



קשכט דבר

בטאון המערכת המשפטית בישראל

ראשית דבר

הימים חולפים, אביב הגיע והגיליון השלישי של "משפט וצבא" רואה אור. חבלי הלידה של הביטאון מאחוריו ועתידו לפניו. פניו ותכניו של הביטאון טרם עוצבו במתכונתם הסופית. עוד תישפך דיו וישתברו קולמוסים עד שנגיע לכך. נוסיף דעת ונוסיף לשפר.

בגיליון זה הבאנו מדברי ימיה של המערכת המשפטית בצבא ומדברי הימים הללו. משיבת התובעים הכלליים הראשונה ביוני 48 ועד לחידושי הפסיקה הצבאית דהיום ולחקיקת המחר. כסדנא ליצירה משפטית אנו מביאים במדורנו "בשם אומרם" מאמרים מפרי עטם ודעתם האישית של כותביהם. רשימות אלה אינן מבטאות בהכרח את עמדתה של המערכת המשפטית בצבא אך הן, ואלה שתבאנה בעקבותיהן, תוספנה למחשבת המשפט בצבא.

קריאה מהנה.

ה מ ע ר כ ת

מערכת הביטאון:

אלי"מ א. סטרשנוב, אלי"מ ע. מודריק, סא"ל ב. אברהמי, סא"ל ש. מויאל,
רס"ן ע. לטוביצקי, סרן מ. לינזן, סגן א. סלגניק (רנינוביץ)
סג"מ ש. יניב

התוכן

עמוד

* דבר המינרחת

בשם אומרם

- 1 * טוהר הנשק וטוהר המצפון - אלי"מ עודד מודריק
- 5 * הקשר הסיבתי בעבירות התרשלות - היכן הגבול ?
- אלי"מ אמנון סטרשנוב

עיון ודיון

- 13 * מעמדו וסמכויותיו המשפטיות של המפקד בצבא ארה"ב
- אלי"מ אורי שוהם

חידושי חקיקה

- 32 * הגנת הפרטיות - העברת מידע בין גופים ציבוריים וזכות העיון
- 36 * תזכיר חוק השיפוט הצבאי (תיקון מס' 17) התשמ"ה - 1985
- 37 * הצעות תיקונים בחוק שירות הקבע בצה"ל (גימלאות)
- 44 * הצעה לשינויים מרחיקי לכת בנושא תפישת חפצים עפ"י חש"צ
- 47 * תזכיר חוק מאגר מידע התשמ"ה - 1985
- 48 * רפורמה במיסים העקיפים באיו"ש ובאזח"ע

צו על תנאי

- 51 * הדחת מועצות העיריות באיו"ש ועריכת בחירות להן
- 57 * צו פיקוח והגבלה באיו"ש ובאזח"ע
- 59 * חובת הגשת דוחות מס-הכנסה ע"י אזרחי ישראל תושבי איו"ש

הלכות פסוקות

- 62 * עד מדינה - מי הוא זה ואיזה הוא ?
- 64 * כלל "החזקה התכופה"
- 66 * שימוש בכוח סביר ע"י מפקד - אימתו ?
- 68 * מעשה בית דין

רבותי ההסטוריה

- 71

הודאות

- 75 * מילניום

בשם אומרם

טוהר הנשק וטוהר המצפון

כותרת הרשימה הקצרה הזו, עלולה להטעות. אינני מתכוון לדון במיוחד ובמפורט בסוגייה - המעניינת כשלעצמה - של "טוהר הנשק". ענייני כאן בהצבת סימני שאלה אחדים על דרכו של המשפטן הצבאי המבקש (או מתבקש) להאיר עיני הדיוטות.

בדידי הווית עובדה. באחרונה הוזמנתי, להשתתף בסימפוזיון כפני צוערים של ביה"ס לקצינים, אשר עסק בהיבט זה או אחר, של הסוגייה הנדונה. אזי, נצבתי פנים אל פנים מול הדילמה שאותה הנני מבקש להבהיר להלן.

שום בן-דעת לא יקים עוררין על החשיבות הרבה של שמירת ערכי מוסר אנושי בקרב הצבא, לרבות שמירה על אמות-מידה ראויות של שימוש בנשק. לפיכך אין גם ספק בחיוניות הפועל היוצא המתבקש הבא:

" נתונים אנו במערכה ממושכת וקשה, שיש עמה שחיקה. ממערכה זו חייבים אנו לצאת מחושלים ואיתנים. אך אפשר גם לאבד בה את הרגשת השליחות וההצדקה מזה - או את צלם האנוש מזה. זקוקים אנו לחיילים אשר לא יפגעו על-ידי שתי הסכנות גם יחד. לכן רואה אני חשיבות עצומה בחינוך בלתי פוסק לטוהר הנשק". **

חינוך לטוהר נשק - כיצד ?

מן ההכרח להביא בחשבון כהנחת מוצא :

" צעירים רבים מגיעים לצבא בתקופה בה טרם גובשה ועוצבה גישתם סופית, והם מחפשים לעצמם אמות-מידה להתנהגות. אם לא נדאג להם, עלולים רבים לאמץ לעצמם גישה נפסדת... אחדים מהם... יעברו אל הקיצוניות השניה - ויאבדו את אמונתם בצדקת המערכה כולה". ***

* על היבטים ערכיים - מוסריים של נושא זה - עיין אל"מ מ. פעיל "טוהר הנשק" מערכות 209 חש"ל עמ' 31, סא"ל מ. שריג "בעקבות טוהר הנשק" מערכות 211 תשל"א עמ' 41, אל"מ ש. גבעולי "על טוהר הנשק" מערכות 213, תשל"א עמ' 14, אל"מ מ. פעיל "על המונח טוהר הנשק" מערכות 213 תשל"א עמ' 17.

** אל"מ גבעולי שם עמ' 14

*** שם שם

החילל הצעיר עשוי אמנם להיות כחומר ביד היוצר וזה יכול לעצב דמותו ביד חרוצים אמונה, אך מן הראוי אף זאת ליקח בחשבון כי הצעיר הזה אינו פתי, חסר חוש ביקורת המקבל כל דבר כמובן מאליו שאין עליו השגה. יתר על כן, מכורח המציאות בה אנו נתונים לפיה חיללים צעירים נתבעים למשימות קרביות, לתפקידי בט"ש ושמירה על סדר - ניצבים אף הם, כדבר שאינו נדיר, בפני שאלות ודילמות מוסריות. החינוך המורכב בהם, או שצריך להנתן לחיללים אלה איננו עוסק איפוא, בענין ערטילאי תיאורטי אלא במציאות חיים. לפיכך מן ההכרח שחנוך כזה יהיה מעשי ומושתת על אדני המציאות. המציאות עלולה להיות מורכבת ובלתי הולמת מחשבה סטריאוטיפית.

קל מאד להתמוגג מנחת ושביעות רצון עצמית למראה מבצעו של חילל המובע מעשה נקמה בשבויי אויב, מצד חבריו לנשק* - קל באותה מידה להבחין ברישעתם הזועקת של חיללים ומפקדים היורים ללא רחם בעוברי אורח, "מפירי עוצר" תמימים (בהם נשים וילדים) ומבקשים לחסות בהגנה ציונית לפקודה**.

אלא שהמציאות עלולה לספק גם דוגמאות מורכבות ומביכות הרבה יותר. יוזמי הסימפוזיונים בהם השתתפתי ראו אפשרות אחרונה זו לנגד עיניהם והשתדלו להציג בפני המשתתפים סיטואציות שאינן קלות.

הנה למשל מבחר דוגמאות :

- א. כח קטן נשלח למשימה חשובה ביותר מעבר לקווי האויב. בדרכו נתקל באדם בלתי חמוש. התעלמות ממנו עלולה להסגיר את אנשי הכח. מה עליהם לעשות ?
- ב. כח צבאי נצטווה לבצע מעבר הכרחי בתוך כפר ובו כח עויין. מעבר בתוך הכפר באש כרוך באפשרות ריאלית של פגיעה בבני-אדם שאינם לוחמים, לרבות נשים וילדים. מה יעשה הכח ?
- ג. שומרי מחסום דרכים נצטוו למנוע מעבר כלי-רכב בלא בדיקה מחשש שתעבור במקום מכונית תופת. רכב מסויים אינו מצוית להוראה לעצור והוא מנסה לעבור דרך המחסום. האם על אנשי הכוח לפתוח באש ?

* אל"מ פעיל עמ' 33.

** פרשת "כפר קאסם" הידועה.

כל אחת מן הסיטואציות הנזכרות היתה בסיס לשנוי תבנית שהלכה והסתככה, כיד-דמיונו של המנחה, אך בשום פנים לא מעבר לסכירות הגיונית.

בסימפוזיון הנזכר נטלו חלק, מלבדי, גם אל"מ (מיל.) מאיר פעיל ו-אל"מ (מיל.) ח"כ רן כהן. שניהם נקטו לאורך מלוא הדיון גישה של "יקוב הדין את ההר". לעולם אין לאחוז בנשק כלפי מי שאינו לוחם. היו באמתחתם פתרונות שונים ומשונים (לקשור בחבל את עובר האורח או להציב עליו שמירה (דוגמא א') - לקרוא ברמקול, או להצניח כרוזים אל יושבי הכפר התמימים כדי שימלטו ממנו (דוגמא ב') - להציב מחסום מוצלח יותר (דוגמא ג').

אין צורך לדוק בפתרונים אלה. ניתן לומר כי בנסיבות מסויימות יש בהם ודאי ממש ובאחרות אין הם מועילים.

יתכן שהצגת דברים זו מצד שני המשתתפים נועדה לבטא בצד השקפה אידיאולוגית, גם גישה חינוכית מסויימת. לאמור; דווקא משום שבקהל המאזין ישבו צעירים שמחשבתם אינה מגובשת דייה, מן ההכרח היה לנקוט עמם גישה קיצונית. אסור היה בשום פנים, לפתוח עבורם פתח - ולו גם סדק צר - דרכו ניתן להצדיק שימוש בנשק כלפי מי שאינו לוחם, שכן עבור מאזינים אלה עלול הדבר לשמש בסיס לפירצה רחבה ומפתה. מי שדעתו אינה נחושה, ידו עלולה להיות קלה על ההדק.

וכאן באה הדילמה של המשפטן.

השותפות של כל אחד מאתנו בסימפוזיון כזה נועדה, מטבע הדברים, להמציא למתדיינים ולשומעים כלי לנתוח אובייקטיבי של הסיטואציה העומדת לברור. לשון אחר. המשפטן השותף לפורום כזה אינו צריך לשמש שופר לאידיאולוגיה זו או אחרת והוא אינו אמון אלי דידקטיקה חנוכית. משימתו לפרש ולהבהיר האם והיכן יתן הדין מגן לחייל המשתמש בנשקו כלפי מי שאינו לוחם. האם האיסור הוא מוחלט או שמא הוא יחסי.

אימתי תחול ההגנה של ציות לפקודה ואימתי תנחן הגנת "צורך" וכן ו-כד"כ זה העיקר עבור המאזינים - עליו לנסות ליישם את ההשקפות התיאורטיות אל ההיפותיזות המוצגות בסימפוזיון.

עבור המשפטנים הסוברים - והמה בודאי מעטים, אם בכלל - שאכן לעולם לא יהא שימוש בנשק כנגד בלתי לוחמים, מוצדק מצד הדין - אין כלל בעיה. שונה הדבר לגבי המשפטן היודע כי תתכנה נסיכות (אולי גם בהיפותיזות המוצגות לעיל, לפחות בתהליך ההסתככות (קומפליקציה) שנעשה בהן), שבהן שמוש בנשק עשוי להיות מוצדק. ברצותו להיות נאמן ליושרו האינטלקטואלי ולהכנתו המקצועית אורבת לו סכנה כפולה.

א. לעיתים יהא עליו להעזר, או למצער להתייחס, להשקפה מקצועית פרטית שאין הוא יודע את עמדת הרבים כלפיה או כיצד תעמוד למבחן ביקורת שיפוטית*.

ב. גם תוך שימוש בהשקפה נכונה באופן אובייקטיבי, הוא עלול לגרום, מבלי דעת, לתוצאה בלתי רצויה מזוית מבט חינוכית.

אולי יעלה בדעת מאן-דהוא להציע לנקוט את שיטת האורקול של דלפי ולהשיב תשובות דו-משמעותיות (ואולי רב-משמעותיות). "חכמה" זו אמנם אינה קשה לאימוץ אך ודאי אינה רצינית שכן אינה תורמת דבר.

הקושי נותר, אם כן, בעינינו "אמת" (במובן התשובה האובייקטיבית של החוק על-פי הבנת המשפטן המשתתף) ו-"יצוי" (במובן העליונות הערכית-חינוכית של טוהר הנשק) מה עדיף? האם התשובה הנחרצת שנתנה לשאלה זו בתחום המשפט יאה גם לתחום בו עסקינו? שמא מוטב כי תחום רגיש ועדין זה ישאר נחלתם הבלעדית של מחנכים ומסבירים, מפקדים מורי הדור ומתווי דרך. שמא ייטיב המשפטן עשות אם יגדר עצמו בדלת אמות מקצועו וכך יוכל לבחון כל דבר וענין מתוך "פרספקטיבה" ו-"דיסטאנס" בלא מעורבות אישית בתחום הנדון.

אסתפק בהצגת השאלות. אפשר שדעתי האישית נבטת מכין השיטין, אך זו "בטיחה" ולא "עמדה נחרצת".

אשמח אם על דפי בימה זו תבואנה תגובות.

אל"מ עודד מודריק

* הסוגיות של "ציות לפקודה" ו-"צורך" אינן פשוטות מן הטעם שכלולים בהם מרכיבים שאינם מפורשים בחוק. פרשנות שיפוטית יצקה בהם תוכן, מטבע הדברים שלא יצרה פתרון קבוע ומוגדר מראש לכל סיטואציה אפשרית.

הקשר הסיבתי בעבירות התרשלות- היכן הגבול?

(ע"פ 576/81 בן-שמעון נ. ברדה ואח', פ"ד ל"ח (1(3))

מ ב א

הלכה פסוקה היא שיצאה מלפני ביהמ"ש העליון כי אין התערבותו של גורם זר מנתקת את הקשר הסיבתי המשפטי בין התנהגות המזיק הראשון לבין התוצאה הסופית, כל עוד היתה התנהגות זאת בגדר הציפיות והחזות מראש של אדם בר-דעת סביר (ע"פ 402/75 אלגביש נ. מ"י, פ"ד ל(2) 561). לענין זה אין חשיבות עקרונית אם המדובר בהתנהגות רשלנית או מכוונת ומודעת מצד הגורם הזר המתערב, כל עוד נמצאת התנהגות שכזאת בגדר הציפיות הסבירה (ע"פ 688/79 יזבק נ. קובטי, פ"ד ל"ו (1) 785).

המגמה שהסתמנה בפסיקת ביהמ"ש העליון עד כה נטתה שלא לנתק את הקשר הסיבתי כאשר התנהגות הגורם הזר המתערב היתה רשלנית ביסודה, אף אם המדובר ברשלנות רבתי. לדוגמא, ב-ע"פ 482/83 מדינת-ישראל נ. סעיד, פ"ד ל"ח(2) 532 קבע ביהמ"ש העליון את אחריותו לתאונה של המשיב אשר יצא לעקיפה בדרך לא פנויה, למרות שנהג הרכב שבא מולו והתנגש בו נסע במהירות מופרזת ביותר ואף לא היה ברשותו רשיון נהיגה, ובכך קיבל את ערעור המדינה. לעומת זאת, במקרים בהם היתה התנהגות הגורם המתערב רצונית ומכוונת, קבע ביהמ"ש העליון כי התנהגות שכזאת איננה יכולה להיות בגדר הצפייה של האדם הסביר שהתרשל ועל-כן ינותק הקשר הסיבתי בין המעשה הרשלני לבין התוצאה. כך, התנהגותו של אדם שבידו הופקד נשק כדין והוא מבצע בו רצח, כשלא היה ידוע קודם לכן על כוונותיו או מניעיו של אותו אדם ולא ניתן היה לחזות מראש את השימוש בנשק למטרות עוולה, מנתקת לחלוטין את הקשר הסיבתי בין התרשלות חברת השמירה שהפקידה הנשק בידו לבין התוצאה הקטלנית (ע"א 755/76 משמר נ. עישא, פ"ד ל"ג(2) 656; ע"א 350/77 ביתן בע"מ נ. וייס ואח', פ"ד ל"ג(2) 785).

פס"ד בן - שמעון

בע"א 576/81 בן-שמעון נ. ברדה, פ"ד ל"ח(3) 1 (להלן - פס"ד בן-שמעון) הרחיב ביהמ"ש העליון את מבחן הצפיות הרחבה ניכרת תוך שחייב את המדינה באחריות למעשה התרשלות של שולחה, למרות התערבות מודעת ומכוונת של גורם שלישי.

ומעשה שהיה כך היה; בעיירה בית-שאן הופעל מועדון גדנ"ע, באחריות המשיב מס' 1, שהועסק על-ידי משרד-הבטחון. במועדון הנ"ל נמצא נשק של הגדנ"ע שהיה נעול בכנה בתוך אחד מחדרי המועדון. 2 נערים בני 15 פרצו יום אחד את המועדון דרך חלון שאחד מסורגיו היה חסר, נכנסו לתוכו, קרעו את דלת חדר הנשק הרופפת מעל ציריה, שברו את המנעול של כנת הרובים וגנבו מספר רובים ותחמושת.

מספר ימים לאחר מכן הציעו הנערים למערער להצטרף אליהם ל"משחק מלחמה" שמהותו היתה שהמערער יתפוס מחסה מאחורי חגורת בטון ואילו השניים יירו לעברו אותה שעה. תוך כדי המשחק נפצע המערער בצורה קשה בראשו. המערער הגיש תביעת נזיקין נגד 2 הנערים, נגד האחראי על המועדון (משיב מס' 1) שהתרשל באחזקת הנשק במועדון. ונגד מדינת-ישראל. ביהמ"ש המחוזי, לאחר שקבע כי האחראי על המועדון התרשל באבטחת הנשק ואף לא גילה את הפריצה עצמה אלא לאחר מספר ימים, דחה את התביעה בקובעו כי השימוש שעשו הנערים בנשק "היה בלתי צפוי ובלתי סביר ביותר... התנהגות חריגה של נערים שאף דמיון פרוע לא היה מעלה אותה מראש על הדעת... ששום אדם סביר לא היה מעלה על דעתו אפשרות מעשה כזה", ובכך נותק הקשר הסיבתי בין התרשלות האחראי על המועדון לבין התוצאה המזיקה. בהחליטו לקבל את הערעור ולחייב את האחראי על המועדון ואת מדינת-ישראל בנזקיו של המערער, קבע ביהמ"ש העליון כי לצורך קביעת הקשר הסיבתי המשפטי יש להעזר בשלושה מבחנים חלופיים: מבחן הצפיות, מבחן הסיכון ומבחן השכל הישר.

ביהמ"ש העליון קבע כי "משחקי ילדים בנשק הינם התרחשות צפויה מהתרשלותו של ברדה (המשיב מס' 1). על כן אחראי ברדה לנזק שנגרם תוך כדי משחק הילדים, גם אם המשחק הספיציפי אותו הם שיחקו לא היה צפוי" (שם, עמ' 10).

ביהמ"ש העליון, מפי כב' השופט א. ברק, הגיע למסקנה כי במקרה הנדון לא נותק הקשר הסיבתי עפ"י כל שלושת המבחנים שצינו לעיל וכי לא היה ב"משחקי המלחמה" של המערער וחבריו כדי לפטור מאחריות את המשיבים. ובלשונו של ביהמ"ש:

" מי שצריך לצפות לכך שנערים ימצאו בקרבתו של סיכון הנוצר על-ידי שימוש בכלי

נשק, אינו משתחרר מאחריותו, מקום שהילדים עושים את שצפו כי ייעשו, אף אם משמעות הדבר, כי פעולתם הספיציפית היא חריגה ויוצאת דופן" (ההדגשה שלי - א.ס.).

עד כאן לשון פסק-הדין, בו נתקבל הערעור והמדינה חויבה בנזיקין

(האם אך מקרי הוא כי בחוברת בו פורסם פסה"ד נכתב, משום מה, כי הערעור נדחה... ??)

משמעות פסק-הדין והשלכותיו

סבורני, בכל הכבוד, כי ביהמ"ש העליון הרחיב באופן ניכר ונרחב את הילכות הקשר הסיבתי בפס"ד בן-שמעון והחילו, כמעט בצורה מוחלטת, גם על מקרים בהם היתה התערבות מודעת ומכוונת מצד הגורם המתערב - התערבות אשר ספק רב אם ניתן היה לצפותה, שכן היא היתה, אף כלשון ביהמ"ש העליון, "חריגה ויוצאת דופן".

אין חולק כי שעה שהמדובר בכלי-נשק ובחומרים מסוכנים חייבים אמצעי הזהירות לשמירתם להיות רבים וחמורים יותר, כפי שקבע ביהמ"ש העליון לא אחת. עם זאת עומדת בעינה השאלה האם התרשלות בשמירה על כלי-הנשק טומנת בחובה אחריות כה גורפת כמעט ל כל תוצאה שתיקרה בעתיד עקב פריצת המחסן וגניבת הנשק? האם מוצדק בנסיבות המקרה, מתן פרוש כה מרחיב וחובק עולם למבחן הצפיות עד שיקשה מאד למצוא מקרה בו יהיה השימוש בנשק שנגנב בלתי צפוי?

סבורני, כי נוכח קביעת ביהמ"ש העליון בפס"ד בן-שמעון מוטלת מעתה, בנסיבות הספציפיות של התרשלות בשמירה על נשק ותחמושת (נושא שיש לו חשיבות מיוחדת ונגיעה יום-יומית לנעשה בצה"ל), אחריות כמעט מוחלטת לכל אירוע שיעשה בנשק הנ"ל. המדובר בכלי-נשק ובתחמושת שמטבעם הינם מזיקים ומסוכנים ועל-כן בצדק יש לנקוט לגביהם צעדי שמירה מוגברים וחריפים. אולם נשאלת השאלה האם אי-נקיטת צעדי שמירה נאותים וסבירים צריכה לגרום בהכרח לתוצאה של הטלת אחריות כמעט טוטאלית על המתרשל בשמירת הנשק וממילא על המדינה כאחראית באחריות שילוחית או ישירה? מטבע הדברים שנשק עשוי לשמש למעשים פליליים כגון: רצח, שוד ואין ספק כי אדם הגונב נשק ממחסני צה"ל או הגדנ"ע אין בכובתו לעשות בו שימוש מועיל כלשהו לחברה. ניתן לקבוע, איפוא, כי שימוש פלילי בנשק שנגנב מרשות צה"ל (להבדיל מנשק שניתן ברשות), הינו בכל מקרה תוצאה צפויה של ההתרשלות בשמירת הנשק ועל-כן מוטלת אחריות על המתרשל ועל המדינה לכל תוצאה צפויה שכזאת. אמור מעתה, "הכל צפוי - והרשות נתונה...". האמנם??

בע"א 796/80 אוחנה נ. אברהם ומ"י, פ"ד ל"ז(4) 337, (להלן - פס"ד אוחנה), נטל חייל צה"ל ללא רשות ממחנה יחידתו מספר רימונים והשליך אחד מהם לתוך מועדון "בר-אוריאן" בנתניה. הוגשה תביעה בנזיקין כנגד החייל ומדינת-ישראל. ביהמ"ש העליון יצא מתוך הנחה כי אכן היתה "אי-השגחה מספקת על סדרי העבודה במחסן התחמושת שאיפשרה למשיב לגנוב רימונים אחדים...". ועל-כן היתה רשלנות של המדינה. עם זאת קבע ביהמ"ש העליון (כב' השופט מ. בייסקי) כי "מעשהו של המשיב בהטילו רימון אל תוך מועדון הומה אנשים היה כה בלתי שגרתו באופיו וכה מחריד בביצועו ובתוצאותיו, עד כי על-פי השכל הישר ודאי שאין להסבירו". לדעת ביהמ"ש, המעשה הרצחני של המשיב לא נמצא בתחום הצפייה מראש

של המדינה ולא צריך היה להיות נצפה ועל-כן נעדר הקשר הסיבתי בין רשלנותה של המדינה לבין הנזק שנגרם למערער שנפגע והמדינה אינה חבה בנזיקין.

פס"ד אוחנה לא צוטט על-ידי ביהמ"ש העליון בפס"ד בן-שמעון (כב' השופט א. ברק ישב בדין בשני התיקים) וסבורני כי קשה ליישב בין השניים, לפחות בכל הנוגע להרחבתו הקיצונית של מבחן הציפיות. בפס"ד אוחנה קבע ביהמ"ש העליון, ולדעתי בצדק רב, כי "מאחר והגורם הראשון לא ידע ולא חייב היה לדעת על העלול להתרחש היה המעשה בלתי צפוי. מעשהו של המשיב היה רצוני ונימוח (ההדגשה במקור - א.ס.) ומתוך תודעה מובהקת ומלאה של הסיכון, יתר על-כן, לא זו בלבד שמעשהו של המשיב היה מחוץ לגדר תפקידו, אלא עצם הגניבה היה מעשה עבירה חמור, שאילו התגלה כמועד היה נותן עליו את הדין" (שם, עמ' 346). למרבה הצער, לא יושם מבחן זה באותן אמות-מידה לגבי מסכת העובדות שבפרשת בן-שמעון. מבלי להתעלם מכך שבמקרה אוחנה המדובר היה במעשה זדוני של השלכת רימון לתוך מועדון הומה אדם ואילו בפרשת בן-שמעון המדובר היה ב"משחקי מלחמה" בנשק, מתוך מודעות ורצון, אם כי לא מתוך זדון, עדיין נשאלת השאלה מדוע אין אותן אמות-מידה כאשר לציפויים המתרשל בשמירת כלים מסוכנים וקטלניים חלות באותה מידה, כאשר בכל מקרה, מעשי עוולה בשימוש בנשק צפויים וידועים המה??

בפרשת בן-שמעון ביצעו הנערים (בני 15) שורה ארוכה של מעשים מכוונים ומחושבים עת פרצו לתוך המועדון, עקרו את דלת חדר הנשק, שברו את מנעול הכנה, השתעשעו בנשק מספר ימים במשחקים אסורים ולאחר מכן ירו בורבור של המערער תוך כדי משחק, בעת שהלה מנסה למצוא מקום מיסתור. סבורני כי ניתן גם ניתן לומר שרמעשים המתוארים לעיל חרגו זה מכבר הרבה מעבר לתחום היסוד הנפשי של ההתרשלות וחדרו עמוק אל תוך תחום הכוונה הפלילית, דהיינו, המעשה היה "רצוני ומחושב ותוך תודעה מובהקת ומלאה של הסיכון", כלשון ביהמ"ש בפרשת אוחנה, ועל-כן, עם כל הכבוד, בלתי צפוי ובלתי חזוי. ואם תמצי לומר, כדעת ביהמ"ש בפס"ד בן-שמעון, כי כל שימוש בלתי חוקי בנשק שנגנב מתוך מחסן נשק או מועדון גדנ"ע חייב להיות צפוי על-ידי האדם הסביר ולכן יגרור הטלת אחריות פלילית על המתרשל בשמירתו - מן הדין היה, אולי, לחייב את המדינה בפרשת אוחנה באחריות לתוצאות זריקת הרימון, שכן אך טבעי, סביר, צפוי וחזוי הוא שגניבת נשק נועדה לשימוש פלילי, כפי שתואר לעיל.

אם מסכת העובדות בפרשת בן-שמעון היתה שונה במקצת והנערים היו מסתייעים בנשק לצורך ביצוע שוד של המערער ותוך כדי-כך הוא היה נורה על-ידם, כלום ניתן היה ליחס לאחראי על המועדון ולמדינת-ישראל כשולחתו את האחראיות בנזיקין לאירוע? התשובה לכך, כך סבורני, חיובית עפ"י הילכת בן-שמעון אם כי שלילית עפ"י פס"ד אוחנה.

האספקט הפלילי

מכאן לאספקט הפלילי של הרחבת מבחן הציפיות כפי שהוא בא לידי ביטוי בפס"ד בן-שמעון, שכן חובת הזהירות הנדרשת עפ"י דיני הנזיקין זהה במהותה ובהיקפה לחובת הזהירות הנדרשת בעבירות של התרשלות במשפט הפלילי. התוצאה המתבקשת, למיטב הבנתי, מפס"ד בן-שמעון הינה אחריותו הפלילית של האחראי על מועדון הגדנ"ע לפציעתו של המערער או אף לתוצאה קיצונית יותר, אילו אירעה כזאת. מאחר והאחראי התרשל כאמור, התוצאה של פציעת המערער בנסיבות בהן נפצע היתה צפויה לפי קביעת ביהמ"ש וממילא ניתן היה להרשיעו בעבירה פלילית של פציעה או אף גרימת חבלה.

בע/356/84 טור' זרביב נ. התצ"ר הורשע הנאשם על-ידי ביה"ד הצבאי לערעורים בעבירה של אי-שמירתו של רכוש צבאי שהוא נשק. הנאשם השאיר את נשקו האישי מסוג רוס"ר גליל 2-1 מחסניות בתוך חדר במרכז הטכנולוגי בירושלים. הנשק נגנב מתוך החדר, אליו היתה גישה לאנשים שונים, על-ידי השומר הערבי במכללה ושימש מאוחר יותר לרצח 2 מטילים ישראלים סמוך למנזר קרמיזן. הנאשם הועמד אמנם לדין בגין עבירת אי-שמירתו של הנשק, כאמור, אך ניטשה מחלוקת עזה בין הצדדים האם ניתן להביא לידיעת ביה"ד הצבאי, לצורך מידת העונש, את התוצאות הקטלניות של השימוש בנשק הנ"ל. ביה"ד הצבאי לערעורים לא נזקק לסוגיה זו לגופו של ענין ועתה, לאור פס"ד בן-שמעון נשאלת השאלה האם יכולה היתה התביעה לייחס לנאשם בדרך זו או אחרת, את התוצאה הקטלנית שאירעה וזאת עפ"י מבחן הציפיות הרחב שנקבע בפס"ד בן-שמעון. מאחר והשימוש הקטלני והבלתי חוקי בנשק הינו בגדר ציפיותיו של האדם הסביר המתרשל בשמירת נשק, האם ניתן לייחס לו מעתה ואילך כל תוצאה צפויה ואפשרית, אפילו תהא רחוקה עד מאד מעצם ההתרשלות גופה? חיילי-השוכח נשק בתוך אוטובוס, הנשק נגנב ושימש אחרים בבצוע עבירות פליליות - הישא החייל באחריות לעבירות אלה וממילא תחוייב המדינה באחריות נזיקית כלפי הנפגע? היישא החייל באחריות אם הנשק, עליו היה אחראי ושבשמירתו התרשל, נגנב על-ידי נערים בני 15 אשר מצאו תחמושת מתאימה והחלו ב"משחקי מלחמה" שבמהלכם נפגעו או נהרגו מי מהם? האם יהיה זה צודק או הגיוני לייחס לחייל כזה עבירה של גרימת מוות?

סבורני כי אין כל הצדקה להרחבת תחולת הקשר הסיכתי ומתן פרוש נרחב ומרחיב ל-3 המבחנים על-פיהם נקבע קשר זה, בעיקר כאשר המדובר באחריות פלילית של אדם בעבירה בה אין נדרשת כוונה פלילית ודי ביסוד נפשי של התרשלות. די בעבירות הפליליות שניתן לייחס לאדם המתרשל בשמירת נשק ואין להוסיף עליהן, לדעתי, עבירות נוספות בדרך של "חקיקה שיפוטית".

דינו של חייל המתרשל בשמירת רכוש צבאי שהוא נשק הינו שנתיים מאסר (ס' 80 (א) לחוק השיפוט הצבאי, תשט"ו - 1955). דינו של אזרח העושה מעשה פזיזות ורשלנות לגבי חומר נפץ או כלי-יורה שברשותו הינו 3 שנות מאסר (ס' 338 (5) לחוק העונשין, תשל"ז - 1987) ועוד כיוצא באלה סעיפי חוק המטילים אחריות י ש י ר ה על אדם בצד רמות ענישה מתאימות. לא הייתי רואה לנכון ולראוי להוסיף ולייחס לאדם אחריות משפטית גורפת ומרוחקת למעשים שהצטרפו לרשלנותו הראשונית, ואין הם בגדר מעשה רשלני נוסף גרידא שניתן לחזותו ולצפותו מראש והוא אף קרוב מבחינת התרחשותו. אין להחיל אחריות פלילית ללא מעשה וללא הוראת דין מפורשת. הכלל חייב להיות ש"איש בחטאו ייענש" ולא בחטאיהם של אחרים.

מבחני עזר לקביעת הקשר הסיבתי

בבואנו לסכם את העמדה הנראית רצויה בדבר קיומו או העדרו של הקשר הסיבתי המשפטי בעבירות של התרשלות, בעיקר כאלה שענינן אי-שמירת נשק, יש לתת את הדעת על מספר היבטים. אין עוררין כי הקשר הסיבתי יהיה תלוי בקיומם של 3 המבחנים שנקבעו על-ידי ביהמ"ש העליון בפסיקתו, דהיינו, מבחן הצפיות, מבחן הסיכון ומבחן השכל הישר. נראה כי אין להתמקד עוד אך ורק ובעיקר במבחן הציפיות הרחב, והמבחן שחשיבותו עליונה בעיני הינו דוקא מבחן ההגיון והשכל הישר. השאלה הצריכה לענין היא האם הגיוני, צודק ונכון להטיל על אדם שהתרשל בשמירת נשקו - בנוסף לאחריות לאבדן הנשק או לאי-שמירתו כראוי - גם את האחריות הנמשכת ומתגלגלת על אירועים אחרים, שמרביתם ארעו באופן מיקרי ואקראי ומבלי שלמתרשל תהיה שליטה כלשהיא עליהם, וכל שעליו לעשות הוא להתפלל לאלת המזל??

לפיכך, הייתי מציע מספר מבחני עזר שיהיה בהם כדי להצביע על קיומו או העדרו של הקשר הסיבתי המשפטי :

- א. מבחן היסוד הנפשי; ככל שהיסוד הנפשי הנדרש לצורך ביצוע העבירה אותה עובר הגורם הזר המתערב יהיה גבוה יותר, כן ת י ק ט ן אחריותו הראשונית של המתרשל והנטייה לקביעת ניתוק הקשר הסיבתי או העדרו - תיגבר. כאשר הגורם המתערב פעל מתוך התרשלות גרידא, ניתן יהיה במרבית המקרים לייחס למתרשל הראשון את האחריות לתוצאה, כל עוד זו נמצאת בתחום הציפיות והחזות מראש של האדם הסביר. מאידך - כאשר הגורם המתערב פעל מתוך יסוד נפשי גבוה יותר של פזיזות, או מתוך "רצון וחישוב" ובודאי מתוך זדון, חייבת הנטייה להיות לעבר העדר קשר סיבתי משפטי, אף באותם מקרים בהם ניתן לומר כי המעשה הנוסף היה בגדר הציפיות הסבירה והחזות מראש.

- ב. מבחן ריחוק הנזק; ככל שהנזק מ ר ו ח ק יותר מהמעשה הרשלני הראשוני והגורם או הגורמים המתערבים ביצעו מספר פעולות רבות ומסובכות יותר כן ת י ק ט ן הנטיה לקבוע קיומו של הקשר הסיבתי.
- חייל המפקיר נשק טעון ולא נצור ללא השגחה והנשק נמצא על-ידי גורם מתערב הלוחץ על ההדק וגורם למותו של אדם אחר - ניתן לראות החייל כאחראי לתוצאה הקטלנית והקשר הסיבתי לא ינותק. אותו החייל ששכח את הנשק בלתי טעון וללא תחמושת, הנשק נלקח על-ידי אחרים שטיפלו בו, טענו אותו בתחמושת, השתעשעו בו מספר ימים ולבסוף הפעילוהו תוך כדי משחק, מתוך מודעות לסכנה הטמונה בו, ונגרם אסון - ספק רב אם ניתן לייחס למתרשל הראשון את האחריות לתוצאה הסופית.
- ג. מהותו ואפיו של הגורם המתערב; מטבע הדברים כאשר המדובר בילדים, גדולה יותר חובת הזהירות כלפיהם ואחריותו של המתרשל תיגבר. כך, למשל, הפקרת נשק ליד בית-ספר או בבית-חולים לחולי-נפש, מקום בו ישנה גישה קלה לגורמים שהינם נטולי יכולת להבחין ולהיות מודעים לסיכון הטמון במעשיהם, תיגרור בעקבותיה אחריות כבדה יותר. מאידך, כשהמדובר באנשים מבוגרים (ואולי אף בנערים בוגרים בני 15-16) הערים והמודעים למרכיבי התנהגותם ולסכנות הצפויות מטיפול בנשק - כך תיקטן אחריותו של המתרשל הראשוני.
- ד. היחס בין מידת הרשלנות לבין מידת המעורבות של הגורם הזר; ככל שמידת הרשלנות של המתרשל הראשון גבוהה יותר ולעומתם מידת המעורבות של הגורם הזר קטנה יותר, כך תהיה נטייה לקבוע מידת-אחריות רבה יותר של המתרשל, ולהיפך.
- יש לשקול בכובד-ראש את מרכיבי הרשלנות מחד-גיסא לעומת פעולותיו "המתערבות" של הגורם הזר, מאידך-גיסא. כך, אין דין אדם המשאיר מחסן נשק כשדלתו פתוחה מבלי לנעלה או כשהנשק המצוי בכנות אף הוא לא ננעל כנדרש, כדין אדם המחזיק נשק שבאחריותו כשהוא נעול בתוך כנה הנמצאת בתוך חדר נעול, אלא שאחד מחלונות המבנה כולו היה פרוץ. מבחן השכל הישר, ההגיון והמדיניות המשפטית הראויה מצדיקים, במקרה הראשון להטיל את מלוא האחריות על המתרשל שכן כל אירוע שיקרה בעקבות הפקרה כה ברורה של הנשק אך צפוי הוא וניתן לחזותו מראש.
- מאידך, עפ"י אותן אמות-מידה, ספק רב בעיני אם ניתן להטיל על המתרשל השני את אותה אחריות רחבה ומקיפה, כאשר לצורך התוצאה הסופית (כמו בפרשת בן-שמעון, לדוגמא) היה על הגורם המתערב לפרוץ את המועדון, לנתק את הדלת ממקומה ולפרוץ את כנת הנשק ולכך נוספו מאוחר יותר "משחקי המלחמה". במקרה שכזה - נוכח הרשלנות הנמוכה למדי של המתרשל הראשון לעומת המעורבות האינטנסיבית ורבת ההיקף של הגורם

הזר, קיימת הצדקה מלאה לדעתי, לנקוט גישה מצמצמת ביותר בהטלת האחריות על המזיק הראשון דוקא לכל השתלשלות האירועים שקרו לאחר מכן, כולל לאירוע הנזק הסופי.

אחרית דבר

נוכח ההרחבה הניכרת שחלה בעת האחרונה בפסיקת ביהמ"ש העליון בכל הנוגע למבחן הצפיות כגורם מכריע בקביעת הקשר הסיבתי המשפטי בין ההתרחשות לבין התוצאה המזיקה, מוצע לחזור ולבחון האם זו אכן הדרך הראויה והרצויה מבחינת המדיניות המשפטית הנקבעת על-ידי ביהמ"ש העליון בדרך של חקיקה שיפוטית. יתכן כי בפרשת בן-שמעון (כמו גם בע"א 145/80 ועקנין נ. מ"י, פ"ד ל"ז(1) 113) עמדה לנגד עיניו של ביהמ"ש העליון במידה רבה בעיה של "צדק חברתי" - דהיינו, נער בן 15 שנפגע קשות בראשו, צפוי לנכות קשה עד סוף ימי חייו - ואין מי שיושיע בידיו ויממן את צרכיו כשמהצד האחר ניצבת המדינה על כל משאביה. אולם גם אם התוצאה שאליה הגיע ביהמ"ש העליון בפרשת בן-שמעון "צודקת", אולי, מבחינה חברתית ותואמת את המדיניות המשפטית עליה אמון ביהמ"ש העליון - ספק בעיני אם קיימת הצדקה משפטית להרחבה כה ניכרת של המבחנים הקיימים לכיוון טובתו ותועלתו של הפרט (הניזוק) על-חשבון הכלל (המדינה). על אחת כמה וכמה אמורים הדברים כשמדובר בהרחבת האחריות הפלילית בדרך של חקיקה שיפוטית.

מן הראוי, איפוא, להשיב את מבחן הצפיות לד' אמותיו, לא להרחיבו יתר על המידה ולבחון כל מקרה ומקרה לנסיבותיו על-פי אמות-מידה של הגיון ושכל ישר.

כפי שנקבע על-ידי כב' השופט ברק בע"א 145/80 ועקנין נ. מ"י "יש לזכור כי לא כל נזק צפוי (מבחינה פיסית) הוא נזק שיש לצפותו (במישור הנורמאטיבי)".

ולכאן יפים גם דברי ביהמ"ש העליון מלפני כ-18 שנה, מפני כב' השופט ויתקון בע"א 333/56 סולל-בונה נ. ונציה, פ"ד ל"ב, 619 בעמ' 622 :

" אין דין שכל יצירת סיכון מטילה על אדם אחריות לכל תוצאה מזיקה שתיגרם בעקבותיה,

אפילו אפשר לחזות תוצאה כזאת מראש...

בחברה בת-זמננו, התלויה לקיומה בשימוש באמצעים מכניים, על אף הסכנה הכרוכה

בשימוש זה, אין מנוס מהצבת גבולות לכלל, שאדם אחראי לכל נזק הנובע במישרין

מסיכון שנוצר על-ידיו".

עיון ודיון

מעמדו וסמכויותיו המשפטיות של המפקד בצבא ארה"ב

א. מ ב ו א

מעמדו ומעורבותו של המפקד במערכת השיפוטית-צבאית בארה"ב, מבוססים הם על התפיסה היסודית לפיה מערכת זו הינה כלי-עזר בידי המפקד לשם השלטת המשמעת, הסדר והעלאת המורל בקרב פקודיו.

המפקד שאינו, כדרך-כלל, בעל הכשרה משפטית הינו דמות המפתח במערכת השיפוטית וסמכויותיו הן נרחבות ביותר בכל שלב משלבי הטיפול המשפטי בחייל. בהפעלת סמכויותיו ובעיקר אלו שעניינן ההחלטה על הגשת כתב-אישום או הנעות מכך (prosecutorial discretion) פועל המפקד בצבא ארה"ב כפרקליט מחוז במגזר האזרחי. תחומי פעילותו של המפקד משתרעים על-פני מגזר רחב ביותר של נושאים שיש להם נגיעה ישירה לטיפול המשפטי בחייל, לרבות: מעצרו של החייל לצרכי חקירה, המשך המעצר עד לתום ההליכים המשפטיים, עצם קבלת ההחלטה לפתוח בחקירה, מתן צוי חיפוש ותפיסה, החלטה בדבר צעדים אדמיניסטרטיביים או משמעתיים נגד החייל, ועוד.

המפקד, בעת שהינו משמש כרשות המזמנת (Convening Authority) של ביה"ד הצבאי, מוסמך לקבוע את הערכאה המתאימה לשיפוט החייל⁽¹⁾, לקבוע בצו הזימון את בעלי התפקידים במשפט (חברי ביה"ד ועד לאחרונה גם את השופט הצבאי, התובע והסניגור), להורות על הגשת כתב האישום ואף לקבוע את פרטי האישום, לאשר הסכמי טיעון בין התביעה לנאשם, להעניק חסינות מפני העמדה לדין לעדים המתבקשים להעיד מטעם התביעה והסנגוריה ולכסוף לבחון את פסק הדין שניתן-להתערב בעונש ולעיתים אף בהכרעת הדין.

(1) הבחירה היא בין בית-דין לשיפוט מהיר אשר סמכויות העונשיות מצומצמות -
Summery Court Martial; בית-דין שסמכויותיו העונשיות רבות יותר -
Special Court Martial ובית-דין המוסמך לדון קצינים וחיילים ולהטיל עליהם את
העונש המירבי הקבוע בחוק - General Court Martial.

בהקשר זה חשוב לזכור כי בתי-הדין הצבאיים בארה"ב הינם, בעיקרו של דבר, בתי משפט פליליים לכל דבר, כאשר פסק-דין מרשיע הניתן על-ידם נחשב כהרשעה פדרלית - (Federal Conviction). השפעתה של הרשעה כזו אינה מצטמצמת לתקופת השירות הצבאי, אלא שיש בה כדי להשפיע על עתידו של החייל, זמן רב לאחר שחרורו. בתי-הדין הצבאיים רשאים לגזור על הנאשם עונשי כליאה חמורים ביותר, לרבות מאסר עולם ובמקרים מסוימים אף עונש מוות. על רקע זה קיים ויכוח מתמיד, הן בתוך המערכת הצבאית עצמה והן מחוצה לה, באשר לשאלה האם ראוי לתת בידי גורם שאינו בקי ברזי המשפט סמכויות כה נרחבות, כאשר החלטותיו עשויות להשפיע בצורה כה מכרעת על גורלו או עתידו של החייל.

לדעת חלק ממותחי הביקורת, הסמכויות הנתונות למפקד הינן רחבות מדי גם אילו היה מדובר באדם בעל הכשרה משפטית. כך, על דרך המשל בלבד, נביא את דבריו של אחד מהמערערים על סמכויותיו של המפקד :

" The same commanding officer is empowered to accuse the defendant, to draft and direct charges against him, to select the prosecution and defense counsel from officers under his command, to review and alter court's decision and to change any sentence imposed ".⁽²⁾

יש הטוענים כי חסרה למפקד, שעה שהינו מפעיל את סמכויותיו בתחום המשפטי אותה מעלה של אובייקטיביות ואי-תלות שהינה יסוד מסד לקיומה של מערכת משפטית הוגנת. להלן נביא דבריו של מבקר אחר של השיטה הקיימת :

" The concurrent responsibilities of command make impossible the objectivity that is expected in the federal criminal trial and is desired in the military court martial ... It is inconceivable that any man, especially one untrained in the law, can be both concerned commander and judicial neutral " ⁽³⁾.

Hearings in H.R. 2498 before a Subcomm. of the House Comm. on Armed Forces

(2)

81st Cong. 1st Sess. 640(1949) (statement by Richard H. Wels, Chairman of Spec. Comm. on military Justice of N.Y. County Lawyers Association.)

Bayh, The Military Justice Act of 1977; The need of Legislative Reform,

(3)

10 Am. Crim. L. Rev. 9 (1971).

מול מחנה המערערים, אשר בחלקם אף מרחיקים לכת ומציעים ביטול מוחלט של מערכת שיפוטית צבאית עצמאית, עומדים המחייבים אשר טוענים כי קיים איזון נאות בין הסמכויות הנתונות למפקד לבין אמצעי הבקרה הרבים שיש בהם כדי למנוע שימוש לרעה בסמכות. לדעת המצודדים בהמשך קיומה של השיטה הקיימת, חייב המפקד לכלכל את צעדיו ביתר זהירות ותבונה מאשר פרקליט המחוז הממוצע שכן :

" He is personally and legally responsible for the morale, good order and discipline of a closely knit unit. Any arbitrariness, unfairness, or partiality can eventually be reflected in the performance of his personnel ".⁽⁴⁾

יחד עם כל שאמרתיו עד כה, חובה עלינו לציין כי על אף שהתפיסה הבסיסית באשר למעמדו של המפקד במערכת השיפוטית-צבאית עודנה שרירה וקיימת, מסתמנת מגמה ברורה של צמצום והגבלת סמכויותיו. מגמה זו אשר החלה כבר בשנות העשרים של המאה הנוכחית, באה לידי ביטוי בשורה של תיקונים אשר התקבלו על-ידי הקונגרס, כאשר האחרון שבהם הינו ה-⁽⁵⁾ Military Justice Act, אשר נחתם על-ידי נשיא ארה"ב ב-6 דצמבר 1983. עיקר חשיבותו של תיקון זה ל-⁽⁶⁾ Uniform Code of Military Justice (להלן - UCMJ)⁽⁶⁾ הינו שחרורה החלקי של הרשות המזמנת מהחובה לבחון באופן אישי, לפני ואחרי המשפט, את דיותן המשפטית של הראיות שבתיק⁽⁷⁾.

Byrne, Military Law (3d ed. 1981) at 87 (4)

Pub. L. No. 98-209, 97 stat. 1393 (1983) (5)

10 U.S.C. Sec. 801 - 940 (1976) (6)

ראה לענין זה את דו"ח בית-הנבחרים לקראת אישור התיקון ל-UCMJ (7)
House Report (Armed Services Committee) No. 98-549, Nov. 15, 1983 at 14.

ב-1 אוג' 1984 נכנס לתוקפו Manual for Courts-Martial (להלן - המדריך) ⁽⁸⁾, אשר מישם הלכה למעשה את התיקונים שנתקבלו בשנת 1983. בהמשך דברינו נזכיר חלק מההוראות החדשות ככל שיש להן נגיעה לנושא בו אנו דנים.

ברשימה זו נסקור את סמכויותיו העיקריות של המפקד/הרשות המזמנת, כחלק מהמערכת השיפוטית-צבאית בארה"ב, תוך הדגשת השוני או המשותף לסמכויותיו של המפקד בצה"ל - עפ"י חוק השיפוט הצבאי, תשט"ו - 1955.

ב. מעצר לפני משפט (Pretrial Confinement)

מיד עם מעצרו של חייל, כחשוד בביצוע עבירה הנתונה לשיפוט צבאי, על המפקד להחליט אם יש מקום להחזיק החייל במעצר או להגביל את חופש תנועתו בכל דרך אחרת (Pretrial restraint). מפקד המורה על המשך מעצרו של חייל צריך שתהיה לו סיבה סבירה למעצר המבוססת על ידיעה אישית או על ראיות המספיקות לקבוע כי החייל עבר עבירה. יחד עם זאת :

" Full inquiry is not required, but the known or reported facts should be sufficient to furnish reasonable grounds for believing that the offense has been committed by the person to be restrained ". ⁽⁹⁾

הסמכות להורות על מעצרו של קצין, רס"ר או אזרח העובד בשירות הצבא נתונה למפקד היחידה. כל קצין באותה יחידה רשאי להורות על מעצרו של חוגר. מפקד היחידה רשאי לאצול הסמכות לעצור חוגר גם לבעלי דרגות שאינם קצינים ⁽¹⁰⁾. הביקורת על החלטתו של המפקד באשר למעצרו של החשוד נתונה לגורם מעין שיפוטי הקרוי Military magistrate ⁽¹¹⁾.

⁽⁸⁾ קובץ זה בא להחליף את ה- Manual for Courts - Martial, United States 1969 (Revised Edition).

המדריך הינה חקיקת משנה מפורטת אשר מוציא נשיא ארה"ב בתוקף סמכותו עפ"י ה-UCMJ.

⁽⁹⁾ Para. 20d, Manual for Courts Martial (1969)

⁽¹⁰⁾ למשל - Warrant Officers; Petty officers and Non Commissioned Officers

⁽¹¹⁾ כלל (i) 305 של המדריך החדש.

בהבדל מביקורת של ביה"ד או של שופט צבאי, אין כל חובה שאותו magistrate יהא בעל הכשרה משפטית דוקא, אם כי מקובל למנות לתפקיד זה משפטן מחוליית הפרקליטות הצבאית הפועלת באותה יחידה. אותו גוף חייב, תוך שבעה ימים מיום המעצר, לקיים דיון בנוכחות העצור ובא-כוחו ולבחון את השאלות הבאות :

1. האם יש יסוד מספיק להאמין כי החשוד אכן ביצע את העבירה המיוחסת לו.
2. האם מוסמך ביה"ד הצבאי לדון בעבירה ולשפוט את החייל.
3. האם חומר הראיות מצדיק את המשך מעצרו של החייל.

עד לכניסתו לתוקף של המדריך החדש לא היתה לביה"ד הצבאי כל סמכות להתערב בשיקול דעתו של המפקד ולצוות על שיחרורו של העצור מהמעצר בו הינו נתון, אלא אם עשה המפקד שימוש לרעה בסמכותו⁽¹²⁾. כלל (j) 305 של המדריך החדש מקנה לשופט צבאי היושב בדין, לאחר הגשת כתב-האישום, סמכות לבחון את ההחלטה על מעצרו של הנאשם ולהורות, במקרים המתאימים, על שחרורו.

ההגבלה העיקרית על משך תקופת המעצר קבועה כיום בכלל מס' 707 (שעניינו - Speedy trial) לפיו יבוטלו כל האשמות (ואין מדובר בשחרור ממעצר אלא במחיקת כל האשמות) נגד חייל אשר לא הובא לדין תוך 120 ימים מיום מעצרו. תקופה זו של 120 יום נמנית גם אם אין מדובר במעצר ממש אלא בהגבלה כלשהיא על חירותו של אדם (Conditions on liberty) שהוטלה בקשר לעבירה המיוחסת לו.

בישראל עפ"י תיקון מס' 14 לחוק השיפוט הצבאי, תשט"ו - 1955 הוגבלה תקופת המעצר המקסימלית, לפני משפט ל-35 ימים. לאחר מועד זה יש להגיש בקשה לשופט צבאי - משפטאי לשם הארכת המעצר לתקופה נוספת שלא תעלה על שלושים יום (סעיף 240 (א) ל-חש"צ).

לפי סעיף 241 (א) ניתן לחזור ולהתיר את ההחזקה במעצר לתקופה

נוספת שלא תעלה על חמישה-עשר ימים, ובלבד שהבקשה למעצר הנוסף הוגשה עפ"י הוראת ה-פצ"ר.

לאחר הגשת כתב-האישום, נתונה הסמכות ליתן פקודת מעצר עד לתום ההליכים המשפטיים לנשיא ביה"ד המחוזי או לאב ביה"ד היושב בדין (סעיף 243 (א) (2) ל-חש"צ). בחש"צ מפורטות אף הוראות שונות לגבי הגשת ערר על פק' מעצר ודרך ביטול פק' המעצר.

הנה כי כן, רבה היא מעורבותם של הגורמים המשפטיים בצה"ל (פרקליטים צבאיים ושופטים משפטאים) בשאלת מעצרו של חייל לפני משפט. לגורמים אלו ניתנו סמכויות פיקוח נרחבות ביותר ויש בידיהם לבטל כל פקודת מעצר או להגביל את משכה. ביקורת זו יש בה כדי למנוע מעצר שרירותי שאינו מתחייב מצרכי החקירה או מחומרת המעשה.

יצוין, עם זאת, כי הצעות שהוצגו בעבר לקיים ביקורת שיפוטית (של שופט צבאי משפטאי) על ההחלטה להחזיק חייל במעצר, תוך 48 שעות ממועד המעצר, לא נתקבלו.

ג. ההחלטה לפתוח בחקירה - (The Decision to Investigate)

עם קבלת מידע המחשיד חייל בביצוע עבירה, על המפקד הישיר להחליט על הדרך הנאותה לטיפול במידע זה. המפקד רשאי שלא לנקוט בצעדים כלשהם - למרות אמונתו כי המידע הינו מדויק. החלטה כזו יכולה להתקבל, למשל, כאשר מדובר בחשד לביצוע עבירה פעוטה. כאשר מתקבלת החלטה ימעין זו, רשאי מפקד ממונה לבטלה ולהורות על בדיקה ראשונית של המידע. כאשר מדובר בחשד לביצוע עבירה חמורה אין למפקד שיקול דעת והינו חייב להעביר הנושא לחקירת הגוף המקצועי הממונה על חקירות פליליות (גוף המקביל ל-מצ"ח אשר קרוי CID בזרוע היבשה דהיינו: Criminal Investigations Division).

המדובר בעבירות כדוגמת: ריגול, חבלה, מעשי מרמה נגד רשויות הצבא והממשלה, עבירות המצריכות שימוש באמצעי חקירה מקצועיים וכן כל העבירות שהינן בגדר פשע. במקרים אחרים רשאי המפקד להורות על חקירה מקדמית של האירוע. חקירה זו הינה בלתי פורמלית במהותה והיא נעשית על-ידי המפקד עצמו או מי שנתמנה על-ידו. חקירה או בדיקה זו אמורה לתת בידי המפקד מידע מספיק על-מנת לקבל החלטות באשר להמשך הטיפול בנושא. על החוקר לסכם את הראיות ולהביא את המלצותיו לאחת מדרכי הפעולה הבאות :

1. סגירת התיק ובכך סיום הטיפול בנושא.
2. נקיטת צעדים משמעתיים - (Nonjudicial punishment).
3. הגשת כתב-אישוט לבית-דין צבאי.
4. עריכת חקירה פורמלית עפ"י סעיף 32 ל-UCMJ (article 32 investigation).

יודגש כי בכל השלבים הללו אין כל חובה להיוועץ בפרקליט צבאי או לקבל חוות-דעת משפטית כלשהיא, אף כי אין מניעה חוקית לעשות כן. המפקד רשאי, כמובן, לקבל את המלצות החוקר או לדחותן וההחלטה הסופית באשר לדרך הפעולה שתנקט - נתונה בידיו. מפקד בכיר יותר בשרשרת הפיקוד רשאי לבטל את החלטת המפקד הכפוף לו ולהחליט על דרך פעולה אחרת.

בישראל, המפקד, שהינו קצין שיפוט בכיר, או קש"ב שקיבל תלונה על עבירה, רשאי למנות קצין בודק על-מנת שזה יחקור את החשד לביצוע העבירה (ראה סעיף 252 (א) ל-חש"צ ופ"מ 33.0304). הבדיקה מהווה חקירה פורמלית של האירוע ויש לנהלה על-פי הכללים הקבועים בסעיפים 256-275 ל-חש"צ. ההחלטה למנות קב"ד יכולה לבוא ביוזמתו של המפקד, אך אין הכרח בכך. הוראה לערוך בדיקה יכולה לבוא מצידו של פרקליט צבאי אשר קיבל תלונה על עבירה ורשאי הוא עפ"י סעיף 280(1) ל-חש"צ "להורות על עריכת בדיקה או על סיומה".

במקום שבו מדובר בעבירה חמורה יחסית, קיימת חובה, במרבית המקרים, להעביר הנושא לחקירת מצ"ח. נושא זה מוסדר בפ"מ 33,0304 סעיפים 64-80. חקירת מצ"ח הנערכת בידי חוקר שהוסמך לכך על-ידי הפרקליט הצבאי הראשי אף היא תחשב בגדר בדיקה (סעיף 252 (א) (3) ל-חש"צ).

כאמור, אין המפקד יכול להפעיל שיקול-דעת במקרים כגון דא ואם התיימר לדון החייל בדין משמעתי - פסק דינו בטל ומבוטל. חקירת מצ"ח עשויה להפתח גם ביוזמת הפרקליט הצבאי או אף ביוזמת מפק' מצ"ח בעקבות קבלת מידע על ביצוע עבירה.

לענין החקירה עפ"י חש"צ בולטת, איפוא, העובדה כי כל ההחלטות הנוגעות לדרך הטיפול בחומר החקירה מצויות בתחום סמכותו של הפרקליט הצבאי. תפקידו של המפקד מסתיים עם חתימת המינוי לקצין הבודק או העברת הנושא לחקירת מצ"ח. אין המפקד רשאי להתערב בחקירה או להמנע מהעברת התיק, עם סיום החקירה, לעיונו והחלטתו של הפרקליט הצבאי.

ד. החלטה על העמדה לדין - (Prosecutorial Discretion)

עם סיומה של החקירה על המפקד להעריך ולבחון את חומר הראיות שבתיק. כפי שצינינו לעיל, אין המפקד כפוף להמלצותיו של החוקר ורשאי הוא לקבל כל החלטה הנראית נכונה בעיניו. בשלב זה נוהג המפקד להתייעץ עם הפרקליט הצבאי (Staff Judge Advocate - SJA), אם כי גם כאן אין הוא חייב לקבל את עמדתו של הפרקליט ורשאי הוא להתעלם כליל מהמלצותיו. המפקד מוסמך לקבל אחת או יותר מתוך שורה ארוכה של דרכים הפתוחות בפניו שיעקרון :

1. המנעות מהמשך הטיפול בתיק, אם שוכנע כי ההאשמות אינן מגלות עבירה או כאשר אין ראיות מספיקות לתמיכה בהן. כן הדבר גם כאשר מדובר בעבירות פעוטות ערך. למעשה ניתן להגיע להחלטה כזו מכל סיבה שהיא⁽¹³⁾. כך למשל, רשאי המפקד לשקול גם שיקולים תקציביים ולראות בהעדר מקורות כספיים כסיבה מספקת להמנע מהליכים משפטיים בתיק מסויים. כבר ציינו כי מפקד גבוה בדרגה רשאי לבטל ההחלטה לסגור את תיק החקירה ולהורות על נקיטת צעדים משפטיים.
2. מתן הוראה לנקוט בצעדים משמעתיים וזאת כאשר מדובר בעבירות קלות יחסית (minor offenses). המדובר בעבירות שהעונש הקבוע בצידן אינו עולה על שנת מאסר או אינו כולל פיטורין מן השירות (dishonorable discharge).
3. העמדה לדין בפני בי"צ לשיפוט מהיר (Summary court martial) וזאת בשעה שיש כוונה לסיים במהירות וביעילות את ההליכים המשפטיים⁽¹⁴⁾.

(13) כך נקבע מפורשות כי ניתן לסגור התיק משום ש:

" There are other sound reasons for not punishing the accused with respect to the acts alleged "

(Para. 32d of the MCM - 1969).

(14) ההעמדה לדין בפני SCM תעשה:

" For relatively minor offenses under a simple form of procedure "

(Para. 79 of the MCM - 1969).

4. העמדה לדין בפני ערכאת ביניים (Special court martial).

ערכאה זו מוגבלת לעונש מאסר של עד ששה חודשים ואינה רשאית להטיל עונש מאסר על קצינים. בדיון המשפטי המשמש הקדמה לכלל 406 של המדריך החדש נאמר מפורשות:

" A pretrial advice need not to be prepared in cases referred to special or summary court - martial ".

5. הליכים משפטיים בפני General court martial. ערכאה זו מוסמכת להטיל את

העונשים המקסימליים הקבועים בחוק. טרם קבלת ההחלטה על הגשת כתב-אישום

לערכאה זו, על המפקד להורות על קיום חקירה פורמלית עפ"י סעיף 32

ל-UCMJ הקובע לאמור:

" No charge may be referred to a General court martial for trial until a thorough and impartial investigation thereof has been made ".

במסגרת חקירה זו רשאי החשוד להיות מיוצג על-ידי סניגור, לקבל את פירוט האשמות שהוגשו נגדו, לחקור בחקירה נגדית את אלו המעידים לחובתו ולהציג ראיות מטעמו. החוקר הינו קצין הממונה על-ידי המפקד ומעביר לאחרון את המלצותיו כאשר לדרך הטיפול בתיק.

לפני מתן ההוראה לפתוח בהליכים בפני General court martial, חייב המפקד להעביר את חומר החקירה לפרקליט צבאי על-מנת לקבל חוות-דעת משפטית. עד לאחרונה, לא היה המפקד חייב לקבל את המלצותיו של הפרקליט ורשאי היה להתעלם מחוות-דעתו.

ה-Military Justice Act משנת 1983 אימץ באופן חלקי את דעתם של המבקרים וקבע כי הרשות המזמנת לא תהא רשאית להורות על הגשת כתב-אישום ל- General court martial מבלי לקבל חוות-דעת בכתב מאת פרקליט צבאי, המאשרת כי כל אחד מפרטי האישום מגלה עבירה, כי ישנן ראיות לכאורה להוכחת האשמות, כי ביה"ד הצבאי מוסמך לדון בעבירה והינו בעל סמכות שיפוט כלפי הנאשם⁽¹⁵⁾.

(15) אשר לטעמים אשר הניעו את הרשות המחוקקת בארה"ב לקבל תיקון זה ראה

House Report (Armed Services Committee) No. 98-549, Nov. 15, 1983 at 14.

אף כי שינוי זה הינו, לדעת רוב המשפטנים במערכת הצבאית ומחוצה לה, צעד בכיוון הנכון - אין בו כדי לשנות מהותית את סמכויותיו של המפקד בתחום זה של הפעלת שיקול הדעת התביעתי. ראשית, אין התיקון חל על העמדה לדין בפני הערכאות השיפוטיות האחרות. לפיכך, תהא הרשות המזמנת רשאית, למרות חוות-דעת משפטית לפיה אין ראיות מספיקות להוכחת האשמה, להורות על העמדה לדין בפני ערכאה שיפוטית נמוכה יותר. שנית, אין בתיקון שהתקבל כדי למנוע החלטה שלא להעמיד חייל לדין אף אם מדובר בעבירה חמורה כאשר אף קיים חומר ראיות למכביר להוכחתה.

השאלה המרכזית לענין זה אינה בהכרח האם סמכויותיו הנרחבות של המפקד מנוצלות הן לרעה כדי להחמיר במקום שראוי להקל, ולגלות רוחב-לב במקום שבו ראוי למצות את הדין. החשש העיקרי הוא מפני פגיעה בדימוי המערכת השיפוטית-הצבאית כמערכת הוגנת ואובייקטיבית, כפי שאומר פרופ' Hodson במאמר שפרסם בענין זה :

" Allowing a convening authority to determine who will stand trial, however, has the appearance of evil - the evil being that the court - martial appears to be an instrument of discipline rather than an instrument to aid in creating a peaceful or law - abiding environment in the military community within which leadership can function to create discipline and high morale. I, therefore, favor a court system in which the commander's legal advisor would have the power to docket cases for trial.....⁽¹⁶⁾ (ההדגשות לא במקור)

Hodson, Court Martial and the Commander, 10 San Diego L. Rev. 51,60 (16)
(1972)

בניגוד למצב בארה"ב, שבו מוסמך המפקד להכריע בשאלות הנוגעות להעמדתו לדין של העברין, מסורות הסמכויות בתחום זה, עפ"י חש"צ, בידי המערכת המשפטית בצבא. עם קבלת תיק החקירה (בין אם מדובר בחקירה של קצין בודק או מצ"ח, ובמקרים מסוימים אף אם מדובר בתלונה בלבד), רשאי הפרקליט הצבאי להחליט כיצד לנהוג בחומר החקירה דהיינו, לסגור התיק, להשלים החקירה, או להורות על העמדת החשוד בפני ביד"צ או לדין משמעתי (סעיף 281 לחש"צ). הגישה אשר התקבלה על דעתו של מחוקק ה-חש"צ הינה כי החלטות הנוגעות לטיפול בתיק חקירה צריך שתתקבלנה על-ידי הגורמים המשפטיים המוסמכים ולא על-ידי המפקד. התפיסה הבסיסית הינה כי מפקד, יהא מוכשר ומיומן ככל שהיה, אינו הגורם המתאים לקבלת החלטות שהינן משפטיות טהורות.

אין בכך כדי למנוע ממפקד (בד"כ ראש המחוז השיפוטי) מלבוא בדברים עם הפרקליט הפיקודי או החילי ולהביע את דעתו באשר לדרך הטיפול המשפטי בסוגי עבירות או בקבוצות של חיילים. כך, למשל, רשאי המפקד לנקוט עמדה ולהתוות מדיניות כללית באשר לדרך הטיפול הנראית לו בתיקי סמים, גניבות נשק וציוד צבאי, העדרויות מן השירות וכד'. כמו-כן אינני רואה כל מניעה כי תהיה התייחסות מיוחדת לקבוצות שונות בפיקוד (חיילי מקא"מ, חיילים ביחידות מובחרות וכד'). חזקה על הפרקליט כי יקח לתשומת-ליבו את עמדתו של המפקד ובמידת האפשר יתן לה ביטוי בהחלטותיו.

בכל מקרה, עמדתו של המפקד אין בה כדי לחייב את הפרקליט הצבאי אשר צריך להפעיל את שיקול דעתו שלו בטרם יקבל החלטה זו או אחרת. על הפרקליט לשקול ולבחון שאלות כמו דיות הראיות בתיק, האם התנהלה החקירה עפ"י הכללים שנקבעו בחוק, ולהכריע בשאלת האינטרס הציבורי לבחירה בין הדרכים האלטרנטיביות העומדות לפניו.

נדמה לי כי בחינה אובייקטיבית של גישת ה-חש"צ לעומת זו המקובלת בצבא ארה"ב, יש בה כדי להצביע על יתרונותיה הברורים של שיטת ה-חש"צ.

ה. זימון ביה"ד הצבאי - (Convening the Court - Martial)

המפקד, שעה שהינו פועל כרשות המזמנת (Convening Authority) הוא אשר מקים את ביה"ד הצבאי וזאת באמצעות צו הזימון (Convening order). על הרשות המזמנת לפרט בצו הזימון את שמות חברי ביה"ד ועד לאחרונה גם את שמות השופט הצבאי, התובע הצבאי, והסניגור. בית-הדין הצבאי אשר זומן על-ידי מפקד שלא היה מוסמך לזמן אותה ערכאה, אין בידי סמכות שיפוט כלשהיא ופסיקתו בטלה ומבוטלת. בנוסף לקביעת בעלי תפקידים במשפט יש לקבוע בצו הזימון גם את המועד והמקום להתכנסותו של ביה"ד הצבאי. כפי שכבר רמזנו בדברינו, בוטלה סמכותו של המפקד למנות את השופט, התובע והסניגור אשר ינהלו המשפט⁽¹⁷⁾. סמכויותיו של המפקד בתחום זה של זימון ביה"ד ומינוי חברי ביה"ד - שהינם חיילים ומפקדים המשרתים ביחידתו של הנאשם, יש בהן כדי לתת בידי אפשרויות רבות להשפיע על התוצאה הסופית בביה"ד. החשש הוא בעיקר מהשפעתו של המפקד בכיוון של פגיעה בנאשם ובזכויותיו - בין בדרך שיש בה כדי להביא להרשעתו ובין על-ידי התערבות לשם החמרה בעונש. התערבות בלתי חוקית זו של המפקד בתהליך עשיית הצדק במערכת השיפוטית הצבאית יצרה שורה של תקדימים תחת הכותרת של Command influence. השפעה פסולה זו של המפקד יכולה לבוא לידי ביטוי במתן הוראה לפקודיו להפנות ענין מסויים לבית-דין צבאי דוקא (ולא לדין משמעתי) או לערכאה מסויימת (למשל - General court martial). דרך בלתי חוקית אחרת הינה נסיון להשפיע במישרין או בעקיפין על חברי ביה"ד להגיע לתוצאה הרצויה למפקד⁽¹⁸⁾.

(17) התיקון התקבל ב-Military Justice Act של שנת 1983. בהקדמה לכלל 504 של המדריך

החדש נאמר:

" In conformity with the amendment of articles 26(a) and 27(a), the military judge and counsel are no longer included in the convening order".

United States v. Rosser, 6 M.J. 267 (C.M.A. 1979)

(18) כאן היה מדובר בשיחה של מפקד הפלוגה עליה נמנה הנאשם עם אחד מחברי ביה"ד בנושאים

הקשורים למשפט. ההליך המשפטי נפסל עקב החשש ל- Appearance of evil.

פרסום מנשר על-ידי מפקד יחידה בו הינו מביע דעתו כי מקומם של חיילים אשר סחרו בסם מסוכן, לא יכירם בקרב אנשי הצבא ולפיכך יש לגזור עליהם עונש של מאסר וכן פיטורין מהשירות נקבע כ- Unlawful command influence. (19)

מפקד אשר יש לו מעורבות אישית כלשהיא בתיק אינו רשאי לשמש כרשות המזמנת של ביה"ד. אולם מסתבר כי גם בתחום זה ישנם פסקי-דין לא מעטים אשר הביאו לפסילת הליך משפטי משום שהרשות המזמנת פעלה כמאשים (Accuser).

עפ"י חש"צ, משהוגש כתב-אישום לביה"ד הצבאי, בהתאם להוראה של פרקליט צבאי (או פרקליט צבאי ראשי כשמדובר בבית-דין צבאי מיוחד), על נשיא ביה"ד להרכיב מותב מתוך השופטים הצבאיים שנתמנו לפי סעיף 198 ל-חש"צ ומקרב השופטים הצבאיים - המשפטים שנתמנו לפי סעיף 187(2) (ראה סעיף 200 ל-חש"צ).

סעיף 204 קובע כי מותב של בית דין צבאי מיוחד יזומן על-ידי הרמטכ"ל ומותב של בית דין צבאי מחוזי יזומן על-ידי ראש המחוז השיפוטי.

בפועל אין הרשות המזמנת עצמה (קרי: הרמטכ"ל לגבי בית הדין הצבאי המיוחד או ראש המחוז השיפוטי לגבי בית דין צבאי מחוזי) עוסקת בזימון ביה"ד. הזימון נעשה על-ידי קצין ביה"ד כמי שהואצלה לו הסמכות על-ידי הרשות המזמנת. למעשה מתקבלות ההחלטות הנוגעות לזימון ביה"ד על-ידי נשיא ביה"ד או אב ביה"ד היושב בתיק.

סמכויות הרשות המזמנת מצטמצמות למתן הוראות בודדות שאינן בגדר השיגרה כגון הוראה לקיים המשפט לפני המועד של עשרה ימים מיום שנמסר כתב-האישום לנאשם, או מתן הוראה לערוך המשפט בדלתיים סגורות, לפי סעיף 324 ל-חש"צ.

נראה לי כי יש בריחוק זה של ראש המחוז השיפוטי מתהליך קבלת ההחלטות במישור המשפטי, כדי לשמור על תדמיתה של המערכת השיפוטית-צבאית כמערכת אובייקטיבית וחסרת פניות. מאחר שאין הרשות המזמנת עוסקת במינוי שופטים לתיק מסויים המתנהל בביה"ד - החשש להשפעה בלתי חוקית עליהם הינו ותיאורטי גרידא.

United States v. Toom, 48 C.M.R. 139 (A.C.M.R. 1973) (19)

מפקד האוגדה שפירסם את החוזר אף הודיע כי אין בדעתו להקל, עם סיום המשפט, בעונשם של עברייני הסמים.

1. עיסקאות טיעון בין התביעה לנאשם - (Pretrial Agreements)

בארה"ב כל עיסקת טיעון בין הנאשם לבין התביעה צריכה אישור של הרשות המזמנת⁽²⁰⁾. הרשות המזמנת רשאית להסכים במסגרת עיסקת הטיעון, לבטל אישומים מסויימים או להורות על הגשת כתב-האישום לערכאה נמוכה יותר, או אף להסכים מראש להקל בעונש אם ביה"ד ימצא להחמיר מעבר למוסכם. היוזמה לעריכת ההסכם אסור שתבוא מצד הרשות המזמנת או מצד גורם אחר מטעמה. ראוי לציין כי גם במהלך המשפט אין התובע הצבאי רשאי לחזור בו מאישום מסויים מבלי לקבל את אישורה של הרשות המזמנת.

כלל 705 של המדריך החדש אין בו כדי לשנות באופן עקרוני את סמכויותיה של הרשות המזמנת בתחום זה. החידוש היחיד הינו אפשרות עריכת הסכם לפיו יודה הנאשם בעובדות מסויימות ויחסך הצורך להוכיחן בביה"ד, אולם יהא רשאי לכפור באשמה ולהעלות כל טענה משפטית שתראה יפה בעיניו. הנאשם רשאי לחזור בו מן ההסכם בכל עת שימצא זאת לנכון (כלל (5) (d) 705), וזאת בכפוף להוראות האחרות הדנות בחזרה מהודאה באשמה.

את ההסכם יש להציג בפני השופט המשפטאי (ולא בפני חברי ביה"ד שאינם משפטאים) וזה חייב לודא כי הנאשם אכן הבין את משמעות ההסכם ואת השלכותיו (כלל 910 של המדריך החדש).

בישראל, עיסקאות טיעון בין התביעה לנאשם אינן עניין לרשות המזמנת או למפקד לענות בו. עפ"י שיטת המשפט הנהוגה בישראל, כל החלטה להתקשר בעיסקת טיעון מתקבלת על-ידי הגורמים המשפטיים המוסמכים ואין לגורמים אחרים (כמו המפקד) כל מעורבות פורמלית או אחרת בסוגיה זו. בצה"ל מסור העניין בידינו של הפרקליט הצבאי או התובע הצבאי הראשי, בהתאם לענין. השיקולים המנחים לעריכת עיסקת טיעון עם הסניגוריה הינם חומרת העבירה המיוחסת לנאשם, האינטרס הציבורי למיצוי ההליכים עם הנאשם, חומר הראיות בתיקו של הנאשם לעומת החומר המצוי בידי התביעה להוכחת אשמתם של אחרים המעורבים בפרשה, ועוד.

United States v. Donati, 34 C.M.R. 15 (C.M.A. 1963)

(20) ראה לענין זה:

United States v. Winborn, 34 C.M.R. 57 (C.M.A. 1963)

וכן

לענין זה חשוב להפנות להנחיותיו של היועץ המשפטי לממשלה (הנחיה 50.050) שיש בהן כדי לקבוע את הכללים לעריכת הסכמי טיעון. העיקרון הוא כי כאשר ישנן ראיות, לכאורה, נגד חשוד פלוני על ביצוע עבירה, מן הראוי להביאו לדין. המנעות מנקיטת צעדים משפטיים נגדו, עיכוב הליכים או הסכם אחר עם הסניגוריה - הוא מעשה יוצא דופן שמותר לנקוט בו במקרים קיצוניים כאשר ברור בעליל כי לא יגרם נזק לאינטרס הציבור⁽²¹⁾.
הסכם בין התביעה לסניגוריה יש להביא לידיעת ביהמ"ש כאשר הכלל הוא כי אין בית-המשפט קשור בעיסקה שנעשתה בין הצדדים⁽²²⁾.

לסיכום, ניתן לומר כי מסירת ההחלטה בדבר עריכת הסכם טיעון עם הנאשם לידי הגורמים המשפטיים, עדיפה היא בעיני לאין ערוך ע"פ הקניית הסמכות לגורם שאינו בעל הכשרה משפטית. מעורבותו של המפקד בתחום זה יש בה כדי לפגוע בתדמיתה של המערכת השיפוטית-הצבאית כגורם עצמאי ובלתי תלוי.

ז. הענקת חסינות לעד - (Immunity)

חילל החשוד בביצוע עבירה, כאשר מתעורר הצורך להעידו בביה"ד, רשאית הרשות המזמנת בארה"ב להעניק לו חסינות מוחלטת מפני העמדה לדין (Transactional immunity) או חסינות חלקית (Testimonial immunity). הסמכות להעניק חסינות נתונה רק למפקד הרשאי לזמן General court martial (בד"כ, דרג של מפקד אוגדה).
מפקד המעניק חסינות לאדם בתמורה למתן עדות בתיק לא יחא רשאי לבחון את פרוטוקול המשפט לאחר סיומו (כלל 704 של המדריך החדש).
סניגור המבקש להעניק חסינות מלאה או חלקית לעד המוזמן להעיד מטעם הנאשם, צריך לפנות אף הוא אל הרשות המזמנת ולבקש את אישורה לכך.

(21) ראה גם פרופ' הרבון וד"ר קנת, עיסקאות טיעון בישראל, המכון למחקרי חקיקה ולמחקר השוואתי על שם סאקר, תשמ"א - 1981.

(22) ע"פ 532/71, פד"י כ"ו(1), 543 בחמוצקי, נ. מדינת ישראל.

בישראל מתן חסינות לעד או מעמד של עד מדינה נתונים להכרעה של הגורמים המשפטיים בצבא, כפי שהובהר בפרק הקודם. השיקולים הינם משפטיים בעיקרם ואין להעלות על הדעת כי החלטות בנושא זה תתקבלנה על-ידי מי שאינו בקי ברזי המשפט ובנוסף לכך הינו מעורב אישית בקבלת החלטות בכל שלב משלבי המשפט - באופן העלול לפגוע בגישתו האובייקטיבית לענין.

ח. ביקורת פסק הדין בתום המשפט - (Post trial review)

עם סיום הדיון המשפטי, יש להעביר התיק לעיונה של הרשעת המזמנת. במקום שבו הוטל עונש של שנת מאסר ומעלה או פיטורין מהמסגרת הצבאית, חייבת הרשות המזמנת לקבל חוות-דעת פרקליט בטרם יוחלט על דרך הטיפול בתיק. מטרת הבדיקה הינה לבחון האם נפלה טעות מהותית בתהליך השיפוטי - טעות שיש בה כדי לפגוע בזכויותיו היסודיות של הנאשם במהלך המשפט. הסמכויות הנתונות לרשות המזמנת, במסגרת בחינת פסק-הדין, הן כדלקמן :

1. ביטול כל האשמות נגד הנאשם כאשר ברור כי אין ראיות מספיקות לתמוך בהרשעה.
2. ביטול פסק הדין ומתן הוראה למשפט חוזר כאשר לדעת הרשות המזמנת פעל ביה"ד בחוסר סמכות. כל זאת כאשר שאלת הסמכות יכולה לבוא על פתרונה בהליך החדש.
3. ביטול פסק הדין ומתן הוראה לשמיעת הראיות מחדש (Rehearing). זאת כאשר ישנו, אמנם, ראיות מספיקות להרשעה אולם עקב טעות בסדרי הדין או בישום דיני הראיות, נפגעו באופן מהותי זכויותיו של הנאשם. כדוגמא לכך ניתן לראות החלטה של ביה"ד לקבל ראיה חשובה שהושגה באמצעים פסולים.
4. אישור מלא של הכרעת הדין וגזר הדין.
5. אישור גזה"ד תוך התנאת עונש הכליאה, כולו או בחלקו. (ביה"ד הצבאי אינו מוסמך להטיל עונש מאסר ע"ת).
6. אישור הכרעת הדין ואישור חלקי של גזה"ד כאשר ביה"ד הטיל עונש החורג מסמכותו או כאשר הרשות המזמנת מבקשת להקל בעונש שהושת.
7. אישור הכרעת הדין - אך זאת בעבירה קלה יותר מזו שבה הורשע הנאשם, ותיקון גזה"ד בהתאם.

יושם אל לב כי התערבותה של הרשות המזמנת בפסק-הדין על שני חלקיו הינה, באופן עקרוני, לטובתו של הנאשם ואין היא רשאית לבטל פסק-דין של זיכוי. הרשות המזמנת רשאית גם לדחות ביצוע עונש מאסר שהוטל על הנאשם. כלל 1106 של המדריך החדש מחייב את הרשות המזמנת לקבל חוות-דעת והמלצות של פרקליט על כל פסק דין של General court martial או פסק-דין של Special court martial שבו ניתנה החלטה באשר לפיטורי חייל מן השירות (23). Bad conduct discharge

אין צורך לומר כי הרשות המזמנת אינה חייבת לאמץ את עמדתו של הפרקליט-הצבאי או לקבל את המלצותיו ואף אינה חייבת לנמק את החלטותיה. סמכויות מרחיקות לכת אלו של הרשות המזמנת הניעו אחד ממבקרי השיטה לקבוע כי :

" The findings and sentence of a court - martial have been termed mere recommendation to the authority convening the court. This view is not without merit since the convening authority has the independent duty to weigh the evidence, judge the credibility of witnesses and determine controverted questions of fact... He is not bound by the opinions of the finders of fact and must be satisfied that the accused is guilty beyond a reasonable doubt " (ההדגשות לא במקור) (24)

גם פרופ' הודסון סבור כי :

" The convening authority should not longer be required to review the record to determine the legality of the proceedings " (25)

Article 60(d) of the UCMJ as amended by the military justice (23)
Act of 1983.

De Guilio, Command Control : Lawful Versus Unlawful Application, 10 San (24)
Diego L. Rev. 72, 100 (1972).

(25) שם, הערה 16 בעמ' 67.

בישראל, הסמכויות הנתונות למפקד בשיטת המשפט הצבאי, קבועות בסעיף 442 ל-חש"צ ועיקרון הסמכות להקלה בעונש. עפ"י סעיף 441(ב) ל-חש"צ יש להביא פסק-דין חלוט של בין-דין צבאי לאישורה של הרשות המאשרת (ה-רמטכ"ל לגבי ביה"ד הצבאי לערעורים וביה"ד המיוחד וראש המחוז השיפוטי לגבי ביה"ד הצבאיים המחוזיים). הרשות המאשרת מוסמכת :

1. לאשר את גזה"ד כפי שניתן.
2. להקל בעונש גם אם מדובר בעונש מותנה.
3. לבטל חיוב בפיצויים או להקטין את שיעורם.

בטרם קבלת ההחלטה כאמור, חייבת הרשות המאשרת לעיין בחוות-דעת פרקליט צבאי (סעיף 443 ל-חש"צ).

אין הרשות המאשרת מוסמכת להתערב בהכרעת הדין בכל דרך שהיא ואין אפשרות לבטל את גזה"ד כולו ולראותו כאילו לא ניתן. הרשות המאשרת רשאית לדחות ביצוע עונש מאסר מחבוש או ריתוק למחנה אשר באופן רגיל יש לבצעו עם קריאת גזה"ד (סעיף 489(א) ל-חש"צ). על סמכויות ההקלה בעונש של הרשות המאשרת נמתחה ביקורת על-ידי גורמים משפטיים שונים, המציעים לבטל או לצמצם באופן מהותי את סמכויותיו של המפקד בתחום זה. אין צורך לומר כי סמכויותיו של המפקד בצה"ל מצומצמות הן עשרת מונים לעומת עמיתו בצבא ארה"ב.

נדמה לי כי סמכות ההקלה והמתקת העונש הנתונה לרשות המאשרת נחוצה היא ובלבד שיעשה בה שימוש זהיר וקפדני תוך בחינת כל מקרה לגופו. בבואו לאשר את גזה"ד או להקל בעונש על המפקד לשקול את צרכי היחידה, הסיכויים לשיקומו של הנאשם במסגרת היחידה ועוד שיקולים כיוצא בזה. לדעתי, אין מקום לצמצם את סמכויותיו של המפקד בתחום זה ואין לראות בהתערבותו בגזה"ד משום פגיעה במעמדו או ביוקרתו של ביה"ד הצבאי.

ט. ס י כ ו ם

ברשימה זו ביקשנו להציג את מגוון סמכויותיו של המפקד בצבא ארה"ב בתחום המשפטי, תוך השוואה לסמכויות המצומצמות הנתונות למפקד בצה"ל. מעורבותו של המפקד בשיטת המשפט הצבאי האמריקאי, יש בה כדי לעורר שאלה אמיתית באשר לעצמאותה ואי-תלותה של המערכת השיפוטית כולה. גם אם נקבל את דעתם של אלו הסבורים כי המערכת אכן פועלת בלא תלות ברצונו ובהשקפותיו של המפקד⁽²⁶⁾, אין בפיהם מענה של ממש באשר לפגיעה החמורה בתדמיתה של המערכת הצבאית ובתחושת הצדק⁽²⁷⁾.

חוש הצדק של המשפטן עשוי להתקומם לנוכח המציאות שבה אדם אחד שאינו משפטן מוסמך לקבל החלטות כה מרחיקות-לכת בתחום המשפטי החל ממעצר החשוד ופתיחת חקירה נגדו וכלה בביקורת משפטית של פסה"ד. אותו גורם מורה על הגשת כתב-האישום, בוחר את האינסטנציה המתאימה וממנה באופן אישי את חברי ביה"ד.

למען אזן מעט את התמונה ראוי להזכיר את הוראת כלל 105 של המדריך החדש הקובע כי :

"Convening authorities shall at all time communicate directly with their staff judge advocate in matters relating to the administration of military justice."

יחד עם זאת, ברור כי אין הרשות המזמנת מחוייבת לקבל את המלצותיו של הפרקליט, הגם שברוב רובם של המקרים סביר להניח כי עמדתו מתקבלת. יודגש כי כל ההחלטות צריכות להתקבל על-ידי המפקד באופן אישי והוא אינו רשאי להחליף את שיקול דעתו בשיקול דעת של אדם אחר.

בכל הצניעות והענווה נדמה לי כי כל אותם פגמים ממשיים או אלו שלמראית עין, אינם קיימים בשיטת המשפט עפ"י חש"צ. אינני מתיימר לומר כי בידנו הפתרונות הטובים ביותר לכל השאלות המתעוררות בתחום החוק והמשפט בצבא. אין ספק כי נושאים שונים מצריכים עדיין תיקון יסודי, אולם הכיוון אותו בחר המחוקק יוצר איזון עדין בין הצורך לנהל משפט פלילי תוך שמירה קפדנית על כל זכויותיו של הנאשם ובין הרצון הלגיטימי לסייע למפקד להשליט משמעת וסדר בקרב חייליו.

אורי שהם - אל"מ
תובע צבאי ראשי

(26) ראה למשל, דעתו של Byrne, שם הערה 4 בעמ' 285.

(27) סנטור Bayh, שם הערה 3 בעמ' 10.

חידושי חקיקה

הגנת הפרטיות- העברת מידע בין גופים ציבוריים וזכות העיון

ביום 5 פברואר 1985, אישרה ועדת החוקה חוק ומשפט של הכנסת, את הצעת החוק לתיקון חוק הגנת הפרטיות התשמ"א-1981 בנוגע להעברת מידע בין גופים ציבוריים ובנוגע לזכות העיון במאגרי מידע של גופים מסוימים.

הצעה זו הוגשה בעקבות המלצותיה של ועדה ציבורית שמינה היועץ המשפטי לממשלה לבדיקה מחודשת של הנושא.

ענף יעוץ וחקיקה נטל חלק בהכנת ההצעה וכן בדיוני הועדה.

להלן נציג את עיקרי ההצעה (אשר תועבר עתה לקריאה שניה ושלישית בכנסת) ככל שהם נוגעים לצה"ל.

האסור על מסירת מידע מאת גוף ציבורי

על-פי ההצעה מסירת מידע מאת גוף ציבורי (וצה"ל בכלל זאת) אסורה, ככלל, זולת אם פורסם המידע לרבים על פי סמכות כדין או הועמד לעיון הרבים על פי סמכות כדין או שהאדם אשר המידע מתייחס אליו נתן הסכמתו למסירה.

מסירת מידע מותרת

על אף האסור הכללי הקבוע בהצעה והמוטל על גוף ציבורי שלא למסור מידע המצוי ברשותו, הרי ישנם מקרים בהם מתירה ההצעה למסור מידע כאמור :

א. מסירת מידע מותרת בין גופים ציבוריים

על פי ההצעה מותר יהיה להעביר מידע בין גופים ציבוריים, כמידה והעברת המידע היא במסגרת הסמכויות או התפקידים של מוסר המידע והיא דרושה למטרת ביצוע חיקוק או למטרה במסגרת הסמכויות או התפקידים של מוסר המידע או מקבלו.

במילים אחרות - שני תנאים גם יחד חייבים להתקיים על-מנת שיהא מותר למסור מידע בין גופים ציבוריים :

1. המסירה היא במסגרת סמכויותיו או תפקידיו של מוסר המידע.

2. היא דרושה למטרת ביצוע חיקוק או למטרה במסגרת סמכויותיו או תפקידיו של מוסר המידע או מקבלו.

מסירת מידע בין גופים ציבוריים מותרת לפי ההצעה גם כאשר מקבל המידע רשאי לדרוש את אותו מידע על פי דין ממקור אחר (למשל - צה"ל אשר רשאי לדרוש מידע מאנשים ומוסדות לפי חוק שרות בטחון התשי"ט-1959).

ב. מסירת מידע מותרת מאת גוף ציבורי אל משרד ממשלתי או מוסד מדינה אחר

הגדרת "גופים ציבוריים" רחבה יותר מזו של משרדי ממשלה ומוסדות מדינה אחרים והיא כוללת אף רשויות מקומיות וכל "גוף הממלא תפקיד ציבורי על פי דין". (המונח "גוף הממלא תפקיד ציבורי על פי דין" יתפרש, מן הסתם, כדרך שהתפרש מונח זה בחוק יסוד השפיטה בנוגע לסמכויות בג"צ. בנוסף לכך הוחלט בוועדה כי שר המשפטים יהיה רשאי לקבוע כי לגבי גופים מסוימים שאינם בגדר "גוף ציבורי" כהגדרתו הנ"ל, יחולו כללי העברת המידע הקבועים בחוק בנוגע לגופים ציבוריים). ההצעה קובעת דין מיוחד להעברות מידע מאת גוף ציבורי אל משרד ממשלתי או מוסד מדינה אחר.

על פי ההצעה מסירת מידע כאמור מותרת אם היא דרושה למטרת ביצוע כל חיקוק או למטרה במסגרת הסמכויות או התפקידים של מוסר המידע או מקבלו. יש לשים לב לכך כי שלא כבמסירת מידע בין גופים ציבוריים אחרים, יש צורך, במקרה שלפנינו, בקיומו של תנאי אחד בלבד - מסירת המידע דרושה למטרת ביצוע כל חיקוק או למטרה במסגרת סמכויותיו או תפקידיו של מוסר המידע או מקבלו.

סייגים להתר למסור מידע

ההתר למסור מידע בין גופים ציבוריים ובין גוף ציבורי למשרד ממשלתי או מוסד מדינה אחר כפי שפורט לעיל, לא יחול על פי ההצעה באחד מהמקרים הבאים :

א. מסירת המידע נאסרה במפורש בחיקוק (למשל - מידע שהגיע לשלטונות המס על פי סעיף 231-2 לפקודת מס הכנסה).

- ב. מסירת המידע אסורה על פי עקרונות של אתיקה מקצועית.
- ג. המידע נמסר (מרצון) לגוף ציבורי תוך הצגת תנאי שלא ימסר לאחר.

כללים אחרים הנוגעים להעברת מידע בין גופים ציבוריים

- על פי ההצעה מוטלות מספר חובות על גוף ציבורי בעת מסירת או קבלת מידע :
- א. הגוף הציבורי המוסר את המידע חייב לנהל רישום על כך.
 - ב. הגוף הציבורי המוסר דרך קבע מידע צריך לפרט עובדה זו בעת דרישת המידע מאת האזרח נשוא המידע.
 - ג. גוף ציבורי המקבל מידע דרך קבע והמידע נאגר במאגרי המידע שלו, צריך להודיע על כך לרשם מאגרי המידע ועובדה זו תרשם בפרטי הרישום.
 - ד. גוף ציבורי שקיבל מידע אינו רשאי לעשות בו שימוש אלא במסגרת הסמכויות או התפקידים שלו.
 - ה. מידע שנמסר לגוף ציבורי יחולו עליו כל ההוראות הנוגעות לחובת השמירה על סודיות אשר חלות על הגוף אשר מסר את המידע.

מסירת מידע וקבלת מידע מאת ועל ידי אמ"נ והמשטרה הצבאית

"רשות בטחון" הינה אחת מאלה :

- א. משטרת ישראל.
 - ב. ש ב " כ.
 - ג. אגף מודיעין במטכ"ל.
 - ד. המשטרה הצבאית.
- ההצעה קובעת דין מיוחד לרשות בטחון ומקנה לה סמכות רחבה במידה רבה מזו הקיימת לגוף ציבורי אחר.
- על פי ההצעה כללי "האסור והמותרי" הנוגעים למסירת ידיעות בין גופים ציבוריים אינם מוגעים מרשות בטחון לקבל או למסור מידע לשם מילוי תפקידיה ובלבד שהמסירה או הקבלה לא נאסרו בחיקוק.

מהו "מידע" ?

הכללים הקבועים לעיל עוסקים הן במידע המצוי ב"מאגרי מידע" (דהיינו - מרכז להחסנת מידע באמצעות מערכת עיבוד נתונים אוטומטית) והן במידע שאינו מצוי במאגרי מידע. "מידע" פרושו על פי חוק הגנת הפרטיות, נתונים על אישיותו של אדם, מעמדו האישי, צנעת אישיותו, מצב בריאותו, מצבו הכלכלי, הכשרתו המקצועית, דעותיו ואמונותיו. על פי ההצעה, עקרונות העברת המידע בין גופים ציבוריים יחולו הן על מידע במשמעותו הנ"ל והן לגבי "עניניו הפרטיים של אדם" אף שאינם בגדר "מידע" כאמור.

דין מידע עודף

"מידע עודף" פרושו מידע המצוי על גבי אותו קובץ עם מידע שמותר לפי כללי ההצעה למוסרו. לפי ההצעה, גם מידע עודף שכזה ניתן למסור אך בתנאי שיקבעו נהלים מיוחדים שיבטיחו מניעת שימוש כלשהו במידע העודף שנתקבל.

זכות העיון במאגר מידע של גופים מסוימים

כידוע מכיר חוק הגנה הפרטיות בזכותו של אדם לעיין במידע שאודותיו המצוי במאגרי מידע. עם זאת קובע החוק כי לגבי מאגרי מידע של גופים מסוימים לא תעמוד זכות זו. כיום נקבעו בחוק הגופים הבאים לגביהם לא תחול זכות העיון :

- א. רשות בטחון (משטרת ישראל, אמ"ן ומשטרה צבאית, שב"כ).
- ב. רשות מס.
- ג. גוף אשר בטחון המדינה, יחסי החוץ שלה או הוראת חיקוק מחייבים שלא לגלות מידע שברשותו.

בהצעת החוק נקבע כי בנוסף לכך לא תעמוד זכות העיון לגבי גופים אשר שר המשפטים, בהתייעצות עם שר הבטחון או שר החוץ לפי הענין, ובאישור ועדת חוץ ובטחון של הכנסת, קבע כי מאגר המידע שלהם כולל מידע שבטחון המדינה או יחסי החוץ שלה מחייבים שלא לגלותו ובלבד שאדם המבקש לעיין במידע שעליו המוחזק באותו מאגר יהיה זכאי לעיין במידע שאינו מהסוג האמור.

תזכיר חוק השיפוט הצבאי (תיקון מס' 17) התשמ"ה - 1985

לאחרונה העברנו ליועמ"ש מערכת הבטחון את תזכיר החוק הנ"ל, על-מנת שיפעל להפצתו במסגרת הליכי החקיקה.

עקרי התיקון המוצע הם אלה :

- * מעבירות כלפי רכוש צבאי, המפורטות בסעיפים 77-80 ל-חש"צ, הוסר יסוד "המופקדות על הרכוש", אשר לגביו נתגלתה אי בהירות בפסקה, ויסודות העבירה, יושתתו עפ"י ההצעה על ערך הרכוש וטיבו.
- * הוצע לתקן את המבחן של הסכום הקבוע לענין סעיף 77(ב) לחוק, ולהעמידו על בסיס מותאם המשתנה מעת לעת, (שני שעורים של שכר יסוד חודשי של טוראי בשרות חובה).
- * מסמכים צבאיים המוגשים לבית דין צבאי, על מנת שישמשו כראיה (סעיף 481 לחש"צ) יוכלו עפ"י ההצעה להיות חתומים גם על ידי נגד בכיר שמונה לתפקיד קצין.
- * בקשנו להעניק סמכות לבית דין צבאי ולקצין שיפוט (בדומה לבית משפט אזרחי עפ"י סעיף 54 לחוק העונשין, תשל"ז - 1977) להטיל על הנאשם בגין עבירה נוספת, עונש שחלקו על תנאי.
- * חלק נכבד מסעיפי התיקון נועד לתקן ולהחאים את אזכורי החקיקה שמצויין בחש"צ, אשר אינם עדכניים (במיוחד בתחומי דיני העונשים והפרוצדורה הפלילית), להתפתחות שחלה במהלך השנים בחקיקה הישראלית בתחומים אלה.

ענף יעוץ וחקיקה

הצעות תיקונים בחוק שירות הקבע בצה"ל (גמלאות)

בתקופה האחרונה הופצו בין משרדי הממשלה מספר תזכירי הצעות חוק לתיקון חוק שירות הקבע בצבא הגנה לישראל (גימלאות) בנושאים הבאים :

מענק עבור תקופת שירות עודפת מעל 35 שנה

ה מ ט ר ה

עד היום לא זכאי גימלאי שפרש משירות קבע לביטוי כספי כלשהו עבור תקופת שירות שמעבר לתקופת השירות המזכות בקיצבה מירבית, היינו, חייל ששירת מעל ל-35 שנים בשירות קבע לא זכאי למענק או קיצבה בשל תקופת השירות העודפת על אותן 35 שנים. בחוק שירות המדינה (גימלאות) בא עיוות זה לידי תיקון בתשמ"א (תיקון מס' 23).

עיקרי ההצעה

בהתאם לנוסח המוצע יתוקן סעיף 33 לחוק באופן שיקבעו בו :

א. תשלום מענק שחרור, בנוסף לקיצבה, עבור שנות השירות העודפות על 35 שנים והעודפות על תקופת שירות המזכה במירב הקיצבה.

ב. תשלום מענק שחרור בנוסף לקיצבה, לחייל שהוא בגיל שמעל 55, עבור שנות שירות העודפות על אלו שבגינן הוא זכאי לקיצבה מירבית (ולא פחות מ-35 שנים), בין אם הקיצבה המירבית מגעת לו עקב צירוף תקופות שירות קודמות ובין אם הוא זכאי לקיצבה מירבית בשל "גימלאות כפל" כהגדרתן בסעיף 29(א) לחוק.

ת ח ו ל ה

מוצע להחיל את התיקון המוצע על מי שפרש מהשירות בתאריך 1 באפריל 1980 ואילך.

פיצוי בגין קיצבה ששולמה באיחור

ה מ ט ר ה

עקב שחיקת ערך הכסף בתנאי המשק דהיום יהא זה אך מוצדק כי סכומי הקיצבאות יעודכנו בהתאם לשוויין בעת ביצוע התשלום בפועל. המחוקק הכיר בצורך להבטיח תשלום קיצבה במועדה (ראה ס' 16 לחוק הגנת השכר, התש"ח-1958) על-ידי קביעת פיצויי הלנה בגין איחור בתשלום הקיצבה. מאחר ופיצויי הלנה נועדו למלא תפקיד מעין עונשי ומרתיע לגבי החייב בתשלום, אין זה הולם להטילם על הרשות המשלמת קיצבה על-פי החוק. לכן מוצע הסדר הדומה במתכונתו להסדרים החלים על החזר כספים על-ידי המדינה לגבי תשלומים בגין מיסים (ראה למשל חוק מס ערך מוסף, תשל"ו-1975, פקודת מס הכנסה, חוקי מיסים עקיפים).

עיקרי ההצעה

- א. ינתן פיצוי על-ידי הצמדת הקיצבה למדד המחירים לצרכן וכן תשולם ריבית לא צמודה בשעור 3% לשנה.
- ב. תינתן ארכה של 60 יום לתשלום הקיצבה ללא תוספת הפרשי הצמדה וריבית. בתום תקופת הארכה יווספו לקיצבה הצמדה וריבית החל מהיום הראשון לאיחור ועד ליום התשלום בפועל.

ת ח ו ל ה

ההסדר המוצע יחול על קיצבה שמועד תשלומה יחול לאחר תחילת החוק המוצא.

מענק לשאירי חייל שנפטר

ה מ ט ר ה

על-פי המצב הקיים, זכאים שאירים של חייל שנפטר בזמן שירות הקבע, לאחר חמש שנות שירות קבע לפחות, לתשלום קיצבה, ושאירי חייל שנפטר תוך כדי ועקב שרותו זכאים לקיצבה בלא קשר למשך שירותו קודם הפטירה - ואולם אין השאירים זכאים למענק בנוסף לקיצבה כפי שזכאים להם שאירי שוטרים על-פי חוק שירות המדינה (גימלאות). יצויין כי חייל שפוטר משירות קבע והוא זכאי לקיצבת פרישה, וכך חייל שהרמטכ"ל הורה

על הוצאתו לקיצבה (לפי ס' 16 לחוק) זכאים למענק בנוסף לקיצבה. העיוות שבמצב דברים זה בולט במיוחד באותם מקרים בהם מצא החייל את מותו סמוך למועד פרישתו.

עיקרי ההצעה

מוצע ליתן מענק לשאייריו של חייל שנפטר בזמן שירותו בקבע לאחר ששירת עשר שנים לפחות ובמלאת לו 40 שנה, וזאת בנוסף לקיצבה המשתלמת להם. התיקון המוצע מאבחן בין פטירה בזמן שירות הקבע ובין פטירה תוך כדי ועקב שירות הקבע ומאפשר לשאייריו של החייל לבחור בהתאם לנסיבות הפטירה בין שתיים :

א. פטירה בזמן שירות קבע

1. קיצבה בשיעורים שזכאים להם שאירי חייל שנפטר בזמן שירות הקבע.
- או 2. קיצבה בשיעורים שזכאים להם גימלאים (שעור נמוך מאשר אילו נפטר כחייל) בתוספת מענק בשיעור ההולך וגדל ככל שגילו של החייל ערב פטירתו היה גבוה יותר.

ב. פטירה תוך כדי ועקב השירות

1. קיצבה בשיעורים שזכאים להם שאירי חייל שנפטר תוך כדי ועקב השירות.
- או 2. קיצבה בשיעורים שזכאים להם שאירי גימלאי שנפטר עקב השירות (שיעור נמוך מאשר אילו נפטר תוך כדי ועקב השירות) בתוספת מענק ההולך וגדל ככל שגילו של החייל ערב פטירתו היה גבוה יותר.

ת ח ו ל ה

מוצע כי התיקון יחול רטרואקטיבית החל מ-1 באפריל 1982, כך שיכללו גם בני משפחה של הנופלים במלחמת שלום-הגליל.

קיצור תקופת אכשרה לצורך תשלום קיצבת שאירים

ה מ ט ר ה

סעיף 22 לחוק קובע כי חייל שנפטר בשירות קבע (שלא עקב השירות) והוא שירת בו לפחות 5 שנים, זכאים שאיריו לקיצבה. לפיכך שאירי חייל שנפטר בשירות קבע בטרם מלאו 5 שנים לשירותו אינם זכאים לקיצבה.

בקרנות הפנסיה ההסתדרותית היתה קיימת תקופת אכשרה של 3 שנים וזו קוצרה לשנה אחת. בימים אלה נמצאת בשלבי טרום-חקיקה הצעה דומה לתיקון חוק שירות המדינה (גימלאות) ומאחר ואין יחוד בנושא זה לעובדי המדינה ולשאיריהם על-פני חיילים ושאיריהם, מוצע התיקון.

עיקרי ההצעה

תקופת האכשרה לקבלת קיצבת שאירים תקוצר מחמש שנים לשלוש שנים.

ת ח ו ל ה

מוצע כי התיקון יחול רטרואקטיבית החל מיום 1.4.82 ויחול ממועד זה גם על שאיריו של חייל שנפטר לפני כן.

הארכת תקופת הזכאות של אלמנה עם ילדים

ה מ ט ר ה

אלמנה שנישאה בשנית ונשואיה פקעו תוך חמש שנים או הוחל בהליכים לפקיעת הנשואין בתוך מועד זה, מוחזרת זכאותה לגימלאות שהיתה זכאית להן עובר לנישואיה. הואיל וקשיי התמודדותה של אלמנה, שלה יתום או יתומים, עם הבעיות החדשות שנוצרות, גדולים לעין שיעור מהקשיים עמם מתמודדת אלמנה שאין עימה ילדים, מוצע להאריך את המועד כפי שהוארך בחוק משפחות חיילים שנספו במערכה (תגמולים ושיקום).

עיקרי ההצעה

סעיף 28(ג) לחוק יתוקן באופן שתוארך התקופה בה רשאית אלמנה עם ילדים לקבל זכויות שהיו לה עובר לנישואיה השניים, מחמש שנים לשבע שנים.

הגדלת אחוזי קיצבה ע"י הרמטכ"ל

כמו-כן הוגשה הצעה לשינוי החלטת ממשלה בדבר הגדלת אחוזי קיצבה על-ידי הרמטכ"ל.

איש קבע הפורש לגימלאות, זכאי עפ"י החוק לקיצבה בשיעור 2% עבור כל שנת שרות (למעט אלו המשרתים ב"תפקידים מיוחדים"). החוק מסמיך את הרמטכ"ל להוסיף אחוזי קיצבה (בדרך של הגדלת תקופת השירות) עבור תקופת שירות מעל גיל 40, זאת עפ"י תנאים שתקבע הממשלה (ס' 53(ב) לחוק). בהתאם לסעיף 53 קבעה הממשלה כי הרמטכ"ל רשאי להגדיל את תקופת השירות של חייל שנתקבל לשירות קבע לאחר שהגיע לגיל 40, או שנתקבל קודם לכן לשירות הקבע וחלה הפסקה בשירותו או שהוא בעל עיסור על"ה.

נציב שירות המדינה מוסמך להגדיל עד כדי הכפלה את תקופת שירותו של עובד מדינה בין אם נכנס לשירות לפני גיל 40 ובין אם נכנס לשירות לאחר שהגיע לגיל זה (ראה ס' 100(ב) לחוק שירות המדינה (גימלאות)) כשלידו ועדה מייעצת מיוחדת הבוחנת את המקרים וממליצה בפניו.

הפרישה משירות הקבע בצה"ל היא לעיתים תכופות, כאשר בעת הפרישה החייל הוא צעיר באופן יחסי ואחוזי קיצבתו נמוכים.

מוצע כי במקביל לסמכות נציב שירות המדינה יוסמך גם הרמטכ"ל להגדיל את תקופת השירות של חיילים בשירות הקבע בצה"ל הפורשים מהשירות לאחר גיל 40 אף אם שירתו ברציפות מסיום שירות החובה. סמכות ההגדלה תאפשר לסייע לאלו הפורשים עם אחוזי קיצבה נמוכים ויכולת השתכרותם נמוכה מחמת בריאות לקויה שלהם או של בני משפחתם התלויים בהם; מחמת כורח אובייקטיבי אחר, קשיי תעסוקה, חוסר מקצוע וכו'.

עיקרי ההצעה

- א. ניתן יהיה להגדיל רק תקופת שירות אותה שרת חייל בהיותו מעל גיל 40 (תנאי הכרחי הנובע ממצוות החוק).
- ב. שיעור ההגדלה יקבע בכל מקרה לגופו ובלבד שסך כל התקופה המחושבת לא יעלה על כפל תקופת השרות בפועל.
- ג. תנאי מוקדם לשימוש בסמכות ההגדלה הוא שהחייל שרת בשירות קבע חמש שנים לפחות.
- ד. תוקם ועדה מייעצת אשר תמליץ המלצותיה בפני הרמטכ"ל לאחר שתיבחן כל מקרה לגופו.

בנוסף לכל אלו נמצאים בשלב של נסוח סופי ההצעות הבאות :

**השורות הקיצבה המזערית הניתנת לנכה צה"ל ולנכה אחר
בעת פרישתם**

ה מ ט ר ה

משום הגדרה מצומצמת של המונח "נכה" בחוק כך שאינה כוללת נכה צה"ל, הקיצבה המזערית לה הוא זכאי היא 20%, בעוד שנכה שאינו נכה צה"ל זכאי לקיצבה מזערית של 20% ותוספת של פרומיל לכל אחוז מדרגת נכותו. עיוות כזה אינו קיים לגבי עובדי מדינה כולל שוטרים באשר הגדרת "נכה" בחוק שירות המדינה (גימלאות) אינה מסוייגת בסייג הנ"ל. כמו-כן לא מאפשר החוק הקיים לנכה צה"ל לבחור בחלופה האמורה לעיל, במקרים בהם דרגת נכותו מאפשרת לו לבחור בין חלופות שונות של קביעת שיעור קיצבתו.

עיקר ההצעה

תיקון הגדרת "נכה" ומחיקת הסייג האמור בסעיף 1 לחוק. הוספת אפשרות חליפית בסעיף 17(ד) לחוק שתאפשר לנכה לבחור בקיצבה בשיעור של 20% + 3 פרומיל מאחוזי נכותו.

ת ח ו ל ה

ממועד הפרסום.

**רכישת חלי"ת בסכום מופחת ע"י חייל(ת) המתלווה לבן-זוגו
היוצא בשליחות לחו"ל מטעם המדינה**

ה מ ט ר ה

להתאים את זכויות חייל(ת) המתלווים לבני-זוגם היוצאים לחו"ל מטעם המדינה, לאלו של עובדי המדינה, בנוגע לסכומים שעל אותם עובדים לשלם לצורך רכישת תקופת היותם בחלי"ת כח"ל מחמת הסיבה הנ"ל.

עיקר ההצעה

תיקון תקנות שירות הקבע הנוגעות לצירוף תקופת חל"ת בדרך של הוספת הוראה מיוחדת לגבי אותם חיילים וקביעת שיעור תשלום מופחת.

סוף דבר

ההצעות שהבאנו לפניך הקורא הינן בראשית דרכן.
לא נוכל אלא לקוות כי הן יתממשו בהמשך הליכי החקיקה. ימים יגידו.

ענף יעוץ וחקיקה

הצעה לשינויים מרחיקי לכת בנושא תפיסת חפצים עפ"י חש"צ

ר ק ע

משרד המשפטים יזם לאחרונה את הצעת חוק לתיקון פקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש) (תפיסת חפצים) התשמ"ד - 1984.

התיקונים המוצעים בהצעה מבוססים על המלצותיה של הועדה לסדר הדין הפלילי בראשותו של השופט (דימ.) א.פ. לנדא.

משנתבקשו להגיש התיחסותנו להצעה, יזמנו, לאחר תאום מוקדם עם משרד המשפטים, הכללתם בהצעה של סעיפים המתקנים את הוראות חוק השיפוט הצבאי.

מטרת תיקונים אלה היא להחיל על המערכת המשטרית והמשפטית בצבא את הוראות פקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש) (נוסח חדש) תשכ"ט - 1969 (להלן: הפסד"פ), בנושא תפיסת חפצים, בשינויים המחויבים ממכנה מערכת זו.

בחוק השיפוט הצבאי קבועים הסדרים מיוחדים לענין תפיסת חפצים, השונים מאלו הקבועים בפסד"פ:

- א. למעט כפיפותה להוראותיו של נשיא בית דין צבאי מחוזי, לפי סעיף 525 לחש"צ, אין המשטרה הצבאית מוגבלת כיום בחוק ביחס לתקופת ההחזקה בחפצים התפוסים על ידה בלא שהוגש כתב אישום. כמו כן אין הוראה המחייבת את המשטרה הצבאית להחזיר חפץ שנתפס, אם לא הוגש כראיה לבית הדין וההליכים לגביו נסתימו (סעיפים 35 ו-37 לפסד"פ).
- ב. אין בחש"צ קביעה מפורשת של סמכות בית הדין להורות מה ייעשה בחפצים שהוגשו כראיה, כפי שהדבר מצוין במפורש בסעיף 36 לפסד"פ.
- ג. אין בחש"צ כל הסדר לעיון חוזר או לערר על החלטת נשיא בית הדין המחוזי לפי סעיף 525.
- ד. אין בחש"צ הסמכה מפורשת של נשיא בית הדין להורות על מכירת התפוס (סעיף 38 לפסד"פ) או הנחיות ביחס לטיפול בחפצים שבעליהם לא נמצאו (סעיף 42 לפסד"פ).

ה. סעיף 39 לפסד"פ, מאפשר לבית המשפט, בנוסף על כל עונש שיטיל, לצוות על חילוטו של חפץ, בתנאים המפורטים שם (ההדגשות שלנו).

עם החלתן של הוראות הפסד"פ על תפיסת חפצים לפי השח"צ ימצאו את פתרונם הקשיים שמנינו לעיל, וכן נוספת כאמור האפשרות של צו חילוט החפץ, כעונש נוסף שבית הדין מוסמך להטיל על הנאשם (במאמר מוסגר נציין כי יש הסוברים כי אין בכך כדי ל"הרע" עם הנאשם, שכן יהיה זה חלק ממכלול העונשים שיוטלו על הנאשם).

הצעת התיקון

עיקרה של הצעת התיקון, המפורטת בתזכיר שהגיש משרד המשפטים, הוא כדלקמן :

א. מוצע לקבוע כי בית משפט השלום לא יוכל להאריך את תקופת תפיסתו של חפץ לפי סעיף 35 מעבר ל-18 חודשים מיום תפיסתו, אלא מנימוקים מיוחדים שירשמו.

ב. לענין העיון החוזר בהחלטה, מוצע כדלקמן :

(1) להקנות לאדם מידינו נלקח החפץ או לאדם הטוען לזכות בחפץ לפנות לבימ"ש השלום בבקשה לעיון חוזר בהחלטתו בנוגע לחפץ, אם אותו אדם לא השתתף בדיון שבו ניתנה ההחלטה או אם נתגלו נסיבות חדשות או נשתנו הנסיבות, והדבר עשוי לשנות את החלטתו הקודמת של בית המשפט (סעיף 35 א' המוצע).

(2) להקנות לצדדים אפשרות לערור על החלטת בית משפט השלום לפי סעיף 34 או על החלטתו בבקשה לעיון חוזר, תוך 21 יום, לפני בית המשפט המחוזי. המשטרה תהיה רשאית להמשיך ולהחזיק בחפץ במשך אותם 21 ימים ואם החליטה להגיש ערר - תוכל להחזיק בחפץ עד להכרעה בערר (סעיף 35 ב' המוצע).

ג. תקבע הוראה המסמיכה את שר המשפטים להחקין תקנות בכל הנוגע לביצוע הפסד"פ.

בהתאם להצעתנו, יתווספו בתזכיר החוק לתיקון הפסד"פ, התיקונים הבאים :

א. בסעיף 227 לחש"צ (שוטר צבאי וסמכויותיו) בסוף סעיף משנה (1) יבוא :
לרבות הסמכות הנתונה לשוטר או למשטרה לפי סעיפים 32, 33 לפסד"פ.

ב. במקום הנוסח הנוכחי של סעיף 523 לחש"צ יבוא נוסח חדש הקובע :

- (1) סעיפים 34-42 לפסד"פ יחולו על תפיסת חפצים לפי חש"צ, בשינויים המחויבים (והמפורטים בתזכיר).
- (2) הכרעת בית הדין בתפוס, על פי סעיף 36 לפסד"פ, ניתנת לערעור כאילו היתה פסק דין.
- ג. סעיפים 524-526 לחש"צ - בטלים.
- ד. בסעיף 403 לחש"צ ימחקו המילים: החזרת רכוש, החרמת מכשירי עבירה.

ס ל כ ו ם

גישה זו, של העתקה אל חוק החש"צ, של הוראות הפסד"פ, הינה חידוש משמעותי לגבי הדרך שהיתה מקובלת עד כה בנושא תיקוני החש"צ.

הדרך שהוצעה על ידנו במקרה זה מבטאת את שאיפתנו לזהות בסדרי הדין, ראיות ודין פלילי בין שתי המערכות - זולת אם קיימים טעמים מיוחדים הנובעים מהמסגרת הצבאית. גישה זו מונעת את הצורך בהליכי חקיקה נפרדים לצורך תיקון החש"צ.

בנושא שלפנינו, אין כל הצדקה לשוני, ומן הראוי כי דין אחד יהיה למי שנתפס רכוש אגב שימוש בסמכויות לפי הפסד"פ ולמי שנתפס רכוש לפי החש"צ.

ענף יעוץ וחקיקה

תזכיר חוק מאגר מידע · התשמ"ה-1985

משרד האנרגיה והתשתית יזם הצעת חוק אשר עיקרה הקמת מאגר מידע בנושא מחקר ופיתוח במרכז הלאומי למידע טכנולוגי ומדעי, הפועל במסגרת המשרד. על פי ההצעה תוטל חובה על כל מי שעורך דין וחשבון על מחקר מדעי בתחומי המדע, הטכנולוגיה, כלכלה, חברה ותרבות, למסור העתק הדו"ח למאגר המידע. זאת בין אם הוצאות המחקר נעשו במימון ממלכתי, ובין אם הוצאות המחקר לא נעשו במימון ממלכתי (לגבי המקרה השני נותנת הצעת החוק הגנה מיוחדת, המתירה למממן המחקר שלא לגלות סוד מקצועי). המאגר נועד לרכז מידע על המחקר המדעי בישראל ולמנוע בזבוז משאבים כתוצאה ממחקרים כפולים.

בהתייחסותנו להצעה הצבענו על כך כי הקמת המרכז הלאומי למידע מעוררת בעיה קשה של שמירת סודיות המחקרים בעלי אופי צבאי ובטחוני, וכי יש צורך לקבוע בחוק הוראות מיוחדות המתיחסות למחקרים של מערכת הבטחון.

בהקשר לכך ציינו כי הסדרים מיוחדים למערכת הבטחון, בתחומים דומים, הוכרו כבר בעבר בחקיקה - ראה סעיף 13(ה) לחוק הגנת הפרטיות התשמ"א-1981, וסעיפים 94 ו-95 לחוק הפטנטים תשכ"ז-1967.

לפיכך הצענו שבחוק יקבע כי למערכת הבטחון ינתן שיקול דעת להחליט שמחקרים מסויימים, לא יועברו כלל, מטעמים של סודיות ובטחון המדינה, לרשות מאגר המידע המתוכנן.

לגבי אותם מחקרים שעותק מהם יועבר למרכז המידע הצענו לקבוע שתי דרגות סווג :

- (1) כאלה שזכות העיון בהם תינתן רק לרשויות המדינה.
- (2) כאלה שזכות העיון בהם תינתן לציבור הרחב, כפוף למגבלות שיוסדרו בתקנות.

מחלקת היועץ המשפטי למערכת הבטחון קיבלה את עיקרה של גישה זו ובהתייחסותה לתזכיר הציעה לקבוע בחוק הוראה בזו הלשון :

"חוק זה לא יחול על מידע בנושאי מחקר ופיתוח של משרד הבטחון על כל שלוחותיו, צה"ל, שירות בטחון כללי והמוסד למודיעין ולתפקידים מיוחדים, וכן על מידע בנושאי מחקר ופיתוח שממשלת ישראל קבעה שביטחון המדינה מחייב לשמור אותם בסוד".

על ההתפתחויות בתהליכי החקיקה של החוק - בגליונות הבאים.

רפורמה במיסים העקיפים באיו"ש ובאזח"ע

הרקע לרפורמה

מבחינה מעשית ישראל, איו"ש ואזח"ע מהווים יחידה כלכלית אחת, מאחר ומאז 1967 הותר מעבר חופשי של אנשים וטובין ביניהם ללא מגבלות מכס, רישוי וכיו"ב.

פועל יוצא מכך הוא הצורך באחידות שעורי המיסים העקיפים - מיסים על יצור וצריכה מצד אחד ומיסים על יבוא מצד שני, שאם לא כן יגרום הדבר למחיר שונה של טובין באזורים ובישראל, דבר שהוא בלתי נסבל במצב של איחוד כלכלי כאמור.

איחוד כלכלי זה גם מצדיק מבחינה משפטית הטלת מיסים עקיפים חדשים באזורים, אם הוטלו מיסים כאלה בישראל - ראה בג"ץ 69/81 אבו עיטה נ. מפקד איו"ש (פד"י ל"ז (2) 197 - אישור הטלת מע"מ באזורים).

חקיקת המיסים העקיפים בישראל היא עצומה בהיקפה ונעשים בה שינויים כמעט מידי יום, בייחוד בנושא שיעורי המיסים.

החקיקה באזורים פיגרה בהרבה אחרי החקיקה בישראל הן בנושאים מהותיים והן בנושא תעריפים ושיעורי מס. זאת ועוד, משפורסמו דברי חקיקה הם לא פורסמו תמיד בצורה תקינה - חלקם ללא תרגום בערבית, וחלקם באיחור ניכר.

ענף הדין-הבינלאומי השלים לא מכבר פרויקט של עדכון המיסים העקיפים באיו"ש - הן מיסי יבוא והן מיסים על צריכה מקומית.

שתי הנחות יסוד הנחו אותנו בפרוייקט זה :

א. השוואת החקיקה לישראל.

ב. מנגנוני הצמדה לשיעורי המס בישראל, זאת מאחר והמערכת המשפטית העוסקת בנושא מצומצמת ואינה יכולה להעמיד צוות של אנשים שיעסוק מדי יום ביומו בחקיקה שוטפת של עדכוני שיעורים ופריטים חייבי מס.

מיסי היבוא

בישראל מוטלים על הטובין המיובאים, כולם או מקצתם, שורה של מיסי יבוא: מכס, מע"מ, מס-קניה ותשלומי חובה.

לפני כשנה נכנס לתוקפו באזור הצו בדבר תעריפי מכס. הצו קובע את העקרון כי על טובין המיובאים לאזור יוטל מס הנקרא דמי מכס השווה בסכומו לסך מיסי היבוא שהיו מוטלים בישראל על אותם טובין אילו יובאו לישראל ונפדו מפיקוח רשות המכס.

כדי לשמור על עקרון שלטון החוק נקבעה הוראה לפיה ישנה חובת הפקדה של החוקים המטילים את מיסי היבוא בישראל לעיון הציבור בתחנות המכס, וזאת על-מנת שהציבור המקומי יוכל לברר את שיעור מיסי היבוא.

עקרון שני שקבוע בצו הוא שיחולו באזור רק אותם הפטורים ממיסי יבוא הקבועים בדין הישראלי ולא יחולו הפטורים הקבועים בדין המקומי, אשר הינם שונים בחלקם מהפטורים הקבועים בדין הישראלי. הוראה זו נחקקה לאחר שבעבר הוגשו תביעות על-ידי מוסדות ציבור שונים לפטור ממיסי יבוא בהסתמך על הדין המקומי, במקרים שבהם לא נהוג פטור ממיסי יבוא בישראל.

עקרון שלישי הקבוע בצו הוא פטור ממיסי יבוא במעבר טובין מישראל לאזור, אם שולמו על הטובין מיסי יבוא ביבואם לישראל או ביצורם בה. הוראה זו נחוצה שכן ישראל היא "חוץ לארץ" ביחס לאזורים.

יחד עם זאת, אם אדם ניצל יצוא לאזור לצורך השגת פטור ממיסים בישראל, אשר לא היה זכאי לו אילו מכר הטובין בישראל, יהיה חייב במס באזור. למשל, מכירת טובין בישראל חייבת במקרים מסויימים במס-קניה, אך מכירה לשם יצוא פטורה ממיס-קניה. אדם שיצא טובין מישראל לאזור, פטור לכאורה ממיס-קניה בישראל, אך הוא יתחייב במס באזור, שכן יבואם לאזור יהיה חייב בדמי מכס בשעור השווה למס-הקניה אשר היה מוטל בישראל, אילו הטובין נמכרו בישראל.

בנוסף לכך נציין כי בישראל הוטל לפני כשנה היטל על שירותים מיובאים. בעקבות כך נחקקו צווים מקבילים באיו"ש ובאזח"ע המטילים היטל על שירותים מיובאים. היה צורך בצו זה שכן הצו בדבר תעריפי מכס חל רק על יבוא טובין ולא חל על יבוא שירותים.

מיסים על יצור וצריכה מקומיים

המיסים העיקריים המוטלים על ייצור ועל צריכה מקומיים בישראל הם - מע"מ ומס קניה. לא מכבר, לאחר עבודת הכנה ממושכת אושרו לפרסום תקנות הבלו על נכסים מקומיים המטילים מס-קניה (המכונה באזורים בלו רגיל) ומס ערך מוסף (המכונה באזורים בלו מוסף) וכן תקנות בדבר ניהול פנקסי חשבונות לענין בלו מוסף. תקנות אלה הינן דבר החקיקה בעל ההיקף הרב ביותר שהוכן ביחס לאזורים.

התקנות בנושא מע"מ מכילות את הוראות חוק מע"מ וכל התקנות והצווים שהוצאו מכוחו, בהתאמות טכניות לאזור, זולת שינוי מהותי אחד - באזור לא קיים המוסד של מלכ"ר (מוסד ללא כוונת רווח) ולפיכך מוסדות ציבור באזורים לא יהיו חייבים במס שגר, אותו חייבים מוסדות ציבור בישראל.

ביחס למס-קניה (בלו רגיל) נעשה שימוש בטכניקה דומה לזו שבצו בדבר תעריפי מס - היינו הפניה לשעורי מס-הקניה כפי תוקפם מעת לעת בישראל, כשהוטלה חובת הפקדה לעיון הציבור של שעורי מס-הקניה החלים בישראל.

ענף הדין הבינלאומי

צו על תנאי

הדחת מועצות העיריות באיו"ש ועריכת בחירות להן

(בג"ץ 774/83 - עמר נ' שר-הבטחון)

הרקע לעתירה

הממשל הצבאי הישראלי התיר פעמיים לערוך בחירות לרשויות המוניציפליות באיו"ש ב-1972 וב-1976. עפ"י חוק העיריות הירדני יש לקיים בחירות למועצת עיריה מדי ארבע שנים⁽¹⁾. הבחירות לעיריות באיו"ש שנתקיימו ב-1976 שהיו אמורות מעצם טבען להיות בחירות בעלות אופי מוניציפלי, הפכו להיות בחירות פוליטיות ונושא למאבק בין תומכי ירדן לתומכי אש"ף באיו"ש, כאשר גברה ידם של תומכי אש"ף בבחירות אלה. כחלוף ארבע שנים מהבחירות, היו צריכות להתקיים בשנת 1980 בחירות לעיריות באיו"ש.

בשנת 1980 נתקבלה החלטה במערכת הבטחון שלא לקיים שוב בחירות מחשש שהן ינוצלו לביסוס כוחו של אש"ף באותן עיריות עליהן טרם הצליח להשתלט ולחזק את כוחו באותן עיריות בהן כבר שלטו תומכיו.

לפיכך חוקק בשנת 1980 צו המאריך את כהונת מועצות העיריות עד למועד בו ינתן צו אחר על-ידי מפקד כוחות צה"ל באזור⁽²⁾.

ההחלטה שלא לערוך בחירות בשנת 1980, עוררה אמנם מחאות בקרב הציבור המקומי באיו"ש אך אלה לא חרגו מביקורת מילולית ולא הוגשה על-כך שום עתירה לבג"ץ. הסיבה לכך היתה, ככל הנראה, שתומכי אש"ף היו מבוססים כבר היטב בעיריות.

ב-8 בנובמבר עבר הממשל הצבאי שינוי ארגוני כשמפקדת איו"ש פוצלה בין מינהל אזרחי למפקדה הצבאית⁽³⁾. הקמת המינהל האזרחי עוררה תסיסה כללית עד כדי מרי אזרחי באיו"ש, כיוון שחוגים רחבים באוכלוסיה ראו בהקמת המינהל האזרחי שלב בכיצוע הסכמי קמפ-דייוויד, אותם כידוע דחה אש"ף באופן מוחלט.

מועצות העיריות באיו"ש וראשיהן היו המובילים במאבק כנגד המינהל האזרחי. חלק ניכר ממועצות העיריות באיו"ש החרימו את המינהל האזרחי וסרבו לשתף פעולה עמו. עקב כך נפלה החלטה במערכת הבטחון להעביר מתפקידן את מועצות העיריות אשר יסרבו לשתף פעולה עם המינהל האזרחי. ההחלטה נפלה לאחר יעוץ משפטי שניתן על-ידי ענף הדין-הבינלאומי שלפיה ניתן להדיח בשטח מוחזק עובדי ציבור שאינם משתפים פעולה עם המעצמה המחזיקה.

חנות-דעת זו אושרה על-ידי פרקליטות המדינה. כל הביצוע של פיזור מועצות העיריות נעשה גם הוא לאחר יעוץ משפטי צמוד בהנחיית ענף הדין-הבינלאומי ובאישור פרקליטות המדינה.

בכל פיזור של מועצת עיריה היו כמה שלבים :

- א. המינהל האזרחי באיו"ש הביא דרישה לפיזור מועצת עיריה לאחר שהיה מצוי בידי חומר על-כך שמועצת עיריה החליטה שלא לשתף פעולה עם המינהל האזרחי והוכח כי בפועל, מעבר להכרזות, מועצת העיריה החרימה את המינהל האזרחי.
 - ב. ראש המינהל האזרחי זימן אליו את חברי מועצת העיריה⁽⁴⁾, כדי לתת להם הזדמנות לחזור בהם מהחרמת המינהל האזרחי.
 - ג. אם חברי מועצת העיריה לא התייצבו אצל ראש המינהל האזרחי, או התייצבו אצלו אך סרבו לחזור בהם מהחרמת המינהל האזרחי פיזר ראש המינהל האזרחי את מועצת העיריה⁽⁵⁾.
- מועצת העיריה הראשונה שפוזרה היתה מועצת עירית אל-בירה⁽⁶⁾. אחרי מועצת עירית אל-בירה פוזרו עוד כמה מועצות נבחרות מהטעם של אי-שיתוף פעולה עם המינהל האזרחי⁽⁷⁾. תחת מועצות העיריות שפוזרו מזנו "ועדות מנהלות"⁽⁸⁾. פיזור מועצות העיריות לא גרר אחריו מאבק משפטי⁽⁹⁾.

העתירה לבג"ץ

רק למעלה משנה וחצי אחרי שפוזרו מועצות העיריות הגישו חבריה המודחים של מועצת עירית דורא עתירה לבג"ץ בנושא הדחת המועצה וקיום בחירות למועצת העיריה⁽¹⁰⁾. אין לדעת מדוע השתהו חברי מועצת עירית דורא בהגשת העתירה לבג"ץ, אך הנסיבות מצביעות על-כך שחל שינוי באש"ף בנושא הבחירות לעיריות באיו"ש⁽¹¹⁾.

בעתירה נתבקש צו על-תנאי בנושאים הבאים :

- א. מדוע לא יוחזרו חברי מועצת עירית דורא המודחים לתפקידיהם.
- ב. מדוע לא יבוטלו הצווים הממנים ועדה מנהלת לעירית דורא.
- ג. מדוע שלא יערכו בחירות לעירית דורא מכוח חוק העיריות הירדני.

הדיון בביהמ"ש העליון התקיים בשני שלבים :

א. הדיון בהוצאת צו על-תנאי.

ב. דיון בצו החלטי לאחר שהוצא צו על-תנאי.

הדיון בהוצאת צו על-תנאי

לקראת הדיון בהוצאת צו על-תנאי הוגשה על-ידי פרקליטות המדינה הודעה מפורטת לביהמ"ש העליון. בהודעה מתוארת ההשתלשלות העובדתית שהביאה להדחת מועצת עיריית דורא: החרמת המינהל האזרחי להלכה (בהחלטות מועצת העירייה) ולמעשה (בהפסקת מתן רוב השירותים המוניציפליים לתושבי דורא). כמו-כן נטען בהודעה כי חל שיהוי רב מאז הודחה המועצה ועד הגשת העתירה (למעלה משנה וחצי). החלק השני של ההודעה מסביר את הרקע לאי-עריכת בחירות למועצות העיריות: העדר רצון הממשל הצבאי באיו"ש להפוך את הבחירות לפוליטיות וכמנוף לחיזוק מעמד אש"ף באיו"ש.

הדיון בהוצאת צו על-תנאי נתקיים בביהמ"ש העליון ב-15 בפברואר 1984. בהרכב ביהמ"ש העליון ישבו השופטים ברק, נתניהו וגולדברג. למרות התנגדות פרקליטות המדינה, הוצא צו על-תנאי לבקשת העותרים, אולם הצו על-תנאי הוצא רק על חלק מהנושאים שהועלו בעתירה - קיום בחירות בעתיד להבדיל מנושא עצם חוקיות ההדחה של המועצה. ההחלטה מדוע צומצם הצו על-תנאי רק לנושא אחד - עריכת הבחירות לעיריית דורא לא נומקה על-ידי השופטים, ואי-אפשר לדעת אם הסיבה היתה בגלל השיהוי בהגשת העתירה או לגופו של ענין - החלטה כי פיזור המועצה היה כדין.

הדיון בצו החלטי

עקב הוצאת הצו על-תנאי הוגש תצהיר תשובה עליו חתם מתאם הפעולות ביהודה, שומרון וחבל עזה דאז מר בנימין בן-אליעזר.

בתצהיר התשובה הודגש כי אין המדובר רק בבחירות לעיריית דורא אלא בעריכת בחירות לכל מועצות העיריות באיו"ש. בתצהירו אימץ מר בן-אליעזר את ההודעה שהוגשה על-ידי פרקליטות המדינה לבג"ץ לקראת הדיון בצו על-תנאי. מר בן-אליעזר הדגיש את הניסיון השלילי שהיה בבחירות של 1976 בעליית נציגי אש"ף לשליטה ברוב מועצות העיריות באיו"ש. עוד נאמר בתצהיר, כי מועצות העיריות באיו"ש עסקו בפעילות הסתה לאלימות ולהפרות סדר כנגד

המינהל האזרחי ומדינת-ישראל בהכוונת הועדה להכוונה לאומית שמנהיגיה היו ראשי העיריות החשובות באיו"ש. קיים חשש שאילו יערכו בחירות נוספות באיו"ש הם ינוצלו על-ידי אש"ף להגברת כוחו בעיריות. על רקע זאת נחקק צו 830 בדבר הארכת כהונתן של מועצות העיריות.

פסק הדין

בהרכב שדן במתן צו החלטי בעתירה ישבו המשנה לנשיא השופטת בן-פורת והשופטים וייס ושטרסברג-כהן. פסק-הדין, שניתן על-ידי המשנה לנשיא בן-פורת בהסכמת שני השופטים האחרים, ביטל את הצו על-תנאי וקבע שדחיית עריכת הבחירות למועצות העיריות באיו"ש היתה כדין.

להלן בתמצית נימוקי פסק-הדין :

א. הכלל במשפט הבינלאומי הוא: המדינה השלטת בשטחים מוחזקים רשאית להקפיא או לשנות חוקים שהם בעיקרם בעלי גוון פוליטי. ענינים אלה כוללים, בין השאר, את הזכות לבחור.

ב. לכלל האמור חריג והוא שהמדינה המחזיקה בשטחים נמנעת בד"כ מליטול את זכות הבחירה של תושבי המקום לרשויות המקומיות, כל עוד אלה הן על טהרת התפקידים המוניציפליים המוכרים, וזאת בהיות התפקידים של רשויות מקומיות מתמצים בסיפוק שירותים חסרי כל גוון פוליטי.

ג. לחריג לכלל סייג לפיו מותר שלא לערוך בחירות לרשויות המקומיות כאשר הן עוסקות בפעילות פוליטית והן נמנעות מלשתף פעולה עם רשויות המדינה המחזיקה.

לאחר קביעת הכללים בוחנת המשנה לנשיא לאורם את העובדות הנובעות לעירית דורא - המשנה לנשיא מצטטת החלטות של מועצת עירית דורא בנושאים פוליטיים: דחיית האוטונומיה, דחיית המינהל האזרחי קריאה לשביתות והתליית השירותים המוניציפליים.

המסקנה מכל אלה היא -

"אין לישיב מילוי תפקיד מוניציפלי עם הסחה כנגד הממשל ועם השקפת חברי המועצה הכורכת יחדיו את תפקידם העירוני הטהור עם נאמנותם ל"מוסדות הלאומיים" כעולה מההחלטות לעיל. לא יתכן שבחירות עירוניות ישמשו מנוף למאבק לאומי מבלי לצבוע את התפקיד העירוני בגוון פוליטי מובהק".

אחר-כך מצטטת השופטת בן-פורת את המאמר בבטאון אש"ף, פלשתיין א-ת'ורה הקורא לעריכת בחירות לעיריות באיו"ש כ"סיסמה מעשית היכולה לתת מסגרת למאבק הלאומי בשטחים הכבושים" מפעילות העיריות ומהתבטאות זו של אש"ף - אומרת השופטת בן-פורת - רשאי היה הממשל הצבאי להסיק שבחירות, אם תערכנה, לא תגרומנה לכך שתבחר בדורא מועצה שתפעל על טהרת התפקידים העירוניים כנהוג וכמקובל בעולם, אלא תחזק את הכוחות המזדהים עם אש"ף ומטרותיו הלאומיות.

לפיכך קובעת השופטת בן-פורת כי - "כנסיכות אלה מוסמך היה ראש המינהל האזרחי לא רק לפזר את המועצה, אלא גם להימנע מעריכת בחירות חדשות מעבר לתקופה הנקובה בחוק הירדני". לאור זאת קבעה השופטת בן-פורת כי הצו שהאריך את כהונת מועצות העיריות מעבר לתקופה הקבועה בחוק העיריות הירדני חוקק כדין.

ה ע ר ו ת

(1) סעיף 8(1) לחוק העיריות מס' 29 לשנת 1955 ע"ר (ירדן) מס' 1225 מיום 1.5.1955 תרגום: החוק בארצות ערב - לקט של חוקים ירדניים (הוצאת מפקדת פצ"ר, תשכ"ח) כרך א' ע' 72.

(2) הצו בדבר הארכת כהונתן של מועצות העיריות (יהודה והשומרון) (מס' 830), תש"ם-1980, קמצ"מ (איו"ש) תשמ"א ע' 318.

(3) הצו בדבר הקמת מינהל אזרחי (יהודה והשומרון) (מס' 947), תשמ"ב - 1981, קמצ"מ (איו"ש) מס' 55 ע' 56.

(4) נעיר בהקשר זה כי ב-10 במרץ 1982 תוקן הצו בדבר הוראות בטחון (יהודה והשומרון) (מס' 378), תש"ל - 1980 כך שהוסף אליו סעיף 73א' הקובע כי אי התייצבות בפני רשות מרשויות צה"ל (והמינהל האזרחי בכלל זאת) לאחר זימון, תחשב כעבירה.

(5) המקור המשפטי העיקרי לפיזור הוא סעיף 2 לצו בדבר הארכת כהונתן של מועצות העיריות. (ראה ה"ש (2) לעיל).

(6) הפיזור היה ב-18 במרץ 1982: צו בדבר פיזור מועצת עירית אל-בירה (הוראת שעה) (יהודה והשומרון), התשמ"ב - 1982.

- (7) ג'נין, קלקיליה ודורא. כמו-כן פוזרה מועצת דיר-דבואן שהיתה מועצה קרואה. ראשי עיריית שכם ורמאללה הודחו הן מסיבות בטחוניות והן מסיבות של החרמת המינהל האזרחי. ממועצות עיריות שכם ורמאללה הושעו הסמכויות לאחר שסרבו לשתף פעולה עם הרשויות המוסמכות שמונו תחת ראשי עיריות שכם ורמאללה. לא נפרט ברשימה קצרה זו את ההבדלים השונים שהיו בין ההדחות השונות.
- (8) ראה למשל צו בדבר כינון ועדה לניהול עיריית דורא (הוראת שעה) (יהודה והשומרון), התשמ"ב - 1982 מ-14 ביוני 1982.
- (9) להבדיל ממאבק פוליטי באזור ומחוצה לו. שיא המאבק היה בדיונים שקיימה מועצת-הבטחון של האו"ם, בעקבות הדחת עיריית אל-בירה בסוף מרץ ובתחילת אפריל 1982.
- (10) מועצת עיריית דורא פוזרה ב-14 ביוני 1982 (צו בדבר פיזור מועצת עיריית דורא (יהודה והשומרון), התשמ"ב - 1982) העתירה לבג"ץ הוגשה ב-19 בדצמבר 1983.
- (11) ב-23 ביוני 1983 התפרסם בבטאון אש"ף "פלשתין א-ת'ורה" (פלסטין המהפכנית) מאמר שכותרתו "הבחירות העירוניות הן צורך חיוני - התביעה לערוך בחירות היא סיסמה מעשית היכולה לתת מסגרת למאבק הלאומי בשטחים הכבושים". המאמר מעלה על נס את תפקידן הלאומי של העיריות וקורא לעריכת בחירות באיו"ש. המאמר הוגש על-ידי המדינה בהליכי הבג"ץ.

צוי פיקוח והגבלה באיו"ש ובאזח"ע

(בג"ץ 370/84 - וליד עוואד זקוט נגד מפקד כוחות צה"ל באזור עזה)

לאחרונה נדונה בבג"ץ עתירתו של סטודנט באוניברסיטת ביר-זית, תושב עזה, כנגד צו-פיקוח מיוחד שהוטל עליו לפי סעיף 86 לצו בדבר הוראות בטחון. בצו-הפיקוח חוייב העותר להתגורר במחנה פליטים שאטי בלבד ולא לשנות את מקום מגוריו ללא רשות בכתב מאת המפקד הצבאי. כמו-כן, נאסר על העותר לעזוב את תחומי נפת עזה ללא רשות והוא חוייב להתייצב כל יום בשעה 16.00 בתחנת-המשטרה בעזה ולהמצא מרדת החשיכה ועד זריחת השמש בביתו. העותר טען כי צו-הפיקוח שולל ממנו את זכותו ללמוד באוניברסיטת ביר-זית, הנמצאת כידוע באזור יהודה והשומרון וכן נמנעת ממנו האפשרות להמשיך בטפול רפואי שהוא מבקש לקבל ברמאללה.

בית המשפט-העליון מפי הנשיא שמגר החליט שלא להתערב בשיקול הדעת של הרשות המוטמכת אשר הוציאה את צו-הפיקוח, וזאת בשל מספר טעמים כדלקמן:

א. טעמי בטחון

מנתונים שנמסרו לבג"ץ על-ידי המשיב עלה כי העותר הצטרף לארגון המחבלים החזית הדמוקרטית וניהל פעילות באוניברסיטה מטעם הארגון. בית-המשפט קבע כי הכחשותיו של העותר כשלעצמן אין בהן כדי לכפות על המשיב את דחיית המידע שהיה בפניו.

ב. ועדת ערעורים

ועדת ערעורים שהוקמה לפי סעיף 85 לצו בדבר הוראות בטחון החל באזח"ע דנה בערר שהגיש העותר כנגד צו-הפיקוח. ועדת הערעורים בראשות נשיא בית המשפט הצבאי באזח"ע, החליטה לדחות את הערר וציינה כי לא מצאה בטיעוני העותר או באי-כוחו עילה או טעם למתן המלצה בדבר ביטולו של הצו. בנקודה זו נציין כי ועדת ערעורים על צוי פיקוח והגבלה קיימת רק באיו"ש ובאזח"ע. הועדה מוסמכת לעיין בכל ערעור על צוי הגבלה ופיקוח ו ל ה מ ל י ן המלצותיה למפקד כוחות צה"ל באזור. אמנם מדובר בועדה ממליצה בלבד, אך מאחר שבראשה יושב שופט בית המשפט הצבאי, ובמקרים רבים נשיא בית המשפט הצבאי, מקובל כי מפקד כוחות צה"ל באזור מקבל את המלצות הועדה.

מאידך, בישראל לא קיימת כל ערכאת ערעור על צוי הגבלה ופיקוח המוצאים מכח תקנות 109 ו-110 לתקנות ההגנה (שעת חירום) 1945, ומשמעות הדבר היא כי אדם שהוצא כנגדו צו כאמור רשאי לפנות ישירות לבג"ץ. ניתן בהחלט לומר כי בג"ץ ייטה פחות להתערב בנושא צוי פיקוח והגבלה כאשר צו פלוני נבחן על-ידי ערכאה מעין שיפוטית אשר נתנה החלטה מפורטת ומנומקת לגביה. מנגד מהווה ועדת הערעורים אמצעי בקרה וריסון המחייב את הרשויות המוסמכות לשקול היטב בטרם יוצא הצו האמור.

ג. הצו החדש

צו הפיקוח המיוחד שהוצא לעותר ואשר הגבילו לנפת עזה הומר בינתיים בצו הוצאה לפי תקנה 112(2) לתקנות ההגנה (שעת חירום) 1945 החלות באיו"ש. המשמעות של צו ההוצאה אשר הוצא על-ידי מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה והשומרון היא כי נאסרה על העותר הכניסה לאזור יהודה והשומרון, אשר בו עסק בפעילותו במסגרת ארגון המחבלים. אין ספק שהוצאת צו ההוצאה החדש באיו"ש במקום צו הפיקוח המיוחד שהוצא בעזה היוותה הקלה משמעותית לגבי העותר, שכן הותר לו לנוע בכל אזור חבל עזה ואף בתחומי מדינת-ישראל, ויחד עם זאת נמנעה כניסתו לאיו"ש שם היה מרכז פעילותו. ייתכן שלכך התכוון הנשיא שמגר בציינו בשולי פסק-הדין כי "אין גם לומר שהאמצעים שננקטו חרגו מבחינת טיבם ממה שיכול להתחייב בנסיבות אלה".

בנקודה זו יש לציין כי על-פי הנחיות שהוציא היועץ המשפטי לממשלה לגבי הוצאת צוי פיקוח והגבלה בישראל, הנחיות שאומצו גם ביהודה והשומרון וחבל עזה, יש להקפיד בעת הוצאת הצו על שני הפרמטרים הבאים :

(1) השגת המטרה של שמירה על הבטחון והסדר הצבורי, דהיינו הוצאת צו אשר יבטיח באופן אפקטיבי את התוצאה הרצויה.

(2) שמירה על פגיעה מינימלית ככל האפשר באדם שכנגדו מוצא הצו, כמובן מבלי לפגוע במטרה שלשמה מוצא הצו.

ישומן של הנחיות אלה בפועל הינו אחד המרכיבים החשובים בשמירה על שלטון החוק וביסוס היכולת להגן על עתירה לבג"ץ במקרים המתאימים.

חובת הגשת דוח"ת מס הכנסה ע"י אזרחי ישראל תושבי איו"ש

(ע"פ 123/83 חברת ק.פ.א. פלדות קרית-ארבע בע"מ
נ. מדינת-ישראל, פד"י ל"ח (1) 813)

בשנת 1978 תוקנה פקודת מס-הכנסה כך שהוסף אליה סעיף 3א', הקובע חבות במס-הכנסה על אזרחי ישראל וחברות תושבות ישראל שהופקה, נצמחה או נתקבלה על-ידם הכנסה באזורים המוחזקים על-ידי צה"ל.

תושבים אחדים בקרית-ארבע הואשמו על כך שלא הגישו דוחו"ת מס-הכנסה או לא קיימו דרישה להגיש דוח מס-הכנסה בניגוד לסעיף 131 לפקודת מס-הכנסה.

בימ"ש שלום זיכה את הנאשמים. המדינה ערערה וזכתה בביהמ"ש המחוזי. הנאשמים ערערו לביהמ"ש העליון. בהרכב ביהמ"ש העליון ישבו השופטים שלמה לוין, יהודה כהן ונתניהו. פסה"ד ניתן על-ידי השופט לוין, כאשר תוצאתו: מרבית הנאשמים הורשעו.

להלן נפרט את טענות הנאשמים והתייחסות ביהמ"ש העליון אליהן.

א. עפ"י המשפט הבינלאומי אסור להטיל מס ישיר חדש על תושבי שטח מוחזק - ביהמ"ש
אמר כי השאלה כאן היא שונה והיא האם מותר לריבון לחייב במס אזרח של המדינה מחוץ לטריטוריה, והתשובה על-כך חיובית.

ב. אין לפקיד השומה סמכות לשלוח דרישה להגשת דוח"ת אל תחומי האזור - ב"כ הנאשמים
(עו"ד משה דרורי) טען כי אמנם סעיף 3א' לפקודת מס-הכנסה מטיל חבות על אזרחים ישראלים באיו"ש, אך רק עצם החבות במס הוטלה על אזרחים הישראליים באיו"ש, ואילו שאר הוראות הפקודה (כמו סמכות פקיד השומה לדרוש דוח"ת) הינן טריטוריאליות, קרי חלות רק בתחום המדינה. ביהמ"ש דחה טענה זו. אמר השופט לוין -
"התיזה בה דגלו המערערים לפנינו מביאה לתוצאות שאינן משביעות רצון, שמצד אחד חב פלוני במס ומן הצד האחר נשללים מפקיד השומה אמצעים שהחוק מסר לידינו לגבי תושבי המדינה, כדי להקל על גבייתו. צופה הוא פקיד השומה כביכול, באותו שד נטול קרניים וקצוץ זנב, אל מעבר לגבול, ועיניו רואות כלות ומצפות לאותו רגע, שבו יעבור אחד המערערים את "הקו הירוק", כדי לנעוץ בו משיניו שעוד נותרו לו".

השופט לוין הדגיש - על-סמך הלכת אמסטרדם⁽¹⁾ כי יש שאפשר לדלות מכללא מגמה כללית המשתקפת בחוק מסויים לסטות מעקרון הטריטוריאליות, ומגמה כזו יכול שתשמע למקרא מכלול סעיפיו או מטיבה של הוראת חוק העומדת לדיון.

בנוסף לכך, כשדנים בחור אשר מתייחס לשטחים המוחזקים על-ידי צה"ל מוסרות כמה מהסיבות המחייבות פרשנות טריטוריאליות של חוקים :

א. אין פגיעה בריבון זר.

ב. הפעלת דיני המס על ישראלים באזור תהא אפקטיבית.

לפיכך כבר נפסק בעבר כי בית-משפט ישראלי רשאי להמציא מסמכי בית-דין לאדם בשטחים המוחזקים⁽²⁾ ולהוציא צו עיקול בשטחים המוחזקים מבלי להיזקק ללשכת ההוצאה לפועל המקומית⁽³⁾. לפיכך מסקנת השופט לוין כי פקיד השומה רשאי לשלוח דרישות להגשת דוחו"ת מס-הכנסה מאזרחי ישראל המתגוררים באיו"ש.

בשולי הפסק

לדעתנו, פסק הדין בפרשת ק.פ.א. נכון, אך יש לצמצם את פרשנותו: יש להבחין בין פעולות שעושה פקיד השומה מהארץ כלפי נישום בחו"ל לבין פעולות שעושה פקיד השומה או נציגו בחו"ל, (לרבות האזור), כמו עריכת ביקורת חשבונות, גבייה וכו'. ביחוד אמור הדבר לגבי גבייה שכן בגבייה ישנן פעולות הכורכות צד שלישי כמו במקרה של עיקול נכסי החייב הנמצאים אצל צד שלישי. נראה לנו כי כל עוד המשפט, השיפוט והמינהל הישראליים אינם חלים באיו"ש ובאזח"ע פקידי המינהל אינם רשאים לבצע באזורים פעילות עפ"י הדין הישראלי אלא אם כן הן הדין הישראלי והן תחיקת הבטחון באזור מסמיכים את פקידי המינהל הישראליים לפעול באזור. לעומת זאת, פקידי המינהל הישראלי רשאים לפעול מישראל כלפי חו"ל אם חוק ישראלי חל על אנשים בחו"ל אף אם הם טרם הוסמכו במפורש לעשות פעולה זו.

ואכן ביזמת ענף הדין-הבינלאומי הוכנס לפני כשנה תיקון לתקנות שעת חירום (יהודה והשומרון וחבל עזה - שיפוט בעבירות ועזרה משפטית), התשכ"ז - 1967 המסמין את פקידי המס והגבייה הישראליים לפעול באיו"ש ובאזח"ע לפי חוקי המס והגבייה הישראליים ובמקביל נחקקו צווים מקבילים בעלי תוכן דומה באיו"ש ובאזח"ע⁽⁴⁾. לצערנו, למרות שהועמדו לפני שלטונות המס הכלים המשפטיים להטיל מיסים ולגבותם מישראלים המתגוררים באיו"ש ובאזח"ע, הפעולה בנושא זה דלה ואזורים אלה משמשים עדיין מקלט לעברייני מס⁽⁵⁾.

ה ע ר ו ת

- (1) בג"ץ 279/51 אמסטרדם נ' שר האוצר פד"י ו' 945.
- (2) ע"א 211/73 שורפה נ' וכסלר פד"י כ"ח (1) 512.
- (3) ע"א 179/77 בנק-לאומי נ' הירשברג, פד"י ל"ב (1) 617.
- (4) ראה רשימה על כך במדור חידושי חקיקה בגליון מס' 2 של משפט וצבא.
- (5) ראה דו"ח הוועדה המקצועית להצעות למיסוי ולמאבק בהון השחור (ירושלים, כסלו תשמ"ה) סעיף 20 ע' 26.

ענף הדין הבינלאומי

הלכות פסוקות

עד מדינה - מי הוא זה, ואיזה הוא?

מהשלכות תיקון מס. 6 לפקודת הראיות

ע/306/84 - התצ"ר נ' ידגר ושרון

א. פתח דבר

בקבעו את הוראת סעיף 54א לפקודת הראיות (נוסח חדש), הותיר המחוקק בעינה את הדרישה לסיוע לעדותו של "עד המדינה". המחוקק אף הוסיף וחידש בכך שיחד הגדרה לעד זה:

"עד מדינה - שותף לאותה עכירה המעיד מטעם התביעה לאחר שניתנה או שהובטחה לו טובת הנאה".

מסממניה הבולטים של ההגדרה הוא נקיטת לשון רחבה, לפיה בגדר "עד מדינה" יבוא לא רק מי שהובטחה לו "טובת הנאה" אותה יקבל בעתיד, אלא אף מי שקיבל כבר בפועל את טובת הנאה.

עם זאת, דומה כי לשאלות רבות, אין ההגדרה מספקת מענה ראוי. כך, דרך משל, מצא המחוקק להסתפק בקביעת המינוח הגורף של "טובת הנאה". אף אם תאמר, כי טובת הנאה אינה כהכרח הבטחה שלא להעמיד לדין, אלא אף הבטחה פחותה מזו, הרי סתם המחוקק ולא פירש אילו הן אותן הבטחות אחרות, שלמעלת טובת הנאה הן מגיעות.

ב. השאלה שנתעוררה

נגזרת לסוגיה האמורה היא השאלה: אם חייב להתקיים קשר של זיקה עניינית בין מתן טובת הנאה לעדות הניתנת לאחר מכך בפני בית המשפט; או שמא תאמר, כי די בעצם קבלתה של טובת הנאה, כדי להכנס בשערי הגדרת עד המדינה. לשאלה זו, שטרם נבחנה למיטב ידיעתנו על-ידי בית המשפט העליון, נדרש לעת האחרונה בית הדין הצבאי לערעורים.

ג. קביעת בית הדין הצבאי לערעורים

בקבעו כי זיקה כאמור היא "תנאי בלעדי להיווצרות הסטטוס של עד מדינה", הטעים בית הדין הצבאי לערעורים, כי פרשנות זו מתחייבת ממהות הוראת החוק והרעיון העומד ביסודה.

הרציונלה שביסוד הדרישה הראייתית המיוחדת (סיוע), לעדותו של עד המדינה היא החשש הממשי למסירת עדות כוזבת, בעקבות כך שהשותף לעבירה קיבל טובת הנאה בתמורה לנכונותו לשמש עד מטעם התביעה. על-כן,

"אם טובת ההנאה ניתנת שלא בהקשר לעדות העתידית - איזהו החשש שתינתן עדות כוזבת? מדוע יהא אם כן צורך בסיוע? נמצא שהפרשנות... לפיה די בכך שניתנה טובת הנאה בלי זיקה בין זו לבין העדות העתידית מרוקנת את הדין מכל תוכן הגיוני ומעמידה את דרישת הסיוע כאן כדרישה סתמית ואת ההבחנה בין שותף רגיל לשותף שהוא עד מדינה להבחנה שרירותית חסרת הנמקה".

ד. מן הכלל אל הפרט

בענין שנתברר בפניו קבע ביה"ד הצבאי לערעורים, כי העובדה שבמשפטו של העד (ורדה) נמחקו פרטים מסויימים מכתב האישום המקורי - אין בה כדי להעלות או להוריד. זאת, באשר לא היתה קיימת 'כל ראייה בדבר זיקה כלשהי בין מחיקת העבירה... לבין עדותו של ורדה במשפטם של המשיבים".

אשר לקביעת הערכאה הראשונה לפיה "סביר... שאותה עיסקת טיעון עם ורדה לא היתה אלא הכנת תשתית נאותה לצורך הערתו. מאוחר יותר במשפט שלנו... "ציין ביה"ד לערעורים כי זו "היא אולי בגדר אפשרות ואפילו אפשרות סבירה אך מידת הסבירות אינה עולה על כל היפותיזה אחרת לרבות זו שעניין משפטם של המשיבים לא העסיק את התובע במשפטו של ורדה כלל ועיקר".

נוכח זאת והואיל ועל הנאשם הוטל להוכיח, כי העד הוא בבחינת עד מדינה (ראה: ע"פ 158/55 פיק נ' היועמ"ש, פ"ד י 662, 667; ע"פ 406/78 בשירי נ' מדינת ישראל, פ"ד לד (3) 395, 446-450; ע"פ 777/80 בינאשויילי נ' מדינת ישראל, פ"ד לז (2) 452, 472) - די היה ב"דבר לחיזוק" שנתווסף לעדותו של ורדה, לצורך הרשעת המשיבים בדין.

כלל "החזקה התכופה"

ע/35/84 - טור' לוי נ' התצ"ר

א. הפן העובדתי

1. היה זה המערער, שביקש את סיועו של קצין החימוש ביחידתו (להלן: אמזלג), בענין הקשור למכונתו. במהלך הבדיקה הבחין אמזלג, כי מצבר הרכב הוא כדוגמת המצברים שהובאו ליחידה, שבוע שבועיים, לפני כן. עוד ראה אמזלג, כי נעשה נסיון לטשטש את זהות המצבר (מחיקת המספר הקטלוגי) וכן את העובדה כי זהו רכוש צה"ל (מחיקת האות "צ"). בירור נוסף העלה, כי אמנם ארבעה מצברים נעלמו ממחסן היחידה.
2. על אחר הטיח אמזלג כלפי המערער, כי המצבר הוא רכוש צה"ל. תגובת המערער היתה העלאת שתי גרסאות שונות. על אחת מהן חזר בפני הערכאה הראשונה, אלא שבית הדין הצבאי המחוזי, דחה את גרסת הנאשם, כבלתי ראויה לאמון. עוד יצויין, כי בחילופי הדברים בין המערער לאמזלג, אמר הראשון: "קח את המצבר ונסגור ענין".
3. נתון רלבנטי נוסף הוא הקביעה העובדתית, לפיה לא יכול היה אדם במידותיו של המערער, לחדור אל מחסן המצברים.

ב. קביעת הערכאה הראשונה

על-פי הראיות הנסיבתיות, שהיו בפניו ובהסתמך על כלל "החזקה התכופה" מצא בית הדין הצבאי המחוזי להרשיע את הנאשם בעבירות של הוצאת רכוש מרשות הצבא, לפי סעיף 77(א) (2) לחש"צ, ושימוש ברכוש הצבא שלא למטרות הצבא, לפי סעיף 79(א) לחש"צ. על-כך ביקש הנאשם להשיג בפני בית הדין הצבאי לערעורים.

ג. קביעת בית הדין הצבאי לערעורים

פסק דינו של ביה"ד קמא נבחן בשלושה מישורים על-ידי ערכאת הערעור :

1. האם הוכח כי המצבר הוא רכוש צה"ל

אבחנתו המקצועית של העד אמזלג (קצין חימוש), כי המדובר במצבר של צה"ל, אשר ניסו לטשטש מסימני זיהויו; זאת, בצרוף העובדה, כי לא נעשה כל נסיון לערער את עדותו של אמזלג בשלב החקירה הנגדית - שימשו בסיס לקביעת ביה"ד לערעורים, כי ברכוש צבאי עסקינן.

אלה, בצרוף ראיות נוספות, הביאו לקביעה כי :

"די בראיות כאמור, ובכוחן המצטבר, כדי להצביע על-כך,

שהמצבר הנידון הינו רכוש של הצבא".

2. הוכחת ידיעתו של המערער כי המצבר הוא צבאי

את הידיעה למד ביה"ד מהתנהגותו של המערער שהציע לאמזלג, כי "ימסור לו את המצבר, ובלבד שאמזלג ישתיק את הפרשה ובכך ייסגר העניין". משלכך נילוו ראיות נסיבתיות אחרות הגיע ביה"ד למסקנה, כי הוכחה ידיעתו של המערער על מקורו של המצבר.

3. ההוכחה כי המערער הוציא את המצבר מרשות הצבא

חרף העובדה, כי נסיבותיה המדוייקות של הוצאת הרכוש לא הוכחו, אישר בית הדין הצבאי לערעורים את ההרשעה בדין. זאת, בהתבסס על כלל "החזקה התכופה" כדלקמן :

"משהוכח, שהנאשם החזיק מצבר צבאי זמן קצר-ימים-לאחר שהמצבר נעלם...

ולאור התנהגותו המחשידה והמפלילה של הנאשם... היה מקום... להפעיל

את כלל "החזקה התכופה" כראיה לכך, שהנאשם הוציא את המצבר מרשות

הצבא... מאחר שהנאשם לא נתן הסבר ראוי לאמון לדרך בה הגיע אליו

המצבר, עומדת חזקה זו בלתי מעורערת, וניתן היה להרשיע את הנאשם

בהסתמך עליה".

שימוש בכוח סביר ע"י מפקד - אימתי?

ע/244/84 - טור' רועי נ' התצ"ר

א. הרכיב העובדתי

מעשה במערער - ששעה שהוטל עליו עונש ריתוק למחנה - בחר לנוס מן הבסיס. בראות שניים ממפקדיו (בדרגות רס"ל ורס"ר) כי עומד פקודם לעבור עבירה (העדר מן השרות שלא ברשות), רדפו אחריו להשיגו. ברם, אף משהשיגוהו מפקדיו והבהירו לו, כי מבצע הוא מעשה בלתי-חוקי, לא שעה המערער לבקשתם לשוב ליחידתו. "על-כן אחזו בו השניים וגררו אותו בכוח הזרוע... המערער התנגד ואחר כך פגע בשני הנגדים וחבל בהם קלות. כלפי אחד מהם אף השמיע דבר איום 'אני אפוצץ אותך'".

ב. המקורות החוקיים הרלבנטיים לשימוש בכוח

בהרחיבו את היריעה לענין סמכויות השימוש בכוח סביר, עמד בית הדין לערעורים על המקורות הבאים:

1. שימוש בכח לשם מילוי תפקיד

על-פי הפ"ע 5.0221 מותר, בתחום ענינים מוגדר (מניעת פשע, מעצר עבריינים, לווי כלואים, שמירת מתקן כליאה, שמירה על מתקן צבאי) להשתמש בכוח לשם מילוי של תפקיד. מכלל ההן, נשמע הלאו:

" ואכן היעלה על הדעת שמפקד הנזקק אף בדחיפות, לשרות הדפסה או נהיגה וכיו"ב רשאי לכפות בכח את הדבר על הכתבנית או הנהג הסרבנים?... "

פשיטא איפוא, שבנסיבות דנן, אין ההוראה האמורה חלה.

2. שימוש בכח אגב מעצר

שימוש בכח כסמכות נלווית לסמכות המעצר מותרת מכוח סעיף 19 לפקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש) (נוסח חדש), תשכ"ט-1969:

"מי שמוסמך לעצור אדם חב-מעצר רשאי להשתמש בכל אמצעי סביר הדרוש לביצוע המעצר, אם האדם מתנגד למעצר או מנסה להתחמק ממנו".

(ראה גם פ"מ 33.0309).

דא עקא, שבנסיבות דנן נקבע עובדתית כי לא היתה כל כוונה לעצור את המערער. נמצא, כי אף הוראה זו אינה בת-תחולה.

3. שימוש בכח למניעת בריחה ממשמורת

אף בהנחה, שעונש "ריתוק למחנה" משמעו שימה במשמורת - (השוה: ע"פ 247/57 עורקב נ' היועמ"ש, פ"ד יב 1869; ע/126/58) קובע ביה"ד לערעורים כי החובות המוגדרות בהפ"ע הרלבנטית (הפ"ע 5.0221) מוציאות במפורש מגדר תחולה את אלה הנתונים "במעצר פתוח... ובכך גם את אלה הנמלטים מריתוק למחנה". מכאן, שהוראה זו - אף היא - אינה ישימה, לעניננו.

ג. ה ת ו צ א ה

בזכותו את המערער מעבירות האלימות והאיומים בהם הואשם קבע ביה"ד הצבאי לערעורים: "מאחר שאין סימוכין לכך שהדין נתן בידי מפקד הרשות ("חרות") למנוע בכוח ביצוע עבירה (למעט עבירה שהיא פשע שכל אדם מחוייב בעשיה למניעתה - ראה סעיף 262 לחוק העונשין), קמה דווקא חרות למערער לנהוג כאות נפשו, מבלי להיות צפוי לפגיעה בו בכוח ואף לגונן על חרותו באמצעות שימוש בכח סביר מצידו".

ד. בשולי הפסק

בשולי הדברים ראוי להביא את הערתו של בית הדין הצבאי לערעורים, ביחס לתוצאה המשפטית, כנסיבות דנן :
"יטען הטוען כי תוצאה אליה הגענו איננה רצויה שכן היא מקנה כביכול לגיטימציה לבצוע חופשי של מעשי עבירה מסויימים ואין מכהה ביד העושים... - ולא היא.
הדין מקנה בידו של המפקד הניצב בפני חייל עבריינין והחפץ לסכל ביצועה של עבירה - אמצעי פשוט - לצוות על מעצרו. צווי כזה מקנה מיד... אפשרות לנקוט שימוש בכח נחוץ לשם ממושו...".

מעשה בית-דין

ע/350/84 - סא"ל פרומר נ' התצ"ר

שאלת "זהות המעשים" לצורך טענת "כבר הורשעתי" נבחנה לאחרונה בפני בית הדין הצבאי לערעורים.
נוכח יחודיותה של הסוגיה מצאנו להביא את פסק הדין ככתבו וכלשונו.

פ ס ק - ד י ן "

1. א. המערער הורשע בבית הדין הצבאי המיוחד (מ/8/84), בעבירה של אי שמירתו של רכוש צבאי בכך שלא נקט במועד הנכון בכל האמצעים הסבירים לשמירה מאובדן של אקדח ברטה צבאי - ונידון בשל כך לשני (2) חודשי מאסר על-תנאי ולקנס בסך - 50,000 שקל.
- ב. הערעור מכוון כנגד ההרשעה וענינו בהשגה על דחיית טענה מקדמית של "כבר הורשעתי" שהועלתה בפתח הדיון בביד"צ קמא.
2. להלן, בתמצית, עיקרי העובדות הדרושות לברור הערעור:
 - א. ביום 26.7.84 החנה המערער את רכבו סמוך לחוף הים באשדוד כשבתוכו, בין היתר, תיק צד שהכיל אקדח ברטה צבאי ותעודות צבאיות שונות.
 - ב. בזמן שהמערער שהה בחוף הים, נגנבו ממנו מפתחות הרכב ולאחר מכן התברר כי הרכב נפתח ותיק הצד האמור, על תוכנו, נגנב מתוכו.
 - ג. בשל אי שמירת התעודות הועמד המערער לדין משמעתי, ואילו בשל אי שמירת הנשק, הוגש נגדו כתב האישום בתיק הנוכחי.
 - ד. כפתח הדיון, העלה בא כוח המערער טענה מקדמית של "כבר הורשעתי", שעיקרה הוא שהמערער כבר נידון בשל "המעשה" נושא האישום במסגרת הדין המשמעתי שנתקיים בשל אי שמירת התעודות כאמור, ולא ניתנה לענינו הוראת העמדה לדין לפי סעיף 171(ב) לחש"צ.

ה. ביד"צ קמא דחה את הטענה המקדמית ונימק את הדחייה בכך שהדין המשמעותי נעשה ללא סמכות ועל כן יש לראותו כבטל מעיקרו. את עמדתו ביסס ביד"צ קמא על כך ש"משדוע קצין השיפוט שנגד הנאשם מתנהלת חקירת מצ"ח... היה מנוע מלשפוט את הנאשם... ואסור היה לו לפצל באופן מלאכותי את אובדן התעודות מאובדן הנשק".

3. שתי טענות בסיסיות בפל בא-כוח המערער:
האחת - כי שגה ביד"צ קמא בכך שסבר שהדין המשמעותי בטל מעיקרו;
והשניה - כי שגה ביד"צ קמא בכך שדחה את הטענה של "כבר הורשעתי" שהועלתה על סמך קיומו של הדין המשמעותי.

4. לאחר ששמענו טיעונים ממצים מטעם שני בעלי הדין, הגענו לכלל מסקנה כי בדין דחה ביד"צ קמא את הטענה המקדמית, אם כי לא מטעמו, ואלה עיקרי טעמינו אנו:

א. המחדל שבאי שמירתו של רכוש צבאי, אינו מחדל "ערטילאי", אלא מחדל המתייחס ל"פריט מסויים".

ב. "הפריט המסויים" שכלפיו התרחש המחדל מהווה, רכיב מרכיבי היסוד הפיסי שבעבירה; וכתב האישום חייב לבטא פריט זה בצורה ברורה וחד משמעית. אין מדובר, איפוא, באי שמירתו של רכוש צבאי "סתם", אלא באי שמירתו של פריט "מסויים" זה או אחר, שהוא רכוש צבאי.

ג. (1) במצב דברים זה - זהותו של הפריט מהווה רכיב אותו יש להביא בחשבון ולענין משוואת "זהות המעשים", שנקבע על פי הלכת נכט; ויש לראותו כ"איבר" עצמאי באותה משוואה.

(2) אשר על כן, במשוואה האמורה יש להציב כאיברים נפרדים את הרכיב ההתנהגותי הבא לכלל ביטוי ב-"מחדל" ואת הרכיב הנסיבתי המציב את ה-"פריט המסויים", נשוא המחדל.

(3) התוצאה היא שכאשר מדובר במספר פריטים, לא תהיה "זהות מעשים" אם יוגשו כתבי אישום נפרדים לגבי כל פריט ופריט, או לגבי קבוצות שונות של פריטים.

(4) במקרה שבפנינו, תהיה איפוא הנוסחה האמורה כדלקמן:

בדין המשמעותי - א' (המחדל) + ב' (התעודה שלא נשמרה כראוי);
ואילו בכתב האישום שבתיק זה-א' (המחדל) + ג' (הנשק, שלא נשמר כראוי).
על כן אין לדבר כאן על זהות המעשים.

ד. לעניות דעתנו, אין בהקשר הנידון כאן מקום לאבחנה בין "מעשה" לבין "מחדל".
לאמור: לאותה מסקנה גופה - ועל פי אותה הנמקה - היינו מגיעים גם אילו
מדובר היה בהוצאת רכוש מרשות הצבא, או בגניבת רכוש. שתי העבירות הללו -
דוגמת העבירה שבפנינו אינן עבירות "ערטילאיות", אלא עבירות המתייחסות
ל-"נכס מסויים"; וכאשר המדובר בשני פריטים שאינם זהים, גם האישומים
המתייחסים אל כל אחד מהם בנפרד - אינם זהים לענין הטענה של "כבר הורשעתי".

אשר על כן דוחים אנו את הערעור. "

רבותי ההיסטוריה

עם קום המדינה עמד התובע הכללי הראשי (תוכ"ל ראשי) בראש המערכת המשפטית הצבאית. החטיבה היתה אז הרמה הפקודית המרחבית הגבוהה ובכל חטיבה הוצב תוכ"ל וצוות עוזרים.

ביום 16 ביוני 1948 כנס ה-תוכ"ל הראשי את ה-תוכ"לים לישיבה.

לפניכם מעט מזעיר מ"דיון הפרקליטים" הראשון של צה"ל אשר יקצר המצע מכדי להביאו במלואו (12 עמודים מודפסים).

תוכלו להשוות עבר להווה ולהוכיח בעצמכם אם "מה שהיה הוא מה שיהיה".

נביא תחילה מקצת משמות המשתתפים ולאחר מכן דברים בשם אומרם :

התוכ"ל הראשי - גורלי
קציני הנהלה משפטית - וילקנפלד (לימים צדוק); וינס
תוכ"ל עציוני - האוזנר
תוכ"ל כרמלי - בן פרץ; סגן - דבורונסקי; עוזר - הרמן
תוכ"ל קרייתי - רייכרט
תוכ"ל אלכסנדרוני - ריינדורף
תוכ"ל גבעתי - אלקיים
תוכ"ל גולני - רוטברג; סגן - וולפסון
תוכ"ל עודד - מרגולין
תוכ"ל בולגרים (פלמ"ח) - מזן

התוכ"ל הראשי (גורלי)

"כל התוכ"לים הם הבוסים של החטיבות".

"חטיבה שמתחילה לנוע, נעה יחד עם התוכ"ל שלה.

אם נצא לכבוש את שכם או ג'נין או קקון - התוכ"ל נע איתם".

הערות המלהב"ד
וכי יעלה על הדעת
שחטיבה תנוע בלי
ה"בוס" שלה ?

בראש החטיבה עומד לפט. קולונל וה-תוכ"ל צריך לקבל

מכסימום דרגה אחת פחות, לא יתכן שבחטיבה תהיה דרגה אחת

גבוהה מה-תוכ"ל.....

אני מציע שנסביר לראש אכ"א את האבסורד שבדבר".

במלחמה כמו במלחמה...

"שלחתי שלישי למטה בקשר עם המשלחת לראש אכ"א או לסגן המיניסטר בקשר עם הדרגות. הצעתי שאני מוכן לוותר על הדרגה שלי כדי שלא יתעוררו חששות "ללפטנט קולונל". אהיה מוכן להיות מיג'ור יחד עם כולם. שלחתי לבקש ראיון אצל בן גוריון אם אצליח - טוב ולא, נהיה מוכרחים להמשיך כקפטנים.

"עבודת התביעה הכללית. אין צורך להסביר לכם מה תפקיד התביעה, אבל נדמה לי שהיינו יכולים לקדם את הצבא לקראת נצחונות אילו התביעה היתה ממלאה את כל תפקידיה".

סניגורים נוח לנהוג לפי חוקת השיפוט. יש להציע סניגורים. יכולים להיות עורכי דין אבל הגונים".

???

"החכוכים הראשונים כשהיועץ (המשפטי) הופיע...

מושגו היה שהוא עומד בראש כל משפט שיופיע בין של חיל או של חוזה עם מכבסה. גם אני כפוף למישהו אבל לא לציביליסט ושאינו מבין - הודעתי לו את זה בלשון שאינה משתמעת לשתי פנים... לא טמנתי ידי בצלחת ואמרתי שאם היועץ המשפטי ישיג עליונות עלי - אני אתפטר. הוא ניסה להשתלט באמצעות פון-פרידמן (נשיא ביה"ד העליון) אבל גם שם אמרתי מה שאמרתי...".

אכן מוסר עבודה ותנאי שרות בכפיפה אחת.

מנהלה במטה שלנו נקבעו שני מינימומים: 9 שעות עבודה או לגמור את הכל.

"שופטים. לפי החוקה 31 שופטים. אך מי פנוי היום לשבת בירושלים? בעלי זכויות, מגינים ותיקים ובעלי ותק, יש להם גישה רפורמטיבית לגבי חיללים. כל אחד שעה. יתכן שכך צריך בתנאי שלום. אני משתדל לא להתערב בעבודת השופטים אבל ברור לי שצריכה להיות הדרכה. השופטים אינם מכינים את תפקידיהם.

תוכ"ל קרייתי (רייכרט)

ועדת שמגר ?
ועדת נתיב ?

"כתור קצין מטה הנמצא כל הזמן עם מפקד החטיבה ופסקי הדין שלי טעונים לאישור מצידו - אז זה משונה. ... היתה אי הבנה גמורה לתפקיד התוכ"ל וגם זלזול. השנוי חל עם הוצאת פקודות מעצר והתעלפות מפקד החטיבה במשרדו של ה-תוכ"ל.
"שופטים. הם רואים בזה תפקיד בטלני. קצינים בעלי שאר רוח לא ישבו שם והאחרים - פקקים".

תוכ"ל אלכסנדרוני (ריינדורף)

כמה חבל....

"ויצאו פסקי דין הכי חמור - 9 חודשים. השופט בעל הרגלים צבאיים דיקטטוריים.
הייתי נאלץ להכניס שופטים - אב בית דין (איש הגנה מעין החורש) לשביעות רצוני הגמורה... יסדתי בית דין מיוחד - ופשעים חמורים - אין.

תוכ"ל גולני (רוטברג)

זה ההגדל בין "קפטן"
ל"מייג'ור" - חצי
רכב צבאי

"איזורי משטרע משער העמקים על-יד יגור ונגמר בלבנון... קניתי לי ג'יפ באופן פרטי אך לאחר יומיים נכנס לגרז' ולא יצא משם. לא יכולתי לעבוד".
"... לעת עתה אנו עוד לא מוכרים על-ידי מדינת ישראל. מפקד החטיבה אינו נותן את החשיבות הראויה והאנשים מביטים עלינו קצת כעל "קציני מטה" וקצת כ"משטרה".
זה לא כל כך נעים מקרה שהיה עלי לבקר חוקיות פעולה מצד מפקד חטיבה - ואפילו קבלתי מנה".

תוכ"ל כרמלי (בן פרץ)

המקום באמת יפה.
במיוחד בלילה...

"בית דין... במרחק גדול וקשה להסיע את רוב תושבי חיפה למחנות... תכניתנו היא לקחת בנין במקום הכי יפה כדי שישאר כ-בי"ד קבוע במחוז חיפה..."

"שופטים. הם יודעים יפה את החוק אך רחמנים מדי.
כשבא יהודי מליד נודע שהוא "חולה אולקוס" או "תומך בהורים"
ועוד. הם חושבים שנזיפה, או שלושה ימי מאסר מספיקים..."

"הודאות... (מרצון טוב וחופשי כמונן)"

מינויים

* אלי'מ ניר גרשוני - מסיים את תפקידו כפרקליט ח"א, ויוצא לחופשת פרישה.

* הועלה לדרגת אלי'מ - התובע הצבאי הראשי - אורי שהם.

* סא"ל משה רוזנברג - מסיים את תפקידו כאב בית המשפט הצבאי בשכס, ומתמנה כפרקליט ח"א

* סא"ל יוסף תל-רז - מונה ליועץ המשפטי של חבר משרתי הקבע והגיימלאים בע"מ.

* דרגת סא"ל הוענקה לאחרונה לאהרון שליין המכהן כשופט בביד"צ (מ"ש) דרום.

* סא"ל יורם צלקובניק - התמנה לנשיא בי"ד צבאי (מ"ש) דרום.

* רס"ן דוד רוזן - סיים את תפקידו כסגן פרקליט מרכז, ומתמנה כאב בית המשפט הצבאי בשכס.

* רס"ן אלי זיכרמן - סיים את תפקידו כתובע פקודי בפרקליטות מרכז ונמצא עתה בקורס מטה. עם סיום הקורס ימונה לסגן פרקליט מרכז.

* רס"ן יאיר רבינוביץ - עבר מתפקיד תובע נפות יהודה לתפקיד תובע פקודי בפרקליטות מרכז.

* רס"ן נחמיה פרלמן - סיים את תפקידו כסניגור פקודי בפרקליטות מרכז ומחליף את רס"ן רבינוביץ.

* רס"ן אחיעזר ארקין - אשר שימש כסניגור פקודי בפרקליטות דרום, עבר לכהן כקצין מטה בכיר בענף חקירות אפסניה.

* רס"ן אילנה שטרן - מסיימת תפקידה כתובעת חיילות בפרקליטות ח"א, ומתמנה כסגן פרקליט ח"א.

* סגן חדוה דמסט - עברה מתפקיד מ"מ תובע פקודי מטכ"ל לתפקיד מ"מ סניגור פקודי מרכז.

* סגן אפרת קירט - מונתה כמ"מ תובעת פקודית מטכ"ל.

* סגן שמואל בורנשטיין - מענף יעוץ וחקיקה מונה ליועץ המשפטי של קרן החסכון בע"מ.