

העדר מן השירות שלא ברשות:

פתרונות מדומים לבעיה אמיתית*

הדר אבירם**

א. מבוא 1. הבעיה 2. העבירה 3. העבריינים ב. הגדרת הבעיה: חטא, עבירה או רע הכרחי? 1. מניעה, סף גיוס ופטורים חברתיים 2. עבירות דתיות, מעמד הצבא והוקעה: הטיפול בעריקים בימי הביניים 3. בגידה בקונצנזוס – עבירה אידיאולוגית: ראשית המהפכה הקומוניסטית 4. ענישה חמורה: הוקעה והרתעה כללית 5. "מבצע" חנינה ג. פתרונות מדומים: 1. מדיניות גיוס וסף גיוס 2. העמדה לדין 3. ניהול הוכחות 4. ענישה 5. טיפול ד. מהי הבעיה האמיתית: תפיסות ותיאוריות 1. התחברות דיפרנציאלית וטכניקות נייטרליזציה 2. פיקוח 3. קונפליקט ויחסי כח ה. חיפוש פתרונות אמיתיים

א. מבוא

1. הבעיה

ראש וראשון למשאביו של הצבא הוא כח האדם שבו. תנאי ראשוני לאפשרות להפעיל כח אדם זה, הוא נוכחותו וזמינותו. לפיכך, מוצא עצמו צה"ל, ככל צבא אחר בעבר ובהווה, מתמודד עם תופעת ההעדרות מן השירות – שניתן להגדירה, בלא קושי, כ"בעיה" – ומפתח אסטרטגיות ומדיניות לטיפול בה.

* בכתבת מאמר זה שימשו לי השראה השקפותיהם המגוונות של חבריי, אל"ם אביחי מנדלבלט, סא"ל יער ארז, רס"ן זינה מודזגברישווילי, קמ"ש אביטל מנטוביץ' ואנשי צבא נוספים בעלי מחשבה צלולה וראייה חברתית רחבה. כן תרמו לגיבוש הרעיונות הערותיו הנבונות והיסודיות של מר מוטי בן ארי מן המכון לקרימינולוגיה. לכולם שלוחה תודתי. יצויין, כי במסגרת שירותי בסניגוריה הצבאית הראשית טיפלתי בחלק מפסקי הדין המובאים לאורך המאמר.

** LL.B., M.A., האוניברסיטה העברית בירושלים. לשעבר קצינת מחקר והדרכה בבית הספר למשפט צבאי ועוזרת הסניגור הצבאי הראשי. סרן (מיל.). כיום תלמידה לתואר שלישי באוניברסיטת קליפורניה, ברקלי.

במאמר זה אבקש להציג את בעיית ההעדרות מן השירות ואת המדיניות המקובלת לטיפול בה, ולנסות להאירן מזווית שאינה מקובלת במערכת המשפט הצבאית. במשך השנים, אימצו הגורמים השונים המטפלים בבעיה גישות ודפוסי עבודה מסוימים. בחלוף למעלה מחמישים שנה למן הקמת צה"ל, ולאור הטיפול השוטף בעומס רב של תיקי העדרות מן השירות בלא שממדי התופעה פוחתים באופן ממשי, ניתן לומר באופן כללי כי דפוסי העבודה הללו לא הוכיחו עצמם, וכי יש לערוך "בדק בית" בדבר הצורך בקביעת מדיניות שונה.

אחת מטענותי המרכזיות במאמר זה תהיה, כי ניתן לייחס את כשלון המדיניות לעובדה, כי בעיית ההעדר מן השירות "מוקמה" מבחינה דיסציפלינרית, במערכות המסרבות לראות את הבעיה על איפיוניה הכוללים. לדעתי, יש להתייחס בכובד ראש לאפשרות, כי אין ניתן למקד את הבעיה במישור הפלילי, וגם לא במישור הצבאי. רבים מן העושים במלאכת ההתמודדות עם עריקות ועריקים חשים, כי המדובר בבעיה בעלת אופי חברתי רחב, וכי הפתרון המוגבל שביכלתה של המערכת המשפטית לספק אין בו די. חשוב להעיר, כי כוונתי לא רק למערכת המשפטית במובנה ה"צר" (הפרקליטות, הסניגוריה ובתי הדין), אלא גם ליחסי הגומלין בין גופים אלה ובין גורמים נוספים, המוציאים אל הפועל מדיניות שאינה "משפטית" במובנה ה"צר", אך מלווה את המדיניות המשפטית ומשלימה אותה, ובהם מפקדי צה"ל וגורמי הטיפול השונים (בריאות הנפש, מערך השיקום ותנאי השירות וכדומה).

המסקנה מן האמור עד כה אינה, כי המערכת המשפטית צריכה "להרים ידיים" ולוותר על האחריות לגורלם של הנעדרים משירות. פתרונות חברתיים אינם זרים לזירה המשפטית: נהפוך הוא, העובדה שהבעיה ממוקמת כעת ב"מגרש" המשפטי יכולה לשמש קטליזטור לפעולה בכל המישורים. המערכת המשפטית אינה צריכה להתחמק מאחריות לבעיה אך בשל היותה בעיה חברתית כוללת, ובמילים אחרות –

"To say that penal policy cannot make amends for discrimination and injustice in society as a whole is by no means the same as saying it need not be concerned with whether it is itself – within its own sphere – discriminatory and unjust"¹.

אחת הבעיות שאנסה להציג כאן היא, כי כל גוף עושה את מלאכתו ב"זירת" ההעדרות מן השירות מנקודת המבט הצרה של תפקידו ואופן ניהולו, בעוד שפתרון אמיתי ויסודי יכול לצמוח רק משילוב של כולם.

Hudson, B. A. **Penal Justice and Social Justice** (Basingstoke, MacMillan, ¹ 1993), p. 67.

אין בכוונתי להציג במאמר ראשוני זה פתרונות אפשריים לבעיה. כפי שיוסבר בהמשך המאמר, על מנת להציע פתרונות כאלה מתבקשת תחילה עבודה יסודית של איסוף נתונים, עיבודם וניתוחם. אחת ממגבלותיה של הדיסציפלינה המשפטית היא היותה שבויה בשיטת מחקר העוסקת בכתובים ובאנליזות מוחלטות בלא לקשור אותן לתימוכין אמפיריים. לו עסקנו בשאלה אנליטית אקדמית, ניתן היה להסתפק בכך; ואולם, נסיון לפתור בעיות ממשיות מצדיק חקירה ממשית. זוהי נקודת התורפה המרכזית של מאמר זה: היות שלא נערך לאחורונה מחקר אמפירי מן הסוג בו מדובר, לא אוכל להתיימר להציע פתרון לבעיה. תרומתו של המאמר תתבטא, איפוא, בנסיון להציג מספר כיוונים אפשריים למחשבה, ובסקירת תחומים ושאלות מחקר שיש לגשת אליהם בטרם ניתן יהיה להחליט על אסטרטגיה של טיפול בבעיה.

הערת מבוא אחרונה היא, כי בכוונתי להתמקד במאמר זה אך בעניינים של נעדרים משירות סדיר. בעיית ההשתמטות משירות מילואים, שהינה שאלה חברתית מעניינת בפני עצמה, מערבת שיקולים ייחודיים ועליה יש לדון בנפרד.

2. העבירה

עבירת ההעדרות מן השירות היא דוגמה למעשה (או מחדל) שהפליגות שבו נולדת אך מן המסגרת הצבאית בה הוא מתקיים. נגד אזרח שאינו מגיע למקום עבודתו, או סטודנט הנעדר מלימודיו, מופעלים אמצעי פיקוח חברתי שאינם מתחום המשפט הפלילי. ואולם, חיילים הנעדרים מן השירות מבצעים עבירה פלילית, המוגדרת בסעיף 94 לחוק השיפוט הצבאי, התשט"ו – 1955², בזו הלשון:

"חייל שנעדר משירותו בצבא, או מהמקום שהוא חייב כדין להימצא בו אותה שעה, דינו – מאסר שלוש שנים, אלא אם הוכח כי היה לו היתר או הצדק סביר לכך".

לשם הדיוק, יצויין כי החש"צ מכיל עבירה נוספת מאותו תחום, היא עבירת העריקה (סעיף 92 לחש"צ), המוגדרת כהעדרות בלווית כוונה שלא לשוב לשירות. החוק אף קובע חזקה, לפיה העדרות רצופה של עשרים ואחד יום מן השירות מעידה על כוונה שלא לחזור לשירות³. נקל להבין מדוע אין עושים שימוש רב בסעיף זה, אפילו בהעדרויות הנמשכות שנים ארוכות: העונש המרבי על עבירת העריקה הוא חמש עשרה שנה, ומקרי ההעדרות העולים על עשרים ואחד יום אינם נדירים. נהפוך הוא, עיון בנתונים מצביע כי במחצית השנייה של שנות ה-90' עמד נפח העריקים משירות סדיר על 2-2.5% מכלל הכוחות הסדירים⁴. אף בהנחיות התובע הצבאי הראשי ניתן למצוא "אמצעי זהירות"

² ס"ח תשט"ו, 171. להלן: "חש"צ".

³ סעיף 93 לחש"צ.

⁴ גחל"ת – גיבוש תכניות חזרה לשירות חובה תקין (2000), אומדן ע"פ נתוני מקמצי"ר.

רבים שיש לנקוט בטרם יוגש כתב אישום בגין עבירה זו, ובהם בחינת נסיבות המקרה וחובת היועצות בתובע הצבאי הראשי.⁵

השימוש בביטוי "עריקים" מצדיק הגדרתם של מספר מושגי יסוד. במישור השלישתי, מקובל להבחין בין "נפקדים" – חיילים הנעדרים משירות לתקופה של עד 14 יום – ובין "עריקים" – חיילים הנעדרים לתקופות ממושכות מזו. להגדרות אלה אין משמעות רבה בהתייחס לטיפול של המערכת המשפטית, שכן בשנים האחרונות אין מוגשים כתבי אישום נגד חיילים שנעדרו משירות למשך פחות מ-45 ימים (חיילים שנעדרו לתקופות קצרות יותר נשפטים בדין משמעתי, בין ביחידתם – כל זמן שהם עדיין נמנים עם שורותיה – ובין על ידי קציני שיפוט בכלא). בעבר עמד "רף ההעמדה לדין" על 30 ימים.⁶

כעת נוכל לבחון את ממדי התופעה בשנים האחרונות:⁷

| השנה | מספר כתבי האישום בהעדר מן השירות | באחוזים מכלל כתבי האישום |
|------|----------------------------------|--------------------------|
| 1994 | 1228 | 56.3% |
| 1995 | 1912 | 65% |
| 1996 | 2078 | 62% |
| 1997 | 2718 | 68% |
| 1998 | 1862 | 61% |
| 1999 | 1709 | 59% |
| 2000 | 1741 | 61% |

לאור מדיניות ההעמדה לדין שתוארה בפסקה הקודמת, ניתן להעיר מספר הערות על נתונים אלה. ראשית, במשך כל השנים המתוארות, מהווים כתבי האישום בגין העדר מן השירות כ-60% מכלל כתבי האישום המוגשים בתי הדין הצבאיים שנית, חשוב ללמוד מהנתונים גם את מה שאין בהם: הנתונים אינם כוללים את ההעדרויות הנדונות בדין משמעתי, שכן רף ההעמדה לדין שהוזכר לעיל מותיר מקרים רבים מחוץ לתחומם של

⁵ הנחיות תצ"ר 2.04, ס' 2.

⁶ לדאבוני, לא עלה בידי לברר את המועד המדויק בו הועלה רף ההעמדה לדין מ-30 ימים ל-45 ימים, ואולם, ככל הנראה מדובר במועד שקדם לקיצור תקופות המעצר ולהקמת פרקליטות נפקדים ועריקים. כיום, מעוגן הרף בהוראות פנימיות מפצ"ר 08.01, ובהנחיות תצ"ר 2.04, ס' 8.

⁷ על פי נתונים שנלקחו מהדו"חות השנתיים של הפרקליטות הצבאית לשנים 1994-2000.

בתי הדין הצבאיים. כך או כך, הנתונים מצביעים על מימדיה הנרחבים של התופעה ועל הצורך למצוא לה פתרונות.

3. העבריינים

הנתונים אודות מימדי העבירה מעלים שאלה חשובה, המכונה, בתחום מדידת הפשיעה, crime dispersion ("פיזור פשיעה"): האם ישנו מספר עבריינים קטן המבצע הרבה עבירות, או שהפשיעה "מתפזרת" על פני ציבור עבריינים נרחב. ולענייננו, ניתן לשאול האם העבירה מתפזרת שווה בשווה בין כל חיילי צה"ל, או שמא ישנם חיילים מסויימים ה"מועדים" להעדר מן השירות יותר מאחרים.

מחקרים כלליים שנערכו בארה"ב אודות מגוון עבירות, אשר עסקו בשאלת פיזור הפשיעה הצביעו על קיומו של "גרעין קשה" של עבריינים, המבצע את מרבית העבירות, והמאפשר "ניבוי" סטטיסטי של מסוכנות⁸. מובן, כי אי אפשר להסיק אוטומטית ממחקרים מסוג זה לגבי עבירות ההעדרות מן השירות, בשל מאפייניה הייחודיים. גם המחקרים שנערכו בצה"ל לגבי העדרות מן השירות, אין בכוחם להאיר נקודה זו.⁹ עם זאת, הנתונים שבידי המשטרה הצבאית¹⁰ מלמדים על שיעורי רצידיביזם גבוהים ביותר בעבירה זו: ל-56% מהעריקים בשירות סדיר רקע של בין 1-4 נפקדויות קודמות (הגם שמסתמנת מגמת עלייה של 20.2% בשיעור העריקים ללא נפקדות קודמת – 35% מסך העריקים). יתר על כן, 83% מכלל העריקים בשירות סדיר הם בעלי רקע של 1-2 עריקויות (מגמת ירידה של 5.2%). מתקיימת מגמת עלייה של 33.3% בשיעור העריקים בעלי רקע של 3-4 עריקויות קודמות (15% מסה"כ עריקי סדיר). אף בהניחנו, כי מתקיימת חפיפה מקסימלית בין בעלי רקע של נפקדויות לבעלי רקע של עריקויות, מדובר בשיעורי רצידיביזם גבוהים ביותר.

במה מתאפיינת איפוא קבוצת אנשים זו, ומה מייחד אותה מכלל חיילי צה"ל?

השתייכותם של העריקים לקבוצות אוכלוסיה חלשות אינה בבחינת נתון חדש. מחקרם של רוזנברג וגורני, משנת 1966, כלל פילוח יסודי ביותר של אוכלוסיית הנפקדים

⁸ המדובר במחקרם של Wolfgang, Figlio & Sellin משנת 1972, המתואר אצל: א"ל סבה, "חיזוי מסוכנות במערכת העונשית", עבריינות וסטייה חברתית י"ב (1984) 51.

⁹ כוונתי לשני מחקרים מעניינים בנושא זה: י' רוזנברג, א' גורני, מניעת עריקה ונפקדות בצה"ל – מחקר פסיכולוגי-סטטיסטי (אכ"א – ענף סיווג וקידום – מדור מחקר, 1966) (להלן: "מחקר רוזנברג וגורני"); וכן ח' בורקוב, כוח ההרתעה של הענישה בעבירות העדר מן השירות, ממד"ה (1992) (להלן: "מחקר בורקוב"). לממצאיהם של מחקרים אלה נתייחס בהמשך.

¹⁰ לעיל, הערה 4.

והעריקים על פי רקעם הסוציו-אקונומי¹¹. הממצאים במחקר זה הצביעו על אחוז גבוה במיוחד של עריקים עולים – ובפרט צעירים שעלו סמוך לגיוסם – מרביתם יוצאי צפון אפריקה (העלייה ה"טרייה" ביותר באותה תקופה). כן התברר, כי נתוני האיכות הצבאיים לגבי הנפקדים והעריקים מוקמו במקום נמוך במיוחד על גבי ההתפלגות הצבאית הכללית – מבחינת רמת השכלה (7.29 שנות לימוד לעומת 9.5 שנות לימוד), דפ"ר, רמת השליטה בעברית, עבר פלילי, קב"א ונתונים נוספים¹².

לשם השוואה, נתוני 1999 שבידי המשטרה הצבאית מלמדים על עלייה של 126.4% בשיעור העריקים שנולדו בחבר העמים (21.6% מסך העריקים, 15.1% מסך חיילי צה"ל ב-1999)¹³. כן מצביעים הנתונים על נתוני השכלה שאינם מעודדים: 44% מסך העריקים אינם בעלי תעודת בגרות; 49% מהם בעלי השכלה של פחות מ-12 שנות לימוד. לאחרונה ניכרת מגמה של עלייה בשיעורי העריקים ההנדסאים-טכנאים¹⁴.

אשר למצבם הנפשי של העריקים, בחנו רוזנברג וגורני את סעיפי הליקוי שהותאמו להם, וגילו כי ל-39% מן העריקים אמנם הוצמדו, במהלך השירות, סעיפי ליקוי נפשיים שונים, וכי בעלי הליקוי הנפשי ביצעו העדרויות חמורות וממושכות יותר¹⁵. מובן, כי בדיקת סעיפי הליקוי כשלעצמה אינה יכולה להצביע באופן חד משמעי על קיום בעיות נפשיות, שכן הסעיפים מותאמים על ידי גורמי בריאות הנפש בצה"ל, המטפלים באוכלוסיה זו לאחר שכבר נעצרה בגין ביצוע העבירה, והנתונים תחת עומס עבודה רב, ועל בעיה זו נעמוד בהמשך.

פילוח המבוסס אף הוא על מצב נפשי, אם כי מסוג שונה, ערך בורקוב, בשנת 1992, במחקרו הנזכר לעיל, אשר בחן את תופעת ההעדרויות מן השירות דרך פריזמה של מדעי ההתנהגות. במחקר זה, נערך מבחן בנדר¹⁶ – מבחן אישיות – לעריקים ולקבוצת ביקורת. על סמך ממצאי המבחן אפיין בורקוב את העריקים כמשתייכים לאחד משני דפוסי התמודדות עיקריים עם לחצים: דפוס אימפולסיבי – נטייה לפעולה פזיזה על סמך מצוקה רגעית (שאפיין 35.8% מן הנחקרים) ודפוס מניפולטיבי – נטייה לפעולה מחושבת על מנת להשיג תועלת אינסטרומנטלית (שאפיין 51.4% מן הנחקרים)¹⁷.

¹¹ מחקר רוזנברג וגורני, לעיל הערה 9, עמ' 10.

¹² שם, שם.

¹³ גחל"ית, לעיל הערה 4. לא ידוע לי על פילוח לפי עדות או לפי וותק בארץ, דבר העשוי להיות רלוונטי לתיאוריות הגירה, כפי שיוצג להלן.

¹⁴ שם, שם.

¹⁵ שם, עמ' 17.

¹⁶ מבחן בנדר הוא מבחן תפיסתי אישיותי, המשמש בהצלחה לאיתור פגמים גנטיים מסוימים ופגיעות מוחיות. השימוש במבחן בנדר נפוץ משום שנהוג להתייחס אליו כאל מבחן שאינו תלוי בתרבות, אינו נראה מאיים וקל להעבירו לאוכלוסייה גדולה בו זמנית. עם זאת, במקרה כזה קל לרמות בו, וכן יש סכנה שהממצאים יפורשו באופן שגוי. גם איכות המפענחים היא בעלת חשיבות.

¹⁷ מחקר בורקוב, לעיל הערה 9, עמ' 7, 19.

לממצאים אלה ערך בלתי מבוטל, ולמשמעותם האפשרית לענייננו נידרש בהמשך הדברים. אלא שמתוך ממצאים אלה, ועל סמך הספרות שנסקרה בראשית המחקר, הסיק בורקוב מסקנות לגבי אמצעי ההרתעה שיש להפעיל בעת ענישה. נראה כי מחקר בורקוב הוגבל מלכתחילה להתייחסות עונשית-הרתעתית, ואף הספרות שנסקרה בו הציגה היקף מוגבל למדי של פתרונות משפטיים לפשיעה ולעבריינות¹⁸, דבר הלוקה בחסר נוכח מגוון ההשקפות המובעות בספרות הקרימינולוגית, העשויות לתרום לענייננו. אף הפתרונות המוצעים הוגבלו בעיקר למישור הענישה, ובתוכו – לפתרונות הנוגעים למטרת ההרתעה בלבד¹⁹.

לגבי מקצועם הצבאי של העריקים, נראה כי מתקיים פיזור של התופעה על פני תפקידים מגוונים: 12% מכלל העריקים משתייכים למערך הלחימה, 23% הינם עובדי מנהלה, 19% נהגים, 8% עובדי אחזקה, 6% משרתים בעורף ובהגמ"ר, ו-32% לא הוגדרו²⁰.

המסקנה הברורה מתמונת הנתונים הזו היא, כי עבירת ההעדרות מן השירות אינה מתפזרת שווה בשווה על כל חלקי האוכלוסייה, וכי היא מאפיינת אוכלוסיות חלשות מבחינת וותק בארץ, רמת השכלה וכדומה. ניכר, כי הבעיה מתעצמת בקרב "גרעין קשה" של מגזרים מסויימים, המועדים לחזור על העבירה שוב ושוב.

על רקע זה, מובן כי יש לבחון את המדיניות המקובלת במערכת המשפטית בצה"ל, ולבדוק האם היא מותאמת לפתרונה, ולו החלקי, של הבעיה.

ב. הגדרת הבעיה: חטא, עבירה או רע הכרחי?

ניתוח כמותי, כפי שהוצע על ידי בפרק הקודם, עשוי לתרום להבנה טובה יותר של הבעיה, אך הבנה כזו לא תהיה שלמה ללא מחקר איכותני משלים. כפי שייטען בהמשך הדברים, אין ניתן לחקור את תופעת ההעדרות בלי להתבונן עליה מזוויות שונות²¹. הסיבה לכך היא, שלעבירת העדר מן השירות, כלכל תופעה חברתית אחרת, ייתכנו

¹⁸ שם, עמ' 1-2.

¹⁹ הדבר נובע, כמובן, מן העובדה שהיוזמה למחקר היתה של שופטים צבאיים, שביקשו לבדוק את האפקטיביות של העונשים המוטלים על ידם מבחינה הרתעתית. כפי שייטען להלן, אחת המגבלות שאינן מאפשרות פתרון רחב של בעיית העדר מן השירות היא העובדה, כי כל גוף במערכת מגביל עצמו לנקודות ראות מסויימת מאוד, ולתפיסה צרה מדי של תפקידו בתוך המערכת.

²⁰ ה"ש 8. כדאי לציין, כי פילוח זה אינו מספק נתונים אודות דרגותיהם של החיילים, טיב היחידות בהן הם משרתים וכיו"ב. כמו כן אין די נתונים כדי להצליב מצב סוציו-אקונומי-תרבותי-מגדרי מול שיבוץ צבאי. יש להניח, כי חלק ניכר מקבוצת ה"לא מוגדרים" הם משתמטי בקו"ם, שטרם שירתו שירות ממש.

²¹ נדבך חשוב (אך לא יחיד) במחקר כזה תהא התרשמות מחוויותיהם של הנעדרים עצמם, הרואים את התופעה והטיפול בה מנקודת מבטם שלהם.

הסברים ופירושים מגוונים; וכדברי Becker, "הסטייה החברתית היא בעיני המתבונן", וההתייחסות אליה משתנה לאורך זמן.²² מעשים שהוגדרו כחטאים דתיים אתמול, מוגדרים היום כעבירות פליליות או כמחלות פתולוגיות – וכפועל יוצא מכך, גם הסמכות המטפלת בהם משתנה – מסמכות דתית, לסמכות פלילית או רפואית.²³ בשלב זה, ובהעדר ממצאי מחקר איכותני, נוכל להסתפק בסקירה היסטורית קצרה, המציגה מגוון גישות אפשריות לעבירת העדר מן השירות.

1. מניעה, סף גיוס ופטורים חברתיים מגיוס

"והיה כקרבכם אל המלחמה וניגש הכהן ודיבר אל העם ואמר אליהם שמע ישראל אתם קרבים היום למלחמה על אויביכם אל ירך לבבכם אל תיראו ואל תחפזו ואל תערצו מפניהם כי ה' אלהיכם ההולך עמכם להילחם לכם עם אויביכם להושיע אתכם; ודברו השוטרים אל העם לאמור מי האיש אשר בנה בית חדש ולא חנכו ילך וישוב לביתו פן ימות במלחמה ואיש אחר יחנכנו; ומי האיש אשר נטע כרם ולא חללו ילך וישוב לביתו פן ימות במלחמה ואיש אחר יחללנו; ומי האיש אשר ארש אישה ולא לקחה יילך וישוב לביתו פן ימות במלחמה ואיש אחר ייקחנה; ויספו השוטרים לדבר אל העם ואמרו מי האיש הירא ורך הלבב ילך וישוב לביתו ולא ימס את לבב אחיו כלבבו".²⁴

המקרא אינו מציין מקרה מיוחד של ענישת עריק או שיפוט שלו. עם זאת, בפרשת "כי תצא" מצויים פטורים מיוחדים ערב המלחמה, אשר שימשו, כנראה, אמצעי למניעת התופעה. ראשית, מנויים טעמים סוציאליים שונים: בניית בית, נטיעת כרם, אירוסין לאשה חדשה – כל אלה מהווים פטור מיציאה למלחמה. מעניין לא פחות הוא הפטור הניתן ל"רך הלבב": לפטור זה, לדעתי, פונקציה כפולה: מחד גיסא, הפטור ניתן מחשש לזריעת זרעים של פחד ופגיעה בקונצנזוס בקרב הנלחמים, קונצנזוס המתבטא בדברי הכהן אל העם ערב הקרב. מאידך גיסא, בחברה השבטית הישראלית, טרם ליכודה למדינה, יכול שהיתה ל"פטור" זה משמעות מרתיעה דווקא, והחשש להיות מוקע כ"רך לבב" היווה, אולי, תמריץ שלא לברוח משדה הקרב. יתכן, כי מסיבה זו לא ידוע לנו על ניצולו של הפטור הלכה למעשה.

H.S. Becker, **Outsiders** (N.Y., The Free Press of Glencoe, 1963), 12. ²²

P. Conrad, J. Schneider, **From Badness to Sickness: Deviance and Medicalization** (St. Louis, Mosby, 1980), 25-28. ²³

²⁴ דברים כ' 8-2.

יצויין, כי הפטורים הסוציאליים לא התייחסו רק למצב מלחמה, אלא לעבודת הצבא ככללותה:

”כי יקח איש אשה חדשה לא יצא בצבא ולא יעבור עליו
לכל דבר נקי יהיה לביתו שנה אחת ושימח את אשתו אשר
לקח”²⁵.

במקרה זה, לפנינו מעין גרסה תנ"כית לסעיף 36 לחוק שירות בטחון²⁶, לפיה מתעכב הגיוס בשנה מטעמים חברתיים. יכול שסעיפים מקלים אלה – במיוחד על רקע הקונצנזוס הכללי בתקופת כיבוש הארץ ובתקופת השופטים – מנעו, למעשה, מצב שבו נאלצה המערכת המשפטית להתמודד עם בעיות של העדר מן השירות.

2. עבירות דתיות, מעמד בצבא והוקעה: הטיפול בעריקים בימי הביניים

החוק הוויזיגותי, שחל על צבא נוצרי אדוק בימי הביניים, החמיר מאוד בדין של עבירות הנוגעות להשתמטות משירות, או לשידול אחרים להשתמט. החוק אף הבחין בין בעלי דרגות שונות לעניין זה: שר מאה העורק נוכח פני האויב, ייכרת ראשו; ואולם, אם הוא מבקש מקלט ליד המזבח, או בחברת הבישוף, יישלל ממנו הפיקוד והוא ייקנס ב-300- סולדי, שיחולקו בין חייליו. שר עשרה הפורש מן הצבא לביתו, או המסית אחרים לשוב לביתם, ייקנס ב-100 סולדי. חייל עריק ייקנס אף הוא ב-100 סולדי, ובנוסף לכך – יולקה בכיכר העיר²⁷.

בהתייחסות משפטית זו יש, למעשה, עירוב של מספר יסודות מעניינים. הענישה החמורה לקצינים הבכירים ניתנת להמרה בכופר דתי, שכן העבירה נתפסת כעבירה דתית. קנס המשולם ע"י המפקד מחולק בין החיילים, ומכאן ניתן, אולי, ללמוד על אלמנט כלשהו של "דוגמה אישית" בצבא הוויזיגותי, ועל תפיסת שירותו הצבאי של המפקד למען החיילים.

²⁵ דברים כ"ד 5.

²⁶ חוק שירות בטחון [נוסח משולב], תשמ"ו – 1986, ס"ח תשמ"ו, 105. הרציונלים החברתיים המקראיים מזכירים גם את אלה שעמדו בבסיס חקיקתו של ס' 20 לחוק זה. במאמר זה לא נעסוק בשאלות המשפטיות שמעלה ס' 20, וזאת כיוון שלדעתנו, יכול שיש בהיתפסות לדיוני הוכחות בסעיפים מסוג זה משום היתפסות לשאלות משפטיות תוך התעלמות מן השאלות המהותיות יותר, בעלות האופי החברתי.

²⁷ S.P. Scott, (ed.) *The Visigothic Code (Forum judicum)*, Book IX: Concerning Fugitives and Refugees, Title II: Concerning Those who Refuse to go to War, and Deserters (1997).

3. בגידה בקונצנזוס – עבירה אידיאולוגית: ראשית המהפכה הקומוניסטית

נקודת מבט מעניינת על עבירת העדר מן השירות ניתן ללמוד מכתביו הצבאיים של טרוצקי. ניתן ללמוד על הזיקה ההדוקה שמבקש טרוצקי ליצור בין השירות הצבאי ובין האידיאולוגיה המרכסיסטית, הסולידריות ההדדית של עובדים וחיילים והקונצנזוס של מעמד הפועלים, מדבריו הנלהבים, המדברים בעד עצמם:

“What strike-breakers are in a workers' strike against the bourgeoisie, deserters are in relation to a fighting army. Our war is wholly and exclusively directed against the bourgeoisie. Our army is the army of the workers and peasants. The struggle is being carried on for the sake of the whole future destiny of the working people of Russia and of the whole world. This war is disrupted by deserters, who try to shift the weight of war and its sacrifices from their shoulders on to

those of the steadfast and honourable
fighters, who thus have to carry a double
burden. *Deserters are military strike-
breakers*²⁸.

4. ענישה חמורה: הוקעה והרתעה כללית

אחד המוקדים המעניינים של דיון בשאלה העריקים הוא מלחמת העצמאות האמריקאית. לא מעט נכתב על הטיפול – תפיסה וענישה – של חיילי צבאות הצפון והדרום שערקו במלחמה זו. מסתבר, כי מרבית ההעדרויות משירות נבעו לא מאי הסכמה אידיאולוגית, אלא מטעמים סוציאליים. באותה תקופה, שולם שכרם של החיילים לידיהם ממש, ומי שלא הצליח לשלוח את הכסף למשפחתו, דבר שהיה קשה במיוחד נוכח תנועת הצבאות, הקשה מאוד את מצבה. לפיכך, רבים ברחו חזרה כדי לסייע למשפחותיהם.

אופן תפיסתם של החיילים הללו היה ייחודי, ומזכיר מעט את המערב הפרוע: ב-1778, ברחו קבוצת חיילים ממסצ'וסטס, וכדי ללוכדם התפרסמו מודעות, בשם מפקד הגדוד, המתארות את הופעתם החיצונית של הנמלטים (כולל צבע עיניים, לבוש ואוצר מילים!) והמציעות פרס כספי למי שילכוד אותם ויביאם חזרה לפלוגתם²⁹.

העונש המקסימלי בגין עריקה היה עונש מוות, אך ננקטו עונשים נוספים, כגון עבודות פרך, מלקות, והטבעת האות "D" (Deserter) בבשרו של העריק³⁰. מובן, כי אמצעים אלה לא מילאו פונקציות של שיקום או הרתעה אישית (שכן, כמו בחוק האנגלי, התנהגות בלתי מכובדת הביאה לשחרור מן הצבא בנסיבות בלתי מכובדות). טיבם של העונשים, עם זאת, כולל יסוד של הוקעה ושל הרתעת יתר החיילים.

יוצאת דופן היתה גישתו של לינקולן לנושא, ומקרה מפורסם המצוטט בספרות המחקרית מצביע על יחסו הפטרנליסטי והרחום לעריקים, ועל ההבחנה שעשה בין הבורחים, ובין המסיתים אותם לערוק. בסווריו בחזית פגש לינקולן ביחידה צבאית שעמדה להוציא להורג חייל צעיר שערק, והורה לחון אותו:

²⁸ The Military Writings of Leon Trotsky (1919), vol. 2.

²⁹ A.L. Shields, The War for Independence Virtual Museum (1998) exhibit 3.

³⁰ T.P. Lowry, Don't Shoot That Boy! Abraham Lincoln and Military Justice (Savas Publishing Company, 2000)

“Must I shoot a simple-minded soldier boy who deserts, while I must not touch a hair of a wily agitator [here Lincoln clearly intends Vallandigham] who induced him to desert?” In the final sentence, we see the Lincoln that tradition holds out to us: ‘I think that in such a case, to silence the agitator, and save the boy, is not only Constitutional, but, withall, a great mercy’³¹.

5. “מבצעי” חנינה

ישנן דוגמאות רבות, בצבאות העולם, ל“מבצעי” חנינה המוניים לעריקים. דוגמא לכך היא מנשרו של הדוכס מוורטנבורג, בשנת 1758, לעריקי צבאו:

"His Serene Highness the Duke of Württemberg has graciously resolved to pardon all those NCOs and soldiers who have perjuredously deserted from the regiments, regardless whether they be infantry, cavalry, dragoons, hussars or artillery, as well as those enrolled men who have fled and those who have dodged the draft. Provided they report to Stuttgart within three months of this date, they will be exempt from all corporal punishment and their desertion will not be held against them.

Lowry, *Ibid* at ch. 5.³¹

This is the last time His esteemed Serene Highness the Duke will publicly show mercy and those repentant deserters who return within the time graciously allowed, will receive a pardon, on the force of this public decree signed personally by Him.

Stuttgart, 21 December 1758

[signed] Carl, Duke of Württemberg³²

לא ברור מה גרם לעריכת "מבצע" זה. עם זאת, דוגמאות אחרות להקלות המונית מסוג זה מצביעות על עריכתן במלחמות מעוררות קונפליקט, ובמקרים בהם ריבוי העריקים חייב נקיטת צעד כולל. במקרים כאלה, אין טעם לבוא חשבון עם העריק הבודד, בשל מספרם ובשל אי-ההסכמה הכללית לגבי המלחמה, ולכן ננקטת גישה כללית-המונית לפתרונה של הבעיה³³.

6. דינם של עריקים בצבא האמריקאי: הטיפול המשפטי בצבא שאינו צבא חובה

הגיוס לצבא האמריקאי אינו חובה על אזרחי המדינה, כי אם וולונטרי. חרף זאת, מתמודדת גם מערכת המשפט הצבאית האמריקאית עם תופעת ההעדרות, בכמויות גדולות, עד כדי כך שפרקליט בכיר בה טען כי:

“Of all the varied punitive articles within the UCMJ [Uniform Code of Military Justice – H.A.], Article 86, AWOL [Absence Without

Reyscher (ed.), *Württembergischen Gesetze*, XIX/I 687³²
³³ כדוגמת החנינה של קנדי למשתמטי הגיוס למלחמת וייטנאם. יצויין, כי חנינה זו כללה רק משתמטי גיוס ולא התייחסה לעריקים משירות סדיר פעיל. J. Schlatter, “Deserters from the Vietnam War – A Study”, visited 26.6.01. <http://www.miafact.org>

Leave – H.A.] seems to be the mainstay of
the military lawyer's practice³⁴.

עבירות העדרות מן השירות סיפקו למעלה מ-50% מכלל התיקים הפליליים בצבא האמריקאי בתקופת מלחמות העולם³⁵. החוק האמריקאי מפריד, ממש כמו החוק הישראלי, בין עבירות עריקה והעדרות מן השירות (absence without leave), ואולם, בניגוד למצב בישראל, מתרכז רוב הדיון המשפטי בשאלות טכניות של הכרעת דין לגבי קיום אישור להעדרות, היכולת (אי אי היכולת) להתייצב בזמן, וכדומה, ולא בטיעונים לעונש שעניינם נסיבות אישיות. יצוין גם, כי חייל אמריקאי הנעדר משירותו ייגרע, מבחינה שלישותית, ממצבת היחידה, כעבור 30 ימים בלבד (ולא כעבור 14 יום כבישראל)³⁶, ויתכן כי תקופה ממושכת זו מאפשרת טיפול פיקודי במקרים הדורשים סיוע ברמה הסוציאלית ומונעת הגעתם לערכאות משפטיות (ר' להלן).

ג. פתרונות מדומים

מסענו ההיסטורי הקטן מלמד, כי אין הסבר אחד לטיבה של תופעת ההעדרות מן השירות, וכנובע מכך, לתגובה החברתית המתחייבת. ההסבר הוא תלוי הקשר חברתי, מקום וזמן. כעת, נפנה לבחון את האופן בו רואה החברה הישראלית המודרנית, ובפרט – גופי המערכת המשפטית הצבאית, את התופעה ואופן הטיפול בה.

1. מניעה: מדיניות הגיוס

כפי שהראינו בראשית המאמר, הנתונים המעטים שבידינו מצביעים על אפשרות קרובה לוודאי, כי פלח עבירות העדר מן השירות מתבצע ע"י "גרעין קשה" של רצידיביסטים. לפיכך, פילוח של קבוצה זו יאפשר להתמקד ב"גורמי הסיכון", לכאורה, ולנבא את השינוי בתופעה – ואולי ניתן למנוע עבירות העדר מן השירות על ידי אי גיוס אותם אנשים, שהסבירות שיבצעו עבירה זו היא גבוהה.

W. Anderson, "Unauthorized Absences", *Army Lawyer*, vol. 3 (1989), 198,³⁴
199.

*Ibid.*³⁵

Schlatter, *supra* note 33.³⁶

נראה, כי מדיניות הגיוס אינה מתמקדת דווקא בנושא העדר מן השירות, ואולם, צה"ל אימץ מדיניות שנועדה לאזן בין שני אינטרסים מתנגשים: האחד – הצורך להימנע מגיוס אנשים שעלות גיוסם תהיה גדולה מן התועלת שבו, והאחר – הצורך לאפשר לבני נוער רבים ככל האפשר לחוות שירות צבאי, ובכך להתערות בחברה הישראלית.³⁷

סף הגיוס מביא לכך, כי אלפי בני נוער אינם מתגייסים מדי שנה, לאחר שהוחלט כי נתונייהם אינם מספיקים לשם גיוס³⁸. השאלה הינה, כמובן, היש למדיניות הגיוס השפעה כלשהי על היקף תופעת ההעדרות מן השירות. כדי להשיב על שאלה זו, יש, כמובן, לערוך מחקר רחב מיריעתו של מאמר זה. נסתפק, איפוא, בכך שנעלה את השאלה הבאה: אף אם נניח כי יש באפשרותנו להפחית את שיעור ההעדרות מן השירות ע"י צמצום מחזורי הגיוס, האם זהו פתרון רצוי?

מחד גיסא, עלינו לזכור כי צה"ל מתיימר למלא, עבור חיילים מסויימים, תפקיד חברתי חשוב, וכדברי ח"כ רענן כהן:

"צה"ל הוא צבא העם. בכך עיקר כוחנו. מן הדין איפוא למצוא מסגרות מתאימות שתאפשרנה לשלב את הנוער כולו, לרבות זה המכונה 'הנוער המנותק'. השיקום בצבא הוא אולי ההזדמנות האחרונה, ואם זו לא תנוצל, ייתכן כי תהיה פה בכיה לדורות"³⁹.

כן יצויין, כי הורדת סף הגיוס עשויה להוות מעין "מדרון חלקלק", שיביא להפחתה הדרגתית במספר המתגייסים, הן אלה שיכללו בקבוצות שמתחת לסף הגיוס, והן מבחינת הפגיעה האפשרית במוטיבציה בקרב המתגייסים, ובשינוי דמותו של צה"ל כ"צבא העם" – החלטה כבדה שבבסיסה שיקולים כבדי משקל יותר ממדיניות הגיוס.

מאידך גיסא, נשאלת השאלה, האם בשנות האלפיים עדיין ניתן לומר כי קיים בחברה הישראלית קונצנזוס בדבר חובת השירות והתפקידים החיוביים שהוא ממלא. טענתו של ח"כ כהן, כי "מאז הקמתו של צה"ל מתגייסים בני נוער באופן מסורתי בלי שתעלה השאלה: האם להתגייס?⁴⁰ טעונה בדיקה. גם במחקרים שהצביעו, כביכול, על מהפך במוטיבציה לשירות בצה"ל, נמצאו פגמים מתודולוגיים ולא בוצעו הבחנות רב-ממדיות בין אוכלוסיות מתגייסים שונות מבחינת נתונייהן, שהן בדיוק ההבחנות הדרושות לנו

³⁷ ג' זיידמן, הזכות לשרת בצה"ל (תל אביב, פרלשטיין-גינזור, 1996), 218.

³⁸ שם, 217.

³⁹ הדברים מובאים אצל זיידמן, שם, 225.

⁴⁰ שם, שם.

בעניין העדרות מן השירות⁴¹. ישנם כותבים הסבורים, כי דווקא ניצול נכון של כוח האדם, שיתבטא במיצוי הפוטנציאל לשירות קרבי ובהקטנת הזרמת כוח אדם בחובה למערך הטכני, יביא לעליית המוטיבציה לשירות⁴². כך או כך, ההנחה כי שירות צבאי הינו, כשלעצמו, דבר הנתפס כ"טוב" או "חיובי", דבר שיש סביבו קונצנזוס, אינה אקסיומה. כן ניתן לשאול (ויודגש: בלא מחקר נוסף לא ניתן להשיב על כך!), האם אי גיוס לצה"ל לא יהיה עדיף, מבחינת סיכויי ההתערות בחברה הישראלית, על שירות צבאי צרף בעיות, עונשי מאסר ורישום פלילי במשטרת ישראל.

2. העמדה לדין

השלב הקודם לניהולו של המשפט, לשמיעת טענות התביעה וההגנה, הוא ההחלטה להעמיד את החייל העריק לדין. החלטה זו מתקבלת על ידי הפרקליטות הצבאית. עד שנת '98, טופל כל תיק העדרות מן השירות בחוליית הפרקליטות המתאימה – על פי השתייכותו הפיקודית של העריק. בקיץ 1998, נוכח ההחלטה על קיצור תקופות המעצר, והצורך להעביר חומר משפטי מרוכז במהירות האפשרית, הוחלט על הקצאת גוף מיוחד שיטפל רק בנושאים אלה – פרקליטות עריקים ונפקדים⁴³. כדי לבדוק, מהם השיקולים העומדים ביסוד ההחלטה להעמיד לדין עריק בבית דין או בדין משמעתי, יש לבחון הן את הרטוריקה התביעתית, המוצאת מקום בהנחיות התצ"ר ובטיעונים בבית הדין, והן את שיעורי ההעמדה לדין בפועל.

Utz⁴⁴ מבחינה בין שני מודלים מקצועיים של ניהול תביעה: מודל אדברסרי-לוחמני (adversary), ומודל ניהולי (managerial). המודל הראשון מאפיין מערכות תביעה בהן יש ליוקרה אישית חשיבות רבה, דבר המשפיע על אופן ניהול התביעה: ריבוי העמדות לדין; ריבוי ניהול משפטים, כולל משפטי הוכחות; נכונות מצומצמת להגיע להסדרי טיעון ומשא ומתן קשוח; גישה כללית לפיה הענישה בבתי המשפט היא מקלה. המודל השני הוא של תביעה ביורוקרטיה וריאליסטיות יותר, שאינה חותרת לענישה כבדה וחמורה דווקא, אלא קובעת לעצמה סדרי עדיפויות בהתאם למשאבים העומדים לרשותה ולעומס התיקים הקיים.

התבוננות בפרקטיקה המקובלת על הפרקליטות הצבאית לגבי העדר מן השירות חושפת שני רבדים של טיפול בבעיה: ברמה ההצהרתית, ובמדת-מה גם ברמה המעשית, תומכת הפרקליטות במדיניות משפטית מחמירה בעבירה זו, המתבטאת בהעמדה לדין, בבקשות

⁴¹ ר' שטרן, "מהפך במוטיבציה לשירות בצה"ל", **מערכות** 306 (1998); ומאמר התגובה: ס' כהן, "מהפך במוטיבציה לשירות בצה"ל – מניין?" **מערכות** 362 (1999) 50.

⁴² י' חמיאל, "אין מטפלים בבעית המוטיבציה בזמן הנכון?" **מערכות** 365 (1999) 31.

⁴³ **הפרקליטות הצבאית - דו"ח פעילות לשנת העבודה 2000** (מפצ"ר, תשס"א), 115.

⁴⁴ P. Utz, "Two Models of Prosecutorial Professionalism", *ibid.*, at 99.

מעצר עד תום ההליכים⁴⁵ ובעתירה לעונשי מאסר בפועל⁴⁶; ברמה הביורוקרטית-ניהולית, מטפלת הפרקליטות בכמויות התיקים הרבות באופן טכני למדי, ומעלה את רף ההעמדה לדין.

ההשקפה האסטרטגית של הפרקליטות הצבאית לגבי עבירת העדר מן השירות מוצגת במילים ברורות בהנחיית התובע הצבאי הראשי:

"תופעת ההעדרות מן השירות הצבאי, בקרב חיילים בשירות סדיר ובשירות מילואים כאחד, הינה תופעה מדאיגה המחייבת טיפול משפטי מחמיר, הואיל ויש בה כדי לפגוע בכוננות צה"ל, בתפקודו התקין, בכשירותו למלחמה ובשוויון בחלוקת נטל השירות"⁴⁷.

הנחיות התצ"ר קובעות, כי בטרם ההחלטה, את מי להעמיד לדין בבית דין צבאי, יש להידרש לשאלת חוקיות גיוסם של אלה שנעדרו מן השירות כולו ("משתמטי בקו"ם"). בהנחיות נקבע "רף" העמדה לדין על פי משך ההעדרות: למשתמטים – שבועים וחמישה ימים⁴⁸, ולנעדרים משירות סדיר פעיל – ארבעים וחמישה ימים⁴⁹. רף זה עמד קודם לכן על 30 ימים. לגבי חיילים אחרים, נשקלים שיקולים נוספים, ובהם ה"עבר ההעדרות" של החייל ותקופת השירות התקין שביצע⁵⁰. יצויין, כי אין המדובר בהנחיות המקנות שיקול דעת נרחב לתובעים המטפלים בתיק: הכללים הבסיסיים הינם פשוטים, מפורטים בהנחיית התצ"ר, ואינם כוללים סוגיות שנויות במחלוקת. נסיבות ההעדרות ונסיבות האישיות של העריק, לדוגמא, אינן אמורות להישקל ע"י התובעים. הגדרות מדוייקות אלה, וההגבלות שהן משיתות על שיקול הדעת, מאפיינות מערכות תביעה צנטרליסטיות⁵¹ בעלות לכידות גבוהה המתאימות למודל הניהולי של Utz⁵² (לעיל).

כיצד מטופלים תיקי עריקים בפועל? פקודת מטכ"ל 31.0513 יוצרת שתי הגדרות שלישותיות בעלות משמעות: "נפקד" ו"עריק". במשך ארבעה עשר הימים הראשונים

⁴⁵ הנחיות תצ"ר 2.04, ס' 6.

⁴⁶ שם, ס' 9.

⁴⁷ שם, ס' 1.

⁴⁸ סעיף 7 להנחיה.

⁴⁹ סעיף 8 להנחיה.

⁵⁰ שם, שם.

⁵¹ לחשיבות מידת הריכוזיות של מערכת התביעה, ראו: Sigler, "The Prosecutor: A

Functional Analysis, in: McDonald (ed.) **The Prosecutor** J.A. Comparative

(Beverly Hills, Sage, 1979), p. 53.

⁵² **Supra**, note 44.

להעדרות, הנעדר הוא בחזקת "נפקד", והוא משתייך, מבחינה שלישותית, ליחידתו⁵³. בפרק הזמן הזה, האחריות לאיתורו, לחיפוש ולשפיטתו היא על היחידה. בחלוף ארבעה עשר הימים, מוכרז הנעדר כעריק על ידי יחידתו, והטיפול בו עובר לידי השלישות והמשטרה הצבאית, המוציאה נגדו פקודת מעצר. משנעצר או התייצב העריק, רושם שוטר צבאי הצהרה מפיו, והחומר המשפטי, ההצהרה, הטפסים השלישותיים השונים והחומר המתייחס להרשעותיו הקודמות של העריק בדין משמעתי או בבית הדין, מגיעים לידי פרקליטות עריקים.

בפועל, נראה כי אך מיעוט תיקי ההעדרויות מן השירות מגיעים לבתי הדין הצבאיים: 70% מכלל הנעדרים נשפטים בדין משמעתי, מתוכם כ-28% ביחידתם והיתר במתקן הכליאה ע"י קצין שיפוט תורן⁵⁴. רק 30 האחוזים הנותרים נשפטים בבית דין.

תוצאת השילוב בין פ"מ 31.0513 ובין הנחיות התצ"ר מובילה למסקנה הבאה: אמנם, הכניסה למעמד משפטי של "עריק" – היינו, העברת האחריות מכתפי היחידה לכתפי המשטרה והפרקליטות – היא מהירה מאוד, ואולם אך מיעוטם של התיקים יעברו את הרף הטכני של מספר הימים (או את השיקולים המהותיים המופיעים בהנחיות) ויגיעו לבית הדין. כפי שנראה מיד, גם התיקים המגיעים לבית הדין יהיו, בדרך כלל, פשוטים בטיבם ורובם המכריע יעסוק בטיעונים לעונש – וזאת כיוון שחוקיות הגיוס, טענת ההגנה העיקרית המועלית ע"י העריקים ובאי כוחם, נבדקת כשיקול להעמדה לדין ה"מסנן" את התיקים המסובכים מן המערכת.

מחקרים על שיקול דעת תביעתי ומדיניות תביעה מעלים, כי ככל שהסיכויים להגיע למשפט של ממש עולים, כן מושקעת אנרגיה רבה יותר בתיק, ומטפלים בו תובעים ותיקים יותר⁵⁵. היות שמספר תיקי ההוכחות בתחום ההעדר מן השירות הינו זעום, הטיפול בתיקים הרגילים, תיקי העונש, מסור בידי התובעים הצעירים. באשר לטיעונים לעונש, מונחת התביעה לטעון לעונשי מאסר בפועל, עונשים מותנים ועונשי הורדה בדרגה⁵⁶. התביעה מונחית לכלול בטיעונים לעונש גם טענות הנוגעות למצבו של העריק ולנסיבותיו האישיות; עיון בפסקי הדין מראה, כי התביעה מדגישה בטענותיה טענות "קלאסיציסטיות", שעניינן יכולת הבחירה החופשית של החייל, "עשיית דין עצמית"

⁵³ לשם השוואה, בארה"ב, המועד בו נגרע העריק מיחידתו – ובכך מתאפשרת קבלת כח אדם חלופי, וכן תחילת נקיטת ההליכים המשפטיים – הוא שלושים ימים מתחילת ההעדרות:

Schlatter, *supra* note 33.

⁵⁴ הסיבה לכך שמרבית הנעדרים הנשפטים בדין משמעתי נשפטים בכלא הינה, כאמור לעיל, גרעתם ממצבת היחידה והצבתם, מבחינה שלישותית, בר"מ עריקים. זאת בניגוד להגיון לפיו מטרת השיפוט בדין משמעתי הינה לקיים את המשפט ביחידה ועל ידי המפקדים.

⁵⁵ J.E. Jacoby, "The Changing Policies of Prosecutors", *ibid.* at 75.

⁵⁶ הנחיות תצ"ר 2.04, ס' 26.

וכדומה⁵⁷. למידת קבלתן של טענות מסוג זה, ושילובן ברטוריקה של בתי הדין, נידרש בשני הפרקים הבאים.

3. ניהול הוכחות

עיון בנתונים⁵⁸ מלמד, כי הרוב הגדול של התיקים בבתי הדין הצבאיים מנוהלים ללא פרשת הוכחות. הדברים נכונים שבעתיים לגבי עבירת העדר מן השירות. מעצם טיבה, הוכחת יסודותיה של העבירה היא מלאכה פשוטה למדי: אי הימצאות במקום השירות מספקת את דרישת היסוד העובדתי, וחזקת המודעות מספיקה להוכחת היסוד הנפשי. פסיקת בתי הדין הצבאיים אף מקלה על מלאכת ההוכחה, שכן טפסים צבאיים רשמיים מהווים ראיה לכאורה לנכונות הכתוב בהם⁵⁹.

מהי, איפוא, "זירת ההתגוששות" כשבהכרעת הדין עסקינן, ואלו טענות הגנה מועלות בעניינם של עריקים? עיון בפסיקת בית הדין הצבאיים מראה, כי ההגנה אינה מעלה – ובית הדין אינו מגיע לדון – בטענות הנוגעות לבעיות החברתיות בהן מעורבים העריקים, וזאת חרף העובדה, שניתן היה להעלות טענות כאלה דרך ה"פתח" החוקי של "הצדק סביר". הנימוקים שנראים שייכים ורלוונטיים לעניין בעיני העריקים – היינו, מצבם מבית כהצדקה להעדרות (ולא רק כטיעון לעונש), נתפסים כלא רלוונטיים בעיני סניגוריהם ואינם מועלים כטענות הגנה אפשריות⁶⁰. ייתכן שהדבר מתרחש, כיוון שהסניגור אמור לשקול את טובתו של הנאשם הספיציפי ולא לקדם מטרות חברתיות כלליות על גבו⁶¹. כך או כך, המקרה היחיד בו נתקלתי, ואשר בו הועלתה טענה לפיה העריק מצא עצמו בקונפליקט בין חובותיו לצבא וחובותיו למשפחתו, היה מקרה בו הנאשם טען לעצמו, והטענה הועלתה אגב הטיעונים לעונש. המדובר היה בערעורו של חייל, עולה מחבר העמים, על עונש בן 60 ימי מאסר בפועל בגין 58 ימי נפקדות. בדחותו את הערעור, הוסיף בית הדין תיבה חשובה: "ואולם מצאנו לנכון להוסיף מספר מילים, וזאת אנו

⁵⁷ ר' למשל ההפניה לדברי התובע בע"פ 91/96 / רחמימוב נ' התצ"ר (להלן: פס"ד רחמימוב)

⁵⁸ בעיקר הדו"חות החודשיים של הסניגוריה הצבאית לשנת 1999.

⁵⁹ למשל, "טופס 750", המהווה ראיה למספר ימי ההעדרות: ע"פ 5/95 / חבני נ' התצ"ר.

⁶⁰ מעניין לציין, כי בעיה זו, של ניכורו של הנאשם מן הטענות העולות בעניינו, והתייחסות להיבטים שאינם רלוונטיים מבחינתו, מוכרת בספרות הפנולוגית כ"גניבת הסכסוך" מן הצדדים לו. עורכי הדין עושים "משפטיזציה" לסכסוך, ונוטלים ממנו את ההיבטים החשובים לצדדים לו: N. Christie, "Conflicts as Property", *The British Journal of Criminology* 17 (1977) 1, 8.

⁶¹ מעניין במיוחד המעמד הדו-משמעי של סניגור ציבורי (ובמקרה שלנו – סניגור צבאי) באשר לטובת כלל הנאשמים מול טובת הנאשם הספיציפי. לעניין זה אפשר להידרש לניתוח המעמיק

אצל י' דותן, "עורך הדין, המטרה הציבורית והלקוח האינדיבידואלי – התבוננות אמפירית ראשונה בשאלת ההצלחה היחסית של עורכי דין ציבוריים בבית המשפט" עיוני משפט כג (תש"ס), 697. שאלה מעניינת הינה, האומנם התייחסות למקרה הספיציפי בלבד, ללא קידום מטרות חברתיות, אמנם תזיק לעניינו של הנאשם הספיציפי – או שמא יש גם לו מה להרוויח משינוי אפשרי של החלכה.

עושים נוכח הרושם העולה מדברי המערער כי הוא ניצב בפני דילמה אישית קשה בין חובה משפחתית וחובה לאומית, ובהתנגשות חזיתית זו, החליט להעדיף את חובתו למשפחתו. לא התרשמנו שתמונת דברים זו היא מדוייקת, והא ראייה, שלמערער די זמן כדי ללמוד משפטים באוניברסיטה⁶². "לא נותר אלא לתהות, מה יעשה בית הדין במקרה בו ייתקל בשאלה זו אגב דיון בהכרעת הדין, אם יתרשם כי "תמונת הדברים היא מדוייקת".

כאשר מועלות טענות הגנה, אין הן מתייחסות למהות העבירה, אלא לפגמים טכניים שונים שנפלו בהליכי הגיוס, ולשאלת סמכותו של בית הדין. מרביתן של טענות אלה מתייחסות לסעיף 20 לחוק שירות בטחון, המגביל את התקופה בה ניתן לגייס מלש"בים לשירות. גם בעת הדיון בטענות מסוג זה, הנוגעות לתוקפם של צווים וכיוצא באלה, נוקט בית הדין הצבאי גישה קלאסית מובהקת: ההתייחסות אל הנאשם היא כאל אדם רציונלי, בעל בחירה חופשית, שמעמדו שווה למעמדה של הרשות. למעשה, מנותק האיש מעברו ומנסיבותיו המשפחתיות והופך להיות יצור משפטי, שמעשיו נשקלים במאזניים שווים לאלה של הרשות.

דוגמא אחת לכך היא ההלכה, לפיה בכל מקרה של עיכוב בגיוס יוצר בית הדין "מאזן" של הגינות וסבירות בין המדינה לפרט: גם כאשר המדינה אינה מספיקה לגייס את האזרח תוך השנתיים הנקובות בחוק, כל אימת שהעיכובים בגיוס מיוחסים לאשמתו ולאחריותו של האזרח – הם "מקוזזים" מפרק הזמן העודף⁶³. הלכה ותיקה זו, משנות החמישים והשישים, זכתה לאישור מחודש לאחרונה⁶⁴: גם בזירה הפלילית, משפיע "מאזן" זה על שאלת אשמתו של הפרט. הדברים אמורים אף אם, למרות אותם עיכובים, יכלה המדינה לגייס את האדם במועד.

דוגמה נוספת היא קיומם של סעיפי תחולה וחובת גיוס "סיטוניים", דוגמת סעיף 4 לחש"צ, הקובע כי ניתן להחיל את הוראות החש"צ על כל מי ש"דימו (רשויות הצבא, המפקדים – ה.א.) בתום לב כי גיוסו נעשה כדין", וצו הפוקד הכללי מכח חוק שירות בטחון⁶⁵.

⁶² 87/96ע /קורוסטישבסקי נ' התצ"ר.

⁶³ בג"צ 94/52 לוי נ' שר הבטחון, פ"ד ו' 325; בג"צ 15/52 ג'רסי נ' משרד הבטחון, פ"ד ו' 630, ואחרים.

⁶⁴ 5/98ע /יוחייב נ' התצ"ר, שאושר בבית המשפט העליון - רע"פ 1057/99 יוחייב נ' התצ"ר,

תק-על 99 (2), 869.

⁶⁵ יש לציין, כי בית הדין חש שלא בנוח כשהוא מרשיע עריקים מכח פיקציות משפטיות כלליות שכאלה: עמ' 7/98.

יתר על כן, בתי הדין ראו אף להשית על האזרחים חובות לבדוק, האם גיוסם נעשה כדין. אף כאשר צו מילואים נשלח שלא כדין⁶⁶, חובה על האזרח להתייצב על פיו. אך גם בהתייצבות על פי הצו הפגום אין, כמסתבר, די; על האזרח להישאר במקום עד אשר יתוקן המעוות (ע"י אישור ראש אכ"א או ע"י הוצאת צו חדש). גם הלכה זו משיתה על האזרחים חובות לפעולה, ויוצרת מעין "שיתוף" או "איזון" בינם ובין הרשויות⁶⁷.

4. ענישה

כמצויין בפרק הקודם, הרוב הגדול של הפסיקה בנושא העדר מן השירות מתייחס למישור הענישה. במישור זה, כבמישור ההוכחות, נוקטים בתי הדין הצבאיים לרוב גישה קלאסיציסטית מובהקת. לפי גישה זו, הנאשם הוא אדם בוגר, בעל בחירה חופשית, העושה כפי רצונו ועל פי התועלת הצומחת לו מן הברירות השונות העומדות בפניו⁶⁸. במקביל, ובמקרים מתאימים, נוקטים בתי הדין גישה הפוכה לחלוטין – גישה דטרמיניסטית מובהקת, המתייחסת אל הנאשם כאל מקרה פתולוגי הנכפה לבצע את העבירה בשל פגמי אישיות מובנים שאינם בשליטתו. על פי גישה זו, מקרהו של הנאשם האינדיווידואלי אינו יכול להוות תקדים, ולפיכך אין להחמיר עמו בענישה, ובמקרים קיצוניים – ראוי אף לפטור אותו מאחריות למעשיו. נבחן מספר דוגמאות לכל אחת מהגישות (כל ההדגשות שלהלן שלי – ה.א.).

א. גישה קלאסית-רציונלית-הרתעתית

הגישה הקלאסית מייחסת לאדם את מלוא האחריות למעשיו. מוקד הדיון הוא העבירה על החוק, הנתפס כקונצנזוס חברתי. הנחת המוצא היא, כי אדם העובר על החוק עושה זאת מכיוון ש"יש לו מה להרוויח" מכך. הנחה זו נשענת על רעיונותיהם של Bentham ו-Beccaria, בדבר תיאוריית התועלתנות וההדדיות⁶⁹. מכאן נובע, כי הענישה מושתת על שני עקרונות: הלימה – היינו, גמול הולם לאשמו של האדם שבחר לחרוג מן הכללים המוסכמים, והרתעה (אישית וכללית).

⁶⁶ מאמר זה לא ידון, כאמור, בהעדרות משירות מילואים. יחד עם זאת, ניתן ללמוד, מכח קל וחומר, על גישתו של בית הדין; גישה המוכנה להחמיר בדרישות מאזרחים, הנקראים לשירות מילואים, ועל אחת כמה וכמה להחמיר עם חיילים.

⁶⁷ ע"פ 23/99/כהן נ' התצ"ר; רשות ערעור על פסק דין זה נתבקשה ונדחתה, רע"פ 2414/99, כהן נ' התצ"ר, תק-על 99 (3), 27.

⁶⁸ לגבי הגישה הקלאסית, הפשע מתבטא בהפרת החוק, שהוא – "האמנה החברתית", לגביה יש קונצנזוס. היקף הפשיעה ופיזור אינם רלוונטיים, וכדי לצמצם את הפשיעה נדרשת ענישה הולמת והוגנת, שתקטין את התועלת שבעבירה על החוק. להרחבה ולביקורת ראה: Young, "Thinking Seriously About Crime: Some Models of Criminology", in M. Fitzgerald, et al., *Crime and Society* (London, 1981) 253-261.

⁶⁹ J. Hagan, *Modern Criminology* (Toronto, 1985), ch. 1.

בחלק הארי של המקרים נוקטים בתי הדין גישה זו, דבר הניכר בבירור מן הנרטיב בפסקי הדין. דוגמאות להתבטאויות בעלות אופי קלאסיציסטי מובהק חוזרות על עצמן ברבים מפסקי הדין:

"חייל, גם אם הוא חדש יחסית... עליו ללמוד, גם אם בדרך הקשה, שאין הוא יכול לכפות את רצונותיו על הצבא וחובתו לשרת שירות תקין קודמת לכל חובה אחרת".⁷⁰

"החלטתו של המשיב לבצע ההעדרויות כדי לכפות על הצבא את הצבתו לשירות קרוב לביתו, אינה יכולה להיוותר ללא תגובה עונשית של ממש. צודקת התביעה הצבאית שבעונש מופלג לקולא יש כדי לשרר מסר שלילי כלפי חיילים השוקלים להעדר מן השירות, כאמצעי להשיג את מבוקשם. יש להבהיר כי דרך זו לא תצלח ואינה משתלמת".⁷¹

במקרה בו נשפט חייל מבוגר יחסית בגין העדרות בת 77 ימים, הוצגו נסיבות אישיות קשות, וכן עובדת שירותו של החייל בצבא זר, הסכימה אף התביעה הצבאית להקלה מסויימת. היות שהאיש שהה במעצר 14 ימים ושוחרר, ביקשה ההגנה כי לא יוחזר אל בין כותלי הכלא. נימוק זה, שהינו נימוק ענישה משמעותי, ולעתים קרובות מכריע, בפסיקת בית הדין לערעורים, עמד בבסיס דעת הרוב, אשר ויתרה על עונש מאסר נוסף. יחד עם זאת, בדעת המיעוט חוזר שוב המימד של הבחירה החופשית ונטילת החוק לידיים:

"... יכול היה המערער להגיע לבירור עניינו באם חב הוא בשירות צבאי או אם מתאים הוא לשירות כזה, מבלי ליטול את החוק לידיהו בדרך של העדרות כפי שעשה".⁷²

במקרה אחר, שימשה המוטיבציה לחזור לשירות, והתרשמותו של בית הדין לערעורים כי "הפיק את הלקחים הנדרשים ואכן מעוניין הוא לשרת על אף המצב הקשה בביתו", לדחיית ערעור התביעה על עונש בן 45 ימי מאסר בגין 94 ימי העדרות, שבאה סמוך לאחר סיום ריצוי עונש מחבוש בגין נפקדות קודמת:

⁷⁰ ע"62/96 / מולוקנדוב נ' התצ"ר.

⁷¹ ע"2/96 / כהן ליאור נ' התצ"ר.

⁷² ע"160/96 / סדיקוב נ' התצ"ר.

"גמרנו אומר ליתן לו הזדמנות להוכיח כי אכן שינה המשיב אורחותיו ופיו וליבו שווים ביחס לרצונו לשרת שירות תקין"⁷³.

בעניין נוסף, טען חייל, שנעדר לתקופה של 86 ימים, כי "סך כל המאסר שעל המערער לרצות מכביד עליו ומבקש הוא לקצרו בטענה שלא ניתן המשקל המלא והראוי לנסיבותיו האישיות – משפחה במצוקה קשה, שני הוריו חולים ושרויים בחובות, הוא עצמו נשוי ואשתו נמצאת בחודש השישי להריונה. נסיבה אחרת היא העובדה שפוטר משירות בפרופיל 21 והנסיון האובדני שעשה לאחר הדיון בערכאה קמא, שרק עירנותם של השומרים סיכלוהו". *התובע*, שהסכים להקלה מסויימת על דרך של חפיפת עונשים, טען כי:

"מדובר בחייל מניפולטיבי אשר גמר אומר שלא לשרת כפי שהתיר גם בית הדין קמא ואין במצבו המשפחתי ובעובדה שיפוטר בפרופיל 21 כדי למלטו מעונש ממשי".

בית הדין מצא ב"אירועים שבאו לאחר משפטו בביה"ד קמא" בסיס להקלת מה, והורה כי מחצית העונש המופעל תצטבר לעונש המוטל ומחצית תחפוף לו. בית הדין אף מפנה את תשומת לב שלטונות הכלא "להמשך תמיכה נפשית והשגחה על המערער"⁷⁴.

גם ערעורים המתקבלים כתוצאה מהבנה לנסיבות הבעייתיות שבבסיסם, אינם מוצדקים באופן זה מבחינה רטורית. הסיבות החברתיות אינן נמנות באופן מפורש בפסקי הדין, כאילו על מנת שלא לתת הכשר לטענות שאינן עולות בקנה אחד עם הגישה הקלאסית. באחד מהמקרים, צוטטה בפסק הדין הטענה, מפי הסניגוריה, כי "משום שמלכתחילה יכול היה המערער להימנע משירות צבאי ומשהוברר כי *לחץ משפחתי* הוא הגורם שהניע אותו להעדר מן השירות, לא היה מקום להחמיר עמו בדין". המדובר היה בבן למשפחה חרדית, שהתגייס חרף התנגדות משפחתו, דבר שהוביל להשלכתו מן הבית וללחצים לשוב לישיבה. בית הדין מציין, כי:

"נראה לנו כי בית הדין קמא שיקלל אל נכון את נסיבותיו האישיות של המערער, את עברו ואת אורכה של ההעדרות בפעם זו והגיע לתוצאה העונשית המתחייבת גם אם הינה מכבידה עם המערער. עם זאת, ולפנים משורת הדין ובשים

⁷³ 146/96y התצ"ר נ' בן עטירה.

⁷⁴ פס"ד רחמימוב, לעיל הערה 57.

לב לאורכו של המאסר הכולל שעל המערער לרצות מצאנו להנותו מהקלה מסויימת נוספת⁷⁵.

ב. גישה פרוזיטיביסטית-טרמיניסטית-פתולוגית

במקרים בהם מוצא בית הדין נתון, שמקורו ברשויות הטיפול בצבא (פרופיל 21 או פטור בשל אי התאמה) הוא עשוי לנקוט, לעתים, גישה הפוכה: גישה הנסמכת על האסכולה הפוזיטיביסטית בקרימינולוגיה. על פי גישה זו, סיבות הנעוצות ביחיד (ביולוגיות, פסיכולוגיות או סוציולוגיות) יוצרות מעין פתולוגיה – והיחיד נכפה לפשוע בלא שיש בידיו ברירה⁷⁶. לגישה זו יתרונות ברורים מבחינת בית הדין: היא מאפשרת לו להקל בענישה, במקרים מסויימים, מבלי שפסק הדין יהפוך לתקדים, שכן אין ניתן להסיק לגבי רמת הענישה הראויה באופן כללי ממקרה פתולוגי, ייחודי, הנעוץ בגורמים נפשיים ובמבנה אישיות של אדם ספיציפי.

הדוגמא המובהקת לכך היא הלכת מיישיב, בה פסק בית הדין:

"ניתן להניח כי לו ידעו הרשויות לאשורן את הפרטים מעברו של המערער (מופרעות, סמים, אלכוהול, גניבות, ניסיונות אובדניים) – לא היה מגוייס כלל. על כן לא מצאנו טעם 'הרתעי כללי' או 'גמולי' [טעמי ענישה קלאסיציסטים מובהקים – ה.א.] בענישתו. בנסיבות כגון אלה שלפנינו, אין להרתיע חייל 'רגיל' באמצעות הענשתו של המופרע בנפשו, ואף אין להשיב למערער זה 'כגמולו'⁷⁷."

על חיילת שנעדרה בפעם השנייה, למשך 59 ימים, הושת חודש מאסר, וכן הופעלו בחופף שמונים ימי מאסר מותנים. ערעור ההגנה התקבל בהסכמת התביעה, התנאי הוארך ועל החיילת הושת קנס בן 400 ש"ח:

"המערערת פוטר מצה"ל בגין פרופיל 21 על רקע נפשי – אפיזודה של דיכאון מאג'ורי המתבטאת, בין השאר, במחשבות ייאוש. בפעם הקודמת בה נדונה המערערת ציין [...] ביה"ד כי קלושים הסיכויים שתצליח להשתלב בשירות הצבאי [...] המלצה [לבדוק התאמה לשירות –

⁷⁵ ע96/96/בנאי נ' התצ"ר.

⁷⁶ Young, supra note 68, 266-274.

⁷⁷ ע98/38/מישיב נ' התצ"ר.

ה.א.]. לא כובדה, משום מה. הנסיבות דלעיל מצדיקות קבלת עמדת הצדדים⁷⁸."

במקרה דומה, הוקל בעונשו של חייל מ-6 ל-4 חודשי מאסר, נוכח העובדה כי הוא "סובל מהפרעה אישיותית אקסטרוברטית בדרגת חומרה מירבית, שבגינה הוא אף שוחרר לצמיתות מהשירות הצבאי לאחר שהפרופיל הרפואי שלו הורד ל-21. עובדה זו, בצירוף טעות שנפלה ברישומי הצבא לגבי מספר שנות הלימוד שהמערער סיים טרם גיוסו, יש בהן כדי ללמד, בבחינת סוף דבר המעיד על תחילתו, כי המערער כנראה לא היה כשיר לשירות צבאי מלכתחילה"⁷⁹.

במקום אחר, הביעה התביעה את הסכמתה להקלה בעונש, "בעיקר לאור העובדה שלאחר מתן פסק דינו של בית הדין קמא נתקבלה המלצה של וועדת התאמה לשירות לפיה יפוטר המערער משירותו בשל אי התאמה". עובדה זו הביאה להקלה בעונש מאסר – 90 ימים ל-60 ימים בגין 43 ימי העדרות⁸⁰.

ג. שתי הגישות: התמקדות ביחיד ולא בחברה

מה משותף לשתי הגישות? לכאורה, עסקינן בדבר והיפוכו: גישה המתייחסת ליחיד כרציונלי, עצמאי ואחראי, ומעוניינת להרתיעו ולחנכו כדי לשנות את "מאזן התועלת" שלו, לעומת גישה המתייחסת אליו כאל אדם חולה, המבצע עבירות כמי שכפאו שד, ולכן אין טעם להרתיעו אלא רק לטפל בו. אך התבוננות עירנית יותר בגישות מביאה למסקנה, שהמשותף להן הוא מה שאין בהן: ההתייחסות בשני המקרים היא ליחיד בלבד – לפרט, בין אם הוא פועל באופן וולונטרי או דטרמיניסטי. הממד החסר כאן הוא הממד החברתי הרחב יותר. אין כאן שום נסיון להסביר את העובדה, כי העבירה שכיחה יותר בקרב קבוצות מסויימות. אין כאן כל נסיון לבדוק את אחריותה של החברה – המחוקק, המערכת המשפטית והטיפולית – לתופעה. זאת ועוד, עניינו הרואות כי במישור המעשי – "המספרים מדברים בעד עצמם": אף אחת משתי הגישות לא הועילה לצמצום תופעת העדר מן השירות.

מעניין לסיים בציטוט קצר של בית הדין, המלמד שהשיקולים החברתיים בכל זאת לא נעלמו מעיניו: באחד מפסקי הדין מצויין, כי "ניצול היתרי יציאה ע"י עולים מחבר העמים טרם שירותם – היתרים הניתנם כנראה באופן ליברלי – הפך לתופעה שיש להתמודד עמה, בין היתר באמצעות ענישה ממשית"⁸¹. בית הדין הרגיש, כי ישנם מימדים

⁷⁸ ע60/99 / סיחרולידזה נ' התצ"ר.

⁷⁹ ע71/99 / דנגאוקר נ' התצ"ר.

⁸⁰ ע163/99 / עיני נ' התצ"ר.

⁸¹ ע20/98 / רומננקו נ' התצ"ר.

רחבים יותר לבעיה, אך אינו ממשיך קו מחשבה זה, ומסיק את המסקנות רק לגבי רף הענישה של הנאשם הספיציפי⁸².

5. טיפול

תמונת המצב לא תהיה שלמה בלי לעיין בפתרונות שמנסים לספק גורמים שונים הבאים במגע, בכל הנוגע לכלואים ונאשמים, עם המערכת המשפטית. המדובר הן בגורמי בריאות הנפש, והן בגורמי השיקום והת"ש השונים. כפי שראינו, במקרים בהם מתקבלות המלצותיהם של גופים אלה, לפיהן אין הנאשמים מתאימים לשירות צבאי, משתמש בהן לעתים בית הדין להגדרת נאשמים כ"מקרים פתולוגיים" שאין תועלת בהענשתם. ראוי לציין בהקשר זה גם את לשון הנחיות התצ"ר, לפיהן פרופיל נפשי הפוטר משירות צבאי אינו מצדיק, כשלעצמו, הימנעות מהגשת כתב אישום לבית הדין, "... אולם יש, כמובן, לבחון כל מקרה לגופו"⁸³.

בדיקה יסודית של אופן פעולת גופי הטיפול והשיקום חורגת ממסגרתה של רשימה זו. עם זאת, בהקשר של מערכת השיפוט והענישה, יהיה מקום לבדוק כמה שאלות מטרידות, המועלות כאן, בשלב זה, רק כדי לעורר מחשבה:

(הא) מהם השיקולים שעל פיהם ניתן פרופיל 21, הפוטר משירות? האמנם מדובר במקרים פתולוגיים, או שמא עומס העבודה מביא להרחבת השימוש בהגדרות פסיכולוגיות ופסיכיאטריות?

(ב) היש בידי רשויות הת"ש כלים מספיקים לשיפור מצבם של אלה הזקוקים לתמיכה? מובן, כי רשויות הצבא אינן יכולות ליצור "מהפכה מרכזיסטית" בקנה מידה גדול, אלא לסייע במידה מוגבלת. האם די במידה זו כדי לאפשר למגורים שונים של חיילים, כאלה הסובלים מבעיות סוציו-אקונומיות או ממגבלות הנוגעות לנתונייהם האישיים, וכאלה שאינם נתקלים בבעיות מסוג זה, לשרת בצבא? ל זה בצד זה?

(ג) אילו גורמים משפיעים על החלטת "ועדות התאמה לשירות"? מהו שיעור המפוטרים משירות בועדה זו, ומה היחס בין נתונייהם האישיים לבין נתוני אלה שאינם מתגייסים מלכתחילה?

⁸² סוגייה נוספת וחשובה הטעונה בדיקה, והחורגת ממסגרתה של רשימה ראשונית מצומצמת זו, היא ההבדל האפשרי בין שופטים צבאיים בשירות סדיר ושופטי מילואים. ייתכן שניתן יהיה לאתר הבדל בראיית העולם ובמידת ההתחשבות במימד החברתי של הבעיה בין שני המגזרים.

⁸³ הנחיות תצ"ר 2.04, סעיף 9.

שאלות אלה, ושאלות נוספות, הנוגעות להגדרות מקצועיות ולמשאבים, הן חלק בלתי נפרד מן המדיניות הצבאית בנושא העדר מן השירות. בלי שנידרש לשאלות כגון מיהו חולה, וכיצד ניתן להגדירו בשונה מאדם בריא⁸⁴, ניתן להסתפק בכך שנאמר, כי אדם המסיים שירות צבאי כשמאחוריו עונש מאסר, רישום פלילי רשום לחובתו במשטרת ישראל, ובצקלוננו פרופיל 21 או תעודת שחרור המעידה על פיטוריו משירות מטעמי חוסר התאמה, יקשה לומר כי שפר עליו גורלו, וכי "ניצח את המערכת".

ד. מהי הבעיה האמיתית: תפיסות ותיאוריות

נבקש להציג עתה מספר תיאוריות אודות פשיעה והדרך המתאימה לטפל בה. כפי שצינו לעיל, העדר מן השירות אינה עבירה "אבסולוטית" בכל מקום ובכל עת. קיומה מוגבל, כמובן, למסגרת הצבאית, וטיבה מותנה באופן בו המחוקקים, המעמידים לדין והשופטים רואים אותה.

היות שהצבא הוא, במידה רבה, קהילה סגורה וייחודית, עם כללים ואמצעי פיקוח ייחודיים, בחרתי לפתוח בשתי תיאוריות שאינן מניחות קונפליקט חברתי מובנה. הסוג הראשון של הסברים תיאורטיים, תורת ההתחברות הדיפרנציאלית, מתייחס לעבריינות כתופעה נלמדת ונרכשת ממוקדים חברתיים. הסוג השני של תיאוריות, תיאוריות הפיקוח, מתייחס למתרחש בתוך הצבא, ולהשפעה של הזיקה והחיבור לקונפורמיות על עבריינות. התיאוריה השלישית, תיאוריית הקונפליקט, הינה מרחיקת לכת יותר. תיאוריה זו שואלת שאלות בסיסיות יותר לגבי הריבוד החברתי בצבא – מיהם השופטים ומיהם הנשפטים; את צרכיו של מי משרת הקונצנזוס הלכאורי בדבר חובת השירות ומי נפגע ממנו.

1. התחברות דיפרנציאלית וטכניקות נייטרליזציה

שני ממצאים ראשוניים, העולים מן הנתונים שתוארו לעיל, מצביעים על כיוון מחשבה מעניין. כפי שראינו, שיעור ההעדרויות בקרב חיילים יוצאי חבר העמים גדול יחסית לחלקם באוכלוסיית החיילים, ומצוי במגמת עלייה⁸⁵. ניתן לקשור לכך את ממצאיו של מחקר בורקוב, לפיהם לחיילי קבוצת המחקר (העריקים), ובמיוחד לעריקים הרצידיביסטים, היו יותר חברים ואחים שערקו. במחקר בורקוב מסבירים החוקרים

⁸⁴ ישנה כתיבה רבה ומעניינת בנושא פיקוח חברתי דרך הגדרות רפואיות ופסיכולוגיות. אחת ההשקפות המעניינות הינה, כי מוקדי הכח החברתיים עושים שימוש במערכות הטיפוליות כדי לפקח על המעמדות הנמוכים ולדכאם. ראו למשל: N.N. Kitzrie, *The Right to be Different: Deviance and Enforced Therapy* (Baltimore, 1971) וכן Conrad & Schneider, *supra* note 23.

⁸⁵ ראו לעיל הערה 13. העדר פילוח מדוייק יותר מונע, בשלב זה, בדיקתן של התיאוריות ה"קהילתיות" הללו.

תופעה זו כך: "העובדה שלחיילי קבוצת המחקר יותר אחים וחברים שערקו, ממחישה את האמירה 'אמור לי מי חבריך ואומר לך מי אתה'⁸⁶". נראה לי, כי מנתון מעניין זה ניתן היה ללמוד הרבה יותר מכך.

לעניין זה ניתן להתייחס למושג שטבע Sutherland בהקשר של עבריינות, והוא מושג ה"התחברות הדיפרנציאלית". במחקרים שערך Sutherland, הן בקרב כנופיות רחוב והן בקרב עברייני צווארון לבן בתאגידים, צדו את עניו ההצדקות שסיפקו העבריינים למעשיהם. לשיטתו, התנהגות עבריינית נלמדת על ידי התחברות לאנשים המגדירים אותה באור חיובי, והתרחקות מאלה המגדירים אותה באופן שלילי, ומעורבות בה מתקיימת אם ההגדרות החיוביות חזקות מן ההגדרות השליליות⁸⁷. בנסותו ליישם תיאוריה זו על עבריינות צווארון לבן, גילה Sutherland כי עבריינות תאגידית היא נפוצה, מתמידה ומאורגנת, וכי מעורבות בעבריינות כזו נעשית מתוך בוז לשלטונות, ואינה מובילה לירידה בסטטוס החברתי של העברייין. מן הבחינה הסובייקטיבית, גילה Sutherland כי בקרב קבוצת העבריינים התפתחה אידיאולוגיה המצדיקה את העבירות, כדוגמת "במלחמה כמו במלחמה" "בעסקים קובע חוק הג'ונגל" וכדומה. גם Cressey, במחקריו על מועלים⁸⁸ הגיע למסקנות דומות: המועלים הגדירו את מעשיהם כ"שאלת כספם של אחרים" על מנת להסתדר ולפתור בעיות כלכליות. בהקשר שלנו, יש לשער כי התחברות לאנשים קרובים הרואים העדר מן השירות באור חיובי, והמבצעים עריקויות בעצמם, היא קרקע נוחה להשתלבות בתופעה, בחברת אלה שאינם מגנים אותה.

הרחבת התיאוריות של Sutherland ושל Cressey לכלל סוגי העבירות נעשתה ע"י Sykes ו-Matza. במאמר מעניין⁸⁹, טוענים השניים כי הערכים העומדים בבסיס ההתנהגות העבריינית אינם "תמונת ראי" מנוגדת לערכיהם של שומרי החוק. לשיטתם, הצווים המוסריים בחברה מנוסחים בדרך כלל כהנחיות גמישות ותלויות נסיבות (למשל: "אסור לרצוח, אך במלחמה מותר להרוג אנשים אחרים"). העבריינים מרחיבים את ההגנות, או הנסיבות המקילות הללו, ומחילים אותן על המקרים שלהם – לנסיבות מקילות אלה יש תוקף מוסרי בעיני העברייין, אך לא בעיני החברה. Sykes ו-Matza מכנים הצדקות אלה בשם "טכניקות נייטרליזציה", ומחלקים אותן למספר קטיגוריות. נביא את הקטיגוריות הללו, ובצידן – הצדקות וטענות המושמעות תדיר מפי נאשמים בהעדר מן השירות⁹⁰:

⁸⁶ בורקוב, לעיל הערה 9, בעמ' 19.

⁸⁷ Hagan, *supra* note 69, 157.

⁸⁸ *Ibid.*, 159.

⁸⁹ G. Sykes, D. Matza., "Techniques of Neutralization: A Theory of

Delinquency", *American Sociological Review* 22 (1957) 664.

⁹⁰ איתורן של הצדקות אלה מחייב מחקר איכותני שיתבסס על ראיונות. עד שייערך מחקר כזה, מבוססות ה"טכניקות" בהן משתמשים העריקים על טענות המושמעות בבתי הדין מפי הנאשמים ובני משפחותיהם.

(하나) הכחשת האחריות – הצגת ההתנהגות העבריינית כטעות, וכחיסחפות בנסיבות שאין לעברייין שליטה עליהן, למשל: "המפקד עיצבן אותי, לא חשבתי בכלל, הרגליים הלכו לי מעצמן ויצאתי מהבסיס".

(둘) הכחשת הנזק: חשיבה לפיה ההתנהגות, למעשה, אינה מזיקה: "מה אכפת לצבא אם חייל אחד עושה עריקות, במילא לא עשיתי שם כלום".

(셋) הכחשת הקורבן: הצגת המעשה כהתרסה, או נקמה, נגד מישהו ש"הגיע לך", עשויה להתבטא פעמים רבות בהאשמת המפקדים או גורמי הטיפול.

(넷) האשמת המאשימים: טענות לפיהם ההאשמה הינה, לכשעצמה, בבחינת צביעות או נקמה אישית: "איך שופטים אותי על עריקות כשאביב גפן בכלל לא עשה צבא?" "איך רוצים שאני אעשה צבא אם לא רוצים לעזור לי?"

(다섯) פנייה לנאמנויות גבוהות יותר – הצגת הסיטואציה העבריינית כדילמה בין שתי מערכות ערכים, שפתרון היחיד הוא הפרת החוק: "אם אני צריך לבחור בין אמה שלי לבין הצבא – אני בוחר באמה שלי".

יתכן וניתן לקשר, מבחינה רעיונית, בין השימוש בטכניקות נייטרליזציה, ובין ההשתייכות לקבוצה חברתית שאינה מקבלת את הקונצנזוס (אם קיים כזה) בדבר חובת השירות בצה"ל. בעניין זה אפשר להידרש למחקרים שעניינם הקשר בין הגירה ובין פשיעה⁹¹. עם זאת, חשוב להדגיש כי תוקפה של תיאוריה זו הוא מוגבל למדי, הוא מתייחס לבעיה באופן סובייקטיבי בלי לבחון נכוחה את שאלת קיומו של קונצנזוס בדבר ערכי "החברה שומרת החוק" (דבר שהעלינו ספיקות לגביו בפרקים הקודמים).

2. פיקוח

נקודת המוצא של תיאוריות הפיקוח היא, כי בכל אדם מצויה מוטיבציה לעבריינות, וכי כל אחד מאתנו היה עובר עבירות לולא הופעלו עליו אמצעי פיקוח חברתי. כאשר הכוחות המרסנים והמפקחים נחלשים, מתבצעת פשיעה.

⁹¹ דיון כזה יתאים יותר לשלב בו יהיו בידינו נתונים מפורטים יותר – חלוקה על פי ארצות מוצא, וכן על פי מוצא ההורים, בקרב ילידי הארץ. נסתפק, בשלב זה, בכך שנאמר, כי יש הסבורים, דוגמת Sellin ובעקבות Durkheim, שמערכות הערכים המתנגשות בין ארץ המוצא ובין המדינה החדשה, המתבטאות בחריפות בשאלות לאומיות דוגמת השירות בצבא, עשויות להוביל למצב של העדר נורמות (אנומיה) ובעקבותיו – פשיעה.

מחקרים שנעשו בשנות ה-50, על ידי Nye ו-Toby, Reiss מצאו קורלציה בין עבריינות לבין העדרם של סוגים מסוימים של פיקוח חברתי. Reiss מצא זיקה בין הפרת תנאי מבחן בקרב עבריינים צעירים, ובין תוצאות מבדקים פסיכיאטרים המעידים על סופר-אגו חלש. Nye, שהתרכז במשפחה, ערך מחקר אודות מעשים על גבול העבריינות⁹² בקרב ילדים בגילאי 9-12, וגילה כי חיי משפחה מסודרים, מגורים באזור כפרי וביקורים תדירים בכנסייה אפיינו את הקבוצה שומרת החוק, במובחן מן הילדים ה"פרועים" יותר. Toby חקר אף הוא בני נוער, וטבע את המושג "Stake in Conformity". לשיטתו, לפרטים שהיה להם נתח גדול יותר בחברה הקונפורמית (קרי, למשל, תלמידים המצליחים יותר בבית הספר), היתה פחות מוטיבציה להפסיד את היתרונות שהוקנו להם על ידי הקונפורמיות. העבריינים הצעירים היו אלה שהיה להם יותר מה להפסיד⁹³.

בשנת 1969 סיפק Hirschi נדבך נוסף לדיון בפיקוח חברתי, בתיאוריית ה"Causes of Delinquency". בעקבות מחקר אמפירי רחב היקף בין בני נוער, מצא Hirschi שישנם מספר קשרים לחברה המפחיתים את הסיכוי לפשוע. אף קשרים אלה ניתנים ליישום במקרה של העדר מן השירות:

(하나) זיקה – חיבה ורגישות לאחרים (האם יש חברים במסגרת הצבאית, יחסים טובים עם מפקדים וכיו"ב);

(둘) מחויבות – עד כמה יש לעבריינין "נתח בקונפורמיות", ועד כמה הוא עלול לצאת ניזוק מפעילות עבריינית (למשל, תפקיד יוקרתי ואחראי בצבא, יציאה לקורס וכדומה);

(셋) מעורבות בפעילות חברתית (המקטינה את הזמן הפנוי לפעילות עבריינית – בענייננו ניתן אולי לומר, כי ככל שהחייל עסוק יותר ומשועמם פחות הוא ייטה פחות לבצע העדרויות);

(넷) אמונה בתוקפם המוסרי של החוקים (למשל, הסכמה עם חובת השירות בצה"ל).

על פי הצעתה של תיאוריית הפיקוח, הגברת הזיקה שבין אדם לחברה בה הוא מצוי תפחית את הסיכוי לעבריינות. אם נתרגם זאת (באופן פשטני) לעבירות העדר מן השירות,

⁹² מעניין לציין, כי אחד המדדים לאותה 'עבריינות נוער' היה העדרות מבית הספר (שלא ברשות, כמובן).

⁹³ G.B Vold, T.J Bernard, Theoretical Criminology (Oxford, 1986), ch. 13.

הרי חיילים מרוצים יותר, הזוכים ליחס נאות והמבצעים תפקידים משמעותיים יטו פחות לערוק.

גם תיאוריה זו אינה נקייה מפגמים. חלק ניכר מן הביקורת מתייחס לכך, שהמחקרים נערכו על ילדים ובני נוער, ולא התייחסו לעבריינות חמורה יותר. לדעתי, ביקורת זו אינה חזקה דווקא במקרה שלנו, שכן ניתן לטעון שעבירת העדרות מן השירות (מבחינת טיב המעשה, במנותק מהשלכותיו הבטחוניות) דומה יותר להעדרות מבית הספר משהיא דומה לעבירות אלימות או רכוש. עם זאת, חשוב להצביע על כך שתיאוריית הפיקוח אינה שואלת כיצד ייתכן שילדים מסויימים אמנם מצויים בלב הקונפורמיות, בעוד שאחרים מצויים בשוליה. תורת הפיקוח אף מניחה אפריורי קיומה של קונפורמיות כזו.

3. קונפליקט ויחסי-כוח

עד כה, יצא הדיון התיאורטי מנקודת הנחה כי יש ערכים כלליים, קונפורמיים, המצדדים בשירות בצבא ושוללים, לפיכך, את תופעת ההעדר מן השירות. ואולם, כמצויין לעיל, אין זה האופן היחיד בו ניתן לראות את החקיקה והמבנה החברתי. בניגוד לגישת הקונצנזוס, הרואה את החוק כ"אמנה חברתית" שנועדה לשמור על האינטרסים של כל הפרטים בחברה במחיר אובדן כמה מחירויותיהם, רואה גישת הקונפליקט את החוק כתוצר של מערכת הסדרים, קואליציות ואיזונים בין ערכים מתנגשים של קבוצות חברתיות שונות⁹⁴. לפי גישה זו, ייצג החוק בדרך כלל את האינטרסים של בעלי הכח⁹⁵, המשתמשים בו כמכשיר להשגת מטרותיהם, ולעתים – לדיכוי קבוצות אחרות, על דרך הגדרתן כקבוצות עברייניות⁹⁶.

תיאוריית הקונפליקט ערה לא רק להתנהגות העבריינית, אלא גם, ואפשר שאף בעיקר, לתגובה החברתית כלפיה, ובמיוחד – לעצם הגדרתה כעבירה, להעמדה לדין על פיה ולענישתה. אין "פשע כשלעצמו": הפשע נוצר מהגדרות חברתיות ומתגובות להתנהגויות מסויימות. היות שתגובה חברתית זו נתונה, על פי רוב, בידי בעלי הכח, נמצא כי הפשיעה נפוצה במיוחד בקרב הקבוצות החלשות יותר. Turk גורס, כי ההשלמה עם מצב זה הינה דרך תהליך חברתי בו לומדים החברים בחברה לבוא במגע זה עם זה דרך נורמות חברתיות של "עליונות" ו"נחיתות". קונפליקטים בין האנשים יבואו לידי ביטוי בהגדרת עבירה ככל שהקונפליקט מקוטב יותר מבחינת מעמד חברתי. Seidman ו-Chambliss

⁹⁴ L.R. Akers, *Criminological Theories: Introduction and Evaluation* (a.l.a., 1991), 15.

⁹⁵ ניתן לקשור את הדיון גם לתיאוריה המרכסיסטית, המבחינה בבירור בין בעלי ההון ומעמד הפועלים לעניין הקרימינולוגיה. ואולם, נראה לי כי מסגרת דיון כזו הינה צרה ופשטנית מכדי להתאים לקונפליקט שבין עריקים ובין מערכת המשפט, קונפליקט המתאפיין ברב-מימדיות כלכלית, אתנית, חברתית ועוד.

⁹⁶ Hagan, *supra* note 69, 211.

מרחיבים תיאוריה זו ומתייחסים לטיפול הרשויות בפשיעה: בכל שלב של הטיפול המשפטי בבעיה, מופעל שיקול דעת המוביל להכנסת הקבוצות חסרות הכח אל תחומי ההליך הפלילי. במובן זה, יש לראות את יצירת ההגדרות הפליליות, הבניית המושגים אודות פשיעה ועבריינות, יישום ההגדרות ופיתוח טכניקות תגובה להן, כמנגנונים השלובים זה בזה והמושפעים כולם מיחסי הכח בחברה (לעניין זה יפה ניתוחו של Quinney)⁹⁷.

על רקע זה, נקל להבין את הסתייגותה של תיאוריית הקונפליקט מסטטיסטיקה רשמית, שכן נתונים בדבר עבירה מסוימת אינם משקפים את ההתנהגות, אלא את התגובה החברתית ואת הקרימינליזציה (המתהטאת בהגדרה כעבירה ובהעמדה לדין) כלפי אותה התנהגות, או כלפי היחידים המתנהגים באופן זה. תיאוריית הקונפליקט נתמכת בייצוג היתר של אוכלוסיות חלשות בהליכים הפליליים, ומפרשת אותו כמבטא מדיניות של קרימינליזציה מוגברת כלפיהם.⁹⁸

השאלות שניתן להעלות מגישת הקונפליקט, בהקשר של עבירות העדר מן השירות, הינן מגוונות. ראשית, ניתן לשאול ולבדוק, מהו הקשר, או חוסר הקשר, בין אנשים שאינם מתגייסים מלכתחילה, ובכך מוציאים ממסגרת הדיון בעבירה, ובין אנשים המתגייסים, ולכן, אם הם משתמטים מגיוס או נעדרים משירות סדיר, כפופים למערכת המשפט הצבאית. למשל, פטורים עקב מצפון וטעמים שבהוויה דתית, ופטורים מסוג "תורתו אומנותו", והיחס בין האוכלוסיות הזוכות להם לבין אוכלוסיות שאינן מועמדות טבעיות לקבלתם.⁹⁹ אילו מאוכלוסיות אלה מצויות במוקדי הכח החברתיים?

שאלה נוספת שניתן לבחון הינה, האם מדיניות ההעמדה לדין, ההופכת את המודל המשפטי-עונשי לדומיננטי בטיפול בעבירות העדר מן השירות, נקבעת כתוצאה מערכי קבוצות הכח, הקשורות במערכת המשפטית הצבאית. למשל, האם הגישה ה"קלאסית" של בתי הדין, לפיה העדרות מן השירות היא תוצאה של בחירה חופשית (למעט במקרים המוגדרים כ"פתולוגיים"), אינה מושפעת ממצבם ומעמדם של בני הקבוצות המוכרות יותר למערכת השיפוט, והאם אין בכך משום כפייה של האפשרויות והתנאים של מעמד זה על אנשים שתנאי חייהם שונים. אגב כך, מן הראוי להזכיר את הצעתו המעניינת של Tonry¹⁰⁰, לפיה יש צורך בהקלה מובנית בעונש על קבוצות של עבירות, הנעברות על

⁹⁷ Hagan, *Ibid.* 213-217.

⁹⁸ ר' שלל דוגמאות אצל: Hudson, *supra* note 1.

⁹⁹ אין בכוונתי לדון לעומק בפטור משירות צבאי מטעמי דת, וביחס בינו לבין עבירת העדר מן השירות; ואולם, על הזיקה שבין פטור משירות ובין גיוס, או אי גיוס, אוכלוסיות חלשות, ניתן ללמוד מן הטבלאות המשוות נתונים על גיוס ושירות בצה"ל בין יישובים שונים אצל מ' נתיב, "החברה הישראלית באספקלריה של צה"ל", *מערכות* 287 (1983) 16, המובאות אצל זיידמן, *לעיל* הערה 37, 233.

¹⁰⁰ M. Tonry. *Sentencing Matters*, (Oxford, 1996).

ידי מגזרים חלשים, כדי לאזן את הדיכוי והקרימינליזציה המביאים, מלכתחילה, להעמדה לדין בגינן.

לבסוף, אפשר לבדוק, האם פיקוח בלתי פורמלי, כגון יחסים הדוקים יותר בין מפקדים לחיילים, ואחריות מוגברת של היחידה לחייליה גם כשהם נעדרים ממנה, לא יתרום יותר לפיתוח סולידרית סביב השירות הצבאי, מן הפיקוח הפורמלי המנכר והנוקשה של המערכת המשפטית.

ה. חיפוש פתרונות אמיתיים

השאלה, איזו מן התיאוריות המנויות לעיל מתאימה להסבר תופעת ההעדרות מן השירות, אינה פשוטה. ואולם, אם ברצוננו לתרום להפחתתה של תופעה, עלינו תחילה להתבונן בה באומץ, בלא לנסות לייפות את חלקנו בה.

נראה לי, כי בטרם ימצא פתרון אפקטיבי לבעיית ההעדרות מן השירות, שייטיב הן עם האנשים הנעדרים מן השירות והן עם המערכת בה הם נמצאים, יש לבצע מחקר אמפירי יסודי ביותר, ולהתמקד במשימות הבאות:

(1) פילוח יסודי ביותר של האוכלוסיה שבה מדובר – כדי לבדוק את התיזה לפיה מדובר בגרעין נוקשה של נעדרים מן השירות, ומה טיבו. פילוח זה יאפשר לאתר "מבני כח" בצה"ל, מתחת למעטה הקונצנזוס והשוויון, ועשוי לתרום הן לדין בנושאי התחברות דיפרנציאלית, הגירה ופשעה, והן לבחינת נכונותה של תיאוריית הקונפליקט.

(2) הבנת התופעה דרך עיניהם של העריקים עצמם, באמצעות ראיונות וסיפורי חיים. בלי להבין את מערכת השיקולים והתנאים בה הם נתקלים, יקשה עלינו לפתור את הבעיה וכל הצעה תהיה, מעצם טיבה, חד צדדית. ראיונות כאלה צריכים לכלול התייחסות להיסטוריה – היינו, לאורח החיים ולמערכת הערכים המשפחתית-חברתית-אתנית לפני הגיוס, לעמדות והשקפות לגבי השירות בצבא, ולשאלה, באיזו מידה משקף השירות בצבא התערות חברתית. שיטת מחקר זו עשויה לתרום לבדיקת קיומן של "טכניקות נייטרליזציה", או לחשיפת קיומה של מערכת ערכים שאינה עולה בקנה אחד עם חובת השירות הצבאי (המוכתבת, אולי, על ידי קבוצות כח בחברה הישראלית).

(3) נכונות לבחינה עצמית ולמודעות לתהליכים, נסתרים אולי, המתבצעים בעת קבלת החלטות מנהליות ושיפוטיות: עלינו להיות כנים ככל האפשר כשאנו בוחנים, מדוע בחרנו במדיניות העמדה לדין מסוימת, מדוע אנו שופטים

ומענישים אנשים מסויימים, מדוע אין אנו מגייסים מלכתחילה אנשים אחרים, וכיוצא באלה.

(4) נכונות כלל-מערכתית לשינויים ול"מהפכות" בתפיסה, שתקיף את כל המערכות: החל מהליכי גיוס ושיבוץ (בין אם שוויוניים יותר ובין אם סלקטיביים יותר) – בהתאם לממצאים לגבי המבנה החברתי בצבא וההסכמה לגבי השירות בו), דרך מערכת תנאי השירות והתמיכה בחיילים (שתיאוריית הפיקוח תיחסס לה חשיבות רבה), וכלה בשינוי יסודי ביותר במדיניות ההעמדה לדין והענישה.

לדעתי, רגישות ועירנות לתהליכים המתבצעים במערכת הן תנאי ראשון לחיפושם של פתרונות אמיתיים. אין טעם להמשיך במדיניות שניתן לומר, לאחר חמישים שנה, שאינה מוכיחה עצמה. שינוי תפיסתי מחייב אומץ ויצירתיות; היכרות עם המערכת הצבאית מלמדת, כי יש בה אנשים שניחנו בתכונות אלה, והנכונים לחפש גישות חדשות לפתרון בעיות. יש לקוות, כי נכונות זו תביא לחשיבה חדשה ומקורית בנושא ההעדרות משירות. תקוותי הצנועה היא, כי רשימה ראשונית זו תתרום, ולו במעט, להעלאת כמה שאלות בלתי שגרתיות בנושא מורכב ובעייתי זה.

החתימה האלקטרונית – מהימנות מול מסוכנות

רזית ויסמן*

1. פתיח 2. חתימה אלקטרונית – מהי 2.1 כללי 2.2 רשת האינטרנט 2.3 מערכות מסחר אלקטרוני 2.4 הצפנה 2.5 חתימה אלקטרונית וחתימה דיגיטלית 3. התשתית הטכנולוגית לחתימה הדיגיטלית 3.1 כללי 3.2 הצפנה א- סימטרית 3.3 השימוש בהצפנה א- סימטרית 3.4 פונקציה "האש" (Hash Function) 3.5 ביצוע חתימה דיגיטלית 3.6 יישום 3.6.1 הבחנה בין סוגי היישומים/ השימושים 3.6.2 אפשרויות השימוש בחתימה הדיגיטלית בעולם העסקים 3.6.3 אפשרויות השימוש בחתימה דיגיטלית בצה"ל 4. הנפקויות המשפטיות של החתימה הדיגיטלית 4.1 מטרת החתימה - הפן המעשי 4.2 מטרת החתימה - הפן המשפטי 5. יתרונות החתימה הדיגיטלית 6. הסיכונים הכרוכים בשימוש בחתימה דיגיטלית 6.1 ניהול הסיכון ומטרתו 6.2 הסיכונים הנובעים משימוש בחתימה דיגיטלית 7. ניהול הסיכון 7.1 המישור הטכנולוגי - אבטחת מידע 7.2 המישור המשפטי 7.2.1 בסיס (מאגר) נתונים ורשות אימות (רשות מאשרת או גורם מאשר) 7.2.2 אבטחת אמינות האישורים ורמותיהם 7.2.3 פעולת האימות/האישור 7.2.4 פיקוח על הצפנה 7.2.5 התאמת דיני הראיות בישראל לטכנולוגיה - אחריות אזרחית 7.2.6 התאמת דיני הראיות בישראל לטכנולוגיה - אחריות פלילית 7.2.7 דיני הראיות בצה"ל 7.2.8 הטלת הגבלות על השימוש בחתימה דיגיטלית 8. הערות לחוק חתימה אלקטרונית, התשס"א - 2001 8.1 סקירה כללית של החוק 8.2 ניתוח בעיות וסיכונים העולים מלשון החוק והמלצות לדרך פתרון 8.2.1 כללי 8.2.2 אי מתן נפקות משפטית לשיטות טכנולוגיות שלא עברו אישור מהימנות 8.2.3 הגדלת אחריותו של בעל אמצעי חתימה 8.2.4 הטלת חובות על גורם המחזיק במסד (מאגר) נתוני אמצעי חתימה שאינו גורם מאשר 8.2.5 אי העמדת דרישות וכישורים מוגדרים בפני הגורם המבקש להרשם כ"גורם מאשר" 8.2.6 הגדלת מידת אחריותו של גורם מאשר 8.2.7 הוספת דרישה להון עצמי 8.2.8 תקפות חתימה אלקטרונית בהליכים פליליים 9. סיכום.

1. פתיח

העיסוק בהצפנת מסרים ובאבטחתם קיים מקדמת דנא. ירמיהו הנביא¹ הצפין את מסריו באמצעות מפתח שמהותו שיכול אותיות ה"א" - ב"ב".² מאוחר יותר התפתחו שיטות הצפנה נוספות אשר עשו שימוש באותיות ה - "א" - ב"ב".³ אף יוליוס קיסר הצפין את מסריו באמצעות שיכול אותיות ה - "A-B".⁴

כך הלכו והתפתחו שיטות ההצפנה עד ימינו אנו.⁵ שיטות ההצפנה השונות נסמכו כולן על בסיס אחד – שימוש במפתח ההצפנה, שנועד להיות סודי.

על מנת להבין את חשיבות העיסוק בהצפנת מסרים ובאבטחתם, כיום, עלינו לבחון את התפתחות תחום מערכות המידע בכלל והאינטרנט בפרט. כפי שנלמד, האפשרויות הצצות חדשות לבקרים, של מסחר אלקטרוני, חתימת חוזים, ניהול מערכות מידע וכד', מקימות את החובה להצפין מסרים ולודא מקוריותם.

אחת הדרכים לאבטחת האפשרויות הנ"ל, בה תנסה רשימה זו להתמקד, היא הטכניקה הקרויה "חתימה אלקטרונית", אשר תבחן מהפך הטכנולוגי (תוך התמקדות בחתימה אלקטרונית מסוימת – "החתימה הדיגיטלית") וכן מהפך המשפטי.

החתימה האלקטרונית, הולכת ותופסת לה מקום של כבוד בעולם. ראייה לכך, ניתן ללמוד מחתימה דיגיטלית של חוזה שעניינו שיתוף פעולה בתחום המסחר האלקטרוני, בין ארה"ב לאירלנד. חתימה דיגיטלית זו הייתה החתימה "הפוליטית - רשמית" הראשונה, והיא בוצעה בארבעה בספטמבר 1998, ע"י נשיא ארה"ב דאז, ביל קלינטון וע"י ראש ממשלת אירלנד, באמצעות כרטיס חכם, בעת כריתת הסכם מסחרי.

* רס"ן בענף פיקוח משפטי. בעלת תואר ראשון במשפטים, אוניברסיטת ת"א, ותואר שני במנהל עסקים (התמחות במערכות מידע ובניהול סיכונים וביטוח), אוניברסיטת ת"א. הנני מודה לפרופ' יהודה כהנא, מהפקולטה למנהל עסקים באוניברסיטת ת"א על הארותיו והערותיו לרשימה זו. כן ברצוני להודות לחברי המערכת – סרן אייל טולדנו, סגן לילך זיתונה וסגן אלכס אברבך על הערותיהם למאמר זה.

¹ ירמיהו, כ"ה, 26; נ"א, 41.

² שיטת את"בש - רשימת אותיות ה - "א" - ב"ב" כסדרן ומולן רשימת האותיות מהסוף להתחלה. כך, האות א' תקבל את הערך ת', האות ב' תקבל את הערך ש' וכיו"ב.

³ כך למשל - שיטת אלי"בם - רשימת האותיות ה"א" - ב"ב" חולקה לשניים. מול כל חצי רשימה ניצב החצי השני. כך, האות א' תקבל את הערך ל' והאות ב' תקבל את הערך מ'. למעשה זוהי שיטה גימטרית במהותה, שכן האות ה - 1 קיבלה את ערך האות ה - 13 וכיו"ב.

⁴ שיטה נוספת - שיטת אט"ב - האותיות המתחלפות מסתכמות בגימטריה לסכום עגול של 10 או 100. כך, האות א' מתחלפת עם האות ט', המשלימה הגימטרית ל- 10 וכיו"ב.

⁵ לשיטתו של יוליוס - כל אות קיבלה את הערך של האות הנמצאת מרחק שלוש אותיות ב"א-B". כך למשל, קיבלה האות A את ערך האות D וכיו"ב.

⁵ ב' נורמן מלחמת הצפנים (הוצ' מערכות - משרד הבטחון, 1978).

בשלושים ביוני 2000, ניתנה בארה"ב גושפנקא רשמית לחתימה האלקטרונית, עם חתימתו ("הדיגיטלית") של נשיא ארה"ב דאז, ביל קלינטון – באמצעות כרטיס חכם – על גבי נוסח חוק פדרלי המעגן את תוקפה המשפטי של החתימה האלקטרונית, חוק אשר אושר על ידי בית הנבחרים והסנאט האמריקאיים מספר שבועות קודם לכן. כך, נסללה הדרך – אשר נפרצה שנים ספורות קודם לכן במדינת יוטה שבארה"ב – למתן תוקף משפטי לחתימה אלקטרונית.

יצויין, כי בארבעה באפריל 2001, פורסם ברשומות חוק חתימה אלקטרונית, התשס"א – 2001. החוק שנחקק דומה במטרותיו לחוק הפדרלי, שנחקק בארה"ב, והמעגן את תוקפה המשפטי של החתימה האלקטרונית.

2. חתימה אלקטרונית – מהי

2.1 כללי

עם התפשטות הקידמה, בדמות האינטרנט, הפכו מושגים כגון "רשת האינטרנט", "מערכות מסחר אלקטרוניות", "הצפנה", "חתימה אלקטרונית", "חתימה דיגיטלית" ו"מפתח ציבורי", להיות שגורים בפיהם של אלו הקושרים ביניהם קשרים באמצעות תקשורת אלקטרונית (סוחרים, בנקאים וכיו"ב). נעמוד תחילה על קנקנם של מושגים אלה.

2.2 רשת האינטרנט

רשת האינטרנט, הינה רשת המקשרת בין מחשבים ורשתות מחשבים, לצרכי העברת מידע, באמצעות פרוטוקולים של תקשורת, ללא תלות בחומרה או בסוג המחשב.

כלשונו של ד"ר טננבאום⁶, האינטרנט איננה מהות פיזית, איננה נכס מוחשי ואיננה נשלטת על ידי ארגון כלשהו. אין שום גוף, ממשלתי, פרטי, ללא מטרות רווח ו/או אחר, שיש לו שליטה מלאה ואפילו חלקית על האינטרנט. רשת האינטרנט פועלת ומתפקדת היות ועשרות מליוני⁸ מפעילי מחשב בכל רחבי העולם, הסכימו ביניהם באופן בלתי תלוי וללא שום כפייה, על פרוטוקולים מוסכמים, אשר מטפלים בהעברת המידע וארגון שיטות כתובות המקובלות על כולם.

⁶ ס"ח 1785, התשס"א, 210.

⁷ ד' טננבאום "השלכות האינטרנט על המשפט המהותי" **שערי משפט**, חוב' 2 (התשנ"ח, 1997).

⁸ מסקר שערך Lee Rainie, עולה כי במחצית השנייה של שנת 2000, נמנו בארה"ב לבדה, למעלה מ-104 מיליון איש, המחברים לאינטרנט. ר' "More Online Doing More", פורסם ביום 18/2/01, באתר האנטרנט: http://63.210.24.35/reports/pdfs/pip_changing_Population.pdf.

לרשת האינטרנט שימושים רבים. המרכזיים שביניהם הם:

א. Electronic Mail – לכל אדם מוקנית האפשרות ליצור כתובת אלקטרונית, ובאמצעותה לשלוח לכתובת אחרת הודעות (מלל, תמונה, קול) ולקבל מסרים לכתובתו. כל זאת, בעלות זניחה.

ב. Usenet - הקמת קבוצות דיון, בהן לכל משתמש האפשרות להביע דעתו. זהו שירות המבוצע On - line, וניתן לבצעו גם בשילוב וידאו (זאת, בעלות גבוהה יותר).

ג. מאגרי מידע – האפשרות לאתר מידע בכל נושא ובכל מקום, בקלות ובזול, תוך שימוש במנועי חיפוש שנועדו להקל על החיפוש. מידע כזה כולל אתרי מסחר וכיו"ב.

2.3 מערכות מסחר אלקטרוני

תנאי מוקדם להבנת הצורך בהצפנה, הוא הגדרת המונח "מערכות המסחר האלקטרוני"⁹.

מערכות המסחר האלקטרוני¹⁰ נחלקות לשני סוגים, אשר השוני ביניהם, בא לידי בטוי בהשלכות המשפטיות השונות, הנובעות מהם:

1. "מערכות סגורות" - מערכות בהן הצדדים למסחר האלקטרוני מוכרים זה לזה. משמעות הדבר, הינה כי קיימת מערכת מוסדרת של נהלים, אשר מעגנת את היחס המשפטי ביניהם. הדברים אמורים, במערכת חוזית לגבי אופי הפעילות בין הצדדים, מנגנון של ישוב סכסוכים, חלוקת אחריות משפטית וכיו"ב.¹¹

דוגמא בולטת למערכת מעין זו שימשה מערכת "Swift" להעברות אלקטרוניות של כספים, במערכת הבנקאית.

2. "מערכות פתוחות" - הינן מערכות בהן אין הצדדים למסחר האלקטרוני מוכרים זה לזה, בהכרח. המערכת המשמשת לעריכת המסחר היא מערכת התקשורת הגלובלית של האינטרנט, בה לקוח מזדמן מבצע עסקה עם ספק, באמצעות החוזה האלקטרוני. הסוגיות המשפטיות העולות מניתוח חוזה שכזה, הן רבות.

⁹ ר' מאמרו של ו' בוגנים "תשתית משפטית למסחר אלקטרוני" **שערי משפט**, חוב' א(2) (כסלו, התשנ"ח), 169.

¹⁰ בדברנו על "מסחר אלקטרוני", אנו כוללים את כל העסקאות או הפעולות, המתבצעות, נכון לרשימת מאמר זה, באמצעות רשת תקשורת ממוחשבת, כגון, תקשורת פנים ארגונית או האינטרנט.

¹¹ יצוין, כי **בוגנים**, לעיל הערה 9, בעמ' 172, מחדד במאמרו, את המונחים הלועזיים המקבילים ויוצר הלכה למעשה, הקבלה בין ה- Electronic Data Interchange (בקצרה) – EDI, שמהותה מערכת "סגורה", לבין ה- Electronic Commerce, שמהותו מערכת "פתוחה".

רשימה זו תתמקד בסוגית זיהוי הצדדים לחוזה (או מסמך שאינו חוזה) ואמיתות "חתימת" המסמך האלקטרוני (החוזה או השיק האלקטרוני וכד'), במערכות "פתוחות"¹².

2.4 הצפנה

ההצפנה נועדה לשמש כאחת התשתיות ליישום של המסחר האלקטרוני. בעבר, שיטת ההצפנה הנפוצה ביותר היתה "הצפנה במפתח יחיד". בשיטה זו נעשה שימוש במפתח הצפנה סודי, שנקבע מראש בין הצדדים.

נראה, כי שיטה זו ישימה בעיקר במערכות "סגורות", בהן הצדדים במסגרת קשריהם והכרותם, החליפו מפתחות מוסכמים לביצוע חוזה אלקטרוני.

שיטה זו הינה בעייתית ליישום במערכות "פתוחות", ולו רק משום קשיי קביעת מפתח מוסכם מראש בין צדדים המבצעים עסקה באקראי. על כן, נוצר הצורך בפיתוח שיטת הצפנה המתאימה לתנאי מערכת "פתוחה". יתרה מכך, אף במערכות "סגורות", שיטה זו הפכה קשה לאבטחה וקלה לפריצה ונוצר הצורך ביצירת שיטה בטוחה יותר למערכות אלו.

הפתרון לבעיה זו נמצא בדמות "שיטת ה-RSA", המאופיינת בצמד מפתחות, בעניינה נרחיב להלן.

2.5 חתימה אלקטרונית וחתימה דיגיטלית

המעבר לביצוע חוזים ועסקאות אלקטרוניות הביא ליצירת הצורך במציאת תחליף לחתימה המסורתית. זאת, מכיוון, שתחת נייר ועליו חתימה יחודית ומקורית, בכתב יד או באמצעות חותם, מתקבל פלט מחשב – חוזה, שיק אלקטרוני וכד' - בו מופיע קוד מסוים המשמש כחתימה. הקוד הינו "בליל" של אותיות ומספרים, המייצגים את החתימה הדיגיטלית היחודית לבעליה. הקוד נועד לאשר, כי פלוני אכן "חתם" על המסמך האלקטרוני וכי המסמך לא שונה, מאז חתימתו.

טרם נפתח בהצגת הנושא, נעמוד על האבחנה בין כינויי החתימה השונים הבאים לידי ביטוי בחוקים השונים – כפי שנראה בהמשך המאמר, בעוד החוק הישראלי והחוק האמריקאי הפדרלי נוקטים בלשון "חוק חתימה אלקטרונית" הרי שחוקי מדינות ארה"ב נוקטים בלשון "חוק חתימה דיגיטלית". זאת, משום ההבחנה המהותית בין שני מונחים אלה. המלומד ברסי היטיב לנסח את ההבחנה הזו¹³:

¹² המערכות הפתוחות בהן נעסוק הן מערכות המסחר האלקטרוני, אך אין לשכוח כי שיטות ההצפנה יפות אף לשימושי אינטרנט אחרים כגון - שימוש בדואר אלקטרוני וכיו"ב.
¹³ Theodore S. Barassi, Electronic Signature Differs from Digital, 214 n.y.l.j.102 (1995). ר' גם ציטוט של דברי המלומד ברסי ב: M. L. Cloisen & R. S. Richards

“**Electronic Signature** is a very broad term, commonly accepted by those who have looked at electronic forms of authentication to mean any electronic symbol adopted by a party with the present intention to authenticate a writing...**Digital Signature** on the other hand, has come to refer to the specific technology...in which an electronic message is authenticate [...] and non-repudiation by a signer which give them legal advantages over other types of electronic and traditional signatures [...]”

במילים אחרות, בעוד ש"חתימה אלקטרונית" הינה מונח רחב מאוד, השגור בפיהם של אלו המחפשים צורות אלקטרוניות שימשו לאימות חתימה, "חתימה דיגיטלית" הינו מונח המתייחס לטכנולוגיה ספציפית בה מאומת המסר האלקטרוני.

נראה, כי המונח הרחב "חתימה אלקטרונית" תואם את רוח החוק הישראלי והחוק האמריקאי הפדרלי, אשר פתוחים לקבלת טכנולוגיות חתימה שונות, נוסף על טכנולוגית ההצפנה הא – סימטרית אשר מזוהה עם המונח "חתימה דיגיטלית".

יחד עם זאת, המונח "חתימה דיגיטלית", שגור בפי כל ואף עובר כחוט השני ברשימה זו, ככל שעסקינן בפן הטכנולוגי, שכן כיום שיטת ההצפנה הא – סימטרית, שהינה חתימה דיגיטלית, עפ"י הגדרתה של זו, היא – היא השיטה המקובלת ביותר.

כפי שנראה להלן, היישום הבולט ביותר של חתימה אלקטרונית – הוא החתימה הדיגיטלית - הינו פיתוח של שיטת ה-¹⁴ RSA. טכנולוגית החתימה הדיגיטלית מושתתת על שתי שיטות – הצפנה א- סימטרית ופונקצית "האש".

נפתח בהצגת שיטות אלו ונמשיך בהצגת החתימה האלקטרונית על יתרונותיה, הסיכונים הטמונים בשימוש בה ודרכי הטיפול בסיכונים אלה¹⁵.

"Notaries Public-Lost In Cyberspace" 15 **J. Marshall Journal Of Computer & Information Law**, (1997) 732, note 183

¹⁴ הפרסום הראשוני לשיטה זו, ע"י שלושת ממציאיה - Rivest, Shamir & Adleman הוא:

W.Diffie & M.E. Hellman " New Cryptography " , **IEEE Transactions on** Direction In **Information Theory**, IT-22 ,6 (1976) 644 - 654.

3. התשתית הטכנולוגית לחתימה הדיגיטלית

3.1 כללי

החתימה "הדיגיטלית", הינה החתימה האלקטרונית הנפוצה ביותר, כיום. יש להבחין בין שני סוגים של חתימה "דיגיטלית"¹⁶. האחד, העתקת צורתה של החתימה המסורתית באמצעות צג אלקטרוני לתוך תוכנה, אשר "תדביק" את החתימה בכל מסמך לו תדרש החתימה. אין מדובר בטכנולוגיה דיגיטלית ייחודית, אלא בהעתקה פשוטה של חתימה בכתב יד עלי מחשב.

השני, בו עסקינן ברשימה זו- הוגדר ע"י "The International Standards Organization", כדלהלן¹⁷:

"Data appended to, or a cryptographic transformation of a data unit that allows a recipient of the data unit to prove the source and integrity of the data unit and protect against forgery."

כדי להבין את המינוח הנ"ל שומה עלינו להעמיק ולבחון את הבסיס לחתימה הדיגיטלית¹⁸.

3.2 הצפנה א- סימטרית

החתימה הדיגיטלית מושתתת, בעיקרה, על טכנולוגיית "הצפנה א- סימטרית". שיטת הצפנה זו, שנועדה לפתור את בעית ההצפנה של מסמכים אלקטרוניים, במערכות "פתוחות", פותחה באמצע שנות השבעים, ע"י שלושה מדענים, מאוניברסיטת סטנפורד. השלושה פיתחו שיטת הצפנה "בשני מפתחות". שיטה זו באה מתחום המתמטיקה של

¹⁵ נקוט בלשון "חתימה דיגיטלית" בעיקר בחלקה של הרשימה העוסקת בפן הטכנולוגי.
¹⁶ יודגש, כי אנו מתמקדים בטכנולוגיה העוסקת בחתימה דיגיטלית, אך בבסיס חוזה אלקטרוני ו/או שיק אלקטרוני עומדות טכנולוגיות נוספות, שענינן חומרה, התאמה לפרוטוקולים שונים וכיו"ב. להרחבה אודות טכנולוגיות אלו ר' באתר – www.echeck.org.
¹⁷ I.J.Llyond " Electronic Commerce and Cryptography" **Information** 480
Technology L.,
¹⁸ הגדרת חתימה דיגיטלית בחוק של מדינת יוטה, המדינה הראשונה שעייגנה את החתימה **Notaries Public-Lost In Cyberspace**, הינה דווקנית יותר, ר' **supra note 13**, at p.5.

ההצפנה (תחום הקריפטוגרפיה) וכינויה הנפוץ - "שיטת RSA"¹⁹ - מתבסס על שם שלושת ממציאיה.

שיטה זו מתבססת על צמד פונקציות מתמטיות²⁰ הפוכות זו לזו שכל אחת מהן מקיימת שתי תכונות הפכיות ודו כיווניות. במילים אחרות - צמד המפתחות קשורים מתמטית, כך שהצפנה באחד מהם מאפשרת פענוח במפתח המשלים (תכונת "ההופכיות") בלבד ולא ע"י מפתח אחר (תכונת ה"דו-כיווניות") - הפונקציה האחת ניתנת לחישוב באופן קל יחסי. הפונקציה ההפוכה לה ניתנת לחישוב קל ע"י הפונקציה הראשונה אך לא ע"י פונקציה אחרת)²¹. לא זו בלבד שאמינותה של החתימה הדיגיטלית גבוהה במיוחד, אלא שבדיקתה (וידוא התאמת המפתחות) "הדיגיטלית" מתרחשת באופן קבוע ומיידי.

עסקינן בשני מפתחות, האחד, הינו ה"מפתח פרטי"²² - מפתח שנועד להיות בידיו של החותם בלבד. רמת אמינותו, היה ולא הגיע לידים זרות, דומה לזו של טביעות אצבעות²³. המפתח הנוסף, הינו "מפתח ציבורי" - מפתח המצוי במאגר מרכזי, פרטי או ממשלתי, הנגיש לציבור.

3.3 השימוש בהצפנה א- סימטרית

הלכה למעשה, מתבצעת ההצפנה כדלהלן: לכל משתתף בשוק האלקטרוני יש שני מפתחות - מפתח ציבורי ומפתח פרטי, המשלמים זה את זה.

כל משתתף פונה לגוף שלישי - "רשות מאשרת" כשברשותו צמד המפתחות (למשל על גבי דיסקט), מוסר את צמד המפתחות ופרטיו, ומקבל "תעודה" חתומה דיגיטלית (אבטחה "אלקטרונית") ע"י הגורם המאשר, כי אלו מפתחותיו שלו ושלו בלבד. או אז, מפקיד כל משתתף את המפתח הציבורי שלו במאגר מרכזי נגיש ומחזיק ברשותו את המפתח הפרטי²⁴.

¹⁹ ר' אתר האנטרנט של החברה: <http://www.rsa.com>

²⁰ יצירת הפונקציות נעשית באמצעות הכפלת שני מספרים ראשוניים בני 56 עד 64 ספרות, הנבחרים אקראית. שני המספרים מוכפלים אחד בשני ומהם נגזרים ארבעה מספרים באלגוריתם קבוע. שני המספרים משמשים כמפתח פרטי והשניים האחרים - כמפתח ציבורי.

²¹ "Digital Signature Guidelines, Legal Infrastructure for Certification Authorities and Secure Electronic Commerce (August 1, 1996) 9-10."

²² ישנו מגוון אפשרויות רחב ל"מפתח אישי". הנפוץ יותר הינו מפתח פיזי - כגון כרטיס מגנטי נתקע או מועבר או דיסקט נשלף המוגן מכתובה. כן ישנם מפתחות מזהי תכונות אנוש, שהינם יקרים יותר לתפעול - זיהוי קולי או זיהוי טביעת אצבע.

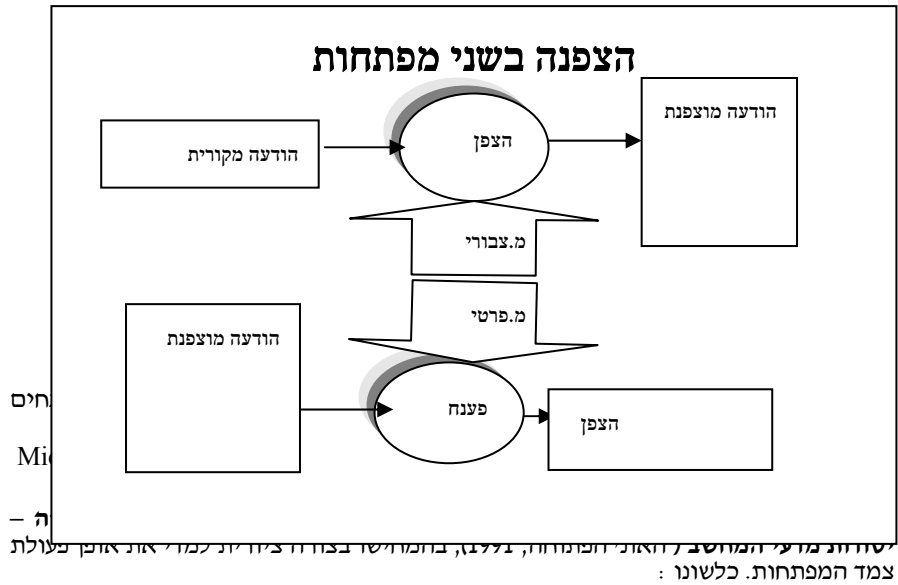
²³ נ' אסיא דיני מחשבים (מהדורה 8, כרך ב', עמ' 67).

²⁴ " Misplaced Priorities: The Utah Digital signature Act and liability Allocation a "Public Key Infrastructure", 33, San Diego L. Rev, (1996) 1150-1151. יצוין, כי לפי חוק יוטה החתימה הדיגיטלית של הרשות המאשרת עצמה "אובטחה" באמצעות מתן רשיון או אישור לרשות המאשרת לפעול, ע"י רשות שלטונית.

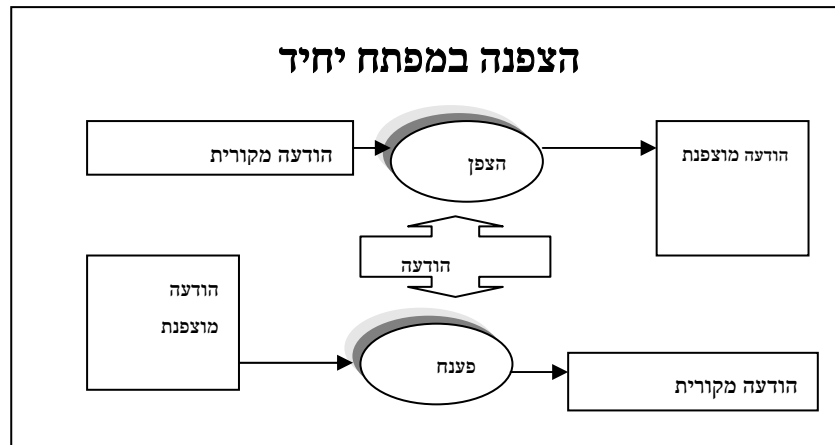
כאשר משתתף מסוים מבקש לשלוח הודעה (לרבות - חוזה, שיק וכיו"ב) למשתתף אחר, עומדות בפניו שתי אפשרויות. האחת, עליו לאתר את המען הציבורי של הנמען ובאמצעותו להצפין את המסמך המקורי ולשגררו לנמען. כאשר נמען מבקש לפתוח מסמך שנשלח עבורו, הוא משתמש במפתח הפרטי שבידו. בדרך השנייה, על השולח להצפין את המסמך באמצעות המפתח הפרטי שלו ולשלחו לנמען. האחרון יפענח את המסמך באמצעות המפתח הציבורי הנגיש של השולח.

בדרך הראשונה מובטחת לשולח הגעת המכתב למענו – היינו, מכתבו יפתח ע"י הנמען בלבד, שכן בידיו מצוי המפתח הפרטי המשלים. בדרך השנייה, מובטח לנמען, כי מקור המסמך – בשולח בלבד, שכן בידיו מצוי המפתח הפרטי ("Proof of origin") וכפועל יוצא – אין באפשרות השולח להתכחש למסמך ("Non-repudiation"). בשני המקרים מובטח לצדדים, כי לא נעשה שינוי במסמך המקורי בדרכו לנמען ("Message integrity").²⁵ במילים אחרות, אמנם תהליך ההצפנה, הינו מהיר ונוח אך פענוחו אינו אפשרי ללא מפתח משלים. על אף שהמפתח הציבורי נמצא בידי הציבור, אין דרך מתמטית המאפשרת את שחזור המפתח הפרטי התואם את אותו המפתח הציבורי ולהפך (היינו, לא תתקיים תכונת "הופכיות" בין מפתח אחד למפתח "זר" שאינו המפתח המשלים – אלא תכונת "חוסר ההופכיות").

האיור הבא ממחיש את אופן פעולת צמד המפתחות לעומת אופן פעולת מפתח יחיד:²⁶



מטפורה להליך ההצפנה והפענוח האמורים, הוא משלוח הודעות בקופסאות הנעולות במנעול מן הסוג אשר ננעל ללא מתח אלא במעין "קליק", ואשר ניתן לפותחו אך ורק במפתח יחודי המתאים למנעול המסויים. כלומר החפץ לשלוח הודעה, מאתר את המנעול של הנמען, והוא יכול להניח את ההודעה בקופסא, שאותה הוא נועל פשוט ע"י "קליק". מכאן ואילך, הקופסא הנעולה יכול שתפתח על ידי מחזיק המפתח למנעול המסוים והוא בלבד.



יובהר, כי תכליתה העיקרית של פונקציית ההצפנה הא-סימטרית אינה הצפנת ההודעה, אלא יצירת כלי לאימות אותנטיות. בדרך הראשונה, שפורטה לעיל, ניתן להצפין מסמך אך לא להבטיח מקורייתו. היינו, עיקר חשיבותה בהבטחה כי רק בעל המפתח הפרטי הוא אשר יקבל ישירות את ההודעה. בדרך השנייה, מובטח מקור הודעה אך אין הצפנה, קרי - אין מניעה, כי צד שלישי יקרא ההודעה באמצעות מפתחו הציבורי של השולח.

כדי להבטיח את מקור ההודעה (הדרך השנייה הנזכרת לעיל) ובד בבד לשלב את הצפנת ההודעה נדרש שימוש בדרך השנייה דלעיל (מפתחו הפרטי של השולח) וכן ובפונקציית הצפנה שתכליתה – הצפנה. על תנאי זה עונה פונקציית "האש"²⁷.

3.4 פונקציית "האש" (Hash Function)

פונקציית "האש" הינה שיטה נוספת היוצרת את החתימה ואף מצפינה אותה. הפונקציה אינה מבטיחה את מקוריית המסמך ועל כן יש לשלבה עם טכנולוגיית ההצפנה הא-סימטרית.

פונקציית "האש" מורכבת מאלגוריתם, אשר מעניק ערך יחודי באורך סטנדרטי לכל אוסף של מידע (מסמך, הודעה וכיו"ב) העובר דרך הפונקציה. אורך הערך המוענק, קטן באופן

²⁷ Misplaced Priorities, supra note 24 , at p. 1148-1150

משמעותי מאורכו של המסמך. למעשה, ערך "האש" הינו שרשרת המורכבת ממספרים, אותיות ו/או סימנים.

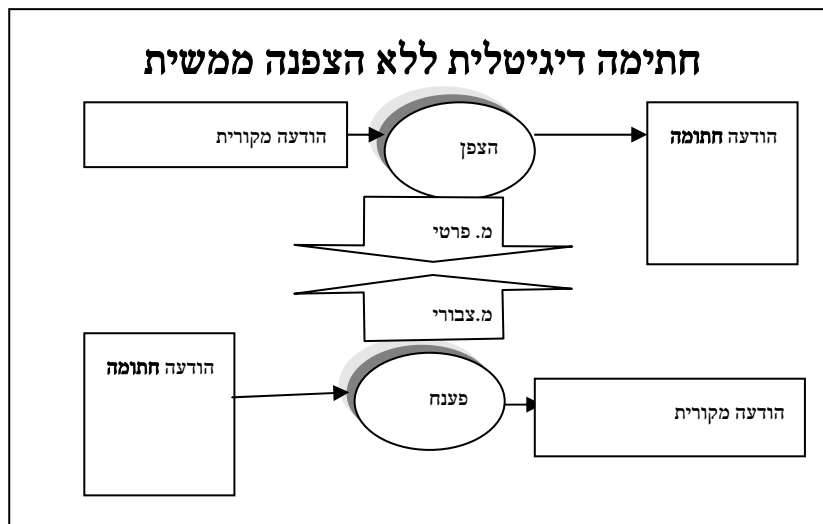
כאן מוענקת מעין "טביעת אצבעות" לכל מסמך, שכן בדומה לטביעת אצבעות – לא יתכן שמסמכים שונים יקבלו ערך זהה. ערך זה ילווה את אותו מסמך כל פעם שיעבור דרך הפונקציה.

עם זאת, כל אימת שהמסמך יעבור שינוי במידע הכלול בו – ייוצר ערך "האש" שונה לאותו אוסף מידע.

בפונקציה "האש" לא ניתן להגיע מהערך המספרי של הפונקציה אל המסמך המקורי.²⁸ עם זאת, השימוש בפונקציה "האש" לבדה אינו מבטיח את חשאיית המסמך.²⁹ היינו, אין מדובר בהצפנה של המסמך אלא אך ורק בקבלת ערך יחודי לאותו מסמך, המשמש כ"טביעת אצבעות" של אותו מסמך. יובהר, כי ערך "האש" יכול לשמש הן להצפנת המסמך כולו והן להצפנת חלק הימנו.

3.5 ביצוע חתימה דיגיטלית

חתימה דיגיטלית על גבי מסמך אלקטרוני ניתנת לביצוע בשתי דרכים.³⁰ האחת, באמצעות הצפנה א – סימטרית בלבד, כפי שיודגם להלן:



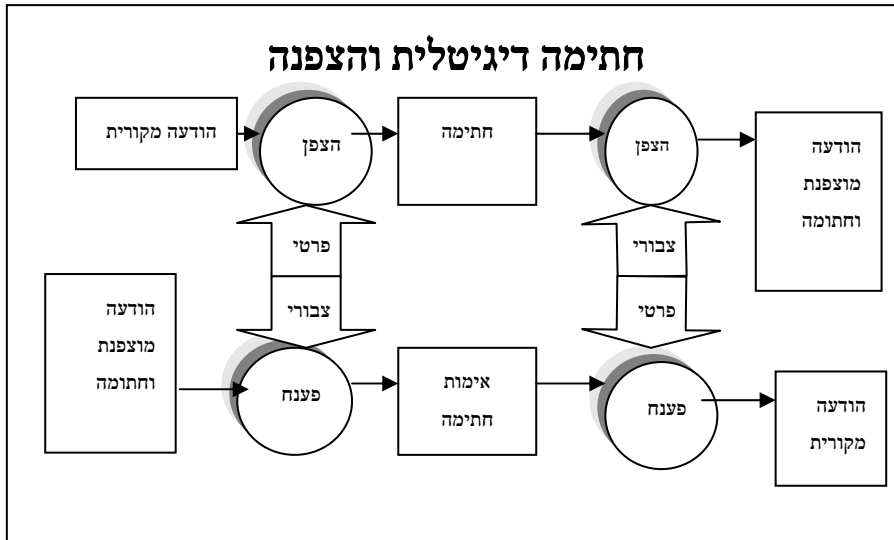
²⁸ Digital Signature Guidelines, supra note 21, at p. 10-11

²⁹ היינו, יכול והמסמך יגיע לידיים זרות, שפרצו למחשב של השולח או של הנמען.

³⁰ **בוגנים, לעיל** הערה 9, בעמ' 183.

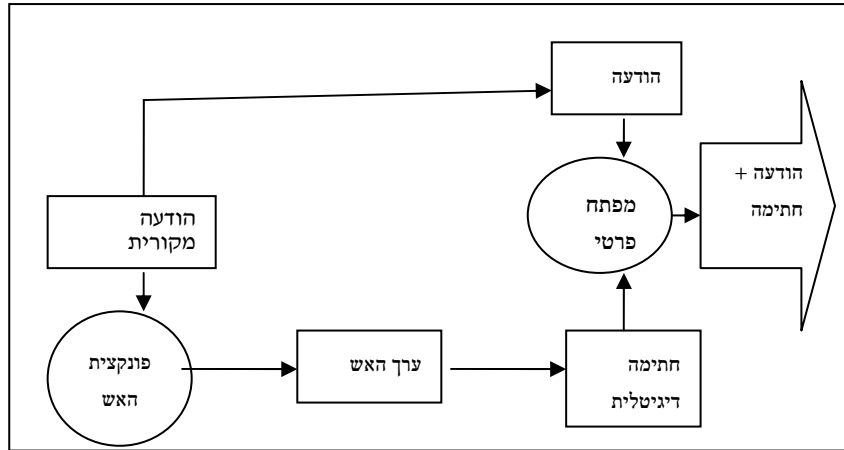
בדרך זו, נחתמת ההודעה המקורית ע"י השולח באמצעות מפתחו הפרטי ונשלחת אל הנמען. הנמען מפענח את החתימה באמצעות המפתח הציבורי של השולח – וכך יודע לאשורו, כי החתימה היא אותנטית. החתימה עצמה אינה מוצפנת מעין זרה אלא מאובטחת מפני זיוף.

הדרך השנייה, הנפוצה יותר, הינה באמצעות שילוב של הצפנה א- סימטרית ופונקצית "האש"³¹.

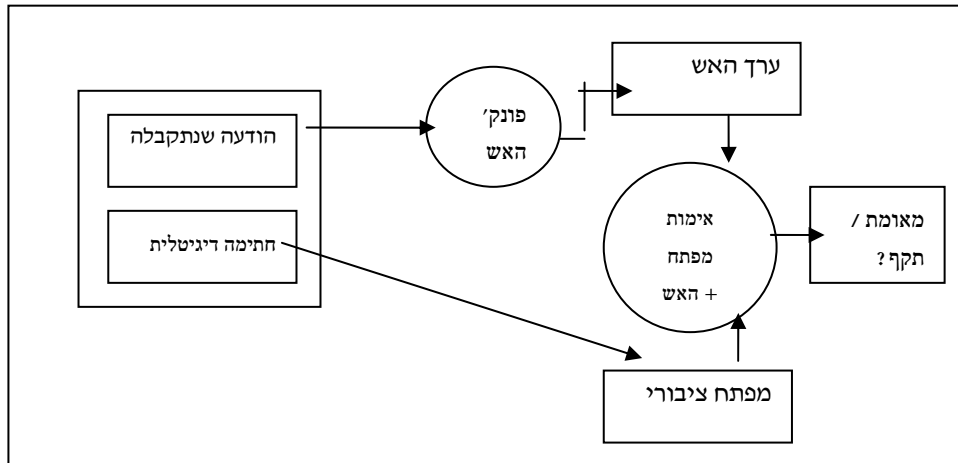


את ההליך הנ"ל ניתן לפרק לשני שלבים³². בשלב הראשון, שלב יצירת החתימה, פונקצית "האש" מקבלת את ההודעה כ"קלט" ומוציאה ערך האש יחודי כ"פלט". לאחר מכן, תוך שימוש במפתח הפרטי, הופך ערך "האש" לחתימה דיגיטלית יחודית לאותו מסמך ולאותו מפתח פרטי. לרוב, החתימה הדיגיטלית, חוברת להודעה עצמה ושתייהן נשלחות למענן, יחדיו.

³¹ ר' גם 11-12, *Digital Signature Guidelines*, supra note 21.
³² *Ibid*, at p.12-13



בשלב השני, שלב אימות החתימה, מנגנון אישור/אימות בוחן את נכונות המסמך ואמינות החתימה כדלקמן: ראשית, באמצעות המפתח הציבורי נבחן אם החתימה הדיגיטלית נוצרה באמצעות המפתח הפרטי התואם. שנית, באמצעות ערך ה"האש" שפוענח נבחנת התאמתו לערך ה"האש" המקורי, טרם הצפנתו.



מבחינה מהותית – אין כל שינוי, שכן תוצאתן של החתימה "הרגילה" וה"חתימה הדיגיטלית" (באמצעות מפתחו הפרטי של השולח) זהה - אישור שהמסמך נערך ע"י גורם מסוים, ולא שונה ע"י גורם זר.

3.6 יישום ושימוש בחתימה דיגיטלית

3.6.1 הבחנה בין סוגי היישומים/השימושים

כעת, עלינו לבחון את ישומי החתימה הדיגיטלית. אולם, טרם נפנה לבחינה עניינית זו, עלינו לזכור כי בתקשורת אלקטרונית עסקינן, ומשכך – יש לה צרכים יחודיים משלה.

בפתיח רשימה זו הזכרנו, ברמז, כי לחתימה הדיגיטלית ישנם שימושים שונים. ברשימה זו היינו מציעים ליצור אבחנה מסויימת בין שני סוגי שימושים³³.

הסוג האחד הינו ישומים "פנים ארגוניים". סוג זה מאופיין ע"י חיפוש אחר מענה לצרכי הארגון לסדר, קיטלוג, צמצום הניירת והטפסים וכיו"ב. כך למשל, ארגונים בעלי יחידות אחסנה יכולים להעזר בחתימה דיגיטלית לצורך העברת חומרי גלם, מוצרים וכד' בין יחידות היצור השונות. יתרה מכך, חלופת המסמכים בין עובדי אותו ארגון יכולה לחסות בצילה של החתימה הדיגיטלית.

הסוג האחר, הינו ישומים "חוץ ארגוניים", והוא כולל, למעשה, את הסחר האלקטרוני³⁴, שרובו ככלול מתבצע באמצעות רשת התקשורת הגלובלית – האינטרנט. על כל משתמש - מוכר, ספק, לקוח, עורך דין או בנקאי – מוטלת החובה ליצור לעצמו, באמצעות התוכנה המתאימה, צמד מפתחות – ציבורי ופרטי.

את המפתח הפרטי יש לשמור על גבי דיסקט נשלף או כקובץ על גבי דיסק קשיח ואילו את המפתח הציבורי יש להעביר למאגר של מפתחות ציבוריים³⁵. כאשר משתמש יבקש להעביר הודעה, הצעת רכישה וכיו"ב יהא עליו לרשום ההודעה, ולהעבירה דרך תוכנה שתתן למסמך ערך "האש" ולאחר מכן "תצפין" את הערך שהתקבל באמצעות מפתחו הפרטי של המשתמש. כך, תופק "חתימה דיגיטלית". להלן תובאנה מספר דוגמאות לשימוש בחתימה הדיגיטלית.

3.6.2 אפשרויות השימוש בחתימה הדיגיטלית בעולם העסקים

³³ לאבחנה זו יש הקבלה מסוימת לאבחנה בין מערכות "פתוחות" לבין מערכות "סגורות", אלא שהקבלה שכזו תלקה לדעתנו בחסר. האבחנה שיצר **בוגנים** במאמרו, **לעיל** הערה 9, בין מערכות "פתוחות" ל"סגורות", נועדה להצביע על הצדדים השונים למסחר – מוכרים ושאינם מוכרים וההשלכות המשפטיות הנובעות מכך. האבחנה שלנו, בין ישומים "חוץ ארגוניים" לבין יישומים "פנים ארגוניים" נועדה להבחין בין מטרות השימוש בחתימה הדיגיטלית ורמת החתימה הדיגיטלית שתדרש לכל אחד מהיישומים.

³⁴ "סחר אלקטרוני" הינו מונח רחב ידיים. מונח זה אינו מצטמצם אך ורך לעסקאות רכישת מוצרים פיזיים או וירטואלים

אלא גם רכישת שירות – עריכת דין/ בנקאות/ יעוץ מס וכיו"ב.

³⁵ ר' הרחבה בהמשך, לעניין רשות "מאמתת" או "מאשרת".

לחתימה הדיגיטלית ניתן למצוא שימושים רבים ומגוונים. נציג להלן שלושה מהשימושים האפשריים. כך, בשירותי הבנקאות האלקטרונית – בין הלקוח לבנק, ניתן לעשות שימוש ב"חתימה הדיגיטלית", לפי הטכנולוגיה שפורטה לעיל כדלהלן:³⁶

<signed sigID' 1>

Promissory Note

I, Mary Smith, promise to pay to the order of
First Western bank five thousand dollars
and no cents (5000\$) on or before June
10, 2000 with interest at the rate of
fifteen per cent (15%) per annum.

Mary SMITH, maker

</signed>

<SIGNATURE sigID' 1 psnID' Smith082>

2AB3767F9GK69GNR590F04JKF0VK59GJK4J39F0HNGJ
K4596DKFJ98KJFU590JKDJF95NC843M49D0JK90H9KM
UI0BHU8UR590LA0</SIGNATURE>

חתימה

דיגיטלית

כפי שצינו, יתרונות השימוש בחתימה הדיגיטלית בבנקאות האלקטרונית, למשל, מאפילים על אלו הנובעים משימוש בחתימה המסורתית. לא זו בלבד שאמינותה של החתימה הדיגיטלית גבוהה במיוחד, אלא שבדיקתה "הדיגיטלית" מתרחשת באופן קבוע ומידי, בעוד שלבדיקת חתימה מסורתית נדרשים משאבים מיוחדים ובפועל – זו נבחנת לעיתים רחוקות ע"י נציג הבנק.³⁷

³⁶ דוגמא זו הובאה מתוך: Digital Signature Guidelines, supra note 21, at p. 15.
³⁷ H. Ravia, "Electronic Contracts, Digital Signatures", פורסם באתר האינטרנט
[http://: www.law.co.il](http://www.law.co.il) : שכתובתו

ניתן לעשות שימוש ב"חתימה האלקטרונית", בשילוב טכנולוגיות נוספות לאישור זהות הצדדים. שימוש כזה ניתן לעשות בסחר אלקטרוני באמצעות שיק אלקטרוני או פרטי כרטיס אשראי מאובטח, כדלהלן³⁸:

השיק האלקטרוני דומה בצורתו לשיק הרגיל - על השיק מופיעים פרטי המושך ופרטי הבנק הנמשך, שם הנפרע, תאריך הוצאת/פירעון השיק, מספר השיק וכו', אלא שאין הוא ממשי אלא הוא מסמך המוצג על גבי צג המחשב ונערך באמצעות המחשב. החתימה נעשית בשילוב הטכנולוגיה דלעיל וכן באמצעות "כרטיס חכם" שנועד לזהות את בעל המפתח הפרטי. נוכח העובדה, כי אין מדובר במסמך ממשי, אין באפשרות מושך או מסב השיק לחתום עליו בחתימת ידו או באמצעות חותמת החברה וכו'. לפיכך, תחת חתימתו של המושך/ המסב בכתב ידו תהא חתימה דיגיטלית על גבי השיק.

דוגמא נוספת לשימוש בחתימה דיגיטלית – בצוע עסקאות רכישה באמצעות מתן פרטי כרטיס אשראי המוגנים בחתימה דיגיטלית. זאת, חלף מסירת מספר כרטיס חיוב באופן גלוי, באינטרנט או חלף הליך קיים – אך מסובך – לפיו הרוכש מוסר מספר קוד, מסמך העסקה נשלח לתאו האלקטרוני לשם אישור ורק לאחר מכן מתבצעת העסקה.

3.6.3 אפשרויות השימוש בחתימה דיגיטלית בצה"ל

מערכת הביטחון, לרבות צה"ל, תוכל לרתום לשורותיה את החתימה הדיגיטלית, על שני פני השימוש הטמונים בה, במגבלות המשפטיות הקיימות³⁹.

כך, באשר ליישום "פנים ארגוני", ניתן לעשות שימוש בחתימה הדיגיטלית, ביחידות האפסנאות השונות של צה"ל. תחת חתימת האפסנאי על גבי טפסים או תחת שימוש בקוד לאישור העברת חומרים או חלפים, תופיע חתימה דיגיטלית- מערכת המחשב אליה מוזנים פרטי החומר או החלף תפיק מסמך פרטים, האפסנאי שמקבל החומרים יקיש את מפתחו הפרטי באמצעות דיסקט נשלף או כרטיס מגנטי ומערכת המחשב תיצור חתימה דיגיטלית תוך שימוש במפתח הפרטי. אם המפתח הפרטי יהא על גבי כרטיס, יתכן שבעליו יידרש להקיש קוד סודי על מנת למנוע מצב בו אבדן הכרטיס יאפשר למוצאו שימוש בלתי מוגבל.

אשר ליישום "חוץ ארגוני", ניתן לבצע את עסקאותיה החיצוניות של מערכת הביטחון, כאשר מטריית החתימה הדיגיטלית, המשולבת בפונקציית "האש" מסוככת מעל, בדרכים שפורטו לעיל.

B. W. Smith and T. E. Keehan, "Digital Signatures: The State Of The Art And The Law" L.T.(JUNE '97)

³⁹ ר' סקירתו המשפטית של סרון ש' זאורבך, "החתימה הדיגיטלית", משנת 1998, בעמ' 6 (לא פורסם). השימושים המפורטים בפרק זה יבחנו בהרחבה תחת משקפיים משפטיות בפרק 7, להלן.

אמנם רשימה זו מתמקדת בפן השימושי - מסחרי של החתימה הדיגיטלית, אלא ששומה עלינו לזכור כי החתימה הדיגיטלית יכולה לשמש אף לשם חלופת מסמכים אלקטרוניים בין גורמי הביטחון ובין אנשי מנגנוני הביטחון, שאין כרוכה בה כל פעילות מסחרית "פנים - ארגונית".

4. הנפקויות המשפטיות של החתימה הדיגיטלית

4.1 מטרת החתימה – הפן המעשי

כדי לנסות ולעמוד על הסיכונים הטמונים בחתימה דיגיטלית, עלינו להבין תחילה מהי החתימה ומהו תפקידה, מהפן המעשי ומהפן המשפטי.

4.1.1 זהו הצדדים

מטרתה העיקרית של החתימה ה"רגילה" היא זהו הצדדים למסמך, ומניעת כל יכולת התכחות של השולח או הנמען לכך שהוא אשר אישר את המסמך, על כל תוכנו או העניק לו תוקף.

כך אף בכל הנוגע לחתימה דיגיטלית, שכן היתרונות שמקנה שילובם של פונקציות "האש" והצפנה א-סימטרית, שניים המה –

האחד, אישור הגורם שערך המסמך – החתימה הדיגיטלית משלבת צמד מפתחות – פרטי וציבורי. כל צמד מפתחות פועל זה עם זה בלבד. רק מפתח פרטי תואם יכול להפקיד הודעה מוצפנת למפתח ציבורי. כך, ניתן להבטיח, כי הגורם ששלח את המסמך הינו בעל המפתח הפרטי - הוא ולא אחר. זאת, להבדיל ממסמך שנחתם באופן רגיל, כאשר חתימתו ניתנת לזיוף.

השני, שמירה על מקוריות המסמך ואי שינויו – החתימה הדיגיטלית בה משולבת פונקציות "האש", אשר מטביעה על כל מסמך ערך יחודי, שאין שני לו, מבטיחה כי לא ניתן יהא לבצע כל שינוי על גבי המסמך, לאחר שנשלח ע"י הגורם שערך אותו. זאת, להבדיל ממסמך שנחתם באופן רגיל, כאשר חתימה בשולי דף אינה יכולה להבטיח העדר "תוספות" על המסמך גופו.

מהאמור לעיל עולה, לכאורה, כי ככל שאמורים הדברים בשמירה על אותנטיות המסמך ועל זהות עורכו, החתימה הדיגיטלית, המשלבת את השניים, הינה אמינה עד מאוד. כפי שיפורט להלן, לצד יתרונותיה של החתימה הדיגיטלית, קיימים חסרונות וסיכונים. אף מערכת קיימת אינה יכולה להבטיח ללא שמץ של ספק, זיוף או הונאה באשר למסמך. עם

זאת, עריכת מסמך באמצעות שיטת ההצפנה ופונקצית "האש", הינן השיטות הבטוחות ביותר הקיימות דהיום.⁴⁰

4.1.2 מטרות נוספות

לחתימה מטרות מעשיות נוספות כגון הקניית טקסיות למעמד החתימה, יעילות, לוגיסטיקה ועוד.

אלמנט הטקסיות – אקט החתימה מסב את שימת ליבו של החותם להשלכות החתימה במישור המשפטי, וכך מונע לרוב, התחייבות, שאינה "בכוונה תחילה". אין הדברים שונים בכל האמור לחתימה דיגיטלית, ולראיה – "טקס" החתימה על גבי חוזה שיתוף פעולה בין ראש ממשלת אירלנד לבין נשיא ארה"ב דאז, שנערך ב-1998, באמצעות חתימה דיגיטלית וברומה – "הטקס" המתקשר, שנערך בחודש יוני 2000, במהלכו חתם נשיא ארה"ב דאז על חוק החתימה האלקטרונית, באמצעות כרטיס חכם.

אלמנט "היעילות והלוגיסטיקה" – לעיתים קרובות, החתימה מבהירה לצדדים, כי הגיעו לידי גמירות דעת ומלמדת על "סופיות". החקיקה, במערכות משפט שונות, אינה זהה בדרישות, אשר היא מציבה בפני הצדדים לחוזה כדי שחוזה ילמד על "גמירות דעת" ו"סופיות" (דרישות תוכן, צורה וכו')⁴¹, אך המגמה החקיקתית, העוברת כחוט השני, בתיקוני החקיקה ברוב מערכות המשפט, מצביעה על הפחתת הדרישות הללו. במילים אחרות, מערכות המשפט מנסות כיום לצמצם את הנזקים הנובעים מאי עמידה בכל הדרישות לעריכת חוזה. כך, נפרץ סדק בשניים ממעוזי הדרישות לעריכת מסמך – עריכתו של המסמך "בכתב" וקיום "חתימה" מקורית על גבי המסמך שבכתב. ההתפתחות הטכנולוגית העצומה, אשר מאפשרת עריכת "חוזה" אלקטרוני, באמצעות האינטרנט, גורמת לכרום בדרישות ה"כתב והחתימה" כתנאי להוכחת "גמירות דעת הצדדים" ו"סופיות"⁴².

4.2 מטרת החתימה - הפן המשפטי

4.2.1 האם חתימה דיגיטלית – "חתימה" משפטית היא?⁴³

נשאלת השאלה - האמנם יכולה החתימה הדיגיטלית לשמש כתחליף לחתימה רגילה, מבחינה משפטית?

⁴⁰ Llyond, supra note 17, at p. 485-486.

⁴¹ ראה לגישת החוק הישראלי את חוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג – 1973, אשר אינו דורש קיומה של תמורה בניגוד למצב המשפטי באנגליה.

⁴² Digital Signature Guidelines, supra note 21, at p. 5-7.

⁴³ שומה עלינו לבחון את המצב המשפטי שהיה קיים טרם חקיקת חוק חתימה אלקטרונית, התשס"א – 2001, אשר פורסם ביום 4/4/01, שכן החוק יחול אך שישה חודשים מיום פרסומו.

עפ"י פקודת הפרשנות⁴⁴, מוגדרת חתימה כדלהלן: "חתימה – באדם שאינו יכול לכתוב את שמו – לרבות "סימן". משמע, חתימה אינה מוגבלת לגדר חתימה בכתב - יד דווקא⁴⁵. ישנם תחליפי חתימה, אשר הוכרו בחוק כשקולים לחתימה – כך למשל, "חותם" לגבי תאגידים⁴⁶, לרבות "חותם המדינה" לגבי מדינת ישראל או "טביעת אצבע" לגבי מי שאינו יודע לכתוב⁴⁷. כמו כן, לצרכים מסויימים, אפשרי שחתימתו של אדם או התחליף לה יבוצעו על ידי מי שהוא נתן לו הרשאתו לצורך החתימה⁴⁸.

טרם חקיקת חוקי החתימה הדיגיטלית, בארה"ב ובאנגליה⁴⁹, הסתמנה שם בפסיקה פרשנות משפטית לפיה חתימה דיגיטלית שקולה לחתימה המסורתית. פרשנות זו אומצה ע"י הזרוע המחוקקת האמריקאית, עם חתימתו של נשיא ארה"ב, ביל קלינטון, בשלושה ביולי 2000, על חוק, שאושר בשני בתי הקונגרס, ואשר העניק לחתימה הדיגיטלית שקילות משפטית לחתימה המסורתית.

הפסיקה בישראל, טרם נאלצה להתמודד עם סוגית תוקפה המשפטי של החתימה הדיגיטלית. עם זאת, מדינת ישראל הלכה בעקבות ארה"ב וחוקקה, כאמור, את חוק חתימה אלקטרונית⁵⁰.

משעברנו משוכה ראשונית זו שומה עלינו לבחון מהו תפקידה המשפטי של "חתימה" רגילה והאם מתמלאים תפקידים אלו ע"י החתימה "הדיגיטלית", הקיימת דהיום.

4.2.2 תפקידה המשפטי של החתימה

לחתימה "רגילה" שני תפקידים במשפט. האחד, אישור תוכנו של מסמך. השני, מתן תוקף למסמך.

הפרדה זו בין התפקידים הינה חדה וכפי שנראה להלן – יכולה להשליך על מידת היחס לסיכונים הנובעים מהשימוש בחתימה דיגיטלית.

⁴⁴ השימוש כאן בפקודת הפרשנות ה"ותיקה" במקרה דנן, נובע מהעדר הגדרת "חתימה", בסעיף 3 לחוק הפרשנות, התשמ"א – 1981.

⁴⁵ **בוגנים, לעיל** הערה 9, בעמ' 180-181; **אסיא, לעיל** הערה 23, בעמ' 65-67.

⁴⁶ פקודת החברות [נוסח חדש], התשמ"ג – 1983, לפיה "חותם החברה" שקול לאישור תוכן מסמכים ע"י החברה גופה, כבעלת האישיות המשפטית.

⁴⁷ לדעת המלומד **בוגנים, לעיל** הערה 9, משהוכרה האפשרות ליצור תחליפי חתימה – אין מניעה להכיר בחתימה דיגיטלית, כבתחליף חתימה וזאת לנוכח שקילותה התפקודית לחתימה רגילה. לדעתנו, יש לסייג אמירה זו, שכן עד כה, הכירה הפסיקה בתחליפי חתימה אשר נקבעו בחוק ככאלה. היינו, הפסיקה לא נדרשה להכיר בתחליפי חתימה, שאינם מעוגנים בחוק, ומסופקנו אם תכיר הפסיקה בחתימה הדיגיטלית, שבוצעה טרם כניסת החוק לתוקפו, כתחליף משפטי לחתימה.

⁴⁸ פקודת השטרות [נוסח חדש].

⁴⁹ **Llyond, supra note 17, at p. 480.**

⁵⁰ **לעיל** הערה 6. ר' ניתוח החוק בהרחבה, בפרק 8.

א. אישור תוכנו של מסמך⁵¹

חתימה הינה בעלת ערך ראייתי גרידא במסמכים לגביהם קיימת בחוק דרישת "כתב" ואין מוזכרת מפורשות דרישת "חתימה". משמעות הדבר היא, כי החתימה יכולה ללמד על גמירות דעתו של החותם להתקשר בחוזה, הא ותו לא. היינו, החתימה יוצרת חזקה, הניתנת לסתירה, בדבר הסכמתו הסובייקטיבית של החותם⁵², אך העדרה אינו שולל את תוקפו של החוזה⁵³.

⁵¹ יודגש, כי בנקטנו לשון "מסמך", נועדה זו לכלול את כל העסקאות בהן עורך צד אחד לפחות מלל שנועד למטרה מסוימת – החל מצוואה וכלה בחוזה. בהמשך מאמר זה יובאו ציטטות מפסקי דין שונים, שעסקו ברובם בחוזים מסוגים שונים. מאחר ומטרותיהם הראיתיות של חוזים אלו כמוהן כמטרותיהם של מסמכים אלקטרוניים שאינם מוגדרים כ"חוזים" עפ"י לשון החוק היבשה (צוואה, הודעה וכיו"ב) – סבורנו, כי הלכות ביהמ"ש העליון יפות אף לעניין מסמך אלקטרוני.

⁵² ע"א 685/88 קוטרמן נ' קרן תורה ועבודה, פ"ד מז(2) 598, עמ' 602-603.

⁵³ כך, בעסקאות במקרקעין – כגון מכירת מקרקעין – נדרשת עריכת חוזה "בכתב". לפיכך, בהעדר חוזה בכתב – אין תוקף לעסקה. יחד עם זאת, בהעדר חתימה – לא ישלל תוקפו של החוזה (חוק המקרקעין, התשכ"ט – 1969, סעיף 8).

ב. מתן תוקף למסמך גופו

חתימה הנושאת אופי קונסטיטוטיבי הינה אמצעי בלעדיו אין תוקף למסמך. הדברים אמורים במסמכים ספציפיים, בהם נקבע בחוק כי לצד דרישת "כתב" נדרשת גם "חתימה"⁵⁴.

4.2.3 האם לעניין תפקידיה המשפטיים של החתימה יש להבחין בין חתימה רגילה לבין חתימה דיגיטלית?

בעבר, הוכרה בפסיקה האמריקאית הטבעתה של חותמת גומי על גבי מסמך, כ"חתימתו" של עורך דין⁵⁵. כן נקבע תוקפה של "חתימה" על גבי מסמך שהועבר באמצעות פקסימיליה ("פקס")⁵⁶. האמנם שונים הדברים כאשר מדובר בחתימה דיגיטלית, על גבי "פקס" שנשלח באמצעות תוכנת המחשב או על גבי מסמך שנשלח בדואר האלקטרוני? פסיקה זרה או ישראלית - איין ולכן לא נותר לנו אלא לבחון את שיטות החקיקה בנושא דנן.

מקובלת עלינו האבחנה של המלומד בוגנים בין שלוש טכניקות חקיקה לעניין ניתוח תפקידיה המשפטי של החתימה הדיגיטלית. טכניקות הניתנות לישום, במקביל.

האחת, תלוית טכנולוגיה – הכרה עקרונית בחוק, בשקילותה התפקודית של חתימה דיגיטלית מסוג מסוים מאוד לחתימה רגילה, ולפיכך מקום שתידרש חתימה – כערך ראיתי או קונסטיטוטיבי - תמלא אף החתימה הדיגיטלית צורך זה. משמע, החתימה הדיגיטלית, כמוה כחתימה הרגילה – לעניין מהימנות המסמך ואישור החותם אותו – וככזו היא בעלת יכולת להעניק למסמך ערך ראיתי גרידא ואף אופי קונסטיטוטיבי. נוהל החתימה הדיגיטלית באמצעות שיטה ספציפית – "הצפנה א- סימטרית" - זכה להכרה חוקית, לראשונה, במדינת יוטה שבארה"ב⁵⁷, ובעקבותיה צעדו מדינות נוספות בארה"ב.

השניה, ניסיון להגדיר בחוק אימתי יהא "סימן" אלקטרוני שקול לחתימה דיגיטלית. שקילותו התפקודית של ה"סימן" מותנית בקיום מספר תנאים כלליים שנקבעו בחוק ובתקנות ולא תינתן הכרה בחוק לחתימה דיגיטלית מסוג מסוים. ניסיון חקיקתי כזה

⁵⁴ המקרים בהם נושאת החתימה אופי קונסטיטוטיבי אינם תמיד בהירים. כאשר עסקינן ב**שטרות**, קובע סעיף 22 לפקודת השטרות [נוסח חדש], כי אין תוקף משפטי לשטר ללא חתימה. לעומת זאת, כאשר מדובר ב**צוואה**, אין החוק בהיר די הצורך ועל כן פירשה הפסיקה וקבעה כי חתימת צוואה נושאת אופי קונסטיטוטיבי ובהעדרה – אין תוקף משפטי לצוואה (ע"א 127/87 חיים בדיחי ואח' נ' שושנה בדיחי ואח', פ"ד מג (4) 341 – דעת הרוב למול דעתו החולקת של השופט א' ברק, כתוארו דאז). כאשר מדובר ב**חוזה ביטוח** – בסעיף 2(א) לחוק חוזה הביטוח, התשמ"א – 1981, נזכרת דרישת חתימה, אולם מלשון הסעיף נובע, כי אין חובה על עריכת חוזה ביטוח בכתב.

⁵⁵ *Goodman v. Eban Ltd.* [1954] 1QB 550, צוטט ב- *Llyond, supra note 17*, at p. 479.

⁵⁶ *Re v. Debtor* [1962] 2 All ER 345, צוטט ב- *Llyond, supra note 17*, at p. 480.

⁵⁷ The Utah Digital Signature Act 1995 (להלן: חוק יוטה).

נעשה, לראשונה, במדינת קליפורניה⁵⁸. שם, נקבעו בחוק חמישה תנאים אשר בהתקיימם - קמה השקילות:

1. יחודיות הסימן האלקטרוני לאדם המשתמש בה כחותמתו.
 2. הסימן ניתן לאימות.
 3. הסימן מצוי בשליטתו הבלעדית של המשתמש בו.
 4. ישנו קשר בין תוכן ההודעה לסימן האלקטרוני. היינו, הסימן האלקטרוני יפסל אם שונה התוכן שהוא נועד לאשר.
 5. נוהל החתימה האלקטרונית תואם את התקנות המכריזות על טכנולוגיה מוגדרת כקבילה בחוק ליישום נוהל החתימה האלקטרונית⁵⁹.
- מודל חקיקתי זה יושם במדינות נוספות – ג'ורג'יה, אינדיאנה נברסקה, קנזס, טקסס-איווה ועוד⁶⁰.

הדרך השלישית, הינה קביעת עקרונות מנחים בדבר התאמת החקיקה הקיימת. היינו, תחת הכרה חקיקתית בטכנולוגיה זו או אחרת או קביעת דרישות טכניות מפורטות – יש צורך בקביעת עקרונות מנחים להתאמת החקיקה להתפתחויות הטכנולוגיות. המלומד בוגנים, מונה שני עקרונות מנחים –

האחד, עקרון הניטרליות – הנחה היא שדברי החקיקה הקיימים חלים מכללא אף על טכנולוגיה אלקטרונית, שהמחוקק לא צפה אותה. כך, למשל תכלול, מכללא, הגדרת "עיתון" בפקודת העיתונות אף קבצי חדשות דיגיטליים, שכן הם עונים על תכלית הפקודה, אף אם לא על לשונו הדווקנית.

השני, עקרון השוויון ואי האפליה – לא ישלל תוקפה של פעולה משפטית לרבות אימות הגורם העורך מסמך רק בשל היותם אלקטרוניים. היינו, הגדרת "כתב" בפקודת הפרשנות תכלול קובץ דיגיטלי, דואר אלקטרוני וכיו"ב.

⁵⁸ The California Digital Signature Act 1995;

<http://www.ss.ca.gov/digsig/digsig.htm>

⁵⁹ התקנות קובעות מנגנון הכרה בטכנולוגיות כלליות לחתימה דיגיטלית. לעת עתה, הטכנולוגיה אשר נקבעה בתקנות כטכנולוגיה המובילה לחתימה דיגיטלית היא טכנולוגית ההצפנה הא - סימטרית.

⁶⁰ תחולת החקיקה שונה ממדינה למדינה – החל מתחולה על כל סוגי התקשורת האלקטרונית וכלה בתחולה מוגבלת – על תקשורת למוסדות ממשל, על תקשורת ציבורית וכד'.

שני עקרונות אלה אומצו בחוק. תחילה, באמצעות חקיקה פנימית במדינת קליפורניה ובמדינות אחרות ולאחר מכן, באמצעות חקיקה פדרלית⁶¹. חקיקה זו קובעת את קבילותם של האמצעים האלקטרוניים, בכפוף לכך שהצדדים הסכימו מפורשות או מכללא לכך שההתקשרות תעשה בדרך אלקטרונית.

מלשון חוק חתימה אלקטרונית, התשס"א – 2001 (להלן: "החוק" או "החוק הישראלי"), עולה כי בוצע שילוב של שתי טכניקות החקיקה האחרונות שפורטו לעיל:

ראשית, החוק מכיר באופן עקרוני בכך שחתימה דיגיטלית תהא שקולה תפקודית לחתימה רגילה בהתקיים תנאים מסוימים, שפורטו בסעיף 1, בו הוגדרו סוגי החתימות האלקטרוניות השונות. אין הכרה בחתימה מטכנולוגיה ספציפית (כגון "הצפנה א-סימטרית"). בדברי ההסבר לתזכיר חוק חתימה אלקטרונית, התשס"א – 2000, ככינויו דאז (להלן: תזכיר החוק), הובא בהרחבה הנימוק לנקיטה בדרך זו "אחת השאלות המקדמיות היא האם להתייחס בחוק לטכנולוגיית החתימה. ישנן טכנולוגיות אבטחה ושיטות הצפנה שונות המוכרות כבר היום, והעתיד ודאי צופן התפתחויות נוספות, אשר לא ניתן לצפות כיום. בחקיקה ניתן לתת ביטוי לטכנולוגיה מסוימת או שניתן לקבוע מסגרת כללית אשר ניתן יהא ליישם אותה לגבי טכנולוגיות שונות. מוצע, כי החוק יאפשר גמישות מירבית ויכולת התאמה לטכנולוגיות חדשות. זאת, גם על חשבון מידת הודאות הנלווית להגדרת שיטה או טכנולוגיה מסוימת בלבד".

שנית, סעיף 2(א) לחוק מלמד על ניסיון לבצע התאמה בין החקיקה הקיימת לבין טכנולוגיית החתימה החדשה:

"נדרשה לפי חיקוק חתימתו של אדם על מסמך, ניתן לקיים דרישה זו לגבי מסמך שהוא מסר אלקטרוני, באמצעות חתימה אלקטרונית ובלבד שהיא חתימה אלקטרונית מאושרת".

במילים אחרות, מקום שתידרש "חתימה" בחוק – כערך ראייתי או קונסטיטוטיובי, תמלא אף החתימה הדיגיטלית צורך זה ובלבד – שאושרה ע"י גורם מאשר (המעניק האישור על גבי תעודה אלקטרונית). משמע, החתימה האלקטרונית, כמוה כחתימה הרגילה – לעניין מהימנות המסמך ואישור החותם – וככזו היא בעלת יכולת להעניק למסמך ערך ראייתי גרידא ואף אופי קונסטיטוטיובי.

משלמדנו, כי בדרך זו או אחרת, זכתה החתימה הדיגיטלית בהכרה חקיקתית, המקנה לה שקילות תפקודית לחתימה המסורתית, שומה עלינו לבחון את הסיכונים הנובעים מהשמוש בחתימה הדיגיטלית ואת הדרכים להתמודד עמם.

⁶¹ The Electronic – בקליפורניה; The Uniform Electronic Transactions Act 1998 – החוק הפדרלי בארה"ב. Signature in Global and National Commerce Act 2000.

5. יתרונות החתימה הדיגיטלית

טרם נדון בסיכונים הטמונים בשימוש בחתימה הדיגיטלית, חובה עלינו לציין, כי לצד החתימה הדיגיטלית, כחלק בלתי נפרד מהמסחר האלקטרוני, עומדים לא מעט יתרונות, נוסף על היתרון הברור בדבר ביטול הצורך בעריכת הסכמים פנים מול פנים, שיש להביאם בחשבון עת מהססים אנו באם להשקיע משאבי זמן וכסף בהתמודדות עם הסיכונים הכרוכים בכך, אם לאו. להלן תובא תמציתם.

5.1 חסכון תפעולי לטווח ארוך –

חסכון בניירת וכפועל יוצא - חסכון באמצעי אחסנת נייר ותיוקו (ארונות וכו'), והפחתת מספר העובדים שנשכרים לצרכי אדמיניסטרציה - ניהול הניירת, תיוק ושליפתה.

5.2 חסכון כספי נוסף –

תחת עלות חוזרת ונשנית של אימות חתימה, בעסקאות מסוימות, ע"י עו"ד או נוטריון, תבוא עלות חד פעמית של אימות ראשוני ויחיד בפני רשות מאשרת או מאמתת⁶².

⁶²Notaries Public-Lost In Cyberspace, supra note 13, at p. 729.

5.3 יעילות וחסכון בזמן –

א. מנגנון החתימה הדיגיטלית הוא אוטומטי לחלוטין, ולפיכך מדובר בתהליך מהיר יותר מאשר תהליך החתימה המסורתית.

ב. מאחר ומנגנון החתימה הדיגיטלית מבוצע באמצעות האינטרנט אזי קיימת נגישות חסרת הגבלה למפתחות הציבוריים המאושרים ע"י רשות מאשרת או מאמתת וכפועל יוצא - קיימת יכולת להעביר את המסמך החתום ללא צורך במפגש פיזי של הצדדים ובכל עת שידרש, ללא תלות במאן דהוא (Cyber Notary).

5.4 תיוק יעיל –

צמצום אובדן מסמכים ושוברים וטעויות בתיוק.

5.5 הפחתת סכויי זיוף חתימה ויצירת מערכת מסחר המושתתת על יושר –

סכויי זיוף החתימה הדיגיטלית נמוכים מאוד, כל עוד החותם מחזיק בשליטה במפתחו הפרטי. כפועל יוצא - מינימיזציה של מקרי התחזות, מחז, ומקרי התכחשות לחתימה, מאידך.

5.6 אותנטיות תוכן המסמך –

מנגנון החתימה הדיגיטלי חושף כל נסיון לשבוש תוכנו של המסמך, באמצעות השוואת ערכי "האש".

5.7 אימות החתימה –

מנגנון החתימה מאפשר, באמצעות שימוש במפתח פרטי, אימות חתימה, ובלבד שהמפתח הפרטי נשאר בידי בעליו.

5.8 יכולת אחזור נתונים מהירה לטווח ארוך –

בכפוף לכך שהמערכת הוקמה עם יכולת אחזור נתונים הסטוריים, ניתן יהיה לאחזר נתונים טרם שינויים להבדיל מניירת ששונתה, נפגעה או הושמדה.

5.9 שמירה על טקסיות החתימה –

החתימה הדיגיטלית מחייבת את החותם להשתמש במפתח פרטי, ועל כן נשמר אקט הטקסיות.⁶³

5.10 דרבון המסחר האלקטרוני –

כשם שהצורך באבטחת מסחר אלקטרוני הביא לפיתוח החתימה האלקטרונית לצרכי אבטחתו – כך שכלול השיטה והכרה משפטית בתוקפה מביאה לדרבון המסחר האלקטרוני.

5.11 יעילות –

בהשוואה לשיטות בדיקת אותנטיות החתימה והמסמך, הקשות לישום ובפועל מתבצעות במקרים נדירים, שיטת החתימה הדיגיטלית טומנת בחובה רמת אבטחה גבוהה ביותר ללא צורך בשיטת בדיקה נוספת.⁶⁴

5.12 בסיס משפטי משותף –

הצורך המשותף למנות רשות מאמתת, לצרכי משתמשים מכל קצוות כדוה"א מצריך בסיס משפטי - פורמלי משותף – הכרה בסמכויות רשות מאמתת וכיו"ב. כפועל יוצא – קטנים הסיכויים להתדיינות משפטית.⁶⁵

5.13 שמירה על איכות הסביבה –

הקטנת הקף תצרוכת הנייר משמעה – צמצום הפעולות לכריתת יערות וצמצום מספר המפעלים המעבדים את חומר הגלם לצורך יצור נייר ומזהמים את הסביבה.

6. הסיכונים הכרוכים בשימוש בחתימה דיגיטלית**6.1 ניהול הסיכון ומטרתו**

עולם המסחר האלקטרוני, כמו גם עולם המסחר המסורתי, מאופיין בתנודות אקראיות, העדר הכרות מוקדמת בין הצדדים למסחר, העדר ודאות ורווחים מקריים. במצב דברים כזה, שואף הצד המוכר למקסם את רווחיו ואילו הצד הקונה שואף להגן על השקעתו.

⁶³ ר' חתימת ההסכם בין נשיא ארה"ב לשעבר לראש ממשלת אירלנד, בפתח רשימתנו.

⁶⁴ *Digital Signature Guidelines*, supra note 21, at p. 14

⁶⁵ *Notaries Public-Lost In Cyberspace*, supra note 13, at p. 730

כדי לממש את המטרות הללו יש לנהל, בין היתר, את הסיכונים הנובעים מהשימוש בחתימה דיגיטלית. אין ספק, כי ניהול הסיכון כורך בחובו הוצאה כספית, אך לצד ההוצאה הכספית, יש לשקול ללא הרף את התמורה המתקבלת - מקסום רווחיו של המוכר או הגנת השקעתו של הקונה וליצור את המינימליזציה האופטימלית בהוצאות ניהול הסיכון.

6.2 הסיכונים הנובעים משימוש בחתימה דיגיטלית

מאחר ושיטת ההצפנה המקובלת כיום בעולם היא ההצפנה הא-סימטרית, נבחן את כלל הסיכונים הכרוכים בחתימה דיגיטלית ובפרט את אלו הכרוכים בשימוש בשיטת ההצפנה זו. כפי שנראה להלן, על אף שחתימה דיגיטלית נחשבת לאמצעי בטוח יותר מאשר חתימה מסורתית, עדיין כרוכים בשימוש בה מספר סיכונים⁶⁶.

6.2.1 עלות כספית

כל גורם המעורב בדרך זו או אחרת בהליך החתימה הדיגיטלית יאלץ לשאת בהוצאות כספיות כלשהן:

א. חברות פרטיות/ממשלתיות המעונינות בשימוש בחתימה דיגיטלית לצרכי פנים/לצרכי מסחר אלקטרוני- העלות הכספית עבורן הכרוכה בהקמת מערכת המבוססת על חתימה דיגיטלית (תוכנה, חומרה, ניהול מערכת מפתחות ציבוריים ופרטיים) אינה בטלה בשישים ועלולה למוטט כלכלית עסקים "קטנים". ברי, כי לטווח הארוך, בתי עסק היכולים למצוא תועלת כלכלית בשימוש בטכנולוגית החתימה הדיגיטלית, עלולים שלא לשרוד בשוק תחרותי בו החסכון בזמן אימות החתימה, כמו גם היכולת לביצוע עסקאות באמצעות התקשורת האלקטרונית, מחייבים את השימוש בחתימה דיגיטלית ומצדיקים את ההשקעה.

ב. "רשות מאשרת" ("גורם מאשר" כפי הגדרת החוק) - ביסוס השירותים הניתנים על ידה כרוך בעלות כספית בלתי מבוטלת⁶⁷, ויש לבחון מי יכסה את עלויותיה והכיבוד יכוסו אלה - האם ע"י הרשות המבצעת או האם ע"י אגרה שתיגבה ממקבלי השירות. יש לזכור, כי מערכות התוכנה בעולם מתקדמות בקצב מהיר ביותר, וחובה תהא מוטלת על "רשות אימות" להתאים עצמה לתוכנות מתקדמות המצויות בידי לקוחותיה⁶⁸.

⁶⁶ כדי לנסות ולאתר את כל הסיכונים האפשריים הנובעים, פעלנו לאור הצעתו של פרופ' יהודה כהנא, לבחינת שיטות זיהוי הסיכונים השכיחות - הגיון בריא, יצירת תרשימי זרימה, ככל שהדברים רלוונטים לחברות מסחריות ולתהליכים, ובדיקת רשימות תיוג של רכוש, פעילויות ואנשים.

⁶⁷ Digital Signature Guidelines, supra note 21, at p. 19

⁶⁸ Notaries Public-Lost In Cyberspace, supra note 13, at p. 738

- ג. קונה/לקוח – יאלץ לרכוש תוכנה מתאימה. כמו כן, יתכן שיישא בעלויות קבלת או משיכת מפתח ציבורי מ"רשות מאשרת" או תחליפיה, מחד, ויאלץ לשלם תשלום מסויים עבור התאמת מפתח פרטי וציבורי ו"פרסומם" אצל הרשות המאשרת או תחליפיה, מאידך. כן יתכן אף שיאלץ לרכוש חומרה מתאימה (למשל עבור כרטיס מגנטי). קיים חשש, כי בשלבי הקליטה הראשונים של החתימה הדיגיטלית תגולגלנה העלויות הכספיות של הקליטה של בעלי העסקים על הקונים.
- ד. בנוסף, מפגעים קשים, ידי האדם או הטבע, מטבע הדברים, עלולים להביא לקריסת מערכות אלקטרוניות, שקשה להקימן מחדש או ששיקומן דורש ממון רב.⁶⁹
- ה. לצד כל אלה, לא יפקד מקומן של עלויות ביטוח, שמטרתן הבטחת נזקיהם של המסתמכים על החתימה המאובטחת (בהנחה כי תבנה פוליסות ביטוח ייעודיות לצורך זה). עלויות אלה יועמסו על החברות, על הרשות המאשרת ועל הלקוחות.

6.2.2 פענוח מפתח פרטי

נכון לכתיבת רשימה זו, אין כל שיטה מתמטית לפענוח מפתח פרטי ו/או פענוח ערך "האש" מהמסמך המקורי. יחד עם זאת, נוכח התפתחותה המהירה והאדירה של הטכנולוגיה, אין להתעלם מכך שבעתיד יתכן ותמצא פרצה שתאפשר את פענוחם.⁷⁰

6.2.3 העדר בטחון לגבי הקשר בין המפתח הציבורי לבין אמינות מוסרו למאגר הציבורי

יתכן מצב לפיו מוסר המפתח הציבורי, שבידיו נמצא מפתח פרטי תואם, אינו מי שהוא מתיימר להיות ועל כן הבא עימו בקשרים עלול לטעות ולחשוב כי הוא מתקשר עם א' בעוד שהוא יתקשר עם ב'.

6.2.4 הגעת המפתח הפרטי לידיו של גורם זר

אין ספק שזהו "עקב אכילס" של החתימה הדיגיטלית. באם יגיע המפתח הפרטי לידיו של גורם זר, הרי שיתאפשר לאותו גורם לחתום בשמו של בעל המפתח הפרטי, ולא ניתן יהא לזהות כי החתימה לא בוצעה על ידו, שכן אין אפשרות להבחין בין חתימה דיגיטלית שנוצרה על יד בעל המפתח הפרטי או מי שהורשה לכך על ידו או על ידי גורם זר.

6.2.5 הגעת סיסמה או קוד הנלווים לחתימה הדיגיטלית לידיו של גורם זר⁷¹

⁶⁹ זאת, לעומת נייר שכושר השרדותו רב יותר - *Ibid*, at p.731

⁷⁰ עם זאת, ב - *Llyond, supra note 17*, at p 482, דווח על נסיון פענוח מפתח פרטי שצלח – במסגרת נסיון שכזה חוברו 3500 מחשבים יחידים באמצעות האנטרנט בחיפוש אחר צרופי מפתחות בהספק של 1.5 טריליון מפתחות לשעה. כעבור 302 שעות של עיבוד הנתונים ע"י כל המחשבים נמצא המפתח הנדרש.

בדומה, אף נגישות גורם זר לסיסמה או קוד הנלווים למפתח הפרטי, נוסף על נגישותו למפתח הפרטי, יאפשרו לו לחתום בשמו של בעל החתימה הדיגיטלית, ללא יכולת להבחין אם החתימה בוצעה ע"י בעליה או ע"י גורם זר.

6.2.6 זהו ודאי של הצדדים

לחתימה הדיגיטלית מיוחסת אמינות גבוהה ביותר ועל כן נדרשת ודאות רבה, כי הגורם הנחזה לבצע את החתימה הדיגיטלית הוא - הוא זה אשר נחזה לבצעו ולא אחר. אין הכוונה, כי המפתח הפרטי הגיע לידיים זרות, בדרכים לא דרכים, כפי שהוסבר דלעיל, אלא כי מלכתחילה לא נבדקה זהותו של הנחזה לערוך את המסמך.

⁷¹ במאמר מוסגר יצויין, כי הנחת היסוד היא כי מערכת המידע תהא בעלת יכולת אבחנה בין החתימות, הן אם בוצעו באמצעות טביעת אצבע על גבי מסמך והן אם בוצעו באמצעות כרטיס מגנטי, אך נכון לתקופת הכנת הרשימה מערכות המידע חסרות יכולת זהו באם, בפועל, בוצעה החתימה ע"י מי שנחזה להיות בעליה. בעיה זו משותפת אף לעניין משיכת מזומנים באמצעות כרטיס חיוב, שכן המחזיק בכרטיס החיוב ובקוד הסודי יכול למשוך מזומנים מעמדת כספומט, אף אם אינו בעליו של הכרטיס, או אף להעביר כרטיסו במכשיר חיוב ("כספית"), ללא כל קושי, אם לא ידרש להציג תעודה מזהה.

6.2.7 התחזות סוחרים

המסחר האלקטרוני מאופיין בהעדר הכרות מוקדמת בין הצדדים. כפועל יוצא, אפשרי כי צד שיתחזה לסוחר יבנה אתר בו תוצג מרכולתו, יגבה כספים מהקונים התמימים, אך הללו יגלו כי שמו כספם על קרן הצבי.

6.2.8 זיהוי של מורשה חתימה

בעוד שחתימה מסורתית של מורשה חתימה ניתנת לגילוי – הן משום הסמכת המורשה לחתום בשם תאגיד, הקבועה במסמכי התאגיד, והן משום הסמכת אדם לחתום בשם אחר, המחייבת אותו לציין כי חתימתו היא בהרשאת אחר – אין הדבר כך בחתימה דיגיטלית. המפתח הפרטי הוא בליל אותיות ומספרים שהצפנתו אינה מלמדת אם בעל המפתח חתם באמצעותו או שמא היה זה מורשה חתימה. ההבחנה בין השניים חשובה, בעיקר במקרים בהם עלולה להתעורר שאלת חריגתו של מורשה החתימה מסמכויותיו.

6.2.9 חוסר יכולת לאחזור נתונים שלא גובו

1. היה ובוצעו תיקונים במסמך, ע"י בעל החתימה הדיגיטלית, עלול להוצר מצב בו לא ישמרו מסמכים קודמים. על כן יש ליתן הדעת לאמצעי גיבוי.
2. בנוסף, החתימה הדיגיטלית עלולה להביא לביטול הוצאת פלט נייר, שכן בוטל הצורך בחתימה על גביו. היה והוצאת הפלט נועדה למטרה נוספת מלבד חתימה, כגון לשמש לגיבוי למאגר הנתונים ממוחשב אזי ביטול הצורך בחתימה על גבי פלט הנייר עלול להביא להפסקת שמירת הפלטים כאמצעי גיבוי.
3. פרק זמן אחזור הנתונים לתנועות היסטוריות עלול להיות קצר מדי, ובהעדר גיבוי בפלטי נייר לא ניתן יהיה לאחזר תנועות היסטוריות ארוכות טווח.

6.2.10 נטל האחריות לפיצוי

קיים חוסר בהירות באשר לגורם עליו יש להטיל את נטל פיצויו של הגורם שהסתמך על מסמך ששונה או שלא נשלח ע"י הגורם הרשום כשולחו – האם על השולח שלא היה מעורה בזיוף אך השליטה הבלעדית במפתח הפרטי נתונה בידיו? האם על ספק האינטרנט? האם תחולק האחריות בין כל הגורמים המעורבים ובאיזה יחס?⁷²

6.2.11 "שלב מעבר"

⁷² כפי שנראה להלן, אחד הפתרונות להפחתת מידת סיכון זה, כמו גם להפחתת סיכונים נוספים כגון אלו המנויים בסעיף 6.2.3 ו-6.2.8, טמון בהקמת "רשות מאשרת" ובחלוקת נטל האחריות לפיצוי בין הגורמים השונים, לרבות הטלתו על "רשות המאשרת" בחוק (ר' הרחבה בפרק 8 להלן).

אין ספק, כי המסחר האלקטרוני הבינלאומי יצריך קביעת סטנדרטים אחידים בכל הקשור לכללי השימוש בחתימה אלקטרונית. מטבע הדברים אורך תהליך כזה זמן לא מועט ובמהלכו – נפתח פתח רחב להונאה ע"י מכירת טכנולוגיה לא אמינה, וכי"ב.

7. ניהול הסיכון

ההתמודדות עם הסיכונים הכרוכים בחתימה הדיגיטלית, יכול שתעשה בשני מישורים – המישור המשפטי והמישור הטכנולוגי – תחום אבטחת מידע.

7.1 המישור הטכנולוגי - אבטחת מידע

ההתמודדות הטכנולוגית משתרעת על פני מספר תחומים, כפי שיפורט להלן.

7.1.1 אבטחת מידע בארגון – התמודדות עם גורם זר

ישנן מספר דרכים להתמודדות עם חדירת גורם זר:

- קביעת "קוד משתמש" אישי, המשמש לשם הטבעת סימן, אשר לא יהא זהה לשמו של החותם, או למספר תעודת הזיהוי שלו או לסיסמת הכניסה למערכת.
- עדכון ה"קוד" אחת לפרק זמן מסויים.
- קביעת פרופיל אישי למשתמש, שיאפשר לו לבצע פעולות מסוימות⁷³ וברומה – קביעת רשימת משתמשים המורשים לבצע חתימה דיגיטלית לגבי כל תהליך.
- הגנה על הנתונים המצויים במאגר מידע מרכזי ומשוייכים למשתמש רלוונטי עם היווצרות תנועה. זאת, באמצעים שיגנו על נתונים אלו מפני שינוי או מחיקה. היינו, גם אם יבוצע שינוי, ישמרו הנתונים המקוריים.
- קביעת אפשרות כניסה למערכת ממחשבים מסוימים בלבד, תוך רישום המחשב שזוהה, או הגורם שניגש לקובץ מסויים.

⁷³ הדבר רלוונטי, בעיקר במערכות מידע של חברות, מוסדות או גורמי הבטחון, המכילות תהליכים רבים, שניתן לבצע באמצעות חתימה דיגיטלית, בעוד שהמשתמש נזקק לגישה למתי מעט מהתהליכים. יחד עם זאת, ולמרות קביעת מנגנון/פרופיל הרשאה אישי, יש לוודא כי לא ניתן יהא לעקוף את המערכת. כך למשל, יש להתמודד עם מצב בו משתמש יורשה לחתום על תהליכים מסוג אחד, אך אם הוא בעל גישה למחולל תהליכים כללי, הוא יוכל לעקוף את הרשאתו ולחתום דיגיטלית על תהליכים אחרים, אשר לא נחסמו לחתימתו.

- הוספת דרישה למערכת, לפיה בהתקשרויות בנכסים "פיזיים", ידרש הצד המקבל לאשר את קבלת הנכס הפיזי, באמצעות "קוד סודי" שונה. היה ולא נתקבל אישור שכזה תוך פרק זמן מסוים – יתגלה דבר החדירה לחתימה הדיגיטלית (למשל חדירה לקוד) או גניבתה (למשל גניבת כרטיס מגנטי).
- קביעת חתימה דיגיטלית באמצעות טביעת אצבע או רשתית עין וכיו"ב ולא באמצעות כרטיס מגנטי, לצורך אבטחה מלאה של העדר מתן הרשאה לאחר מלבד בעל החתימה המגנטית עצמו, לחתום.

7.1.2 אבטחת מידע במערכת – אמינות המערכת

היה והחתימה הדיגיטלית ביטלה את הצורך בהוצאת גיבוי באמצעות פלטי נייר – יש לדאוג לכך שהמערכת תהיה מגובה, מבחינת זכרון, "נפילות מערכת" וכיו"ב.

7.1.3 גילוי מודעות של המשתמש – עובד/סוחר/בנקאי/לקוח וכד'

- שמירה הדוקה על הכרטיס המגנטי המשמש לצרכי החתימה הדיגיטלית ואי העברתו לאחרים.
- קביעת איסור הרשאה או האצלת השימוש בחתימה הדיגיטלית לאחר.

7.1.4 אבטחת מהימנותו של הסוחר ברשת האינטרנט

בדרך הנהוגה כיום, המתבססת על שיטת צמד המפתחות, מעניקים ענקי חברות התוכנה ל"סוחרים", שעמדו בקריטריונים שלהן, מפתחות פרטיים. החברות מצרפות לתוכנה שהן מספקות לצרכן את המפתחות הציבוריים של הסוחרים וכך יכול כל צרכן לוודא, כי מדובר בסוחר שחברת התוכנה מאמינה באמינותו. חסרונה של שיטה זו הוא בהיותה מוגבלת למספר מצומצם של סוחרים, ולרשימות סוחרים שונות בכל חברת תוכנה.

שיטה אפשרית אחרת, הינה הקמת מאגר מפתחות ציבוריים של סוחרים מוסמכים, ע"י חברות התוכנה, שיעניקו לסוחרים מהימנים את המפתחות הציבוריים. עדיין, רשימת סוחרים שכזו אינה יכולה להיות ממצה.

שיטה נוספת, הנותנת מענה להתקשרויות של קמעונאים - סיטונאים, הינה שיטת ה"מעגל הסגור" – קבוצת קמעונאים ו/או סיטונאים הסומכים זה על זה, מחליפים ביניהם את המפתחות הציבוריים שלהן. ניתן להוסיף לקבוצה "שחקנים", בהמלצתו של מנגנון אשר נקבע ע"י הקבוצה.

שיטות אלו אינן חפות מהשפעת אינטרסים כאלו ואחרים של חברות התוכנה או חברי הקבוצה המקימה מאגר. יש איפוא, לחפש אחר פתרון נוסף.

7.2 המישור המשפטי

אין ספק, כי היות והחתימה הדיגיטלית, בדומה לחתימה המסורתית, מאפשרת בדיקת מקוריות החותם ומקוריות המסמך, ברמה גבוהה של ודאות ותוך פרק זמן סביר, לא יוכל החותם להתכחש לעצם חתימת המסמך על ידו ולתוכנו.

אשר על כן, שומה עלינו לגייס את עולם המשפט להגנת בעל החתימה הדיגיטלית ולהגנת תוכנו של המסמך שנחתם מפני שינויו.

7.2.1 בסיס (מאגר) נתונים ורשות אימות (רשות מאשרת או גורם מאשר)

לבעיית אמינותו של מוסר המפתח הציבורי למאגר הציבורי ושיוך המפתחות, נמצאו שני פתרונות. האחד, בסיס נתונים – מאגר נתונים בו מוחזקים נתוני מפתחות ציבוריים, שנמסרו ע"י מחזיקיהם. השני – פתרון משפטי שמהותו כינון גוף מתווך, אשר מתפקידו לאשר את זהותו של מוסר המפתח – "רשות האימות" או "הרשות המאשרת" (Authority Certification) או "גורם מאשר", כהגדרתו בחוק הישראלי. זו יכולה להיות רשות ממונה על פי חוק או ישות בעלת רשיון הפעלה, שמהותה חברת רואי חשבון, חברת עו"ד, קבוצת בנקים או מתווכים וכיו"ב. אין חובה, כי רשות מאשרת תהא מורכבת מקבוצת נוטריונים דווקא, אם כי אין מניעה כי כך יהא⁷⁴. כרשות אימות יכול אף לשמש גורם ממשלתי⁷⁵ או גורם אחר הנתון לפיקוח ממשלתי⁷⁶.

תפקידה של הרשות - לקבל את המפתח הציבורי, הנגיש לכל אדם המעוניין לפנות לבעליו, ולברוק את זהות מוסרו ושיוכו לאדם מסויים. היינו, רשות האימות יכולה לאשר, לבקשת פונה, את זהות האדם לו שייך המפתח הציבורי המבוקש.

הנה איפוא, נראה כי הפתרון הישים ביותר, לאבטחת מהימנותו של הסוחר באינטרנט, הינו הקמת מאגר או מאגרים (בסיסי נתונים) של מפתחות ציבוריים ופרטיים, בכל מדינה, ולהכפיפם ל"רשות מאשרת", החפה מכל אינטרס שהוא. פתרון זה מותנה, בהכרח, במתן תוקף משפטי לחתימה הדיגיטלית, בכל מדינה, בהקמת "רשות מאשרת", אשר תאפשר לסוחר לקבל מפתח פרטי וציבורי, בהתקיים תנאים מסויימים (הצהרות הון, חשיפת פרטי בעלי האתר, ערבות בנקאית וכיו"ב) ובחיוב בעלי מאגרי המפתחות הציבוריים לציין אם המפתחות הציבוריים שהם מחזיקים עברו הליך אישור של "רשות מאשרת".

נסיון מוצלח להקמת רשות אימות כזו, בוצע, לראשונה, ביוטה שבארה"ב⁷⁷, שם הוקם בחוק מנגנון אימות שכונה Cyber Notary⁷⁸.

7.2.2 אבטחת אמינות האישורים ורמותיהם

ניתן להקנות לרשות המאשרת סמכות להנפקת אישורים בדרגות שונות⁷⁹ למשל:

⁷⁴ Notaries Public-Lost In Cyberspace, supra note 13, at p. 739; בחוק יטה נקבעו הגורמים הרשאים לשמש כרשות מאשרת: עו"ד, מוסד פיננסי, חברת ביטוח, משרד ממשלתי – כל זאת בכפוף לתנאים שונים.

⁷⁵ Ibid, at p. 739, שם צויין, כי במדינות יוטה, מיסיסיפי ואחרות תשמש מזכירות המדינה כרשות האימות.

⁷⁶ במדינת ושינגטון ובגרמניה, נקבעו קריטריונים לרישוי רשות אימות. בגרמניה נקבע, כי רשות האימות נתונה לפיקוחה של רשות הפיקוח המרכזית של הממשל הפדרלי של גרמניה. ר' בהתאמה – <http://www.mbc.com/dssum.html>;

<http://ourworld.compuserve.com/homepages/ckuner>

⁷⁷ חוק יוטה, פרק 46, לעיל הערה 57.

⁷⁸ אימות זה דומה במהותו לאימות חתימה ע"י נוטריון – חוק הנוטריונים, התשל"ו – 1976.

⁷⁹ אסיא, לעיל הערה 23, בעמ' 68.

- דרגה ראשונה – נדרש אימות שם פרטי וכתובת דואר אלקטרוני – עבור "גולשי" אינטרנט המעוניינים להכנס לאתרים מוגבלים, מבחינת גיל המשתמש וכיו"ב.
- דרגה שנייה – נדרש זיהוי ע"י ערב, לאימות שמו של המשתמש ופרטים מזהים אחרים.
- דרגה שלישית – נדרש זיהוי פיזי בפני הרשויות.
- דרגה רביעית- נדרשת בדיקת זהות המבקש ע"י הרשות עצמה.

יצויין, כי בארה"ב, על מנת להבטיח את אמינות רשות האימות גופה, נקבעו כלים ברורים ע"י לשכת עורכי הדין (ABA), כדלקמן:

1. הטלת אחריות חוזית ונזיקית על הרשות בכל הקשור למסירת מידע.
2. הטלת אחריות שילוחית למעשי עובדיה.
3. דרישה לגב כלכלי איתן לשם תשלום פצויים בגין אחריות.
4. טיפול במפתח פרטי כנאמן ואיסור שמוש בו.
5. חובת תיעוד מלא של פעולות הרשות.

חוק חתימה אלקטרונית, התשס"א – 2001, מבחין בין שלושה מדרגים של חתימות ובהתאמה בשלוש דרגות אישור שונות וגורמים שונים המוסמכים לאשרן:

1. חתימה אלקטרונית – שמהותה מידע אלקטרוני או סימן אלקטרוני שהוצמד או שנקשר למסר אלקטרוני - אינה דורשת אישור, ולכן אינה בעלת נפקות משפטית מיוחדת ולא תהנה מההקלות הראיתיות שנקבעו בחוק.
2. חתימה אלקטרונית מאובטחת – חתימה שהינה מאובטחת ע"י בסיס (מאגר) נתונים או אף ע"י גורם מאשר, המחזיקים פרטי מידע רלוונטים (לענין הצפנה א-סימטרית למשל – החזקת צמד מפתחות, פרטי בעל המפתחות וכד'). האבטחה הניתנת באה לידי ביטוי ביכולת שליפת המידע (קבלת מפתח משלים למשל) ללא קבלת מסמך מאשר.
3. חתימה אלקטרונית מאושרת - היכן שדורש החוק "חתימה" (כערך ראייתי או קונסטטוטיבי) קמה החובה כי החתימה תאובטח ע"י גורם מאשר, אשר ינפיק

תעודה אלקטרונית בדבר אמצעי אימות החתימה המזהה אותה (היינו, מסר אלקטרוני המאשר כי החתימה המסוימת אכן שייכת לאדם מסוים).

כפי שנראה להלן, לכל מדרג של חתימה יש נפקויות משפטיות שונות.

7.2.3 פעולת האימות/האישור

נשאלת השאלה - כיצד פועל מנגנון כזה? כיצד יכולה "רשות האימות" לשמש כתחליף לנוטריון, המטביע חותם אישור? ובכן, הלכה למעשה, השולח מעביר מסמך אלקטרוני באמצעות מפתחו הפרטי אל "רשות האימות", בה מאוחסנים המפתח הפרטי והציבורי שלו, ופרטים או הערות הקשורים במפתחות אלו. "רשות האימות", בדומה לנוטריון, בוחנת את התאמת המפתח הפרטי לזה הציבורי, המצוי בנתוניו, אם קיימת התאמה - "חותמת" הרשות על גבי המסמך האלקטרוני או מצרפת מסמך "אישור אלקטרוני" רשמי המעיד על האותנטיות של המסמך הנבדק.⁸⁰ עסקה כזו יכולה לחסות, באמצעות חקיקה מתאימה, תחת "מטריית הביטוח" - היינו, לא זו בלבד שינתן אישור אותנטיות לצדדים למסמך, אלא שעצם האישור הנוטריוני יעניק למסמך תוקף משפטי ברור וזכות שיפוי מהרשות המאשרת היה וזו כשלה בהליך בדיקת האותנטיות. כאמור, הכל – בכפוף לעיגון סמכויות "רשות האימות" בחוק ע"י המדינות השונות.

זאת, להבדיל מ"בסיס (מאגר) נתונים" המחזיק ברשותו מפתחות פרטיים וציבוריים שאושרו על ידי גורם מאשר. הנמען יכול להשתמש במאגר כזה לשליפת מפתח ציבורי של שולח ספציפי ובאמצעותו לפתוח את הדואר שנשלח באמצעות מפתח פרטי אך אין לו אישור רשמי ומחייב, המקביל לאישור נוטריון ועל כן עסקה שבוצעה ללא אישור "נוטריוני" אינה חוסה תחת "מטריית הביטוח" של רשות אימות.

7.2.4 פיקוח על הצפנה

מנגנון הפיקוח על ההצפנה⁸¹, נועד להתמודד עם אפשרות פענוח שיטת צמד המפתחות ו/או פונקצית "האש".

ניתן לנסות ולהתמודד עם פורצי מנגנוני ההצפנה, באמצעות חקיקה וענישה בצידה. נסיונות כאלו נעשו הן בישראל⁸² והן בארה"ב⁸³.

⁸⁰ *Notaries Public-Lost In Cyberspace*, supra note 13, at p. 737.

⁸¹ **בוגנים, לעיל** הערה 9, בעמ' 186-187.

⁸² שר הביטחון בתוקף סמכותו (עפ"י חוק הפיקוח על מצרכים ושירותים, התשי"ח – 1957), הסדיר את העיסוק באמצעי הצפנה כ"שירות בר-פיקוח" בצו הפיקוח על מצרכים ושירותים (עיסוק באמצעי הצפנה), התשל"ה- 1974 (להלן: **צו הפיקוח**) והכריז על אמצעי הצפנה כשירות בר פיקוח באכרזת הפיקוח על מצרכים ושירותים (עיסוק באמצעי הצפנה), תשל"ה – 1974 (להלן: **אכרזת הפיקוח**).

עפ"י אכרזת הפיקוח, מוגדר העיסוק באמצעי ההצפנה בצורה רחבה ביותר –

לסברתנו, מנגנון פיקוח שכזה, טוב ויפה לעניין שומרי חוק, אך נראה, כי לא יוכל להתמודד עם גורם אשר יבקש לפצח את שיטת החתימה הדיגיטלית. גורם שיבקש לעשות כן, ממילא לא יפנה לאישור הרשויות.

יתרה מכך, חוקי הפיקוח על אמצעי הצפנה, בישראל ובארה"ב, הינם כלליים מבחינת הקף העיסוקים העומדים תחת הפיקוח. קיים חשש, שמא יעדיפו בתי המשפט לקבוע, כי אמצעי כזה או אחר הינו אמצעי הצפנה חדש, שבצידו אפשרות פענוח של מנגנון חתימה דיגיטלית חדש, ובלבד שלא יאלצו לפגוע בחופש הביטוי והעיסוק של ממציאי ההצפנה החדשה.

למרות הביקורת על פתרון זה, נראה כי פתרון טוב יותר – אין.

7.2.5 התאמת דיני הראיות בישראל לטכנולוגיה - אחריות אזרחית

א. כללי

החתימה הדיגיטלית, נוצרה כמענה להתפתחות הטכנולוגית, שהביאה ליצירת קשרים בין שני משתמשי אינטרנט, שאינם מוכרים זה לזה, שאינם יכולים לזהות זה את זה ושאינם יכולים לבצע את החתימה המסורתית מפאת המרחק הגיאוגרפי הרב ביניהם.

"עיסוק באמצעי הצפנה" – "עיסוק בפיתוח, בייצור, בהחזקה, בשימוש, ביבוא, בהובלה, בהעברה ממקום למקום או מיד ליד, בהפצה, במכירה או ברכישה של אמצעי הצפנה, של שיטת הצפנה, של מפתח הצפנה, או של רשימה המתייחסת להצפנה או טיפול בהם בכל דרך אחרת".

כן מוגדר בהרחבה "אמצעי הצפנה" – "כל התקן, מכשיר, כתב סתרים... הגורמים או המיועדים לגרום לאי הבנה מוחלטת או חלקית של מידע למשך תקופת זמן כלשהיא בין על ידי מי שיש בידו ובין מי שאין בידו מפתח הצפנה."

העיסוק באמצעי הצפנה בכל צורה ואופן יהא תחת פיקוח וייחייב רשיון מן המנהל שמונה ע"י שר הבטחון לעניין צו הפיקוח (סעיף 2א) לצו הפיקוח). למנהל סמכות ליתן רשיון לשנה או פחות (סעיף 2ב) לצו) וכן יש שקול דעת רחב ליתן/ לסרב/ להתלות בתנאים/ לבטל את הרשיון (סעיף 5 לצו).

יצוין שעד תיקונה בשנת '84, כללה אכרזת הפיקוח אף "ייצוא" של האמור לעיל. כיום, נתון הייצוא לפיקוח מיוחד - בצו הפיקוח על היצוא (צויד לחימה וידע צבאי), התש"ז - 1977 העוסק בפיקוח על ייצוא של צויד לחימה וידע צבאי, לפיו:

"אמצעי הצפנה" – מוגדר כ"צויד לחימה" ולפיכך כל ייצוא של צויד זה, לרבות יעוץ או תיווך בקשר ליצוא (סעיף 2 לצו היצוא) מחייבים קבלת היתר מאת המנהל אשר ממונה ע"י שר הבטחון לעניין זה. היתר יכול להנתן על סמך עסקה בודדת, ולממונה יש שקול דעת רחב-ליתן/ לסרב/ להתלות בתנאים/ לבטל את ההיתר (סעיף 4 לצו).

⁸³ בארה"ב, ניתן לפקח, במידה מסוימת, על אמצעי הצפנה שנועדו ליצוא. אף פיקוח מצומצם זה, עומד תחת ארטילריה כבדה של המתנגדים לפגיעה כלשהי בחופש הביטוי והעיסוק – ר' פרסום תקנות הפיקוח על יצוא טכנולוגיות בטחוניות באתר הבא -

<http://www.access.gpo.gov> וכן את פרסומה של תוכנית כושלת להפקדת מפתחות ציבוריים באתר הבא – <http://www.law.miami.edu/~froomkin>.

עם זאת, כדי להתמודד עם אפשרות של הכחשה במזיד של ביצוע החתימה על ידי בעל אמצעי החתימה או כדי לאפשר לו להתגונן מפני התקשרות, אשר ביצע בשמו גורם זר, שנטל את מפתחו הפרטי או גורם מורשה שחרג מהרשאתו, יש למצוא פתרונות משפטיים בדיני הראיות.

דיני הראיות, אשר המחוקק והפסיקה ניסו להתאימם לרוח הטכנולוגית הנושבת, קובעים מספר שלבים ראיתיים אותם יש למלא, טרם ייקבע כי מאן דהוא "ביצע" חתימה כלשהי, על גבי מסמך כלשהו. החקיקה הרלוונטית לעניין זה הינה חוק מסורתי – פקודת הראיות [נוסח חדש], תשל"א – 1971 (להלן: "פקודת הראיות"), לצד חוק המחשבים, התשנ"ה – 1995 (להלן: "חוק המחשבים"), אשר תיקן את פקודת הראיות ככל שהדברים אמורים בפלטי מחשב ולצידם החוק החדש – חוק חתימה אלקטרונית, התשס"א – 2001.

ב. כשרותה המדעית של החתימה האלקטרונית

עפ"י דיני הראיות, שומה על ביהמ"ש לבחון את כשרותה המדעית של החתימה האלקטרונית כחידוש מדעי. משום חדשנותה של החתימה הדיגיטלית, לא נבחנה זו ע"י ביהמ"ש בישראל והיא בגדר חידוש מדעי שטרם זכה להכרת ביהמ"ש.

טרם חקיקת החוק, נראה היה כי בכל תיק, תקום חובה להביא עד מומחה לתחום החתימה הדיגיטלית, אשר יוכיח שניים – ראשית, כי בדיקתו את החתימה הדיגיטלית המסוימת מוכרת כבדיקה אמינה בעולם מערכות המידע, ושנית, כי במקרה הספציפי נקט באותה שיטת בדיקה כהלכתה והוא מציג את תוצאותיה. (ברבות הימים, היה והחתימה הדיגיטלית ואופן בדיקתה יהפכו בעלי כשירות מדעית – לא יהא צורך בהבאת ראיות לגבי הכשרות המדעית ותיבחנה אך תוצאות הבדיקה⁸⁴).

עפ"י סעיף 24(9) לחוק, מוסמך שר המשפטים לקבוע בתקנות סוגי מערכות, שחזקה עליהן כי הן מערכות תוכנה וחומרה מהימנות וכן לקבוע סוגי חתימה אלקטרונית, שחזקה שהן מהוות חתימה אלקטרונית מאובטחת. המבקש לסתור חזקה זו ינקוט בדרך הוכחת חידוש מדעי, כפי הנדרש טרם חקיקת החוק.

יוער, כי חתימה אלקטרונית מאושרת תחסה תחת "מטריית" חזקות – הן מבחינת סוג החתימה האלקטרונית (שחזקה עליה כי היא חתימה אלקטרונית מאובטחת) והן מבחינת סוג המערכת שחזקה עליה כי היא מהימנה (המבקש להירשם אצל הרשם כגורם מאשר ממילא חייב עפ"י החוק להחזיק במערכת תוכנה וחומרה מהימנה שהוכרה ככזו בתקנות שר המשפטים).

ג. הכלל האוסר "עדות שמיעה" וכלל "הראיה הטובה ביותר"

כדי להציג בפני ביהמ"ש פלט מחשב (שכן המסמך החתום דיגיטלית מצוי על גבי המחשב) נדרשים אנו להתגבר על שני כללים ראייתיים - הכלל האוסר עדות שמיעה⁸⁵ וכלל הראיה הטובה ביותר⁸⁶. משמע, עלינו למצוא פתרון משפטי, אשר יאפשר את הגשת פלט המחשב לביהמ"ש הן כחריג לכלל האוסר עדות שמיעה והן כראייה הטובה ביותר.

⁸⁴ י"קדמי על הראיות, (מהד' 198), פרק שניים עשר, סימן ארבעה עשר.

⁸⁵ כלל האוסר עדות שמיעה כראיה על אימרה שניתנה מחוץ לביהמ"ש כדי להוכיח את תוכנה של האימרה וכפועל יוצא מחייב את הבאת עורך המסמך או מביע האמרה לביהמ"ש לשם מתן עדות. כאן, הרי מטרת פלט המחשב היא להוכיח את אמיתות תוכנה של האימרה ועל כן נדרשים אנו למצוא חריג שיאפשר את הגשת הפלט. ר' ע' ארגוב "קבילותם של פלטי מחשב כראיה", משפטים כ' 131.

⁸⁶ כלל המחייב להגיש לביהמ"ש את המסמך המקורי, אלא אם קיימת סיבה המצדיקה הגשת ראיה משנית. כאן מוגש פלט מחשב, שלכאורה, אינו המסמך המקורי, שכן "המקור" נערך על גבי מחשב.

טרם חקיקת החוק, ניתן היה למצוא לכך פתרון בסעיף 10 לחוק המחשבים המתיר הגשת פלטי מחשב של "רשומה מוסדית"⁸⁷ כראייה קבילה לאמינות תוכנם ובלבד שהתקיימו התנאים המצטברים הבאים:

1. המוסד נוהג במהלך ניהולו הרגיל, לערוך רישום של האירוע נושא הרשימה בסמוך להתרחשותו.
2. דרך איסוף הנתונים נשוא הרשומה ודרך עריכת הרשומה יש בהן כדי להעיד על אמיתות תוכנה של הרשומה.
3. אם הרשומה היא פלט יש להוכיח אף כי דרך הפקתה מעידה על אמינותה וכן כי המוסד נוקט באורח סדיר, אמצעי הגנה סבירים מפני חדירה לחומר מחשב ומפני שבוש עבודה מחשב.

כיום, מסדיר החוק את הנושא בבהירות. ראשית, סעיף 3 לחוק, יוצר חריג לכלל האוסר עדות שמיעה בקובעו, כי מסר אלקטרוני החתום בחתימה אלקטרונית מאובטחת, ובכלל זה חתימה מאושרת (שחזקה עליה כי הינה חתימה אלקטרונית מאובטחת, לפי סעיף 4 לחוק) הוא ראיה קבילה בביהמ"ש וניתן להגישו כראיה למטרת הוכחת תוכנו. זאת, למעט מקרים חריגים, שיקבעו ע"י שר המשפטים, בהתאם לסמכות המוקנית לו בסעיף 2(ב) לחוק, לגביהם לא ניתן כלל לקיים את דרישת החתימה באמצעות חתימה מאובטחת, לרבות חתימה מאושרת. חריג נוסף לכלל האוסר עדות שמיעה נקבע בסעיף 5(א) לחוק לפיו רשאי ביהמ"ש לקבל כראיה תעודה החתומה בידי מנהל גורם מאשר או מי מטעמו, המאשרת כי תעודה אלקטרונית מסוימת הופקה על ידי הגורם המאשר.

שנית, סעיף 6 לחוק, מתגבר על הכלל הדורש הגשת הראיה הטובה ביותר, בקובעו, כי פלט של מסר אלקטרוני החתום בחתימה אלקטרונית מאובטחת יהיה קביל, בכל הליך משפטי, כמקור ולא כהעתיק. זאת, למעט סוגי מסרים אלקטרוניים, סוגי הליכים משפטיים ושימושים מסוימים במסר אלקטרוני, שיקבעו ע"י שר המשפטים, בהתאם לסמכות המוקנית לו בסעיף 6(ב) לחוק, לגביהם לא ניתן כלל לראות את הפלט כמקור.

⁸⁷ עד התיקון בפקודת הראיות, "רשומה בנקאית", היתה החריג היחיד לגביו נקבע כי ישמש כראיה. כעת הורחב החריג ל"רשומה מוסדית". ההגדרות העולות מתיקון סעיף 35 לפקודת הראיות הינן כדלקמן:
"רשומה מוסדית" - מסמך, לרבות פלט, אשר נערך על ידי מוסד במהלך פעילותו הרגילה.
"מוסד" - המדינה, רשות מקומית, עסק או כל מי שמספק שירות לציבור.
"עסק" - לרבות משלח יד (למעשה - מרחיב התחולה לכל עסק - החל מהנהלת חשבונות וכלה בספרית וידאו...)
"פלט" - כהגדרתו בחוק המחשבים: נתונים, סימנים, מושגים או הוראות, המופקים בכל דרך שהיא ע"י מחשב.
 כפועל יוצא, עולה כי למעשה כמעט כל התקשרות אלקטרונית, שמהותה עסק או מסחר יכולה להכנס לגדר ההגדרות ולפיכך ניתן יהא להגיש לביהמ"ש את פלט המחשב הנושא חתימה דיגיטלית, בעניינה.

ד. זיהוי הגורם שחתם על המסמך והוכחת מקוריות המסמך

ראשית, חובה עלינו להוכיח כי המסמך אכן נחתם ע"י מי שזו נחזית להיות חתימתו.

טרם חקיקת החוק, נקבעו בפסיקה⁸⁸ שלוש דרכי הוכחה, כי החתימה המסורתית על גבי המסמך אכן בוצעה ע"י מי שמכחישה –

1. באמצעות עדות ישירה של החותם או עד לחתימה.
2. באמצעות השוואה גרפולוגית של החתימה השנויה במחלוקת לחתימה האמיתית (נקודות דמיון ושוני).
3. באמצעות עדות של אדם המכיר את כתב היד או החתימה השנויה במחלוקת ומעיד על מידת התאמתן למסמך שבמחלוקת.

נקבע בפסיקה, כי אין די במסמך עצמו כדי ללמד ולו לכאורה, מיהו החתום עליו, והצד עליו מוטל נטל השכנוע, חייב להניח נדבכים ראיתיים נוספים שביחד עם המסמך ירימו את הנטל. שלוש הדרכים לעיל נסמכות על אלמנטים חיצוניים למסמך שבמחלוקת, המצביעים על זהות עורכו או החתום עליו ומשמשות כנדבך ראיתי חצוני נוסף על המסמך.

אשר לדרך הראשונה שנקבעה בפסיקה - ברי כי זו שרירה וקיימת. נוסף על כך, בסעיף 5(ג) לחוק, נקבע כי ככל שהדברים אמורים בחתימה אלקטרונית מאושרת, מוסמך ביהמ"ש לצוות, כי מנהל הגורם המאשר או מי מטעמו שחתם על תעודת הגורם המאשר, יחקר בביהמ"ש, וכי ביהמ"ש ייעתר לבקשת בעל דין לצוות על כך.

אשר לשתי הדרכים האחרונות שנקבעו בפסיקה - אין ספק כי לא ניתן ליישמן לגבי חתימה אלקטרונית מפאת העדר אלמנטים חיצוניים מבדילים. לפיכך, ברי כי ביהמ"ש יידרש לקבוע מבחנים חלופיים לאימות חתימה אלקטרונית מאובטחת. הצעתנו היא, כי מבחנים אלו ישלבו הן את בחינת אמינות הטכנולוגיה (אמינות החתימה), והן את בחינת אמינות בעל מסד הנתונים או הגורם המאשר (אבטחת החתימה). נראה, כי גם בשלב זה, יקום הצורך להיעזר בעד מומחה לעניין אמינות מערכת המידע המשמשת כלי אחסון למסמכים בעלי חתימה דיגיטלית, נקיטת אמצעי הגנה מפני שבוש או חדירה, רישום המסמך והחתימה הדיגיטלית בסמוך לביצועם וכד'.

שנית, נותר להוכיח כי לא נעשה כל שינוי במסמך החתום, לאחר שליחתו⁸⁹.

⁸⁸ ע"א 5293/90 בנק הפועלים נ' רחמים, פ"ד מז (3) 240, 261 - 262.

כאשר מדובר בחתימה דיגיטלית, העברת מסמך דרך פונקציה "האש" תאפשר את גילוי שינוי המסמך, שכן לעולם ישא המסמך המקורי ערך "האש" מסוים ובלתי ניתן לשינוי, ושינוי או תיקון מסמך שנשלח יביא לקבלת ערך "האש" חדש⁹⁰. מן סתם, ידרש עד מומחה אף בשלב זה, כדי להעיד אודות פונקציה "האש" וסגולותיה.

כעת, נשאלת השאלה – על מי יחול נטל השכנוע לגבי אמיתות החתימה על המסמך – האם על התובע את קיום המסמך או על הנתבע המכחיש את חתימתו?

טרם חקיקת החוק, כדי לענות על כך קם הצורך לקבוע אם נראה את החתימה האלקטרונית כיוצרת מסמך "שלם" או מסמך "חסר"⁹¹. היה ונראה המסמך כ"שלם" – יוטל נטל ההוכחה על מי שמנסה לסתור הטענה, כי הוא אשר חתם. היה ונראה המסמך כ"חסר" – יוטל נטל ההוכחה על מי שטוען לאמיתות המסמך והחתימה. שאלה זו, כאמור, טרם נדונה בפסיקה.

הפתרון, לדעתנו, טמון באפשרות לאימות החתימה ע"י גורם מאשר. כך, כאשר עסקינן בחתימה מאובטחת בלבד – יראו המסמך כ"חסר" – והנטל יוטל על מי שטוען לאמיתות המסמך והחתימה. לעומת זאת, עת עסקינן בחתימה מאושרת ע"י גורם מאשר – יראו את המסמך כ"שלם" והנטל יוטל על מי שמנסה לסתור הטענה, כי הוא אשר חתם⁹².

7.2.6 התאמת דיני הראיות בישראל לטכנולוגיה - אחריות פלילית

דיני הראיות, אשר פורטו לעיל, ובכללם אלו הנוגעים לרשומה מוסדית, אינם חלים על רשומות של גורמי החקירה או התביעה כאשר מדובר בהליכים פליליים. זאת, נוכח לשונו הברורה של סעיף 36(ג) לפקודת הראיות.

במילים אחרות, כל עוד לא תוקן פקודת הראיות, רשומה מוסדית או מסר אלקטרוני החתום בחתימה אלקטרונית מאובטחת, ובכלל זה חתימה אלקטרונית מאושרת, של גורמי החקירה או התביעה לא יהיו קבילים בביהמ"ש הפלילי.

7.2.7 דיני הראיות בצה"ל

⁸⁹ להערכתנו, אין זה רלוונטי אם בוצעה החתימה בפתח עריכת המסמך – באמצעות כרטיס מגנטי או דיסקט או טביעת אצבע – או עם סיום עריכתו, שכן כל עוד לא נשלח המסמך לצד שכנגד הוא חסר תוקף משפטי.

⁹⁰ זאת, בכפוף לכך שעקרונות פונקציה "האש" לא ייפרצו.

⁹¹ ר' למשל נטל הראיה בעסקאות כרטיסי חיוב:

1. חתימה על שובר כרטיסי חיוב – נטל הראיה על הקונה שחתם, כי אין המדובר בעסקה.
2. מסמך חסר – עסקה שלא באמצעות חתימה על שובר-אם הלקוח הודיע כי נעשה שמוש לרעה בכרטיס-נטל הראיה על המוכר, כי המסמך נחתם ע"י הקונה.

⁹² מעניין לציין, כי במדינות יוטה, קליפורניה ועוד הוצע לחוקק חוק המטיל על בעל המפתח הפרטי אחריות לתוצאות אובדן המפתח או גניבתו. במילים אחרות, נוכח אמינותה הגבוהה של החתימה הדיגיטלית, מוכן המחוקק להטיל על בעל המפתח הפרטי את האחריות.

סעיף 476 לחוק השיפוט הצבאי, התשט"ו – 1955, מחיל את דיני הראיות הכלליים, כאשר אין הוראה אחרת בחוק. האם חתימה אלקטרונית בצה"ל תהא תקפה כאשר אין מדובר במסמך או ברשומה מוסדית שנערכה ע"י גוף חקירה או תביעה צה"לי?

סקירת סעיפי חוק השיפוט הצבאי, הכוללים דרישת חתימה מעלה כי חלקם דורשים "חתימה בכתב יד" ואילו היתר דורשים "חתימה" מבלי לקבוע דרישות צורניות. ניתן להעלות שתי פרשנויות לעניין זה⁹³.

האחת, היא כי מכלל ההן יש ללמוד על הלאו. במילים אחרות, כאשר חוק השיפוט הצבאי קבע דרישת חתימה בכתב יד לא תהא תקפה חתימה אלקטרונית מאובטחת, ובכלל זה חתימה מאושרת, ואילו כאשר לא נקבעה צורת חתימה תהא חתימה אלקטרונית ברת תוקף.

השנייה, מהותה החלת סעיף 2 לחוק, פשוטו כמשמעו. היינו, החתימה האלקטרונית תהא ברת תוקף, וזאת – ללא אבחנה בין סעיפים הדורשים "חתימה בכתב יד" לבין אלו הדורשים "חתימה" ללא דרישה צורנית, בחוק השיפוט הצבאי, אלא אם ישתמש שר המשפטים בסמכות המוקנית לו בסעיף 2(ב) לחוק וינקוב בהוראות חיקוק מתוך השיפוט הצבאי (באופן גורף – לגבי כל הוראות החיקוק הדורשות "חתימה בכתב יד או באופן ספציפי לגבי הוראות מסוימות), לגביהן אין החתימה האלקטרונית (מאובטחת בלבד או אף מאושרת) – ברת תוקף.

לסברתנו, הגישה השנייה היא המכרעת, שכן לא זו בלבד שהיא מאמצת לחיקה את הרוח הטכנולוגית החדשה הנושבת, אלא שהיא מאפשרת לבחון, הלכה למעשה, את מטרת הוראות חוק השיפוט הצבאי. זאת, באמצעות קביעת שר המשפטים, כאמור לעיל. כך למשל, דרישת חתימת יד על גבי העתק מסמך שנעשה או שאושר בידי חייל במילוי תפקידו⁹⁴ – יכולה להתקיים אף כאשר מדובר בחתימה דיגיטלית מאושרת, שכן זו האחרונה שקולה תפקודית לראשונה ומתיישבת עם מטרת סעיף החוק – אימות המסמך באמצעות החתימה בצורה הבטוחה ביותר.

7.2.8 הטלת הגבלות על השימוש בחתימה דיגיטלית

הדרכים המשפטיות שפורטו לעיל מתמודדות עם תוצאותיה של החתימה הדיגיטלית. לדעתנו, כורח המציאות יחייבנו אף לנקוט בדרכים משפטיות להתמודדות מניעתית של הונאה באמצעות החתימה הדיגיטלית, כגון:

⁹³ ר' סקירתו המשפטית של סרן ש' זאורבך, לעיל הערה 39, בעמ' 13, המבחין בין סעיפים הדורשים חתימה ללא צורה מיוחדת (כגון סעיפים 105, 106, 234, 284, 290, 335, 420, 481 ו- 486 לחוק השיפוט הצבאי) לבין סעיפים הדורשים חתימה בכתב יד (כגון סעיפי 485, 488, 505, 507 ו- 529 לחוק השיפוט הצבאי).

⁹⁴ סעיף 485 לחוק השיפוט הצבאי, התשט"ו – 1955.

• הגבלת תוקפו של אמצעי החתימה האלקטרונית לתקופה מסוימת. עם תום התקופה, יהא על בעל החתימה לשוב ולחדשה ב"רשות המאשרת".

• הקניית אפשרות לבעל החתימה לבטל את אמצעי החתימה אצל ה"רשות המאשרת" ואצל מאגרי הנתונים והטלת חובה על האחרונים להחזיק רשימות ביטולים⁹⁵.

הקניית אפשרות להגבלת הפעולות המבוצעות באמצעות אמצעי החתימה – תקרת סכום, תקרת מספר תשלומים, חסימת פעולות אתרים מסוג מסוים וכד'.

8. הערות לחוק חתימה אלקטרונית, התשס"א - 2001

לא ניתן יהא להשלים מאמר זה ללא התייחסות לחוק החתימה האלקטרונית, התשס"א-2001⁹⁶ (להלן: "החוק" או "החוק הישראלי").

8.1 סקירה כללית של החוק

החוק מחולק לארבעה פרקים. הפרק הראשון, עניינו בהגדרת הגורמים המעורבים בשימוש באמצעי חתימה אלקטרונית ובמהות החתימה האלקטרונית. החוק מכיר ב"גורם מאשר" (המקביל ל"רשות מאשרת", כהגדרתה בארה"ב). כן מאפשר החוק שימוש בשיטות שונות של טכנולוגיה כתשתית לחתימה אלקטרונית ואינו מוגבל לשיטת הצפנה הא-סימטרית המקובלת כיום בעולם. בנוסף, מכיר החוק במדרגים שונים של סוגי חתימה – חתימה אלקטרונית "פשוטה" (כגון חתימה בסוף מכתב בדואר אלקטרוני), חתימה "אלקטרונית מאובטחת" באמצעות טכנולוגיית חתימה וחתימה "אלקטרונית מאושרת", ע"י גורם מאשר.

בפרק השני, נקבע תוקפה המשפטי של החתימה. לכל רמה של חתימה נקבעו נפקויות משפטיות שונות (חזקות שבדין, קבילות, החובות המוטלות על מי שעושה שימוש בחתימה וכד').

הפרק השלישי, דן במינוי "רשם גורמים מאשרים", תנאי רישום אצל הרשם וקביעת גדר סמכויות הרשם.

בפרק הרביעי, מוסדר מעמדו של "הגורם המאשר", רישומו אצל "רשם גורמים מאשרים" ותוקף התעודות שהוא מנפיק, ביטול התעודות ומידת אחריותו.

⁹⁵ כך למשל תנתן בידי מעסיק אפשרות לבטל חתימה מורשה של עובדו אם הלה עזב את מקום עבודתו.
⁹⁶ לעיל, הערה 6.

הפרק החמישי והאחרון, קובע הוראות שונות, לרבות היחס לתעודות אלקטרוניות המתקבלות מגורמים מאשרים מחו"ל, דין רשויות המדינה וסמכות השר להתקין תקנות לביצוע החוק.

8.2 ניתוח בעיות וסיכונים העולים מלשון החוק והמלצות לדרך פתרונם

8.2.1 כללי

החוק מתמודד עם סיכונים שונים, העולים מהשימוש בחתימה הדיגיטלית ועם זאת - מותר מספר שאלות פתוחות, אשר מצביעות על הוותרותם של מספר סיכונים הנובעים מהשימוש בחתימה דיגיטלית. אנו נבחן שאלות וסיכונים אלה, בין היתר תוך השוואה לחוקי החתימה האלקטרונית או הדיגיטלית הקיימים במדינות ארה"ב ואף לחוק הפדרלי האמריקאי, אשר מתווה כללים רחבים בנושא.

כפי שצינו בפתיח רשימתנו⁹⁷ - החוק הישראלי והחוק הפדרלי, נוקטים במונח "חתימה אלקטרונית", בהיותם פתוחים לקבלת טכנולוגיות חתימה שונות, נוסף על טכנולוגיות ההצפנה הא-סימטרית אשר מזוהה עם המונח "חתימה דיגיטלית", ועל כן הבחינה המשפטית להלן תתייחס ל"חתימה אלקטרונית" (ובכללה "חתימה דיגיטלית").

להלן תפורטנה בעיות העולות מנוסחו של החוק תוך ביצוע השוואה משפטית לשיטות משפט שונות. יצויין, כי החקיקה בנושא זה מצויה בשלבים שונים במדינות שנסקרו ואילו פסיקה – איין.

8.2.2 אי מתן נפקות משפטית לשיטות טכנולוגיות שלא עברו אישור מהימנות

החוק הישראלי, בדומה לחוק האמריקאי הפדרלי ולחוקי החתימה הדיגיטלית, במדינות קליפורניה, ג'ורג'יה ועוד, קובע מסגרת כללית, אשר ניתן יהיה ליישמה לגבי טכנולוגיות שונות.

החוק מקנה לשר המשפטים סמכות להתקין תקנות בדבר סוגי מערכות, אשר "חזקה עליהן, שהן מערכות חומרה ותוכנה מהימנות" וכן לקבוע "סוגי חתימה אלקטרונית אשר חזקה שהן מהוות חתימה אלקטרונית מאובטחת"⁹⁸. מלשון החוק עולה, כי כגורם כמאשר, יוכל לשמש רק מי שיירשם במרשם הגורמים המאשרים וכתנאי מקדמי לרישומו יהא עליו להחזיק במערכות חומרה ותוכנה מהימנות, המעניקות הגנה סבירה מפני שיבוש, חדירה וכיו"ב למחשב או לחומר מחשב והמקנות רמה סבירה של זמינות ואמינות⁹⁹.

יחד עם זאת, בניגוד לחוקים האמריקאים, כגון חוק יוטה, דרישת ההכרה המשפטית בסוגי מערכות או טכנולוגיות כמהימנות, אינה כלולה בהגדרת "חתימה אלקטרונית מאובטחת"¹⁰⁰. משמע, אין הכרה, כי שיטה טכנולוגית תוכר כמהימנה, ע"י הגורם

⁹⁷ לעיל, בפרק 2.5.

⁹⁸ סעיף 24(9) לחוק.

⁹⁹ ר' הגדרות "גורם מאשר" ו"חתימה אלקטרונית מאושרת" בסעיף 1 לחוק וכן את סעיף 11(2) לחוק המתנה את רישום הגורם המאשר במרשם במהימנות מערכות החומרה והתוכנה.

¹⁰⁰ בניגוד לחוק הקליפורני, ר' לעיל, הערה 58.

שימונה לצורך כך ע"י שר המשפטים, לצורך מתן נפקות משפטית לחתימה אלקטרונית מאובטחת שאינה "מאושרת" ע"י גורם מאשר. במילים אחרות, החוק יאפשר, מתן נפקות משפטית, אם כי מוגבלת, אף לחתימה שבוצעה בדרך שאינה מהימנה¹⁰¹.

לפיכך, לסברתנו, שומה על המחוקק לתקן את הגדרת "חתימה אלקטרונית מאובטחת" ולקבוע כי ההכרה המשפטית בסוגי מערכות או טכנולוגיות כמהימנות, היא תנאי ראשוני, או לכל הפחות תנאי נוסף, להיותה חתימה מאובטחת.

8.2.3 הגדלת אחריותו של בעל אמצעי חתימה

סעיפים 7 ו- 8 לחוק, בדומה לחוק שנקבע במדינת יוטה¹⁰², מטילים על בעל אמצעי חתימה מספר חובות. האחת, נקיטה בכל האמצעים הסבירים לשם שמירה על אמצעי החתימה הדרושים להפקת חתימתו האלקטרונית ולשם מניעת שימוש בהם ללא הרשאתו. השנייה, חובת דיווח על הפגיעה בשליטתו באמצעי החתימה, לכל מי שסביר שיסתמך על חתימתו עקב קשרים שגרתיים שביניהם ולכל מי שידוע לו, כי קרוב לוודאי שיסתמך על חתימתו האלקטרונית (לגבי חתימה מאושרת - לרבות לגורם מאשר). החובה השלישית, המוטלת אך על בעל אמצעי חתימה אלקטרונית מאושרת, הינה החובה לנקוט בכל האמצעים הסבירים כדי להבטיח, כי כל המידע שהוא מוסר לגורם מאשר והמצג שלו כלפי הגורם המאשר, הינם נכונים ומלאים, לרבות הודעה לגורם המאשר בדבר פגיעה בשליטתו באמצעי החתימה. סעיפים אלה פוטרים את בעל החתימה מכל אחריות שהיא באם יקיים את החובות דלעיל.

בניגוד ללשון החוק, הפוטר את בעל החתימה מכל אחריות באם יקיים את החובות דלעיל, סבורנו כי יש להטיל על בעל אמצעי החתימה מידת אחריות מופחתת ויתכן שבמקרים מסוימים, כגון שימוש באמצעי חתימה שלא אושר, אף מוחלטת¹⁰³. יתרונות אחריות שכזו ברורים – הגברת מודעות בעלי אמצעי החתימה לשמירה עליו ולאיסור העברתו לאחר, מחד גיסא, ועידוד השימוש בגורם מאשר תוך קיום דרישה מצד בעלי אמצעי חתימה להזלת תעריפי השימוש בגורם מאשר מאידך גיסא. כמו כן, יביא הדבר לבניית תוכניות ביטוח מתאימות (וכך למעשה – תבוטח אחריותם של בעלי אמצעי החתימה)¹⁰⁴.

¹⁰¹ ר' גמ סעיף 19(ב) לתזכיר חוק חתימה אלקטרונית.

¹⁰² Utah Code Ann §46-3-305 (2) (1996)

¹⁰³ לעניין זה, ר' הן את עמדת הכותבים ב - **Notaries Public-Lost In Cyberspace**,

supra note 13, at p. 745 והן את הערה 92 לעיל.

¹⁰⁴ אם נשווה ענייננו לשמוש בכרטיס חיוב, נראה כי בעל כרטיס חיוב, בו נעשתה הונאה פטור (למעט דמי השתתפות עצמית בסכום המבוטח). חברת האשראי המבטחת יכולה לקבל שפוי מהגורם אשר עשה עסקה עם בעל כרטיס חיוב, שכן היה ביכולתו לבדוק את תעודת הזהות של הרוכש ולאמת פרטיו מול חברת האשראי, אך הוא לא עשה כן. לעומת זאת, צד לעסקה אלקטרונית חסר יכולת לאמת פרטיו של צד אחר אך הוא יכול לפנות לרשות אימות שלה מוקנית יכולת זו.

המסחר האלקטרוני מבוסס על שיתוף פעולה בין כל הגורמים ועל אמינות מירבית. להבדיל מחתימה מסורתית, לגביה במקרה בו האחד יחתום "בשם" האחר, וניתן יהא לראות בעין בלתי מזויינת כי "א" חתם בשם "ב", במסחר אלקטרוני לא זו בלבד שלא ניתן לדעת אם בוצעה הונאה אלא שגם לא ניתן לדעת אם בוצעה חתימה אלקטרונית בהרשאה. היינו, הגורם אשר ביצע עסקה אלקטרונית עם מי שנחזה להיות בעל החתימה והגורם המאשר, הינם נעדרי אפשרות לדעת כי החתימה זויפה, או כי נעשה שינוי במסמך אלקטרוני – אף אם בעל החתימה הנחזית נקט בכל האמצעים הסבירים לשמירת אמצעי החתימה. כאמור, סופו של דבר צפוי שאם ננקטו אמצעים סבירים ישופה בעל החתימה ע"י חברה מבטחת אף אם אחריותו על פי חוק הינה מוחלטת או מופחתת והמתקשר עמו לא ינזק.

8.2.4 הטלת חובות על גורם המחזיק במסד (מאגר) נתוני אמצעי חתימה שאינו גורם מאשר

בחוקים האמריקאים, כגון חוק יוטה, אין מוטלת חובת רישום או קבלת רשיון על הגורם המאשר, קל וחומר על יתר הגורמים (בעלי מסדי נתונים של אמצעי חתימה אלקטרונית שאינם מנפיקים תעודות אישור). לעומתם, החוק הישראלי אשר כונן את תפקיד "רשם הגורמים המאשרים" ופרט את סמכויותיו מצא להטיל חובת רישום אצל הרשם על הגורם המאשר.

אמנם, החוק קובע נפקויות משפטיות שונות לחתימות שאובטחו ע"י גורם מאשר רשום, במטרה ל"עודד" בעלי מסדי נתונים של אמצעי חתימה להרשם אצל הרשם אך סבורנו שאין די בכך. סביר להניח, כי יקומו גורמים מאשרים מעטים ולצידם – גורמים רבים יותר המחזיקים במסדי נתונים של אמצעי חתימה אלקטרונית, שאינם פועלים כגורם מאשר – ולפיכך אינם נדרשים להרשם אצל הרשם. כך, חותם שהינו תאגיד או מי שיבקש לבצע עסקה בעלת משקל רב עבורו, יבצע את העסקה או החוזה האלקטרוני באמצעות גורם מאשר (שנרשם כחוק אצל הרשם והנפיק תעודת אישור לחתימה) וזאת כדי "להנות" מהנפקויות המשפטיות השונות המקלות עמו. לעומת זאת, מרבית הסיכויים הינם כי המשתמש הפשוט, יפנה לבעלי מסדי נתונים שאינם גורמים מאשרים, משום חוסר מודעות להשלכות המשפטיות השונות הנובעות מביצוע עסקה באמצעות גורם מאשר אצל הרשם או חוסר מודעות לצורך לעיין אצל הרשם אחר תיעוד המעיד על רישומו של הגורם הנחזה להיות גורם מאשר.

לצד האחריות, שהצענו להטיל על בעל אמצעי החתימה¹⁰⁵, מצאנו כי יש לספק להם הגנה. הגנה כזאת ניתן להעניק באמצעות הטלת חובה על בעלי מסדי הנתונים לעמוד במגבלת מהימנות מערכות החומרה והתוכנה, כפי שנעשה הדבר לגבי המבקשים להרשם אצל הרשם כגורם מאשר¹⁰⁶. בחינת עמידתם בתנאי זה תעשה ע"י הרשם ויחולו עליהם חובות הדיווח באשר לכל שינוי שיש בו כדי לפגוע במערכות אלה כמו גם סמכויות הרשם לבחון מערכות אלה, כפי שיידרש.

¹⁰⁵ ר' פרק 8.2.3.

¹⁰⁶ ר' פרק 8.2.2.

בחלוף הזמן, אם יסתבר כי גורמים מעטים המחזיקים במסדי נתונים של אמצעי חתימה ואינם רשומים כגורם מאשר – ומשכך ירוכז בידיהם כוח רב – אין כל סיבה שלא לחייבם ברישום ובפיקוח (אם כי מוגבל יותר בהשוואה לגורם מאשר) אם טובת האזרח הפשוט דורשת זאת. יש לזכור אף, כי לרשם קיימת סמכות התנאת רשיון בתנאים כגון ניהול חשבונות תקין ואף סמכות להפקיעו – סמכות שמחייבת את הגורם לשמור צעדיו.

8.2.5 אי העמדת דרישות וכישורים מוגדרים בפני הגורם המבקש להרשם כ"גורם מאשר"

סעיף 11 לחוק מציב בפני המבקש להירשם כ"גורם מאשר" דרישות שונות – אשר אין בגדרן כל דרישה להכשרה מקצועית ממנפיקי תעודות האישור לאמצעי החתימה. בסעיף 20(4) ו- (5) לתזכיר החוק הוצע להסמיך את שר המשפטים להתקין תקנות בדבר הכשרה הדרושה לאדם שהוסמך ע"י רשם ובדבר כישורים או תנאי הכשרה הדרושים לעובדי הגורם המאשר אך בעת גיבוש הצעת החוק הושמטו שתי דרישות אלו.

ניתן יהא לטעון, בדוחק, כי השר מוסמך להתקין תקנות בעניין זה, מכח לשונו הכללית של סעיף 24 רישא, הקובע כי השר מוסמך להתקין תקנות בניין ההכשרה המקצועית האמורה או מכח סעיף 24(5), המסמיך את השר לקבוע בתקנות תנאים נוספים לרישום גורם מאשר אך אז תתעורר במלוא עוזה השאלה – מדוע הושמט עניין זה, שהופיע, כאמור, בתזכיר, בעת ניסוח הצעת החוק ומדוע לא עוגנו דרישות אלה בחוק.

בעוד שנוטריון, שמתפקידו לאמת מסמכים, נדרש להיות בעל רשיון עריכת דין (היינו, לעבור תקופת התמחות ובחינות הסמכה מקצועיות) ולהיות בעל ותק מקצוע בן 15 שנים, הרי שאין החוק נוקב בדרישות מקצועיות מינימליות לגבי בעליו של הגורם המאשר, מנהליו או עובדיו.

אף אם היה החוק, מאמץ את חוק יוטה בקובעו כי כגורם מאשר יוכר רק גוף מאוגד של עו"ד, רו"ח וכד' - אין די בכך לטעמנו. סבורנו, כי שומה על המחוקק להתייחס לנושא זה באמצעות תיקון החוק אם על דרך קביעת דרישות מקצועיות בחוק או אם על דרך הטלת חובה על השר להתקין תקנות בעניין תוך פרק זמן קצר.

לסברתנו, יש לקבוע, דרישות מינימליות למינוי של מנהל – גיל, השכלה ו/או הכשרה (תואר ראשון, השתלמות או הכשרה מקצועית בניהול מאגרי מידע וכד'). כמו כן, יש מקום לשקול התנאת הרשיון במעבר בחינות מסוימות, כשם שמוטלת חובת מעבר בחינה לקבלת רשיון עריכת דין, ראיית חשבון וכד'. כן נראה לטעמנו, כי יש להחיל חלק מדרישות אלה אף על עובדיו של ה"גורם המאשר", בהתאם לתחומי סמכותם, ולא רק על מנהליו.

אשר לדרישת טוהר כפיו של מנהל הגורם המאשר - אמנם סעיף 8(א)(5) לחוק קובע, כי מבקש הרישיון או מנהלו של הגורם המאשר יהיו חסרי הרשעה בפלילים - אך לטעמנו אין די בכך. ראשית, יש מקום להרחיב את הדרישה ולקבוע, כי מבקש הרשיון או מנהלו של הגורם המאשר יהיו חסרי רישום פלילי (תחת הדרישה כי יהיו ללא הרשעה) שכן

ייתכן קיומו של רישום פלילי, בעבירה שיש עימה קלון, שאינו כרוך בהרשעה¹⁰⁷. שנית, יש לזכור כי עסקינן בניהול מאגרי מידע עצומים של פרטים ומסמכים רגישים ולא במשרד בעל נפח פעילות מצומצם וכי הנסיון בעולם מלמד, כי קרוב לודאי שיוקמו בארץ גורמים מאשרים מעטים ומשכך - כוח רב ירוכז בידי גורמים מאשרים ספורים¹⁰⁸. לפיכך, נראה כי יש להחיל את דרישת טוהר הכפיים אף על עובדיו של הגורם המאשר ולא רק על המבקש לרשמו ועל מנהלו.

בהתאמה, סבורנו, כי יש להקנות בחוק עצמו, סמכות לרשם הגורמים המאשרים, לבחון כישוריהם של כל עובדי הגורם המאשר.

¹⁰⁷ ר' סעיף 6 לחוק המרשם ותקנת השבים, התשמ"א – 1981, המסמיך את מי שהוסמך עפ"י חיקוק לתת, לבטל או לחדש היתר זכות עיסוק - ולשם כך הוא רשאי על פי אותו חיקוק להביא בחשבון את עברו הפלילי של מבקש הזכות, של בעל הזכות או של אדם אחר הנוגע בדבר - לקבל מידע מן המרשם הפלילי, אם הוא הסכים לכך.

¹⁰⁸ ו'ר' לעניין זה גם הערה בגוף תזכיר החוק ממנה עולה, כי הנסיון בעולם מלמד, כי קרוב לודאי שיוקמו בארץ גורמים מאשרים מעטים.

8.2.6 הגדלת מידת אחריותו של גורם מאשר

גבולות אחריותו של הגורם המאשר אינם ברורים ומעלים מספר תהיות:

1. מהם האמצעים הסבירים שעל פי סעיף 21(א) לחוק נקיטתם תפטור גורם מאשר מאחריות?

2. האם אחריותו של גורם מאשר, שלא נקט באמצעים סבירים, תחול גם כלפי צד ג' שהסתמך על מסמך אלקטרוני מאומת בתעודה אלקטרונית של הגורם המאשר ולא רק כלפי הצדדים למסמך גופו?

כל אלו הינן שאלות פתוחות, שאם לא ימצא להן פתרון – ניתן להניח כי ביהמ"ש יתן להן מענה, אולם יש מקום לנסות ולעגן את התשובות לשאלות הללו בחוק ולקבוע מידת אחריות מוחלטת או מופחתת, אשר תחייב את הגורם המאשר לבטח את פעילותו וכך תבטיח את המסתמכים על פעולותיו.

לכך מצטרפת תהייתנו, האמנם יש מקום להגביל אחריותו של גורם מאשר שתפקודו שקול לתפקודו של מוסד ממשלתי נוכח הקף פעולותיו העצום הצפוי, כאשר ממילא חב הוא בחובת הפקדת ערובה או בביטוח.

8.2.7 הוספת דרישה להון עצמי

בסעיף 11(א)(3) לחוק, נקבע כי על המבקש להירשם כגורם מאשר להפקיד ערבות בנקאית, ערובה מתאימה אחרת או ביטוח בסכום שייקבע בתקנות ע"י שר המשפטים.

לטעמנו, אין די בכך. אמנם, סכום הערבות הבנקאית, הערובה ואף הביטוח – המהווה אמצעי הגנה רחב יותר¹⁰⁹ – יבוצעו כפי קביעת הרשם. עם זאת, היקף המסמכים והעסקאות הצפוי לעבור דרך ידיו של הגורם המאשר מחייב החזקת הון עצמי מסוים, שכן כאמור לעיל, גבולות אחריותו אינם ברורים. סעיפים 19(א)(8) ו- 21(ב) לחוק מאפשרים לגורם המאשר לקבוע הגבלות על סוגי השימוש בתעודה או על סכומי העסקאות שלגביהן ניתן לעשות שימוש בתעודה וכן הגבלות נוספות על תחומי אחריותו ופוטרים אותו מנזק שנגרם עקב שימוש החורג מהגבלות.

נוסף על כך, היה ותחולט הערבות או הערובה או יבוטל הכיסוי הביטוחי – יתכן מצב בו ימצא עצמו הגורם המאשר ללא הון "חילופי". או אז, יהא בסמכות הרשם לבטל את הרשאתו של הגורם המאשר אך לא יהא בכך כדי לפצות את הגורמים שכבר הסתמכו על תעודות אלקטרוניות של הגורם המאשר.

¹⁰⁹ כפי שנאמר ב- 747, at p. 13, supra note 13: **Notaries Public-Lost In Cyberspace**, "a bond is not insurance"

הפתרון הדרוש לטעמנו הינו הטלת חובה על הגורם המאשר להחזיק בהון עצמי מסויים¹¹⁰ נוסף על ערבות, ערובה או כיסוי ביטוחי בגובה מסויים נוסף על הטלת חובה על בעל אמצעי חתימה לדווח לרשם הן על סכומי כל עסקאותיו המתבססות על תעודה אלקטרונית מאושרת והן על כל שינוי שחל באשר לערבות, ערובה או כיסוי ביטוחי החלים להגנתו.

8.2.8 תחולת כללי רשומה מוסדית בהליכים פליליים

כפי שצוין לעיל, אמצעי חתימה אלקטרוני אינו בר תוקף משפטי כאשר עסקינן בדיני ראיות בהליך פלילי בביהמ"ש הפלילי או בביה"ד הצבאי.

סבורנו, כי לאחר בחינת אופן ישומו של חוק חתימה אלקטרונית, והתמודדות ראשונית עם השלכותיו, יהא מקום לבחינה מחודשת של פקודת הראיות ככל שהדברים אמורים בהליכים פליליים. כך, למשל – חוות דעת של מומחה מעבדה לזיהוי פלילי, החתומה בחתימה אלקטרונית מאושרת, תוכל לשמש כראייה במשפטו הפלילי של חייל שעשה שימוש בסם מסוכן או בנשק.

9. סיכום

הנה כי כן, הולכת החתימה האלקטרונית ותופסת לה מקום של כבוד בעולם.

השימוש בטכנולוגיה הקיימת כמו גם פיתוח טכנולוגיות חדשות, מבטיח התפתחות מרתקת של עולם המסחר האלקטרוני והצבת תחרות למסחר האלקטרוני הקיים וכן מבטיח את שינוי התפיסה בכל הנוגע לעריכת חוזים, שאין עניינם מסחר דווקא.

צה"ל, על זרועותיו, יחידותיו ומרכיביו, משמש כר נרחב ליישום החתימה האלקטרונית ואין ספק, כי על אף הבעיות הכרוכות בשימוש בחתימה אלקטרונית, יתרונותיה רבים המה.

בעוד חוקי החתימה האלקטרונית הולכים ומתפשטים ברחבי העולם וקונים להם אחיזה, הרי שהפסיקה בעניין תקפותם של מסמכים אלקטרוניים וחתימה אלקטרונית מצויה בחיתוליה. נראה, כי הזמן יעשה את שלו וככל שירווח השימוש במסמכים ובחתימות אלקטרוניות, כך תתעוררנה בעיות אשר תדרושנה פתרון על דרך שיפור הטכנולוגיה הקיימת, פיתוח טכנולוגיה חדשה ופיתוח מערכות אבטחה, מחד, וכן על דרך חקיקה ותיקונה (למשל, תיקון דיני הראיות לגבי תקפות ראיה החתומה בחתימה אלקטרונית, בהליך פלילי) כמו גם באמצעות הלכות ביהמ"ש מאידך.

¹¹⁰ זאת, בדומה לחובת ההחזקה בהון עצמי מנימלי, המוטלת על חתם (תקנות ניירות ערך (חיתום), התשנ"ג – 1993, תקנה 4) ועל מוסד בנקאי (פקודת הבנקאות, סעיף 3).

הרישום הפלילי בצה"ל*

אייל טולדנו**

"Poena mori potest, culpa perennis erit"

Lord Coke¹

(עונש יכול להסתיים, האשמה נותרת לנצח)

1. מבוא 2. מטרתו של חוק המרשם הפלילי ותקנת השבים א. הגנה על החברה ב. שיקום העבריין (1) השיקום במשפט העברי (2) השיקום כשיקול ענישה (3) חוק המרשם הפלילי ג. תוכנו של המרשם הפלילי ד. הזכאות לקבל מידע מהמרשם ה. התיישנות ומחיקה של העבר הפלילי ו. סמכות נשיא המדינה להורות על התיישנות או מחיקה של העבר הפלילי. 3. הביקורת על חוק המרשם הפלילי 4. הרישום הפלילי בצה"ל א. כללי ב. היקף הרישום הפלילי בצה"ל ג. יחודו של הרישום הפלילי בצה"ל (1) הבטחת שלום הציבור (2) שיקום העבריין ד. היעדר חלופות להרשעה בבתי הדין הצבאיים ה. הדיון המשמעתי – הליך חליפי ללא רישום פלילי 5. חוק המרשם הפלילי לאור חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו 6. מגמות ושינויים בצה"ל בסוגיית הרישום הפלילי א. עבירות הסמים והרישום הפלילי ב. עבירות היעדר מן השירות ג. עבירות צבאיות שאין בגינן רישום פלילי ד. הסדר הטיעון כמו"מ על הרישום הפלילי ה. המלצה לנשיא המדינה לקיצור תקופות התיישנות ומחיקה של הרישום הפלילי ו. הענקת סמכות לבתי הדין הצבאיים להורות על צעדי טיפול וענישה ללא הרשעה 7. הרישום הפלילי והרהביליטציה בראי המשפט המשווה א. כללי ב. אנגליה ג. קנדה ד. אוסטרליה ה. צרפת ו. סיכום 8. דרכי התמודדות אפשריות עם סוגיית הרישום הפלילי

* מאמר זה נכתב במסגרת עבודת מחקר בביה"ס למשפט צבאי. ברצוני להודות לסא"ל תמרה אבנר, סגן לילך זיתונה, וסגן עינת עובדיה, חברי מערכת משפט וצבא, על הערותיהם המועילות למאמר זה. תודה מיוחדת לרס"ן רות ויסמן, רמ"ד חנינות בפרקליטות הצבאית, על תרומתה הרבה למאמר זה.

** סרן, היועץ המשפטי למרכז תע"ץ, ענף יעוץ וחקיקה. לשעבר ראש התא לדין משמעתי וקצין מחקר והדרכה בביה"ס למשפט צבאי.

¹ Brown v. Crashaw, 80 Eng. Rep. 1028 (K.B. 1614)

במערכת הצבאית א. לפני הגשת כתב האישום (1) שיפוט בדין משמעתי (2) קביעת עבירות שאינן גוררות רישום פלילי ב. בשלב המשפט (1) המרת סעיף אישום במסגרת הסדר טיעון (2) הסמכת בתי הדין הצבאיים להטיל צו מבחן או צו שירות לטובת הציבור בלא הרשעה (3) הקניית שיקול דעת לבית הדין הצבאי להכריע בנושא הרישום הפלילי (4) קביעת הרישום הפלילי כפועל יוצא של חומרת העונש ג. לאחר המשפט (1) התיישנות ומחיקה אוטומטיים של העבר הפלילי (2) התיישנות או מחיקה של הרישום הפלילי על ידי נשיא המדינה (3) החלפת חוק המרשם הפלילי בחוק ריהביליטציה 9. מסקנות 10. סוף דבר

1. מבוא

משחר האנושות, קנה לו שביתה הרעיון להטביע אות קין² באדם אשר הפר את חוקי החברה. עונשי הטבעת כוויה על לחים או על מצחם של עבריינים או כבילתם בסד היו נהוגים באירופה עד המאה ה-18³. עונשים אלו, מעבר למטרתם להכאיב לעבריין ולייסרו, נועדו לתייגו כפושע, ולהטביע בו חותמת של מי שסטה מהסדר החברתי. הזיהוי הפומבי של אדם כעבריין היה לעונש המרתיע ביותר, שכן הוא גרר ניתוק קשריו החברתיים והכלכליים של העבריין.

בעולם המודרני, נתבטלו עונשי התיג. צריכת אות קין בבשר החי פנתה מקומה לרישום פרטי העבריין במרשם פלילי, המנוהל ע"י מערכות ממוחשבות. המרשם הפלילי מאפשר זיהוי של אדם כמי שהפר בעבר את החוק, ובכך מאפשר לחברה להתגונן מפני הסיכון שבהפרה חוזרת של החוק מצדו. מערכות המחשוב המשוכללות בהן מצוי המרשם מאפשרות שליפה קלה ומהירה של מידע אודות עברו הפלילי של כל אדם במדינת ישראל.

הסכנה הטמונה ביצירת מאגר "זיכרון" לעברו של אדם, מהווה אבן נגף בדרכו של אותו אדם לחזור לדרך הישר ולקבל עליו את חוקי החברה בה הוא חי. זיהוי בעיני אחרים כעבריין מונע את השתלבותו מחדש בחברה, ומנתק אותו מקשרים חברתיים וכלכליים.

המרשם הפלילי של משטרת ישראל החל לפעול בשנת 1948 עם הקמת מחלקת רישום זיהוי וחקר פלילי, אשר הצליחה להניח ידה על הארכיון הפלילי שהותירה משטרת המנדט הבריטי בירושלים. בשנת 1971, לאחר הכנות ממושכות החלה לפעול מערכת

² מעניין לציין, כי במקור עונשו של קין היה חיי נוודות וניתוק קשריו החברתיים, והאות שניתן בו בא דווקא כדי להגן עליו מפני נקמת הזולת, ולא בכדי להגן על הציבור מפניו, או בכדי להענישו בסטיגמה פלילית. כלשון הכתוב "וישם ה' לקין אות לבלתי הכות אותו כל מוצאו." בראשית, ד, טו.
³ ש' ג' שוהם, **אות קין**, תשמ"ד 1983.

מרשם פלילי ממוחשבת, אשר אפשרה שליפה מהירה של מידע על עבריינים, הנפקת גיליונות הרשעות קודמות ותעודות יושר.⁴

עד לשנת 1981, אופן ניהול המרשם הפלילי ודרכי מתן המידע מתוכו נקבעו בהוראות פנימיות של המשטרה. במשך כל תקופה זו, לא היה כל מעצור חוקי שיגן על מי שעברו עבירות מפני מסירת מידע עליהם לגורמים ציבוריים ופרטיים. המידע שהועבר כלל גם פסקי דין ללא הרשעה, צווי מבחן ואף מידע על תיקים שנסגרו או על תיקים שבהם זוכו העבריינים מכל אשמה. לעיתים, המידע הועבר ישירות על ידי המשטרה בלא ידיעת האדם, ולעיתים המידע הועבר לבקשת האדם שנדרש להמציא אישור מהמשטרה על נקיין עברו למעבידו או לגורמים אחרים.⁵

כתוצאה מכך, מי שעבר עבירה בשלב כלשהו של חייו, נאלץ לחיות בחשש כי מידע זה יימסר לידי גורמים מחוץ למשטרת ישראל וכי הדבר יפגע בסיכויו להתקבל למקומות עבודה, לקבל רשיונות מסוימים וכד'.⁶

יפים לעניין זה דברי יו"ר ועדת חוקה חוק ומשפט דאז, ח"כ דוד גלס, בדיוני הכנסת:

"על פי המצב המשפטי הדין, המרשם הפלילי המתקיים במערכת המשטרתית, ולא רק בה, עלול לעמוד לרועץ על כל צעד ושעל, משהוטל עליו כתם של הרשעה פלילית אפילו בהיותו קטין בשל חטאת ומשובת נעורים, הרי שוב אין הוא יכול להימחק."⁷

רק בשנת 1981, כ-15 שנה לאחר שהונחה על שולחן הכנסת הצעת החוק הראשונה בנושא,⁸ נחקק חוק המרשם הפלילי ותקנת השבים, תשמ"א-1981,⁹ במטרה לאפשר לציבור המורשעים לנקות את עברם ולהשתלב בחברה.¹⁰

⁴ תעודת יושר הינה תעודה חתומה בידי המשטרה המעידה כי לאדם פלוני אין רישום פלילי ברישום המצוי בידי משטרת ישראל. לסקירה היסטורית של התפתחות המרשם הפלילי ראה: י' כספי, "עבירות ועבריינים בישראל 1948-1998" (הוצאת אתיקה – 1999), עמ' 48-51.

⁵ א' מלמד, "חוק המרשם הפלילי ותקנות השבים, המשפט העברי - החוק – והשלכותיו", הפרקליט לה (תשמ"ג) בעמ' 118.

⁶ ראה למשל הדוגמאות המובאות על ידי שר המשפטים בעת הדיון על הצעת חוק רישום עבריינות תש"ל - 1970, ד"כ כרך 53 בעמ' 348, וכן הדוגמאות המובאות על ידי ש"ז פלר במאמרו, "הצעת חוק רישום עבריינות, תש"ל - 1970", משפטים ג (1971) 110, בעמ' 116 (ה"ש 17).

⁷ ד"כ כרך 91 בעמ' 2739.

⁸ ראה: הצעת חוק רישום עבריינות, תש"ל - 1970, הצ"ח תש"ל 890 בעמ' 208; הצעת חוק המרשם בפלילים, התש"ל - 1975, הצ"ח 1186 בעמ' 305; הצעת חוק המרשם הפלילי ותקנת השבים התשמ"א - 1981, הצ"ח 1514 בעמ' 216. כמו כן, ראה: הצעת חוק תקנת השבים תשל"ט - 1979, הצ"ח 1402 בעמ' 200, בה הוצע לקבוע מחיקה חד פעמית של הרשעות

ברשימה זו נבקש לבחון את מהות הרישום הפלילי בשיטת המשפט הישראלית, ואת הבעייתיות הרבה בהחלתו על חיילי צה"ל שהורשעו בבתי הדין הצבאיים, תוך התייחסות לפתרונות אשר התפתחו בפועל במערכת המשפט הצבאית כדי לענות על בעייתיות זו. בסוף הרשימה נבחן את דרכי ההתמודדות האפשריות עם בעיית הרישום הפלילי של חיילי צה"ל, ונבקש לעמוד על מספר מסקנות לגבי אופיו של הפתרון הרצוי.

2. מטרותיו של חוק המרשם הפלילי ותקנת השבים

חרף השלכותיו הקשות של הרישום הפלילי על קשריו החברתיים והכלכליים של הפרט, מטרתו אינה עונשית¹¹. הרישום הפלילי הינו צעד מנהלי טכני הנלווה להרשעה בפלילים, והוא צופה פני עתיד לתקופה שלאחר סיום ריצוי העונש.

באופן גס, ניתן לחלק את חוק המרשם הפלילי ותקנת השבים לשני חלקים בעלי מטרות שונות, המצויות במתח זו עם זו: הגנת החברה ושיקום העבריין.

א. הגנה על החברה

חלקו הראשון של החוק עוסק בהקמת וניהול מרשם פלילי בידי משטרת ישראל. רישום ההרשעות נועד בעיקרו לשתי מטרות: האחת שימור מידע הנחוץ לגורמי החקירה והתביעה במשפט הפלילי, לשם עבודתם, וכן לשם שקילת העונש בידי בית המשפט; השנייה, מתן מידע לגופים שונים בקשר לכשרותו של אדם למלא תפקידים מסוימים או קבלת רשיונות על פי דין. במאמר זה נבקש להתמקד במטרה השנייה בשל השלכותיה על יכולתו של העבריין להשתקם.

במובן זה, המרשם הפלילי מציב תמרור אזהרה למדינה, למוסדותיה, ולגופים ציבוריים מסוימים, על כך שאותו אדם נמצא אשם בכיצוע עבירה בבית משפט או בבית דין. תמרור אזהרה זה נועד למנוע את הצבתו של אותו אדם במשרות ובתפקידים רגישים המחייבים רמה גבוהה של אמון.

מחווה לרגל 30 שנות עצמאות למדינת ישראל. הצעה זו שימשה יסוד להצעת חוק המרשם הפלילי ותקנת השבים משנת 1981.

⁹ ס"ח תשמ"א, 322 (להלן החוק).

¹⁰ עד לחקיקת חוק זה הדרך היחידה למחיקת הרישום הפלילי היתה בחנינה מאת נשיא המדינה. ראה הערה 62 להלן.

¹¹ בחוקים המודרניים בעולם קיימת מגמה הולכת וגדלה של ביטול עונשי שלילת זכויות (כגון איסור לשאת משרה, תואר רשמי, כינוי כבוד, עיטורים, מדליות, הזכות להצביע בבחירות, לשמש מומחה בביהמ"ש ועוד). בשוודיה בוטלה שלילת זכויות כעונש בשנת 1930. מועצת אירופה קבעה בהחלטה משנת 1962, כי יש לצמצם עד כמה שניתן את שלילת זכויות ההצבעה והזכויות האזרחיות והחברתיות של עבריינים מורשעים – **שוהם, לעיל** הערה 3 לעיל בעמ' 131-132.

ביטוי למטרה זו מצוי בעשרות דברי חקיקה רבים המסמיכים גורמים ציבוריים להביא את עברו הפלילי של אדם במניין השיקולים שעה שהם מחליטים ביחס לכשרותו למלא תפקיד ציבורי או לזכות ברשיון או בהיתר מאת המדינה או רשויותיה.

עבר פלילי עשוי לסייג את הכשרות להתמנות או להיבחר לתפקידים ציבוריים מסוימים כגון חבר מועצה מקומית, חבר מועצה דתית או חבר רשויות שונות שהוקמו על פי חוק¹². העבר הפלילי עשוי גם לפגוע בזכות לקבל רשיון מקצועי הנדרש לפי חוק למקצועות כגון: עורך דין¹³, רואה חשבון¹⁴, יועץ מס¹⁵, סוכן ביטוח¹⁶, יועץ השקעות¹⁷, מתווך מקרקעין¹⁸, סוכן מכס¹⁹, רופא²⁰, וטרנר²¹, פסיכולוג²², מורה דרך²³, נהג מונית²⁴, קבלן כוח אדם²⁵, כבאי²⁶, מדביר מזיקים²⁷, טוען רבני²⁸ או שרעי²⁹ ועוד. יתרה מכך, רישום פלילי עשוי לחסום את הדרך מפני קבלת תפקיד בשירות המדינה³⁰ או במועצות המקומיות³¹.

הרעיון העומד מאחורי מגבלות אלו הינו, כי אדם אשר מעד בעברו עלול לשוב ולהפר את החוק תוך פגיעה בציבור, ולכן קשה ליתן בו אמון, ולהציבו בתפקיד או במשרה שמעצם הגדרתם מחייבים אמון.

- ¹² ראה למשל: חוק רשות העתיקות, תשמ"ט – 1989 (פסלות לכהן כחבר מועצת רשות העתיקות), חוק הרשות לפיתוח הנגב, תשנ"ב – 1992 (פסלות לכהן כחבר מועצת או מנהלת הרשות לפיתוח הנגב), פקודת העיריות [נוסח חדש] (פסלות לכהונת חבר מועצה), חוק יסוד: הממשלה (פסלות להתמנות לשר בממשלה), חוק יסוד: הכנסת (פסלות מי שהורשע בעבירת בטחון ב- 5 השנים האחרונות להבחר לכנסת).
- ¹³ סעיף 44 לחוק לשכת עורכי הדין, תשכ"א – 1961.
- ¹⁴ סעיפים 4 ו-13 לחוק רואי חשבון, תשט"ו – 1955.
- ¹⁵ סעיף 236א לפקודת מס הכנסה [נוסח חדש].
- ¹⁶ תקנה 3 לתקנות הפיקוח על עסקי הביטוח (רשיון לסוכן ביטוח), תשכ"ט – 1969.
- ¹⁷ סעיפים 1 ו-7 לחוק הסדרת העיסוק ביועץ השקעות ובניהול תיקי השקעות, התשנ"ה – 1995.
- ¹⁸ סעיף 5 לחוק המתווכים במקרקעין, התשנ"ו – 1996.
- ¹⁹ סעיף 4 לחוק סוכני המכס, תשכ"ה – 1964.
- ²⁰ סעיפים 6 ו-45 לפקודת רופאי השיניים [נוסח חדש], תשל"ט – 1979; סעיפים 4 ו-41 לפקודת הרופאים [נוסח חדש], תשל"ז – 1976.
- ²¹ סעיף 5 לחוק הרופאים הווטרנריים, התשנ"א – 1991.
- ²² סעיף 16 לחוק הפסיכולוגים, תשל"ז – 1977.
- ²³ תקנה 2 לתקנות שירותי תיירות (מורי דרך), תשכ"ז – 1967.
- ²⁴ סעיף 14 לפקודת התעבורה [נוסח חדש], תשכ"א – 1961.
- ²⁵ חוק העסקת עובדים על ידי קבלני כוח אדם, תשנ"ו – 1996.
- ²⁶ תקנה 4(3) לתקנות שירותי כבאות (מינוי והעסקה של כבאים), תשכ"ט – 1969.
- ²⁷ תקנות רישוי עסקים (הדברת מזיקים), תשל"ה – 1975.
- ²⁸ תקנה 5(3) לתקנות הטוענים הרבניים, תשכ"ח – 1967.
- ²⁹ תקנה 4 לתקנות הטוענים השרעיים, תשכ"ג – 1963.
- ³⁰ סעיף 46(1) לחוק שירות המדינה (מינויים), תשי"ט – 1959 מקנה שיקול דעת לנציב שירות המדינה שלא למנות אדם בעל עבר פלילי לעובד בשירות המדינה.
- ³¹ סעיף 29 לצו המועצות המקומיות (שירות העובדים), תשכ"ב – 1962.

בחלק מדברי החקיקה ההתייחסות היא לעבר פלילי בכלל³², בחלק לעבירות שיש עימן קלון³³, ובחלק ההתייחסות לעבירות ספציפיות הקשורות לאותו עיסוק³⁴. חלק מן המגבלות נובעות באופן ישיר מן הסיכון שבניצול התפקיד או הרשיון לרעה, ולכן הן מתייחסות להרשעות בגין עבירות שנושא הרשיון או המשרה יוכל לבצע בנקל³⁵, וחלק מן המגבלות מכוונות באופן כללי להבטיח את אמון הציבור בבעלי משרות ציבוריות³⁶. על המגבלות מן הסוג הראשון ניתן לומר כי מטרתן מניעתית גרידא, ועל המגבלות מן הסוג השני ניתן לומר כי מטרתן הינה הבטחת אמון הציבור במשרתיו.

יחד עם זאת, ראוי לציין כי חוק המרשם הפלילי ותקנת השבים מבטיח את שלום הציבור רק באופן עקיף, שכן המידע אודות הרישום הפלילי אינו גלוי וחשוף לכל, אלא רק לגופים ציבוריים מסוימים האמונים על מינוי למשרות או על מתן רשיונות מסוימים. גופים אלו יכולים להבטיח כי בעמדות מסוימות המצריכות אמון, לא יוצבו מי שעשויים לסכן את החברה. כאשר הציבור בא במגע עם בעלי תפקידים אלו הוא יכול לסמוך על יושרם של בעלי התפקידים, מכוח הסינון שעברו בידי גופי הרישוי.

ואולם, לציבור הרחב, אין כל אפשרות לגשת למרשם הפלילי אודות פרטים אחרים בחברה, ולכן מבחינתו קיים סיכון רב כי יתן אמון במי שעשוי להיות סיכון עבורו. כך מבחינה משפטית, אין מעביד פרטי יכול לדעת על עבר פלילי של אדם המועסק אצלו³⁷, וכך אין אדם יכול לדעת האם שכנו הגר בסמוך אליו הינו בעל עבר פלילי עשיר של עבירות מין בקטינים. מבחינת ציבור זה, חוק המרשם הפלילי, אינו מפחית את הסיכון בו הוא עלול להמצא³⁸.

ב. שיקום העבריין

³² ראה למשל לעיל, הערה 27 (מדברי מוזיקים).
³³ מרבית הוראות החוק מתייחסות להרשעה בעבירה שיש עימה קלון, כגון: תקנות הפיקוח על עסקי ביטוח (רשיון לסוכן ביטוח), תשכ"ט – 1969.
³⁴ כגון: סעיפים 1 ו-7 לחוק הסדרת העיסוק ביעוץ השקעות ובניהול תיקי השקעות, התשנ"ה – 1995, אשר מונה שורה של עבירות על חוקים כלכליים שמבצען לא יהיה כשיר לקבל רשיון יועץ השקעות.
³⁵ ראה למשל: חוק הפסיכולוגים, תשל"ז – 1977 המתייחס לכל עבירה שנעברה ב-10 השנים האחרונות ויש בה כדי להראות כי המועמד חסר האחריות לעסוק במקצוע. ראה גם הכללים וההנחיות המקצועיות לפעולת עמותה מוכרת הקובעים כי עמותה לאימוץ בין ארצי לא תאשר אדם כמאמץ אם הורשע בעבירה כנגד קטינים, בעבירת מין או בעבירת אלימות. כמו כן, ראה הצעת חוק למניעת העסקת עברייני מין במוסד הקשור לקטינים, התש"ס – 2000, הקובע איסור להעסיק במוסדות חינוך בגיר שהורשע בעבירת מין נגד קטין.
³⁶ ראה למשל: לעיל, הערה 12.
³⁷ בפועל המעסיקים מצליחים לקבל מידע אודות הרישום הפלילי של העובד באמצעות זכותו של העובד לעיין במרשם הפלילי – ראה להלן.
³⁸ בשל סיכון זה נתקבל במרבית מדינות ארה"ב חוק "מייגן" הקובע כי על עברייני מין להרשם בתחנת המשטרה שבאזור מגוריהם, ורשימת עברייני המין תהיה פתוחה בפני תושבי האזור. החוק נחקק בעקבות אונס ורצח אכזרי של ילדה בת שבע מניו ג'רסי על ידי עבריון שהורשע בעבירות מין כלפי ילדים, שגר בשכנות לביתה של הילדה. (ראה למשל במישגן: Sex Offenders Registration Act 1994).

חוק המרשם הפלילי הביא עמו בשורה חברתית, והיא האפשרות לעברייני שריצה את עונשו לשוב ולרכוש את מקומו בחברה. החידוש הגדול הינו באפשרות הריהביליטציה של העברייני, והשבתו אל החברה.

עבור עבריינים רבים המשימה של השתלבות בחברה לאחר ריצוי עונשם הינה קשה עד בלתי אפשרית. עבריינים אלו נתקלים בסטיגמה חברתית קשה, במיוחד שעה שהם מבקשים למצוא עבודה, שהינה מרכיב מרכזי ברה-סוציאליזציה שלהם. גם אם הצליחו למצוא עבודה ופתחו ב"דף חדש" נאלצים העבריינים לחיות בחשש מתמיד, פן עברם ייחשף, וכתוצאה מכך יאבדו את מקום עבודתם ויוקעו אל מחוץ לחברה.

הטבעת הסטיגמה הפלילית באדם ללא יכולת לשקם את עברו הפלילי, מביאה לבידודו, ומנציחה את מיקומו מחוץ לשולי החברה. הסטיגמה הפלילית עשויה במובן זה להפוך לנבואה המגשימה את עצמה ביחס לעברייני.

רעיון השיקום המצוי בחוק, שואב בעיקר ממסורת המשפט העברי, המובאת בהרחבה בדברי ההסבר לחוק, ובדיוני הכנסת³⁹, וכן מהתיאוריה המודרנית של הענישה. על נדבכים אלו, נוסף בשנים האחרונות שיח זכויות הפרט, התומך אף הוא ברעיון שיקום העבר הפלילי.

(1) השיקום במשפט העברי

המשפט העברי מקנה מעמד מיוחד לעברייני שריצה את עונשו, מתוך עקרון התשובה שהינו עקרון יסודי ביהדות⁴⁰. כלשון המשנה, "ונקלה אחיך לעיניך – כיון שלקה הרי הוא כאחיק"⁴¹. המשנה מדברת על עברייני בטרם ריצה את עונשו כ"רשע" אך משריצה את עונשו הופך הוא ל"אחיק", לאמור, עברו משוקם ונפתחת בפניו הדלת לשוב לחברה.

על פי המשפט העברי ישנו אינטרס חברתי רב בהחזרתו של העברייני בתשובה ולכן אין משאירים ענין זה בגדר יוזמתו של העברייני, אלא מוטלת על החברה חובה לעודדו לחזור בתשובה ולסייע בידיו. לשם כך תקנו חכמים מספר תקנות שמטרתן לעודד את העבריינים לחזור בתשובה.

³⁹ להשפעת המשפט העברי על עיצוב החוק ראה: נ' רקובר, "המשפט העברי בחקיקת

הכנסת" (תשמ"ט - 1988) בעמ' 569.

⁴⁰ לסקירה מקיפה של עמדת המשפט העברי כלפי עברייני שרצה את עונשו ראה מחקרו המקיף

של נ' רקובר, "מעמדו של עברייני שריצה עונשו", סדרת מחקרים במשפט העברי, הוצאת

משרד המשפטים (חוברת ה), התש"ל - 1970, וכן, מ' אלון, "המשפט העברי תולדותיו

מקורותיו ועקרונותיו", מהדורה שלישית מורחבת, בעמ' 1434.

⁴¹ משנה, מכות, פרק ג', טו.

"תקנת השבים", אשר הותקנה בתקופת המשנה, נועדה להקל על עבריינים את הקושי הכלכלי שבחזרה בתשובה, ולכן פטרה אותם המשנה מהשבת הגזלות שגזלו⁴², חרף דין תורה שקבע השבת הגזילה שנגזלה⁴³.

במשפט העברי נקבע אף חרם נידוי לאדם שיזכיר לבעלי תשובה את עברם, ומכוח האיסור החמור של לשון הרע אין אדם רשאי לספר על עברו של אדם לאחרים.

ניתן לסכם את גישת המשפט העברי בתשובתו המאלפת של רב האי גאון, ראש ישיבת פומפדיתא, מלפני כאלף שנה:

"שורת הדין שאין לך דבר שעומד בפני התשובה, אלא כל השבים שהקב"ה יודע כי נתחרטו על מה שעברו מן הכיעור, וכי שמו אל ליבם שלא ישוּבו עוד לכמוהו, הוא מוחל להם; ובני אדם אף על פי שאינם יודעין הנסתרות ואין להם הנגלות, כשעבר זמן הרבה ואין נראה עליו, לא בגלוי ולא בסתר, דבר שלא הוגן והלב מאמין בו כי חזר – מקבלין אותו."⁴⁴

יחד עם זאת, אף במשפט העברי קיימים סייגים מסוימים להשבת העבריין למעמדו הקודם. כך למשל אין מחזירין נשיא סנהדרין שחטא ונענש לתפקידו, וכך קיימת מחלוקת לגבי חזרתם של כהן גדול ומי שהרג בשוגג למשרתם⁴⁵.

(2) השיקום כשיקול ענישה

על פי תיאוריות של הענישה, עשויות להיות לענישתו של העבריין מספר מטרות: גמול על פגיעתו בחברה, הרתעת העבריין והרתעת הרבים מביצוע עבירות בעתיד, מניעת סיכון ע"י הרחקת העבריין מהחברה למשך תקופת העונש, ושיקום העבריין⁴⁶.

על פי תיאוריית השיקום, העבירה שביצע העבריין הינה אך סימפטום לבעיות ולכן על בית המשפט לברר תחילה מהם הגורמים לביצוע העבירה, ועל פיהם להחליט מהו האמצעי בו ראוי לנקוט כלפי העבריין. תיאוריה זו הינה תועלתנית, ומטרתה אחת: מניעת השנות העבירות לאחר שיקומו של העבריין, והפיכת העבריין לחבר יצרני בחברה.

⁴² משנה, גיטין ה, ה.

⁴³ ויקרא, ה 23.

⁴⁴ בסוף הספר "כל בו" מסוף המאה ה-13. הדברים מצוטטים על ידי חבר הכנסת דוד גלס, יו"ר ועדת החוקה חוק ומשפט בעת קבלת החוק, ד"כ כרך 91 בעמ' 2739.

⁴⁵ ראה, **רקובר לעיל** הערה 40.

⁴⁶ למטרות הענישה ראה: א' מלמד, "שיקום או ענישה", הוצאת תמר – תשמ"ח 1988 בעמ' 25 ואילך.

הרהביליטציה של העבר הפלילי שואבת מעקרונותיה של תיאוריית השיקום, ולמעשה מהווה את המשכה בשלב שלאחר ריצוי העונש. בעוד שתיאוריית השיקום עוסקת בצעדים בהם ינקוט בית המשפט בשלב של הטלת העונש, כגון: צו מבחן, אי הרשעה, טיפול בקהילה למשתמשים בסמים וכד', הרהביליטציה עוסקת במחיקת הרישום הפלילי בשלב שלאחר ריצוי העונש. ברור גם כי "טיפול שיקומי" לא ישיג את מטרתו אם לאחר סיומו ירבוץ העבר הפלילי על כתפיו של העבריין, ויחסום את דרכו חזרה לחברה.

לסיכום, החידוש בחוק המרשם הפלילי הינו הצבת מטרה חדשה למול מטרת הגנת החברה והיא שיקומו של העבריין שריצה את עונשו. כדי להשיג מטרה זו נדרשת מחיקה והתעלמות מעברו הפלילי של אדם. רק כך ניתן יהיה להשיב את העבריין לחברה וליטוע בו תחושת מחויבות כלפי הנורמות החברתיות. בלא שיקום עברו של העבריין, גדלים הסיכויים להנצחתו כ"עבריין" המצוי מחוץ לחברה.⁴⁷

בין שתי מטרותיו של חוק המרשם הפלילי קיים מתח מתמיד, שכן, מחד, אזהרת הציבור מפני אדם בעזרת הרישום הפלילי, בהכרח פוגעת ביכולתו להשתלב בחברה, ומאידך, מחיקת הרשעותיו של אדם, תאפשר לו להשתלב בחברה, אך תחשוף אותה לסיכונים מפניהם בא להתריע המרשם הפלילי. באמצעות חוק המרשם הפלילי ביקש המחוקק למקם את נקודת שיווי המשקל שבין שתי מטרות נוגדות אלו. נקודת איזון זו זכתה לבחינה מחודשת עם קבלת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו⁴⁸, אשר הסיט את ההצדקה לשיקום העבריין, מההנמקה התועלתנית בדבר צמצום הפגיעה, להנמקה הליברלית, המקדשת את זכות הפרט לכבוד ולפרטיות.

(3) חוק המרשם הפלילי

חוק המרשם הפלילי מסדיר כאמור הן את ניהול הרישום הפלילי, והן את אפשרות שיקום עברו של העבריין. בחלקו הראשון מטיל החוק על משטרת ישראל לנהל מרשם פלילי, תוך פירוט המידע אשר יכלול במרשם. בחלקו השני קובע החוק מיהם הגורמים הזכאים לקבל מידע מן המרשם ובאיזה היקף. בחלקו השלישי והרביעי קובע החוק את התנאים בהם "ישוקם" עברו הפלילי של העבריין, תוך קביעת זכותו של העבריין להכחיש את עברו ששוקם.

ג. תוכנו של המרשם הפלילי

חוק המרשם הפלילי מפרט מהו המידע אשר יופיע במרשם הפלילי. המידע כולל הרשעות ועונשים של בתי משפט ובתי דין בפלילים בגין עבירות מסוג עוון ופשע.

⁴⁷ יתרה מכך, קיומו של רשום פלילי הופך את הפרט ליעד מודיעיני של המשטרה, אשר תיטח ליחס לו מעשי עבירה שבוצעו בקרבת מקום מגוריו. עם זאת, בשלב המשפט סעיף 163 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב - 1982, אוסר על התובע לחקור נאשם במהלך עדותו במשפט אודות הרשעותיו הקודמות, וזאת על מנת למנוע יצירת דעה קדומה אצל השופט ביחס לביצוע העבירה המיוחסת לנאשם.
⁴⁸ ס"ח תשנ"ב, 150.

המרשם הפלילי כולל גם החלטות אחרות של בית המשפט ובהן, צווי מבחן, צווי שירות לטובת הציבור והתחייבות להמנע מביצוע עבירה אף אם נתנו ללא הרשעה, וצווים לפי חוק הנוער (שפיטה ענישה ודרכי טיפול) תשל"א - 1971. הדבר מעורר תמיהה מסוימת, שכן תמצית הרעיון של אי הרשעה הוא המנעות, בשל נסיבותיו המיוחדות של המקרה, מהסטיגמה החברתית הכרוכה בהרשעה. כיצד איפה, נרשמת במרשם אף "אי הרשעה"? כדי לרכז דיסהרמוניה זו מגביל החוק את חשיפתם של פרטי רישום אלו רק לגורמים מצומצמים ביותר, ובהם, פוקד לפי חוק שירות בטחון, בית משפט, קצין מבחן וכד'.⁴⁹

סעיף 2 לחוק אינו מאפשר לכלול במרשם הפלילי מידע אודות מעצרים, הליכים תלויים ועומדים, עיכוב הליכים, ביטול כתב אישום, מידע מודיעיני וכד', אלא רק מידע הנובע מקביעת אשמה על ידי בימ"ש פלילי. כל מידע אחר, רשאית המשטרה להחזיק במאגרי מידע נפרדים לצרכיה היא⁵⁰, וחוק המרשם עצמו מאפשר לה אף לשתף במידע זה גופים נוספים.

ברם, סעיף 11 לחוק מרחיב את פרטי המידע שניתן למסור מן המרשם הפלילי גם למשפטים וחקירות תלויים ועומדים בגין עבירות ברות רישום פלילי. סעיף 11א קובע הרחבה נוספת גם ביחס לתיקים סגורים ולתיקים בהם עוכבו ההליכים על ידי היועץ המשפטי אם כי מגביל את הגורמים הזכאים לקבל מידע זה. באמצעות הוראות אלו, למעשה מייבא חוק המרשם לתוך המרשם הפלילי פרטים ממאגרי המידע הנפרדים של משטרת ישראל.

ד. הזכאות לקבל מידע מהמרשם

חוק המרשם הפלילי קובע מיהם הגורמים הזכאים לקבל מידע מן המרשם הפלילי שמנהלת משטרת ישראל. בשל עיסוקן של החוק במאגר מידע ספיציפי זה, נראה כי הסדר העברת המידע הקבוע בו הינו הסדר ממצה ועל כן, לא ניתן להעביר מידע מהמרשם לגופים שלטוניים אחרים מכוח פרק ד' לחוק הגנת הפרטיות תשמ"א - 1981.

חוק המרשם הפלילי קובע מספר מעגלי זכאות לקבלת מידע מן המרשם הפלילי. במעגל הקרוב שהינו המצומצם ביותר, קיימת גישה מלאה לכל המידע, וככל שהולכים ומתרחקים מן המרכז, גדל חוג הגורמים שזכאים למידע מהמרשם אלא שזכותם מצומצמת מבחינת סוגי המידע וההגבלות על מסירתו.

במעגל הראשון שהינו המצומצם ביותר נמנים ארבעה גופי בטחון: משטרת ישראל, שירות הבטחון הכללי, המשטרה הצבאית ומחלקת בטחון שדה באגף המודיעין של

⁴⁹ ראה סעיף 13 לחוק, המגביל את רשימת הגופים שיוכלו לקבל מידע אודות צווי מבחן, צווים ללא הרשעה וקביעות לפי חוק הנוער.

⁵⁰ סעיף 1(ג) לחוק, וכן ראה בג"ץ 7256/95 פישלר נ' מפכ"ל המשטרה, פ"ד נ(5) 1 (להלן: עניין פישלר), שם דחה בג"ץ את טענת העותרים כי אסור למשטרה לשמור מידע אודות תיקים אשר החקירה בהם נסתיימה מבלי שנמצאו ראיות להעמדה לדין.

צה"ל. לגופים אלו גישה ישירה ומלאה לכל המידע שבמרשם הנחוץ להם למילוי תפקידם, והם אף מוסמכים להעביר מידע מהמרשם ביניהם ללא הגבלה.

במעגל השני נמנים שלושים ושניים גופים ובעלי תפקידים ציבוריים המופיעים בתוספת הראשונה לחוק. לגופים אלו קיימת גישה למידע אך ורק לצורך מילוי תפקידים ספציפיים המוטלים עליהם, וגישתם למידע נעשית אך ורק דרך הגופים שבמעגל הראשון. זכותם של חברי המעגל השני אינה כוללת מידע שחלפו לגביו תקופות ההתיישנות והמחיקה (למעט גופים ב' - ה' לתוספת הראשונה). את המעגל השני ניתן לחלק למספר מעגלי משנה:

(1) גופים ב' - ה' לתוספת – המדובר בגופים שלטוניים, כגון: הממשלה והועדה למינוי שופטים, שבשל סמכותם למנות בעלי עמדות בכירות במדינה כגון נשיא המדינה, שופטים דיינים וכו', ניתנה להם נגישות מלאה למידע על המועמד למשרה הרמה גם בחלוף תקופות ההתיישנות והמחיקה. לצורך תפקידים אלו, עברו הפלילי של אדם אינו ניתן לשיקום בשל מעמדה הרם של המשרה, ואמון הציבור הניתן לבעל המשרה.⁵¹

(2) גופים ו' - ל' לתוספת (התביעה הפלילית, קצין מבחן, הממונה על עבודות השירות, אינטרפול, ועוד) – גופים אלו זכאים לעיין במידע פלילי, אף אם חלפה תקופת התיישנותו, אך אינם זכאים לעיין במידע שחלפה תקופת המחיקה בגינו.

במעגל השלישי הרחוק יותר נמצאים אותם גורמים שעל פי חוק מוסמכים לשקול את עברו הפלילי של אדם בטרם הם מחליטים להעניק לו זכות או רשיון מסוים⁵², וכן רשויות ציבור המקיימות מכרזים⁵³ ורשויות זרות המעניקות היתרי כניסה למדינותיהן⁵⁴. כל הגופים האמורים יזכו לקבל מידע מהמרשם הפלילי כל עוד לא התיישן המידע ואך ורק במידה והאדם נשוא המידע נתן הסכמתו לכך.

במעגל הרביעי ניתן למנות גורמים שיכולים לקבל מידע מוגבל ביותר: רשות הרישוי – רק מידע לגבי אדם שמחזיק ברשיון או מבקש לקבל רשיון והנוגע לעבירות שנעשו תוך שימוש ברכב או לעבירות של החזקה ושימוש בסם, וכל אדם שהיועץ המשפטי לממשלה קבע שיש עניין מוצדק שהוא יקבל מידע ביחס לאדם המועמד לכהונה ציבורית, כאשר נקבעה בחוק פסלות לכהן באותו תפקיד בשל עבר פלילי.

מחוץ למעגלים אלו מצוי כל הציבור, ועבורו תוכן המרשם הפלילי הינו חסוי. הציבור הרחב אינו זכאי לקבל מידע מהמרשם הפלילי, והגורמים המצויים במעגלי הזכאות אינם רשאים למסור מידע שקיבלו מן המרשם לגורמים אחרים או לעשות בו שימוש שלא למטרה לשמה נמסר להם.

⁵¹ השווה לגישת המשפט העברי, לעיל, הערה 40.

⁵² סעיף 6 לחוק.

⁵³ סעיף 8 לחוק.

⁵⁴ סעיף 9 לחוק.

החוק מוסיף וקובע כי זכותו של כל פרט לעיין בפרטים המצויים אודותיו במרשם, ואף לדרוש תיקונם של פרטים שגויים. זכות זו לכאורה אינה כוללת אפשרות לקבל תדפיס רשמי של המרשם⁵⁵, אולם בפועל משטרת ישראל מאפשרת לפרט לקבל העתק מהפרטים המצויים אודותיו במרשם⁵⁶. בתדפיס זה עשויים להמצא גם רישומים שהתיישנו ואף רישומים שנמחקו. בכך מתאפשרת כאמור עקיפת חוק המרשם מצד מעבידים וגורמים פרטיים אחרים, המאלצים את הפרט להמציא להם עותק מהמרשם כתנאי לקבלה לעבודה או להתקשרות אחרת⁵⁷.

טבלה מס' 1: גישה למידע שנמחק והתיישן

| מידע שנמחק | מידע שהתיישן | מידע שטרם התיישן | |
|------------|--------------|--------------------|------------------------------|
| + | + | + | גופי בטחון |
| + | + | + | גופים א – ה לתוספת השניה |
| - | + | + | גופים ו – ל לתוספת השניה |
| - | - | + | גופי רישוי שונים |
| - | - | גישה חלקית | משרד הרישוי, ואדם בעל עניין* |
| גישה עקיפה | גישה עקיפה | גישה עקיפה (בפועל) | הציבור הרחב |

* בכפוף לאישור היועץ המשפטי לממשלה.

⁵⁵ תקנה 7 לתקנות המרשם הפלילי ותקנת השבים תשמ"ו – 1986.
⁵⁶ ראה דברי השופט גולדברג, בבג"ץ פישלר, לעיל הערה 50, בעמ' 13, לפיהם זכות העיון במרשם הפלילי כוללת זכות לקבל העתק ממנו.
⁵⁷ דרך אפשרית נוספת לעקיפת החוק הינה באמצעות חוק חופש המידע, התשנ"ח 1998-, המאפשר לפרט לקבל מידע המצוי אודותיו בידי רשות ציבורית. נראה כי בשל קיומו של הסדר ספציפי בחוק המרשם הפלילי יש להימנע משימוש בחוק זה בכל הקשור לרישום פלילי. הניסיון באנגליה מלמד כי שימוש בדרך זו לא רק שעשוי לעקוף את מטרת חוק המרשם הפלילי, אלא שעשוי לחשוף באופן עקיף בפני גופים לא מורשים מידע שלא היה נמסר לפי חוק המרשם הפלילי, כגון הרשעות שנמחקו, מידע על מעצרים וכד'. ראה: הערה 129 להלן.

החוק קובע, כי היקף המידע שיימסר לגורמים המוסמכים לקבל מידע כולל גם מידע על תיקים פתוחים (מב"ד – ממתין לביור דין) וחקירות תלויות ועומדות. הוראה זו הינה בעייתית מבחינה מעשית, שכן, בפועל קיימים תיקים רבים אשר נסגרו בשל חוסר ראיות או ענין לציבור ואף בשל זיכוי או היעדר אשמה, ודבר סגירתם לא עודכן במרשם הפלילי. מסיבה זו, פעמים רבות דבר קיומו של תיק פתוח כלל אינו ידוע למי שכנגדו נפתח התיק, עד אשר הוא פונה למשטרה לקבל "תעודת יושר"⁵⁸.

מידע על תיקים שנסגרו ותיקים שבהם עוכבו ההליכים ע"י היועץ המשפטי לממשלה, לא ימסר אלא לידי הגופים המנויים בתוספת השלישית לחוק (היועץ המשפטי לממשלה ומי שהוסמך לעכב הליכים על ידו, קצין מבחן, חוקר מדעי, גופים ב'-ה' לתוספת הראשונה).

החוק אינו מתייחס לתיקים שנסגרו מחוסר ראיות או ענין לציבור או מחוסר אשמה, וקיימת מחלוקת בין המשטרה לבין מבקר המדינה בשאלה האם המשטרה זכאית להעביר מידע אודות תיקים אלו. לגישת מבקר המדינה כל עוד לא הוסדר הענין מפורשות בחוק, אין המשטרה מוסמכת לעשות כן.⁵⁹

ה. התיישנות ומחיקה של העבר הפלילי

הרישום הפלילי לעולם אינו נמחק פיסית מהמרשם המשטרתי, אפילו קיבל אותו אדם חנינה מנשיא המדינה. גם כאשר החוק מדבר בלשון התיישנות העבר הפלילי או מחיקתו, אין הכוונה אלא לצמצום מעגלי הגורמים הזכאים להיחשף לאותו המידע.

הרעיון מאחורי תקופות ההתיישנות והמחיקה הינו כי עברייני שהשלים את ריצוי עונשו, ובמשך פרק זמן מסוים נמנע מביצוע עבירות נוספות, יוכל לשקם את עברו ולחזור ולהשתלב בחברה. משך התקופות נגזר מסוגו והיקפו של העונש שהוטל על העברייני והוא נמנה החל מסיום ריצוי העונש.

יחד עם זאת, החוק קובע שלגבי מספר עבירות, כגון עבירות שדינן מוות, עבירות שהוטל עליהן עונש של יותר מ- 10 שנות מאסר, פשעים נגד האנושות ושורה נוספת של עבירות בטחון, לא תחול התיישנות או מחיקה. לגבי עבירות אלו, מועדף בביור האינטרס של בטחון הציבור על פני האינטרס של שיקום העברייני.

טבלה מס' 2: תקופות ההתיישנות

⁵⁸ ראה דו"ח מבקר המדינה מס' 43 בעמ' 340. כדי לצמצם בעיה זו נוקטת המשטרה במבצעי סגירת תיקי מב"ד המופיעים זמן רב במרשם הפלילי. כמו כן, המשטרה נוהגת להנפיק תעודת יושר כאשר לאדם קיים תיק מב"ד שחלפו למעלה מ- 5 שנים מאז פתיחתו.

⁵⁹ ראה דו"ח מבקר המדינה מס' 43 בעמ' 335.

| קטין | | בגיר | |
|---|-----------------|--|--------------------------------|
| תקופת ההתיישנות | עונש | תקופת ההתיישנות | עונש |
| 5 שנים | מאסר עד 3 שנים | 7 שנים | מאסר עד שנה |
| 7 שנים | מאסר עד 5 שנים | 10 שנים | מאסר עד 5 שנים |
| 10 שנים | מאסר מעל 5 שנים | כפל תקופת המאסר ולא יותר מ- 15 שנים | מאסר מעל 5 שנים |
| 3 שנים | עונש אחר | 7 שנים | עונש אחר |
| אין תקופת התיישנות, אלא מיד מתחיל מירון תקופת המחיקה. | | | צו מבחן או צו של ⁶⁰ |

משמעות התיישנות הרישום הינה כי כל הגורמים במעגל השלישי והרביעי לא יהיו זכאים לקבל את המידע שלגביו חלפה תקופת ההתיישנות, בעוד שהמעגל הראשון והשני עדיין יוכלו לקבל את המידע.

החוק קובע, כי בחלוף 10 שנים מסיום תקופת ההתיישנות של העבירה, תמחק העבירה. שוב, אין הכוונה למחיקה פיסית של הרישום, כי אם לצמצום נוסף של חוג הזכאים לראות מידע זה. צו מבחן או של⁶⁰ ימחקו כעבור תקופה של 5 שנים בלבד. רישום פלילי שחלפה תקופת ההתיישנות והמחיקה לגביו ימסר אך ורק למעגל הראשון ולגופים ב' - ה' לתוספת הראשונה לחוק.

⁶⁰ צו שירות לתועלת הציבור. ראה לעיל, הערה 49.

טבלה מס' 3 : תקופת המחיקה

| תקופת המחיקה | סוג המידע |
|-------------------------------|---|
| 10 שנים מחלוף תקופת ההתיישנות | הרשעה |
| 5 שנים | צו מבחן או צו של"ץ קביעה לפי חוק הנוער (שפיטה ענישה ודרכי טיפול), התשל"א 1971 |
| 3 שנים | עוון שעבר קטין מתחת לגיל 16 |

תוצאותיה של ההתיישנות הינה כאמור שמי שהיה רשאי לקבל מידע זה אינו רשאי עוד לקבלו, ואינו רשאי להביאו במניין שיקוליו. ואולם בפרשת מחפוד נפסק כי כאשר האדם שהמידע מתייחס אליו בחר להביאו מרצונו לידיעת אותו גורם יהיה אותו גורם רשאי להביאו בין שיקוליו, חרף התיישנותו⁶¹.

תוצאותיה של המחיקה הינן מרחיקות לכת עוד יותר, שכן מלבד האמור לגבי התיישנות, מצהיר החוק באופן גורף כי מי שהרשעתו נמחקה יראה כאילו לא הורשע מעולם. החוק גם קובע את אי קבילותה של ראייה על עבר שנמחק, זולת אם העבריין מסר אותה ביודעין ומרצונו. כך למשל אין בית המשפט יכול לקבל כראיה גליון הרשעות ובו הרשעות שנמחקו.

החוק מוסיף וקובע כי מי שעברו "שוקם", אינו חייב לענות לשאלה האם הורשע כאשר ההרשעה כבר התיישנה או נמחקה, והוא יהיה פטור מכל אחריות בגין אי מתן תשובה או אי ציון הרשעה זו. מסלול השיקום של העבריין הינו דו שלבי. בשלב הראשון בו מתיישנת ההרשעה אין הוא חייב לחשוף עברו בפני כל גורם, ובשלב השני של המחיקה, קובע החוק כי רואים את האדם כאילו לא הורשע, וראיה בדבר עברו לא תהיה קבילה אפילו בפני בית משפט.

תקופת ההתיישנות והמחיקה חלות אוטומטית על ההרשעה, ואין עבריין נדרש לפנות לערכאה שיפוטית כלשהי או להוכיח התנהגות טובה. כאשר הרישום אינו מתעדכן רשאי העבריין לפנות למשטרה לתיקון המרשם.

ו. סמכות נשיא המדינה להורות על התיישנות או מחיקה של העבר הפלילי

⁶¹ בג"ץ 1935/93 מחפוד נ' השר לענייני דתות, פ"ד מח (1) 762 (להלן: עניין מחפוד).

סעיף 18 לחוק המרשם הפלילי מקנה סמכות לנשיא המדינה להורות על התיישנות או מחיקה של העבר הפלילי אף בטרם חלוף התקופות הנקובות בחוק. זאת, בנוסף לסמכות הנשיא על פי חוק יסוד: נשיא המדינה להורות על חנינה אינדיבידואלית של עבריינים, לגביה נקבע כי מתן חנינה מלאה גורמת למחיקת ההרשעה⁶². סמכות הנשיא לפי סעיף 18 לחוק המרשם הפלילי משתרעת אף על עבירות שלפי סעיף 17 לחוק הרישום בגינן אינו מתיישן או נמחק, כגון עבירות שעונשן מוות ועבירות בטחון.

כאשר מדובר בבקשת חנינה מלאה או בבקשה למחיקת הרישום הפלילי של חייל או של מי שהורשע בעבירה בהיותו חייל, הבקשה מועברת להתייחסות הפרקליט הצבאי הראשי אשר ממליץ לרמטכ"ל, לשר הבטחון ולנשיא המדינה, עפ"י פקודות הצבא⁶³. הבקשות נדונות על ידי נשיא המדינה בהתאם לנסיבותיו של כל מקרה ומקרה.

3. הביקורת על חוק המרשם הפלילי

חוק המרשם הפלילי נועד להסדיר את ניהול המרשם הפלילי בידי משטרת ישראל באופן אשר יסייג את השלכותיו של הרישום הפלילי ויבטיח אפשרות שיקום אמיתית לעבריינים שפרעו את חובם לחברה. ואולם, ניתוח הוראות החוק מעלה מספר קשיים ביחס לאופן השגת מטרה זו.

ראשית, השיקום בחוק המרשם, כמו במרבית שיטות המשפט, אינו חל דווקא בתקופה הקריטית ביותר עבור העבריין, התקופה שבה הוא מסיים את ריצוי עונשו. בתקופה זו נדרש העבריין למצוא עבודה ולהקלט במסגרות חברתיות כחלק משיקומו, ואולם, הרישום הפלילי עומד לו לרועץ דווקא בתקופה זו⁶⁴.

חוק המרשם הפלילי מאפשר לאדם להתחמק מהשלכות עברו רק בחלוף 7 שנים לכל הפחות מריצוי עונשו וגם אז נותרות לו 10 שנים נוספות עד למחיקה. בעיה זו קיימת אף במדינות אחרות בהן תקופת השיקום של העבר הפלילי נמשכת מספר שנים, אם כי בד"כ פחות ממספר השנים שבמשפט הישראלי⁶⁵.

⁶² בשנים שקדמו לקבלת חוק המרשם הפלילי, הדרך היחידה למחיקת הרישום הפלילי היתה באמצעות מוסד החנינה האינדיבידואלית. כמובן שבשנים אלו לא היה די במוסד החנינה שמטבעו מגיע רק למקרים בודדים, כדי לתת מענה לבעיה הכללית של רישום פלילי שאינו נמחק לעולם. ראה: א"ל סבה, "החנינה האישית והחנינה הכללית - היבטים משפטיים ופנולוגיים", חיבור לשם קבלת תואר דוקטור, האוניברסיטה העברית, יוני 1975.

⁶³ ראה: פ"מ 33.0314. "נוהל הטיפול בבקשות חנינה, מחילה או הקלה בעונש המתייחסות לפסקי דין של בתי דין או בתי משפט צבאיים".

⁶⁴ ברור כי מחיקת הרישום הפלילי מיד עם סיום ריצוי העונש, תסיר כמעט לחלוטין כל מכשול בדרכו של העבריין לשיקום, אולם מנגד תאיין את התכלית של אזהרת החברה. משך תקופת הרישום הפלילי חייב להגזר מהאיזון הראוי בין שני תכליות אלו.

⁶⁵ בקנדה ניתנת מחילה על העבר הפלילי בחלוף 5 שנים, בצרפת תקופת הרהביליטציה לעבירה מסוג פשע עומדת על 5 שנים בלבד. לרישום הפלילי במשפט המשווה ראה סעיף 7 להלן.

שנית, שיקום עברו של אדם מונע רק זרימה של מידע על עברו ממקורות רשמיים, אך אין בכך כדי למנוע זרימת מידע ממקורות אחרים, כגון: התקשורת, העיתונות, זכרונותיהם של עדים, פסיקת בתי המשפט וכד'. במדינות אחרות לעיתים קיימים מספר מאגרי מידע, מקומיים וארציים, מדינתיים ופדראליים, ומחיקתו של מידע באחד המרשמים אינה מבטיחה את מחיקתו גם במרשמים האחרים.

קושי זה משמעותי במיוחד כיום, בעידן המידע, כאשר באמצעות הטכנולוגיה ניתן בקלות לאחזר מידע שפורסם בעיתונים או בפסיקת בתי המשפט אודות אדם מסוים. במיוחד, נכון הדבר לגבי פסקי דין של ערכאות הערעור אשר זוכים לפומביות⁶⁶. למידע זה ניתן לגשת בנקל באמצעות מאגרי מידע ממוחשבים, כגון ארכיונים של עיתונים, ומאגרי מידע משפטיים.

יתר על כן, החוק אינו אוסר על שימוש במידע אודות הרשעות שהתיישנו, שהגיע לידיעת אדם ממקורות לא פורמליים, לצורך קבלה לעבודה פרטית ואף לא לעבודה באחד הגופים הרשמיים שזכאים למידע על פי החוק⁶⁷.

בתנאים אלו, הדרך היחידה להבטיח כי עברו הפלילי של אדם לא ייחשף ממקור שאינו רשמי היא הטלת איסור פרסום על כל ההליכים הפליליים המתקיימים בבתי המשפט⁶⁸, אולם הדבר אינו עולה בקנה אחד עם עקרון פומביות המשפט שהינו מאושות המשטר הדמוקרטי.

⁶⁶ ראה: ת' מוסקוביץ, "ההגנה על הפרטיות בפרסומי בתי המשפט – האם ראוי לפרסם שמות בפסקי דין", משפטים יח, (תשמ"ט), 431.

⁶⁷ ראה בג"ץ מחפוד, לעיל הערה 61, בו נקבע כאמור כי ועדת השרים לפי סעיף 5 לחוק שירותי הדת היהודיים רשאית היתה להשתמש במידע על הרשעה שהתיישנה, כיוון שהאדם אליו נוגעת ההרשעה הביאה מרצונו לידיעתה.

⁶⁸ דרך זו ננקטת לגבי קטינים, או מי שעברו את העבירה בהיותם קטינים, על ידי האיסור הקבוע בסעיף 70 לחוק בתי המשפט (נוסח משולב), תשמ"ד – 1984 על פרסום תמונתם, שמם או פרטים אחרים שיש בהם כדי להביא לזיהוים.

שלישית, חוק המרשם הפלילי, אמנם קובע ככלל כי תוכן המרשם הפלילי יהיה חסוי, אולם, לכלל זה חריגים רבים למדי. הגישה למרשם נתונה ליותר מ- 30 גופים שונים, ולמטרות שונות. לחלק מגופים אלו ניתנת זכות רחבה מאוד לעיון בחומר למשך שנים ארוכות. התהליך הדו שלבי של התיישנות ומחיקה גורם להארכת תקופת השיקום עד מאוד, וגם לאחריה אין סגירה הרמטית של הרישום הפלילי. במרבית המדינות, תקופת השיקום הינה חד שלבית, וקצרה יותר מאשר בישראל, ובחלקן, המידע מועבר מידי המשטרה למאגר נפרד שגישה אליו מותנית באישור מיוחד של גורם בכיר במערכת המשפטית.

רביעית, חוק המרשם הפלילי קובע עבירות מסוימות שאינן ניתנות לשיקום, או עניינים מסוימים שבנוגע אליהם לעולם יילקח הרישום הפלילי בחשבון. כך למשל בנוגע לעבירות הריגה ורצח או עבירות כנגד בטחון המדינה, וכך למשל לעניין מינוי שופט עליון. למרות חומרתן של עבירות אלו, או רגישותם של התפקידים המסוימים, נראה כי אין מקום לשלילה מוחלטת של אפשרות שיקום העבר הפלילי. במקרים כאלו, אמנם לא ראוי שהעבר הפלילי ימחק אוטומטית, אך בהחלט ראוי להעמיד עניין זה לבחינה שיפוטית בחלוף פרק זמן כלשהו.

בקורת נוספת המושמעת כנגד חוק המרשם הפלילי הינה היותו חוק טכני אשר מסדיר את שיקום העבריינים רק באופן אגבי להסדרת המרשם הפלילי. במרבית שיטות המשפט, ישנה הפרדה ברורה בין החוק המסדיר את אופן ניהול המרשם הפלילי והמידע שיימסר ממנו, לבין החוק המסדיר את שיקום עברם הפלילי של עבריינים⁶⁹. חוקי הרהביליטציה קובעים בד"כ זכות לאדם שעברו נמחק להכחיש את דבר קיומו של עבר פלילי מבלי שהדבר יחשב מבחינתו כשקר. חוק המרשם הפלילי מקנה זכות לאדם שהרשעתו התיישנה או נמחקה אך להימנע מלהשיב לשאלות הנוגעות לעברו. בכך אולי ניתן ביטוי לביקורת נגדית לפיה מתן לגיטימציה על ידי המדינה לשקר בנוגע לעבר הפלילי הינו מעשה בלתי מוסרי המנוגד לערכי המדינה.

מן העבר השני, עשויה להישמע ביקורת כנגד המרשם הפלילי על שאינו מגן דיו על הציבור מפני מי שמהווה סכנה כלפיו, שכן הציבור הרחב אינו חשוף למידע שבמרשם הפלילי, וכך גם לא מעבידים במגזר הפרטי. חוק המרשם הפלילי, מגן על הציבור רק באופן עקיף על ידי פסילתם של עבריינים מלעסוק במקצועות מסוימים המצריכים רישוי, או מלעבוד ברשויות הציבוריות. ברם, ישנם מקצועות או עיסוקים רגישים נוספים בהם אין כל אפשרות לבדוק את עברו של העובד, כגון: מטפל בילדים, מדריך בקייטנה וכד'. כתוצאה מכך, יכול למשל עברייני מין שזה עתה סיים לרצות את עונשו, להתקבל

⁶⁹ ראה להלן את ההפרדה במשפט האנגלי בין ה- Police Act 1997 המסדיר את המרשם הפלילי לבין ה- Rehabilitation of Offenders Act 1974 המסדיר את שיקום עברם של העבריינים.

לעבודות אלו.⁷⁰ כמו כן, מאחר והמרשם הפלילי סגור בפני הציבור הרחב, אין הציבור יכול להיזהר מפני עבריינים מסוכנים המצויים בקרבתו.

בנוסף, חוק המרשם הפלילי המבחין בין עבירות בנות מחיקה לעבירות שאינן בנות מחיקה, מאפשר עקיפת מטרתו על ידי התביעה בעזרת הסדרי טיעון. הסדר טיעון שרוקם העבריין, עשוי להביא לשינוי סעיף האישום מעבירה שאינה ניתנת למחיקה לעבירה בת מחיקה או לעבירה שכלל אינה נושאת רישום פלילי, ואז התוצאה הינה כי מידע אודות אדם שהמחוקק סבר כי יש להזהיר את הציבור מפניו, לא יחשף. הדבר בולט במיוחד כאשר ישנם מספר נאשמים ואחד מעיד כנגד חבריו תמורת הפחתת סעיף אישום, באופן שעברו יהיה בר מחיקה והרשעת חברו תעמוד על כנה.

4. הרישום הפלילי בצה"ל

א. כללי

חוק השיפוט הצבאי, התשט"ו – 1955⁷¹ (להלן: "החש"ץ") כונן מערכת משפט צבאית עצמאית, הכוללת מנגנון חקירה ותביעה נפרדים מאלו של המערכת האזרחית. העמדה לדין במערכת הצבאית אפשרית בפני בתי דין צבאיים וכן בפני קצין שיפוט במסגרת הדין המשמעתי. החוק אף כולל פרק של עבירות צבאיות⁷², שברובן הינן בעלות אופי משמעתי או אופי יחודי למסגרת הצבאית, ובחלקן הינן בעלות אופי פלילי, כשל העבירות המקבילות להן בחוק העונשין, התשל"ז – 1977. בהתאם לחוק השיפוט הצבאי, מוסמכים בתי הדין הצבאיים לדון חיילים בכל עבירה פלילית, אף אם אינה עבירה צבאית⁷³, בעוד שבדין המשמעתי ניתן לדון אך ורק בגין עבירות צבאיות שעונשן אינו עולה על 3 שנות מאסר⁷⁴.

חוק המרשם הפלילי קובע, כי המרשם הפלילי יכול הרשעות ועונשים שהוטלו בבית דין פלילי, ובמסגרת זו נופלים אף בתי הדין הצבאיים. הליכי דיון משמעתי, לעומת זאת, אינם גוררים רישום פלילי, אלא רק רישום צבאי בגליון ההתנהגות של החייל, ובפרטיו במאגר הנתונים הצבאי⁷⁵.

⁷⁰ ראה: הצעת חוק למניעת העסקה של עברייני מין במוסד הקשור לקטינים, התש"ס-2000, הצ"ח 2904 בעמ' 505.

⁷¹ ס"ח תשט"ו, 171.

⁷² עבירה צבאית מוגדרת בסעיף 1 לחש"ץ כעבירה לפי הפרק השלישי לחלק השני לחוק.

⁷³ סעיפים 13(א) ו-14 לחש"ץ.

⁷⁴ סעיף 136 לחש"ץ.

⁷⁵ הליכים משמעתיים בפני בית הדין המשמעתי של משטרת ישראל, לעומת זאת, גוררים רישום במרשם הפלילי. ראה סעיף 2 לחוק.

יחד עם זאת, מאחר וכאמור אופיין של מקצת מהעבירות הנדונות בבתי הדין הצבאיים הינו משמעותי⁷⁶, נקבעו בתקנות המרשם הפלילי⁷⁷ כשלושים עבירות צבאיות אשר הרשעה בהן לא תגרור רישום במרשם הפלילי, ולא ימסר עליהן מידע, כגון סעיפים 130 (התנהגות שאינה הולמת), 124 (התרשלות) לחש"ן.

ב. היקף הרישום הפלילי בצה"ל

תקנות המרשם הפלילי קובעות כאמור כשלושים עבירות צבאיות שהרשעה בהן לא תגרור רישום פלילי, ואולם, ניתוח של נתוני ההרשעות בבתי הדין הצבאיים מלמד כי מרבית ההרשעות בבתי הדין הצבאיים נרשמות במרשם הפלילי, אף שהן מתייחסות בעיקר לעבירות ייחודיות לשירות הצבאי, או שמדיניות הרישום הנוהגת כלפיהן במערכת הצבאית הינה מחמירה יותר מאשר במערכת האזרחית.

על פי נתוני יחידת בתי הדין הצבאיים, בין השנים 1996-1999 עמדה כמות ההרשעות בבתי הדין הצבאיים המחוזיים, על כ- 3,500 הרשעות בשנה. הצלבת נתונים אלו עם כמות פסקי הדין הניתנים מדי שנה בבתי הדין הצבאיים, מלמדת כי שיעור גבוה מאוד של פסקי הדין מסתיימים בהרשעות.

⁷⁶ ראה: סעיף 2 להצעת חוק רישום עבריינות, תש"ל – 1970, לעיל הערה 8, המציע כי הרשעות בבית דין או בית משפט צבאי יכללו במרשם הפלילי זולת עבירות מסוימות לפי חוק השיפוט הצבאי ששר הבטחון יכריז עליהן כי הינן בעלות אופי משמעותי. לביקורת על הצעה זו ראה מאמרו של ש"ז פלר, "הצעת חוק רישום עבריינות תש"ל – 1970", משפטים ג (1971) 110 בעמ' 124.

⁷⁷ תקנות המרשם הפלילי ותקנת השבים (פרטי רישום שלא ירשמו או שלא ימסר מידע עליהם ועבירות שההרשעה בהן לא תפסיק את תקופות ההתיישנות או המחיקה), התשמ"ד – 1984.

טבלה מס' 4: כמות הרשעות לעומת פסקי דין בבתי דין צבאיים⁷⁸

| שנה | כתבי אישום | פסקי דין | הרשעות |
|------|------------|----------|--------|
| 1995 | 2,941 | 2,769 | 2,769 |
| 1996 | 3,411 | 3,147 | 3,992 |
| 1997 | 4,042 | 3,672 | 3,640 |
| 1998 | 2,996 | 3,211 | 3,634 |

מהנתונים המפורטים בדו"חות השנתיים של הפרקליטות הצבאית ויחידת בתי הדין הצבאיים, קשה לאמוד את כמותן המדויקת של ההרשעות הגוררות רישום פלילי, שכן חלק מן העבירות הצבאיות אינן נושאות רישום פלילי, והנתונים מופיעים בקטיגוריות כלליות שאינן מציינות מפורשות את סעיף האישום.

יחד עם זאת, ניתן להצביע בקירוב על כמות ההרשעות בעבירות מסוימות, עפ"י הקטיגוריות של עבירות שכיחות הנושאות רישום פלילי.

⁷⁸ ההסבר לכך שכמות ההרשעות בחלק מהשנים עולה על כמות פסקי הדין, עשוי לנבוע מקיומם של פסקי דין בהם הורשעו מספר נאשמים יחדיו.

טבלה מס' 5: פסקי הדין בעבירות נפוצות נושאות רישום פלילי⁷⁹

| ממוצע רב שנתי | 1998 | 1997 | 1996 | 1995 | 1994 | |
|---------------|-------------|-------------|-------------|-------------|-------------|------------------------|
| 63.65% | 1865 | 2471 | 1996 | 1810 | 1830 | העדר מן השירות |
| 13% | 541 | 517 | 482 | 331 | 173 | סמים |
| 4.45% | 147 | 147 | 134 | 134 | 130 | שימוש בלתי חוקי בנשק |
| 3.55% | 102 | 116 | 107 | 98 | 133 | גניבה והוצאת רכוש צבאי |
| 0.65% | 16 | 22 | 14 | 29 | 21 | הוצאת נשק ותחמושת |
| 0.7% | 12 | 19 | 16 | 26 | 37 | אי שמירת נשק |
| 14% | 528 | 380 | 398 | 341 | 544 | עבירות אחרות |
| 100% | 3211 | 3672 | 3147 | 2769 | 2868 | סיכום שנתי |

עיון מהיר בטבלה מראה כי מרבית העבירות הנדונות מדי שנה בבתי הדין הצבאיים הן עבירות הגוררות רישום פלילי: עבירות היעדר מן השירות (כ- 63%) עבירות סמים (כ- 13%), שימוש בלתי חוקי בנשק (כ- 4.5%) עבירות גניבה והוצאת רכוש צבאי מרשות הצבא (כ- 3.5%),⁸⁰ ועוד⁸¹.

בהערכה גסה ניתן לומר כי למעלה מ- 80% מההרשעות בבתי הדין הצבאיים גוררות רישום פלילי. אם נצליב נתונים אלו עם כמות ההרשעות השנתית הממוצעת בבתי הדין הצבאיים, נגלה כי מדי שנה נוספים כ- 2,800 חיילים לאוכלוסיית בעלי הרישום הפלילי.

יוצא אפוא כי החלק הארי של ההרשעות בבתי הדין הצבאיים מסתיים ברישום פלילי, אף שהן מתייחסות לעבירות ההיעדר מן השירות שהינן יחודיות לשירות הצבאי או

⁷⁹ הנתונים בטבלה לקוחים מהדו"חות השנתיים של יחידת בתי הדין הצבאיים בין השנים 1994 – 1998.

⁸⁰ עפ"י ממוצע רב שנתי בין השנים 1994 – 1998.

⁸¹ כגון: עבירות התעללות ואלמות, עבירות על טוהר המידות והמוסר, עבירות גרימת מוות ועבירות אחרות לפי חוק העונשין וחוקים אחרים.

לעבירות הסמים ולעבירות השימוש בנשק שבהן מדיניות הרישום חמורה יותר מאשר במערכת האזרחית בשל זיקתן למערכת הצבאית.

ג. יחודו של הרישום הפלילי בצה"ל

סוגיית הרישום הפלילי בצה"ל שואבת אף היא משני האינטרסים המתחרים שבחוק המרשם הפלילי: בטחון הציבור ושיקום העברייני.

ואולם, לעמדתנו, נקודת האיזון בין אינטרסים אלו במערכת הצבאית צריכה להיות ממוקמת באופן שונה במערכת הצבאית, וזאת לנוכח משקלם השונה של כל אחד מהאינטרסים במערכת הצבאית.

(1) הבטחת שלום הציבור

משקלו של אינטרס שמירת בטחון הציבור במערכת הצבאית ראוי למשקל נמוך יותר מאשר במערכת האזרחית, וזאת מכמה טעמים:

ראשית, יש לשאול, מיהי החברה שעליה אנו מעוניינים להגן בעזרת המרשם הפלילי? האם הכוונה היא לחברה הצבאית או לחברה האזרחית בכללותה? נראה כי התשובה לכך ברורה. הרישום הפלילי נמשך לאורך שנים, בד"כ זמן רב לאחר שחרורו של החייל מן השירות הצבאי. יתרה מכך, אילו רצינו להציב תמרורי אזהרה לחברה הצבאית, די היה לנו להסתפק ברישום בגליון התנהגות של החייל, או בפרטי החייל במאגר הנתונים של צה"ל, שממילא חשופים בפני מפקדיו.

אם מסקנתנו היא כי מטרת הרישום הפלילי הינה להגן על החברה האזרחית בכללותה, ולא על המערכת הצבאית, כי אז מתבקשת מסקנה נוספת והיא כי על מערכת המשפט הצבאית להזהיר את החברה האזרחית מפני מי שהפר נורמות שחלות אף בחברה האזרחית, ועל כן עלול לסכנה. אין לחברה האזרחית ענין בתמרורי אזהרה מפני מי שפגע בנורמות שכלל לא מחייבות במסגרתה, ואף הטענה כי פגיעה בנורמות אלו עשויה ללמד על נטייה לפגוע בנורמות בכלל, הינה קלושה למדי.

שנית, הסיכון הנשקף לחברה ממי שהורשע במערכת המשפט הצבאית הינו נמוך למדי, שכן עיקר האוכלוסיה הצבאית מורכבת מחיילים בעלי רקע נורמטיבי. יש לייחס תכונה זו לסיון הראשוני של מועמדים לשירות בטחון בעלי רקע עברייני. המערכת הצבאית לומדת על הרקע של המועמדים לשירות בטחון מנתוני המרשם הפלילי⁸². סעיף 2 להוראת קבע למתקני אכ"א מג – 09-07 מלש"בים בעלי עבר פלילי מבטא בתמצית רעיון זה:

⁸² ראה הקמ"א רש/17 רישום פלילי – נוהל טיפול במידע על רישום פלילי.

"מתוך דאגה לטוהר המידות בצבא שומה עלינו לאתר מלש"בים בעלי עבר פלילי ולשקול בכל מקרה האם רצוי לגייסם לשירות סדיר או שמא הסיכון כה גדול שעדיף לפטרם מחובת השירות."⁸³

שלישית, במערכת הצבאית קיים טשטוש תחומים בין הנורמות המשמעתיות לבין הנורמות הפליליות, ובין העמדה לדין בבית דין צבאי לבין העמדה לדין משמעת.

כך בפרק העבירות הצבאיות מופיעות עבירות שקיימת להן מקבילה אזרחית, כגון אינוס וגניבה מחייל, לצד עבירות שקובעות נורמות יחודיות לשירות הצבאי ונובעות מאופיו ומהותו של השירות הצבאי, כגון: היעדר מן השירות בלא רשות, סירוב פקודה וכד'.

כך, בגין אותו סעיף עבירה ניתן להעמיד חייל לדין בבית דין צבאי או בהליכי דיון משמעת, כאשר במקרה האחרון הרשעה באותה עבירה לא תגרור רישום פלילי.

המשמעת הצבאית מחייבת פעמים רבות נקיטה במדיניות מחמירה ומרתיעה יותר במערכת המשפט הצבאית. מדיניות זו ניכרת הן בדיני המעצרים, בהן מוכרת עילת מעצר הרתעתית בשל חומרת העבירה, הן במדיניות האישום (כגון בעבירות סמים) והן ברמת הענישה המקובלת בבתי הדין הצבאיים. אולם, לטענתנו, הפרתה של המשמעת הצבאית⁸⁴ אינה בהכרח מלמדת על סכנה הנשקפת לחברה מפני אותו מפר, ועל כן, אינה מחייבת קביעת רישום פלילי במערכת האזרחית.

(2) שיקום העבריין

אינטרס שיקום העבריין במערכת הצבאית, בשונה מאינטרס הגנת הציבור, ראוי לזכות למשקל רב יותר מאשר במערכת האזרחית.

ראשית, עיקר האוכלוסיה הצבאית מורכבת מצעירים בסוף שנות העשרה לחייהם, המשרתים בצה"ל בשל חובתם לפי חוק שירות בטחון [נוסח חדש] התשמ"ו - 1986.⁸⁵ צעירים אלו מצויים בתחילת חייהם כבוגרים, והמעבר החד מן האזרחות לשירות הצבאי הנוקשה, כורך עימו, פעמים רבות, קשיי הסתגלות הבאים לידי ביטוי באי קבלת הנורמות הצבאיות הנוקשות, ולעיתים אף בהפרת נורמות שאינן יחודיות לשירות הצבאי (כגון, עבירות גניבה ואלימות).

⁸³ יש לציין כי הקמ"א זו מאפשרת גיוס לצה"ל אף של מלש"בים בעלי עבר פלילי על פי שקול כמות ההרשעות וחומרתן.

⁸⁴ ראה ההבחנה שנקבעה בסעיף 2 להצעת חוק רישום עבריינות, ה"ש 8 לעיל, בין עבירה משמעתית לבין עבירה שאינה משמעתית, כאשר רק הרשעה בבית דין בעבירה שאינה משמעתית תגרור רישום פלילי.

⁸⁵ ס"ח תשמ"ו, 107.

אמנם, פורמלית חיילים אינם כפופים להוראות חוק הנוער (שפיטה ענישה ודרכי טיפול), תשל"א - 1971, ולא ניתן להפעיל כלפיהם את צעדי הטיפול והשיקום שבחוק זה, אולם ניתן לגזור ממנו את הרציונל השיקומי לאור סמיכות הגילאים בינם לבין בני נוער.

כמובן, אין להתעלם מחשיבותו הרבה של שיקול ההתענה במערכת המשפט הצבאית בשל צרכי אכיפת המשמעת, אך צרכים אלו יכולים למצוא את סיפוקם, באמצעים אחרים שהשלכותיהם מצומצמות למסגרת השירות הצבאי, כגון: מדיניות מעצרים נוקשה, רמת ענישה חמורה, הטלת מגבלות על אופן השירות, סוג התפקידים שימלא החייל וכד'.

שנית, מרבית החיילים הנדונים בבתי הדין הצבאיים הינם כאמור בעלי אופי נורמטיבי, בשל מנגנון הסינון המוקדם של המתגייסים לשירות בטחון. הגעתם של צעירים אלו לבתי הדין הצבאיים נובעת במידה לא מבוטלת מריבוים של האיסורים והעבירות הצבאיות, ומערכת האכיפה הנוקשה במסגרת הצבאית. במרבית המקרים, מידת האנטי חברתיות הגלומה בהפרות כללים אלו הינה מועטה ביותר⁸⁶.

שלישית, עיקר האוכלוסיה הצבאית, מורכבת כאמור מצעירים, שעם שחרורם עתידים לעשות את צעדיהם הראשונים לקראת השתלבותם כאזרחים בוגרים בחברה האזרחית. השלכותיו של הרישום הפלילי בעיתוי זה הינן הוות גורל מבחינת אותם צעירים, המבקשים לרכוש השכלה ומקצוע משמעותי בחברה, כחלק מהגשמתם העצמית ותרומתם לחברה. הגבלת יכולתם של צעירים אלו לרכוש מקצועות רבים, מקטינה את סיכוייהם להשתלב במערכת האזרחית, עם ניתוקם מהמסגרת הצבאית, וצעירים אלו עשויים למצוא עצמם מבודדים בשולי החברה.

רביעית, על פי התפיסה הרווחת אחת ממטרותיו ותפקודיו של השירות הצבאי בחברה הישראלית הינו לשמש כור היתוך חברתי בעל תרומה חיונית לעיצוב החברה. על פי תפיסה זו מהווה השירות הצבאי אמצעי חשוב בשילובם בחברה הישראלית של בני קבוצות חברתיות שונות, ובכלל זה בני נוער שהורשעו בפלילים בטרם גיוסם. רעיון זה בא לידי ביטוי היטב בהוראת קבע אכ"א ק-33-03-05⁸⁷:

"צה"ל קולט לשורותיו נוער בעל פלילי ומגייסו לשירות חובה. בהתגייס הנער הוא פותח דף חדש בחייו וביכולתו לבחור לעצמו דרך חיים חדשה. צה"ל יכול

⁸⁶ ניתן לטעון כי גם בעבירות צבאיות מובהקות גלומה מידה של אנטי חברתיות. כך למשל, ניתן לטעון כי חייל הנעדר מן השירות מבטא אנטי חברתיות בהטילו נטל כבד יותר על חבריו לשירות הצבאי. מנגד, ניתן להשוות את הפסול החברתי שבעבירת ההיעדר מן השירות לפסול הטמון בעבירות מס. מאחר ובעבירות אלו אין קורבן קונקרטי הסובל פגיעה ישירה, הנטיה הינה לראות בהן עבירות שאינן אנטי חברתיות באופן מובהק. בהתאם לכך, רשויות המס נוהגות פעמים רבות להסתפק בתשלום כופר כסף על ידי עבריון מס, תחת העמדתו לדין – ראה סעיף 221 לפקודת מס הכנסה [נוסח חדש].

⁸⁷ הוראות קבע אכ"א ק-33-03-05 נוהל המלצת צה"ל למתן חנינה לבעלי עבר פלילי. לרעיון של מחיקת הרשעות באמצעות שירות צבאי מכפר ראה דברי חה"כ מאיר כהן בעת הקריאה הראשונה של הצעת חוק רישום עבריינות התש"ל – 1970, ד"כ כרך 75 עמ' 303.

לעזור לו "למחוק" את עברו הפלילי ע"י חנינה; המלצה לנשיא המדינה לתת חנינה מלאה לחייל אשר שירת שירות חובה ללא דופי. ההמלצה תוגש לשר המשפטים והוא אשר ימליץ בענייני חנינות בפני נשיא המדינה. אם יקבלו שר המשפטים והנשיא את המלצת צה"ל ותוענק לחייל חנינה מלאה, תהיינה הרשעותיו כלא היו והוא יתחיל את חייו האזרחיים עם דף חלק.

לסיכום, בהתחשב בגילם הצעיר של חיילי צה"ל, ריבויים של האיסורים והעבירות הצבאיות, מידת האנטי חברתיות המועטה הגלומה בהפרתם, מתבקשת המסקנה כי יש ליתן משקל כבד לשיקול השיקום ביחס לחיילי צה"ל. שיקול זה הינו קריטי במועד ניתוקם של החיילים הצעירים מטבורה של המערכת הצבאית ויציאתם אל המערכת האזרחית, והוא משתלב היטב עם תפקידו של השירות הצבאי ככור היתוך בחברה הישראלית.

מאחר וכאמור מידת הסיכון לחברה שניתן ללמוד מהפרת הנורמות הצבאיות הינה מועטה, הרי שבאיוון אינטרס זה מול אינטרס שיקום העבריין, יש להטות את המאזניים לטובת שיקום החייל.

ד. היעדר חלופות להרשעה בבתי הדין הצבאיים

בשל השלכותיה החברתיות הקשות של ההרשעה הפלילית הקנה המחוקק סמכות לבתי המשפט של מדינת ישראל להמנע מהרשעתו של נאשם, אף אם אשמתו הוכחה במשפט. על ידי כך ניתן יהיה להטיל על אותו נאשם עונש בגין העבירה שביצע ומאידך להמנע מהכתם החברתי הכרוך בהרשעתו, כך שיוכל להשתקם ולחזור לחייו לאחר ריצוי עונשו. השימוש באי הרשעה רוח מאוד בבתי המשפט לנוער, אך גם בבתי המשפט לבגירים.

כמובן שאפשרות זו של אי הרשעה שמורה לאותם מקרים בהם, בהתחשב בנסיבות הענין, (אפיו של האדם, עברו, גילו, תנאי ביתו, בריאותו הגופנית ומצבו השכלי, טיב העבירה שעבר וכל נסיבה מקילה) הנזק שבהרשעת הנאשם עולה על חומרת המעשים שבצע⁸⁸. במקרה כזה, ימנע ביהמ"ש מהרשעה ויסתפק בקביעת אשמה תוך הטלת אחת משתי חלופות: צו מבחן לפי סעיף 1 לפקודת המבחן, תשכ"ט - 1969⁸⁹, או צו שירות לתועלת הציבור לפי סעיף 71 לחוק העונשין, תשל"ז - 1977⁹⁰.

⁸⁸ אף בדו"ח הוועדה לבחינת דרכי ההבניה של שיקול הדעת השיפוטי בגזירת הדין, התשנ"ח - אוקטובר 1997 (ועדת גולדברג) נקבעה כחריג האפשרות להסתפק בצו מבחן ללא הרשעה במקרים בהם מעשי הנאשם ואשמו אינם בעלי חומרה יתרה, והנאשם הוא בעל פוטנציאל שיקומי.

⁸⁹ דמ"י (נ"ח), 312.

⁹⁰ ס"ח, 322.

היתרון בהסדר זה הינו כי צו מבחן או צו שירות לתועלת הציבור ללא הרשעה לא יגרור אחריו תוצאות של הרשעה לשום ענין⁹¹. עם זאת, צוים אלו, אף אם נתנו ללא הרשעה נכללים בגדר הפרטים הנרשמים במרשם הפלילי⁹², אלא שמידע עליהם יועבר רק למספר גורמים מצומצם יותר⁹³.

בתי הדין הצבאיים, לעומת זאת, אינם מוסמכים להפעיל חלופות להרשעה, אלא בעניינם של אזרחים שנדונו בפניהם, ובמקרה של מתן צו מבחן או שירות לטובת הציבור, יועבר עניינם של אזרחים אלו להמשך פיקוח של בית משפט אזרחי⁹⁴. לפיכך, בכל מקום בו הוכחה אשמתו של חייל מחויב בית הדין הצבאי להרשיעו באותה עבירה, אף אם השפעת ההרשעה על הנאשם עולה בהרבה על חומרת העבירה.

כך למשל פסק ביה"ד הצבאי בעניינה של רב"ט ע. חיילת אשר נעדרה מן השירות וזייפה "גימלים" בשל נסיבות אישיות קשות שאילצוה לעבוד למחייתה בכדי לממן שכר דירה לאחר שאביה היכה אותה והיא גורשה מבית הוריה:

"הנאשמת תשלם מחיר יקר בלא כל קשר לעונש שיוטל עליה על ידי בית דין זה. היא תגרור רישום פלילי משך שנים ארוכות; היא שוחררה מן השירות הצבאי בדרך של פטור בגין אי התאמה, על כל המשתמע מכך (וזאת חודשיים בלבד לפני סיום השירות אילו שירתה שירות תקין ומלא); היא עמדה בפני בית דין צבאי, שהינה חוויה טראומטית עבור כל אדם, וחמור מכך היא תאלץ לשוב לחייה הקשים ולהתמודד עם המצוקות הטמונות בהם"⁹⁵.

הנה כי כן, בשל חוסר סמכותו של בית הדין הצבאי להטיל חלופות הרשעה על חייל שאשמתו הוכחה, נחסמת בפניו דרך נוחה לצמצום השלכותיו של המרשם הפלילי עוד בשלב גזירת העונש, באותם מקרים בהם פגיעתו של הרישום הפלילי בנאשם חמורה בהרבה ממעשיו.

ה. הדיון המשמעתי – הליך חליפי ללא רישום פלילי

החש"ן מסמיך קצינים ללא השכלה משפטית, לקיים דיון משמעתי בגין עבירה צבאית שהעונש הקבוע בצידה בחש"ן אינו עולה על 3 שנות מאסר. במסגרת הליך זה מברר קצין השיפוט את האשמה המיוחסת לחייל שכנגדו הוגשה תלונה, ובמידה והוא מרשיעו עליו להטיל על החייל אחד מהעונשים המשמעתיים, החל בהתראה וכלה בעונש מחבוש

⁹¹ סעיף 9 לפקודת המבחן, תשכ"ט – 1969.

⁹² סעיף 2(2) לחוק.

⁹³ סעיף 13 לחוק.

⁹⁴ סעיף 33א לחש"ן.

⁹⁵ מט"ו 1161/97/ התצ"ר נ' רב"ט ע.

(כליאה) או הורדה בדרגה. הרשעה בדין המשמעתי גוררת רישום בגליון ההתנהגות של החייל ובפרטיו במאגר הנתונים הצה"לי, ואינה מועברת למרשם הפלילי.

לדין המשמעתי בצה"ל אופי מיוחד בשונה מהדין המשמעתי בארגונים אחרים⁹⁶:

"אמנם, במקורו היה ההליך המשמעתי מיועד בעיקרו - כפי שגם שמו מעיד עליו - להבטחת המשמעת, והעבירות שנדונו במסגרתו נשאו אופי משמעתי. ברם, במסגרת צה"ל לפחות, שינה הדין המשמעתי את אופיו האמור, ובמשך השנים הורחב השימוש בו גם לגבי עבירות שאינן בעלות אופי משמעתי גרידא, עד כדי הפיכתו, בנסיבות המתאימות, להליך חלופי להעמדה לדין בפני ערכאה שיפוטית".

פעמים רבות הליכי הדיון המשמעתי משמשים תחליף לדיון פלילי בבתי הדין הצבאיים גם בעבירות בעלות מאפיינים פליליים. במקרים כאלו, ההחלטה אם הענין יועבר לדיון משמעתי, או לבית דין צבאי, נתונה לשיקול דעתו של הפרקליט הצבאי העומד בראש אותו מחוז שיפוט. מבחינת הרישום הפלילי הכרעה זו חשובה ביותר, שכן כאמור, הדיון המשמעתי לעולם אינו גורר רישום פלילי, אף אם מדובר בעבירה שאילו היתה נדונה בבית דין צבאי היתה גוררת רישום פלילי.

קיומו של הליך הדיון המשמעתי כחלופה לדיון הפלילי בבית הדין הצבאי, מאפשר לפרקליטות הצבאית מידה מסוימת של גמישות בטיפול בסוגיית הרישום הפלילי על ידי ניתובם של תיקים פליליים פחותים יחסית בחומרתם לדיון משמעתי⁹⁷. פתרון זה הינו אף יעיל יותר מאי הרשעה, שכן הוא אינו גורר רישום כלל במרשם הפלילי.

ואכן כפי שנראה להלן, נעשה שימוש בדין המשמעתי, כאחד הפתרונות לסוגיית הרישום הפלילי, אם באופן פרטני, ואם כמדיניות כללית לענין סוג מסוים של עבירות.

5. חוק המרשם הפלילי לאור חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו

חוק המרשם הפלילי ותקנת השבים ביקש לאזן בין שני אינטרסים מתחרים אינטרס הגנת הציבור ואינטרס שיקום העברייני, כאשר שני אינטרסים אלו בטאו את טובת הכלל: מניעת סיכונים לציבור, והחזרתם של עבריינים לדרך הישר לשם מיגור הפשע.

חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, אשר נחקק בשנת 1992, הסיט את זוית הראיה מטובת הכלל אל טובת הפרט שעל זכויותיו בא להגן. הרטוריקה של אינטרס החברה בשיקום

⁹⁶ בג"ץ 425/89 צופאן נ' הפצ"ר, פ"ד מג (4) 718, 741.

⁹⁷ לעיתים, הענין יועבר לדיון משמעתי מתוך התחשבות בעובדה שהנאשם שוחרר משירות קבע, ושהקריירה הצבאית שלו נקטעה.

העבריינין, הוחלפה ברטוריקה של זכות הפרט לשיקום עברו, דרך הזכות לפרטיות והזכות לכבוד אשר זכו לתנופה עם עיגונן המפורש בחוק היסוד.

הזכות לרהביליטציה של העבר הפלילי אינה מופיעה מפורשות בחוק היסוד, ואף חוק המרשם הפלילי אינו מצהיר על קיומה מפורשות. אך, ניתן לגזור זכות זו מתוך הזכות לצנעת עברו הפלילי של הפרט, ומזכותו לכבוד, שכן בלא הסתרת עברו לא יוכל הפרט לשוב ולהשתלב בחברה ולהגשים את עצמו כשווה בין שווים. מכאן נגזרת זכותו של מי שנכשל וחטא, הורשע ונשא את עונשו לחזור לחיי חברה תקינים, חיים שיש בהם משום כבוד האדם וחירותו.

המלומד פלר, במאמר משנות ה-70⁹⁸ ביקש לעשות סינתזה של שתי זוויות ההסתכלות על שיקומו של העבריינין:

"סבורנו כי קשה יהא לחלוק על כך כי הרהביליטציה, כאקט של ריסוציאליזציה סופית של העבריינין, לאחר שפיטתו, חיובו בדין, ריצוי העונש והוכחה עצמית במשך זמן מסויים, מהווה ענין של **זכות האדם, אשר במימושה על-ידי כל אדם בעל עבר פלילי, מעונינים, באותה מידה, החברה ואותו אדם גם יחד.**" (ההדגשות אינן במקור – א' ט')

חקיקת חוק היסוד העלתה לבחינה מחודשת את סוגיית הרישום הפלילי, והפעם מנקודת מבט ליברליסטית:

"נושא חשוב, עקרוני וקונסטטוציוני זה קיבל לאחרונה משמעות מיוחדת, משבא לעולמנו חוק יסוד כבוד האדם וחירותו, אשר קובע בסעיפים 2 ו-4 שבו, בין היתר, את זכות היסוד של כל אדם לפרטיות ולצנעת חייו. דומה כי **עקרון כבוד האדם מחייב כי מי שמעדר וחטא, ועל ידי כך פגם בכבודו תינתן לו האפשרות לשוב בתשובה שלמה ולפתוח דף חדש, נקי ומכובד בחייו ולחזור ולזכות בפרטיותו ובצנעת חייו.**"⁹⁹ (ההגשות אינן במקור - א' ט')

הנה כי כן, הפסיקה שנתנה בעקבות חוק היסוד הינה רטוריקה ליברליסטית השמה את הדגש על הפרט ולא על הקולקטיב. מרכז הכובד הועבר מהתועלת החברתית שבשיקום עבריינים אל שמירת צנעת הפרט וכבודו.

⁹⁸ ש"ז פלר, "הרהביליטציה מוסד משפטי מחויב המציאות", משפטים א (1968) 497, 509.
⁹⁹ בג"צ מחפור, לעיל הערה 61.

ההכרה המפורשת בזכותו של הפרט לרהביליטציה של עברו הפלילי, מחייבת עריכת איזון מחדש של האינטרסים העומדים מאחורי סוגיית הרישום הפלילי. העיר על כך סגן הנשיא מנחם אלון בבג"ץ מחפור⁹⁹:

"... שעיקרון גדול זה של תשובה ורהביליטציה של מי שהורשע בדין מצפה הוא היום, יותר מאשר לפני כן, לעיון מעמיק ולתשובה הולמת של הגורמים המוסמכים, ובראשם המחוקק, לרגל ההוראות האמורות של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. מכוח ערך היסוד של כבוד האדם נקבעה בפסיקתו של בית-משפט זה שורה ארוכה של הלכות בדבר זכויותיו של מי שחשוד בביצוע עבירה פלילית אך טרם הורשע, וזאת לעניין מעצרו, תנאי החיפוש שעל גופו וכיוצא בהם, ... והלוא הדברים הם בבחינת קל וחומר: אם כך מצווים אנו מכוח עקרון כבוד האדם לעניין מי שחשוד בפלילים ולעניין מי שהורשע ונושא את עונשו, על אחת כמה וכמה שכך מצווים אנו לקיים עקרון-על זה וזכות יסוד זו של כבוד האדם לעניין מי שכבר נשא את עונשו ומבקש לחזור לחיי אזרח מתוקנים והגונים, כמפורט בדברינו לעיל."

עולה מן המקובץ כי שומה עלינו ליתן כיום משקל רב יותר לזכות הפרט לצנעת עברו ולהגשמתו העצמית באיזונים אל מול אינטרס הגנת הציבור מפני עבריינים.

הפגיעה בזכות לשיקום העבר הפלילי, כמו גם בזכות לפרטיות ובזכות לכבוד, לפי פסקת ההגבלה שבסעיף 8 לחוק היסוד יכולה להיעשות אך ורק מכוח חוק ההולם את ערכי מדינת ישראל שנועד לתכלית ראויה ובמידה שאינה עולה על הנדרש. לגבי אנשי כוחות הבטחון מקל חוק היסוד על אפשרות הפגיעה בקובעו בסעיף 9 לחוק היסוד כי מידת הפגיעה תבחן עפ"י אופיו ומהותו של השירות¹⁰⁰. נוסחה זו מחייבת הלימה בין מידת הפגיעה בזכויות החייל, לבין צרכי המשמעת הצבאית.

אמנם אופיו ומהותו של השירות הצבאי מוסיפים אל כפות המאזניים את שיקול הבטחת המשמעת הצבאית באמצעות הרתעה, ואולם לעמדתנו, שיקול זה יכול להצדיק הטיה של כפות המאזניים רק ככל שהשלכותיו מצומצמות למסגרת השירות הצבאית, ואינן חורגות ממנו. מכאן ששיקול המשמעת הצבאית אינו יכול להצדיק גרירה של רישום פלילי מעבר

⁹⁹ שם, בעמ' 772.

¹⁰⁰ ליחס בין סעיפים 8 ו-9 לחוק יסוד כבוד האדם וחירותו ראה דעת השופט זמיר בבג"ץ 6055/95 צמח נ' שר הבטחון, תקדין על 399(3) 1400 (להלן: עניין צמח)

לתקופת השירות הצבאי, ובכל מקרה גרירה שכזו מהווה פגיעה במידה שעולה על הנדרש¹⁰¹.

יתר על כן, ניתן לטעון כי מאחר והפגיעה בזכויות היא בעיקר בתקופה שבה העבריין כבר פשט את מדיו ועבר למסגרת האזרחית, יש לבחון את זכותו של הפרט לפי נוסחת האיזון שבסעיף 8 לחוק היסוד ולא לפי הנוסחה שבסעיף 9 לחוק היסוד, ולפיכך יש להתעלם מאופיו וממהותו של השירות הצבאי באיזון שבין הזכות לשיקום העבר לבין בטחון החברה.

עולה מן האמור, כי שיקול המשמעת הצבאית, עשוי להצדיק קיומו של מרשם פנימי צבאי בגין עבירות שאינן מעידות על מסוכנות לציבור, ואף להצדיק פסלות מלמלא תפקידים שונים, הדחה מתפקידים או סילוק מהשירות הצבאי, אך אינו יכול להצדיק הטלת מגבלות על החיים האזרחיים.

בהשפעת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, תרה מערכת המשפט הצבאית אחר דרכים שונות ומגוונות לצמצום השלכותיו של המרשם הפלילי על חיילים שהורשעו בבתי דין צבאיים.

6. מגמות ושינויים בצה"ל בסוגיית הרישום הפלילי

הבעייתיות הרבה שבהטלת רישום פלילי על חיילים המורשעים בבתי הדין הצבאיים בעבירות צבאיות, או בעבירות הזכות למדיניות אישום מחמירה רק בשל זיקתם למערכת הצבאית, העלתה נושא זה על סדר יומה של הפרקליטות הצבאית¹⁰².

בשל המצוקה הכנה של החיילים הנושאים ברישום פלילי, לעיתים בגין הרשעה בעבירות קלות, צמחו במערכת המשפט הצבאי מספר פתרונות אשר באו להקל על מצוקה זו, ולהבטיח איזון חוקתי טוב יותר בין חומרת העבירה בהקשרה הצבאי לבין השלכותיו הקשות של הרישום הפלילי. להלן נסקור את הפתרונות השונים שצמחו.

א. עבירות הסמים והרישום הפלילי

עבירות הסמים בצה"ל היוו קרקע פוריה להתפתחות שיח בנושא צמצום השלכות הרישום הפלילי לחיילי צה"ל. הסיבה לכך נעוצה במדיניות האכיפה ביחס לסמים קלים בצה"ל הנבדלת רבות ממדיניות האכיפה במגזר האזרחי. אף שבשתי המסגרות מוסדר

¹⁰¹ ראה עמדות השופטים גולדברג וזמיר בבג"ץ ברטלה, להלן הערה 104, בדבר האיזון הראוי בין שיקול ההרתעה הצבאי לבין השלכות הרישום הפלילי על זכויות החייל לאחר שירותו הצבאי.

¹⁰² במידה רבה, ניתן לזקוף את העלאת סוגיית הרישום הפלילי על סדר היום למאמציה של הסניגוריה הצבאית הן באמצעות תקיפת מדיניות הפרקליטות הצבאית בבג"ץ והן באמצעות הצעותיה לשינוי. ראה נייר העמדה שפרסמה הסניגוריה הצבאית הראשית מיום 8.12.1998, רישום פלילי לנאשמים שהורשעו בפני בית דין צבאי: הצעת הסניגוריה הצבאית.

נושא השימוש על ידי פקודת הסמים המסוכנים, הרי שבמערכת המשפט הצבאית מדיניות האיטום מחמירה הרבה יותר.

הנחיות היועץ המשפטי לממשלה קובעות כי במקרים של החזקה ושימוש בסמים לצריכה עצמית, כאשר לנאשם אין עבר פלילי קודם, תשקול התביעה לסגור את התיק ולהסתפק במכתב אזהרה או תציע לנאשם ענישה וטיפול ללא הרשעה, וזאת בשל הנזק הרב שהרשעה בעבירת סמים עשויה לגרום לעתידו של הנאשם¹⁰³, למול קולתה היחסית של העבירה. בפועל, פרקליטות המדינה, פעמים רבות כלל לא מגישה כתבי אישום בגין עבירות שימוש עצמי בסם, ובמיוחד כאשר מדובר בסמים קלים מסוג קנאביס.

התביעה הצבאית, לעומת זאת, כחלק ממלחמת החרמה כנגד נגע הסמים בצה"ל, נוקטת במדיניות איטום מחמירה בכל עבירות הסמים, בין אם סמים קשים ובין אם סמים קלים, בין אם המדובר בשימוש בתוך היחידה ובין אם המדובר בשימוש בנסיבות אזרחיות, קרי מחוץ ליחידה בזמן חופשה. ההצדקה להחמרה זו נעוצה בתפיסה כי לנגע הסמים השלכות קשות על המשמעת הצבאית ועל מוכנות הצבא.

כתוצאה ממדיניות זו נוצר מצב שבו חיילים המורשעים בעבירת סמים קלה, נושאים בעונש מאסר קצר, אך בו בזמן נגזר עליהם "עונש" חמור לאין ערוך, הוא הרישום הפלילי המלווה אותם שנים רבות לאחר ריצוי העונש.

מתוך הכרת הפרקליטות הצבאית בחוסר האיזון בין הרשעתו של חייל בעבירה שנסכיבותיה קלות לבין ההשלכות הקשות הנלוות להרשעה, החליטה הפרקליטות הצבאית על צמצום השלכותיו של הרישום הפלילי בעבירת שימוש סם קל שנעברה באופן חד פעמי בנסיבות אזרחיות.

לצורך כך, הנהיגה הפרקליטות הצבאית מדיניות לפיה נתנה המלצתה לנשיא המדינה לקצר את תקופת ההתיישנות של ההרשעה עד לכדי מחצית. בהמשך הורחבה המדיניות עד לכדי המלצה על מחיקת ההרשעה כעבור מחצית תקופת ההתיישנות.

עם זאת, ראוי לציין כי המלצת הפרקליטות לא ניתנה באופן אוטומטי, אלא רק לאחר פניית החייל שהורשע, ובכל מקרה לא היה בה כדי להקים לחייל זכות לשיקום עברו, אלא החייל נותר תלוי בחסדו של נשיא המדינה.

מדיניות הפרקליטות לא הניחה את דעת הסנגוריה הצבאית, ובשנת 1995 בפרשת ברטלה עתרו מספר סניגורים צבאיים לבג"ץ כנגד מדיניות הפרקליטות להעמיד לדין על פי פקודת הסמים המסוכנים חיילים שנחשדו בשימוש חד פעמי בסם קל בנסיבות אזרחיות¹⁰⁴.

¹⁰³ הנחיה 51.056 להנחיות היועץ המשפטי לממשלה.
¹⁰⁴ בג"ץ 5000/95 ברטלה נ' הפצ"ר, פ"ד מט(5) 64 (להלן: עניין ברטלה).

טענות העותרים התמקדו בעיקר באפלייתם של החיילים שעברו עבירת סמים, אך נגעו גם לחוסר רגישותה של מדיניות הפרקליטות לאנשי מילואים וחיילים שהורשעו סמוך לתום שירותם, אשר נאלצו לשאת את עול הרישום הפלילי תקופה ארוכה דיה במסגרת האזרחית.

באותו עניין דובר במספר חיילים, ללא עבר פלילי, אשר עמדו לדין בבית הדין הצבאי באישומים לפי פקודת הסמים המסוכנים בגין שימושים בודדים שבצעו בסם קל מסוג קנאביס בנסיבות אזרחיות. לטענת העותרים, אילו היו הנאשמים מועמדים לדין בבית משפט אזרחי כי אז היתה התביעה פועלת על פי הנחיות היועץ המשפטי לממשלה, ובסמכות בית המשפט היה להטיל עליהם אמצעי ענישה וטיפול בלא הרשעה.

לפיכך, דרשו העותרים כי בג"ץ יורה על העברת עניין החיילים למערכת האזרחית שם יחולו עליהם הנחיות היועץ המשפטי לממשלה ושם ניתן יהיה לגזור עליהם אמצעי טיפול וענישה ללא הרשעה, או לחילופין כי כתב האישום בבית הדין הצבאי ייחס להם עבירות צבאיות שאינן נושאות רישום פלילי.

שופטי בג"ץ דחו פה אחד את הדרישה להעביר את העניין למערכת האזרחית בקובעם כי לצה"ל אינטרס בהעמדת חיילים לדין גם על עבירות סמים שבצעו בנסיבות אזרחיות, שכן:

"שימוש בסם על ידי חייל בנסיבות אזרחיות הינו אך כפסע לשימוש בסם מסוכן על ידי אותו חייל גם במסגרת השירות עצמו, ולא זו אף זו אלא שגם חייל שהשתמש בסם בנסיבות אזרחיות עשוי להקרא ליחידתו, או לשוב אליה בתום החופשה, בהיותו עדיין תחת השפעת הסם"¹⁰⁵.

השופט גולדברג אף פוסל את אמצעי הטיפול והענישה ללא הרשעה שאינם הולמים לדעתו את חומרת העבירות שעה שהן מתבצעות על ידי חיילים, ומביע ספק ביחס לאפשרות יישומם במערכת הצבאית.

לעניין המרת סעיף האישום בבית הדין הצבאי, דחה השופט גולדברג את העתירה בהדגישו את הצורך בצעדי אכיפה נמרצים שאינם מתחייבים תמיד במגזר האזרחי, לשם הדברת נגע הסמים בצה"ל. המרת סעיפי האישום בעבירות צבאיות שאינן נושאות רישום פלילי (כגון עבירת פגיעה במשמעת) לשיטתו, תחטיא את מטרת ההליך הפלילי הצבאי בלא שתהווה הרתעה של ממש, ותשדר מסר שלילי לחיילים.

לאור האמור, נראה כי השופט גולדברג מייחס ערך מוסף של הרתעה לשימוש בסעיף אישום הגורר רישום פלילי, מעבר לערך ההרתעתי של חומרת העונש. בכך למעשה

¹⁰⁵ שם, בעמ' 71 – 72.

מקנה השופט גולדברג לרישום הפלילי ולסטיגמה החברתית הכרוכה בעבירת סמים, מעמד מעין עונשי, ורואה בהם אמצעי להרתעת היחיד והרבים מביצוע עבירה. תפיסה שכזו חוטאת לרציונל העומד בבסיס המרשם הפלילי: אזהרת החברה מפני מי שהורשע בדין ועלול לסכנה.

שיטת ההרתעה מבוססת על ההנחה כי העבריין הפוטנציאלי שוקל עובר לביצוע העבירה את התועלת שיפיק מביצוע למול המחיר שהוא עשוי לשלם במידה ויתפס. כאשר מחיר זה גבוה מן התועלת ההנחה היא שהעבריין הפוטנציאלי ימנע מביצוע העבירה. כלשון המקרא "ובעת הרע מקרבך והנשמעים ישמעו ויראו ולא יוסיפו לעשות עוד כדבר הרע הזה"¹⁰⁶. מכאן שכאשר קולו של העונש אינו נשמע ומראהו אינו נגלה, איש מפניו לא ירא, ואיש לא יביאהו בחשבון שעה שהוא שוקל את כדאיות ביצוע העבירה.

מאחר והרישום הפלילי הינו בבחינת "עונש סמוי", שאין הציבור רואה או שומע אודותיו, ואף בית המשפט אינו מציינו מפורשות בגזר דינו, מתבקשת המסקנה כי הטלתו על העבריין אינה יכולה לשרת את שיקול ההרתעה: לא את הרתעת היחיד וגם לא את הרתעת הרבים.

בסוף דבריו, בוחן השופט גולדברג את מדיניות הפרקליטות הצבאית על פי מבחני פיסקת ההגבלה שבסעיף 9 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ומסקנתו כי המדיניות מצויה בגבול העליון של מתחם הפגיעה המותר בזכויות החייל, ולפיכך ראוי לבחנה מחדש.

השופט קדמי בפסק דינו, תומך אף הוא בגישה כי הנזק הטמון בשימוש בסמים במערכת הצבאית מצדיק ענישה חמורה ומרתיעה גם כשמדובר בשימוש בסמים "קלים", להבדיל מצעדי ענישה וטיפול ללא הרשעה. אף כי השופט קדמי אינו מתייחס מפורשות לאפשרות המרת סעיף האישום בסעיף שאינו גורר רישום פלילי, נראה כי הוא מבחין בצורה ברורה יותר בין שלב הטלת העונש בו צריכה לבוא לידי ביטוי חומרת הפגיעה במשמעת, לבין השלב שלאחר ריצוי העונש בו ראוי למתן את השלכות הרישום הפלילי. לפיכך ממליץ גם השופט קדמי לבחון את מדיניות הפרקליטות.

השופט זמיר מצטרף לדחיית העתירה על שני ראשיה, אולם בפסק דינו הוא תוחם היטב את אינטרס הצבא בהרתעה לתקופת השירות הצבאי:

"הרישום של הרשעה בעבירת סמים בהתאם לחוק המרשם הפלילי גורר עימו השלכות קשות בתחומים שונים: האפשרות לרכוש מקצועות מסוימים, להתמנות למשרות מסוימות ולנסוע למדינות מסוימות. השלכות אלו עשויות להיות גורליות לאדם צעיר, המשתחרר מן הצבא ועם זאת אינן מקדמות את עניינו של הצבא. לשון אחר הצבא אינו

¹⁰⁶ דברים יט, יט-כ.

יוצא נשכר מכך שדרכו של חייל משוחרר נחסמת בחייו האזרחיים... לכן אפשר לומר כי ההשלכות הקשות של הרשעה בעבירה כזאת אינן מתיישבות עם רוחו של סעיף 9 לחוק יסוד כבוד האדם וחירותו... פגיעה בחייל שהורשע בעבירת סמים עלולה להיות, ככל שהיא נוגעת למהלך החיים שלאחר השחרור מן הצבא, מעבר למידה הנדרשת ממהותו ומאופיו של השירות.¹⁰⁷ (ההדגשות אינן במקור – א' ט')

השופט זמיר, מציין בחיוב את ההתפתחות במדיניות הפרקליטות ביחס להשלכות הרישום הפלילי, אך עם זאת מעלה מספר שאלות המצריכות בחינה מחודשת של המדיניות לאור האיזון החוקתי:

האם לא ראוי שההמלצה תינתן אוטומטית במקרים המתאימים ללא צורך בפניית החייל, שכנראה אינו מודע למדיניות הפרקליטות.

האם אין מקום להשוות בין חייל שהורשע בתחילת שירותו הצבאי לבין חייל שהורשע לקראת סופו מבחינת נקודת המוצא שלהם בצאתם לאזרחות.

האם אין מקום להחיל את המדיניות גם על עבירות סם שבוצעו בנסיבות צבאיות.

האם אין מקום לשקול מדיניות מיוחדת ביחס לאנשי מילואים שממילא תקופת שירותם קצרה.

לסיכום, בענין ברטלה, נדרש בג"ץ להכריע בתחרות שהתנהלה בין שלושה פתרונויות לסוגיית הרישום הפלילי: שני הפתרונויות שהציעו העותרים מתייחסים לשלב שלפני המשפט, והם העברת המשפט לערכאה אזרחית, והמרת סעיף האישום בסעיף שאינו בר רישום פלילי. הפתרון השלישי אותו הציעה הפרקליטות, מתייחס לשלב שלאחר המשפט, והוא קיצור תקופת ההתיישנות והמחיקה במסגרת חוק המרשם הפלילי.

שופטי בג"ץ בססו את הכרעתם בעתירה על נוסחת האיזון שבסעיף 9 לחוק היסוד, כאשר מצד אחד שקלו את אינטרס הצבא בנקיטת צעדים מרתיעים להדברת נגע הסמים ומהצד השני שקלו את זכות החייל לפתוח בחיים אזרחיים תקינים, ללא רישום פלילי מכביד. למרות שבמוקד העתירה עמדה סוגיית הרישום הפלילי, נמנעו שופטי בג"ץ מלהציב בנוסחת האיזון את שיקול בטחון הציבור שהינו הרציונל לקיומו של רישום פלילי. נראה כי הסיבה לכך נעוצה, בהנחתם הסמויה (שלא עמדה לדיון בעתירה) כי בחירת סעיף אישום בר רישום פלילי מהווה גורם מרתיע.

¹⁰⁷ לעיל הערה 104, בעמ' 75.

עם זאת, שופטי בג"ץ הרגישו חוסר נוחות לנוכח הפגיעה בזכויות החייל לאחר שחרורו, ולכן בקשו לצמצם את השלכות הרישום הפלילי באמצעות הערותיהם על הצורך בבחינה מחדשת של מדיניות הפרקליטות הצבאית להמליץ לנשיא על מחיקת הרישום הפלילי. בעוד שהשופטים קדמי וגולדברג הסתפקו בהערה מאופקת, השופט זמיר, הטיל סימני שאלה רבים בדיות מדיניות הפרקליטות.

מקור חוסר הנוחות, נעוץ בנרטיב של "צרכי הצבא" אשר הנחה את שופטי בג"ץ, בטפולם בסוגיה שבה אין לצבא אינטרס, אלא לחברה האזרחית דווקא. נרטיב זה המתבטא בחזרות הרבות על ערך המשמעת הצבאית, ובבחירת סעיף 9 לחוק היסוד כנוסחת האיוון, אינו מתאים לסוגיית הרישום הפלילי, שיסודו בצורך להזהיר את החברה, ואשר השלכותיו, בהתאם, משמעותיות רק מחוץ לשירות הצבאי.

ביחס לשלב בחירת סעיף הרישום, התעלם בג"ץ משיקול בטחון הציבור. בשלב זה, יש מקום לשיקול חומרת המעשה, רק ככל שהוא מעיד על מידת האנטי חברתיות הגלומה בו, ואין לקשור בינו לבין שיקולי ההרתעה. כאשר חומרת העבירה נעוצה אך בהקשר הצבאי בו נעברה, הרי אין בה כדי להעיד על מסוכנות לחברה, ולפיכך אין צורך באזהרת החברה מפני העברייני. יתרה מכך, כאמור לעיל, הטלת רישום פלילי אינה משרתת במאומה את ההרתעה, שכן מרבית הציבור אינו מודע כלל להשלכות הרישום הפלילי.

ביחס לשלב שלאחר המשפט, בג"ץ הגביל את שיקולי ההרתעה, והעדיף על פניהם את שיקום עברו של החייל המשוחרר, והדבר ניכר בהערותיו על מדיניות הפרקליטות. עם זאת, בג"ץ אינו מצהיר מפורשות על זכותו של החייל לרהביליטציה של עברו הפלילי, ואף הפתרון שנבחר, מאפשר לחייל את מחיקת עברו כענין שבחסד ולא כענין שבזכות.

בעקבות המלצת השופטים בבג"ץ ברטלה שונתה מדיניות הפרקליטות הצבאית, ונקבע, כי המלצה על מחיקת ההרשעה בגין שימוש חד פעמי בסמים קלים בנסיבות אזרחיות, תנתן בחלוף שלוש שנים וחצי מביצוע העבירה או בחלוף שנה וחצי מהשחרור מהצבא לפי המוקדם.

מדיניות זו, אשר הורחבה על ידי הפרקליטות גם ביחס למספר מועט של שימושים בסם קל, וגם ביחס לשימוש בתוך היחידה, הותקפה שוב, הפעם בעתירה ציבורית¹⁰⁸ על ידי סניגורים צבאיים בטענה כי הינה מפלה בין חיילים משוחררים לבין אזרחים. לגופו של עניין דחה בג"ץ את העתירה ומאחר ולא הובאו בפניו מקרים קונקרטיים של הפליה. אולם, בג"ץ בהרכב שכלל את השופט זמיר, חזר ובסס את העקרון כי על הצבא לפעול ככל שניתן "כדי להשוות דין חיילים שהשתחררו מהשירות לדינם של אזרחים בנוגע למרשם הפלילי".

בפסק דינו, נוקט בג"ץ בלשון כללית ורחבה, שנראה כי אינה מוגבלת אך לעבירות שימוש בסם קל. אולם, בפועל מדיניות הפרקליטות הצבאית מוגבלת לעבירות אלו בלבד,

¹⁰⁸ בג"ץ 7442/96 אורנשטיין נ' הפצ"ר (לא פורסם).

ולא ניתן פתרון דומה לעבירות אחרות שחומרתן נובעת בעיקר מההקשר הצבאי בו נעברו. כך למשל, עבירת גניבה מחייל, של סכום פעוט, עשויה לגרור רישום פלילי, שעה שהיא נדונה בבית דין צבאי, אף שבמערכת האזרחית יתכן שהתיק היה נסגר או מסתיים באי הרשעה. גם במקרה כזה חומרת העבירה הנובעת מהקשרה הצבאי (הפגיעה ביחסי האמון בצבא), מצדיקה עונש חמור יותר, אולם אינה מצדיק בהכרח את השלכותיו המתמשכות של הרישום הפלילי.

עולה מן האמור כי, בתחום עבירות הסמים גיבשה מערכת המשפט הצבאי פתרון מקומי, אשר חרף הרציונל הכללי שבבסיסו מוגבל רק לעבירות שימוש בסם קל בנסיבות אזרחיות. פתרון זה אינו נותן מענה הולם לסוגיית הרישום הפלילי בכללותה, ולאור שאלותיו של השופט זמיר אשר נותרו בלתי פתורות, נראה כי אף לא בתחום עבירות הסמים.

ב. עבירות היעדר מן השירות

עבירות ההיעדר מן השירות הינן העבירות השכיחות ביותר הנדונות בפני בתי הדין הצבאיים, ואפשר כי אף העבירות השכיחות ביותר הנדונות בדין משמעתי. עבירת ההיעדר מן השירות הינה עבירה צבאית מובהקת שאין לה מקבילה במערכת האזרחית, אולם אכיפתה הקפדנית חיונית לקיום המסגרת הצבאית ולאכיפת חובת השירות בצה"ל.

יחד עם זאת, אופיה של העבירה הינו משמעתי יותר מאשר פלילי, ושכיחותה יכולה להעיד על כך שפעמים רבות הסיבות להיעדרות קשורות לבעיות הסתגלות והתאמה של חיילים למסגרת הצבאית, ואף לבעיות משפחתיות וחברתיות של החיילים. הטלת רישום פלילי בגין עבירה זו עשויה להערים קשיי הסתגלות נוספים על חיילים אלה כאשר יבקשו לשוב ולהשתלב בחברה האזרחית.

סעיפים 92 ו-94 לחוק השיפוט הצבאי מסדירים את עבירות ההיעדר מן השירות, כאשר סעיף 94 מתייחס להיעדרות סתם, שדינה עד 3 שנות מאסר וסעיף 92 מתייחס לעריקה, שהיא היעדרות מתוך כוונה שלא לחזור לשירות, ודינה עד 15 שנות מאסר¹⁰⁹. שני הסעיפים הינם נושאי רישום פלילי, אולם השימוש בסעיף 92 אינו שכיח.

בכדי ליצור יחס סביר בין חומרת ההיעדרות לבין השלכותיו הקשות של הרישום הפלילי, נעשה שימוש תכוף בדין המשמעתי לשם טיפול בהיעדרויות שחומרתן פחותה, כאשר חומרת ההיעדרות נבחנת על פי אורכה ועל פי עברו הקודם של החייל.

¹⁰⁹ חרף החזקה הקבועה בסעיף 93 לחש"ץ לפיה היעדרות מעל 21 ימים מקימה כוונת חזקה שלא לחזור, השימוש בסעיף 92 לחש"ץ הינו נדיר למדי, וסעיף 94 משמש אף להעדרויות ממושכות מאוד.

כך, עבירות היעדר מן השירות של עד 14 ימים ("נפקדות")¹¹⁰, מטופלות תמיד במסגרת דין משמעתי ביחידה, והיעדרויות ממושכות יותר ("עריקות") עשויות להגיע לבתי הדין הצבאיים. כדי לצמצם עוד יותר את היקף הרישום הפלילי, נוקטת הפרקליטות הצבאית במדיניות לפיה, בהיעדר נסיבות מחמירות, לא יוגש כתב אישום לבית דין צבאי בגין היעדרות שמשכה עד כחודש וחצי, במקרה כזה העבירה תידון בדין משמעתי בפני קצין שיפוט בכיר במתקן כליאה צבאי¹¹¹.

הנה כי כן, אף בעבירת ההיעדר מן השירות אשר הינה העבירה השכיחה ביותר בבתי הדין הצבאיים, נמצא פתרון מסוים להשלכותיו החמורות של הרישום הפלילי, כאשר מטרת ההפניה של נאשמים לדין משמעתי בפני קצין שיפוט בכיר במתקן כליאה הינה להטיל עליו עונש חמור (עד 28 ימי מחבוש בידי סא"ל)¹¹², כביטוי לחומרתה היתרה של העבירה ומאידך להמנע מהטלת רישום פלילי.

מגמת צמצום השלכות הרישום הפלילי ניכרת איפה גם בתחום עבירות היעדר מן השירות, בעזרת הגבהת הרף של משך ההיעדרות, שבגינה יוגש כתב אישום בבית דין צבאי¹¹³.

ג. עבירות צבאיות שאין בגינן רישום פלילי

לעבירות צבאיות רבות הקבועות בחש"ן אופי משמעתי כמעט מוחלט, והן נעדרות מאפיינים פליליים. מקצת מעבירות אלו לא ניתן לעבור אלא במסגרת הצבאית ואף אין להן מקבילות אזרחיות.

בשל כך, נקבע בתקנות המרשם הפלילי ותקנת השבים משנת 1984¹¹⁴ כי הרשעה בעבירות צבאיות מסוימות לא תגרוור רישום פלילי. חלק מהעבירות, אינן גוררות כלל רישום פלילי, וחלק מהעבירות גוררות רישום פלילי רק בחלופה המחמירה שלהן¹¹⁵.

¹¹⁰ ההבחנה בין נפקדות לבין עריקות אינה הבחנה משפטית אלא שלישותית: מי שנעדר עד 14 ימים נחשב לנפקד והטיפול בו הינו בסמכות יחידתו, ומי שנעדר למעלה מ-15 ימים מוכרז כעריק ואינו נתון עוד לסמכות יחידתו.

¹¹¹ לגבי אנשי מילואים שאינם מתייצבים לשירות המדיניות שונה: היעדרות לתקופה של עד כשנה, תטופל בדין משמעתי. עם זאת, לגבי איש מילואים שנעדר במהלך שירות המילואים (להבדיל מאיש מילואים שלא התייצב כלל) תחול המדיניות הנוהגת לגבי חיילים בשירות סדיר.

¹¹² על פי נתונים סטטיסטיים שהציג רע"ן כליאה במקמצ"ר לאחרונה, העונשים המוטלים על ידי קציני שיפוט בכירים במתקני כליאה בגין "עריקות" הינם דווקא נמוכים מהעונשים המוטלים בגין "נפקדות" על ידי קצין שיפוט ביחידה, והדבר אף מהווה פתח לניצול לרעה על ידי חיילים.

¹¹³ מגמה זו באה לידי ביטוי בדיוני ועדת סגן הפצ"ר (1998-1999) לבחינת צמצום השלכותיו של הרישום הפלילי, שם נטתה דעת הרוב לפתרון לפיו היעדרות שמשכה עד 60 ימים לא תגרוור רישום פלילי.

¹¹⁴ ראה: הי"ש 77 לעיל.

בין העבירות, שאינן גוררות רישום פלילי, ניתן למנות את סעיפים 48 (מרי), 68 (חריגה מסמכות), 89 (טיסה ללא רשות), 106 (רשלנות לגבי תעודות), 122 (סירוב פקודה שלא תוך פעילות קרבית), 127 א (סירוב להיבדק לשם גילוי שימוש בסמים מסוכנים), 128 (התנהגות פרועה), 129 (התנהגות מבישה), 130 (התנהגות שאינה הולמת), 131 (התחזות) 132 (פגיעה במשמעת) ו-133 (אי קיום הוראות המחייבות בצבא) לחש"ן.

המשותף לכל עבירות אלו הינו כי המדובר בעוונות, המעידים על הפרת נורמות שהינן יחודיות למערכת הצבאית, ועל כן אין ללמוד מהן על מסוכנותו של מבצען לחברה. בהיעדר צורך להגן על החברה מפני מבצען, נותר רישומן של עבירות אלו במסגרת הצבאית בלבד, ואינו עובר למרשם הפלילי.

בעקבות העלאת סוגיית הרישום הפלילי על סדר יומה של הפרקליטות הצבאית התכנסה ועדה בראשות סגן הפרקליט הצבאי הראשי דאז לבחינת דרכים לצמצום השלכותיו של הרישום הפלילי¹¹⁶. בין ההצעות שנבחנו ע"י הועדה, היתה האפשרות של הוספת עבירות צבאיות נוספות לרשימת העבירות שאינן נושאות ברישום פלילי.

לאחר דיונים ממושכים המליצה הועדה על הוספת ארבע עבירות נוספות לתקנות: סעיפים 61 (אלימות כלפי חייל), 66 (עיכוב רכוש ללא הצדקה), 108 (ידיעות כוזבות) ו-115 (עבירות בקשר למעצר). כמו כן החליטה הועדה לפצל את סעיפים 85 (שימוש בלתי חוקי בנשק) ו-77 (הוצאת רכוש מרשות הצבא) לחש"ן לרכיב קל ולרכיב חמור, כך שרק לחלופה החמורה יתלווה רישום פלילי. בנוסף, על המלצות הועדה החליט הפצ"ר כי יש להוסיף לתקנות את סעיף 80 סיפא (אי שמירת רכוש צבאי שהוא נשק). המלצות אלו טרם יושמו בחוק ובתקנות.

בכך ניתן ביטוי לרעיון של יצירת מדרג חומרה פנימי במסגרת העבירות הצבאיות, כאשר רק בגין עבירות שנעברו בנסיבות חמורות יקום רישום פלילי.

ד. הסדר הטיעון כמו"מ על הרישום הפלילי

חלק ניכר מהתיקים הנדונים בבתי הדין הצבאיים, מסתיים בהסדר טיעון בין התביעה לבין הסניגור. במסגרת הסדרי הטיעון מוחלף לעתים סעיף האישום בסעיף פחות חמור כנגד הסכמת הנאשם להודות בפני בית הדין. בהתאם להוראות הפרקליטות הצבאית 20.04 הגורם המוסמך לאשר את הסדרי הטיעון הינו הפרקליט הצבאי שבראש אותו מחוז שיפוט.

פעמים רבות, במסגרת המשא ומתן על הסדר הטיעון, חותר הסניגור להמרת סעיף האישום בסעיף שאינו נושא רישום פלילי. מאחר והשלכותיו של הרישום הפלילי הינן

¹¹⁵ כגון: סעיף 80 לחש"ן (אי שמירת רכוש צבאי) אשר יגרור רישום פלילי רק אם מדובר בנשק כלי שיט כלי טיס או כלי תחבורה אחר. סעיף 58 לחש"ן (נטישת משמרת) אשר יגרור רישום פלילי רק אם נטישת המשמרת היתה לנוכח פני האויב, ועוד.
¹¹⁶ ראה: סיכום דיון הועדה מיום 16.2.1999.

לטווח רחוק בהרבה מכל עונש שיוטל עליו, כי אז נכון החייל העומד לדין להסכים לעונש חמור מהמקובל כנגד הסרת הרישום הפלילי.

אמנם, פרקטיקה זו מאפשרת לתביעה להתחשב ברצון הנאשם ולהקל עליו בנושא הרישום הפלילי, אך בו בעת היא מקנה לתביעה קלף מיקוח בלתי הוגן במשא ומתן על חומרת העונש. מטרתו של הרישום הפלילי כאמור הינה אזהרת החברה ולא ענישת העבריין, ולכן, המרה של רישום פלילי בענישה חמורה, גורמת לערעור בלתי רצוי בין שני עניינים שאינם מאותו מין, ושמטרותיהם שונות.

במצב דברים זה, יוצא כי הפרקליט הצבאי העומד בראש אותו מחוז שיפוטי מחזיק בשיקול הדעת האם יקום רישום פלילי בגין העבירה אם לאו, מבלי שקיימות הנחיות ברורות בנושא, אף כי בית הדין אינו מחויב לקבל את הסדר הטיעון¹¹⁷. למרות, שפתרון זה מאפשר גמישות מצד התביעה בסוגיית הרישום הפלילי יש לזכור כי הפתרון נעשה ממקרה למקרה וקיים חשש כי ענין חשוב זה יוכרע בלא קריטריונים ברורים ויושפע במידה רבה מהמדיניות באותו מחוז שיפוטי, וכושר המשא ומתן של סניגור הנאשם.

דוגמא לכך, ניתן למצוא בעניינו של חייל, בעל רקע חיובי מאוד, אשר נאשם בשימוש בסם מסוג MDMA אקסטזי. במקרה זה, כיבד בית הדין הצבאי הסדר טיעון, במסגרתו הורשע הנאשם בעבירה לפי סעיף 133 לחש"ן (אי קיום הוראות המחייבות בצבא), חרף העובדה שמדובר בסם "קשה", שהשפעותיו על המודעות הינן הרסניות¹¹⁸. לעומת זאת, חייל שיוורשע בשימוש חד פעמי בסם קל, צפוי על פי מדיניות הפרקליטות הצבאית לרישום פלילי.

הדוגמא המובאת לעיל, ממחישה את הקושי שביישום פתרון מסוג הסדר טיעון, אשר פותח פתח לחוסר אחידות. יתרה מכך, הפחתת האישום במסגרת הסדר טיעון עלול להביא לכך שמידע אודות אדם שביצע מעשה שהמחוקק קבע כי הינו מעיד על מסוכנות לציבור לא יכלל במרשם הפלילי.

ה. המלצה לנשיא המדינה לקיצור תקופות התיישנות ומחיקה של הרישום הפלילי

חוק המרשם הפלילי ותקנת השבים מפקיד בידי נשיא המדינה סמכות להורות על קיצור של תקופות ההתיישנות והמחיקה של הרישום הפלילי שבידי משטרת ישראל. כמו כן,

¹¹⁷ ראה סעיפים 378 ו-382 לחש"ן, הקובעים כי בית הדין הצבאי מוסמך לשנות את כתב האישום או את האשמה (בלא תיקון כתב האישום), בתנאי שהעונש הקבוע בחוק בגין האשמה בה יורשע לא יהיה חמור מהעונש הקבוע בגין העבירה בה הואשם.
¹¹⁸ מט' 1025/97 התובע הצבאי נ' טור' מ.

מוקנית לנשיא המדינה סמכות מכוח חוק יסוד: נשיא המדינה להורות על חנינה, אשר מביאה אוטומטית גם למחיקת הרישום הפלילי¹¹⁹.

אף שחוק המרשם הפלילי אינו מחייב זאת, כל בקשה המופנית לנשיא המדינה שעניינה הרשעה בבתי הדין הצבאיים מועברת על ידי לשכת הנשיא למדור החנינות בפרקליטות הצבאית לשם קבלת חוות דעתו. מדור החנינות, בוחן את הבקשות השונות ומעביר את המלצתו באמצעות הרמטכ"ל אל לשכת נשיא המדינה. המלצות מדור חנינות לנשיא המדינה מתייחסות לקיצור תקופות ההתיישנות והמחיקה, ולעיתים "מירוק" העבר הפלילי באמצעות חנינה מלאה.

נראה כי ההצדקה להעברת פניות אלו לחוות דעת מדור החנינות נעוצה בכך שלפרקליטות הצבאית קיימת הגישה הטובה ביותר לנסיבות החומרה של ביצוע העבירה, מהן ניתן להסיק על מסוכנותו של העבריין. עם זאת, יש לזכור כי המסוכנות אותה צריך מדור חנינות לבחון הינה לציבור בכללותו ולא למערכת הצבאית.

מרבית הפניות המועברות למדור חנינות הינן בתחום עבירות הסמים, וזאת על יסוד מדיניות הפרקליטות הצבאית כפי שהוצהרה בפני בג"ץ. ביחס ליתר העבירות לא קיימות הנחיות פומביות של הפרקליטות, וכל פניה נבחנת לגופו של עניין בין היתר בהסתמך על משך הזמן שחלף מאז ביצוע העבירה, אורח חייו של הפונה לאחר שחרורו, נסיבות ביצוע העבירה, הסיבה בשלה פנה החייל, מידת ההשפעה של ההרשעה על חיי הפונה ועוד.

מנתוני הפעילות השנתית של מדור חנינות עולה כי כמות הפניות מצויה במגמת עליה, אולם, עדיין מדובר בכמות יחסית קטנה¹²⁰ לנוכח כמות ההרשעות השנתית בבתי הדין הצבאיים. נראה כי במידה מסוימת יש ליחס פער זה לחוסר מודעותם לקיומו של הליך זה.

טבלה מס' 6: כמות הרשעות שנתית וכמות בקשות חנינה¹²¹

¹¹⁹ סעיף 11 לחוק יסוד: נשיא המדינה תשכ"ד – 1964. משמעות החנינה הינה כאילו עברה תקופת המחיקה של ההרשעה, אולם ההרשעה אינה נמחקת בפועל. דבר מתן החנינה אף הוא נרשם במרשם הפלילי על פי סעיף 2 לחוק המרשם הפלילי.

¹²⁰ ראוי להעיר, כי מרבית בקשות החנינה מתייחסות להרשעות משנים קודמות, בד"כ עד 7 שנים שאז במרבית העבירות תמה תקופת ההתיישנות, שהיא המכבידה ביותר מבחינת החייל המורשע.

¹²¹ נתוני כמות ההרשעות מתייחסים לכל ההרשעות בבתי הדין הצבאיים, לרבות בעבירות שאינן נושאות רישום פלילי, והם לקוחים מהדו"חות השנתיים של יחידת בתי הדין הצבאיים. נתוני בקשות החנינה מתייחסים לכל הבקשות המופנות לנשיא המדינה, הן לעניין קיצור העונש והן לעניין קיצור משך הרישום הפלילי, המוגשות ברובן על ידי חיילים שהורשעו בבתי דין צבאיים ומקצתם על ידי עבריינים בטחוניים (שאינם חיילים) שהורשעו בבית הדין הצבאי בלוד. בקשות "החנינה" אינן מתייחסות בדרך כלל להרשעות מאותה שנה.

| שנה | הרשעות | בקשות "חנינה" |
|------|--------|---------------|
| 1993 | 2,695 | 280 |
| 1994 | 2,686 | 250 |
| 1995 | 2,769 | 232 |
| 1996 | 3,992 | 290 |
| 1997 | 3,640 | 277 |
| 1998 | 3,634 | 662 |

נתונים אלו מלמדים כי פתרון זה, נותן מענה חלקי בלבד, בעיקר בתחום עבירות הסמים בו ישנה מדיניות פומבית, וכי היעדר מדיניות פומבית בתחומים אחרים יחד עם חוסר מודעות החיילים המורשעים לאפיק זה תורמים לאי מיצוי.

יתרה מכך, יש לזכור כי גם כאשר קיימת מדיניות המלצה ברורה של הפרקליטות הצבאית ביחס לשיקום העבר הפלילי, אין שיקום אוטומטי של העבר הפלילי ואין קמה לעבריינין זכות לשיקום עברו, והוא נותר נתון לחסדו של נשיא המדינה.

עם זאת, הסדרתם הפורמלית של הליכי הטיפול בבקשות לנשיא המדינה וגיבושם של קריטריונים משפטיים למתן המלצה בידי מדור חנינות למחיקת העבר הפלילי, מצביעים על מגמה של חתירה לודאות, מתוך נסיון להפוך את "החסד" שאינו ענין משפטי, ככל שניתן ל"זכות" משפטית, המותנית בקיום תנאים מסוימים.

ו. הענקת סמכות לבתי הדין הצבאיים להורות על צעדי טיפול וענישה ללא הרשעה

בתי הדין הצבאיים, כאמור אינם מוסמכים להטיל צו מבחן או צו שירות לתועלת הציבור (להלן: צו של"צ) בלא הרשעה על חייל שהורשע אלא רק על אזרחים העומדים לדין בפניו. מסיבה זו פונים לעיתים סניגורים ליועץ המשפטי לממשלה לפי סעיף 14 לחש"ץ על מנת שיעביר את הדיון מביה"ד הצבאי לערכאה אזרחית, אשר מוסמכת להטיל צוים אלו.

כדי לפתור קושי זה, הציע חבר הכנסת זאב ביום ביום 23.3.98 הצעת חוק לתיקון חוק השיפוט הצבאי כך שבית הדין הצבאי יוסמך להורות על צוי מבחן ושל"צ ללא הרשעה. בדברי ההסבר להצעתו כתב חבר הכנסת ביום:

"כיום חוק השיפוט הצבאי לא מאפשר הטלת עונש כזה בבתי דין צבאיים. הנאשם נתון לרצונה הטוב של התביעה, שאם רוצה היא ממירה סעיפי אישום הנושאים רישום פלילי לעבירות צבאיות שאינן נושאות רישום פלילי ואם

אינה רוצה אז אין דרך לסיים את ההליך ללא רישום פלילי.

הצעה זו נדחתה בוועדת השרים לחקיקה, בשל התנגדות שר הבטחון, בעיקר משום הקושי המעשי בישומה, שכן מתן צו מבחן מחייב פיקוח מתמשך על ידי בית הדין, ומשום שאין לחיילים המורשעים "שעות פנאי" לבצע עבודות לתועלת הציבור. על הקושי שבישום הסדרים אלו במערכת הצבאית עמד גם השופט גולדברג בבג"ץ ברטלה כאמור לעיל.

התומכים בפתרון זה, שהינו שכיח מאוד בבתי משפט לנוער, מבקשים להחילו אף על חיילים צעירים בשל סמיכות הגילאים. ואולם, יש לזכור כי במערכת המשפט האזרחית לא עומדת לרשות בתי המשפט האפשרות, הקיימת במערכת הצבאית, להעביר עניינם קלים בחומרתם לדיון משמעותי, שאינו גורר רישום פלילי.

מעבר לכך, הטעם המרכזי לאי התאמת הסדרים אלו למערכת המשפט הצבאית הינו חוסר היכולת להטיל עונש מרתיע לצד אי הרשעה. מאחר וכאמור, בעיית הרישום הפלילי קיימת בעיקר בעבירות שגלומה בהן מידה מועטת של אנטי חברתיות, אך חומרתן נודעת בשל הקשרן הצבאי, כי אז הפתרון, חייב לאפשר ענישה כבדה ומרתיעה שתהלוך את צורכי השירות הצבאי, לצד צמצום השלכות הרישום הפלילי. מכאן שהפתרון, לבעיית הרישום הפלילי אינו יכול להיות בדרכי הענישה כי אם בקביעת סעיף האישום או בהביליטציה שלאחר ריצוי העונש.

7. הרישום הפלילי והרהביליטציה בראי המשפט משווה

א. כללי

הן בשיטות המשפט האנגלו-אמריקאיות והן בשיטות המשפט הקונטיננטליות ניתן למצוא את מוסד הרהביליטציה כמוסד לשיקום עברו של מי שהורשע בדין ונשא את עונשו. אולם בעוד שבשיטה האנגלית מוסד הרהביליטציה היה מעורבב עם הפררוגטיבה של החנינה האינדיבידואלית (pardon) שהיתה בידי הכתר, בשיטות הקונטיננטליות התפתחה בשלב מוקדם יותר הבחנה בין הפררוגטיבה של החנינה האינדיבידואלית שנותרה בידי ראש המדינה, לבין הרהביליטציה שעברה לסמכותה של הרשות השופטת.

המשותף כיום לכל שיטות המשפט הינו העקרון כי בחלוף תקופת זמן מסוימת "נמחק" עברו הפלילי של העבריין, והוא רשאי להצהיר כלפי כולי עלמא, כי מעולם לא הורשע. היקפה של הרהביליטציה משתנה משיטה לשיטה, כאשר ישנן שיטות בהן עבירות מסוימות לעולם אינן נמחקות, והעבריין נותר בלתי כשיר לתפקידים מסוימים. אף משמעותה והיקפה של ה"מחיקה"¹²² משתנים משיטה לשיטה, החל מהסתרת המידע

¹²² בכל שיטה קיימת טרמינולוגיה ומשמעות שונה ביחס להיקף ה"מחיקה": expungement, erasure, destruction, sealing, setting aside, expunction, purging, spent, quashed, pardon.

מגורמים מסוימים, ועד להפרדתו המוחלטת של המידע או השמדתו. שוני נוסף, קיים בכל הקשור למידת הגישה למידע על עבר פלילי שנמחק. להלן נבקש לסקור את מוסד הרהביליטציה במספר שיטות משפט.

ב. אנגליה

ניהול המרשם הפלילי באנגליה הוסדר בשנת 1997 עם חקיקת ה-Police Act. עד אז, לא היה בנמצא מרכז מידע הכולל את כל רישומי העבר הפלילי, והמידע היה מפורז בין המרשם הארצי לבין המרשמים המקומיים¹²³.

חוק המשטרה הקים סוכנות מרשם פלילי מרכזית אשר תהיה בעלת גישה למרשם הלאומי וכן למרשמים המקומיים, והיא תספק מידע על עבר פלילי לפרטים שיבקשו, וכן לגורמים רשומים מסוימים בהסכמת הפרט, כגון: מעסיקים, גופי רישוי, וארגונים וולנטריים. הרישום במרשם הפלילי הלאומי¹²⁴ כולל כל הרשעה, אזהרה, נזיפה או התראה שהוטלה בגין עבירה שהעונש הקבוע בגינה הינו מאסר או בגין עבירות קלות נוספות שצוינו בתקנות על ידי מזכיר המדינה¹²⁵.

נושא הרהביליטציה הוסדר באנגליה ב-Rehabilitation of Offenders Act 1974, והוא מתייחס באופן רחב להרשעות פליליות ולכל קביעת אשמה אף בלא הרשעה. סעיף 2 לחוק שעניינו עבריינים שהורשעו בהליכים משמעתיים בצבא, מרחיב את הגדרת ההרשעה גם לכל הרשעה או קביעת אשמה בהליך משמעת צבאי, בין אם נערך בפני בית דין צבאי ובין אם בפני בית משפט או אדם מוסמך אחר:

“2 (1)...for the purposes of this Act any finding of guilty of an offence in respect of any act or omission which was the subject of service disciplinary proceedings shall be treated as a conviction and any punishment [...] awarded in respect of any such finding shall be treated as a sentence.[...]”

(5) In this Act “service disciplinary proceedings” means any of the following -

¹²³ראה: S. Uglow, Criminal Records under the Police Act 1997, Crim. L. Rev. (1998) 235.

¹²⁴רישום זה נעשה מכוח סעיף 4(27) ל-Police and Criminal Evidence Act 1984.

¹²⁵ראה: The National Police Records (Recordable Offences) Regulations 2000.

(a) any proceeding under the Army Act 1955, Air Force Act 1955, or the Naval Disciplinary Act 1957 (whether before a court martial or before any other court or person authorized thereunder to "award a punishment in respect of any offence).

בהתאם לחוק הרהביליטציה הרשעות בפלילים נמחקות אוטומטית (spent) לאחר תקופת זמן המשתנה לפי טיב ומשך העונש שהוטל, במידה והעברייין לא הורשע בעבירה נוספת. משמעותה של המחיקה היא שיש להתייחס לעברייין כאילו מעולם לא נשפט והורשע: העברייין פטור מהחובה להזכיר את עברו שהתיישן גם לא בחקירה, עברו לא יהיה קביל בהליך שיפוטי, לא יחשב למגבלה לפי כל חוק, וגם לא יוכל לשמש בסיס לפיטוריו מעבודה.

טבלה מס' 7: תקופות השיקום לצורך מחיקת הרישום

| גור הדין | תקופת השיקום |
|---|--------------|
| מאסר מעל 6 חודשים אך לא יותר מ- 30 חודשים | 10 שנים |
| עונש הדחה או פיטורים באופן מביש או סילוק באופן מביש מהשירות הצבאי | 10 שנים |
| מאסר עד 6 חודשים | 5 שנים |
| עונש שחרור מהשירות הצבאי | 7 שנים |
| כל עונש מחבוש ביחס להרשעה בהליכים משמעותיים בצבא | 5 שנים |
| קנס או כל עונש אחר | 5 שנים |
| אזהרה או התחייבות להמנע מביצוע עבירה | שנה |
| תקופת מבחן | 5 שנים |

* לקטינים שבצעו העבירה לפני גיל 18 יש להפחית את מחצית התקופה

דרך נוספת לסיום הרישום הפלילי הינה קבלת חנינה מאת המלכה המוחקת לחלוטין את המרשם הפלילי.¹²⁶

ואולם, למחיקת הרישום הפלילי קיימים חריגים רבים: כל עבירה בגינה נדון אדם ליותר מ-30 חודשי מאסר אינה יכולה להמחק. יתרה מכך, ניתן להתחשב בעבר הפלילי בהליכים פליליים או בהליכים משמעתיים בצבא, וכן ביחס למקצועות, משרות ורשיונות מסוימים, אף לאחר חלוף תקופת השיקום.¹²⁷ ביחס למקצועות מסוימים כגון רופאים, אחיות, מורים וסוהרים, מאפשר החוק מתן פירוט מלא של הרישום הפלילי הכוללת גם הרשעות שנמחקו ואזהרות. כמו כן, ביחס למקצועות הקשורים בטיפול קבוע בילדים, רשיונות מסוימים ומשרות שיפוט, ניתן לקבל תעודת רישום פלילי מפורטת, הכוללת מידע גם מן המרשמים המקומיים והיא עשויה לכלול מידע על אי הרשעה ואף מידע מודיעיני לא בדוק.¹²⁸

כמו כן, זכותו של הפרט לפי סעיף 21 ל-Data Protection Act 1984 לקבל את מלוא המידע הנוגע לו המצוי במרשם הפלילי, נוצלה לרעה על ידי המעבידים, המחייבים את עובדיהם להמציא רישום מפורט זה. בדרך זו ניתן לקבל מידע גם על הרשעות שנמחקו, ובכך נעקפה מטרת חוק הריהביליטציה¹²⁹. ביהמ"ש האנגלי קבע כי החובה של הגוף הציבורי על פי החוק הינה לאפשר גילוי מידע לאדם נשוא המידע ואין זה תפקידו לספק רק חלק מהמידע.

המרשם הפלילי באנגליה כולל מידע רחב ביותר הן מהמרשם הפלילי הלאומי, המתייחס להרשעות, אזהרות ונזיפות בגין עבירות שעונשן מאסר, והן מהמרשמים הפליליים המקומיים המכילים מידע רב ומגוון, לרבות ענישה בלא הרשעה ומידע מודיעיני. מידע זה כולל הרשעות אף בהליכים משמעתיים צבאיים שלא בפני דין צבאיים. מידע הנוגע להרשעות צבאיות ימחק תוך תקופה של חמש עד עשר שנים, אולם גם לאחר מחיקתו ישנם גורמים רבים שיוכלו לקבלו, והוא יהיה קביל כראיה בהליכים פליליים ומשמעתיים.

¹²⁶ סעיף 1(7) ל-Rehabilitation of Offenders Act.

¹²⁷ שם, בסעיף 7.

¹²⁸ החשש לגבי תעודה זו הינו מפני העברה של מידע מודיעיני לא בדוק. למפקד הממונה ישנו שיקול דעת ביחס לשאלה האם המידע שאינו מתייחס להרשעות הינו רלוונטי והאם ניתן לחושפו במסגרת התעודה או רק בפני הגורם המוסמך או בפני אף אחד.

¹²⁹ בעיה דומה עשויה להתעורר בישראל אם נקבל את עמדת השופט גולדברג בבג"ץ **פישלר**, ה"ש 50 לעיל, לפיה זכות העיון של הפרט במרשם הפלילי כוללת גם זכות לקבל העתק ממנו. בעיה זו יכולה להתעצם לנוכח חקיקתו של חוק חופש המידע המאפשר לאדם לקבל מידע הקיים אודותיו בגוף ציבורי (נראה כי לפי החוק המידע כולל גם הרשעות שהתיישנו והמצויות במרשם של המשטרה).

למרות שכיחותו של הרישום הפלילי באנגליה ¹³⁰, הוראות הרהביליטציה בדין הבריטי מסויגות למדי ואינן מאפשרות שיקום של ממש של העבר הפלילי. כך למשל, לענין מקצועות מסוימים גם הרשעות שנמחקו תיחשפנה. וכך גם ניתן לעקוף חוק זה בקלות יחסית, על ידי אילוץ הפרט לנצל את זכותו לקבל מידע מלא מן המרשם הכולל הרשעות שנמחקו.

ג. קנדה

הרישום הפלילי בקנדה מוסדר ע"י ה-Criminal Records Act 1985. בהתאם לחוק זה נתנו סמכויות ל- parole board (להלן: המועצה) להעניק מחילה ("pardon") לבעל עבר פלילי. משמעות המחילה לפי חוק זה הינה הסרת כל פסלות או אי כשרות שהיתה מוטלת על נושא הרישום הפלילי, וכן העברת הרישומים למקום נפרד, כך שלא ימסר כל מידע עליהם או על דבר קיומם, אלא באישור של פרקליט המדינה (שינתן רק מטעמי בטחון המדינה ויחסי החוץ או אינטרס מערכת המשפט). כמו כן קובע החוק כי אין לכלול שאלות לגבי עבירות שניתנה לגביהן מחילה, אף לא בשאלוני הרשמה לכוחות הבטחון, או למשרות בתאגידים ממשלתיים.

הרהביליטציה של העבר הפלילי בקנדה אינה אוטומטית ועל העבריין להגיש בקשה למועצה, אשר תדון בה בד"כ בהרכב של חבר אחד, ולאחר שיבחנו התנאים למתן המחילה: חלוף תקופת זמן, והיעדר הרשעה נוספת, תהיה המועצה רשאית ליתן חנינה למבקש. בעבירות החמורות יותר תנהל המועצה חקירה גם על התנהגותו של העבריין בתקופת השיקום.

¹³⁰ באנגליה ל- 35% מהגברים ול- 8% מהנשים עד גיל 35 יש רישום פלילי כלשהוא. חוק הרהביליטציה, בשל חריגיו הרבים, מקשה עליהם עד מאוד במציאת עבודה, ובמיוחד לנוכח האפשרות הקיימת למעבידים לקבל תעודה מפורטת.

טבלה מס' 8 : תנאים למחילת עבר פלילי בקנדה

| התנאים | תקופת הזמן מריצוי העונש | סוג ההרשעה |
|-----------------------------|-------------------------|--|
| אי הרשעה נוספת התנהגות טובה | 5 שנים | עבירה שהוגש בה כתב אישום |
| | | עבירה בשירות הצבאי שהוטל עליה עונש של יותר מ- \$ 2,000 קנס, מחבוש מעל 6 חודשים, סילוק מהשירות או מאסר של יותר מ- 6 חודשים. |
| אי הרשעה בעבירה נוספת | 3 שנים | עבירה שניתן להעניש בגינה בהליכי דיון מקוצרים |
| | | עבירת שירות צבאי אחרת ¹³⁰ |

מלבד קבלת חנינה מהמועצה, רשאי כל עבריין לפנות למלכה לשם קבלת חנינה (mercy) או מחילה (pardon).

הנה כי כן, אף בקנדה היקפה של הרהביליטציה מוגבל לעבירות שעונשן קל בלבד, אולם תוך זמן קצר ניתן לקבל "מחילה" שמשמעותה העברה פיסית של הרישום הפלילי מדי המשטרה, באופן שכל גישה למידע זה מותנית באישור פרקליט המדינה. למרות שהחוק הקנדי משתמש במונח "מחילה" הרהביליטציה בקנדה הינה בעלת אופי שיפוטי, ולמועצה סמכות אף לערוך חקירה כדי לעמוד על טיב התנהגותו של האדם בתקופת השיקום.

המרשם הפלילי בקנדה כולל אף הרשעות במסגרת הליכים משמעתיים צבאיים, ואם העונש שניתן בגינן הינו קל יחסית, הן ניתנות למחיקה בתוך שלוש עד חמש שנים.

¹³⁰ עבירות שירות מוגדרות ככל עבירה שאדם עבר לפי כל חוק בזמן היותו נתון לתחולת חוק המשמעת הצבאית.

ד. אוסטרליה

ה- Criminal Records (Spent Conviction) Act מסדיר את סוגיית הרישום הפלילי והרהביליטציה בדין האוסטרלי. בהתאם לחוק זה, המרשם הפלילי כולל הרשעות, קביעות אשמה ללא הרשעה, הוראות טיפוליות לפי חוק הנוער, חנינות ואף הליכים משמעותיים בכלא.

החוק מאפשר מחיקה (spent) אוטומטית של עבר פלילי אם העונש שהוטל בגינו אינו עולה על 6 חודשי מאסר. מצד שני החוק קובע החיאה אוטומטית של עבר שנמחק אם העבריין הורשע בעבירה נוספת שעונשה מאסר.

טבלה מס' 9: תנאים למחיקת עבר פלילי באוסטרליה

| התנאים | תקופת הזמן מריצוי העונש | סוג ההרשעה |
|---|----------------------------|--|
| ריצוי העונש אי הרשעה בעבירה הגוררת מאסר | 5 שנים | הרשעה שהוטלו בה עד 6 חודשי מאסר בבימ"ש לנוער |
| | 10 שנים | הרשעה שהוטלו בה עד 6 חודשי מאסר ביחס לבוגרים |
| | מידית או עם סיום תק' המבחן | צו מבחן והוראות שנתנו ללא הרשעה |

משמעות המחיקה של העבר הפלילי הינה מתן פטור לעבריין מלמסור מידע או מלענות על שאלות המתייחסות לעברו, וכל מגבלה הקיימת בחוק ביחס לבעל עבר פלילי אינה מתייחסת לעבר פלילי שנמחק. עם זאת, החוק אוסר מפורשות על השמדת המידע שנמחק.

למחיקת הרישום הפלילי באוסטרליה קיימים חריגים רבים. ניתן להעביר מידע שנמחק בין גופי חקירה שונים, ואף להגישו כראיה בהליך פלילי. בית המשפט אף רשאי להתיר חשיפה של מידע שנמחק לשם הבטחת עשיית צדק. כמו כן ישנם תפקידים רבים שביחס אליהם העבר הפלילי לעולם אינו נמחק, כגון: שופט, שוטר, סוהר, קצין מבחן, מורה ומטפל בילדים (מידע הנוגע לעבירות מין), לשמש כמושבע במשפט, ועוד.

הרהביליטציה בדין האוסטרלי, הינה מוגבלת למדי. רק עבירות קלות ימחקו אוטומטית בחלוף תקופה ממושכת של עשר שנים. למחיקת העבר הפלילי קיימים סייגים רבים, וגם לאחריה נותרות מגבלות רבות על כשרותו של העבריין למלא תפקידים ומשרות

מסוימות. המרשם הפלילי לעולם אינו נמחק פיסית מהמרשם, ותמיד פתוח לגישה לשורה ארוכה של גורמי האכיפה הפליליים.

ה. צרפת

סעיפים 782 – 798 לקוד הפרוצדורה הפלילית הצרפתי מסדירים את הרהביליטציה של העבריינים. בהתאם להוראות אלו זכאי עבריין שריצה את עונשו להגיש בקשה לשיקום עברו הפלילי. על הבקשה להיות מוגשת לתובע המחוזי של מקום מגוריו, ולאחר שזה יבדוק את התנהגות העבריין, ואת פסק דינו של בית המשפט שהרשיעו, יובא העניין לדיון בפני התובע הכללי של צרפת, אשר מוסמך להורות על מחיקת עברו הפלילי של הנאשם.

התנאים לשיקום העבר הפלילי כוללים חלוף תקופת שיקום במהלכה התנהג העבריין בלא דופי. כמו כן, על מבקש השיקום להוכיח כי שילם את כל הקנסות והפיצויים שהוטלו עליו בגין אותה עבירה.

טבלה מס' 10 : תקופות השיקום בצרפת

| תקופת הזמן מריצוי העונש | סוג ההרשעה ¹³¹ |
|-------------------------|-------------------------------------|
| 5 שנים | עבירה חמורה peine criminelle |
| 3 שנים | עבירה בינונית peine correctionnelle |
| שנה | עבירה קלה peine contraventionnelle |
| מידית | עבודות שירות |

ביצוע עבירה נוספת לאחר שיקום העבר הפלילי אינו מחיה את העבר ששוקם, אולם עשוי להאריך במקרה של עבירה חמורה את תקופת השיקום ל- 10 שנים, ובמקרה של עבירה בינונית ל- 6 שנים.

הרהביליטציה אינה אוטומטית, אלא על העבריין להגיש בקשה לשיקום עברו, אשר תדון בפני התובע הכללי, ובמסגרתה תבחן התנהגותו של העבריין במהלך תקופת השיקום.

¹³¹ החוק הצרפתי מתייחס למדרג של שלושה סוגי עבירות. על פי Dahl's Law Dictionary (1995 Paris), החלוקה הינה לעבירה חמורה (פשע), עבירה בינונית, שעונשה יותר מ- 5 ימי מאסר אך לא יותר מ- 5 שנות מאסר ועבירה קלה שעונשה עד חודשיים מאסר או קנס עד 6,000 פרנק צרפתי.

לדיון זה אופי שיפוטי והעברייני אף רשאי להיות מיוצג על ידי סניגור במסגרתו ולהגיש ראיות מטעמו. במידה ובקשת השיקום נדחתה על ידי התובע הכללי, רשאי העברייני לערער על החלטת התובע הכללי לבית המשפט לערעורים. במידה והערעור נדחה, ניתן לפנות בבקשה נוספת רק בחלוף שנתיים נוספות.

ו. סיכום

ניתן לראות כי מוסד הרהביליטציה זכה לעיגון חוקי בשיטות משפט רבות, כדרך המרכזית לשיקום עברו הפלילי של מי שהורשע בביצוע עבירות צבאיות, וזאת מבלי לפגוע בסמכות העומד בראש המדינה להעניק חנינה. בחלק משיטות המשפט הרהביליטציה חלה על כל העבירות קלות כחמורות, ובחלקן האחר, חלה על עבירות קלות בלבד, שחומרתן נמדדת על פי סוג העבירה ועל פי חומרת העונש שהוטל על העברייני. עוד ניתן לראות כי בכל השיטות שנסקרו, הרהביליטציה מתבצעת כאקט חד שלבי, שלא כבישראל, והדבר ניכר במשכן הקצר יותר של תקופות השיקום.

על מנת שהרהביליטציה תשיג את מטרתה, קרי מתן הזדמנות אמיתית לעברייני להשתלב בחברה כשווה בין שווים, נדרש קיומם של מספר תנאים המתקיימים רק בחלק משיטות המשפט: עליה לחול על כל העבירות ולא רק על העבירות הקלות ביותר, תוצאותיה צריכים להיות ביטול מוחלט של כל פסלות או מגבלה שחלה על העברייני, וכדי להבטיח זאת רצוי להעביר את הרישומים שנמחקו למאגר נפרד. כמו כן, יש להמנע מליתן לפרט העתק רשמי של הפרטים אודותיו במרשם, או לחילופין לאסור על גופים שאינם מורשים לדרוש מן הפרט מידע אודות עברו.

על מנת להתגבר על החשש מפני הסיכון לבטחון הציבור שבחתימתו המוחלטת של העבר הפלילי, ראוי כי בעבירות שהינן חמורות יהיה משך השיקום ארוך יותר, והעברייני יצטרך להוכיח את שיקומו באופן פוזיטיבי בפני הועדה.

8. דרכי התמודדות אפשריות עם סוגיית הרישום הפלילי במערכת הצבאית

כאמור לעיל, לרישום הפלילי נודעות השלכות מרחיקות לכת על יכולתו של העבריין להשתלב בחברה עם סיום עונשו. הדברים מקבלים משנה תוקף כאשר מדובר בחיילים צעירים העומדים בפני תחילת חייהם כאזרחים בוגרים בחברה.

הפתרונות לצמצום השלכותיו של המרשם הפלילי, אפשריים במספר נקודות זמן: בשלב שלפני הגשת כתב האישום, בשלב המשפט, ובשלב שלאחר המשפט.

א. לפני הגשת כתב האישום

(1) שיפוט בדין משמעתי

הדרך האחת, שהינה מתאימה לעבירות קלות יחסית בהן אין צורך בענישה מרתיעה, הינה העברת הענין בהוראת הפרקליט הצבאי לדיון משמעתי. בדרך זו, ניתן יהיה להימנע מרישום פלילי, אך גם לא ניתן יהיה להטיל עונש כבד ומרתיע¹³².

עם זאת ראוי להיזהר מהעברת עבירות בעלות אופי פלילי, קרי עבירות שמגולמת בהן מידה של אנטי חברתיות. "פליליזציה" של הדיון המשמעתי, עלולה לגרום לקשיים מסוימים, שכן קצין השיפוט המקיים הליך זה אינו בעל השכלה משפטית, אינו כפוף לדיני ראיות ואף אינו מחויב בנטל הוכחה מעל לכל ספק סביר. בכך, קיימת סכנה כי עניינים שבמהותם מעידים על מסוכנות לחברה לא יתועדו במרשם הפלילי. כך למשל, הפניית תיקי הטרדה מינית לדיון משמעתי, עשויים להוביל לתוצאה כי אותו עבריין, גם אם כתוצאה מהרשעתו ישוחרר מהשירות הצבאי¹³³, יוכל לעסוק במקצועות אזרחיים רגישים המחייבים מידה גבוהה של אמון, כגון: רופא, מורה וכד'.

(2) קביעת עבירות שאינן גוררות רישום פלילי

פתרון זה, שהינו מתאים לעבירות שחומרתן נודעת להן בשל ההקשר הצבאי בו נעברו, הינה העמדת החייל לדיון בביד"צ בעבירה צבאית שאינה בת רישום פלילי. כך, מחד יתאפשר להטיל ענישה חמורה ומרתיעה המבטאת את צורכי המשמעת הצבאית ומאידך

¹³² ראוי להעיר, כי לעיתים לצד ההוראה להעמיד את החייל עובר העבירה לדיון משמעתי, ממליצה הפרקליטות הצבאית למפקדיו של החייל לנקוט כלפיו באמצעים פיקודיים כגון: עיכוב או מניעת קידום בדרגה או בתפקיד לתקופה מסוימת (ראה למשל בפרשת גלילי, בג"ץ 1284/99 פלונית נ' ראש המטה הכללי ואח', פ"ד נג (2) 62), או אף לנקוט בהליכים להתרת התחייבותו לשירות קבע. לעיתים, עצם נקיטת ההליכים הפיקודיים כנגד החייל, עשויים להוות שיקול להמנעות מהעמדתו לדיון בפני ביד"צ צבאי, והסתפקות בדיון משמעתי (ר' למשל פרשת אל"מ יהודה מאיר, בג"ץ 425/89 צופאן נ' הפרקליט הצבאי הראשי, פ"ד מג (4) 718).
¹³³ על פי מדיניות הצבא מי שהורשע בדיון משמעתי בהטרדה מינית, יובא עניינו אוטומטית בפני הועדה להתרת חוזים, שבסמכותה לשחררו בעל כורחו מהשירות הצבאי.

להימנע מהשלכותיו של הרישום הפלילי מחוץ למסגרת הצבאית. על מנת לאפשר שימוש יעיל בדרך זו יש להוסיף לתקנות המרשם הפלילי את העבירות הצבאיות, אשר חומרתן נובעת מצרכי המשמעת הצבאית ולא מערכי החברה האזרחית. בעבירות אלו, אין העברין מהווה סיכון לחברה, ולכן נשמטת ההצדקה להכללתן במרשם הפלילי. כך למשל, חייל המסרב להשמע להוראות מפקדיו, ראוי לעונש מרתיע בשל הפגיעה החמורה ביסוד המרכזי של המשמעת הצבאית, אולם אין להסיק מהתנהגותו על מסוכנות כלשהיא לחברה, שיש בה כדי להצדיק הגבלות על כשרותו למלא תפקידים מסוימים בה. החשש בפתרון זה הינו בכך שהוא פותח פתח לתביעה הצבאית להמיר סעיפי אישום ברישום פלילי בכאלו שאינם.

פתרון דומה נוסף הינו ההצעה לקבוע כי עניינים מסוימים יועברו על ידי התביעה לדיון במותב של שופט יחיד, וכי הרשעות במותב יחיד לא יגררו רישום פלילי¹³⁴. הצעה זו אינה פותרת את בעיית סיווג העניינים שיובילו לרישום פלילי, אלא רק מחמירה אותה, שכן כעת אותו סעיף אישום עשוי להוביל לרישום פלילי או לא. משמעותה המעשית של הצעה זו הינה הרחבה של שיקול דעת התביעה הצבאית ומידת שליטתה בשאלת הרישום הצבאי, על חשבון הצרת שיקול דעתו של בית הדין, שיהיה כבול בנושא זה בהתאם להכרעת התביעה.

ב. בשלב המשפט

(1) המרת סעיף אישום במסגרת הסדר טיעון

דרך זו, מאפשרת כאמור לתביעה הצבאית להמיר במסגרת עיסקת טיעון את סעיף האישום המקורי בסעיף עבירה, פחות מתאים לעובדות המקרה, שאינו נושא רישום פלילי, כנגד הודאה מצד הנאשם או הסכמתו לענישה חמורה יותר. אף כי לבית הדין נתונה סמכות שלא לקבל עיסקאות טיעון, הדבר נעשה במקרים נדירים ביותר, והתוצאה הינה כי למעשה בידי הפרקליט הצבאי נתונה הסמכות לחרוץ את סוגיית הרישום הפלילי.

אין לכחד כי סמכותה של התביעה להמיר את סעיף האישום במסגרת עיסקת טיעון הינה סמכות חשובה וחיונית. המרת סעיף האישום בסעיף שאינו גורר רישום פלילי לעיתים הינה הרע במיעוטו, כאשר האפשרות האחרת הינה זיכוי הנאשם מחמת חוסר ראיות.

יחד עם זאת, בחירה בפתרון זה עשויה לגבות מחיר כבד, שכן סמכות זו עשויה לשמש מנוף בידי התביעה להחמרת הענישה בתמורה להקלה ברישום הפלילי. במקרים אלו עשויה התביעה הצבאית לוותר על הצורך בהזרת החברה מפני העברין, תמורת הטלת עונש כבד ומרתיע יותר, ובכך לעקוף את מטרתו של המרשם הפלילי. כאשר המדובר בעבירה בעלת מאפיינים פליליים אנטי חברתיים, אין להימנע מהרישום הפלילי.

¹³⁴ ראה סיכום ועדת סגן הפצ"ר לצמצום השלכות המרשם הפלילי, ה"ש 116 לעיל.

מצד שני, כאשר מדובר בעבירה שאינה בעלת מאפיינים פליליים, אין זה ראוי מלכתחילה, להגיש כתב אישום בסעיף נושא רישום, שאז הרישום הפלילי הופך באופן בלתי הוגן לקלף מיקוח בידי התביעה במשא ומתן על חומרת העונש.

(2) הסמכת בתי הדין הצבאיים להטיל צו מבחן או צו שירות לטובת הציבור בלא הרשעה

הדרך השניה, לצמצום השלכות המרשם הפלילי, הינה ע"י הקניית סמכות לבתי הדין הצבאיים להטיל צעדי טיפול וענישה בלא הרשעה, כאחת משיטות הענישה העומדות לרשותם. בעזרת סמכות זו הנתונה לבתי המשפט האזרחיים, יוכלו בתי הדין הצבאיים, לצמצם את השלכות הרישום הפלילי, באותם מקרים שהינם פליליים במהותם, אולם חומרתם מועטה. במקרים אלו, כאשר הנזק לחברה הינו נמוך, והנזק המסתבר לנאשם באם יורשע הינו רב, יהיה ראוי לאפשר לבית הדין הצבאי להימנע מהרשעה.

עם זאת, ראוי להעיר מספר הערות ביחס ליעילות השימוש בדרך זו. ראשית, לא ניתן ליישמה במקרים בהם קיים צורך בענישה מרתיעה בשל צורכי המשמעת הצבאית. כאשר בית המשפט מסתפק באי הרשעה, הוא בהכרח פוגע בשיקול ההרתעה, שכן לא ניתן להטיל עונש אחר זולת צו מבחן או צו של"צ. שנית, כבר נאמר כי צווים טיפוליים אלו הקיימים במערכת האזרחית קשים ליישום במערכת הצבאית, הן משום הצורך במנגנון פיקוח, והן משום היעדר פנאי לחיילים לבצע עבודות למען הציבור. הראיה לקשיים אלו הינה כי כאשר בית הדין הצבאי מטיל צווים אלו ביחס לאזרחים מכוח סעיף 33 לחש"ץ, הצווים מועברים לטיפולם של בתי משפט אזרחיים. שלישית, יש לזכור כי גם צווי מבחן ושל"צ בלא הרשעה נרשמים במרשם הפלילי, אלא שכאמור מידע אודותיהם ימסר לגורמים מצומצמים בלבד, והם לא יחשבו כהרשעה לענין הוראות פסלות. לבסוף, כאשר מדובר בעבירה שאינה בעלת מאפיינים פליליים וחומרתה קלה, כי אז אין צורך בשימוש באמצעי זה, והפתרון הטוב ביותר הוא הפניית הענין לדיון משמעת¹³⁵.

(3) הקניית שיקול דעת לבית הדין הצבאי להכריע בנושא הרישום הפלילי

על פי הצעת הסניגוריה הצבאית, יש להקנות שיקול דעת לבית הדין הצבאי לקבוע בכל מקרה האם ההרשעה באותה עבירה תגרור רישום פלילי¹³⁶, כאשר ניתן אף להתוות שיקולים סטטוטוריים אשר ינחו את בית המשפט בקבלת החלטתו.

¹³⁵ קיומו של הליך הדיון המשמעותי בצה"ל כהליך חלופי לאותם מקרים פחותי חומרה, מייצרת במידה רבה את הצורך בסמכות אי ההרשעה במערכת הצבאית, מה גם שהדין המשמעותי אינו גורר רישום פלילי כלל.

¹³⁶ פתרון זה הועלה כהצעה במסגרת דיוני ועדת סגן הפצ"ר לצמצום השלכות הרישום הפלילי.

לאחרונה, העלה הסניגור בתיק צפ/246/00¹³⁷, אגב טיעונו בתיק, טענה לפיה, ההסדר הראוי במערכת הצבאית הינו להותיר בידי בית הדין הצבאי, את שיקול הדעת האם לרשום את הרשעתו של הנאשם במרשם הפלילי או בגליון ההתנהגות הצבאי בלבד, בלא להגביל את סמכות בית הדין להעניש. לשם התווית שיקול דעתו של ביה"ד הציע הסניגור את הקריטריונים הקבועים בסעיף 1 לפקודת המבחן בהתאמות המחויבות לשירות הצבאי (אופי שירותו של החייל, משך השירות, גילו, תנאי ביתו, טיב העבירה נסיבות מקלות ועוד). הצעה זו התקבלה באהדה רבה על ידי שופט המיעוט באותו תיק:

"עם זאת השופט שבמיעוט מצטרף לדעתו של הסניגור ואף הוא סבור כי יש להקנות לבית הדין על ידי שינוי החוק את הסמכות לקבוע אימתי הרשעה של נאשם בבית דין צבאי לא תרשם ברישום הפלילי הקריטריונים להחלטה מעין זו יותאמו לקריטריונים הקבועים בפקודת המבחן ואין ספק שבתי הדין יוסיפו עליהם ויתאימו אותם למהות ולאופיו של השירות בצבא. מוצע שעל החלטה מעין זו ניתן יהיה לערער בפני בית הדין הצבאי לערעורים."

יתרונה של הצעה זו הינה בהפיכת נושא הרישום הפלילי לנושא שפיט, והעברת שיקול הדעת בנושא חשוב זה מידי התביעה לידי בית המשפט. החסרון הבולט בהצעה זו הינו בחשש, הקיים גם כאשר שיקול הדעת בידי התביעה, מפני ערכוב נושא הרישום הפלילי עם שיקולי הענישה. משמעות החשש היא כי בית הדין יתחשב בעת גזירת העונש בשאלת קיומו או אי קיומו של רישום פלילי, ובכך יהפוך את הרישום הפלילי, שהיה עד כה בבחינת "עונש סמוי" לעונש של ממש. חשש זה מתגבר לנוכח ההצעה כי בית הדין לא יוגבל בפסיקת העונש, במקרים בהם יחליט כי ההרשעה לא תרשם במרשם הפלילי.

כמובן, שבכך יחטיא בית הדין לחלוטין את מטרתו של הרישום הפלילי: הגנת החברה ולא ענישת העברייני. יתרה מכך, אם זוהי מטרתו של המרשם הפלילי, כי אז רצוי שנקודת הזמן בה יחליט בית הדין בנושא הרישום הפלילי, תחול בחלוף פרק זמן מסוים מסוים ריצוי העונש, אשר במהלכו ניתן יהיה להתרשם מהתנהגותו ומאורח חייו של הנאשם.

ניתן להקשות ולטעון כי בית הדין יפעיל סמכות זו רק במקרים בהם ניתן להסיק מנסיבות ביצוע העבירה ומנסיבותיו האישיות של העברייני כי אין בהתנהגותו כדי להעיד על

¹³⁷ צפ/246/00 **התובע הצבאי נ' סמל א. א.** באותו ענין הועמד לדין בגין עבירת היעדר מן השירות בלא רשות, לפי סעיף 94 לחש"פ, איש מילואים שלא הגיע לשירות מילואים במשך 116 ימים. לזכות הנאשם עמדו נסיבות רבות התומכות באי הרשעתו בעבירה בת רישום פלילי: היעדרתו נמשכה מספר ימים מעבר לגבול ההעמדה לדין משמעותי לפי מדיניות התביעה הצבאית; צו המילואים נשלח לכתובתם של הוריו אשר ניתקו עימו קשר עקב נישואיו לאזרחית זרה; הנאשם סיים שירות חובה תקין בנח"ל, מבלי שנרשמה לו תלונה אחת בגין היעדר מן השירות; הנאשם עסק בין השאר בהוראת מוסיקה ובעבודה עם אוכלוסייה קשת יום ונוער עברייני, ועל כן ביקש מבית הדין להמנע מהרשעתו בשל ההשלכות הקשות הצפויות להרשעה זו על המשך עיסוקיו ועל היותו דוגמא לחניכיו.

מסוכנותו לציבור, אולם במקרים כגון דא, כאמור, ניתן להסתפק בפתרונות שלפני המשפט, קרי קביעת עבירות שאינן גוררות רישום פלילי, או הפנית הענין לדין משמעת.

דרך נוספת להעברת שיקול הדעת לידי בית הדין מהתביעה, הינה באמצעות תיקון כתב האישום על ידי בית הדין כך שהנאשם יורשע בעבירה שאינה גוררת רישום פלילי, באותם מקרים בהם בחרה התביעה להגיש כתב אישום בעבירה בת רישום פלילי.

דרך זו הועלתה על ידי הסניגוריה מספר פעמים¹³⁸ אולם התקבלה לראשונה רק בתיק צפ/448/005/הנ"ל, בהחלטת הרוב כנגד דעתו החולקת של שופט המיעוט. באותו תיק טען הסניגור כי עד אשר יתוקן החוק ותנתן לבית הדין סמכות להכריע בכל ענין בשאלת הרישום הפלילי, יש לפרש את סעיף 378 לחש"צ שכותרתו "שינוי כתב אישום" כך שתוכר סמכותו של בית הדין לתקן את כתב האישום עד למועד הכרעת הדין מטעמים של צדק. על ידי תיקון כתב האישום יוכל ביה"ד להמיר את סעיף האישום בעבירה שאינה בת רישום פלילי¹³⁹.

הקושי בדרך זו, עליו עמדה התביעה ואתו אימץ שופט המיעוט הינו הפגיעה בפררוגטיבה של הפרקליטות ביחס להגשת כתבי אישום. יפים לענין זה דברי שופט המיעוט:

"שופט המיעוט בדיעה שהתביעה הינה השליט הבלעדי של כתב האישום וכי לבית הדין אין כל סמכות להתערב בשיקול דעתה של התביעה ולשנות ביוזמתו או לבקשת הסניגור את כתב האישום בניגוד לדעת התובע כדי להקל עם הנאשם."

יתרה מכך, לפי דרך זו בכל מקרה בו יסבור בית הדין כי נסיבות המקרה אינן מצדיקות רישום פלילי, יהיה עליו להרשיע את הנאשם בעבירה שאינה בת רישום פלילי. ואולם, למרבית העבירות שהן בנות רישום פלילי אין עבירה מקבילה שאינה גוררת רישום פלילי, ובית הדין ידרש לשימוש תדיר ב"עבירות הסל", כגון: התנהגות שאינה הולמת ופגיעה במשמעת. שימוש ב"עבירות הסל" הכלליות מקום שהמעשה מקיים מפורשות יסודותיה של עבירה ספיציפית, נראה לנו כשימוש בעייתי מבחינה משפטית. כך למשל קובע סעיף 132 לחש"ץ כי אחד מיסודות עבירת הפגיעה במשמעת הינו שהמעשה אינו מהווה עבירה לפי סעיף אחר.

(4) קביעת הרישום הפלילי כפועל יוצא של חומרת העונש

¹³⁸ ראה: צפ/448/98 התובע הצבאי במחוז צפון נ' סמל א' א', שם הועמד לדין בעבירה לפי סעיף 85 לחש"ץ (שימוש בלתי חוקי בנשק) חייל שירה פילטרים של סיגריות באמצעות נשקו מבלי לסכן אף אחד. בקשת הסניגור כי בית הדין ימיר את סעיף האישום נדחתה, אם כי בית הדין מתח ביקורת על שיקולי התביעה הצבאית בבחירת סעיף האישום.
¹³⁹ באותו ענין, החליטה דעת הרוב על הרשעת הנאשם בעבירה של התנהגות שאינה הולמת לפי סעיף 130 לחש"ץ, על מנת להימנע מהרישום הפלילי הכרוך בעבירת ההיעדר מן השירות.

דרך נוספת¹⁴⁰ לצמצום השלכות הרישום הפלילי הינה קביעת הרישום הפלילי כפועל יוצא של חומרת העונש שנפסק בפועל. החידוש בהצעה זו הינו בכך שהיא אינה מסתכלת כמו חוק המרשם הפלילי על סוג העבירה לפי חומרתה הפוטנציאלית כפי שהיא מבוטאת בעונש המקסימום הקבוע לצידה בחוק, אלא בוחנת את חומרת העבירה ואת מסוכנותו של הפרט לציבור על פי חומרת העונש שנפסק לעברייין בפועל.

דרך זו חוסמת את הפתרון של המרת רישום פלילי בעונש חמור במסגרת עיסקת טיעון, שכן באם תיושם דרך זו עונש חמור ממילא יצמיח את הרישום, ואז לא ניתן יהיה להמיר רישום פלילי, בהסכמה לעונש חמור יותר.

דא עקא, שחומרת העונש אינה מלמדת תמיד על מסוכנותו של העברייין לבטחון הציבור. לעיתים קרובות העונש במערכת הצבאית יושפע לחומרה דווקא משיקולי הרתעה וצורכי המשמעת הצבאית, ולא בשל מידת האנטי חברתיות הגלומה במעשה, ולעיתים העונש יושפע לקולא משיקולים אישיים הקשורים במצבו הכלכלי והמשפחתי של הנאשם, חרף האנטי חברתיות הגלומה בעבירה. שיקולים אלו, חשובים ככל שיהיו לשלב גזירת העונש, אינם רלוונטיים לשאלת הרישום הפלילי. זאת אף זאת, זיהוי הרישום הפלילי עם חומרת העונש, עשוי להוביל גם כן, לערוב לא רצוי של מטרות הענישה עם מטרות המרשם הפלילי.

ג. לאחר המשפט

בשלב שלאחר ההרשעה ניתן לצמצם את השלכות המרשם הפלילי באמצעות המסלולים אותם מטווה חוק המרשם הפלילי עצמו, או באמצעות הנהגת שיטת רהביליטציה כללית במדינת ישראל, כהצעתו של פרופ' פלר.

(1) התיישנות ומחיקה אוטומטיים של העבר הפלילי

חוק המרשם הפלילי מאפשר התיישנות ומחיקה אוטומטיים של רישומים פליליים בחלוף תקופת מינימום של שבע שנים ולאחריהן עשר שנים נוספות. ברי, כי פתרון זה אינו יכול להיות מספק כאשר מדובר בעבירה שאינה בעלת אופי פלילי או שמידת המסוכנות הנשקפת ממנה לחברה הינה מועטה. במקרים כאלו, התוצאה תהיה כי הרישום הפלילי יהווה את העונש העיקרי שנים רבות לאחר סיום ריצוי העונש. כך למשל, חייל שהורשע בגניבה קלת ערך מחברו, ונדון לתקופת מאסר של מספר חודשים, ישא את קלונו במשך 17 שנים, עד אשר ימחק.

בנוסף, הוראות ההתיישנות והמחיקה אינן מאפשרות שיקום מוחלט של עברו של אדם, כלפי כולי עלמא, שכן גם לאחריהן ישנם גורמים רבים בפניהם נותר המרשם פתוח. התיישנות ההרשעה אינה מטהרת את עברו של העברייין אף שאין הוא חייב למסור מידע

¹⁴⁰ פתרון זה הוצע במסגרת דיוני ועדת סגן הפצ"ר, לעיל הערה 116.

אודותיו¹⁴¹, וגם מחיקת העבר אינה מכשירה אותו למלא תפקידים מסוימים כגון שופט. הנה כי כן, מסלול ההתיישנות והמחיקה הקיים בחוק המרשם הפלילי אינו מספק מענה הולם לבעיית הרישום הפלילי, בגין הרשעות בבתי הדין הצבאיים. העיתוי בו משוקם העבר הפלילי מאוחר בשנים רבות למועד בו הוא באמת נחוץ להשתלבותו של החייל בחברה האזרחית.

(2) התיישנות או מחיקה של הרישום הפלילי על ידי נשיא המדינה

מסלול אחר שמציע חוק המרשם הפלילי הינו קיצור תקופות ההתיישנות או המחיקה על ידי נשיא המדינה. במסגרת מסלול זה פועל מדור חנינות של הפרקליטות הצבאית, אשר מעביר את המלצותיו לנשיא המדינה ביחס לבקשות חיילים למחיקת עברם הפלילי. מסלול זה אינו אוטומטי והוא מותנה בפניית החייל.

יתרונו של מסלול זה הינו בקיצור תקופת השיקום למועד בו החייל עומד בפני השתלבות בחברה. החסרון הבולט של מסלול זה הינו בהיות החייל נתון לחסדו של נשיא המדינה, שהינו בעל שיקול דעת מוחלט בהפעלת סמכותו זו, ולכאורה אין הוא כפוף לקריטריונים משפטיים כלשהם. עם זאת, ציינו כבר כי מסלול זה הפך במסגרת הצבאית למעין שיקום בזכות, שכן כל פניה של חייל נבחנת על ידי משפטני מדור חנינות, על פי קריטריונים ואמות מידה משפטיות, בטרם מועברת המלצתו לנשיא המדינה, ולשר הבטחון.

מסלול זה בא לידי ביטוי אף בפעולת הועדה לעיון בעבר פלילי¹⁴², אשר ממליצה לנשיא המדינה ולשר המשפטים על מחיקת עבר פלילי מתקופת טרום גיוסו של החייל בדרך של חנינה, אם החייל התגייס לצה"ל כשהוא נושא עבר פלילי והשתחרר לאחר לפחות שנתיים של שירות תקין, ללא הרשעות בבית דין צבאי וללא יותר מ- 6 הרשעות בדין משמעתי. גם כאן אין המדובר בזכות כי אם בעניין שבחסד.

(3) החלפת חוק המרשם הפלילי בחוק ריהביליטציה

¹⁴¹ ראה בג"צ **מחפוד, לעיל** הערה 61, שם אישר בג"ץ את חוקיות החלטת ועדת שרים לפי חוק שירותי הדת היהודיים לפסול את מינוי של העותר למועצה הדתית נתניה בשל עברו הפלילי בגין עבירות מרמה, אף שחלפה תקופת ההתיישנות של ההרשעה, מאחר והעותר הוא שהביא את דבר הרשעתו לידיעת ועדת השרים. ניתן לראות בענין זה, כי חרף הוראת סעיף 19(א) לחוק המרשם הפלילי הקובעת כי מידע על הרשעה שהתיישנה לא יובא בין שיקוליו של מי שהיה זכאי לקבלו אלמלא ההתיישנות, בג"ץ אפשר לוועדת השרים להתחשב בהרשעה שהתיישנה. אילו היה החוק מכריז על שיקומו המוחלט של העבר הפלילי כי אז בכל מקרה לא היתה הועדה רשאית להתייחס לעברו הפלילי של העותר.

¹⁴² ראה: הוראת קבע אכ"א ק-05-03-33- נוהל המלצת צה"ל למתן חנינה לבעלי עבר פלילי.

פתרון אחר לצמצום השלכות הרישום הפלילי הינו מוסד הרהביליטציה אותו מציע פרופ' פלר, במקום תקנת השבים שבחוק המרשם הפלילי. לצורך החלת פתרון זה ישנו צורך, כמובן, בתיקון כולל של ההסדר הנוהג במדינת ישראל¹⁴³.

מטרתו של מוסד הרהביליטציה הינה לספק אפשרות ריאלית לבעלי עבר פלילי לפתוח דף חדש בחייהם, ע"י החלפת זהותם המוכתמת בזהות חדשה נקיה מכל רבב. כדי לאפשר זאת, על עניין הרהביליטציה להיות ענין שפיט, רחוק ומוגן מכל נימה אישית של שרירות לב ושל שיקול דעת שלטוני.

בדומה להסדר הקיים בחוק הצרפתי, הריהביליטציה מתבססת על התקימותם של שלושה תנאים: נשיאה מלאה של העונש, חלוף תקופה מסוימת מריצוי העונש, והתנהגות ראויה במהלך אותה תקופה.

לשיטת פלר רצוי לנקוט בשני סוגים של ריהביליטציה. ביחס לעבירות הקלות, ריבהיליטציה אוטומטית אם בתוך תקופה מסוימת לא עבר אותו אדם עבירות נוספות.

ביחס לעבירות החמורות, ריהביליטציה שיפוטית, בה המעונין בדבר ידרש לשכנע את בית המשפט שאכן הוא שינה את יחסו כלפי ערכי החברה ואת אורחות חייו כך שהעבר הפלילי שלו שוב הינו אנאכרוניסטי. משך תקופות הרהביליטציה לשיטת פלר צריך להקבע על פי סוג העבירה והעונש שהוטל בפועל.

למעשה ניתן למצוא כיום במערכת המשפט הצבאית מקבילות מסויגות לשתי שיטות הרהביליטציה. ריהביליטציה אוטומטית המבוצעת מכוח חוק המרשם הפלילי עצמו, וריהביליטציה מעין שיפוטית המבוצעת ע"י מדור חנינות בפרקליטות הצבאית, אלא שאין היא ריהביליטציה שבזכות כי אם רק המלצה הנתונה לחסדו של נשיא המדינה. כן, ראוי לזכור כי במסגרות אלו, נדרשת תקופת שיקום ארוכה למדי, וגם בסופה אין טיהור מוחלט של העבר הפלילי.

9. מסקנות

הרישום הפלילי המתלווה להרשעה בבית משפט או בבית דין, מטיל נטל כבד מאוד על כתפי המורשע בדין. אף שאין הרישום הפלילי מהווה רכיב ענישה בידי בית המשפט, יש בו פעמים רבות כדי להוות "רכיב ענישה סמוי", לעיתים כבד יותר מהעונש המוטל. מקורו של קושי זה נעוץ בחוקים הרבים המטילים מגבלות שונות בפני מי שהורשע בפלילים, לצורך הגנת החברה מפניו.

¹⁴³ מוסד הרהביליטציה אינו חדש במשפט הישראלי. מוסד זה עוגן בהוראות סעיפים 463-478 לחוק הפרוצדורה הפלילית העות'מני, אשר היה בתוקף עד לשנת 1965. עם זאת, מוסד זה לא הופעל במשפט הישראלי, ונראה כי הסיבה לכך הינה ההצמדות למשפט האנגלי בו הסמכות לחנון היתה נתונה רק לכתר.

חוק המרשם הפלילי אשר נחקק בתחילת שנות ה-80, מתוך כוונה להקל על מצוקת העבריינים על ידי התיישנות ומחיקה של עברם הפלילי, נכשל, לדעתנו, במידה רבה בהשגת מטרתו, שכן הוראותיו, מאפשרות מחיקה של הרישום הפלילי, רק בחלוף תקופות ארוכות למדי, ואף לאחריהן הרישום הפלילי ופסליותו אינם נמחקים לחלוטין.

בעיה זו התבטאה במלוא עוצמתה בצה"ל, המורכב ברובו מצעירים וצעירות ללא עבר פלילי וללא רקע עברייני המצויים בתחילת חייהם כבוגרים, הנדרשים לעמוד בנורמות ובכללים קפדניים, ובמשמעת גבוהה שהציבה להם המערכת הצבאית. צעירים אלו, אשר בקלות רבה עשויים למצוא עצמם נותנים את הדין בפני בתי הדין הצבאיים בשם המשמעת הצבאית, עשויים לשאת רישום פלילי למשך שנים ארוכות, לאחר שחרורם מהשירות הצבאי.

חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, אשר נחקק בשנת 1992, הביא לבחינה מחודשת של סוגיית הרישום הפלילי, לאור עיגונה של הזכות לכבוד ולפרטיות עברו של הפרט. מטרת המרשם הפלילי להגן על בטחון הציבור, אוזנה למול זכות הפרט לשיקום עברו הפלילי. השלכותיו של חוק היסוד ניכרו אף במערכת הצבאית, אשר החלה לתור אחר פתרונות יצירתיים לצמצום השלכותיו של המרשם הפלילי.

במסגרת מגמה זו ביקשה מערכת המשפט הצבאית לאזן בין זכויות החייל מחד, לשיקום עברו הפלילי, לבין צורכי המשמעת וההרתעה הצבאית, כפי שהן נגזרות מאופיו וממהותו של השירות הצבאי, כאמור בפיסקת ההגבלה לכוחות הבטחון שבסעיף 9 לחוק היסוד¹⁴⁴.

לעמדתנו, מאחר ומטרתו של המרשם הפלילי הינה הבטחת שלום החברה האזרחית, ובהתאם השלכותיו של המרשם הפלילי ניכרות רק לאחר שחרורו של החייל מהשירות הצבאי, הרי שאין מקום בענין זה לשיקולי המשמעת וההרתעה הצבאית, אשר יפים לענין עונשו של העבריין, אך לא לענין הרישום הפלילי הנלווה להרשעתו. מכאן גם המסקנה שיש לבחון את נושא הרישום הפלילי לחיילי צה"ל לאור סעיף 8 לחוק היסוד ולא לאור סעיף 9 כפי שנעשה עד כה.

כאמור לעיל, המערכת הצבאית נקטה בפתרונות שונים ומגוונים לצמצום השלכותיו של המרשם הפלילי, החל מהשלב שלפני המשפט, בקביעת עבירות שאינן גוררות רישום פלילי, והפנית ענינם של חיילים לדין משמעתי, דרך שלב המשפט, בעסקאות טיעון, וכלה בשלב שלאחר ריצוי העונש בגיבוש מדיניות המלצה לנשיא המדינה למחיקת הרישום הפלילי. פתרונות אלו, אשר על פי רוב ננקטו בהקשר של עבירות מסוימות, אינם יכולים לענות על מלוא בעיית הרישום הפלילי לחיילי צה"ל, מה גם שיישומם כרוך לעיתים במחיר גבוה.

לעמדתנו, בשל החשש מעירוב מטרותיו של המרשם הפלילי, עם מטרות הענישה ואופיו ומהותו של השירות הצבאי, ראוי להפריד בצורה חד משמעית את הטיפול ברישום

¹⁴⁴ ראה בג"צ צמח, לעיל הערה 100.

הפלילי מהטיפול בסוגיית העונש, ועל כן, על הפתרון להתמקד בשלב שלפני המשפט או בשלב שלאחר ריצוי העונש. פתרונות הנופלים לתווך של המשפט, בין אם הם מקנים שיקול דעת לחביעה ובין אם הם מקנים שיקול דעת לבית הדין, סופם שיובילו להחטאת מטרת הרישום הפלילי, ולהפיכת הרישום הפלילי לרכיב ענישה הלכה למעשה.

בשלב שלפני המשפט, ראוי להמשיך במגמה של בחינת אופין של העבירות הצבאיות, וקביעת העבירות שאופין יחודי לנורמות הצבאיות, וביצוען אינו מעיד על סכנה לחברה, כעבירות שאינן גוררות רישום פלילי. במקרים אלו, בהן חומרת העבירה נודעת רק בשל ההקשר הצבאי בו נעברה, ראוי לנקוט בענישה מחמירה במסגרת בתי הדין הצבאיים, ואף לשקול הטלת מגבלות שירות שונות (כגון פסילה מתפקידים מסוימים, עיכוב דוגה, התרת התחייבות וכד') שתכליתן להגן על המערכת הצבאית מפני מי שהפר את הנורמות היחודיות לה.

כמו כן, ניתן להיעזר בדין המשמעתי, לשם טיפול באותם מקרים שלא נודעת להם חומרה יתרה, ובכך יובטחו הן היעדר רישום פלילי והן ענישה קלה יחסית. עם זאת ראוי להזהר מ"פליליזציה" של הדין המשמעתי, שהינו הליך בעל אופי שיפוטי מוגבל. הדין המשמעתי אינו כשיר לשמש תחליף להליכים פליליים, בעניינים שביורום מצריך בירור עובדתי ומשפטי מורכב.

בשלב שלאחר המשפט, הפתרון הראוי הינו בהחלפת ההסדר הקבוע בחוק המרשם הפלילי בהסדר רהביליטציה כמו זה הנוהג בצרפת, המקנה לעבריין זכות משפטית לרהביליטציה של עברו. זכות זו תקום אוטומטית בעבירות הקלות, לאחר חלוף תקופה מסוימת, ובעבירות החמורות תותנה בהוכחת שינוי אורח חייו של העבריין לערכאה שיפוטית או מעין שיפוטית.

הרהביליטציה המוצעת אינה חייבת להיעשות במסגרת בתי הדין הצבאיים או האזרחיים, וניתן להותירה בידי מדור חנינות כאשר הגורם המחליט יהיה הפרקליט הצבאי הראשי או היועץ המשפטי לממשלה, בכפוף לקיום זכות ערעור לערכאה שיפוטית על סירוב למחוק את העבר הפלילי.

על מנת לענות על בעיית המודעות של החיילים לזכותם לשיקום עברם מוצע כי בעבירות הקלות יחסית תהיה הריהביליטציה אוטומטית בחלוף תקופה מסוימת. כמו כן, מוצע כי הקריטריונים המנחים את הגורם המחליט על הרהביליטציה יזכו לפרסום פומבי.

לצד הסדר זה, ראוי להשאיר כשסתום בטחון את האפשרות למחיקת העבר הפלילי על ידי נשיא המדינה כענין שבחסד. שסתום בטחון זה ישמר לאותם מקרים בעלי נסיבות מיוחדות.

10. סוף דבר

העונש יכול להסתיים, ועל פי רוב מסתיים תוך תקופה קצרה, האשמה נותרת כמעט לנצח. בעיה זו עליה עמד הלורד קוק עוד במאה ה-17, עומדת בעינה בישראל גם

בתחילת המאה ה-21, וביטוייה ניכר במיוחד ברישום הפלילי הנלווה להרשעה בבתי הדין הצבאיים.

חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ושיח זכויות היסוד שנרקם סביבו, העלו את סוגית הרישום הפלילי על סדר יומה של מערכת המשפט הצבאי, אשר מתוך ההתחשבות במצוקתם של חיילים שהורשעו בבתי הדין הצבאיים, תרה אחר פתרונות רבים ומגוונים לצמצום השלכותיו של הרישום הפלילי, המלווה את החיילים לאחר שחרורם. ואולם הפתרונות שעלו וצמחו מתוך הפרקטיקה המשפטית במסגרת הדין הקיים, הינם חלקיים, ועשויים להוביל לחוסר אחידות, ל"פליליזציה" של הדין המשמעתי ולמחירים נוספים.

לפיכך, נראה כי פתרון הולם לבעיית הרישום הפלילי, מחייב שינוי מערכתי כולל של חוק המרשם הפלילי, באופן שהסדר הקבוע בו יוחלף במוסד הרהביליטציה. מוסד זה, יחסוך את הצורך בפיתוח פתרונות יצירתיים במסגרת המערכת הצבאית, שמחירן עולה לעיתים על תועלתן, ויביא למימוש מלא ואמיתי של זכות היסוד של הפרט לטיהור יעיל של עברו הפלילי.

האם חומרת העבירה מהווה עילת מעצר בצבא? בחינה מחדש של עילות המעצר בצבא לאור חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו ו"חוק המעצרים"*

מרדכי לוי **

א. מבוא ב. "חומרת העבירה" כעילת מעצר – הרקע
ההיסטורי ב.1. בדיני המעצרים באזרחות ב.2. בדיני
המעצרים בצבא ג. הזכויות והערכים הנפגעים ג.1. הזכות
לחירות, הזכות לכבוד וזכויות נגזרות ג.1.א. חשיבותן של
הזכויות והשפעת הקונסטיטוציונליזציה וחוק היסוד
ג.1.ב. השפעת "חוק המעצרים" ג.2. חזקת החפות ג.2.א.
מהותה, השפעת חוק היסוד עליה ותחולתה בשלב המעצר
ג.2.ב. המשקל של חזקת החפות כנגזרת ממשקל הראיות
לכאורה ג.3. עקרון השוויון, הבחנה מותרת והפליה
אסורה ד. עילות המעצר בצבא – שאלות מקדמיות ד.1.
חוקתיות עילות המעצר בצבא ד.2. המותר לשקול
שיקולים ציבוריים בשלב המעצר? ד.2.א. תכלית המשפט,
תכלית המעצר והערכים החברתיים הרלבנטיים ד.2.ב.
הרתעה כללית בשלב גזירת העונש ושיקולים ציבוריים
בוועדת השחרורים ובוועדה לעיון בעונש ד.2.ג. שיקולים
ציבוריים בשלב המעצר לאור תכלית המעצר ה. עילות
המעצר בצבא – הדין המצוי והרצוי כנגזרת ממהותה של
העילה הצבאית, מתכלית המעצר ומהערכים החברתיים
הרלבנטיים ה.1. "חומרת העבירה" כשלעצמה והשלכותיה
– כללי ה.2. מהותה של "חומרת העבירה" והשלכותיה
ה.2.א. הרתעת הרבים ומניעת עידוד מעשי עבירה ה.2.ב.
השמירה על אמון הציבור במערכת המשפט והמשמעות
החברתית של המעצר ה.2.ג. הפגיעה במשמעת ובסדר
הטוב של הצבא ה.2.ד. מסוכנות רחבה אחרת ה.3. העילה
של "הפגיעה בצבא" לעומת העילה של "חומרת העבירה"
כמשרתת תכלית ראויה ה.4. ייחוד עילות המעצר בצבא
וההצדקה להבחין בינן לבין עילות המעצר באזרחות
ה.4.א. היחס בין סעיפים 8 ו-9 לחוק יסוד: כבוד האדם
וחירותו ה.4.ב. מהותו של צבא הגנה לישראל ו. האיזון

* חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה - מעצרים), התשנ"ו1996, ס"ח 338 (ברשימה זו: חוק המעצרים).

** אל"ם; נשיא בית דין צבאי מחוזי דרום ו-מז"י; מוסמך במשפטים, האוניברסיטה העברית. תודתי נתונה לסגן טובי הארט, אשר סייע לי רבות בהכנת רשימה זו.

הראוי בין זכויות היסוד לבין עילת המעצר של "הפגיעה בצבא" 1.1. הסתברות הפגיעה ומידת הפגיעה בתכלית הראויה המצדיקות פגיעה בזכויות היסוד 2.1. השמירה על המידתיות 3.1. חלופת מעצר 3.3.1. החובה לבחון קיומה של חלופת מעצר מתאימה 3.3.1. השימוש ב"מעצר פתוח" בצבא 3.3.1.ג. שחרור חיילים בערובה ? 4.1. חלופת מעצר כפונקציה של הראיות לכאורה במעצר בגין עילת "הפגיעה בצבא" 5.1. מעצר קצוב ז. סיכום

א. מבוא

כידוע – וכפי שאפרט להלן¹ – המחלוקת שהיתה בשעתה בין שופטי בית המשפט העליון בשאלה האם חומרת העבירה כשלעצמה מהווה עילת מעצר, מחלוקת אשר התעוררה עוד בעקבות תיקון מספר 9 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב 1982-² (להלן: "החש"פ") וביתר שאת לאחר חקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו³ (להלן: חוק היסוד), הוכרעה, לפחות להלכה, בעקבות חוק המעצרים, משנקבע בו כי חומרת העבירה אך יוצרת חזקה הניתנת לסתירה, כי "קיים יסוד סביר לחשש שהנאשם יסכן את בטחונו של אדם, את בטחון הציבור, או את בטחון המדינה"⁴ (להלן: "חזקת מסוכנות").

אלא שעם חקיקתו של חוק המעצרים הוסף, במסגרת תיקון עקיף⁵ לחוק השיפוט הצבאי, תשט"ו 1955-⁶ (להלן: החש"ץ), סעיף 243 לחש"ץ, שלפיו חוק המעצרים יחול על הליכי המעצר לפי החש"ץ רק מקום שהחש"ץ היפנה אל חוק המעצרים. ומכיוון שהחש"ץ לא היפנה אל הוראות חוק המעצרים בנוגע לעילות המעצר – אין תחולה להוראות בדבר עילות המעצר שבחוק המעצרים, על דיני המעצר בצבא.

גם לאחר חקיקתם של תיקון מס' 9 לחש"פ, של חוק היסוד ושל חוק המעצרים – המשיכו עילות המעצר בצבא להיות פרי הפסיקה. אין למעשה מחלוקת כי עילות המעצר המוכרות בחוק המעצרים – דהיינו העילה הדיונית של סיכול ההליכים בגין שיבוש מהלכי משפט או המלטות מן הדין ועילת המסוכנות של סיכון בטחון המדינה או הציבור או בטחונו של אדם – חלות גם לגבי מעצר חיילים לפי החש"ץ. השאלה שבמחלוקת הינה אם לבד מעילות המעצר שבחוק המעצרים קיימת גם עילת מעצר נוספת (או עילות מעצר נוספות) בדיני המעצרים בצבא, בגין חומרת העבירה או הפגיעה במשמעת הצבא.

¹ ראו להלן בפרק ב.1.

² ס"ח 43; תוקן בחוק סדר הדין הפלילי (תיקון מס' 9), התשמ"ח 1988-, ס"ח 184.

³ ס"ח התשנ"ב 150.

⁴ ראו: סעיף 21 (א)(1)(ב) ו-(ג) לחוק המעצרים.

⁵ סעיף 79 (4) לחוק המעצרים.

⁶ ס"ח 171.

כאשר עלתה השאלה הנדונה בפני בית המשפט העליון השאיר אותה בית המשפט ב"צריך עיון", וזאת הן ב-בש"פ 3513/95 רב"ט אלון שרגאי נ' התובע הצבאי, פרקליטות חיל האוויר⁷ (להלן: פסק-דין שרגאי) והן לאחרונה ב-בג"ץ 6055/95 צמח נ' שר הביטחון ואח'⁸ (להלן: בג"ץ צמח). וכך כתב הנשיא א' ברק בפסק-דין שרגאי, כשעימו הסכימו השופטים י' קדמי ו-צ' טל:

"השפעתו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו על ההלכות הצבאיות בדרך כלל ועל ההלכות הצבאיות בעניין מעצר עד תום ההליכים בפרט, מעוררת שאלות רבות וקשות. אין מחלוקת כי זכויות האדם המוגנות בחוק היסוד הן גם זכויותיו של החייל. המדים אינם חוצצים בין החייל לבין זכויות האדם החוקתיות. זכויות האדם הן גם זכויות החייל כאדם... חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו דן בזכויותיו החוקתיות של כל אדם, לרבות החייל. עם זאת, למסגרת הצבאית ייחוד משלה. ייחוד זה מצדיק הכרה באפשרות ההגבלה על זכויות האדם של החייל שהינה מקיפה יותר מזו החלה על האדם שאינו חייל. שני צדי המטבע - ההכרה בזכויות האדם של החייל והיכולת להגביל את זכויות האדם של החייל - מעוגנים בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו...

גדר הספקות בכל מקרה יהיה אפוא, אם ההגבלה על זכויות האדם של החייל היא 'במידה שאינה עולה על הנדרש ממהותו ומאופיו של השירות'. השאלה תהיה, אם הפגיעה בזכויות האדם של החייל היא מידתית בהתחשב במהות ובאופי השירות הצבאי. בעניין זה יש להתחשב בייחודו של השירות הצבאי לאור מטרות הצבא...

הקשיים הכלליים בעיצוב רמה נאותה של זכויות אדם של החייל חלים גם בדיני המעצר. השאלה, אם הפגיעה במשמעת הצבא וחומרת העבירה הן עילות מעצר ראויות בצבא, היא קשה לפתרון. קושי זה גובר לאור הוראות חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה - מעצרים), תשנ"ו-1996. לפיהן, חומרת העבירה, כשלעצמה, אינה עילת מעצר, אם כי היא יוצרת חזקה הניתנת לסתירה כי קיים יסוד סביר לחשש שהנאשם יסכן את הביטחון. עד כמה ישפיע שינוי זה בפרט - והשינוי החוקתי לעניין זכויות האדם בכלל - על דיני המעצר עד תום ההליכים

⁷ פ"ד נא (2) 686.

⁸ תק-על 99 (3) 1400.

בצבא, היא שאלה לא פשוטה, בוודאי נצטרך לתת עליה את הדעת בעתיד.⁹

אף שהשאלה הושארה כאמור ב"צריך עיון" על ידי בית המשפט העליון, היא מתעוררת כמעט מדי יום בבתי הדין הצבאיים. הפסיקה של בית הדין הצבאי לערעורים קבעה וקובעת באופן עקבי כי אין בחוק היסוד ובחוק המעצרים כדי לבטל את עילת המעצר ההרתעתית של חומרת העבירה ושל הפגיעה במשמעת הצבא, אולם עם זאת נקבע בה כי יש בחוק היסוד כדי להשפיע על צמצום גדרה של עילת המעצר האמורה בפרט, וכן על צמצום במדיניות המעצרים בצבא ועל היזקקות מוגברת לחלופת מעצר ולמעצר קצוב בכלל; והכל בשים לב למהותו ולאופיו של השירות הצבאי מחד גיסא ולעקרונות המידתיות ולחשיבות של זכויות היסוד מאידך גיסא.¹⁰

השאלות הרבות והקשות אשר כאמור מתעוררות בסוגייה הנדונה, טרם מוצו במחקר¹¹ ובפסיקה¹². להלן אנסה איפוא לתרום מעט משלי בהתמודדות עם אותן שאלות.

דעתי בתמצית היא כי חומרת העבירה, אשר איננה עוד עילת מעצר באזרחות, איננה צריכה לשמש כשלעצמה כעילת מעצר גם בצבא, אלא אם כן יהיו בעבירה ובאי-המעצר (או בשחרור מהמעצר), לאור חומרת העבירה או בעקבותיה, כדי להקים יסוד סביר לחשש לפגיעה חמורה או ממשית בצבא, דהיינו לפגיעה חמורה במשמעת או בסדר הטוב של הצבא או במוראל של החיילים או לפגיעה ממשית במוכנות הצבא או בחוסנו במובן הרחב. גם השיקול של הרתעת הרבים כשלעצמו ולבדו, איננו צריך להצדיק מעצרו של חיילים, בדומה לדין באזרחות, כל עוד אין חשש לפגיעה בצבא כמצויין לעיל.

יש הסוברים כי עילת המעצר בגין חומרת העבירה ובגין הפגיעה במשמעת בצבא הינה אחת¹³, אולם דעתי הינה שונה. לעניות דעתי, מדובר בשתי עילות שונות¹⁴, אם כי הן קשורות זו בזו קשר של סיבה ותוצאה, או ליתר דיוק, של מאפיין סיבתי ושל השלכה

⁹ פסק-דין שרגאי, לעיל הערה 7, עמ' 688-689.

¹⁰ וראו להלן בפרק ב.2.

¹¹ ראו למשל: ע' גרוס, "היבטים חוקתיים של דיני המעצר בצבא", משפט וממשל ה (תש"ס) 437; ע' בר-אילן-קיץ, מעצר עד תום ההליכים בצבא (אוניברסיטת תל-אביב, חבור לקבלת תואר מוסמך במשפטים, 1997).

¹² ב-ע"מ 33/95/ רב"ט אסעד נ' התצ"ר (להלן: עניין אסעד) כתב השופט אל"מ (כתוארו וכדרגתו אז) ד"ר מ' פינקלשטיין כי: "נראה לי כי לפנינו סוגיה חשובה מאוד, הנוקבת ויורדת עד תהום השפיטה הצבאית ודיני הצבא. ביקשתי לתרום את חלקי בשרטוט כמה קווים להבהרת הסוגיה. ברור לי שאין זה סוף פסוק. נמצאים אנו בתחילת הדרך". וכן ראו: ע"מ 18/95/ רב"ט פסחוב נ' התצ"ר; ע"מ 14/97/ רב"ט סטמקר נ' התצ"ר; ע"מ 49/97 התצ"ר נ' טור' דוד; ע"מ 3/98/ התצ"ר נ' סמל הילן; ע"מ 25/98/ טור' בן חמו נ' התצ"ר (להלן: עניין בן חמו); ע"מ 22/00/ טור' אולמן ואח' נ' התצ"ר (להלן: עניין אולמן).

¹³ ראו למשל: עניין אסעד, לעיל הערה 12. כן ראו: גרוס, לעיל הערה 11, בעמ' 442.

¹⁴ ראו והשוו אל הדברים שכתב השופט אל"מ ד"ר ע' מודריק עוד ב-ע"מ 11/88/ התצ"ר נ' סרן גבאי (להלן: עניין גבאי), כי "אין זיקה הכרחית בין חומרת המעשה להשפעתו על משמעת הצבא", וכי "חומרת העבירה" היא "עילת מעצר נפרדת" מהעילה של "פגיעה במשמעת הצבא" אף כי לעיתים היא משתלבת ושזורה ב"פגיעה במשמעת הצבא".

תוצאתית, ברוב המקרים. אכן בצבא עבירה חמורה מביאה לרוב לידי פגיעה במשמעת הצבא, אך אין זה כך בהכרח. כשם שחומרת העבירה באזרחות אך יוצרת חזקת מסוכנות הניתנת לסתירה כי הנאשם עלול לסכן את הבטחון – כך גם בצבא ניתן לומר כי בדרך כלל ההגיון, נסיון החיים והכרת ההווה הצבאית מלמדים כי כאשר נעברת על ידי חייל עבירה חמורה הנמנית על אחת ממספר קטגוריות מצומצמות של עבירות נפוצות ו"מדבקות", במיוחד עבירת סמים שאיננה כשלון חד פעמי בסם "קל" או עבירה של העדר מן השירות שלא ברשות לתקופה ממושכת או עבירה של שימוש בלתי חוקי בנשק תוך סיכון מכוון של הזולת, קמה חזקה שבעובדה כי יש בכך, יחד עם אי-המעצר או השחרור מהמעצר, כדי לפגוע לרוב באופן חמור במשמעת ובסדר הטוב של הצבא או כדי לסכן באופן ממשי את המוכנות או את החוסן הצבאיים. פגיעה זו בצבא היא מסוכנות צבאית ייחודית רחבה ("עקיפה"), של סיכון בטחון הציבור או המדינה, במעגל הרחב, והיא עילת מעצר ראויה, ובלבד שהיא מידתית, בכפוף לכך שהיא ניתנת לסתירה אם יוברר כי במקרה הקונקרטי אין נגרמת פגיעה כאמור, כגון בשל פיטוריו של הנאשם¹⁵ מהשירות הצבאי¹⁶, או בשל כך שהעבירה החמורה בוצעה שלא במסגרת הצבא ושלא עקב השתייכותו של הנאשם לצבא ואין לה השלכה על המסגרת הצבאית, למשל עבירה כלפיו בן משפחה (בעת חופשה)¹⁷, או בשל נסיבות מיוחדות אחרות. מדובר איפוא בעילה **מניעתית** ייחודית לצבא, שתכליתה מניעת פגיעה בצבא וסכנה לציבור ולמדינה, אשר הכינוי הראוי לה הוא העילה של "הפגיעה בצבא", ואילו העילה של "חומרת העבירה" או "העילה ההרתעתית", כשלעצמה ולבדה, אינה מהווה עוד עילת מעצר ראויה, גם בצבא.

לעניות דעתי, בקבלת הגישה המוצעת על ידי יש ראשית, כדי להבהיר, באופן עיוני ומעשי כאחד, אימתי קיימת עילת מעצר צבאית **מצומצמת וראויה**, בגין "הפגיעה בצבא", העומדת במבחן הביקורת החוקתית, לאור חוק היסוד וחוק המעצרים ושנית, כדי להביא לצמצום (נוסף), מבחינה מעשית, בהיקף המעצרים (לרבות "מעצר פתוח") בצבא, בעיקר ביחס למקרים מיוחדים הנמנים על קטגוריות מיוחדות שאותן אפרט וביחס למקרי גבול מיוחדים נוספים, והכל בשים לב לעקרון השוויון ולזכויות היסוד של החיילים מן הצד האחד ולמהותו ולאופיו של השירות הצבאי ולאינטרס הציבורי למנוע פגיעה בצבא, שהינה סכנה לבטחון הציבור והמדינה, מן הצד האחר.

¹⁵ מובן כי לשאלת עילת מעצרו של נאשם יש השפעה גם על מעצרו של חשוד בטרם הוגש נגדו כתב אישום, שכן אם אין כל עילת מעצר למעצרו של נאשם משהוגש נגדו כתב אישום, אין גם סיבה לעוצרו בגין אותה עילה בהיותו חשוד בטרם הוגש כתב אישום. לפיכך, האמור בהמשך הדברים מתייחס הן לחשוד והן לנאשם, אלא שלצורך הנוחות אתייחס מעתה ואילך אל מעצר נאשם.

¹⁶ ראו והשוו אל הדברים שכתב שופט בית הדין הצבאי לערעורים, אל"ם ש' יניב, ב- ע"מ 57/00 / **סמל איבנוב נ' התצ"ר** (להלן: עניין **איבנוב**), בעמ' 5 להחלטה: "אחד ההיבטים, שבהם מוקחה עוקצה של העילה ההרתעתית, הינו מקום בו הנאשם **פשט מדיו**". ההדגשה היא במקור.

¹⁷ ראו לעניין זה הוראת סעיף 14 לחש"פ וכן ראו והשוו אל הדברים שכתב המשנה לנשיא בית הדין הצבאי לערעורים (כתוארו אז) תא"ל מ' פינקלשטיין ב- ע"מ 17/99 / **טור' קוסטובסקי נ' התצ"ר** (להלן: עניין **קוסטובסקי**), בעמ' 3 להחלטה: "עילת המעצר ההרתעתית הצבאית נועדה ליישום, בראש ובראשונה, בנסיבות עבירה 'צבאיות'". וכן ראו: ע"מ 43/98 / **סמ"ר יצחק נ' התצ"ר** ו- ע"מ 31/00 / **התצ"ר נ' רב"ט צ'שין**.

תחילה אסקור את הרקע ההיסטורי של הסוגייה. לאחר מכן אעמוד על הזכויות והערכים העלולים להפגע בעקבות מעצרים של חיילים בגין חומרת העבירה – הזכות לחירות, הזכות לכבוד, זכויות נגזרות וחזקת החפות, כמו גם עקרון השוויון בין מעצר אזרחים לבין מעצר חיילים – במיוחד בעקבות הקונסטיטוציונליזציה ולאורם של חוק היסוד וחוק המעצרים. מכאן אעבור לדרך בשאלות מקדמיות, דהיינו חוקתיות עילות המעצר בצבא בהיותן פרי הפסיקה, תכלית המעצר והאפשרות לשקול שיקולים ציבוריים כלליים בשלב המעצר. לאחר הדיון בשאלות מקדמיות אלה אעבור לנתח את חומרת העבירה ואת השלכותיה, כעילת מעצר אפשרית בצבא, את ההבחנה ביניהן ואת מהותן ומשמעותיהן וכן את ההצדקה להבחין בין עילות המעצר בצבא ובאזרחות. לבסוף אעמוד על התנאים הנדרשים להתקיים לצורך מעצר, במסגרת האיזון הראוי בין זכויות היסוד הנפגעות לבין עילת המעצר של "הפגיעה בצבא", הן מבחני המידתיות, הן שאלת קיומה של חלופת מעצר מתאימה, בשים לב גם לעוצמת הראיות לכאורה, והן משך המעצר ושאלת קציבתו.

ב. "חומרת העבירה" כעילת מעצר – הרקע ההיסטורי

1. דיני המעצרים באזרחות

את ימיה של ההלכה המשפטית בארץ בכל הנוגע לחומרת העבירה כעילת מעצר ניתן לחלק לארבע שהן חמש תקופות שונות; ראשית, התקופה שבה טרם נכתבו עילות המעצר עלי חוק, אלא היו יציר הפסיקה. תקופה זו מתחלקת לתקופה שקדמה להכרת בית המשפט העליון בעילה של חומרת העבירה כעילה עצמאית, ולתקופה המאוחרת לכך. שנית, התקופה שבין קביעת עילות המעצר בתיקון מספר 9 לחסד"פ לבין חקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. שלישית, התקופה שבין חקיקת חוק היסוד לחקיקת חוק המעצרים. רביעית, התקופה שלאחר חקיקת חוק המעצרים. להלן נסקור ביתר פירוט את התקופות השונות.

עילת המעצר הנובעת מחומרת העבירה, אשר ככל הנראה נעלמה עם חקיקתו של חוק המעצרים בשנת 1996, הופיעה לראשונה בשיטת המשפט שלנו כעילה עצמאית באופן מלא ומפורש 222- שנים קודם לכן, ב-ב"ש 57/74 מנדלבאום נ' מדינת ישראל¹⁸. גם טרם פסק-דין זה הוכרה חומרת העבירה כשיקול רלבנטי לעניין המעצר¹⁹. אך רק עילות המעצר שנקלטו מהמשפט המקובל האנגלי, דהיינו סכנת שיבוש הליכים וסכנת פגיעה בציבור, או צורכי החקירה טרם הגשת כתב אישום, שימשו כעילות מעצר בפני עצמן²⁰. בפסק דין מנדלבאום הכיר מ"מ הנשיא (כתוארו אז) י' זוסמן גם בחומרת העבירה כעילת מעצר עצמאית:

¹⁸ פ"ד כח (1) 757.

¹⁹ ראו: בר-אילן-קיץ, לעיל הערה 11, עמ' 96 ואילך. כן ראו: ב"ש 28/52 היועץ המשפטי נ' קינן, פ"ד ו 707; ב"ש 30/53 פרוינד נ' היועץ המשפטי, פ"ד ז 516; ב"ש 91/70 מדינת ישראל נ' פולוק, פ"ד כד (2) 17.

²⁰ ראו: ק' מן, "היקף המעצר עד תום ההליכים בבית המשפט המחוזי בתל-אביב", עיוני משפט יב (תשמ"ז) 517, עמ' 529; ש' גז ו-ע' אזר, "מעצר עד תום ההליכים בשל חומרת העבירה – ענישה ללא משפטי", הפרקליט לו (תשמ"ה-תשמ"ו) 396, עמ' 398-399.

"השיקולים אשר בית-המשפט חייב לשקול אותם בבואו לדון בבקשת צו-מעצר... הם אחרים. עליו לתת דעתו בראש וראשונה על חומרת העבירה... בענייניו אין חולק על כך ששלושת העוררים עברם נקי מכל רבב, ואין טוענים שהם עלולים לסכל את הליכי החקירה או המשפט וגם זה מוסכם שאין סכנה של בריחה. כל העובדות האלה היו מאפשרות לכאורה להתייחס באהדה לבקשת שחרור בערובה אלמלא חומרת העבירה... נסיבה זו, היינו, סכום הכסף שנגנב תוך ניצול מעמד המיוחד של העוררים המואשמים בגניבה, היא אשר משווה חומרה מיוחדת לאישום."²¹

על הלכה זו הסתמך השופט י' כהן (כתוארו אז) ב-ב"ש 133/74 בן-ציון נ' מדינת ישראל²², ועליה חזר הנשיא י' זוסמן בב"ש 290/76 ידלין נ' מדינת ישראל:

"אמת נכון הדבר, חומרת המעשים המיוחסים לנאשם איננה מצדיקה תמיד החזקתו במעצר עד לתום ההליכים. כשהמדובר הוא בעבירות של אלימות... חזקת הזכאות מפשע נסוגה בפני משקל חומר הראיות שבידי המדינה והצורך להתגבר על גל עבירות האלימות הגואה... אני מסכים לטענה שלא הרי עבירות כלכליות אלה כעבירות אלימות לענין החזקתו של הנאשם במעצר עד תום ההליכים... סבור אני שמן הצורך להביא בחשבון את האפקט הציבורי של שחרור נאשם בעל מעמד כזה כעורר. שיקול זה גופו מחייב... כי לא יתהלך נאשם כזה חפשי עד לכירור דינו."²³

מאז נפסקו ההלכות האמורות, שימשה עילת המעצר בגין חומרת העבירה כעילת מעצר מרכזית²⁴, דבר אשר הביא לעלייה ניכרת בהיקף המעצרים עד תום ההליכים²⁵.

עם זאת, דעת המיעוט, שאותה הוביל השופט מ' אלון, התנגדה לשימוש בחומרת העבירה כעילת מעצר. כך למשל כתב השופט (כתוארו אז) מ' אלון ב-ב"ש 15/86 מדינת ישראל נ' צור:

²¹ ב"ש 57/74 הנ"ל, לעיל הערה 18, בעמ' 759-758. ההדגשות הן שלי – מ' ל'.

²² פ"ד כח (2) 754.

²³ פ"ד לא (1) 671. ההדגשות הן שלי – מ' ל'.

²⁴ וראו: בש"פ 1044/82 מדינת ישראל נ' מולכו, פ"ד לז (1) 78.

²⁵ ראו: מן, לעיל הערה 20, עמ' 530-528.

"אודה ולא אכחד, כי תקוותי [...] היא, כי המעצר עבור חומרת העבירה בלבד [...] ייעלם מהנוף המשפטי שלנו (והוא, כמובן, כשלא קיים חשש סביר, שיש בו ממש, לשיבוש הליכי המשפט או לשלום הציבור, אם הנאשם יתהלך חפשי) [...]"

וכי משום 'מה יאמרו הבריות' תישלל מאדם פלוני, משום חשיבותו ומעמדו, הזכות היסודית ביותר שבזכויות האדם, והיא חירות האדם מחומות כלא ומסורגי ברזל? ...

הוא אשר אמרנו בתחילתם של דברים. חומרת העבירה, אם מפאת גודלה והיקפה ואם מפאת חשיבות החשוד והנאשם בביצועה, מן הראוי שלא תהיה שיקול עצמאי, ש'בזכותו' ייעצר הנאשם עד תום ההליכים.²⁶

גישתו של השופט מ' אלון התקבלה בחלקה על ידי המחוקק עת נחקק תיקון מספר 9 לחסד"פ, וסעיף 21א (ד) לחסד"פ קבע כי: "חומרת העבירה לא תהווה עילה למעצר אלא במקרים המנויים בסעיף קטן (א)(2)". העבירות המנויות בסעיף קטן (א)(2) כללו, בין היתר, עבירות סמים שאין עניינן שימוש עצמי, וכן עבירות שנעשו באלימות או באכזריות או תוך שימוש בנשק.

לכאורה, מנוסח הסעיף עולה, כי חומרת העבירה הוכרה כעילת מעצר, אם כי רק בגין רשימה סגורה של עבירות. כך סברה דעת הרוב.²⁷ אך השופט מ' אלון והשופטת ש' נתניהו המשיכו להחזיק בדעתם כי חומרת העבירה לבדה אינה עילת מעצר ראוייה,

²⁶ פ"ד מ (1) 706, בעמ' 714-712; וכן ראו: ב"ש 1110/83 סגל נ' מדינת ישראל, פ"ד לח (1) 6 ו- ב"ש 70/86 גינדי נ' מדינת ישראל, פ"ד מ (1) 449.

²⁷ "במחלוקת פוסקים זו הכריע חוק סדר הדין הפלילי (תיקון מס' 9). הדין שנקבע הוא דין פשרה בין העמדות ההלכתיות הנוגדות. מחד גיסא נקבע, כי חומרת העבירה, כשלעצמה, מהווה עילת מעצר. מאידך גיסא נקבע, כי לא כל עבירה חמורה מבססת עילת מעצר... מסקנה זו מתחזקת לאור הוראת סעיף 21א(ד) לחוק, הקובעת בלשון מפורשת, כי המקרים המנויים בסעיף 21א(א)(2) הם מקרים הנוגעים לחומרת העבירה כשלעצמה." ב"ש 3717/91 מדינת ישראל נ' גולדין, פ"ד מה (4) 807, עמ' 812 (השופט כתוארו אז) א' ברק. ראו גם: ב"ש 279/89 כהן נ' מדינת ישראל, פ"ד מג (1) 573 (השופט ג' בך: "בקשר לעבירות מהסוג הנדון קיימת עילה למעצרו הנמשך של הנאשם, אף אם אין בית המשפט משתכנע, שיש בשחרורו בערובה של הנאשם כדי לסכן במישרין את שלום הציבור."); ב"ש 831/92 מדינת ישראל נ' עוזר, תק-על 92 (1) 801 (השופט א' מצא: "די, לדעת, בחומרת העבירות, שיוחסו למשיב בכתב האישום, כדי לחייב את מעצרו. אחת ממטרותיו העיקריות של המעצר, בסוג זה של עבריינות, היא הרתעתו."); ו-ב"ש 2611/91 מדינת ישראל נ' שם טוב, פ"ד מה (3) 645; וכן ראו: ק' מן, "סדר דין פלילי", ספר השנה של המשפט בישראל תשנ"א (תשנ"ב) 334, עמ' 338-339.

ולדעתם, הרשימה שבסעיף 21(א) (2) היוותה רק רשימה של עבירות המקימות חזקה כי הנאשם בהן עלול לשבש הליכים או לסכן את שלום הציבור.²⁸

המחלוקת לא באה אל סיומה גם לאחר חקיקתו של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.²⁹ אך בין אם בהשפעת חוק היסוד ובין אם לאו, עם הזמן, הצטרפו שופטים נוספים אל דעתו של השופט מ' אלון.³⁰

מחלוקת השופטים באה לידי ביטוי ביתר עוז ב-בש"פ 537/95 גנימאת נ' מדינת ישראל³¹ (להלן: בש"פ גנימאת) ובדיון הנוסף שבא בעקבותיו, דנ"פ 2316/95 גנימאת נ' מדינת ישראל³² (להלן: דנ"פ גנימאת). היטיבה לסכם את הדברים השופטת ד' דורנר ב-בש"פ 7968/95 סרברו נ' מדינת ישראל:

"השאלה, אם יש מקום לשינוי הפירוש שניתן בפסיקת הרוב לסעיף 21(א) (2) לאור חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, שנויה במחלוקת. רוב השופטים שאירו אותה בצריך עיון... דעתו של הנשיא שמגר היא כי אין לשנות את פרשנותו של הסעיף [...], ורק השופטים גולדברג וחשין אימצו את השקפת המשנה לנשיא אלון והשופטת נתניהו."³³

מחלוקת זו באה לידי סיום, לפחות להלכה, עם הקביעה בסעיף 21 (א) (1) (ג) לחוק המעצרים, שלפיה העבירות "החמורות" המנויות בסעיף מקימות רק חזקה הניתנת

²⁸ בש"פ 335/89 מדינת ישראל נ' אברהם בן אליהו לבן, פ"ד מג (2), 410 (השופט מ' אלון); בש"פ 4510/91 אל תרתור נ' מדינת ישראל, פ"ד מה (5) 573 (השופטת ש' נתניהו).

²⁹ יש לציין כי פרופ' י' שחר ביקר עובדה זו במאמרו, "סדר דין פלילי", ספר השנה של

המשפט בישראל תשנ"ב – תשנ"ג (תשנ"ד) 375, 415. להלן מתייחס י' שחר לפסק-דינו של המשנה לנשיא מ' אלון ב-בש"פ 2169/92 סוויסה נ' מדינת ישראל, פ"ד מו (3) 338: "מה עשה חוק-היסוד לעמדתו של השופט אלון? לפי עדותו שלו, לא שינה אותה, אלא הוסיף לה עוצמה פורמלית. המבחן האמיתי לעוצמה זו טמון בכוחה לשנות עמדות הפוכות. אם כל שיעשו בעלי העמדות ההפוכות בבית-המשפט העליון עצמו הוא שימצאו בחוק-היסוד חיזוק דווקא לעמדתם שלהם בסוגיה זו ובכל סוגיה אחרת השנויה במחלוקת קודמת בין השופטים, סופם שילמדו את הציבור כי חוקה, כמו חוק, אינה מחזקת דבר ואינה משנה דבר, אלא היא מעבירה מוקדים של כוח פוליטי ממקום אחד לאחר. אם ייעשה, לעומת זאת, בפעם הראשונה בתולדות בית-המשפט העליון, מהפך של ממש, ושופטים שרובם החזיקו בעמדה אחת יכניעו עמדתם לפני עמדת חוק-היסוד, הם יורו בכך הלכה חשובה הרבה יותר מן העניין עצמו שבו הם עוסקים, דהיינו, כי יש בכוחם של חוקי-היסוד להניע ערכים, ולא רק לשמש כסות מילולית לשכנועו של המשוכנע."

³⁰ ראו למשל את החלטת השופט מ' חשין ב-בש"פ 2092/95 טלקר נ' מדינת ישראל, פ"ד מט (1) 641.

³¹ פ"ד מט (3) 355.

³² פ"ד מט (4) 589. וראו על כך להלן, בהמשך הדברים בפרק ג.1.ב.

³³ פ"ד נ (5) 95, בעמ' 98, וכן ב-בש"פ 7625/95 מדינת ישראל נ' עטייה, פ"ד מט (4) 184, בעמ' 187-188.

לסתירה למסוכנותו של הנאשם. אמר על כך השופט י' זמיר ב-בש"פ 8638/96 קורמן נ' מדינת ישראל (להלן: בש"פ קורמן) טרם כניסת החוק לתוקף:

"בית המשפט מוטרד זה שנים בשאלה מהי מטרת המעצר: האם היא מניעתית בלבד או שמא היא גם הרתעתית? בשכבר הימים היתה זו דעה מקובלת בבית המשפט שניתן לעצור נאשם בעבירה חמורה למטרת הרתעה, בעיקר לשם 'הבטחתו של אמון הציבור באפקטיביות של מנגנון המשפט הפלילי' [...] אך דעה זאת איבדה הרבה מכוחה לאחרונה. בית המשפט הושפע במיוחד מחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, אשר העלה את החירות האישית למדרגה של זכות חוקתית, והגביר את משקלה נוכח אינטרסים אחרים... על רקע זה התבססה והלכה התפיסה המניעתית. לפי תפיסה זאת, בדרך כלל אין הצדקה למעצר, אלא אם השחרור מן המעצר כרוך בסכנה לציבור, לרבות סכנה לתקינות ההליך המשפטי המתנהל נגד הנאשם [...]

תפיסה זאת קיבלה זה מקרוב גושפנקא מפורשת של חוק: חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה - מעצרים), תשנ"ו 1996 - (להלן - החוק החדש)... לפי סעיף 21 לחוק החדש, אם הואשם אדם, בין היתר, ב'עבירה שנעשתה באלימות חמורה או באכזריות או תוך שימוש בנשק קר או חם', נוצרת 'חזקה' כי 'קיים יסוד סביר לחשש שהנאשם יסכן את בטחונו של אדם, את בטחון הציבור, או את בטחון המדינה', אלא אם כן הוכיח הנאשם אחרת.³⁴

עם זאת, בפועל, ניתן עדיין לראות התחשבות בשיקול של חומרת העבירה במספר החלטות של בית המשפט העליון אשר ניתנו בשנים האחרונות במקרים חריגים. יש לציין כי במרביתן של אותן החלטות ניתנה הנמקה נוספת למעצר, בדרך כלל תוך סיווג העילה למעצר כ"מסוכנות", וההתייחסות לחומרת העבירה היא לצורך שלילת אפשרות קיום חלופות מעצר מתאימות, ולא בשלב ההחלטה האם קיימת עילת מעצר.³⁵ בחלק מאותן החלטות יש התחשבות בצורך למנוע עידוד עבירות דומות.³⁶ חלק גדול מאותן החלטות מבקש לשרת תכלית חינוכית-הרתעתית למיגור תופעת השימוש בסכין.³⁷ ואילו בחלק

³⁴ פ"ד נ (5) 200, בעמ' 204-205.

³⁵ וראו את הקשר שבין מעצר בגין חומרת העבירה לבין הסיכוי לשקול חלופת מעצר: ח' זנדברג, "חומרת העבירה כעילת מעצר – האמנם סוף הדרך?", **משפטים** לא (2) (תשס"א) 323, עמ' 331 ואילך.

³⁶ ראו למשל: בש"פ 4556/98 מדינת ישראל נ' חמיס, תק-על 98 (2) 55 (השופט ט' שטרסברג-כהן).

³⁷ כך כתב השופט מ' חשין ב-בש"פ 2181/94 מיכאלי נ' מדינת ישראל, תק-על 94 (2) 129: "מחובתם של בתי המשפט, כך דומה עלי, להעלות את תרומתם לחיסון האוכלוסיה מפני

אחר מההחלטות נבחנת אמנם מסוכנות, אך במבט רחב, דהיינו לא רק המסוכנות ממעשיו של הנאשם עצמו אם ישוחרר או מסוכנות לאדם ספציפי כתוצאה מהשחרור, אלא מסוכנות רחבה, לכלל הציבור, כתוצאה מהשחרור מהמעצר³⁸. לחלק מהחלטות אלה אחזור ואדרש להלן.

אותו חיידק רע שאנו ניגפים בפניו, ודרך אחת היא להודיע ברבים וידעו הכל: בהעדר נסיבות יוצאות דופן במיוחד, מי שיעשה שימוש בסכין לפגיעה בחברו, דינו יהיה מעצר עד תום ההליכים. זה הכלל וזה יהיה אף דינו של העורר. ראו גם: בש"פ 3379/98 **כהן נ' מדינת ישראל**, תק-על 98 (2) 558 (השופט י' זמיר); בש"פ 4563/98 **אברהם נ' מדינת ישראל**, תק-על 98 (2) 74 (השופט ט' שטרסברג-כהן); בש"פ 4746/98 **אלבז נ' מדינת ישראל**, תק-על 98 (3) 30 (השופט ח' אריאל); בש"פ 5407/99 **מדינת ישראל נ' אדרי**, תק-על 99 (3) 115 (השופט ד' ביניש). והשוו אל: בש"פ 7171/00 **מדינת ישראל נ' חאמד**, פ"ד נד (4) 729, בעמ' 732 (השופט מ' חשין).

³⁸ ראו למשל: בש"פ 4077/98 **מדינת ישראל נ' צ'ורני**, פ"ד נב (3) 241 (השופט י' זמיר); בש"פ 7230/97 **סעד נ' מדינת ישראל**, תק-על 97 (4) 1 (השופט ט' שטרסברג-כהן) ו-בש"פ 8576/00 **מדינת ישראל נ' אלג'מל**, פ"ד נד (5) 817 (השופט א' א' לוי).

2. בדיני המעצרים בצבא

עד לקביעת עילות המעצר עלי חוק לא היה שוני מהותי בין עילות המעצרים באזרחות ובצבא. גם הפסיקה הצבאית בדבר מעצר עד תום ההליכים הכירה בעילות של חשש לשיבוש הליכים או לפגיעה בשלום הציבור ושל חומרת העבירה, אם כי לנוכח אופיו של הצבא פורשו עילות אלה בצורה מרחיבה יותר מאשר באזרחות.³⁹

השוני המהותי בין עילות המעצר בצבא ובאזרחות החל להתעורר עת נחקק תיקון מס' 9 לחסד"פ, תיקון אשר קבע כאמור עילות מעצר בחוק, ואשר לא הוחל על דיני המעצרים בצבא. כך קבע לעניין זה בית המשפט העליון מפי הנשיא מ' שמגר ב-בג"ץ 695/88 אדלר נ' בית הדין הצבאי לערעורים:

"חוק השיפוט הצבאי נועד לשמש קודקס מקיף ומיוחד, המגדיר את אלו הנתונים לשיפוט הצבאי, מפרט עבירות, מכונן בתי-דין ומגדיר סמכויותיהן וקובע סדרי דין מפורטים [...].

עתירה זו סבה על עניין המעצר, ובנושא זה ניתן לומר לאור הוראותיו של חוק השיפוט הצבאי, כי נקבעו בו סדרי דין שונים, כלשון סעיף 2 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב].

המסקנה הכללית הנ"ל חלה גם על חוק סדר הדין הפלילי (תיקון מס' 9) הנ"ל, היינו: כל שאמרנו לעיל לגבי תחום המעצר לסוגיו כולל גם את ההוראות שבחוק סדר הדין הפלילי (תיקון מס' 9).⁴⁰

זאת ועוד, כאמור, גם כשהוחק חוק המעצרים, תוקן בו החש"ץ תיקון עקיף, והוסף סעיף 243ג לחש"ץ, שלפיו חוק המעצרים יחול על הליכי מעצר לפי החש"ץ רק מקום שהחש"ץ היפנה אליו. סעיף 21 אשר קובע את עילות המעצר עד תום ההליכים אינו בין סעיפי חוק המעצרים שאליהם מפנה החש"ץ, ולפיכך אין לו תחולה ישירה בצבא.

על כן, גם כיום עילות המעצר בצבא הן פרי הפסיקה, ומצב זה לא השתנה בעקבות חוק היסוד וגם לא בעקבות חוק המעצרים. בית הדין הצבאי לערעורים, בשורה ארוכה של החלטות שניתנו על ידיו, הביע דעתו כי עילות המעצר של חיילים לאחר הגשת כתב אישום צריכות להקבע בחוק השיפוט הצבאי עצמו, וכי כך היה ראוי עוד לפני חקיקת

³⁹ ראו: גרוס, לעיל הערה 11, בעמ' 441-442.

⁴⁰ פ"ד מג (2) 185, בעמ' 186. על פסק-דין זה ראו: גרוס, לעיל הערה 11, בעמ' 444-445 וכן עניין אסעד, לעיל הערה 12, בסעיף 23 להחלטה.

חוק היסוד, ובמשנה תוקף לאחר חקיקתו⁴¹. אך על אף האמור, טרם תוקן החש"ץ וטרם נקבעו עילות המעצר בחוק.

בעניין **אסעד**⁴¹, ובהחלטות נוספות שבאו בעקבותיו, קבע בית הדין הצבאי לערעורים, תחילה בצורה מסוייגת ולאחר מכן בצורה נחרצת, כי גם לאחר חקיקתו של חוק היסוד מוצדק מעצרם של חיילים לאחר הגשת כתב אישום לתכלית הרתעתית, בגין חומרת העבירה והפגיעה במשמעת הצבא; יחד עם זאת נקבע כי בעקבות חוק היסוד והשפעתו על דיני המעצר, יש מקום לצמצום מסויים בהיקף המעצרים של חיילים, אך לא צמצום קיצוני עד כדי נקיטה במעצר רק במקרים חריגים ומיוחדים⁴².

כאמור לעיל, חוקתיותה של עילת המעצר של חומרת העבירה בצבא טרם הוכרעה על ידי בית המשפט העליון, אלא הושארה בצריך עיון בפסק-דין **שרגא**⁴³ וב-**בג"ץ צמח**⁴⁴. גם לאחר פסקי-דין אלה, חזר בית הדין הצבאי לערעורים וקבע כי עילת המעצר "ההרתעתית" של חומרת העבירה והפגיעה במשמעת הצבא שרירה וקיימת בדיני המעצרים בצבא⁴⁵.

⁴¹ ראו: עניין **אסעד**, לעיל הערה 12; ע"מ 56/98 **רב"ט גמבורג נ' התצ"ר** (להלן: עניין **גמבורג**), ועוד.

⁴² לעיל, הערה 12.

⁴³ ראו **לעיל**, הערה 12 ובמיוחד עניין **אולמן לעיל**, הערה 12 והסקירה של הפסיקה שם.

⁴⁴ לעיל, הערה 7.

⁴⁵ לעיל, הערה 8.

⁴⁵ ראו למשל סעיף 4 להחלטתו של נשיא בית הדין הצבאי לערעורים, האלוף א' שיף, ב- ע"מ 23/97 **טור' נתן נ' התצ"ר** וכן החלטתו של שופט בית הדין הצבאי לערעורים, אל"ם ש' יניב, בעניין **אולמן**, לעיל הערה 12.

ג. הזכויות והערכים הנפגעים

1. הזכות לחירות, הזכות לכבוד וזכויות נגזרות

א. חשיבותן של הזכויות והשפעת הקונסטיטוציונליזציה וחוק היסוד

חשיבותה הרבה של הזכות לחירות, אשר הינה זכות יסוד מן המעלה הראשונה בכל משטר דמוקרטי, הוכרה במשפט הישראלי אף ללא חקיקה מפורשת. כבר במגילת העצמאות⁴⁶ נאמר כי "מדינת ישראל... תהא מושתתת על יסודות החירות, הצדק והשלום לאור חזונו של נביאי ישראל". ההכרה בחשיבות זו באה לידי ביטוי גם בפסיקה, ובין היתר ב-ב"ש 1,6,16/87 אברהם דנאשולי נ' מדינת ישראל:

"חכמינו הורונו: 'חביב אדם שנברא בצלם' (אבות, ג, יד). ערך יסוד זה שבעולמה של יהדות הוא התשתית, לב לבו של עקרון חירות האדם. חביבותה של חירות כל יחיד ויחיד, של חופש כל אדם באשר הוא אדם, ממנה פינה וממנה יתד לחביבותם של חירות הביטוי וחופש ההפגנה. מתוך מכלול החירויות שאנו מצווים על שמירתן, ההגנה הראשית והראשונה היא זכותו של היחיד הבודד וה'אפור', שהרבים, לעתים קרובות, אדישים כלפיו, והוא נשכח במאבקו, שלא תישלל חירותו ושלא ייפגע חופשו; שמירת זכות זו קודמת - ובבחינת תנאי-בל-יעבור - לזכות חירות הביטוי של היוצר והאמן ולחופש ההפגנה של בעלי דעה פוליטית והשקפת עולם, שהציבור חש בקיומם ועוקב אחר פעילותם ולא ייתן להם להישחק מהעין הרואה ולהיעלם מהיד הכותבת. חביב אדם שנברא בצלם - כל אדם, כקטן כגדול, כנעלם וכמפורסם; ועל מכלול זכויותיו מצווים אנו להגן ולשמור, ואף אם סולדים אנו ממעשים שעשה. ומכל שכן, אם מעשים אלה רק מיוחסים לו, וטרם נקבע בדין שאכן עבר אותם, כפי שכך הוא בסוגיית שמירת חירות האדם ממעצרו בטרם משפט".⁴⁷

בשנת 1992 עוגנה הזכות לחירות באופן מפורש כזכות חוקתית, בסעיף 5 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו: "אין נוטלים ואין מגבילים את חירותו של אדם במאסר, במעצר, בהסגרה או בכל דרך אחרת". בסעיף 1 לחוק היסוד נקבע כי "זכויות היסוד של האדם בישראל מושתתות על ההכרה בערך האדם, בקדושת חייו ובהיותו בן-חורין, והן יכובדו ברוח העקרונות שבהכרזה על הקמת מדינת ישראל"; ובסעיף 1א הובהר כי מטרת החוק

⁴⁶ ראו גם: סעיף 1 סיפא לחוק היסוד; וכן ראו: א' רובינשטיין, "הכרזת העצמאות כמסמך יסוד של מדינת ישראל", משפט וצבא 13 (תשנ"ט) 11.

⁴⁷ פ"ד מא (2) 281, עמ' 289-290.

היא להגן על כבוד האדם וחירותו, כדי לעגן את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית.⁴⁸

הזכות לחירות חשובה אף מזכויות היסוד האחרות, מלבד הזכות לחיים או קדושתם, ולפיכך ראוייה להגנה רבה יותר:

"החירות האישית היא זכות חוקתית מן המדרגה הראשונה, והיא גם, מבחינה מעשית, תנאי למימוש זכויות יסוד אחרות. הפגיעה בחירות האישית, כמו פגיעת אבן במים, יוצרת מעגל מתרחב של פגיעה בזכויות יסוד נוספות... רק בן-חורין יכול לממש באופן מלא וראוי את זכויות היסוד שלו. והחירות האישית, יותר מכל זכות אחרת, היא העושה את האדם בן-חורין... המסקנה היא, שהחירות האישית, בהיותה זכות חוקתית בעלת חשיבות מיוחדת, ראוייה להגנה מיוחדת [...]"⁴⁹.

אף שהפסיקה העוסקת בדיני המעצרים מתמקדת בזכות לחירות (ובחזקת החפות, כפי שיפורט בהמשך⁵⁰), הפגיעה בחירות בדרך של מעצר גוררת עימה פגיעה בזכות לכבוד⁵¹ ובזכויות יסוד נוספות⁵². בין זכויות אלה הזכות לשם טוב, שכן המעצר, מעצם טיבו, מטיל "סטיגמה" על העצור, כמשתייך ל"תת-קבוצה" חברתית של עבריינים⁵³. הזכות לשם טוב הוכרה כזכות חוקתית הנגזרת מהזכות לכבוד⁵⁴. בנוסף, שלילת החירות מונעת

⁴⁸ בספרות המשפטית קיימת מחלוקת קשה אודות כך; ראו: מ' אלון, "חוקי היסוד – עיגון ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית – סוגיות במשפט הפלילי", **מחקרי משפט** יג (תשנ"ו) – תשנ"ז) 27; א' רוזן-צבי, "מדינה יהודית ודמוקרטית: אבהות רוחנית, ניכור וסימביוזה – האפשר לרבע את המעגל?", **עיוני משפט** יט (תשנ"ה) 479; א' ברק, "הקונסטרוקציונליזציה של מערכת המשפט בעקבות חוקי-היסוד והשלכותיה על המשפט הפלילי (המהותי והדיוני)", **מחקרי משפט** יג (תשנ"ו-תשנ"ז) 5; ח' ה' כהן, "ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית, עיונים בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו", **הפרקליט ספר היובל – 50 שנות "הפרקליט" 1943-1993** (תשנ"ד) 9; א' מעוז, "ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית", **עיוני משפט** יט (תשנ"ה) 547; א' לבונטין, "יהודית ודמוקרטית – הרהורים אישיים", **עיוני משפט** יט (תשנ"ה) 521. וראו גם הערה 173 **להלן**.

⁴⁹ בג"ץ **צמח, לעיל** הערה 8, בעמ' 17-19 לפסק-הדין.

⁵⁰ ראו **להלן** בפרק ג.2.

⁵¹ על הזכות לכבוד ראו: א' ברק, "כבוד האדם כזכות חוקתית", **הפרקליט** מא (תשנ"ג) –

תשנ"ד) 271; וכן ראו: ד' סטטמן, "שני מושגים של כבוד", **עיוני משפט** כד (תשס"א) 541.

⁵² ראו: א' בנדור, "סדר דין פלילי ודיני ראיות: התפתחויות בזכויות היסוד של האדם במשפט הפלילי הדיוני", **ספר השנה של המשפט בישראל תשנ"ו** (א' רוזן-צבי עורך, 1997) 481, עמ' 492.

⁵³ ראו: ק' מן, "השלכות רשמיות וחברתיות של מעצרים", **פלילים** ג (תשנ"ג) 284.

⁵⁴ ראו למשל: רע"א 3614/97 **אבי יצחק, עו"ד ואח' נ' חברת החדשות הישראלית בע"מ ואח'**, פ"ד נג (1) 26, בעמ' 48; והשוו אל: בג"ץ 188/96 **צירינסקי נ' סגן נשיא בית משפט השלום בחדרה השופט ע' שרון ואח'**, פ"ד נב (3) 721.

את האפשרות לממש מספר זכויות נוספות – הזכות לעבוד, הזכות לקיים משפחה וכדומה.⁵⁵

בספרות ובמחקר הובעה הדעה, כי יש בעצם מעצרו של נאשם כדי להקשות על הכנת הגנתו כנדרש⁵⁶, כדי להגדיל את הסיכון שימצא אשם בדינו וכדי להשפיע על העונש הסופי שיגזר עליו אם ימצא אשם⁵⁷. לפי דעה זו הרי שהמעצר פוגע גם בזכות שלא להשתייך לקבוצה אשר יש סיכון מוגדל כי הנמנים עימה יורשעו וכי ייגזרו עליהם עונשים גבוהים. זכות זו הינה חלק מהזכות הדיונית ל"הליך הוגן", אשר יש הסבורים כי היא מעוגנת בזכות לכבוד ובזכות לחירות⁵⁸.

הדעה הרווחת כיום, למרות ההסתייגויות וההתנגדויות לכך, היא כי חקיקתם של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק יסוד: חופש העיסוק⁵⁹ הביאה עימה מהפכה חוקתית⁶⁰. מכל מקום, סעיף 11 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו קובע כי: "כל רשות מרשויות השלטון חייבת לכבד את הזכויות שלפי חוק-יסוד זה", ובתי המשפט בכלל זה. עולה איפוא השאלה, כיצד, אם בכלל, השפיע עיגונן של הזכויות האמורות בחוק יסוד על חקיקת חוקים או על הכרעות בתי המשפט.

השפעה ברורה אחת של הקונסטיטוציונליזציה, היא בכפיפותם של חוקים הפוגעים בזכויות היסוד בכלל, לרבות בזכות לחירות, לביקורת שיפוטית. חוקי היסוד מכתיבים הן את הדרך שבה יפורשו החוקים והן את האפשרות לבטלם אם אינם עומדים בתנאים שנקבעו בחוקי היסוד⁶¹.

כמו כן, הזכות לחירות אינה נגזרת עוד כבעבר מפרשנותו של דבר חקיקה וסמכויות המעצור אינן קובעות עוד את גדרה של הזכות לחירות, כי אם להיפך. הפרשנות של כל

⁵⁵ ראו והשוו: J. F. Williams, "Process and Prediction: A Return to a Fuzzy Model of Pretrial Detention", 79 *Minn. L. Rev.* 325 (1994), p. 358.

⁵⁶ ראו: ד' ליבאי, **דיני מעצר ושחרור** (הוצאת שוקן, תל-אביב, תשל"ח), בעמ' 218-219.

⁵⁷ ראו למשל: **אזר ו-גז, לעיל** הערה 20, בעמ' 402-404.

⁵⁸ ראו למשל: **שחר, לעיל** הערה 29; **בר-אילן-קיץ, לעיל** הערה 11, בעמ' 39-45; **בי אוקון ו-ע' שחם**, "הליך ראוי ועיכוב הליכים שיפוטיים", **המשפט** ג (תשנ"ו) 265; **א' פורת**, "הגנה מן הצדק בעידן החוקתי", **קרית המשפט** א (תשס"א) 381, בעמ' 384-386. וכן ראו: ע"פ 1741/99 **יוסף נ' מדינת ישראל**, פ"ד נג 750 (4), בעמ' 767.

⁵⁹ ס"ח התשנ"ד 90.

⁶⁰ ראו בין היתר: **ברק, לעיל** הערה 48; **א' ברק**, "המהפכה החוקתית: זכויות יסוד מוגנות", **משפט וממשל** א (תשנ"ב-תשנ"ג) 9; **אלון, לעיל** הערה 48; **י' קרפ**, "המשפט הפלילי – יאנוס של זכויות האדם: קונסטיטוציונליזציה לאור חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו", **הפרקליט** מב (תשנ"ה-תשנ"ו) 64; **בנדור, לעיל** הערה 52. אך מנגד ראו למשל: **מ' לנדוי**, "מתן חוקה לישראל בדרך של פסיקת בית המשפט – ע"א 6821/93 **בנק המזרחי המאוחד ואח' נ' מגדל** כפר שיתופי ואח' (טרם פורסם)", **משפט וממשל** ג (תשנ"ה-תשנ"ו) 697; **ר' גביזון**, "המהפכה החוקתית – תיאור המציאות או נבואה המגשימה את עצמה?", **משפטים** כח (תשנ"ז) 21.

⁶¹ ראו: **א' ברק, פרשנות במשפט**, (נבו הוצאה לאור, ירושלים, תשנ"ד – 1994), כרך שני, עמ' 204-202, כרך שלישי, עמ' 720 ואילך; ע"א 6821/93 **בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי ואח'**, פ"ד מט (4) 221; וכן דנ"פ **גנימאת, לעיל** הערה 32.

דבר חקיקה, ועצם התוקף והסמכויות של המעצר, נקבעים איפוא בשים לב לזכות לחירות, שהינה העקרון החוקתי העל-חוקי המנחה ונקודת המוצא. וכדברי השופט ט' שטרסברג-כהן ב-דנ"פ גנימאת:

"חוק היסוד הציב בהצבה נורמטיבית על-חוקית את העיקרון המנחה, ולאורו עלינו לפרש כל חוק ישן והתיקון התשיעי בכלל זה. הוא קבע את נקודת המוצא שממנה יש לצאת ואת מרכז הכובד שאליו יש להתייחס כתשתית רעיונית לפרשנות ראויה של הוראות התיקון התשיעי. אם קודם לחקיקתו עמד לנגד עינינו סעיף 21א(א) שנקודת המוצא בו היא הסמכות של בית המשפט לצוות על מעצרו של נאשם, הרי שכיום עומד לנגד עינינו, קודם לכל, סעיף 5 לחוק היסוד הקובע את זכותו של כל אדם לחירות. אם קודם עמד לנגד עינינו במקרים המנויים בתיקון, בראש ובראשונה, האינטרס הציבורי המסמיך הגבלת חירותו של אדם, עומדת כיום לנגד עינינו, קודם לכל, זכות יסוד של אדם לחירות, שרק אינטרס ציבורי מובהק מצדיק להגבילה. סעיף 21א(א), המעניק לבית המשפט סמכות לשלול את החירות ולהורות על מעצרו של הנאשם בהתמלא תנאים מסויימים, ניצב בפירמיה מתחת לזכות היסוד לחירות. חוק היסוד שינה את סדר העדיפויות. הוא שינה את האיזון בין זכותו של אדם לחירות לבין סמכותו של בית המשפט לשלול אותה ממנו."⁶²

הלכה אשר תואמת בכירור את הוראות חוק היסוד, ואשר ניתנה לאחר חקיקתו, מצויה בהכרעה שניתנה פה אחד ב-דנ"פ גנימאת⁶³, ושלפיה היות העבירה בגדר "מכת מדינה" אינה יכולה לשמש לבדה עילה למעצר לפני משפט⁶⁴. אך השאלה האם ההסתמכות על חוק היסוד היא שהביאה להכרעה זו נתונה במחלוקת. לדעת הנשיא מ' שמגר והשופטים א' מצא ו-מ' חשין חוק היסוד לא שינה את ההלכה הקיימת⁶⁵. לעומתם סברו יתר

⁶² דנ"פ גנימאת, לעיל הערה 32, עמ' 633.

⁶³ שם, שם.

⁶⁴ כן ראו: ברק, לעיל הערה 48, בהערה 123.

⁶⁵ "לטעמי, אין לשנות עתה את פרשנותו של חוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב] לאור חקיקתו בשנת 1992 של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. אין ספק שחוק היסוד, שעגן זכויות היסוד בחוק החרות, צריך להיות לנגד עינינו, כפי שהקפדה על קיום החירויות היתה נגד עינינו כאשר היו חלק מן המשפט הפוזיטיבי הבלתי חרות.

אינני סבור כי מתחייב עתה שינוי גישה לדיני המעצר. כמקודם כן גם עתה, מתחייב איזון סביר וזהיר בין החובה לשמור על חירותו של הפרט לבין החובה להגן על ביטחון הציבור. שני הנושאים מסורים לאחריותו של בית המשפט, כי אין הענקת סמכות ללא הטלת אחריות. מכאן כי אין לאשר מעצרים ללא צורך אמיתי; אולם, מאידך גיסא, אין גם להפוך את הברכה - שבחקיקת חוק היסוד - לפגיעה בחברה בכלל, ובפרטים שבה בפרט. (הנשיא מ' שמגר, דנ"פ גנימאת, לעיל הערה 32, עמ' 622).

השופטים כי לחוק היסוד השפעה במידה זו או אחרת על תוצאת פסק-הדין. לדעת השופט א' גולדברג, חקיקת חוק היסוד ביטלה את הלגיטימיות של פרשנות המכירה בעילה ההרתעתית כעילת מעצר⁶⁶. ולדעת השופטת ט' שטרסברג-כהן, כאמור, משנה חוק היסוד את נקודת האיזון שמציב בית המשפט בבואו להכריע על מעצר⁶⁷.

אין ספק כי הנשיא א' ברק והשופטת ד' דורנר מייחסים את ההשפעה מרחיקת הלכת ביותר להוראות חוק היסוד, ולדעתם מן הראוי, במיוחד בעקבות חוק היסוד, כי הוראה על מעצר תנתן רק במקרים חריגים ומיוחדים:

"במדינה דמוקרטית, אשר הציבה בראש חוקתה את הצו כי 'זכויות היסוד של האדם בישראל מושגות על ההכרה בערך האדם, בקדושת חייו ובהיותו בן חורין...' (סעיף 1 לחוק היסוד), מעצר ללא משפט צריך להתקיים רק במקרים חריגים ומיוחדים. הכלל הוא החירות. המעצר הוא החריג. הכלל הוא החופש. המעצר הוא החריג [...] בדומה, מעצר עד תום הליכים צריך להתקיים רק במקרים חריגים ומיוחדים. מעצר אינו תחליף לעונש ואינו מקדמה על חשבון עונש. הנאשם הוא בחזקת זכאי, וזכותו להלך חופשי. רק במקרים מיוחדים ניתן במדינה דמוקרטית שוחרת חופש להצדיק מעצר עד תום ההליכים. ייתכן שמקרים חריגים ומיוחדים אלה יהיו רבים, שכן הפשיעה גואה, והנאשמים מסוכנים אם ישוחררו. ייתכן שמקרים חריגים ומיוחדים אלה הם מעטים, שכן רמת הפשיעה נמוכה. בין שעניין לנו במקרים רבים ובין שעניין לנו במקרים מעטים, עניין לנו במקרים מיוחדים וחריגים. המיוחדות והחריגות שעליהן אני עומד אינן משקפות מספרים; הן משקפות מנטאליות, נקודת מוצא ותפיסה חוקתית. הן אינן משקפות תפיסה כמותית. הן מבטאות תפיסה איכותית. הן מבטאות גישה הרואה במעצר עד תום ההליכים אמצעי אחרון ולא אמצעי ראשון. הן משקפות

"אף אני סבור, כי הפרשנות שניתנה על-ידי שופטי הרוב ליסודותיה של עילת המעצר האמורה היא הפרשנות המתחייבת גם מן 'הדין הקיים', אף ללא השראתו הפרשנית של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו." (השופט א' מצא, שם, עמ' 609).

"פירושי שלי לחוק אינו תולה עצמו – מעיקרו – בחוק היסוד. חירות וכבוד היו גם לפני היות חוק זה, ואותם חירות וכבוד די היה בהם, לדעתי, די והותר, כדי להעמיד עילות מעצר – על דרך העיקרון – רק על התכליות המנויות בסעיף 21א(1) לחוק." (השופט מ' חשין, שם, עמ' 639).

⁶⁶ "אם לפני חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ניתן היה להעמיד את עילת המעצר שבסעיף 21א(2) לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב] על תכלית הרתעתית, איני סבור כי ניתן עוד עתה, לאתר חוק היסוד, לאמץ גישה זו אף שהייתה לגיטימית בשעתה. מעצר אדם טרם משפט, אך ורק כדי להרתיע אחרים, לא יכול להתיישב עם חוק היסוד." (שם, עמ' 631-630).

⁶⁷ ראו לעיל הטקסט להערה 62.

תפיסה הבודקת בשבע עיניים אם נשקפת סכנה אם הנאשם ישוחרר, והן בוחנות היטב אם אין מקום לתחליף מעצר. זוהי החובה החוקתית המוטלת עלינו. אפילו מוצדק הוא לפגוע בחירות, הפגיעה לעולם אינה צריכה להיות מעבר לנדרש. משוכנעני כי בסופו של דבר, ולאחר הבדיקות הראויות, תבוא גם הקטנה במספר המעצרים עד תום ההליכים. הפראקטיקה בשטח תתאים עצמה לטוריקה מהספרים. " (הנשיא א' ברק) ⁶⁸.

"לשיטתי, מדיניות שיפוטית ראויה מחייבת להורות על מעצר רק כאשר אין מוצא אחר. בעניין זה, לדידי, אין נפקא מינה אם הנאשם משוחרר משום שנקבעה לו חלופת מעצר, או שהוא משוחרר בערובה בהיעדר עילת מעצר (שחרור העשוי להיות, כפי שנעשה בפסק הדין נושא הדיון הנוסף, שחרור בתנאים, כדי להבטיח את התייצבות הנאשם - המתגורר בשטחים - למשפט). זו הייתה המדיניות השיפוטית הראויה אף בהיעדר חוק היסוד. לא כל שכן, בית-המשפט מחויב להפעיל מדיניות כזאת משנתקבל חוק היסוד. " (השופט ד' דורנר) ⁶⁹.

השופט מ' חשין ציין כי עמדות אלה של הנשיא א' ברק ושל השופט ד' דורנר, לא שכנעו את יתר שופטי המותב ⁷⁰. הדברים אכן לא שכנעו את הנשיא מ' שמגר, אשר כתב:

"לצערי טרם הגענו לימים טובים כאלה שבהם ניתן לנקוט גישה כמתואר [...] " ⁷¹

"חברי הנשיא מוסיף הפעם [...] כי 'יתכן שמקרים חריגים ומיוחדים' אלה יהיו רבים, שכן הפשיעה גואה, והנאשמים מסוכנים אם ישוחררו' (ההדגשות שלי – מ' ש'). דומה, עם כל הכבוד, כי יש כאן סתירה פנימית. אם המקרים רבים הרי אינם חריגים ומיוחדים. " ⁷²

ב-בש"פ 7721/95 כהן נ' מדינת ישראל, חזרה השופטת ד' דורנר על דעתה כי לא ניתן להתעלם מהשפעתו של חוק היסוד, ובהתייחסה להכרעת בית המשפט המחוזי כתבה כך:

⁶⁸ דנ"פ גנימאת, לעיל הערה 32, עמ' 649.

⁶⁹ שם, עמ' 648.

⁷⁰ שם, עמ' 643.

⁷¹ שם, עמ' 629.

⁷² שם, עמ' 630. ההדגשות הן במקור.

"בדנ"פ 2316/95 גנימאת נ' מדינת ישראל ציינתי, בסעיף 1, כי השאלה הניצבת היא 'אם הרטוריקה של זכויות האדם תחבטא במדיניות השיפוטית (בעניין מעצרים ד' ד')' הלכה למעשה'. בהחלטת בית המשפט המחוזי שבגדרה הוזכר חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (להלן – חוק היסוד) לא בא לביטוי המשקל שמן הדין לייחס להיותה של החירות ממעצר זכות יסוד של האדם המעוגנת בסעיף 5 לחוק היסוד. בית המשפט, בנותנו עדיפות לאינטרס הציבורי על סמך אותם נימוקים שהיו ביסוד מעצרו של העורר מלכתחילה, התעלם מהותית (להבדיל מרטרית) מן ההתרחשויות לאחר מתן החלטת המעצר הראשונה.⁷³

והוסיפה כי:

"כיום, לאחר קבלת חוק היסוד, חידוש מעצר ללא בדיקה מחדש של הצורך במעצר מעיקרו על יסוד מכלול הנסיבות, לרבות המעצר הבלתי חוקי אם היה, אינו יכול להתקבל. גישה זו פוגעת באיזון הראוי בין זכות האדם לחירותו לבין הצורך בשמירה על שלום הציבור שבאה לביטוי בסעיף 52 לחוק.⁷⁴

הכרעה אשר לגביה אין חולק כי נבעה מהשפעתו של חוק היסוד, מצויה ב-בג"ץ צמח⁷⁵. בפסק-דין זה ביטל סעיף החוק אשר איפשר מעצר בצבא ל-96 שעות עד להבאה בפני שופט, תוך הסתמכות על חוק היסוד. בעקבות כך הועמדה תקופת המעצר על 48 שעות בלבד.⁷⁶

⁷³ פ"ד מט (4) 166, בעמ' 170-169. ההדגשות הן שלי – מ' ל'. וראו גם: ד' דורנר, "השפעת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו על דיני המעצרים", **משפט וממשל** ד (תשנ"ז) 13, עמ' 24: "לדידי, השאלה העיקרית היא אם הרטוריקה של זכויות האדם תחבטא במדיניות שיפוטית הלכה למעשה, כך ששיעור הנאשמים שייעצרו יפחת במידה משמעותית"; ד' דורנר, "אמות מידה למעצר", **הסיניגור** 23 (1998) 3. ראו גם: **בנדור**, **לעיל** הערה 52, עמ' 503.

⁷⁴ **שם**, עמ' 171.

⁷⁵ **לעיל**, הערה 8.

⁷⁶ בפועל נמנע בית המשפט מבחינה לעומק של השפעת חוק היסוד על דיני המעצרים בצבא שכן הגיע למסקנה שבמקרה זה "אפילו המשיבים אינם חולקים על כך שהחוק המתקן פוגע בחירות האישית של חיילים מעבר למידה הנדרשת" (עמ' 43 לפסק-הדין), ובעיות המשאבים הנטענות אינן מצדיקות פגיעה במידה העולה על הנדרש בחירות החיילים הנעצרים.

כמו-כן, בעקבות השפעתו של חוק היסוד אימץ בית הדין הצבאי לערעורים "גישה מצמצמת" ביחס לדיני המעצר, ובעיקר צמצום גדרה של עילת המעצר של חומרת העבירה והפגיעה במשמעת הצבא, והיזקקות מוגברת לחלופת מעצר ולקציבת מעצר.⁷⁷

ב. השפעת "חוק המעצרים"

הערכים המעוגנים בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו עמדו לעיני המחוקק בחוק את חוק המעצרים: "מעצרו ועיכובו של אדם יהיו בדרך שתבטיח שמירה מירבית על כבוד האדם ועל זכויותיו"⁷⁸. לחוק זה היתה כידוע השפעה רבה בהליכים קדם משפטיים שונים.⁷⁹

קשה לחלוק כי אחת הקביעות החשובות ביותר של חוק זה היא כי חומרת העבירה אינה עוד עילה למעצר הנאשם טרם משפט. כפי שכבר הוזכר לעיל, השופט א' גולדברג אמנם הביע ב-דנ"פ גנימאת עמדה מפורשת כי זו ההלכה המתחייבת לאור חוק היסוד⁸⁰, אך מרבית השופטים האחרים לא השיבו לשאלה האם חוק היסוד גורם לשינוי ההלכה בעניין זה.⁸¹ כאמור לעיל, מחלוקת זו באה לידי סיום עם הקביעה בסעיף 21 (א)(1)(ג) לחוק המעצרים, שלפיה העבירות "החמורות" המנויות בסעיף מקימות רק חזקה הניתנת לסתירה למסוכנותו של הנאשם.⁸²

גם לאחר חקיקתם של חוק היסוד ושל חוק המעצרים נמשכה המחלוקת בין שופטי בית המשפט העליון בשאלה האם השינוי שהביאו עימם חוקים אלה הוא שינוי "איכותי", או שמא רק "כמותי"⁸³. בין השופטים הסבורים כי השינוי הוא כמותי בלבד ניתן למנות את השופט מ' חשין ואולי גם השופט י' זמיר. כך למשל אמר השופט מ' חשין ב-בש"פ 3126/97 סנויאנה נ' מדינת ישראל:

⁷⁷ על השפעת המהפכה החוקתית על מדיניות המעצרים בצבא ראו: דברי נשיא בית הדין הצבאי לערעורים, האלוף א' שיף, "יובל למשפט הצבאי – כנס שנערך בתאריך 12/10/99 במכון הישראלי לדמוקרטיה", משפט וצבא 14 (תש"ס), 11, בעמ' 84. כן ראו לעיל בפרק ב.2. וכך להלן בפרק ג.1.ב. ובפרקים 3.1 ו-5.1.

⁷⁸ סעיף 1 (ב) לחוק המעצרים. ראו גם את המבוא לדברי ההסבר לחוק: "מונחית ההצעה על פי חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו", הצעת חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – עיכוב, מעצר ושחרור), התשנ"ה-1995, ה"ח 306.

⁷⁹ ראו: י' אלבשן, "סדר דין פלילי: חוק המעצרים החדש", עיוני משפט כב (תשנ"ט-תש"ס) 87. אחד השינויים שהביא עימו חוק המעצרים הוא ביטול מעצר החובה. שינוי זה בא לידי ביטוי ב-בש"פ 5222/97 פטשניק נ' מדינת ישראל, פ"ד נא (4) 702 וב-בש"פ 2646/97 עודה נ' מדינת ישראל, פ"ד נא (1) 523, עת שוחררו מי שנאשמו ברצח, עקב קביעה כי נאשמים אלה אינם מסכנים את בטחון הציבור. שינוי אחר הוא קיצור תקופת המעצר לאחר הגשת כתב אישום משנה לשישה חודשים, ולאחר מכן העמדתה על תשעה חודשים, תוך שהארכת מעצר מעבר לכך דורשת אישור שופט של בית המשפט העליון.

⁸⁰ ראו לעיל הערה 66.

⁸¹ ראו למשל: בש"פ 7968/95 הנ"ל, לעיל הערה 33.

⁸² בכך התקבלה גישתו של השופט מ' אלון, ראו דברי ההסבר להצעת החוק, לעיל הערה 78, בעמ' 312.

⁸³ ראו: צ' נח, "הגלגל עדיין אותו גלגל?", עורך הדין 8 (יוני 99), 52.

"באותו הקשר טען בא-כוח העותרת כי מאז תחילתו של חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה - מעצרים), התשנ"ו 1996-, נשתנו סדרי בראשית, ולמצער נשתנתה הגישה הכוללת למעצרים של נאשמים עד תום ההליכים. לעניין זה הסב בא-כוח העותרת את תשומת ליבי להחלטתו של כבוד הנשיא זילר בב"ש 1228/97, בה אומר הנשיא כי החוק החדש 'הסיט את נקודת האיזון בין מעצר לאי-מעצר הרבה יותר קרוב לאיזון אי-המעצר, והדבר ניכר בלשון החוק'.

אני מסכים לטענה, ככל שהמדובר בהוראות חוק מפורשות המשנות מן הדין שנהג קודם לכן. אני מסכים אף לכך, שבשנים האחרונות ערים בתי-המשפט ביתר לזכויותיהם של נאשמים לעניין מעצרים עד תום ההליכים. ואולם, אחרי כל אלה אין לי אלא לחזור על דבריו שאמרתי בבש"פ 8087/95 – זאדה, פ"ד נ(2) 133, 176: 'והגלגל הוא אותו גלגל'. לשון אחר: השיקולים העיקריים המנחים את בתי המשפט הם אותם שיקולים, גם אם בתי-המשפט מזהירים את עצמם ביתר תוקף, לאמור: הוּו זהירין בדין.⁸⁴

וכך אמר ב-בש"פ 445/98 מדינת ישראל נ' הוכברג:

"[...] ודומני כי השינוי שנתחולל במשפט-המעצרים בישראל לא היה אלא שינוי כמותי בלבד. אכן, כל שינוי כמותי... מביא מעצמו לשינוי איכותי כלשהו. ואולם לא נמצא לי כי בענייננו-שלנו נתחולל שינוי איכותי..."⁸⁵

דברים דומים במידה מסויימת כתב השופט י' זמיר ב-בש"פ 2206/99 פרדו נ' מדינת ישראל:

"חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, הקובע את החירות ממעצר כזכות יסוד, לא יצר מהפיכה של ממש במדיניות המעצר של בית המשפט, ואני סבור כי אף אין הוא אמור ליצור מהפיכה כזאת. מאז ומתמיד היה בית המשפט אמור לאזן בין הצורך להגן על שלום הציבור ותקינות המשפט לבין הצורך להגן על חירות האדם. מה, אם כן, נשתנה עם חוק-היסוד? נראה כי השינוי העיקרי בתחום זה מתייחס למקרי הגבול. במקרים כאלה, אם נראה כי חלופת מעצר

⁸⁴ דינים עליון נא 811. ההדגשות הן שלי – מ' ל'.

⁸⁵ תק-על 98 (1) 215. ההדגשות הן שלי – מ' ל'.

עשויה לנטרל את המסוכנות של נאשם במידה רבה של הסתברות, מן הראוי, בהעדר טעמים אחרים למעצר, להסתפק בחלופת מעצר.⁸⁶

עם זאת, יצויין כי היה זה השופט י' זמיר אשר כאמור הדגיש ב-בש"פ קורמן את השינוי שהביאו עימם חוק היסוד וחוק המעצרים, בכל הנוגע להשלטת התפיסה המניעתית, בהבדל מההרתעתית.⁸⁷

דעה שונה מזו של השופט מ' חשין הביעו שופטים אחרים של בית המשפט העליון. כך כתב השופט י' אנגלרד ב-בש"פ 1644/98 מדינת ישראל נ' דרבאס ואח':

"בחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה - מעצרים), תשנ"ו 1996-, קבע המחוקק איזון חדש בין זכות היסוד של נאשם לחירות לבין טובתו של הציבור תוך העדפה של שיקול חירות הפרט.⁸⁸

כך כתבה גם השופטת ד' בייניש ב-בש"פ 5431/98 פרנקל נ' מדינת ישראל (להלן: בש"פ פרנקל):

"אין חולק כי חוק זה קבע רף חדש לבחינת מעצרו של נאשם אשר טרם הורשע. על-פי תכליתו של חוק המעצרים, אכן מתחייבת גישה קפדנית יותר מבעבר לשמירה על חירותו של נאשם.⁸⁹

וכך כתבה השופטת א' פרוקצ'יה ב-בש"פ 3153/00 שלומוב נ' מדינת ישראל:

"חוק המעצרים החדש אשר נחקק על רקע חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו הביא לשינוי בהערכת האיזונים הראויים בין זכות הפרט לחירות אישית, לבין עניינו של הציבור בשמירת בטחונו ובמיצוי הליכי המשפט, תוך שהושם דגש מיוחד על ערך חירות הפרט. לשינוי האמור בנקודת האיזון השלכה על היבטים שונים הכרוכים בהליך המעצר ובכלל זה על היבט חלופת המעצר. הדגשת עניינו של הפרט אל מול עניינו של הציבור מוצאת את ביטוייה לא רק בהחמרת הנטל להוכיח את תנאי התקיימותן של עילות מעצר, אלא

⁸⁶ תק-על 99 (2) 291. ההדגשה שלי – מ' ל'.

⁸⁷ לעיל, הערה 34 והטקסט שם.

⁸⁸ דינים עליון נג 965. יש לציין כי איזון חדש זה לא הוביל לשחרור הנאשמים מהמעצר

במקרה נשוא דיון זה.

⁸⁹ פ"ד נב (4) 268, עמ' 271. אם כי כפי שנכתב בהמשך הדברים, גישה קפדנית זו אינה פוסלת מעצר בגין מסוכנות לרכוש, במקרים חמורים במיוחד, וגם הוא בכלל "בטחון הציבור".

מגבירה את אחריותו של בית המשפט לבחון קיומן של חלופות מעצר, ומחייבת מיצוי אפשרויות קיימות לשחרור, אם רק ניתן למצוא חלופה אשר תשרת כראוי את מטרת המעצר תוך פגיעה פחותה בנאשם.⁹⁰

ניתן להיווכח כי לדעת רוב שופטי בית המשפט העליון מן הראוי כי הוראות חוק היסוד וחוק המעצרים יביאו לשינוי נקודת האיזון שבין זכויות הנאשם לבין האינטרס הציבורי שבמעצרו, וכתוצאה מכך להפחתה בפועל של מספר הנאשמים אשר נעצרים עד תום ההליכים במשפטם, ולא רק לשינוי הרטוריקה.

לדעה האמורה שותף גם בית הדין הצבאי לערעורים, למרות שעילות המעצר שבחוק המעצרים אינן חלות על מעצר לפי החש"ץ. על אף הביקורת אשר מתח לאחרונה פרופ' ע' גרוס על בית הדין הצבאי, אשר לדבריו משתמש בהחלטותיו ברטוריקה חוקתית, אך אינו מיישם את עקרונותיה בפועל⁹¹, ניתן להיווכח, מעיון השוואתי בפסיקה של בתי הדין הצבאיים בעיקר בעשור האחרון, כי חלו צמצום בפועל בהיקף המקרים אשר מקימים עילת מעצר בגין חומרת העבירה והפגיעה במשמעת הצבא ועליה גדולה בהזקקות לחלופת מעצר, בשנים שלאחר חקיקת חוק היסוד ושלאחר חקיקת חוק המעצרים. יחד עם זאת לא נערך בעניין זה מחקר אמפירי ומן הראוי כי ייערך, כדי לבחון שאלה חשובה זו באופן מדעי.

אולם יצויין עם זאת, כי הדעה האמורה לא הובילה לשינוי בפרשנות המונח "בטחון הציבור" שבחוק המעצרים, אשר החליף את המונח "שלום הציבור" שבדין הישן. כפי שכתב ד"ר ד' ביינ⁹², ספק אם כוונת המחוקק בהחליפו את הביטוי "שלום הציבור" בביטוי "בטחון הציבור" היתה כי גם עבירות שאינן מסכנות גוף או חיים יחשבו לעבירות המסכנות את "בטחון הציבור". אך לא זו הדעה שהתקבלה בפסיקת בית המשפט העליון. כפי שנקבע בין היתר ב-בש"פ פ' פונקל, סכנה לבטחון אינה אך סכנה לגופו של אדם או לחייו, אלא גם עבירות רכוש, בנסיבות חמורות במיוחד, עלולות לפי מהותן ונסיבות ביצוען, לסכן את בטחון האדם ואת בטחון הציבור:

"מעשים שנועדו לפגוע ברכוש ולשלול רכוש פוגעים בסדרי החברה, פוגעים גם בזכויותיהם היסודיות של יחידה, ובנסיבות מסוימות יש בהם כדי לסכן את ביטחונה של החברה ואת ביטחונה של כל אדם בה. בנוסף על כך, עבירות רכוש טומנות בחובן סיכון טבוע כי בתנאים מסוימים הן יבוצעו באלימות ותוך סיכון חיי אדם, או שלמות גופו; אם לצורך השגת הרכוש, אם לשם שמירה

⁹⁰ תק-על 2000 (2) 1157.

⁹¹ גרוס, לעיל הערה 11, בעמ' 454. אולם ראו הערה 77 לעיל ופרקים 3. ו-5. והערה 215 להלן.

⁹² ד' ביינ, "דיני המעצר החדשים: היבטים אידיאולוגיים, חוקתיים ומעשיים", מגמות בפילוסופיה, עיונים בתורת האחריות הפלילית (א' לדרמן עורך, ת"א, תשס"א) 337, עמ' 349.

עליו, ואם לצורך המלטות המבצעים מעונש. מטעמים אלה ניתן לקבוע כי עבירות רכוש המבוצעות באורח שיטתי, או בהיקף ניכר, או תוך התארגנות של עבריינים מספר, או תוך שימוש באמצעים מיוחדים ומתוחכמים, עלולות לפי מהותן ונסיבות ביצוען לסכן את ביטחון האדם ואת ביטחון הציבור. לפיכך, אין לשלול קיומה של עילת מעצר בכל מקרה של עבירות המבוצעות נגד הרכוש, ויש לבחון את מכלול הנסיבות כדי לקבוע אם נתקיימה עילת מעצר, היינו - לבחון אם נשקף מן העבריינין אשר לו מיוחסת העבירה סיכון לביטחון במשמעותו האמורה.⁹³

2. חזקת החפות

א. מהותה, השפעת חוק היסוד עליה ותחולתה בשלב המעצר

בדומה לזכות לחירות, גם חזקת החפות הוכרה במשפט הישראלי זמן רב לפני חקיקתו של חוק היסוד.⁹⁴ על אף שחזקת החפות אינה מפורשת בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, נראה כי אף היא זכתה למעמד חוקתי, וזאת עקב הקשר ההדוק שבינה לבין זכויות היסוד האחרות, ובעיקר הזכות לחירות, כפי שסבורים פרופ' א' ברק וד"ר ד' ביינין.⁹⁵

משמעותה הקלאסית של חזקת החפות היא כי אין להרשיע אדם אלא אם הוכחה אשמתו מעבר לכל ספק סביר.⁹⁶ כידוע, בשלב המעצר בית המשפט אינו קובע האם הנאשם אשם או זכאי, ולפיכך עולה השאלה אם יש תחולה לחזקת החפות בשלב זה.

לבחינת שאלה זו שלוש גישות אפשריות: ראשית, ניתן לנקוט גישה צרה, שלפיה אין כל תחולה לחזקת החפות בשלב המעצר כיוון שאין נקבעת בשלב זה אשמתו או חפותו של הנאשם. שנית, ניתן לנקוט גישה רחבה, שלפיה כל הכרעה על מעצר או אף על חלופת מעצר, סותרת את חזקת החפות, וזאת כיוון שבקשת המעצר מסתמכת למעשה על כתב

⁹³ לעיל, הערה 89, עמ' 272 (השופטת ד' בייניש). ההדגשה היא שלי – מ' ל'; וראו גם: בש"פ 5464/97 סלאמה נ' מדינת ישראל, תק-על 97 (3) 696, העוסק בגניבת רכבים (השופט ת' אור); בש"פ 7636/97 מדינת ישראל נ' מסרי, תק-על 97 (4) 38, העוסק בגניבת כלי רכב (השופטת ט' שטרסברג-כהן); בש"פ 955/98 יוסף נ' מדינת ישראל, תק-על 98 (1) 467, העוסק בהונאה בכרטיסי חיוב (השופטת ד' בייניש); בש"פ 2089/98 מדינת ישראל נ' בלולו, תק-על 98 (1) 160, העוסק בהתפרצות (השופט מ' חשין); בש"פ 5705/98 פשרל נ' מדינת ישראל, תק-על 98 (3) 868, העוסק בהתפרצות (השופט מ' חשין); בש"פ 17/99 גברילוב נ' מדינת ישראל, תק-על 99 (1) 665, העוסק בגניבת כלי רכב (השופט י' זמיר); ו-בש"פ 507/00 מזרחי נ' מדינת ישראל, פ"ד נד (1) 385, העוסק בזיוף דרכון (השופט י' זמיר).

⁹⁴ ראו למשל: בש"פ 4510/91, לעיל הערה 28, בעמ' 582-583.

⁹⁵ ברק, לעיל הערה 48, בעמ' 23; ד' ביינין, "ההגנה החוקתית על חזקת החפות", עיוני משפט

כב (תשנ"ט-תש"ס) 11, עמ' 12; השווו גם: מ' לינדנשטראוס, חזקת החפות – במשפט

הישראלי ובמשפט האמריקני – סוגיות נבחרות (ההוצאה לאור של לשכת עורכי הדין,

התשנ"ט).

⁹⁶ על כך ראו להלן הערה 125 והטקסט שם.

האישום שהוגש נגד הנאשם ועל ראיות לכאורה נגד מי שטרם הוכרע דינו. ושלישית, ניתן לנקוט גישת ביניים, שלפיה חזקת החפות אמנם חלה גם בשלב המעצר, אך היא מונעת רק הפעלה של אמצעי "ענישה"⁹⁷, ואם המעצר אינו בגדר "ענישה", אזי אין נפגעת חזקת החפות.

נראה כי הפסיקה בישראל מתייחסת לחזקת החפות עוד בשלב המעצר, אם מתוך הגישה הרחבה ואם מתוך גישת הביניים דלעיל. כך כתב הנשיא א' ברק ב-כש"פ 8087/95 **זאדה נ' מדינת ישראל** (להלן: כש"פ זאדה), כי על השופט הבודק קיום ראיות לכאורה בשלב המעצר להיות זהיר בבדיקתו שכן "הוא שולח למעצר אדם שאשמתו לא הוכחה, ואשר חזקת החפות עומדת לו"⁹⁸, וזאת על אף שקבע כי חזקת החפות אינה נסתרת בשלב המעצר.⁹⁹

במלים אחרות, בתי המשפט משלבים בשלב המעצר בין הזכות לחירות לבין חזקת החפות במובן זה שהזכות לחירות עומדת לנאשם כל עוד עומדת לזכותו חזקת החפות,¹⁰⁰ וכיוון שכל על השופט להקפיד במיוחד, בהחליטו על מעצר, כי יוכחו בפניו ראיות לכאורה, עילת מעצר והעדר חלופת מעצר מתאימה¹⁰¹.

ב. המשקל של חזקת החפות כנגזרת ממשקל הראיות לכאורה

כאמור, מהותה הבסיסית של חזקת החפות היא לעניין הקביעה האם נאשם אשם או חף מפשע. לפיכך נראה כי כאשר שאלת האשמה אינה שנויה במחלוקת, הגם שטרם נסתיים ההליך השיפוטי, חזקת החפות מאבדת ממשקלה והופכת להיות "טכנית" בעיקרה, דהיינו שהאשמה והעונש בגינה לא יקבעו באופן רשמי בפסק-דין בטרם הושלמו כל ההליכים הדיוניים. כך למשל, אין חולק כי לחזקת החפות אין כמעט מעמד לאחר שהנאשם הורשע אך טרם נגזר גזר-דינו.¹⁰²

לדעתי, ניתן לומר באופן דומה, כי מקום שעניין האשמה או החפות אינו נתון במחלוקת אמיתית, למשל לנוכח הודעה של בא כוח הנאשם בשלב המעצר כי בכונת הנאשם

⁹⁷ ראו: U. N. Raifeartaigh, "Reconciling Bail Law with the Presumption of Innocence", 17 *Oxford Journal of Legal Studies* (1997) 1, עמ' 343-344.

⁹⁸ פ"ד נ 133 (2), פסקה 17 לפסק-דינו של הנשיא א' ברק.

⁹⁹ שם, פסקה 11 לפסק-דינו: "חזקת החפות לא נסתרת בו".

¹⁰⁰ וראו: **בנדור, לעיל** הערה 52, בעמ' 500, בו נאמר כי כלל אין מקום לקיום זכות יסוד לחירות כאשר אין קיימת חזקת החפות, דהיינו עבור עברייני מורשע.

¹⁰¹ ראו למשל: בש"פ 5142/99 **מורוזובה נ' מדינת ישראל**, תק-על 99 (3) 706 (הרכב של שבעה שופטים בראשות הנשיא א' ברק). וכן ראו: בש"פ 4655/99 **מדינת ישראל נ' זכור**, תק-על 99 (2) 956 (השופט י' אנגלרד); בש"פ 8976/96 **מדינת ישראל נ' הזימה ואח'**, תק-על 96 (4) 40 (השופט ט' שטרסברג-כהן); בש"פ 1212/93 **עומר נ' מדינת ישראל**, תק-על 93 (1) 1293.

¹⁰² (המשנה לנשיא מ' אלון); ועוד. וראו **להלן** בפרקים 3.1 – 4.1.

¹⁰² ראו למשל: בש"פ 609/98 **ארד נ' מדינת ישראל**, פ"ד נב (1) 425.

להודות באשמה, או לנוכח ראיות לכאורה "מוצקות" או מעבר לכל ספק סביר, אין ליתן משקל רב לחזקת החפות.

על אף שאין התייחסות מפורשת לכך בפסיקה, ניתן למצוא הדים לעמדה זו באמרות אנב, למשל בדברי השופט מ' אילן ב-בש"פ 7150/98 אבושריפה נ' מדינת ישראל: "אני לא כל כך מוטרד משאלת חזקת החפות כי מדובר באדם שנתפס ממש סמוך לביצוע העבירה..."¹⁰³.

3. עקרון השוויון, הבחנה מותרת והפליה אסורה

פסיקה רבת שנים של בית המשפט העליון ושל בית הדין הצבאי לערעורים קובעת כי אם בסיטואציה דומה ייעצר נאשם אחד אך לא האחר, הרי שלכאורה יש בכך כדי לפגוע בעקרון השוויון¹⁰⁴, וכי יש בטעמי הפליה, כשלעצמם או בהצטרפם לשיקולים נוספים, כדי להצדיק שחרור של נאשם ממעצר או אי-מעצרו (וכן להיפך)¹⁰⁵.

ובהקשר שלנו, אם בסיטואציה דומה, נאשם שהוא אזרח צפוי להיות משוחרר מהמעצר ואילו נאשם שהוא חייל צפוי להיעצר בגין עילת מעצר הקיימת בדיני המעצר הצבאיים, אך אינה קיימת בדיני המעצר האזרחיים, יש בכך לכאורה כדי לפגוע בעקרון השוויון.

חשיבותו של עקרון השוויון מתמקדת בענייננו בעיקר במישור העקרוני-כללי, דהיינו השוויון בין נאשמים שונים, אזרחים וחיילים, במסגרת פרשות דומות, ולא במישור היישומי-פרטני, דהיינו השוויון בין נאשמים במסגרת אותה פרשה. עם זאת, הפגיעה האמורה בעקרון השוויון מתחדדת כאשר מדובר במספר נאשמים, אשר חלקם אזרחים וחלקם חיילים, במסגרת אותו אירוע, למשל במסגרת שימוש משותף בסמים, כאשר יתכן מאד שהנאשמים החיילים ייעצרו על ידי בית דין צבאי ואילו האזרחים ישוחררו על ידי בית משפט אזרחי.

קיימים חילוקי דעות בשאלה האם הזכות לשוויון מעוגנת בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו¹⁰⁶ ובעיקר בזכות לכבוד, אך גם אם התשובה לכך שלילית, אין ספק שעקרון

¹⁰³ תק-על 98 (3) 185. וראו והשוו לאמור להלן בפרק 4.

¹⁰⁴ ראו למשל: ב"ש 361/83 אלמלם נ' מדינת ישראל, פ"ד לו (2) 381; ב"ש 1/87, לעיל הערה 47; בש"פ 2298/98 אבוהצירה נ' מדינת ישראל, תק-על 98 (2) 959; בש"פ 2336/99 שופמן נ' מדינת ישראל, תק-על 99 (2) 179. וכן ראו: ע"מ 28/96 רב"ט נ' התצ"ר; ע"מ 25/97 טור' בוסקילה נ' התצ"ר; ע"מ 28/98 טור' מריאל נ' התצ"ר; ע"מ 35/00 רב"ט אקרון נ' התצ"ר; ע"מ 4/01 רב"ט שרעבי נ' התצ"ר.

¹⁰⁵ ראו: צ' נח, דיני מעצר ושחרור – חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים) (מהדורת תש"ס), אבי ספרי משפט בע"מ הוצאה לאור, ירושלים, 1999), כרך שני, עמ' 1069.

¹⁰⁶ ראו: ברק, לעיל הערה 61, כרך שני, עמ' 457, כרך שלישי, עמ' 426-423 והמקורות המאוזכרים שם; ומנגד ראו את דעת השופט י' זמיר כפי שבאה לידי ביטוי ב-בג"ץ 453/94 שדולת הנשים בישראל נ' שר התחבורה ואח', פ"ד מח (5) 501; וכן ראו שתי הדעות ב-בג"ץ 1113/99 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' השר לענייני דתות, פ"ד נד (2) 164.

השוויון הוא עקרון יסוד במשפטנו, אשר נזכר עוד במגילת העצמאות, שבה נאמר כי מדינת ישראל "תקיים שוויון זכויות חברתי ומדיני גמור לכל אזרחיה בלי הבדל דת, גזע ומין", ואשר הוכר כעקרון יסודי אף טרם חקיקת חוק היסוד.¹⁰⁷

עם זאת, השאלה האם בפועל קיימת פגיעה בעקרון השוויון, תלוייה למעשה בשאלה האם מדובר בהבחנה מותרת או בהפליה פסולה:

"בית-משפט זה קבע, לא פעם אחת, כי יש להבדיל תמיד... בין הפליה פסולה (להלן - הפליה) לבין הבחנה מותרת. עקרון השוויון, אשר אינו אלא הצד השני של מטבע ההפליה ואשר המשפט של כל מדינה דמוקרטית שואף, מטעמים של צדק והגינות, להמחישו, משמעותו, כי יש להתייחס, לצורך המטרה הנדונה, יחס שווה אל בני אדם, אשר לא קיימים ביניהם הבדלים של ממש, שהם רלוונטיים לאותה מטרה. אם אין מתייחסים אליהם יחס שווה, כי אז לפנינו הפליה. לעומת זאת, אם ההבדל או ההבדלים בין אנשים שונים הינם רלוונטיים למטרה הנדונה, אזי תהיה זו הבחנה מותרת, אם מתייחסים אליהם, לצורך אותה מטרה, יחס שונה, ובלבד שההבדלים ההם מצדיקים זאת. המושג 'שוויון', בהקשר זה, פירושו איפוא שוויון רלוונטי (relevant equality) והוא הדורש, לענין המטרה הנדונה, 'טיפול שווה' (equality of treatment) באלה אשר המצב האמור מאפיין אותם. כנגד זה, תהא זו הבחנה מותרת, אם השוני בטיפול בבני אדם שונים ניזון מהיותם נתונים, בשים לב למטרת הטיפול, במצב של אי-שוויון רלוונטי (relevant inequality), כשם שתהא זו הפליה, אם הוא ניזון מהיותם נתונים במצב של אי-שוויון, שאיננו רלוונטי למטרת הטיפול."¹⁰⁸

על הלכה זו חזר בית המשפט העליון גם לאחר חקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו:

"הציר המרכזי בענייננו סובב סביב טענת ההפליה. ההפליה היא הפן השני של הזכות לשוויון. השוויון מחייב אי-הפליה. הזכות לשוויון הוכרה בשיטתנו המשפטית, כזכות יסוד של האדם באשר הוא אדם, מימים ימימה. זכות זו היא נשמת אפו של משטרנו החוקתי..."

¹⁰⁷ ראו למשל: בג"ץ 98/69 ברגמן נ' שר האוצר, פ"ד כג (1) 693, עמ' 698; בג"ץ 953/87 פורז נ' ראש עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד מב (2) 309.

¹⁰⁸ ד"נ 10/69 בורנובסקי נ' הרבניים הראשיים לישראל ואח', פ"ד כה (1) 7, עמ' 35-36.

ביסוד ההפליה טמונה ההנחה כי השניים שווים זה לזה בתכונותיהם ולפיכך זכאים הם לזכות שווה. אולם כאשר יש בין השניים הבדלים של ממש, רלוונטיים לאותה המטרה, הופכת ההפליה מהפליה פסולה להבחנה מותרת. יש אפוא, להבדיל בין הפליה פסולה לבין הבחנה מותרת.¹⁰⁹

יש לציין כי הלכה זו תקפה גם בכל הנוגע להבחנה בין הפליה פסולה לבין הבחנה מותרת בהחלטות על מעצר:

"הפליה בין שווים יש בה כדי להרוס כל תשתית ליחסיהם של בני-אדם, ביניהם לבין עצמם, ונעשה כמיטבנו להעלימה ולבטלה. נלמד מכאן, כי שיחרורו של שותף לדבר-עבירה יש בו כדי לזכות בשחרור בערובה גם את שותפיו האחרים, אלא אם יש שוני של-ממש בין שותף לשותף."¹¹⁰

ד. עילות המעצר בצבא – שאלות מקדמיות

1. חוקתיות עילות המעצר בצבא

כעולה מהאמור לעיל, כל מעצר או חלופת מעצר באשר הם פוגעים במידה זו או אחרת הן בזכות היסוד לחירות, הן בזכות היסוד לכבוד, הן בזכויות נגזרות לשם טוב ולהליך הוגן והן בחזקת החפות אשר ככל הנראה קיבלה אף היא מעמד חוקתי. כמו-כן, מעצרים של חיילים בגין עילת מעצר שאינה מוכרת לגבי אזרחים, פוגעת, לפחות לכאורה, בעקרון השוויון. לפיכך יש לבחון אם, אימתי ובאילו תנאים פגיעה זו היא חוקתית, שכן אם אין היא חוקתית דינה להתבטל. תנאים אלו נקבעו בסעיף 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ובסעיף 9 לחוק היסוד לגבי המשרתים בכוחות הבטחון¹¹¹:

¹⁰⁹ רע"ב 3969/97 מדינת ישראל נ' אבו רביע, פ"ד נא (5) 470, בעמ' 476. ראו גם: בג"ץ 4541/94 מילר נ' שר הביטחון ואח', פ"ד מט (4) 94; בג"ץ 721/94 אל על נתיבי אוויר לישראל נ' דנילוביץ, פ"ד מח (5) 749; בג"ץ 53/96 תשלובת אלוני בע"מ נ' שר התעשייה והמסחר ואח', פ"ד נב (2) 1; בג"ץ 6249/96 התאחדות הקבלנים והבונים בישראל ואח' נ' ראש עיריית חולון ואח', פ"ד נב (2) 42; בג"ץ 4806/94 ד.ש.א. איכות הסביבה בע"מ נ' שר האוצר ואח', פ"ד נב (2) 193; בג"ץ 678/88 כפר ורדים ואח' נ' שר האוצר ואח', פ"ד מג (2) 501; בג"ץ 1703/92 קווי אוויר למטען בע"מ נ' ראש הממשלה ואח', פ"ד נב (4) 193; בג"ץ 7852/98 ערוצי זהב ואח' נ' שרת התקשורת ואח', תק-על 99 (3) 512.

¹¹⁰ בש"פ 2235/95 כחיל נ' מדינת ישראל, תק-על 95 (2) 12. ההדגשה שלי – מ' ל'. וראו: נח, לעיל הערה 105, עמ' 1067-1068. יצוין כי מטבע הדברים הפסיקה עוסקת בעיקר בשוויון בין שותפים ופחות בשוויון בין נאשמים בפרשיות שונות. ראו: ב"ש 854/85 מדינת ישראל נ' אורניאס, פ"ד לט (3) 382.

¹¹¹ וראו פרק ה.4. להלן.

8. פגיעה בזכויות

אין פוגעים בזכויות שלפי חוק-יסוד זה אלא בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש, או לפי חוק כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו.

9. סייג לגבי כוחות הבטחון

אין מגבילים זכויות שלפי חוק-יסוד זה של המשרתים בצבא-הגנה לישראל, במשטרת ישראל, בשירות בתי הסוהר ובארגוני הבטחון האחרים של המדינה, ואין מתנים על זכויות אלה, אלא לפי חוק ובמידה שאינה עולה על הנדרש ממהותו ומאופיו של השירות.

כאמור, עילות המעצר באזרחות נקבעו עלי חוק עוד בתיקון מס' 9 לחסד"פ, ולאחר מכן בחוק המעצרים. וכעת, משבוטלה עילת המעצר של "חומרת העבירה" בחוק המעצרים, אין ספק שמעצר לפי עילה זו באזרחות יהיה בלתי חוקתי.

בדיני המעצר הצבאיים, לעומת זאת, כאמור טרם נקבעו עילות המעצר בחוק (או לפי חוק). עם זאת סעיף 243 לחוק השיפוט הצבאי קובע סמכות עקרונית למעצר חייל לאחר הגשת כתב אישום.

ניתן לטעון כי עילות המעצר הן בגדר "הסדר ראשוני", המחייב לפיכך הסמכה או עיגון בחקיקה ראשית, וזאת לאור היות המעצר פוגע בזכויות יסוד¹¹², וכל עוד לא עוגנו עילות המעצר בצבא בחוק אין ניתן להכיר בכל עילת מעצר של נאשם-חייל שאינה מוכרת לגבי נאשם-אזרח, שהרי, כידוע, המדים אינם חוצצים בין החיילים לבין זכויות היסוד שלהם כאזרחים¹¹³.

אולם אף אם כאמור לעיל רצוי עד מאד שעילות המעצר בצבא יקבעו גם הן בחוק, נראה כי די בסעיף 243 הנ"ל לחש"ץ, כדי לענות על התנאי שבפסקת ההגבלה בדבר פגיעה לפי חוק¹¹⁴. אף אם סעיף זה היה בלתי חוקתי לו היה נחקק כיום, באשר אינו מפרש מהן עילות המעצר¹¹⁵, הרי שסעיף זה נהנה משמירת הדינים שבסעיף 10 לחוק היסוד¹¹⁶. עולה

¹¹² ראו והשוו: בג"ץ 3267/97 רובינשטיין נ' שר הביטחון פ"ד נב (5) 481, בעניין גיוס בחורי הישיבות. וכן השוו אל ע"פ 349/88 כהן נ' התצ"ר, פ"ד מד (1) 317, בעמ' 329.

¹¹³ ראו: פסק-דין שרגאי, לעיל הערה 7, וכן ראו והשוו אל טענות העותרים ב-בג"ץ צמח, לעיל הערה 8, הן בעניין תקופת המעצר עד להבאה בפני שופט והן בעניין עילות המעצר. אמנם נתקבלו באופן חלקי טענות העותרים בנוגע לתקופת המעצר, אם כי לא עד כדי השוואתה לזו האזרחית, אך לגבי עילות המעצר, בית המשפט העליון לא הכריע בסוגייה הנדונה.

¹¹⁴ ראו: ברק, לעיל הערה 61, כרך ג, עמ' 507-508.

¹¹⁵ ראו: ברק, שם, עמ' 505-507; גרוס, לעיל הערה 11, עמ' 449-450.

¹¹⁶ ראו: גרוס, שם.

לפיכך השאלה העיקרית, והיא האם הכרת הפסיקה הצבאית בעילת מעצר צבאית אשר אינה קיימת באזרחות, היא חוקתית.

אין זה משנה כיצד נבחן שאלה זו, בכל מקרה נגיע למסקנה כי היא תלויה למעשה במהותה של עילת המעצר ובשאלה האם עילה זו היא לתכלית ראוייה והאם השימוש בה הוא במידה שאינה עולה על הנדרש ממהותו ומאופיו של השירות.

ובמה דברים אמורים: ככל הנראה הפסיקה הצבאית אשר הכירה בחומרת העבירה ובפגיעה במשמעת הצבא כעילת מעצר אינה "דין" כמשמעו בסעיף 10 בעניין שמירת הדינים שבחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו¹¹⁷. לפיכך יש לפרש את סעיף 243 האמור בהתאם לחוק היסוד. במלים אחרות, ניתן לעצור חיילים לפי הסמכות הקבועה בסעיף 243 רק אם הדבר נעשה למטרה ראוייה ובמידה שאינה עולה על הנדרש. בכך מותנית במיוחד האפשרות לעצור נאשמים חיילים בגין עילה צבאית ייחודית.

דרך נוספת לבחון את הנושא היא על ידי בדיקת חוקתיותו של סעיף 243ג, אשר הוסף לחוק השיפוט הצבאי עם חקיקתו של חוק המעצרים, ואשר קבע כאמור למעשה כי אין בצבא תחולה להוראות חוק המעצרים הנוגעות לעילות המעצר. אם נבקש לבחון את חוקתיותו של סעיף זה, אשר אינו מוגן על ידי סעיף שמירת הדינים, נאלץ שוב לבחון האם ההבחנה בין עילות המעצר בצבא ובאזרחות היא לתכלית ראוייה ובמידה שאינה עולה על הנדרש.

נראה לי כי כוונתו של המחוקק בחוקקו את סעיף 243ג היתה כי עילות המעצר בצבא תהיינה שונות ורחבות מאלו הקבועות בחוק המעצרים ביחס לאזרחים, ומכאן משתמעת הכוונה כי עילות המעצר בצבא כוללות הן את עילות המעצר התקפות באזרחות והן עילת מעצר נוספת או עילות מעצר נוספות הנובעות ממהותו ומאופיו של השירות הצבאי. למצער, נמנע המחוקק מלהביע עמדתו בעניין זה ובוחר להשאיר את המצב הקיים על כנו לעת עתה¹¹⁸. יחד עם זאת, ניתן להעלות אפשרות פרשנית שלפיה העובדה שהמחוקק הסדיר את עילות המעצר באזרחות וביטל את העילה של חומרת העבירה, אך נמנע מלקבוע במפורש כי עילה זו חלה בצבא, הינה בגדר "הסדר שלילי", דהיינו, לא נקבע שחומרת העבירה תקפה בצבא כיוון שהיא אינה תקפה. נקיטת פרשנות זו תתאפשר אם נאמר שהיא מחוייבת מבחינה חוקתית, דהיינו, שפרשנות אחרת אינה לתכלית ראוייה או פוגעת בזכויות היסוד, בעקרון השוויון ובחזקת החפות במידה העולה על הנדרש.

¹¹⁷ ראו: ברק, לעיל הערה 61, כרך שלישי עמ' 561-562; גרוס, לעיל הערה 11, עמ' 447-448; וכן ראו: עניין אסעד, לעיל הערה 12, עמ' 28-29.

¹¹⁸ פרופ' ע' גרוס טוען במאמרו כי השארת המצב על כנו לעת עתה אינה חוקתית, וכי יש לפיכך "להצהיר שהמחוקק חייב להשלים את מלאכתו", לעיל הערה 11, בעמ' 456. אף אם נקבל את הפרשנות כי כל תכליתו של סעיף 243ג היא לדחות את קביעת עילות המעצר לעת אחרת, ואינני סבור כך, קשה לראות כיצד דווקא הצהרה מפורשת על כך היא שמביאה לשינוי המצב מבחינה חוקתית. כלומר, לו היה המחוקק שותק ובכך נמנע מתקן את החש"ץ הדבר היה חוקתי, אך משאמר במפורש כי אינו מתקן את החש"ץ הדבר אינו חוקתי.

מכאן, שמכל זווית ובכל דרך שבה נבחן שאלה זו, יהיה עלינו לענות תחילה על השאלות הבאות: מה מהותה של "עילת המעצר הצבאית", האם היא משרתת תכלית ראוייה והאם שימוש בה אינו פוגע בזכויות היסוד של חיילים במידה העולה על הנדרש ממהותו ומאופיו של השירות.

2. המותר לשקול שיקולים ציבוריים בשלב המעצר?

א. תכלית המשפט, תכלית המעצר והערכים התברתיים הרלבנטיים

בהתאם לניתוח של פרופ' הרברט פאקר (Herbert Packer)¹¹⁹, בבסיסו של ההליך הפלילי מצויים שני מודלים המבוססים על אינטרסים סותרים אשר יוצרים קונפליקט ערכי מתמיד, והם מודל הפיקוח על הפשיעה (The Crime Control Model), המבוסס על האינטרס הציבורי שבשמירה על החוק, אשר מכתוב את הצורך במערכת משפטית יעילה אשר תפקח על הפשיעה, תצמצם את היקפה באופן אפקטיבי ותגן על בטחון הציבור ורכושו, מחד גיסא, ומודל ההליך הראוי (The Due Process Model), המבוסס על חזקת החפות ועל האינטרס להגן על האזרח מפני הפעלה חזקה מדי של כוחות השלטון, אשר מכתוב את הצורך במערכת משפטית זהירה אשר תציב לעצמה בקרות ואיזונים אשר יבטיחו את אמינות ההרשעות ומזעור הטעויות העלולות להתרחש במערכת המשפט, מאידך גיסא¹²⁰. שני המודלים מתקיימים בו-זמנית בכל מערכת משפט וההבדל בין מערכות המשפט השונות הוא בנקודת האיזון שבין שני המודלים הקיצוניים האמורים.

האינטרסים השונים עלולים ליצור התנגשויות בכל שלבי ההליך הפלילי. ההתנגשות היא למעשה בין ההגשמה של תכלית המשפט הפלילי לבין השמירה על זכויות הנאשם. זכויות הנאשם אשר עלולות להפגע נסקרו בהרחבה לעיל, אך מולן עומדים ערכים חשובים אחרים ואינטרסים ציבוריים הממלאים תפקיד מרכזי במשפט הפלילי. עמד על עיקריהם השופט ד' לויין ב-ע"פ 2910/94 יפת ואח' נ' מדינת ישראל, בכל הנוגע להגנה על נאשם מפני התנהגות השלטון באמצעות "ההגנה מן הצדק":

"אולם, אליה וקוץ בה; בחינת ההשתק הפלילי לא יכולה להיעשות במנותק מן הערכים האחרים הממלאים תפקיד חשוב לא פחות במערכת [...]"¹²¹

ערכים חשובים אלה, המהווים את תכלית המשפט הפלילי, כוללים, בין היתר, את ה- "תכלית של גמול וענישה, האינטרס הציבורי המובהק למצות את ההליך עד תומו,

¹¹⁹ H. L. Packer, *The Limits of the Criminal Sanction* (Stanford Uni. Press, Stanford, 1968). וראו: אלבשן, לעיל הערה 79, בעמ' 95-96.

¹²⁰ שם, עמ' 153.

¹²¹ פ"ד נ (2) 221, בעמ' 369. ראו גם: ע"פ 289/58 הרשקוביץ נ' היועץ המשפטי, פ"ד יד 627, עמ' 634, העוסק בטענת פגם בכתב האישום: "לא ייתכן שהנאשם יזוכה מההאשמות שהוכחו כלפיו במידה מעבר לכל ספק סביר, רק משום שהקטיגוריה ניסחה את כתב-האישום בצורה שאינה ממלאת אחר הכלל האמור. מול המגמה התובעת שלא תישלל מהנאשם ההגנה המובטחת לו על-ידי ההליכים החשובים של הפרוצדורה הפלילית... עומדת המגמה שלא ייגרמו נזק ועיוות-דין לציבור עקב הזיכוי מכל אשמה של אדם, אשר קיימות לגביו ראיות למכביר שהוא ביצע את העבירות שיוחסו לו".

שמירה על הציבור ועל ביטחון הפרט הנפגע ממעשה העבירה... האינטרס הציבורי בהעמדה לדין, מיצוי הליכים והוצאת האמת לאור [...]”¹²².

בחלק מהמקרים ההליך הפלילי אינו יוצר התנגשות בפועל בין זכויות הנאשם לבין תכלית המשפט, וזאת כיוון שהאינטרס שבחשיפת האמת או במיצוי הדין אינו מקפח את הגנתו של הנאשם. אולם במקרים רבים ההתנגשות אכן קיימת. דוגמא אחת לכך, אשר הוזכרה לעיל, היא כאשר המדינה פעלה באופן בלתי ראוי ופגעה בטוהר ההליך המשפטי, ובמקרה שכזה עשויה, בתנאים מסוימים, לעמוד לנאשם טענת “הגנה מן הצדק”¹²³.

בכל מקרה של התנגשות כאמור יש למצוא את נקודת האיזון הראויה. נקודת האיזון אשר נקבעה לגבי טענת “הגנה מן הצדק” היא כי בית המשפט יבטל כתב אישום על סמך טענה זו רק במקרים נדירים שבהם יש התעמרות בנאשם והתנהגות בלתי נסבלת של הרשויות¹²⁴. נקודת האיזון הראויה בשלב הכרעת הדין היא שהוכחת אשמה במשפט הפלילי צריכה להיות מעבר לכל ספק סביר¹²⁵, על אף האינטרס שבחשיפת האמת¹²⁶, של הרשעת האשם וזיכוי החף מפשע וזאת מכיוון שאנו מעדיפים שיזוכו עשרה אשמים מאשר שירשעו חף מפשע אחד¹²⁷.

דוגמא נוספת להתנגשות כאמור, קיימת בשלבים שונים של ההליך הפלילי כאשר בית המשפט מתבקש לקבל החלטות הנוגעות לפרט גם על סמך שיקולים ציבוריים כלליים. התנגשות זו קיימת בין היתר בשלב המעצר, בין האינטרס של הנאשם שלא ייפגעו זכויותיו בטרם הוכחה אשמתו, לבין האינטרסים הציבוריים להגן על תקינותו של ההליך הפלילי ולהגן על החברה. ההתנגשות קשה במיוחד כאשר היא בין האינטרס האמור של הנאשם לבין האינטרס הציבורי להתחשב בשיקולים אשר אינם נוגעים במישרין למעשי הנאשם. השאלה מהי נקודת האיזון הראויה בהתנגשות זו מתעוררת ביתר עוז לאור הכרעתו של בית המשפט העליון ב-דנ”פ 7048/97 פלוני נ’ שר הבטחון¹²⁸ (להלן: דנ”פ פלוני), כי ככלל אין לפגוע בפרט כאמצעי להשגת מטרה, גם אם היא ראויה, אם אין לכך קשר למעשיו של הפרט או לסכנה הצפויה ממעשיו.

¹²² **שם**. על חשיבות הערך של הוצאת האמת לאור ראו הערה 126 להלן.

¹²³ ראו והשוו: **אוקון ו-שחם, לעיל** הערה 58; **פורת, לעיל** הערה 58.

¹²⁴ ע”פ 2910/94 הנ”ל, **לעיל** הערה 121.

¹²⁵ ראו: סעיף 34 כב לחוק העונשין, תשל”ז 1977-, ס”ח 226; וכן ראו למשל: ע”פ 347/88

דמיאניוק נ’ מדינת ישראל, פ”ד מז (4) 221, בעמ’ 313, 652 ו-668; דנ”פ 4342/97 **מדינת**

ישראל נ’ אלעבד, פ”ד נא (1) 736; י” קדמי, **על הראיות – הדין בראי הפסיקה** (תשנ”ט), חלק שלישי, עמ’ 1236-1233.

¹²⁶ על חשיבות הערך של חשיפת האמת ראו למשל: א’ ברק, “על משפט, שיפוט ואמת”,

משפטים כז (תשנ”ו-תשנ”ז) 11; ע”פ 639/79, 656 **אפללו ואח’ נ’ מדינת ישראל**, פ”ד לד (3)

561, בעמ’ 575; רע”א 1412/94 **הסתדרות מדיצינית הדסה עין-כרם נ’ גלעד**, פ”ד מט (2) 516,

בעמ’ 522.

¹²⁷ ראו והשוו: רמב”ם, ספר המצוות, מצוות לא תעשה, מצווה ר”צ: “ולזכות אלף חוטאים

יותר טוב ונכסף מהרוג זכאי יום אחד”.

¹²⁸ פ”ד נד (1) 721. יצויין יחד עם זאת כי אין פסק דין זה עוסק במעצר פלילי, כי אם

בלגיטימיות של מעצר מנהלי של “קלף מיקוח”, למטרת שחרור שבוינו.

לפיכך, עוד בטרם נבחן את השאלה מהי התכלית של המעצר בגין העילה הצבאית, יש לבחון האם מן הראוי כי יהיה ניתן להתחשב בתכליות הצבאיות בשלב המעצר, שכן, כפי שיפורט בהמשך, תכליות אלה מכוונות בעיקרן כלפי אחרים ולא כלפי הנאשם הספציפי.

על מנת לבחון אם האיסור לפגוע בפרט (דהיינו על ידי מעצרו של נאשמים-חיילים) כאמצעי להשגת מטרה ראויה, ישם לענייננו, נבחן תחילה את האפשרות לשקול שיקולים ציבוריים בשלבים אחרים של ההליך הפלילי, שלב גזירת הדין ושלב החלטת ועדת השחרורים או הוועדה לעיון בעונש, ואת נקודת האיזון הראויה שנקבעה בשלבים אלה בין השמירה על זכויות הנאשם לבין השיקולים הציבוריים, ולאחר מכן נבחן את קווי הדמיון והשוני בין אותם שלבים לבין שלב המעצר.

ב. הרתעה כללית בשלב גזירת העונש ושיקולים ציבוריים בוועדת השחרורים ובוועדה לעיון בעונש

את השאלה עד כמה ראוי להתחשב בשיקולי הרתעה כללית ניתן לבחון לאור העמדות השונות שהובעו בדו"ח "ועדת גולדברג" לבחינת דרכי ההבנייה של שיקול הדעת השיפוטי בגזירת הדין¹²⁹. דעת הרוב סברה כי גרימת סבל עודף לנאשם על מנת להשפיע בכך על הזולת שלא יעבור עבירה, אינה מתיישבת עם הוראות חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, שכן אף אם מדובר ב"תכלית ראויה", האמצעי אינו מידתי, בין היתר שכן:

"לא ניתן לצאת מהנחה גורפת כי אמנם קיים קשר רציונלי בין החמרה יתרה בעונשו של הפרט לבין הרתעת הכלל, וגם ספק הוא אם לא קיימים אמצעים חלופיים להגשמת אותה מטרה [...]"¹³⁰

עם זאת, לא פסלה דעת הרוב באופן גורף שקילת שיקולים ציבוריים בשלב גזירת הדין. לדעת הרוב מן הראוי לשקול שיקולי הרתעה כללית לצורך חינוך הציבור והטמעת ערכי החברה, ובלבד שאין בעונש הנגזר חריגה "ממתחם ההלימה" של העונש הראוי בגין העבירה שבוצעה.

דעת המיעוט, לעומת זאת, סברה כי הרתעת הרבים היא אחת המטרות הבסיסיות של דיני העונשין, ולכן אין לצמצם את השימוש בה. לדעה זו:

"ההרתעה הכללית, שהולמת גם את תודעת הציבור, היא תכלית חינוכית ממדרגה ראשונה, הראויה לכל הדעות, ולפיכך אין להטיל ספק באשר להתיישבותה עם חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, כל עוד ובתנאי שאין הרשות

¹²⁹ דו"ח הוועדה לבחינת דרכי ההבנייה של שיקול הדעת השיפוטי בגזירת הדין בראשות השופט א' גולדברג (ירושלים, התשנ"ח 1997-).
¹³⁰ שם, עמ' 12.

המחוקקת או בתי המשפט עושים בה שימוש החורג מן
הנדרש, לשם השגתה.¹³¹

למעשה, בהתאם לשתי הדעות ניתן להתחשב בשיקולים הציבוריים של חינוך הציבור והרתעת העבריינים בשלב גזירת הדין, וכן לשתי הדעות אין לעשות בשיקולים אלה שימוש החורג מן הנדרש, והמחלוקת היא אך לגבי מידת החשיבות של שיקולים אלה, מידת השימוש בהם ומקומם בהבניית שיקול הדעת השיפוטי בגזירת הדין.

בנוגע לשיקול הדעת בשלב ההחלטה על שחרור מוקדם ממאסר, פסיקת בית המשפט העליון בעבר קבעה באופן חד משמעי כי ועדת השחרורים אינה מוסמכת לשיקול שיקולים הרתעתיים, אלא אך להתמקד בתקנת הפרט, האסיר, ובשאלה האם עודנו מסוכן לציבור.¹³²

עם זאת, נקבע ב-בג"ץ 3959/99 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הוועדה לעיון בעונש ואח'¹³³ (להלן: בג"ץ רמי דותן), כי יש מקום להבחין בעניין זה בין ועדת השחרורים האזרחית לבין הוועדה לעיון בעונש הצבאית, וזאת כיוון שהוועדה הצבאית רשאית וחיבת לשקול גם שיקולים "צבאיים", חובה הנובעת מאופיו המיוחד של הצבא (יחוד שעליו אצמוד בהמשך¹³⁴). כמו-כן נפתח פתח לשינוי ההלכה בכל הנוגע לשיקולי הוועדה האזרחית.¹³⁵

¹³¹ שם, עמ' 49-50.

¹³² ראו: בג"ץ 281/61 שם טוב נ' ועדת השיחרורים שליד שירות בתי-הסוהר, פ"ד טו 2060; בג"ץ 287/82 היועץ המשפטי לממשלה נ' ועדת השחרורים, פ"ד לו (3) 264. כן ראו את סקירת הדין בעבר אשר ערך השופט מ' חשין ב-בג"ץ 3959/99 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הוועדה לעיון בעונש ואח', פ"ד נג (3) 721, בפסקה 26 (להלן: בג"ץ רמי דותן). החריגים לכך היו שניים: ראשית, כאשר השחרור היה אך בגין מצבו הבריאותי וחולניותו המתמדת של האסיר; ושנית, כאשר מדובר בביטול שחרור של אסיר שהפר את תנאי הרשיון, מותר לשקול עניין הרתעת יתר המשוחררים מלהפר את תנאי רשיונם. ראו: בג"ץ 223/96 היועץ המשפטי לממשלה נ' ועדת השחרורים, תק-על 97 (2) 74.

¹³³ לעיל הערה 132. לביקורת על בג"ץ רמי דותן ראו: א' בנדור, "אווירת צבא בביקורת

שיפוטית – בין שפיטות לפופולריות: בעקבות בג"צ 3959/99 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הוועדה לעיון בעונש", פלילים ט (תשס"א) 413; וכן ראו להלן הערה 138 והטקסט שם.

¹³⁴ ראו להלן בפרק ה.4.

¹³⁵ בג"ץ רמי דותן, לעיל הערה 132, בפסקה 43 לדברי השופט מ' חשין: "אכן, בצידה של ההלכה המקובלת והמוסכמת, מוסמכת ורשאית היא ועדת השיחרורים האזרחית - במקרים חריגים - לשקול בדעתה שיקולים שאינם אך שיקולים של שיקום העבריין או מסוכנותו לציבור, כגון שיקולי הרתעה - הרתעת היחיד והרתעת הכלל; שיקולי חומרת העבירה; שיקולי הצורך בכיבוד נורמות-התנהגות שנקבעו בדין; הפגיעה בקורבן העבירה, ועוד. אימתי יחולו חריגים אלה? מה הוא תחום התפרשותם? אלו שיקולים יפעילו את החריגים, ובאיזו עוצמה? שאלות אלו ושאלות אחרות כיוצא בהן תזכינה לתשובות מקיפות בוא-יומן. יומן הוא לא היום הזה."

שינוי ההלכה אכן התרחש, ב-בג"ץ 89/01 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ועדת השחרורים, בית הסוהר מעשיהו, שב"ס ואח"¹³⁶, שם קבעה הנמקת הרוב, מפני הנשיא א' ברק, בניגוד להנמקת השופטים י' אנגלרד ו-ת' אור, כי ועדת השחרורים מוסמכת (ומחוייבת) אף היא לשקול שיקולים ציבוריים, גם אם שיקולים אלה יגברו רק במקרים חריגים ומיוחדים:

"אכן, במצב הדברים הרגיל המשקל שיש ליתן לשיקולי ההרתעה הכללית הוא מועט – אם לא זניח. באיזון בין שיקולי אינטרס הציבור ובין השיקולים בדבר תקנת הפרט ותקנת הכלל תהא ידם של השיקולים בדבר תקנת הפרט ותקנת הכלל על העליונה [...] עם זאת יש מקרים חריגים שבהם אין להסתפק בהרתעה שבגזר-הדין, ועל ועדת השחרורים להתחשב באופן משמעותי יותר בשיקולי אינטרס הציבור בהחלטתה. המייחד מקרים חריגים אלה הוא שמכלול נסיבות המקרה, לרבות היחס בין חומרת העבירה לבין העונש שנגזר על האסיר, מביא לידי כך כי מתן רישיון חופש לאסיר לאחר שהשלים שני שלישים מהמאסר המקורי יפגע פגיעה קשה באינטרס הציבור [...]

המסקנה היא אפוא שוועדת השחרורים רשאית - וממילא גם חייבת - לשקול שיקולים של אינטרס הציבור."¹³⁷

יש לציין כי השופטים י' אנגלרד ו-ת' אור, בהנמקת מיעוט סברו, לעומת זאת, כי הוועדה אינה אמורה לשקול שיקולים ציבוריים מעין אלה, וממילא גם אין זה מתפקידה והיא אינה רשאית לשקול אותם.

מתעוררת השאלה כיצד מתיישבת פסיקה זו בדבר התחשבות בשיקולים ציבוריים בעת ההחלטה על שחרור מוקדם ממאסר, עם ההשפעה של הקונסטיטוציונליזציה ושל חוק היסוד על ביצור מעמדן של הזכות לחירות ושל יתר זכויות היסוד. יתכן כי התשובה לכך היא כי בפסיקה זו, שנולדה בעקבות מקרים קשים¹³⁸, באה לידי ביטוי "מעין ריאקציה" שקמה, במיוחד בתקופה האחרונה, לכיוון ההגנה על הציבור ועל אמון הציבור במערכת

¹³⁶ פ"ד נה (2) 838.

¹³⁷ שם, בעמ' 865-864, 869. וכן ראו לאחרונה: תקנות העונשין (נתונים לצורך החלטת ועדת שחרורים), התשס"א 2001-, ק"ת 768, ובמיוחד תקנה 1 (2): "במקרים בעלי חומרה ובנסיבות מיוחדות שבהם סברה ועדת השחרורים כי שחרורו של האסיר ברישיון יפגע במידה חמורה באמון הציבור במערכת המשפט ואכיפת החוק ובהרתעת הרבים... רשאית ועדת השחרורים להביא בחשבון גם נתונים אלה בהחלטתה...".

¹³⁸ ראו והשוו: ה' אבירם, "And Justice for All" – על הקושי שבקביעת הלכות כלליות על בסיס מקרים קיצוניים בעקבות בג"ץ 3959/99 התנועה לאיכות השלטון נ' רמי דותן ואח"י, משפט וצבא 14 (תש"ס) 341.

המשפט, אל מול ההשפעה החוקתית על זכויות היסוד של הפרט-העברייני¹³⁹. ידועה היא דעתו של הנשיא מ' שמגר כי זכויות היסוד אינן רק של העברייני כי אם גם של הקורבן¹⁴⁰. כפי שמציין ד"ר ד' ביין, נראה כי:

"אנו נמצאים על פרשת-דרכים: מחד גיסא, נעה המטוטלת בהשפעת חוקי היסוד לכיוון של הגנה על חירות הפרט ברוח עקרונות חוק היסוד [...] מאידך גיסא, עלולה מטוטלת זו ליסוב בהמשך על עקביה לכיוון ההגנה על הציבור."¹⁴¹

אם נחזור לניתוח דלעיל של פרופ' פאקר, הרי שקונפליקט זה מזכיר את המתח שבין שני המודלים של ההליך הראוי ושל הפיקוח על הפשיעה¹⁴².

ג. שיקולים ציבוריים בשלב המעצר לאור תכלית המעצר

האם ניתן ללמוד מהאמור עד כה כי גם בשלב המעצר מותר לשקול שיקולים ציבוריים? מחד גיסא, אם ביתר השלבים של ההליך הפלילי, דהיינו גזר הדין והשחרור המוקדם ממאסר, מותר לשקול שיקולים ציבוריים, מדוע לא יהיה כן גם בשלב המעצר. אך מאידך גיסא, בשלב המעצר, בניגוד ליתר השלבים, חלה חזקת החפות, אשר כאמור זכתה למעמד חוקתי. למותר לציין כי המעצר אינו בגדר עונש ואינו "מקדמה" על חשבון העונש שלו צפוי נאשם אם וכאשר יורשע בדינו.

נראה שהתשובה לשאלה האמורה תלוייה בין היתר גם בעמדה שנאמץ ביחס לתכלית המעצר. כפי שמציין ד"ר ד' ביין¹⁴³, ניתן לייחס שתי תכליות למעצר: תכלית צרה, שלפיה תפקידו של מעצר לפני משפט הוא אך להבטיח את תקינות ההליך השיפוטי ויעילותו, ולפיכך ניתן לעצור נאשם רק לצורך מניעת שיבוש מהלכי משפט או מניעת המלטות מן הדין; או תכלית רחבה, שלפיה המעצר מיועד גם לצרכים ציבוריים רחבים יותר וביניהם הגנה על הציבור מפני מסוכנותו של הנאשם או הרתעת הרבים.

ככלל, ניתן לומר שהמחוקק הישראלי בחר בתכלית הרחבה, כאשר הורה לבחון גם את מסוכנותו של הנאשם כעילת מעצר. עם זאת, בדיני המעצר האזרחיים, המחוקק סייג את השיקולים הציבוריים שבהם מותר להתחשב בהחלטה על מעצר וקבע אותם במפורש בחוק, ובכך שלל בין היתר את האפשרות להתחשב בחומרת העבירה כשלעצמה, וכפועל יוצא מכך, גם בשיקול ההרתעת כשלעצמו. בנוסף, בחינה של נקודת האיזון שנקבעה

¹³⁹ השוו אל: **ביין, לעיל** הערה 92, בעמ' 341.

¹⁴⁰ ראו: דני'פ **גנימאת, לעיל** הערה 32, בעמ' 621. ראו גם את הביקורת על דעה זו: **בנדור,**

לעיל הערה 52, בעמ' 490.

¹⁴¹ **ביין, לעיל** הערה 92, בעמ' 343.

¹⁴² ראו: הערה 119 **לעיל** והטקסט שם.

¹⁴³ **לעיל** הערה 92, בעמ' 343-356.

בפסיקה בנוגע לאפשרות להתחשב בשיקולים ציבוריים בשלב גזירת העונש ובשלב השחרור המוקדם ממאסר, מעלה כי יש לעשות שימוש זהיר ביותר באפשרות זו.

לפיכך, הגם שלדעתי ניתן להתחשב במידה מוגבלת בשיקולים ציבוריים בשלב המעצר, עולה השאלה באיזו מידה, אם בכלל, יש מקום להבחין בין השיקולים הציבוריים שבהם מותר להתחשב בדיני המעצר באזרחות לבין השיקולים הציבוריים שבהם מותר להתחשב בדיני המעצר בצבא. התשובה לשאלה זו תלויה למעשה במהותם ובתכליתם של אותם שיקולים ציבוריים המיוחדים לצבא, ובשאלה האם מהותו ואופיו של השירות הצבאי מחייבים כי בדיני המעצר בצבא יהיה ניתן להתחשב גם באותם שיקולים.

ה. עילות המעצר בצבא – הדין המצוי והרצוי כנגזרת ממהותה של העילה הצבאית, מתכלית המעצר ומהערכים החברתיים הרלבנטיים

1. "חומרת העבירה" כשלעצמה והשלכותיה – כללי

תחילה, באשר לעילות המעצר באזרחות – ניתן לומר כי לפחות להלכה אין ספק שעילת המעצר בגין חומרת העבירה אינה עוד עילת מעצר תקפה באזרחות, וזאת מאחר שאינה נכללת בין עילות המעצר שנקבעו בחוק המעצרים. עם זאת, לאור החלטות בית המשפט העליון אשר הוזכרו לעיל¹⁴⁴, עולה השאלה האם אמנם הדין המצוי בעקבות חוק המעצרים, הלכה למעשה, ומכל מקום האם הדין הרצוי, הוא אכן שאף במקרים חריגים לא יהיה בית המשפט רשאי לשקול את חומרת העבירה בהחלטת מעצר, אלא רק את המסוכנות הנובעת מהנאשם באופן אישי¹⁴⁵. לפחות באשר לדין הרצוי, יש הסבורים כי מעצר בגין חומרת העבירה הוא ראוי במקרים חמורים במיוחד או בקטגוריות חמורות ומיוחדות, כגון של עבירות שמהותן אלימות במשפחה¹⁴⁶.

התמקדותנו, עם זאת, היא בעילות המעצר בצבא, ובאשר לאלו, הרי שבהעדר הסדר סטטוטורי מפורש, וכל עוד אין הסדר כאמור (אשר יהיה כפוף, עם חקיקתו, להוראות חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו), עילות המעצר על פי סמכות המעצר הקבועה בסעיף 243 לחש"ץ נקבעות בפסיקה, ואלו כאמור חייבות להיות לתכלית ראויה ובמידה שאינה עולה על הנדרש מאופיו וממהותו של השירות הצבאי.

על כן, כדי לענות על השאלה האם עילות המעצר הצבאיות של חומרת העבירה ו/או הפגיעה במשמעת הצבא מהוות עילות מעצר בצבא, כדין מצוי, יש לבחון את מהותן של חומרת העבירה ושל הפגיעה במשמעת הצבא ואת השלכותיהן האפשריות ביחס למסגרת הצבאית, את תכלית המעצר בצבא וכן את הערכים החברתיים והציבוריים הרלבנטיים בצבא, תוך בחינת השאלה האם לפנינו תכלית ראויה וכן תוך איזון ראוי בין הערכים

¹⁴⁴ לעיל, הערות 36-38 והטקסט שם.

¹⁴⁵ ראו: ביין, לעיל הערה 92, עמ' 353-356; וכן ראו פרק ב.1. סיפא לעיל ופרק ה.2. ד. להלן.

¹⁴⁶ ראו: זנדברג, לעיל הערה 35.

האמורים לבין הזכויות הנפגעות כתוצאה ממעצר, והכל במידה שאינה עולה על הנדרש ממהותו ומאופיו של השירות הצבאי.

ייתכן כנראה כי לדעת, לאור עקרון השוויון וזכויות היסוד לחירות ולכבוד והזכויות הנגזרות מהן ולאור חזקת החפות – כשם שחומרת העבירה, כשלעצמה, אינה מהווה עילת מעצר לגבי אזרחים, כך גם אינה צריכה לשמש עילת מעצר לגבי חיילים, אלא אם כן חומרת העבירה יוצרת יסוד סביר למסוכנות רחבה דהיינו לפגיעה בצבא, כגון פגיעה חמורה במשמעת ובסדר הטוב של הצבא, במידה המצדיקה את המעצר חרף הפגיעה בזכויות הנאשם ובערכים האמורים לעיל.

כידוע, נהוג היה, בעיקר עד לפני שנים אחדות, להתייחס אל חומרת העבירה ואל הפגיעה במשמעת הצבא כאל עילות נפרדות, אם כי קשורות זו לזו¹⁴⁷. בעניין **אסעד**¹⁴⁷ הביע השופט אל"ם (כתוארו וכדרגתו אז) ד"ר מ' פינקלשטיין את הדעה כי למעשה מדובר בעילת מעצר אחת¹⁴⁸. דעה זו נתקבלה על פי רוב בהסכמה והיכתה שורשים, עד כי מאז ועד היום מתייחסים אל חומרת העבירה ואל הפגיעה במשמעת הצבא, בפסיקה ובמחקר, בנשימה אחת, כעילה אחת, המכונה לרוב בשם "העילה ההרתעתית"¹⁴⁹. מאחורי כינוי זה עומדת התפיסה כי ההצדקה למעצר בגין חומרת העבירה והפגיעה במשמעת הצבא אינה בעיקרה הרתעת הרבים. לאור תפיסה זו מתעוררות שאלות רבות וקשות הנוגעות להצדקה לעצור, תוך פגיעה בזכויות היסוד ובעקרון השוויון, את מי שעומדת לו חזקת החפות אך כאמצעי להשגת המטרה של הרתעת הרבים.

דעתי אינה שונה בחלקה, בעיקר מבחינה עיונית, ובמידה מסויימת גם מבחינה מעשית, מההלכה הפסוקה של בית הדין הצבאי לערעורים¹⁵⁰, כפי שאפרט להלן.

אכן לרוב, מהותו של מעשה עבירה המהווה עבירה חמורה בצבא, גוררת בפועל פגיעה חמורה במשמעת ובסדר הטוב של הצבא, ואי-מעצר או שחרור מי שנאשם בעבירה כאמור, עלול במקרים רבים, השייכים בעיקר לקטגוריות של עבירות נפוצות ו"מדבקות", כגון עבירות סמים, לעודד אחרים לבצע עבירות דומות, ובכך יש כדי לפגוע במשמעת הצבאית או במוכנות ובחוסן של הצבא. על כן יש להבחין בין עבירות חמורות נפוצות

¹⁴⁷ ראו הערה 13 לעיל וכן ראו והשוו אל ע"מ 19/94/ התצ"ר נ' סמל חירבאוי (להלן: עניין חירבאוי).

¹⁴⁷ לעיל, הערה 12.

¹⁴⁸ תוך הסתמכות, בין היתר, על ע"מ 10/87, שבו צויין כי: "בדרך כלל, וכפי שהדבר בא לידי ביטוי במקרה הנדון, בדומה למקרים אחרים, אין לראות בנימוקים השונים ובעילות למעצר, כנפרדים ומנותקים אחד מרעהו, ללא זיקה משותפת, אלא נימוקים ושיקולים הקשורים וכרוכים זה בזה המשפיעים אחד על רעהו. בדרך כלל, כל נסיון להפריד ולנתק ביניהם הוא נסיון מלאכותי. הוא הדין במקרה הנדון, היינו שאין לנתק בין הנימוק של חומרת העבירה והנימוק של צורכי המשמעת מאחר ובשני הנימוקים יש כדי להשלים זה את זה".

¹⁴⁹ ראו הערה 45 לעיל והטקסט שם וכן הערה 185 להלן והשוו אל פסק-דין שרגאי, לעיל הערה 7. וכן ראו: גרוס, לעיל הערה 11, בעמ' 442; בר-אילן-קיץ, לעיל הערה 11, בעמ' 343.¹⁵⁰ אולם ראו והשוו: עניין אולמן, לעיל הערה 12, בדבר פיתוח מודל של "מסוכנות" התואם את הצרכים הייחודיים של המערכת הצבאית; אלא שהחלטה זו מתייחסת בעיקר למסוכנות אישית ולא למסוכנות כללית. על כך ראו להלן בפרק ה.1.ד.2.

ו"מדבקות" לבין עבירות חמורות אחרות וכן בין עצם היות העבירה "חמורה" לבין ההשלכות העלולות לנבוע מאי-מעצרו או משחרורו ממעצר של מי שנאשם בביצועה. במלים אחרות, הפגיעה בצבא אכן נובעת על פי רוב ממהותה החמורה של העבירה, אך יש להבחין בין מעצר בגין חומרת העבירה כעילה עצמאית לבין מעצר בגין העילה של הפגיעה בצבא, ואי-חוקתיותה של העילה הראשונה אינה משפיעה בהכרח על שאלת החוקתיות של העילה האחרונה.

ההשלכות העלולות לנבוע מאי-מעצר או משחרור ממעצר של מי שנאשם בעבירה חמורה עלולות להיות אי-הרתעת הרבים או עידוד של ביצוע מעשי עבירה דומים, פגיעה באמון החיילים במערכת הצבאית, פגיעה ב"הבעתיות" ובאפקטיביות של הדין הפלילי, פגיעה במשמעת ובסדר הטוב של הצבא, ויצירת מסוכנות לתפקוד התקין של הצבא, למוכנותו ולחוסנו. לדעתי, חלק מהשלכות אלה, כשלעצמן, אינו מצדיק מעצר, כגון כאשר הרתעת הרבים היא התכלית היחידה. אך אם וכאשר קיים גם יסוד סביר לחשש לפגיעה חמורה במשמעת הצבאית או לפגיעה ממשית אחרת בצבא, יש בכך עילת מעצר ראויה, עילה מניעתית של מסוכנות רחבה הייחודית לצבא.

יש להדגיש כי עצם היות העבירה "חמורה" (אם אינו יוצר יסוד סביר לחשש לפגיעה בצבא), אינו מצדיק מעצר. כמו-כן יודגש כאן כי אין די בכך שמדובר בעבירה חמורה הפוגעת במשמעת ובסדר הטוב של הצבא, אלא יש צורך כי יתקיים תנאי עיקרי נוסף, **מצטבר**, שלפיו אי-המעצר או השחרור ממעצר יפגע גם הוא בצבא – אם במשמעת ובסדר הטוב של הצבא ואם במוכנותו או בחוסנו.

אמחיש את הדברים בעזרתן של ארבע קטגוריות של נאשמים ועבירות: האחת היא של חיילים העוברים עבירה חמורה ומפוטרים מייד משירות בגין אי-כשירות נפשית. על פי הפסיקה של בית הדין הצבאי לערעורים, כאשר הנאשם פשט מדיו "מוקחה עוקצה של העילה ההרתעתית"¹⁵¹. ואילו על פי גישתי, אין כל מקום לעילה ההרתעתית כעילה עצמאית, כי אם אך ורק לעילה של הפגיעה בצבא, מקום שקיימת פגיעה בצבא; וכאשר הנאשם פשט מדיו בגין פטור משירות בטחון, במקרים רבים אין באי מעצרו או בשחרורו ממעצר כדי לפגוע בצבא, גם אם העבירה היא חמורה ופוגעת במשמעת, ולפיכך לא קמה עילה של פגיעה בצבא ואין איפוא עילה צבאית – להבדילה מעילה "אזרחית קלאסית", על פי חוק המעצרים – למעצר. הקטגוריה השנייה היא של חיילים שעברו, שלא במסגרת הצבא ושלא עקב השתייכותם לצבא, עבירה חמורה, כגון של אלימות כלפי בן משפחה, שאין לה השלכה על המסגרת הצבאית, בהבדל למשל מעבירות סמים. על פי הפסיקה של בית הדין הצבאי לערעורים, על אף קיומה של העילה ההרתעתית, היא "נועדה ליישום, בראש ובראשונה, בנסיבות עבירה צבאית"¹⁵², ואילו לגישתי, העילה ההרתעתית אינה תקפה עוד כעילה עצמאית גם בצבא, וכאשר מדובר בעבירות הנכללות בקטגוריה השנייה דלעיל, לרוב אין חשש סביר לפגיעה בצבא ולפיכך אין עילה צבאית למעצר¹⁵³.

¹⁵¹ מתוך עניין איבנוב, לעיל הערה 16. וראו הערה 155 סיפא להלן.

¹⁵² מתוך עניין קוסטובסקי, לעיל הערה 17, וכן ראו הערה 17 לעיל והערה 155 רישא להלן והטקסט שם.

¹⁵³ ראו והשוו: עניין חירבאוי, לעיל הערה 147.

הקטגוריה השלישית היא של עבירות חמורות המבוצעות במסגרת הצבאית אך אינן מסוג העבירות הנפוצות ו"המדבקות", כך שאין חשש שיתפשטו בצבא דווקא, כגון עבירות של שוחד ועבירות חמורות של גניבה ושל הוצאת רכוש מרשות הצבא במספר הזדמנויות; בעבירות מסוג זה, בהבדל למשל מעבירות סמים או העדר מן השירות שלא ברשות לתקופה ממושכת, אי מעצרו של הנאשם או שחרורו מהמעצר, לא יפגע לרוב במשמעת ובסדר הטוב של הצבא ולא יעודד ריבוי עבירות מאותו סוג, ולפיכך מקום שאין מסוכנות אישית על פי חוק המעצרים ועל פי הפסיקה של בית המשפט העליון ביחס למסוכנות לרכוש¹⁵⁴, אין גם עילה צבאית למעצר, חרף חומרת העבירות והפגיעה במשמעת הצבא המתלווה לאותן עבירות. הקטגוריה הרביעית היא של מקרים מיוחדים שבהם בשל נסיבות מיוחדות של העבירה ו/או של הנאשם, אי המעצר או השחרור מהמעצר לא יפגע בצבא, חרף חומרת העבירה, כגון כאשר מתבצעת עבירה של אלימות חמורה כלפי מפקד, כאשר אין מסוכנות אישית מהנאשם עצמו, ונסיבות העבירה הן מיוחדות, כגון שהעבירה באה בעקבות התנכלות חמורה של המפקד לנאשם, או כאשר הנסיבות של הנאשם הן מיוחדות, כגון היותו סובל ממצב נפשי קשה. בנסיבות מיוחדות אלו, אי מעצרו או שחרורו ממעצר של הנאשם לא יעודד את חבריו של הנאשם לבצע עבירה דומה ולא יפגע לפיכך במשמעת הצבא.

בחלק מהמקרים נשוא הקטגוריות הנ"ל, על פי הפסיקה של בית הדין הצבאי לערעורים, קמה עילת מעצר הרתעתית בגין חומרת העבירה והפגיעה במשמעת הצבא, אם כי בעוצמה מופחתת או מוחלשת ולאור הגישה המצמצמת הנהוגה בפסיקה ביחס למעצר, במיוחד בגין העילה ההרתעתית, מסתפקים בחלופת מעצר, בעוד שלגישה באין עילת מעצר אין גם מקום לחלופת מעצר¹⁵⁵.

ארבע הקטגוריות האמורות ממחישות את ההבדל שבין היות העבירה חמורה כשלעצמה ואף בין עצם היותה פוגעת במשמעת הצבא לבין ההשלכות האפשריות של אי-מעצר או של שחרור הנאשם ממעצר על הצבא, ומדגישות לפיכך את הצורך להבחין בין חומרת העבירה כעילת מעצר לבין הפגיעה בצבא כעילה מניעתית נפרדת, וכן את הצורך לבחון כל מקרה ומקרה לגופו.

על כן יש להבחין, הן במישור העיוני והן במישור המעשי, בין חומרת העבירה כשלעצמה לבין השלכותיה האפשריות, ויש לבחון את ההשלכות השונות של חומרת העבירה

¹⁵⁴ ראו לעיל בפרק ג.1.ב. סיפא.

¹⁵⁵ ראו והשוו למשל אל עניין קוסטובסקי, לעיל הערה 17, שם הוחלט על מעצרו הפתוח של המערער, שנאשם בשימוש בלתי חוקי בנשק בנסיבות אזרחיות; אל ע"מ 56/99/ התצ"ר נ' סמל פלד (וערעור שכנגד), שבו אושר מעצרו הפתוח של המשיב שנאשם בשתי עבירות שעניינן התבטאויות חמורות בטלפון, מפני חומרת העבירה ושיקולי ההרתעה הכלליים, למרות שאין מדובר בעבירה נפוצה או "מדבקות" ולא היה לדעתי חשש סביר כי שחרורו ממעצר יפגע בצבא; אל ע"מ 24/00/ התצ"ר נ' רב"ט חבושה, שם הוחלט על אישור מעצרו הפתוח של המשיב שנאשם בחמשה עשר ארועי שימוש בסם מסוג קנאביס מחוץ ליחידה, חרף היותו פטור משירות בטחון ושרוי במצוקה נפשית קשה; וכן אל עניין איבנוב, לעיל הערה 16, שבו אמנם שוחרר המערער בערבות על ידי בית הדין הצבאי לערעורים, אך זאת לאחר שהיה עצור במשך 65 ימים, תוך שנקבע כי אין הצדקה להמשך מעצרו, בעוד שהנאשם פוטר מן השירות ימים ספורים בלבד לאחר הגשת כתב האישום כנגדו.

הנובעות ממהותו ומאופיו של השירות הצבאי, ובעיקר את הפגיעה במשמעת הצבא ואת המסוכנות הרחבה האחרת לחוסנו ולמוכנותו של הצבא, מבלי להתעלם גם מהשיקול של הרתעת הרבים, מהשיקול של שמירת האמון במערכת המשפט ומהשיקול ההבעתי, כפי שיפורטו להלן, אך זאת רק ככל שהם נוגעים למסגרת הצבאית, וככל שיש בהם, אם בכלל, כדי ליצור מסוכנות רחבה, למשמעת ולסדר הטוב של הצבא או לחוסן או למוכנות של הצבא, **עקב** אי-המעצר או השחרור ממעצר.

2. מהותה של "חומרת העבירה" והשלכותיה

א. הרתעת הרבים ומניעת עידוד מעשי עבירה

תכלית ברורה של עילת המעצר בגין חומרת העבירה כשלעצמה משתקפת בכינוי הנרדף שניתן לעילה זו – "העילה ההרתעתית". מעצר מיידי של מי שנאשם בעבירות מסויימות צפוי להרתיע אחרים מלעבור אותן עבירות¹⁵⁶.

הצד השני של אותו מטבע הוא ששחרורו ממעצר של מי שמואשם בעבירות חמורות עלול לעודד ביצוע עבירות נוספות.

בחיבות זו של ההרתעה ושל מניעת עידוד עבריינים הכיר בית המשפט העליון במספר החלטות שניתנו גם לאחר חוק המעצרים. כך למשל קבעה השופטת ט' שטרסברג-כהן ב- בש"פ 4556/98 מדינת ישראל נ' חמיס:

"מדובר בעבירות חמורות ביותר הקשורות בגניבת רכב ואולי אף בסחר בו. עבירות שהפכו מכת מדינה [...]

מתן הזדמנות למשיב להתחמק מלתת את הדין על עבירות שביצען בישראל מיוחס לו, מעביר מסר שלילי למשיב ולכל המתגוררים בשטחים השולחים יד ב'תעשיית' גניבת כלי רכב בישראל וסחר בהם ומסיר מעליהם את מוראו של החוק.

יש בכך אור ירוק למשיב ולשכמותו להמשיך במעשים המיוחסים להם, ללא חשש מפני הצורך לתת את הדין על מעשיהם [...]"¹⁵⁷

באופן דומה קבעה השופטת ט' שטרסברג-כהן ב- בש"פ 4563/98 אברהם נ' מדינת ישראל כי:

"יש להרחיק את העורר ושכמותו מן הציבור ומיחידיו בגין מסוכנותם ואין להמעיט בערך ההרתעה גם בשלב זה של מעצר עד תום ההליכים, בגין מעשים מסוג זה. ידע העורר וידעו אחרים כי מי שמעורב בעימותים אלימים בהם

¹⁵⁶ השוו אל: מן, לעיל הערה 53, עמ' 287-288.

¹⁵⁷ לעיל הערה 36. ההדגשות הן שלי – מ' ל'.

משתמשים בנשק חם או קר, יורחק מרחובה של עיר ומקרבתם של קורבנות פוטנציאליים.¹⁵⁸

קביעה אחרונה זו צוטטה בהסכמה על ידי השופטת ד' בייניש ב-בש"פ 5407/99 **מדינת ישראל נ' אדרי**¹⁵⁹. ואכן, כפי שכתב ד"ר ד' בייניש: "למעשה אין גבול חד בין המטרה המניעתית לבין ההרתעתית, שכן גם מטרת ההרתעה היא, בסופו של דבר, מניעת עבירות"¹⁶⁰.

אין ספק שאחת התכליות שמגשים המעצר בגין חומרת העבירה היא הרתעת הרבים מלבצע מעשים דומים ומניעת עידוד של עבריינות. אך הגם שהתכלית ההרתעתית היא תכלית ראויה בצבא¹⁶¹, השאלה היא, האם יש להשיג את מטרת ההרתעה בדרך אחרת, ובעיקר האם ההרתעה לבדה מצדיקה מעצר¹⁶². לדעתי התשובה לשאלה האחרונה היא שלילית, הן באזרחות והן בצבא, בעקבות חוק המעצרים ולאור עקרון השוויון וזכויות היסוד של החיילים, אלא אם כן בנוסף לשיקול ההרתעתי עלול אי-המעצר או השחרור מהמעצר, לפגוע במשמעת ובסדר הטוב של הצבא, או ליצור מסוכנות רחבה אחרת ועל ידי כך לפגוע בצבא, כפי שאפרט להלן. אופיו ומהותו של השירות הצבאי הם רלבנטיים רק כשקיים יסוד סביר לחשש לפגיעה בצבא, ובלעדיו אין די בהרתעת הרבים כשלעצמה ובחומרת העבירה כשלעצמה, כדי להקים עילת מעצר גם בצבא. רק כאשר העבירה החמורה היא מסוג העבירות שקיים חשש סביר כי ריבויין יביא לפגיעה ממשית בצבא – ובעיקר עבירות סמים, עבירות של שימוש בלתי חוקי בנשק ועבירות של העדר מן השירות שלא ברשות לתקופה ממושכת – יש מקום להתחשב בהרתעת הרבים, כדי למנוע עידוד וריבוי עבירות מאותו סוג ופגיעה ממשית בצבא כתוצאה מכך.

¹⁵⁸ לעיל הערה 37. ההדגשות הן שלי – מ' ל'.

¹⁵⁹ לעיל הערה 37.

¹⁶⁰ בייניש, לעיל הערה 92, בעמ' 354.

¹⁶¹ ראו בג"ץ צמח, לעיל הערה 8 ובג"ץ רמי דותן, לעיל הערה 132.

¹⁶² לעניין לגיטימיות ההתחשבות בשיקול ההרתעתי בשלב גזירת העונש, ראו לעיל בפרק ד.2.ב.

ב. השמירה על אמון הציבור במערכת המשפט והמשמעות החברתית של המעצר

1. השמירה על אמון הציבור במערכת המשפט

תכלית נוספת של המעצר בגין חומרת העבירה, מלבד התכלית ההרתעתית, היא השמירה על אמון הציבור במערכת המשפט¹⁶³. כאשר מדובר במערכת הצבאית ניתן להפריד את המונח "ציבור" לשתי קבוצות שונות – כלל הציבור וציבור החיילים. אם ההשקפה החברתית, בקרב הציבור בכלל או בקרב החיילים בפרט, היא כי חייל אשר נאשם בעבירות חמורות מסויימות אינו אמור להשתחרר ו"להלך חופשי בשוק" טרם משפט, הרי ששחרורו של אותו חייל-נאשם עלול לפגוע באמון הציבור כלפי המערכת המשפטית ששחררה אותו.

במסגרת הצבאית יש חשיבות מיוחדת לאמון של ציבור המשרתים בצבא, שכן שמירה על אמון החיילים במפקדיהם, בהירארכיה הצבאית¹⁶⁴, ובמערכת אכיפת החוק בצבא, היא נדבך חשוב וחיוני בשמירה על המשמעת והסדר הטוב¹⁶⁵ ועל חוסנו של הצבא. פגיעה באמון החיילים במערכת בכלל ובמפקדיהם בפרט עלולה לגרום אחריה פגיעה מוראלית קשה ולהחליש את עוצמתו של הצבא.

יחד עם זאת, וכמצויין לעיל לעניין הרתעת הרבים, לדעתי, ללא חשש סביר לפגיעה בצבא עקב אי-המעצר, אין בערך של השמירה על אמון הציבור לבדו כדי להקים עילת מעצר, גם בצבא, בעקבות חוק המעצרים ולאורם של עקרון השוויון וזכויות היסוד של החיילים.

2. המשמעות החברתית של המעצר והתכלית ההרתעתית

יש הטוענים כי ניתן לראות בעצם המעצר כלי הנתון בידי השלטון לאכיפת נורמות חברתיות¹⁶⁶. אחת המשמעות החברתיות של המעצר היא יצירת אבחון (דיפרנציאציה) בין כלל החברה לבין העצור, תוך הטלת סטיגמה על העצור כמשתייך לקבוצה תרבותית של מבצעי עבירות מסויימות. המעצר הוא לפי גישה זו אחת הדרכים של החברה להביע את סלידתה ממבצעי עבירות חמורות ואת רצונה להוציא אותם עבריינים מקרבה על מנת להגן על עצמה. הבעה מפורשת של גינוי באמצעות מעצר מעבירה מסר לכלל הציבור, כי מדובר במעשים הנתפסים כחמורים במיוחד.

¹⁶³ ראו והשוו: זנדברג, לעיל הערה 35, עמ' 328-329.

¹⁶⁴ ראו דברי השופט מ' חשין, שעימו הסכימו השופטים "זמיר ו-מ' אילן, ב-בג"ץ רמי דותן, לעיל הערה 132, בסעיף 32 לפסק-הדין: "הצבא הוא ארגון הירארכי טיפוסי... ועל דרך הכלל ניכר הוא כבעל קווי-אופי מיוחדים... יחסי-אמון בין מפקדים לבין פקודיהם ובין חיילים ביניהם לבין עצמם; כל מאפיינים אלה ראויים ורצויים הם בחיי יומיום, אך תנאי-בלעדיו-אין הם לקיומו של צבא ראוי לשמו."

¹⁶⁵ על המשמעת והסדר הטוב בצבא ראו להלן בפרק ה.ג.

¹⁶⁶ השוו אל: מן, לעיל הערה 53. להשפעת החוק הפלילי והענישה ככלל ראו: "אנדנאס, ההשפעה המוסרית או החינוכית של החוק הפלילי", משפטים ה (תשל"ג-תשל"ד) 209.

בעיקר בשנים האחרונות התפתחה בקרב המלומדים בארצות הברית מחלוקת אודות תאוריה משפטית רחבה המכונה "התאוריה ההבעתית" ("Expressive Theory"), אם כי ללא התייחסות לדיני המעצר. בקצרה, משמעותה של תאוריה זו בתחום המשפט הפלילי, היא כי המשפט הפלילי מושפע מההשקפות החברתיות באותה חברה ומהמשמעות שהחברה מייחסת לפעולותיו. לעיתים הדיון הציבורי, או אף דברי השופטים בהחלטותיהם, אינם משקפים את הסיבות האמיתיות שהביאו אותם להחזיק בעמדתם, אלא מדובר ברטוריקה שמטרתה להסוות אותן השקפות חברתיות שהן הסיבות האמיתיות כאמור, וזאת מטעמים ומנימוקים שונים¹⁶⁷. לדעת התומכים בתאוריה ההבעתית מן הראוי כי המשמעות החברתיות המיוחסות להחלטה השיפוטית תבואנה לידי ביטוי בהנמקה מפורשת וכנה.

אין ספק כי, ככלל, השימוש בהנמקה מוסווית אינו ראוי. קשה גם להטיל ספק בכך שבמקרים חריגים וחמורים במיוחד יטה בית המשפט להורות על מעצר אף בהעדר יסוד סביר לחשש למסוכנות אישית צרה. כאמור, לפי התאוריה ההבעתית, מן הראוי, במידת האפשר, כי ההנמקה הניתנת תביא לידי ביטוי מפורש את המשמעות החברתית המיוחסת לעבירה, דהיינו גם הסלידה מאותן עבירות חמורות. ניתן אולי לומר כי ביטוי מפורש זה משרת את מטרת ה-"יראו" שבביטוי הידוע "למען יראו ויראו", דהיינו את חינוכו של הציבור הרחב, כי עבירות מסוימות נתפסות כחמורות במיוחד על ידי החוק, ולא רק את הרתעתם של מיעוט העבריינים.

אחת המטרות החשובות שיש לקביעה של עילות המעצר בחוק היא להנחות גם את השופטים אימתי, אם בכלל, מותר להתחשב באותן משמעותות חברתיות לצורך קבלת החלטה האם לעצור נאשם. יחד עם זאת, כפי שכותב ד"ר ד' בין¹⁶⁸, נקיטת גישה צרה מדי בחוק באשר למטרות המעצר, עלולה להוביל את בית המשפט, אשר מנסה לאזן בין ההשפעה של המשמעותות החברתיות לבין האיסור הגורף לשקול אותן משמעותות חברתיות, להיזקק להנמקה בלתי כנה ולהסוות את הסיבה האמיתית למעצר באחת העילות ה"קלאסיות", דוגמת מסוכנות. ניתן לטעון שכך נעשה בחלק מההחלטות השיפוטיות אשר נותנות ביטוי לעילה של חומרת העבירה, תוך הגדרתה כ"מסוכנות" (אשר אינה נסתרת) גרידא.

¹⁶⁷ ראו: D. M. Kahan, "What Do Alternative Sanction Mean?" 63 *The University of Chicago Law Review* (1996) 591; D. M. Kahan, "The Secret Ambition of Deterrence", 113 *Harvard Law Review* (1999) 413. ראו גם: E. S. Anderson and R. H. Pildes, "Expressive theories of Law: A General Restatement", 148 *University of Pennsylvania Law Review* (2000) 1503; M. D. Adler, "Expressive Theories of Law: A Skeptical Overview", 148 *University of Pennsylvania Law Review* (2000) 1363; M. D. Adler, "Linguistic Meaning, Nonlinguistic 'Expression,' and the Multiple Variants of Expressivism: A Reply to Professors Anderson and Pildes", 148 *University of Pennsylvania Law Review* (2000) 1577. תודתי נתונה לפרופ' רון שפירא שהיפנה אותי למקורות דלעיל ולשאלת הרלבנטיות של התאוריה ההבעתית לעניין דיני המעצר.

¹⁶⁸ בין, לעיל הערה 92, עמ' 345-346, 355-356.

לפיכך עולה השאלה האם אין זה ראוי, לפחות במישור של הדין הרצוי, להכיר במפורש, בחוק ובפסיקה, במשמעות החברתית של המעצר ובעילת המעצר בגין חומרת העבירה במקרים חמורים במיוחד המצדיקים מעצרו של נאשמים, גם באזרחות ואולי בעיקר בצבא, על מנת לאפשר הנמקה כנה מצד בית המשפט ולהמנע מהנמקה מוסווית.

מכל מקום, במישור של הדין "המצוי", לדעתי, ועל אף האמור, אין בשיקול ההבעתי לבדו כדי להקים כיום, לאחר חוק המעצרים, עילת מעצר לגבי חיילים, בדומה לאזרחים, כל עוד אין חשש כאמור לפגיעה בצבא – לאור עקרון העל של השוויון וזכויות היסוד של החיילים וכפי שמצויין לעיל גם לעניין הרתעת הרבים והשמירה על אמון הציבור.

ג. הפגיעה במשמעת ובסדר הטוב של הצבא

אין צורך להכביר מילים על חשיבות המשמעת והסדר הטוב בצבא. הצבא הינו ארגון הירארכי מובהק שהמשמעת היא מנשמת אפו. על מנת שהצבא ימלא את משימותיו ואת ייעודו, עליו לשמור על ציות מייד ומדויק לפקודות המפקדים. ציות ברמה גבוהה יישמר רק אם יהיה ברור כי כל הפרה של המשמעת או של הסדר הטוב תתקל בתגובה הולמת. פגיעה וזלזול במשמעת, אם יחלחלו ליחידות הצבא, עלולים לגרום לכך שגם במצבי חירום לא יצייתו החיילים למפקדיהם כנדרש, והתוצאות עלולות להיות הרות אסון¹⁶⁹.

בהתייחסו לשאלה מהן עבירות הפוגעות במשמעת הצבאית בכל הנוגע לסוגיית המעצר עד תום ההליכים, כתב השופט אל"ם ד"ר ע' מודריק כי כלולים בהם:

"מעשי עבירה החותרים מתחת לפני הסדר והמשטר בצבא ככלל וביחידה ספציפית בפרט, לרבות פגיעה בסמכות הפיקודית, במוראל היחידה ובתפקוד היחידתי ככלל, או בתפקוד החיילים כפרטים."¹⁷⁰

הנני מסכים, בכל הכבוד, כי זו ההגדרה המקיפה ביותר – הגם שאיננה ממצה, כפי שהדגיש השופט ע' מודריק בהמשך דבריו – לעבירות הפוגעות במשמעת של הצבא. יחד עם זאת אין בכך תשובה מספקת לשאלה אימתי אותן עבירות הפוגעות במשמעת של

¹⁶⁹ וראו הדברים שכתב השופט מ' חשין בבג"ץ רמי דותן, לעיל הערה 132, בסעיפים 32-34 לפסק-הדין: "הצבא הוא ארגון הירארכי טיפוסי... להבדילו מאירגונים אזרחיים, המשמעת והכפיה הם מן המאפיינים הבולטים בצבא... לא בכדי נחקק חוק השיפוט הצבאי כחוק מיוחד לצבא, חוק המבטא את אופיו המיוחד של הצבא ואת יסודות המשמעת והכפיה האופייניים לו... אכן, מיבנהו הייחודי של הצבא - קרא: אירגון המשליט בתוכו אמות-מידה נוקשות להתנהגות, אירגון המגיב בחומרה על סטיה מאותן אמות מידה - יכול ללמדנו כי פגיעה או פגימה באחת מן האונות המרכיבות אותו יכולות שתפגענה ותפגומנה באונות האחרות אף-הן. צבא נעדר-משמעת... אין עוד צבא הוא, בוודאי אין הוא צבא ראוי לשמו".
וכן ראו: ע' מודריק, שפיטה צבאית (משרד הבטחון – ההוצאה לאור, תשנ"ג), בעמ' 57-65.
¹⁷⁰ עניין גבאי, לעיל הערה 14, בעמ' 3 להחלטה.

הצבא מצדיקות מעצר, במיוחד לאור הדרישה המצטברת, המתחייבת לדעתי כאמור לעיל, כי גם אי-המעצר או השחרור ממעצר, ולא רק העבירה עצמה, יקים יסוד סביר לחשש לפגיעה בצבא¹⁷¹. במלים אחרות, גם עבירות הפוגעות במשמעת הצבאית, כגון בסמכות הפיקודית כדוגמת סירוב לקיים פקודה, או במוראל היחידה כגון גניבה מחיילים אחדים ביחידה במספר הזדמנויות, אינן מצדיקות מעצר מידי, לא ביחידה ולא על ידי בית דין מקום שמוגש כתב אישום, שכן אין באי-המעצר בגינן כדי לפגוע בצבא, אם במשמעת הצבאית ואם בחוסן או במוכנות של הצבא.

בהפעלת תגובה כלפי מפירי משמעת ניתן להבחין בשני גורמים מרכזיים אשר עלולים להשפיע על המשמעת: ראשית, הענישה הצפויה למפר המשמעת; ושנית, משך הזמן הצפוי לחלוף בין המעשה הפוגע לבין הפעלת התגובה למעשיו. ניתן להניח שכלל שהתגובה המופעלת תהיה מרוחקת מהמעשה הפוגע במשמעת, יהיו לה הדים חלשים יותר בקרב יתר החיילים וכך תשפיע פחות על המשמעת, בהשוואה לתגובה מיידית (וזאת בהנחה שהעונש ישאר זהה בלא תלות בחלוף הזמן). האמור נכון במיוחד אם מדובר ביחידות שבהן מתחלפים החיילים בתדירות גבוהה (כגון בקורסים או בטירונות) ולפיכך חיילים שהיו עדים להפרת המשמעת עשויים כלל לא להיות מודעים לתגובה בגינה אם יחלוף זמן רב בטרם תנקט.

הדין המשמעתי בצבא בא לשרת בעיקר את הגורם השני – התגובה המיידית. חייל שעבר עבירת משמעת קלה יחסית צפוי לעמוד לדין משמעתי באופן מידי, וההליך המשמעתי צפוי להיות מהיר, ולפיכך יחלוף פרק זמן מועט ביותר בין ביצוע העבירה לבין הטלת העונש על המורשע בגינה. במקרים רבים, יתרון זה של הדין המשמעתי יכריע את הכף לצד העדפת העמדה לדין משמעתי ולא לדין פלילי, גם אם העונש המירבי בדין המשמעתי קל יותר מזה שלו צפוי הנאשם במשפט הפלילי.

לעומת זאת, הדין הפלילי, מעצם טיבו, אינו גורר, במקרים רבים, הטלת עונש מהיר על המורשע בדינו. הצורך להבטיח משפט הוגן מחייב לאפשר לנאשם שהות להתייעץ עם סניגור, ללמוד את האישומים המיוחסים לו ולהכין קו הגנה (גם אם בסופו של יום יחליט להודות באשמות). האמור נכון במיוחד אם במשפט הוכחות עסקינן. לפיכך, הגורם השני – סנקציה מיידית – נפגע במידה זו או אחרת בהליך הפלילי הצבאי, הגם שאורך המשפט בו קצר במידה משמעותית מאשר בהליך הפלילי האזרחי.

נוצר אם כן מצב בעייתי שלפיו פגיעות קלות יחסית במשמעת מטופלות כראוי באופן מידי בדין המשמעתי, דבר התורם לשמירה על המשמעת, בעוד שדווקא פגיעות חמורות במשמעת, אשר חומרתן מחייבת העמדה לדין פלילי בפני בית דין, אינן מטופלות באופן מידי. יחד עם זאת אין די בכך כדי להצדיק מעצר של נאשמים בבית דין. לצורך הבטחת המשמעת על אף הריחוק היחסי שבין הפגיעה במשמעת והעונש בגינה, ניתן לנקוט אחת משלוש דרכים: ראשית, העמדה לדין משמעתי גם במקרים גבוליים, לאלתר; שנית,

¹⁷¹ על כך ראו לעיל בפרק ה.1. וכן להלן בפרק ו.

העלאת הרמה של הענישה הסופית בהתאם, כך ש"תפצה" על חלוף הזמן, ובלבד שהיא תיוותר עדיין בגבולות ההלימה; ושלישית, מעצר הנאשם.

אחת מהמטרות של המעצר בצבא, כשמדובר בעבירה חמורה הפוגעת באופן חמור במשמעת, היא השמירה על המשמעת והסדר הטוב של הצבא בדרך של תגובה מיידי. לשאלה אימתית, אם בכלל, מצדיקה הפגיעה במשמעת את המעצר, אדרש בהמשך¹⁷², אך ייאמר כבר עתה כי ספק אם המתנגדים למעצר בגין הפגיעה במשמעת ערים להשפעה האפשרית של העדר מעצר על הרמה של הענישה.

כאן המקום לציין כי ידועה דעתו של השופט מ' אלון, בכל הנוגע לדיני המעצר "האזרחיים", כי המשפט העברי¹⁷³ אינו מכיר בעילת מעצר בגין חומרת העבירה, כי אם אך בגין סכנה לשיבוש הליכים וסכנת פגיעה בציבור¹⁷⁴. יחד עם זאת, יש להדגיש כי גם המשפט העברי מכיר בחשיבותה של המשמעת הצבאית ובסכנה החמורה לבטחון העלולה לנבוע מפגיעה במשמעת, ולפיכך הוא מכיר באפשרות לסטות מהדרישות הנוקשות בדרך כלל של ההליך הפלילי בטרם ענישה, כאשר קיים חשש לפגיעה כאמור¹⁷⁵.

¹⁷² ראו להלן בפרק ו.1.

¹⁷³ על החשיבות של המשפט העברי בדין הישראלי ועל המחלוקת אודות כך ראו סעיף 1 לחוק יסודות המשפט, תש"ס1980-, ס"ח 163 (על "עקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום של מורשת ישראל"); וכן ראו ברק, לעיל הערה 61, כרך ראשון, בעמ' 526-527; א' ברק, "חוק יסודות המשפט ומורשת-ישראל", שנתון המשפט העברי יג (תשמ"ז) 265; מ' אלון, "עוד לעניין חוק יסודות המשפט", שנתון המשפט העברי יג (תשמ"ז) 227; א' שוחטמן, "על היקש כדרך פסיקה במשפט העברי ובזיקה לחוק יסודות המשפט, תש"ס1980-", שנתון המשפט העברי יג (תשמ"ז) 307; וכן ראו גם סעיף 1א סיפא לחוק יסודות: כבוד האדם וחירותו והערה 48 לעיל.

¹⁷⁴ ראו: אלון, לעיל הערה 48, עמ' 46-51; בש"פ 71/78 מדינת ישראל נ' אבוקסיס, פ"ד לב (2) 240. ניתן אמנם לפרש את תשובתו של הריב"ש, שו"ת הריב"ש סימנים רל"ד-רל"ט, "ויעוד, שמי שעבר עבירה שיש בה חשש חיוב עונש, אין זה ראוי שילך ויטייל בשוק בעוד שבית דין מעיינין ונושאים ונותנים בדינו", כמתנייחסת לעילה של חומרת העבירה, דהיינו שמירת אמון הציבור במערכת המשפטית. ראו: בר-אילן-קיץ, לעיל הערה 11, עמ' 272-273. אך ניתן גם לפרש כדעת השופט מ' אלון כי מדובר בחשש כי "המטייל בשוק" יסכן את שלום הציבור או יסכל מהלכי משפט, שכן הנימוק העיקרי שאותו מציין הריב"ש הוא החשש כי הנאשם ימלט מדינו ומהעונש הצפוי לו. מדובר בתשובה לשאלה אם יש לעצור או לשחרר בערבות אדם שנחשד בהלשנה – עבירה שדינה עונש גוף, בהבדל מעונש ממון – והריב"ש משיב כי אין ניתן לשחררו בערבות, שכן בעבירות שדין עונש גוף, אין תועלת בערבות הערב, שאם יברח החשוד – מה תועיל ערבותו הממונית של הערב.

¹⁷⁵ ראו: משנה, סוטה, ח', ו': "והיה ככלות השטרים לדבר אל העם ופקדו שרי צבאות בראש העם" (דברים כ, ט) – ובעקבו שלעם: מעמידין זקיפין לפניהם, ואחרים מאחוריהם, וכשילין של ברזל (=קדומות) בידיהן, וכל המבקש לחזור – הרשות בידו (=של הזקיף) לקפח (=להכות) את שוקיו שתחלת ניסה נפילה, שנאמר (שמואל א ד, ז): "נס ישראל לפני פלשתים וגם מגפה גדולה היתה בעם", ולהלן הוא אומר (שם לא, א): "וינסו אנשי ישראל מפני פלשתים ויפלו חללים וגו'"; ומפרש הרב פ' קהתי: "לפיכך ממנים זקיפים גבורי חיל, אשר ישמרו על המשמעת בצבא...". פ' קהתי, משניות מבוארות בידי פנחס קהתי, בעמ' קנה, באור משנה ו',

ד. מסוכנות רחבה אחרת

1. מסוכנות אישית ומסוכנות כללית

בהקשר זה של עילות המעצר בצבא נראה לי שיש להדגיש את ההבחנה בין מסוכנות אישית לבין מסוכנות כללית. מסוכנות אישית פירושה כי הנאשם עצמו עלול במעשיו לסכן את בטחון הזולת, הציבור או המדינה, אם ישוחרר. עקב אופיו ומהותו של הצבא וההשפעה הישירה של מוכנותו ומוכנות חייליו על בטחון המדינה, הורחבה עילה זו לגבי חיילים לעומת אזרחים. כך למשל, נקבע בפסק-דין שרגאי¹⁷⁶, כי בצבא קמה עילת מעצר בגין מסוכנות (אישית) גם כלפי חייל העושה בסמים שימוש עצמי חוזר ונשנה שאינו בגדר "ארועים חולפים". חייל זה עלול לחזור ולהשתמש שוב בסמים, ובכך לפגוע במוכנותו ובמוכנות יחידתו, ובעקיפין לפגוע במוכנות הצבא כולו ובבטחון המדינה. לפנינו איפוא מסוכנות אישית רחבה, היוצרת מסוכנות עקיפה לבטחון¹⁷⁷.

לעומת מסוכנות אישית רחבה זו, מסוכנות כללית רחבה פירושה כי על אף שאין חשש ממעשי הנאשם עצמו אם ישוחרר, עצם שחרורו עלול לפגוע בבטחון. פגיעה עקיפה זו בבטחון תתכן באחת משתי דרכים: ראשית, בדרך של השפעה לרעה על מצבו של קורבן העבירה¹⁷⁸. ושנית, ובעיקר, בדרך של יצירת סכנה ממשית של ביצוע עבירות דומות על ידי אחרים, ועל ידי כך פגיעה כללית בצבא, לאו דווקא במשמעת, כי אם גם בחוסנו ובמוכנותו. כך למשל אי-מעצרו של נאשמים אשר נעדרו מן השירות שלא ברשות לתקופה ממושכת, עלול לעודד ריבוי נעדרים מן השירות, ובכך לפגוע באופן חמור במוכנות ובחוסן של הצבא וביכולתו למלא את ייעודו – ההגנה על בטחון המדינה¹⁷⁹.

על אף שהדרך השניה דלעיל אכן דומה לעילה המכונה "העילה ההרתעתית", אין היא זהה לה. בית המשפט העליון הצדיק הסתמכות על מסוכנות כללית רחבה כעילת מעצר במקרים מיוחדים גם לאחר כניסתו לתוקף של חוק המעצרים. כך למשל קבע השופט י' זמיר ב-בש"פ 4077/98 מדינת ישראל נ' צורני (להלן: בש"פ צורני):

"דרך זאת מייצגת סוג חדש של עבריינות הפושה בישראל כמו נגע, זאת העבריינות של סחיטת דמי חסות. סוג זה של

ההדגשה היא שלי – מ' ל'; וראו גם: רמב"ם, ספר שופטים, הלכות מלכים, ז', ד': "ואחר שחוזרין כל החוזרין מעורכי המלחמה, מתקנין את המערכות, ופוקדים שרי צבאות בראש העם, ומעמידין מאחור כל מערכה ומערכה שוטרים חזקים ועזים, וכשילין של ברזל בידיהם. הרוצה לחזור מן המלחמה הרשות בידן לחתוך את שוקו, שתחלת נפילה ניסה". הדברים אמורים אמנם לגבי מצב ייחודי של עמידה נוכח פני האויב, שכן בתקופת המקרא לא התבסס הצבא היהודי על צבא סדיר כי אם על כלל הגברים הלוחמים בעם, אשר התכנסו לצורך הלחימה המיידית באויב, אך ניתן ללמוד מהם על הכרה בחשיבות הייחודית של המשמעת הצבאית.

¹⁷⁶ לעיל, הערה 7.

¹⁷⁷ גם עניין אולמן, לעיל הערה 12, דן בעיקרו של דבר במסוכנות אישית רחבה.

¹⁷⁸ ראו להלן בפרק ה.2.2.

¹⁷⁹ מלבד קטגוריה זו של עבירות של העדר מן השירות שלא ברשות יש להזכיר את ע"מ 45,46/00 רב"ט טרגש ואח' נ' התצ"ר, וכן ראו להלן בפרק ה.3.2.2.

עבריינות טומן בחובו סכנה חמורה [...] **עד כדי איום על מוסדות השלטון ועל יסודות החברה.** לכן, המסוכנות הנובעת מן המשיבים אינה מוגבלת לסכנת פגיעה במנהלים אלה או אחרים של מכוני לנצרות ליווי, ואף לא רק לסכנת השפעה על עדים במשפטם, אלא טמונה בה **סכנה, כמו בגידול ממאיר, של שלוחות לאיברים אחרים של גוף החברה.** ואין בית-המשפט אמור להתעלם מסכנה זאת. כאשר סעיף 21(א)(1)(ב) לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה - מעצרים) קובע כי ניתן לעצור נאשם עד תום ההליכים, בין היתר, בשל **חשש לביטחון הציבור, אין הוא מחייב את בית-המשפט לבחון את החשש רק במעגל צר של סכנה לאדם זה או אחר,** אלא הוא מאפשר לבית-המשפט לבחון את החשש גם **במעגל רחב של סכנה לציבור הרחב.** זוהי סכנה הנובעת מסוג העבירה. **פוטנציאל הסכנה הטמון בסוג העבירה,** לא רק למי שעלול להיפגע באופן אישי ממעשה העבירה, אלא גם **לציבור שעלול להיפגע באופן עקיף,** עד כדי שיבוש אורחות החיים, עשוי להוסיף משקל למסוכנות המיידית של הנאשם. תוספת המשקל עשויה להשפיע על האיזון הנדרש בין השיקול של מסוכנות לציבור לבין השיקול של חירות האדם.¹⁸⁰

אמנם, ניתן לטעון כי הנמקה בדרך זו מסווה למעשה את העילה של חומרת העבירה כשלעצמה כעילת מסוכנות קלאסית. אולם על כך יש להשיב כי זו הרחבה פרשנית ראויה של עילת המסוכנות וכי מדובר במבט רחב וראוי על עילה זו. מכל מקום, כל עוד במערכת הצבאית עסקינן, יש מקום לבחון, מקל וחומר, קיומה של מסוכנות – אישית וכללית כאחת – במעגל הרחב של הבטחון ולא במעגל הצר בלבד.

2. מסוכנות לקורבן העבירה

נראה כי הפסיקה של בית המשפט העליון הכירה בכך שגם ההשפעה לרעה על מצבו הנפשי של הקורבן היא בגדר "מסוכנות". כך למשל קבע השופט י' אנגלרד ב-בש"פ 8643/99 **מדינת ישראל נ' מרציאנו:**

"הלכה היא, כי אל מול זכותו של המשיב לחירות ניצב החשש לשלום הציבור ולבטחונו. חשש זה משתרע אף על פגיעה נפשית העשויה להגרם לקורבן העבירה כתוצאה משחרור העבריין. כאשר מדובר בקורבן עבירה מינית,

¹⁸⁰ לעיל הערה 38, עמ' 245-246. ההדגשות הן שלי – מ' ל'; וראו גם: בש"פ 7230/97, לעיל הערה 38 (השופט ט' שטרסברג-כהן); בש"פ 3379/98, לעיל הערה 37 (השופט י' זמיר); בש"פ 4746/98, לעיל הערה 37 (השופט ח' אריאל).

מתחזק החשש כי הלחץ הנפשי הקשה והחרדות אשר בהן נתון הקורבן ממילא, יתעצמו עת שהמסר משחרורו של המשיב הוא כי עולם כמנהגו נוהג, וביהמ"ש מעדיף את האינטרסים של מי שרק אתמול עשה בגופן כבשלו, על פני הערך שבהגנה על גופן ונפשו.¹⁸¹

שיקול זה אינו ייחודי לצבא. יחד עם זאת, ההרחבה הפרשנית של הסכנה לבטחון, כמתייחסת גם לסכנה לפגיעה במצבו הנפשי של קרבן העבירה עקב שחרורו של הנאשם מהמעצר, מחזקת לדעתי את המסקנה כי גם הפגיעה הכללית בצבא עקב שחרורו של נאשם ממעצר, מהווה סכנה לבטחון במבט הרחב והראוי של עילת המסוכנות, כפי שיפורט להלן.

3. ההשפעה של ריבוי עבירות חמורות על תפקוד הצבא

אותה תכלית שעמדה ביסוד ההרחבה של עילת המסוכנות האישית כשבחיילים עסקינן, עומדת גם ביסוד המסוכנות הכללית – מניעת ביצוע עבירות חמורות מסוימות בצבא ומניעת פגיעה בצבא ובבטחון. נבחן למשל את עבירות הסמים. אין ספק שחייל אשר השתמש בסמים מספר רב של פעמים בתקופה האחרונה ויש יסוד סביר לחשש כי ישוב וישתמש בסמים, פוגע עד מאד במידת מוכנותו הוא, וכאמור לעיל, בעקיפין גם בבטחון המדינה. לכן כאמור מוצדק מעצרו לפי עילת המסוכנות האישית¹⁸². החשש לבטחון המדינה אינו פוחת אם הנאשם עצמו לא ישוב להשתמש בסמים, כשמנגד שחרורם של כלל החיילים הנאשמים בשימוש בסמים יביא לריבוי בעבירות אלה. אדרבה, החשש מהתפשטות נגד הסמים בצבא הוא החשש העיקרי:

"השימוש בסמים מסוכנים – ו'קלים' ביניהם – הינו בבחינת חיידק מידבק ומתפתח; ואוי לה ליחידה הצבאית שהחיידק מקנן בתוכה."¹⁸³

ראוי לציין כאן גם את הדברים שנאמרו בדברי ההסבר להצעת החוק להוספת הסעיפים המחייבים חיילים להבדק לשם גילוי שימוש בסמים מסוכנים:

"השימוש בסמים בצבא מסוכן במיוחד לכושרו ולכוונותו, וסכנות אלה הן ממילא סכנות לאומיות."¹⁸⁴

¹⁸¹ תק-על 99 (4) 201. ההדגשות הן שלי – מ' ל'. ראו גם: בש"פ 1696/95 מדינת ישראל נ' פלוני, תק-על 95 (1) 925 (השופט ט' שטרסברג-כהן); בש"פ 665/97 מדינת ישראל נ' פלוני, תק-על 97 (1) 88 (השופט ד' בייניש); בש"פ 3124/99 פלוני נ' מדינת ישראל, תק-על 99 (2) 500 (השופט ד' דורנר); בש"פ 5248/99 אמיר נ' מדינת ישראל, תק-על 99 (3) 451 (השופט ד' דורנר). לעמדה זו מצטרפת ד"ר ח' זנדברג, לעיל הערה 35, בעמ' 335 ואילך.

¹⁸² ראו פסק-דין שרגאי, לעיל הערה 7.

¹⁸³ בג"ץ 5000/95 ברטלה נ' הפרקליט הצבאי הראשי, פ"ד מט (5) 64, 74.

האמור נכון גם לגבי עבירות חמורות אחרות שיש להן השפעה על המסגרת הצבאית ועל המוכנות והחוסן של הצבא, דוגמת העדר מן השירות שלא ברשות לתקופה ממושכת, שכן החשש מריבוי עבירות של העדר מן השירות ומהפגיעה שתגרם למשמעת הצבאית ובעיקר למוכנות הצבא בעקבות כך, גדול אף יותר מהחשש שהנאשם עצמו ישוב וייעדר מן השירות שלא ברשות.

לאור החשיבות של מוכנות הצבא וחוסנו וההשפעה ההרסנית אשר יש לריבוי עבירות חמורות עליהם ועל בטחון המדינה, העלה השופט אל"ם (כתוארו וכדרגתו אז) ד"ר מ' פינקלשטיין, עוד בעניין **אסעד**¹⁸⁴, את האפשרות כי יש להכיר במסוכנות כללית ביחס לחיילים, גם אם היא אינה מוכרת באזרחות:

"ייתכן כי הטעם העיוני המצדיק מעצר לאחר אישום לצורכי הרתעה בהליכי שפיטה צבאיים לגבי עבירות מסוימות, הוא **הסכנה לשלום הציבור או בטחונו** הנובעת מעבירות אלה המבוצעות ע"י חיילי צה"ל, וזאת, גם אם אין נשקפת סכנה קרובה שהנאשם הספציפי ישוב להתנהגותו העבריינית. אין די בכך לצורך מעצר **אזרחים**... ואולם שונה הדבר לגבי מעצר **חיילים**, בשל הצורך בקיום אמצעי הגנה מוגברים על שלומו וחוסנו של הצבא. אין די בפגיעה כללית בחברה לצורך מעצר אזרח לאחר אישום; בחברה הצבאית – שאני (בדרך זו ניתן **אולי** לומר, שאין לפנינו מעצר לצורכי הרתעה אלא מעצר לשם מניעת סכנה לשלום הציבור)."¹⁸⁵

דברים מסוייגים אלה שנכתבו לפני חוק המעצרים ולפני שניתנה החלטתו של השופט י' זמיר ב-בש"פ **צ'ורני**¹⁸⁶, נכונים לדעתי גם כיום, לאחר חוק המעצרים ובמשנה תוקף לאחר בש"פ **צ'ורני**, ויפים הם במיוחד לגבי המסוכנות הצבאית ומכל מקום – ביתר תוקף מאשר לגבי המסוכנות האזרחית. יחד עם זאת כאמור, לא צורכי ההרתעה כשלעצמם ולא

¹⁸⁴ דברי ההסבר להצעת חוק השיפוט הצבאי (תיקון מס' 17), תשמ"ג-1983, ה"ח 17, בעמ' 18.
¹⁸⁴ **לעיל**, הערה 12.

¹⁸⁵ סעיף 38 להחלטה. ההדגשות הן במקור. וראו גם בסעיף 21 להחלטה האמורה: "... יש עבירות שנובעת להן חומרה מיוחדת כשהן נעשות ע"י חיילים, **בשל פגיעתן הקשה בצבא – לרבות במשמעת בצבא**. הפגיעה הקשה בצבא היא מאפיין מחמיר של העבירה המשמש כהצדקה למעצר עד תום ההליכים (ודוק: הפגיעה הקשה בצבא אינה חייבת להיות רק במשמעת שבו או שלו)" ההדגשה היא שלי – מ' ל'. לעניות דעתי, אכן הפגיעה הקשה בצבא אינה חייבת להיות רק במשמעת, אך היא אינה מאפיין מחמיר של העבירה המשמש כהצדקה למעצר על פי עילת המעצר ההרתעתית (של חומרת העבירה והפגיעה במשמעת הצבא), כי אם, כאמור, עילת מעצר נפרדת וייחודית לצבא של מסוכנות כללית רחבה, ובלבד שגם אי-המעצר או השחרור ממעצר, ולא רק העבירה עצמה, יש בהם כדי להקים יסוד סביר לחשש לפגיעה בצבא.
¹⁸⁶ **לעיל**, הערה 38.

חומרת העבירה והפגיעה במשמעת הצבא כשלעצמן, הם המצדיקים מעצר, כי אם הפגיעה בצבא כתוצאה מהעבירה ומאי-המעצר גם יחד, מקום שהיא קיימת.

4. ההבחנה בין מצב רגיעה למצב חירום ובין צה"ל לצבאות זרים

כאשר המעצר בגין עילת הפגיעה בצבא מתבסס גם על המסוכנות הרחבה, דהיינו החשש העקיף לפגיעה בבטחון המדינה, יש מקום להבחין בין עבירות המתבצעות במצב רגיעה לבין עבירות המתבצעות במצב חירום. אין ספק כי אחד מתפקידי הצבא הוא להיות מוכן בכל עת, ובכלל זה בזמן שלום, אך נראה כי החשש לבטחון המדינה כתוצאה מפגיעה במוכנות הצבא גדול הרבה יותר כאשר המדינה מצויה במצב חירום, וכאשר בפועל צה"ל נדרש להלחם או לפעול בזמן אמת.

סביר בעיני שההבחנה האמורה בין מצב שלום לבין מצב חירום היא העומדת ביסוד השוני בדיני המעצר הצבאיים שבין צה"ל, המצוי באופן מתמיד בכוננות גבוהה עקב המצב הבטחוני, לבין צבאות זרים במדינות שבהן אין חשש מידי לבטחון המדינה. מכיוון שכך, יש להתייחס בזהירות רבה להשוואה בין דיני המעצר הצבאיים באותן מדינות לבין דיני המעצר הצבאיים בארץ.¹⁸⁷

3. העילה של "הפגיעה בצבא" לעומת העילה של "חומרת העבירה" כמשרתת תכלית ראויה

אם כן, בעוד שהמעצר בגין "חומרת העבירה" כשלעצמה נועד לשרת את התכליות של הרתעת עבריינים ושל שמירה על אמון הציבור במערכת המשפט, הרי שהמעצר בגין העילה של "הפגיעה בצבא" משרתת גם תכליות אחרות: מניעת פגיעה במשמעת הצבאית ומניעת פגיעה במוכנות ובחוסן של הצבא.

מטבע הדברים במקרים רבים תכליות אלה שלובות זו בזו, אף עד כדי חוסר יכולת להפריד ביניהן, אולם במקרים רבים אחרים אין קיימת אחת התכליות אך קיימת האחרת. האם תכליות אלה, כולן או מקצתן, הן בגדר "תכלית ראויה" העשויה להצדיק מעצר בהתקיים יתר התנאים שבפסקת ההגבלה של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו?

אין חולק כי השמירה על תקינותו של ההליך המשפטי היא בגדר תכלית ראויה.¹⁸⁸ אף אם ניתן היה לחלוק על כך שהשמירה על בטחון הציבור או על בטחון אדם היא תכלית ראויה למעצר,¹⁸⁹ קבעה פסיקת בית המשפט העליון כי מטרות מוצהרות אלה של חוק

¹⁸⁷ ראו והשוו: דברי הנשיא א' ברק בפסק-דין שרגאי, לעיל הערה 7, בעמ' 689. וכן ראו בעניין המשפט המשווה: בר-אילן-קייץ, לעיל הערה 11, בעמ' 328-324. על עמדת המשפט העברי ראו לעיל בפרק ה.ג. סיפא; וראו להלן בפרק ה.ב. סיפא.

¹⁸⁸ זו "הגיישה הצרה" למטרת המעצר. ראו: בייץ, לעיל הערה 92, עמ' 343-356.

¹⁸⁹ זו "הגיישה הרחבה" לתכלית המעצר, שם. יצויין כי בארצות הברית ה-Bail Reform Act משנת 1984, קבע לראשונה כי גם החשש כי הנאשם יסכן את הבטחון הוא שיקול בהחלטה האם לשחרר את הנאשם בערבות.

המעצרים הן ראויות. כך למשל קבע השופט י' זמיר ב-בג"ץ 14/98 **מנבר נ' מדינת ישראל**:

"יש מקום להניח (בהעדר טענות או ראיות לסתור) כי שחרורו של הנאשם מן המעצר, בטרם הוכרע דינו על ידי בית המשפט, ייצור סכנה לבטחון הציבור או בטחון המדינה, או סכנה של הימלטות מן הדין, או סכנה של שיבוש הליכי משפט, וכיוצא באלה. החזקת הנאשם במעצר, עד שבית המשפט יכריע בדינו, נועדה למנוע סכנה כזאת. זאת תכלית המעצר לפי חוק סדר הדין הפלילי, לפי חוק המעצרים וכן לפי החוק המתקן. תכלית זאת, אף שהיא מחייבת פגיעה בחירות, היא תכלית ראויה."¹⁹⁰

בכל הנוגע לחומרת העבירה כעילת מעצר במובנה הצר, דהיינו מעצר מפני "מה יאמרו הבריות" או לשם הרתעת עבריינים אחרים, הרי שכאמור לעיל לאחר חקיקת חוק היסוד ובטרם חקיקת חוק המעצרים סברו חלק משופטי בית המשפט העליון כי מעצר בשל טעם זה בלבד אינו לתכלית ראויה, ואילו יתר השופטים השאירו את השאלה בצריך עיון (וגם זאת, כמובן, רק בנוגע לעבירות החמורות). מאחר שתיקון מספר 9 לחסד"פ קדם לחוק היסוד, ממילא הוא היה מוגן על ידי סעיף שמירת הדינים, ושאלת התכלית הראויה לא נדרשה לפיכך אלא לצורך פרשנותו של החוק. מכל מקום, לבסוף בוטלה עילה זו על ידי המחוקק בחוק המעצרים. עם זאת השאלה העקרונית האם מדובר בתכלית ראויה מעולם לא הוכרעה על ידי בית המשפט העליון.

כאמור, המחוקק הכריע בשאלה בחוק המעצרים והשיב עליה בשלילה, לפחות בכל הנוגע למי שאינם חיילים. לדעתו, כך ראוי שיהא גם לגבי חיילים, לאור עקרון העל של השוויון וזכויות היסוד של החיילים, בדומה לאזרחים.

עם זאת, אין ספק כי כאשר מדובר בשמירה על בטחון המדינה, זו תכלית ראויה. כך נקבע, בין היתר, גם ב-דנ"פ פלונים¹⁹¹. כאמור גם השמירה על בטחון הציבור מפני עבירות רכוש היא בגדר תכלית ראויה. זאת ועוד, השמירה על הבטחון נבחנת כאמור במבט רחב ולא במבט צר¹⁹².

¹⁹⁰ תק-על 98 (1) 527, עמ' 531. ההדגשה היא שלי – מ' ל'.

¹⁹¹ לעיל, הערה 128, פסקה 16 לדברי הנשיא א' ברק. כן ראו: בג"ץ 680/88 שניצר נ' הצנזור הצבאי הראשי, פ"ד מב (4) 617.

¹⁹² ראו למשל: בש"פ צ'ורני, לעיל הערה 38; על עבירות הרכוש ראו לעיל בפרק ג.1.ב. סיפא ובהערה 93.

גם השמירה על המשמעת בצבא הוכרה כתכלית ראויה. כך כתב השופט י' זמיר ב-בג"ץ צמח¹⁹³ כי תכלית החוק, שקבע תקופה ארוכה למעצר חייל טרם הבאה בפני שופט, היא למנוע פגיעה במשמעת וזו תכלית ראויה.

העולה מכל המקובץ הוא כי "חומרת העבירה", כשלעצמה, אינה יכולה להצדיק מעצר וכי העילה ההרתעתית אינה מהווה תכלית ראויה בפני עצמה. עם זאת, השלכותיה של חומרת העבירה בצבא, דהיינו הפגיעה בצבא, אם כמשמעת ובסדר הטוב של הצבא ואם במוכנות או בחוסן של הצבא, הן תכליות ראויות של מסוכנות רחבה, אשר עשויות להצדיק מעצר. נוכח הקשר ההדוק שבין חומרת העבירה להשלכותיה, ניתן לומר כי נסיון החיים מלמד כי קמה חזקה שבעובדה שאי-מעצר או שחרור מי שנאשם בעבירות חמורות מסויימות, כגון עבירות סמים שאינן מהוות כשלון חד פעמי בסם "קל" ועבירות של העדר מן השירות שלא ברשות לתקופה ממושכת, עלול לגרום פגיעה בצבא כאמור. יחד עם זאת, כיוון שחומרת העבירה אינה מצדיקה מעצר כשלעצמה, הרי שכאמור לעיל, יש לבחון כל מקרה ומקרה לגופו, וכל נאשם יכול לנסות לסתור את החזקה האמורה מקום שהיא קמה, והיא אכן נסתרת במקרים שאינם מעטים, למשל כאשר נאשם בעבירות סמים פוטר מהשירות הצבאי מיד לאחר מעצרו, בגין אי-כשירות נפשית בעקבות התמכרות לסמים¹⁹⁴.

הכינוי הראוי לעילה הצבאית הינו איפוא העילה של "הפגיעה בצבא", וזאת בשונה מהעילה של "חומרת העבירה" או "העילה ההרתעתית".

4. ייחוד עילות המעצר בצבא וההצדקה להבחין בינן לבין עילות המעצר באזרחות

א. היחס בין סעיפים 8 ו-9 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו

אף משהגענו למסקנה כי תכלית המעצר בגין הפגיעה בצבא היא תכלית ראויה והגם שיש לשמור על המידתיות של הפגיעה ולמצוא את האיזון הראוי שבין תכלית המעצר לבין הפגיעה בזכויות הנאשם, עדיין יש לבחון את השאלה האם יש מקום להבחין בהקשר זה בין עילות המעצר בצבא לבין עילות המעצר באזרחות, וזאת במיוחד לאור קביעתו של המחוקק מהן עילות המעצר באזרחות ולאור עקרון השוויון. במלים אחרות, המחוקק הביע דעתו כי כל מעצר באזרחות אשר אינו נסמך על אחת העילות שנקבעו במפורש בחוק המעצרים אינו מידתי, אף אם הוא לתכלית ראויה. על כן יש לבחון תחילה האם ההבחנה בין עילות המעצר באזרחות ובצבא היא הבחנה מותרת או שמא הפליה פסולה.

המחוקק הבחין במפורש בין חוקתיות פגיעה בזכויות אזרחים לבין חוקתיות פגיעה בזכויות המשרתים בכוחות הבטחון, בהוסיפו פסקת הגבלה נפרדת ומיוחדת למשרתים בכוחות הבטחון בסעיף 9 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. כאמור ב-בג"ץ צמח, אין

¹⁹³ לעיל, הערה 8.

¹⁹⁴ ראו בפרק ה.1. לעיל; וכן ראו והשוו אל עניין איבנוב, לעיל הערה 16, ואל הערה 155 סיפא לעיל והטקסט שם.

הבדל בין סעיף 8 לסעיף 9 לחוק היסוד במובן זה ששניהם קובעים כי פגיעה בזכות תהיה חוקתית רק אם היא הולמת את ערכיה של מדינת ישראל ונועדה לתכלית ראויה. עם זאת, סעיף 9 קובע מפורשות כי על התכלית הראויה להתייחס למהותו ולאופיו של השירות, למרות שגם אלמלא הוראת סעיף 9 לחוק היסוד ככל הנראה היתה המידתיות בצבא נבחנת ממילא בשים לב למהות השירות הצבאי ולאופיו¹⁹⁵.

כאשר מהותו ואופיו של השירות הצבאי מצדיקים זאת, האינטרס הציבורי הוא כי יש להבחין בין הדין הנוהג באזרחות לבין הדין הנוהג בצבא, גם אם משמעות הדבר היא פגיעה עודפת בזכויות החיילים. כך למשל, למרות הקביעה ב-בג"ץ צמח כי יש לקצר את תקופת המעצר עד להבאת חשוד בפני שופט, לא הושווה משך המעצר בצבא למשך המעצר באזרחות, אלא הועמד בסופו של דבר על 48 שעות. באופן דומה נקבע ב-בג"ץ רמי דותן¹⁹⁶, כי האופי המיוחד של הצבא מחייב כי הוועדה הצבאית לעיון בעונש תשקול שיקולים ציבוריים-צבאיים בהחלטתה, גם אם לא כך נעשה בוועדת השחרורים האזרחית. בהקשר זה הוסיף דברים הנשיא א' ברק בבקשת הדיון הנוסף:

"אכן, אין חולק, כי הקביעה כי על ועדה צבאית לשקול גם 'שיקולים צבאיים' (ובגדרם גם שיקולי הרתעה וענישה) באה בגדרה של הלכה חדשה וחשובה. עם זאת יוער, כי בית משפט זה פסק לא פעם, כי שיקוליהן של הרשויות הצבאיות בכל הנוגע לאכיפת החוק, למעצר, להעמדה לדין, לביטול כתבי אישום וכיוצא באלה, שונים ואפשר שאף רחבים מן השיקולים ששוקלת רשות אזרחית בנסיבות דומות, שכן הרשויות הצבאיות אמורות לשקול גם את 'אינטרס הצבא' [...] כחלק מהמושגיות הכללית של 'ענין הציבור'."¹⁹⁷

לפיכך שומה עלינו לבחון מה מייחד את מהותו ואופיו של השירות הצבאי בכלל ובצה"ל בפרט, במיוחד לעניין עילת המעצר הייחודית של הפגיעה בצבא.

ב. מהותו של צבא הגנה לישראל

מספר גורמים מייחדים את הצבא לעומת האזרחות¹⁹⁸. אחד החשובים שבהם היא העובדה שממהותו של הצבא נגזר כי אסור לו להיכשל. כשלון שכזה מהווה סכנה חמורה לבטחון הציבור והמדינה. על מנת שהצבא יוכל למלא את משימותיו בהצלחה מוטלות

¹⁹⁵ ראו למשל בג"ץ רמי דותן, לעיל הערה 132, בסעיף 33 לפסק-דינו של השופט מ' חשין.

¹⁹⁶ לעיל, הערה 132.

¹⁹⁷ דנג"ץ 5404/99 דותן נ' התנועה לאיכות השלטון בישראל, תק-על 2000(1), 456, עמ' 457.

ההדגשה שלי – מ' ל'.

¹⁹⁸ ראו: מודריק, לעיל הערה 169, עמ' 56 ואילך; ע' מודריק, "אחריות מפקדים – היבט דיוני", פלילים ט (תשס"א) 285, עמ' 293 ואילך.

על החיילים חובות ציות, אפילו עד כדי חובה להקריב את החיים¹⁹⁹. חובת הציות מביאה בין היתר גם לחובה לציית לפקודה בלתי חוקית²⁰⁰. כל הפרה חמורה של חובות ציות אלה עלולה לפגוע בתפקודו של הצבא וביכולתו למלא את משימתו ולהגן על בטחון המדינה. לפיכך, הצבא אינו יכול שלא להקפיד על אמות מידה נוקשות לגבי המשמעת הצבאית וחובת הציות.

הבטחת ציות החיילים לפקודות נשענת על מספר אדנים, וביניהם השמירה על המשמעת הצבאית, השמירה על אמון החיילים במפקדיהם, בחבריהם ובמערכת הצבאית בכללותה, והשמירה על מוראל החיילים.

לפיכך, לא ניתן להשוות בין נאשם-אזרח אשר שוחרר ממעצר ו"מסתובב בשוק", לבין חייל אשר נאשם בפגיעה חמורה במשמעת ביחידתו וחוזר ומהלך בה. שחרורו של נאשם-חייל ממעצרו ליחידתו בהתעלם מההשפעה שתהיה לכך על יתר החיילים, עלול לגרום פגיעה חמורה במשמעת, שהיא מאפיין צבאי ייחודי, אשר כמוכר אינו קיים באזרחות.

מאפיין נוסף המייחד את צה"ל הוא דבר היותו "צבא העם", המבוסס על גיוס חובה ועל קיומו של צבא מילואים, וזאת בניגוד לצבא של שכירים, כפי שקיים במדינות רבות. לעובדה זו מספר השלכות: ראשית, צה"ל מחוייב לגייס מגוון רחב של סוגי אוכלוסיה, והוא מוגבל ביכולתו לברור את המתגייסים לשורותיו. שנית, צה"ל רגיש במיוחד לתופעה של העדר מן השירות שלא ברשות, באשר ריבוי בעבירות אלה מקטין משמעותית את מספר החיילים העומדים לרשותו, ומגביר באופן בלתי הוגן ובלתי שוויוני את הנטל המוטל על אלה המשרתים כנדרש. שלישית, לפיטורים מהצבא או לשחרור למעצר-בית, לא רק שאין כל השפעה מרתיעה על חיילים רבים, כי אם במקרים רבים הם עשויים לתפוס זאת כ"פרס", דבר העלול לעודד ריבוי עבירות מסוגים מסויימים ובעיקר העדר מן השירות שלא ברשות²⁰¹.

מן המקובץ לעיל עולה כי קיימים שיקולים ברורים הנובעים מאופיו וממהותו של השירות הצבאי, אשר מצדיקים הבחנה בין עילות המעצר באזרחות לבין עילות המעצר בצבא, ואשר מצדיקים קיומה של עילת מעצר צבאית ייחודית של הפגיעה בצבא. הבחנה זו מוצדקת ככל שמדובר בתכלית של מניעת פגיעה בצבא, אם לעניין השמירה על המשמעת, ואם לעניין המוכנות והחוסן של הצבא, תוך הרחבת אופן הבחינה של המסוכנות, האישית והכללית, כעילת מעצר בצבא, לעומת המסגרת האזרחית.

¹⁹⁹ ראו: סעיף 19 לחש"ץ.

²⁰⁰ כל עוד אין מדובר בפקודה בלתי חוקית בעליל; ראו: סעיף 125 לחש"ץ.

²⁰¹ לפיכך, בחלק מהמקרים, פיטורים מן השירות, גם בגין אי-כשירות נפשית, במיוחד כשמדובר בעבירה של העדר מן השירות שלא ברשות, בהבדל מעבירות חמורות אחרות, אינם מעידים על העדר פגיעה בצבא בעקבות אי מעצר או שחרור ממעצר. לא כל מי שפוטר משירות בגין אי-כשירות נפשית הינו מעורער בנפשו, כי אם לעיתים מדובר למשל בקשוי הסתגלות למסגרת הצבאית. זאת ועוד, פיטורים משירות, במיוחד בגין אי-התאמה, הם לעיתים פועל יוצא של התנהגותו השלילית של הנאשם עצמו מבחינת מילוי חובת השירות ושל חוסר המוטיבציה שלו להמשיך בשירות.

כמו כן, אם נוסיף את העובדה שלפיה מדינת ישראל מצויה במצב חירום מתמשך וכל פגיעה ממשית בתפקוד צה"ל ובחוסנו ובמוכנותו עלולה לגרור פגיעה חמורה בבטחון, אל העובדה שצה"ל הוא "צבא העם" ולא צבא של שכירים, ניווכח לדעת כי אין מקום להשוות בין עילות המעצר בצה"ל לבין עילות המעצר בצבאות של מדינות אחרות אשר אינן מצויות במצב חירום ואשר מתבססות על צבא שכיר.

כמובן שאין בכל האמור לעיל כדי להצדיק פגיעה בזכויות החיילים במידה העולה על הנדרש מאופיו וממהותו של השירות בצה"ל, אף אלמלא האיסור המפורש על כך שבחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, וזאת גם לנוכח העובדה שפגיעה העולה על הנדרש בחיילים, או פגיעה בלתי מידתית ובלתי ראויה בחיילים חפים מפשע ללא הבחנה, עלולה לגרום דווקא לפגיעה במוראל החיילים ובאמון החיילים והציבור בכללותו במערכת הצבאית, שאותה חשוב כאמור למנוע.

ו. האיזון הראוי בין זכויות היסוד לבין עילת המעצר של "הפגיעה בצבא"

1. הסתברות הפגיעה ומידת הפגיעה בתכלית הראויה המצדיקות פגיעה בזכויות היסוד

מאחר שהפגיעה בזכות היסוד לחירות ובחזקת החפות על ידי מעצר נאשם היא ודאית, בעוד שהגשמתן של התכליות הראויות "צפונה בחיק העתיד"²⁰², יש לבדוק מהי מידת ההסתברות הנדרשת להגשמת התכלית הראויה על מנת להצדיק את הפגיעה הוודאית בזכויות הנאשם, ובהתקיים אותה מידת הסתברות, מהי עוצמת הפגיעה באותה תכלית המצדיקה פגיעה בזכויות הנאשם.

בנוגע לעוצמת הפגיעה, נראה כי אין כל מקום למעצר אלא אם כן הסכנה היא לפגיעה "ממשית" או "חמורה" בתכלית העומדת ביסוד המעצר. לדעתי, כאשר המדובר הוא בחשש לפגיעה במשמעת ובסדר הטוב של הצבא, לרבות במוראל החיילים, הרי שיש מקום למעצר רק אם החשש הוא לפגיעה חמורה בהם, מכיוון שרק פגיעה חמורה בהם יכולה להביא לפגיעה "ממשית" בבטחון המדינה. לעומת זאת, כאשר המדובר הוא בחשש לפגיעה בחוסן או במוכנות של הצבא, הרי שיש מקום למעצר גם אם החשש הוא לפגיעה ממשית בהם.

כאשר להסתברות הפגיעה, עולה השאלה האם המבחן שאותו ראוי ליישם בענייננו הוא אם יש ודאות קרובה כי אי-מעצר יביא לפגיעה ממשית או חמורה בתכלית המעצר; או אם אך יש יסוד סביר לחשש לפגיעה כאמור.

שני המבחנים יושמו בפועל בתחומים הדומים לענייננו: כך למשל עת עומת החשש לפגיעה בשלום הציבור או בבטחון המדינה מול חופש הביטוי, נקבע ב-בג"ץ 73/53

²⁰² ראו למשל: ברק, לעיל הערה 61, כרך שלישי, עמ' 534.

חברת "קול העם" בע"מ נ' שר הפנים²⁰³ וב-בג"ץ 680/88 שניצר נ' הצנזור הצבאי הראשי²⁰⁴, כי המבחן הוא של ודאות קרובה לפגיעה ממשית בבטחון המדינה. לכאורה, מכיוון שחשיבותה של הזכות לחירות עולה על חשיבותו של חופש הביטוי²⁰⁵, יש צורך לפחות במבחן הודאות הקרובה. אך לעומת זאת, בנוגע למעצר בגין מסוכנות (אישית), נקבע במפורש בחוק כי די ב"יסוד סביר לחשש", ואף אם ניתן לטעון כי ההצדקה למבחן מקל זה נובעת מכך שמדובר במסוכנות אישית ולא במסוכנות כללית, הרי שמנגד, כאמור לעיל, הפגיעה שעלולה להגרם לבטחון, חמורה יותר כאשר מדובר במסוכנות כללית דווקא²⁰⁶. יש לציין גם כי בהחלטות בית המשפט העליון הנזכרות לעיל אשר בחנו את המסוכנות במבט רחב, לא נקבע מבחן השונה מ"יסוד סביר לחשש".

נראה איפוא כי המבחן הראוי הוא המבחן השני, דהיינו קיומו של יסוד סביר לחשש כי אי-המעצר יביא לפגיעה ממשית או חמורה בתכלית המעצר. יוטעם כי מאחר שכל עוד אין משוחררים הנאשמים ממעצרים לא ניתן לאמוד את מידת הפגיעה שתהיה לשחרור התיאורטי על תכליות המעצר, אין זה ראוי לבחור במבחן הראשון, דהיינו קירבה לוודאות, שכן יהיה זה בלתי אפשרי להוכיח בוודאות הנדרשת את מידת הפגיעה, ולפיכך לא יהיה ניתן לעצור חיילים, וכאשר מידת הפגיעה, אשר כאמור עלולה להיות חמורה ביותר, תתברר, יהיה זה מאוחר מכדי לתקן את הנזק.

מובן שמידת הפגיעה בצבא, כגון במשמעת או ביתר התכליות האמורות, תיבחן בכל מקרה ומקרה לגופו, בחינה אינדיבידואלית ולא "אוטומאטית", תוך איזון ראוי בין הערכים המתנגשים בנסיבות המקרה הספציפי ותוך שמירה על מבחני המידתיות.

²⁰³ פ"ד ז 871.

²⁰⁴ לעיל הערה 191.

²⁰⁵ לעיל, הטקסט להערה 49.

²⁰⁶ ראו והשוו: בש"פ 3/99 מזינת ישראל נ' פקוביץ, תק-על 99 (1) 719: "די בסכנה קטנה אם התוצאה נוראה" (השופט י' זמיר).

2. השמירה על המידתיות

גם מעצר לתכלית ראויה צריך שיהיה מידתי: במידה שאינה עולה על הנדרש; ובצבא – בשם לב למהותו ולאופיו של השירות.

מבחן המידתיות פורש כמורכב משלושה מבחני משנה²⁰⁷:

- א. מבחן ההתאמה או הקשר הרציונאלי;
- ב. מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה;
- ג. מבחן האמצעי המידתי, דהיינו המידתיות הכללית שבין הנזק שבאמצעי לבין התועלת לחברה.

בנוגע למבחן הראשון, הרי שמהסקירה הרחבה דלעיל בנוגע לתכלית המעצר עולה בבירור כי יש קשר רציונאלי הדוק בין השמירה על אותן תכליות לבין השימוש במעצר²⁰⁸.

בנוגע למבחן השני, הרי שניתן לטעון כי מעצר אינו האמצעי שפגיעתו פחותה להשגת התכלית של מניעת הפגיעה בצבא²⁰⁹. אין בידנו הכלים הדרושים לבחון באיזו מידה יכולה הענישה להחליף את הצורך במעצר, במיוחד כאשר הפגיעה החמורה במשמעת היא מיידית ואילו העונש בגינה צפוי בעוד זמן רב. מכל מקום, אינני סבור כי העלאת רף הענישה הינו אמצעי הפוגע במידה פחותה בנאשמים, גם כאשר הוא כמתחם ההלימה, במיוחד אם מעצר ("סגור", בהבדל ממעצר "פתוח") בגין עילה זו ינקט רק כלפי מי שקרוב לוודאי כי יורשע בדינו וייענש, כפי שיפורט בהמשך²¹⁰.

ניתן לומר כי גם המבחן השלישי מתקיים באשר התועלת לחברה היא כאמור מניעת פגיעה בצבא, כלומר פגיעה חמורה במשמעת הצבאית, או פגיעה ממשית במוכנות הצבא

²⁰⁷ י. זמיר, "המשפט המינהלי של ישראל בהשוואה למשפט המינהלי של גרמניה", **משפט וממשל** ב' (תשנ"ד-תשנ"ה) 109; **ברק, לעיל** הערה 61, כרך שלישי, עמ' 535 ואילך. כן ראו למשל: בג"ץ 3477/95 **בן-עטייה נ' שר החינוך והתרבות**, פ"ד מט (5) 1; ו-בג"ץ 1715/97 **לשכת מנהלי השקעות בישראל נ' שר האוצר**, פ"ד נא (4) 367.

²⁰⁸ קיימת אמנם דעה שלפיה לא ניתן להניח קיומו של קשר רציונאלי בין חומרת העונש לבין מטרת ההרתעה, ראו: דעת הרוב ב-דו"ח ועדת גולדברג, **לעיל** הטקסט להערה 130. יש הסוברים כי הדברים נכונים מקל וחומר בנוגע למעצר, ראו: **בר-אילן-קיץ, לעיל** הערה 11, עמ' 287-286. אך העילה של הפגיעה בצבא אינה עוסקת בחומרת העונש אלא **במיידיות** התגובה. מכל מקום, כאמור, גם לפי דעת הרוב האמורה ניתן להתחשב בשיקול ההרתעתי בגזירת הדין, כל עוד העונש נותר במתחם ההלימה. כמו-כן, כאמור השיקולים של האינטרס הציבורי במסגרת הצבאית שונים מאלה המתייחסים למסגרת האזרחית.

²⁰⁹ ראו: **גרוס, לעיל** הערה 11, עמ' 453.

²¹⁰ ראו **להלן** בפרק 3.1 – 4.1.

וכפועל יוצא מכך – בבטחון המדינה. בטחון המדינה מצדיק לעיתים כאמור אף חיוב חיילים להקריב את חייהם כאשר הדבר נדרש מהם, ובוודאי מצדיק הוא במקרים ראויים פגיעה בזכויות היסוד של החיילים.

עם זאת, על מנת שמעצר בגין העילה של הפגיעה בצבא לא יעלה על הנדרש, יש להקפיד על קיומם של מספר תנאים נוספים אשר יפורטו להלן, והם: ראשית, כי הנאשם לא ייעצר (במעצר "סגור") אם ניתן למצוא חלופת מעצר מתאימה. שנית, כי בחינת העוצמה של הראיות לכאורה תהיה בהתחשב גם במהות של עילת המעצר. ושלישית, כי משך המעצר לא יעלה על המינימום הנדרש.

3. חלופת מעצר

א. החובה לבחון קיומה של חלופת מעצר מתאימה

כשם שלגבי אזרחים מורה חוק המעצרים כי אין ליתן צו מעצר אלא אם לא ניתן להשיג את מטרת המעצר בדרך שפגיעתה בחירות היא פחותה²¹¹ - כך מן הראוי שבכל מקרה שבו מתבקש מעצרו של חייל, תיבחן האפשרות להסתפק בחלופת מעצר מתאימה, וכי בית הדין יסתפק בחלופת מעצר אם ניתן על ידי כך להשיג את תכלית המעצר. הדבר נובע ממבחן המידתיות, מעקרון השוויון ומזכויות היסוד של החיילים.

אמנם כאשר העילה של חומרת העבירה היתה קיימת בדיני המעצר באזרחות, היתה מקובלת הדעה כי במקרים רבים חלופת מעצר אינה יעילה אם המעצר הינו בגין עילה זו²¹², וזאת כיוון שאין זה מספיק שחלופת המעצר יכולה להבטיח כי הנאשם עצמו לא יסכן את הציבור או יסכל את ההליך המשפטי, כל עוד עבריינים אחרים לא יורתעו מביצוע עבירות דומות. אולם כפי שכתבתי לעיל, גם בצבא התכלית ההרתעתית וחומרת העבירה כשלעצמן אינן עילת מעצר ראויה, אלא אם כן יש יסוד סביר לחשש לפגיעה בצבא.

כפי שהובהר בהחלטות רבות של בית הדין הצבאי לערעורים²¹³, חלופת מעצר עשויה להיות יעילה גם אל מול העילה של הפגיעה במשמעת הצבא. יש לבחון אם כן, אימתו עשויה חלופת מעצר לקיים את התכליות העומדות מאחורי עילת הפגיעה בצבא.

ב. השימוש ב"מעצר פתוח" בצבא

²¹¹ ראו: סעיף 21 (ב)(1) לחוק.

²¹² ראו למשל: בש"פ 3717/91, לעיל הערה 27; זנדברג, לעיל הערה 35, עמ' 331.

²¹³ ראו למשל: ע"מ 64/99 / סמל שבת נ' התצ"ר, בסעיף 8 להחלטה; עניין בן חמו, לעיל הערה 12, בסעיף 11 להחלטה; ע"מ 11/98 / רב"ט מילשטיין נ' התצ"ר (להלן: עניין מילשטיין), בסעיף 12 להחלטה.

לבית הדין הצבאי הסמכות להורות על חלופת מעצר ייחודית, אשר אינה קיימת באזרחות, והיא השחרור ל"מעצר פתוח" ביחידה. מקור הסמכות לכך מצוי בסעיף 244 לחש"ץ, והמעצר הפתוח מוסדר על ידי הפ"ע 5.0211.

אכן קיימים מקרים שבהם "המעצר הפתוח" אינו יכול לשמש חלופת מעצר הולמת. כך למשל כאשר הנאשם מואשם בעבירה הכרוכה בהפרה חמורה של המשמעת ביחידתו, הרי שהחזרתו של החייל לאותה יחידה והסתובבותו חופשי בה אינה יכולה במקרים רבים לעלות בקנה אחד עם תכלית המעצר בדבר השמירה על המשמעת והסדר הטוב של הצבא.

עם זאת, במקרים רבים אחרים ניתן להשתמש בחלופת מעצר זו²¹⁴. כמו-כן, גם אם שחרור הנאשם חזרה ליחידתו צפוי להביא לפגיעה במשמעת, לעיתים הרחקתו מיחידתו ושחרורו ל"מעצר פתוח" ביחידה אחרת, ימנעו אותה פגיעה במשמעת.

יש לציין בהקשר זה כי השימוש בחלופת המעצר של "מעצר פתוח" בצבא הולך ומתרחב עם השנים²¹⁵, וזאת במספר קטגוריות שנקבעו בפסיקה של בית הדין הצבאי לערעורים וביניהן, ראשית, כאשר מדובר בשימוש חד פעמי בסם "קל" בתוככי היחידה אך מחוץ לשעות הפעילות²¹⁶, או כאשר מדובר במספר מועט של שימושים בסם "קל" מחוץ ליחידה²¹⁷. שנית, כאשר קיימות ראיות לכאורה ועילת מעצר אך צפויה התמשכות של ההליכים המשפטיים²¹⁸. שלישית, כאשר חלק ממצעי העבירות, כגון חלק מהשימושים בסמים, נושנים ייחסית²¹⁹, וכן במקרים רבים נוספים. סעיף 244 לחש"ץ שהיה בעבר בבחינת "אות מתה" בספר החוקים, "קם לתחייה" ו"התעורר לחיים" בעקבות חוק היסוד, ובתי הדין הצבאיים עושים בו שימוש ניכר, במיוחד בשנים האחרונות. כך אכן ראוי כי יהיה גם בעתיד, ואף ביתר שאת, בכל מקרה שבו "המעצר הפתוח" יכול להשיג את תכלית המעצר, בשים לב לכל הנסיבות, של הנאשם ושל העבירה, לרבות מהות העילה, הסתברות הפגיעה בצבא ומידתה וכן עוצמת הראיות לכאורה, כפי שאפרט להלן.

ג. שחרור חיילים בערובה ?

השחרור מהמעצר לחלופת מעצר באזרחות הוא למעשה שחרור בערובה (סעיף 44 (א) לחוק המעצרים), אשר פרושו שחרור ב"ערבון כספי או ערבות עצמית... בין לבדם ובין בצירוף ערבות מכל סוג שהוא... והכל כפי שיוורה בית המשפט" (סעיף 41). בצד ערובה זו ניתן להוסיף תנאים שונים (סעיף 48), אשר אחד הידועים שבהם הוא "מעצר בית", דהיינו התנאי כי הנאשם לא יצא את ביתו.

²¹⁴ ראו הערה 213 לעיל.

²¹⁵ וזאת בניגוד לדעתו של פרופ' ע' גרוס במאמרו, לעיל הערה 11; וראו הטקסט להערה 91

לעיל.

²¹⁶ ראו למשל: עניין מילשטיין, לעיל הערה 213.

²¹⁷ ראו למשל: עניין בן חמו, לעיל הערה 12.

²¹⁸ ראו למשל: ע"מ 40/99/ התצ"ר נ' רב"ט מלול.

²¹⁹ ראו למשל: עניין גמבורג, לעיל הערה 41.

סעיף 243א לחש"ן קובע כי לבית דין צבאי הסמכות לשחרר בערבות רק אלה הנמנים על אוכלוסיות מיוחדות אשר במהותם הינם אזרחים, כגון אזרחים עובדי צבא, דהיינו לא חיילים בשירות סדיר או בשירות מילואים פעיל. סמכות בית הדין לשחרר בערבות פורשה בפסיקה באופן רחב וראוי כך שתכלול אנשי מילואים אשר אינם בשירות מילואים למעשה גם אם טרם שוחררו ממנו להלכה וכן כל מי שאינו בשירות בעת הדיון בבקשת המעצר.²²⁰

האם שחרור בערובה עשוי לשמש חלופת מעצר הולמת במעצר בגין עילת הפגיעה בצבא? נראה כי ברוב המקרים התשובה היא בשלילה, באשר שחרור בערבות או אף שחרור למעצר בית עשוי להיות בחינת "פרס" ולפגוע במשמעת או בסדר הטוב של הצבא. מן הראוי לציין כי גם המתנגדים לעילת המעצר של חומרת העבירה והפגיעה במשמעת בצבא נוטים לדעה כי שחרור בערובה אינו מתאים כאשר מדובר בחיילים.²²¹

עם זאת, עשויים תנאי השחרור בערובה להספיק במקרים מסויימים, למשל כאשר מדובר במי שכבר שוחרר מהשירות,²²² וזאת עקב החלשות החשש מפני הפגיעה במשמעת הצבא כתוצאה משחרורו.²²³ נראה לי כי במקרים אלה מן הראוי יהיה לנקוט בדרך של שחרור בערובה חלף המעצר, למעט במקרים חריגים.

4. חלופת מעצר כפונקציה של הראיות לכאורה במעצר בגין עילת "הפגיעה בצבא"

גם לאחר הכרעת בית המשפט העליון ב-בש"פ זאדה,²²⁴ המבחן לקיומן של ראיות לכאורה הנדרשות לצורך מעצר עד תום ההליכים נותר מבחן הסיכוי הסביר להרשעה. מבחן זה הוא המינימום הנדרש הן להוראה בדבר מעצר ("סגור") והן להוראה בדבר חלופת מעצר, שכן הסמכות להורות על חלופת מעצר היא רק מקום שניתן היה להורות על מעצר.²²⁵

עם זאת, בית המשפט העליון קבע בשורה של החלטות, כי יתכן שתהיינה ראיות לכאורה, במובן הטכני, דהיינו כי יש סיכוי סביר להרשעה, אך לא יהיה די בראיות אלה למעצר,

²²⁰ ראו: ע"מ 9/98/ התצ"ר נ' סמל מרקוביץ וכן עניין איבנוב, לעיל הערה 16.

²²¹ ראו: גרוס, לעיל הערה 11, בעמ' 460; בר-אילן-קיץ, לעיל הערה 11, בעמ' 372.

²²² יש מקום להבחין בין מי שפוטר מהשירות לבין מי שסיים את שירותו, ובין המפוטרים מהשירות בהתאם לסיבות הפטור (ראו לעיל הערה 201) וכן בין חייל בשירות חובה שסיים את שירותו לבין חייל בשירות מילואים שסיים את שירות המילואים. מקום שאין יסוד סביר לחשש לפגיעה בצבא, אין עילת מעצר ואין על כן מקום לחלופת מעצר, לרבות שחרור בערבות, אלא אם כן יש בכך צורך כדי להבטיח התייצבות למשפט (ראו הערה 225 להלן); ואילו מקום שקיימת עילת מעצר אך היא חלשה, ניתן להסתפק בשחרור בערבות, כאשר יש סמכות לכך, בעיקר לגבי אנשי מילואים.

²²³ ראו למשל: עניין איבנוב, לעיל הערה 16.

²²⁴ לעיל, הערה 98.

²²⁵ יצויין כי לבית משפט סמכות לשחרר בערובה אף אם אינו מוסמך להורות על מעצר, וזאת לצורך הבטחת התייצבות למשפט (ראו: סעיף 44 (ב) לחוק המעצרים).

אלא רק לחלופת מעצר. כך קבע השופט א' מצא, אשר היה בין שופטי הרוב ב-בש"פ זאדה²²⁶, עוד ב-בש"פ 327/98 אלגאווי נ' מדינת ישראל²²⁷ (להלן: בש"פ אלגאווי).

על החלטה זו של השופט א' מצא ב-בש"פ אלגאווי (ועל נימוקים נוספים) הסתמכתי עוד בשעתה במספר החלטות, וביניהן דרר/5/99 התוצ"ב נ' טור' שרמן, נשוא ע"מ 99/4/ התצ"ר נ' טור' שרמן, ולאחר מכן בהחלטתי המפורטת ב-דרר/20/99 התוצ"ב נ' טור' אברג'יל. יצוין כי דעתי, כפי שתוצג להלן בתמציתי, שנדחתה בתחילה ב-ע"מ 99/4/ הנ"ל, הושאה לאחר מכן ב"צריך עיון" ב-ע"מ 24/99 טור' שעבאן נ' התצ"ר²²⁸.

במהלך השנים האחרונות חזר השופט א' מצא על דעתו דלעיל וכן אומצה גישתו גם על ידי שופטים רבים נוספים של בית המשפט העליון²²⁹. דומה כי כיום ניתן למצוא לדעה האמורה אחיזה במספר רב של החלטות של בית המשפט העליון עד כי ניתן לומר כי היא הפכה להיות דעה מקובלת. עם זאת, כאמור לעיל, מובן שכאשר כלל אין ראיות לכאורה, אין מקום להורות גם על חלופת מעצר²³⁰.

חשוב לזכור כי כל ההחלטות אשר ניתנות בבית המשפט העליון בשנים האחרונות ואשר עוסקות בעוצמת הראיות לכאורה (לרבות ב-בש"פ זאדה²³¹) מתייחסות למעשה לעילות הדיוניות של סיכול או שבוש הליכי המשפט ולעילת המסוכנות "האזרחית", ולא לעילת של חומרת העבירה, שכן עילה זו אינה מוכרת עוד באזרחות, וגם לא לעילת הצבאית של הפגיעה בצבא. בעבר, כאשר עילת המעצר בגין חומרת העבירה הוכרה באזרחות, הובעה הדעה כי כאשר המעצר נובע אך מחומרת העבירה ולא ממסוכנות אישית של הנאשם, יש מקום לדרוש ראיות לכאורה ברמה גבוהה מאשר במעצר בגין עילה קלאסית. כך קבע הנשיא י' זוסמן ב-ב"ש 139/79 הררי ואח' נ' מדינת ישראל:

"דעתי מאז ומעולם היתה [...] שיש ענינים אשר בהם המעצר עד לתום ההליכים הוא מחוייב המציאות מפאת חומרת העבירה בלבד, כל עוד יש בידי המדינה ראיות

²²⁶ לעיל, הערה 98.

²²⁷ תק-על 98 (1) 19; והשוו אל: בש"פ 5460/97 דנגור נ' מדינת ישראל, תק-על 97 (3) 558 (השופט ת' אור).

²²⁸ והשוו גם אל: ע"מ 36/99 רב"ט מלכה נ' התצ"ר; וכן אל ע"מ 1/01 התצ"ר נ' סמל יונתן.
²²⁹ ראו למשל: בש"פ 22,23/99 ג'אבר נ' מדינת ישראל, תק-על 99 (1) 318 (השופט י' זמיר); בש"פ 6287/99 פלוני נ' מדינת ישראל, תק-על 99 (3) 863 (השופט א' מצא); בש"פ 8123/98 עינש נ' מדינת ישראל, תק-על 99 (1) 8 (השופט ט' שטרסברג-כהן); בש"פ 1267/99 מדינת ישראל נ' אבוקסאסה, תק-על 99 (1) 1040 (השופט י' אנגלרד); בש"פ 991/99 מדינת ישראל נ' קנילסקי, תק-על 99 (1) 773 (השופט ד' בייניש); בש"פ 687/99 טורכ נ' מדינת ישראל, תק-על 99 (1) 1297 (השופט ד' דורנר); בש"פ 8270/00 מדינת ישראל נ' אביטל, תק-על 2000 (3) 2199 (השופט ט' שטרסברג-כהן); בש"פ 8913/00 דוד נ' מדינת ישראל, תק-על 2000 (4) 1 (השופט א' ריבלין); בש"פ 1918/01 מדינת ישראל נ' אבו כף, דינים עליון נט 48 (השופט ט' שטרסברג-כהן).

²³⁰ ראו והשוו: בש"פ 924/00 אבו אלכאס נ' מדינת ישראל, דינים עליון נט 954 (השופט ד' דורנר).

²³¹ לעיל, הערה 98.

בעלות משקל מספיק כדי להבטיח הרשעה... מקום שהרשתתו של אדם בעבירה חמורה כמעט ודאית או קרובה מאד לכך, האינטרס הציבורי מחייב שלא יהלך חופשי בין חבריו עד שלא יתברר דינו.²³²

מהדברים האמורים הסתייג אמנם השופט ג' בך ב-ב"ש 304/82 אלמוני נ' מדינת ישראל, אך גם מדבריו ניתן ללמוד כי במעצר בגין חומרת העבירה לבדה יש מקום לדרוש ראיות לכאורה ברמה גבוהה מאשר במעצר בגין עילות אחרות:

"כאשר על-אף הקיום של הוכחות לכאורה מטעם התביעה, מתרשם בית המשפט, על סמך שיקולי ההיגיון וניסיון החיים, ועל רקע ניסיונו המשפטי, שהשאלות, העשויות לעורר ספק באשמת הנאשם בעבירה המיוחסת לו, מתבקשות מאליהן, וסיכויי של הנאשם לצאת זכאי בדינו נראים, לכאורה, מאוד סבירים, אזי יימנע בית המשפט, בדרך כלל, מלצוות על מעצרו של הנאשם, מכל מקום, כאשר העילה היחידה למעצר נעוצה בחומרת העבירה בלבד [...]

הייתי מחלק את המקרים, בהם רצוי לשחרר נאשם בערובה, אף-על-פי שהואשם בעבירה חמורה מאוד וקיימות הוכחות לכאורה נגדו, לשני סוגים:

(א) [...]

(ב) כאשר העבירה היא חמורה מאוד, גם מבחינת טיבה וגם מבחינת העובדות המיוחדות של המקרה הנדון, אלא שחומר הראיות נגד הנאשם, המצוי בידי התביעה לביסוס ההאשמה, אם כי יש בו פורמאלית משום הוכחה לכאורה, אינו נראה על פניו משכנע, וסיכויי ההרשעה רחוקים מלהיראות טובים ובטוחים.²³³

מה הדין, אם כן, כאשר עילת המעצר היחידה היא הפגיעה בצבא, כגון הפגיעה במשמעת הצבא? כפי שכתבתי בעיקר בהחלטתי ב-דרר 20/99/ הנ"ל, מן הראוי במקרים אלה לדרוש ראיות לכאורה ברמה גבוהה מהנדרשת כאשר מדובר בעילת מעצר "קלאסית", כלומר יש צורך בראיות לכאורה "מוצקות" או בראיות לכאורה מעבר לכל ספק סביר, או לפחות בראיות ברורות ומשכנעות. לשיטתי, ראוי כי אל הקטגוריות שהוזכרו לעיל בדבר שחרור

²³² פ"ד לג (2) 614, בעמ' 615. ההדגשות הן שלי – מ' ל'. ראו גם: ב"ש 693/84 מדינת ישראל נ' לויטן, פ"ד מ (1) 544, בעמ' 551 (השופט מ' אלון).
²³³ פ"ד לו (2) 351, בעמ' 355-356. ההדגשות הן שלי – מ' ל'.

ל"מעצר פתוח" תווסף איפוא הקטגוריה של מעצר, במיוחד בגין העילה של הפגיעה בצבא, כאשר יש בעייתיות של ממש בראיות לכאורה.

אמנם לפי שיטה זו יוצרו שני מבחנים שונים, בין זה הנדרש לצורך מעצר "סגור" בגין העילות "האזרחיות" לבין זה הנדרש לצורך מעצר "סגור" בגין העילה של הפגיעה בצבא, אך הדבר ראוי, שכן האפשרות לקבוע מעצר "סגור" והצורך לבחון חלופת מעצר נגזרים הן מעוצמת הראיות לכאורה כנגד הנאשם והן מהסיכון שבשחרורו. כאשר העילה היחידה למעצר היא המסוכנות הכללית של הפגיעה העקיפה בצבא, ולא הסיכון הישיר מהנאשם, מן הראוי לדרוש ראיות לכאורה מוצקות יותר, כאמור לעיל.

יצויין כי ד"ר ד' ביין הציע לאחרונה²³⁴, כי יש להבחין בין העילות "האזרחיות" לבין עצמן, כך שיידרשו ראיות לכאורה בעוצמה מוגברת כאשר עילת המעצר היא מסוכנותו של הנאשם לעומת כאשר עילת המעצר היא הבטחת תקינותו של ההליך המשפטי. ניתן לחלוק על דעה זו ואף לטעון כי היחס בין עוצמת הראיות לכאורה בעילות האמורות צריך להיות לעיתים הפוך, והכל בשים לב לעוצמת העילה ולמהותה, כגון אם מדובר במסוכנות לרכוש או לבטחון גוף ואם מדובר בחשש להימלטות מן הדין או להשפעה על עדים. אך מכל מקום ניתן להיווכח כי גם לדעתו של ד"ר ביין אין פסול בכך שמבחנים שונים של ראיות לכאורה יותאמו לעילות המעצר השונות לפי מהותן, כי אם להיפך.

סוגייה זו ראויה לדיון מפורט אך מפאת קוצר היריעה אסתפק כאן בדברים אלו.

5. מעצר קצוב

הצורך בדיון משפטי מהיר בצבא משרת הן את צורכי הפרט-הנאשם, אם ייעצר עד תום ההליכים המשפטיים בעניינו, והן את צורכי המסגרת הצבאית. אחד הכלים המיועדים לאפשר לבית הדין פיקוח הדוק על כך שההליכים המשפטיים לא יימשכו מעבר לנדרש, הוא המעצר הקצוב.

יצויין כאן כי השופט מ' חשין הביע דעתו עוד ב-דנ"פ גנימאת²³⁵, כמו גם ב-בש"פ גנימאת נשוא הדיון הנוסף²³⁶, כי הדרך הראויה היא "מעצר לתקופות מדודות ומוגבלות, ובדיקה מעת לעת אם יש הצדק להמשכו של המעצר"²³⁷, חלף מעצר עד תום ההליכים. אמנם לאחרונה החליט השופט י' אנגלרד ב-בש"פ 5815/00 עומר נ' מדינת ישראל²³⁸, בעקבות בקשת המדינה, להעביר בפני הרכב מורחב את הדיון בשאלה העקרונית של

²³⁴ ביין, לעיל הערה 92, עמ' 352.

²³⁵ לעיל, הערה 32.

²³⁶ לעיל, הערה 31.

²³⁷ דנ"פ גנימאת, לעיל הערה 32, עמ' 643-644. ראו גם: בנדור, לעיל הערה 52, עמ' 504-505.

על הקשר שבין אורך המעצר לבין השאלה האם המעצר הוא בגדר ענישה אסורה לפני משפט, ראו: F. Einesman, "How Long Is Too Long? When Pretrial Detention Violates Due Process", 60 *Tenn. L. Rev.* 1 (1992).

²³⁸ תק-על 2000 (3) 500.

סמכות בית המשפט לקצוב את המעצר, וכן, בהנחה שהסמכות קיימת, בשאלה מהם המבחנים אשר ידריכו את בית המשפט בהפעלת סמכות זו. אלא שערר המדינה נמחק לפי בקשתה, וממילא נמנע הדיון בשאלות אלה.²³⁹

נראה איפוא כי אין חולק כי לבית המשפט סמכות להורות על מעצר קצוב, מה עוד שסעיף 21 (ה) לחוק המעצרים קובע במפורש כי "צו מעצר לפי סעיף זה יעמוד בתוקפו עד למתן פסק הדין, אלא אם כן קבע בית המשפט אחרת [...]". עם זאת, יש לבחון אימתי מן הראוי לנקוט בדרך של מעצר קצוב, דרך שבה נוקטים בתי הדין הצבאיים לעיתים קרובות, במיוחד בשנים האחרונות.

נראה כי ניתן לחלק את המקרים שבהם ראוי לנקוט בדרך של קציבת מעצר למספר קטגוריות: ראשית, כאשר יש עדות יחידה או עיקרית כנגד הנאשם, במסגרת משפט הוכחות, מן הראוי לשקול לקצוב את המעצר עד לשמיעת אותה עדות, ולאחר מכן להחליט בשאלת המשך המעצר בהתאם לעולה מאותה עדות. האמור נכון במיוחד אם הסיבה למעצר היא החשש מהשפעה על עדים, שכן חשש זה יפוג לאחר שיעידו.²⁴⁰ קטגוריה זו רלבנטית גם כאשר מתעוררת שאלה אשר ניתן לבררה במהירות ואשר יש לה השפעה על המשך המשפט, דוגמת מצבו הנפשי של הנאשם, או שאלת חוקיות גיוסו. שנית, כאשר ימי המעצר ("הסגור") עלולים לעלות על העונש הסופי הצפוי בגין העבירה שבה מואשם הנאשם.²⁴¹ יצויין כי קטגוריה זו נפוצה בצבא יותר מאשר באזרחות לאור העובדה כי מעצר "סגור" בצבא אפשרי גם כאשר העונש הצפוי אינו ממושך יחסית. ושלישית, לצורך זירוז כללי של הצדדים ושל בית הדין עצמו לדון בעניינו של הנאשם ולמנוע התמשכות בלתי סבירה של ההליכים וכן לצורך הגברת הפיקוח על משך המעצר ועל קצב המשפט.

על האמור לעיל יש להוסיף את ההערות הבאות: ראשית, בדרך כלל עצם הימצאו של הנאשם במעצר "סגור" (או אף "פתוח") מביא להאצת הדיון בעניינו אך אין בכך לבד כמובן כדי להצדיק מעצר. שנית, אף אם תקופת המעצר לא נקצבה, מובן כי הנאשם וסניגורו יכולים לבקש עיון חוזר במעצר, בהתקיים עובדות חדשות או נסיבות חדשות, כגון התמשכות בלתי סבירה של ההליכים. שלישית, כאשר בכל מקרה המשפט אינו צפוי להסתיים בזמן שנקצב, הרי שספק אם יש טעם בקציבת המעצר.²⁴² ורביעית, אין כל מניעה לשלב בין קביעת חלופת מעצר לבין הנקיטה בדרך של מעצר קצוב.²⁴³ כי אם להיפך, שכן גם "מעצר פתוח" פוגע בזכויות היסוד ובחזקת החפות, אם כי במידה פחותה מ"מעצר סגור", ולפיכך יש לשקול גם לגביו כי יהיה קצוב, והכל – בהתאם לכל הנסיבות של כל מקרה לגופו.

²³⁹ ראו: ההחלטה ב-בש"פ 5815/00 הנ"ל מיום 7/11/2000 (לא פורסם).

²⁴⁰ ראו למשל: בש"פ 1339/00 נמרודי נ' מדינת ישראל, פ"ד נד (1) 865; ע"מ 57/99 התצ"ר נ'

סמל קרפול.

²⁴¹ ראו למשל: ע"מ 10/99 התצ"ר נ' טור' ברישב.

²⁴² ראו והשוו: עניין קוסטובסקי, לעיל הערה 17, בסעיף 3 סיפא להחלטה.

²⁴³ ראו למשל: ע"מ 34/00 רב"ט קוגן נ' התצ"ר.

הדברים האמורים נכונים לגבי כל מעצר מכל עילה שהיא, והם נכונים לעיתים קרובות במשנה תוקף כאשר עילת המעצר היחידה היא של הפגיעה בצבא, וזאת בין היתר עקב העובדה שמשפט מהיר וגזר-דין מהיר משרתים גם הם את התכליות העומדות ביסוד המעצר בגין עילה צבאית זו.

ז. סיכום

בעוד שעילות המעצר לגבי אזרחים קבועות כיום בחוק המעצרים והן מניעתיות בתכליתן, הרי שעילות המעצר בצבא אינן קבועות עלי חוק והן פרי הפסיקה של בית הדין הצבאי לערעורים. פסיקה זו קבעה, וחזרה וקבעה גם לאחר חוק היסוד ולאחר חוק המעצרים, כי בצבא שרירה וקיימת, בנוסף לעילות המעצר הקלאסיות, של סיכול הליכי משפט ושל מסוכנות, עילת מעצר נוספת, של חומרת העבירה והפגיעה במשמעת הצבא, שהינה עילה **הרתעתית** במהותה. על פסיקה זו קמו עוררין רבים, הסבורים כי עילת המעצר ההרתעתית של חומרת העבירה והפגיעה במשמעת הצבא אינה חוקתית ואינה תקפה גם בצבא.

ברשימה זו ניסיתי להציג גישה שלישית, שהינה לעניות דעתי היחידה העומדת במבחן הביקורת החוקתית, לאור חוק היסוד, חוק המעצרים ועקרון השוויון מן הצד האחד ובשים לב למהותם ולאופיים של השירות הצבאי והמסגרת הצבאית, מן הצד האחר. על פי גישה זו, חומרת העבירה כשלעצמה, והתכלית ההרתעתית לבדה, אינן עוד עילת מעצר ותכלית מעצר חוקתיות, גם בצבא. יחד עם זאת, חומרת העבירה והפגיעה במשמעת הצבא אינן עילת מעצר אחת, כי אם שתי עילות שונות במהותן, אם כי הן קשורות זו לזו לרוב מבחינה מעשית. העילה של "הפגיעה בצבא", לרבות אך לא רק במשמעת, הינה עילה **מניעתית** שתכליתה למנוע פגיעה בבטחון הציבור והמדינה. מדובר למעשה בעילת מסוכנות כללית, תוך מבט רחב על עילת המסוכנות, שמטרתה למנוע פגיעה חמורה או ממשית בצבא, אם במשמעת ואם במוכנות או בחוסן של הצבא.

על כן, כאשר חייל עובר עבירה שהיא כשלעצמה חמורה ופוגעת במשמעת ובסדר הטוב של הצבא, אין בכך ובתכלית של הרתעת הרבים לבדם כדי להקים עילת מעצר "צבאית" כנגדו, ואם אין **באי-מעצרו** (או בשחרורו ממעצר) כדי להקים יסוד סביר לחשש כי תהא פגיעה **חמורה או ממשית** בצבא, ובהעדר עילת מעצר "קלאסית" או "אזרחית", אין מקום לעוצרו ואין גם להורות על חלופת מעצר כנגדו. כך, למשל, במקרים רבים של נאשמים שפוטרו מן השירות, או של מי שעברו עבירות שלא עקב השתייכותם לצבא ושלא במסגרת הצבא, בנסיבות "אזרחיות" שאין להן השלכה על הצבא, או של נאשמים שעברו עבירות חמורות שאינן נפוצות ושאינן "מדבקות" בצבא, הגם שהן בוצעו במסגרת הצבא.

גם כאשר קמה עילת מעצר בגין "הפגיעה בצבא", יש לשקול בכל מקרה אם אין חלופת מעצר מתאימה, בשים לב למהות העילה וכן לעוצמת הראיות לכאורה, תוך דרישה כי הראיות לכאורה תהיינה ברורות ומשכנעות, מעבר לקיומו של סיכוי להרשעה. כן יש לבחון אם יש להסתפק במעצר קצוב. ומעל לכל, המעצר לעולם אינו "אוטומאטי", כי אם נבחן באופן אינדיבידואלי, בשים לב לנסיבות של כל מקרה ושל כל נאשם, ובמידה שאינה עולה על הנדרש ממהותו ומאופיו של השירות ומהפגיעה הצפויה בו.

חסיון וסודיות בצבא - תחולתם על מערך הת"ש*

"הנדבך המרכזי בטיפול בחיילים הינו הרגישות לבעיות הפרט, להקשיב ולהבין"***

עינת עובדיה***

1. מבוא 2. הדין הכללי א. החסיון- כללי ב. התפתחות דיני החסיונות ג. רשימת החסיונות כרשימה פתוחה ד. מה בין חסיון לסודיות 3. חסיון עובד סוציאלי כצינור להחדרת נורמות במערך הת"ש א. העובד הסוציאלי- המסגרת החוקית ב. חסיון עובד סוציאלי ג. סודיות עובד סוציאלי ד. מאפייני העיסוק הסוציאלי 1. המישור המוסדי 2. המישור המקצועי ה. מאפייני תפקיד מש"קית הת"ש ו. מסקנת ביניים ז. דרכי התגברות על הפרשנות הפורמליסטית 4. חסיון מתוקף יחסי אמן א. כללי ב. חסיון מתוקף יחסי אמן- מעמד נורמטיבי ג. חסיון מתוקף יחסי אמן- המשפט המקובל 5. חסיון מכוח פגיעה בפרטיות: צנעת הפרט א. הזכות לפרטיות ב. הזכות לפרטיות כעוגן לחסיון עצמאי ג. דוגמה- הגנת הפרטיות כעוגן לחסיון בנקאי ד. הגנת הפרטיות כעילת חסיון במשפט המשווה 6. חסיון עצמאי ומקורי על פי הקריטריונים של Wigmore א. כללי ב. תנאי 1: חובת נאמנות וסודיות 1. חוק עונשין 2. חוק השיפוט הצבאי 3. חוק הגנת הפרטיות 4. פקודת מטכ"ל 30.0412 – חסיון וסודיות רפואית ג. תנאי 2: חיוניות הסודיות ד. תנאי 3: יחסים שהחברה מעוניינת בטיפוחם ועידודם ה. תנאי 4: מאזן נוחות 7. מסקנות והמלצות

1. מבוא

הדין הכללי מכיר במצבים בהם מידע הנמסר לפונקציונר זה או אחר נהנה מחסיונות. כן מטיל הדין במקרים דומים אף חובת סודיות, בעלת "שיניים" פליליות ואזרחיות, אשר לרוב מעוגנת בקוד האתי של אותו סקטור מקצועי.

* ת"ש – תנאי שירות. יובהר, כי לא נעלמה מעיני המחברת חוות הדעת של ענף ייעוץ וחקיקה בעניין, וכי מאמר זה בא להציע זווית ראייה אחרת לאמור בחוות הדעת האמורה.
** מתוך אגרת קשל"ר- תא"ל צבי וקסברג.
*** סגן, קצינת מחקר והדרכה במגמה הפלילית בבית הספר למשפט צבאי. לשעבר סנגורית בסנגוריה הצבאית הראשית. תלמידת תואר שני במשפטים, אוניברסיטת תל-אביב.

יש והצבא משתמש בפונקציונרים לובשי מדיום, אשר ממלאים דה-פקטו אותן פונקציות של מקבילותיהם האזרחיות. הרציונאלות להקמת סוללה עצמאית של בעלי מקצוע אלו שונות ומגוונות. עם זאת, לא אחת נשמעת בקורת הקוראת ל"אזרוח" מערכת זו.

הכפילות האמורה יוצרת קרקע פוריה לאנומליה בדין הצבאי ולחוסר קוהרנטיות בין שתי השיטות, לרוב ללא כל טעם או שוני רלוונטי. שורש הבעיה נעוץ לרוב בהעדר תחולה של דיני חסיון וסודיות כלליים על הצבא מטעמים אלו ואחרים, כמפורט להלן. הקושי מתחדד בעיקר לאור העובדה כי הפניה לפונקציונר הצבאי הינה לרוב אובליגטורית ומחוייבת על פי פקודות הצבא, להבדיל מוולנטרית-חפצית.

סטאטוס בעלי המקצוע לובשי המדיום, בעיני עצמם ובעיני המערכת הצבאית בכלל, לוטה בערפל. הללו נדרשים חדשות לבקרים לדילמות בין כובעם המקצועי לבין כובעם הצבאי. דילמות אלו גולשות למתחם הדיון המשפטי כאשר עסקינן בשאלת חסיון מידע שנמסר לפונקציונרים אלו.

מטבע הדברים קצרה היריעה מלהכיל במסגרת רשימתי זו דיון מעמיק ומפורט בכל הפונקציונרים הצבאיים, על מאפייניהם וגווניהם. אשר על כן, בחרתי לגדר רשימתי זו בעיקר למערך הת"ש, וזאת מתוך תקווה כי המלצותיי כאן יהוו מנוף למסקנות דומות גם לגבי בעלי מקצוע אחרים.

ברשימתי זו אנסה לבסס תשתית להחלת חסיון וחובת סודיות על מידע שנמסר למש"ק או מש"קית ת"ש¹, וזאת באמצעות מספר ערוצים חלופיים. תחילה, אחפש עוגן לנורמות אלו בדין הכללי הקיים, ואם לא די בכך, אנסה לעגן נורמות אלו כחסיון עצמאי העומד על רגליו הוא.

יובהר כבר כעת, ללא חשיבות לערוץ בו נלך, כי פתרונות מעשיים בשטח חייבים לבוא בלבוש של פקודות צבא ברורות ונהירות לכל. אקרוטיקה משפטית זו או אחרת אינה בראש מעייניהם של מקבלי ההחלטות בשטח.

2. הדין הכללי

א. החסיון- כללי

לשם הבנה מעמיקה של הסוגיה במישור הצבאי, יש לעמוד תחילה על המצב השורר בדין הכללי.

¹ מעתה אתייחס לבעלי התפקיד במערך הת"ש כמש"קית ת"ש בלשון נקבה, אך אין בכך כמובן כדי ליתר מש"קי ת"ש, שמספרם בטל בשישים ממספרן של מש"קיות הת"ש.

הכלל הוא כי חובה על כל אדם להעיד ולמסור כל ראיה², כל עוד לא הראה שהדין מכיר בטעם צודק לסרובו. יסודותיו של הכלל נעוצים באינטרס עשיית הצדק. כדי שבית המשפט יוכל להכריע בסכסוך המשפטי שהביאו הצדדים לפתחו, חייבת להיות מונחת לפניו תמונה מלאה של כל העובדות הרלוונטיות לאותו סכסוך³.

בניגוד לכלל האמור, הדין מכיר במצבים של חסיון, בהם נשלל מבעל דין השימוש בראיה אשר היה בה כדי לסייע בגילוי האמת במשפט. הפטור מתייחס אך ורק לאותו מידע שהחסיון חל עליו ובכפוף לתנאים הקבועים בדין או בהלכה הפסוקה בעניין זה.

החסיון מונע ומרחיק ראיה שהיא לא רק רלוונטית וקבילה אלא בד"כ גם מהימנה ומכלי ראשון. כל חסיון מהווה לכן, מכשול לברור האמת ואבן נגף בדרך לעשיית צדק⁴.

ביסוד החסיון עומדת ההכרה כי קיימים אינטרסים ושיקולים - מלבד האינטרס המרכזי של גילוי האמת - אשר מן הראוי להגן גם עליהם. הדבר מצריך איזון והכרעה בין שיקולים שונים שבטובת הכלל, מצב המציג דילמה בין שתי רעות, הפרת אמון וסודיות מחד ודיכוייה של האמת הדרושה למשפט צדק מאידך⁵.

ב. התפתחות דיני החסיונות

אליבא דווסמן, במשפט המקובל יש לשופטים שקול דעת לקבל התנגדות למידע מצד עיתונאי, מצד חוקרי תופעות חברתיות או מצד כל אדם אחר הטוען שנמסר לו מידע קונפידנציאלי. כאשר לא היה במשפט הישראלי כל הסדר חקיקתי של דיני החסיון היה ברור כי פונים להסדר המקובל. עד שנת 1968 לא היו עילות חסיון מוגדרות לא בתקנות ולא בחקיקה אחר. אך בעקבות הנוהג של בתי המשפט האנגליים הוכרו שלוש עילות עיקריות, היינו: שהמסמך נכתב עקב חליפת מכתבים לשם קבלת עיצה משפטית, שתוכנו עלול להפליל בעל דין ושהצגתו נוגדת את תקנת הציבור. בשנת 1968 תוקנה פקודת העדות וסעיפים 44-52⁶ שבה קבעו עילות חסיון לטובת המדינה, לשם מניעת הפללה, לעורך דין, רופא פסיכולוג וכהן דת, אך בצדן של אלה קיימות גם עילות שזכרן לא בא בחוק⁷.

² חוק בתי המשפט [נוסח משולב] תשמ"ד-1984, ס"ח התשמ"ד, 198, ס' 73.

³ א' הרנון **דיני ראיות** (תש"ל, כרך א) 61-62; וכן, נ' זלצמן "הכשרות לעדות, החובה להעיד וראיות חסויות" **משפטים** טז (תשמ"ו-תשמ"ז) 62, 62.

⁴ ש' נתניהו "על התפתחויות בסוגיית החסיונות המקצועיים" **ספר זוסמן** (תשמ"ד) 297, 298.

⁵ **נתניהו, לעיל** הערה 4, שם.

⁶ כמיספורם בנוסח החדש.

⁷ ז' זוסמן **סדרי הדין האזרחי** (מהדורה שביעית, ש' לוינ עורך, 1995) 441. לחסיון פרי פיתוח הפסיקה ראו ב"ש 368, 298/86 **ציטרין נ' ביה"ד המשמעתי של לשכת עורכי הדין במחוז תל-אביב**, פ"ד מא(2) 337 (להלן: עניין **ציטרין**).

יובהר, כי משלא הוצע בהצעת חוק הראיות משנת 1981⁸ חסיון על התקשרויות המבוססות על יחסי אמון, גרר הדבר בקורת מלומדים אשר ציינו, כי נוכח מגמת הצעת החוק להרחיב את מסגרות החסיון ולצמצם את רשימת פסולי העדות מן הראוי לכלול מערכות נוספות של יחסי אמון בסעיפי החסיון⁹. השופטת שושנה נתניהו, למשל, טוענת כי מן הראוי להרחיב את מסגרת החסיונות היחסיים כך שיכללו את כל המקצועות "שבהם האמון ושמירת הסודיות הם ביסוד היחסים שבין בעל המקצוע ללקוחו". לדידה, חל שינוי ברציונלה של החסיונות, מכיוון ההכרה בצורך ההתייעצות המלאה והחופשית (חסיון עורך דין) לכיוון ההכרה בצורך ההגנה על הפרט, כבודו, אישיותו, חרותו ובטחונו, היינו מכיוון הכלל לכיוון שיקול הדעת והנסיבות של כל מקרה, מכיוון ההחלטות אל היחסיות¹⁰.

ג. רשימת החסיונות כרשימה פתוחה

כיום מעוגנות הוראות החסיונות בפרק ג' לפקודת הראיות¹¹. הגישה הרווחת והמקובלת היא כי אין לראות בהוראות חסיון אלו משום רשימה סגורה של זכויות החסיון¹², כאשר הכלל הוא כי "הטוען לחסיון - עליו הראיה"¹³. אפשר שקיומן של זכויות לחסיון יהיה נעוץ בהוראות חקוקות של "סודיות" המצויות בדברי חקיקה אחרים, ואפשר שיהיה נעוץ בהלכה הפסוקה מכוח חוק הגנת הפרטיות או מכוחה של "תקנת הציבור" המצדיקה בהקשר זה הגנה על זכויות יסוד או הבטחת סודיות שבקשרי נאמנות (כגון קשרי נאמנות עם עורך פטנטים)¹⁴.

אכן, חסיון סטאטוטורי מיוחד למידע שנמסר למש"קית ת"ש אינו בנמצא. דא עקא, אף בהנחה כי חסיון כאמור לא מעוגן באחד החסיונות- החקיקתיים או הפסיקתיים- הקיימים (ראה להלן), הלכה פסוקה היא מלפני בית המשפט העליון כי ניתן להכיר בדרך הלכתית

⁸ הצעה זו לא פורסמה מעולם כהצעת חוק רשמית. "הצעת חוק ראיות חדש", הפרקליט לד (תשמ"א- תשמ"ב) 137.

⁹ א' הרנון "הערות על חוק הראיות הרצוי" משפטים ט"ז (תשמ"ו-תשמ"ז) 39, 41-42; וכן, א' הרנון "היש מקום למהפכה בדיני הראיות- (הערות על הצעת חוק הראיות, התשמ"א-1981)" משפטים יב (תשמ"ב-תשמ"ג) 575, 579-580; זלצמן, לעיל הערה 3, בעמ' 74.

¹⁰ נתניהו, לעיל הערה 4, בעמ' 303.

¹¹ פקודת הראיות [נוסח חדש], תשל"א-1971 (להלן: פקודת הראיות).

¹² עניין ציטרין, לעיל הערה 7; ת"א (ת"א) 2284/83 מפעל מתכת נען נ' הידרופלן הנדסה בע"מ ואח', פס"מ תשמ"ד (ב) 397, 404-405 (להלן: עניין מפעל מתכת נען); המ' (ת"א) 2958/87 בורות עירית ת"א-יפו נגד ארגון העובדים בעירית ת"א-יפו, פס"מ תשמ"ח (א) 213, 216 (להלן: עניין בורות עירית תל-אביב). השווה לגישתה של נינה זלצמן לפיה עילות החסיון הקבועות בהוראות דין בבחינת רשימה סגורה שטעמיה נעוצים בשיקולים חברתיים, חוץ-ראייתיים, אשר אותם העדיף המחוקק על פני הצורך בגילוי האמת: זלצמן, לעיל הערה 3, בעמ' 63. כן, גישתו של א' הרנון לפי שתיקת המחוקק הינה "שתיקה רועמת": א' הרנון "היש מקום למהפכה בדיני הראיות", לעיל הערה 9, שם.

¹³ א' הרנון דיני הראיות (תשמ"ה, חלק ב') 67; ע"א 6926/93 מספנות ישראל בע"מ נ' חברת החשמל לישראל בע"מ, פ"ד מח (3) 749, 797.

¹⁴ י' קדמי על הראיות- הדין בראי הפסיקה (תשנ"ט, חלק שני) 724.

בחסיון מיוחד כזה¹⁵. במסגרת זו פותחו בעבר ענפים שלמים של דיני הראיות, ובהם דיני החסיונות למיניהם.

יפים לעניין זה דברי הנשיא שמגר בהכירו בחסיון (יחסי) של עיתונאי:

"בשיטת המשפט שלנו, בה נתגבשו הכללים של דיני הראיות, במידה רבה יחסית, בפסיקתו של בית המשפט, ובה לא הגענו לכדי קודיפיקציה בצורת חוק ראיות כולל וממצה, אין מניעה לכך שנכיר בקיומה של הלכה בדיני הראיות, שאין לה ביטוי מפורש בחוק החרות ואשר התפתחה בדרך שבה צמחו ועלו רבות מן ההלכות שלנו בדיני הראיות, ומה גם שהיא שואבת מתפיסות היסוד שלנו בתחום החוקתי הכללי... מורה הדרך לפרשנותה של שתיקה בחוק החרות היא בתפיסות החוקתיות וביסודות המשפט"¹⁶.

בהפעלת שיקול דעתנו, לעניין ההכרה בחסיון הלכתי חדש, עלינו לאזן בין האינטרסים המתנגשים. מחד גיסא, עומד אינטרס הפרט והכלל בחשיפת האמת. מאידך גיסא, עומד אינטרס הפרט והכלל בהגנה על פרטיות, חופש ביטוי, יחסי אמון ושיקולים אחרים הקשורים בטובת הציבור¹⁷.

בגדרי איזון זה יש לקחת בחשבון, בין השאר, את חשיבותם היחסית של השיקולים הנוגדים, את חיוניותו של המסמך לגילוי האמת ואת קיומן של ראיות חילופיות לראיה המבוקשת. כן יש להתחשב במידת ההשפעה של הגילוי על האינטרסים הציבוריים, שהחסיון ביקש להגן עליהם. כל אלה ישפיעו לא רק על עצם ההכרה בקיומו של חסיון, אלא גם על היקפו¹⁸.

בהקשר זה ראוי להזכיר את ארבעת התנאים שצריכים להתמלא לדעתו של המלומד *Wigmore*, שרואים בהם את ארבעת עמודי התווך של תורת החסיונות, כדי שהתקשרות תהיה חסויה עפ"י דין:

"א. ההתקשרות צריכה לנבוע מתוך יחסי נאמנות שתוכנה לא יתגלה;

¹⁵ רע"א 1412/94 הסתדרות מדיציניית הדסה נ' עפרה גלעד, פ"ד מט (2) 516 (להלן: עניין הסתדרות מדיציניית הדסה).

¹⁶ עניין ציטרין, לעיל הערה 7, בעמ' 354-355.

¹⁷ רע"א 1917/92 סקולר נ' גירבי, פ"ד מז(5) 764 (להלן: עניין סקולר); בג"צ 64/91 חילף נ' משטרת ישראל, פ"ד מז(5) 653.

¹⁸ עניין הסתדרות מדיציניית הדסה, לעיל הערה 15, 525.

ב. עניין הסודיות, הקונפידנציאליות, חייב להיות חיוני לשמירה מלאה ומשביעת רצון של הקשר בין מוסר המידע למקבלו;

ג. זוהי התקשרות שהחברה מעוניינת לטפח ולעודד;

ד. הנזק שייגרם לאותה התקשרות מגילוי הדברים צריך להיות גדול יותר מאשר היתרון שצפוי מן הגילוי למען בירור נכון של ההתדיינות המשפטית בה מתעוררת שאלת החסיון¹⁹.

קריטריונים אלו נר לרגלנו בבוחננו יצירת חסיון מקורי ועצמאי על מידע הנמסר למש"קית הת"ש²⁰.

ד. מה בין חסיון לסודיות

אליבא דקדמי:

"משמעותו של חסיון היא: הענקת פטור מחובה הקבועה בחוק למסור מידע, אם במסגרת של חקירה על ידי גורם המוסמך לחקור ואם במסגרת מסירת עדות בפני בית-משפט, בי"ד, גוף או רשות המוסמכים לגבות ראיות. [...] אף שבעקרון "חסיון" מכוון לשמור על "סודיות", יש להבחין בין השניים. ה"חסיון"- מהווה חריג לעיקרון הגילוי, שעל פיו אין להסתיר דבר בהליך שיפוטי (עד חייב לגלות את כל הידוע לו); ותכליתו למנוע ממידע "חסוי" מלבוא בפני הערכאה השיפוטית. ה"סודיות"- מהווה חריג לעקרון הפומביות; ותכליתה למנוע חשיפתו של מידע "סודי" בפני הציבור.²¹

ממה נפשך: בעוד שסודיות משמעה *האיסור* לגלות מידע, הרי שחסיון משמעו *הזכות* שלא לגלות מידע כאמור. סודיות מוגנת כלפי כולי עלמא, בכפוף לחריגים, ואילו חסיון מוגדר מעצם טיבו וטבעו כהגנה בפני טריבונל שיפוטי ותו לא.

¹⁹ J.H. Wigmore, *Evidence in Trials at Common Law* Vol.8 (Boston, revised by J.T McNaughton, 1961) (להלן: *Wigmore* או *ויגמור*) סעיף 2285.

²⁰ ראה פרק 6 להלן.

²¹ קדמי, לעיל הערה 14, בעמ' 721.

כאמור, שמירת הסודיות הינה רק אחד מארבעת הקריטריונים של *Wigmore* להכרה בחסיון. במשפט המקובל, לדוגמה, חובת האמון ושמירת הסודיות המוכרת שנים רבות כמקנה עילת תביעה וזכות לצו מניעה, כשלעצמה מעולם לא זכתה להכרה כבסיס לחסיון.²²

יובהר כי אבחנה זו אינה נהירה כלל ועיקר ויש לעיתים בלבול בין השניים, כפי שיבואר להלן.

3. חסיון עובד סוציאלי כצינור להחדרת נורמות במערך הת"ש

תחילה אנסה להחיל על מערך הת"ש את הנורמות המחייבות עובדים סוציאליים מכוח הדין הכללי. לפיכך, שומה עלינו לסקור את מוסד העיסוק הסוציאלי, את מערך הת"ש בצבא, ולבחון את קווי הדמיון והשוני ביניהם. רק משמצינו כי רב הדומה על השונה, נוכל ליצוק לתיבה "עובד סוציאלי" תוכן הסובל בתוכו גם את מערך הת"ש.

למצער, יש לתת את הדעת לכך כי דמיון פונקציונלי כאמור יש בו לכל הפחות להשליך על הדין הרצוי, אם לא המצוי, וזאת בהתאם לאבחן בוחן חוקתית, שכן "אופיו ומהותו של השרות" בצבא אינו מחייב שוני כאמור בין העיסוק הסוציאלי למערך הת"ש²³, כמפורט להלן.

א. העובד הסוציאלי- המסגרת החוקית

בשנת 1996 נתברך ספר החוקים של מדינת ישראל בחוק חדש, הוא חוק העובדים הסוציאליים²⁴. מטרת חוק זה, כפי שהיא באה לידי ביטוי בסעיף המטרות שבו, הינה "להסדיר את העיסוק במקצוע העבודה הסוציאלית לשם קידום רווחת הפרט והחברה בישראל תוך שמירה על כבוד האדם ועקרון השוויון" וכן "שמירה על רמה מקצועית והתנהגות הולמת של העוסקים במקצוע העבודה הסוציאלית"²⁵.

בנוסף, מגדיר חוק זה "עיסוק בעבודה סוציאלית" - עיסוק מקצועי, כמשלח יד, לשיפור תפקודם האישי והחברתי של הפרט, המשפחה והקהילה בדרך של טיפול, שיקום, ייעוץ והדרכה הנעשים בדרך כלל בידי עובד סוציאלי ובשיטות טיפול מקצועיות הנהוגות

²² נתניהו, לעיל הערה 4, בעמ' 299.

²³ סעיף 9 לחוק יסוד כבוד האדם וחירותו, ס"ח תשנ"ב, 150. (להלן: חוק יסוד כבוד האדם וחירותו).

²⁴ חוק העובדים הסוציאליים, התשנ"ו-1996, ס"ח תשנ"ו, 152. (להלן: חוק העובדים הסוציאליים).

²⁵ סעיף 1 לחוק העובדים הסוציאליים.

בעבודה סוציאלית. "עובד סוציאלי" מוגדר כמי שכשיר להיות עובד סוציאלי לפי החוק הנ"ל והוא רשום בפנקס העובדים הסוציאליים²⁶. צא ולמד: המבחן שנקבע בחוק הינו, לכאורה, פורמאלי ולא מהותי-פונקציונלי.

יובהר, כי סעיף 3 לחוק העובדים הסוציאליים, הקובע את יחוד העיסוק בעבודה סוציאלית, אינן בו כדי להשמיט את הבסיס החוקי של עבודת מש"קית הת"ש בצבא. רוצה לומר: החוק אינו מונע מהמדינה להעניק שירותים המהווים עיסוק בעבודה סוציאלית גם על ידי אדם שאינו מורשה לעסוק בעבודה סוציאלית עפ"י חוק. הבסיס המשפטי לכך נעוץ בסעיף 42 לפקודת הפרשנות [נוסח חדש] אשר קובע כי חיקוק אינו מטיל חובה על המדינה או אוסר פעולה הנעשית ע"י המדינה, אלא אם נאמר בו כך במפורש. היות שאין הוראה בחוק כאמור, נמצאנו למדים כי המדינה רשאית, ובכלל זה צה"ל, להעניק שירותים סוציאליים אף על ידי אדם אשר אינו רשום פורמאלי בפנקס העובדים הסוציאליים.

ב. חסיון עובד סוציאלי

חוק העובדים הסוציאליים תקן, בין השאר, את פקודת הראיות, באופן שהוסף בפרק ג' שבה, הוא הפרק שעניינו ראיות חסויות, חסיון חדש - חסיון העובד הסוציאלי.

מפאת חשיבותו, להלן נוסח הסעיף במלואו:

50 א. עדות עובד סוציאלי

(א) עובד סוציאלי כהגדרתו בחוק העובדים הסוציאליים, התשנ"ו - 1996, אינו חייב למסור ראייה על דבר הנוגע לאדם שנוקק לשירותו והדבר הגיע אליו תוך עיסוקו כעובד סוציאלי והוא מן הדברים שלפי טיבם נמסרים לעובד סוציאלי בדרך כלל מתוך אמון שישמרם בסוד, אלא אם כן ויתר האדם על החסיון או שבית המשפט מצא כי הצורך לגלות את הראייה לשם עשיית צדק עדיף על הענין שיש שלא לגלותה."

הוראת חוק חדשה זו, למותר לציין, לא זכתה עדיין לפרשנות מחייבת²⁷.

²⁶ סעיף 2 לחוק העובדים הסוציאליים.

²⁷ בש"פ 6295/97 אברהם אוהיון נ' מדינת ישראל, תק-על 97 (3) 925, 926.

בעל חסיון זה הינו מקבל השירות ורק הוא זכאי לוותר עליו. הויתור יכול להיות מפורש או מכללא²⁸. הנהנה מהחסיון הינו העובד הסוציאלי ולא מקבל השירות. היינו מקבל השירות לא יוכל לטעון לחסיון רק משום שהדברים נמסרו לעובד סוציאלי.

ג. סודיות עובד סוציאלי

החוק קובע מחד גיסא, את זכותו של אדם לקבל מעובד סוציאלי מידע בדבר טיפולו של העובד הסוציאלי **בענייניו**²⁹, ומאידך גיסא, קובע חובת סודיות בנוגע למידע על אדם שהגיע לעובד סוציאלי במסגרת מקצועו.

חובת סודיות זו אינה מוחלטת והיא נסוגה באחד מהמקרים הבאים³⁰:

"(א) מידע על אדם שהגיע לעובד סוציאלי במסגרת מקצועו, חובה עליו לשמרו בסוד ואינו רשאי לגלותו אלא באחת מאלה:

(1) האדם שעליו המידע הסכים בכתב לגילוי לאחר שהוסברה לו משמעות ההסכמה, זולת אם העובד הסוציאלי שוכנע שהגילוי עלול לפגוע באותו אדם או בבן משפחתו;

(2) הגילוי הוא של מידע שנמסר לעובד סוציאלי שלא על ידי האדם שעליו המידע, ובלבד שהעובד הסוציאלי שוכנע שהמידע דרוש לשם טיפול באותו אדם או בבן משפחתו;

(3) הגילוי הוא של מידע שנמסר לעובד סוציאלי בידי האדם שעליו המידע, ובלבד שהעובד הסוציאלי שוכנע שהמידע דרוש לשם טיפול בילדיו הקטינים של אותו אדם;

(4) הגילוי דרוש לשם מניעת פגיעה באדם שעליו המידע או באדם אחר;

(5) קיימת בחוק חובה או רשות לגילוי המידע או לאיסוף המידע;

²⁸ הדעת נותנת, שההסדר דומה לויתור מכללא בהתקשרות עו"ד-לקוח, וראה בעניין זה ע"א

442/81 גרומט נ' סרוסי, פ"ד לו(4) 214.

²⁹ סעיף 7 לחוק העובדים הסוציאליים.

³⁰ סעיף 8 לחוק העובדים הסוציאליים.

(6) הגילוי נדרש על ידי ועדת המשמעת כמשמעותה בחוק זה;

(7) הגילוי דרוש למטרת פיקוח מקצועי על עבודת עובדים סוציאליים או הדרכתם ובלבד שהמידע יימסר רק לבעלי תפקידים ועל פי כללים שקבע השר לאחר התייעצות עם המועצה;

(8) בית משפט התיר את גילוי המידע, אם נוכח שקיימות נסיבות מיוחדות המצדיקות זאת.

(ב) הוראות סעיף קטן (א) חלות גם על כל אדם שקיבל מידע לפי הסעיף הקטן האמור.

ד. מאפייני העיסוק הסוציאלי

1. המישור המוסדי

שירותי הרווחה על פי תפקידם המרכזי נחלקים לשתי קבוצות. בקבוצה אחת, נכללים השירותים הסוציאליים שתכליתם הגשת סיוע חומרי או טיפולי, על בסיס רצוני מתוך הענות לפניית המטופל לעזרה. בקבוצה השנייה נכללים השירותים הסוציאליים שמטרתם פיקוח חברתי. באחרונה החוק מעניק לעובד הסוציאלי סמכות להתערב ולכפות אמצעי הגנה.³¹

חוק שירותי הסעד הוא הבסיס החוקי למתן סיוע וטיפול סוציאלי לפונים מרצונם. חוק זה נוסח לאור השקפה שהעדיפה את אחריות הקהילה להתמודדות עם בעיות הסעד של האוכלוסיה הנזקקת על פני מערכת ריכוזית ממלכתית שתהיה אחראית להגשת השירותים לנזקקים. במצב החוקי הקיים אנו נדרשים למסקנה שהרשות המקומית נושאת באחריות ישירה ובלעדית כלפי האוכלוסיה הנזקקת המתגוררת בתחום שיפוטה.³²

על רשות מקומית לקיים לשכת סעד לשם טיפול סוציאלי בנזקקים והגשת סעד להם.³³ נזק מוגדר כאדם הזקוק לסעד מחמת גילו, מצב בריאותו, ליקויו הרוחני או הגופני, או

³¹ ד' שניט **החוק הפרט ושירותי הרווחה** (תשמ"ח) 4.

³² שניט, **שם**, בעמ' 26. מעניין לציין בהקשר זה את הגדרת "מגורים" בתקנות שירות הסעד (טיפול בנזקקים), התשמ"ו-1986 הקובעות כי:

"מקום שבו אוכל אדם וישן, ואם מחמת עבודתו הוא אוכל וישן מחוץ לדירתו אך מבקר בה לעיתים קרובות- דירתו; ואולם אם הוא משרת בצה"ל, או מוחזק במעון או בבית סוהר, לא ייחשב מקום כאמור, בשל כך בלבד למקום מגוריו" (ההדגשה אינה במקור).

³³ סעיף 2(א) לחוק שירותי הסעד, תשי"ח – 1958, ס"ח 103 (להלן: חוק שירותי הסעד).

מסיבות אחרות, הכל לפי המבחנים שנקבעו בתקנות³⁴. כאשר נתבקשה לשכת סעד להגיש סעד לנזקק, רשאי פקיד סעד לחקור אותו וכל אדם אחר בדבר מצבו של הנזקק³⁵. פקיד סעד הינו עובד סוציאלי כהגדרתו בחוק העובדים הסוציאליים³⁶.

רשות סעד תגיש סעד וטיפול סוציאלי לנזקק שפנה אליה בבקשה לכך ותישא בהוצאות סעד וטיפול סוציאלי כאמור והכל על פי הנחיות והוראות המנהל הכללי של משרד העבודה והרווחה³⁷.

2. המישור המקצועי

"העבודה הסוציאלית מכוונת את עשייתה המקצועית לסייע לפרט ולחברה להשיג תנאים שבהם מתמלאים צרכיו הבסיסיים של האדם, ומתקיימים עצמאות, שיוויון וחופש מכפייה בלתי הכרחית."³⁸

העובד הסוציאלי פועל להבטיח לכל אדם גישה למשאבים, לשירותים ולהזדמנויות הנחוצים לו. מקצוע העבודה הסוציאלית מונחה על ידי מערכת ערכים המגדירה ומכוונת את אחריותו של העוסק בה. ערכים אלו באים לידי ביטוי בשאיפה מתמדת לקדם ככל הניתן תנאים בסיסיים לקיום האנושי, אשר החשובים שבהם לענייננו: עצמאות ואחריות האדם לניהול חייו ולבחירת תנאי קיומו, שיתופו של הפרט בתהליכים ובהחלטות הנוגעים ברווחתו ובתנאי חייו האישיים ומתן אפשרות לפרט להשפיע עליהם, קיום תנאים של צנעה ופרטיות לכל אדם ועוד. מכך נגזר, בין השאר, עקרון מנחה של העשייה המקצועית- מתן כבוד ללקוח ושאיפה להבטיח את עצמאותו, זכויותיו ואחריותו³⁹.

האמור לעיל, הביא ליצירתו של הקוד האתי של מקצוע העבודה הסוציאלית, אשר חרף העדר מעמד נורמטיבי מחייב יש בו כדי להשליך על נקודת האיוון הראויה בענייננו. פרק 1 לקוד זה, שנושאו אחריות העובד הסוציאלי כלפי לקוחות, קובע כי האחריות העיקרית של העובד הסוציאלי היא כלפי לקוחותיו. כך, למשל, על העובד הסוציאלי לשרת את לקוחותיו במסירות, בנאמנות, בנחישות ותוך יישום מירבי של המיומנויות והכישורים המקצועיים⁴⁰. כן, על העובד הסוציאלי לשקול היטב בכל פעולותיו המקצועיות את משאלותיו ורצונותיו של הלקוח⁴¹. על העובד הסוציאלי לספק ללקוחו מידע הולם,

³⁴ סעיף 1 לחוק שירותי הסעד.

³⁵ סעיף 3 לחוק שירותי הסעד.

³⁶ סעיף 1 לחוק שירותי הסעד.

³⁷ סעיף 2 לתקנות שירותי הסעד (טיפול בנוזקים) התשמ"ו-1986.

³⁸ **קוד האתיקה המקצועית של העובדים הסוציאליים בישראל** (אגוד העובדים הסוציאליים בישראל, אושר סופית ע"י מרכז האיגוד באוקטובר 1994, מהדורת ספטמבר 1998) (להלן- **הקוד האתי**).

³⁹ **שם**, בעמ' 5-6.

⁴⁰ **שם**, בפרק 1, סעיף א (1).

⁴¹ **שם**, בפרק 1, סעיף א (5).

מדויק ומלא על היקף השירותים העומדים לרשותם, על אופים ומהותם, תוך שימת דגש על הסיכונים וההתחייבויות הכרוכים בשירות.⁴²

לא זו אף זו, קוד האתיקה אף קובע תת-פרק נפרד ומיוחד שנושאו חובת העובד הסוציאלי לכבד את הפרטיות של לקוחותיו, ולשמור בסוד כל מידע שיתקבל במהלך שירותו המקצועי. על העובד הסוציאלי חובה להודיע ללקוחותיו על מגבלות הסודיות במצב נתון, על המטרות שהמידע נדרש לשמן וכיצד ייעשה בו שימוש.⁴³ עובד סוציאלי ימסור לאחרים מידע על אודות לקוחותיו רק כאשר החוק או הנסיבות המקצועיות יחייבו זאת, וכדיעת הלקוחות.⁴⁴

יובהר, כי עפ"י חוק העובדים הסוציאליים, יקבע שר העבודה והרווחה, לאחר התייעצות עם מועצת העובדים הסוציאליים, כללי אתיקה מקצועית אשר עבירה עליהם תחשב כעבירת משמעת עפ"י החוק.⁴⁵ לפי המלצות מועצת העובדים הסוציאליים לכללי האתיקה המקצועית שהוגשו לשר העבודה והרווחה, עובד סוציאלי ישמור בסוד על מידע המגיע אליו במסגרת עיסוקו, ולא יגלה אותו אלא עפ"י הוראת כל דין.⁴⁶ הפרת כללי האתיקה, לכשאלה יאושרו, תידון עפ"י הכתוב בפרק ו' לחוק העובדים הסוציאליים שעניינו בשפיטה משמעתית.

ה. מאפייני תפקיד מש"קית הת"ש

כאמור, הרגישות לבעיות הפרט, היכולת להקשיב ולהבין הינה נדבך מרכזי בטיפול בחיילים במסגרת מערך הת"ש.⁴⁷ תפקידה של מש"קית הת"ש הינו רב-גוני ומשתרע על תחומי הפעילות הבאים: תשמ"ש⁴⁸, חופשות, אישור יציאה, דמי כלכלה, סעד משפטי, הלנה וכו'.

התפקיד האמור מחייב מיומנויות בין-אישיות וערכיות. הללו מגולמים במרכיבי תפקיד מש"קית הת"ש, וביניהם: טיפול בפרט כערך עליון, לויאליות למערכת, רגישות ואכפתיות, שקול דעת, מעורבות, יסודיות, אמינות ועוד.⁴⁹ הנה כי כן, לפנינו קונפליקט אינהרנטי לעצם התפקיד: מחד, טיפול בפרט ומאידך, לויאליות למערכת. קונפליקט זה הינו מנת חלקן של מש"קיות הת"ש יום ביומו.

אין חולק כי המציאות הצבאית מכתיבה תפקידים שאין להם מקבילה אזרחית (כגון: אישור חופשה, יציאה לחו"ל וכד'). ואולם, בכל הקשור לסעד סוציאלי "טהור" וסעד

⁴² שם, בפרק 1, סעיף א (8).

⁴³ שם, בפרק 1, סעיף ב (1).

⁴⁴ שם, בפרק 1, סעיף ב (2).

⁴⁵ סעיף 27 לחוק העובדים הסוציאליים.

⁴⁶ סעיף 9 להמלצות מועצת העובדים הסוציאליים לכללי האתיקה המקצועית (כפי שפורסמו בקוד האתיקה).

⁴⁷ ראה לעיל בראש המאמר.

⁴⁸ תשמ"ש: תשלומי משפחה.

⁴⁹ לקוח מתוך תיק קורס הכשרת מש"קיות ת"ש (מדור תורה במקשל"ר).

פיננסי, הרי שבהשוואה לעיסוק הסוציאלי רב הזהה על השונה. אכן, מאפיינים פורמליים כגון: מהות הסעד, אופן מימושו ועצם הזכאות לו נבדלים בשתי המערכות. ודוק: אין בכך כדי לשלול זהות מהותית ותכליתית, שכן הן מערך הת"ש והן העיסוק הסוציאלי חותרים להיטיב את מצבו של הפרט.

לאור האמור לעיל, היינו מצפים למצוא נורמה כלשהי המחייבת את מש"קית הת"ש בשמירת סודיות מידע הנמסר לה על ידי חייל מכוח הרצון לעודד פנייה חופשית של חיילים למש"קית הת"ש. דא עקא, פקודה, נוהל או הנחיה מפורשים כאמור אינם בנמצא. חובה זו מונחלת כתורה שבעל-פה במהלך ההכשרה של מש"קית הת"ש, ונתפשת כמובנת מאליה לאור מהות התפקיד. חובה ערטילאית זו אינה מוגדרת, ואינה כוללת סנקציה ישירה הנובעת מהפרתה. יתר על כן, אין אף כל הגדרת חריגים אשר לנכחם נסוגה חובת הסודיות- דבר המשאיר כר נרחב של שיקול דעת למש"קית הת"ש.

ו. מסקנת ביניים

הנה כי כן, אף על פי שמש"קית הת"ש ממלאת דה-פקטו פונקציות הדומות, אם לא זהות, לאלו של עובד סוציאלי מן המניין, הרי שפרשנות פורמליסטית תוליכנו למסקנה כי אין היא עובדת סוציאלית לפי לשונו היבשה של החוק שכן אין היא רשומה בפנקס העובדים הסוציאליים. לא למותר לציין, כי כל אימת שפונקציונר זה או אחר בצבא מוגדר כעובד סוציאלי, כמו למשל עו"ס ח"ן, הרי כאן אף פרשנות פורמליסטית תכיר בהשתת נורמות מחייבות השאובות מחוק העובדים הסוציאליים.

ז. דרכי התגברות על הפרשנות הפורמליסטית

לכאורה, ראינו כי מש"קית ת"ש אינה חוסה תחת כנפי כללי החסיון והסודיות החלים על עובד סוציאלי. עיון בהתפתחות החסיונות בחקיקה ובפסיקה מלמדת על מגמה של מעבר מפורמליזם למבחן גמיש, מהותי הבוחן כל מקרה לפי נסיבותיו.

אכן, מגמת המעבר מפורמליזם למהות - מגרעותיה בצידה. כך, למשל, ניתן לטעון כי באין כללים ברורים וודאיים מראש לגבי תחולת החסיון, נשמט הבסיס מתחת ליחסי האמון מלכתחילה. ואולם, הוודאות אינה חזות הכל. בכל הכרעה שיפוטית הנתונה לשיקול דעת אין מנוס ממידת מה של אי-וודאות. זו תפחת עם הזמן עם התגבשות המבחנים והסטנדרטים בפסיקה⁵⁰.

מגמה זו באה לידי ביטוי בעיקר בפרשנות סעיף 48 לפקודת הראיות, העוסק בחיסיון עו"ד-לקוח. כך, למשל הורחב חסיון עורך דין-לקוח כך שיכלול גם מסמכים המשקפים

⁵⁰ נתניהו, לעיל הערה 4, בעמ' 309.

התייעצויות בין הועדה ליועצים ההנדסיים לבין יועצים משפטיים, ונפסק כי אף הם יחסו בצלול של חסיון עו"ד-לקוח.⁵¹

חסיון עורך דין-לקוח פורש בפסיקה, על פי המשפט המקובל האנגלי, בהרחבה, והוחל גם על מסמכים שהוכנו לצורך ולקראת הליך משפטי קיים או צפוי, כאשר מטרת הכנתם היא ההליך המשפטי המתנהל או הצפוי.⁵²

בנוסף, המונח "לקוח" הורחב כך שיכלול גם לקוח פוטנציאלי, לדוגמה המתיעץ עם עו"ד כדי לבחון האם ברצונו לקשור יחסי עו"ד-לקוח.⁵³

בפס"ד **מפעל מתכת נען נגד הידרופולן הנדסה בע"מ ואח'** נפסק כי כאשר איש מקצוע המבצע אותה עבודה ממש שמבצע עורך דין, במסגרת ספציפית של חוק הפטנטים ונותן יעוץ משפטי דומה "איני רואה מדוע לא יחול עליו אותו דין של חסיון כפי שהוא נתון לעורכי דין...?"⁵⁴. עוד מוסיף ביהמ"ש ואומר: "מדוע יהיה שוני בין ממציא הפונה לעורך דין לרישום הפטנט לבין חברו הפונה באותו ענין ממש לעורך פטנטים?"⁵⁵. לפיכך, הוחל חסיון על מסמכים המוחלפים בין לקוח לעורך פטנטים כחסיון הניתן ביחסים בין לקוח לעורך דינו.

ודוק: בית המשפט בוחן את מהות מערכת היחסים ולא את הכותרת שלהם. מרגע שמערכת היחסים הנדונה דומה מהותית למערכת יחסים אחרת הנהנית מחסיון חקיקתי, אזי תהנה אף זו מחסיון במתכונת דומה לחסיון הסטאטוטורי. בכך מוגשמת תכלית החקיקה.

באשר לחסיון עו"ד-לקוח⁵⁶ וחסיון רופא-מטופל,⁵⁷ החיל המחוקק מפורשות את תחולת החסיון גם על עובדו של הנהנה מהחסיון לגבי מידע שהגיע אליו אגב עבודתו. אליבא דקדמי, מלשון ההן אין לומדים לאו והדעת נותנת כי החסיון יחול גם כלפי עובדיו של פסיכולוג, ולא מן הנמנע גם כלפי עובדיו של עובד סוציאלי, באותם תנאים. החסיונות של רופא, עו"ד, עובד סוציאלי ופסיכולוג נוקטים במונחים דומים, ולפיכך יש לתת להם משמעות זהה בשינויים ובהתאמות המחוייבים מהעניין⁵⁸. יובהר, כי עמדה דומה עולה מטיוטת התיקון לפקודת הראיות (חסיונות בעלי מקצוע), התשנ"ח-1998, אשר הציעה

⁵¹ רע"א 4999/95 Alberici International נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(1) 41.

⁵² שם, שם. כן, ראה ע"א 407/73 גואנשיר נ' חברת החשמל לישראל בע"מ, פ"ד כט(1) 169, 171.

⁵³ בג"ץ 744/97 גוזלן נגד אמינוף ואח', פ"ד נא(1) 355.

⁵⁴ עניין מפעל מתכת נען, לעיל הערה 12, בעמ' 408-406.

⁵⁵ שם, שם.

⁵⁶ ס' 48 לפקודת הראיות.

⁵⁷ ס' 49 לפקודת הראיות.

⁵⁸ קדמי, לעיל הערה 14, 816-817.

להרחיב את תחולת החסיון על עובדים של שאר בעלי המקצוע, שכן אין "טעם ענייני לאבחנה"⁵⁹.

לא זו אף זו, אף פרשנות חוקתית ראויה תוליכנו לאותה מסקנה. ודוק: ראינו כי במערכת המשפט "האזרחית" (להבדיל ממערכת המשפט הצבאית) מוכרים חסיון וחובת סודיות לגבי מידע שנמסר לעובד סוציאלי. כן, ראינו כי מש"קית הת"ש ממלאת פונקציה דומה, בכפוף לשינויים המחוייבים מעצם השרות הצבאי, לזו של העובד הסוציאלי. בשים לב לעובדה כי שרותי הסעד ניתנים על בסיס לוקאלי, בזיקה למקום מגורים, ובהעדר אפקטיביות שלהם בטיפול בחיילים דווקא, נמצאנו למדים כי שרותי הת"ש הם דה-פקטו אלטרנטיביים לשרותי הסעד והרווחה הממשלתיים ולא מצטברים. החיילים מופנים למיזוי הזכויות העומדות לרשותם בצבא בטרם יטופלו ברשויות הסעד⁶⁰. יתר על כן, יש לזכור כי רוב החיילים, אף המשרתים בבסיסים "פתוחים", חסרי נגישות לשירותי הסעד והרווחה במהלך שעות פעילותם כלל ועיקר, והם "נאלצים" לפנות לשירותי הת"ש.

נשאלת השאלה, האם הבחנה, לעניין זה, בין חייל לאזרח אינה הפלייה לרעה של חייל? היעלה על הדעת כי חייל המתוודה באוזני מש"קית ת"ש על שימוש בסם, מתוך אמונה כי מידע זה הינו קונפידנציאלי, סודו יופר בריש גלי ואילו אזרח המוסר אותו מידע לעובד סוציאלי אמונו לא ימעל?

אכן, פסקת ההגבלה המיוחדת לכוחות הביטחון, שבסעיף 9 לחוק יסוד כבוד האדם וחירותו, לפי לשונה, קובעת תנאים מיוחדים לפגיעה בזכויות היסוד של המשרתים בכוחות הביטחון, שונים מן התנאים שנקבעו בפסקת ההגבלה הכללית לפגיעה בזכויות היסוד של אחרים (סעיף 8 לחוק יסוד). מדתיות הפגיעה בזכויות של המשרתים בכוחות הביטחון תלויה במהות ובאופי של השירות, ולפיכך היא עשויה להיות שונה ממדתיות הפגיעה באדם שאינו משרת בכוחות הביטחון⁶¹.

ודוק: אין ספק כי חוק יסוד כבוד האדם וחירותו עושה את זכויות היסוד לזכויות חוקתיות של כל אדם, ופסקת ההגבלה הביטחונית, כשהיא לעצמה, לא נתכונה לצמצם את זכויות היסוד של המשרתים בכוחות הביטחון⁶².

הטיב לנסח זאת כב' הנשיא כרק, בבש"פ שרגאי נ' התובע הצבאי:

"אין מחלוקת כי זכויות האדם המוגנות בחוק היסוד הן גם זכויותיו של החייל. המדים אינם חוצצים בין החייל לבין

⁵⁹ טיוטת התיקון לפקודת הראיות (חסיונות בעלי מקצוע), התשנ"ח-1998, עיקר 5.
⁶⁰ מעניין לציין, שלפי הלשכה המשפטית של משרד העבודה והרווחה, מבחינה סטטיסטית רוב רובם של החיילים כלל לא פונים ללשכות הסעד ברשויות המקומיות. לא זו אף זו, המעטים שכן פונים מופנים כעניין שבשגרה למיזוי זכויותיהם בצה"ל (באמצעות מערך הת"ש), ולא מטופלים במסגרת שירותי הסעד.

⁶¹ בג"ץ 6055/95 שגיא צמח ואח' נגד שר הבטחון, תק-על 3199 (3) 1400.
⁶² ש.ם.

זכויות האדם החוקתיות. זכויות האדם הן גם זכויות החייל
כאדם"⁶³.

אכן, יש מקרים בהם אופיו ומהותו של השרות מחייבים שוני זה, וזאת כמצוות המחוקק בפסקת ההגבלה הצבאית בסעיף 9 לחוק יסוד כבוד האדם וחירותו. לדידי, אין באופיו ומהותו של השרות כדי להצדיק שוני בין חייל ולאזרח בסוגיה דנן, וכל שוני בין האחרונים כלל אינו רלוונטי בשאלת החלת החסיון אם לאו, שכן שניהם הינם בראש ובראשונה בני אדם, הזקוקים לאפשרות לתנות צרותיהם בפני איש מקצוע, ללא חשש כי מידע רגיש זה יופץ לגורמים, שלא בפניהם ביקש החייל (או האזרח) להביא את המידע. אם כך, ולו לשם קוהרנטיות השיטה המשפטית, יש לשאוף לפרשנות המחילה נורמות של עובדים סוציאליים על מערך הת"ש.

4. חסיון מתוקף יחסי אמון

א. כללי

כאמור, אחד הערוצים להחדרת נורמות למערך הת"ש הוא עיגונם בחסיונות המוכרים כבר בדין הכללי. עד כה דנו בחסיון הספציפי של עובד סוציאלי, פרי עטו של המחוקק, כצינור להחדרת הנורמות.

כעת, יש לבחון כיצד ניתן להחיל נורמות אלה באמצעות כלים נוספים מהדין הקיים. כאמור, עם התפתחות דיני החסיונות נקטה הפסיקה באקטיביזם שיפוטי ויצרה חסיונות מקוריים ועצמאיים לאלו המנויים בפקודת הראיות. החסיונות הפסיקטיים לענייננו הם חסיון מתוקף יחסי אמון וחסיון מתוקף הגנה על הפרטיות. חסיונות אלו הינם פלואידיים יותר, ואשר על כן מלאכת הדדוקציה מכללי-על אלו מותרת שיקול דעת רחב יותר.

ב. חסיון מתוקף יחסי אמון- מעמד נורמטיבי

מש"קית ת"ש נמנית על אנשי המקצוע שהנוקקים לשירותם חייבים להפקיד בידם מידע סודי תוך אמון מוחלט שסודם ישמר חסוי. מטבע הדברים ראוי יהיה שמש"קית הת"ש תהיה חייבת לנהוג בו "בדרך העולה בקנה אחד עם האמון שנתן בו" מי שנוקק לשירותיה⁶⁴.

עקרון כללי זה מושרש במשפט האנגלי, והוא שימש בסיס לקביעה כי יש להכיר בזכותו של הנוקק לשירותיו של עורך פטנטים כלפי האחרון שלא לחשוף את המידע הסודי שהגיע לרשותו בקשר עם השירות שהוא נותן.

⁶³ בש"פ 3513/95 שרגאי נ' התובע הצבאי, פרקליטות חיל האוויר, פ"ד נא(2) 686, 688-689.
⁶⁴ ברוח דברי הנשיא אגרנט בבג"ץ 130/68 (לא פורסם) כפי שצוטט בבג"ץ 159/73 אריה יצחקי נ' שר המשפטים, כח (2) 692, 695.

וכלשוך כב' ביהמ"ש, ביוצרו חסיון במערכת היחסים בין עורך פטנטים ללקוחו:

"[...]עקרון כללי המושרש במשפט אנגלי פרטי, והוא במקום שקיימים יחסי אמון (confidential relations) בין ראובן ושמעון, והודות ליחסים אלה נתגלה לראשון מידע קונפידנציאלי בנוגע לעסקיו של השני - כגון סוד מסחרי או ידע תעשייתי - חייב ראובן לנהוג, כאשר לשימוש במידע האמור, בדרך העולה בקנה אחד עם האמון שנתן בו שמעון (duty of confidence)."⁶⁵

אדם שמצוקתו מביאה אותו לבקש סיוע ממש"קית ת"ש, נדרש לחשוף את עצמו ולגלות מכלול של פרטים אינטימיים הנוגעים בו, בבני משפחתו ובמערכת היחסים ביניהם. ככל שהמצוקה והתלות בעזרת הגורמים המטפלים גדלות, כן מתרחבת חשיפת המידע של מבקש הסיוע.⁶⁶ מידע זה חיוני להערכה מקצועית ולנקיטת עמדה לגבי הבקשה. המוסר מידע זה עושה כן בדרך כלל מתוך אמונה כי הדברים יישמרו בסוד. בין החייל לבין מש"קית הת"ש שוררים יחסי אמון הדדי שביסודם ההנחה כי כל המידע הנמסר במסגרת הבקשה לא יימסר לגורם זר כלשהו, אף לא גורם צבאי, ולעיתים במיוחד לא גורם צבאי, אלא אם כן הסכים לכך הפונה במפורש.

ג. חסיון מתוקף יחסי אמון - המשפט המקובל

כאמור, מכיר המשפט המקובל בחסיון מוחלט ביחסים המקצועיים שבין עו"ד ולקוחו בלבד. אף מקצוע אחר לא זכה במשפט המקובל להכרה כמצדיק חסיון המוחלט של דברים שנמסרו ע"י הלקוח תוך יחסי אמון וסודיות.⁶⁷

המשפט המקובל מכיר זמן רב בחובת הסודיות העולה מיחסי אמון כמקנה זכות תביעה ודיני היושר רואים בה עילה לסעד של צו מניעה, בכפוף תמיד לשיקולים שבטובת הכלל ולא רק ביחסים המיידים שבין מוסר המידע לבין מקבלו, שהפר את יחסי האמון והסודיות, אלא גם כלפי צד שלישי שפרסמו תוך ידיעת אותה הפרה.⁶⁸ הגישה הרווחת רואה בהפרת חובת הסודיות הנובעת מיחסי אמון עניין של פגיעה בערכים אנושיים, ככבוד האדם וחירותו, אישיותו כפרט, וזכות הפרטיות שלו.⁶⁹

⁶⁵ שם, שם.

⁶⁶ שניט, לעיל הערה 31, בעמ' 121.

⁶⁷ Wigmores, לעיל הערה 19, סעיפים 2285 ואילך.

⁶⁸ The Law Commission Report on Breach of Confidence, Comnd.8388

Oct.1981

⁶⁹ נתניהו, לעיל הערה 4, בעמ' 298 מול ה"ש 6.

נושא דגלה של מגמה זו היה הלורד דנינג. פסק דין מנחה בסוגיה שהניח אבן פינה להלכה חדשה בנושא הינו- D. v. N.S.P.C.C. בפסק דין זה נקבע הכלל שהגדירו הלורד אדמונד דיוויס:

“כשקיימים יחסי אמון והגילוי יהווה הפרה של ערך אתי או חברתי שבו כרוך אינטרס הציבור, יש לבית המשפט שקול דעת להכיר בזכות למאן לגלות ראייה רלוונטית ובלבד שהוא סבור כי במאזן ישרת אי גילוי הראיה את אינטרס הציבור בצורה טובה יותר.”⁷⁰

בשורה של פסקי דין אח"כ התפתחה ההלכה של “חסיון שבטובת הכלל” (“Public Interest Privilege”), חסיון יחסי, שלב ליבו הוא יחסי האמון וחובת הסודיות. אליבא דשושנה נתניהו חסיון זה מהווה:

“דוגמה נאה לחיונותו של המשפט המקובל ויכולת ההתאמה שלו לצרכי החברה המשתנים, מידותיה, ערכיה, תחושותיה ורגישויותיה.

היתה זו מדיניות משפטית שהושפעה מהשקפותיה ורגישויותיה המשתנות של החברה כלפי הערכים של כבוד האדם, חרותו, בטחונו, אישיותו כפרט, וזכותו שיניחוהו לנפשו, שהעלתה ערכים אלה למקום רם יותר בתחרות בין הערכים ועשתה אותם לשקול נכבד יותר במלאכת הפרשה והאיזון. יחסה של החברה לערכים אלה הוא שמכריע ויכריע בקביעת מקומו של החסיון בדיני ראיות, שהרי יסודו של החסיון כל כולו בשיקולים שבטובת הכלל.”⁷¹

5. חסיון מכוח פגיעה בפרטיות: צנעת הפרט

א. הזכות לפרטיות

סעיפים 2(7), (8), ו- (9) לחוק הגנת הפרטיות⁷² מכוונים להגן על “ענייני הפרטים” של אדם מפני חשיפה שלא כחוק. חשיפת ענייני הפרטים של אדם בניגוד להוראות הסעיפים הנ”ל מהווה פגיעה בפרטיות.

⁷⁰ D. v. N.S.P.C.C [1978] A.C 171, 245

⁷¹ נתניהו, לעיל הערה 4, בעמ' 302-303.

⁷² חוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981, ס"ח תשמ"א עמ' 128. הסעיפים המצוטטים עוסקים בפגיעה בפרטיות תוך הפרת חובת סודיות מכוח דין או הסכם או תוך שימוש בדיעה למטרה שונה מזו שנמסרה לשמה.

אף לפני חוק הפרטיות, ההלכה היתה כי:

"אם נטל אדם על עצמו בהסכם מפורש או משתמע לשמור בסוד ענייניו הפרטיים של זולתו, נתפש המתחייב על חבותו; ומי שכך חייב עצמו והפר חיובו, ראה בו הדין מפר הסכם, על כל התוצאות הנדרשות ממעשה הפרתו של הסכם"⁷³.

חוק הגנת הפרטיות, התלווה לאותה חובת סודיות שהיתה כבר בנמצא, והקיף אותה בהגנות נוספות ובשאר הוראות שבאו לחזק אותה סביב-סביב. בעוטפו אותה בחומות אלו שבנה לה הפך המחוקק את הזכות לפרטיות לזכות מעין קניינית, ואף לערך לעצמו⁷⁴.

מגמה זו הגיעה לשיא בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו בו עלתה הפרטיות במעלה ערכי החברה והוכרה כזכות יסוד⁷⁵.

הדאגה הגואה בתקופתנו מפני חדירה גוברת לתחום הפרט, והחשיבות הגדולה שאנו נוטים ליחס לכבוד האדם וחירותו העלו גם את חובת האמון ושמירת הסודיות למעמד נכבד יותר ועשו אותם לערכים בעלי משקל רב יותר במאזנם של שיקולים מתחרים⁷⁶.

חברה הומאניסטית מכירה בזכותו של היחיד לשמירת פרטיותו. הזכות לפרטיות מבטאת מחוייבות חברתית שמידע אינטימי הנוגע לפרט לא יהפוך נחלת הציבור, אלא אם כן יש הצדקה לגיטימית, בנסיבות המקרה, לחשוף המידע לפני גורם חיצוני. חברה שאינה מכבדת את זכות היחיד למנוע חשיפה ברבים של פרטים אישיים הנוגעים לו בהווה או בעבר, היא חברה אכזרית שהיחיד יתקשה לחיות ולתפקד בה⁷⁷.

ב. הזכות לפרטיות כעוגן לחסיון עצמאי

לדידה של ש' נתניהו, שולטת כיום בכיפה הרציונלה של חשיבותם של כבוד האדם, חרותו, וזכותו לפרטיות שמכוחה זכאי הוא שענייניו הפרטיים יישמרו בסודיות. רציונלה זו מצדיקה, לדעתה, הרחבת החסיונות המקצועיים והחלתם על כלל המקצועות שבהם

⁷³ דברי כבי' השופט מ' חשין בעניין סקולר, לעיל הערה 17, בעמ' 775.

⁷⁴ שם, שם. וראה גם ע"א 1570/92 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נגד ציגלר, פ"ד מט(1) 369, 387.

⁷⁵ סעיף 7(א) לחוק יסוד כבוד האדם וחירותו.

⁷⁶ נתניהו, לעיל הערה 4, בעמ' 299.

⁷⁷ ר' גביון "איסור פרסום הפוגע בפרטיות- הזכות לפרטיות וזכות הציבור לדעת" זכויות אזרח בישראל- קובץ מאמרים לזכותו של חיים ה. כהן (ר' גביון עורכת, תשמ"ב) 177, 192.

האמון והסודיות הם ביסודה של ההתקשרות וגלוי הדברים הנמסרים לאיש המקצוע יהווה הפרת הפרטיות של הלקוח או פגיעה בכבודו כאדם.⁷⁸

קיימת גישה בפסיקה לפיה, משמעותם המעשית של הוראות הסעיפים הנ"ל בחוק הגנת הפרטיות היא קביעת חובת סודיות עצמאית והענקת זכות לחסיון מפני גילויים של אותם עניינים פרטיים שסעיפים אלה מגינים על סודיותם.⁷⁹ מקבל המידע מנוע מלגלותו, ובעל המידע עצמו לא יחוייב לחשוף אותו אלא בהתאם לחוק.

וכלשון ביהמ"ש:

"ממה נפשך, אם ההלכה קובעת, כי קיימות עילות חסיון שנתגבשו בפסיקה, הרי על אחת כמה וכמה יש לצרף לרשימה האמורה גם עילת חסיון אשר המחוקק מכיר בה מפורשות, ואין כל משמעות לעובדה שלא מצאה את ביטויה בפקודת הראיות.

לפיכך, כאשר קבע המחוקק בסעיף 2(8) לחוק כי פגיעה בפרטיות הינה גם הפרה של חובת סודיות לגבי ענייני הפרטיים של אדם, הוסיף הוא עילת חסיון נוספת ומפורשת לאלו המנויות בפקודת הראיות, והיא קשורה למעשה בצנעת הפרט, בזכותו של אדם לשמירת הפרטיות שלו".⁸⁰

לפיכך, נפסק באותו פסק דין כי העקרון הקובע והמנחה הוא ענין שמירת הסודיות ואי הפגיעה בפרטיות. מכאן, שתנאי שכרו של האדם או הפרט הינם בבחינת סוד ביחסים שבינו לבין מעבידו וקיימת הסכמה משתמעת במסגרת מערכת היחסים האמורה שאלה לא יתגלו ואין להכריח לגלותם.⁸¹

נראה כי חסיון זה הינו חסיון יחסי וכפוף לסמכותו של בימ"ש להורות על גילוי המידע ומסירתו כראיה, עפ"י אותן אמות מידה שלפיהן נוהג ביהמ"ש בסמכות הנתונה לו לפי סעיף 32 לחוק הגנת הפרטיות לענייניו של מידע שהושג שלא כחוק אגב פגיעה בפרטיות.⁸²

מאידך, יש לציין את גישתו של א' הרנון לפיה כמו במשפט המקובל, כך גם בארץ אין כלל הקובע כי כל התקשרויות אמון הן חסויות. חיקוקים שונים מטילים על נושאי תפקיד

⁷⁸ נתניהו, לעיל הערה 4, בעמ' 303.

⁷⁹ עניין בורות עירית תל-אביב, לעיל הערה 12, בעמ' 216; וכן ת"א (ת"א) 1092/94, שפי נ' מלימובקה דינים מחוזי כו(5) 542.

⁸⁰ עניין בורות עירית תל-אביב, לעיל הערה 12, בעמ' 216.

⁸¹ שם, בעמ' 218.

⁸² קדמי, לעיל הערה 14, בעמ' 833.

חובת סודיות, אולם אין בהוראות אלה משום קביעת חסינות, כי בבית המשפט חובה עליהם להעיד⁸³. עוד מטעימה ש' נתניהו כי בין ארבעת הכללים של *Wigmore* כמפורט לעיל, שמירת הסודיות הוא רק אחד, הראשון⁸⁴.

ג. דוגמה- הגנת הפרטיות כעוגן לחסיון בנקאי

הלכה פסוקה היא כי על בנק מוטלת חובת סודיות באשר לענייניו של לקוחו. חובת הסודיות עולה מעצם טיבו של החוזה שבין הבנק ללקוחו ומאופייה של מערכת היחסים ביניהם. המערכת הבנקאית מושתתת על יחסי אמון וחובת סודיות. בלעדי אלה לא תיכון ונמצא אז נפגע גם האינטרס הלאומי כלכלי בקיומה של מערכת זאת. אינטרס ציבורי זה הוא שנותן יחוד לחובת הסודיות הבנקאית ומבדיל אותה מחובת סודיות שמקורה בהסכם שאין לציבור כל ענין בו. חובת הסודיות הינה יחסית ולא מוחלטת⁸⁵.

האמור לעיל יהיה חסר משמעות אם לא תתחייב מכך המסקנה בדבר קיומו של חסיון בין הבנק ללקוחו שמשמעו הענקת פטור לבנק מן החובה לגלות לבימ"ש את כל המידע הרלוונטי שבידיו, וזאת אף על פי שאין בפקודת הראיות הוראת חסיון מפורשת בדבר חסיון כזה⁸⁶.

וכלשון כב' ביהמ"ש:

"אפיונה של חובת הסודיות החוזית של הבנק, שילובה עם חובת הסודיות הסטאטוטורית שבסעיף 2(8) לחוק הגנת הפרטיות, ומעמדה של הזכות לפרטיות כזכות יסוד, הם שמחייבים לתת לחובת הסודיות האמורה משמעות ונפקות, מעבר למתחייב מחובת סודיות חוזית שנעדר ממנה היסוד הציבורי, וליצוק תוכן חדש בסעיף 39 לפקודת הראיות [נוסח חדש]. החיסיון שיש ליתן לבנק לאחר חוק הגנת הפרטיות, הוא 'תוצאה טבעית ממהותו של העניין'⁸⁷."

לזכות לפרטיות אין מעמד של בכורה בכל מקרה, אלא יישומו של חוק הגנת הפרטיות כרוך באיזון בין שני אינטרסים מנוגדים- זכותו של אדם לפרטיות וזכותו של הציבור להשיג מידע למטרה זו או אחרת. במסגרת איזון זה ביהמ"ש ישקול את הפרמטרים כדלקמן: מידת חיוניות וחשיבות המידע המצוי בחשבונות הבנק להכרעה במחלוקת בין הצדדים; הנחת תשתית ראייתית לכאורית המצדיקה את גילוי החשבונות; העדר ראיות

⁸³ א' הרנון "הגנה על יחסי אמון: היש להכיר בחסיון העיתונאי?" **עיוני משפט** ג' (תשל"ג)-תשל"ד) 542, 548.

⁸⁴ **נתניהו**, לעיל הערה 4, בעמ' 299.

⁸⁵ עניין **סקולר**, לעיל הערה 17, בעמ' 771.

⁸⁶ **שם**, בעמ' 772.

⁸⁷ **שם**, שם.

חלופיות אחרות שאין בהן כדי לפגוע בפרטיות; ולבסוף היקפו של הגילוי לא יחרוג מעבר למתחייב לעשיית צדק באותו הליך שיפוטי⁸⁸.

ד. הגנת הפרטיות כעילת חסיון במשפט המשווה

בפסה"ד בענין *Morgan v. Morgan*⁸⁹ התנהלו הליכי גירושי בין בעל ואישה. לצורך ההכרעה בשאלת הסדר היחסים הכספיים ביניהם הזמין הבעל את אבי אשתו להעיד ולהציג מסמכים המעידים על מצבו הכלכלי של האב ועל כוונתו להוריש מרכושו לביתו.

השופט *Watkins* קבע שם כי אין מחלוקת על כך שעדותו של האב היא חשובה ביותר. דא עקא, חייבת גם להשאל שאלת החדירה לתחום הפרט. תשובתו של כב' השופט *Watkins* היתה כי אין אפשרות לחדירה כזו. לפיכך, בפס"ד *Morgan* יש לנו עילת חסיון שזכרה לא בא בחוק ואשר מטרתה למנוע חיוב של אדם זר להליכים משפטיים לגלות מסמכים הנוגעים למצבו הכלכלי⁹⁰.

6. חסיון עצמאי ומקורי על פי הקריטריונים של *Wigmore*

א. כללי

כאמור, המלומד *Wigmore*, התווה כללים לבחינת יצירתו של חסיון חדש. מבין ארבעת הכללים האמורים שמירת הסודיות היא רק אחד מהם, הראשון⁹¹. להלן, נבחן את התמלאות כל אחד מהכללים, תוך שימת דגש מיוחדת על הכלל הראשון והאקוטי-חובת הסודיות.

ב. תנאי 1: חובת נאמנות וסודיות

ניתן להסיק חובת סודיות במערכת היחסים שבין מש"קית הת"ש לחייל הפונה אליה הן מהדין הכללי והן מהדין הספציפי הצבאי. עיגון כאמור יכול להכות שורשים במספר מסלולים אלטרנטיביים, כמפורט להלן.

1. חוק העונשין

⁸⁸ שם, בעמ' 773-774. יש לציין כי כב' השופט מ' חשין, בדעת מיעוט, סבר כי "מקום בו בעל הסוד הוא צד להליכים העיקריים, כתובע או כנתבע- אין מתעוררת כלל שאלת הסודיות, וממילא לא יתעורר כל צורך לערוך איזון אינטרסים" (שם, בעמ' 776).

⁸⁹ *Morgan v. Morgan* [1977] 2 All E.R. 515

⁹⁰ עניין *בוררות עירית תל-אביב*, לעיל הערה 12, בעמ' 217.

⁹¹ *נתניהו*, לעיל הערה 2, בעמ' 299.

סעיף 496 לחוק העונשין⁹² קובע כי המגלה מידע סודי שנמסר לו אגב מקצועו או מלאכתו, שאינו סוד רשמי כמשמעו בסימן ה' לפרק ז', ואינו נדרש לגלותו מכוח הדין, דינו - מאסר ששה חדשים.

כן קובע סעיף 117 לחוק העונשין, כי אסור לעובר ציבור למסור, ללא סמכות כדין, ידיעה שהגיעה אליו בתוקף תפקידו, לאדם שלא היה מוסמך לקבלה, וזאת אף לאחר שחדל להיות עובר ציבור.

2. חוק השיפוט הצבאי

סעיף 57 לחוק השיפוט הצבאי⁹³, מגדיר עבירה של גילוי ידיעות. ס"ק 2 להוראה זו קובע כי חייל אשר גילה או מסר ללא רשות פרט חשוב בנוגע לתפקידו, שירותו או מקום שירותו בצבא, או לתפקידו, שירותו או מקום שירותו של חייל אחר בצבא, או כל פרט חשוב ביחס לצבא, שלפי פקודות הצבא או הנוהג הצבאי אין למסרו אלא למי שהוסמך לקבלו, בין שהידיעה נכונה ובין שאיננה נכונה, דינו - מאסר חמש שנים.

פקודת מטכ"ל 21.0106 שכותרתה "מסירת ידיעות צבאיות לבלתי מוסמכים - אנשי צבא או אזרחים" באה ויצקה תוכן לסעיף הלאקוני הנ"ל בחש"ץ. על מנת להסיר ספק מבהירה הפקודה כי האיסור שריר וקיים אף כאשר מקבל המידע הינו חייל⁹⁴. לא זו אף זו, הגדילה הפקודה עשות ואף הרחיבה את יריעת האיסור אף ככל שהדבר נוגע ל"פרט כלשהו שהגיע לידיעתו עקב שירותו או עבודתו בצבא"⁹⁵.

כמו כן, מאזכרת הפקודה את הוראות פרק ז' לחוק העונשין, תשל"ז 1977 - לפיהן אסור לחייל למסור, ללא היתר כאמור בסעיף 9 בפקודה זו, ידיעה כלשהי, אשר הגיעה אליו בתוקף תפקידו, פרט לידיעות הנמסרות לגורם מוסמך במסגרת תפקידו של החייל ובהתאם לפקודות הצבא⁹⁶.

לדידי, ניתן לעשות שימוש בסעיף 57 לחש"ץ כצינור להחלת נורמות של שמירת סודיות אף במערכות יחסים מקצועיות בצבא המושתתות על יחסי אמון. לשון הסעיף סובלת לא רק תכלית של בטחון שדה, אלא אף תכלית של שמירת פרטיותו וכבודו של חייל באשר הוא חייל. ודוק: אין כוונתי להפוך את לשון החוק לפלסטר, אלא לפרש את התיבות "תפקידו, שירותו או מקום שירותו" פרשנות מרחיבה וגמישה, כך שתכיל בחובה גם ידיעות שנושאן קשיי תפקוד והסתגלות בשירות וכד', עליהן התלונן החייל באוזני מש"קית הת"ש. פרשנות זו עולה בקנה אחד עם פקודת מטכ"ל 21.0106 אשר אף היא ראתה כי אך הגיוני וראוי הוא לכרוך את עניין סעיף 57 לחש"ץ עם עניין סעיף 117 לחוק

⁹² חוק העונשין, תשל"ז-1977 (להלן: חוק העונשין).

⁹³ חוק השיפוט הצבאי, תשט"ו-1955 (להלן: חוק השיפוט הצבאי).

⁹⁴ סעיף 2 לפ"מ 21.0106.

⁹⁵ סעיף 2(ז) לפ"מ 21.0106.

⁹⁶ סעיף 3 לפ"מ 21.0106. הכוונה היא במיוחד לסימן ה' שבפרק ז' לחוק העונשין שכותרתו "סודות רשמיים", אשר בו כלולה הוראת סעיף 117 לחוק העונשין כמפורט לעיל.

העונשין, ובכך קבעה למעשה "הוראת סל" האוסרת מסירת "פרט כלשהו" וייתרה בכך את המבחנים הדווקניים שבסעיף 57 לחש"ן לטובת עקרון-על כללי ורחב-ידיים. הנה כי כן, דווקא פרשנות רחבה זו יש בה כדי לתרום לקוהרנטיות השיטה.

יובהר, כי פרשנות כאמור לסעיף 57 לחש"ן אינה חדשנית או מהפכנית. כך למשל, לענין סודיות תיקו האישי של כלוא ומסמכיו כוללת הוראת קמצ"ר 3627 הורה על שמירת סודיות לפיה אסור על סגל בסיס הכליאה למסור מידע אישי אודות כלואים שהגיע אליהם תוך כדי עבודה ועקב תפקידם. בשולי ההצהרה מתחייב המצהיר כדלקמן:

"ידוע לי כי גילויים של פרטים אלו ללא רשות ולמי שאינו מוסמך לקבלם מהווה עבורי עבירה לפי סעיף 57 לחוק השיפוט הצבאי [...]".

3. חוק הגנת הפרטיות

כאמור, סעיף 2 לחוק הגנת הפרטיות מגדיר מהי פגיעה בפרטיות, בין השאר, כהפרה של חובת סודיות שנקבעה בדין לגבי ענייניו הפרטיים של אדם⁹⁷; הפרה של חובת סודיות לגבי ענייניו הפרטיים של אדם, שנקבעה בהסכם מפורש או משתמע⁹⁸; שימוש בידיעה על ענייניו הפרטיים של אדם או מסירתה לאחר, שלא למטרה שלשמה נמסרה⁹⁹; פרסומו או מסירתו של דבר שהושג בדרך פגיעה בפרטיות¹⁰⁰ וכן פרסומו של עניין הנוגע לצנעת חייו האישיים של אדם, או למצב בריאותו, או להתנהגותו ברשות היחיד¹⁰¹.

במישור הערכי-מוסרי מושתתת חובת הסודיות על זכות האדם לפרטיות ולמניעת חשיפת מידע מטעמי צנעת הפרט¹⁰². כאמור, קוד האתיקה של איגוד העובדים הסוציאליים בישראל, קובע מפורשות את חובת העובד הסוציאלי לשמור בסוד מידע שמגיע אליו אודות הפונה¹⁰³. נפקות הפרת כללי אתיקה מקצועיים רלוונטית לשלילת תום לב בפגיעה בפרטיות לפי סעיף 20(ג) לחוק הגנת הפרטיות.

אכן, לעיתים, גוברת עדיפותו של צד ג' על פני עקרון חובת הסודיות. כך למשל, בקליפורניה הוכרה עדיפות של צד ג' להיות מוזהר, על פני האינטרס של שמירת הסודיות. בית המשפט הכריע בתביעת נזיקין לטובתם של הורי נערה שנהרגה בידי אדם אשר לפני שפגע בה ספר לפסיכיאטר המטפל בו כי הוא מתכוון לפגוע בה. נקבע שהפסיכיאטר התרשל בכך שלא הזהיר את חברתו לשעבר של הלקוח, כי הוא השמיע

⁹⁷ סעיף 2(7) לחוק הגנת הפרטיות.

⁹⁸ סעיף 2(8) לחוק הגנת הפרטיות.

⁹⁹ סעיף 2(9) לחוק הגנת הפרטיות.

¹⁰⁰ סעיף 2(10) לחוק הגנת הפרטיות. "פגיעה בפרטיות" כאן היא רק פגיעה לפי פסקאות (1)

עד (7) או (9) לסעיף 2 לחוק הגנת הפרטיות.

¹⁰¹ סעיף 2(11) לחוק הגנת הפרטיות.

¹⁰² גביזון, לעיל הערה 77.

¹⁰³ שניט, לעיל הערה 31, בעמ' 122.

איומים שיהרוג אותה. הפסיכיאטר הסתפק בהגשת תלונה למשטרה, שלא השכילה למנוע את המעשה¹⁰⁴.

דוגמה יפה לפגיעה בפרטיות תוך הפרת הסכם מכללא לסודיות בין חייל למש"קית ת"ש ניתן למצוא במקרה שנדון בבית דין צבאי מחוז שיפוט צפון¹⁰⁵. יובהר כי התאור העובדתי נסמך על מכתבה של מש"קית הת"ש עצמה. משק"ית ת"ש שוחחה, מתוקף תפקידה עם חייל בודד, עולה חדש, מייד לאחר גיוסו, ושמעה ממנו כי לפני גיוסו השתמש בסמים וכי חיילים אחרים משתמשים בסמים בצבא. יובהר כי השיחה נעשתה בחדר בו היו השניים לבד על מנת "שיהיה יותר קל להפתח". על אף שהשתמע מדבריה בצורה מובנת מאליה כי לא תספר למפקדי החייל אודות האמור לעיל, מש"קית הת"ש העבירה את תוכן השיחה לידיעת סגל הפיקוד של הפלוגה. בהמשך, לפי החלטת המ"פ, חזרה מש"קית הת"ש לחייל ודובבה אותו בעניין הקשר שלו לסמים, ואף ניסתה לדלות ממנו פרטים לגבי זהותם של החיילים האחרים המשתמשים בסמים. זאת, חרף הבנתה כי יש במעשיה אלו משום לפגוע באמון החיילים במערך הת"ש. לאחר חופשתו הראשונה של החייל פנתה אליו מש"קית הת"ש ותחקרה אותו האם השתמש בסם במהלך החופשה. לאחר שהתוודה בפניה, הודיעה לו כי עכשיו היא תדווח למפקדיו, היות שהשתמש במהלך שירותו. מש"קית הת"ש אכן העבירה את דברי החייל למפקדיו וסוף הפרשה במעצרו של החייל¹⁰⁶.

יודגש, כי בפרשה זו נמנע ביה"ד, הן בערכאה הראשונה והן בערכאת הערעור, מלתקוף סוגיה זו ישירות, בשל מחלוקת עובדתית. לפיכך, לא ניתן לחלץ מפרשה זו הלכה ברורה בסוגייתנו והמצב המשפטי נותר מעורפל עם הרבה סימני שאלה.

שאלה נוספת היא האם חובה היה על מש"קית הת"ש לדווח במקרה זה? אכן, לעתים, המחוקק אמר את דברו מפורשות וקבע סטאטוטורית חובת דיווח הגוברת על חובת הסודיות.

כך, למשל, לפי סעיף 134 לחוק השיפוט הצבאי חייל שיודע כי חייל אחר זומם או מנסה לעבור עבירה צבאית שעונשה עולה על שלוש שנים מאסר, עליו לפעול באופן סביר כדי למנוע את עשייתה או השלמתה.

סעיף 262 לחוק העונשין קובע הוראה דומה לפיה מי שיודע כי פלוני זומם לעשות מעשה פשע עליו לנקוט בכל האמצעים הסבירים למנוע את עשייתו או את השלמתו.

¹⁰⁴ Tarasoff v. Regents of the University of Calif. (1974), 13 Cal.3d 177
¹⁰⁵ תיק צפ/ 35/00 התובע הצבאי נ' טור' מ.פ, שנדון אח"כ בבית הדין הצבאי לערעורים בע"מ/ 3/00 טור' מ.פ נגד התובע הצבאי הראשי.
¹⁰⁶ מעניין לציון, שכעבור ימים מספר מדיון המעצר בערר, שוחרר הנאשם ממעצרו בהסכמת הפרקליטות, אחרי שהפרקליטה עיינה בחו"ד מש"קית הת"ש ובחו"ד פסיכיאטרית הממליצה לקבוע לנאשם פרופיל 21.

יובהר, כי מידע באשר לביצועה של עבירה עתידית אינו נכנס כלל בגדר החסיון¹⁰⁷.

החוק, אם כן, קובע חובת דיווח לגבי פשעים עתידיים, ולא רטרואקטיבית לגבי פשעים שארעו בעבר. אכן, באשר לעבירות סמים קיימת חובת דיווח מיוחדת בסעיף 11 לפ"מ 33.0111, אך זו חלה רק על מפקד היחידה, ולא על מש"קית הת"ש.

4. פקודת מטכ"ל 30.0412 – חסיון וסודיות רפואית

פ"מ 30.0412 משנת 1986 מסדירה את נושא החסיון הרפואי והסודיות הרפואית בצה"ל.

הפקודה פותחת בהוראות כלליות חגיגיות באשר לסודיות "מידע רפואי". כך, מי שברשותו מידע רפואי אינו רשאי לגלותו אלא בהתאם להוראות הדין¹⁰⁸. בנוסף, לא יעייין אדם במידע רפואי אלא במידה שהדבר דרוש לו לצורך מילוי תפקידו, והכל בהתאם להוראות כל דין¹⁰⁹.

עקרונית, יש לבחון הוראת סודיות על פי שני קריטריונים: מיהות בעל החובה והאובייקט המוגן.

מיהות בעל החובה-

מההוראות דלעיל עולה כי כולי עלמא מחוייבים בחובת הסודיות של מידע רפואי. ההוראות בפרק הכללי של הפקודה אינן מסוייגות לחתך פונקציונריים זה או אחר¹¹⁰. אכן, בהמשך, מצינו פרק המכונה "סודיות רפואית" הקובע חובת סודיות ספציפית על רופא דווקא, אך אין בכך כדי לפגוע בעקרון החולש בדבר כלליות החובה וזאת בשל מספר טעמים: ראשית, הגדרת רופא בפרק זה הינה רחבה וכוללת, בין השאר, "כל בעל תפקיד אחר... שיש לו גישה כדין למידע רפואי"¹¹¹. שנית, הסעיף המטיל חובת סודיות על רופא בעצמו מרחיב את היריעה אף לגבי "כל מי שהגיע אליו מידע רפואי בדרך כלשהי"¹¹². שלישית, קוהרנטיות הפקודה מחייבת מסקנה זו.

מה אם כן הועילו חכמים בתקנתם? למקרא הסיפא של סעיף 2 לפקודה, המתיר הפרת סודיות רפואית בהתאם להוראות דין, נקל להבין מדוע מצא מתקין הפקודה לנכון ליצור כפילות לכאורה במיהות בעל החובה. רוצה לומר: פרק הסודיות הרפואית בא בעיקר

¹⁰⁷ על"ע 17/86 עו"ד פלונית נגד לשכת עוה"ד, פ"ד מא(4) 770.

¹⁰⁸ סעיף 2 לפ"מ 30.0412.

¹⁰⁹ סעיף 3 לפ"מ 30.0412. על מנת להסיר ספק, מצויין כי הפקודה אינה גורעת מהכללים הקבועים בחוק הגנת הפרטיות בנושא העברת מידע בין רשויות ציבוריות ובנושא זכות הפרט לעיין במידע רפואי אודותיו. כמו כן, אין הפקודה גורעת מהכללים שנקבעו בפקודות הצבא בנושאים אלו ובנושא העברת מידע רפואי לגורמים צבאיים בפרט ולגורמים אזרחיים. סעיף 5 לפ"מ 30.0412.

¹¹⁰ ראה סעיפים 2 ו-3 לפ"מ 30.0412 לעיל.

¹¹¹ סעיף 12(ב) לפ"מ 30.0412.

¹¹² סעיף 13 לפ"מ 30.0412.

לקבוע את הסייגים והחריגים לחובת הסודיות, להבדיל מקביעת החובה עצמה. סעיף 14 מונה מקרים בהם לא חלה חובת הסודיות על רופא (כהגדרתו לעיל). בלית חוק זכויות החולה אותה עת מצא המחוקק לנכון לסייג את חובת הסודיות במקרים הבאים¹¹³: גילוי המידע דרוש לטיפול רפואי באדם שהמידע נוגע אליו, המידע הרפואי דרוש לצורך מילוי תפקידו עפ"י דין של אדם, האדם שהמידע נוגע אליו נתן את הסכמתו, או שקיימת חובה או רשות בדין לגלות את המידע הרפואי. לפיכך, מי שברשותו מידע רפואי, ואינו רופא, או שאין מתקיים בו אחד המקרים המצדיקים חריגה מכלל הסודיות, חלה עליו רישא סעיף 2 לפקודה- איסור גילוי המידע.

נשאלת השאלה לאיזו נישה נכנסת מש"קית הת"ש? האם היא בגדר "בעל תפקיד אחר אשר בתוקף תפקידו יש לו גישה כדין למידע רפואי" (אזי הינה בגדר "רופא" וכפופה לסייגים האמורים), או שמא היא בגדר "כל מי שהגיע אליו מידע בדרך כלשהי" אזי אין היא רשאית לגלות את המידע עפ"י הסייגים האמורים לעיל, אלא אם קיימת הוראת דין אחרת המתירה לה גילוי כאמור.

נוטה אני לדעה כי משק"ית הת"ש משתייכת לקטגוריה הראשונה, שכן במילוי תפקידה נדרשת מש"קית הת"ש למידע רפואי לא אחת, ואם לא תאמר כן הרי שמלכתחילה אין אנו נכנסים בשערי פ"מ 30.0412.

לכן, נגזרות המסקנות הבאות:

ראשית, קיימת תחולה לחריגים האמורים לחובת הסודיות. בעיקר, יש לציין בענייננו כי כאשר משק"ית הת"ש מוסרת את המידע הרפואי למי שמידע זה דרוש לצורך מילוי תפקידו עפ"י דין (למשל, למפקד החייל), על הגילוי להיות במידה ובהיקף הנדרשים לצורך אותו תפקיד¹¹⁴.

שנית, משק"ית הת"ש, כמי שקיבלה מידע רפואי לצורך מילוי תפקידה, אל לה לעשות בו שימוש, אלא למטרה שלשמה נמסר לה המידע¹¹⁵.

האובייקט המוגן

נשאלת השאלה, מהו אותו "מידע רפואי" עליו משתרעת חובת הסודיות והחסינו?

חוק זכויות החולה מגדיר "מידע רפואי" כ"מידע המתייחס באופן ישיר למצב בריאותו הגופני או הנפשי של מטופל או לטיפול הרפואי בו"¹¹⁶.

¹¹³ סעיף 14 לפ"מ 30.0412.

¹¹⁴ סעיף 14 לפ"מ 30.0412.

¹¹⁵ סעיף 15 לפ"מ 30.0412.

¹¹⁶ סעיף 2 לחוק זכויות החולה, התשנ"ו-1996, ס"ח 327 (לעיל ולהלן: חוק זכויות החולה).

דא עקא, חוק זה חוקק לאחר פ"מ 30.0412 ולפיכך נדרשה פקודת המטכ"ל להגדרה משל עצמה כהאי לשנא: "מידע רפואי- נתונים על מצב בריאותו הגופני או הנפשי של אדם, בין שהם בכתב ובין שאינם בכתב, בין אם ממוכנים ובין שאינם ממוכנים". משמע, הזיקה למצב בריאות נפשי או גופני מרוככת מזו הקבועה בחוק זכויות החולה, שכן נעדרת דרישת הישירות.

יובהר, כי באשר לחסיון הרפואי, מתוחם הנהנה מהחסיון לתחום הצר של "רופא" כהגדרתו המצומצמת בפרק החסיון הרפואי, היינו: "לרבות אדם שאגב היותו בשירות הרופא או בשירותו של מוסד רפואי או בצוות המקצועי העובד עם הרופא, תוך טיפול בחולים, הגיע אליו דבר שנמסר לרופא, לרבות פסיכולוג"¹¹⁷, וזאת בדומה לנוסח פקודת הראיות בעניין חסיון רופא¹¹⁸, בצרוף חסיון פסיכולוג¹¹⁹. אף היקף החסיון בפקודת מטכ"ל¹²⁰ הינו כנוסחו בסעיף 49 לפקודת הראיות.

מכאן, שיש לראות בפקודה, ככל שהדבר נוגע לחסיון רפואי, משום אמוץ של הוראות סעיפים 49 ו-50 לפקודת הראיות ותו לא, ואין לראות בהם אכסניה לחסיון מידע שנמסר למשק"ית ת"ש כשם שאין לראות באותם סעיפים של פקודת הראיות אכסניה כאמור.

אגב אורחא יצויין, כי הוראות פ"מ 30.0412 ככל שהדבר נוגע להסרת החסיון הרפואי אינן נקיות מספקות¹²¹, וקצרה היריעה מלפרט סוגייה כבדת משקל זו במסגרת רשימה זו.

¹¹⁷ סעיף 7(א) לפ"מ 30.0412.

¹¹⁸ סעיף 49 לפקודת הראיות.

¹¹⁹ סעיף 50 לפקודת הראיות.

¹²⁰ סעיף 7(ב) לפ"מ 30.0412.

¹²¹ במיוחד אמורים הדברים לגבי סעיפים 9-11 לפ"מ 30.0412, שמפאת חשיבותם וקשיותם יובאו כאן כלשונם:

9. "בנוסף לבית משפט או לבי"ד צבאי מוסמכים חוקר מצ"ח, חוקר תאונות דרכים, שוטר משטרת ישראל, ועדת חקירה, קבו"ד, קצין תגמולים ובעלי תפקידים אחרים, שהוקנתה להם סמכות מפורשת בדיון לגבות ראיות, לדרוש מידע רפואי ולקבלו, ובלבד שבעלי תפקידים אלו השתכנעו, כי הצורך לגלות את המידע הרפואי לשם עשיית צדק עדיף מן העניין שיש, שלא לגלות מידע זה.

10. ככל מקרה לא יימסר לגופים המפורטים בסעיף 9 לעיל אלא מידע רפואי חיוני והכרחי לצורכי החקירה או הבדיקה נשוא הרישה ואותו מידע רפואי בלבד.

11. על אף האמור לעיל, לא יימסר מידע רפואי לחוקר מצ"ח או לחוקר תאונות דרכים, אלא לאחר שמפקד מרחב מצ"ח, ראש מדור תאונות דרכים במקומצ"ר או קצין חקירות תאונות דרכים הפיקודי אישרו את מסירתו, לאחר ששוכנעו בצורך לחשוף את החומר".

קושי זה מתעצם במיוחד לנוכח טיוטת התיקון לפקודת הראיות (חסיונות בעלי מקצוע), התשנ"ח-1998, אשר לפי עיקר 9 שבה:

ג. תנאי 2 : חיוניות הסודיות

החובה המוסרית והחוקית לשמור בסוד את המידע שנמסר למש"קית ת"ש נועדה לתרום להידוק הקשר הטיפולי ולחזיון האמון האישי והמקצועי של המטופל.

הנימוק התועלת מצביע על אינטרס משותף למטופל ולמטפל. המטופל מעוניין בקשר טיפולי המבוסס על אמון מלא במטפל. בהעדר אמון במטפל וביכולתו לשמור בסוד את קשריהם לא יוכל המטופל להפיק תועלת מלאה מהטיפול. מאידך, באותה מידה עלולים להפגע האמינות והסמכות המקצועית של מטפלים שנמנע מהם לבסס את הטיפול על יחסי אמון הדדי עם המטופלים. הנה כי כן שמירת הסודיות הינה אינטרס חיוני משותף למטפל ולמטופל כאחד¹²².

נוסף לאינטרס היחיד שהמידע לא ייחשף, עשויים להצטרף גם אינטרסים של הקבוצה המקצועית והציבור שהמידע לא ייחשף. האינטרס המקצועי של המטפלים נוגע הן למקרה הנדון והן לעתיד המקצוע. במקרה הנדון קיים חשש כי הקשר הטיפולי יתנתק בטרם עת, או שינזק נזק של ממש. אשר לעתיד המקצוע, קיים חשש כי נזקקים לעזרה ירתעו מפני פניה לטיפול, כדי למנוע סכנה שענייניהם האינטימיים יחשפו בפני גורמים זרים.

סכנה לעתיד הקשר הטיפולי והנזק הצפוי מהגילוי לציבור הנזקק לו, אינה רק עניין פנימי של המטופלים ואנשי המקצוע המטפלים. קיים אינטרס ציבורי כי יוצרו התנאים החיוניים להצלחת הקשר הטיפולי בהווה ובעתיד¹²³.

ד. תנאי 3 : יחסים שהחברה מעוניינת בטיפוחם ועידודם

מדינת ישראל הינה מדינת סעד. שירותי הסעד מהווים אחד מאבני הפינה של כל מערכת בטחון סוציאלי במדינות סעד מודרניות ובכלל זה ישראל¹²⁴. העבודה הסוציאלית הינה בעלת חשיבות מרובה לרווחתה של האוכלוסייה. בעבר היתה קיימת התפישה שהעבודה הסוציאלית מכוונת רק לשכבות מצוקה. כיום נתפשת העבודה הסוציאלית הן בישראל

"אם כי מקובל שהחסיון קיים גם בהליכי חקירה, קיימת אי בהירות לגבי המידה בה עולה הדבר מלשון סעיף 52 עצמו. למען הסר ספק, מוצע להחיל מפורשות את החסיון על הליכי חקירה".

ואכן, יצאה הנחיה מלפני התצ"ר לפיה, יש להעדיף תחילה פניה לבית הדין הצבאי בבקשה להסרת החסיון, ו"בכל מקרה הסרת החסיון לא תעשה ע"פ פ"מ 30.0412" (הנחית תצ"ר מיום 19/1/99).

¹²² על דרך היקש מעובד סוציאלי- שניט, לעיל הערה 31, בעמ' 127.

¹²³ שם, בעמ' 134.

¹²⁴ ד' שניט הזכות לסעד בישראל (חיבור לשם קבלת תואר דוקטור למשפטים) (תשל"ה) 1.

והן מחוצה לה כחלק בלתי נפרד של שירותי הרווחה הכלליים במדינה, המעניקה שירותים לכל שכבות האוכלוסיה בעת הצורך.¹²⁵

תמיכה בכך שהחברה מעוניינת לטפח את היחסים בין החייל ומערך הת"ש ניתן למצוא בעצם העובדה שהצבא ראה הקמת מערך כזה כצעד חיוני. לית מאן דפליג כי הצבא הוא אורגן של החברה ולפיכך הקמת המערך נעשתה למעשה ע"י החברה. הייתכן כי אלמלא רצתה החברה לעודד חיילים להיעזר בשירותים הניתנים ע"י מערך הת"ש היה מוקם מערך שכזה?

כבוד אדם מניח מינימום של קיום אנושי. כדברי א' ברק: "כבודו של העותר כאדם מחייב דאגה לקיום מינימלי כאנוש"¹²⁶. ניתן להסיק מכבוד האדם את הזכות לסיפוק צרכים בסיסיים לקיום אנושי.¹²⁷

ה. תנאי 4: מאזן נוחות

וכלשון המלומד *Wigmore*: "הנזק שייגרם לאותה התקשרות מגילוי הדברים צריך להיות גדול יותר מאשר היתרון שצפוי מן הגילוי למען בירור נכון של ההתדיינות המשפטית בה מתעוררת שאלת החסיון".

לדעתה של ש' נתניהו, החסיון המגן על יחסי אמון והזכות לפרטיות אינו יכול להיות מוחלט אלא חייב להיות יחסי כפוף תמיד לאיזון שעל בימ"ש לעשותו עם שיקולים וערכים אחרים. במאזן זה בין ערכים מתחרים ככל שתגדל מידת הצנעה והפרטיות שבהם נוגעת הראיה שגלויה מבוקש, כן יכבד השיקול שלא לגלותה, כשהוא נשקל כנגד שיקולים אחרים, כגון החשיבות ומידת הרלוונטיות של הראיה לעניין הנדון והאפשרות להשיגה בדרכים אחרות, שאינן כרוכות בהפרת חובת האמון והסודיות.¹²⁸

בדונו בהסרת חסיון יחסי קיים לביהמ"ש שקול דעת לפי מבחן "הצורך לגלות את הראייה לשם עשיית צדק עדיף מן העניין שיש לא לגלותה". מוצע לפרוט מבחן-על זה למספר מבחני משנה ברוח נוסח טיוטת התיקון לפקודת הראיות (חסיונות בעלי מקצוע), התשנ"ח-1998 שאימץ חלקית את מסקנות הועדה לבדיקת החסיון העיתונאי:

א. המידע החסוי נדרש לעניין השאלה העומדת לדיון;

ב. המידע חיוני לצורך מניעת עבירה חמורה, עשיית צדק בנוגע לעבירה חמורה או כדי למנוע עוול חמור בהליכי משפט;

¹²⁵ תזכיר חוק העובדים הסוציאליים, התשנ"ב-1992, פרק ג'.

¹²⁶ בג"ץ 161/94 אטרי נגד מדינת ישראל תק-על 1283 (1)94, בש"פ 3045/94 עיסווי נגד

מדינת ישראל תק-על 2626 (2)94.

¹²⁷ א' ברק פרשנות במשפט (תשנ"ד, כרך ג) 423.

¹²⁸ נתניהו, לעיל הערה 4, בעמ' 303.

- ג. אין ראיות מספיקות אחרות ולא ניתן לגלותן באורח סביר ;
- ד. גילוי המידע אינו נדרש להוכחת עבירה של מסירת ידיעה או מסמך לפי סעיפים 117-119 לחוק העונשין ;
- ה. בית המשפט שקל אם אין זה מן הראוי להעדיף- למרות התקיימות התנאים האמורים- את חסיון המידע.

7. מסקנות והמלצות

השאלה אם להכיר בחסיון מש"קית ת"ש מחייבת הכרעה בין מספר אינטרסים נוגדים. פתרון לבעיה זו משקף את המדיניות המשפטית באותה ארץ בתקופה מסוימת.¹²⁹

לדידי, לאור המגמה השלטת כיום בדיני החסיונות ולאור הנטייה ליחס לזכות האדם לפרטיות משקל כבד יותר באיזון עם אינטרסים אחרים, נראה כי המסקנה המתבקשת היא לעבר הכרה בחסיון מידע שנמסר למש"קית ת"ש ובהתאם הטלת חובת סודיות במערכת יחסים זו. כאמור, מסקנה זו אינה מתוחמת בדל"ת אמות מערך הת"ש דווקא, ויש ליישמה גם לגבי פונקציונרים אחרים.

דא עקא, האכסניה לחובת סודיות ממין דא אינה בדמות היקשים משפטיים או אף הלכה ברורה הנושבת מכיוון ביה"ד הצבאי. יישום מסקנה זו מתבקש בדמות פקודה ברורה ונהירה הגודרת אף את החריגים לנורמות אלו. רק כך יצומצמו חלק מהדילמות בהן נתקלות מש"קיות הת"ש ואחרים ויתחזק אמון החיילים והציבור בכללותו במסגרות המקצועיות השונות בצבא.

הנה כי כן, כצבא העם השואב את חוסנו מאמון הציבור, הכרה בחסיון כאמור והשתת חובת סודיות הינה אינטרס לא רק של החייל שאמונו הופר אלא של צה"ל בכללותו.

¹²⁹ הרנון "היש להכיר בחסיון העיתונאי?", לעיל הערה 83, בעמ' 553.

התקנון לבירורים מיוחדים

צבי ענבר*

א. כללי

ראש הש"ל¹ בהגנה איסר בארי², התנגד לנוהל משפטי רגיל במשפטי בגידה ומשפטים רגישים אחרים, ולבקשתו הכין עו"ד נחום חת, מחבר חוקת השיפוט, תש"ח, תקנון מיוחד לבירורים אלו.³

מן הראוי לזכור שמדובר בתקופה בה שלטו הבריטים בארץ, וה"הגנה" היתה ארגון במחתרת.

ב. עיקרי התקנון⁴

1. "בירור מיוחד" – פירושו כל חקירה או משפט אשר יש בהם סכנה לאלה הלוקחים חלק בבירור מפני נקמת הנחקר או הנאשם או האנשים הקרובים לו או הארגון שאליה משתייך או השלטון או אשר מסיבותיהם הן כאלה שלפי דעת רמ"א⁵ יש לנהוג בהם לפי התקנון הזה.

2. רמ"א בלבד רשאי להחליט איזו חקירה או משפט צריכים להיחשב כ"בירור מיוחד". במקרים תכופים יוכל מפקד בדרגה לא נמוכה ממפקד נפה או קשי"ק⁶ להחליט על התחלת חקירה לפי התקנון, אך יש צורך באישור רמ"א תוך 72 שעות.

3. איש לא ייקח חלק בבירור מיוחד אלא אם נתמנה לכך ע"י הרמ"א לכל בירור במיוחד.

* תא"ל (מיל.), לשעבר היועץ המשפטי של הכנסת והפרקליט הצבאי הראשי.

¹ שירות הידיעות של ה"הגנה".

² אשר היה מעורב בפרשיות מספר, בהן פרשת טוביאנסקי, בעקבותיה הועמד לדין והורשע באשמת הריגה.

³ על כך סיפר לי נחום חת בראיון אתו, ביום 11.11.82.

⁴ התקנון מצוי בארכיון צה"ל, תיק 6221/49.

⁵ ראש המטה הארצי של ה"הגנה".

⁶ לא מצאתי ר"ת אלה ברשימת ראשי התיבות בהם השתמשו ב"הגנה" ב"ספר הכינויים" ובלכסיקון כוח המגן – ה"הגנה".

4. כל אחד מהלוקחים חלק בבירור מיוחד- ובכלל זה העדים, המזכירים והשומרים- יודהר ע"י רמ"א או שליחו ויחתום על הצהרה ("לנהוג זהירות מיוחדת בבירור, לא לגלות בשום מסיבות את אשר אשמע, אראה או אדע ובייחוד את שמות אלה אשר אפגש אתם עקב הבירור, או את המקום בו נערך הבירור").
5. אסור שהנחקר או הנאשם יכיר, יראה או יוכל לזהות מישהו מהנוטלים חלק בבירור המיוחד.
6. לנאשם יהיה סניגור.
7. אם רמ"א לא יאשר את הסניגור, ימנה הרמ"א סניגור.
8. מחובת התובע⁷ להודיע לנאשם על זכותו לסניגור.
9. במקרה של סניגור שהתמנה לפי בקשת הנאשם, יוכלו השופטים, במקרים הכרחיים בהחלט, ולאחר שינמקו בכתב, לשלול מהסניגור ידיעה בנוגע לעדות או הוכחה, אם יהיו משוכנעים שבטחון הא – ן⁸ או הנוטלים חלק בבירור, מחייב זאת.
10. הבירור יהיה בנוכחות הנאשם, אלא אם השופטים יהיו משוכנעים שאין ברצונו להופיע לפנייהם או שהנאשם נעלם ואי אפשר להביאו או שיש סכנה רבה בהבאתו. על השופטים יהיה לנמק החלטתם בכתב.
11. רמ"א יוכל להעביר סמכויותיו לפי תקנון זה."

ג. הפעלת התקנון

ביום 28.4.48 כותב אביעם⁹ להלל¹⁰, בהעתק ליואש¹¹: "הבינתי בזמנו שהתקנון אושר. במקרה נתברר לי שבחיפה אין להם כל מושג על דבר התקנון הזה(!?). מה פשר הדבר?"¹².

⁷ במקור, נכתב בטעות "הנאשם", במקום "התובע".

⁸ "הארגון" - ארגון ה"הגנה".

⁹ אבי עדנה ומאיר, הוא נחום חת.

¹⁰ הרמ"א ישראל גלילי.

¹¹ יוסף יזרעאלי, חבר המפקדה הארצית ולאחר מכן מנכ"ל משרד הבטחון.

מוסיף חת (בראיון שקיימתי אתו) : כנראה שהתקנון לא נכנס כלל לתוקף, אף שנהגו ודאי ברוח האמור בו , בחלק מהמשפטים, הן לפני כתיבתו והן לאחריה.

¹² המכתב – בתיק חוקת השיפוט של גלילי ביז טבנקין.

הפרקליטות הצבאית - היבטים היסטוריים

הרצאה ביום הפרקליטות הצבאית*

צבי ענבר**

א. מבוא ב. שרשי השיפוט הצבאי בצה"ל ג. הצעת אפרים בן ארצי ד. דיוני הוועדה לענייני מטה ה. הצעת אג"ם/מח"ט ו. דו"ח ריפתין ז. הקמת השירות המשפטי ח. הקמת הפרקליטות הצבאית

א. מבוא

כאשר נתבקשתי להציע יום הולם שייקבע כיום הפרקליטות הצבאית, הצעתי מייד את האחד במרץ, הוא היום בו נוצרו בצבא, בשנת 1949, התפקידים של פרקליט צבאי ראשי, ופרקליטים צבאיים. הרצאתי הקצרה מאוד, תעסוק בהקמתו והתפתחותו של השירות המשפט בצה"ל, עד ליום האחד במרץ 1949. וזאת לדעת, עם הקמתו של צה"ל, נקראו החילות המקצועיים בשם "שירות", החל בשירותו הקשר והחימוש וכלה בשירותי הרפואה והמודיעין הצבאי. רק ביום 13.4.50, שונה שם השירות המשפטי ל"מפקדת פרקליט צבאי ראשי".

ב. שרשי השיפוט הצבאי בצה"ל

השיפוט בצה"ל בשנותיו הראשונות, עד לאחר בינואר 1956, התבסס על חוקת השיפוט, תש"ח, שהוכנה ב"הגנה" ונכנסה לתוקף עוד לפני קום המדינה, ביום 1 במאי 1948. כדי להבין כיצד פעל והתפתח השיפוט בצה"ל, חייבים אנו לקבל מושג על שרשיו ב"הגנה".

* הרצאה במסגרת יום הפרקליטות הצבאית, שנערך השנה לראשונה. יום הפרקליטות הצבאית נערך השנה בתאריך 28.2.01 בהיכל צה"ל במכללה לפיקוד ומטה.
** תא"ל (מיל.), לשעבר היועץ המשפטי של הכנסת והפרקליט הצבאי הראשי.

אף שמשפט החברים היה מפותח מאוד בארגון ה"הגנה", אין אנו מוצאים בו חוקת שיפוט ארצית לפני חוקת השיפוט, תש"ח. פקודת החברות תש"א קובעת אמנם, בסעיף 26, כי "הארגון מקיים בתי דין לדרגותיהם. חבר העובד על הוראות הארגון או על הוראות מפקדיו, יועמד למשפט בהתאם לחוקת השיפוט".

הפקודה כוללת מספר סעיפים כלליים נוספים שעניינם משפט ושיפוט, אך חוקת שיפוט, שתחולתה על הארגון כולו, לא הייתה קיימת. כך גם עולה ממכתבו של התוכ"ל הראשי אברהם גורלי, מיום 20 ביוני 1948, לתוכ"ל גבעתי.

הוראות שונות הנוגעות למשפט חברים, אך לא חוקה של ממש, מוצאים אנו כבר בחוקת "ההגנה" 1924.

התקנון המשפטי השלם הראשון המצוי בידינו הוא תקנון קריתי, דהיינו- ת"א מ- 1924.

על בתי הדין וההליכים בהם, למדים אנו רבות מתוך כרטסת פסקי- הדין שנמצאה בסליק שנתגלה בת"א ברחוב 15 ביום 24.3.85 בכרטסת מצויים נתונים על התקופה 11.5.38 עד 13.4.46.

בשנת 1935 כלל כל אחד מהמחוזות העירוניים ירושלים, ת"א וחיפה שירות משפטי. ליד השירות בת"א היו גם ועדת תקנון ובתי- דין. עם חלוקת התפקידים הקבועה במפקדה הארצית ב- 1940 עסקה אחת מארבע המחלקות בנושאי משפטים והסברה. בשנים 1947- 1940 שימש עו"ד יזהר הררי ("עוזדין") כיועץ משפטי וכתובע. בספטמבר 1947 התמנה עו"ד נחום חת ("עורד") לתפקיד יועץ משפטי, ועליו גם הוטל התפקיד לכתוב את חוקת השיפוט של ה"הגנה".

ג. הצעת אפרים בן ארצי

ב- 12.10.47 מגיש אפרים בן ארצי, שעסק אותה עת במטכ"ל בנושאי תכנון ואפסנאות, לדוד בן-גוריון, הצעה למבנה הפיקוד העליון. ענף השליש הכללי כולל, על פי ההצעה, מחלקה משפטית שתפקידיה הם:

- פיקוח כללי על שמירת החוק הצבאי.
- הכנת שינויים בחוקה לפי החלטת מועצת הצבא
- השגחה על צידקת פסקי הדין והנהלה הוגנת של בתי המשפט.
- השגחה על עונשים קצובים של מפקדי היחידות
- משתתף בוועדת בורות לסכסוכי עבודה ומניעת שביתות

המחלקה כוללת את השירותים הבאים:

א. שירות החוקה הצבאית:

1. חיבור החוקה הצבאית;

2. בדיקת קבע של התאמתה לתנאים הארצישראליים.

ב. שירות בתי המשפט הצבאיים:

1. מינוי בתי משפט צבאיים קבועים;

2. מינוי תובעים צבאיים ומפקחים מטעם המחלקה המשפטית במשפטים מיוחדים;

3. ביקורת מהלך כל בתי המשפט הצבאיים ופסקי הדין שלהם.

ג. שירות ביקורת העונשים הקצובים של מפקדי היחידות:

1. ביקורת העונשים אם מתאימים לחוק הצבאי;

2. הדרכת מפקדי היחידות בחוק הצבאי.

ד. דיוני הוועדה לענייני מטה

בדיון הוועדה לענייני מטה על מבנה המטה הכללי, ביום 19.1.48, הוחלט:

"8. השרות המשפטי – אין אפשרות לקיים ולהקים שרות זה. טרם הונח היסוד לחוקה הצבאית. בקביעת החוקה הזאת מטפלת, או תטפל, ועדה אזרחית. מתפקידי השרות המשפטי יהיה לפעול כיועץ משפטי של הכוחות המזוינים ולפקח על בתי דין צבאיים."

בדיון הוועדה מיום 22.1.48, על הגדרת התפקידים של אגף השליש הכללי [אכ"א], נכלל השרות המשפטי במסגרת אגף זה, וכך סוכמו תפקידיו:

1. סיוע בידי הרמטכ"ל, באמצעות אגף השליש הכללי, בכל העניינים הנוגעים לחוק האזרחי, לחוק הצבאי, מצב צבאי ומשפט בינלאומי.
2. פיקוח על קיום החוק הצבאי, באמצעות בתי דין צבאיים.
3. מתן עצה לרמטכ"ל ביחס לביטול והמתקת פסקי דין צבאיים.

ה. הצעת אג"ם/מח"ט

ביום 5.2.48 מעביר אמנון מ-אג"ם/מח"ט [מח' טכנית] אל ידיו הצעה להקמת מחלקה משפטית ליד מטה הכנסת, מכיוון ש"אין לתאר צבא סדיר ללא מנגנון משפטי משוכלל". ואלה תפקידי המחלקה:

- א. ארגון חקיקת החוק הצבאי ("ארגון" ולא "חקיקה", כי זו עבודה לשנים רבות).
- ב. הקמת המנגנון שיוורה החוק והנהלתו;
- ג. פיקוח על אופן השימוש בהם ע"י החלקים השונים שבמנגנון;
- ד. הכשרת אנשי הדרגות השונות למלוי התפקידים המשפטיים שיוטלו עליהם.

"יש לנצל נסיונם של צבאות זרים, ועל כן יש לתרגם את החוק הנוהג בצבאות האנגלי והאמריקאי. התרגום יכול להיעשות ע"י בעלי מקצוע רבים בעת ובעונה אחת. יש

לחלק את החוקות בין בעלי מקצוע שהתמחו בהן במיוחד (פרוצדורה, חוק פלילי וכד'). התרגומים יועברו לקצינים גבוהים בעלי ותק המכירים את אופי צבאנו ואלה יציעו הצעותיהם, יעבדון בוועדות ויציעו חוקה. זו תיבחן שנית ע"י בעלי מקצוע. ההצעה תימסר לעיון ולביקורת של מספר רב של אנשים המכירים היטב את הכנסת. אלה יהיו בבחינת "דעת הקהל". הצעותיהם תיבחנו שנית ע"י מועצה משפטית שתורכב במיוחד לשם כך.

המח' תארגן ותדריך את בתי הדין וכו'. היא תפקח על אופן בצוע התפקידים השונים ותדריך את נושאי הסמכויות המשפטיות. בראשה יש להעמיד עו"ד ותיק אשר שירת בצבא.

1. דו"ח ריפתין

יעקב ריפתין היה חבר "ועד הבטחון" שבראשו עמד דוד בן-גוריון. ועד זה שימש גוף עליון שבפניו הובאו לאישור עקרונות מדיניות הבטחון.

ביום 10.2.48 כתב בן-גוריון לריפתין:

"הגיעו אלי תלונות והאשמות קשות על היפרעות והפקרות בקרב כמה מאנשי הארגון והפלמ"ח: שוד ערבים, רצח פולנים וערבים בלי סיבה או בלי סיבה מספקת, ובכל אופן בלי משפט, מעשים לא הגונים גם ביחס ליהודים, מקרי גניבות, מעילה בכסף, עינויים של ערבים בשעת חקירה וכדומה.

מעשים אלה, אם הם נכונים, מהווים סכנה פוליטית ומוסרית לארגון ולישוב ויש לאחוז באמצעים החריפים ביותר למען עקירתם מן השורש.

יש קודם כל להעמיד את הדברים על אמיתותם ולהביא את האחראים לדין. לשם כך אני מטיל עליך לבדוק שורה של עובדות שנמסרו לי ע"י מנהלי ש"י.

תקבל מהם פרטים נוספים ותהיה לך הסמכות לחקור כל איש הארגון – למען גלות האשמים במישרין ובעקיפין, והאשמים הם לא רק העושים מעשים בל ייעשו, אלא גם המפקדים שלהם, אשר ידעו על המעשים ולא מנעו אותם

לפני המעשה או לא הענישו את האחראים לאחר המעשה."

ביום 1.3.48 הגיש ריפתין ליו"ר ועד הבטחון, דו"ח המתאר 30 מקרים, בסופו הציג את השאלות הבאות, והשיב עליהן:

1. איך למנוע התפשטות ההתפרעות? איך להתגבר עליה?

א. ע"י הגברת הפעולה החינוכית-ההסברתית בארגון.

ב. ע"י פרוצדורה משפטית בהירה ויעילה.

2. במה מותנית בהירות ויעילות הפרוצדורה המשפטית?

א. במסירת וקבלת אינפורמציה מדוייקת של פשע.

ב. מאפשרות בירור מהיר וכל צדדי של התלונה.

ג. בקיום מען אשר יטפל מיד בתלונה, ובהבאתה לדין – באם יהיה צורך בכך.

ד. בקיום תקין של משפט.

כפי שנמסר לי ע"י הח' יוסף יזרעאלי (חבר המפקדה הארצית וחבר ועדת הניסוח של חוקת השיפוט תש"ח), מכינה ועדה מיוחדת של המפקדה הארצית חוקה משפטית ואינני רוצה להיכנס לתחומי סמכותה. הנני רוצה לציין רק מספר בעיות שנתקלתי בהן תוך חקירתי: --

חשיבות מכרעת נודעת בפרוצדורה המשפטית לחקירת העובדות; חקירה זו דורשת לא רצון טוב בלבד, כי אם גם התמחות מסויימת; קיימים "מקרי גבול", שבהם מעורבים חברי ארגון ושאינם חברי ארגון; ---

האינפורמציה המגיעה, בצינורות שונים, היום (דרך הש"י, דרך הפיקוד, תלונות של פרטים), אינה נכנסת לאפיק ארגוני אחד וברור. הבאת אדם למשפט או אי הבאתו יכולים להיות פרי של מקרה. הכרחי, לכן, ליצור מיד את משרת התובע הכללי של הארגון, אשר יהיה אחראי: א. להפעלת מנגנון החקירה; ב. להבאת העניינים למשפט.

הכרחי ארגון משפטי קבוע של ה"הגנה", הפועל לפי כללים אחידים. הכרחי להדגיש בצורה בהירה ותקיפה, ששום פסק דין מוות אינו יכול להיות מבוצע בדרך של משפט אדמיניסטרטיבי, ללא החלטה מוסמכת של ב"ד ה"הגנה". (הדגשה שלי - צ' ע')

את עקרונות התחוקה המשפטית, ובאופן מיוחד את שאלת פסקי דין מוות, יש להביא לדיון עקרוני בוועד הבטחון.

ז. הקמת השירות המשפטי

במרס '48 מונה עו"ד אברהם גורלי להיות תוכ"ל ראשי (שהפך להיות תובע צבאי ראשי) וראש השירות המשפטי. אהרן חטר-ישי, מפקדו השני של השירות המשפטי, נשא אף הוא, תחילה, את התואר "תובע צבאי ראשי".

ביום 6.2.49, לאחר שחרורו מצה"ל, שלח אברהם גורלי, מקימו של השירות המשפטי, דו"ח מסכם על הקמת השירות ופעולותיו ב-1948. כותב גורלי:

"השירות המשפטי לא הוקם כשרות מוגדר ומסודר לפי תכנית. בתחילת השנה פעלו פה ושם בשירות ההגנה בתי משפט, אם במתכונת בתי המשפט בצבא הבריטי ואם במסגרת ההגנה. במרץ '48 קיבלתי את התפקיד המרכזי בתביעה הכללית בצבא, בהתאם לחוקת השיפוט שאושרה אז ע"י מוסדות ההגנה, אבל טרם קיבלה תוקף. עם פרסום החוקה נתמנו תוכ"לים למחוזות השיפוטיים בהתאם לחטיבות שהיו אז. [כמו כן נתמנו תוכ"לים לחילות האוויר, הים, התותחנים, ההנדסה וח"ן ולשירותי אכ"א ואג"א. מאוחר יותר, החל מנובמבר '48, משהוקמו החזיתות, צומצם מספר התובעים הצבאיים לארבע החזיתות, שלוש החזיתות העירוניות, ח"א וח"י - צ' ע'] שירות משפטי ממש לא הוקם וגם לא היה ברור אז מה צריכה להיות דמותו ומה הם תפקידיו. העניינים היו מועברים אליי ורוכזו בידיי ובלית ברירה נאלצתי ליצור שירות משפטי למעשה, כי בחוקה ובפקודות המטכ"ל הייתה קיימת להלכה התביעה הכללית בלבד."

השירות המשפטי הלך והתפתח לפי הצרכים וכלל את התפקידים העיקריים דלקמן:

1. הבאת עבריינים לבתי דין צבאיים והופעה בפניהם.
2. ארגון השיפוט הדיסציפלינרי והדרכת המפקדים השופטים.

3. יעוץ משפט לצבא ומוסדותיו.

4. עזרה משפטית לחייל ולמשפחתו.

בהתאם להסתעפות התפקידים הנ"ל, הלך ונתרבה מספר הקצינים ובד"א שהיוו את השירות המשפטי, ובסוף '48 מנה השירות כ-170 איש.

בתי הדין הצבאיים של ערכאה ראשונה, היו אותה עת במסגרת השירות המשפטי, ורק ביה"ד הצבאי העליון היווה מסגרת נפרדת. מצב זה נמשך עד ה-1 בינואר 1956, ורק אז קמה יחידת בתי דין צבאיים, וביה"ד הצבאי העליון הפך להיות ביה"ד הצבאי לערעורים.

ח. הקמת הפרקליטות הצבאית

חטר-ישי, עו"ד שליווה רבים ממשפטי ה"הגנה", ולאחר - מכן קצין בצבא הבריטי, וקצין המנהלה של חט' 7, נקרא לכהן בסוף '48 כראש השירות המשפטי, במקום אברהם גורלי. חטר-ישי הוא שהפך את השירות המשפטי מתביעה צבאית לפרקליטות צבאית. וכך אומר חטר-ישי בחוזר שהוציא לקראת המעבר להסדר החדש:

"עד כה הוטלה הפעלת כל השירות המשפטי בצבא על התובע. מכיוון שלא היו נשיאים קבועים לבתי הדין, היו השופטים הצבאיים, לרבות אותם אבות בתי דין שהיו חסרי השכלה משפטית, תלויים בידיעת החוק וסדרי הדין-בתובע הצבאי. עיקר מטרתו של ההסדר החדש היא להטיל את מלוא האחריות שבקיום החוק והמשפט בצבא על המפקדים וגם לשנות את המצב שתואר לעיל, וזאת ע"י שלושה תיקונים יסודיים:

1. מינוי נשיאי בתי דין מחוזיים;

2. צמצום תפקידי התובע הצבאי;

3. הוספת תפקיד הפרקליט שהוא יועץ כללי למפקדים בענייני חוק ומשפט.

בכל מחוז שיפוטי יהיו שלוש חוליות של בעלי תפקידים קבועים:

1. חוליית הפרקליט – כדי להדגיש את זיקתה למפקד נקבע כי המנגנון הטכני הדרוש לפעולת הפרקליט, יינתן ע"י מטה המחוז, מתוך התקן שלו;

2. חוליית התובע הצבאי;

3. חוליית נשיא ביה"ד;"

נספח לאחד המסמכים שהוצאו להפעלת ההסדר החדש, כולל דוגמא של חוות דעת פרקליט למג"ד:

"עיינתי בפרשת העדויות (ניתוח משפטי של העולה מהן). אני ממליץ, איפוא: לסגור את התיק נגד... / להעביר את החומר לתובע צבאי לשם הגשת כתב האשמה נגד..."

במקביל, הוציא הרמטכ"ל חוזר מתאים בצבא.

הקדמה

זהו הגיליון המשפטי השלישי היוצא לאור ע"י ביה"ס למשפט צבאי.

כמו לפני כל גיליון, כוללות ההתלבטויות גם את השאלה הקבועה: האם יכיל גיליון זה נושא אחד בלבד, או יהי רב פנים ונושאים. גם הפעם המוליך והקבוע הוא שלמאמרים תהיה זיקה נכבדה למשפט הצבאי. המטרה בסייג זה היא כפולה: ליצור מנוף ותמריץ לקידום, פיתוח וטיפוח המחקר במשפט הצבאי על רבדיו, ענפיו ושביליו השונים, ואת השיח הציבורי בו; כמו-כן להרחיב את קהל הקוראים, כך שכל אחד ואחד יוכל למצוא בגיליון את הנושא המעניין אותו.

השנה נערך לראשונה יום הפרקליטות הצבאית, שנקבע להתקיים מדי שנה ב-1 במרץ, על שום שביים זה ב-1949 נוצרו תפקידי הפרקליט הצבאי הראשי והפרקליטים. ויש לזכור כי עד אותו מועד היה מבנה "השירות המשפטי", כפי שנקרא באותה עת, שונה לחלוטין. בגיליון מופיעות שתי רשימות של צבי ענבר, האחת - הרצאתו בכנס שנערך במסגרת יום הפרקליטות, שעניינה הקמתו והתפתחותו של השירות המשפטי עד ל-1 במרץ 1949. השנייה - במסגרת המדור הקבוע "רבותי ההיסטוריה חוזרת", ובה מציג הכותב את תקנון הברורים המיוחדים של ארגון ההגנה, את עיקריו ואת דרך הפעלתו.

אחת הבעיות הייחודיות לבעלי תפקידים מקצועיים בצבא היא בהתמודדות בין חובתם האתית למקצוע שבו הם עוסקים, לבין היותם נמצאים בארגון היררכי פיקודי שבו עליהם לדווח על פעילותם למפקדיהם. בעבודתה "חסיון וסודיות בצבא-תחולתם על מערך הת"ש" בוחנת עינת עובדיה את שאלת החיסיון על מידע המגיע למש"קית הת"ש במילוי תפקידה. המאמר מתמקד בשאלת החיסיון על מידע כזה וסוקר את הדין המצוי בעניין, תוך הצגת חלופות המאפשרות את חיסוי המידע האמור. כמו-כן מכיל המאמר הצעות לשינוי הדין הקיים מתוך מגמה לאפשר את החיסיון האמור.

אייל טולדנו מציג במאמר הנושא את הכותרת "הרישום הפלילי בצה"ל" את הדין המצוי לעניין הרישום הפלילי ככלל ובצבא בפרט. המאמר מציג את הבעיות שבהסדר הקיים לגבי חיילים בצה"ל המורשעים בעבירות הגוררות אחריהם רישום פלילי ומציע חלופות לפתרון הבעיות הנגרמות כתוצאה ממצב זה.

רוית ויסמן במאמרה "החתימה האלקטרונית - מהימנות מול מסוכנות" מציגה, עובר לחתימת החוק, את הנפקויות המשפטיות והטכנולוגיות של החתימה האלקטרונית, את יתרונותיה וחסרונותיה ואת אפשרויות השימוש בה בצה"ל.

בחיבורו "מעמד החייל כניזוק - אחריותם הנזיקית של המדינה ושלוחיה כלפי ניזוקים בשירות צבאי" דן עופר שנקר בהסדרים הקיימים בדין כפי שהוא היום, החלים על עוולה נזיקית שנגרמה לחייל במהלך שירותו על ידי חייל אחר, תוך התייחסות להגבלת האחריות על המדינה ושלוחיה בגין נזקי גוף ומציע פירושים אפשריים שונים לאור המשפט המשווה.

הדר אבירם, במאמר, המהווה פרק ראשון במחקר אמפירי מקיף על תופעות ההיעדרות מהשירות, מציגה את ההיעדרות כתופעה חברתית. המאמר תוקף את הגישה ודפוס העבודה של הטיפול הנוכחי בבעיה ומציע הסברים מתחום תיאוריות הפשיעה לתופעה, כנקודת מוצא לחיפוש אחרי פתרונות אחרים. בהמשך המחקר תנסה המחברת לגבות את טיעוניה בממצאים אמפיריים.

מרדכי לוי בוחן מחדש את עילות המעצר בצבא במאמרו "האם חומרת העבירה מהווה עילת מעצר בצבא? בחינה מחדש של עילות המעצר בצבא לאור חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו ו"חוק המעצרים"". המאמר בוחן את הסוגייה, האם חומרת העבירה יכולה לשמש לאחר חקיקתם של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו ושל "חוק המעצרים" כעילת מעצר בצבא. תוך כדי כך, סוקר המאמר את דיני המעצרים בעידן הקונסטיטוציונליזציה: הן את דיני המעצר באזרחות והן את אלו המיוחדים לצבא, ואת הזכויות והערכים הנפגעים כתוצאה ממעצר. במיוחד בוחן הכותב את עילות המעצר בצבא, את ייחודן ואת ההצדקה להבחין בינן לבין עילות המעצר באזרחות. לאור כל אלו מגיע הכותב למסקנה, כי חומרת העבירה כשלעצמה, והתכלית ההרתעתית לבודה, אינה עוד עילת מעצר חוקתית, גם בצבא, אלא אם יש בעבירה ובאי-המעצר, לאור חומרת העבירה או בעקבותיה, כדי להקים יסוד סביר לחשש לפגיעה חמורה או ממשית בצבא.

מעובדת נגיעתו של ההיבט המשפטי כמעט בכל עיסוק ופעילות צבאית, ובשל היותו של העיסוק הצבאי נחלתו של כמעט כל אזרח במדינת ישראל, קיימת חשיבות גדולה ביותר לפתח את המשפט הצבאי ולדון בסוגיות העולות מתוכו והנוגעות כאמור בשלב כזה או אחר לכל אחד מאתנו, בין אם הוא עצמו משרת בצבא, ובין אם מי מיקריו.

מכאן, קיימת גם החשיבות הגדולה שלא להשאיר נושא זה לעיסוקם הבלעדי של יודעי דבר. אלא, בהיות המשפט משקף את ערכי החברה, אני רואה חשיבות לקרוא לכל אחד היכול לכך, לעסוק בנושא.

אני תקווה כי גיליון זה ישמש את מטרותיו.

בברכה,

עודד פסנזון, אל"מ

מפקד ביה"ס למשפט צבאי

מעמד החייל כניזוק - אחריותם הנזיקית של המדינה ושלוחיה כלפי ניזוקים בשירות צבאי

"ראשון חייב בנוזקי שני, בין בנוזקי גופו בין בנוזקי
ממונו..." (בבא קמא, לא)

עופר שנקר*

1. מבוא 2. אחריותם הנזיקית של המדינה ושלוחיה כלפי ניזוקים בשירות צבאי - נזקים שדיני השיקום אינם חלים עליהם כאבן בוחן 2.1 כללי 2.2 אחריות המדינה - הדין המצוי 2.2.1 הכלל 2.2.2 החריגים 2.3 אחריות החייל המזיק - הדין המצוי 2.4 שפיטות עניינים פנים-צבאיים בהליכים אזרחיים מקום שדיני השיקום אינם חלים 2.4.1 כללי 2.4.2 הרציונלים 2.4.3 מסקנת ביניים 3. שאלת אחריות המדינה ושלוחיה בגין נזקי גוף שנגרמו לחייל - דין משווה 3.1 ארה"ב 3.1.1 כללי 3.1.2 הליכים פליליים-משמעתיים ודיני שיקום כתחליף לדיני הנזיקין 3.1.3 רציונל ה"צורך הצבאי" ומרכיביו 3.2 אנגליה 3.2.1 *The Crown Proceedings Act 1947* 3.2.2 סעיף 10 לחוק משנת 1947 3.2.3 סעיף 10 בפני בתי המשפט 3.2.4 חוקי השיקום באנגליה 3.2.5 *The Crown Proceedings (Armed Forces) Act 1987* 3.3 קנדה 3.4 אוסטרליה 4. אחריותם הנזיקית של המדינה ושלוחיה כלפי ניזוקים בשירות צבאי - נזקים שדיני השיקום חלים עליהם 4.1 כללי 4.2 רציונלים חדשים - תוצאה חדשה? 4.3 היחס שבין דיני הנזיקין לבין דיני השיקום 5. סיכום והמלצות

1. מבוא

הגישה הרווחת היא כי מצבו המשפטי של חייל, הניזוק בתקופת שירותו הצבאי ובעקבותיו, טוב מזה של כל ניזוק אחר. לפי גישה זו, החייל הניזוק, שלא כמו חברו האזרח הניזוק, נהנה ממערכת דינים ייחודית המותאמת לצרכיו, מערכת אשר מושיטה לו סעד נאות במקרה של פגיעה, מבלי שהדבר יהיה מותנה באיתור גורם עליו ניתן יהיה

* קצין משפטים; קצין מחקר והדרכה, המגמה האזרחית, בית הספר למשפט צבאי.

להטיל את האשם ואת האחריות לנזק על-פי הדין הכללי¹. מערכת דינים זו קרויה "דיני השיקום", ובמרכזה - שלושה חוקים: חוק הנכים (תגמולים ושיקום) [נוסח משולב], התשי"ט - 1959 (להלן: "חוק הנכים"); חוק התגמולים לחיילים ולבני משפחותיהם (חבלה שלא בעת מילוי תפקיד), התשמ"ח - 1988 (להלן: "חוק חבלה שלא בעת מילוי תפקיד")² וחוק משפחות חיילים שנספו במערכה (תגמולים ושיקום), התשי" - 1950 (להלן: "חוק משפחות חיילים")³.

במידה רבה, דיני השיקום נתפסים כמערכת דינים המבטאת את העדפת המחוקק את אוכלוסיית החיילים על פני אלה שאינם חיילים. ניתן למנות שני טעמים עיקריים להעדפה זו. האחד, נושא אופי של גמול ונשען על שיקולי מדיניות ועל טעמים חברתיים. דהיינו, מדובר בהכרה של המדינה בתרומה יוצאת הדופן שבשירותם הצבאי של החיילים לחברה ולמדינה. עניינו של הטעם השני, הנושא אופי משפטי יותר, הוא בתחושת האחריות לנזק שכל הנראה לא היה נגרם לניזוקים אלמלא הסיכונים המיוחדים הנגזרים משירות הביטחון בו חויבו על פי חוק.

העדפה זו מתבטאת בעיקר בקביעתו של הסדר סטטוטורי מעין-ביטוחי, בדמותם של דיני השיקום. בהסדר זה ביקש המחוקק "לקנות" מהחיילים את הסיכונים אותם כפה עליהם³, בעוד האזרח הניזוק אינו נהנה מהסדר דומה לגבי נזקים שונים העלולים להיגרם לו, אף אם חלקם נובעים מסיכונים הדומים במהותם לסיכונים בהם נתונים חיילים. כך, גם חייל אשר ניזוק בנסיבות אזרחיות, שלא במסגרת שירותו הצבאי, אינו נהנה מאותו הסדר סטטוטורי. חייל, אשר ניזוק בנסיבות אלה, עתיד למצוא את סעדיו

¹ על אף שמערכות דינים מסוג זה, קרי "מערכות מבוססות סיכון" (להבדיל מ"מערכות מבוססות אשם"), אינן מייחדות את הנפגעים בשירות צבאי. וראו למשל, חוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים, תשל"ה - 1975 (להלן: "חוק הפלת"ד").

² חוק זה הינו חוק יוצא דופן מבין חוקי השיקום, שכן הוא מעניק זכויות בגין פגיעות שנגרמו "שלא עקב השירות הצבאי", להבדיל מיתר חוקי השיקום, אשר לפיהם הקשר הסיבתי בין השירות הצבאי לבין הפגיעה הינו תנאי לזכאות. לשוני זה יש נפקות, עליה נעמוד בהמשך הדברים.

³ רשימה זו אינה רשימה סגורה והיא עשויה לכלול חוקים נוספים (ראו, למשל, הגדרת המונח "חוקי השיקום" בסעיף 1 לחוק שירות בטחון [נוסח משולב], התשמ"ו - 1986). יחד עם זאת, הדיון ברשימה זו יתמקד בשלושת החוקים הנ"ל, שהם הרלוונטיים לענייננו.

³ יחד עם זאת, חשוב לציין כי ההסדר אינו גורף ומוחלט ואינו מכסה את כל הסיכונים ואת כל הנזקים. לדוגמא, חוק הנכים קובע דרישת סף כי לנפגע נקבעה נכות בדרגה של 10%, כתנאי לתשלום תגמולים לפי החוק. מי שנגרמה לו נכות בדרגה נמוכה יותר אינו זכאי לאותם תשלומים, ויצטרך לבחון חלופות אחרות לשיפוי.

במסגרת הדין האזרחי הכללי ככל אדם אחר⁴, שכן בנסיבות רגילות אין דינו של ניזוק שהוא חייל שונה מדינו של ניזוק שאינו חייל. בהעדר קשר שנקבע בדין לשירות הצבאי, בידי שניהם האפשרות לתבוע בנזיקין זה את זה ואין לעובדת היותו של המזיק ו/או הניזוק חייל כל השפעה על היחסים המשפטיים ביניהם. מצב זה שונה בתכלית, כאמור, כאשר הנזק נגרם בשירות צבאי.

ואמנם, השירות הצבאי טומן בחובו סיכונים ייחודיים לא מעטים. כך, למשל, חייל המשרת במוצב הנתון תחת הפגזה חשוף לסיכון הכרוך בפגיעת פגז, שמיעתם של חיילים המשרתים בבסיס חיל אוויר חשופה לשאון המטוסים הממריאים והנוחתים, חייל המשתתף במבצע צבאי חשוף עצמו לסיכון שילקה בהלם קרב, וכיו"ב סיכונים המהווים חלק בלתי נפרד מהשירות הצבאי. ריבוי הסיכונים וחומרתם יוצרים תחושה של ממש כי אין לך סיכון הכרוך בשירות צבאי, ומכאן גם שאין לך נזק כזה, אשר אינו נובע מהשירות הצבאי. משכך, ניתן לכאורה להכליל ולומר שאין לך נזק הכרוך בשירות הצבאי שאינו ראוי לחסות תחת ההסדר המעין-ביטוחי הקבוע בחוקי השיקום. הדברים מקבלים משנה תוקף לאור ההסדר בדין הכללי המגביל את האחריות הנזיקית של המדינה ושל שלוחיה בגין "פעילויות שלטוניות מובהקות"⁴.

קו מחשבה זה מניח, אם כן, כמצב מובן מאליו, מידה מסוימת של תלות בין החייל, לאורך שירותו הצבאי, לבין מערכת דיני השיקום. זאת, במובן זה שאין מערכת דינים זולת מערכת מעין-ביטוחית זו, אשר יש בכוחה לספק סעד נאות לחייל במצב של נזק שנגרם לו כתוצאה משירותו הצבאי⁵. דהיינו, החייל החשוף לשורה של סיכונים הייחודיים לשירות הצבאי "מתוגמל" במערכת דינים המגלמת התייחסות מועדפת של המחוקק כלפי אותם סיכונים. ברצותו יבחר החייל לממש את זכויותיו על פיה, ברצותו

⁴ יחד עם זאת, ראו להלן הערה 16.

⁴ ראו "גלעד", "האחריות בנזיקין של רשויות ציבור ועובדי ציבור" משפט וממשל ב' (תשנ"ה) 339.

⁵ תלות זו נותרת בעינה גם בהתחשב בשתי חלופות נוספות העומדות בפני החייל הניזוק. הראשונה, תגמולים לפי חוק הביטוח הלאומי [נוסח משולב], התשנ"ה – 1995. השניה, תגמולים לפי הסדרי הביטוח השונים לחיילים הקבועים בפ"מ 35.0203, פ"מ 36.0209, ובחוק שירות הקבע בצבא-הגנה לישראל (גמלאות) [נוסח משולב], תשמ"ה – 1985, בהתייחס למשרתי קבע. לפי החלופה הראשונה, גם באותם מקרים המאפשרים מתן תגמולים לחיילים, הרי שהסכומים המתקבלים הם זעומים באופן יחסי. החלופה השנייה – עיקר תכליתה תמיכה בשאירים של חיילי צה"ל, כך שאינה מתייחסת לזכויות החיילים עצמם כניזוקים, ולפיכך חורגת ממסגרתה של רשימה זו.

יממש זכויותיו על פי דיני סעד אחרים⁶, אך כיוון שמצבו המשפטי על פי מערכת דיני הסעד הייחודית לו נראה עדיף ומותאם לצרכיו, הרי שבלעדיה נותרים לכאורה הסיכונים הייחודיים המוטלים עליו ללא מערכת סעד ומענה מתאימים.

כפועל יוצא של גישה זו, וכשם שה"מדינה" רואה לעצמה חובה להושיט סעד מיוחד לחייל הניזוק בגופו בתקופת שירותו הצבאי ובעקבותיו, כך אין היא רואה לעצמה חובה דומה להושיט לו סעד מיוחד במקרה שרכושן ניזוק בתקופת שירותו הצבאי ובעקבותיו. הסיבה לכך ברורה על פניה. בעוד שחיילים נדרשים להקריב את שלמות גופם ואף את חייהם בשעת הצורך⁷, אין הם נדרשים, לפחות לא באופן פורמלי, להקריב את רכושם הפרטי. כלומר, הקשר הסיבתי שבין השירות הצבאי לבין הפגיעה ברכושו של החייל נשלל א-פרוורית⁸.

הרציונל העומד בבסיס דיני השיקום מניח, אם כן, כי השאלות המשפטיות המוסדרות על ידי דינים אלה אינן מוסדרות על ידי ענף משפטי אחר. למצער, מניח הרציונל כי ככל שהשאלות מוסדרות על ידי דינים אחרים (כגון, חוק הביטוח הלאומי ופקודת הצבא⁹), הרי שאין בהסדרים הקבועים בדיני השיקום אלא כדי להיטיב עם הניזוקים. משכך, מתקבלים ההסדרים המשפטיים הקבועים בדיני השיקום כהסדרים ייחודיים, הולמים ורצויים לבעיות וסיכונים ייחודיים הכרוכים בשירות הצבאי.

דא עקא, שלא כל הסיכונים הכרוכים בשירות הצבאי הם בהכרח גם סיכונים הייחודיים לשירות הצבאי או נובעים ממנו. קיים מגוון רחב של סיכונים והתנהגויות, אשר על אף שהם גורמים נזק למצויים בשירות הצבאי, ניתן לאבחנם ולאפיינם מבחינה משפטית באמצעות מערכות דינים נוספות, מעבר למערכות הדינים הנזכרות לעיל. לדוגמה, חייל הנפגע כתוצאה מתכנון וביצוע לקויים של אימון חוסה תחת דיני השיקום, אך בה במידה ברור כי לפחות על פי הדין המצוי חלים דיני העונשין על המקרה ובנסיבות המתאימות יישאו הגורמים המתאימים באחריות פלילית¹⁰. באופן דומה, ניתן לאפיין את אותה מערכת עובדות באמצעות דיני הנזיקין¹¹, ומבחינה עיונית ניתן יהיה להחיל על אותה

⁶ראו הערה 5.

⁷חוק השיפוט הצבאי, תשט"ו – 1955, סעיף 19, סעיף 20א; פקודת צבא הגנה לישראל, התש"ח – 1948, סעיף 3; פ"מ 33.0915.

⁸פ"מ 35.0223, סעיף 1; אך ראו חריג לאמור שם, סעיף 2.

⁹ראו הערה 5.

¹⁰ראו, למשל, 1/94מ, 7/93מ, 193/94ע.

¹¹לצורך העניין, אם הפרשות האמורות בהערה 10 נסבו סביב סעיף 304 לחוק העונשין, תשל"ז – 1977 (עבירת גרימת מוות ברשלנות), הרי שאין מניעה עקרונית, לפחות מן הבחינה

מערכת עובדתית מערכות דינים נוספות ככל שהן קיימות וככל שהן חלק מן הדין הנוהג בישראל¹².

אפיונה של סיטואציה עובדתית נתונה באמצעות מערכת דינים פלונית או אלמונית הוא, אם כן, פונקציה של חליצת העובדות הרלוונטיות למערכת הדינים ובחינת התאמתן לדרישות הדין להקמת זכות, חובה, פטור וכיו"ב. אפיון הסיטואציה אינו נוגע לשאלת היחס בין מערכות הדינים הנדונות. יחס זה, אשר יכול ללוש צורות שונות, הינו נושא להסדר משפטי עצמאי, אשר לעתים דומה כי נדחק הוא לדיון צדדי. זאת, על אף שבדין כי לפחות מבחינת בעל הזכות אין די בכך שקיימת מערכת דינים כלשהי המעניקה לו זכויות. לא פחות חשובה, מבחינת בעל הזכות, זהותה של מערכת דינים זו וטיב הזכויות הנגזרות ממנה. ואם קיימת יותר ממערכת דינים אחת כזו, אזי יש חשיבות לשאלת מעמדו של בעל הזכות בכל אחת מאותן מערכות דינים, כמו גם לקיומה של זכות ברירה בין המערכות, במידה שאכיפת הזכויות מוגבלת בסף כלשהו, וכיו"ב שאלות אשר אינן נוגעות לדין ספציפי כזה או אחר אלא לתווך שבין מערכות דינים שונות.

מטרת רשימה זו היא לעמוד על ההסדר המשפטי הקיים ועל זה הרצוי בכל הנוגע ליחס שבין דיני השיקום לבין דיני הניזוקין, ככל שהדבר נוגע למצבו המשפטי של חייל הניזוק בשירות צבאי. דהיינו, אימתי זכאי חייל הניזוק בשירות צבאי לתבוע זכויותיו על-פי דיני הניזוקין, וכיצד עולה זכותו זו עם זכויותיו לפי דיני השיקום. למען הסר ספק, השאלה אינה מתעוררת כלל כאשר מדובר בנזקים הנובעים מסיכונים הייחודיים לשירות צבאי באופן מובהק, שכן אז ממילא הרלוונטיות של דיני הניזוקין הינה מופחתת¹². יתר על כן, במקרים אלה, או לפחות במרביתם, מדובר בנזקים הנגרמים בשל השירות הצבאי, כלל לא ניתן לאתר גורם אחראי להם¹³, וגם אם ניתן לאתר גורם כלשהו, הרי שהתנהגותו לא

העיונית, לאפיין את אותן פרשות בדיוק על-פי סעיפים 35 ו-36 לפקודת הניזוקין [נוסח חדש] והפסיקה הרלוונטית להם.

¹² כאשר המחוקק היה מעוניין כי בסיטואציה עובדתית נתונה תחול דווקא מערכת דינים פלונית ולא מערכת דינים אלמונית הוא קבע זאת במפורש (ראו, למשל, סעיף 8 לחוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים, תשל"ה – 1975), וגם כאשר היה מעוניין כי בסיטואציה עובדתית נתונה תחול רק אחת מבין כמה מערכות דינים קבע הסדר מפורש בעניין (ראו, למשל, סעיפים 171 ו-172 לחוק השיפוט הצבאי, תשט"ו – 1955).

¹² וראו ע"א 915/91 וערער שכנגד **מדינת ישראל נ' לוי**, פ"ד מח(3) 45. כמו כן, ראו י' גלעד, הערה 44 **לעיל**, לסקירת ההלכות בעניין זה בישראל ובדין המשווה.

¹³ למשל, ניתן לומר לכאורה שמצבו המשפטי של חייל שביצע את שירותו הצבאי בסוללת תותחנים, ושעקב כך נפגעה שמיעתו, אינו מעורר את השאלה. אותו חייל ימצא את תרופתו, ככל הנראה, במסגרת דיני השיקום.

תוכר כעוולה על-פי דיני הנזיקין¹⁴. השאלה גם אינה מתעוררת באותם מקרים בהם אין תחולה לדיני השיקום, למשל, כאשר הנזק שנגרם לחייל הוא בגדר נזק רכוש, כמוסבר לעיל.

השאלה מתעוררת באותם מקרים בהם יש רלוונטיות הן לדיני השיקום והן לדיני הנזיקין, והחייל הניזוק מעוניין לממש את זכויותיו לפי שתי מערכות הדינים.

2. אחריותם הנזיקית של המדינה ושלוחיה כלפי ניזוקים בשירות צבאי - נזקים שדיני השיקום אינם חלים עליהם כאבן בוחן

2.1 כללי

כאמור, שאלת היחס בין דיני הנזיקין לבין דיני השיקום אינה מתעוררת, בין היתר, כאשר הנזק שנגרם לחייל הוא בגדר נזק רכוש, שכן דיני השיקום אינם מסדירים סעד לחייל במקרה כזה¹⁵. יחד עם זאת, ודווקא משום כך, יכולה קטגוריית נזקים זו להוות אבן בוחן טובה למעמדו של החייל כניזוק באותם מקרים בהם נתקיימו יסודותיה של עוולה נזיקית כזו או אחרת והחייל מעוניין לתבוע זכויותיו דווקא על-פי דיני הנזיקין, במנותק משאלת זכאותו לסעד לפי מערכת אחרת. לצורך מתן תשובה לשאלה, יש לבדוד את דיני השיקום מהדיון, בשלב זה, ולבחון אם חל על החייל, בנסיבות אלה, דין מיוחד, או שמא דינו כדין כל אדם המעוניין לתבוע בנזיקין בגין נזקי רכוש או בגין נזקים אחרים שדיני השיקום אינם חלים עליהם.

במקרה הרגיל, ניזוק אשר סבל נזק, ונזק רכוש בכלל זה, כתוצאה מעוולה נזיקית של גורם כלשהו זכאי להיפצע ממנו בגין נזקיו, וזאת על-פי דיני הנזיקין הכלליים. לעומת זאת, מצבו המשפטי של מי שניזוק מעוולת המדינה או שלוחיה, ולעניין זה אין אבחנה בין ניזוק שהוא חייל לבין ניזוק שאינו חייל, שונה במקצת. להלן נעמוד בקצרה על שוני זה¹⁵ כבסיס להמשך הדיון במעמדו של החייל כניזוק, אשר יש לבחנו לאור אפשרויות

¹⁴ הדבר נובע, כמובן, מן הטעם שאחריות מוחלטת בנויקין הינה חריג. בדרך כלל, יידרש התובע להוכיח את אחריותו של הנתבע, וסביר להניח כי יתקשה לעשות זאת כאשר מדובר בהתנהגות אשר אינה נתפסת כעוולה על-פי דיני הנזיקין הקלאסיים.

¹⁵ חוק הנכים מתייחס ל"נכות"; חוק משפחות חיילים – ל"מוות"; חוק חבלה שלא בעת מילוי תפקיד – ל"חבלה".

¹⁵ לדיון נרחב ראו א' רובינשטיין, ד' פרידמן, "אחריות עובדי ציבור בנזיקין" הפרקליט כא (תשכ"ה) 61, א' ברק, דיני הנזיקין בעריכת ג' טדסקי (מהדורה שניה, 1977) 381 – 432, יובל

התביעה העומדת לרשותו במידה וניזוק בשירותו הצבאי. הדיון מתמקד במדינה ובשלוחיה כמזיקים הן מן הטעם שאלה המזיקים השכיחים ככל שמדובר בנזקים הנגרמים בשירות צבאי, והן מן הטעם שכאשר מדובר במזיק "פרטי" אין כל הגבלה על אפשרויות התביעה של החייל הניזוק, כאמור¹⁶. מקרים אלו, בהם נגרם לאדם נזק כתוצאה מעוולת המדינה או שלוחיה, הם המקרים המעמידים במלוא חריפותה את הבעייתיות שבמעמדו של החייל הניזוק בהשוואה לניזוקים אחרים ביחס לאותה אוכלוסיית מזיקים.

הבסיס לדיון שיונה, אם כן, להלן מתייחס לאוכלוסיית מזיקים ייחודית, המדינה ושלוחיה. ואולם, ייחודם של המדינה ושלוחיה כמזיקים, כפי שיפורט, אינו מתבטא רק ביחס לאוכלוסיית הניזוקים הנדונה, אלא כלפי כולי עלמא. בסיס זה ישמש אותנו לאחר מכן, בבחינת יחסו של הדין כלפי אוכלוסיית הניזוקים הנדונה. יחס, אשר כפי שעוד נראה, אינו כאל יתר האוכלוסיות הניזוקות על ידי המדינה ושלוחיה. כמו כן, נעמוד על יחס מיוחד זה, השלכותיו והצדקותיו.

2.2 אחריות המדינה - הדין המצוי

פקודת הניזקין¹⁷, שמקורה ההיסטורי הוא בפקודת הניזקים האזרחיים המנדטורית משנת 1944¹⁷, משקפת את עמדתו המסורתית של המשפט המקובל האנגלי המעניקה חסינות מלאה לכתר מפני תביעות נזיקין, בבחינת *The King can do no wrong*. כבר במאה ה-13, בימיו של המלך הנרי ה-3 (1216-1272), השתרשה דוקטרינה לפיה המלך אינו יכול להיתבע בבתי המשפט שלו עצמו, וזאת בשל מעמדו הרם והנישא¹⁸. במרוצת השנים, על אף שהמדינה המודרנית החליפה את הריבון היחיד, לא השתנתה הדוקטרינה.

דותר, "האחריות בנזיקין של עובד-ציבור המפעיל סמכויות של שיקול דעת" **משפטים** טו (תשמ"ו) 245, י' גלעד, הערה 4 **לעיל**.

¹⁶ בהקשר זה, מן הראוי לציין כי כאשר חייל ניזוק על ידי מזיק "פרטי", אך בנסיבות שיש בהן כדי להקים תביעה לפי דיני השיקום, בכל זאת קיימת הגבלה מסוימת על אפשרויות התביעה של החייל הניזוק. במצב כזה, על החייל הניזוק יהיה לבחור באחת מבין שתי מערכות הדינים הרלוונטיות, ולא יוכל לממש זכויותיו לפי מערכת אחת (דיני השיקום) ולאחר מכן לנסות להשלים את הפיצוי עד כדי מלוא נזקו לפי המערכת האחרת (דיני הניזקין). מצב זה שונה ממצבם של ניזוקים שדיני השיקום אינם חלים עליהם, דהיינו ניזוקים שאינם חיילים. סוגיה זו אף היא אינה נקיה מקשיים ובעיות, אך הדיון בה חורג ממסגרת רשימה זו.

¹⁷ פקודת הניזקין [נוסח חדש], תשכ"ח – 1968. (דמ"י 10, עמ' 266).

¹⁸ ע"ר 1592, תוס' 2, עמ' 981.

¹⁸ זאת, על אף שניתן היה לתבוע אישית את שלוחי המלך.

יחד עם זאת, הדגש ברטוריקה של הדוקטרינה השתנה, והתבסס על הפרדוקס הגלום באפשרות שתוגש תביעה נגד אותה רשות שיצרה את זכות התביעה, אף כי ניתן להכיר, מבחינה מושגית, בכך שהריבון יעוול. מן הבחינה הרעיונית חלה, אם כן, מגמה של כרסום מסוים בעוצמתה של חסינות הריבון כחסינות מהותית (*substantive immunity*), אלא שהדין עצמו לא השתנה ותביעות נגד הריבון האנגלי המשיכו להידחות באותו אופן.

דין זה, כמו דינים רבים אחרים, המשיך לחול במדינת ישראל גם לאחר סיום המנדט האנגלי. בפועל אמנם שילמה מדינת ישראל הצעירה תשלומי חסד, לפנים משורת הדין, לניזוקים מעולותיה¹⁹, אולם הממשלה סירבה ליזום שינוי בחוק בכיוון של הטלת אחריות משפטית בנזיקין על המדינה, מתוך חשש כי, לפחות בשנותיה הראשונות, לא תוכל לעמוד במעמסה הכספית שיטיל עליה שינוי כזה, בעיקר משום חוסר הניסיון של פקידה ושלוחיה²⁰.

¹⁹להלן דברי שר המשפטים, דב יוסף, בכנסת, בקריאה הראשונה של חוק אחריות המדינה (דברי הכנסת, כרך 12, עמ' 2112):

"עם קום המדינה חשבה הממשלה, כי לא יהיה זה מן התבונה לפתוח פתח לתביעות ללא הגבלה מתוך מחשבה שהמדינה היא גוף עשיר שטוב לתבוע ממנו על כל דבר. הפקידים ועובדי המדינה לא היו אז מנוסים למדי ואי אפשר היה לקבל אחריות לכל מעשיהם. אולם לאחר זמן-מה, כאשר הממשלה הבינה כי לא ייתכן שאיש שסבל נזק לא ימצא אוזן קשבת, היא הקימה שתי ועדות שבדקו כל מקרה של גרימת נזק, ובמקרה שהוועדה מצאה שיש צדק בתביעה וכי מן היושר הוא שהממשלה תישא באחריות בעד נזקים שנגרמו, היא היתה ממליצה והאוצר היה משלם נזקים."

²⁰ראו דברי החסבר להצעת חוק הנזיקים האזרחיים (אחריות המדינה), תשי"ב – 1952 (ה"ח 108, תשי"ב, עמ' 166). למען הנוחיות, להלן עיקרי הדברים:

"בתוקף פקודת הנזיקים האזרחיים, 1944, ופקודת המשפטים הממשלתיים, ניתנת למדינה חסינות מפני תביעות בדיני נזיקין. לפיכך אי אפשר, למשל, להגיש משפטים נגד המדינה על נזקי גוף או נזקי רכוש שנגרמו על ידי עובדיה, ובכלל זה חיילים, תוך מילוי תפקידם... החוק המוצע בא להנהיג שינוי יסודי במצב החוקי הקיים, בהטילו על המדינה אותה מידה של אחריות למעשי זולתה שבה נושא אדם רגיל לרבות גוף משפטי. היקף האחריות הזאת נקבע בסעיפים 11 ו- 12 לפקודת הנזיקים האזרחיים, 1944... החוק המוצע מבטיח, אפוא, כי, בתחומי האחריות הכללית למעשי הזולת החלה על כל אדם, תוכל אף המדינה להיתבע לדין; והסובל נזק מחמת עשייה או חדלה של פקיד,

מצב זה לא נמשך זמן רב. אחרי מספר שנים הגיעה ממשלת ישראל לכלל הכרה כי הטלת אחריות על המדינה לא תפגע בניהול השלטון, ואף לא תטיל מעמסה כספית כבדה מדי על אוצר המדינה. על כן, בשנת 1952 הוגשה הצעת חוק מתקדמת לפיה דין המדינה כדין כל אדם האחראי בנוזיקין למעשי זולתו לפי סעיפים 11 ו-12 לפקודת הנזיקים האזרחיים, 1944²¹, וזאת כלפי כל הניזוקים הפוטנציאליים ללא קשר לטיבם ולמעמדם. הצעת החוק הממשלתית הגיעה לדינונים בוועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת, וביום 31.3.52 נכנס לתוקפו חוק הנזיקים האזרחיים (אחריות המדינה), תשי"ב – 1952²² (להלן: "חוק אחריות המדינה"). החוק קבע את העיקרון, המבוסס אמנם על הצעת הממשלה, כי "דין המדינה, לעניין אחריות בנוזיקין, כדין כל גוף מאוגד"²³, אך בשונה מהצעת הממשלה,

חייל או אדם אחר שהמדינה אחראית לו בהתאם לאמור, יוכל להשיג את הפיצוי המגיע לו בדרך המשפטית הרגילה, בזכות ולא בחסד" (ההדגשות שלי – ע"ש').

²¹"לענין הסעיפים 11 ו-12 לפקודת הנזיקים האזרחיים, 1944, דין המדינה כדין כל אדם האחראי, לפי אותם סעיפים, לעשייה או לחדלה של זולתו" – סעיף 1 להצעת חוק הנזיקים האזרחיים (אחריות המדינה), תשי"ב – 1952 (ה"ח 108, תשי"ב, עמ' 168). סעיפים אלו מקבילים בתוכם לסעיפים 12 – 16 של פקודת הנזיקין (נוסח חדש), המגדירים, כאמור, בין היתר, את היקף אחריותו הנוזיקית של אדם למעשי הזולת. שר המשפטים, דב יוסף, עמד על כוונת הממשלה בהבאת ההצעה לקריאה ראשונה בכנסת (שם, עמ' 2112 ו-2117):

"לאחר שראינו שלמעשה אין זה מטיל מעמסה גדולה על אוצר המדינה, באנו למסקנה שלא יהיה זה נכון להשאיר את הממשלה במצב של מיוחס בנידון זה, כי על-ידי כך אולי נגרם אי-צדק ליחיד. לכן אנו מציעים בחוק להטיל על הממשלה אותה מידה של אחריות שבה נושא איש פרטי במדינה, והיא תצטרך לעמוד בדיון אם תבוא תביעה לנזק שנגרם למישהו על-ידי אחד מעובדיה במילוי תפקידו ובמסיבות שהממשלה אחראית למעשיו... עד היום היה המצב כזה, שבכלל אי-אפשר היה לתבוע מהממשלה תשלום נזיקים. עכשיו אנו באים ואומרים: בשטח מסויים, שהוא שטח רחב למדי, אחראית המדינה כאחריות איש למעשי זולתו כלפי אדם שלישי... אין החוק הזה בא לבטל לגמרי את ההגבלה, הוא בא להעמיד את הממשלה במצבו של הפרט בשטח מסויים של החוק, וזאת אפשר לעשות רק בצורה שעשינו... הסעיפים 11 ו-12 של חוק הנזיקים מפרשים באילו נסיבות יכול הפרט לתבוע נזיקים מפרט אחר. אנו אומרים: באותן הנסיבות יוכל לתבוע נזיקים גם מהממשלה." (ההדגשות הוספו – ע"ש')

²²ס"ח 109, תשי"ב עמ' 339.

²³חוק אחריות המדינה, סעיף 2. שלא במקרה, נוסח סעיף זה דומה לנוסח סעיף 1 להצעת החוק (ראו הערה 21).

נקבעו לכלל זה מספר חריגים מהותיים, אשר יפורטו בהמשך²⁴. חריגים אלו כרסמו בכלל המקורי שהטיל על המדינה אחריות רגילה בנוזיקין, ללא קשר לעוולה שביצעה (או שביצעה שלוחה) וללא קשר לטיבו ולזהותו של הניזוק.

2.2.1 הכלל

כאמור, הכלל הבסיסי הנוהג בדיני הנוזיקין הכלליים לגבי אחריות אדם (לרבות תאגיד) למעשי זולתו אומץ, בעקבות הצעת הממשלה, לתוך חוק אחריות המדינה. על-פי כלל זה, אחריות המדינה בנוזיקין נחלקת לשלושה סוגים עיקריים. האחד, **אחריות למתן הוראה לביצוע מעשה נזיקין או אשרורו**²⁵; השני, **אחריות בשל חובה שהמדינה חבה כלפי הניזוק**²⁶; והשלישי, **אחריות לעוולות הזולת**.

בעוד ששני סוגי האחריות הראשונים עוסקים באחריות אישית של המדינה בנוזיקין²⁶, אם בגין חבות ישירה ואם בגין הוראה לביצוע עוולה או אשרורה, סוג האחריות השלישי²⁷ עוסק באחריות שילוחית של המדינה לעוולות שלא היא ביצעה ואף לא הורתה לבצע או אשררה את ביצוען²⁸. כלל בסיסי זה לא השתנה חרף החריגים שנוספו להצעת החוק המקורית.

2.2.2 סעיף 24

²⁵ וראו פקודת הנוזיקין [נוסח חדש], סעיף 13(א). במקרים אלה מדובר, למעשה, על נטילת אחריות מצד אורגן של המדינה על עוולת הזולת, בדרך של הוראה לביצוע העוולה או אשרורה, ותהא העוולה אשר תהא. מכאן, שהאחריות, אם תקום, היא אחריות אישית. יחד עם זאת, בהעדר הוראה או אשרור, לא תקום האחריות והמעוול ישא באחריות לבדו בכפוף לדין הכללי ולפטורים שונים המוענקים לו.

²⁶ במסגרת קבוצה זו ניתן למנות עוולות מסוגים שונים המטילות חובה ישירה על המדינה כלפי הניזוק, כגון רשלנות, מטריד, הפרת חובה חקוקה במקרים המתאימים, וכיו"ב. בהתקיים עוולה מסוג זה, תוטל על המדינה אחריות בנוזיקין ללא קשר לשאלת אחריותו של המעוול הישיר.

²⁶ ואחריות בגין עוולת אורגן של תאגיד בכלל זה. ואולם, על פי ההלכה הפסוקה רק בעל תפקיד בכיר נחשב כאורגן של הרשות הציבורית (ע"א 358/63 **מדינת ישראל נ' שורץ**, פ"ד יז 2894, 2900).

²⁷ קיימים שלושה תנאים מצטברים אשר קיומם נדרש על מנת לבסס סוג זה של אחריות: ביצוע עוולה, קיום יחס של מעביד-עובד או של מרשה-מורשה בין המדינה לבין המעוול, ביצוע עוולה, וביצוע עוולה במהלך עבודתו של המעוול ובמסגרת ביצוע פעולות שהוא הוסמך לבצע עבור המדינה.

²⁸ יש לציין כי לגבי עוולות התקיפה, כליאת השווא והנגישה נקבע בפקודת הנוזיקין כי אין אחריות שילוחית בניגון, אלא אם המעביד-המרשה הורה במפורש על ביצוע העוולה או אשרר אותה. כך, למשל, אם חייל מבצע מאסר שווא, אין הניזוק רשאי לתבוע את המדינה בגין

2.2.2 החריגים

בצד החלוקה האמורה של אחריות המדינה, כתאגיד, לשלושה סוגים, העדיף המחוקק שלא להשוות לחלוטין את מעמדה של המדינה כמזיקה למעמדו של התאגיד כמזיק. אמנם סעיף 2 לחוק אחריות המדינה, השאוב מהצעת החוק הממשלתית המקורית, טובע נוסחה מתקדמת לאחריות המדינה כמזיקה, אולם המחוקק הוסיף לכלל האמור, לאחר דיונים בוועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת, אי אלו סייגים וחריגים, אשר מרככים במידה לא מבוטלת את השלכות הצעתה המקורית של הממשלה.

להלן סוגי החריגים, אשר ניתן לחלקם לחמש קטגוריות עיקריות, בהתקיים פטורה המדינה מאחריות נזיקת גם מקום ש"כל גוף מאוגד" היה נושא באחריות בגינם:

(א) מעשה בתחום הרשאה חוקית²⁹

(ב) לשון הרע³⁰

(ג) פעולה מלחמתית³¹

(ד) חבלה או מוות בתקופת שירות צבאי ועקב שירות צבאי³²

אחריותה השילוחית למעשיו (סעיף 28 לפקודת הנויקין; ע"א 358/63 מדינת ישראל נ' שוורץ, פ"ד יז 2894).

²⁹ אין המדינה אחראית בנויקין על מעשה שנעשה בתחום הרשאה חוקית, או תוך שימוש מדומה בתום לב בהרשאה חוקית, אולם אחראית היא על רשלנות שבמעשה (ראו סעיף 3 לחוק אחריות המדינה). כדבריו של ח"כ ז' ורהפטיג בדיון בכנסת לקראת הקריאה השניה והשלישית של החוק, חריג זה מצמצם במידה רבה את המקרים שבהם תוטל אחריות על המדינה, שכן נטיית בתי המשפט היא לראות בפעולות הנעשות על ידי פקידי המדינה בשם המדינה כפעולות חוקיות או, למצער, כפעולות בלתי חוקיות הנעשות בתום לב מתוך סברה כי מדובר בפעולות חוקיות. יצויין, כי קיימת הצעה (הצעת חוק לתיקון פקודת הנויקין (אחריות עובדי ציבור), התשנ"ו – 1996) לבטל חלופה אחרונה זו, כך שהסייג לא יכלול גם שימוש מדומה בהרשאה חוקית.

³⁰ סעיף 4 לחוק אחריות המדינה.

³¹ אין המדינה אחראית לעוולה בשל מעשה שנעשה על ידי פעולה מלחמתית של צה"ל. לשם הכרעה אם פעולה היא מלחמתית יש לבחון את יסוד הפעולה, לא את יסוד המלחמה. אם בפעולה ניכרים סימני ההיכר של לחימה, אם היא פעולה שנוהגים או רגילים לבצע תוך כדי לחימה, כי אז היא מלחמתית, ואין נפקא מינה אם מתנהלת מלחמה אם לאו (ע"א 311/59 מפעל תחנות הטרקטורים בע"מ נ' בן יוסף, פ"ד יד 1609).

ה) הוראות חוק מיוחדות המגבילות או השוללות את אחריות המדינה

מקטגוריות אלו עולה כי רק קטגוריה ד' (חבלה או מוות בתקופת שירות צבאי ועקב שירות צבאי) רלוונטית אך ורק למצבים בהם נגרם לניזוק נזק גוף ולניזוקים שהם חיילים. יתר הקטגוריות רלוונטיות הן לגבי ניזוקים שהם חיילים והן לגבי ניזוקים שאינם חיילים, הן לגבי נזקי גוף והן לגבי נזקי רכוש³³. נוסף על כך, לא למותר לציין כי גם קטגוריה ד', המתייחסת לנזקי גוף, אינה מונעת מהחייל תביעה בנזיקין בגין ראשי נזק אחרים. כך, למשל, אם בשל עוולה מסוימת סובל החייל נזק גוף וגם נזק רכוש, כי אז תחול קטגוריה ד', אולם הפטור הניתן בגינה הינו רק בגין "חבלה, מחלה, החמרת מחלה או מוות", ולא בגין נזקי הרכוש.

מכל מקום, משמעות הדברים היא כי גם במצבים, אשר נופלים למסגרת אחת הקטגוריות הנ"ל, בהם נגרם לניזוק נזק רכוש, אין מעמדה של המדינה כמזיקה זהה למעמדו של "כל גוף מאוגד" כמזיק. זאת, על אף שבמצבים אלה לא קיימת מערכת דינים חלופית כלשהי אשר הניזוק יכול למצוא במסגרתה סעד מקום שדיני הנזיקין אינם אכיפים בשל החריגים המנויים לעיל. כלומר, ככל שמדובר בנזקים הנכנסים לגדר קטגוריה ד' קיימת לפחות מערכת דינים חלופית (דיני התגמולים והשיקום) במסגרתה יכול הניזוק למצוא סעד, אולם בכל יתר קטגוריות הפטור לא זוכה הניזוק למענה כלשהו, בין אם הוא חייל ובין אם לאו. המסקנה המתבקשת היא ברורה. מצב דברים זה, בו מוענק למדינה פטור מאחריות נזיקית במקרים של מוות או חבלה בתקופת שירות צבאי ועקב שירות צבאי, אינו פועל יוצא של קיומם של דיני התגמולים והשיקום. דהיינו, כשם שיתכן מצב בו יש למדינה פטור מאחריות נזיקית בנסיבות מסוימות מבלי שתימצא מערכת דינים חלופית המותאמת לאותן נסיבות בדיוק³⁴, כך יתכן מצב בו אין למדינה פטור מאחריות נזיקית בנסיבות אחרות חרף קיומה של מערכת סעד מעין-ביטוחית החלה באותן נסיבות.

על פי הדין הקיים, אמנם יש למדינה פטור מאחריות נזיקית בנסיבות המקימות לניזוק זכויות לפי דיני השיקום, אך קיימות גם דוגמאות אחרות. למשל, המדינה עשויה לחוב בנזיקין כלפי ניזוק שאינו חייל, אם נפגע על ידי עובד מדינה בנסיבות מסוימות, ובה בעת, באותן נסיבות, ליתן לו סעד מכוח חוק הביטוח הלאומי [נוסח משולב], התשנ"ה –

³² סעיפים 6 ו-7 לחוק אחריות המדינה וכן סעיף 22(ב) לחוק הפלתי"ד.

³³ אם כי מובן כי עיקר חריג "לשון הרע" עניינו בנזקי רכוש.

³⁴ בהקשר זה, קיומן של מערכות סעד חלופיות, כגון חוק הביטוח הלאומי, חוק התגמולים לנפגעי פעולות איבה וחוק מס רכוש וקרן פיצויים, אמנם משפר במידת מה את המצב, אך אינו מכסה את כל המקרים האפשריים בהם ניתן למדינה פטור מאחריות נזיקית.

1995. גם אם הניזוק עצמו הוא עובד מדינה, הניזוק על ידי עובד מדינה אחר, קיימות נסיבות בהן יקומו לו זכויות לגמלאות מכוח חוק שירות המדינה (גמלאות) [נוסח משולב], תש"ל – 1970. אפילו מחייל, בשירות קבע בצה"ל, אשר נפגע בנסיבות המקנות לו זכויות לפי חוק שירות הקבע בצבא הגנה לישראל (גמלאות), תשמ"ה – 1985, לא נשללות הזכויות בנוזיקין כלפי המדינה³⁵, אף על פי שמצבו יהיה שונה בתכלית אם נפגע בנסיבות המקנות לו זכויות לפי דיני השיקום. התופעה השוללת מאדם, בנסיבות מסוימות, זכויות בנוזיקין תוך הסתפקות בהעמדת מערכת תגמולים אינה, אם כן, תופעה שכיחה ומתבקשת והיא טעונה הנמקות טובות ומשכנעות.

2.3 אחריות החייל המזיק - הדין המצוי

כבר בתקופת המנדט הבריטי השתרש בישראל הכלל לפיו אין מניעה עקרונית לתבוע בנוזיקין את שלוחי המדינה בכלל וחיילים בפרט. זאת, הואיל ושלוחי המדינה, להבדיל מהמדינה עצמה, אינם נהנים מהפריווילגיות וממעמדו המיוחד של המלך באנגליה.

בסעיף 7 לפקודת הנוזיקין³⁶ מצוי ההסדר הרלוונטי לעניין אחריותם של שלוחי המדינה שהם עובדי ציבור, ובכלל זה חיילים³⁷, או, ליתר דיוק, לעניין הגבלת אחריותם של אלה. מסעיף זה למדים אנו שני דברים חשובים על אחריותם של חיילים בנוזיקין:

(א) חייל אחראי תמיד אישית בנוזיקין בגין מעשה רשלנות.³⁸

³⁵ וראו ד"ר ג' קלינג "החייל בדיני הנוזיקין" הפרקליט לא 83, 88.
³⁶ סעיף 7 לפקודת הנוזיקין קובע:

"עובד ציבור אחראי לכל עוולה שעשה, ואם יתבע לדין על כך, יתבע אישית, אולם, מבלי לגרוע מכוחן של הוראות סעיפים 6 ו-8 תהיה לעובד הגנה בכל תובענה שאינה על רשלנות אם המעשה היה בתחום סמכותו כדן או שעשהו בתום לב כסבור שהוא פועל בתחום סמכותו כדן".

³⁷ לעניין דיני הנוזיקין, חייל הוא "עובד ציבור", וראו ע"א 338/60 **מדינת ישראל נ' מדר**, פ"ד טו 1569.

³⁸ ויודגש, אין מדובר בעוולת רשלנות בלבד, אלא בכל עוולה הנושאת אופי של התנהגות רשלנית ובלתי סבירה (וראו ע"א 337/81 **בוסקילה נ' מדינת ישראל**, פ"ד לח(3) 337).

ב) חייל אחראי בנוזיקין לכל עוולה אחרת (כגון תקיפה, כליאת שווא, שליחת יד, השגת גבול), אלא אם כן עשה את המעשה במסגרת סמכותו כדין, או עשהו בתום לב ובסכרו שהוא פועל בתחום סמכותו כדין.³⁹

סעיף זה תואם את סעיף 3 לחוק אחריות המדינה, הקובע כי המדינה (משרד הבטחון או צה"ל, לענייננו) אחראית בגין רשלנות שבמעשה, וכן כי אחראית היא בגין כל עוולה אחרת אם לא פעלה בתחום הרשאה חוקית או בתום לב תוך שימוש מדומה בהרשאה חוקית. דהיינו, מדובר בהסדר כללי המציג סימטריה בין המקרים בהם תהא המדינה אחראית בנוזיקין לבין המקרים בהם יחוב בנוזיקין שלוחה. על פני הדברים, אם כן, השניים בסירה אחת.

כפי שצוין לעיל⁴⁰, בצד העיקרון הכללי המשווה את דין המדינה לדין כל תאגיד, הוסיף המחוקק וקבע מספר חריגים, שהרלוונטיים לענייננו קבועים כאמור בחוק אחריות המדינה, הפוטרים את המדינה מאחריות נזיקית מקום שתאגיד היה חב בהם. לעומת זאת, החייל המזיק, שלוח המדינה, לא נהנה מלכתחילה מאותם פטורים נוספים, חרף ההתאמה שהייתה מונחת ביסוד הצעת החוק הממשלתית, ונותר במשך שנים ארוכות⁴¹, באותם מקרים בהם חלו חריגים אלו⁴², "בודד במערכה"⁴³. מבחינתו של החייל הניזוק הותר

³⁹ מזה שנים אחדות מונחת על שולחן הכנסת הצעת חוק לתיקון פקודת הנוזיקין (אחריות עובדי ציבור), התשנ"ו – 1996, המקפלת בתוכה, בין היתר, הצעה להקנות לעובד הציבור חסינות דיונית מפני הגשת תובענה על כל מעשה המקים אחריות בנוזיקין, שנעשה "תוך כדי מילוי תפקידו ברשות הציבורית", למעט מצבים של גרימת נזק בזדון או חריגה מודעת מהרשאה. על פי הצעה זו, יבוטל הכלל הקבוע בסעיף 7 לפקודת הנוזיקין, לפיו עובד ציבור אחראי תמיד אישית בגין מעשה רשלנות שלו (ובכך יתקבל מושגית מצב שבו רשלנות היא במסגרת "מילוי תפקידו" של עובד ציבור). יחד עם זאת, אם מעשה הרשלנות בוצע תוך סטייה חמורה מהתנהגות ראויה, והמדינה נמצאה אחראית בגין מעשה זה, רשאית היא לחזור אל העובד (החייל) בתביעת שיפוי.

⁴⁰ סעיף 2.2.2.

⁴¹ מאז קבלת חוק אחריות המדינה בשנת 1952.

⁴² למעשה, החריג היחיד לאחריות המדינה שהוחל בהתאמה גם על המזיק הפועל מטעמה היה החריג העוסק ב"מעשה בתחום הרשאה חוקית", שממילא חל על עובד הציבור מכוח פקודת הנוזיקין. במובן זה, חוק אחריות המדינה אך השווה את מעמדה של המדינה למעמדו של הפועל מטעמה, לאחר שקודם לכן הייתה למדינה חסינות כללית, והוסיף על כך חריגים נוספים וחדשים המתייחסים למדינה בלבד, בהתעלם מעובד הציבור. לחריגים אלו מתייחס האמור.

⁴³ אם כי המדינה נכנסת לנעליו של חייל שגרם נזק לאזרח תוך כדי מילוי תפקידו, ובלבד שלא פעל בזדון, הן בייצוגו ובטיפול בתביעות נגדו והן בתשלום הפיצויים (וראו פ"מ 33.0144). יחד עם זאת, מצב זה אינו גורע מהבעיה שכאשר האחריות הנוזיקית היא על המזיק הישיר, בעוד שהמדינה פטורה מאחריות, החייל המזיק למעשה נותר נתון לחסדיה של המדינה, ברצותה תסייע לו במצבו הקשה וברצותה תתנער מכל אחריות.

מצב זה מגוון מקרים בהם אין הוא יכול לתבוע את המדינה (חמש קטגוריות הפטור), אך יש בידו לתבוע את החייל המזיק (באותם מצבים אשר אינם נופלים לגדר "מעשה בתחום הרשאה חוקית" או שהם בגדר מעשה רשלנות)⁴⁴.

כך היו פני הדברים במשך כ- 30 שנה, עד אשר בשנת 1982 התפרסם פסק דינו המנחה של בית המשפט העליון בעניין ראונדנאף⁴⁵ (להלן: "פס"ד ראונדנאף"). בפסק דין זה נבחנה לראשונה בצורה יסודית הבעייתיות במעמדו של החייל כמזיק שנבעה מהמצב שתואר לעיל. המסכת העובדתית שנדונה הייתה פשוטה. המערער, מוריס ראונדנאף (להלן: "ראונדנאף"), נהג ברכב צבאי, בו נסעה גם המשיבה, אילנה חכים (להלן: "חכים"). הרכב היה מעורב בתאונת דרכים, בה נפגעה חכים. הן ראונדנאף והן חכים היו חיילים בזמן האירוע. חכים הוכרה, לבקשתה, כנכה לפי חוק הנכים, אך לא הסתפקה בתגמולי השיקום והגישה תביעת נזיקין נגד ראונדנאף ונגד המדינה לשם "השבת מצבה לקדמותו".

בית המשפט המחוזי⁴⁶ דחה את התביעה נגד המדינה, בין היתר בהסתמך על הוראת סעיף 6 לחוק אחריות המדינה⁴⁷. אולם, בהתייחס לתביעה נגד ראונדנאף קבע בית המשפט, כמתבקש מלשון החוק, כי לעובדי הציבור לא הוענקה ההגנה שהוענקה למדינה בסעיף 6 לחוק. זאת, על אף שהעיר כי המצב שבו חייל הפועל בתום לב מטעם המדינה חב בנזיקין בעוד המדינה שולחתו נהנית מפטור סטטוטורי אינו מצב רצוי מבחינה מוסרית וציבורית⁴⁸. בית המשפט העליון, ברוב דעות, הגיע למסקנה זהה, וקבע כי "כל מעוול – למעט המדינה במובן הצר – אחראי בנזיקין כלפי מי שניזוק 'בתקופת שירותו הצבאי עקב שירותו הצבאי'⁴⁹. יחד עם זאת, גם בית המשפט העליון היה ער למצבו הבעייתי של החייל המזיק במקרים בהם פטורה המדינה מאחריות בנזיקין, ואף הביע דעתו כי "מן

⁴⁴ מבחינתו של החייל המזיק היה המצב חמור אף יותר בכל הנוגע לתביעות לפי חוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים, תשל"ה - 1975, שכן חוק זה אינו דורש אף רשלנות מצדו של המזיק כתנאי להטלת חבות עליו.

⁴⁵ ע"א 507/79 ראונדנאף (קורן) נ' חכים, פ"ד לו(2) 757.

⁴⁶ ת"א (ב"ש) 419/77 חכים נ' ראונדנאף, (לא פורסם). פסק הדין של כב' השופט טירקל.

⁴⁷ "חבלה בתקופת שירות צבאי ועקב שירות צבאי" (ראו סעיף 2.2.2. לעיל).

⁴⁸ כתוצאה מכך, הגיעו הצדדים לידי הסכמה בדבר גובה הפיצויים שראונדנאף ישלם לחכים, בכפוף לתוצאות ערעור שהוגש לבית המשפט העליון.

⁴⁹ פס"ד ראונדנאף, בעמ' 804.

הראוי הוא, כי האחראים לכך ייתנו דעתם לבעיה תוך ניסיון למצוא לה פתרון חקיקתי נאות⁵⁰, תוך קריאה ליצור דין אחד למדינה ולמעוול הישיר.

והאחראים לכך אמנם נתנו דעתם לבעיה, ובשנת 1989 תוקן חוק אחריות המדינה והוסף לו, בין היתר, סעיף 7ב⁵¹. סעיף 7ב קובע, כי בנסיבות שבהן אין המדינה אחראית בניזקין, לפי סעיפים 5 עד 7 לאותו חוק, יהא פטור גם החייל אשר בגלל מעשה שעשה תוך כדי שירותו הייתה המדינה עלולה להתחייב אילולא הפטור שהחוק מעניק לה⁵². בכך באה לידי פתרון בעיה אחת ודינו של החייל המזיק שוב השווה לדינה של המדינה⁵³, אולם במקביל נתעוררה לה בעיה אחרת, אליה נתייחס כעת.

למעשה, כאשר בוחנים את הדברים, ניצבו בפני המחוקק שתי דרכים אפשריות לתיקון הבעיה עליה הצביע בית המשפט העליון בפס"ד ראונדנאף ולהאחדת הדין בין המדינה לבין המעוול הישיר. האחת, החלת הפטור על המדינה אף על שלוחיה, כפי שאמנם נעשה בתיקון משנת 1989. והשניה, ביטול הפטור הקיים למדינה, ברוח הצעת החוק הממשלתית המקורית, כך שהחייל הניזוק יוכל לתבוע הן את המדינה והן את המעוול

⁵⁰ כב' השופט ברק אף הוסיף והביע דעתו באשר לפתרון הרצוי:

"הפתרון הנאות הוא, לדעתי, זה השולל זכותו בניזקין של הניזוק בתקופת שירותו הצבאי עקב שירותו הצבאי כלפי כל מזיק (בין המדינה, כפי המצב הקיים, בין עובדיה ושלוחיה, ובין "זר"), תוך מתן זכות למדינה לחזור אל מזיק כזה, בין "קרוב" ובין "זר" כדי חלקו באשם, ובלבד שבמקביל לכך תוטל אחריות, הלכה למעשה, לתשלום על-פי חוקי התגמולים והשיקום, ולא ייווצר מצב דברים – העשוי להתקיים כיום – בו נופל ניזוק בין שני החוקים, ומוצא עצמו ללא כל זכות" (ההדגשה שלי – ע"ש).

⁵¹ במקביל, תוקן באופן דומה סעיף 22(ב) לחוק הפלתי"ד, כך שגם מעמדו של חייל הנתבע לפי חוק הפלתי"ד יותאם למצב החדש. זאת, בהתעלם, במידה רבה, מהנפקויות בין תביעה נזיקית רגילה, הדורשת הוכחת אשם, לבין תביעה לפי חוק הפלתי"ד, אשר אינה דורשת הליכים ראייתיים השונים במיוחד מאלה הקבועים בדיני השיקום.

⁵² אם כי החייל המזיק לא יהיה פטור מקום שהמדינה נהנית מפטור לפי חיקוק אחר, כגון הוראות פקודת הנזיקין המגבילות את אחריותו של כל מעביד על עוולות תקיפה, כליאת שווא ונגישה למעשים שהתיר במפורש או אשרר (וראו סעיפים 25, 28 ו-61 לפקודת הנזיקין וע"א 800/89 ביטון נ' קרסל, פ"ד מו (2) 651).

⁵³ בפועל, לגבי "מעשה בתחום הרשאה חוקית" היה לחייל המזיק פטור עוד קודם לתיקון משנת 1989, וזאת מכוח סעיף 7 לפקודת הנזיקין. כמו כן, עוללת לשון הרע נותרה גם לאחר התיקון עוולה שאין המדינה חבה בגינה, על אף ששלוחיה אינם פטורים מאחריות נזיקין. כאמור, האחדת הדינים מתייחסת אך ורק למצבים המתוארים בסעיפים 5 עד 7 לחוק אחריות המדינה.

הישיר. במקרה זה, יש להניח כי מדרך הטבע יטה הניזוק לתבוע, בכל מקרה, את המדינה בעלת ה"כיס העמוק" היות שבאפשרותה לפצותו על מלוא הפסדיו ונזקיו.

המחוקק בחר, כאמור, בדרך הראשונה. עמדתו של צה"ל, לעומת זאת, הייתה שונה. הדברים מוצאים ביטויים בפרסומו של ענף יעוץ וחקיקה במפקדת הפרקליט הצבאי הראשי, "משפט ורפואה – היבטים צבאיים", שראה אור באוקטובר 1985:

"צה"ל מצדד נמרצות בקבלת האפשרות השניה ובין היתר מן הטעם שמניעה מוחלטת מחייל לתבוע לפי דיני הנזיקין, כך שתותר בידו האפשרות לתבוע אך ורק לפי דיני השיקום, עשויה לפגוע פגיעה קשה בניזוק באותם מקרים בהם זכויות הניתנות לפי חוקי השיקום אינן נותנות מענה נאות למלוא נזקיו (למשל, כאשר דרגת הנכות הנקבעת לפי חוקי השיקום אינה מבטאת נכונה את הנזק הממשי שנגרם בפועל לניזוק; כגון כנר מוכשר שאצבעו נפגעה יזכה באחוזי נכות מועטים בעוד שלמעשה איבד כליל את כושר השתכרותו במקצועו; וכל כיוצא בזה)⁵⁴.

דומה, כי גם עקרון השוויון תומך בקבלת האפשרות השניה, והדברים מוצאים ביטוי בדבריה של כב' השופטת כץ-פודת בפס"ד ראונדנאף⁵⁵:

"אם מי שנפגע כתוצאה מטיפול רפואי רשלני של רופא צבאי ייאלץ להסתפק בגימלאות מקופת המדינה לפי חוק הנכים, בעוד שעמיתו, שנפגע באותה מידה בגופו כתוצאה מטיפול רשלני של רופא פרטי (אליו הובא ממקום התאונה), יקבל פיצויים לפי פקודת הנזיקין בסכום גדול כמה מונים, תהיה זו עבור הראשון, לפי הערכתי, נחמה פורתא, שהפיצויים שולמו על-ידי הרופא הפרטי או על-ידי חברת ביטוח ולא מקופת המדינה. גם הפגיעה "השווה" בגוף (אברן יד) אינה בהכרח המורד לגודל הנזק,

⁵⁴ בעמ' 60.

⁵⁵ שם, עמ' 791-792.

ואין כוונתי אך ורק לאותה דוגמא קיצונית כאצבעו של כנר
אמן. הכישורים של בני-אדם הם מעצם טיבם שונים
ומגוונים. אדם שיש לו מה שנוהגים לכנות "ראש פתוח"
יסבול פחות מאבדן יד (בעיקר אם זו יד שמאל) מאדם
שעיקר כוחו בשריריו... ברור שלחייל שנפגע מידי הרופא
הצבאי הרשלן ועקב כך נאלץ להסתפק בגימלאות, נגרם
עולל יחסית לעמיתו, שזכה בפיצויים מלאים.

ואכן, דומה כי למצב המשפטי הבעייתי ששרר לפני התיקון לחוק אחריות המדינה לא
נמצא פתרון חקיקתי נאות, לפחות לא מנקודת מבט כוללת המתחשבת גם במצבו החדש
והבעייתי של החייל הניזוק.

במצב חדש זה, החייל הניזוק נותר למעשה ללא אפשרות לתבוע בניזוק את החייל המזיק
גם בנסיבות של חבלה, מחלה או מוות בתקופת שירות צבאי ועקב שירות צבאי ושל
פעולה מלחמתית. זאת, בנוסף לנסיבות הרגילות בהן ניזוק אינו יכול לתבוע בניזוק עובד
ציבור, ובנוסף למגבלות הקיימות ברגיל על תביעת ניזוקין נגד המדינה⁵⁵. אכן, יתכן
שמצב דברים זה הוא פרי מדיניות, אשר על אף שניתן להסכים עמה או לחלוק עליה, אין
היא נשוא דיונו הישיר. החשוב לענייננו הוא, כפי שראינו, שמצב זה אינו מובן מאליו
מבחינה משפטית.

כפי שראינו לגבי אחריות המדינה⁵⁵, מערכת סעד מעין-ביטוחית אינה מחייבת מתן פטור
מאחריות ניזוקית גם למזיק הישיר⁵⁶, כשם שמתן פטור מאחריות ניזוקית למזיק אינו מחייב
קיומה של מערכת סעד מעין-ביטוחית⁵⁷. הדוגמא הבולטת ביותר לכך נמצאת דווקא
בחוק שיקום, חוק חבלה שלא בעת מילוי תפקיד, אשר תחולתו כלל אינה מונעת תביעה
בניזוקין. חוק זה, אשר מחיל את חוק הנכים גם "לגבי חייל שנחבל כתוצאה מחבלה

⁵⁵ ויודגש, אין באמור כדי להביע עמדה בדיון בדבר מקומו ומעמדו של עקרון "השוואת
המעמד", המצדד בהשוואת דינה של הרשות הציבורית לדינו של המזיק הפרטי (וראו י' גלעד,
שם, 342). יצוין, כי "השוואת מעמד" זו מתמקדת בהשוואת מעמדם של מזיקים שונים, ולא
בהשוואת מעמדם של ניזוקים, שהיא עיקר עניינה של רשימה זו.
⁵⁶ וראו לעיל, סעיף 2.2.2.

⁵⁷ לדוגמה, מנפגע בתאונת עבודה הזכאי לדמי פגיעה מכוח דיני הביטוח הלאומי לא נשללת
באופן אוטומטי זכות התביעה בניזוקין כנגד המעוול.
⁵⁷ למשל, קטין מתחת לגיל 12 פטור מאחריות ניזוקית (ס' 6 לפקודת הניזוקין) מבלי שתקום
לניזוק מערכת סעד חלופית.

שאיננה בתקופת שירותו, אף שלא עקב שירותו⁵⁸, בכפוף לתנאים מסוימים⁵⁹, אינו נופל לגדר הפטור לפי סעיף 6 לחוק אחריות המדינה, היות שהוא דורש כי החבלה נגרמה "שלא" עקב השירות הצבאי. לפיכך, בנסיבות בהן חל חוק חבלה שלא בעת מילוי תפקיד, אין החייל הניזוק מנוע מלתבוע בנזיקין⁶⁰, גם את המזיק הישיר.

פתרון הבעייתיות במעמדו של החייל המזיק, שנותר בעבר "בודד במערכה" בנסיבות בהן הוענק למדינה פטור מאחריות נזיקית, אף הוא לא חייב היה להיות דווקא בדרך של הרחבת הפטור לחייל המזיק. הקו המנחה מאחורי מדיניות זו שואף לצמצם את אפשרויות התביעה בנזיקין של חיילים נגד המדינה ושלוחיה, ובכלל זה צה"ל וחייליו, תוך מתן סעד, אלטרנטיבי לכאורה, בדמותם של דיני התגמולים והשיקום. לקו מנתה זה מספר רציוליים, עליהם נעמוד בהמשך, אך מעניין לראות תחילה אם גם כאשר דיני השיקום אינם רלוונטיים, ולא מתקיים אחד החריגים שצוינו לאחריות המדינה ושלוחיה, ישנה מניעה עקרונית להכיר בתביעת נזיקין של ניזוק בשירות צבאי נגד המדינה ושלוחיה.

2.4 שפיטות עניינים פנים-צבאיים בהליכים אזרחיים מקום שדיני השיקום אינם חלים

2.4.1 כללי

כאמור, המגבלות המיוחדות המוטלות על אפשרויות הגשת תביעות נזיקין על ידי חייל הניזוק בשירותו הצבאי כנגד המדינה ושלוחיה אינן נגזרות מקיומם של דיני השיקום. זאת, על אף שדינים אלה מאפשרים לחייל הניזוק "להסתפק" בהם, שלא כמו לניזוק שאינו חייל, אשר לכאורה, ובהעדר מערכת דומה לדיני השיקום שתחול עליו, ייוותר ללא סעד כלשהו אם תוטלנה עליו אותן מגבלות. אין ממש גם בטיעון לפיו אין אבחנה בין החייל הניזוק לבין הניזוק שאינו חייל, במובן זה שגם על הניזוק שאינו חייל חלות מגבלות על הגשת תביעות נזיקין נגד המדינה ושלוחיה, שכן על ניזוקים שהם חיילים

⁵⁸ חוק חבלה שלא בעת מילוי תפקיד, סעיף 2.

⁵⁹ כגון שהחבלה אירעה בעת שהחייל לא נעדר מן השירות שלא ברשות, שאירעה תוך תקופה של ארבעה-עשר הימים הראשונים שבהם לא מילא תפקיד בשירות (אם אירעה בעת שהחייל לא מילא תפקיד בשירות, מאחר שהיה, למשל, בחופשה), ושכתוצאה מהחבלה נקבעה לו דרגת נכות של 20% לפחות (סעיף 2 לחוק חבלה שלא בעת מילוי תפקיד).

⁶⁰ בכפוף להסדר הקבוע בסעיף 36 לחוק הנכים.

מוטלות מגבלות מיוחדות בנוסף למגבלות המוטלות על כל ניזוק⁶¹, בצד מערכת סעד שאף היא ייחודית לחיילים.

אבחנה, אם כן, קיימת, אלא שהיא נסמכת, לכאורה, על רציונלים מסוימים המצדיקים אותה. לרציונלים אלה חשיבות מכרעת בבחינת השאלה אם האבחנה הינה אבחנה עניינית, ולכן מותרת, או שמא אין היא עניינית, ולכן עולה כדי אפליה פסולה אשר יש לתקנה. רציונלים אלה, ככל שהם ענייניים ומצדיקים אבחנה כלשהי, עשויים לחול לפיכך הן מקום שיש תחולה לדיני השיקום והן מקום שאין תחולה לדיני השיקום, וזאת לאור העדר הקשר בין שני העניינים, כמפורט לעיל.

בטרם נפנה לבחינת הסוגיה מקום שיש תחולה לדיני השיקום, ננסה לבחון מהו המצב מקום שאין תחולה לדיני השיקום, ולברר אם ישנה מניעה עקרונית להכיר בתביעת ניזיקין של ניזוק בשירות צבאי נגד המדינה ושלוחיה, כאשר לא מתקיים אף אחד מהחריגים שצוינו לאחריות המדינה ושלוחיה. כאמור, ככלל, לדיני השיקום תחולה בנסיבות בהן נגרמו לחייל חבלה, מחלה או מוות תוך כדי ועקב שירותו הצבאי. מכאן, שכאשר חייל סובל נזק שאינו עולה כדי חבלה, מחלה או מוות, דהיינו נזק רכוש, או כאשר החבלה, המחלה או המוות נגרמו שלא תוך כדי ועקב השירות הצבאי, אין תחולה לדיני השיקום. במקרים אלה אמנם לא יחולו הפטורים הקבועים בסעיפים 6 ו-7 לחוק אחריות המדינה העוסקים בחבלה, במחלה או במוות שנגרמו תוך כדי ועקב השירות הצבאי, אך אין כל מניעה שיחול פטור אחר, אם לפי חוק אחריות המדינה ואם לפי פקודת הניזיקין, כמפורט לעיל.

יחד עם זאת, כמתואר, פטורים אלה חלים בצורה שוויונית על כלל הניזוקים, חיילים ושאינם חיילים. קבוצת התייחסות זו, שהיא בגדר חסינות סטוטורית "רגילה", הינה בעלת חשיבות פחותה לענייננו. זאת, כיוון שברצוננו לבדוק את מידת תקפותה של הטענה כי האבחנה בין סוגי הניזוקים השונים הינה עניינית, ואבחנה זו אינה באה לידי ביטוי מקום ששני סוגי הניזוקים מנועים מלתבוע בניזיקין את המדינה ושלוחיה. האבחנה באה לידי ביטוי כאשר מוטלת מגבלה רק על אחד מסוגי הניזוקים, כאמור. דהיינו, כאשר מדובר בחסינות סטוטורית "מיוחדת". ואולם, ענייניותה של האבחנה צריכה להיבחן גם ביחס לנסיבות בהן שני סוגי הניזוקים אינם מנועים מלתבוע בניזיקין את המדינה ושלוחיה. הסיבה לכך פשוטה. אם מניחים אנו כי רציונלים מסוימים עומדים ביסודה של החסינות המיוחדת למדינה ושלוחיה בנסיבות שצוינו, הרי שלא יהיה זה מופרך להניח

⁶¹ הפטור הקבוע בסעיפים 6 ו-7 לחוק אחריות המדינה העוסק בחבלה או מוות שנגרמו תוך כדי ועקב השירות הצבאי חל, מעצם טיבו ומהותו, על נזקים שנגרמו לחיילים בלבד.

שבנסיבות אחרות בהן עשויים להתקיים אותם רציונלים, תחול חסינות מיוחדת גם כן. לפיכך, עלינו לעמוד על מצב הדברים כאשר אין למדינה ולשלוחיה חסינות סטטוטורית (מיוחדת או רגילה) ולברר אם אמנם במקרים אלה אין רלוונטיות לאותם רציונלים, שאם לא כן הרי שהנחתנו, כי האבחנה הנדונה נשענת על שיקולים ענייניים, תופרך.

כאמור, החוק אינו מעניק למדינה או לשלוחיה חסינות מיוחדת בנסיבות בהן אין מדובר בחבלה, במחלה או במוות שנגרמו תוך כדי ועקב השירות הצבאי (למשל, בנסיבות בהן נגרם לחייל נזק רכוש תוך כדי ועקב שירותו הצבאי). לכאורה, ניתן היה לסבור כי הסיבה לכך היא שנסיבות אלה אינן מקימות בסיס לאבחנה אשר תוסיף למדינה ולשלוחיה פטורים בנוסף לפטורים הרגילים הקיימים ממילא. סברה כזאת הייתה מחזקת את ההנחה כי כאשר הוענקה חסינות מיוחדת כזו, הדבר נעשה על בסיס מוצדק. ואולם, עיון מעמיק יותר מלמד כי בסיס לאבחנה אמנם קיים גם בנסיבות אלה, אלא שלמרות זאת לא נמצא כי במכלול השיקולים והאינטרסים ראוי לחסום באופן מיוחד את דרכם של חיילים ניזוקים מלתבוע בנוזיקין את המדינה או את שלוחיה.

הבסיס לאבחנה בין ניזוקים שהם חיילים לבין ניזוקים שאינם חיילים בנסיבות בהן נגרם לחייל נזק רכוש תוך כדי ועקב השירות הצבאי נדון בע"א (ת"א) 1390/91 מוטי פרץ נ' האלוף מתן וילנאי, פ"מ נו(1) 9 (להלן: "פס"ד פרץ"). מוטי פרץ, אשר שירת כנגד בחיל האוויר במשך כ-18 שנה, שוחרר משירות הקבע לפני תאריך תום השירות שלו, בהתאם להליך התרת ההתחייבות הקבוע בהוראת הפיקוד העליון 3.0501. פרץ הגיש תביעה לבית-משפט השלום בתל-אביב-יפו כנגד שורה של בעלי תפקידים בצה"ל⁶², אשר היו מעורבים בתוקף תפקידם בהליך התרת ההתחייבות, וכנגד המדינה כאחראית שילוחית למעשיהם. לטענתו, בעלי התפקידים הנדונים נהגו בענייניו באופן בלתי זהיר, בלתי סביר וחסר מיומנות, אשר מקים לו זכות לפיצוי בנוזיקין בעילות של הפרת חובה חקוקה ורשלנות. הנתבעים טענו, למעשה, להרחבת תחולת החסינות גם על תביעות מסוג זה. טענתם הייתה כי הנושא הנדון אינו שפיט, וזאת משום ששיקול הדעת שניתן לרשויות הצבא בענייני איוש תפקידים בצבא, הוא שיקול דעת מוחלט, וכל עוד פעלו הרשויות במסגרת סמכותן, הרי שאין להתערב בהחלטתן.

בית משפט השלום מחק את התביעה על הסף, וקבע, בהתאם לטענת הנתבעים ולפסיקת בית המשפט העליון בשבתו כבג"צ במסגרת המשפט המנהלי, כי יהא זה בלתי ראוי

⁶² ובהם ראש אכ"א, יו"ר ועדת הערעורים המייעצת לרמטכ"ל להתרת התחייבות לשירות קבע, רמ"ח חוגרים בחיל האוויר, רמ"ד פרט בענף קבע ומפקדו הישיר של פרץ.

ובלתי נכון להעמיד את שיקול הדעת של רשויות הצבא לבדיקה רחבה ופרטנית בבית משפט "אזרחי", בפרט כאשר מדובר על נושאים הנוגעים למינוי נושאי תפקידים צבאיים. במקרה הנדון אמנם לא הייתה כל חסינות סטטוטורית לנתבעים, אולם בית משפט השלום אימץ גישה המונעת בפועל הגשת תביעת נזיקין נגד הנתבעים והרחיב את בסיס החסינות של המדינה ושלוחיה, ככל שהדבר נוגע לתביעות חיילים.

בית המשפט המחוזי, אשר דן בשאלת קיומה של חובת זהירות מושגית של הנתבעים כלפי פרץ במסגרת עולת הרשלנות, נדרש, בין היתר, לשאלה אם עומדת לרשות הצבא חסינות גורפת מפני כל אחריות לנזק שגרמו ברשלנותן לחיילים. בית המשפט הגיע לשתי מסקנות חשובות בעניין זה. האחת, העובדה שהמחוקק פטר את המדינה מאחריות בנזיקין בגין מעשה שבעטיו נגרם לאדם נזק גוף, תוך כדי ועקב שירותו הצבאי, מלמדת, כי במקרים שבהם לא נגרם לאדם נזק גוף כי אם נזק רכוש, אזי אין המדינה פטורה מאחריות, והיא חשופה לתביעה בנזיקין. השנייה, בנסיבות שבהן המדינה אינה פטורה מאחריות בנזיקין בגין נזק רכוש, אין חל גם סעיף 7 לחוק אחריות המדינה. משמעות הדברים היא כי "אין מניעה חוקית-עקרונית לתבוע אישית חייל המבצע מעשה רשלנות כלפי חייל אחר, כאשר הנזק שנגרם אינו נזק גוף; אין כל מניעה לתבוע את מדינת ישראל ורשויות הצבא בגין הנזק כאמור, מתוקף היות החייל שלוח או עובד המדינה, או מתוקף אחריותה הישירה של המדינה"⁶³ (ההדגשה שלי – ע'ש').

רואים אנו, אם כן, כי בית המשפט הגיע למסקנה כי אין לרשויות הצבא חסינות גורפת מפני כל אחריות לנזק שגרמו ברשלנותן לחיילים, וזאת גם לאור המגמה המודרנית בדבר הסרת חסינותן של רשויות ציבוריות מפני אחריות בנזיקין. אולם, חשוב במיוחד לענייננו דווקא דיונו של בית המשפט בסוגיית היחס שבין המצב המשפטי הקיים לגבי מעשי רשלנות של רשויות הצבא כלפי אזרחים לבין המצב המשפטי הקיים לגבי מעשי רשלנות של רשויות הצבא כלפי חיילים. בית המשפט מצייץ את ההלכה כי את שאלת אחריות ברשלנות של רשויות הצבא, בגין נזקי גוף ובגין נזקי רכוש שגרמו בפועלתן לאזרחים, יש לבחון במבחני הסבירות והרשלנות ולהטיל, במקרים המתאימים, על רשויות הצבא והמדינה את האחריות לנזק שגרמו ברשלנותן⁶⁴.

⁶³ שם, עמ' 20.

⁶⁴ ע"א 557/82 מדינת ישראל נ' אביטן וערעור שכנגד, פ"ד מא (1) 563; ת"א (ת"א) 2670/81, 478/78 יעיש ואח' נ' מדינת ישראל, פ"מ תשמ"ד (3) 415; ע"א (ת"א) 975/84 "רותם" חברה לביטוח נ' מדינת ישראל, פ"מ תשמ"ה (3) 374; ובמיוחד ע"א 796/80 אוחנה נ' אברהם, פ"ד לז(4) 337, שם נדונה שאלת אחריותה של המדינה בנזיקין עקב רשלנות בגיוסו של חייל בשירות חובה שגרם נזק לאזרחים, ונקבע ע"י כב' השופט בייסקי כי "אין, כמובן, לשלול

מהלכה זו, לגבי ניזוקים שאינם חיילים, גוזר בית המשפט גזרה שווה לגבי ניזוקים שהם חיילים. בית המשפט סבור כי מטעמים של שוויון בפני החוק אין לאפשר מצב בו תותר לאזרח תביעה נזיקת בגין מעשה מסוים נגד רשויות הצבא, אך חייל יהיה מנוע מלתבוע בגין אותו מעשה. לא יתכן, כך קובע בית המשפט, כי זכות תביעה בנוזיקין תוענק או תישלל מהניזוק רק בשל היותו אזרח או חייל בעת קרות הנזק. מכאן עובר בית המשפט לדון ברציונלים המצדיקים או השוללים קיומה של חובת זהירות מושגית בסוגיה הנדונה, שהינם בעלי רלוונטיות גם לשאלת ענייניותה של האבחנה בין חיילים לאזרחים בנוגע לנזקי גוף שנגרמו עקב עוולות רשויות הצבא.

2.4.2. הרציונלים⁶⁴

2.4.2.1. מדיניות

נטען כי פיקוח בתי המשפט האזרחיים באמצעות דיני הנזיקין על המתרחש בתוך המערכת הצבאית יביא להתערבות בנעשה בתוך הצבא באופן אשר יפגע בשיקול הדעת הרחב שהוענק לרשויות הצבא, ולכן, כעניין של מדיניות, אין להתיר בירור עניינים פנים-צבאיים בהליכים אזרחיים. ביחס לטענה זו, קבע בית המשפט כי כל עוד לא נבחנת אלא רשלנותן הפרוצדורלית של רשויות הצבא, להבדיל מרשלנותן המהותית⁶⁵, הרי שמצטמצם למינימום החשש לפגיעה בשיקול הדעת הרחב שהוענק לרשויות הצבא.

מקרים אפשריים, בהם תתגלה רשלנות הקשורה בגיוס, אך אז יש לבחון את העניין במבחנים הרגילים המקובלים לפי סעיפים 35-36 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש], כפי שנתגבש הדבר בפסיקה" (שם, בעמ' 344, ההדגשה שלי – ע"ש).

⁶⁴ רשימת הרציונלים מתבססת על הרציונלים שנידונו בפס"ד פרץ בהקשר הקונקרטי של ההכרה באפשרות העקרונית של הטלת אחריות בנוזיקין של רשויות הצבא כלפי חיילים במסגרת עוולת הרשלנות. יחד עם זאת, רשימה זו אינה מכוונת למצות ולהקיף את כל קשת השיקולים בעד ונגד הטלת אחריות בנוזיקין על פעילותן השלטונית של כלל רשויות הציבור כלפי כולי עלמא. סוגיה זו זכתה לדיון ממצה אצל י" גלעד, "האחריות בנוזיקין של רשויות ציבור ועובדי ציבור (חלק ראשון)", משפט וממשל ב' 339, 351-358.

⁶⁵ בעוד שבחינת רשלנות מהותית עוסקת בשיקול הדעת של הרשות גופו, בחינת הרשלנות הפרוצדורלית עוסקת בדרך הפעלת שיקול הדעת ובדרך יישומה של ההחלטה פרי הפעלת שיקול הדעת (שם, עמ' 24). יחד עם זאת, בחינת רשלנות פרוצדורלית של רשויות הצבא אינו עניין של מה בכך. במסגרת זו עשויות לעמוד למבחן בערכאה אזרחית שאלות כגון אם, בבואן לקבל החלטה פלוגנית, רשויות הצבא אספו את כל הנתונים הדרושים לשם קבלת ההחלטה, אם נתונים אלה נבדקו ואומתו, אם ההחלטה נתקבלה על סמך הנתונים או שמא על סמך נתונים אחרים, בלתי רלוונטיים, אם נתגלתה רשלנות בדרך הוצאת ההחלטה שנתקבלה מן הכוח אל הפועל, וכיו"ב.

ממילא, כאשר נדונות עוולות אשר אינן מעמידות למבחן את שיקול דעתן של רשויות הצבא, אין רציונל זה רלוונטי.

חשוב לציין לעניין זה כי בית המשפט לא פסק כי אין מקום לכך שבתי משפט אזרחיים ידונו בענייני רשלנותן המהותית של רשויות הצבא. בית המשפט אף לא קבע כי משיקולי מדיניות אין להתיר את הדבר. כל שבית המשפט קבע הוא כי לפחות ככל שהדבר נוגע לבחינת רשלנותן הפרוצדורלית של רשויות הצבא, אשר היא הרלוונטית למקרה שנדון בפס"ד פרץ, אין שיקולי מדיניות כאלה המצדיקים מניעת פיקוח של בתי המשפט האזרחיים. בכך דוחה, בעצם, בית המשפט את הגישה לפיה הצבא הוא בגדר "פרה קדושה" אשר אל להם לבתי המשפט להתערב בענייניו, ויהא העניין אשר יהא.

2.4.2.2 שפיטות

טענה נוספת שהועלתה בפני בית המשפט הופנתה ליחס שבין שפיטותן של סוגיות בבג"צ, במסגרת המשפט המנהלי, לבין שפיטותן של סוגיות בבתי משפט בהליכים אזרחיים, במסגרת דיני הנזיקין. נטען כי לאור העובדה שביקורת בג"צ מצטמצמת לבחינת השאלה אם לא היתה חריגה מסמכות מצד רשויות הצבא במקרה הנדון⁶⁶, הרי שלא יתכן כי היקף ההתערבות במעשי הרשות בתקיפה עקיפה, באמצעות תביעה נזיקית לפיצויים, יהא רחב יותר מהיקף ההתערבות במעשי הרשות בתקיפה ישירה, באמצעות פנייה לבג"צ. כלומר, אין זה מן הראוי כי שפיטות העניינים בהליכים אזרחיים-נזיקיים תהיה רחבה יותר משפיטות העניינים בבג"צ.

בית המשפט דחה טענה זו, ראשית - במישור העובדתי, וקובע כי מגמת אי התערבותו של בג"צ בשיקול הדעת של רשויות הצבא גופו, ככל שהיא קיימת, כלל אינה רלוונטית לעניין התערבותו בדרך הפעלת שיקול דעתן של הרשויות⁶⁷. כיוון שכך, אין בדבר כדי להרחיב את מסגרת השפיטות באמצעות "תקיפה עקיפה". יתרה מזו, בשנים האחרונות מסתמנת בבית המשפט העליון דווקא מגמה הפוכה של התחזקות לאסכולה המצדדת בהתערבות בג"צ גם בעניינים מהותיים ובשיקול דעתן של רשויות לגופו, קל וחומר בעניינים פרוצדורליים.

⁶⁶ מספר דוגמאות לאי התערבותו של בג"צ בענייני הפנימיים של הצבא: בג"צ 279/72 עובד נ' שר הביטחון, פ"ד כז(1) 169; בג"צ 676/82 הסתדרות הכללית של העובדים בארץ ישראל נ' הרמטכ"ל, פ"ד לו(4) 105; בג"צ 561/75 אשכנזי נ' שר הביטחון, פ"ד ל(3) 309.

⁶⁷ לגבי התערבותו של בג"צ בעניינים אלה דומה דווקא כי אין מחלוקת בבית המשפט העליון, וראו בג"צ 910/86 רסלר ואח' נ' שר הביטחון, פ"ד מב(2) 441, 524.

קביעתו המעניינת יותר של בית המשפט לעניין זה היא כי נטיית בית המשפט העליון להתערב בענייניו הפנימיים של הצבא באמצעות דיני הנזיקין היא דווקא גדולה יותר מאשר נטייתו להתערב בעניינים אלה באמצעות המשפט המנהלי. לעניין זה מובאים דבריו של הנשיא ברק (כתוארו היום) בפסק הדין בעניין רסלר⁶⁸:

“נניח כי העותר היה נפגע פגיעות גוף, והיה מגיש תביעת נזיקין כנגד המדינה, בטענה כי זו התרשלה בכך שלא ביצעה תחקירים ולא הפיקה לקחים, וכי בשל כך נגרם לו נזק הגוף. כלום יעלה על הדעת, כי הטענה הייתה נדחית אך משום שהיא בלתי שפיטה? לדעתי, על בית המשפט לבחון טענה זו לגופה, באמצעות אמות מידה של סבירות ורשלנות וסיבתיות. לא פעם נבחנות במשפטי נזיקין תכניות אופרטיביות של מבנה אמצעי לחימה צבאיים. אם קיימות אמות מידה משפטיות במסגרת משפט הנזיקין, מדוע אין קיימות אמות מידה משפטיות במשפט המנהלי, המבקש להקדים תרופה למכה?” (ההדגשות שלי – ע’ש’).

על דברים אלה מוסיף הנשיא שמגר (כתוארו אז) ומתייחס לבעייתיות המופחתת שבהתערבות בענייניו הפנימיים של הצבא באמצעות דיני הנזיקין⁶⁹:

“הבדיקה של טענת רשלנות בתחום דיני הנזיקין בהקשרה הקונקרטי, שהוא בדרך כלל ספציפי וצר בתחומיו, אינה הופכת את בית המשפט למכריע בשאלות של מדיניות, כפי שדיון בשאלה של רשלנות רפואית קונקרטי אינו הופך את בית המשפט לגורם הדן והמכריע בנושא הכללי והרחב כיצד לארגן את המערך הרפואי במדינה” (ההדגשות שלי – ע’ש’).

⁶⁸ שם, בעמ' 480.

⁶⁹ שם, בעמ' 523.

ואמנם, קיים הבדל מהותי בין המשפט המנהלי לבין דיני הנזיקין לענייננו. מטרתה של עתירה לבג"צ, במסגרת המשפט המנהלי, כנגד פעולת הרשות היא להביא לבטלותה של אותה פעולה והחלפתה בדרך פעולה שונה. מנגד, מטרתה של תביעה במסגרת דיני הנזיקין כנגד הרשות אינה להתערב בשיקול דעתה ולהביא לבטלות הפעולה, אלא אך להשיב את מצבו של מי שניזוק מאותה פעולה לקדמותו⁷⁰. משמעות הדברים היא כי גם אם מגמת בג"צ היא שלא להתערב בפעולות רשויות הצבא בעניין מסוים, דבר שלא הוכח בעניין פרץ, הרי שבהחלט תיתכן שפיטות רחבה יותר בהליכים אזרחיים-נזיקיים.

2.4.2.3. הצפת בתי המשפט בתביעות

טענה נפוצה המועלת כנגד מתן אפשרות לחיילים להגיש תביעות נזיקין כנגד חיילים אחרים או כנגד רשויות הצבא, הן מקום שדיני השיקום חלים והן מקום שאינם חלים, אשר הועלתה גם בפס"ד פרץ, היא כי הדבר יביא להצפת בתי המשפט (floodgate) בתביעות נזיקין של חיילים הרואים עצמם פגועים. לתופעה זו, כך נטען תכופות, תהיינה שתי השלכות-צד הרות אסון. האחת, הטלת מעמסה כספית על רשויות הצבא והמדינה. השניה, פגיעה בתפקוד הצבא על ידי השחתת זמנם של מפקדים שייאלצו לבלות זמנם בבתי משפט במסירת עדויות ו"תירוצים" על מעשיהם והחלטותיהם, וזאת על חשבון ביצוע תפקידיהם במסגרת הצבא⁷¹.

חשש זה, כך קובע בית המשפט, אינו נתמך על ידי ניסיון החיים, אין לו על מה להתבסס⁷², והוא יפוג ממילא כאשר יתברר כי הסעד אינו אוטומטי וכי אין די בעצם

⁷⁰ בהקשר זה מן הראוי להביא את דבריו של הנשיא ברק (כתוארו היום) בע"א 862/80 עיריית חדרה נ' זוהר, פ"ד לו(3) 757, 770, המדגימים את הצורך בהתערבות בתי משפט באמצעות דיני הנזיקין בענייני רשות מנהלית גם מקום בו אין מקום להתערבות באמצעות המשפט המנהלי:

"ניתן לחשוב על מצבים, בהם אין זהות בין חוסר סבירות מנהלית לבין רשלנות אזרחית. מדוע יפגע הנזוק? טול את המקרה, בו מחליטה הרשות המנהלית על קו פעולה אשר עשוי לגרור אחריו תביעות נזיקין, תוך מודעות לכך, ותוך נכונות מסוימת, לשלם פיצויים בגין זאת. ייתכן כי במישור הציבורי נראה בהחלטה זו החלטה סבירה, ואילו בתחום הפרטי נראה בה התרשלות המחייבת פיצוי. אין כל סיבה לשלול את הפיצוי מהנפגע בנסיבות אלה".

⁷¹ יש לציין, כי רציונל זה אינו מותאם לחסינות מפני תביעה לפי חוק הפלתי"ד.

⁷² טענה זו היא בעצם טענה רגילה הנטענת כאשר בתי המשפט נדרשים להכיר בקיומה של חובת זהירות מושגית בקטגוריות חדשות של מקרים, אשר נדחית פעם אחר פעם. וראו לעניין

האפשרות העקרונית להגיש תביעות כאמור, אלא יש צורך בהתקיימותם של כל התנאים הנדרשים על פי דין להשגת סעד בתביעה אזרחית על מנת לזכות בתביעה. מה גם שהתביעה, ככל תביעה אזרחית, כרוכה גם בעלויות כספיות ובסיכונים לתובע.

בית המשפט גם צופה כי בתי המשפט ישכילו לסייע לוויסות זרם התביעות בכך שינקטו במדיניות משפטית ברורה והחלטית, אשר אמנם תעניק סעד במקרים המוצדקים, אך גם תשלול אותו במקרים בהם מדובר בתביעות טורדניות וחסרות בסיס.

2.4.2.4. הטלת מעמסה כספית

המעמסה הכספית שתושט על כתפי רשויות הצבא והמדינה כתוצאה ממתן אפשרות לחיילים לתבוע בנוזקין חייילים אחרים ואת רשויות הצבא נטענה, כאמור, כהשלכת-צד של הצפת בתי המשפט בתביעות, אשר יש בה כדי לשלול קיומה של חובת זהירות מושגית במקרה שנדון בפס"ד פרץ. למעשה, משנקבע כי אין ממש בחשש מפני הצפת בתי המשפט בתביעות, הרי שמצטמצם למינימום גם גודל המעמסה הכספית שתוטל על הרשויות.

נוסף על כך, בהנחה שתביעות הסרק תסוננה ולא תהווה מעמסה כספית, הרי שאין במעמסה כלשהי, הכרוכה באותן תביעות אשר יש להן בסיס, כדי להצדיק שלילת זכויות מחיילים שניזוקו. המעמסה, במקרה זה, היא פועל יוצא של עוולות או של מדיניות⁷³, וכל עוד נשמר היחס בינה לבין הנזקים שנגרמו, מן הראוי הוא כי המעמסה תוטל על מי שגרם את הנזקים ולא על מי שסבל מהם⁷³.

2.4.2.5. הטיעון הכלכלי

זוהי מידת הצדק. אבל גם שיקול כלכלי כלל-מערכתי טהור, הלוקח בחשבון שיקולי הרתעה ומניעת נזק, תומך במסקנה זו. אילו הנזק הנגרם בשירות צבאי היה קבוע, הרי שניתן היה לשקול אם אמנם ראוי הוא שהמזיק ישא בנזק או שמא ראוי שהניזוק ישא

זה, ע"א 243/83 עיריית ירושלים נ' גורדון, פ"ד לט(1) 113, ע"א 429/82 מדינת ישראל נ' סוהן, פ"ד מב(3) 733 וכן ע"א 862/80 עיריית חדרה נ' זוהר, פ"ד לו(3) 757.
וראו דברי כבי' השופט ברק בפסק הדין בעניין זוהר, הערה 70.
⁷³ למסקנה דומה ניתן להגיע גם בהתחשב בשיקולים הקשורים בפיזור הנזק.
⁷³

בנוק, או לפחות בחלקו. אולם, יש להניח כי נתון זה אינו קבוע וכי הוא פועל יוצא של גורמים שונים, ובין היתר של מערכת התמריצים הקבועה בדין.

ההגיון הכלכלי מחייב להשית את הנזק על הגורם שביכולתו למנעו בצורה הקלה ביותר והזולה ביותר. הגורם אשר יש בידו להשפיע על סך הנזקים הנגרמים בשירות צבאי הוא לא אוכלוסיית הניזוקים, אלא אוכלוסיית המזיקים, אשר ניתן לתמרצה, אם כן, לגרום לפחות נזקים על ידי השתתם עליה. כל שעליה לעשות הוא לנקוט משנה זהירות בפעולתה, להקדים למעשה מחשבה תחילה ולפעול במיומנות ובהירות, על פי הסטנדרטים והקריטריונים שלהם היא מחויבת כבר ממילא לצורך ביצוע תפקידה. הטלת "אימת התביעה" על אוכלוסייה זו עשויה, אם כן, לתרום, במידה כזו או אחרת, לצמצום סך הנזקים הנגרמים בשירות צבאי, אף אם נתעלם מהצדק שבדבר.

2.4.2.6. פגיעה בתפקוד הצבא²⁷³

טיעון זה נוגע לכך שגורמי הצבא ייאלצו להשחית זמנם בבתי משפט ובהתדיינות על חשבון ביצוע תפקידיהם הצבאיים, כהשלכת-צד של הצפה אפשרית של בתי המשפט בתביעות. גם משקלו מצטמצם למינימום נוכח האמור. ברומה לקביעתו בעניין המעמסה הכספית, קובע בית המשפט כי גם אם גורמי הצבא יידרשו לבקר בבתי המשפט, הרי שלאור אי ממשותו של החשש מפני הצפת בתי המשפט, אין מדובר בגזירה שלא ניתן לעמוד בה וכי זהו נטל מינימלי נסבל בנסיבות העניין.

כמו כן, טיעון זה יכול היה לשמש באותה מידה גם לחסינות מפני תביעות של ניזוקים שאינם חיילים, אולם לא נמצא חזק דיו. קבלתו של טיעון זה עלולה להביא למצב בו אנשי צבא לא יידרשו להעיד בבית-משפט אזרחי במסגרת תביעה של חייל, אולם יידרשו לעשות כן בגין תביעה של אזרח, שעשויה להתבסס על אותו אירוע בגינו נדחתה תביעתו של החייל. כמו כן, אין בטיעון זה כדי להסביר מדוע נמנעות תביעות לפי חוק הפלת"ד, אשר אינן מצריכות הוכחת אשם.

2.4.2.7. טענת "רפיון הידיים" (או "חרב דמוקלס")²⁷³

²⁷³ טיעון זה מוכר בספרות גם כטיעון בדבר שיבוש פעולת המינהל.
²⁷³ טיעון זה (הרתעת יתר או overkill) נגד הטלת אחריות בנוזיקין על רשויות הצבא מקובל בספרות כטיעון נגד הטלת אחריות על רשויות הציבור בכלל, ולאור דווקא בעד האמצעי של פטורים סטטוטוריים. ראו יי גלעד, שם, עמ' 351.

פן אחר של הטענה האמורה בדבר הפגיעה הישירה בתפקוד הצבא על ידי כפייתו לעסוק בעניינים שאינם קשורים לתפקידיו המרכזיים נוגע לחשש מפני פגיעה עקיפה במפקדי הצבא, במוטיבציה שלהם ובחופש הפעולה שלהם שעלולה להיגרם על ידי תביעות אזרחיות שיוגשו נגדם בשל מעשיהם או החלטותיהם. כמו כן, קיים חשש כי מפקדי הצבא, אשר פועלים בשם המדינה ומטעמה, ימצאו עצמם אחראים אישית בנוזיקין, ובמצב זה, כאשר סכנה זו מרחפת מעל ראשם, לא יוכלו להפעיל את שיקול דעתם כראוי ותפקודם ייפגע.

טענה זו נדחתה אף היא על ידי בית המשפט. הקושי המרכזי הטמון בטענה, נוסף על הקושי הנובע מכך שטיעון זה אינו מונע מאזרחים להגיש תביעות דומות, הוא כי לא מוצע לדרוש מרשויות הצבא וממפקדיו אלא את המתחייב מהם על פי דין ולרוב אף את מה שהם דורשים מעצמם. דהיינו, נדרש מהם לבצע את תפקידם בצורה תקינה, זהירה ויעילה. הטענה כי אכיפת הדין במקרה של הפרת חובה זו תפגע בתפקוד הצבא בעייתית במידה רבה, שכן צבא המתפקד כשורה כלל אינו מעוול, וממילא אינו נדרש לתת את הדין על כך. הצבא צריך דווקא להיות מעוניין כי תפקודו יהיה תקין, זהיר ויעיל, גם הלכה למעשה.⁷⁴

ההנחה הסבירה יותר היא דווקא, כפי שהובע גם בפסיקה⁷⁵, כי האפשרות המעשית שתוגש תביעה נזיקית נגד גורמי הצבא בגין עוולותיהם תתרום לשיפור יעילותם ותפקודם, תעמידם על המשמר ותעודדם לנקוט אמצעי זהירות סבירים ולנהוג משנה זהירות בתפקידם.

כמו כן, באם החשש מפני רפיון ידיים הינו כה גדול, הרי שתמיד קיימת אפשרות לבטח את גורמי הצבא מפני הסיכון שיימצאו אחראים בנוזיקין במעין ביטוח אחריות מקצועית,

⁷⁴ לעניין זה קשה למצוא אבחנה בין אנשי צבא לבין רופאים ושוטרים, למשל, אשר כנגדם ניתן להגיש תביעות נזיקין, ואף בגין נזקי גוף. לגבי רופאים – ע"א 58/82 קנטור נ' מוסייב, פ"ד לט(3) 253, 262-263; ע"פ 116/89 אנדל נ' מדינת ישראל, פ"ד מה(5) 276, 288-289. לגבי שוטרים – ע"א 429/82 מדינת ישראל נ' סוהן, פ"ד מב(3) 733 (לעניין ביצוע צווים שיפוטיים שעניינם יציאה מן הארץ); ע"א 337/81 בוסקילה נ' מדינת ישראל, פ"ד לח(3) 337 (לעניין ביצוע סמכויות מעצר וצווי מניעה זמניים של בית משפט); ע"א 126/85 ר.ג.ס. מרט נ' מדינת ישראל וערער שכנגד, פ"ד מד(4) 272 (לעניין תפקוד במוקד משטרה המחובר למפעלים במערכת אזעקה).

⁷⁵ ע"א 862/80 עיריית חדרה נ' זוהר, פ"ד לו(3) 757, 767; ע"א 243/83 עיריית ירושלים נ' גורדון, פ"ד לט(1) 113, 135.

כללי או לסוגים מסוימים של תפקידים. כך, יעלם לו החשש מפני רפיון ידיים, ככל שהוא קיים, מבלי לפגוע בניזוקים.

2.4.2.8. עידוד הזהירות והגברת המיומנות בצבא

טיעון זה תומך במתן אפשרות להגיש תביעות נזיקין נגד גורמי הצבא. משמעותו היא כי החשיפה לתביעות נזיקין תביא להגברת הזהירות והערנות ולשיפור המיומנות של רשויות הצבא בפעולתן. בית המשפט קובע, כי מפקד, אשר מודע לכך כי הדרך שבה הוא פועל ומפעיל את שיקול דעתו עומדת לביקורת מבחני הרשלנות והסבירות, וכל שכן לגבי עוללות שבמזיד, ינהג כמפקד זהיר יותר, שקול יותר וכתוצאה מכך יהא מפקד מיומן יותר.

2.4.2.9. שיפוי הניזוק

בצד שיקולים מערכתיים ושיקולים המעמידים במרכזם את עניינו של המזיק, לא ניתן להתעלם גם מעניינו של הניזוק. שלילת האפשרות להגיש תביעת נזיקין תעמיד את הניזוק במצב קשה, בו הוא נותר ללא פיצוי נאות על הנזק שנגרם לו, ובמידה שדיני השיקום אינם חלים, ללא סעד כלשהו, בעצם.

מבחינתו של החייל הניזוק, אין תועלת רבה בקיומם של הליכים פליליים או משמעתיים הננקטים, אם ננקטים, כנגד המזיק. טיפול זה נותר במישור שבין הנאשם לבין המדינה או בין הנאשם לבין מפקדו ואין החייל הניזוק, ככלל, צד לו. בהעדר הסדר הנותן מענה מספק לזכויותיו של החייל הניזוק בהליך מסוג זה, קשה לקבל מצב בו יהיה זה ההליך היחיד בו ניתן לעשות שימוש. מצב זה, כך קובע בית המשפט, מעלה את התביעה הנזיקית כפתרון נאות לחייל הניזוק.

2.4.3. מסקנת ביניים

כזכור, ביקשנו לברר אם קיימת מניעה עקרונית להכיר בתביעת נזיקין של ניזוק בשירות צבאי נגד המדינה ושלוחיה, מקום שאין תחולה לדיני השיקום וכאשר לא מתקיים אף אחד מהחריגים הקבועים בחוק לאחריות המדינה ושלוחיה. ביקשנו לעשות זאת על מנת לברר אם הדבר נובע מתחולתם או מאי תחולתם של רציונלים מסוימים, וזאת כבסיס

להמשך הדיון בעניינותה של האבחנה בין מקרים אלה לבין המצבים בהם החוק⁷⁶ מעניק למדינה ולשלוחיה פטור מאחריות נזיקית כלפי ניזוקים בשירות צבאי.

ראינו כי מניעה עקרונית כזאת אינה קיימת וכי שאלת הטלת אחריות בנוזיקין תיבחן בכל מקרה לגופו על פי המבחנים הרגילים הקבועים בדין⁷⁷. ראינו גם כי הדבר אינו נובע מכך שאין רלוונטיות לרציונלים התומכים בגישה לפיה יש מקום למנוע הכרה בתביעות נזיקין של חיילים נגד חיילים ונגד רשויות הצבא גם מקום שאין הוראה מפורשת לכך בחוק. בפס"ד פרץ דן בית המשפט ברציונלים אלה, אלא שהרציונלים נדחו אחד לאחד, ולא מפני שאינם רלוונטיים, אלא מפני שנמצא כי אין בהם כדי להצדיק פגיעה בזכויות החייל הניזוק ומפני שקבלתם תביא לירידה ברמת הזהירות והמיומנות בצבא ולגידול בסך הנזקים הנגרמים בשירות צבאי.

שלילת הרציונלים מקום שדיני השיקום אינם חלים עשויה להביא אותנו לשתי מסקנות חלופיות. האחת, עניינה בקשר שבין קבלתם של הרציונלים לתחולתם של דיני השיקום. כאמור, באותם מקרים בהם אין פטור סטטוטורי מאחריות נזיקית למדינה ולשלוחיה ואין תחולה לדיני השיקום, דין הרציונלים להידחות. לפיכך, באותם מקרים בהם יש פטור סטטוטורי מאחריות נזיקית ויש תחולה לדיני השיקום, דינם של הרציונלים, האמורים ורציונלים נוספים העשויים לחול בנסיבות העניין, להתקבל. דהיינו, האבחנה הקיימת בדין המצוי בין ניזוקים שהם חיילים לבין ניזוקים שאינם חיילים הינה אבחנה עניינית. השניה, כיוון שדין הרציונלים להידחות מקום שדיני השיקום אינם חלים, הרי שדינם להידחות גם מקום שדיני השיקום חלים, באשר אין נפקות בין שני המצבים. דהיינו, האבחנה הקיימת בין ניזוקים שהם חיילים לבין ניזוקים שאינם חיילים אינה אבחנה עניינית.

מכיוון שהגענו למסקנה⁷⁷ כי אכן אין נפקות לעצם קיומה של מערכת סעד אלטרנטיבית לעניין קיומו של פטור מאחריות נזיקית, הרי שאין לכך נפקות גם לעניין קבלתם או דחייתם של הרציונלים. משכך, האפשרות היחידה להגיע למסקנה שונה מזו שהגיע אליה בית המשפט בפס"ד פרץ לעניין נזקים שדיני השיקום חלים עליהם מתבססת על ההנחה

⁷⁶ חוק אחריות המדינה, סעיפים 6 ו-7.

⁷⁷ כך, למשל, בפס"ד פרץ נדונה שאלת קיומה של חובת זהירות מושגית של גורמי הצבא הרלוונטיים כלפי חיילים בענייני איוש תפקידים, גיוס, שחרור והתרת התחייבות.
⁷⁷ ראו סעיף 2.2.2. לעיל.

כי בנסיבות אלה קיימים רציונלים נוספים המצדיקים אי הכרה בתביעות נזיקין של חיילים נגד המדינה או שלוחיה.

בפס"ד פרץ לא זכתה שאלה זו לדיון, ובית המשפט הסתפק בקביעה כי "שאלת האחריות בגין נזקי גוף שנגרמו לחייל אינה עומדת על הפרק והיא הוסדרה במפורש על ידי המחוקק בדרך נפרדת – ראה סעיפים 6-7 לחוק הנזיקים האזרחיים"⁷⁸. ואכן, אין חולק כי קיים הסדר מפורש לעניין זה, אולם טיבו של ההסדר, תוכנו ודרכי יישומו האפשריות טעונים הבהרה, בין היתר, תוך בחינת התאמתו של ההסדר לרציונלים שלו. לצורך כך, יש מקום להתבוננות החורגת מדלת אמותיו של המשפט הישראלי, אשר יש בה כדי לגלות כי השאלות שהוצגו אינן ייחודיות לישראל.

3. שאלת אחריות המדינה ושלוחיה בגין נזקי גוף שנגרמו לחייל - דין משווה

3.1 ארה"ב

3.1.1 כללי

בארה"ב אין פטור סטטוטורי למדינה ושלוחיה מפני תביעות נזיקין של חיילים שניזוקו בגופם בשירותם הצבאי כדוגמת זה הקיים בסעיפים 6 ו-7 לחוק אחריות המדינה הישראלית. יחד עם זאת, בית המשפט העליון של ארה"ב קבע⁷⁹ כבר בשנת 1950⁸⁰ כי

⁷⁸ שם, עמ' 34.

⁷⁹ *Feres v. United States* 340 US 135 (1950). מדובר בתיק שהוא צירוף של שלושה ערעורים, אשר עניינו של כל אחד מהם תביעת נזקי גוף של חייל.

הערעור הראשון עסק בעניינו של *Feres*. *Feres*, חייל בצבא ארה"ב, ישן במגורים בבסיסו, כאשר המגורים עלו באש. כתוצאה מהשריפה, *Feres* נהרג. תלויי תבעו את ארה"ב בגין שיכונן של המנוח במגורים אשר היו ידועים כבלתי בטיחותיים. התביעה ייחסה את הרשלנות לקצינים אשר דרשו מהמנוח להשתכן במגורים שידעו או שהיו צריכים לדעת כי אינם בטיחותיים, וכן למכבי האש הצבאיים אשר היו מופקדים על האזור.

הערעור השני עסק בעניינו של *Jefferson*. *Jefferson* עבר ניתוח בכיס המרה בבית-חולים ממשלתי. הרופאים השאירו בטעות מגבת בבטנו, וכתוצאה מכך הוגשה תביעת רשלנות רפואית.

הערעור השלישי עסק בעניינו של *Griggs*. תלויי של *Griggs* הגישו תביעת רשלנות רפואית בה טענו כי מותו של המנוח נגרם בשל רשלנותו של צוות רפואי בבית-חולים צבאי.

⁸⁰ עובר לחקיקתו של ה-FTCA, הדוקטרינה של חסינות המדינה שימשה כהגנה מפני אחריות נזיקית שילוחית של המדינה בגין עוולות שלוחיה. בשנת 1946 חוקק הקונגרס את ה-

המדינה (הפדרלית או מדינות הפרציה) אינה אחראית בנוזיקין במסגרת ה- *Federal Tort Claims Act* (להלן: "ה-FTCA")⁸¹ בגין נזק גוף שנגרם לחייל בהיותו נתון בפעילות המהווה חלק מהשירות הצבאי⁸², וכלשונו של בית המשפט⁸³:

"The Government is not liable under the
Federal Tort Claims Act for injuries to
servicemen **where the injuries arise out of
or are in the course of activity incident to
service**" (Emphasis added – O.S.).

פסיקה זו, הקובעת חריג לאחריות המדינה לפי ה-FTCA, נודעה ברבות השנים *דוקטרינת Feres* (פ.ר. יז). באופן דומה, מונעת הדוקטרינה תביעות של חיילים נגד חיילים אחרים, שלוחי המדינה, אם התובע ניזוק בזמן שהיה נתון בפעילות המהווה חלק מהשירות הצבאי⁸⁴. גם זאת, בדומה לדין הישראלי. אולם, להבדיל מהחסינות בישראל, המשתרעת רק על נזקי גוף⁸⁵, *Feres* חלה גם על תביעות בגין נזקי רכוש שנגרמו "incident to service"⁸⁶.

דוקטרינת *Feres* אינה נקיה מספקות, באשר היא מביאה לעתים לתוצאות שאינן סבירות⁸⁷. בתי משפט פדרליים בארה"ב, הערים לבעייתיותה של הדוקטרינה, מבקרים

FTCA, אשר הכיל הסכמה עקרונית של הממשל הפדרלי להיות אחראי בנוזיקין. התפתחות היסטורית דומה, אם כן, להתפתחות בדין הישראלי.

⁸¹ ה- FTCA קובע, בדומה לחוק אחריות המדינה הישראלי, כלל לפיו אין למדינה חסינות מיוחדת מפני תביעות נזיקין. יחד עם זאת, הוא מונע תביעות שעילתן בפעילויות מבצעיות ("combatant activities"), שאינן כוללות אימונים או כל פעילות שאינה קשורה במישרין עם מגע עם האויב, ותביעות שעילתן נוצרה במדינה זרה (סעיף 2680(k)).

⁸² פסיקה זו דומה באופן מפתיע לחריגים הקבועים בסעיפים 6 ו-7 לחוק אחריות המדינה הישראלי.

⁸³ שם, עמ' 146.

⁸⁴ *United States v. Stanley* 483 US 669 (1987); *Chappell v. Wallace* 462 US 296 (1983).

⁸⁵ בנוסף, כמובן, לפטורים הרגילים החלים על עובדי ציבור.

⁸⁶ *Zoula v. United States*, 217 F2d 81 (5th Cir Ga 1954); *United States v. United Services Automobile Association*, 238 F2d 364 (8th Cir Mo 1956).

⁸⁷ כך, שימשה הדוקטרינה בסיס לדחיית תביעה של חיילים שחורים אשר קיבלו מטלות ועונשים על רקע של אפליה גזעית (פס"ד *Chappell* האמור לעיל), לדחיית תביעתה של חיילת

מזה זמן רב את הדוקטרינה כבלתי הוגנת ומיישמים אותה באי שביעות רצון מופגנת.⁸⁸ יתרה מכך, בשנת 1987 אף הרחיק לכת בית המשפט העליון של ארה"ב וקבע⁸⁹ כי יסודה של הלכת *Feres* בטעות, וכי יש להגביל את הדוקטרינה לתביעות שעניינן רשלנות "צבאית", להבדיל מתביעות שעניינן רשלנות "אזרחית". דהיינו, כי יש להגביל את הדוקטרינה לאותן עוולות אשר אין להן "מקבילה" אזרחית, ולרציונלים אשר אין להם תוקף מחוץ לצבא. חרף זאת, מאז שנקבעה לא חלו שינויים קיצוניים בדוקטרינה והיא ממשיכה להיות בתוקף, אף על פי שחלו שינויים לא מבוטלים במה שנחשב לרציונלים שלה.

דוקטרינת *Feres* הוצדקה במקור על ידי ארבעה רציונלים:

- (1) אי תחולת עקרון "השוואת המעמד" בגין העדר עילת תביעה מקבילה כנגד "גורמים פרטיים"⁸⁹.
- (2) העדר אחידות בדינים המדינתיים הקובעים את הזכויות בנוזיקין אשר יביא לעיוותים ולהעדר אחידות בין ניזוקים שונים.
- (3) אופייה הפדרלי של מערכת היחסים בין המדינה לבין החיילים המחייב כי עניין הגשת תביעת נזיקין נגד הצבא באותן נסיבות יוסדר בחוק פדרלי, אשר אינו בנמצא.

שהותקפה מינית על ידי קצין בכיר (11th Cir.) *Stubbs v. United States*, 744 F.2d 58 (1984), לדחיית תביעת תלוייו של סוכן מודיעין צבאי שנמצא מת לאחר שבודד ונחקר במשך 9 ימים על ידי סוכני צבא ו-CIA שחשדו כי הוא מתעתד לכתוב את זכרונותיו (*Sigler v. CIA*, 485 F. Supp. 185 (D.Md. 1980)), לדחיית תביעתם של חיילים שהיו נתונים להזרקות נסיוניות של LSD (*Thornwell v. United States*, 471 F. Supp. 344 (D.D.C.) 1979), לדחיית תביעתם של חיילים שאולצו להשתתף בניסויים הכרוכים בחשיפה לקרינה גרעינית (*Jaffee v. United States*, 457 U.S. 1133 (1982)) ועוד ועוד.⁸⁸

Hinkie v. United States 715 F2d 96 (3rd Cir Pa 1983); *Monaco v. United States* 661 F2d 129 (9th Cir Cal 1981); *Labash v. Department of Army* 668 F2d 1153 (10th Cir Okla 1982); *Hunt v. United States* 204 App DC 308, 636 F2d 580 (1980).

⁸⁹ *United States v. Johnson* 481 US 681 (1987).⁸⁹ רציונל זה מתבסס על מלאכותיותו של עקרון "השוואת המעמד" בכל הנוגעות לפעולות שלטוניות, כיוון שלא קיים בסיס להשוואה בין רשויות הציבור לפרט בכגון אלה, שכן הפרט אינו עוסק בפעילויות שלטוניות (ראו ' גלעד, שם, עמ' 343). יחד עם זאת, גם על פי מתנגדי עקרון "השוואת המעמד" ניתן לדרוש שוויון בין הרשויות הציבוריות השונות, ותהא ההגבלה על אחריות בנוזיקין שלהן אשר תהא.

(4) קיומם של דיני שיקום המספקים תגמולים אחידים, ודאיים ופשוטים כתחליף לסעד בנוזיקין.

כאמור, במרוצת השנים השתנו הרציונלים לדוקטרינה⁹⁰, וכיום הם עומדים על שלושה רציונלים עיקריים:

(1) במערכת יחסים פדרלית, כזו שבין המדינה לבין החיילים, אין זה מן הראוי כי אחריות המדינה תבוסס על עקרונות משפטיים שונים הנקבעים על פי מקריותו של מקום קרות הנזק (הדין המדינתי). הדבר עלול לפגוע באופיה הפדרלי של פעילות הצבא (להלן: "רציונל 'האחידות'").

(2) קיומה של מערכת תגמולים אחידה וכוללת⁹¹, אשר אינה מבוססת על אשם, המספקת סעד חלופי לחיילים שניזוקו בשירותם הצבאי, לצד הליכים פליליים ומשמעתיים המרתיעים מפני התנהגות פסולה (להלן: "רציונל 'האלטרנטיבה'").

(3) החשש מפני ההשפעה השלילית של תביעות כאמור על המשמעת בצבא ועל תפקודו התקין והטוב⁹², או רציונל ה"צורך הצבאי"⁹³ (להלן: "רציונל 'הצורך הצבאי'").

בפסק הדין בעניין *United States v. Shearer*⁹⁴ נעשה אף שימוש במבחנים אשר אינם עולים בקנה אחד עם מבחני ה-"*Incident to Service*" הטכניים העולים מדוקטרינת *Feres*⁹⁵. זאת, תוך התייחסות לכך שדחייתה של תביעה על יסוד דוקטרינת *Feres* צריכה להתבסס על שלושת הרציונלים, האמורים לעיל, העומדים ביסודה של הדוקטרינה ולא על מבחן ה-"*Incident to Service*" הפורמליסטי. לעניין זה, רציונל ה-"אחידות" ורציונל ה-"אלטרנטיבה" הינם רציונלים קבועים שאינם משתנים ממקרה

Rogers v. United States 902 F2d 1268 (7th Cir Ind 1990); **Stencel Aero Engineering Corp. v. United States** 431 U.S. 666 (1977).

⁹¹ The Veterans Benefits Act, 38 U.S.C. (1976).

⁹² וראו גם **United States v. Brown**, 348 U.S. 110, 112 (1954).

⁹³ רציונל זה מתייחס הן להיבטים הכרוכים בשמירה על משמעת הצבא והן בשמירה על האוטונומיה שלו.

⁹⁴ 473 U.S. 52 (1985).

⁹⁵ הכוונה למבחנים כגון מעמדו הצבאי של הניזוק (ובין היתר, שאלת היותו "בתפקיד" או מחוץ לבסיס), המקום בו נגרם הנזק, טבע הפעילות בה היה נתון החייל הניזוק וכיו"ב.

למקרה, לפי נסיבותיו⁹⁶. מה שאין כן לגבי רציונל ה"צורך הצבאי", אשר הוא המשתנה אשר יש בכוחו להביא לכך, אליבא דבית המשפט בעניין *Shearer*, שתביעות מסוימות תידחנה על יסוד דוקטרינת *Feres*, ואילו תביעות אחרות לא תדחנה על יסוד דוקטרינה זו.

התפתחות זו בפסיקת בתי המשפט בארה"ב הסיתה, אם כן, את כובד המשקל מדיון טכני בתנאים כאלה או אחרים (כדוגמת ה- "*Incident to Service*"), אשר נעשה בהם שימוש גם בישראל, לעבר דיון מהותי בהשפעה המסתברת של התערבות שיפוטית על תפקודו התקיין והיעיל של הצבא⁹⁷. זאת, במסגרת דיון ברציונל ה"צורך הצבאי" (או ה- *Military-Necessity*). למרות זאת, נותרו מרכיביו של רציונל חשוב זה לוטים בערפל, בהעדר פסיקה הדנה בהם לעומק.

אך בטרם נדון בעיקריו של רציונל זה, אשר דומה כי הוא עומד במרכז התפתחותה של דוקטרינת *Feres*, מן הראוי לבחון את מידת תקפותם של שני הרציונלים האחרים, דהיינו רציונל ה"אחידות" ורציונל ה"אלטרנטיבה". רציונל ה"אחידות" הינו הפחות רלוונטי לענייננו. פרט לכך שאינו ישים אלא במדינות פדרליות (ולפיכך אין לו יישום במדינה כמו ישראל), בוקר רבות על ידי בתי המשפט בארה"ב. בין היתר, בוקר הרציונל כמעורר קושי יסודי בכך שגם מצבו של ניזוק, אשר הדין המדינתי החל עליו "מקפח" אותו ביחס לניזוקים אשר חל עליהם דין מדינתי אחר, הינו טוב יותר ממצבו של ניזוק, אשר נשללת ממנו כל זכות תביעה. לפיכך, הפתרון שאף ניזוק לא יקבל כל סעד בנזיקין הינו פתרון בעייתי, שכן לא ברור אם מצב של העדר כל זכויות עדיף על מצב של העדר שוויון זכויות.

נוסף על כך, גם הטיעון כי הגיונו של הרציונל נעוץ בשימור אופייה הפדרלי של מערכת היחסים בין החיילים למדינה ולצבא אינו נעדר כל קושי, וזאת כיוון שבמצב דברים זה אין כל הכרח להותיר את העניין לדינה הפנימי של כל מדינה. אין כל מניעה חוקתית להסדיר את העניין בחוק פדרלי שיקבע הקונגרס, אשר עשוי לתת פתרון לבעיית האחידות ולאופיה הפדרלי של מערכת היחסים בין החיילים לבין הצבא. העובדה כי אין בנמצא חוק כזה עשויה להתבסס על הנחתו של הקונגרס כי אין בכך צורך, למשל,

⁹⁶ ניסיון "להלביש" את הרציונלים לדוקטרינה על הדין הישראלי יעלה שרק שניים מבין הרציונלים רלוונטיים לישראל, שכן רציונל ה"אחידות" עוסק ביחס שבין הדין הפדרלי לדין המדינתי בארה"ב.

⁹⁷ לא בשונה מהדיון ברציונלים בפס"ד פרץ בישראל, אלא שכאן, כאמור, מדובר בתביעות בגין נזקי גוף.

מהסיבה שאת מטרות דיני הנזיקין ניתן להשיג גם באמצעות מערכות דינים אחרות. זוהי, בעצם, הנחתו של רציונל ה"אלטרנטיבה".

3.1.2. הליכים פליליים-משמעתיים ודיני שיקום כתחליף לדיני הנזיקין

כאמור, אחד הרציונלים⁹⁸ שביסוד דוקטרינת *Feres* מניח כי שתי המטרות העיקריות של דיני הנזיקין, היינו פיצוי והרתעה, ניתנות להשגה גם באמצעות דינים אחרים. על פי רציונל זה, הליכים פליליים ומשמעתיים, המתקיימים בתוך הצבא ממילא, והליכים במסגרת דיני השיקום יכולים לפצות את הניזוק וכן להרתיע מפני התנהגויות פסולות בצורה לא פחות טובה מכפי שדיני הנזיקין מסוגלים. וזאת, בערך המוסף של הימנעות מפגיעה באינטרסים החיוניים של הצבא דרך הליכים אזרחיים מיותרים.

ואמנם, במסד הצבאי, בארה"ב כבישראל, קיימות ממילא הן מערכת סעד המתגמלת חיילים בגין נזקי גוף שנגרמו להם תוך כדי השירות והן מערכת עונשית⁹⁹ (פלילית ומשמעתי) המרתיעה מפני התנהגות בלתי חוקית. לכאורה, אם כן, השילוב בין מערכות דינים אלה אמור להשיג את מטרות הפיצוי וההרתעה ומייתר את הצורך בדיני הנזיקין.

עם זאת, לא ניתן להתעלם מהטענה כי, בפועל, לחצים פנים-מוסדיים גורמים לכך שמערכת הסעד אינה ממלאת את ייעודה דווקא במקרים המחייבים פיצוי¹⁰⁰ והרתעה יותר מכל. זאת, גם בהנחה שבתשלומים המתקבלים באמצעות דיני השיקום יש משום פיצוי גבוה דיו בהשוואה לפיצויים הנזיקיים. במאמרו¹⁰¹ מציין *David Saul Schwartz* שבשל היותה של מערכת השיקום והתגמולים מכשיר ליישום מדיניות¹⁰², לא ניתן

⁹⁸ הכוונה לרציונל ה"אלטרנטיבה".

⁹⁹ The Uniform Code of Military Justice, 10 U.S.C. (1982).

¹⁰⁰ זאת, בהתעלם, לעניין זה, מגובה התגמולים וממטרות השיקומית, אשר אינה עולה בקנה אחד עם מטרת דיני הנזיקין "להשיב המצב לקדמותו".

¹⁰¹ David Saul Schwartz, "Making Intramilitary Tort Law More Civil: A Proposed

Reform of the Feres Doctrine", 95 Yale L.J. 992 (1986).

¹⁰² וראו לעניין זה המבוא לרשימה זו. היות שב"הכרת" הממסד הצבאי בנזקו של פלוני יש משום הודאה של הממסד באקט המזיק (ביצוע אימוני צלילה בחל מזוהם, שימוש בתחמושת הפולטת קרינה וכו') ומשום קבלת אחריות על כך, הרי שיש ל"הכרה" השלכות על תחומים נוספים (פלילי, משמעתי, פיקודי, מבצעי, מדיני), אשר הממסד הצבאי, מטבע הדברים, מביאם בחשבון בטרם "הכרה" בנזק, לא אחת על חשבוננו של החייל הניזוק.

להסתמך על כך שתמלא תפקיד של "כלב שמירה"¹⁰³ כאשר הדבר עלול לגרום מבוכה לצבא. להיפך, סביר יותר להניח שבמצב כזה ייעשה בה שימוש דווקא לטיוח עוולות¹⁰⁴, שכן ללא תמריץ מיוחד קשה להניח שמערכת תיטה לקחת אחריות פומבית על עוולות המתרחשות בה מרצונה החופשי. במקרים אלה, אין הניזוק מוצא סעד, ולא כל שכן פיצוי, אלא נקלע לשנים של התדיינויות והליכים יקרים בהם הוא מנסה לשכנע את המערכת הצבאית, או לכפות עליה, להכיר בקשר שבין שירותו הצבאי לבין פגיעתו. במקרים רבים להכרה כזאת נלוות השלכות מערכתיות אשר עמן אין הצבא ערוך או מעוניין להתמודד. כמו כן, דינם של מקרים אלה להגיע, ברבות הימים, בכל מקרה, להתדיינויות בפני ערכאות אזרחיות.

על פי שוורץ, המשפט הפלילי והדין המשמעתי הצבאיים הם אמנם כלים טובים ומקובלים לענישה ולהרתעה מפני התנהגות פסולה מצד חיילים וקצינים זוטרים¹⁰⁵ החורגת בצורה בוטה מנורמות ההתנהגות של הצבא עצמו¹⁰⁶, אך הם פחות מתאימים להרתעה מפני התנהגות שהיא חלק מתופעה נרחבת יותר¹⁰⁷. כמו כן, ספק אם כלים אלה מתאימים להתמודדות נקודתית עם הפרות בוטות של נורמות התנהגות אזרחיות, אשר

¹⁰³ במובן זה שתיצור תמריצים פנים-מערכתיים למנוע ולהפחית את מספר אירועי הנזק המקימים חבות שיקומית.

¹⁰⁴ **שוורץ** ממחיש את כוונתו בעזרת ניתוח פרשת **Jaffee v. United States, 457 (U.S. 1133 (1982))**, שם דובר על חיילים שנחשפו לקרינה גרעינית במסגרת ניסויים. הממוסד הצבאי סירב להכיר בכך שהנזק שנגרם לחיילים היה פועל יוצא של מעשי הצבא, בטענה שהקרינה אליה נחשפו היתה נמוכה מכדי לגרום לנזק.

¹⁰⁵ שוורץ מצביע על תופעה מעניינת, שניתן לזהותה לא רק בצבא ארה"ב, שכלל שדרגתו של העבריין נמוכה יותר, כך גדל מספרם של הקצינים הבכירים המועמדים לשמש כקציני שיפוט בדין המשמעתי בעניינו. ולהפך, ככל שדרגתו של העבריין גבוהה יותר, כך קטן מספר המועמדים לשמש כקציני שיפוט בעניינו, ולא רק מטעמים הכרוכים במבנה הפירמידלי של ההיררכיה הצבאית. כמו כן, לחיילים בדרגות נמוכות יש פחות משאבים היכולים לסייע להם בהגנתם בהליכים משפטיים ומשמעתיים הננקטים כנגדם, כגון הזדהות וסימפתיה מצד קציני שיפוט או מצד שופטי צד בבתי דין, יכולת השפעה וקשרים בהיררכיה הצבאית. על פי שוורץ, לקצינים בכירים עשויה להיות, לעתים, שליטה, בשל מעמדם ויכולת השפעתם, אף על חקירות המתנהלות נגדם, במידה כזו או אחרת, שאין לחיילים ולקצינים זוטרים.

גם המלומד הישראלי י' גלעד מצביע על כך ש"גם אמצעי ההרתעה החליפיים: דין משמעתי, ביקורת המדינה, בקרה פוליטית ועוד אינם נותנים תשובה ראויה בהיותם **חלקיים, נעדרי שיטתיות או בשל נטיית המערכת להגן על עצמה**" (שם, עמ' 352) (ההדגשות הוספו – ע'ש').

¹⁰⁶ לחיטותו של הצבא לאכוף נורמות שהוא עצמו קובע מעולם לא הוטלה בספק. מנקודת מבט היסטורית, מגמת ה"אזרח" של קודקסים פליליים צבאיים נועדה, במידה רבה, לרכך את הענישה ואת דרכי ההתמודדות עם הפרות של אותן נורמות.

¹⁰⁷ כך, למשל, נשמעת טענה כי הטיפול הפנים-צבאי בתופעה השכיחה של הטרדות מיניות אינו אפקטיבי.

חלות על הצבא חרף העובדה שלא נקבעו על ידו, כגון שימוש בחיילים בניסויים צבאיים¹⁰⁸ או דיכויין של מחלוקות פנים-צבאיות¹⁰⁹. ככלל, ניתן לומר שחולשתם של המשפט הפלילי ושל הדין המשמעתי הצבאיים, בכל הנוגע להרתעה מפני התנהגויות פסולות, נובעת מכך שהצבא אינו תופס, או מתקשה לתפוס, את המערכות הללו כאמצעים להשלטת ולאכיפת נורמות התנהגות שלא נקבעו על ידו¹¹⁰.

כשל נוסף בדוקטרינת *Feres*, עליו מצביע שוורץ, נוגע להעדר אבחנתה של הדוקטרינה בין סוגים שונים של עוולות. שוורץ מחלק לעניין זה את העוולות הנזיקיות לשלוש קבוצות עיקריות: עוולות שברשלנות, עוולות שבמזיד ועוולות חוקתיות. בעוד שאת הטיפול בעוולות שברשלנות ניתן, מבחינה עקרונית, להותיר לטיפול פנים-צבאי, הן היות שבהתנהגות שביסודן אין משום הפרה זדונית של נורמות אזרחיות, והן היות שלצבא עצמו יש עניין של ממש לבצע את המוטל עליו בייעילות ולא ברשלנות, הרי שאת הטיפול בעוולות שבמזיד ובעוולות חוקתיות לא ניתן להותיר, מבחינה עקרונית, לטיפול פנים-צבאי. עוולות שבמזיד ועוולות חוקתיות פוגעות בנורמות חברתיות-אזרחיות, יותר מכפי שהן פוגעות בנורמות צבאיות, באופן הראוי לגינאי מוסרי, אותו ניתן להשיג באמצעות פניה לערכאות אזרחיות בתביעת נזיקין, בנוסף לפיזיו הנזוק. על פי שוורץ, ניתן לצפות ממערכת המשפט הצבאית שתמלא את הפונקציה הזאת בצורה טובה רק מקום שהנורמות והאינטרסים הצבאיים עולים בקנה אחד עם הסטנדרטים האזרחיים. למותר לציין, לא תמיד כך הם הדברים.

לסיכום נקודה זו, הקושי המרכזי בשימוש בהליכים פליליים ומשמעתיים מזה ובהליכים שיקומיים מזה כתחליף לשימוש בדיני הנזיקין נובע מהקושי המובנה בהפקדת הצבא על עריכת האיוון בין הצרכים והאינטרסים שלו עצמו לבין נורמות אזרחיות וחוקתיות. דוקטרינת *Feres* מפקידה את הצבא על עריכת איוון זה. שוורץ מצביע על הבעייתיות

¹⁰⁸ "ביעניים צבאיות", ניסויים בחיילים (כגון, חשיפה לקרינה גרעינית או לסם מסוכן) לא בהכרח ייראו שונים מכל פעילות צבאית מסוכנת אחרת, כמו תרגיל "רטוב" או בדיקתו של נשק חדש.

¹⁰⁹ קיימת סברה כי בצבא אין מקום לקיום דיון פתוח, וכי ביקורת פירושה חוסר נאמנות. מכאן גם התופעה השכיחה של "סתירת פיות", לעתים באמצעים לא חוקיים, הנובעת מהעדר הפנמה של נורמות אזרחיות.

¹¹⁰ מובן שבבתי הדין הצבאיים וכן בדרגי הפיקוד הבכירים קיימת מודעות רבה יותר גם להשלטת אותן נורמות שלא נקבעו על ידי הצבא עצמו, אולם ב"שטח", על פי שוורץ, נוטות נורמות אלה לסגת מפני שיקולים צבאיים מיידיים.

שבמצב זה, ועל כך שהיא מתחדדת באותם מקרים בהם הסכנה ל"צורך הצבאי"¹¹¹ אינה מוחשית ויכולת הטיפול של הצבא (הן בפיצוי הניזוק והן בהרתעה) אינה טובה, כמפורט לעיל. על רקע זה, מציע שוורץ לרכך את דוקטרינת *Feres*, כך שתביעות נזיקין של חיילים נגד המדינה ושלוחיה תתאפשרנה כאשר מתקיימים שני התנאים המצטברים הבאים:

(1) התובע טוען ליותר מאשר "רשלנות סתם"¹¹².

(2) התובע אינו חייל בשירות פעיל ביום הגשת התביעה.¹¹³

התנאי הראשון מתייחס, בעיקרו, לרציונל ה"אלטרנטיבה" ונותן לו מענה הולם. התנאי השני מתקשר, בעיקרו, לרציונל אחר (רציונל ה"צורך הצבאי") ונותן לו פתרון חלקי¹¹⁴. ביתר המקרים (כאשר התובע טוען ל"רשלנות סתם" או שהוא חייל בשירות פעיל ביום הגשת התביעה), על פי ניתוח זה, שוורץ אינו שולל כי קיים קושי להכיר בתביעות כאמור מפאת שיקולים הכרוכים ב"צורך הצבאי". השלכתם של שיקולים אלה על יישומה של הדוקטרינה באותם מקרים, כמו גם על התנאי השני של שוורץ, צריכה להיגזר, אם כן, מרציונל אחר – רציונל ה"צורך הצבאי".

3.1.3. רציונל ה"צורך הצבאי" ומרכיביו

3.1.3.1. כללי

מרכיבי רציונל ה"צורך הצבאי" זכו לדיון במאמרו של רוברט קולי (*Robert Cooley*)¹¹⁵. לפי קולי, ניתן להבין את רציונל ה"צורך הצבאי" רק בעזרת ניתוח הבעיות המיוחדות הכרוכות בקיומו של צבא במדינה דמוקרטית¹¹⁶. בצבא, על פי ניתוח זה,

¹¹¹ וראו להלן.

¹¹² הוא יכול לטעון, למשל, לעוולה שבמזיד או לעוולה חוקתית. ההנחה היא, כאמור, כי ככל שמדובר ב"רשלנות סתם" ערוך הצבא בצורה טובה יותר להתמודד בעצמו עם ההתנהגות הפסולה.

¹¹³ זאת, כדי לצמצם את החשש מפני פגיעה במשמעת הצבאית.

¹¹⁴ שכן הוא אינו מתמודד עם מרכיביו השונים של הרציונל, על השלכותיהם השונות, ולפיכך רק מצמצם את הבעיות שעלולות להתעורר תביעות כאמור.

¹¹⁵ R. Cooley, "Method to this Madness: Acknowledging the Legitimate Rationale Behind the *Feres* Doctrine", 68 Boston U. L. Rev. 981, 1988.

¹¹⁶ וראו גם אי נון "המגבלות החוקתיות על הצבא בישראל", *משפט וצבא* 13 (1999) 79.

מרוכזות סמכויות רבות בידי מפקדים, אשר אינם נושאים באחריות¹¹⁷ ישירה על מעשיהם כלפי פקודיהם. מצב זה עלול להביא לפגיעה בזכויותיהם ובחירויותיהם של החיילים, כפי שהחברה הדמוקרטית, במסגרתה פועל הצבא, הייתה מעונינת שיהיו. הדבר נובע ממבנהו ההיררכי של הממסד הצבאי, המבוסס על משמעת וצייתנות, השונה מצורת המשטר הדמוקרטית, המבוססת על מערכות של איזונים ובלמים על בעלי המרות והשררה.

בשל האיום שמהווה הצבא לדמוקרטיה, מכפיף המשפט החוקתי האמריקאי, כמו גם המשפט החוקתי הישראלי¹¹⁸, את הדרג הצבאי לזרועותיו האזרחיות של הממשל. כך, למשל, לנשיא ארה"ב יש מרות חוקתית מפורשת על הצבא כמפקד העליון (*Commander-in-Chief*) של הכוחות המזוינים¹¹⁹, ולקונגרס יש סמכות כללית בענייני ביטחון פדרלי¹²⁰. בדרך זו, של הכפפת הדרג הצבאי לדרג המדיני, שואפת החוקה האמריקאית, בין היתר, לחזק את ההגנה על זכויות האדם בצבא. יחד עם זאת, החוקה מכירה גם בצורך לשמור על צבא טוב ויעיל. על מנת שיהיה אפקטיבי, ממסד צבאי מצריך משמעת קפדנית ונורמות אשר אינן יכולות להתקבל בחברה אזרחית¹²¹. משמעות הדבר היא שזכויות וחירויות מסוימות המקושרות עם חיים אזרחיים נורמליים צריכות להישלל מן המשרתים בצבא. מצב חוקתי עדין זה מסביר גם את הזהירות שבה נוקטים בתי המשפט בכוואם להתערב בנעשה בתחום זה על ידי החלת סטנדרטים "אזרחיים" על המשרתים בצבא.

על פי הגישה שהובעה בפסק הדין בעניין *United States v. Shearer*¹²², כל התערבות כזאת מצד בתי המשפט חייבת להיות מבוססת על ההכרה במתח הקיים בין הכפפת הצבא לסטנדרטים "אזרחיים" לבין הצרכים והדרישות האמיתיים מצבא טוב ויעיל. יחד עם זאת, כזרוע של המדינה, יש לבתי המשפט האזרחיים אחריות ומחויבות ליישומו של המשפט האזרחי בצבא. התערבות שיפוטית כזו צריכה להיות מוגבלת, לפיכך, רק ככל שהדבר נדרש על מנת להבטיח את תפקודו היעיל של הצבא¹²³. פסק הדין בעניין *Shearer* מציג, אם כן, את דוקטרינת *Feres* כאמצעי להגדרת גבולות

¹¹⁷ובהקשר זה, אחריות – במובן Accountability.

¹¹⁸ וראו חוק-יסוד: הצבא, סעיפים 2 – 3.

¹¹⁹ U.S. Const. art. II, § 2, cl. 1.

¹²⁰ U.S. Const. art. I, § 8, cls. 1, 11-16.

¹²¹ *Chappell v. Wallace* 462 US 296, 300 (1983).

¹²² ראו הערה 94.

¹²³ בדומה לנוסחת האיזון הקבועה בישראל בסעיף 9 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

ההתערבות של בתי המשפט האזרחיים בענייניו הפנימיים של הצבא מבלי להפריע לצבא לתפקד באופן יעיל.

לפיכך, בכדי שרציונל ה"צורך הצבאי" יוכל להצדיק דחיית תביעות נזיקין, יש לעשות בו שימוש רק מקום שהתערבות שיפוטית בענייניו הפנימיים של הצבא תשפיע לרעה על הצבא ועל תפקודו. בפסק הדין בעניין *Shearer* בודד בית המשפט שני עניינים העומדים ביסוד דוקטרינת *Feres*, במתכונתה החדשה, וביסוד רציונל ה"צורך הצבאי". האחד, מעמדם הבעייתי של בתי המשפט האזרחיים במסגרת תהליכי קבלת ההחלטות בצבא¹²⁴. השני, שאלת פגיעתו האפשרית של הליך אזרחי-נזיקי במשמעת הצבאית. עניינים אלה מעוררים, אם כן, שתי שאלות נוספות הטעונות התייחסות:

(1) כיצד מאיימות תביעות נזיקין של חיילים על המשמעת הצבאית?

(2) מהו תפקידם הראוי של בתי המשפט האזרחיים במסגרת קבלת ההחלטות בצבא לאור הסכנות שהם מעמידים למשמעת בצבא ולתפקודו?

3.1.3.2. החשש מפגיעה במשמעת הצבאית

על אף שבתי המשפט הכירו פעם אחר פעם בחשיבותה המיוחדת של המשמעת לצורך תפקודו של הצבא, הם לא השכילו להסביר כיצד מאיימות תביעות המוגשות על ידי חיילים על המשמעת הצבאית. חששם של בתי המשפט מפני פגיעה במשמעת הצבאית הופנה לייחוד שבמערכת היחסים שבין חייל למפקדיו¹²⁵, אשר, לדעת בתי המשפט, נמצאת בלב ליבו של הצבא כממסד¹²⁶. לפי בתי המשפט, מערכת יחסים זו דורשת משמעת קפדנית ונורמות אשר לא ניתן לקבלן מחוץ לצבא, בחברה האזרחית¹²⁷, וממילא הדבר מחייב הטלת מגבלות מסוימות על זכויותיהם ה"אזרחיות" של החיילים. היות שלמשמעת יש גם דרישות אופרטיביות, ומכיוון שלא ניתן ללמד אותן בשדה הקרב עצמו, הרי שיש צורך שציות מידי לפקודות יהפוך לרפלקס המבוסס על הרגל. על מנת שניתן יהיה להגיע למצב זה, מבנה הצבא הוא היררכי ומבוסס על משמעת ועל ציות לפקודות. מבנה זה, למותר לציין, שונה לחלוטין מרפואי ההתנהגות האזרחיים

¹²⁴ שם, בעמ' 57.

¹²⁵ *United States v. Brown*, 348 U.S. 110, 112 (1954) ("the peculiar and special relationship of the soldier to his superiors").

¹²⁶ *Chappell v. Wallace*, 462 U.S. 296, 300 (1983).

¹²⁷ ראו הערה 121.

המקובלים, ומכאן חשיבותו הרבה¹²⁸. לכן, בתי המשפט הגיעו למסקנה שעל בתי המשפט האזרחיים, לכל הפחות, להסס ארוכות בטרם ידונו בתביעה העוסקת במערכת היחסים האמורה שבין חיילים למפקדיהם, או העשויה להשליך עליהם.

לחשש זה שני היבטים עיקריים:

א. פגיעה בהרגלם של חיילים לציית לפקודות

האחד, עניינו בכך שאם יותר לחיילים להעמיד בסימן שאלה ולתקוף את החלטות מפקדיהם בבתי משפט אזרחיים, יהווה הדבר איום על המשמעת בצבא¹²⁹, וזאת משום שיפגע בהרגלם של החיילים לציית באופן מיידי לפקודות הצבא ולנהליו¹³⁰ ויעורר ספקנות והרהורים שלפני ציות. דא עקא, שכלל לא ברור כי מצב זה אינו רצוי. הצבא עצמו אינו דורש מחייליו צייתנות עיוורת ומוחלטת. היפוכו של דבר, על כל חייל מוטלת החובה שלא לציית לפקודות שברור וגלוי כי הן בלתי חוקיות¹³¹. דרישה זו מחייבת ספקנות מצד חיילים והרהורים שלפני ציות. יתרה מכך, מתן אפשרות לחיילים לתבוע בנזיקין עשוי דווקא להגביר את הנכונות לציית לפקודות, גם לפקודות שהן בעייתיות, לפחות מנקודת ראותו של החייל, אך אינן מגיעות לכדי פקודות בלתי חוקיות בעליל. זאת, מכיוון שחייל היודע שיפוצה באם יגרם לו נזק, יטה יותר למלא אחר פקודות הניתנות לו, תוך מציאת מקור נחמה בעובדה שיוכל לקבל פיצוי הולם אם ייפגע וגם יוכל "לבוא חשבון" עם המזיק, בכפוף לכך שמדובר בנזק שנגרם בעוולה.

הכשל הבסיסי במדיניות השוללת תביעות נזיקין של חיילים נגד המדינה ושלוחיה מתוך כוונה למנוע פגיעה במשמעת נעוץ בכך שהמשמעת הצבאית אינה מבוססת, לפחות לא במדינות המחשיבות עצמן דמוקרטיות, על "הרגל של ציות מיידי". חייל אינו רובוט. היא מבוססת על כבוד, נאמנות ומחויבות מצדו של החייל, הן למפקדיו והן ליעדיה של

¹²⁸ לו דפוסי ההתנהגות האזרחיים המקובלים היו עולים בקנה אחד עם צרכיו התפקודיים של הצבא, הרי שממילא היה מתייטר הצורך בקיומו של אותו מבנה מיוחד.

¹²⁹ David Saul Schwartz, "Making Intramilitary Tort Law More Civil: A Proposed Reform of the Feres Doctrine", 95 Yale L. J. 992 (1986).

¹³⁰ בפסק הדין בעניין **Chappell** אף הוגדר המושג "משמעת" כ"הרגל של ציות מיידי" ("the habit of immediate compliance", בעמ' 300).

¹³¹ Bennett, "The Feres Doctrine, Discipline, and the Weapons of War", 29 St. Louis U.L.J. 383, 409 (1985). השווה לסעיף 125 לחוק השיפוט הצבאי, תשס"ו – 1955.

המסגרת בה הוא פועל¹³². לא ברור, על פי הניתוח האמור, כיצד שלילת האפשרות מחיילים, שניזוקו במהלך שירותם הצבאי על ידי המדינה או שלוחיה, "להשיב את מצבם לקדמותו" מחזקת את המחויבות שהם חשים ליעדי הצבא ולמטרותיו.

ב. פגיעה בכבוד, במחויבות ובנאמנות למפקדים

ההיבט השני של החשש מפגיעה במשמעת הצבאית כרוך בנימוק לדחייתו של ההיבט הראשון. אכן, משמעת מבוססת על כבוד, מחויבות ונאמנות יותר מאשר היא מבוססת על כוחו של הרגל. אולם, בעוד שמתן אפשרות לחיילים להיפרע ממזיקיהם עשוי לחזק את תחושת המחויבות שלהם למערכת הצבאית ולמדינה בכלל ("מחויבות מערכתית"), עלול הדבר לערער את הכבוד והנאמנות אשר רוכשים החיילים למפקדיהם ("מחויבות אישית"), שאף הם נדבך חשוב בתפקודו התקין והטוב של הצבא וביכולתם של מפקדים להנהיג.

בהיררכיה הצבאית כל חייל נמצא במעמד ("סטטוס") מסוים, ממנו עליו להפעיל את סמכותו על הכפופים לו, אך בה בעת גם להיות נתון למרותם של אחרים, הממונים עליו. הוא נתון, אם כן, בתווך שבין מפקדיו לבין פקודיו. תפקודה התקין של מערכת היררכית שכזאת נשמר כל עוד מופעלות המטרות והסמכויות דרך הערוצים המתאימים והמיועדים לכך. מתן אפשרות לחיילים להעמיד החלטות פיקודיות למבחן בבתי משפט אזרחיים, ייצור, מטבע הדברים, נתק בשרשרת הפיקוד באותם מקרים בהם בתי המשפט יידרשו לדון באופן הפעלתה של סמכות צבאית כזו או אחרת. בדרך זו, יוכלו חיילים הלכה למעשה "לעקוף סמכות" ולאליץ את מפקדיהם להצדיק את מעשיהם בפני גורם הנמצא מחוץ לשרשרת הפיקוד, ובעצם, מחוץ למערכת הצבאית¹³³.

¹³² לשם השוואה והמחשה, גם צה"ל אינו מבסס את המשמעת הצבאית על "כוחו של הרגל".
הקוד האתי של צה"ל – רוח צה"ל מגדיר את ערך המשמעת בצה"ל כ-

"נכונותם של חיילי צה"ל לפעול במלוא כוחותיהם לביצוע הנדרש מהם, באופן המושלם, על פי הבנתם את הפקודות שקיבלו ובאופן מוצלח תוך חתירה מתמדת לביצוע מתוך הבנה והזדהות, כשהם מקפידים על מתן פקודות חוקיות ומתנערים מפקודות בלתי חוקיות בעליל" (ההדגשה שלי – ע"ש).

¹³³ טיעון זה בעייתי במידה לא מבוטלת, שכן בפועל קיימים גופים לא פיקודיים אליהם רשאי חייל לפנות בקבילה על מפקדיו, תוך ניתוק השרשרת הפיקודית. רשויות החקירה והתביעה הצבאיות הן דוגמא קלאסית לכך, אך אין כל מניעה להכיר גם בקיומם של גופים אזרחיים

במצב זה יש כדי לחתור, במידה מסויימת, תחת הבסיס ליחסי מפקד-פקוד בשני אופנים. האחד, פגיעה בזהותם של המפקדים. מפקדים הנאלצים להצדיק את החלטותיהם הפיקודיות בפני רשויות אזרחיות עלולים לאבד את אמונם ביכולות הפיקוד שלהם ובעצם היותם "מפקדים", על כל המשתמע מכך. הם הופכים ללא יותר מאשר רשות מנהלית הנתונה לביקורת אזרחית, כאשר בפועל הדרישות מהם הן אחרות. השני, והחשוב יותר לענייננו, פגיעה בהזדהותם של הפקודים. חיילים הרשאים לתקוף החלטות פיקודיות בבתי משפט אזרחיים עלולים לאבד את הכבוד והמחויבות לסמכויות צבאיות ולהתחיל לפקפק בעצם כפיפותם לאותן סמכויות, שהרי אין אזרח "כפוף" לרשות מנהלית רגילה. זהו, בעצם, ההסבר לכך ששפיטותן של תביעות המערבות החלטות פיקודיות בבתי משפט אזרחיים מעמידה את אלה המצויים במעמד נחות בהיררכיה הצבאית על בסיס שוויוני יותר עם הממונים עליהם, בדומה ליחס שבין אזרח לרשות מנהלית במדינה דמוקרטית, ופוגעת במבנה ההיררכי של המערכת הצבאית.

יתר על כן, ההשלכה האפשרית של התערבות שיפוטית במקרים אלה אינה מוגבלת לצדדים הישירים לתביעה בלבד. עצם ידיעתם של חיילים כי הם רשאים לתקוף החלטות פיקודיות בבתי משפט אזרחיים עלולה להביא לכך שאותם חיילים לא יראו עצמם ככפופים לאותם גורמים אשר את החלטותיהם הם רשאים לתקוף, כאמור. כתוצאה מכך, ההיררכיה הצבאית עליה מבוססים יחסי המפקד-פקוד עלולה להתערער.

חרף האמור, סכנה זו של פגיעה במשמעת הצבאית אינה קיימת בהכרח כל אימת שנוק נגדם "תוך כדי השירות" (או "Incident to Service"). לא כל תביעה שעניינה נזק הקשור בשירות הצבאי מצריכה בפועל את בית המשפט האזרחי לדון בהחלטות פיקודיות. לדוגמה, התנהגותם של אזרחים עובדי הצבא עלולה לגרום נזק הקשור בשירות הצבאי, אך תביעה המבוססת על נזק כזה אינה מצריכה כל התערבות שיפוטית ביחסי מפקד-פקוד. כמו כן, השגרה בצבא כוללת מגוון רחב של פעילויות ופונקציות בעלות אופי מקצועי שאינן פיקודי, המקבילות לתחומי פעילות אזרחיים או מעין-אזרחיים, אשר הפן הפיקודי שבהן הינו מזערי או שאינן קיים בכלל. מסקנתו של *Cooley*, לפיכך, היא כי השאלה אם יש בהתערבות שיפוטית אזרחית כדי לסכן את המשמעת הצבאית תלויה בשאלה אם החייל הניזוק אמנם מבקש מבית המשפט האזרחי

הממלאים פונקציה דומה, במובן זה שהם מעבירים ביקורת על מפקדים על אף הימצאותם מחוץ לשרשרת הפיקוד (וראו בישראל – נקח"ל).

לדון בהחלטה פיקודית, ולא בשאלה אם הנזק נגרם "תוך כדי השירות" (או " *Incident to Service* ").

3.1.3.3. החשש מפגיעה באופן קבלת ההחלטות בצבא

כאמור, חשש נוסף העומד ביסוד רציונל ה"צורך הצבאי" עניינו באפשרות שבתי המשפט האזרחיים יידרשו להרהר אחר החלטות צבאיות ולהחליף את שיקול דעתם של הגורמים הצבאיים המוסמכים בשיקול דעתם שלהם. חשש זה מעורר את הצורך בדיון בתפקידים הרצוי ובמעמדם הראוי של בתי המשפט בעניינים הקשורים בצבא. לאור החשש מפני פגיעה במשמעת הצבאית, כמפורט לעיל, הובעה לא אחת בפסיקה האמריקאית¹³⁴ דעה לפיה לבתי המשפט האזרחיים צריך להיות תפקיד מוגבל בעניינים צבאיים, וזאת הן משום שאין להם את המיומנות המספקת לבחון את אופן השפעת החלטותיהם על המשמעת הצבאית והן משום שאין להם את הכלים המתאימים לבחון שיקולים צבאיים-מקצועיים לגופם. בגישה זו, למעשה, מובלעת התפיסה כי בכל הנוגע ליחסי מפקד-פקוד אין לבתי המשפט האזרחיים מעמד לגיטימי¹³⁵.

יחד עם זאת, גם על פי גישה זו אין בית המשפט האזרחי נעדר את הכלים והכישורים הנדרשים בכדי לעמוד על ההשלכות האפשריות של החלטות שעניינן בפעילויות הרגילות והשגרתיות הרבות המתקיימות בצבא. לדוגמה, בית משפט אזרחי צריך להיות מסוגל לעמוד על השלכות החלטותיו בעניין תפקודם של טבחים בחדר אוכל צבאי, פקחי טיסה צבאיים, הממלאים פונקציות המקבילות לאלה של פקחי הטיסה האזרחיים, מצילים בבסיסים צבאיים, רופאי שיניים צבאיים וכיו"ב תפקידים ופעילויות אשר אינם ייחודיים לצבא. לפיכך, גם הסכנה העלולה להיות כרוכה בהתערבות שיפוטית בשיקולים צבאיים מקצועיים תלויה בשאלה אם התביעה הקונקרטיה העומדת בפניו דורשת ממנו לדון בהחלטות הייחודיות לפעילויות צבאיות, ולא בשאלה אם הנזק נגרם "תוך כדי השירות" (או " *Incident to Service* ").

3.1.3.4. יישום רציונל ה"צורך הצבאי"

Chappell v. Wallace, 462 U.S. 296, 302 (1983); **Gilligan v. Morgan**, 413¹³⁴ U.S. 1, 10 (1973).

¹³⁵ בתי המשפט בארה"ב, כבישראל, העדיפו, אם כן, מתוך תחושה של חוסר מקצועיות מספקת, שלא לדון בעניינים צבאיים ולהשאיר עניינים אלה לטיפול הרשות המחוקקת והרשות המבצעת.

ניתוחו האמור של *Cooley* ממחיש כיצד רציונל ה"צורך הצבאי" הינו, בעצם, הרציונל היחיד המצדיק את דוקטרינת *Feres* כפי שנתגבשה וכיצד אין מבחן ה- "*Incident to Service*" עולה עמו בקנה אחד¹³⁶. את החששות שביסוד רציונל ה"צורך הצבאי" ניתן, כאמור, לבודד בקלות ולהעמיד לבחינתו של בית המשפט במקרה הקונקרטי הניצב בפניו. לפיכך, טוען *Cooley*, אין מקום למבחן ה- "*Incident to Service*" ויש מקום להחליפו במבחן אחר שיאפשר לבית המשפט להכריע אם התביעה הפרטיקולרית תממש את החששות הללו או שמא יש לאפשר לניזוק לממש את זכויותיו. מעבר לעובדה שמבחן כזה יחסום רק את אותן תביעות שתממשנה בפועל את החששות שביסוד הרציונל לפטור, מתן האפשרות לחיילים שניזוקו לקבל פיצויים בגין העוולות שנגרמו להם במסגרת שירותם הצבאי בכל יתר המקרים רק יגביר את המחויבות והנאמנות שלהם למסגרת בה הם פועלים.

מבחן כזה, המבוסס על רציונל ה"צורך הצבאי", צריך להתמקד בטיבה של העוולה הנדונה ולא בטיבו של הנוק, כפי שעושה דוקטרינת *Feres*, וכפי שדורש חוק אחריות המדינה בישראל. הרציונל מתמקד בשאלה אם דיון בתביעה יפגע במשמעת הצבאית או יביא להתערבות בשיקולים צבאיים מקצועיים. כדי לקבוע אם יש בתביעה כדי לאיים על המשמעת הצבאית, על בית המשפט לקבוע אם ההתנהגות הנדונה היא בגדר החלטה פיקודית. כדי לקבוע אם יש בדיון בתביעה כדי להביא להתערבות בשיקולים צבאיים מקצועיים, על בית המשפט לקבוע אם ההתנהגות הנדונה עירבה החלטה הנוגעת

¹³⁶ שתי פרשות המדגימות היטב את אי התאמתו של מבחן ה- "*Incident to Service*" הן פרשת *Stanley*, 483 US 669 (1987), *United States v. Stanley*, ופרשת *Johnson*, 481 US 681 (1987), *United States v. Johnson*. בעניין *Johnson* דובר על טייס מסוק שנהרג כאשר המסוק אותו הטיס התנגש בצלעו של הר. בשל קשיי מזג אוויר ביקש ג'ונסון עזרת רדאר ממנהל התעופה הפדרלי, אשר לא הגיעה, על פי הנתען, בשל רשלנותם של המנהל ועובדיו. בית המשפט הניח שתביעה המבוססת על נזק שנגרם תוך כדי שירות מערבת בהכרח שיקולים והחלטות צבאיות שלא ניתן להפרידם מן המשימה הצבאית בה היה נתון הניזוק. הכללה גורפת זו של בית המשפט חוטאת לאופייה האמיתי של התביעה, משום שהפעילות שעמדה לדיון היתה זו של עובדי מנהל התעופה, אשר אותה הם נדרשים לבצע גם עבור כלי טיס אזרחיים. בית המשפט לא הסביר כיצד מעורבים בעניין זה שיקולים צבאיים, והלך שבי אחר רציונל ה- "*Incident to Service*".

גם בעניין *Stanley* עשה בית המשפט שימוש במבחן ה"תוך כדי שירות" הפורמליסטי. בשנת 1958 התנדב סטנלי לתכנית ניסוי שנועדה לבחון את תפקודו של ביגוד מגן מפני נשק כימי. ארבע פעמים במהלך התכנית הוחדרו לסטנלי, ללא ידיעתו, מנות של LSD. בית המשפט הגיע למסקנה שמבחן ה"תוך כדי שירות" אינו אלא אמצעי מניעה. מבחן זה נועד כדי שבתי המשפט לא יוכלו לעולם להתערב בנושאים צבאיים רגישים, הגם שבהחלט יתכן שלא בכל מקרה קונקרטי בו מיושם המבחן תישקף סכנה לתפקוד הצבא כתוצאה מדיון בתביעה.

לפעילות הייחודית לצבא. לפיכך, על פי *Cooley*, אם תביעה תחייב את בית המשפט לדון בהחלטות פיקודיות או בהחלטות הנוגעות לפעילויות הייחודיות לצבא, עליה להימחק על הסף.

למרות האמור, מציין *Cooley* כי ישנן החלטות פיקודיות והחלטות הנוגעות לפעילויות הייחודיות לצבא שהן בגדר חריג לכלל האמור, שכן לא ניתן להכיר בהן, מבחינה ערכית, כבסיס לדחיית תביעות כמפורט לעיל. החלטות העומדות בניגוד לחוק מפורש וכן החלטות הפוגעות בזכויות יסוד של חיילים, למשל, הן החלטות הנמצאות מחוץ ל"מתחם הלגיטימיות"¹³⁷. החלטות מסוג זה אינן יכולות ליהנות מחסינות גורפת מפני דיון וביקורת בבית משפט גם אם הן חוסות לכאורה¹³⁸ בצל הפיקודיות או המקצועיות הצבאית.

כאשר בתי המשפט האזרחיים מגבילים עצמם מלהתערב בענייני הצבא הם עושים כן מתוך הבנת תפקידם החוקתי, מעמדם ביחס לצבא ולרשות המחוקקת והמבצעת ומעמדו של הצבא במדינה דמוקרטית ביחס לכלל הרשויות האזרחיות. הבנה זו היא שמובילה את בתי המשפט האזרחיים לכלל מסקנה שקיימים עניינים צבאיים, כאמור, בהם זהו תפקידן של הרשויות האזרחיות האחרות להגדיר את גבולות המותר והאסור ובהם התערבות של בית המשפט האזרחי עלולה להזיק. אולם, כבואו לדון בהחלטות החורגות מ"מתחם הלגיטימיות", לא נדרש בית המשפט האזרחי אלא למלא את תפקידו החוקתי בפיקוח על רשויות הצבא באותם תחומים אשר כבר הוגדרו על ידי המחוקק¹³⁹. לפיכך, הגישה המוצעת משתלבת בצורה טובה יותר במרקם היחסים העדין שבין הצבא במדינה דמוקרטית לבין בתי המשפט.

¹³⁷ דומה כי אין מנוס משימוש במושג שסתום גם במטרייה זו, שכן קיים קושי פרקטי לקבוע מראש כללים ברורים ומוגדרים ביחס למצבים בהם נסיבותיו של מקרה לא יצדיקו מתן חסינות מפני אחריות נזיקת חרף הסכנות הכרוכות בדבר. הבעייתיות הכרוכה בדרך כלל בקיומם של מושגי שסתום נעדרת בהקשר זה, שכן גם אם ההחלטה נמצאת ב"מתחם הלגיטימיות" אין היא הופכת את ההתנהגות עצמה ללגיטימית. דהיינו, הכלל מכתוב ההתנהגות צריך להיות כי גם מקום שבו מדובר ב"החלטה לגיטימית" (אם במישור הפיקודי ואם במישור המקצועי) – אין בה כדי להכשיר עוולה. לפיכך, אל למעוולים פוטנציאליים להתחבט בשאלה אם החלטתם בעלת פוטנציאל גרימת העוולה נופלת ב"מתחם הלגיטימיות".¹³⁸ "לכאורה" משום שאין לך פיקודיות שאינה נשענת על מקור סמכות ואין לך מקצועיות צבאית שאינה עומדת בסטנדרטים של סבירות, זהירות ותקינות.¹³⁹ מכאן גם הקושי החוקתי שבהגדרה מדויקת של "מתחם הלגיטימיות".

הכלל האמור המוצע על ידי *Cooley* בנוגע ליישום רציונל ה"צורך הצבאי" הוא, אם כן, כי אין להכיר בתביעת חייל בנוזיקין מקום שיסודה באחת מאלה-

(1) החלטה פיקודית לגיטימית;

(2) החלטה לגיטימית הנוגעת לפעילות הייחודית לצבא.

3.1.3.5. רשלנות רפואית כנמשל

פגיעות שנגרמו לחיילים כתוצאה מטיפול רפואי רשלני בצבא נחשבות כפגיעות שנגרמו "*incident to service*" ולכן חוסות תחת דוקטרינת *Feres*. הסיבה העיקרית לכך נעוצה בקשר שבין הסטטוס של הניזוק כחייל לעצם העובדה שהגיע לבית-חולים או למרפאה צבאיים לטיפול מלכתחילה. יחד עם זאת, יישום האמור עד כה יעלה שתביעה שעניינה רשלנות רפואית שארעה במרפאה או בבית-חולים צבאיים בשגרה לא תחייב את בית המשפט האזרחי להעמיד למבחן החלטות צבאיות מקצועיות וגם לא תסכן את מערכת היחסים המיוחדת שבין חייל למפקדיו. ממאמרו של *Brian P. Cain*¹⁴⁰ ניתן ללמוד כי הסביבה הרפואית הצבאית הינה במידה רבה מבודדת מהפעילויות הצבאיות הרגילות ומשוחזרת ממרבית הגינונים המאפיינים את החיים הצבאיים. ניתן לומר, כי כמעט ולא קיים הבדל בין הסביבה והתנאים במרפאה צבאית בשגרה לבין הסביבה והתנאים במקבילתה האזרחית.

תביעות רשלנות רפואית הינן דוגמה לתביעות השונות ממרבית התביעות שעשויות להיות מוגשות על ידי חיילים כנגד המדינה ושלוחיה. תביעות רשלנות רפואית אינן מטילות ספק בסבירותן של הוראות ופקודות הצבא. מהותו של רציונל ה"צורך הצבאי" הינו החשש כי תביעות המוגשות על ידי חיילים יאפשרו לבתי משפט אזרחיים להטיל דופי בהחלטות צבאיות. כמו כן, על פי הגישה הרווחת, החשש מפני תביעה אפשרית יפריע למפקדים לפעול בהחלטיות וללא היסוס, בניגוד ל"צורך הצבאי". על פי קיין, בעוד שניתן לצפות את הבעיות העלולות להתעורר באם מפקדים ימצאו אחראים בנוזיקין בשל פקודות רשלניות שנתנו בשעת קרב¹⁴¹, הרי שלא סביר שתביעות רשלנות רפואית תסכנה

Brian P. Cain, "Military Medical Malpractice and the *Feres* Doctrine", 20¹⁴⁰ Georgia L. Rev. 497, 1986.

¹⁴¹ נראה כי הטיעון לפיו תביעות נזיקין ירתיעו חיילים בעלי תפקידים הנושאים אופי פיקודי או פיקוחי מלהשתמש במלוא סמכויותיהם הינו מתאים ביותר למצבי קרב. דא עקא, גם על

את המשמעת הצבאית באותו אופן. השאלה העיקרית בתביעת רשלנות רפואית הינה אם הטיפול הרפואי שניתן על ידי רופא עולה בקנה אחד עם חובת הזהירות שלו, אשר תלויה, בין היתר, בסוג הטיפול ובנסיבות בהן הוא ניתן. בכל מקרה, גם החוק האזרחי אינו מטיל על הרופא, צבאי או אחר, אחריות מוחלטת לרפא או אפילו לשפר את מצבו של המטופל. הפסיקה בתחום הרשלנות הרפואית מספקת ממילא את מרחב הפעולה הנדרש לצורך הפעלת שיקול הדעת הרפואי, כאשר מנגד מוטלות חובות הוכחה לא פשוטות על התובע. היות שתביעות רשלנות רפואית בצבא יעמידו למבחן את שיקול דעתם הרפואי של רופאים צבאיים, ולא את שיקול דעתם הצבאי, אין כל סיבה, לדעת קיין, שהדין שיחול על רופאים צבאיים בנסיבות אלה יהיה שונה מהדין החל על רופאים אזרחיים¹⁴².

כפי שראינו, ביישום את רציונל ה"צורך הצבאי", חזרו בתי המשפט בארה"ב והדגישו את הצורך לגונן על מערכת היחסים המיוחדת שבין החייל למפקדיו. בתי המשפט קבעו כי תביעות נזיקין שיוגשו על ידי חיילים כנגד מפקדיהם יערערו את מערכת היחסים הזאת. על אף שההיררכיה הפיקודית בצבא תלויה במידה רבה באמון שנותנים חיילים במפקדיהם, ובהנחה שתביעות נזיקין תערערה את האמון הזה, יש לכך רלוונטיות נמוכה לגבי רפואה צבאית. הקשר שבין חייל לבין רופא צבאי אינו דומה לקשר שבין חייל לבין מפקדיו. החייל-המטופל אינו נמצא במצב שבו הוא נתון למשמעת ולמרות מיוחדים. קיין מציין שהקשר היחיד שיש לחייל עם רופאים צבאיים הוא בסביבה רפואית-טיפולית, וכי רק לעתים רחוקות הוא בא עימם במגע מחוץ למרפאות או לבתי-חולים צבאיים. בעוד שקציני הרפואה עשויים, מבחינה טכנית, למלא פונקציות פיקודיות כלפי כל החיילים הנמצאים במתקנים רפואיים-צבאיים, הם לא נדרשים בפועל למלא פונקציות אלה אלא כלפי הסגל הזוטר המשרת עימם במרפאות או בבתי החולים. קיין גורס כי קשה לתאר מצב שבו רופא צבאי המטפל בחייל יידרש למלא פונקציה פיקודית כלשהי כלפי אותו חייל.

קיין מוסיף ומציין כי לתביעות רשלנות רפואית לא צפויה להיות השפעה קשה יותר על המשמעת הצבאית מאשר לתביעות אחרות המוכרות במסגרת ה-*FTCA*. למשל, דוקטרינת *Feres* אינה חלה על תלוייו של חייל שנפגע במרפאה צבאית, שכן הם אזרחים ואין להם כל מערכת יחסים מיוחדת עם המדינה. יותר מכך, דוקטרינת *Feres* אינה מונעת תביעות חיילים בגין נזקים שנגרמו לתלוייהם. אף על פי שחייל אינו יכול

פי טיעון זה, קשה להבין כיצד אפשרות לתבוע את המדינה, להבדיל מאת שלוחיה המפקדים, תביא לדידי מימוש את רציונל "חרב דמוקלס" (או "המפקד החושש").

¹⁴² בדיוק כשם שאין הבחנה בין הדין החל על רופאים בשירות המדינה לבין הדין החל על רופאים פרטיים. וראו *Henderson v. Bluemink*, 511 F.2d 399 (D.C. Cir. 1974).

להגיש תביעת רשלנות רפואית בגין נזקיו הוא, ההלכה בארה"ב היא כי הוא רשאי לתבוע בגין נזקים תוצאתיים שבאו בעקבות נזק לתלוייו. חרף זאת, דוקטרינת *Feres* אינה מספקת הסבר הגיוני לאבחנה הקיימת בין תביעת חייל בגין נזקיו הוא לבין תביעת חייל בגין נזקי תלוייו. שתי התביעות מבוססות על אותו מעשה ומצריכות להציג את אותן ראיות על מנת לזכות בתביעה. חובת הזהירות בשתי התביעות אינה שונה, והיא נקבעת על פי דרישות מקצוע הרפואה כפי שהוכרו בפסיקה, ולא על פי פקודות או שיקולים צבאיים.

לטענה כי הכרה בתביעות רשלנות רפואית כאמור תביא להתערבות בענייני הצבא ולפגיעה במשמעת, בעקיפין, דרך חיוב מפקדים לבוא ולהעיד באותם משפטים, משיב קיין כי המשמעת הצבאית אינה כה שברירית עד כי יש בכך כדי להשפיע עליה. על הליך אזרחי-נזיקי כאמור מופקד שופט, אשר אמון על כך שההליך, לרבות חקירות העדים, לא יחרוג מ"גבולות הגזרה" שלו. כמו כן, מציין קיין כי העדת רופאים צבאיים בתביעות נזיקין של חיילים לא תפגע במשמעת הצבאית יותר מכפי שתפגע העדת אותם רופאים על טיפול שניתן לתלוי החייל.

יתרה מכך, להכרה בתביעות כאמור עשויה להיות השלכה חיובית על רמת הטיפול הרפואי הניתן בצבא. קיין עומד על כך שהעובדה שלא צפויה סנקציה משפטית של ממש בנסיבות של רשלנות רפואית מצמצמת את האינטרס של הצבא לחקור אירועים אלה, וכי העדרו של פיקוח חוץ-צבאי כלשהו על המערכת הרפואית הצבאית מעודד אדישות מצד המערכת למקרים של רשלנות.

3.2. אנגליה

3.2.1 *The Crown Proceedings Act 1947*

עד לשנת 1947 ניתן היה לתבוע את ה"כתר" (המדינה) באנגליה במסגרת הליך ה"עתירה לזכות" ("*petition of right*") בענייני חוזים וקניין. במסגרת הליך זה לא ניתן היה לתבוע את ה"כתר" בניזיקין, שכן ה"כתר" היה חסין מפני תביעות מסוג זה. יחד עם זאת, חסינות זו לא חלה גם על תביעות אישיות כנגד פקידי ועובדיו של ה"כתר"¹⁴³. התפתח, איפוא, נוהג, שלא בשונה מהמצב ששרר בישראל שנים ארוכות, לפיו המדינה נכנסה

¹⁴³ *Bainbridge v. Postmaster-General* [1906] 1 K.B. 178

בנעלי שלוחיה, באם אלה נתבעו אישית בגין מעשיהם במסגרת תפקידם, ונשאה בכל פיצוי שנפסק כנגדם¹⁴⁴.

בשנת 1927 המליצה ה-*Crown Proceedings Committee* לשנות את הדין ולהסיר את חסינות המדינה, תוך קביעת חריגים לגבי פקידי מכס ובלו ולגבי רשות הדואר. הצבא לא הוזכר כחריג באותו שלב.

עשרים שנים חלפו עד אשר הושלמו הליכי החקיקה שהתבססו על המלצות הוועדה, ועד אשר התקבל ה-*Crown Proceedings Act 1947*¹⁴⁵. חוק זה, בדומה לחוק אחריות המדינה משנת 1952 בישראל, קבע כלל (ובצדו חריגים) לפיו המדינה אחראית בנוזיקין¹⁴⁶ וביטל את הליך ה-*"Petition of Right"*¹⁴⁷, באופן שהתאים את החוק לנוהג שהיה מקובל ממילא¹⁴⁸. יחד עם זאת, החריגים שהתקבלו בחוק היו שונים מאלה שהוצעו על ידי הוועדה משנת 1927. חסינות הווענקה, כמוצע, לרשות הדואר¹⁴⁹, אך לא לפקידי מכס ובלו. חלף זאת, הווענקה חסינות מפני תביעות חיילים בגין נזקי גוף¹⁵⁰. לשינוי זה בהגדרת תחומי החסינות ביחס לעמדתה המקורית של הוועדה לא היו כל הסבר או סיבה שנתעוררו לאחר פרסום מסקנות הוועדה, מלבד התנגדותו של הצבא עצמו. לאחר מלחמת העולם השנייה מצב העניינים באנגליה היה כזה שעמדתו של הצבא נתקבלה כמות שהיא, ותוכן הסעיף לא עורר מחלוקות או דיונים מיוחדים טרם קבלתו. הצדקותיו של הסעיף נעו מהטענה כי אין זה רצוי שפעולות הצבא ייבחנו בבתי משפט אזרחיים ועד לאמונה שזכויות החייל הניזוק על פי דיני השיקום אינן נופלות בכל מקרה מזכויותו הפוטנציאליות לפי דיני הנוזיקין. ברקע הדברים, הובעו ספקות בנוגע להשלכותיו של

¹⁴⁴אולם, חשוב לציין, כי בתני המשפט, לא באנגליה ולא בישראל, לא נתנו גושפנקא משפטית לנוהג זה, וההליך התקיים בין התובע לבין המעוול הישיר על פי דיני הנוזיקין הרגילים. לכן, מעורבות המדינה התמצתה בסיוע לנתבע בהכנת התיק ובתשלום הפיצויים, לפני משורת הדין, ולא בהחלפתו בהליך עצמו.

¹⁴⁵החוק התקבל רק בשנת 1947, כיוון שמעמדה של המדינה בנוזיקין היה שנוי במחלוקת, לאחר שבתי משפט סירבו להמשיך לתת יד למצב שבו הליכים שבמהותם היו נגד משרדי ממשלה, נוהלו בפועל נגד אנשים פרטיים.

¹⁴⁶שם, סעיף 2.

¹⁴⁷שם, סעיף 1.

¹⁴⁸שוב, לא בשונה מהפונקציה שנועד למלא חוק אחריות המדינה בישראל.

¹⁴⁹שם, סעיף 9.

¹⁵⁰שם, סעיף 10. גם כאן, הפטור בגין נזקי גוף לא מנע תביעות נוזיקין בגין ראשי נזק אחרים, אף אם ראשי הנזק הללו נגרמו בעוולות שגרמו לנזקי גוף הפטורים, כשלעצמם.

האישור הניתן¹⁵⁰, וחשש מפני האפשרות כי למרות האישור לא יקבל הניזוק את הזכויות המגיעות לו לפי דיני השיקום. אולם, ככלל, התקבל העקרון הכללי שביסוד הפטור ללא תהיות מיוחדות.

3.2.2. סעיף 10 לחוק משנת 1947

סעיף 10 לחוק משנת 1947 הוא הסעיף המסדיר באנגליה את הפטור מאחריות נזיקית בגין נזקים שנגרמו בשירות צבאי. סעיף 10(1) קובע כי מעשה או מחדל של חייל בתפקיד לא יחייב את החייל עצמו או את המדינה בנזיקין בגין מותו או חבלתו של חייל, אם המוות או החבלה נגרמו לחייל בהיותו בתפקיד או בהימצאו בשטח, במשרדים, בכלי-שיט, בכלי-טיס או בכלי-רכב של הצבא. בנסיבות אלה, מוקנית חסינות גם לחייל המזיק, אם היה בתפקיד בזמן המעשה הנדון. בכך, שונה ההסדר לפי סעיף 10(1) לחוק משנת 1947 מההסדר שנהג בישראל עד לתיקון משנת 1989. דין אחד היה למדינה ולחייל המזיק, והחייל המזיק לא נותר תלוי בחסדי המדינה שתכנס בנעליו במידה וייתבע. סעיף 10(2) קובע שהמדינה חסינה מכל תביעה בגין מוות או חבלה שנגרמו בשל טיבם או מצבם של שטח, משרדים, כלי-שיט, כלי-טיס או כלי-רכב של הצבא, או בשל כל ציוד או אספקה.

התנאי היחיד לתחולתן של החסינויות האמורות, הדומה לאלה הקבועים בחוק אחריות המדינה הישראלי, הינו אישור של שר כי הנזק הקים או יקים זכויות במסגרת דיני השיקום. יתר על כן, אישור כאמור מצד השר מהווה ראיה חלוטה לגבי האמור בו¹⁵¹ ונותר בתוקף גם אם לאחר מכן נדחתה תביעת התגמולים שביסודו¹⁵². על פניו של החוק

¹⁵⁰ שלא כבדין הישראלי, תנאי להקמת החסינות בנזיקין על פי הדין האנגלי הינו אישור, לפיו הניזוק יטופל במסגרת דיני השיקום (וראו סעיף 3.2.2. להלן). כמפורט להלן, האישור מהווה ראיה חלוטה לגבי האמור בו לצורך החסינות בנזיקין, אך אין הוא מהווה יותר מאשר ראיה לכאורה לצורך הקמת זכאות בפועל לפי דיני השיקום. בכך טמונה אנומליה רבה, עליה נמתחה הביקורת כאמור.

¹⁵¹ שם, סעיף 10(3).

¹⁵² בפסק הדין *Adams v. War Office* [1955] 3 All E.R. 245 נדחתה תביעת התגמולים של הורי חייל מילואים שנהרג בתפקיד, חרף העובדה שהיה בנמצא אישור לפיו המוות יקים זכויות במסגרת דיני השיקום. בתביעת הנזיקין דגן נטען על ידי ההורים כי רק אישור המחייב את המדינה בתגמולים יכול להוות בסיס לחסינות מפני תביעת נזיקין. בית המשפט דחה את התביעה, וקבע כי די באישור לפיו קיימת אפשרות לזכות בתגמולים לפי דיני השיקום, גם אם בפועל הוחלט לאחר מכן שאין זכאות כזו.

משנת 1947, אם כן, מחייל שניזוק (או מתלוי) עשויה להישלל זכות התביעה בנוזיקין על סמך אישור, אשר מצדו אינו מבטיח כל תשלום לפי דיני השיקום.

בטרם נעמוד על משמעויותיו המעשיות של סעיף 10, על היחס שהציב בין זכויות לפי דיני הנוזיקין לבין זכויות לפי דיני השיקום ועל אחריותו של הסעיף, מן הראוי לבחון תחילה כיצד בא הסעיף לידי ביטוי בפסיקת בתי המשפט באנגליה.

3.2.3. סעיף 10 בפני בתי המשפט

שני פסקי דין עיקריים דנים בהוראותיו של סעיף 10. עניינו של פסק דין *Bell*¹⁵³ בחייל אנגלי שנפצע בהיותו במגורים של הצבא האנגלי בגרמניה. תחילה, טופל החייל בל במרכז הרפואי הצבאי. לאחר מכן, הועבר כל לבית חולים אזרחי שם נפטר. הרשלנות שיוחסה לצבא היתה בכך שבל נשלח לבית החולים האזרחי ללא רשומות רפואיות נאותות, ושכתוצאה מכך חלה טעות באבחון מצבו ובהתאמת הטיפול הנכון עבורו. השאלה שהתעוררה ביחס לסעיף 10 היתה אם הנזק נגרם לבל בעודו בבסיס צבאי אנגלי, שאז חלה החסינות לפי סעיף 10, או שמא נגרם לאחר שבל כבר הועבר לבית החולים האזרחי, שאז אין תחולה לחסינות. ברוב דעות פסק בית המשפט לערעורים כי הנזק נגרם בשל העדר רשומות רפואיות נאותות, כי מחדל זה נמשך גם לאחר שיצא החייל בל את בסיסו הצבאי, ולפיכך אין תחולה לחסינות. פסיקת בית המשפט התמקדה אפוא בשאלת עיתוי המעשה או המחדל הרשלניים, ולא בשאלת עיתוי היווצרות הנזק.

אותה שאלה התעוררה גם בעניינו של *Pearce*¹⁵⁴. החייל פירס הוצב באי חג המולד בזמן שניסויים בנשק גרעיני בוצעו במקום על ידי הרשות לאנרגיה אטומית¹⁵⁵. פירס טען כי נזק כתוצאה מחשיפת יתר לקרינה וכי עובדי הרשות לא נקטו בזהירות סבירה ולא הזהירו את החיילים המוצבים באי בדבר הניסויים. סמכויות אלה של הרשות הועברו לאחר מכן לשר ההגנה, והשאלה העיקרית שניצבה בפני בית המשפט היתה אם השר רשאי להסתמך על הוראות החסינות שבסעיף 10 בנוגע להפעלת הסמכויות האמורות. בית הלורדים קיבל את החלטת בית המשפט לערעורים, וקבע כי עם העברת הסמכויות

¹⁵³ *Bell v. Secretary of State for Defence* [1986] 1 Q.B. 322, C.A.

¹⁵⁴ *Pearce v. Secretary of State for Defence* [1988] 2 All E.R. 1827, H.L.

¹⁵⁵ The Atomic Energy Authority (Weapons Group)

של הרשות לשר הועברה אליו גם האחריות שבצדן¹⁵⁶. מכאן, שהשר אינו יכול להסתמך על הוראות סעיף 10 בעניין זה.

יחד עם זאת, בית המשפט לערעורים הוסיף וציין, בהערת אגב, שפסק הדין בעניין **בל**, בהתייחס לאופן הפעלתו של סעיף 10, הינו שגוי בהתמקדו בעיתוי המעשה או המחדל הרשלניים. הדגש, על פי פסק דין פירס, צריך להיות מושם על עיתוי היווצרות הנזק. הנזק שנגרם לבל לא נגרם כתוצאה מהמעשה או מהמחדל הרשלניים עצמם, אלא כתוצאה מהתערבותו של גורם זה. לפיכך, בעניינו של פירס נקבע כי הנזק לא נגרם על ידי רשלנותה של הרשות לאנרגיה אטומית, אלא בעצם הצבתו של פירס באי חג המולד. לכן, באם סעיף 10 היה עומד לרשות שר ההגנה, היתה מוקנית לו חסינות מלאה בהתבסס על כך שהנזק נגרם כתוצאה מטיבו או ממצבו של שטח של הצבא. בית הלורדים קיבל את מסקנתו זו של בית המשפט לערעורים.

חרף האמור, מציינת *Fiona C. Boyd*¹⁵⁷ כי, בפועל, להתדיינות המשפטיות המלומדות בדבר גדרי החסינות (בפסק דין בל, בפסק דין פירס ובפסקי דין אחרים) לא היתה השפעה מרחיקת לכת על יישומו של סעיף 10 באנגליה, וממספרים הולכים וגדלים של חיילים וחיילות נשללה, על סמך סעיף זה, כל גישה שהיא לבתי המשפט האזרחיים שעניינה נזקי גוף שנגרמו להם בשירות. לפיכך, הם נאלצו להסתפק בזכויות לפי חוקי השיקום.

3.2.4. חוקי השיקום באנגליה

בדומה לישראל, תגמולי נכות לפי חוקי השיקום באנגליה משולמים במקרה של מוות או נזק גוף שנגרמו כתוצאה משירות צבאי. לא זו בלבד שתגמולי הנכות גבוהים בצורה משמעותית מכל תשלומי סעד אחרים הניתנים על ידי המדינה, אלא הם גם קלים יותר להשגה. בדומה לדמי פגיעה לנפגעי תאונות עבודה, תגמולי נכות לפי חוקי השיקום מפצים על הפגיעה עצמה, ולא על אבדן כושר ההשתכרות. זאת, אף על פי שאין הם מיועדים לספק את צרכיו הבסיסיים של הנפגע בלבד, אלא גם לגלם את ההפסד הכרוך

¹⁵⁶ וזאת, בין היתר, בהסתמך על סעיפים (2)1 ו-(2)4 ל- Atomic Energy Authority (Weapons Group) Act 1973.

¹⁵⁷ Fiona C. Boyd, "The Crown Proceedings (Armed Forces) Act 1987", Public Law (1989) 237.

בפגיעתו. כך, למשל, דיני השיקום מקצים סכום מסוים לנפגע בהתחשב בדרגתו ובוותק שלו.

יתרה מכך, דיני השיקום מבוססים על עקרון הסיכון ("מערכת מבוססת סיכון"), ולא על עקרון האשם, כך שעל אף שקיימת דרישה לקשר סיבתי בין הפגיעה לבין השירות, אין צורך להוכיח אשם או רשלנות¹⁵⁸. כתוצאה מכך, נטל ההוכחה המוטל על הנפגע הינו נמוך יחסית, אך הוא מרוכך עוד יותר בארבעה מובנים נוספים. ראשית, ההגדרה של מה שנחשב כמיוחס לשירות ("*attributable to service*") הינה רחבה יותר ממה שנחשב כפגיעה בעבודה או ממה שנחשב כנזק שקיים קשר סיבתי בינו לבין עוולה כלשהי. שנית, אם תביעה בגין פגיעה שהוכחה הוגשה בתוך שבע שנים מתום השירות, עובר הנטל לצד שכנגד לשכנע שאין לייחס את הפגיעה לשירות הצבאי. שלישיית, תגמולי נכות לפי חוקי השיקום יבואו, בדרך כלל, בסכום גלובלי בצד תשלומים עיתיים, והערכה מחודשת של התשלומים העיתיים, אשר עשויה להגדיל את גובהם, היא אפשרית כל אימת שחל שינוי בנסיבות. לבסוף, הקצבאות המשולמות לפי חוקי השיקום הינן גבוהות מהקצבאות שבדרך כלל משולמות לפי מערכות סעד אחרות.

למרות היתרונות הבולטים שבמערכת דיני השיקום, היתה באנגליה אי שביעות רצון גדולה ממערכת זו. מספר מקרים שארעו באנגליה מסבירים את אי שביעות רצון זאת ואת הרצון, שבא בעקבותיה, להביא לביטולו של סעיף 10 לחוק משנת 1947. דוגמה למקרה כזה היא סיפורו של מרטין קטריק (*Martin Kettrick*), ששותק ברגליו, איבד את השליטה על הפרשותיו ורותק לכסא גלגלים, בעקבות נפילה שנגרמה כתוצאה מכך שמישהו חתך את החבל באמצעותו טיפס על הר. על פי בויד¹⁵⁹, קטריק היה צפוי לקבל כ-£300,000 בתביעת נזיקין. במקום זאת, הוא קיבל, בנוסף לסכומים המתקבלים לסכומים המתקבלים בגין תאונות עבודה, סכום גלובלי של £3,553 וכן תשלום עתי שבועי של £47. בויד מציינת כי אמנם קיים פער משמעותי בין הסכומים המתקבלים לפי חוקי השיקום לבין הסכומים המתקבלים על פי מערכות סעד אחרות, אך קיימים מקרים בהם תביעה נזיקית עדיפה על פני כל סוג של תשלומי סעד, אשר באחידותם אינם מסוגלים להתמודד עם מקרי הקיצון.

מקור נוסף לאי שביעות רצון נגע לאופן תחולתם של דיני השיקום על קרוביו של חייל שנהרג בשירות צבאי. תגמולים משולמים, ככלל, רק לתלוייו של המנוח, ובעיקר

¹⁵⁸ אף שלא כל תביעה נזיקית טעונה הוכחת אשם, וראו חוק הפלתי"ד בישראל.

¹⁵⁹ שם, עמ' 243.

לאלמנות ולילדים, כאשר הורים שכולים התלויים במנוח דה-פקטו מקבלים רק תגמולים סמליים. הן התחולה המוגבלת של דיני השיקום על קרובי החייל¹⁶⁰ והן שיעורם הנמוך יחסית¹⁶¹ גרמו, אם כן, למרירות ולביקורת רבה כנגד ההוראות המונעות הגשת תביעות נזיקין.

גורם שלישי לביקורת כנגד ההסדר הקיים נגע להעדרו של מנגנון בלתי תלוי שידון ויפסוק בתביעות לתגמולים המוגשות. כאשר מוגשת תביעה לתגמולים וההחלטה הראשונית של קצין התגמולים נתונה במחלוקת, בין אם לגבי עצם הזכאות ובין אם לגבי שיעור הזכות, ניתן לערער עליה לטריבונל מיוחד (*Pension Appeal Tribunal*). בשאלות משפטיות הנוגעות לעצם הזכאות יש זכות ערעור נוספת בפני שופט הממונה לצורך העניין. הליך זה מעורר שאלות נכבדות הקשורות במשוא פנים או במראית עין של משוא פנים של הגורמים המעורבים בקבלת ההחלטות בעניינו של הנפגע.

מקרה נוסף, אותו מתארת בויד, הממחיש את הבעייתיות במצב באנגליה ואת הקושי להביא את הרשויות לקחת אחריות פומבית על עוולות המתרחשות בתחומן¹⁶² הוא סיפורו של וינסנט אנדרסון (*Vincent Anderson*), שמת מהתקף לב לאחר שאולץ לרוץ בחליפת צלילה ביום חם. להוריו של אנדרסון לא ניתן לעיין בדו"ח הצבאי הנוגע לפרשה, והוא גם לא הועבר לחוקר מקרי המוות, אשר קבע, בהעדר הדו"ח, כי אנדרסון מת מוות מקרי ופתאומי. גם במקרים רבים אחרים נמנע מידע חיוני ממשפחות הנפגעים תחת מעטה של סודיות צבאית.

מגמה זו הביאה להתרבות הקולות באנגליה המצדדים בביטול החסינות המיוחדת של המדינה ושלוחיה מאחריות הנזיקין, כל עוד אין נמצא הליך חקירה בלתי-תלוי ורשמי אשר יבדוק את הנעשה בצבא במקרים בהם נגרם נזק לחיילים. זאת, בין היתר, נוכח העובדה שלשוטרים ולכבאים היו זכויות תביעה מלאות בנזיקין כנגד מעבידיהם, ועמיתיהם לעבודה, ושל אזרחים היתה זכות תביעה כנגד המדינה בגין עוולות הצבא מאז שנת 1947.

¹⁶⁰ גם בישראל המצב דומה. ראו, לעניין זה, הגדרת המונח "בן משפחה" בסעיף 1 לחוק משפחות חיילים.

¹⁶¹ פיצויים בנזיקין לתלויים מיועדים, בין היתר, לשיפור רמת חייהם של התלויים, בהתחשב בידה שניטלה מהם. תגמולים שיקומיים מיועדים, בעיקרם, להגן על מחייתם של התלויים.

¹⁶² וראו לעניין זה, סעיף 3.1.2.

על רקע זה הביעה ממשלת אנגליה תמיכה בהצעת חוק פרטית של חבר הפרלמנט וינסטון צ'רצ'יל (Winston Churchill)¹⁶³ לביטולו של סעיף 10 בזמן שגרה, כך שדינו של החייל הניזוק יהיה כדינו של האזרח הניזוק. החוק התקבל בשנת 1987. אחת הסיבות שהביאו לקבלת החוק, לדעתו של צ'רצ'יל, היתה דעת הקהל, וכלשונו:

“Throughout society there is now much less willingness to accept that the special circumstances of life in the armed forces justify depriving the service man or service woman of the rights enjoyed by his or her fellow citizens, particularly in peacetime, and particularly in circumstances that are similar to those experienced by other disciplined forces that are engaged on hazardous duties, such as the police and the fire brigades. This change of opinion is undeniably in the right direction and we in Parliament must respond to it”¹⁶⁴.

The Crown Proceedings (Armed Forces) Act 1987.3.2.5

שתי ההוראות העיקריות של החוק משנת 1987 עוסקות, למעשה, בסעיף 10 לחוק משנת 1947. סעיף 1 לחוק משנת 1987 מתלה את תוקפו של סעיף 10 לחוק משנת 1947, בעוד שסעיף 2 מקנה סמכות להחיות את סעיף 10 האמור בעיתות מלחמה או בשעת חירום לאומי.

סעיף 1 קובע בפשטות כי לסעיף 10 לא יהיה עוד תוקף בכל הנוגע לפגיעות שנגרמו כתוצאה ממעשים או ממחדלים שארעו לאחר כניסתו של החוק לתוקף¹⁶⁵. כיוון שהוראה זו פתחה את האפשרות שחיילים ייתבעו בנזיקין, בנוסף לאפשרות שהמדינה תיתבע בנזיקין, הודיעה הממשלה שהיא תעמוד מאחורי כל חייל שנתבע על ידי חייל אחר בגין

¹⁶³ לא ראש הממשלה האנגלי הנודע, אלא נכדו.

¹⁶⁴ Hansard, H.C. Vol. 110, col. 568.

¹⁶⁵ 15 במאי 1987.

רשלנות שביצע במהלך שירותו. בכך דומה, במידת מה, המצב השורר באנגליה לגבי החייל המזיק למצב ששורר בישראל עד לתיקון חוק אחריות המדינה משנת 1989, בכך שהמדינה נכנסת בנעליו לפני משורת הדין. יחד עם זאת, ככל שהדבר נוגע לאחריות המדינה עצמה ולהאחדת הדין בינה לבין החייל המזיק, עברה אנגליה רפורמה מתקדמת, במגמה הפוכה לרפורמה שנתקבלה בישראל שנתיים לאחר מכן.

פיצויים במסגרת החוק משנת 1987 הינם מתווספים על כל זכות בדיני השיקום. לפיכך, בתי המשפט, בבואם לפסוק פיצויים בנזיקין, אינם נדרשים להביא בחשבון את הזכויות הפוטנציאליות מכח דיני השיקום. יחד עם זאת, במסגרת קביעת הזכויות לפי דיני השיקום ניתן להביא בחשבון את העובדה שבמקביל משולמים פיצויים בנזיקין לצורך הפחתת התגמולים, ובכך למנוע, במידת מה, חפיפה וכפל פיצוי בגין אותו נזק.

בויד מציינת כי קיימת בעייתיות בהסדר זה, וכי ניתן לקבוע הסדר שיבטיח בצורה טובה יותר שלא יינתן כפל פיצוי על אותו נזק, ושלא תיווצר חפיפה בין שתי המערכות. במצב שנוצר, נפגעת במידה מסוימת יעילותם של דיני השיקום, כיוון שכל נפגע יודע שיש לו סיכוי לזכות, בצד התשלומים שהוא מקבל לפי דיני השיקום, בתשלומים נוספים. דבר זה יוצר גידול מלאכותי בכמות תביעות הנזיקין המוגשות, בניגוד לכוונת המחוקק להביא לידי כך שרק מיעוט המקרים יגיע להתדיינות בהליך נזיקי בבית משפט אזרחי. על פי בויד, במקום ששתי המערכות תהיינה מערכות המקנות זכויות מצטברות, יש לקבוע הסדר לפיו רוב התביעות לפי דיני השיקום יזכו בתגמולים **ריאליסטיים** (דהיינו, תגמולים גבוהים די הצורך), כך שהתמריץ לתבוע גם בנזיקין יפחת, ומערכת הנזיקין תישמר לאותם מקרים ותביעות אשר באמת אינם יכולים למצוא סעד מתאים בדיני השיקום¹⁶⁶.

במהלך הדיונים לקראת חקיקתו של החוק משנת 1987 הביעו תומכיו של החוק חשש מהעלויות המשפטיות והנלוות שתהיינה כרוכות במצב החדש, והביעו תקווה כי מרבית התביעות תסתיימנה בפשרות מחוץ לכתלי בית-המשפט, באופן אשר יפחית את הליטיגציה ואת ההתדיינויות בבתי המשפט. על פי בויד, על ידי קביעת **הסדרי קיזוז** נאותים בין שתי מערכות הדינים ניתן להביא לידי כך שרבות מתביעות הנזיקין לא תגענה כלל לכתלי בתי המשפט, בשל הצפי שלאחר קיזוז הזכויות השיקומיות תהפוך התביעה

¹⁶⁶ זאת, כאמור, נוכח העובדה שבאנגליה היתה בעיה אמיתית בנוגע לגובה הגמלאות לפי חוקי השיקום. בישראל, לעומת זאת, שיעור הגמלאות הינו גבוה באופן יחסי.

הנזיקית לבלתי כדאית, וכי תביעות נזיקין אמנם תוגשנה רק באותם מקרים המצדיקים זאת.

סעיף 2 לחוק משנת 1987 מקנה לשר¹⁶⁷ סמכות להחיות את תוקפו של סעיף 10 לחוק משנת 1947 כשהדבר נראה לו הכרחי בשל "סכנה לאומית מיידית" ("Imminent National Danger") או "כל חירום משמעותי" ("any great emergency")¹⁶⁸ או "לצורך כל פעילויות מלחמתיות... מחוץ לאנגליה" ("for the purposes of any warlike operations... outside the United Kingdom")¹⁶⁹. מטרתו של סעיף זה היא למנוע מחיילים הנתונים בקרב לתבוע את חבריהם לנשק או את מפקדיהם. בכך יש כדי ללמד כי החשש המרכזי שביסוד החוק משנת 1987 לא היה מעלויותיו הפוטנציאליות, אלא מהבעיות הכרוכות בהתערבות בתי המשפט בענייני הפנימיים של הצבא. בעוד שעשויים להיות טעמים ביטחוניים להשקפה זו במקרים מסוימים, הרי שברוב המקרים אין כל יסוד לחשש האמור. יתר על כן, לאור סעיף 2 מתעוררת בעיה הנוגעת לזכויות החייל בדיני השיקום, שכן גם ב"נסיבות חירום", בהן ניתן לטעון כי מתקיים החשש המיוחד מפני התערבות בתי המשפט בענייני הצבא, אין הצדקה לכך שחיילים שנפגעו בשירות לא יקבלו פיצויים הולמים, אם בדרך של הגדלת הגמלאות לפי חוקי השיקום ואם בדרך של תשלום פיצויים לפנים משורת הדין.

אשר לשאלת הפעלת הסמכות לפי סעיף 2, אין כל מניעה עקרונית שהיא תהיה נתונה לביקורת שיפוטית, על אף שקרוב לוודאי שבתי המשפט לא ירצו להתערב בהפעלת שיקול דעתו הרחב של השר בשל רגישותו של הנושא.

החוק משנת 1987 ביטל, אם כן, את החסינות שהיתה נתונה במחלוקת והביאה לאי שוויון ואנומליה רבים במהלך 40 השנים בהם היתה בתוקף באנגליה. במבט לאחור, חששות כי ביטולה של החסינות יביא להצפת בתי המשפט בתביעות ולפגיעה במשמעת ובתפקוד הצבא התברו. יחד עם זאת, שינוי המצב המשפטי עורר שאלות מדיניות רחבות יותר, אשר ככלל לא זכו להתייחסות, בנוגע למנגנון המתאים לפיצוי חיילים שנפגעו. דיני השיקום מספקים פתרון מסוים, בכך שהם חוסכים מהניזוק את הסיכון הכרוך בתביעת נזיקין, הם אינם דורשים הוכחת אשם, והם מספקים תשלומים עיתיים. יחד עם זאת, הפגם שהיה בדיני השיקום האנגליים נבע משיעור התגמולים, הנמוך יחסית לפיצויים

¹⁶⁷ כפי הנראה, שר ההגנה.

¹⁶⁸ שם, סעיף 2(a).

¹⁶⁹ שם, סעיף 2(b).

נזיקיים, דבר שהביא לבסוף לביטולו של סעיף 10. גם אם ניתן היה לרכך את הבעיה האמורה באמצעות הגדלת שיעורי התגמולים לפי חוקי השיקום, לא היה בכך כדי ליישב כשלים הנובעים מהעדרה של מערכת חקירה וביקורת ציבורית אמינה ומהקושי של המערכת הצבאית לקחת אחריות ציבורית על עוולות שבוצעו בה. על פי בויד, הניסיון מלמד שסביר יותר שהתערבות של בית משפט תביא לביקורת עצמית של הצבא על הנעשה בו ולשינוי נוהגים במטרה למנוע הישנות של פגיעות בלתי הכרחיות.

לסיכום נקודה זו, התוצאה שהתקבלה מביטולו של סעיף 10 היא מערכת פיצויים דואלית. ניתן היה, על פי בויד, לשפר את יעילותה של מערכת דואלית זו על ידי שיפור מצב הזכויות לפי דיני השיקום וכן על ידי קביעת הסדרי קיזוז בין שתי המערכות, כך שיימנע מצב של כפל פיצוי בגין אותו נזק. ההסדר המקנה סמכות להפקיע את תוקפו של סעיף 10 בשעת חירום אמנם נובע מחששות אמיתיים, אך דומה כי גם בשעת חירום יש מקום להסדר אשר יבטיח את זכויותיהם של הניזוקים לפיצויים, גם אם לא בנוזיקין. הסדר זה, כאמור, אינו קיים באנגליה בצורה משביעת רצון.

3.3. קנדה

בקנדה נקבעה בחוק חסינות גורפת מאחריות בנוזיקין בגין כל פעילות צבאית, ללא אבחנה בין עיתות שלום למלחמה, או בין קרב, אימונים ושגרה, אך גם ללא אבחנה בין ניזוקים שהם חיילים לבין ניזוקים שאינם חיילים. סעיף 3(6) ל-*Crown Liability Act* קובע חסינות-

”in respect of anything done or omitted in the exercise of any power or authority exercisable by the Crown, whether in time of peace or war, for the purpose of the defence of Canada or of training, or maintaining the efficiency of, the Canadian forces”.

חסינות זו הינה יוצאת דופן בהיקפה ובכוללניותה, גם ביחס למדינות אחרות בהן קבועה חסינות סטטוטורית למדינה ולשלוחיה בגין נזקים שנגרמו בשירות צבאי¹⁷⁰ (למשל, ישראל, אנגליה לפני שנת 1987). יחד עם זאת, ואולי דווקא בשל כך, היא מונעת עיוותים ומצבים של אפליה ואי צדק. לדוגמה, היא חלה באותה מידה הן על ניזוקים שהם חיילים והן על ניזוקים שהם חיילים, הן על נזקי גוף והן על נזקי רכוש. בפשטות מונע, אם כן, הסדר זה בעיות רבות הכרוכות בהסדרים מורכבים יותר, אשר לא תמיד מצליחים לבטא את הרציונלים למדיניותו של המחוקק שקבע את אותם הסדרים. רוצה לומר, הלקח המרכזי שאנו למדים מהמודל הקנדי הוא כי הלימתו ה"פנימית" של הסדר (שוויוניותו, סבירותו, עקביותו, חוקתיותו, התאמתו לרציונלים שביסודו, ויהיו אלה אשר יהיו, התאמתו להסדרים דומים אחרים וכיו"ב היבטים אשר אינם נוגעים ישירות למדיניות) חשובה לא פחות, ולעתים אף יותר, מהלימתו ה"חיצונית" (ההצדקות, המדיניות והרציונלים שביסודו), אשר דומה כי הינה לעולם שנויה במחלוקת.

חשוב לציין, לסיכום נקודה זו, כי על פי המודל הקנדי לא בכל מקרה בו נגרם נזק לחייל בשירות צבאי (או לאזרח בנסיבות דומות) קמה לו זכאות על פי מערכת סעד חלופית. מודל זה סותר, אם כן, את אחת ה"אקסיומות" של המודל הישראלי, כי החסינות מאחריות נזיקת הינה פונקציה של הזכאות לפי דיני השיקום.

3.4. אוסטרליה

המודל האוסטרלי מדגים כיצד, בהעדר הסדר סטטוטורי, יכולה הפסיקה להגיע לתוצאות שונות לחלוטין. באוסטרליה, כמו בארה"ב ובאנגליה (משנת 1987), אין פטור סטטוטורי מאחריות בנזיקין של המדינה ושלוחיה בגין נזקים שנגרמו בשירות צבאי, אלא זהו עניין למשפט מקובל ולפסיקת בתי המשפט. אולם, שלא כמו בארה"ב, בית המשפט העליון של אוסטרליה (*the High Court of Australia*) קבע, כי חייל רשאי לתבוע את המדינה בגין עוולתו של חייל אחר, כמו גם את החייל המעוול עצמו.

הלכה חשובה זו נקבעה בפסק דין *Groves*¹⁷¹. בעניינו של *Groves* דובר על חייל בחיל האוויר האוסטרלי, שנפצע במהלך ירידה ממטוס לקרקע במסגרת פעילות שגרתית בזמן רגיעה. לצורך הירידה הוא השתמש בסולם מתקפל, אלא שזה התמוטט מאחר שפיני

¹⁷⁰ יש לציין, בהקשר זה, כי בקנדה יש חסינות למדינה ולשלוחיה מתביעה נזיקת גם מקום שגין הפגיעה ניתן לקבל תגמולי ביטוח לאומי. המדיניות הקנדית בעניין זה, אם כן, הינה עקבית ואינה מתמקדת בעוולות שנגרמו בשירות בלבד.

¹⁷¹ *Groves v. Commonwealth* (1982) 150 C.L.R. 113

הנעילה, שהיו אמורים לנעול את הסולם, לא הורכבו כשורה על ידי אנשי צוותו של Groves. בית המשפט קבע שבנסיבות העניין אין למדינה כל חסינות מפני תביעת נזיקין בגין אחריות שילווחית. כמו כן, קבע בית המשפט, כי גם לחבריו לצוות של Groves אין חסינות, כי הם חבים כלפיו חובת זהירות, וכי אם יימצאו רשלנים יחובו כלפיו בנזיקין.

יחד עם זאת, הלכת *Shaw Savill*¹⁷² קובעת כי המדינה ושלוחיה החיילים חסינים מאחריות בנזיקין בגין עוולה (באותו מקרה, רשלנות) אשר בוצעה במהלך "active operations of war against the enemy". זאת, בדומה לפטור הקבוע ב-FTCA האמריקאי בנוגע ל-"combatant activities"¹⁷³.

4. אחריותם הנזיקית של המדינה ושלוחיה כלפי ניזוקים בשירות צבאי - נזקים שדיני השיקום חלים עליהם

4.1. כללי

כאמור, אין נפקות לעצם קיומה של מערכת סעד אלטרנטיבית לעניין קיומו של פטור מאחריות נזיקית. כמו כן, ראינו כי בפסק הדין בעניין פרץ הגיע בית המשפט, לאחר בחינת הרציונלים האפשריים הנוגעים לעניין, לכלל מסקנה כי אין מניעה להכיר בתביעות נזיקין של חיילים נגד המדינה או שלווחיה, ככל שהדבר נוגע לנזקים שדיני השיקום אינם חלים עליהם. לגבי נזקים שדיני השיקום חלים עליהם, ולגבי אחריות המדינה ושלווחיה לנזקים בשירות צבאי בכלל, ראינו כי במשפט המשווה אין מודל אחיד להסדרת הנושא. יחד עם זאת, השיקולים העומדים בבסיס המודלים השונים מתבססים, ככלל, על רציונלים דומים (למשל, רציונל ה"אלטרנטיבה" ורציונל ה"צורך הצבאי"), הגם שהם מובילים לתוצאות שונות בכל מדינה ומדינה. השאלה הנשאלת היא אם יש באותם רציונלים, הייחודיים לנסיבות בהן יש תחולה לדיני השיקום, ואשר כשלעצמם אינם מחייבים קיומו של מודל כזה או אחר, כדי להצדיק אי הכרה בישראל בתביעות נזיקין של

¹⁷² *Shaw Savill & Albion Co. v. Commonwealth* (1940) 66 C.L.R. 344. במהלך מלחמת העולם השנייה, ספינה של חיל הים האוסטרלי (the Adelaide) הפליגה בנתיב קבוע מראש עם אורות כבויים. היא התנגשה באניית סוחר וגרמה לטביעתה. הבעלים של אניית הסוחר תבע את המדינה בנזיקין בגין רשלנות מצד קציני חיל הים שקבעו את הנתיב ושלטו בספינה. המדינה טענה כי הספינה היתה נתונה בפעילות מבצעית כנגד האויב בשעת מלחמה. בית המשפט העליון של אוסטרליה קיבל את הטענה, כאמור.

¹⁷³ וראו הערה 81.

חיילים נגד המדינה או שלוחיה, או, למצער, להביא לכלל מסקנה מסוימת כלשהי לגבי המודל המתאים עבור ישראל.

במקביל, מתעוררת שאלת היחס שבין שתי מערכות הפיזיים מקום שיש תחולה לדיני השיקום, כלשונו של כב' השופט שמגר (כתוארו אז) בפס"ד ראונדנאף¹⁷⁴:

“כאשר מתגבשת הזכות לפיזיים במקביל או בזו אחר זו לפי הוראותיהן של שתי מערכות פיזיים נפרדות, יכול הפתרון ללבוש מבחינה תיאורטית את אחת מן הצורות החילופיות הבאות:

יש שמוענקת הזכות לשאוב פיזיים מתוך כל אחת מן המערכות, יהיה הסכום המצטבר אשר יהיה;

יכול שתוענק הברירה או הבחירה לנטילת פיזיים מידי מערכת אחת בלבד, ואזי עולה השאלה הנגזרת, מהו סדר הבחירה או הברירה;

כן ייתכנו הסדרים מעורבים או משולבים, בהם מותרת, למשל, נטילה מידי מערכות שונות, בתנאי שכל הסכומים גם יחד לא יעלו על תקרה מוגדרת;

אפשרית גם הענקתה של זכות חזרה של מערכת אחת אל השנייה כדי לדרוש שיפוי, כולו או מקצתו, עבור הפיזיים או התגמולים, לפי העניין, אותם שילמה לזכאי.”

ההסדר הקיים בישראל מצביע, כאמור, דווקא על חלופה אשר אינה מנויה לעיל. כב' השופט ברק (כתוארו אז)¹⁷⁵ מציין כי “יש שהמבנה המשפטי מביא לשחרור הניזוק (צ”ל

¹⁷⁴ שם, בעמ' 766.

¹⁷⁵ למען שלמות הדברים, להלן התייחסותו המלאה של כב' השופט ברק (כתוארו אז) לנושא זה (שם, עמ' 797):

”משהעמיד המחוקק, בצד דיני הנזיקין, מערכת פיזיים נוספת, נוצרים, מטבע הדברים, יחסי גומלין בין שתי המערכות, ומתעוררות שאלות של ”התנגשות דינים”. יש שההסדר שנקבע מעניק לניזוק

'המזיק' – ע"ש) מאחריות בנזיקין". אכן, גם זהו עניין ליחס שבין שתי מערכות דינים, והסברה המקובלת היא כי יחס זה אומץ בדין הישראלי, ביחס שבין דיני השיקום לבין דיני הנזיקין¹⁷⁶. דהיינו, מקום שאין תחולה לדיני השיקום, קיימת, ככלל ובכפוף להריגים, אחריות בנזיקין. מקום שיש תחולה לדיני השיקום, אין אחריות בנזיקין, לא אחריות אישית ולא אחריות שילווחית.

בית המשפט, בפסק הדין בעניין פרץ, נמנע מלדון בשאלת האחריות הנזיקית מקום שיש תחולה לדיני השיקום, היות שכבר קיים בעניין זה הסדר סטטוטורי (סעיפים 6 ו-7 לחוק אחריות המדינה), ובעיקר משום שעניין זה לא נדרש להכרעה באותו מקרה. דיונו של בית המשפט התמקד, אם כן, במצבים בהם אין תחולה לדיני השיקום (למשל, במצבים בהם נגרם נזק רכוש בלבד) ובהם אין מתעוררת שאלה של ממש הכרוכה ביחס שבין מערכות דינים. אולם, ניתן להניח כי אילו היה מרחיב בית המשפט את ריעת דיונו גם למצבים בהם יש תחולה לדיני השיקום, היה מגיע למספר מסקנות, אשר יש להן חשיבות לענייננו. האחת, עניינה בהשפעתם של רציונלים נוספים אפשריים על מסקנתו. השנייה, עיקרה בשאלת טיבו ותוכנו של ההסדר הקבוע בסעיפים 6 ו-7 לחוק אחריות המדינה, והיחס שהוא קובע בין דיני השיקום לבין דיני הנזיקין.

4.2. רציונלים חדשים – תוצאה חדשה?

השיקולים והרציונלים בהם דן בית המשפט בעניין פרץ, ומסקנתו כי אין בהם כדי למנוע, כשלעצמם, תביעות נזיקיות נגד המדינה או שלוחיה בגין נזקים שנגרמו בשירות צבאי, הינם בעלי משמעות גם לעניין נזקים שנגרמו מקום שיש תחולה לדיני השיקום. לשיקולים הנוגעים לתפקוד הצבא, להצפת בתי המשפט בתביעות, לשיקולים כלכליים, לשיקולי מדיניות ושפיטות, ולכיו"ב שיקולים שנדונו שם, ודאי יש רלוונטיות גם כאשר קיימת מערכת נוספת החלה בנסיבות העניין וגם כאשר הנזקים הנדונים הינם נזקי גוף, אם כי אין הם מחייבים הגעה לאותה מסקנה שהגיע אליה בית המשפט בפס"ד פרץ. זאת, כיוון שהשיקולים שנטענו בפני בית המשפט בעניין פרץ ושהנחו אותו בפסק דינו אינם,

בחירה חופשית בין שתי המערכות; יש שההסדר הסטטוטורי מעניק לניזוק אפשרות של צירוף המערכות, ויש שהמבנה המשפטי מביא לשחרור הניזוק (צ"ל 'המזיק' – ע"ש) מאחריות בנזיקין."

¹⁷⁶ וראו ע"א 507/79 ראוונדנאף נ' חכים, פ"ד לו(2) 757; ע"א 399/81 טימסוד נ' לויס קטרינג תעשיית ארוחות בע"מ ואח', פ"ד לו(3) 686; ע"א 784/79 לאלו נ' דוד ואח', פ"ד לה(4) 597; ת"א (נצי') 548/86, המ' (נצי') 1268/87 מדינת ישראל נ' סויסה, פס"מ תשמ"ט א' 372.

על פי אופיים, ייחודיים למצבים בהם דיני הנזיקין הם הדינים היחידים החלים. כמו כן, לא נקבע ולא נטען כי מהותם של השיקולים שנדונו שם עשויה להשתנות בהתחשב בסוג הנזק או בנסיבות הקונקרטיות של העוולה הנדונה (כזכור, נקבעה שם חובת זהירות מושגית)¹⁷⁷. כל שנקבע הוא כי לעניין שאלת האחריות בנזיקין בגין נזקי גוף קיים הסדר מפורש, אליו נתייחס בהמשך, וכי לבית המשפט אין צורך לעסוק בה בעניינו של פרץ, שכן היא "אינה עומדת על הפרק"¹⁷⁸.

האפשרות כי לעניין שאלת האחריות בנזיקין בגין נזקי גוף מתבקשת מסקנה שונה מהמסקנה אליה הגיע בית המשפט בעניין פרץ אינה נעוצה, אם כן, בהכרח בהנחה שבשיקולים שנותחו בפסק הדין, בצירוף שיקולים נוספים הרלוונטיים רק מקום שמדובר באחריות בגין נזקי גוף, יש כדי להביא למסקנה כי קיימת, מבחינה עקרונית, מניעה מחייל הנזוק בשירותו הצבאי לתבוע בנזיקין את המדינה ואת שלוחיה, גם בנסיבות בהן יש תחולה לדיני השיקום, אלא בכך שקיימים הסדרי חסינות מפורשים לעניין זה.

בחנית הדין החל במדינות זרות, אשר מראה כי שלילת האחריות בנזיקין בגין נזקי גוף בנסיבות דגן אינה מובנת מאליה, מעלה, כאמור, שורה של שיקולים ורציונלים העומדים לנגד עיניהם של המחוקקים ובתי המשפט במדינות השונות בכואם להסדיר את שאלת האחריות בנזיקין בגין נזקי גוף בנסיבות הנוגעות לענייננו. דא עקא, שהשיקולים העיקריים דומים ביסודם לשיקולים שנבחנו בפס"ד פרץ, הגם שאין זהות במודלים הנהוגים במדינות השונות. על אף ריבוי השיקולים, נראה, כי השיקול היחיד שהוא ייחודי לשאלת האחריות בגין נזקי גוף נוגע לתחליף שמציעים דיני השיקום לדיני הנזיקין, ובמיוחד למטרתם של דינים אלה לפצות את הנזוק, מקום שנגרם נזק גוף, אשר אינו מוצע בנסיבות בהן נגרם נזק אחר. יתר השיקולים אינם פחותי חשיבות, אך אין הם מתעוררים רק מקום שנגרם נזק גוף.

¹⁷⁷אם כי יישומם של שיקולים אלו, בצד יישומם של שיקולים נוספים, עשוי להביא לתוצאה שונה. השיקולים עצמם, עם זאת, ראויים להישקל גם אז.

¹⁷⁸מהתייחסות זו של בית המשפט לסוגיה לא ניתן אמנם ללמוד רבות, אולם התבוננות נוספת בה תגלה כי אין היא טריוויאלית, אף אם לא לכך כיוון בית המשפט. בית המשפט אינו קובע כי מסקנתו היתה שונה לחלוטין אילו היה מדובר בנזקי גוף, או כי הרציונלים עליהם עמד אינם רלוונטיים גם לנזקי גוף. הוא גם אינו קובע כי פני הדברים לא היו שונים, וכי רק בשל כך שקיים הסדר מפורש בעניין התוצאה שהיה מגיע אליה אילו היתה עומדת בפניו שאלה דומה הנוגעת לנזקי גוף היתה אחרת. הוא אמנם מצביע על כך שקיים הסדר מפורש בעניין, אך על טיבו ותוכנו של הסדר זה אין הוא עומד, שכן אין הוא נדרש להכריע בשאלת האחריות בגין נזקי גוף.

ראינו כי בארה"ב מהווה רציונל ה"אלטרנטיבה" את אחד משלושת הרציונלים העומדים בבסיס דוקטרינת *Feres*. כן ראינו כי באנגליה הובילה אי שביעות רצון ממערכת דיני השיקום, שלא הצליחה להוות אלטרנטיבה הולמת לדיני הניזיקין (הן בגובה התשלומים שנתקבלו על פיה, הן בהליכיה, הן בזכויות של תלויים והן ביחסה של המערכת), לביטול החסינות שהיתה קיימת באנגליה מאחריות בנזיקין בגין נזקי גוף. לכל אורכו של הדיון בהסדרים השונים החלים במדינות זרות צף המתח שבין שיקולים מערכתיים, הקשורים בצרכים צבאיים, משמעת צבאית וכו', מחד גיסא, לבין זכויותיו של החייל כניזוק, מאידך גיסא. זאת, כאשר בתווך קיימים דיני שיקום כאלה או אחרים, אשר לעתים מרככים את הפגיעה בזכויותיו של החייל כניזוק, אם בצורה טובה יותר ואם בצורה טובה פחות, ולעתים מסייעים בידו של החייל בהקלם עליו להשיג סעד מקום שסבל מעוולה נזיקית או בהתייצבותם לצידו מקום שנגרם לו נזק גוף שלא בעוולה.

רביינים של המודלים בתחום זה, גם נוכח קיומה של אלטרנטיבה, לכאורה, לדיני הניזיקין, מלמדים כי גם בשיקול זה אין כדי להכריע את הכף לטובת הכרה באחריות הניזיקין או לטובת שלילתה של האחריות. הדברים תלויים, במידה רבה, בטיבם של דיני השיקום במדינה הספציפית ובמשקל הניתן ליתר השיקולים הרלוונטיים לעניין. ואולם, אין מחלוקת על כך שמערכת שיקומית, טובה ככל שתהא, בהיותה מערכת סוציאלית מבוססת סיכון, אינה מסוגלת, באופן תיאורטי ובאופן מעשי, להתמודד עם נזקיו של נפגע (להבדיל מפגיעתו) כפי שמערכת נזיקית מסוגלת, בכל מקרה נתון. יתרונה הבולט של מערכת שיקומית, מבחינת הזכויות שמקבל הנפגע בפועל, הוא דווקא במקרים בהם אין עוולה, אין מזיק והנפגע עלול למצוא עצמו ללא סעד כלשהו. כמו כן, מועילה מערכת שיקומית לקבוצה גדולה של נפגעים, וגודלה של הקבוצה מותנה בטיבם של ההסדרים השיקומיים, אשר הפגיעה האובייקטיבית שנגרמה להם מוערכת יותר מהנזק הסובייקטיבי שנגרם להם. יחד עם זאת, ובאותה מידה, קיימת אוכלוסייה, קטנה אמנם, אשר ההערכה האובייקטיבית של נזקה, עליה מבוססת, במידה כזו או אחרת, כל מערכת מבוססת סיכון, נופלת מן הנזק הסובייקטיבי שנגרם לה. ודי אם נזכיר את הדוגמא הקלאסית של אותו כנר אמן שנפגע באצבעו, נקבעה לו נכות של 5%, עץ פרנסתו נגדע, והוא לא הגיע אף לסף הנכות הנדרש על מנת לזכות בתגמולים מכח דיני השיקום¹⁷⁹.

¹⁷⁹ כמו כן, חוקי השיקום מכירים באפשרות שבשל "התנהגות רעה חמורה" מצדו של הניזוק תישללה ממנו זכויות לפי חוקי השיקום (סעיף 9 לחוק הנכים), וגם לא יתאפשר לו לתבוע בנזיקין.

דומה, אם כן, כי אין חולק על כך שקיימת אוכלוסיה הנפגעת מהסדר שיקומי ייחודי, שאם לא כן, הרי שהאפשרות שהמדינה או שלוחיה ייתבעו בנזיקין היתה הופכת לתיאורטית בלבד וכל הנפגעים לא היו תובעים אלא לפי דיני השיקום. ניתן לטעון, אמנם, כי בהינתן אופציה לתבוע בנזיקין יהווה הדבר תמריץ לתבוע בנזיקין בנוסף לקבלת זכויות לפי דיני השיקום, כך שגם יתקבל כפל פיצוי בגין אותו נזק וגם לא יסננו דיני השיקום את אותן תביעות אשר יכולות למצוא פיצוי נאות במסגרתם. ואולם, כאמור, האפשרות לשאוב פיצויים מכל אחת מן המערכות, ויהא הסכום המצטבר אשר יהא, הינה רק אחת מהחלופות להסדר ברירת דינים אפשרי.

על פי ההסדר הקיים בחוקי השיקום בישראל¹⁸⁰, רשאי אמנם נפגע לנקוט בצעדים משפטיים כדי לזכות בתשלומים לפי שתי המערכות, אך אין בידו לגבות כפל פיצוי בגין אותו נזק. כמו כן, במקרה שבו גבה הנפגע תשלומים לפי מערכת אחת, אין בידו לתבוע תשלומים לפי מערכת אחרת¹⁸¹. במקביל, נקבעו בחוקי השיקום הסדרי שיפוי מתאימים למקרים שבהם, חרף האמור, התקבל כפל פיצוי בגין אותו נזק.

הסדר זה מדגים, איפוא, את הקשר שבין רציונל ה"אלטרנטיבה" לבין היחס שבין מערכות הדינים, שכן בעזרת כללים הנוגעים לברירת דינים הוא מקדם את האפשרות שתביעה נזיקית תהיה משלימה לתביעה לפי חוקי השיקום, ולא תביעה חלופית. אילו ההסדר הקובע את היחס שבין מערכות הדינים היה יוצר תחליפיות בין מערכות הדינים, כי אז יכולה היתה מערכת אחת להיות "אלטרנטיבה" למשנתה. הרלוונטיות של רציונל ה"אלטרנטיבה" תלויה, אם כן, במידה רבה, בהסדרים סטטוטוריים הניתנים לשינוי. יחד עם זאת, הסדרים אלה אינם נוגעים לשאלות של ברירת דינים והסדרי שיפוי וקיוזו בין המערכות בלבד, אלא גם, וקודם כל, לשאלת עצם הזכאות לפי כל אחת ממערכות הדינים. בנפרד, שאף היא עניין ליחס שבין מערכות הדינים.

4.3. היחס שבין דיני הנזיקין לבין דיני השיקום

ההסדר הקיים בסעיפים 6 ו-7 לחוק אחריות המדינה, לעניין עצם הזכאות לפי דיני הנזיקין, טובע נוסחת חסינות שאינה חד-משמעית, בדומה לנוסחת ה- "Incident to Service" של דוקטרינת *Feres* האמריקאית:

¹⁸⁰ חוק הנכים, סעיף 36; חוק משפחות חיילים, סעיפים 21 ו-22.
¹⁸¹ וראו, למשל, את ניצני הלכה זו בע"א 235/58 ויסמן ואח' נ' סלומון, פ"ד יג 1660 ובע"א 502/59 אמזלג נ' מדינת ישראל ואח', פ"ד יד 877.

“אין המדינה אחראית בנוזקים על חבלה שנחבל אדם ועל מחלה או החמרת מחלה (ועל מותו של אדם שבא כתוצאה מאחד מאלה; תוספת שלי מתוך סעיף 7 לחוק אחריות המדינה – ע’ש’) שנגרמו לו בתקופת שירותו הצבאי **עקב שירותו הצבאי**.”¹⁸² (ההדגשה שלי – ע’ש’)

הסדר זה קובע שני תנאים עיקריים לתחולתה של החסינות. האחד, טכני-פורמלי בעיקרו, הוא שהנזק נגרם “בתקופת שירותו הצבאי” של הניזוק. לצורך העניין, שואב חוק אחריות המדינה את הגדרת המושג “שירות צבאי” מחוקי השיקום, כך שהבסיס לזכאות לפי דיני השיקום יהיה גם **הבסיס** לחסינות מפני תביעה נזיקית. ואולם, התנאי השני מוסיף דרישה נוספת, העשויה להוביל גם למסקנה אחרת. תנאי זה (“עקב שירותו הצבאי”), שהוא מהותי באופיו, דורש כי יתקיים קשר סיבתי בין הפגיעה (הנזק) לבין השירות הצבאי. כלומר, ההסדר הקיים מכיר במצב אפשרי שייגרם לחייל נזק (חבלה, מחלה, החמרת מחלה או מוות) “בתקופת שירותו הצבאי” אך שלא “עקב שירותו הצבאי”. במצב כזה אין מניעה עקרונית כי אותו חייל יתבע בנוזיקין את המדינה (ואת החייל המזיק) בגין נזק גוף שנגרם לו בעוולה, חרף זכאותו לתשלומים לפי חוקי השיקום באותן נסיבות.

יטען הטוען כי אין בכך כדי לסתור את ההנחה שביסוד “התנגשות הדינים” בין דיני הנוזיקין לבין דיני השיקום, כי המבנה המשפטי הקיים בישראל מביא לשרור המזיק מאחריות בנוזיקין במצב של “התנגשות דינים”, וכי כל אימת שחייל יוכל לתבוע בנוזיקין בנסיבות אלה, הרי שלא תקום לו זכאות מכח דיני השיקום, שכן הפגיעה לא נגרמה “עקב שירותו הצבאי”, ולהיפך, כל אימת שקם לחייל בסיס לזכאות לפי דיני השיקום, הרי שלא יוכל לתבוע בנוזיקין¹⁸³. אולם, טענה זו אינה מביאה בחשבון את האפשרות שלאותו מושג או ביטוי משפטי תיתכנה משמעויות שונות במסגרת חיקוקים שונים¹⁸⁴, וקל וחומר במסגרת מערכות דינים נפרדות. לפיכך, תיתכן גם פרשנות לפיה הקשר הסיבתי הנדרש לצורך הקמת חסינות מאחריות בנוזיקין לפי חוק אחריות המדינה יהיה שונה, ולצורך העניין מצומצם יותר, מהקשר הסיבתי הנדרש לצורך הקמת זכאות לפי חוקי השיקום. זאת, כפועל יוצא של התכליות השונות של מערכות דינים אלה.

¹⁸² חוק אחריות המדינה, סעיף 6(א).

¹⁸³ מודל זה אינו שלם ממילא, שכן הקשר הסיבתי בין הפגיעה לבין השירות הצבאי הינו רק **הבסיס** לזכאות לפי חוקי השיקום, שכן יתכנו גורמים אשר עשויים למנוע מהניזוק את הזכויות (למשל, דרגת נכות נמוכה מדי או “התנהגות רעה חמורה” מצדו).

¹⁸⁴ דנג”צ 4601/95 **סרוסי נ’ בית הדין הארצי לעבודה ואח’**, פ”ד (נב) 817.

הלכה היא כי את הקשר הסיבתי בין הפגיעה לבין השירות לצורך הקמת זכאות לפי חוקי השיקום יש לפרש באופן רחב וליברלי, כמתבקש מרוחם הסוציאלי של חוקי השיקום.¹⁸⁵ כבר בפסק דין **וינשטיין**¹⁸⁶ נקבע כי את הקשר הסיבתי הנדרש לצורך זכאות לפי חוקי השיקום יש לפרש לאור מבחן קונקרטי, במסגרתו נלקחות בחשבון כלל נסיבות הפגיעה, ונשאלת השאלה אם הפגיעה שנגרמה הינה מיוחדת לשירות הצבאי (במובן של קשר סיבתי) בהתחשב בתפקידו של החייל הנפגע, בסוג הפעילות שבה עסק ובכלל נסיבותיו של השירות הצבאי.¹⁸⁷ על פי מבחן זה, תגבר הנטייה לקבוע כי קיים קשר סיבתי בין הפגיעה לבין השירות, גם לגבי פגיעות אשר יכולות להיגרם גם למי שאינם חיילים.¹⁸⁸

זהו, אם כן, המבחן המנחה את בתי המשפט בבואם לקבוע את קיומו של הקשר הסיבתי בין הפגיעה לבין השירות כבסיס להקמת זכאות לפי חוקי השיקום. אולם, הנטייה להחיל את אותו מבחן גם לעניין גיבוש החסינות מאחריות בנזיקין מכח חוק אחריות המדינה אינה נקיה מספקות. מעבר לכך ששלילת זכויות בנזיקין מצד מי שנפגע בגופו צריכה להתפרש ברוח העקרונות הקבועים בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו,¹⁸⁹ הרי שגם לשון החוק עצמו אינה מחייבת החלת מבחן זה על שאלת הקשר הסיבתי בשתי מערכות הדינים. חוק אחריות המדינה שואב, כאמור, את הגדרת המושג "שירות צבאי" מתוך דיני השיקום, אך אין הוא שואב מהם הגדרות ומושגים אחרים, ואין כל הוראה סטטוטורית שיש בה כדי להביא למסקנה כי קיימת זהות ביסוד הקשר הסיבתי בין שתי המערכות.

שאלת זהותו של המבחן שבבסיס הקשר הסיבתי הנדרש בכל מערכת היא, איפוא, עניין לפסיקת בתי המשפט, אשר יכולים, בדרך של פרשנות, להגיע למסקנה שהקשר הסיבתי

¹⁸⁵ ראו גם ד"ר ע' אזר וד"ר א' נירנברג **רשלנות רפואית** (מהדורה שנייה) 2000, 610-609.
¹⁸⁶ ע"א 137/64 **וינשטיין נ' קצין התגמולים**, פ"ד (ח) 510. וראו גם ע"א 187/83 **רדושיצקי נ' קצין התגמולים**, פ"ד לז(4) 361.

¹⁸⁷ זאת, להבדיל, ממבחן דווקני ומצומצם המתמקד בשאלת הייחוד הצבאי שבסוג הפעילות הספציפית שבה היה נתון החייל בשעת הפגיעה.

¹⁸⁸ למשל, נזק שנגרם לחייל שניסה להרים משא כבד תוך התכופות יכול להיגרם גם למי שאינו חייל, אך בחינת מכלול הנסיבות של קרות הנזק עשויה להביא למסקנה שאותה פעולת התכופות, על אף שכשלעצמה אינה נושאת סממנים מובהקים של פעילות צבאית, היתה חלק מהשירות הצבאי של אותו חייל, על נסיבותיו השונות (למשל, נשיאת פגזים).

¹⁸⁹ ובמיוחד לאור סעיפים 2-4 לחוק היסוד. שלילת זכותו של ניזוק לפיצויים על נזקו היא בבחינת פגיעה בקניינו במובן סעיף 3 לחוק היסוד (ראו: בג"צ 5263/94 **ח"כ הירשזון ואח' נ' שר האוצר**, פ"ד מט(5) 837) או פגיעה בשלמותו הגופנית במובן ההגנות לפי סעיפים 2 ו-4 (וראו: ע"א 1162/96 **וייס ואח' נ' מאק**, פ"ד נג(2) 79). וראו, לעניין השפעת חוק-היסוד: כבוד האדם וחירותו וחופש העיסוק על אחריותו בנזיקין של רשויות ציבור בפעילותן השלטונית, אצל י' גלעד, "האחריות בנזיקין של רשויות ציבור ועובדי ציבור (חלק שני)", **משפט וממשל ג'** (תשנ"ח), 55, 81.

הנדרש לצורך הקמת חסינות מאחריות בנוזיקין לפי חוק אחריות המדינה אינו כולל נזקים שאירעו בנסיבות כאלה או אחרות, בין אם מדובר בנסיבות הנלוות לאירוע הנזק עצמו, ואשר עשויות להטות את הכף לטובת החייל לצורך דיני השיקום, ובין אם מדובר בנסיבות הקשורות ישירות באופן גרימת הנזק, במקרה שהנזק נגרם על ידי אחר. כך, למשל, ניתן להגיע למסקנה כי נזקים שנגרמו כתוצאה מעוולות מסוימות, או כתוצאה מסוגים מסוימים של עוולות, אינם יכולים להיתפס, מבחינה מהותית-עקרונית, כנזקים שנגרמו "עקב השירות הצבאי".

לא ברור, למשל, אם הטרדה מינית¹⁹⁰ שבוצעה כלפי חיילת, בין אם על ידי מפקדה ובין אם על ידי חייל אחר, ואשר גרמה לנכות נפשית אצל אותה חיילת, היא בגדר אותן התנהגויות אשר המחוקק ראה לנגד עיניו כחלק בלתי נפרד ובלתי נמנע של השירות הצבאי, הנחשבות במקרה גם כעוולות נזיקיות, ואשר בעטיין קבע את דיני השיקום כמערכת ייחודית חלופית אשר במסגרתה לא יחובו שלוחי המדינה בגין עוולות, אשר "נאלצו", כאמור, לבצע בשל שירותם הצבאי. לא זו אף זו, דומה כי על פי הדין הקיים כיום אין ממילא מניעה מלתבוע בנוזיקין בגין הטרדה מינית, או בגין כל עוולה אחרת, עבור ראשי נזק אשר אינם מכוסים על ידי דיני השיקום (קרי, שלא בשל חבלה, מחלה, החמרת מחלה או מוות כשלעצמם)¹⁹¹, גם אם תיחשב ההטרדה המינית לחלק מהשירות הצבאי אשר ראוי לחסות בצל החסינות הקבועה בחוק אחריות המדינה, על כל המשמעויות וההשלכות המוסריות-חינוכיות והחברתיות הכרוכות בדבר.

גם עוולות אחרות מעוררות שאלות דומות, לא פחות בעייתיות. האם נזק שנגרם בגין עוולה שבמזיד של חייל (תקיפה, למשל) הוא נזק שנגרם "עקב השירות הצבאי"? האם השירות הצבאי מחייב חיילים לבצע עוולות חוקתיות (למשל, התעללות והשפלה)? האם ניתן לומר שהשירות הצבאי דורש מחיילים לבצע תפקידים מסוימים (למשל, להעניק טיפול רפואי), אך אין הוא דורש מהם, באותה מידה של תוקף, לבצע את אותם תפקידים שלא ברשלנות? אכן, דומה כי אף ההתפתחות ההסטורית של ההסדר בישראל מצביעה על כך שלא זוהי תכלית החקיקה שביסוד סעיפים 6-7 לחוק אחריות המדינה. התכלית היתה, כאמור, ליצור שוויון בין דינו של החייל המזיק לבין דינה של המדינה. החייל המזיק, כשלעצמו, לא היה חסין מפני תביעות כאמור עד לתיקון משנת 1989. הותרת

¹⁹⁰ הטרדה מינית מהווה עוולה אזרחית-נזיקית לפי סעיף 6 לחוק למניעת הטרדה מינית, תשנ"ח – 1998, ועשויה לזכות בפיצויים של 50,000 ש"ח, ללא הוכחת נזק.

¹⁹¹ הדבר מעורר את השאלה הנגזרת בדבר מהותם של פיצויים ללא הוכחת נזק וראשי הנזק אותם הם מכסים. שאלה זו, אולם, חורגת ממסגרתה של רשימה זו.

הפרשנות המרחיבה של תנאי הקשר הסיבתי שבחוק אחריות המדינה גם לאחר שהורחבה החסינות גם לחייל המזיק נותנת, אם כן, הכשר מנקודת המבט של דיני הנזיקין, שלא היה קיים בעבר, לעוולות אשר אינן מתיישבות עם השירות הצבאי, כפי שיש לראותו.

גם הסדרי ברירת הדינים שבחוקי השיקום עצמם, שהורתם בתקופה שקדמה לתיקון חוק אחריות המדינה, נראים כמותאמים יותר לפרשנות המכירה במצבים, כאלה או אחרים, של חפיפה בין דיני השיקום לבין מערכות דינים אחרות, ובכלל זה דיני הנזיקין. לשם המחשה, סעיף 36 לחוק הנכים קובע במפורש כי-

“חייל משוחרר או נכה הזכאי, בשל נכות שלקה בה, לתשלומים, לפי חוק זה, והוא זכאי, בשל המחלה, החבלה או החמרת המחלה, שכתוצאה מהן לקה באותה נכות, גם לפיצויים לפי חוק אחר, יחולו עליו הוראות אלה...”
(ההדגשה שלי – ע'ש').

למען הסר ספק, “פיצויים לפי חוק אחר” מוגדרים, על פי אותו סעיף, כ”פיצויים על נזקים אזרחיים או פיצויים לפי פקודת הפיצויים לעובדים, 1947”. יתרה מכך, הסדרי ברירת הדינים והשיפוי נועדו כדי לתת מענה למצבים בהם מערכות דינים שונות “מתנגשות” או עשויות “להתנגש”, ובכדי שנקודות מפגש אלו בין מערכות הדינים לא תיצרנה עיוותים, הן במישור הפרטי, של הניזוק והמזיק, והן במישור המערכתי, של שיקולי המדיניות העומדים ביסוד המערכות השונות.

ויפים לעניין זה דבריה של כב' השופטת בן-פורת בפס”ד ראונדנאף¹⁹², אשר נכתבו אמנם על רקע חוק אחריות המדינה שלפני 1989, אך דומה כי רוחם של הדברים לא שככה:

“חוק הנכים דומה לחוק תאונות דרכים במובן זה, שהעילה על-פיו אינה מבוססת על אשם, ובכך נעוצה עיקר חשיבותו הסוציאלית. אולם, בניגוד לחוק תאונות דרכים, אין הוא מתחשב כלל בהפסד ההשתכרות של הנפגע המסוים. ניגוד זה בולט עוד יותר, אם משווים אותו לפקודת הנזיקין [נוסח חדש], הדוגלת, כידוע, בפיצוי ממוני מלא ללא כל הגבלה. במציאות זו היטיב, לדעתי,

¹⁹²שם, בעמ' 791.

המחוקק לעשות, כאשר השאיר על כנו את סעיף 36(א)(1) לחוק הנכים, הנותן לנפגע לבחור בין תגמולים לפי אותו חוק לבין עילתו לפי חוק אחר (אם עילה כזאת קיימת). מכאן האפשרות העומדת לנכה לבחור לפי הערכתו, או לאור התוצאות של התביעות שהגיש, את הפיצוי הגבוה יותר" (ההדגשה שלי – ע'ש').

רואים אנו, אם כן, כי ניתן להגיע למסקנה, גם במצבו של החוק בישראל כפי שהוא היום, כי זכות התביעה בנוזיקין אינה נשללת מחיילים כל אימת שדיני השיקום עומדים לרשותם¹⁹³. יחד עם זאת, אין בכך כדי לייתר הסדרי ברירת דינים ושיפוי כדוגמת אלה הקבועים בסעיף 36 לחוק הנכים. ההיפך הוא הנכון, מתפקידם של הסדרים אלה לווסת, כאמור, את היחס שבין מערכות הדינים, כמערכות חופפות-חילופיות, כמערכות משלימות, כמערכות מצטברות, או כמערכות שמתקיים ביניהן יחס אחר שהוא שילוב של כמה מודלים¹⁹⁴.

5. סיכום והמלצות

חוק אחריות המדינה קובע כלל לפיו המדינה ושלוחיה, צה"ל וחייליו, אחראים בנוזיקין כלפי חיילים בגין עוולותיהם, בכפוף למספר חריגים, אשר חלים על ניזוקים שהם חיילים כשם שהם חלים על ניזוקים שאינם חיילים. יחד עם זאת, אחד החריגים קובע חסינות מאחריות בנוזיקין של המדינה ושלוחיה בגין נזקי גוף שנגרמו בתקופת השירות הצבאי עקב השירות הצבאי, אשר חלה, מטבע הדברים, על ניזוקים שהם חיילים בלבד.

¹⁹³ יחד עם זאת, אין בכך, כמובן, כדי להביא למסקנה כי כל נזק שנגרם בתקופת שירות צבאי נגרם גם "עקב השירות הצבאי".

¹⁹⁴ אין אנו מבקשים במסגרת רשימה זו לעמוד על טיבם של הסדרים אלה, שהינם נושא לדיון נפרד. מטרת רשימה זו, לעניין זה, היא להבהיר כי דווקא הסדרים מסוג זה הינם כלי מדיניות יעיל, גמיש וראוי יותר לתחילת קבוצות הניזוקים והנזקים המטופלות על ידי כל מערכת מאשר הסדרי פטור וחסינות סטטוטוריים. למותר לציין, כי גם במסגרת הסדרים אלה ניתן לקבוע כי ההסדר השיקומי הינו בלעדי וכי אין אחריות בנוזיקין בציוד. דא עקא, שהסדר החסינות למדינה ושלוחיה בו עסקינן לא נקבע בדרך זו.

על הקושי שבהצדקה לחסינויות סטטוטוריות מיוחדות לרשויות הציבור עומד י' גלעד (שם, חלק שני, בעמ' 80-81): "כאשר הפעילות היא פרטית חל עיקרון השוואת המעמד, ואין הצדקה לפטור את הרשות מאחריות חמורה. אמנם, כאשר הפעילות היא שלטונית, קיימת הצדקה במקרים אלה ואחרים לפטור את הרשות הפועלת בסבירות, אך אין מקום לפטור סטטוטורי גורף" (ההדגשות שלי – ע'ש').

חסינות מהותית סטטוטורית זו מתבססת על מגוון רחב למדי של שיקולים, אשר נדחו בפס"ד פרץ לעניין שאלת חובת הזהירות המושגית של המדינה ושלוחיה כלפי ניזוקים בשירות צבאי מקום שדיני השיקום אינם חלים, וכן על כך שדיני השיקום מהווים תחליף למטרת הפיצוי שביסוד דיני הנזיקין, בעוד שהמשפט הפלילי והדין המשמעתי בצבא מהווים תחליף למטרת ההרתעה שביסוד דיני הנזיקין. לכאורה, האבחנה בין ניזוקים שהם חיילים לבין ניזוקים שאינם חיילים, כפי שהיא קיימת בחוק אחריות המדינה, הינה אבחנה עניינית¹⁹⁴.

דא עקא, שדיני השיקום אינם מהווים אלא תחליף חלקי בלבד בחלק מן המקרים, בשל כשלים בסיסיים הטבועים בהיותם של דיני השיקום מערכת מבוססת סיכון ובשל התקשותה לשמש "כלב שמירה" אשר ירתיע מפני עוולות בשירות צבאי. כמו כן, אין דיני השיקום מוציאים, מבחינה מושגית, את דיני הנזיקין, בהיותה של הראשונה מערכת סעד המספקת תגמולים על בסיס אחד ללא תלות בקיומה של עוולה נזיקית, ובהיותה של השנייה מערכת המספקת פיצויים על בסיס פרטני בהיגרם עוולה. יתר על כן, היחס בין שתי המערכות אינו חייב להיות יחס של מערכות חלופיות, אלא יכול גם לשאת אופי של מערכות משלימות, כדוגמת היחס בין דמי פגיעה לנפגעי תאונות עבודה לבין פיצויים נזיקיים. יחס זה הוא עניין להסדרה בכללים פרוצדורליים העוסקים בברירת דינים ובשיפוי, יותר מאשר בפטורים ובחסינויות מהותיים.

יחד עם זאת, קיימים רציונלים אחרים, הכרוכים בעיקרם בצרכיו האמיתיים של הצבא¹⁹⁵, ובצורך לאזן בינם לבין זכויותיו של החייל הנזוק, אשר יש בהם כדי להוות בסיס להגבלתה של זכות התביעה של החייל הנזוק¹⁹⁵ בתנאים מסוימים ומוגדרים, המתמצים בשלושה תנאים מצטברים¹⁹⁶, אשר נוגעים לכל תביעת נזיקין של חייל כנגד המדינה או

¹⁹⁴ יחד עם זאת, עדיין נותרת בעינה שאלת מקום הסדרתה של האבחנה האמורה בצורה קשיחה בחוק דווקא. כדבריו של י' גלעד (שם, בעמ' 80), אשר דומה כי יפים הם גם לענייננו:

"האם יש מקום לעצב דין מיוחד לרשויות הציבור בעוולות ובהסדרי אחריות פרטיקולריים? על כך יש להשיב עקרונית בשלילה. עוולות התקיפה, כליאת השווא, הסגות הגבול, שליחת היד, לשון הרע והפגיעה בפרטיות מגינות על זכויות יסוד של האדם. חשיבות אינטרסים אלה היא כה גדולה עד כי הם דוחים מפניהם את כל השיקולים להגבלת אחריות וסיוגה...".

¹⁹⁵ אשר, כפי שראינו, אינם עומדים בסתירה אוטומטית להליך אזרחי-נזיקי.
¹⁹⁵ ביחס לזכותו של הנזוק שאינו חייל, כך שתקיים ביניהם אבחנה עניינית.
¹⁹⁶ התנאי השלישי הינו אופציונלי בלבד.

שלוחיה בגין נזק שנגרם לו בשירות צבאי, בין אם מדובר בנזק גוף ובין אם לאו¹⁹⁷. ואלה התנאים:

(1) התובע טוען ליותר מאשר "רשלנות סתם"¹⁹⁸.

(2) יסודה של התביעה אינו באחת מאלה:¹⁹⁹

(א) החלטה פיקודית לגיטימית;

(ב) החלטה לגיטימית הנוגעת לפעילות הייחודית לצבא.

(3) התובע אינו חייל בשירות פעיל ביום הגשת התביעה (אופציונלי)²⁰⁰.

ההסדר הקיים בישראל מאפשר, כמות שהוא, לקרוא את תנאי הקשר הסיבתי שבחוק אחריות המדינה באופן מצמצם, כך שזכות התביעה של החייל הניזוק תישמר ברוב המקרים²⁰¹, אך תוכפף להסדרי ברירת הדינים והשיפוי הקבועים בחוקי השיקום. כמו כן, למעט תנאי (3) האמור לעיל, הדורש תיקון חקיקה²⁰², נראה כי אפשר יהיה לקרוא את התנאים הללו כאמור, כך שהגבלת החסינות תחול במידה שווה על המדינה ועל שלוחיה.

¹⁹⁷ יחד עם זאת, תחולת הכללים על נזקים שאינם נזקי גוף כרוכה בתיקון חקיקה.

¹⁹⁸ תנאי זה נותן מענה לרציונל ה"אלטרנטיבה", על פי ניתוחו של שוורץ. אך ראו הערה 201.

¹⁹⁹ תנאי זה נותן מענה לרציונל ה"צורך הצבאי", על פי ניתוחו של קולי.

²⁰⁰ תנאי זה מרכז, על פי ניתוחו של שוורץ, עוד יותר את החשש מפני פגיעה במשמעת הצבאית, העומד מאחורי תנאי (2), אך אינו נותן לו מענה ייחודי. לפיכך, מדובר בתנאי שהוא אופציונלי בלבד.

²⁰¹ ד"ר אזר וד"ר נירנברג עומדים בספרם על האפשרות לקרוא את סעיף 6 (וסעיף 7) לחוק אחריות המדינה יחד עם סעיף 3 לחוק, כך שבמקרים של רשלנות לא תיחשב הפגיעה כפגיעה שנגרמה תוך כדי ועקב השירות הצבאי (רשלנות רפואית, עמ' 615-616). על פי גישה זו, החסינות מפני תביעות נזיקין אינה חלה ממילא על תביעות בגין "רשלנות סתם". לפיכך, תנאי (1) הינו תנאי תיאורטי בלבד, שכן אי התקיימותו אמנם אינה מאפשרת את יישום המודל המוצע לפרשנות הקשר הסיבתי כאמור, אך אין בכך כל צורך מעשי שכן הסדר החסינות אינו חל ממילא.

²⁰² מעבר לקושי המעשי הכרוך בהליך של חקיקה ולאיי הכרחיותו של התיקון לאור תנאי (2), הרי שעל תיקון שכזה, הכרוך בפגיעה נוספת בזכויות החייל, לא תחול פסקת שמירת הדינים שבחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, והתיקון יצטרך לעמוד בתנאי פסקת ההגבלה של חוק

קיימים מספר יתרונות הגלומים במודל זה. ראשית, הוא יאפשר ליישם את הסדר החסינות הקבוע בחוק אחריות המדינה, באופן אשר יהלום בצורה טובה יותר את הרציונלים העומדים בבסיסו, ויסיט את הדיון בבתי המשפט משאלות טכניות לעבר שאלות של מהות²⁰³. שנית, יהיה בו כדי לשפר את מצב זכויותיו של החייל הניזוק בשירות צבאי, ברוח חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו²⁰³. שלישית, הוא יצמצם למינימום ההכרחי את אי השוויון בין החייל הניזוק לבין האזרח הניזוק על ידי פעולות צבאיות²⁰³, באופן אשר יקרין על מוטיבציית החיילים ועל הרצון לשרת. רביעית, הוא יגן על האינטרסים ועל הצרכים האמיתיים של הצבא, כך שזה יוכל לתפקד באופן טוב ויעיל, תוך הגברת הזהירות והמיומנות והעלאת סטנדרט ההתנהגות הכרוכים באימוץ עקרון האחריות האישית, וכן תוך הרחבת החסינות גם למקרים בהם נזק שאינו נזק גוף (או בהם נגרם נזק גוף אך הוגשה תביעה בגין ראשי נזק אחרים), במקרים המתאימים²⁰⁴. חמישית, הוא יצור אחידות ובהירות בדין החל על סוגים שונים של נזקים²⁰⁵, כך שיימנע המצב האנומלי לפיו בגין אותו אירוע ניתן לתבוע בניזיקין רק בגין חלק מהנזקים.

ההסדר האמור מציע, אם כן, פתרון אפשרי לבעיות הקיימות בדין הישראלי ביחס למצב זכויותיו של החייל הניזוק בדיני הנזיקין כלפי המדינה ושלוחיה, תוך נסיון להתחקות אחר הרציונלים האפשריים של הסדר מיוחד בעניין זה בדין הישראלי ובמשפט המשווה. יחד עם זאת, דומה, כי כל הסדר אחר שייקבע יוכל אף הוא להביא למצב הולם וראוי יותר מזה הקיים כיום, ובלבד שיעלה בקנה אחד עם הרציונלים ושיקולי המדיניות שביסודו, ויהיו אלה אשר יהיו. רציונלים ושיקולים אלה, חשובים ומעוררי דילמות ככל שהם, הם כבר עניין למחוקק ולקובעי המדיניות להכריע בו²⁰⁶.

היסוד. שיקולים אלה מקטינים את הכדאיות שבייזום תיקון כאמור, נוכח האפשרות להסתפק בשני התנאים הראשונים.

²⁰³ בדומה לשינוי במגמת בתי המשפט בארה"ב ביישום את מבחן ה- "Incident to Service".

²⁰³ וראו הערה 194 לעיל.

²⁰³ בבחינת עקרון "השוואת מעמד" בין ניזוקים (ולא בין מזיקים).

²⁰⁴ בכפוף לכך שחוק אחריות המדינה יתוקן בהתאם, ושייקבע הסדר כללי לגבי נזקי חיילים בשירות צבאי.

²⁰⁵ בכפוף לתיקון החוק כאמור.

²⁰⁶ עניין נכבד נוסף אשר יש להכריע בו הוא שאלת ה"פורום הנאות" לדיון בתביעות ניזיקין לאור האמור. אין כל מניעה עקרונית כי הדיונים בתביעות אלה יתקיימו דווקא בבתי המשפט האזרחיים הרגילים. קיימת גם אפשרות כי דיונים אלה יתקיימו במסגרת בתי הדין הצבאיים, או לחילופין במסגרת מערכת שפיטה צבאית-ייעודית הכפופה לביקורת אזרחית. זאת, כשם

שההסדר החל לגבי שיפוט חיילים בגין עבירות פליליות בבתי הדין הצבאיים אינו מובן מאליו
(וראו ע' מודריק, **שפיטה צבאית**, עמ' 12).