



משפט ודבר

בטאון המערכת המשפטית בישראל

תוכן העניינים

עמוד

* דבר המערכת

על סדר היום

* ראיון עם נשיא ביה"ד הצבאי לערעורים, האלוף דוד מימון -

1 ראיינו: אלי"מ אמנון סטרשנוב, סרו עינת רון

בשם אומרה

8 * סוכן מדיח - כסענת הגנה במשפט פלילי - סא"ל עמנואל גרוס

* היש פסול בחתנהגותו של חייל בכך שהוא מקליט את מפקדו, כאשר

23 ההקלטה נעשית שלא בידיעת מפקדו - רס"ן יאיר בוס

30 * אזכרון של הרשעות קודמות כח"ב האישום - סגן אילך כץ

עיון ודיון

* אקטיביזם שיפוטי - כבלים אריחמטיים או מדיניות שיפוטית -

34 אלי"מ עודד מודריק

* תיקון חש"צ בעניין "ועדת-שמגר" - לידה ממוזכת -

44 סא"ל יעל קלוגמן

* ריתוק ללא משפט - היבט "היסטורי" מן השדה -

53 אלי"מ (מיל') יורם פריד

חידושי חקיקה

* חוק לסודות התקציב התשמ"ה - 1985, אחריות תשמעותית להפרות

56 תקציב

59 * הצעה לחוק ראיות חדש - צעדים ראשוניים

61 * תזכיר חוק השיפוט הצבאי (תיקונים שונים) התשמ"ה - 1985

צו על תנאי

63 * תפיסת רכוש של ארגון מחבלים בלבנון - מפעל החלסטיק

71 * גירושים מאיר"ש ומאזח"ע

76 * שיקום פליטים באזח"ע - מעמד ססו"ת במחנות פליטים

תוכן העניינים

(המשך)

עמוד

הלכות פסוקות

- 79 * תוצאות בדיקת שתן כראיה יחידה להרשנה בעבירת שימוש בסם
- 86 * אחריות מפקדים
- 90 * ועוד לענין סעיף 10 א' לפקודת הראיות (נוסח חדש)
- 93 * ענישה - עבירות אובדן נשק - סוג העונש ההולח

רבותי ההיסטוריה

96 -----

הודאות

- 103 * (מצוין טוב וחופשי כמובן)

* *
*

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

ראשית דבר

נראה כי הנושא האקטואלי ביותר המעסיק כיום את המשפטנים הצבאיים, ולא רק אותם, הינו תיקון מס' 17 לחוק השיפוט הצבאי וכו' לשומן של מרכיב המלצות ועדת שמגר לענין הרפורמה במערכת המשפט הצבאי בכל הקשור למוסדות השיפוטיות. רשימתה של סא"ל יעל קלוגמן, שליוותה בהתמדה ובסקירה את תהליכי החקיקה הממושכים בנושא זה, מופיעה בגליון זה ויש בה כדי להביא בפני הקורא ביחוקים והיבטים שונים להצעת החוק.

אחת מהמלצות העיקריות של ועדת שמגר, אשר באה לידי ביטוי בהצעת החוק, הינה מינוי נשיא בעל הכשרה משפטית לבית הדין הצבאי לערעורים. אשר על כן הלכנו אצל הנשיא הנוכחי של בית הדין הצבאי לערעורים, האלוף דוד מימון, לשמוע דעתו בנושאים שונים ומגוונים הקשורים במערכת המשפטית בצה"ל - בהווה ובעתיד.

הראיון עמו נערך ע"י אלי"ם א' סטרשנוב וסרן ע' רון ודו"ש: אור בגליון זה.

בגליון הכאנו עוד, רשימה פרי עטו של סא"ל ע' גרוס על "סוכן מדיח כמענת הגנה במשפט הפלילי", נושא המעסיק לא אחת את בתי הדין הצבאיים כמו גם את אלה האזרחיים. בצד המדורים הקבועים, מתפרסמת רשימתו של רס"ן י' בוססי העוסקת בהקלטת סחר של חייל את מפקדו - המותר והאסור בחינות זה. במסגרת "עיון ודיון" ימצא הקורא תגובות לרשימות שפורסמו בבטאון הקודם, פדיונות של אלי"ם ע' מודריק ואלי"ם (מל"ל) יורח פריד.

לסיום, חילופי גברי במערכת הבטאון. סא"ל ברוך אברהמי, הוגה ועיון הוצאת הבטאון ומי שליווה אותו נאמנה בראשית דרכו, פרש מהמערכת. תודה כולנו נתונה לו על יוזמתו הברוכה ופועלו הרב. במקומו צורפו למערכת הבטאון אלי"ם אילן שיף וסא"ל יעל קלוגמן. סגן ברגר עבר הצטרף אף הוא למערכת במקומו של סרן מאיר לינזן שהשתחרר מצה"ל.

קריאה מהנה.

ה מ ע ר כ ת

מערכת-הבטאון :

אלי"ם א' סטרשנוב, אלי"ם ע' מודריק, אלי"ם א' שיף, סא"ל י' קלוגמן, סא"ל ש' מויאל, סא"ל ש' הלוי, רס"ן ע' לטוביצקי, סגן ש' יניב, סגן ע' ברגר, סג"מ ע' וינברגר.

על סדר היום

ראיון עם נשיא ביה"ד הצבאי לערעורים

האלוף מימון: "נשיא ביה"ד לערעורים צריך להיות בעל רקע צבאי וגם משפטי"

ראיינו: אל"מ אמנון סטרשנוב
סרן עינת רון

שאלה : האלוף מימון, כיצד אחה רואה את המערכת השיפוטית בצה"ל כנשיא שאינו משפטי?

תשובה : ציפיתי לשאלה זאת, במיוחד כשהיא מאוד אקטואלית היום...

אני שנתיים בתפקיד, זה תפקיד שאינו רק ארגוני מינהלתי, אלא גם מחייב שותפות בהליכים המשפטיים, לעיתים אני אף יושב במשפטיה.

בתחום זה אני עוסק בעניינים שמעניינים אותי כראש המערכת וכמייצג את צה"ל.

לפי דעתי, יש במערכת הזו לאנשי הצבא שאינם משפטנים הרבה מה לתרום, ואני רואה זאת כחיוני, עם כל הכבוד למשפטנים, אני נאמת מכבד אותם ומעריך את עבודתם הרבה והמסורה, אינני אומר שהם מנותקים מהצבא אבל לפעמים קצת מרוחקים.

המשפטים בנויים כך שמצד אחד יש מעורבות של הצבא בכך שאנחנו מרכיבים מוחבים עם שופטים שאינם משפטיים ומשתדלים להתאים את השופט לארוע, ומצד שני הנשיא שאינו משפטי - המעורבות שלו סרה משפט בקביעת המותב המתאים למקרה הנדון, יש לזה ערך כביר.

יותר מזה - אבל זאת רק על בסיס של הרגשה שלי; יש לי הרגשה די מבוססת שלשופטים עצמם, אולי פחות אנשי הפרקליטות, על פי הרושם שלי, חבוי בתוכם הרצון שבכל זאת יהיה נשיא שאינו משפטי. אינני יכול להוכיח זאת אך לעיתים אני חש בכך...

אני ממלא את יום העבודה שלי ולא דווקא בתחומים ובבעיות משפטיות מסובכות, אני לא מתערב בנושאים משפטיים מסובכים משני טעמים: אין לי הכשרה לזה ואני גם לא זקוק לזה.

שאלה : איך אחה, דווקא כלא משפטי, אך עם רוח הצבא, נסיון עשיר וחכמת חיים, חש כשאתה יושב במושב או מפקד על יחידה שכולה מורכבת ממשפטנים?

תשובה : אביא שתי דוגמאות, האחת מהעולם הבדואי והאחת מצה"ל משנות החמישים: רב אלוף לסקוב ז"ל, היה מפקד ח"א כשלא היה טייס, מינו אותו למח"א - כשאיך מחלוקת שזהו תפקיד מקצועי ממדרגה ראשונה, הוצרים ידועים שהאיש הסך את חיל האוויר מצד לצד ועשה עם סדר מופתי, כולל בתחום הטיסה.

אני עוסק לעיתים בנושאים של בדואים ואני לוקח הענין כדוגמא :
אצל הבדואים יש מערכת משפטית מעניינת מאוד. לדוגמא, בתחום של רצח-
נקמה דם, בתחום של יחסים שבינו לבינה, בתחום של התנהגות שבטית, יש
להם אנשים מקצועיים, מבוגרים עם המון ניסיון חיים, הייתי במשפטים מהסוג
הזה ואני חושב שהדבר שווה מחקר. שופט טוב נבחן לא רק במתן פסקי דין
מנומקים ומובנים אלא גם באפקט שהמשפט הזה עושה גם על המערכת וגם על
פשוטי העם.

חשוב לא רק להרתיע את הנאשם, חשוב איך הציבור מקבל פסקי דין על מעשים
כאלה או אחרים ולראות את יראת הרבוד, ההערצה וההערכה של הציבור לאותו
שופט שהוא בכלל אנאלפבית, לא שאני רואה את עצמי ודומים לי כשופטים אבל
יש כאן השלמה של תמונה שלמה ושל חבנית מלאה. מצד אחד שופטים מעולים
מסורים, מקצועיים ומצד שני איש שבתחום המשפט הוא בעצם הדיוט אבל הנסיון
שיש לו והרקע - יש משום השלמה, הרמוניה.

כמאמר הלל הזקן: "אין הבישן למד...". אני קורא את כל פסקי הדין של בית
הדין לערעורים ולא פעם ששופט מעלה ביטויים מהמקורות, או ממקורות זרים,
אני לא מתבייש להזמין שופט שיסביר לי הניתוח ההגיוני, אפילו לפרש לי
דברים כאלה ואחרים.

מדברי, אפשר אולי, להקיש כי גם המערכת האזרחית צריכה להיות כמו הצבאית,
אבל הדבר לא כך שכן במערכת הצבאית יש הצדקה לענין זה. בתי הדין הצבאיים
הם בתי דין שעוסקים פחות בתלילים ויותר בבעיות ספציפיות משמעתיות שאין
להם דומה כלל במערכת האזרחית.

60% מפסקי הדין בכלל בתי הדין הם על העדר מן השירות, סעיף שאין דומה לו
במערכת האזרחית. זו אחת ההאשמות הנפוצות המעסיקות את בתי הדין שיש משקל
גדול לצד שאיננו משפטי מאשר לצד משפטי.

שאלה : ככל מותב של ביי"ד מחוזי יש בדרך כלל 2 שופטים שאינם משפטנים ואחד שהוא
משפטן - האם זה אינו עונה על הצרכים? למה דווקא ראש המערכת שהוא "השופט
הראשי" בצה"ל - לא יהיה בעל הכשרה משפטית?

תשובה : יש שופטים ושופטות ותיקים שכל כך בקיאים בענין שהסיוע של שופטי הצד
פחות חשוב; אבל צריך להסתכל על שופטי הצד לא רק מזווית הראיה של שופט
מול הנאשם אלא צריך לראות זאת מהעד של הנאשם. אילו עמד הנאשם בפני סא"ל
או אל"מ (משפטן) והוא בסך הכל טירון, רב"ט או סמל, ואותו שופט דן אותו -

התגובה הראשונית של אותו חייל היא מה מבין השופט הזה, מה הם מבינים בכלל, האם הם יודעים מה זו יחידה קרבית או יחידה אחרת, אבל כשעומדים מולם שני קצינים בעלי אותם תגים ובעלי רקע של שירות באותן יחידות יש לזה אפקט אחר לגמרי. אני לא חושב שאם יהיה כאן נשיא משפטן זה יהיה אסון, בהחלט לא, עובדה שעד היום לא אירע אסון, אני רק חושב שלא יהיה פחות טוב שיהיה פה נשיא שאיננו משפטן...

אם הצבא ידע להעריך נכון, הדרך הטובה ביותר לדעתי, שהיא גם על דעה הצבא וגם על דעה המוסדות המשפטיים במדינה, כי נשיא יבד"צ צריך להיות בעל רקע צבאי שיהיה גם משפטן.

שאלה : במשפט בו נבחנת שאלת עונש בלבד, יתכן ולרעתם של שופטי הצד שאינם משפטאים יש משקל רב, אבל אין סוד שבמשפט שבו מוכרעת שאלת ההרשעה והאחריות הפלילית, שופט הצד נגרר אחרי השופט המשפטי. מה חשיבותו אם כן, של השופט שאיננו משפטי במותב ביה"ד?
על אחת כמה וכמה בערכאות הערעור - שאינה דנה בהתרשמות מהאדם, אלא דנה בעיקר בשאלות משפטיות - מה תרומתו של השופט שאיננו משפטי?

תשובה : לגבי ביד"צ לערעורים - בד"כ יש משקל בביד"צ לערעורים במהלך המשפט לשאלה המשפטית ועל כן יש משקל מכריע לצד המשפטי. כשעולה בביה"צ לערעורים בעיה משפטית רצינית - כשאין לקצין שאיננו משפטן כמעט מה לומר ובכל זאת הוא יוכל להכריע - במקרים מועטים אלה אני מרכיב מותב של שלושה משפטנים. כשהבעיה היא בעיה רצינית, ברמה שנראית בעיני בעיה משפטית עקרונית שיש לה השלכות לעתיד, אני מציב כמותב אף שופט מביתמ"ש העליון המגוייס למילואים.

בכתי הרין הצבאיים המחוזיים מתעוררת הבעיה במידה פחותה. אין מניעה שבמקרים מעין אלה ישבו כמותב שני משפטנים, ורק שופט אחד שאיננו משפטן. מצבנו בהשוואה למדינות נאורות אחרות הוא נפלא. ביקרתי בבימ"ש צבאי באנגליה, שם כל המותב מורכב מקצינים שאינם משפטאים, לידם יושב שופט מקצועי המנחה אותם.

כשנתיים האחרונות לא נתקלתי במקרים יוצאי דופן ששופטי הצד הכריעו בניגוד לדעתו של השופט המקצועי. יחד עם זאת אין לשכוח כי שופטי הצד תורמים לא מעט בקביעת נורמות התנהגות רצויות, ובכך משקלם לא פחות משופט אחר.

שאלה : ניגע בנושא שנוי במחלוקת ציבורית, והוא סמכויות הרשות המאשרת - הרמטכ"ל והאלופים, כיצד אתה רואה את התערבותה של הרשות המאשרת בגזרי הדין של בתי הדין הצבאיים והאם אין בכך פגיעה מסוימת בעצמאותם של בתי הדין ובאי תלותם?

תשובה : תראו, חבריה, אין לי קושי להשיב לשאלה זו... קראתי את פרוטוקול ישיבת הכנסת בענין זה ואני מזדהח לחלוטין עם הנימוקים שהועלו ע"י שר הבטחון בעד קיומה של רשות זו.

כל שאמרתי קודם על המערכת היחודית והמסגרת הצבאית, אופי העבריינים ואופי העבירות - מחייבים להשאיר בידי מוסדות הצבא את הסמכות הזאת, אם הרשות הזו לא תהיה קיימת ניתן לבטל בכלל את מערכת בתי הדין הצבאיים שתאבד את אופיה היחודי ולהעביר אותה למערכת האזרחית.

כמפקד לשעבר ביחידות רבות בצבא, אין לי ספק, שיש חשיבות עליונה לסמכותו של האלוף. בתחילת דרכי כאן, הענין הזה קצת הדאיג אותי, כי לא היו לי הנתונים למעורבות של האלופים, והחלטתי ללמוד את הענין באופן יסודי.

לעיתים לשופט קשה לחרוג ממסגרת של עונשים שכפויים עליו, עפ"י ההלכות שנמסרו. שני עבריינים מקבלים אותו עונש, אין התאמה מושלמת תמיד בין העברייין לעונש, לעיתים נתקלים בחייל שחייב לקבל עונש, אבל השופט ממליץ בפני הסוסדות המינהלתיים לשחררו מצה"ל.

לעיתים שופטים מצפים מהרשות המאשרת שחשנה את גזה"ד, וזאת מאחר והם עצמם חייבים להטיל העונש בהתאם להלכות הקיימות, ואינם יכולים לסטות מהן. זו גדולתם של השופטים.

לי יש שני תנאים להסלות כאלה : -

א. שלא חהיה שיגרה וחופעה בעלת היקף רחב, כי אם כך יהיה הדבר - משמע משהו לקוי במערכת המשפטית. זה צריך להיות במיזה ובמשורה - במקרים יוצאי דופן.

ב. שיהיו מקרים שגם הציבור יקבל אותם. כלומר, מבחן של דעת הקהל. היו גם חריגים פה ושם.

בבדיקה שלי העליתי, גם בהשוואה לשנים קודמות וגם בהשוואה לצבאות אחרים - שאין הפרזה, בשנה האחרונה היתה ירידה באחוזים ניכרים, הבאנו לידיעת הגורמים את הנתונים הסטטיסטיים. גם ההתערבות היא ברוב המקרים לא מהותית במיוחד.

אני אף הכחיתי את נשיאתי בתי הדין. להפגש אחת לחצי שנה עם הרשות המאשרת. אחוז ההקלות לשנה הוא 2-3 אחוזים שזהו אחוז אפסי. באמת כלום. אני נוהג להעביר סטטיסטיקה לאלופים כדי להעמיד אותם על מידת התערבותם, לאו דווקא כדי להביא לצמצום, אבל אם זה הביא לצמצום, הרי זה תואם את גישתי והסקפתי.

שאלה : כיצד אתה מישב את בסיונך כאיש צבא ותיק ועתיר בסיון בתפקידך הנוכחי?

תשובה : מעבר לכל מה שצינתי, בגלל הרקע שלי אני רואה את עצמי בתפקידי כנציג הצבא להרתיע ולהמליץ על תיקונים במסגרת הצבא כתוצאה מהתמונה המתקבלת בבתי הדין.

לדוגמא - ועדת העריקים - שנים שומעים חיקים, איש לא הזדעזע מהמצאים של פסקי הדין. מדובר על אלפי עריקים שבאים לבתי הדין שנה שנה - מספרים מדאיגים. עורתי הבעיה, הוקמה ועדה, למדנו הבעיה, הגשנו המלצות - אין לי ספק שמספר העריקים בשנים הבאות יצטמצם. אינני בטוח אם משפטן בלבד שהיה יושב פה היה חש בבעיה במידה כזו.

דוגמא שניה - ועדת הנשק - גניבות נשק ואובדני נשק. מקווה שהועדה תביא לצמצום התופעה. זהו אחד הדברים שהם יוצאי דופן בפעילות המשפטית בבתי הדין. יושב איש צבא שאינו מחפסן ומגלה תופעות מזויות ראה הן של שופט והן של איש צבא, במגמה לחקן את המצב.

שאלה : איזה סוגי עבירות היית מציין כמופיעות בבתי הדין לעיתים קרובות ומה היכולת של בתי הדין לפעול לצמצום התופעות הנ"ל?

תשובה : 60% מהתיקים מתייחסים לנפקדים, 10-12% עבירות סמים. כאשר לגבי סמים מרבית העבירות הן שימוש וסחר בסמים קלים, כגון חשיש. מס' עבירות הסמים הלכו ועלו בתקופת שצה"ל שהם בלבנון והסיכות לכך ברורות. השנה יש פחות עבירות סמים, לאחר יציאת צה"ל מלבנון, ומערכת המשפטית כולה הידקה את החגורה מסביב לנאשמים אלה וזה יתן אותותיו במספר העומדים לדין. הכדיקות המעברתיות נעשו יסודיות יותר והעונשים חמורים.

עבירות רכוש, הוצאת נשק - בשנה האחרונה אין החמרה ואין שיפור משמעותי. בעבירות אלימות - יש ירידה משמעותית בעבירות של אלימות כלפי מפקדים והחעללות וזה מצביע על שיפור שיש בצבא לאדם ולחייל.

לגבי אבדני נשק וגניבות נשק - 70% מהנשק הלך לאיבוד ע"י הפרט, פחות פריצות וגניבות ויוחזר אובדן וזלזול ונצטרך להחמוד עם הענין הזה.

שאלה : מה דעתך ויחסך לנפשות הפועלות במערכת המשפטית העניפה בצה"ל (שופטים, תובעים, סניגורים)?

חשובה : לגבי השופטים, כשאני רואה את מס' התיקים העומד בפני שופט ואת אופי העבירות - אני לא מקנא בהם. יש להם סבלנות לשמוע אותך בעיות וכל כך הרבה מקרים, וכך לשמוע ולדון כל כך הרבה עבירות ולא רק דברי אמת ולהוציא בכל זאת משפט צדק.

אני רואה ש:מות הערעורים על המשפטים היא כמות שבהחלט סבירה ותואמת כמויות של בתי המשפט האזרחיים ובתי משפט צבאים במדינות אחרות. כמות הערעורים היא של כ-10%.

זה לא פשוט לעמוק בדיכוי גפשות יום-יום, שעה שעה, אני מלא הערכה כלפי השופטים בבית-הדין. ולכן מדי פעם אני משתדל לא לקיים משפטים ולבצע השתלמויות, תדריכים, סיורים וכו', כי זה מאוד חיוני לשופטים, על מנת לקרבם בכל שניתן לשיגרה הצבא ביחידות השונות. המאמץ שלהם לא נמדד במספר שעות העבודה אלא בקושי הנפשי לעמוד מול הלחץ של המשפטים. החכמה היא להעמיד את המערכת עם מוראל ונכונות לעבוד שלא מתוך לחץ אלא מתוך התמסרות ואני מלא הערכה לכך; לא רק לשופטים אלא לכל המערכת - סניגורים ותובעים - לזכות כל המערכת הזו כ-80% מהמשפטים נערכים במסגרת של 10-14 ימים; זו נקודה חשובה התלויה יותר בחביעה ובסניגוריה לדוגמא, במבצע האחרון להחזרת העריקים הצלחנו לגמור את המבצע ללא עיכוב ולדון כ-400-450 כתבי אישום - תוך שבועיים סיימנו את החליכים במרבית התיקים. הרבה דברים המערכת עושה למען הצדק, לפני משורת הדין ועם ישראל לא יודע; זה חפקידנו - איך ליעל ואיך לעשות יוחר טוב.

שאלה : מטיבה של מערכת שיפוטיה שהיא רוצה עצמאות - אחת האינדיקציות לכך היא דרך מינוי שופטים. כיצד אתה רואה הדרך של מינוי שופטים בצבא?

חשובה : הסעיף הזה בהצעת החוק של הקמח ועדת מינויים - מקובל עלי. לא מפני שאיני סומך על המערכת הצבאית - זו מערכת שהוכיחה עצמה. אני מסתכל על זה מנקודת מבט של השופטים - מנקודת המבט של השופט הצבאי כפי שהוא נבחן ע"י המערכת השיפוטיה האזרחית. ועדת המינויים של הצבא עושה שרות

גדול לצבא מפני שהיא מעמידה את השופט הצבאי פחות או יותר כדרגה שווה לשופט האזרחי. איך אתם אומרים בלשונכם - "נאי נפקא מינה" אם זו ועדת מינויים כזו או אחרת? שופט שיסיים את שירותו כאן אין לי ספק שיוקל עליו לעבור למערכת האזרחית, כי הוא נבחר ע"י רשויות שהן לא רק רשויות הצבא. יחד עם זאת, יש לרשויות הצבא מה לומר בענין זה. לכאן יגיעו שופטים מהרמה הטובה ביותר בצבא. ועדת הבחירה עושה למעשה שירות נוסף - לכאן באמת יגיעו הטובים ביותר. לכן אני חושב שועדת מינויים כזו היא טובה ועל כך גם לא היו וויכוחים.

שאלה : לאילו שיפורים היית מצפה במערכת המשפטית והכוונה הן למפצ"ר והן ליכד"צ?

תשובה : אין דבר מושלם. יש תמיד מקום לשיפורים. גם מערכת היחסים בין הפרקליטות ליכד"צ - אני רואה אותה כמערכת אחת. מבחינת שיתוף הפעולה, יש הסכמה ביני לבין הפצ"ר כי לביה"ד יגיעו שופטים שהם מהשורה הראשונה של המשפטנים. שהציבור ידע שרק הטובים ביותר יגיעו לכאן. יש לי רגישות רבה למערכת - למעמדם ולרמתם של השופטים. המערכת המשפטית צריכה להיות דוגמא וללא רכב. תהיה שותפות מלאה בין שתי היחידות - גם ההסתלמויות, תדריכים, מסיבות - הכל משותף. המפקדים, אני והפצ"ר, אחראים ליצירת אוירה כזו.

שאלה : לסיום, האלוף מימון, בתום כשלוש שנים לכהונתך כנשיא ביה"ד הצבאי לערעורים, תאם יש לך מסר כלשהוא להעביר למשפטנים בצה"ל? "אני מאמין" כלשהוא?

תשובה : אין לי מסר, אני עוד אהיה פה, כהונתי לא חמה עדיין. יש לי מסר בתחום המצומצם של ביה"ד ומסר זה עולה על הפרק בכל מפגש שלי עם השופטים, שמשתנה לפי רוח הזמן. מסר אחר אמסור בכוא העת, ואני מקוה שאז תהא בפני תמונה שלימה, פרי נסיון מצטבר.

כשם אומרם

סוכן מדיח-כטענת הגנה במשפט פלילי

סא"ל עמנואל גרוס*

א. הצגת הנושא

- ב. שיטת המשפט האמריקאית - הגנה ה-Entrapment
1. הרקע לצמיחת ההגנה בבתי המשפט הפדראליים.
 2. ההכרה כהגנה בבית המשפט העליון - פרשת Sorrells.
 3. אישור "הגישה הסובייקטיבית" בענין Sorrells.
 4. הנסיון להתמודד עם המגבלות בגישה הסובייקטיבית.

ג. הפתרון המוצע

* סגן נשיא בית דין מרכז/ח"א/ח"י

א. הצגת הנושא

מה דינו של אדם המואשם בביצוע עבירה והמבקש להתגונן בטענה כי הודח לעוברת ע"י איש מרות?

לכאורה, במשפט הישראלי, התשובה לכך היא פשוטה. אין בחוק העונשין כל הגנה שיוחדה להדחה ע"י איש מרות. האחריות בפלילים היא אחריות אישית. ולכן אם נתמלאו יסודות העבירה ימצא אותו אדם אשם בדינו⁽¹⁾.

פתרון זה, יש בו כך נראה לנו, כדי לקומם את חוש הצדק לפחות בנסיבות בהם הוכח כי לולא הודח ע"י איש המרות לביצוע המעשה הפלילי לא היה מבצעו. לאחרונה התייחס ביהמ"ש העליון לסוגיה זו והביע את מורת רוחו מהתנהגות הסוכן המשטרתי, המוסווה בקובעו :

"... התנהגות זו של השוטר המוסווה מחייבת בחינה ובדיקה מחודשת של ההנחיות הפנימיות באשר להתנהגותם של שוטרים מוסווים וישומן הלכה למעשה לא נתבקשו בחיק זה לבחון את הנהגות השוטר מבחינתה של ההרשעה עצמה.

... יחד עם זאת נראה לנו כי מן הראוי הוא שהאחראים לכך יתנו דעתם על רקע ערעור זה וערעורים רבים אחרים שבאו בפנינו בזמן האחרון, שענינם שימוש הגובר והולך בטכניקה החקירתית של סוכן מוסווה תוך שיקבעו אמות מידה ברורות למותר ולאסור בתחום זה, הן מבחינת נורמות ההתנהגות של השוטר המוסווה עצמו והן מבחינת הדרגים המפקחים עליו.

אנו מורים שהעתק פסק דינה של הערכאה הראשונה והיחק פסק דיבנו יועבר ליועץ המשפטי לממשלה ולמפקח הכללי של המשטרה לבחינתם ולעיונתם..."⁽²⁾.

(1) ע"פ 246/68 ווגר נ. היועמ"ש, פ"ד ככ(2) 477. ע"פ 194/61 אבוגוש נ. היועמ"ש, פ"ד טז' 80, 83-82. ע"פ 169/74 כדורי נ. מדינת ישראל, פ"ד כט(1) 398. ע"פ 389/73 בן לולו נ. מדינת ישראל, פ"ד כח(1) 489. ע"פ 15/78 כיבס נ. מדינת ישראל, פ"ד לב(3) 64.

א' הרנון, דיני ראיות (המכון לחקרי חקיקה, חלק שני, תשל"ז) 370, 258, 18, 17. א' לדרמן "הדחה לדבר עבירה בידי איש רשות או שליח הרשות", רבעון לקרימינולוגיה משפט פלילי ומשטרה (תשל"ב) 270.

(2) ע"פ 693/81 אריה בוכיאן נ. מדינת ישראל, (לא פורסם - ההדגשה שלי ע.ג.).

אין אנו יודעים האם בעקבות פסה"ד הנ"ל, הוצאו הנחיות כאשר למוחר ולאסור בתחום זה של סוכנים מוסווים. עם זאת, ספק אם הפתרון לימצא בהן והאם יהיה בכוחן למנוע לחלוטין את מה שאנו מכנים "הדחות פטולות".

עדיין שאלה גדולה היא, כיצד יתייחס בעתיד ביהמ"ש העליון למקרה של הדחה פטולה המהווה סטייה מאותן הנחיות פנימיות, והאם יבחן אז "את התנהגות השוטר מבחינתה של הרשעה עצמה"⁽³⁾.

על רקע דברים אלו תיועד סקירה זו לבחון פתרון שונה מזה הנהוג אצלנו. כוונתנו להגנת ה-Entrapment שבמשפט האמריקאי. כמו כן נבקש לבחון אם פתרון זה ישים גם לשיטתנו.

ב. שיטת המשפט האמריקאית - הגנת ה-ENTRAPMENT

1. הרקע לצמיחת ההגנה בבתי המשפט הפדראליים

כבר בשלהי המאה הקודמת נחבקשו בתי המשפט הפדראליים בארה"ב לחוות דעתם בשאלה אם מותר היה לסוכני הממשל הפדראליים להטמין פח למי שחם סברו, כי הוא עבריין⁽⁴⁾. התשובה לכך היתה חיובית.

יחד עם זאת, כבר אז ניסתמנה הגישה כי לא כל "הטמנת פח" תהא מותרת. כך למשל משהוכח כי הנאשם שודל ע"י סוכן הרשות לעבור את העבירה וזה לא הסתפק בבדיקת התנהגותו של החשוד אלא הציב מטרה לעצמו לעודדו ולשדלו לפרול בפח על מנת שניתן יהיה להעמידו לדין, נאמר כי זהו מעשה "שעורית ודוחה"⁽⁵⁾.

בתי המשפט לא הסתפקו בגיבוי התנהגותם של סוכני הרשות ובמקרים בהם הוכח כי הרעיון הפלילי הוחדר למוחו של הנאשם ע"י הסוכנים, בוטלה הרשעה מטעמים של טובת הציבור או כהתבסס על רעיון המניעות⁽⁶⁾.

(3) שם.

(4) United States V. Rapp 30F 818 (1887)

וכן ראה סקירה נוספת של מקורות במאמיו של :

R.G. Donelly, 60 Yale Law Journal (1951) 1091

(5) United States V. ADAMS 59F, 674, 677 (1894)

(6) United States V. Healy 202 F349 (1913)

במקרה זה דובר על עבירה לפי חוק פדראלי אשר אסר מכירת משקאות חריפים לאינדיאנים, עבירה זו פורשה כאיסור מוחלט והוכח כי הסוכן המוסווה אשר היה אינדיאני פיתח ושדל את הנאשם למכור לו משקאות חריפים. ביהמ"ש לערעורים במדינת ג'ורג'יה קבע

כרס, עד שנת 1916 לא נתגבשה כל הגנה בנושא זה. לעיתים גיבנו בתי המשפט את התנהגות הסוכנים המדיחים לעיתים אף הרחיקו לכת וזיכו את הנאשמים מטעמים של טובת הציבור או דחיית האישום בקובעם כי התביעה מנועה לבסס את ראיותיה על התנהגות אשר היא עצמה יזמה ויצרה.

המיפנה חל בשנה זו, מטלראשונה ניקבע בפסה"ד בענין *Who Wai V. United States* (7) כי תהא זו הגנה מוחלטת לנאשם באם הוכח כי עבר את העבירה רק בעקבות שידולו של הסוכן המוסווה וכי אלולא כן לא היה עולה כלל במחשבתו לעוברה. בפסה"ד זה נטמן הגרעין להגנת ה-*Entrapment* כאשר המפתח לביטולה הוא טובת הציבור.

מהי הדרך פסולה ומהו הקו המפריד בין הטמנת פח מותרת לבין הטמנת פח אסורה? החשובה לכך אינה פשוטה אך נראה כי אין חולק לגבי קבוצת מקרים בהם ברור כי הרעיון הפלילי נרקם במוחו של הסוכן והוא אשר השתילו בראשו של הנשוד (8).

גם מקרים בהם נבעה העבירה כתוצאה משיכנוע ושידול מתוך כוונה להטמין פח ולהעמיד לדין ייחשבו כאסורים (9).

עוד ניתן להוסיף את קבוצת המקרים בהם אין לרשות כל חשד סביר כי אדם עבר עבירה או מתכוון לעוברה ואולם הסוכן "מצליח" לשדל לכצע עבירה (10).

- כי עקב השידול האסור מצד הסוכן שוב אין לראות את מעשה המכירה כ"מעשה רצוני". למעשה אין לראותו כמעשה כלל וביטל את הרשעת הנאשם - ראה שם, בעמ' 350.

. 233 F 412 (1916) (7)

United States V. Lynch 256 F 983 (1918) (8)

Buttes V. United States 273 F 35(1921) (9)

ביהמ"ש קבע כאן כי :

"... It is unconscionable, contrary to public policy, and to the established law of the land to punish a man for the commission of an offense of the like of which he had never been guilty of, if the officer of the law had not inspired, incited, persuaded and lured him to attempt to commit it..."

Newman V. United States 299 F 128 (1924) שם בעמ' 38, וראה גם

Sam Yick V. U.S. 240 F 60 (1917) (10)

Taylor V. United States 193 F 1968 (1912)

Voves V. United States 249 F 191 (1928)

Casey V. United States 276 U.S. 413 (1928)

אם לסכח עד כאן, ניתן היה להתרשם כי בתי המשפט הפדראליים נטו ליצור הגנה מהותית, יש מאין, שכן זיכרה לא בא בחוק החירות או במשפט המקובל, אותה הדחה אסורה מוכרת בשם Entrapment. לא כל האמצעים כשרים ולא המטרה של הרשעת אדם בביצוע עבירה מכשירה אותם. במיוחד הדברים אמורים, במקרים בהם הרשות היא שיזמה את הרעיון הפלילי ושתלה אותו במוחו של הנאשם, להבדיל ממקרים אחרים בהם לרשות יש סיבה סבירה לחשוד כי אותו אדם מתכוון לעבור עבירה והיא מעמידה לו פיתוי, הזדמנות לעוברת; והיה והתפתה, סימן הוא כי אומנם נשא עמו את הרעיון הפלילי. במקרים כאלו לא תעמוד ההגנה.

2. ההכרה בהגנה בבית המשפט העליון - פסה"ד - Sorrells V. United States

הגנת ה- Entrapment עמדה לראשונה במבחן בבית המשפט העליון של ארה"ב בשנת 1932 בפסה"ד⁽¹¹⁾ Sorrells V. United States.

משום חשיבותו של פס"ד זה, נעמוד על עובדותיו: המדובר היה בתקופת ה"יובש", לביתו של המערער הגיע אדם אשר היה סוכן משטרת וואשר הציג עצמו כחייל משוחרר מאותה יחידה צבאית בה שירת בעבר גם המערער. במהלך שיחה ביניהם ביקש הסוכן כי המערער ישיג לו חצי גלון של וויסקי. המערער סירב בטענה כי אינו מסוגל לעשות זאת.

רק לאחר פגישות נוספות שבמהלכן לא הירפה הסוכן מהמערער ופנה לרגשותיו ולזכר "ימים עברו" "נשכרו" המערער והביא לו את מכושו. הוא נעצר והועמד לדין.

המערער אשר הודה בעובדות טען כי אינו אשם שכן ביצע את העבירה רק בעקבות הסתה ושידול חוזר ונשנה של הסוכן, אלמלא כן לא היה עולה בדעתו לעבור את העבירה.

טענת המערער כביתמ"ש דלמטה נידחתה והשופט סירב להנחות את המושבעים ברוח בקשת הנאשם שכן הוא לא מצא כל הגנה באותן עובדות.

בית המשפט העליון, לעומת זאת, היו כל השופטים מאוחדים בדעה כי יש לקבל את הערעור שכן עובדות המקרה מצביעות על הגנה ברורה העומדת למערער.

287 U.S.435 (1932) (11)

בית המשפט יצא חוצץ נגד צורת ההודעה וקבע כי אף שלמשטרה יש זכות ולעיתים גם חובה להפעיל טכניקה מעקב באמצעות סוכנים מוסווים הרי שלא להאסור בחלט ליזום וליצור רעיון פלילי אותו ישתילו במוחו של החשוד.

"... Entrapment is the conception and planning of an offence, by an officer and his procurement of its commission by one who would not have perpetrated it except for the trickery persuasion or fraud of the officers..." (12)

אף שכל השופטים הסכימו, כאמור, לתוצאה הסופית ואישרו קיומה של הגנת ה-Entrapment בסיטואציה האמורה, נחלקו דעותיהם באשר לביסוסה המשפטי.

דעת הרוב אשר הובעה ע"י Mr. Chief Justice Hughes - קבעה כי העובדות שתוארו, כלל לא יוצרות עבירה על החוק. יש לפרש את החוק הפלילי עפ"י מטרתו, רוחו ומהותו. אם בוחנים מטרת המחוקק נראה כי הוא לא התכוון כלל להחיל את האיסור הפלילי בסיטואציה זו. תקנת הציבור אינה מצדיקה הרשעת אדם בפלילים כשהוא נגרר לעבור עבירה בשידולו של סוכן הרשות, כאשר התכניה הפלילית נדקמה לראשונה במוחו של הסוכן ואין כל דבר בעברו של האדם כדי להוכיח כי היתה לו נטיה לעבור את העבירה המיוחסת לו.

במילים אחרות, לשיטת הרב, פרשנות החוק מלמדת כי המחוקק מלכתחילה לא התכוון להחיל את האיסור הפלילי על התנהגות, שהיא פועל יוצא מהדחה פסולה.

עם זאת, שמורה לתביעה הזכות להזים בראיותיה את טענת הנאשם כי מעולם לא התכוון לעבור עבירה, אלמלא שודל, ובכלל ראיות אלה אף ראיות שיצביעו על נטיותיו הפליליות הקודמות.

מנגד, עמדת המיעוט אשר בוטאה ע"י Mr. Justice Roberts היא כי אין לגרום שהנאשם כלל לא עבר את העבירה המיוחסת לו ואין למצוא את בסיס ההגנה בפרשנות החוק לאור מטרתו כפי שעשו שופטי הרוב. אין למצוא במילות החוק כל סימן וזכר כי המחוקק התכוון להוציא מתחולתן סוג זה של התנהגויות. פרשנות כזו היא לדידם "חקיקה שיפוטית" והוספת יסוד נוסף לעבירה שלא היה קיים בה מלכתחילה (13).

(12) שם בעמ' 453-4.

(13) שם בעמ' 456.

שופטי המיעוט העדיפו לנמק את התוצאה אליה הגיעו בחקנת הציבור (14) אשר אינה מרשה ביצור לדעה של הליכי משפט והעמדה לדין פלילי של אנשים אשר הודחו לעבור על החוק ע"י אנשי הרשות. (15)

מכאן נובע הכול נוסף בין הדעות, שכן בו בעת שלדעה הרב - המושבעים הם אלו אשר צריכים להכריע בקיומה של ההגנה, הרי שלדעת המיעוט, תפקיד זה מסור להחלטתו הבלעדית של השופט.

יתר על כן, בו בעת שע"פ השקפת הרב ההגנה מתמצת ומתמקדת בהתנהגותו של הנאשם ולכן מותר יהיה לתביעה להביא ראיות בשלב זה שלפני הכרעת הדין, בענין הרשעותיו הקודמות ונטיותיו הפליליות, הרי לא כך הדבר ע"פ השקפת המיעוט, הממקדת את הדיון בהתנהגות הסוכן. טיבו ועברו של הנאשם אינם רלבנטיים ואין בהם כדי להצדיק חדחה פסולה, מצידו של הסוכן. מאוחר יותר, מצאנו כי גישת הרוב כונתה "הגישה הסובייקטיבית" ואילו גישת המיעוט כונתה "הגישה האובייקטיבית". הראשונה מיקדה את הדיון בכחינת התנהגות הנאשם והשנייה מיקדה את הדיון בהתנהגות הסוכן.

נדמה לנו כי נקודת התורפה בהשקפה של שופטי הרוב היא, שעפ"י שיטתם הם איפשרו "הרחבת היריעה" לעבר שאלות צדדיות הקשורות בחשיפת עברו של הנאשם והתנהגותו הפלילית, יתכן כי בכך יצרו עיוות, לא מוצדק לטובת אלו שעברם נקי.

הסיכון הוא בכך כי לבעל עבר פלילי יהא סיכוי קלוש לכסס טענתו כי לא התכוון לעבור העבירה המיוחסת לו, אף שיחכן כי היה מצליח בטענתו זו לולא ידעו המושבעים את עברו. במילים אחרות יש כאן חשש לא מבוטל של "שיחוד דעתם" של המושבעים עפ"י עובדות שאינן רלבנטיות בד"כ לצורך קביעת אשמתו של אדם. (16)

(14) שח בעמ' 457, 459.

(15) לדעת שופטי הרוב ההכרעה בשאלת קיומה של ההגנה היא ענין עובדתי, לעומת זאת סברו שופטי המיעוט כי המדובר הוא בהכרעה בשאלה משפטית.

(16) R.C. DONNELLY :

"Judicial Control Of Informers, Spies, Stool Pigeons and Agents Provocatures" 60 Yales Law Journal (1951) 1091.

E. MIKELL : "The Doctrine - of entrapment in the federal Courts" 90 University of Pennsylvania Law Review (1941-24) 245.

Entrapment by Government officials" 28 Columbia L. Rev.(1928) 1067. "Entrapment as Defense in Prosecution for Prohibition Violation".

41 Yale L. J. (1931-2) 1249. "Comments - Entrapment" (1928-9)2 Southern California L. Rev, 283.

גם עמדת המיעוט אינה שלמה, כך למשל, היא מתעלמת לחלוטין מחלקו של הנאשם באחריות לעבירה. לדעתנו לא יתכן להתעלם מנטייתו המוקדמת שהרי אילו יכולות להצביע על נכונותו לבצע את העבירה ויתכן איפוא כי הפח שהוטמן לו לא היה אלא אותה "הזדמנות" שאיפשרה לו הגשמת תוכניתו הפלילית⁽¹⁷⁾.

מה שברור לנו הוא, כי יש משהו "צורם" באותה שיטת פרשנות של חוק בה נקטו רוב השופטים. כאשר מילות החוק הינן ברורות אינן יכול "לאנוס" את הכתוב ולהכניס לתוכן משמעות שאינן בהן. יש כאן מידה לא מבוטלת של חקיקה שיפוטית ובענין זה נראית לנו הביקורת שמתחו שופטי המיעוט.

3. אישור הגישה - ה"סובליקטיבית" שבפס"ד Sorrells

בשנת 1958 עלתה הגנת ה-Entrapment ויסודותיה המשפטיות לבחינה נוספת בפני בית המשפט העליון בארה"ב המדובר הוא בפס"ד בענין Sherman V. United States⁽¹⁸⁾.

במקרה זה היה המערער מכור לסמים ונמצא בטיפול גמילה במוסד מתאים. כאן פגש במודיע משטרתית. מודיע זה אשר מאוחר יותר הפך לסוכן מדיח, היה אף הוא מכור לסמים, בעל עבר פלילי כשטח הסמים וכחברו גם הוא עבר טיפול של גמילה. ע"פ הוראות שולחיו, הסוכנות הפדראלית ללוחמה בסמים, הוא ניסה לשדל את המערער כי ישיג לו סם מסוכן בחירוף כי נסיון הגמילה שלו נכשל והוא סובל מכאבים בכל חלקי גופו בגלל חוסר בסמים. תחילה סרב המערער להשיג את הסם, אך לאחר שאותו סוכן לא פסק לבקשו ולאחר שידול חוזר ונשנה ומתוך חמלה על חברו הוא נאות לבסוף והשיג את הסם. מה שכמוכן לא ידע המערער - כי אותו "חבר", אינו אלא סוכן משטרתית וזו אף מימנה את קניית הסם. סוף דבר המערער נעצר והועמד לדין באשמה של סחר והספקה של סם מסוכן. על יסוד העובדות שתוארו, טען המערער כי הינו זכאי להגנת מהגנת ה-Entrapment שכן לולא שודל ע"י אותו סוכן, כלל לא היה עולה בדעתו לעבור את העבירה שהרי הוא נמצא אז בטיפול גמילה. בתי המשפט דלטטה דחו את טענתו ופסקו להרשיעו בעבירות שיוחסו לו מכאן ערערו לבית המשפט הייליון.

(17) ראה המאמרים שם וכן : RITLS. V. United States 183 F. 2d. 944, 945 (1958)

(18) 356 U.S. 369 (1958)

גם הפעם הגיעו כל תשעת שופטי בית המשפט העליון לאותה תוצאה לפיה, המערער זכאי להנות מהגנת ה-Entrapment ואולם שוב נחלקו דעות השופטים באשר להנמקה המשפטית.

דעת חמשת שופטי הרוב שהוצגה ע"י ה-Chief Justice Warren חזרה ואימצה את הגישה הסובליקטיבית של רוב השופטים בפס"ד Sorrells. הם גם סברו כי פרשנות החוק הפלילי מלמדת שכוונת המחוקק לא הייתה להחיל את איסוריו על מקרה שתוא תוצאה של הדחה פסולה⁽¹⁹⁾, וכי טכניקה זו של הדחה לעבירה, פסולה לפחות כמו הוצאת הודאה מנאשם באמצעי לחץ או עריכת חיפוש לא חוקי⁽²⁰⁾.

השופט Frankfurter שילצג את ארבעת שופטי המיעוט קבע כי הגנת ה-Entrapment אינה מוענקת לנאשם בשל "זכאותו" בדין אלא שעל-אף אשמחו לא יתן ביהמ"ש יד להרשעתו.

הוא שב והדגיש את הסיכון הטמון ב"גישה הסובליקטיבית" הפותחת פתח לשיחוד דעתם של המושבעים והיוצר אי שוויון הכל בפני החוק. דרך זו יש בה עידוד למשטרה לחשוב כי משמדובר באדם בעל עבר פלילי, הכל מותר כלפיו.

אין לשכוח, כך קובע השופט, כי גם אנשים כאלו יתכן ולא היו נכשלים בעבירה לולא שודלו לעוברה, אך כמעט בלתי אפשרי מבחינתם להוכיח זאת בשל עברם.

פס"ד זה שב ואישר את הגישה הסובליקטיבית של רוב השופטים בפרשת Sorrells ועל אף הביקורת שנמתחה על גישה זאת⁽²¹⁾, היא המחייבת בבחי המשפט הפדראליים כיום⁽²²⁾. הילכת שופטי הרוב בפרשת Sorrells עלתה עוד מספר פעמים לדיון⁽²³⁾ ואולם עד כה לא שונתה אלא אף קיבלה אישור נוסף בפסה"ד האחרון, לידיעתנו, שדן בסוגיה⁽²⁴⁾. במקרה זה צאמי במפורש כי התנהגות הסוכן המריח לא תעמוד למבחן, לפחות באותם מקרים בהם הוכח עפ"י "הגישה הסובליקטיבית" כי לנאשם הייתה נטיה לעבור את העבירה בה נכשל⁽²⁵⁾.

(19) שם בעמ' 372.

(20) שם, שם.

(21) "Notes-Entrapment" 73 HARVARD L. REV. (1959-60) 1333 J.D. HEYDON

"The Probleme of Entrapment" (1973) Cam & J. 269

(22) היות והגנה זו אינה מעוגנת בחוקה או בחוק הקונגרס, היא אינה מחייבת במדינות.

Masciale V. United States 356 U.S. 386 (1958) (23)

Lewis V. United States 385 U.S. 206 (1966)

כאמור, הגנת ה-Entrapment הוכרה במערכת בתי המשפט הפדראליים אך גם רוב המדינות בארה"ב אימצו הלכה זו, הן ע"י פסיקת בתי המשפט באותן מדינות, או ע"י חקיקה פנימית⁽²⁶⁾.

לסיום פרק זה, ראוי לציין כי על אף אימוץ הגישה "הסובייקטיבית" ראו ייצמם - חלק קטן של בתי המשפט הפדראליים - חופשיים לבחור בין הגישות⁽²⁷⁾, אך בדרך כלל כמרבית המקרים הגישה הסובייקטיבית היא הנטייה⁽²⁸⁾.

4. הנסיון להתמודד עם המגבלות שבגישה הסובייקטיבית - פניה ל-Due Process

באותם מקרים בהם ההתנהגות של סוכני הרשות היחה חמורה וגילתה סטיה ניכרת מנורמות התנהגות מקובלות ונוכח המגבלות שהציבה הגישה הסובייקטיבית אשר שוב אינה מתמקדת בהתנהגות הסוכנים, נעשו מספר נסיונות להרחיב את תחולת הגנת ה-Entrapment ע"י כך שתעוגן בתיקון ה-14 שבחוקה המעניקה לכל אזרח זכות ל-Due Process. זכות זו מאגדת בתוכה את כל הערבויות האישיות המושרשות היטב בחברה האמריקאית ומהווה מגן מפני עשילה אי צדק בהליך שיפוטי⁽²⁹⁾.

בעקרון לא פסלו את האפשרות כי דרך הזכות ל-Due Process תורחב ההגנה ותחול גם על מקרים קיצוניים בהם יתברר כי התנהגות הסוכן היחה :

"... So outrageous that due process principles would absolutely bar the government from invoking judicial process or to obtain a conviction..."⁽³⁰⁾.

- | | | |
|---|--|------|
| <u>United States V. Russell</u> 411 U.S. 423 (1972) | המשך | (23) |
| 425 U.S. 484 (1975) | | (24) |
| | שם בעמ' 488-489 | (25) |
| <u>U.S. V. People of Illinois</u> 329 F2d 354 | ראה הנושא בעניין זה בפסק הדין | (26) |
| at P. 357 (1964), 22 C.J.S. (Criminal Law) s.45. | | |
| <u>United States V. Kegrath</u> 468 F2d s 1027 at p. 1031 (1972) | | (27) |
| Penal Code-Uniform Law Annotated Master Ed, 1476 | ראה גם גישת ה-213 | |
| | התובע כי ההכרעה בדבר קיומה של ההגנה תהא מסורה לשופט ראה גם : | |
| <u>United States V. Greene</u> 454 F 2d (1971); <u>U.S. V. Washington</u> | | (28) |
| F 2d 160 (1927) | | |
| <u>United States V. Wollfs</u> 594 F2d (1979) | | |
| <u>Chin V. California</u> 342 U.S. 165 (1975) | | (29) |

מרכז הכובד מועבר איפוא, מהתנהגות הנאשם אל התנהגות סוכן הרשות. באם ימצא כי התנהגותו, יש בה כדי שטייה חמורה עד כי היא מקוממת את חוש הצדק הטבעי, כי אז יש מקום לבדוק הרחבת ההגנה באמצעות כללי ה-Due process⁽³¹⁾. אף כי אין עדיין מבחנים מדויקים על פיהם נחיל את כללי ה-Due ocess למקרה שלנו, אין בכך כדי למנוע מביהמ"ש במקרה המתאים לעשות כן⁽³²⁾.

יצוין כי היו שניקשו להרחיב את תחולת הגנת ה-Entrapment ולעגן יסודותיה לא רק על כללי ה-Due process אלא גם בזכות כנגד הפללה עצמית והזכות כנגד חיפוש ותפיסה לא חוקיים⁽³³⁾ אך אלו טרם קיבלו כל אישור בפסיקה⁽³⁴⁾.

סוף דבר, בדומה לביקורתנו על המבחן האובייקטיבי כן הדבר גם בנוגע להרחבת הגנת ה-Entrapment על יסוד כללי ה-due process שאינם אלא פן אחר של אותו מבחן אובייקטיבי. בשני המקרים הדיון מתמקד על התנהגות הסוכן, מידת מעורבותו ביצירת העבירה כמו גם מידת הסטייה מכללי הגינות מקובלים, הם אשר יקבעו את תחולתם. כבר הזכרנו כי במבחנים אלו לבדם יש משום הענשת הרשות על פעולותיה תוך התעלמות מן הקשר הסיבתי שבין התנהגות פסולה זו ובין התנהגות הנאשם. אסור לשכוח, כי אותה הגנה נחוצה להגן על אזרחים תמימים, מכבדי חוק, אשר לולא הדחתם, סביר להניח כי לא היו נכשלים בעבירה. במקרים אלה יש קשר סיבתי ועובדתי בין התרחת הפסולה ובין התנהגות הקורבן - האזרח התמיח.

- (30) וראה גם : Hampton v. United States 425 u.s. 484 (1975)
- United States V. Russel 411 U.S. 423 at p. 431 (1972)
- (31) נסיון כזה נעשה בפרשת U.S. V. McGrath 494 F2D 562 (1974)
- (32) ואולם הוא נכשל (1975) 425 US 484- 494-495 n.6 Hampton V. United States
- (33) "The serpent Beguiled and I did Eat -- the Constitutional Statues of Entrapment Defencw" 74 Yale L.J. (1964-5) 942, 952
- (34) U.S. V. Karen L. Hinkle, 637 F2d 1154 (1981) Perri V. Department of the Treasury Bureau Of Alcohol Tobacco and Firearms 637 F2d 1332 (1981)

לעומת זאת, הרחבת ההגנה באמצעות פניה לכללי due process בדומה למבחן האובייקטיבי, מתעלמת מנכונותו של אותו אזהר לבצע בלאו הכי את "העבירה שהוכשל בה", ולפי זה "ייעצא חוטא נשכר".

הפתרון המוצע

ג.

חשובה משפטית הנראית לנו יותר נכונה וצודקת מבחינת הפתרון לבעיית הסוכן המדיח, צריכה להקיף מספר אינטרסים חברתיים ולת מספר הנחות יסוד : -

1. לעיתים נאלצת הרשות לנקוט בצורת מעקב מיוחדת תוך שימוש בסוכן מדיח.
2. השימוש בסוכן המדיח צריך שיהא נדיר ורק כשאינ אפשרות להשתמש בכל שיטת מעקב אחרת.
3. צריך שהפעלת הסוכן המדיח תהא רק לאחר שבידי הרשות סיבה סבירה להאמין כי החשוד ממילא מתכוון לעבור עבירה.
4. אסור כי החשוד יודה בדרך של שידול או הסתה לעבור את העבירה ואין לספק לו את האמצעים לעוברה.

אף שקשה כאן להגדיר מראש ובצורה ממצה את התכנים של המונחים "שידול" או "הסתה" האסורים בשימוש, ואלו יקבעו מפעם לפעם ע"י בתי המשפט עפ"י נסיבותיו של כל מקרה, הרי יש לקבוע בכ"ז על דרך השלילה, כי אסור לשכנע חשוד לבצע עבירה, למשך ע"י פניה לרגשות או לשיקולי כדאיות או כיוצ"ב גורמים.

צריך להניח כי הרשות מבקשת לבדוק חשד המצוי בידה כי אדם מתכוון לעבור עבירה. די איפוא באם סוכן הרשות יציב בפני החשוד "הזדמנות" לביצוע העבירה ובכך יבחן את כוונותיו. ואולם אין בין אותה "הזדמנות" ובין שכנוע הנאשם או פיתויו ולא כלום.

המבחנים על-פיהם נקבע מהי הדחה פסולה, יהיו כנראה מותנים באמצעים בהם נקט הסוכן והשפעתם על התנהגותו של אדם סביר. אם האמצעים שננקטו במקרה נתון היו גורמים לכל אדם סביר, שישתכנע או יתפתה לעבור עבירה, סימן הוא כי המדובר בהדחה פסולה. לעומת זאת, אם לא היה בהם כדי לגרום לאדם סביר לעבור עבירה סימן הוא כי המדובר בהדחה מותרת.

הפתרון לסוגיית ההדחה צריך להביא בחשבון גורמים אלה : -

1. האם מוצדק מבחינת ה-public policy להטיל אחריות פלילית לעבירה על אדם משזו נגרמה בעיקרה ע"י הרשות.

2. מהו הביטוי הנכון לגנות בו את המעשה הפסול של הרשות.
3. מהו האמצעי היעיל יותר המצוי בידי ביהמ"ש להבטיח כי ישמר "סותר החליכים" ולא יעשה שימוש לרעה בהליכים הפליליים, שהוא אמון עליהם. אנו מציעים לאמץ אצלנו את הגנת ה-Entrapment האמריקאית אך לא במתכונתה הנוכחית. כך למשל אין אנו דוגלים בגישת הרוב כי הדיון צריך להתמקד בעיקר על החנהגותו של המודח ועל נטיותיו המוקדמות לעבור אותה עבירה. לדעתנו, אין זה נכון ללמוד על כוונותיו של הנאשם לעבור את העבירה בה הודח עפ"י עברו הפלילי. מקל וחומר אין על פי השקפתנו ללמוד על אותה כוונה "ממידע" אודות החנהגות עבריינית שכלל לא עמדה במבחן המשתטי. מעבר לחוסר היכולת ללמוד על כוונה פלילית מעברו של הנאשם, טמון סיכון לא מועט כי ביהמ"ש יושפע מאותו מידע ובחינתו עלולה שלא להיות אובייקטיבית והוגנת ואפילו המדובר הוא בשופט מקצועי. בחינת התנהגותו של הנאשם צריכה להצטמצם לאותו חלק גלוי בהתנהגותו עובר לעבירה, אשר על פיו ניתן להסיק כי הוא אכן התכוון להוציא מחשבתו הפלילית אל הפועל. דומה הדבר לכלל הפסילה הבא לאסור שימוש בראיות בדבר מעשים דומים של הנאשם או האיסור של גילוי הרשעותיו הקודמות של האשם קודם שהוכרע דינו⁽³⁴⁾ כשהנימוק העיקרי לכך הוא החשש כי חיווצר נגד הנאשם דעה מוקדמת ושכתוצאה מכך הוא עלול שלא לזכות במשפט הוגן. אין להעמיד אדם שהורשע בעבר עבירה כלשהי, בחזקה כי חזר ועבר עבירה נוספת⁽³⁵⁾. גם דעת המיעוט, המתמקדת רק בבחינת התנהגותו של הסוכן ומכלי לבחון מידת השפעתה על הנאשם המסויים דווקא, אינה נראית לנו⁽³⁶⁾.

(34) ראה הרבנון, הערה 1 לעיל בעמ' 369, וכן ע"פ 265/64 חיובליץ נ. היועמ"ש פ"ד

יט' (3) 421, 441, ע"פ 361/70 ג'ובארה נ. היועמ"ש פ"ד כד' (2) 247, 251

וינ"מ 409/74 זאבי נ. היועמ"ש פ"ד כט' (1) 587, 588.

(35) ראה א' הרבנון הערה 1 לעיל, בעמ' 370.

(36) ראה א' לורמן הערה 1 לעיל, בעמ' 266-267.

אנו מקבלים את המבחן הקצ' אשר הוצע ע"י דר' לדרמן במאמרו "הדחה לדבר עבירה
בידי איש הרשות או שליח הרשות"⁽³⁷⁾.

כי סוג העבירה נשוא ההדחה תבחן במבחן משולש : -

1. האם הפרת החוק בשטח הנדון נפוצה עד כי יש צורך לנקוט פעולות מרתיעות?
2. האם העבירה חמורה עד כדי שיש צורך לאפשר לרשויות השלטון לנסות את האזרח?
3. הנעברה עבירה בסודיות רבה כל כך עד כי כמעט אין דרך אחרת להשיג ראיות על ביצועה?

המדובר הוא כתנאים מצטברים ורק תשובה חיובית על מבחן משולש זה תתיר את השימוש בהפעלת הסוכן באותו סוג של עבירה.

המדובר כאן בתנאי מוקדם, בלא קשר לטיב המעולות שנקט הסוכן ואשר מטרתו לבחון באם היה מקום מלכתחילה להשתמש בו כדי לעמוד על כוונותיו של הנאשם, אשר למה שיחשב כהדחה פסולה המזכה בהגנה עפ"י החוק לנו נראה שיש לאמץ את ההגדרה הבאה⁽³⁸⁾ :

אדם המואשם בעבירה יזוכה ממנה באם סוכן הרשות אי אדם הפועל מכוחו, למטרת השגת ראיות לביצוע עבירה :

1. מדיח לביצועה של העבירה ע"י נקיטת שיטה של שיכנוע אשר יוצרת סיכון ממשי כי העבירה תבוצע ע"י אדם סביר.
2. מדיח לביצוע אותה עבירה מבלי כל סיבה סבירה להאמין כי הנאשם ביצע או מתכוון לבצע.

המדובר הוא כתנאים מצטברים שכן לא יתכן להתיר לרשות לבחון את התנהגות האזרחים בלא כל סיבה סבירה שיש להצדיק את הפעלת הסוכן בתוצאה הסופית שאמנם נעברה עבירה.

(37) רבעון קרימינולוגיה, משפט פלילי ומטרה (תשל"ב) 253 בעמ' 265-266. מבחן זה מבוסס על דעתו של מחבר המאמר :

"Entrapment by Government Officials" 28 Columbia L. Rev. (1928), 1067, 1072.

(38) הגדרה זו מבוססת על דעתו של D. Bancroft "Administration of the affirmative trap and the doctrine of Entrapment, Device and Defence", 31 U of Chi. L. R. (1963-4) 137 at P. 178.

לא די בכל כי העבירה מבחינת אופיה וטיבה מצדיקה שיטת מעקב על דרך הדחה וגם לא די בכך שיש לה לרשות סיבה סבירה להאמין כי הנאשם מתכוון לכצע אותה עבירה, עליה להימנע מלנקוט בשיטת הדחה כזו אשר "תפיל בפח" אדם סביר.

הפעולות בהן נקט הסוכן קודה שהנאשם עבר את העבירה, צריכות להיות כאלה אשר יגרמו לבית המשפט להשתכנע כי רק אדם אשר ממילא גמלה בו ההחלטה לעבור את העבירה אכן ביצע אותה.

במילים אחרות, אותן פעולות אשר נקט בהן סוכן צריכות להסיר מלב בית המשפט כל ספק, שהנאשם עומד בפניו והתכוון בכל מקרה לעבור את העבירה שלולא כן לא היה מתפתה לעובריה ומה שעשה הסוכן לגביו היה רק הצבת הזדמנות להוצאת זממו אל הפועל.

נדמה כי המימרה הבאה תשקף נכונה את הסיבה והמטרה של חיבור צנוע זה :
"... Decency, security and liberty alike demand that government officials shall be subjected to the same rules of conduct that are commands to the citizen".⁽³⁹⁾

Brandies in Olmstead V. U.S. 277 U.S. 435, 485

(39)

היש פסול בהתנהגותו של חייל בכך שהוא מקליט את מפקדו, כאשר ההקלטה נעשית שלא בידיעת מפקדו

רס"נ יאיר בוסני*

מטרת הבריקה והגדרת הנושא

ההקלטה היא שימור מכני של הזכירה לגבי דברים הנאמרים ונטמעים. מבחינה מהותית אין לדעתנו הבדל בין דבר הנשמר באמצעות כוח הזכרון האנושי, לבין זה המתבצע באמצעי מיכני. ההבדל הטכני - ולא המהותי - נעוץ בכך שההקלטה משמרת בצורה טובה יותר את הזכרון, ובדרך כלל גם בצורה אוטנטית יותר; בעוד שהזכרון האנושי, מוגבל מטבעו כאשר לכמות הדברים הנקלטים, דיוקם, מידת האוטנטיות שלהם ומשך זמן שימורם. מהיבט זה דווקא ניתן לומר שיש יתרון לזכרון המיכני, על פני הזכרון האנושי⁽¹⁾. נוכח זאת, ניתן להקשות האם התנהגותו של חייל המקליט שיחתו עם מפקדו ללא ידיעתו כשירה מבחינה נורמטיבית או שמא תמציל לומר שהתנהגות זו פסולה, וניתנת להיות מוגדרת כעבירה. אין בכונחנו להיכנס לסוגיית הקבילות שנעצם ההקלטה, אלא לערך הנורמטיבי של התנהגות המקליט. כמו כן, הסיטואציה הנבדקת אינה מתייחסת למקרה בו נעשה שימוש שלא כדין בהקלטה, למשל: לדבר עבירה, לצורך גרימת נזק וכיו"ב; באופן שהם מהווים עבירה לפי חוק האזנת סתר, או לפי חוק איסור לשון הרע, או מקום שיש בהם משום פגיעה בפרטיות. במקרים אלו ברור שיש פסול בהתנהגות זו, המגיע לכדי עבירה על החוק. במקרה שלפנינו המדובר בהקלטה שנעשתה לצורך אינטרס לגיטימי של החייל. זאת לצורך עמידה על זכויותיו, באופן שהדברים שהוקלטו יהיו בבחינת "עדות חיה", במקרה שהמפקד או מי מטעמו יכחיש או יכפור בזכות שהובטחה לחייל על ידי אותו מפקד עצמו (למשל במהלך סיכום ראיון), או יכחיש דברים והחבטאות לא נאותה שהטילה כלפי החייל. לגבי סוג אחרון זה מתבקשת השאלה האם יש הבחנה בין שימור דברי המפקד באמצעות כוח הזכרון האנושי לבין שימורו באמצעי מיכני, והאם יש נפקות לכך שהשימוש באמצעי מיכני נעשה בלא ידיעת המפקד.

(1) לפיכך, כשדנו בתל המשפט בסוגיית קבילות סליל הקלטה הסתמנה נטילת לאשר את הדברים משום שהיא "עשויה לגלות ביתר דיוק ובפחות סילוף ועיקום את הדברים שנאמרו במקורם".

(ע"פ 28/59 פלוני ב' היועמ"ש, פ"ד יג' 1205, 1209); והשווה ע"פ 639/79 אפללו ואח' ב' מ"י, פ"ד ל"ד (3) 561; וכן, באחרונה ע"פ 869/81 שניר ואח' ב' מ"י, פ"ד לח (4) 169.

* המחלקה המשפטית נה"ל

פעולת ההקלטה ללא ידיעה - כנורמת התנהגות במישור האזרחי הכללי

הקלטת בעל שיחה ללא ידיעתו, ככל שהיא נעשית במישור האזרחי הכללי, כהבית מלגה-טימיות ברורה. זאת לנוכח אי-קיומה של הוראה בדין האוסרת פעולה זו. הכלל "אין עונשין אלא אם כן מזהירין" מבטא בענין זה את עקרון החוקיות, לפיו מה שלא נאסר ע"י החוק הינו מותר. חוק האזנת סתר, תשל"א-1979 הדין בסוגיה זו², קובע כעכירה רק הקלטת שיחה שנעשתה ללא הסכמת אף אחד מבעלי השיחה (סעיף 1 לחוק).

במסגרת הדיון בחוק האזנת סתר בשלבי הכנתו, הועלתה הצעה לאסור הקלטה הנעשית ע"י אחד מבעלי השיחה, אם היא נעשתה בלי ידיעתו של בעל השיחה האחר. ברם, הצעה זו לא נתקבלה מהטעם שבעידן הטכנולוגי בו אנו חיים, מקובל לעשות שימוש בהקלטות כגון דא בתחום חיי המסחר, ולפיכך כל הצעה לאסור ביצוע הקלטה כזו יהא בה משום שימת מעצור לקידמה הטכנולוגית בחיי המסחר והחברה, ובניגוד לכוהל המקובל הקיים בחיי יום יום³. ואמנם ניתן לשער כי הקלטה, גם כלא ידיעת הצד השני, חיונית בחיי המסחר (כגון הקלטה של דיובי מו"מ לקראת חוזה, או פרטי ההסכמה עצמה).

בגוף ארגוני ספציפי

בדיקת הנורמה ככל שהיא מתייחסת לארגון המגדיר לעצמו מערכת נורמות משלו המאפיינות את אופיו וייחודיותו, מעלה מסקנה שונה מההיבס העקרוני.

טול גופים מאורגנים, לעובדי מדינה, חברי לשכת עוה"ד, או חיילים בצבא. נראה שבכל מסגרת כזו נקבעו נורמות ספציפיות שמטרתן לשמור על המסגרת הארגונית, ועל כללי הנהגתה של מסגרת זו. לכן נקבעו בארגון כללי משמעת המייחדים אותו בכל הקשור לערכי משמעת ואתיקה.

בדיקה במערכת הנורמות האמורות, למשל התקשי"ר לגבי עובדי המדינה, כללי לשכת עוה"ד - לגבי חברי הלשכה, ופקודות הצבא - לגבי חיילים, מגלה כי אין נורמה האוסרת במפורש ביצוע הקלטה ללא ידיעת האידך גיסא, ואולם עדיין יש מקום לבדיקת השאלה האם בפעולת ההקלטה (ככל שהיא נעשית ללא ידיעת האחר) יש משום חריגה מכללי מסגרת. כוונתנו להוראות השיוריות של "התנהגות בלתי הולמת" "פגיעה במשמעת", או "פגיעה בסדר הטוב".

(2) ס"ח 938, עמ' 118.

(3) ראה לענין זה דברי המבוא וההסבר לחוק ע"י שר המשפטים - ה"ח 1361 עמ' 302 סעיף 3; וכן ד"כ מושב (4)4 חוברת ל"ג עמ' 3794, ד"כ מושב 3 חוברת ג' עמ' 169, ד"כ מושב 1 3 חוברת ל' עמ' 755.

מונחים אלה מעצם סבעם אינם מוגדרים בצורת רשימה סגורה ופרשנותם נתונה למערכת השיפוטית או המשמעית, עפ"י נורמות התנהגות המקובלות באותו ארגון, כאותה עת, ועפ"י כלל הנסיבות. נציין לענין זה הדברים שנאמרו ע"י ביהמ"ש העליון⁽⁴⁾ לגבי מקרה שהתייחס לעובד מדינה :

"מהי פגיעה במשמעת' אליה מתייחס סעיף 17(1)?

לא אמצה כאן חיבור כל יסודותיו וסימני האיפיון של המושג "משמעת". יספיק לצורך הנושא שבפנינו אם אומר כי המשמעת היא בעיקרה מערכת הנורמות, הנחלים והנהגים, המסדירה אופן פעולתה של מסגרת ארגונית בעלת מימד מיוחד, והקובעת סדריה ובכלל זה חובותיהם וסמכויותיהם של המשרתים בה, בזיקתם זה לזה ובזיקתם למסגרת עצמה. קיום המשמעת, ביטויה - בהתנהגות על-פי המערכת המתוארת.

המשמעת נוהגת לא רק בגופים צבאיים ומעין-צבאיים, אלא גם בגופים אחרים, בין שהוקמו על-פי החיקוק ובין שקמו מתוך התארגנות מרצון, אשר לאור יעודיהם וחובותיהם מצריכים דרך ארגון הירארכית מיוחדת של הנמפים עליהם, כולל הטלת חיובים וכלים לאכיפתם. חובת הציות היא אמנם סימן היכר מובהק של המשמעת, אולם זו האחרונה איננה מתמצית בכך; חובת הציות אינה אלא אחד מן הביטויים המוחשיים לרעיון, שהוא ממרכיבי היסוד של המשמעת, היינו, קבלת המרות; מרכיב יסודי אחר, היא החובה לנהוג בדרך מוגדרת ולפעול בצוותא חדא לשם ביצוע הלכה למעשה של יעודיה של מסגרת נתונה, עליה הוחלה המשמעת. מכאן שפגיעה במשמעת אינה לובשת דווקא לבוש של הפרזית פיו של מי שהוסמך להורות; יכול שהפגיעה תתבטא בדרך אחרת של סיכול פעולתה התקינה של המסגרת כולה ושל הכלים, החיוניים להמשך תפעולה הנאות. לשון אחרת, משמעת אינה פועלת ואינה מופעלת בחלל ריק; יש כלים לקידומה ולהגשמתה. הלכה למעשה. פגיעה בכלים אלה כגון אי-קבלת מרותם של מוסדות שכוננו לשם השלטת המשמעת ואכיפתה, יש בה מיניה וביה פגיעה במשמעת וזאת לעיתים אף בממדים חמורים יותר מאשר אי-קיום הוראתו הקונקרטיית, בנושאי העבודה הרגילים, של הממונה הישיר".

דברים דומים ברוח זו נאמרו ע"י ביהמ"ש בהקשר להתנהגותו של עורך דין שנחזו כמעשה תחבולה וניצול טעות הזולת, ובעת שקבע כי יש מקום להרשעתו בעבירה של התנהגות שאינה הולמת את כבוד המקצוע, הדגיש ביהמ"ש כי על הפרקליט להרחיק עצמו מנסיבות בהן תיראה התנהגותו כלוקה בחוסר הגינות⁽⁵⁾.

(4) מפי כב' השופט שמגר (כתארו אז) עש"מ 3/75 דבוש נ. נציבות שירות המדינה פ"ד ל(1)231, 235-236; (והשווה לענין דפוסי התנהגות המנחים בתחום המקצועי או הארגוני המיוחד לעורכי דין - על"ע 17/79 הועד המחוזי נ' פלוני, פ"ד לד(3)657.

(5) על"ע 17/79 הועד המחוזי נ. פלוני פ"ד ל(3)657.

בדיקת הנורמה במישור הצבאי

נקדים ונאמר כי לרעתנו, דברים הנאמרים בין מפקד לחייל במהלך שיחה, המתייחסים למערכת יחסי האנוש שביניהם, או הקשורים לזכויותיו או חובותיו של החייל, הם מסוג הדברים שברור לכל אחד מביילי השיחה כי האידך גיסא רשאי ואף זכאי לצטטם. השאלה העומדת על הפרק היא, כאמור, האם רשאי חייל להקליט שיחה זו ללא ידיעת מפקדו.

חוק השיפוט הצבאי/פקודות הצבא אינם מתייחסים במפורש לסוגיה זו. נמצא לכאורה שמבחינת פורמלית אין התנהגות זו מהווה עבירה על החוק.

הדגשנו לכאורה, ולא בכדי. עדיין יש לבדוק האם בהתאם לקו שאומץ ע"י הפסיקה ובהתחשב במכנה הצבא ובנורמות המאפיינות את המסגרת הצבאית, יש בהתנהגותו של המקליט ללא ידיעת האחר משום חריגה נורמטיבית מכללי המסגרת והעקרונות המאפיינים גוף צבאי.

המסגרת הצבאית, מעצם היותה גוף ארגוני יחודי קבעה כללי מסגרת המאפיינים אותה, הן באמצעות סעיפי עבירה שונים בחוק השיפוט הצבאי והן בפקודות הצבא הקובעות הוראות וכללים לגבי המשטר והמשמעת בצבא. במסגרת האחרונה נתונים גם הסעיפים הכלליים של חש"צ (129, 130, 132), מהם ניתן ללמוד כי שומה על החייל להתנהג באופן הולם, שלא יהא בו כדי לבייש את מעמדו או את מעמד הצבא, ושלא יהא בו כדי לפגוע בסדר הטוב ובמשמעת הצבאית.

לענין זה קבע ביה"ד הצבאי לערעורים ב-ע/365/81 כי תוכנה של עבירה לפי סעיף 130 לחש"צ ונורמות ההתנהגות לא נקבעו ע"י המחוקק אלא ע"י הפריקטיקה שמילאה את החוק תוכן ע"י מבחנים שונים שמצאו ביטולים בפסקי הדין השונים בבחינת "JUDGE MADE LAW" אותם הדברים אמורים ביחס לעבירות אחרות כמו עבירות התנהגות מכישה או פגיעה במשמעת לפי הסעיפים 129 ו-132 לחש"צ.

ב-ע/139/75 ציין ביה"ד "כי הפתרון להגדרה מהי התנהגות שאינה הולמת אינו טמון בפירוש המילוני של דיבור זה, שאפשר למצוא דוגמתו בחוקים המתייחסים לדרכי התנהגות במקצועות שונים למשל סעיף 61(3) לחוק לשכת עורכי הדין, תשכ"א-1961, וכך סעיף 22(א) (2) לחוק השופטים, חש"צ-ג-1953.

המכנה המשותף לכל ההוראות האלה הוא שמעשים אשר אינם מתיישבים עם דרכי ההתנהגות והאתיקה המקובלים באותו מקצוע מהווים עבירה לגבי אדם המשתיין אליו, ובענין זה אי אפשר להיתפס להגדרות קפואות. המדובר במבחנים שתוכנם עשוי להשתנות בהתאם לזמן ולנסיבות. (ראה לענין זה גם ע/365/81 ע/235/73).

ראיית הצבא כגוף ארגוני היררכי המושתת על ציוח לפקודות, המהווים יסוד מוסד לקיומו של גוף זה, מחייבת קיומם של כללי התנהגות וכללי משמעת קפדניים, המבוססים בין היתר על ערכים ועקרונות המבטאים לויאליות (ראה למשל ע/166/73) הגינות והוגנות בין החייל למפקדו ובין חיילים בינם לבין עצמם (ראה ע/307/63, ע/210/64 וכן סעיפים 62, 63, 67, 68 לחש"צ) וכן מסתמכות על ערכים של טוהר מידות (ראה ע/4/82, ע/93/82, ע/191/77, ע/58/76, ע/29/73 וכן פ.מ. 33.0112) וערכי יסוד מוסריים ואנושיים (ראה ע/2/84, ע/365/81, ע/345/81, ע/340/80 וכן פ.מ. 33.0133).

כך למשל נקבע ב-ע/4/82 לגבי קצין שהורשע בשורה של עבירות מתוכן עולה כי הוא טובב בכחש כל מי שנקלע כדרכו, ורימה את מפקדו, חבריו ליחידה, בדיווח כוזב שמסר ובשידול לדבר שקר את אחד מחייליו, כי בהתנהגות זו דרס הנאשם בגסות את ערכי היסוד המקובלים בצה"ל והחובות הבסיסיות הנדרשות ממפקד או מחייל, חובת דיווח האמת ואמירת האמת, תוך הדגשה כי צה"ל מחנך את מפקדיו וחייליו ומקנה להם ערכי יסוד אלה שהם הבסיס לחוסנו הרוחני והמוסרי (ראה בעניין זה גם ע/340/80).

ישומם של עקרונות אלו על הנסיבות שלפנינו, מוביל לדעתנו למסקנה, השוללת את התנהגותו של חייל המקליט את מפקדו שלא ביריעתו, זאת כאשר יש בה משום "גניבת דעת" וחוסר הוגנות כלפי מפקדו, ומשום שאינה עולה בקנה אחד עם אותם ערכי יסוד המרכיבים את הצבא המהווים יסוד מוסד לקיומו כגוף ארגוני יחודי הנדרש להתמודד ולהכריע לעיתים די מזומנות וכדבר שבשיגרה בנושאים הקשורים לחיי האדה, אם בזמן שלום ובמיוחד בעת מלחמה. במסגרת כזו נדרשת הקפדה רבה יותר על שמירת ערכי מוסר גבוהים בין אותם אנשים המשתייכים למסגרת ובמיוחד ערכים של הגינות והוגנות בין חייל ומפקדו, ולהיפך.

משכאנו לכלל מסקנה שהתנהגות הנדונה פסולה מבחינה נורמטיבית עלינו עוד לברר באיזו מסגרת פורמאלית ניתן להכלילתה. האם זו התנהגות בלתי הולמת, (לפי סעיף 130) התנהגות מכישה (לפי סעיף 129), או שמא יש בכך ושוים פגיעה במשמעת ובסדר הטוב של הצבא (לפי סעיף 132 לחש"צ).

לדעתנו המסקנה המתבקשת מניתוח אופיה של המערכת הצבאית ומעמדת הפסיקה הצבאית היא שהתנהגות המקליט שלא ביריעה נופלת לגדר עבירת הפגיעה במשמעת לפי סעיף 132 לחוק השיפוט הצבאי, תשט"ו-1955, ואינה נופלת לגדר סעיפים 129, 130 לחש"צ. נבאר דברינו :

א. סעיף 132 המגדיר מהי פגיעה במשמעת כולל בתוכו שני יסודות: האחד, שהמעשה פגע או עשוי היה לפגוע בסדר הטוב והמשמעת הצבאיים; והשני, שאין המעשה מהווה עבירה צבאית אחרת.

במסגרת "סעיף סל" זה ניתן למעשה לכלול באופן קטגורי כל התנהגות חריגה שאינה מגיעה לכדי עבירה צבאית אחרת, ואולם יש בה לכשעצמה לפגוע בסדר הטוב בצבא או במשמעת הצבא. הואיל וכפי שבארנו לעיל יש בהתנהגות זו משום גניבת הדעת וחוסר הוגנות כלפי האידך גיסא, היא מנוגדת לכללי היסוד כפי שפורטו ונקבעו בפסיקה לגבי עבירה זו, והיא חותרת תחת ערכי הלויאליות, ההגינות וההוגנות האמורים להיות בין מפקד לחייליו, או בין חיילים בינם לבין עצמם.

ב. סעיף 130 לחש"צ לעומת זאת, מעצם הגדרתו בחוק ובפסיקה מתקיים אך ורק לגבי מפקד בדרגת סמל ומעלה, ומידת ה"אשם" שבו במידת לפי המבחן האם ההתנהגות הולמת את דרגתו ומעמדו של אותו מפקד בצבא. יתרה מזאת, הקביעה אם התנהגות אינה הולמת לפי סעיף זה תלויה בכך שההתנהגות נגועה בדרגת פסול בולטת (ראה ע/78/50, ע/75/139). המבחנים שנקבעו בפסיקה לגבי עבירה זו כוללים בתוכם אלמנטים כמותיים ואיכותיים המצביעים על מידת הקלוון שהמעשה מביא על עושהו, על דרגת השפל מבחינה אנושית או צבאית, ומידת הכתם שהמעשה מטיל על אדם כמפקד בצה"ל או כאזרח המדינה (ראה ע/82/365) לפיכך ברור כי עפ"י מבחנים אלו דרגת הפסול הנדרשת היא חמורה וכבדה יותר מסתם חריגה נורמטיבית. מאחר שלדעתנו התנהגות של המקליט ללא ידיעה אינה נופלת לגדר התנהגות חמורה כזו, והיא אינה בעלת דרגת פסול כה בולטת, לא ניתן לומר כי יש במעשה משום עבירה לפי סעיף 130 לחש"צ.

ג. גם עבירת ההתנהגות המבישה (סעיף 129 לחש"צ) כהגדרתה בפסיקה מתייחסת למכלול אר של מעשים, אשר הסאפיין העיקרי שבהם הוא עצם ההתנהגות עצמה המבישת את המדים ואת שמו הטוב של הצבא (ראה ע/66/154, ע/75/222, ע/76/175) ולפיכך גם אינה מתאימה להגדרת התנהגותו של המקליט ללא ידיעה, שאין בה אלמנטים אלו.

ס י כ ו ם

במאמר זה התייחסנו אמנם באופן מיוחד רק לחייל המקליט את מפקדו שלא בידיעתו, אולם אין דבר זה בא לרמז כאילו דעתינו היתה שונה בהיפוכם של דברים. דהיינו, כאשר מפקד מקליט את פיקודו שלא בידיעתו. זאת מאחר שאנו סבורים כי אותם כללי התנהגות החלים על חייל מול מפקדו חלים על מפקדו של החייל כלפיו, ואולי אף ביתר שאת נוכח מעמדו המורם של המפקד לעומת פיקודו, ורמה הציפיות הגבוהה יותר הנדרשת ממנו כלפי פיקודו.

לא התייחסנו כאן למכלול הסיבות או הנסיבות, שבעטיין החייל מקליט את מפקדו או להיפך. אותם הדברים אמורים לענין דרך התגובה כלפי החייל מבחינת היקפה וסוגה, משום שאנו סבורים שנסיבות אלו או אחרות יכולות להשפיע אולי על מידת החומרה או הקולא שניתן לייחס להתנהגות, ואולם אין בהן כשלעצמן כדי לגרום להצדקת ההתנהגות מההיבט הערכי והעקרוני. הוא הדין - מאידך גיסא - לגבי שכיחות ההתנהגות הנדונה. יטען הטוען, כי אין הדבר בגדר חזון נפרץ ואף אנו נשיב לו כי בכך לא נגרע מאומה מן החסול העקרוני הנעוץ בו.

אזכורן של הרשעות קודמות בכתב האישום

סגן אילון כץ*

א. כ ל ל י

כלל מקובל בשיטת המשפטנו הוא שאין התביעה רשאית להזכיר את אופיו השלילי של הנאשם ואת עברו הפלילי עובר למתן הכרעת הדין.

כך, בע"פ 409/74 שאבי נ' מדינת ישראל, פ"ד כט (1) 587 זוכה הנאשם, בין השאר, עקב כך שכפני השופטת שישבה לדין הובאה הודאת נאשם, בה נשאל על-ידי החוקר אם יש לו עבר פלילי. תשובת הנאשם הייתה "כן", אבי היה לי עבר משטרה עד לפני 8 שנים". בזכוחו את הנאשם עמד בית המשפט העליון על "הכלל הגדול", לפיו "אם הנאשם עצמו אינו מעורר את השאלה וכל עוד אינו מעורר אותה, אין להביא לידיעת בית המשפט הדין את דינו, לא ראייה ולא טענה בדבר עברו הפלילי".

ברם, לצד הכלל האמור, נקבע בפסיקה, כי מקום בו מהווה ההרשעה הקודמת יסוד מיסודותיה של העבירה ניתן להביא לידיעת בית המשפט את עברו של הנאשם הרלבנטי לעבירה הנוכחית, המיוחסת לו. (ראה, למשל: ע"פ 315/74 שילון נ' מדינת ישראל, פ"ד לג (3) 212).

ב. ענין הלפרין

1. בקשת הנאשם

בענין זה צויינה בכתב האישום העובדה כי "לנאשם הרשעות קודמות בגין קבלת דבר בשוה... ובגין עבירת זיוף...". בהתאמה, בנוסף לסעיפים 415 ו-418 לחוק העונשין, תשל"ז - 1977 (להלן: חוק העונשין) יוחסה להלפרין גם עבירה לפי סעיף 436 לחוק העונשין, שזה לשונו:

"העובר עבירה לפי סעיפים 415, 416 או 418, למעט הרישא, לאחר שהורשע קודם לכן בעבירה לפיהם, דינו מאסר 7 שנים".

בפנייתו לבית המשפט, ביקש הנאשם, כי ימחקו אזכור עובדת הרשעותיו הקודמות, והוראת החוק - סעיף 436 לחוק העונשין. עוד ביקש הנאשם את פסילתה של השופטת, שעמדה לדון בענינו. משנודחתה בקשתו, הוגש פרעור לנשיא בית המשפט העליון.

* ממונה על התביעה בשכם

2. החלטת נשיא בית המשפט העליון

בדוחותו הערערר ציין כב' הנשיא, כי העלאת העונש המקסימלי היא "בעלת שתי חוצאות לוואי עיקריות".

האחת, "זכאי כל נאשם לכך, כי ידע אל נכון במה הוא מואשם ולמה הוא צפוי אם יורשע בדינו". האחרת, "על-פי הוראותיו של חוק בתי המשפט, תשי"ז - 1957, נקבעת סמכותו של בית המשפט לפי מהותה של העבירה אשר בה מואשם פלוני. בו בזמן שעבירה לפי סעיף 415 רישא היא למשל, בסמכותו של בית-משפט שלום, הרי עבירה לפי סעיף 415 רישא על-ידי מי שהוא בעל הרשעות קודמות היא בסמכותו של בית המשפט המחוזי".

ג. בשולי הפסק

נראה, בכל הכבוד, כי פסק דינו של כב' הנשיא, אשר פרקליט המדינה י. בלטמן אמר עליו בדף הסבר שצורף לפסה"ד (מ-23 ספט' 84), כי הינו "מסיים אחת ולתמיד את המחלוקת שהיתה קיימת בשאלה אם יש לציין בכתב האישום הרשעותיו הקודמות של הנאשם בעת האשמתו בגרימה, כזיוף ובתחבולה לאחר הרשעה קודמת" - מעורר מספר בעיות שלא נתנה עליהם הדעת.

לכאורה - סעיף 436 הינו סעיף המגדיר עבירה וכך גם עולה מפסקי-דין המצויים בענין זה (ראה למשל ער"מ 5/81 תלוי נ' עירית תל-אביב, פ"ד לו (1) 673).

המלומד ש.ז. פלר, בספרו יסודות בדיני עונשין (חלק א' עמ' 144, סעיף 219), קובע כי "בעולם המעשה ניתן לדבר על העבירה כארוע מוחשי, המחבטא בנתונים רלבנטיים להתהוות העבירה, המגלמים את מערכת היסודות ההיפוטיטיים בהם תלויה התהוות סוג העבירה הספציפית המקבילה, לפי הגדרתה הנורמטיבית. לנתונים אלה מתווספת מערכת הנתונים הנסיבתיים, שנותנים ביטוי לחומרת העבירה הקונקרטיית שנעברה. מכלול הנתונים משני הסוגים מהווה את העבירה הזאת עצמה בעולם המעשה, על כל תכנה המוחשי".

לפי האמור לעיל, לכאורה, כאשר דנים בלשון סעיף 436 לחוק העונשין, הרי שציון הרשעותיו הקודמות של הנאשם מהווה את מערכת ה"נתונים הנסיבתיים", הדרושים למתן ביטוי לחומרת העבירה הקונקרטיית שנעברה.

אם כך הוא הדבר, כיצד יש להתלחח לסעיפי חוק אחרים הקובעים החמרה בעונשו של נאשם שעבר עבירות קודמות דומות?

טול, למשל, את סעיף 39 לפקודת התעבורה (נוסח חדש), תשכ"א-1961, שזה לשונו :
"אם הורשע אדם על עבירה מן העבירות המפורטות בהוספת הראשונה או השניה שגרמה
לתאונת דרכים ובה נחבל אדם חבלה של ממש, ובשתי השנים שקדמו לאותה עבירה כבר
הורשע כאמור, דינו - בנוסף לכל עונש אחר - פסילה מלקבל או מהחזיק רשיון
נהיגה לתקופה שלא חסחה משנה אחת..."

יוצא איפוא, שעפ"י האמור לעיל, יש לראות בסעיף 39 לפקודת התעבורה כסעיף מגדיר
עבירה כאשר ההרשעה הקודמת מהווה גם כאן "ניתן נסיבות" הדרוש למתן ביטוי
לחומרת העבירה הקונקרטיה שנעברה. לפיכך, ניתן יהיה להקשות ולשאול מדוע לא
לציין את הרשעותיו הקודמות של הנאשם בכתב האישום המוגש לבית דין לתעבורה?

מובן, שאם חתקבל גישה זו, ניתן יהיה לומר כי העיקרון לפיו אין להביא לידיעת
בית המשפט את דבר הרשעותיו הקודמות של הנאשם נשחק ובתרוקן מתוכנו.

לפיכך, יש לשאול מה הייתה מגמתו של כב' הנשיא בפסק דין הלפרין. האם פסק-הדין
בא לקבוע מסמרות לענין הצגת הרשעותיו הקודמות של נאשם בעבירות מרמה בפני
ביהמ"ש או שמא תאמר, כי ענינו של פסק הדין בשאלת סמכותה של הערכאה השופטת
וחוץ כדי כך נקבע, אגב אורחא, כי ניתן לציין בגוף כתב האישום את הרשעותיו
הקודמות של הנאשם.

נראה כי פסק הדין אכן בא לתתור את בעיית הסמכות בלבד ודבר זה אף נרמז בדבריו
של כב' הנשיא באומרו: "יחכן והפתרון לבעיה שבפנינו טמון בתקונן של ההוראות
המגדירות סמכותו של בית המשפט ולא דווקא תיקונו של חוק העונשין".

רוצה לומר, אם תיפתר בעיית הסמכות של ביהמ"ש לא יהיה צורך בתיקונו של סעיף
436 לחוק העונשין. שכן מאחר והסמכות והערכאה השופטת תהיינה ברורות לא יהא
צורך להביא בגוף כתב האישום את דבר הרשעותיו הקודמות של הנאשם.

גם אם נחזור לדברים שנאמרו בתחילה בקשר להיותן של הרשעות קודמות בבחינת
"נחונים נסיבותיים" הנותנים ביטוי לחומרת העבירה הקונקרטיה, הרי נראה שהכוונה
היא לנתונים הרלבנטיים לעבירה הנוכחית, כגון: היותו של מבצע העבירה "עובד
ציבור" או מצב עובדתי אקטואלי-עכשוי.

סוף דבר, נראה כי גם סעיף 436 לחוק העונשין, אינו סעיף המגדיר עבירה אלא
סעיף עונשין, ומשכן נראה כי אין מקום לציין בגוף כתב אישום את העובדה שהנאשם
עבר עבירות קודמות דומות אלא להביא עובדה זו לאחר הכרעת דינו; ובעיית הסמכות
תפתר באופן אחר.

כך או אחרת, נראה כי אם יפים הדברים שנאמרו לעיל, לענין אופן ניסוח כתב אישום המוגש לבית משפט, הרי שלפים הם על אחת כמה וכמה כאשר דנים בהגשת כתב אישום לבית דין צבאי, שאז לא מתעוררת שאלת הסמכות; שכן אין במערכת בתי הדין הצבאיים ערכאה המקבילה לבית משפט שלום, אלא לבית משפט מחוזי, ומשכך בכל מקרה מוגשים כתבי אישום בגין עבירות מרמה לבית דין צבאי "מחוזי".

עיון ודיון

אקטיביזם שיפוטי-כבלים אריתמטיים או מדיניות שיפוטית?

מאת אל"ם עווד מודריק*

"תודתי לבעל המתמטיקה הגבוהה
שהודות למדע שלו חולך לפרקים
הקורא כסומא בארובת"
(ק.נ. פרקינסון)

התיזה, השגה וטענה

ברשימתו "מתיבות ורציונאליות בהחלטות שיפוטיות"⁽¹⁾ (להלן: "הרשימה") הציג פרופ' אוריאל פרוקצ'יה - ואף ביקש להוכיח - תיזה שעיקרה:

"בהתקיים תנאי מסויים⁽²⁾, מתיבות של בתי המשפט הינה, פשוטה כמשמעה, מחוייבת המציאות... כאשר (ה) תנאי... איננו מתקיים... בית המשפט מגיע להכרעות שאינן יכולות להחשב כ'רציונאליות'".

בהמשך מתברר כי סברת המחבר היא, שחرف תעוזתו ותכונתו של שופט פלוני זה או אחר, אין בית המשפט יכול לשמש פורץ דרך אידיאולוגי. במקרה אחד כופים אותו חלוקי הדעות שבין השופטים ל"מתיבות" ובמקרה שני הריהו נגרר ל"אירציונאליות". במרחב ברירה מצומצם זה שבין פסיקה שמרנית ומתונה לבין פסיקה אירציונאלית, נמצאת הקדמה הרעיונית מבית המשפט והלאה⁽³⁾. "כבלים" האריתמטיקה של רוב ומיעוט הם איסוא, לפי גישה זו, המחסום בפני אקטיביזם שיפוטי.

השגותי הן בנות שני פנים: (א) איכני משוכנע כי החרחיש (סצנריו) המהווה, עבור המחבר המלומד, תשתית עובדתית, לתיזה שלו - הוא אמנם שכיח ונדירותו היחסית גורעת, לדעתי, מן הנפקות של התיזה. (ב) הנני סבור כי איפיון תהליך קבלת החלטה לקראת פסק דין איננו נכון, לפחות מן ההיבט הקונסטטואלי.

* שופט של בית הדין הצבאי לערעורים.

בהכנת הדברים סייעה סגן אורית סלגניק עוזרת מקצועית לביהד"צ לערעורים.

(1) "משפט וצבא" מס' 4 עמ' 36.

(2) תנאי זה מכונה עם "חד שאיות" ומשמעותו כי לכל שופט מקרב המכהנים כמוחב מסויים מידרג העדפה שונה של האפשרויות העומדות לפניו לבחירה כפסק דין. מדרג זה מתבטא בתיאור גראפי מסויים.

(3) הערות הסיום של המאמר נחרצות פחות וניתן להכין כי אינן שוללות באורח מוחלט אפשרות שמביהמ"ש יצא, בנסיבות מסויימות, פס"ד המהווה "פריצת דרך רעיונית".

בעקבות דברים אלה אסען כי אפע"פ שנחוץ רוב שופטים חומך לשם חריצת דין שהיא פורצת דרך רעיונית - אין זה אלא תנאי טכני. עיקר הדבר הוא במדיניות שיפוטית.

הערות לתשתית העובדתית

המחבר הניח את קיומו של מותב בית משפט מסויים שבקרב שופטיו התגבש פרופיל העדפה שונה של אפשרויות נחן פסק דין. מן הסיטואציה הזו נגזרות פונקציות חשבוניות ומסקנות שונות בצידן.

האמנם זוהי סיטואציה שכיחה או, למצער, סיטואציה אופיינית לכל משפט שבו עולה על הפרק שאלה ערכית כלשהי?

מקובלנו כי השופט הוא: "פרשן נאמן לחשקות המקובלות על הציבור הנאור שכתוכו הוא יושב"⁴. ואולי אין זה הכרח כי פסקי דינו ישקפו את עמדת רוב הציבור ובלכך שתהיה להן אחיזה רוחח בציבור⁵.

מדוע, אם כן - כאשר השופט מטמש "פרשן נאמן" כזה - צריך להניח כי השקפתו תמצא נוגדת לזו של כל אחד מעמיתיו להרכב ומספר הוריאציות הרעיוניות בקרב שופטי המוחב יהיה כמספר השופטים בו? וכך גם היפוכו של דבר. כאשר השופט מבטא את השקפת יחיד או מעטים - אפילו לדידו זו השקפה "מתקדמת" - מסתמא שלא ימצא, בקרב חבריו, תומכים לעמדתו.

טול למשל, את הדוגמה בדבר "חרות העיתונות" שהמחבר מזכיר אותה. כלולות בה שלוש אפשרויות אלה:

(א) לעתונות אין כל זכות לחופש הבעת דיעה; (ב) לעתונות מסורה חרות הביטוי אך זו מוגבלת במקרים של חשש לפגיעה כבטחון המדינה או סודות החוץ שלה; (ג) חרות העתונות גוברת אף על מגבלות הבטחון הנ"ל.

4) דברי השופט לנדוי בע"א 461/62 צים נ' מזיאר, פ"ד יז 1319, 1335; והשווה דבריו בבג"צ 58/68 שליט נ' שר הפנים, פ"ד כג (2) 477, 520-521 (להלן: ענין שליט) והאסמכתאות הנזכרות שם.

5) השופט ויתקון בענין שליט; לעיל הערה 4, בעמ' 532.

אפשרויות (א) ו-(ג) הן בודאי קיצוניות. זו הראשונה בהיקפה המלא המוחלט (או אפילו קרוב לכך) אינה מתישבת עם משטר דמוקרטי⁶. אף על פי כן ניתן להבין מציאות שבה המשטר הדמוקרטי מצוי בהליך התפתחות ובכך בכך עמו מתפתח גם עקרון חופש הביטוי. במצב דברים זה אמנם נשמע קולו של בית המשפט ואין ספק כי הוא הדהד אל אוזן ציבורית כרויה⁷.

וכן הוא - אף כי על דרך ההיפוך - באפשרות השלישית. גם אפשרות זו, כמדומה לי שעל פיה היקפה האידיאלי, לא תמצא לה מהלכים ברוב המוחלט של החברות הדמוקרטיות. על כן אין סיכוי לדעת שופט יחיד "לקדם" את החברה שבמסגרתה הוא פועל אליו השקפה זו משום שהיא אינה נחשבת בעיני הציבור כמתקדמת אלא כשימוש לרעה בפריבילגיה של החופש כדי להרסו.

השופט הולמס (Holmes) אמר העם :

"כאשר אומה נתונה במלחמה, אזי מהווים הרבה דברים שמותר לומר אותם בזמן שלום מכשול למאמציה עד כדי כך שהכעתם כרכים לא' ת ס ב ל כל עוד בני אדם נלחמים ר ש ו ם ב י ת מ ש פ ט לא יראה אותם כמוגנים ע"י זכות קונסטיטוציונית כלשהי"⁸ (ההדגשה שלי - ע.מ.).

שמע מינא, שכאשר השקפה מסוימת היא בגדר "בלתי נסבלת" (על הציבור) - שום בית משפט לא יקנה לה חוקף.

ביטוי לעמדה שאני מבקש להציג נמצא בדברי הנשיא (דאז) אג'רנט :

"... באין הוראה במשפט הפוזיטיבי... יכול שלא תהיה לשופט ברירה אחרת מאשר לסמוך על מושג של צדק, הנראה בעיניו אלא שגם אז דרוש שתהיה לו התחושה כי אותו מושג הותר בתודעתם של בני הציבור הנאור... שומה על שופט, הנתון בדילמה ואטורה, לפחות להעריך בקרב לבו פנימה, כי המושג של צדק שהוא בא להמחישו, היה זוכה להסכמתם של בני הציבור שהוא אילו נדרשו להכיע דעתם עליו"⁹.

6) "הינקרון של חופש הביטוי הוא עקרון הקשור קשר אמיץ עם התהליך הדמוקרטי. במשטר אוטוקרטי נחשב המושל כאדם עליון וכמי שיודע איפוא, מה טוב ומה רע בשביל נתיניו. על כן אסור לבקר בגלוי את מעשיו המדיניים של המושל..." (בג"צ 73/53, 87/53, חברת "קול העם" נ' שר הפנים, פ"ד ז 871, 876. (להלן: ענין קול העם).

7) שם, במיוחד בע' 884-885.

8) 249, 247, 39 S. Ct. Rep. (1918) Schenck v. U.S. (המצוטט בהסכמה בענין קול העם לעיל הערה 6, בע' 880).

אמור מעתה: הסיכוי שמותב בית משפט מסויים ימצא עצמו נתון בפני מערכת אלטרנטיבות לפסק דין, שכל אחת מהן מבטא השקפה ערכית שונה וכל שופט אוחז בזו הנראית לו - מותנה בהיקף העיגון הציבורי שיש לכל השקפה כזו. ככל שהשקפה מסוימת מהלכים רחבים יותר בציבור כן גדל הסיכוי כי תמצא תמימות דעים, לפחות בקרב רוב השופטים. אין זו פורמולה מדוייקת. יתכן שהשקפה מסוימת תמצא מקובלת על כל, או רוב, שופטי הרכב מסויים גם אין היא מקובלת על רוב ב הציבור, אך יש לה אחיזה ממשית בו⁽¹⁰⁾. יתר על כן, ממידת ההגיון הוא שכאשר ענין מסויים שנוי במחלוקת החוצה את הציבור לשני מחנות שווים, פחות או יותר - מן הסתם ימצא לכך גם ביטוי ב"ספירת קולות" בקרב היושבים למשפט⁽¹¹⁾.

לפיכך הנני סבור, כי ניתן לקבוע שהתאור העובדתי אשר הציג המחבר בראשית רשימתו, איננו שכיח. הוא אופייני לעניינים השנויים במחלוקת ציבורית חריפה שבה אין המשקל הציבורי נוטה לצד כלשהו. אך בכל ענין אחר עשויה מחשבת קדמה (או ריאקציה לפי הענין) של שופט פלוני להחקבל או עלולה להיות נדחית בידי חבריו וממילא אין צורך ב"מתכונת" כפויה פרי "ויחלוקו" אריחמטי.

יטען הטוען כי לוז הדרישה לאקטיביזם שיפוטי נעוץ דווקא ביכולת לפרוץ דרך בענין השנוי במחלוקת, שאם לא כן - ובהסכמה חברתית עסקינן - הייכי דמי "פריצת דרך אידיאולוגית"? ולא היא. "פריצת דרך" יכולה להיות ואף צריכה להיות בענין שבו ישנה הסכמה חברתית או תמיכה חברתית מסוימת. חרומה בית המשפט, בנסיבות כאלה, הינה כפולה (ועל כן "פורץ דרך" יחשב) : (א) הקדמת או הארת דרכו של המחוקק (העלול להיות נתון לעכבות שונות, כגון: ניגודי אינטרסים מפלגתיים, השפעת קבוצות לחץ, שיקולים כלכליים אקטואליים וכו'). (ב) עצם גיבוש ופתוח הערך החברתי כנורמה בלשונו של פרופ' ברק:

"על כן צריכה החקיקה השיפוטית לנוע... תוך שהיא מפלסת לעצמה דרך בגבו לו ת ההסכמה הציבורית ובכך משפיעה על ההסכמה עצמה" (ההדגשות שלי - ע.מ.)⁽¹²⁾.

(9) ענין שליט, לעיל, הערה 5, בע' 600; והשווה א' ברק, "חקיקה שיפוטית" משפטים יג (תשמ"ג) 24, 64-65.

Lord Devlin, *The Judge* (Oxford, 1979) Ch.1

Cardozo, *The Nature of the Legal Process* (New Haven, 1921) 107-108.

(10) ראה השופט ויחקון בענין שליט, לעיל, הערה 4, בע' 532.

(11) למשל הסוואציה ששימשה בסיס לענין שליט, לעיל הערה 4 (ענין "מיהו יהודי"?)

(12) א' ברק, לעיל הערה 9, בע' 64.

לבסוף הערה נוספת אף שהיא משנית בחשיבותה יש לה קשר לקודמתה.

פרופ' פרוקצ'יה הראה כי המתלנות הכפויה נוצרת על דרך של חציון איברים אריתמטי היינו: שתי השקפות מכאן ושתי השקפות מכאן ובחזון ההשקפה האמצעית הגוברת על פי כללי סדר הדין. גם בהנחה שכללי סדר הדין אמנם מתילשבים עם אריתמטיקה זו⁽¹³⁾ - אין היא, בהכרח, מוליכה ל"עמק השווה" - בהיבט מהותי. לא מן הנמנע כי הפער בין הדעה האמצעית לבין אחת מאלה שמצדדיה קטן. מקרה כזה - אפע"פ שתוצאתו פסק דין "חציוני" מבחינה מספרית - מבטא, מהותית, רוב דעות⁽¹⁴⁾.

אפיון תהליך קבלת החלטה שיפוטית

בפרק שכותרתו "רציונאליזם" מצביע המחבר על תוצאה "אירציונאליזם" אליה עלול בית המשפט להגרר בעטיו של מעגל שוטה פרי חוסר יכולת להכריע בין העדפות השופטים. לפי שמעגל שוטה כזה אין מוצא עד אשר השופטים "יתעשתו וימצאו דרך ליציאה מן המיצר" - הציע המחבר דרך אחת כזו אך, למרבה הצער, זו - תוצאתה פסק דין אירציונאלי. כיצד? כאשר ננקטה שיטה של "עימות חלופות", דהיינו עימות בין השקפה אחת למשניה ולאחריו עימות בין ההשקפה שניצחה בשלב הראשון לבין השקפה נוספת תוכרז "המנצחת" בשלב השני כפסק הדין. ואולם, אילו החל התהליך בעימות בין ההשקפה הישית לשניה (או הראשונה) כי אז, יתכן כי סדר "הנצחונות" היה שונה וממילא גם התוצאה הסופית. הרי לך מצב שאין הדעת סובלתו (וטכאן אי הרציונאליזם שלו) לפיו פסק הדין תלוי ב"סדר היום".

אין לי דבר כנגד הלוגיקה הזאת אך כמדומה לי שזה הלך מחשבה אשר איננו מבטא אל נכון את תהליך קבלת החלטה שיפוטית.

למקרא הדברים עלול הקורא - שאיננו מצוי ב"מסחרי" הדיום המחקריה בלשכת השופטים - להתרשם כי תהליך זה דומה למשא ומתן בין אינטרסנטים הליך הנושלת ע"י מהלכי "שמור לי ואשמור לך" (או בלתי דיוק: "וותר לי ואוותר לך"), תכססנות וטאקטיקה שענינם הבטחת מימוש אינטרס המגולם ב"פרופיל העדפה" של השופטים הנועדים למתן פסק דין.

(13) הנחה זו מפוקפקת נוכח הוראת סעיף 80 לחוק בתי המשפט (נוסח משולב) תשמ"ד-1984 לאמור: "בית משפט הדין בשלושה או יותר ובחלקו דעות השופטים, תכריע דעת הרוב; אין רוב לדעה אחת - תכריע דעת אב ביה"ד ובקנין פלילי הדעה אשר לדעת אב ביה"ד מקילה עם הנאשם" ראה גם סעיף 392 לחוק השיפוט הצבאי תשס"ו-1955 המציג פתרון שונה.

(14) דווקא הדוגמה המקרית שהציג המחבר ממחישה זאת. העונש החציוני המתקבל בין החלופות 2,4,17,18,19 שנות מאסר הוא 17. זוהי מחצית אריתמטית על פי סמירת איברים אך לא מחצית מהותית (ראה עמ' 39).

ולא היא, האפיונים העשויים, על דרך הכללה, לתאר כהלכה את המרחש בין כתליו של מוסד אקזקוטיבי (עסקי או חברתי, ציבורי או פרטי) - אינם, מעיקרם - תואמים את טיבו וטבע פעולתו של גוף שיפוטי. בגוף מהסוג הראשון משמשת המגמה של קידום אינטרס זה או אחר, את דרך הפעולה של כל חבר בגוף מקבלי ההחלטה. לא כן - לפחות מן ההיבט המושגי הצרוף - בגוף שיפוטי שבו כל שופט בן חורין להציג את השקפתו באופיה האידיאלי מבלי צורך "לכרסם" בה אך ורק כדי לרצות חבריו¹⁵.

מקובלנו כי :

"... Logic, and history; and utility, and the accepted standards of right of conduct are the forces which singly or in combination shape the progress of law"¹⁶

כאשר מצטרפת קביעה זו :

"There must be nothing in (the law) action that savors of prejudice or favor or even arbitrary whim of fitfulness"¹⁷

מתבקשת המסקנה כי כוחם של העיקרים הראשוניים - כמרכיבי ההשפעה הבלעדיים על החליף יצירת משפט - לשמור את פסק הדין מפני היותו "מקרי" "מפלה" או מבטא דעה קדומה¹⁸. המחשבה כאילו פסק דין הוא מין שקול שבין דעות נוגדות או תוצאה מקרית של "עימות חלופות" אינה עולה בקנה אחד עם הגישה העקרונית הנ"ל.

כמובן, חיי המעטה אינם מאפשרים, לעולם, לתפישה האידיאלית להתקיים בלי התאמה מסוימת לנסיבות. כך מבהיר השופט לסקין (LASKIN) מבית המשפט העליון של קנדה :

"The fact that the Court may sit in panels of five, seven or nine, and that in the five and seven judge panels there may be different combinations of judges, dictates flexibility and informality in the procedures for arriving at a judgement and for agreeing (or disagreeing) on the reasons in support of (or against) the judgement"¹⁹

15) אין זה מקרה, לדעתי, כי המחבר מצהיר בראשית רשימתו ש"ניתוחים רחבים יותר של בעיות דומות מצויים בשפע בספרות הכלכלית" אמנם החיזה שהוא מבקש להביע מתאימה לפרובלמטיקה של תהליך קבלת החלטה בגוף כלכלי.

16) Cardozo, supra note 9, ibid.

17) ibid., עמ' 80.

"גמלויות" ו"אפורמאליות" הם חלק אינטגרלי של הדיון הפנימי שבו מבקשים השופטים לשכנע איש את דעהו לקבל את השקפתם או להגדיר את חילוקי הדעות ביניהם. בוודאי שכלולה בהם פשרה וויתור מ י ל י מ י ס גם באורח הניסוח ומערכת ההנמקה המהווים את פסק הדין, שהרי קשה לעלות על הדעת הרמוניה מושלמת במונחים "עתירי" שופטים⁽²⁰⁾. ואולם אין ספק שכאשר מתברר לשופט כי "מחיר" הסכמתו להיות שותף לפסק דין מוסכם נעוץ בחריגה מהותית מהעקרונות המקובלים עליו - אין לו אלא למשוך ידיו מן "השותפות" ולהכיע דעתו כהווייתה בפסק דין נפרד. אם לא יעשה כן יחטא לתפקידו.

אינני סבור כי מותב שופטים הנוהג כך, עלול, בהכרח, להקלע למעגל שוטה שאין ממנו מוצא בפסק דין אפקטיבי ורציונאלי. פסק הדין, לפי מהותו, הוא הכרעה בסכסוך⁽²¹⁾. גיבוש נורמה חברתית נובע ממנו רק באורח אינצידנטלי. לפיכך, חייב כל שופט, בסיוע ההליך השיפוטי, ליתן דעתו ו לה ח ל י ט כיצד יש להכריע בסכסוך הקונקרטי, החלטתו זו ובפיקוחה האפקטיבית היא העומדת למבחן מול זו של חבריו למותב, לא השקפת עולם ערכית (אשר מצאה ביטוייה בנימוקי פסק הדין) מנומחת עם ההשקפות הנוגדות אלא אקט הסיוע של תהליך פנימי שהתחולל בדעתו של השופט והוליכו בסופו של דבר להצביע בעד הרשעת נאשט או זיכוי, בעד שתן צו מוחלט או ביטולו, בעד קבלת תביעה או דחייתה.

ניתן אם כן למנות את המצדדים כנגד שוללים ואם אין הדבר כן באים כללי דיון ומצי-
עיה פתרונו. על כל פניה, אין צורך לא בטוב לה של זתרכות הדדית ולא בתכססנות
ערמומית⁽²²⁾.

18 Roscoe Pound מצלין כי הסטנדרטים הללו מבטיחים כי פסה"ד יווסד על עקרונות ולא על מקריות המוכחה ע"י קפריזות

R. Pound, An Introduction to the Philosophy of Law (1953) 65, 70

19 B. LASKIN, The Institutional Character of the Judge, 7 ISRL.R.329, 335

20 השופט פרנקפורטר (FRANKFURTER) כתב :

"When you have to have at least five people to agree on something, they can't have that comprehensive completeness of candor which is open to a single man" (Reminiscences (1960) 298).

21 א' ברק, לעיל הערה 9, בע' 25; והערה שוליים 1, שם.

22 הדברים מעט שונים כאשר עומדה על המדוכה שאלת עונש. אין מדדים מדויקים לעונש ההולם כל מקרה קונקרטי ושום שופט אינו יכול לאחוז בעונש מסויים, כבערך המבטא השקפת עולם (רק ניגודים קוטביים ממש בין השקפות שופטים על מידת העונש מבטאים כולם ערכים שונה). לפיכך, אם אין ניגודים קוטביים, תהיה הנטייה, במהלך הדיון לקראת גיבוש גזה"ד, למצוא "פשרה" בדמות עונש מוסכם.

כללו ועיקרו של דבר - מדיניות שיפוטית

חרף "שגיגות" המתמטיקה "ומעללי" חורח ההסתברות, נראה כי תהליך יצירתי שבו מתגבשות נורמות חדשות בידי שופטים, אגב פסיקתם, הוא עובדה שניתן להצביע עליה⁽²³⁾ ומבלי להתיימר להיות בורר בין מחייבי "אקטיביזם שיפוטי" לשולליו דומה כי יהיו לה גם ביטויים בעתיד⁽²⁴⁾.

בכך - ועם שהסתברתי להיות בן פלוגתה להשקפת פרופ' פרוקצ'יה - לא באתי לומר כי אין סכר בפני יכולתם של בתי המשפט "לפרוץ דרך אידיאולוגית". נהפוך הוא, מערכת המגבלות העומדת על דרכם של שופטים כופה אוחס לריסון עצמי ניכר. הדבר - הנתחם במסגרת הביטוי "מדיניות שיפוטית" - ניתן לכאור והרחבה - אלא שבכך הקדימוני גדולים⁽²⁵⁾.

- (23) מקצת "הראיות" לכך מונה א' ברק, לעיל הערה 9 :
- חופש הדיבור והעתונות - בג"צ 73/53 חברה "קול העם" נ' שר הפנים, פ"ד ז 871 ;
ד"נ 9/77 חברה החשמל נ' עתון הארץ, פ"ד לב 331, 337 ;
חופש ההפגנה - בג"צ 148/79 סער נ' שר הפנים, פ"ד לד(2) 169 ; בג"צ 292/83
נאמני הר הבית עמותה נ' מפקד משטרת מרחב ירושלים, פ"ד לח(2) 449 ;
כבוד האדם - בג"צ 355/70 קטלן נ' שרות בתי הסוהר, פ"ד לד(3) 294 ;
חופש העיסוק וההתאגדות - בג"צ 1/49 בז'רנו נ' שר המשטרה, פ"ד ב 80 ;
ע"פ 1/65 ירדור נ' ועדת הכחירות המרכזית, פ"ד יט(2) 365 ;
שוויון - בג"צ 98/69 ברגמן נ' שר האוצר, פ"ד כג(1) 693 .
- במסגרת זו יש להזכיר, למשל, את תורת "אחריות היצרן" שראשיתה בענין
; Donoghue v. Stevenson 1932 14 L.T. 281
וכן את פסק הדין של בית המשפט העליון האמריקאי בענין הפרדה גזעית ברשת
החינוך Beown v. Board of Education (1954) 347 U.S. 483 .
- ועוד במשפטנו : עקרון "הסבירות המינהלית" - למשל : בג"צ 802/79 סמרה נ'
מפקד יו"ש, פ"ד לד(4) 111, בג"צ 518/79 קוקרון נ' הועדה לפי סעיף 29 לחוק
נכסי נפקדים, פ"ד לד(2) 326 ; בג"צ 389/80 דפי זהב נ' רשות השידור, פ"ד
לה(1) 421 ועוד אחרים ; ראה גם מ' שקד, הערות על ביקורת הסבירות במשפט מינהלי
משפטים י"ב (תשמ"ב) 102 ; הרחבת עקרון תום הלב בחוזים ושכלולו - למשל :
בג"צ 59/81 שרותי החבורה ציבוריים נ"ש נ' ביה"ד הארצי לעבודה, פ"ד לה(1) 829 ;
חזקת שיתוף הנכסים בין בני זוג - למשל : ע"א 300/64 ברגר נ' מנהל מס עדכון,
פ"ד יט(2) 240 ; ע"א 135/68 בראלי נ' מנהל מס עדכון, פ"ד כג(1) 393 ; הלכת
"הסירוף הרצוני" - ע"פ 118/53 מנדלברוט נ' היועמ"ש, פ"ד 281 ; ע"פ 186/55
מיזאן נ' היועמ"ש פ"ד יא 769 .

אסתפק בציטוט קטע מדברי הסיכום של פרופ' ברק :

"החקיקה השיפוטית היא חלק ממצואות חיינו המשפטיים. השופט יוצר משפט. אין הוא רק ראי המשקף את חמונה הדין. הוא היוצר את התמונה כמו ידיו. בפרשנות מתבטאת אמונתו בביצוע יצירה אשר החווים לה נכתבו בידי המחוקק. מחוץ לפרשנות - במסגרתו של "משפט מקובל" - מתבטאת אמונתו בכתיבת החווים עצמם. ככל אלה אין לו לשופט יד חופשית לחלוטין. בפרשנותו השיפוטית הוא מוגבל בחווים הקיימים. הוא חייב לבצע יצירה קיימת. במסגרתו של "משפט מקובל" הוא מוגבל בכלים שבעזרתם ניתן לבצע את היצירה. כל אלה יוצרים מתח של לגיטימיות פורמלית. על השופט לשמור על חוקיות השפיטה. זהו חנאי הכרחי לחקיקה שיפוטית, אך אין זה חנאי מספק. החקיקה השיפוטית צריכה לפעול במתחם של לגיטימיות מהותית. קביעתו של מתחם זה קשה היא וסבוכה, שכן היא קשורה במספר ניכר של משתנים. על השופט לשמור על תכונתה של חקיקתו ולשם כך עליו להיות ער לתפקידו החקיקתי ולמהותה של חקיקתו. עליו להכיר באינצידנטליות של חקיקתו. השופט עוסק בחקיקה, אך הוא אינו המחוקק. הוא נוסע בכלי השיפוטי המיוחד בדרך החקיקתית, אך דרך זו אינה דרך המלך של הרשות המחוקקת. על כן עליו לפעול על-פי שיקולים של מדיניות שיפוטית ראויה"⁽²⁶⁾.

לכסוף, בשולי השיטין, התעוררתי לערוך טענותי כנגד החיזה שהציג פרופ' פרוקצ'יה אך אינני אומר כי עמדתי "מושלמת". לאטור, לא מן הנמנע כי תחכן סיטואציה שבעטת ישא פסה"ד אופי "מתון" - מאולץ או שיוטבע בו חותם של מקריות⁽²⁷⁾. ואולם נחלצתי לגונן על בתי המשפט שמא למקרא הרשימה ימצא מישהו להטביע במ חותם קלון מעין זה שטבע, לפי כמתילים שנה בלקסטון (Blackstone) במסגרת השפיטה העבאית הבריטית :

(המשך 23) אין זו רשימה ממצה. כמדומה, שחלילך התפתחות הקודקס הנורמטיבי של שיטתנו המשפטית נושא אופי של הצבת נדבך (חקיקה) על גב נדבך (ההלכה הפסוקה) וכך מהווה האחרון תשתית - ואם תמצי לומר גם "פורץ דרך" עבור הראשון וכן היפוכו של דבר.

(24) בלשונו של לורד אדמונד דאוויס (EUMIND DAVIES)
"Like ot or not, the fact remains that judges will continue to make Law as long as our present system of determining disputes remains" (Judicial Activism (1975) 28 Current Legal Problems, 1, 2).

(25) א' ברק, לעיל הערה 9 והמקורות הנזכרים בהערות שוליים 5, 6; ובאופן כללי יותר המקורות הנזכרים בהערות שוליים 98, 99, 100.

(26) א' ברק, לעיל הערה 9 בע' 80.

"It is built upon no settled principles, but is entirely arbitrary in its decisions (and) is... something indulged rather than allowed as Law"²⁸.

- (27) כך למשל גורלו של ערך מסויים עלול להיות מותנה בהרכב מקרי של בית המשפט (ראה למשל ע"פ 307/73 חולטן נ' מדינת ישראל, פ"ד כח(2) 794 ומנגדו ע"פ 496/73 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד כח(1) 714 בהם התבררה שאלת טיבו של "חפז" ו"אי מניעה משע". השופטים ח. כהן וי. כהן שנחלקו בהשקפתם נמצאו - כל אחד - פנים בצד הרוב ופעם בצד המיעוט. או - לענין עקרון "אחידות העונשין" והשלכתו על ענשה של קצינים בכירים או בעלי עבר צבאי מפואר השווה ע/240/85 מול ע/305/85 שבו העירו השופטים כי אילו הם ישבו לדין בענין שהתברר ב-ע/240/85 אפשר שהיו נוקטים עמדה שונה מזו שנקטו השופטים שם).
- (28) W. Blackstone, Commentaries of the Laws of ENGLAND, 413-14 (19th ed, 1787).

תיקון חש"צ בעניין "ועדת שמגר" - לידה ממושכת

סא"ל יעל קלוגמן

בעיני מי שעוקב בשנים האחרונות אחר הצעות לתיקונים בחש"צ מצטיירת "ועדת שמגר" כנושאת דגל הרפורמה בהסדרים הנוגעים למערכת השיפוט בצבא, בעיקר בענין הבטחת מעמדם ואי-תלותם של השופטים הצבאיים - המשפטאים.

מעטים יזכרו כי למעשה התמנתה הועדה מלכתחילה "כעקבות הירידה הכמותית בכוח אדם שיפוטי-מקצועי במערכת השיפוט הצבאית והעדר טועמים מתאימים למילויי התקנים" (סעיף 1 של דו"ח ועדת שמגר ממאי 1978, הדגש במקור - י.ק.).

הועדה מונתה ע"י שר הבטחון ושר המשפטים וזכריה היו כב' השופט (כתוארו אז) מאיר שמגר, כב' השופט אריה הגר, ד"י מישאל חשין, אל"מ אברהם פריש ואל"מ דליה דורנר, שני האחרונים - אז שופטי ביה"ד הצבאי לערעורים.

בדו"ח ביניים שהגישה הוועדה ביולי 1977 המליצה על הוספת ימי שמ"פ של שופטים ועל הסדרים ארגוניים מסויימים, כאמצעים לפתור את בעיות האיוש של תפקידי השופטים הצבאיים - המשפטאים. משך כעשרה חודשים לאחר מתן המלצות אלה הסתבר כי למרות קבלתן ויישומן - אינן מועילות די הצורך לפתרון הבעיה. זאת ועוד, בהמשך עבודתה - לאחר הגשת דו"ח הביניים - הציבה לעצמה ועדת שמגר מטרה עמוקה ורחבה יותר, לאמור - "לחפש דרכים כדי להבטיח זרימה שוטפת וסדירה של כוח אדם למערכת השיפוט הצבאית", על מנת לבסס אותה על "שלו קבוע ומיומן של שופטים המשלבים בקירבם נסיון וידע צבאיים ומשפטיים ומהווים חלק מהותי מן המערכת". לזעת הוועדה, רק בדרך זו ניתן יהיה לפתח את דיני הצבא "ולהבטיח גיבושם על יסוד שניים אלה: תפיסות היסוד המשפטיות של מדינת חוק דמוקרטית והכרתם של צרכי צה"ל ובעיותיו המיוחדות" (הציטוטים - מסעיף 3 של דו"ח הועדה).

בדו"ח המסכם שהגישה ועדת שמגר במאי 1978 נכללו הצעות להשגת המטרה האמורה, שיש בהן ללא ספק משום רפורמה ואף מתוכה בתפיסה של מערכת השיפוט הצבאית ומעמדה, לעומת ההסדרים הקיימים בחש"צ.

* * *

עיקרי ההצעות של ועדת שמגר, לפי סדר הופעתן בדו"ח הועדה :

1. דרך המינוי של שופטים - משפטים : הועדה הציעה שימונו עפ"י החסדר הנהוג לגבי שופטי בתי הדין לעבודה, היינו - ע"י ועדת המינויים לשופטים אזרחיים, תוך התאמת מסוימות בהרכב הועדה שיענו על הצרכים המיוחדים לגבי מינוי שופטים - משפטים.
 2. תקופת הכהונה של שופטים - משפטים : הועדה הציעה שלאחר נסיון של עד שנתיים, יהיה מינויו של השופט מינוי קבע, ללא הגבלת זמן, וכהונתו תסתיים רק בפטירתו, התפטרותו, פרישתו לקיצבה או העברתו מהכהונה עפ"י חוק (עקב הרשעה משמעתית או מסעמי בריאות, עפ"י הכללים החלים על שופטים אזרחיים). עוד מציעה הועדה כי זכויות הקיצבה של שופט - משפטי יהיו כקבוע לגבי שופטים אזרחיים.
 3. ביטול סמכות הרשות המאשרת להקל בעונש : זו אחת ההצעות המרכזיות של ועדת שמגר, ההצעה השנויה במחלוקת ביותר. ההצעה היא לבטל את סמכות הרשות המאשרת להקל בעונש שהוטל ע"י בי"ד צבאי ולהשאיר בחש"צ רק את הסמכות להמתיק עונשים שהוטלו בדין משמעתי.
- חריג לכך - ההוראה בדבר אישור גז"ד מוות, אותה הציעה הועדה להשאיר בעינה. בהנמקה להצעה זו אומרת ועדת שמגר :
- "לאור הוראות החוק הנ"ל קורה לא אחת שהתוצאות העונשיות שנקבעו בגזר-דינו של בית-דין, אחרי שמיעת ראיות ובהנמקה מלאה, נהפכות על-פיהן ללא הנמקה, זמן קצר ביותר אחרי קביעתן. אם ניתן היה עוד להבין את השיקול המונח ביסודה של מציאות משפטית זו כאשר מדובר על עבירות משמעתיות צבאיות, הרי קשה להצדיק הוראה זו כאשר מדובר על עבירות בעלות גוון פלילי מובהק. אחת מן התולדות היא שהתוצאה העונשית הסופית (לאחר האישור) לגבי מעשי שחיתות ומירמה הנידונים בבית-דין צבאי היא לעיתים קרובות מדי שונה, באופו מהותי ביותר, מזו המתקבלת במקרים דומים בערכאות האזרחיות. למותר להוסיף, כי קיומה של הסמכות לשנות גזר-דינו של בית-דין צבאי פותחת פתח למערכת לחצים פנים-צבאית, שיש בה פגם חמור מבחינת הנהגים המשפטיים התקינים.
- הפגם המתואר לעיל יש בו כמובן גם השלכה ישירה על מעמדו של בית-הדין הצבאי כי הרי מדובר, כמבואר לעיל, על החלטה מנומקת של ערכאה שיפוטית, הנהפכת על-פיה ומן הנמנע שהדבר לא ישפיע על מעמדו של השופט הדין בענין ועל מראית פני הצדק". (עמ' 10 של דו"ח הועדה).

4. ערעור לביהמ"ש העליון על פס"ד של ביה"ד הצבאי לערעורים : הועדה הציעה לשקול קביעת אפשרות ערעור לביהמ"ש העליון על פס"ד של ביה"ד הצבאי לער-עורים, עפ"י רשות מנשיא ביהמ"ש העליון, כשל חשיבותה או חידושה של ההלכה שנפסקה. לדעת הועדה "יש בהסדר כאמור כדי לתרום לאחידותה של ההלכה המשפטית ולאפשר פיקוח שיפוטי עליון על ידי הערכאה השיפוטית הגבוהה ביותר במדינה". (עמ' 10 של הדו"ח).
5. כשיא ביה"ד הצבאי לערעורים - משפטן : הועדה מציעה כי העומד בראש המערכת השיפוטית בצבא יהיה משפטן מנוסה ובעל מעמד, אך גם "בעל התמצאות והבנה בנושאי הצבא כדי שישלב בתוכו את הסמכות המשפטית עם הידע המקצועי-הצבאי" (עמ' 11 של הדו"ח). אף הצעה זו נחשבת לאחת מהעיקריות בדו"ח הועדה, וקבלתה תחייב שינוי הנוהג "המסורתי" לפיו מונה עד כה קצין צבא שאינו משפטן לעמוד בראש מערכת השיפוט הצבאית.
6. הועדה לעיון בעונש : ועדת שמגר הציעה לשנות את המבנה והסמכויות של הועדה לעיון בעונש באופן שיהיו זהות לאלה של ועדת השחרורים הפועלת לפי חוק העונשין, התשל"ז - 1977, כלומר - שהועדה לעיון בעונש לא תוכל לדון בהמתקת עונשו של אסיר, אלא לאחר שריצה לפחות שני שליש מתקופת מאסרו. בהנמקה ההצעה מציינת ועדת שמגר כי לפי הדין הקיים בחש"צ התכן, לפחות תיאורטית, המתקת עונשו של אסיר זמן קצר לאחר שפסה"ד נעשה חלוט וללא זיקה סבירה לתקופת המאסר שנפסקה בו.
- סמכות זו מרחיקת לכת ביותר, לעומת הסמכות הקיימת במערכת האזרחית. לדעת הועדה אין הצדקה לשוני מופלג זה, ויש בו לכאורה כדי לפגוע בסמכותו של ביה"ד הצבאי.
7. חלוקה למחוזות שיפוטיים : הועדה הציעה לבטל את החלוקה הקיימת למחוזות שיפוטיים ולחלק את צה"ל לשלושה מחוזות שיפוטיים בלבד, עפ"י מחכונת טריטוריאלית.
- הטעם להצעה זו הוא כי לדעת הועדה יש לעיתים קושי לאתר שופטים צבאיים - לא משפטים (קרי: "שופטי צד") המנותקים במידה מספקת מכל קשר עם הנאשם. קושי זה מחמיר במחוזות שיפוטיים קטנים וכן - כשהנאשם קצין בכיר. עוד מציינת הועדה, כי גם האוירה במחוז השיפוטי עלולה להיות בלתי משוחררת ולפגוע בהרגשת אי-התלות של שופטי-הצד.

הצעות הרפורמה המקיפות הללו הפחיעו את הפיקוד הבכיר של צה"ל ואף את הפצ"ר, אשר לא הוזמן לאמר דבריו בפני ועדת שמגר ולא ידע על הצעותיה טרם הוצא הדו"ח הסופי שלה. מטבע הדברים, עוררו אחדות מההצעות התנגדות עזה בצה"ל, ובמיוחד - ההצעה לבטל את סמכויות הרשות המאשרת וההצעה לקבוע בחוק - כחובה - שנשיא ביה"ד הצבאי לערעורים יהיה משפטן. מאידך, בקרב ציבור המשפטנים ואנשי הציבור במדינה זכו ההצעות הללו לתמיכה נרחבת.

תמיכה זו גדלה בעקבות שני מקרים בהם הקל הרמטכ"ל הקלה מופלגת בעונשיהם של אנשים שהורשעו ברצח.

אשר לנשיא ביה"ד הצבאי לערעורים, ניתן לאמר שיש תמיחה כללית בציבור - הכיזב יתכן שראש המערכת השיפוטית בצבא לא יהא משפטן.

בענין זה היתה אולי תחושה אחת בראשית ימי המדינה, אולם כיום קשה להסביר מדוע לא יהא נשיא ביה"ד הצבאי לערעורים - משפטן.

חילופי המגעים בין צה"ל לבין המערכת האזרחית, המיוצגת בענין זה בעיקר ע"י משרד המשפטים, הלכו ונתמשכו ללא תוצאות, עד אשר בפברואר 1981 מונחה ועדה פנים צבאית בראשות ראש אכ"א ובהשתתפות היועמ"ש למערכת הבטחון, נשיא ביה"ד הצבאי לערעורים והפצ"ר - לבחינה מחודשת של הנושא כולו, במגמת לאתר נקודות - הסכמה לגבי המלצות ועדת שמגר ולנסות להביא בכך את הענין אלי סיום טוב.

הועדה נקראה "ועדת נתיב", ע"ש היו"ר שלה, ראש אכ"א דאז.

בועדת נתיב הושגה הסכמה לגבי מינוי השופטים - המשפטאים ע"י ועדה מינויים מיוחדת בראשות שר הבטחון, לגבי תקופת הכהונה של שופטים - משפטאים (הגבלת אורכה והגבלת גיל השופטים), לגבי חיוב הרשות המאשרת לנמק הקלה בעונש, מבלי לפגוע בעצם סמכותה, ולגבי צמצום סמכויות הועדה לעיון בעונש. תחת ערעור לביהמ"ש העליון הציעה ועדת נתיב הליך דומה ל"דיון נוסף" בביה"ד הצבאי לערעורים, בהרכב של חמישה, ששנים מהם שופטי ביהמ"ש העליון בשמ"פ. הרמטכ"ל ושר הבטחון קיבלו את המלצות ועדת נתיב, אולם המערכת האזרחית (משרד המשפטים) לא הסתפקה בהן ודרשה מהצבא הענות נוספת להמלצות ועדת שמגר, בעיקר בענין הנשיא המשפטן וביטול, או לפחות הגבלה משמעותית, של סמכויות הרשות המאשרת.

חלפו כשנתיים נוספות, בתוכן מלחמת של"ג, ואנשי ציבור וחברי כנסת עוררו שוב ושוב את שאלת החקיקה ליישום ההמלצות של ועדת שמגר.

במגעים נוספים - שהגיעו עד דרג שרים (בטחון ומשפטים) - סוכם לבטל את סמכות הרשות המאשרת לגבי כל העבירות שאינן עבירות צבאיות מובהקות.

ועדה משותפת למשרד המשפטים ולמשרד הבטחון וצה"ל הגדירה כ"עבירות צבאיות מוב-
הקות" - עבירות הקבועות בחלק ב' של חש"צ, למעט אינוס ועבירות של ערות שקר
(סעיפים 75 ו-111 - 113).

לצורך זה אף סוכם לייצור בחש"צ עבירה חדשה - "גרימת מוות צבאית", תאומתה
הצבאית של "גרימת מוות אזרחית" (סעיף 304 לחוק העונשין), על מנת להכניס מקרי
מוות באימונים, כהעסקה מבצעית ובמלחמה אל צל קורתה של הרשות המאשרת.

להצעה זו חסרונות רבים: ההבחנה בין עבירות "צבאיות" לבין עבירות "שאינן
צבאיות" אינה מעשית, כידוע, בהקשר של חיי הצבא. ביסוס ההבחנה על המיקום המור-
מלי של העבירה - בחלק ב' של חש"צ או מחוצה לו - הוא מלאכותי ושרירותי, ותוכיח
זאת עצם הליצירה של "גרימת מוות צבאית" אך ורק לטובת הקניית סמכות לרשות
המאשרת, על מנת לקיים את הפשרה שהושגה.

האם "גניבה מחייל" איננה למעשה "גניבה", או "הוצאת רכוש מהצבא" - האם דינה
צריך להיות שונה, לענין ההקלה בעונש, מקבלת דבר במירמה מאת הצבא או מגניבה
שמעביד שבוצעה ע"י איש צבא במהלך תפקידו? ומה יהא על עבירות הסמיה, שאכסנייתן
אמנם בחוק האזרחי, אולם המדיניות כלפיהן בצבא שונה ומיוחדת לעומת הנהוג
במערך האזרחי?

יתר על כן, חלוקת סמכויות הרשות המאשרת לפי קנה מידה מלאכותי ושרירותי של
"מקום מגורי" העבירה עלולה לגרום לעיוות במערכת המשפט והחקיקה בצבא, החל
מהשלב של חקירת מצ"ח, דרך "הכוונת" כתב האישום וכלה בהרשעות ביה"ד - כאשר
בכל השלבים הללו מובא בחשבון, בין היתר, גם השיקול של: האם תהיה לעבירה "רשות
מאשרת", שהוא שיקול זר לעצם ההליך המשפטי.

הטיעונים הללו הועלו ע"י נציגי מערכת הבטחון בדיונים עם אנשי משרד המשפטים,
אולם נדחו בזמנו, ואנשי משרד המשפטים עמדו על מימוש ההסכמה בין השרים, כפי
שהושגה.

נוסחים רבים של הצעת החוק לחיקון חש"צ בענין "ועדת שמגר" עשו דרכם בין ת"א
לירושלים, והשנים נקפו מבלי שאחז מהם עבר את השלב של הצעת הזכיר והתקדם
בסולם החקיקה.

לאחרונה ארעה סוף סוף טת שנראה כפריצת דרך של הסכמה עם אנשי משרד המשפטים
ושבירת הקרח בדרך לחקיקת החוק: משרד המשפטים קיבל את עמדת צה"ל שלא לפלג את

סמכות הרשות המאשרת על בסיס עבירות "צבאיות" ו"שאינן צבאיות" והסכים להשאירה בעינה, וכנגד זאת הסכים הצבא ליישם שתיים מהחשובות שבהמלצות ועדת שמגר, לאמור: נשיא משפטן לבית הדין הצבאי לערעורים ומתן אפשרות ערעור על פס"ד של ביה"ד הצבאי לערעורים לביהמ"ש העליון, ברשות, נשאלה משפטית שיש בה חשיבות, קשיות או חידוש.

הסכמת משרד המשפטים להשאיר על כנה את סמכות ההקלה של הרשות המאשרת הושגה, לאחר שהוצגו בפני שר המשפטים והיועץ המשפטי לממשלה נתונים סטטיסטיים לפיהם בשנה האחרונה הסתכמו ההקלות בעונש ע"י הרשויות המאשרות ב-3.3% בלבד מתוך כלל פסקי הדין, ומהם - רק 1.5% שלא בהמלצת הפרקליט.

כאן המקום לאמר מקצת דברים בזכות סמכות ההקלה בעונש של הרשות המאשרת, אל מול טיעוני המתנגדים: אין ניתן להשוות באופן מלא פעולתה של מערכת השיפוט הצבאית במסגרת הצבא לפעולתה של מערכת השיפוט האזרחית בהקשר של חיים אזרחיים. מערכת השיפוט הצבאית פועלת כחלק מגוף, שיעודו הגנת המדינה, ואשר עם כל מורכבותו והגורמים הרבים המחפדים בתוכו, כחלק ממכו, אין לשכוח את יעודו הבסיסי. צבא הוא מעצם טבעו גוף הירארכי, אשר כל גורם - משנה בתוכו כפוף לגורם גבוה ממנו בסולם, ואשר על מפקדיו מוטלת אחריות כמעט מוחלטת למתרחש בתחום הנתון לפיקודם. יחד עם זאת, במדינה דמוקרטית יש שאיפה לכך שהמשטר הפנימי בתוך הצבא ישקף את ערכי ההגינות, הצדק וכבוד האדם הנהוגים בחברה דמוקרטית. ערכים אלה צריכים לבוא לכדי ביטוי ברור בהליך השיפוט הצבאי, וההסדרים בתחום זה שבחוק השיפוט הצבאי מכוונים ללא ספק להבטיח אופיו של ההליך השיפוט עצמו. ואמנם, הסדרים אלה דומים במידה רבה מאוד להסדרים ולכללים הנהוגים במערכת השיפוט האזרחית, ולמעשה אין הצעה או דרישה לשינוי עקרוני לגבי המתרחש בתוך ביה"ד הצבאי פנימה, כאשר הוא יושב בדין.

המחלוקת סביב סמכותה של הרשות המאשרת נסבה על מעמדו של פסה"ד של ביה"ד הצבאי לאחר שהלה סיים מלאכתו ועל השאלה באיזו מידה מעמד זה משפיע לרעה על עבודת ביה"ד בעת קיום המשפט. בהקשר זה בא לביטוי מעמדו של הרמטכ"ל או של ראש המחוז השיפוטי כרשות מאשרת. כמפקד עליון של הפיקוד, החיל, ולגבי הרמטכ"ל - של הצבא כולו - אחראי אותו קצין לביצוע כל המטלות שבתחום אחריותו, החל ביעדים בסיסיים של לחימה והגנה וכלה בטיפול בעניינים הנוגעים בחייל-הפרט.

סמכות ההקלה בעונש באה לתת בידי הרמטכ"ל ואלופי הפיקודים אפשרות לבטא את אופן ראייתם לגבי הענשת החייל שעבר עבירה, מזוית הראייה המיוחדת למפקד צבאי בכיר, וזאת - בנוסף ומעבר לשיקולים המיוחדים למציאות ולהווי הצבאי אשר נשקלו ע"י

ביה"ד במתן פסק דינו.

אמת, במערכת האזרחית לא קיים גֶרֶם מקביל, ואף אין לו מקום - בתפיסה של חלוקת סמכויות בסיסית בין רשויות המדינה הדמוקרטית.

אך כאן בדיוק הנקודה בה נבדל הצבא מהמערכת האזרחית: בחיים האזרחיים כל אדם אדון לעצמו ואיש בגורלו יחיה. בצבא - שאני: החייל אינו יכול לקבוע לעצמו איפה ישן, מה יאכל ומה ילבש, היכן ישרת ומה יהיו משימותיו. הצבא מכתוב לו כל זאת ושולט על כל מהלכיו בעת השירות, קטנים כגדולים, באמצעות סולם הפיקוד. מער החייל, נשפט והורשע במסגרת מערכת השיפוט הצבאית. אף למפקד העליון של המחוז השיפוטי (ולגבי ערכאת הערעור - לרמטכ"ל) מוקנית הסמכות להקל בעונש שגזר עליו ביה"ד הצבאי, אם מנקודת מבטו כמפקד המחוז השיפוטי - יש מקום לכך, במאזן השי-קולים והנסיבות הסובבים את הנאשם כחייל בצבא. טול מקרהו של מח"ט, שקשר חייו עם הצבא - שנים ארוכות של חי-שדה, ללא שעות עבודה מוגדרות, עם נטל כבד מאוד על חי המשפחה, תמורה כספית צנועה ביותר, ולא אחת סיכן את חייו.

אתרע מזלו, ובאחד התרגילים הרבים שערכה חטיבתו - נהרג חייל כתוצאה מאי הקפדה על קיום הוראות הבטיחות. די באחריות עקיפה של המח"ט - אי וידוא שקציניו מקפלים דיט בקיום ההוראות - כדי להביאו לבי"ד צבאי באשמה חמורה של גרימת מוות וכדי להעמיד בסכנה את עתידו.

מקרה אחר לדוגמה - סמל צעיר, לוחם מצטיין, שנכנס למצב של לחץ, לאחר שלא הצליח לחזור ליחידתו במועד, כשעת בוקר מוקדמת, לקראת יציאה לפעולה מבצעית, וגנב מכונית כדי להגיע ליחידה. המעשה עצמו פלילי - לכל הדעות, אך הרקע, הנסיבות וסיבו של הלחץ שמתוכו פעל החייל - מיוחדים לאותה מערכת יחידה במדינה, שחיה ופועלת ללא הפוגה, 24 שעות ביממה, כל ימות השנה, ושעל כן אין זה נכון לערוך אנלוגיה מלאה בינה לבין מערכת אזרחית כלשהיא (שתי הדוגמאות הללו הועלו ע"י ר' אכ"א הקודם, אלוף נתיב, במהלך דיון שבו השתתפו, בין השאר, שר הבטחון ושר המשפטים).

בית הדין הצבאי פועל במסגרת אותה מערכת וכחלק ממנה. שאלת האיזון בין עצמאותו של בית דין זה, כערכאה שיפטית, לבין מידת ההשפעה של סמכות הרשות המאשרת על מעמדו של פסק דינו ועל שיקולי השופטים, הן משפטיים והן שופטי צד, היושבים בדין - היא ללא ספק שאלה עדינה ומורכבת.

יחד עם זאת, לאור אופיה המיוחד של המערכת הצבאית, יש הצדקה לתת בידי מפקדיה העליונים - הרמטכ"ל וראשי המחוזות השיפוטיים - סמכות להביא לביטוי את שיקוליהם המיוחדים, כמפקדים, בהקלה בעונש שנגזר בבית דין צבאי.

אותו איזון עדין ובחץ מטיל על המפקדים הללו חובה לנהוג באיפוק מירבלי ובשי-
קול דעת מדוקדק בבואם לעשות שימוש בסמכותם. עליהם להיות מודעים היטב למשמ-
עות של הכנסת שינוי בפסק דין של ערכאה שיפוטית, שאם לא כן ימצאו כורחים את
ענף המשמעת ושלטון החוק שעליו הם עצמם יושבים. ואמנם בדרך כלל, לאורך השנים,
הקפידו מפקדי צה"ל הבכירים לעשות שימוש שקול ובדיר יחסית בסמכות ההקלה בעונש,
והמעילו עוד יותר להפעילה שלא עפ"י המלצת הפרקליט הצבאי. לא למותר לציין,
שהתפיסה הגורסת מתן סמכות הקלה, כזו של הרשות המאשרת שלנו, היא גם נחלת המשפט
הצבאי האנגלי והאמריקאי. הראשון הוא, כידוע, המודל ההיסטורי ממנו שאבו השראה
מחברי חוקת השלפוט, תש"ח וחש"צ אחריה. צא ולמד, שגם במדינות הדמוקרטיות הגדו-
לות הללו מצאו הצדקה לתת בידי מפקדי הצבא הבכירים סמכות להקל בעונש, לאחר
שבית הדין הצבאי הוציא את פסקו.

סמכות זו לא תחול רק באותם מקרים בהם הגיע התיק בדרך של ערעור לערכאת שיפוט
אזרחית גבוהה, ועתה מוצע להנהיג חלק זה של ההסדר - גם אצלנו,
בסופו של דבר, יש מקום לסמכות ההקלה בעונש של הרשות המאשרת, ואם השימוש שנעשה
בה מצומצם כראוי ושקול היטב, הרי אין הדבר צריך לפגוע בפעולתו של בית הדין
הצבאי, כערכאה שיפוטית לכל דבר.

לאחר הדברים הללו אודות סמכות הרשות המאשרת, אשר סוכם להשאירה בעינה, נפרט
את נקודות ההסכמה הנוספות שהושגו בין מערכת הבטחון לבין משרד המשפטים :
צה"ל הסכים לקבל על עצמו להעמיד נשיא - משפטן בראש המערכת השיפוטית, אם כי
סוכם שבהעדר מועמד בעל הוותק הנדרש בד"כ למינוי כשופט - משפטאי נבית"ד הצבאי
לערעורים (שבע שנים) - תוכל ועדת הבחירה להציע מינויו של קצין שהוא בעל חכמה
משפטית אך נעדר הוותק הדרוש או חלק ממנו. עוד הסכים צה"ל לאפשר ערעור לביהמ"ש
העליון, ברשות, בשאלה משפטית שיש בה חשיבות קשיות או חידוש, במקרים שיוכרעו
בערעור לביהמ"ש העליון לא יהא פסה"ד טעון אישור הרשות המאשרת.

לאחר היסטוריה מיגעת זו, לפנינו איפוא הצעת חוק השיפוט הצבאי (תיקון מס' 17),
החשמ"ד - 1985 (הצ"ח תשינ"ו - 1756, ימ' 18) בנוסח מוסכם על דעת משרד המשפטים
ומערכת הבטחון - אשר ייקרה הם :

א. נשיא בית"ד הצבאי לערעורים יהיה משפטן.

ב. שופטים צבאיים - משפטאים ימונו ע"י נשיא המדינה, עפ"י המלצתה של ועדת
בחירה מעוגנת בחש"צ, שכראשה שר הבטחון ומיוצגים בה הצבא, מערכת השיפוט
האזרחית והצבאית ולשכת עורכי הדין.

- ג. אורך תקופת הכהונה של שופט בעל מינוי של קבע, לאחר שתי שנות נסיון, יהיה לתקופות של חמש עד עשר שנים, בהתאם לתפקידו. שופט לא יועבר מכהונתו לפני תום תקופת מינויו אלא אם השתחרר מהצבא או הועבר מהכהונה עפ"י הליך הקבוע בחוק.
- (בענין הדיון המשמעתי של שופטים - משפטים בפני בית דין משמעתי מיוחד - ישאר בעינו ההסדר הקיים).
- ד. ניתן יהיה לכלול במוחב ביד"צ מחוזי שופטי - צד ממחוז שיפוטי אחר, במקרה הצורך ובהתאם לפקודות הצבא (זאת - בעקבות הכעיה שציננה ועדת שמגר בענין מחוזות שיפוטיים קטנים או שיפוט קצינים בכירים).
- ה. יהיה ערעור מביה"ד הצבאי לערעורים לביהמ"ש העליון בשאלה משפטית שלש בה חשיבות, קשיות או חידוש, במקרים אלה לא יהא פסה"ד טעון אישור, אולם פרט להם - תשאר בעינה סמכות הרשות המאשרת.
- ו. סמכויות הועדה לעיון בעונש יוגבלו להמחקה מחצית העונש שהוטל על חייל (פרט לעיתוח חרום), אף הרכב הועדה ישונה - בראשה יעמוד שופט צבאי - משפטי, ישנ בה אדם בעל נסיון בתחום הטיפול באסיר, שימנה שר הבטחון, ונציג הרמטכ"ל בזרגת סא"ל לפחות, שהוא חבר בוועדה מימים ימימה. (הרכב הועדה לפי החוק הקיים - פצ"ר או נציגו בדרגת סא"ל ומעלה ושני נציגים של הרמטכ"ל).
- הנה כי כן, מתוך הצעות הרפורמה המקיפות של ועדת שמגר הגיעו עתה אל סף חקיקה: שלנוי שיטת המינוי של השופטים-המשפטים, נשיא-משפטן בראש מערכת השיפוט הצבאית ואפשרות - ערעור לביהמ"ש העליון על פס"ד של ביה"ד הצבאי לערעורים. אין ספק שיש כאן פריצת דרך להתקרבות בין מערכת השיפוט הצבאית למערכת האזרחית, בד בבד עם שמירת ייחודה של המערכת הצבאית ועם מתן ביטוי לצרכיה המיוחדים.
- הצעת החוק עברה קריאה ראשונה, והיא מיוחלת עתה כועדיו החוי והבטחון של הכנסת.

ריתוק ללא משפט - היבט "היסטורי" מן השרה

מאח אל"מ (מיל'1) יורם פריד*

הנבי סומך ידי על חיבורה של סג"מ מיכל הורוביץ (סלומי) "ריתוק ללא משפט - המותר והאסור"¹ - אין לי הערות לניתוח המשפטי שערכה המחברת המלומדת. ברם לכטיה נראים לי זרים ומוזרים כמפקד הדיוט ובמי שהיה שותף לעיצוב אמות היסוד של משטר ומשמעת בצה"ל.

כאיש מילואים מזה שנים הרבה, אינני בטוח כי המונח "ריתוק ללא משפט" אמנם שגור בפי חיילי צה"ל לענין הוראת מפקד האוסרת על חייל פלוני לצאת אח היחידה, לאחר שעות הפעילות, גם כשאיננו תורן, זאת בניגוד לחיילים אחרים הרשאים לצאת.

אם אמנם ביטוי זה שגור, אין הוא רק בגדר ב ל ב ו ל (כלשון המחברת בחיבורה) אלא ערוב מין בשאינו מינו - ולא רק מבחינה סימנטית.

הביטוי "ריתוק למחנה" (או לאוניה) נשאל בעת עריכת חוקת השיפוט תש"ח מ"חוק הצבאי" (Army Act) הבריטי שם הוא קרוי "Confined To Barracks" [או בקיצור : C.B.] ונכלל בין העונשים המשמעתיים.

אכן בצבא ההוא היה זה עונש חמור למדי: החייל שריתק למחנה היה חייב להתייצב מדי שעה - החל מן השעה 1800 ועד לכיבוי האורות - בפני מש"ק תורן, לכל התייצבות חוטל עליו להופיע בלבוש וחגור שונה (ממדי א' ועד לחגור קרב מלא) וככל התייצבות תורגל בתרגילי סדר מזורז. בין התייצבות להתייצבות היה עליו לבצע עבודות שונות ואע"פ שלא נותר לו זמן פנוי ל"בידור" נאסר עליו כמפורש לבקר בקנטינה או במועדון היחידה וכך נמנעה ממנו לגימת בירה. אצלם "עונש" חמור כשלעצמו...

לפני כעשרים שנה, ביקרתי במשרד המלחמה הבריטי ונפגשתי עם קצינים עמיתים, הסתבר - למרבה ההפתעה - כי הבריטים - חרף שמרנותם הידועה - התאימו - לאחר מלחמת העולם השניה, את סדרי המשטר בצבאם למבנהו החדש - כצבא קבע ובמסגרת זו ביטלו את ה-C.B. וחלליפוהו במונח "RESTRICTION OF PRIVILEGES" (צמצום זכויות יתר). כך נעלמו ה"טרטורים" שאפיינו את ה-C.B. ונאסרה רק היציאה מן המחנה והכניסה אל הקנטינה ומועדוני הבידור היחידתיים. חייל שנענש בעונש זה, חוייב להתייצב רק פעמיים לפני המש"ק התורן (בשעה 1800 ולעת מסדר כיבוי אורות).

* הכותב שירת כעבר בתפקידי פיקוד והדריכה והיה ראש ענף משטר ומשמעת. כיום משרת במילואים כשופט צבאי.

[1] משפט וצבא מס' 4, עמ' 53

כצה"ל אמנם הוגדר "ריחוק למחנה" מחילה באופן דומה מאוד למקביל הבריטי אך תוכנו החמור, יחסית, לא הופעל במשך השנים חרף הוראת פיקוד עליון 5.0213. הלכה למעשה, הוא הצטמצם רק למניעת יציאה מן המחנה לפרק זמן מסויים ולעיתים נדרש תחיל בנוסף לכך להתייצב מדי עת במני המש"ק החורן כדי לורדא שלא "התפרר".

לפיכך עונש זה היה לאפקטיבי - במידה מסוימת ביחידות עורפיות שבהן החיילים נהנים מחופשות רבות לאחר חפיד, אך יעילותו מפוקפקת מאוד דווקא ביחס ליחידות שדה או יחידות מרוחקות שבהן, בלאו הכי, ממעטים להעניק חופשות "לאחר חפיד". לפיכך - בהעדר משמעות לעונש הנזכר, גם אם ננקטו כל הצעדים הנהליים הדרושים - נאלצו המפקדים הזוטרים לפתח מיני "עונשים משמתיים" אחרים פרי המצאתם ועל פי מיטב דמיונם, כדי לאפשר תגובה יעילה על אחר כלפי חייל בלתי ממושמע. כך התגבשו ה"טרטורים" הידועים שכל הנסיונות לבלום אותם באמצעות פקודות והוראות פיקוד עליון - ספק מוגדרות כראוי - לא צלחו, בבחינת גזירה שאין הציבור (של המפקדים הזוטרים) יכול לעמוד בה.

גם האיסור לצאת לחופשה לאחר חפיד הוא ביטוי לאמצעי משמתי שננקט במסגרת שמירת השליטה של המפקד הזוטרי ביחידתו (המחברת המלומדת כינתה זאת "הגישה התיקודית") ואמנם ענין זה צריך להישמר בידי שכן בלעדי - כמו גם בלעדי הוראות "עונשיות" אחרות, יהא שמן אשר יהיה ("תרגול נוסף", "טרטור" או אחר) - אין הוא יכול לתפקד כהלכה.

כמובן, יש להקפיד על מינון סביר ועל אמות מידה ראויות. מדובר במפקדים צעירים מאוד שנסיון החיים הדל שמאחוריהם עלול לגרום אותם לשימוש מוטעה בסמכות. (כך עלולים לשמש בידם שיקולים של קנאה וצרות עין, נקמנות, העדפת מין וכיו"ב²).

כללו של דבר - אשר נראה למחברת סבוך וקשה ומחייב ניתוח ושקילת "כעד" ו"נגד" במאזני המשפטן - נראה לי חלק אינטגרלי של חיי השיגרה של יחידה ובלבד שהמוטו של ס ב ל ו ת עומד מאחוריהם. אין פסול בביטול פריבילגיה ע"י מפקד כל עוד הדבר ננקט בדרך סבירה שאיננה מתעללת בחייל פלוני אינה משפילה אותו ואינה מפלה אותו מיתר חבריו.

לענין זה חשוב ביותר פיקוח צמוד וראוי של מפקד בכיר ומנוסה.

(2) אמנם בענין יחס אל חיילות הוקמה בזמנו ועדה בראשות האלוף משה צרוק ז"ל אשר גיבשה את "קודכס" הזכויות והחובות של חיילת וממילא את מערכת היחסים בינה לבין מפקדיה.

אינני סבור כי הדבר נוגד את פ"מ 33.0301 העוסקת במסארייה שונה לחלוטין, שהרי לא על התלונה בלבד מתקיימת שיגרת מחנה ואוי לו למפקד העושה עצמו סמוך אל דפדפת התלונה ורואה בה סמוכה עיקרית למנהיגותו.

הריני מציע - אף לכם המשתטנים - ולהדיוטות לא כל שכן, למחוק את הכיטוי "ריתוק ללא משפט" מהעגה הלשונית שלכם.

חידושי חקיקה

חוק יסודות התקציב התשמ"ה - 1985

אחריות משמעותית להפרות תקציב

חוק יסודות התקציב התשמ"ה-1985 חולל מספר חידושים מפליגים בתחום הפיקוח על תקציבים כאשר אחד החידושים העיקריים הינו, כידוע, הטלת אחריות אישית על מנכ"ל, חשב, גזבר, מנהל חשבונות או פקיד של משרד ממשלתי וגופים מחוקצבים לעבירות שונות על התקציב. בכך הפכו חריגות מתקציב לעבירה משמעותית.

חוק זה חל על חיילים אם כי ספק רב קיים בשאלת מידת התאמתו למציאות המיוחדת של מערכת תקציבית צבאית.

כך או כך וכל עוד לא יתוקן החוק, ויוחאם למערך הצבאי, מחייב הוא את צה"ל ועל גורמי הצבא להערך לקראתו.

החוק קובע כי עובד מדינה (ולרבות חייל) שעשה ביוזעין אחת מאלה אשם בעבירת משמעת : -

- א. לא קיים הוראה מהוראות החוק או התקנות או הוראות מינהל לפיו.
- ב. התחייב למטרה פלונית בעצמו או יחד עם אחר מעבר לסכום שבו מותר להתחייב לאותה מטרה על פי חוק התקציב השנתי.
- ג. קיבל לעבודה עובדים למטרה פלונית מעבר למספר המטרות הקבוע לאותה מטרה כשיא כוח אדם בחוק התקציב השנתי.
- ד. שילם כספיהם למטרה פלונית שלגביה נקבע בחוק התקציב השנתי סכום הוצאה מותנית בהכנסה אשר היא אחת מאלה : -
 - (1) מעבר לסכום החקבול שנתקבל למעשה באותה שנה לאותה מטרה.
 - (2) מעבר לסכום ההוצאה המותנית בהכנסה שנקבע כאמור אף אם התקבול למעשה עלה על אותו הסכום אלא אם כן הסכום הוגבל על פי סעיף 11(א)(ד) לחוק וכמידה שהוגבל.
- ה. חתם או התימר לייצג את המדינה או התחייב בשמה לגבי עסקה שמובר בה בסעיפים 4 או 5 לחוק נכסי המדינה התשי"א-1951 ללא הרשאה לפי סעיף 10 לאותו חוק או שלא בהתאם להרשאה.
- ו. עובד מדינה שנתן הוראה לכצע פעולה כאמור או אישר עשיית פעולה כאמור אשם בעבירה משמעת. בנוסף קובע החוק כי אם נעברה עבירת משמעת כאמור לעיל, אשם בה גם כל מי שבשעת ביצוע העבירה היה מנהל כללי, חשב, גזבר, מנהל

חשבונות או פקיד של המשרד או של יחידת הסמך או של הגוף המתקצב האחראי
לאותו תחום, אם לא הוכיח אחת מאלה : -

- (1) העבירה נעברה שלא בידיעתו.
- (2) הוא נקט אמצעים סבירים להכטחה מניעת העבירה.

הבעיה המרכזית המתעוררת נוכח חולתו של החוק על חייליה בצה"ל ענינה העמדתם של
החיילים לדין משמעתי מחוץ למסגרת הצבאית. מהוראות החוק שפורטו לעיל, ובהעדר
הוראה אחרת, עולה כי חיילים יועמדו לדין בפני ביה"ד המשמעתי של עובדי המדינה
לענינו תקציב.

נמצא איפוא כי לראשונה נוצר מצב שבו לא תהא אפשרות להעמיד לדין במסגרת הצבא
חייל שעשה מעשה תוך כדי שירותו הצבאי ובקשר עם השירות, ולכך משמעות עקרונית
מרחיקת לכת.

זאת ועוד: מערכת השיפוט, החקירה וההעמדה לדין בביה"ד המשמעתי האמור מסורה כולה
בידי אנשים שהם מחוץ למערכת הצבאית ואין להם כל קשר אליה. אף מנגנון הענישה
בביה"ד שונה מזה המקובל כרגיל לגבי חיילים ואין בו סמכות הקלה בעונש של הרשות
המאשרת כבמערכת הצבאית.

הנה כי כן, ההסדר שנקבע בחוק יסודות התקציב מהווה תקדים שלילי היוצר פירצה
במערכת השיפוט של חיילים בצבא. לכך מתווספת העובדה כי במקרה זה מועמד החייל
לדין לא בפני בית משפט אזרחי חיצוני אלא בפני טריבונל של עובדי המדינה שהוא בית
דין בעל סממנים ויחוד משלו שאינם תואמים את המערכת הצבאית. עובדה זו רק עושה את
ההסדר שנקבע בחוק קשה יותר מבחינתם של החיילים.

מכיון שכך ומאחר ועמדת צה"ל הינה כי חשוב לשמור על העקרון שחיילים נותנים את
הדין על עבירות שעברו תוך כדי ועקב תפקידם הצבאי במסגרת הצבא, הצענו לפעול באחת
משתי הדרכים להלן - ליזום תיקון החוק או לפנות לשר המדפטים בבקשה שיחקיק תקנות
לענין זה.

כך או כך, כל עוד לא יושמו בפועל הצעותינו, יעמדו החיילים לדין בשל חריגות תקציב
בפני ביה"ד למשמעת של עובדי המדינה.

ראוי להבהיר כי האחרייות המשמעית להפרת תקציב אינה נגזרת בהכרח מתוך קביעת
"בעלות" רעיונית של תקציב כלשהו (ואין לשאול - "למי שייך תקציב זה או אחר")
אלא מהפרה תקציבית בנוגע אליו והכל כפי שפורט בחוק בדבר מהות ההפרות וכלליהן
השונים.

הוראה חשובה נוספת הקיימת בחוק יסודות התקציב והנוגעת לכל אחד מאיתנו הינה זו הקבועה בסעיף 20 לחוק.

סעיף זה קובע כי בתקציב הבטחון יהיה תחום פעולה שיקרא "ימי מילואים" ובו יקבע מספר ימי המילואים הממוכננים לאותה שנה כספיים. את עלה בשנה כספיים פלונית מספר ימי המילואים למעשה על מספר הימים שנקבע בתקציב הבטחון ישלם אוצר המדינה למוסד לביטוח לאומי, מכספי תקציב הבטחון עבור התגמולים ששילם המוסד בעד ימי המילואים העודפים. אם לעומת זאת פחת בשנה הכספיים מספר ימי המילואים בפועל ממספר הימים שיקבע בתקציב, יוגדל תקציב הבטחון בסכום שנחסך וזה ישולם ע"י הביטוח הלאומי. מכאן כי מעבר לאחריות המשטעית שיש לכל חיל בנוגע לתקציב הבטחון, בידו אף לחסוך בכספי התקציב ולמנוע בזבוז.

(ענף ייעוץ וחקיקה)

הצעה לחוק ראיות חדש-צעדים ראשונים

לאחרונה הפיץ משרד המשפטים טיוטת תזכיר לחוק ראיות חדש, המיועד להחליף את פקודת הראיות המנדטורית. ההצעה מבוססת על הצעתו של פרופ' זדין (הפרקליט לד, 137) ועל המלצותיו של השופט לבדוי, הנשיא לשעבר של ביהמ"ש העליון, שבחן את ההצעה האמורה. ההצעה כוללת מספר שינויים מהותיים מן הדין הקיים, ובהם נעסוק כאן.

עדות שמיעה

כידוע, עדות בעל פה או ראיה ככתב על אמרה שניתנה מחוץ לכתלי בית המשפט במגמה להוכיח את אמיתות הדברים שכאמרה, אינה קבילה, זאת עדות שמיעה ומשפטנו נוהג על פי הכלל הפוסל עדות שמיעה. הטעמים העיקריים לכלל זה טמונים בכך שככל שהעדות רחוקה מהתרשמותו הבלתי אמצעית של הגורם המקורי אשר קלט בחושיו את הארוע שעליו מעידים, כך גדלה הסכנה של שיבוש התיאור של האירוע, אם בזדון ואם בטעות. בנוסף לכך אין אפשרות להשתמש במכשיר היעיל של חקירת שתי וערב לקביעת אמיתות הראיה בנושא של ראיה מפי השמיעה. שכן במקרה זה לא ניתן לנהל חקירה על עצם האירוע אלא ניתן רק להבהיר את הנסיבות שבהן שמע העד את הדברים ואם אכן אלה הדברים שנמסרו. עם זאת, מכירה שיטתנו במספר חריגים לכלל הפוסל עדות שמיעה, שהעיקריים שבהם הם: הודאת נאשם ובעל דין, אמרה של קרבן למעשה עבירה, אמרות של נפטרים בנסיבות שונות, אמרות המהוות חלק מהאירוע.

לדעת מנסחי ההצעה, ריבוי החריגים שנקבעו לכלל וחומרתו, אשר לעיתים מונעת מבית המשפט קבלת ראיה מיוגה מהימנה העשויה לתרום לבירור האמת, ביחוד כאשר לא ניתן להשיג ראיה יותר ישירה מצבועים על כך שהנושא טעון הרהור נוסף והסדר מפורש בחוק. על כן הוצע כי עדות שמיעה מ"כלי ראשון" על אמרה שניתנה מחוץ לבית המשפט תהא קבילה אם נותן האמרה הוא עד במשפט או אם אי אפשר להביאו, בדרך סבירה כעד בבית המשפט. אולם במקרה אחרון זה, עדות השמיעה לא תהא קבילה אם אי הופעתו של נותן האמרה נובעת מהפעלת אמצעים פסולים בידי הצד המבקש להביא את העדות.

לעומת זאת, עדות שמיעה על אמרה שניתנה מחוץ לכתלי בית המשפט או על תכנו של מסמך והעדות אינה מכלי ראשון, תהא קבילה לפי ההצעה, אם העדות נראית מהימנה מתוכה, אי אפשר - באופן סביר - להביא עדות יותר ישירה על תוכנה והצדק דורש את קבלתה כראיה. לענין משקלה של ראיה מפי השמיעה, מוצע כי בית המשפט לא יפסוק על סמך ראיה כזו, אלא אם יש בחומר הראיות דבר לחיזוקה.

ההוראות הללו יחולו הן כהליך אזרחי והן כהליך פלילי.

ח ס י ו ן

מספר שינויים מוצעים בנושא חסיון. מוצע כי הכלל, הקובע כי קרובי משפחה של הנאשם אינם כשרים להעיד נגדו (סעיפים 3, 4 לפקודת הראיות) יוחלף לחסיון. קרובי המשפחה של הנאשם יזכו, לפי ההצעה, לחסיון ולא יחוייבו למסור ראייה נגד הנאשם. בכך יתבטל האיסור להעיד אותה אנשים האחד לחובת משנהו, ותותר הבאה ראייה רלבנטית אם קרוב המשפחה אינו רואה עצמו מנוע מלמסור את עדותו. מאידך, הפיכת הכלל למתן חסיון לקרוב משפחה מבטיחה את קיום העקרונות שבגללם נפסל בזמנו מתן עדות של אדם לחובת קרובו במשפט פלילי.

עוד נכלל בהצעה חסיון חדש, בכל הנוגע לצנעת האישות, והוא בא למנוע חשיפה שאין בה הכרח ולחרום לייעול הדיונים בבית המשפט. סעיף 48 להצעה קובע: "אדם אינו חייב למסור ראייה על דבר ש"בינו לבינה" והוא מצנעת האישות, זולת אם מצא בית המשפט כי הצורך לגלות את הראייה לשם עשיית צדק עדיף מן העניין שלא לגלוחה". סעיף זה לא יחול במשפט שבו השניים.

הוראות נוספות

בהצעה נכללות הוראות נוספות המוסיפות על הדין הקיים ומגבשות כחוק החרות הלכות פסוקות, בין השאר בעניינים הבאים: קבילותה של הודיית נאשם; הגשת תצהירים לביהמ"ש כחליף לעדות; הגשת מסמכים; קבילותן של ראיות שהוגשו ללא התנגדות; כירור עובדות ע"י ביהמ"ש מחוץ לכתלי ביהמ"ש, ועוד.

ההצעה הוצגה לעיון הציבור והתקיים בה דיון פומבי באוניברסיטה העברית בירושלים. ההערות והביקורת שנשמעו באותו דיון ישמשו וודאי בסיס לניסוחם המחודש של חלק מסעיפי ההצעה.

(ענף יעוץ וחקיקה)

תזכיר חוק השיפוט הצבאי (תיקונים שונים) התשמ"ה - 1985

לאחרונה גובשה ההצעה לתזכיר הנ"ל.

תזכיר זה הינו בנוסף לטיוטת חוק השיפוט הצבאי (תיקון בענין המוסדות המשפטיים), התשמ"ה - 1985 (ועדת שמגר), ולמה שמכונה "התיקון הגדול", הכולל התאמת סדרי הדין לחסד"פ, תיקונים בדרכי ענישה, בעבירות צבאיות שונות, דין משמעתי ובהליכים לפני משפט.

התיקון שלפנינו כולל איפוא נושאים נוספים אשר מבקשים לתקן בחוק השיפוט הצבאי תש"ו - 1955 (להלן: החוק), ונפרט כאן את העיקריים שבהם.

- לפי סעיפים 32(ג) ו-157(ו) לחוק, אין בית דין צבאי או קצין שיפוט רשאים להטיל עונש על תנאי בשל העבירה הנוספת שנעברה במסגרת התנאי. לעומת זה התוראת המקבילה בחוק העונשין משל"ז - 1977 בסעיף 54 מאפשרת לבית המשפט להטיל בשל העבירה הנוספת עונש שחלקו על תנאי. מוצע, איפוא, להעניק סמכות זו גם לבית הדין הצבאי ולקצין השיפוט.

- בסעיף 77 לחוק, אשר ענינו הוצאת רכוש צבאי מרשות הצבא, מצויות כיום ארבע עבירות שונות אשר מאובחנות אחת מרעותה על פי ערך הרכוש שהוצא, ועל יסוד המבחן אם הנאשם היה "מופקד" על שמירתו של הרכוש, ולכל אחת מן העבירות קבוע עונש שונה.

קיים קושי להוכיח את יסוד ה"מופקדות", בשל הרכיבים המגוונים המופיעים עת בפקודות הצבא בכל הקשור לדרך קבלתו, ולאחריות על רכוש צבאי.

מוצע איפוא, להשמיט את יסוד ה"מופקדות" מן העבירות כלפי רכוש צבאי, המפורטות בסעיפים 77 עד 80 לחוק, ומענה יהיו יסודות העבירה מושגתים על ערך הרכוש וטיבו. דבר זה יביא לאיחוד ולצמצום מספר העבירות כלפי רכוש צבאי, ומשמטת סבירה יותר ברמת הענישה הקבועה לצד כל עבירה.

- בהקשר לעבירות אלה, "הסכום הקובע" בסעיף 77(ב) לחוק הינו "חמשת אלפים שקלים או סכום גבוה יותר שיקבע שר הבטחון בתקנות באישור ועדת החוץ והבטחון של הכנסת".

ערך זה נהווה מבחן לבחירת עריאת השיפוט ולאפיון ולתיאור חומרת העבירה. לנוכח השחיקה בערך הכסף, והעלות הגבוהה של הציוד הצבאי, מוצע לאמץ מבחן חדש, אשר מתעדכן מעת לעת, ואשר יהא מכוסס על שני שיעורים של שכר יסוד חודשי של טוראי בשירות חובה.

מוצע כזו הוראות החוק המסדירות בדיקה על ידי יוצר כודק יותאמו להם-
דרים הנהוגים בחקירת המשטרה. היות ההוראות שבסעיף 261(ב) סיפא
ובסעיף 264 לחוק מאפשרות לנאשט, בכל שלב של הבדיקה, לקבל מידע מלא
על העדויות שנגבו בגדו ולחקור עדים אלה חקירה נגדית.

להוראות אלה אין אח ודוגמה בדיון האזרחי, וכתוצאה מכך... "הליך
הבדיקה שהוא ביסודו בעל אופי אינקוויזיטורי נוסף לו סממן של הליך
אדברסרי, אבל סממן זה אין בו כדי לשנות את העובדה, שבעיקרו של דבר

הבדיקה דומה לחקירה שנערכה על ידי המשטרה כעבירות שנוגות בפני
כתי משפט רגילים" (דברי השופט י. כהן בד"נ 13/75).

בשנים האחרונות ארעו מספר מקרים בהם בדיקות שנערכו על ידי מצ"ח
הופרעו ועוכבו במידה ניכרת עקב "סקטיקה" של החשוד שעמד על מימוש
זכותו כלשונוה שוב ושוב וגרם לחללות רבות ולסיבוכים במהלך החקירה.

עוד כולל המזכיר הצעות לתיקונים לענין המוסמכים לחנום על תעודות
צבאיות, חיוב בחוספת פיגור על קנסות או פיצויים אשר לא שולמו
במועד ותיקונים סכניים רבים של אזכורי חקיקה.

ענף ייעוץ וחקיקה

צו על תנאי

תפיסת רכוש של ארגון מחבלים כלכנון - מפעל הפלסטיק

(בג"ץ 574/82 אל נאור נ' שר הבטחון - טרם פורסם)

מ ב א

כזכור המדובר בעתירתו של אזרח לכנוני שהוגשה לפני כ-3 שנים כנגד תפיסת מפעל פלסטיק שלטענתו היה שייך לו בנעמה שליד דמור בחודש יולי 1982. תכולת המפעל הועברה ארצה.

ביום 10 באוגוסט 85 ניתן פסה"ד בהרכב 5 שופטי ביהמ"ש העליון מפי הנשיא מאיר שמגר. המדינה זכתה בתיק ונקבע שהתפיסת המפעל היתה כדין.

המדובר בפסה"ד עקרוני ביחס למעמדה של ישראל כלכנון ובייחוד לכללים באשר לתפיסת רכוש ארבוני המחבלים, נושא אשר נדון לראשונה ואשר אין ביחס אליו כללים מוגדרים במשפט הבינלאומי.

ה ע ו ב ד ו ת

ביהמ"ש העליון קיבל לחלוטין את גירסת המדינה, ודחה את הגירסה העובדתית של העותרים.

מערכת העובדות אותה קבע ביהמ"ש הינה כדלקמן :

- א. "צאמד" התאגיד שממנו התימר העותר לרכוש את המפעל הינו הזרוע הכלכלית של אש"ף.
 - ב. העותר החל את המו"מ לרכישת המפעל מצאמד רק לאחר תחילת מבצע שלי"ג, ולא לפניו כטענתו.
 - ג. ביום בו התימרה לעבור הבעלות במפעל מצאמד לעותר כבר חלש צה"ל על המפעל שנחשד על ידו כמפעל שבשליטת אש"ף.
- לפיכך, השאלה המשפטית אותה שואל ביהמ"ש היא האם רשאי היה צה"ל לתפוס רכוש של אש"ף כלכנון. אם התשובה על כך חיובית יפסיד העותר בעתיחתו שכן בהאריך שבו

התיימר לרכוש את המפינל מצאמד כבר היה המפעל כבעלות כדין של צה"ל. אם התשובה על כך שלילית ותפיסת המפעל ע"י צה"ל לא היתה כדין, כי אז העברת הבעלות מצאמד לעותר תופסה.

נסקור בתמצית את הנקודות המשפטיות שכפסק הדין.

מעמדה של ישראל בלבנון

הנשיא שמגר חוזר על הלכת בג"ץ 102/82 לאה צמל נ' שר הבטחון (פר"י ל"ז (3) 363) לפיו מעמדו של שטח לבנון שנתפס ע"י צה"ל בעת מבצע של"ג הוא של שטח הנתון בתפיסה לוחמתית, ולפיכך חלות עליו הוראות המשפט הבינלאומי החלות על שטחים מוחזקים.

הנשיא שמגר חוזר על הלכת לאה צמל לפיה המבחן לקביעתו של שטח כשטח מוחזק הינו מבחן עובדתי בן שני תנאים: ראשית, הממשלה החוקית בשטח הפכה בשל הפעולה הצבאית לבלתי מסוגלת לקיים פומבית את סמכותה בחור השטח הנכבש ע"י הצבא האחר.

שנית, הכוח הצבאי מסוגל לחלא מקומו של הממשל החוקי על ידי הפעלת סמכויותיו וכוחותיו. הנשיא שמגר מוסיף ואומר ששני תנאים אלה נחקימו בלבנון כך ששטח לבנון נהפך לשטח שבתפיסה לוחמתית של צה"ל.

כן קובע הנשיא שמגר כי בזמניות של השהייה בשטח או בכוונה לקיים אך שליטה צבאית ארעית אין כדי לגרוע מקיום התנאים העובדתיים מהם נגזרת תחולתם של דיני המלחמה החלים על שטח מוחזק (תפיסה לוחמתית).

לדעתו של הנשיא שמגר אין בעובדה שמבצע של"ג לא נוהל כנגד מדינת לבנון כדי לגרוע ממעמדו של השטח כאמור. כמו כן לדעתו של הנשיא שמגר אף אם לא שרר מצב מלחמה בין ישראל ללבנון ערב פרוץ מבצע של"ג, (ולא כך הוא סבור), גם אז אין בכך כדי לשנות את מסקנהו בקשר למעמדו של השטח כאמור.

כללי תפיסת הרכוש עפ"י דיני המלחמה

הנשיא שמגר סקר את כללי המשפט הבינלאומי בנושא תפיסת רכוש עפ"י דיני המלחמה עפ"י האבחנות הקבועות בו לענין תפיסת רכוש ; -

- א. תפיסה שלל בשדה הקרב לבין תפיסת רכוש בשטח כבוש.
- ב. בין רכוש הפרט לרכוש ציבורי.
- ג. בין מטלטלין למקרקעין.

ד. בין תפיסת רכוש לבין הפקעתו בשטח כבוש.

במקרה הנדון מצטמצמת השאלה רק לאבחנה שבין תפיסה, (להבדיל מהפקעה), של מטלטלין בשדה קרב ובשטח מוחזק, לפיכך מתרכז הנשיא שמגר בעיקר בכללים המסדירים נושא זה.

תפיסת שלל בשדה הקרב

הנשיא שמגר מסכם את הכללים לענין תפיסת שלל בשדה הקרב כדלקמן: -

- א. רכוש המדינה הנתפס בשדה הקרב הוא בגדר שלל מלחמה והוא הדין ברכוש הפרט ששימש לצרכי המלחמה. הקביעה בתקנה 23 (ז) לתקנות האג משנת 1907 לפיה יש חסינות לרכוש פרטי מתפיסתו והריסתו אינה חלה על רכוש בעל אופי עוין. בסוג האחרון נכללים כל נכסי דניידי של האוייב שנתפסו או שנמצאו באזור קרבות וכן רכוש הפרט ששימש למטרות כאמור ונמצא באזור כמתואר.
- ב. לענין האבחנה בין רכוש ציבורי לרכוש פרטי המבחן הנוהג הוא פונקציונלי - עפ"י השימוש בו נתון היה הרכוש, בגדר רכוש ציבורי נכלל לא רק רכוש שנבעלות של המדינה אלא גם נכסים אשר מנוהלים ע"י רשות ממלכתית או נשל-טים על ידה בדרך אחרת.
- ג. מועד הפיכת רכוש לשלל הוא המועד בו היחה תפיסת אפקטיבית של הרכוש.

נטילת חזקה בשטח כבוש

לאחר שסוקר הנשיא שמגר את הכללים לתפיסת שלל מלחמה בשדה הקרב, סוקר הוא את הכללים לתפיסת רכוש בשטח מוחזק: -

- א. מן הנוסח הרחב של תקנה 53 לתקנות האג משנת 1907 נובע כי פרט לסוגי המטלטלין שלא הוזכרו במפורש בתקנה (מזומנים, קרנות, ני"ע ניתנים למימוש, כלי נשק, אמצעי תעבורה ואספקה) ופרט למטלטלין שאינם יכולים לשמש כלל לשימוש צבאי, ניתן לתפוס חזקה ברוב סוגי המטלטלין הממשלתיים בשטח כבוש ואין שוני מעשי בין רכוש ממשלתי בשטח כבוש לבין רכוש ממשלתי בשדה הקרב. לענין אי תפיסת רכוש אין די בכך שהרכוש אינו מתאים לפי אופיו למטרות מלחמה, אלא כדי לחסנו בפני תפיסה דרוש שגם לא שימש בפועל למטרות עויבות.
- ב. ביחס לתפיסת מטלטלין פרטיים דנה הפיסקה השניה של תקנה 53 לתקנות האג ומונה רשימה של פריטים הניתנים לתפיסה (אמצעים להעברת ידיעות ואנשים או טובין ביבשה בים ובאוויר ואמצעי לחימה).

- ג. מטלטלין פרטיים בשימוש עולין אינם מחוסנים בפני תפיסה גם אם אינם בין המנויים בפסיקה השניה של תקנה 53.
- ד. רכוש אשר לגביו עולה ספק אם הוא ציבורי או פרטי, רואים אותו כציבורי, עד שיוכח אופיו הפרטי.
- ה. הצעדים הדרושים כדי להביא לחזקה ממש ברכוש אויב הם שניים : -
- (1) גילוי כלשהו של הכוונה להפוס את הרכוש עליו מדובר ולהוסיף להחזיק בו; וכן -
- (2) נקיטת מעשה כלשהו בעל אופי של נטילת חזקה או הפיקוח או לפחות הצהרה בעלת אופי כאמור.
- אם מבטאים כוונה ליטול חזקה ונוקטים בצעד גלוי שנועד לממש זאת, די בכך בדרך כלל כדי להצביע על נטילת חזקה. כמובן שלא ניתן לקבוע מראש מה המעשים שיקימו הדרישה הנ"ל ולא ניתן לקבוע מתכונת אחידה שהרי טבעי שענין כזה יוכרע בכל מקרה לפי נסיבותיו. בשטח בו פזורים מתקנים רבים המיועדים לתפיסה די בשמירה כללית בשטח או בסיוורים קבועים במתקנים כדי לבטא השליטה ברכוש.

המעבר משדה קרב לשטח כבוש ויישומן במקרה הנוכחי

כאשר הלחימה מתבצעת ע"י כוחות החודרים לתוך שטחו של האויב הופכת הזירה כולה, לפי טבעו של הענין, לשדה קרב. איסוף השלל גם אינו יכול להיות ענין של רגעים, שעות או ימים. אך הסקרים של הקרבות בשטח אשר עליו כבר שולטים אותה שעה ואשר בו כבר התארגנו הכוחות אינו בגדר איסוף שלל; בדיקה ע"י הכוח הצבאי מה מכין המפעלים והמחסנים אשר בשטח הכבוש הוא רכושו של האויב שניגף אינה איסוף שלל בשדה הקרב, כי אם בדיקת רכוש המיועד לתפיסה בשטח מוחזק.

לאור זאת, קובע הנשיא שמגר שבמקרה הנוכחי לא היה מדובר על תפיסת שלל בשדה הקרב, אלא על תפיסת רכוש בשטח כבוש.

יישום כללי תפיסת הרכוש, על רכוש אש"ף בכלל ועד מפעל הפלסטיק בפרט

לאחר שהנשיא שמגר סוקר את הכללים בדבר תפיסת רכוש בשדה הקרב ובשטח מוחזק, הוא מיישם למקרה הנדון.

כאמור, קובע הנשיא שמגר כי עובדתית תפיסת מפעל הפלסטיק, נעשתה כאשר השטח היה במשטר של שטח מוחזק ולא של-שדה קרב.

מפעל הפלסטיק היה שייך ל"צאמ" שהיבו זרוע גלויה של אש"ף. לפיכך אין משמעות לכך, (כפי שטען העותר), שצאמ"ד גם בחרה להירשם בעמותה עפ"י הדין הלבנוני; הרישום האמור אינו משנה מאופיו אלא הוא רק ביטוי לצורה הגלויה בו יכול היה הארגון האמור לנהל עניניו בלבנון.

בעת עריכת החוזה למעברת הבעלות במפעל מצאמ"ד לעותר כבר היה המפעל בחזקת צה"ל, אמנם במועד זה טרם פורק, וזאת רק מסיבת בדיקת כזאיות העברת תכולתו ארצה.

בעת שצה"ל נטל חזקה במפעל, הוא ביצע תפיסה (SEIZURE) של רכוש שהיה בשימוש עויין ואשר גם יכול לשמש למטרות צבאיות או במיליס אחרות ברגע שצה"ל תפס חזקה ברכוש אשר אותו ניתן לתפוס לאור שימוש לפני תפיסתו או לאור יעודו האפשרי בעתיד, במועד התפיסה, כבר לא יכול היה צאמ"ד להעביר הבעלות לעותר.

המפעל לייצור פלסטיקה יכול לשמש כוחות צבאיים ומה גם שחשיבותו ושימושו של המפעל ושל המלאי חומר הגלם שבו אינם נבחנים לפי קו הייצור הקיים אלא לפי יכולת ההתאמה של כוח הייצור של המפעל כדי לשרת צרכים צבאיים.

זאת ועוד, גם מכירת המפעל כדי להשתמש בתמורה הכספית עבור הצבא יכולה לשמש כלגיטימית לאור פרשנותו המקובלת של המשפט הבינלאומי בקשר לזכות התפיסה של מטלטלין רכוש המדינה.

כלומר, המסקנה אליה מגיע הנשיא שמגר הינה כי עפ"י כללי המשפט הבינלאומי בדבר תפיסת רכוש בשטח מוחזק, תפיסת מפעל הפלסטיקה היתה כדין, וזאת בהנחה שהמדובר בתפיסה של רכוש ציבורי, להבדיל מרכוש פרטי.

נותר עדיין לנשיא שמגר לקבוע שיחולו על תפיסת רכוש אש"ף הכללים של תפיסת רכוש ציבורי, להבדיל מתפיסה רכוש פרטי, על מנת לקבוע שתפיסת מפעל הפלסטיק היתה כדין.

בנושא זה אומר הנשיא שמגר (נצטט הדברים מילה למילה על אף אורכם בשל חשיבותם) -

"תגובתה של מדינה לשם קיום זכותה להגנה עצמית עלולה לגרור אחריה את ההכרח לנקוט פעולות צבאיות. כאשר הכרח זה נוצר בשל כך שמדינה איכדה יכולתה לחלוש על ענייניה והפכה בשל כך טרף לארגוני טרור שהשתלטו על חלקים משטחה ומנהלים מתוכם פעולות רצח וחבלה נגד אזרחיה של המדינה

השכנה, רשאית המדינה הנפגעת, לנקוט כלפי הפוגעים בה על ידי פעולות איבה, באותם צעדים בהם היתה יכולה לנקוט נגד צבא או יב או כנגד רכוש האויב. חוסר האונים של המדינה מתוכה פועלים המחבלים וחוסר יכולתה להשליט סדר בכיתה כדי למנוע פגיעה בשכנתה, אינו מותיר את המחבלים ואת רכושם מחוסנים בפני נקיטת צעדים אשר היו ננקטים נגד אויב סדיר. מי שנוקט מעשי איבה אינו יכול ללבוש איצטלה של אזרח פרטי, כאשר הזכר נראה לו נוח. משמע, מי שמקיים ארגון מסועף העוסק בפעולות טרור ולוחמה אינו יכול לצפות לכך כי כאשר באה התגובה הצבאית גם יתנה מן החסינויות ומן החגנות אותן מעניקים דיני המלחמה לצדדים אזרחיים שאינם חלק מן הכוחות של האויב. כפי שאיננו יכול להינות מזכויות היתר, (של לוחם שבו למשל), אט איננו ממלא אחר התנאים שנקבעו במשפט הבינלאומי ואם אינו עונה לדרישות שעוצבו בו, כך גם אין ארגון כאמור יכול להינות לגבי מטלטלין מן הזכות והחסינות של אזרח שאינו מעורב במעשי איבה, כאשר להלכה ולמעשה אינו כזה. הראינו לעיל כי דיני המלחמה ביקשו להגן על אזרחים שאינם עוסקים בפעולות עוינות אך נמנעו למשל מהענקת מעמד של רכוש פרטי, המוגן על יסוד האמור בתקנות 23(ז) או 46(2). כאשר המדובר היה ברכוש פרטי שהיה בשימוש עויין או שולב בפעולות צבאיות של האויב; על כן יצרו דיני המלחמה את הזהות במעמד בין רכוש המדינה לבין רכוש הפרט המשמש למטרה עוינת, (ככל שהוא נוגע לשלל מלחמה), או המשמש את הכוחות הלוחמים של צד למלחמה... רכוש הפרט המשמש בפעילותיו של האויב, דינו כדין רכושו הציבורי של האויב. הדין החל על רכוש למתואר של האויב אינו המשרת אותו, חל בשלינויים המתאימים גם על רכושו של ארגון טרור".

סיכומו של דבר: דין רכוש אש"ף כדין רכוש פרטי עויין, קרי חלים עליו הכללים של תפיסת רכוש ציבורי.

בהקשר זה דחה הנשיא שמגר גם את טענה ב"כ העותר לפיו אסורה היתה תפיסת מפעל הפלסטיק עקב האיסור החל במשפט הבינלאומי להרוס מפעלי ייצור במסגרת הריסת הכלכלה האזרחית במדינה הנתונה בכיבוש. על כך אומר הנשיא שמגר: -

"כאן היה מדובר על ארגון טרור שהיתה לו, בין היתר, ולמען קידום מטרתיו גם שלוחה יצרנית, זו האחדונה היתה משולבת בחוכו והווחה חלק אינטגרלי ממנו ושרתה אותו בהתאם לצווייו. מפעל כאמור הוא חלק מארגון טרור ולא מן הכלכלה האזרחית של הארץ בה בחר הארגון כאמור לשכון. הוא גם אינו מהווה גורם של הכלכלה המקומית כי לא לשם כך הוא מתנהל, וקיבלנו כאן חומר ברור שמפעלי "צאמד" שרתו אך מטרה אחת והיא מטרת אש"ף. מפעל כאמור דומה מבחינת ההשתייכות שלו לבית מלאכה במסגרת יחידותיו או מתקניו של כוח צבאי או למרכז יצרני המהווה חלק מהזרוע האפסנאית. גם כאשר אינו מייצר במישרין עבור הגורם העויין, (כדוגמת המפעל לייצור נעליים צבאיות), אלא שולח לידו במסחר, הרי החמורה המחקבלת היא הכנסה של הארגון ומשמשת למטרותיו. הוא חלק מהמסגרת העויינת ואינו יכול להינתק ממנה לפי נוחיותו כאשר התנאים הצבאיים משתנים. אופיו וזהותו טכועים בו מעיקרו מאחר והוא שלוחה רשמית של הארגון כולו, ואשר סרה למרוחו וממלאת תפקידה מטעמו ועבורו, הרי גורלו כגורל כל רכוש של ארגון טרור אשר לגביו ננקטים אמצעים צבאיים לתפיסתו או לשיתוקו, כי כך מותר הדבר לגבי רכוש של אויב ששימש בשימוש עויין או יכול לשמש למטרות צבאיות. המפעל הוא כלי עזר של ארגון הטרור ואופיו של זה האחרון משליך גם על מעמדו של המפעל. כלי עזר כמחוא של ארגון טרור דינו כמחוי ואינו יכול להיחשב למפעל כלכלי-אזרחי רגיל שהרי ממילא אינו כזה ולא ביקש להיות כזה בעיני אלה שהקימוהו וניהלוהו".

ס י כ ו ם

נפסק כי תפיסת מפעל הפלסטיק היתה כדין. לפיכך ניתן מייד לעשות כל שימוש במכו-נות, בציווד ובחומרי הגלם שנתפסו במפעל כאילו היו רכוש צה"ל.

כמו כן נפסקו הוצאות למדינה בסך מיליון שקל (נראה לנו כי יהיה קשה לממשם מהעותר שהינו תושב לבנון).

המדובר בפסק דין עקרוני שקבע לראשונה את מעמדו של רכוש אש"ף. גדולתו של פסה"ד היא בכך שבהליכה זהירה בין הטיפות נקבע כי מצד אחד לא חלות על אש"ף ההוראות החלות על המדינה בדיני המלחמה על כל המשתמע מכך אלא הינו גוף פרטי, ומצד שני - רכושו לא יהיה חסין כרכוש הפרט, על אף שהינו רכוש הפרט, אלא ינהגו בו כאילו היה רכוש מדינת האויב, על אף שאינו רכוש מדינת אויב.

פסק הדין קובע גם כללים חשובים בנושא האכחנה בין שלל מלחמה שנחפס בשדה קרב למטלסלין שנחפסים בשטח מוחזק. טהאופן שבו הצבא צריך לשים יד על רכוש כך שיהיה ברור שהוא תפס חזקה בו.

בשולי הדברים נציין כי בעתונות פורסם כאילו פסה"ד קובע הלכה עקרונית שאזרח אויב רשאי לעתור לבג"ץ. הנושא לא נדון בפסה"ד, והאמת היא שעם תחילת ההליכים טענה המדינה את טענת מעשה המדינה השוללת סמכות בג"ץ לדון בתפיסת רכוש מחוץ לגבולות המדינה אגב פעולת לחימה. טענה זו נזנחה, ובג"ץ כלל לא דן בה.

לבסוף רצינו לציין כי המדובר במקרה עובדתי מסובך מאוד, ובג"ץ קיבל את הגישה העובדתית שלנו בזכות מלאכת איסוף ומחקר מצויינת של החומר אודות צאמד בכלל ומפעל הפלסטיק בפרט. בנושא זה ראויים לכל שבח גורמי המודיעין שסייעו לנו בהכנת הטיעון בפני בג"ץ.

(ענף הדין הבין-לאומי)

גירושים מאיו"ש ומאזח"ע

(בג"ץ 513514/85 נזאל ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל באיו"ש (טרם פורסם))

בשנה האחרונה נשמעו קריאות שונות להרחבת השימוש באמצעי של גירוש כלפי תושבי יהודה ושומרון וחבל עזה. כדי להקל על ביצוע הגירוש נשמעו גם הצעות לחקיקה מיוחדת בישראל אשר תפשט את ההליכים המשפטיים.

בבג"ץ 514/85, 513 בעניינם של נזאל מקבול וג'יוסי נגד מפקד כוחות צה"ל באיו"ש (טרם פורסם) שניתן לאחרינה בסקר הרקע המשפטי לגירוש מבחינת המשפט הבינלאומי, הדין המקומי ופסיקה ביהמ"ש העליון בנושא.

נציין בפתח דברינו כי פסק הדין האמור הינו פסה"ד הראשון שניתן מאז 1980 אשר דן בסמכות הגירוש כלפי תושבי האזורים, שכן במשך תקופה זו, מאז הבג"ץ בעניינם של קוואסמה ואח' נ' שר הבטחון (בג"ץ 698/80 פו"י ל"ה (1) 617) נמנע הממשל משימוש באמצעי הגירוש. בהקשר זה נעיר כי יש להבחין בין גירוש תושבים שהוא נשוא דיוננו לכין גירושם של מסתננים אשר גידון בהרחבה בבג"ץ 159/84 שאהין נ' מפקד כוחות צה"ל באזח"ע (פו"י ל"ט (1) 309) ובג"ץ 456/85, 454 כסראורי ואח' נ' שר הבטחון ואח' (טרם פורסם) אשר בו נדונה שאלת גירושם של מחבלים-מסתננים ששחררו במסגרת העיסקה עם ארגונו של אחמד ג'יבריל.

הדין המקומי

המקור הנורמטיבי בדין המקומי באזור יהודה והשומרון וגם באזור חבל עזה, לסמכות הגירוש הינו תקנות ההגנה (שעת חרום) 1945, תקנה 112(1) לתקנות אלה קובעת כדלקמן:

"כוחו של הנציב העליון יהיה לפה ליחן צו בחתימת ידו (להלן בתקנות אלה "צו גירוש" בדבר גירושו של כל אדם מפלשתינא (א"י). אדם אשר לגביו ניתן צו גירוש ישאר מחוץ לפלשתינא (א"י) כל זמן שישאר הצו בתוקפו".

כיום יש לקרוא תקנה זו לאור השינויים הנובעים משלטון צה"ל באזור באופן שבמקום "הנציב העליון" יבוא "מפקד כוחות צה"ל באזור", ובמקום "פלשתינא (א"י)" יבוא "אזור יהודה ושומרון" או "אזור חבל עזה", לפי המתאים.

תקנה 112(1) קובעת את האמצעי אשר בו ניתן לנקוט, אולם המבחנים והתנאים שבהם ניתן להפעילו וליישמו הלכה למעשה על עובדותיו של מקרה זה או אחר, קבועים בתקנה 108 לתקנות ההגנה המהווה "מטריה" כללית לכל האמצעים המינהליים הקבועים בתקנות ההגנה. וזו לשון תקנה 108 :

"לא יתנו הנציב העליון או המפקד הצבאי צו לפי החלק הזה אלא אם כן סבורים הנציב העליון או המפקד הצבאי, הכל לפי הענין, כי נחוץ או מועיל ליתן את הצו לשם הבטחת שלומם של הציבור, הגנתה של פלשתינה (א"י), קיומו של הסדר הציבורי או דיכויים של התקוממות, מרד או מתומה".

הוראה חשובה נוספת בתקנות ההגנה היא זו המכוננת את "הועד המייעץ" - תקנה 111 (4) לתקנות - אותה יש לקרוא ביחד עם תקנה 112(8). לגבי הועד המייעץ קובעת תקנה 112(8) כי הוא "רשאי, אם נתבקש לעשות כן בידי אדם כלשהוא שבגללו ניתן צו גירוש לפי תקנה זאת לעיין בכל צו גירוש כזה ולהגיש המלצות לממשלה בגין כל צו גירוש כזה".

מתקנה 111(4) אנו למדים שבראש הועד המייעץ יכול שישב שופט או פקיד בכיר אחר בממשלה שאינו משפטן. יודגש כי בהפעלת החקנות מקפיד הממשל הצבאי כי בראש הועד המייעץ ישב תמיד שופט צבאי על מנת להבטיח את האופי הראוי לדיוני הועד.

השאלה המקדמית אשר עלתה במרבית העתירות שדנו בנושא הגירוש היתה האם יש לתקנות אלו כיום חוקף באזור יהודה והשומרון. טענתם של הטוענים לחוסר תקפות החקנות באיו"ש היתה שבמנשר מס' 2 שפרסם מפקד הצבא הכללי הירדני באיו"ש ביום 25.5.48, בוטלו למעשה תקנות ההגנה.

הנשיא שמגר אשר ישב בדיון כבג"ץ נזאל ביחד עם השופטים כך ונתניהו קובע כי טענה זו נדחתה עוד כבג"ץ קוואסמה הנ"ל.

הנשיא שמגר קובע ברורות כי המנשר שפירסם מפקד הצבא הכללי הירדני לא ביטל את תקנות ההגנה שחלו באיו"ש וכמו כן לא הוכח כי החוקה הירדנית ביטלה את החקנות.

הנשיא מצטט את הצו בדבר פרטנות (מס' 224) אשר נחקק על ידי מפקד כוחות צה"ל באזור הקובע כי :

"תחיקת שעת חרום מתבטלת רק על ידי חקיקה קובעת ממורשות וחוק איזכור שמה, את דבר ביטולה".

מאחר שלא קיים דבר חקיקה ירדני המבטל מפורשות את חקנות ההגנה נובע מכך שהחקנות הן דין תקף באיו"ש.

כאי כוח העותרים העלו טענה מעניינת והיא שדבר המלך במועצה אשר הניח מלך בריטניה בפני הפרלמנט הבריטי ביום 12.5.48, ואשר לא פורסם בעיתון הרשמי בארץ ישראל, ביטל את דבר המלך במועצה (הגנה) 1937 ואת חקנות ההגנה (שנת חרום) 1945 שהוחקו מכוחו. טענה זו שונה לכאורה את הלב שכן היא מצביעה לכאורה על ביטול מפורש של חקנות ההגנה, אולם ביטול זה נעשה בחקיקה הידועה בישראל ובאזורים כ"חקיקה נסתרת", דהיינו חקיקה שלא פורסמה בדרכי הפרסום שנקבעו לכך בארץ, אלא פורסמה בבריטניה בלבד. לגבי "חקיקה נסתרת" נקבע בסעיף 11א לפקודת סורי השלטון והמשפט, תש"ט - 1949 ובעקבותיה נצו בדבר פרשנות (מס' 160) החל באיו"ש, כי חקיקה נסתרת אין לה ומעולם לא היה לה תוקף. הנשיא שמגר קובע כי המפקד הצבאי בשטח מוחזק רשאי לקבוע, מכוח סמכותו הטכועה, גם הוראות פרשנות הבאות לפרש את הדין המקומי, הירדני, אשר יופעל על ידו, שכן יש בכך לחרום לבהירותו של החוק ולידיעתו מראש על-ידי התושבים.

המשפט הבינלאומי

הטענה המרכזית של העותרים באפיק זה היתה שהגירוש לפי תקנה 112 סותר את סעיף 49 לאמנת ג'נבה הרביעית האוסר על העברת כפיה של מוגנים והקובע:

"העברת כפיה של מוגנים, יחידים או המונים וכן גירושם של מוגנים משטח נכבש לשטחה של המעצמת הכובשת או לשטחה של כל ארץ אחרת, בין שטח נכבש ובין שטח בלתי נכבש - אסורים, ויהי המניע מה שיהיה".

טענה זו זכתה להתייחסות מפורשת בפרשת קוואסמה הנ"ל ואף בבג"ץ 97/79 אבו-עוואד נ' מפקד איו"ש (פד"י ל"ג (3), 309, 316).

בפרשת אבו-עוואד קבע הנשיא זוסמן כי "מטרתו של סעיף 49 הנ"ל היא למנוע מעשים כדוגמת מעשי הזוועה, שנעשו על ידי הגרמנים במלחמת העולם השניה שבמשכה גורשו מליונים של אזרחים מבתיהם למטרות שונות, בדרך כלל לגרמניה כדי להעבידם בעבודת כפיה עבור האויב וכן גורשו יהודים אחרים למחנות ריכוז לצורך עיבויים והשמדה. ברור כי האמנה הנ"ל (אמנת ג'נבה) אינה גורעת מחובתה של המעצמה המחזיקה לדאוג לשמירת הסדר הציבורי בשטח המוחזק, המוטלת עליה בסעיף 43 לאמנת האג משנת 1907 וגם לא גורעת מזכותה, לנקוט באמצעים הדרושים לשם בטחונה היא".

בפרשת קוואסמה ציין הנשיא לבדוי, (כעמ' 627), כי הוא נמנע מהכרעה בשאלת חוקיות צוי הגירוש לאור סעיף 49 הנ"ל, אך הוא קבע כי אמנת ג'נבה וסעיף 49 כולו אינם מהווים חלק של המשפט הבינלאומי המנהגי ועל כן אין צוי הגירוש מפריס את המשפט הפנימי הישראלי או של אזור יהודה והשומרון ואין היחיד (בהבדל ממדינה) יכול לבסס על סעיף 49 עחירה לכג"ץ. החלטת ממשלת ישראל לקיים למעשה את ההוראות ההומניטריות של אמנת ג'נבה היא החלטה מריבנית שאינה נוגעת למיטור המשפטי הפנימי.

הנשיא שמגר מאמץ בפרשת נזאל את ביקורתו של פרופ' דיבשטיין (עיוני משפט ח', עמ' 158) על דעת המיעוט של השופט חיים כהן בפרשת קוואסמה אשר הניחה כי כללי המשפט הבינלאומי הפומבי החלים בזמן שלום חלים גם בעת מלחמה ולכן גירוש, האסור בזמן שלום, אסור גם בזמן מלחמה. בכך נדחתה דעת המיעוט של השופט כהן גם בפסיקה מאוחרת יותר ונותרה דעה בודדה בסוגיית הגירוש.

הנקודה החדשנית בפסק דינו של הנשיא שמגר במקרה נזאל הינה שגירוש אזרח ירדני מאיו"ש לירדן אינו בבחינת גירוש לארץ אחרת (אותו אוסרת החוקה הירדנית) שכן הוא מגורש למדינת אזרחותו. לכן אין לראות בפעולה זו משום גירוש. לדעתו של הנשיא אין סעיף 44 לפי פירושו המילולי הפשטני חל על גרוש אזרח ירדני לירדן.

התנאים להפעלת סמכות הגירוש

בעקבות פסק דינו בענין שאהין שב הנשיא שמגר וקובע כי הראיות העומדות בפני הרשות המוסמכת חייבות להיות ברורות, חד-משמעיות ומשכנעות.

בתצהיר מפקד כוחות צה"ל באיו"ש נטען כי שלושת העותרים הם אנשי מפתח בחשית שארגון "אל-חח" וארגון "החזית הדמוקרטית לשחרור פלסטין" מנסים להקים באיו"ש, המדובר באנשים שהם פעילים בכירים, מקיימים קשרי קבע חתרניים עם ארגונים, מנחים אחרים לפעול ופועלים ללא לאות לקידום מטרות ארגוני החבלה.

כמו כן פורט בתצהיר התשובה מידע מסויים אותו ניתן היה לחשוף כפומבי לגבי העותרים ממנו עולה כי כולם ריצו בעבר תקופות מאסר ממושכות בכלא בגין פעילות חבלנית, אך אף על פי כן שבו לסורם.

בתצהירו, עומד מפקד כוחות צה"ל באזור על ההבחנה בין מעצר מינהלי אשר מועד לקדם רעה קונקרטית, לתקופה קצרה טווח, לבין גירוש אשר מכיון כלפי אדם אשר סיכון הנשקף ממנו עקב מעמדו ההיררכי ואופי פעילותו החתרני השיטתי של בניית חשית לטווח ארוך הוא סיכון מתמשך לשנים.

התנאים האסורים לעיל אינם תנאים בלעדיים או הכרחיים להפנילת סמכות הגירוש ובהחלט ייתכנו מצבים שונים אשר יחייבו נקיטה בצעד זה, אולם בהחלט ישנם כאן קווים מנחים למדיניות סבירה השוקלת את העדנים המשפטיים האפשריים, יוצרת את האבחנות הראויות ובוררת לה בכל מקרה ומקרה על פי נסיבותיו את הכלי הראוי.

החומר החסוי

כאמור לעיל מבוסס צו הגירוש על פרט מידע רב אשר לא ניתן לחושפט בפומבי. הועד המייעץ אשר דן בצוי הגירוש בחן חומר זה אולם העותרים קבלו על כך שהחומר לא נחשף בפניהם ועל כן אין באפשרותם להפריכו ולהתגונן כראוי כנגד צו הגירוש. מוסכם על הכל כי יש מקרים בהם יש הכרח חיוני להגן על סודיותו של מידע בכדי למנוע נזק בטחוני חמור, על אף שנפגעת בכך זכותו של הפרט להתגונן. המנגנון אשר קבע המחוקק לשמירה על איזון נאות בין שני השיקולים דלעיל קבוע בסעיפים 44 ו-46 לפקודת הראיות (נוסח חדש).

העותרים העדיפו ששופט אחר, לא תן ההרכב הדין בחיק יבחן את חומר הראיות החסוי וכך נמכנו מן ההרכב שדין בעתירה לבחון את החומר לגופו. השופטת נתניהו אשר דנה בבקשה לגילוי הראיות החסויות דחתה אותה, פרט לשלוש ידיעות לא מהותיות. אילו היו העותרים מסכימים, היה מתאפשר להרכב שדין בחיק לבקוט בגישתו של הנשיא שמגר כפי שהובעה בכג"ץ 554/81 ברנסה נגד אלוף פיקוד המרכז, פד"י ל"ו (4) 247, דהיינו למעשה לשים עצמו בנעליו של המפקד הצבאי ולבחון שיקוליו לגופם. אולם העותרים כאמור סרבו לכך, ויתכן שטעמם היה עימם.

בשאלה זו עוסקים מספר פסקי דין נוספים מן העת האחרונה בנושא זה עליהם נדווח בגליון הבא של "משפט וצבא".

סוף דבר

במצב דברים זה כל שנותר לכג"ץ לבחון הוא אם נתגלו בפניו עילות הפסול הרגילות של המשפט המינהלי מאחר שהעותרים לא הצביעו על כל פגם, כגון - חריגה מסמכות, חוסר תום לב וכד', וכיוון שהדיונים בפני הועד המייעץ ויתר ההליכים הפרוצדורליים נתקיימו כהלכתם - לא ראה בית המשפט כל בסיס להתערבות בביצוע צו הגירוש.

יצויין כי מאז הוצא צו הגירוש דרך הדיונים האינטנסיביים בפני הועד המייעץ, והדיונים בפני בג"ץ לרבות בקשה לדין נוסף אשר נדונה ונדחתה וכלה בגרוש עצמו, חלף בסך הכל כחודש ימים, תקופה קצרה לכל הדעות לדין בהליכים משפטיים כה מורכבים. פרק זמן זה מוכיח כי הטענות הגורסות שההליכים המשפטיים פוגמים בביצוע הסמכויות המינהליות משוללות בסיס.

(ענף הדין הביבלאומי)

שיקום פליטים באזח"ע - מעמד ססו"ת במחנות הפליטים

(בג"צ 586/84 תרמסי ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל ברצועת עזה ואח'; ד"נ 17/85 תרמסי ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל ברצועת עזה ואח')

נושא סמכויות רשויות צה"ל לפנות פולשים ממקרקעי מדינה באזח"ע בהקשר של שיקום פליטים חוזר ועולת מזה מספר חודשים בכג"צ. נושא שיקום הפליטים הינו בעל רגישות פוליטית ועותרים רבים מצהירים על התנגדותם למפעל כאחת הסיבות לפנייתם לבג"צ.

בעתירה הנזכחת בתקף נסיון רשויות הממשל לפנות את העותרים בדרך מינהלית בהתבסס על חוקים שנחקקו בתקופת השלטון המצרי המאפשרים פינוי מינהלי ממקרקעי מדינה.

את עתירתם ביססו העותרים על שלושה ראשים - ראשית נטען על ידי העותרים כי עקב הפרקטיקה שהתפתחה במחנות הפליטים יצאו המקרקעין מגדר סמכותן של רשויות צה"ל ועברו לרשות אונר"א (או ססו"ת), הן לענין מתן הרשות להשתמש במקרקעין והן לענין מתן הזריות לבנות בתחומי המחנה. על סמך פרשנות של ההסכמה שהושגה ב-1967 בין מר מיצ'למור ומר קומי טענו העותרים כי מדינת ישראל מחוייבת לנהוג באותה הדרך כלפי העותרים. כן טענו העותרים כי ססו"ת הסכימה הסכמה שבשתיקה למורשי העותרים עקב מצוקת הדלור במחנות וכי הסכמה זו מחייבת את מדינת ישראל.

הראש השני לעתירה התבסס על פרשנות הדין המקומי. העותרים טענו כי החוקים המצריים אינם חלים בתחומי מחנות הפליטים או לפחות חלותם מוגבלת למקרים קיצוניים ולא לפינוי רגיל למסרת שיקום פליטים, אמנם הבג"צ 37/84, 31 סווארקה ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל באזח"ע ואח' נפסק כי ניתן לתנות פולשים ממקרקעי מדינה על סמך החוקים המצריים כתנאים מסויימים אך העתירות הנוכחיות הינה הראשונה בה נטען לגבי מקרקעין המצויים בתחומי מחנות הפליטים כפי שהוגדרו בתקופה המצרית. על סמך מוצחים שונים שבתחיקה המצרית טענו העותרים כי אין החוקים המצריים חלים על קרקעות מחנות הפליטים.

עוד טענו העותרים כי קרקעות אלו הינן כגור קרקעות מוסדות ציבור שיש להן חסינות מכוח תקנה 56 לתקנות הנספחות לאמנת האג הרביעית משנת 1907 וזאת בהסתמך על פרשנות התקנה ע"י אחד מחכמי המשפט הכין-לאומי.

במהלך הדיון בעתירה התמקד הדיון ביחוד בשאלה העובדתית והמשפטית אם היה לסו"ת מעמד במחנות הפליטים והוגשו לבי"ת המשפט מסמכים שונים, לרבות התייחסויות מטעם סו"ת שניתנו למטרת העתירה לבקשת שני הצדדים.

כית המשפט מפל השופט א. חלימה דחה את העתירה. בפסק דינו סוקר השופט את התחיקה המצרית השובה אשר הוצאה ע"י השלטונות המצריים במגמה לבלום את גל ההשתלטות על אדמות המדינה והכניה-הבלתי חוקית במחנות הפליטים (הודעה מס' 6 לשנת 1958, חוק מס' 4 לשנת 1960, חוק מס' 5 לשנת 1960, וחוק מס' 8 לשנת 1966).

השופט קיבל את טענת המדינה לפיה מכוח סעיף 3 למנשר בדבר סדרי שלטון ומשפט (רצועת עזה וצפון סיני) (מס' 2), תשכ"ז - 1967 המתבסס על המשפט הבין-לאומי וכן מכוח ההוראה הספציפית בצו בדבר רכוש ממשלתי (רצועת עזה וצפון סיני) (מס' 423), תשל"ב - 1972 הועברו כל סמכויות השלטון המצרי לגבי מקרקעי המדינה למפקד כוחות צה"ל ולבאים בשמו ומטעמו.

נותרת השאלה האם היה לאובר"א מעמד בתקופה המצרית - ואם כן - האם מחוייבת מדינת ישראל, (לפחות כלפי סו"ת), ליתן לה מעמד דומה מכוח הסכמת מיצ'למור - קומי.

השופט חלימה אינו נזקק לבעיה זו שכן הוא קובע על סמך החומר העובדתי והמשפטי שהביאו בפניו הצדדים כי הממשל המצרי לא הסכים לבניה הבלתי חוקית במחנות, כי החוקים המצריים שהוזכרו לעיל חלים, נוכח ניסוחם הכוללני, גם בתוך המחנות וכי כענין שנעובדה הם הופעלו הלכה למעשה. השופט קובע על סמך החומר שהובא בפניו כי לאובר"א לא היה מעמד עצמאי במחנות ופעולותיה תואמו מראש עם השלטון המצרי.

מאחר והשופט שוכנע כי העותרים פלשו שלא כדין לאדמות מדינה ובנו ללא היתר בתים הוא קובע כי רשויות הממשל המחלימות רשאיות לפנותם על סמך התחיקה המצרית, לרבות על סמך הוראות חוק שהממשל לא הסתמך עליהן בפנייתו הראשונית לעותרים (אך אין ספק שיכל להסתמך עליהן).

העותרים עתרו לדיון נוסף על סמך "חשיבותה וקשיותה של ההלכה אשר נקבעה בבג"צ 586/84. עתירתם זו נדחתה ע"י הנשיא שמגר מן הטעם שהעותרים לא גילו עילה מן המנוינת בסעיף 30 לחוק בתי המשפט (נוסח משולב) התשמ"ד - 1984 אשר הצדיק קיומו של דיון נוסף.

לפסיקת בג"צ בנושא זה חשיבות מרובה בכל נושא השמירה על אדמות המדינה באזח"ע. בעוד שבבג"צ 37/84, 31 סווארקה, לעיל הותנתה סמכות הפינוי המינהלי של פולשים ממקרקעי מדינה בהיות הפינוי למטרה ציבורית מובהקת של שיקום פליטים יוצא השופט

חלימה בפסק דינו זה מן ההנחה כי הבסיס לפינוי העותרים הינו בשהייתם על מקרקעי ממשל שלא בדין. בית המשפט אף קבע קביעה מפורשת כי החוקים המצריים המאפשרים פינוי מינהלי חליט בכל שטח הרצועה לרבות מחנות הפליטים, האפשרות של פינוי מינהלי משמעותה כמובן חסכון רב הן בזמן והן בכסף לרשויות הממשל והיא נותנת כידן כלי רב חשיבות לשמירה על קרקעות המדינה, ביחוד לאור שילוב בתודאת חוק מס' 8 לשנת 1966 המצרי השולל החיישנות במקרקעי המדינה.

קביעה אחרת יותר של דרך השלילה, נתייחסת למעמד ססו"ת בטוחים, הגם שאין לפסק הדין משמעות במישור המשפט הבין-לאומי אין ספק כי לקביעה העובדתית והמשפטית לפיה לא היה לאונר"א מעמד עצמאי במחנות הפליטים וכי פעולותיה בתחום הקרקעות והבניה היו בכפוף לאישור הממשל המצרי תהיה חשיבות מעשית בעתיד.

(ענף הדין הבין-לאומי)

הלכות פסוקות

תוצאות בדיקת שתן כראיה יחידה להרשעה בעבירת שימוש בסם

ע/240/84 רב"ט אילן ואח' נ' החובע הצבאי הראשי

א. ה ר ק ע

זה מספר שנים נערכות על-ידי המעבדה הצבאית לתרעולה בדיקות של דגימות שתן הנלקחות מחיילים, בחדר לשימוש בסם (בעיקר חשיש).

בעבר הושתתה הבדיקה על שיטה "רדיו-אימונולוגית", המקובלת בעולם המדע. חסרונה של השיטה היה נעוץ בקיומו של סיכוי לטעות בממצא המעבדתי.

בשנים האחרונות נעשה על-ידי המעבדה עיבוד של שיטת הבדיקה הרדיו-אימונולוגית על-ידי העלאת "סף החיתוך" המכחין בין ממצא חיובי (המצביע על שימוש בסם) לממצא שלילי.

המשמעות הסטטיסטית של העיבוד האמור היא העלאת רמת אמינותה של השיטה לשיעור של למעלה מ-99.8%.

נוסף על כך, אימצה המעבדה, כשיטה מאמת את שיטת ה"כרומוטוגרפיה הנוזלית", אשר פותחה באנגליה. אף אמינות שיטה זו, אשר בסיסה האנליטי שונה, הינה גבוהה ביותר ("אפילו אם נבדוק 10,000,000 דגימות שליליות קרוב לוודאי שלא נמצא אף False Positive" - לאמור: ממצא חיובי לגבי מי שבחועל לא השתמש בחשיש).

במעבדה בחנו דגימות משך למעלה משנה בשתי השיטות, ונמצאה התאמה מוחלטת בין הממצאים שנתקבלו על-פי ה"שיטה הרדיו-אימונולוגית המשופרת" לזו של ה"כרומו-טוגרפיה הנוזלית".

נוכח רמת אמינותה של הבדיקה (המורכבת כאמור משתי שיטות עצמאיות, אשר כל אחת מהן אמינה בפני עצמה) הוגשו כתבי אישום נגד חיילים בעבירת שימוש בסם מסוכן, לפי סעיף 7 (א) לפקודת הסמים המסוכנים (נוסח חדש) משוהאיה היחדה נגדם היא ממצא חיובי בבדיקת השתן.

לאחר ששבעה חיילים הורשעו בדין בפני הערכאה הראשונה, נשמעו ערעוריהם בפני בית הדין הצבאי לערעורים במאוחד, בהרכב מיוחד של חמישה שופטים.

במהלך הדיונים בפני בית הדין הצבאי לערעורים, בהתאם להחלטת ביניים של בית הדין, מינה הפרקליט הצבאי הראשי ועדת מומחים מן המעלה הראשונה, בראשותו של פרופ' ר. משולם - ראש המחלקה לחומרי טבע בכיה"ס לרוקחות, האוניברסיטה העברית - לבחינת אמינות השיטה המעבדתית. במסמך מקיף ומפורט "סמכה הועדה ידיה באורח נחרץ הן על אמינות השיטות והן על מיומנותו של צוות מומחי המעבדה". (הציטוט מפסק דינו של בית הדין הצבאי לערעורים).

עם התחדש הדיון בפני בית הדין לערעורים נדרשו הצדדים למשקלו הראייתי של הממצא המעבדתי החיובי, בשני מישורים: -

א. שאלת קיומו של היסוד הפיזי של העבירה.

ב. הוכחת היסוד הנפשי של העבירה.

ב. קביעת בית הדין הצבאי לערעורים

1. משקלו של הממצא המעבדתי להוכחת היסוד העובדתי

לאחר שבחן את חוות דעת המומחים באשר לשיטת הבדיקה, קבע בית הדין לערעורים פה אחד כי:

"מן החומר העדי מתבקשת, לכאורה, מסקנה חד-משמעית בדבר אמינותם המוחלטת של ממצאי המעבדה".

טיעון הסנגוריה, לפיו אין די בכך וכי על התביעה להוכיח גם כי השיטה המעבדתית זכתה להסכמה כללית בקרב אנשי המדע בתחום הרלבנטי (ראה: Fry v. U.S., 293 F 1013 (D.C. Cir. 1923) נדחה: על ידי בית הדין.

לאחר שנסקרה באופן נרחב ההסתייגות מפ"ד פרי - בפסיקה ובספרות בארצות הברית - מאז היגחון פסק הדין "לפני למעלה מיובל שנים", מציין ביה"ד לערעורים:

"... ניחן להכין, אם כן, את אימרתו של המלומד Giannelli כי אפשר שהלכת פרי מתנוודדת אך טרם קרסה תחמיה... אך כרי, מאידך, שאין לומר כי המבחן הכלול בה, אין בלחו ואך כמותו מורה ההלכה הפסוקה האמריקאית.

מותר, כמובן, לסניגור המלומד להציע לנו לאמץ את מבחן פרי גם בהעדר תמימות דעים "כל אמריקנית" לגבי תקפותו. ברם נראה לנו כי המבחן הגמיש והיחסי אשר מוזכר - אם גם לא נחרץ - בפסיקה ביהמ"ש העליון שלנו, מתאים לענייננו ונכון יותר".

בהדרסו לפסיקה בית המשפט העליון (ראה: י"ת 889/79 חמו נ' מדינת ישראל, פ"ד לו(4) 479, 494. ע"א 313/68 פלוני נ' פלוני, פ"ד כב(2) 1020, 1026) לענין אימוצו של חידוש מדעי מכהיר בית הדין לירעורים :

"ההנחיה המוצעת על-ידי בית המשפט העליון לאימוצו של חידוש מדעי אינה מתנה אותו ב'ספירת ראשים' של תומכי החידוש והמתנגדים לו. היא מניחה חלף זאת שני יסודות: (א) הוכחת אמינות השיטה המדעית ע"י התביעה; (ב) משקל ההוכחה עומד ביחס ישיר למידת החידוש.

כאשר באים לברר את תוכן ההוכחה הנחוצה לאמינות השיטה המדעית ניתן למנות בה את המרכיבים הבאים : -

(א) כושרם ומיומנותם של אנשי המדע העומדים מאחורי פיתוח השיטה;
(ב) ערכן ורצינותן של הטכניקות המדעיות שיושמו בשיטה החדשה; (ג) דגשים שהושמו בשיטה למניעת שימוש בלתי ראוי (Abuse) וליצירת "סף בטחון" מתאים; (ד) השוואת השיטה לשיטות מקובלות אחרות; (ה) סיכויי טעות תוסנציאלית.

נראה כי הוכח די הצורך ששיטות המעבדה אשר יושמו בענין בו עסקינן עומדות בכל הקריטריונים הנזכרים. הלכה למעשה לא נמצא לכך עוררין.

ועדת המומחים אף הדיגישה שאין המדובר בפיתוח תיאוריה מדעית חדשה, כבחינת המצאה שלא נודעה קודם לכן כמותה, אלא יישום וסיגול של שיטות מדעיות ברורות תוך שימוש בסף בטחון גבוה ובבקרה פנימית גבוהה. לכך יש להוסיף כי הועדה סמכה לדיה על מומחיות צוות המדענים של המעבדה לתרעולה ועל טיבם של האמצעים והתהליכים המעבדתיים שברשותם ולפיכך מותר היה לערכאה הראשונה לקבוע אף, על פי חומר הראיה שבא בפניה כי הממצא המעבדתי אשר לשם ביסוס ממצא עובדתי-טיפוטי. מקל וחומר שניתן לקבוע כך לפי חומר הראיה שבפנינו לאחר שנוספה חו"ד ועדת המומחים".

בשולי הדברים, ציין כיה"ד "אם גם על דרך אגב ולמעלה מן הצורך", "שיתכן מאוד שהשיטה המעבדתית... הייתה עוברת את מבחן Fry", לו נדרש היה מבחן זה.

2. משקלו של הממצא המעבדתי להוכחת היסוד הנפשי

(א) החשית הראייתית

דו"ח הועדה בראשותו של פרופ' משולם חזביע על מספר הנחות הרלבנטיות לשאלת קביעת קיומו של היסוד הנפשי, אלה מאוזכרות בפסק הדין של בית הדין לערעורים, כך :

"דו"ח ועדת המומחים מצביע על מספר הנחות שניתן לקבוע במידת סבירות גבוהה, המתבקשות מאופיו של שימוש בסם מסוג חשיש, ומטיב הבדיקה הנפשית לאיתור המטאבוליטים שלו, אלה הן :

- (1) איתור תוצר חלוף חומרים של החומר הפעיל בחשיש (Tetrahydrocannabinol או T.H.C.); בריכוז מספיק לשם גילוי במעבדה מצויין כי יעשה, קודם לכן, שימוש בכמות חשיש שבין 40-50 מיליגרם. כמות כזו כוללת בחובה כ-4-5 מיליגרם T.H.C. (בדרך כלל מכילה סיגריה חשיש אחת בין 5 ל-25 מיליגרם T.H.C.).
- (2) כמות כזו של חומרי פעיל אינה יכולה לחדור לקרביו של אדם באמצעות "שימוש פאסיבי" (כגון שאיפת עשן סמים הנפלט ע"י מעשנים אחרים), אלא כנסיבות מיוחדות יוצאות דופן ולמשל, ע"י שהייה ממושכת בחא קטן, בלחי מאורר שבו נערך שימוש חוזר ונשנה בחשיש).
- (3) קשה להניח כי חייל יבלע 40-50 מיליגרם חשיש בלי להיות מודע לכך. לחשיש טעם מר וחכייל שיכלע אותו מן הסתם יחוש בכך מיד. עם זאת ברור שניתן לערוב, במכוון, חשיש בחומר אחר שיטול ממנו את מראהו וטעמו ובכך יטיה את המשתמש החמים.
- (4) מעבר שרידי חשיש מיד או מחפץ "נגועים" ליד נקיה ע"י מגע חמים אינו עשוי להוליך, לאחר מכן, לממצא מעבדתי חיובי בבדיקת זגימת שתן, משום שמגע כזה אינו יכול לגרום להבאת כמות מספקת של חשיש אל קרבי הנבדק.
- (5) סמים מסוכנים - וחשיש בכלל זה - הם חומר יקר הננצר בידי בעליו חוץ שמירה אין הוא מתגלגל בראש חוצות ונד"כ אין מפזרים אוחו לריק".

הקביעה המשפטית בסוגיה הקונקרטית

(ב)

בשאלת קיומו של רכיב היסוד הנפשי, לאמור שאלת המודעות לשימוש בסם המסוכן, נחלקו דעות השופטים :

דעת הרוב (ארבעה מתוך חמשת שופטי המותב) :

(1) "... מסקנות המומחים מלמדות כי בדרך כלל אי אפשר לו לאדם להשתמש בכמות של חשיש, בגדר המינימום המביא לממצא מעבדתי פוזיטיבי, מבלי שיחוש בכך. מסקנה זו היא תוצאה של שילוב נסיון המומחים ופרי ידיעתם המקצועית את תכונות הסם ואופי השימוש בו. אף לנו נראה כי מסקנות אלה מבוססות על הגיון פשוט ושכל ישר. חשיש אינו מתגלגל בראש חוצות והסבירות כי יגיע לקרביו של אדם מתוך בור כפיים (תרחי משמע) - נמוכה ביותר.

אין זה אומר כי לעולם אין הדבר אפשרי אולם על פי רוב אין הוא מתקיים.

לפיכך ניתן לדעתנו לאמץ את המסקנה העולה מחו"ד המומחים ולכסס, מכוחה, "חזקה שבעובדה" החלה על סוג העניינים בו עסקינן... ענייננו עוסק בהמצא סם בגופו של אדם ממש. המצאות כזו, בלא ידיעה היא בוודאי נדירה. על כל פנים בהצטרפה אל ממצא של חוסר אמון בגירסת הנאשם - וודאי כוחה רב לה לקיים את נטל הראיה והקבוע בכללי ההוכחה בדיני עונשין. יודגש, היסק כזה אינו נועל שער בפני הנאשם לעורר בו ספק, כיוון שאין הוא אלא מגבש "ראיה לכאורה" המעבירה אל שכם הנאשם את חובת ההסבר או החובה ליצור, לפחות ספק, ביכולתו של זה להניע את בית הדין להטיל ספק בכך שהוא השתמש בסם ביודעין..."

(2) אשר לטענה לפיה נחוצה "תוספת ראיה" מטעמים של "מדיניות שיפוטית", שכך דווקא המשתמש החמים יקשה להראות (או אפילו לעורר ספק) כיצד הגיעו תוצרי חילוף חומרים של סם אל כליותיו, שהרי אין לו שמץ מושג על מהלכי הסם מטעים ביה"ד כי :

"הסקת יסוד הידיעה מן העובדה שהוכחה, היא אמנם אפשרית אך איננה מחוייבת. הדבר נתון לשיקול דעתה של הערכאה השיפוטית על-פי סך הראיות שכתניה. על כך בתיחה דעתה אל הממצא המעבדתי מצד אחד ואל אורחו ומנהגו של הנאשם, דבריו בחקירה ובמשפט ונסיבות שונות אחרות - מצד שני, חתה זו חובתה להחליט אם הראיה הלכאורית שהוצגה בפניה מתגבשת לכלל ראיה סופית ומכרעת".

(3) כיה"ד נדרש גם לטענת השמירה על צנעת הפרט וכבודו, לפיה "כוחה" של חוות דעת המעבדה עלול לדרבן הרשות לכיצוען של "פעולות מנע" רבות, בהן ידרשו חיילים ליתן דגימות שתן לבדיקה.

לאחר שבחן בהרחבה את האינטרסים הילכנטיים העומדים על הפרק, מגיע בית הדין למסקנה כי :

"... השילוב שבין חומרת החופעה של שימוש בסמים לכין אופיה וטיבה של המסגרת הצבאית, מאפשר ואף מחייב להוסיף הגבלה מסויימת על החייל כדי לשמור את המסגרת מפני פגיעה רבתי. אך הגבלה זו הכרח לה שתהא מתקבלת על הדעת, בתחום גבולות של סבירות. אפשר שחצא מכאן קריאה לריסון עצמי של בעלי הזכות להורות על "פעולות מנע", אפשר שניתן להגביל מראש את הדבר ולהפקידו בידי רשויות מוסמכות בכירות. אך זה ענין של "טקטיקה" אשר אינו עשוי לפגוע במחשבה "האסטר-טגית" המצווה על מלחמה ללא פשרות בנגע הסמים...".

דעת המיעוט (שופט אחד נעזמת שופטי המותב)

(1) "כאשר מדובר במפנה כה דרמטי בדרכי ההוכחה בדבר השימוש בסם מסוג חשיט, מסוכן יהיה לשנות, חז וחלק, באופן מידי מהדרישות המקובלות היום על פי דיני הראיות בענין זה. ראוי שהמפנה יהיה הדרגתי ואם עד כה נדרשו ראיות משמעותיות נוספות לחוות הדעת המעבדתית אפשר שכיום ניתן יהיה להסתפק בפחות תוך שהמעבר הזה נעשה בזהירות ובמסלול בדוק ובטוח. גם כאשר אנחנו יוצאים מתוך ההנחה כי הממצא המעבדתי הוא בבחינת ראיה כמעט חותכת לעובדת המצאות פיזית של סם מסוג

חטיש בגופו של פלוני, דהיינו, ראייה לכאורה לכך שאותו פלוני "השתמש" בסם כזה, עדיין אין בכך ראייה מספקת להוכחת היסוד הנפשי של העבירה דהיינו, כי אותו פלוני במודע השתמש בסם המסוכן והחזירו אל תוך קרביו".

(2) "כחות דעתם של מומחי המעבדה וועדת המומחים, אין פירוט -

בצורת סבלה או בדרך אחרת - המצביע או היוצר זיקה בין כמות שנצרכה, זמן שחלף, והשרדות שרידים בדם או בשתן...

השאלה של הזמן והכמות היא חשובה עד למאוד לענין הערכת נטל ההוכחה משכם התביעה לשכמו של הנאשם. אם אומרים אנו, כי הממצא המעבדתי מקים ראייה לכאורה לכך שתוך היומיים האחרונים צרך הנאשם כמות פלונית של T.H.C. (וגם בקשר לכך מתעורר קושי, כי אין נוסחה אחידה של כמות קנבוט מול כמות המרכיב של ה-T.H.C. שבה) הרי יכול הנאשם, אולי, לנסות ולסתור את ההנחה, העולה מהממצא המעבדתי. אם מדובר בפרק זמן קצר יכול למשל הנאשם להוכיח שבאותם יום או יומיים לא יצא ממקום פלוני ושאינו באותו מקום ולא יכול להיות, סם מהסוג האמור. אם אין לנו נוסחה לפיה אפשר להצביע במידה מספקת של וודאות מתי, לכאורה, נעשה השימוש בסם, והדבר יכול שיתרחש אפילו שבועה או עשרה ימים עובר לבדיקה, כי אז נעשה הנסיון לסתור את ההנחה העולה מהממצא המעבדתי כמעט לבלתי אפשרי.

לפיכך, באמירה "יבוא הנאשם ישכנע ויסתור" עדיין לא אמרנו דבר. כיצד יסתור, באיזה יום מדובר?

אפשר שנאשם ימצא עצמו קרוב לא מפני מעשה עבריינות שביצע, אלא מחמת זאת שלא עמד לו זכרונו לשחזר ולתאר מה בדיוק עשה והיכן היה במרוצת עשרת הימים האחרונים".

(3) על-כן, לצד תוצאות הבדיקה המעבדתית שהיא ראייה "כבדת משקל",

יש לדרוש לשיטתו של שופט המיעוט "חיזוק מה למשקלה של אותה ראייה", כדי להרשיע נאשם בדין.

ה ת ו צ א ה

כדעת הרוב אוסרה הרשעתם בדין של שבעת החיילים.

* יוער, כי על פסק הדין הוגשה עתירה לבית המשפט הגבוה לצדק.

אחריות מפקדים

מהיבטי היקף חובת הזהירות שחב מפקד לחיילים שאינם תיקודיו

ת/170/84 החובע הצבאי הראשי ב' אלי"מ ע. ואל"מ ל., וערעורים שכנגד

תמצית העובדות

א.

1. בשלהי שנת 1982, במהלך סיור קצינים לבחינת שטח בלבנון עלה ג'יפ על מוקש - שלושה קצינים נהרגו ושניים נפצעו.
חקירת הארוע הביאה להעמדתם לדין של שני מפקדי חטיבות - אלי"מ (מיל') ע. ואל"מ ל. - בפני בית הדין הצבאי המיוחד.
2. הארוע התרחש במסגרת אחד השלבים לביצוע משימה, שהוטלה על-ידי דרג האוגדה. לפי ההנחיה, אמור היה כל אחד ממפקדי החטיבות לערוך סיור קצינים עצמאי, להכיר נקודות התצפית הנראות לו, כחשובות לביצוע משימותיו. יצויין, כי לבקשת אלי"מ ינ., שלא הכיר את הגזרה, סוכס על ידי מפקד האוגדה, כי עוזר הקמ"נ לצטרף אל כל אחד מהמח"טים בסיוורם, בהתאם לקביעה ביניהם.
3. בבוקר יום הארוע, יצא כל אחד מהמח"טים בנפרד לסיורו. אך, לאחר מכן, ביזמת אלי"מ ע., נוצר קשר ונקבע מקום מפגש. בשלב מסויים, נוכח תנאי מזג האויר הקשים החליט אלי"מ ל. להפסיק סיורו ולהחלטה דומה הגיע גם אלי"מ ע. , אלא, שבדרכם חזרה, חל שיפור בתנאי הראות. לפיכך, החליט אלי"מ ל. לעלות לנקודת תצפית מסוימת ולאחר שהציע לאלי"מ ע. להצטרף אליו, הסכים האחרון.
- "העליה המשותפת" אל נקודת התצפית נעשתה בשלושה כלי רכב, כאשר הג'יפ המוביל הוא זה של אלי"מ ל.
4. במסגרת ממצאיו העובדתיים של ביה"ד הצבאי המיוחד, נקבע :
 - (א) כטועד הרלבנטי חלה הוראה, לפיה נאסר לנוע בדרכי עפר, אלא לצרכים מבצעיים ולאחר "פתיחת" הציר על-ידי סיור.
 - (ב) בפחח דרך העפר המוליכה אל נקודת התצפית לא נמצא כל שלוט או סימון, שיהא בו כווי לאשר כי הציר נבדק וניתן לנוע בו בבטחה.

ג) בפועל, ביום הארוץ, דרך העפר הנ"ל לא נבדקה ולא "נפתחה", כנדרש על-פי ההוראות.

ד) "אף אחד משני הקצינים לא נתן דעתו להוראות המחייבות תיאום מוקדם עם גורמים מוסמכים לפני הכניסה לדרך העפר ואף לא גילה מודעות כלשהי בדבר הצורך לוודא את הדרך נבדקה והיא בטוחה לתנועה. מאחר ואלי"מ ע. סמך על כך שחברו - אלי"מ ל. יעשה את אשר צריך וחיוב היה לעשות בנסיבות המקרה, ואילו אלי"מ ל. הניח כי גורמים שונים במפקדת האוגדה תיאמו ובדקו את מה שצריך היה לתאם ולבדוק. עולה מהעדויות השונות, כי להנחתם של שני המערערים לא היה יסוד..."

5. לאחר שעלו המח"טים וקציני המטה אל נקודת התצפית וקיבלו בה הסברים מעוזר הקמ"נ, החלו בדרכם חזרה. הפעם, באקראי, אלי"מ ע. הוא שהחל בתנועה ראשון. חוץ כדי הנסיעה בדרך העפר, עלה הג'יפ המוביל על מוקש ושלושה מקציניו של אלי"מ ע. נהרגו.

ב. כתב האישום

בכתב האישום ייחסה התביעה לכל אחד מהקצינים עבירה של גרימת מוות בהתרשלות לפי סעיף 304 לחוק העונשין, תשל"ז-1977. לגירסת התביעה, מותם של שלושת הקצינים נגרם כתוצאה מהתנהגותם הרשלנית של שני המח"טים, אשר התבטאה בעיקר בשני ראשי הרשלנות הבאים:

1. העדר "התיאום המוקדם", לאמור: שני הקצינים לא תיאמו את כניסתם לשטח בו נערך הסיור עם הגורמים המוסמכים. תיאום זה התחייב מאופי השטח ומנתונים נוספים הקשורים בתנועה כשטח עויין.
2. הפרת הוראות מפורשות האוסרות תנועה בדרכי עפר מבלי לבדוק ולוודא, כי היא "מתוחה" ובטוחה לתנועה.

ג. קביעת בית הדין הצנאי המיוחד

"בית הדין המיוחד איבחן בין דינו של אלי"מ ע. לזה של אלי"מ ל. אשר לאלי"מ ע. קבע ביה"ד, כי נתמלאו לגביו יסודות העבירה, לפי סעיף 304 לחוק העונשין, תשל"ז-1977: -

1. אלי"מ ע. חב חובת זהירות לשלושת הקצינים.
2. הפרת החובה התבטאה בהעדר "התאום המוקדם" ובהפרת הוראות התנועה בדרכי עפר, כמפורט לעיל.

3. נתקיים קשר סיבתי בין ההתנהגות הרשלנית לתוצאה הקטלנית.

אל"מ ל. זוכה מהאשמה שיוחסה לו, והורשע כעבירה של התרשלות, לפי סעיף 124 לחוק השיפוט הצבאי, תשט"ו-1955. בענין זה נקבע, כי הגם ש"רשלנותו של אל"מ ל. אינה פחותה מזו של אל"מ ע. ואף עולה הימנה..." אין לראותו אחראי למוותם של שלושת הקצינים שנהרגו משום שהם נימנו על פיקודיו של אל"מ ע, ועל כן אין הוא חב להם חובת זהירות.

ד. הדין בפני בית הדין הצבאי לערעורים

בפני בית הדין הצבאי לערעורים נשמע ערעור החובע הצבאי הראשי על זיכויו בדין של אל"מ ל. מעבירה לפי סעיף 304 לחוק העונשין - מזה; וערעורם של הקצינים - איש איש על הרשעתו - מזה.

בדחות ערעור הקצינים, ובקבלו את ערעור החביעה קבע בית הדין לערעורים :

ה ר ש ל נ ו ת

1. "...אסור היה להכנס לדרך העפר המובילה לחצפית מכלי לווזא קודם לכן שאותה דרך... נבדקה ונמצאה בטוחה לתנועה אותו בוקר; ואין בעובדה שלא נמצא במקום שלט לרישום עובדת "הפתחה" ואף לא גדר לחסימת דרך העפר כל עוד לא "נפתחה", כדי לשנות".
2. נוכח זאת, "יש לראות כל אחי מן הקצינים כמי שהתרשל במילוי חובתו כלפי פיקודיו, בכך שהורה לפיקודים להכנס (יחד עימו) לדרך העפר מכלי שוידא קודם לכן שאותה דרך "נפתחה" כאמור".

האחריות לגרם המות

1. אל"מ ע. - "משקרינו אל"מ ע. התרשל במילוי חובתו כלפי פיקודיו בעצם הכניסה לדרך העפר - שוב לא יכולה להיות מחלוקת שהוא נושא באחריות למוותם של פיקודיו שלו עקב העליה על המוקש".
2. אל"מ ל. - "הפתרון לשאלת אחריותו... נעוץ באופיה של "מעורבותו" בקבלת ההחלטה... בדבר הכניסה לדרך העפר... שכל עוד נושאת המעורבות אופי של "שותפות להחלטה" - באופן שההחלטה היחה בסופו של דבר "משותפת" לשניהם - ייראה אל"מ ל. כמי שנטל על עצמו חובת זהירות גם כלפי פיקודיו של אל"מ ע."

"משחומר הראיות מלמד כי ההחלטה הייתה "משותפת" קובע בית הדין כי "האסון נגרם עקב החלטה בצוותא חדא של תובת הזהירות המשותפת שחבר השניים לכלל פיקודיהם".

3. ביה"ד הטעים, כי העובדה שכל אחד מהקצינים נשאר בכינת "המפקד" של יחידתו, אין בה כדי לגרוע מכך שהשניים "נושאים יחד בחובת זהירות משותפת כלפי הנמנים על 'שתי היחידות'".

החביעה הצבאית הראשית

ועוד לעניין סעיף 10א' לפקודת הראיות (נוסח חדש)

198/85/ע התובע הצבאי הראשי נ' טורי' יעקב

התשתית העובדתית ופסק הדין של הערכאה הראשונה

א.

שני חיילים (ויקטור ושמעון) הורשעו בעבירת גניבת עשרים אקדחים צבאיים. אלה נדונו והורשעו בדין.

טורי' יעקב הועמד לדין באשמה, כי רכש משמעון את אחד האקדחים. לפי שנבית הדין הצבאי המחוזי הכחיש שמעון כי מכר לנאשם (יעקב) אקדה, הוגשו אמרותיו מכוח סעיף 10א לפקודת הראיות.

באחת מהן נאמר:

"... ליעקב מכרתי אקדה אחד נדמה לי שזה היה בתקופה שויקטור ישב בכלא על עריקות - תמורת 30,000 שקל. לא זוכר מה עשיתי בכסף הזה... אח כל המכירות ומסירת האקדחים עשיתי בלוד..."

ביה"ד העדיף את אימרתו של שמעון על-פני עדותו בבית הדין, אלא שקבע, כי האמרה:

"אינה... מפורטת דיה ולקונית למדי..."

לפיכך צריך לה "דבר לחזוקה" רב. הראיות שהתביעה ביקשה לסמוך עליהן לצורך זה אינן אלא "חיזוקים... רעועים למדי". לפיכך, לא סר הספק בדבר אמיתות הגירסה שבאימרה ויש לזכות הנאשם.

ערעור התובע הצבאי הראשי

ב.

בערעורה טענה התביעה בפני בית הדין הצבאי לערעורים, כי לא זו בלבד שהאימרה מפורטת דיה, אלא שאף קיימים לצידה דברים לחיזוקה, במידה מספקת.

אשר לתוכן האימרה הוטעה, כי פורטו בה שמו של הנאשם כקונה האקדח, מועד המכירה, מקום הביצוע וסכום התמורה. בכך ניתן פרוט למרכיביה המרכזיים של עיסקה המכירה. אשר ל"דבר לחיזוקה" הצביעה התביעה על מספר נתונים בחומר הראיות, היכולים לשמש לצורך זה. בין אלה מנתה התביעה את העולה מעדותו של ויקטור כי במועד הרלבנטי אכן היה כלוא, וכי עם צאתו מן הכלא נתחוויר לו כי מספר אקדחים חסרים. שמעון מסר לו סכום כספי כחלקו בתמורה שנתקבלה ממכירת האקדחים.

נמצא כי העדות מבססת את עובדת מכירת האקדחים על-ידי שמעון, ואף מחזקת את הראיה בדבר מועד המכירה ונסיבותיה.

עוד נטען, בפני בית הדין, כי הנאשם נחקר שש פעמים ובכולן כאחד מילא פיו מים. התנהגות זו - אף היא משמשת חיזוק לראיות החביעה.

ראה: ע"פ 230/84 חג'בי נ' מדינת ישראל, פד לט(2) 785. לפיכך נתבקש ביה"ד לקבל הערעור ולהרשיע המשיב; ולחילופין להחזיר הדיון לערכאה הראשונה.

ג. פסיקת בית הדין הצבאי לערעורים

בקבלו את עתירתה החלופית של התביעה קבע בית הדין כי בפני הערכאה הראשונה נדחתה בקשת התביעה לקבל כראיה שני מסמכים, שעל-פי הדין היה על בית הדין לקבלם:

1. סרט הקלטה בו נשתמרה שיחה בין אחד החוקרים לשמעון בו מסר דברים מפורטים אודות מכירת האקדוח. בהתאם לפסיקת בית המשפט העליון - לענין פרשנות סעיף 10 א לפקודת הראיות - שניתנה לאחרונה (ע"פ 141/84 (סרס פורסם)) נקבע:

"... בכלל הדיבור יבכתבי ניתן לכלול דברים שהעד רשם במו ידיו על גיר או שהועלו על גיר או באמצעי רישום אחר או שימור אחר".
לפיכך קובע בית הדין לערעורים:

"על פי גישה פרשנית זו מן הדין היה שהערכאה הראשונה תקבל את סרט ההקלטה אם הוא עומד בשאר המבחנים הכלולים בהוראת סעיף 10 א לפק' הראיות ואם הוא עומד במבחני קבילות הקלטה בתור שכזאת.
... הוא הדין לגבי התמליל".

2. פרוטוקול הדיון בענין שמעון

בפני ביה"ד המחוזי ביקשה התביעה להציג כראיה פרוטוקול הדיון בענינו של שמעון, כדי להסתמך על עובדות בהן הודה שמעון.

ביה"ד המחוזי סרב לבקשה, הואיל וסבר שמרטים שהוסכמו בין תובע לנאשם במשפט אחד אינה יכולים לשמש כראיה נגד אדם במשפט אחר.

נדחתו את קביעת הערכאה הראשונה קבע בית הדין לערעורים: "פרוטוקול של בית דין צבאי הוא ראיה עצמאית, בלתי ניתנת לסתירה ("ראיה חותכת")

על הדברים שנרשמו בו (סעיף 486 לחש"צ). כוחו הראיתי המוחלט של הפרו-
טוקול מצומצם להוכחה העובדה שהדברים הרשומים בו נאמרו באזני בית
הדין. ואילו תוכנו של הפרוטוקול עשוי להיות רלבנטי - ולפיכך גם קביל -
בשני מישורים. האחד; מישור המהימנות, היינו, לענייננו, לשם הוכחת
סתירה בין הגירסה אותה מסר טובול - או הודה בה כמשפט שלו, לבין זו
שמסר בעדותו כבי"ד קמא. זאת מתוך מגמה להשתמש בסתירה בין הגירסאות
כאמצעי לחיזוק הגירסה הכלולה באימרות שנמסרו בשלב חקירת מצ"ח.

המישור השני הוא מישור ההוכחה. ניתן לראות בפרטים העובדתיים הכלולים
בפרוטוקול (אלה הקרויים "פרטים נוספיה") ואשר שמעון הודה בהם, כאימרת
פיו שנרשמה עלי הפרוטוקול. לפיכך - בהתקיים התנאים הקבועים בסעיף 10א
לפק' הראיות - אימרה זו יכולה להוות ראיה עצמאית כנגד המשיב (דומה
כי אימרה כזו, שהיא, מן הסתם מרי ניסוח שאינו יציר לשונו של העד,
עשויה בכל זאת להחשב כאימרת פיו מכוח האישור שניתן לה על ידו. על כן
תוכל אימרה כזו לעמוד גם במבחן המצמצם שהציע כב' השופט ש. לוי - בעל
השקפת הרוב - בע"פ 141/84 הנ"ל).

ודוק. הן לענין מישור המהימנות והן לענין מישור ההוכחה ראוי לעיין
כי שמעון נחקר כבי"ד קמא אודות הדברים שמסר במשפטו".

3. לפיכך הוחזר התיק לבית הדין הצבאי המחוזי לקבלת הראיות אשר צוייכו
לעיל. לאחר מכן יוכל בית הדין לבחון מחדש מטקל הראיות ולחרוץ דינו
של הנאשם.

התביעה הצבאית הראשית

ענישה - עבירות אבדן נשק - סוג העונש ההולם

ע/305/85 התובע הצבאי הראשי נ' סג"מ ארז

ע/344/85 התובע הצבאי הראשי נ' סגן אלון

התשתית העובדתית

א.

בשני תיקי הפרדים שנדונו בפני בתי הדין הצבאיים המחוזיים, נתברר ענינם של שני קצינים, שהורשעו בגין אבדן נשקם האישי - עבירה של אי-שמירת רכוש צבאי, לפי סעיף 80(א) לחוק השיפוט הצבאי, תשט"ו-1955.

בענינו של סג"מ ארז דובר באבדן הנשק כעת חופשה, בביתו במושב. בלילה הסתיר הנאשם נשקו בחדר, בין רמקול לארון, ונרדם כשדלת החדר אינה נעולה. למחרת, גילה כי נשקו נגנב כשהלך הלילה.

הערכאה הראשונה התרשמה כי המדובר ב"קצין מעולה, חדר מוטיבציה ורוח התנדבות שהוא ממיטב הנוער וכימים אלה נכנס לשרות קבע"; וכי "שליחתו למאסר תפגע יותר בצוותו שנשאר ללא קצין-מפקד, מאשר בנאשם עצמו".

לפיכך החליט ביה"ד המחוזי, כי במקרה זה ניתן להסתפק בעונש של מאסר על-תנאי שלצדו עונש של קנס כספי, וחייב בתשלום פיצויים. בקביעתו זו ציין ביה"ד, כי את האסמכתא לאי-גזירת עונש של כליאה בפועל מצא בע/240/85 - בו ניתן לראות, לשיטת ביה"ד המחוזי, משום "השמטת הבסיס" מחמת ההלכה הפסוקה לפיה, העונש הראוי לעבירה של התרשלות בשמירת נשק הוא עונש של כליאה בפועל. באותה רוח פסק גם ביה"ד המחוזי בענינו של סגן אלון. שם דובר באבדן נשק, בעת חזרה מאימון בשעות החשיכה - שעה שהנאשם כיוון את נגמ"שי היחידה בעלייתם על מוביליהם; לצורך הכיוון היה הנאשם זקוק לשתי ידיים 'חופשיות' ולפיכך הניח נשקו על כנף ב.נ. שהיה במקום; והנשק אבד.

אף כאן מצא ביה"ד כי "הנשיב הוא קצין מוכשר ומצטיין בחפקידו... בן להורים בעלי שורשים מושרשים במדינה, ספג חינוך לערכים ושהווה דוגמא חיה לאותו נוער שכל עם יכול להתברך בו" - ולפיכך הסתפק במאסר על תנאי, קנס וחייב כפיצויים.

קביעת בית הדין הצבאי לערעורים

ב.

בקבלו את ערעורי התביעה לפיהם ראו בתי הדין המחוזיים פנים שלא כהלכה, בפסק הדין שניתן בע/240/85 קבע בית הדין לערעורים:

1. ככלל, יש לגזור בעכירה של התרשלות בשמירת נשק אישי - עונש של כליאה לריצוי בפועל. הטעמים העומדים מאחורי העקרון "נותרו בעינם וליחם לא נס, המקרים של אוכדן נשק אישי בשל התרשלות בשמירתם חוזרים ונשנים; ו'התנחה ביסוד מגמת ענישה זו היא שכוחו של עונש מאסר להחדיר לתודעת הרבים את הנורמה של שמירה ראויה על נשק וכך למנוע את התוצאות הקשות העוללות לנבוע מאובדן' (ע/165/85)",
2. ההלכה קבעה כי ניתן לססות מן העקרונות במקרים בהם מדובר במידה 'זעירה' של רשלנות או במקרים נדירים ביותר בהם מחיימות נסיבות מיוחדות ויוצאות דופן המצדיקות הימנעות מהטלת עונש של כליאה בפועל.
"בנסיבות אישיות שאינן 'מיוחדות במינן', לרבות שירות למופת, תשמשה גורם לקביעת משך תקופת הכליאה בפועל בלבד ולא שיקול בדבר עצם הטלתו של עונש זה".
3. אשר לע/240/85 קובע בית הדין לערעורים :
"אכן, לכאורה ניתן להתרשם כאילו הגורם שהכריע את הכף לזכותו של הנאשם שם, נעוץ בדרגתו וכעברו הצבאי, וכך סבר גם כיד"צ קמא, ברם, לנו נראה כי ההימנעות מהטלת עונש של כליאה בפועל באותה פרשה נעוצה, בסופו של דבר, בהערכת "חומרתו" של המחזיל ששימש כפיס להרשעה; כאשר הדרגה והעבר הצבאי מהווים אך גורם מצטבר המחזק את ההחלטה לראות אותו מקרה כמקרה "חריג", אך לא המבסס אותה.
ויודגש: לקיחה בחשבון של "עבר צבאי מפואר" אין בה משום "אפליה ובגיסה בעקרון של שוויון בפני החוק"; וגם אם "כרוכה" בו דרגה בכירה. העובדה שבעל עבר צבאי מפואר הינו גם בעל דרגה בכירה אינה צריכה להיות לאותו אדם לרועץ, ואין בה כדי ליטול מעברו הצבאי את כוחו לעמוד לזכותו".
עוד הטעים בית הדין לערעורים "לא למותר יהיה להוסיף, כי יתכן שאילו :
אנו נחבקשנו להחליט מה מידת הרשלנות שגילה הנאשם בתיק ע/240/85 היינו נוקטים גישה אחרת מזו שננקטה שם. ברם, אין אנו צריכים לנקוט עמדה בסוגיה זו במקרה דנן".
4. לפיכך הואיל ובשני המקרים, רשלנות הנאשמים לא היתה זעירה, נחבל הערעור ועל כל אחד מהנאשמים הוטל עונש של 30 ימי מחבוש לריצוי בפועל, לצידו של המאסר המותנה.

משך תקופת המחנ"ש נקבע "בהתחשב בשירותם המצויין" של הקצינים והואיל
ואין ערכאת הערעור ממצה את הדין "עם מי שלא הוטל עליו צונש של כליאה
בפועל".

התביעה הצבאית הראשית

רבותי ההיסטוריה

המסמך שיוכא להלן הינו הנוסח המקורי של מכתבו של א. גורלי, ראש השרות המשפטי בצבא הגנה לישראל, מיום 5 ספטמבר 1948, אל שר-הבטחון ובו פירוט השיקולים שהנחו את השרות המשפטי בהכנת הצעה לחוקת השיפוט הצבאי "... שיהא כה משום מילוי הצרכים של צבא ההולך ונכנת במדינה צעירה..."

שרות משפטי "
תוכל/2/8
5 ספטמבר, 1948

שר הבטחון

הריני חוזר למכתבך מס' בטמט/156 מיום 6.7.48 בענין "המשטר המשפטי והחוקי בצבא ובמשרד הבטחון" ומתכבד להודיע כי קתייחסתי ככל כבוד הראש למשימה זו שהוטלה עלי ושראיחתי בה זכות מיוחדת עבורי. נסיתי לפיכך במינימום של זמן, ונוכח עומס רב של עבודה שוטפת, לעשות מאמץ עליון כדי לבצע את המשימה, ולו רק בחלקיה העיקריים.

2. במכתב הנ"ל נתבקשני, היועץ המשפטי זאני, "להגיש בהקדם האפשרי תכנית מוסכמת או שתי תכניות, במקרה שלא חסכימו ביניכם, על סדור המנגנון המשפטי והחוק הצבאי במשרד הבטחון ובצבא". הואיל ולא הוגשה תכנית מוסכמת, הריני מתכבד להגיש תכנית נפרדת.

3. כנוגע למבנה משרד הבטחון על מחלקותיו, לא היה סיפק בידי ובידי עוזרי ללמוד את הבעיות ועל כן לא ראינו את עצמנו מוסמכים להציע הצעה בשטח זה. אני מציע רק בקוים כלליים ראשי פרקים ביחס לתפקידי אגף (או מחלקת) המשפטים במשרד הבטחון (נספח "א").

4. ביחס לחוקי הצבא, יש להבחין בין חוק השיפוט הצבאי ובין חוקים אחרים הנוגעים לצבא. לסוג החוקים האחרים האלה שייכים החוקים דלקמן :

- א. חוק הגיוס לצבא.
- ב. חוק הנוהג והמשטר בצבא.
- ג. חוק הקובע את המבנה של הצבא.
- ד. חוק הקובע את החובות והזכויות של חייל בשטחים שונים, כגון תנאי שרות, שכר, חופשה וכו'.

שני החוקים הראשונים קיימים למעשה, הראשון כצורה תקנות וצווים שונים והשני עומד להתפרסם ע"י ראש אכ"א. שני החוקים זויחרונים כרוכים בעיקר בשאלות המצריכות החלטה צבאית-מדינית עקרונית וההתפתחות בשטחים אלה טרם הגיעה לידי שלב שיאפשר זאת. תהליכי הגידול הבלתי פוסקים אינם מניחים עדיין להציע גיבוש במסגרת של חוקי קבע.

5. למטרת הכנת החוק לשילפוט צבאי וחוקים צבאיים אחרים הרכבתי ועדה במטה השרות המשפטי. חברי הועדה, חניכי אסכולות משפטיות שונות, עיינו בחוקות צבאיות של מדינות שונות ובתוכן בחוקות הצבאיות של אנגליה, ארצות הברית, רוסיה, צרפת, גרמניה הוולמרית, הולין, צ'כוסלובקיה ובלגיה. לאחר חילופי-דעות בכמה ישיבות ניגשה הועדה בהדרכתי לנסוח הצעת חוקה. פרי עבודתה של הועדה רוכז, נבדק והוחאם על ידי והנני להגישו בזאת. כדי להקל על העיון בחומר ניתן במסמך המצורף לזה וחמסומן באות "ב" תקציר ההוראות העיקריות של החוקה המוצעת. הנוסח המלא של ההצעה מצורף גם הוא ומסומן באות "ג".

6. כפי שצויין במכתבך הנ"ל, הרי במערכת המשפט אשר מדינת ישראל קיבלה בירושה מאת שלטון המנדט נפקד מקומה של חוקה צבאית, שכן לארץ-ישראל כארץ-מנדט לא היה צבא משלה. ארגון ה"הגנה" עמד על כך, ובשלבים האחרונים של תהליך הכשרתו למשימה של צבא במדינה הוא הוציא את חוקת השיפוט תש"ח אשר, עם כל מגרעותיה, מלאה ומוסיפה למלא תפקיד חשוב בהשלמת החוק בצבא, הואיל ועדיף חוק כלשהו על חוסר חוק בכלל. ואולם הנסיון שנרכש במשך החודשים האחרונים הוכיח, כי חוקת השיפוט תש"ח, תלקויה בלאו הכי, אין ביכולתה למלא את הצרכים של צבא סדיר, וחיוני הדבר שהיא תוחלף בהקדם בחוקה חדשה אשר תעמוד בהתאמה לתנאים בהם נחון הצבא שלנו.

7. הבא לנסח חוקה לצבא יכול לבחור מתוך החוקות של מדינות שונות את החוקה הנראית לו ביותר ולתרגמה לשפתו, עם או בלי שינויים. ואולם דרך זו, שהיא ללא ספק הקלה יותר, נראית לי כפסולה מעיקרה. הכנסת כל חוקה זרה על קרביה לא תתכן מבלי לקבוע את נפשו ואת עצמיותו של הצבא. אמנם יש ויש, לדעתי, ללמוד את החוקות הנהוגות בארצות שונות ולהסיק מסקנות מן הנסיון הרב הגלום בהן; חברי בוועדה ואנכי השתדלנו לעשות זאת להי מיטב יכולתנו, אך חוקתנו חייבת להיות מבוססת על העקרונות שעליהם מושתתת מדינתנו ועל ניתוח מצבנו המיוחד; היא חייבת להביא בחשבון את דמותו העממית של צבאנו, את בעיותיו ונחיותיו המיוחדות, ואת הנסיון שנרכש במשך תקופת הפעולה הקצרה של חוקת השיפוט תש"ח. רק חוקה שמנסחיה ישכילו לקחת מן הטוב שבחוקות אחרות, כשהבעיות המיוחדות שלנו כנגד עיניהם, תוכל למלא את תעודתה בצבא שלנו ובכנינו. (אגב, בדרך זו הלכו גם מנסחי תקנות "הנוהג והמשטר" בצבא, העומדות להתפרסם בקרוב כנ"ל).

8. בין החוקות הצבאיות השונות מהווה החוקה האנגלית יוצא-דופן מבחינת המבנה שלה ואופן צמיחתה. בעוד שהחוקות הנהוגות במדינות יבשת אירופה הן פרי מעשה-חקיקה חד-פעמי מכונן ומחושב, הרי החוקה האנגלית היא יצירה אנגלית מובהקת שצמחה ועלתה מתוך החוק האנגלי "המקובל" ונבנתה נדבך על גבי נדבך במשך תקופה ארוכה בהתאם לתנאים ולצרכים של צבא המשרת קיסרות שהמטרופולין שלה שוכן באי. אני סבור כי בגיסתנו לנסוח חוקה צבאית, ראוי לנו כמדינה צעירה להעדיף באופן כללי את שיטת התחיקה המחושבת והיוצרת על שיטה המבוססת על חוק מסורתי של עם זר. ארצות הברית, שם נהוגה שיטת המשפט האנגלית, ראו הכרח לעצמן לטעות כחוקתן הצבאית סטיות ניכרות מהחוקה האנגלית, אשר בהן עזר ידובר להלן. אין גם לשכוח שאם תונהג בצבאנו חוקה המבוססת על החוקה האנגלית יירדת המשפט הצבאי שלנו למרכבת התקדימים האנגליים ולעקרון האנגלי בדבר כוחו המחייב של התקדים ונהיה עדים לציטוט פסקי דין אנגליים בבתי הדין של צבא ההגנה לישראל.

9. כאמור, השתדלתי לשלב בהצעתי מה שנראה היה לי כמתאים לצרכים שלנו ולא התעלמתי מהטוב ומהמועיל בשיטה האנגלית, מה גם שחלק מהקצינים שלנו שרת בצבא הבריטי. נכמה וכמה עניינים חשובים, בהם הורגלו קצינינו, הלכתי בעקבות החוקה האנגלית כפי שיובהר להלן. ואולם תמיד היו לנו עיני הכעיות המיוחדות של צבאנו בשטח המשפט, כפי שעמדתי עליהן תוך מילוי תפקידי כראש השרות המשפטי, והצעתי היא נסיון לתת דפוסים לשלמות אורגנית שהיא בה משום מילוי הצרכים של צבא ההולך ונבנה במדינה צעירה.

10. החלק הראשון של ההצעה (הגדרות) מכיל את המונחים ופירושיהם. ביסודו של החלק השני של ההצעה ("פליליט") מונחת ההנחה כי צריך שתהא אחדות מלאה ככל האפשר בין עקרונות החוק הפלילי הצבאי ובין אלה של החוק הפלילי האזרחי. לפיכך קובעת החוקה שהחלק הכללי של פקודת החוק הפלילי 1936 הודן בעקרונות האחריות הפלילית, יחול גם על עברות לפי החוקה הצבאית. אגב, אין החוקה האנגלית כוללת כל הוראות בנדון זה הואיל ובעיות אלה נחתכות באנגליה לפי עקרונות החוק "המקובל"; נקודה זו יש בה כדי לחזור ולהעמידנו יל כך כשה פסול נסיון להנהיג אצלנו תרגום של איזו שהיא חוקה צבאית.

להלן דן החלק השני בעברות השובות, והוא מבוסס בעיקרו על החוקה האנגלית, אך גם כאן חייבו תנאינו שינויים והתאמה. בחוקה האנגלית תופסות מקום רב עברות "בריטיות", כגון שכרות, השתחפות בדי-קרב וכו', שלא יכירן מקומן בצבא שלנו. לעומת זאת, מצאתי לנחוץ לאור נסיון החדשים האחרונים, להקדיש בהצעתי תשומת לב מיוחדת לעברות הקשורות ברכוש.

זאת ועוד: השיטה האנגלית נוהגת לקבוע עונש מקסימלי לעברה ומשאירה לשקול דעתו המוחלטת של השופט להטיל כל עונש הנראה בעיניו כמתאים במסבות הענין. השופט האנגלי משתמש בשיקול דעתו לאור-מושגים מסוימים של "משחק הוגן", "שכל ישר", "חקנת הרבים" וכו' שנשתרשו בנפשו של האנגלי כפרי חיבוך של דורות. אנו קיבלנו שיטה זו בירושה מאת שלטון המנוח בשטח החוק הפלילי האשרחי והשארתי בעינה את שיטת המקסימום, אך יחד עם זאת מצאתי לנחוץ להכניס לחוקה את המושגים של "מסכות מקילות" ו"מסכות מחמירות", המקובלים בחוקות היבשתיות, על מנח שימשו לקצינינו שישבו בדין מעין הדרכה והתוואת-דרך בללית כיצד עליהם להשתמש בשיקול-דעתם לגבי מידת העונש.

11. החלק השלישי של ההצעה דן בענין בתי הדין. בשיטה הבריטית אין כל מנגנון קבוע של בתי דין צבאיים. המפקד המוסמך מרכיב בית-דין צבאי לכל מקרה של עברה. בדין יושבים קצינים - הדיוטות. גם הקטיגור אינו קבוע - הוא מתמנה לצורך כל משפט. ישנו רק מוסד אחד של קבע בשיטת השיפוט הצבאי הבריטי והוא השופט - הפרקליט; זהו איש-משפט שאינו נוטל כל חלק בהכנת המשפט ותפקידו במשפט עצמו הוא להדריך את השופטים - ההדיוטות בענייני משפטיים. פס"ד שניתן ע"י בית דין צבאי אינו ניתן לערעור אך אין הוא שלם כל עוד לא אושר ע"י המפקד המוסמך.

לעומת השיטה "המשפחתית-פרסונלית" הנ"ל קיים בצבאות של מדינות יבשת אירופה ובמידה מסוימת בארה"ב מנגנון טריטוריאלי-שיפוטי של קבע. לפי שיטה זו יושב בכל בית דין צבאי לפחות קצין-יופוט אחו היוזע-חוק. הקטיגוריה נתונה אך היא בידי קצינים יודעי-חוק שמלאכתם בכך. אגב, בזמן האחרון התרבו אף בחוגים בריטיים קולות התובעים תיקונים בכיוון "טריטוריאליזציה" ומונטגומרי הנהיג בתקופה ידועה משהו הדומה לבתי משפט קבועים.

12. השיטה הבריטית מחייבת ששכילי החוק הצבאי יהיו נהירים לכל קצין בצבא, כאשר כל קצין יכול להקרא מדי פעם בפעם למלא תפקיד של שופט, קטיגור או סניגור. בתכנית הלימודים של בתי הספר לקצינים באנגליה תופס החוק הצבאי מקום נכבד ביותר ואינו נופל בחשיבותו ממקצועות לימוד צבאיים, ידיעה יסודית של החוק היא חלק מהכשרתו של הקצין הבריטי ושל המשכיל הבריטי בכלל.

מצב זה הוא רחוק מן המציאות שלנו. מספר הקצינים בצבאנו ששרתו בצבא הבריטי קטן יותר משנוהגים לחשוב, ובעיקר מועט מספרם כין המפקדים בשדה אשר השלטת המשמעת ביחידות מוטלת בעיקר על שכמם. הרוב המכריע של קצינינו רכש את ידיעותיו והוכיח את כשרונותיו לא בבתי-ספר לקצינים אלא בפעולה ובמערכת. יחר על כן, המחחרת ששימשה ערישה לרוב קצינינו, השרישה בלבם זלזול ככל הנוגע לענייני חוק ומשפט ועוד יעבור זמן רב עד שהחוגים הרחבים של קצינינו (ואזרחי המדינה בכלל) יוחדרו באותו

יחס הכבוד לחוק אשר כל קצין צבא במדינה מסודרת חייב בו, מכלי למתוח ביקורת על מישהו עלי לקבוע כעובדה שקצינים רבים, מתוך דגש-נאמנות אשר תכופות אינו במקומו, מעדיפים לעיתים קרובות מתן חפז למעשי-עברה של פיקודיהם על מסירתם לדין. כל מי שעקב מקרוב אחרי פעולת בתי הדין הצבאיים שלנו מאז הקמת צבא ההגנה לישראל נוכח באמיחות דברים אלה.

13. במסיבות אלה יש לשאוף לכך, שעניני השיפוט הצבאי לא יהיו רק בידי קצינים - הדיוטות, כי אם שישתתפו גם קצינים מומחים יודעי חוק. אולם רק ביחס לפשעים רציניים, כי בידי הקצין - ההדיוט נשאר השיפוט המשמעתי על פיקודיו. שיטה זו, בה ממלאים התפקידים ככל משפט רציני גם יודעי חוק, מכטיחה שמירה על החוק וסדרי-הדיון ומונעת עיוות דין הן לגופו של הענין והן למראית עין; שיטה זו מעמידה את השיפוט הצבאי על בסיס איתן ושריטה את קרנו בחוק הצבא ובעיני הציבור בכלל.

14. לפי החוקה המוצעת בזה יאורגן השיפוט הצבאי על בסיס טריטוריאלי, אולם אפשר יהיה להעניק אבטובומיה שיפוטית לחילות מיוחדים (כגון חיל הים או חיל אויר). דבר זה עולה בד בבד עם המבנה "החזיתי" החדש של הצבא: המרחב ישמש בסיס השפוט, אך יחד עם זאת חילות כגון חיל-האוויר וחיל-הים יוכלו ליהנות מעצמאות בשטח השיפוט, אם שר הבטחון יחליט כך.

הפשעים הרציניים יובאו בפני ב"ד "אזורי" בו ישב שופט מקצועי אחד ושני "דיינים" קצינים - הדיוטות המתמכים ע"י מפקד ה"אזור". המפקד חפשי לחלוטין במינוי הדיינים. השיטה המוצעת מכטיחה את השפעת המפקד על מהלך המשפטים. אפשר לערער בפני ביה"ד הצבאי העליון המורכב כולו שופטים מקצועיים; תפקידו של ביה"ד העליון הוא בעיקר בהכרת בעיות משפטיות וכמניעת עיוות דין בענינים רציניים. ב"ד אזורי וב"ד עליון המורכבים כנ"ל הם כדוגמת המקובל ברוב המדינות כיבשת אירופה. בפשעים כמו רצח, אונס, מעילה, גניבה, בגידה וכו' הגורם הקובע הוא הצד הפלילי שבענין. אין כאן דבר אפייני לחייל דווקא. מכאן שיש לתת לאנשי חוק דעה בשיפוט עברות כאלה, עליהן עלול אדם להתחייב בנפשו או למוח או להאסר לתקופת זמן ארוכה. מאידך, בשטח העברות על נוהג ומשטר, עברות משמעת, הדין היחיד הוא המפקד המוסמך לתת מאסר בגבולות חודש ואין לאנשי חוק כל תפקיד בשיפוט המשמעתי. כאן קובעים עניני החייל כאיש צבא וכמו בכל הצבאות קובע כאן המפקד בלבד.

15. שלב ביניים, הקיים גם בחוקת הצבאית של ארה"ב הוא "בי"ד צבאי מקומי", שכל שופט מקצועי יחיד ויהיה מוסמך לשיפוט בעברות קלות ולהטיל עונש מאסר עד 3 חדשים (מוסד דומה קיים בצבא הצ'כי). הדיון בבי"ד זה יהיה מקוצר; הוא

יטפל בענינים שאינם קלים במידה כזאת שאפשר לטפל בהם בדרך שיפוט משמעתי, אך אינם די חמורים כדי להצדיק העברתם לבי"ד אזורני. לא יהיה ערעור על פס"ד של בי"ד מקומי, אך הוא יהיה טעון אישור מפקד "האזור".

16. בשטח השיפוט המשמעתי הנדון בחלק הרביעי של ההצעה אין הבדלים יסודיים בין השיטות השונות כפי שצויין כבר לעיל. ניסיתי בהצעתי לעצב שיטת דיון משמעתי אשר חתן בידי המפקד מכשיר חשוב ויעיל אשר בעזרתו יוכל להשליט משמעת ביחידות, מבלי שיהא חייב להיות מומחה בעניני חוק ולקיים ברור משפטי על כל דקדוקיו.

17. בחלק החמישי של הצעתי יש להבחין בין פרק א' הדין בחקירה לפני המשפט ובין יתר הפרקים הדנים במשפט, בערעור ובדיני ראיות.

מתוך האמור לעיל בנוגע לצורך בקיום מנגנון תביעה קבוע נוכע גט הצורך בהתאמת צרכי החקירה לשיטה הנהוגה בכל ארצות העולם חוץ מאלה שבהן נהוגה השיטה האנגלית. החקירה חתה נתונה בידי תוכע צבאי אשר יעזר, כמובן, במחלקות החקירה של המשטרה הצבאית והאזרחית לפי הצורך, ולא בידי קצינים-הדיוטות.

לעומת זאת, בכל הנוגע למהלך המשפט והערעור ולדיני הראיות, השתדלתי שלא לסטות מן המקובל והמחייב בבתי-הדין והאזרחים של המדינה. סדרי הדיון ודיני הראיות שיחייבו בבתי-הדין הצבאיים דומים לאלה שביתר בתי-הדין של המדינה, באותם ההבדלים אשר האופי המיוחד של בי"ד צבאי מחייב אותם.

18. בסוף החוקה המוצעת ניתנו הוראות בנוגע: לחנינה; לועדות חקירה שהוכיחו את יעילותן בצבאות שונות; לשחרור אסירים על חנאי בתקופת-חרום; ולעקרונות כלליים בענין הקמת בתי-כלא ומקומות-מעצר. החקנות המפורטות על המשטר הפנימי והסדרים הפנימיים בבתי הכלא ובמקומות המעצר נוסחו אף הם ואמציאן בימים הקרובים.

19. נוסף להצעת החוקה הצבאית הנני מצרף לזה גם הצעות-חוקים בשטחים הנוגעים לעניני צבא ובטחון והם: -

- א. תקנות שעת-חרום בענין בתי-דין צבאיים לשיפוט אזרחים (נספח "ר").
- ב. תקנות שעת חרום בענין מעצר אדמיניסטרטיבי (נספח "ה").
- ג. תקנות שעת חרום בנוגע לשיפוט בשטחים נטושים (נספח "ו").
- ד. תקנות שעת חרום בנוגע לשיפוט עברייני גיוס (נספח "ז").
- ה. תקנות שעת-חרום בנוגע לנשיאת נשק והחזקתו (נספח "ח").

20. אני מודה על האימון שניתן לי בהטלת המשימה הנ"ל על שרותי ומקווה שהצעות החוקים הנ"ל ישמשו בסיס לחוקים שצבאנו כה זקוק להם.

(-)

א. גורלי
ראש השרות המשפטי
של צבא ההגנה לישראל "

"הודאות....(מרצון טוב וחופשי כמוכן)"

- * סא"ל אלי בלייכר אשר שימש כראש ענף חקירות אפסניה פרש מצה"ל. לתפקיד מונה רס"ן יעקב עינב, אשר הועלה לדרגת סא"ל.
- * סא"ל מנחם עצמון - ששירת כיועץ משפטי של יחידת הקיסור ללכנון פרש מצה"ל, ובמקומו מונה סגן נתן רוזנברג.
- * סא"ל אליהו קי דר מנקח"ל פרש מצה"ל, במקומו מונתה רס"ן יפה הרצברג.
- * רס"ן שלמה אלכביר - ששימש כסגנו של התובע הצבאי הראשי השתחרר מצה"ל ובמקומו מונתה סרן עינת רון.
- * רס"ן יהודית ברקן - ראש מדור פיקוח דין משמעתי - יצאה לחופשת פרישה ובמקומה מונה סגן עודד גבעון.
- * רס"ן מנחם קורנוויץ ששירת כתובע שומרון השתחרר מצה"ל. במקומו מונה סרן אילן כץ.
- * סרן שנבל מרזכי - אשר שירת כראש מדור בקרה ודיווח השתחרר מצה"ל ובמקומו מונה רס"ן שלומי צפורי.
- * סרן איזקסון שלמה - אשר שימש כתובע פיקודי בפרקליטות דרום, פרש מצה"ל ובמקומו מונתה רס"ן מירית סיוון.
- * סרן מאיר לינזן - אשר שרת בענף הדין הבינלאומי השתחרר מצה"ל.
- * סרן פלדמן אהוד - שהיה תובע חיילי בפרקליטות חיל הים השתחרר מצה"ל ובמקומו מונה סגן אלישע כספי.
- * סגן אפרת קירט - אשר שרתה כתובעת פיקודית בפרקליטות מטכ"ל השתחררה מצה"ל ובמקומה מונה סרן בני פולצ'ק.
- * סרן יצחק ברורמן - אשר שימש כתובע צבאי בעזה השתחרר מצה"ל ובמקומו מונה רס"ן כובליל רמי.