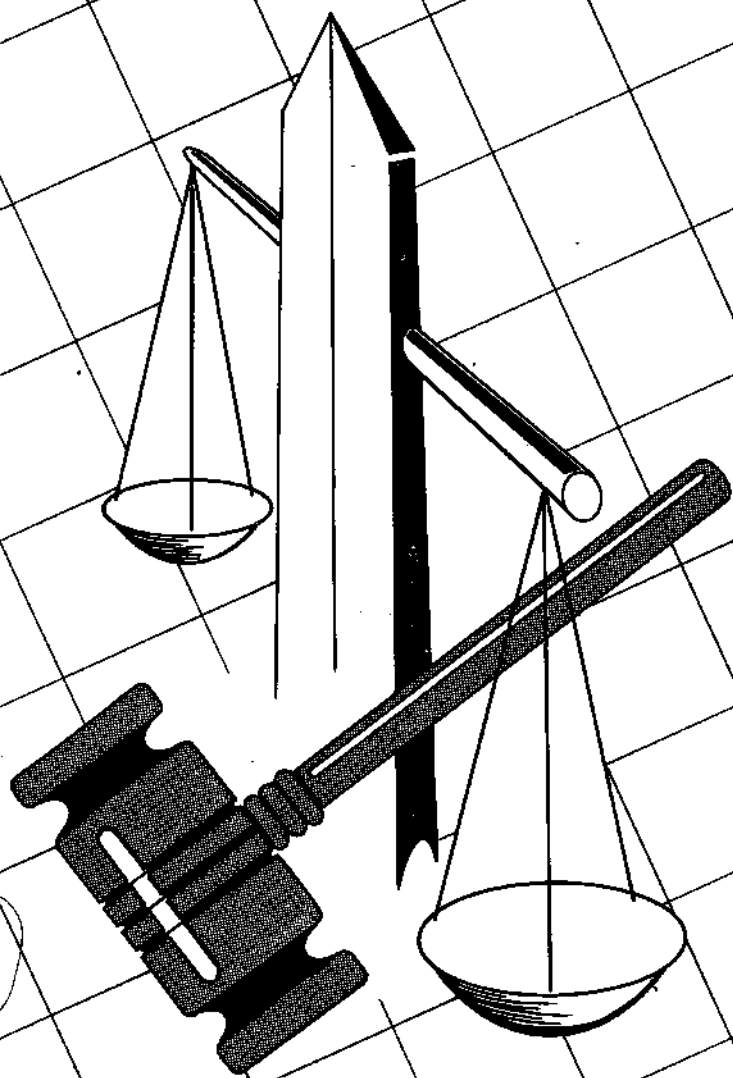


מטל

בטאון המערכת המשפטית בצה"ל



•גליון מס' 10 • אב התשמ"ט • אוגוסט 89 •



דבר המערכת

גליון זה שלפניכם משלים את המנין הראשון של חוברות "משפט וצבא". מטבע הדברים, מן הגליון נשקפות גם סוגיות אופייניות של התקופה על בטוייה האקטואליים. כאלה, למשל, עניני המעצר המנהלי, ענש המוות, הפקודה הבלתי חוקית, דרכי הקירה של השב"כ וכן נורמות חקוקות ופסוקות. אכן הגליון הנוכחי רואה אור בימים סוערים, בתקופה שבה מערכות המשפט הצבאי נדרשות למלא אונן ויכולתן - המקצועיים והאירגוניים כאחד - כדי לענות לצרכי השעה, תוך קיום שלטון החוק במובנו הרחב. הכל שותפים למשימה הקשה: שופטים ופרקליטים, יועצים משפטיים ואנשי ההדרכה, תובעים וסניגורים. המאמץ הרב מוצדק בשים לב למטרה שמגד. מותר לקוות כי כאשר תשוב הרגיעה ויוחזר הסדר על כנו ובמיוחד כאשר יתחולל תהליך של שלום, אפשר יהיה להתבונן לאחור במבט רחב ולומר כי בשעה הקשה נמצאה להן, למערכות המשפט הצבאי, גם שעה יפה. אנו מאחלים לכם קריאה מהנה

המערכת

הרשימות המתפרסמות בגליון זה מבטאות את דעת כותביהן ואינן משקפות, בהכרח, את דעת הצבא, רשות מרשויותיו או את עמדת המערכת.

המערכת

תוכן העניינים

דבר המערכת

עין ודין

- 1 המעצר המגנהלי - מגמות בסדרי דין וראיות - השופט יהודה וייס
21 תקנות וצווים לפי חוק שירות בטחון - אל"מ - (מיל) ד"ר צבי הדר
עונש המוות בפסיקת בתי המשפט הצבאיים בישראל ובאזורים המוחזקים -
35 סגן עופר בן חיים.

בשם אומרם

- 69 הפקודה כהגנה גם בהיותה בלתי חוקית בעליל - תא"ל (מיל) צבי ענבר
73 בית הדין הרבני בשערי המחנה - אל"מ (מיל) זכריה כספי
79 הטבות לחיילים משוחררים - אפליה או שוויון - ישראל דוחן
שימוש באלימות בחקירות השב"כ או אלמנט המיידיות והגנת הצורך -
93 סוק (מיל) עו"ד עודד גבעון.
107 עשיית פרסומת אסורה על ידי עו"ד, אימת? - אל"מ (מיל) זכריה כספי.

כי מציון תצא תורה

- 123 סימפוזיון בין לאומי (מס' 6) על ויקטימולוגיה - השופט משה טלגם.

רבותי ההסטוריה

- 131 חייל מגיד אמת - תא"ל (מיל) צבי ענבר.

הלכות פסוקות

137

צו על תנאי

146

חידושי חקיקה

146

מערכת הבטאון:

אל"מ ד"ר ע. מודריק, אל"מ א. שוהם, סא"ל י. תלרז, סא"ל ע. פסחון, סא"ל י.
היקרי, סא"ל ש. שטיין, רס"נ ש. יניב.
מזכירת המערכת: סגן מ. זוארץ.

המעצר המנהלי - מגמות, סדרי דין וראיות*

מאת: השופט יהודה וייס**

- א. מבוא - סמכויות חרום במשפט העברי
- ב. חוק סמכויות שעת חרום (מעצרים) - כללי יסוד
- ג. חוק המעצרים - סדרי דין
1. הסדרים טכניים
 2. סדרי דין - תוראות הדין
 3. סדרי דין - הלכה למעשה.
- ד. חוק המעצרים - ראיות
1. חסיון ראיות ההלכה
 2. מהלכה למעשה
 3. כללי ראיות - צורך סוגיות

*סקירה שנתנה במסגרת השתלמות לשופטים צבאיים (ערך 22-24.2.89) בשיתוף עם המכון להשתלמות שופטים ע"ש ד"ר זוסמן ז"ל.
**נשיא בית המשפט המחוזי ירושלים.

א. מבוא

לפני שנפתח בדיון בנושא הישיד של סקירה זאת, ברצוני לציין בקיצור - והדבר אולי יפתיע חלק מהם - כי בכל הנוגע למעצר המנהלי כבר היו דברים מעולם. הנושא המעסיק אותנו במסגרת דיון זה מציג גם במקורות שלנו. זאת כמובן בצורה שונה, אך זהה מבחינת התוכן המהותי, בכל הנוגע לפעולה לפי צרכי השעה והסטייה מדיני ראיות, כשהשעה צריכה לכך.

כך מציין פרופ' מ. אלון במאמרו "המאסר במשפט העברי" בתקופת המקרא או מוצאים את המאסר במשפט העברי כאמצעי מעצר, לשם שמירתו של העבריין מלפני הרשעתו ועד לביצוע פסק הדין וכמעצר אדמיניסטרטיבי על רקע פוליטי-מדיני. (מלכים א', כ"ב 27; דברי הימים ב', ט"ז 10; ירמיה ל"ז, 15-16; ל"ה, 4-14). היה זה מעצר, בפקודת המלך, שהוטל על הנביאים שניבאו שלא לרצונו.

ולהלך כמה דוגמאות מן המקורות מתקופת התלמוד והתקופה שאחריה. "תניא, רבי אליעזר בן יעקב אומר: שמעתי שבית דין מכין ועונשין שלא מן התורה, ולא לעבור על דברי תורה, אלא כדי לעשות סייג לתורה".

"יש לבית דין להלקות מי שאינו מחוייב מלקות ולהרוג מי שאינו מחוייב מיתה, ולא לעבור על דברי תורה אלא לעשות סייג לתורה. וכיון שרואים בית דין שפרצו העם בדבר, יש להם לגדוד ולחזק הדבר כפי מה שייראה להם, הכל הוראת שעה, לא שייקבע הלכה לדורותי. ובכל יהיו מעשיו לשם שמים ואל יהיה כבוד הבריות קל בעיניו..."

ההלכה הבאה מוסבת על מי שגרם במזיד, אך בעקיפין, למותו של אדם (כגון שכר רוצח לרוצחו), שאינו חייב מיתת בית דין:

"וכל אלו הרצחנים וכיוצא בהם, שאינם מחוייבים מיתת בית דין, אם רצה מלך ישראל להורגם בדין המלכות ותקנת העולם, הרשות בידו, וכן אם ראו בית דין להורגם בהוראת שעה, אם היתה השעה צריכה לכך, יש להם רשות כפי מה שיראו."

"אף על פי שאין דנין בחוצה לארץ דיני נפשות ודיני מכות ולא קנסות, אם רואין בית דין שצורך שעה הוא שהעם פרוצים בעבירות, דנין בין מיתה בין ממון ובין כל מיני עונש... ודוקא גדול הדור... או טובי העיר שהמקום רבים עליהם... ונראה שאפילו אין בדבר עדות גמורה שהיה מתחייב על פיהם בדין... אלא כשיש רגלים לדבר וקלא דלא פסיק, אם נראה לדיין שיש צורך השעה לדונן בכך - הרשות בידו..."

(ההדגשה שלי י.ו.)

עד כאן מן המקורות שלנו.

ב. כללי יסוד

עתה לפני שנכנס לפרטים ונבחן סדרי דין וראיות, שהם מטבע הדברים עניינים טכניים, ניטיב לעשות אם נסכם לעצמנו, ושוב בקצירת האומר, כפי שנהוג לומר עכשיו, עקרונות כלליים וכללי יסוד, הקשורים לשלטון החוק מזה, וסמכויות שעת הרום מזה. כפי שמדגיש פרופ' רובינשטיין בספרו:

1. בתוך ספר היזבל לפנחס רוזן, הוצ' הסתדרות הסטודנטים האונ' העברית ירושלים עמ' 172
2. סנהדרין מ"ו ע"א
3. רמב"ם. הלכות סנהדרין פרק כ"ד הלכה ד'
4. שם הלכה י'
5. רמב"ם הלכות רוצח ושמירת נפש פרק ב' הלכות דה'
6. טור האבן חושן משפט סימן ב'

"אם יש עקרון מהותי לשלטון החוק, הרי זה הכלל, כי אין להעניש אדם ואין לשלול ממנו חירותו או רכושו ללא הליך משפטי. הליך משפטי פירושו, שענינו יובא, בסופו של דבר, להכרעה שיפוטית בפני בית משפט רגיל. עקרון זה שוררין במסמכים בינלאומיים שונים, וקיבל הכרה מפורשת בתיקון ה"14 לחוקת ארצות הברית. עם גידול סמכויות המינהל רבו הסייגים לעקרון זה, אך עדיין נותר ממנו הגרעין הקשה, על פיו שלילת חירותו של אדם, למעט מעצרים שלפני משפט והגבלות דומות אחרות, יכולה לבוא רק בעקבות הכרעה בהליכים שיפוטיים רגילים. בעיתות חירום מפנה אף עקרון בסיסי זה את מקומו לתקיפת חירום, המתירה למינהל לשלול חירותו של אדם ללא הרשעה בפלילים ועל סמך חשדות בלבד. תקיפת חירום כזו ידועה כמעט בכל מדינה שהיתה שרויה במלחמה או במצב חירום. בארצות הברית, למרות ערבויותיה החוקתיות, הוגלו רבבות אמריקאים ממוצא יפאני ממקום מגוריהם, הושמו במחנות מעצר ורכושים הופקעו אך ורק בשל מוצאם. מעשים קיצוניים מסוג זה - להם אין מקביל בהסטוריה של ישראל - אושרו על ידי בית המשפט העליון של ארצות הברית.

פסק הדין המנחה בענין זה הוא *Korematsu v. U.S.* 323 US 214 (1944)

על פסק דין זה ואחרים נמתחה ביקורת תריפה לאחר המלחמה: Eugene V. Rostow

גם בימינו - בצפון אירלנד ובקנדה - בוטלו בעיתות חירום וטרור חירויות האזרח, וניתנה סמכות מעצר והגבלות תנועה למימשל. הוא הדין בבריטניה של מלחמת העולם השנייה, ממנה ירשנו את תקנות ההגנה (שעת חירום), 1945."

המצב בישראל לפני חוק סמכויות שעת תרום (מעצרים) התשל"ט-1979 (להלן: "חוק המעצרים").

תקנות ההגנה (שעת חירום), 1945, הותקנו בשעתן בידי הממשלה הבריטית במגמה לנסות ולשריין את שליטתו של השלטון הזר בארץ ישראל.

כידוע, הן הופעלו במימדים נרחבים במערכות הדיכוי שניסה השלטון המנדטורי לדכא את המרד והמרי של ארגוני המחתרת העבריים. מכוחן של תקנות אלה נעצרו אלפי יהודים ונכלאו לתקופות ארוכות ללא משפט, ומאות רבות נשלחו למעצר בגלויות אריתריאה, סודן וקניה. כל מגע או קשר עם הארגון הצבאי הלאומי או לוחמי תרות ישראל נקבע כעבירה פלילית שעונשה בצידה.

על אף הבקורת החריפה שנמתחה על תקנות קיצוניות אלה מצד כל חלקי הישוב העברי, הן נשארו בתוקף גם לאחר הקמת המדינה. המסמך החקיקתי הראשון של המדינה - פקודת סדרי השלטון והמשפט, תש"ח - 1948, ביטל, בסעיף 13(א), רק אותן ההוראות שבתקנות שבאו למנוע את ההעפלה היהודית לארץ ישראל ("העליה הבלתי חוקית"), תקנות 102 עד 107ג'.

מאז קום המדינה נעשה בתקנות שימוש מוגבל וזהיר, אף חרף כל התביעות הפרלמנטריות, ואף מגמות מעשיות לבטלן - הוחלט להימנע מכך, בעיקר בגלל תנאי הבטחון המיוחדים שבהן שרויה המדינה מאז הקמתה.

אכן, במצב המצור שבו נתונה המדינה מאז הקמתה, לא ניתן היה לזוותר על אמצעים מיוחדים כדי להבטיח התגוננות נאותה של המדינה והציבור בפני מי שזומם להשמדה, אך למרות זאת לא ניתן היה להשלים עם קיומן של התקנות הקיצוניות כפי שהיו בתוקף, אף על פי שאומות דמוקרטיות נוקטות בכמותן אף בנסיבות פחות קשות.

לפיכך הוגשה בשנת 1978, במלאת שלושים שנה להקמתה של המדינה, הצעת חוק,

7. א. רובינשטיין "המשפט הקונסטיטוציוני במדינת ישראל" מהד' שנייה ומורחבת,

הבאה לבטל את התקנות המנדטוריות ולהמירן בחוק ישראלי שיענה על צרכי הבטחון תוך שמירה קפדנית מירבית על עקרונות חשובים במערכת שלטון החוק. חוק המעצרים בא להחליף, אותו חלק בתקנות הדין במעצרים המינהליים ובגורשים מן הארץ.

ואלה הם השינויים העיקריים בחוק המעצרים לעומת התקנות הקיימות שאותן הוא בא לבטל.

1. לפי התקנות, הסמכות לצוות על מעצרו של אדם ללא משפט, היתה בידי הרמטכ"ל, ואפילו בידי מפקד כוחו צבאי. לעומת זאת, לפי חוק המעצרים, הסמכות לצוות על מעצר מינהלי של אדם היא בידי שר הבטחון בלבד. יוצא מן הכלל יחיד היא הסמכות המוקנית לרמטכ"ל לצוות על מעצרו של אדם לפרק-זמן - 48 שעות - לפי סעיף 2 לחוק, תקופה שלא ניתנת להארכה על ידו.
 2. מי שנעצר על פי התקנות הקיימות רשאי היה, אותה שעה, להגיש את השגתיו לפני ועדה מייעצת אשר לה סמכויות להמלצה בלבד. בחוק המעצרים נקבע שצו המעצר של שר הבטחון יובא לאישורו של נשיא בית המשפט המחוזי תוך 48 שעות מביצוע המעצר, ועל החלטת הנשיא יהא ערער לפני בית המשפט העליון.
 3. לפי התקנות ניתן, להלכה, לצוות על מעצרו של אדם לתקופה בלתי מוגבלת. לעומת זאת, לפי חוק המעצרים, שר הבטחון לא מוסמך לצוות על מעצר לתקופה העולה על ששה חודשים, הניתנת אמנם להארכה, אך גם הצו המאריך טעון אישור שיפוטי.
 4. בתקנות ההגנה לא היתה הוראה בדבר נוכחות העציר בדיונים בוועדה המייעצת. לעומת זאת מבטיח החוק את זכותו של העציר להיות נוכח בדיונים לפני נשיא בית המשפט המחוזי ובבית המשפט העליון, חוץ ממקרים יוצאים מן הכלל, המפורטים בסעיף 6(ג) לחוק, עליו נדון בפרוטרוט להלן.
- כאן המקום להזכיר, כקוריו וואלי כמקרה חריג ויוצא דופן, פסק דין מתקופת המנדט, בו ישבו לדין זקן השופטים גורדון סמיט והשופטים אדווארד ופרזמקין. כוונתי לבג"ץ 7/42. המדובר היה בהליך מסוג הביאס קורפוס, לפי תקנות ההגנה 1929 (ולא 1945), אך לא זהו העיקר. השאלה שעמדה לדין היתה, האם הסמכות לעצור נתין של ארץ אויב או שבי מלחמה, ללא אישור פורמלי, משפט או הקירה, סמכות שהיתה שמורה לכתר הבריטי מכת הפררוגטיבה, ניתנת להפעלה על ידי הנציב העליון או האקסקוטיבה מכת סמכות מכללא (implied power) ללא הענקת סמכויות מפורשות על ידי הכתר. תשובת בית המשפט היתה שלילית והעותר שוחרר ממעצרו. עם כל הבקורת שהיתה לנו בשעתו על שלטונות המנדט, ולעתים גם על המערכת המשפטית, הדברים ראויים לציון ומצביעים על הזהירות בה יש לגשת לסוגית המעצרים המנהליים, ללא משפט. ואלה דברי בית המשפט

"Assuming such implied power to exist, I have seriously asked myself the question as to what is to prevent my own arrest, after delivering this judgement, my detention without charge, enquiry or trial, for an indefinite period, and without any remedy whatsoever, provided that some official or member of the executive has sworn an affidavit that I am detained as a prisoner of war.

8. בג"ץ 7142 אולס נ. מפקד בית המעצר מזרע 9 פל"ר (1942) 126

It is clear from the foregoing that in my considered opinion no such implied power exists.⁹

ובתרגום חפשי:

"אם נניח שאמנם קיימת סמכות מכללה כזאת, כנטען, שאלתי את עצמי ברצינות שאלה זאת: מה ימוע מעצרי אני, לאחר חתימתי על פסק דין זה, ללא אישום, חקירה או משפט לתקופה בלתי מוגבלת, וללא כל סעד, ובלבד שפקיד כל שהוא או חבר באקסקוטיבה הגיש תצהיר שאני עצור בתור שבוי מלחמה".
הדברים ברורים ואינם צריכים פירוש.

וראה בקשר זה פסק דינו המפורסם של LORD ATKIN:

"I view with apprehension the attitude of judges who on a mere question of construction when face to face with claims involving the liberty of the subject show themselves more executive minded than the executive".¹⁰

ג. חוק המעצרים - סדרי דין

1. הסדרים טכניים

מכח סמכותו לפי סעיף 13 לחוק המעצרים, התקין שר המשפטים תקנות סמכויות שעת חרום (מעצרים) (סדרי דין ומועדים להגשת ערעורים) התשל"ט-1979¹¹ וכן תקנות סמכויות שעת חידום (מעצרים) (תנאי החזקה במעצר מנהלי) התשמ"א-1981¹² תקנות אחרונות אלו דנות בעיקר בתנאי המעצר, ומקנים לעצירים תנאי מעצר מיוחדים, כמו החזקה בנפרד מאסירים שפויים ועצירים הממתינים למשפטם, הזכות ללבוש בגדים פרטיים ולא בגדי אסירים, מנות אוכל הזוהות לאלה הניתנות לסוהרים במקום המעצר, בקורי קרובים וכיוצא בזה. נושא זה מצביע על מעמדו העדיף, לכאורה, של העציר המנהלי לגבי עצירים אחרים, ולא נתעכב יותר על ענין זה. נזכיר רק בקצרה, שלא תמיד מקויימות הוראות אלו. קובלנות לא מעטות באות לפני בית המשפט, בעיקר בעת העיון החוזר, במסגרת סעיף 5 לחוק, ולאחרונה ניכרת הנטייה בבית המשפט, במידה ויתקל במקרים של הפרות בוטות של הוראות התקנות, לשקול קיצור תקופת המעצר במקרים מתאימים, כדי להביע את מורת רוחו מתופעות כאלו. קו המחשבה הוא, שלצד סמכות שר הבטחון להפעיל את חוק המעצרים, קיימת החובה לדאוג לקיום התקנות בדבר תנאי המעצר כלשונן וכרוחן. ענין תנאי המעצר במתקן צבאי נדון לאחרונה בבג"ץ 253/88¹³ פסק הדין ניתן מפי הנשיא שמגר (פסק הדין הידוע כ"בג"ץ קצינות").

2. סדרי דין - הוראות הדין

תקנות סדרי הדין ומועדים להגשת ערעורים, שהוזכרו לעיל, הן טכניות בעיקר ואינן תקנות סדר דין במובן הרגיל של המלה. הוראות בדבר צורת

9. שם עמ' 136

10. Liversidge V. LONDON (1942) A.C 206 206

11. קובץ תקנות 4009 - החשל"ט (26.7.1979) 1642

12. קובץ תקנות 4231 התשמ"א (4.5.1989), 948

13. בג"צ 253/88 סג'עייח נ. שרהב"ט, פ"ד מ"ב (3) 801

הגשת עדוברים ומועדי ההגשה וכן טפסים שונים לסוגיהם אינן מלמדות אותנו כיצד יתנהל הדיון בבית המשפט. לב לבו של חוק המעצרים הוא סעיף 4 לחוק המחייב ביקורת שיפוטית מידית על כל צו מעצר מנהלי על ידי נשיא בית משפט מחוזי, שבאיזור שיפוטו נעצר העציר, וזאת תוך 48 שעות ממעצרו. לא הובא העציר לפני הנשיא ולא הוחל בדיון לפניו תוך 48 שעות, ישוחרר העציר וזלת אם קיימת עילה אחרת למעצרו לפי כל דין. על החלטת נשיא בית המשפט מחוזי מוקנית זכות ערעור לבית המשפט העליון, בו נדון הענין לפני שופט דן יחיד. הוראות דומות היו קיימות כידוע במסגרת המערכת הצבאית המחייבת הבאת העציר בפני שופט צבאי משפטאי תוך 96 שעות. היבט השיפוט הצבאי והתמורות שחלו בו, חורג מתחומי סקירה זו ולא ארחיב על כך את הדיבור. כפי שכבר ציינתי, ראו בביקורת שיפוטית מהירה זאת, מציעי החוק - שר המשפטים דאז, ש. תמיר ז"ל, וכל חברי הכנסת שלקחו חלק בייכוח בעת קבלת החוק, לרבות י"ר ועדת החוקה, חוק ומשפט - את העיקר, והדבר חזר בפסיקת בית המשפט העליון. הדברים באו לאתרונה לבטוי בדבר כב' הנשיא שמגר בבג"ץ 253/88 בו הוא אומר :

"בכך קבע החוק הסדרים שהם יעילים יותר והוגנים יותר, מבחינת זכויות הפרט, מאלו אשר נהגו ואשר נהגים בשעת חרום במדינות אחרות של העולם החפשי"¹⁴.

אולם כאמור, סדרי דין מפורטים לא נקבעו וכתוצאה מכך התפתחו סדרי הדין במציאות היום יומית, ואתם לפניכם את סדרי הדין כפי שהם התגבשו בבית המשפט המחוזי בירושלים, אשר בו נשמעים מדבית התיקים "הכבדים" מבחינת המעורבים בהם. כפי שאני מבין מחברי הנשיאים וסגני הנשיאים, סדרי דין דומים נהוגים גם ביתר בתי המשפט המחוזיים.¹⁵

הוראות סעיף 4 לחוק המעצרים מקיימות בקפדנות, והעציר מובא לפני נשיא בית משפט מחוזי תוך 48 שעות ממעצרו, שהרי אחרת ישוחרר כמצוות החוק. גם הדיון חייב להתחיל תוך פרק זמן זה, ואין צריך לומר שהוראה זאת עשויה לשבש לחלוטין את יומן המשפטים של נשיא בית המשפט המחוזי או סגנו, העמוס בלאו הכי. אלא שבפועל הדיון לגופו של ענין אינו מתחיל תוך 48 שעות, וההופעה הראשונה, לרוב, היא פורמלית בלבד, וזאת לרוב על פי בקשת העציר עצמו. פרק זמן של 48 שעות הוא קצר מדי כדי לאפשר לעציר להתקשר עם סגור ולתדרך אותו כראוי. מה שקורה בפועל, ברוב המקרים, הוא שלפני הנשיא מתייצבים נציג בכיר של היועץ המשפטי לממשלה, העציר וסגורו, ומבקשים דחיה קצרה כדי לאפשר לסגור להתכונן למשפט. על פי רוב נמסר רק באותו מעמד לידי הסגור עותק צו המעצר ובקשת המדינה לאשור צו המעצר. עם זאת, כמתחייב מחוק המעצרים, משתדלים הנשיא או סגנו להתחיל בדיון תוך מספר ימים, והדיון מתנהל לרוב, לפי הצורך, מיום ליום, ולפי הצורך, גם בשעות אחה"צ. הדיונים, בדרך כלל, מוקלטים כדי להחיש את שמיעת התיק. בעמ"מ 18/88 (טרם פורסם) נטענה הטענה, כי אם הדיון לגופו של ענין לא החל תוך 48 שעות - דין צו המעצר להתבטל בשל אי קיום הוראות סעיף 4(א) לחוק המעצרים. טענה זאת נדחתה על ידי

14. שם עמ' 21

15. סדרי הדין בהליך הצבאי המקביל הם מוחץ למסגרת תחומי סקירה זו.

בית המשפט העליון (השופט בך) ונפסק שבהופעת הצדדים בפני נשיא בית המשפט המחוזי או סגנו תוך המועד הקבוע בחוק ובקיום דיון בדבר סדר הטענות ומועד השמעתם, באה דרישה זו, מבחינה פורמלית, על ספוקה. כאן המקום גם להצביע על ענין אחר שעשוי להתעורר בשלב זה. סעיף 10 לחוק המעצרים מאפשר קיום הדיון לפני סגן נשיא של בית משפט מחוזי, כאשר נבצר מן הנשיא, מסיבה כלשהי, למלא תפקידו לפי החוק. קורה לא פעם, שבשל הלחץ והעומס בו נתון הנשיא בקשר לשמיעת תיקים אחרים, ובכלל זה תיקי מעצרים מנהליים, הוא נאלץ להעביר תיק מעצר מינהלי זה או אחר לדיון לפני סגן הנשיא של אותו בית משפט.

ענין זה הועמד במבחן בעמ"מ 7/88 באותו פסק הדין החליט בית המשפט העליון כי לשון החוק רחבה די, כדי להצדיק נהל זה ודחה את טענת המערער כי החלטת בית המשפט המחוזי פגומה בשל העברת הדיון לסגן הנשיא.

3. סדרי דין - הלכה למעשה

משופתה הדיון לגופו של ענין, השלב הראשון הוא, במרבית המקרים, בקשת המדינה לקבל חומר חסוי שלא בנוכחות העצור ובא כחו במסגרת סעיף 6 לחוק, הדין בסטייה מדיני ראיות.

סעיף 6 הוא סעיף מרכזי בחוק, ואחזור אליו בהרחבה בהגיעי לדיני ראיות. עיקרו סעיף 6 (ג) הוא שנשיא בית המשפט רשאי לקבל ראיה אף שלא בנוכחות העציר או בא כוחו, אם שוכנע שגילוי הראיה לעציר או לבא כוחו עלול לפגוע בבטחון המדינה או בטחון הצבור. הקורא את דברי הכנסת בעת הדיון בזמן קבלת חוק המעצרים, שם לב לכך, כי הציפיה היתה, כי הוראות סעיף 6(ג), כלומר דיון לא בנוכחות העציר ובא כחו, יהיו מקרים חריגים בלבד. המציאות היא שונה. היום בקשת קיום הדיון בהעדר העציר ובא כוחו הפכה לתופעה חוזרת בכל תיק, וחובה על בית המשפט להקפיד הקפדה יתרה על כך שהענין לא יהפך ענין שבשגרה. כיצד ינהג בית המשפט בסוגיה זאת, שהרי אין הוא יודע מה טיב החומר שעומדים להגיש לו?

הדרך לכך הותוותה בסעיף 6(ג) גופו וכן על ידי השופט שמגר (כתוארו אז) בתיק עמ"מ 2/82 הדרך המעשית היחידה להפעיל הוראות סעיף 6(ג) היא, שכל אימת שמושמעת בקשה לדיון בהעדר העציר וב"כ, להעתר לבקשה זמנית.

הכזונה היא לעיון בחומר אשר לגביו נטענת טענת החסיון בהעדר העציר וב"כ, ולשמוע את עדות העד מטעם המדינה בנושא זה - לרוב איש שירות הבטחון הבקיא בחומר - ולהחליט בשאלות החסיון או גלוי החומר לאחר עיון ראשוני. תפקיד זה אינו קל, מאחר וישנם תיקים, בהם מובא לפני השופט חומר עצום ורב, עשרות ולפעמים מאות מסמכים, אף קלסרים שלמים של חומר המשתרע לעתים על גבי שנים רבות. במשך הזמן הוגבה לשרותי הבטחון ע"י בית משפט זה, כי חומר מלפני שנים רבות ישמך אף כחומר רקע, ואילו בפועל יתן בית המשפט את החלטתו, לכאן או לכאן, על סמך

16. עמ"מ 7/88 פלוי נ. מ"י פ"ד מ"ב (3) 133

17. עמ"מ 2/82 גרין נ. מ"י פ"ד מב (3) 529

חומר חרדיש יחסית, במרווח זמן של כשנה שקדמה למעצרו של האיש. שאלת הגלוי או אי-גלוי החומר, וכן עדותו של איש השרות היא לרוב גורלית לעציר ולבקשה כולה. על כן כל כובד משקל חקירת איש שירות הבטחון ובדיקת החומר החסוי מוטלת על שכמו של השופט. מכאן הזמן הדרוש לשמיעת תיק "כבד" כאשר כל מסמך שמוגש חייב לעבור בקורת קפדנית מצד השופט, הן מבחינת הצורך בחסיון והן מבחינת משקל החומר ואמינותו. ולא בכדי השווה סנוגר אחד המופיע בתיקים רבים מסוג זה, את תפקידו של בית המשפט כ"אביהם ואפוטרופסם" של העצירים, בדומה לתפקידו לגבי חסויים ופסולי דין.

אין ספק כי נטל השכמוע בדבר אי-גלוי החומר או חסיון מוטל על שכמי הטוען זאת - כלומר המדינה - וכל ספק בדבר חייב לפעול לטובת העציר. בפועל בקשות החסוי הן ברובן מוצדקות, בשל החשש לגלוי מקורות מידע ודרך איסופם, על כל המשתמע מכך. יצוין, שבהקשר זה נטענה הטענה שמה שעשוי להיות חסוי לפני העציר עשוי להיות גלוי לפני סנוגרו, וזאת בשל המילה "או" המופיעה בסעיף 6(ג) ("העציר או בא כחו", להבדיל מן "העציר ובא כחו"); וזאת בהתחשב בהוראת סעיף 8(ב) המאפשר הגבלת זכות הייצוג לסנגורים מורשים להופיע בבתי הדין הצבאיים באישור בלתי מסוייג לפי סעיף 318(ג) לחוק השיפוט הצבאי - התש"ז - 1955, כלומר סנגורים אמין. הטענה כשלעצמה אינה נטולת הגיון, אך היא נדחתה לגופו של ענין בשל טיב החומר שמדובר בו.

סיים בית המשפט את עיונו הראשוני בחומר - יתן את החלטתו, יגלה את אשר מוצא שניתן לגלות לסנוגריה ויאשר חסיון למה שטוען חסיון. ההחלטה לרוב אינה קלה, ולעתים קשה. ניתן למצוא הנחיה בנוהג בדברי השופט בן בבשג"ץ 497/88 אשר עוד יאוזכר להלן. לפי הנקבע שם (סעיף 13 לפסק הדין) סיבן אפשרי אך שולי ורחוק, אינו מצדיק את אי-גלוי הראיה. עם מתן החלטת בית המשפט, שהיא כמובן החלטת ביניים, מוחזר העציר וב"כ ללשכת הנושיא או סגנו, בו מתנהל הדיון בדלתיים סגורה, והעד מטעם השירות, אשר מסר עד כה את עדותו, עומד לחקירת הסנוגר, אשר נעזר בחומר שהותר לגלוי או חומר שלגביו לא נטען חסיון, ואשר אותו החליט בית המשפט להעמיד לרשות הסנוגר, וכן על סמך החומר הנמצא מראש בידי הסנוגר. יצוין בהקשר זה - סוגיה עליה עוד נדון להלן - שהודעות שנמסרו על ידי העציר או עדים אחרים במסגרת חקירה משטרתית רגילה, לא הוכרו מעולם, למיטב ידיעתי, בחומר חסוי, ואף לא נטענה לגבם טענת חסיון. הוא הדין לגבי עדויות של אנשים אחרים במסגרת חקירה משטרתית רגילה, המסבכים את העציר. יש ומוסרי הודעות אלו מוזמנים לבית המשפט במסגרת ההליך לאשור צו המעצר, כעדי הגנה, ונחקרים בדרך הרגילה ע"י ב"כ המדינה. גם לעציר ניתנת הזדמנות למסור עדותו תחת שבועה או הצהרה, ואז הוא עומד לחקירת ב"כ המדינה. מלבד למקרים חריגים ניצל העצירים הזדמנות זאת להביא את דברם לפני בית המשפט, ואילו במקרים בודדים, כאשר לא רצו לעמוד בחקירה נגדית, מסרו גירסתם בדרך של הצהרה, ללא חקירה נגדית. לאחר מכן מסכמים ב"כ הצדדים את טענותיהם

בדרך המקובלת. עד כה לא היו עצירים אשר הופיעו בלתי מיוצגים ולא נראה לי שבמקרה זה קיימת חובת מגוי סגור מסיבה כלשהי.

הנה כי כן, סדרי הדין הנהוגים בבית המשפט המחוזי בירושלים, ועד כמה שידיעתה מגעת, גם בית דין בתי המשפט המחוזיים, מותאמים לסדרי הדין שאנו רגילים להם בדין פלילי, וזאת בהעדר סדרי דין מיוחדים. ברור, שסדרי דין אלה, שמאפשרים לעציר וב"כ להביא ראיות ולהשמיע עדים ככל שידו מגעת עשויים להאריך את הדיון ולגזול זמן לא מבוטל אם מדובר בחומר רב המובא לפני בית המשפט. אך נראה, כי זוהי הדרך היחידה שלא רק שיעשה צדק - במסגרת האפשרויות המוגבלות בהליך מעין זה - אלא גם שיראה שנועשה צדק. שהרי אין לשכח, כפי שצויין ע"י השופט ש. לוי בעמ"מ 88/1 ששלב אשור הצו היא ההזדמנות הראשונה בה העציר יכול להעלות השגותיו.

מאז תחילת האינתיפאדה מספר התיקים שנשמעו בבית המשפט המחוזי בירושלים הוא רב והסיבות לכך מובנות. מספר הסוגרים המופיעים פחות או יותר בקביעות בתיקים אלה הוא קטן, ברובם עו"ד תושבי מזרח ירושלים, בעלי רשיון עו"ד ישראלי, ומטבע הדברים, בשיחות פרטיות נשמעות תגובות בצורה זאת או אחרת, והחד חוזר לבית המשפט. לרוב, העצירים וסגוריהם אינם מאושרים מהחלטות בית המשפט משום שעד כה מודבית הבקשות אושרו, כפוף לקיצור תקופת המעצר במקרים מתאימים, ועד כה רוב הערעורים לבית המשפט העליון נדחו. אולם תגובה חד משמעית - ועל כך אין עוררין - היא, כי גם העצירים וגם סגוריהם עזבו את בית המשפט בהרגשה כי דברם נשמע כראוי בבית המשפט והתקיים דיון הוגן ומקיף במסגרת המגבלות של החוק והיה להם, מה שקרוי אצלנו "יוםם בבית המשפט". כשלעצמי, ובנסיבות הקיימות, אני רואה בכך הישג לא מבוטל.

כאן המקום להזכיר פסק דין חדיש, אשר ניתן זה לא מכבר. הכוונה היא לבג"ץ 56/89 - 30/89. המדובר היה בשופטים, משפטאים במסגרת מערכת השיפוט הצבאית, אשר דחו ערעוריהם של העותרים שנגדם הוצאו צווי מעצר לפי צו בדבר מעצרים מינהליים (הוראות שעה) יהודה ושומרון (מס. 1229) התשמ"ז - 1988. עיקר קובלנת העותרים היתה, כי ניתנו על ידי השופטים החלטות בלתי מנומקות, ולא עוד, אלא שניתנו על גבי טפסים שהוכנו מראש. בית המשפט העליון (מפי השופט ש. לוי) מוטת בקורת על נוהל זה, בציינו שאין זה מתקבל על דעת בית המשפט שהחלטות שיכולות להביא לשלילת חרותו של אדם תינתנה "בדרך מקוצרת" כאשר נשוא ההחלטה הוא אך פרט בטופס, וציון שמן הראוי שהנוהג האמור יופסק. יצוין שגם ב"כ המדינה הזדהתה עם גישה זאת.

בהמשך פסק דין הדגיש השופט ש. לוי, בהסתמכו על בג"ץ 253/88 שמן הראוי שהשופטים המשפטאים יאמצו לעצמם, במסגרת השיפוט הצבאי, ובשינויים המחוייבים, כמה מכללי היסוד הבסיסיים המצויים בחוק המעצרים. בסופו של דבר הורה בית המשפט להחזיר את הדיון מלכתחילה לפני שופט משפטאי. אתייחס עתה בקצרה לערעור על החלטות בית המשפט המחוזי לבית המשפט העליון במסגרת סעיף 7 לחוק.

19. עמ"מ 88/2-1 אנבריה נ. מ"י פ"ד מ"ב (1) 841

20. במ"צ 56/89 30 (לא פורסם)

21. הערה 13 לעיל

הערעור הוא בזכות נשמע לפני שופט דן יחיד. לבית המשפט העליון מקנה סעיף 7 לחוק את כל הסמכויות שהיו לנשיא בית המשפט המחוזי, כלומר אשור הצו בשינויים או בלי שינויים, בטול הצו או שינויו. אלא שהגשת הערעור אינה מעכבת את ביצוע הצו, אלא אם כן נשיא בית משפט מחוזי או נשיא בית המשפט העליון החליטו אחרת. כפי שמראה הנסיון, בירור הערעור בבית המשפט העליון הוא מהיד מאוד, יסודי ומקיף, ויש מקרים בהם נשמעו ראיות מחדש, כגון עדות איש השירות ואף הותר חומר לגלוי לעציר וב"כ, שלגביו החליט בית המשפט המחוזי על חסיון. הוא הדין לגבי עיון תקופתי חוזר, במסגרת סעיף 5 לחוק.

ב. חוק המעצרים-ראיות

בהמשך הדברים, אתעכב עוד בקצרה על מקרים והדגמות של טענות בנוגע לסדרי דין והחלטות שניתנו, ואעבור עתה לסוגיית הראיות.

1. חסיון ראיות - ההלכה

הסעיף המרכזי בסוגיה זאת הוא ללא ספק סעיף 6, אותו כבר הזכרתי בחלק הראשון של סקירתי, המתיר סטייה מדיני ראיות אם נשיא בית המשפט המחוזי משוכנע שהדבר יועיל לגלוי האמת ולעשיית משפט צדק. סעיף 6(ב) מחייב שכל אימת שיחלט לסטות מדיני הראיות, יירשמו הטעמים שהניעו למונן ההחלטה. בעמ"מ 7/88 שניתן מפי השופט ש. לוי, ואשר עליו ידובר עוד להלן, נידונה סטייה מדיני ראיות על ידי בית המשפט המחוזי מבלי שבית המשפט נימק את החלטתו. בית המשפט העליון מצא פגם בכך, אולם גרס, שהדבר ניתן לתיקון בערעור במסגרת סעיף 7 לחוק, ולאחר בדיקת החומר הגיע למסקנה, כי הסטייה מדיני ראיות היתה מוצדקת. על משמעות סעיף 6 לחוק עמד השופט י. כהן ז"ל, במסגרת פסק דינו עמ"מ 1/80.²²

פסק, דין זה, שהוא פסק הדין המקיף והיסודי הראשון בסוגיה זאת, הוא בעיני עד היום פסק דין מרכזי וחשוב ביותר וראוי לעיון יסודי. ככלל, הפסיקה בסוגיה זאת אינה רבה, וכל פסק דין חדש עשוי להאיר את עינינו בנושא רגיש זה. עניני העיקרי בביקורת השיפוטית שאיננה כלולה בתחום סקירת. אעיר רק בקצרה שפסק דין זה קבע את הכלל, כי אין להשוות את הבקורת השיפוטית לפי חוק המעצרים, להליכים פליליים בפני בית משפט. מכאן גם המסקנה - וזה מחזיר אותנו לסדרי דין - כי אין צורך, לא בצו המעצר ולא בבקשה לאשור הצו, לתת פירוט מלא של הנמוקים להוצאת הצו, ודי במינוח כללי כגון "תכונן פיגועים" וכיוצא בזה.

ומכאן לענין דיני ראיות וסטייה מהם, במסגרת סעיף 6. שם נקבע ע"י השופט כהן ז"ל שבדיונים לפני בית המשפט, חובה לשמור בדרך כלל על דיני ראיות, אך אין פרושו של הדבר שהחלטת שר הבטחון חייבת להיות מושתתת על ראיות שהן קבילות בדיון בפני בית משפט. כמו כל רשות מנהלית, רשאי שר הבטחון לבסס את החלטתו גם על ראיות שלא היו מתקבלות בהליך בפני בית משפט (במאמר מוסגר, הכוונה בעליל לעדות שמיעה). בנוסף לכך לשר הבטחון גם אין סמכות לגבות ראיות.

22. הערה 16 לעיל

23. עמ"מ 1/80 כהנה נ. שר הבטחון 30 לה(2) 253

24. שם עמ' 258

ומכאן, זוהי נקודה חשובה ביותר - כאשר מוגש לבית המשפט בעת הדיון בבקשה לאישור צו המעצר החוזר שהיה בפני שר הבטחון לשם הוצאת הצו, אין כאן סטייה מדיני ראיות לפי סעיף 6(א), כי החומר אינו מוגש לבית המשפט בהוכחה על הדברים הכתובים בו אלא רק כראיה מה היה בפני שר הבטחון בעת מתן הצו. כיון שכך, השקול המרכזי האם לגלות את החומר לעציר או בא כחו, הוא בדרך כלל השקול, האם הוא עשוי לחשוף את מקורות המידע, את דרך איסוף החומר, חשיפה אשר עלולה להכשיל את פעולות שירותי הבטחון במלחמתם נגד ארגוני מחתרת ועל ידי כך לסכן את בטחון המדינה.

להלן נדונה באותה הלכה הטענה החוזרת כמעט בכל דיון לאישור צו מעצר מנהלי, כי הסתרת החומר מפני העצירים ובאי כחם ואי גלוי פרטי העניין להם (מלבד טענות כלליות של תכנון מעשי חבלה וכיוצא בזה), פוגעים במידה רצינית ביותר ביכולתו של העציר להתגונן בפני אישור צו המעצר. בהקשר זה נזכרו דבריו של השופט ח. כהן בע"פ 514/69 שיש ושלילת אפשרות של חקירה נגד יעילה ושלמה כמותה כשלילת ההגנה המלאה הדרושה לפי סעיף 38 לחוק דיני העונשין (בטחון המדינה, יחסי חוץ וסודות רשמיים) תשי"ז 1957 וכיום סעיף 128 לחוק העונשין תשל"ז 1977.

בענין זה אומר השופט י. כהן ז"ל:

"עם כל הרצון לאפשר לעציר להתגונן בפני צו המעצר ולאפשר בדיקה שיפוטית, יסודית ומעמיקה ושאונה יכולה להתקיים כאשר אין העציר יודע מה הם פרטי המעשים או המשימות המיוחסים לו, אין לקבוע ככלל בל יעבור, שאי גלוי פרטים לעציר ובא כחו מחייב דחיית בקשה לאישור המעצר."

סכומו של דבר, הכל תלוי בטיב הענין המובא לפני בית המשפט אשר חייב לשקול מצד אחד את חומרת ההגבלות שהוטלו על העציר בהגנתו בפני צו המעצר, ומצד שני - את חומרת הסכנה לבטחון המדינה או לבטחון הצבור שאותו צו מעצר בא למנוע.

על פסק דין זה מתח בקורת פרופ' קלינגהופר. נשיא בית המשפט המחוזי, השופט כספי אומר בפסק דינו בתיק מ"מ 18/82 (חיפה) ש"ל היה הפשי להחליט במשא, היה מקבל את עמדת פרופ' קלינגהופר, אלא שחזקה עליו חובת התקדים המחייב של פסיקת בית המשפט העליון.

כאן המקום לחזור ולהצביע על הלכה חדישה בסוגיית החסיין, שגופסקה בבית המשפט העליון (מפי השופט בך) בבשג"צ 497/88 שכבר נזכרה לעיל בקצרה. המדובר היה בצו גרוש אשר הוצא נגד העותר על פי תקנה 112(1) לתקנות ההגנה (שעת חרום) 1945, ואשר אושר על ידי הועד המייעץ. לענין החסיין הוגשה תעודה חתומה על ידי שר הבטחון, מכח סמכותו לפי סעיף 44 לפקודת הראיות (נוסח חדש) התשל"א 1971, לפיה מסירת הראיות בדבר מקורות המידע המודיעיני עלולה לפגוע בבטחון המדינה.

במסגרת פסק דינו מצביע השופט בך על כך, כי עם כל חומרת הסנקציה של צו

25. ע"פ 514/69 פלוני נ. מ"י פ"ד כד (1) 477

26. הערה 23 לעיל בג"צ 259

27. קלינגהופר מעצר מניעתי מטעמי בטחון משפטיים יא (תשמ"א) 286

28. מ"מ 18/82 (חיפה) (לא פורסם)

29. בשמ"צ 497/88 (בג"צ 765/88) וטרם פורסם

גרוש, הרי עדיין קיימים הבדלים של ממש בין משפט פלילי ובין עתידה לבג"ץ מהסוג הנדון באותו ענין, ולא קיימת ביחס לצווי גרוש מינהליים הוראת חוק מקבילה להוראות סעיף 74 לחוק סדר הדין הפלילי (נוסח משולב) התשמ"ב 1982 הדין בענין בתומר החקירה. בהמשך פסק הדין עומד השופט בן על ההבדלים בין טיב הראיה בהליך פלילי רגיל לבין התומר עליו מבוסס צו מנהלי, סוגיה עליה עוד נעמד להלן. לענייננו חשוב, כי יש למסוד לעציר (או למועמד לגרוש) מהם, בקיום כלליים, המעשים המיוחדים לו, ובשל מה הוצא נגדו הצו המנהלי (סעיף 12 לפסק הדין). עוד נקבע שם (סעיף 13 לפסק הדין), כפי שכבר צויין לעיל, כי סיכון אפשרי אך שולי ורחוק לבטחון המדינה אינו מצדיק את איגילוי הראיה. לענייננו גם חשוב למוד גזרה שווה לחוק המעצרים המופיע בסעיף 14 לפסק הדין.

עד כאן עקרונית היסוד בהפעלת סוגית החסיון, עקרונית עליהן חוזרת הפסיקה המאוחרת יותר בצורה זו או אחרת. ובהקשר זה, ובסיום הצד עיוני של סוגיה זאת, לא למוותר להצביע על דבריו של שר המשפטים דאז, ש. תמיד ז"ל בסיכום הדין בזמן הקריאה השניה והשלישית של הצעת חוק המעצרים: "בהצעת חוק זו אין המדובר על מצב קבע שבו עציר או בא כחו לא יהיו נוכחים. להיפך ההוראה הקובעת שבמקרים מסוימים מותר לעשות זאת מצביעה על כך שבדרך כלל ההליך צריך להיות בנוכחות העציר ובא כחו".³⁰ כפי שכבר ציינתי לעיל, המציאות היא שונה, ולא אחזור על הדברים. זכורני שבאחת ההזדמנויות כאשר עציר מנהלי מן השורה הראשונה שוב הובא לפני במסגרת עיון חוזר, לא העמיד לעצמו סנגור, והסביר לי, שבין כך ובין כך הוא נלחם ב"רוחות וערפל" בלשונו הציורית, ובשל אי גילוי התומר ממילא אי אפשר להתגונן ולכן חבל על הכסף לתשלום לסנגור. לכן החליט להגן על עצמו, וזאת הוא עשה - דרך-אגב - בכשרון רב.

2. מהלכה למעשה

ועתה מעקרונית היסוד אל המעשה. בשל הצורך בחסיון - המוצדק כשלעצמו במרבית המקרים - כפולה ומכופלת האחריות המוטלת על בית המשפט, משום שבהעדר חקירה נגדית יעילה על ידי הסנגור, שיכולה לא פעם לעזור לבית המשפט להגיע לחקר האמת, מוטל כל כובד האחריות על שכמי בית המשפט בכל הנוגע להערכת החומר שמוצא לפניו ומשקלו הראיתי. מלאכה זאת קשה למדי, כידוע, בהליך שיפוטי רגיל, והמלאכה קשה פי כמה בהליך מיוחד זה, על מגבלותיו האמורות.

אין יגש בית המשפט למלאכה זאת? כאן חשוב לציין נקודה נוספת, שבעצם קשוורה לשאלת היקף הבקורת השיפוטית, נושא שלא לי להאריך בו, אך בנקודה אליה הגענו אין אפשרות שלא להזכירו. כוונתי לשתי הגישות, אשר התגבשו בבית המשפט העליון. הראשונה היא גישת השופט י. כהן ז"ל בעמ"מ 1/80. לפי גישה זאת, ברור מהוראות סעיף 4(ג) "שבית המשפט לא ישים את שקולו במקום שקולי שר הבטחון ואין מקום להשוות את תפקיד הבקורת של בית המשפט לפי חוק

30. דברי הכנסת 5 מרץ 1979 עמ' 1795

31. הערה 23 לעיל

המעצרים לתפקיד בית המשפט כשהוא דן במשפט פלילי.³² בעיני המבחן, אליו התכוון השופט כהן, הוא מה שמכונה גם "מבחן בג"ץ", ולא ארחיב את הדבור על כך.

על גישה זאת נמתחה בקורת בעמ"מ 2/86 ע"י השופט בייסקי, ואלה דבריו שם:
דומני בכל הכבוד, כי בכך... צמצם השופט י. כהן ז"ל את סמכותו של נשיא בית המשפט המחוזי מעבר למתחייב מהוראותיו של סעיף 4(ג) לחוק. נראה לי, כי על פי לשונו והיקפו של הסעיף, סמכות הבקורת היא דווקא נרחבת יותר מאשר סמכות הבקורת של בג"ץ או של בית המשפט בבואו לבקר שקול דעתה של רשות מנהלית שבידה הפקיד המחוקק שקול דעתו...³³

המחלוקת בין שתי הגישות טרם הוכרעה ועודנה פתוחה. מספר שופטים משופטי בית המשפט העליון, בהחלטותיהם במסגרת ערעורים על פי חוק המעצרים, ציינו שהם נוטים לגישה השנייה, המאותרת של השופט בייסקי. ומבלי להכריע בדבר, בתנו את המקרה שלפניהם על פי מבחן זה. ואילו השופט ד. לוין בפסק דינו בעמ"מ 16/88 נטה לגישה הקרובה לגישה הראשונה. ברור שהגישה השנייה מרחיבה את בקורת בית המשפט ואת מעורבותו, ועל כן מגדילה עוד יותר את כובד האחריות על שכמי בית המשפט. כבר הזכרתי לעיל, כי סנוגר כינה את תפקיד בית המשפט בהליך זה כ"אביהם של העצירים", ולאור הגישה המרחיבה הבטוי אולי מוגזם, אך לא בלתי הולם.

ובכן איך יתמודד בית המשפט עם בעיה זאת לאור טיב החומר המונח לפניו? הרי אין זה סוד, והדברים ידועים, שהמדובר הוא לעתים קרובות בעדות שמיעה, כי מקור המידע לא מופיע לפני בית המשפט, וכל מה שידוע לבית המשפט הוא הערכתו של איש השרות, המופיע לפניו, את המקור. ואם לא די בכך, לעתים קרובות מדובר לא רק בעדות שמיעה, אלא עדות שמיעה מדרגה שנייה ושלישית, והדברים ידועים. הייתי מכנה עדות כזאת, באנלוגיה למה ששמעתי פעם מפי השופט זילברג ז"ל. ידוע המושג "קל וחומר" ובהקשר זה הביטוי "קל וחומר בן בנו של קל וחומר" שפירושו: "קל וחומר כפול ומכופל". וסיפר השופט זילברברג ז"ל על אדם שרצה להבליט את בקיאותו הרבה במקורות, וכשרון החידוש שלו, ועל כן חידש את הביטוי: "קל וחומר נכדו של קל וחומר".

על אותו המשקל הייתי מכנה את עדות השמיעה אותה אנו פוגשים לעתים: "עדות שמיעה בת בתה של עדות שמיעה", ועל פי אותו חכם: "עדות שמיעה נכדתה של עדות שמיעה".

אין נסחת פלא ותשובה אחת ויחידה לבעיה זאת. הכל תלוי בטיב החומר המונח לפני בית המשפט ועומק החקירה אותה חוקר בית המשפט את איש השרות, שעה שהוא מעיד לפניו שלא בנוכחות העציר וסנגורו, והתרשמותו ממנו. אשר לטיב החומר החסוי, אמרה הנשיאה ת. אבנור, באחת מהחלטותיה (לא פורסם): "אשר לשאלת המהימנות - בהחלט יתכן כי העדות, שהיא לרוב עדות שמיעה, אינה אמת והמכתב יהיה רבוי המקורות וחזרה על מקורות שונים"³⁴
הכוונה שמה שמכונה בפי אנשי המקצוע ובפסיקה "ידיעות מצטלבות", כלומר

32. שם עמ' 258

33. עמ"מ 2/86 פלוני נ. שר הבטחון פ"ד מ"א (2) 508, 515

34. עמ"מ 16/88 (טרם פורסם)

35. מ"מ 207/88 (תל-אביב) לא פורסם.

חומר המצביע על אותו איש או אותו השוד ממקורות מידע שונים, וזהו כלי חשוב שעומד לרשות השופט בעת בקורת צו המעצר. שהרי ברור, שאם החומר נובע ממקור אחד בלבד, אשר אולי מבקש להעליל על פלוני, מספר החזרות על עדות מפוקפקת אינה מוסיפה כל משקל.

הנשיא שמגר, במסגרת פסק דינו בבג"ץ 159/84, ובעסקו בסוגיה של טיב הראיות שלפני הרשות המנהלית, חזר והדגיש כי הראיות אינן חייבות ללוש ללוש של ראיות, הקבילות לפי דיני ראיות כשם שהגשתן אינה נעשית בהכרח לפי הכללים הנהוגים בבית המשפט.

כך יכולה רשות סטטוטורית לקבל ראיה שלא נסתיעה, מקום בו היה נדרש סיוע בבית המשפט או לקבל ראיה שלא היתה קבילה בהליכים משפטיים רגילים. מאידך, והדברים חשובים, "לא די בכל שמועה או בהשערה בלתי בדוקה" מה שנדרש, כי יובא לפני הרשות חומר, שאדם סביר היה רואה בו יסוד מספיק להחלטתו, בשים לב לנושא, ולתוכן ולאדם שמסרו אותו. מן הראוי שהחומר יהיה כזה, שאדם סביר היה רואה אותו כבעל משקל הוכחי והיה סומך עליו...

כי הראיות הדרושות כדי לשכנע רשות סטטוטורית בקיום הצדק למתן צו גרוש (זו הבעיה שעמדה שם לדיון) צריכות, בדרך כלל להיות ברורות, חד משמעיות ומשכנעות." (ההדגשה במקור)

ועוד בסוגיה זאת:

עמ"מ 12/88 (השופט ש. לוי)

"כמות ראיות המצביעה על קיום סכנה ממשית בדרגה גבוהה, שאי קיום צו המעצר עשוי להביא את המערערים למעשים שיש עמם סכנה לבטחון המדינה ולבטחון הצבור."

עמ"מ 16/88 (השופט ד. לוי)

"מכלול הראיות שברובן הגדול נשענות על מידע חסוי, רב ומגוון, המצטלב זה בזה, מידע שנתקבל ממקורות אמין.

שומה על בית המשפט לבחון ולבדוק באופן ממצה את העובדות אשר היו לפני שר הבטחון... ולהשתכנע אם עובדות אלו, על פניהן, מלמדות כי היה בסיס ענייני ליתן את הצו ואם אמנם עובדות אלו נשקלו כראוי על ידי השר. אין בית המשפט באנועליו של שר הבטחון לקבוע כנגד מי ומתי תנקט סנקציה זו. ענין זה שמור לשר הבטחון. מענינו של בית המשפט הוא להזכיר כי יש בסיס עובדתי למתן הצו, כי העובדות נשקלו כראוי וכי לא הייתה שרירות לב במתן הצו."

3. כללי ראיות - צדוד סוגיות

עתה נדון בסוגיות נבחרות ושוב "בקצירת האומר". מבחינת המיון הן שייכות בחלקן אולי לנושא של הבקורת השפוטית, אם כי מטבעם, הדברים לעתים קרובות חופפים וקשה למתוח קו מדויק.

א. העיון החוזר:

מן הדין לדון קודם בענין העיון החוזר, או כלשון סעיף 5 לחוק: "עיון תקופתי מחדש", אשר חייב להערך לא יאוחר משלושה חדשים אחרי אישור הצו לפי סעיף 4.

36. בג"צ 159/84 שהין נ. מפקד כוחות צה"ל באיזור חבל עזה פ"ד לט (1) 307, 327

37. הערה 19 לעיל עמ' 845

38. הערה 34 לעיל

לענין זה הוחלט בעמ"מ 2/80, מפי השופט כהן ז"ל: "כי תפקיד בית המשפט בדיון מחדש הוא לבדוק, אם, מתוך הנחה שהצו המקורי הוא בעל תוקף מלא, קיימות בעת הדיון המחודש נסיבות אשר מצדיקות את קיצור תקופת המעצר או הגבלת תוקפו לתקופה שעברה כבר עד לדיון המחודש".³⁹ עוד הוחלט באותו ערעור, כי לענין זה אין צורך שלעיון החוזר תקדם בחינה מחדש על ידי שר הבטחון (הגם שלדעתי הדבר רצוי, והומלץ במספר החלטות). הפועל היוצא מגישה זאת הוא, כי נטל ההוכחה הוא על הטוען שנוי נסיבות - כלומר העציר.

נסיבות אלו יכולות להיות נסיבות אישיות, משפחתיות, מחלה וכו'. נטען לפני לא פעם שעצמת האינתיפאדה נחלשה ומצדיקה את שחרור העציר או את קיצור תקופת המעצר.

לעומת זאת החליט כב' הנשיא שמגר בבג"ץ 466/86⁴⁰ כי אין זה מחובתו של העציר לבוא ולהוכיח, במסגרת העיון התקופתי החוזר, כי תל שנוי בנסיבות, המצדיקות את קיצור תקופת המעצר או סיומה, אלא מחובת גורמי הבטחון לשכנע את בית המשפט, אם הם מעוניינים בהמשך המעצר כי במועד של קיום הדיון התקופתי עדיין קיימים הטעמים המצדיקים את המשך המעצר. הדברים נאמרו אמנם אגב אורחא לגבי הצו בדבר הוראות בטחון (יהודה והשומרון) (מס' 378) תש"ל - 1970, ולא לגבי חוק המעצרים, אך לאור זהות הסוגיות הם כבדי משקל הן מבחינת אומנם והן מבחינת תכנם, ודומה שיש לנוהג על פיהם גם בדיונים לפי חוק המעצרים.

בתיק מ"מ 7/88 (ירושלים) נפסק שאין לקבל את הטענה, שאזכר המילה "חדש" בסעיף 5 לחוק מחייב דיון חדש במלא מובן המלה. מסגרת הדיון הוותיקה בעמ"מ 2/80⁴¹ כ"כ נפסק בעמ"מ 2/80 שעקרונ מעשה בית דין חל גם במסגרת סע' 5 ואין לעודר טענות מחדש שכבר הוכרעו בהליך הראשון.

(ב) מעצרים חוזרים:

קרובה לסוגיה זאת היא סוגית "מעצר העולם". הכוונה כאן היא לשאלה האם תקופת המעצר יכולה לעלות על 6 חודשים אחרי ההארכה הראשונה ולאחד רצוי תקופת המעצר המוארכת הראשונה. לענין זה חשובה ההוראה בסעיף 2(ב) לחוק, המסמיכה את שר הבטחון להורות **מפעם לפעם** - והדגש על מילים אלה - על הארכת תקפו של צו המעצר.

בעמ"מ 2/86⁴² נטענה הטענה, כי פרשנותו הנכונה של סעיף 2(ב) לחוק מגבילה את שר הבטחון להאריך את צו המעצר המקורי רק פעם אחת, ומכל מקום לא מעבר לתקופה המקסימלית כוללת של ששה חודשים ממועד תקפו של הצו המקורי, ובשום נסיבות לא יצטברו כל תקופות המעצר (המקודמות והמאוחרות גם יחד) מעבר לשנה תמימה אחת. שאם לא תאמר כן יכול שר

39. עמ"מ 2/80 בן יוסף נ. שר הבטחון פ"ד ל"ה (3) 474

40. בג"צ 466/86 אבו בקר נ. שופט ביהמ"ש הצבאי בשכמ, פ"ד מ (3) 649

41. מ"מ 7/88 (ירושלים) (לא פורסם)

42. הערה 39 לעיל

43. הערה 33 לעיל, עמ' 511

הבטחון להחזיק אדם במעצר מנהלי תקופה בלתי מוגדרת בזמן ואפילו "במעצר עולם" - דבר שהדעת אינה סובלתו.

הטענה נדחתה ובפסק הדין, מפי השופט בייסקי, נאמר כי סכנה זאת היא לכאורית ותיאורטית בלבד, וזאת בגלל הבקורת השיפוטית על החלטות שר הבטחון. במסגרת בקורת זאת ישקול בית המשפט בוודאי גם את אורך תקופת המעצר המצטברות והוא עשוי להגביל את המועדים אם ימצא זאת למוצדק.

בעמ"מ 15/88 פסק השופט חלימה שלגבי עציר שחזר לסורו אין פגם במעצרים שתכפו בזה אחר זה.

1 תיקון טעות טכנית ופליטת קולמוס:

באותה הלכה (עמ"מ 2/86) נדונה סוגיה שמתעוררת לעתים קרובות: פגמים ואי דיוקים שנופלים בצו המעצר המנהלי, ופגמים כאלה מעסיקים את בתי המשפט רבות. בעמ"מ 2/86 היו הנסיבות, כי בצו המעצר נקבעה תקופת המעצר מיום 18.6.86 עד יום 18.12.87 - תקופה של 18 חודשים, שהיא בלתי חוקית בעליל. בית המשפט קיבל את טענת המדינה כי המדובר היה בטעות טכנית בלבד, ופליטת קולמוס שניהנת לתקון ובלבד שנתקיימו שנים אלה:

1. הצו לא ניתן במכוון לתקופה העולה על התקופה המותרת על ידי החוק, אלא המדובר הוא בטעות טכנית בלבד.

2. התקון נעשה על ידי שר הבטחון עצמו, או על דעתו, ולא על דעת נציג היעץ המשפטי לממשלה.

עם זאת, הדגיש בית המשפט את הצורך בזהירות ובקורת קפדנית, כאשר מדובר בצו השולל תרותו של אדם בדרך מנהלית.

גישה יותר מחמירה נקט בית המשפט העליון בעמ"מ 7/88⁴⁴

המדובר כאן היה בצו מעצר לתקופה של ששה חודשים ויזמיים, כלומר יומיים מעבר לתקופה המותרת. בית המשפט המחוזי התייחס לענין כפליטת קולמוס ואפשר תקון הטעות. שונה היתה גישת כב' השופט לוין בערעור, וזאת משום שלא היה ברור מהחומר שלפניו, שהמדובר בטעות של עוזרי השר שהכינו את הצו לחתימתו, או שמא התכוון השר לתקופה החורגת מן התקופה המותרת ע"י החוק. צו המעצר בוטל באופן שתקופת המעצר הסתיימה ביום מתן פסק הדין בערעור. אולם חשוב לציין שלא היתה זאת הסיבה היחידה לקבלת הערעור. כן צוין בפסק הדין, שאין מגיעה ששר הבטחון יתן צו מעצר חדש בענינו של העציר אם הנסיבות הקיימות תצדקנה זאת.

ד. גבוש נוהלים

פסק הדין בעמ"מ 7/88 חשוב לענין נוסף שגרם לחידוש בנהלים בקשר לבקשות אשור במסגרת סעיף 4 לחוק. לאור הפגמים והליקויים שנתגלו בדיון באותו ערעור, המליץ השופט ש. לוין שבמסגרת הדיון בכל בקשה לאישור המעצר, תביא המדינה ראייה לגבי ההליכים שהביאו לחתימה על

44. עמ"מ 15/88 (טרם פורסם)

45. העדה 16 לעיל

46. העדה 36 לעיל

צו המעצר. בעקבות המלצה זאת מוגש עתה תצהיר של עוזר שר הבטחון או מזכירו הצבאי ובו פירוט ההליכים שקדמו לתזמית שר הבטחון. לא אחת הזמן המצהיר לחקירה על תצהירו על ידי הסנגור, והדיון, מטבע הדברים, מתארך. במסגרת חקירה זאת נשאל המצהיר בדרך כלל על אורך הזמן אשר השר הקדיש לעיון בתיק, כאשר מטבע הדברים עיקר תשומת לב השר מופנית לתקציר החומר שהוכן עבורו על ידי עוזרו. הטענה הבאה בעקבות תשובות אלו היא, לרוב, כי פרק זמן שהוקדש לעיון בתיק אינו עולה בקנה אחד עם הפעלת שקול דעת סביר, ודין הצו להפסל. טענה זאת נדחתה על ידי השופט ד. לוינ בעמ"מ 16/88 בו קבע שלא משך הזמן שמקדיש שר הבטחון לבדיקת העובדות המובאות לפניו כרקע למתן הצו הוא הקובע, אלא טיב החומר אשר חיוק דעתו בשקלו את ההמלצה לצוות על מעצר מנהלי, והאפשרות המלאה להתרשם ממהות המידע בפרק הזמן שחומר זה היה מונח לפניו, כשהדגש על כך, שהחומר מובא לפניו בצורה מסודרת המקלה על העיון בו. בין כך ובין כך החומר הרי עובר את בקורת בית המשפט.

באותו פס"ד גרס השופט ש. לוינ, שבקשת המערער להזמין את שר הבטחון לחקירה כלשעצמה לא היתה מופרכת - בקשה אשר נדחתה על ידי הערכאה הראשונה. זאת בשל הלקויים אשר נפלו בצו כמתואר לעיל. לעומת זאת סבר השופט י. כהן ז"ל, בעמ"מ 1/80, כי אי הזמנת השר היא מוצדקת כל עוד מטרת ההזמנה היא לבדוק את סבירות שקול דעת השר. הטעם לכך הוא שבדיקת בית המשפט היא לפי המבחן האובייקטיבי וממילא אין כל תועלת בהזמנת שר הבטחון כעד. ההבחנה ברורה וראויה לציון.

(ה) אפשרות פתיחת הליכים לפי סדרי הדין הפליליים הרגילים:

סוגיה חשובה בנושא בו אנו עוסקים היא אפשרות פתיחת הליכים לפי סדרי הדין הפליליים הרגילים והשלכת אפשרות זאת לגבי השמוש בחוק המעצרים והוצאת צו מעצר מנהלי. ויהן לקבוע ככלל המעוגן היטב בפסיקה, כי כל אימת שקיים חומר ראיתי מספיק לפתיחת הליכים רגילים לפי סדרי דין רגילים - השמוש בצווי מעצר מנהליים הוא פסול. עד כה שידיעתי מגעת, נפסק הדבר לראשונה בפרוש ובצורה חד משמעית בעמ"מ 2/82 מפי מ"מ הנשיא, שמגר (כתוארו אז). ואלה דבריו שם הנוגעים לענינו:

"אם קיימת אפשרות כי בטחון המדינה ובטחון הצבא יובטחו כראוי, במקרים בהם מתאים הדבר, על ידי פקודת מעצר המעוגנת בסדרי הדין הרגילים, אין הצדקה לפנות אל סמכויות שעת חירום המיוחדות שנועדות לנסיבות יוצאות דופן, בהן מחייב בטחון המדינה או בטחון הציבור את מעצרו של פלוני, מבלי שתזיהיה קיימת אפשרות משפטית אחרת להבטיח תוצאה זו".⁴⁰

למסקנה שונה, לכאורה, הגיע השופט בך בעמ"מ 1/86.
 "שוכנעתי שטעמים של שמירה על בטחון המדינה מחייבים להחזיק את המערער במעצר, וכן הגעתי לכלל דעה, כי אמצעי זה בשלב זה, מחוייב

47. הערה 39 לעיל

48. הערה 33 לעיל עם 529

49. עמ"מ 1/86 (לא פורסם)

המציאות, ואין נפקא מינה לצורך מסקנותי זו אם קיים חומר שהיה מאפשר תיאורטית גם את העמדתו של המערער למשפט פלילי".

אמרתי מסקנה אחרת לכאורה, כי השופט בך מדבר על אפשרות תיאורטית, ולא על אפשרות ריאלי. מכל מקום, הגישה הראשונה היא המקובלת, ובכל הכבוד גם נראית לי הנכונה, וכך נוהגים בתי המשפט כיום הלכה למעשה. אשור חדיש לכך מצוי בפסק דינו של בית המשפט העליון בבג"ץ 769/88 (מפי השופט גולדברג)⁵⁰

יחד עם זאת, בעקבות מ"מ 2/87⁵¹

"קיום תקירה משטרית ואי הגשת כתב אישום משום שחקירת המשטרה לא העלתה חומר ראיתי קביל לפי סדרי דין רגילים, אין בה כדי לפסול את שמוש בסמכויות שעת הרום אם הנסיבות מצדיקות זאת.

שקולים לקיצור תקופת המעצר: (1)

(1) "עבר נקי": או "אין עונשין אלא אם כן מזהירין": הלכה פסוקה היא כי צו מעצר אינו עונשי, אינו צופה פני עבר, אלא מניעתי, וצופה פני עתיד. עם זאת העובדה שמעולם לא הופעלו נגד פלוני אמצעים מנהליים כלשהם, תצדיק בדרך כלל, שלא לאשר צו מעצר לתקופה המירבית של ששה חודשים - במיוחד כשלא הוזהר על ידי אמצעים אחרים, כמו צו הגבלת או הגליה, אא"כ הנסיבות מחייבות זאת.

(2) בעקבות מ"מ 24/88 (ירושלים)⁵²

כאשר בנמוקי הבקשה מפורטים מספר פריטים ואחר מהם לא הוכח כלל או קלוש ביותר - מן הדין לקצר את תקופת המעצר.

(3) אם עציר היה עצור, ערב הוצאת צו המעצר המנהלי, תקופת מעצר מוגדרת במסגרת מעצר משטרתי רגיל או במסגרת מעצר משטרתי רגיל או במסגרת תקירה רגילה לפי סדרי דין פליליים רגילים - הרי יש לנכות תקופת מעצר זאת מתקופת המעצר המנהלית, לפי הנורמות המקובלות בכל בתי המשפט.

עד כאן הסוגיות הנבחרות, ועד כאן מה שאני יכול לתרום בסוגיה רגישה זאת - ואידך - זיל גמור.

50. בג"צ 768/88 אבו עוב"ד נ. מפקד כוחות צה"ל באיו"ש (טרם פורסם)

51. מ"מ 2/87 (לא פורסם)

52. מ"מ 24/88 (ירושלים) לא פורסם

תקנות וצווים לפי חוק שירות בטחון*

מאת: אל"מ (דימ') ד"ר צבי הדר**

- א. הסמכות להתקין תקנות ולהוציא צווים
- ב. סוגי צווים
- ג. אצילת סמכויות שר הבטחון להתקין תקנות ולהוציא צווים
- ד. חתימה על צווים אישיים
- ה. הנמקת הצווים והנמקת הסייב להוציא צו או תקנה.
- ו. פרסום צווים
- ז. דרכי ההוכחה כי הצווים הגיעו לידיעה
- ח. מועד החיוב שבצו
- ט. משמעות החיוב שבצו

* פרק מתוך ספר העומד להתפרסם.

** המחבר כהן בין השנים 1968-1973, כפרקליט צבאי ראשי

א. הסמכות להתקין תקנות ולהוציא צווים

חוק שירות הבטחון קובע שלושה מקורות המקנים סמכות להתקין תקנות ולהוציא צווים:

א. סעיף 57 לחוק שירות בטחון מקנה סמכות כללית לשר הבטחון להתקין תקנות בכל עניין הנוגע לביצועו של חוק שירות בטחון. זוהי סמכותו הבלעדית של שר הבטחון;

ב. סעיפים אחרים בחוק שירות בטחון מקנים סמכות לשר הבטחון, להתקין תקנות בעניינים המיוחדים שפורטו בהם. אף סמכות זו הינה בלעדית לשר הבטחון;

ג. סעיפים שונים בחוק שירות בטחון מקנים לשר הבטחון ולבעלי תפקידים אחרים, סמכויות להוציא צווים.

לפי סעיף 1 לפקודת הפרשנות (נוסח חדש) "תקנה" כוללת "צו".

נראה, כי לעניין סמכות שר הבטחון להתקין תקנות, יש לתת למונח "תקנה" את המשמעות הרחבה האמורה, וכי שר הבטחון יוכל, במקרים המתאימים להשתמש בסמכותו להתקנת תקנות, גם כדי להוציא צווים.

בעוד שקיימים מספר סעיפי חוק, המבהירים מהי "תקנה", אין הבהרה כזו לגבי "צו".

חוק שירות בטחון אינו מגדיר מהו "צו", וגם פקודת הפרשנות (נוסח חדש), וכן חוק הפרשנות, התשמ"א-1981 אינם מגדירים "צו".

נראה כי מסמך בכתב, שנאמר בו, כי זהו צו והמורה חזרה מסוימת, בהתאם לסעיף החוק שמכותו ניתן, יחשב כצו. אולם, יש לציין, כי חוק שירות בטחון אינו אוסר במפורש הרצאת צווים בעל־פה.

ב. סוגי צווים

מלשון סעיף 55(א) לחוק שירות בטחון נובע, כי קיימים שלושה סוגים של צווים, מבחינת היקף תחולתם: צו כללי, צו המופנה לסוג בני אדם, או צו אישי.

סעיף 55(א) לחוק שירות בטחון קובע, כי צווים המוצאים מכוח סעיפים מסויימים בחוק, שיפורטו להלן, יכולים להיות אישיים או לסוג מסויים, כלומר, אין הם יכולים להיות כלליים, וצווים המוצאים שלא מכוח סעיפים אלו - יכולים להיות אף כלליים.

צווים החייבים להיות אישיים או לסוג מסויים בלבד, הם אלו המוצאים מכוח סעיף 14 לחוק שירות בטחון, העוסק בהתייבבות לשירות לפי בקשה; מכח סעיף 24(א), העוסק בשירות במשמר הגבול; מכח סעיף 36, העוסק בפטור משירות, ובדחיית שרות; ומכח סעיף 43(ה), העוסק בהחזרת יוצא־צבא מחוץ לארץ.

ג. אצילת סמכויות שר הבטחון להתקין תקנות ולהוציא צווים

לפי סעיף 54(א) לחוק שירות בטחון, רשאי שר הבטחון לאצול לאדם אחר את הסמכויות הנתונות בידיו לפי החוק, חוץ מהסמכויות שנוכרו באותו סעיף, שביניהן הסמכות להתקין תקנות.

נראה כי המגבלה האמורה המוטלת על שר הבטחון, מתייחסת לא רק לעניין סמכותו הכללית להתקין תקנות מכוח סעיף 57 לחוק שירות הבטחון, אלא אף לסמכויותיו להתקין תקנות בעניינים מיוחדים מכוח סעיפים אחרים בחוק שירות הבטחון. כך הדבר, לפי סעיף 11, בעניין אמצעי זהוי; לפי סעיף 17, בעניין התנדבות

לשירות; לפי סעיף 21, בעניין חובת הכשרה חקלאית; לפי סעיף 22 בעניין שמירה על גרעינים התיישבותיים; לפי סעיף 23, בעניין הבטחת השכלה יסודית; לפי סעיף 30, בעניין שירות מילואים ביה"ג"א; לפי סעיף 32 בעניין הישוב הזמן; לפי סעיף 39, בעניין פטור אישה משירות; לפי סעיף 44, בעניין דרישת ידיעות; לפי סעיף 51, בעניין ועדות רפואיות; לפי סעיף 56, בעניין הגשת בקשות; ולפי סעיף 57, בעניין מיועד לשירות בטחון או יוצא-צבא שאינו מיועד לשירות בטחון השוהים בחוץ לארץ.

כיוון שלפי סעיף 1 לפקודת הפרשנות (נוסח חדש) תקנה כוללת צו, נשאלת השאלה, אם רשאי שר הבטחון לאצול לאדם אחר את סמכותו להוציא צווים מכוח סעיף 57 לחוק שירות בטחון, ומכוח הסעיפים האחרים, בחוק שירות בטחון, המקנים לו סמכות להתקין תקנות?

נראה כי כאשר מדובר בצווים שלפי תוכנם, מן הראוי שיוצאו כתקנות, כלומר, כאשר מדובר בהוראות בעלות משמעות רחבה וקבועה - לא יוכל שר הבטחון לאצול לאחר את הסמכות להוציאם. אך לא כן, כאשר מדובר בהוראות חד-פעמיות, בעלות היקף מצומצם. שר הבטחון יוכל לאצול לאחריות את סמכותו להוציאם - בצורה של צווים. בהקשר זה יאמר, כי "תקנה" איננה כוללת "צו".

זאת ועוד, כאשר ניתנה בסעיפי חוק שירות בטחון סמכות מפורשת לשר בטחון להוציא צווים, כגון בסעיף 24(א), לגבי שירות במשמר הגבול, בסעיף 36, לגבי פטור משירות ודחיית שירות, ובסעיף 38(ב), לגבי ביטול צו לפטור משירות או לדחיית שירות - ברור ששר הבטחון יוכל לאצול סמכות זו לאחר, מכוח הכלל שבסעיף 54(א) לחוק שירות בטחון, לפיו רשאי שר הבטחון לאצול מסמכויותיו לפי החוק, ולא יחול הסייג שבאותו סעיף, המתייחס לסמכות להתקין תקנות.

מסקנה זו מתחזקת לאור ההוראה שבסעיף 54(א) (3) לחוק שירות בטחון, לפיה שר הבטחון אינו רשאי לאצול לאחר את סמכותו להוציא צווים לפי סעיף 34(א)(1) לחוק שירות בטחון. ומכלל לא לומדים הן, דהיינו, שרשאי שר הבטחון לאצול לאדם אחר את סמכותו להוציא צווים לפי ההוראות המיוחדות שבסעיפי חוק שירות בטחון - באין איסור מפורש לכך.

לענין סעיף 34(א) יש להוסיף ולומר, כי בעוד שסמכותו של שר הבטחון להוציא צווים לפי סעיף 34(א)(1) לחוק שירות בטחון, לקריאה לשירות סדיר או לשירות מילואים, כאשר הוא משוכנע שבטחון המדינה מחייב זאת, איננה ניתנת להאצלה לאדם אחר, לאור הסייג שבסעיף 54(א)(3) לחוק שירות בטחון, אין סייג זה מתייחס לסמכות שר הבטחון, לפי סעיף 34(א)(2).

כלומר, למרות הסייג האמור, רשאי שר הבטחון, לפי סעיף 34(א)(2), להסמיך בצו מפקד או פוקד לקרוא במקומו לשירות סדיר או לשירות מילואים, וכן רשאי שר הבטחון לאצול לאדם אחר את סמכותו לפי אותו סעיף, להסמיך מפקד או פוקד לקרוא כאמור - והפה שאסר הוא הפה שהתיר.

סעיף 31(ב) לחוק יסוד: הממשלה קובע, כי "סמכות הגתונה לאחד השרים על פי

1. ראה מסקנה דומה בע"פ 107/73, "נגב" - תחנת שירות לאוטומוביל בע"מ נ. מדינת ישראל פד"י כ"ח (1) 640, בו נקבע, כי במונח "תקנה" שבסעיף 21 לחוק התקנים, תשי"ג - 1953, הכוונה לתקנות במובן צר כרגיל וכמקובל בשפת הבריות, ולא לתקנות במובן הרחב כאמור בפקודת הפרשנות.

חוק... למעט הסמכות להתקין תקנות בנות פועל תחיקתי, רשאי השר לאצול, כולה מקצתה, או בסייגים, לעובד ציבור".

סעיף 31(ה) לחוק יסוד זה מוסיף, כי "הוראות סעיף זה יהולו אם אין כוונה אחרת משתמעת מן החוק המקנה את הסמכות".

לכאורה, נובע מהוראות סעיף זה, כי שר הבטחון אינו רשאי לאצול לאדם אחר את סמכותו לפי חוק שירות בטחון, להוציא אף צווים בני פועל תחיקתי, דהיינו, צווים כלליים או לסוג מסויים, וכי רשאי הוא לאצול לאחר את סמכותו להוציא צווים אישיים, כל עוד אין בחוק שירות בטחון הוראה אחרת. אולם, יש לבדוק, כיצד משתלבות הוראות אלו עם הוראותיו המיוחדות של חוק שירות בטחון.

מניתוח הוראות חוק שירות בטחון, כמפורט לעיל, עולה, כי רשאי שר הבטחון, על-פי חוק שירות בטחון, לאצול את סמכותו להוציא צווים בני פועל תחיקתי, למעט צווים לפי סעיף 34(א)(1) לחוק, ונראה על כן, כי אכן משתמעת מהוראות חוק שירות בטחון כוונה אחרת מזו שבסעיף 31(ב) לחוק יסוד: הממשלה, המתייחסת לצווים בפני פועל תחיקתי.

ברור מלשון סעיף 31 לחוק יסוד: הממשלה, שהוראותיו, השוללות האפשרות לאצול את סמכותו של השר לאחר, אינן חלות על סמכותו להוציא צווים אישיים, ואינן מונעות משר הבטחון לאצול את סמכותיו להוציא צווים אישיים, כאמור בחוק שירות בטחון.

עם זאת, נראה שיש למרש את הסייג שבסעיף 54(א)(3) לחוק שירות בטחון, בעניין אצילת סמכות שר הבטחון להוציא צווים לפי סעיף 34(א)(1), שהיא הסמכות לקרוא בצו לשירות סדיר או לשירות מילואים, כאשר שר הבטחון משוכנע שבטחון המדינה מחייב זאת - כאילו הוא חל אף על צו שאינו בן פועל תחיקתי, דהיינו, על צו אישי, ושר הבטחון לא יוכל לאצול סמכותו זו לאחר.

ד. חתימה על צווים אישיים

חוק שירות בטחון (תיקון מס' 3), התשמ"ט - 1989 הוסיף לסעיף 55 סעיף קטן (ז) בדלקמן:

"צו אישי (בסעיף קטן זה - לרבות תעודה והיתר) לפי חוק זה יכול שייחתם בידי מי שהוסמך להוציא או בידי חייל שהורשה לכך על ידיו ובלבד שיצויינו בצו שמותיהם, דרגותיהם ותפקידיהם".

מתוך סעיף קטן זה ברור שצו אישי חייב להיות חתום, אלא שהחתימה יכולה להיות של המוסמך להוציא את הצו לפי החוק, או של מי שהורשה על ידיו לחתום על הצו. ההרשאה לחתום על הצו האישי איננה אצילת סמכות להוציא את הצו, על כל שיקול הדעת הכרוך בכך. זו הרשאה במישור הטכני - מינהלי, הבאה להקל על המוסמכים להוציא את הצווים האישיים, כאשר מדובר במספר רב ביותר של צווים כאלה המוצאים מטעמים.

סעיף קטן זה דורש שעל פני הצו האישי האמור יצויינו, כתנאי לתוקפו, השמות, הדרגות והתפקידים - ונראה כי מדובר באלו של המוסמך להוציא את הצו וכן אף

2. ראה דברי ההסבר שבסעיף 9 להצעת חוק שירות בטחון (תיקון מס' 3), התשמ"ט 1989.

באלו של מי שהורשה על ידיו לחתום על הצוי.
 בהקשר זה יש לשאול לגבי הקשר בין סעיף 55(ז) לבין סעיף 27(ג) לחוק שירות
 בטחון, לפיו מפקד רשאי לקרוא איש מילואים להתייצב לשירות "בכל דרך
 שימצא לנכון" ורואים קריאה כזו כצו לעניין סעיף 55(ב)(ו). האם הדרישות
 הפורמליות שבסעיף 55(ו) לחוק יקבעו מעתה את תוקפה של הקריאה להתייצב
 לשירות מילואים או שבעניין מיוחד זה עדיין קיימת הגמישות המתבטאת בסעיף
 27(ג) לחוק?

ה. הנמקת הצווים והנמקת הסירוב להוציא צו או תקנה

סעיף 55(א) לחוק שירות בטחון קובע חובת הנמקה של צווים אישיים. אין החוק
 קובע חובת הנמקה של צווים שאינם אישיים.
 הסעיף מבחין בין שני מקרים של חובת הנמקה: במקרה הראשון, על הצווים להיות
 מנומקים מלכתחילה, ובמקרה השני חלה חובת הנמקה, רק אם דרש זאת האדם
 עליו חל הצו.
 הצווים שיש לנמקם מלכתחילה, הם צווים אישיים שהוצאו לפי סעיף 38(א)(2),
 (3) או (4) לחוק שירות בטחון, העוסק בביטול צו לפטור משירות או לדחיית
 שירות, או לפי סעיף 43(ה) לחוק שירות בטחון, העוסק בהחזרת יוצא-צבא ארצה.
 לכך מצטרפת הוראה לפי סעיף 42 לחוק שירות בטחון, לגבי עיון חוזר בעניין
 פטור, דחייה או קביעת אי-כוש.
 צווים אישיים אחרים, שהוצאו שלא מכוח הסעיפים האמורים, קיימת החובה
 לנמקם רק אם דרש זאת האדם שעליו חל הצו.
 החוק לתיקון סדרי המינהל (החלטות והנמקות), התשי"ט-1958 (להלן - "חוק
 ההנמקות") מטיל חובת הנמקה על כל רשות שהוענקה לה סמכות על-פי דין. אך
 על-פי חוק ההנמקות חלה חובת ההנמקה רק כאשר נתבקשה הרשות להפעיל את
 סמכותה, והיא סרבה לעשות כן.
 חוק ההנמקות בא להוסיף, אימא, על הוראתו של סעיף 55(א) לחוק שירות בטחון,
 הקובע חובת הנמקה של צווים המוצאים על-ידי בעלי סמכויות על-פי החוק,
 בקובעו חובת הנמקה, כאשר בעלי הסמכויות על-פי חוק שירות בטחון מתבקשים
 להפעיל סמכותם על-פי החוק, והם מסרבים לעשות זאת.
 סעיף 55(א) לחוק שירות בטחון קובע סייג לחובת ההנמקה, אם בטתון המדינה
 מחייב שלא לגלות את נימוקי הצו.
 גם חוק ההנמקות קובע פטור מחובת ההנמקה מנימוקים שפורטו בו, וביניהם
 נימוקים של בטחון המדינה.³
 חוק ההנמקות קובע בסעיף 4 שבו דרך לבקר סירוב לנמק הוצאת צו, בנימוק של
 בטחון המדינה.
 חוק שירות בטחון איננו קובע דרך דומה.

3. בהצעת החוק הוצע לדרוש, כי הצו יציין את שמו ודרגתו של המוסמך להוציא את
 הצו בלבד.

4. בענין הסירוב לנמק החלטה לדחות בקשת פטור או דחייה ותחולת חוק ההנמקות
 לגביה ראה: בג"צ 155/64, שוורץ נ. שר הבטחון, פד"י י"ח (2), 657.

1. פרסום צווים

סעיף 17 לפקודת הפרשנות (נוסח חדש) קובע כי: "תקנות בנות פועל תחיקתי יפורסמו ברשומות, ותחילת תקפן ביום פרסומן, אם אין הוראה אחרת בענין זה".

אין בחוק שירות בטחון כל הוראה אחרת בענין פרסום תקנות בנות פועל תחיקתי המותקנות על-פיו, ועל כן קיימת החובה לפרסמן ברשומות.

לעומת זאת, סעיף 55(ב) לחוק שירות בטחון קובע כדלקמן: "צו לפי חוק זה אין חובה לפרסמו ברשומות".

מכיוון שממילא אין חובה לפרסם ברשומות צו שאיננו בן פועל תחיקתי, מתייחסת הוראה זו שבחוק שירות בטחון לצו כללי ולצו מסוג מסויים, שהינם בני פועל תחיקתי, ומטרתה לשלול את החובה לפרסום צווים כאלו, כנדרש בסעיף 17 לפקודת הפרשנות (נוסח חדש).

במצב זה, כאשר קיימת חובה לפרסם ברשומות תקנה בת פועל תחיקתי, ואילו צו בן פועל תחיקתי אין חובה לפרסם ברשומות, מתחדד הצורך באבחנה בין צו לתקנה ובקביעה, אלו הוראות ניתן לפרסם כתקנות ואילו הוראות ניתן לפרסם כצווים. באין אבחנה כזו, נראה כי יש להסתפק במבחן הפורמלי של הכנוי שבו מכנה בעל הסמכות להוציא תקנה או צו, את ההוראה היוצאת על ידיו.

למרות העדר החובה לפי חוק שירות בטחון לפרסם צווים ברשומות, ולמרות שלפיו אין כל חובה לפרסם צווים בדרך אחרת, עשוי להתעורר הצורך בפרסום הצווים, ואז ניתן לפרסמם אף ברשומות.

על הצורך לפרסום צווים ניתן ללמוד מן האמור בסעיף 55(ג) לחוק שירות בטחון, לפיו:

"צו יחייב את האדם שעליו הוא חל מן הזמן שהגיע לידיעתו".

כלומר, אם לא הגיע הצו לידיעת האדם שעליו הוא חל, הצו לא יחייבו, ומכאן הצורך בפרסום.

סעיף 55(ה) לחוק שירות בטחון מונה מספר דרכים נוספות לפרסום צווים שהם: מסירה לאדם שעליו הוא חל, או לאחד מבני משפחתו הגרים איתו, ושאינו למטה מגיל שמונה-עשרה; משלוח בדואר רשום לפי מען מקום מגוריו הקבוע של האדם שעליו הוא חל; פרסום ברדיו או בטלביזיה, או בלוחות המודעות של רשות מקומית; ופרסום בשני עתונים יומיים לפחות.

2. דרכי הוכחה כי הצווים הגיעו לידיעה

פרסום צו ברשומות מעלה חזקה, כי הצו הגיע לידיעתו של האדם עליו הוא חל, וכן חזקה לגבי המועד שבו הגיע הצו לידיעתו. סעיף 55(ד) לחוק שירות בטחון קובע כי:

"צו שפורסם ברשומות, רואים אותו כאילו הגיע לידיעת האדם שעליו הוא חל בצהרי היום שלאחר יום הפרסום".⁵

5. ראה: ע"פ 215/59 בכר נ. י"מ, פד"י יג', 2083, בו נדעוררו קשיים להוכיח, כי הצו אמנם חל על המערער, עקב שיבוש שנפל בצו ביחס למקום הישוב בו הוטלה חובת ההתייצבות. וראה גם: בג"צ 42/52, סימון נ. שר הבטחון, פד"י ז', 33. לפי סעיף 34'ב' לפקודת הראיות (נוסח חדש), תשל"א-1971, "התאריך הנקוב של גליון 'רשומות' הוא יום פרסומו".

חוקת הידיעה ומועדה, כפי שנקבעה בסעיף 55(ד) לחוק שירות הבטחון, סוטה מחוקת הידיעה הרגילה לגבי תקנות שפורסמו ברשומות.

חוקת הידיעה הרגילה בנויה על שלושה סעיפי חוק:

סעיף 17 לפקודת הפרשנות (נוסח חדש) קובע, כי תקנות בנות פועל תחיקתי יפורסמו ברשומות, ותחילת תוקפן ביום פרסומן. סעיף 57 ב' לפקודת הראיות (נוסח חדש) קובע, כי כל דין הוא מן המפורסמות, וסעיף 21 לחוק הפרשנות, התשמ"א-1981 קובע, כי שעת תחילתו של חיקוק היא בשעה 00.01 של יום תחילתו. מכאן שחוקת הידיעה הרגילה קובעת, שתקנה שפורסמה ברשומות, הגיעה לידיעת האדם שעליו היא חלה בשעה 00.01 של יום פרסומה של התקנה ברשומות.

לעומתה, חוקת הידיעה של צווים לפי חוק שירות בטחון, שפורסמו ברשומות, כאמור בסעיף 55(ד) לחוק, דוחה ב-36 שעות את המועד שבו הגיע הצו לידיעת האדם שעליו הוא חל.

כיוון שסעיף 55(ד) לחוק שירות בטחון עוסק דוקא ב"צו" ולא בתקנה, נראה שתקנה שהוצאה לפי חוק שירות בטחון, שפורסמה ברשומות חזקה שהיא מגיעה לידיעת האדם הנוגע בדבר, ככל תקנה אחרת, כלומר, כבר בשעה 00.01 של יום הפרסום.

סעיף 55(ה) לחוק שירות בטחון, קובע חזקות ידיעה אף לגבי צווים שלא פורסמו ברשומות. הסעיף מפרט ארבעה מצבים:

(א) אם הצו נמסר לאדם שעליו הוא חל, או לאחד מבני משפחתו הגרים איתו ושאינו למטה מגיל 18, רואים את הצו כאילו הגיע לידיעת אותו אדם בעת המסירה;

(ב) אם הצו נשלח אל האדם שעליו הוא חל בדואר רשום לפי מען מקום מגוריו הקבועי רואים אותו, כאילו הגיע לידיעת אותו אדם בתום שבועים ושתיים שעות מוזמן שנמסר לדואר למשלוח;

(ג) אם הצו פורסם ברדיו או בטלביזיה או בלוחות המודעות של רשות מקומית, רואים אותו כאילו הגיע לידיעת האדם שעליו הוא חל בתום ארבע שעות מוזמן הפרסום.

6. בענין משמעות המונח "דואר רשום" ראה: ע/245/53, תצ"ר ג. רב"ט מרד, פד"צ (1951-3) 663.

7. בחוק שירות בטחון (תיקון מס' 3), התשמ"ט-1989 נעשה תיקון בסעיף 55(ה)2 לחוק ועלפיו "לענין זה יראו כמען מקום מגוריו הקבוע של אדם את המען שמסר לפי חוק זה, ואם לא מסר - את מענו הרשום במרשם האוכלוסין". חוק שירות בטחון עצמו אינו מחייב אדם למסור מען מקום מגורים, שעה שבתקנות שהותקנו על-פי החוק קיימות הוראות בענין זה. ברם, לפי סעיף 9 לחוק הפרשנות, התשמ"א-1981, הבטוי "לפי", לענין חיקוק פלוני, משמעו גם לפי תקנות שהותקנו מכוחו של החיקוק.

כך, לפי תקנה 1(א)6 לתקנות שירות בטחון, התשב"ו-1967, מי שמתייצב לרישום או לבדיקה רפואית חייב למסור בכתב ובהתיימת ידו את "מען מקום מגוריו, ובאין לו מקום מגורים קבוע - המען למכתבים".

לפי סעיף 3(ג) לחוק שירות בטחון מוטלת חובה להודיע על שינוי במען זה.

לפי תקנה 3(א)5 לתקנות שירות בטחון (חובות אנשי מילואים), תשט"ד-1956, איש מילואים שאינו בשירות חייב להודיע למפקדו על כל שינוי של מענו האזרחי.

(ד) אם הצו פורסם בשני עתונים יומיים לפחות, רואים אותו כאילו הגיע לידיעת האדם עליו הוא חל בתום ארבע שעות מזמן הפצת העתונים במקום הימצאו של אותו אדם.

חוקות הידיעה ומועדי הידיעה, כפי שנקבעו בסעיף 55(ד) (וה) לחוק שירות בטחון אינן ניתנות לסתירה.⁸

מכיוון שצו עשוי להימסר, להישלח או להתפרסם בדרכים שנוכרו בסעיף 55 (ה) לחוק שירות בטחון, ולאחר מכן אף להתפרסם ברשומות, וקיימים מועדים שונים בהם ניתן לראות כאילו הגיע הצו לידיעת אותו אדם, קובע סעיף 55(ו) לחוק שירות בטחון, כי המועד בו ייראו את הצו כאילו הגיע לידיעת האדם, הוא המועד שנקבע בסעיף 55(ה).

אין סעיף 55(ו) דן בשאלת מועד הידיעה כאשר הצו פורסם ברשומות, ורק לאחר מכן ננקטה אחת הדרכים שנוכרו בסעיף 55(ה), וכן אין הוא דן בשאלת מועד הידיעה, כאשר ננקטו מספר דרכים במסגרת סעיף 55(ה) עצמו.

נראה, כי אף במצבים שלא הוסדרו בסעיף 55(ו) לחוק שירות בטחון, ייראו את המועד בו הגיע הצו לידיעת האדם עליו הוא חל, כמוקדם ביותר מבין המועדים האפשריים, שכן באותו מועד "נתפס" כבר האדם באחת החוקות שנימנו.

מכיון שלפי סעיף 47 לחוק שירות בטחון ניתן להעמיד אדם לדין בישראל, על אי-קיום חובה על פי צו בעת היצוא בחוץ-לארץ, ושאלת השאלה אם חוקות הידיעה שבסעיף 55(ד) ו-55(ה) לחוק שירות בטחון, חלות אף הן על אדם בחוץ-לארץ. נראה כי מכיוון שחוקות האמורות אינן ניתנות לסתירה, אין חשיבות לטענה, שהאדם שהצו חל עליו שהיה בחוץ-לארץ במועדים הנזכרים בסעיף, ועל כן לא יכול היה לדעת את תוכן הצו, כשם שלא תישמע טענתו, כי הצו לא הגיע לידיעתו הממשית מכל סיבה אחרת.

באשר לחזקה לפי סעיף 55(ד) לחוק ניתן אף לחוסיק, כי אין סיבה שתמוע את המסקנה, כי צו שפורסם ברשומות בישראל יראו אותו כאילו הגיע לידיעת האדם שעליו הוא חל בצהרי היום שלאחר יום הפרסום, אף אם שהה באותו עת בחוץ לארץ. בהקשר זה אין בחזקה סטייה מן הכלל הרגיל, לפיו אי ידיעת החוק אינה משמשת צידוק לביצוע עבירה גם לגבי אלו שנמצאו בחוץ-לארץ במועד פרסומי.⁹

ברור, כי ניתן להוכיח, שצו הגיע לידיעת האדם עליו הוא חל, ואת המועד בו הגיע, גם שלא באחת הדרכים שפורטו בסעיף 55(ד) ו-55(ה) לחוק שירות בטחון. אפשרות אחת להוכחה נזכרת בסעיף 57ג' לפקודת הראיות (נוסח חדש), הקובע חזקה

8. ראה ע/245/53, הערה 6 לעיל. וראה: ע"פ 172/68, המטפורסט נ. י"מ, פד"י כב' (2),

3. וכן: ד"נ 8/86, פד"י כ"ב (2) 541,536. בד"נ זה נקבע, כי אין להשתמש בחזקה זו לצורך הוכחה, כי החובה על פי חוק לא מולאה ביודיעין, הוכחה הנתוצה לצורך הרשעה לפי סעיף 35(ב)1 לחוק שירות בטחון, שהגדיר עבירה של אי-מילוי חובה בכונה להשתמש משירות בטחון (כיום - סעיף 46(ב)1 לחוק).

9. ראה: G. Williams, Criminal law, The General Part 2nd Ed. P. 290.

ובמיוחד הערה 7 שם בה מאזכר הכתוב טענה כי החזקה בדבר ידיעת הדין אינה חלה במקרה בו נתקבל חוק בעת שאדם שהה בלב ים, והוא עבר עבירה על אותו חוק בעודו שוהה בלב ים. הטענה נדחתה בנימוק שהחזקה בדבר ידיעת הדין אינה ניתנת, בשום מקרה, לסתירה.

הניתנת לסתירה בעניין הידיעה ומועדה, בקשר למסמך שהומצא על ידי הדואר. לפי סעיף זה, מקום שחיקוק מתיר או מחייב להוציא מסמך על ידי הדואר, רואים את ההמצאה כמבוצעת, אם אין הוראה אחרת משתמעת, אם נמסר לדואר מכתב המכיל את המסמך והמען על המכתב היה כשורה, ודמי המשלוח שולמו מראש או שהמכתב היה פטור מתשלום דמי דואר או נושא עליו סימן המעיד כי הוא נשלח בשירות המדינה¹⁰ בשעה שבה היה המכתב מגיע לתעודתו בדרך הרגילה של הדואר, כל עוד לא הוכח היפוכו של דבר.

סעיף זה מתנה את תחולת החוקה בכך, שחיקוק יתיר או יחייב מסירת מסמך על-ידי הדואר. בחוק שירות בטחון עצמו אין הוראה מפורשת, המאפשרת משלוח צו בדואר שאינו רשום, אך ברע/146/62¹¹ נקבע, כי מלשון סעיף 27(ג) לחוק שירות בטחון, המתיר למפקד לקרוא איש מילואים לשירות בכל דרך שימצא לנכון, נובע כי מפקד רשאי לקרוא לשירות אף באמצעות הדואר, ועל כן תחול החוקה שבסעיף 57¹² לפקודת הראיות (נוסח חדש)¹³.

ה. מועד החיוב שבצו

בהוראה שבסעיף 55(ג) לחוק שירות בטחון, לפיה צו מחייב את האדם עליו הוא חל מן הזמן שהגיע לידיעתו, ישנו ביטוי לחרוג שבסעיף 12 לחוק העונשין, תשל"ז - 1977, לפיו אידיעת הדין לא תשמש עילה לפטור מאחריות לעבירה אלא אם נאמר במפורש, שידיעת הדין היא אחד מיסודות העבירה.

החריג שבסעיף 55(ג) לחוק שירות בטחון בא לחדש לגבי צו כללי ולגבי צו לסוג מסויים, אך לא לגבי צו אישי, הואיל וצו אישי, ממילא איננו מחייב את האדם עליו הוא חל כל עוד לא הגיע לידיעתו¹⁴.

מסעיף 55(ג) לחוק נובע, שדי בכך שתוכן הצו יגיע לידיעת האדם עליו הוא חל, ואין צורך שהמסמך הכולל את הצו יימסר לאותו אדם, על מנת שהצו יחייבו¹⁵.

10. טור' גזר נ. תצ"ר, פד"צ (1963) 1.

11. ראה גם: ע"א 203/84, יעיש נ. אהרון, פד"י מ' (1) 328, המסביר את אופן יישום החוקה שבסעיף 57 ג' לפקודת הראיות (נוסח חדש).

12. ראה גם ע"א: 160/58, שניידר נ. מנהל רשות הפיתוח, פד"י יג', 891, 896, בו נקבע כי חוקה שמכתב שנשלח אף בדואר לא רשום יגיע לתעודתו.

13. ראה דברי הנשיא בד"נ 8/68, המטפרסט נ' י"מ, פד"י כב' (2), 536, 549.

14. מכיון שסעיף 55(ג) לחוק קובע, כי צו מחייב את האדם שעליו הוא חל מן הזמן שהצו הגיע לידיעתו, יש לשאול אם קביעה זו תופסת גם לעניין זיכוי של האדם שעליו חל אותו צו. ישנה חשיבות לשאלה זו בקשר לצו הקריאה לשירות, המעניק מעמד של חייל לגקרא, במועד ההתייצבות שנקבע בצו, בהתאם לאמור בסעיף 35 לחוק.

ניתן לומר, כי הזכויות באות רק לאחר החזבות, ועל כן, כל עוד לא נתחייב האדם שעליו חל הצו, אין מקום אף לזכותו, ולהיפך משנתחייב אותו אדם, מן הראוי אף לזכותו, כל עוד אין משתמע אחרת מן ההוראה המסדירה את הענקת הזכות.

באשר לצו המעניק זכות לפטור משירות, להפחתת תקופת שירות, לדחיית מועד ההתייצבות לשירות או המשך השירות, לפי סעיף 36 לחוק, נראה כי האמור בצו יתפוס במועד שנקבע בו. ידיעתו של האדם, שאליו מתייחס הצו, את תוכנו של הצו, איננה משפיעה על תוקף הצו.

החובה המוטלת על אדם בצו איננה מיועדת בדרך כלל לביצוע מייד, אם כי עשויה להיות כזו.

כאשר החובה בצו איננה מיועדת לביצוע מייד, יש לפרש את ההוראה, כי הצו מחייב את האדם עליו הוא חל מן המועד בו הגיע הצו לידיעתו, כאילו הטלת החובה מותנית בהודעה נאותה עליה, ולא דווקא שיש לבצע את החובה המוטלת בצו, באותו מועד שבו נתקבלה ההודעה בדבר החובה.

כאשר הצו כולל חובה לביצוע מייד או לביצוע במועד הקודם ליום קבלת הצו, יש לבצע את החובה במועד בו הגיע הצו לידיעת האדם עליו הוא חל. כאשר הצו כולל חובה לביצוע במועד מאוחר יותר, יש לבצע חובה במועד שנקבע לכך.

נראה גם, כי למרות לשונו של סעיף 55(ג) לחוק שירות בטחון, לפיו צו מחייב את האדם שעליו הוא חל מן הזמן שהגיע לידיעתו, הצו עצמו אינו מחייב אותו אדם, אם בזמן שהגיע הצו לידיעתו, לא היה חייב על-פיו מכוח ההוראה אחרת של חוק שירות בטחון.

כך למשל, צו של פקד לפי סעיף 3(א) לחוק שירות בטחון, המחייב אדם להתייצב לרישום, יכול להתפרסם ולהגיע לידיעתו של אותו אדם לפני שהגיע לגיל שבו ניתן לחייבו להתייצב לרישום. ברור שצו כזה יחייב את אותו אדם רק בהגיעו לגיל המתאים.

ט. משמעות החיוב שבצו

סעיף 49 לחוק שירות בטחון כולל שלוש הוראות בדבר משמעות החיוב שבצו:

א. בהתאם לחלקו הראשון של הסעיף:

"ניתן צו לפי חוק זה, המטיל על אדם למלא חובה בזמן שנקבע בצו, והוא לא ימלא את החובה באותו זמן, יעמוד הצו בתוקפו לגבי אותו אדם עד שהוא ימלא את החובה".

הוראה זו באה לשלול את הטענה של "עבר זמנו בטל קרבנו". בהתאם להוראה זו, חובה, אשר לא נתמלאה במועד, ממשיכה לחול - עד שתתמלא.

להוראה זו יש חשיבות ביחוד לגבי החובות שהטלתן איננה מביאה לשינוי מעמד כגון, החובה להתייצב לרישום או לבדיקות.

באשר לחובת ההתייצבות לשירות, מתמעטת חשיבות ההוראה, כיוון שלפי סעיף 35 לחוק שירות בטחון, רואים את האדם עליו חל הצו כמי שנמצא בשירות במועד שנקבע בצו, למרות שבפועל לא התייצב.

סייג להוראתו האמורה של סעיף 49, נקבע בבג"צ 136/56 שם עורר כב' הנשיא דאז (אולשן) את השאלה הבאה:

"האם הדיבור: 'והוא לא מלא את החובה באותו הזמן', מתכוון לאי מילוי חובה מסיבה אובייקטיבית כלומר מסיבה שיוצא-הצבא אינו נושא בכל אחריות עבורה".

והתשובה שהוא נתן: "אין לי ספק כי ההוראה הנ"ל בסעיף 16(ד) מתייחסת לאי

מילוי חובה על ידי יוצאי צבא מפני אשמתו או מפני שהוא גם לכך מרצונו".¹⁵ נשאלת השאלה, אם יש לפרש את הוראת סעיף 49 רישא לחוק שירות בטחון בדוקנות, ולומר, כי החובה אליה מתייחסת ההוראה תמשיך לחול, אם לא מולאה במועד המקורי, אפילו אם בזמן שחלף נישתנו הנסיבות, ועקב הנסיבות החדשות אין עוד מקום לקיומה של החובה:

ניתן להשיב על שאלה זו לגבי שני מקרים:

נראה כי אם בזמן שחלף, ארע שינוי אשר חוק שירות בטחון קובע, כי הינו פוטר מחובת שירות בטחון, כגון - הריון או אמהות של אשה, הרי שיהיה בשינוי זה כדי לבטל את הצו המקורי והוא לא ימשיך לעמוד בתוקפו.

אשר לשינוי שחל בגילו של האדם, כך שאין הוא עונה עוד להגדרת "מיועד לשירות בטחון", כאמור בחוק שירות בטחון, דהיינו - אזרח ישראלי או תושב קבוע, גבר בגיל 17 עד 54, ואשה בגיל 17 עד 38, הרי שנראה, כי בעבור האדם את הגילים הנזכרים, לא יעמוד עוד הצו בתוקפו, שכן בדור כי אין עוד מקום לקיום החובה הקבועה בו.

ב. סעיף 49 לחוק שירות בטחון ממשיך וקובע, כי המשך תוקפו של הצו, אשר החובה המוטלת בו לא נתמלאה במועד, אינו גורע מאחריותו הפלילית של אדם על אי-מילוי חובה בזמן שנקבע בצו.

כלומר, החובה לקיים את הוראות הצו בעתיד, כיוון שלא נתמלאה בעבר, איננה פוטרת מאחריות פלילית על אי-מילוי החובה בעבר.

יתר על כן, נראה שאף מילוי בפועל של החובה המוטלת בצו, אם כי במועד מאוחר יותר מן המועד שנקבע בו, אינו פוטר מאחריות פלילית לא אי-מילוי החובה במועד המקורי כפי שנקבע בצו.¹⁶

ג. סעיף 49 לחוק שירות בטחון מוסיף, כי חיוב בדין על אי-מילוי חובה המוטלת בצו אינו פוטר ממילוי אותה חובה.

מטרת ההוראה למנוע טענה, כי בחיוב בדין מוצתה החובה.

מכיוון שחיוב בדין אינו פוטר ממילוי החובה, אין מניעה להביא לדין על אי-מילוי החובה למרות חיוב קודם בדין.

לדעת השופטים אולשן וזהר בע"פ 77/51, דנה ההוראה בשתי חובות נפרדות:

החובה הראשונה שמועד מילוייה נקבע בצו, והחובה הנוספת, הנוצרת בעקבות אי-מילוי החובה המקורית, למלא את האמור בצו במועד מאוחר יותר. חיוב בדין על אי מילוי החובה המקורית לא ישמש מניעה להטלת אחריות פלילית על אי-מילוי החובה הנוספת.

נראה גם שניתן לחלק את החובה הנוספת למספר חובות, אשר החיוב בדין לגבי הראשונה אינו מונע הטלת אחריות והבאה לדין בגין אי-מילוי החובות המאוחרות. עם זאת, אין לפצל באופן מלאכותי תקופה של אי-מילוי חובה למספר תקופות משנה, ולייחס לנאשם מספר עבירות של אי-מילוי חובה כמספר התקופות שפוצלו

15. קשה להשלים עם מסקנה זו. נראה כי שאלת היסוד הנפשי של האדם אשר לא מילא את הצו במועד, רלבנטית לשאלת אחריותו הפלילית של האדם כאשר יעמוד לדין בגין אי-מילוי הצו, אך לא לשאלה, אם הצו יעמוד בתוקפו עד שימלא האדם את החובה שנקבעה בו.

16. ראה: דברי השופטים לוין וזהר בע"פ 77/51, וויספיש נ. י"מ, פד"ו, 262, 265, 268.

17. ראה: הערה 16 לעיל.

כאמור. סביר לקבוע, כי נקיטה בהליכים נגד אדם על שלא מילא חובה שהוטלה עליו בצו, יכולה לשמש יסוד לפצל את תקופת אי-מילוי החובה לתקופה שלפני מועד נקיטת ההליכים ולתקופה שלאחריו, אך אין מקום להגזים בפיצולים ולהביא לדיכוי פרטי אשמה¹⁸.

ההוראה האמורה, שבסעיף 49 לחוק שירות בטחון, מתייחסת לחיוב בדין על אי-מילוי חובה ולא לזיכוי בדין, ועל כן יש לשאול, האם זיכוי בדין, לעומת חיוב בדין פטור ממילוי החובה שנקבעה בצו.

השופטים לזין וזהר בע"פ 77/51¹⁹, התייחסו בקצרה לשאלה זו, ולדעתם, דין זיכוי כדין חיוב.

ברור כי באשר לאי-מילוי החובה המקורית, מוצה הדין, ולא ניתן להביא לדין פעם נוספת בגין אי-מילוי אותה חובה. באשר לחובה הנוספת היכולה להתעורר לאחר הדיון באי-מילוי החובה המקורית, יש לשאול, אם לאור הזיכוי, התעוררה בכלל אותה חובה, או אולי מפסק הדין המזכה נובע, כי אם החובה המקורית לא נתקיימה, אזי לא יכולה להוצר כל חובה נוספת.

כך לדוגמא, אם ניתן צו לשירות מילואים, והאדם אשר הצו הופנה אליו, לא מילא אתר הוראות הצו, ובמשפט בגין אי-מילוי החובה המקורית נפסק, כי כלל לא היה חייב למלא אתר החובה האמורה, שכן אין הוא בבחינת "יוצא-צבא", או שאינו נימנה עם כוחות המילואים, הרי שברור כי אם החובה המקורית כלל לא חלה, לא נוצרה כל חובה נוספת.

אם למרות זיכוי של האדם בגין אי-מילוי החובה המקורית נוצרה בכל זאת חובה נוספת, לא תתפוס לגבי החובה הנוספת הטענה של זיכוי קודם, כיוון שאי-מילוי החובה הנוספת, מתווה עבירה אחרת.

כך לדוגמא, אם זוכה אדם אשר לא מילא אתר צו לשירות מילואים במועד שנקבע בצו, עקב מחלה או תאונה, אשר מגעו ממנו מלהתייצב באותו מועד, הרי שלא יוכל להסתמך על אותו זיכוי, כשיועמד לדין על אי-מילוי חובתו להתייצב למילואים במועד מאוחר יותר.²⁰

באשר להתיישנות העבירה המתייחסת לאי-מילוי חובה שנקבעה בצו, נקבע בע"פ 265/68²¹. כי מכיון שעבירה לפי סעיף 46 (ב)(1) לחוק שירות בטחון, הנוגעת לאי-מילוי חובת ההתייצבות לרישום בהתאם לצו הפוקד, הינה עבירה ההולכת ומשככת לאור האמור בסעיף 49 לחוק שירות בטחון, הרי שתקופת ההתיישנות לגביה מתחילה להימנות רק עם ההתייצבות.

18. בענין עבירות הנמשכות על פני פרק זמן ראה: S.Z Feller "The Clasification of Crimes In Respect of Continuty" Isr. L.R (1967) 232. ראה גם מדינת ישראל נ. מזרחי, פ"מ תשמ"ה (ג) 3, 7.
19. ע"פ 77/51, ראה הערה 16. לעיל עמ' 266-269.
20. בדיון המשפטי בגין העבירה הנוספת לא ניתן יהיה לתקוף ממצאים שנקבעו בדין המקורי, ראה: ע"פ 52/51, בכר נ. י"מ, פד"י ו', 415: ע"פ 72/60 י"מ נ. ג' ג'ועיה, פ"ד י"ד, 1093, רע"פ 244/73, רבד נ. מדינת ישראל, פ"ד כח (1), 798, 802.
21. כחן נ. מדינת ישראל, פ"ד כב' (2), 147.

עונש המוות בפסיקת בתי המשפט הצבאיים בישראל ובאיזורים המוחזקים.

מאת: סגן עופר בן חיים*

- א. פתח דבר.
- ב. עונש המוות בראי המשפט הבינלאומי.
- ג. הבסיס הסטטוטורי להטלת עונש המוות בשטחים המוחזקים בידי ישראל ובית המשפט הצבאי בלוד.
- ד. הטלת עונש המוות הלכה למעשה.
- ה. על סף עונש המוות - שיקולי בית המשפט הצבאי באי הטלתו.
- ו. עמדת בתי המשפט הצבאיים בראי הביקורת השיפוטית.
- ז. סוף דבר.

* הממונה על התביעה הצבאית באזור חבל עזה.

א. פתח דבר

דומה שאין נושא השב ומסעיר מידי פעם את דעת הקהל בישראל בנושא עונש המוות. המציאות המשתנה, מומנת - לצערנו - חדשות לבקרים, הזדמנויות להעלאת הנושא לראש סדר העדיפויות בסולם הדיונים הציבוריים. עיקר הדיון בנושא נעשה מנקודת המבט הערכית, קרי: האם נכון יהיה לגזור עונש מוות למבצעי פיגועי טרור רצחניים, אכזריים ומקוממים במיוחד. בחיבורנו זה, בתירונו שלא לדון בנושא הערכי ולא לבחון הנימוקים בעד ונגד הטלת עונש המוות בישראל. עיקר עסקונו יתמקד בתחום, שאינו ידוע די צרכו בעולם המשפט הישראלי, והוא תחום עסוקה של המערכת השיפוטית הצבאית בנושא עונש המוות. דומה, כי בלהט הויכוח הציבורי נחזקת קמעא הצידה המערכת המתעמתת עם נושא עונש מוות יותר מכל גורם אחר, שעה שהיא מתבקשת להחיל נורמות משפטיות (המאפשרות הטלת עונש מוות) על מקרים נתונים שיש בהם כדי להתאים (לדעת המצדדים), לגזירת עונש המיתה. אשר על כן נושא העקרי של חיבורנו הנו בחינתה של מערכת השיקולים וההנמקות שהופעלו על ידי בתי המשפט הצבאיים שעה שהתבקשו להטיל או שלא להטיל את עונש המוות.

ב. עונש המוות בראי המשפט הבינלאומי.

נושא עונש המוות מוסדר בעיקרו בסעיפים 68 ו-71 לאמנת ג'נבה בדבר הגנת אזרחים בימי מלחמה מיום 12 באוגוסט 1949. (להלן האמנה). סעיף 68 סיפא מאפשר למעצמה הכובשת לחזקק הוראות פליליות המטילות עונש מוות ולהעניק סמכות לבתי המשפט שכוננו לגזור העונש האמור. האמנה בחרה בדרך של פרוט העבירות בצידן ניתן לקבוע את עונש המוות. בשל חשיבות ההוראה נביאה כלשונה:

"68... הוראות העונשין שפרסמה המעצמה הכובשת בהתאם לסעיפים 64 ו-65, יבולות להטיל עונש מיתה על מזון, רק כשהוא אשם בריגול, במעשי תבלה חמורים במתקניה הצבאיים של המעצמה הכובשת או בעבירות שבוצעו בכוונה וגרמו למות בן אדם או בני אדם, בתנאי שעבירות כאלה דינן מיתה לפי החוק שהיה בתקפו בשטח הנכבש לפני תחילת הכיבוש"

למקרא ההוראה, מזדקרת לעין סופה, המטילה את הסייג על פיו על עונש המוות להיות צמוד לעבירות המנויות, גם לפי החוק שהיה בתקפו בשטח הנכבש ערב

1. GENEVA CONVENTION RELATIVE TO PROTECTION OF CIVILIAN PERSONS IN TIME OF WAR, 1949. אמנת ג'נבה הינה בעקרה בעלת אופי קונסטיטוטיובי ומבטאת משפט בינלאומי הסכמי שיש בו כדי לחייב צדדים מתקשרים בלבד. עמדתה המסורתית של ממשלת ישראל גורסת אי תחולה של אמנת ג'נבה בשטחים המוחזקים בידי ישראל, למרות היות ישראל צד מתקשר, היות ואין ישראל מכירה ומעולם לא הכירה בזכויותיהן, של ירדן ומצרים על חלק כלשהו של ארץ ישראל. ראה: M. SHANGAR, "THE OBSERVANCE OF INTERNATIONAL LAW IN THE ADMINISTRATED TERRITORIES", 11.Y.H.R., 262,263-266

הכיבוש. תנאי זה לא זכה להסכמה כללית ומדינות רבות ובהן ארה"ב ובריטניה הסתייגו ממנו.²

שני סייגים נוספים קובע סעיף 68 להטלת עונש המוות:

- 1) לא ייחרץ דין מוות אלא אם הופגתה דעת בית המשפט באופן מיוחד לעובדה שהיות ואין הנאשם אזרח המעצמה הכובשת, אין הוא חב כלפיה חובת אמונים.
- 2) לא ייחרץ דין מוות אם היה הנאשם בן פחות מ-18 בעת ביצוע העבירה. סעיף 75 לאמנה מתייחס למצב שלאחר הטלת עונש המוות וקובע ההוראות הבאות:

- 1) בשום מקרה אין לשלול מניזון למיתה זכותו להגשת בקשת חנינה.
- 2) לא יוצא לפועל גזר דין מוות בטרם עברו לפחות ששה חדשים מיום שקבלה המעצמה המגינה הודעה על פסק הדין הסופי המטיל את העונש או צו הדוחה את בקשת החנינה.³
- 3) הפחתה בתקופת 6 החדשים, הנזכרת לעיל, תתכן רק במקרים בודדים "בנסיבות דחק המורות, שכרוך בהן איום מאורגן על בטחונם של המעצמה הכובשת או כוחותיה" ובלבד שהודעה על ההפחתה תמסר למעצמה המגינה ולאחרונה תנתן האפשרות והשהות להגיש לרשויות הכיבוש המוסמכות את עצומותיה בענין ענש המוות.

למראית עין, קובעת האמנה, שורה ארוכה של מגבלות על הטלתו ובצועו של עונש המוות ואולם בקריאה נוספת מתחוויר שאין הדבר כך ולמעשה גישתה של האמנה רחבה למדי. אם נזכור כי הסייגים המופיעים בסעיף 75 לאמנה (למעט ההתייחסות למעצמה המגינה) מוצאים ביטויים במרבית מערכות המשפט הלאומיות המערביות, וכי האמנה מתירה הטלת עונש מוות בגין כל גרימת מוות בכוחה, הרי שנוכח לדעת כי אפשרויות הכובש אינן מצומצמות ככל ועיקר, וגישת מערכת החקיקה בשטחים, שהטילה על עצמה מוצון סייגים ומגבלות נוספים - תוכיה.⁴

גורמות נוספות של המשפט הבינלאומי (שמרביתן לא קבלו תוקף) אשר יש להן השלכות לנושא עונש המוות בגין מעשי טרור, קבועות באמנה הראשונה הדנה בטרורדים שנחתמה בשנת 1937 (אמנה זו לא קבלה תוקף מעשי). האמנה לא קבעה

2. ראה: מ' דרורי, חקיקה באזור יהודה והשומרון - (המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי ע"ש הרי סאקר, תשל"ה), 171, VON GLAHN, G., THE OCCUPATION OF ENEMY TERRITORIES: A COMMENTARY OF THE LAW AND UNIVERSITY OF PRACTICE OF BELLIGERENT OCCUPATION, (THE MINNESOTA PRESS, 1957), PP. 199-120.

3. אף סייג זה זכה לבקורת ראה: VON GLAHN, G., OP.CIT.AT PP 120-121.

4. חובת הכובש למסור הודעה על גזרי הדין למעצמה המגינה מקורה בסעיף 47 לאמנה.

5. ראה: ש' גזית, "לקראת השנה השישית של נוכחות ישראל בשטחים המוחזקים", בעיתון בינלאומיות כרך י"א עמ' ז', י"ג.

ענישה בצד העבירות שהגדירה, ואולם באמנה נוספת שנחתמה באותו יום (16.11.37) אוזכרה בדרך עקיפין אפשרות הטלתו של עונש המוות.⁵

ג. הבסיס הסטטוטורי להטלת עונש המוות באזורים המוחזקים בידי ישראל ובבית המשפט הצבאי בלוד.

1. הבסיס הסטטוטורי להטלת עונש המוות באזורים המוחזקים הדין בסוגייה יעשה בשני מישורים, הראשון: סמכותם של בתי המשפט המקומיים המוסיפים לפעול בצד בתי המשפט הצבאיים - לגזור עונש מוות, והשני סמכותם של בית המשפט הצבאיים לגזור את העונש האמור: סמכויות שתי מערכות בתי המשפט תסקר בהשוואה למצב הקיים בארץ והתהליכים שהביאו עדיו.

בתי המשפט המקומיים - עד לשנת 1968 מוסמכים היו בתי המשפט המקומיים לגזור עונש מוות, מקום שהדין התיר להם לעשות כן. יתר על כן, מאחר שבחקיקה הפלילית נקבע לעיתים עונש המוות כעונש חובה - חייבים היו בתי המשפט המקומיים להטילו בנוסיבות המתאימות. כך, למשל, יכולים היו בתי המשפט להטיל עונש מוות על מי שהורשע בעבירה לפי תקנה 58 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945, וכן על מי שהורשע בעבירה על סעיף 215 לפקודת החוק הפלילי, 1936.⁶

בשנת 1968 החלה מסתמנת תחילת תהליך בטול עונש המוות, מבחינת סמכות הטלתו על ידי בתי המשפט המקומיים, תהליך שהתאפיין באי דיוקים ובהעדר דקות הבחנה. ראשית התהליך, בתקיפת הצו בדבר תיקון דיני העונשין בבתי המשפט האזרחיים (עונש מוות), אשר קבע:

2. "עונש מוות הקבוע בדין כעונש חובה, לא יהא עונש חובה.

3. עבירה שנקבע לה, בדין, עונש מוות, רשאי בית משפט אזרחי להטיל עונש מוות או עונש מאסר, עם או בלי עבודת פרך, לאותה תקופה שתיראה לו"

הצו כלל אף הוראת מעבר שהחילה את הוראותיו על נאשמים שבצעו עבירות שהעונש הקבוע בצידן הוא עונש מוות חובה וטרם נגזר דינם. ניכר בצו, חששו של המחוקק לבטל כליל את סמכות הטלת עונש המוות על ידי בתי המשפט המקומיים ועל כן קיימת הסתפקות בבטול העונש כעונש חובה והותרתו לשקול דעת בית המשפט.

6. דין בורמות האמורות, כמו גם ב-DRAFT CONVENTION FOR THE PREVENTION AND PUNISHMENT OF CERTAIN ACTS OF INTERNATIONAL TERRORISM ראה: 268-269, L. SHELLEF, CAPITAL PUNISHMENT,

7. סמכותם זו של בתי המשפט, לגבי העבירה הנדונה היתה תאורטית בלבד, שכן החל מכונן בתי המשפט הצבאיים לא הוגשו כתבי אישום בנין עבירות שסוגו "בטחוניות" לבתי המשפט המקומיים ועבירות על תקנה 58 נחשבו כעבירות ביטחוניות מובהקות. הסמכות האמורה מתייחסת למערכת בתי המשפט המקומיים בעזה בלבד.

8. צו בדבר תיקון דיני העונשין בבתי המשפט האזרחיים (עונש מוות) (מס' 160), תחילת 5.2.68.

9. תקופו מיום 5.2.68.

ששה חודשים מאוחר יותר, נחקק הצו בדבר בתי משפט מקומיים (עונש מוות)¹⁰, בו נקבע לאמור:

2. " על אף האמור בכל דין, עונש מוות לא יהא עונש חובה.
3. במקום שנקבע בדין עונש מוות כעונש חובה, יטיל בית המשפט עונש של מאסר עולם כעונש חובה; במקום שעונש מוות לא נקבע בדין כעונש חובה, רשאי בית המשפט לגזור על הנאשם עונש מאסר עולם או מאסר לתקופה קצובה".

אין ספק כי נסוכם של הסעיפים האמורים, מעמיד בספק את יכולתו של בית המשפט המקומי להטיל עונש מוות, הגם שכוונתו החד משמעית של המחוקק - כפי שבאה לידי ביטוי בסעיף 2 - לא היתה לשלול אפשרות זו לחלוטין, אלא להותיר את עונש מוות כעונש שבשיקול דעת. ניתן אמנם לפרש את רישת סעיף 3 כמחייבת את בית המשפט להטיל עונש מיימום של מאסר עולם והרשות בידי להטיל עונש מוות אם ימצא כן לנכון, ואולם נוסח הסעיף לוקה בחסר והמילים "יטיל" (בנוסח מנדטורי) ו"עונש חובה", מובילות למסקנה כי הפרשנות המוללית הנה, כי חייב בית המשפט להטיל עונש מאסר עולם. גם פרשנות סיפת הסעיף לפיה, הרשות הנתנת לבית המשפט להטיל עונש מאסר עולם או מאסר לתקופה קצובה, אינה שוללת יכולתו להטיל עונש מוות, נראית דחוקה - שכן אם נשללת האפשרות האמורה, כאשר העונש בדין הנ עונש רשות. המסקנה הנה, שזהו דבר חקיקה בו שני סעיפיו המרכזיים, סותרים האחד את השני, וספק רב אם לאור אי הודאות הפרשנית, כאשר בתחום המשפט הפלילי עסקינן, מוסמך היה בית המשפט המקומי להטיל עונש מוות.

סימו של התהליך המתואר בסעיף 22 לצו בדבר בתי המשפט המקומיים¹¹ שכותרתו הנה "בטול עונש המוות":

22" (א) במקום שנקבע בדין עונש מוות כעונש חובה יטיל בית משפט מקומי עונש של מאסר עולם כעונש חובה.

(ב) במקום שעונש מוות נקבע בדין כעונש שאיננו עונש חובה, יטיל בית משפט מקומי עונש של מאסר עולם או עונש של מאסר לתקופה קצובה".

הסעיף האמור הסיר את הספק שהיה קיים,¹² והיום אין מחלוקת כי בתי המשפט המקומיים אינם מוסמכים להטיל עונש מוות ואם יעשו כן יתפרש גזר הדין כחריגה מסמכות והדבר יביא לבטלותו.

בתי המשפט הצבאיים - מבחינת אלו, עומד הדין (לרבות סמכויות הענישה) בתקפו, ולמותר לציין כי תחיקת הבטחון, כנוסחה בצווי מפקד האזור, מחייבת את בתי המשפט הצבאיים; שני סעיפים מרכזיים מצויים כיום (האחד בדין והשני בתחיקת הבטחון) המסמיכים את בית המשפט הצבאי להטיל עונש מוות.

10. צו בדבר בתי משפט מקומיים (עונש מוות) (רצועת עזה וצפון סיני) (מס' 239) תשכ"ח - 1968, תחילת תקפו מיום 15.9.68.
11. צו בדבר בתי המשפט המקומיים (רצועת עזה וצפון סיני) (מס' 395) תשל"א 1971, אשר תחילת תקפו ביום 16.7.71.
12. הצו האמור בטל כמובן את הצו הקודם.

- (1) תקנה 58 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945, הדנה בעבירות של ירי לעבר אדם, זריקת פצצה, זריקת רימון יד או הפע' מבעיר מתוך כוונה לגרום מוות או חבלה לאדם או נזק לרכוש, נשיאת כלי יריה, תחמושת, פצצה, רמון יד וכו'... חבדות בקבוצה שחבר אחד או יותר בה עברו אחת העבירות המפורטות לעיל.
- (2) סעיף 51(א) לצו בדבר הוראות בטחון תש"ל - 1970, הדן בגרימת מוות בכוונה.
- הצו בדבר הוראות בטחון כולל מספר הוראות המסייגות אפשרות הטלת עונש המוות ומתייחסות לנפקות אפשרויות הטלתו, ניתן לסכם ההוראות האמורות כדלקמן:
- (א) אין אפשרות להטיל עונש מוות שעה שבעת בצוע העבירה היה הנאשם בן למטה מ-18 שנים.¹³
- (ב) אין אפשרות להטיל עונש מוות אלא אם בהרכב הדן את הנאשם היו לפחות שני שופטים שהם קצינים בעלי הכשרה משפטית.¹⁴
- (ג) גזר דין מוות חייב שינתן פה אחד.¹⁵
- (ד) נאשם המואשם בעבירה בגינה הוא צפוי לעונש מוות (ומתקיים תנאי ב' לעיל) - אין מקבלים הודאתו באשמה, ואים אותו ככופר בה והתובע חייב להביא ראיות להוכחתה.¹⁶
- אם נשווה את הקף העבירות בגין ניתן להטיל עונש מוות ואת המגבלות שנקבעו להטלתו, לסעיף 68 לאמנות ג'נבה, נבחין מיד, כי ישראל עומדת בדריקות בתנאי הסעיף ואף נטלה על עצמה מגבלות יתר. כך למשל: אין סנקציה של עונש מוות בצד עבירת הריגול, הגם שהדבר מותר על פי סעיף 68, כך גם המגבלה כי גזר הדין ינתן פה אחד, ודי בדעת מעוט כדי לסכל אפשרות הטלת עונש מוות - אינה מחוייבת על פי הוראות סעיף 68. יחד עם זאת, לא נחטבה בישראל בקורת בגין אפשרות הטלת עונש המוות בשטחים.¹⁷
- מענין לציין כי הצעת חוק ביטול עונש מוות, תש"ט - 1949 קבעה חד משמעית בטולו של עונש המוות למעט בגין עבירת בגידה שועברה בשעת חירום. משמעות הדבר - והדברים צוינו מפורשות בדברי ההסבר להצעה¹⁸ - הנה בטול עונש המוות, בתחומי מדינת ישראל¹⁹, הקבוע בצדה של תקנה 58 לתקנות ההגנה. כן מעניינת

13. סעיף 51 (ב) לצו.

14. סעיף 47(א) (8) לצו. הצו אינו מחייב שכל שופטי בית המשפט יהיו בעלי הכשרה משפטית, אלא רק כי אחד מהם יהיה כזה, לא כן הדבר שעה שמבקשים להטיל עונש מוות.

15. סעיף 47(א) (8) לצו. על ההבדל בין הטלת עונש מוות מכח צו בדבר הוראות בטחון ותקנות ההגנה - ראה להלן.

16. סעיף 27 לצו.

17. ראה רכזו הבקורת: A. PACH, "HUMAN RIGHTS. IN WEST BANK MILITARY COURTS" I.I.Y.H.R.254 וכן ראה לענין עונש המוות בשטחים מהבחינה הסטטוטורית: בזק, הענישה הפלילית דרכיה ועקרונותיה (דביר, 1981) 102-101.

18. ה"ח 15. (תש"ט 1949), 159.

19. שם, 160.

20. חוקי הכנסת כוחם יפה לשטח מדינת ישראל בלבד ולא לאזורים המוחזקים, יחד עם זאת לו נתקבלה הצעת החוק מוסתה, היתה לכך השלכה מרוחיקת לכת על נאשמים המובאים לדין בפני בית המשפט הצבאי בלוד. ראה להלן.

העובדה, כי בדיון בכנסת שקדם לקבלת החוק לתיקון דיני העונשין (ביטול עונש מוות על רצח) תשי"ד - 1954,²¹ הציע חבר הכנסת ברידבהאי, מספר סייגים להטלתו של עונש המוות ובהם הסייג על פיו לא יטול בית המשפט עונש זה אלא פה אחד,²² סייג שאומץ כאמור בצו בדבר הוראות בטחון.

בהצעת חלק מקדמי וחלק כללי לחוק עונשין חדש, שהנה פרי עבודתה של ועדת מומחים בראשות נשיא בית המשפט העליון לשעבר אגרנט,²³ נקבעו מספר הסדרים מעניינים בנושא עונש המוות. כך, אם בצד עונש המוות לא נקבע עונש אלטרנטיבי, יוטל עונש מוות או עונש מאסר עולם.²⁴ בצד עונש המוות יהיה תוך שנה מיום בו פסק הדין נעשה חלוט,²⁵ לא בוצע עונש המוות בתקופה האמורה יומר במאסר עולם.²⁶ לא יבוצע עונש מוות באישה בעת הריונה.²⁷ לסיום נציין כי באופן מעניין קבע המחוקק באזורים המחוקקים בצד בטולו הסופי של עונש המוות לגבי בתי המשפט המקומיים אף את בטול עונש המלקות.²⁸ לגבי אלו הרואים קשר ישיר בין בחינת הצדקתו של עונש המוות ובין גורמי ענישה אחרים (סטטוטוריים ושאינם כאלו), יש בכך התייחסות מעניינת של המחוקק.

2. בית המשפט הצבאי בלוד

בית המשפט הצבאי בלוד כונן ופועל מכוח תקנות ההגנה (שעת חירום) 1945.²⁹ מרבית הנאשמים הבאים בשעריו הם ערבים תושבי ישראל ואזרחיה שבצעו עבירות עלתקנות ההגנה; או ערבים תושבי השטחים שבצעו עבירות כאמור בשטח מדינת ישראל. יחד עם זאת, במקרים נדירים, מובאים לדין אף חיילים שאינם ערבים, שבצעו עבירות בנגוד לתקנות ההגנה. בכל הנוגע לסמכות הטלת עונש המוות, הרי תקנה 58 שנסקרה לעיל חלה אף לגבי דיוני בית המשפט הצבאי לוד ויפים הדברים שנאמרו לעיל. יחד עם זאת הושמעו טענות בדבר בטולה של תקנה 58 עם בטול עונש המוות בישראל בחוק לתיקון דיני עונשין (בטול עונש מוות על רצח). בעבמ"צ/84-2 / ינוס זאח' נ' התובע הצבאי הראשי,³⁰ הועלתה טענה כאמור, מפני עו"ד זכרוני, בא כוחו של אחד הנאשמים שדינו נגזר בבית המשפט הצבאי בלוד למוות. בדחותו את הטענה, קובע בית המשפט:

"יש להניח, שלו כוונת המחוקק הייתה לבטל כליל את עונש המוות היה מוצא

21. שלא אמץ את נוסח הצעת החוק ובטל את עונש לגבי עבירת הרצח בפקודת החוק הפלילי בלבד.
22. ד"כ 15 (תשי"ד), 909.
23. הצעה לחלק מקדמי וכללי לחוק עונשין חדש, משפטים י"ד (תשמ"ד) 3.
24. סעיף 77 להצעה, הגישה בה נוקטים סעיפים 51(א) לצו בדבר הוראות בטחון 58- לתקנות ההגנה היא כי מוסמך בית המשפט להטיל עונש מוות או כל עונש פחות שיראה לו, כך שאין ענישת מיומדם של מאסר עולם.
25. סעיף 78 (ב) להצעה.
26. סעיף 79 להצעה.
27. סעיף 78 (ד) להצעה.
28. סעיף 23 לצו בדבר בתי המשפט המקומיים.
29. ראה סעיפים 12-15 לתקנות.
30. לא פורסם.

הדבר ביטויו בצורה מפורשת, ולא ע"י ביטול עונש המוות על עבירת רצח בלבד. ומכאן, שבאותם חוקים בהם קיים עונש מוות - להוציא עבירת רצח - עונש זה נשאר קיים אף לאחר שבוטל עונש מוות על עבירת רצח".³¹

ד. הטלת עונש המוות הלכה למעשה

1. תחילת הדרך

כפי שבארנו לעיל, סמכות סטוטוטורית להטלת עונש מוות מצויה בספר החוקים ועל כן מסורה לבתי המשפט הצבאיים באיוזורים המוחזקים ואלו שפעלו ופועלים בתחום מדינת ישראל. גם מקרים מסמרי שיער בחומרם נקל, לצערנו, למצוא במציאות ימי קיומה של מדינת ישראל. השאלה עמה נדרשו בתי המשפט הצבאיים להתמודד - בהתייחס לנושא עבודתנו - הנה האם ומתי לגזור עונש מוות. בניגוד לדעה המקובלת, נסתיימו לא מעט משפטים בהטלת עונש מוות. לאותם המקרים נתייחס בפרק זה. מקובל לסבור כי גזרי דין שהטילו עונש מוות נתנו רק לאחר מלחמת ששת הימים, ולא היא; בשלושה מקרים נגזרו עונשי מוות, קודם לתאריך האמור:

(א) עוד בשנת 1956 - עובר למבצע קדש - ולכד איש "פדאיון" שהואשם בביצוע מעשי רצח בפני בית משפט צבאי. התביעה, דרשה הטלת עונש מוות לשם הרחקת הרוצחים האורבים בכבישים. בית המשפט בקבלו את נימוקי התביעה ובכבדו את בקשתה הטיל על הנאשם עבד אל ראזק עונש מוות. גזר הדין לא הוצא אל הפועל משך זמן מה ובמהלך אותה תקופה פרץ מבצע קדש. הנאשם נותר בכלא שאטא עד לשנת 1958, מועד בו נהדג במהלכו של מרד אסירים שפרץ בין כחלי הכלא.³²

(ב) בשנת 1956 נלכד בגסיבות זדומות לאלו המתוארות לעיל איש "פדאיון" נוסף, והועמד לדין בפני בית משפט צבאי בראשות סא"ל שמעון הבר. אף במקרה זה דרשה התביעה הטלת עונש מוות ואף הפעם נעתר בית המשפט לבקשה וגזר הדין הוטל. גזר הדין לא בוצע בסופו של דבר.³³

(ג) בשנת 1965 נלכד מתמוד בכר חיג'אזי מראשוני אנשי ארגון הפת"ח אשר נורפס לאחר שחדר לישראל ובצע מספר פגועים. חיג'אזי הועמד לדין בפני בית המשפט הצבאי תיכון והואשם בארבע עבירות על תקנה 58 לתקנות ההגנה (שעת חירום) (להלן: תקנות ההגנה), שדינה של כל אחת מהן, מיתה. חיג'אזי הורשע בכל העבירות שיוחסו לו ובית

31. עמ' 10 לפסק הדין.

32. פסק הדין על אף ראשוניותו לא פורסם מעולם בכל פרסום רשמי ואף עותקים ממנו לא נותרו בידי מזכירות בית המשפט. הפרטים המצויינים מבוססים על פרטים שנמסרו על ידי נשיא בית המשפט הצבאי בלוד זהיום - אל"מ אהרון אלפרן - שהיה אחד משופטי התרכב האמור, כפי שמונאים בעבודה סמינריונית בנושא "עונש מוות למחבלים" בנאת עזרא כהן (מרץ 1984).

33. האמור בהערה 32 יפה אף כאן. אין בידינו כל נתונים לגבי הדרך המשפטית שנקטה לשם מניעת בצועו של גזר הדין.

המשפט בקבלו את עתירת התביעה - גזר עליו עונש מוות. בערעור שהוגש כנגד הכרעת הדין וגזר הדין מספר ימים לאחר מכן, נטען - בין השאר - כי נתקפחה זכותו של הנאשם בכך שבית המשפט הצבאי סירב להעתיק לבקשת הנאשם כי ימונה לו סגנו חוקי. בית הדין הצבאי לערעורים בטל, מטעם זה, את ההרשעה והורה על דיון מחדש בפני הרכב אחר של בית המשפט הצבאי, "בדיון המחודש נתקבלו אף חלק מהטענות לענין העונש והעונש הומד ב-30 שנות מאסר."

מספר מסקנות ניתן להסיק משלושת פסקי הדין הבכורה:
 (א) התביעה הצבאית בכל המקרים דרשה עונש מוות, בלא שהוטלו עליה סייגים בדרון.

(ב) בכל המקרים קבל בית המשפט את עמדת התביעה הצבאית וגזר את העונש המבוקש.

(ג) בכל המקרים לא בוצע גזר הדין בסופו של דבר.

המסקנות האמורות, ובמיוחד השתיים האחרונות - הגם שמוסקות הן ממספר מצומצם של פסקי דין שנתנו בראשית הדרך - תמשכנה ללוות כחוט השני את פסיקת בתי המשפט הצבאיים לאורך השנים כפי שיובהר להלן.

2. עונש המיתה לאחר שנת 1967

במספר מקרים לאחר שנת 1967 הטילו בתי המשפט הצבאיים בשטחים ובישראל את עונש המיתה, על המאפיינים של פסיקת בית המשפט הצבאי נעמוד להלן. כבר כאן המקום לציין כי אף לא אחד מבין גזרי הדין הוצא אל הפועל וזאת תוך שמוש בטכניקות משפטיות שונות.

(א) תיק במל"ד/11/72 "בענין של הנאשם שחאדה חסן אלעיידה:

הנאשם הובא לדין בפני בית המשפט הצבאי בלוד והואשם בעבירות של חברות בארגון בלתי חוקי, נשיאת רימון יד וזריקת רימון יד. הנאשם הורשע בכל פרטי האישום שיוחסו לו. בטיעוניה לעונש לא עתרה התביעה הצבאית להטלת עונש מוות, למרות זאת גזר בית המשפט על הנאשם עונש מיתה. בערעור על פסק הדין הסכים בא כח התובע הצבאי הראשי כי הערעור בעניין העונש יתקבל, תוך שהוא מדגיש כי גזר הדין בבית המשפט דלמטה ניתן שלא על דעת ושלא על פי בקשת התביעה. בית הדין הצבאי לערעורים קבל את הערעור בנקודה זו והמיר את העונש בעונש של מאסר עולם.

שתי נסיבות מרכזיות, ראויות לדין והתייחסות: האחת - הנאשם היה

34. נושא מניו של סגנו זה לחיגאזי לא ירד מהפרק מאחר ושר המשפטים דחה את בקשתו למנות סגנו חוקי, כנגד החלטתו זו של שר המשפטים עתר חיגאזי לבג"צ, ראה: בג"צ 344/65 מחמוד בכר חג'אזי נ' שר המשפטים, פ"ד יט (4), 203.

35. אף תעודם של פסקי הדין האמורים לוקה בחסר ואין בנמצא עותק רשמי של החלטות בית המשפט שדנו בשני גלגוליו של התיק.

36. על עמדת התביעה הצבאית בהמשך הדרך ראה בהרחבה להלן.

37. לא פורסם.

38. שתי העבירות האחרונות בניגוד לתקנה 58 לתקנת ההגנה, אשר העונש הקבוע בצידה הינו כוזהר מיתה.

39. תיק עבמ"צ/18/72, פוצ"ע ד', 66.

צעיד לימים והשנייה - מעשיו של הנאשם לא גרמו למוות. על משמעותן של נסיבות אלו נעמוד לכשנסכם את המגמות בפסיקת בתי המשפט הצבאיים במשא הטלת עונש המוות בסיום פרק זה. אך יאמר כבר כעת; בהשוואה לפסקי דין אחרים,⁴⁰ לא היה זה המקרה להטיל את העונש החמור ביותר בספר החוקים.

ב. תיק עבמ"צ/25/72 בעניינו של יוסף מחמוד מנצור:

הנאשם יחד עם שבעה אחרים הניחו בימם 17.11.71 פצצה באוטובוס שהיה בדרכו מכפר טירה לתל-אביב, הפצצה התפוצצה וגרמה לפציעתם (הלא חמורה) של מספר נוסעים. השמונה העומדו לדין בפני בית המשפט הצבאי בלוד והורשעו בעבירות שיוחסו להם. עובר למתן גזר הדין הופרד משפטו של הנאשם מזה של חבריו, משום העתרות בית המשפט לבקשת הסגור לדרוש לגביו תסקיר קצין מבחן בשל היותו עול ימים.⁴¹ הנאשמים העקריים מבין השבעה (ובהם הנאשם המרכזי - מניח הפצצה) נדונו לעונש של מאסר עולם ואילו הנאשם בגזר דין מאוחר יותר נתחייב בדעת רב, כנגד דעתו החולקת של שופט המיעוט בעונש מיתה. במקרה זה לא נתבקש בית המשפט על ידי התביעה לגזור את העונש שגזר ומדבריה אף נשמעה עתירה שלא להטיל עונש זה. טעמיהם של שופטי הרב בגזרם את העונש החמור מכל היו:

- (1) המגעות מגזירת עונש מוות גוררת פעולות חטיפה של ישראלים ודרישת שחרור מחבלים הנתונים בין כתלי הכלא.
- (2) התביעה לא הביאה כל נימוק ענייני מדוע לא תבקש הטלת עונש מוות, פרט להסתמכות על תקדימי העבר, אך דווקא נסיון העבר מוכיח כי המגעות מהטלת עונש מוות לא הביאה להפסקת פעולות הטרור.

בערעור שהוגש על פסק הדין פרט בא כוחו של הנאשם טענות כרימון בדבר הפלייתו של הנאשם לרעה משאר חבריו ובדבר ההשפעה היתרה שהושפע בית המשפט מרצח אחד עשר ספורטאי ישראלי במינכן, ארוע שהתרחש בדיק בתקופת הביניים שלאחר מתן גזר הדין בעניינם של שותפי הנאשם ולפני גזירת דינו שלו.

בית הדין הצבאי לערעורים דחה טענות אלו כולן ואולם קבל בסופו של דבר את הערעור משלושה טעמיים מרכזיים;

עמדת התביעה הצבאית בערעור היתה למעשה הסכמה לקבלתו, במובן זה שיש להמיר עונש המיתה לעונש של מאסר עולם ובית המשפט קובע נחרצות כי:

"...שיקול כשד הוא לכל דבר להטות אוון לעמדתה של התביעה, המייצגת את הרשויות המופקדות על המערכת כולה, היודעות היטב מבית המשפט, את מערכת השיקולים הסבוכים והנפתלים, המדיניים, התועלתניים,

40. שמקצתם יובאו להלן.

41. פנצ"ע ד, 99.

42. בהתאם לסעיף 19(ג) לחוק לתיקון דיני עונשין (דרכי ענישה) כנוסחו אז.

האסטרטגיים והטקטיים הכרוכים בענין זה, העומד אמנם בזירה נבדלת, זידה של התדיינות משפטית אך שולח שרשיו לזירת ההתמודדות הכללית במערכות הבטחון הקובעות את חיי המדינה.⁴³

(ב) העובדה כי כתוצאה ממועשי הנאשם וחבריו לא נגרם מותו של אדם.

(ג) העובדה שענוש המוות לא נקבע בבית המשפט דלמטה פה אחד.

כתוצאה מקבלת הערעור, הומר ענוש המיתה לענוש של מאסר עולם.

מספר התבטאויות של בית הדין הצבאי לערעורים, בנושאים בהם יורחב הדיבור להלן, מן הראוי שיוזכרו:

(א) בית הדין בדחות את טענת ההפלייה שהעלתה הסנגוריה קובע כי

במקרה זה אין משווים בין שוים וזאת על שום היות הנאשם - בניגוד

לחבריו - אזרח המדינה ובשל כך:

"מן המערער, כאזרח המדינה, האוכל את לחמה, שותה מימיה, נוהג מחסותה ומהגנתה, מתחייבת מידה של נאמנות שאינה מתחייבת כמובן מוכרים. המבחן של זיקת האזרחות, הוא שעשוי, דוקא בעבירות כלפי המדינה, לקבוע אם מעשה מסוים יש בו משום בגידה במדינה, ובודאי שיש בו שיקול מפלה לעניין שעור הענוש".⁴⁴

(ב)

בית הדין דוחה - תאורטית - שקולים אפשריים כנגד הטלת ענוש הנובעים משקולי מדיניות ופוליטיקה כגון: השלכתו האפשרית של ענוש המוות על מעמד ישראל בזירה הבינלאומית, הפיכת המוצא להורג לדמות וסמל בעיני חבריו, בבחינת "קדוש מעונה", טענות אפשריות כנגד העדר האסתטיקה ואי הנאורות שבהטלת ענוש מוות. בעיני בית הדין, ספר החוקים הוא המחייב וכל עוד גזר דין מוות רשום בין דפיו, אין להפכו לאות מתה על ידי הבאתם בכלל החישובים של שיקולים לברי-משפטיים.⁴⁵

מגמות מספר מתבלטות מבין שורות פסק הדין:

(א) אף מקרה זה כקודמו⁴⁶ לא הצדיק הטלת ענוש מוות. יתר על כן; הנסיבות במקרה הנוכחי היו כה קיצוניות, עד כי ניתן לקבוע, כמעט ללא היסוס, כי כיום, לא היתה בנמצא כל ערכאת שיפוט (צבאית או אזרחית) הגוזרת אפילו ענוש של מאסר עולם. צרוף הנסיבות של אי גרימת מוות, העבדה שזותפי הנאשם - ואף בכירים ממנו - נשפטו לענושי מאסר עולם, העובדה כי הנאשם היה הצעיר שבחבורה, כל אלו מוליכים למסקנה כי הטלת ענוש המוות מלכתחילה לא היתה במקומה.

(ב) אף במקרה זה כקודמו - ייחס בית הדין הצבאי לערעורים משקל מכריע להסכמת התביעה הצבאית לקבלת הערעור על דרך המרת ענוש המיתה לענוש של מאסר עולם.

(ג) בית הדין הצבאי לערעורים מצייין - בבחינת תשלום "מס שפתיים"

43. שם, 104.

44. שם, 100.

45. שם, 104-105.

46. ראה לעיל תיק במל"ד 11/72.

- את האבחנה הברורה בין שקולי מדיניות אשר לא יבואו בשערי בית המשפט לבין שקולים משפטיים אשר הם בלבד המנחים את בית המשפט. מאידך, אין בית הדין נמנע מלקבל עמדת התביעה הצבאית, בין היתר, משום היותה באת כוחן של הרשויות האמורות לשקול השקולים הרלבנטיים (קרי: שקולי מדיניות), אמירה שהנה בבחינת תרתי דסתרי.

ד) אזורחותו הישראלית של הנאשם הנה נסיבה כבדת משקל בשקולי הענישה ויש בה כדי להכריע הכף במקרים מתאימים, באבחנה שבין הטלת עונש של מאסר עולם ועונש מוות.

ג. תיק עבמ"צ/62/72 בעניינו של ג'ומעה מחמוד חמאיל:

הנאשם הועמד לדין בפני בית המשפט הצבאי בלוד בגין תברות בארגון הפת"ח, הכנת מטען חבלה ונסיון להנחת מטען החבלה בתחנה המרכזית בנתניה. מקביעות בית המשפט עולה כי הנאשם התכוון להניח מטען חבלה במקום הומה אדם, אלא שזמן קצר לפני רגע ההתפוצצות המיועד שנה הנאשם טעמו ונטל את מטען החבלה לאחד מתדרי השרותים בתחנה על מנת להסיט את מחוגי שעון ההשטייה של המטען, תוך כדי הטיפול במטען החבלה, התפוצץ המטען וגרם לנאשם פציעות קשות וכוויות בכל חלקי גופו. הנאשם הודה במעשים שיוחסו לו ובדברו לעונש הביע הריטה על מעשיו אלו. בית המשפט, בדעת רב, גזר לנאשם עונש מיתה. ערעור שהוגש, כנגד גזר הדין בלבד, התקבל ועונשו של הנאשם הומר בעונש של מאסר עולם.

שלושה טעמים מונה בית הדין לקבלת הערעור:

- 1) העובדה כי הנפגע היחיד מפעולת החבלה שזמם הנאשם היה הנאשם עצמו.
 - 2) העובדה כי את מעשיו של הנאשם, עובר לרגע המכריע של התפוצצות מטען החבלה, ניתן לפרש (ולו מחמת הספק) כהתחרטות הנאשם על מעשיו.
 - ג) העובדה שגזר הדין לא ניתן על ידי בית המשפט קמא באחידות דעים.
- אף המקרה האמור כלול בקטגוריית הארועים שאינה מתאימה על פי טיבה ונסיבותיה להטלת עונש המוות, נסיבות המקרה - המיוחדות באפיין - מוליכות למסקנה שעונש של מאסר עולם ואף עונש פחות הימנו היו הולמים יותר.

ד. תיק במל"ד/23/75 בעניינו של הנאשם מוסא ג'ומעה אלטללקה:

הנאשם יחד עם חמישה אחרים הועמד לדין בפני בית המשפט הצבאי בלוד בגין מעשיו שלו ושל חבריו בארוע הידוע כ"פרשת מלון סבוי". הנאשם היה היחיד מבין הנאשמים שנטל חלק בארוע עצמו. כל חבריו הוואשמו על דרך השותפות והתכנון ולא היו בין המחבלים שחדרו למלון. הנאשם היה אף היחיד שנתנו בין החיים; שבעה מחבלים נוספים שהיו שותפים לארוע נהרגו במהלכו. כנגד הנאשם הוגש כתב אשום המייחס לו שורה ארוכה של עבירות, שהמרכזיות שבהן מתייחסות לחלקו בארוע הדמים ואחריותו לגרימת מותם של אחד עשר אנשים ופציעתם של שלשה עשר. הנאשם הורשע בכל שיוחס לו. בטיעוניה לעונש, עתרה התביעה הצבאית כי יוטל על הנאשם

47. תיק עבמ"צ/62/72, פנצ"ע ד', 107.

48. לא פורסם.

עונש של מאסר עולם, ואולם בניגוד לבקשה זו הטיל בית המשפט - בדעת דב - על הנאשם עונש מוות. בית הדין הצבאי לערעורים שדן בערעור שהוגש בנושא העונש בלבד, "דחה אחת לאחת את טענות הסנגוריה והותיר לדיון שאלה אחת ויחידה - מה המשקל שצריך לייחס לעמדה אותה נוקטת התביעה הצבאית בעתירתה לעונש במקרים כגון המקרה דנא.

בית הדין מביא שתי גישות לפתרון השאלה האמורה: הגישה האחת גורסת כי מאחר שעונש המיתה הנו יוצא דופן במהותו; הוא בוטל בישראל ולהוציא את פרשת אייכמן" לא הופעל בכל שנות קיומה של המדינה, הרי שעל בית המשפט לנהוג איפוק ולא לחרוג מעמדה מפורשת של התביעה הצבאית השוללת הטלת עונש מוות, ואולם אם מותירה התביעה הצבאית בטיעוניה שקול דעת לבית המשפט ואינה שוללת מפורשות הטלת עונש המיתה, רשאי בית המשפט לגזור. מנגד, גורסת הגישה השנייה כי אף כאשר מדובר בהטלת עונש מוות, אין לחרוג מהכללים המדריכים את בית המשפט הדין במידת העונש הראוייה. אי ביטולו של עונש המוות בגין העבירות נשוא הדיון מחייב כי בתי המשפט לא יהפכו את הלכת המחוקק להלכה שאין מורין בה. יציבות המשפט מחייבת כי לא ינתן משקל לשקולי מדיניות חולפים ועל כל פנים בידי הרשות המבצעת הסמכות והיכולת להמתיק את גזר הדין אם יראה לה הדבר לנכון.

לאחר שקילת הגישות, הגיעו ארבעה מבין חמשת השופטים בבית הדין שלערוור, למסקנה כי יש להעדיף הגישה הראשונה. שופט המעוט היה בדעה כי יש לבכר הגישה השנייה ולדחות הערעור. שופטי הרוב לא הסתפקו בהעדפת הגישה הראשונה, אלא קבעו חד משמעית:

"... אל לו לבית המשפט לגזור עונש מיתה כאשר התביעה מבקשת שלא לגזור עונש כזה!"

שלוש תופעות מרכזיות באות לידי ביטוי בפסק הדין האמור:

- (1) זהו המקרה הראשון שבא בפני בית משפט צבאי בו אין מחלוקת כי מבחינת חומרת מעשי הנאשם - ראוי היה כי יוטל עונש מוות ואף שופטי בית הדין הצבאי לערעורים (קל וחומר שופטי בית המשפט הצבאי בלוד) אינם חלוקים בנקודה זו.
- (2) זהו המקרה הראשון בו קימת דעת מיעוט בבית הדין הצבאי לערעורים הגורסת כי יש לדחות הערעור ולהשאיר עונש המוות על כנו.

49. עבמ"צ/21/76, לא פורסם.

50. ראה דעה שונה הגורסת כי מלבד מקרהו של אייכמן, אף בפרשת טוביאנסקי (1948) נעשה שמוש בעונש המוות, כך שבפנינו 2 מקרים בהם הוצאו אנשים להורג בתוקף סמכות שפוטיית: האחד מכוח החוק לעשיית דין בנאצים ועוזריהם, והשני מכח תקנות ההגנה שיושמו על ידי בית דין שדה ששאב סמכותו מתקנה 56 לתקנות:

SYMPOSIUM ON CAPITAL PUNISHMENT, I.L.Y.H.R., 237-238

51. עמ' 23 לפסק הדין.

(3) זהו המקרה הראשון בו נקבעת חד משמעית הלכה, המחייבת את הערכאות הנמוכות, לפיה בסוגיית עונש המוות, אל לו לבית המשפט לתרוג מכפי בקשת התביעה ולהטילו שענה שהתביעה עותרת מפורשות שלא לעשות כן.

ה. תיק במל"ד/83/17 בעניינם של הנאשמים מאהד וזרים יונסי:⁵² הנאשמים הועמדו לדין בפני בית המשפט הצבאי בלוד בנין שורת עבירות שבצעו בשליחות ארגון הפתח", אליו השתייכו, ששיאן - גרימת מותו של החייל אברהם ברוזמברג ביום 26.11.80. הנאשמים הורשעו בכל העבירות שיוחסו להם בכתב האישום. בטיעונו לעונש, נקט התובע הצבאי בעמדה מעניינת: בה בשעה שבקש, מן הבחינה האישית, כי יוטל עונש מוות במקרה זה, עמדו לנגד עיניו שתי מגבלות: האחת - עמדתה החד משמעית של הפרקלדרות הצבאית על פיה לא יבקש תובע הטלת עונש מוות כיוזמה עצמאית, אלא לאחר תהליך מסודר של קבלת האשורים המתאימים,⁵³ והשנייה - הלכת בית הדין הצבאי לערעורים בתיק עבמ"צ/76/21 על פיה: "אל לו לבית המשפט לגזור עונש מיתה כאשר התביעה מבקשת שלא לגזור עונש כזה"⁵⁴

בטיעונו נקט התובע בנישה הבאה:
"אני מבקש מאסר עולם. אינני שולל... עונש שהחוק קבע ואינני יכול לעשות זאת."⁵⁵

גישה זו נבעה מההנחה שהלכת עבמ"צ/76/21 חלה, רק שענה שהתביעה הצבאית, שוללת מפורשות הטלת עונש המוות ואין תחולתה פרושה על טיעון העותר לעונש של מאסר עולם, אך מותר שיקול דעת לענין הטלת עונש המיתה.

בית המשפט הצבאי בגזר דינו הגיע לכלל דעה כי:
"על פי אמות המידה והמצפון האישי של שופטי בית המשפט זה אין עונש שלו ראויים הנאשמים זולת עונש מיתה".

והשאלה היחידה - אליבא דבית המשפט - הנה האם רשאי הוא לגזור העונש האמור לנוכח הלכת עבמ"צ/76/21. כל שלשת השופטים היו מאוחדים בדעה כי המקרה דנן חמור מן המקרה שנדון בתיק

21/76. שניים מן השופטים הגיעו למסקנה כי לאור דרך הצגת עתירת התביעה לעונש, אין חלה הלכת עבמ"צ/76/21, שופט המעוט (בנקודה זו) הביע ספק אם אכן ניתן לאבחן בין המקרים, שענה שהתביעה הצבאית לא עתרה בריש גלי להטלת עונש המוות.

תוצאתו הסופית של גזר הדין בערכאה הראשונה היתה איפוא - הטלת עונש מוות פה אחד - על שני הנאשמים.

פסק הדין האמור - שניתן כנגד שני אזרחי המדינה - הכה גלים בארץ

52. לא מורסם.
53. על כך ראה להלן.
54. ראה הערה 20 לעיל.
55. עמ' 421 לפרוטקול הדיון.

והעתונות מלאה היתה כרימון פרשוניות והערכות בדבר הסיכוי כי גזר הדין יבוצע בסופו של דבר. הדעה הכללית היתה כי מדינת ישראל לא תוכל להרשות לעצמה בצונו של גזר הדין.⁵⁶ במקביל התנהלה פעילות ציבורית ערה שמטרתה להביא לכך כי התביעה הצבאית תסכים לקבלת הערעור לעניין העונש שהוגש לבית הדין הצבאי לערעורים.⁵⁷

בבית הדין הצבאי לערעורים⁵⁸ הבהיר התובע הצבאי הראשי כי עמדת התביעה הנה כי יש לקבל את הערעור להמיר את עונש המוות בעונש של מאסר עולם. הוא אף ציין כי עמדה זו של התביעה הצבאית קיימת היתה אף בעת הדיון בבית המשפט קמא. חלק ניכר מפסק הדין מוקדש למתיחת בקורת על התובע הצבאי שלא השכיל להביא בפני בית המשפט את עמדת התביעה כהויתה. בנוגע לעמדה זו של התביעה הצבאית קובע בין הדין כי אמנם אין בה כדי לחייב, אך הלכה היא מימים ימימה שבית משפט שלערוור מתייחס בכובד ראש להמלצת התביעה להקל בעונש. בית הדין מוכן במידה מסויימת את חומרת הלכת עבמ"צ/2176 בקבעו:

"אין כוונתנו לקבוע ככלל מחייב, שבשום פנים "אל לו לביהמ"ש לגזור עונש מיתה כאשר התביעה מבקשת שלא לגזור עונש כזה... "אך באין נימוקים מיוחדים לסטות מהצעה של התביעה להקל, יתחשב בית המשפט בהמלצת התביעה הכללית, ובפרט שהמדובר בהמלצה שלא לגזור עונש מיתה, העונש החמור ביותר שניתן להטיל, אשר כאמור, קיימת מחלוקת צבורית לגבי תועלתו וההצדקה שבהטלתו."⁵⁹

נמוק נוסף שנקבע על ידי בית הדין לקבלת הערעור נעוץ היה בעקרון אחידות הענישה, מתברר כי שותפם של השניים נדון - קודם לכן - בפני הרכב אחר של בית המשפט הצבאי בלוד - לעונש של מאסר עולם.

56. ראה: ב' מאירי וש' סגל, "לא מתקבל על הדעת שגזר הדין יוצא לפועל" מעריב (30.12.83), 3.

57. ראה מכתבה של פרופ' ר' גביוון בשם האגודה לזכויות האזרח בישראל המופנה לפרקליט הצבאי הראשי (5.2.84).

58. עבמ"צ/2/84 - לא מורסם.

59. עמ' 12 לפסק הדין.

3. מסקנות

משמונה המקרים בהם הוטלו גזרי דין מוות⁶⁰ אשר נסקרו לעיל ניתן להסיק מספר מסקנות. בפרק זה לא נתייחס להערכת המסקנות האמורות,⁶¹ אלא נסתפק בהצגתן בלבד:

- (א) בשנות קיומה הראשונות של המדינה לא הוטלה כל מגבלה על התביעה, ורשאית היתה - וכך אף עשתה - לדרוש ענשי מוות במקרים שיראו לה.⁶² בשלבים מאוחדים יותר נטלה על עצמה התביעה הצבאית מגבלות וסייגים,⁶³ ומיני אז ועד עתה לא עתרה התביעה מפורשות להטלת עונש המוות.⁶⁴ תאורטית, רשאי אף היום תובע צבאי לעתור להטלת עונש מוות, לאחד שקבל האשורים המתאימים לכך, אך בפועל אין נעשה הדבר.
- (ב) בכל המקרים בהם עתרה התביעה מפורשות להטלת עונשי מוות על הנאשם קבל בית המשפט את עמדתה זו וגזר העונש המבוקש.
- (ג) במקרה היחיד⁶⁵, בו עתרה התביעה במרומז להטלת עונש מוות - קיבל בית המשפט עתירה זו וגזר את העונש שנתבקש מכללא.
- (ד) בשנים הראשונות שלאחר שנת 1967 גזר בית המשפט הצבאי במספר מקרים ענשי מוות לנאשמים, בניגוד לעמדת התביעה הצבאית. חלקם הארי של המקרים הללו לא היו מתאימים בצורה קיצונית להטלת עונש מוות, ובית המשפט נטל לעצמו חרות לעשות כן, בשל־כך מתקבל הרושם - העדר נרמזות מחייבות ומסודרות בדבר הקריטריונים לגבי

60. בכתובים לא מצאנו מסמכים המתארים מקרים נוספים בהם הוטלו ענשי מוות. יחד עם זאת מסקירת העתונות עולה כי לפחות ב-3 מקרים נוספים הוטלו ענשי מוות, הכותה היא למשפטם של מחמוד אל לאפי ועזאם אל שייב שנעך בחדש אוגוסט 1970 בפני בית המשפט הצבאי בשכם. השניים נאשמו בגרימת מותם של שני תושבי שכם על רקע החשד כי הללו משתפי פעולה עם השלטונות. הרב של בית המשפט בראשות רס"ן (מיל) יצחק ברא"ז ואשר כלל (באופן מקרי) משפטן נוסף גזר על השניים עונש מוות בניגוד לבקשת התביעה אשר עתרה מפורשות להטלת עונש של מאסר עולם. מספר שעות לאחר מתן גזר הדין חתם מפקד אוור יהודה ושומרון, תא"ל ורדי, על החלטתו להמתיק את גזר הדין על ידי המרתו בעונש של מאסר עולם. שני מקרים שקדמו לכך היו גזר דין מוות שהוטל בחודש יולי 1948 על מסעוד ועזר ועלי חוסיין שהורשעו ברצח וכלל יהודי בחיפה. גזר הדין הומתק לעונש של מאסר עולם, וגזר דין מוות שהוטל על אחמד אבו בלל בפברואר 1968, לאחר שהורשע ברצחו צעיר ערבי, כעבור חודש הומתק דינו לעונש של מאסר עולם. בשל העדד נתונים משפטיים ואפשרות לבדוק נכונות הפרטים, לא הובאו המקרים האמורים בגוף העבודה. ראה בנדון: מ' שינף, "מועמד למחוזי" תדשות (18.3.88), 78 וסופר מעריב, "מה שהיה הוא שיהיה", מעריב (30.12.83), 3.

61. על כך ראה להלן - פרק ה.

62. ראה המקרים שנסקרו בסעיף 1 לפרק זה.

63. אין אנו נכנסים לתאור המגעינים שהגיעו התביעה הצבאית והממשל הצבאי להמונע מלבקש הטלת עונש מוות, המבקש להרחיב בנושא יעייין: ש' גזית, "לקראת השנה השישית של נוכחות ישראל בשטחים המוחזקים", בעיות בינלאומיות י"א, מס' 4 (1972) ז', י"ג.

64. להוציא מקרים ספורים בהם תובעים צבאיים, בניגוד להנחיות שקבלו, עתרו במרומז להטלת עונש מוות - ראה: תיק במל"ד/83/17 לעיל וראה בפרק ה' להלן.

65. ראה: תיק במל"ד/83/17 לעיל.

- המקרים בהם יש להטיל עונש מוות.
- דומה כי ראשוניותם של המקרים השליכה באופן ישיר על ענשי המוות הבלתי סבירים" שנגזרו.
- (ה) בשלבים מאוחרים יותר, התפתחה בבית הדין הצבאי לערעורים ההלכה על פיה אל לו לבית המשפט להחמיר עם הנאשם - בסוגייה זו של הטלת עונש המוות - מכפי בקשת התביעה.
- (ו) בכל המקרים - למעט אחד" נגזר עונש המוות בדעת רב, קרי: כנגד דעתו החולקת של שופט המיעוט. גזר דין שכזה אפשרי רק בבית המשפט הצבאי בלוד, כאשר אין נדרשת הכרעה פה אחד כמוצוות סעיף 47 לצו בדבר הוראות בטחון, כך שאם היו מועמדים הנאשמים לדין בפני בתי המשפט באזורים המוחזקים, היתה מצוות המחוקק מחייבת כי העונש שיוטל בסופו של דבר יהא מאסר עולם.
- (ז) בכל המקרים בהם הדרך שנבחרה לתקיפת עונש המוות היתה ערעור לבית הדין הצבאי לערעורים, נקטה התביעה הצבאית בגישה של הסכמה לקבלת הערעור לענין העונש באופן שגזר המיתה יומר בעונש של מאסר עולם. בכל המקרים הללו קבל בית הדין עמדה זו של התביעה ולא זו בלבד שלא סטה ממנה, אלא אף החשיבה כנימוק כבד משקל לקבלת הערעור.
- (ח) אף לא אחד מבין גזרי המיתה שהוטלו - בוצע, כאשר הטכניקות המשפטיות לכך הן שתיים בעיקרן: הגשת ערעור לערכאה גבוהה יותר וקבלתו, והמתקת גזר הדין על ידי הרשויות המאשרות.
- דומה, כי המגמה הכוללת ביותר הנה הכפיפות שגזרה על עצמה הרשות השופטת מפני עתירת התביעה, המייצגת בטעוניה את שקולי הרשות המבצעת. כפיפות זו טעונה דיון וליבון מיוחדים ולכך נתייחס להלן.

ה. על סף עונש המוות - שיקולי בית המשפט הצבאי באי הטלתו

1. כללי

מטרת פרק זה בחיבורנו הנה לבחון את התנמקות שעמדו בבסיס החלטותיהם של בתי המשפט הצבאיים שלא לגזור ענשי מוות, הגם שנוטיית השופטים (או חלקם) על רקע חומרת המעשים היתה לגזרו. המציאות הישראלית, זימנה, לצערנו, מקרים לא מעטים שהסעירו את הציבור בחומרתם ובאכזריותם הבלתי אנושית, ועל כן תקצר הידיעה מלפרוש את כל אותם מקרים בהם עלתה סוגיית עונש המוות לדין בפסקי דיונם של בתי המשפט הצבאיים. מטעם זה, בחרנו להתמקד במספר מקרים בולטים, אשר יש בהם כדי לגבש, בקצירת האומר, את העקרונות המנחים אשר גבשו בתי המשפט הצבאיים בהתייחסותם לסוגיית עונש המוות.

66. בלתי סבירים לאור השוואה למקרים אחרים - חמורים הרבה יותר - בהם גזר בית המשפט על עצמו איפוק ולא הטיל עונש המוות.
67. ראה: עבמ"צ/21/76/עבמ"צ/84/2 לעיל.
68. ראה: תיק במל"ד/17/83 לעיל.
69. ראה פרק ה' להלן.

2. עמדת התביעה הצבאית כנימוק לאי הטלת עונש המוות. המדיניות העקרונית, אותה נקטה התביעה הצבאית כמעט למן ראשית הדרך היתה שלא לעתור להטלת עונש מוות. המקרים הבודדים בהם בקשו תובעים צבאיים, מפורשות, בטעוניהם לעונש כי יוטל עונש מוות, היו בודדים וחריגים. ככלל מצאו עצמם בתי המשפט הצבאיים נצבים בפני מדיניות אחידה העותרת לעונש של מאסר עולם. בחלק קטן מן המקרים⁷⁰ חרגו שופטים מכפי עתירת התביעה, אך במרבית המקרים לא עשו כן. מה משקל נתנו השופטים הצבאיים לעתירת התביעה - על כך ניתן לשפוך אור באמצעות סקירת המקרים הבאה:

א. תיק רמ' / 81 / 4041 (פרשת הרצח ב"בית הדסה"):
 שלושה נאשמים הובאו לדין בפני בית המשפט הצבאי ברמאללה והואשמו בשורת עבירות בטחוניות ששיאן נטילת חלק בפגוע שנערך ב"בית הדסה", בחברון ב-2.5.80, פגוע שכתוצאה ממנו נהרגו ששה תושבים ונפצעו ששה עשר אחרים. אחד הנאשמים אף נמצא אשם קודם לכן בגרימת מותם של בני הזוג הדסה ואוריאל ברק.⁷¹
 בית המשפט הצבאי (שהרכבו כלל שלושה שופטים משפטאים) העמיד לעצמו, בבואו לגזור את הדין, שאלה אחת ויחידה - מה משקל יש ליתן לעתירת התביעה הצבאית להטיל על הנאשמים עונש של מאסר עולם, בשל אופיו המיוחד של עונש המוות. כל השופטים היו בדעה כי מבחינת חומרת מעשי הנאשמים מן הראוי היה להטיל את העונש החמור מכל, וכי אלמלא עתירת התביעה הצבאית, היה עונש זה מוטל. דעת הרב גרסה כי:
 "אין על בית המשפט לבדוק את נכונות השיקולים אשר הביאו את בא כח התביעה לנקוט בעמדה שנקט, מה גם שאין הוא יודע מה היו אותם שיקולים. ניתן להניח כי מקומם של השיקולים שבעטיים בקשה התביעה את שבקשה הוא במישור הציבורי ואין הם מאותו סוג של שיקולים אשר צריך בית המשפט לשקול על פי אמות מידה משפטיות טהורות."⁷²
 כפועל יוצא מהאמור לעיל גרסה דעת הרב הטלת עונש מוות על שלושת הנאשמים. מנגד נקבע בדעת המעוט:
 "כי בנסיבות כה חמורות, לאמור: באבחנה בין גזר דין של מוות לבין גזר דין של מאסר עולם ורק באבחנה בין שני אלה, חובה על בית המשפט לתת משקל רב לבקשתה של התביעה לגזור על הנאשמים עונש של מאסר עולם. במקרה זה, ורק במקרה זה, צריך בית המשפט... להביא בחשבון שיקולים נוספים, מעבר לשיקולים המשפטיים הטהורים."⁷³

70. ראה המקרים שנסקרו בפרק ד' לעיל.

71. פנ"צ ו (1) 259.

72. על פסק דין זה ראה להלן.

73. שם, 278-279.

74. שם, 279.

שופט המעוט, החליט ברוח הדברים האמורים לקבל עמדת התביעה הצבאית והטיל על הנאשמים עונש של מאסר עולם. מאחר ולא התקיים התנאי השני הקבוע בסעיף 47(א)(8) לצו בדבר הוראות בטחון תש"ל - 1970, כי עונש המוות יוטל פה אחד, היתה תוצאתו הסופית של גזר הדין - הטלת עונש של מאסר עולם.

ב. תיק במל"ד / 12 / 79" (פרשת "אוטובוס הדמים בכביש החוף")

שני נאשמים הובאו לדין בגין כתב אישום אשר יחס להם נטילת חלק בפעולת טרור אשר כללה חטיפתו של אוטובוס על נוסעיו, חטיפה שסופה מותם של 34 אזרחים ופציעת 72 אחרים. שני הנאשמים היו בעת ביצוע העבירות - בהן הורשעו - קטינים, ובהתאם לסעיף 49 לחוק הנוער (שפיטה), ענישה ודרכי טיפול) תשל"א-1971 כפי שהיה בתוקף באותה עת, מנוע היה בית המשפט מלהטיל עליהם עונש מוות בשל קטינותם. אגב אורחא, נדרש בית המשפט לסוגיית גזירת עונש המוות לאור עמדת התביעה הצבאית⁷⁵ וקבע לאמור:

"תהא הגישה אשר תהא, ביהמ"ש הוא שמחליט בסופו של דבר, תוך שקילת העובדות והנסיבות ויתר השיקולים הקשורים לתורת הענישה וקביעת העונש, וזהו כלל אוניברסלי במערכת המשפט שלנו. במילים אחרות; ביהמ"ש הוא סוברני בקבלתה או אי קבלתה של עמדה זו או אחרת".

אין ספק כי נקל היה לקבוע עמדה כאמור, כאשר המניעה התוקית להטלת עונש המוות משמשת כמגן.

העמדה האמורה - שיש בה לדעתנו לשמש העמדה הנכונה - נקבעה, כאמור, אגב אורחא וללא נפקות מעשית למקרה הנדון.

ג. תיק במל"ד / 81 / 47" (פרשת רצח בני הזוג הדסה ואוריאל ברוק ז"ל):

הנאשם אשר הובא לדין בפני בית המשפט הצבאי בלוד, הודה והורשע בגרימת מותם בירייה של בני הזוג הדסה ואוריאל ברוק באזור בית ג'וברין בחודש פברואר 1979. נאשם זה אף הורשע (לאחר מכן) בנטילת חלק בפרשת הרצח "בבית הדסה" בחברון. התביעה הצבאית - נאמנת לעמדתה המסורתית - עתרה להטלת עונש של מאסר עולם. בית המשפט הצבאי - הגם שסבר שמן הדין והצדק היה להטיל עונש מוות במקרה זה - נעתר לבקשת התביעה בקבעו:

"לולא עמדת התביעה היינו שוקלים בכובד ראש הטלת העונש המירבי בחוק למקרה זה, הוא עונש מיתה, אלא שבלשונו של ר' שבמנון בן שטח נאמר לו לנאשם "אבל מה נעשה שאין דמך מסור בידיו". שהרי על אף היות העונש הקבוע בתק' 58 עונש-מיתה, משבקשה התביעה

75. לא פורסם.

76. התביעה הצבאית בטיעונה כללה שני נימוקים להטלתו של עונש מאסר עולם בלבד: האחד - היות הנאשמים בעת ביצוע העבירות - קטינים, והשני - כי משקולי מדיניות אין להטיל עונש מוות. בית המשפט נדרש לסוגייה בהתייחסו לנימוקה השני של התביעה.

77. עמ' 31 לפסק הדין.

78. לא פורסם.

79. ראה לעיל.

להטיל על הנאשם מאסר עולם בלבד "אל לו לביהמ"ש לגזור עונש מיתנה כאשר התביעה מבקשת שלא לגזור עונש זה" (לשון הרוב של בית הדין הצבאי לערעורים בעבמו"צ/21/76)⁸⁰.

ד. תיק עו' / 85 / 351 (פעילות ארגון הפת"ח ברצועת עזה בשנים 1984-1985):

בתיק זה הועמדו לדין בפני בית המשפט הצבאי בעזה עשרה נאשמים אשר הואשמו בפעילות במסגרת אגון הפת"ח ברצועת עזה במהלך השנים 1984-1985. פעילות זו כללה בצוע פגועים ומעשי חבלה שונים ושיאם - שלושה מעשי רצח של תושבים מקומיים בהם ראש עיריית רפיח דאז. מנהיג החולייה ומי שנטל חלק בכל הפגועים - נאשם מס' 2 - הודה בכל האשמות שיוחסו לו ובדברו האחרון לעונש תחת לבקש רחמי בית המשפט נשא נאום הוצב להבות בדבר זכותו זכות אחרים לפעול להשגת מטרותיהם בכח הנשק ובניגוד לחוק, שאין הוא וחבריו מכירים בו. בית המשפט הצבאי (אשר בהרכבו נכללו 2 שופטים משפטיים) נדרש ארוכות לנושא עונש המוות, ודעות השופטים נחלקו בנדון. שניים משופטי המותב גרסו כי האכזריות שאפיינה את מעשי הנאשם יש בה כדי להצדיק הטלת עונש המוות. כאשר להבט הציבורי הנלווה להטלת עונש המוות קבעה דעת הרוב:

"הגיע הזמן כי בתי המשפט הצבאיים יפסיקו לומר כי עונש מוות הוא עונש ראוי על מעשי רצח, אך בסופו של דבר ימנעו מלגזור, וראוי שיתחילו לגזור אותו באותם מקרים בהם הם סבורים כי חומרתם של המעשים מצדיקה גזר דין מוות... אין בדעתנו להיות שותפים לזיכוח הציבורי בעד או נגד עונש מוות. כאשר המתוקק קבע עונש זה כעונש על ביצוע עבירות מסויימות הביע בכך את דעתו שביהמ"ש אשר שקול דעתו מנתה אותו להטיל עונש זה, לא יעשה בכך מעשה הנוגד את עמדת המתוקק".⁸¹

שופט המיעוט גרס, מאידך גיסא, כי יש לגזור במקרה זה עונש של מאסר עולם וטעמיו שלושה:

1. את עונש המוות יש להותיר לאותם מקרים מזעזעים בקצוניותם או חומרתם (כגון: הרג ילדים או הרג המוני) ואין מקרה זה בכללם.
 2. נאשמים אחרים אשר נטלו חלק במעשי הרצח ודינם נגזר - נדונו לעונש של מאסר עולם.
 3. התביעה הצבאית לא בקשה להטיל עונש מוות, ולא נתקיימו הנסיבות המצדיקות סטייה מבקשת התביעה.
- סוף דבר - על הנאשם הוטל עונש של מאסר עולם.
- ה. תיק רמ' / 85 / 4203 (פרשת רצח אהרון אבידן ז"ל ואחרים):
- הנאשמים, במקרה זה, הועמדו לדין בפני בית המשפט הצבאי

80. עמ' 4 לגזר הדין.

81. לא פורסם.

82. עמ' 80 לפרוטוקול.

83. לא פורסם.

ברמאללה בגין שורת מעשי פגוע ורצח של תושבים מקומיים ושל אזרחי ישראל - אהרון אבידר ו"ל. התובע הצבאי בטייענויו לעונש חרג, במידת מה, מעמדתה המסורתית של התביעה הצבאית והגם שבקש כי יוטל על הנאשמים עונש של מאסר עולם, התייחס בטייענויו למקרה קודם בו דן בית המשפט הצבאי ברמאללה את רוצחיהם של רוזיטל סרי ורון לוי ז"ל (פרשה שנודעה בכנוי "פרשת קרמזיאן")⁸⁴ לעונש של מאסר עולם בקבעו (ליתר דיוק: בחזרו על) ההלכה לפיה אין בית המשפט נוהג לחרוג מכפי בקשת התביעה הצבאית ומשזו עותרת לעונש של מאסר עולם, רואה עצמו בית המשפט פטור מלדון בשאלת הטלת עונש המוות. התובע הצבאי, בהתייחסו לההלכה האמורה, טען כדלקמן:

"אמנם גם הפעם מבקשת התביעה עונש מאסר עולם, אך אנו מבקשים שבית המשפט לא יחזור על הדברים הנ"ל. בית המשפט בישראל אשר צריך לקבוע הנורמות וכללי ההתנהגות ולהורות לנו את הדרך בה נלך. בית המשפט מעולם לא פסק על סמך מה שאחרים בקשו ממנו. אני מבקש מבית המשפט הנכבד להכנס בעבי הקורה ולדון לגופו של ענין".

ולאחר שמנה התובע שורת קרבנות ארוכה במעשי טרור הוא סיים בבקשה: "אני מבקש מבית המשפט הנכבד לשים על כפות המאזניים את בקשת התביעה, את מצוות המחוקק ואת שורת קרבנות הטרור".

למרות ה"פתח" שנפתח לו לבית המשפט להאזין בטייענוי התביעה (אם בכלל דרוש "פתח מעין זה) נקט בית המשפט הצבאי בעמדה המסורתית ואף נסח הדברים בריש גלי בקבעו:

"כידוע, ענין הטלת עונש מוות על רוצחים הינו נושא השנוי במחלוקת בחברה הישראלית כולה ועד כה לא נפלה החלטה אם התביעה הצבאית תבקש במקרה זה או אחר לגזור את העונש המירבי הקבוע בחוק. אם תנתן הוראה מן הסוג דגן בעתיד יצטרך בית המשפט להתמודד ולהתייחס אל אותה הוראה ולגזור את דינו של הנאשם בהתאם לחומרת מעשיו, עמדת התביעה הצבאית וכל יתר הנסיבות הקשורות למקרה. נוכח כל האמור לעיל לא נראתה לנו משאלת התביעה בדבר גזירת העונש שהיא עצמה בקשה, וזאת על מנת לחייב בעקיפין גורמים אחרים בתרומה חדשה או בקבלת החלטות בנושא זה".⁸⁵

את פסק דינו מסיים בית המשפט באמרה, שעל רקע האמור לעיל, עולה הרושם כי אינה אלא בבחינת "מס שפתיים", כדלקמן:
"מהאמור לעיל אין להסיק כי בית המשפט הינו מוגבל על פי החוק מלגזור את העונש המירבי".⁸⁶

84. תיק רמ' / 2135 / 84 - לא פורסם.

85. עמ' 11 לפרוטוקול.

86. עמ' 12 לפרוטוקול.

1. תיק במל"ד/7/86" (פרשת רציחתם של זלמן אבולניק, מאיר בן יאיר,

מיכל כהן, מרדכי סויסה ועדנה הרדי ז"ל):

באחד התיקים החמורים ביותר של העת האחרונה, הועמד נאשם לדין בפני בית המשפט הצבאי בלוד כאשר התביעה מייחסת לו אחריות לגרימת מותם של זלמן אבולניק, מאיר בן יאיר ומיכל כהן ז"ל בחדשים מרץ ויוני 1985, השתתפות פעילה בגרימת מותם של עדנה הרדי ומרדכי סויסה ז"ל באוקטובר 1985 וכן פקוד על חוליית מחבלים שבצעה מעשי פגוע רבים ומסוכנים שגרמה לפציעת רבים. בית המשפט הצבאי סכם דעתו לגבי התרשמותו מהנאשם בפסקה הבאה:

"ניתן לסכם שבפנינו רוצח חסר מצפון אשר לא בהל באמצעים, ואשר ללא כל הבחנה פגע בבני אדם, גם כשהם מבני עמו, כשמרבית קרבנותיו אינם מזויינים, וזאת תוך השתוללות שלוחת רסן אך ארוכת טווח. מן הראוי אם כן למצות את דינו של רוצח צמא דם זה"⁸⁷.
על רקע האמור - ניתן היה לצפות לדין כלשהו בסוגיית עונש המוות, משום כך מפתיעה התייחסותו הלקונית והבלתי מנומקת של בית המשפט לנושא בקבעו:

"התביעה מבקשת שנטיל עליו מאסר עולם לאחר שהתייעצה כדבריה עם גורמים נוספים ושקלה את בקשתה. לאור בקשה זו של התביעה לא נתן לנו אלא להטיל עונש כולל של מאסר עולם"⁸⁸. (הדגשות שלנו ע.ב.).

2. תיק במל"ד/55/86 א"י" (פרשת רצח החייל משה תמם ז"ל)

שני הנאשמים אשר הובאו לדין אורחי מדינת ישראל ותושביה - בפני בית המשפט הצבאי בלוד הודו באשמות שיוחסו להם, שכללו פעילות מזויינת במסגרתו של ארגון הפת"ח ששיאה הטיפות ורציחתו של החייל משה תמם ז"ל באוגוסט 1984. הפרשה, אשר הסעירה את דעת הקהל בישראל הן בשל אכזריות המעשה והן בשל זהות מבצעיו (אורחי ותושבי ישראל), זכתה - באופן מפתיע - להתייחסות קצרה ובלתי מעמיקה מצד בית המשפט הצבאי בכל הנוגע למימד הענישה. קביעת בית המשפט בנושא זה היתה כדלקמן:

"העונש שיש להטיל על כל אחד מהנאשמים צריך להביע את אותו מימד של הרתעה המחוייב כלפי אורחי המדינה המבקשים לפגוע ולבצע מעשי טרור אם כנגד אורחים שלווים או נגד חיילי צה"ל הנעים בדרכים. התביעה הצבאית מבקשת שנטיל עונש מאסר עולם וזאת לאתר שהתייעצה עם הגורמים המוסמכים. בהתחשב בעמדה זו של התביעה ולאור הפסיקה הקיימת בדון זה אנו גוזרים על כל אחד

87. לא פורסם.

88. עמ' 3 לפסק הדין.

89. שם.

90. לא פורסם.

מהנאשמים בגין כלל העבירות בהן הודשע, עונש כולל של מאסר עולם"י.

ח. תיק שב/5000/87 א"י (פרשת רצח אלברט בוכריס, רס"ד ג'מיל פארס וראש עיריית שכם ועפר אל מסרי ז"ל):

בפני בית המשפט הצבאי בשכם הועמדו לדין שני נאשמים אשר הודו והורשעו בפעילות חבלנית במסגרת ארגון החזית העממית אשר כללה בין היתר את גרימת מותם של אלברט בוכריס ז"ל ביוני 1985, שוטר מג"ב ג'מיל פארס ז"ל בינואר 1986 וראש עיריית שכם - ועפר אל מסרי ז"ל במרץ 1986. כן הורשעו הנאשמים בגסיונות לגרימת מותם ופגיעתם האנושה של שלושה אחרים. מטבע הדברים צפה ועלתה בגזר דינו של בית המשפט שאלת העונש לו ראויים הנאשמים בהתחשב בבקשת התביעה הצבאית אשר עתרה להטלת עונש של מאסר עולם וזאת מטעמים לבר משפטיים. סוגיית התייחסותה של המערכת השפוטיית לטעמים לבר משפטיים היתה קו החיץ אשר הפריד במקרה זה בין שופטי הרוב לבין שופט מעוט. שופט המיעוט גרס כי:

"טעמים לבר משפטיים אינם ראויים לאימוץ על ידינו שכן אנו יושבים כבית משפט ולא כגוף לבר משפטי, ואם סבור המחוקק שיש טעמים המצדיקים המנועות מהטלת גזר דין מוות היה ראוי שיבטל עונש זה מספר החוקים. אך הואיל ולא עשה כן... לא יתכן שעונש זה יהיה כאות מתה בספר החוקים ולא יוטל במקרים ראויים. המקרה דנן... ודאי מחווה מקרה ראוי למיצוי סמכותנו"⁹¹.

שופטי הרב - שדעתם חרצה את הדין - סברו אחרת: "לדעת שופטי הרוב יש להתחשב בבקשת התביעה ולחתת לה משקל רב. כאשר התביעה מבקשת מאסר עולם, בעוד שהעונש המירבי הוא גזר דין מוות, הרי במקרה זה, ורק במקרה זה, יש להביא בחשבון את השיקולים הנוספים, מעבר לשיקולים המשפטיים גרידא"⁹².

ט. תיק עז/251/87 (פרשת רצח חיים אודן וישראל קיטרו ז"ל): שני נאשמים הובאו לדין בפני בית המשפט הצבאי בעזה בגין פעילות במסגרת ארגון ה"ג'יהאד האסלאמי". פעילותם העקובה מדם של הנאשמים כללה את גרימת מותם של חיים אודן ז"ל בספטמבר 1986 ושל ישראל קיטרו ז"ל באוקטובר 1986 וכן ניסיונות נוספים לרצח. הנאשמים הודו באשמה ולא הביעו כל חרטה על מעשיהם. גזר דינם של הנאשמים - שארוך ומפורט הינו - מכיל התייחסות לעמדת בית המשפט כלפי עתירת התביעה הצבאית בסוגייה דעסקינן. שניים מן השופטים בהתייחסם לעתירת התביעה להטיל עונש של מאסר עולם: "סברו שאלמלא עמדה זו, שמשקפת למעשה את הנורמה הגבוהה

91. עמ' 4-5 לפסק הדין.

92. לא פורסם.

93. עמ' 2 לפסק הדין.

94. שם.

95. לא פורסם.

בישראל בתורה שבע"פ, מן הראוי היה לגזור על הנאשמים את העונש המיירבי הקבוע בחוק והוא מיתה".⁹⁶
 כל שופטי המותב היו בסופו של דבר בדעה כי משקבעה התביעה עמדתה ושללה בקביעתה את הטלת עונש המוות אל לו לבית המשפט להחמיר מכפי בקשת התביעה, והעונש שהוטל פה אחד היה - מאסר עולם.

י. פרשת רצח דוד מנוס ז"ל:⁹⁷

ביום 23.10.86 נגזר דינם של שני נאשמים על ידי בית המשפט הצבאי בשכם. שני הנאשמים הורשעו בחטיפתו וגרימת מותו האכזרית של החייל דוד מנוס ז"ל נובמבר 1984. עמדת התביעה הצבאית, כמקובל מימים ימימה - היתה כי יש להטיל על הנאשמים עונש של מאסר עולם. עמדה זו הביאה להעדר אחידות דעים בין שלושת שופטי המותב. גזר הדין מפרט בהרחבה את חילוקי הדעות בסוגייה:
 "דעת המיעוט היא כי נוכח מעשה הרצח החמור, הנפשע והנתעב ולאור קביעתו הברורה של המחוקק, ראוי להטיל על הנאשמים את העונש המיירבי הקבוע בחוק, ולא לבדוק את שיקולי ב"כ התביעה ביחס לעתידה שעתה. שופט המיעוט סובר כי שיקולי התביעה בעתידתה, אינם צריכים לשמש את בית המשפט, אשר מחובתו לשקול את גישתו על פי אמות מידה משפטיות טהורות גרידא... דעת הרב היא כי דווקא בגין האבחנה שבין גזר דין מוות לגזר של מאסר עולם, צריך בית המשפט ליתן משקל רב לבקשתה של התביעה כי ייגזר על הנאשמים עונש של מאסר עולם בלבד. על כן, במקרה שכזה, ואך ורק במקרה שכזה, על בית המשפט לקחת ולהביא בחשבון שיקולים נוספים, שהם מעבר לשיקולים המשפטיים הטהורים".⁹⁸
 הפועל היוצא מהאמור לעיל הוא כי ברב דעות נגזר על הנאשמים עונש של מאסר עולם.

יא. תיק שב' / 86 / 5123 א' (פרשת רצח החייל עקיבא שאלתיאל ז"ל):
 בגזר דין שיצא בעת האחרונה מתחת ידי בית המשפט הצבאי בשכם,⁹⁹ שבה ועלתה שאלת ההתייחסות הענישתית למקרים מזעזעים בחומרתם וקצוניותם. הנאשם - תושב כפר קאסם ואזרח ישראל - הובא לדין בגין גרימת מותו האכזרית השל החייל עקיבא שאלתיאל ז"ל. גרימת המוות נעשתה על ידי חניקת החייל בחבל וריצוף גלגלתו באמצעות אבנים, לאחר שסברו הנאשם וחבריו כי מת החייל התעללו משך זמן רב בגופה. משפטו של הנאשם הופרד ממשפטם של שותפיו למעשה, אשר דינם נגזר קודם לכן - בהתאם לעתירת התביעה - לעונש של מאסר עולם.
 אף במקרה זה עתרה התביעה לעונש האמור כאשר אחד מנימוקה

96. עמ' 4 לפסק הדין.

97. עותק גזר הדין שהגיע לדינו אינו מכיל את מספר תיק בית המשפט.

98. עמ' 4 לפסק הדין.

99. גזר הדין ניתן ב-10.12.87 - לא פורסם.

היה אחידות העונש והשוואתו לעונשם של שותפי הנאשם. דעת הרב דחזקה עמדתה זו וקבעה כי המדובר במעשה שאין חמור ממנו וכי רק עונש המוות יהלום את שיקולי הענישה הראויים. שופט המיעוט החליט שאין מקום בסוגייה זו לסטות מבקשת התביעה ועל כן החליט כי העונש שיוטל היה עונש מאסר עולם וזו היתה תוצאתו הסופית של פסק הדין. מן הראוי להתייחס לבקורת הנוקבת שנתכה על התביעה הצבאית מידי בית המשפט בגין עתירתה להשוואת הענישה. בנוגע למוק זה קובע בית המשפט:

"בית המשפט (בתיק שותפי הנאשם - ע.ב.) קבע כי התביעה בקשה מאסר עולם ואין תימה שבית המשפט הטיל שם מאסר עולם ואף ציין כי מן הדין להטיל עונש מוות, אך תוך לבטים כובדה בקשת התביעה. לכן אין ביסוס לטענה בדבר אחידות הענישה, אילו היתה התביעה ערה לפרחה שבדבריה היתה מבקשת עונש מוות" למותר לציין - ולכן נתייחס להלן - כי תמוהה מאד עמדה זו של בית המשפט הצבאי, וכי עמדת התביעה היא שמשמשת בסיס להשוואת הענישה או שמא פסק דינו של בית המשפט? העובדה שבית המשפט בתיק הקודם סמך ידו על עמדתה של התביעה הצבאית אין משמעה אלא שבכך פסק דינו ואמר דברו בסוגיית העונש. כלום חייב היה - משפטית - בית המשפט לכבד בקשת התביעה הצבאית? ואולם, יש בכך כדי לבטא היטב את המדיניות הנקוטה כיום בידי בית המשפט הצבאיים שאת ההתייחסות המשפטית כלפיה ונביא להלן.

3. נימוקים נוספים לאי הטלת עונש המוות.

כעולה מסקירת פסקי הדין עד כה הרי שעמדתה העקיבה של התביעה הצבאית שלא לגזור עונש מוות אף במקרים חמורים וקיצוניים ביותר, שמשה כראש וראשון לנמוקי בתי המשפט הצבאיים שלא הטילו בסופו של דבר את עונש המוות שבסמכותם היה לגזור. יחד עם זאת, לא היה זה הנימוק הבלעדי. נימוקים אחרים אשר בחלקם הנם בגדר של מניעה חוקית להטלת עונש המוות, יסקרו להלן:

(א) העדר אפשרות הטלת עונש המוות בשל הרכב בית המשפט:

כפי שכבר נזכרנו, התביעה הצבאית, בעתירתה לאי הטלת עונש המוות, שמשה פה לשקולים שבסיסם במדיניות פרגמטית ולא בשקולי ענישה משפטיים. החשש שמא יוטל על ידי בתי המשפט הצבאיים עונש מוות ובכך יאלץ את המערכות המדיניות לתמוננים שונים, הביא בראשית הדרך ליצירת מצב בו הורכבו מראש בתי המשפט הצבאיים כך שימונע מהם - סטוטוטורית - לגזור עונש מוות.¹⁰⁰ קרי: המותבים נקבעו ככוללים שופט משפטאי אחד בלבד. בכך בקשו מעצבי המדיניות למנוע מצבים - אשר קרו במקרים נדירים - בהם מותב מקרי של בית המשפט לא נעתר לעמדת התביעה וגזר עונש מוות.

ראוי לציין כי בכל אותם מקרים חמורים - בראשית הדרך - בהם הרכב

100. מ' דרורי, החקיקה באזור יהודה והשומרון, 172.

נטול סמכות לגזור עונש מוות דן במקרה חמור במיוחד, צויינה העובדה כי אלמלא הרכבו של בית המשפט נגזר היה עונש המוות, כך למשל בתיק עז' / 70 / 301¹⁰¹ קובע בית המשפט:

"יצויין כי אילו היתה לבית המשפט זה הסמכות להטיל עונש מוות על הנאשמים, היה שוקל בכובד ראש הטלת עונש זה, ולפיכך נהנים הנאשמים מסמכותו המוגבלת של בית המשפט. אילו הקל בית המשפט זה ולא מיצה את מלוא סמכותו כלפי הנאשמים היה זה זלוזל בקדושת חיי האדם"¹⁰².

וברוח דומה נפסק בתיק ח"י / 17 / 204¹⁰³:

"הרובע הסביר כי בימ"ש זה הורכב מלכתחילה, מתוך כוונה, שלא תהיה אפשרות להטיל עונש מוות אשר זהו העונש המגיע לנאשמים אלה בכך, לדעתנו, מוצתה כל רחמנות אפשרית, אם בכלל מגיעה רחמנות, ולדעתנו לא מגיעה במקרה זה"¹⁰⁴.

כמובן שהתבטאויות כאמור הינן אגב אורחא ונעדרות כל נפקות ממשית.

(ב) גילו של הנאשם כמנוע הטלת עונש מוות:

כפי שפרטנו לעיל, נטל על עצמו המחוקק בשטחים מגבלה הבאה לידי ביטוי בסעיף 51(ב) לצו בדבר הוראות בטחון תש"ל - 1970, והעולה בקנה אחד עם עמדת המשפט הבינלאומי בסוגייה על פיה לא יוטל עונש מוות על מי שבעת ביצוע העבירה היה למטה מגיל 18. אף בישראל המצב המשפטי זהה - סעיף 25(ב) לחוק הנוער (עבירות שיפוט ודרכי ענישה) התשל"א - 1971 אוסר הטלת עונש מוות על מי שהיה קטין בעת ביצוע העבירה.¹⁰⁵ הפועל היוצא הנו כי הן בשטחים והן בישראל (בתי המשפט הצבאיים שפעלו ופועלים בתחום מדינת ישראל) לא ניתן להטיל עונש מוות על מי שביום ביצוע העבירה היה קטין. אחד המקרים הבולטים ביותר בו ניתן תוקף למגבלה הנו פסק הדין בתיק במל"ד / 79 / 12 (פרשת "כביש החוף") אשר נסקר על ידינו לעיל: במקרה זה היה אחד הנאשמים למטה מגיל 18 בעת ביצוע העבירה ואילו לגבי הנאשם השני התעורר ספק בדבר גילו בעת ביצוע העבירה, ספק שפעל מטבע המשפט הפלילי - לטובתו. בית המשפט הדגיש היטב כי בשל סיבה משפטית-טכנית זו מנוע הוא מלהטיל עונש המוות.¹⁰⁶

מקרה נוסף בו הוחלה מגבלת הגיל ארע בתיק עז' / 70 / 495¹⁰⁷ שענינו פגועים שבוצעו על ידי חולייה של ארגון החזית העממית בראשית

101. לא פורסם.
 102. עמ' 130 לפרוטוקול.
 103. לא פורסם.
 104. עמ' 79-80 לפרוטוקול.
 105. דיון מפורט יותר בסוגייה ראה: י' קדמי, על סדר הדין בפלילים, (חלק ב') (דיוון תשמ"ד - 1984), 403.
 106. עמ' 31 לפסק הדין.
 107. לא פורסם.

שנות השבעים בעזה, אשר כתוצאה מהם קפח חייו חייל צה"ל. ראש החולליה ומבצע הרצח היה בעת בצוע העבירות למטה מגיל 18, בית המשפט הצבאי לא החמיץ ההזדמנות להתייחס למצב ההיפותטי בו היה דן בענינו של נאשם בגיר: "מזלו של נאשם מספר 1 שהוא למטה מגיל 18, אילו היה נאשם זה מעל לגיל 18, יתכן מאד והיינו פוסקים לנאשם מספר 1 עונש מוות".¹⁰⁸

ג. התפיסות המוסריות המנחות את מדינת ישראל כמדינה יהודית: במספר פסקי דין, בראשית הדרך, הדגישו בתי המשפט הצבאיים את תפיסותיה המוסריות של מדינת ישראל כמדינה יהודית כשיקול כבד משקל לאי הטלת עונש המוות, כך למשל בתיק עז' / 652/70¹⁰⁹ קבע בית המשפט לאמור:

"בית המשפט הצבאי הוא אחת הזרועות השיפוטיות של מדינת ישראל, ולכן על אף העובדה שסמכותו לגזור עונש מוות במספר עבירות מוגבלת רק על ידי הרכבו, הרי הקונצפציות המוסריות של מדרשתה היהודית של המדינה הן שמנחות ומדריכות אותו, ובמורשתו סנהדרין שגזרה עונש מוות כונתה "סנהדרין קטלנית".¹¹⁰

על הלכה דומה חזר בית המשפט הצבאי בתיק עז' / 959/70¹¹¹ העדר ערכאת ערעור:

ד. אין ספק כי העדרה של ערכאת הערעור באזורים המוחזקים שימשה נמוק כבד משקל לאי הטלתו של עונש המוות. האחריות - הכבדה אף כך - על הערכאה הראשונה והיחידה הפכה כבדה שבעתיים, בידעה שהחלטותיה אינן עוברות תחת שבט בקורתה השפוטי של ערכאת הערעור, ויפים הדברים בבחינת קל וחומר כאשר בדיני נפשות (תרתו משמע) עסקינן. משום כך, תמוה הדבר, שנמוק זה כמעט ואינו נזכר בפסקי דינם של בתי המשפט הצבאיים. חיפושיו העלו מקרה אחד ויחיד בו נזכר הנמוק האמור, הוא המקרה שנדון בתיק עז' / 252/87, 251¹¹² בית המשפט הצבאי קובע בסיום פסק הדין:

"בשולי הדברים מבקשים כל שופטי המותב לציין את הוטל הכבד המוטל על בית המשפט הצבאי באזור בבואו לשקול גזירת עונש מוות על נאשמים. זאת נוכח העדר ערכאת ערעור לבית המשפט זה, כך שלא קיימת בקורת שפוטיית על החלטות בית המשפט, שהיא הכרחית במקרים כגון אלה".¹¹³

108. עמ' 5 לפסק הדין.
109. לא פורסם.
110. עמ' 54 לפרוטוקול.
111. לא פורסם.
112. ראה סקירתנו לעיל.
113. עמ' 5 לפסק הדין.

יתכן והחלטתו מהעת האחרונה של בית המשפט העליון בבג"צ/85/87 ג'מאל ארנ'וב ואח' ג' מפקד כוחות צה"ל לאור יו"ש ואח"י שנושאו שאלת הנהגתה של זכות ערעור, ובמסגרתה הקמתה של ערכאתה ערעור באזורים המחוקקים,¹¹⁴ והעובדה כי ערכאת הערעור בשטחים בעתיד הנראה לעין, תייתר את הצורך להשתמש בנמוק זה כמחסום בפני הטלת עונש המוות (ודוק: תייתר השמוש בנימוק, אין אנו סבורים לאור מגמות פסיקת בתי המשפט הצבאיים, נכון לעתה, כי תשנה את הגישה מיסודה).

ה. שיקולים ספציפיים לגופו של ענין.

למותר לציין, כי מעבר לנמוקים העקרוניים שאמצו בתי המשפט הצבאיים כתמיכה לגישתם בדבר אי הטלת גודי דין של מיתה, מצויים תמיד היו בידיהם הנמוקים המיוחדים לתיקים עצמם השאובים מעובדות המקרה הנדון ומהקשר הדברים. כך למשל נקבעו נמוקים של: אחידות הענישה והשוואת ענשו של הנאשם לענשי אחרים שפעלו במסגרת אותו ארוע (תיק עז/351/85), העובדה כי כתוצאה ממעשי הנאשם לא נגרם מוות (עבמ"צ/25/72), העובדה כי הנאשם נפגע פיסיית כתוצאה ממעשיו החבלניים (עבמ"צ/26/72), העובדה כי ניתן להסיק מדברי הנאשם או ממעשיו כי הוא מתחרט על מעשיו(עבמ"צ/26/72) כל הנימוקים הללו הנם נמוקים חשובים במסגרת שקולי הענישה בכלל, ובמסגרת נושא עבודתנו בפרט. יתרום (לגבי בית משפט המבקש להאחז בנימוק נוסף לבד מעקיבה אחר עמדת התביעה) בהיותם מעוגנים בעובדותי המיוחדות של המקרה ובהעדר העקרוניות שבהם.

ו. נימוקים נוספים.

ניתן להעלות על הדעת נימוקים ענייניים נוספים להמונותם העקבית של בתי המשפט הצבאיים מלהטיל עונשי מוות, הגם שהללו לא מצאו ביטויים בפסקי הדין:

(1) העובדה כי העונש התחליפי - עונש מאסר העולם - הנו אפקטיבי ביותר, קרי: בניגוד למצב בישראל בו לאחר הטלת העונש, עושה נשיא המדינה שמוש בסמכותו וקוצב את העונש ולאחר מכן מופחת מהתקופה הקצובה שליש הימנה,¹¹⁵ הדי שבשטחים אין, דרך כלל, נעשית כל הקלה שהיא בעונש מאסר

114. פ"ד מב(1) 357.

115. בית המשפט העליון הגם שדחה את העתירה בקבעו כי אין חובה משפטית להקמת ערכאת הערעור וכי החקיקה השוללת ערעור באזורים המחוקקים אין דינה להפסל, המליץ בחום בפני המשיבים על הקמת ערכאת הערעור בשל היתרונות הטרומיים שבזכות הערעור. בעקבות החלטה זו מונה צוות בדיקה שתפקידו לבדוק הדרכים הטכניות ליישום המלצת בג"צ. ראה הערת הסיום בנדון.

116. כך שבפועל אין הנדונים למאסר עולם מרצים למעלה מ־16 שנות מאסר.

העולם ולהלכה אמור הנאשם לרצות ענשו כל ימי חייו, פשוטו כמשמעו.¹¹⁷

(2) הנמוקים העומדים בבסיס ההחלטה המדינית (אשר התביעה הצבאית משמשת לה כפה) שלא לעתור להטלת עונש המוות: הנמוקים הללו מתייחסים לחשש מפני תגובת הקהילה הבינלאומית להטלת עונש המוות, החשש מפני הוצאתם להורג כפעולת תגובה - של שבויים ישראלים, החשש כי פעולות הטרור תהיינה תמורות יזת, באשר הפועלים בהן ידעו כי "אין להם מה להפסיד", החשש כי ישראל לא תעמוד בלחצים ותבטל בסופו של דבר גזר הדין ובכך תהפוך עצמה ללעג ומ'...

אין ספק כי חלקם של השופטים לפחות מקבלים הנמוקים הללו כנכונים ועל כן הגם שאין הדברים נכתבים - מיישמים אותם בהחלטותיהם.

ז. העדר הנמקה כלל.

עיונו העלה כי באופן מפתיע, רבים הם המקרים, בהם נמועו בתי המשפט הצבאיים, אף במקרים חמורים באופן קצוני, מלדון בסוגיית עונש המוות והטילו עונש של מאסר עולם ללא שמץ של התייחסות לאלטרנטיבה הפתוחה - לפחות תאורטית - בפניהם. רשימת המקרים היא ארוכה, נציין רק מספר מקרים בולטים (אשר חלקם חמורים לאין שיעור ממקרים בהם הוטלו עונשי מוות בערכאה הראשונה):

1. תיק במל"ד/86/131 א"י: נאשם אשר הורשע בהנחת מטען חבלה באוטובוס ביום בדצמבר 1986, אשר כתוצאה מהתפוצצותו נהרגו 6 אנשים ונפצעו 50.
2. תיק במל"ד/86/60: נאשמים אשר הורשעו בפעילותם במסגרתה של חולייה שפעלה בירושלים באמצע שנת 1986 וגרמה למות התייר פול אפלבי המנוח, ופצעה קשה תייר נוסף. תוך גילוי אכזריות רבה.
3. תיק במל"ד/86/65: נאשם אשר נדון קודם לכן ל-20 שנות מאסר, שוחרר בשנת 1985 בעקבות שחרור שבויים ישראלים, הקים את החולייה שרצחה התייר לעיל ועמד מאחורי רצח זהבה בן עובדיה ז"ל.
4. תיק במל"ד/81/52: נאשם אשר הורשע בהנחת שני מטעני חבלה בשוק הכרמל בתל-אביב באוגוסט 1978, ובאפריל 1979

117. יחד עם זאת קשה לנסח הדברים כקביעה נחרצת שכן ישראל מצוייה באזורים הללו 22 שנים, תקופה שעדיין אין בה כדי ללמד על הכלל, יתר על כן מרבית הנדונים למאסר עולם שוחררו בעבר בעקבות שחרורם של שבויים ישראלים, כך שקשה לבחון אמפירית היות המצב נכון אף למעשה ולא רק להלכה.

118. לא פורסם.

119. לא פורסם.

120. לא פורסם.

121. לא פורסם.

אשר גרמו עם התפוצצותם למותם של 4 אנשים ופציעתם של 82.

5. תיק במל"ד/122/86:122 שלושה נאשמים אשר הורשעו בבצוע פגוע הטלת דימוני היד לעבר חיילי צה"ל בקרבת שער האשפות בירושלים באוקטובר 1986, פגוע שכתוצאה ממנו נהרג אדם ונפצעו 69.

1. עמדת בתי המשפט הצבאיים בראי הבקורת השפוטית.

מקובלנו - כעקרון יסוד של תפיסתנו השיפוטית - כי אין מרות על השופט זולת מרותו של הדין.¹²² כן מקובל הוא כי המערכת השיפוטית, בבקשה להתרחק מההכרעה בסוגיות השנויות במחלוקת בעלות אופי כללי, מפתחת מנגנוני הגנה אשר ימנעו מעניינים מהסוג האמור לבוא בשערי בית המשפט.

מנגנונים אלו דוגמת: זכות העמידה והשפיטות, מקומם יכירם אך ורק בתחום שטה המשפט הציבורי וכיום אף מעמדם של אלו נחלש והולך, עם ההכרה הגוברת שמוכן בית המשפט העליון להעניק למוסד ה"עתירה הציבורית"¹²³ אין חולק על כך, כי היכוח בסוגיית הטלת עונש המוות על מבצעי מעשי הטרור הנו וכוח אמיתי, כן וכואב החוצה את החברה הישראלית באשר הוא מתייחס לבעיות אקטואליות בעלות השלכות קיומיות על המדינה,¹²⁴ ובשל כך ניתן להבין לליבם של שופטים צבאיים המבקשים להמנע מלהיות החלוץ שלפני המחנה ולחסות תחת כנפי התביעה הצבאית, המביאה בעמדתה - המתנגדת להטלת עונש המוות - אף את עמדת המערכות המדיניות.

יחד עם זאת, אין לשכוח כי עסוקנו הנו בתחום המשפט הפלילי ומשום כך אין מקום לתאוריות דוגמת אלו של "זכות העמידה" וה"שפיטות". השופט הצבאי אינו יכול להמנע מלדון בשאלת העונש שיוטל על נאשם שיורשע, באשר המדובר בלב ליבו של המשפט הפלילי. משכך הם פני הדברים וחייב השופט לגזור את הדין אף באותם מקרים קשים בהם עליו לשקול הטלת עונש המוות הרי שעליו להפעיל את שקול דעתו השיפוטי. שקול דעת שפוטי - כדברי הפרופ' ברק:¹²⁵

"משמעויות בחירה בין מספר חלופות אשר כל אחת מהן היא חוקית בעיני הקהילה המשפטית".¹²⁶

122. לא פורטם.
123. סעיף 2 לחוק יסוד: השפיטה
124. ראה יישומה הלכה למעשה של גישה זו בבג"צ 428/86 ברזילי ואח' שר המשפטים ואח', פ"ד מ (3), 505. הדיון בסמכות החנינה של הנשיא על רקע "פרשת השב"כ" הנו דוגמה מובהקת ל"עתירה ציבורית" אשר בעבר היתה נדחית על הסף בידי בית המשפט העליון מטעמי העדר זכות עמידה. לענין שחיקתה של תאורית "העדר השפיטות" ראה: בג"צ 669/85 כהנא נ' יו"ר הכנסת ואח', פ"ד מ(4), 393 רבג"צ 87/400 כהנא נ' יו"ר הכנסת, פ"ד מ"א (2), 729.
125. לענין תאור העמדות השונות בייכוח האמור ראה: SHELEF, CAPITAL PUNISHMENT, 274-282 וכך: י' בוק, הענישה הפלילית, דרכיה ועקרונותיה (דביר, 1981), 102.
126. א' ברק, שיקול דעת שיפוטי (פפירוס, אוניברסיטת ת"א, תשל"ז - 1987)
127. שם, 44.

בספרו האמור - מתווה פרופ' ברק מודל לשופט הבא להפעיל שקול דעתו בבחירה בין מספר חלופות אלטרנטיביות. לגישתו של פרופ' ברק ניתן להעמיד פתרון אובייקטיבי שיוביל השופט לתוצאה מדוייקת במידה ויפעל על פי אמות המידה וההנחיות שהנו מציע להפעלת שקול הדעת. בהתייחסו למגבלות הדינויות החלות על הפעלת שקול הדעת האמור קובע פרופ' ברק:

"אופן הבחירה בין האפשרויות הפתוחות אינו נתון לשיקול דעתו החפשי של השופט. קיימות מגבלות באשר לתהליך בו יש לנקוט ובאשר לתכונות שיש גלות במהלך נקיטתו. ניתן לכלול מגבלות אלה תחת הכותרת הכללית של הגיונות. תכונת היסוד העקרתית של ההליך היא האובייקטיביות, על השופט להתייחס אל הצדדים באופן שווה, תוך מתן הזדמנות שווה במהלך הדיון... שקול הדעת חייב להתבסס על הראיות שתבואנה בפניו. החלטתו צריכה להיות מגומקת. חובת ההנמקה חשובה היא במיוחד"¹²⁸.

ביישום הדברים האמורים על ענינו, ניתן למצוא את הפגם הראשון בחלקן של החלטות בתי המשפט הצבאיים, המונה היא לאותו סוג החלטות שתואר על ידיו לעיל בו גזרו בתי המשפט במקרים חמורים במיוחד עונשי מאסר עולם ללא כל הנמקה, והרי עצם המקרה דורש התייחסות לאלטרנטיבה הענישית הצפה מעל לגזר הדין.¹²⁹

ואולם - לדעתנו - הפגם העקרי בהחלטות האמורות נובע מעמדת בתי המשפט הצבאיים המאמצים כמעט ללא עוררין את דעת התביעה הצבאית בכל הנוגע לגזירת העונש, ולעיתים אף מרחיקים לכת ונוזפים בה על עמדתה זו ה"מחייבת" אותם להיות מוגבלים בשקול דעתם. כמוכן שתפיסה מעין זו פגומה היא. בית המשפט הנו חפשי בשקול דעתו מכל דעה שכל אחד מהצדדים המתדיינים מעלה בפניו, אם זו היא ההלכה בכל הנוגע לעסקאות טיעון אשר יש בהן מימד "מעין חוזי" מחייב¹³⁰, קל וחומר שכך הוא הדבר בנוגע לטעוניהם רגילים לעונש בהם נוטלת על עצמה התביעה הצבאית מגבלות מרצון.

אין אנו חולקים על כך, שיכול בית המשפט לשקול הנמוקים העומדים בבסיס עמדתה זו של התביעה הצבאית ולהגיע למסקנה כי נמונים הם ועל כן לאמצם. אין אף מחלוקת, כי הכלל על פיו, דרך כלל, ישעה בית המשפט לעתירת התביעה, ולא יחמיד מכפי בקשתה ישים הוא לענינו. בקורתנו מופנית כלפי הדרך הנמעט אוטומטית בה נוקטים בתי המשפט הצבאיים בקבלת עמדה זו, ויותר מכך, על התבטאויות בלתי מוצלחות כלפי תפקידו של בית המשפט נוכח עמדת התביעה הצבאית. נתוחנו לא העלה אף לא פסק דין אחד שהתמודד עם הטעמים שביסוד עמדתה של התביעה הצבאית ובטויים כגון:

"לאור בקשה זו של התביעה לא נותר לנו אלא להטיל עונש כולל של מאסר עולם"¹³¹ (הדגשות שלנו - ע.ב.).

128. שם, 40.
 129. ראה גם: לדווי, "הלכה ושקול דעת בעשיית המשפט" משפטים א' 292, 303.
 130. ראה: ע"פ 532/71 בחמוצקי נ' מדינה ישראל, פ"ד כו (1), 543, ונתוח ההלכה: א' הרנון, ק' מן, עסקות טיעון בישראל (המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי על שם הרי טאקר, תשמ"א - 1981), 26-30.
 131. תיק במל"ד 7/86 לעיל.

ודאי שפוגעים הם בחובת ההנמקה ובחובת שקול הדעת העצמאי שמחוייבים בהם בתי המשפט. אף הבקורת שנמתחה לא אחת על עמדת התביעה הצבאית,¹³² מקומה לא יכירה. בניגוד לבית המשפט הכופף ראשו לדין בלבד, הרי שהתביעה הצבאית בהיותה בין היתר - רשות מנהלית, חבה כפיפות לגורמים מספים, ועל כן, אם סבור בית המשפט כי אין עמדה זו - של בקשת עונש של מאסר עולם - הולמת, בידיו הכלים ואף החובה לפסוק דברו שלא על פי בקשת התביעה. הצגת מצג על פיו במקרים רבים מעוניין בית המשפט בהטלת עונש המוות והמכשול היחיד בפניו הו עמדת התביעה, יש בה משום טעם לפגם, לעניית דעתנו.

מבינים אנו את קשיי בית המשפט לסלול את הדרך בנושא כה שנוי במחלוקת - אך אם מסקנתו הנה כי זו הדרך הנכונה, עליו לצעוד בה, ואם אינו עושה כן אל לו לתלות הקולר בעמדת גורמים זרים.

ז. סוף דבר

המטרה העקרית שהוצבה בחיבורנו זה היתה סקירת ונתוח פסקי הדין של בתי המשפט הצבאיים בישראל ובאזורים המוחזקים, שדנו הלכה למעשה בסוגיית הפעלתו של עונש המוות. במודע נוהרנו מלגלוש לבחינה ערכית של הנושא ונשארנו בתחומיה (הבטוחים יותר) של בחינת ההתמודדות המעשית עם נושא הטלתו של עונש המוות כנגד מבצעי מעשי טרור.

דרך התמודדותם של בתי המשפט הצבאיים עם נושא רגיש ומעורר פולמוס זה לא היתה נקייה משגיאות - לעניות דעתנו - ומחתירה לשמירת הסטטוס קוו באמצעות הנמקות משפטיות שלא תמיד היו זהירות ומדוייקות דיין. יחד עם זאת, דומה שגישה מעין זו הנה לחם חוקה של מערכת הנדרשת להתמודדות ממשית וכלל לא ערטיולאית עם הנושא. דומה כי קשה - אם לא למעלה מכך - לגבש מדיניות שיפוטית אחידה, על פיה, שומה על בית המשפט לילך שעה שהינו דן בתיקים בהם עולה הצורך להתייחס לסוגיית עונש המוות. אף לא התיימרנו לעצב מדיניות מעין זו. כל שבקשנו הוא להצביע על מספר ליקויים שנתגלו בעבר ועל מספר הנחיות מינימליות מוצעות שיש בהן כדי להתוות מסגרת הדין בנושא מסעיר ומלבה יצרים זה.

132. תיק רמ' / 4203/85 ותיק שב' / 5123/86 א' לעיל.

* כתיבתו ועריכתו של חיבור זה נסתיימו עובר לכניסתו לתוקף של תיקון הצו בדבר הוראות בטחון תש"ל-1970 (אחז"ע-צו 977, איו"ש-צו 1265) המכותן את ערכאת הערעור באזורים המוחזקים וקובע סמכויותיה. מטבע הדברים, משנה התיקון האמור את דברינו בנדון בפרק ה' פסקה 3.3 (אם כי לא את הערכותינו). כן חולל התיקון מספר שינויים בסעיפי הצו. מהסיבה האמורה, לא נכללו בחיבור זה מספק מקרים שהסעירו בעת האחרונה את דעת הקהל ונידונו בבתי המשפט הצבאיים בישראל ובאזורים המוחזקים.

בשם אומרם

הפקודה כהגנה גם בהיותה בלתי חוקית בעליל*

מאת: תא"ל (מיל') צבי ענבר**

* תגובה לרשימתו של השופט א. שטרזמן משפט וצבא מס' 8 עמ' 1
** הכותב כיהן בין השנים 1973-1979 כפרקליט צבאי ראשי

מבקש אני להגיב על כמה מהדוגמאות שהביא השופט שטרזומן במאמרו. הראשונה בהן היא "מצוקת החייל" המקבל פקודה לירות בדמות חשודה, שאינה מזדהה, הנעה על יד הגדר של בסיס הנמצא בשטח עוין (עמ' 6). המחבר הנכבד מעלה את האפשרות בה חושב החייל שירי כזה יכול לפגוע ברועה תמים המחפש את עדרו. לדעת המחבר, "גם מורה נבוכים כמשפטן רב ידע, שהיה נקלע למקום לא היה מועיל לחייל". לי נראה כי התשובה למצוקה היא במילת המפתח "בעליל", וברגע שקיימים שיקולים ואפשרויות שונות, דהיינו - האפשרות שמדובר כאן בירי מצדק מבחינה צבאית, הרי עומד החייל לא בפני "בעליל" אלא בפני "אולי", "שמא" ו"ייתכן", ובמקרה אשר כזה - חובה עליו לציות לפקודה. אינני סופר בכך שהחייל בו מדובר, נמצא במצוקה של ממש, אני מבחין בין הדילמה המוסרית העצומה בה הוא שרוי, לבין השאלה המשפטית האם קיבל החייל פקודה שהיא בלתי חוקית בעליל. היטיבה לתאר דילמה זו נתיבה בן יהודה בספרה על המארב לאוטובוס ה"נג'דה", שהיה אמור להסייע גם את החבלן הראשי של הגליל, והנה, כשמתקרב האוטובוס "ראינו את האנשים שישבו בפנים והיו שם אורחים, והיו גם נשים, אני בטוחה בזה, ולנו אמרו שרק "נג'דה" יהיו בפנים. ומה אם יש שם גם ילדים? לא ראיתי ילדים, אבל גם לא ראיתי שאין ילדים. אז מה יהיה אולי יש באוטובוס ילדים? אולי בגלל זה אני לא לוחצת על הכפתור (של המוקש - צ"ע) אני אחרבן את כל הפעולה הזו... תפסיקי לבלבל את המוח, ותלחצי, כי אין ילדים. אין ילדים. הנה, תסתכלי, רק אויב. הנה האיש הזה. אויב. אויב רע ומפחיד, רוצח." וכן הלאה (1948 בין הספירות, עמ' 149).

באותו בסיס הנמצא בשטח עוין, חייב היה החייל לסרב פקודה רק כאשר היא בעליל בלתי חוקית. מטייל לו פעוט ליד הגדר והמפקד מצווה לירות בו, דומה שגם החייל הנערך השכלה משפטית, יחוש ויבחין כי זו פקודה בלתי חוקית בעליל.

מ"מצוקת החייל" עובר המחבר ל"מבוכה" ומביע את הדעה כי "פקודה בלתי חוקית בעליל היא גם פקודת המפקד לנסוע במהירות העולה על 90 קמ"ש או להחנות את הרכב על המדרכה". חולק אני לחלוטין על גישה משפטית זו ונראה לי כי נקודת המוצא ממנה יוצא המחבר הינה מוטעית לחלוטין, ומכאן, אולי, נובעת גישתו כולה לסוגיית הפקודה הבלתי חוקית בעליל. באותו קטע מפסה"ד במשפט כפר קאסם, אותו מצטט המחבר בעמ' 5, נאמר גם (בחלק הקטע שלא צוטט): "לא אי חוקיות פורמלית, נסתרת או נסתרת למחצה, לא אי חוקיות המתגלה רק לעיני חכמי משפט חשובה כאן, אלא..." (וכאן בא הקטע שצוטט). העובדה שכל נהג יודע (נניח שכך הוא) מהי המהירות המותרת או שאין להתנות רכב על המדרכה, אינה מעלה ואינה מזרידה כלל לעניינו. בסוגיית הפקודה הבלתי חוקית בעליל אין השיבות למה שנאמר בספר החוקים או בפקודות מטכ"ל, אלא ב"אופי פלילי ברור של הפקודה או המעשים שהפקודה מצווה לעשותם" (מתוך הקטע שצוטט). זה המבחן ולא אחר. לא יעלה על הדעת שמפקד בפעולה מבצעית חשובה יורה לנהג לנסוע במהירות העולה על המותר והנהג יאמר לו כי זו פקודה בלתי חוקית בעליל ואף יסתמך על דבריו של כב' השופט שטרזומן בעניין זה ממש. האם נהג שבא זה עתה מאחת ארצות אירופה בהן המהירות המותרת היא 130 קמ"ש (או אף בלתי מוגבלת כלל) או שבהן מותרת הניהג על מדרכות, יראה בפקודה אשר כזו, פקודה המקוממת את הלבז האם זו פקודה בעלת אופי פלילי ברור? אתמהה! והרי המחוקק עצמו אמר מפורשות כי ציות לפקודה בלתי חוקית סתם, מהווה גם מהווה הגנה ודיוקא אי הציות לפקודה אשר כזו הוא אשר מהווה עבירה. ושזב, אם נחזור לאותו ארוע של המפקד ונהג, הרי אם המפקד יאמר לנהג לנסוע מעל המהירות המותרת, ואף לדרוס בדרכו כל עובר אורח, אז תהא זו פקודה שיש בה "אי חוקיות הדוקרת את העין ומקוממת את הלב" והנהג

הדורסני לא יוכל להסתמך עליה.

דוגמא אחרת אותה מביא המחבר היא "החייל מהשורה הנדרש למלוי פקודה שהיא בלתי חוקית בעליל אך חומרת המעשה אינה זועקת מתוכה, כמו למשל פקודה לעבור בשטח קרקע מסויים שהוכן לזריעה. הכניסה לקרקע זו מהווה עבירה לפי סעיף 494(א)(ו) לחוק הענשין שזענשים עליה במאסר עד 3 חדשים. היכול החייל הנמצא בתרגיל, או במעבר עם יחידתו, לומר למפקדו: "אינני עובר, אני נשאר במקום, או יעבור ויזן את הדין אם יובא לדין".

אף כאן חולק אני לחלוטין על השקפת המחבר כי מדובר בפקודה בפקודה בלתי חוקית בעליל. זוהי בדיוק אותה "אי חוקיות פורמלית, נסתרת או גסתרת למחצה" שעליה מדבר פסה"ד במשפט כפר קאסם. זוהי בדיוק אותה "אי חוקיות המתגלה רק לעיני חכמי משפט". לא יעלה על הדעת שהייל יטען כי זו פקודה בלתי חוקית בעליל אלא אם כן מדובר בחייל מתחכם, הראוי לבוא על עגשו אם יסרב. לעומת זאת, אם אותו מפקד, המורה לעבור באותה קרקע לצרכי תרגיל אומר לחייליו: "עליכם גם לחבל בפרי", כאשר ברור שאין כל קשר בין המעבר לצורך התרגיל לבין רצון החבלה הפרטי של המפקד, הרי לנו פקודה שהיא בלתי חוקית בעליל.

כאמור, לא התכוונתי לנתח את סוגיית הפקודה הבלתי חוקית בעליל, אלא רק להגיב על כמה מהדוגמאות שהובאו במאמר, דוגמאות מהן עולות, לדעתי, מסקנות שונות מאלה שהגיע אליהן המחבר המלומד.

בית הדין הרבני בשערי המחנה

מאת: אל"מ (מיל') זכריה כספאי

* לשעבר סגן הפרקליט הצבאי הראשי.

נפל דבר במקומותינו, אחד ומיוחד, אליו נתוודענו לפני חדשים אחדים. לכאורה, מקרה נעדרד-חשיבות שבינו לביתה, מסוג אותם ענינים הנדונים תדיר בבתי הדין הרבניים. אלא שכאן, לא ב"ק"ק בני ברק ולא בבתי אונגארין של קהילת מאה שערים, התרחש המעשה. יחודו אינו בזה שביחוד בינו לביתה עסקין, כי אם בכך שהדברים ארעו בתוככי מתנה של צבאהגנה לישראל, והם נוגעים, להבדיל מן היחוד, בקשרי העבודה שבין חיילת ומפקדה.

והמעשה ענינו בחיילת בשירות קבע בדרגת רס"ד שעל פי עדותה, וכפי המקובל במסגרת השירות, וכנסת היא למשרדו של המפקד לצורך תפקידה, יושבת איתו בחדר סגור ואפילו מבקשת לעתים לסגור חלונות.

והכל מכיוון שהמפקד ואותה רס"רית בקבע "אחראים על כל עניני החיילים במחנה, כגון חופשות, דרגות ועוד, והם רוצים שדבריהם בענינים אלה לא יישמעו מבחוץ".

כך ראה ותיאר את מסכת קשרי השירות והעבודה ביניהם, בית הדין הרבני הגדול בירושלים בפסק דין שניתן זה לא מכבר ובו נתקבלה תביעת בעלה של אותה רס"רית בשירות קבע, לחייבה להגרש.

בית הדין הגדול בירושלים לא נמנע מלסקור, בהרחבה יחסית, את מה שנשמע בעדויות בבית הדין הרבני האזורי, וממנו משתמעות שמועות על מסכת יחסים אישית שאיננה נוגעת ליחסי מפקד עם פקודתו או לסדרי העבודה שביניהם.

מה שמתמיה בסקירה לא-מצומצמת זו הוא, כי בסופה נקבע כי כמעט בכל העדויות אין אחיזה, שהרי אין הן אלא מפי השמועה ובכל זאת מצאו הרבנים המלומדים סיבה לפרט במקום שלא היה צורך בכך.

מפליא עוד יותר הוא פירוט השמועות, לאחר שגם בית הדין הרבני האזורי פסק קצרות בענין זה, כי הטענות אודות יצירת קשר על ידי האשה עם מפקדה בצבא, לא הוכחו וכי יחסייה החברתיים עימו, נפחו מעבר לכל פרופורציה.

מותד היה לעבור לסדר היום על תמיהות ופליאות אלה אלמלא ניתנה קביעתו של בית הדין הרבני הגדול על חיוב בגט של אותה רס"רית בשירות קבע בשל קשרי עבודה שלה עם מפקדה בצבא. לא מיותר לומר כי קשרי עבודה אלא אינם נראים כחורגים מן השגרה של קשרים דומים בכל יחידה צבאית אחרת.

בפסק דין מנומק, שזור ציטטינו ומבוסס על המקורות, קבע בית הדין שהמדובר הוא ביחוד שבינו לביתה ולא רק זה כי אם יחוד אסור ועוברת בכך החיילת על איסור מפורש. וכהשוואה, לא פחות ולא יותר, מביא בית הדין הנכבד את ההלכה בענין אשה הרגילה להתייחד עם נוכרים והנקראת עוברת על דתה. ובענין זה, נפסק במקורות, כי הואיל והאשה עוברת על דת משה, מצוה על בעלה לגרשה.

כאמון על הלכות משפט יכול אני להבין את הרצון לבסס פסיקה על מקורות נרחבים. אך כמי ששירת שנים הרבה בצה"ל אין לבי יכול להסכים עם הגדת מובאות מגדולי הפוסקים, המביאים אותה חיילת בגדר של עוברת על דת משה ומה שיותר גרוע: מושויות היא עם האשה במקורות, שהיתה רגילה להתייחד מרצונה עם נוכרים לצורך עסקים.

נצבט הלב לא רק על החיילת המידפקת על דלתו של מפקדה. מתעורר הכעס גם על ראיית המפקד בצה"ל כאחד מאותם נוכרים, כותים למען הדיוק.

"וגם אם נאמין לדבריה", כך בית הדין, "שאינ שום אפשרות אחרת (למלא את התפקיד

1. תיק מז/342 של בית הדין הרבני הגדול בירושלים. פסה"ד ניתן ביום ה' בשבט תשמ"ט (11 בינואר 1989).

(ז.ב) מבלי לשהות במחיצתו של המפקד (יחוד בינו לבינה, כקביעת בית הדין), "מי הכריח אותה לעבוד עבודה כזו...". ידועה היטב הגישה המקובלת, למגינת הלב, על חלק מדבני ישראל, אודות שירות החובה של בנות בצה"ל. איגה מפתיעה, אם כן, הפסיעה הקטנה אך המשמעותית, לכוון שירות הקבע.

מדאיגה עוד יותר הסמכות אותה נטלו לעצמם הדיינים הנכבדים ובהם הראשון לציון כב' הרב מרדכי אליהו, לשים עצמם במקום רשויות צה"ל ולקבוע קביעות אודות הדרכים הראויות לקיומם של דיונים דיסקרטיים ביחידות הצבא ולאבטחת המידע המובא בדיונים אלה.

בלשון המעטה אפשר לומר על קביעות עצות אלה כי הן ערוב של מין בשאינו מינו: הלכות דת עם נהלי צבא.

בית הדין פותח בקביעה כי התייעצויות אלו של משרתת הקבע עם מפקדה "לא היו צריכות להתקיים כל יום וגם לא בדלתיים סגורות".

הייחוד היה נמוג, קובע בית הדין, אילו היו ההתייעצויות בתדירות נמוכה יותר ובדלת פתוחה, "שהרי בתור מפקדים יכלו הם להעמיד שומרים מרוחק למשרד שאף אחד לא יתקרב ליד המשרד".

אפשרות אחרת למגינת הייחוד מציע בית הדין למפקדים בצבא, "שהיו הם מכניסים איתם חייל או חיילת שנאמנים להם".

אין ספק כי בעצות אלה לגופן ישנה מידה רבה של תמימות, אם לא תלישות מן המציאות.

מסופקי אם חקרו ודרשו הרבנים הנכבדים, שאינם בקיאים בהלכות שגרת התיים בצה"ל, בכל הנוגע לקיומם של דיונים בענייני שלישות ופרט ביחידות הצבא ובמיוחד בנהלי העבודה שבין מפקד וקצינת השלישות, השלישה או קצינת הניהול ביחידות. אך יותר מן התמימות והתלישות יש חשיבות, כאמור, בצד העקרוני של גישת הדיינים, ששמו עצמם כמפקדים, להביע דעה, ויותר מזה, בעניינים שהם חלק מאופן מילוי תפקיד צבאי ואשר לא היו נתוצים לגופו של ענין.

יגעתי ולא מצאתי התערבות מעין זו של ערכאה שיפוטית, המכניסה עצמה לפני המסגרת, בוחנת אנה ואנה במבט חטוף של אורח לרוג (שאינו רואה כל פגע), פוסלת במחייב ומייעצת בהבל"פה, והכל בתחום זר ויחודי שכל ערכאה אחרת נמנעת באופן עקיב, במשך שנים, לשים בו את שיקול דעתה במקום שיקול הדעת של בעלי הדבר עצמו.

מה ביקשו הדיינים הנכבדים של בית הדין הרבני הגדול להשיג בקביעותיהם אלה?

קשה לרדת לסוף המעשה וכוונתו, שהרי הדיינים חסמו את מוצא הדרך בקביעה, כי

2. מן הבולטים בפסקי הדין שניתנו ע"י בג"צ בעתירות כנגד רשויות הצבא: בג"צ 72/279, ענין אילן עובד, פ"ד כ"ז (1), עמ' 169; בג"צ 561/75, ענין מוטי אשכנזי, פ"ד ל' (3), עמ: 309; בג"צ 293/78, ענין גרופר, פ"ד ל"ב (2), עמ' 374; בג"צ 13/82, ענין קופר, פ"ד ל"ו (2), עמ' 245; בג"צ 676/82, ענין עדנה פאר, פ"ד ל"ז (4), עמ' 105; בג"צ 72/86, ענין בית הדסה, פ"ד מ"א (1), עמ' 528; רבג"צ 910/86, ענין בחורי הישיבות, פ"ד מ"ב (2), עמ' 441. בין אם המדובר היה בשאלות השפיטות, למיניה, בחינת מתחם הסבירות או בדיקת קיומה של עילה, פסק בג"צ כי כאשר קיימות מספר דרכי פעולה סבירות, על הרשות לבחור מתוכן את זו הנראית לה כטובה ביותר. בית המשפט לא ישים עצמו במקרים אלה במקומה של הרשות השלטונית, קרי הצבא.

גם אם אין אפשרות לקיים את נהלי העבודה הזקוקים ביחידה, מבלי שיתקיים יחוד בינו לביתה, אין תוחלת לאותה חיילת: יכלה היא שלא להתגייס לשירות הקבע, מקום בו הוכרחה לעבור על איסור מפורש.

על פני הדברים יכלו הדיינים להגיע לאותה פסיקה ממש גם מבלי להיזקק לצד של הוראה לצבא על דרך קיומה של שיגרת נהליו. אם הפצים היו להאיר עיני המפקדים, כדי להסיר מכשלה מדרך הרבים, לא היתה כל מניעה לבוא ולומר לרשויות הצבא כי ראוי לשקול מחדש אי-אילו נהגים מקובלים, כדי שבמקרים כגון זה לא תיגרם עוולה לתמילב.

אלא שלא כך נעשה ולפיכך מה לנו דלת פתוחה ומה לנו דלת סגורה, כמו גם הצורך בעצותיהם של הדיינים, שניתנו בלשון מחייבת, אלא אם רצון הוא לפניהם לאחוז במה שאינו נתון להם עד כה, בבחינת שימת הרגל על סף הדלת, כדי שזו לא תינעל, תרתי משמע.

ואם כך, יש להתריע על מה שנגעשה ולא ראוי היה להעשות.

הטבות לחיילים משוחררים - הפליה או שוויון?*

מאת: ישראל דורון**

- א. מבוא
- ב. שלב ראשון: עקרון השוויון
- ג. שלב שני: ישום עקרון השוויון על הטבות לחיילים משוחררים
- ד. המודל
- ה. המודל וסוגיית השרות החליפי
- ו. שלב שלישי ואחרון: המצב בישראל
- ז. סכום

* רשימה זו מבוססת על חלק מעבודה סמינריונית בשם: "אי גיוסם של ערביי ישראל לצבא - ההחלטה, צידוקה, משמעותה והשוויון בישראל" שהוגשה לד"ר פ. רדאי במקולטה למשפטים של האוניברסיטה העברית בירושלים בשנה תשמ"ח. תודתי לד"ר רדאי על הערותיה והארותיה.

כמו כן ברצוני להודות לעוזי פוגלמן ומנחם מזוז מפרקליטות המדינה ולטרן ענר ברגו מענף הדין הבין לאומי במפצ"ר על עזרתם בניבוש הרעיונות של הרשימה.

** תלמיד שנה ד', הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית ירושלים.

א. מבוא:

אחת מהסוגיות המשפטיות השנויות במחלוקת, העולות תדיר על סדר היום הציבורי בישראל, היא סוגיית ההטבות לחיילים משוחררים.¹ המחלוקת היא בין אלו הטוענים שהטבות אלו מהוות את הגשמת עקרון השוויון במובנו המהותי, והצדק דורש את הענקתו - מחד, ומאידך - אלו הטוענים שהטבות אלו לא רק שמהוות הפליה פסולה, אלא משמשות ככלי נוסף לפגיעה במיעוט הערבי בישראל שאינו משרת בצבא.² ברשימה זו ננסה להחליץ מה"מטען" הפוליטי-אמוציונאלי שהדיון בשאלה הנזכרת בדרך כלל מועמס בו, ולהתמקד באספקט המשפטי הטהור שלה. נקודת המוצא ל"החלצות" היא ההבחנה בין שתי שאלות נפרדות שלעיתים קרובות מערבבים ומבלבלים ביניהן: שאלה אחת היא, האם המדיניות לא לגיטימית מבוצעת חברתית מסוימת לצבא או לשרות-לאומי היא מדיניות מפלה, או מוצדקת, מבחינה משפטית טהורה. שאלה אחרת היא השאלה האם ומתי הטבה או העדפה ספציפית לחיילים משוחררים מהווה הפליה פסולה. ואין קשר לוגי או משפטי בין השאלות, (וברור מכאן שגם התשובות להן יכול ויהיו שונות).³ ברשימה זו אצטמצם בשאלה השנייה. האם ומתי, מבחינה משפטית, הטבה לחיילים משוחררים מהווה הפליה פסולה, והאם ומתי, זוהי אבחנה לגיטימית? המבנה המחשבתי של רשימה זו יהיה מושתת על השלבים הבאים:

בשלב הראשון: נציג בתמצית את העקרון המשפטי על פיו מזהים הפליה פסולה.

בשלב השני: ננסה לישם את העקרון המשפטי הכללי על סוגיית ההטבות לחיילים

1. כדוגמה אופיינית ואקטואלית, ראה הדיונים בכנסת שקדמו לקבלת חוק חיילים משוחררים, (מענק הסתגלות), השתמ"ח 1988. דברי הכנסת האחת-עשרה, מושב רביעי, חוברת א', עמ' 68-76 וכן חוברת כ"ג, עמ' 2482-2483.
2. כדוגמה לעמדה זו, ראה שם, בדברי ח"כ אלעזר גרנות, בעמ' 69: "... מי שנתן שלוש שנים מחייו לצה"ל, המדינה חייבת, וחייבת לו ב"גדול".
3. כדוגמה לעמדה זו, ראה שם, בדברי ח"כ מתתיהו פלד, בעמ' 2483: "לראבובי, עד כה, שימשה העובדה שהיילים משותפים בשירות חובה לשלוש שנים בעיקר עילה ותירוץ להעברת שורה של חוקים המפלים לרעה את האוכלוסיה הערבית, והערצת הציבור לחיילים התבטאה יותר מכל בתירוץ שהיא סיפקה לכנסת ולממשלה להעביר חוקים מפלים".
4. דוגמה אופיינית ל"התבלבלות" מושגית זו ראה אצל ר. גביוון, זכויות אזרח ודמוקרטיה, (האגודה לזכויות האזרח בישראל, תשמ"ה), בעמ' 23, פיסקה שניה מלמעלה: "נקודה אחת חשובה שיש לה רלוונטיות מיוחדת בתנאי הארץ, הינה השאלה אם אנשים יכולים לבחור באופן רצוני את ההשתייכות לקבוצה או את מילוי החובה או קביעת השותפות בנטל. ברור לגמרי כי אם אדם מנוע, מטעמים שונים, מלהגדיל את שותפותו בנטל הלאומי (לדוגמה, אם אין מאפשרים לו לשרת בצבא או לעשות שירות לאומי), לא יהיה זה צודק להחנות טובה הנאה חברתיות בכך שהוא לא משתתף בנטל באופן מלא." מניעתו מלהשתתף בנטל - שאלה אחת. התנאת טובות הנאה - שאלה נפרדת. לכל שאלה קריטריונים שונים לבחינת צידוקה המשפטי והמוסרי. אי אפשר א"פריורי, לשלב בין השניים. בדרך שכזו ניתן לפסול טובות הנאה על בסיס קריטריון שאינו בהכרח פסול לגופו של ענין, אלא בגין סיבה שונה שאיננה רלוונטית לענין.

משוחררים, ונציג מודל רציונלי של גבולות לגיטימיים להטבות לחיילים משוחררים.

בשלב האחרון: נסקור את החקיקה הישראלית, ונעמיד במבחן הלכה למעשה הוראות חוק קונקרטיות על פי המודל אותו הצבנו בשלב הקודם.

ב. שלב ראשון: עקרון השיזיון.

השיזיון, שההפליה היא היפוכו, הוא עקרון משפטי-חוקתי בעל מעמד מרכזי במשפט בכלל, ובמשפט הישראלי בפרט, המגביל את הרשויות הציבוריות בפעילותן.

נהוג להציג את עקרון השיזיון ככלל, (שבנוסחו המקובל הוטבע ע"י אריסטו), האומר: לדומים יש להעניק יחס שווה, וללא דומים יש להעניק יחס שונה. כלל יסודי זה מצוי הן בספרות חכמי המשפט, והן בפסיקת בית המשפט העליון שלנו, ומהווה את הבסיס להמשך טיעונינו.⁵

עקרון השיזיון במובנו החוקתי, כפי שהצגנו לעיל, הוא למעשה עיקרון מסגרת, שלו עצמו אין תוכן בפני עצמו, ובכדי שיהיה בעל משמעות, חייבים לסוך תוכן במושגים המרכיבים אותו. דהיינו, יש להגדיר מי הם אותם דומים, ומה הוא אותו יחס דומה.

הקלסיפיקציה לקבוצות דימיון שוות, לצורך מטרה מסוימת, מחייב ליצור קריטריון אבחנה רציונלי ורלוונטי ביחס למטרת האבחנה.

קלסיפיקציה זו הינה מורכבת ובעייתית שכן מהיבט הכרעה לא רק במישור המשפטי, אלא בעיקר במישור ערכי המוסריים של החברה בה נעשית.⁶ גם לאחר שהבהרנו את הבסיס לקלסיפיקציה, והמטרה שמאחוריה, עדיין עלינו להכריע לגבי אמת המידה הרציונלית שתקבע את גבולותיו הלגיטימיים של "היחס השונה".

לכן, למרות ש"עקרון השיזיון" נראה פשוט בהגדרתו, יישומו קשה, מורכב ומערב שיקולים ערכיים חוץ-משפטיים.

עד כאן הנסיון להבהיר את המושגים "הפליה" ו"שיזיון", ואת המורכבות הכרוכה בהם.⁷

5. ראה בג"צ 953/87, 1/88, סיעת העבודה בעריה ת"א נמועצת ערית ה"א, פ"ד מב' (2), עמ' 309. בדברי השופט ברק, בעמ' 330-333 לפסק הדין והאסמכתאות המובאות שם. וכן ראה בג"צ 153/87, שקדיאל נ. השר לעניני דתות ואח', פ"ד מב' (2), עמ' 221, בעמ' 274-5.
6. ראה בג"צ 30/55, הועדה להגנה על אדמות נצרה נ. שר האוצר, פ"ד ט' 1261, בדברי השופט ויתקון בעמ' 1265 ליד האות ה'. וכן בג"ץ 720/82 אליצור איגוד ספורטיבי נ. ערית נתניה, פ"ז לו, (3), עמ' 17, בדברי השופט נתניהו, בעמ' 20 ליד האות ז'. וכן ח. פרלמן, על הצדק, (מגנס, ירושלים תשמ"א). וכן, Of P. Western The Empty Idea, Equality, 95 Harv. L.R. 1982 537.
7. ראה בג"צ 200/83, מוחמד וחואד נ. שר האוצר, פ"ד לה', (3) עמ' 113, בדברי השופט טידקל בעמ' 119 ליד האות ז', וכן בעמ' 120 ליד האות א'. וכן בבג"צ אליצור, שם, בעמ' 21 ליד אותיות א' עד ה'.
8. אני מבקש להזכיר לקורא שזו הצגה "על קצה המולג" של המורכבות המשפטית המעוגנת במושגים "שיזיון" ו"אפליה".

ג. שלב שני: יישום עקרון השוויון על הטבות לחיילים משוחררים.

לאורך ההסטוריה האנושית, (שכידוע, רווית "מגוייסים" ו"משוחררים"), ישנן דוגמאות רבות של הטבות שהוענקו לחיילים משוחררים. לצורך גירוי הסקרנות נציין שרומי העתיקה העניקה לחייליה המשוחררים בעלות על חלקת קרקע. ואילו בימינו, ארה"ב, לאחר מלחמת העולם הראשונה הקימה גוף אדמיניסטרטיבי, בעל סמכויות סטטוטוריות, שנקרא: "Veterans Administration", שהעניק מגוון רחב של הטבות ליוצאי צבא, כשהבולטת שבהן היתה ביטוח רפואי חינם לכל החיים (הטבה מרחיקת לכת בהתחשב באופיה הקפיטליסטי של ארה"ב, שם שירותי הבריאות מוענקים על בסיס תנאי השוק הפרטי).⁹

מתן הטבות לחיילים משוחררים איננה אם כן "המצאה ישראלית", או תופעה משפטית בלתי מוכרת.

במובן זה, השאלת הקשה איננה עצם ההבחנה בין כאלו ששירתו בצבא, ובין כאלו שלא; אלא עלינו לבחון מה מטרת ההבחנה; ומתי היחס השונה רלוונטי ועומד באופן רציונאלי ביחס לאותה מטרה.

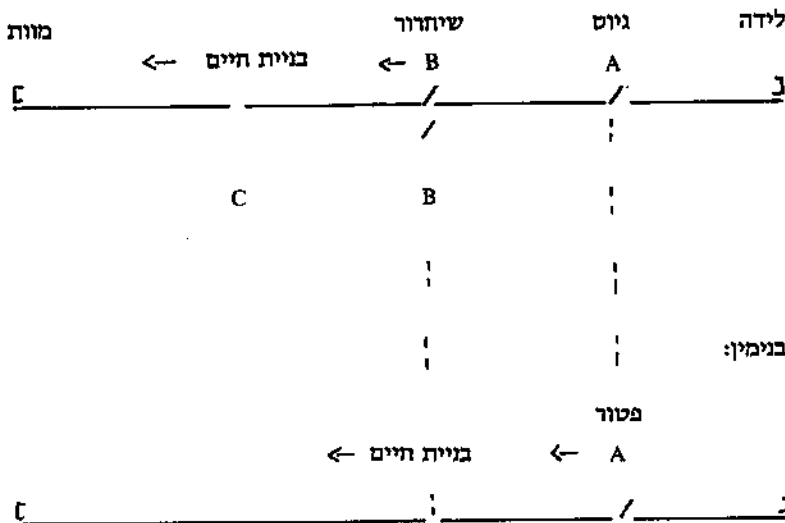
בכדי להשיב על שאלות אלו, נבנה מודל "אופייני" של שני "טיפוסים": אברהם = חייל משוחרר. ובנימין = שאינו חייל משוחרר.

ד. המודל:

נקודת המוצא: גיבורינו הם שני אזרחים נחמדים, שומדי סדר וחוק, נאמנים למדינה ולחוקיה. אברהם - ששירת בצבא. ובנימין - שלא שירת בצבא עקב פטור מטעמים חוקיים (ולא תשוב לעינונו איזה טעמים חוקיים).¹⁰
אם נשרטט את מהלך חייהם האופייני נדמה לי שניתן להמחיש אותו באופן הבא:

9. ראה הערך "רומא", האנציקלופדיה העברית, כרך ל', בעמ' 724.
 10. ראה H. Lurie, Encyclopedia of Social Work, New York, 1965 בעמ' 816-809. וכן U.S. Department of Health, Education, Social Security Programs in the U.S.A and Welfare, 1973 בעמ' 124-127.
- כללית, זכויות אלו כללו: ביטוח רפואי וטיפולים רפואיים ופרה-דראמיים, הכשרות מקצועיות ולימודים אקדמיים מוזלים, סיוע כלכלי, סיוע ברכישת דירה/בית, הלוואות בתנאים נוחים, ועוד.
11. יש לזכור, שהמודל בנוי על בסיס שיטת גיוס של "גיוס חובה מלא" או "גיוס חובה חלקי", ואיננו נכון להפעלה על שיטת "גיוס התנדבותי" (שם השרות הצבאי של היחיד נעשה מתוך בחירתו החופשית, וה"פיצוי" מתקבל במסגרת תנאי השכר של המגוייס).

אברהם:



הבעייתיות העולה מתרשים זה: **אברהם:** ערב שירותו בצבא, "מאבד" את תקופת הזמן AB ממהלך "בניית החיים" הנורמלי של אדם שאינו משרת בצבא. מעמדו בנקודת הזמן B נחות כלכלית, היטוכית, דיורית, ועבודתית, ביחס לבנימין. כמו כן בתקופת השרות הצבאי (AB) אברהם נתון לאורח חיים קשה וחורשני. במסגרת שירות זה הוא מקריב הרבה מתורתו האזרחית, ועלול אף לסכן את חייו ובריאותו למען המדינה. אולם אברהם אינו עושה "טובה", אלא ממלא חובה חוקית ככל אזרח חב גיוס אחר. כמו כן אברהם רוכש רבות במסגרת שירותו הצבאי: בגרות, נסיון חיים מגוון, מיומנות טכנית או אחרת, ועוד.

בנימין: בתקופה AB מתחיל "לבנות" את חייו: רוכש השכלה, מתקדם בעבודה, מוצא דירה, ועוד. בנקודת זמן B מעמדו עדיף על אברהם בתחומים אלו. אולם, בנימין אינו "אשם" בכך שלא שירת בצבא, שכן מבחינתו מאד רצה למלא את תורתו האזרחית, אלא שהמחוקק או הגוף המוסמך, מטעמי החוקיים, פטר אותו מכך.

ניתן לסכם השוואה זו בנקודות הבאות: לאברהם לא מגיע "פרס" על שירותו בצבא. לבנימין לא מגיע "עונש" על אי שירותו בצבא. אבל לאברהם לא מגיע "עונש" על שירותו בצבא, (ובמקביל, לבנימין לא מגיע "פרס" על אי שירותו בצבא), במובן זה שאין צידוק לכך שמעמדו הכלכלי-חברתי של אברהם יהיה

12. המודל עדיין רלוונטי, גם אם סוביקטיבית בנימין "לא רוצה" לשרת בצבא (כדוגמת חוגים מסוימים בישראל). הקרטיון הרלוונטי הוא ההכרה החוקית בלגיטימיות של בנימין להיות פטור משרות צבאי.

נחות, בתום שירותו הצבאי, משל בנימין.¹³ מהנחות יסוד אלו נובעת לעניות דעתי, המטרה המעוגנת במתן ההטבות לחיילים משוחררים. המטרה היא: לאפשר ולסייע לאברהם, להשוות את מעמדו הכלכלי-חברתי לזה של בנימין, תוך פרק זמן סביר, ובכך "לנטרל", עד כמה שניתן, את השפעת תקופת השירות הצבאי (AB). או במילים אחרות: המטרה היא לאפשר לאברהם ל"הדביק" את בנימין כך שבנקודת זמן C לא יהיה פער חברתי-כלכלי ביניהם עקב שירות או אי שירות בצבא.

אחרי שבוררה לנו המטרה של ההטבות, או יכולים לגסח את המבחן הנרמטיבי לבחינת ההטבות המוענקות לחיילים משוחררים: אם ההטבה תורמת/מקדמת/מסייעת, לאברהם (החייל המשוחרר), באופן ישיר (או עקיף)¹⁴, ל"הדביק" את בנימין (שלא שירת בצבא), באותם תחומים בלבד בהם השירות הצבאי אכן יצר "פער" בין אברהם ובנימין - הרי שאין מדובר בהפליה פסולה אלא בהבחנה לגיטימית ורציונלית בין שונים ביחס למטרה.

13. יש לזכור שמודל זה לא ממצה את ההשלכות של השירות או אי השירות בצבא על אברהם ובנימין:

א. לשדות בצבא בכלל, (ובחברה הישראלית במיוחד), יש השלכות מרחיקות לכת במישורים רבים: במישור החברתי, השירות בצבא תורם ממשית ליכולת ההשתלבות באותה חברה. במישור הפסיכולוגי, השירות בצבא תורם ממשית לפיתוח הזהות העצמית וההזדהות עם המדינה אותה הצבא משרת. במישור הפרגמטי, השירות בצבא מרחיב בצורה ממשית את מגוון העיסוקים ואפשרויות התעסוקה בכלל, ובמגזר הביטחוני בפרט. (ואני מניח שגם רשימה זו איננה ממצה). ביטוי לעמדה חריפה העומדת על מגוון השלכות אי השדות בצבא בנוגע לערביי ישראל ניתן למצוא בסיפורו של א. לוסטיק, ערבים במדינה יהודית, (מפרש, ירושלים, תשמ"א), בעיקר בעמ' 104-102.

ואולם, השלכות והשפעות אלו של השירות בצבא, רלוונטיות לדעתי בעיקר לענין השאלה האם המדיניות או ההחלטה שלא לגייס קבוצה חברתית מסוימת לצבא היא סבירה או מפלה. השלכות אלו פחות משמעותיות ומידת הרלוונטיות שלהן נמוכה לענין השאלה האם הטבות כלכליות ליוצאי צבא, בגין שירותם הצבאי, מהוות הפליה או אבחנה לגיטימית. לענין החשיבות באבחנה בין השאלות הללו, ראה בפרק המבוא של רשימה זו, ובהערות שוליים. 4. מכל מקום, ניתן לקחת השלכות אלו בחשבון לענין ההכרעה בסבירות היקף ההטבה הניתנת ליוצאי צבא (ראה לענין זה פסקה 18 בהמשך הרשימה).

ב. מרכיב נוסף שלבאורה "נעלם" מהמודל, הוא שירות המילואים. אברהם, מעבר לשירות הצבאי הסדיר, משרת מידי שנה בצבא עד כחודשיים, במסגרת שירות צבאי במילואים.

ואולם, שירות זה, הן בשל היותו "מפוצה" כלכלית באופן מידי על ידי הכיטוח הלאומי, הן בשל היותו "מפוזר" לאורך הזמן, והן בשל היותו "פער" הלא-כלכלי הנוצר בגינו בין מי שמשרת במילואים ובין מי שאינו משרת במילואים, פער שאינו משמעותי - אינו ראוי לדעתי להתייחסות נפרדת ומיוחדת. (אם כי ניתן לקחתו בחשבון, במידה מוגבלת, בעת בחינת היקף ההטבה הניתנת ליוצאי צבא. ועל כך בהמשך הרשימה).

14. במונח "עקיף" כוונתי לדרך כלכלית עקיפה, כגון: במקום לתת לאברהם במישורין סכום כספי, לתת זאת ל-X שאברהם חב לו תשלום.

אם נפרט את המבחן הכללי למרכיבים ספציפיים ניתן לתחום את ההטבות בגבולות הבאים:

א. היקף ההטבה: היקף "סביר". לא ניתן לקבוע גבולות נוקשים. הדבר תלוי בזמן ובמקום. קנה המידה היחסי הנכון לבחינת סבירות ההיקף יהיה היקף ה"התעשרות" של "בנימין אופייני" בפרק הזמן AB.

ב. תקופת הזכאות להטבה (BC): פרק זמן "סביר". גם כאן אין לקבוע גבולות זמן נוקשים. ברור שנקודת ההתחלה היא מועד השחרור (B). סבירות מועד תום הזכאות (C), תלוי בעיקר בזמן השירות הצבאי (AB), ובאופן ההטבה.

ג. היקף הזכאים להטבה: לחייל המשוחרר (אברהם) בלבד.

ד. תוכן ההטבה: ההטבה נוגעת לתחום שבו עצם השירות הצבאי יצר "פער" בין אברהם לבנימין.

בשלב זה ניתן לסכם ולאמר, שהתשובה לשאלה אותה הצבנו בראשית דרכנו, דהיינו: האם הטבות לחיילים משוחררים מהוות "הפליה או שוויון"? איננה תשובה חד-משמעית. כל הטבה צריכה להבחן ולהבדק בפני עצמה, עד כמה עומדת היא במבחן הנורמטיבי אותו פרטנו לעיל.

ה. המודל וסוגיית השירות החלופי:

קיימת גישה שונה להתיחס ל"בנימין" דהיינו לאותם יחידים (או קבוצות) שהחברה מכירה בזכותם לא לשרת שרות חובה צבאי. גישה זו, במקום לפטור את "בנימין" לחלוטין משרות החובה, מטילה עליו חובת שירות חלופי, שירות המוכר אצלנו בשם "שירות לאומי".¹⁵

בהקשר זה עולה השאלה האם, ועד כמה, המודל של "אברהם" ו"בנימין" אותו הצגנו, נכון גם ביחס ל"גדעון", יחיד אשר בשל סיבות לגיטימיות שירת שירות חובה חלופי? התשובה טמונה לדעתי באופיו ומהותו של שירות החובה החלופי. אם, ורק אם, מתקיימות בשירות החובה החלופי אותן תכונות בסיסיות הקיימות בשירות החובה הצבאי, אשר בגינו הצדקנו במודל את מתן ההטבות ליוצאי צבא - מוצדק להשוות את מעמדו של גדעון (דהיינו, זה ששירת בשרות חובה חלופי), למעמדו של אברהם, (דהיינו, זה ששירת בשרות חובה צבאי).

תכונות בסיסיות אלו הן:

- א. השרות החלופי הינו "חובה" ואינו נתון ל"בחירתו החופשית" של המשרת - לא עצם השרות, ולא תוכנו או אופיו.¹⁶
- ב. השרות החלופי מקדם אינטרס חברתי חיוני או חשוב, כפי שנקבע על ידי המחוקק או גורם ציבורי שהוסמך על ידו.¹⁷
- ג. המשרת בשרות החלופי אינו מקבל תמורה/שכר על שרותו (אלא עד כמה שזה מקובל גם בשרות החובה הצבאי).

15. ראה גישה דומה של המחוקק הישראלי בחוק שירות לאומי תשי"ג 1953 (אם כי ראו לציון שחוק זה מעולם לא הופעל הלכה למעשה. ראה לענין זה א. רובינשטיין, המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל, מהדורה שלישית, תל אביב, תשמ"א, בעמ' 191).

16. ראה סעיפים 2, 4, 9 שם. אם כי איננו שולל לחלוטין את הלגיטימיות של התקיימות תנאי זה גם כאשר השרות החלופי נעשה מתוך התנדבות, ולא עקב חובה חוקית.

17. ראה סעיף 1, שם, בהגדרת המושג "שירות לאומי".

ד. השרות החלופי דומה לשרות החובה מבחינת משך השרות, והיקפו.¹⁸ באותם מקרים בהם תכונות אלו אינן מתקיימות בשרות החלופי, מבחינת המודל אין הצדקה להשוות מעמדו של "גדעון" לזה של "אברהם", אשר על כן הוא יעבור לצידו של "בנימין" ויחשב כמי שלא שירת שירות חובה צבאי.¹⁹

1. שלב שלישי ואחרון: המצב בישראל.

בשלב זה אנו בשלים לעבור ולבחון את המתרחש במציאות המשפטית בישראל.

כהבהרת פתיחה לשלב זה, נרענן את זכרונינו במושכלות ראשונים: בישראל, בהעדר חוקה, מוגבל בית המשפט, ביכולתו להעביר תחת שבט ביקורתו דברי חוק ופעולות שלטוניות, ואין הוא מוסמך לבקר חקיקה ראשית, (ומכאן שאינו יכול לבקר חקיקה כזו הנוגעת בהפליה פסולה).

כלומר - המבחנים שהצגנו להלן כוחם יפה לבחינת תקיקת משנה ומכלול פעולותיהן של הרשויות הציבוריות הפועלות על פי דין,²⁰ למעט תקיקה ראשית. עיון מנקודת מבט כללית ורחבה בדברי החקיקה, ובחקיקת המשנה,²¹ על פניו עולה שאין שחר לרושם, שלעיתים מנסים ליצור, שהסטטוס של חייל משוחרר מעניק יתרונות כלכליים, ישירים או עקיפים, בקנה מידה גדול, או חסר כל פרופורציה.²²

בכדי שלא להזתיר את הדברים ללא ביסוס, נפרט מספר הטבות בולטות:
א. על פי סעיף 9 לחוק חיילים משוחררים, תשמ"ד 1984, נושא אוצר המדינה

18. ראה סעיף 2, שם.
19. דוגמא פוזיטיבית להשוואת מעמדם של "בוגרי" שירות חובה חלופי למשוחררי שרות החובה הצבאי ניתן למצוא בחוק חיילים משוחררים התשמ"ד 1984, ראה ס' 3 שם. אך נשים לב לכך שמדובר שם על שרות חלופי התנדבותי, וכן שההשוואה מותנית בהיות משך השרות הלאומי בפועל לא פחות משנתיים.
20. עקרון זה מסוייג ביכולת לבקר חוק הסונר הוראות חוק יסוד משורין. וראה ביתר הרחבה לענין זה: חוק יסוד: השפיטה. ס' 15 (ג), ו (ד). ז. סגל, דמוקרטיה ישראלית, (משרד הביטחון, תל אביב, תשמ"ח), בעמ' 58-55. א. רובינשטיין, המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל, (שוקן, מהדורה שלישית, תל אביב, תשמ"א). בעמ' 85-81.
21. להלן כל דברי החקיקה אשר מעניקים הטבות, או מקנים סמכות להעניק הטבות ליוצאי צבא: חוק חיילים משוחררים, (החזרה לעבודה), תש"ט 1949. חוק הגנת החייל, (דירה), תש"ט 1949. חוק הרשויות המקומיות, (פטור חיילים, נפגעי מלחמה, ושוטרים מארונה), התשי"ג 1953. חוק חיילים משוחררים, התשמ"ד 1984. חוק חיילים משוחררים, (מענק הסתגלות), התשמ"ח 1988. חוק חיילים משוחררים, (הוראת שעה), התשל"ד 1973, חוק מס הכנסה, (הטבות לחיילים משוחררים), (הוראת שעה), התשמ"א 1981. חוק הביטוח הלאומי, (נוסח משולב), התשכ"ח 1968, סעיפים 127 א ו 127 טז. כללי חיילים משוחררים, (אישור שכר לימוד להשלמת השכלה תיכונית), התשמ"ח 1988. תקנות חיילים משוחררים, (פטור חלקי משכר לימוד בהכשרה מקצועית), התשמ"ט 1988. תקנות הביטוח הלאומי, (מענק למובטל שעובד בעבודה מועדפת), התשמ"ג 1983. כללי לישיבת עורכי הדין, (התמחות קיצור תקופה), (הוראת השעה), תשמ"ג 1983. תקנות ההענקות לחיילים ולבני משפחותיהם, התש"ל 1980. תקנות חיילים משוחררים, (עבודה מועדפת), התשמ"ט 1988.

- ב-75% משכר הלימוד של חייל משוחרר המשלים את השכלתו התיכנית.²¹
- ב. על פי חוק מס הכנסה (הטבות לחיילים משוחררים) (הוראת שעה) התשמ"א 1981, זכאים חיילים משוחררים העובדים בתעשייה, בתקלאות, בבניה ובמלונאות לנקודות זיכוי במס הכנסה.²²
- ג. לחייל משוחרר עדיפות להתקבל לעבודה במקום שהקבלה מתבצעת במכרז ע"פ חיקוק.²³
- ד. על פי סעיף 8 לחוק חיילים משוחררים התשמ"ד 1984, זכאי חייל משוחרר לפטור חלקי או להשתתפות מאוצר המדינה בשכר לימוד בעד הכשרה מקצועית.²⁴
- זוהי רשימה חלקית, ואלו דוגמאות אופייניות.²⁵
- נוסחה כעת ליישם את המבחן אותו הצגנו בסוף החלק השני של הרשימה הלכה למעשה, על שני דברי חקיקה המצויים בשמפטינו:
- דוגמא א': תקנות ההענקות לחיילים ולבני משפחותיהם, תש"ל 1970:

17. דוגמא לטענה הרומזת לכיוון כזה, ראה אצל מ. בנבנישתי, הקלע והאלה, (כתר, ירושלים, תשמ"ח), בעמ' 77-76.
22. חוק חיילים משוחררים, התשמ"ד 1984. כמו כן הותקנו הכללים הגדרשים לענין זה: ראה כללי חיילים משוחררים, (אישור שכר לימוד להשלמה השכלה תיכונית), התשמ"ח 1988. ק"ת התשמ"ה, עמ' 545. (לדיון יותר מעמיק בכללים אלו - ראה בהמשך הרשימה).
23. חוק מס הכנסה (הטבות לחיילים משוחררים) (הוראת שעה), התשמ"א 1981.
24. הערה 18, שם, סעיף 7.
25. שם, סעיף 8. כמו כן הותקנו הכללים הגדרשים לענין זה. ראה: תקנות חיילים משוחררים, (פטור חלקי משכר לימוד בהכשרה מקצועית) התשמ"ט 1988. ק"ת 5138 התשמ"ט, עמ' 59.
26. להשלמת התמונה הפוזיטיבית המדויקת ראוי להעיר כמה הערות: ראשית, נמנה את יתר הטבות המוענקות לחיילים משוחררים בפועל נכון להיום בישראל:
- חייל משוחרר זכאי לביטוח אבטלה במשך שנה מיום שחרורו מהשירות הצבאי. (ראה הגדרת "מבוטח" בסעיף 127א לחוק הביטוח הלאומי נוסח משולב, התשכ"ח 1968).
 - חייל משוחרר העובד בעבודה מועדפת שהוגדרה בתקנות זכאי למענק מיוחד במשך שנתיים מיום השחרור. (ראה סעיף 127 טו לחוק הביטוח הלאומי, ותקנות הביטוח הלאומי (מענק למובטל שעובד בעבודה מועדפת), התשמ"ג 1983).
 - על פי תקנות ההענקות לחיילים משוחררים ולבני משפחותיהם, התש"ל 1970, חיילים, ובני משפחה שלהם, זכאים להענקה בעד ילדם השלישי ובעד כל ילד נוסף, כל זמן שיש להם שני ילדים בכירים מהם. (דיון יותר מעמיק בתקנות אלו בהמשך הרשימה).
- שנית - ראוי לציין שחייל המשתחרר משרות סדיר, מקבל מהצבא מענק שחרור בסך של כ-1000 ש"ח.
- שלישית - ראוי להזכיר את חוק חיילים משוחררים (מענק הסתגלות), התשמ"ח 1988, שמעניק לכל חייל משוחרר סך כספי של כ-900 ש"ח, לשנה, במשך שלוש שנים לאחר השחרור. ואולם חוק זה, למרות שבמקורו היה אמור להיות כבד מופעל, שתה. תזילתו ותחולתו של החוק היום, על פי סעיף 6 (המתוקן) נתונים לשיקול דעתם של שר האוצר ושר הביטחון, ואלו טרם הפעילו את שיקול דעתם.
- ק"ת 2605, תש"ל, ע"מ 2180. 27.

תקנות אלו הוצאו ע"י שר העבודה, בהתייעצות עם שר האוצר, ובאישור ועדת הכספים של הכנסת, מכוח סעיף 40(ב)(2), של חוק החיילים המשוחררים (החזרה לעבודה) תש"ט 1949.

ע"פ תקנות אלו, בתמצית, ניתנת הטבה כספית, לכל חייל משוחרר, בן זוגו, הוריו, וילדיו, בעד ילדם השלישי, ובגין כל ילד נוסף (כל זמן שיש להם עוד שני ילדים בכירים מהם).

האם תקנות אלו עומדות במבחן שלנו?

בבדיקת תמונת ההטבה בקריטריונים הספציפיים אותם הצגנו במבחן עולה: מבחינת היקף ההטבה: פורמלית, על פי תקנה 4, עבור הילד השלישי - מקבלים $1/4$ נקודת קצבה, עבור הילד הרביעי והחמישי מקבלים 1 נקודת קצבה לכל אחד, ועבור כל ילד נוסף $1 + 1/4$ נקודת קצבה, (כאשר נקודת קצבה משמעה 42 ש"ח לחודש, צמוד למדד²⁸), על פניו, וללא בדיקה אמפירית, זהו היקף שאינו חורג מגדר הסביר. מבחינת תקופת ההטבה - ההטבה נתנה כל עוד יש לפחות שלושה ילדים. (מעשית, זה יכול להגיע לתקופת הטבה של יותר מ-15 שנה לאחר מועד השחרור). זהו פרק זמן החורג מאותו פרק זמן "סביר" לאור אופי ההטבה (כספי), וביחס לתקופת השירות (3 שנים).

מבחינת היקף הזכאים להטבה - מעגל הזכאים חורג גם הוא מהקריטריון שהצבנו. הזכאי הוא לא רק החייל המשוחרר, אלא גם ילדיו והוריו (גם אם אלו לא שירתו כלל בצבא).²⁹

מבחינת תוכן ההטבה: אמנם תוכן ההטבה הוא כספי (ופער כספי אכן נגרם בגין השירות הצבאי), אולם הוא ניתן רק בעד ילד שלישי ובעד כל ילד נוסף. ומה ההבדל לענין זה בין אברהם לכנימין? האם עקב השירות הצבאי לאברהם יש יותר ילדים מלכנימין?

התשובה היא שחריגת אלו הם רק אינדיקציות למהות. דהיינו, שמטרת ההטבה הזו איננה עומדת באופן רציונלי למטרה שאמורה לעמוד בבסיסה: הענקת האפשרות לחייל המשוחרר ל"הדיק" את חברו שלא שירת בצבא. כך - האם משהוא יכול ברצינות לטעון שהענקת הטבה לבנו של החייל בעד בנו השלישי (נכדו של החייל המשוחרר), תורמת לחייל המשוחרר, או עומדת ביחס רציונלי כל שהוא אחר לעובדת שירותו הצבאי של החייל המשוחרר?

עם כל הכבוד, ניראה לי שתקנות אלו אינן יכולות לעמוד בביקורת בהיותן מוגדות לעקרון השוויון המהותי.³⁰

28. ראה תקנה 4, וכן סעיף 33 לפקודת מס הכנסה.

29. ראה הגדרת "בן משפחה" בתקנה 1.

30. לעמדה דומה, ראה א. רובינשטיין, המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל, מהדורה

שלישית, תל אביב, תשמ"א, הערת שוליים 96 בעמ' 190. אשר להוצאה המשפטית של הקביעה שחקיקת משנה לוקה בהפליה - בדרך כלל נהוג לראות את מחוקק המשנה כמי שלא הוסמך על ידי המחוקק הראשי לפעול באופן בלתי סביר, כאשר הפליה פסולה נחשבת תכונה מספיקה לחוסר סבירות. ליחור הרחבה בענין זה: בג"צ 156/75 פאוזי דקה נ. שר התחבורה, פ"ד ל', (2), עמ' 96. בעמ' 105. וכן ע"א 66/6 קלו נ. ערית בתיים, פסד כ', (2), עמ' 327. בעמ' 332-331. וכן א. ברק, "פיקוח בתי המשפט על חקיקת משנה", הפרקליט, כא' בעמ' 463.

דוגמא ב': כללי חיילים משוחררים (אישור שכר לימוד להשלמת השכלה תיכונית), התשמ"ח 1988.

כללים אלו הוצאו על ידי שר החינוך והתברר כי מכוח סעיף 9 לחוק חיילים משוחררים, התשמ"ד 1984, ולמעשה מאפשרים את הפעלתו של סעיף 9 הלכה למעשה.³¹ על פי שילוב זה, של סעיף 9 לחוק והכללים, מממן אוצר המדינה לחייל משוחרר כ-75% משכר הלימוד של השלמת השכלתו התיכונית. גבחן כעת הטבה זו על פי הקריטריונים הספציפיים:

היקף ההטבה: הכללים מציבים גבולות ברורים ל"קביעה" הכללית המצויה בסעיף 9, (75% משכר הלימוד של השלמת השכלה תיכונית). הגבולות הם: קביעת שכר הלימוד של שעת לימוד (1.73 ש"ח, נכון לאוקטובר 1987. סכום זה משתנה על פי השינויים בשכר הממוצע במשק); קביעת כמות שעות ההוראה המקסימאלית להם זכאי החייל המשוחרר; וקביעה שההטבה ניתנת פעם אחת בלבד.³² על פניו, וללא בדיקה אמפירית, נדמה לי שקשה יהיה לטעון שהיקף ההטבה, כפי שהוא מעוצר בכללים, תורג מגדר הסבירות.

תקופת ההטבה: סעיף 5 לחוק קובע: "הזכויות של חייל משוחרר לפי חוק זה יינתנו לו במשך שלוש שנים מהיום שבו נעשה חייל משוחרר". תקופת זמן זו סבירה הן ביחס לתקופת השירות (שלוש שנים), והן ביחס לאופיה (השלמת השכלה תיכונית), ובכך לא מממנים השלמת השכלה "אין סופית", או בטווח זמן שמנתק את הזיקה בין אובדן ההזדמנות להשלים את ההשכלה לבין השירות הצבאי.

היקף הזכאים: על פי סעיף 1 לכללים, "זכאי להשלמת השכלה תיכונית" הוא חייל משוחרר שלא סיים י"ב שנות לימוד. כאשר על פי סעיף 1 לחוק, "חייל משוחרר" הוא רק מי שבמועל שירת שירות צבאי.³³

היקף זכאים זה הוא סביר, ואינו מעניק את ההטבה למי שלא "הפסיד" הזדמנות להשלים את השכלתו עקב השירות הצבאי.

תזון ההטבה: ההטבה היא סיוע כלכלי-עקיף הניתן בנוסבות של השלמת השכלה תיכונית ע"י החייל המשוחרר.

תוכן זה "נוגע" לעובדת השירות הצבאי במונח זה שלבומין, בתקופת הזמן AB, ניתנה הזדמנות לא רק לצבור את האמצעים הכלכליים להשלים את השכלתו התיכונית, אלא גם היה לו הזמן לעשות כן. לאברהם מאידך, עקב השירות הצבאי, נשללו שתי "אפשרויות" אלו. אם אסכם את המסקנות העולות מבחינת האינדיקציות הספציפיות, הרי שמצטירת תמונה של הטבה לגיטימית ולא מפלה, הניתנת לחייל משוחרר בגין "פער" שנוצר בינו ו בין "בנימין" עקב השירות הצבאי. מטרת ההטבה

31. קובץ תקנות, התשמ"ח, 5089, עמ' 545.

32. במונח זה הבדיקה שלנו היא בחלקה אקדמית, ובכל האמור לבדיקת הוראת סעיף 9 לחוק, לא ניתן בכל מקרה לפסלה בגין היותה מפלה (במידה ותתגלה ככזו).

33. ראה סעיפים 3 ו-4 לכללים.

34. להלן הגדרת "חייל משוחרר" בסעיף 1 לחוק: "מי ששוחרר לאחד ששירות שירות סדיר בצבא הגנה לישראל או במשמר הגבול על פי חוק שירות ביטחון תקופה של שנתיים לפחות - בגבר, ותקופה של שנה וחצי לפחות - באשה. וכן מי ששוחרר לפני התקופה כאמור מחמת נכות כמשמעותה בחוק הנכים (תגמולים ושיקום) התשי"ט 1959 (נוסח משולב).

להקנות לחייל המשוחרר את הכלים הכלכליים ל"הדבוק" את בנימין מבחינת השכלתו התיכונית.

סכום:

ברשימה זו ניסיתי ליצור כלי משפטי, אובייקטיבי, שבאמצעותו ניתן יהיה לבחון הטבות ספציפיות הניתנות לחיילים משוחררים בגין שירותם הצבאי, ולהשיב על השאלה: האם הטבות אלו מפלות לרעה את הציבור שלא משרת בצבא מסיבות לגיטימיות? אני מקווה שעמדתי במשימה זו באמצעות המבתן הנורמטיבי אותו הצגתי בחלקה השני של רשימה זו. מבחן זה הוא פועל יוצא של אימוץ הנחות היסוד שעלו מהמודל של אברהם ובנימין (וכמובן - גם גדעון). אם תרמתי בכך, ולו במקצת, ליתר בהירות בסוגיה זו, (שלעיתים קרובות נופלת קורבן לפוליטיקה, ולאמוציות) - דיני.

שימוש באלימות בחקירות השב"כ או אלמנט המיידית בהגנת ה"צורך"

מאת: סרן (מיל') עודד גבעון עו"ד*

- א. פתח דבר
- ב. לשון סעיף 22 לחוק העונשין
- ג. המישור המהותי
- ד. קיומה של דרישת "מיידיות"
- ה. השימוש בטענת הצורך להצדק פעולת השלטון

* תודתי המיוחדת נתונה לאלוף משנה אילן שיף אשר ללא עזרתו לא היה חיבור זה רואה אור.

א. פתח דבר:

ועדת החקירה לעניין שיטות החקירה של שירות הבטחון הכללי בנושא פעילות חבלנית עויינת (להלן: דו"ח לנדוי), מתייחסת, בין השאר, להפעלת לחצים פסיים ופסיכולוגיים על נחקרים בעבודת הקשורות לפעילות חבלנית עויינת. אין חולק על כך כי אמצעים אלה פסולים לחלוטין במישור של דיני הראיות, והודאה שהוצאה מכוחם אינה קבילה כלל ועיקר בפני בתי המשפט. יחד עם זאת, נזקק דו"ח לנדוי לשאלה, האם ניתן להשתמש באמצעים אלה, שלא לצרכי הראיות בבית המשפט, כי אם למטרות מודיעיניות ואחרות. הועדה מצאה כי יש מקרים בהם מותר להשתמש באמצעים של לחץ פיסי או פסיכולוגי מתון על הנחקרים וזאת, כמובן, לצורך מטרות אלה. הועדה אף מפנה את החוקרים לנספח (החלק השני של הדו"ח) שהוא סודי, ועל כן - סמוי מעינינו - ובו מפורטים הלחצים הפיסיים והפסיכולוגיים המתונים בהם ניתן לנקוט.

נקיטתם, של "לחצים פיסיים או פסיכולוגיים" מהווה כרגיל עבירה פלילית; תקיפה למשל. יחד עם זאת - ועדת לנדוי מתירה את השימוש באמצעים אלה. את הבסיס המשפטי להצדק של השימוש באמצעים אלה, מוצא דו"ח לנדוי בהגנת "הצורך" שבסעיף 22 לחוק העונשין תשל"ז 1977.¹ (להלן סעיף 22).

אין חולק על כך כי בסעיף 22 (וסעיף 11 של הצו בדבר כללי האחריות לעבירה, המקביל לו ואשר חל באיו"ש ובאזח"ע) נאספות שתי הגנות שונות שבדיני העונשין:

- הגנה על הזולת ("צורך STRICTO SENSU" במינוחו של פרופ' פלד).
- הגנה עצמית.

הגנת הצורך אליה נזקק דו"ח לנדוי, במישור ההצדק של הפעלת לחץ פיזי ופסיכולוגי על נחקרים - היא מסוג הראשון. ואולם, כפי שנראה בהמשך, קורה ומתערבבות בדו"ח שתי ההגנות.

בדו"ח לנדוי מנותחים שלושה מרכיבים של הגנת הצורך הכללית אשר הם מצטברים וכתובים בסעיף, והם:

- (1) שהפעולה היתה כדי למנוע תבלה חמורה לגופו או לכבודו או לגופם של אחרים... או לרכוש המופקד...
- (2) שאי אפשר היה למנוע אותו נזק בדרך אחרת.
- (3) שלא נעשה יותר ממה שהיה נחוץ במידת הסבירות והנוק שגרם על ידי כך לא היה מופרז בנסיבות העניין.

בנוסף לשלושת המרכיבים הללו, מתייחס הדו"ח ל"תנאי רביעי, שאינו כתוב בסעיף 22, אך סופרים מלומדים, וביניהם גם פרופ' פלד, מבקשים לסייג בו הגנת הצורך". התנאי ה"נוסף" הוא כי הנזק שלמניעתו פעל הנאשם חייב להיות נזק מייד.

1. ועדת החקירה לענין שיטות החקירה של שירות הבטחון הכללי בנושא פעילות חבלנית עויינת (חלק ראשון), אוקטובר 1987.
2. סעיף 3.8 עד 3.17, עמודים 45 עד 54 לדו"ח לנדוי.
3. ס"ח 226, תשל"ז 1977.

תפיסתו של דו"ח ועדת לנדוי היא, שאין קיימת דרישה ובדבר מיידיות הסכנה. הנימוק לכך נתמך בשתי יתדות: המישור של לשון החוק, לפיו אין בסעיף 22 כל זכר לדרישה הדווקנית בדבר מיידיות הסכנה, ובמישור המהותי לפיו המבחן הוא גמיש של "תפיסת הרע במיעוטו".

מכאן ולהלן נתמודד עם מסקנת דו"ח ועדת לנדוי באספקת צד וספציפי זה של מסקנתו:

ב. לשון סעיף 22 לחוק העונשין

סעיף 22 קובע: "ניתן לפטור אדם מאחריות פלילית למעשה או למחדל אם יש בידו להראות שלא נהג כפי שנהג אלא כדי למנוע תוצאות שלא ניתן היה למנוען בדרך אחרת ושהיו גורמות חבלה תמורה או פגיעה בגופו, בכבודו או ברכושו, או בגופם או בכבודם של אחרים שהגנתם עליו, או ברכוש שהופקד בידיו; ובלבד שלא עשה יותר משהיה צורך סביב לעשות לאותה מטרה ושהרעה שגרם איננה שקולה כנגד הרעה שמנע".

"מיידיות הסכנה" אכן, איננה מופיעה בלשון הכתוב, והיא עולה מבין השיטין, הן בדרישה שלא ניתן היה למנוע את התוצאות בדרך אחרת והן בדרישה שלא נעשה יותר משהיה צורך סביר לעשות.

נשאלת השאלה: מהו האופן בו יש לפרש את סעיף 22 האם בדרך לשונית לפיה מה שלא צויין בסעיף במפורש לא נכלל בו, או שמא בדרך מרחיבה, שאיננה מסתגרת בד' אמותיו של הכתוב ומחפשת את המהות המסתתרת מאחורי הכתוב?

בכל אשר ל"מיידיות" - דו"ח לנדוי מצדד בגישה הדווקנית, ומשום שאין דרישה מפורשת ל"מיידיות" בסעיף - כן אין צורך במיידיות לעניין ה"צורך".

ואולם לגבי מקומות אחרים בהם מתבקש פירוש של סעיף 22, נקטה ועדת לנדוי גישה אחרת ופסעה בדרך השניה והמרחיבה. כך למשל, בקוראנו את הסעיף, אנו מוצאים רשימה סגורה וממצה של האינטרסים המוגנים בו. בין אינטרסים אלה לא נכלל "בטחון המדינה". על היותו של "בטחון המדינה" - אינטרס המוגן ע"י סעיף 22 לומדת ועדת לנדוי ע"י הרחבת המושג "אחרים שהגנתם עליו". ("אחרים" - כלל האזרחים; "עליו" - "ההגנה על כלל האזרחים... מוטלת על חוקרי השירות בתוקף תפקידם הציבורי" - עמ' 50 למטה...).

במקום זה, בו מבקשת הועדה להרחיב את הכתוב ולכלול בו גם "אינטרס בטחוני של המדינה", מפנה אותנו ועדת לנדוי להצעת החלק הכללי לחוק עונשין חדש שהוכנה ע"י פרופ' פלר וד"ר מ. קרמניצר בעקבות עבודותיה של ועדה בראשותו של השופט אגרנט ושפורסמה ב"משפטים" (להלן - "ההצעה").

להלן הגדרת הגנת הצורך (הגנה זו מטופלת בהצעה בנפרד מההגנה הפרטית), כפי שהיא מופיעה בהצעה: "לא ישא אדם באחריות פלילית למעשה שעשה כדי להציל

4. משפטים י"ד (תשמ"ז) 127; וראה גם: ש"ז פלר, יסודות בידי עונשין, המכון למחקרי הקיקה ולמשפט השוואתי ע"ש הרי סאקר האוניברסיטה העברית בירושלים, הפקולטה למשפטים, תשמ"ז 1987, כרך ב' 480.

את חייו, חירותו, גופו או רכושו, שלו או של זולתו, או אינטרס בטחוני של המדינה, מסכנת פגיעה חמורה ומיידית (ההדגשה שלי - ע.ג.) הנובעת מנסיבות להן נקלעו".

עינינו הרואות: ההצעה מרחיבה את הכתוב בסעיף 22, לגבי הגנת ה"צורך" וקובעת את האינטרס הבטחוני של המדינה, כאינטרס בר הגנה על ידי הצורך, אך בד בבד היא מונה כאלמנט שאין בלתו את מיידיות הנקיטה בצעד שאותו נוקט אדם, ואשר רק בהצטבר כל הנסיבות (ובניהן המיידיות...) משתכללת הגנת ה"צורך".

לדעתנו, לא ניתן לאחוז את המקל בשני קצותיו: מצד אחד לקבל את האינטרס הבטחוני של המדינה כאינטרס מוגן, על אף שאינו מופיע בסעיף 22, ולצורך כך אף להזקק ללשונה של ההצעה, ואילו לעניין המיידיות - לטעון לאי קיומה של דרישה שבזאת, משום שאינה מפורשת בסעיף, ולהתעלם מקיומה של הדרישה המפורשת המופיעה בהצעה...

אמנם, אין זו בהכרח סתירה, אלא הרחבה של ההגנה במקום אחד, וסיווגה במקום אחר. יש לזכור כי סייג המיידיות הוא לרעת הנאשם, בעוד שהרחבת הגנת ה"צורך" גם לאינטרס בטחוני - פועלת לטובת הנאשם. אולם הדברים מובאים על מנת להראות שאין להתלות בהכרח בלשון הכתוב דווקא, שהרי אם נקבל את הגישה הלשונית הצרה, שאינטרס בטחוני של המדינה, לא יוכל להיות מוגן בהגנת הצורך - שוב אין כל הצדקה לשימוש באלמות ע"י השב"כ אליבא דוועדת לנדוי.

הגישה המוצעת להלן, היא, כי הגנת הצורך תיבחן במובנה הרחב, על פי מהותה, ולא על פי ההדבק הצר והמילולי של סעיף 22. על פי גישה זו, אינטרס בטחוני של המדינה, הוא אינטרס המוגן על ידי הגנת הצורך אך בד בבד, יש לבחון את קיומה של הדרישה המהותית למיידיות הפעולה הננקטת על ידי מי שנאחז בקרנות המזבח של הגנת הצורך - ללא קשר להמצאות המילה "מיידית" בסעיף 22.

זאת ועוד, בבואנו לנתח את סעיף 22 לצורך הגנת ה"צורך", יש לראות על דרך האנלוגיה, כיצד פורש מס' 22 לצורך ההגנה העצמית.

הפסיקה הישראלית דנה עשרות פעמים בהגנה העצמית. כחוט שני עוברת בפסיקה זו, הדרישה ל"מיידיות הנוק" אותו מקדם הנאשם. לאחזונה נפסק הדבר, בצורה אשר נראה כי היא סותרת את הגולל על שאלת ה"מיידיות" בהגנת "ההגנה העצמית". המדובר הוא בע"פ 962/85 צמח נ' מדינת ישראל שם אימצה השופטת נתינה את הפסיקה הקיימת ואת האמירה כי לגבי ההגנה העצמית "טענת הצורך אחרת בדקה אחת".

5. על אף הכלל של פרשנות לטובת הנאשם כשהמדובר בסייגים לאחריות פלילית. ע"פ 89/78 אפנ"ד נגד מדינת ישראל פ"ד ל"ג(3) עמ' 141.
6. ע"פ 50/64 אל נבארי נגד היועמ"ש פ"ד י"ח(4) 77; ע"פ 190/54 היועמ"ש נגד קמניסקי פ"ד ט' 55; ע"פ 410/71 הודביץ נגד מדינת ישראל פ"ד כ"ו(1) 628 (אוזכר ואומץ בת"פ (ת"א) 857/83 מדינת ישראל נגדה דבורה, פ"מ תשל"ד (3) בעמ' 207; ר"ת.פ (ב"ש) 72/209 מדינת ישראל נגד משה בן ימין חזק פ"מ תשל"ד (1) בעמ' 544.
7. ע"פ 962/95 צמח נגד מדינת ישראל פ"ד מ"א (9) 18.
8. בעניין המיידיות בהגנת הצורך ובהגנה העצמית ראה גם: EVANS V. HUGHES (1972) 3 ALL ER 412 אשר יונתח בהמשך.

עינינו הרואות: אין כל ספק כי לעניין ההגנה העצמית - יש דרישה של "מיידיות". אך מקורה הסטטוטורי של "ההגנה העצמית" הוא בסעיף 22 לחוק העונשין, אותו סעיף אשר הוא גם מקורו הסטטוטורי של הגנת הצורך STRICTO SENSU, אשר ועדת לנדוי קבעה כי מלשון הסעיף אין עולה דרישה כזו...

יש לציין אגב כך, כי השופט לנדוי עצמו, יצר, בדרך של חקיקה שיפוטית, דרישה עצמאית ונפרדת המתייחסת לסעיף 22. זאת, על אף שאותה הדרישה לא בא לביטוי מילולי מפורש או משתמע מלשון הסעיף. המדובר הוא בע"פ 394/75, 426/75 דילקי נ' היועמ"ש.

המדובר היה אמנם, בהגנת ההגנה העצמית, ולא בצורך לשם הגנת הזולת, אך השופט לנדוי הטעים כי הגנת סעיף 18 לפ"פ (סעיף 22 לחוק העונשין) - לא תחול מקום שהנאשם העמיד עצמו מרצונו במצב שבו נוצרה הסיטואציה של הגנת הצורך.

לסיום נקודה זו: אין לייחס כל משמעות לכך שבסעיף 22 אין מצויינת דרישה מיידיות במפורש, ואין ללמוד מכך על העדר דרישה שכזו, שאם לא תאמר בן - תישלל דרישת המיידיות בהגנת ההגנה העצמית, ותישלל האפשרות להגנת הצורך כאשר האינטרס המוגן הוא בטחון המדינה.

ג. המישור המהותי

בבסיס ההכשר שנתנה ועדת לנדוי להפעלת האמצעים הפיזיים והפסיכולוגיים עומדת תחושה של "אין ברירה", והברירה אשר קיימת היא ברירה בין שתי רעות אשר אין ספק כי האחת סכנתה רבה מהאחרת.

סימוכין לעמדתה מצאה ועדת לנדוי "בה" במלומדים שבחכמי העולם. ולהלן נתייחס גם לאילנות אשר בהם נתלה דו"ח הועדה.

עמדתנו היא, כי הגנת ה"צורך" שבתוק העונשין איננה מתאימה לצורך פתרון המצוקה האמתית, של מתן סמכות או כח משפטי לאנשי השב"כ, להפעיל כח פיסי או נפשי בחקירותיהם.

ראשית: בהגנת הצורך חייבת להיות "מיידיות" בין קיומו של צורך לבין נקיטת הפעולה, כמו כן הצורך עצמו חייב להיות מידי.

שנית: שימוש בהגנה מההגנות של המשפט הפלילי, אינו יכול לבוא במקומה של הענקת סמכות חוקית כדן.

ד. קיומה של דרישת "מיידיות"

הגנת ה"צורך" טעונה בקיומו של מקור סכנה, מקור הסכנה. הוא באירוע מסויים. התגובה, דהיינו המעשה המוגן ע"י הגנת הצורך, חייבת להיות מיידית לאירוע. בלשוננו של פרופ' פלר. "דורש שהאדם יעשה את המעשה תחת הלחץ של סיכוי מידי להתבזבזות הסכנה, וכדי להסיר אותה. שהרי נאמר במפורש, שהוא "לא נהג

9. עפ 394/75, 426/75 דילקי נגד היועמ"ש פ"ד (3) 49.

10. ש"ז פלר, הערה 4 לעיל, בע' 343.

כפי שנהג אלא כדי למנוע תוצאות שלא ניתן יהיה למנוען בדרך אחרת ושהיו גורמות חבלה תמורה או פגיעה....".

שעת דחק שכזאת, פירושה; סכנה שעומדת בו ברגע להתממש. שאם לא כן, בזכות הזמן, ניתן למנוע את ההתממשות גם בדרך אחרת, מוז של פגיעה באינטרס לגיטימי - של הזולת"י

דהיינו - המקור לדרישת המיידיות, אליבא דפרופ' פלד, גלום בתנאי שאי אפשר היה למנוע את הנזק בדרך אחרת. אלמנט הזמן מתקשר ליכולת להמנע מנקיטת הצעד, שלאחר מכן מתבקשת לגביו הגנת הצורף, ממש כשם שהזמן שהקדים את הצעד יכול לשמש להמנעות או להפסקה של הסיטואציה שגורמת "לצורף". כך למשל נפסק, שלא ניתן להשתמש בהגנת ה"צורף", מקום שניתן היה להקדים את המעשה עליו מוגש האישום, במעשה אחר אשר היה מונע את הצורף. בע"פ 70 / 202 מסדה ויצחק שביט נגד מדינת ישראל¹¹ הואשמו הנאשמים בכך, שסילקו דוכנים שהיו מוצבים על המדרכה והפריעו לנאשמים בעבודות עפר שביצעו. הנאשמים הואשמו בין היתר בהסגת גבול פלילית לפי סעיף 286 לפ"פ באשר, לפי טענתם, עשו את אשר עשו על מנת למנוע סכנת חיים לעוברים ולשבים ברחוב, סכנה שהיתה צפויה בגלל המצב המעורער של מבנה מסויים. השופט י. כהן, דחה את טענת ה"צורף" בקובעו כי למערערים, היתה דרך אחרת למנוע את הסכנה מפעולות ההריסה לעוברים ושבים, דהיינו - להקדים הקמת גדר ליצירת הסכנה. יש לציין כסימוכין בפסיקה הישראלית, לדעתו האקדמאית של פרופ' פלד את ע"פ (נצ') 151 / 80 איזב מוסטפא נגד מדינת ישראל¹². העובדות במקרה זו היו כדלהלן: הנאשם נהג בטנדר, בתוך העיר טבריה (מהיודות מותרת 50 קמ"ש) במהירות 76 קמ"ש. הנאשם הודה בעובדות אך טען את הגנת ה"צורף". טענתו העובדתית (אשר נתקבלה) הייתה שהוא הוביל במכוניתו פועלות; וזך כדי הנסיעה שמע דפיקות על החלון המפריד בין מקום מושבם של הנוסעים בחלק האחורי של הטנדר ותא הנהג; נאמר לנאשם "יש לך חולה באוטו"; כששמע זאת, על מנת להביאה בהקדם לרופא בסכנין, הגביר את מהירות נהיגתו וכך הגיע לנהיגה במהירות של 76 קמ"ש. בית המשפט המחוזי בערעור (הנשיא בהלול והשופטים אור ואריאל) אימץ את עמדת בימ"ש קמא אשר דחה את טענת הצורף. בין יתר הנימוקים לדחיית הטענה, הופיע הנימוק הבא: "כששמע הנאשם על דבר הימצאות "חולה" במכונית, לא פנה מיד למצוא רופא בטבריה, אם בבית חולים סמוך, אם על ידי פניה ל"מגן דוד אדום" או חיפוש רופא תורן, ולא פנה כדי לברר מהו הסעד הרפואי הקרוב ביותר שיוכל להושיט לאותה חולה. במקום זאת, בחר לנסוע לסכנין, מטרת נסיעתו מלכתחילה, מקום הנמצא מרחק עשרות קילומטרים מטבריה. מהתנהגות זו יש ללמוד, שהוא לא השם לסכנה מיידית לאותה פועלת אם לא יחיתה מיד אל הרופא".

דרישת המיידיות באה במשנה תוקף, לאור הניתוח שעושה פרופ' פלד ולפיו, הגנת הצורף STRICTO SENSU היא המצב היחיד בו הפרט שמבצע את המעשה נמצא במצב בו הוא צריך לשקול ולברור את האינטרס המועדף בין שני אינטרסים לגיטימיים. (בכורח ובצידוק, אין לנאשם ברירה בין שני אינטרסים, שכן הוא פועל

11. שם, בע' 460

12. ע"פ 70 / 202 שביט ו' מדינת ישראל פ"ד כ"ד 327, 328.

13. ע"פ (נצ') 151 / 80 מוסטפא ו' מדינת ישראל פ"מ תשמ"א (ב) 133.

תחת אילוצין, ואילו בהגנה הפרטית, אין (לכאורה) שני אינטרסים, שכן לפי הניתוח של פרופ' פלד, זה אשר תוקף את הנאשם ומאלץ אותו לנקוט בהגנה פרטית - מאבד למעשה, בכך שהוא מפעיל אלימות, את זכותו שלו שלא תופעל אלימות (כנגדו).

בהקשר זה מן הראוי להעיר כי דרישה מסוימת "למיידיות" קיימת במקום אחר בו המתוקק נתן כח (במובן המשפטי) להפעיל כח (פיסי) כדי לממש זכות. בסעיף 18 לחוק המקרקעין, תשכ"ט 1969, יש רשות למחזיק במקרקעין כדין, להשתמש בכח במידה סבירה כדי להוציא מהמקרקעין אדם אשר תפס אותם שלא כדין תוך שלושים יום מיום התפיסה.

מוסיף הפרופ' פלד עוד:

"מיידיות הסכנה עשויה להתבטא בשתי צורות, שכל אחת מהן די בה כדי לספק את מצב הצורך, הסכנה עשויה להיות תכופה בלבד, כאשר היא עומדת להתבמש בו ברגע ולחולל את תוצאותיה המזיקות; היא יכולה להיות עכשווית, כאשר תהליך התמששות כבר החל למצות את עצמו עד תום - בכל רגע של תהליך זה, הסכנה היא עדיין תכופה לגבי התוצאות שטרם נגרמו. באופן כרונולוגי, הקשר בין המעשה שנעשה במצב הצורך לבין הסכנה בה הוא מתאפיין, חייב להיות כזה שהמעשה כבר, או עדיין, מסוגל למוע את תהליך התמששות הסכנה, או לפחות, את מיצויו. מעשה שנעשה לפני שני המומנטים האמורים או לאחריהם נעדר כל אופי של מעשה עקב צורך".

אליבא דפרופ' פלד, הצורך יכול להווצר, בעת קיום הסכנה הישירה, או בסמוך לפניה. אמנם רוב הפסיקה אשר שללה את ההגנה של הגנה עצמית התייחסה למצב שבו ה"צורך" חדל מלהתקיים, דהיינו - בנקודה מס' 4 אשר בלוח הזמנים הבא:

1. זמן רב לפני הסכנה.
2. זמן קצר ובתוכו לפני הסכנה.
3. זמן הסכנה.
4. זמן שאחרי הסכנה.

ואולם יש גם מקרים בהם נשללה הגנת "הגנה עצמית" (ובמקרה הספציפי שהובא להלן, ניתן אף לסווג את העניין כ"צורך") כאשר מדובר היה בנקודה מס' 1.

כך למשל ב-*EVANS V. HUGHES* נתגלה ברשות HUGHES מטיל מתכת קצר והוא הואשם בהחזקת נשק תוקפני במקום ציבורי, ללא סמכות חוקית או צידוק סביר. לטענת HUGHES, הותקף כשבוע קודם לכן ע"י חבורת בריונים ולכן נשא עימו את המטיל לצרכי הגנה עצמית במקרה שיותקף בשנית.

לאחר שנקבע כי מטיל המתכת היה נשק תוקפני, עבר בית המשפט לדון בשאלה האם היה לו צידוק סביר לכך. בית המשפט פסק, בהקשר זה, כי כדי שניתן יהא לטעון לקיומו של צידוק סביר לנשיאת נשק תוקפני, על הנאשם להראות כי חשש מפני התקפה קרובה, והיה נתון תחת איום קרוב ומיידי.

החוק לא התכוון להעניק הגנה לאדם המחזיק בנשק התקפתי, באופן קבוע ומתמיד, מחשש אמונתו כי הוא צפוי כל הזמן להתקפה עליו. אנשים החיים בצל איום מתמיד, חייבים להתגונן בדרך אחרת, על-ידי פניה למשטרה בבקשה כי

14. ס"ח 575, תשכ"ט-1969
 15. ש"ז פלד, הערה 11, לעיל.
 16. EVANS V. HUGHES (1972) 3 ALL ER 112

תעניק להם הגנה קבועה. (יש לציין כי במקרה הספציפי הנ"ל, כאשר הוחל הכלל האמור לעיל על עובדות המקרה התייחס בית המשפט לכך שבערכאה הראשונה ייחסו חשיבות מרובה לעובדה שהנאשם הותקף שבעה ימים לפני שנתפס נושא את הנשק. בית המשפט קמא זיכה את הנאשם מהטעם שהיה לו צידוק חוקי לנשיאת הנשק לאחר שנתפס. הלורד WIGERY סבר ששבעה ימים הינה תקופה ממושכת למדי; אך הואיל ובית המשפט בערכאה הראשונה החליט לזכות את המשיב, הרי שכיוון שמדובר במקרה גבולי, אין מקום להתערב בשיקול דעתו של בית המשפט קמא.)

בארה"ב, הדרישה למיידיות, היא דרישה חקוקה, המופיעה בקוד הפלילי של מדינות רבות. יתר על כן, הדרישה בארה"ב ל"מיידיות", היא כפולה, דהיינו: צריכים להיות שני תנאים מצטברים של מיידיות.

א. התנאי הראשון: שהסכנה (בגינה נוקט הנאשם את המעשה) - תהיה מיידית.¹⁷

ב. התנאי השני: שהמעשה (אותו נוקט הנאשם מול הסכנה) - יהיה מידי.¹⁸ זהו המצב המצוי בארה"ב. ועדת לנדוי (עמ' 49, 50) מביאה את דברי פרופ' רובינסון בשתי "דוגמאות" (צוות אוניה שגילה דליפה וצריך להחליט אם למרוד, והאדם שידע על קיומה של פצצה בידיו של טרוריסט) אשר מהוות אפשרות לדחיית דרישת ה"מיידיות" בהגנת הצורך. שתי הדוגמאות מתייחסות לשתי הסיטואציות של מיידיות. סיפור האוניה מתייחס לדרישת המיידיות של הסכנה, וסיפור הפצצה מתייחס לדרישת המיידיות של המעשה. אשר לדרישת המיידיות של הסכנה, מכיר רובינסון שהדין דורש דרישת מיידיות, אלא שדרישה זו, מבוססת על הנחה שכל עוד הסכנה אינה קרובה לוודאי, אין היא מהסוג שניתן להתייחס אליה. אי לכך ניתן סיפור האוניה כדוגמא, המסתיימת בשאלה, אם הכוונה היא השמלתים ימתינו עד שהסכנה תהיה קרובה וודאית ע"מ שיפעלו. ה"מיידיות" כדרישה עצמאית, היא מיותרת, אך לא משום שאין צורך ב"מיידיות", אלא משום שהדרישה למיידיות מגולמת בלאו הכי במסגרת הדרישה שהמעשה ייעשה ע"י הנאשם רק כאשר יש באמת צורך בכך.

כדבריו:

"SINCE THE LESSER EVILS DEFENSE ALREADY REQUIRES THAT THE ACTOR ENGAGE IN CONDUCT ONLY WHEN NECESSARY TO AVOID

17. ס' (1) A-3-29 13 לקוד אלבמה מ 1982: ס' (A) (1) 42-504 לקוד ארקנסו מ 1977; ס' (1) 18-702 לקוד של קולורדו מ 1978; ס' 11-463 לקוד של דלאוור מ 1979; ס' (1) 703-302 לקוד של הוואי מ 1976; מ' (1) 17A-103 לקוד של מרילנד מ 1983; ס' (1) 563.026 לקוד של מונטנה מ 1979; ס' (2) 35.05 לקוד של ניו יורק מ 1975; ס' (A) (1) 161.200 לקוד של אורגון מ 1981; ס' (1) 9.22 - 2 לקוד של טקסס מ 1974; ס' 939.47 לקוד של וויסקונסין מ 1982 וסעיף (1) 503.026 לקוד קנטאקי מ 1975. ס' (1) 2,9.29 לקוד הפלילי של טקסס מ 1974; A-3-29 לקוד אלבמה מ 1982; ס' (A) (1) 41-504 לקוד ארקנסו מ 1977; ס' (1) 18-702 לקוד של קולורדו מ 1978; ס' 11-463 לקוד של דלאוור מ 1979; ס' (1) 703-302 לקוד של הוואי מ 1976; ס' (1) 503.003 לקוד של קנטאקי מ 1975; סעיף (1) 17-A-103 לקוד של מרילנד מ 1983; ס' (1) 605 לקוד של מישיגן מ 1979; ס' (2) 35.05 לקוד של ניו יורק מ 1975; ס' (A) (1) 161.200 לקוד של אורגון מ 1981; ס' 939.47 לקוד של וויסקונסין מ 1982.

THE HARM, THE IMMINENCE REQUIREMENT IS AN INAPPROPRIATE AND UNNECESSARY ADDITIONAL LIMITATION"¹⁹

הדוגמא השנייה, של הטרווריסט המכין מטען חבלה, מתייחסת לדרישה השנייה של מיידיות, דהיינו - מיידיות המעשה התגובתי של הנאשם. גם כאן מצייין רובינסון שהדין הוא שיש דרישה שכזאת, ואת הדוגמא (אשר גם היא כקודמתה - יציר דמיונו ולא עקב מקרה שהיה) הוא מביא על מנת לחדד את התמונה, לאבחון בין שני סוגי "המיידיות" ולהסביר שיש כאן סיכון שהמחוקק נוטל: המחוקק דורש מהאדם שימתין בתגובתו עד אשר יגיע הרגע האחרון להגיב, שכן הסכנה יכולה למות מות נשיקה. (וכן נמנעת עשיית מעשה שבנסיבות אחרות היה נחשב לעבירה). בכך מסתכן המחוקק, שכן יש סיכון שכאשר תגיע שעת הפעולה - יהיה מאוחר מדי מכדי לפעול.

יחד עם זאת, רובינסון מכיר בכך שבתי מחוקקים רבים מעדיפים להגן על החברה בכך שמגבילים הם את תחולת הגנת הצורך ולא איש הישר בעיניו יעשה, על השבויי²⁰ ההתערבות המוקדמת מדי של הנאשם במעשי אחרים.

במילים אחרות - בכל האמור למובן האחר של מיידיות, דהיינו שהנאשם צריך לעכב פעולתו (שללא הגנת "הצורך" תהווה עבירה...) עד אשר לא תהיה עוד ברירה, והפעולה תהיה בנקודה הקרובה ביותר מבחינת הזמן לסכנה - אין רובינסון חולק על הדרישה הפרויטיבית שבחוק לקיומה של מיידיות, ובמובן אין הוא חולק על נחיצותה של דרישה זו מבחינת המשפט הרצוי (להבדיל, אולי, מגישתו בכל הקשור למיידיות במישור מיידיות הסכנה - הדוגמא של האנייה...)

אנו רואים אם כן שההסתמכות הרעיונית של ועדת לנדוי על דבריו של פרופ' רובינסון לבד - אינה מספקת. הועדה שוקלת שיקול ענייני של מאזן אינטרסים ומגיעה למסקנה לבד - אינה מספקת. הועדה שוקלת שיקול ענייני של מאזן אינטרסים ומגיעה למסקנה (עמ' 49) ש"הרעה שבהפרת הוראה שבחוק במהלך החקירה, מזה והרעה לחייו או לגופו של הזולת העומדת להתרחש במוקדם או במאוחר (ההדגשה במקום - ע.ג.), מזה, חייבות להשקל זו כנגד זו.

הועדה פונה גם למשפט האנגלי ומוצאת תימוכין לעיתידיות הסכנה המוקדמת בדבריו וויליאמס כי: "THE USE OF FORCE MAY BE IMMEDIATELY NECESSARY TO PREVENT AN ATTACK IN THE FUTURE".

לטענתנו, ההסתמכות על וויליאמס אינה מחזקת את המסקנה אליה הגיעה ועדת לנדוי: ראשית, הדברים הוצאו מהקשרם. הכלל, כפי שוויליאמס מנסח אותו חמש שורות מעל המשפט המצוטט בדו"ח ועדת לנדוי הוא:

"CLEARLY, FORCE MAY NOT BE USED TO MEET A THREAT OF VIOLENCE IN THE FUTURE, WHEN THERE IS STILL TIME FOR THE PERSON THREATENED TO SEEK POLICE PROTECTION."

זהו הכלל. הדרישה הכללית היא ל"מיידיות", הן בנקיטת המעשה ע"י הנאשם, והן במיידיותה של הסכנה. את דבריו מבסס וויליאמס בשורה ארוכה של פסיקה

19. PAUL H. ROBINSON, CRIMINAL LAW DEFENSES, CHOICE OF EVILS NECESSITY,

(WEST PUBLISHING CO. 1984)

20. ולא ב"מחיר" - כפי שמתורגם בדו"ח לנדוי הביטוי "AT THE EXPENSE"

אנגלית ואף מפנה לדרישת המיידיות שבחקיקה אמריקאית. די אם נביא ציטוט מפי הלורד. MACDERMOTT.

"WHERE THE DEFENCE IS AGAINST AN EXPECTED ATTACK, THE ANTICIPATED ATTACK MUST BE IMMINENT"

שנית, האמור בדו"ח ועדת לנדוי מתייחס למיידיות הסכנה (ולא למיידיות הפעולה), ועוסק במקרה בו האירוע המסוכן כבר התחיל והוא עומד להחמיר - אזי מותר להשתמש בכוח, גם אם טרם החמיר.²¹

לסיכומה של נקודה זו: נראה כי על אף שאין דרישת "מיידיות" מפורשת בסעיף 22 - אין מנוס מן הקביעה, שיש צורך בקרבת זמנים בין הוצאת הסכנה לבין המעשה שנועד למנועה, וכן בין האפשרות לבצע מעשה ובין עשייתו. דרישה זו, עולה מן התנאים המנויים בסעיף 22 שאי אפשר היה למנוע אותו נזק בדרך אחרת ולא נעשה יותר ממה שהיה נחוץ לעשות. כפי שראינו דרישה זו מעוגנת במשפט הישראלי האנגלי והאמריקאי. לדעתנו אין במובאות אשר הובאו בדו"ח לנדוי כדי לגרום אחרת.

לא ברור מקריאת דו"ח ועדת לנדוי כיצד "הפיסת הרע במיעוטו", שהיא אכן הרעיון הפילוסופי המסתתר מאחורי הגנת הצורך, כאשר מעדיפים אינטרס לגיטימי אחד על פני אינטרס לגיטימי שני - יכולה להביא לכך, שייאמר שהדבר מביא לזויתור על דרישת המיידיות, אשר היא תנאי שהעדרו מצביע על אי קיומם של תנאים חקוקים אחרים מתנאי סעיף 22.

ה. השימוש בטענת הצורך להצדק פעולות השלטון

המלומד האנגלי וויליאמס²² מתייחס להגנת הצורך STRICTO SENSU, וגישתו (האמורה ליצג את גישת המשפט האנגלי...) איננה ליבראלית כלל ועיקר, ובעיקר אין מתירים טענת "צורך" כאשר רשויות השלטון הן המבקשות לטעון ל"צורך" כדבריו:

"ONE OF THE MOST CELEBRATED PRONOUNCEMENTS IN OUR LAW REPUDIATES THE DOCTRINE OF NECESSITY AS A MEANS OF ENLARGING THE POWERS OF THE EXECUTIVE."

וכפי שציין לורד LAMDEN בשנת 1765:

"AND WITH RESPECT TO THE ARGUMENT OF STATE NECESSITY, OR

21. ולהלן נביא את הציטוט מוויליאמס המופיע בדו"ח, בהקשר המלא:

THE USE OF FORCE MAY BE IMMEDIATELY NECESSARY TO PREVENT AN ATTACK IN THE FUTURE. IF, FOR EXAMPLE, THERE IS PRESENT HOSTILE DEMONSTRATION INDICATING THAT VIOLENCE IS ABOUT TO BE USED, THE DEFENDER NEED NOT WAIT TILL HIS ASSAILANT COMES WITHIN STRIKING DISTANCE..."

לא לסוגיה שלנו מתייחס הקטע בוויליאמס ממנו נלקחו הדברים. כל כולו דיון בהגנה העצמית ולא בהגנה על הזולת. ונקודה זו מופיעה ומצויינת בפירוש בדו"ח ועדת לנדוי עצמו. בכל הקשור להגנת הצורך STRICTO SENSU, יש לווייליאמס ביקורת קשה כנגד הניסיון להשתמש בהגנה זו להצדקת פעולות השלטון - ועל כך עוד יפורט להלן.

22. GLANVILLE WILLIAMS, TEXTBOOK OF CRIMINAL LAW, 2 EDITION. LONDON, STEVENSE & SONS, 1983, IP/610 511.

A DISTINCTION THAT HAS BEEN AIMED AT BETWEEN STATE OFFENCES AND OTHERS, THE COMMON LAW DOES NOT UNDERSTAND THAT KIND OF REASONING, NOR DO OUR BOOKS TAKE NOTICE OF ANY SUCH DISTINCTIONS."

לגביו כל הכונה בכך היא, מכל מקום, שבתי המשפט אינם אמורים להרחיב את הסמכויות הממשלתיות אך ורק על סמך הצרכים של הממשלה. אם הממשלה רוצה סמכויות, היא חייבת להשיגן מהפרלמנט. ומשהשיגה סמכויות מהפרלמנט, עליה לפעול במסגרתן, ולא להרחיבן תחת הטענה של "צורך". רעיון זה חוזר על העמדה, אשר נדחתה ע"י ועדת לנדוי, כי בין האינטרסים המוגנים בהגנת ה"צורך" - נבצר חלקו של "בטחון המדינה"

פרופ' אנקר מציין כ"י": "לניסוח הקיים בסעיף 18 (לפ"ח - פ - ע.ג.) יש יתרון על ניסוחו הכללי והעקרוני של הדייג'סט (של סטיפן ע.ג.) בזה שהוא מגביל את ההגנה למקרים בהם פעל הנאשם למען אינטרס ספציפי. ניסוח זה מוציא מן ההגנה מקרים בהם פעל הנאשם למען אינטרס הציבור בכללו. הגבלה זו מונעת נסיונות להשתמש בס' 16 שימוש שהינו פוליטי בעיקרו. טול למשל מקרה של רצח פוליטי של ראש הממשלה על רקע התנגדות למדיניות של הסדרים עם מדינות ערב השכנות, או היפוכו, פעולת חבלה של טרוריסטים ערביים. בשני המקרים יכולים הנאשמים לטעון שלמעשהם געשו כדי למנוע נזק רציני (השמדת המדינה בדוגמא הראשונה דיכוי זכויות העם הפלשתינאי בשניה) שאין למנועו בדרך אחרת. מובן מאליו שיש תשובת לטענות אלו. אפשר להשיב שהאינטרסים למען בוצעו העבירות אינם עולים על נזקם, וניתן לטעון שקיימות דרכים אחרות, פוליטיות ולא אלימות, להגן על אינטרסים אלה ולקדםם. והאנשם בכל מקרה יטען היפוכו של דבר וינסה להוכיח את טענתו. טיעון זה הופך את המשפט להתדיינות פוליטית כשבית המשפט אינו הפורום המתאים לדיון כזה".

כאמור לעיל - מכלול האינטרסים המוגנים על-ידי הגנת ה"צורך" הוא ככל הנראה רחב יותר וכולל בחובו גם את ההגנה על בטחון המדינה. ואף אם אין הדבר כך בבחינת המשפט המצוי - הרי שהמשפט הרצוי דורש את הדבר. אין ספק כי במצב הבטחוני המיוחד בו שרויה מדינת ישראל מיום הקמתה ועד לימים אלה, לא יתכן כי מקומו של האינטרס של בטחון המדינה ייפקד מבין האינטרסים המוגנים ע"י הגנת הצורך. ואולם, עיקר התייחסותו של פרופ' אנקר אינה באה לשלול את היותו של בטחון המדינה אינטרס מוגן כשם שמטרתה למקד את הספיציפיות הדרושה להגדרת אותו אינטרס מוגן.

טול למשל, מקרה של אדם מן השורה אשר בדרך אקראי נתקל במרגל מסוכן. אותו אדם מצליח ללכוד את המרגל בכף, לכפות אותו בעבותות, ולהזעיק את כוחות הבטחון. היעלה על הדעת כי לגיבור שכזה, לא תהיה כל הגנה במשפט הפלילי כנגד האשמה מסוג של כליאת שלא בסמכות? כנגד זאת, מעלה פרופ' אנקר את החשש כי כל פעולה שהיא בלתי חוקית, תתעטף

23. אנקר הכרח וצורך כדיני עונשין, (אוניברסיטת בר אילן רמת גן תשל"ז) 11.

24. ראה: בג"צ 470/80 אלגזי נגד שר הבטחון ואח' (לא מורסם) בג"צ 734/83 שיין ואח' נגד שר הבטחון ואח' פ"ד ל"ח(3) עמ' 393.

25. ראה הערה 4, לעיל.

בכיסוי של פעולה למען הצלת האומה מאסון, והדבר יוביל לאנרכיה אשר בה איש הישר בעיניו יעשה (כאשר יש מלך בישראל...).

כנגד זאת מעלה פרופ' אנקר על נס את הדרישה לספציפיות האינטרס שלמענו פעל הנאשם. לשון אחד - דרישתו של פרופ' אנקר היא יותר פוזיטיבית של אינטרס ספציפי, מאשר נגטיבית, של שלילת בטחון המדינה כאינטרס מוגן.

בדברים המובאים לעיל, ובדבריו של וויליאמס על כך שאל לו לשלטון להשתמש בהגנת "הצורך" כדי להצדיק פעולותיו - גלומה התולשה העיקרית של הטיעון להתרת שימוש באמצעים פיסיים פסיכולוגיים אלימים בדרך כלל, תוך שימוש בהגנת הצורך.

הגנת הצורך היא הגנה אד-הוק. היא תלויה במקרה מסויים שמתרחש ובנסיבות מסויימות המצדיקות "צורך". אין הגנה זאת יכולה לבוא מראש, באופן כללי, ומבלי להזקק ל"צורך" מסויים שעלה. הענקת "כח" (כמשמעותו לפי טבלת הופלר) לגורם כלשהו להפעיל כח פיסי ב"מקרים מסויימים", אינה כשלעצמה משוללת כל יסוד אלא שאז אין להביאה במסגרת הגנת אד-הוק, אלא המשמעות האמיתית של הענקת כח שכזה היא מתן סמכות חוקית לביצוע הפעולה. (ואז יישום הסמכות החוקית יהא מוגן במסגרת הגנת ה"צידוק").

הענקת סמכויות, ומתן "צידוק" לגוף כמו השב"כ היא בעייתית - שכן השב"כ אינו גוף הפועל מכח הדין אלא הוא גוף לבר משפטי, המאוזכר בחוק באופן נדיד ביותר (ראה סעיף 3.2 עמוד 42 לדו"ח). על כן יכול ותתעוררנה בעיות בהענקת סמכויות לגיטימיות לארגון. אחד הפתרונות לכך, יכול שיהיה בחקיקת חוק אשר יסדיר את שירותי הבטחון הכלליים כמוסד הפועל מכח הדין ועל פי הדין. במסגרת חקיקה שכזאת יתנו לשב"כ סמכויות שונות, הן במישור של מעצרים וחיפושים, והן במישור של החקירות שמגהל השב"כ.

יש לציין בהקשר זה כי באזורי יהודה ושומרון וחבל עזה הוקנתה סמכות של "חייל" על פי תחיקת הבטחון, לכל אדם הנמנה על שירות הבטחון הכללי.²⁶ כמו כן, נקבע בתיקון מאוחר יותר כי לגבי איש שירות הבטחון יהיו הממונים עליו בשירות זה רשות בת סמך שחובה עליו להישמע להם. תיקון מאוחר זה, אינו מסדיר את סמכויות השב"כ באזורים, שכן, הגנת ה"צידוק" המשתמעת מתיקון זה אינה מתייחסת לאחוריותו הפלילית של איש השב"כ לפי המשפט הישראלי, אלא אך ורק ל"צידוק" לפי תחיקת הבטחון החלה באזור. יתנו על כן ה"צידוק" מקנה הגנה בנסיבות העניין לאיש השב"כ הזוטר, המקיים את פקודתו של הממונה עליו, אך אין הצדקה או פטור לבכיר, אשר מפיו יצאה ההוראה.

מכיוון שכך, הרי ששבה ועולה הדרישה להסדרת מעמד השב"כ בחוק, ועד שלא יוסדר העניין מהבחינה החקיקתית כל שאנו קובעים הוא שהגנת הצורך איננה הפתרון (כשם שבכלל איננה ראויה להיות פתרון קבוע) של בעיית סמכויות השב"כ.

26. צו בדבר אנשי שירות הבטחון הפועלים באזור (אזור הגדה המערבית) (מס' 121), תשכ"ז 1967, קמצ"מ איו"ש תשכ"ח 262, 406; צו בדבר אנשי שירות הבטחון הפועלים באזור (רצועת עזה וצפון סיני) מס' 118, תשכ"ה - 1967, קמצ"מ אזח"ע 376, 5.

עשיית פרסומת אסורה על ידי עורך דין, אימתי?

מאת: אל"מ (מיל.) זכריה כספוי

- א. החקיקה הקיימת ומשמעותה
- ב. הפרסומת המקצועית
- ג. מאפיינים פסולים של הפרסומת המקצועית
- ד. הכוונה המדרשת לביצוע העבירה
- ה. חופש הבטוי מול הוראות חוק מגבילות
- ו. העדיפות הראויה בעת התנגשות האינטרסים
- ז. הצעות

* לשעבר סגן הפרקליט הצבאי הראשי.

א. החקיקה הקיימת ומשמעותה

המקור הראשי לאיסור על עשיית פרסומת על ידי עורך דין הוא סעיף 55 לחוק לשכת עורכי הדין, תשכ"א-1961 שלשונו זה: "עורך-דין לא יעשה לעצמו פרסומת כעוסק במקצוע עריכת-דין. המקרים והצורות שבהם רשאי או חייב עורך-דין לציין את שמו ומקצועו יפורטו בכללים". בכללי לשכת עורכי הדין נקבע פרק העוסק בפרסום ופרסומת. פרק זה עוסק בשלושה נושאים:

- 1) הרשות לציין את התואר "עורך-דין" בכתב או בעלפה (כלל 6).
 - 2) החובה לציין את התואר "עורך דין" במסמכים, ופרטים מקצועיים שמותר לצינם בשלט, במסמכים ובמדריכים (כלל 7)
 - 3) הפרטים אותם יציין עורך-דין שכיר (כלל 8).
- הקשר הישיר היחיד הקיים כיום בין הפרק העוסק בפרסום ובפרסומת בכללים, לבין סעיף 55 לחוק, הוא ציון העובדה בכלל 6, כי הרשות לעורך-דין לציין את תארו זה, כפופה לאמור בסעיף 55 לחוק. אותה כפיפות עצמה של כלל 6 נקבעה גם כלפי האמור ביתר הכללים. משמעות הברורה של קשר ישיר זה, היא בכך, כי ההיתר לעורך-דין לציין התואר ניתן בתנאי שאין השימוש פוגע באיסור שבסעיף 55 לחוק או באיסורים שבכללים, או שאיננו מתיישב עם ההנחיות שבכללים.
- עובדה הראויה לציין היא, כי ההיתר איננו כפוף לאמור בסעיפים אחרים בחוק כמו סעיף 53, לדוגמא, הדין בשמירת כבוד המקצוע, מה שיכול להצביע כי לפחות הכוונה המקורית של מחוקק הכללים היתה לאסור שימוש בתואר בנסיבות שיש בהן עשיית פרסומת, מבלי צורך לבחון את הנסיבות.
- המצב החקיקתי דהיום, התל מ-23 באוקטובר 1986, מועד תחילתם של הכללים, שונה מזה שהיה קיים בעת תחולתם של כללי האתיקה מתשכ"א-1966. נראה כי מתקין הכללים היטה אונו היטב, באורח כללי, "לקולות המנסרים ברום חלל הלשכה" מתוך רצון להתאים עצמו למגמות התברתיות של העשור האחרון, שהתפתחו - ועדיין כך - לכוון של פתיחות ואימוץ דפוסי מודרניים; והכל במסגרת שמירת הנורמות האתיות הבסיסיות והמחשבה "שמקצוענו דורש מאיתנו רמה מוסרית גבוהה יותר, התנהגות שאין בה דופי מוסרי ואומנות מעל למיזמנות".
- התוצאה הראשונה של הליכה בתלם זה היתה מחיקה מן הכללים של החוקה הרואה בציון התואר עורך-דין בהודעה המתפרסמת ברבים, פעולה שמטרתה פרסומת. בצד מחיקת פעולות קונקרטיים נוספות מכלל 16, שיש בהן לכאורה

1. כללים 8'6 לכללי לשכת עורכי הדין (אתיקה מקצועית), התשמ"ו-1986.
2. ראוי היה, אולי, לעשות כן, שהרי ניתן להניח כי השימוש בתואר "עורך דין" עלול, בנסיבות מסוימות ואגב פעילות בלתי מוסרית למשל, לפגוע בכבוד המקצוע. עם זאת אפשר להבין גם את ההימנעות מסייג כזה, שיכול לדבוק בו דבב של הסתרת התואר "עורך-דין", כאשר הגישה העקרונית צריכה לשלול הסתרה כזו, שכן מן המצופה הוא, כי עורך דין לא יהא מעורב בפעילות בלתי מוסרית, לא כל שכן בלתי חוקית.
3. בד"מ (ת"א) 128/81, הועד המחוזי של לשכת עורכי הדין בת"א-יפו נ. פלוני, עו"ד פדי"מ ד' 1986, עמ' 130, בעמ' 137. למרבית הצער רב המרוק בין מחשבה ומעשה, שכן פתיחות ודפוסי מודרניים עדיין הם בבחינת הרצוי.
4. נ' אימת, תובת התשובה חכות השתיקה בהליכי לשכת עורכי הדין, "הפרקליט" ל"ז(ג) תשמ"ו, 406, 416.

פרסומת, בוטל גם כלל 15 - פעולות אסורות - שאסר על עורך-דין יזמה, עשייה, השתתפות ביזדעין ומתן הסכמה לפעולות שמטרתן פרסומת לעצמו כעוסק בעריכת דין, שיש בהן תחרות בלתי הוגנת בחבריו או רכישת לקוחות בדרך שאינה חולמת את כבוד המקצוע.

חלף האיטורים הללו, הסתפק מתקין הכללים בעקרונות הנובעים מקביעות היסוד שבפרק הששי בחוק וקבע בכללים, הוראות התנהגות פוזיטיביות כלפי הלקוח, הצד שבנגד, חברו למקצוע ובית המשפט, אשר יחד עם החובה הכללית של שמירה על החוק, יוצרות, לדעת המחוקק, מסכת המבטיחה את שמירת כבוד המקצוע. עם זאת אין ספק, כפי שלא היה כזה גם קודם לכן, כי האיסור על פרסומת פסולה (שעל מהותה נעמד בהמשך) הוא בבחינת גיבך אחד מהגן המסגרת הכוללת של שמירה כבוד המקצוע.

המצב שנוצר, איפוא, בשנת 1986 הוא, השארתה של הוראת היסוד שבחוק, האוסרת פרסומת, בלא לתחום אותה בהוראות קונקרטיביות או ביצירת חזקות בכללים, אשר יותר משחן - החזקות - מסייעות להבנת האיסור ולפרשנותו, הן מרחיבות, לעיתים, ללא גבול רצוי, את גדר האסור בעת נחונה.

הועדפה, אם כך, הדרך המאפשרת התבססות על העקרונות האתיים, שנקבעו בפסיקת בתי הדין של הלשכה ואומצו, למעשה, על ידי בית המשפט העליון ובה בעת אינה מונעת התחדשות, כאמור, תוך שמירה על נורמות היסוד הראויות למקצוע.

ב. הפרסומת המקצועית

פרסומת מקצועית יכול שתיעשה באמצעים שונים ובדרכים רבות ולפיכך, כדרך בה בחר לאתרוגה מתקין כללי האתיקה, לא נעשה מאמץ ממשוי להגדיר מחמת זה שאין צורך בהגדרה בדרך זו, אף אין אפשרות להכיל בהגדרה את כל הדרכים שיכולה הדעת להעלות והאמצעים המודרניים לאפשר, לצורך עשיית הפרסומת.

להארת הרקע של האיסור בכללותו מצטט כב' הנשיא שמגר את M. ZANDER בספרו: *Lawyers and the Public Interest: A Study of Restricted Practices* (London 1969) P.209

5. ע' ויצמן סבור "כי ביטול הכללים הישנים אינו בהכרח מביא לביטול דרכי ההתנהגות שהותוו בהם, בהיות אותם הכללים בחסות הוראות החוק, אשר לא בוטלו ואשר ממשיכים להורות על אותם דרכי ההתנהגות". כללי לשכת עורכי הדין (אתיקה מקצועית) התשמ"ו-1986, השווה והשווה, בהוצאת ועד מחוז ת"א של לשכת עורכי הדין, 1988 בע"מ 20. נראה כי אכן כך הדבר, אלא שלא בשל היות "הכללים בחסות הוראות החוק, אשר לא בוטלו", כי אם בשל קיומן של הוראות החוק כפי שנתפרשו על ידי בתי המשפט, ללא הסתמכות על הכללים בלבד.
6. התאור האידיולי של דרך זו איננו צריך להטעות, שכן בצד החיוב, התיאורטי בעיקרו, קיימת גם שלילה, פרקטית במהותה: עקרונות המחבארים מעת לעת ידי בתי המשפט אינם מספיקים לעורך הדין מן השורה, הוקוק לכלי בחיר הקובע בעבורו מראש את המותר והאסור.
7. על"ע 13/86 ע"ד ד. חטר ישי נ. הועד המחוזי של לשכת עורכי הדין בתל-אביב, פ"ד י מ"א (4) 838, עמ' 840.
8. *Lawyers and the Public Interest: A study of restricted Practices* (LONDON 1969) 209

"The argument... amounts basically to this: advertising is undignified and "commercial"; it is also unworthy that it suggests that one professional man is better than another which, though true, is insulting to one's learned and honourable friends; moreover, the claim to specialist abilities may be either wholly false, or else misleading in that there may be others even more expert; self-advertisement provides no safe basis upon which a client may choose his professional adviser. The best and only desirable basis is personal recommendation or at least knowledge that the adviser is properly qualified".

שאלת הפרסומת נבחנה באנגליה באמצעות שתי ועדות שהוקמו לצורך כך בשנים 1976 ו-1978. הועדה הראשונה הגיעה למסקנה כי איסור הפרסומת גרם לנוק מסוים, במנעו מן הציבור מידע ובהביאו להקטנת התחרות, היעילות והמאמץ להצלחה. עקב האיסור, כך לדעת הועדה, נוצרו פחות דרכים חלופיות להשגת עבודה וכן לחיפוש עורך דין, שנעשה על בסיס שמועות בלבד. הועדה המליצה להרשות כל פרסום שאינו מטעה, אינו עושה השוואה עם עורכי דין אחרים ואינו מוציא שם רע למקצוע.

גם הועדה השנייה המליצה על מתן אפשרות לפרסומת של עורכי דין, תוך שציינה כי זו מסייעת לצרכן בבחירתו בכל משק חופשי או מעודב.

כב' הנשיא שמגר, שציין פרטים אלה בב"ש 368, 298/86, מדגיש כי "המלצותיהן של הועדות הביאו בהדרגה לצמצומו של האיסור המיושם באנגליה". גם בארצות הברית נדונה שאלת הפרסומת ושם נבחנה לאור התיקון הראשון לחוקה האמריקאית. כב' הנשיא מביא את פסיקתו של השופט Blackmun מבית המשפט העליון הפדרלי שפסק "לגבי קבוצת עורכי דין שפעלו בצוותא במחירים נמוכים וביקשו לפרסמם, כי פרסומת של עורכי דין משרתת את האינטרס הציבורי של קבלת החלטה שקולה המבוססת על אינפורמציה.

הדרך המקובלת, איפוא, להתייחס לפרסומת המקצועית היא בציון המאפיינים והערכים, וביהר פירוט: המאפיינים הפסולים והתוכן הפסול. ראוי להדגיש: לא הפרסום הוא האסור אף לא הפרסומת דרך כלל. מה שמהווה עבירה על החוק היה הפרסומת הפסולה."

כך הדגיש כב' הנשיא לנדוי:

"אין זה מתקבל על הדעת שעורך דין יוכל להתחמק מסנקציה משמעתית על מעשה שהביא לו פרסומת פסולה בעבודתו כעורך דין..."

ובאותו הקשר חזר על הדברים בית הדין למשמעת בתל-אביב:

"אם אגב כך באה לעורך הדין פרסומת אסורה, הריהו בגדר עובר עבירה לענין

-
9. ב"ש 368, 298/86 ציטוין ואח' נ. בית הדין המשמעתי של לשכת עורכי הדין במחוז תל-אביב ואח' פר"י מ"א (2), 337, 363.
 10. Bates V. State Bar of Arizona 433 U.S. 350 97 S. CT. 2961 (1987)
 11. הבחנה מעין זו אומצה לאחרונה ע"י ביה"ד של מחוז ת"א בבד"מ 205-211/82 ואושרה ע"י בית הדין הארצי בבד"א 45/84 (טרם פורסמו).
 12. על"א 4/75 פלוני נ. הועד המרכזי של לשכת עורכי הדין בתל-אביב, פ"ד ל' (2) עמ' 197, בעמ' 203 מול האות ה'.

עשיית פרסומת פסולה או אסור במשמעות כללי האתיקה...¹³
 ובמקום אחר אמר בית הדין למשמעות: "... הנאשם לא נקט אמצעים ראויים
 למניעת הפרסום האסור..."¹⁴
 וכיצא מכאן יכול עורך הדין להביא לעצמו פרסום ואפילו פרסומת באמצעים
 כשרים, לרבות בדרך של מתן ראיון עיתונאי ובלבד שלא יכלול אמצעים אלה,
 אלמוניים פסולים, עליהם נעמוד בהמשך.
 והיה אם נשתרבו אלמוני פסול לראיון שכזה, יוכל עורך הדין להכשירו אם ידאג
 למחיקת מה שנראה כפרסומת אסורה.

ובכך פסק בית המשפט העליון בהקשר זה:
 "המעורר אף לא ביקש מן העיתונאית לראות את הכתבה לפני פרסומה בעתון. אילו
 עשה כן, היה יכול למחוק ממנה את הפרטים הפסולים..."¹⁵
 ובית הדין למשמעות בתל-אביב מסכם את הפסיקה בנקודות ההכשר:
 "אין ספק שלאור הלכת המצטבר מהנחיות הפסיקה ועמדת מערכת העיתונאים או
 השבועונים בנדון, מוטלת על עורך הדין החובה לברר קודם לעריכת הראיון, אם
 יותר לו לעיין בכתבה או במאמר על מנת לנפות ממנו קטעים פסולים או אסורים
 מבחינתו..."¹⁶

ג. מאפיינים פסולים של הפרסומת המקצועית

כב' השופט לנדוי קבע בעל"פ 4/75 " את שני אלה כטעם החקיקתי שמאחורי
 האיסור:

(1) רכישת לקוחות באמצעים פסולים.

(2) הפגיעה ברמת המקצוע.

ותוצאתן של השתיים מוזיקה היא בעיניו.¹⁷

13. בד"מ (ת"א) 128/81, שם בעמ' 134 מול האות ב'.
 14. שם שם.
 15. על"א 4/75 הערה 12 לעיל. בעמ' 205. מול האות ד' וראה גם בד"מ 28/73, פרקים
 בפסיקה ב' 97 ורבד"א 19-20/72, פרקים בפסיקה ב' 94, 96. וכן בד"א 62/85, 62/85 /
 57 פד"מ ה', עמ' 105, בעמ' 114.
 16. בד"מ (ת"א) 128/81, שם בעמ' 134. מול האות ז'.
 17. הערה 12 לעיל בעמ' 205. מול האות ד'
 18. שאלה במקומה היא מידת תחולתו של האיסור על עורך דין שהוא עובד הציבור.
 מבחינה עניינית עומד הטעם של פגיעה ברמת המקצוע גם לענין פרסומת לעובד
 הציבור, כטעם של ממש המצדיק את האיסור גם עליו. ואם הטעם האחר - רכישת
 לקוחות - איננו ישים לעובד הציבור, הרי שהוא עשוי להיות ישים בבוא העת, עם
 פרישתו מן המשרה הציבורית, ומכאן ההצדקה למוע הפרסומת האסורה גם ממנו ולו
 כדי להסיר חשש של עשיית פרסומת בסמוך למועד הפרישה משירות הציבור או מן
 הצבא, מתוך מטרה לרכוש לקוחות בפרקטיקה הפרטית שלאחר מכן.
 מול הצדקה זו שבאיסור אפשר להעמיד נימוק, מסוג הנימוקים שיידונו בהמשך,
 שענינו זכות הציבור לדעת אודות עובד הציבור, או כפי שנימוק זה הועלה לאחריה
 בראיון של עובד ציבור בכיר: "זכות להכיר את עובד הציבור ואת השקפותיו".
 עם זאת ברור כי עובד הציבור מנוע מפירוט השקפותיו לפחות בתחומים פוליטיים
 (עובד המדינה מכוח התקשי"ד ואיש הצבא מכוח פקודות הצבא) לעומת עורך הדין
 בפרקטיקה הפרטית.
 מכל מקום נטיית הועדים המחוזיים של לשכת עורכי הדין איננה להגיש תלונות כנגד
 עורכי דין במשרות ציבוריות בגין ראיונות לתקשורת העושים להם פרסומת, כפי
 שועדים אלה עושים בענינם של עורכי דין בפרקטיקה הפרטית, המוסרים ראיונות כאלה.

וביתר פירוט לענין הטעם הראשון:

"התנהגות פסולה של עורך דין הפוגע בחבריו למקצוע בדרך פרסומת והתפארות בפומבי"¹⁹

כב' השופט לנדוי שם דגש, בעקבות בית הדין המחוזי למשמעת בתל-אביב וכמוהו בית הדין הארצי, על דרך הפגיעה של עורך הדין בחבריו למקצוע: "מעיד... על עצמו, כי הוא טיפל ב־500 עניני אישות סבוכים, שאחדים מהם הגיעו לבית המשפט העליון, ואחרים הוסדרו במכסיקו או בקפריסין. כאשר קוראים דברים אלה יחד עם מה שמסופר למעלה מן הענין: כי המערעד משמש כיועץ משפטי של שגרירות מכסיקו בישראל וקשריו אלה איפשרו לו להסדיר לישראלים רבים "נישואי מכסיקו" - דהיינו נישואין אזרחיים באמצעות הדואר, כי בית המשפט העליון סמך ידיו על נישואין אלה, והם קרויים כיום בפי העם "נישואין כדת... (שם המערעד)" הרי שאין ספק כי היה בדברים אלה משום פרסומת למערעד בעניסוקו המקצועי כעורך-דין.

הרי כל מי שקורא את הכתבה ויש לו בעיה אישית בקשר לנישואין שלא על פי ההלכה, יתרשם שהנה עורך-דין שבתוקף נטיונו וקשריו המיוחדים מסוגל לפתור לו את בעייתו. צדקו איפוא בתי הדין המשמעתיים בקבעם שאם לא היתה בדברים אלה מגמה ישירה לרכישת לקוחות, מכל מקום היה בהם משום עשיית פרסומת שזו תוצאתה העקיפה"²⁰.

והגיונם של הדברים ברור: השתבחות בתחום העיסוק, הידע והנסיון שנוצרו בו לצורך רכישת הלקוחות, אם במישרין ואם בעקיפין, מתוך יתרון בלתי הוגן על חברים אחרים שאינם משתבחים בפומבי באלה, הגם שהידע והנסיון, מנת הלקם, אינם נופלים מאלה של הפועל באורח בלתי הוגן.

מאפיינים פסולים ספציפיים ניתן לשאוב מן הפסיקה. כך ניתן לראות מאפיינים פסולים אלה, מכוח האמור בע"ל²¹ 4/75 הנזכר:

1. התייחסות מיוחדת לתחום ההתמחות תוך הבלטת עמדותיו, השקפותיו ושיטות טיפול או תגובה, המקובלות על עורך הדין הודון.
2. התייחסות ישירה לותק המקצועי, ולחוג הלקוחות הספציפי של עורך הדין.
3. איזכור חוג הלקוחות הספציפי תוך ציון מידת ההתחשבות הרבה של עורך הדין בלקוחות אלה וכוונתו להסתפק בשכר צנוע.
4. ציון הצלחותיו של עורך הדין בייצוג עניניו של חוג הלקוחות הספציפי. בהעדר השתבחות עצמית ראה בית המשפט העליון²² הופעה של עורך דין באמצעי תקשורת בהסברת ענין משפטי שבטיפולו ככזו שאינה נגועה בפרסומת פסולה, כאשר בנסיבות הענין לא היתה גביעה בכבוד המקצוע או תחרות בלתי הוגנת. נושאי ההתמחות ודרך הטיפול המשפטי עם לקוחות, שימשו גם את בית הדין למשמעת בתל-אביב במקרה אחר.²³ יחד עם מאפיינים נוספים, בוטים במיוחד, של הפרסומת, אפילו נעשתה בעיתון יהודים ישראלים בנייר-ודק:

19. על"ע 4/75 הערה 12 לעיל בעמ' 206. מול האות א'.

20. שם בעמ' 203-4.

21. על"ע 13/86, הערה 7 לעיל מול האות ד'. בעמ' 840. ראוי להדגיש כי השתבחות עצמית עשויה להיות אלמנט פסול גם בהחלת איסור הפרסומת על עורך דין במשרה ציבורית.

22. בד"מ (ת"א) 13/84, פד"מ ד' 1986, עמ' 126.

- (1) פרסום מודעה על ידי עורך הדין אודות פתיחת משרדו.
- (2) פירוט במודעה של פעילויות המשרד תוך ציון כי הפעילויות בעניינים הקשורים בישראל, מטופלים באמצעות המשרד בישראל.
- תמותת עורך הדין כשלעצמה לא נמצאה גוועה בפרסומת פסולה אם כי "צילום עם גלימה ומעונוב, כולו אומר הדרת משפט", משמע צילום יזום כעורך דין, יחד עם מאפיינים אחרים, נקבע כפרסומת פסולה.²³
- פרסום פרטים ביאוגרפיים ופרטים אישיים אחרים על עורך-דין לא נמצא פסול ובדרך כלל אין מניעה לפרסומם "אם אין בעצם מתן הפרטים הללו מגמה של עשיית פרסומת מקצועית".²⁴
- משמע: הפסלות נעוצה בכוננת נותן הפרטים, הוא עורך הדין, שאם אין בנתינתם רצון של עשיית פרסומת מקצועית, אזי מותרים הם למסירה לתקשורת.
- ראוי לציין כי הסייג בכלל 16(2), ששימש יסוד לאישום שהתברר בעל"ע 4/75 וענינו האיסור לגבי פרסום פרטים אישיים של עורך הדין בקשר להליך משפטי שבו הוא מייצג לקוח, שוב איננו קיים, עם ביטולן של החוקות.
- יש לומר, כי גם בעת שהיה קיים הסייג, לא עליו נתבססה ההרשעה ממש בעל"ע 4/75 - כפי שלא נתבססו עליו הרשעות אחרות בענין פרסומת פסולה²⁵ ובית המשפט העליון לא ייחס לו משמעות מיוחדת, באמרו:
- "אבל הרשעתו תעמוד גם ללא פרטים נוספים אלה".²⁶
- לסיכום המאפיינים נחוץ להדגיש שוב את עצם ההגדרה שבא"הגדרה, בה נקט כב' השופט ברק, בעל"ע 13/86 לענין הדיבור "יעשה לעצמו פרסום":
- "דיבור זה אין ליתן לו הגדרה מקיפה, ויש למלאו תוכן על פי נסיבותיו המשתנות".²⁷

ד. הכוונה הנדרשת לביצוע העבירה

- מאחר ומדובר במעשה אסור, יש צורך לבחון את מהותה של המחשבה הפלילית של הנאשם, המואשם בעשיית המעשה, אשר דרושה להרשעה בו.
- גדר הספקות ביחס למהותה של מחשבה זו נבחן כבר בעל"ע 4/75²⁸ ובית המשפט העליון, מפי כב' השופט לנדוי מגיע למסקנה החלטית בענין הגדון:
- סעיף 55 רישא לחוק איננו נותן תשובה ברורה לכך אם עשיית פרסומת לעצמו כעוסק במקצוע עריכת-דין אסורה על עורך-דין רק כאשר הוא התכוון להשיג מטרה זו, או שמא די גם במעשים שיש בהם משום עשיית פרסומת מבחינה אובייקטיבית.

23. בד"מ (ת"א) 128/81 שם בעמ' 132.
24. על"ע 4/75, הערה 12 לעיל בעמ' 204, מול האות ג'.
25. מותר לסבור כי גם בעת שהיה זה קיים, קשה היה למצוא לו הצדקה: לעתים אי-אפשר להפריד בין ההליך המשפטי המוזקיים לבין עורך הדין הנטל בו חלק ורצון הציבור לדעת על ההליך, מהמת העניין הרב שבו, משתרע גם על התחום האישי של עורך הדין. הפתרון איננו איסור, אלא איוון נאות.
26. על"ע 4/75, הערה 12 לעיל בעמ' 204 מול האות ו'.
27. שם בעמ' 840. כך למשל ברור כי בגדר הנסיבות המשתנות וכללת גם העובדה כי עורך הדין הוא עובד המדינה או איש הפרקליטות הצבאית ולגבי יש למלא תוכן אתר את איסור הפרסום הפסול.
28. שם בעמ' 202. מול האות ה'.

לדעתו קבע המחוקק את המסגרת הכללית בחוק - וכך גם בסעיף 55 שבו - ואילו את מילוייה השאיר למחוקק המשנה, מחוקק הכללים.

וכך קבע בית המשפט העליון כי הכללים 15 ו-16, שהוזכרו לעיל, קובעים מחשבה פלילית על פיה "די בידיעה שהיתה לנאשם בשעת מעשה רצוני כי התנהגותו תביא, בדרגת הסתברות גבוהה, לתוצאה שהמחוקק חתר למנעה".

במילים אחרות נוכל לומר כי אין צורך, לענין הכוונה הדרושה, להוכיח כוונה ישירה ודי אם נתקיימו במעשה יסודות הכוונה העקיפה.

אלא שעתה כאשר כללים 15 ו-16 שוב אינם קיימים, מתעוררת השאלה האם ניתן לסבור כי הכוונה הפלילית הדרושה לפי כללים אלה, דהיינו התוכן שמחוקק הכללים מילא את המסגרת שהושמה בפניו על ידי המחוקק הראשי, הוסבה אל תוך הוראות החוק והיא גם הכוונה הדרושה להוכחת מעשה העבירה שבסעיף 55 לחוק עצמו, הוא לבדו.

התשובה לכך, היא ללא ספק, שלילית.

המסגרת עצמה לא נתמלאה בהקשר זה, אלא על יסוד נוסח הכללים הכולל את האמירה "פעולות... שיש בהן...", משמע מבחן אובייקטיבי לקביעת הכוונה ורק בשל כך קבע כב' השופט לנדוי את הכוונה הנחוצה, ככוונה עקיפה.

כב' השופט לנדוי התייחס לשאלת המטרה במפורש:

"דעתי היא שהאיסור שבסעיף 55 של החוק ובכלל 15(1) חל, בין שעשיית הפרסומת היא מטרתו הראשית של עורך-הדין ובין שהיא מטרה משנית או נלווית בלבד".

כלומר - אין הבחנה בין עיקר לטפל בשאלת דירוגה של המטרה, אך באשר לצורך בקיומה של מטרה - ראשית, משנית או נלווית - אין מחלוקת. ומן הצורך ברצון בהשגת הפרסומת כמטרה, בכל דרגה שהיא, ועד לכוונה מיוחדת, המרחק קצר.

והגישה המאפיינת את עבירות הכוונה המיוחדת היא:

"זו מחייבת להוכיח גיבוש אלמנט ייחודי, המיתוסף על הכוונה לביצוע יסודות האקטוס-דיאוס, והוא שההתנהגות הנדונה בוצעה מתוך מניע להשיג את המטרה המיוחדת המצויינת בהגדרת העבירה".

או בלשונו של י' קדמי:

"עבירות מסוג זה מתאפיינות בקיומה של דרישה של 'כוונה מיוחדת' בהגדרת העבירה: וה'כוונה המיוחדת' מבטאת 'חפץ' כלפי תוצאה מסויימת".

-
29. שם בעמ' 203.
30. שם בעמ' 204.
31. שם בעמ' 205 מול האות ג'.
32. ע' ויצמן סבור כי לצורך הרשעה לפי סעיף 55 לחוק, אינו נדרש יסוד נפשי של כוונה ויתכן כי די ביסוד של רשלנות לקיומה של עבירה זו. הערה 5 לעיל. בעמ' 30.
33. יובל לוי ואליעזר לדרמן, עיקרים באחדיות פלילית, הוצאת רמות מערכות חינוך בע"מ, עמ' 443; ד"ר 8/68 המטפרסט נ. היועמ"ש, פ"ד כב' (2) עמ' 536 בעמ' 544. מול האות ד'.
34. י' קדמי על הדין בפלילים, חלק א', הוצאת דיונון 1987, עמ' 60.

ולעניינו, איפוא, אין די בקביעה כי הפרסומת היתה תוצאה של הדברים שאמר עורך הדין או כי ידע כי תוצאתם המסתברת היא פרסומת והיה אדיש לתוצאה זו, אלא יש צורך להראות כי מונתו היתה להשיג פרסומת זו לעצמו. רק זו האחרונה היא הפרסומת האסורה.

אל מול גישה זו, הדורשת כוונה מיוחדת, נטען, לא בלי הצדקה, כי בדברי המחוקק, דווקא לאחר שבוטלו כללים 15 ו-16 הנזכרים, אין יסוד ממשי לכך. ודעתו של ע' ויצמן³⁴, אם כן, איננה משוללת יסוד.

אלא שדווקא אי-בהירות זו, גם בשאלת הכוונה הנחוצה, מעידה בעד עצמה: הצורך בתיקון, עמוק ממה שנראה על פני הדברים.

ה. חופש הביטוי מול הוראות חוק מגבילות

הפרסום, שהוא גופו איננו אסור בחוק או בכללים על עורך דין, אף הפרסומת המותרת, שהיא פרסומת ללא מאפיינים פסולים, אינם מעשה עבירה ולפיכך אינם מגבילים את עורך הדין בהתנהגותו.

שאלת התנגשות העקרונות או התנגשות האינטרסים, עולה לענין הפרסומת האסורה בחוק על עורך הדין ומטרתה להצר ולהגביל את חופש הביטוי שלו. ואם תישאל, מלכתחילה, השאלה האם יכול להתעורר ספק לענין יישום תקפות מעשה האסור בחוק, התשובה לזה היא, כי כאשר חירות מחירויות הפרט והזכויות הנגזרות ממנה, עומדת מול הוראת חוק הבאה להגבילה, כי אז לא רק צצה שאלת העדיפות, אלא שפתרון נטיית הכף חד וברור.

בהרחבה הנחוצה לענין, עמד כב' השופט אגרנט בבג"צ 73/53 ו-78/53 על חופש הביטוי "כעקרון הקשור קשר אמיץ עם התהליך הדמוקרטי" ועל "האינטרס החברתי אשר העקרון של חופש הבטוי בא להגן עליו - האינטרס של בירוד האמת". "ואולם", כדברי השופט, "חשיבותו של העקרון ועוץ גם בהגנה שהוא נתן לאינטרס פרטי מובהק, דהיינו לענינו של כל אדם, באשר הוא אדם, לתת ביטוי מלא לתכונותיו ולסגולותיו האישיות: לטפח ולפתח, עד הגבול האפשרי, את האני שבו; להביע את דעתו על כל נושא שהוא חושבו כחיוני בשבילו".

וכן - "למעשה מבחינת המגמה של קיום אינטרס מיוחד זה, משמשת הזכות לחופש הביטוי לא רק אמצעי ומכשיר כי אם גם מטרה בפני עצמה, באשר הצורך הפנימי שמרגיש כל אחד לתת ביטוי גלוי להרהורי הוא, הוא מתכונתיו היסודיות של אדם".³⁵

והאינטרס הקרוי "פרטי" אינו כזה בלבד:

"...לאמיתו של דבר אף למדינה ענין בשמירה עליו, הואיל וכפי שאמר בזמנו השופט ברנדייס... המטרה הסופית של המדינה היא (בין השאר) לאפשר לבני אדם להיות חופשיים לפתח את סגולותיהם".³⁶

שתי זכויות של הפרט נוגעות לענינו במסגרת הרחבה של "חופש הביטוי":

(1) החופש להביע דעות.

(2) החופש להפיץ ולקבל ידיעות.

בראשונה נגענו כבר בראשיתם של דברים ועיקרה - הבטחת "האינטרס הפרטי

34. ראה הערה 32 לעיל.

35. חברת "קול העם" בע"מ ואח' נ. שר הפנים, פ"ד ו' (2) עמ' 871, בעמ' 876.

36. שם בעמ' 878.

שבמתן ביטוי לאישיותו הייחודית של כל אדם", אינטרס בסיסי של הפרט שהבטחת קיומו הפכה אינטרס של החברה.

והשניה הלא היא "זכות האזרח להפיץ ולקבל ידיעות על המתרחש מסביבו, בתוך גבולות המדינה, בה הוא חי, ומחוצה לה".³⁷

"למעשה", אומר כב' השופט לנדוי, "שתיים אלו יוגקות זו מזו: כדי שהאזרח יוכל ליהנות מחירותו להחליף דעות, דרושה לו גם החירות להחליף ידיעות ולגשת ללא מעצור למקורות האינפורמציה שברצון אזרחים אחרים לספק לו, כל עוד אין בכך נזק לאינטרסים אחרים של המדינה או הפרט".³⁸

ושתיהן גם יחד משתייכות "לאותן זכויות יסוד שאינן כתרבות על ספר", אלא הן נובעות במישורן מאפיה של מדינתנו כמדינה דמוקרטית השוחרת חופש. בפסיקתו שם בית משפט זה זכויות יסוד אלו נר לרגליו בפרוש חוקים ובביקורתו על מעשיהן של רשויות המינהל במדינה".³⁹

בבג"צ 112/77, עמד מ"מ הנשיא לנדוי, על שיטת המיון המסוגלת בין זכות לחירות:

"בצד זכות קיימת חובה של פלוני, לרבות השלטון, לעשות דבר מה בשבילו או להימנע למענו מעשיית מסויים. תכנה של חירות מחירויות האדם היא שתוא בן חורין על פי הדין לעשות פעולה או להימנע מעשייתה, מבלי שמצרה עקב זאת חובה של מאן דהוא, חוץ מן החובה, הקיימת בדרך כלל, שלא להפריע את בעל החירות מליהנות מחירותו".⁴⁰

מה שהיה קרוי בפיו "חופש" או "זכות יסוד", בבג"צ 243/62, סווג על ידו בבג"צ 112/77, מבלי לשנות ממהותו או ממעמדו, כ"חירות".

ולעניינו במפורט: "הכרנו בחירות למסירת מידע לציבור ולקבלתו על ידי הציבור".⁴¹

חירות זו כונתה ע"י ד' ברק כ"חירותו של הפרט להתבטא", וכאשר ההגנה עליה, בעיקר לגבי התבטאויות בכלי התקשורת, התנגשה בזכויות נוספות, "זכה חופש העיתונות להגנה נרחבת ביותר, בהיותו מימוש של חירות המסורה לאזרחים. הנחת הבסיס היתה, שהעיתונות מופקדת על הוצאתה של הזכות לחופש ביטוי מן הכוח אל הפועל".

ז' סגל ראה במסגרת "חופש הביטוי", הרחב יותר, את הזכויות לפרסם, להציג ולהפיץ מידע בכל דרך של פרסום, לרבות בכלי התקשורת, כמשאים של "חופש הפרסום".⁴²

37. ד' ברק, חופש הגישה לאמצעי התקשורת, עיוני משפט י"ב (1) עמ' 183, בעמ' 184.

38. השופט לנדוי בבג"צ 243/62 אולפני הסרטה בע"מ נ. המועצה לבקורת סרטים ומחזות, פ"ד ט"ו (4) עמ' 2407 בעמ' 2414.

39. שם בעמ' 2415.

40. שם בעמ' 2415.

41. פוגל ואח' נ. רשות השידור ואח', פ"ד ל"א (3) עמ' 657.

42. שם בעמ' 662, 663.

43. שם בעמ' 665 מול האות ו'.

44. הערה 37 לעיל, שם בעמ' 184.

45. ז' סגל, זכות האזרח לקבל מידע, עיוני משפט י' (3) תשמ"ה עמ' 625 בעמ' 626.

"חופש העיתונות" הוא אמנם מימוש של "חירות הביטוי", אך איננו ביטוי ממצה ויחיד שלו, כפי ש"חופש הפרסום" אינו נראה כביטוי ממצה של "חופש הביטוי".

"חופש העיתונות הוא זכות כמו זכויות רבות יסודיות אחרות וגם חירות כחירות אחרות; והיא איננה זכות של העיתונות ואיננה זכות של עיתונאי. היא זכות של כל אחד מאיתנו. היא זכות הפרט".⁴⁶

משמע: חופש העיתונות הוא זכות הציבור לדעת וזכות הציבור לדעת היא זכות של כל פרט בציבור.

ולפי הסוגג בין זכות וחירות: "זו החירות לדעת, המטילה על הרשות אך את החובה שלא לעצור זרימתו של מידע".⁴⁷

1. העדיפות הראויה בעת התנגשות האינטרסים

אין פירושה של הזכות לחופש הביטוי, כי אדם רשאי לפרסם או להשמיע דברים לאחרים, ככל העולה על רוחו, שכן בצידן של הזכויות לחופש הביטוי קיימות הגבלות מטעם החוק.

מטרתו של המשפט הפלילי, הוא הקובע את העבירות, להגביל את הזכות היסודית הזו במקום שאדם משתמש בה לדעה.

המשפט הפלילי, בקבעו את העבירות הללו, מייצג אינטרסים של החברה, "ההתובעים אף הם הגנה ואשר למענם הכרחי לצמצם צמצום ידוע את הזכות לחופש הביטוי".⁴⁸

"עיקר הסבך" קובע כב' השופט אגונט, "מקורו בתופעה שקיימת כאן התחרות בין שני סוגים של אינטרסים, אשר כל אחד מהם הוא בעל חשיבות מדינית חברתית ממדרגה ראשונה", "וכוונתו שם לחיוניות של מגמת קיום הבטחון הציבורי מול ערכו הגבוה של העקרון המבטיח ליבון חפשי ובידור האמת.

והתוצאה היתה נטיית הכף כבר שם לכוון חופש הביטוי:

"הפתרון צריך לבוא בדרך של שקילת האינטרסים של בטחון המדינה מזה וחופש הביטוי מזה, כי ערכו החברתי הגבוה של העקרון המגן על האינטרס השני ראוי לתשומת לב מיוחדת, וכי רק בשעה שהמציאות ממש מחייבת יהא מוצדק לתת עדיפות לאינטרס הראשון".

כחלוף שני עשודי שנים כבר הועדפו "חירות הביטוי והזכויות הנגזרות ממנה" כבעלות מעמד מיוחד ממש במשפטנו:

"חופש הביטוי והוראת חוק הבאה להגבילו אינם בעלי מעמד שווה-ערך זהה, אלא במידה והדבר מתיישב עם הכתוב יש להעדיף את קיומה של הזכות בכל עת על הוראת חוק בה טמונה מגמה להגבלתה. סיכומו של דבר, אמת-המידה על-פיה יש להציב את השמירה על חופש ביטוי כראש וראשון בשיקולים כאשר זכות זו מתנגשת עם רעותה, מן הראוי שתבוא לידי ביטוי מלא לא רק עת מתווה המחוקק הוראותיו של החוק, אלא גם בפרשנותו של החוק וביישום הוראותיו של הדין

46. ח' כהן, "חופש הביטוי וזכויות הפרט", ספר השנה של העיתונאים (תשי"ח), עמ' 189.

47. ז' סגל, הערה 45 לעיל. בעמ' 626.

48. בג"צ 73/53-73/53, הערה 35 לעיל בעמ' 879.

49. שם בעמ' 880. מול האות ב'.

לנסיבות בהן נבחנת מהותו והפעלתו הלכה למעשה".⁵⁰ ועיקר העיקרים אותו יש לשאוב מ"ע"א 723/74 הוא כי עדיפותה של חירות הפרט הקרויה "חופש הביטוי", צריכה לבוא לידי ביטוי לא רק בעת החקיקה, אלא גם כאשר באים לפרש את החקיקה וליישם את הוראות הדין בנסיבות קונקרטיות. וכך גם לאחרונה מפי כב' השופט ברק בעתידת עיתון "העיר" נגד הצנזור הצבאי הראשי,⁵¹ בו זכתה העיתונות בתואר הרשמי של "כלב השמירה" לבקרת רשויות השלטון:

"רק במקרים חריגים ומיוחדים, בהם קיימת ודאות קרובה כי ייגרם נזק של ממש לבטחון המדינה, יש מקום לאסור פרסום ידיעות בעיתונות." שוב אין די בחשש לפגיעה בבטחון ואף לא נזק כלשהו לבטחון, כי אם ודאות קרובה ונזק של ממש. וביתר שאת במקום אחד שם:

"בטחון אינו מטרה העומדת בפני עצמה. בטחון הוא אמצעי. המטרה היא המשטר הדמוקרטי, שהוא משטר העם המגשים את חידויות הפרט. בין חידויות אלה תופסת מקום נכבד חירות הביטוי. על כן, יש לעשות הכל כדי להקטין את האפשרות שבה שיקולי בטחון יפגעו בחופש הביטוי, שהוא אחד הערכים המרכזיים שהבטחון בא להגן עליו. הדרך להשיג איזון זה בין בטחון לחופש ביטוי, הוא לקיים את חופש הביטוי ולהגבילו רק למקום שקיימת ודאות קרובה של פגיעה ממשית בבטחון, ושאינו כל דרך תלוּפית למניעת הסיכון בלא למנוע הפגיעה בחופש הביטוי".

וכך צריך שיהא גם בענינו: כאשר הדיבור "לא ייעשה לעצמו פרסומת" בא להגביל את חירות הביטוי, וכאשר בית משפט או בית דין בא ליישם את האיסור הלכה למעשה בנסיבות ענין המובא בפניו להכרעה, צריך הוא לשנות לנגד עיניו את עליונות חירות הביטוי ולא לפגוע בה בדרך הגבלתה, אלא בשעה שעקרונות יסוד כמו כבוד המקצוע או התנהגות הוגנת, עלולים להיפגע פגיעה של ממש. והדרך הברורה למיציא בפועל של עקרון העליונות הנזכר הוא באמצעות צמצום מאפייני הפסלות בפרסומת האסורה.

ולא בכדי הביא כב' הנשיא מ' שמגר ב"ב"ש 298/86, 368 את מסקנותיהן של שתי ועדות שהוקמו באנגליה בשנים האחרונות והביאו בהדרגה בתמצותיהן לצמצומו של האיסור על פרסומת לעורכי הדין המיושם באנגליה. והמסקנות ממליצות: "להרשות כל פרסום שאינו מטעה, אינו עושה השואאה עם עורכי דין אחרים ואינו מוציא שם רע למקצוע".

50. כב' השופט שמגר (כתארו אז) ב"ע"א 723/74 עתון "הארץ" בע"מ נ. חברת החשמל לישראל בע"מ ואח', ל"א (2) עמ' 281 בעמ' 295. מול האות ו'.
51. בג"צ 680/88 יצחק שני ואח' נ. הצנזור הצבאי הראשי ואח', פ"ד מ"ב (4) עמ' 617, בעמ' 645. על מעמדו המיוחד של חופש הביטוי, ראה גם: בג"צ 1/81 שירן ואח' נ. רשות השידור ואח'. פ"ד ל"ה (3) 365; בג"צ 554/81 בראנסה נ. אלוף פיקוד המרכז, פ"ד ל"ו (4) 247; בג"צ 243/82 זכרוני נ. הועד המנהל של רשות השידור ואח', פ"ד ל"ז (1) 757; בג"צ 372/84 קלופפר-נוה ואח' נ. שר החינוך והתרבות ואח'. פ"ד ל"ח (3) 223; בג"צ 399/85 כהנא ואח' נ. הועד המנהל של רשות השידור ואח', פ"ד מ"א (3) 255 רבג"צ 562/86 אל הטיב ואח' נ. הממונה על מחוז ירושלים במשרד הפנים, פ"ד מ' (3) 657.
52. הערה 9 לעיל בעמ' 363.

וראוי לה לפרשנות הנוגעת לאיסור הפרסומת הפסולה ללכת בנתיב שסלל למענה הנושיא שמגר, לא רק כאשר הביא ממסקנות הועדות באנגליה, אלא בשעה שלא אבה, באותו ענין, להטות את כפות המאזניים לכון העדפת ההליך המשמעותי, ששיקף את זכות הציבור לקבל כל מידע אשר יש לו נגיעה לעניונו כדי לקיים הליכים משפטיים.

בית המשפט העליון ביטל זכות זו מפני הזכות החוקתית לקיומה של חירות מרכזית, שבאה לידי ביטוי באינטרס החשוב של הזרימה החופשית של המידע אל העיתונות:

"אין המדובר בפשע חמור או בעוון מהותי, שגרר תוצאות או משמעות קשות, או בהפרה קשה של הסדר הציבורי", קובע כב' הנשיא, "ההליך המשמעותי אינו יכול להטות את כפות המאזניים למען ביטולו של החיסיון העיתונאי, המבטא את השאיפה לחופש העיתונות והנגזר מעקרון חופש הביטוי"⁵³

וכך למשל, כאשר המדובר בפרסום עניינים, על ידי עורך דין ואודותיו, שהם בלב סערה ציבורית ועניונו של הציבור לדעת פרטים אלה באמצעות התקשורת למיניה, צריך להסיג מפניהם, בגסיבות כאלה, את המאפיינים הפסולים, אפילו הם קיימים, בדרך של הגדלת עליונות האינטרס הציבורי והקטנה מקבילה של הפסלות ותוצאותיה.⁵⁴

ובאשר למידע שמן האינטרס הציבורי לדעתו - אי-העדפת האינטרס הציבורי הזה "מולידה רתיעה מפני הגילוי של המידע ורתיעה זו מונעת מידע מן הציבור. עיתונות ללא מקורות מידע היא כנחל אכזב שמימיו יבשו, והחופש לפרסמה הופך אז לחסר משמעות"⁵⁵.

2. הצעות

המצב הנוכחי של סוגיית הפרסומת על ידי עורך דין אינו משביע רצון. הותרת סעיף 55 לחוק לשכת עורכי הדין, תשכ"א - 1961 על כנו, מבלי שינוי במהלך שנות דור ויותר, איננה מיטיבה עם ציבור עורכי הדין ויותר משהיא פוגעת בו, היא מזקת לציבור הרחב, ציבור הלקוחות הפוטנציאלי של עורכי הדין. מהפיכה ראויה לתועלת כלל הציבור, מצדיקה "אחיזת השור בקרניו" ובחינת סוגיית הפרסומת מיסודה, כפי שנגעשה הדבר עוד בעשור הקודם באנגליה. מותר להניח כי מסקנותיה של הועדה האנגלית שמונתה ב-1976 ואשר המליצה להרשות כל פרסום ובלבד שלא יהא מטעה, לא יעשה השוואה עם עורכי דין אחרים ולא יוציא שם רע למקצוע, תואמות את התפיסות המקובלות בדבר נורמות האתיקה לגבי עורכי דין בישראל.

על המחוקק לומר את דברו בבהירות, כדרך שנגעשה הדבר לענין סוגים של עבירות בטחון ועוד, גם כאשר לכוונה הצריכה להיקבע לצורך ביצוע עבירה של עשיית פרסומת אסורה. מותר להניח כי הרצוי לכלל הוא צמצום היקף הכוונה הנדרשת והעמדתה על כוונה מיוחדת, משמע רצון להשיג את התוצאה של פרסומת אסורה.

53. שם בעמ' 364. מול האת ד'.

54. השופט ברק קורא לגישה זו - "איזון ראוי בין כבוד מקצוע עריכת הדין ושמירה על רמתו לבין האינטרס של חופש הביטוי וזכות הציבור לדעת". על"ע 13/86, בע"מ 840.

55. ב"ש 298/86, 368, הערה 9 לעיל. בעמ' 364.

אלא שלא רק המחוקק הראשי לא עשה את שראוי היה לעשותו: אפילו מהפיכה זוטא לא נתחוללה על ידי מחוקק המשנה.

בחקיקת המשנה נמנע מתקיף כללי האתיקה של עורכי הדין מלהביע דעתו במפורש בענין הבהרת ההתנהגות הפסולה, אשר חברי לשכת עורכי הדין עלולים להגיע אליה בשל ראינות לתקשורת או מעשים אחרים, שיש בהם משום עשיית פרסומת לעצמם.

הפסיקה של בתי המשפט בעניינו מאפשרת במצב זה שמידה על נורמות היסוד הראויות למקצוע ואינה מונעת התחדשות ויציקת תוכן חדש ומתאים לנסיבות ולזמנים. אלא שגם יציקת תוכן חדש איננה יכולה אלא לבוא במסגרת מה שקבע המחוקק ולפיכך אין בתי המשפט יכולים להתמודד עם הסוגיה מיסודה.

העדר עמדה מפורטת בחקיקה מותיר חלל המתמלא, אמנם, באמצעות הפסיקה השוטפת, אך הוא, כשלעצמו, יוצר ערפל בלתי-מוצדק כלפי חברי לשכת עורכי הדין לעצמם.

הפסיקה השוטפת, אפילו היא ברורה, אחידה ועקבית - ולעתים אין היא, מטבע הדברים, כך, איננה יכולה לעמוד במקום קודקס של כללי התנהגות ברורים, המתווים לחבר הלשכה את המותר ואת האסור עליו על פי האתיקה של מקצועו.

גם הפנייה של חברי הלשכה אל ועדות האתיקה של מחוזות הלשכה, כדי להוועץ במקרים מסויימים, איננה יכולה לשמש כתחליף לקודקס של כללים, ולכל היותר היועצות מעין זה יאה למקרי גבול.

הראוי, איפוא, הוא כי המחוקק הראשי יאמץ דברו באמצעות פתיחת הדלת והכשרת הפרסומת באופן ובתנאים שיוכרו על ידי מחוקק המשנה, היא המועצה הארצית של לשכת עורכי הדין. והמועצה, היא מתקינת הכללים, תגבש דפוסים מודרניים של כללי אתיקה בעניני פרסומת, בהם תתוו לרבים את מידת האיזון הראויה שבין חירויות היסוד של הפרט והציבור לבין הנורמות הבסיסיות של כבוד המקצוע ורמתו.

בכללים עליה להבחין בין הפרסומת הלגיטימית לבין זו הפסולה, לקבוע מאפיינים לפרסומת הפסולה ועקרונות לבחינת הנסיבות ושם אף המקום להנהיג כללים מיוחדים לעורכי הדין הנושאים במשרות ציבוריות, לרבות בצבא.

הגיעה השעה לא רק להאזין "לקולות המנסרים ברום חלל הלשכה", אלא גם להתאים את החוק, לדעוך את הכללים ולבחון מה עשו המתוקנות שבמדינות והכל מבלי לפגוע בנורמות היסוד של כבוד המקצוע וההגינות ותוך מחויבות כלפי ציבור עורכי הדין והציבור הרחב, כאחד.

ועדה במתכונת רחבה, שתמונה על ידי לשכת עורכי הדין ויהיו חברים בה עורכי דין, לרבות נציגי משרד המשפטים ונציגי ציבור אחרים, יוכל שתהא הגוף המתאים שעל פי המלצותיו יפעלו המחוקק הראשי ומועצת לשכת עורכי הדין.

"כי מציון תצא תורה..."

**סמפוזיון בינלאומי (מס. 6) על
ויקטימולוגיה ירושלים - אוגוסט
ספטמבר 1988**

מאת: משה טלגם*

* שופט בית המשפט המחוזי בת"א; במלואים - שופט בית הדין הצבאי לערעורים;
מרצה לקרימינולוגיה באוני' בריאלין.

ירושלים התכבדה לארח את הכנס הבינלאומי הששי של האגודה העולמית לויקטימולוגיה. בחירתה של ירושלים בימי אינתיפדה אלו לכנס בה נציגים מיפן, ארה"ב, אוסטרליה, יוגוסלביה, פולין וארצות רבות נוספות, בא כמחווה לאישיותו של מי שמקובל כחוגה רעיון הויקטימולוגיה ומיסדה של התנועה העולמית לזכויות הקרבן, ענה"ד היהודי מרומניה החי עמנו בארץ, מר מנדלסון, מי שגרם לשנוי מהפכני, לפחות בתודעתם של העוסקים בהליכים פליליים ובקרימינולוגיה, וכפרי מאמציה של סגן הנשיא של האגודה העולמית, ד"ר שרה בן דוד מאוניברסיטת בראילן בדמת גן.

משפטים ושופטים מצה"ל השתתפו בכנס ועקבו אחר דיוניו שהיוו מרתון עשיר ומגוון של דיונים בקשת רחבה של נושאים: החל בקרבנות שואת יהודי אירופה, וכלה בקרבנות תאוונת דרכים; קרבנות שהם נשים וילדים וקורבנות שהם חולי רוח וקשישים; דנו בתכניות סיוע לקרבנות פשע, בנפגעי טרור ומלחמה (ולא נעדרו קרבנות האינתיפדה הערבים, שעליהם הרצתה ערביה, תלמידת האוניברסיטה העברית); קיימו סדנה מיוחדת לשופטים, וניהלו שיח מלומדים וחברים לתנועה ול"מיסיון" מסוג מסוים.

קשת הנושאים העשירה והמגוונת באה ללמד שאין מדובר בתחום עיסוק טכני או פסיכולוגי גרידא, אלא שזהו מדע המתפרסם לתחומים רבים. למעשה - היתה זו נקודת מחלוקת מרכזית בכנס: האם ראוי לעוסקים בנושא לצמצם עצמם לכדי דיסציפלינה שתהיה נתונה לבקורת מדעית ולהתמחות, או להרחיב את עיסוקם ולכלול בו כל סוג של קרבנות - מקרבנות אסון ומחלה ועד קרבנות פשע ומלחמה - ובכך להפוך לשיטה רעיונית-פילוסופית, שפעולתה המעשית תהיה אולי מועטה, אך סביר להניח שתצליח להתסיס ולגרור להתכוונות והשיבה.

ויקטימולוגיה - מה זה?

ולשם מה יתענין משפטו בצה"ל בנושא מוזר זה?
 ובכן ויקטימולוגיה אינה אלא הכונו הבינלאומי המקובל להתעניינות המחודשת, ולהפניית הזרקור אל הדמות, הנשכחת עד לאחורונה, זו של קרבן העבירה. העוסקים בהשלטת הסדר החברתי, אוכפי החוק ומפעילי ההליכים הפליליים, מיקדו את תשומת לבם בחופעת העברייני; מאין צמחו? מה מניעו? אולי אפשר להחזירו למוטבו? אולי אפשר להרתיעו? או לפחות לאתר את המסוכנים ביותר מבין שורותיו - כדי "לכופפם" ו"להשביתם"; כל זאת בשם "הגמול הצודק", הדאגה ל"סדר החברתי", או בשם אידיאל השיקום. התמקדות זו כיוונה את מחקריהם והתעניינותם של המלומדים בתחום החברתי והקרימינולוגי-סוציולוגי, והושגו הישגים רבים באיתור בעיות, בחקר מגמות חברתיות ואישיות, ובהגברת המודעות של העוסקים בפשע על כל צדדיו - מאכיפת החוק ועד הטיפול הנאות בעבריו. אין למעשה דמיון בין המשטרות ובתי הסוהר של ימינו לאלה של ראשית המאה וברדאי לא לאלה של המאה הקודמת. אלא מאין קשה לומר שהפשיעה דוכאה, התמתנה, רוסנה או אפילו מובנת יותר טוב; אדרבא - המצב "בשטח" נראה חמור יותר, אלים יותר ומתוחכם יותר. מצד העבריינים, ולעומתם נראים האוכפים והקרימינולוגים בנסיגה ובהתגוננות.

אפשר אמנם להצביע גם על מגמות חיוביות שצמחו מתוך העיון הנזכר בטיבו ובנסיבות צמיחתו והתנהגותו של העברייני; החל בנקיטת מדיניות מושכלת ואפקטיבית, המעוררת לפחות סכני של התמודדות, וכלה בפיתוח שיטות המבחן והסיוע למיניהן, המרמזות לתקוה להביא שמוי - לפחות בהתנהגות, ולפחות בשוליים, אם לא בגרעין התקשה. כל אלה הם ביטוי להתעניינות בפשיעה ובעבריו לצורך המלחמה בהם ובנסיון להשתלט עליהם ולחסלם כעבריינים.

אך כאמור ההרגשה הרווחת היתה של נסיגה ואולטימ'ד, ועל רקע זה גם נקלטה כאש בשדה קוצים קריאתו של חוקר אחר, מרטינסון שמו, שליקט וגיבש את המחקרים הפסימיים בדבר תוצאות שיטות השיקום השונות שהופעלו בהרחבה בבתי הכלא - לכדי קריאת ייאוש נגד המגמה השיקומית, כהפעלתה בארה"ב, ובתנאי הענישה והכלא. What works? הוא שם מאמרו המצוטט, והתשובה הפסימית Nothing works! (ודוק - אין או דנים כאן בפרשנות מחקריו ושיטתו של אותו מרטינסון אלא בהשפעתם, ובצורה שבה קלט הצבור את המסר שלו). על רקע זה גם התגברה מאוד בשנות ה-70 וה-80 בארה"ב ובעולם כולו הקריאה לענישה על בסיס "הגמול הצודק" שהיא בעצם קריאת יאוש נגד מגמות הענישה המתמקדות בטיפול ובשיקום של העברייני, ונגד שיקום כחלק מהליך ענישה פלילי.

על רקע זה גם קריאתו של מגדלסון: להפנות שימת לב לקרבן - באה בעיניה, וזכתה להדים בינלאומיים בסערה ובפשטות של ביצת קולומבוס. נוצרה רגועה עולמית שבאה לביטוי באקדמיה, בפרסום עתונות וספרות נרחבת, במערכות משפט ובתחום הפוליטי של אסטרטגיה חברתית-שלטונית. גולת הכותרת עד עתה היתה קבלת הכרזה בעצרת האו"ם בדבר "מגילת זכויותיו של הקרבן ושל נפגעי-הדכוי-הכוחני" בשנת 1985. הצהרה זו, היא בודאי תחנה חשובה המסמלת את אורנו שינוי מהפכני, ואת ההכרה הבינלאומית בו. הכרזת העצרת קראה לכל המדינות החברות באו"ם להתקין בתוק המוניציפאלי שלהן הסדרים מתאימים לאימוץ ההכרזה, ולהגנה על זכויותיהם של קורבנות - ופתחה בכך פתח לפעילות פוליטית ומחקרית רחבה של הויקטימוולוגים בעולם כולו.

הרעיון העקרי הוא כמובן שיש להפנות את שימת הלב אל הקרבן ולעשות להקלת סבלו, כי הוא הנפגע המיידית ובודאי זה החף-מכל-עוון, בתהליך הקרוי פשיעה. זה נשמע מובן מאליו, אך מעולם לא הסתכלו על זה כך: משפטים רבים, שהורגלו למסגרות החשיבה הקיימות של "צדק טבעי" לחשוד-החף-מפשע, ולכללי ההגיינת המשפטית כלפיו - הוחרדו לכתחילה מהבגידה במסורות המשפטיות: וכי מה יהיה על חוסר-משוא הפנים כלפי המתלונן ואיזה "מנדט" יש בכלל למשפטן לטפל בקרבנות, כלום יהפוך לעובד סוציאלי אם זה ענין חשוב לחברה - יטפלו נא בו מנגנוני הסעד, הביטוח הלאומי והקהילה; אך מה למשפטים ולקרימינולוגיה, ומה להם ולקרבנות?

כתוצאה מגישות אלו מוצאים אנו אף באותן אוניברסיטאות שבהן הונהגה הוראת הקרימינולוגיה והויקטימוולוגיה - שאין מקצועות אלו חלק אינטגרלי מחינוכו של המשפטן ומהשכלתו המחייבת. סטודנט מסיים את למודי המשפטים ונעשה עורך דין, ואחר כך בבוא העת גם שופט, מבלי שיחוייב ללמוד אף קורס אחד בתורת הויקטימוולוגיה, ואפילו לא מזומן לו קורס כזה כמקצוע בחירה, ולמעשה כך הדבר בכל הנוגע לקרימינולוגיה ולתורת הענישה; ירצה ילמד, נאמר כלכלה או מינהל עסקים כמקצוע משני או נוסף, ובאותה מדה גם קרימינולוגיה, פנולוגיה (ענישה) או ויקטימוולוגיה - כמו היו אלה תחומים נפרדים ולא אינטגרטיביים ובשר מבשרה של מערכת המשפט; מעמד כזה הנתון כמובן מאליו למשפט בינלאומי פומבי או פרטי, או לדיני חוזים - בהשכלתו של משפטן.

חוסר מודעות זו, הולכת ומשתנה בהשפעת התנועה לזכויות הקרבן - והצטרפות משפטים רבים לשורותיה מעידה על כך. משפטים אלה רואים עצמם כאבר-בליינתק מן החברה, ועל אי-עשייתם למען הקורבן - הם מסתכלים כהשתתפות במנגנון הגורם עוול ועושה כפשוטם - למי שבודאי לא חטא ולא אשם. הם מתגייסים לתקון העוול הזה - חוץ הקפדה גם על זכויות החשוד-הנאשם, כלומר הדגשה שאין הכרה שלמתן יחס הוגן ומנוגן לקרבן - תהיה השפעה שלילית על שמירת זכויותיו של החשוד.

מענין לציין שבראשית צעדיה של הזיקטימולוגיה נמשכה אליה תשומת הלב מטעם שהוא איפכא מסתברא למטרתה: הרעיון שיש לתקור את הקרבן ותכונותיו נתקבל על דעת קרימינולוגים ומשפטנים רבים בקו המחשבה הבא: יש מקום לתקור ולבדוק - האם לא הקרבן הוא שהביא את הפגיעה על עצמו, בין בהיותו "מועד" להפגע ("יש כאלה, שלומיאלים, שלהם משום-מה, זה תמיד קורה" - יאמרו) ובין ב"הזמינו" את העברייין לפגוע בו (כשם שיאמרו שאותה נאנסת "קיבלה את מה שבעצם ביקשה, בהתנהגותה"), כיוצא בזה רבו המחקרים בכוון "אשמת התורם" של הקרבן, הן קרבן הפשע והן הקרבן הפוליטי וה"שחצן", המתנשא, המקניט, המקנטר, המתגרה, המתלבט - "כאותו יהודי שאינו יודע את מקומו".

אלא שלא אורכו הימים והגל של התעניייות בקרבן העלה תמיחות ותהיות על דרכי הפעולה של המנגנון המשפטי והחשיבה הקרימינולוגית של הקהילה: איך יתכן שכל כך דואגים לזכויותיו של מי שהורשע במעשה הפשע, גם לפני הרשעתו וגם לאחריה - ואין כל דאגה לזה שנפגע ממעשהו ולא עוד, אלא שמחפשים אחר שמץ "אשמה" במה שעולל לו אותו פושעו הטיפול ב"אשמו של הקרבן" התחלף בחיפוש הגורמים המאפשרים לעברייין לנצל את חולשותיו של הקרבן ובכיוון המאמץ לחיזוקו של הקרבן, טיפול בחולשותיו, או למניעת הפשע. הופנתה תשומת הלב לסבל הרב והמיותר של קרבנות, שהקהילה עברה עליו בקלות לסדר היום, בין היתר בשם אידיאליים של צדק והגינות לעברייין, אשר משום מה פסחו על קרבן העבירה, אובחנה מצוקתו של אותו קרבן המשמש עד במשפט ומכשיר להרשעת הנאשם: הכל מודעים ללחצים עליו מצד העברייין, אך מקבלים ב"הבנה" את הלחץ מצד מנגנון החוק. על הקרבן מוטלת חובה לסבול למען "השלטת החוק", כאילו לא סבל דיו מיד העברייין - אך אין דואג לכסוי נוקי, להגנתו הפיזית ולהחלמתו הנפשית.

התגבשה ההכרה שגורם זה סובל על לא עוול בכפו, ומגיעה לו מדה של תשומת לב, אהדה וטיפול מקצועי, שיקטינו את מדת סבלו. סוף סוף הקרבנות הם ציבור גדול של חפים-מכל-אשמה, ציבור שכל אחד מבני הקהילה עלול יום אחד להמצא בו, שלא באשמתו וללא דרך להמוע מכך.

בהליכים הפליליים התרכזה תשומת הלב בפצוי הקרבן ע"י העברייין או המדינה, והשבת נזקו, אך לא רק בזאת; בישראל, לדוגמה, רחוק הטיפול בקורבן מאוד מלהניח את הדעת. די לזכור את גורלם של מוצגים שנתפסו ע"י המשטרה והמתינו שנים לצורך "הצגתם כראיה" במשפט ובינתיים נמנעו מבעליהם, אם לא נפסדו והתבלו. ומה עלה בגורלם של "חפצים אבודים" ומציאות למיניהן עד לאחרונה הם נשמרו תקופה מסויימת ולאחר מכן - נמכרו, ותמורתם הועברה, ככל הידוע לי... לקרן התגמולים של השוטרים (צריך לשער את הדיוח שהסדר כזה מספק לאיתור הבעלים).

דוגמה נסופת: עד היום, בישראל, אין כל מעמד לקורבן בקביעת גורל האישום, המעצר, השחרור בערבות של פושע אלים שעשוי לפגוע בו, או בייחוס והכנות פעולות נגד רכושו שנגנב, או נגד רכוש אפשרי של החשוד. אדם עלול ליפול קורבן לשוד שיגזול ממנו את מיטב רכושו: כשחלק נתפס בידי החשוד, הוא לא יידע כלל מה נתפס, ומה החומר שנאסף נגד החשוד; הוא אינו זכאי לסייע בחקירה או לדאוג שהחקירה תכסה גם את מה שהוא חרד לו; הוא לא יוכל להעביר ביקורת על החקירה - במזעד שניתן עוד לשנות משהו; הוא לא יוכל להציג עמדה בענין השתבבותו חופשי של מי שעשוי לסכן את חייו * הוא לא יוכל לנקוט עמדה בהחלטה שלא להעמידו למשפט, או בהחלטה להגיע עמו לעיסקת טיעון. אפילו התשוד מוליך שולל את החוקרים, ובידי הנפגע נמצא מידע יעיל - אין לו דרך להפעילו, וזלת יזמתו ושיקולו של החוקר. לא מעטים המקרים שהעברייין יצא

"בקלות" מאשמה כבדה והעלים מבית המשפט את שללו - בעוד התובע מרוצה "שעשה עיסקה טובה", זכה ב"הודאה" וסיים תיק כבד במהירות. הקרבן עשוי אפילו שלא לדעת על כל הענין עד שיפגוש בעבריו מהלך חופשי. אם נתפס רכוש בידי העברין - עשוי זה גם לקבלו בחזרה, ועל אחת כמה שניתנת לעברין הזדמנות ממושכת להעלים את רכוש הקורבן ואת רכושו שלו - והקורבן אינו יכול לעשות מאומה. כל אלה ליקויים חמורים ביותר בהלכים הפליליים, מבחינת הנאשם, והם אינם ממצים את התמונה.

לאחרונה הפנו חוקרים את שימת הלב לבעיה ה"קורבנית" - שלא אחת הנאשם עצמו הוא ה"קרבן" של מעשהו - ויש להעניק אף לו את מדת "ההתחשבות בקרבן", אף על פי שהוא עצמו גם הפוגע, ועל אף שפגע כמובן גם בחברה ובסדרי המשטר; כך הדבר במתאבד, וכך בצרכן הסמים.

הקרבן בדין הצבאי

כל האמור ביחס הדרוש לקרבן בהליכים הפליליים - חל גם על הנפגע בהליכים הפליליים הצבאיים; בין שמדובר בחיילת קרבן אונס, או קרבן התנהגות שאינה הולמת ובין שמדובר בקרבן שהוא העברין עצמו - כצרכן סם, או בתופעה שכיחה הרבה יותר, לצערנו, בעריק. הגישה המתחייבת אל קרבן: סיוע, הקלה וחיפוש מוצא מהמצב שאליו נקלע, עומדת בקוטב המנוגד לגישה התגמולית-ענישתית, והיא ממוקדת בקצה אחד של קשת הגישות "התועלתיות" המכונות "הגנת הציבור (Defence Public)". גישה זו יוצאת מהחזה שהעברין, עם כל הרוע שבו, ברדאי לא חפץ בתוצאה זו של הפגיעה בעצמו; מאחר שהוא גורם לעצמו סבל ונזק, משמע שאינו מסוגל להמנע מכך, ושמא אף לא מן הפגיעה הרחבה יותר, בחברה ובחוק. המסקנה היא שסיוע נאות עשוי לאפשר לעברין להמנע ממה שמוזק לו, ושחייבים למצוא את הדרך לסייע לו בכך, כי בהשגת מטרה זו תושג ממילא גם "הגנת הציבור". רק מי שנואש מאפשרות של סיוע לקרבן, ולו יאה זה העברין עצמו, יעבור לשיטות הפחדה והרתעה (כל עוד מדובר במסגרת הגישות ה"תועלתיות" להבדיל מהגישה הענישתית גרידא). תיאוריות של יצירת סדר ומשטר שידתעו וימנעו עבירות - יפות לטיפול בעברין כשלעצמו, אך אינן מוצדקות כשמדובר בו כקרבן.

אמנם שנוי כזה בנקודת המבט ובזווית ההסתכלות אינו יכול להיות טוטלי - אך זה בהחלט היבט שאין להתעלם ממנו, ואנו חייבים לויקטימוולוגיה את המודעות לו.

תכנון של הכנס הבינלאומי

כאמור במבוא השטרע הכנס על חזיתות רבות, אך חשיבותו למשתתפיו היתה קודם כל במפגש עם בעליהן של דעות הנראות מרשימות על הכתב ובספרים עבירהכרס, עם בעלי "שמות" ידועים בתחומם, בבחינת "זהו עניןך רואות את מוריך". מלומדים בעלי הגות פרוסו את הדיון בדבר היקף המקצוע שגרמו עליו לעיל, והציעו הגדרות חדשות לדיסציפלינה שלו; חוקרים שהתעניינו בתחום ויקטימוולוגי מסויים הציגו מחקריהם, וביניהם, באופן טבעי מוחמת המיקום הנוח - ישראלים רבים: ביהוד בתחום קרבנות השואה, קרבנות חולי רוח, אישפוז כפוי, וטיפול בגושים וילדים קרבנות אלימות, טרוד וגלוי עריות - תחום בו זכתה ישראל להתעניינות מיוחדת עקב צעדה המהפכני בהגנת ילדים-קרבנות-עבירות-מין בפני התמרת החוויה של הפגיעה אגב הדיון המשפטי. כידוע מתקבלת בישראל עדותו של חוקר-הנוער תחת עדותו של הקטיין עצמו; אין ספק שיש בכך שיקול ויקטימוולוגי מתקדם, אף ששיטת מקבילות לזו שלנו רואות בכך

פגיעה שלא ניתנת להשלים עמה בנאשם העומד לדין. התרומה הישראלית בחקר קרבנות השואה היתה כמובן ייחודית - אף שגשמעו גם בתחום זה הרצאות חוקרים מיזוטסלביה ומארה"ב.

היתה גם דוגמה להצגה לאימוצלחת של בעיה "קרבנית", וזו ניתנה דוקא ע"י חוקרת ישראלית, ערביה שדיברה על ילדים ערביים קרבנות האינתיפאדה. מחוקר המציג בעיה בכנס מדעי ניתן לצפות לניתוח על סמך מתודולוגיה המאפשרת אבחנה בין קרבנות תמימים לעומת קרבן-עצמי, ובין נפגע בעל מוטיבציה שיום את מעשהו על בסיס אידיאולוגי - לקרבן התעללות גרידא. במקום זאת הגישה החוקרת, שמוטב במקרה זה לכנותה "הנואמת", קול קורא עיתונאי שתמציתו האשמה פוליטית חסרת-דסקן, ללא כל עיבוד או ניתוח מדעי, וללא נסיון לבדוק את ה"תיזה" שביסוד קביעותיה לאור מחקר כל שהוא. השומע הלא-ישראלי הושפע בודאי מעוצמת הרגש שבמסר, ולא יכול היה לדעת, אלמלי תגובותיהם של הישראלים האחרים, את טיבם המורכב של ה"קרבנות" דנו. הדיון שהתפתח הוכיח שבכנסים בינלאומיים חשוב לפעמים גם הפסוק "ודע מה שתשיב לאפיקודוס".

בסיכומי של דבר: הזדמנות נדירה של במה מדעית רחבה שהביאה אלינו ציבור גדול של מלומדים בעלי מעורבות מקצועית-קרימינולוגית ותודעה חברתית מפותחת (חלקם היססו מאוד אם להתייצב כאן, וכמה נמועו מלבוא אלינו כמחאה על מה שהיה ידוע להם על הנעשה בשטחים). אלא שהגיעו, והם היו רבים, זכו לדיון מדעי מעולה ותרמו לו - בבעיות שלחוקרים ישראלים יש חלק נכבד בהעמדתן ובביסוסן המדעי.

רבותי ההיסטוריה

חייל מגיד אמת

מאת: תא"ל (מיל') צבי ענבר

מבוא

כלל גדול הוא במשפט העברי ש"אין אדם משים עצמו רשע" ולפיכך לא רק שאין הוא חייב אלא שאף אין הוא יכול להעיד כנגד עצמו. אף במשפט המקובל האנגלי כלל יסודי הוא כי אין להכריח נאשם להעיד במשפטו שלו. לעומתם, בשיטת המשפט הקונטיננטלית נפתח המשפט הפלילי בחקירת הנאשם ע"י השופט, הן בקשר לאשמה הנדונה ונסיבותיה והן בקשר לעברו של הנאשם. בארצנו, הזלכים אנו, כידוע, בעקבות שיטת המשפט האנגלי אמריקנית, אך ב"הגנה" ובראשית ימיו של צה"ל נקטו בגישה הקרובה לשיטה הקונטיננטלית, הגם שעשו זאת מתוך נימוקים רעיוניים שונים, המבוססים על כפיפות מרצון לארגון ולמשפט הנוהג בו.

חובת הנאשם ב"הגנה"

בתקנון המשפטי של קרית"י שנכנס לתוקף ביום 30.4.38, נקבע כי אם הנאשם אינו מודה, ייחקר תחילה ע"י התובע הכללי ואח"כ ע"י השופטים. וכך הוא גם בתקנון המשפטי של חיפה מ-10.6.43: הנאשם (בשלב החקירה המוקדמת) חייב לענות על כל שאלות התובע הכללי. על חייל להתנהג באומץ לב בכל מקרה ובכל מצב, אומר התקנון. מי שעבר עבירה, עליו להודות בלב גלוי ולקבל באומץ את העונש המגיע לו. וגם בבית הדין, התובע"ל רשאי להתחיל את החקירה בחקירת הנאשם. לעומת זאת, בהצעת התקנון המשפטי, 1947, לא התקבלה עמדה זו ונקבע כי בעת החקירה אצל התובע הכללי, מחייב הנאשם לענות לכל השאלות אלא אם תשובותיו עלולות, להרשיעו. גישה זו זכתה לביקורת מצידם של אנשי חיפה נחום חתי' ומ' כספי, אשר כתבים בהערותיהם:

כספי:

"חבר הארגון בתוקף שבועתו חייב לסייע לבית דין לברר את האמת. הוא חייב בתשובה לבית הדין בדיוק כמו שהוא חייב בתשובה לכל מפקד בארגון שהוא ממונה עליו. תפקידו של תובע"ל לא להכשיל את הנאשם כי (אם) לסייע לבית דין לברר את האמת. הנאשם תמיד יהיה עד ראשון בכל ברור ויענה לכל השאלות. בבית דין של אר" לא קיימות חששות שהניעו את בתי דין אנגלו סכסיים לאפשר לנאשם לשתוק בזמן הברור. באופן מעשי יקשה הברור אם תובע"ל יהיה חייב להוכיח גם את העובדות שהנאשם הודה בהם בזמן החקירה המוקדמת ולהוכיח שרחוב הרצל נמצא בהדר הכרמל

1. סנהדרין ט' ע"ב.
2. הרונן, דיני ראיות א' עמ' 79.
3. תלאביב.
4. תובע כללי, להבחין מ"תובע" סתם שבד"כ לא היה משפטן והתמנה אד הוק למשפט מסויים. בטויו זה שימש גם אחרי הקמת צה"ל, עד שהוחלף במונח "תובע צבאי". יושם אל לב שעד ליום 25.6.86, מועד בו נכנס לתקפו תיקון מס' 17 לחש"צ, לא היה צורך שתובע צבאי יהיה משפטאי, ורי היה בכך שהוא קצין.
5. ככל הידוע - הנסיון הראשון להצעת תקנון משפטי ארצי ל"הגנה", הוגשה לפקוד העליון ב"11.1.47 ע"י ועדה בראשות ברוך רבינוב, ראש אגף הכספים במפקדה הארצית.
6. מחברה של חוקת השיפוט, תש"ה.
7. תובע"ל מחוז חיפה. לא עלה בידי לברר זהותו.
8. ארגון ("ההגנה").

בחיפה. העקרון שהנאשם חייב להשיב על שאלות קיים ברוב בתי דין קונטיננטליים".

חת:

"אנו מושפעים במידה כזו משיטה אנגלו סכסית שלפעמים מאבדים חוש השיקול. הנאשם אינו חייב להשיב על שאלות מפני שהוא בבחינת זכאי... ומפני זה שבית משפט נזהר מלחץ התוקרים על הנאשם, שמוש באמצעי כפיה מיוחדים על מנת להוציא ממנו הודאה. אין חשש זה קיים באר'. תוכל רואה בעצמו בא כח כלל האר'. אין מעוניינים להכשיל את הנאשם כי אם לברר את נאמנותו לאר', את הגורמים שהביאוהו למעשהו וכו'. גם באופן מעשי בתנאי עבודתו של האר', לא ייתכן לגרום בטול זמן, לקרוא עדים רבים על מנת להוכיח את הדברים שהנאשם מודה בהם... יש לקבל את השיטה הקונטיננטלית שבה כל בירור מתחיל בחקירת הנאשם".

חוקת השפוט, תש"ח

לא עברו חדשים רבים ובאה לידי חת ההודמנות לממש את השקפתו זו. משהוטל עליו לערוך חוקה חדשה, הלא היא חוקת השפוט, תש"ח, נכלל בה סעיף שזו לשונו:

117. "חייל - חוקה על כל חייל - וכל חוקר, שופט ובית דין בצבא רשאי לסמוך על זה - כי בתוקף היותו חייל כל חייל לפי רצונו החפשי יגיד תמיד את כל האמת גם כאשר הוא נאשם והאמת יכולה להרשיעו בדין. בהתאם לזה בכל משפט בו הנאשם לא יודה באשמה - כולה או בחלקה - ולפני פרשת האשמה המאשים יוכל לחקור את הנאשם אם ימצא לנכון, ואחרי זה גם השופט או בית הדין יוכל לחקור את הנאשם, וגם הסניגור - אם ישנו - יוכל לחקרו, והנאשם יהיה חייב לענות להם וגם יוכל להודיע כל הודעה שירצה".

ובהתאם לעקרון זה, כאשר נערכת חקירה מוקדמת ע"י תובע צבאי, הרי לפני קבלת כל הודעה מפי הנאשם, יהיה מחובתו של התובע, בין היתר, להודיע לנאשם "כי חוקה על כל חייל - שבתוקף היותו חייל - יגיד לפי רצונו החפשי את כל האמת גם כאשר האמת יכולה להרשיעו בדין".

חלקו השני של סעיף 117, זה המאפשר לפתוח את המשפט בחקירת הנאשם ע"י התובע, נכלל רק בנוסח הראשון של החוקה, אשר הודפס בשעויות ונכנס לתוקף ביום 1.5.48, ורבים מהמשפטים באותה תקופה נפתחו בחקירה אשר כזו. חלק זה הושמט כולו מהנוסח שפורסם בעתון הרשמי ביום 8.9.48⁹.

עשרים יום לאחר ביטול חלקו השני של סעיף 117, כ"ב.9.48, הרשיע ביה"ד הצבאי המחוזי של חטיבה 11 ("יפתח") את החייל נעים שלום באשמת החזקה של כסף שיש

9. סעיף 137 ג' לחוקה.

10. כתקנות לשעת חרום, לפי סעיף 9 לפקודת סדרי השלטון והמשפט תש"ח-1948.

תוספת של העתון הרשמי מס' 20 מיום 8.9.48.

11. אותה עת היוותה כל חטיבה מחוז שיפוטי.

רגלים לחשוד כי נגנב משבויים בלוד. הנאשם ערער, והתובע הצבאי הראשי הצטרף לבקשה לבטל את פסה"ד דלמטה מאחר שהדין היה מלא ליקויים יסודיים. ביה"דש הצבאי העליון, בערעור 204/48, קיבל את הערעור בהסתמכו על סעיף 167 לחוקה, הקובע כי "חוקי ההוכחה המקובלים בבתי הדין הכלליים במדינה יחייבו גם את השופטים ובתי הדין של הצבא". במקום להזכיר את האשמה באמצעות עדיה, אומר ביה"ד העליון, קרא התובע את הנאשם כעד מטעם התביעה, דבר העומד בניגוד בולט ל"חוקי ההוכחה המקובלים". גם התובע הכללי הראשי, ד"ר אברהם גורלי, ראה לנכון לשלוח מכתב תרעומת אל שלמה אלקיים,¹² התוכ"ל של חזית ד": כלום לא הגיע לתובע הצבאי לשעבר של חט' 11, יוסף סידלמן (סהר), כי אותו חלק מסעיף 117 שהירשה חקירת הנאשם, בטל מזמון? אלא שפסק דינו של ביה"ד הצבאי העליון ניתן ביום 30.1.89, ואילו המשפט בערכאה הראשונה התקיים די בסמוך לשנוי שנעשה בחוקת השפוט. זאת ועוד - סעיף 167 הקובע כי "חוקי ההוכחה המקובלים" יחייבו, אף הוא סעיף חדש שנכנס לתוקף רק ב-8.9.48 יחד עם בטול הסיפא של סעיף 117.

חלקו הראשון של סעיף 117, ובו החוקה של "חייל מגיד אמת", נשאר בתקפו עד ליום 1.1.56, מועד בו נכנס לתוקף חוק השפוט הצבאי, תשט"ו-1955.

-
12. לימים - נשיא ביה"מ המחוזי בבאר שבע.
 13. חזית הדרום, שהפכה להיות המחוז השיפוטי. בחטיבות נשאר תוכ"לים שהיו כפופים לתוכ"ל החזיתי, ונשארו בתואר "סגן התוכ"ל" או "עוזר התוכ"ל".
 14. עד לאותו תאריך הוארך מדי פעם של החוקה, תחילה ע"י מועצת המדינה הזמנית, ולאחר מכן ע"י הכנסת.

הלכות פסוקות

פתיחה באש

ע/ 88/44 סמ"ד דוד נ. התובע הצבאי הראשי

1. העובדות שנקבעו בערכאה הראשונה

המעורר, היה מפקד מחסום שהוקם ברצועת עזה בעקבות פיגוע בעיר. בשל חסימת הצומת השתרכו טורים ארוכים למדי של מכוניות שנמנע מהן להכנס אל הצומת מכל עבריו. משהתארכה ההמתנה עשו כמה נהגים מאמץ לשוב על עקבותיהם ולנוע לאחור או לעקוף את הפקק בדרכים שונות. המערער ואנשיו התקשו לשלוט בדבר. הם קראו קריאת "עצור" לעבר נהגי כלי הרכב הללו ואף ירו באויר. המנוח הגיע לצומת כשהוא נוהג את רכבו. משהבחין המנוח ב"פקק" החליט לעקפו על דרך עפר לימין הכביש (בכוון הנסיעה) עד שהגיע סמוך למחסום. שם סב המנוח לאחור כדי לחמוק מעצירה בצומת וכמוהו עשו אותה עת שניים - שלושה נהגים שהתקרבו ברכבם אל הצומת. משנוכח המערער בדבר, נזעק ורץ לעבר כלי הרכב בקריאת "ווקף" ("עצור" בערבית). לדבריו, הצליח להגיע לכדי קרבה רבה אל כלי הרכב לפני שעלה בידם להסתובב והוא היה בטוח, לכן, כי כשם שראה אותם, הם (הנהגים) ראו אותו והבינו אל נכון כי הוא מורה להם לעצור. כיון שלא שענו לצעקותיו ירה פעם פעמיים ושלוש יריות בודדות באויר. הידיה האחרונה נודתה כאשר הרכב האחרון השלים את פנייתו. בשלב זה ירה המערער לעבר גלגל הרכב האחרון (הראשונים כבר נעלמו בעיקול הדרך), ולפי שגם האחרון נעלם מאחורי העיקול סבר המערער שלא פגע בו, ועל כן סב על עקבותיו לשזב אל הצומת. כתוצאה מן הירי נפגע המנוח ונהרג.

2. פסה"ד בבית הדין הצבאי המחוזי

א. המערער הורשע (בדעת רוב) בעבירה של גרימת מוות ברשלנות (סעיף 304 לחוק העונשין). ביה"ד הניח כתשתית עובדתית שהנהגי המנוח היה מודע לקיומו של המחסום וניסה להתחמק ממנו (לצרכים תמימים שלא היו ידועים למערער) וכי שאר הנסיבות (ריצת המערער אל עבר כלי הרכב, תנועת היד, צעקת ה"עצור" וכן הידי המשולש באויר) - יכלו לטעת בלב המערער, הן מבחינה סובייקטיבית והן על פי אמת מבחן אובייקטיבית, תחושה כי הנהג מבקש לחמוק מעצירה ואינו ממלא אחר "הוראה במחסום". לפיכך סברת ביה"ד היתה כי המערער היה מוסמך לפתוח בהליך של מעצר חשוד, ואולם למרות זאת רוב השופטים פסק כי המערער לא היה רשאי להשלימו עד כדי ידי המסכן חיי הנוסעים במכונית.

מסקנתם זו תמכו אותם שופטים בעובדה כי למערער לא היה מידע קונקרטי המחשיד את נוסעי המכונית: התנהגות נהגה לא חרגה מזו של נהגים רבים אחרים שבקשו לעקוף את המחסום או לשוב על עקבותיהם ובעובדה כי לאגד עיני המערער - בשעה שפתח בנהל המעצר האמור - היו שלוש ארבע מכוניות בבת אחת ואין להניח שכולן כאחת "חשודות". כמו כן שקלו השופטים את העובדה שהמערער לא טרח לוודא אם יריותיו השיגו את המטרה, ואת דבריו בבית הדין כי התעקש לירות במכונית כיון ש"פה החלטתי שלא אותר".

3. **טענת המערער בערער**

המערער טען בערער כי:

- א. פעל מתוך ציות לצו (הוראה בכתב וע"פ) שחייבוהו לנקוט דרך זו.
- ב. כי פעל מתוך סמכות כדין המעוגנת בפקודות ובנהלי הפתיחה באש.
- ג. התנהגותו היתה סבירה.
- ד. לכל היותר טעה בשיקול דעתו ולא התרשל.

4. **פסה"ד בביה"ד הצבאי לערעורים**

ביה"ד (בדעת רוב) דחה את הערעור.

א. דעת הרוב

(1) **ציחה לצו**

ביה"ד קבע שעל פי המסגרת הנורמטיבית של נוהלי פתיחה באש ששררה בעת ההיא (לרבות הפקודות בעל"פה בעניין זה) ניתן היה, לכאורה, לפתוח באש כלפי רכב שנהגו מנסה לחמוק ממחסום צה"ל או לעקוף אותו. אולם אותה מסגרת נורמטיבית כללה בחובה סייג המקשה את החלטיותה באופן שניתן בידי מפקד מחסום שיקול דעת לנצור נשקו אם הנסיבות מורות כי מן הראוי לעשות כן. אין בסיס איפוא לטענת המערער כאילו הוא היה חייב לפתוח באש כלפי עוקף המחסום וכאילו נצירת אש מצדו היתה בגדר הפרת פקודה מחייבת. שיקול הדעת שהוקנה לו מסיר ממערכת הפקודות הנ"ל את אופיין המחייב. מכאן שלא עומדת למערער הגנת הצידוק.

(2) **סמכות הירי וסבירות ההתנהגות**

המערער לא היה מוסמך לפתוח באש כלפי הרכב הנ"ל. מבחן הסמכות בהקשר זה משמעותו, האם הפעיל המערער את שיקול הדעת שנמסר לו כראוי. תשובה חיובית לדבר מקנה "הסמכה" ליריותיו ותשובה שלילית לכך, משמיטה את הקרקע מתחת לפני חוקיותן. בנסיבות העניין היתה צריכה לשרור אצל המערער מודעות לאפשרות הסבירה כי נהג הרכב שכלפיו פתח באש, איננו אלא תושב המקום המנסה לחמוק, בדרך נמהרת אך תמימה, מן "הפקק" שנוצר במחסום, ועל כל פנים נהג זה עשוי להיות נעדר כל קשר לפח"ע. מה גם שלא היתה הוכחה לכך שהמונח שמע את ההוראה לעצור או שידע שיריות האזהרה הופנו דווקא אליו. (מודעות בכח זו מושתתת על העובדה כי מכוניות רבות יחסית נסו לשוב על עקבותיהן ולהפטר מן "הפקק" הארוך, העובדה כי יחד עם הרכב שפגע סבו לאחור מספר מכוניות נוספות ואין להניח כי בולן קשורות לפח"ע. הדבר מתן יסוד סביר לחשוב שהנסיעה לאחור מקורה בסיבה שאיננה קשורה לפח"ע. לא היה בידי המערער כל בסיס לחשד קונקרטי כלפי הרכב שכלפיו ירה דווקא ופגיעתו ברכב זה היתה אקראית. באותה מידה היה פוגע בכל רכב אחר אילו הצליח להשיגו).

הפתיחה באש לעבר הרכב מעידה לעצמה על כך שהמערער לא שקל כחלכה את השיקולים הרלוונטיים לעניין.

יתר על כן ההסבר "פה החלטתי שלא אוותר" שנתן המערער להתעקשותו להשיג את הרכב הנ"ל וליריות כלפיו, עשוי להראות כי המערער הודרך על ידי שקול של מעין "ללמד את הנהגה לקח", ומכאן

שיקול הדעת שלו לא הביא בחשבון גורמים ולוחטיים אחרים. גם העובדה שלאחר הידי לא התעניין המערער בתוצאות ידותיו ולא רדף אחר המכונית הנמלטת להשיגה מראה כי לא השכיל להעריך אל נכון את השיקולים הצריכים לעניין. מכאן שהתנהגותו לא היתה סבירה, ולא היתה בידו הסמכות לפתוח באש כלפי הרכב.

טעות בשיקול דעת (3)

כשלוך המערער רשלנות הוא ולא "טעות בשיקול הדעת". טעות בשיקול דעת עשויה להוצר בשעה שהאדם נקלע למצב דחק שבו אין סיפק בידו לבחור את הטובה מבין אפשרויות חוקיות העומדות לו. בנסיבות דגן יסול היה המערער לגבש החלטה טובה על פי האינפורמציה שהיתה בידיו והשהות שעמדה לו. עובדה היא שגם במקרה זה נקט בפעולות מקדימות (קריאה "עצור", ירי באויר מספר פעמים) ועד שכוון אל גלגלי הרכב שומה היה עליו לשקול מעשיו היטב ובמקרה זה להמנע מירי.

ב. דעת המיעוט

מבחינה עובדתית-נסיבתית מסתבר כי היה יסוד אוביקטיבי לסברה של המערער כי המנוח ידע על המחסום וניסה לחמוק ממנו ולא שעה לאזהרת המערער בדיבור ובירי באויר. הפקודה שניתנה למערער הסמיכה אותו (אך לא כפתה) לפתוח באש כדי למנוע התחמקות ממחסום או במקרה של אי ציות להוראות חייל במחסום. זאת בלי כל דרישה לחשד קונקרטי מעבר לאי הציות. המערער פתח באש בהתאם לסמכותו ובנסיבות הזמן והמקום אין לומר כי הפעיל שקול דעת בלתי סביר לחלוטין. מן הראוי לזכותו.

הערה

על פסק הדין הגישה הסגוריה בקשת רשות ערעור לבית המשפט העליון. הרשות ניתנה. הערער טרם נשמע.

**מעצר חשוד בהתפרעות שימוש בכח שלא כדין - ענישה
ע / 88 / 52 רב"ט שגיא נ. התובע הצבאי הראשי**

העובדות שנקבעו בערכאה הראשונה

בחודש פברואר 88 היה גדודו של המשיב בשכם, במשימות השלטת סדר במקום. באחד הימים היה כח של חיילים בפיקודו של קצין עסוק במרדף אחר מתפרעים באיזור הד עיבל הצופה פני העיר שכם. היה זה מרדף שלישי או רביעי במהלך אותו יום. הכח לכד שניים מן המתפרעים והקצין מסרם לידי המשיב כדי לשמור עליהם, תוך אזהרה מפורשת שהמשיב לא יגע בהם לרעה ("לא לתת להם מכות"). יחד עם המשיב הוצבו עוד שלשה חיילים על המתפרעים הללו לשמורם (הפקודות הכלליות ששררו באותה עת והנחו את פעולתם של החיילים - שללו באורח נחרץ שמוש בכח פלזי כנגד תושבים מקומיים מחוץ למהלך פיזור התפרעות או ניסיון להתגבר על התנגדות למעצר). המשיב לא שעה לאזהרת מפקדו ומשסברו הוא וחבריו עמו כי אין רואה אותם, החלו לכלות זעמם בערבים הנתונים למשמרתם. המשיב הגדיל מכולם לעשות: הוא הכה את הערבים הללו מושך כ-15 דקות רצופות, בעט בהם בחלקי גופם השונים, סטר בהם, הכה באגרופיו, משך בשערותיהם, גטל אבן גדולה

הכה את אחד מהם בכח רב בכתפו ובגבו פעמיים רבות, ובשני חבט באמצעות אותה אבן במרפק ידו מספר פעמים, ולבסוף סובב ועיקם את ידו של אחד מאלה שהיה שרוע על הרצפה נאוק בכאביו. גם שאר החיילים ששמרו על המשיב הכו בשני הערבים הללו. האדווע הנ"ל צולם ע"י צלם רשת הטלוויזי C.B.S שנקלע למקום ועדות מצלמתו קלטה וצילמה את המעשה.

פסה"ד בבית הדין הצבאי המחוזי

הנאשם הורשע בעבירה של התנהגות מבישה (סעיף 129 לחש"צ) ונגזרו עליו 5 חדשי מאסר מותניים ועונש הורדה בדרגה מרב"ט לטוראי.

הערעור לבית הדין הצבאי לערעורים ופסק הדין.

התביעה הצבאית ערערה וביקשה להחמיר בעונשו של המשיב ע"י גזירת עונש מאסר בפועל. ביה"ד הצבאי לערעורים נעתר לבקשת התביעה ופסק כי המערער ירצה חודש וחצי של מאסר בפועל מותך חמשת החודשים שנגזרו בערכאה הראשונה.

ביה"ד נימק החלטתו באמרו כי "מעשי ההתפרעות שהיו לתופעה עמה אנו נאלצים לחיות מזה כמה וכמה חודשים, חייבו ומחייבים גבוש נורמטיבי של התנהגות החיילים הבאים במגע עם האוכלוסייה המתפרעת והגלויות לה. חובת הצבא, חובת מפקדיו וחובת החיילים עצמם לתחום קווי גבול של התנהגות בנסיבות כאלה, באופן שזו תשמר כ"התנהגות של צבא" ו"התנהגות של חיילים" ולא תהיה זו התנהגות של עדת משולחים חסרי רסן...

...כל חייל, כשם שהוא מלמד עצמו קשת חייב ללמוד לשלוט ברוחו, לקיים את הפקודות שנתנות לו ולשמור על צלם החייל וצלם האדם מכל משמר. ...מונת החייל מן האזרח הוא בציות לפקודה, בשליטה העצמית, בנכונות להתגבר על רגשות, על יצרים על שאיפות אישיות, והכל מבלי לאבד לא צלם אנוש ולא גוף ולא נשמה. אי אפשר לעבור לסדר היום על פרץ היצרים שהמשיב גילה ואין לדאוגו כדבר של מה בכך. הבהותן את פרטי ההתנהגות שהיתה מנותקת באופן ישיר מפיזור ההתפרעות, ובוצעה לאחר שפעולת הפיזור הושלמה, אינו יכול שלא לראות את פסולתה הבולטת."

התנהגות מבישה

ע / 88 / 44 טור' יאיר ואח' נ. התובע הצבאי הראשי

העובדות שנקבעו בערכאה הראשונה

המערערים נקלעו ביום 5/2/88 לכפר סאלם, ליד שכם, שבו התרחשו באותה עת מהומות והפרות סדר. המערער האחד, נמנה עם אנשי המנהל האזרחי באזור, והגיע למקום כנהג של רס"ר, אשר נשלח להשתתף בפעולת השלטת הסדר בכפר. המערער השני, חייל מיחידה לוחמת, נשלח לאבטח הדפוד שעסק בסילוק מחסומי אבנים. עם שוך המהומות, לאחד שכוחות הצבא שהיו בכפר יצאו ממנו, ונתרו המערערים והרס"ר הנזכר במקום להשלמת פעולות שומת. עמם היה גם נהג הדחפור (אזרח). אחד מהשלושה הציע להעניש ארבעה צעירים מתושבי הכפר שנעצרו לצורך הקידה, על ידי כיסוי גופם בעפר. המערעים הורו את נהג הדחפור, וזה ערם בכף הדחפור עפר רטוב, והשליכו, לפי הדרכת המערערים, על התושבים הנזכרים שהושכבו על הארץ. אלה כוסו בעפר עד כתפיהם, אך נקבע כי לא נגרם ולא יכול היה להיגרם נזק גופני, ולאחר שהמערערים עזבו יצאו תוך זמן קצר

מערימת העפר. הרס"ד, שהיה המפקד הבכיר במקום, נכח בעת קרות הארוע, צפה בנעשה ולא גקט שום צעד כדי למנוע.

פסה"ד בבית הדין הצבאי המחוזי

המעוררים בע/44/88 הורשעו בעבירה של "התנהגות מבישה" (סעיף 129 לחש"צ). ביה"ד גזר על המערער הראשון, שהלקו בענין היה רב יותר, שנת מאסר, שמתוכה חמישה חודשים לריצוי בפועל, ולמערער השני - עשרה חודשי מאסר מתוכם ארבעה חודשים לריצוי בפועל (ביה"ד לא קיבל "עיסקת טיעון" לפיה ביקשה התביעה עונש קל יותר לשני המערערים).

הרס"ד (המעורר בע/78/88) שדינו הופרד גם בערכאה הראשונה הורשע בעבירה של סיוע לתקיפה סעיף 379 ו'26 (4) לחוק העונשין) ושל התנהגות שאינה הולמת (סעיף 130 לחש"צ) ונגזר עליו עונש של עשרה חודשי מאסר מתוכם ארבעה חודשים לריצוי בפועל והודדה מדרגת רס"ד לטוראי.

הערעור בבית הדין הצבאי לערעורים ופסקי-הדין

ע/88/44

המעוררים ערערו על חזמת העונש. התביעה הסכימה לקבלת הערעור. ביה"ד קיבל את הערעור וקבע כי אומנם, מדובר בהתנהגות מבישה ומחפירה מצד חיילים שאיש איננו יכול להקנות לה, אף בנסיבותיה, שמץ של לגיטימיות. ואולם "כשבאים לשקול את התגובה העונשית ההולמת אותה, מן הראוי להביא בחשבון בראש ובראשונה, את המסגרת הגורמטיבית שבתוכה מצויה התנהגות המערערים וזו... נחשבת לעבירה קלה יחסית מבחינת תקרת העונש הקבועה לה בחוק, וכן יש לשקול את העובדה שמדובר בנסיבות של אירועים יוצאי דופן שבהם המערערים, כמו גם חיילים אחרים, היו נתונים למצבים קשים וחריגים, ויש לשקול את רקעם האישי החיובי, הודאתם באשמה ואת העובדה כי הם נשלחים בפעם הראשונה בחייהם לרצות עונש מאסר". ביה"ד קובע כי העונש שביקשה התביעה בביה"ד קמע מבטא איזון טוב יותר בין השיקולים לקולא ולחומרא מזה שנגזר בפועל, וגזר על המערער הראשון שבעה וחצי חודשי מאסר שמתוכם חודשיים וחצי לריצוי בפועל, ועל השני - שבעה וחצי חודשי מאסר שמתוכם חודשים לריצוי בפועל.

ע/88/78

בערעורו על ההרשעה בדין טען המערער כי אין לראותו כשותף לדבר עבירה משום שהעבירה בוצעה ע"י אחרים וכל מעשה התקיפה נמשך זמן קצר ביותר, שבמהלכו לא היה סיפק בידי המערער לעשות דבר. ביה"ד הצבאי לערעורים דחה טענתו באמרו כי "ניתן להסיק מעצם נוכחות המפקד, גם כאשר הוא פסיבי לחלוטין, שעה שפקודיו מבצעים לעיניו מעשה פלילי, כי הוא מחזק ידיהם ומעודד אותם. הדבר נובע מחובת המשמעת הקיימת בצבא שמטחה יש למפקד סטטוס מיוחד כלפי הנמוכים ממנו בדרגת החייבים לציית לו. על כן יש, לכאורה, בשתיקת מפקד שאינו מכהה בפקודיו העוברים בנוכחותו עבירה, מתן גושפנקא ואישור למעשיהם ובכך הוא הופך לשותף לעבירה. אולם אין זה כלל מחלטה, שאין אתריו ולא כלום, אלא חזקה שבעובדה המתבקשת ממעמדו של המפקד מחד ושתיקתו מאידך. משהוכחו אלה, עובר על הנאשם וטל הבאת ההזכחות ובסופו של דבר מוכרע דינו על פי כלל חומר הראיות".

בעת האירוע, המערער נכח במקום וראה את המתרחש. הוא אף אישר כי עובר לאירוע פנה אליו מהגו (המעורר בע/44/88) והודיעו כי ברצונו לבצע את מעשה

העבירה, שבפועל אכן בוצע, אם כי המערער סבר שהנהג איננו רציוני בכוננותו. אותה עת המערער היה המפקד הבכיר במקום והיה בסמכותו ומחובתו להטיל מרות על החיילים האחרים. כאמור, המערער לא עשה דבר לא בשלב המוקדם ביותר של האירוע ולא בשום שלב אחר ואין כל ראייה שהוא ניסה להפעיל את סמכותו ולמנוע את המעשה.

לאור זאת ובהסתמך על ע' 231/77 והפ"ע 5.0903 קבע ביה"ד כי המערער סייע למבצעי התקיפה, ובהתנהגותו נתן בפועל אישור לביצוע מעשה העבירה, ולפיכך היה שותף לו.

המערער טען גם כנגד הרשעתו בעבירה השנייה. על כך אומר ביה"ד כי יש לראות את המערער כמי שהתנהג באופן שלא הולם את דרגתו או עמדתו בצבא. זאת, הואיל והדעת איננה נותנת שמפקד בצה"ל יעמוד באפס מעשה, שעה שלנגד עיניו מתרחש מחזה מביש מן הסוג שבוצע בפועל. כלומר, "אף אם היו מגיעים למסקנה כי בהתנהגותו של המערער אין לראות סיוע לעבירת התקיפה, גם אז היינו קובעים ללא היסוס כי הרשעתו בעבירה לפי סעיף 130 ל"חש"צ בדין יסודה". המערער ערער גם על מידת העונש שנגזרה עליו. ביה"ד קיבל ערעורו בעניין זה, והעמיד את עונש המאסר על עשרה חדשים מהם חודשיים לרציוני בפועל.

משפט הש"ג בעקבות ארוע "ליל הגלשנים" ע / 88 / 42 טור' רון נ' התובע הצבאי הראשי

העובדות שנקבעו בערכאה הראשונה

בראריך 25 נוב' 1987, בשעות הערב, שימש המערער כוקיף בשער ליד מחנה "גיבור". המערער היה חמוש בנשק, שהיה נצור ולא טעון, אך ברשותו היו מספר מחסניות טעונות בכדורים אותן נשא באפודו. המערער ידע להפעיל את הנשק לאור הכשרתו הצבאית, ידע מה הוטל עליו לעשות בתור זקיף וגם הוראות הפתיחה באש היו ידועות לו. בעת שהמערער עמד על משמרתו, חדר מחבל למרתב האוירי של ישראל באמצעות גילשון-אויר ונחת עימו בקירבת המחנה. לאחר נחיתתו, ירה מנישקו לעבר כלי רכב צבאי, וגרם למותו של קצין שנהג ברכב ופצע חיילת שהייתה באותו כלי-רכב. לאחר מכן, רץ לעבר המחנה, ותוך כדי ירי מנישקו וזריקת רימוני-יד הצליח לתדור לתוך המחנה ולגרום למותם של חמישה חיילים ולפציעתם של שמונה חיילים נוספים. בסופו של דבר, נורה למוות ע"י אחד החיילים.

המערער שמע את צרוח היריות שהמתבל ירה לעבר הרכב הצבאי וראה שהרכב נע לאחור. כעבור זמן מה ("מספר דקות") נשמע צרוח יריות ורימון התפוצץ בקירבת המקום בו עמד המערער.

המערער נמלט מהמקום ורץ לתוך שטח המאהל ומשם המשיך במנוסתו עד שעזב את תחום המחנה והגיע לכביש הראשי המצוי בקירבת מקום.

מלבד המערער לא היו במקום זקיפים נוספים כנדרש, והמערער לא קיבל כל אתראה או אזהרה בפני חדירת מחבלים לתחום ישראל, ואף לא הובא לידיעתו דבר הגברת הכוונות באיזור. פרט למנוסתו ממקום משמרתו, לא נקט המערער שום פעולה נוספת כמו טעינת נישקו והפעלתו, ולא עשה דבר כדי להזהיר את החיילים האחרים שהיו במחנה מפני הסכנה הצפויה להם מחידרת מחבל מזויין לתוך תחומי המחנה.

העבירות

המערער הודש בעבירות של התנהגות מחפירה בקשר לפעילות צבאית (סעיף 45(1))

לחש"צ תש"ט"ו - 1955). ושל נטישת משמרת (סעיף 58ב) (סיפא) לחוק האמור).

**ערעור הנאשם וההלכות שקבע ביה"ד הצבאי לערעורים
"מחדלי אחרים" כקנה מידה לבחינת אתריות**

המערער טען כי מאחר ומדובר באירוע שהתרחש בנסיבות מיוחדות שהתלוו להן מחדלים רבים של הדרגים הפיקודיים ושל כלל המערכת הצבאית באותו איוור בו פעל אותו מחבל, הרי שאין להטיל עליו אחריות.

כמו כן טען, כי נוכח המחדלים השונים בכל הנוגע לאי קיום ההוראות הנוגעות לאבטחת האיוור והמחנה הנ"ל, וכן העדר אתראה וחוסר כח אדם מספיק, היינו העדר זקיפים נוספים, נקלע למצב קשה ביותר ובהתחשב בכל אלה. לא רק שאין לדאוגתו כמי שנהג באופן מחפיר אלא יש לדאוגתו כמי שנהג בסבירות וזאת על-פי אמות המידה של "החייל הסביר", היינו כפי שחייל כזה היה נוהג באותן נסיבות.

ביה"ד הצבאי לערעורים דחה טענה זו וקבע "שאכן הוכח, כי בעקבות אותו אירוע נתגלו ליקויים לא מעטים במספר תחומים, בחלקם המורים ביותר ונמצא, כי נושאי תפקידים שונים - מפקדים וחיילים - לא מילאו אחר ההוראות השונות הנוגעות לאבטחת מחנות, וחלקם אף נהג בניגוד לאמות המידה שניתן לצפות ולדרוש ממפקדים וחיילים בצה"ל במצב מעין זה. יחד עם זאת, אין בכל הליקויים הנ"ל, בהם כשלעצמם, כדי לשמש עילה נאותה לפטור את המערער מאחריות, מאחר ששאלת אתריותו למעשי העבירה שיוחסו לו, צריכים להבחן על-פי הכללים המקובלים במשפט הפלילי, היינו בחינת המעשים והמחדלים שעל-פי הדין ניתן או לא ניתן לייחס לו ולראותו כאחראי להם. במילים אחרות, התנהגותו של המערער ואחריותו למעשי העבירה שיוחסו לו, נבחנת ונבדקת על-פי מעשיו ומחדליו בהתאם להוראות החוק הנוגעות לענין ולאור הכשרתו כחייל, התפקיד והמשימה שהוטלו עליו והאמצעים שהועמדו לרשותו למילוי תפקידו. כמו כן, התנהגותו נבחנת על-פי המצופה והנדרש מחייל בנסיבות מעין אלה, בהתאם לנומרות ההתנהגות הנוהגות והמקובלות בצה"ל".

עדות מומחה לבחינת נורמות התנהגות

המערער טען כי בית הדין קמא שגה בהזקקו לעדות מומחה בכל הנוגע ללימוד על נורמות והתנהגות בצה"ל ובמיוחד לגבי השאלה אם נהג המערער ב"אופן מחפיר" אם לאו. ביה"ד דחה אף טענה זו וקבע כי מעיון בפסה"ד לא ניתן ללמוד כי קביעות ביה"ד קמא הושתתו על עדות זו ככל שהן נוגעות לשאלת הנ"ל. ביה"ד מציין כי אינו קובע עמדה חד-משמעית ביחס לשאלה אם היה מקום להשמיע עד זה ולדעת ביה"ד יכול היה ביה"ד קמא להכריע ולפסוק גם ללא עדות זו עפ"י העובדות והנסיבות שנפרסו לפניו. (ביה"ד משווה זאת לבחינת של רשלנות בתאונות, "התנהגות שאינה הולמת" ו"סבירות" התנהגות).

יהד עם זאת, נאמר בפסה"ד, יתכנו מקרים בהם צד זה או אחר יהא רשאי להשמיע עדות מומחה שיהא בה לסייע לבית הדין, אך בענין זה קשה לקבוע תחום ברור ומוגדר וכל מקרה ייבחן ויבדק על פי נסיבותיו.

הלם ואוטומטיזם

המערער טען כי הופעתו המפתיעה של המחבל בקרבת מקום עמידתו הפתיעה באש וזריקת דימון לעברו, גרמו לו לאבדן עשתונות. לדבריו, הוא "נכנס להלם" ופעל בעירפול חושיים ואף הוסיף וטען, כי פעל "פעולה אוטומטית".

ביה"ד אימץ קביעות ביה"ד קמא, לפיה אין בסיס בחומר הראיות לכך שהמערער היה נתון בהלם או שפעל כאוטומט מבלי להבין ולדעת את הנעשה עימו או את המתרחש סביבו, ומבלי שתהא לו מודעות למשמעות התנהגותו ומעשיו. וכי המלטותו מהמקום נבע

מפרד ובהלה, ומאלה בלבד.
"באופן מחפיר"

המעורר טען כי נטישת העמדה לא נעשתה ב"אופן מחפיר" - מושג שהוא מיסודות העבירה שבסוף 145(1). ביה"ד דחה טענתו בקבעו כי החרפה שבהתנהגות הנאשם נעוצה בכך שבהיותו בתפקיד של שמירה בשער המחנה, עם נשק בידו ומחסניות טעונות בחגורו, לא ניסה כלל להתמודד עם המצב אליו נקלע. (הנאשם קיבל הכשרה קרבית בסיסית; הוא היה מצוייד ברובה ובמחסניות אך לא ניסה לטעון את הרובה שבידו או לירות בו; הנאשם לא ניסה לבצע כל תרגולת קרב אותה למד ותרגל במהלך הכשרתו הבסיסית כחייל קרבי). הוא נס על נפשו אל מחוץ למחנה, תוך הפקרת משמרתו ובכך איפשר למחבל שתקף אותו להכנס באין מפריע לתחומי המחנה ולרצוח 5 חיילים - זו, לדעת ביה"ד, החרפה שבמעשיו של הנאשם.

ומוסיף ביה"ד כי גם הטענה כי המערער נקלע למצב קשה ומסוכן ואף נשקפה סכנה לחייו, כשהוא ניצב לבדו במקום הג'ל, אין בה, בנוסבות המקרה כדי להביא למסקנה כי הוא לא נהג "באופן מחפיר", ביה"ד אימץ את קביעת ביה"ד קמא לפיה הצלת חיי אדם היא ערך שאין נעלה ממנו ותפקיד זה, היה מוטל על המערער. במנוסתו, מתוך רצון להציל חייו הפקיד את משמרתו ואת חיי חבריו. בנוסבות אלה, הצלת חייו - הוא בודאי אינה שוללת את החרפה שבמעשה.

ביה"ד הצבאי לערעורים מאמץ גישת ביה"ד קמא שדחה טענת המערער כי ביצע פעולת נסיגה. ועל כן לא התנהג ב"אופן מחפיר": "נסיגה להבדיל מבריחה או מנוסה - היא פעולת לוחמה, בה חייל או כוח צבאי נעים לאחור תוך כדי לחימה. הנאשם, לא זו בלבד שלא נלחם, ולו גם תוך תנועה לאחור, אלא שלא ניסה לבצע כל פעולה אלמנטרית של חייל - לוחם במטרה להתמודד עם התקפת המחבל עליו. ואין ספק שהתנהגות הנאשם נוגעה בחרפה רבתי".

הגנת הצורך

המעורר טען כי בנוסבות המקרה עומדת לו טענת הגנה של "צורך" (סעיף 22 לחוק העונשין), לדעתו בנוסבות שבהן נעברה העבירה המערער לא צריך היה להקריב חייו או גופו ועל אין להחיל עליו את הסייג שבסעיף 19 לחוק.

ביה"ד דחה אף טענה זו. ביה"ד מאמץ פסיקה קודמת (ע/202/59) לפיה "בביצוע תפקיד צבאי המחייב סיכון אישי אין חייל רשאי להמנע מבצוע התפקיד אך ורק משום שהדבר כרוך בסכנה..." ביה"ד מצטט את דברי ביה"ד קמא, לפיהם "בכל פעולה קרבית יש משום סיכון חיינם של המשתתפים בה, ולו היתה טענה, כאמור לעיל, נשמעת ומתקבלת אזי יכולים אנו לומר לבטח שכל קרב של צבא הנוזקק לטענות כאלו היה אבוד מראש (ולכן) אין ספק שבעניינו שבמקרה דידן חייב היה המשיב להקריב את חייו, תוך כדי קיומה של הפקודה שניתנה לו".

ומוסיף ביה"ד, כי המערער לא רק שלא ניסה לבצע את מה שהוטל עליו, אלא גם לא ניסה להתגונן, ואף לא הזכח כי אילו נהג אחרת מכפי שנהג, היה נפגע מיד מאש המחבל, ומקריב חייו ללא צורך, (כפי שטען). מנוסתו המבוהלת של המערער וריצתו במקום מואר מבלי לתפוס מחסה, לא הפחיתו מהסכנה שממנה הוא חשש, לעומת הסיכון שהיה כרוך בביצוע פעולות שהיה עליו לבצע במסגרת תפקידו. בנוסבות אלה, הטענה כי המערער חשש לחייו ועל כן לא ניסה למלא אחר המשימה שהוטלה עליו נס על נפשו, אין בה כדי לפטור אותו מאחריות, היא עומדת בסתירה מוחלטת לעקרונות הבסיסיים שעלפיהם פועל הצבא, ואין ספק בנוסבות מקרה זה יש תחולה להוראות סעיף 19 לחש"צ המסייגות את טענת ההגנה של צורך.

פינת התעבורה

ע"ת 88 / 118 טור' אליהו נ' התובע הצבאי הראשי

פסק הדין בערכאה הראשונה

המעורר הועמד לדין והורשע בעבירה של אי קיום הוראות המחייבות בצבא (סעיף 133 לחש"צ), בכך שהפך את הוראות פקודת מטכ"ל 1102. 33 בנהגו במהירות העולה ב־30 קמ"ש מעל המותר לרכב בו נהג. במוסף לקנס גזר עליו ביה"ד קמא עונש מותנה של שני חדשי פסילת הנהיגה הצבאי והאזרחי.

טענת המערער

המעורר טען כי ביה"ד קמא לא היה מוסמך להטיל עליו עונש מסוג של פסילת רשיון, כיוון שהורשע "בעבירה צבאית", ולכן ביה"ד אינו רשאי לגזור לו עונש שאינו קבוע בסעיפים 21 ו־24 לחש"צ (הממצים את כל העונשים שיכול ביד"צ לתעבורה להטיל) הואיל ופסילת רשיון נהיגה אינה נזכרת שם.

לטענתו פסילת רשיון הוא בגדר "עונש" ולכן לא ניתן לפסול את הרשיון מכח סמכות לוקוט אמצעים שאינם "עונש".

עוד טען המערער כי בית הדין הצבאי אינו "בית משפט" כמשמעותו בסעיף 35 לפקודת התעבורה (נוסח חדש), כיוון שאינו נמנה עם הערכאות המנויות בסעיף 1(א) לחוק יסוד: השפטיה, ולכן אינו מוסמך לפסול רשיון מכח סעיף זה; כמו כן האמור בסעיף זה מתייחס לפסילה בגין "עבירת תעבורה" ובגין "עבירה לפי חוק אחר הנובעת מנהיגת רכב" ואילו הרשעת המערער אינה נופלת בגדר אף אחת משתייהן.

פסה"ד בבית־דין הצבאי לערעורים

ביה"ד דחה את הערעור. לאחר ניתוח הסעיפים הרלבנטיים מחש"צ ומפקודת התעבורה קובע ביה"ד כי במונו את בתי הדין הצבאיים לתעבורה ביקש המחוקק להקנות להם (ולשופטים הדגים בהם) את מלוא הסמכויות המצויות בידי ערכאות התעבורה האזרחיות.

ביה"ד קיבל טענת התצ"ד כי על מטרת החקיקה ניתן ללמוד מהוראות מסעיף 153 א לחש"צ המראה שהמתוקק הקנה סמכויות פסילת רשיון בגין עבירה לפי סעיף 133 לחוק שענינה נהיגה רכב לקציני שיפוט, ואין סימן לכך שביקש להשמיטן מידי ביה"ד צבאי דווקא.

יה"ד סבור כי מטרת חקיקה זו מעוגנת היטב בלשון החוק. ביה"ד קבע כי במונח "בית משפט" שבסעיף 35 לפקודת התעבורה נכלל גם "בית־דין צבאי". פקודת התעבורה נחקקה טרם חקיקת חוק יסוד: השפטיה, ולכן אין ספק כי לנגד עיני עמדה רק הגדרת "בית משפט" שהיתה בפקודת הפרשנות, שאותה ניתן לפרש ככוללת, למעשה, כל טריבונל שיפוטי.

ביה"ד קבע, כי ההסמכה בסעיף 35 לפקודת התעבורה מוסיפה על האמור בסעיף 24 לחש"צ. כלומר סעיף 24 אינו ממצה את כל העונשים ביד"צ לתעבורה להטיל. בהסתמך על פסיקה קודמת פסק ביה"ד כי עבירה לפי סעיף 133 לחש"צ שעניינה נהיגת רכב היא בגדר "עבירה לפי חוק אחר הנובעת מנהיגת רכב" שבסעיף 35 הנ"ל. ועל כן מוסמך בית־הדין הצבאי, מכח סעיף זה, לפסול רשיון במסגרת סמכות הענישה המוקנת לו.

רע"פ 88 / 115

בעקבות החלטת ביה"ד הצבאי לערעורים, כאמור לעיל, עתר הנאשם וביקש לערער

על פסה"ד בפני ביהמ"ש העליון. ביהמ"ש העליון דחה בקשתו ופסק כי סעיף 35 לפקודת התעבורה (נוחס חדש), חל כאמצעי ענישה על כל עבירה שרקעה תעבורתי במובן הרחב של המושג האמור. כן קבע כי סעיף 21 לחש"צ אינו מצמצם את תחולת סעיף 35 הנ"ל במערכת השיפוט הצבאית, ואף חוק יסוד: השפיטה לא שינה דבר לענין זה.

צו על תנאי

בג"צ 779/88 מחמוד עבדאל האדי מוחסן אלפסוס ואח' נ' שהב"ט ואח':

עתירה כנגד צו של אלוף המרכז לפיו ייהרס בית העותר על יסוד הזראת תקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת חרום), 1945 בנו של העותר הודה בחקירה כי השליך בקבוקי תבערה לעבר מכונית נוסעים ואוטובוס. בית המשפט קבע כי לאור ריבוי מעשי זריקת בקבוקי תבערה שאינם אלא נסיון לקטול או לפצוע בני אדם, אין מקום להתערב בשיקול דעת אלוף הפיקוד בהוציאו את צו ההחרמה וההריסה על פי תקנה 119. יצויין כי החידוש בתלכה זו הינו בכך שבית המשפט אישר הריסת הבתים אף שלא נגרם נזק על ידי זריקת בקבוקי התבערה. בינתיים, פסיקה דומה נתקבלה גם בבג"צ 796/88 ובבג"צ 824/88 שטרס פורסמו.

בג"צ 702/88 מוחמד מצבאח ח'ליל עאשרו נ' הנהלת בית סוהר מדכוז באיו"ש:

העותר נידון למאסר עולם בבית משפט בישראל והועבר לריצוי עונשו לבית סוהר באיו"ש. זאת על פי סעיף 6א' לתוספת לחוק לתיקון ולהארכת תוקפן של תקנות שעת חירום (יהודה, שומרון וחבל עזה - שיפוט בעבירות ועזרה משפטית), התשמ"ח 1987 לפיו ניתן לבצע באיו"ש עונש מאסר שהוטל בבית משפט בישראל על תושבי האזור. העותר טוען כי עקב כך שהינו מתגורר שנים רבות בירושלים, אין לראותו תושב האזור לצורך הסעיף האמור. בית המשפט פסק כי יש לאמץ אמת מידה פורמלית ומי שרשום במרשם האוכלוסין של האזור ונושא תעודת זהות של האזור, יש לראותו כתושבי האזור.

חדושי חקיקה

חקיקה ראשית

חוק שירות הבטחון (תיקון מס' 3) התשמ"ט 1989

חוק זה (להלן החוק המותקן) שהתקבל ב'23 מרץ 1989, כולל בתוכו תיקונים שונים לחוק שירות הבטחון (נוסח משולב), התשמ"ז 1986 (להלן החוק העיקרי). בין יתר הנושאים, הוכנסו בו שיוויים בנושאי מסירת אמצעי זיהוי ע"י נשים: התקופות שתחשבה תב"נ; פטור לאישה הרה או אם לילד; אישורי יציאה לחו"ל ליוצאי - צבא ומיועדים לשירות בטחון (להלן מלש"בים) ועוד.

להלן פירוט השינויים:

- א. סעיף 11 לחוק העיקרי מסמך פוקד לקרוא לכל גבר שהוא יוצא צבא או מלש"ב לתת אמצעי זיהוי (טביעת אצבעות). על פי התיקון תחול החובה גם על מלש"ביות ויוצאות צבא (נשים).
- ב. סעיף 14 לחוק העיקרי קבע כי מי שמלאו לו 17 וטרם מלאו לו 18 שנים, והוא מעונין בהקדמת גיוסו, רשאי לבקש זאת בהסכמת הוריו. הדרישה שהתייחסה להסכמת הוריו יצרה בעיות לגבי מלש"ב שהוריו חיים בנפרד. כיום, בעקבות החוק המתוקן, קיימת אפשרות להסתפק בהסכמת הורה אחד, "אם קיים קושי של ממש לקיים קשר עם ההורה השני כדי לברר עמדתו".
- ג. בסעיפים 18 ו-31 לחוק העיקרי נקבעו תקופות שאינן נמנות כחלק מן השרות והן תקופות היעדר מהשירות, תקופות כליאה ותקופות של נשיאה בעונש מאסר בעבודת שירות (תיקון 21 לחוק העונשין התשל"ז 1977). החוק המתוקן הרחיב באופן שגם החזקה במוסד סגור לגמילה מסמים לא תבוא במנין השירות.
- ד. סעיף 30 לחוק העיקרי דן בשירות מילואים בהג"א. קודם לתיקון הורה החוק העיקרי שחייל מילואים מעל גיל 45 יקרא לשרת בהג"א אלא אם הוא קצין או בעל "מקצוע נדרש" כהגדרתו בתוספת לחוק. החוק מתקן הכניס שינוי בנושא זה בקובעו כי ימשיכו לשרת במסגרת צה"ל (ולא בהג"א) "סוגי יוצא צבא שייקבעו ע"י השר בתקנות" ובכך לא תחול הוראת החוק על סוגים אלו.
- ה. התיקון לסעיף 35 מהווה, בעיקרו, הבהרה. סעיף זה דן בתחולת חוק השיפוט הצבאי על מי שנצטווה להתייצב לבדיקות או שירות אך לא עשה כן. התיקון קובע במפורש כי אדם זה ייחשב כחייל רק לענין הוראות חוק השיפוט הצבאי ולא יחשב לפיכך כמי ששירת בתקופת היעדרותו.
- ו. התיקון לסעיף 38(ד) נועד אף הוא להבהרה. סעיף זה דן בהתייצבות בתום תקופה של דחיית שירות. נכח ניסחו של הסעיף המקורי, היה מקום לטעון שיוצא צבא שכבר עבר בדיקות רפואיות חייב להתייצב לשירות מרגע תום הדחייה, וייחשב חייל ממנו ואילך. בעקבות התיקון, מורה החוק שאף מועד תחילת השירות ייקבע ע"י פוקד בצו (על אף חובת התייצבותו בסוף תקופת הדחייה).
- ז. התיקון לסעיף 39(א) לחוק העיקרי אשר דן במתן פטור לאשה הרה או אם לילד מהווה שינוי בגישת החוק לסוגייה זו. בעוד שבעבר קבע החוק פטור שנבע מעצם עובדת היות האישה הרה או אם לילד, כעת מתן הפטור מותנה במתן הודעה על כך על ידי האישה שתיעתן בדרך שניתן יהיה לאמתה - ההודעה היא עילת הפטור, ולא עובדת האמהות או ההריון כשלעצמן. הסעיף מוסיף וקובע כי דרכי מתן ההודעה ואימותה תיקבענה בתקנות.
- ח. מקור החובה שחלה על חייל המילואים לקבל היתר יציאה לחוץ לארץ ע"י שר הבטחון או מי שהוא מינה לכך, היה בתקנות שעת חירום (יציאה לחוץ לארץ) התש"ח 1948 (שהוארכו מזמן לזמן בחוק). כעת משולב גם נושא זה בחוק המתוקן.
- ט. שני תיקונים נוספים ניינם משלוח צווי קריאה. האחד נוגע לחזקה באשד לקבלתם של צווים אישיים: עד לתיקון נקבעה בחוק העיקרי חזקה לפיה צו שנשלח בדואר רשום לפי מען מקום מגוריו הקבוע של הנמען, רואים אותו כאילו נתקבל לאחר 72 שעות, אך אם הנמען עבר למקום אחר, הוא יכול היה לטעון שהצו נשלח למקום שאינו מקום מגוריו הקבוע, ובכך להשתחרר מהצו.

בעקבות החוק המתקן, חלה החוקה גם אם הצו נשלח למען שמסר החייל לצבא; ואם לא מסר מען כאמור, לאותו המען הרשום במרשם האוכלוסין. התיקון השני מתמודד עם התופעה הנפוצה של התימה על צווים אישיים היוצאים מטעם של מפקדים ופוקדים ע"י פקידיהם. התיקון מעגן פרקטיקה זו בחוק, בקובעו ש"צו אישי" יכול שיוצא ע"י מי שהוסמך לכך (מפקד או פוקד) או ע"י חייל שהורשה לכך על-ידיים ובלבד ששמותיהם, דרגותיהם ותפקידיהם של מוציא הצו יצוינו בו.

חוק שירות הקבע בצה"ל (גמלאות) (תיקון מס' 3) תשמ"ט 1989 (ס"ח תשמ"ט, ע' 10)
עד לקבלת תיקון זה לחוק, מי ששירת מעל 35 שנה וזכאי לקייצבה מיירבית לא היה זכאי לשום תמורה כספית בקייצבה עבור תקופת השירות מעבר לשנה ה-35 (להלן השנים העודפות). מצב זה בא על תיקונו בחוק הנוכחי, תוך הנהגת הסדר לגבי משרתים בקבע הדומה לזה שנהוג לגבי עובדי המדינה בחוק שירות המדינה (גמלאות) (תיקון מס' 23) תשמ"א-1981 (ס"ח תשמ"א ע' 171). מעתה תנוהג שיטה בה עבור שנים אלו, יקבל מענק שחרור בשיעורי שהיה מגיע לו עבור שנים אלו - אילו היה משתחרר משירות קבע.

חקיקת משנה

1. **תקנות חיילים משוחררים (עבודה מועדפת) תשמ"א-1986 (ק"ת תשמ"ט, ע' 58); תקנות חיילים משוחררים (פטור חלקי משכר לימוד בהכשרה מקצועית תשמ"ט-1988 (ק"ת תשמ"ט ע' 59)**

חוק חיילים משוחררים תשמ"ד-1984, קבע בסעיפים 6 ו-8 הסדרים לגבי קבלת חיילים משוחררים ל"עבודה מועדפת". ס' 6 קובע כי תינתן עדיפות לחייל משוחרר, על פני מי שאינו חייל משוחרר, בקבלת הפניות לעבודה מועדפת ע"י לשכות התעסוקה; וס' 8 קובע כי חייל משוחרר יהיה זכאי לפטור חלקי משכר לימוד בלימודי הכשרה לעבודה כזאת.

עד עתה הוגדרה "עבודה מועדפת" בס' 1 לחוק כ"עבודה במקום עבודה... שקבע שר העבודה והרווחה, בהסכמת שר האוצר ובהתייעצות עם ועדת העבודה והרווחה של הכנסת". לראשונה הוגדרו בתקנות אלו סוגי העבודה המועדפת והתנאים לפטור משכר לימוד להכשרה מקצועית.

סוגי העבודה שבהם יש כעת עדיפות בקבלה לחיילים משוחררים, הם עבודות שונות בענפי הבנייה, מפעלי תעשייה ומלאכה, בתי הארכה, חקלאות, סיעוד, רפואה, הנהלת חשבונות ממוחשבת, הפעלת צמ"ה, הוראה, טכנאים והנדסאים.

הפטורים בשכר לימוד שניתנו הם באותם תחומים. נקבעו פטורים באחוזים שונים, בין 90% משכר הלימוד (בבואות, רצפות, טייחים, טפסנות, ברזלנות, צבעות וסיד) ל-15% בהנהלת חשבונות ממוחשבות). כמו כן נקבעו כמה תנאים למתן הפטור כגון: היותו של הקורס מתקיים במוסד הכלול ברשימה שבתוספת לתקנות; אישורו ע"י מנהל האגף להכשרה מקצועית במשרד העבודה והרווחה; ובחינות גמר.

2. **צו שעת חירום (הגשת דברי דפוס ופרסומים לביקורת מוקדמת ואיסור דפוס ופרסום) תשמ"ט 1988**

תקנה 97 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945 נותן לצנזור ראשי הסמכות להורות בצו כי סוגים מסויימים של חומר מודפס יתויבו לקבל את אישור הצנזורה לפי פירסומם ושפירסומם יהיה בתנאים שהצנזורה מורה. בדיקה מוקדמת מהווה הגנה

נוספת מפני פגיעה בכתב בטחון המדינה. צו זה בא להטיל חובת בדיקה מוקדמת על עוד סוגי חומר מודפס. כלולים בחובה זו הם פירסומים הנוגעים לבטחון המדינה - שמוגדר ככל פרוסם הנוגע לבטחון המדינה, שלום הציבור והסדר הציבורי, בישראל ובאיו"ש וחבל עזה, או ליחסי ישראל ערב, אף אם החומר הכלול בו כבר פורסם.

כל חומר העונה על התנאים האלו צריך להיות מוגש לצנזורה לפני פירסומו, ואסור לפרסם אותו ללא בדיקה, כל עוד הבדיקה נמשכת, או אם הוראות הצנזורה לגבי הפירסום לא קוימו.

