, בעקבות ההסבר האמור, להעיד במשפטם.²² תוצאה זו, על פני הדברים, תואמת את מגמתו של בית הדין הצבאי לערעורים כפי שהוצגה בפסק דין יוסף. אין להניח, כי שופטי בית הדין הצבאי לערעורים בעניין יוסף חשבו כי נאשמים אשמים, שהודו במשטרה אך מעוניינים בזיכוי במשפטם, ימשיכו להימנע מלהעיד לאחר הקביעה שהימנעות נאשם מלהעיד מהווה "דבר-ימה נוסף". ברי, כי שופטי בית הדין הצבאי לערעורים הבינו כי, ככלל, נאשם אשם, שטרם הלכת יוסף רצה בזיכוי, ישנה, בעקבות הלכת יוסף, את התנהלותו ולא "יניח צווארו לכורת" ויטעים להרשעתו. ברי, כי שופטי בית הדין הצבאי לערעורים בעניין יוסף הבינו כי עת תיק החקירה מכיל אך את הודייתו יעדיף נאשם "לנסות את מזלו" ולהעיד במשפטו, על פני הרשעה הנשענת על הודייתו והימנעותו מלהעיד. עם זאת, ספק אם שופטי בית הדין הצבאי לערעורים חזו את התוצאות שיתלוו לשינוי האמור בהתנהגותם של

²² כידוע, אסור לעורך דין להעיד עד שקר ביודעין (ראו לדוגמה פ"פ 236/88 איוזנמן נ' מדינת ישראל, פ"ד מד(3), 485, 512). בנוגע לרכיב ה"ידיעה", נטו סנגורים, מאז ומתמיד, לאמץ תורת הכרה/ידיעה ספקנית, לאמור: אף אם הסנגור חושב שהנאשם משקר אין הוא יודע זאת. כאמור, בעקבות הלכת יוסף, בחרו יותר ויותר נאשמים להעיד. הסנגורים מצידם הפכו לספקנים תורת הכרתיים קיצוניים בגישתם. לדיון בשאלה מתי יודע עורך דין כי לקוחו עומד להעיד עדות שקר, ראו דיון בהנחיית ד"ר לימור זר-גוטמן ובהשתתפות ד"ר גבריאל קלינג, עו"ד אלקס הרטמן, ד"ר דויד וינר וד"ר נטע זיו, "למי נתונה נאמנות עורך הדין – לבית המשפט, ללקוח, או לעצמו?" דין ואומר 13 (2002) 30.

נאשמים. תוצאות השינוי בהתנהגותם של נאשמים חתרו תחת הלכת יוסף. כך, כוננה הגישה השנייה, שביקשה להשלים עם הלכת יוסף ולהתמודד עימה בכליה שלה, נתיב תקיפה עקיף כנגד הלכת יוסף. אפנה עתה לבחינת התוצאות שנבעו מהפעלת שתי דרכי ההתמודדות האמורות עם הלכת יוסף.

ג. תוצאות התקיפה החזיתית של הלכת יוסף

המבחן העיקרי לבחינת הצלחתה של הגישה הראשונה הוא בהשגת מטרותיה הסופיות: הפיכת הלכת יוסף. בשני המקרים בהם נבחנה הלכת יוסף בבית הדין הצבאי לערעורים, הן במקרה להב והן במקרה מילשטיין, לא הביע בית הדין כל פקפוק בנכונותה.²³ לכן, מבחנה המרכזי של הגישה הראשונה יהיה בעניין מילשטיין עת תבחן הלכת יוסף על-ידי בית המשפט העליון. עם זאת, הגישה הראשונה הניבה כמה תוצאות חיוביות לסניגוריה עוד בטרם הובאה הלכת יוסף לבחינה בבית המשפט העליון במסגרת בקשת רשות הערעור בעניין מילשטיין. תוצאה חיובית אחת נגעה לבחינה קפדנית יותר של ראיות התביעה על-ידי בית הדין הצבאי לערעורים. הקביעה, כי הימנעות נאשם מלהעיד מהווה "דבר-מה נוסף", יצרה "לחץ" במשוואה: הודיה + "דבר-מה נוסף" = הרשעה. עת ה"דבר-מה נוסף" הינו הימנעות הנאשם מלהעיד, הא ותו לא, נדרש כי ההודיה תחזיק למעשה על כתפיה את עיקר נטל ההרשעה. עניין להב מדגים היטב תוצאה זו: סמל להב הואשם כי הצביע פעמיים – פעם בקלפי צבאית ופעם בקלפי אזרחית. המסכת הראייתית שהוצגה נגד סמל להב היתה, בלשונו של בית הדין הצבאי לערעורים, "מצומצמת ביותר" וכללה "שתי אמרות שמסר" סמל להב "בחקירת מצ"ח וכן את הודעת קצין השלישות החטיבתי", בה פורטו סדרי ההצבעה לבחירות ביחידה.²⁴ באמרותיו במשטרה לא הכחיש סמל להב כי הצביע בשתי קלפיות, אך גרס כי "הצביע

²³ שני המותבים, שדנו בערעורים, כללו חמישה שופטים שונים - בעניין להב: תא"ל אמנון סטרשנוב, אל"ם שי יניב ואל"ם דוד חשין; בעניין מילשטיין: אל"ם שי יניב, אל"ם מרדכי לוי וסא"ל אשר דן גרוניס. מבין שופטים אלו, השופט אל"ם שי יניב הוא היחיד שהיה חלק מהרכב השופטים שנתן את פסק הדין בעניין יוסף.

²⁴ ע/190/01, לעיל הערה 12, פסקה 3.

לבחירות בקלפי האזרחית בלבד; וכי לפני כן הצביע בקלפי מדגם בלבד במסגרת הצבאית.²⁵ במשפטו, לאחר שהוגשו שתי אמרותיו, נמנע סמל להב מלהעיד. בית הדין הצבאי המחוזי הרשיע את סמל להב בגין עבירה של הצבעה שלא כחוק²⁶ על סמך אמרותיו, אותן ראה בית הדין המחוזי כהודיה, ובתוספת הימנעותו מלהעיד. בערעור טענה ההגנה שתי טענות עיקריות – ראשית, גרסה ההגנה, כי אמרותיו של סמל להב אינן באות בגדר הודיה "שלמה" בשל היעדר הודיה בדבר יסוד נפשי. לכן, אף אם הלכת יוסף עומדת על מכוונה, לא ניתן להרשיע את סמל להב בהיעדר הודיה שלמה. שנית, טענה ההגנה, כי גם אם מדובר בהודיה שלמה, הרי הלכת יוסף שגויה ולא ניתן להרשיע את סמל להב אך על סמך הודייתו במשטרה והימנעותו מלהעיד.²⁷

בית הדין הצבאי לערעורים שב ואימץ את הלכת יוסף²⁸ אך זיכה, בדעת רוב, את סמל להב. שופטי הרוב בבית הדין הצבאי לערעורים קבעו, כי ניצבת בפניהם "הודאה מכחישה" אשר דרות בה יחדיו הודאה בפרטים עובדתיים, אך גם כפירה בקיומה של אחריות פלילית.²⁹ הודיה חלקית מעין זו אינה יכולה, אף בתוספת "דבר-מה נוסף" בדמות הימנעות הנאשם מלהעיד, לכוון הרשעה. לגישת רוב שופטי בית הדין, בהעדר ראיות נוספות, לא ניתן לעשות שימוש ראייתי "כפול" בהימנעות הנאשם מלהעיד: הן לדחיית גירסת סמל להב בהודיה כי חשב שהצביע בקלפי מדגמית (העדר יסוד נפשי/טעות במצב דברים) והן כתוספת ראייתית להודיה.³⁰

ש.ם 25

²⁶ עבירה לפי סעיף 124(2) לחוק הבחירות לכנסת ולראש הממשלה [נוסח משולב], התשכ"ט-1969. עוד הורשע סמל להב, בגין אותו מעשה של "הצבעה כפולה", גם בעבירה של התנהגות שאינה הולמת לפי סעיף 130 לחוק השיפוט הצבאי. בעבר, נהגה התביעה הצבאית להאשים חיילים, בדרגת סמל ומעלה, בגין אותו מעשה, הן בעבירה ספציפית והן בעבירת "סל", ראו ע/180, 181 התובע הצבאי הראשי נ' סמל כספי וסמל טוקר, תקדין-צבאי 2002(3) 22. בעקבות פסק דינו של בית הדין הצבאי לערעורים בעניין כספי וטוקר שונתה הנחיית התובע הצבאי הראשי בסוגיית אישום בעבירה של התנהגות שאינה הולמת נוסף על האשמה בעבירה עבירה הספציפית בגין אותו המעשה – ראו רע"פ 8444/02, 8446 סמל טוקר וסמל כספי נ' התובע הצבאי הראשי, תק-על 2002(4) 5.

²⁷ ע/190/01, לעיל הערה 12, פסקה 5.

²⁸ ע/190/01, לעיל הערה 12, פסקה 8.

²⁹ ע/190/01, לעיל הערה 12, פסקה 10 (ההדגשות בציטוט הוסרו); ראו גם פסקה 12.

³⁰ ע/190/01, לעיל הערה 12, פסקאות 12 - 13, 15. שופט המיעוט סבר, כי אמרות הנאשם בחקירתו הינן הודיות מלאות ואין כל מניעה להרשיעו. על-פי סעיפים 394, 395 לחוק השיפוט הצבאי, בפסקי דין צבאיים אין מצוין שמו של בעל דעת המיעוט.

התביעה הצבאית לא השלימה עם תוצאת פסק דינו של בית הדין הצבאי לערעורים ופנתה לבית המשפט העליון בבקשה לרשות ערעור. בית המשפט העליון נמנע מלדון בשאלת היותה של הימנעות נאשם מלהעיד בגדר "דבר-מה נוסף" להודייתו. בדחותו את בקשת רשות הערעור, קבע בית המשפט העליון, כי הואיל וכלל אין עומדת לפניו "הודיה", אין מקום לבחון האם הימנעותו של הנאשם מלהעיד מהווה "דבר-מה נוסף" להודייתו: "משידענו כי אין הודאה מונחת כלל לפנינו, ממילא אין מקום לחפש 'דבר-מה' להודאה שלא הייתה."³¹

בפסק הדין בעניין **להב** נקטה דעת הרוב בבית הדין הצבאי לערעורים גישה קפדנית בבחינת ההודיה. הזיכוי הושען על אי יכולתה של הודיה "מכחישה" לשאת על גבה את עיקר כובד ההרשעה בפלילים עת התוספת הראייתית מסתכמת בהימנעות הנאשם מלהעיד. בית הדין סירב למצוא בשתיקת הנאשם משמעות כפולה: הן כתוספת ראייתית והן לדחיית גירסת הנאשם, כי חשב שהצביע בקלפי מדגמית. ללא ערעור ההגנה נגד ההלכה המאפשרת לראות בשתיקת הנאשם "דבר-מה נוסף", ללא הדגשת הקושי בראיית הימנעות מלהעיד כתוספת ראייתית להודיה, ספק רב אם בית הדין הצבאי לערעורים היה עומד על הפגם בשימוש כפול בשתיקת הנאשם. שהרי, ללא הדגשת משמעותה של השתיקה כתוספת ראייתית במסגרת הערעור על הלכת **יוסף**, כלל לא היה מועלה ומודגש שימוש "כפול" בהימנעות הנאשם מלהעיד.

לנוכח המקום המרכזי שהקנתה הלכת **יוסף** להודיית הנאשם, זיכה בית הדין הצבאי לערעורים נאשמת, שנמנעה מלהעיד במשפטה, אף עת הודייתה במשטרה היתה "מפורטת" ולא בגדר הודיה "מכחישה".³² סמלת מרסינו הודתה בשימוש בסם מסוכן מסוג קאנביס. תוצאותיה של דגימת שתן שניטלה מסמלת מרסינו "בחלוף 36 שעות בלבד מהמועד בו על-פי הודייתה עישנה שתי סיגריות 'של גראס'" היו

³¹ רע"פ 11261/02 **התובע הצבאי הראשי נ' סמל להב**, תק-על 2003(2) 3421. בית המשפט העליון הוסיף והדגיש כי דחיית הבקשה לרשות ערעור נשענת על היעדרה של "שאלה משפטית הראויה כי תדון בערעור שני – בלא שאנו מחליטים לאמץ את הנמקתו של בית הדין הצבאי לערעורים". על בסיס פסק הדין בעניין **להב** זוכה בערעור חייל מפרט אישום שעניינו שימוש בסם מסוכן - ע/1/03 **רב"ט קרול נ' התובע הצבאי הראשי** (פדאור). בית הדין הצבאי לערעורים ציין בפסק דינו, כי "עניינו מצריך את יישומה של ההלכה, כפי שהוצבה בפרשת **להב**" (פיסקה 9).

³² ע/126/02, ע/230/02, **לעיל** הערה 13, פיסקה 16.

שליליות. בערעור בעניין **מרסינו**, שנדון יחד עם הערעור בעניין **מילשטיין**, שמה ההגנה את עיקר יתרה על תקיפה חזיתית של הלכת **יוסף**. בית הדין הצבאי לערעורים חזר ואימץ את הלכת **יוסף**, אך קבע כי בהיעדר תשתית ראייתית "אשר מבהירה את משמעותה" של דגימת השתן השלילית, יש לזכות את סמלת **מרסינו**.³³ אכן, גם במקרה זה המשקל הכבד שהוטל על ההודיה כבסיס להרשעה הביא את בית הדין הצבאי לערעורים לנקוט זהירות מופלגת בבחינת הראיות שעמדו לפניו. בית הדין הצבאי לערעורים קבע, כי "תוצאת דגימת השתן מכרסמת במשקלה הראייתית של הודיית המערערת בחקירתה במצ"ח".³⁴ נדמה, כי קביעה זו באה על רקע הכריכה, בטיעוני ההגנה, של הטענה בדבר התוצאה השלילית של דגימת השתן בכפיפה אחת עם הטענה העקרונית נגד הלכת **יוסף** והדגשת הקושי בביסוס הרשעה על הודיה בצירוף שתיקת נאשם. לו היה הערעור בעניין **מרסינו** נשען אך על הטענה בדבר התוצאה השלילית של דגימת השתן, ספק רב אם ראיה זו היתה זוכה לחשיבות ראייתית כה מכרעת. תמיכה לתיוזה זו ניתן למצוא בהימנעותו של בית הדין הצבאי לערעורים, במקרה אחר, שניתן לפני הלכת **יוסף**, להידרש בכלל לשאלת משמעותה של תוצאת דגימת שתן שלילית עת ניטלה הדגימה זמן קצר לאחר שימוש בסם בו הודה הנאשם.³⁵

33 ש.ם.

34 ש.ם.

35 ע/99/203 **סמל עזרא נ' התובע הצבאי הראשי**, תקדין-צבאי 99/3 (8). סמל עזרא הורשע לאחר ניהול משפט הוכחות, בשלושה שימושים בסם מסוג קאנביס. אחד השימושים בוצע כשלושה ימים לפני מסירת הודייתו (בית הדין הצבאי לערעורים כותב כי סמל עזרא הודה כי "בפעם השלישית עישן ביום שישי האחרון שלפני מסירת אמרתו"; האמרה המדוברת נמסרה ב- 23.8.99, יום שני). בית הדין הצבאי המחוזי הרשיע, בדעת רוב, את סמל עזרא. שופט המיעוט ביקש לזכות, מחמת הספק, את סמל עזרא, בין היתר, "כי הייתה דגימת שתן שלילית". בית הדין הצבאי לערעורים דחה את ערעור ההגנה. ההסבר היחיד המובא לדגימה השלילית בפסק הדין הינו הסברו של סמל עזרא בחקירתו כי "לקחתי רק שתיים שלוש שאכטות וזה לא נראה לי תופס בשתן". כן ראו מו"מ/111/04 **התובע הצבאי נ' רב"ט דדון** (פדאור) - בית הדין המחוזי זיכה נאשמת שהודתה בחקירתה במשטרה בשימוש חד-פעמי בסם בשל העדר "דבר"מה נוסף". הנאשמת מסרה דגימת שתן חמישה ימים לאחר השימוש בסם בו הודתה. הדגימה נמצאה שלילית. הסנגורית ביקשה לייחס לממצא זה משמעות. להבדיל מסמלת **מרסינו**, שלא העידה במשפטה, רב"ט דדון העידה במשפטה. למרות שפסק הדין ניתן כארבע חודשים לאחר פסק הדין בעניין **מרסינו**, בית הדין הצבאי המחוזי אינו מייחס כל משמעות לתוצאה השלילית של דגימת השתן, שלא הוסברה על-ידי התביעה, בהתאם לאמור בפסק דין **מרסינו**. נדמה, כי בשל עיבוי המסכת הראייתית בעדות הנאשמת במשפט, נוסף על הודייתה המשטרה, הקפיד בית הדין המחוזי פחות בראיות התביעה והתמקד יותר בבחינת עדות הנאשמת במשפט. "המשקל שבחרנו לייחס לעדותה של הנאשמת בפנינו" היה גורם מכריע הן בקביעת בית הדין כי משקל הודיית הנאשמת במשטרה "אינו רב" והן לקביעה כי לא נמצא בחומר הראיות "דבר"מה נוסף" להודיה (פיסקאות 6,5 לפסק הדין). ב- צפ/03/395 **התובע הצבאי נ' טוראי כהן** (לא פורסם) הודה הנאשם בחקירתו במשטרה בעישון שני

הישגה הראשון של הגישה הראשונה היה, אם כן, זיכויים של שני נאשמים בתיקים בהם נתקפה חזיתית הלכת יוסף, וזאת, בלא להפוך את הלכת יוסף. בשני מקרים אלו הפגין בית הדין הצבאי לערעורים הקפדה יתירה בבחינת האפשרות לבסס את הרשעת נאשם אך על הודייתו במשטרה והימנעותו מלהעיד במשפט. נדמה, כי אלמלא היתה הסנגוריה הצבאית תוקפת חזיתית את הלכת יוסף במסגרת הערעורים בעניין להב ומרסינו, במקביל לערעור בגין עילה נוספת ייחודית לתיק, לא היה בית הדין הצבאי לערעורים נוקט קפדנות כה רבה בבחינת ראיות התביעה כפי שנקט בעניין להב, ובמיוחד בעניין מרסינו.

תוצאה חיובית שניה שנבעה באורח עקיף מן התקיפה החזיתית של הלכת יוסף היא ביטולם והשעייתם של כתבי אישום בידי הפרקליטות הצבאית. המגמה לבטל כתבי אישום שהוגשו עת ראיות התביעה, בעת הגשת כתב האישום, כללו אך את

"גיוניטים" ארבע ימים טרם נלקחה ממנו דגימת שתן, שנמצאה שלילית. במשפטו, כפר הנאשם באשמה ובעדותו טען, כי השימושים בהם הודה בחקירתו התרחשו כשבועיים קודם לכן, טרם גיוסו לצבא. בית הדין הצבאי המחויי זיכה את הנאשם מחמת הספק. כמו בעניין דרון, זיכוי של טוראי כהן לא הושען על דגימת השתן השלילית אלא על העדר "דבר-מה" ובוודאי שלא במשקל מוגבר, שהיה בו כדי להסיר את החשש, כי מדובר בהודאת כוב שמסר הנאשם בשל לחץ פנימי בו היה נתון במהלך חקירתו. (פיסקה 29). הטענות על הלחץ הפנימי עלו מעדותו של הנאשם בבית הדין. באשר לתוצאה השלילית של דגימת השתן הסתפק בית הדין בהערה כי "לא נעשתה פעולת חקירה נוספת על מנת להסביר את התוצאה השלילית והנאשם לא נחקר שוב." (פיסקה 12). ההערה מצויה בפרק "התשתית הראייתית" בפסק הדין טרם הדיון בפרקים "הערכת הראיות ומשקל ההודיה" ו"קיומו של 'דבר-מה' נוסף". יוער, כי פסק הדין בעניין כהן ניתן לפני פסק הדין בעניין מרסינו.

לעומת זאת, ב-ע"מ/4/05 סמל מור נ' התובע הצבאי הראשי; התובע הצבאי נ' סמל מור (פדאור) ניתן משקל מכריע בהחלטה לאשר שחרור נאשם ל"מעצר פתוח" לדגימת שתן שלילית שנלקחה שלושה ימים לאחר השימוש האחרון בסם בו הודה הנאשם. באותו עניין הודה הנאשם בשימוש בסם מסוכן עשרות פעמים "משך קרוב לשנתיים". המחלוקת בין הצדדים בסוגיית המעצר נגעה אך לשאלת קיומן של "ראיות לכאורה". מומחית מטעם התביעה הסבירה בחוות דעתה כי התוצאה השלילית של דגימת השתן אינה שוללת את הודיית הנאשם "אם כי ישנם מקרים שבהם הייתה מתקבלת תוצאה חיובית בתנאים אלה". בהחלטתו לשחרר את הנאשם ל"מעצר פתוח", העריך סגן נשיא בית הדין הצבאי המחויי מטכ"ל, השופט סא"ל ינון, כי "בעת בירורה של האחריות הפלילית במשפט גופו, תידרש 'תוספת ראייתית קלה יחסית' לאימות ההודיה". למרות זאת, עוצמת הראיות הביאה את בית הדין המחויי לנקוט חלופת מעצר ("מעצר פתוח"). בהחלטתו בערעור המעצר, קבע המשנה לנשיא בית הדין הצבאי לערעורים, השופט אל"ם שי יניב, כי "על רקע סימן השאלה העולה" מתוצאתה השלילית של דגימת השתן ובהיעדר "ראייה מהותית אחרת בת-משקל ממשית" החלטת השחרור של בית הדין המחויי "התחייבה בנסיבות העניין". בדומה לעניין מרסינו אף בעניין מור, נוכח דלותה של מסכת הראיות שהסתכמה, בעת הדיון בבקשת המעצר עד תום ההליכים, בהודיית הנאשם, וזכתה התוצאה השלילית של דגימת השתן למשקל מכריע. זאת, למרות הערת בית הדין המחויי כי התוספת הראייתית שתידרש להרשעה תהא "קלה יחסית" ולמרות קיומה של חוות דעת שיש בה כדי להסביר את התוצאה השלילית של דגימת השתן.

הודיית הנאשם (או את הודייתו ו"בדל" של "דבר-מה נוסף"), החלה בעקבות החלטת בית הדין הצבאי לערעורים בערעור המעצר בעניין אל דמע.³⁶ כנגד רב"ט אל דמע הוגש כתב אישום שבוסס על הודייתו במשטרה, שלפיה השתמש בסם מסוכן מסוג קנאבוס בשלושים הזדמנויות לפחות. עם הגשת כתב האישום עתרה התביעה למעצרו של רב"ט אל דמע עד תום ההליכים. המחלוקת בין ההגנה לבין התביעה בשאלת המעצר התמקדה בקיום יסוד ה"ראיות לכאורה להוכחת האשמה" הנחוץ לשם מעצר עד תום ההליכים.³⁷ ההגנה טענה, כי בהיעדר "דבר-מה נוסף" להודיה, אין מתקיים יסוד ה"ראיות לכאורה", ולכן לא ניתן לעצור את רב"ט אל דמע עד לתום ההליכים. התביעה גרסה כי חומר החקירה כולל "דבר-מה" מספיק, הגם שאינו ממשיי. עוד טענה התביעה כי, בכל מקרה, "אין מקום לבחון בשלב המעצר קיומו של 'דבר-מה נוסף' להודייה".³⁸ עיקר הדיון בהחלטה בערעור המעצר התמקד בשאלה, החורגת ממסגרת מאמר זה, "אם יש לבחון ולדרוש קיומה של תוספת ראייתית עוד בשלב המעצר".³⁹ בהחלטתו, אימץ השופט אל"ם מרדכי לוי את הדעה, כי יש לבחון קיומה של תוספת ראייתית בשלב בחינת קיומן של ראיות לכאורה הנדרשות למעצר עד תום

³⁶ ע"מ 28/03 **התובע הצבאי הראשי נ' רב"ט אל דמע** (פדאור) – ההחלטה פורסמה גם באתר האינטרנט של הרשות השופטת בכתובת:

http://62.90.71.124/files_idf crt/03/280/000/m01/03000280.m01.HTM

³⁷ ראו סעיף 21(ב) לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים), התשנ"ו-1996.

³⁸ ע"מ 28/03, **לעיל** הערה 36, פסקה 7.

³⁹ **שם**, פסקה 18. התשובה לשאלה זו שנויה במחלוקת בין שופטי בית המשפט העליון לדורותיהם – ראו **שם**, פסקאות 18 - 20. דיון נרחב בשאלת הבחינה של התוספת הראייתית בשלב ההחלטה בשאלת המעצר עד תום ההליכים מצוי במאמרו של השופט לוי שפורסם לאחרונה: מרדכי לוי "הראיות לכאורה הנדרשות למעצר עד תום ההליכים – בחינה נוספת" **משפטים** לד(3) (תשס"ה) 549. לאחרונה, בערר על החלטת מעצר שנדון לפני בית המשפט העליון, אימצה המדינה, על דעת פרקליט המדינה, את הגישה לפיה, בשלב המעצר עד לתום ההליכים, במקרה בו נדרשת תוספת ראייתית מן ה"סיוע" לעדותו של עד מדינה, "על המדינה להציג סיוע לכאורי וברמה הנדרשת בשלב זה של ההליכים." ראו בש"פ 6206/05 **נאצר ואח' נ' מדינת ישראל** (טרם פורסם), החלטה מיום 21.08.05, פסקאות 14 - 16. מהחלטת בית המשפט העליון (השופט נאור), בה מובאת עמדת המדינה, לא ברורים גבולותיה של גישת המדינה. כך, נוכח האסמכתאות המובאות בהחלטה, המתמקדות בתוספת הראייתית מן ה"סיוע", לא ברור אם עמדת המדינה, כי קיים צורך בתוספת ראייתית בשלב ההחלטה בשאלת המעצר עד תום ההליכים, חלה גם עת מדובר בדרישה לתוספת ראייתית שאינה מן ה"סיוע".

ההליכים.⁴⁰ לכן, נדרש השופט לוי בהחלטה בערעור המעצר, לבחינת קיומו של "דבר-מה נוסף" להודייתו של רב"ט אל דמע.

במהלך הדיון בערעור המעצר, ולנוכח הספיקות בדבר קיומו של "דבר-מה נוסף" בחומר הראיות שלפניו, ביקש השופט לוי מן התובע לברר את עמדת הפרקליטות הצבאית על רקע הנחיה מס' 53.000 של היועץ המשפטי לממשלה, שכותרתה "פרקליטות – 'דבר-מה נוסף' להודאת נאשם". הנחיה זו, שבוטלה בינתיים, קובעת כי "לפני הגשת כתב-אישום המבוסס על הודאת חוץ חייבים אנו לוודא כי מצוי בחומר החקירה 'דבר-מה'..."⁴¹ תשובת התובע הצבאי מובאת בהחלטה בזו הלשון:

"שוחחתי בהפסקה עם התובעת הצבאית הראשית והיא מסרה לי כי לפי החלטתה יש להגיש כתב אישום גם במצב של העדר 'דבר-מה'. להנחיה זו יש גיבוי בפסיקתו של בית הדין הצבאי לערעורים, אשר קבע במספר רב של הזדמנויות, ששתיקת נאשם יכולה להוות 'דבר-מה'. זאת ההנחיה... ההנחיה של היועמ"ש לממשלה אינה מוכרת לתצ"רית. ההנחיה עליה דיברנו היא גם הנחיית הפצ"ר, לפיה יש להגיש כתב אישום גם כשאין 'דבר-מה'..."⁴²

⁴⁰ ל"גישת הביניים" של השופט לוי ראו שם, פסקאות 27 - 31. כאמור, לפי גישת הביניים של השופט לוי, יש לבחון קיומה של תוספת ראייתית גם בשלב ההחלטה בשאלת המעצר עד תום ההליכים. יחד עם זאת, היעדרה של תוספת ראייתית כאמור לא יוביל בהכרח למסקנה כי אין ראיות לכאורה: "ומכאן כי אין לדרוש בהכרח קיומה של תוספת כאמור כתנאי למעצר" (פיסקה 29).

⁴¹ נוסח חלק מן ההנחיה מובא בע"מ/28/03, לעיל הערה 36, סעיף 43 להחלטה. כאמור, ההנחיה האמורה מיום 1.2.1970 הוסרה מקובץ ההנחיות המעודכן. נוסח ההנחיה מצוי באתר משרד המשפטים הכולל גם את ההנחיות שהוסרו מקובץ ההנחיות. כתובת האתר:

<http://www.justice.gov.il/MOJHeb/YoezMespati/HanchayotHistory/>

יוער, כי לנוכח האמור במכתב, שתוכנו יובא להלן, המתעד את פגישת פרקליט המדינה והפצ"ר, נראה, שעמדת התביעה הכללית נותרה כשהיתה: אין להגיש כתב אישום ללא "דבר-מה נוסף".

⁴² ע"מ/28/03, לעיל הערה 36, פסקה 12. נראה, שבית הדין הצבאי לערעורים הסב את שימת לב התביעה הצבאית לקיומה של הנחיית היועץ המשפטי לממשלה כבר שלושה חודשים קודם לכן במסגרת דיון בערעור הכרעת דין. כך עולה מפרוטוקול הדיון ב-ע/8/03 טוראי חסון נ' התובע הצבאי הראשי, עמ' 7, שורות 14 - 15. מעניין לציין כי בשנת 1966 הנחה התובע הצבאי הראשי דאז, רס"ן יעקב קדמי, את התובעים הצבאיים, כי אין בשתיקה "כדי להוות 'דבר-מה' שבלעדיו לא ניתן לבסס הרשעה בדין... אין לראות בשתיקת הנאשם משום ראיה, ואין היא יכולה לבוא במקומה או לסייע לה או לשמש לה דבר-מה." (הנחיות התובע הצבאי הראשי, חוזר הנחיות מקצועיות מס' 12 - דיני ראיות: שתיקת הנאשם, נובמבר 66, עמ' 13, 16; ההדגשות במקור). בהנחיה אחרת הונחו התובעים, כי "לפני הגשת כתב אישום המבוסס על הודאת חוץ, חייבים אנו לוודא כי מצוי בחומר הראיה 'דבר-מה'." (הנחיות התובע הצבאי הראשי, חוזר הנחיות מקצועיות מס' 10 - "דבר-מה" להודאת חוץ, מאי 66, עמ' 28). הנחיות אלו ניתנו טרם חקיקת סעיף 162 לחוק סדר הדין הפלילי ומקבילו, סעיף 366 לחוק השיפוט הצבאי, בשנת 1982.

הבהרה שנשלחה מאוחר יותר מטעם התביעה הצבאית לבית הדין העלתי כי

התובעת הצבאית הראשית:

"מנחה את התובעים לנסות ולמצוא 'דבר־מה' במהלך החקירה בתיקים בהם קיימת הודאת נאשם. 2. במקרים בהם לא נמצא 'דבר־מה' מנחה התצ"רית לבדוק את ההודאה בדיקה מדוקדקת, ולוודא שהיא סדורה, מפורטת ובעלת משקל פנימי ממשי, טרם הגשת כתב האישום. אם קיימת הודאה כזו, ניתן להגיש כתב אישום גם ללא 'דבר־מה', שכן, כידוע, 'דבר־מה' יכול לצמוח גם במהלך פרשת ההגנה, בין מעצם שתיקתו של הנאשם בבית הדין ובין מדבריו במהלך עדותו. 3. לעמדתנו, הנחיה זו אינה סותרת את הנחיה 53.000 להנחיות היועץ המשפטי לממשלה..."⁴³

בית הדין הצבאי לערעורים ציין בהחלטתו בערעור, כי:

"על-פי לשון הנחיית היועץ, ספק אם הפרשנות של התביעה הצבאית הינה הפרשנות הנכונה. אולם הגורם המוסמך בעניין זה הינו היועץ המשפטי לממשלה עצמו, אשר הינו ראש מערכת התביעה ואשר נושא הראיות המספיקות להגשת אישום הוא 'הגרעין הקשה' של סמכויותיו." בית הדין הוסיף וציין כי "אם אין הפרשנות האמורה ואם אין הנחיות התצ"רית מקובלות על היועץ המשפטי לממשלה, כי אז מתעוררת השאלה אם כתב האישום הוגש כדין, בעיקר לאור הלכת עטייה בעניין היחס בין היועץ המשפטי לממשלה לפצ"ר."⁴⁴

⁴³ ע"מ/28/03, לעיל הערה 36, פסקה 14 (ההדגשות במקור). נראה, כי הנחיה לפיה ראוי לחפש 'דבר־מה נוסף' טרם הגשת כתב אישום ולא להסתמך על שתיקתו האפשרית של הנאשם במשפט ניתנה, לכל הפחות, בעל-פה, זמן מה לאחר הלכת יוסף. ראו דברי התובעת בפרוטוקול הדיון ב-8/03/03, שם, עמ' 7, שורות 7 - 11 וכן מהאמור בפרק "דיני ראיות במערכת הצבאית - סוגיות נבחרות" בתוך: סקירות במשפט פלילי-צבאי (המגמה הפלילית בבית הספר למשפט צבאי, יוני 2002) סעיף 6.2.2. עם זאת, כאמור, הנחתה התובעת הצבאית הראשית כי במידה שלא נמצא 'דבר־מה נוסף', ניתן להגיש כתבי אישום גם בהעדרו.

⁴⁴ ע"מ/28/03, לעיל הערה 36, פסקה 45. למען שלמות התמונה נציין, כי השופט לוי דחה את ערעור התביעה בעניין אל דמע ואישר את החלטת בית הדין המחוזי לשחררו כליל ממעצר וזאת, בשל היעדר ראיות לכאורה להוכחת האשמה. החלטתו של השופט לוי נשענה "בין היתר ובעיקר" על היעדר 'דבר־מה נוסף' להודיה שמשקלה הפנימי 'אינו גבוה' (פסקה 15 להחלטה וראו גם פסקאות 51 - 52). קיים קושי ליישב את עמדתו של השופט לוי בעניין אל דמע בכל הנוגע להגשת כתב אישום על סמך הודיה בלבד, עם עמדתו, כחלק ממותב בית הדין, בעניין מילשטיין. השופט לוי אוחז בעמדה כי לנוכח הנחיית היועץ המשפטי לממשלה, בהיעדר 'דבר־מה נוסף' ספק רב אם ניתן להגיש כתב אישום נגד נאשם שהודה במשטרה. אך משהוגש כתב אישום והנאשם נמנע מלהעיד - יכול שהשופט לוי ירשיע את הנאשם. נכון כי במישור הפורמלי ניתן לטעון כי הסעד לאי קיום הנחיית היועץ המשפטי לממשלה

בעקבות החלטת בית הדין הצבאי לערעורים בעניין אל דמע, החלו סנגורים צבאיים לבקש ביטול כתבי אישום בתיקים בהם כלל חומר החקירה הודיה בלבד (או הודיה ו"בדל" "דבר-מה נוסף"). הבקשות לביטול בוססו על הנחיית היועץ המשפטי לממשלה, על הלכת עטייה ועל החלטת בית הדין הצבאי לערעורים בעניין אל דמע. סגן הפצ"ר נענה למרבית הבקשות והחל לבטל את כתבי האישום במקרים אלו.⁴⁵ ההסבר ההולם ביותר להחלטות הביטול נעוץ, כך נדמה, בחשש של קברניטי הפרקליטות הצבאית שמא השאלה, אם שתיקת נאשם במשפטו יכולה להוות בגדר "דבר-מה נוסף" להודייתו, תוכרע מעשית לא במסגרת דיון בבקשת רשות ערעור פלילי, אלא במסגרת עתירה לבית המשפט הגבוה לצדק. עתירת נאשם לבג"ץ כנגד שיקול דעת התביעה בהחליטה להגיש כתב אישום, שעה שהראיות המצויות בתיק החקירה מסתכמות בהודיית הנאשם במשטרה, היתה מציבה את הפרקליטות

מצוי במישור אחר, קרי, בתיקפת ההחלטה להגשת כתב אישום בעתירה לבג"ץ (וראו פסקה 47 להחלטה). עם זאת, לא ברור כיצד ניתן להקנות משקל כה רעוע להודיה בעת הגשת כתב האישום ומשקל כה גבוה להודיה בהרשעת נאשם לאחר שנמנע מלהעיד במשפטו. ניתן היה ליישב את הקושי בטענה, כי השופט לוי כלל אינו מקנה להודיה מעמד רעוע ועמדתו בעניין אל דמע מבוססת אך על הנחיית היועץ המשפטי לממשלה. אלא שעמדת השופט לוי כלפי הודיות שונה (וראו להלן הערה 152). מאידך גיסא, ניתן היה לטעון, כי אימוץ הלכת יוסף על-ידי השופט לוי בעניין מילשטיין, אינו מעיד כי זנח עמדתו כי ככלל יש להודיה מעמד ראייתי רעוע. לפי קו טיעון זה, רק במקרים בהם להודיית הנאשם משקל רב ניתן יהא להרשיעו אך על סמך ההודיה וההימנעות מלהעיד. אך גם קו טיעון זה נסתר - בעניין אל דמע טענה התביעה כי קיומו של סיכוי סביר להרשעה נשען על האפשרות כי "המשיב יבחר שלא להעיד במשפטו, או כי המשיב יבחר להעיד ויסתבך בשקרים בחקירתו הנגדית". השופט לוי שלל את החלק הראשון לטענת התביעה בקובעו כי "...אין בסיס סביר לאפשרות כי המשיב יבחר שלא להעיד במשפטו... קשה להניח כי המשיב יחליט להימנע מלהעיד במשפטו; ומכל מקום, סביר להניח כי בהיותו מיוצג, לא זו העצה שיקבל מבאת-כוחו המלומדת." (פסקה 51 להחלטה, שהדגשות במקור). מדברים אלו עולה, כי גם במקרהו של רב"ט אל דמע, בו משקלה של ההודיה "אינו גבוה", סבר השופט לוי, כי הימנעות מלהעיד תהווה "דבר-מה נוסף" להודייתו של רב"ט אל דמע במשטרה ותוביל להרשעתו. השופט לוי פסל אופציה זו אך בשל הערכתו המלומדת כי רב"ט אל דמע יבחר להעיד. מכאן, שאף במקרהו של רב"ט אל דמע היתה עמדת השופט לוי, כי משהוגש כתב אישום, ובהנחה שרב"ט אל דמע היה פועל באורח בלתי "סביר" ונמנע מלהעיד, יכול שיש להרשיעו. זאת, למרות, שהשופט לוי סבר כי בהתאם להנחיית היועץ המשפטי לממשלה כלל לא היה מקום להגיש כתב אישום נגד רב"ט אל דמע. בסופו של דבר, העיד רב"ט אל דמע במשפטו וזוכה מאשמה. בית הדין המחוזי צפון קבע, כי הודייתו "משקפת את האמת" אך "בהיעדר דבר-מה נוסף...אנוסים אנו לזכות..." צפ/439/03 התובע נ' רב"ט אל דמע (פדאור).

בתיקים הבאים בוטל כתב האישום לאחר שהוגשה בקשה לביטול כתב אישום שהתמקדה בהיעדר ⁴⁵ "דבר-מה נוסף" בתיק החקירה: צפ/278/03; מט/386/03; מט/701/03; מז"י/31/04; מט/295/04 [העתיקי הבקשות לביטול מצויות בידי המחבר]. ראוי להעיר שלוש הערות באשר לנתונים לעיל: ראשית, הואיל וסגן הפצ"ר אינו מנמק החלטותיו לא ניתן לדעת בוודאות כי הנימוק שעמד בבסיס החלטתו לבטל את כתב האישום היה הטעם העיקרי שהועלה בבקשת הסנגוריה - העדר ראיית "דבר-מה נוסף". שנית, חשוב להדגיש כי זוהי אך רשימה חלקית של התיקים בהם בוטלו כתבי האישום עת הבקשה לביטול התמקדה בהיעדר "דבר-מה נוסף" בתיק החקירה. לבסוף, יש לציין כי ב-צפ/278/03 ניתנה ההחלטה לבטל את כתב האישום לאחר שהנאשם כפר באישום. לכן, ובהסכמת התביעה, זוכה הנאשם.

הצבאית בעמדה נחותה ביחס לעמדה בה מצויה הפרקליטות הצבאית בהליך הפלילי. מעבר ליתרונות הדייוניים מהם נהנית הפרקליטות הצבאית כמשיבה לבקשת הרשות לערער⁴⁶, נבע עיקר היתרון בהליך הפלילי על פני ההליך הבג"צי מהשפעתה של הנחיית היועץ המשפטי לממשלה בצירוף הלכת עטייה על קו הטיעון בעתירה לבג"ץ התוקפת את החלטת הפרקליטות הצבאית להגיש כתב אישום בהיעדר "דבר-מה נוסף" בחומר הראיות.

בעניין עטייה דן בית המשפט העליון בגדרי כפיפותו של הפרקליט הצבאי הראשי ליועץ המשפטי לממשלה. כאמור, בית המשפט העליון קבע כי "הנחיותיו המקצועיות של היועץ המשפטי לממשלה מחייבות את כל זרועות הממשל ורשויות המדינה, והמערכת הצבאית בכלל זה."⁴⁷ מטעם זה, ומטעם זה בלבד, יכול היה בית המשפט העליון לקבוע כי הנחיה מס' 53.000 של היועץ המשפטי לממשלה מחייבת את התביעה הצבאית. בשל כך, ומבלי לדון כלל בסוגיית היות שתיקה מצד נאשם במשפטו בגדר "דבר-מה נוסף", עלולה היתה פסיקת בג"ץ למנוע מן הפרקליטות הצבאית ליהנות מהלכת יוסף. הפרקליטות הצבאית היתה נדרשת לציית להנחיית היועץ המשפטי לממשלה, במונח זה שבהיעדר "דבר-מה נוסף" בחומר הראיות לא היה עולה בידה להגיש כתב אישום. לכן, לו היה בג"ץ כופה על הפרקליטות הצבאית להישמע להנחיית היועץ המשפטי לממשלה, לא היתה הפרקליטות הצבאית רשאית להסתמך, בעת הגשת כתב האישום, על הודיית הנאשם לבדה ועל האפשרות כי

⁴⁶ היתרון המרכזי בעמדה של משיב לבקשת רשות ערעור הינו כמובן משוכת רשות הערעור אותה על המבקש לעבור. משנת 1986, עת תוקן חוק השיפוט הצבאי וניתנה האפשרות להגיש בקשת רשות ערעור על פסק דין של בית הדין הצבאי לערעורים, דחה בית המשפט העליון ארבעים וחמש בקשות רשות ערעור של הגנה. בשמונה מקרים נתן בית המשפט העליון רשות ערעור עת הוגשה הבקשה בידי ההגנה (פעם נוספת ניתנה רשות הערעור על-ידי בית הדין הצבאי לערעורים; שתי בקשות רשות ערעור מטעם ההגנה ממתנינות להכרעה בעת כתיבת המאמר). מבין שמונת המקרים הללו, הפך בית המשפט העליון פסקי דין של בית הדין הצבאי לערעורים חיכה מערערים בשלושה מקרים בלבד, האחרון ביניהם בשנת 1990. בשנת 2004 קיבל בית המשפט העליון ערעור על חומרת עונשו של נאשם אך דחה את הערעור על הרשעתו (כל הנתונים שאובים מצירוף נתונים שאסף נעם פינגר לנתוניו של מודריק, לעיל הערה 18, 366). יוער, כי בעוד מספר הפעמים בהן ניתנה רשות ערעור מדויק ברמת ודאות כמעט מוחלטת (בשל העובדה שכל רשות ערעור שניתנת מובילה לכתיבת פסק דין), יש להניח שמספר הפעמים בהם נדחתה בקשה לקבלת רשות הערעור גבוהה מן המספר המצוין לעיל. זאת, הואיל ואין רישום מסודר של בקשות רשות הערעור שהוגשו ולאור היעדר מאגרים נגישים הכוללים את כל ההחלטות בבקשות רשות הערעור מאז שנת 1986.

⁴⁷ בג"ץ 4723/96 עטייה נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נא(3) 714, 731.

התוספת הראייתית הנדרשת תצמח מהימנעות הנאשם מלהעיד. וכך, פירותיה של הלכת יוסף היו מצטמצמים למקרים ייחודיים בלבד.⁴⁸ נדמה, כי תקוותה של הפרקליטות הצבאית היתה, כי לאחר שההלכה המאפשרת הרשעה על בסיס הודיה והימנעות נאשם מלהעיד תזכה לגושפנקה מבית המשפט העליון, תתייתר הנחיית היועץ המשפטי לממשלה ויתאפשר להגיש כתבי אישום עת בחומר הראיות מצויה אך הודיית נאשם. בתקופת הביניים עד לאישור הלכת יוסף בבית המשפט העליון היתה הפרקליטות מוכנה לוותר על הרשעתם של מספר נאשמים.

אך שיאו של התהליך, בו ויתרה הפרקליטות הצבאית, לפחות זמנית, על האפשרות להרשיע נאשמים בבתי הדין הצבאיים על סמך הלכת יוסף, התרחש בעקבות פגישה בין פרקליט המדינה, עו"ד ערן שנדר, לפצ"ר, תא"ל אביחי מנדלבלויט. ממסמך, שנכתב ביום 21.11.04 ונחשף בתקשורת אך לאחורונה, עולה, כי בפגישה הבהיר פרקליט המדינה כי מדיניות הפרקליטות הצבאית "לפיה ניתן להגיש כתבי אישום בהעדר 'דבר-מה' אינה ראויה בנסיבות הנוכחיות."⁴⁹

הפצ"ר העלה לפני פרקליט המדינה הצעה שהועלתה בפורום הפרקליטים הצבאיים⁵⁰ "לפיה בטרם תבחן המדיניות בשנית, נמתין להכרעת בית המשפט העליון בשאלה האם שתיקת נאשם בבית המשפט יכולה להוות תוספת ראייתית מסוג 'דבר-מה'". "פרקליט המדינה קיבל את ההצעה האמורה" ובעקבות כך, הנחה הפצ"ר להשעות את "ההליכים המתנהלים כיום בבתי הדין אשר הוגשו בהם כתבי אישום ללא תוספת ראייתית מסוג 'דבר-מה'". כן הנחה הפצ"ר, כי "לא יוגשו כתבי אישום בהעדר תוספת ראייתית מסוג 'דבר-מה'. עם זאת, התיקים לא יסגרו בשלב זה". עוד הנחה הפצ"ר, כי "אם לא תתקבל הכרעה (ברע"פ בעניין מילשטיין; הערה שלי -

⁴⁸ הלכת יוסף לא היתה מתייתרת כליל לאור תרחישים דוגמת התרחיש הבא: בעת הגשת כתב אישום, מתבססת התביעה על ראיה המהווה לטעמה "דבר-מה נוסף"; במהלך המשפט מופרכת הראיה; הנאשם נמנע מלהעיד והתביעה מבקשת לבסס הרשעתו על הודייתו בפני גורמי החקירה והימנעותו מלהעיד במשפט לאור הלכת יוסף.

⁴⁹ קיומו של המסמך נחשף, סמוך לדיון בבית המשפט העליון בבקשת רשות הערעור בעניין מילשטיין, על-ידי הכתב יובל גנור ברשת ב' של קול ישראל ביום 31.3.05. עותק מהמסמך מצוי בידי המחבר.

⁵⁰ פרקליט צבאי הוא קצין בדרגת סגן אלוף האחראי, בין יתר תפקידיו, על ההחלטה להגיש כתב אישום בתיק. כיום, נוסף על הפרקליט הצבאי הראשי ישנם עוד שישה פרקליטים צבאיים.

המחבר) בתוך מספר חודשים, תיערך בחינה של התיקים התלויים ועומדים (בין אם הוגש כתב אישום וההליך הושעה ובין אם טרם הוגש כתב אישום), על מנת לשקול, האם לאור חלוף הזמן, יש מקום להורות על סגירת התיקים או חלק מהם.⁵¹ למרות ההישגים החשובים שתוארו לעיל, מבחנה העיקרי של הגישה התוקפת חזיתית את הלכת יוסף היא בהשגת היעד אותו הציבה מלכתחילה: הפיכת הלכת יוסף. מכאן, שפסק דינו של בית המשפט העליון בעניין מילשטיין יהווה את שעת המבחן של הגישה הראשונה.

לעומת זאת, הישגי הגישה השנייה, שביקשה להתמודד עם הלכת יוסף באמצעות העדת הנאשמים שהודו במשטרה, ניתנים לבחינה כבר עתה. אך בטרם אפנה לבחינת הישגי הגישה השנייה, שהתעצבה בסנגוריה הצבאית, אבקש להציג תאוריה תורת-משחקית מבית היוצר של פרופ' זיידמן ופרופ' שטיין.⁵¹ תאוריה זו תסייע להנהיר את השפעותיה של הגישה השנייה על הפסיקה הצבאית.

זיידמן ושטיין גורסים, כי הדעה המקובלת, שלפיה זכות השתיקה מסייעת רק לעבריינים ומקשה על גילוי האמת, שגויה. לטענתם, זכות השתיקה מסייעת להבחין בין נאשמים אשמים, העושים בה שימוש, לבין נאשמים חפים מפשע, שאינם עושים שימוש בזכות, ומעידים. בקליפת אגוז, טוענים זיידמן ושטיין, כי בהיעדר זכות שתיקה יתחזו עבריינים רבים יותר לחפים מפשע באמצעות מסירת גירסה שקרית. נוכח ריבוי גירסאות השקר שתישמענה מפי נאשמים אשמים, תפחת אמינות גירסתם של נאשמים חפים מפשע ויקשה על הערכאה השיפוטית להבחין בין שתי הקבוצות. לפיכך, טוענים המחברים, אין לנקוט סנקציות בשל אי השתתפות בהליך הפלילי (החקירה והמשפט) באמצעות הסקת מסקנות מפלילות משתיקה.

בדברים להלן לא אפרוש את מלוא מורכבותה של התאוריה האמורה. אבקש אך להתרכז ביישום התאוריה מבית מדרשם של זיידמן ושטיין לגיזרה הצרה הנוגעת לענייננו: ייחוס משמעות ראייתית להימנעות הנאשם מלהעיד במשפטו עת הודה

Daniel J. Seidmann and Alex Stein "The Right to Silence Helps the Innocent: A Game-Theoretic Analysis of the Fifth Amendment Privilege" 114 *Harv. L. Rev.* 430 (2000).

הנאשם במשטרה.⁵² התאוריה של זיידמן ושטיין תסייע בהמשך הדיון בבחינת הסיבות להתפתחות שניכרה בפסיקת בתי הדין הצבאיים לאחר פסק דין יוסף, התפתחות שבאה בתגובה לגישת התקיפה העקיפה, שהתעצבה בקרב הסנגורים הצבאיים.

ד. בחינה של השלכות הלכת יוסף באמצעות "השכל הישר" ותורת המשחקים

"השכל הישר" מוביל למסקנה, כי נאשם חף מפשע יעיד במשפטו, בעוד נאשם אשם יימנע מלהעיד. לפי טיעון מקובל זה, אי ייחוס משמעות ראייתית להימנעות הנאשם מלהעיד מגן רק על הנאשמים האשמים: רק אדם שביצע עבירה יבקש להסתתר מאחורי מסך השתיקה. אדם חף מפשע ירצה ודאי לטהר עצמו. טיעון "ההיגיון הפשוט" מבוסס במידה רבה על הסתכלות עצמית – אם אנו היינו מואשמים באישום פלילי ומצפוננו היה נקי, ודאי שלא היינו שותקים; למעלה מכך, ודאי היינו עושים כל מאמץ להפריך את החשדות.⁵³ טיעון ברוח זו בולט בפסק דינו של בית הדין הצבאי לערעורים בעניין מילשטיין: "ניסיון החיים מלמד, כי הימנעות נאשם מלהגיב כלפי אשמה חמורה המוטחת בו היא בעלת משמעות.⁵⁴ ובעניין להב ציין

⁵² לדיון בתיזה הכוללת ראו קיטאי-סנג'ור, לעיל הערה 11, עמ' 55 - 56. השלכות התאוריה של זיידמן ושטיין, בהקשר דנן, הוצגו לפני בית הדין הצבאי לערעורים בדיון בעניין מילשטיין ומרסינו בדצמבר 2002. יוער, כי בדיון להלן אוותר על חלק מההבחנות שעורכים זיידמן ושטיין במאמרו. כך, מבחינים זיידמן ושטיין בין שלושה סוגי תיקים: תיקים בהם ראיות התביעה הינן בעוצמה נמוכה; תיקים בהם ראיות התביעה הינן בעוצמה בינונית ותיקים בהם ראיות התביעה הינן בעוצמה גבוהה. לצורך הדיון במאמר ניתן להסתפק בתחולת התאוריה במצב בו ראיות התביעה הינן בעוצמה בינונית: כפי שהודגש בראשית המאמר, המאמר דן במקרים בהם ראיות התביעה נשענות בעיקר (או רק) על הודיית הנאשם. נוכח מעמדה של ההודיה במשפט הישראלי, לכל הפחות, כ"נסיכת הראיות" (כדימויו של השופט חשין בדג"פ 4342, 4350/97 אל-עבד נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(1) 736, 835), ניתן בהפשטה לגרוס, כי מדובר במצב בו ראיות התביעה הינן בעוצמה בינונית. זאת ועוד, אף לפי הנחיית התובעת הצבאית הראשית דאו (כפי שהוצגה בעניין אל דמע) עת משקל הודיית הנאשם כה נמוך עד שאין סיכוי סביר להרשעה, לא יוגש כתב אישום. לכן, ככלל, לא הוגשו כתבי אישום עת היו ראיות התביעה, לפי הסיווג של זיידמן ושטיין, בעוצמה נמוכה. במקביל, במקרים בהם כללו ראיות התביעה, נוסף על הודיית הנאשם, ראיות רבות שיכלו לכונן "דבר-מה נוסף" (ראיות בעוצמה גבוהה), במרבית המקרים, לא כפרו הנאשמים האשמים באשמה, אלא בחרו ליהנות מההקלה הנובעת מהודאה באשמה לפני בית הדין. כך היה לפני הלכת יוסף וכך אף לאחריה – ראו Seidmann and Stein, *supra* note 51, at p. 467 - 470.

⁵³ Susan Easton *The Case for the Right to Silence* (2nd ed., Aldershot, Ashgate, 1998) 153 - 154.

⁵⁴ ע/126, ע/230, לעיל הערה 13, פסקה 13.4.

בית הדין, כי "השימוש הראייתי בשתיקה כ'דבר-ימה נוסף' מבוסס, אפוא, על הנחה, הנסמכת על נסיון החיים והשכל הישר".⁵⁵

טיעונו ה"הגייוני" של בית הדין הצבאי לערעורים הוא חלק מן הטיעון הכללי הגורס כי זכות השתיקה אינה מיועדת להגן על החף מפשע, שכן גירסת האמת שימסור בעדותו לא תחשוף אותו לסכנה של הפללה עצמית. דרך ההתנהגות הטבעית לנאשם חף מפשע היא לנקות את עצמו על ידי מתן עדות המספקת הסבר ומסירה את החשדות נגדו. לעומת זאת, על פי אותו היגיון, רק אדם בעל תודעת אשמה, המנסה להסתיר משהו, נזקק לזכות השתיקה לשם חיפוי על אשמתו. מכאן קצרה הדרך לטיעונו המפורסם של בנתאהם, שלפיו זכות השתיקה היא החוק הראשון שתקבע קבוצת עבריינים הנדרשת לעצב את חוקי המדינה. בעוד חפות דורשת זכות דיבור, אשמה מבקשת פריוולגיה של שתיקה.⁵⁶

"השכל הישר" הולך, במצב המשפטי שלפני הלכת יוסף, למסקנה, כי, ככלל, כל עוד לא מיוחס משקל ראייתי להימנעות נאשם מלהעיד, יעידו חפים מפשע במשפט ולא ישמרו על זכות השתיקה, בעוד שנאשמים אשמים ינצלו את זכות השתיקה ויימנעו מלהעיד. מכוח קו מחשבה זה נוצרה הבחנה ברורה בין הנאשמים החפים מפשע שבחרו להעיד לבין הנאשמים האשמים שבחרו לשתוק. אמנם, במצב האמור היה כדי להביא לזיכוי אשמים (שהרי הימנעות מלהעיד לא היתה בגדר "דבר-ימה נוסף"), אך מאידך גיסא, חפים מפשע לא הורשעו.⁵⁷

⁵⁵ ע/190/01, לעיל הערה 12, פסקה 8. כן ראו עמדת התביעה המוצגת ב-ע/126/02, ע/230/02, לעיל הערה 13, פסקה 6. לעמדות דומות בכתבי מלומדים ובמשפט המשווה ראו קיטאי-סנג'רו, לעיל הערה 11, 67 - 69.

⁵⁶ J. Bentham *A Treatise on Judicial Evidence* (London, 1825) 240 - 241; David Wolchover and Anthony Heaton-Armstrong *Wolchover & Heaton-Armstrong On Confession Evidence* (Sweet & Maxwell, London, 1996) 614 - 615; Seidmann הרנון "על זכות השתיקה" משפטים א (תשכ"ח) 95, 106; ע/126/02, ע/230/02, לעיל הערה 11, בעמ' 54 - 55; אליהו 13.4. יצוין, כי בית הדין הצבאי לערעורים מציג במקביל גם ספיקות בנכונות ההנחה שחשוד אשם יבקש להסתיר את אשמתו - ע/126/02, ע/230/02, לעיל הערה 13, פסקה 13.1.

יוער, כי גם זיידמן ושטיין מכירים באפשרות שחשוד אשם יודה לשם הקלה בעונש בהסדר טיעון או אל מול ראיות בלתי ניתנות להכחשה של התביעה. עוד מציינים זיידמן ושטיין כי חשוד אשם מסוגל להודות גם בנסיבות בהן אינו זוכה לכל רווח מהודיה, אלא שאז אין מדובר באדם הפועל מטעמים רציונליים (שם, 464 - 465).

⁵⁷ כפי שמצוין בית הדין הצבאי לערעורים בפסק דינו בעניין מילשטיין, הקושי בזיכוי חלק ניכר מקבוצת האשמים, בהיעדר יכולת לייחס משמעות ראייתית להימנעותם מלהעיד, מוצדק "הואיל והמחיר

כיום, על-פי הלכת יוסף, ניתן להרשיע נאשם אך על סמך הודייתו במשטרה והימנעותו מלהעיד במשפט. לכן, לאחר הלכת יוסף, עת בתיק החקירה מצויה הודיה, יעדיף נאשם אשם להעיד עדות שקר. בעבר, טרם פסק הדין בעניין יוסף, איפשרה זכות השתיקה לנאשם האשם להימנע מהסכנה שמא בעדותו בבית הדין יאשר עובדות מהותיות ממסכת העובדות המוצגות בהודייתו במשטרה וכך יספק "דבר-מה נוסף" להודייתו.⁵⁸ נוסף לכך, איפשרה זכות השתיקה לנאשם להימנע מעדות שקר ומהסכנה שבגילוי שקריו בחקירה נגדית. עתה, פניית הנאשם האשם לעדות שקר נעשית מחוסר ברירה, הואיל והימנעות מלהעיד עלולה ממילא להצמיח נגדו תוצאות ראייתיות. וכך, נאשמים אשמים יעדיפו להעיד עדות שקר, בהנחה שלעתים לא תצמח ראיית "דבר-מה נוסף" מעדותם וכן לא תופרך עדותם בחקירה נגדית עד כדי מציאת שקר פוזיטיבי, וכך, בהיעדר "דבר-מה נוסף" להודייתם, הם יזוכו.⁵⁹

אם כן, ההלכה הקובעת, כי לשתיקת נאשם יכול שתהא משמעות ראייתית גם במקרה בו עומדת כנגד הנאשם אך הודייתו במשטרה, תביא מספר רב יותר של נאשמים אשמים להעיד ולמסור גירסה שקרית.⁶⁰ לכן, לאחר הלכת יוסף, לא תתקיים

החברתי השלישי של זיכוי מוטעה נמוך לאין ערוך מהמחיר החברתי של הרשעה מוטעית" – ע/26/126, ע/230/02, לעיל הערה 13, פסקה 13.1; Seidmann and Stein, *supra* note 51, 468 - 469.

⁵⁸ ע"פ 312/73 מצרווה נ' מדינת ישראל, פ"ד כח(2) 805, 809; קדמי, לעיל הערה 2, בעמ' 139.

⁵⁹ Seidmann and Stein, *supra* note 51, at p. 468. ואכן, יש ראיות לכך שבאנגליה, לאחר ששונתה החקירה והותר להסיק מסקנות משתיקת הנאשם, עורכי דין שבעבר המליצו על שתיקה ממליצים, לאור שינוי הכללים והפגיעה בזכות השתיקה, על מסירת גירסה: Seidmann and Stein, Carol A. Chase "Hearing the 'Sounds of Silence': *supra* note 51, at p. 502 in Criminal Trials: A Look at Recent British Law Reforms With an Eye Toward Reforming the American Criminal Justice System" 44 *Kan. L. Rev.* (1996) 929, 945, 949.

⁶⁰ אף מבלי להסתמך על תורת המשחקים היו שגרסו כי כפיית עדות באמצעות הסקת מסקנות כנגד נאשם שאינו מעיד, תרחיק דווקא את הערכאה השיפוטית מגילוי האמת. ההנחה, כי נאשם יעיד כנגד עצמו בשל החשש מהסקת מסקנה כנגדו משתיקתו, הינה הנחה שאינה מציאותית. לכן, לטענת מלומדים אלו, במונח מסוים, זכות השתיקה בכלל, ובגירוזת ההימנעות מלהעיד בפרט, הינה הכרה של מערכת המשפט בכך שהחוק אינו יכול להביא להתרחשות בלתי מציאותית בדמות עדות נאשם נגד עצמו. לכן, היו שביססו הצדקה לזכות השתיקה על הטענה כי זכות השתיקה דווקא מסייעת להגיע לגילוי אמת: תודות למתן מוצא לנאשם מן "הטרילמה האכזרית" (שלוש האופציות העומדות לנאשם אשם - עדות שקר או הודאה בעבירה או שתיקה המצמיחה, בהיעדר הלכה נוגדת, מסקנות נגדו), באמצעות זכות השתיקה מתאפשרת הפקת עדויות אמינות יותר: Easton, *supra* note 53, at p. 169 - 168.

עוד ההבחנה בין נאשמים חפים מפשע המעידים, לבין נאשמים אשמים (שנמנעו מלהעיד טרם הלכת יוסף) המעידים אף הם. בשל כך, לפי התיזה שמציגים זיידמן ושייין, יתקשה השופט לברור בין הנאשמים החפים מפשע המעידים לבין הנאשמים האשמים המעידים. האמון שייחסו בעבר ערכאות השיפוט לגירסה, שנמסרה בעדות הנאשם במשפט, יפחת, ולכן יגבר הסיכון להרשעות שווא. מתן משמעות ראייתית להימנעות הנאשם מלהעיד משמעו השלכה שלילית על החפים מפשע. השלכה זו נובעת בשל הצטרפות עדויותיהם השקריות של הנאשמים האשמים לעדויות הנאשמים החפים המעידים (אפקט ה-pooling). השלכה שלילית זו נמנעת עת אין מייחסים להימנעות נאשם מלהעיד משמעות שלילית. במצב כזה, עת המחיר להימנעות מלהעיד הינו אפס, יעדיף נאשם אשם שלא להעיד, ובכך יובחן מקרהו ממקרהו של נאשם חף מפשע. לכן, אף נאשמים חפים מפשע נהנים מזכות השתיקה, למרות שאין הם עושים בה שימוש.⁶¹

המערכת המשפטית מבקשת לגרום לנאשמים אשמים שלא ליתן גירסה שקרית וכך להקל בזיהוי גירסאות הנאשמים החפים מפשע. תודות להלכה הקובעת, כי הימנעות מלהעיד אינה מהווה "דבר-מה נוסף", נמנעים הנאשמים האשמים מלהעיד ובכך הם מבדילים עצמם מן הנאשמים החפים מפשע המעידים במשפטם. אי ייחוס משמעות ראייתית להימנעות הנאשם מלהעיד משמש מכשיר מְבַדֵּל בין אשמים לבין חפים מפשע.⁶² מכשיר מְבַדֵּל זה מסייע בהגברת אמינות הגירסה הניתנת על-ידי החף מפשע. וכך, אי הפעלת סנקציה נגד הנמנעים מלהעיד מסייעת לשופט לברור בין נאשמים חפים מפשע לבין נאשמים אשמים. אי מתן משקל ראייתי להימנעות מלהעיד מאפשרת לאתר את קבוצת הנאשמים החפים מפשע, ולזכותם במשפט. בכך, מסייעת זכות השתיקה בהפחתת מספר הרשעות השווא.⁶³

כנגד התיזה האמורה יהיו שיטענו כי ניתן לגרום לנאשמים אשמים שלא ליתן גירסה שקרית על-ידי ענישה בגין עדות שקר לפני בית משפט. אלא שנתיב זה מעורר

⁶¹ Seidmann and Stein, *supra* note 51, at p. 433 - 434, 438 - 439, 451, 457 - 462, 469 - 470, 490, 494, 503

⁶² המינוח העברי: "מכשיר מְבַדֵּל" נלקח מפסק דינו של בית הדין הצבאי לערעורים בעניין מילשטיין - ע/126/02, ע/230/02, לעיל הערה 13, פסקה 13.1.

⁶³ Seidmann and Stein, *supra* note 51, at p. 503

קשיים רבים במישור גילוי העבירה והאכיפה – הגשת כתבי אישום בגין עדות שקר תדרוש מזרועות החקירה, התביעה וממערכת השפיטה משאבים רבים. זאת ועוד, לשם יצירת הרתעה אפקטיבית יהיה צורך להחמיר עד מאוד בעונש בגין עדות שקר.⁶⁴ ואכן, הן התביעה האזרחית והן התביעה הצבאית נרתעות מהגשת כתבי אישום על עדות שקר עת מדובר בנאשם שחזר בו מהודייתו.⁶⁵

ודוק, למעשה, ניתן לגרוס כי אי ייחוס משמעות ראייתית להימנעות מלהעיד היא הטבה הניתנת לנאשמים אשמים על מנת שלא ימציאו גירסאות שווא. הטבה מעין זו אינה בגדר חריג. כך, בהסדרי טיעון "רוכשת" התביעה הודאות תמורת ענישה מקילה יותר. על מנת שלא לנהל משפטי הוכחות סביב גירסאות מפקפקות, מעדיפה התביעה ליתן "תשלום" בדמות הקלה בעונש, וזאת, בין היתר, כדי להבחין היטב בין נאשמים אשמים לבין נאשמים חפים מפשע. בדומה, אי ייחוס משמעות ראייתית להימנעות מלהעיד הוא המחיר החברתי הנדרש לשם ההבחנה בין נאשמים אשמים לבין נאשמים חפים מפשע.⁶⁶

בית הדין הצבאי לערעורים קבע בעניין **מילשטיין** כי התאוריה של זיידמן ושטיין מתאימה "להצדקתה של זכות השתיקה... בשלב החקירה המשטרית" וכי "הרציונל העומד מאחורי התיזה, אינו יכול להצדיק הימנעות מהענקת משקל ראייתי לשתיקת הנאשם בשלב המשפט, לאחר שהודה בחקירתו המשטרית כבעניינו.⁶⁷ אלא, שלא רק שזיידמן ושטיין מבקשים להחיל את התאוריה מבית מדרשם גם על שלב המשפט,⁶⁸ דווקא מאמרו של פרופ' ואן קסל (Van Kessel),⁶⁹ שאליו מפנה בית הדין

⁶⁴ Seidmann and Stein, *supra* note 51, at p. 460 - 461 and footnote 192.

⁶⁵ ראו לדוגמה בדיון מטה הפרקליטות הצבאית מיום 16.4.95 צוין, כי "בעקבות אישום שהוגש נגד נאשם על עדות שקר בבית דין, חזר הפצ"ר על הנחייתו כי עדות שקר כאמור, שאין בה האשמת שווא של אחר, לא תהווה ביסוס לאישום, ואם הוגש כתב אישום כאמור, ניתן לבקש אם הנסיבות מצדיקות זאת את ביטולו" – יוסף תלרז, סיכום דיון מטה מס' 29, 16.4.95. עותק מסיכום הדיון מצוי בידי המחבר. אף בכל הנוגע לעבירה של עדויות סותרות (סעיף 113 לחוק השיפוט הצבאי; סעיף 240 לחוק העונשין) צוין על-ידי בית הדין הצבאי לערעורים, כי "אין זה מנהגה של התביעה לבסס אישום על יסוד שקריו של נאשם המעיד במשפטו להגנתו והמשמיע, כפי שהדבר קורה לא אחת, גירסאות סותרות הנוגדות דברים שמסר בחקירתו." (ע/109/96) **התובע הצבאי הראשי נ' צציאשוילי; צציאשוילי נ' התובע הצבאי הראשי** פד"ץ 1996, 273, פסקה 7.

⁶⁶ Seidmann and Stein, *supra* note 51, at p. 461.

⁶⁷ ע/126/02, ע/230/02, **לעיל** הערה 13, פסקה 13.3; ההדגשות במקור.

⁶⁸ כך, מבקשים זיידמן ושטיין להסביר את פסק דינו של בית המשפט העליון האמריקני בעניין **Griffin v. California** 380 U.S. 609 (1965), בעזרת התאוריה שהוצגה במאמרם (Seidmann and

הצבאי לערעורים כאסמכתא לביקורת שנמתחה על התאוריה של זיידמן ושטיין,⁷⁰ מציין כי התאוריה מתאימה יותר לשלב המשפט ולא לשלב החקירה. פרופ' ואן קסל סוקר במאמרו את התאוריה של זיידמן ושטיין ומציין, כי המחברים מבקשים להחילה הן על שלב החקירה והן על שלב המשפט.⁷¹ בהמשך מאמרו מונה פרופ' ואן קסל שני טעמים מרכזיים לתחולת התאוריה ביתר שאת דווקא בשלב המשפט:⁷² ראשית, בשלב המשפט קל יותר לנאשם האשם לעצב את עדותו השקרית באורח משכנע: הייצוג בידי עורך דין כמו גם האפשרות לשמוע את ראיות התביעה לפני מתן עדותו, מאפשרים לנאשם האשם לגבש גירסה שקרית משכנעת יותר בשלב המשפט, לעומת שלב החקירה בו נדרש הנאשם להתמודד לבדו מול החוקרים. בשל כך, בשלב המשפט דווקא, יהא קשה יותר לערכאה

נאשם בשל הימנעותו מלהעיד במשפטו משמעה פגיעה בזכותו לחיסיון מפני הפללה עצמית, וזכות המעוגנת בתיקון החמישי לחוקה האמריקנית. בית המשפט העליון האמריקני קבע, כי מצב בו הנאשם נדרש להעיד ובכך ליתן ראיה נגד עצמו או שהימנעותו להעיד תשמש נגדו, אינו חוקתי. יוער, עם זאת, כי זיידמן ושטיין מציינים כי לעתים כוחו של המודל בהצדקת אי מתן משקל ראייתי להימנעות מלהעיד במשפט יהא נמוך מכוחו להצדיק אי מתן משקל ראייתי להימנעות מלדבר במשטרה. הטעם לכך הוא ביכולתו של הנאשם האשם לעצב, לאחר שנחשפה בפניו פרשת התביעה במשפט, עדות שקרית קשה להפרכה. לעומת זאת, נחקר אשם במשטרה, שאינו מכיר את חומר הראיות המצוי בידי המשטרה, עלול להיכשל בעדות שקרית שתופרך על-ידי חומר הראיות הקיים או באמצעות המשך החקירה. נוכח האפשרות לנאשם אשם לזיכוי בין שישתוק ובין שיעיד עדות שקרית מהימנה, יכול שיהיו שיבחרו להעיד (ההחלטה תתקבל בהתאם להערכת הנאשם לגבי הסיכויים שהתביעה תצליח להפריך עדותו במשפט ולהיבנות ממנה בביסוס הרשעתו). לכן, תמריץ בדמות אי הסקת מסקנות משתיקה יישא פחות פירות בתימרוץ נאשמים אשמים שלא להעיד במשפט מאשר בתימרוץ נחקרים אשמים שלא לדבר בשלב החקירה. זיידמן ושטיין מציינים שלושה טיעונים נגד ביקורת זו (שם, 491 - 492). כן ראו בגוף הטקסט את עמדתו ההפוכה של פרופ' ואן קסל על סמך אותן הנחות.

Gordon Van Kessel "Quieting the Guilty and Acquitting the Innocent: A Close
Look at a New Twist on the Right to Silence" 35 *Ind. L. Rev.* (2001) 925 ⁶⁹

ע/126/02, ע/230/02, לעיל הערה 13, פסקה 13.2. לצורך דחיית התיוה התורת-משחקית של זיידמן ושטיין מפנה בית הדין הצבאי לערעורים גם לדברי אחד הכוהנים הגדולים של גישת משפט-וכלכלה והתאוריות התורת-משחקיות, השופט ריצ'רד פונר. בית הדין הצבאי לערעורים מוצא במאמרו של פונר משנת 1999 תמיכה לגישה "שאין זה מתקבל על הדעת, כי חשוד חף מפשע ישען על החיסיון מפני הפללה עצמית." (שם, פסקה 13.4). למרות אמירה זו, במהדורה החדשה לספרו "Economic Analysis of Law" משנת 2003, מאמץ פונר את טיעונו של זיידמן ושטיין: חיוב נאשמים להעיד יוביל נאשמים אשמים רבים ליתן עדות שקר; הואיל ומרבית הנאשמים אשמים, מרבית הנאשמים שיעידו ישקרו; כתוצאה מכך, שופטים ייטו לפקפק באמינות עדותם של נאשמים וכך, יקשה על נאשמים חפים מפשע לזכות באמון השופטים לגירסתם המזכה - Richard A. Posner *Economic Analysis of Law* (6th ed., New York, Aspen Publishers, 2003) 715. תודתי נתונה לפרופ' אלכס שטיין שהפנה את תשומת ליבי לדבריו של פונר במהדורה החדשה לספרו.

.Van Kessel, *supra* note 69, at p. 931 ⁷¹

לשני טעמים נוספים ראו 157 *Van Kessel, supra* note 69, at p. 962 and footnote ⁷²

השופטת להבחין בין גירסה שקרית מפי נאשם אשם לבין גירסת אמת מפי נאשם חף מפשע. שנית, גירסה בדויה משכנעת שניתנה בעת החקירה לא תועיל, ככלל, לנאשם בשלב המשפט. במשפט הישראלי, בדומה למשפט האמריקני, "הכלל הוא שרק לאותם חלקים מתוכה שיש בהם משום 'הודיה' – דהיינו: אותם חלקים העומדים לחובת המודה – יש כוח ראייתי; ואלו אותם חלקים אשר במסגרתם מוסר המודה דברים לזכותו...אינם מהווים ראיה לתוכנם..."⁷³ מכאן, שגירסה שקרית משכנעת בשלב החקירה תסייע פחות לנאשם אשם. לכן, לגירסה בדויה קוהרנטית שניתנה בחקירה השלכות פחותות על יכולתה של הערכאה השופטת להבדיל בין נאשם אשם לבין נאשם חף מפשע.⁷⁴ מכאן, שמאחר שבשלב המשפט ייקל על הנאשם האשם ליתן גירסה שקרית משכנעת ובעלת נפקות ראייתית, נדרש ביתר שאת ליתן תמריץ לנאשם האשם שלא לנסות ולבדות גירסה בעדותו במשפט. התמריץ, בדמות אי הסקת מסקנות ראייתיות כנגדו בשל הימנעותו מלהעיד במשפט, יסייע לערכאה השיפוטית להבחין ביתר קלות בין נאשם אשם לבין נאשם חף מפשע.

בגורה הצרה העומדת במוקד מאמר זה, מסייע, אם כן, מחקרם של זיידמן ושטיין, באמצעות שימוש בכלים פרי "ההיגיון", להציג את ההשלכות השליליות הנלוות לקביעה כי הימנעות נאשם מלהעיד עשויה לשמש "דבר-מה נוסף" להודייתו. טיעונים מן ההיגיון, שבצורתם הפשטנית, כטיעוני "השכל הישר", עמדו בבסיס נימוקי בית הדין הצבאי לערעורים להלכת יוסף, מלמדים, כי דווקא ייחוס משקל ראייתי להימנעות הנאשם מלהעיד יפגע בענייננו בנאשמים חפים מפשע. ניתוח באמצעות תורת-המשחקים, תורה המבקשת לזקק במודלים שיטתיים טיעונים של "השכל הישר", מלמד, כי דווקא אי ייחוס משמעות להימנעות נאשם מלהעיד מגבירה את אמינות גירסתו של החף מפשע ומספקת לבית הדין כלי מְבַדֵּל המקל בזיהוי נאשמים חפים מפשע. לפי התאוריה של זיידמן ושטיין, תקשה הלכת יוסף על

⁷³ קרמי, לעיל הערה 2, בעמ' 121. לכלל ולחריגיו ראו ע/190/01, לעיל הערה 12, פסקה 10; Van Kessel, *supra* note 69, at p. 944.

⁷⁴ Van Kessel, *supra* note 69, at p. 960 - 962.

ערכאות השיפוט להבחין ולהבדיל בין עדויותיהם של נאשמים חפים מפשע לבין עדויותיהם של נאשמים אשמים.⁷⁵

ואכן, כפי שיוצג להלן, הניסיון שנצבר מאז שהתקבלה הלכת יוסף במערכת המשפט הצבאית, מאשש את התאוריה של זיידמן ושטיין בכל הנוגע לקושי בו נתקלו הערכאות השיפוטיות בבואן להבחין בין נאשמים חפים מפשע לנאשמים אשמים.⁷⁶ אך לניסיון האמור יש ערך מעבר לאישוש התאוריה האמורה. תאוריות תורת-משחקיות מניחות כי הנאשם הוא אדם רציונלי ובהתאם להנחה זו הן מבססות את טענותיהן לגבי התנהלותו.⁷⁷ נדמה, כי לנוכח הסיטואציה המלחיצה, כמו גם הסנקציות הכרוכות בהרשעה, וביניהן לעתים שלילת חירות, ספק אם יתנהלו נאשמים תמיד בהתאם להנחת הרציונליות ויפעלו באורח הממקסם את מטרותיהם כנאשמים. אכן, דומה שבסוגיה דנן לא יכולה התבוננות על בסיס ההיגיון⁷⁸ לבדו לחזות את התנהגותו של נאשם.⁷⁹ ומכאן המשמעות הנוספת לניסיון שנצבר. ניסיון זה טומן בחובו התמודדות של נאשמים שאינם כבולים לכל הנחה תורת-משחקית ונוהגים לעתים באופן חריג ובלתי רציונלי. ודוק, חריגות התנהגותם

⁷⁵ Seidmann and Stein, *supra* note 51, at p. 503.

⁷⁶ על-פי התיזה של זיידמן ושטיין, ייחוס משמעות ראייתית להימנעות מלהעיד עלול להביא, בשל הקושי לברור מבין כלל הנאשמים המעידים את הנאשמים החפים מפשע, להרשעת חפים מפשע. בהיעדר "ידיעה מן הנצח" מי מן הנאשמים חף מפשע, קיים כמובן קושי אינהרנטי להעריך אם אכן התעורר מקרה בבתי הדין הצבאיים בו הורשע נאשם חף מפשע בשל הלכת יוסף שאיינה את הכלי המבדיל בין נאשמים אשמים לנאשמים חפים מפשע. ראו Seidmann and Stein, *supra* note 51, at p. 474.

⁷⁷ הרציונליות בהקשר של ניתוח כלכלי למשפט הוגדרה על-ידי פוזנר כבחירת האמצעים הטובים ביותר להשגת מטרות הבחור. פוזנר מכיר בכך, כי לעתים פועלים בני אדם באורח לא רציונלי אך גורס שהתאוריה הכלכלית יכולה למשטר חלק ניכר מהתנהגות זו במונחי בחירה רציונלית. Richard A. Posner "Rational Choice, Behavioral Economics, and the Law" 50 *Stan. L. Rev.* 1551, 1554, 1556 - 1557 (1998).

⁷⁸ ויודגש, אין מדובר כאן ב"היגיון" במובן של common sense אלא בהיגיון המופעל במסגרת התאוריות התורת-משחקיות.

⁷⁹ כאמירתו של הסופר הידוע אנטואן דה סנט-אכזיפרי: "ההיגיון? שימצא לו דרך למסור דין וחשבון על החיים". אנטואן דה סנט-אכזיפרי *אדמת-אנוש* (תרגום: משה מרון, 1998) 201. עם זאת, ברר, כי ההבחנה בין תאוריה שנשאבה מן "ההיגיון" לתאוריה שנשאבה מן "הניסיון" אינה חדה. בסוגיות, שאינן עוסקות במערכת לוגית, הרי אף אם נבקש להסתמך על נימוקים שבהיגיון בלבד כדי לבסס טיעונים, לא נוכל להימנע מפנייה לניסיון. אכן, ביסוד טיעונים שענינם התנהגות אנושית ניצבות, בסופו של דבר, הנחות המבוססות על הסתכלות וניסיון. כך, ההנחות העומדות בבסיס התאוריה של זיידמן ושטיין (לדוגמה, כי נאשם חף מפשע יבקש להעיד, ראו הערת שוליים 82 למאמרם) נשענות על ניסיון אמפירי. על ההבחנה האמורה ראו Morton White *Philosophy, The Federalist and the Constitution* (Oxford University Press, 1987) 15 - 19.

יכול שתהא ייחודית במובן שאינו ניתן להנהרה ולהכללה תחת התאוריה.⁸⁰ אכן, "דרישת הדבר-מה הנוסף באה לענות דווקא על המקרים החריגים, כשהתנהגותו של הנאשם שונה מהמקובל וקשה להסבר." ⁸¹ הניסיון שנצבר בפסיקת בתי הדין הצבאיים לאחר הלכת יוסף יאפשר לנו, על כן, לגשר במשהו גם על הפער בין התאוריה התורת-משחקית, על הנחת האדם הרציונלי שבבסיסה, לבין פועלם של נאשמים בשר ודם החורגים בפעולותיהם מהנחת הרציונליות, שהרי חייהם "חיים הם ולא רק הוצאת שורש מרובע."⁸²

נפנה, אם כן, לבחון את התמודדותם של בתי הדין הצבאיים עם מקרים בהם אימצו סגורים צבאיים את הגישה השנייה, שביכרה העדת נאשמים שכנגדם עמדה אך הודייתם, על-פני תקיפה חזיתית של הלכת יוסף.

ה. תוצאות התקיפה העקיפה של הלכת יוסף

לאחר הלכת יוסף, במרבית התיקים, בחרו נאשמים, בעצת סניגוריהם, להעיד עת בתיק החקירה עמדה כנגדם אך הודייתם בחקירתם במשטרה (או הודייתם בתוספת "בדל" ראיית "דבר-מה נוסף"). מבחנה הראשון של גישה זו בבית הדין הצבאי לערעורים היה בערעור בעניינו של **בריצי'וק**.

בריצי'וק הודה בחקירתו (בשתי הודיות נפרדות) בשימוש בסם מסוכן בשלוש הזדמנויות שונות. בריצי'וק העיד במשפטו וחזר בו מהודיותיו. בית הדין הצבאי

⁸⁰ זיידמן ושטיין מציינים, כי הם מכירים באפשרות שנאשמים יפעלו באורח לא רציונלי. אך מקרים מעטים אלו, גורסים זיידמן ושטיין, אינם באים בגרדי תאוריות תורת-משחקיות המניחות התנהגות רציונלית: 465 - 464, 450, 51, *supra* note 51, Seidmann and Stein. מומחים לתורת-המשחקים מציינים, כי הנחת הרציונליות של בני האדם, המצויה בבסיס התאוריות התורת-משחקיות, אינה מתקיימת במלואה בכל המקרים, ראו: John Milnor "A Nobel Prize for John Nash" 17(3) *The Mathematical Intelligencer* (1995) 11, 13.

⁸¹ אהוד קמר "דבר-מה מפי הנאשם" פלילים ה (תשנ"ו) 277, 292 - 293; כן ראו קיטאי-סנגורו, לעיל הערה 11, בעמ' 72.

⁸² דוסטובסקי, **כתבים מן המרתף** (תרגום: מ' ז' ולפובסקי, תשל"ד) 28. לערעור על הנחת הרציונליות וכן לדיון במניעים שאינם רציונליים בהקשר קרוב לעניינו ראו מאיר גלבע "חוסר הרציונליות שבהודאת שווא רציונלית - הערות למאמרו של עורך דין עמי קובו - 'הודאת שווא רציונלית'" **הסגור** מס' 55 (אוקטובר 2001) 3. כן ראו: Roger C. Park "Grand Perspectives on Evidence Law" 87 *Va. L. Rev.* (2001) 2055, 2074. יוער, כי זיידמן ושטיין מציינים במאמרו, כי ברי שהתאוריה המוצגת על-ידם תושפע על-ידי עובדות סותרות. מאמרו אף כולל פרק הדין בבחינת המודל אל מול נתונים אמפיריים: 502 - 498, 438 - 437, *supra* note 51, Seidmann and Stein.

המחוזי הרשיע את בריצ'וק, בקובעו כי גירסתו, בעדותו במשפטו, אינה מהימנה: "נראה לנו כי 'חזרתו' מהודאותיו היום בפנינו אינה אלא התחמקות מליתן את הדין."⁸³ אך בית הדין הצבאי לערעורים זיכה את בריצ'וק מכל אשמה.

בפסק דינו קבע בית הדין הצבאי לערעורים, בניגוד לקביעות בית הדין הצבאי המחוזי, כי "אין ניתן להסתפק במקרה דנן ב'דבר-מה' טכני או במשקל מינימלי... כי אם נדרש 'דבר-מה' ממשי או במשקל מוגבר, או 'דבר-מה' אשר יתייחס לנקודה כלשהי השנויה במחלוקת."⁸⁴ בית הדין הצבאי לערעורים דחה את ראיות ה'דבר-מה' עליהן ביסס בית הדין המחוזי את הרשעתו.⁸⁵

ב"אחרית דבר" לפסק דינו ציין בית הדין הצבאי לערעורים, כי "חשד כבד רובץ לפתחו של המערער כי אכן השתמש בסמים, ואף נוטים אנו לדעה כי כך אכן היה; יחד עם זאת, לא שוכנענו בכך במידת הוודאות הנדרשת במשפט פלילי, דהיינו – מעבר לספק סביר."⁸⁶ על-פי הערכה אחרונה זו של בית הדין הצבאי לערעורים, נמנה בריצ'וק עם אותם הנאשמים האשמים, שבעבר, טרם הלכת יוסף, היו יכולים להימנע מלהעיד במשפטם ובהיעדר "דבר-מה נוסף" להודייתם היו מזוכים. אך בשל הלכת יוסף נאלץ בריצ'וק להעיד. עדותו הציבה בפני בתי הדין הצבאיים משוכה לא פשוטה, שהביאה להכרעה שונה בשתי הערכאות. וכך, בעוד מטרת הלכת יוסף היתה לכרסם במכשול זכות השתיקה המונע הגעה לחקר האמת – בעוד מטרתה של הלכת יוסף היתה להקל על הערכאה השיפוטית להגיע לחקר האמת באמצעות עידוד הנאשם להעיד – מדגים עניין בריצ'וק את הקושי שאליו נקלעו בתי הדין בניסיונם לחשוף את האמת.⁸⁷

הדגש החשוב עבורנו בעניין בריצ'וק אינו בפרטי הראיות שהתקבלו על-ידי בית הדין הצבאי המחוזי כמבססות "דבר-מה נוסף", ואשר נדחו על-ידי בית הדין הצבאי לערעורים. ענייננו בתוצאה הנובעת מצירוף הלכת יוסף והלכת בריצ'וק. התוצאה הנובעת משילוב שתי ההלכות האמורות נוסחה בבהירות בבקשת רשות הערעור של

⁸³ צפ/595/02 התובע הצבאי נ' רב"ט בריצ'וק (לא פורסם), פסקה 8.

⁸⁴ ע/238/02 רב"ט בריצ'וק נ' התובע הצבאי הראשי (פדאור), פסקה 35.

⁸⁵ שם, פסקאות 36 - 42 לפסק הדין.

⁸⁶ שם, פסקה 43 לפסק הדין.

⁸⁷ שם.

התביעה הצבאית לבית המשפט העליון בעניין **בריצי'וק**. קבלת עמדת בית הדין הצבאי לערעורים בעניין **בריצי'וק** תביא, לגישת התביעה הצבאית, לתוצאה הבאה: "נמצאנו מעודדים נאשמים שמסרו הודאה במשטרה, לעלות על דוכן העדים (שאחרת שתיתקם במשפט תוכל להוות 'דבר-מה' נגדם) ולמסור גרסה מופרכת, **סתומה ובלתי אמינה**".⁸⁸

אכן, אין מדובר אלא בטענה המהווה יישום של טיעון מהתיזה שהציעו זיידמן ושטיין במאמרם: הקניית משמעות ראייתית לשמירה על זכות השתיקה במשפט הפכה את השתיקה ללא-אטרקטיבית ועודדה נאשמים אשמים להעיד עדות שקרית. בית המשפט העליון דחה את בקשת הרשות לערער של התביעה בעניין **בריצי'וק** מבלי לקיים דיון בעל-פה בבקשה. הנשיא ברק קבע בהחלטתו, כי פסק דינו של בית הדין הצבאי לערעורים הוא "זיכוי המבוסס, מעל לכל, על הספק הממשי שהטיל בית הדין הצבאי לערעורים בהודאותיו של המשיב".⁸⁹

בעקבות הלכת **בריצי'וק** גברה האטרקטיביות של הגישה השנייה. נאשמים, שהודו בחקירתם במשטרה בביצוע עבירה ובחרו לכפור באשמה, העדיפו להעיד במשפטיהם לפני בתי הדין. אחד מאותם נאשמים היה סמל שולמן. שולמן הודה בחקירתו (בשתי הודיות) בשימושים בסם מסוכן מסוג אקסטזי (בשלוש הזדמנויות) וקנאבוס (בשתי הזדמנויות).

בית הדין הצבאי המחוזי קבע בפסק דינו, כי לנוכח מסכת הראיות שהוצגה לפניו המכילה הודיות שמשקלן "סביר ביותר" ולנוכח הימצאותו של "דבר-מה נוסף" הנלמד מהיבטים שונים בחומר הראיות "סלולה הייתה דרכה של התביעה להוביל להרשעתו של הנאשם. כשלעצמנו, כך ראוי היה לפסוק. ניתן היה, איפוא, לחתום את הכרעתנו כאן ועכשיו בהרשעתו של הנאשם".⁹⁰ אלא שפסק דין **בריצי'וק** הביא את בית הדין הצבאי המחוזי לזכות את שולמן. בית הדין הצבאי המחוזי לא הצליח להבחין בין התמיכות הראייתיות בעניין **שולמן** לבין התמיכות הראייתיות בעניין

⁸⁸ סעיף 50 לבקשת רשות הערעור של התביעה הצבאית הראשית בעניין **בריצי'וק** (ההדגשה במקור). עותק מבקשת רשות הערעור מצוי בידי המחבר.

⁸⁹ רע"פ 1490/03 **התובע הצבאי הראשי נ' רב"ט אנטולי בריצי'וק**, תק-על 2003 (2) 3810.

⁹⁰ צפ/פ 529/02 **התובע הצבאי נ' שולמן** (לא פורסם), פיסקאות 13 - 15 לפסק הדין. וכן ראו סיכום פסק דינו של בית הדין המחוזי בפסק הדין בערעור: ע/59/03 **התובע הצבאי הראשי נ' סמל שולמן** (פדאור), פיסקה 2.

בריצי'וק. לדעת בית הדין הצבאי המחוזי, אם בעניין **בריצי'וק** לא מצא בית הדין הצבאי לערעורים "דבר-מה נוסף" בחומר הראיות לאישוש ההודיה, הרי אף החומר הראייתי המונח לפניו אינו מכיל תוספת ראייתית מספקת:

"כסבורים היינו, מלכתחילה, כי קיים אף 'דבר-מה' מספיק, שדי בו כדי להוליך להרשעתו של הנאשם. הלכת בריצי'וק, בנתונה העובדתיים, מצביעה כי סברתנו הראשונה אינה נכונה, ובעיקר לנוכח טענתה של התובעת הצבאית כי שומה עלינו לערוך אבחנה בין הנתונים העובדתיים בהלכת בריצי'וק לנתונים העובדתיים שבפרשתנו. טענה זו של התובעת, כמבואר, לא התקבלה על דעתנו."

בית הדין המחוזי חתם את פסק דינו בציינו, כי "לא הסתרנו כי דעתנו אינה

נוחה מתוצאה זו..."⁹¹.

התביעה הצבאית ערערה על פסק דינו של בית הדין הצבאי המחוזי. בית הדין הצבאי לערעורים קיבל את ערעור התביעה, והרשיע את שולמן. בית הדין הצבאי לערעורים טרח והדגיש בסוף פסק דינו ב"הערה נוספת" "על-מנת להבהיר את הדברים, למען הסר ספק", כי פסק דין **בריצי'וק** הוא אך בגדר יישום הלכה מוכרת, "הלכתו של בית המשפט העליון, זה שנות דור". בית הדין הצבאי לערעורים הדגיש כי "את עניין **בריצי'וק** יש לראות אפוא כיישום ההלכה הנוהגת במקרה הקונקרטי, לאור העובדות שבאו בפני בית הדין הצבאי לערעורים באותו עניין."⁹²

אך נדמה, שכפי שקבע בית הדין המחוזי בעניין **שולמן**, השוואה בין מסכת הראיות בעניין **בריצי'וק** לבין מסכת הראיות בעניין **שולמן** אינה מגלה הבדלים ניכרים – לא מבחינת משקל ההודיה ולא מבחינת הראיות שהובאו על-ידי התביעה לביסוס ה"דבר-מה נוסף". אכן, ניכר, כי התמריץ שניתן לנאשמים להעיד בעקבות הלכת **יוסף** הקשה על בתי הדין הצבאיים בבחינת עדויות הנאשמים ויישום ההלכה המוכרת "זה שנות דור" בדבר קיומו של "דבר-מה נוסף" בחומר הראיות: בשני המקרים האמורים בחרה ערכאת הערעור להתערב בהכרעותיה של הערכאה קמא בעניין יישום הדין על העובדות. זאת, למרות, כפי שמציין בית הדין הצבאי

⁹¹ צפ/529/02, לעיל הערה 90, פסקה 36.

⁹² ע/59/03, לעיל הערה 90, פסקה 11 לפסק הדין.

לערעורים בעניין **שולמן**, שמדובר ביישום הלכה נושנה ומוכרת ואין אלא להניח כי שופטי בתי הדין הצבאיים המחוזיים מיומנים בהחלטה.⁹³ אף לאחר פסק דין **שולמן** לא תמיד הצליחו בתי הדין המחוזיים ביישום ההלכה הקיימת "זה שנות דור". לאחר פסק הדין בעניין **שולמן** התערב בית הדין הצבאי לערעורים בלא פחות משישה מקרים נוספים בהכרעות הדין של בתי הדין המחוזיים במקרים בהם עמדה על הפרק המשוואה: הודיה + "דבר-מה נוסף" = הרשעה.⁹⁴ למעשה, לבד מעניין **מילשטיין** ועניין נוסף⁹⁵, בכל המקרים בהם הגיעה המשוואה האמורה להכרעת בית הדין הצבאי לערעורים (ולא סוכם בין הצדדים בערעור על הסדר טיעון), התערב בית הדין הצבאי לערעורים בהכרעות הדין של בתי הדין המחוזיים.

בית הדין הצבאי לערעורים חזר וציין, כי התערבותו הינה אך בגדר "בחינת אופן יישום ההלכות הרלוונטיות בנסיבות הקונקרטיות של המקרה".⁹⁶ אך למרות שבית הדין הצבאי לערעורים ציין כי שאלה זו שבה ועולה לפניו, ולמרות שמדובר ביישומה של הלכה בת "שנות דור", המשיכו בתי הדין הצבאיים המחוזיים להיכשל ביישומה.⁹⁷

⁹³ בבתי הדין הצבאיים בערכאה ראשונה נשפטים נאשמים, לבד מבעבירות של העדר מן השירות לתקופה קצרה, לפני מותב של שלושה שופטים. מותב זה כולל, לפחות שופט משפטאי אחד וכן שני שופטים שהינם קצינים, מיחידות צה"ל השונות, שאינם משפטים. הן בעניין **בריציק** והן בעניין **שולמן**, היה השופט המשפטאי בערכאה המחוזית שופט מן המערכת האזרחית שישב במושב במסגרת שירות המילואים. ב**בריציק** - סא"ל חרטונסקי; ב**שולמן** - סא"ל לבנוני. שני השופטים מכהנים ברגיל בבית משפט השלום בהיפה.

⁹⁴ המקרים הם: ע/126/02, **לעיל** הערה 13 (מרסינו - זוכתה בערעור); ע/1/03, **לעיל** הערה 31 (קרול - לאחר שזוכה בערכאה המחוזית מפרט אישום אחד, זוכה בערעור מפרט האישום השני ובכך זוכה מכל אשמה. בית הדין הצבאי לערעורים ציין, כי מדובר ביישום פסק הדין בעניין **להב**); ע/34/03, **סמל קגן נ' התובע הצבאי הראשי** (טרם פורסם) - זוכה בערעור; ע/157/03, **רב"ט פרייסלר נ' התובע הצבאי הראשי** (טרם פורסם) - זוכה בערעור; ע/1/04, **התובע הצבאי הראשי נ' רב"ט פריגין** (פדאור) - ערעור התביעה התקבל: הורשע בערעור בפרט אישום של שימוש בסם מסוכן, נוסף על הרשתתו בבית הדין המחוזי; הוגשה בקשה לרשות ערעור לבית המשפט העליון מטעם ההגנה (רע"פ 10930/04); הבקשה הועברה לדין לפני מותב תלתא; ע/37/04, **רב"ט מיינץ נ' התובע הצבאי הראשי** (טרם פורסם) - זוכתה בערעור משלוש עבירות, בעבירה אחת נותרה ההרשעה על כנה.

⁹⁵ ע/72/03, **התובע הצבאי הראשי נ' רב"ט שביט** (פדאור) (ערעור התביעה על הזיכוי, נדחה).

⁹⁶ ע/1/04, **לעיל** הערה 94, פיסקה 10.

⁹⁷ כך בעניינו של **פרייסלר** [ע/157/03, **לעיל** הערה 94] ציין בית הדין, כי עולה "שוב שאלת התשתית הראייתית הנדרשת להרשעה בפלילים, שגרעינה המרכזי הוא הודאת הנאשם בחקירת המשטרה" (פיסקה 4). אף במקרה זה הפך בית הדין הצבאי לערעורים את הכרעת דינו של בית הדין הצבאי המחוזי וזיכה את המערער לאחר שלא מצא "דבר-מה נוסף" בחומר הראיות שהוצג בערכאה קמא. בעניינו של **פריגין** ציין בית הדין הצבאי לערעורים, כי "בית דין זה כבר נדרש בשנים האחרונות,

התביעה הצבאית מצידה ניצבת משתאה לנוכח תוצאותיה של הלכת יוסף. הלכה שנועדה להוות כלי יעיל יותר להרשעת נאשמים אשמים, הובילה, במרבית המקרים, לזיכויים. כשנה לאחר זיכוייו של בריצ'וק, בדיון בבית הדין הצבאי לערעורים בערעור העוסק בשאלת קיומו של "דבר-מה נוסף" להודיית נאשם, עת העיד הנאשם במשפטו, טוען התובע:

"כי מאז שכבודכם נתן את פסק הדין בעניין מושיק לוי יוסף... אנו עדים לשטף תיקים בהם הנאשם עולה לדוכן העדים ומספר סיפור בדים בפני בית הדין. סיפור אשר הסתירות והשקרים שבו גלויים על פניהם. סיפור שנדחה על ידי בית הדין קמא כי הוא בלתי מהימן ובכל זאת מוביל הדבר בהיעדר דבר-מה לזיכוי."⁹⁸

ואכן, למרות שפעמים רבות השתכנעו בתי הדין הצבאיים כי הנאשם, המתכחש, בעדותו במשפט להודייתו במשטרה, אינו דובר אמת, הרי בהיעדר "דבר-מה נוסף" להודיה - זוכה הנאשם. פסקי דין אלו של בתי הדין הצבאיים מתובלים לעתים באמירות דוגמת: "ככלל, התרשמנו, כי הנאשם הוא טיפוס מניפולטיבי, אשר אינו בוחל בשקר"⁹⁹ או דוגמת: "...איש משופטי ההרכב אינו נותן אמון בגירסת הנאשמת בעדותה בבית הדין"¹⁰⁰. במקרה בולט אחד הודה נאשם ארבע פעמים

פעמים אחדות, לסוגיית הדבר-מה הנחץ לאימותה של הודאה בחקירה, לצורך הרשעה בפלילים... על-כן, לא נרחיב כאן מעבר לדרוש בעניין ההלכות והעקרונות הרלוונטיים שהובהרו בפסיקה - הן ובעיקר בפסיקה של בית המשפט העליון, והן בפסיקה הנזכרת לעיל של בית דין זה שבה יושמה ההלכה הפסוקה של בית המשפט העליון במקרים שהובאו בפניו" (ע/1/04, לעיל הערה 94, פסקה 10; להערה דומה ראו גם ע/72/03, לעיל הערה 95, פסקה 9). אף בעניין פריגין התערב בית הדין הצבאי לערעורים בפסק דינו של בית הדין הצבאי המחוזי והרשיע את המשיב בשימוש בסם מסוכן (נוסף על שימוש בהודמנות אחרת בו הורשע על-פי הודייתו בבית הדין המחוזי) לאחר שמצא "דבר-מה נוסף" להודייתו בחומר הראיות שהוצג לפני בית הדין המחוזי. בית הדין לערעורים דחה את ערעור התביעה על זיכוי של המשיב משימוש שלישי בסם מסוכן. ולאחרונה, בעניין קגן (ע/34/03, לעיל הערה 94), ציין בית הדין הצבאי לערעורים כי "פעם נוספת מתעוררת בפנינו שאלת התשתית הראייתית הנדרשת להרשעה בפלילים, מקום שההודאה היא הנדבך הראייתי המרכזי העומד לחובת הנאשם." (שם, פסקה 12). ואף בעניין קגן הפך בית הדין הצבאי לערעורים את הכרעת דינו המרשיעה של בית הדין הצבאי המחוזי וזיכה את הנאשם משתי עבירות שעניינן שימוש בסם מסוכן. יוער, כי בזיכוי משתי עבירות השימוש בסם מסוכן הרחיק בית הדין הצבאי לערעורים אף יותר מדעת מיעוט בבית הדין הצבאי המחוזי שביקשה להרשיע את הנאשם בעבירה אחת של שימוש בסם מסוכן ולזכותו מן העבירה השנייה.

⁹⁸ פרוטוקול הטיעון ב-34/03 ע' סמל קגן נ' התובע הצבאי הראשי, עמ' 2, שורות 11 - 16; וראו גם סעיפים 66 - 73 לסיכומי התביעה הצבאית ב-157/03 ע' רב"ט פרייסלר נ' התובע הצבאי הראשי.

⁹⁹ מז"י/69/04 התובע הצבאי נ' טור לבוב (פדאור), עמ' 6.

¹⁰⁰ ער/7/02 התובע הצבאי נ' רב"ט שפיר (לא פורסם), עמ' 6 וראו גם עמ' 10. במקרה זה זכה הקושי המתואר בגוף המאמר לניסוח חד בפסק דינו של בית הדין הצבאי המחוזי חיל הים: "עוד נציין כי אף

במשטרה כי השתמש בסמים. בית הדין המחוזי צפון קבע, כי "הודעותיו היו הודעות מפורטות, ומתארות בפרטי פרטים את מס' השימושים, ולא רק זאת, אף את המכשור שבו השתמש לצורך השימוש".¹⁰¹ הנאשם טען בעדותו במשפטו כי "בדה את האמור בהן, על מנת לגרום לצה"ל לשחררו מן השרות".¹⁰² בית הדין קבע "בענייננו משקלן של ההודאות גבוה ביותר, ומכאן נגזר כי מספיקה ראייה 'קלה כנוצה' כדי לספק את דרישת הדבר-מה!"¹⁰³ בית הדין ציין, כי:

"גם חשש כבד כי מדובר בנאשם שאינו דובר אמת, אין בו כדי להוות דבר-מה נוסף... אין לראות את דחיית הסבריו של הנאשם כבלתי מהימנים, כדבר-מה נוסף... בפנינו לא הוכח כי הנאשם משקר בטענתו שההודאות נמסרו אך ורק משום שהוא בדה אותם מלבו כדי להשפיע על שלטונות הצבא כדי להשתחרר מן השרות, ולא מפני שהנאשם השתמש באמת בסמים... התרשמותנו השלילית מן הנאשם איננה יכולה לבוא במקום ראייה המהווה דבר-מה..."¹⁰⁴

בהיעדר "דבר-מה נוסף", זיכה בית הדין הצבאי המחוזי את הנאשם, תוך ציון כי "החשד הכבד שיש לנו כלפי הנאשם אין בו כדי לבסס הרשעה..."¹⁰⁵.
אך למרות קביעות אלו ואחרות של בתי הדין הצבאיים, בהן נקבע כי עדות הנאשמים לא היתה מהימנה, לא צלחה התביעה במקרים אלו את התנאים הנדרשים בפסיקה לכונן ראיית "דבר-מה נוסף" המבוססת על שקריו הפוזיטיביים של

נטיית ליבם של שופטי הרוב, על-פי התרשמותם הבלתי אמצעית מן הנאשמת, היא, לקבוע כי הנאשמת אכן עשתה שימוש בסם. עם זאת, בנסיבות שלפנינו, מקום בו הנאשמת מתכחשת בבית הדין לתוכן ההודאה שמסרה בעת חקירתה, ומגדירה אותה ככזבת, אין די בראיות שהציגה התביעה כדי לשכנענו מעבר לספק סביר באשמתה... דרישת ה'דבר-מה' – יצירת הדין בארצנו – באה להגן על בית המשפט מפני טעות... טעות שכזו עלולה להתרחש, כאשר מסתפק בית הדין ברושם שהותיר בו נאשם, כדי לגבש עמדתו, ומטעות שכזו נראה כי עלה בידינו להימנע במקרה דנן... אנו מוכים את הנאשמת מן האשמה "שם, עמ' 8; ההדגשה במקור).

¹⁰¹ צפ/168/03/פ/התובע הצבאי נ' טוראי בוקרץ (לא פורסם), פסקה 1 וכן: "נחזור ונדגיש כי הודאותיו של הנאשם בפני חוקריו נראות אמינות והגיוניות." (פסקה 5).

¹⁰² שם, פסקה 1. עוד ציין בית הדין המחוזי, כי "הנאשם אינו כופר בכך כי מסר הודאות אלו מרצונו" וכי במזכר שערך חוקר מצ"ח צוין ש"החקירה כולה התנהלה על מי מנוחות..." (פסקאות 1, 3).

¹⁰³ שם, פסקה 5 (המשפט כולו הודגש במקור, ההדגשה הוסרה); "כבר אמרנו כי ההודאות של הנאשם נראות, מפורטות, סדורות, ומתארות תאור פלסטי את דרכי השימוש בסמים ולדעתנו, יש צורך בהבאת דבר-מה נוסף קל כנוצה..." (פסקה 9).

¹⁰⁴ שם, פסקאות 11 - 12.

¹⁰⁵ שם, פסקה 12.

הנאשם בעדותו לפני בית הדין.¹⁰⁶ בצר לה, פנתה התביעה לטענה כי דחיית גירסת נאשם בעדותו במשפט כבלתי מהימנה, עשויה להוות "דבר-מה נוסף" להודייתו.¹⁰⁷ הקשיים להבחין, מי מבין קבוצת הנאשמים שהודו בחקירתם במשטרה והמעידים לפני בית הדין, הוא נאשם חף מפשע ומיהו נאשם אשם, ממשיכים אם כן להטריד את בתי הדין הצבאיים. בתי הדין הצבאיים המחוזיים ובית הדין הצבאי לערעורים ממשיכים להתחבט בסוגיות הנוגעות כולן לסוגיית היחס בין הודיית נאשם לבין קיום התוספת הראייתית מוזן "הדבר-מה הנוסף" הנדרשת להרשעתו. לא פחות מחמישה-עשר ערעורים, שהובאו לפני בית הדין הצבאי לערעורים מאז הלכת יוסף ועד עתה, עסקו בנגזרות שונות של היחס בין הודיית נאשם לבין ראיית ה"דבר-מה הנוסף" הנדרש להרשעה.¹⁰⁸ כ- 200 - 250 ערעורים מוגשים בממוצע מדי שנה לבית הדין הצבאי לערעורים, כ-80% מערעורים אלו עניינם בשאלות של מידת העונש.¹⁰⁹ לאור האמור, מספר הערעורים העוסק במשוואה: הודיה + "דבר-מה נוסף" = הרשעה, אינו מספר מבוטל כלל ועיקר. אכן, מאז הלכת יוסף, סוגיה זו היא הסוגיה הנפוצה ביותר הנדונה בערעורי הכרעת הדין בבית הדין הצבאי לערעורים. מובן, כי

¹⁰⁶ ראו ע/157/03, לעיל הערה 94, פסקה 11: "דחיית גרסת נאשם לחוד; ושקריים מהותיים של נאשם, העונים על דרישת ה'דבר-מה' או 'הסיוע', לפי העניין, לחוד." ראו גם צפ/92/04 **התובע הצבאי נ' טוראי עמרני** (לא פורסם), עמ' 4. לתנאים בהם צריכים לעמוד שקריו של נאשם בעדותו לפני ערכאה שיפוטית על-מנת שישמשו כתוספת ראייתית, ראו קדמי, **לעיל** הערה 2, בעמ' 263 - 266, 724 - 728.

¹⁰⁷ על טענה זו והתמודדות בית הדין הצבאי לערעורים עימה, ראו **להלן** מול הערת שוליים 168 ואילך.

¹⁰⁸ להלן רשימת הערעורים העוסקים בסוגיה (במידה שהתיק לא אוזכר עד כה מצוינת התוצאה בתיק): ע/190/01, **לעיל** הערה 12 (להב); ע/97/02 **סמ"ר טובול נ' התובע הצבאי הראשי** (לא פורסם) - הסדר טיעון בערעור: הקלה בעונש; ע/126/02, **לעיל** הערה 13 (מרסינו); ע/230/02, **לעיל** הערה 13 (מילשטיין); ע/238/02, **לעיל** הערה 84 (בריצינק); ע/1/03, **לעיל** הערה 31 (קרול); ע/8/03, **טוראית חסון נ' התובע הצבאי הראשי** (טרם פורסם) - הסדר טיעון בעקבות הערות בית הדין לערעורים: סעיף האישום הומר בערעור לסעיף שאינו נושא רישום פלילי; ע/34/03, **לעיל** הערה 94 (קגן); ע/59/03, **לעיל** הערה 90 (שולמן); ע/72/03, **לעיל** הערה 95 (שביט); ע/157/03, **לעיל** הערה 94 (פרייסלר); ע/1/04, **לעיל** הערה 94 (פריגין); ע/37/04, **לעיל** הערה 94 (מינץ); ע/132/04, **רב"ט אדרי נ' התובע הצבאי הראשי** (טרם פורסם) - הסדר טיעון בערעור: סעיף האישום הומר בערעור לסעיף שאינו נושא רישום פלילי; ע/10/05, **טוראי דורפמן נ' התובע הצבאי הראשי** (טרם פורסם) - הסדר טיעון בעקבות הערות בית הדין לערעורים: חלף הרשעה בעבירה של שימוש בסם מסוכן בארבע הזדמנויות שונות, הרשעה בעבירה של שימוש בסם מסוכן בהזדמנות אחת. שני ערעורים נוספים שהוגשו ובוטלו נסובו אף הם על פסקי דין מחוזיים שדנו ביחס בין הודיה לבין "דבר-מה נוסף" - ע/96/03 (גבאי - ערעור סנגוריה); ע/196/03 (יפרח - ערעור תביעה).

¹⁰⁹ כך, לדוגמה, על-פי נתוני בית הדין הצבאי לערעורים, הוגשו בשנת 2004 161 ערעורים, מתוכם 38 היו ערעורי הכרעת דין; בשנת 2003 הוגשו 219 ערעורים, מתוכם 49 היו ערעורי הכרעת דין. בשנת 2002 הוגשו 270 ערעורים; בשנת 2001 הוגשו 270 ערעורים ובשנת 2000 הוגשו 249 ערעורים.

מספר הערעורים שהוגשו בסוגיה יש בו כדי להוות אינדיקציה למספר התיקים שנסובו על הסוגיה לפני בתי הדין המחוזיים.¹¹⁰

הנתונים שפורטו מרשימים אף יותר לנוכח מדיניות הפרקליטות הצבאית בסוגיה החל מיולי 2003, עת ניתנה ההחלטה בעניין אל דמע. כאמור, מאותה תקופה החל סגן הפצ"ר לבטל כתבי אישום, עת חומר הראיות בתיק נשען אך על הודיית הנאשם (או על הודייתו ו"בדל" "דבר-מה נוסף"). כאמור, מגמה זו התעצמה החל בנובמבר 2004 לאחר פגישת הפצ"ר עם פרקליט המדינה. לנוכח נתונים אלו, החל

¹¹⁰ לפסקי דין מחוזיים בולטים בהם נדונה שאלת קיומו של "דבר-מה נוסף" לאחר הלכת יוסף, בתיקים בהם העיד הנאשם וחומר הראיות שהוצג היה ב"עוצמה בינונית" (ראו לעיל הערה 52) כלומר, כלל נוסף להודיית הנאשם במשטרה, לכל היותר, מספר "בדל" ראיות שיכלו, בהתאם לשיקול דעת בית הדין, להוות "דבר-מה נוסף" ראו: צפ/111/01 התובע הצבאי נ' טוראי נעים (לא פורסם); צפ/261/01 התובע הצבאי נ' טוראי הדהוד (לא פורסם); דר/382/01 התובע הצבאי נ' דרורי (לא פורסם); ער/7/02, לעיל הערה 100; צפ/13/02 התובע הצבאי נ' רב"ט צדיקוב (לא פורסם); מר/212/02 התובע הצבאי נ' סמ"ר ילסייב (לא פורסם); דר/292/02 התובע הצבאי נ' סמל אטיאס (לא פורסם); צפ/168/03, לעיל הערה 101; צפ/180/03 התובע הצבאי נ' רב"ט גבאי (פדאור); [הסנגוריה הצבאית הגישה ערעור על פסק הדין אך חזרה בה טרם הדין בערעור]; מו"י/318/03 התובע הצבאי נ' טוראי שופטינסקי (פדאור); דר/347/03 התובע הצבאי נ' סמל בן ציון (פדאור); צפ/375/03 התובע הצבאי נ' סמל מאיר (פדאור); צפ/395/03, לעיל הערה 35; צפ/439/03, לעיל הערה 44; צפ/499/03 התובע הצבאי נ' טוראי חסן (פדאור); מר/3/04 התובע הצבאי נ' טוראי לאופר (לא פורסם); מו"י/69/04, לעיל הערה 99; צפ/92/04, לעיל הערה 106; מו"י/111/04, לעיל הערה 35; דר/246/04 התובע הצבאי נ' טוראי ברדה (פדאור); דר/273/04 התובע הצבאי נ' רב"ט איפראימוב (טרם פורסם); מו"י/331/04 התובע הצבאי נ' רב"ט צוברח (טרם פורסם). פסק דין מחוזי המערער עניין מיוחד ניתן בתיק ח"י/69/03 התובע הצבאי נ' רב"ט יפרח (לא פורסם). באותו עניין זוכה הנאשם, בדעת רוב, משימוש במספר רב של פעמים בסם מסוכן. בין שלושת השופטים התגלתה מחלוקת: "השופט הראשון" זיכה "מחמת הספק" הואיל ו"לא יכול היה לקבוע בוודאות מספקת שיש להעדיף" את שתי הודיות הנאשם במשטרה על-פני העדות המכחישה שמסר בבית הדין; "השופט שני" ו"השופט השלישי" נתנו אמון "ללא היסוס" (עמ' 5) בשתי ההודיות "שמשקלן אינו נמוך, אולם מאידך אין משקלן מלא או מירבי" (עמ' 7) וכן ראו בגירת הנאשם בפניהם "גרסת שווא... שנועדה לחלצו מן המיצר" (עמ' 6). אך שני השופטים נחלקו "בשאלת קיומה של תוספת ראייתית מספקת להודאת הנאשם" (עמ' 5). "השופט השני" מצא מספר ראיות היכולות לענות על דרישת ה"דבר-מה נוסף" המוגברת וביניהן "הודאותיו של הנאשם... שלויות כולן בנתוני אמת" (עמ' 9); "המניע, עליו עמד הנאשם, לשימוש בסמים מעוגן במציאות" (עמ' 10) ואף הוכחת "שקרים ברורים בעניין מהותי" בעדותו לפני בית הדין, שאחד משקרים אלו "כוחו יפה לשמש 'סיוע'" (עמ' 10); למרות כל האמור, "השופט השלישי" בחר לזכות בהיעדר "דבר-מה נוסף" להודיות. לדעת "השופט השלישי", לנוכח הפרופיל הנפשי שנקבע לנאשם (פרופיל 45) קיים חשש, כי "התאבד בהודאתו". בנסיבות אלו, הראיות שציין "השופט השני" אינן מספקות את דרישת ה"דבר-מה נוסף" המוגברת (עמ' 10). עם זאת, טרח "השופט השלישי" וציון "בשולי הדברים... כי הוא משוכנע מעל ספק סביר שהנאשם אכן ביצע את העבירה, המיוחסת לו, אולם, להבנתו, חובת הזוהרות הבאה לידי ביטוי בדרישת התוספת הראייתית, כפי שפורשה בעניין בריצוק, מונעת הרשעתו בדין." (עמ' 11). המחלוקת בין "השופט השני" לבין "השופט השלישי" מעידה שוב על הקושי בו נתקלים בתי הדין המחוזיים בבקשם להחיל את הלכות בית הדין הצבאי לערעורים בסוגיית ה"דבר-מה נוסף". יוער, כי התביעה הצבאית הראשית ערערה על פסק הדין המזכה, אך חזרה בה מערעורה לפני הדין בערעור. תודתי לסנגוריים סרן ואסים דאהר, סרן סיון עומר, סרן לילך רובין, סרן אופירה רוטשטיין-אלקבץ, סרן מוריה שלו, וכן לאורן תמיר ולעזרת המשפטית רותם שטרם על עזרתם באיתור פסקי הדין של בתי הדין המחוזיים.

מיוולי 2003 התמעט עד מאוד זרם התיקים בהם יכולה היתה לעלות לדיון שאלת קיומה של ראיית "דבר-מה נוסף" להודיית נאשם במשטרה. הקשיים בהם נתקלים בתי הדין הצבאיים בזהו ראייה המספקת את דרישת ה"דבר-מה נוסף" להודיית נאשם זכו לסיכום ממצה בפסק דינו של בית הדין הצבאי המחוזי, מחוץ שיפוט צפון בעניין דורפמן. בבוחנו קיומו של "דבר-מה נוסף" להודיית נאשמת, לאור פסיקת בתי הדין הצבאיים, ציין בית הדין המחוזי, כי "פסיקת בתי הדין הצבאיים... מותירים את שופטי הערכאה הראשונה מגששים מעט באפילה."¹¹¹ ואכן, אף בערעור על פסק דינו של בית הדין הצבאי המחוזי בעניין דורפמן הוברר, כי למרות נסיונותיו של בית הדין המחוזי לפלס דרכו באפילה, הרי גם הפעם כשל ביישום ההלכה הקיימת מזה "שנות דור". לנוכח קשיים בפסק דינו של בית הדין הצבאי המחוזי ובעקבות הערות שופטי בית הדין הצבאי לערעורים, הגיעו הצדדים בתיק להסדר, שעל-פיו צומצמה הרשעת טוראי דורפמן מהרשעה בעבירה של שימוש בסם מסוכן בארבע הזדמנויות שונות להרשעה בשימוש בסם מסוכן בהזדמנות בודדת.¹¹²

בניגוד לציפיות, הלכת יוסף ועידוד נאשמים להעיד במשפטם בשל המשמעות הראייתית הנלווית להימנעותם מלהעיד, לא סייעו לבתי הדין להבחין בין הנאשמים האשמים לבין הנאשמים החפים מפשע. התערבותו החוזרת והנשנית של בית הדין הצבאי לערעורים בהכרעות הדין של בתי הדין המחוזיים מלמדת, כי הסתמכות על שיקול דעתם של בתי הדין הצבאיים בזהו ראייה האשמים והזכאים מבין כלל הנאשמים המעידים התגלה כמנגנון שאינו יעיל. ניכר, כי בעקבות הלכת יוסף נקלעו בתי הדין

¹¹¹ צפ/618/04 **התובע הצבאי נ' טוראית דורפמן** (לא פורסם), פסקה 14. אמירה זו היא ציטוט של אמירה קודמת של נשיא בית הדין הצבאי המחוזי, מחוץ שיפוט צפון דאז, אל"ם אבי לוי, בהחלטת מעצר בעניין **מנסור**. הרכב בית הדין הצבאי המחוזי בעניין **דורפמן**, בראשות השופט סא"ל לבנוני, מביא את דברי השופט לוי כמציינים את הקושי שנוצר, בעקבות פסיקת בית הדין הצבאי לערעורים, לזהות מהי ראייה שיש בה כדי להיות "דבר-מה נוסף" להודיית נאשם. נדמה, שבכך הוציא בית הדין הצבאי המחוזי את דברי השופט לוי מהקשרם. בהחלטת המעצר קובע אמנם השופט לוי כי "שופטי הערכאה הראשונה מגששים מעט באפילה" אך קביעתו זו נעשתה בהקשר אחר: השופט לוי מתייחס לאי הבהירות בפסיקה הצבאית, לאחר החלטת בית הדין הצבאי לערעורים בעניין **אל דמע (לעיל הערה 35)**, לגבי שאלת הצורך בתוספת ראייתית בשלב ההחלטה בבקשה למעצר עד לתום ההליכים [ראו צפ/334/04 **התובע הצבאי נ' רב"ט מנסור**, החלטת המעצר מיום 19.5.04 (לא פורסם), עמ' 11]. למרות הוצאת האמרה מהקשרה, ברי שבית הדין הצבאי המחוזי בעניין **דורפמן** חש כי אף בשאלה מהן הראיות המספקות את דרישת ה"דבר-מה נוסף" להודיית נאשם במשטרה, מגששים שופטי הערכאה הראשונה באפילה.

¹¹² ע/10/05, **לעיל הערה 108**.

הצבאיים למחלוקות ולקשיים ממשיים ביישום דרישת התוספת הראייתית מזן ה"דבר-מה נוסף". לקשיים האמורים טעמים עמוקים שביאורם חורג מגדרו של מאמר זה. עם זאת, פטור בלא כלום אי-אפשר ולכן, אבקש להציע הסבר למערבולת אליה נקלעו בתי הדין.

ההכרעה, מתי ראייה מסוימת יש בה כדי להוות "דבר-מה נוסף", משתייכת לסוג הפעילות השיפוטית של החלת נורמה, כלל משפטי, על עובדות נתונות. השופט מבצע פעולה של קונקרטיזציה, של "תרגום" ההוראה הנורמטיבית למקרה האינדיבידואלי שלפניו.¹¹³ תרגום נכון של התוספת הראייתית "דבר-מה נוסף" למקרה הקונקרטי מחייב בסיס ורקע משפטיים. עובדות וראיות אינן מגיעות לשופט עם "תווית" על גבן המציינת כי יש בהן כדי להוות ראיית "חזוק" או "דבר-מה נוסף". לשם תרגום נכון, על המשפטן להכיר, בין היתר, את התכלית העומדת ביסוד התוספת הראייתית האמורה, את הפירוש שניתן לתוספת הראייתית האמורה בפסיקה ובעיקר, על המשפטן להכיר את הפרקסיס (praxis), השימוש בשיח המשפטי, בתוספת המכונה "דבר-מה נוסף". כלומר, על המשפטן להכיר מקרים בהם נקבע כי ראיות מסוימות מהוות "דבר-מה נוסף" ומקרים בהם נקבע כי ראיות אינן מהוות "דבר-מה נוסף". דרך פסקי הדין של בתי המשפט נוצר נוהג, פרקסיס, של שימוש במונחי התוספות הראייתיות. השימוש בתוספות הראייתיות הוא הקובע, המכוון את משמעותן. השימוש הינו גם האופן שבו מתגלמת ומבוטאת משמעותן. כל משפטן, המעורה בקהילת המשפטנים, יכול כך להבחין מהי ראייה המהווה "סיוע" ומדי ראייה המהווה אך "חזוק". יכולת זו מיוחסת לאותו "חוש מומחיות של המשפטן", המהווה, למעשה, את חוש הפרקסיס של המשפטן. חוש מומחיות זה מבטא רמה יסודית של הבנה שאינה בגדר פירוש.¹¹⁴

¹¹³ אהרן ברק שיקול דעת שיפוטי (תשמ"ז) 36-38.

¹¹⁴ לדוויג ויטגנשטיין חקירות פילוסופיות (מגרמנית: עדנה אולמן-מרגלית, תשנ"ה), סעיף 201; גלעד ברעלי "ויטגנשטיין על אובייקטיביות וכללים" עיון נב (תשס"ד) 369, 372 - 376; גלעד ברעלי "ויטגנשטיין על חויית המשמעות ועל משמעות המוסיקה" עיון נג (תשס"ה) 428, 436, 439; Martin Stone "Focusing the Law: What Legal Interpretation is Not" (in: A. Marmor (ed.), *Law and Interpretation: essays in legal philosophy*, Oxford, Clarendon Press, 1995) 31, 61.

עניין אחרון זה ראוי להדגשה: ללא הבסיס והרקע המשפטי שתוארו לא ניתן באמצעות הגדרה או פירוש ליתן הסבר מספק למהו "דבר-מה נוסף". לעתים נדמה שעל מנת להבהיר מהי התוספת הראייתית המכונה "דבר-מה נוסף" די במתן פרשנות לביטוי "דבר-מה נוסף". כלומר, די בפרשנות המרתית: המרת התיבה "דבר-מה נוסף" בתיבה אחרת המעניקה פשר למהו "דבר-מה נוסף". על-פי גישה זו, די באמירה כי "דבר-מה נוסף" הוא ראייה "מאמתת אשר נועדה להעמיד את ההודאה במבחן האמת".¹¹⁵ אך כל אשר נעשה בפירוש ההמרתית האמור הוא החלפת הסמל "דבר-מה נוסף" בסמל אחר: "ראייה מאמתת אשר נועדה להעמיד את ההודאה במבחן אמת". החלפת הביטוי בביטוי אלטרנטיבי, בניסוח אחר, לא קידמה אותנו בכיוון יישום הביטוי על מערכת הראיות. המשמעות למהו אותו "דבר-מה נוסף", מהן הראיות המספקות תוספת ראייתית זו, נותרה עדיין עלומה. כך, ניתן לגרוס, על-פי הפשר האמור, כי ראייה מאמתת להודיה בדבר שימוש בסמים היא קיומם של סמים בעולמנו. שהרי קיומם של סמים מעמיד את "ההודאה במבחן של אמת". אכן, במתן פשר למהו "דבר-מה נוסף" טרם גישרנו בין הפירוש למהי תוספת הראייתית לבין משמעותה; טרם גדרנו את תחומה של התוספת הראייתית. כל אשר עשינו היה החלפת פשר אחד ("דבר-מה נוסף") בפשר אחר ("תוספת מאמתת"). ללא ההכנה והרקע המשפטי המוכרים לכל משפטן, ללא הידע לגבי השימוש בפרקטיקה בתוספת מוזן "הדבר-מה נוסף", לא יהא די בפשר האמור. אכן, "כל פירוש עדיין תלוי באוויר ביחד עם מה שהוא מפרש ואינו יכול לשמש לו משענת. הפשרים לבדם אינם קובעים את המשמעות."¹¹⁶

¹¹⁵ ע/41/01, לעיל הערה 3, פסקה 7.

¹¹⁶ ויטגנשטיין, לעיל הערה 114, סעיף 198; ברעלי (תשס"ד), לעיל הערה 114, בעמ' 388; ברעלי (תשס"ה), לעיל הערה 114, בעמ' 436; Gordon P. Baker & Peter M. S. Hacker *Wittgenstein Rules, Grammar and Necessity* (Oxford, Blackwell, 1985) 102; Andrei Marmor *Interpretation and Legal Theory* (Oxford, Clarendon Press, 1995) 149. במאמרו "הראיות לכאורה הנדרשות למעצר עד תום ההליכים – בחינה נוספת", לעיל הערה 39, מציג השופט מרדכי לוי דוגמה בולטת למצב בו פשר למונח אינו מעניק לו, בהיעדר שימוש, משמעות. השופט לוי מציג את ההלכה בעניין זאדה, בה נקבע הרף הראייתי הנדרש למעצר עד לתום ההליכים. השופט לוי עומד על כך כי "בתשובה שניתנה לשאלה שהוצבה – כי יש צורך בסיכוי סביר להרשעה – לא היה חידוש, וביטוי זה עדיין אינו מחוור כל צרכו." (עמ' 566, וראו גם בעמ' 567). כלומר, המרת הביטוי "ראיות לכאורה להוכחת האשמה", שהינו הסף הראייתי הקבוע

בעקבות הלכת יוסף, הקביעה מהי ראייה המהווה "דבר-מה נוסף", לא קיבלה עוד מענה במסגרת השימוש הרגיל בפסיקה במינוח "דבר-מה נוסף". כפי שהוסבר לעיל ויוסבר עוד להלן, בשל הלכת יוסף, מסכת הראיות שהובאה לפני בתי הדין הצבאיים בתיקים בהם הודה הנאשם בחקירה, הפכה לדלה עד מאוד. לרוב, כללה מסכת הראיות רק את הודיית הנאשם בחקירה בתוספת "בדל" "דבר-מה נוסף". מצב זה אינו תואם את הפרקטיקה שהתהוותה בהחלת הדרישה ל"דבר-מה נוסף" בפסיקה הצבאית או האזרחית. כפי שהוסבר לעיל, במערכת האזרחית נמנעו משך עשרות בשנים, על-פי הנחיית היועץ המשפטי לממשלה, וכנראה נמנעים אף עתה, מלהגיש כתבי אישום ללא "דבר-מה נוסף".¹¹⁷ לכן, נמנע, ככלל, מבתי המשפט מלדון במסכות ראיות דלות שלא כללו "דבר-מה נוסף" חיצוני להודיית הנאשם במשטרה. לא בכדי לא דנו משך עשרות בשנים בתי המשפט במערכת האזרחית בשאלה הטהורה אם שתיקת נאשם מהווה "דבר-מה נוסף" להודייתו. מאחר שככלל, הוגשו כתבי אישום אך במקרים שהיה בתיק החקירה נוסף על ההודיה "דבר-מה נוסף" חיצוני להודיה, לא הגיעה לבירור טהור השאלה מהי ההלכה המשפטית עת קיימות אך הודיית הנאשם ושתיקתו במשפט. בכל המקרים, עת דנו שופטי בית המשפט העליון בשתיקת הנאשם כ"דבר-מה נוסף", היו ראיות נוספות, נוסף על השתיקה, ששימשו כ"דבר-מה נוסף". אכן, היותה של שתיקת נאשם בגדר "דבר-מה נוסף" להודייתו בחקירה נדונה "רק במקרים שהצטרפו לה חזוקים חיצוניים נוספים".¹¹⁸

אך במערכת הצבאית לאחר הלכת יוסף, במקרים רבים, לנוכח מסכת ראיות דלה, התעורר קושי בקביעה אם ראייה מסוימת מהווה "דבר-מה נוסף". מאחר שמדובר במקרים שלא התעוררו כמעט בפסיקה האזרחית והצבאית, הפרקטיקה לא

בחוק, בביטוי "סיכוי סביר להרשעה", עדיין אינו נותן מענה למשמעות הרף הראייתי הנדרש. אכן, בהיעדר "הדגמה", בהעדר פרקסיס, לא מונהרת משמעות הביטוי (עמ' 568). זאת ואף זאת, השופט לוי מציין, כי המחלוקת בפסק הדין בין הנשיא ברק לשופטת דורנר לא נסבה על המינוח "סיכוי סביר" אלא על השימוש, הפרקסיס השונה של המונח על-פי גישתם (עמ' 568 - 569 וכן הערת שוליים 82).

¹¹⁷ ראו הטקסט מול הערה 49; וכן אריאל בנדור "גבייה של הודאת נאשם וקבילותה – מטרות, אמצעים, ומה שביניהם" פלילים ה (תשנ"ו) 245, 251.

¹¹⁸ קמר, לעיל הערה 81, בעמ' 294.

היתה ברורה. "חוש המומחיות של המשפטן" לא הצליח לספק תשובה ברורה בקרב קהיליית המשפטנים. לכן, רבו המחלוקות בין בתי הדין המחוזיים לערכאת הערעור. אכן, מאחר שמדובר במקרי קצה, במקרי גבול, בהם השימוש במונח "דבר-מה נוסף" אינו ברור, נראה, כי הכרעות בתי הדין הן שרירותיות, במובן זה שאינן נובעות מן הכלל המשפטי, אלא מהחלטות אינטואיטיביות של השופטים. ודוק, יש הטוענים כי תמיד קיים פער בלתי ניתן לגישור בין חוק מופשט לבין המצב הקונקרטי וכי פער זה מגושר בהחלטה שרירותית של השופט. לפי גישה זו, המוזהה בין היתר עם הפילוסוף של המשפט קרל שמידט (Schmitt), הנורמה המשפטית אינה מכתיבה לשופט, באופן מיכני, את ההחלטה במקרה הספציפי. החלטת השופט היא אישית, קונקרטית, ובעלת היבטים סובייקטיביים.¹¹⁹ אך הביקורת המוצגת כאן על הלכת יוסף אינה נשענת על טענה כללית זו.

בהנחה, שעמדת שמידט ודומיו נדחית, ניתן לאמץ אחת משתי עמדות מקובלות: הראשונה, מאמצת את הטענה מהגותו של קאנט (Kant), כי בנקודה מסוימת מפסיק הכלל להנחות כיצד יש להחילו וכושר השיפוט (המצוי אצל כל אדם) מוביל להחלת הכלל.¹²⁰ השנייה, המבוססת על הגותו של הפילוסוף לודוויג ויטגנשטיין (Wittgenstein) גורסת, כי אין כל פער בין כלל לבין יישומו במקרה הקונקרטי. זאת, מאחר שמשמעות הכלל נקבעת על-פי השימוש בו. לאמור: הבנת הכלל היא לדעת אלו מקרים עולים בקנה אחד עם הכלל ואלו מקרים מפירים את הכלל. כך, הבנת

¹¹⁹ קרל שמיט **תיאולוגיה פוליטית** (רן הכהן - מתרגם, 2005) 51 - 53; John P. McCormick **Carl Schmitt's Critique of Liberalism** (Cambridge, Cambridge University Press, 1997) 209 - 219; Heiner Bielefeldt "Carl Schmitt's Critique of Liberalism" (in: D. Dyzenhaus (ed.), **Law as Politics**, Durham and London, Duke University Press, 1998) 23, 32; Robert Hoese "From Legitimacy to Dictatorship - and Back Again" (in: D. Dyzenhaus (ed.), **Law as Politics**, Durham and London, Duke University Press, 1998) 56, 62. עמדה ברוח זו הביע גם השופט הולמס: "general propositions do not decide concrete cases" **Lochner v. New York**, 198 U.S. 45, 76 (1905).

¹²⁰ Stone, **supra** note 114, at p. 40. קאנט אף מתייחס בהקשר דנן למשפטנים: "משום-כך אפשר שרופא, שופט או חכם-מדינה יכלכל בראשו כללים פאתולוגיים, משפטיים או מדיניים רבים ויפיים, עד לידי אותה דרגה, שהוא-עצמו עשוי ליעשות בכך מורה דייקן, ובכל זאת יכשל על-נקלה בשימוש בהם; או משום שהוא חסר כוח-השיפוט הטבעי (אם-כי לא שכל) והוא עשוי אמנם להכיר את הכללי בהפשטתו, אך אינו עשוי להבחין אם מקרה מסוים שייך אליו; או גם משום שלא הוכן במידה מספקת למשפט זה על-ידי דוגמות ושימוש-למעשה." עמנואל קאנט **ביקורת התבונה הטהורה** (1787) (שמואל הוגו ברגמן ונתן רוטנשטרייך - מתרגמים, תשי"ד) 171 - 174.

תמרוך "עצור" כוללת את היכולת לקבוע אלו פעולות הינן ציות לכלל ואלו הינן הפרתו, ואין כל פער או יסוד פרשני בין הבנת הכלל להחלתו.¹²¹ אף אם נאמץ את הטענה, שלפיה קיים פער בין הכלל לבין החלתו, הרי גם אם בכל החלת כלל משפטי קיימת מעין "קפיצה" בין הכלל לבין החלתו במקרה הפרטי, הרי יש בהצטברות החלות הכלל השיפוטיות, בפרקסיס שנוצר, כדי להנחות במקרה עתידי "רגיל" כיצד להחיל את הכלל. הפרקטיקה מגשרת בין הכלל לבין החלתו. תחת שתי העמדות, יהיו מקרים "קשים" להם לא יתן הפרקסיס תשובה ברורה, אך במקרים "הרגילים", "הקלים", יתן הפרקסיס תשובה ברורה יחסית לשאלה כיצד יש להחיל את הכלל.¹²² במקרים אלו, למי שמצוי בפרקסיס, התשובה לשאלת התוספת הראייתית היא כה ברורה עד לכדי ראיית ההכרעה ככפויה מתוך חומר הראיות גופו.¹²³ כזהו עדיין המצב במערכת המשפט האזרחית בכל הנוגע להחלת הכלל בדבר מהי ראייה המהווה "דבר-מה נוסף" להודיה במשטרה. על רקע הפרקטיקה הברורה יחסית ניתן להבין את נדירות המקרים בהם התערב בית המשפט העליון בהכרעת דינה של ערכאה נמוכה, בשל היעדר "דבר-מה נוסף" להודיה.¹²⁴ אך לא כך במערכת הצבאית בכל הנוגע לפסקי הדין שניתנו לאחר הלכת יוסף וביקשו לקבוע אם בחומר הראיות קיימת ראייה התואמת לדרישות הפסיקה מן התוספת הראייתית מן "הדבר-מה נוסף". כל המקרים לאחר הלכת יוסף היוו בעבור בית הדין הצבאי לערעורים "מקרים קשים". הצטברות הכרעותיו של בית הדין הצבאי לערעורים באותם מקרים לא יצרה שימוש ברור לתוספת הראייתית מן ה"דבר-מה נוסף". וכך, בהיעדר פרקסיס מנחה לערכאות המחוזיות, מצאו עצמם בתי הדין של ערכאה ראשונה "מגששים באפילה" עת ביקשו לקבוע אם ראייה פלונית מהווה "דבר-מה נוסף".

¹²¹ Baker & Hacker, *supra* note 116, at p. 91, 97, 103 - 104; Marmor, *supra* note 116, at p. 146 - 154.

¹²² Marmor, *supra* note 116, at p. 125 - 126.

¹²³ בפארפרזה על דברי ויטגנשטיין, משפטן שהכיר את הפרקסיס יכול היה לומר לרעהו "הרי אתה רואה (!) בחומר הראיות קיומה או אי קיומה של תוספת ראייתית. אמירה מעין זו הינה "בדיוק המבצע הטיפוסי של מי שנכפה על-ידי הכלל." - ראו ויטגנשטיין, לעיל הערה 114, סעיף 231, וראו גם סעיף 223.

¹²⁴ קיטאי-סנג'רו, לעיל הערה 11, בעמ' 47 (הערת שוליים 113).

כך, לדוגמה, במקרה אחד (עניין **שולמן**) עמדו לפני בית הדין הצבאי לערעורים הודיות "מפורטות, סדורות, המשתלבות היטב בהגיון ובמצויאות... בחינת ההודיות בכללותן מציירת תמונה אותנטית מפורטת, המצדיקה ליתן להודיות מחוץ לכותלי בית הדין משקל ראייתי רב.¹²⁵ "דבר-מה נוסף" "ממשי" מצא בית הדין הצבאי לערעורים בשני היבטים. לענייננו, אתמקד בהיבט אחד מבין שני ההיבטים: במסגרת גביית הודייתו במשטרה נשאל החייל "מה הריח והצבע של עשן בזמן עישון ג'וינט?" החייל השיב כי אינו מרגיש ריח כלל "עקב בעיה באף". בית הדין הצבאי לערעורים ציין, כי "בעדותו בפני בית הדין הצבאי המחוזי אישר המשיב את העובדה הייחודית האמורה".¹²⁶ באישורה של עובדה זו, באישור בעדותו של החייל לפני בית הדין כי הוא תתן, מצא בית הדין הצבאי לערעורים את ה"דבר-מה הנוסף" הנדרש להרשעת החייל על סמך הודייתו. בית הדין הצבאי לערעורים אף מדגיש:

"כללו של דבר, שני ההיבטים העובדתיים האמורים – אשר האחד מהם באשר להיותו של המשיב תתן, מצביע על היבט מוכמן **מובהק** – עונים במשקלם המצטבר על דרישת האימות החיצוני להודיות, בשים לב להיותן בעלות משקל פנימי ניכר.¹²⁷"

לעומת זאת, במקרה אחר (עניין **כהן**), שניתן לפני כעשרים שנה, סיפר החייל בהודייתו, כי חייל אחר "הכין צוואר של בקבוק והכניס לתוך כף חשיש יחד עם עוד טבק והתחיל לעשן. הוא הציע לי לנסות לעשן ואני ניסיתי והתחלתי להרגיש כי אני נחנק מזה כי אני חולה אסטמה ולא מעשן בכלל... וגם לא הכנסתי את העשן לריאות. כי אני חולה אסטמה..."¹²⁸ עובדת היות החייל חולה אסטמה הוכחה בעדות חיצונית. אך בית הדין הצבאי לערעורים סירב לראות בכך "דבר-מה נוסף" להודיית החייל. בכך הפך בית הדין הצבאי לערעורים את הכרעת בית הדין הצבאי המחוזי, שראה באישור היות החייל חולה אסטמה, משום "דבר-מה נוסף" להודייתו "בה מצויינת

¹²⁵ ע/59/03, לעיל הערה 90, פסקה 10א.

¹²⁶ ע/59/03, לעיל הערה 90, פסקה 10ב (ההדגשה במקור).

¹²⁷ ע/59/03, לעיל הערה 90, פסקה 10ג (ההדגשה במקור).

¹²⁸ ע/80/85, לעיל הערה 3, עמ' 1.

העובדה כי מחלה זו השפיעה על תגובתו הפיזיולוגית לעישון החשישי". הנימוק שנתן בית הדין הצבאי לערעורים היה כי:

"אכן העדות הנזכרת מאשרת פרט מן הפרטים הכלולים באימרה אלא שכדי שאישור כזה יהווה 'דבר-מה' הוא צריך להתייחס לפרט מפרטי הארוע נשוא האשום ולא לנתון מנתוני הרקע שאין בינם לבין מעשה העבירה ולא כלום." 129

בשני המקרים דובר במגבלה פיסית שהשפיעה על חוויות החייל בעת עישון הסם. המגבלה האמורה אושרה בעדות החייל (במקרה הראשון) ובעדות חיצונית (במקרה השני). אך במקרה אחד בחר בית הדין הצבאי לערעורים לראות באישור האמור משום "דבר-מה נוסף" להודיה, ואילו במקרה השני בחר בית הדין הצבאי לערעורים לראות באישור האמור כאימות של נתון רקע בלבד.¹³⁰

אכן, אין חולק, כי "ראיה שנמצאה ראויה לשמש כ'דבר-מה' בעניין אחד, עשויה שלא להחשב כראויה לשמש 'דבר-מה' בעניין אחר, שהרי הכל מותנה בנסיבות העניין."¹³¹ עם זאת, במקרה דנן, "נסיבות העניין" בשני המקרים דומות עד מאוד.

129 ע"פ 80/85, לעיל הערה 3, עמ' 2.

130 דוגמה נוספת לקושי האמור מצויה בהשוואה ביחסו של בית הדין הצבאי לערעורים לאישור מאורעות הקשורים במועד השימוש בסם. במקרה הראשון שתואר בגוף המאמר (עניין **שולמן**), ההיבט השני בו מצא בית הדין הצבאי לערעורים "דבר-מה נוסף" נגע למועדי השימוש בסם: בהודייתו מסר החייל כי את שני השימושים באקסטזי ביצע לאחר שהיה במעצר בגין עניין שלא היה קשור למקרה דנן. בבית הדין המחוזי הוכח כי אכן היה החייל במעצר בתאריכים בהם נקב. ב"אירוע לא שגרת" זה מצא בית הדין הצבאי לערעורים ראיית "דבר-מה נוסף" להודיית החייל במשטרה (ע"פ 59/03, לעיל הערה 90, פסקה 10). לעומת זאת, בעניין אחר (עניין **פרייסלר**, ע"פ 157/03, לעיל הערה 94), ציין החייל בהודייתו כי ביצע שימוש בסם 21 ימים לאחר תאריך הגיוס, עת יצא לחופשת סוף שבוע באילת. בעדותו אישר החייל כי אכן יצא לחופשת סוף שבוע 21 ימים לאחר תאריך גיוסו. באימות זה של פרט מתוך ההודיה ראה בית הדין הצבאי המחוזי משום "דבר-מה נוסף". בית הדין הצבאי לערעורים קבע, לאחר התחבטות, כי אין באימות האמור כדי להוות "דבר-מה נוסף" לשתי הודיותיו. בית הדין הצבאי לערעורים אמנם ציין כי "אימות קיומה של חופשה באילת במועד הרלוונטי עשוי לענות על 'מבחן ההזדמנות', ולהוות במקרים המתאימים 'דבר-מה נוסף' לאימות ההודיה. אולם, בעניין דנן שונים הם פני הדברים." השוני נעוץ, לדעת בית הדין הצבאי לערעורים, בהיות החייל "תושב אילת". הגעתו לאילת בחופשתו אינה עובדה ייחודית ויוצאת דופן...לא נוכל לראות בעצם העובדה שהמערער היה בחופשת סוף שבוע, כעונה על האימות החיצוני בעל המשקל הניכר, הנדרש בעניינו לאימות ההודאה מחוץ לכותלי בית הדין." (שם, פסקה 10; ההדגשות במקור). יוער, כי בעניין **פרייסלר** דחה בית הדין הצבאי לערעורים גם היבטים נוספים אותם ראה בית הדין הצבאי המחוזי כעונים לדרישת ה"דבר-מה הנוסף" (בין היבטים אלו נכללו: התחושה הגופנית בעקבות שימוש בסם וצבע העשן שאוחרו בהודיות; האישור בעדות החייל בבית הדין המחוזי את מועד הגיוס והיחידה בה שירת בראשית שירותו, פרטים שאוחרו בהודיות).

131 ע"פ 774, 715/78 לוי נ' מדינת ישראל, פ"ד (לג) 228, 234.

המשפטן המעיין בשני פסקי הדין האמורים יתקשה למצוא דרך להבחין, לצורך קביעת קיומו של "דבר-מה נוסף" להודיית נאשם, בין תתן שקהות חוש הריח מונעת ממנו להריח את הסם בעת השימוש, לבין חולה אסטמה שקוצר נשימתו מונע ממנו מלהמשיך ולהשתמש בסם. לא ניתן למצוא בפסקי הדין טעם לקביעה כי במקרה השני מדובר ב"נתון מנתוני הרקע" ואילו במקרה הראשון מדובר בראיה המתייחסת "לפרט מפרטי הארוע נשוא האישום".¹³²

נדמה, כי הטעם להבדלי הקביעות בשני פסקי הדין נובע ממצב מנטלי (חוויתי) של השופטים בערכאת הערעורים אל מול הראיות בכל אחד משני התיקים. מול הראיות בתיק הראשון הרגישו השופטים כי אישורה של מגבלה פיסית מכונן "דבר-מה נוסף". בתיק השני היתה החוויה שחוו השופטים הפוכה. אך שופטי הערעורים אינם יכולים לתקשר או לתרגם באורח מילולי את השוני ב"הרגשה" שהוביל להבדלי הקביעות בין שני המקרים. המצב המנטלי שליווה את התרשמותם של השופטים מחומר הראיות ואת קביעותיהם אינו ניתן להנהרה במילים. לא ניתן על-פיו לקבוע אמת מידה (קריטריון) לשימוש בתוספת הראייתית מזן ה"דבר-מה נוסף". וכאמור, ידיעת המשמעות של ביטוי היא ידיעת אופן השימוש בו. בהיעדר יכולת ליצור אופן שימוש כאמור על יסוד חוויות פרטיות מעין אלו, ימשיכו בני הדין הצבאיים המחוזיים "לגשש באפילה".

וכאן מתבהרת התמונה באשר למיצר אליו נקלע בית הדין הצבאי לערעורים בעקבות הלכת יוסף. טרם ההלכה, במסכות ראייתיות שאינן כה דלות, נוצר מהלך של שימוש, פרקטיקה של שימוש, ב"דבר-מה נוסף". לאחר הלכת יוסף, המסכות הראייתיות הן כה דלות עד שההכרעה בשאלה אם ראיה מספקת את דרישת

¹³² חשוב להדגיש, כי למרות שפסק הדין בעניין החייל חולה האסטמה (עניין כהן, ע/80/85, לעיל הערה 3) ניתן לפני שני עשורים, מצוי פסק הדין כיום בתודעת שופטי בית הדין הצבאי לערעורים. פסק הדין אוזכר במרבית פסקי הדין של בית הדין הצבאי לערעורים הדנים בסוגיית ה"דבר-מה נוסף". בחלק מפסקי הדין אוזכר עניין כהן כמקרה בו נקבע כי הימנעות מלהעיד יכול שתהווה "דבר-מה נוסף" להודיה, ראו ע/41/01, לעיל הערה 3, פסקה 8; ע/190/01, לעיל הערה 12, פסקה 6; ע/126/02, לעיל הערה 13, פסקה 1; ע"מ/28/03, לעיל הערה 36, פסקה 27. במקרים אחרים, מאוזכר עניין כהן לצורך ההבחנה בין נתוני רקע לבין פרט מפרטי האירוע, זאת, עת נבחנת התאמת ראיה לשמש כ"דבר-מה נוסף" להודיה ראו ע/238/02, לעיל הערה 84, פסקה 42; ע/72/03, לעיל הערה 95, פסקה 24; ע/34/03, לעיל הערה 94, פסקה 17; ע/1/04, לעיל הערה 94, פסקה 15. כאמור, לאחר שבית הדין הצבאי לערעורים דחה בעניין כהן את עובדת היות המערער חולה אסטמה כראיית "דבר-מה נוסף", הוא מצא בהימנעותו מלהעיד "דבר-מה נוסף" להודייתו.

ה"דבר-מה נוסף", נשענת על חוויה פרטית, על מצב מנטלי שאינו יכול ליצור מסלול של שימוש בתוספת הראייתית האמורה.¹³³ ודוק, בגזרות מסוימות מכיר המשפט בהתרשמות חווייתית פרטית של שופט: "כי שאלת מהימנותם של העדים, היא דבר המסור ללב לבו של השופט, הוא אינו חייב לאדם דין וחשבון על כך, ולפעמים אף לעצמו לא יגדיר את גורמיו ומחולליו של חוסר-אמונו... כאן על כרחך, משתרע כר נרחב לאומדנותיו של השופט... הבלתי נשקלים והבלתי נמדדים..."¹³⁴ ואכן, נוכח התרשמות חווייתית זו של הערכאה הדיונית ממהימנותו של עד, התרשמות הבלתי ניתנת להנהרה מילולית בפסק הדין, נקבע כלל אי ההתערבות של ערכאת ערעור בממצאי מהימנות של בית דין קמא.¹³⁵ ההנחה היא, שאת התרשמותה החווייתית של השופטת בערכאה הדיונית מן העדים, אותה "תחושה פנימית של בית-המשפט"¹³⁶ לא ניתן להעביר דרך מילות פסק הדין: "טעמו של דבר כנראה בעליל הוא, שהמניע הפסיכולוגי למתן או אי-מתן אמון בדברי העד, מקורו ברגיל בדבר שאינו לא 'שקול' ולא 'מדוד' ולא 'מנוי' אלא כמעט 'סמוי מן העין'....בגדר דק-מן-הדק – עד-אין-נבדק על-ידי בית-משפט יותר גבוה שלא שמע ולא ראה את העד

¹³³ ויטגנשטיין, לעיל הערה 114, סעיפים 258, 261, 304, 376; הרצאה שנשא פרופ' גלעד ברעלי ב- 10.5.05 בנושא: "ביקורתו של ויטגנשטיין על המושגים הפסיכולוגיים" (תודתי לפרופ' ברעלי שהתיר לי להסתמך על הרצאתו); (in: G. Pitcher Alan Donagan "Wittgenstein on Sensation" (ed.), Wittgenstein – The Philosophical Investigations – A Collection of Critical Essays (New York, Anchor Books, 1966) 324, 337, 345, 350).

¹³⁴ "...הדברים הסמויים מן העין, שלא תמיד מגיעים הם לתודעה של השופט, ולעתים קרובות פועלים מתחת לסף ההכרה שלו. לא תמיד יוכל אדם להסביר, מדוע אינו מאמין לדברי חברו, ולא תמיד יהא מסוגל להצביע על מקור החשדנות שלו. יען כי, לגבי רחשי אמון או אי-אמון בדברי הזולת, הקובע והמכריע הוא: הרושם הכללי שקיבלת מהאיש ומן שיחו גם יחד; ורושם זה כוחו יפה בשלמותו ותמימותו דוקא, והוא נפגם ומיטשטש על ידי ניתוח, שכלי-אנליטי, של חלקיו הבודדים." - ע"א 91/50 "מדור" בע"מ נ' ביק, פ"ד ה' 792, 796 (השופט זילברג; ההדגשות במקור). גם השופט לנדוי (כתוארו אז), שהחזיק בעניין זה בדעת יחיד, ציין בפסק דינו כי "רבות נכתב על מהותו של אותו תהליך שכלי ונפשי בו מעריך השופט את ערך העדויות שניתנו בפניו. אין השופט חייב לרשום בהחלטתו את פרטי התהליך הזה. בודאי יהיה לפעמים מושפע מגורמים אשר אינם ניתנים להישקל ולהימדד, אולם לעולם ייזהר ולא יעריך עדויות על פי הרגשות סתומות ועמומות אלא ישתדל להעלות את שיקוליו מעל לסף תודעתו ולנתח את העדויות לאור ההגיון והשכל הישר." (בעמ' 798) וראו גם ע"פ 4436/95 פלוני נ' מדינת ישראל, תק-על 95(3) 2135.

¹³⁵ קדמי, לעיל הערה 21, בעמ' 1396, 1398 - 1409; ע"פ 9352/99 יומטוביאן נ' מדינת ישראל, פ"ד נד (4) 632, 643, 646; ע"פ 4977/92 ג'ברין נ' מדינת ישראל, פ"ד מז(2) 690, 695 - 696.

¹³⁶ ע"פ 9352/99, לעיל הערה 135, בעמ' 644.

שהעיד".¹³⁷ סימנים אלו המכוננים את ההתרשמות החווייתית אינם באים לידי ביטוי מלא אף בפרוטוקול המשפט.¹³⁸ אכן, ערכאת הערעור נעדרת יכולת לבקר ולבחון התרשמות חווייתית של השופטת קמא. אך הקביעה, כי בחומר הראיות מצויה ראיית "דבר-מה נוסף" אינה נכללת בגדר קביעת ממצאי מהימנות ולכן אינה מצויה בגדרי ההלכה לפיה לא תיטה ערכאת ערעור להתערב בממצאי מהימנות של ערכאה דיונית.¹³⁹ הקביעה, כי ראייה מסוימת מהווה "דבר-מה נוסף" להודיה, אמורה להיות ניתנת להנהרה מילולית. לכן, על ערכאת הערעורים מוטלת החובה להנהיר בפסיקתה כיצד קובעים כי קיימת ראיית "דבר-מה נוסף" בחומר הראיות. אך, כאמור, בפסיקת בית הדין הצבאי לערעורים לאחר הלכת יוסף, לא נוצר קריטריון שמיש לקבוע מהי כיום ראיית "דבר-מה נוסף" להודיית נאשם במשטרה.

הבנת משמעות הצירוף "דבר-מה נוסף" טומנת בחובה שליטה בטכניקה, בפרקטיקה של הפעלת התוספת האמורה על מסכת ראייתית. אם הבנת משמעותו של כלל הינה היכולת ליישמו, הרי חוסר היכולת החוזרת ונשנית של בתי הדין הצבאיים המחוזיים להחיל כהלכה את פסיקת בית הדין הצבאי לערעורים והנחיותיו באשר לתוספת הראייתית מוזן "הדבר-מה נוסף", מעיד על היעדר הבנה.¹⁴⁰ לנוכח התערבותו החוזרת ונשנית של בית הדין הצבאי לערעורים בפסיקת בתי הדין הצבאיים המחוזיים בהקשר של יישום התוספת האמורה; בהיעדר מסלול של שימוש

¹³⁷ ע"פ 377/62 לוי נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יז(2) 1065, 1074 (ההדגשה במקור); מרדכי קרמיניץ "קריטריונים לקביעת ממצאים עובדתיים והתערבות ערכאת ערעור בממצאים המתייחסים למהימנות של עדים" הפרקליט לה (תשמ"ג-מ"ד) 407, 410.

¹³⁸ ע"פ 9352/99, לעיל הערה 135, בעמ' 644.

¹³⁹ שאלת קביעת קיומה של ראייה המהווה ראיית "דבר-מה נוסף" בתיק מסוים מסוגת כשאלה מעורבת של "דין ועובדה". הכרעה בשאלה מעין זו אינה מצויה ב"גלעין" כלל אי ההתערבות של ערכאת הערעור בממצאי עובדה. עם זאת, לעתים, נוטות ערכאות ערעור לכפות על עניין שהובא לפנין סיווג של שאלה שבמהימנות על מנת להפעיל את סטנדרט אי ההתערבות בממצאי מהימנות. כך, בעניינינו, ניתן להדגיש, כי לערכאה הדיונית היתה ההזדמנות לבחון את משקל ההודיה, כמו גם את ראיות ה"דבר-מה הנוסף" הפוטנציאליות, על רקע התרשמותה הבלתי אמצעית מהעדויות שהובאו לפנין. כך תושען אי התערבותה של ערכאת הערעור על כלל אי התערבות ערכאת ערעורים בממצאי מהימנות שקבעה הערכאה הראשונה. ראו עמנואל גרוס "חקר האמת והביקורת השיפוטית: התערבות של ערכאת ערעור בממצאי עובדה" עיוני משפט כ(3) (תשנ"ז) 551, 553 - 554, 559 - 560, 565 - 566. גישה מעין זו נקט בית הדין הצבאי לערעורים בהצדיקו אי התערבותו בפסק דינו של בית הדין הצבאי המחוזי בעניין שביט (ע/72/03, לעיל הערה 95, פסקאות 20, 24, 26). כן השוו ל-ע"פ 7595/03 פלוני נ' מדינת ישראל, תק-על 2004(2) 3378.

¹⁴⁰ Marmor, *supra* note 116, at p. 134, 148, 153; Baker & Hacker, *supra* note 116, at p. 97; ויטגנשטיין, לעיל הערה 114, סעיף 269.

בתוספת האמורה, אין שופטי בתי הדין הצבאיים מסוגלים להבין את המשמעות המיוחסת כיום לצירוף "דבר-מה נוסף". שהרי, בהיעדר שליטה בשימוש בתוספת האמורה, בהיעדר שליטה בפרקטיקה, אין ידיעה של משמעות המילים - "להבין שפה פירושו לשלוט בטכניקה".¹⁴¹

ו. השלכות הלכת יוסף על פעולת רשויות החקירה

אחד החששות העיקריים מפני הלכה משפטית המתירה להסתמך על הודיה כראיה מרכזית, שעליה תבוסס הרשעה, הוא החשש מפני התמקדות רשויות החקירה בחילוץ הודיה מן הנחקר. החשש הוא, כי במקום לנתב את המאמץ החקירתי לחיפוש אחר ראיות אובייקטיביות, חיצוניות למעשה העבירה, יתרכזו החוקרים בנחקר. וזאת, עת קיים דווקא אינטרס בעידוד גופי החקירה לחפש אחר ראיות אובייקטיביות לעבירה.¹⁴² במסגרת טיעון זה, המכונה במשפט המשווה טיעון ה"תובע העצלן" (The lazy prosecutor), עלה אף החשש, כי רשויות אכיפת החוק יעשו שימוש באמצעים פסולים להשגת הודיית החשוד.¹⁴³

מחקרים בארה"ב, שגילו קיומן של עשרות הרשעות שווא בעזרת בדיקות ד.נ.א, לימדו, כי רבות מהרשעות אלו התבססו על הודיה כוזבת כראיה מרכזית. נדמה, כי יש במחקרים אלו כדי להוות ראיה ניצחת לסיכון בהתבססות בפלילים על הודיות ללא ראיה חיצונית כלשהי.¹⁴⁴ אכן, ההיסמכות על הודיה כבסיס להרשעה

¹⁴¹ ויטגנשטיין, לעיל הערה 114, סעיף 199; ברעלי (תשס"ה), לעיל הערה 114, בעמ' 446.

¹⁴² James C. Morton & Scott C. Hutchison *The Presumption of Innocence* (Carswell, Toronto, 1987) 112; Easton, *supra* note 53, at p. 168. בועז סנג'רו "ההודאה כבסיס להרשעה - האמנם 'מלכת הראיות' או שמא קיסרית הרשעות השווא" **עלי משפט** ד (תשס"ה) 270, 245, 271; מרדכי קרמניצר "הרשעה על סמך הודאה - האם יש בישראל סכנה להרשעת חפים מפשע?" **המשפט** א (1993) 205, 215; **דין וחשבון הוועדה לעניין הרשעה על סמך הודאה בלבד ולעניין העילות למשפט חוזר** (דצמבר 1994) (להלן: דו"ח ועדת גולדברג), דעת המיעוט פרי עטו של פרופ' קרמינצר, בעמ' 64.

¹⁴³ Easton, *supra* note 53, at p. 143, 179-180, 183 - 184.

¹⁴⁴ "פרויקט החפות" באוניברסיטת קרדו לימד, כי מבין 123 המקרים בהם הוכח, באמצעות בדיקות גנטיות, שמדובר בהרשעות שווא, בלמעלה מרבע מהמקרים בוססה ההרשעה על הודיה. ביתר שלושת רבעי "עוגת" המקרים, בהם אירעה הרשעת שווא, מתחלקים גורמים רבים. מאז תחילתו של פרויקט החפות בשנת 1992 ועד לאפריל 2005 זוכו על בסיס בדיקות הד.נ.א. 157 אסירים שהורשעו (רבים מהם נידונו למאסר עולם או לעונש מוות) - סנג'רו, לעיל הערה 142, בעמ' 248, 250; Gregory W.

הוכחה כלא בטוחה וכבעלת סיכונים גבוהים להרשעות שווא.¹⁴⁵ לכן עלתה הדרישה, במיוחד באנגליה ובארזה"ב, שלא להסתפק בהודיה ולחייב את המשטרה לעשות מאמצים להשגת ראיות אובייקטיביות. כך יובטח כי המשטרה לא "תינעל" על כיוון חקירה אחד ועל השגת הודיה מפי החשוד בכל מחיר לשם ביסוס כיוון החקירה. החשש האמור מהתרכזות רשויות החקירה בחילוץ הודיות מנאשמים עלה ועולה אף בהיעדר הלכה הקובעת כי ניתן להרשיע נאשם אך על סמך הודיותו בחקירה ושתיקתו במשפט. אכן, חשש זה זכה לאחרונה לתשומת לב ציבורית רחבה בעקבות שחרור שלושה נאשמים, שאחד מהם (טארק נוג'ידאת) הודה, בחקירת שב"כ, ברציחתו של החייל אולג שייחט ז"ל. לפי דיווחי התקשורת, אף במקרה זה התמקדות רשויות החקירה בחילוץ הודיות מן הנאשמים הביאה את המשטרה והתביעה "להינעל" על אשמת הנאשמים עת השב"כ הביע ספיקות באשר לאמינות ההודיה. חקירת פיגוע ירי שבוצע באזור בו נחטף החייל הביאה לתפנית בחקירה ולחשיפת החוליה (שכונתה בידי חבריה "משחררי הגליל"), שעל-פי הנטען עתה, ביצעה את רצח שייחט ז"ל. בעקבות תפנית זו שוחררו שלושת הנאשמים, לאחר למעלה מתשעה חודשים במעצר, וזוכו מכל אשמה.¹⁴⁶ "הדעת נותנת", מציינת שופטת בית המשפט העליון בדימוס, דליה דורנר, "כי אלמלא נמצאו הנאשמים הרי שנוג'ידאת ושני חבריו אף היו מורשעים בדין".¹⁴⁷

O'Reilly "Comment on Ingraham's 'Moral Duty' to Talk and the Right to Silence"
87 *J. of Crim. L. & Criminology* (1997) 521, 540

לנתונים עדכניים ראו אתר האינטרנט של פרויקט החפות: <http://www.innocenceproject.org>.
¹⁴⁵ על היות הודיה כבסיס להרשעה לא עוד בגדר "מלכת הראיות", אלא בגדר "קיסרית הרשעות השווא" במשפט הישראלי ראו מאמרו של סנג'רו, **לעיל** הערה 142, ובייחוד עמ' 266 - 267; ד"ר סנג'רו ופרופ' קרמניצר מציינים, כי הרשעה על סמך הודיה בלבד הינה "כפי הנראה, המקור המרכזי להרשעת חפים מפשע." - בועז סנג'רו, מרדכי קרמניצר "המשפט החור - מציאות או חלום?" **עלי משפט** א (תש"ס) 97, 102; כן ראו קרמניצר, **לעיל** הערה 142, בעמ' 206; דליה דורנר "מלכת הראיות נ' טארק נוג'ידאת - על הסכנה שבהודאות-שווא וכיצד להתמודד עימה" **הסנגור** מס' 95 (פברואר 2005) 5.
¹⁴⁶ דני ברנר, ג'לאל בנא ועמיר רפופרט "הודאה של חפים מפשע" **מעריב** 10.5.04, עמ' 4; אלי אשכנזי "שופט יכריע היום אם הנאשמים ברצח שייחט ישוחררו לחופשי" **הארץ** 20.5.04, עמ' 8; מרדכי לוי "על היחס האמביוולנטי להודאה בחקירה כראיה ועל ראיות לכאורה בעייתיות לעניין מעצר עד תום ההליכים - בעקבות חקירת רצח החייל אולג שייחט ז"ל" **הסנגור** מס' 87 (יוני 2004) 5. ראו גם החלטת השופט אברהם לשחרר את שלושת הנאשמים - ב"ש (נצרת) 1957/04 **סבייח ואח' נ' מדינת ישראל**, תקדין-מחוזי 2004(2) 3530; כן ראו את החלטת השופטת חיות, טרם חשיפת חוליית "משחררי הגליל", הדוחה את ערעור שניים מהנאשמים על ההחלטה לעוצרם - ב"ש"פ 696/04 **סבייח ואח' נ' מדינת ישראל**, תק-על 2004(1) 1254.
¹⁴⁷ דורנר, **לעיל** הערה 145, עמ' 5.

אף שבמערכת המשפט האזרחית אין נוהגת הלכת יוסף¹⁴⁸, הדגישה פרשת חקירת רצח החייל שייחט ז"ל את ההתמקדות של רשויות החקירה במדינת ישראל בחילוץ הודיות נאשמים ולא בחיפוש אחר ראיות אובייקטיביות.¹⁴⁹ הסנגורית הציבורית הארצית עמדה לאחורונה, בעקבות פרשת שייחט ז"ל ופרשות אחרות, על מגמת המשטרה להתמקד בחילוץ הודיות מנאשמים ולא בחיפוש אחר ראיות אובייקטיביות.¹⁵⁰ ביקורת ברוח זו הושמעה גם מפי מומחים מן האקדמיה.¹⁵¹ אף שופט בית הדין הצבאי לערעורים, מרדכי לוי, שאישר את הלכת יוסף כחבר במותב השופטים בעניין מילשטיין, כתב אך לאחורונה במאמר שפרסם, כי:

"לדעתי, המצב המשפטי הנוהג כיום אינו משיע רצון דיו. הוא גורם לכך שבפועל, ובניגוד להנחיות הפסיקה, במקרים לא מעטים מתמקדות החקירות בהשגת הודאות מחשודים... ולא בחיפוש אחר ראיות חיצוניות לחשיפת האמת..."¹⁵².

¹⁴⁸ יצוין, כי השופטת רייך-שפירא מבית משפט השלום בתל-אביב-יפו מאזכרת ומאמצת את הלכת יוסף בפסק דינה בת"פ (ת"א) 10649/00 מדינת ישראל נ' אלבו, דינים-שלום כרך יט 104. מצויות דוגמאות ספורות נוספות מהעת האחרונה, בפסיקת בתי משפט השלום ובתי המשפט המחוזיים, לשימוש בהימנעות נאשם מלהעיד כ"דבר-מה נוסף" להודייתו. עם זאת, כפי שצוין לעיל, למרות היעדרה של הלכה פסוקה בנושא, ההלכה הנוהגת בערכאות האזרחיות הינה שהימנעות נאשם מלהעיד אינה יכולה להוות "דבר-מה נוסף" להודייתו.

¹⁴⁹ פרקליטים של שניים מהנאשמים, עו"ד אביגדור פלדמן, עמד, בטור שפרסם בעקבות הפרשה, על היעדרה של כל ראיה אובייקטיבית לתמיכה בהודיה: אביגדור פלדמן "ממלכת הצללים של המשפט מעריב 10.5.04, עמ' 5.

¹⁵⁰ ארי סירקין, "המשטרה אינה מחפשת ראיות אובייקטיביות אלא מתמקדת בהודאות של חשודים" Nfc, <http://www.nfc.co.il/archive/001-D-63598-00.html?tag=18-27-55> - 7.2.05

¹⁵¹ בנדור, לעיל הערה 117, בעמ' 251; סג"ר, לעיל הערה 142, בעמ' 260 - 262.

¹⁵² לוי, לעיל הערה 146, בעמ' 6, 10. השופט לוי מביע ברשימתו הסתייגות מהיחס הניתן להודיה בחקירה כ"מלכת הראיות" וגורס "בהסתמכות על הודאות בחקירה טמונה סכנה לטעות... ספק בעיני אם קיימת מודעות מספקת לסכנה האמורה, ואם עוצמת הסכנה הופנמה דיה." (עמ' 7). ראוי אך להזכיר כי הלכת מילשטיין, לה כאמור היה שותף השופט לוי, המסתפקת בשתיקת הנאשם כ"דבר-מה נוסף", מחוקת דווקא את מרכיבות ההודיה בהרשעה. זאת ועוד, כפי שיוצג להלן, הלכת יוסף כמו גם הלכת מילשטיין אך חיוקו את מגמת רשויות החקירה בצבא להתמקד בחילוץ הודיות מנחקרים. נזכיר, כי השופט לוי לא היה כבול בעניין מילשטיין לתקדים המחייבו לאמץ את הלכת יוסף: בהיעדרה של הלכה פסוקה מפי בית המשפט העליון היות שפסק דין יוסף אינו כובל את ערכאת הערעור עצמה (ע/41/01, לעיל הערה 3, פסקה 9). לכן, אם אכן, לדעתו של השופט לוי, המצב המשפטי "אינו משיע רצון" מוקשה בעיני מדוע תמך בעניין מילשטיין בהלכה שאך מרעה את המצב, אף לפי השקפתו.

הטעם העיקרי לנטייתן של רשויות החקירה הישראליות להתמקד בחילוץ הודיות, גורסים מלומדים, הינו השפעתם הרבה של דיני הקבילות והמשקל על אופן החקירה המשטרית.¹⁵³

במערכת הצבאית, בעקבות הלכת יוסף המעניקה ערך מוסף נוסף להודיה, מעבר לערכה במערכת האזרחית, גובר החשש להתמקדות רשויות החקירה אך בחילוץ הודיית הנאשם. המלומד קמר ציין, קודם לקבלת הלכת יוסף, כי קבלת העמדה הרואה בהימנעות מלהעיד "דבר-מה נוסף" להודיה, תגרום לרשויות החקירה להתמקד בחילוץ הודאות מפי החשודים ותגביר את הלחץ המופעל על חשודים בחקירה. נוסף לכך, ציין קמר, גישה זו, אין בה כדי לעודד את רשויות החקירה לחפש ראיות חיצוניות ועצמאיות להוכחת האשמה.¹⁵⁴

ואכן, הניסיון שנרכש מאז שניתנה הלכת יוסף מאשש את החשש האמור. במספר פסקי דין והחלטות מעצר, שנתן בית הדין הצבאי לערעורים לאחר הלכת יוסף, נמתחה ביקורת חריפה וחסרת תקדים בפסיקה הצבאית על דלות החומר הראייתי ועל היעדר מאמץ של ממש מצד רשויות החקירה והתביעה לחפש ראיות נוספות מעבר להודיית הנאשם. בעניין להב העירו שופטי הרוב בבית הדין הצבאי לערעורים כי:

"אף כאשר החשוד מודה 'באורח מלא' בחקירתו במשטרה בעבירה המיוחסת לו, ראוי כי התביעה לא תסתפק בכך ותמצה את החקירה. אולם, הדברים אמורים על דרך קל וחומר כאשר החשוד מסר 'הודאה חלקית' בלבד. על גורמי החקירה לבצע את המוטל עליהם: לחקור ולאסוף ראיות. אכן, לא בכדי העיר בית הדין קמא ל'גורמי התביעה הצבאית' על אי-השלמת החקירה בהליך זה."¹⁵⁵

בעניין בריצ'וק ציין בית הדין הצבאי לערעורים, כי:

"ככלל, על רשויות החקירה והתביעה לשאוף שלא להסתפק בהודייתו של נאשם, כראיה יחידה לחובתו – שמא אינה אמינה... במקרה דנן, נראה לכאורה כי היה

¹⁵³ בנדור, לעיל הערה 117, עמ' 250 - 251; סנג'רו, לעיל הערה 142, עמ' 260 - 262; דורנר, לעיל הערה 145, עמ' 12; סנג'רו, קרמניצר, לעיל הערה 145, עמ' 105.

¹⁵⁴ קמר, לעיל הערה 81, עמ' 280, 283 - 284, 294.

¹⁵⁵ ע/190/01, לעיל הערה 12, פסקה 14 (ההדגשה במקור). עוד מציינים שופטי הרוב כי "הנתונים הנסיבתיים כפי שהובאו על ידי התביעה הצבאית הם דלים ומצומצמים" – שם, פסקה 13.

מקום לשאוף להשלמת החקירה, בטרם הוגש כתב האישום נגד המערער, ואין זה ברור אם נעשה די לשם כך... קיימת אפשרות סבירה, כי אילו הועמקה החקירה דנן, היתה נמצאת ראייה נוספת – לאו דווקא ראייה המוכיחה עצם ביצוע העבירות – שהיה בכוחה, לבדה או יחד עם חומר הראיות הקיים, לאמת את הודיות המערער ולשמש להן 'דבר-מה ממשי'. אם אמנם כך, באי השלמת החקירה – נפגע האינטרס הציבורי של מיצוי הדין, של חשיפת האמת ושל עשיית משפט צדק.¹⁵⁶

בהחלטת המעצר בעניין אל דמע חזר שופט בית הדין הצבאי לערעורים אל"ם

מרדכי לוי וציין כי:

"על-פני הדברים, ספק אם רשויות החקירה ורשויות התביעה מיצו את המאמצים למצוא 'דבר-מה' ממשי להודיית המשיב, בטרם הוגש כתב האישום כנגדו... במקרה דנא החקירה היתה קצרה ביותר; נעשה אמנם נסיון להשיג 'דבר-מה' להודייה, אך לאור חזרתו של המשיב חיש מהר מההודייה ולאור העדר כל ראייה אחרת על התרחשות מעשי העבירה, היה לכאורה מקום לעשות נסיון נוסף ולהשקיע מאמץ להשלים את החקירה ולמצותה, בטרם הזדרזה התביעה להגיש את כתב האישום."¹⁵⁷

ולאחר כל ההערות האמורות, בפסק הדין בערעור בעניין שביט ציין בית הדין

הצבאי לערעורים, כי "כאן המקום לחזור ולהזכיר את ההנחייה של בית המשפט

העליון ושל בית דין זה, כי ראוי ככל האפשר שלא להסתפק בהודאת נאשם

¹⁵⁶ ע/238/02, לעיל הערה 84, פסקה 43.

¹⁵⁷ ע"מ 28/03, לעיל הערה 36, פסקה 49 להחלטה. יוער, כי בחודש אוקטובר 2003, חודשים ספורים לאחר מתן ההחלטה בעניין אל דמע, העבירה התובעת הצבאית הראשית דאו, אל"ם עינת רון, הנחיה למפקדי בסיסי מצ"ח ולתובעים הפיקודיים (ראשי חוליות התביעה הכפופים לפרקליט הפיקודי) בנוגע ל"דבר-מה נוסף" הדרוש לשם הרשעת נאשם שהודה בחקירה. בהנחיה התבקשו חוקרי מצ"ח "אשר בפניהם נחקרים המודים בעבירה שעניינה שימוש בסם מסוכן, לפעול לאימות הודאת הנחקר" על-ידי, ב"שלב א'", "עיבוי ההודיה בעובדות רלבנטיות לעניין" וב"שלב ב'" "אימות העובדות שמסר החשוד". התובעים הפיקודיים התבקשו לוודא "כי נעשה מאמץ חקירתי ראוי לגביית עובדות רלבנטיות רבות ככל הניתן מחשוד המודה בעבירה, וכי עובדות אלו אומתו בחקירה". (סעיף 13 להנחיה). "במקרים בהם לא נמצא בסופו של דבר, 'דבר-מה'", התבקשו התובעים הפיקודיים להתייעץ עם התביעה הצבאית הראשית לפני הגשת כתב אישום (סעיף 14 להנחיה). על פני הדברים, מהווה הנחיה זו אך הדגשה ופירוט של המדיניות שפורטה לפני בית הדין הצבאי לערעורים בעניין אל דמע (לעיל הערה 36, פסקה 13). עם זאת, מותרת ההנחיה אפשרות, שלאחר ההתייעצות בין התובע הפיקודי לתביעה הצבאית הראשית, לא יוגש כתב אישום עת "בסופו של דבר" לא נמצא "דבר-מה נוסף". עותק של ההנחיה מצוי בידי המחבר.

בחקירתו ולהביא בפני בית המשפט גם ראיות אחרות על התרחשות העבירה המיוחסת לו.¹⁵⁸ יצוין, כי הערתו של בית הדין הצבאי לערעורים בעניין **שביט** ניתנה לאחר שבערעור המעצר בעניינו של אותו שביט קבע שופט בית הדין הצבאי לערעורים כי "מקובלת עלי גם ביקורתו (של השופט קמא; הערה שלי - המחבר) על רשויות החקירה שלא מיצו את החקירה. בעניין זה יש לציין כי גם במקרה של הודיית נאשם, ככל האפשר ראוי להביא בפני בית המשפט ראיות אחרות על עצם התרחשות העבירה ולא להסתפק בהודיה."¹⁵⁹ טרם חתימת ההחלטה ציין שופט בית הדין הצבאי לערעורים "כי מן הראוי שהתביעה תפיק את הלקחים המתחייבים לאור האמור לעיל."¹⁶⁰

ואך לאחרונה בעניין **פריסלר** שב בית הדין הצבאי לערעורים וציין: "במהלך חקירת מצ"ח לא נעשה כל ניסיון מצד גורמי החקירה לבחון את אמיתות ההודאות מחוץ לכותלי בית הדין, על-ידי ניסיון להתחקות אודות אמיתות הפרטים המצומצמים הנזכרים בהודייה..."¹⁶¹

ניכר, כי במרבית המקרים בהם השמיע בית הדין הצבאי לערעורים את הערותיו היה ביכולתן של רשויות החקירה למצוא, ללא מאמץ מיוחד, גם ראיות חיצוניות התומכות בהודיה. חשוב על כן להדגיש, כי אם דובר בהודיות אמת, הרי גם ללא הענקת משקל ראייתי להימנעות הנאשם מלהעיד ניתן היה להרשיע, לפחות בחלק ממקרים אלו, לו היו רשויות החקירה תרות אחר ראיות חיצוניות. אם אכן דובר בהודיות אמת, סביר מאוד להניח שברובם המכריע של המקרים הללו היתה נמצאת ראיה חיצונית לתמוך בהודיה.¹⁶²

¹⁵⁸ ע/72/03, לעיל הערה 95, פסקה 25.

¹⁵⁹ ע"מ/15/03 רב"ט שביט נ' התובע הצבאי הראשי (טרם פורסם), פסקה 7.

¹⁶⁰ שם, פסקה 8.

¹⁶¹ ע/157/03, לעיל הערה 94, פסקה 9.

¹⁶² דעת הרוב בדו"ח ועדת גולדברג, לעיל הערה 142, עמ' 21; סנג'ור, לעיל הערה 142, עמ' 268; לוי, לעיל הערה 146, עמ' 8. להערה נוספת של בית הדין הצבאי לערעורים בהקשר דנן ראו ע/1/04, לעיל הערה 93, פסקאות 18, 22. דוגמה בולטת נוספת בפסיקת בתי הדין הצבאיים המחוזיים לאולת ידן של רשויות החקירה הצבאיות בבואן לאמת הודיית נחקר, מצויה בפסק הדין בתיק צפ/395/03: "לכל זאת יש להוסיף, כי רב"ט מיכאלוב (החוקרת; הערת המחבר), לא ניסתה לבחון האם הודאתו של הנאשם אמיתית. דווקא משבחר הנאשם שלא להכביר מילים על נסיבות השימוש בסם, כך למשל העדיף שלא למסור שמות של מי שסיפקו לו את הסם, הסתפקה רב"ט מיכאלוב בתשובתו. אף כאשר בדגימת השתן של הנאשם לא נימצאו סמים, לא נעשה כל ניסיון לברר את התוצאה שהיתה בניגוד להערכות החוקרים, כמו גם הנאשם עצמו. די בהקשר זה שנפנה אל דברי החוקרת עת נשאלה: 'מה עשית על

שלל ההערות שהובאו הוא תוצר ישיר של הלכת יוסף. נדמה, כי המעיין בפסיקת בתי הדין הצבאיים טרם הלכת יוסף יתקשה למצוא הצטברות כה רבה של הערות פרי עטו של בית הדין הצבאי לערעורים, בתקופה קצרה יחסית, לגורמי החקירה והתביעה כי אין להסתפק אך בהודיית הנאשם בחקירתו ויש לחתור לאיתור ראיות אובייקטיביות לאימות ההודיה.

ניכר מהניסיון שהצטבר מעת מתן פסק הדין בעניין יוסף, כי גורמי האכיפה הצבאיים "עיכלו" את פסק הדין והחלו להתמקד אך בחילוץ הודיות נאשמים. כפי שעלה ממכתבה של התובעת הצבאית הראשית לבית הדין הצבאי לערעורים בדיון בעניין אל דמע, הלך מחשבתם של גורמי החקירה והתביעה הינו כי אם יימנע הנאשם מלהעיד יוכלו להיסמך על הודייתו ועל הימנעותו מלהעיד לשם הרשעתו. ואילו אם יעיד, סביר כי יימצא "דבר-מה נוסף" תודות לעדותו.¹⁶³ מגמה זו מסוכנת היא, שהרי "ככל שהחקירות מתמקדות בנחקרים עצמם, גדל הסיכון שיופעלו אמצעים בלתי חוקיים ותחולצנה הודאות שווא".¹⁶⁴ לעומת זאת, הלכה שאינה מתירה לתביעה להיסמך על הימנעות הנאשם מלהעיד כ"דבר-מה נוסף" להודייתו יש בה כדי לעודד את גורמי החקירה שלא להתמקד אך בחילוץ הודיית הנחקר אלא להעמיק את החקירות ולהשיג ראיות אובייקטיביות. בכך תופחת, ולו במקצת, הסכנה של הרשעת חפים מפשע על סמך הודיות שווא בחקירתם.¹⁶⁵

יהיו שיטענו, כי מחדלי החקירה של רשויות האכיפה אינם נובעים רעיונית מהלכת יוסף. לאמור, על-פני הדברים ניתן לטעון כי למרות שהלכת יוסף מאפשרת

מנת לוודא שהנחקר לא התוודה סתם? ע: לא עשיתי כלום...מיותר לציין, כי פעולות אחרות, מעבר לחקירת הנאשם, לא נעשו. נותרה אם כן, אמירתו הסתמית של הנאשם לבדה. (צפ/03/395, לעיל הערה 35, פסקה 18, 20). לאמירות נוספות בפסיקה המחויבת לגבי דלות החומר הראייתי והעדר ראיות נוספות מעבר להודיית הנאשם, ראו לדוגמה: צפ/01/261, לעיל הערה 110, עמ' 2; צפ/03/168, לעיל הערה 101, פסקאות 11 - 12.

¹⁶³ ראו לעיל מול הערה 43.

¹⁶⁴ קרמניצר, לעיל הערה 142, בעמ' 215.

¹⁶⁵ קיטאי-סנג'רו, לעיל הערה 11, בעמ' 64; לוי, לעיל הערה 146, בעמ' 8, 10. למיותר לציין שמאחר שמשקלו של "דבר-מה נוסף" במקרים רבים קל למדי והשגתו אינה כרוכה בקשיים רבים, לא יהיה בהלכה הקובעת ששתיקת נאשם אינה יכולה להוות "דבר-מה נוסף" כדי להוות פתרון מושלם לסכנת הרשעת חפים מפשע. עובדה היא שבמערכת האזרחית, ללא הלכת יוסף, הורשעו חפים מפשע על סמך הודייתם המגובה ב"דבר-מה נוסף". פרופ' קרמניצר גורס, כי ערכו של מבחן "הדבר-מה הנוסף" מוגבל מאוד וספק אם יש לו ערך ממשי. ראו קרמניצר, לעיל הערה 142, בעמ' 205; בנדור, לעיל הערה 117, בעמ' 251 - 252; סנג'רו, קרמניצר, לעיל הערה 145, בעמ' 102, 105.

לגורמי האכיפה, לאחר שחילצו הודיה מן הנאשם, להימנע מחיפוש אחר ראיית "דבר-מה נוסף" ולהסתמך על צמיחתה במהלך המשפט, לא היו צריכים גורמי האכיפה לנהוג כך. לנוכח החשש המיוחד מהרשעת שווא הקיים עת מבוססת ההרשעה על הודיית נאשם ושתיקתו, או על הודיית נאשם וראיית "דבר-מה נוסף" שצמחה מעדותו, היה על גורמי האכיפה לקבוע לעצמם סטנדרט חקירה גבוה ולא להסתפק בחילוץ הודיית נאשם. לפי גישה זו, למרות שההתפתחויות האמורות נבעו סיבתית מהלכת יוסף, אין בהם כדי להעיד על פגם רעיוני-משפטי בהלכה, אלא רק על דרך פעולה שגויה של רשויות החקירה. אך התביעה הצבאית לא הסתפקה בניסיונות לתרץ את פעולתן השגויה של רשויות החקירה בשיקולי יעילות והיעדר כוח אדם. בשלב מסוים ביקשה התביעה הצבאית לבסס, על סמך הלכת יוסף, את הטענה כי אין צורך כלל בראיית "דבר-מה נוסף" ודי בהודיית נאשם בחקירה לשם הרשעתו.

מלומדים ציינו, כי קביעה ששתיקה היא בעלת משמעויות ראייתיות משמעה הסקה מ"אין" על "יש".¹⁶⁶ מטענות אלו צריכה, לכאורה, לצמוח המסקנה כי אין די בשתיקת נאשם כדי להוות "דבר-מה נוסף".¹⁶⁷ אך בעקבות הלכת יוסף ניתן להסיק, כי אם בית הדין הצבאי לערעורים מעניק ל"אין" משמעות ראייתית כ"דבר-מה נוסף", אין מניעה להרשיע נאשם אך על סמך הודייתו וללא "דבר-מה נוסף". שהרי אם השתיקה היא "אין" מדוע לא להרשיע אף בהיעדרה, כשה"אין" איננו? טענה מעין זו הועלתה על-ידי התביעה בעניין פרייסלר.¹⁶⁸ בהיעדר חשש ללחץ פנימי, טענה התביעה, אין מניעה להרשיע על יסוד הודיותיו של פרייסלר בחקירה בתוספת דחיית עדותו במשפט כ"דבר-מה נוסף". התביעה נסמכה בטענה זו על היקש מטיעוני ה"שכל הישר" שהוצגו בהלכת יוסף: דרישת התוספת הראייתית

¹⁶⁶ קיטאי-סנג'ור, לעיל הערה 11, בעמ' 67.

¹⁶⁷ ברי, שסעיף 162 לחוק סדר הדין הפלילי, המייחס להימנעות מלהעיד משמעות ראייתית, סותר חזיתית תפישה זו. אך גם נוכח קיומו של סעיף 162 ספק אם יש הצדקה להרחיב את המשמעות הראייתית המוענקת לשתיקה כ"אין" מעבר לקבוע בסעיף, קרי לא רק כראיית "סיוע" או "חיוק" אלא גם כראיית "דבר-מה נוסף".

¹⁶⁸ יוער, כי כבר בעניין בריצוק עלתה טענה זו של התביעה, אם כי בצורה מודגשת פחות, ונדחתה על-ידי בית הדין הצבאי לערעורים: ראו ע/238, לעיל הערה 84, פסקאות 37 - 38.

מזן ה"דבר-מה נוסף" נועדה "להניח את דעתו של בית המשפט כי הנאשם... אינו מודה במה שלא עשה מתוך 'לחץ פנימי'"; נאשם הכופר באשמה אינו נתון עוד ללחץ פנימי; הימנעותו מלהעיד מלמדת כי לא היה "לחץ פנימי" כאמור, שהרי אחרת היה מעיד עליו, ולכן, יכולה הימנעותו מלהעיד להוות "דבר-מה נוסף" להודייתו. כך, לפי קו המחשבה המוצג בהלכת יוסף.¹⁶⁹ אך לנוכח האמור, אם שתיקת נאשם מהווה "דבר-מה נוסף", מדוע לא יורשע נאשם שהודה בחקירה במשטרה, שהעיד וגירסתו בדבר ה"לחץ הפנימי" נדחתה על-ידי בית הדין? או בלשונו של התובע בסיכומיו בכתב בעניין פרייסלר:

"אכן, אם הימנעות מלהעיד עשויה לשמש כ'דבר-מה נוסף' להודייה במצ"ח, מן הטעם שעומדת לחובתו של נאשם העובדה שלא חשף עצמו לחקירה נגדית (ראו, למשל: עניין מושיק לוי יוסף...), ברי שדחיית גירסתו על-ידי בית הדין בשל תוצאותיה של החקירה הנגדית, חייבת להביא לתוצאה זהה."¹⁷⁰

אכן, למחדלי החקירה יש לא רק שורשים סיבתיים בהלכת יוסף, אלא גם שורשים רעיוניים: נוכח היותה של שתיקת נאשם בגדר "אין" שיכול להוות "דבר-מה נוסף", סברה התביעה כי אין כל טעם טוב מדוע דחיית טענתו של הנאשם כי הודייתו

¹⁶⁹ ע/41/01, לעיל הערה 3, פסקה 9; סיכומי התביעה הצבאית ב-157/03 ע/157/03 רב"ט פרייסלר נ' התובע הצבאי הראשי, סעיפים 61, 82.

¹⁷⁰ סיכומי התביעה הצבאית ב-157/03 ע/157/03 רב"ט פרייסלר נ' התובע הצבאי הראשי, סעיף 67. עוד כותב התובע בסעיף 66: "על-כן ברי, שאם עלה הנאשם והעיד, כי הודייתו היא 'הודיית התאבדות', ועדותו נמצאה לא מהימנה על-ידי בית הדין, עשוי הדבר להוות 'דבר-מה נוסף' להודייתו במצ"ח; שאם לא-כן, נמצאת, מחד, מעניק משקל ראיתי להימנעות מלהעיד, על-מנת לעודד עדותם של נאשמים, כדי שזו תעמוד במבחן החקירה הנגדית, ולמען בירור האמת... אך, מאידך, אין אתה מעניק משקל ראיתי לתוצאת כשלון העדות במבחן החקירה הנגדית, ולאמת שבוררה כדבעי, ולפיה, לא מסר הנאשם הודייה כוזבת במצ"ח, כי אם הודיית אמת." מוסיף ומבאר התובע בסעיפים 68 ו-71: "אכן, אם שתיקת נאשם במשפטו יכולה להוות 'דבר-מה נוסף' להודאתו במצ"ח, מדוע לא תהיה קביעת חוסר מהימנותו של הנאשם לעניין שבמחלוקת – נסיבות מתן האימרה ומהימנותה – 'דבר-מה נוסף' אף היא? מה בין זו לבין זו? מה בין נאשם הממלא פיו מים נוכח ראיות המסבכות אותו, לכאורה, במעשה עבירה, לבין אותו נאשם העולה על דוכן העדים ונקבע לגביו שאין הוא אמין?...אכן, משבית הדין קמא הנכבד דחה את גירסתו של המערער בדבר היות הודיותיו במצ"ח כחבות ודמיונית, הופג החשש שאותו באה דרישת 'הדבר-מה נוסף' להסיר, וממילא שוב אין כל סיבה שלא לתת בהודיותיו של המערער במצ"ח אמון מלא, ולהרשיעו לפיהן." טענה ברוח דומה עלתה בבית הדין הצבאי המחוזי ונדחתה כבר בראשית שנת 2002 בעניין דרורי – דר/382/01, לעיל הערה 110, פסקה 10: "בא כוח התביעה ניסה לשכנענו כי לאור הלכת בית הדין הצבאי לערעורים ב-41/01 ע/41/01 התצ"ר נ' סמל מושיק-לוי יוסף, יש מקום לקבוע כי אם בשתיקת נאשם כדי לשמש דבר-מה נוסף, יש גם בעדות בלתי מהימנה של הנאשם כדי למלא דרישה זו."

כזבת, לא תהווה "דבר-מה נוסף". אך ביסוס חוסר מהימנות טענותיו של נאשם לגבי הכזב בהודייתו מתחייב ממילא לשם הרשעתו אף ללא כל דרישה בדבר תוספת ראייתית. אכן, יקשה לחשוב על מצב בו יורשע נאשם עת טענותיו לגבי הכזב בהודייתו נמצאו מהימנות או אך עוררו ספק. רק לאחר שהוכח, כי טענות הנאשם לגבי הכזב בהודייתו אינן מהימנות, יש טעם לבחון קיומה של ראיית "דבר-מה נוסף".¹⁷¹ לכן, אם כדי להרשיע נאשם די בהודייתו בתוספת הוכחת אי מהימנות עדותו, הרי שאין עוד צורך במציאת "דבר-מה נוסף" להודיה. רשויות האכיפה יכולות להסתפק אך בהודיית הנאשם, בלי לנסות ולאתר ראיית "דבר-מה נוסף" לפני הגשת כתב האישום. אכן, כאן טמון עוקצה של טענת התביעה: שהרי, למעשה, כפי שציין בית הדין הצבאי לערעורים "טענת התביעה... שאין מניעה להרשיעו על יסוד הודאותיו בחקירת מצ"ח, תוך מתן משקל מלא להודאות אלו, ללא צורך ב'דבר-מה נוסף'.¹⁷²

וכאמור, כפי שחזרה והדגישה התביעה הצבאית בטיעונה בעניין פרייסלר, קו רעיוני זה נאמן לקו שהציג בית הדין הצבאי לערעורים בפסק דינו בעניין יוסף, עת ביסס את עיקר הנמקתו על שיקולי "שכל ישר" ואך כנימוק משני תמך יתדותיו בסעיף 162 לחוק סדר הדין הפלילי.¹⁷³

בית הדין הצבאי לערעורים דחה בעניין פרייסלר את קו המחשבה האמור של התביעה בשורות ספורות:

"אין ממש בטענה זו, המשיגה על יסודות שיטתנו המשפטית, שלפיהן סילוק חשש בדבר אמיתות הודיה, שניתנה בחקירה מחייב, כי יימצא 'דבר-מה נוסף' לאימותה... התביעה מבקשת ללמוד היקש מהדין, המאפשר במקרים המתאימים, ליתן משקל להימנעות

¹⁷¹ סיכומי ההגנה ב-157/03/ע רב"ט פרייסלר נ' התובע הצבאי הראשי, סעיף 135; ע"פ 6289/94 דזנשוילי נ' מדינת ישראל, פ"ד נב(2) 157, 176; ע/238/02, לעיל הערה 84, פסקה 38.

¹⁷² ע/157/03, לעיל הערה 94, פסקה 11. בלשון התובע: "...על נאשם הכופר במשפטו, קמה החובה להסביר בעדותו לפני בית הדין מהו הלחץ הפנימי אשר הניעו למסור את הודיית הכזב (לטענתו), ולהעמיד את גירסתו זו במבחן החקירה הנגדית. אשר-על-כן, אם בחר שלא לעשות כן, או שגירסתו נמצאה על-ידי בית הדין כבלתי מהימנה, לאחר שנחקר נגדית עליה, שוב אין כל סיבה שלא לתת אמון מלא בהודאתו במצ"ח, ולהרשיעו לפיה." [סיכומי התביעה הצבאית ב-157/03/ע רב"ט פרייסלר נ' התובע הצבאי הראשי, סעיף 61 (ההדגשה שלי; הדגשות אחרות הוסרו) וראו גם סעיפים 61, 64].

¹⁷³ סיכומי התביעה הצבאית ב-157/03/ע רב"ט פרייסלר נ' התובע הצבאי הראשי, סעיפים 59 - 70.

נאשם מלהעיד... אולם הרציונל העומד ביסוד קביעה זו שיסודותיה בחקיקה ראשית (סעיף 162 לחוק סדר הדין הפלילי... וסעיף 366א לחוק השיפוט הצבאי...) הוא שונה לחלוטין... כך שאין הנדון דומה לראיה.¹⁷⁴

נדמה, כי הסתמכותו של בית הדין הצבאי לערעורים על סעיפי החקיקה מבלי להסביר מהו "הרציונל" ה"שונה לחלוטין" ותוך התעלמות מעיקר הנמקתו בעניין יוסף, מעידה אף היא על הקשיים שאליהם נקלעה מערכת המשפט הצבאית בעקבות הלכת יוסף. בית הדין הצבאי לערעורים לא הצליח ליישב, באמצעות שיקולי ה"שכל ישר", כפי שהתבטאו בעניין יוסף, מדוע יכול שתישלל טענת "לחץ פנימי" עת הנאשם נמנע מלהעיד לגביה, אך לא יכול שתישלל טענה כאמור עת הנאשם מעיד על "לחץ פנימי" וגירסתו נדחית. מדוע במקרה הראשון יכול שהנאשם יורשע הואיל והימנעותו מלהעיד שוללת קיומו של "לחץ פנימי", ואילו במקרה השני יזוכה הנאשם למרות שגירסתו בדבר "לחץ פנימי" נדחתה? אכן, בית הדין הצבאי לערעורים סתם ולא פירש מהו אותו "רציונל" "שונה לחלוטין" המצוי ביסוד הלכת יוסף המביא לתוצאה שבעוד הימנעות נאשם מלהעיד יכולה לספק את דרישת ה"דבר-מה הנוסף", דחיית גירסת הנאשם בעדותו בבית הדין אינה יכולה לספק דרישה זו.¹⁷⁵

ז. סיכום

מוקד הנמקת בית הדין הצבאי לערעורים בעניין יוסף הוא באנליזה של אופי התוספת הראייתית מן ה"דבר-מה הנוסף". לשיטת בית הדין, "דרישת ה'דבר-מה הנוסף'... מטרתה להניח את דעתו של בית המשפט כי הנאשם אינו נמנה על 'המתאבדים בהודאתם'. היינו, שהנאשם אינו מודה במה שלא עשה מתוך 'לחץ פנימי'".¹⁷⁶ משיקולי היגיון מסיק בית הדין, כי נאשם הכופר באשמה אינו נתון עוד

¹⁷⁴ ע/157/03, לעיל הערה 94, פסקה 11 (ההדגשה במקור).

¹⁷⁵ לאחרונה, בעניין קגן, שב בית הדין הצבאי לערעורים וציין, כי "כפי שנקבע בפסיקה של בית המשפט העליון ושל בית דין זה... דחיית גרסה של נאשם בעדותו במשפט כבלתי מהימנה – להבדיל משקרים מהותיים ומוכחים של הנאשם, העונים על דרישת הדבר-מה... אינה יכולה להיחשב כדבר-מה להודאתו בחקירה ואינה פוטרת מהדרישה להצביע על דבר-מה להודאה." (ע/34/03, לעיל הערה 94, פסקה 12). ברי, כי אף בדברים אלו לא נתן בית הדין הצבאי לערעורים מענה לתהייה המועלית בגוף הטקסט.

¹⁷⁶ ע/41/01, לעיל הערה 3, פסקה 9.

ללחץ הפנימי האמור, ולכן אין מניעה שיעיד: "ואם החליט הנאשם לשנות ממנהגו ולהתגונן מפני האשמה המיוחסת לו, אין, ככלל, למצוא עוד טעם מדוע לא יתפוס את מקומו על דוכן העדים וימסור את גירסתו."¹⁷⁷ ומכאן נובע שככלל, ניתן להתייחס להימנעותו של נאשם מלהעיד כאל תוספת ראייתית מזן "הדבר-מה הנוסף".

על פני הדברים נדמה, כי אין כל פגם בשיקולי ה"היגיון הפשוט" שהנחו את בית הדין הצבאי לערעורים. בית הדין הצבאי לערעורים בהלכת יוסף לא תמך יתדותיו בהנמקה במישור הזכויות או באיזון ערכי מופשט. בית הדין ביקש גישה הנשענת על ה"היגיון הפשוט", גישה פרגמטיסטית שניתן יהא לפעול על-פיה ושתייע לבתי הדין לברור בין הנאשמים האשמים לחפים מפשע במקרה הקונקרטי: "לדעתנו, שיקול הדעת המסור בידי הערכאה השיפוטית הוא הערובה הטובה ביותר כי ההחלטה תתקבל, בכל מקרה ומקרה, באורח ענייני ובהתאם לנסיבותיו של העניין."¹⁷⁸ הלכת יוסף נועדה להוות, ראשית לכול, כלי מועיל בידי השופט המבקש לקבוע את אשמתו של נאשם. האיזון הערכי המבסס את הלכת יוסף, ושבואר רק בעקבות ערעורי הסגוריה בעניין להב ומילשטיין, היה משני.

במאמר זה לא ביקשתי לטעון, כי האיזון הערכי ביסוד הלכת יוסף פגום; ביקשתי לטעון, כי הלכת יוסף אינה בגדר כלי מועיל. ביקשתי לבסס הטענה, כי הלכת יוסף אינה מסייעת לבתי הדין וכי ההלכה הביאה ליותר נזק מאשר תועלת למערכת המשפט הצבאית.¹⁷⁹

המאמר ביקש לבסס את הטענה, כי הלכת יוסף הקשתה על בתי הדין לברור בין נאשמים אשמים לבין נאשמים חפים מפשע. ההלכה האמורה גרמה לבתי הדין להתחבט במספר הולך וגדל של תיקים לגבי מהותן ומשקלן של הודיות, ובעיקר לגבי אופיה המדויק של התוספת הראייתית מזן ה"דבר-מה הנוסף". בית הדין הצבאי לערעורים נאלץ להתערב פעם אחר פעם בפסקי דין של בתי הדין המחוזיים שעסקו ביישום הלכות "ידועות" "זה שנות דור" בסוגיית ה"דבר-מה הנוסף", הלכות "שנקבעו

177 ש.ם.

178 ש.ם.

179 היקש מטענה דומה כלפי הפילוסופיה הפרגמטיסטית – ראו: Diggins, *Supra* note 15, at p. 234.

בפסיקה של בית המשפט העליון, החל מהשנים שבסמוך לאחר קום המדינה.¹⁸⁰ ההבחנות הדקות שיצר בית הדין הצבאי לערעורים, בין ראיות המכוננות "דבר-מה נוסף" לבין ראיות שאינן מגיעות לכדי "דבר-מה נוסף", הביאו את בתי הדין המחוזיים "לגשש באפילה". במובן זה, איששה ההתפתחות בפסיקה הצבאית לאחר הלכת יוסף את טענתם של זיידמן ושטיין בכל הנוגע לקושי בו ייתקלו ערכאות שיפוטיות בבואן להבחין בין נאשמים חפים מפשע לבין נאשמים אשמים, אם תוקנה לשתיקת נאשם במשפטו משמעות ראייתית. זאת ועוד, כפי שהסבירו זיידמן ושטיין, מתן משקל ראייתי להימנעות מלהעיד הוביל יותר נאשמים אשמים להעיד. שטף הנאשמים האשמים שהודו במשטרה ובחרו להעיד, יכול שהוביל את בתי הדין לפקפק בגירסאות הנאשמים החפים מפשע שהודו במשטרה והמעידים אף הם. וכך, ייתכן שנוכח ריבוי גירסאות השקר המוצגות בעדויות נאשמים, מתקשים נאשמים חפים מפשע לשכנע את בתי הדין בחפותם. טענה אחרונה זו, המבוססת על התאוריה של זיידמן ושטיין, לא בוססה במאמר לנוכח היעדר "ידיעה מן הנצח" מי מן הנאשמים חף מפשע.

התאוריה של זיידמן ושטיין מקנה בסיס הסברי טוב להתפתחויות שאירעו בפסיקה הצבאית, בייחוד נוכח התוודעותו של בית הדין הצבאי לערעורים לתאוריה, בדיון בערעור בעניין **מילשטיין**, בסוף שנת 2002. ככל תאוריה, שעניינה ב"מדעי האדם", מניחה התאוריה של זיידמן ושטיין מכשול לעצמה: בית הדין הצבאי לערעורים, שמהלכיו נותחו ונחזו באמצעות התאוריה, הוזהר מראש באמצעות החיזוי על התוצאות הבלתי-רצויות של מהלכיו. כתוצאה מכך, התמודד בית הדין הצבאי לערעורים במפורש בפסק דינו בעניין **מילשטיין** עם התאוריה, ויכול שאף ביקש לשנות את התנהלותו בעקבות תחזיותיה. וכך, עלולה תחזית, המבוססת על ניתוח תאורטי נכון, להביא להפרכתה העצמית. זהו אחד הטעמים המובאים כהסבר מדוע ההיסטוריה אינה חוזרת על עצמה: שחקן היסטורי ב"הצגה השנייה" המודע לסוף ה"הצגה הראשונה", ישנה את התנהגותו בהתאם.¹⁸¹ אך למרות התוודעותו של

¹⁸⁰ ע/59/03, לעיל הערה 90, סעיף 11 לפסק הדין; ע/72/03, לעיל הערה 95, פסקה 9; ע/1/04, לעיל הערה 94, פסקה 10.

¹⁸¹ א.ה. קאר היסטוריה מהי? (אורי רם - מתרגם, 1986) 79 - 80.

בית הדין לערעורים לתאוריה של זיידמן ושטיין, ממשיכה התאוריה גם עתה להציע את ההסבר ההולם ביותר, לטעמי, להתפתחויות בפסיקה הצבאית. "חיי המשפט לא היו חיי היגיון; היו אלו חיי ניסיון" לימדנו השופט הולמס.¹⁸² עוד הוסיף השופט הולמס וציין, כי כל רעיון הוא בגדר ניסוי הנבחן בחיי המעשה.¹⁸³ ההלכה הקובעת, כי הימנעות נאשם מלהעיד מהווה "דבר-מה נוסף" להודייתו (הלכת יוסף) בוססה על שיקולי "היגיון פשוט" ו"שכל ישר". מערכת המשפט הצבאית שימשה להלכה זו כמעין מעבדה לבחינתה ב"חיי המעשה". הניסוי כשל. הלכת יוסף לא השיגה את מטרתה וגררה עימה תוצאות קשות: החל בפגיעה קשה ביכולתו של השופט להבחין בין נאשם אשם לבין נאשם חף מפשע, עבור, בהתמקדות רשויות החקירה בניסיון לחלץ הודיה מנחקר, וכלה - בהגברת הסיכון להרשעות שווא. אף אם הלכת יוסף מבטאת איזון ערכי נכון או היסק אמיתי משתיקת נאשם, הנזקים שהנביעה מכניסים אותה לגדר אותן הלכות גרועות המולידות מקרים קשים.

¹⁸² Oliver Wendell Holmes Jr. *The Common Law* (Boston, Little, Brown and Company, 1881) 1.

¹⁸³ Diggins, *supra* note 15, at p. 342 - 343; *Abrams v. U.S.* 250 U.S. 616, 630 (1919) ברוח זו גורס פרופ' אהרן ברק, כי "מבחנה האמיתי של כל תיאוריה טובה הוא בישומה הפרקטי" - ברק, לעיל הערה 113, בעמ' 19.

הרשעה ללא רישום פלילי בעקבות הגנה מן הצדק

שי דותן*

א. מבוא ב. סמכות בית הדין שלא להרשיע אדם מקום שהוכחה אשמתו
1. הכלל – על בית הדין להרשיע בעבירה שהוכחה 2. סייגים המופיעים בחוק
(א) זוטי דברים (ב) עונש ללא הרשעה 3. סמכותו של בית הדין להמיר סעיפי
אישום 4. סמכותו של בית הדין לבטל כתב אישום מטעמי הגנה מן הצדק
ג. סמכות בית הדין להרשיע תוך מחיקת הרישום הפלילי 1. על המרשם הפלילי
2. מחיקת המרשם הפלילי עקב טענת הגנה מן הצדק (א) סמכות טבועה
(ב) סמכות מנהלית (ג) סמכות לתיקון עוולה חוקתית ד. סיכום

א. מבוא

הסמכות להגיש כתבי אישום במערכת המשפט הצבאית מוטלת על כתפיה של התביעה הצבאית.¹ סמכות זו נותנת בידיה של התביעה כוח רב להגביל את חירותו ולפגוע בכבודו ובשמו הטוב של האדם. מן הדין, כי התביעה תעשה שימוש בכוח זה בריסון ובתבונה, תוך הקפדה, ככל הניתן, שלא לפגוע בכבודו ובזכויותיו של הנאשם למעלה מן הנדרש לצורך הענישה ואכיפת החוק.

בשנים האחרונות, ובפרט בעקבות המהפכה החוקתית אשר ביצרה ועיגנה את זכויות האדם בעיגון חוקתי, רשאי הנאשם להעלות טענה של הגנה מן הצדק כנגד

* קמ"ש, קצין מחקר והדרכה במגמה לדין בין-לאומי בבית הספר למשפט צבאי. מוסמך במשפטים, אוניברסיטת תל אביב. תודתי נתונה, בראש ובראשונה, לטרן יונתן קיזול עורך משפט וצבא ומפקד המגמה האורחית, שאלמלא עזרתו הרבה בניחות הנושא, בתיקונים ובהערות לא היה מאמר זה רואה אור. כמו כן ברצוני להודות למפקדיי, רס"ן הילה אדלר וסא"ל ברוך מני, שאיפשרו לי לעבוד על מאמר זה ולהביאו לדפוס. ברצוני להודות לד"ר חיה זנדברג-כהן, שקראה את המאמר והעירה הערות רבות ומחכימות, ולטרן נעם פינגר שבזכות הערותיו תיקנתי תיקונים רבים במאמר. תודתי נתונה גם לגיא הימן, לטרן אלכס אברבוך, לטרן אורן ליבר, לקמ"א שובל רם ולקמ"א אסף יונס, שקראו את המאמר והעירו את הערותיהם.

¹ המורים על הגשת כתב אישום הם הפרקליטים הצבאיים לפי סעיפים 280, 281, 282, 282א, 299, 300 לחש"צ. תובעים צבאיים מגישים את כתב האישום על פי הוראת הפרקליטים (פרקליטים צבאיים הינם משפטנים בדרגת סא"ל (בדרך כלל) המפקדים על יחידות תביעה, אך אינם תובעים בעצמם).

כתב אישום שהגישה נגדו התביעה.² טענת ההגנה מן הצדק אינה סייג לאחריות הפלילית של הנאשם, בדומה לסייגים המפורטים בחוק העונשין, אלא מעין טענה של השתק רשות, אשר לפיה אין זה ראוי כי התביעה תמשיך בהליכים נגד הנאשם. טענה של הגנה מן הצדק יכול שתביא לביטולו של כתב האישום אשר הוגש כנגד הנאשם, כך אנחנו למדים מפסק דינו המנחה של בית המשפט בעניין יפת.³ לאחרונה הועלתה גם הצעה לאפשר באמצעות טענה של הגנה מן הצדק להביא להמרתו של סעיף אישום אחד בסעיף אישום אחר.⁴ במאמר זה נבקש לבחון אפשרות אחרת, והיא - הרשעה בעבירה הנושאת עימה ברגיל רישום פלילי תוך מתן צו על ידי בית הדין הצבאי, שלפיו לאחר רישום העבירה במרשם הפלילי, יימחק הרישום הפלילי. נדון גם באפשרות כי בית הדין ימנע מלכתחילה את רישומה של העבירה במרשם הפלילי.⁵ ייתכן, כי בית הדין פותח פתח לאפשרות המוצגת במאמר זה בפסק דינו של בית הדין הצבאי לערעורים בעניין רומנו,⁶ שם הופנה התיק לפרקליט הצבאי הראשי בליווי המלצה כי יימחק הרישום הפלילי בתיק. רס"ב רומנו הורשע בבית הדין הצבאי המחוזי בשני פריטים של התנהגות שאינה הולמת, לפי סעיף 130 לחוק השיפוט הצבאי, וכן בעבירה של התנכלות לפי סעיפים 3(ב) ו-5(ב) לחוק למניעת הטרדה מינית,⁷ בגין התבטאויות מיניות שהופנו לחיילת בבסיסו ובגין ניסיונות להתנכל אליה לאחר שהתלוננה על התבטאויות אלו.

² נוכח, כי האפשרות התיאורטית להביא לזיכוי נאשם מטעמי התנהגות שאינה הוגנת של התביעה עולה עוד בע"פ 79/73 לביא ואח' נ' מדינת ישראל, פ"ד כח (2) 505, 511. אך שם הדוקטרינה אינה מבוססת משפטית ואינה מיושמת. הטענה בדבר הגנה מן הצדק מוזכרת לראשונה בישראל בע"פ 244/73 רבר נ' מדינת ישראל, פ"ד כח (1) 798.

³ ע"פ 2910/94 יפת ו-8 אח' נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(2) 221 (להלן - עניין יפת).

⁴ מ' לוי "עוד על מהות ההגנה מן הצדק ועל המבחן לקבלתה - הערות ביקורת והצעה למבחן חלופי" המשפט 19 (תשס"ה) 80, 85 - 87 (יוער כי הכותב הוא שופט בית הדין הצבאי לערעורים אשר כתב את פסק דין ע"מ/1105/05 טור' וקרט נ' התובע הצבאי הראשי, המוזכר להלן בהערה 11 וטקסט נלווה).

⁵ קיים שוני בין אי רישום במרשם הפלילי כלל לבין מחיקת הרישום הפלילי, שכן גם לאחר מחיקת הרישום הפלילי נותר ציון של ההרשעה במחשבי המטרה. לפי סעיף 16(א) לחוק המרשם הפלילי ניתן להעביר מידע על המרשם שנמחק לגופים מסוימים המנויים בפרטים (ב) עד (ה) לתוספת הראשונה לחוק.

⁶ ע"פ 192/02/ע רס"ב רומנו נ' התצ"ר (טרם פורסם) (להלן - עניין רומנו).

⁷ חוק השיפוט הצבאי, התשט"ו-1955 (להלן - חש"צ); חוק למניעת הטרדה מינית, התשנ"ח-1998.

בדין לפני בית הדין הצבאי לערעורים טען סנגורו של רס"ב רומנו נגד הרשעתו בעבירה של התנכלות, בטיעון, כי רשויות הצבא לא פרסמו תקנון כנדרש מהן לפי סעיף 7(ב) לחוק למניעת הטרדה מינית. לטענת הסנגור, מחדל זה של רשויות הצבא, להביא לידיעת אנשי הצבא את הוראות החוק החדשניות (אז) של החוק למניעת הטרדה מינית, הוביל לטעות במצב משפטי מצד מרשו. טענה זו נדחתה ובית הדין קבע, כי אין כוונה מצד המחוקק ליצור סייג של טעות במצב משפטי לאחריהם הפלילית של נאשם, מקום שמעבירו לא פרסם תקנון כנדרש.

טענה נוספת שהעלה הסנגור היא, שהצבא הוא מערכת מיוחדת המהווה, בה בעת, גם מעביד על פי החוק למניעת הטרדה מינית וגם רשות המוסמכת להעמיד לדין פלילי על עבירות לפי אותו חוק. בעובדה, שרשויות הצבא העמידו את הנאשם לדין ובאותה עת עברו בעצמן על הוראות החוק בכך שלא פרסמו תקנון, יש כדי להוות התנהגות חמורה ומקוממת אשר מקימה הגנה מן הצדק. גם טענה זו נדחתה ובית הדין קבע, כי המקרה אינו ממין המקרים הנדירים המקימים טענת הגנה מן הצדק. בית הדין הוסיף כי:⁸

"אכן, רק במקרים קיצוניים שבהם התנהגות הרשות היא מקוממת ושערורייתית קמה לנאשם 'הגנה מן הצדק' ... במקרים אחרים פותח מודל מאזן וממתן, המאפשר הטלת 'סנקציה' מידתית כלפי רשויות התביעה, בהתאם לאופיו של הפגם, שנפל במעשה הרשות, ובהתחשב בכלל זכויות הנאשם. קשת האפשרויות היא נרחבת. היא נמצאת בהתפתחות מתמדת."

בנסיבות העניין, הכריע בית הדין כי רס"ב רומנו יורשע בעבירה של התנכלות לפי החוק למניעת הטרדה מינית, אך התיק הופנה לפרקליט הצבאי הראשי עם המלצה למחוק את הרישום הפלילי בתיק. פתרון זה נקבע על ידי בית הדין מאחר שהצבא לא מילא את חובתו לפרסם תקנון על פי סעיף 7(ב) לחוק למניעת הטרדה מינית, ולמרות זאת העמיד לדין את הנאשם על פי חוק זה. בית הדין סבר, כי "העדר הסימטריה" בהתנהגות רשויות המדינה, שאכפו את החוק על דרך הענישה אך לא השכילו למלא את חובתן על פי החוק, פוגעת בחובת ההגינות של התביעה וצריכה

⁸ עניין רומנו, לעיל הערה 6, בפיסקה 21 לפסק הדין.

להביא לתוצאה של "סנקציה מידתית" כלפי התביעה בדמות הרשעה ללא רישום פלילי.

כך קבע בית הדין בעניין רומנו:

"בנסיבות אלה, בעניין דנן, על רקע המחדל כבד המשקל מצד המערכת הצבאית מתחייב הדבר, כי בעניינו של המערער יימחק הרישום הפלילי. דברנו זה יובא אפוא, לפני הפרקליט הצבאי הראשי. חזקה על הפרקליט הצבאי הראשי, שימצא הדרך הראויה למחיקת הרישום הפלילי, בעניין ייחודי זה, כאשר תובא לפניו בקשה מתאימה".

לא ברור באיזו דרך התכוון בית הדין הצבאי בעניין רומנו להביא למחיקת הרישום הפלילי. מכל מקום, הוא העביר את האחריות על הטיפול בסוגיית הרישום הפלילי לפרקליט הצבאי הראשי, ולא מחק את הרישום הפלילי בעצמו, בדומה לאפשרות אותה אבחן במאמר זה.

את דבריו של בית הדין בעניין רומנו ניתן להבין בשתי דרכים: מחד גיסא, ייתכן שמדובר בהמלצה בלבד לרשויות התביעה לעשות שימוש בסמכויותיהן על פי דין כדי להביא לביטולו של הרישום הפלילי בתיק.⁹ מאידך גיסא, ייתכן שאין מדובר בהמלצה אלא בהוראה מחייבת, הוראה, שחובה על רשויות התביעה לכבדה, ואם לא תכובד - תוביל בעתיד לביטולו של הרישום הפלילי על ידי בית הדין.

רמז לגישה, הרואה בקביעתו של בית הדין הוראה שיפוטית מחייבת, ניתן למצוא בעניין וקרט.¹¹ באותו מקרה, במהלך הליכי המעצר, מתח סגן נשיא בית הדין הצבאי המחוזי ביקורת על ייחוס שני סעיפי עבירה של עזרה לאויב לפי סעיף 44 לחש"צ לנאשם, בגין כך שבשעה שהיה מד"כ בכלא מגידו לא מנע העברת מכשירים סלולריים לעצורים בכלא על ידי מד"כ אחר. חרף ביקורת זו סירבה התביעה להמיר

⁹ שם, שם.

¹⁰ כך, לדוגמה, באמצעות הבעת עמדה תומכת בבקשת חנינה שתוגש לנשיא המדינה. בע/204/02 התובע הצבאי הראשי נ' רס"ם שרף וערעור שכנגד (טרם פורסם) הוסכם על הצדדים, בצד הסדר טיעון ביניהם, כי אם יפנה הנאשם לנשיא המדינה בבקשת חנינה, ימליץ לפניו הפרקליט הצבאי הראשי על התיישנות מיידית של העבירות שבהן הורשע הנאשם ועל מחיקתן בתום שלוש שנים ממועד הדיון, ובלבד שלא עבר עבירות אחרות נושאות רישום פלילי מיום הרשעתו בערכאה קמא ועד ליום ההחלטה בבקשת החנינה. בית הדין הצבאי לערעורים קבע, כי מדובר בהסכמה ראויה, זאת בשים לב למחללה של המערכת הצבאית המתבטא באי פרסום תקנון בהתאם להוראות החוק למניעת הטרדה מינית (בדומה לנסיבות עניין רומנו הנ"ל).

¹¹ ע"מ/11/05 טוראי וקרט נ' התובע הצבאי הראשי (טרם פורסם) (להלן - עניין וקרט).

את סעיפי העבירה בעבירה אחרת. בית הדין הצבאי לערעורים, אף כאן בהליך מעצר, התייחס בהחלטתו להתעלמות התביעה מהמלצות השופט בערכאה קמא וקבע, כי מלבד במקרים חריגים ומטעמים מיוחדים, מן הראוי לאמץ המלצות שיפוטיות:¹²

“למותר לציין, כי לעולם יש לשקול בכובד ראש המלצות של שופט, וכן כי, ככלל, מלבד במקרים חריגים ומטעמים מיוחדים, מן הראוי לאמץ המלצות שיפוטיות.”¹³

נניח שהפרשנות השנייה היא המקובלת עלינו, דהיינו, כי בית הדין נתן הוראה מחייבת למחיקת הרישום הפלילי בתיק בו מורשע הנאשם.¹⁴ כעת נניח, כי רשויות התביעה לא ייענו להוראת בית המשפט וישאירו את הרישום הפלילי בעינו, נבדוק אם במקרה כזה יוכל בית הדין לפעול עצמאית למחיקת הרישום הפלילי בתיק. ודוק: בית הדין בעניין **רומנו** אינו מתיימר למחוק עצמאית את הרישום הפלילי בתיקו של הנאשם, אך פתרון זה יכול לשמש כפתרון אפשרי שאותו עשוי בית הדין לנקוט בעתיד.

מכאן עלולות שתי שאלות בעלות עניין:

1. האם מוסמך בית הדין הצבאי שלא להרשיע אדם, על כל התוצאות המשתמעות מכך, במקום שהוכחה אשמתו על פי סעיפי העבירה?
2. האם מוסמך בית הדין הצבאי להרשיע אדם בעבירה אך למחוק במקביל את הרישום הפלילי הנלווה לה?¹⁵

כפי שאראה בפירוט בהמשך המאמר, אני סבור, כי באשר לשאלה הראשונה התשובה חיובית ובית הדין רשאי במקרים מסוימים לא להרשיע אדם מקום שהוכחה אשמתו, למשל - על דרך ביטול כתב האישום בעקבות דוקטרינת ההגנה

¹² שם, בפיסקה 8 לפסק הדין.

¹³ מיד בהמשך פסקה זו ראה בית הדין להוסיף את הדברים הבאים “(אשר לשאלה אם בית המשפט מוסמך להמיר סעיף אישום שלא משיקולים ראייתיים, ראו לאחרונה: מ' לוי “עוד על מהות ההגנה מן הצדק ועל המבחן לקבלתה – הערות, ביקורת והצעה למבחן חלופי” **המשפט** 19 (תשס"ה) 80, 85-86).”

¹⁴ סימוכין לגישה הוראה בהחלטת בית הדין בעניין **רומנו** הוראה להבדיל מהמלצה ניתן למצוא במאמרו של א' לוי “הרהור נוסף אחר מדיניות צה”ל לטיפול בעבירות של שימוש בסמים”, המתפרסם בחוברת זו. בעמ' 170 הערת שוליים 63 מתייחס הכותב להחלטת בית המשפט בעניין **רומנו** בתור הוראה שניתנה לפרקליט הצבאי הראשי.

¹⁵ רבות מהטענות העולות במאמר זה רלוונטיות גם לבתי המשפט במערכת האזרחית, אך אנו הגבלנו עצמנו לעיסוק במערכת המשפט הצבאית על מאפייניה המיוחדים, כמפורט בהמשך.

מן הצדק. עם זאת, אני סבור, כי אין זה בסמכותו של בית דין צבאי להרשיע אדם בעבירה, הנושאת ברגיל רישום פלילי, תוך מחיקת הרישום הפלילי. אף על פי כן, אני סבור, כי אם ימשיך להתעכב הטיפול בסוגיה הבעייתית של הרישום הפלילי של עבריינים בצבא, וניסיונות החקיקה בנושא יעלו בתוהו, בהחלט ייתכן כי בתי הדין הצבאיים ימשיכו בדרך שאותה מתווה עניין רומנו ויורו באופן ישיר על מחיקת הרישום הפלילי בתיקים פליליים.

ב. סמכות בית הדין שלא להרשיע אדם מקום שהוכחה אשמתו

1. הכלל – על בית הדין להרשיע בעבירה שהוכחה

השיטה השיפוטית הנוהגת במדינת ישראל היא בעיקרה השיטה האדברטרית, המבחינה בין סמכויות התובע לבין סמכויות השופט. בידי התובע הסמכות להגיש את כתב האישום ולבחור את העבירות בהן יואשם הנאשם. ככלל, אין לבית הדין סמכות להתערב בשיקול דעתו של התובע ולקבוע, כי לא ראוי היה להאשים את הנאשם בסעיף מסוים, למרות שהתקיימו יסודותיו, או שראוי היה להאשים את הנאשם בסעיף אחר.

כך נקבע בעניין חרד:¹⁶

”לפיכך, אם אמנם קיימים שני חוקים פליליים המגדירים אותה עבירה, ומתברר שהמחוקק נתכוון לקיימם זה בצד זה, אין מנוס מהמסקנה כי בידי התביעה הכללית הרשות לבחור בחוק שלפיו תביא את הנאשם לדין.”

וכן נקבע בעניין מירון:¹⁷

”אין בעובדה כי ניסוח האישום בדרך אחרת היה מביא לתוצאה מקילה יותר מבחינת הנאשם, כדי להשפיע על תקפותו של כתב האישום ועל סמכותו של בית הדין. הבחירה בכגון דא מסורה כאמור לעיל בידי התביעה הצבאית.”

¹⁶ ע"פ 117/50 חרד נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד ה' 1413, 1426.

¹⁷ בג"צ 752/80 מירון נ' בית הדין הצבאי המחוזי ואח', פ"ד לה' (1) 585, 588.

למסקנה, שלפיה מחויב בית הדין להרשיע בעבירות המנויות בכתב האישום אשר הוכחו לפניו, ניתן להגיע גם מעיון בסעיף 184 לחוק סדר הדין הפלילי.¹⁸ הסעיף קובע כי בית המשפט רשאי להרשיע נאשם באשמה שנתגלתה במהלך הדיון אך אינה מנויה בכתב האישום, ומכאן, שבמקרה זה יש שיקול דעת לבית המשפט אם להרשיע, אם לאו. מכאן ניתן ללמוד הסדר שלילי ולהסיק, כי מקום שבו התביעה הכלילה את העבירה בכתב האישום אין כל שיקול דעת לבית המשפט והוא מחויב להרשיע בעבירה שפרטיה הוכחו.¹⁹

אנו למדים, כי התביעה הצבאית, כמו התביעה הכללית, היא זו המוסמכת לקבוע את ההאשמות המנויות בכתב האישום ובידי בית הדין נמצאת הברירה הדואלית: להרשיע את הנאשם או לזכותו. למעלה מכך, ניתן ללמוד מן הפסיקה, כי כאשר הוכחה התביעה, מעבר לכל ספק סביר, את אשמתו של הנאשם על פי יסודות העבירה שאותם בחרה לכתוב בכתב האישום, הרי ששומה על בית הדין להרשיע את הנאשם באותה העבירה. זאת, אפילו סבור בית הדין כי מטעמים כאלו או אחרים אין זה ראוי שהנאשם יורשע באותה העבירה או כי ראוי היה להרשיע דווקא בעבירה אחרת, או לזכות את הנאשם מהעבירה שיוחסה לו.

עמד על כך בית המשפט העליון בעניין אפרתי:²⁰

"אין בחוק סדר הדין הפלילי הוראה המסמיכה את בית משפט השלום להרשיע בעבירה קלה יותר מוז שבאישום המקורי, כאשר העובדות שהוכחו לפניו מספיקות כדי הרשעה על-פי כתב האישום שלפניו.

כאשר, כמו במקרה שלפנינו, העובדות שהוכחו כוללות את כל האלמנטים של העבירה החמורה שהובאה בכתב האישום המקורי (אלמנטים הכוללים את אלה של עבירה קלה ממנה), הרי שאין זה מן הדין שהשופט שקבע עובדות שעל-פיהן הוכחה העבירה החמורה יותר, יימנע

¹⁸ חוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982.

¹⁹ הסעיף המקביל לסעיף 184 לחסד"פ במערכת הצבאית הוא סעיף 382 לחש"צ. קיימים מספר הבדלים ניסוחיים בין שני הסעיפים אשר נדונים על ידי בית הדין הצבאי לערעורים בע/43/01 התובע הצבאי הראשי נ' סמל אטרגי, פד"צ 2001 (א) 69, 95 - 96. עם זאת, בית הדין מדגיש כי בפרשנות הסעיפים מנחה הכלל של ההרמוניה החקיקתית (ראו שם, בעמ' 92 וכן פסקה 13 לע/181/01 התובע הצבאי נ' סמל בספי ואח'). בשני הסעיפים נקט המחוקק את המילה "רשאי" כדי להראות כי קיים שיקול דעת בידי הערכאה השיפוטית להרשיע בעבירה אחרת מוז שמופיעה בכתב האישום.

²⁰ ע"פ 66/88 מדינת ישראל נ' אפרתי, פ"ד מג (1) 847, 856 - 857.

מלהרשיע על-פי כתב האישום המקורי, ובמקום זאת ירשיע בעבירה הקלה יותר, אשר העונש שלצידה הולם לדעתו את נסיבות המקרה.

את השיקולים להקלה בעונש על בית המשפט לבטא בגור-הדין ואין הם מהווים עילה להרשעה בעבירה קלה מזו שהוכחה לפניו על פי כתב האישום המקורי.²¹

מכאן, שהכלל הוא, שעל בית הדין להרשיע את הנאשם בעבירה שנבחרה על ידי התביעה ושיסודותיה הוכחו לפניו.²¹ לכלל זה כמה סייגים, כפי שנפרט בהמשך.

2. סייגים המופיעים בחוק

(א) זוטי דברים

לפי האמור לעיל, מקום שבו הוכחה התקיימותם של יסודות העבירה כנגד הנאשם לפני בית הדין, אין מנוס אלא להרשיעו. קביעה זו יש לסייג, קודם כל, בנוגע למקרים בהם מופיעה בחוק במפורש סמכות בית הדין לזכות אדם, על אף שמתקיימים בו יסודות העבירה.

המקרה המובהק ביותר, שבו ניתן לזכות אדם למרות שמעשיו מקיימים את כל יסודות העבירה, הוא המקרה של זוטי דברים. סעיף 34ז לחוק העונשין קובע כך:²²

”לא יישא אדם באחריות פלילית למעשה, אם, לאור טיבו של המעשה, נסיבותיו, תוצאותיו והאינטרס הציבורי, המעשה הוא קל ערך.”

משמעותו של סעיף זה היא, למעשה, כי גם במקרים שבהם הוכחה כדבעי אשמתו של הנאשם על פי כל יסודות העבירה, והנאשם אף אינו זכאי לאף אחת מההגנות המנויות בחוק, הרי שלאור טיבו של המעשה כ”קל ערך”, אין להרשיע את הנאשם ובידי בית הדין הסמכות לזכותו בדין. בכך מקנה הסעיף לבית הדין סמכות,

²¹ בפסקה 17 לעניין כספי, לעיל הערה 19, קובע בית הדין הצבאי לערעורים כי כאשר אין אפשרות משפטית תיאורטית לעבור עבירה אחת בלי לעבור עבירה אחרת המופיעה בכתב האישום, על בית הדין למחוק אחת מהעבירות מכתב האישום. בית הדין אומר זאת למרות שהוא מכיר בכך כי, כעיקרון, שיקול הדעת, אם לייחס לנאשם מספר עבירות או להסתפק באישום אחד, מסור בראש ובראשונה לרשויות התביעה.

²² חוק העונשין, התשל”ז-1977.

אשר היתה נתונה קודם לכן רק בידי רשויות התביעה, לזכות את הנאשם מקום שבו האינטרס הציבורי אינו תואם את הרשעתו בעבירה הפלילית.²³ כך מוגדר הסעיף במאמרם של זאב סגל ואבי זמיר "הגנות מן הצדק כיסוד לביטול אישום"²⁴:

"המחוקק העניק לבית המשפט את הסמכות לבחון לא רק את הראיות שלפניו, אלא גם את האינטרס הציבורי שבהטלת אחריות פלילית על הנאשם. זאת, גם לאחר שרשויות התביעה החליטו על קיומו של אינטרס ציבורי בהעמדה לדין, דבר העולה מעצם הגשת כתב האישום."

התייחסות ברוח זו ניתן למצוא גם בעניין **מנשה יוסף**:²⁵

"מדברים אלה אנו נמצאים למדים כי כוונת המחוקק היתה להעניק גם לבית-המשפט, בצד הסמכויות הנתונות בתחום זה לרשות התובעת וליועץ המשפטי לממשלה, סמכות לפטור אדם באותם מקרים קלי ערך המהווים עבירה פלילית מהבחינה הטכנית-פורמלית, אך יש הצדקה לפטור את עושיהם בשל קלות המעשה ובחינתו לאור הנסיבות הנקובות בסעיף."

אין חולק, כי בידי הכנסת להתוות כרצונה את גבולות סמכותם של רשויות התביעה ובתי המשפט. כיוון שכך, על אף שהכלל של זוטי דברים מהווה לכאורה סטייה מן הגישה האדברטרית המקנה רק לרשויות התביעה את הסמכות שלא להגיש כתב אישום מטעמים של עניין הציבור, רשאית הרשות המחוקקת לחוקק כלל כזה והוא אינו מעורר כל בעיה משפטית.

²³ ניתן לראות בזוטי הדברים גם סייג לאחריות הפלילית המהווה, למעשה, הגנה לנאשם. היעדרו של סייג הוא אחד מיסודות העבירה הפלילית ולכן ניתן לראות בהיעדר סייג של זוטי דברים חלק מהותי מיסודות העבירה הפלילית. מה שמייחד את הסייג של זוטי דברים מסייגים אחרים הוא העובדה שהוא מתייחס לנסיבות שהיו בעבר בתחום שיקול דעתה של התביעה להגיש כתב אישום (היות המעשה קל ערך) ולכן ניתן לראות בו גורם המרחיב את שיקול דעתו של בית המשפט.

²⁴ ד' סגל וא' זמיר "הגנות מן הצדק כיסוד לביטול אישום" הפרקליט מו (א) 42, 48 - 49. ראו בעניין זה גם את דברי הסבר להצעת חוק העונשין (חלק מקדמי וחלק כללי), התשנ"ב-1992, ה"ח 2098 עמ' 115 בעמ' 139).

²⁵ ע"פ (ת"א) 1720/95 - מדינת ישראל נ' יוסף, תק-מוח 96 (3) 3957, בעמ' 3958.

(ב) עונש ללא הרשעה

יש בדין הישראלי שני סעיפי חוק המתירים לבית המשפט לנקוט אמצעי ענישה כלפי נאשמים גם ללא הרשעה. אחד מהם הוא סעיף 1(2) לפקודת המבחן,²⁶ המאפשר לבית המשפט ליתן צו מבחן נגד נאשם מבלי להרשיעו, הסעיף קובע כך:

"הואשם אדם בעבירה וראה בית המשפט שהאישום הוכח, אלא שבהתחשב בנסיבות הענין, ובכללן אפיו של האדם, עברו, גילו, תנאי ביתו, בריאותו הגופנית ומצבו השכלי, טיב העבירה שעבר וכל נסיבה מקילה שבה נעברה העבירה, ראוי, לפי דעתו, להעמיד את העבריין במבחן, רשאי בית המשפט לעשות אחת מאלה:

... (2) ליתן צו מבחן בלי להרשיעו אם אין על הנאשם עונש מאסר על תנאי שבית המשפט רשאי לצוות על ביצועו עקב הרשעתו בעבירה שהואשם עליה." (ההדגשה שלי – ש' ד')

במקרה זה הוכחה לפני בית המשפט אשמתו של הנאשם ואף על פי כן, למרות חובתו העקרונית של בית המשפט להרשיע את מי שאשמתו הוכחה, מאפשר החוק לבית המשפט להימנע מהרשעת הנאשם ולהטיל עליו עונש (או מגבלה) של צו מבחן בלבד.

מכיוון שעיסוקנו כאן בסמכויותיו של בית הדין הצבאי, יש לציין, כי לפי סעיף 33א לחש"צ, חלה פקודת המבחן רק על מי שתחולת חוק השיפוט הצבאי עליו נובעת מסעיפים 7, 8(2), 8(3) ו-11 לחש"צ, כלומר, רק על מי שהחש"צ חל עליו מכוח העובדה שנמסר לו נשק על ידי הצבא, מהיותו עובד בשירות או בשליחות הצבא או מהיותו איש מילואים שלא בשירות. מקרים אלו מצמצמים מאוד את תחולתה של ההוראה האמורה לחלק אפסי בלבד מן המקרים המגיעים לפתחם של בתי הדין הצבאיים.

ניתן גם ללמוד מן המשותף למקרים הללו, כי עמדה מאחוריהם התכלית שלא להחיל את פקודת המבחן על מי שהם חיילים לכל דבר, אלא רק על מי שהזיקה

²⁶ פקודת המבחן [נוסח חדש], התשכ"ט-1969.

שלהם לצבא חלשה יותר ואין הם חיילים בשירות סדיר או בשירות מילואים פעיל, המהווים את עיקר מניינה ובניינה של האוכלוסייה הנידונה בבתי הדין הצבאיים. הסעיף השני המאפשר לנקוט אמצעי ענישה כלפי נאשם מבלי להרשיעו הוא סעיף 71א(ב) לחוק העונשין²⁷ הקובע כך:

"(ב) **מצא בית המשפט שנאשם ביצע עבירה**, רשאי הוא לתת צו שירות גם ללא הרשעה, בנוסף למבחן או בלעדיו, ומשעשה כן יהיה דינו של צו השירות, לענין סעיף 9 לפקודת המבחן [נוסח חדש], תשכ"ט-1969, כדין צו מבחן." (ההדגשה שלי – ש' ד')

בדומה לסעיף הקודם שציינו, גם סעיף זה חל מקום שבו מצא בית המשפט שהנאשם ביצע את העבירה. דהיינו, בית המשפט השתכנע כי הוכחו יסודות העבירה במלואם ואף על פי כן יש ברצונו להטיל על הנאשם עונש מבלי להרשיע אותו.

סעיף זה אינו חל כלל בבתי הדין הצבאיים על פי סעיף 541 לחש"צ, הקובע, כי פרק ו' לחוק העונשין לא יחול על עניין שהחש"צ חל עליו. בכך נשללת מבתי הדין הצבאיים גם סמכות זו להטיל על הנאשם שירות לתועלת הציבור ללא הרשעה מקום שבו הם מוצאים אותו אשם בדין.²⁸

3. סמכותו של בית הדין להמיר סעיפי אישום

סעיף 378 לחוק השיפוט הצבאי קובע כך:²⁹

" 378. שינוי כתב-האישום

²⁷ חוק העונשין, התשל"ז-1977.

²⁸ בע/77/03 **התובע הצבאי הראשי נ' טור' צור**, נדון עניינו של נאשם שהורשע בעבירה של התנהגות מבישה בשל כתיבת מכתבי נאצה ללשכת הגיוס בתל השומר. התביעה ערערה על קולת העונש שנגזר לנאשם. בית הדין הצבאי לערעורים דחה את הדיון בעניינו של הנאשם באופן חריג כדי להתיר לו להגיש מסמך מאת רשות ציבורית העוסקת בחקר ולימוד השואה על תרומה ממשית שלו, בהיקף שלא יפחת ממאתיים שעות במסגרת גוף כאמור. לאחר הצגת המסמכים האמורים חזרה בה התביעה הצבאית מהערעור על קולת העונש. כך, למעשה, חייל פעל להקלת עונשו באמצעות שירות לתועלת הציבור, מבלי שקיימת בצבא מסגרת מוגדרת לשירות כאמור.

²⁹ סעיף דומה, אך לא זהה, הוא סעיף 92 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982, המסדיר את סמכות בתי המשפט במערכת האזרחית לתקן כתב אישום לאחר תחילת המשפט. במאמר זה הגבלתי את עצמי לדיון בסמכויותיו של בית הדין הצבאי.

רשאי בית הדין, בכל שלב של הדיון עד להכרעת הדין, לשנות את כתב-האישום על ידי תיקון כתב-האישום או החלפתו, כפי שימצא למתאים ובלבד שלא יכלול בדרך זו בכתב-האישום אשמה בעבירה שענשה חמור יותר.

קריאה ראשונית של סעיף זה מלמדת אותנו, כי, לכאורה, העניק המחוקק לבית הדין סמכות לשנות את כתב האישום על דרך החלפת הסעיפים המופיעים בו בסעיפים שהעונש עליהם חמור פחות. לכאורה, ניתנה כאן שוב לבית הדין סמכות המצויה מטבעה במעגל הסמכויות של התביעה שהיא המופקדת על הגשת כתבי האישום.

השאלה המתעוררת עם ההתבוננות בסעיף זה היא, אם הסעיף מקנה לבית הדין, בדומה לסעיפים הקודמים שבחנו, את הסמכות שלא להרשיע אדם בעבירה שבה הואשם בכתב האישום ושסעיפיה הוכחו באופן שבוססה אשמת הנאשם. שאלה זו עמדה לפתחו של בית הדין הצבאי לערעורים בעניין אטדגי (16.07.01),³⁰ שם דן בית הדין בהרחבה בשאלה, אם סעיף 378 לחש"צ³¹ מקנה לבית הדין סמכות לתקן את כתב האישום כאשר הוכחה אשמת הנאשם. בית הדין הגיע אל המסקנה כי אין בידו סמכות כזו וקבע כך:³²

"לגישתנו, אין ניתן לפרש את סעיפי החוק כהוראות המקנות לבית המשפט סמכות לתקן או לשנות כתב אישום וכן להרשיע נאשם בעבירה קלה יותר, מקום בו הוכחו, או ניתן להוכיח, את יסודות העבירה המקורית. התחשבות בנסיבות ביצוע העבירה או בנסיבותיו האישיות של הנאשם תבוא לידי ביטוי בשלב גור הדין, כחלק מענישתו האינדיווידואלית של העבריין."

על קביעה זו של בית הדין לערעורים הוגשה בקשה לרשות ערעור ברע"פ

אטדגי³³ (24.09.01). בהחלטה שניתנה בבקשה נקבע כך:

"במצב החוקי דהיום אין לערכאה שיפוטית - צבאית או אזרחית - סמכות לבחור את סעיפי האישום, ומדובר בפררוגטיבה של התביעה. עקרון זה של הפרדת רשויות,

³⁰ עניין אטדגי, לעיל הערה 19.

³¹ וכן סעיפים 382 ו-436 לחוק השיפוט הצבאי, שהוראתם דומה.

³² שם, בעמ' 121.

³³ רע"פ 6351/01 אטדגי נ' התובע הצבאי הראשי, תק-על 2001 (3) 1466.

שיושם על ידי בית המשפט העליון בע"פ 66/88 פ"ד מג (1) 848, לא השתנה עד עצם היום הזה, וההבדלים בטיבם של מנגנוני הענישה הקיימים בין המערכת האזרחית לבין המערכת הצבאית אינם מפחיתים מעוצמתו של עקרון זה. בכך אין אני מחווה כל דעה לגבי המצב הרצוי מבחינה זו במערכת הצבאית או האזרחית.³⁴

נגד קביעה זו של בית הדין נמתחה ביקורת במאמרו רחב היריעה של השופט אל"מ אבי לוי "סמכות בית דין צבאי להמיר סעיפי אישום מטעמים של צדק",³⁴ שם נטען, כי הפרשנות הראויה של סעיף 378 לחש"צ היא, שיש לאפשר התערבות של בית הדין בבחירת סעיפי האישום במקרים קיצוניים שבהם נהגה הרשות בנאשם שלא כשורה.

לאחר הדברים האלה ניתן פסק דינו של בית המשפט העליון בעניין **גוליצין**³⁵ (10.09.03). באותו מקרה דובר בחייל שהורשע בעבירה של שימוש בלתי חוקי בנשק לפי סעיף 85 לחש"צ, עבירה הנושאת רישום פלילי. החייל עתר לבג"צ בבקשה להורות לתביעה להסכים לקבלת ערעורו בבית הדין הצבאי לערעורים, ולהרשיעו בעבירה שאינה נושאת רישום פלילי. העתירה הוגשה, בין השאר, בנימוק שלבית הדין הצבאי אין סמכות להימנע מהרשעה בעבירה המיוחסת לחייל, שהוכחה, אך מפני שמדובר בעבירה הגוררת רישום פלילי. בנימוקיו ציין בית המשפט העליון, כי לנאשם עומד סעד חלופי בבית הדין הצבאי לערעורים שם רשאי הוא לעתור לפני בית הדין להסתפק בהרשעה בעבירה אחרת.³⁶ בכך ניתן לראות רמז לשינוי בהלכה שנקבעה בעניין **אטדגי** ולהחלפתה בפסיקה המאפשרת לבית הדין להמיר סעיף אישום גם אם התביעה הוכיחה את פרטי העבירה המפורטים בכתב האישום.³⁷

³⁴ א' לוי "סמכות בית דין צבאי להמיר סעיפי אישום מטעמים של צדק" **משפט וצבא** 16(ג) 505, 529 - 530.

³⁵ בג"צ 11139/02 סמ"ר (מיל') **גוליצין נ' התובעת הצבאית**, תק-על 2003 (3) 1313.

³⁶ בערעור בבית הדין הצבאי לערעורים, ע/104/02 סמ"ר **גוליצין נ' התובע הצבאי הראשי** (טרם פורסם), הסכימה התביעה להרשעה בעבירה שאינה דורשת רישום פלילי. בסופו של דבר, הנאשם הורשע בעבירה של אי קיום הוראות המחייבות בצבא לפי סעיף 133 לחש"צ.

³⁷ במר/197/03 **התובע הצבאי נ' טור' סבג**, קבעה השופטת סא"ל אורלי ירון כי הפסיקה בעניין **גוליצין** אינה אלא הערה שנאמרה אגב אורחא ואין בה כדי לסתור את פסיקתו העקבית של בית המשפט העליון שלפיה אין לבית הדין הצבאי סמכות להמיר סעיפי אישום. עם זאת, נאמר באותו מקום גם שייתכן שניתן במקרים נדירים להמיר סעיפי אישום מן הטעם של הגנה מן הצדק, אך השאלה אם ניתן לתת סעד זה לא הוכרעה סופית בפסק הדין לאור העובדה שבאותו מקרה סבר ההרכב, בדעת רוב, כי שיקול דעתה של התביעה, בעומדה על הרישום הפלילי, היה סביר.

מכל מקום, השאלה הנכבדה, כיצד יש לפרש את סעיף 378, אינה מענייננו כאן, אף על פי שהשיקולים הכלליים, התומכים בפרשנותו של הסעיף כמתיר או כאוסר על המרת סעיפים על ידי בית הדין, בוודאי משמשים גם בשאלה אם רשאי בית הדין להורות על הרשעתו של הנאשם מבלי שיוזקף לחובתו רישום פלילי.³⁸ נסתפק איפוא בקביעה, כי על פי תוכנו, סעיף 378 בוודאי אינו עוסק בסמכות להרשיע בעבירה מסוימת הגוררת אחריה רישום פלילי, מבלי שיתווסף אליה רישום כזה.

עם זאת, לא נפטור את עצמנו בכך מהתייחסות לתוצאותיו של סעיף 378. לו היתה בידי בית הדין הצבאי סמכות להמיר סעיף אישום אחד במשנהו, הרי שיכול היה בדרך עקיפין גם להוביל לכך שנאשם, אשר על פי כתב האישום המיוחס לו היה נושא רישום פלילי, יורשע בעבירה שאינה גוררת אחריה רישום פלילי, כמו מספר רב של עבירות המופיעות בחש"צ.³⁹ כך לדוגמה לו היתה בידי בית הדין סמכות להמיר סעיפי אישום, יכול היה להרשיע את מי שהוכחה נגדו עבירה של היעדרות מן השירות, לפי סעיף 94 לחש"צ, הגוררת רישום פלילי, בעבירה של התנהגות שאינה הולמת, לפי סעיף 130 לחש"צ (או התנהגות מבישה לפי סעיף 129 לחש"צ לחיילים מתחת לדרגת סמל), שאינה גוררת רישום פלילי.

אם ניתן היה, באמצעות המרת סעיף האישום, להביא להרשעה בעבירה שאינה גוררת רישום פלילי, ניתן היה לכאורה לטעון כי יש לתת לבית הדין סמכות זו גם במנותק מהמרת סעיף האישום. זאת, באמצעות הצעתנו כאן, דהיינו, על ידי הרשעה באותה עבירה שפרטיה הוכחו תוך מחיקת הרישום הפלילי.

לדעתי, דינה של טענה זו להידחות. העונש המוטל בהליך הפלילי אינו בבחינת מטרה המקדשת את האמצעים באופן המתיר לבחור כל כלי משפטי כדי להגיע לתוצאה הרצויה. אם מוקנית לבית הדין סמכות ספציפית בחוק להמיר סעיף אישום אחד במשנהו ופעולה זו מביאה גם, כבדרך אגב, לכך שכנגד הנאשם לא יעמוד

³⁸ במאמרו של א' הרמלין "כבודו של החייל – על הרישום הפלילי בבתי הדין הצבאיים" הפרקליט מה 365, עולה ההצעה לפתור את בעיית הרישום הפלילי של חיילים המורשעים בעבירות קלות יחסית, שאין זה ראוי להכתימם ברישום פלילי, באמצעות שימוש בסעיף 378 לחש"צ והרשעה בעבירות אחרות בעלות יסוד עובדתי דומה שאינן כוללות רישום פלילי. למעשה, דן המאמר בדרך אפשרית אחרת לפתור בדיוק אותה בעיה, ועל כן טבעי שחלק מהשיקולים המשמשים שם רלוונטיים גם לענייננו.

³⁹ העבירות שאין עליהן רישום פלילי מנויות בסעיף 1(2)(א) לתקנות המרשם הפלילי ותקנת השבים (פרטי רישום שלא יירשמו או שלא יימסר מידע עליהם ועבירות שהרשעה בהן לא תפסיק את תקופת ההתיישנות או המחיקה), התשמ"ד-1984.

רישום פלילי, אין משמעות הדבר שניתן גם להרשיע בעבירה הגוררת אחריה רישום פלילי תוך מחיקת הרישום.

בין אם נכריע כי בסמכות בית הדין להמיר את סעיף האישים מקום שהוכחה העבירה, ובין אם לאו, הכלל הוא, כי מקום שהוכחו פרטי העבירה יורשע הנאשם, על כל המשתמע מכך. כדי לחרוג מכלל זה נזקקים אנו למקור-סמכות ספציפי בחוק או במקום אחר.

4. סמכותו של בית הדין לבטל כתב אישום מטעמי הגנה מן הצדק

בפרק הראשון של מאמר זה דנו בתפקידו של בית המשפט בשיטה אדברסרית והדגשנו את העובדה, כי בית המשפט אינו מחליף את שיקול דעתה של התביעה בהגשת כתב אישום. לכאורה, ניתן להסיק מכך כי החלטת התביעה להגיש כתב אישום כנגד פלוני תעמוד אך ורק למבחן בג"צ, אשר יבחן את כשירותה לפי כללי המשפט המנהלי. למעשה, שיטת המשפט הישראלית התפתחה בכיוון אחר, עת בתי המשפט הדנים בעניין פלילי קנו לעצמם את הסמכות לבטל את כתב האישום מטעמים של הגנה מן הצדק.

הגנה מן הצדק, כמכשירה ביטול כתב אישום על ידי הערכאה הדנה בו, מופיעה

לראשונה בפסיקה הישראלית בעניין **יפת**, שם נקבע כך:⁴⁰

"קבלתה של תורת ההשתק אל תוך המשפט הפלילי, באמצעות העקרון הידוע של 'הגנה מן הצדק' (אשר פורט בהרחבה לעיל) **נשענת על סמכותו הטבועה של בית המשפט לבטל אישום העומד בסתירה לעקרונות של צדק והגינות משפטית**. לבית המשפט במדינת ישראל שיקול דעת לעכב הליכים משאין באפשרותו להעניק לנאשם משפט הוגן ו/או משיש בניהול המשפט משום פגיעה בחוש הצדק וההגינות, כפי שבית המשפט רואה אותו. המבחן הקובע כפי שאני רואה לאמצו, הוא מבחן ה'התנהגות הבלתי נסבלת של הרשות', היינו התנהגות שערורייתית, שיש בה משום רדיפה, דיכוי והתעמרות בנאשם או כלשון הלורד Devlin 'oppressive'. המדובר במקרים בהם המצפון מזדעזע ותחושת הצדק האוניברסלית נפגעת, דבר שבית המשפט

⁴⁰ עניין **יפת**, לעיל הערה 3, בעמ' 370.

עומד פעור פה מולו ואין הדעת יכולה לטובלו. ברי כי טענה כגון זו תעלה ותתקבל במקרים נדירים ביותר, ואין להעלותה כדבר שבשיגרה ובעניני דיומא סתם." (ההדגשה שלי - ש' ד')

סמכות זו הוכרה גם בפסיקה מאוחרת יותר⁴¹ אשר קבעה, בין היתר, כי טענת ההגנה מן הצדק, אף שהיא מהווה דרישה להשתק של הרשות, הרי היא בראש ובראשונה טענת הגנה. על כן היא נתונה, ראשית לכל, לערכאה הדיונית, הרשאית להפעיל את סמכותה לבטל כתב אישום, ולא לבג"צ.⁴²

טענת הגנה מן הצדק ניתן להעלות במגוון רחב של מקרים. ענייננו בטענה של הגנה מן הצדק שמקורה בשיקול דעת בלתי סביר של הרשות. במקרה זה יש לערוך איזון בין האינטרס במיצוי הדין עם הנאשם לבין האינטרס בהבטחת התנהגות נאותה של הרשות. כותבים על כך בעז אוקון ועודד שחם במאמרם "הליך ראוי ועיכוב הליכים שיפוטיים"⁴³:

"הכלל של הגנה מן הצדק מאפשר הפגשה בין ההליכים הפליליים לכללי המשפט המינהלי. דוקטרינה זו מאפשרת ירידה לטיב שיקול-הדעת של הרשות המאשימה ולתום לבה. בהקשר זה תידרש תמיד ראייה כוללת של המעשים. כך, יכול שהאינטרס של הקהילה בהעמדת אדם לדין ייסוג מול אינטרס אחר, והוא הבטחת התנהגות נאותה מצד הרשות. הדוקטרינה חותרת לשחרור בית המשפט מאמות מידה פורמליות. היא מאפשרת לשבץ את המשפט הפלילי במסגרת הכוללת של הדין."

כדי להכריע בשאלה העיקרית העומדת לפתחנו, דהיינו, אם יש סמכות לבית הדין לבטל רישום פלילי עקב העלאתה של טענת הגנה מן הצדק, שומה עלינו לבדוק תחילה מה מקור סמכותו של בית הדין לבטל את כתב האישום. הפסיקה נותנת בידינו רק קצה חוט להבנת מקור הסמכות של בית הדין, כשהיא עושה שימוש במונח

⁴¹ בג"צ 6781/96 חבר הכנסת אולמרט נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נ (4) 793; בג"צ 1607/97 רב"ט בר טוב נ' הפצ"ר, דינים עליון נג 40.

⁴² בג"צ 1563/96 עו"ד כץ נ' היועץ המשפטי לממשלה ואח', פ"ד נה (1) 529, 544.

⁴³ ב' אוקון וע' שחם "הליך ראוי ועיכוב הליכים שיפוטיים" המשפט ג (התשנ"ו) 265, 271.

"סמכות טבועה". בכך דומה הפסיקה לפסיקתו של הלורד דבלין בעניין **Connely**⁴⁴ המעגנת את הסמכות בעיקרון כללי של המשפט הפלילי:

"...a general power, taking various specific forms, to prevent unfairness to the accused has always been a part of the English criminal law and I shall illustrate this with special reference to the framing of indictments. "

כאמור, הדוקטרינה של הגנה מן הצדק, כמאפשרת את ביטול כתב האישום נגד הנאשם, כבר הייתה שורשים במשפט הישראלי ואין עליה עוד עוררין. עם זאת, יש להדגיש, כי סמכותו הטבועה של בית הדין מקנה לו, לפי פסק הדין בעניין **יפת**, אך ורק סמכות לביטול כתב האישום ואינה מאפשרת לבית הדין להציב סייג לפליליות מעשיו של הנאשם או לזכות אותו מקום שהוכחה אשמתו. עומד על כך בית הדין במפורש:⁴⁵

"יודגש, עיכוב ההליכים אינו מוביל לזיכוי או להרשעה, משמעו הוא אי מתן רשות להשתמש בכלי של המשפט הפלילי בשל הצורך לשמור על טוהר ההליך השיפוטי."

אמנם, מפסיקה מוקדמת יותר עולה, לכאורה, כי התנהגות בלתי הוגנת מצד התביעה עשויה להוביל לזיכוי של הנאשם,⁴⁶ אך דברים אלו נאמרו לפני שדוקטרינת ההגנה מן הצדק התגבשה במקומותינו ומבלי שפורט טיבה של הגנה זו ומקורותיה. על כן, לדעתי, אין לראות קביעה זו כמשקפת את עמדת הפסיקה.⁴⁷ כפי שראינו לעיל, בפסיקה הישראלית התגבשה בינתיים רק תפישה של ביטול כתב אישום או עיכוב הליכים כתוצאה מטענת הגנה מן הצדק, כל זאת, עד שבא בית הדין הצבאי בעניין **רומנו** וקבע כאמור לעיל. עם זאת, ייתכן שאותן ההנמקות המשמשות לצורך ביטול כתב האישום ישמשו גם את בית הדין הבא למחוק את הרישום הפלילי של הנאשם. סוגיה זו נבחן בהמשך המאמר.

⁴⁴ **Connely v. Director of public prosecutions** [1964] W.L.R. 1145, 1192

⁴⁵ עניין **יפת**, לעיל הערה 3, בעמ' 360.

⁴⁶ ע"פ 79/73 **לביא ואח נ' מדינת ישראל**, פ"ד כח (2) 505, 511.

⁴⁷ ראו בעניין זה את י' נקדימון **הגנה מן הצדק** (תשס"ד) בעמ' 19 - 20. גם בע/184/03 **התובע הצבאי הראשי נ' סמל אלתר** (טרם פורסם) מדגיש בית הדין כי בעקבות הגנה מן הצדק ניתן לבטל את כתב האישום, אך לא לזכות.

ג. סמכות בית הדין להרשיע תוך מחיקת רישום פלילי

1. על המרשם הפלילי

הרישום הפלילי במדינת ישראל מוסדר על פי חוק המרשם הפלילי ותקנת השבים.⁴⁸ מטרתו של הרישום הפלילי היא, לכאורה, טכנית-ניהולית גרידא,⁴⁹ זאת ניתן ללמוד מניסוחו של סעיף 1 לחוק, הקובע, כי המשטרה תנהל רישום פלילי ובו פרטי הרישום לעניין כל אדם שניתנה לגביו הרשעה או החלטה אחרת. מכיוון שלמשטרה לא ניתן כל שיקול דעת בעניין המרשם הרי שלכאורה המרשם הפלילי הוא תוצאה טכנית של ההרשעה.

אף על פי שהרישום מצטייר, לכאורה, כעניין משרדי בלבד, יש לרישום השלכות כבדות משקל על זכויותיו הבסיסיות ועל אורחות חייו של האדם שפרטיו מופיעים במרשם. ההשלכה של המרשם היא כפולה: ראשית, יש שהרישום הפלילי כשלעצמו פוסל אדם מלהתמנות לתפקיד מסוים, לתקופה מוגבלת⁵⁰ או לצמיתות.⁵¹ שנית, רשאית המשטרה למסור את פרטי הרישום הפלילי של אדם לשורה של גורמים, בהם לכל מי שהוסמך על פי חוק לתת רישיון או היתר והוסמך לשם כך לשקול את הרישום הפלילי, לשורה של גופים ציבוריים שבעל המרשם רוצה להשתתף במכרז מטעמם וכן לרשויות ממלכתיות זרות ולרשות הרישום.⁵² אף על פי שהגופים הרשאים לקבל את המרשם הפלילי אינם מחויבים לפסול את בעל המרשם מלמלא

⁴⁸ חוק המרשם הפלילי ותקנת השבים, התשמ"א-1981. (להלן - חוק המרשם הפלילי).

⁴⁹ ראו את פרק המבוא בדברי ההסבר לחוק המרשם הפלילי.

⁵⁰ כך, לדוגמה, סעיף 8(2) לחוק רישום קבלנים לעבודות הנדסה בנאיות, התשכ"ט-1969, פוסל את רישומו של קבלן לתקופה של שלוש שנים מתום ריצוי העונש על עבירה שיש בה כדי לערער את מהימנותו של הקבלן להיות "קבלן רשום". סעיף 7(ב) לחוק הרשויות המקומיות (בחירות), התשכ"ה-1965, קובע כי "אינו זכאי להיכלל ברשימת מועמדים ולהיבחר חבר המועצה מי שנדון בפסק דין סופי לעונש מאסר בפועל לתקופה העולה על שלושה חודשים וביום הגשת רשימת המועמדים טרם עברו שבע שנים מהיום שגמר לשאת את עונש המאסר בפועל, אלא אם כן קבע יושב ראש ועדת הבחירות המרכזית כי אין עם העבירה שבה הורשע, בנסיבות הענין, משום קלון". סעיף 12 לחוק רואי החשבון, התשט"ו-1955, מאפשר ללשכת רואי החשבון לחקור בעניין הרשעה בעבירה שיש עימה קלון.

⁵¹ סעיף 4(ד)1 לחוק סוכני המכס, התשכ"ה-1964, מונע את רישומו של סוכן מכס שהורשע בעבירה שיש עמה קלון. סעיף 44 לחוק לשכת עורכי הדין, התשכ"א-1961, קובע שהלשכה רשאית, לאחר ששמעה טענות המועמד לפניה, שלא לקבלו ללשכה משום שהורשע בעבירה פלילית, שיש בה, בנסיבות העניין, משום קלון והלשכה סבורה שלאור הרשעה זו אין הוא ראוי לשמש עורך דין. למקרים נוספים בהם משפיע המרשם הפלילי על עתידו ועבודתו של אדם, ראו א' טולדנו "הרישום הפלילי בצה"ל" **משפט וצבא** 15 (תשס"א) 17.

⁵² סעיפים 6 - 10 לחוק המרשם הפלילי.

את התפקיד בו הוא חפץ, הרי שהם רשאים להביא את המרשם הפלילי במניין שיקוליהם, שיקול שבוודאי פועל לרעתו של בעל המרשם. מידע על הרשעות קודמות המופיע במרשם הפלילי יש להביא גם לידיעת בתי המשפט לצורך שיקוליהם בהטלת עונש על המורשע. רישום פלילי עשוי לשמש שיקול משמעותי להחמרה בעונשו של נאשם.

חוק המרשם הפלילי משלב, נוסף להטלת אחריות על העברייני, גם עיקרון של שיקום, לפיו מלבד במקרים יוצאים מן הכלל אין לזכור את חטאו של אדם כל ימיו ויש לאפשר לו להשתלב באופן מלא בחיי החברה. על כן, מכיל החוק גם הסדרים להתיישנות ולמחיקת הרישום הפלילי.

למעשה, הרישום הפלילי הוא חלק מהותי מאחריותו הפלילית של אדם. הרישום אינו סתם חלק מעונשו של אדם המורשע, בדומה לעונש של מאסר על-תנאי שבית המשפט רשאי להטילו או שלא להטילו. הרישום מהווה חלק מן האחריות עצמה והוא קשור אליה בקשר בל יינתק.

תימוכין לגישה זו ניתן למצוא בדברי ההסבר להצעת חוק המרשם הפלילי⁵³ המבהירים, כי קנה המידה המוצע לעניין המרשם הוא סוג העבירה בעוד שהעונש המוטל ישמש רק קנה מידה לעניין התיישנות המידע. דהיינו, הרישום נלווה לעבירה על פי סוגה ואינו מותנה בעונש שהוא מטבעו תלוי בשיקול דעתו של בית המשפט. זו הסיבה שניתן לראות את מחיקת העבר הפלילי או התיישנותו, בדרכים המנויות בחוק המרשם הפלילי,⁵⁴ כסייג לאחריותו הפלילית של אדם. עומד על כך פלר בספרו **דיני עונשין**:⁵⁵

“העבר הפלילי שאדם חייב לשאת אותו מהווה חלק מנתוני זהותו. כאשר הוא מצווה להצהיר על קורות חיו או סתם על קורותיו הפליליים, ובייחוד כאשר נובעים ממנו נכות חברתית ופסול משפטי – מום זה במעמדו החברתי והמשפטי של האדם, הוא היבט נוסף של האחריות הפלילית לעבירה, שאותו אדם עבר, הורשע בה ונשא גם את העונש הרגיל שהוטל עליו, עבודה.

⁵³ הצעת חוק המרשם הפלילי ותקנת השבים, התשמ"א-1981, ה"ח 1514 עמ' 218.

⁵⁴ עקב התיישנות לפי סעיף 14 לחוק המרשם הפלילי, מחיקת הרשעה לפי סעיף 16 לחוק, או קיצור התקופות להתיישנות או למחיקה הנמצאת בסמכות הנשיא לפי סעיף 18 לחוק.

⁵⁵ ש"ז פלר יסודות דיני עונשין (תשמ"ז, כרך ב) 655.

הריהביליטציה, בבואה להחזיר לאדם את מעמדו החברתי והמשפטי ואת זהותו כאדם שווה בין שווים לכל דבר, חוסמת בכך את המשך הנשיאה באחריות הפלילית לעבירה שנעברה בזמנו, ומהווה בכך סייג למימוש בהמשך של אחריות זו, על היבטה האמור." (ההדגשה במקור – ש' ד')

לבית הדין הסמכות להשית עונשים שונים ורשאי הוא להימנע מהטלת עונשים מסוימים כל אימת שהוא מוצא זאת לנכון. הפסיקה אף הכירה במקרים שבהם התנהגות בלתי תקינה של הרשות עשויה להוביל למצב שבו יקבל הנאשם עונש מופחת.⁵⁶ אף על פי כן, הכלל המרכזי שבו פתחנו מאמר זה הוא, כי במקום שבו הוכחה אשמתו של אדם, אין בית הדין רשאי לזכותו מאחריות לביצוע העבירה ועליו להרשיעו. כפי שראינו, ההרשעה והרישום הפלילי הם כתאומים סיאמיים שאינם ניתנים להפרדה, שכן שניהם נובעים ישירות מאחריותו הפלילית של האדם. משאלו הם פני הדברים, וכל עוד לא נמצא מקור המאפשר לבית הדין להימנע מהטלת אחריות פלילית על אדם, הרי שאין בידינו גם אפשרות לשנות את רישומו הפלילי של אדם, חרף הוראות החוק.

2. מחיקת המרשם הפלילי עקב טענת הגנה מן הצדק

עמדנו על כך, כי לפי עניין יפת יש לבית הדין סמכות טבועה לבטל כתב אישום ולעכב הליכים נגד מי שהרשות נהגה עימו שלא בצדק. הדגשנו גם את העובדה, כי הסמכות לבטל את כתב האישום או לעכב את ההליכים אינה סמכות לסייג את האחריות הפלילית של אדם או לזכותו. מנגד עמדנו על העובדה, כי מחיקת הרישום הפלילי של אדם כמוה כהצבת סייג לאחריותו הפלילית, מכיוון שהרישום הפלילי קשור בטבורו לאחריות הפלילית של אדם ואינו נפרד ממנה. כאשר אנו מציבים שתי

⁵⁶ ע"פ 544/78 בכור ואח' נ' מדינת ישראל, פ"ד לג (3) 653, 656. לעניין האפשרות להקל בעונש עקב התנהגות לא נאותה של המדינה ראו גם ע"פ 4855/02 מדינת ישראל נ' בורוביץ (טרם פורסם) (להלן – עניין בורוביץ) בפסקה 21 לפסק הדין. וכן ראו ע"פ 10960/03 חסון נ' מדינת ישראל (טרם פורסם) בפסקה 4 לפסק דינו של השופט א' גרוניס; בע/2/05 התובע הצבאי נ' מוסס, קובע בית הדין הצבאי לערעורים כי התביעה נקטה הליך חקירתי פסול בתכלית, שכלל השמצה של הסגוריה הצבאית לפני הנאשם, על אף שמעשים אלו לא השליכו כלל על חקירתו של הנאשם ועל הודאותיו, בית הדין בוחר לתת ביטוי סימלי לחומרה בה הוא רואה את המהלך החקירתי שהפעילו רשויות החקירה באמצעות הפחתת חודש מאסר אחד מתוך עונש של 6 שנות מאסר (!).

תובנות אלו זו לצד זו, מתקבלת המסקנה, כי לבית הדין אין, לפחות לפי הפסיקה עד כה, סמכות למחוק את רישומו הפלילי של מי שהוכחו יסודות העבירה נגדו. לא למותר לציין, כי עבירות רבות המופיעות בחוק השיפוט הצבאי ונעשה בהן שימוש בשגרה במערכת השיפוט הצבאית, הן חסרות רישום פלילי. הסמכות לפטור עבירות מרישום פלילי מוקנית לשר המשפטים במפורש בסעיף 25(1) לחוק המרשם הפלילי, ומכוחה של סמכות זו הותקנו תקנות הפוטרות מספר עבירות, רובן צבאיות, מרישום פלילי.⁵⁷ עם זאת, חרף הזיקה החזקה, שעליה עמדנו לעיל, בין העבירה הפלילית לבין המרשם הפלילי, נקבע, כי עבירות אלו, כאשר מובא בגינן נאשם לדין לפני בית דין צבאי, הן עבירות פליליות לכל דבר ועניין.⁵⁸

אם כן, כאשר נאשם פלוני מעלה טענה כנגד הכתמתו ברישום פלילי, בדרך הנבחנת במאמר זה, משמעות הדבר הינה תקיפת שיקול דעתו של שר המשפטים. אמנם, המשפט המנהלי מכיר, עוד מימיו הראשונים, באפשרות לבקר תקנה בת פועל תחקיתי, אך יש לזכור כי ביקורת כזו רלוונטית לגבי כל המקרים שעליהם חלה התקנה. אין אנו מכירים, במשפט המנהלי הקיים אפשרות כלשהי לומר, כי תקנה היא טובה וראויה אך לא כלפי הנאשם דנן, שלגביו היא לא תחול.⁵⁹

כזכור, בעניין רומנו קבע בית הדין הצבאי לערעורים, כי ביטול כתב אישום מטעמי הגנה מן הצדק ייעשה רק במקרים נדירים, ובמקרים אחרים ניתן להטיל "סנקציה" מידתית על התביעה.⁶⁰ ייתכן שהמקור לפסיקת בית הדין הוא בתובנה כי כשם שבידי בית הדין הסמכות לבטל לחלוטין כתב אישום הרי צריכה להיות לו

⁵⁷ תקנות המרשם הפלילי ותקנת השבים (פרטי רישום שלא יירשמו או שלא יימסר מידע עליהם ועבירות שהרשעה בהן לא תפסיק את תקופת ההתיישנות או המחיקה), התשמ"ד-1984 (להלן - "תקנות המרשם הפלילי").

⁵⁸ ראו בעניין זה ע/123/02 אל"ם ישי נ' התובע הצבאי הראשי (טרם פורסם), למשל בפסקה 22, שם מדגיש בית הדין, כי העבירה של התנהגות שאינה הולמת, שאינה נושאת רישום פלילי, היא עבירה פלילית כאשר היא נדונה בבית דין צבאי.

⁵⁹ טענה כזו יכולה וצריכה להישמע כלפי הנחיה מנהלית, אך היא סותרת מכל וכל למהותה של תקנה כבת פועל תחקיתי. "הנחיות מנהליות... אין מדובר בכללים נוקשים, כמו חוק או תקנה שאסור לסטות מהם אלא הם כללים גמישים שאפשר וראוי לסטות מהם בנסיבות ראיות" - י' זמיר **הסמכות המנהלית** (כרך ב', תשנ"ו) 773, 786(32), 926. להרחבה בדבר הנחיות מנהליות, ראו בג"ץ 5636/01 בקמן נ' שר העבודה והרווחה, פ"ד נח (5) 890.

⁶⁰ אף בית המשפט העליון קבע לאחרונה כי ניתן לנקוט אמצעים יותר מתונים ומידתיים מאשר ביטול כתב האישום במקרה של הגנה מן הצדק, בעניין בורוביץ לעיל הערה 56, בפסקה 21. בין השאר, מונה בית המשפט את האפשרויות של ביטול אישומים ספציפיים, שקילת ההגנה מן הצדק בקביעת העונש ואפילו רומז על אפשרות של ביטול קבילותן של ראיות שהושגו תוך שימוש באמצעים פסולים (ראו הערות 56 ו-61).

הסמכות לעשות גם פחות מכך, למשל: להרשיע את הנאשם אך למחוק את רישומו הפלילי. לדעתי, דינה של טענה זו להידחות.

הסמכות לבטל את כתב האישום והסמכות למחוק את הרישום הפלילי הן שתי סמכויות שונות ונפרדות זו מזו, והאחת אינה כלולה בתוך האחרת. אמנם, נכון הדבר שלביטולו של כתב האישום ישנה, בין היתר, השלכה של היעדר רישום פלילי כנגד אותו אדם, אך העובדה, כי התוצאה העובדתית של ביטול כתב האישום כוללת את התוצאה של ביטול הרישום הפלילי, אין משמעותה שהדוקטרינה המשפטית שהתירה את ביטול כתב האישום יכולה גם להתיר את מחיקת הרישום הפלילי, אף ללא ביטול כתב האישום. תוצאה דומה אין פירושה בהכרח שבידי בית הדין הסמכות לנקוט הליך שונה; בעוד שעל פי ההלכה הפסוקה יש לבית הדין סמכות לבטל כתב אישום, אין כל איזכור לכך שיש לבית הדין סמכות לסייג את האחריות הפלילית של הנאשם מקום שהוכחה אשמתו.

אם היינו מקבלים את התיאוריה, שלפיה מכיל המרובה את המועט, וסמכות בית הדין לבטל כתב אישום מקנה לו סמכות לעשות כרצונו להטבת מצבו של מי שהרשות נהגה כלפיו שלא בהגינות, אנוסים היינו, לדוגמה, לקבל לתוך משפטנו גם את הדוקטרינה בדבר "פירות העץ המורעל", שכן אם רשאי בית המשפט לבטל את פסק הדין כולו, בוודאי רשאי הוא לבטל גם את הראיות שהושגו שלא כדין. אף על פי כן דוקטרינה זו נדחתה בפסיקתנו באופן עקיף ורציף.⁶¹

עם זאת, לא מן הנמנע הוא, כי מקור הסמכות שמכוחה רוכש בית הדין את הכוח לבטל כתב אישום, כפי שנקבע בעניין יפת, יכול לשמש את בית הדין גם בבואו למחוק רישום פלילי בלבד. על כן, יש לבחון כרגע את מקורות הסמכות השונים

⁶¹ בין השאר, בפסקי הדין הבאים: ע"פ 183/78 אבו מדיג' נ' מדינת ישראל, פ"ד לד (4) 533; בג"צ 249/82 ועקנין נ' בית הדין הצבאי לערעורים, פ"ד לו (2) 393; ד"ר 9/83 בית הדין הצבאי לערעורים נ' ועקנין, פ"ד מב (3) 837; ע"פ 476/79 בולוס נ' מדינת ישראל, פ"ד לה (1) 785; ע"פ 2286/91 מדינת ישראל נ' אילוז ואח', פ"ד מה (4) 289.

עם זאת נציין, כי בעניין בורוביץ, לעיל הערה 56, בפסקה 21, קובע בית הדין קביעה המרמזת על תחילת החלתה של דוקטרינת "פירות העץ המורעל" בישראל באמצעות ההגנה מן הצדק: "כן עשוי בית המשפט לקבוע, כי תיקון הפגיעה יכול שייעשה במסגרת בירורו של המשפט, כגון בבירור שאלת קבילותה של ראיה שהושגה תוך שימוש באמצעים פסולים".

מכוחם רשאי בית הדין להפעיל סמכות זו. ניתן להצביע על שלושה מודלים מכוחם שואב בית הדין סמכות לבטל את כתב האישום בנימוק של הגנה מן הצדק:⁶²

1. מודל הסמכות הטבועה של בית הדין;
2. מודל הביקורת המנהלית של בית הדין על התביעה;
3. מודל הסמכות של בית הדין לתקן עוולות חוקתיות.

(א) סמכות טבועה

בצד הסמכויות הסטטוטוריות, המוקנות לבית המשפט על פי חוק, קיים מקור סמכות נוסף הנגזר מעצם טיבו ומהותו של בית המשפט כערכאה שיפוטית. סמכות זו היא הסמכות הטבועה המוקנית לבית המשפט, שעליה כבר עמדתי לעיל. סמכות זו מוגדרת בספרות כך:⁶³

"המינוח 'סמכות טבועה' ודומיו ננקט לתיאור כוח בית משפט ליצור, במקרים יוצאי דופן, כלים במישורי הפרוצדורה וביזיון בית המשפט, למען ההגנה על יכולתו התפקודית מוסדית, להבטחת אי ניצול הליכיו לרעה ומניעת אי צדק בולט, העלול לנבוע מקביעת מועדים לעשיית פעולה בפסק דין."

בעניין ניר מוגדרת הסמכות הטבועה כך:⁶⁴

"סמכותו הטבועה של בית המשפט היא סמכות שבית המשפט קונה לעצמו על-פי קביעתו הוא. ואולם סמכות טבועה אינה נוצרת, בידי בית המשפט, יש מאין. קיומה של הסמכות מהווה פועל יוצא מנסיבות שבהן אי-אפשר בלעדיה. ... הכלל הוא, שבסמכותו הטבועה אין בית המשפט משתמש אלא במקרים שבהם נדרש הדבר באופן חיוני, למטרה הכרחית שאין בידי בית המשפט להשיגה במסגרת סמכותו הרגילה."

⁶² המודלים לקוחים מן הספר של נקדימון לעיל הערה 47, בעמ' 117; לאחרונה עלתה גם הצעת חוק בכנסת, שלפיה יוכל בית המשפט לבטל כתב אישום מטעמים של הגנה מן הצדק - הצעת חוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב] (תיקון - הגנה מן הצדק) התשס"ה-2004, ה"ח 3029. כמובן, אם תתקבל הצעת חוק זו יהיה מקור בחקיקה לביטול כתב אישום בשל הגנה מן הצדק, אך נכון לעכשיו ההצעה טרם התקבלה.

⁶³ פ' גולדשטיין "ה'סמכות הטבועה' של בית המשפט" עיוני משפט י (תשמ"ד) 37, 39 - 40.

⁶⁴ ע"א 4845/95, עו"ד ניר נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(2) 639, 645 - 646.

בעניין יפת הנזכר לעיל מציג בית המשפט את האפשרות להשתמש בסמכות הטבועה כדי לבטל כתב אישום מטעמים של הגנה מן הצדק ובכך הוא מרחיב באורח ניכר את גדרה של הסמכות הטבועה מעבר לעניינים של פרוצדורה וקביעת מועדים בהם עסקה בעבר. מכיוון שהסמכות הטבועה היא סמכות שבית המשפט מקנה לעצמו, ולא סמכות שמקורה בחוק או בהלכה הפסוקה, הרי לכאורה ניתן להעלות את הטענה שסמכות זו פורשת את מצודתה גם על הסעד של מחיקת כתב האישום בתיק.⁶⁵

למעשה, גבולותיה של הסמכות הטבועה הם מטושטשים ואמורפיים הרבה יותר מסמכות המוקנית בחוק או בפסיקה מעצם היותה סמכות שבית הדין מפעיל אד-הוק לצורך הגנה על הצדק. עם זאת, הסמכות הטבועה אינה נוסחת קסם שעל פיה רשאי בית הדין לעשות כרצונו, גם לסמכות הטבועה יש גבולות, ואפילו הם מטושטשים. ראשית לכל, שומה על בית הדין לעשות שימוש בסמכות הטבועה במשורה ומתוך כוונה להגן על כללי הדין המקובלים והרגילים. כך נקבע בעניין שקולניק:⁶⁶

”אך כשם שראוי לו לבית המשפט, שלא להירטע מעשיית שימוש בסמכותו הטבועה, במקרה שנסיבותיו מחייבות זאת, כך מוטל עליו להישמר מפני עשיית שימוש בסמכות האמורה במקרה שבו אין ההימנעות מכך מובילה לאי-צדק ברור ובולט. ראוי לזכור, שבעצם השימוש בסמכות האמורה יש משום פגיעה בעקרונות הכלליים המקובלים.”

שנית, הסמכות הטבועה דינה כדין כל סמכות שלטונית אחרת. על כן עליה להיות מופעלת בסבירות ומתוך שקילה ואיזון של כל הערכים, העקרונות והאינטרסים שיש להביא בחשבון.⁶⁷

במקרה שלפנינו קיימים מספר עקרונות שיש להביא בחשבון לפני שבית הדין ייטול לעצמו את הסמכות הטבועה להרשיע ללא רישום פלילי. השיקול הראשון שיש

⁶⁵ בע"פ 4675/97, 4961, 4962 רוזוב נ' מדינת ישראל, פ"ד נג (4) 337, קבע הנשיא ברק, כי בית המשפט רשאי להכיר בסייגים נוספים לאחריות הפלילית מעבר לאלו הקבועים בחוק העונשין. ניתן, אם כן, ללמוד מאמרת אגב זו שיש בידי בית המשפט האפשרות להכיר בסייג נוסף לאחריות הפלילית על דרך מחיקת הרישום הפלילי מטעמים של הגנה מן הצדק. בהמשך המאמר אני מסביר מדוע על אף שפתרון זה אפשרי, תיאורטית אין הוא ראוי משפטית.

⁶⁶ ע"א 230/87 שקולניק נ' יגאל זכאי פ"ד מו(3) 279, 285.

⁶⁷ בג"צ 3914/92 לב נ' בית הדין הרבני האזורי, פ"ד מח (2) 491, 501, וכן נקדימון, לעיל הערה 47, בעמ' 88 - 89.

לשקול הוא השמירה על הפרדת הרשויות. בחוק המרשם הפלילי מופיעה בסעיף 18 סמכותו של נשיא המדינה לקצר את תקופת ההתיישנות או המחיקה של הרישום הפלילי, ובכך לסייג את אחריותו הפלילית של הנאשם. סמכות זו היא נוספת לסמכות החנינה הרגילה של הנשיא, אשר על פי סעיף 16(ג) לחוק הופכת את ההרשעה שניתנה עליה חנינה להרשעה שנמחקה. למעשה, סמכותו של הנשיא לפי סעיף 18 הנ"ל היא הסמכות היחידה המוקנית בחוק למחיקת ההרשעה במרשם הפלילי.

כאשר מפעיל בית הדין את סמכותו הטבועה כדי למחוק את הרישום הפלילי של מי שמורשע בדינו, הרי שהוא חורג מתחומי סמכותו ופולש לתחום הסמכות המוקנית באופן מפורש בחוק לנשיא המדינה. נשיא המדינה אינו ערכאה שיפוטית והשיקולים שהוא שוקל הם שיקולי שיקום ומחילה, השונים מהשיקולים ששוקל בית הדין. על כן, היה ראוי לכבד את רצונו של המחוקק ולהותיר את הסמכות למחוק את ההרשעה במרשם הפלילי בידי הנשיא בלבד.

גם אם נניח, כי בית הדין הוא ערכאה ראויה ומתאימה לשקול שיקולי חנינה, בניגוד למשתמע ממערכת החוקים, הרי ששקילת שיקולי חנינה על ידי בית הדין תהפוך את נשיא המדינה למעין ערכאת ערעור על פסיקת בית הדין וכך ייווצר עימות לא רצוי ומזיק בין שתי רשויות שתפקידיהן שונים.

שיקול נוסף שיש לשקול הוא כיבוד רצונה של הרשות המחוקקת. על פי חוקי מדינת ישראל, ישנן עבירות שמצורף להן רישום פלילי בעוד שיש עבירות שאין עליהן רישום פלילי.⁶⁸ בעניין רומנו מפנה בית הדין להצעות חוק פרטיות שמטרתן להקנות לבית הדין הצבאי את הסמכות שלא לצרף רישום פלילי להרשעה,⁶⁹ אך הצעות אלו טרם התקבלו, ועל כן במקרים המנויים בחוק יצטרף הרישום הפלילי להרשעה בלא שיש לבית הדין סמכות לבטלו.⁷⁰

⁶⁸ העבירות שאין עליהן רישום פלילי מנויות בתקנות המרשם הפלילי, לעיל הערה 57.

⁶⁹ עניין רומנו, לעיל הערה 6, בפיסקה 21.

⁷⁰ ראו בין היתר הצעת חוק המרשם הפלילי ותקנת השבים (תיקון – סמכות בית דין צבאי ברישום פלילי), התשס"ב-2002, ה"ח 3876, הצעת חוק המרשם הפלילי ותקנת השבים (תיקון – סמכות בית דין צבאי ברישום פלילי), התשס"ג-2003, ה"ח 316, הצעת חוק המרשם הפלילי ותקנת השבים (תיקון סמכויות בית דין צבאי), התשס"ד-2004, ה"ח 1960, הצעת חוק המרשם הפלילי ותקנת השבים (תיקון – סמכות בית דין צבאי ברישום פלילי), התשס"ד-2004, ה"ח 1781.

הסמכות הטבועה היא כלי שאמור לשמש אותנו מקום שבו המחוקק שותק, ולא מקום שבו קיים הסדר חוקי מפורט הנוגע לבעיה. הסדר חקיקתי מפורט של נושא מסוים שולל היזוקקות לסמכות הטבועה.⁷¹ נושא הרישום הפלילי הוסדר, כשלעצמו, בהסדר מקיף בחוק המרשם הפלילי. כן הוסדר נושא המרשם בצבא בתקנות ספציפיות וממצות.⁷² על כן, אין מקום להשלמת הסדרים נוספים בנושא זה באמצעות הסמכות הטבועה.

בעניין **עוזר ולב**⁷³ נדון מקרה דומה שבו הוגשה בקשה לשנות פסק דין פלילי סופי של בית המשפט מטעמים של הגנה מן הצדק, על בסיס הסמכות הטבועה. בית המשפט קבע, שיש ממש בטענותיו של העותר, אך הכריע, בסופו של יום, כי הכרה בסמכות טבעית של בית המשפט לתקן פסק דין תפגע בסופיות ההליך הפלילי ועל כן אין להכיר בסמכות טבועה במקרה זה.⁷⁴ בית המשפט קבע, כי מכיוון שלא ניתנה לבית המשפט סמכות מפורשת לנהוג כאמור הרי הסמכות לתת סעד למבקש נמצאת בידיו של נשיא המדינה:⁷⁵

”חוששני שגם טעות כמו זו הנדונה כאן, אינה ניתנת לתיקון אלא בדרכי החסד של הרשות המחוננת. אילו רצה המחוקק להסמיך את בית המשפט עצמו להורות 'ההוראה האחרת' האמורה בסעיף 12 לחוק... היה יכול וצריך לומר כך, כשם שאמר בלשון מפורשת שאינה משתמעת לשתי פנים, בסעיף 22 לחוק ההוא.”

בית הדין הצבאי הצדיק את פסיקתו בעניין **רומנו**, בכך שקיימת סמכות לערכאות השיפוט האזרחיות במדינה להעניש נאשם ללא הרשעה, לפי סעיף 1(2) לפקודת המבחן וסעיף 71א(ב) לחוק העונשין. סמכות זו, בה דנו בתחילתו של מאמר זה, היא סמכות שהעניק המחוקק במפורש לערכאות השיפוט האזרחיות במדינה, ובוודאי אין ללמוד ממנה שגם כאשר אין מתמלאים התנאים המפורשים שהציב

⁷¹ גולרשטיין, לעיל הערה 63, בעמ' 38; ע"א 103/75 ארקיע נ' רשם האגודות השיתופיות, פ"ד ל (2) 298. 303 - 302.

⁷² תקנות המרשם הפלילי ותקנת השבים, לעיל הערה 57.

⁷³ המ' 465, 464/65 עוזר ולב נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יט (4) 31.

⁷⁴ שם בעמ' 38 - 39.

⁷⁵ שם, בעמ' 47.

המחוקק, רשאית ערכאת שיפוט לנהוג כרצונה ולסייג אחריות פלילית עת הוכחו יסודות העבירה במלואם.

מעבר לנימוק עקרוני זה שומה עלינו לזכור, כי כאמור לעיל, סמכויות בית הדין הצבאי שלא להרשיע נאשם, שהוכחה אשמתו, מצומצמות ביותר בהשוואה לקיים במערכת האזרחית. בכך ניתן למצוא סימן מובהק לכוונת המחוקק ביחס לסמכויות בית הדין הצבאי. בעניין זה יש לראות את החש"צ כקודקס מקיף וממצה המקיים מערכת שיפוט נפרדת ומיוחדת.⁷⁶ יש להניח, כי המחוקק התכוון לכלול בחש"צ את כל ההוראות הנחוצות בנושא השיפוט הצבאי⁷⁷ ולא ללמוד אנלוגיה ממוסדות משפטיים אחרים הרלוונטיים במערכת המשפט האזרחית.

נוסף לכך יש לזכור, כי גם צו מבחן וצו שירות לתועלת הציבור, אותם מוסמך בית משפט אזרחי להטיל ללא הרשעה, נרשמים במרשם הפלילי,⁷⁸ ועל כן, כאשר בית הדין מוחק את הרישום הפלילי, הרי הוא חורג באופן מהותי ממרחב הסמכויות שהמחוקק הקנה לו.

שיקול מהותי נוסף, השולל קיומה של סמכות לבטל רישום פלילי, הוא שיקול של אחידות במדיניות הענישה שמפעיל בית הדין. קיים יתרון מובנה לאחידות ברישום הפלילי, אחידות שאותה רשאי להפר נשיא המדינה בלבד באמצעות סמכות החנינה שהוקנתה לו. אם תוענק לבית הדין סמכות במקרים מסוימים, על פי שיקול דעתו, לבטל רישום פלילי, ייווצר מצב שבו על אותן עבירות יהיה רישום במקרים מסוימים, והרישום יימחק במקרים אחרים. בשקילה מערכתית כוללת ייצא שכרה של סמכות זו בהפסדה.

חוסר האחידות במדיניות הענישה עלול, בשיקול ארוך טווח, גם להביא להפליה בין נאשמים שבגין אותה עבירה יימחק לחלקם הרישום הפלילי, ולחלקם לא. אין לצאת מנקודת הנחה שבכל דיון ישקול בית הדין את כל מערך השיקולים ובסופו של יום יגיע להכרעה האופטימלית בדבר הרישום הפלילי שיינתן לנאשם. אפשרות סבירה הרבה יותר היא, שרק במקרים נדירים יבטל בית הדין את הרישום הפלילי.

⁷⁶ עניין אטרגי, לעיל הערה 19, בעמ' 90.

⁷⁷ ד"נ 13/75 מפקד משטרה צבאית חוקרת ואח' נ' פלוני, פ"ד ל (3) 617, בעמ' 622 – 623.

⁷⁸ לפי סעיף 2(2) לחוק המרשם הפלילי.

בשאר המקרים, בעבירות דומות, יישאר הרישום הפלילי בתוקפו. מציאות זו היא מציאות מפלה ובעייתית.

נוסף לשיקולים אלו הרי שהאפשרות למחוק את הרישום הפלילי פותחת לפני הצדדים המתדיינים חזית נוספת על החזית הרגילה במשפט, שבה נאבקים הצדדים על ההרשעה. חזקה על הסנגור העושה מלאכתו נאמנה שמאותה עת ואילך ימשיך את טיעונו בבית הדין לא רק לעניין ההרשעה אלא גם לעניין הרישום הפלילי, ובכך יביא לסרבול ולהארכת ההליך המשפטי. ניתן לטעון, כי זה המצב תמיד בטענת הגנה מן הצדק, שמטבעה מאריכה את ההתדיינות השיפוטית, אך, למעשה, יש הבדל מהותי בין הטענות. הפסיקה צמצמה ותחמה את גבולותיה של טענת ההגנה מן הצדק לכדי הגנה שהשימוש בה נדיר ביותר. לכן, הטענה גם נטענת לעתים רחוקות. במובחן מכך הפתרון של מחיקת הרישום הפלילי, שיישם במקרה של התנהגות שערורייתית פחות ושגרתית יותר של הרשות, צפוי, מטבע הדברים, להיות מיושם לעתים קרובות יותר. יישום תכופ של האפשרות למחוק את הרישום הפלילי יוביל בהכרח להעלאת טענה זו בכל הליך, ובכך יסורבל ההליך השיפוטי כולו.

שיקול נוסף שיש לציין הוא הצורך למנוע מצב שבו יהיה עירבוב בין שיקולי המרשם הפלילי לבין שיקולי הענישה, וכך יהפוך המרשם הפלילי מ"עונש סמוי" לעונש של ממש. הבעייתיות במצב זה טמונה בכך שהמרשם הפלילי נועד, בראש ובראשונה, להגנת החברה ורק לאחר מכן לענישת העבריין. כיוון שכך, אין זה ראוי כי החברה תישא בסיכון של שילובו של הפושע במסגרתה, כאילו לא נשאה העבירה שביצע רישום פלילי, רק מכיוון שהדבר משתלב עם שיקולים התומכים בהקלה עם הנאשם, ועל אחת כמה וכמה כאשר משתלב הדבר בשיקולים התומכים בהטלת סנקציה על רשויות התביעה.⁷⁹

⁷⁹ מובן שסנקציה המוטלת על התביעה היא, למעשה, סנקציה המוטלת על הציבור כולו שהתביעה היא נציגתו בלבד. הציבור הוא גם הנפגע העיקרי מהסנקציה שמטיל בית המשפט, שכן יכולתו להתגונן מפני עבריינים נפגעת.

⁸⁰ בעניין **בורוביץ**, לעיל הערה 56, הדגיש בית המשפט העליון כי מטרת החלתה של ההגנה מן הצדק היא לעשות צדק עם הנאשם ולא לבוא חשבון עם רשויות האכיפה על מעשיהן הנפסדים. בית המשפט הדגיש גם כי ייתכן שהפגיעה בתחושת הצדק וההגינות תיחס לא להתנהגות שערורייתית של הרשויות אלא, למשל, לרשלנותן או אף לנסיבות שאינן תלויות ברשות כלל אך מבססות את המסקנה כי במקרה הנתון לא ניתן יהיה להבטיח לנאשם משפט הוגן. מנגד, קבע בית המשפט גם כי לרוב (אם כי לא תמיד) תיחס הפגיעה בצדקתו ובהגינותו של ההליך הפלילי להתנהגות נפסדת של הרשות, ובין

אם נניח כי המרשם הוא כלי יעיל בהגנה על החברה מפני עבריינים, ולשם כך הוא נועד, הרי שמחיקת הרישום הפלילי נושאת תו מחיר חברתי ברור בכך שהיא מגדילה את הסיכון מפני העבריינין לשעבר. בעוד שבמקרים מסוימים יש הצדקה לכך שמחדלים מצד התביעה ורשויות החוק יובילו לגישה מקילה עם העבריינין באשר לפשעיו בעבר, אין הצדקה לכך שמחדלים אלו יובילו לפגיעה אפשרית עתידית בחברה כולה. ענישה רגילה משלבת בעיקר שיקולי גמול ולכן ניתן להקל בה עקב התנהגות לא נאותה של רשויות המדינה. לעומת זאת, המרשם הפלילי מושתת בעיקר על שיקולי מניעה של פגיעה עתידית, בחברה ושיקולים אלו אינם נסוגים עקב רשלנות השלטון. כדי לשמור על האינטרס של הגנת החברה מפני העבריינין, גם אחרי ריצוי עונשו, על המרשם הפלילי להיות קבוע ומצורף להרשעה כשהוא מנותק משיקולי ענישה.

חמשת השיקולים שמנינו לעיל,⁸¹ כשהם מצטרפים לעיקרון הכללי לפיו יש למעט בשימוש בסמכות הטבועה ולהגבילה למקרים קיצוניים, תומכים במסקנה כי אין להכיר בסמכות טבועה של בית דין להרשיע תוך מחיקת הרישום הפלילי. אמנם, לכאורה, בידי בית הדין סמכות עקרונית לעשות את הנדרש לעשיית משפט צדק, אך סמכות זו, כמו כל סמכות שלטונית, צריכה להיות מופעלת בסבירות ותוך שקילות כל השיקולים הרלוונטיים, ובהם שיקולים מערכתיים. איזון בין השיקולים הרלוונטיים במקרה זה תומך במסקנה שאל לו לבית הדין ליטול לעצמו את הסמכות להרשיע תוך מחיקת הרישום הפלילי.

(ב) סמכות מנהלית

מודל נוסף, שעליו ניתן לכאורה לבסס את סמכותו של בית הדין להעניק סעד של הגנה מן הצדק, הוא מודל הסמכות המנהלית. מודל זה רואה את התערבות בית המשפט בהחלטות התביעה כהחלטה שיש בה משום ביקורת במישור המנהלי על התנהלותה של התביעה, אשר כמו כל רשות שלטונית אחרת מחויבת לנהוג על פי

⁸¹ האינטרסים השוללים את המשך קיומו של הליך נמצא השיקול של פסילת מהלכיה הנפסדים של הרשות והרתעתה מפני נקיטת מהלכים דומים בעתיד.

המבוססים על השיקולים שמביאים א' לוי וא' טולדנו במאמריהם הנזכרים לעיל.

כללי המשפט המנהלי.⁸² בעבר הגישה הרווחת היתה כי סמכות הביקורת השיפוטית מוטלת על כתפיו של בית המשפט הגבוה לצדק, אך עם קליטתה של דוקטרינת ההגנה מן הצדק הרי שהאפשרות של ביקורת שיפוטית על החלטת התביעה ניתנה גם לערכאה הדנה בעניין הפלילי לגופו.

על פי המודל המנהלי, מטרתה של טענת ההגנה מן הצדק היא להטיל סנקציה על הרשות שחרגה מסמכויותיה, שתוביל לעשיית צדק עם הנאשם במקרה הקונקרטי. לפי מודל זה, אין בית הדין בודק את מידת אשמתו של הנאשם, אלא בודק אם ההחלטה להעמיד את הנאשם לדין היא סבירה וראויה. דן בכך י' נקדימון בספרו **הגנה מן הצדק**:⁸³

”אכן, הדיון בטענת 'הגנה מן הצדק' מנותק באופן מהותי מן הברור הצרוף בשאלת אשמתו או חפותו של הנאשם. הוא נועד להכריע בשאלת ראויות העמדת הנאשם לדין וניהול משפטו הפלילי, בנסיבות שבהן קיים חשש שרשות מעלה בחובות האמון וההגינות המוטלות עליה, פגעה בזכויות יסוד מוגנות של הנאשם ומעשיה עלו כדי 'התנהגות בלתי נסבלת'.”

המודל המנהלי נועד לטפל במקרים בהם נפל פגם מנהלי בשיקול הדעת של התביעה. על כן, הסעדים שמודל זה מקנה לבית הדין צריכים להיות מנהליים באופיים, דהיינו, ביטול כתב האישום או עיכוב ההליכים. המודל המנהלי אינו מקנה לבית הדין סמכות לסייג את אשמתו של הנאשם או להפחית מאחריותו לעבירה שביצע, אלא רק למנוע את המשך ההליכים נגדו. כיוון שכך, שימוש במודל המנהלי כדי לסייג את האחריות הפלילית של הנאשם באמצעות מחיקת הרישום הפלילי, הוא בעיניי סטייה מסמכותו המנהלית של בית הדין.

ניתן להעלות את הטענה הבאה – הרישום הוא אמנם ביטוי מהותי של ההרשעה הנלווה לה אוטומטית, אבל, נוסף לכך, הוא גם תיעוד פיסי של ההרשעה במחשבי המשטרה. אם ההרשעה לא תועבר למחשבי המשטרה הרי שבפועל לא

⁸² בבג"צ 935/89, 940, 943 גנור ואח' נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מד (2) 485, הדגיש השופט ברק (כתוארו דאז) את העובדה כי שיקול הדעת של הרשות התובעת, כמו שיקול הדעת של כל רשות שלטונית אחרת, מוגבל על פי ההוראות הכלליות של המשפט המנהלי (שם, בעמ' 508) ועל כן כפוף למבחני הסבירות (שם, בעמ' 513).

⁸³ נקדימון, **לעיל** הערה 47, בעמ' 117.

יהיה רישום פלילי והאדם שהורשע לא ייפגע בדרכים המנויות בחוק המרשם הפלילי. מקרה זה עשוי להתרחש גם כיום כתוצאה מטעות בירוקרטית שבעקבותיה לא הועבר הרישום הפלילי בדרכים הרגילות.

מסירת פרטי הרישום למשטרה מתבצעת בצבא על ידי קצין פיקוח במצ"ח.⁸⁴ מובן שקצין הפיקוח אינו נוכח באולם בית הדין ואין הוא מקבל את המידע מכלי ראשון, אלא המידע מועבר אליו על ידי גורמי המנהלה בבית הדין. ניתן להציע פתרון, שלפיו יורה בית הדין לגורמי המנהלה שלא להעביר את פרטי ההרשעה לצורכי הרישום לקצין הפיקוח במצ"ח וכך יימנע למעשה הרישום. סעד זה הוא מנהלי באופיו ולכן ניתן לכאורה לתת אותו על פי המודל המנהלי. נציין, כי במקרה כזה לא יהיה רישום שיימחק, המופיע עדיין במרשם כהרשעה שנמחקה; לא יהיה רישום כלל, תוצאה שהיא אף טובה יותר מבחינת הנאשם שהרשעתו לא תהיה חשופה לאיש, גם לא לגורמים הרשאים לעיין ברישומים שנמחקו.⁸⁵

עם זאת, אני סבור כי פתרון זה אינו ראוי ואינו אפשרי משתי סיבות: ראשית, פתרון זה הופך ליקוי בפעולת הרשות, דהיינו, אי דיווח בניגוד להוראות, לדרך המלך, וזאת בניגוד לכוונת המחוקק. סעדים מנהליים יש לתת באמצעות צווים כשרים ולא באמצעות הפיכת טעויות בירוקרטיות לכלל שיש לנהוג לפיו.

כמו כן, אין להביא למצב שבו תהא אי התאמה בין העבר הפלילי של אדם לבין הרישום הפלילי שלו. מצב זה אינו פותר את הבעיה המשפטית האמיתית של העבר הפלילי: עדיין ניתן יהיה להביא את פרוטוקול הדיון כראיה לעבר הפלילי לפני בית משפט בהליך אחר, וגם לא ברור כי פלוני שלא נרשמה הרשעתו מוסמך לטעון כי לא הורשע. כלומר, התוצאה תהיה מקבילה לזו של שימוש במרשם הפלילי (להבדיל מהרשעה שנמחקה שגילוי ראיה לגביה לא יהיה תקף בהליך משפטי).⁸⁶

שנית, הנימוקים שמניתי לעיל כנגד מחיקת הרישום הפלילי בדיון בנוגע לסמכות הטבועה, שרירים ותקפים גם כאן. חלקם אף נכונים ביתר שאת לנוכח

⁸⁴ תקנות המרשם הפלילי ותקנת השבים, התשמ"ו-1986, סעיפים 1(2) ו-2.

⁸⁵ הגופים המפורטים בסעיפים (ב) עד (ה) לתוספת הראשונה לחוק המרשם הפלילי מקבלים מידע על הרשעות שנמחקו לפי סעיף 16(א) לחוק ורשאים להתחשב בו בשיקוליהם לפי סעיף 20(ה) לחוק.

⁸⁶ סעיף 20(ב) לחוק המרשם הפלילי.

העובדה שמדובר באי רישום לעומת מחיקה. בנימוקים אלו יש כדי להפוך פתרון זה ללא ראוי.

(ג) הסמכות לתיקון עוולה חוקתית

מאז חקיקתו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו הפכה ישראל לדמוקרטיה חוקתית, דמוקרטיה שזכויות האזרחים בה מעוגנות ומוגנות במסגרת חוקתית. חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו קובע בסעיף 11 שלו, כי כל רשות מרשויות השלטון חייבת לכבד את הזכויות שהוא מעגן, אך עם זאת חוק היסוד אינו קובע סעדים מוגדרים להפרת הזכויות המעוגנות בו על ידי הרשויות השונות.

היעדרם של סעדים מוגדרים בחוקי היסוד אסור שירתיע אותנו מלפתח מערכת של סעדים חוקתיים על הפרת זכויות היסוד, עומד על כך א' ברק בספרו **פרשנות**

במשפט:⁸⁷

”מחדל חקיקתי אינו צריך להתלוות במחדל שיפוטי. אם המחוקק אינו ממלא את החסר, השופט חייב לעשות כן. יהא עליו לעצב תרופה התואמת לזכות המופרת. בעשותו כן אין לבוא אליו בטענה כי הוא משיג את גבול המחוקק. השופט מגשים את הציווי החוקתי ואת התבנית של החוק כאשר הוא פועל מקום שהמחוקק נמנע מלפעול.”

חובתו של בית הדין, לתת סעד להפרה של זכויותיו החוקתיות של הנאשם, נגזרת משני מקורות: ראשית, מחובתו לפעול לאכיפת הדין הקיים ובו גם הזכויות החוקתיות של הנאשם, ושנית, מחובת הכיבוד של זכויות היסוד אשר מוטלת על פי סעיף 11 לחוק היסוד על כל רשויות השלטון, ובהן גם בית הדין.

מקומו של הסעד החוקתי נמצא, על כן, מחוץ לגבולות חוק היסוד והוא יכול להתבסס על הוראה בחוק המסמיכה את בית המשפט להעניק סעדים מסוימים או על סמכותו הטבעה של בית הדין.⁸⁸ ואכן, בית המשפט העליון בפסק דינו בעניין **יפת**⁸⁹ התבסס על המהפכה החוקתית כנימוק נוסף לתחולת עקרון ההגנה מן הצדק

⁸⁷ א' ברק **פרשנות במשפט** (תשנ"ד, כרך שלישי – פרשנות חוקתית) 707 (להלן – פרשנות חוקתית).

⁸⁸ נקדימון, **לעיל** הערה 47, בעמ' 134.

⁸⁹ עניין **יפת**, לעיל הערה 3, בעמ' 368 – 369.

במשפט הפלילי, וכהצדקה להשתק של רשות הפועלת בניגוד לזכותו החוקתית של הנאשם להליך ראוי.

אנו למדים, איפוא, שאין לראות בחוקי היסוד מקור לסעדים חדשים, שביכולתו של בית המשפט להפעיל, אלא רק גורם המסיט את נקודת האיזון שמפעיל בית המשפט לכיוון ההגנה על זכויות הנאשם. למעשה, מדובר כאן בציביון חדש ובמסגרת תוכנית ברורה יותר לכוח הטבוע של בתי המשפט.⁹⁰ ⁹¹ נשאלת השאלה, אם יש בהסטת נקודת איזון זו כדי לסייע למחיקתו של רישום פלילי מקום שמורשע הנאשם בדינו.

אכן לנאשם קיימת זכות חוקתית לשיקום (רהביליטציה).⁹² נתונה לו הזכות לשמור על שמו הטוב ולהשתלב בחיי החברה ללא מגבלות. זכויות אלו משתלבות עם האפשרות למחוק את רישומו הפלילי. על כך נכתב בעניין **מחפור**:⁹³

"דומה, כי עקרון כבוד האדם מחייב כי מי שמעיד וחטא, ועל ידי כך פגם בכבודו, תינתן לו האפשרות לשוב בתשובה שלמה, ולפתוח דף חדש, נקי ומכובד בחייו ולחזור ולזכות בפרטיותו ובצנעת חייו. מובן ואין צריך לומר שאף נושא זה של מתן אפשרות לשוב בתשובה שלמה, של ריהביליטציה - ככל ערך על זכות יסוד - יש לקיימו ולבצעו על פי עקרון האיזון שבסעיף 8 לחוק היסוד האמור, היינו במידה וכל עוד הוא 'הולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית הראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש'."

⁹⁰ אפשרות לדעה הפוכה ניתן למצוא בע"א 9185/03 **טננבוים נ' הוצאת עיתון הארץ**, פ"ד נח (1) 359. שם נותרה השאלה, אם יש להכיר בסעד חוקתי עצמאי לאורח מקום בו נפגעה זכותו, בצריך עיון, אך עם זאת נאמר כי מסתמנת בפסיקה ובספרות הדעה לפיה יש להכיר בסעד חוקתי עצמאי. הנשיא ברק מותיר את השאלה פתוחה בע"א 6296/00 **קיבוץ מלכיה נ' מדינת ישראל**, תק-על 2004 (3) 1805. אך בספרו פרשנות חוקתית, **לעיל** הערה 87, בעמ' 704 - 705, הוא גורס, כי מקום שבו זכות אדם מוגנת נפגעת רשאי וחייב בית המשפט לעבד תרופה מתאימה, גם ללא צורך בדבר חקיקה מיוחדת הקובעת תרופה להפרה החוקתית.

בספרה של פרופ' ד' ברק-ארו **עולות חוקתיות** (תשנ"ד) דנה הכותבת באפשרות להכיר במשפט הציבורי בסעדים כספיים שמקורם בזכויות היסוד החוקתיות דרך מגוון "שסתומים", כגון דיני הנויקין או העיקרון של "הלך הסעד אחרי הזכות".

⁹¹ ב' אוקון וע' שחם, **לעיל** הערה 43, בעמ' 280.

⁹² מ' אלון "חוקי היסוד - עיגון ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית - סוגיות במשפט הפלילי" **מחקרי משפט יג** (1) (תשנ"ו) 27, 58.

⁹³ בג"צ 1935/93 **מחפור נ' השר לענייני דתות ואח'**, פ"ד מח (1) 752, 767 - 768.

כמו כן, כפי שהדגיש בית הדין בעניין רומנו, יש לנאשם זכות יסוד ל"הליך הוגן". הזכות להליך הוגן הוכרה בפסיקה כנגזרת מסעיף 5 לחוק היסוד המקנה לאדם את הזכות לחירות, וכן מכוח ההכרה החוקתית בכבוד האדם שהזכות להליך הוגן היא חלק ממנה.⁹⁴ זכויות אלו משתלבות עם האפשרות להטיל סנקציה על התביעה אשר חורגת מחובת ההגינות המוטלת עליה.

עם זאת, כנגד האפשרות להכיר בסעד של מחיקת רישומו הפלילי של הנאשם, עומדים אותם השיקולים שהניעו אותנו לשלול את קיומה של אפשרות זו לפי מודל הסמכות הטבועה. אני סבור, כי השיקולים שמניתי לעיל, ובראש ובראשונה השיקול בדבר הפרדת הרשויות וכיבוד רצון המחוקק, מכריעים את הכף לכיוון אי ההכרה בסמכותו של בית הדין להרשיע ללא רישום פלילי. כמובן, אם תביע הכנסת את רצונה במפורש ותקנה לבית הדין סמכות כזו, לא תהיה סיבה כלשהי להלין על קביעה זו, אך במצב המשפטי דהיום איני רואה מקום, גם תוך התחשבות בזכויות החוקתיות של הנאשם, להכיר בזכותו של בית הדין להרשיע ללא רישום פלילי.

נוסף, כי באימוצו של הפתרון המידתי כביכול של מחיקת הרישום הפלילי בלבד אין בית הדין עושה חסד עם הנאשם ומממש את זכויותיו החוקתיות. שהרי אלמלא היה מכיר בית הדין בסמכות למחיקת כתב האישום היתה עומדת לפניו הברירה הדואלית - להרשיע את הנאשם או לבטל את כתב האישום. בהחלט ייתכן, כי בית הדין היה בוחר באפשרות המיטיבה עם הנאשם ומבטל את כתב האישום לחלוטין, ועל כן, כאשר בית הדין מאפשר הרשעה תוך מחיקת הרישום הפלילי, הוא עלול להוביל דווקא לפגיעה באינטרס של הנאשם ובזכויותיו החוקתיות.

נוסף לכך, כאשר בא בית הדין ומעניק סעד נוסף של מחיקת רישום פלילי, הרי הוא מרחיב בהכרח את גדר המקרים בהם מתקבלת הטענה של הגנה מן הצדק. הרחבה זו אינה עולה בקנה אחד עם הפסיקה העקבית של בית המשפט העליון, אשר מזהיר מפני הרחבתה של דוקטרינה זו. כך לדוגמה בעניין הר שפי,⁹⁵ שם מזהיר בית

⁹⁴ ע"פ 1741/99 יוסף נ' מדינת ישראל, פ"ד נג (4) 750, 767.

⁹⁵ ע"פ 6471/00 הר שפי נ' מדינת ישראל, פ"ד נו (3) 756.

המשפט כי לדוקטרינת ההגנה מן הצדק עלולות להיות גם תוצאות לא רצויות מבחינת הציבור, ולכן יש להגביל את השימוש בה למקרים נדירים ויוצאי דופן.⁹⁶ גם כאשר אנו מקנים משנה חשיבות לזכויותיו של הנאשם, אשר חוסות תחת האיצטלה החוקתית, אין אנו פטורים משקילת האינטרס הציבורי במיצוי הדין עם הנאשם ומהאינטרס של הגנה על הציבור מפני עבריינים, שהוא הגורם העיקרי העומד מאחורי המרשם הפלילי ומאחורי צמצום גבולותיה של ההגנה מן הצדק. עמד על כך השופט לוין בעניין יפת:⁹⁷

“לעתים מוטרדת החברה ועסוקה היא יתר על המידה בזכויות הנאשם. יש והדבר עשוי להגיע לכדי פגיעה בזכותו של הקורבן. ... אסור שהאינטרס הציבורי לשמירת טוהר ההליך השיפוטי ישכח מאיתנו אינטרסים ציבוריים חשובים אחרים כגון, האינטרס הציבורי בהעמדה לדין, מיצוי הליכים והוצאת האמת לאור והאינטרס הפרטי של הקורבן הנפגע.”

על בסיס האמור לעיל, אני סבור, כי האינטרס הציבורי אינו משתלב עם הרחבה נוספת של גדר ההגנה מן הצדק, על דרך מתן היתר לבית הדין להרשיע תוך מחיקת הרישום הפלילי. איני מתעלם מהבעייתיות שבצירוף רישום פלילי להרשעה בעבירות קלות יחסית, כמו היעדר מן השירות שלא ברשות או שימוש חד פעמי בסמים קלים, עבירות שכלל לא היו מגיעות להרשעה במערכת האזרחית. עם זאת, הפתרון לבעיות אלו צריך לבוא בצורה של חקיקה מסודרת ולא דרך הכלי של הגנה מן הצדק, אשר אמור להיות פתרון חריג שבחריגים, שאין להרחיב את גדרו אלא למקרים נדירים ביותר.

⁹⁶ ראו גם את רע"פ 3747/99 פרידן נ' מדינת ישראל, תק-על 99 (2) 939. שם נקבע, כי הגנה תחול בנסיבות קיצוניות בלבד; רע"פ 3396/99 נאבסו נ' מדינת ישראל, תק-על 99 (2) 684. שם הגדיר בית המשפט העליון את הסטנדרטים על פיהם תחול ההגנה כ"חמורים ביותר"; ע"פ 568/99 עסאף נ' מדינת ישראל, פ"ד נה (4) 374, 381. שם קבע בית המשפט, כי הגנה צומצמה למקרים נדירים וקיצוניים.

מנגד מצביעים א' סגל וא' זמיר, לעיל הערה 24, בעמ' 67 - 71, על שינוי מגמה מסוים בערכאות המשפט הנמוכות יותר, שם מסתמנת גישה הקוראת להשתמש יותר בכלי של הגנה מן הצדק לצורך ביטול כתבי אישום.

⁹⁷ עניין יפת, לעיל הערה 3, בעמ' 369.

ד. סיכום

בעניין רומנו מורה בית הדין הצבאי לערעורים לתביעה הצבאית לפעול למחיקתו של רישום פלילי בעבירה של הטרדה מינית הנושאת איתה ברגיל רישום פלילי. דנו בשאלה כיצד יש לפרש הוראה זו והנחנו, בין השאר, לאור פסיקתו של בית הדין הצבאי לערעורים בעניין וקרט, כי מדובר בהוראה שיפוטית מחייבת, ולא בהמלצה בעלמא.

לאור הסוגיה שהתעוררה בעניין רומנו, מטרתו של מאמר זה היתה לבחון אם יש בסמכותו של בית הדין הצבאי להרשיע נאשם בעבירה שהוכחו יסודותיה תוך מחיקת הרישום הפלילי אשר מצורף ברגיל לעבירה זו.

במצב המשפטי הקיים, קיימת בידי בית הדין סמכות עקרונית לבטל כתב אישום מקום שסמכות כזו מופיעה במפורש בחוק וכן בעקבות טענה של הגנה מן הצדק, ומכאן, שאין בית הדין מחויב בכל מקרה להרשיע נאשם כאשר הוכחו יסודותיה של עבירה מסוימת.

יחד עם זאת, הגענו אל המסקנה, כי אין לאפשר לבית הדין להרשיע בעבירה תוך מחיקת הרישום הפלילי. עמדנו על כך, כי ביטול הרישום הפלילי כמוהו כסיוג האחריות הפלילית של הנאשם, שכן הרישום הפלילי מוצמד מעצם טבעו להרשעה. על כן קיים שוני איכותי בין פעולה של ביטול כתב האישום או עיכוב הליכים לבין מחיקת הרישום הפלילי בתיק.

לבית הדין אין הסמכה על פי חוק להרשיע ללא רישום פלילי, ולכן בבואו לנקוט אמצעי זה עליו לנסות לתמוך אותו בעקרון הסמכות הטבועה, ובזכותו להקנות סעדים חוקתיים לנאשם. על אף הגבולות הרחבים והמטושטשים של עקרון הסמכות הטבועה, ועל אף הרחבתה של הסמכות הטבועה כשהיא הופכת לסעד חוקתי, עמדנו על כך, כי מדובר בסמכות מוגבלת שיש להשתמש בה בצמצום.

הדגשנו, כי הרשעה תוך מחיקת הרישום הפלילי מנוגדת לעקרון הפרדת הרשויות באשר היא חודרת לתחום סמכויותיו של נשיא המדינה, היא מנוגדת ללשון החוק, ותוביל בהכרח לפגיעה באחידות הענישה, לסרבול ההליך הפלילי ולבלבול בין רכיב העונש לרכיב המרשם הפלילי. משיקולים אלו הגענו אל המסקנה, כי אין

מוקנית לבית הדין סמכות להרשיע בעבירה תוך מחיקת הרישום הפלילי הנלווה אליה.

עם זאת, לא נימנע מלהעיר, כי הסוגיה של רישום פלילי לעבריינים בצבא היא סוגיה בעייתית שאינה מניחה את הדעת. חיילים חשופים, יותר מאזרחים, להרשעה בעבירות הגוררות עימן רישום פלילי, בשל המדיניות המחמירה של התביעה בצבא ובשל היעדר הפתרון הנקוט במערכת המשפט האזרחית של נקיטת אמצעי ענישה ללא הרשעה. כדי לפתור מצב זה התגבשו כמה הצעות חקיקה הקוראות לשינוי ולהענקת שיקול דעת לבית הדין הצבאי לא לרשום את ההרשעה במרשם הפלילי.⁹⁸ לא מן הנמנע, כי אם הצעות חוק אלו לא יתקבלו בעתיד הקרוב, ימשיך בית הדין את הדרך שתחילתה סומנה בעניין **רומנו**, וייטול לעצמו סמכות למחוק רישום פלילי או להורות כי הרשעה לא תירשם, מבלי שקיבל לכך הרשאה בחוק. מהנימוקים שמניתי אני סבור, כי תוצאה זו אינה ראויה מבחינה משפטית, ועל כן יש לקוות כי מאמצי המחוקק למצוא פתרון לסוגיית הרישום הפלילי בצבא יישאו פרי.

⁹⁸ ההצעות מנויות לעיל בהערת שוליים 70.

הרהור נוסף אחר מדיניות צה"ל לטיפול בעבירות של שימוש בסמים

אבי לוי*

א. מבוא ב. "הרהור נוסף" – על שום מה? ג. תכליתו של המרשם הפלילי 1. תוצאות הרישום הפלילי 2. סמכותם של בתי משפט אזרחיים שלא להרשיע נאשם בעבירה אותה ביצע ד. בחינת ההכתמה ברישום פלילי במבחן החוקתי 1. זכויות היסוד הנפגעות כתוצאה מהעמדה לדין בעבירה הגוררת רישום פלילי 2. משמעות הפגיעה בזכות יסוד 3. הניתוח החוקתי התלת-שלבי (א) יישום המבחן הראשון: מבחן ההתאמה (ב) יישום המבחן השני: מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה (ג) יישום המבחן השלישי – מבחן המידתיות במונח הצר ה. בחינת הסוגיה בבג"ץ 1. עניין ברטלה - העתירה 2. עניין ברטלה - החלטת בית המשפט העליון 3. עניין משען - העתירה 4. עניין משען - החלטת בית המשפט העליון ו. חלופות פרוצדורליות למניעת הרישום הפלילי – הלכה למעשה 1. העמדה לדין משמעתית 2. האשמה בעבירה אשר אינה גוררת רישום פלילי ז. בקיעים במדיניות ההעמדה לדין – מיוזמת התביעה ובלחץ ערכאות שיפוטיות ח. טיוטת תזכיר חוק של הפרקליטות הצבאית לתיקונו של החש"ץ בעניין סיוג השלכות ההרשעה בבתי דין צבאיים ט. הצעות חוק פרטיות י. הצעת התיקון – התוואי העקרוני יא. הצעת התיקון – התוואי המעשי יב. אחרית דבר

א. מבוא

מדיניות ההעמדה לדין של חיילים בצה"ל, בגין ביצוע עבירות של שימוש בסמים והחזקתם לצריכה עצמית, היא בעלת אופי קפדני ומחמיר. חייל, החשוד, כי

* אלוף משנה, נשיא בית הדין הצבאי, מחוז שיפוט צפון. אבקש להודות לעוזרי המשפטי, עו"ד שחר גרינברג, אשר סייע בידיי בכתיבת המאמר. תודה מיוחדת אני חב לטרן סיגל טורגימן, אשר ללא הערותיה, הארותיה וסיועה הרב בשלבים השונים של כתיבת המאמר, עיבודו, ערכונו ועריכתו, הוא לא היה זוכה כלל לראות אור.

השתמש בסם מסוכן או החזיק בו, ולו באופן חד פעמי ובנסיבות שאינן בעלות סממנים צבאיים כלשהם (ואפילו רק ניסה לעשות כן), צפוי, על פי כללי ההעמדה לדין הנהוגים בפרקליטות הצבאית, לתת את הדין בגין עבירה על פקודת הסמים המסוכנים [נוסח חדש], התשל"ג – 1973.¹ הרשעתו בדין צפויה לגרום להכתמתו ברישום פלילי למשך שנים ארוכות.²

ימיה של המדיניות האמורה ארוכים הם כימי ההעמדה לדין של חיילים בגין עבירות סמים. היא מתבטאת באלה - העמדה לדין פלילי בגין כל עבירת סמים, שמבצע חייל צה"ל, לפני בית דין צבאי (ולא לפני קצין שיפוט במסגרת הליך של דין משמעתי); ייחוס עבירה לפי פקודת הסמים המסוכנים דווקא, עבירה הגוררת אחריה רישום פלילי, ולא עבירה צבאית אחרת, אשר אינה נושאת עימה רישום פלילי. למדיניות זו נלמדות השפעות מרחיקות לכת, בפרט בהתחשב בכך, שבית הדין הצבאי נעדר סמכות חוקית להטיל ענישה ללא הרשעה על האוכלוסיות העיקריות הנשפטות לפניו - חיילים בשירות סדיר ואנשי מילואים, המצויים בשירות מילואים פעיל.³ כן צפוי הנאשם, לעתים קרובות, להגבלה על חירותו עובר למשפט⁴ ולענישה מחמירה, הבאה לידי ביטוי בהטלת עונשי מאסר לריצוי בפועל ועל-תנאי, כמו גם

¹ להלן - פקודת הסמים המסוכנים. מדיניות זו מעוגנת בהנחיה מס' 3.02 (1) להנחיות התובע הצבאי הראשי, אשר קובעת: "מדיניות צה"ל כלפי עבירות המבוצעות על ידי חיילי צה"ל בכל הקשור לסמים מסוכנים (שימוש, החזקה, הספקה, סחר, יבוא וכד'), מחייבת חקירה של כל מידע או חשד לביצוע עבירה מסוג זה והגשת כתב אישום כנגד מי שנאספו נגדו די ראיות לכאורה להוכחת אישום כזה. המדיניות האמורה באה לידי ביטוי בפ.מ. 33.0111 ובהק"א על פיה".

² חוק המרשם הפלילי, התשמ"א-1981 (להלן - חוק המרשם הפלילי), קובע בסעיף 2 את פרטי הרישום שייכללו ברישום הפלילי, ביניהם, הרשעות של בית משפט או בית דין צבאי בפלילים. תקופת ההתיישנות הרגילה של הרשעה היא 7 שנים; ההרשעה נמחקת ברגיל כעבור 10 שנים מיום התיישנות ההרשעה. כלומר, הרישום הפלילי משאיר חותמו במשך 17 שנים בסך הכל - ראו סעיפים 14 ו-16 לחוק המרשם הפלילי. ראו גם סעיפים 4 (גישה למרשם) ו-5 (מסירת מידע לרשויות ולבעלי תפקידים) לעניין הגורמים, אשר תוכן המרשם הפלילי פתוח בפניהם.

לנוכח המשמעויות וההשלכות מרחיקות הלכת של הרישום הפלילי, התחייבה הפרקליטות הצבאית, כי במקרים קלים במיוחד, היא תמליץ לנשיא המדינה על מחיקת הרישום הפלילי במועד מוקדם יותר. לטעמנו, מדיניות זו אינה פותרת את הבעיות, הנובעות מהמדיניות הנוהגת.

³ סעיף 33 לחוק השיפוט הצבאי, התשט"ו-1955 (להלן - חש"ץ), מאפשר העמדה במבחן של מי שעומד לדין לפני בית דין צבאי, אך לא את מי שהוא "חייל" בשירות סדיר או בשירות מילואים פעיל. כן ראו א' טולדנו "הרישום הפלילי בצה"ל" **משפט וצבא** 15 (תשס"א) 17, ו א' לוי, "סמכות בית דין צבאי להמיר סעיפי אישום מטעמים של צדק" **משפט וצבא** 16 (ג) (תשס"ג) 505.

⁴ ראו פסק הדין בבש"פ 3513/95 **שרגאי נ' התובע הצבאי**, פ"ד נא (2) 686, בו עמד בית המשפט העליון על עיקרי עילות המעצר, הנהוגות לגבי חיילים.

להורדה מכל דרגה.⁵ ראוי לציין כאן, כי המדיניות מוחלת מכוח החוק גם על מי שנשפט בבית דין צבאי למרות שהוא כבר אינו חייל בשירות פעיל, כגון מי שהוגש נגדו כתב אישום בהיותו חייל, ועד למועד הדין בעניינו שוחרר או פוטר משירות (ראו סעיף 6(א) לחש"ץ), ומי שהוגש נגדו כתב אישום לאחר שחרורו משירות (לפי הוראות התחולה הרחבות, הקבועות בסעיפים 6(ב) – 6(ד) לחש"ץ). היא חלה גם על עבירות, אשר בוצעו בידי חיילים מחוץ לגבולות המדינה, לנוכח הוראות התחולה המרחיבות, הכלולות בסעיף 13 לחש"ץ.

מדיניות זו של הפרקליטות הצבאית שונה מאוד מהמדיניות הנקטת בעניין זה במשטרת ישראל ובפרקליטות האזרחית, מדיניות, המבוססת על הנחיית היועץ המשפטי לממשלה מס' 51.056. ההנחיה, אשר נושאת את הכותרת "מדיניות התביעה – סמים: אחזקה ושימוש לצריכה עצמית", מתווה מדיניות של הקלה הן לעניין העמדה לדין והן לעניין ההרשעה של מי שהועמד לדין, כאשר מדובר בשימוש עצמי ראשוני בסם "קל".

הנחיית היועץ המשפטי לממשלה קובעת, כי בתפיסת הסם הראשונה אצל אדם ללא עבר פלילי, ובהתקיים תנאים מסוימים,⁷ ניתן לסגור את התיק ולהסתפק ברישום אזהרה בגיליון הפלילי.⁸

ההנחיה אף קובעת, כי במקרה, שבו החשוד הובא לדין, אך זו לו הפעם הראשונה שבה הוא עומד לדין בגין עבירה שעניינה שימוש בסמים המסוכנים או

⁵ יוער, כי נוסף לכל אלה עלול החייל לעמוד בפני סנקציות מנהליות נוספות, כגון פגיעה ברמת הסיווג הבטחוני ואף פיטורים מן השירות הצבאי בידי ועדת סמים. בהתאם להוראת הפיקוד העליון, העוסקת בכך, חייל שהורשע בשימוש בסם מסוכן בחמש הזדמנויות בלבד, צפוי לבוא לפני ועדת סמים, שתבחן את המשך שירותו הצבאי.

⁶ הנחיה מיום 1.12.85, אשר עודכנה ביום 14.09.03.

⁷ מדובר בתנאים המצטברים הבאים: הודאת החשוד; הגשת בקשה מאת החשוד לסגירת התיק באזהרה, אשר תכלול התחייבות של החשוד שלא להוסיף ולהשתמש בסמים מכל סוג שהוא, והצהרה, שלפיה הוא מודע לכך, שאם ייתפס בשנית ימוצה עמו הדין אף לגבי הפעם הראשונה; היעדר רישומים פליליים בעבירות סמים או בעבירות רלוונטיות אחרות; היעדר נסיבות מחמירות.

⁸ ניתנת לנוגע בדבר במקביל לכך הודעה בכתב, שלפיה "התיק נסגר באזהרה מחוסר עניין לציבור למיצוי הדין, כיוון שמדובר בתפיסת סם ראשונה לשימוש עצמי". יצוין, שבמערכת האזרחית, המדיניות של החלה לגבי הגשת כתב אישום היא הגשתם במשורה: כך, אין נוהגים להגיש כתב אישום בעבירות של שימוש בסמים בהיעדר ראייה חפצית בדמות סם מסוכן אשר נתפס. אמנם, מדיניות זו נוגעת למימד, שעניינו דרך הבחינה הראייתית של התיק בטרם ההחלטה על הגשת כתב אישום, אולם, יש בה כדי להשפיע השפעה מרחיקת לכת גם על מדיניות ההעמדה לדין גופה ועל שיעור המקרים הבאים בפועל לדין משפטי לפני בית משפט (בצבא נהוגה בחינה ראייתית שונה ו"ליברלית" הרבה יותר, המביאה להגשה מסיבית של כתבי אישום גם במצבים אלה); מובן, כי הקפדה על דרישות ראייתיות מחמירות עשויה להוביל לצמצום בהגשת כתבי אישום.

החזקתם לצריכה עצמית בלבד, וכאשר כתב האישום אינו כולל עבירה נוספת ולנאשם אין עבר פלילי, תשקול התביעה אם להסכים להטלת אמצעי ענישה וטיפול ללא הרשעה.

המדיניות האמורה ויישומה בפועל מלמדים, כי מערכות התביעה והאכיפה האזרחיות מאופיינות בגילוי סובלנות רבה כלפי אזרחים, העוברים עבירה של שימוש עצמי בסם מסוכן, בניגוד לסעיף 7(א) לפקודת הסמים המסוכנים. לא נסתכן אם נאמר, כי גישה זו חלה, ככלל, גם על המקרים שבהם הפרקליטות האזרחית נתקלת בחשודים, אשר נתפסו עוברים את העבירה בהודמנויות שונות.

החששות, המביאים את המערכת הצבאית לנהוג מדיניות שונה מזו הנקוטה בידי הרשויות האזרחיות, ברורים: החשש שמא חיילים ישתמשו בסמים על משמרתם או תוך כדי פעולה קרבית, וכיוצא באלה מצבים מסכני חיים; החשש פן ישתמשו חיילים בסמים תוך כדי נהיגת כלי-רכב (או בסמוך לנהיגה), בין שמדובר בנהיגה במסגרת השירות הצבאי ובין שמדובר בנהיגה המבוצעת מחוצה לו (נוכח תפישת האחריות הכוללת של צה"ל לגביהם);⁹ החשש, שחיילים יעשו שימוש בסמים מחוץ ליחידה, אך יהיו תחת השפעת הסם גם לאחר הגיעם ליחידה, משום ש"הוקפצו" אליה או מפאת שהשפעת הסם טרם התפוגגה; החשש, שחיילים יסגלו לעצמם הרגל של שימוש בסם ולאחר שהשתמשו בסם מחוץ ליחידה, יביאו עימם הרגל זה לתוך היחידה ואף "ידביקו" חיילים אחרים בו. כפי שציין בית המשפט העליון בבג"ץ 5000/95 טור' ברטלה נ' הפרקליט הצבאי הראשי¹⁰ –

"השימוש בסמים מסוכנים – ו'קלים' ביניהם – הינו בבחינת חיידק מדבק ומתפתח; ואוי לה ליחידה הצבאית שהחיידק מקנן בתוכה."

בבג"ץ ברטלה, התייחס השופט קדמי להצדקות, המבססות את השוני בהתייחסות אל חייל בצה"ל לעומת היחס אל אזרח, בעניין המדיניות בנוגע לשימוש בסמים "קלים":

⁹ צה"ל רואה עצמו, כעניין שבמדיניות, מעורב בשמירה על ביטחונם ושלומם הגופני של חייליו גם כשהם בחופשה ופועל בעניין זה על ידי הסברה והדרכה.

¹⁰ פ"ד מט (5) 64, 75 (להלן – עניין ברטלה).

"לצבא עניין מיוחד בהרתעת חיילים מלהשתמש בסמים מסוכנים, גם כאשר אלה 'קלים' יחסית. להבדיל מן המסגרת האזרחית, בה אפשר שהשימוש בסמים 'קלים' אינו גורם נזק משמעותי לציבור - למעט במקום שהשתמש ממלא תפקיד חיוני - במסגרת הצבאית, הנזק הטמון בכך הינו רב וקשה; ולא בכדי מצדיק העניין הצבאי ענישה חמורה ומרתיעה, גם כשהמדובר בשימוש בסמים 'קלים' כאמור."¹¹

הפער בין הטיפול המשפטי בחיילים, החשודים בשימוש בסמים במערכת המשפט הצבאית, לבין הטיפול המשפטי באזרחים, החשודים בביצועה של עבירה זהה, מתעצם עוד יותר לנוכח השוני בין המצב החוקי החל על מערכות השיפוט השונות. החוק מאפשר לבתי המשפט הכלליים הימנעות מהרשעה ואי-הפעלת עונש מותנה, כאשר המשתמש הכבד בסמים מגלה נכונות להיקלט בתוכנית גמילה מן הסם,¹² בעוד שמערכת השיפוט הצבאית משוללת סמכויות ממין זה.¹³

המדיניות הבלתי מתפשרת של צה"ל בנושא זה נתקלת בקושי נוסף. היועץ המשפטי לממשלה (על דעת הפרקליט הצבאי הראשי והתובע הצבאי הראשי) החליט להנהיג מדיניות חדשה בכל הנוגע להפעלת סמכותו להורות על העברת דיון משפטי בעניינו של חייל, אשר הואשם לפני בית דין צבאי בביצוע עבירות סמים (אם נמצא, כי התמכר לסמים) לטיפולו של המערכת האזרחית; לפי מדיניות זו, במקרים מתאימים, אשר לגביהם מוצגת חוות-דעת פסיכיאטרית בדבר התמכרותו של חייל החשוד בשימוש בסמים לסם מסוכן מסוג הירואין, אקסטזי L.S.D. או קנאבוס, מורה היועץ המשפטי לממשלה, בהתאם לסמכות הנתונה לו בסעיף 14 לחש"ץ, על העברת הדיון לערכאות השיפוט האזרחיות. משמעותה של החלטת ההעברה הינה, כי אותו

¹¹ שם, שם.

¹² ראו סעיף 1 לפקודת המבחן, התשכ"ט-1969, וסעיף 71א(ב) לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן - חוק העונשין). כן ראו סעיפים 82 - 85 לחוק העונשין, המקנים כלים מגוונים לבית משפט לסייע בשיקומו של המשתמש בסמים על ידי הימנעות מפגיעה עונשית חריפה בו. מקום בו דן בית משפט בעניינו של נאשם, אשר משתמש בסמים מסוכנים, והוא סבור, שראוי לאפשר לו לעבור טיפול בקהילה, רשאי הוא להימנע מהרשעתו, חרף העובדה שתלוי ועומד נגדו מאסר מותנה בר תוקף (סעיף 82) ואף להאריך עונש של מאסר מותנה בפעם השנייה, חרף הוראת סעיף 56 (ב) לחוק (ראו סעיף 85 (א)).

¹³ ראו סעיף 33 לחש"ץ, שעניינו העמדה במבחן, וסעיף 54 לחש"ץ, שעניינו תחולת חוק העונשין על עניינים, שחוק השיפוט הצבאי חל עליהם. אין בסעיפים אלה התייחסות כלשהי לסמכות ליתן צווים ללא הרשעה או חלופות הרשעה על ידי בית הדין לגבי אוכלוסיית החיילים המשרתים שירות סדיר או אלו המצויים בשמ"פ.

חייל יוכל ליהנות מדרכי השיקום המשפטיות, השמורות לערכאות האזרחיות בלבד, והוא צפוי להיות מטופל טיפול משפטי ושיפוטי כמקובל במערכת השיפוט הכללית. לאור המדיניות האמורה, חייל אשר השתמש בסם קל פעמים בודדות, ואף חייל אשר ייטול שאיפה בודדת מן הסם, ייתנו את הדין בפני מערכת השיפוט הצבאית, יורשעו בעבירה הנושאת עימה רישום פלילי ויוטל עליהם עונש מאסר בפועל, ואילו עניינו של מי שחוות-דעת מקצועית תלמד עליו, שהוא **התמכר** לשימוש באותו סם מסוכן, יועבר לטיפול במערכת האזרחית, הסובלנית יותר; לעתים קרובות יסתיים עניינו בלא ריצוי עונש מאסר ואף בלא הרשעה פלילית כלל.¹⁴

ב. "הרהור נוסף" – על שום מה?

מטרתו של מאמרנו זה היא להציע שינוי בחוק השיפוט הצבאי, אשר יאפשר לצמצם את הפערים בין אופי הטיפול המשפטי, הנהוג כלפי מי שעומד לדין בגין אפיזודה של שימוש בסמים מסוכנים במערכת המשפטית הצבאית, לבין אופיו של זה הנהוג במערכת המשפטית האזרחית; התיקון שיוצע כאן מביא בחשבון את צרכי המערכת הצבאית בעניין זה, כפי שעמדנו עליהם לעיל, אך גם את השאיפה למזער את הפגיעה ארוכת הטווח במי שחטא בשימוש בסמים בנסיבות קלות בהיותו לובש מדים.¹⁵

¹⁴ ראוי לציין, כי המדיניות האמורה אומצה על ידי היועץ המשפטי לממשלה לנוכח היעדר אפשרות גמילה יעילה ושיקום של המכורים לסמים מסוכנים תוך כדי שירות צבאי. בפועל, לאחר אימוץ מדיניות זו, נוכח לעת כתיבת שורות אלה, נמצא, כי הוגש כתב אישום אחד בלבד לבית משפט אזרחי כנגד נאשם, שעניינו הועבר מבית הדין הצבאי לטיפול של מערכת המשפט האזרחית. נתון זה מלמד, לטעמנו, על יחסה של המערכת האזרחית לחשיבות הטיפול הפלילי בתיקים מסוג זה.

¹⁵ שורה ארוכה של הצעות חוק פרטיות, אשר הונחו על שולחן הכנסת, אך לא הבשילו לכדי חוק, עסקה בהקניית סמכות שבשיקול דעת לבית הדין הצבאי להכריע בשאלת הרישום הפלילי, ראו: הצעת חוק המרשם הפלילי ותקנת השבים (תיקון – סמכות בית דין צבאי ברישום פלילי), התשס"ד-2004, של ח"כ אוריית נוקד; הצעת חוק המרשם הפלילי ותקנת השבים (תיקון – סמכות בית דין צבאי ברישום פלילי), התשס"ג – 2003, של ח"כ אורי אריאל, אריה אלוד, מיכאל נודלמן וירי שטרן; הצעת חוק המרשם הפלילי ותקנת השבים (תיקון – סמכות בית דין צבאי ברישום פלילי), התשס"ב-2002, של ח"כ צבי הנדל והצעת חוק המרשם הפלילי ותקנת השבים (תיקון – הגבלות לעניין חיילים בשירות סדיר), התשס"ב-2002, של ח"כ נעמי חזן ואיתן כבל. הצעות אלו יידונו בחיבור זה בפרק ט להלן, אשר יעסוק בהצגת הפתרון החקיקתי המוצע. הצעות אלו כולן באות לתת פתרון כללי לבעיית הרישום הפלילי הנלווה להרשעה בבית דין צבאי בעבירות צבאיות שונות. עבירות השימוש בסמים הן העבירות הנפוצות ביותר מקרב אלו הנדונות בערכאות הצבאיות (למעט עבירות שעניינן היעדר מן השירות), ולפיכך, הסדרת בעיית הרישום הפלילי הנלווה להן נראית לנו דחופה יותר ויש מקום לפתרה באופן נקודתי.

השינוי החקיקתי המוצע יבקש, מחד גיסא, לתת מענה הולם לחששות, אשר מביאים את המערכת המשפטית הצבאית לטפל ביד קשה בחיילים, שהם עברייני סמים, ומאידך גיסא, לתקן את העיוות, אשר נוצר מקום בו החייל המשוחרר, אשר סיים את שירותו הצבאי, נאלץ לגרור אחריו רישום פלילי אזרחי שנים ארוכות, בעוד שכל אזרח, המקביל לו בגיל ובמעמד, אינו עומד כלל לדין בגין ביצוע עבירה דומה. הצעתנו היא, כפי שתפורט בהמשך, לקבוע עבירה צבאית בחוק השיפוט הצבאי, שעניינה איסור השימוש בסמים מסוכנים, אשר - בכפיפה אחת עם הוראות חוק המרשם הפלילי והתקנות לפיו - תותיר בידי הפרקליטות הצבאית ובידי בית הדין הצבאי את שיקול הדעת בשאלה, אם המעשה המיוחס לנאשם מצדיק הכתמה ברישום פלילי, אם לאו.

ראשית המאמר תשרטט את מהותה של הפגיעה בחייל, המורשע בביצוע עבירות של צריכת סם או החזקתו לצריכה עצמית, וזאת, כדי להיטיב להבין את הנזק, המוסב לו על ידי הרשעה כזו; כאן נדון במטרותיו של הרישום הפלילי ובהשלכותיו; נעיף מבט אל עבר סמכויות ערכאות השיפוט הכלליות, השופטות בפלילים, ללכת בדרך השיקומית ונמנעות מגרימת פגיעה ארוכת טווח קשה לנדון לפניו במקרים המתאימים. נבחן את השאלה, אם הכתמת כל מי שעבר עבירה של שימוש בסם קל במהלך שירותו הצבאי עומדת במבחן החוקתי - האם הפגיעה האמורה אכן מוצדקת לנוכח התכלית, אותה מבקשים להשיג באמצעותה? נסקור את פסק דינו של בית המשפט העליון בשבתו כבג"ץ בעניין ברטלה, שם נבחנה מדיניות ההעמדה לדין של הפרקליטות בעבירות סמים.

המשך החיבור יוקדש לבחינת החלופות הפרוצדורליות, הקיימות בידי מערכת המשפט הצבאית להימנע מהכתמה ברישום פלילי במקרים המתאימים. לבסוף, נבחן את הצעות החוק, אשר הונחו בשנים האחרונות על שולחן הכנסת להתמודדות עם הסוגיה הנדונה כאן, ונציג את הצעתנו שלנו לעניין זה, תוך הצגת יתרונותיה. נפנה, אפוא, לבחון את תכליתו של המרשם הפלילי ומטרותיו, כדי לעמוד על המשמעויות הנובעות להכללת כל הרשעה של חייל בעבירה, שעניינה שימוש בסם לפני בית דין צבאי, במסגרתו.

ג. תכליתו של המרשם הפלילי

תכליתו של המרשם הפלילי יכולה להילמד מדברי ההסבר להצעת חוק המרשם הפלילי ותקנת השבים, התשמ"א – 1981.¹⁶ בסעיף 2 לדברי ההסבר נאמר:

"עיקר טעמו ותכליתו של הרישום הוא הכרת אפיו של הנידון; עבירות קלות ועבירות טכניות, אין בהן, דרך כלל, כדי להעיד על אופי פלילי או שלילי, ועל כן אין צורך ברישומן".

בסעיף 17 לדברי ההסבר, המתייחס לסעיף 16 בחוק, שעניינו מחיקת ההרשעה,

צויין:

"מחיקת ההרשעות חותרת לקיום רעיון הרהביליטציה, מתייחסת לכלל עברו הפלילי של אדם, ויש לה השלכות רחבות יותר מהתיישנות ההרשעה, הן מבחינת הגבלת מסירת המידע והן מבחינת זכויותיו של מי שהרשעותיו נמחקו".

ובסעיף 21 לדברי ההסבר, המתייחס לסעיף 20 בחוק, בעניין תוצאות המחיקה:

"החוק המוצע נותן למחיקת הרשעה תוצאות מגוונות וחד משמעיות: אדם שהרשעתו נמחקה ייחשב לעניין כל דין, כאילו לא הורשע, וכל פסול שנפסל בו מכוח פסק דין, יהיה בטל מיום המחיקה. ראייה בעניין הרשעה שנמחקה לא תהיה קבילה, האדם לא יהיה חייב להשיב על שאלות הנוגעות להרשעה שנמחקה, והימנעות מלגלות הרשעה שנמחקה לא תיחשב כהעלמת עובדה. תוצאות אלה מדגישות את רעיון הרהביליטציה, הטמון במוסד המחיקה".

מנוסח החוק, מדברי ההסבר דלעיל ומאופיו של החוק, ניתן ללמוד, כי מטרות

חוק המרשם הפלילי הן בעיקר שתי אלו: הגנה על החברה ושיקום העבריין.¹⁷

המרשם הפלילי מהווה תמרור אוהרה לחברה ואות קין על מצחו של בעל הרישום הפלילי, לבל יגיע בעל הרישום לתפקידים רגישים המחייבים אמון מצד

¹⁶ ה"ח תשמ"א, 215.

¹⁷ טולדנו, לעיל, הערה 3.

הממלא אותם, מתוך חשש, כי יפר את החוק שוב תוך פגיעה בציבור.¹⁸ ייעודו של המרשם הפלילי הוא בהסדרת ניהול רישום ההרשעות (או קביעות האשמה) בביצוע העבירות הפליליות, תוך סיוג תוצאותיו והבטחת אפשרות שיקום אמיתית לעבריינים, אשר נשאו את עונשם ואינם מהווים עוד סכנה לחברה.¹⁹ שיקום העבריין מתבטא בחוק בקביעת הוראות לעניין התיישנות הרשעות ומחיקתן לאחר חלוף תקופה מוגדרת, המשתנה לפי אורכו של עונש המאסר, שהוטל על המורשע בדין, כאמור בתנאים המפורטים בחוק.

1. תוצאות הרישום הפלילי

בעוד שביצוע העונש מסתיים עם תום תקופת המאסר, הרי שהרישום הפלילי נשאר שנים רבות ומותיר חותם שלילי על הנידון.²⁰ זמן קיומו של הרישום הפלילי נחלק לשתי תקופות: תקופת התיישנות ההרשעה ותקופת מחיקת ההרשעה. תקופת התיישנות הרגילה של הרשעה בעבירה שעניינה שימוש בסמים היא כ-7 שנים; ההרשעה נמחקת באופן רגיל כעבור 10 שנים מיום התיישנותה, כלומר הרישום הפלילי נותר בעל תוצאות משמעותיות על המורשע במשך 17 שנים בסך הכול.²¹ הרישום הפלילי עלול לפגוע בזכות לקבל רישיון מקצועי למקצועות כגון: עורך דין,²² רואה חשבון,²³ סוכן ביטוח,²⁴ פסיכולוג²⁵ ועוד. הרישום הפלילי עלול להוות מחסום גם לקבלת תפקיד בשירות המדינה.²⁶

¹⁸ לעניין תוצאות המרשם הפלילי ראו דבריו של השופט זמיר בעניין ברטלה, עמ' 77: "הרישום של הרשעה בעבירת סמים בהתאם לחוק המרשם הפלילי ותקנת השבים, התשמ"א-1981, גורר עמו השלכות קשות בתחומים שונים: האפשרות לרכוש מקצועות מסויימים, להתמנות למשרות מסויימות ולנסוע למדינות מסויימות".

¹⁹ שם, עמ' 33.

²⁰ בעניין ע/8/04 איטלמן נ' התצ"ר, עמד בית הדין הצבאי לערעורים על משמעותו של הרישום הפלילי הצפוי להמשיך ללוות את המערער גם בעתיד.

²¹ ראו סעיפים 14 ו-16 לחוק המרשם הפלילי, יצוין, כי מניין תקופת התיישנות מתחיל ממועד סיום המאסר על ידי הנידון (אם הוטל) או ממועד מתן פסק הדין, במקרה שלא הוטל עונש מאסר.

כאשר נגזר על הנידון עונש מאסר העולה על שנה, תהא תקופת התיישנות של הרישום הפלילי ארוכה יותר: אם הוטל מאסר של מעל שנה ועד חמש שנים – תקופת התיישנות הינה 10 שנים, אם הוטל מאסר של למעלה מחמש שנים – תקופת התיישנות תהא כפל תקופת המאסר ובלבד שלא תעלה על 15 שנים – ראו סעיף 14(א) לחוק האמור.

²² סעיף 44 לחוק לשכת עורכי הדין, התשכ"א-1961.

בית הדין הצבאי לערעורים עמד על השלכות הרישום הפלילי בעניין ע/43/01

התצ"ר נ' סמל אטדגי: 27

"אכן, יש בהכללתו של אדם במרשם הפלילי משום פגיעה בשמו ובכבודו, פגיעה שיש לה השלכות מעשיות בעיקר בהגבלת חופש העיסוק והתעסוקה. על השלכותיו של הרישום הפלילי, בעיקר משמדובר בחייל עול ימים..."

...הרישום הפלילי אינו מסווג כעונש ואינו נזכר בגור הדין אך, לעתים, תוצאות הלוואי של הרישום הפלילי חמורות יותר, מבחינתו של הנאשם, מהעונש אשר יוטל עליו.

...החוק יוצר, אפוא, איזון בין הצורך לקבל מידע אודות הרשעותיו הקודמות של אדם המעידות על אופיו הפלילי או השלילי, לבין ההכרח להגן על שמו ועל כבודו של מי שהורשע בעבירות קלות או שחלפה תקופה ארוכה מאז הרשעתו, וזו התיישנה או נמחקה."

גישה דומה, המייחסת משמעות לרישום הפלילי כשיקול בעת קביעת האיזון העונשי הראוי, נקט בית הדין הצבאי לערעורים ב-ע/8/04 איטלמן נ' התצ"ר. אחד הנימוקים העיקריים שציין בית הדין הצבאי לערעורים לכך שהורה על ביטול עונש המאסר בפועל, אשר הוטל על המערער במקרה זה, היה תוצאות ההרשעה של המערער בעבירה, הנושאת עימה רישום פלילי - תוצאות, העשויות ללוותו גם בעתיד.

2. סמכותם של בתי משפט אזרחיים שלא להרשיע נאשם בעבירה אותה ביצע

לבתי המשפט האזרחיים יש סמכות שלא להרשיע אדם בעבירה אותה עבר ובכך למנוע את הכתמתו ברישום פלילי. קיימות כמה הוראות חוק הקובעות סמכות זו:

23 סעיף 4(ב) לחוק רואי חשבון, התשט"ו-1955.

24 תקנה 3(ג) לתקנות הפיקוח על עסקי הביטוח (רישיון לסוכן ביטוח), התשכ"ט-1969.

25 סעיף 16 לחוק הפסיכולוגים, התשל"ז-1977.

26 סעיף 46 לחוק שירות המדינה (מינויים), התשי"ט-1959.

27 ע/43/01 התצ"ר נ' אטדגי, תק-צב 2001 (2) 9, 18.

סעיף 1 לפקודת המבחן [נוסח חדש], התשכ"ט-1969, מאפשר לבית משפט, אף כאשר הוכח לפניו האישום המיוחס לנאשם, להימנע מהרשעה וליתן צו מבחן, בהתחשב בנסיבות העניין המתייחסות למצב הנאשם ולנסיבות העבירה.²⁸ סעיף 71א(ב) לחוק העונשין, התשל"ז-1977, מאפשר לבית המשפט, שמצא שנאשם ביצע עבירה, ליתן צו שירות גם ללא הרשעה, נוסף למבחן או בלעדיו.²⁹ לפי שעה, בכל הנוגע לחיילים בשירות סדיר או לחיילי מילואים בשירות פעיל אין סמכות דומה בידי בתי הדין הצבאיים. בחוק השיפוט הצבאי אין בנמצא סעיף כלשהו, המסמיך את מערכת בתי הדין הצבאיים להפעיל חלופות להרשעה לגבי מי שנמנה עם אוכלוסיות אלה.³⁰ יוצא, אפוא, שעם הוכחת אשמתו של חייל בביצוע עבירה כלשהי, מחויב בית הדין הצבאי להרשיעו,³¹ וכפועל יוצא מכך - להביא לרישום ההרשעה במרשם הפלילי, אם מדובר בעבירה שגוררת אחריה רישום כזה.³²

²⁸ כך קובע סעיף 1: "הואשם אדם בעבירה וראה בית המשפט שהאישום הוכח, אלא שבהתחשב בנסיבות העניין, ובכללן אפיו של האדם, עברו, גילו, תנאי ביתו, בריאותו הגופנית, ומצבו השכלי, טיב העבירה שעבר וכל נסיבה מקילה שבה נעברה העבירה, ראוי, לפי דעתו, לשחרר את העבריין על מנת להעמידו במבחן, רשאי בית המשפט לעשות אחת מאלה: (1) להרשיעו וליתן צו מבחן; (2) ליתן צו מבחן בלי להרשיעו אם אין על הנאשם עונש מאסר על תנאי שבית משפט רשאי לצוות על ביצועו עקב הרשתו בעבירה שהואשם עליה" [ההדגשה אינה במקור].

²⁹ ההדגשה אינה במקור.

³⁰ למעט בענייניו של מי שנודון בבית דין צבאי מפאת שהוא מחזיק בנשק מטעם הצבא, מצוי במשמורת הצבא או עובד בצבא או מי שהוא איש מילואים, אשר אינו בשירות, הנשפט בגין עבירות שעניינן הפרת חובות המוטלות על אנשי מילואים, גם כאשר אינם בשירות מילואים פעיל.

³¹ לדעה אחרת בעניין סמכותו של בית הדין הצבאי, ראו לוי, לעיל הערה 3.

³² דוגמא לפער הבולט ולחוסר השוויון בין סמכותו של בית משפט אזרחי לבין בית דין צבאי לעניין אי הרשעת נאשמים והסתפקות בשירות מבחן או בשירות לתועלת הציבור, ניתן לראות היטב ברע"פ 658/01 כהן ואח' נ' מדינת ישראל, תק-על 2001 (3) 2049. בעניין זה קיבל בית המשפט העליון את ערעורם של המבקשים, אשר הורשעו על-פי הודאתם בעבירות של קשירת קשר לביצוע פשע, קבלת דבר במרמה, מסירת ידיעה כוזבת וניסיון לקבל דבר במרמה בנסיבות מחמירות. המבקשים ביקשו מבית המשפט כי יבטל את הרשעתם ויטיל עליהם צו מבחן וצו שירות לתועלת הציבור ללא הרשעה, הכול כאמור בסעיף 71א(ב) לחוק העונשין. בית המשפט העליון קיבל את ערעורם וקבע, כי המערערים ביצעו את המעשים שיוחסו להם בכתב האישום, אך זאת ללא הרשעה בדין, על מנת להימנע מהכתמתם ברישום פלילי. ראויים לציון נימוקיו של השופט חשין, אשר כתב את פסק הדין, לגבי השיקולים שהובילו לתוצאה זו:

"בעת המעשה היו המבקשים צעירים לימים – המבקש הראשון היה בן שמונה-עשרה ושמונה חודשים והמבקש השני היה בן שמונה עשרה ואחד עשר חודשים – שניהם היו ללא עבר פלילי, והתרשמותנו הברורה, בשים-לב לרקע הכללי, היא כי נפתו כאנשים צעירים-לימים למרמה של נוכל מקצועי... וכי לא יאה זה ראוי כי מעשה חד-פעמי זה שעשו ירדוף אותם שנים רבות. עוד נסיף כי שני המבקשים היו לוחמים מסורים בצה"ל, כי הרשתתם בדין מנעה אותם מלהמשיך בשירות הקבע, וכי אורח חייהם והתנהגותם הם ללא דופי... סבורים אנו כי ראויים הם המבקשים, וראויה היא החברה שבקרבה הם חיים, כי תינתן להם הזדמנות זו הניתנת להם, שלא להטביע בהם תו של עבריינים".

ד. בחינת ההכתמה ברישום פלילי במבחן החוקתי

אכן, חוק המרשם הפלילי הוא בעל אופי כמעט שרירותי. מקום בו הורשע אדם בעבירה פלילית או שנקבעה אשמתו בלא שיורשע בדין, נרשם לו, מכוח החוק, פריט מרשם אשר צפוי ללוותו שנים ארוכות עד למחיקתו. מכוח החוק והתקנות שלפיו, לא יהוו עבירות צבאיות מסוימות פריטי רישום במרשם הפלילי.³³

בידי התביעה הצבאית מסור שיקול דעת רחב באשר לצעדים שיינקטו נגד חייל, החשוד בביצוע עבירה של שימוש בסם מסוכן או החזקתו לשימוש עצמי. היא רשאית להימנע מהעמדה לדין; היא מוסמכת להורות על העמדה לדין משמעתית בפני קצין שיפוט ביחידה; היא מוסמכת להאשים בעבירה מפקודת הסמים המסוכנים, הגוררת אחריה רישום פלילי, או בעבירה צבאית כללית, אשר אינה מתייחסת לסמים מסוכנים ואשר אינה גורמת להכתמה ברישום פלילי.³⁴

עליה להפעיל שיקול דעת זה, בהיותה גוף מנהלי, בסבירות, ותוך שהיא מנחה את עצמה בכל השיקולים הרלוונטיים.³⁵ עליה להניח לנגד עיניה את עקרונות היסוד

אילו היו הנאשמים חיילים בצה"ל ונשפטים בבית דין צבאי, לא היה ניתן להגיע לתוצאה כפי שהגיע אליה בית המשפט העליון, משום שלבית הדין הצבאי אין סמכות לתת צו לשירות מבחן או צו לשירות לתועלת הציבור, וכל זאת ללא הרשעה.

הפער האמור בולט ביתר שאת, כאשר מדובר בבחורים אשר ביצעו את העבירות כאשר היו בגילאי צבא ובית המשפט מציין כשיקול לקולא את עובדת היותם יוצאי יחידות לוחמה בצה"ל ונעדרי עבר פלילי. כל אלה לא היו מועילים למבקשים, אם המשפט היה מתקיים בבית דין צבאי, אשר, כאמור, נעדר סמכות לקבוע כי נאשם ביצע את העבירה המיוחסת לו בלא להרשיעו.

ראו סעיף 25 לחוק המרשם הפלילי ומכוחו תקנות המרשם הפלילי ותקנת השבים (פריטי רישום שלא יירשמו או שלא יימסר מידע עליהם ועבירות שהרשעה בהן לא תפסיק את תקופות ההתיישנות או המחיקה), התשמ"ד-1984 (להלן – תקנות המרשם הפלילי).

כגון עבירה של אי קיום הוראות המחייבות בצבא, בניגוד לסעיף 133(א)(1) לחש"ץ; עבירה של התנהגות מבישה, לפי סעיף 129 לחש"ץ; עבירה של פגיעה במשמעת הצבא, לפי סעיף 132 לחש"ץ וכיוצא ב.

במה שנוגע לחובותיה של התביעה הכללית כרשות מנהלית ראו בג"ץ 2534/97 **יהב נ' פרקליטת המדינה**, פ"ד נא(1) 3; בג"ץ 4550/97 **אישה נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד מט (5) 859; בג"ץ 935/89 **גנור נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד מד (2) 485; כך, למשל, אמר בית המשפט בפרשת **אישה בעמ' 871** -

"אלה הם המפתחות שיפתחו את שערי בית המשפט הגבוה לצדק ויביאו להתערבותו בהחלטות של רשויות התביעה - יועץ משפטי לממשלה או התביעה הצבאית - לעניין אי-פתיחתם של הליכים פליליים (או להחלטות בדומה להן): החלטה שנתקבלה שלא ביושר או שלא בתום-לב; החלטה שנתקבלה ממניעים נפסדים ולא טהורים; החלטה שנתקבלה בסתירה ברורה לאינטרס הציבור... החלטה שנתקבלה בחוסר סבירות קיצוני או מהותי (במובנו הרחב); החלטה שהיא בלתי סבירה בעליל; החלטה שנתקבלה בעיוות מהותי; החלטה הנגועה במשגה היורד לשורשו של עניין. שערים אחדים מוליכים אליו אל הטרקלין, וכל אחד ממפתחות אלה (החופפים

החוקתיים של שיטתנו המשפטית ולפעול באופן, אשר אינו פוגע בזכויות היסוד של החשודים והנאשמים במידה העולה על הנדרש.

1. זכויות היסוד הנפגעות כתוצאה מהעמדה לדין בעבירה הגוררת רישום פלילי

על התביעה הצבאית, בבואה להתוות מדיניות העמדה לדין של חיילים, להביא בחשבון שיקוליה את הוראות חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ולהקפיד על כך, שמדיניותה אינה פוגעת בכבודם ובשם הטוב של החשודים והנאשמים למעלה מהנדרש ממהותו ומאופיו של השירות הצבאי.³⁶

מקום בו מוצאת התביעה הצבאית להאשים בעבירה, אשר גוררת אחריה רישום פלילי, נפגעות ישירות (לפחות) שתי זכויות אדם המעוגנות בחוקי היסוד: האחת, היא כבוד האדם, המעוגנת בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, והשנייה, היא חופש העיסוק, המעוגן בחוק-יסוד: חופש העיסוק.

הפגיעה היא פועל יוצא של הרישום הפלילי. הרישום הפלילי מכתים את שמו של אדם, ומהווה תמרור אזהרה לחברה, כי מדובר כאן במי שעבר על נורמות חשובות של ספר החוקים. הכתמה כזו פוגעת, מנייה ובידה, בכבודו ובשמו הטוב של האדם, גם אם הרישום הפלילי מושתת על הרשעה כדין של נאשם שעבר עבירה. הפגיעה בעינה נשארת.

טיהור שמו של אדם והזכות ל"קבלה מחדש" בחברה, כחלק מתהליך הרהביליטציה, אינם מצויינים בשם כחלק מזכויות היסוד, המוגנות בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו; עם זאת, דומה, שהן כלולות בגרעין הפרשני של הזכות לכבוד

בחלקם אלה את אלה) אמור לפתוח אחד מאותם שערים. ואלם רק המחזיק בידו את אחד מאותם מפתחות זכאי להתערבותו של בית-המשפט הגבוה לצדק. (ההדגשה אינה במקור).

³⁶ סעיף 2 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, שעניינו "שמירה על החיים, הגוף והכבוד", קובע, כי "אין פוגעים בחייו, בגופו, או בכבודו של אדם באשר הוא אדם."

סעיף 4, שעניינו "הגנה על החיים, הגוף והכבוד" קובע, כי "כל אדם זכאי להגנה על חייו, על גופו ועל כבודו."

סעיף 9 לחוק היסוד, שהוא פסקת ההגבלה המיוחדת לאנשי כוחות הביטחון קובע, כי "אין מגבילים זכויות שלפי חוק-יסוד זה של המשרתים בצבא-הגנה לישראל, במשטרת ישראל, בשירות בתי הסוהר ובארגוני הביטחון האחרים של המדינה, ואין מתנים על זכויות אלה, אלא לפי חוק ובמידה שאינה עולה על הנדרש ממהותו ומאופיו של השירות."

המעוגנת בחוק היסוד. אדם ללא שם טוב הוא אדם ללא כבוד. מתן הזדמנות חדשה לאדם שמעד ורוצה לטהר את שמו, הוא חלק מהזכות לכבוד. כך גם לגבי הפגיעה בזכות היסוד לחופש עיסוק. אחת התוצאות המכאיבות של הרישום הפלילי היא הגבלתו של בעל הרישום הפלילי מלהשתלב במקומות עבודה מסוימים, אשר אינם מקבלים לעבודה מועמדים בעלי רישום פלילי.

2. משמעות הפגיעה בזכות יסוד

פרופ' אהרן ברק בספרו³⁷ עמד על כך, שחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו יצר מציאות נורמטיבית חדשה, שבמסגרתה, זכויות האדם הקבועות בו קיבלו מעמד נורמטיבי חוקתי על-חוקי:

"זכויות האדם שולטות על ענפי המשפט וזכות אדם אינה נגזרת, כבעבר, מאופן הפעלת שיקול-הדעת המנהלי, אלא הפעלת שיקול-הדעת המנהלי נגזר עתה מזכות האדם. השיח המשפטי עבר אף הוא שינוי; הוא אינו מוסב עוד על סמכות, שיקול-דעת ומידת סבירות אלא על זכויות, חירויות והגבלות, המוטלות עליהן. יחסי הגומלין בין הפרט לשלטון השתנו פועל יוצא של הקונסטיטוציונליזציה; מזכות האדם החוקתית נגזר תוכנם של ההסדרים החוקיים, הקשורים באדם ובזכותו-לא עוד הכוח השלטוני קובע את זכות האדם; זכות האדם היא הקובעת את הכוח השלטוני. הדבר מתבצע באמצעות כללי הפרשנות החוקתית, שהם המכשיר, שבאמצעותו יינתן המובן להסדר החוקתי, ובאמצעותו חודר המשפט לענפי המשפט השונים."³⁸

כללי הפרשנות החוקתית ודאי מאפשרים לראות בבחירה שבחרת המאשימה להאשים אדם בעבירה, המכתימה ברישום פלילי דווקא ולהימנע מלבחור בסעיף אישום חלופי אשר אינו גורר אחריו רישום כזה, בגדר פגיעה בזכות לכבוד. יש בה גם

³⁷ א' ברק "פרשנות במשפט - פרשנות חוקתית" (כרך שלישי, תשנ"ד), בעמ' 62 - 64 (להלן "פרשנות חוקתית").

³⁸ שם, בעמ' 63.

כדי לאפשר את הקביעה, כי נקיטת הדרך האמורה היא בגדר פגיעה בחופש העיסוק.³⁹

פיסקת עקרונית היסוד, המצויה בחוק היסוד, מהווה מקור אפשרי נוסף להכרה בזכות לשם טוב ולרהביליטציה כזכות מוגנת וחוקתית.⁴⁰ פגיעות כאמור, הנגרמות על ידי הפעלת מדיניות התביעה, חייבות לעמוד בדרישות פסקאות ההגבלה השונות. פגיעה בזכויות אלו תיעשה על פי תנאי פסקת ההגבלה: בחוק או על פי הסמכה מפורשת בו, כשהאמור בחוק, שנועד לתכלית ראויה ובמידה שאינה עולה על הנדרש.⁴¹ ולגבי המשרתים בכוחות הביטחון, יכולה הפגיעה להיעשות לפי חוק ובמידה שאינה עולה על הנדרש ממהותו ומאופיו של השירות.⁴²

פיסקת עקרונית היסוד "ממלאת בראש ובראשונה תפקיד פרשני בהבנת היקפן של זכויות האדם השונות, המעוגנות בחוקי-היסוד. היא מסייעת ביציקת תוכן בזכויות האדם הקבועות בחוקי היסוד".⁴³ פיסקת היסוד עשויה (לפי "המודל העצמאי") לשמש מקור לתכלית המונחת ביסוד זכויות האדם האחרות, והיא עצמה מקור לזכויות אדם.⁴⁴ ניתן, אפוא, לגבש מתוכה זכויות אדם, שאינן מוכרות בחלקים אחרים של חוקי היסוד.

רישום פלילי, הנובע מהרשעת חייל בעבירה של שימוש בסם "קל" בנסיבות אשר אינן מן החמורות (לדוגמא, שימוש חד פעמי המבוצע בנסיבות אזרחיות), עשוי להיחשב כבלתי מידתי (דהיינו, פוגע במידה העולה על הנדרש להגנה על התכלית הראויה בזכויות היסוד המוגנות),⁴⁵ ולכן, גם כבלתי חוקתי. טענה זו מקבלת משנה

³⁹ לעניין ההרמוניה הנדרשת בין חוקי היסוד השונים, ראו לדוגמא בג"צ 4676/94 מישראל בע"מ ואח' נ' כנסת ישראל ואח', פ"ד נ(5) 15, בעמ' 29 - 30: "אכן, הפרשנות החוקתית צריכה לשאוף לכך שההוראות החוקתיות השונות - בין אם הן במסמך אחד ובין אם הן במסמכים שונים - ישתלבו זו בזו ויקדמו את האחדות ואת ההרמוניה החוקתית."

⁴⁰ שם, בעמ' 301.

⁴¹ סעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

⁴² סעיף 9 לחוק היסוד.

⁴³ ראו שם, עמ' 301.

⁴⁴ שם, עמ' 303.

⁴⁵ ראו דבריו של השופט זמיר בעניין ברטלה, לעיל הערה 10, בעמ' 77: "...לכן אפשר לומר כי ההשלכות הקשות של הרשעה בעבירה כזאת אינן מתיישבות עם רוחו של סעיף 9 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. אכן, סעיף זה מתיר פגיעה בזכויות היסוד של חייל מעבר לפגיעה המותרת בזכויות היסוד של מי שאינו חייל, וזאת בשל המהות המיוחדת של השירות הצבאי. אולם, גם סעיף זה אינו מתיר פגיעה בזכויות היסוד של חייל, אלא במידה שאינה עולה על הנדרש ממהותו ומאופיו של השירות. ואילו

תוקף על רקע חוסר השוויון הבולט עת משווים את הטיפול המשפטי באזרח, המבצע אותה עבירה ואינו מועמד כלל לדין, לבין זה המבצע בחייל המבצע עבירה זהה - העמדה לדין בגין סעיף אישום הגורר אחריו רישום פלילי.⁴⁶

אמנם, לגבי אנשי כוחות הביטחון, קובע סעיף 9 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו כי מידת הפגיעה תיבחן לפי אופיו ומהותו של השירות, כלומר, יש להביא בחשבון את צרכי כשירות הצבא, כוננותו, שימור יכולתו המבצעית והמשמעת הצבאית (להלן - השיקולים הצבאיים).

דא עקא, שהשלכות הרישום הפלילי הרלוונטיות לענייננו הינן בעיקר לגבי התקופה שלאחר סיום השירות הצבאי (שירות חובה נמשך תקופה שבין שנתיים לשלוש שנים, ולגבי הרוב המכריע של המשרתים מתחיל כאן פרק של חיים אזרחיים. לפיכך, עיקר תוצאות הרישום הפלילי הוא בשנים, שבהן יהיה הנידון אזרחי); על כן, אין ניתן לטעון לחוסר רלוונטיות מוחלט של הוראות סעיף 8 לחוק היסוד ולבחינת המצב על פי פסקת ההגבלה הביטחונית (סעיף 9) לבדה.⁴⁷ כמו כן,

פגיעה בחייל שהורשע בעבירת סמים עלולה להיות, ככל שהיא נוגעת למהלך החיים שלאחר השחרור מן הצבא, מעבר למידה הנדרשת ממהותו ומאופיו של השירות. אם כך, מן הראוי לפעול לצמצום הפגיעה ככל שהדבר ניתן בהתחשב עם המהות והאופי של השירות הצבאי...שאלות אלה, ואולי גם שאלות נוספות, מצדיקות בדיקה מחודשת של המדיניות הקיימת. ההבדל בין מדיניות התביעה האזרחית כלפי אדם שנחשד בביצוע עבירת סמים, כפי שהיא באה לידי ביטוי בהנחיית היועץ המשפטי לממשלה, לבין מדיניות התביעה הצבאית כלפי חייל שנחשד בביצוע עבירה כזאת, אינו צריך לעבור את המידה הנדרשת מן המהות והאופי של השירות הצבאי.”

⁴⁶ הפסיקה נוהרה שלא לקבוע, אם עקרון השוויון הכללי הוא בעל מעמד חוקתי על-חוקי כנגד מערך כבוד האדם, אך נקבע כי ישנן סיטואציות, בהן פגיעה בשוויון תעלה כדי פגיעה בכבוד האדם. ראו דברי השופט דורנר בבג"ץ 4541/94 מילר נ' שר הביטחון, פ"ד מט (4) 94, 132. לעומת זאת, לגישת השופט מצא בפסק דין זה, עם חקיקת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו הועלה מעמדו הנורמטיבי של עקרון השוויון (בעמ' 111). במסגרת בג"ץ 3267/97 רובינשטיין נ' שר הביטחון, פ"ד נב (5) 481, 530 - 531, נקבע ש- "השוויון הינו מ'נשמת אפו של המשטר החוקתי שלנו כולו' ... זהו עקרון 'השולב ושזור בתפיסות היסוד המשפטיות שלנו ומהווה חלק בלתי נפרד מהן' ... וכן כי העיקרון של שוויון זכויות וחובות לכל אזרחיה של מדינת ישראל הוא ממהותה ומאפיה של מדינת ישראל". עוד צוין שם ש"השוויון הוא ערך יסודי לכל חברה דמוקרטית, אשר המשפט של כל מדינה דמוקרטית שואף, מטעמים של צדק והגינות, להמחישו... הפרט משתלב למרקם הכולל ונושא בחלקו בבניית החברה, בידועו שגם האחרים עושים כמוהו. הצורך להבטיח שוויון הוא טבעי לאדם. הוא מבוסס על שיקולים של צדק והגינות. המבקש הכרה בזכותו, צריך להכיר בזכותו של הזולת לבקש הכרה דומה. הצורך לקיים שוויון הוא חיוני לחברה ולהסכמה החברתית שעליה היא בנויה. השוויון שומר על השלטון מפני השירות. אכן, אין לך גורם הרסני יותר לחברה מאשר תחושת בניה ובנותיה, כי נוהגים בהם איפה ואיפה. תחושת חוסר השוויון היא מהקשה שבתחושות. היא פוגעת בכוחות המאחדים את החברה. היא פוגעת בזהותו העצמית של האדם.”

⁴⁷ בית המשפט העליון, בעניין אורנשטיין, אמר את דברו גם בעניין זה: "נקודת המוצא לענייננו, היא שלא הרי חיילים כהרי אזרחים בהקשרים שונים, ובכלל זה גם בהקשר של הדין הפלילי. גם חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, עליו מסתמך בא כוח העותרים, מכיר בהבחנה זו (ראו: סעיף 9 לחוק היסוד). עם זאת, מקובל עלינו, בהתאם לסעיף 9 לחוק היסוד, כי אין הצדקה לפגוע בחיילים, בהשוואה לאזרחים, מעבר

יש לזכור, כי פיסקת הגבלה מיוחדת לכוחות הביטחון לא הוכללה בחוק-יסוד: חופש העיסוק.⁴⁸

השיקולים הצבאיים אכן מצדיקים רישום בגיליון ההתנהגות של החייל במהלך שירותו הצבאי, אך האם יש בכוחם להצדיק, בעבירה המדוברת כאן, הכתמה ארוכת שנים של החייל ברישום פלילי, אשר מרבית השלכותיה הן על תקופה, אשר בה הוא כבר משוחרר, אינו חייל בשירות סדיר והוא אזרח מן השורה?⁴⁹

משהפגיעה בזכויות האדם צריכה לעמוד בתנאי פיסקת ההגבלה, הקבועים בחוקי היסוד, יכול שפגיעה שכזו תוצדק מקום בו עוצמתה מבטאת איזון בין הערכים, המוגנים על ידי חוקי היסוד, לבין צרכים ואינטרסים של צה"ל, לאור טיבו, ייעודו ומהותו כארגון צבאי לוחם.

הפרק הבא בחיבור זה יוקדש לעריכת הניתוח האמור על פי הכללים המנחים, אשר נקבעו לעניין זה בפסיקת בית המשפט העליון.

3. הניתוח החוקתי התלת-שלבי

על מנת לבחון את השאלה, אם מדיניותה של התביעה אינה פוגעת בזכויות היסוד של החיילים, המואשמים בביצוע עבירות שעניינן שימוש בסמים, יש מקום

למידה הנדרשת מהשירות הצבאי. קל וחומר שאין הצדקה לפגיעה מעבר לנדרש בחיילים, בהשוואה לאזרחים, לאחר תום תקופת השירות הצבאי. לפיכך, מקובל עלינו כי על המשיב וכמותו על רשויות מוסמכות אחרות, לעשות ככל שניתן וראוי, במסגרת החוק, כדי להשוות דין חיילים שהשתחררו מהשירות לדינם של אזרחים בנוגע למרשם הפלילי. בג"צ 7442/96 אורנשטיין נ' הפצ"ר, תק-על 99 (1) 363 (להלן - עניין אורנשטיין).

⁴⁸ סעיף 4 לחוק-יסוד: חופש העיסוק, שעניינו "פגיעה בחופש העיסוק" ("פיסקת ההגבלה"), קובע, כי "אין פוגעים בחופש העיסוק אלא בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש, או לפי חוק כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו."

בבג"ץ 6055/95 צמח נ' שר הביטחון פ"ד נג (5) 241 (להלן: עניין צמח), בחן השופט זמיר (בעמ' 266) את ההבדל בין פיסקת ההגבלה הכללית, הקבועה בסעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, לבין סעיף 9 לחוק-יסוד זה, הכוללת פיסקת הגבלה ביטחונית ביחס למשרתים בצבא. נקבע, כי ממילא לפיסקת ההגבלה הכללית תחולה על המשרתים בכוחות הביטחון בהתחשב במהות ובאופי השירות, אף אלמלא ההתייחסות המיוחדת בסעיף 9 למשרתים בכוחות הביטחון.

⁴⁹ אכן, שיקולי החשש לביטחון הלאומי, הבאים לידי ביטוי בצרכי הכשירות, הכוונות והמשמעת הצבאיים, עשויים להצדיק פגיעה מסוימת בזכויות היסוד של חייל, אשר השתמש בסמים. ברור הוא, כי קיים צורך החלטי וחד להגיב בחריפות על מעשי שימוש בסמים. זאת, על מנת להרתיע את המבצע עצמו ואחרים כמותו מלהמשיך בביצוע מעשים דומים, כדי למנוע המשך התפשטות תופעת השימוש בסמים ולהלום את חומרת המעשה. אך, השאלה הנשאלת הינה, האם תיוגו של החייל כעבריין למשך 17 שנים, כאשר מדובר בעבירה של שימוש חד פעמי בסמים "קלים" בנסיבות לא חמורות, מוצדקת גם היא מהטעמים הללו?

להחיל, כפי שפירשנו לעיל, את מבחני פסקת ההגבלה, שבחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ושבחוק-יסוד: חופש העיסוק.⁵⁰ פסקת ההגבלה עוסקת בשאלה, אם הפגיעה בזכות היסוד המוגנת בוצעה לשם השגת תכלית ראויה ואם אין בה כדי לנגוס בזכות, במידה העולה על הנדרש לצורך השגת אותה התכלית.

פרופ' ברק, בספרו "פרשנות חוקתית",⁵¹ מציין, כי לצורך בחינת שאלת היות הפגיעה במידה שאינה עולה על הנדרש ראוי להפעיל את מבחן היחסיות. הוא עומד על כך,⁵² שמבחן זה מתפצל לשלושה מבחני משנה: ראשית, כי האמצעי הננקט צריך להתאים בצורה מרבית למטרה; הוא אינו שרירותי, אינו בלתי הוגן או לא הגיוני. חייב להתקיים קשר רציונלי בין האמצעי למטרה (מבחן "ההתאמה"). שנית, האמצעי הננקט חייב לפגוע בזכות היסוד במידה הקטנה ביותר האפשרית (מבחן "האמצעי שפגיעתו פחותה"); שלישית, חייב להיות יחס חשוב מספיק בין האפקט של האמצעים לבין התכלית המושגת (מבחן "המידתיות במונח הצר"). בהתייחסו ליישום מבחן זה על פעולת המחוקק, מציין פרופ' ברק:

"אכן, החייט החקיקתי צריך לתפור חליפה חקיקתית אשר תהא גזורה בהתאם למטרה החקיקתית שמבקשים להשיג. על המחוקק לבחור – מתוך מגוון האמצעים האפשריים – את האמצעי הפוגע פחות בזכות אדם מוגנת. עליו להתחיל 'במדרגה' הפוגעת פחות, ולעלות אט אט בגרם המדרגות, עד שהוא מגיע לאותה מדרגה אשר במסגרתה התכלית הראויה מושגת בלא לפגוע מעבר לדרוש בזכות האדם. על כן, אין להתחיל בענישה פלילית מחמירה. מחוקק המבקש להשיג את התכלית הראויה צריך לבחון דרכי שכנוע והסברה. אם אלה אינם

⁵⁰ דוגמאות לבחינה חוקתית של מדיניות ממשלתית ניתן למצוא בבג"ץ 6698/95 עאדל קעדאן ואח' נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נד (1) 258, עמ' 279 - 280: "אכן, השילוב בין התוצאה הבלתי-שוויונית של המדיניות ובין הטעמים הבלתי-שוויוניים שבבסיסה, יוצר "מסה" חזקה של העדר שוויון, 'מסה' שאינה מתבטלת ואף אינה פוחתת נוכח הנכונות העקרונית להקצות מקרקעין להתיישבות קהילתית כפרית נפרדת של ערבים. אנו דוחים, איפוא, את הטענה כי בנסיבות הענין שלפנינו לא נפגם עקרון השוויון". דוגמא נוספת נמצאת בבג"ץ 4541/94 אליס מילר נ' שר הביטחון ואח', פ"ד מט (4) 94, עמ' 134 - 135: "לענין בחוק-היסוד של האיסור על הפליית נשים לרעה שתי משמעויות שלהן זיקה הדדית:

ראשית, הענין בחוק-היסוד משליך על הגדרתה של הזכות, ובמיוחד לענין ההבחנה בין הגדרת הזכות לבין הגדרת התנאים שבהם מותר - אם בכלל - לפגוע בה.

שנית, בהפעלת שיקול-דעת שלטוני - לרבות שיקול-דעת המעוגן בדין שהיה קיים לפני תחילתו של חוק-היסוד - יש לתת משקל מוגבר לזכות המעוגנת בחוק-היסוד."

⁵¹ לעיל הערה 36, בעמ' 542.

⁵² שם, שם.

מספיקים, ייתכן ותשלומים כספיים (כגון מס) מספיקים. אם לא, ייתכן שנדרש משטר של רישוי. אם אף זה אינו מספיק ייתכן ונדרשת אחריות פלילית. במסגרתה יש להתחיל בעונשים כספיים ורק אם אלה אינם מספיקים, לבחון עונשי מאסר, תוך בחינת הענישה הראויה.⁵³

המבחן התלת שלבי אומץ על ידי בית המשפט העליון בשורה של פסקי דין.⁵⁴ דברים דומים נאמרו בבג"ץ 4769/95 **מנחם נ' שר התחבורה**.⁵⁵ צוין שם, עם זאת, כי הדרישה, שעל המחוקק לבחור באמצעי הפוגע בזכות החוקתית במידה שאינה עולה על הנדרש לשם השגת תכלית החוק, אין כוונתה כי על המחוקק להיצמד תמיד לדרגה הנמוכה ביותר שבתחתית הסולם. קביעה כזו תקשה יתר על המידה על המחוקק, אשר לא יוכל לחדור מבעד למחסום הביקורת השיפוטית. זאת ועוד; שאלת המידתיות היא לרוב מסוג השאלות שאין עליהן תשובה מדויקת ואחידה, שכן היא דורשת מלאכת שקלול והערכה. ייתכנו מצבים, בהם בחירה באמצעי חלופי הפוגע בזכות החוקתית מעט פחות, עלולה להביא להפחתה ניכרת במידת ההגשמה של התכלית או במידת התועלת שתצמח ממנה, ועל כן לא יהיה זה מן הראוי לחייב את המחוקק לאמץ את האמצעי האמור. עקב כך, הכיר בית המשפט העליון ב"מרחב תמרון חוקתי" המכונה גם "מתחם המידתיות". גבולותיו של מרחב התמרון החוקתי נקבעים על-ידי בית המשפט בכל מקרה לגופו על-פי נסיבותיו, בהתחשב במהותה של הזכות הנפגעת ועוצמת הפגיעה בה, אל מול טיבם ומהותם של הזכויות והאינטרסים המתחרים. בית המשפט לא ימיר את שיקוליו של המחוקק בשיקול-דעתו שלו ויימנע מהתערבות, כל עוד האמצעי הנבחר על-ידי המחוקק מצוי בגדר

⁵³ שם, בעמ' 546.

⁵⁴ כך, במסגרת בג"ץ 2334/02 **שטנגר, עו"ד נ' יו"ר הכנסת**, תק-על 2003 (4) 19, עמ' 23, נקבע, כי בעת עריכת הבדיקה, אם פגיעתם של סעיפי החוק, אשר נדונו שם, בחופש העיסוק אינה עולה בשיעורה על הנדרש, נבחנת דרישת המידתיות. נקבע, כי מבחן זה נועד להבטיח, כי האמצעים שנקט החוק והפוגעים בחופש העיסוק, מגשימים באופן מידתי את התכלית הראויה, המונחת ביסוד החוק.

בית המשפט עמד שם על שלושת מבחני המשנה הנ"ל, המהווים קונקרטיזציה של מבחן המידתיות, תוך שהוא מפנה אל פסקי הדין הבאים: ע"א 6821/93 **בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי**, פ"ד מט (4) 221, 436; בג"ץ 1715/97 **לשכת מנהלי ההשקעות נ' שר האוצר**, פ"ד נא (5) 367, 385; בג"ץ 5503/94 **סגל נ' יו"ר הכנסת**, פ"ד נא (4) 529, 542; בג"ץ 1030/99 **ח"כ אורון נ' יו"ר הכנסת**, פ"ד נו (3) 640, 665.

⁵⁵ פ"ד נו (1) 235, עמ' 280 - 281.

מתחם המידתיות. בית המשפט יתערב רק כאשר האמצעי הנבחר חורג באופן משמעותי מגדריו של המתחם והוא בלתי מידתי באופן ברור.

בבג"ץ 6055/95 צמח נ' שר הביטחון,⁵⁶ נדונה שאלת חוקתיות סעיפים 234 ו-237א לחוק השיפוט הצבאי, אשר התירו הבאת חייל עציר לפני שופט צבאי תוך 96 שעות מרגע מעצרו. שם, דן בית המשפט העליון בשאלה, אם הפגיעה בזכותו של החייל העציר לחירות ולכבוד, הנובעת מעיכוב כזה עד להבאה לפני שופט, עולה בקנה אחד עם פסקאות ההגבלה הקבועות בסעיפים 8 ו-9 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. חשיבות הקביעות בפסק דין זה לעניינינו ברורה, נוכח היות אוכלוסיית הנאשמים, אשר זכויותיהם נפגעות, חיילים, אשר עליהם חל סעיף 9 לחוק היסוד דווקא.

בית המשפט העליון עמד על כך, שיש הבדל, מבחינת הלשון, בין מבחן המידתיות שנקבע בסעיף 9 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו (פסקת ההגבלה הביטחונית) לבין מבחן המידתיות שנקבע בסעיף 8 לחוק היסוד (פסקת ההגבלה הכללית). צוין שם, כי סעיף 8 דורש, כי החוק המגביל לא יפגע בזכויות היסוד אלא "במידה שאינה עולה על הנדרש", ואילו סעיף 9, לעומתו, דורש כי החוק המגביל לא יפגע בזכויות היסוד אלא "במידה שאינה עולה על הנדרש ממהותו ומאופיו של השירות".

לשאלה המתבקשת, מה נובע מן ההבדל בלשון, השיב בית המשפט, כי מבחן המידתיות הוא מבחן גמיש וכי השאלה מהי "המידה הנדרשת" של פגיעה בזכות תלוייה בכל עניין ומקרה בהקשר של העניין והמקרה, יהיה זה הקשר של מקום או זמן, מעמד או תפקיד, וכיוצא באלה. בהקשר שונה המידתיות שונה: המידה הנדרשת בהקשר אחד אינה בהכרח המידה הנדרשת בהקשר אחר. כך, מדגים זאת בית המשפט לגבי אסירים. חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו אינו קובע מבחן מיוחד למידתיות הפגיעה בזכויות האסיר. משמע, הפגיעה בזכויות האסיר כפופה למבחן המידתיות הכללי. אף על פי כן, ברור, כי מידתיות הפגיעה בזכויות האסיר, כגון חופש הביטוי או צנעת הפרט, נמדדת לאור ההקשר של בית הסוהר, ובעיקר המהות והאופי של מעמד האסיר. כך גם לגבי אדם המצוי במעמד אחר. בהתאם לכך, ברור,

⁵⁶ פ"ד נג (5) 241, 266.

כי גם מידתיות הפגיעה בזכויות של אדם המשרת בכוחות הביטחון מושפעת מן המהות והאופי של השירות. משמע, מבחן המידתיות הכללי, כפי שנקבע בסעיף 8 לחוק היסוד, צריך היה לחול על המשרתים בכוחות הביטחון בהתחשב במהות ובאופי השירות, גם לולא נאמר הדבר במפורש בסעיף 9 לחוק היסוד. מסקנת בית המשפט היתה, אפוא, כי סעיף 9 לחוק היסוד אינו אומר, אם כן, אלא את המובן מאליו. יש בו כדי להבהיר את המצב ולסלק כל ספק: מידתיות הפגיעה בזכויות המשרתים בכוחות הביטחון תלויה במהות ובאופי השירות, ולפיכך היא עשויה להיות שונה ממידתיות הפגיעה באדם שאינו משרת בכוחות הביטחון. יתירה מזאת, המידתיות עשויה להיות שונה משירות לשירות, אפילו בקרב כוחות הביטחון. למשל, המידתיות לגבי פגיעה באדם המשרת בצבא עשויה להיות שונה מן המידתיות לגבי פגיעה באדם המשרת בשירות בתי הסוהר.

לאחר שעמדנו על משמעותו של מבחן המידתיות האמור (המבחן התלת-שלבי) ולאחר שבחנו את יישומו גם במערכת הצבאית, כל שנותר לנו, אפוא, לעשות, הוא ליישם מבחן זה על הסיטואציה בה אנו דנים, דהיינו, לשאול עד כמה הפגיעה של מדיניות התביעה בזכויות היסוד של החיילים-הנאשמים מידתית לנוכח התכלית, שאותה היא מבקשת להשיג. כלומר, עד כמה הכתמתו של חייל ברישום פלילי תשיג את המטרות שעמדנו עליהן, של מניעת התגברות תופעת השימוש בסמים בצבא על ידי הרתעת מי שנתפס בביצוע עבירה של שימוש בסמים והרתעת משתמשים פוטנציאליים אחרים מקרב חיילי צה"ל.

(א) יישום המבחן הראשון: מבחן ההתאמה

האם הנהגת מדיניות של הכתמת כל מי שמורשע בביצוע עבירה של שימוש בסמים, ולו בנסיבות הקלות ביותר, ברישום פלילי היא **אמצעי מתאים** להשגת התכלית של מניעת התפשטות נגע הסמים בקרב חיילי צה"ל? מובן, שמתן תשובה חיובית לשאלה זו מניח קיומו של קשר ישיר בין הסנקציה הזו לבין הרתעת החייל, שנתפס כמשתמש פוטנציאלי בסמים. ייאמר מיד, הקשר האמור לא הוכח אמפירית מעולם. עם זאת, מקום בו מקוימות פעולות הסברה אינטנסיביות, וכאשר נקודת המוצא הינה, כי המשתמש הפוטנציאלי פועל ממניעים

אשר בעיקרם הם רציונליים, מוצדק לקבל את ההנחה האמורה המאפיינת, למעשה, את תורת הענישה כולה.⁵⁷

(ב) יישום המבחן השני: מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה

האם אין ניתן להשיג את מטרות המדיניות האמורה בדרך הפוגעת פחות בזכויות היסוד? האם רק דרך של הכתמת כל חייל, אשר עשה שימוש חד פעמי בסם "קל" מחוץ ליחידתו, ברישום פלילי, אשר ילווה אותו עוד שנים ארוכות לאחר שחרורו ויפגע באפשרויות התעסוקה שלו, תשיג את המטרה האמורה? כידוע, לצד ההכתמה ברישום פלילי ננקטת נגד אותו חייל שורה של סנקציות נוספות: הוא צפוי למעצר (פתוח או סגור לפי חומרת העבירה); יעמוד בפניו הליך משפטי לפני בית דין צבאי על כל הכרוך בכך; הוא עשוי להידון לעונש מאסר לריצוי בפועל; ילווה אותו עונש מאסר מותנה; הוא צפוי להיפגע בדרגותיו; סיווגו הביטחוני עלול להיפגע; עצם המשך שירותו הצבאי ייבחן על ידי ועדה מנהלית, המוסמכת לפוטרו מן השירות.

האם, לדוגמה, רישום העבירה ברישום צבאי פנימי לא יוכל להשלים את מיטריית ההרתעה והמניעה באופן מספק? האם רישום במרשם הפלילי, אשר יימחק מיד עם תום השירות הצבאי (מכוח חוק), לא ישיג מטרות אלו? האם אין ניתן להכביד ברכיבי הענישה (לדוגמה, רכיב המאסר לריצוי בפועל) ולהימנע מההכתמה ברישום הפלילי?

דומה, שבעיקר על רקע מדיניות ההקלה, הנהוגה כלפי עברייני סמים (ברמת חומרה מקבילה) במערכת האזרחית, שאלות אלה מחייבות מחשבה מעמיקה ושיקול זהיר.

מובן, שאין בידינו תשובה אמפירית לשאלה, אם ויתור על ההכתמה ברישום פלילי במקרים הקלים תפגע בהשגת תכלית ההרתעה והמניעה. שורת סימני השאלה, אשר הועלו לעיל, מטילה בספק את חד משמעיות התשובה החיובית בעניין. עם זאת, לצורך השלמת עריכתו של מבחן המידתיות על כל שלביו, נצא

⁵⁷ יצוין, כי זו גם הנחת המוצא של בית המשפט העליון בעניין ברטלה.

מנקודת הנחה, שלפיה סילוק רכיב ההכתמה ברישום פלילי יפגע בהשגת מטרות ההרתעה והמניעה.

(ג) יישום המבחן השלישי – מבחן המידתיות במובן הצר

כאמור לעיל, נצא מנקודת הנחה, שלפיה האמצעי של הכתמת החייל, אשר הורשע בביצוע עבירה שעניינה שימוש חד פעמי בסם קל בנסיבות מוקלות, הוא אמצעי חיוני להשגת הרתעה ולמניעת מרבית השימוש בסמים בקרב חיילי הצבא. האם הנזק, הצפוי להיגרם לפרט כתוצאה מנקיטת אמצעי זה, אינו עולה על התועלת אשר תצמח לציבור? האם נכון יהיה זה להשיג הרתעה מרבית זו על ידי הכתמת הפרט ברישום פלילי פוגעני וגרימת נזק אנוש ליכולתו להיקלט בשוק העבודה בתפקיד משמעותי כלשהו? האם אין בנקיטת אמצעי קיצוני ודרקוני זה גם במקרים הקלים ביותר, נגד חיילים אשר מעדו פעם אחת (אולי בהשפעת לחצי השירות והמתח, אשר הם שרויים בו), כדי להוות פגיעה מוגזמת ובלתי מידתית בעתידו של אותו פרט אשר תרם שנים ארוכות מחייו בשירות חובה?

לטעמנו, האיזון החוקתי מחייב עידונה של המשוואה הנוהגת היום (של הכתמה אוטומטית ובלתי מבחינה ברישום פלילי) ועריכת בחינה מדוקדקת של כל מקרה לגופו עובר למסקנה, כי אכן ראוי במקרה כזה או אחר להשתמש בנשק הרסני זה של הדבקת רישום פלילי. אנו סבורים, כי לא בכל מקרה, בהתחשב בחומרת העבירה, במהותו של הסם הנצרך, בחד פעמיות האירוע ובאופיו של החייל, יהיה זה מוצדק להכתימו ברישום פלילי. האיזון החוקתי מחייב, לטעמנו, כי צורכי ההרתעה והמניעה ייסוגו במקרים מסוימים מול זכותו של הפרט לשם טוב, לכבוד ולהזדמנות נאותה למציאת תעסוקה הולמת. יהיו בוודאי מקרים, שבהם העבירה אשר נעברה תהיה כזו שעל רקע מכלול הנסיבות כל בר בי רב יאמר, כי אין זה צודק, אין זה ראוי ואין זה הוגן, כי החייל העומד לדין ישלם על ביצועה בכתם, אשר לא יימחק במשך שנים ארוכות. אם יטען הטוען, כי כעניין שבחסד, יוכל נשיא המדינה להורות על מחיקת הרישום הפלילי, הרי שתשובתנו הינה, כי אין אנו דנים כאן בשאלה שבחסד אלא בשאלה שבדין, הוא הדין החוקתי של מדינת ישראל.

פתרון מידתי מחייב הותרת שיקול הדעת הסופי בעניין זה בידי בית המשפט דווקא ולא בידי רשויות התביעה; בית המשפט, המיומן בעריכת איזונים חוקתיים ושהוא בעל מומחיות במציאת נקודת האיזון החוקתית, הוא זה אשר צריך, לטעמנו, להיות אמון על הקביעה אם מקרה כזה או אחר, בהתחשב במכלול הנסיבות (הן נסיבות הנוגעות למקרה והן כאלו הקשורות לנאשם), אכן מחייב הכתמה ברישום פלילי, אם לאו. מקום בו התביעה, אשר לה מסור שיקול הדעת היום, אינה מיישמת אותו באופן סביר ואינה מאזנת נכונה בין מכלול השיקולים הצריכים לעניין, ראוי ששיקול דעתה יעבור תחת שבט ביקורתו של בית המשפט הדין בדבר.

נקודת המוצא צריכה להיות, לטעמנו, כי יהיו מקרים, שבהם נעברה העבירה בנסיבות קלות, מקרים אשר בהם אין כל הצדקה עניינית לגרום לרישום במרשם הפלילי כפועל יוצא של ההרשעה; לעומתם יהיו, לטעמנו, מקרים אשר בהם אין מנוס מהדבקת רישום פלילי, שכן הימנעות מכך תגרום בהכרח לפגיעה בלתי נסבלת באינטרס הכלל, האינטרס הלאומי הכרוך בשמירת כוננות הצבא וכשירות חייליו, כשהם במלוא חושיהם ואינם נתונים להשפעת סמים מסוכנים.

שורה של שיקולים עשויה להשפיע על ההחלטה בעניין זה. ההחלטה בנושא תהיה הרת גורל בכל הנוגע לעתידם של החיילים המורשעים. ראוי, אפוא, שהדבר יונח לפתחו של בית הדין הדין בעניין, וזאת, על ידי הותרת רקמה פתוחה בחקיקה, אשר תאפשר לו את שיקול הדעת הנדרש. הצעת החקיקה, אותה אנו מביאים במסגרת חיבור זה, אכן עונה על דרישה זו, כפי שנראה בהמשך.

ה. בחינת הסוגיה בבג"ץ

1. עניין ברטלה - העתירה

בעניין ברטלה,⁵⁸ נדונה לגופה הבעיה, המועלית במסגרת חיבור זה. שישה חיילים בשירות סדיר עתרו לבית המשפט העליון, בשבתו כבג"ץ, שיורה לפרקליטות הצבאית לשנות מדיניותה בכל הנוגע להכתמת חיילים, המואשמים ומורשעים בביצוע עבירות של שימוש עצמי בסמים, ברישום פלילי. נגד כל אחד מהעותרים

⁵⁸ לעיל הערה 10.

הוגש כתב אישום בבית דין צבאי בגין עבירות לפי פקודת הסמים המסוכנים. בעתירותיהם, ביקשו העותרים, כי כתבי האישום, אשר הוגשו נגדם, יתוקנו באופן שבו העבירה, אשר בה יואשמו, תהיה אחת מן העבירות שבחש"ף שאין בצדה רישום פלילי. כן ביקשו העותרים בחלקם, כי הפרקליט הצבאי הראשי (להלן: הפצ"ר) ישנה את הנחיותיו הפנימיות ויקבע, כי אין לייחס לחייל עבירה בניגוד לפקודת הסמים, מקום בו מיוחס לו אך ורק שימוש חד פעמי בסם "קל" (חשיש, מריחואנה) בנסיבות אורחיות. יצוין, שבמהלך הדיון המשפטי בבג"ץ, כדי להפחית במשהו את הפגיעה בחיילים המורשעים בעבירות שכאלו, הודיע הפצ"ר על שינוי בעמדתו במה שנוגע למתן המלצה לנשיא המדינה לקיצור תקופת המחיקה של הרשעות בבתי הדין הצבאיים והגמיש אותה, כמפורט להלן.

2. עניין ברטלה - החלטת בית המשפט העליון

בית המשפט העליון דחה את עתירות העותרים, לנוכח הודעת הפצ"ר על השינוי במדיניותו בכל הנוגע לתקופה המינימלית, הנדרשת, עובר למתן המלצה מטעמו לנשיא המדינה על מחיקת ההרשעה במקרים הנדונים. הפצ"ר הודיע, כי במקרים, בהם מדובר בשימוש חד פעמי בסם, המוגדר כסם "קל", בנסיבות אורחיות - ובהיעדר היבטים מחמירים ומקום בו לא נעברו עבירות נוספות מאז ההרשעה - יש בכוונתו להמליץ לפני נשיא המדינה למחוק את ההרשעה בחלוף מחצית מתקופת ההתיישנות, היינו - בחלוף שלוש שנים ומחצה. בהתחשב בשינוי מדיניות זו, מצא בית המשפט העליון, כי מדיניות הפרקליטות הצבאית עומדת במבחני המידתיות הנדרשים מחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

בית המשפט העליון הביא בפסק דינו את עמדתו של הפצ"ר לשעבר, תא"ל (כדרגתו דאז) אילן שיף, לגבי תוצאותיו הקשות של הרישום הפלילי על חייל צעיר, שהורשע לפי הפקודה בשימוש חד פעמי בחשיש, בנסיבות אורחיות, במכתבו אל הרמטכ"ל (מחודש יוני 1993) בו כתב:

"אין ספק כי במקרים בהם מורשעים חיילים בביצוע עבירות חמורות, קיימת הצדקה עניינית מלאה לרישום הרשעתם במרשם הפלילי. מאידך, לעיתים בולט חוסר האיזון בין הרשעתו של חייל בעבירה שנסיבותיה קלות,

ובין ההשלכות הקשות של הרישום הפלילי הנלווה להרשעה במקרים כגון: שימוש בסם מסוכן מסוג חשיש באופן חד פעמי בנסיבות אזרחיות...

ההשלכות הקשות של המרשם הפלילי מהוות מכשול רציני בדרכם של חיילים צעירים, ללא דפוסי התנהגות עבריינית, אשר כשלו באורח חד פעמי במהלך שרותם, והרישום הפלילי פוסל אותם מקבלת משרה בשרות הציבורי, קבלת רישיון לנשיאת נשק המהווה תנאי מקדמי לקבלת משרת אבטחה, קבלת רישיון נהיגה ברכב ציבורי, אמבולנס ועוד.

השופט גולדברג, בהתייחסו לבעייתיות השלכות הרישום הפלילי בעבירה של שימוש חד פעמי של סמים "קלים" בצבא ציין, כי:

"התלבטתי לא מעט אם אין במדיניותו החדשה של הפצ"ר פגיעה במידה העולה על הנדרש, וכי על אף האינטרס של המערכת הצבאית להתמודד עם תופעת הסמים בקרב החיילים, שיש בה לפגום בחוסנו של הצבא, יש מקום להקטין עוד יותר את השלכותיו של הרישום הפלילי בשל הרשעה המתייחסת לשימוש חד-פעמי בסם 'קל'. אולם בסופו של דבר באתי לכלל דעה כי מדיניותו של הפצ"ר עדיין נמצאת במתחם המותר, אם כי בגבולו העליון. מסקנה זו מחייבת שקילת הנושא מחדש, והתאמה ראויה יותר בין ההרשעה והשלכותיו של הרישום הפלילי. זאת, בין בקביעת מדיניות חדשה על ידי הפצ"ר, אשר תובא לידיעת החיילים שהורשעו, ובין בהסדר חקיקתי."⁵⁹

בית המשפט העליון דחה, כאמור, את עתירתם של ששת החיילים, אך ציין, כי יש לפעול לצמצום הפגיעה בחיילים המורשעים בביצוע עבירה של שימוש עצמי בסמים "קלים", לעניין הרישום הפלילי.⁶⁰ יצוין, כי עשור שנים חלף מאז מתן פסק

⁵⁹ עניין ברטלה, לעיל הערה 10, בעמ' 74.

⁶⁰ יפים לעניין זה דבריו של השופט קדמי בעניין ברטלה, בעמ' 76: "...יש טעם בבחינה חוזרת של מדיניות ההמלצה בדבר מחיקת הרישום הפלילי המתייחס לעבירה ראשונה של שימוש חד פעמי ומזדמן בסמים קלים, באופן שהשלכותיו תהיינה מתונות יותר ויישמר בהקשר זה שוויון מלא בין חיילים עם סיום שירותם", וכן דבריו של השופט זמיר באותו עניין בעמ' 77: "הרישום של הרשעה בעבירת סמים בהתאם לחוק המרשם הפלילי ותקנת השבים, התשמ"א-1981, גורר עמו השלכות קשות בתחומים שונים: האפשרות לרכוש מקצועות מסוימים, להתמנות למשרות מסוימות ולנסוע למדינות מסוימות. השלכות אלה עשויות להיות גורליות לאדם צעיר, המשתחרר מן הצבא, ועם זאת אין הן מקדמות את עניינו של הצבא. לשון אחרת, הצבא אינו יוצא נשכר מכך שדרכו של חייל משוחרר נחסמת בחייו

הדין בעניין ברטלה ועד היום, ואנו סבורים שראוי, אפוא, שהסוגיה תשוב ותיבחן לנוכח שינוי העתים.

לטעמנו, הפתרון שהציעה הפרקליטות בשלב זה של הדיון - להקדים את מועד המחיקה של הרישום הפלילי - אינו עונה על הצרכים. ההצעה דורשת, שהנאשם עצמו יפנה בחלוף התקופה אל נשיא המדינה בבקשה למחיקה. ההחלטה נתונה לשיקול דעת הנשיא ומושפעת מהמלצת הפרקליטות בעניין זה. ספק, אם מרבית הנאשמים מודעים לאפשרות הפנייה בבקשה כאמור. יתרה מכך, אף החלטה על מחיקה אינה מונעת את סימני העקבות, שנותרים לאחור מכן.

3. עניין משען - העתירה

במסגרת בג"ץ 10378/03 משען ווייץ נ' סגן הפרקליט הצבאי הראשי,⁶¹ ביקשו העותרים, חיילים בשירות חובה, אשר הואשמו בפני בית דין צבאי בשימוש בסם מסוכן ובהחזקת כמות קטנה של סם, שבג"ץ יורה לסגן הפרקליט הצבאי הראשי לתקן את כתבי האישום, אשר הוגשו נגדם, על ידי המרת סעיפי האישום הכלולים בהם בסעיפים שההרשעה בהם אינה גוררת רישום פלילי. בא כוחם טען, כי אילו נשפטו בבית משפט אזרחי לא היו מורשעים אלא מועמדים במבחן ללא הרשעה (אם בכלל היו נשפטים). הוא הוסיף והביא לפני בג"ץ את התיקון לחוק השיפוט הצבאי אשר אותו יזם הצבא, והצפוי לקרום עור וגידים. האמור היה בתיקון, הצפוי לתת בידי בתי הדין הצבאיים סמכות להורות, כי הרשעתו של חייל בעבירות כאלה תישא רישום פלילי "מופחת". הוא ציין גם, כי המצב הקיים מפלה את החיילים לעומת צעירים שהם אזרחים ולעומת חיילים בשירות חובה המשרתים בשורות משמר הגבול.

האזרחיים, כגון, בבחירת מקצוע או במינוי למשרה. הצבא גם לא ייפגע אם חייל משוחרר לא ישא על כתפיו, בתחילת דרכו כאזרח, את הנטל הכבד של הרשעה בעבירת סמים.

קריאה לשינוי המצב הקיים בעניין המדיניות הנהוגה כלפי חיילים, לעומת זו הנהוגה כלפי אזרחים, הושמעה על ידי בית המשפט העליון גם בעניין אורנשטיין, לעיל הערה 45.

בג"ץ 10378/03 רב"ט משען וסמל ווייץ נ' סגן הפרקליט הצבאי הראשי, פדאור 04 (17) 632.

61

4. עניין משען - החלטת בית המשפט העליון

בית המשפט העליון דחה את העתירה, בציינו, כי לא מצא עילה להתערב בהחלטת הפרקליט הצבאי הראשי ובמדיניותו לגבי ניסוח כתבי האישום בעבירות כאלו. חשוב לציין, עם זאת, כי לכלל החלטה זו הגיע בית המשפט בשום לב למדיניות הצבא להמליץ על מתן חנינה על דרך של מחיקת ההרשעה במקרים כאלה, כתום שלוש שנים וחצי מיום ההרשעה או כתום שנה וחצי משחרורו של החייל, לפי המוקדם.

עוד חשוב לציין, כי בית המשפט העליון מצא לזרו את יוזמת החקיקה של הצבא באומרו:

”עם זאת, סבורים אנו, שראוי כי יוזמת החקיקה שבה התחיל הצבא, כאמור לעיל, תוחש ולא תושהה עוד. מן החומר שהוגש לנו עולה, כי מאז החלה היוזמה לתיקון החוק חלפה תקופה של כ- 4 שנים ודומה שהגיעה השעה לקידומה.” (ההדגשה אינה במקור).

אין צריך לומר, כי מאז מתן פסק הדין חלפו להן שנתיים נוספות...

ו. חלופות פרוצדורליות למניעת הרישום הפלילי – הלכה למעשה

מהן, אפוא, האפשרויות החוקיות להתמודדות עם הקושי החוקתי, הנוצר ממדיניות ההכתמה הגורפת?

הדין הנוכחי מעמיד לרשות התביעה הצבאית (ואולי גם לרשות בתי הדין הצבאיים) מספר אפשרויות לטיפול משפטי או משמעתי במקרים הקלים של שימוש בסמים, המבוצע בידי חייל צה"ל, אפשרויות, אשר אינן טומנות בחובן הדבקת רישום פלילי ארוך שנים.

1. העמדה לדין משמעתי

כך, מוסמך פרקליט צבאי להורות על העמדת חייל לדין משמעתי בגין עבירה צבאית, אשר נתונה לטיפול משמעתי (ראו סעיפים 280 ו-136 לחש"ץ). עם זאת, עליו "להלביש" את העבירה של שימוש בסם או החזקתו ב"לבוש" משפטי בלתי מסורתי

כעבירה של אי קיום הוראות המחייבות בצבא, לפי סעיף 133(א)(1) לחש"ץ, של פגיעה במשמעת הצבא, לפי סעיף 132 לחש"ץ, או של עבירה שעניינה התנהגות מבישה או התנהגות שאינה הולמת, בניגוד לסעיפים 129 או 130 לחש"ץ (הכול לפי הדרגה אותה נושא הנאשם בעת ביצוע המעשה). מובן, כי במקרה כזה, מגבלות הענישה הנובעות מאופי ההליך הן משמעותיות: קצין השיפוט מוסמך להטיל עונש אחד בלבד ואילו בית דין צבאי מוסמך להטיל שורה של עונשים; העונש המרבי בדין משמעתי הוא עונש מחבוש לתקופה קצרה (כפונקציה של דרגת קצין השיפוט) ואילו בית דין צבאי מוסמך להטיל חודשי מאסר ארוכים; העמדה לדין משמעתי אינה גוררת אחריה רישום פלילי ואילו העמדה לדין פלילי בעבירות לפי פקודת הסמים גוררת זאת; בית דין צבאי מוסמך להורות על מעצר עד לתום ההליכים המשפטיים בעוד שבהליך המשמעתי אין סמכות לעצור לתקופה משמעותית. מובן, כי ברוב רובם של המקרים, ההליך המשמעתי אינו נותן פתרון הולם לצרכי הענישה וההרתעה בכגון דא.

2. האשמה בעבירה אשר אינה גוררת רישום פלילי

אפשרות נוספת, העומדת לרשות הפרקליט הצבאי, היא להאשים את החייל בבית דין צבאי, אך תוך בחירת סעיף אישום מאלו אשר עליהם עמדנו לעיל, אשר הרשעה בו אינה גוררת אחריה רישום פלילי. ניתן לומר, כי פרקטיקה מקובלת היא בפרקליטות הצבאית, לפעול בדרך האמורה על מנת לחסוך מנאשמים, בשורה של עבירות, את הרישום הפלילי הכרוך בהרשעה בעבירה המשקפת באופן מובהק את העשייה הפלילית הנדונה. גם מקום בו הגיש הפרקליט הצבאי, מלכתחילה, כתב אישום המכיל סעיף אישום תואם (הגורר רישום פלילי), עשוי הפצ"ר או סגנו להורות על המרתו בסעיף אישום אחר, וזאת בהסתמך על סעיף 308 (א) לחש"ץ. דוגמא בולטת למדיניות בדבר שימוש בסעיף אישום שאינו גורר רישום פלילי ניתן לראות במגמה של העמדה לדין לפי סעיף 80 רישא לחש"ץ, המדבר על "אי

שמירתו של רכוש צבאי", למרות שמעשה העבירה עניינו באי שמירת רכוש צבאי שהוא נשק, שאליו מתייחס הסיפא של סעיף 80 לחש"ץ.⁶²

ניתן לראות במנגנון זה, של המרת סעיף אישום, חלופה אפשרית לטיפול בחיילים, אשר השתמשו שימוש "קל" ולא חמור בסמים. במקום להעמידם לדין על עבירות מפקודת הסמים המסוכנים, אשר הרשעה בהן מביאה לרישום פלילי, ניתן להעמידם לדין על עבירות צבאיות מחוק השיפוט הצבאי אשר הרשעה בהן אינה גוררת רישום פלילי, כדוגמת סעיפים 129 (התנהגות מבישה), 130 (התנהגות שאינה הולמת), 132 (פגיעה במשמעת) ו-133 (אי קיום הוראות המחייבות בצבא) לחש"ץ.⁶³

מדיניות הפרקליטות הצבאית, המוכתבת בהנחיות התביעה הצבאית הראשית, מכירה גם כן בעשיית שימוש בדרך הפרוצדורלית האמורה (של האשמה בסעיף

⁶² היות שעל פי סעיף 1(1)א(א) לתקנות המרשם הפלילי, הרשעה בעבירה על סעיף 80 רישא לחש"ץ, שעניינה "אי שמירתו של רכוש צבאי" לא תהא פריט רישום במרשם הפלילי, מקום בו אין מעוניינת התביעה, מטעמים כאלה או אחרים, שההרשעה בעבירה של אי שמירת רכוש צבאי שהוא נשק תגרוך רישום פלילי, ממירה התביעה את סעיף האישום מסעיף 80 סיפא לסעיף 80 רישא, למרות שאין סעיף האישום מבטא נכונה את פרטי העבירה כפי שבוצעה במציאות. דוגמאות לפסקי דין, בהם הוגש כתב אישום על עבירה של אי שמירה על רכוש צבאי לפי סעיף 80 רישא לחש"ץ, למרות שעל פי עובדות המקרה מדובר היה באי שמירה על רכוש צבאי שהוא נשק, ראו צפ/241/02 **התובע הצבאי נ' טור' לביא**; צפ/570/02 **התובע הצבאי נ' רב"ט שי**; מר/348/03 **התובע הצבאי נ' סמל דודלוק**; צפ/295/02 **התובע הצבאי נ' סמל כהן**.

⁶³ העמדה לדין בגין אי קיום הוראות המחייבות בצבא נעשית בהתאם לפ"מ 33.0111, שעניינה איסור השימוש בסמים בצבא, אשר קובעת בסעיף 8 לחלק הכללי כי: "על כל חיילי צה"ל חל איסור להחזיק סמים, ליטול אותם או לסחור בהם".

ראו ע/8/03 **טור' חסון נ' התצ"ר**, בו נדון ערעור על הרשעה בשימוש בסם מסוכן מסוג קנאבוס בנסיבות אורחיות בשתי הזדמנויות בשלהי שנת 2002. בית הדין הצבאי לערעורים הפנה את הצדדים לקשיים אשר עלו בתיק, ובעקבות זאת הסכימה התביעה הצבאית להחליף את פרט האישום משימוש בסם מסוכן, לפי סעיף 7(א) ו-133(א) לחש"ץ, ו-133(א) לחש"ץ, שמהותה אי קיום הוראות המחייבות בצבא, אשר, כאמור, אינה גוררת רישום פלילי. כך גם בצפ/235/04 **התובע הצבאי נ' טור' חובש**, שם נדון עניין שימוש חד פעמי בסם מסוג קנאבוס ובשל קושי ראיתי תיקנה התביעה את כתב האישום על ידי כך שהמירה את סעיף האישום מעבירה של שימוש בסם מסוכן, לפי סעיף 7(א)+(ג) סיפא לפקודת הסמים המסוכנים, לעבירה של אי קיום הוראות המחייבות בצבא. דוגמה לפסק דין בו נסיבות המקרה הביאו את בית הדין לקבוע כי אין זה ראוי כי יוטבע על הנאשם תיוג של רישום פלילי הוא ע/192/02 **רס"ב רומנו נ' התצ"ר** (להלן – עניין רומנו).

בעניין רומנו נדון ערעור של נגד, אשר הורשע לאחר שמיעת ראיות, בבית הדין המחוי מחוז שיפוט חיל האוויר בין השאר בהתנכלות, עבירה לפי סעיפים 3(ב) ו-5(ב) לחוק למניעת הטרדה מינית, התשנ"ח-1998, עבירה אשר נלווה לה רישום במרשם הפלילי.

בית הדין הצבאי לערעורים עמד על כך, כי במקרים שחומרתם אינה מבוטלת, נקטו הליכים בבית הדין למשמעת של עובדי המדינה ולא נקט הליך פלילי. בית הדין ציין בפסק הדין, כי במקרים אלה הושגו תכליות הענישה, אף ללא העמדה לדין בפני ערכאה שיפוטית פלילית, כך שלהרשעה לא נלווה רישום פלילי. בית הדין לערעורים הורה לפרקליט הצבאי הראשי "למצוא את הדרך הראויה למחיקת הרישום הפלילי, בעניין ייחודי זה, כאשר תובא בפניו בקשה מתאימה". הנה כי כן, בית הדין לערעורים נתן דעתו לכך, כי נסיבות התיק עשויות להוביל למסקנה, כי הגם שעל המערער להיות מורשע, אין עליו לשאת גם את התיוג השלילי, פועל יוצא של הרישום הפלילי הנלווה להרשעה.

אישום כללי אשר אינה גוררת רישום פלילי). הנחיית תצ"ר מס' 3.02(4) בעניין העמדה לדין בעבירות סמים קובעת כהאי לישנא:

" ניתן לשקול הגשת כתב אישום המייחס עבירה של אי קיום הוראות המחייבות בצבא במקרים יוצאי דופן וחריגים, ובאישור תצ"ר. כמקרה חריג, עשוי להיחשב שימוש חד פעמי נושן מאוד (שנתיים או יותר לפני מועד הגשת כתב אישום) בסם מסוג קנאבוס, וכאשר העברין לא היה יוזם השימוש אלא נגרר בו והוא נעשה בנסיבות אורחיות לחלוטין."

ניתן ללמוד מהנחיה זו, כי גם לדעת התביעה הצבאית ישנן נסיבות מסוימות שאינן מצדיקות הטלת חותם שלילי על הנאשם בדמות רישום פלילי, ולכן יש לנקוט מסלול של אישום בעבירה שאינה גוררת רישום פלילי במקרה של הרשעה. אנו סבורים, שבפרקטיקה הנוהגת, מצומצם מדי מספר המקרים, שבהם נעשה שימוש באפשרות האמורה. על כל פנים, ראוי להגדיל את מספר המקרים, שבהם יימנע רישום פלילי מחיילים, אשר קיימות נגדם ראיות, כי השתמשו בסמים מסוכנים.

ז. בקיעים במדיניות ההעמדה לדין – מיוזמת התביעה ובלחץ ערכאות שיפוטיות

לאור השלכותיה החמורות של הרשעת נאשם בעבירה של שימוש בסם מסוכן, הגוררת אחריה רישום פלילי, היו מקרים בהם בחרה (או נאלצה) התביעה הצבאית להמיר סעיפי אישום, שעניינם שימוש חד פעמי בסמים "קלים" בנסיבות אורחיות, לסעיפים אשר אינם גוררים רישום פלילי. הדבר הביא למתן החלטות בבתי הדין הצבאיים במחוזות השיפוט השונים, אשר תמכו בצמצום זה. הצמצום האמור התבטא בהסכמת התביעה הצבאית או סגן הפרקליט הצבאי הראשי להמיר את כתב האישום, כך שייכלל בו סעיף שאינו גורר עימו רישום פלילי או לזיכויו של הנאשם והרשעתו בעבירה, שאינה גוררת רישום פלילי.⁶⁴

⁶⁴ ראו ע/186/02 התצ"ר נ' סמל קורן – בשל העובדה, שמדובר היה בשימוש מינורי בסם "קל", הומר האישום לעבירה שאינה נושאת עימה רישום פלילי; ע/251/02 רב"ט ברזני נ' התצ"ר – החייל הואשם בשימוש חד פעמי בסם "קל" מסוג קנאבוס בנסיבות אורחיות, וכן בהחזקת 2.19 גרם של סם כאמור. סעיפי האישום הומרו בסעיפים, שאינם גוררים רישום פלילי, וזאת, בשל חלוף הזמן ממועד ביצוע

הרשעתם של נאשמים בעבירות הגוררות עימן רישום פלילי אינה תמיד נוחה אף לבתי הדין. ניתן ללמוד זאת מעמדתו של בית הדין הצבאי לערעורים בהקשר אחר, בנוגע להרשעה בעבירה של שימוש ברכוש הצבא שלא למטרות הצבא. בעניין 184/02/ע סג"ם פיודורוב נ' התובע הצבאי הראשי,⁶⁵ הדגיש בית הדין הצבאי לערעורים:

"אלא, שהרשעת המערער נושאת עימה גם רישום פלילי. ברם, כפי שטענה התביעה לפנינו 'ההיבט הבולט של העבירות כאן הוא היבט צבאי פיקודי, להבדיל מההיבט פלילי. ממליצים אנו, כי נוכח מכלול הנסיבות, לרבות הנסיבות האישיות, תיבחן הדרך המתאימה לצמצום השלכותיו של הרישום הפלילי, בעניינו של המערער, ככל הניתן, במסגרת הדין."⁶⁶

אמירות ברוח זו ניתן גם למצוא בפסקי דין שניתנו בבתי הדין במחוזות השיפוט השונים.

בפסק דינו של בית הדין המחוזי במחוז שיפוט חיל הים, בתיק ח"י/10/02 התצ"ר נ' סמל ריכטר לוי, מצא בית הדין לזכות את הנאשם מהעבירה העיקרית (לפי פקודת הסמים המסוכנים), אשר יוחסה לו, עבירה אשר גררה אחריה רישום פלילי, ולהרשיעו בעבירה אחרת (לפי חש"ץ), שאינה גוררת אחריה רישום פלילי, אשר נכללה בכתב האישום מלכתחילה לצד העבירה העיקרית. בדרך זו מנע בית הדין מהנאשם את הכתמתו ברישום פלילי. פעולה זו עשה בית הדין בניגוד לעמדת

העבירה ויציאתו מתחולת חש"ץ של חייל אחר, שהיה מעורב בעבירה; מר/21/99 התצ"ר נ' סמ"ר ברונטמן – סעיף האישום של שימוש הומר בסעיף אישום של אי קיום הוראות המחייבות בצבא, שאינו נושא עימו רישום פלילי, וזאת, על-אף הרשעתו של הנאשם על-פי הודאתו בבית הדין, בניגוד לכפירתו במצ"ח. זאת, בשל חלוף הזמן מעת ביצוע העבירה, שיהוי בהגשת כתב האישום, שחרורו של הנאשם משירות סדיר ונסיבותיו האישיות; ח"א/261/02 התצ"ר נ' סמ"ר פונורנקו – הנאשם הואשם בשימוש חד פעמי בסם "קל" מסוג קנאבוס בנסיבות אורחיות. סעיף האישום הומר לסעיף אחר, שאינו גורר רישום פלילי בשל היותו של החייל משוחרר, ומהטעם שגם אם יורשע, בהתאם למדיניות הפצ"ר, הרי שהרישום הפלילי דינו להימחק לאחר שנה וחצי משחרורו של הנאשם; ח"י/2/03 התצ"ר נ' רב"ט הייגניס – הנאשמת הואשמה בשימוש חד פעמי בסם "קל" מסוג קנאבוס. סעיף האישום הומר לסעיף אישום אחר, שאינו נושא רישום פלילי, וזאת, בשל השימוש המינורי בסם וחלוף הזמן ממועד ביצוע העבירה.

⁶⁵ תק-צב 2002 (3) 41, 45.

⁶⁶ בתיק זה הורשע המערער בעבירות של נהיגה בלי רשיון נהיגה, לפי סעיפים 10(א) + 36(א) לפקודת התעבורה [נוסח חדש], התשכ"א-1961; שימוש ברכוש צבאי שלא למטרות הצבא, לפי סעיף 79(א) לחש"ץ והתנהגות שאינה הולמת, לפי סעיף 130 לחש"ץ. הערעור התקבל בחלקו רק לעניין העונש – ביטול הורדת המערער לדרגת טוראי הורדתו לדרגת סמל.

התביעה ומהטעמים אשר צוינו לעיל. על החלטה זו הוגש תחילה ערעור על ידי התביעה הצבאית הראשית, אך ברבות הימים, היא חזרה בה מערעורה...⁶⁷ ראויה לציון בהקשר הנדון כאן גם החלטת בית המשפט העליון בבג"ץ 5928/01 **פישמן נ' הפצ"ר**,⁶⁸ בה ציין, כי לא מצא מקום להתערבות במדיניות הנקוטה בידי הפרקליטות הצבאית, לפיה הועמד העותר לדין בגין עבירה על פקודת הסמים המסוכנים, אך זאת על רקע "הודעת בא כוח המשיבים כי בהתחשב בנסיבות המיוחדות ויוצאות הדופן, ההמלצה לנשיא תהיה למחיקה בחלוף שלושה חודשים (ולא ששה חודשים) מיום שייגזר דינו (אם יורשע בדינו)". משמע – התחייבות הפצ"ר כאן בבג"ץ היא שהובילה להימנעות בית המשפט העליון מהתערבות במדיניותה העקרונית של הפרקליטות הצבאית.

אנו סבורים, כי ייתכנו מקרים, אשר בהם נכון וראוי יהיה זה, כי בתי הדין הצבאיים ייאותרו להמיר את סעיף האישום, כשברור, כי הותרת סעיף האישום על כנו תהא בגדר פגיעה מיותרת בנאשם, פגיעה העולה על הנדרש ומהווה התעמרות בלתי צודקת בו. המרת סעיף האישום הינה, לדעתנו, בסמכותו של בית הדין, לפי סעיף 378 לחש"ץ, המתיר לבית הדין בכל שלב של הדיון עד להכרעת הדין, לשנות את כתב האישום על ידי תיקון כתב האישום או החלפתו, כפי שימצא למתאים, ובלבד שלא יכלול בדרך זו אשמה בעבירה שעונשה חמור יותר.⁶⁹

⁶⁷ בית הדין המחוזי ציין שם בהכרעת דינו, כי: "...הרשעת החייל בעבירה לפי פקודת הסמים המסוכנים דווקא, אינה עונה על אינטרס ציבורי מוגדר, ויש בה בהכתמת הנאשם ברישום הפלילי בראשית דרכו האזרחית נזק, שאינו שקול כנגד התועלת לרבים, הצומחת מן הרישום הפלילי... ספק בעינינו, אם האירוע הנדון מצדיק תיוגו של הנאשם כ"עברייני" ואזהרת הציבור מפניו, או מניעת השתלבותו בסוגי עסקים, המחייבים רמה גבוהה של מהימנות. אין אנו סבורים גם, שיש למנוע מן הנאשם, על-פני הדברים, קבלת רשיונות, השמורים למי שאין להם עבר פלילי, או מציאת מקום עבודה מכובד – וזאת נוכח מנהג מעבידים לדרוש ממועמדים לעבודה להציג תעודת יושר...".

סיטואציה מעין זו, שבה מואשם הנאשם מלכתחילה בשתי עבירות בגין אותו מעשה, הינה נדירה, וככל הנראה, ייאלץ בית הדין, על מנת להימנע מהדבקת רישום פלילי לנאשם, להמיר את סעיף האישום.

⁶⁸ תק-על 2002 (1) 531.

⁶⁹ לעניין המרת סעיפי אישום מטעמים של צדק, ראו לוי, **לעיל** הערה 3. באחרונה הצטרף שופט בית הדין לערעורים, אל"ם מ' לוי, לעמדה זו במסגרת מאמרו, מ' לוי, "עוד על מהות ההגנה מן הצדק ועל המבחן לקבלתה – הערות, ביקורת והצעה למבחן חלופי" **המשפט** 19 (תשס"ה) 80, 85 - 86.

בבג"ץ 11139/02 **סמ"ר (מיל') גוליצין נ' התצ"ר**, תק-על 2003 (3) 1313, ציין השופט א' א' לוי, כי קודם לפניית העותר אל בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק, עמדו בפניו מספר אפשרויות, בין היתר לעתור בפני בית הדין להסתפק בהרשעה בעבירה אחרת. דברים אלה מלמדים, כי אפשרות זו, של המרת סעיפי אישום הוכרה על ידי בית המשפט העליון.

כאשר בית הדין סבור, כי הרשעת הנאשם בסעיף אישום הנושא עימו רישום פלילי אינה מוצדקת בנסיבות העניין, מצויה בידו, לדעתנו, גם הסמכות להרשיעו בעבירה אחרת, קלה יותר, שעובדותיה הוכחו, ובלבד שהעונש עליה אינו חמור מהעונש שנקבע בחוק על העבירה הכלולה בכתב האישום.⁷⁰

יצוין, שההצעה, אשר מובאת בחיבור זה, מייתרת את צורכו של בית הדין לעשות שימוש בסמכותו להתערב בשיקול דעתה של התביעה בכל הנוגע לסעיפי כתב האישום, וזאת, באשר יש בה כדי ליתן בידי בית הדין שיקול דעת פרשני במה שנוגע למהותו של סעיף האישום הראוי לנסיבות המקרה, לפי חומרתו היחסית של המקרה אשר בא לפניו ונסיבותיו הייחודיות.

ח. טיוטת תזכיר חוק של הפרקליטות הצבאית לתיקונו של החש"ץ בעניין סיוג השלכות ההרשעה בבתי דין צבאיים

הפרקליטות הצבאית עצמה, מתוך רגישות לתוצאות הקשות של הרישום הפלילי כפועל יוצא של הרשעת נאשמים בבתי הדין הצבאיים, מגמישה במידת-מה את מדיניותה, ומבצעת שינויים נקודתיים בה. ראשיה אף יזמו טיוטת תזכיר חוק לתיקונו של החש"ץ, שעיקרה הענקת סמכות לבית הדין הצבאי לסייג את תוצאות ההרשעה בגזר הדין.⁷¹

עיקר התיקון המוצע (הוספת סעיף 401 לחש"ץ), עניינו במתן סמכות לבתי הדין הצבאיים לקבוע, כי על מידע בדבר פרט הרישום במרשם הפלילי, הנוגע להרשעה, יחולו הסייגים המפורטים בסעיף 13 לחוק המרשם הפלילי, בכפוף לשינויים קלים.⁷² בדרך זו תוגבל רשימת הגורמים הרשאים לקבל מידע מן המרשם

לאחרונה, במסגרת ערר המעצר עמ/11/05 טור' וקרט נ' התצ"ר, העיר שופט בית הדין הצבאי לערעורים, אל"ם מ' לוי, כי "לעולם יש לשקול בכובד ראש המלצות של שופט וכן כי ככלל, מלבד במקרים חריגים ומטעמים מיוחדים, מן הראוי לאמץ המלצות שיפוטיות." עמדה זו עשויה להשפיע על אופן ההתייחסות להמלצות בית הדין, מקום בו סבר שיש לייחס לנאשם סעיף אישום חלופי, שאינו נושא עימו רישום פלילי.

⁷⁰ סעיף 382 לחש"ץ.

⁷¹ תזכיר חוק השיפוט הצבאי (תיקון מס' 47) (סיוג השלכות ההרשעה), התשס"ג-2003.

⁷² שינויים אלו עניינם באפשרות למסור מידע לגופים המפורטים בתוספת הראשונה לחוק המרשם הפלילי בסעיפים (כו) (הרמטכ"ל) ו- (כז) (שירותי בריאות הנפש לעניין חוק כלי ירייה, התש"ט-1949), ולנציב בתי הסוהר או מי שהוסמך לכך על-ידו.

לגבי ההרשעה. כמו כן תקוצר תקופת המחיקה של הרשעה זו מן המרשם במחצית (כלומר, ההרשעה תימחק בתום חמש שנים מיום מתן פסק הדין או מיום סיום ריצוי עונש המאסר בפועל, אשר הוטל). הסעיף המוצע מונה שורה של שיקולים, שעל בית הדין לשקול עובר לקבלת ההחלטה (נסיבות העבירה וטיבה; עברו של הנאשם; אופיו; אופי שירותו הצבאי וטיבו של השירות; תנאי ביתו; מצבו השכלי; כל נסיבה מחמירה או מקילה אחרת). עוד הוא מתנה את הפעלת הסמכות ברישום הטעמים המצדיקים זאת. סמכותו האמורה של בית הדין נשללת מקום בו תלוי ועומד נגד הנאשם עונש מאסר מותנה בר-הפעלה.

בדברי ההסבר לתזכיר החוק הובהר, כי היעדרם של אמצעים ענישתיים, הגוררים רישום פלילי מופחת במערכת השיפוט הצבאית, אינו צריך לשלול את האפשרות, שגם הרשעתו של חייל לפי חש"ץ תלווה, במקרים המתאימים, ברישום פלילי מופחת (כיום, חלק מן העבירות לפי חש"ץ אינן גוררות אחריהן רישום פלילי). חשיבותו של תזכיר חוק זה נעוצה בעיקר בהכרה של הפרקליטות הצבאית בכך, שהמצב הקיים אינו יכול להימשך כפי שהוא, וכי יש בו פגיעה מוגזמת ובלתי מוצדקת בזכויות יסוד של חיילים.

הפרקליטות הצבאית מכירה בהשפעתו של הרישום הפלילי על יכולתם של חיילים, שהורשעו בבתי-דין צבאיים, להשתלב במקומות עבודה אזרחיים, תוך שהיא מדגישה, כי אין בטעמים, כגון הצורך המוצדק בצבא באכיפת משמעת קפדנית, כדי להצדיק את התיוג הפלילי הממושך של חייל, במיוחד, ככל שהדבר נוגע למהלך חייו לאחר שחרורו.

תכלית התיקון מוסברת בתזכיר החוק, בכך שאין מקום לדבוק במבחן העבירה, המבחן אשר אותו נוקטות תקנות המרשם הפלילי לצורך הכללת הרשעה במרשם, שכן הרשעתו של חייל בעבירה של שימוש עצמי בסם מסוכן, לפי פקודת הסמים המסוכנים, עשויה, לעתים, לגרור השלכות הפוגעות בחייל במידה העולה על הנדרש ממהותו ומאופיו של השירות הצבאי. לעומת זאת, לעתים, גם נסיבות הרשעתו של עבריין בעבירה של התנהגות שאינה הולמת, בניגוד לסעיף 130 לחש"ץ, אשר אינה גוררת עימה רישום פלילי, יצדיקו את תיוגו של הנאשם במרשם הפלילי. גם לנסיבות סוציו-אקונומיות, מצב בריאותי ובעיות משפחתיות, יש מקום, כך לפי דברי ההסבר,

בכלל השיקולים הראויים לבחינת השלכותיה של ההרשעה, במיוחד, כאשר מדובר בחיילים צעירים שהתנהגותם, ככלל, הינה נורמטיבית.⁷³

דא עקא, עד לקבלת השינוי המוצע בחוק השיפוט הצבאי, נוהגת הפרקליטות בדרך כלל להמליץ לפני הרמטכ"ל ונשיא המדינה על מחיקת הרישום הפלילי, לאחר שחלפו שלוש שנים מיום ביצוע העבירה או שנה וחצי מיום שחרורו של הנאשם מצה"ל, לפי המועד המוקדם שבהם. זאת, כאשר מדובר בשימוש בסמים "קלים" בלא נסיבות מחמירות.⁷⁴

אנו סבורים שהצעת החוק הממשלתית מחטיאה כליל את המטרות, אשר עליהן עמדנו במסגרת חיבור זה. הרישום הפלילי המוגבל הוא רישום פלילי לכל דבר ועניין; אף כי השלכותיו העתידיות יהיו מוגבלות הן בזמן והן באופי לעומת רישום פלילי מלא, חותמה של ההרשעה ירדוף את החייל המשוחרר שנים רבות לאחר ההרשעה וסיום השירות הצבאי. למעשה, בכל הנוגע לעבירות הסמים הקלות, לא ישתנה כהוא זה מצבם של המורשעים, ואולי אף יחמיר. כזכור, מדיניות הפצ"ר הינה להמליץ לנשיא המדינה על מחיקה מקץ תקופה קצרה יחסית לאחר ההרשעה ונשיאת העונש. אם תתקבל ההצעה הממשלתית ותקופת המחיקה הסטטוטורית תעמוד על חמש שנים לפחות, יכול שהפרקליטות תראה עצמה פטורה ממתן המלצה ברוח המקובל היום (בחלוף שלוש שנים), ואז תתארך תקופת המחיקה. על כל פנים, גם לאחר המחיקה, זכאים גורמים מסוימים (בודדים) לקבל מידע אודות הרשעה שנמחקה, זאת, לעומת המצב במערכת האזרחית שם אין העמדה לדין כלל.

⁷³ הצעה נוספת, המועלית בתזכיר משרד הביטחון (אשר ניוזם בידי הפרקליטות הצבאית כאמור, הינה, כי מקום בו נגזר על נאשם, שהורשע, עונש מאסר בפועל לתקופה שאינה עולה על חודשיים (ובעבירות מסוימות, צבאיות במובהק - שלושה חודשים), יסויגו באופן אוטומטי השלכותיה של הרשעה זו, אלא אם כן החליט בית הדין אחרת מטעמים שייירשמו. הטעם לכך הינו, כי לגבי מרבית ההרשעות אשר בגינן נגזר עונש מאסר, שאינו עולה על חודשיים, מתקיימת חזקה, הניתנת לסתירה, כי אין לתייג בגינן את המורשע כעבריין פלילי לאורך שנים רבות. יחד עם זאת, בית הדין יוכל להחליט, כי על-אף שמוצדק היה, נוכח הנסיבות, להטיל עונש מאסר קצר בגין העבירה, יש עדיין מקום שההרשעה תישא רישום פלילי מלא.

⁷⁴ הדבר עולה מהצהרת הפרקליטות הצבאית בעניין אורנשטיין הנ"ל (לעיל הערה 45). ראו גם את הודעתו של הפרקליט הצבאי הראשי מיום 5.2.2004 בנושא מדיניות הפרקליטות הצבאית בעניין הרישום הפלילי, אשר נתבקשה על ידי בית הדין הצבאי לערעורים בע/104/02 סמ"ר (מיל') גוליצין נ' התצ"ר. באותו תיק נדון עניינו של סמ"ר גוליצין, אשר הורשע בעבירה של שימוש בלתי חוקי בנשק, לפי סעיף 85 לחש"ץ. הפצ"ר ציין בהודעתו, כי כל מקרה נדון לגופו, וכך גם כאשר הבקשות מתייחסות להרשעות בעבירות אחרות. בין היתר, ציין הפצ"ר, נשקלים עברו המשמעותי או הפלילי הנוסף של המבקש, טיב שירותו הצבאי, משך הזמן שחלף מאז ההרשעה, נסיבות ביצוע העבירה וטיבה, נסיבותיו האישיות של המבקש והשלכות הרישום הפלילי לגביו.

יוצא, שבכל הנוגע לעברייני הסמים, ההצעה משנה אמנם את המצב החוקי התיאורטי, אך השוואתה אל מול הנוהג במציאות מלמדת על העדר שיפור ממשי במצבם של הנאשמים. יותר מכך, קביעה של בית הדין, המורה על סיוג תוצאות ההרשעה, נחשבת, על פי הנוסח המוצע, בגדר פעולה יוצאת מהכלל המחייבת הנמקה בכתב ואף מותנית בהתקיימות שורה של שיקולים, אשר אותם על בית הדין הצבאי ליטול בחשבון. הדבר אינו מבטיח כלל ועיקר את השוויון בין הנאשמים החיילים לבין אלה האזרחים. הוא מותיר את ההחלטה לחסדי בית הדין בכל מקרה ומקרה. בכך, אין תרופה לפגיעה הקשה בזכויות החוקתיות של החיילים, העומדים לדין בגין עבירות סמים קלות.

ט. הצעות חוק פרטיות

הנושא, הנדון במסגרת חיבור זה, הביא מספר חברי כנסת להניח על שולחן הכנסת הצעות לתיקון חקיקה, אשר נועדו להגביל את ההשפעה המכתימה של הרשעה בבית דין צבאי.

ביום 17.6.2002, הגישו חברי הכנסת נעמי חזן ואיתן כבל הצעת חוק לתיקון חוק המרשם הפלילי, אשר לפיה מידע מן המרשם על עבירה, בה הורשע חייל בשירות סדיר, לא יחשף אלא לעיני גופים, כאמור בסעיף 13, ובלבד שלא הוטל על הנאשם עונש של שנת מאסר לריצוי בפועל, או יותר מכך. יצוין, שהצעה זו מבקשת את סיוג הרישום הפלילי לגבי חיילים בשירות סדיר בלבד.

בדברי ההסבר ציינו המציעים, כי ברור שלרישום הפלילי השפעות חמורות על עובר העבירה, העולות כדי פגיעה בזכויותיו החוקתיות לשם טוב ולחופש העיסוק. המציעים ציינו, כי הפגיעה בזכויות החיילים בהיבט זה חמורה מהפגיעה במי שאינם משרתים בצבא בעת ביצוע העבירה, לנוכח העדר סמכות להימנע מהרשעתו של אדם, שאשמתו הוכחה לפני בית הדין הצבאי ולהסתפק בהעמדה במבחן על פי פקודת המבחן. עוד ציינו המציעים, שחיילים עומדים לדין בגין עבירות, אשר אורח מהשורה אינו יכול להיות מואשם בהן, וכן כי מדיניות האכיפה לגבי עבירות שונות מחמירה יותר במערכת הצבאית לעומת מדיניות האכיפה במערכת האזרחית.

המציעים עמדו על כך, שתקנות המרשם הפלילי, העוסקות בפרטי רישום שלא יירשמו, אינן נותנות מענה מקיף לבעיה, משום שעבירות רבות אינן כלולות בתקנות. מכאן, שהפרקליט הפיקודי, המוסמך להמיר את סעיפי הרישום בסעיפים אשר אינם נושאים רישום פלילי, הוא הגורם היחיד המוסמך להכריע בשאלת הרישום הפלילי. לפיכך, הציעו מציעי החוק להתאים את תוצאות המרשם לעניין חיילים בשירות סדיר לזה הקיים לגבי קטינים.⁷⁵

אנו סבורים, כי הצעה זו, המבקשת אמנם לערוך שינוי במצב הקיים, הינה מרחיקת לכת מדי, ועלולה לפגוע באופן אנוש בצורכי ההרתעה והשמירה על המשמעת בצבא. ההצעה מבקשת לסייג את השלכות הרישום הפלילי לגבי כל מי שנדון לעונש, אשר אינו עולה על שנת מאסר; יש לזכור, שרבים נידונים לעונשים קלים הרבה משנת מאסר בגין עבירות, אשר ראוי שיירשמו במרשם הפלילי לא רק מטעמים של הרתעה צבאית, אלא גם מטעמים של אזהרת כלל הציבור מפני היות העבריין מסוכן.

ביום 24.6.02 הציע חבר הכנסת צבי הנדל תיקון משלו לחוק המרשם הפלילי ולחוק השיפוט הצבאי; תיקון זה נועד להקנות לבית דין צבאי סמכות לקבוע שהרשעה לפני בית דין צבאי לא תהווה פריט אישום כמשמעו בחוק המרשם הפלילי, או לקבוע שמסירת מידע אודות ההרשעה תוגבל בהתאם לסעיף 13 לחוק המרשם הפלילי. קביעה כזו מצידו של בית הדין תותנה במתן טעמים מיוחדים לכך, לרבות "נסיבות העבירה, טיבה ותוצאותיה, אופיו של החייל, עברו, גילו, תנאי ביתו, בריאותו הגופנית, מצבו השכלי, אופי שירותו בצבא ומשך שירותו כאמור".

בדברי ההסבר כאן, הצביע המציע על כך שלבתי המשפט האזרחיים מוקנה שיקול הדעת בשאלת ההרשעה, ונתונה בידיהם הסמכות להימנע מהרשעה ולהעדיף על פניה העמדה במבחן או הטלת שירות לתועלת הציבור. סמכות זו נשללה מבתי הדין הצבאיים לגבי חיילים בשירות סדיר ובשירות מילואים פעיל, כך שנוצר "מצב בלתי נסבל, לפיו, חיילים אשר מקריבים את עצמם למען המולדת מופלים לרעה לעומת אזרחים שביצעו את אותה עבירה". הכתמתם של החיילים ברישום פלילי

⁷⁵ חוק המרשם הפלילי קובע בסעיפים 13, 14 (ב) ו-16 (ב) הוראות מיוחדות בכל הנוגע למסירת מידע על עבירות שעברו קטינים, הוראות הקובעות תקופות התיישנות מקוצרות להתיישנות ההרשעה וגם הוראות הקובעות תקופות מאסר מקוצרות לעניין מחיקת הרשעה.

בנסיבות אלו, גם בגין עבירות קלות יחסית, גורמת לכך שהם לא יוכלו לעסוק באזרחות במגוון מקצועות, ובכלל זה - מקצועות חופשיים. המציע סבר, שענישה דרקונית, הנקבעת באופן אוטומטי ל-17 שנה, הינה בלתי סבירה.

הצעה זו נותנת, למעשה, שיקול דעת בלתי מוגבל בידי בתי הדין הצבאיים. היא מהווה, אפוא, סטייה מהשיטה הנוהגת, שלפיה רישום פלילי (כזה או אחר) הוא פועל יוצא של ההרשעה והשפעתו של בית המשפט הפלילי על הנושא מוגבלת ליכולתו למתן את תוצאותיו (כגון על ידי הימנעות מהרשעה). אין, לטעמנו, הצדקה עניינית לסטייה כה קיצונית מהשיטה הנוהגת באופן כללי כדי להתמודד עם קושי נקודתי במדיניות התביעה. הדרך הראויה להתמודד עם הקושי הוא, לטעמנו, לתת בידי התביעה כלים נוחים להימנעות מהדבקת רישום פלילי במקרים המתאימים, ולהגדיר לבתי הדין ולתביעה באלו מקרים ראוי לנהוג בדרך זו.

כשנה מאוחר יותר, ביום 12.5.03, הניחו **חברי הכנסת אורי אריאל, אריה אלדר, מיכאל נודלמן ויורי שטרן** הצעה זהה בתוכנה על שולחן הכנסת.

הצעות החוק הפרטיות הינן במובן מסוים מרחיקות-לכת למעלה מהנדרש. מאידך גיסא, הן לוקות בקושי המאפיין את ההצעה הממשלתית, בכל הנוגע להסרת אי השוויון הבולט בין חיילים לאזרחים. עם זאת, חשיבותן רבה בעצם קיומן, המלמד על הכרה רחבה בבעיה המועלית כאן.

ההצעות הללו מבקשות להקנות סמכות רחבה ביותר לבתי הדין הצבאיים להורות על רישום פלילי מוגבל (בלא קשר למהות העבירה הנדונה) מחד גיסא, ודורות, גם מקום בו קיימת הצדקה מלאה לקביעת רישום מוגבל כזה, טעמים מיוחדים לכך, מאידך גיסא; החשש ברור - מותבים שונים של בתי הדין ינהגו אחרת במקרים שונים - ולפיכך, זכות הנאשם בבית הדין הצבאי, להימנע מרישום פלילי מקום בו מקבילו האזרח אינו עומד כלל לדין, אינה מובטחת.

יותר מכך, כפי שהובהר לעיל, הרישום המוגבל אינו מהווה פתרון ראוי לפגיעה הקשה בחיילים, המובאים לדין בגין עבירות סמים קלות, ואין בו כדי לשנות דה פאקטו את מצבם לטובה.⁷⁶

⁷⁶ ראו לעיל את עמדתנו בהתייחסות לתזכיר הצעת החוק הממשלתית.

י. הצעת התיקון – התוואי העקרוני

חוק השיפוט הצבאי הוא קודקס פלילי נפרד ומלא, הכולל בפרק ב' שבו רשימה של עבירות צבאיות. בין העבירות הללו נכללות גם עבירות, אשר להן מקבילות מובהקות מהחוק הפלילי הכללי (גניבה מחייל, הוצאת רכוש מרשות הצבא, הוצאת נשק מרשות הצבא, אלימות כלפי חייל) ואשר ייחודן בכך, שמדובר בעבירות, אשר הזיקה בינן לבין השירות הצבאי או המסגרת הצבאית מובהקת.

כך, למשל, הוצאת רכוש מרשות הצבא היא המקבילה הצבאית של עבירת הגניבה ממעביד, ועבירת האלימות כלפי חייל היא המקבילה של עבירת התקיפה. עם זאת, הזיקה הצבאית מכתובה קיומה של עבירה מקבילה בחש"ץ, וקביעת קני מידה ייחודיים באשר לעונש המרבי, למדיניות ההעמדה לדין ולסוגיית הרישום הפלילי. יצוין, כי על-פי הנחיות התצ"ר,⁷⁷ בעת ניסוח כתב אישום יש להעדיף אישום בעבירה צבאית על פני מקבילתה האזרחית, למעט באותן עבירות שלצדן נקבע עונש מינימום, כדוגמת עבירת האינוס.

כידוע, לא כל העבירות הצבאיות נרשמות במרשם הפלילי הכללי. תקנות המרשם הפלילי קובעות, כי עבירות מסוימות של חש"צ לא יהוו פרט רישום במרשם הפלילי. לעתים, הרשעה בביצוע החלופה הקלה יותר של סעיף חוק זה או אחר, הקובע עבירה צבאית, לא תלווה ברישום פלילי, בעוד שהרשעה בהפרת העבירה הכלולה בסיפא של הסעיף תגרור רישום כזה.⁷⁸

לטעמנו, משעבירה קלה של שימוש בסמים מסוכנים אינה, ככלל, מובילה להעמדה לדין של אזרח, אין מניעה לכלול עבירה כזו במסגרת העבירות, אשר הרשעת חייל בהן לא תירשם במרשם הפלילי.

יותר מכך, משההעמדה לדין הינה ייחודית (כמעט) למערכת הצבאית דווקא, על בסיס שיקולים ייחודיים אשר פורטו לעיל, נדרש שההרשעה תהא בעבירה צבאית ייחודית ולא בהרשעה (מסויגת או אחרת) בעבירה לפי פקודת הסמים המסוכנים.

בדרך זו, תוצאות ההרשעה לא ילוו את החייל המשוחרר שנים ארוכות לאחר שחרורו משורות הצבא, ותתאפשר קליטתו הטובה מחוץ למסגרת הצבאית ושיקומו

⁷⁷ הנחיה מס' 1.03 (6) להנחיות התצ"ר.

⁷⁸ ראו לדוגמה סעיף 80 לחש"ץ, שעניינו בעבירה של אי שמירתו של רכוש צבאי.

המושגים בחברה האזרחית. לעומת זאת, תישמר ההרתעה כלפי חיילים אחרים (באמצעות שימור ההעמדה לדין לפני בית דין צבאי, הרישום הפלילי הצבאי, הענישה המחמירה והסנקציות המנהליות).

הדרך להגיע לתוצאה זו עוברת דרך חקיקת סעיף בחוק השיפוט הצבאי, אשר יכיר בייחודיותה של עבירת השימוש בסמים, הנעברת על ידי חייל בשירות סדיר או בשירות מילואים פעיל, לקולא ולחומרא כאחת.

סעיף כזה יוכל ליצור הבחנה מבחינת רישומה של העבירה המיוחסת: במקרים בהם הורשע הנאשם בעבירה קלה יימנע הרישום הפלילי האוטומטי, הנלווה להרשעה בביצוע עבירה כלשהי על פקודת הסמים המסוכנים. לעומת זאת, במקרים המתאימים והמוצדקים, הוא יגרור אחריו רישום פלילי.

בהתאם לכך, על פי הצעתנו, יש להביא לתיקונם של שני דברי חקיקה:

האחד – **הוספת סעיף לחוק השיפוט הצבאי, שעניינו עבירת שימוש בסמים מסוכנים**, אשר יתחלק לסעיפי משנה על פי מדרג חומרת הנסיבות בהן נעשה השימוש.

השני – **הוספת פריט נוסף לרשימת סעיפי החוק המנויים בסעיף 1(א) לתקנות המרשם הפלילי**, אשר הרשעה לפיו לא תהווה פרט רישום במרשם הפלילי. הכוונה לסעיף קטן (א), אשר יפנה לאותו סעיף בחש"ן, שיתייחס למעשי שימוש בסם בנסיבות שאינן מחמירות.

עדיפותה של הצעתנו על פני תזכיר הצעת החוק הממשלתית, טמונה בכך שמקום בו יעמוד לדין חייל בגין עבירה, שעניינה שימוש בסמים בנסיבות קלות (אשר אינן מצדיקות, לפי תפישתנו, הדבקת רישום פלילי), הוא כלל לא יורשע בעבירה על פקודת הסמים המסוכנים (כפי שלא יורשע מקבילו האזרח). למעט הרישומים הפנים צבאיים,⁷⁹ אשר אינם מועברים לשום גורם מחוץ לצבא באופן יזום, כתם ההרשעה לא ידבק בו כלל. במקרה זה, גם אם יישאל, יוכל החייל להשיב, כי לא הורשע בגין עבירה על פקודת הסמים המסוכנים, אלא על עבירה צבאית, אשר עיקר אופיה הוא משמעתית.

⁷⁹ ניתן ואף רצוי שהרשעות לפני בית דין צבאי יירשמו בתדפיסו האישי של החייל. תדפיס זה יפרט את עברו המשמעותי של החייל ואין מניעה שיפרט גם את הרשעותיו הפליליות. הדבר יסייע לגורמי אכיפת החוק למיניהם לבצע מלאכתם נאמנה ולסווג חשודים בהתחשב בעברם הפלילי, אשר אינו כלול במרשם הפלילי הכללי. תדפיס זה אינו מועבר לעיונם של גורמים אזרחיים.

לעומת זאת, על פי ההצעה הממשלתית, ייערך רישום (ולו מופחת) של ההרשעה; גורמים רבים יוכלו לעיין בה עד למחיקתה וגורמים מסוימים יוכלו לעיין בה גם לאחר מכן. במובן זה, אי השוויון, אשר נוצר בין אזרח המשתמש בסם וכלל אינו עומד לדין בגין כך, לבין חייל, הנותן את הדין בגין כל שימוש בסם, ימשיך וילווה את החייל שהורשע, גם לאחר שיסיים את שירותו ובמשך שנים ארוכות. למעשה, לפגיעה זו בכבודו, בשמו הטוב בזכותו לשיקום ובחופש העיסוק שלו, אין הצדקה עניינית.

יא. הצעת התיקון – התוואי המעשי

להלן, אפוא, הצעתנו הקונקרטית לתיקון חש"ץ, באופן שיכלול עבירה צבאית, שעניינה שימוש בסמים מסוכנים –

- א. לא ישתמש חייל בסם מסוכן, כמשמעותו בסעיף 1 לפקודת הסמים המסוכנים [נוסח חדש], התשל"ג - 1973, ולא יחזיק בו. חייל, העובר על הוראות סעיף זה – דינו שתי שנות מאסר.
 - ב. נעברה העבירה שבסעיף קטן (א) בנסיבות מחמירות – דינו שלוש שנות מאסר.
 - ג. נסיבות מחמירות בסעיף זה – לרבות אלה: שימוש בסם מסוכן בתוך יחידה צבאית, שימוש בסם תוך כדי ביצוע תפקיד או משימה צבאיים או בסמוך לביצועם, שימוש מרובה בסם מסוכן, החזקת כמות סם העולה על הכמות הנקובה בתוספת השנייה לפקודת הסמים המסוכנים, שידול חייל אחר לשימוש בסם, אספקת סם לחייל אחר. כמו כן, יש לערוך תיקון בסעיף 1(א) לתקנות המרשם הפלילי, ולכלול את העבירה שבסעיף קטן (א) לעיל ברשימת העבירות אשר ההרשעה בביצוען לא תגרור רישום פלילי.
- מובן, כי על בתי הדין הצבאיים, כמו גם על הפרקליטות הצבאית (במסגרת מדיניות ההעמדה לדין), יוטל לצקת תוכן במונח "נסיבות מחמירות", הנכלל בסעיף קטן (ב) דלעיל, וזאת, בהתחשב ברקמה הפתוחה, אשר נותרת בהגדרתו.

לנו נראה, כי יש לנקוב בשיקולים הבאים כשיקולים המצדיקים שימוש בחלופה

המחמירה -

- א. שימוש רב פעמי בסם;
- ב. היות הסם "קשה" (הירואין, קוקאין, אל.אס.די, אקסטזי, אדולף וכו');;
- ג. ביצוע העבירה בתוככי יחידה צבאית;
- ד. שיתוף חיילים נוספים בשימוש בסם והספקת הסם לשימושם;
- ה. רכישת הסם עבור חיילים אחרים;
- ו. ביצוע משימות צבאיות סמוך לאחר ביצוע מעשה השימוש (נהיגה, שמירה, תצפית, מארב, כוננות וכד');;
- ז. עבר פלילי בתחום רלוונטי.

יב. אחרית דבר

בעיית הרישום הפלילי בגין עבירות סמים הנעברות על ידי חיילי צה"ל עמדה ועומדת על המדוכה מזה זמן רב. הפער בין הטיפול המשפטי בחיילי צה"ל לבין זה הנקט כלפי אזרחים בגין עבירות סמים קלות, הוא עמוק עד כדי היותו בלתי נסבל; גם ההצדקות להחמרה עם חיילים, המשתמשים בסמים תוך כדי שירותם הצבאי, אינן יכולות להצדיק באופן מלא פער זה.

מדיניות צה"ל בעניין זה פוגעת פגיעה קשה בחיילים ובמקרים מסוימים, מדובר בפגיעה בלתי מידתית ביחס לתכלית, שאותה היא מבקשת להשיג. יישום מבחן המידתיות על שלושת שלביו הוכיח זאת, לטעמנו, באופן ברור. אין למצוא טעם, מדוע הימנעות מהדבקת רישום פלילי למי שהורשע בעבירה של שימוש בסם בנסיבות קלות יחסית תפגע באפקטיביות ההרתעה, לנוכח הסנקציות האחרות, הננקטות במישורים של הגבלת החירות קודם למשפט והענישה הכבדה המוטלת. אין ניתן להצדיק גם את אי השוויון הקיצוני בין הטיפול בחיילים לבין הטיפול באזרחים.

מצאנו, כי הפרקליטות עצמה מקבלת בהדרגה את האמור לעיל, ועושה צעדים ראשוניים לקראת ריכוך המדיניות האמורה, בין השאר על ידי יוזמת חקיקה בעניין זה. לצד זאת, קימות הצעות אחרות לפתרון הבעיה.

למרות זאת, סברנו, כי הפרקליטות הצבאית מתנהלת באיטיות בעניין זה ועושה מעט מדי מאוחר מדי; הצעתה לתיקון החוק אינה מסירה את חוסר המידתיות שבמדיניותה הכוללת. גם ההצעות האחרות לא העלו, לטעמנו, פתרון מספק לבעיה. לבסוף, הצענו פתרון פשוט ליישום, אשר יהא בו כדי לשמר את צרכי ההרתעה (על ידי נקיטת ענישה חמורה ומרתיעה ושימור איום הרישום הפלילי במקרים המצדיקים זאת), מחד גיסא, אך יאפשר לרשויות אכיפת החוק (הפרקליטות הצבאית ובתי הדין הצבאיים - במידת הצורך) לפעול מתוך איזון חוקתי ראוי ומניעת פגיעה מוגזמת במידה בלתי מוצדקת בעתידם של מי שמעודו ועברו עבירת סמים קלה, מאידך גיסא.⁸⁰ הפתרון החקיקתי המוצע עדיף בעינינו על פני פתרון בדרך של מציאת חלופות במסגרת המצב החקיקתי הקיים (כגון האשמה בעבירה על סעיף כללי אשר אינו גורר רישום פלילי במקרים הקלים יותר). הפתרונות הננקטים כיום, במצב החוקי הקיים, יש בכוחם להביא לתוצאה מעשית דומה (אם כי לא זהה), אך אין זה ראוי, לטעמנו, שחיילים יורשעו באופן קבוע בעבירות של.⁸¹ נראה לנו, כי ראוי ונכון הוא שחייל יואשם ויורשע בעבירה, המתאימה על פי יסודותיה למעשה שאותו ביצע, ולא בסעיף כללי, אשר נעשה בו שימוש מלאכותי כדי להימנע מהכתמה ברישום פלילי. לאחר שמצאנו, שמדיניות העמדה לדין מחמירה ודווקנית בגין עבירות קלות של שימוש בסמים מסוכנים היא ייחודית למערכת הצבאית, מתחייב, לדעתנו, שההרשעה בעבירות כאלה תהיה בסעיף חיקוק שעניינו עבירה צבאית ייחודית. הצענו לתקן את חוק השיפוט הצבאי, באורח, אשר יוסיף בו עבירה צבאית ייחודית, אשר תערוך הבחנה בייחוס הרישום הפלילי בין נסיבות עבירה חמורות לקלות. מאחר שהצעה זו מציעה פתרון פשוט, אשר אינו זר לחוק השיפוט הצבאי, נדמה שקל יהיה לאמצה.

⁸⁰ כאמור כבר לעיל, פתרון דומה ננקט בטיפול בבעיה דומה בסעיף 80 לחוק השיפוט הצבאי, הכולל רישא, שעניינה אבדן פרטי רכוש שונים, וסיפא, שעניינה אבדן אמצעי לחימה. הרשעה בעבירה שברישת הסעיף אינה גוררת אחריה, על פי תקנות המרשם הפלילי, רישום פלילי בעוד שהרשעה בעבירה שבסיפת הסעיף גורמת להכתמת המורשע ברישום פלילי.

⁸¹ הרשעה בעבירת סל נחשבת כנוגדת את עקרונות היסוד של המשפט הפלילי, ובהם הדרישה לוודאות הדין הפלילי, דרישה הנגזרת מעקרונות החוקיות. כמו כן, כפי שכבר נאמר לעיל, היעדר הסדרה חקיקתית ישירה מותיר שיקול דעת בלתי מוגבל כמעט בידי התביעה, בכל הנוגע לסעיף בו יש לעשות שימוש בכל מקרה. שיקול דעת זה, כפי שראינו, לא הופעל תמיד באופן סביר וראוי. התיקון מצמצם את גודל שיקול הדעת ומותיר יותר מרחב לביקורת בידי בית הדין הצבאי, הדן בתיק.

ההיררכיה הנורמטיבית של פקודות הצבא: עיון נוסף בבג"ץ 652/93 שמואלי נ' שר הביטחון

ד"ר רונן פרי*

משך שלושה עשורים פרסמו גורמים שונים בצה"ל פקודות כלליות ללא הסמכה מפורשת בחוק. ועדת אגרנט, אשר מונתה לחקור את אסון מלחמת יום הכיפורים, הבהירה בשולי דבריה, כי נוהג זה אינו יכול להימשך. סעיף 5 לחוק-יסוד: הצבא, שנחקק בשנת 1976 בעקבות האמור בדו"ח הוועדה, קובע, כי "הסמכות להוציא הוראות ופקודות המחייבות בצבא תיקבע בחוק או מכוחו". בהתאם לכך תוקן בשנת 1979 חוק השיפוט הצבאי, התשט"ו-1955. בין היתר, הוסף לו סעיף 2א, שזו לשונו:

- א. הוראות הפיקוד העליון הן הוראות כלליות שיוציא הרמטכ"ל באישור שר הביטחון, והן יקבעו עקרונות הנוגעים לארגון הצבא, למנהל, למשטר ולמשמעת בו ולהבטחת פעילותו התקינה.
- ב. פקודות המטה הכללי הן פקודות כלליות שיוציא הרמטכ"ל, והן יקבעו פרטים בנושאים האמורים בסעיף קטן (א).
- ג. בהוראות הפיקוד העליון ניתן לקבוע סוגים אחרים של פקודות כלליות המחייבות בצבא (להלן - פקודות כלליות אחרות) והמוסמכים להוציאן.²

הוראת הפיקוד העליון 1.0105, שכותרתה "פקודות הצבא, פקודות כלליות אחרות, פקודות קבע ופקודות שגרה", חוזרת על האמור בסעיף 2א לחוק השיפוט

* מרצה, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה.

¹ דו"ח ועדת אגרנט: ועדת החקירה - מלחמת יום הכיפורים (הוצאת עם עובד, 1975) 98: "מקור סמכותו של שר הביטחון עצמו במה שנוגע למתן פקודות הפיקוד העליון - מוטל גם הוא בספק... אף אין זה ברור מכה איזו סמכות שבדין מוציא הרמטכ"ל את פקודות המטה הכללי."

² ההבחנה בין שלוש קטגוריות של פקודות כלליות - לפי דרגת ההפשטה ומנגנון החקיקה - מצויה גם במשטרת ישראל. ראו סעיפים 9א - 9ג לפקודת המשטרה [נוסח חדש], התשל"א-1971.

הצבאי, מגדירה מספר קטגוריות של פקודות כלליות אחרות וקובעת מיהם הגורמים המוסמכים להוציאן. לדוגמה:

א. הוראות קבע של אגפי המטה הכללי: מוצאות על ידי ראשי האגפים במטה הכללי, בתחומים שנוגעים לייעוד אגפיהם, או לשם פירוט יתר של העקרונות שנקבעו בהוראות הפיקוד העליון ובפקודות המטה הכללי.

ב. הוראות מקצועיות וחברות יסוד תורתיות: מוצאות על ידי קציני המטה המקצועי במטה הכללי, חטיבת תורה והדרכה באגף המטה, או בידי גורמים מקצועיים מתאימים במפקדות חיל האוויר וחיל הים, ומגדירות נוהג ונוהל בנושאים מקצועיים.

ג. הוראות בטיחות באימונים: מוצאות על ידי מפקד זרוע היבשה ומתפרסמות בקובץ הוראות בטיחות באימונים. אם ההוראות נוגעות בשיתוף פעולה בין הזרועות השונות - הן טעונות אישור רמטכ"ל.

ד. חוזרי מזכירות הפיקוד העליון: מוצאים מטעם הרמטכ"ל על ידי מזכירות הפיקוד העליון. ישנם שני סוגים של חוזרי מזכירות הפיקוד העליון:

1) חוזרים שתפקידם לפרסם הודעות והוראות בדבר פעולות חד פעמיות או פעולות לתקופה מוגבלת, ובכלל זה פעולות הנובעות מפרסום פקודות הצבא;

2) חוזרים שתפקידם לתת פרסום מוקדם ותוקף, במידת הצורך, לפקודות הצבא העתידות להתפרסם.

החובה לציית לפקודות כלליות (והסנקציה בגין הפרתה) מעוגנת בסעיף 133(א) לחוק השיפוט הצבאי, בנפרד מן החובה לציית לפקודות אישיות, אשר ניתנות לחייל על ידי מפקדו, וגוברות תמיד, מנקודת מבטו של הפקוד, על פקודות כלליות.³ ההיררכיה הנורמטיבית של הפקודות הכלליות קבועה בסעיף 3(ב) לחוק השיפוט

³ לגבי אלה ראו סעיפים 122 - 125 לחוק השיפוט הצבאי. ודוק: פקודה אישית אמנם גוברת, ככלל, על פקודה כללית, אולם בנסיבות שבהן הפקודה הכללית נועדה להגן על חיי אדם מפני סכנה ממשית (למשל, הוראת בטיחות באימונים הנוגעת לטיפול בחומרי נפץ), אפשר לומר, כי פקודה אישית הסותרת אותה היא פקודה בלתי חוקית בעליל שהחייל אינו נדרש לציית לה. ראו ע/152/65 וקויתאל נ' התצ"ר [1967] פד"צ 1, בעמ' 6 (אגב אורחא).

הצבאי. סעיף זה מורה, כי "מקום שבו קיימת סתירה בין הוראות הפיקוד העליון לבין פקודות המטה הכללי או פקודה כללית אחרת - עדיפה הוראת הפיקוד העליון; מקום שבו קיימת סתירה בין פקודת המטה הכללי לבין פקודה כללית אחרת - עדיפה פקודת המטה הכללי."

המדרג הנורמטיבי כולל, אפוא, שלושה רבדים: ברובד העליון מצויות הוראות הפיקוד העליון, ברובד הביניים נמצאות פקודות המטה הכללי, וברמה הנורמטיבית הנמוכה ביותר מצויות כל הפקודות הכלליות האחרות.⁴ הוראת הפיקוד העליון 1.0105 מוסיפה וקובעת (בסעיף 14), כי בכל מקרה של סתירה בין הוראות בטיחות באימונים לבין פקודות כלליות אחרות, גוברות הוראות הבטיחות. בכך נוצר רובר רביעי של פקודות כלליות המצוי, למעשה, בין פקודות המטה הכללי לבין כל הפקודות הכלליות האחרות, זולת הוראות הבטיחות. הפרדת הוראות הבטיחות מיתר הפקודות הכלליות אינה מעוררת קושי משפטי, שכן סעיף 3(ב) לחוק השיפוט הצבאי קובע אך ורק את היחס בין הוראות הפיקוד העליון לפקודות המטה הכללי והפקודות הכלליות האחרות, ואת היחס בין פקודות המטה הכללי לבין הפקודות הכלליות האחרות, ולא את היחס בין סוגים שונים של פקודות כלליות אחרות. קביעת מדרג פנימי בין פקודות כלליות אחרות מצויה, אפוא, במסגרת הסמכות הנתונה לרמטכ"ל בסעיף 2א(א) לחוק השיפוט הצבאי.

בפרשת **שמואלי**⁵ דן בית המשפט העליון בשאלת היחס בין חוזר מזכירות הפיקוד העליון לבין הוראת הפיקוד העליון. לכאורה, מדובר בשאלה פשוטה, שהוכרעה באופן חד משמעי בסעיף 3(ב) לחוק השיפוט הצבאי. אלא שבית המשפט סבר אחרת. הוראת הפיקוד העליון הרלוונטית קבעה, כי פרק הזמן המזערי של שירות בדרגת רב-סמל הדרוש לשם העלאה לדרגת רב-סמל-ראשון הוא שנתיים. שני העותרים, חיילים בדרגת רב-סמל צברו ותק של שנתיים בדרגתם. ברם, לאחר עבודת מטה הוחלט בצבא להאריך את פרק הזמן המזערי להעלאה בדרגה משנתיים לשלוש שנים. השינוי נקבע בחוזר מזכירות הפיקוד העליון. בשל כך לא זכו העותרים

⁴ מדרג נורמטיבי דומה נקבע גם ביחס לפקודות המשטרה (סעיף 9 לפקודת המשטרה [נוסח חדש]).

⁵ בג"ץ 652/93, דינים עליון לב 236.

בקידום שלו ציפו. אחת מטענותיהם היתה, שחוזר מזכירות הפיקוד העליון נטול תוקף בהיותו סותר את הוראת הפיקוד העליון. על כך השיב השופט א' גולדברג:

"הנה כי כן, מעמדו של חוזר מפ"ע הוא כשל פקודה כללית אחרת, וככזה אין הוא יכול לשתור פקודת מטכ"ל או הפ"ע, זולת אם הוא בא 'לתת פרסום מוקדם ותוקף, במידת הצורך, לפקודות הצבא העתידות להתפרסם'. כי אז אין סתירה מהותית בין השניים, ויש לראות את חוזר מפ"ע כבא לקבוע זמנית, ובנוהל מזורז, נורמה אחרת מזו שבהפ"ע, ובלבד שתהא כפופה להחלטת הרמטכ"ל ואישור שר הבטחון. מכאן שלא היה בפרסום המקדים של המדיניות החדשה בחוזר מפ"ע, לגבי הארכת תקופת הפז"ם להעלאה לדרגת רס"ר, כל פסול, גם אם טרם תוקנו הפ"ע בנדון."

במילים אחרות: חוזר מזכירות הפיקוד העליון, שנועד לתת פרסום מוקדם ותוקף לפקודות הצבא העתידות להתפרסם, יכול לגבור על הוראת הפיקוד העליון, ובלבד שניתן לו אישור של שר הביטחון. קביעה זו מעוררת שני קשיים לא מבוטלים הכרוכים זה בזה. בראש ובראשונה, סעיף 3(ב) לחוק השיפוט הצבאי קובע מפורשות שפקודה כללית אחרת (ובכלל זה – חוזר מזכירות הפיקוד העליון) אינה יכולה לגבור על הוראת פיקוד עליון. הוראת הפיקוד העליון מצויה בדרגה הנורמטיבית הגבוהה ביותר בין הפקודות הכלליות המחייבות בצבא. בית המשפט סבר, כי הואיל ומחוקק המשנה קבע שחוזרי מזכירות הפיקוד העליון יכולים "לתת פרסום מוקדם ותוקף, במידת הצורך, לפקודות הצבא העתידות להתפרסם", יש בכוחם לתת תוקף מוקדם לכל הוראה שעתידיה להתפרסם, גם כשהיא סותרת הוראה הקבועה בהוראות הפיקוד העליון או בפקודות המטה הכללי. דא עקא, הסמכות להוציא חוזרים נקבעה בהוראת הפיקוד העליון 1.0105, ואילו עדיפותן הקטגורית של הוראות הפיקוד העליון על פני כל הפקודות הכלליות האחרות נקבעה בחוק השיפוט הצבאי. הוראת הפיקוד העליון אינה יכולה להעניק לגורמים כאלה ואחרים סמכות להוציא פקודות כלליות הסותרות הוראות פיקוד עליון (או פקודות מטה כללי) משום שסעיף 3(ב) המצוי ברמה נורמטיבית גבוהה יותר מהוראות הפיקוד העליון - לרבות הוראה 1.0105 - אוסר זאת מפורשות. לכן, הסמכת הרמטכ"ל - בתוך הוראת הפיקוד העליון - "לתת פרסום מוקדם ותוקף" לפקודות שעתידות להתפרסם באמצעות חוזרי

מזכירות הפיקוד העליון, היא בת-תוקף רק אם ובמידה שהיא מתייחסת לחוזרים שאינם סותרים הוראות פיקוד עליון או פקודות מטה כללי.

כדי להדגיש את התקלה נשוב ונבחן את מעמדן של הוראות הבטיחות באימונים. ציינתי לעיל, כי להוראות אלה ניתן מעמד גבוה יותר מזה של פקודות כלליות אחרות. הסברתי, שבכך אין כל פגם, מכיוון שחוק השיפוט הצבאי אינו קובע את ההיררכיה הפנימית של הפקודות הכלליות האחרות ועל כן הגורם המוסמך להגדיר את הפקודות הללו רשאי לקבוע גם את ההיררכיה הפנימית שלהן. לעומת זאת, פקודה כללית אחרת לעולם אינה יכולה לגבור על הוראת פיקוד העליון. כך נקבע בסעיף 3(ב) לחוק השיפוט הצבאי. הוראת הפיקוד העליון אינה יכולה, אפוא, להסמיך או להתפרש כמסמיכה גורם כלשהו לקבוע פקודות כלליות אחרות שבכוחן לגבור על הוראות פיקוד עליון.

ודוק: פרטי נוהל העדכון של הוראות פיקוד עליון ופקודות מטה כללי, להבדיל מעצם ההסמכה להוציאן, אינם קבועים בחוק השיפוט הצבאי. על כן, אין מניעה לקבוע בפקודות הצבא כי בנסיבות מסוימות ניתן יהיה להוציא הוראות פיקוד עליון, פקודות מטה – כללי או פקודות כלליות אחרות בנוהל מזוהו. ברם, תיקון של הוראת פיקוד עליון יכול להיעשות אך ורק על ידי הוראת פיקוד עליון (בין שנקבעה בנוהל רגיל ובין שנקבעה בנוהל מקוצר), ולא על ידי פקודה הנחותה ממנה בדרגה.

הקושי השני בפסק הדין נוגע לקביעה, שלפיה חוזר מזכירות הפיקוד העליון הקובע נורמה אחרת מזו שבהוראת הפיקוד העליון מחייב אישור של שר הביטחון. הוראת הפיקוד העליון 1.0105, המגדירה את חוזרי מזכירות הפיקוד העליון, קובעת, כי הסמכות להוציאם תהא בידי הרמטכ"ל. אין נזכרת שם דרישה לאישורו של שר הביטחון. התניית תוקפו של חוזר מזכירות הפיקוד העליון באישור שר הביטחון היתה, אם כן, נטולת בסיס פורמלי. הדרישה לאישור כזה נעוצה, בלי ספק, בקביעה הבעייתית, שלפיה חוזר מזכירות הפיקוד העליון יכול לגבור על הוראת פיקוד עליון. לא ייתכן (כך סבר, בוודאי, בית המשפט), שחוזר שמוציא הרמטכ"ל ללא אישור שר הביטחון יגבר על הוראה שהוציא הרמטכ"ל באישור שר הביטחון. מכאן, שבית

⁶ במידה מסוימת הדבר כבר נעשה בסעיף 18 להוראת הפיקוד העליון 1.0102 (הקובע נוהל מקוצר לתיקונים טכניים בפקודות).

המשפט נגרר להוספת דרישה פרוצדורלית חסרת בסיס מחמת טעותו בהתוויית גבולותיהם של חוזרי מזכירות הפיקוד העליון כפקודות כלליות אחרות (שאינן יכולות לעולם לסתור פקודות מטה כללי או הוראות פיקוד עליון).

לאחר פסק הדין בעניין **שמואלי** ובעקבותיו, נקבעה הוראת הפיקוד העליון 1.0102 שכותרתה "תהליך העדכון של פקודות המחייבות את כלל הצבא" (המחליפה פקודת מטה כללי ישנה, שעסקה באותו עניין). בסיפא של סעיף 19 להוראה בנוסחה האחרון (מיום 9.7.2002) נאמר, כי "חוזרי מפ"ע המשנים הסדר קיים בהוראות הפיקוד העליון מחייבים את אישור שר הבטחון". התיקון אמנם אינו מאיין את הביקורת על הוספת דרישה חסרת בסיס פורמלי בעניין **שמואלי**, אך, לכאורה, מקהה מעוקצה (שהרי כיום יש בסיס פורמלי לאותה דרישה). ברם, הסיפא של סעיף 19 להוראת הפיקוד העליון 1.0102 - בדיוק כמו פסיקתו של השופט גולדברג - מבוסס על ההנחה המופרכת לפיה חוזר מזכירות הפיקוד העליון אכן יכול לגבור על הוראת הפיקוד העליון. פגם זה אינו ניתן לריפוי אלא על ידי תיקונו של חוק השיפוט הצבאי. לכן נדמה בעיניי, כי הסיפא של סעיף 19 הוא ממילא חסר תוקף.

סיכומו של דבר: קביעתו העיקרית של בית המשפט העליון בעניין **שמואלי**, שלפיה יש בכוחם של חוזרי מזכירות הפיקוד העליון לגבור על הוראות הפיקוד העליון, אינה מתיישבת עם הוראתו המפורשת של סעיף 3(ב) לחוק השיפוט הצבאי. הדרישה לאישורו של שר הביטחון להוצאת חוזר מזכירות הפיקוד העליון (שבית המשפט נזקק לה בעקבות הקביעה הבעייתית הראשונה) הייתה נטולת כל בסיס בחוק או בהוראת הפיקוד העליון 1.0105.

פסק הדין ניתן לפני תריסר שנים כמעט. ההלכה הבעייתית, אשר נתנה גושפנקא לפרקטיקה שהתקיימה, ככל הנראה, גם לפני, לא זכתה לעיון מחודש מאז ועד היום. היא נלמדת בהכשרות המקצועיות של קציני המשפטים הנושאים את דגל המשפט בצדה"ל, ואיש אינו מהרהר אחריה עוד. אפשר, כי אבן קטנה זו לא נהפכה על פיה לנוכח הפריפריאליות של הנושא והעיסוק המועט בו בעולם המשפט בכלל, ובשדה המשפט הצבאי בפרט. אלא שהפריפריאליות אינה מצדיקה את אי החוקיות. נקע גלגל הזמן, חרג מעל כנו; על אף חלוף השנים - ראוי להתקינו.

שתיקה כהודאה: על התפישה המוטעית של שתיקה בבית משפט כדבר־מה נוסף להודאה בחקירה

רינת קיטאי סנג'רו*

א. מבוא ב. הודאת נאשם בעת חקירתו 1. מבוא 2. דרישת הרצוניות (א) קשיים ראיתיים (ב) כרסומה של דרישת הרצוניות (1) דרישת אמצעי פסול (2) הגדרתו של אמצעי פסול (3) הצורך בהוכחת השפעה סובייקטיבית של האמצעי הפסול 3. הדרישה לדבר־מה נוסף ג. שתיקה בבית משפט כדבר־מה נוסף להרשעה 1. מבוא 2. מעמדה של זכות השתיקה 3. הצדקות לזכות השתיקה במשפט (א) טיעון הטרילמה (ב) זכות השתיקה כמגבירה את האמינות של גירסת החף מפשע (ג) הזכות לשמירה על מתחם אוטונומי (ד) הגנה על חף מפשע (ה) חובת התביעה להוכיח את האשמה 4. הסקת מסקנות מפלילות משתיקה 5. השתיקה אולי מחזקת את ראיות התביעה, אך לא משלימה חסרים בבחינת "יש מאין" ד. אחרית דבר

א. מבוא

בשורה של פסקי דין מנומקים שניתנו לאחרונה קבע בית הדין הצבאי לערעורים, כי שתיקתו של נאשם בבית המשפט יכולה להוות דבר־מה נוסף לצורך הרשעה המתבססת על הודאה בביצוע עבירה, שניתנה על ידו מחוץ לכותלי בית המשפט. הווה אומר: שתיקה בבית המשפט של נאשם, אשר הודה בעת חקירתו בביצוע העבירה המיוחסת לו, יכולה (אם כי לא חייבת) להביא להרשעתו. פסקי הדין של בית הדין הצבאי לערעורים עסקו בסיטואציה הבאה: הנאשם הודה בחקירתו (על-ידי המשטרה הצבאית החוקרת - מצ"ח) בעבירה של שימוש בסמים. מלבד הודאה זו, לא נתמכה התרחשות העבירה (הקורפוס דליקטי) בכל ראיה נוספת, כגון עדים, תפיסת סמים או גילוי עקבות של סמים בבדיקת שתן.

* מרצה, המכללה האקדמית למשפטים (רמת-גן). תודתי נתונה לד"ר בועז סנג'רו, לעו"ד אור בסוק, לעו"ד אודי שגיא, לעו"ד יונתן קיוול ולפרופ' אלכס שטיין, על הערותיהם המועילות למאמר.

¹ ע/41/01 התובע הצבאי הראשי נ' סמל יוסף; ע/190/01 סמל להב נ' התובע הצבאי הראשי וערעור נגדי; ע/126/02; ע/230/02 סמל מרסינו נ' התובע הצבאי הראשי; רב"ט מילשטיין נ' התובע הצבאי הראשי.

הנאשמים נמנעו מלהעיד במשפטיהם. שתיקה זו היוותה דבר-מה נוסף להודאותיהם במצ"ח והביאה להרשעתם. בית הדין הצבאי בחן את המשקל הפנימי של ההודאות על פי סימני האמת העולים מהן. ככל שההודאה כללה פרטים רבים יותר וספציפיים יותר, כגון תיאור הסיבות שהביאו את החייל להשתמש בסמים ותיאור תחושותיו לאחר השימוש, היא נתפשה כאמינה יותר. השתיקה בבית המשפט נתפשה כראיה המאמתת הודאה זו.²

הלכה זו של בית הדין הצבאי לערעורים, בדבר האפשרות לראות בשתיקת הנאשם במשפט משום דבר-מה נוסף להודאתו בחקירה, עומדת בסתירה לפסק דינו של בית המשפט העליון בפרשת עלי.³ גם לגופה, הלכה זו אינה רצויה. היא אינה נותנת את המשקל הראוי הן לפוטנציאל הגלום בשימוש בהודאות, שנתן הנאשם בעת חקירתו, לעיוות דינו במשפט,⁴ והן לסיבות העשויות להניע נאשם חף מפשע שהודה בחקירה לשתוק בבית המשפט. במאמר אראה, כי השילוב של הודאה בחקירה ושתיקה בבית המשפט אינו מוביל למסקנה בלעדית, ואף לא למסקנה חזקה, של אשמה.

ב. הודאת נאשם בעת חקירתו

1. מבוא

הודאת נאשם בעת חקירתו ממלאת תפקיד חשוב ביותר בהליך הפלילי. חקירת חשודים באמצעות שיחה בעל פה מהווה מכשיר מרכזי לאיסוף ראיות.⁵ חשודים

² יצוין, כי בעניינה של סמל סיון מרסינו זיכה בית הדין את הנאשמת חרף הודאתה במשטרה ושתיקתה בבית המשפט, לאחר שבדיקת שתן, שנערכה לנאשמת 36 שעות לאחר הודאתה במצ"ח, נמצאה נקייה מעקבות סמים ולא הובאה לפני בית הדין ראיה על משמעותה של תוצאת הבדיקה: פרשת מרסינו, לעיל הערה 1.

³ ע"פ 556/80 עלי נ' מדינת ישראל, פ"ד לו(3), 169, 184 - 185.

⁴ וראו לעניין זה: דין וחשבון הוועדה לענין הרשעה על סמך הודאה בלבד ולענין העילות למשפט חוזר בראשות השופט א' גולדברג (תשנ"ה) (להלן - דו"ח הוועדה) עמ' 6; ב' סג'רו "ההודאה כבסיס להרשעה - האמנם מלכת הראיות" או שמא קיסרית הרשעות השווא" עלי משפט ד (תשס"ה) 245.

⁵ I.H. Dennis "Rectitude Rights and Legitimacy: Reassessing and Reforming the ;Privilege Against Self-Incrimination in English Law" 31 Is. L. Rev. (1997) 24, 33
ע"פ 251/63 אבו - ניל נ' היועץ המשפטי, פ"ד יח(1), 253, 268; סג'רו, לעיל הערה 4, עמ' 260.

רבים מודים בפני חוקריהם, בין באופן מלא ובין באופן חלקי, בביצוע העבירה המיוחסת להם, או מוסרים אמרות הפועלות לרעתם.⁶ היחס למשקלה הראייתי של הודאת נאשם בחקירה שנוי במחלוקת.⁷ מחלוקת זו באה לידי ביטוי בולט בפסק דינו של בית המשפט העליון בעניינו של **סולימאן אלעביד**, אשר הורשע ברוב דעות ברצח הנערה חנית קיקוס.⁸ השופט חשין ביטא בפרשה זו תפישה, שלפיה הודאתו של נאשם במשטרה "גם אם לא מלכה-על-כס היא, נסיכת ראיות' היא, מאותן ראיות ראשונות במלכות".⁹ לעומתו, השופטת דורנר יוצאת מנקודת מוצא של חשד לגבי הודאה כזו וסבורה כי:

"הודאת נאשם היא ראיה חשודה, וזאת אף אם ניתנה שלא בעקבות לחץ חיצוני אשר הופעל על הנאשם. שכן, בהיעדר ראיות מוצקות אחרות, שיש בהן כדי להוכיח את אשמת הנאשם אף בהיעדר הודאה, מתן הודאה הוא במקרים רבים פעולה בלתי רציונלית, ונקיטת צעד לא רציונלי של עצם מסירת הודאה, מעוררת חשד באמיתות ההודאה."¹⁰

על דרכה של השופטת דורנר מקונן השופט חשין: "המלכה כבר אינה מלכה. אף נסיכה אין היא. כתרה של המלכה נקרע מעליה ונזר של קוצים הושם על ראשה."¹¹ השופטים אור,¹² שטרסברג-כהן,¹³ מצא¹⁴ והנשיא ברק¹⁵ התנגדו להתייחסותה של השופטת דורנר להודאת נאשם במשטרה כאל ראיה חשודה וסברו כי דינה, לכל

⁶ דנ"פ 4530/97, 4342 מדינת ישראל נ' אלעביד, אלעביד נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(1) 736, 821; S. Bibas, "The Right to Remain Silent Helps Only the Guilty" 88 *Iowa L. Rev.* (2003) 421, 424; Dennis, לעיל הערה 5, עמ' 33.

⁷ G. Van Kessel "The Suspect as a Source of Testimonial Evidence: A Comparison of the English and American Approaches" 38 *Hastings L.J.* 1, 4 - 6 (1986).

⁸ פרשת אלעביד, לעיל הערה 6.

⁹ שם, עמ' 835.

¹⁰ שם, עמ' 838.

¹¹ שם, עמ' 836.

¹² שם, עמ' 821.

¹³ שם, עמ' 856 - 857.

¹⁴ שם, עמ' 860.

¹⁵ שם, עמ' 868 - 869.

הפחות, כדין כל ראייה אחרת.¹⁶ חלקם עמד על כך, כי הודאה רצונית של נאשם בעת חקירתו בעבירה שלא ביצע היא החריג דווקא, ולא הכלל.¹⁷ מבחינה היסטורית, הודאה של נאשם באשמה נחשבה כ"מלכת הראיות".¹⁸ בית המשפט העליון הביע בעבר דעה, שלפיה "הודאתו של המערער במשטרה היא הראייה הטובה ביותר להוכחת אשמתו".¹⁹ אף כיום רואים רבים בהודאת נאשם הוכחה מוצקה לאשמתו, וסבורים, כי הודאה רצונית בביצוע עבירה משקפת באופן רגיל את התרחשות הדברים האמיתית.²⁰ מנגד, יש הרואים בהסתמכות על הודאות נאשמים בחקירה סיבה ראשונה במעלה להרשעות שווא.²¹ גם בלי להכריע בין דעות מנוגדות אלו, דומני, כי כיום שולטת תפישה מפוכחת יותר באשר לערכה של הודאה בחקירה לעומת התפישה ההיסטורית. תפישה זו באה לידי ביטוי בעמדתו של השופט גולדברג בפרשת **אלעביד**, שלפיה ראיית הודאתו של נאשם במשטרה כראייה בעלת אמינות רבה במיוחד צריכה לעבור מן העולם לאור הניסיון, המלמד על סיבות רבות המביאות נחקר להודאת שווא.²² לדבריו, "תהא זו טעות להניח **מראש** כי ההודאה הינה הודאת אמת, כשם שתהא זו טעות להניח **מראש** כי ההודאה היא הודאת שווא. נקודת המוצא הראויה היא כבדה וחשדה"²³ (ההדגשות במקור).

הסתמכות על הודאתו בחקירה של נאשם, הכופר באשמתו בבית המשפט, מעוררת מספר חששות: חשש, כי ההודאה לא הייתה רצונית; חשש, כי ההודאה אינה מהימנה, ומהווה, למעשה, הודאת שווא, אפילו ניתנה על ידי הנאשם באופן

¹⁶ **שם**, עמ' 822 (השופט אור).

¹⁷ **שם**, עמ' 856 – 858 (השופט שטרסברג-כהן), 860 (השופט מצא), 868 – 869 (הנשיא ברק).

¹⁸ S. C. Thaman "Miranda in Comparative Law" 45 **St. Louis U. L.J.** 581 (2001).

¹⁹ ע"פ 183/58 **זומרפלד נ' היועץ המשפטי**, פ"ד יג 1323, 1324.

²⁰ Van Kessel, **לעיל** הערה 7, עמ' 119 – 120. לתפישה זו ראו, למשל, ע"פ 6289/94 **דונשוילי נ' מדינת ישראל**, פ"ד נב(2) 157, 171.

²¹ ראו: סג'ורו, **לעיל** הערה 4, עמ' 245. ראו לעניין זה גם: ב' שטיינברג "מה נותר מן האוהרה על זכות השתיקה?" **הפרקליט מוח** (תשס"ה) 163.

²² פרשת **אלעביד**, לעיל הערה 6, עמ' 876 – 877.

²³ **שם**, עמ' 877.

רצוני; חשש, כי ההודאה לא נבראה, והעד דובר שקר בטענתו כי הנאשם הודה בפניו.²⁴

2. דרישת הרצוניות

אמרת נאשם מחוץ לכותלי בית המשפט מהווה ראיה קבילה.²⁵ כאשר האמרה מהווה הודאה באשמה, עליה להינתן מרצון חופשי כתנאי לקבילותה.²⁶ הודאה רצונית היא הודאה שניתנה מבחירה שבוחר החשוד לשתף פעולה, תוך ויתור על אפשרות השתיקה הנתונה לו.²⁷ הפסיקה פירשה הודאה לצורך החלתה של דרישת הרצוניות באופן רחב: לא רק הודאה מלאה באשמה, אלא כל אמרה מפלילה, המובילה להוכחת האשמה, אף אם אינה מצביעה ישירות על ביצוע העבירה.²⁸ סעיף 12 לפקודת הראיות דורש באופן מפורש רצוניות כתנאי לקבילות ההודאה. בית המשפט הבהיר אמנם כי הודאה לא רצונית נפסלת בשל חוסר היכולת לסמוך על מהימנותה.²⁹ אולם, דרישת הרצוניות מגינה גם על כוח רצונו של הנחקר מפני שבירה כערך עצמאי, במנותק מהחשש לאמיתות ההודאה. לפיכך, גם הודאה לא רצונית בעליל, שאמיתותה נתמכת בראיות חפציות אובייקטיביות, תיפסל.³⁰

²⁴ לטענה, שלפיה הודאתו של הנאשם במשטרה זויפה, ראו, למשל, בש"פ 7841/99 גרינברג נ' מדינת ישראל (לא פורסם). מקרים של זיוף ראיות אינם פרי הדמיון. כך, בע"פ 135/54 אליהו נ' היועץ המשפטי, פ"ד ח 1379, התברר כי סמל ממדור טביעת האצבעות שבמשטרה מסר טביעת אצבע של נאשם ברצח בטענת שווא שנטל אותה מאקדה.

²⁵ פקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א – 1971 (להלן – פקודת הראיות), סעיף 11. קבלתה של אמרת נאשם מחוץ לכותלי בית המשפט מהווה חריג לאיסור על עדות שמיעה במשמעותה הרחבה: כל אמרה מחוץ לכותלי בית המשפט המובאת כראיה לאמיתות תוכנה. עם זאת, אין כאן עדות שמיעה אמיתית, שכן מוסר האמרה, הנאשם, נמצא בבית המשפט, ויכול להעיד על האמרה המיוחסת לו.

²⁶ פקודת הראיות, סעיף 12: "עדות על הודיית נאשם כי עבר עבירה, תהא קבילה רק אם הביא התובע עדות בדבר הנסיבות שבהן ניתנה ההודיה ובית המשפט ראה שההודיה היתה חפזית ומרצון." זאת, לעומת הליך אורחי, שבו שאלת רצוניותה של הודאה שניתנה מחוץ לכותלי בית המשפט אינה עניין של קבילות אלא של משקל בלבד: ע"א 281/55 אל-נאשף ואח' נ' האפוטרופוס לנכסי נפקדים, פ"ד יא 1238, 1236.

²⁷ ע"פ 1520/97 חדר נ' מדינת ישראל, פ"ד נה(2) 337, 348.

²⁸ ע"פ 216/74 כהן נ' מדינת ישראל, פ"ד כט(1) 340, 343; ע"פ 11331/03 משה קיס אריק-בר נ' מדינת ישראל (טרם פורסם), סעיף 10 לפסק הדין. עם זאת, אמרה מפלילה שאינה מגיעה להודאה מלאה עשויה להוות ראית סיוע בלבד: ע"פ 210/81 עקביוב נ' מדינת ישראל, פ"ד לו(3) 393, 416; ע"פ 638/87 רדעי נ' מדינת ישראל, פ"ד מג(3) 297, 308.

²⁹ לדעה זו ראו: ע"פ 186/55 מיזאן נ' היועץ המשפטי, פ"ד יא 769, 772. ראו גם: ע"פ 115/82 מוערי נ' מדינת ישראל, פ"ד לח(1) 197, 222.

³⁰ Jackson v. Denno, 378 U.S. 368, 376 (1964).

התפישה היא, כי הסתמכות על הודאה כפויה, גם אם היא מהימנה, פוגעת בכבוד האדם, ופסק הדין המתבסס עליה הוא נטול תוקף מוסרי לקבוע הבחנה בין טוב לרע.³¹

נאשם המבקש להוכיח כי הודאתו נבעה משבירה של כוח רצונו נתקל בשני קשיים רציניים: קושי ראיתי להוכיח כי אכן כך היו פני הדברים, וקושי מהותי הנובע מהצמצום הרב שבו מתפרשת אצלנו דרישת הרצונית.

(א) קשיים ראיתיים

לכאורה, כללי המשפט הפלילי מקשים על התביעה להשתמש בהודאה כפויה של הנאשם בחקירה. התביעה היא זו שנושאת בנטל להוכיח כי הודאת נאשם מחוץ לכותלי בית המשפט ניתנה מרצון חופשי.³² עליה להרים נטל זה מעבר לכל ספק סביר, כך שספק סביר בדבר רצוניותה של ההודאה שולל את קבלתה כראיה.³³ התנגדותו המנומקת של הנאשם לקבלת הודאתו כראיה בטענה שנכפתה עליו,³⁴ מתבררת באופן מיידי בהליך מיוחד המכונה "משפט זוטא".³⁵

אולם, התביעה עומדת בחובת ההוכחה המוטלת עליה כאשר היא משמיעה עד בדבר נסיבות גבייתה של ההודאה.³⁶ כאשר ההודאה המיוחסת לנאשם ניתנה בעת חקירתו, עד זה הוא איש מרות: שוטר, חוקר מצ"ח או חוקר שירות הביטחון הכללי. מדובר בעדות של הנאשם מול עדות החוקרים. איומים או פיתויים, ולפעמים אף

³¹ Dennis, לעיל הערה 5, עמ' 37 - 38. ראו גם: *Lego v. Twomey*, 404 U.S. 477, 485 (1972).
³² זאת, גם כאשר מדובר בהודאה שניתנה שלא בפני איש מרות: ע"פ 476/79 בולוס נ' מדינת ישראל, פ"ד לה(1) 785, 798.

³³ ע"פ 38/49 קנדיל ואח' נ' היועץ המשפטי, פ"ד ב 810, 824 - 825; ד"נ 3081/91 קוזלי נ' מדינת ישראל, פ"ד מה(4) 441, 446. זהו הנטל הנדרש גם באנגליה: Van Kessel, לעיל הערה 7, עמ' 29; Police & Criminal Evidence Act 1984, ch. 60, & 76(2). בארצות הברית, לעומת זאת, על התביעה להוכיח את רצוניות ההודאה על פי מאזן ההסתברות בלבד: פרשת *Lego*, לעיל הערה 31, עמ' 484; *Colorado v. Connelly*, 479 U.S. 157, 168 (1986).

³⁴ לצורך לנמק את ההתנגדות ולהצביע על האמצעי הפסול שנגקט במהלך החקירה ראו: ע"פ 85/56 ותד ואח' נ' היועץ המשפטי, פ"ד י 935, 936; פרשת קוזלי, לעיל הערה 33, עמ' 446; פרשת חרד, לעיל הערה 27, עמ' 348; פרשת משה קיס אריק-בר, לעיל הערה 28, סעיף 18 לפסק הדין.

³⁵ פרשת חרד, לעיל הערה 27, עמ' 348; פרשת קוזלי, לעיל הערה 33, עמ' 446; פרשת משה קיס אריק-בר, לעיל הערה 28, סעיף 12 לפסק הדין.

³⁶ פרשת ותד, לעיל הערה 34, עמ' 936.

מכות, אינם משאירים סימנים על גוף הנחקר. דא עקא, חוקר שאינו בוחל בנקיטת אמצעי חקירה פסולים לא יבחל גם בהכחשה שקרית של דברי הנאשם באשר לנסיבות גביית ההודאה, כפי שמעידות השנים הרבות שבהן הצליחו חוקרי שירות הביטחון הכללי להוליך שולל את בתי המשפט בעדויותיהם במשפטי זוטא ולהסתיר את שיטות החקירה האלימות שנקטו כלפי נחקרים.³⁷ השופטים מעדיפים, ברובם המכריע של המקרים, להאמין לגרסת עד העוסק באכיפת החוק, ולא לגרסתו של הנאשם. לא מן הנמנע, כי אמונם של השופטים בגרסת החוקרים נובע מנטייתם לתפוש את ההודאה כראיה אמינה, ומהלך מחשבה, שלפיו אדם לא יודה בנקל בעבירה שלא ביצע. שופטים זוקפים לחובת הנאשמים במשפטי הזוטא את העובדה שלא התלוננו לפני השופט בעת הדיון בהארכת המעצר,³⁸ שהרי "במעמד השופט לא היה מקום לפחד",³⁹ או שלא התלוננו לפני הרופא בבית המעצר.⁴⁰ זאת, הגם שיש לשער, כי חשוד אשר יכולת עמידתו הנפשית התמוטטה יתקשה מאוד להעלות את טענת הפסול לפני שופט המעצרים או לפני רופא בית המעצר. בשלב זה טרם היתה לנחקר שהות להתאושש מבחינה נפשית, מה גם שלעתים החוקרים המטילים חתיתם על החשוד נמצאים בבית המשפט בעת הדיון בבקשת המעצר.⁴¹ את השופט או הרופא רואה הנחקר לפרק זמן קצר בלבד בידיעה כי לאחר מכן הוא חוזר להיות נתון למרותם של חוקריו. נוסף לכך, גם השופט העומד להחליט על שלילת חירותו, ובוודאי רופא הנמנה עם סגל בית המעצר, נחשב בעיני הנחקר פעמים רבות כחלק מהממסד הדורסני הניצב בעימות מולו.⁴² בהיעדר צילום של החקירה בווידיאו או נוכחות של סגור או של משקיף נייטרלי במהלך החקירה, קשה מאוד לנאשם לבסס

³⁷ על תופעה זו ראו: דו"ח ועדת החקירה (בראשות השופט לנדוי) לענין שיטות החקירה של שירות הביטחון הכללי בנושא פעילות חבלנית עוינת (1987); ע"פ 124/87 נאפסו נ' התובע הצבאי הראשי, פ"ד מא(2) 631; בג"ץ 88/88 נאפסו נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מב(3) 425; ד"נ 23/85 מדינת ישראל נ' טובול, פ"ד מב(4) 309, 356 – 357.

³⁸ למשל: מ"ח 6148/95 עזריה נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(2) 334, 339; פרשת קוזלי, לעיל הערה 33, עמ' 453; ע"פ 334/86 סבאח נ' מדינת ישראל, פ"ד מד(3) 857, 863; ע"פ 127/76 ברנס נ' מדינת ישראל, פ"ד ל(3) 507, 514; ע"פ 312/73 מצרווה נ' מדינת ישראל, פ"ד כח(2) 805, 807; ע"פ 50/70 אנגל נ' מדינת ישראל, פ"ד כה(1) 62, 65 – 66.

³⁹ פרשת ברנס, לעיל הערה 38, עמ' 514.

⁴⁰ ע"פ 526/79 אלחמורן נ' מדינת ישראל, פ"ד לד(3) 44, 51.

⁴¹ ע"פ 758/78 בן עארל נ' מדינת ישראל, פ"ד לג(2) 150, 155.

⁴² על תפישת השופט בעיני הנאשם בהקשר לזכות השתיקה ראו: ח' כהן "על זכויות הנאשם" הפרקליט כו (תש"ל) 42, 45 – 47.

את טענתו בדבר האמצעי הפסול שננקט נגדו, כאשר מולו מעידים מספר שוטרים בקול אחד.⁴³

(ב) כרסומה של דרישת הרצונית

(1) דרישת אמצעי פסול

הפסיקה קבעה, כי יש צורך בנקיטת אמצעי פסול כתנאי הכרחי לאי קבלתה של ההודאה כראיה בשל אי רצוניתה, וכי דרישת הרצונית נועדה להגן על החשוד מפני לחצים חיצוניים המופעלים על ידי איש מרות, ולא מפני לחצים פנימיים המניעים אדם מסיבות שונות למסור הודאה שקרית ולהודות בעבירה שלא ביצע.⁴⁴ הוגנותה וסבירותה של התנהגות החוקר נבחנת, אפוא, באמת מידה אובייקטיבית. תחושה סובייקטיבית של נחקר, באשר להוגנות החקירה או לחץ סובייקטיבי, לא תיחשב ללחץ אובייקטיבי פסול.⁴⁵

אולם, פעמים רבות, הגם שלא ננקט על ידי החוקרים אמצעי פסול, קשה לדבר על הודאה רצונית ממשית. רצונו של החשוד יכול להיפגע לא רק על-ידי איש מרות, אלא גם בשל הפרעה נפשית שמקורה בחשוד, באדם שלישי או בנסיבות חיצוניות. קיימות סיבות מגוונות העשויות להניע אדם חף מפשע ליטול אחריות על עבירה שלא ביצע,⁴⁶ כגון: חשש סובייקטיבי מפני התוצאות הצפויות לו במקרה של אי מסירת הודאה; דמיון של תרחישים קשים אפשריים בעת שהותו במעצר; רצון לחפות על אחר;⁴⁷ נטילת אחריות על עבירה כדי לחלץ אדם אחר בשל לחץ וכפייה;⁴⁸

⁴³ לקשיים אלה ראו: מ"ח 3032/99 ברנס נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(3) 354. בעניין זה צפוי שינוי עם כניסתו לתוקף של חוק סדר הדין הפלילי (חקירת חשודים), התשס"ב – 2002, המחייב תיעוד חזותי או תיעוד קולי של חקירת החשוד בכל מהלכה של החקירה.

⁴⁴ פרשת ותד, לעיל הערה 34, עמ' 937; ע"פ 636/77 לוי נ' מדינת ישראל, פ"ד לב(3) 768, 774; ע"פ 5614/92 מדינת ישראל נ' מסיקה, פ"ד מט(2) 669, 676 – 679; ע"פ 3967/91 מזון נ' מדינת ישראל, פ"ד מו(3) 168, 171; פרשת קזולי, לעיל הערה 33, עמ' 448; רע"פ 5488/98 בנר נ' מדינת ישראל (לא פורסם). להלכה דומה בארצות הברית ראו: פרשת Colorado v. Connelly, לעיל הערה 33, עמ' 164 – 165.

⁴⁵ פרשת לוי, לעיל הערה 44, עמ' 772; בג"ץ 17/50 לוי נ' שר האספקה והקיצוב ואח', פ"ד ד 53, 56; פרשת קזולי, לעיל הערה 33, עמ' 448.

⁴⁶ ראו על כך בהרחבה סג'ר, לעיל הערה 4, עמ' 252 – 254.

⁴⁷ פרשת כהן, לעיל הערה 28, עמ' 345; פרשת קזולי, לעיל הערה 33, עמ' 448; ע"פ 4769/92 ניג'ם נ' מדינת ישראל, סעיף 7 לפסק הדין.

חוויה של חוסר בסמים על ידי חשוד המכור להם;⁴⁹ אמונה בביצוע העבירה בשל עיוות בתפישת המציאות;⁵⁰ נתינת ההודאה במצב של שכרות; נתינת הודאה מתוך נטייה להרס עצמי,⁵¹ צורך בתשומת לב; צורך לרצות את החוקר או חשש מתגובתו; כניעה ללחצים פסיכולוגיים של החוקרים המשדרים לחשוד ביטחון באשמתו, דוחים כל הסבר לחפותו ו"מציעים" לו להודות באשמה ולחסוך את הצורך בהמשך החקירה;⁵² הודאת שווא בעבירה קלה במטרה להיחלץ מאשמת שווא חמורה יותר;⁵³ ליקוי שכלי או נפשי.⁵⁴ הרמב"ם עמד על החשש למתן הודאת שווא בשל ליקוי נפשי כנימוק לאיסור להרשיע אדם על סמך הודאתו בדבריו הידועים: "שמה נטרפה דעתו בדבר הזה. שמה מן העמלין מרי הנפש הוא המחכים למות שתוקעין החרבות בבטנם ומשליכים עצמם מעל הגגות, שמה כך זה יבא ויאמר דבר שלא עשה כדי שיהרג."⁵⁵ ואכן, ישנם מקרים שבהם הודו חשודים בעבירות שבעליל לא היו אשמים בביצוען, גם בלא שננקט כלפיהם אמצעי פסול.⁵⁶ אולם, מצבו הנפשי הקשה של הנחקר אינו פוגע, כאמור, בקבילות ההודאה, כל עוד לא חרגה החקירה מהנורמות המותרות.

(2) הגדרתו של אמצעי פסול

קדמי מאתר חמש קבוצות של התנהגות פסולה, אשר הוכרו בפסיקה ככאלו העשויות לגרום לשבירת כוח רצונו של חשוד: אלימות ואיום באלימות; שימוש

⁴⁸ פרשת קחלי, לעיל הערה 33, עמ' 448.

⁴⁹ ע"פ 516/79 בר-זיו נ' מדינת ישראל, פ"ד לה(2), 576, 587.

⁵⁰ פרשת ניגים, לעיל הערה 47, סעיף 7 לפסק הדין.

⁵¹ סנגרו, לעיל הערה 4, עמ' 252. ראו, למשל, את הודאתו של בן עזרא בע"פ 6251/94 בן-ארי נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(3) 45, 56, 68.

⁵² על תופעה זו ראו *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436, 450 (1966).

⁵³ פרשת *Miranda*, לעיל הערה 52, עמ' 453.

⁵⁴ ע"פ 715/744/78 לוי נ' מדינת ישראל, פ"ד לג(3) 228, 235; שטיינברג, לעיל הערה 21, עמ' 165 – 166.

⁵⁵ סנהדרין, יח, ו(מה).

⁵⁶ למשל: ע"פ 296/85 חמידאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מא(4) 564, 574 (חשוד אחר, שלא הוגש נגדו כתב אישום, הודה בביצוע העבירה שבה הורשע המערער). ראו לעניין זה גם את הודאתו של בן עזרא בפרשת בן-ארי, לעיל הערה 51.

בשיטת תחקור שאינה הוגנת; הפעלת לחץ נפשי לא הוגן על הנחקר; שימוש בתחבולה שאינה לגיטימית; פיתוי והשאה.⁵⁷

פשיטא, כי בשיטת משפט מתוקנת אלימות ואיום באלימות נתפשים כאמצעים פסולים.⁵⁸ אומר בית המשפט בהקשר זה: "יש ארצות אשר בהן משתמשים באמצעים אשר לא שיערם השטן כדי לסחוט 'הודאה מרצון' מפני חשוד-בעבירה. אך כזאת לא תהיה בישראל."⁵⁹ הודאה שחולצה בעינויים היא דוגמה קיצונית של הודאה לא רצונית.⁶⁰ אמנם, אלימות בחקירת חשודים אינה הנורמה כיום. אולם, קיימות שיטות חקירה פחות דרסטיות העלולות להביא לשבירת כוח רצונו של חשוד, הבאות לידי ביטוי בקבוצות הפסלות האחרות.

קבוצת פסלות שנייה עניינה שימוש בשיטת תחקור בלתי הוגנת. שיטת תחקור שאינה הוגנת היא כזו המכוונת להביא לשבירת רוחו של הנחקר ולטישטוש חושי, באופן שנשלל ממנו הכושר להפעיל שיקול דעת במתן תשובותיו.⁶¹ בעניין זה נבחנים פרמטרים כמו שעת החקירה, משך החקירה ואופן התנהלותה.⁶² חקירה ממושכת ורצופה עשויה להוביל לפסילת ההודאה כלא רצונית.⁶³ כך, פסל בית המשפט העליון הודאה של נאשם בעבירת ריגול, לאחר שהלה נחקר ברציפות שלושה שבועות, בשעות היום והלילה כאחד, כדי לקדם את החקירה.⁶⁴ אולם, אם אופן החקירה

⁵⁷ י' קדמי על הראיות (חלק ראשון) (הוצאת דיונון, תשנ"ט) עמ' 42.

⁵⁸ ע"פ 154/85 אברושמי נ' מדינת ישראל, פ"ד מא(1) 395, 387; בג"ץ 5100/94 הועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נג(4) 817, 838. כדוגמה לשימוש במכות בחקירה ראו: ע"פ 201/58 ג'ראבי נ' היועץ המשפטי, פ"ד יב 1580. לאיומים במכות ראו: ע"פ 98/55 גוטסמן נ' היועץ המשפטי, פ"ד ט 1190, 1193.

⁵⁹ ע"פ 28/59 פלוני נ' היועץ המשפטי וערעור נגדי, פ"ד יג 1205, 1215.

⁶⁰ וראו, לדוגמה, *Brown v. Mississippi*, 297 U.S. 278 (1936).

⁶¹ קדמי, לעיל הערה 57, עמ' 44; פרשת אבו ניל, לעיל הערה 5, עמ' 268.

⁶² ע"פ 183/78 אבו מידג'ים נ' מדינת ישראל, פ"ד לד(4) 533, 541.

⁶³ פרשת אבו מידג'ים, לעיל הערה 62, עמ' 541. ראו גם: *Ashcraft v. Tennessee*, 322 U.S. 143, 153 (1944) (פסילת הודאה של נאשם ברצח, אשר נחקר 36 שעות ברציפות ובאינטנסיביות). לעומת זאת בפרשת אברושמי, לעיל הערה 58, קיבל בית המשפט את הודאת הנאשם בחקירתו על ידי חוקרי השב"כ, הגם שהלה נחקר ברציפות במשך 60 שעות מתוך 66.

⁶⁴ פרשת פלוני, לעיל הערה 59, עמ' 1213 – 1214. תודה בית המשפט: "על שום מה באו החקירות דחופות בזו אחר זו? הרי החוקרים כבר ידעו שהמערער מכחיש את האשמה המיוחסת לו; על שום מה חקרוהו שנית ושלישית, וכך לאין סוף? המטרה היתה ברורה: 'לשבור' אותו, לסחוט ממנו הודאה על מעשים שאינו מודה בעשייתם". שם, עמ' 1214.

מתחייב מצרכי החקירה ומהצורך לשמור על רציפותה, ואינו מכוון לצורך התשתו ושבירת רוחו של הנחקר כמטרה עצמאית, אין למצוא בו פסול.⁶⁵

קבוצה שלישית של התנהגות פסולה מתבטאת ביצירת לחץ נפשי לא הוגן על הנחקר, העלול "לעורר בו הרגשת חוסר אונים, כדי שיעשה כחומר ביד היוצר",⁶⁶ כדוגמת השפלתו, הפניית גידופים ועלבונות כלפיו,⁶⁷ או איומים בפגיעה בקרוביו. יצירת לחץ נפשי על החשוד עשויה להתבטא גם באי מתן אפשרות לממש את זכות השתיקה הנתונה לו או את זכותו להיוועץ בעורך דין.

קבוצה רביעית של אמצעים פסולים הינה שימוש בתחבולה לא הוגנת. למרות סברתו של השופט בר, כי "התשובה על השאלה מהו הגבול בין תחבולה לגיטימית לבין אמצעי פסול, הינה אולי קשה מבחינה תיאורטית אך לא כל כך קשה מבחינה מעשית, שכן תחושת הצדק, השכל הישר וחוש הפרופורציה ישמשו בנושא זה בדרך כלל מנחים בטוחים..."⁶⁸, אין בפסיקה הסכמה בשאלה מהי תחבולה פסולה. כך, קיימים חילוקי דעות בשאלה אם מותר לחוקרים לומר לחשוד כי נמצאת בידם ראיה מפלילה, שאינה קיימת הלכה למעשה.⁶⁹ זאת, למרות מודעותם של חלק מהשופטים לכך שגם עצורים חפים מפשע עשויים להודות בביצוע עבירה, כאשר נאמר להם כי יש נגדם ראיות מספיקות.⁷⁰ יתירה מכך; למעט מקרים חריגים שבהם שימוש

⁶⁵ פרשת הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל, לעיל הערה 58, עמ' 839.

⁶⁶ ע"פ 264/65 ארצי נ' היועץ המשפטי, פ"ד כ(1) 225, 232.

⁶⁷ פרשת ארצי, לעיל הערה 66, עמ' 232.

⁶⁸ ב"ש 22/87 ביטר נ' מדינת ישראל, פ"ד מא(1) 52, 56.

⁶⁹ וראו, למשל, את הסתייגותו של בית המשפט מתחבולה של החוקרים המספרים לנחקר ששותפו לעבירה סיפר את פרטי האירוע (הגם שבית המשפט לא פסל מטעם זה את ההודאה כלא רצונית) בע"פ 299,309/58 ברזאני נ' היועץ המשפטי, פ"ד יג 1409, 1416: "אמנם הנפש היפה תסלוד מדרכי גיבוי כאלה של הודעות מפי אנשים חסרי-ישע הנתונים במשמר, ללא אפשרות לוודא אם דברי השוטר הממונה עליהם נכונים הם ואם אינו משתמש כנגדם בדרכי תחבולה". במקרה אחר סבר בית המשפט כי מדובר בתחבולת חקירה לגיטימית: פרשת ביטר, לעיל הערה 68, עמ' 55. למרות הבחנה שנעשתה בין הטעיה לגיטימית לבין ייצור אסור של ראיות בדויות, כגון "פיברוק" מסמך שלפיו נמצאו טביעות אצבע של החשוד על חפץ הקשור למעשה העבירה (פרשת ביטר, שם (המצאות, כביכול, של טביעת אצבעו של החשוד על שקית ניילון שהכילה סמים), יש שופטים המקבלים גם ייצור ראיות בדויות, כגון ביום מברק שעל פיו נמצאו טביעות אצבעותיו של החשוד ברכבו של המנוח, כתכסיס חקירה לגיטימי: ע"פ 87/90, 398/89 לוי מנצור נ' מדינת ישראל, תק-על 94(1) 984, סעיף 7 לפסק הדין (השופט לוי). השופט בר (כותב ההחלטה בעניינו של ביטר, שם) חלק על לגיטימיות תחבולה זו. שופט נוסף לא התייחס לסוגיה.

⁷⁰ פרשת כהן, לעיל הערה 28, עמ' 347.

בתחבולה יכול לשלול מהחשוד את כוח רצונו, ולפסול באופן זה את ההודאה,⁷¹ עמדת הפסיקה היא, כי, ככלל, אין סתירה בין שימוש בתחבולה ובדרכי רמייה כדי לחלץ הודאה מנחקר לבין הדרישה שההודאה תינתן מרצונו החופשי. לפיכך, תחבולה אינה פוסלת במקרה הרגיל את ההודאה.⁷²

קבוצה חמישית של אמצעי פסול מתייחסת לפיתוי והשאה. "פיתוי" פירושו מתן שכר או הבטחה למתן שכר תמורת ההודאה.⁷³ עוצמת הפיתוי צריכה להיות מסוגלת לשבש את יכולת הבחירה של החשוד, כדוגמת הבטחה לשחרור ממעצר או להקלה של ממש בעונש או לויתור על סעיף אישום.⁷⁴ אולם, אם החשוד הוא שזים את השיחה, והחוקר רק נתן עצה, או אפילו הבטחה,⁷⁵ או שהחשוד יזם את תחילת המשא ומתן,⁷⁶ הודאתו נחשבת כרצונית.

בית המשפט העליון קבע, כי הימצאותו של החשוד במעצר אינה פוגעת כשלעצמה ברצוניות הודאתו, הגם ש"קשה לחלוק על כך מבחינה עיונית טהורה" כי "אדם הנתון במעצר אינו יכול להיחשב בשום אופן כפועל מרצונו החופשי."⁷⁷ במקרים נדירים במיוחד הכיר בית המשפט בחשש ממעצר כגורם היוצר לחץ פנימי להודות, המשליך לא על קבילותה של ההודאה, אלא על משקלה.⁷⁸ לעומת זאת, בית המשפט העליון האמריקני הניח בפרשת *Miranda v. Arizona* (להלן –

⁷¹ פרשת פלוני, לעיל הערה 59, עמ' 1210 – 1211; פרשת ברזאני, לעיל הערה 69, עמ' 1416.

⁷² פרשת מועדי, לעיל הערה 29, עמ' 245; פרשת ברזאני, לעיל הערה 69, עמ' 1415 – 1416. פרשת פלוני, לעיל הערה 59, עמ' 1211: "מבחינה מוסרית יש אמנם לפקפק אם ראוי להם לשומרי החוק הרשמיים להשתמש בתחבולות ערמה כדי להשפיע על אורח הנתון בידם להודות באשמה המיוחסת לו. אך זו היא שאלה הבאה בתחום האתיקה והפילוסופיה של המשפט. בכשרותה של ההודאה כראיה אין היא נוגעת".

⁷³ ע"פ 294/55 טוויג ואח' נ' היועץ המשפטי, פ"ד י 1083, 1089.

⁷⁴ K.W. Lidstone "Human Rights in the English Criminal Trial" in: John A. Andrews (ed.) *Human Rights in Criminal Procedure* (1982) p. 89; ע"פ 467/69 טקסון נ' מדינת ישראל, פ"ד כד(1) 95, 98.

⁷⁵ ע"פ 307/60 יאסין ואח' נ' היועץ המשפטי, פ"ד יז 1541, 1556; פרשת טקסון, לעיל הערה 74, עמ' 99 – 100; פרשת לוי, לעיל הערה 44, עמ' 775 (באשר לשאלת נאשם אם ישוחרר בערבות במקרה של הודאה); ע"פ 750/80 שמולץ נ' מדינת ישראל, פ"ד לו(1) 617, 620; ע"פ 5825/97 שלום נ' מדינת ישראל, פ"ד נה(2) 933, 947 – 948.

⁷⁶ בש"פ 4811/97 משה נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(3) 817, 820 – 822.

⁷⁷ ע"פ 69/53 סיץ' נ' היועץ המשפטי, פ"ד ז 801, 808.

⁷⁸ פרשת מזון, לעיל הערה 44, עמ' 172 – 173.

מירנדה),⁷⁹ כי חקירה בתנאי מעצר פוגעת כשלעצמה בכוח רצונו של הנחקר. על פי תפישתו של בית המשפט העליון האמריקני, כוח רצונו של חשוד הנחקר בהיותו נתון במעצר נפגע לא רק כאשר ננקט נגדו אמצעי חריג כדוגמת אלימות, אלא גם בחקירה רגילה לחלוטין. הסיטואציה של חקירה בתנאי מעצר היא כופה מעצם טיבה ומפעילה על העצור לחץ לדבר.⁸⁰ אדם נלקח מסביבתו המוכרת וניתק משגרת חייו, לסביבה מבודדת של כלא.⁸¹ הוא מוקף בגורמים הדורשים את רעתו וחשוף לטכניקות כופות של שכנוע.⁸² הסביבה של חקירה בתנאי מעצר מיועדת ויכולה להכניע את כוח רצונו החופשי של הנחקר.⁸³ כל אמרה הנאמרת בנסיבות כאלה אינה יכולה להיחשב רצונית באופן אמיתי.⁸⁴ כדי להתגבר על הלחץ האינהרנטי של חקירה בתנאי מעצר וכדי להגן על זכותו של חשוד הנחקר בתנאי מעצר להיעדר הפללה עצמית, חייבות רשויות אכיפת החוק להעניק ערובות פרוצדורליות מתאימות.⁸⁵ לפיכך, קבע בית המשפט העליון האמריקני, כי הודאה של חשוד שנגבתה בתנאי מעצר ללא הודעה על זכות השתיקה הנתונה לו על כך שדבריו עלולים לשמש ראיה כנגדו, על זכותו לסגור ועל זכותו לקבל עורך דין במימון המדינה, אם אין לו אמצעים כספיים - אינה רצונית.⁸⁶ בית המשפט העליון האמריקני בפרשת **מירנדה** יכול היה להגיע לתוצאה של פסילת הודאה שניתנה ללא אותן ערובות פרוצדורליות על ידי הפעלת כלל פסילה חוקתי, הפוסל ראיות שנגבו באמצעים בלתי חוקיים, אף אם כוח רצונו של החשוד לא נפגע בשל אמצעים אלה. אולם, בית המשפט ביקש להבהיר עד כמה פגיע חשוד הנתון במעצר למצב של שלילת כוח הרצון, ולפיכך, קבע חוקה משפטית בלתי ניתנת לסתירה, שלפיה

⁷⁹ פרשת **Miranda**, לעיל הערה 52. הלכת **מירנדה** חזרה ונתאשרה לאחרונה בפרשת **Dickerson v. United States**, 530 U.S. 428 (2000).

⁸⁰ שם, עמ' 458, 467.

⁸¹ שם, עמ' 461.

⁸² שם.

⁸³ שם, עמ' 457.

⁸⁴ שם, עמ' 458.

⁸⁵ שם, עמ' 467.

⁸⁶ שם, עמ' 468 - 469.

הודאתו של חשוד הנחקר בתנאי מעצר אינה רצונית בהיעדר ערובות פרוצדורליות נאותות.

למעשה, לא ניתן להתכחש לכך שסוג מסוים של לחץ או עידוד להודות הופעל ברוב המקרים על חשוד שמסר הודאה בחקירתו.⁸⁷ החוקרים מפעילים על חשודים לחצים פסיכולוגיים למסור גרסה, קרי, הודאה.⁸⁸ קיימות אמנם סיבות רציונליות למתן הודאה: ייסורי מצפון;⁸⁹ הצורך של עבריין לפרוק מעליו את תחושת האשמה המלווה אותו;⁹⁰ הכרתו של חשוד כי "גילו אותו", וכי אין בידו כדי לסתור את הראיות המוצקות שבידי המשטרה, כאשר בנסיבות אלו הכחשה לא תועיל ממילא, בעוד שהודאה עשויה להביא להתחשבות מסוימת בו.⁹¹ אולם, רובם המכריע של החשודים אינם מוסרים הודאה מייסורי מצפון. אין מחלוקת אמיתית כי הלחץ והמתח הנפשי שהם אינהרנטיים לחקירת חשוד בפלילים יכולים להביאו למתן הודאה.⁹² ההלכה אצלנו, שאינה מכירה בסיטואציה של חקירה בתנאי מעצר כפוגעת בכוח רצונו של הנחקר, מכשירה כראיה הודאות רבות שלא ניתנו מתוך בחירה אמיתית של החשוד.

(3) הצורך בהוכחת השפעה סובייקטיבית של האמצעי הפסול

בגדר הפרשנות המצמצמת של דרישת הרצוניות, קבעה הפסיקה גם כי במקרה הרגיל לא די בנקיטת אמצעי פסול בחקירה כדי לפסול הודאת נאשם כלא רצונית. חרף הצורך לתת ביטוי לפגיעה בזכויותיו של הנחקר ולהרתיע את המשטרה מפני גביית הודאות באמצעים לא חוקיים, באמצעות פסילת ההודאה,⁹³ גברה הגישה

⁸⁷ א' בנדור "גבייה של הודאת נאשם וקבילותה - מטרות, אמצעים, ומה שביניהם" פלילים ה' (תשנ"ו) 253, 245.

⁸⁸ ראו, למשל, פרשת מועדי, לעיל הערה 29.

⁸⁹ פרשת פלוני, לעיל הערה 59, עמ' 1214.

⁹⁰ פרשת אלעביר, לעיל הערה 6, עמ' 821.

⁹¹ פרשת אלעביר, לעיל הערה 6, עמ' 821. ראו גם: D. J. Seidmann & A. Stein "The Right to Silence Helps the Innocent: A Game-Theoretic Analysis of the Fifth Amendment" 114 *Harv. L. Rev.* (2000) 431, 436; Van Kessel; Privilege" לעיל הערה 7, עמ' 17.

⁹² פרשת לוי, לעיל הערה 44, עמ' 773 - 774; ע"פ 6613/99 סמירק נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(3) 529, 541 - 542.

⁹³ כגישתו של השופט לנדוי בפרשת אבו מידג'ם, לעיל הערה 62, עמ' 538 - 539.

המצדדת במבחן הסובייקטיבי של השפעת אמצעי החקירה הפסולים על רצונו של הנחקר.⁹⁴ גישה זו שמה דגש על אמיתות ההודאה. שבירת כוח רצונו של הנחקר עלולה להביא גם חפים מפשע להודות באשמה, ומבחן הרצוניות בא להגן על אמיתות ההודאה.⁹⁵ הטענה היא שאם כוח רצונו של החשוד המסוים לא נשבר בשל האמצעי הפסול שנקט כלפיו, תפגע פסילת הודאתו מעבר לנדרש באכיפת החוק ובשלום הציבור.⁹⁶ השופט גולדברג בפסק הדין בפרשת **מועדי**, נוקט עמדת ביניים, אשר לפיה אמצעים פסולים קיצוניים מקימים חזקה, שאינה ניתנת לסתירה, כי הביאו לשלילת כוח רצונו של הנאשם.⁹⁷ ברוח עמדה זו נוסחה גם המלצתה של ועדת גולדברג.⁹⁸ מעבר לכך, בוחן בית המשפט אם האמצעים הפסולים שנקטו במהלך החקירה השפיעו בפועל על רצונו של הנאשם למסור הודאה. מתברר שהנחקרים הישראליים קשוחים בהרבה מעמיתיהם בארצות הברית, ולא בנקל נשבר כוח רצונם. אלימות אינה שוברת אותם.⁹⁹ הם עומדים ללא חת בחקירה ממושכת.¹⁰⁰ מניעת שינה ועייפות אינן גורמות לשלילת כוח רצונם.¹⁰¹ הם אינם נשברים אפילו כאשר נמנעת מהם עשיית צרכים.¹⁰² הם מוסרים הודאה רצונית גם לנוכח איומים כי קרובי משפחתם ייעצרו או לנוכח פיתויים כי קרובי משפחתם העצורים ישוחררו ממעצר.¹⁰³ אין תימה, כי אי מתן הודעה על זכות השתיקה אינה שוברת בדרך כלל את כוח

⁹⁴ ראו פרשת **מועדי**, לעיל הערה 29. למבחן הסובייקטיבי ראו גם: ע"פ 20-21/49 **עבדול האדי ואח' נ' היועץ המשפטי**, פ"ד ג 13, 33 - 34; ע"פ 177/53 **גרוסברגר נ' היועץ המשפטי**, פ"ד ח 182, 188; ע"פ 24/56 **היועץ המשפטי לממשלה נ' אהרונוביץ**, פ"ד י 599, 603 - 604; פרשת **פלוגי**, לעיל הערה 59, עמ' 1208.

⁹⁵ לדעה זו ראו: פרשת **מוזאן**, לעיל הערה 29, עמ' 772. ראו גם: פרשת **מועדי**, לעיל הערה 29, עמ' 222.

⁹⁶ וראו גישת השופט ח' כהן בע"פ 369/78 **אבו מדיג'ם נ' מדינת ישראל**, פ"ד לד (3) 377, 381.

⁹⁷ **לעיל** הערה 29, עמ' 225.

⁹⁸ על פי המלצת הוועדה, "א) אמרה של אדם מחוץ לבית משפט תקובל כראיה נגדו במשפט פלילי. (ב) על אף האמור בס"ק (א) לא תקובל האמרה כראיה אם ניתנה לאחר שנקטו כלפי הנחקר באחד מאלה: יחס בלתי אנושי, אלימות של ממש, עינויים גופניים, עינויים נפשיים, השפלה קשה או איום באחד מאלה"; דו"ח הוועדה, **לעיל** הערה 4, עמ' 21 - 22.

⁹⁹ וראו, לדוגמה, פרשת **משה קיס אריק-בר**, לעיל הערה 28, סעיף 21 לפסק הדין; פרשת **ברנס**, לעיל הערה 38, עמ' 511.

¹⁰⁰ ראו, לדוגמה, פרשת **חדד**, לעיל הערה 27, עמ' 352; פרשת **ברנס**, לעיל הערה 38, עמ' 515.

¹⁰¹ ראו, לדוגמה, פרשת **אברושמי**, לעיל הערה 58, עמ' 396; פרשת **ברנס**, לעיל הערה 38, עמ' 511.

¹⁰² ראו, לדוגמה, פרשת **אברושמי**, לעיל הערה 58, עמ' 396.

¹⁰³ ראו, לדוגמה, פרשת **מועדי**, לעיל הערה 29, עמ' 225.

רצונו של הנחקר.¹⁰⁴ הפרה של זכות העצור להיוועץ עם סגור אינה מובילה אף היא לפסילה אוטומטית של הודאתו.¹⁰⁵ בית המשפט, כאינדיקציה לכך שרצונו החופשי של החשוד לא נשבר חרף האמצעי הלא חוקי, נתמך בעובדה שהחשוד רשם במו ידיו את אמרתו,¹⁰⁶ כמו גם שהחשוד הכחיש במספר נקודות את המיוחס לו בכתב האישום,¹⁰⁷ עמד במספר נקודות על גירסתו, או ביקש להכניס תיקונים להודאתו לאחר שהקריאו אותה בפניו. בית המשפט אף רואה יכולת של נאשם לעמוד על זכויותיו כאינדיקציה לחוסנו הנפשי.¹⁰⁸

סיכומם של דברים: יש צורך בהוכחת אמצעי פסול כדי להביא לפסילת הודאה כלא רצונית. הגדרתו של אמצעי פסול תלויה במטרת נקיטתו, ולא דווקא בפוטנציאל הפגיעה ברצונו של הנחקר הגלום בו. פעמים רבות, ההנחה כי הודאתו של הנאשם רצונית אינה מבוססת, זאת, בעטיים של המבחנים הנוקשים לקביעת אי הרצוניות. הודאה "רצונית" כזו, שהיא תוצאה של לחץ חיצוני, שאינו מוכר על ידי הפסיקה כשובר את כוח הרצון, או של לחץ פנימי, עלולה להיות כוזבת. המבחן הסובייקטיבי "הקשוח" הנוהג אצלנו לבחינת הרצוניות אינו ניתן להפעלה, אלא במקרים קיצוניים של אלימות או איום באלימות. ועדת גולדברג הכירה בכך ש"לכל נחקר 'סף שבירה' אישי, על פי אישיותו ויכולתו לגייס כוחות נפשיים כדי לעמוד בתנאי לחץ."¹⁰⁹ כל חקירה בתנאי מעצר יוצרת אווירה של לחץ וכפייה, והשאלה, אם ובאיזו נקודה היא הביאה לשבירת כוח רצונו של הנחקר, אינה ניתנת ברוב המקרים לבחינה אמיתית. כך, הגיב השופט לנדוי על דברי בית המשפט המחוזי אשר לפיהם הנאשם לא היה מודה בעבירה שלא ביצע "רק בשל כך שבילה לילה אחד במעצר" כי "לא הייתי מקבל על עצמי לשער השערות כיצד עשויה ישיבה של לילה

¹⁰⁴ ראו, למשל, פרשת שלום, לעיל הערה 75, עמ' 944 – 945.

¹⁰⁵ ע"פ 6/87, 11, 23; 747/86 איזנמן נ' מדינת ישראל, פ"ד מב(3) 447, 454.

¹⁰⁶ פרשת עלי, לעיל הערה 3, עמ' 177.

¹⁰⁷ וראו, לדוגמה, פרשת משה קיס אריק-בר, לעיל הערה 28, סעיף 21 לפסק הדין.

¹⁰⁸ למשל: ע"פ 8743/99 טרקי נ' מדינת ישראל (לא פורסם).

¹⁰⁹ דו"ח הוועדה, לעיל הערה 4, עמ' 8. ראו גם סג'ר, לעיל הערה 4, עמ' 252.

תמים – ולילה ראשון דוקא – להשפיע על אדם זה או אחר. ייתכן שההשקפה על כך שונה בפנים התא ומחוצה לו.¹¹⁰

בהיעדר תיעוד בוידאו או בהיעדר נוכחות של סנגור או של משקיף נייטרלי במהלך החקירה, יכולתו של בית המשפט לעמוד על אופן ביצוע החקירה היא מוגבלת.¹¹¹ אולם, גם וידאו או סנגור אינם יכולים לשקף את מצבו הנפשי של הנחקר.¹¹² מצבו הנפשי מצוי כמעט תמיד בידיעתו המיוחדת. מדוע הודו הנאשמים בענייננו (מילשטיין, מרסינו ואחרים) בעבירה של שימוש בסמים? ראיות מוצקות נגדם, אשר חייבו "כניעה", בוודאי לא היו, שכן התביעה לא היתה מסוגלת להציג במשפטם אף לא ראיה אחת מלבד הודאתם. האם כל הנאשמים הודו מתוך ייסורי מצפון? או שמא סביר יותר כי הודאתם היתה קשורה ללחץ החקירה ולרצונו הטבעי של אדם "להיות בסדר" ולרצות את "שובהו"?

3. הדרישה לדבר-מה נוסף

כאמור, הודאה שאינה רצונית אינה עוברת את מחסום הקבילות מכוח סעיף 12 לפקודת הראיות. אך גם הודאה לא-רצונית מחוץ לכותלי בית המשפט אינה מספיקה, והיא טעונה, על פי קביעת הפסיקה, "דבר-מה נוסף" לשם הרשעה.¹¹³ תכליתו של הדבר-מה הנוסף היא לבחון את אמיתותה של ההודאה ולשלוף אפשרות שמא נטל החשוד על עצמו אחריות לעבירה שלא ביצע, מסיבות שאינן קשורות לפעולות לא חוקיות של החוקרים, דהיינו: מתוך מניע פנימי שבתוכו.¹¹⁴

¹¹⁰ פרשת טקסון, לעיל הערה 74, עמ' 101.

¹¹¹ סנג'רו, לעיל הערה 4, עמ' 274 – 277.

¹¹² סנג'רו, לעיל הערה 4, עמ' 277.

¹¹³ למקרים הנדירים של זיכוי בשל היעדר דבר-מה נוסף להודאה ראו: ע"פ 161/52 גרוס נ' היועץ המשפטי, פ"ד ח 412, 413; פרשת וחד, לעיל הערה 34, עמ' 938 – 939; ע"פ 636/82 בן עזרא נ' מדינת ישראל, פ"ד לח(1) 47, 52 – 55.

¹¹⁴ פרשת בולוס, לעיל הערה 32, עמ' 814.

הדבר־מה הנוסף להודאה הוא הוכחה המראה כי לנאשם היתה אפשרות לבצע את העבירה, וכי הודאתו אינה הודאת שווא, "בחינת אומר להתאבד".¹¹⁵ הוא אינו צריך לסבך את הנאשם בביצוע העבירה בדומה להוכחת סיוע. משקלה של הודאה רצונית נבחן במצטבר על פי מבחן פנימי וחיצוני. המבחן הפנימי בודק את ההודאה על פי סימני האמת העולים מתוכה: האם הדברים המסופרים בה הגיוניים, מפורטים מספיק, רציפים וכו'?¹¹⁶ המבחן החיצוני, המתבטא בדרישת דבר־מה נוסף להרשעה, בוחן דברים חיצוניים לדברי הנאשם בהודאתו, אשר יש בהם כדי ללמד על אמיתותה.¹¹⁷ ההודאה נבחנת על פי התאמתה לממצאים בזירת העבירה ולהתרחשות הדברים במציאות: האם הודאת הנאשם מגלה פרטים שלא ייתכן שידע אותם אלמלא ביצע בעצמו את העבירה?¹¹⁸ לפיכך, "פרטים מוכמנים", היכולים להיות מצויים רק בידיעתו של אדם המעורב בביצוע העבירה, מהווים דבר־מה, אף אם הם מצויים בידיעת החוקרים.¹¹⁹ נפסק, כי קיימת זיקת גומלין בין המבחן הפנימי לבין המבחן החיצוני: ככל שמשקלה העצמי של ההודאה, כעולה מתוכה היא, קטן, נדרש דבר־מה רציני יותר, לעתים עד כדי צורך בסיוע, ולהיפך.¹²⁰

על התוספת הראייתית הקלה הנדרשת לצורך הרשעת נאשם, על סמך הודאה שלא ניתנה בפני שופט, נמתחה ביקורת.¹²¹ ספק רב אם תוספת זו מגינה על חשוד מפני הודאת שווא שמסר כתוצאה מלחץ פנימי שבתוכו או מלחץ חיצוני "שלא שבר" את כוח רצונו.¹²² כך, סברה השופטת דורנר כי קיים חשש אינהרנטי שמא

¹¹⁵ ע"פ 48/54 אירשור נ' היועץ המשפטי, פ"ד ח 690, 691; ע"פ 244/54 אל כליל נ' היועץ המשפטי, פ"ד ט 597; ע"פ 165/58 נחמיאס נ' היועץ המשפטי, פ"ד יג 609, 612; פרשת אלעביד, לעיל הערה 6, עמ' 763; ע"פ 6936/94 עווד נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(4) 842, 848.

¹¹⁶ פרשת לוי, לעיל הערה 54, עמ' 234; פרשת שלום, לעיל הערה 75, עמ' 952; פרשת קוזלי, לעיל הערה 33, עמ' 458; פרשת בולוס, לעיל הערה 32, עמ' 814.

¹¹⁷ פרשת קוזלי, לעיל הערה 33, עמ' 458; פרשת לוי, לעיל הערה 54, עמ' 234.

¹¹⁸ פרשת ותד, לעיל הערה 34, עמ' 938.

¹¹⁹ פרשת ניג'ם, לעיל הערה 47; ע"פ 2109/96, עמ' 718 – 719; פרשת דונשוילי, לעיל הערה 20, עמ' 171; פרשת אבו מידג'ם, לעיל הערה 62, עמ' 544.

¹²⁰ פרשת לוי, לעיל הערה 54, עמ' 234; פרשת ניג'ם, לעיל הערה 47, פסקה 7 לפסק הדין.

¹²¹ וראו בהרחבה סג'ורו, לעיל הערה 4.

¹²² סג'ורו, לעיל הערה 4, עמ' 257.

החוקרים הם שמסרו לחשוד אותו "פרט מוכמן" שהתגלה בהודאתו.¹²³ במסגרת המאמר לא אדון בביקורת זו. במקרה דנן לא הוכח כלל שימוש בסם אסור על ידי הנאשמים מעבר להודאתם בלבד. את הדבר-מה הנוסף לתמיכה בהודאתם שאב, כאמור, בית הדין משתיקתם של הנאשמים בבית המשפט. להלן אבחן אם שתיקה של נאשם בבית משפט אכן מחזקת את הודאתו בחקירה בביצוע העבירה המיוחסת לו.

ג. שתיקה בבית משפט כדבר-מה נוסף להרשעה

1. מבוא

בית הדין הצבאי לערעורים קבע, כי שתיקה בבית המשפט יכולה להוות דבר-מה לחיזוק הודאתו של הנאשם בעת חקירתו, אם אין מאחורי השתיקה הסבר המתיישב עם חפות. יתירה מכך; בית הדין הצבאי לערעורים סבר, כי הימנעות ממתן עדות בבית המשפט אגב כפירה באישום שוללת אפשרות של מסירת הודאה כוזבת בחקירה מתוך לחץ פנימי. על פי ניתוחו של בית הדין, אם הלחץ הפנימי שאותו חווה, כביכול, הנאשם ממשיך להתקיים בעת המשפט, ניתן להניח כי הנאשם "יתמיד בגישתו האובדנית", יודה באשמתו גם בבית המשפט ויורשע על סמך הודאתו. אם הלחץ הפנימי חלף בעת המשפט, קיימת ציפייה סבירה מהנאשם להסביר לבית המשפט את המניעים שהביאו אותו למסור גירסה שקרית בחקירה. לפיכך, אין כל הסבר הגיוני לשתיקתו במשפט של נאשם, שהודה באשמה בעת חקירתו, העולה בקנה אחד עם מסקנה של חפות.¹²⁴ שתיקתו של נאשם כזה מעידה במקרה הרגיל על חוסר רצונו ועל חוסר יכולתו להיחקר בחקירה נגדית על גירסתו בשל מודעותו לאשמתו.¹²⁵

¹²³ דברי השופטת דורנר בפרשת אלעביד, לעיל הערה 6, עמ' 842 – 843. וראו ההסתייגות עמ' 828 – 829, מפי שופט הרוב, השופט אור. ראו לעניין זה גם דברי השופט לנדוי בפרשת אבו מידג'ם, לעיל הערה 62, עמ' 540 (חוקר המפעיל לחץ על חשוד יכול לשוות להודאתו סימני אמת).

¹²⁴ ע"ע 41/01 התובע הצבאי הראשי נ' סמל מושיק-לוי יוסף, עמ' 18, 21 לפסק הדין.

¹²⁵ ע"ע 41/01 התובע הצבאי הראשי נ' סמל מושיק-לוי יוסף, עמ' 22 לפסק הדין.

טיעון לוגי זה מתעלם ממעמדה של זכות השתיקה, מהצדקותיה ומהסיבות המגוונות היכולות לגרום לנאשם, ובכלל זה לנאשם חף מפשע שהודה באשמתו בחקירה, לבחור בזכות השתיקה במשפטו.

2. מעמדה של זכות השתיקה

נאשם רשאי לשתוק במשפטו. שתיקתו מתבטאת בהימנעות ממתן עדות.¹²⁶ לא ניתן לחייבו למסור עדות במשפטו באיום של סנקציה פלילית.¹²⁷ התביעה אינה רשאית לזמן את הנאשם כעד מטעמה. בשיטה האדברסרית שופט אינו שואל נאשם שאינו מעיד שאלות מיוזמתו במהלך המשפט, וחוסך ממנו בכך את המבוכה שבהתעקשות על שתיקה לנוכח פנייה ישירה אליו.¹²⁸ זכות השתיקה זכתה להתייחסות קוטבית,¹²⁹ הנעה מתפישתה כזכות יסוד בסיסית של חשודים ונאשמים וכאחת הערובות ההכרחיות לעשיית צדק במשפט¹³⁰ ועד לתפישתה ככלל נאיבי וחסר תועלת, המאפשר לאשמים לשים את מערכת אכיפת החוק ללעג ולקלס, וחותר תחת האפשרות לקיים הליך משפטי תקין.¹³¹ חרף

¹²⁶ חוק סדר הדין הפלילי, התשמ"ב - 1982, סעיף 161, קובע כי נאשם רשאי להימנע מלהעיד במשפטו. הוראה דומה קבועה בחוק השיפוט הצבאי, התשט"ו - 1955, סעיף 366(א)(2).

¹²⁷ ראו, למשל, באנגליה: The Criminal Justice and Public Order Act 1994, § 35(1) (נאשם אינו חייב להעיד, ולפיכך, לא יואשם בבזיון בית משפט בשל שתיקה).

¹²⁸ 37 - 38 G. Williams *The Proof of Guilt* (England, 1958) pp. אצלנו, מוסמך שופט לשאול נאשם שאלות הבהרה המתייחסות לתשובתו לאישום: חוק סדר הדין הפלילי, התשמ"ב - 1982, סעיף 152(א).

¹²⁹ D. Dolinko "Is There a Rationale for the Privilege Against Self-Incrimination" 33 M. Schiller "On the Jurisprudence of the Fifth"; *UCLA L. Rev.* (1986) 1063 I. Dennis "Amendment Right to Silence" 16 *Am. Crim. L. Rev.* (1979) 197 "Instrumental Protection, Human Right of Functional Necessity? Reassessing the L.H. Dennis "Privilege Against Self-Incrimination" 54 *Cambridge L.J.* (1995) 342 *Law of Evidence* (England, 1999) p. 120

¹³⁰ D.J. Harvey "The Right to Silence and the Presumption of Innocence" *NZLJ* **Murphy v. Waterfront Commission of New York Harbor** 378 U.S. 52, (1995) 181 55 (1964)

¹³¹ E. W. Thomas "The so called Right to Silence" 14 *NZ U. L. Rev.* (1991) 299, 302 B.L. Ingraham "The Right of Silence, the Presumption of Innocence, The Burden of Proof, and a Modest Proposal: A Reply to O'Reilly" 86 *J. Crim. L. & Criminology* (1996) 559, 566

מחלוקת זו, זכותו של נאשם שלא להעיד במשפטו תחת כפייה נחשבת במשפט הבינלאומי כרכיב של הליך הוגן במשפט הפלילי.¹³² זכות השתיקה מהווה כלל חוקתי ודיוני מוכר במדינות דמוקרטיות, ובכללן מדינות בעלות שיטת משפט אינקוויזיטורית.¹³³ ברם, השיטה האינקוויזיטורית אינה מייחסת חשיבות מכרעת לחיוניותה של זכות השתיקה להגנה על זכויות הפרט.¹³⁴ בהליך האינקוויזיטורי רשאי השופט לפנות מיוזמתו לנאשם בשאלות ובתביעה להבהרת דברים במהלך הדיון,¹³⁵

¹³² ראו, למשל, סעיף 14(3)(g) לאמנה הבינלאומית של האומות המאוחדות בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות.

¹³³ בשיטות משפט אדברסריות ראו, למשל, קנדה: סעיף 11(c) לצ'רט, המתייחס לנאשם במשפטו, וכן סעיף 13 לצ'רט, המתייחס לעדות מפלילה של עד. ארצות הברית - התיקון החמישי לחוקה; אנגליה: M. Deans Scots **Public Law**; סקוטלנד: **Rice v. Connoley** (1966) 3 W.L.R. 17; K.X. Metzmeier "Preventive Detention: A Comparison of Bail Refusal Practices in the United States, Canada and Other Common Law Nations" 8 **Pace Int'l L. Rev.** (1996) 399; גרמניה: Huber אצל J. Hatchard, B. Huber & R. Vogler **Comperative Criminal Procedure** (England, 1996) pp. 111 - 112, 120; K. Rogall **Der Beschuldigte als Beweismittel Gegen Sich Selbst** (Germany, 1977) p. 17; Hatchard, Huber & Vogler, **De La Cuesta, Exteberria & Esparza**, עמ' 21; ספרד: Vogler, **Untersuchungshaft und Untersuchungshaftvollzug / Waiting for Trial** (Germany, 1994) p. 648; F. Duenkel & J. Vagg (eds.) **Confessions and the Right to Silence in Japan** 21 **Ga. J. Int'l Comp. L.** (1991) 415, 416 - 417; J.C. DeSombre "Special Issue: Vulnerable Populations in Japan: Comparing the Notions of the Japanese and the U.S. Criminal Justice System: An Examination of Pretrial Rights of the Criminally Accused in Japan and the United States" 14 **UCLA Pac. Basin L. J.** (1995) 103, 108; אימצה כיום מאפיינים רבים של השיטה האדברסרית: G.W. O'Reilly "Comment on Ingraham's 'Moral Duty' to Talk and the Right to Silence" 87 **J. Crim. L. & Criminology** (1997) 521, 541; וראו באופן כללי לאימוצה של זכות השתיקה במדינות הקונטיננט: G. Van Kessel "European Perspectives on the Accused as a Source of Testimonial Evidence" 100 **W. Va. L. Rev.** (1998) 799, 804; בחוקותיהן את זכות השתיקה ראו: C. Bassiouni "Human Rights in the Context of Criminal Justice: Identifying International Procedural Protections And Equivalent Protections in National Constitutions" 3 **Duke J. Com. & Int'l. L.** (1993) 235, 264 - 265.

¹³⁴ אצל Vogler, Hatchard, Huber & Vogler, עמ' 31. יצוין, כי במרבית המדינות בקונטיננט נאשם מעיד שלא תחת שבועה, ולפיכך, אינו חשוף לסנקציה בשל עדות שקר: Van Kessel, עמ' 833.

¹³⁵ אצל Vogler, Hatchard, Huber & Vogler, **לעיל** הערה 134, עמ' 51; Van Kessel, **לעיל** הערה 133, עמ' 834 - 835.

כך שאופי ההליך מקשה ביותר על הנאשם לעשות שימוש בזכות השתיקה הנתונה לו.¹³⁶

ללא ספק, נאשם מהווה באופן טבעי מקור מידע חשוב, אולי אף ראשון במעלה, להבהרת ההאשמות המיוחסות לו.¹³⁷ הוא הרי יודע במקרה הרגיל אם הוא אשם או חף מפשע. לפיכך, זכות השתיקה פוגעת, ללא כחל וסרק, בחקר האמת.¹³⁸ חרף מחיר זה, קיימים טעמים שונים, המתבססים על כבוד האדם ועל הרצון להגן על נאשם חף מפשע, להצדקת זכות השתיקה של נאשם בבית המשפט. להלן אעמוד על העיקריים שבהם. טעמים אלה יסייעו להבין, אם ראוי להסיק מסקנות מפלילות משתיקת הנאשם במשפטו.

3. הצדקות לזכות השתיקה במשפט

(א) טיעון הטרילמה

טיעון עיקרי להצדקתה של זכות השתיקה מתייחס לטרילמה, שבפניה ניצב נאשם. נאשם המחויב להגיב לאשמה הנטענת כלפיו, עומד בפני טרילמה, המאלצת אותו לבחור באחת משלוש הרעות הבאות: הפללה עצמית (אם יבחר לספר את האמת), הסתבכות בעבירה של עדות כוזבת (אם יבחר לשקר) או הסתכנות בביזיון בית המשפט (אם יבחר להפיר את החוק באמצעות שתיקה).¹³⁹ בית המשפט העליון הצדיק את זכות השתיקה באמירה:

¹³⁶ Ingraham, לעיל הערה 131, עמ' 564; Vogler, אצל Hatchard, Huber & Vogler, לעיל הערה 133, עמ' 33 - 32, 71 - 72; J. Languier "The Preliminary Investigation by the French Juge d'instruction" 19 *Northern Ireland Legal Q.* (1968) 32, 36. בקונטיננט, ככלל שתיקה של נאשם בבית משפט היא אירוע נדיר: Van Kessel, לעיל הערה 133, עמ' 833.

¹³⁷ Ingraham, לעיל הערה 131, עמ' 565, 572.

¹³⁸ Van Kessel, לעיל הערה 133, עמ' 800.

¹³⁹ R.K. Greenwalt "The Right to Silence and Human Dignity" in: M. Meyer & W. Parent (eds.) *The Constitution of Rights: Human Dignity and American Values* R.K. Greenwalt "Silence as a Moral and Constitutional" 192, 205 (U.S., 1992) R.B. Foster "Comment, The Right to Silence" 23 *Wm & Mary L. Rev.* (1981) 15, 39 Against Self-Incrimination by Producing Documents: Rethinking the E.N. Representative Capacity Doctrine" 80 *Nw. U. L. Rev.* (1986) 1605, 1639 D.M. Griswold "The Right to be Let Alone" 55 *Nw. U. L. Rev.* (1960) 216, 222

"זכות השתיקה באה כדי למנוע מאדם להיקלע לטרילמה שבה הוא מיטלטל בין החובה המוסרית והמשפטית לומר את האמת לבין החולשה האנושית לשקר כדי להציל את עורו, לבין הסתבכות בבזיון בית-המשפט עקב סירובו להעיד."¹⁴⁰

חיובו של נאשם לדבר מביאו למצב, שבו הוא נדרש להתכחש לחושי ההישרדות הטבעיים שלו, ושובו כל דרך פעולה שבה יבחר תסב לו נזק.¹⁴¹ חיוב כזה מאלצו לגלות את קלונו, להביא במו ידיו לענישתו, ולמעשה- "לחפור את קברו."¹⁴² השפלה כרוכה בחיובו של אדם להאשים את עצמו ובשל הפגיעה באוטונומיה שלו להחליט, אם להשתתף בקביעת אשמתו.¹⁴³ העמדת אדם במצב שבו אם ייכשל בלשונו, הוא צפוי להפסיד את חירותו, את רכושו ואולי אף את חייו, היא אכזרית, בלתי הומנית ופוגעת בכבודו.¹⁴⁴ זכות השתיקה נועדה לחלץ את הנאשם מהטרילמה

O'Brein "The Fifth Amendment: Fox Hunters, Old Women, Hermits, and the P. Westen & S. Mandell ;Burger Court" 54 **Notre Dame L. Rev.** (1978) 26, 41 - 45
"To Talk, To Balk or to Lie: The Emerging Fifth Amendment Doctrine of the P. Arnella "Schmerber and "Preferred Response" 19 **Am. Crim. L. Rev.** (1982) 521
the Privilege Against Self- Incrimination": A Reappraisal" 20 **Am. Crim. L. Rev.**
D.B. Ayer "The Fifth Amendment and the Inference of Guilt from : (1982) 31, 50
Silence: Griffin v. California after Fifteen Years" 78 **Mch. L. Rev.** (1980) 841, 849 -
850; מובא אצל Dolinko, לעיל הערה 129, עמ' 1093, Dennis, 1995, לעיל הערה 129, עמ' 358 -
359; Dennis, 1999, לעיל הערה 129, עמ' 136; Ex **R. v. Director of Serious Fraud Office**,
Murphy v. Waterfront Commission of ;p. Smith (1992) 3 W.L.R. 66, 75 (H.L.)
New York Harbor, 378 U.S. 52, 55 (1964); ע"פ 242/63 קריית נ' היועץ המשפטי לממשלה,
פ"ד יח(3) 477, 498; א' בנדור "סדר דין פלילי ודיני ראיות: התפתחויות בזכויות היסוד של האדם
במשפט הפלילי הדיוני" ספר השנה של המשפט בישראל (תשנ"ו) 481, 532.
רע"פ 6836/95 חכמי נ' שופטת בית משפט השלום בתל-אביב-יפו ואח', פ"ד נא(3) 750, 765.

U.S. v. Grunewald F. 2d ;C.T. McCormick **On Evidence** (U.S., 1978) pp. 287 - 288
Dolinko; 556, 591 (2nd Cir. 1956); לעיל הערה 129, עמ' 1066, 1097 - 1093.

D. Libai "Interogations of a Suspect and the ;205 - 204 עמ' 139, לעיל הערה 139,
Greenwalt Privilege against Self-Incrimination" 2 **Israel Yearbook on Human Rights** (1972)
247, 253 - 254.

Foster, לעיל הערה 139, עמ' 1639 (הטרילמה אכזרית לא בשל העונש הצפוי, כי אם בשל ההשפלה
הכרוכה בחיובו של אדם להאשים את עצמו ובשל הפגיעה באוטונומיה שלו להחליט, אם להשתתף
בקביעת אשמתו); R.S. Gerstein "The Demise of Boyd - Self-Incrimination and Private
Papers in the Burger Court" 27 **UCLA L. Rev.** (1979) 343, 347 - 349
טיעון האכזריות והפגיעה בכבוד. לדעת המחבר, חיובו של אדם למסור גירסת אמת מהווה התערבות
חיצונית פסולה ב"דו שיח" שבין אדם למצפונו).

Williams, לעיל הערה 129, עמ' 53; Greenwalt, לעיל הערה 140, עמ' 39; Gerstein, לעיל הערה
144, עמ' 347; Ayer, לעיל הערה 140, עמ' 850; Rogall, לעיל הערה 134, עמ' 148 - 145 (חיובו של

הניצבת בפניו על ידי מתן אפשרות לבחור בדרך שאינה גורמת באופן ישיר למפלתו. היא מבטאת הכרה בצורך הטבעי של אדם להגן על עצמו.¹⁴⁵ מקובל להניח, כי רק אדם אשם עשוי למצוא עצמו נתון בטרילמה הנדונה. נאשם חף מפשע אינו ניצב בפני טרילמה, שכן גירסת אמת אינה חושפת אותו לסכנה של הפללה עצמית.¹⁴⁶ דבריו המפורסמים של Bentham, שלפיהם זכות השתיקה היתה החוק הראשון שקובעת קבוצת עבריינים, הנדרשת לעצב את חוקי המדינה,¹⁴⁷ משקפים תפישה, שלפיה זכות השתיקה מספקת הגנה לאשמים בלבד, בעוד שחפים מפשע אינם יכולים ואינם צריכים להפיק ממנה כל תועלת.¹⁴⁸ נאשם חף מפשע יבקש לנקות את עצמו על ידי מתן הסבר לחשדות המועלים נגדו.¹⁴⁹ הוא אינו זקוק לזכות שתיקה, שכן דרך ההתנהגות הטבעית בעיניו היא לספק את ההסבר האמיתי, אשר יוכל להסיר את החשדות נגדו.¹⁵⁰ חפות דורשת זכות דיבור, בעוד שאשמה מבקשת

אדם להפלייל את עצמו ולהסב לעצמו נזק קשה כתוצאה מכך, מהווה פגיעה באוטונומיה הבסיסית ביותר של הפרט ומתוך כך גם בכבודו; Libai, לעיל הערה 142, עמ' 254 - 253; M. Berger Making the Fifth (U.S., 1980) p. 32; W.J. Stuntz "Self-Incrimination and Excuse" 88 Col. L. Rev. (1988) 1227, 1234, 1237; פרשת *Miranda v. Arizona*, לעיל הערה 52, עמ' 460; פרשת קרית, לעיל הערה 140, עמ' 498; Greenwalt, לעיל הערה 140, עמ' 205 - 204 (כלל זה נובע מעקרון ההגנה העצמית). לדעת ת' הובס לויין (הוצאת ספרים ע"ש מאגנס, האוניברסיטה העברית, ירושלים, תשכ"ב), עמ' 131, 212, אין לחייב אדם שלא להתנגד להטלת עונש עליו; אי חיובו להאשים את עצמו מהווה חלק מעיקרי האמנה החברתית.

¹⁴⁵ מובא אצל Dolinko, לעיל הערה 129, עמ' 1096 - 1095.

¹⁴⁶ Williams, לעיל הערה 129, עמ' 53; Thomas, לעיל הערה 132, עמ' 309; Stuntz, לעיל הערה 145, עמ' 1239; Dolinko, לעיל הערה 130, עמ' 1105-1106; ע' גרוס "החסיין מפני הפללה עצמית - האמנם ציון דרך במאבקו של האדם הנאור לקידמה?" מחקרי משפט ז (תשמ"ט) 167, 173.

¹⁴⁷ J. Bentham *A Treatise on Judicial Evidence* (England, 1825) p. 241

¹⁴⁸ Bentham, שם, בעמ' 241, 342; "Bentham and the Law of Evidence" M.A. Menlowe 104 L. Q. Rev. (1988) 286, 299 (זכות השתיקה מגינה אמנם לא על אשמים בלבד, אך בעיקר עליהם); AT & T Istel Ltd v. Tulley [1992] 3 All E.R. 523, 530 (H.L.); גרוס, לעיל הערה 146, עמ' 174, 177 (לחף מפשע אין דבר להסתיר, ולפיכך, אין חוסר הוגנות בחיובו לדבר). אולם ראו Seidmann & Stein, לעיל הערה 91. הנ"ל סבורים כי זכות השתיקה יכולה לסייע לחפים מפשע דווקא מתוך הנחה, כי כמעט אך ורק אשמים עושים בה שימוש. ראו להלן פרק 23.

¹⁴⁹ Bentham, לעיל הערה 148, עמ' 241; M.T. Molan *Constitutional Law* (England, 18th ed. 1996) p. 297; G. Williams "The Tactic of Silence" 137 N. L. J. (1987) 1107, 1107-; ed. 1996) p. 1108 (רק במקרים יוצאי דופן יבקש אדם חף מפשע לעשות שימוש בזכות השתיקה).

¹⁵⁰ Ingraham; J. Bentham *Rationale of Judicial Evidence* (U.S., 1995) part I, p. 193; H. Engelhard "Die Vernehmung des Angeklagten" 566 - 568, 562, עמ' 131, עמ' 566 - 568; ZStW (1938) 335, 343; א' הרנון "על זכות השתיקה" משפטים א (תשכ"ח) 95, 106; גרוס, לעיל

פריווילגיה של שתיקה.¹⁵¹ המצדיקים את זכות השתיקה על בסיס טיעון הטרילמה מבקשים להגן על אשמים מטעמים הומניים, הקשורים בכבוד האדם. לאור ההנחה, שלפיה שתיקה נתפשת כחיפוי על אשמה, קצרה הדרך לראות בשתיקה ראייה מפלילה נגד הנאשם.

(ב) זכות השתיקה כמגבירה את האמינות של גירסת החף מפשע

תיאוריה חדשה של פרופ' שטיין ופרופ' זיידמן באשר להצדקתה של זכות השתיקה מבוססת על ניתוח תגובותיו של נאשם רציונלי על פי תורת המשחקים. מסקנתם היא, כי ביטול זכות השתיקה יעמוד בעוכריהם של נאשמים חפים מפשע בשל אפקט החבירה (pooling) של גירסאות שקריות רבות. שטיין וזיידמן מניחים, כי כמעט אך ורק אשמים עושים שימוש בזכות השתיקה, וכי רק במקרים יוצאי דופן יהיה אדם חף מפשע מעוניין לשתוק.¹⁵² חף מפשע הפועל באורח רציונלי ירצה לדבר, שכן הצגת האמת, בניגוד לשתיקה או לשקרים, תפעל באופן רגיל לטובתו ותערער את מסכת הראיות נגדו.¹⁵³ חרף ההתייחסות לשתוק כאשם, מעדיפים עבריינים, לעתים קרובות, לשתוק מאשר לשקר, שכן גירסה כוזבת עלולה לסבך את הנאשם בשקריו.¹⁵⁴ שקרים ניתנים להפרכה פוזיטיבית, העשויה להסיר כל ספק סביר באשמה, בעוד ששתיקה עשויה להביא לזיכוי, המבוסס על קיומו של ספק סביר באשמה.¹⁵⁵ מאחר שלעבריינים יש מוטיבציה לבחור בזכות השתיקה, זכות השתיקה מאפשרת להבחין ביתר קלות בין עבריינים, העושים בה שימוש, לבין חפים מפשע.¹⁵⁶ בהיעדר זכות שתיקה, עבריינים רבים יותר יתחזו לחפים מפשע באמצעות מסירת

הערה 147, עמ' 180 (האפשרות שחף מפשע יסבך את עצמו בעבירה משום שייכשל בלשונו אינה סבירה ובוודאי אינה משקפת את הכלל). זוהי התפישה הרווחת ביפן: DeSombre, לעיל הערה 134, עמ' 142.

¹⁵¹ Bentham, לעיל הערה 148, עמ' 241.

¹⁵² לעיל הערה 91, עמ' 457.

¹⁵³ שם, עמ' 449.

¹⁵⁴ שם, עמ' 443, 448.

¹⁵⁵ שם, עמ' 449.

¹⁵⁶ שם, עמ' 460 – 461.

גירסה (שק'רית).¹⁵⁷ אר'אז ריבוי גירסאות השקר אשר תישמענה מפי נאשמים יטשטש את ההבדל בין אשם לבין חף מפשע ויפחית מראש את אמינות גירסתו של נאשם חף מפשע.¹⁵⁸ מתוך מודעותם של מקבלי ההחלטות בהליך הפלילי למוטיבציה של עבריינים לשקר, גם חפים מפשע - אשר אינם מסוגלים לתמוך את דבריהם בראיה חיצונית (כגון נאשם אשר שהה בביתו בעת התרחשות האירוע העברייני, אך אין לו עדים לכך) - עלולים להיפגע בשל התייחסות חשדנית מראש לדבריהם, ולהיות מורשעים בדינם.¹⁵⁹

בניגוד לדעה, שלפיה הנחה אפריורית גורפת של אשמה עובדתית מקשה על הצדקתה של זכות השתיקה,¹⁶⁰ יש, לדעת שטיין וזיידמן, להצדיק את זכות השתיקה דווקא לנוכח ההנחה כי עבריינים הם העושים בה שימוש, ובאופן זה מסייעים להבחין בין אשמים לבין חפים מפשע, לתועלתם של החפים מפשע. ההנחה, כי שתיקה משמשת אשמים, מובילה, כאמור, באופן רגיל למסקנה כי יש בכוחה כדי לתרום למסכת הראיות המפלילות נגד הנאשם. שטיין וזיידמן, מתוך אותה נקודת מוצא, סבורים, כי אין להפעיל לחץ עקיף על עבריינים לשקר במקום לשתוק, שכן לחץ כזה עלול לעמוד בעוכריהם של חפים מפשע המוסרים גירסה. לפיכך, אין לנקוט, לדעתם, סנקציות בשל אי השתתפות בהליך הפלילי באמצעות הסקת מסקנות מפלילות משתיקה.¹⁶¹

¹⁵⁷ שם, עמ' 443.

¹⁵⁸ שם, עמ' 433, 449, 459 - 460, 462.

¹⁵⁹ שם, עמ' 462.

¹⁶⁰ Thomas, לעיל הערה 132, עמ' 303 (לזכות השתיקה אין זכות קיום, אם אינה ממלאת תפקיד בהגנתו של חף מפשע); Dennis, 1995, לעיל הערה 129, עמ' 359, Dennis, 1999, לעיל הערה 129, עמ' 137 (הנחת האשמה, העומדת ביסודו של טיעון הטרילמה, מקשה לבסס עליו את זכות השתיקה); א' שטרומן "המלך עירום או חבר המושבעים השולט בבית המשפט בישראל" עיוני משפט יג (תשמ"ח) 175, 182 - 183; כך, סבור גרוס, לעיל הערה 147, כי אין דבר בלתי אנושי בחיוב למסור גירסת אמת (שם, עמ' 173). הוא שואל באופן רטורי "האם פחות משפיל לרצוח אדם מלהיות מחוייב להודות בכך?" (שם, עמ' 180); Foster, לעיל הערה 140, עמ' 1639 (ספק אם ניתן לכנות ענישת אדם, בגין התנהגות עבריינית בשל בחירתו בזכות שתיקה, כאכזרית); Dolinko, לעיל הערה 129, עמ' 1103 - 1104 (ענישת עברייין אינה נתפשת כאכזרית אלא כרצויה).

¹⁶¹ לעיל הערה 91, עמ' 461.

(ג) הזכות לשמירה על מתחם אוטונומי

זכות השתיקה מגבילה את כוחה של המדינה נגד הפרט,¹⁶² ומאפשרת לנאשם, בד בבד, לשמור על מתחם אוטונומי פרטי משלו.¹⁶³ ידיעתו של הנאשם כי קיים מתחם אוטונומי, שאליו לא ניתן לחדור, שומרת על כבודו כאדם ועל תחושת ערכו העצמי. זכות השתיקה תורמת לריכוך פערי הכוח הקיימים בין המדינה לבין הפרט ולהצבת שני הצדדים בעמדה שוויונית יותר,¹⁶⁴ שכן כאשר מדובר בשני צדדים שווים להליך הפלילי, על המדינה לכבד את בחירתו של הנאשם שלא להעיד בעניינו ולהימנע מלכפות עליו לסייע לרשויות אכיפת החוק.¹⁶⁵ זכות השתיקה מכירה באוטונומיה של הנאשם להחליט בדבר מידת שיתוף הפעולה שלו עם מאשימיו ובדבר דרך ההגנה הרצויה והמתאימה לו כצד להליך הפלילי.¹⁶⁶ הטיעון, המצדיק את זכות השתיקה בשל הצורך בריסון כוחה של המדינה ובכיבוד האוטונומיה של הפרט, הוא טיעון דאונטולוגי, המתבסס על כבוד האדם ועל תפישת האדם כתכלית

¹⁶² H.U. Paeffgen *Vorueberlegungen zu einer Dogmatik des Untersuchungshaft - Rechts* (Germany, 1986) pp. 68, 71 - 72 (זכות השתיקה מהווה עיקרון, המעוגן במחשבת מדע המדינה, באשר לאופן השימוש בכוח הפלילי העונשי של המדינה); Libai, *לעיל* הערה 142, עמ' 252; Berger, *לעיל* הערה 144, עמ' 34; Malloy v. Hogan 378 U. S. 1, 7 (1964) (זכות השתיקה מהווה מרכיב חיוני באיזון בין אינטרס המדינה לזכויות הפרט); Rogall, *לעיל* הערה 133, עמ' 108 (זכות השתיקה מהווה אחד מהיבטי האיזון ביחסי פרט - מדינה); Harvey, *לעיל* הערה 130, עמ' 181, 188.

¹⁶³ Paeffgen, *לעיל* הערה 162, עמ' 68, "Consequences of Exercising the Privilege Against Self Incrimination" 24 *U. Chi. L. Rev.* (1957) 472, 488 - 489 (המוסיפים כי המתחם האוטונומי כולל גם את זכותו של אדם לשמור בחשאי את דבר ביצוע העבירה על ידו); Berger, *לעיל* הערה 144, עמ' 39, 41; מובא אצל G.C. Thomas III & M.D. Bilder "Aristotle's Paradox and the Self-Incrimination Puzzle" 82 *J. Crim. L. & Criminology* (1991) 243, 251; Dolinko, *לעיל* הערה 129, עמ' 1139 - 1138.

¹⁶⁴ Berger, *לעיל* הערה 144, עמ' 39-41; ע' קפלן "על זכות השתיקה" בתוך: ר' גבזון (עורכת) *זכויות אזרח בישראל* (האגודה לזכויות האזרח בישראל, התשמ"ב), 241, 248; Molan, *לעיל* הערה 149, עמ' 296 (אי השוויון בין הצדדים היווה את הסיבה ההיסטורית להענקת זכות השתיקה).

¹⁶⁵ Foster, *לעיל* הערה 140, עמ' 1638. הוא סבור, עם זאת, שם, עמ' 1639 - 1638, כי שוויון הכוחות אינו בסיס מספיק להצדקת החיסיון מפני הפללה עצמית, שכן חשוד מחויב לסייע לרשויות אכיפת החוק בהקשרים אחרים, כגון ביצוע חיפוש בגופו; מובא אצל Thomas III & Bilder, *לעיל* הערה 164, עמ' 257.

¹⁶⁶ G.W. O'Reilly "England Limits the Right to Silence and Moves towards an Inquisitorial System of Justice" 55 *J. Crim. L. & Criminology* (1994) 402, 422; Foster, *לעיל* הערה 140, עמ' 1639.

בפני עצמה.¹⁶⁷ טיעון זה אינו מניח מראש אשמה או חפות. נראה לי, כי אין בו כדי למנוע הסקת מסקנות מפלילות מהשתיקה בנסיבות מתאימות. ראיית השתיקה במקרים מסוימים כמסווה לאשמה אינה פוגעת בהכרח בכוח רצונו של הנאשם שלא ליטול חלק אקטיבי בהליך הפלילי המתנהל נגדו.

(ד) הגנה על חף מפשע

קיימת, כאמור, דעה דומיננטית, שלפיה שתיקה מעידה על אשמה. בניגוד לדעה זו, חף מפשע יכול להיות מעוניין לעשות שימוש בזכות השתיקה מטעמים שאינם קשורים ברצון להסתיר אשמה.¹⁶⁸ מודעות לאשמה היא סיבה אפשרית, אך בשום אופן לא הכרחית, לשתיקה. יש הטוענים, אמנם, כי מדובר במקרים חריגים, שאינם משקפים את הכלל,¹⁶⁹ אולם דומה כי קשה לשלול מבחינה אמפירית את עצם קיומם של טעמים אלה. שתיקה עשויה לנבוע מתוך רצון של הנאשם לשמור על שמו הטוב, על ביטחונו, על פרטיותו, על סוד מקצועי,¹⁷⁰ או מרצון לחפות ולהגן על אדם אחר.¹⁷¹

¹⁶⁷ על גזירת החיסיון מפני הפללה עצמית מכבוד האדם ראו דברי McCormick, לעיל הערה 141, עמ' 287 - 288, שלפיהם: "...to require participation would be simply too great a violation of the dignity of the individual, whether or not he is guilty of a criminal offence" Rogall, לעיל הערה 133, עמ' 17, 139; Libai, לעיל הערה 142, עמ' 251 - 252.

¹⁶⁸ Berger, לעיל הערה 144, עמ' 27; O'Reilly, לעיל הערה 166, עמ' 403; O'Reilly, לעיל הערה 133, עמ' 538 - 539; J. Coldrey "The Right to Silence: Should It Be Curtailed or Abolished?" 20 *Anglo-American L. Rev.* (1991) 51, 55 - 56; R. Pattenden "Inferences from Silence" *Crim. L. Rev.* (1995) 602, 608; J.F. Witt "Making the Fifth: The Constitutionalization of American Self-Incrimination Doctrine, 1791-1903" 77 *Tex. L. Rev.* (1999) 825, 914; S. Greer "The Right to Silence: A Review of the Current Debate" 53 *The Mod. L. Rev.* (1990) 709, 717; Ratner, לעיל הערה 164, עמ' 487, 491 - 492; *Murphy v. Waterfront Commission of New York Harbor*, 378 U.S. 52, 55 (1964); S.M. Easton *The Right to Silence* (England, 1991) 54.

¹⁶⁹ Williams, לעיל הערה 149, עמ' 1107 - 1108; Thomas, לעיל הערה 131, עמ' 311 - 312; Menlowe, לעיל הערה 148, עמ' 297 - 298; Dennis, לעיל הערה 129, עמ' 350, 1999, לעיל הערה 129, עמ' 130 - 132.

¹⁷⁰ ע"פ 139/52 הו"ע המשפטי נ' קינן ואח', פ"ד ז 619, 648.

¹⁷¹ M. Colvin & K. Akester "Directions for Silence" 145 *New L. J.* (1995) 1621; Coldrey, לעיל הערה 169, עמ' 55; Pattenden, לעיל הערה 168, עמ' 608; Greer, לעיל הערה 168, עמ' 717; S. Nash & S. Solley "Limitations on the Right to Silence and Abuse of Process" 61 *J. Crim. L.* (1997) 95, 96; לעיל הערה 29, עמ' 234.

היא עשויה לנבוע מחוסר ביטחון,¹⁷² מתחושה של חוסר אונים להתמודד עם ההליך המשפטי, מתוך בלבול, חשש ומתח שבו נמצא גם חף מפשע במהלך ההליך המשפטי,¹⁷³ או מתוך כעס ועלבון על עצם קיומו של הליך פלילי ועל חוסר האמון שמובע בו באמצעותו.¹⁷⁴ היא עשויה לנבוע מאיבה כלפי מוסדות המדינה ומאי נכונות לשתף עימם פעולה בכל צורה שהיא.¹⁷⁵ נאשם חסר ביטחון עלול לחשוש מהפורמליות של ההליך המשפטי.¹⁷⁶ הוא עלול לחשוש מחקירה נגדית אגרסיבית. הוא עלול לחשוש מהתמוטטות נפשית בעקבותיה. הוא עשוי לחשוש, כי מסירת מידע תמים עלולה לעמוד בעוכריו ולהביא להפללתו.¹⁷⁷ נאשם יכול לשתוק משום שאינו זוכר את פרטי האירוע.¹⁷⁸ נאשם עשוי לשתוק גם כאסטרטגיית הגנה לגיטימית וסבירה, אם הוא סבור כי ראיות התביעה אינן מבססות את אשמתו מעבר לכל ספק סביר.¹⁷⁹

חרף רצונו האפשרי של נאשם חף מפשע לעשות שימוש בזכות השתיקה, ניתן לטעון, כי אילוץ של נאשם למסור את גירסתו בנסיבות שאינן נוחות לו, מהווה מחיר חברתי הכרחי, אשר מכתיבה המלחמה בעבריינות.¹⁸⁰ אולם, כעולה מתיאור הסיבות האפשריות לשתיקה, זכות השתיקה אינה מהווה עניין של נוחות גרידא בעבור נאשם, והיא עשויה למלא תפקיד בהגנה על חף מפשע מפני סיכון של הרשעה מוטעית.¹⁸¹ נאשם חף מפשע עלול להיות מורשע בדינו בשל הסתמכות על עדות מבולבלת או על עדות לא נכונה שמקורה במתח, בלחץ או בשכחה או בשל אי

¹⁷² *RPS v. The Queen*, 199 CLR 620, 632 (2000).

¹⁷³ *Pattenden*, לעיל הערה 169, עמ' 608; *Dolinko*, לעיל הערה 130, עמ' 1075; *Greer*, לעיל הערה 168, עמ' 717; *Ratner*, לעיל הערה 164, עמ' 487; *Easton*, לעיל הערה 168, עמ' 54; *Griffin v. California* 380 U.S. 609, 613 (1965).

¹⁷⁴ פרשת קינן, לעיל הערה 170, עמ' 648; *Greenwalt*, לעיל הערה 139, עמ' 192.

¹⁷⁵ *Greer*, לעיל הערה 168, עמ' 717; *Easton*, לעיל הערה 168, עמ' 54.

¹⁷⁶ *United States v. Hale*, 422 U.S. 171, 181 - 182 (1975).

¹⁷⁷ *Berger*, לעיל הערה 144, עמ' 28.

¹⁷⁸ פרשת *RPS*, לעיל הערה 172, עמ' 642.

¹⁷⁹ פרשת *RPS*, לעיל הערה 173, עמ' 634.

¹⁸⁰ הרנון, לעיל הערה 151, עמ' 110.

¹⁸¹ J.C. Morton & S.C. Hutchison *The Presumption of Innocence* (Canada, 1987) p. 112; *Greer*, לעיל הערה 168, עמ' 729.

הבנה של דבריו, כשאלה יכולים להתפרש לשני פנים.¹⁸² החשש מעונש, תחושת אי הוודאות והצורך להתמודד עם האשמות שווא עלולים להביא נאשם חף מפשע למסירת גירסה בעלת סתירות, כפרי של מתח נפשי,¹⁸³ היכולה להתפרש כראיה לאשמת הנאשם. בנסיבות אלה לא מן הנמנע כי תובע מיומן בחקירה נגדית יוכל להציג חף מפשע כאשם.¹⁸⁴ נאשם חף מפשע עשוי בהחלט לסבור, לפיכך, כי סיכויי זיכוי רבים יותר אם יבחר בזכות השתיקה. נימוק הטרילמה, הנתפש כנימוק המגן על אשמים, הינו בעל רלוונטיות גם לנאשם חף מפשע, החושש, כי תגובתו להאשמות כלפיו עלולה להפלילו. זכות השתיקה קשורה, אפוא, לאוטונומיה של הנאשם לנהל את הגנתו באופן הנראה לו מתאים ביותר כדי למנוע הרשעה.¹⁸⁵ יש הטוענים, כי שיקול של חף מפשע לעשות שימוש בזכות השתיקה בשל חשש מהרשעה מוטעית אינו רציונלי בהיותו מזיק דווקא לסיכויי לצאת זכאי בדינו, וכי רק בנסיבות קיצוניות ביותר לא יהיה בכוחו של סיפור אמיתי ליצור, לכל הפחות, ספק סביר באשמה.¹⁸⁶ אחרים טוענים, כי מצבו של חף מפשע, החושש מפני עשיית רושם לא אמין בעדותו, לא יורע אם יעיד, יותר מאשר אם יבחר לשתוק ולהותיר את גירסת התביעה ללא כל מענה מצדו.¹⁸⁷ לכך יש להשיב: ראשית, בני אדם אינם

¹⁸² McCormick; R. Dworkin **A Matter of Principle** (England, 1985) p. 89 לעיל הערה 141, עמ' 286 - 287; Coldrey, לעיל הערה 168, עמ' 57; Ratner, לעיל הערה 163, עמ' 487; Colvin & Akester, לעיל הערה 171, עמ' 1621; עניין Grunewald, לעיל הערה 141, בעמ' 579.

¹⁸³ C. Beccaria **On Crimes and Punishments** (U.S., 1963, originally published in 1764) p. 34. לדבריו, החשש מהעונש, אי הוודאות של פסק הדין, הדרו של השופט ובורותו של הנאשם יכולים להביא הן חף מפשע החושש, והן אשם המעוניין להסתיר את אשמתו, לכלל סתירה. האפשרות של סתירה, השכיחה גם בעת רגיעה, מתעצמת כאשר אדם נתון במצב של דאגה והתרגשות, ומעייניו נתונים להימלטות מסכנה מיידית.

¹⁸⁴ A. Palmer "Silence in Court - the Evidential Significance of an Accused Person's Failure to Testify" 18 **UNSW L.J.** (1995) 130, 141 (באשר להצדקת זכות השתיקה במשפט באופן כללי).

¹⁸⁵ Gerstein, לעיל הערה 143, עמ' 351 - 352 (מדבר על אוטונומיית החשוד להחליט על דרך השתתפותו במשחק האדברסרי).

¹⁸⁶ Bentham, לעיל הערה 150, חלק ראשון, עמ' 193; גרוס, לעיל הערה 146, עמ' 180. ראו Seidmann & Stein, לעיל הערה 91.

¹⁸⁷ Thomas, לעיל הערה 131, עמ' 311 (בית משפט או חבר מושבעים מסוגלים לנטרל גורמים, כגון דפוסי דיבור והתנהגות בעת הערכת אמינותה של הגירסה); Menlowe, לעיל הערה 148, עמ' 298 - 299; Dolinko, לעיל הערה 129, עמ' 1075 (זכות השתיקה אינה מגינה על חף מפשע בשל נטייתו הטבעית של חבר המושבעים לפרש שתיקה כאשמה); B.D. Melzer "Required Records, The McCarran Act and the Privilege Against Self Incrimination" 18 **U. Chi. L. Rev.**

מתנהגים תמיד באופן רציונלי.¹⁸⁸ שנית, אין כל סיבה לפגוע בנאשם ששתק מתוך עלבון וכעס, או מתוך מתח וחרדה, על ידי הסקת מסקנות לרעתו משתיקתו בבית המשפט. שלישית, כיבוד האוטונומיה של הנאשם מחייב לאפשר לו לנהל את הגנתו כראות עיניו באמצעות בחירה בשתיקה, גם בנסיבות שבהן ניתן להעריך, באופן רציונלי, כי דיבור היה מסייע בידו באופן רב יותר להגנתו. רביעית, לא ניתן לשלול אף באופן רציונלי קיומם של מקרים, גם אם אין הם משקפים את הכלל, שבהם מהווה זכות השתיקה כלי חיוני לחף מפשע להגדיל את סיכויי הזיכוי במשפט. די, לדעתי, בחוסר האפשרות לשלול, בנסיבות מסוימות, את תרומתה של זכות השתיקה להגנתו של נאשם חף מפשע, כדי להצדיק את קיומה וכדי להימנע ממסקנות מפלילות בשל עצם עשיית השימוש בה.

(ה) חובת התביעה להוכיח את האשמה

זכות השתיקה נחשבת בעיני רבים כתוצאה מתחייבת של חזקת החפות.¹⁸⁹ הטיעון המרכזי לקשר בין זכות השתיקה לבין חזקת החפות מתייחס לחובתה של התביעה להרים את נטל ההוכחה המוטל עליה ממקורותיה העצמאיים ללא

691 - 690 (1951) (חף מפשע יינוק פחות בדרך כלל מדיבור מאשר משתיקה, המתפרשת כהודאה באשמה); Stuntz, לעיל הערה 144, עמ' 1273 (על נטיית המושבעים להסיק אשמה משתיקה); Berger, לעיל הערה 144, עמ' 28 (תפקידה של זכות השתיקה בהגנה על חף מפשע הוא שולי, וקשה להצדיק כלל כה מרכזי על בסיס השפעה מועטה זו). וראו לדעה זו גם Greenwalt, לעיל הערה 140, עמ' 44-45, Griswold, לעיל הערה 139, עמ' 223.

188 Seidmann & Stein. H. Sidgwick *The Methods of Ethics* (1930) p. 6 מודעים לנקודה זו: לעיל הערה 91, עמ' 464.

189 M. Schubarth *Zur Tragweite des Grundsatzes der Unschuldvermutung* (Switzerland, 1978); Morton & Hutchison, לעיל הערה 181, עמ' 112; Easton, לעיל הערה 168, עמ' 108 - 109; Harvey, לעיל הערה 130, עמ' 186; מובא אצל Dennis, 1995, לעיל הערה 129, עמ' 344, 348, 353; Schwartz; R. v. Appleby (1971) 3 C.C.C. (2d) 354, 365; A. Arndt "Umwelt und Recht", Paeffgen, (1988) 2 S.C.R. 443, 478; דברי הסיכום של Hatchard, Huber & Vogler, 19 NJW (1966) 869, 870 - 871; לעיל הערה 133, עמ' 225; ד' דורנר "השפעת חוקי-סוד: כבוד האדם וחירותו על דיני המעצרים" משפט וממשל ד (תשנ"ז) 13; Rogall, לעיל הערה 133, עמ' 135 (חזקת החפות מונעת מלחייב חשודים ונאשמים במסירת גירסה. החובה למסור גירסה מניחה אשמה); U.S. v. Wade, 388 U.S. 218, 257 (1966) - 258.

הסתיעות בנאשם.¹⁹⁰ נאשם אינו חייב להשתתף בביסוס אשמתו. "אין חובתו לסייע בידי הקטיגוריה לגלות את אשמתו."¹⁹¹ חזקת החפות מאפשרת לנאשם להתעקש, כי המדינה תצבור בלעדיו את הראיות הנחוצות להרשעתו, ולדרוש, כי יניחוהו לנפשו וכי לא יפנו אליו לצורך הוכחת העבירה. מדינה, אשר יש בידה ראיות מעבר לכל ספק סביר להוכיח את אשמתו של הנאשם, אינה נזקקת להסבריו. הטלת הנטל של הוכחת האשמה על המדינה מאפשרת לנאשם לנקוט עמדה פסיבית במהלך ההליך הפלילי המתנהל נגדו.¹⁹² אין מוטלת עליו כל חובה להסביר את התנהגותו ולא ניתן לאלצו להוכיח את חפותו.¹⁹³ או לתרום באופן אקטיבי לביסוס התביעה נגדו.¹⁹⁴ הוא אינו נדרש להפריך דבר.¹⁹⁵ הטלת חובת דיבור על נאשם מחייבת אותו לטעון לחפותו.¹⁹⁶ היא מעתיקה את הדגש מראיות התביעה לגירסת ההגנה.¹⁹⁷ אילו צו של נאשם מכוח החוק למסור גירסת אמת יכול להביא למסירת מידע, אשר באופן אחר לא היה יכול להיות מצוי בידי רשויות אכיפת החוק. אין זה ראוי לחייב אדם להיות המאשים שלו עצמו, או לספק את הראיות הנדרשות להרשעתו.¹⁹⁸ במסגרת יחסי פרט - מדינה אין לצפות מהפרט כי יהיה נאשם ומאשים בעת ובעונה אחת.¹⁹⁹

-
- ¹⁹⁰ P.J. Fitzgerald *Criminal Law and Punishment* (England, 1962) p.175; *Harvey*, לעיל הערה 181, עמ' 112; *Morton & Hutchison*, לעיל הערה 139, עמ' 1637 - 1638; *Nash & Solley*, לעיל הערה 171, עמ' 97 - 98; *Molan*, לעיל הערה 149, עמ' 296; *Easton*, לעיל הערה 168, עמ' 108 - 109; *R. v. Noble*, (1997) 1 S.C.R. 874, 920-921; פרשת **Wade**, שם, בעמ' 257 - 258.
- ¹⁹¹ פרשת **מיזאן**, לעיל הערה 29, עמ' 771.
- ¹⁹² *Berger*, לעיל הערה 144, עמ' 40; *Easton*, לעיל הערה 168, עמ' 109; פרשת **RPS**, לעיל הערה 172, עמ' 633.
- ¹⁹³ *Paeffgen*, לעיל הערה 162, עמ' 68; *Libai*, לעיל הערה 142, עמ' 253.
- ¹⁹⁴ *Paeffgen*, לעיל הערה 162, עמ' 69.
- ¹⁹⁵ *Harvey*, לעיל הערה 130, עמ' 186; *Coldrey*, לעיל הערה 168, עמ' 52; פרשת *Noble*, לעיל הערה 190, עמ' 920 - 921.
- ¹⁹⁶ J.C. Cascarelli "Presumption of Innocence and Natural Law: Machiavelli and Aquinas" 41 *Am. J. Jurisprudence* (1996) 229, 230.
- ¹⁹⁷ *Easton*, לעיל הערה 168, עמ' 110; E. Stone "Calling a Spade a Spade: the Embarrassing Truth about the Right to Silence" 22 *Crim. L.J.* (1998) 17, 19.
- ¹⁹⁸ *Harvey*, לעיל הערה 130, עמ' 181.
- ¹⁹⁹ מובא אצל *Dennis*, 1995, לעיל הערה 129, עמ' 353 - 354, 1999, לעיל הערה 129, עמ' 132; וראו *Beccaria*, לעיל הערה 183, עמ' 31, האומר בהקשר להפעלת עינויים, כי ציפייה מאדם להיות מאשים ונאשם כאחד משבשת את כל מערכת היחסים בין הפרט למדינה.

ואכן, אם הנטל של הפרכת האשמה יוטל על הנאשם, הוא יאלץ לבחור בין דיבור להרשעה.²⁰⁰ יש הסבורים, לפיכך, כי מאחר שחיובו של נאשם לדבר מטיל עליו את נטל ההוכחה בפועל, יכולת בחירתם של נאשמים בשתיקה מהווה פועל יוצא מהטלת הנטל של הוכחת האשמה על התביעה,²⁰¹ ואילו חיובו של נאשם להשיב שקול להפיכתו של נטל ההוכחה.²⁰²

יש המתנגדים, מאידך גיסא, לקישור בין חוקת החפות לזכות השתיקה. לטענתם, יש להבחין בין נטל השכנוע המוטל על המדינה לבין האפשרות להסיק מסקנות מפלילות משתיקתו של הנאשם. חוקת החפות קובעת מיהו הצד הנושא בנטל ההוכחה ומהי מידת ההוכחה המוטלת עליו לצורך הרשעה, אך אינה נוקטת עמדה באשר לאופן הרמת נטל זה על ידי התביעה או באשר למקור היכול לספק את ההוכחה הנדרשת.²⁰³ גם בהליך אזרחי רשאי התובע לזמן את יריבו כעד תביעה מטעמו, חרף העובדה כי הנטל להוכיח את עילת התביעה מוטל עליו. אין כל מניעה כי התביעה תיבנה מגירסת הנאשם, כשם שנאשם, הנושא בנטל השכנוע להוכיח קיומן של הגנות מסוימות או היעדרו של יסוד מיסודות האשמה, יכול להרים נטל זה

²⁰⁰ וראו את ביקורתם של משכילים בצרפת במאה ה-18 על חוקת האשמה בחוק הצרפתי משנת 1670 ואת טענתם בהקשר לכך כי אדם אינו צריך לשמש אמצעי להוכחת חפותו: E. Hertz **Voltaire** *und die französische Strafrechtspflege im 18 Jahrhundert* (Germany, 1887) p. 136.

²⁰¹ Morton & Hutchison, **לעיל** הערה 181, עמ' 112. אולם ראו את עמדת בית המשפט העליון בקנדה, אשר שלל את הקשר בין חוקת, המעבירות את נטל ההוכחה לנאשם, לבין זכות השתיקה: **R. v. Stanger** (1983) 7 C.C.C. (3d) 337 (Alta C.A.), *v.* זאת, משום שהנאשם יכול לעמוד בנטל ההוכחה גם באמצעים אחרים, כגון באמצעות הבאת עדים, גם אם יבחר בשתיקה. Morton & Hutchison, **שם**, עמ' 116, גורסים, כי יהיה זה בלתי מעשי לטעון, כי זכות השתיקה אינה נפגעת, כאשר הנאשם מוחזק אשם כל עוד לא יביא ראיות לחפותו, וכי, לעתים קרובות, לא יצליח הנאשם לעמוד בנטל הראייה לחפותו בלא מתן עדות.

²⁰² דעת המיעוט בפרשת **Murray v. U.K.**, 22 EHRR 29, 73 - 74 (1996) (הסקת מסקנות מפלילות משתיקת הנאשם בחקירתו או במשפטו שקולה לאילוצו להעיד).

²⁰³ Williams, **לעיל** הערה 149, עמ' 1108; C.R. Williams "Silence in Australia: Probative", **110 L.Q.Rev.** (1994) 629, 637; Thomas, **לעיל** הערה 131, עמ' 312 - 314; Dolinko, **לעיל** הערה 129, עמ' 1084; Menlowe, **לעיל** הערה 148, עמ' 303 (חוקת החפות יכולה להטיל על התביעה את החובה לבסס ראיות לכאורה להוכחת האשמה בלי להסתיע בנאשם, אך אינה יכולה להצדיק שתיקה במשפט); גרוס, **לעיל** הערה 146, עמ' 174; Rogall, **לעיל** הערה 133, עמ' 110 - 112 (חוקת החפות אוסרת על משוא פנים ועל דעה מוקדמת כלפי הנאשם, אך איסור זה אינו קשור מבחינה מושגית לזכות השתיקה).

באמצעות הסתמכות על גירסת התביעה.²⁰⁴ כמו כן, ניתן להסתייע בנאשם בהליך הפלילי על ידי שימוש באמרות רצוניות של²⁰⁵ או על ידי שימוש בממצאים שהתקבלו כתוצאה מביצוע חיפוש כפוי בגופו.²⁰⁶ הטלת הנטל של הוכחת האשמה על התביעה אינה שוללת, כשלעצמה, את האפשרות לראות בנאשם אמצעי להוכחת האשמה נגדו.²⁰⁷ זוהי גם עמדת המשפט הישראלי, אשר הבחין בין החובה המוטלת על התביעה להוכיח את אשמתו של הנאשם מעבר לכל ספק סביר לבין האפשרות להסיק מסקנות ראייתיות משתיקתו במשפט.²⁰⁸ הטענה המתנגדת להסקת מסקנות משתיקה אינה נסמכת, איפוא, רק על נטל ההוכחה ומידתה, אלא על חובת התביעה להוכיח אשמה ללא עזרתו הכפויה של הנאשם.²⁰⁹

ואכן, במשפט פלילי, בניגוד למשפט אזרחי, התביעה אינה רשאית לזמן את הנאשם כעד מטעמה. לפיכך, הנאשם רשאי לתכנן את אסטרטגיית ההגנה שלו לא על ידי הצגת גירסה עובדתית פוזיטיבית משלו אלא על ידי הצבעה על חולשות ופגמים בגירסת התביעה. הנאשם רשאי לשתוק ולסמוך על כך שהתביעה לא הרימה את נטל ההוכחה המוטל עליה במידת הוודאות הנדרשת במשפט פלילי.²¹⁰ ידיעתה של התביעה, כי לא תוכל בהכרח להיבנות מגירסת ההגנה בביסוס אשמתו של הנאשם, מהווה תמריץ לתביעה להקפיד על הגשת כתבי אישום המבוססים על ראיות משכנעות.

²⁰⁴ וראו לאפשרות של הנאשם, הנושא בנטל השכנוע, להיבנות מגירסת התביעה: *Mancini v. D.P.P.* A.C. 1, 12 - 13

²⁰⁵ *Dolinko*, לעיל הערה 129, עמ' 1083; *Dennis*, לעיל הערה 5, עמ' 39.

²⁰⁶ *Thomas*, לעיל הערה 131, עמ' 313; *Dolinko*, לעיל הערה 129, עמ' 1083; *Dennis*, לעיל הערה 5, עמ' 39. וראו, עם זאת, *Easton*, לעיל הערה 168, עמ' 109, האומרת אכן כי גם חיפוש כפוי צריך להיכלל בתחומי החיסיון.

²⁰⁷ *Thomas*, לעיל הערה 131, עמ' 313; *Dolinko*, לעיל הערה 129, עמ' 1084.

²⁰⁸ ע/126/02; ע/230/02 סמל מרסינו נ' התובע הצבאי הראשי; רב"ט מילשטיין נ' התובע הצבאי הראשי, עמ' 10 - 11 לפסק הדין, המתייחס להוראות החוק המאפשרות הסקת מסקנות מפלילות משתיקה.

²⁰⁹ *Palmer*, לעיל הערה 184, עמ' 140.

²¹⁰ שם, עמ' 133.

4. הסקת מסקנות מפלילות משתיקה

שתיקה אינה נתפשת כהודאה באשמה ואינה מהווה כשלעצמה תחליף להוכחת האשמה על ידי התביעה.²¹¹ ראינו לעיל, כי מרבית ההצדקות של זכות השתיקה מובילות למסקנה כי אין מקום לראות בשתיקה תוספת לראיות התביעה. עם זאת, עמדה זו לא התקבלה על ידי המחוקק הישראלי, אשר הכיר בשתיקה בבית המשפט כבעלת כוח ראייתי עצמאי לחובת הנאשם. סעיף 162 לחוק סדר הדין הפלילי קובע, כי הימנעות הנאשם מלהעיד במשפטו יכולה להוות חיזוק ואף סיוע לראיות התביעה כנגדו.²¹² הוראה מקבילה קבועה בסעיף 366א לחוק השיפוט הצבאי. מדינות נוספות מאפשרות אף הן להסיק מסקנות מפלילות לחובת הנאשם משתיקתו במהלך החקירה או המשפט.²¹³ כך, החוק באנגליה משנת 1994 מאפשר לראות בשתיקת הנאשם במהלך חקירתו או משפטו משום חיזוק לראיות התביעה נגדו.²¹⁴ הוראה דומה נקבעה באירלנד הצפונית כבר בשנת 1988.²¹⁵ הפסיקה באנגליה קבעה, כי ניתן לראות בשתיקה ראייה עצמאית רק אם ניתן להסיק כי השתיקה מעידה בהכרח על כך שלנאשם אין תשובה נגד ההאשמות המופנות כלפיו.²¹⁶ הבאת שתיקתו של הנאשם בחשבון כאינדיקציה נוספת לאשמה הוכרה על ידי בית

²¹¹ Williams; Weissensteiner v. The Queen (1993) 178 CLR 217, 229, לעיל הערה 203, עמ' 632; ע"פ 28/49 זרקא נ' היועץ המשפטי לממשלת ישראל וערעור שכנגד, פ"ד ד 504, 538 - 539; ע"פ 145/71 גנדלמן נ' מדינת ישראל, פ"ד כה(2) 645, 648; בימי הביניים בצרפת נחשבה שתיקה כהודאה באשמה: A. Esmein Histoire de la Procédure Criminelle en France (France, 1969); על פי דעה מסוימת, כך גם נתפשה השתיקה בניו יורק הקולוניאלית: Witt, לעיל הערה 168, עמ' 877 - 878.

²¹² חוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב - 1982. שתיקת נאשם יכולה לחזק את "היש", אך לא למלא חסר בראיות, מקום שבו הראיות מותירות ספק סביר בדבר אשמתו של הנאשם: ע"פ 1528, 1121/96 פלוני נ' מדינת ישראל; מדינת ישראל נ' פלוני, פ"ד נ(3) 353, 369. עוד לפני העיגון בחוק בדבר משמעות השתיקה, קבעה הפסיקה כי הימנעותו של נאשם מלהעיד אינה משמשת ראייה עצמאית, אך עשויה לחזק את מדימנות ראיות התביעה: ע"פ 112/52 גבוב נ' היועץ המשפטי, פ"ד ז 251, 254. שתיקה בבית משפט עשויה להוות שיקול בהערכת הראיות: ע"פ 250/53 היועץ המשפטי נ' עובריה ואח', פ"ד ח 999, 1004. היא יכולה, אך אינה חייבת, לחזק את ראיות התביעה: ע"פ 46/57 כהניאן נ' היועץ המשפטי, פ"ד יא 1409, 1413; ע"פ 215/66 מדינת ישראל נ' רכט, פ"ד כא(1) 296, 299.

²¹³ ראו, לדוגמה, בסינגפור: Criminal Procedure Code, סעיף 196.

²¹⁴ סעיפים 34 - 38 ל-Criminal Justice & Public Order Act (1994). סעיף 35 מתייחס לאפשרות להסיק מסקנות לרעת הנאשם משתיקתו במשפט.

²¹⁵ Criminal Evidence (Northern Ireland) Order 1988, סעיף 4.

²¹⁶ R. v. Cowan [1995] 4 All E.R. 939, 945

הלורדים כלגיטימית.²¹⁷ בית הדין האירופי לזכויות אדם קבע אף הוא, כי שתיתו של נאשם במשפט, בנסיבות התובעות בבירור הסבר מצדו, עשויה לבוא בחשבון בהערכת חוזקן של ראיות התביעה כעניין של שכל ישר.²¹⁸ מובן, כי האפשרות להסיק מסקנות מפלילות משתיקה מפעילה על חשודים ונאשמים לחץ עקיף לשתף פעולה עם רשויות אכיפת החוק ומפחיתה את התועלת הממשית שיש ביכולתם להפיק משימוש בזכות השתיקה.²¹⁹

לעומת זאת, בארצות הברית²²⁰ ובקנדה²²¹ נפסק, כי זכותו החוקתית של הנאשם לשתוק מחייבת שלא לייחס לשתיקה כל משמעות בהערכה של משקל הראיות נגדו, מתוך תפישה, כי שימוש בזכות חוקתית אינו חייב להיות לרועץ. בית המשפט העליון בקנדה פסק, כי זכות השתיקה מהווה אשליה ומלכודת אם ניתן להסיק מסקנות ראייתיות מפלילות מעשיית שימוש בה.²²² הסקת מסקנות משתיקה הנאשם פוגעת בזכות השתיקה הנתונה לו²²³ ובנטל המוטל על התביעה להוכיח את האשמה מעבר לכל ספק סביר בהתבסס על פרשת התביעה.²²⁴ ייחוס משקל ראייתי לשתיקה לא רק שהוא מפעיל על נאשם לחץ לדבר, אלא שעצם השימוש במה שאדם לא אמר הופך אותו למכשיר לאספקת ראיות קומוניקטיביות נגד עצמו בניגוד לרצונו.²²⁵ בדרום ויילס החדשה קובע החוק, כי השופט אינו רשאי להורות לחבר המושבעים שמודעותו של הנאשם לאשמתו מהווה סיבה אפשרית לשתיתו.²²⁶ מרבית מדינות

²¹⁷ *Murray v. D.P.P.* (1994) 1 W.L.R. 1, 11 (H.L.)

²¹⁸ פרשת *Murray*, לעיל הערה 202, עמ' 60.

²¹⁹ Van Kessel, לעיל הערה 7, עמ' 138; Pattenden, לעיל הערה 168, עמ' 602; S. Nash "Silence as Evidence: A Common Sense Development or a Violation of a Basic Right?" 21 *Crim. L. J.* (1997) 145, 148; Nash & Solley, לעיל הערה 171, עמ' 96.

²²⁰ פרשת *Miranda v. Arizona* (1966), לעיל הערה 52, עמ' 468; פרשת *Griffin v. California*, לעיל הערה 174, עמ' 613 - 615; *Mitchell v. U.S.*, 526 U.S. 314, 327 - 328 (1999).

²²¹ *R. v. Chambers*, [1990] 2 S.C.R. 1293; פרשת *Noble*, לעיל הערה 190. ראו גם: The Canada Evidence Act, סעיף 4(6).

²²² פרשת *Chambers*, שם, עמ' 1316 - 1317.

²²³ פרשת *Noble*, לעיל הערה 190, עמ' 918 - 920.

²²⁴ פרשת *Noble*, שם, עמ' 920 - 921.

²²⁵ פרשת *Noble*, שם, עמ' 920.

²²⁶ *The Evidence Act 1995 (NSW)*, סעיף 20.

הקונטיננט אוסרות אף הן כיום להתייחס לשתיקת הנאשם בבית המשפט כאל ראייה לאשמתו.²²⁷ עם זאת, יש מדינות, כמו צרפת, שבהן, לאור הציפייה מהנאשם למסור גירסה, שתיקה מביאה בפועל, הגם שלא מכוח החוק, להסקת מסקנות מפלילות לחובתו.²²⁸

יש המתנגדים לייחוס משקל ראייתי עצמאי לשתיקה.²²⁹ מלבד טעמים עקרוניים, הטענה היא, כי במקרה של שתיקה אין מה להביא בחשבון.²³⁰ שתיקה אינה רלוונטית, שכן אין היא מוכיחה דבר. כנגד זאת נטען, כי הסקת מסקנות משתיקה כאינדיקציה לאשמה היא הגיונית.²³¹ העובדה שמדובר בזכות אין פירושה ששום חיסרון אינו יכול לצמוח מהשימוש בה.²³² זכות השתיקה נועדה למנוע דיכוי ושרירות, אך אינה מונעת תהליך טבעי של הסקת מסקנות.²³³ מבחינה פסיכולוגית, לא ניתן להתעלם משתיקה וניתן ללמוד ממנה, כמו מכל התנהגות אחרת מצד הנאשם כדוגמת שקרים, בריחה מזירת העבירה, או כדוגמת הימנעות מהבאת ראייה העומדת לרשות ההגנה, שגם הימנעות ממתן עדות נופלת בגדרה.²³⁴ הגיוני לצפות מנאשם לתת הסבר לנוכח ראיות מפלילות נגדו. אם מובאת הוכחה חזקה כנגד הנאשם, העלולה להביא להפללתו, אשר יש בכוחו להסבירה והוא נמנע מלעשות כן,

²²⁷ Van Kessel, לעיל הערה 134, עמ' 821 - 822. לגבי המצב בגרמניה ראו גם: C. Roxin "Involuntary Self-Incrimination and the Right to Privacy in Criminal Proceedings" 31 *Is. L. Rev.* (1997) 74, 75, 81 - 82.

²²⁸ Van Kessel, לעיל הערה 134, עמ' 823.

²²⁹ להתנגדות לייחוס משקל ראייתי לשתיקה ראו: Harvey, לעיל הערה 130, עמ' 184; O'Reilly, לעיל הערה 133, עמ' 522, 534.

²³⁰ וראו, למשל, ע"פ 217/57 חגואל נ' היועץ המשפטי, פ"ד יב 160, 162; Schubarth, לעיל הערה 189, עמ' 8 - 9.

²³¹ Williams, לעיל הערה 149, עמ' 1107; Thomas, לעיל הערה 131, עמ' 313; Ingraham, לעיל הערה 131, עמ' 568-566; 10 *Rutgers L. Rev.* (1956) 541, 548, 556; Dennis, לעיל הערה 129, עמ' 134; Stone, לעיל הערה 197, עמ' 28; ע"פ 2831/95 אלבה נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(5) 221, 273 - 274, 293, 303, 309; בג"צ 2541/97, 2535, 2534 ח"כ יהב ואח' נ' פרקליטת המדינה ואח', פ"ד נא(3) 1, 15, 35. על הנסיבות המאפשרות להסיק מסקנות מפלילות נגד הנאשם, בשל עשיית שימוש בזכות השתיקה, ראו בפירוט אצל Dennis, 1999, שם, עמ' 143 - 156.

²³² Williams, לעיל הערה 203, עמ' 637.

²³³ פרשת RPS, לעיל הערה 172, עמ' 643.

²³⁴ פרשת גבוב, לעיל הערה 212, עמ' 254.

ההנחה היא, כי אין בידו להציע הסבר המתיישב עם חפותו, שכן הסבר כזה פשוט אינו קיים.²³⁵ אכן:

"...אותו נאשם או חשוד אמנם איננו חייב, על פי החוק, לתת...ביאור על תנועותיו או מעשיו עובר לעשיית המעשה נשוא ההאשמה, אך אין זה אומר, שאסור להעריך את העמידה מצדו על זכות זו – אם רק המסיבות, השכל הפשוט ונסיון החיים מנתיבים זאת – הערכה נגטיבית."²³⁶

בית המשפט העליון באוסטרליה הדגיש, כי שתיקה אינה מהווה ראיה עצמאית לאשמה, ולא ניתן להסיק ממנה באופן ישיר מסקנה מפלילה. עם זאת, כאשר הנאשם אינו מציג לפני בית המשפט ראיות, אשר אם הן קיימות, הן אמורות להיות מצויות בידיעתו, אזי קל יותר להתגבר על ספיקות בנוגע למהימנות עדים או בנוגע למסקנות שיש להסיק מהעדויות. היפותיזות המתיישבות עם חפות תישללנה כלא סבירות או כלא רציונליות בהיעדר ראיות התומכות בהן, כאשר ראיות אלו, אם הן קיימות, חייבות להיות בידיעתו של הנאשם.²³⁷ גם המתנגדים לייחוס משקל ראייתי עצמאי לשתיקה אינם יכולים להתכחש לעובדת אי הפרכתה של גירסת התביעה. כך, אם חומר הראיות שבידי התביעה מסבך את הנאשם בעבירות שיוחסו לו, אזי בהיעדר הסבר מתקבל על הדעת, אשר יעורר לפחות ספק סביר בדבר חפותו של הנאשם, עלול הנאשם להיות מורשע בדינו על סמך פרשת התביעה בלבד בהיעדר יכולת לשלול את המסקנה ההגיונית המתבקשת ממנה.²³⁸ וכפי שאמר בית המשפט העליון באחד מפסקי הדין: "אני מדגיש: לא עצם הימנעותו של יעקב להעיד בבית המשפט, אלא העובדה האובייקטיבית של העדר כל הסבר אחר, היא המכריעה את הכף לחובתו של יעקב."²³⁹ ראיות התביעה כשלעצמן יוצרות, לפיכך, על הנאשם

²³⁵ פרשת זרקא, לעיל הערה 211, עמ' 538 - 540; 354, 365; [1971] 3 C.C.C. (2d) *R. v. Appleby*; Ayer, לעיל הערה 139, עמ' 867 - 868; Dennis, לעיל הערה 5, עמ' 41.

²³⁶ פרשת קינן, לעיל הערה 171, עמ' 645.

²³⁷ פרשת *Weissensteiner*, לעיל הערה 211, עמ' 227 - 229. להבחנה בין האפשרות להסיק מסקנה ישירה לרעתו של הנאשם משתיקתו לבין חיזוק עקיף של ראיות התביעה ראו גם: Palmer, לעיל הערה 184, עמ' 133; ע"פ 86/59 מוריציקי נ' היועץ המשפטי, פ"ד יג 1722; ע"פ 276/65 כהן נ' היועץ המשפטי, פ"ד כ(1) 528, 532.

²³⁸ פרשת זרקא, לעיל הערה 211, עמ' 526; ע"פ 56/51 מורחי נ' היועץ המשפטי, פ"ד ה 1504, 1515 - 1516.

²³⁹ השופט זילברג בפרשת מורחי, לעיל הערה 239, עמ' 1516. ראו לעניין זה גם: ע"פ 100/57 היועץ המשפטי נ' פלדמן, פ"ד יב 1254, 1255.

לחץ להתייחס אליהן, שכן כאשר ראיות התביעה נותרות ללא מענה, הסקת מסקנות לחובת הנאשם יכולה להוות תוצאה טבעית של שתיקתו.²⁴⁰ כאשר נאשם שותק לנוכח הוכחה לכאורה של האשמה מעבר לכל ספק סביר, אין ראיות ההגנה מספקות בסיס למסקנה נגדית של חפות.²⁴¹ בנסיבות כאלה, המסקנה שאליה מובילות העובדות האובייקטיביות תתקבל כמסקנה האפשרית היחידה.²⁴² שתיקת הנאשם במשפטו לא תעמוד לו לרועץ, רק אם לא הצליחה התביעה לעמוד בנטל ההוכחה המוטל עליה.²⁴³ עם זאת, בטיעוני ההגנה יכול הסנגור להצביע על ספק סביר העולה מחומר הראיות שבידי התביעה חרף שתיקת הנאשם, כך שנאשם שותק עשוי להיות מזוכה במשפטו בשל אי ביסוסה של האשמה נגדו במידת הוודאות הנדרשת במשפט הפלילי.²⁴⁴

5. השתיקה אולי מחזקת את ראיות התביעה, אך לא משלימה חסרים בבחינת "יש מאין"

בית הדין הצבאי לערעורים סבר, כי הגיוני לצפות מהנאשם לתת הסבר לנסיבות, אשר הביאו אותו למסור הודאה שקרית במשטרה וליטול על עצמו אחריות לעבירה של שימוש בסמים שלא ביצע, אם אכן כך היו פני הדברים. ואכן, לכאורה, שתיקת נאשם חף מפשע בבית משפט תמוהה יותר משתיקה במשטרה. השותק בבית המשפט "חשוד" יותר כאשם. שופט הוא שמנהל את המשפט. הוא אינו חוקר את הנאשם. הוא אינו מפעיל עליו לחץ בלתי ראוי להודות

²⁴⁰ Dennis, 1999, לעיל הערה 129, עמ' 134; Seidmann & Stein, לעיל הערה 91, עמ' 464; ראו גם: ע"פ 470/85 בן גל נ' מדינת ישראל, פ"ד מג(3) 133, עמ' 153 – 154.

²⁴¹ פרשת Noble, לעיל הערה 190, עמ' 921 – 922.

²⁴² פרשת Weissensteiner, לעיל הערה 211, עמ' 243.

²⁴³ דברי השופט טל בפרשת אלבה, לעיל הערה 231, עמ' 328 ("...מקום שיסודות העבירה לא הוכחו אף לכאורה, אין שתיקתו של נאשם יכולה להזיקף לחובתו (זה, בעצם, כל מה שנשאר לפלטה מ'זכות השתיקה' הנודעת). ראו לעניין זה גם: פרשת כהניאן, לעיל הערה 212, עמ' 1413.

²⁴⁴ Williams, לעיל הערה 203, עמ' 632 – 633; פרשת Weissensteiner, לעיל הערה 211, עמ' 228; פרשת Murray, לעיל הערה 202, עמ' 62. כדוגמאות לזיכוי נאשם, שבחר בזכות השתיקה בשל אי הוכחת יסודות העבירה מכל ספק סביר, ראו: ע"פ 140/50 היועץ המשפטי נ' דרויאן, פ"ד ה' 741; ע"פ 111/56 כהן נ' היועץ המשפטי, פ"ד י' 1061, 1063.

באשמה.²⁴⁵ הדיון הוא פומבי ואדברסרי, עובר לתחילת המשפט היתה לנאשם שהות לעכל את מצבו ולהיערך למשפט. פרשת התביעה נחשפת במלואה בפני הנאשם לפני מסירת גירסתו באמצעות כתב האישום ובאמצעות חומר החקירה אשר נמסר לעיונו. הנאשם מודע לעובדה, כי לתביעה יש ראיות מפלילות נגדו ולחזוקן.²⁴⁶ הוא מודע לעובדה, כי התביעה אינה עושה "מסע דיג" בניסיון לבסס דרכו את הראיות נגדו. הוא מודע לעובדה, כי החקירה הסתיימה וכי לא ייאספו נגדו ראיות חדשות. במשפט ניצב הסנגור לצד הנאשם לאורך כל הדרך. הסנגור מכין את הנאשם למשפטו, ובכלל זה לחקירה נגדית הצפויה לו.

אכן, כאשר התביעה מוכיחה כי הודאתו של הנאשם בחקירתו ניתנה מתוך "רצון", כי ניכרים בה סימני אמת וכי קיימות ראיות חיצוניות משמעותיות המאמתות אותה, הרי שלכאורה הוכיחה התביעה את אשמתו של הנאשם מעבר לכל ספק סביר. במצב דברים זה, מטילה הפסיקה על נאשם שהודאתו עמדה במבחן פנימי וחיצוני את הנטל להראות שהודאתו היתה "הודאת התאבדות".²⁴⁷ עליו להציג באופן פוזיטיבי גירסה המעוררת ספק באמינות ההודאה.²⁴⁸ בהיעדר ראיה סותרת, תתקבל ההודאה כמשקפת את התרחשות הדברים לאשורם.²⁴⁹ לפסיקה זו יש היגיון: התביעה יכולה לדעת כיצד התנהלה חקירת הנאשם ומהם האמצעים שנקטו לגביית הודאתו. היא אינה יכולה לדעת מה היו מניעיו למסור הודאת שווא. מניעים אלו מצויים בידיעתו המיוחדת של הנאשם. כאשר הנאשם נמנע ממסירת גירסה פוזיטיבית באשר למניעים אלה, וחומק באופן זה מחקירה נגדית באשר להם, בית המשפט לא ישתכנע באופן רגיל כי מסר הודאה כוזבת. באופן זה, ראיות ההגנה אינן מציעות חלופה של חפות, וראיות התביעה נותרות ללא מענה. גם סנגור אינו מסוגל להשלים חסר זה בעדות, שכן סנגור אינו יכול להעלות בטיעונו תיזה עובדתית פוזיטיבית אשר לא הובאה לגבייה ראיה.²⁵⁰ לפיכך, אין הוא מסוגל להסביר לבית

²⁴⁵ Williams, לעיל הערה 203, עמ' 647.

²⁴⁶ Williams, לעיל הערה 203, עמ' 647; מובא אצל Palmer, לעיל הערה 184, עמ' 142 - 143.

²⁴⁷ פרשת דזשוילי, לעיל הערה 20, עמ' 171 - 172; פרשת קוזלי, לעיל הערה 33, עמ' 485 - 486.

²⁴⁸ פרשת שלום, לעיל הערה 75, עמ' 952.

²⁴⁹ פרשת ניגים, לעיל הערה 47, סעיף 7 לפסק הדין.

²⁵⁰ Nash & Solley, לעיל הערה 171, עמ' 96.

המשפט במקום הנאשם הן את הסיבות שהניעו את הנאשם למסור הודאה כוזבת, כביכול, במטרה והן את הסיבות להימנעותו מלהעיד במשפטו.

אכן, בית המשפט העליון אצלנו ראה במספר פסקי דין את שתיקת הנאשם בבית המשפט כחיוק להודאתו מחוץ לכותלי בית המשפט. כך, קובע בית המשפט בפסק דין **אייזנמן**: "כאמור, נתחזקה הודאתו של אייזנמן, שלווה בשיחזור האירוע, בראיות חיצוניות למכביר...ואם לא די בכך, הרי שנוסף חיוק בעצם הימנעותו של אייזנמן מלהעיד".²⁵¹ אולם, במקרה זה לא עמדה שתיקתו של הנאשם בבית המשפט בבדידותה. היא היוותה חיוק להודאה, שאמיתותה נתמכה בראיות חיצוניות רבות. גם בפרשת **קוזלי** הדגיש בית המשפט, כי שתיקה עשויה לחזק את משקלה של ההודאה במטרה, אולם, זאת לאחר שאמיתותה נבחנה כבר על פי המבחן הפנימי והחיצוני.²⁵² פסקי דין אלה אינם מלמדים אם בנסיבות שבהן אין תמיכה חיצונית להודאת הנאשם בחקירה, ניתן לשאוב משתיקתו במשפט את הדבר-מה הנוסף הדרוש להרשתו.

ניתן לחשוב, לכאורה, שאם שתיקה במשפט עשויה להוות סיוע, היינו, ראייה עצמאית, חיצונית, אזי מכוח קל וחומר עשויה היא לשמש דבר-מה נוסף להודאתו של הנאשם מחוץ לכותלי בית המשפט.²⁵³ ואכן, בית הדין הצבאי לערעורים הגיע למסקנה כי "הרב" ("סיוע") מכיל את המועט ("דבר-מה נוסף").²⁵⁴ אולם, בהלכה זו התעלם בית הדין ממהות התוספת הראייתית הנדרשת לבחינת אמיתותה של הודאה מחוץ לכותלי בית המשפט בכלל, ובחקירה בפרט.

במאמרו "ההודאה כבסיס להרשעה - האמנם 'מלכת הראיות' או שמא קיסרית הרשעות השווא", הביע ד"ר בועז סנג'רו את הדעה, שלפיה מכיוון שמטרה מרכזית של התוספת הראייתית היא להסיר את החשש כי ההודאה היא הודאת שווא, שאותה בדה הנאשם מלבו בשל לחץ פנימי הנסתר מעיניו של בית המשפט, אזי -

²⁵¹ פרשת **אייזנמן**, לעיל הערה 105, עמ' 450.

²⁵² פרשת **קוזלי**, לעיל הערה 33, עמ' 485. גם בפרשת **שלום**, לעיל הערה 75, עמ' 956 - 958, נמצא דבר-מה נוסף רב. על רקע זה יש להבין את קביעתו של בית המשפט בדבר החובה המוטלת על הנאשם להעלות גירסה פוזיטיבית באשר לסיבות שהניעו אותו למסור הודאה לא רצונית.

²⁵³ וראו לעניין זה עמדתה של השופטת בן פורת בפרשת **עלי**, לעיל הערה 3, עמ' 182.

²⁵⁴ 41/01/ע **התובע הצבאי הראשי נ' סמל מושיק-לוי יוסף**, עמ' 21 לפסק הדין.

כדי להפיג חשש זה – על התוספת הראייתית להיות ראייה חיצונית לנאשם, אובייקטיבית, ממשית ומשמעותית.²⁵⁵ לפי גישה זו, אין להסתפק בראייה נוספת הבאה מן הנאשם עצמו, כגון הסתבכות הנאשם בשקרים, הצעתו לשמש עד מדינה, שחזור על-ידי הנאשם,²⁵⁶ ולענייננו – שתיקתו במשפט. זאת ועוד. לפי גישה זו, מלבד המטרה של תמיכה באמינות ההודאה, חשובה התוספת הראייתית לשם הדרכת חוקרי המשטרה שלא להתמקד אך ורק בנחקר, בניסיון לחלץ ממנו הודאה, אלא לחקור ולחפש ראיות חיצוניות, אובייקטיביות, ממשיות.²⁵⁷ הסתפקות בתי המשפט בשתיקתו של הנאשם במשפטו, כתוספת ראייתית יחידה להודאתו בחקירה מחוץ לכותלי בית המשפט, בוודאי לא תוליך להשגת מטרה חשובה זו.

ואכן, התוספת הראייתית הנדרשת צריכה להפיג את החשש שמא מדובר בהודאה כוזבת שניתנה מטעמים שונים הקשורים הן במהות החקירה, הן באישיותו של הנחקר והן – בעיקר – בשילוב בין השניים. שילוב זה יוצר חשש שמא קיימות נסיבות הנסתרות מבדיקה רגילה, אשר אינה מסוגלת לצלול לנבכי נפשו של אדם הנותן הודאה כזו. לפיכך, פסק בית המשפט העליון כי הבל פיו של הנאשם אינו מפיג את החשש להודאה כוזבת.²⁵⁸ הודאה מחוץ לכותלי בית המשפט אינה יכולה לשמש "דבר-מה" להודאה אחרת כזו.²⁵⁹ העובדה, כי הנאשם מאשר את עצם אמירת הדברים המפלילים המיוחסים לו, בניסיון להקנות להם משמעות תמימה, אינה מהווה כשלעצמה אף היא דבר-מה נוסף לאישוש אמיתות הודאתו.²⁶⁰

ואכן, גם כאשר דחה בית המשפט טענה של נאשם, שלפיה הודאתו בפני המדובר נבעה מתוך התרברבות, עמד בית המשפט על הצורך למצוא תמיכה חיצונית להודאתו של הנאשם, חרף העובדה כי הנאשם לא הוכיח את המניע למסירת הודאת שווא, וכי גירסתו בעניין מניע ההתרברבות נדחתה כלא אמינה. בית המשפט הדגיש, כי "דרישת ה"דבר-מה" מיועדת לסלק חשש שמא ההודאה כוזבת,

²⁵⁵ סג'ור, לעיל הערה 4.

²⁵⁶ שם, עמ' 256.

²⁵⁷ שם, עמ' 266.

²⁵⁸ פרשת בן עזרא, לעיל הערה 113, עמ' 53.

²⁵⁹ פרשת עלי, לעיל הערה 3, עמ' 181; ע"פ 698/01 פלוני נ' מדינת ישראל, סעיף 16.

²⁶⁰ פרשת בן עזרא, לעיל הערה 113, עמ' 52 – 53.

מטעם כלשהו השמור עם המודה. אשר-על-כן, לכאורה, משנדחתה טענת ההתרברבות שוב אין מקום ואין צורך בהוכחת קיומו של "דבר-מה". ולא היא. אכן, דחיית טענת ההתרברבות מותירה את החשש למסירת התוודות כוזבת – שאת פניו בא ה"דבר-מה" לקדם – עלום. ברם, דין הוא, שהתוודות לעולם מלווה בחשש, שמא ראה המודה ליטול על עצמו אחריות למעשה שלא עשה, וזאת – גם כאשר החשש עלום ובלתי נראה לעין.²⁶¹

כאשר מודה נאשם באשמתו במהלך חקירתו במשטרה, הודאתו בוודאי מספקת ראייה לכאורה לאשמתו. אולם האם יש בהודאה כזו גם הוכחה של אשמתו מעבר לכל ספק סביר? חד משמעית – לא. הודאה בחקירה כשלעצמה אינה יכולה לבסס אשמה מעבר לכל ספק סביר, שכן אין באפשרותנו לדעת, אם נסיבות החקירה בתנאי מעצר לא הביא את הנאשם למסירת גירסה כוזבת. לא בכדי הודאה טעונה תמיכה חיצונית לה. יתירה מכך; על פי פסיקתו של בית המשפט העליון, כאשר עצם התרחשותה של העבירה מוטל בספק, והיא נלמדת אך ורק מהודאתו של הנאשם מחוץ לכותלי בית המשפט, כפי שקרה בענייננו, "מידתו ומשקלו של ה'דבר-מה נוסף' חייבים להיות גדולים יותר."²⁶² האם שתיקת הנאשם בבית המשפט מגשרת על פער ידע זה באשר לסיבת מסירתה של ההודאה בחקירה, באופן המלמד על אמיתות ההודאה? חד משמעית – לא.

לשופט אין כלים כלשהם לדעת מה עומד מאחורי שתיקתו בבית המשפט של נאשם שהודה בחקירה בביצוע עבירה.²⁶³ לעתים, בית המשפט יכול לשער בקירוב טוב את הסיבות לשתיקתו של נאשם במשפט. כך, למשל, בפרשת **מועדני**, שבה הועמדו לדין שלושה אחים באשמת רצח, הבין בית המשפט ללבם של הנאשמים ששתקו בבית המשפט כדי להימנע מהדילמה של בחירה בין הגנה על עצמם לבין

²⁶¹ פרשת **דזנשוילי**, לעיל הערה 20, עמ' 176. לעניין זה ראו גם פרשת **בן עזרא**, לעיל הערה 113, עמ' 52 – 53. בית המשפט זיכה נאשם בשל היעדרו של דבר-מה נוסף, הגם שדחה את טענתו, שלפיה אמר לסוכן כי יספק לו סמים מתוך לצון גרידא.

²⁶² פרשת **עלי**, לעיל הערה 3, עמ' 181.

²⁶³ פרשת **עלי**, לעיל הערה 3, עמ' 185.

הסיכון שמא עדותם תשמש לרעת אחיהם.²⁶⁴ דא עקא, לבית המשפט במקרה הרגיל אין כלים מתאימים להבין מהו הטעם לשתיקת הנאשם בבית המשפט. מדוע נמנעו הנאשמים בענייננו מלהעיד במשפטם? ייתכן, כי הנאשמים בחרו בשתיקה משום שאכן היו אשמים בביצוע העבירה של שימוש בסמים אסורים, ולא יכלו להציע במשפטם גירסה סבירה המתכחשת להודאתם בחקירה והמתיישבת עם חפות. אולם, ישנן גם סיבות אפשריות אחרות לשתיקתם. יש לזכור, כי מדובר בנאשמים שמסרו הודאה בחקירה. אדם שמודה באשמתו בשל לחצי חקירה שאינם יוצאי דופן שייך, מן הסתם, בין שהוא אשם ובין שהוא חף מפשע, לקבוצה של אנשים נפחדים יותר מהרגיל וחסרי יכולת לעמוד בלחצים.²⁶⁵ הוא כבר נכווה ברותחין מוויתור על זכות השתיקה הנתונה לו. חוויה זו, כשלעצמה, עשויה להסביר מדוע בחר לשמור על זכות השתיקה במשפט. הוא אינו רוצה לחוות חקירה נגדית. גם לגופו של עניין, קשה לו להעביר לבית המשפט את הדינמיקה המורכבת של החקירה ואת הלחצים הפנימיים הקשורים לאופן התנהלותה של חקירה, ולרצון של נחקר לרצות את "שובהו". ייתכן גם, כי הסנגור מבהיר לנאשם כי בהיעדר אמצעי פסול מצד החוקרים, תתקבל הודאתו בחקירה כראיה קבילה, וכי סיכוייו לטעון נגד קבילותה או אף נגד משקלה של הודאתו נמוכים ביותר. אין תימה כי בנסיבות אלה, כאשר נאשם יודע כי הסיכוי שטענותיו, גם אם הן צודקות, תידחנה, השתיקה נחזית בעיניו כאפשרות הפעולה היחידה.

אף אם צודק בית הדין בגישתו, שלפיה נאשם ששותק אינו מצליח לשכנע שנתן הודאה כוזבת, עדיין טעונה ההודאה, בין אם מהימנה ובין אם לאו, "דבר־מה" – תמיכה חיצונית לדברי הנאשם בהודאתו, בשל ההנחה, כי מעצם הסיטואציה המלחיצה של החקירה, קיים חשש אינהרנטי שמא הודאתו של הנאשם היתה כוזבת. בית המשפט מדגיש, כי גם כאשר הסברו של הנאשם לסיבות שהניעו אותו למסור הודאה בעת החקירה נדחה כבלתי מהימן, יש צורך למצוא דבר־מה נוסף להודאה, וכי דחיית ההסבר כלא אמיין אינה מהווה דבר־מה כזה.²⁶⁶ הבה נניח

²⁶⁴ פרשת מועדי, לעיל הערה 29, עמ' 234.

²⁶⁵ Dennis, לעיל הערה 5, עמ' 34.

²⁶⁶ פרשת ברנס, לעיל הערה 43, עמ' 385.

שהנאשמים היו טוענים, כי הודאתם לא היתה רצונית או שהיתה כוזבת, ובית הדין לא היה מאמין לדבריהם. בנסיבות אלה לא היה לפנינו דבר-מה נוסף – החיצוני לדברי הנאשם בחקירה.²⁶⁷ אין כל הבדל בעל תקפות לוגית בין נאשם הנותן הסבר לא אמין בעת עדותו (במובחן מנאשם הנתפס בשקר פוזיטיבי, אשר יכול להיות סיוע בנסיבות מסוימות – סיטואציה נדירה למדי, ואולי אף לא ריאלית, במצב שבו אין לתביעה דבר נגד הנאשם מלבד הודאתו), לבין נאשם שותק בהקשר למציאת הדבר-מה הנוסף לחיזוק הודאתו. גם שתיקה הינה ראייה קומוניקטיבית, וכשם שהדיבור ("אמרתי את הדברים, אך הם אינם נכונים") אינו מפיג את החשש להודאה כוזבת. כך גם אי הדיבור אינו מאמת את תוכן ההודאה.

ד. אחרית דבר

לבית המשפט אין כלים טובים לבחינת רצוניותה של ההודאה ואמיתותה. בית המשפט גם אינו מסוגל לדעת במקרה הרגיל מהו הטעם לשתיקת הנאשם בבית המשפט. שתיקה בבית המשפט אינה יכולה להפיג את החשש להודאת שווא ואינה יכולה להיחשב, לפיכך, לדבר-מה המחזק את אמיתות ההודאה. כנגד האינטואיציה האמפירית של בית הדין הצבאי לערעורים, שלפיה שתיקה במשפט של נאשם, שהודה באשמה בעת חקירתו, מצביעה על אשמה, ניתן להציע סיבות רבות לבחור בזכות השתיקה במשפט המתיישבות עם חפות. מדוע הנאשם הספציפי בחר לשתוק? אין לנו אלא לנחש. ניחוש אינו בסיס ראוי להשתית עליו הרשעה פלילית. יש לזכור, כי נאשם זכאי לשתוק, ואף הגיוני כי ישתוק כאסטרטגיית הגנה, כאשר ראיות התביעה, גם אם התקבלנה כאמינות ויינתן להן מלוא המשקל, אינן מבססות את אשמתו מעבר לכל ספק סביר. גם אם שתיקה עשויה להפחית את משקלה של גירסת ההגנה, אין להפריז במשמעותה.²⁶⁸ שתיקת נאשם עשויה, לכל היותר, לחזק את "היש", אך לא למלא חסרים ופערים בראיות התביעה, בבחינת "יש

²⁶⁷ ראו לעניין זה ע/157/03 פרויקט נ' התובע הצבאי הראשי. לסוגיה זו ראו בפירוט את מאמרו של אור בסוק בגיליון זה, "מקרים קשים מולידים הלכה גרועה, אך הלכה גרועה מולידה מקרים קשים" – על השלכותיה של הלכת יוסף".

²⁶⁸ פרשת קינן, לעיל הערה 170, עמ' 647 - 648.

מאין", מקום שבו הראיות מותירות ספק סביר בדבר אשמתו של הנאשם.²⁶⁹ מבחינה אמפירית, קשה מאוד להוכיח או לשלול את קביעתו האינטואיטיבית של בית הדין הצבאי לערעורים בדבר משמעותה של שתיקת נאשם במשפטו, לאחר הודאתו באשמה בעת חקירתו. מבחינה נורמטיבית (ולדידי, אף באופן אמפירי), אין להסכים לביסוס הרשעה מעבר לכל ספק סביר על השילוב של שתיקה במשפט ושל הודאה בחקירה שניתנה תחת לחץ של שלילת חירות או הגבלתה, כאשר הנחקר אינו חופשי לסיים את החקירה על פי רצונו.

²⁶⁹ ע"פ 1121,1528/96 פלוגי נ' מדינת ישראל; מדינת ישראל נ' פלוגי, פ"ד נ(3) 353, 369; Palmer, לעיל הערה 184, עמ' 133; פרשת Weissensteiner, לעיל הערה 211, עמ' 229; Pattenden, לעיל הערה 168, עמ' 611; J.D. Jackson "Interpreting the Silence Provisions: The Northern Ireland Cases" *Crim. L. Rev.* (1995) 587, 600.

נאום במעמד קבלת פרס האג למשפט בינלאומי לשנת 2004

שבתאי רוזן*

כבוד ראש העיר וחברי מועצת העיר האג, נשיא וחברי בית הדין הבינלאומי (ICJ), נציגי בתי משפט וטריבונלים בינלאומיים אחרים הנוכחים כאן, חברים נכבדים מהסגל הדיפלומטי, חברי הוועדה לבחינת המועמדים והוועד המנהל של קרן פרס האג למשפט בינלאומי, אנשי אקדמיה, גבירותי ורבותי, ידידים.

ראשית, במלוא הענווה, ברצוני להביע רגשות עמוקים של הכרת תודה בגין הכבוד הגדול שנפל בחלקי, עם בחירתי על ידי הוועדה לבחינת המועמדים של קרן האג למשפט בינלאומי, בראשות כבוד השופט Peter Kooijmans, מבית הדין הבינלאומי, ועל ידי הוועד המנהל של קרן פרס האג למשפט בינלאומי, בראשות השופט פרופ' P.J. Kapteyn, שופט בדימוס של בית המשפט האירופי (ECJ), וכעת מרצה באוניברסיטת אמסטרדם. אני מעריך עד מאוד את החלטת החֶבֶר, שהתקבלה פה אחד, ואת המילים הלבביות שהכילה ההחלטה בענייני.

חובתי הראשונה, לאחר מילות תודה אלו, הינה להעיד, קבל עם ועולם, על חובי לשלושה אנשים, שבלעדיהם, מסופקני, אם הייתי נמצא כאן היום. הראשונה היא אישתי, שלצערי, לא יכולה היתה לבוא עמי להאג. היא סיפקה את התנאים ושמרה על הסביבה והאווירה, שאיפשרו לי, לבצע את עבודתי, הן הממלכתית והן האקדמית. לפעמים אני סבור, כי היא מבינה ביישום המעשי של המשפט הבינלאומי ובהליכות הדיפלומטיה, יותר מאשר רבים מהסטודנטים הבאים לפוגשני. השניים האחרים הם מורי הרוחניים, Sir Hersch Lauterpacht המנוח מקיימברידג' ו- Dr.

* פרופסור (אמריטוס). הרצאה זו ניתנה במעמד קבלת הפרס, ביום 18 ליוני 2004. ההרצאה, כמו גם הביוגרפיה והביבליוגרפיה, שתמציתן מובאת בהמשך, פורסמו לראשונה ב- 51 *Netherlands Intl. L. Rev.* (2004) 476. תודתי לטרן קרין עזרי על עבודת התרגום.

Jacob Robinson המנוח מווילנה, אשר לאחר שנמלט מהשואה הגיע לניו-יורק. שניהם שונים זה מזה, אך שניהם בעלי מאפיין עיקרי משותף.¹ שניהם היו משפטנים בתחום הבינלאומי, עם רגל אחת עמוק בעולם הפרקטיקה, כולל פרקטיקה בתנאים המאומצים של המלחמה, ועם הרגל השנייה - בצידו האקדמי של החוק. הם לימדו את מה שלמדו בעיסוק הפרקטי, ויישמו את שלמדו מההוראה. ברצוני לנצל הזדמנות זו גם כדי להביע את הכרת תודתי לשני בתי ההוצאה לאור ההולנדיים, שפרסמו את רוב עבודותיי החשובות: ראשית, בית ההוצאה לאור של A.W. Sijthoff מליידן ולאחרונה - Martinus Nijhoff, שאף הוא, עתה, בליידן. החוזה הראשון שלי עם Sijthoff החל כבר בשנות החמישים המוקדמות של המאה הקודמת, ותמיד הייתי אסיר תודה להם על העידוד שנתנו לי אז לכתוב ולפרסם את ספרי המשמעותי הראשון בנושא בית הדין הבינלאומי. בשבילי היוותה העבודה עם שני בתי ההוצאה לאור אלו זכות והנאה כאחד וכן עניין מאלף ומחכים. חזיתי במו עיניי בשינוי שעבר הדפוס, ממכונות דפוס וטון של עופרת רותחת להדפסה ממוחשבת, מודרנית ונקייה. לפיכך, ברצוני לפתוח ברגשות עמוקים של: "תודה רבה לכולכם, ומי ייתן וקין פרס האג למשפט הבינלאומי תמשיך לשגשג ולדרבן את אלה המקדישים את חייהם ויכולותיהם למען קידום המשפט הבינלאומי".

עניין זה מביא אותי למגע קרוב יותר עם הממשות של הליברליזם ההולנדי האמיתי, שאותה הביא לכדי ביטוי קמאי Hugo Grotius במסמכו החשוב שנכתב למען המדינות ההולנדיות שזה עתה שוחררו, ב-1615: "Remonstratie nopen de ordre dije in de Landen van Hollandt ende Westvrieslandt dijent gestalt op de Joden"². במסמך זה פירט המחבר את התנאים בהם יותר ליהודים, שבתקופה ההיא נמלטו מהאינקוויזיציה בספרד ובפורטוגל, להתיישב בהולנד, שזה עתה השתחררה משליטת ספרד. יצוין, כי אחד מאבות אבותיי נהנה מתנאים אלו, והיה מעורב בייסוד הקהילה היהודית באמסטרדם ובבניית בית הכנסת הפורטוגזי המפורסם בעיר (הוא גם היה

¹ להערכה, אשר אני רוכש לשני המורים הרוחניים הללו, ראו: "תפקיד השופט הבינלאומי לפי תפיסתו של הרש לאוטרפאכט ז'ל" קובץ מחקרים במשפט הבינלאומי הפומבי לזכר סר הרש לאוטרפאכט (ירושלים, תשכ"ב); "סניגורו הגדול של עם ישראל [לזכרו של יעקב רובינסון]" גשר, חוברת 94/5 (תשל"ט) 91.

² מהדורה של מסמך זה הוצאה לאור באמסטרדם, 1949.

מעורב בהחרמת שפינוזה - אולי, צעד יותר שנוי במחלוקת בפעולותיו).³ לפיכך, ביכולתי לטעון לקשר עתיק יומין עם ארץ זו.

בראשית ימיו של בית הדין הבינלאומי הנוכחי, העיר השופט הברזילאי קרנאירו בצדק, באחת מפסיקותיו, שבלתי נמנע הדבר, שבכל אחד יישארו עקבות כלשהם מחינוכו המשפטי ומפעילויותיו המשפטיות הקודמות. דבר זה הוכח כנכון.⁴ הוא דיבר על הציפיות מחברי בית המשפט, אך אני סבור, כי דבריו רלוונטיים במלואם לכל העוסקים כעורכי דין במשפט הבינלאומי. המשפט הבינלאומי הוא ענף עצמאי ועומד בפני עצמו של המשפט ותורת המשפט, של מדע המשפט והפילוסופיה של המשפט. ואולם, אסור שיופרד מהמשפט כמכלול ואל לו, לעורך הדין העוסק במשפט הבינלאומי, להשליך מעליו את הכשרתו הראשונית ואת חינוכו התרבותי, ואף אין מצפים ממנו, או ממנה, לעשות כן. לכן, אני מעז לחשוב, לא תופתעו מכך, ששאבתי את השראתי להבעות דעה אלו מחינוכי כיהודי.

השראתי העיקרית, מאז שהתחלתי להתעניין בבית הדין הבינלאומי, במהלך התקופה האפלה של מלחמת העולם השנייה, והשפעתה הטראומטית על כל מי שהיה לו קשר כלשהו למלחמה זו, היא טקסט קצר, שלוש מילים בלבד בעברית, מספר "דברים": "צדק צדק תרדוף" (דברים, ט"ז, כ'). פרשנים רבים שאלו עצמם מדוע חוזר הכתוב על המילה "צדק", והתשובות לכך רבות, כמספר הפרשנים עצמם. הפירוש המועדף עלי הוא זה המובא (בשם ראב"ע) בספר הפרשנות מהמאה השלוש עשרה של רבי משה בן נחמן מקטלוניה (1194 - 1270). הוא נתן את דעתו, כי מאחורי החזרה על המילה "צדק" עומדת הכוונה ללמד שעל אדם לדרוש צדק תמיד, "שירויח בו או יפסיד". אם זה אידיאל עבור בני האדם - עליו להיות באותה מידה אידיאל עבור בני האדם האחראים על ניהולם של ענייני הציבור, כולל ענייני מדינה, מאחר שהמשפט הבינלאומי, כמו כל תחום משפטי, מכון, בראש ובראשונה, לבני אדם, אשר נמצאים בעמדה המיוחדת של ניהול ענייני המדינה והאחראים לאלו. למותר לציין כאן, כי העולם עודנו רחוק מכך, אבל האידיאל קיים. בתי המשפט

³ שפינוזה צוטט לפחות פעם אחת בפסיקה של בית הדין הבינלאומי. היתה זו דעת היחיד של השופט Rigaux, שמונה אד הוק, בפסקה 32 לפסיקתו מיום 6 בנובמבר 2003, בפרשת **The Oil Platforms case**.

⁴ דעת המיעוט בפרשת חברות הנפט האנגלו-איראניות, 161 ICJ Rep.1952 (פסקה 14).

והטריבונלים השונים, שבאו לכדי קיום ברחבי העולם, חלקם כאן בהאג, במיוחד במהלך המאה העשרים על כל פורענויותיה, עבור מטרות שונות ועבור חלקים שונים של האנושות, הם עדות ניצחת לכך שאי שם במצפון האנושי רעיון זה מכה שורשים.

אני חב את היכרותי עם בית הדין הבינלאומי למכר, מוכר ספרים, במה שהיתה פעם חנות ספרי משפט מפורסמת, בנתיב צ'נסורי בלונדון בשם: Sweet and Maxwells. הוא הכיר את טעמי הספרותי. ביקרתי אותו במהלך חופשה מהצבא, זמן קצר לפני D-Day, והוא הראה לי ספר, שזה עתה הגיע בדרך כלשהי ללונדון - יצירת המופת של הדסון (Hudson) בנושא בית דין הבינלאומי הקבוע לצדק (PCIJ). תחת השראה זו, ועלי להוסיף - בעידודו של הדסון עצמו, הקדשתי חלק ניכר מלימודי לבית הדין הבינלאומי, ובאופן כללי יותר - לבעיות שבליטיגציה בינלאומית; מפסוק קצר זה מספר דברים, הגעתי למסקנה ולאתגר, שאותם, עוד רגע קט, אתאר לפניכם.

התחום השני, שבו הקדשתי חלק ניכר מחיי, הן כעניין של עיסוק מעשי והן בפן האקדמי, הוא דיני האמנות הבינלאומיות. גם כאן מספק ספר דברים מידה של השראה, באמרו לנו: "מוצא שפתיך תשמור ועשית" (דברים, כ"ד, כ"ד); ארבע מילים בעברית, המקבילות לשלוש המלים בביטוי הלטיני שכולכם מכירים: "Pacta Sunt Servanda". לצד עיסוקי בחובותי הרשמיות - היתה חברותי ב- International Law Commission הכוח המניע לכך. היתה זו זכות גדולה, שנפלה בחלקי, להיות חבר בוועדה כשזו השלימה את עבודתה בנושא דיני האמנות - רכיב מרכזי בכל משפט בינלאומי מודרני. גם את זה אקשר לאתגר, שעתידי אני לפרוש לפניכם.

שלישית - אני מגיע לעניין דיני הים. אחת הסוגיות הראשונות, שמצאה דרכה לשולחן העבודה שלי בראשית 1949, ומאז לא עזבה אותי, היתה שאלת חופש המעבר, במה שהיה מיצר לא מוכר - מיצר טיראן ומפרץ עקבה. אגב, כיום, מעבר ימי מרכזי, המאפשר גישה לחלק נכבד מהעולם הערבי מהאוקיינוס ההודי וממקומות אחרים. המיצר והמפרץ מהווים, יחדיו, זרוע של ים סוף, הוא הים האדום, וקריעת ים סוף היוותה, מאז ומעולם, עניין בעל חשיבות ייחודית בעיני העם היהודי, כמפורט בשירת הים, בספר שמות, פרק כ"ה, הנאמרת בכל יום מימות השנה, בתפילת השחרית. עניין זה הוביל להשתתפותי בכל ועידות האו"ם העיקריות בנושא דיני הים

- חמש במספר - בין השנים 1955 ל-1995. היו אלה: ועידת רומא ב-1955, אשר, ככלל, אין מקדישים לה שימת לב, אך היא אולי אחת החשובות ביותר; שלוש ועידות האו"ם בנושא דיני הים, בתקופה שבין 1958 ל-1982, וכן ה- Straddling Stocks Conference, בין השנים 1992 - 1995. השתתפותי זו היתה אחת מחובותיי המקצועיות, עבודה קשה ביותר, אך נעימה ומתגמלת, שהובילה לחברויות אישיות רבות בכל רחבי העולם ולהבנה עמוקה בהרבה של המשפט, ניסוחו ויישומו.

אני מציין זאת, כי אם נראה הדבר, שתרומתי למשפט הבינלאומי נמדדת אך בספרים, במאמרים ובשאר פרסומים המכסים מגוון נושאים רחב - אלו בתורם אינם בגדר בחינה תיאורטית של נושאים, שלעתים נראים איזוטריים ומנותקים מענייני דיומא, אלא ההיפך הוא הנכון; הנושאים הללו קשורים לעבודתי היום-יומית, כמי שעוסק במשפט הבינלאומי. דבר זה הוא המוביל אותי למה שאני סבור, חייב להיחשב כנושא המרכזי בנאום זה - מקומו של המשפט הבינלאומי בחיי היום-יום של אדם ממוצע.

אין זה מובן דיו על ידי הציבור הרחב, או אפילו על ידי העוסק הממוצע במשפטים באיזו מדינה, באיזו מידה מסדיר המשפט הבינלאומי את פעולות היום-יום, של כל גבר, אישה וילד, בימינו בעיקר, באמצעות פעולתן של אמנות בינלאומיות וחקיקה לאומית המבוססת על אמנות בינלאומיות ונגזרת מהן. מנקודת מבט כמותית, מהוות האמנות מקור עיקרי לכללי היום-יום של המשפט הבינלאומי. כאשר אתם מתעוררים בבוקר ומתיזים על עצמכם תמרוק כלשהו - הכימיקלים אשר מניעים את הספריי, מפוקחים על ידי המשפט הבינלאומי. כשאתם שותים ספל קפה עם ארוחת הבוקר, המשפט הבינלאומי - יותר מענף אחד שלו - קובע איך יגיע הקפה לשולחנכם. כשאתם נוהגים במכוניתכם לעבודה - השלטים שבצידי הכביש - עליהם נסמכים כללי ההתנהגות בדרך ובטיחותכם האישית - נקבעים על ידי הסכם בינלאומי מרכזי. באותה עת, הגזים שפולטת מכוניתכם מהאגוז, מפוקחים גם הם על ידי המשפט הבינלאומי; איכות הסביבה היא, עתה, עיסוק בינלאומי מרכזי, בו קיימות התנגשויות חזקות בין אינטרסים המגושרים ביניהם רק בקושי רב. הייתי יכול להמשיך כך בלא הפסק, לגבי כמעט כל פעולה, שאתם נוטלים על עצמכם במהלך עשרים וארבע השעות הקרובות. למשפט הבינלאומי יש, אפילו, מה לומר, כדי לסייע

בידכם לישון בשלווה - ההגנה הבינלאומית על איכות הסביבה הורחבה בתחולתה, וחלה עתה גם על מניעת מפגעי רעש של מטוסים.

הגעתי מביתי לכאן כללה רגולציות והסכמים, שנקבעו על ידי ארגונים בינלאומיים שונים, והסכמים בילטרליים בין ממשלות, יחד עם, לפחות, ארגון לא ממשלתי (N.G.O.) אחד. להלן אפרטם: איגוד התעופה הבינלאומי מפקח על תעופה באופן כללי, לרבות על הנדרש משדה תעופה בינלאומי, תחזוקה ופיקוח על נתיבי תעופה, וכללים בדבר תעופה מעל שטחה הטריטוריאלי של מדינה ומעל הימים (טיסה מעל שטח ימי מהווה אחת מחירויות הים, המוסדרות על ידי משפט הים הבינלאומי); איגוד הטלקומוניקציה הבינלאומי מבטיח תקשורת רדיו בטוחה, המנחה את הטייס בטיסתו; איגוד העובדים הבינלאומי מפקח על תנאי העבודה של אנשי צוות האוויר; הארגון המטאורולוגי הבינלאומי מרכז את זמינותו והפצתו של המידע בנושא מזג האוויר, החיוני לטיסה בטוחה; ארגון הבריאות הבינלאומי קובע את ההסדרים ההכרחיים למניעת הפצתן של מחלות מסוכנות באמצעות חרקים במטוס, או העברתן באמצעות הצוות או הנוסעים; הסכמים בילטרליים מאפשרים את לוחות הזמנים של הטיסות ממדינה למדינה; וכארגון לא ממשלתי - ההתאחדות הבינלאומית לתעבורה אווירית (IATA) - גוף אשר הוקם מכוח חוק של הפרלמנט הקנדי, ועוסק בקשרים ההדדיים בין חברות תעופה מסחריות. אם תטרחו ותקראו את האותיות הקטנות על כרטיס הטיסה שלכם, תמצאו, שמכוח חוזה עם חברת התעופה הכפתם עצמכם, באופן וולונטרי, לדין הבינלאומי הידוע (או אולי הידוע לשמצה) - אמנת וורשה מ-1929, העומדת להיות מוחלפת על ידי אמנת מונטריאול מ-1999. אמת הדבר, לא תתקלו באופן ישיר ברוב הנושאים הללו, אלא במקרה של חלילה, תאונה - ובמקרה זה תהפוך אמנת ורשה/מונטריאול לרלוונטית, וייתכן שאף תכלול דיון סבוך בבתי משפט לאומיים. עניין זה ממחיש עד כמה משפיעה הגלובליזציה על המשפט, כמו גם על מרבית הדברים האחרים.

יכול הייתי להמשיך כך ללא הפסק, אך ברצוני להזכיר מצב יחיד ומאוד ספציפי - זה של אדם המסתבך עם החוק בעת שהותו במדינה זרה. לפושעים, כמו לכל בני האדם, יש זכויות במשפט הבינלאומי, ואיני מתכוון לתחום הנרחב, הזוכה לרוב לכינוי "דיני זכויות האדם" או לקשיים הכרוכים בהסגרה. הדבר אינו תמיד ידוע

לעורכי דין העוסקים בתיק, שלעבריינין במדינה זרה יש זכויות מאוד ספציפיות על פי המשפט הבינלאומי, להגנה קונסולרית ולדרכי השגתה. זה היה הנושא בשלושה מקרים חשובים, שנדונו לאחרונה בבית הדין הבינלאומי, ובמקרה מוקדם יותר, שנדון באמצעות הגופים הלטינו-אמריקנים האזוריים לזכויות אדם.

בית הדין הבינלאומי הסביר בפירוט רב כיצד יש ליישם זכויות אלה, המעוגנות בהסכמים בינלאומיים, ברמת המקרה הפלילי הפרטני. כאשר קראתי את העתירות במקרים אלו, הייתה בי העובדה, שפעמים רבות יוצגו הנאשמים על ידי סנגורים ציבוריים, אשר כלל לא ידעו על הזכויות הללו שהוענקו באמנות בינלאומיות לאלו אותם הם היו אמורים לייצג בהליכים המשפטיים. באחדים מן המקרים גם גורמי התביעה לא ידעו באותה מידה אודות זכויות אלה. כתוצאה מכך, הזכויות הללו, המעוגנות באמנות בינלאומיות, לא באו לכדי מימוש מקום בו כך היה צריך לעשות. דבר זה הוביל לסדרת פולמוסים בינלאומיים, שנדונו ברמות הגבוהות ביותר - באחד מהמקרים ברמה של ראשי המדינות - טרם הגיעם לבית הדין הבינלאומי לשם מתן החלטה מחייבת והבהרה כללית של המצב המשפטי בסוג זה של מקרים. זוהי דוגמה אחת. כעת הבה נשקיף לכיוון אחר.

עקבתי מקרוב אחר עבודת הטריבונל הפלילי הבינלאומי ליוגוסלביה לשעבר (ICTY). כמה עורכי דין הולנדים בכירים הופיעו באחד או בשניים מהתיקים החשובים שנדונו לפני טריבונל זה. איני מתכוון לעסוק כאן בעיסוקו המהותי של טריבונל זה; זהו עניין למומחים מתחום המשפט הבינלאומי הפלילי, אך מה שהיכני בתדהמה, בנוגע למקרים שהובאו לפני טריבונל זה הוא: איך אנשים רגילים, בעלי עבודות רגילות, מצאו עצמם לפתע במצבים שבהם לא היתה להם כל שליטה, בעמדה שבה הם יכלו לבצע מעשים איומים של אלימות והתנהגות לא נאותה, כלפי אנשים אחרים; מעשים כל כך חמורים עד שהקהילה הבינלאומית, המיוצגת על ידי מועצת הביטחון, לא יכלה לתת להם לחלוף ללא גמול. היא הקימה, בהוצאות עצומות, טריבונל פלילי בינלאומי אד הוק, בו אולצו אנשים אלו לתת את הדין על מעשיהם. כבר היינו עדים למאורעות דומים במקומות אחרים בעולם, וגם שם - מלבד ברצח העם הנורא ברואנדה, בו הקימה מועצת הביטחון טריבונל פלילי בינלאומי - נעשו הסדרים, ייחודיים, אך ראויים, לשם קיום הליכים פליליים לפני סמכויות שיפוט

שנוצרו במיוחד לשם כך ואשר כללו תמהיל, מבוקר היטב, של אלמנטים לאומיים ובינלאומיים. מטרתם היתה לדון אנשים, המואשמים בגין אחריות למעשים עברייניים, וזאת, ללא כל קשר למעמדם הרשמי בצמרת המדינה או בכל יישות אחרת שאליה הם משתייכים. דוגמא לסמכות שיפוט ייחודית שכזו היא בית המשפט המיוחד בסיירה לאונה. כעת קיים בית המשפט הפלילי הבינלאומי הקבוע, שמושבו בהאג (ICC). בלא כל קשר לביקורת, שניתן להשמיע לגבי פסקה זו או אחרת באמנת רומא - ובכל הכבוד, אני סבור כי העניין פתוח לביקורת רבה - עובדה שרירה היא, כי בית משפט זה קיים ופועל, וכבר היו מקרים שהופנו אל מוסדותיו. אחד מסממניו המיוחדים הוא עקרון ההשלמתיות, שעל פיו ניתנת קדימות לבתי המשפט הלאומיים. משמעות הדבר היא, כי על כל עורך דין, שעשוי לייצג במשפט פלילי בינלאומי, להיות מודע לעיקרון זה על מנת שלקוחו יקבל ייעוץ משפטי הולם. מודעות זו צריכה להיות גם נחלתם של השופטים ושל התובעים במדינות השונות. מתעוררות גם שאלות לגבי זכויות הקורבנות ביחס לסעיף 68 לאמנת רומא.

לכל האמור לעיל יש השלכות מרחיקות לכת, מכיוון שהמשמעות היא, שכעת כל אדם - חייל מקצועי בכוח הלוחם או חייל בשירות חובה; חבר בארגון צבאי שאינו סדיר או בכל מעמד אחר - שמבצע פעולות היכולות להיחשב, על פניו, כהפרה של מה שעתה מכונה לעיתים תכופות: "המשפט הבינלאומי ההומניטרי", בעיקר בפשעים בינלאומיים המנויים באמנת רומא ובמסמכים הקשורים אליה - עלול להיות מואשם באחריות פלילית על פי כללי המשפט הבינלאומי. מכאן, נראה הדבר, כי כל עורך דין שייבחר על ידי אותו אדם ייאלץ להתמודד עם בעיות סבוכות של משפט בינלאומי. המעט, שניתן לצפות מעורך דין במצב כזה, הוא זיהוי הולם של היבטי המשפט הבינלאומי בתיק, וצירוף, באופן ראוי ומקצועי, של עורך דין העוסק בתחום הבינלאומי לטיפול בתיק.

אך אין צורך להרחיק עד כדי כך. עיון בעשרים או בשלושים הכרכים האחרונים של International Law Reports מעלה מספר יוצא דופן של מקרים מגוונים בהם התעוררו סוגיות, חשובות יותר וחשובות פחות, של משפט בינלאומי. שני מקרים הכרוכים במשפט הפלילי המדיני - אחד של בלגיה והשני של צרפת - נדונו בבית הדין הבינלאומי, וזאת, נוסף לשלושה מקרים, שעסקו בעונש המוות, בהם היה

מעורב דיון במערכת המשפט הפלילי של ארה"ב, כאשר בית המשפט של אחת ממדינות ארה"ב הנוגעות בדבר כבר התאים את פסיקתו להסדר, שנוסח על ידי בית הדין הבינלאומי.⁵ בית הדין הבינלאומי סירב, בחוכמה רבה, לשמש כבית משפט לערעורים פליליים, אך יש לי הרושם, שהוא רואה עצמו, במידה מסוימת, כמעין ערכאה מבקרת (Court of Cassation) הבוחנת את החלטת הערכאה קמא, ומחזירה את המקרה לרשויות המדינה כדי שיטפלו בו באמצעי ראוי, פרי בחירתם, לאור פסיקת בית הדין בדבר המצב המשפטי החל על המקרה.

דיני הים החדשים מעניקים לבעלי כלי שיט ולבעלי מטען זכויות כנגד מדינות, מלבד מדינת הדגל. עניין זה הוא בעל חשיבות רבה לקהיליית הדיג. הטריבוונל הבינלאומי למשפט הים (ITLOS) הוקם במיוחד כדי לאפשר לפרטים הנוגעים בדבר להגן על זכויותיהם לפני בית דין בינלאומי הולם. דוגמה טובה לכך היא בית המשפט הצרפתי באי ראוניון, הרחק באוקיינוס השקט, אשר התאים פסיקותיו להחלטות הטריבוונל הבינלאומי ההוא.

בתי המשפט של המדינות השונות עשויים להיתקל גם בסכסוכים שיגרתיים בשאלות של חסינות דיפלומטית או קונסולרית, או חסינות של ארגונים בינלאומיים וחבריהם, למשל, בהקשר של השכרת מבנה לשגרירות או למגורי הצוות הדיפלומטי, או בנוגע לסוגי מיסוי שונים. בצרפת נדונו תיקים שעסקו בשאלה אם הזכויות הגמלאיות של עובדי ציבור בינלאומיים בדימוס (וביניהם עליי להוסיף - רשם לשעבר של בית הדין הבינלאומי), אשר החליטו לבלות את שנותיהם הנותרות בצרפת - כפופות למיסוי כלשהו. אחד מהמקרים הללו הוכרע בבית משפט מוסמך בצרפת בעוד שאחרים נדונו בבוררות בינלאומית, בצורה של מעין תובענה ייצוגית.⁷ בניו יורק - ענייני בעיות החניה הפכו כל כך חמורים עד שהועלתה הצעה לפנות לבית הדין הבינלאומי על מנת לקבל חוות דעת בשאלת הלימת חוקי העזר העירוניים

⁵ **New York Times**, (הוצאה אלקטרונית), 13 במאי 2004.

⁶ הערת עורך - *Court of Cassation* הינו טריבוונל הקיים בעיקר במשפט הקונטיננטלי. זו ערכאת ערעור לשאלות שבדין, אשר סמכותה מצומצמת אך ורק לאישור או לביטול החלטת בית המשפט קמא. כאשר טריבוונל זה מבטל החלטה, מוחזר העניין לערכאות הנמוכות לשם הכרעה מחדשת במקרה לגופו.

⁷ מסוכם ב-98 AJIL 163 (2004).

המקומיים, בענייני חנייה, את המשפט הבינלאומי⁸. ממה שניתן לראות - לא אופתע אם יבוא יום ובעיה דומה תצוץ כאן (אם טרם קרה הדבר) ובערים מרכזיות אחרות. אדם פשוט אינו יודע לעולם מתי מצב נתון, בו הוא עשוי למצוא עצמו, יכלול שאלות של משפט בינלאומי.

כל האמור מוביל למסקנה אחת ויחידה. כל אדם וכל עורך דין עשויים למצוא עצמם במפתיע מתעמתים עם משפט בינלאומי וצדק בינלאומי - בין שהדבר ידוע להם ובין אם לאו. עניין זה מעורר שאלה בסיסית: האם בעלי המקצוע המשפטי כיום כמכלול, באיזו מדינה בעולם, הם בעלי ההכשרה הנדרשת על מנת להתמודד כראוי עם סוג זה של שאלות? האם עורך הדין הממוצע מוכשר אפילו לזהות קיומה של בעיה במישור המשפט הבינלאומי, בנסיבות בהן נדרשות חוות דעת ועשייה מקצועית? מניסיוני, שאלה זו ניתן לשאול לא רק לגבי משפט בינלאומי פומבי, אלא, באותה מידה, גם לגבי משפט בינלאומי פרטי, שאספקטים חשובים שלו מוסדרים על ידי אמנות בינלאומיות, הנתונות כיום תחת חסות הוועידה למשפט בינלאומי פרטי, אשר גם היא מקום מושבה בהאג. אחרי חשיבה רבה בנושא, וקריאה מעמיקה ב- International Law Reports ובפסקי דין של בתי משפט וטריבונלים אחרים, עלי להודות שהגעתי למסקנה שלילית. ככלל, המקצוע המשפטי, למעשה בכל מדינה ממדינות העולם, אינו מצויד כהלכה להתמודד עם שאלות מתחום המשפט הבינלאומי, בהן עשוי לקוח להיתקל, והציבור זכאי להגנה כזו. איני סבור שעורך דין יכול להיחשב כבעל הכשרה מלאה אם הוא או היא אינם מסוגלים לזהות רכיב תחום של המשפט הבינלאומי הקיים בבעיה שנתון בה לקוח. איני מצפה שכל עורך דין יהיה מסוגל לפתור בעיה זו מהמשפט הבינלאומי. כמובן, יהא בכך משום דרישה מוגזמת, אך המעט שניתן לצפות הוא, שעורך הדין יזהה שבעיה מהמשפט הבינלאומי היא חלק מהמכלול הטעון פתרון, בין אם עסקינן בתיק פלילי ובין אם באזרחי.

אחת ההחלטות המוקדמות של עצרת האו"ם, החלטה 176 (2) מיום 21 בנובמבר 1947, קראה למדינות החברות לעודד את הוראת המשפט הבינלאומי. לכך לא היתה

⁸ GAOR, Reports of the Committee on Relations with the Host Country, המושב החמישים ושמונה כרך 26 (A/58/26) פסקה 43 (2003).

כל השפעה, מכיוון שלא נעשתה כל עבודת המשך, זאת עד לשנת 1993, אז החלה העצרת לעסוק בעצמה בסיוע להוראה, ללימוד, להטמעה ולהערכה רחבה יותר של המשפט הבינלאומי. נושא זה מצוי כיום באופן קבוע על סדר יומה של הוועדה (המשפטית) השישית של עצרת האו"ם.

בו בזמן, שני הארגונים הראשיים המוקדשים לנושא הדין הבינלאומי - המכון למשפט בינלאומי (The Institute of International Law) והאגודה למשפט הבינלאומי (The International Law Association) - אף הם החלו לעסוק בכך. כבר בשנת 1979, המכון למשפט בינלאומי, בהנחיית הפרופ' הצ'כי Zourek ופרופ' Pierre Lalive מג'נבה שסייע לו, כאחראים על הגשת דין וחשבון למכון, במושב שנערך באתונה, אימץ את ההחלטה העיקרית, הראשונה שלו, בנושא הוראת הדין הבינלאומי.⁹ המוסד העלה את הנושא לסדר יומו בשנות ה-90, בהנחיית אדם אשר הינו חברנו ואשר שימש גם השראה מרכזית להענקת פרס האג - פרופ' רונלד מק'דונלד מהאליפקס, נובה סקוטיה. זוהי החלטה חדשה שהובילה להחלטת שטרסבורג, משנת 1997, אליה עוד אשוב.¹⁰ לגבי חלקה של האגודה למשפט הבינלאומי בעניין זה, הרי שזו טרם סיימה את מחקרה בנושא. דו"ח מקדמי הוגש במושב האגודה בניו דלהי בשנת 2002,¹¹ ואני מאמין, כי דו"ח נוסף יוגש במושב האגודה בברלין, בחודש אוגוסט הקרוב. ככל הנראה, זה מאוחר מכדי שוועדתה של אגודה בינלאומית מוכשרת זו תעסוק באופן ראוי בהצעתו, אך אני מביע תקווה, כי הוועדה תמצא את ההודמנות להביא הצעה זו לתשומת לב הציבור לצורך בחינה מדוקדקת יותר, וכי האגודה למשפט הבינלאומי תיתן דעתה, כראוי, לרעיונות שאני מביע כאן.

את החלטות עצרת האו"ם יש לקרוא בהקשר של מגילת האו"ם, והן מבוססות על ההנחה, שידע נרחב יותר בתחום המשפט הבינלאומי, יהיה בו כדי לתרום לשמירת השלום והביטחון בעולם. במידה מסוימת, החלטת אתונה של המכון למשפט בינלאומי צועדת באותה דרך. בה בעת, החלטה זו התחילה תהליך של הרחבת המטרות, שלשמן חשובה הוראת המשפט הבינלאומי, ואני מניח - גם של

⁹ 58-II Annuaire de l'Institut de Droit international 204 (1979).

¹⁰ שם, כרך 1-67, (1997) עמ' 126. שם, כרך 2-67, (1997), עמ' 83, 466.

¹¹ ILA, Report of the Seventieth Conference (2002) at p. 687.

הורדת המשפט הבינלאומי מכסו הרם, וקירובו אל המציאות של חיי האדם. בפיסקה השנייה של ההחלטה, שאומצה באתונה, נאמר:

”מתוך מודעות להתפשטות הבינלאומית של קשרי החברה, ולהשפעתם הגוברת של גורמים בינלאומיים על אספקטים מגוונים של חיי פרטים, עמים ומדינות...”

החלטת שטרסבורג, משנת 1997, אף מקדמת רעיון זה, הלאה:

”מתוך שימת דגש על כך, שהמשפט הבינלאומי משפיע במידה גוברת על תוכן החוק המקומי, ועל כך, שידיעת המשפט הבינלאומי היא הכרחית לשם ביצוע קשת רחבה של תחומי אחריות מקצועית ברמה הלאומית ושל תחומי האחריות של הפרט, בחברה בינלאומית בעלת לכידות גוברת.

מתוך רצון לאשרר, כי בתנאים הקיימים בעולם כיום, החינוך המשפטי הינו לוקה בחסר אם אינו מכסה את רכיבי הבסיס של המשפט הבינלאומי, הפרטי והפומבי...”

נראה, כי שתי ההחלטות הללו, ועד כה גם עבודת הוועדה של האגודה למשפט הבינלאומי, היו מכוונות, בראש ובראשונה, להוראת המשפט ברמה האוניברסיטאית. אך אני סבור, שיש לקדם את הנושא מעבר לכך, ושעיקר המיקוד צריך לנוע מהמשפט האקדמי לעבר המשפט השימושי והיישומי, ומהרעיון של יצירת מומחים למשפט הבינלאומי לרעיון לפיו יובטח כי כל עורך דין, העוסק בפרקטיקה, יכיר די הצורך את המשפט הבינלאומי כדי שיוכל לזהות את הימצאותו, כשצצה בעיה, ויידע להתמודד עימה בהתאם. בקצרה, אני סבור, שמגיעה העת, אם זו טרם הגיעה, שבה הן משפט בינלאומי פרטי והן משפט בינלאומי פומבי יהיו נושאי חובה לשם קבלה כחבר לכל לשכת עורכי דין באשר היא. הן המשפט הבינלאומי הפרטי והן הפומבי, הם בבחינת מוצרי יסוד באותה מידה כמו דיני החוזים, דיני הקניין, דיני הנזיקין, המשפט פלילי, המשפט המסחרי, דיני האישות וכל צורה שהיא של משפט ציבורי. האזרחים, אשר נזקקים מכל סיבה שהיא לשירותיו של עורך דין, זכאים לכך, וראוי שיוכלו לסמוך על כך, שעורך דינם יהא בעל הכשרה לעסוק בעניינם, גם אם הוא כרוך בשאלה של משפט בינלאומי.

איני חושב על משהו מורכב. איני סבור, שעמידה בדרישות הסף לקבלה ללשכת עורכי דין לאומית או מקומית תצביע, כשלעצמה, על עמידה בדרישות הסף

להכשרה כעורך דין בתחום הבינלאומי. לא יותר מהמידה, שעמידה בדרישות הסף של לשכת עורכי דין לקבלה למקצוע מהווה, כשלעצמה, אינדיקציה להתמקצעות בענף מסוים של המשפט. לשם קבלה, כחבר בלשכת עורכי הדין, על המועמד להיות בעל ידע מסוים בדין הבינלאומי של האמנות, לצד ידע (יש לקוות) של הדין הלאומי של האמנות, שנרכש, ככל הנראה, כחלק מההיכרות עם המשפט החוקתי או המשפט הציבורי. בהקשר זה אמנת וינה, בנושא דיני האמנות, משנת 1969, מהווה מדריך כללי שימושי, וניתן לראותה כתבנית בסיס בכל הנוגע לדיני האמנות הבינלאומיות.¹² כאן עליי להשמיע מילה של זהירות. פעמים רבות מתעלמים מכך שאמנת וינה עוסקת רק במשפט הבינלאומי של האמנות. היא מותירה על כנו את הדין הפנימי של כל מדינה. ה- International Law Commission הבהירה זאת היטב, בהצעתה בדבר משפט האמנות משנת 1966, פסקה 15 לדברי ההסבר לסעיף 2 להצעה, ומאז לא אירע דבר שיש בו כדי לשנות זאת.¹³ עורך הדין העוסק במקצוע אינו נזקק לידע מפורט של דין האמנות הבינלאומי. אולם, ידע מסוים של רכיבי הבסיס, ובפרט של הבעיות שבפרשנות אמנה (לצד הבנת כללי הפרשנות הלאומיים, הנדרשים לשם פירוש החוק המדינתי, שנותן תוקף לאמנה), הוא הכרחי בימינו. כל עורך דין העוסק במקצוע חייב להידרש להפגין ידע בסיסי באמנות הבינלאומיות. עליו לדעת להתמצא בקבצי אמנות לאומיים או בינלאומיים, וכן לדעת איך לפרש וכיצד ליישם אמנה בינלאומית; עליו להוכיח ידע בסיסי במערך הבינלאומי של בתי דין ומוסדות בוררות, במידה הדרושה לאדם הנזקק לפנות לאלו; כולל, למשל, הכרת מערכת ה- ICSID, אם עורך הדין עתיד לעסוק בהשקעות בינלאומיות; הכרת מערכת זכויות האדם, נושא העשוי להתעורר אצל כל עורך דין בכל מקום ובכל זמן, וכן הכרת רכיבי הבסיס של המשפט הפלילי הבינלאומי ושל סוגיית סמכויות השיפוט. התרשמתי, עת קראתי לאחרונה בפרסום בנושא זכויות אדם של המועצה האירופית, לגלות, שבמשך ארבעה חודשים: נובמבר, דצמבר 2003, ינואר ופברואר 2004, דן בית

¹² אמנת וינה מיום 23 במאי 1969 בדבר דיני אמנות (אמנת האמנות), תרגומו מ-והרי וש-רוזן (ירושלים, תשל"ח).

¹³ Report of the International Law Commission on the Work of its Eighteenth Session (A/ 6309/Rev.1), Part 2, **Yearbook of the International Law Commission** (1966) vol.2.

הדין האירופי לזכויות אדם (ECHR) בלא פחות מ-7315 תיקים (אולם, מתוכם הוכרוזו 6255 כבלתי קבילים ועוד 177 בקשות נמחקו מהרשימה).¹⁴ זהו מספר מדהים של תיקים באזור בעולם, שהוא אמו-הורתו של רעיון יצירת זכויות האדם האינדיווידואליות למול המדינה הכל יכולה; בו המערכות הלאומיות, של המנהל הציבורי ושל המשפט הפלילי, כוללות אמצעי ביטחון רבים, שנועדו להבטיח הגנה ויישום של זכויות הפרט.

ניתן ללמוד מכך גם איך על כל עורך דין להיות מסוגל לקרוא, כיאות, כל טקסט בינלאומי, הן אמנה והן החלטה וכן פסיקה בינלאומית. אין די בשימוש בציטוטים נבחרים בלי ידע מסוים בדבר מקומם הראוי, לא רק במסמך נשוא העניין, אלא במשפט הבינלאומי ככלל. כאן עליי להוסיף, כי על כל עורך דין להיות עירני לבעיית השפה בעת קריאת כל טקסט של המשפט הבינלאומי, בפרט פסיקות ואמנות הכתובות ביותר משפה אחת. איני מבקש מעורך הדין להיות בלשן מומחה, למרות שבדור הקודם רוב עורכי הדין הבינלאומיים המומחים שלטו היטב בשתיים או בשלוש שפות, בפרט בשפות המדינות השכנות ובמיוחד בצרפתית. למרבה הצער, אין הדבר כה שכיח כיום.

אני גם סבור, כי כל עורך דין בעל הכשרה צריך להיות בעל ידע אורייני בסיסי במשפט הבינלאומי. עליו לדעת מהם ספרי המשפט העיקריים בשפת מדינתו, מהם אתרי האינטרנט העיקריים וכיצד להשתמש בהם, וכן להכיר את קבצי פסקי הדין והכרעות הבוררות הבינלאומיים העיקריים. איני מצפה מעורך הדין הממוצע, שיעסיק עצמו בפרטי הדין והפרוצדורה. זה עניין למומחי הדין הבינלאומי, באותה מידה, בה פונה אדם למומחה בכל שאלה מורכבת בענפים השונים של חוקי המדינה. אני גם סבור, שעורך דין, העוסק במקצוע, צריך להכיר באופן כללי את המערך המבני של ארגון האומות המאוחדות, ואם הוא, או היא, מתעתדים לעבוד בתחום פעילות ספציפי, ידע בדבר הארגונים הבינלאומיים, הפועלים בתחום זה, צריך להיכלל. כשלימדתי באוניברסיטת אמסטרדם קורס מתקדם במשפט בינלאומי, הופתעתי משאיפותיהם של כמה מהסטודנטים (כולם סטודנטים לתואר שני). חלק

¹⁴ Council of Europe **Human Rights Information**, חוברת 61 (נובמבר 2003 - פברואר 2004), עמ' 2.

מהם רצה לעבוד בשירות הציבורי של מדינתם, חלק מהם - בשירות הציבורי הבינלאומי, ושניים או שלושה רצו לעבוד בארגונים לא ממשלתיים אידיאליסטיים, בעלי יכולת ועוצמה, ובמיוחד ב"גרינפיס". עניין זה הפתיעני, עליי להודות.

בקצרה, אני מפציר שידע מקיף במשפט בינלאומי יהא נדרש, לא רק במסגרת השכלה משפטית אוניברסיטאית, שם מונח מרכזי הכובד של ההחלטות שאותן ציינתי, אלא, שבמקביל, יהא ידע זה נדרש גם כחלק מהתמחותו בחוק ישים של כל עורך דין. הציבור הרחב, שעשוי להיזקק לעורך דין מכל סיבה שהיא, זכאי להגנה סבירה, גם מקום בו הסוגיה המשפטית הינה כזו בה גם למשפט הבינלאומי יש מה לומר. זו תהא תגובתו של המקצוע לגלובליזציה של המשפט.

והנה האתגר שאני מציב בפניכם: אם העיר האג היא בירת המשפט של העולם, על ספרייתה המצוינת והעידוד שמספק פרס האג למשפט בינלאומי, הייתי חפץ לראות אותה משקיעה את מלוא כובד משקלה בכל מהלך, שתכליתו לקדם סוג כזה של דרישה לידע כללי ולהערכה למשפט הבינלאומי, למשל - קביעתו כתנאי קבלה ללשכת עורכי הדין המדינתית. אמשיך אף מעבר לכך: כפי שציינתי, הוועדה הבינלאומית להוראת המשפט הבינלאומי של האגודה למשפט הבינלאומי טרם השלימה מחקרה, וברצוני להציע שהנציגים ההולנדים בוועדה, אשר יהיו בברלין בחודש אוגוסט הבא, יבחנו את הצעתי זו ויעלוה לדיון. ברצוני לדחוק בחברים המכובדים והמלומדים של הוועדה לבחינת המועמדים של פרס האג, לשקול את הצעתי, וללא ספק, לשפר אותה ולנסות לקדם אותה בחוגיהם. ברצוני לעודד את הוועד המנהל של קרן הפרס, על האישים ההולנדים הנכבדים היושבים בו, לבחון אם ביכולתם ליטול על עצמם ליישם לפחות שתי הצעות. ההצעה הראשונה, לבחון אם מקצוע עריכת הדין בהולנד יוכל ליטול על עצמו תפקיד מוביל, באמצעות קביעת דרישה כי מידה מסוימת של המשפט הבינלאומי - פרטי ופומבי - תהווה חלק מתנאי הסף של ההכשרה המקצועית, הנדרשים מכלל חברי לשכת עורכי הדין ההולנדית (אם אין זה המצב כיום). ההצעה השנייה, לעודד את הרשויות ההולנדיות לקדם רעיון זה גם בארגונים בינלאומיים שונים - ממשלתיים ולא ממשלתיים - שעוסקים בהוראה, ובפרט, בהוראת משפטים, כך שגם ארגונים אלה יפעלו על פי הקווים המנחים שצוינו לעיל. באופן ספציפי, אני מתכוון לארגון UNESCO, לאורם עצמו

וללשכת עורכי הדין הבינלאומית. הדיון השנתי בוועדה המשפטית של עצרת האו"ם בנושא תכנית הסיוע של האו"ם בענייני הוראה, לימוד, הפצה והעמקת ההערכה למשפט הבינלאומי, מהווה פורום מצוין לבחינת הרעיון הזה, אם לא להובלה להחלטה פורמלית של העצרת הקוראת לקדם את הצעתו. היועץ המשפטי הקודם של האו"ם החל בנוהג של כינוס ישיבה בה משתתפים כל היועצים המשפטיים של משרדי החוץ, וזאת, במהלך ישיבת העצרת. אני מקווה, כי מחליפו, שזה עתה התמנה, ימשיך במסורת זו ויתן לה תוכן חיובי יותר. אני מאמין, שהיועץ המשפטי של משרד החוץ ההולנדי נוכח, בדרך כלל, בישיבות אלה. אני שואל, אם ניתן יהיה לשכנעו לקדם את רעיוני בקרב עמיתיו.

תהא, כמובן, התנגדות איתנה להצעה זו. אני מבחין היום בזרמים גואים של בדלנות ושל לאומנות, שאינם משתפים פעולה עם שום הצעות להפצת רעיונות של בינלאומיות נאורה, בדבר אחווה חברתית בינלאומית. שיקולים מדיניים תופסים מקום עליון בהליך קבלת ההחלטות הלאומי, וגופים פוליטיים בינלאומיים הינם נלהבים, יתר על המידה, במתן הצהרות חד צדדיות בעניין איזו פעולה היא לפי החוק ואיזו אינה כזו, וזאת, למרות שמגילת האו"ם מסמיכה רק את בית הדין הבינלאומי לשאת הצהרות כאלה. פעולות כאלה מוציאות שם רע למשפט הבינלאומי. חייבים להתנגד לכך. אם, כפי שאני משוכנע, יש להפוך את המשפט הבינלאומי לנושא חובה בבחינות לשכת עורכי הדין של כל מדינה ומדינה, הרי שיש להפעיל לחץ מספיק כדי לשמר מצב זה וכדי להבטיח, שיישום בתום לב של המשפט הבינלאומי יהפוך לחלק מהליך קבלת ההחלטות של מדינות ושל ארגונים בינלאומיים.

כבוד ראש העיר וחברים נכבדים,

בעת הציעי הצעה זו היום, במטרה לקדם אתגר זה, איני נותן לאידיאליזם כלשהו לסנוור עיניי מלראות את המציאות, שאופפת את כולנו. איני טוען טענות פרועות, שהמשפט הבינלאומי הוא התרופה לתחלואי העולם ולצרותיו. אמנם, אני מאמין במושלמות המשפט הבינלאומי, במובן שמה שמכונה "תיקו" ("Non Liqueur") אינו תשובה שיתן עורך דין העוסק בתחום הבינלאומי. אלא שאני מודע היטב למגבלות החוק. הוא סטטי באופן יחסי. תמיד תוצר של פשרה בינלאומית. מינוחי

הטקסטים שלו הם, פעמים רבות, במספר שפות ומכילים תמיד חוסר בהירות מובן, שרק יישום, או הכרעה שיפוטית בין לאומית מוסמכת, יכולים לפתור. פסיקה מהעת האחרונה של בית הדין הבינלאומי הקדישה לא פחות משבע פסקאות לדיון במה שנראה כביטוי פשוט באנגלית "without delay", ומקביליו בחמש שפות אחרות. שאלה זו יכולה היתה, ואולי צריכה היתה, להתעורר מוקדם הרבה יותר, בהליכים המשפטיים בערכאות הלאומיות שקדמו לליטיגציה הבינלאומית.

עליי לשוב ולהדגיש, שאיני ניצב כאן וטוען טענות שחץ, בדבר תפקידו של המשפט הבינלאומי כתרופה לכל תחלואי העולם, וברור, כי לעיתים על עורך הדין לעשות, כמעשה המיוחס לאדמירל נלסון, להצמיד את הטלסקופ לעינו העיוורת. אך טרם עשייתו כן, על עורך הדין, כמו האדמירל, לדעת מה הוא עושה ולהיות מסוגל להצדיק את מעשיו בדרך משכנעת. ההצעה שלי מונעת אך ורק על ידי סדרה של שיקולים פרקטיים, הנוגעים, מעל לכל, לרווחת האדם ולמה שזכאים גבר או אישה ממוצעים לצפות כשהם פונים לקבל חוות דעת משפטית מעורך דין שהוכשר כהלכה. לעניות דעתי, עורך דין שלא הגיע לסטנדרט נדרש על ידי לשכת עורכי דין, אינו מוסמך כראוי. זאת, בהתחשב בעובדה, שמשפט בינלאומי מודרני חודר לכל פינה וסדק, של חיי היום-יום, כפי שניסיתי להראות.

כבוד ראש העיר וחברים נכבדים של הוועד המנהל וועדת בחינת המועמדים של קרן פרס האג, הגיע הזמן לסיים את דבריי. ברצוני לסיים במשפט מהמשנה שמלמדנו "אל תהיו כעבדים המשמשין את הרב על מנת לקבל פרס, אלא הוו כעבדים המשמשין את הרב שלא על מנת לקבל פרס"¹⁵. זו תמיד היתה גישתי, כאשר שירתתי את החוק, וכאשר למדתי וכתבתי אודות החוק. בטרם אשב, ברצוני, שוב, להביע את הכרת תודתי הכנה על הכבוד העצום שהענקתם לי, ובהתקרב שבוע זה לסימום, אבקש לאחל לכולכם סופשבוע נעים.

תודה לכם.

¹⁵ פרקי אבות, פרק א', משנה ג'.

שבתאי רוזן - ביוגרפיה וביבליוגרפיה

קשה לסכם, בקיצור כפוי, את הקריירה הארוכה והעשירה של שבתאי רוזן כמלומד, דיפלומט, מחנך ובורר, אך בקליפת אגוז ניתן לומר כי הוא היה פרופסור בכיר ודיפלומט מוערך במשך שנים רבות. הוא עקב אחר הניסיונות המודרניים השונים לכינון סמכות שיפוט בינלאומית, בעודו מנתח, ללא לאות, את הדין הבינלאומי ואת התפתחות בבית הדין הבינלאומי. הצירוף הייחודי של המוניטין שיצא לו בתחום הוראת המשפט הבינלאומי יחד עם ניסיונו בניהול משא ומתן בין ממשלתי, יכול להבהיר מדוע נחשבים פרסומיו ל"חומר חובה" לסטודנטים, לחוקרי תחום היחסים הבינלאומיים ולציבור בכללו.

שבתאי רוזן נולד בשנת 1917 בלונדון. הוא סיים תואר ראשון במשפטים בלונדון (1938), ואת תואר הדוקטורט, בהנחיית פרופ' נורמן בנטוויץ' ותחת שיפוטם של פרופ' נתן פיינברג, פרופ' ליאו כהן ופרופ' בנימין אקצין, סיים באוניברסיטה העברית בירושלים (1959). לאחר מכן פנה גם לתחום האקדמיה, שם נודע כבעל שם בתחום בית הדין הבינלאומי ודיני הים, וגם מתחום הדיפלומטיה לא הניח ידו.

נקודות ציון בקריירה המקצועית

חיל האוויר המלכותי (1940 - 1946); המחלקה המדינית של הסוכנות היהודית לארץ ישראל (לונדון וירושלים, 1946 - 1948); חבר המזכירות המשפטית של וועדת המצב (1948); יועץ משפטי של משרד החוץ (1948 - 1967); מינוי לדרגת שגריר

¹ הערת עורך - על פועלה של ועדת המצב, ובמסגרתה - של "המזכירות הירושלמית של המועצה המשפטית", ראו SH. Rosenne "Revisiting some Legal Aspects of the Transition from the Mandate to Independence: December 1947 - 15 May 1948" *Israel Among the Nations* (A. Kellerman ed., 1999). כן ראו מאמרה של י' קרפ "המועצה המשפטית - ראשית עלילות חקיקה" ספר אורי ידן - מאמרים לזכרו של אורי ידן (כרך ב', תש"ן) 209.

(1960); סגן נציג ישראל לאו"ם בניו - יורק (1967 - 1971); נציג ישראל לאו"ם ולארגונים בין לאומיים נוספים בג'נבה (1971 - 1974); מינוי לשגריר כללי (1974). בנוסף, כיהן פרופ' רוזן כחבר המשלחת הישראלית לוועידות רבות, לרבות וועידות שבינת הנשק 1949, וכנציג ממשלת ישראל בהליכים משפטיים וייעוציים לפני בית הדין הבינלאומי, וכיועץ במספר בורריות בינלאומיות. כיהן כיועץ למשלחת ארה"ב במשפט *Electronica Sicula S.P.A. (ELSI)* בשנת 1989, וכן במשפט *LaGrand* בשנת 2001; יועץ לממשלת יוגוסלביה במשפט היישום של אמנת השמדת עם, בשנים 1993 ו-1996; יועץ לממשלת יפן במשפט *Southern Bluefin Tuna-Australia and New Zealand v. Japan* בשנת 2000.

חברויות וחברויות כבוד

חבר בוועדה למשפט בינלאומי - ILC (1962 - 1971); הוועדה לזכויות האדם (1968 - 1970); המכון למשפט בינלאומי (מאז 1963); מנחה דיונים (Rapporteur) לעניין הפסקת אמנות (1965 - 1967), וחבר כבוד (2003); נשיא כבוד של הסניף הישראלי של האגודה למשפט הבינלאומי; חבר כבוד של האגודה האמריקנית למשפט הבינלאומי; חבר כבוד באגודה ההלניסטית למשפט הבינלאומי. זכה בפרס ישראל (1960) ובפרס שרת (1994). הוא קיבל תעודת הוקרה של האגודה האמריקנית למשפט הבינלאומי (1968) ומדלייה ע"ש Manley Hudson בשנת 1999 ופרס האג למשפט הבינלאומי (2004).

נקודות ציון בקריירה האקדמית

פרופ' רוזן עסק בהוראה בנושאי משפט בינלאומי במכללה הימית המלכותית Greenwich בלונדון (1946 - 1947); באקדמיית האג למשפט בינ"ל (1954, 2001); פרופסור למשפט בין לאומי באוניברסיטת בר-אילן; פרופסור ע"ש Arthur Goodhart בפקולטה למדעי המשפט, אוניברסיטת קיימברידג' (1985 - 1986); פרופסור ע"ש Belle van Zuylen בפקולטה למדעי הרוח באוניברסיטת אוטרכט (1986 - 1987); חוקר אורח ונספח (Faculty Adjunct) לפקולטה למשפטים באוניברסיטת וירג'יניה

שרלוטסוויל (1985 - 1992). שימש כפרופסור אורח גם באוניברסיטת אמסטרדם (1987) ובאקדמיית האג למשפט בין לאומי (2001).

פרופסור רוזן כתב חיבורים רבים בתחום דיני הים, והוא משמש אחד העורכים הכלליים של הספר בר הסמכא בתחום: United Nations Convention on the Law of the Sea 1982: A Commentary לפרטם כאן, אך מבחר מהם יובא להלן: Israel's Armistice Agreements with the Arab States (1951); The Law and Practice of the International Court (1st ed. 1957; 4th edn. 2006 in the press); Practice and Methods of International Law (1984); Developments in the Law of Treaties 1945 -1986 (1989); Intervention in the International Court of Justice (1993); The Permanent Court of Arbitration, The Hague Peace Conferences of 1899 and 1907 (2001); Provisional Measures in International Law: The International Court of Justice and the International Tribunal for the Law of the Sea (2005).

משפט ומוסר בפסיקה הישראלית החדשה

ט' שטרסברג-כהן*

ברשימה זו תיבחן זווית צרה של נושא, ששורשיו עתיקי יומין, והוא, אכיפתן של נורמות המגלמות ערכי מוסר במשפט הישראלי בשנים האחרונות. סוגיה זו נגזרת משאלת הקשר בין מוסר למשפט. המושגים "מוסר" ו"משפט" מורכבים הם. הם מהווים חלק מרקמה פתוחה שהוגים בתחומי הפילוסופיה, המשפט, החינוך ואחרים ייחסו להם משמעויות שונות. מורכבות מושגית קיימת גם בסוגיית הקשר בין "מוסר" לבין מושגים דומים, כגון "צדק", "הגינות", "שוויון" ובסוגיית הקשר בין ה"משפט" לבין מושגים כגון "חוק" ו"דין".

אין רשימה זו מתיימרת להקיף את המרחב המושגי האמור. עם זאת, ניתן לציין באופן סכימטי שלוש גישות שונות באשר לקשר בין מוסר למשפט. גישה אחת, רואה את המוסר והמשפט – לפחות באופן אידיאלי – כחופפים זה לזה. תפישה זו, שניתן למצאה בכתבי תיאולוגים של ימי הביניים, זכתה לשם "משפט טבעי". לפיה, נורמות המוסר הן מוחלטות, קבועות, ונובעות מטבע האדם או מצו האלוהים, ולפיכך יש להחילן באופן אוניברסלי באמצעות המשפט.² גישה אחרת, היא הגישה הפוזיטיביסטית, ששורשיה עתיקים והיא פותחה בעיקר במאה העשרים. לפי גישה זו, אין למשפט דבר עם הצדק או עם המוסר. המשפט הוא "פוזיטיבי", נוצר בידי אדם ואינו נבחן על-פי מידת צדקתו. תוכנו הערכי הוא בלתי רלוונטי. הוא נבחן באופן פוזיטיבי על-פי עצם קיומו ועל-פי מידת סמכותו של הריבון ליצור אותו ולאכופ אותו

* שופטת בית המשפט העליון (בדימ'), נציבת תלונות הציבור על שופטים. ברצוני להודות לד"ר מורן סבוראי שסייעה בכתיבת המאמר.

¹ נראה, כי הבעיה מהותית יותר לגבי המושג "מוסר". לגבי בעיה זו ראו, למשל, פ' ניטשה, **מעבר לטוב ולרוע** (תשל"ט) 32; ח' כהן, **המשפט** (תשנ"א) 84.

² ראו בעניין זה: J.W. Harris **Legal Philosophies** (London, Butterworths, 1980). נראה שיסודותיה של עמדה זו בכתביהם של אפלטון ואריסטו. ראו למשל: אריסטו, **אתיקה** (מהדורת ניקומאכוס, תשל"ג) 134.

באמצעות סנקציות.³ גישה נוספת, הנמצאת בתווך בין תפישת "המשפט הטבעי" לבין הגישה הפוזיטיביסטית, רואה את המוסר והמשפט כתחומים קשורים, שהחפיפה ביניהם היא חלקית וקיימת ככל שהחוק קובע הטמעתן של נורמות מוסר אל תוכו או ב"מקרים קשים", בהם אין הדין נותן מענה לשאלה הדורשת הכרעה שיפוטית.⁴

יש מבקרים הגורסים, כי המוסר, בהבדל מהמשפט, מגלם נורמות סובייקטיביות וכי, לפיכך, אין זה נכון להחילן באמצעים משפטיים המחייבים את כלל הפרטים בחברה מסוימת. בהקשר לכך, עולה בספרות ובפסיקה, בעיקר באלה הנוגעות למשפט הפלילי, סוגיית היקף ההתערבות הלגיטימית או הרצויה של החברה במעשי הפרט. בסוגיה זו ניתן להצביע על שתי גישות קוטביות: האחת, מציבה עיקרון מצמצם להתערבות המדינה בהתנהגותו של הפרט. כך, למשל, קובע הארט, כי אין לחברה זכות עקרונית להפוך התנהגות מסוימת לעבירה, רק משום שאותה התנהגות נחשבת בלתי מוסרית בעיני רוב בני אותה חברה.⁵ לפי הגישה האחרת, שאחד מנציגייה המובהקים במאה העשרים הוא הלורד דבלין, לגיטימי שהחברה תשתמש בחוק הפלילי לשם אכיפת כללי המוסר המקובלים בה, שאם לא תעשה כך, קיימת סכנה שאושיות החברה תמוטטנה.⁶

בהגות הישראלית ניתן למצוא הד למחלוקת המתוארת לעיל. כך, יש הטוענים כי, עובדתית, מושפע המשפט הישראלי מגישות "ליברליסטיות" המתנגדות לפטרנליזם משפטי ומובילות להפרדת המשפט מן המוסר, וכי מבחינה השקפתית מהווה תהליך זה אינדיקציה להתקדמות חברתית. לפי תפישה זו, החלתן של נורמות מוסר במשפט היא בהכרח בעייתית, והתקדמות חברתית משמעה הימנעות ממנה

³ ראו בעניין זה: J.W. Harris, *supra* n. 2 ; H.L.A. Hart *The Concept of Law* (Oxford, Clarendon Press, 1994), chapters 2, 3 and 5. מקובל לראות את הפילוסוף דייוויד יום כאחד ממבשריה של תפישה זו, ראו: D. Hume *A Treatise of Human Nature* (Oxford, Clarendon Press, 1978), pp. 165 - 178. עמדה דומה ניתן למצוא גם אצל קאנט, ראו: ע' קאנט, *הנחת יסוד למטאפיסיקה של המידות* (הוצאת מאגנס, תשנ"ד) 46-57.

⁴ ראו, למשל: R. Dworkin *Taking Rights Seriously* (Cambridge, Harvard University Press, 1979) at p. 22.

⁵ הארט, ה'ל'א' חוק חירות ומוסר (תשמ"א); ראו גם: H. L. Hart "Social Solidarity and Enforcement of Morality" *Chicago Law Review* (1967) pp. 1-13. עמדת הארט מתייחסת לעמדתו הקלאסית של ג' ס' מיל, ראו: *על החירות* (הוצאת מאגנס, תש"ז).

⁶ P. Devlin *The Enforcement of Morals* (Oxford, Oxford University Press, 1963)

באופן המרחיב את חירותם של הפרטים בחברה.⁷ אכן, המחוקק הישראלי הוציא מספר החוקים כמה עבירות באופן המצמצם את התערבות המדינה במעשיו של הפרט, בעיקר - בכל הנוגע לצנעתו.⁸ עובדה זו אינה מלמדת בהכרח על התרחקותם ההדרגתית של ציוויי המשפט מציווי המוסר. ניתן לטעון, שהוצאתן של עבירות אלה מלמדת על שינוי בתפישות הנורמטיביות של החברה בישראל, יותר מאשר על חוסר רלוונטיות של המוסר למשפט. אל תחומי המשפט הפרטי, הציבורי והחוקתי בישראל נשאבו עקרונות משפט כלליים, שמקורם ערכי-מוסרי. עקרונות אלה, כגון תום הלב, תקנת הציבור, נאמנות, עשיית עושר ולא במשפט, ועוד, מצאו את ביטויים בדברי חקיקה ופותרחו על-ידי בית המשפט. גם המונח "צדק", המגלם מוסר, מצא את מקומו בלא פחות מ-50 דברי חקיקה המכילים הוראות בדבר יישום הצדק במקרה נתון.⁹ זאת ועוד, הטמעתן של נורמות מוסר במשפט ניכרת גם במספר דברי חקיקה חדשים, כגון החוק למניעת הטרדה מינית, התשנ"ח-1998, חוק לא תעמוד על דם רעך, התשנ"ח-1998, וחוק עוללות מסחריות, התשנ"ט-1999.¹⁰

לאורכה של הפסיקה הישראלית מוצאים אנו הטמעה של ערכי מוסר במשפט.

דברים בעניין זה העלה על הכתב השופט זילברג:

"תחומי המוסר והחוק הם שני עיגולים קונצנטריים, מכסים זה את זה אך בחלקם, - וככל אשר ייסוג אחורה הקו המבדיל ביניהם, כן יגדל השטח והתוכן המוסרי של החוק. האידיאל הנכסף הוא, שיהיו שני העיגולים חופפים זה את זה לכל היקפם, - כמים לים מכסים."¹¹

⁷ העמדה המוצגת בטקסט היא זו של אמנון רובינשטיין, ראו: **אכיפת מוסר בחברה מתירנית** (תשל"ה). ראו גם: ר' גביון "אכיפת המוסר ומעמדו של עקרון החירות" **עיון כו** (תשל"ו-ל"ז) 274. נראה, שעמדתו של רובינשטיין קשורה גם לביקורות מסוימות, לפיהן בית המשפט העליון חורג מסמכותו כאשר הוא פונה לערכים לשם גיבוש החלטות משפטיות, ראו: ר' גביון, **המהפכה החוקתית: תיאור מציאות או נבואה מוגשומה את עצמה?** (המכון הישראלי לדמוקרטיה, 1998) 122 - 125; ר' גביון, מ' קרמניצר, י' דותן **אקטיביזם שיפוטי: בעד ונגד** (תש"ס). עמדה חולקת ניתן למצוא אצל ע' פרוש "החוק כמכשיר לאכיפת מוסר" **עיון כו** (תשל"ה) 146.

⁸ כך, למשל, הוצאו מהדין הפלילי העבירה הנוגעת למגע מיני שלא כדרך הטבע (בעבר, סעיף 152(2) לפקודת החוק הפלילי, 1936) והעבירות המתייחסות להפלה מלאכותית (בעבר, סעיפים 175 - 177 לפקודת החוק הפלילי, 1936).

⁹ זה היה נושא של הרצאה שנשאתי בפריס, בשנת 2001, "עקרונות כלליים במשפט הפרטי" (טרם פורסמה). ראו גם: מ' מאוטנר, **ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי** (תשנ"ג) 45 - 68.

¹⁰ גם חוק עשיית עושר ולא במשפט, התשל"ט-1979, שייך למסדר זה של חוקים.

¹¹ מ' זילברג, **כך דרכו של תלמוד** (מהדורה שנייה, תשכ"ד) 67. ראו בעניין זה: ד"נ 22/73 **בן שחר נ' מחלב**, פ"ד כח (2) 89, 96; ע"א 214/89 **אבנרי נ' שפירא**, פ"ד מג (3) 840, 870, וכן עמדת המיעוט בע"א 499/81 **עיסא עורה נ' עזאת חרורי**, פ"ד לח (4) 729, 739 - 741.

בפסיקה הישראלית החדשה ניתן למצוא המחשה מחודשת של מגמה זו. בית המשפט העליון פונה לא אחת לנורמות מוסריות כאל אמצעי לשמירתן של זכויות במשפט ואף ליצירתן. הווי אומר, גישת החקיקה והפסיקה הישראלית, אינה עולה בקנה אחד עם ההשקפה, שלפיה אכיפתן של נורמות מוסר במשפט משמעה – בהכרח – פגיעה בחירויות הפרט וגם לא עם ההשקפה, שלפיה התקדמות חברתית מושגת באמצעות היפרדותם של ציוויי המשפט מציוויי המוסר.

אדגים מגמה זו תוך עיון בכמה פסקי דין של בית המשפט העליון מן השנים האחרונות. באחד המקרים שהגיעו לפתחו של בית המשפט, עמד הוא בפני דילמה קשה בהכרעה שנתבקשה ממנו. מדובר היה במערכת יחסים יוצאת דופן, בה קטינה ילדה תינוק לאדם נשוי, מבוגר ממנה בשנים רבות, שכוונתו, שהוסתרה ממנה ביחסיו עימה, היתה להוליד באמצעותה ילד לו ולאישתו שהיו חשוכי ילדים.¹² השאלה שעמדה לפני בית המשפט היתה, אם למסור את הילד לאב, כבקשתו, או להכריז עליו כבר אימוץ, כבקשת אמו והמדינה. בפסק הדין התייחסו השופטים לצדק ולמוסר כהנמקה להכרעה שהתקבלה. וכך שומעים אנו מפי המשנה לנשיא השופט לוין:

“חוקים לא חוקקו בחלל ריק. הם מהווים חלק משיטה אינטגרטיבית הכוללת עקרונות יסוד. חזקה עליהם שהם חוקקו בגדר עקרונות אלה ושהם נועדו להגשימם [ו]שהם פועלים כדי להגשים צדק ושוויון ושיישומם ימנע תוצאות שאינן מתיישבות עם תקנת הציבור. אחד מכללי תקנת הציבור הוא שלא ייצא החוטא נשכר.”¹³

השופט חשין הבהיר עמדתו תוך התייחסות ציורית ליחס בין משפט למוסר:

“המוסר וציווייו נדמים הם לאגם מים טהורים, והמשפט וציווייו נדמים הם לחבצלות מים (נימפאיות) הטובלות במים, הפרוסות על פני המים והשואבות מן המים חיים ועוצמה. המוסר מזין את המשפט בשורשיו והוא אף על סביבותיו של המשפט. יש מהם מפרחי חבצלות המים הנותנים תוקף משפטי לציוויי מוסר; יש שפרחי החבצלות משמשים מושגי מסגרת במשפט הנמלאים תוכן בציוויי המוסר, מוסר אישי ומוסר חברתי: כך המושגים 'מוסר' ו'צדק' וכך מושג 'תום הלב'. יש

¹² ע"א 3798/94 פלוני נ' פלונית, פ"ד נו (3) 133 (להלן - פרשת פלוני).

¹³ פרשת פלוני, שם, בעמ' 154.

שהמוסר ימצא מקומו בינותינו כמות שהוא, בלא שיידרש למתווכים; יש פרחי חבצלת שאינם מתקיימים כלל מן המוסר".¹⁴

לדבריו, עוברת דרכו של השופט בעניין זה בנתיבי המוסר, שבהסתמכו עליו, אין השופט יוצר חובות וזכויות "בהבל פה", אלא נותן ביטוי משפטי לתחושות בני החברה וליסודות מוסר המשותפים לכל בני אנוש.¹⁵ ובלשונו היפה:

"אמרנו כי עקרון 'הרצחת וגם ירשת?' פוקד עצמו בין מקורות המשפט בארץ, רמתו רמת עיקרון וקומתו קומת חוק. כולנו ידענו כי עיקרון זה בן המוסר הוא, המוסר מדריך אותנו בפעולותינו ובמחשבותינו: כמו טבוע הוא בצופן הגנטי שלנו, והוא כוח שעוצמתו עשויה להשתוות - בבחינתה הנורמאטיבית - לעוצמת יצר הקיום וההישרדות. דומה כי בסמוך לאחר שידענו כי קין פשע בקפחו את חיי הבל, הוספנו וידענו גם זאת, שלא נתיר לרוצח לרשת את קורבנו. והנה בחלקים חשובים שבו אמור החוק ליתן ביטוי נורמאטיבי-משפטי לציווי מוסר שאנו עומדים ומצווים בהם".¹⁶

במקרה אחר, נתבקש בית המשפט להכריע בשאלת עתידן של ביציות מופרות של בני זוג שנפרדו, כאשר האישה ביקשה לקבל את הביציות לחזקתה והבעל התנגד לכך.¹⁷ בעניין זה, התבקש בית המשפט להכריע בסוגיות שאינן מוסדרות בחוק, כשהעיקריות שבהן הן זכותה של האישה להורות אל מול זכותו של הבעל לאי-הורות. עניין זה נדון בשלוש ערכאות. בערעור בבית המשפט העליון, ניתנה החלטה ברוב של ארבעה נגד אחד, ולפיה אין לכפות על האב הורות. בדיון הנוסף הוחלט לאפשר לאישה להמשיך בתהליך ההפריה. לאחר בדיקת הסוגיה בכל המסגרות המשפטיות הרלוונטיות, פנו השופטים לנורמות של "צדק" הדומות או אף חופפות

¹⁴ שם, בעמ' 182.

¹⁵ שם, בעמ' 167.

¹⁶ שם, בעמ' 181 - 182.

¹⁷ ע"א 5587/93 דניאל נחמני נ' רותי נחמני, פ"ד מט (1) 485; דנ"א 2401/95 רותי נחמני נ' דניאל נחמני, פ"ד נ(4) 661 (ההתייחסות לדברי שופטים בהמשך היא לדיון הנוסף, להלן - פרשת נחמני). על פסק דין זה נכתבה ספרות רבה, לפני ואחרי הדיון הנוסף. ראו, למשל: ח' גנו "העוברים המוקפאים של הזוג נחמני" עיוני משפט יח (תשנ"ד) 83; א' מרמור "העוברים המוקפאים של הזוג נחמני: תשובה לחיים גנו" עיוני משפט יט (תשנ"ה) 433; ח' גנו "העוברים המוקפאים של הזוג נחמני: תגובה לאנדרי מרמור" עיוני משפט יט (תשנ"ה) 453; ד' ברק-ארז "על סימטריה וניטרליות: בעקבות פרשת נחמני" עיוני משפט כ (תשנ"ו-ז) 197.

בהקשר זה לנורמות מתחום המוסר.¹⁸ שופטי הרוב סברו, כי בהעדר חוק מפורש היכול להדריך במקרה האמור, יש להיעזר בתחושת הצדק. אמר על כך השופט בך:

”במצב הנתון, שבו אין בנמצא חוק מפורש היכול להדריךנו, עלינו להיעזר בתחושת הצדק, ולקבוע את פסקנו על-פי מזה שנראה בעינינו כצודק ביותר, בהתחשב בכל הנסיבות של המקרה שלפנינו.”¹⁹

דברים ברוח זו הביעה השופטת דורנר. לדבריה, “השאיפה לצדק עומדת ביסוד הדין.... לעיתים, משנסתבר כי הדין אינו מגשים את הצדק, שונה הדין או הותאם לנסיבות שנתעוררו, באופן שתושג תוצאה צודקת.”²⁰ השופט גולדברג הדגיש גם הוא את הרלוונטיות של תחושת הצדק של השופט להכרעה המשפטית הראויה, באמרו:

”...בהיעדר אמת מידה אחרת לפתרון סכסוך, יש בידי בית המשפט, ואף מחוייב הוא, לתת את הפתרון הטוב ביותר, הוא הפתרון הצודק.... הכרעה משפטית צודקת, המבוססת על תחושת הצדק של השופט, אכן אינה הכרעה נייטרלית. אולם גם היא אינה שרירותית.... כאשר כל הכרעה בסכסוך בין שני פרטים תפגע באחד מהם, הפתרון הצודק הוא הפתרון של ‘הרע במיעוט’, וכפי שנאמר בהקשר זה ‘מאזן הנוחות שעליו מדברים בתי המשפט הוא מאזן של צדק’.”²¹

עמדת שופטי המיעוט היתה שונה. השופט זמיר, שסבר כי אין לכפות הורות על האב, נתן אמנם ביטוי לשאיפה לאחדות בין דין לבין צדק, אך הדגיש את הצורך להבחין ביניהם:

”...בית המשפט מבקש, בכל נפשו ובכל מאודו, לעשות צדק... אשרי השופט שעשה דין עם צדק.... אולם קורה לשופט שהדין והצדק מתרוצצים בקרבו, זה לכאן וזה לשם, והוא אינו יכול להביא אותם זה אל זה. במקרה כזה, ככל שהדבר קשה עליו, אסור לו לתת לייצרו [הצדק] שיגבר על יוצרו [הדין].... לכן, חלילה לשופט לעבור בקפיצה

¹⁸ בספרות הפילוסופית מקובלת, בדרך כלל, ההבחנה בין “צדק” לבין “מוסר”, כאשר המילה “צדק” מתייחסת לאופן בו מאורגנות מערכות השלטון ביחס לפרט, ואילו המילה “מוסר” מתייחסת להתנהגותו של הפרט, אם כלפי עצמו ואם כלפי הזולת. הבחנה זו נשמרה בהגות הפילוסופית מאז ימיו של אריסטו (אצל אפלטון היא אינה קיימת) והיא קיימת גם בהגות מאוד עדכנית, כגון בחיבוריו הידועים של הפילוסוף האמריקני בן זמננו, ג'ון רולס (ראו: J. Rawls **A Theory of Justice** (Cambridge, Mass, Belknap Press, 1981). נראה, שהבחנה זו אינה מקובלת בספרות המשפטית, ומילים אלה משמשות כמעט כמילים נרדפות.

¹⁹ פרשת נחמני, לעיל הערה 17, בעמ' 742 - 743.

²⁰ שם, בעמ' 714.

²¹ שם, בעמ' 730 - 731.

מהעובדות אל הצדק, כאילו אין דין חוצץ ביניהם. כבודו של הצדק במקומו מונח. אך הוא מוכרח להיות מונח על תשתית של דין.²²

השופט ברק פירש את ה"צדק" בהקשר זה כ"שוויון" וטען, כי שיקולי צדק אינם מובילים לתוצאה שאליה הגיעו שופטי הרוב. לדבריו:

"הצדק משמעותו בהקשר שלפנינו הגשמת ההורות המשותפת. הצדק אינו בחיוב צד להיות הורה בעל-כורחו. כשם שהצדק אינו דורש כי אחד מהצדדים לקשר יתרום את מטענו הגנטי כדי להגשים את רצון ההורות של הצד השני, כן אין הצדק דורש כי השליטה בביצית המופרית תהיה בידי אחד הצדדים בלבד. הצדק דורש שוויון בכוח ההכרעה באשר להורות המשותפת. זוהי ההחלטה הצודקת בנסיבות העניין... הצדק הוא השוויון, והשוויון הוא במתן כוח הכרעה משותף לשני הצדדים... אכן, סבור אני כי לא שיקולים של צדק תומכים בתביעתה של רות נחמני, אלא שיקולים של חמלה. מקובל עלי כי חמלה והתחשבות בצער הם ערכים חשובים, שיש להתחשב בהם. אך הצדק אינו במתן כוח הכרעה לאחד מבני הזוג, אלא בהכרה בכוחם המשותף של בני הזוג להכריע בגורל הביצית המופרית."²³

באותו פסק דין, עומדת אני על הקושי בהגדרת המושג "צדק" ובגילוייו של הפתרון הצודק. שכן, "צדק" לאחד יכול ויהיה 'אי צדק' לאחר, או 'אי צדק' לחברה; מימוש זכות על ידי אחד, יכול ויהא בו משום פגיעה בזכותו של אחר שנמנע ממנו לממש את זכותו הוא.²⁴ לפיכך, עמדתני היתה, כי יש לשאוף לעשיית "משפט צדק" תוך הימנעות מהליכה אחר "תחושות סובייקטיביות" ואימוץ, תחת זאת, של קנה מידה אובייקטיבי המגשים את הצדק במשפט. וכך נאמר שם:

"הצדק כמושג מופשט הוא ניטראלי בעניינינו. היענות לדני נחמני היא עשיית 'אי-צדק' לרותי נחמני, והיענות לה היא עשיית 'אי-צדק' לו. עלינו לתור אחר 'הצדק' העולה בקנה אחד עם 'הרעיונות הפילוסופיים, המדיניים והמוסריים' המהווים חלק אינטגרלי של המשפט.

הכרעתי בעניין שלפנינו, לפיה אין להמשיך בתהליך ההשתלה ללא הסכמתו של דני, היא הכרעה של צדק במשפט. אין זו הכרעה מקרית ופרטנית. אין זו הכרעה אינטואיטיבית המתבססת על תחושות סובייקטיביות ורחשי לב בלבד... נאמנות לנורמות הבסיסיות, לעקרונות היסוד של השיטה, לזכויות היסוד של האדם, לחירויות הפרט ולשוויון

²² שם, בעמ' 772 - 773.

²³ שם, בעמ' 790 - 791.

²⁴ שם, בעמ' 695.

בהפעלה ובמימוש של זכויות אלה ויישום הדין במובנו הרחב, יבטיחו עשיית משפט צדק נורמטיבי, ערכי, עקרוני ושווה לכל נפש. 'תחושות בטן' או 'תחושות סובייקטיביות' עלולות להוליך אותנו במסלול של הענקת זכות למי שאין עומדת לו כזו ולכפיית רצונו של האחד - באמצעות המשפט - על אחר, באופן שתוטלנה עליו חובות שאין הוא חב בהן ושכפייתן מהווה פגיעה בזכויות היסוד שלו, אשר על שמירתן אנו מופקדים".²⁵

מקרה אחר שהונח לפתחו של בית המשפט היה בחינת אשמתה של מרגלית הר-שפי בעבירה של אי-מניעת פשע.²⁶ בית המשפט, החליט ברוב דעות, כי נתקיימו רכיבי העבירה והרשיע את הנאשמת, בלא להידרש ליחס בין משפט לבין מוסר. שופט המיעוט התייחס בדבריו לקשר בין השניים וקבע, כי יש להבדיל בין החובה המוסרית למנוע מעשה פשע לבין מה שראוי כי ייקבע כחובה משפטית. אף שישנן נורמות מוסריות שראוי שתאכפנה על-ידי הדין ועל אף שקיימת חובה מוסרית למנוע פשע, הרי שבשל אופיה המיוחד של העבירה - העלולה להוביל את בית המשפט לייחס לאדם, על דרך ההשערה והניחוש, "ידיעה" בדבר כוונתו של אדם אחר - ראוי שלא להעניק לחובה זו מעמד משפטי, ועל כן יש לפרש את החוק על דרך הצמצום.²⁷ מגמת הפסיקה, שממנה עולה כי השימוש בנורמות מוסריות במשפט הוא לגיטימי ולעתים אף רצוי, ניכרת בפסק הדין בעניין גלילי.²⁸ פסק הדין עוסק בשאלת קידומו של תא"ל גלילי בסולם הדרגות הצה"לי לאור התנהגות על רקע מיני כלפי חיילת, שאינה הולמת קצין.²⁹ פסק הדין, שניתן פה אחד, מנע את קידומו של תא"ל

²⁵ שם, בעמ' 696-697.

²⁶ ע"פ 3417/99 הר-שפי נ' מדינת ישראל, פ"ד נה(2) 735 (להלן - פרשת הר-שפי). לדברי השופט ח' כהן, יש לפרש את הסעיף "על דרך הצמצום וההקפדה" על מנת ש"לא לפתוח פתח לחובת מלשינות אשר ריח של דיכוי טוטליטרי נודף ממנה" (ע"פ 496/73 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד כח(1) 714, 719 - 720).

²⁷ פרשת הר-שפי, שם, בעמ' 809 - 812.

²⁸ בג"צ 1284/99 פלונית נ' ראש המטה הכללי, פ"ד נג(2) 62 (להלן - פרשת גלילי). על פסק דין זה, ראו: מ' שקד "איך הפסיד תא"ל ניר גלילי את קידומו" צבא חברה ומשפט (2002); י' לבנת "איזה מין פמניום? הרהורים בעקבות פרשת גלילי" מחקרי משפט טז (תשס"א).

²⁹ העבירה הנדונה בעניין גלילי היא זו המנויה בסעיף 130 לחוק השיפוט הצבאי, התשט"ו-1955. יוער בהקשר לעבירה זו, כי בית הדין הצבאי הביע לאחרונה עמדתו ב- 123/02 ע' יו"נ' התובע הצבאי הראשי (טרם פורסם), כי ככל שמדובר בעניין שמהותו פלילית, תהא ההעמדה לדין בפני בית הדין הצבאי ואילו ככל שמדובר בעניין שליבתו משמעתית, יש להביאו בפני הדרג הפיקודי המופקד על הדין המשמעתית, ולפיכך - מצא להבחין בין יסודות משמעתיים ופליליים של העבירה האמורה. על פסק הדין, ובין היתר על הכרעה זו, הוגשה בקשת ערעור לבית המשפט העליון, שטרם נדונה. על הדין המשמעתית בצבא, ראו גם: מ' שמגר "רב שיח עם נשיא בית המשפט העליון (בדימוס) מאיר שמגר" משפט וצבא 16 (תשס"ג) 460; ד' דורנר "היבטים חוקתיים של הדין המשמעתית" משפט וצבא 16

גלילי. הכרעת הדין מבוססת על שיקולים ערכיים שניתן לזהות בהם התייחסות להיבט המוסרי של ההתנהגות. ההכרעה מתייחסת למסגרת שירות החובה שהיא מסגרת כפייתית, בה מתחילה החיילת את חייה הבוגרים. במסגרת זו, קיים פער עצום בין הפקודה למפקד, פער המתבטא בהיררכיה המובנית בצבא, ביחסי המרות שבין המפקד לבין הפקודה, בסמכותו הבלתי מעורערת של המפקד, ככל שדרגתו גבוהה יותר וככל שדרגת הפקוד נמוכה יותר, באופיה של המסגרת הצבאית ובמשמעת המונהגת בה, היוצרת תלות מלאה של הפקוד במפקד. בנסיבות אלה, מוטלות על המפקד אחריות, חובת נאמנות וחובת שמירה על טוהר המידות. תוקפן של אלה שאוב מתחום המוסר. כך נוסחו הדברים בפסק הדין:

"ביחס זה שבין מפקד בכיר לפקודתו, טבוע באופן אינהרנטי חוסר שוויון תהומי. בצד אחד עומד המפקד, הכריזמטי, הסמכותי, שכל הסובבים סרים למרותו ולמוצא פיו, כשפער של מעמד, דרגה, גיל וניסיון מפרידים בינו לבין העותרת. בצד השני ניצבת חיילת צעירה, חסרת ניסיון, במפגש ראשון עם מסגרת זרה וחדשה מחוץ לבית, מסגרת לא וולנטרית שבה היא נתקלת בהיררכיה צבאית ברורה ובמפקד העומד בראשה. מצב דברים זה מקים מערכת יחסים רגישה ועדינה, העלולה להוות קרקע להצמחת עשבים שוטים של ניצול לרעה של סמכות ומרות. מערכת היחסים האינטימית בין המשיב לעותרת, הגם שהייתה בהסכמה, היא אכן ביטוי לכך. במערכת יחסים שבה אמור המפקד לשמש דוגמה ומופת, במערכת יחסים שהיא מעצם טיבה וטבעה מערכת יחסי נאמנות ומשמורת, עומדת התנהגותו של המשיב בניגוד חריף להתנהגות הראויה המצופה ממפקד בצה"ל. היא פוגעת בכבודה של החיילת ובחירותה. היא פוגעת בחובת הנאמנות שחבים המפקד כפרט, והצבא כגוף, למתגייסות לשורותיו, לבני משפחותיהן ולחברה בכללותה. חובה זו מגלמת את הציפייה מכל מפקד לשמור מכל משמר על הפיקדון היקר המופקד בידי, שהוא המשאב האנושי, ובענייננו - החיילת. ככל שדרגתו של המפקד גבוהה יותר וגילו מבוגר יותר כך נרחבות יותר המרות והסמכות שהוא מקריין וכך גדולה יותר האחריות שעל כתפיו".³⁰

(תשס"ג) 464. פסק הדין המוזכר לעיל מרחיב את הדיבור על היחס בין המישור הפלילי, המשמעתי והאתי של נורמות התנהגות; אף אם קביעותיו שנויות במחלוקת, הדין התיאורטי שהוא עורך בסוגיה זו הוא מאלף ומאיר עיניים.

פרשת גלילי, לעיל הערה 28, עמ' 70 - 71. בעניין הטרדה מינית במצב עניינים של יחסי מרות, ראו גם: עש"מ 1928/00 מדינת ישראל נ' ברוכין, פ"ד נד(3) 694, 708 - 709; עש"מ 6713/96 מדינת ישראל נ' בן אשר, פ"ד נב(1) 650, 686; בג"צ 4869/01 פלונית נ' הפרקליט הצבאי הראשי, פ"ד נו(3) 944, 954 - 955. ראו בעניין זה גם את ספרה של מקינון, שנחשב חלוץ בחשיבה העכשווית על יסודותיה של הטרדה

30

פסק הדין קבע, כי זכותה של המתלוננת לכבוד וזכותה להגנה מפני ניצולה, נפגעו באורח חמור. לאלה נוספו שיקולים בדבר חשיבות טוהר המידות בצה"ל, במיוחד, לנוכח מרכזיותו של צה"ל בחיי העם והמדינה, בהיותו צבא בו משרתים בנים ובנות של המדינה שירות חובה, בשמשו כור היתוך למתגייסים לשורותיו וכן בתפקידו הסימלי כצבא שחרת על דגלו את יעד החינוך – תפקיד בעל חשיבות עליונה במישור המוסרי והערכי. התנהגותם של אנשי צה"ל, בעיקר של אלה שתפקידם רם, היא בעלת חשיבות רבה בעיצוב נורמות התנהגות בחברה ובשמירה על אמון הציבור בצה"ל.³¹

סוף דבר. ציווי המוסר וציווי המשפט אינם תחומים נפרדים שאין ביניהם נגיעה או קשר. המחוקק ובית המשפט בישראל מכירים בקשר בין שני תחומים אלה ושוקדים על זיהוי תחומי ההשקה או החפיפה ביניהם, באופן המביא לאכיפתם של עקרונות מוסר במשפט במקרים המחייבים זאת. מגמת שילוב המוסר במשפט ניכרת במיוחד לאורך הפסיקה בשנים האחרונות. דברי חקיקה חדשים מטמיעים ערכי מוסר במשפט וכך גם פסיקה חדשה. עיון בפסקי דין מהשנים האחרונות מעלה, כי בית המשפט העליון הישראלי עושה שימוש בעקרונות צדק ומוסר, לא רק לשם הגנה ושמירה על זכויות קיימות אלא גם לשם יצירה של זכויות וחירויות. הפנייה למוסר ולצדק אינה נעשית כמעשה של יום-יום, אלא במקרים בהם נדרשת פנייה כזו על-ידי החוק או במקרים בהם לא ניתן להכריע בסוגיה העומדת להכרעה ללא עשיית שימוש בערכים אלה.

המינית בתרבות המערבית: C. A. Mackinnon *Toward A Feminist Theory of the State* (Cambridge, Mass, Harvard University Press, 1989).
 ראו: א' כשר "האמון הציבורי בצבא" *צבא חברה ומשפט* (2002).