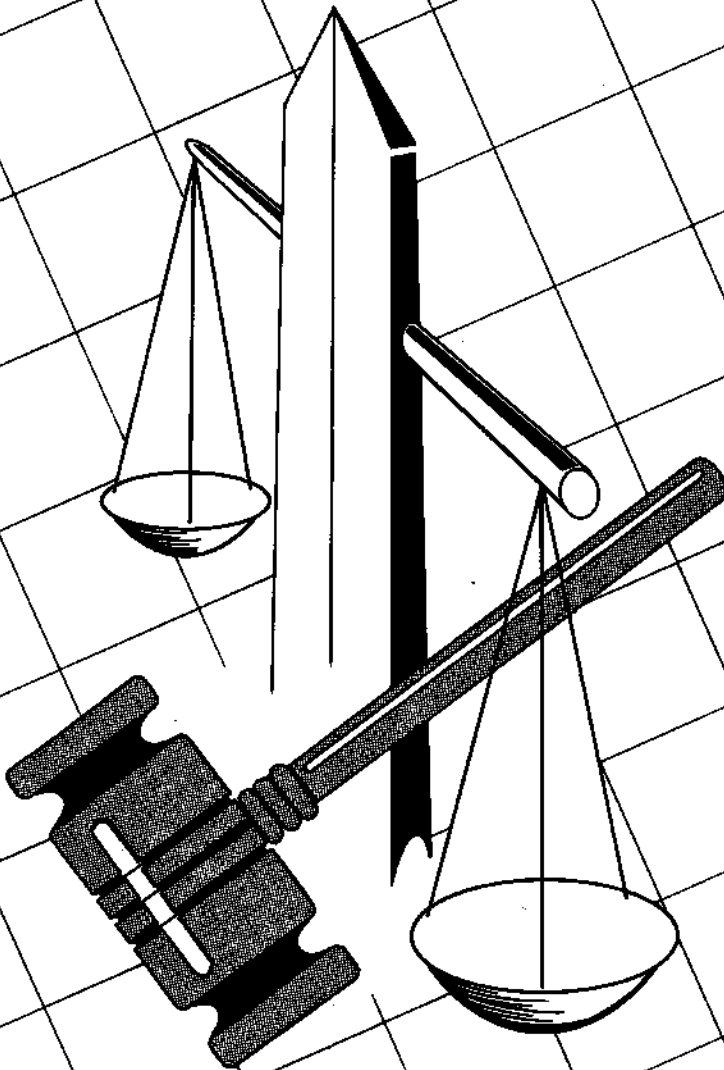


# משפט

בטאון המשרכת המשפטית בצה"ל



• גליון מס 12'11 • כסלו התשנ"ב • דצמבר 91 •



# תוכן העניינים

## בשם אומרם:

- סימפוזיון היקף פיקוח בית המשפט העליון על רשויות הצבא.  
השופט משה לנבוי - 1  
פרופ' יצחק זמיר - 6

## עיון ודין:

- ד"ר מ. דוטייש, סיכול חוזה מחמת פעולות איבה.  
עו"ד ח. מלצר, התערבות בג"ץ בפעולות רשויות הצבא הפיקודיות והמנהליות לתקופותיה. 11  
ד"ר ג. ביגר, גבולות בנהר ובאגם. נהר הירדן וים המלח כגבולה של מדינת ישראל. 35  
קמ"ש מ. וייסמן, נסיון בלתי צליח - החידה ופתרונה. 73  
ק. אשכנזי, חוק סמכויות שעת חרום (מעצרים) כמודל לרפורמה בתקנות ההגנה. 93  
עו"ד ד. ברק, שטחי אש ושטחי אימונים בהיבט המשפטי. 121  
153

## בשולי החקיקה:

- פרופ' א. פחקצ'יה, חוק הארכת מועדים.  
אל"מ (מיל) ז. כספי, זכויות יסוד של האדם בצבא: האמנם מחוץ לתחום? 171  
183

## רבותי ההסטוריה:

- תא"ל (מיל) צ. ענבר, הערה לעניין הבסיס הסטטורי להטלת עונש מוות באזורים המוחזקים בידי ישראל.  
היועץ המשפטי.  
רו"ח הועדה לכללי הציטוט האחד. 191  
195  
205

## מערכת הבטאון:

- אל"מ אילן שיף, אל"מ עודד מודריק, סא"ל עודד פסנזון, סא"ל שלמי צפורי, רס"ן שי ניב, רס"ן אלישע כספי, סרן אורן גרוס, פרופ' אלי לדרמן, ד"ר מיגל דוטיש.  
מזכירת המערכת: סגן קרני זיוטל

---

בשם אומרם

# היקף פיקוח בית המשפט העליון על רשויות הצבא\*

מ. לנדזוי, נשיא בית המשפט (בדימוס)  
פרופ' י. זמיר

---

\* דברים מתוך סימפוזיון בנושא שהתקיים באוניברסיטה ת"א ב-24 באפריל 90.

## השופט משה לנדוי:

אני מתכוון לדבר על הנושא "פיקוח של בג"ץ על שימוש בשיקול דעת, על-ידי רשויות הצבא. היקף הפיקוח והתפתחויות היסטוריות שחלו בפסיקת בית המשפט בנושא הזה." במרכז הדברים שאומר עומדים שני פסקי-דין מן הזמן האחרון. שניהם של השופט ברק. אחד בעניין שניצור, שזאת היתה עתירה נגד הצנזור הצבאי בראשי, והשני עניין רסלר, שקדם לשניצור. רסלר היה, כזכור, עניין השיחרור או הדחייה - בלשון יותר נקייה - בסיטונות של בחורי ישיבה משירות צבאי.

אבל צריך קודם כל לחזור לפסקים הראשונים, שגם להם יש מה לומר. אומנם כיום מצטטים אותם בדרך כלל תוך ביקורת. פסקי-הדין הראשון הידוע לי שהתמודד עם הבעייה הזאת היה בעניין אל איובי. זה היה צו ריתוק של מושל צבאי לאדם ערבי לכפרו ג'לג'וליה. השופט אגרוט אמר שם כי:

"כאשר השאלה היא של קיום התנאים להפעלת סמכות על-פי חוק של הרשות הצבאית. תפקידו של בית משפט זה הוא רק לבדוק אם הרשות הנידונה חרגה מד' אמותיה של התקנה שמכוחה היא מתיימרת לפעול, אם היא נתנה דעתה על הגורמים הקבועים בחוק, אם אותה רשות פעלה בתום לב".

הלכה מצמצמת, מבליגה ומתאפקת.

אחר כך מתוך ההיסטוריה אני רוצה להזכיר את פסקי-הדין בעתירתו של מוטי אשכנזי, שהיה בין מחוללי תנועת המתאה דאז. הלה פנה לבית המשפט בעתירה, שבה טען שהתחקירים שנערכו על-ידי רשויות הצבא אחרי מלחמת יום הכיפורים החטיאו את המטרה ושבית המשפט צריך לצוות על רשויות הצבא לערוך תחקירים כהלכה. מפסק דין זה אני רוצה לצטט מדבריו של השופט שמגר האומר:

"דעתי היא כי נושאים הקשורים לארגונו של הצבא, מבנהו והיערכותו, הצטיידותו ומבצעיו אינם שפטים, באשר אינם הולמים כלל דיון והכרעה של ערכאות השיפוט. הוא הדין בענייני דרכי הדיון וההכרעה בצבא, אימוני כוחותיו והדרכתם."

מן הכלל אל הפרט, שבפנינו: אין זה סביר כלל ועיקר שרשות שיפוטית תשקול ותכריע מהי השיטה היעילה ביותר מבחינה צבאית - מקצועית להפקת לקחים מפעולות מבצעיות ותמיד את שיקול דעתם של רשויות צבאיות שהוכשרו לכך והופקדו על כך, בשיקול דעתה היא. עניין כזה הוא בתחומי פעולתן המקצועית של רשויות הצבא ושל הרשות המיניסטריאלית המופקדת עליהן. ולכן גם כאן מבחן מצמצם.

מפסקי-הדין הזה אני רוצה לקרוא גם מחוות-דעתו הנפרדת, שהיא עוד יותר קיצונית, של השופט ויתקון ז"ל. שם הוא מצטט דברים שאמר בפסקי-דין שיח' סולימאן אבו-חילו.

1. בג"ץ 88/86 פ"ד מב' (4), 716

2. בג"ץ 910/86 פ"ד מב' (ב), 441

3. בג"ץ 46/50 פ"ד ד', 222

4. בג"ץ 61/75 פ"ד ל'(3), 309

5. זה היה עניין של הפקעת קרקעות בנוב

"פעולה צבאית - בטחונית להבדיל מפעולה מינהלית בתוך מסגרת הצבא אם מעוגנת היא כרין ואם נתה דעתינו שמניעיה היו בטחוניים, אין זה בית המשפט המקום המתאים להרהר עליה ולשאול אם אמנם היתה מחוייבת לפי המצב הבטחוני, או שמא ניתן היה לפתור בעייה בטחונית גם בדרכים אחרות. אפילו לדעתם של אלה (ואני ביניהם) שאינם ממהרים לגרש עניינים, מדיניים וכיצא כאלה מטקלין בית המשפט, הרי ענייני צבא ובטחון, כמוהם כענייני מדיניות חוץ, אינם מן הדברים הראויים להכרעת הרשות השופטת".

זאת אומרת, דברים אלה אינם שפיטים.

כעת בא השופט ברק, קודם כל בעניין רסלר, פסק-דין מאוד-מאוד מפורט למעשה מסה רצינית בענייני שפיטות וסבירות והופך את הקערה הזאת על פיה. הוא גם מצטט מפסק-הדין של קול העם, השייך לנכסי צאן ברזל של השיטה המשפטית שלנו כולה. אבל הוא מסתייג גם מדברים שאמר השופט אגרנט בעניין קול העם. והנה דבריו של השופט אגרנט, כשהוא מדבר על המבחן הידוע של ודאות קרובה לסיכון שלום הציבור, כפרשו את חופש הדיבור:

"העילות להתערבות של בית המשפט הן: מתן משקל מבוטל לחופש העתונות, או טעות בשיקול דעת באופן אחר מחמת היגרה של הרשות הצבאית אחרי שיקולים שהם מחוסרי הסיבות, מזוכים או אבסורדיים".

על זה אומר השופט ברק:

"זה תאם דיני שיקול הדעת המינהלי מלפני למעלה משלושים שנה. בינתיים פותחה תורת שיקול הדעת. נקבע בין השאר - (כאן באים דברים מאוד חריפים) כי החלטה בלתי-סבירה גם אם אינה מופרכת או אבסורדית, אינה החלטה חוקית".

אני חושב שזאת הפעם הראשונה שהשופט ברק, עם כל הליברליות שלו, הגיע לניסוח כל-כך קיצוני: החלטה סבירה היא החלטה בלתי-חוקית. כמוכן שאפשר להתווכח על כך מה זה בלתי-סביר ומה פירוש החלטה חוקית. בכל אופן החלטה, שלדעת השופט ברק אינה יכולה לעמוד, היא לפי גירסתו, החלטה בלתי חוקית.

כאן ברצוני לצטט גם ממאמר של ידידי פרופ' זמיר על זכויות האזרח ושלטון החוק. אני מכיר את המאמר הזה בגירסה האנגלית שפורסמה בחוברת של ה-ISRAEL LAW REVIEW, ששם גוזרים את הדו"ח של ועדת חקירה על חקירות השב"כ לגורים. זה מאמר מקיף וחשוב מאוד. שם נאמר:

"IT WOULD BE ABSURD IF THE POWERS IN THE AREA OF SECURITY WHICH ARE THE MOST EXTREME AND DANGEROUS OF ALL GOVERNMENTAL POWERS WOULD BE SUBJECT TO LESS STRINGENT REVIEW THAT WHICH IS APPLIED BY THE COURT TO POWERS IN OTHER AREAS."

השופט ברק מגיע לאותה מסקנה בערך על-פי ניתוח תיאורטי מפורט מאוד, של מושגי השפיטות הנורמטיבית והשפיטות המוסדית, ובסופו של דבר מסקנתו היא שדבר כזה

6. בג"ץ 73/87, 53 פ"ד ז', 871

7. 141 (1989) 23 Isr.L.Rev.

בעצם אינו אומר כלום. השאלה היא תמיד אם ישנה עילה. וגם בעניין המעמד הוא אומר כמה דברים נוספים למה שאני הייתי קודא הריסת הסכרים שנעשתה, כמוכן, לשם מטרה רצויה, לדעת ההורסים, של אותם סכרים שהקים בית המשפט בעידן העבר. כיצד הוא מגיע לתוצאה הזאת - בעזרת המושג, הקונצפציה של סבירות.

כתבתי מאמר ביקורת על פסק דין רסלר בעיוני משפט, אני מציע לכם לקרוא את המאמר הזה. בפתחו את רעיון הסבירות אומר השופט ברק שהסבירות היא קונצפציה משפטית, וכאן יש דברים שלפי דעתי אינם מתיישבים זה עם זה בתוך פסק הדין. ראשית, הוא מביא את המבחן הידוע לסבירות ששום רשות צבאית סבירה לא היתה יכולה לקבל את ההחלטה הזאת. לי, בכל הכבוד, זה לא אמר שום דבר, כי זאת הגדרה שאינה אלא חזרת על המושג הטעון הגדרה. יש מבחן יותר ממשי ויותר רציני האומר: בלתי סביר, כלומר, שהמשקל שהשלטון נתן לשיקולים הרלוונטיים והאיזון שנעשה ביניהם אינו ראוי.

בצד ההכרזה הזאת, יש הכרזה אחרת, שכמוכן בית המשפט לא ימיר את שיקול הרשות הצבאית בשיקול שלו. אבל אני אומר, כי מי שקובע את המבחן המוזכר למעשה עושה הרבה יותר: הוא פותח את השער להתערבות מרחיקה לכת בעניינים שבשיקול דעתה של הרשות הצבאית.

כל פסק הדין בעניין רסלר הוא אמרת אגב - אורחא אחת ענקית שלא היתה צריכה לעניין. זה נובע מגישה יסודית, שבעיקר מיוצגת על ידי השופט ברק, שבית משפט דן לא רק בעתירה שהובאה בפניו, אלא תפקידו הוא גם, אגב בירור העתירה לשמור על שלטון החוק בישראל, כלומר תפקיד תיכוי המביא את בית המשפט גם ל- OBITER DICTA רחבים מאד. גם על מגמה זו עלי לחלוק.

הערת ביקורת שנייה: אי אפשר להתייחס להחלטות של רשויות צבאיות במידה אחת בלבד. יש הבדל רב בין השימוש בשיקול דעת של הצנזור הצבאי הראשי לבין פעולה אופרטיבית בשדה. השופט ברק אפילו מגיע עד לאמירה כי שאלה קשה היא אם הכרזת מלחמה או עשיית שלום הן החלטות שפיטות - שאולי גם זה יכול להיות נתון לשיקול דעתו של בית המשפט. יחד עם זאת הוא מודה שעניינים של יעילות ההחלטה או תבונתה אינם בגדר סמכות הביקורת של בית המשפט.

והנה כמה הערות מעשיות: אחרי קביעת הלכה מרחיקת לכת - מגיע גם השופט ברק לתוצאה הרצויה, ולפעמים אפילו יותר מזה כמוכן של הבלגה שיפוטית. למשל, עניין רסלר. אני מסופק מאוד אם נכון היה לומר שבסופו של דבר, לפי המבחן הידוע של הוש המשפטן החלטת השתרוד של בחורי הישיבה עונה על הציפיות של חלק מן הציבור הנאור במדינה. דומה שאני אשם בהכנסת המושג הזה של הציבור הנאור לפסיקה שלט. אבל בוודאי לא התמונתי לחלקים של הציבור שאינם מכירים במדינה דהיורה, וספק לפעמים אם הם מכירים בה דה'פקטו.

הערה כללית על התפתחות הפסיקה. אמנם הורחב בשנים האחרונות תחום ההתערבות של בג"צ בשיקול דעתן של רשויות צבאיות. אבל לדעתי, נכון לדבר בהקשר זה על תנועה של מטוטלת הנעה אנה ואנה. אני רואה סימנים לתנועת המטוטלת בדעתו של

השופט שמגר, שכבר ציטטתי קודם בעניין אשכנזי, והוא חוזר עליה בעניין רסלר בצורה מאד נחרצת: על ענינים שאינם שפיטים ושאינם נלך על - פי מבחן הסבירות בעניינים האלה, נגיע לריכוז טוטלי של סמכויות בידי בית המשפט שאינו מאפשר לרשויות הצבאיות לפעול. אני בטוח שזאת לא היתה כוונתו של השופט ברק והלכה למעשה הוא גם אינו נוהג כך.

בפרשת שניצר נגד הצנזור הצבאי הלך בית המשפט יותר מדי רחוק גם בהנמקה וגם בתוצאה אליה הגיע. הצנזור הצבאי אסר דיון במקומון העיר בשאלה אם פעילותו של ראש המוסד היתה יעילה או לא. בא בית המשפט, השופט ברק ואיתו שני חבריו, ופסקו: לא, זה ענין של חופש הדיבור. מן הראוי שיהיה ויכות ציבורי גם על הנושא הזה. אני שואל את עצמי מה יכול ויכות ציבורי שאינו יכול להתנהל תוך ידיעת הנושא, (שהרי פעולתו של המוסד הוא חשאית משובעת). מה הוא יכול להוסיף, חוץ מדברים שלא צריך לגלות לאויב.

כל הגישה הזאת לפי דעתי היא שיטה דדוקטיבית על פי הנחות אפריוריות במקום שיטה אינדוקטיבית שבה נהג בית המשפט העליון בשנים עברו. זאת אומרת, החלטות ממקרה למקרה, שבסופו של דבר מתגבשת מהן ההלכה באורח אינדוקטיבי. זה בעצם הויכוח העיוני העומד ברקע כל הסוגיה הזאת. הסברתי זאת במאמרי הנזכר בעיוני משפט.

### פרופ' יצחק זמיר:

הנושא שלנו הוא הפיקוח של בית המשפט העליון על הצבא. השאלה התשובה בנושא זה היא: מה המדיניות של בית המשפט העליון כלפי הצבא. לדעתי, המדיניות של בית המשפט העליון כיום הינה פחות ברורה ופחות אחידה מאשר היתה לפני ארבעים שנים, או, אפילו, עשר שנים.

עד לפני זמן לא רב, המדיניות של בית המשפט העליון בענין הפיקוח על הצבא, או באופן כללי יותר על הבטחון, היתה ברורה ואחידה למדי. היא היתה, כפי שהנשיא לנדוי אמר, מדיניות של איפוק וריסון. אמנם בית המשפט העליון פסק מאז ומתמיד שגם רשויות הבטחון לסוגיהן כפופות, לא רק לחוק אלא גם להלכות הכלליות שנקבעו על ידי בית המשפט העליון. אבל, בפועל, היישום של הלכות אלה על רשויות הבטחון היה שונה מן היישום של אותן הלכות עצמן על רשויות אחרות של המינהל הציבורי.

לגבי רשויות הבטחון אמר בית המשפט פעם אחר פעם כי הוא יתערב רק במקרים קיצוניים. צריך היה, כדבריו, ראיות חזקות במיוחד כדי לשכנע אותו באיחזקיות של פעולת רשות צבאית. החוקה שרשות שלטונית פעלה כדיון, אמר בית המשפט, חוקה במיוחד כאשר מדובר ברשות בטחונית. הווי אומר, הבטחון היה נושא נפרד, מורם מנושאים אחרים, וכך גם היו רשויות הבטחון בהשוואה לרשויות אחרות. דומה כי בנושא זה לא היו הבדלי גישה של ממש בין השופטים. הם הציגו תזית אחידה. התוצאה היתה שבמשך עשרות שנים לא היה כמדומה אף מקרה שבו בית המשפט העליון התערב ופסל החלטה של רשות בטחונית בשל פגם בשיקול הדעת. אכן היו החלטות בענייני בטחון שנפסלו בשל פגמים פורמליים, חיצוניים כמו חריגה מסמכות או איקיום תנאים שהחוק

קבע בלשון ממורשת. אבל שיקול הדעת של רשויות הבטחון בענייני בטחון נמצא, למעשה אף כי לא להלכה, כאילו מחוץ לתחום עבור בית המשפט. בתזית אחידה זאת ניבעו פרצות לפני כעשר שנים.

קו פרשת המים לענין זה הוא, ככל הנראה, פסק הדין בעניין אלון מורה<sup>1</sup>. פסק הדין המרכזי ניתן על-ידי מ"מ הנשיא לדורי, ובו לראשונה החל בית המשפט להרהר אחר שיקול הדעת של רשויות בטחון בענייני בטחון.

מאז באו עוד פסקי דין אחדים באותו סגנון. נראה כי חלה תפנית מסויימת במדיניות של בית המשפט. אבל הדברים עדיין אינם ברורים. בצד פסקי-דין שניתנו מאז ועד היום, בהם בית המשפט מעביר תחת שבט הביקורת שיקול דעת של רשויות בטחוניות ופוסל החלטות בטחוניות בשל שיקול דעת בלתי ראוי, יש עדיין בפסיקה אימרות בכיוון הפוך. השופטים נחלקים בגישותיהם ובדעותיהם. הנה, לדוגמא, פסק הדין בעניין מוטי אשכנזי שדן בשאלה אם לבקר החלטה של הצבא כיצד לחקור מהדל בטחוני. בפסק הדין בעניין רסלרי שצוטט כאן נחלקו הדעות בין השופט ברק לבין הנשיא שמגר. הנשיא שמגר הביע דעתו כי העניין שהתעורר בפרשת אשכנזי היה עניין בלתי שפיט, ולפיכך נמצא מחוץ לתחומו של בית המשפט. השופט ברק, לעומת זאת, היה סבור, כי זהו עניין שפיט, ובית המשפט יכול להחיל עליו את ההלכות החלות על ביקורת החלטות של רשויות אחרות.

לכן, במצב הקיים כיום, השאלה קיימת ועומדת כפי שהיתה קיימת ועומדת מאז הקמת המדינה: מזה המדיניות הרצויה בעניין הזה? האם מן הראוי שדין הצבא ושאר רשויות הבטחון לעניין הביקורת השיפוטית יהיה כדין של רשויות מינהליות אחרות, או אולי הוא ראוי ליחס מיוחד מצד בית המשפט, יחס של הבנה ואיפוק. זאת השאלה שאני מבקש לדון בה: שאלת המשפט הרצוי, יותר מאשר שאלת המשפט המצוי.

אבל, לפני שאני שואל מהו היחס הראוי של בית המשפט כלפי הצבא, אני חושב שצריך לשאול מהו היחס של הצבא כלפי המשפט. המעמד של המשפט בתוך המסגרת הצבאית משפיע על המעמד של הצבא בפני בית המשפט. ככל שבית המשפט ישתכנע כי הצבא מתייחס אל החוק בכבוד ומקפיד על אכיפת החוק, כך תגדל הנכונות של בית המשפט, כשהוא מבקר את החלטות הצבא לנהוג כלפי הצבא בהערכה, אימון ואיפוק. אם לעומת זאת, תיווצר תחושה אצל בית המשפט כי הצבא אינו מקפיד כראוי על אכיפת החוק, יהיה בית המשפט נוטה להעמיק את הביקורת המשפטית על הצבא. המצב דומה, לשם השוואה, למערכת היחסים שבין בית המשפט לבין היועץ המשפטי לממשלה.

מצד אחד, היועץ המשפטי לממשלה, בתור רשות מינהלית, צריך להיות כפוף לכל ההלכות שבית המשפט פיתח לצורך ביקורת על רשויות מינהליות בדרך כלל. יחד עם זאת, במשך שנים רבות בית המשפט העליון טיפח יחס מיוחד כלפי החלטות היועץ המשפטי לממשלה. הוא הבהיר במפורש, פעם אחר פעם, שהוא מתייחס באמון אל

1. בג"צ 390/79 דוויקאת נ. ממשלת ישראל, פ"ד לד(1). על התפתחות הביקורת השיפוטית על שיקול הדעת של רשויות בענייני בטחון ראה י. זמיר, "זכויות האדם ובטחון המדינה", משפטים י"ט (1989), 17, 36-38.
2. בג"צ 561/75, אשכנזי נ. שר הבטחון, פ"ד ל(3), 309.
3. בג"צ 910/86 רסלר נ. שר הבטחון, פ"ד מב (2), 441.



החלטות של היועץ המשפטי לממשלה ולא יתערב בהן אלא במקרים קיצוניים, ונדירים כלומר, רק כאשר יוכח חוסר תום לב מצד היועץ המשפטי לממשלה. בפועל במשך שנים רבות לא פסל בית המשפט אף החלטה של היועץ המשפטי לממשלה. יחס זה ביטא את מידת ההערכה והאמון של בית המשפט העליון כלפי התפקיד של היועץ המשפטי לממשלה בהגנה על שלטון החוק. אם האמון וההערכה יפגעו, החלטות של היועץ המשפטי לממשלה, שלא היו נפסלות בעבר, עשויות להיות נפסלות.

מהו אם כן, המעמד של המשפט בתוך מערכת הצבא את המעמד אפשר לראות משתי נקודות מבט: האחת - מבפנים, כלומר, מתוך הצבא, השנייה - מבחוץ. אני יכול להביע את דעתי כמי שעומד מחוץ לצבא, ולומר כיצד אני רואה את המעמד של המשפט בתוך הצבא. אבל נקודת מבט זאת לא תיתן לנו תמונה שלימה. חשוב לדעת כיצד הצבא עצמו רואה את המשפט, מבפנים, וכיצד הוא משליט את המשפט בקרב.

בעניין זה אין אני יכול לדבר בבתחון. יחד עם זאת אני חושב שיש לי מספיק היכרות עם הצבא כדי שאוכל להעיר הערות אחדות. אתמול שמעתי בטלוויזיה דיון על המעמד והתיפקוד של כתבים צבאיים. בדיון זה אמר הפרשן הצבאי רון בן ישי כי בשעתו אמרה לו אישיות בכירה בצבא, אלוף פלוני, כך: אתם - כלומר, הכתבים הצבאים - ואנחנו מנגנים באותה תיזמורת. מן ההקשר היה ברור מי, לדעתו, מנצח על התזמורת ולפי אלו תווים אמור הכתב הצבאי לנגן. לגבי המשפטן בתוך הצבא, אפשר להרחיק לכת ולומר כי הוא לא רק מנגן באותה תזמורת, אלא הוא חייל באותה יחידה: לובש מדים, נושא דרגות וכפוף לפקודות של הממונים עליו, ולא רק לפקודות מאת משפטיים. הוא אמור לשרת את האינטרס של הצבא. אולי גם על חשבון האינטרס של החוק.

אני זוכר, בהקשר זה, את הדיונים בהם השתתפתי על הצעת התיקון - תיקון מספר 17 משנת 1986 לחוק השיפוט הצבאי. העליתי שם את הטענה כי מן הראוי שנושא בית הדין לערעורים יהיה משפטן. כתשובה הועלתה נגדי טענה על ידי אישיות בכירה ביותר בצבא בלשון זאת: אדוני, אנחנו מדברים בשתי שפות שונות, אני רוצה לומר לך אין אני רואה את המשפט בצבא, את הפרקליט הצבאי הראשי ואת בית הדין הצבאי. ובכן, דע לך, הם קצינים. כל הקצינים בצבא כפופים למפקד, ולכולם ישנה משימה אחת ואחת בלבד: לעזור למפקד להתכונן למלחמה ולנצח במלחמה. הפרקליט הצבא הראשי ונושא בית הדין הצבאי חייבים למלא אותה משימה: לשרת את המפקד ולציית להוראותיו, תהיינה אשר תהיינה.

השבתי ואמרתי: זה לא מקובל עלינו, המשפטיים, ואף לא על המשפטיים בצבא. והוא אמר לי: כך אני רואה זאת ואני הקובע. שאלתי: אין יוצא מן הכלל? והוא השיב לי: אין יוצא מן הכלל. ואז שאלתי: האם אתה טוען שאתה כמפקד בכיר רשאי, בתוקף תפקידך ודרגתך, להורות לרב הצבאי הראשי להכשיר את החזירי תשובתו היתה: לא, את זה לא אמרתי. שאלתי: הוא לא קצין שלך, הוא לא כפוף לך? הוא אמר: כן, הוא קצין והוא כפוף לי. אם כך, במה זה שונה? - זה שונה. למה? - ככה. בזה נסתיים הויכוח.

בין אם המקרים שונים או דומים, הגישה שהדברים מבטאים, כלפי הפרקליט הצבאי הראשי ובית הדין הצבאי, אומרת דרשני. גישה זאת, שבדרך כלל אינה מקובלת על אנשי המשפט בצבא, אינה בלתי מקובלת - על אחרים בצבא. ואי אפשר לומר שהיא לא משפיעה על המשפטיים בצבא. זה רק טבעי שהיא תשפיע. הנה לאחרונה, בפסק הדין

של בית המשפט העליון בעניין אלוף-משנה יהודה מאיר, אמר בית המשפט כי הפרקליט הצבאי הראשי פעל בעניין זה בתיאום ובהשפעה של גורמים פיקודיים שונים. הדבר בלתי נמוע. לכן אמרתי פעם, כאשר הייתי צריך לברך פצ"ר חדש, שלדעתי, ככל שהתפקיד של היועץ המשפטי לממשלה מורכב וקשה, התפקיד של הפרקליט הצבאי הראשי קשה עוד יותר. כך הדבר משום שהוא פועל בתוך מערכת הירארכית.

זה לא צריך להיות כך מבחינה עקרונית. הפרקליט הצבאי הראשי, וגם זה נאמר בפסק-הדין בעניין אל"מ יהודה מאיר, חייב לקבל את החלטות שלו באופן עצמאי, גם לגבי הגשת אישומים. הוא הממונה על השלטת המשפט בצבא: מכוח החוק, מכוח הנחייה של היועץ המשפטי לממשלה, וגם מכוח הפסיקה. הוא חייב להיות עצמאי בעניין זה. אבל בפועל המציאות שונה וקשה יותר.

מעמד המשפט בתוך הצבא חייב להשתקף גם בפיקוח של בית המשפט העליון על הצבא. לצבא, אנחנו יודעים, יש כוח עצום. אין לשום רשות אחרת כוח רב כל כך. ההשפעה שלה על חיי האדם גדולה יותר מזו של כל רשות אחרת. האדם מבלה חלק גדול מחייו בצבא. הצבא זה משק עצום. הצבא מקבל החלטות גורליות לכולנו. ואנשי הצבא, כמו כל אדם אחר יכולים לטעות, לפעול על יסוד שיקולים זרים ולקבל החלטות בלתי סבירות.

אני חושב, לכן, שבמצב הקיים הפיקוח של בית המשפט העליון על רשויות הצבא צריך להיות הדוק לא פחות מאשר הפיקוח על רשויות מינהליות אחרות. הדברים שאמר השופט ברק במשפט שניצור נגד הצנזור הצבאי הראשי מבטאים לדעתי את ההלכה המצוייה והרצוייה וכך אמר:

"האופי הביטחוני של שיקול הדעת המינהלי הרתיע בעבר מפני ביקורת שיפוטית. שופטים אינם אנשי ביטחון, ואל להם להתערב בשיקולי הביטחון. במשך השנים הובהר, כי אין כל ייחוד בשיקולי הביטחון, לעניין ההתערבות השיפוטית. שופטים אינם אנשי מינהל, אך עיקרון הפרדת הרשויות מחייב אותם לפקח על חוקיות החלטותיהם של אנשי המינהל. לעניין זה אין מעמד מיוחד לשיקולי הביטחון. גם אלה חייבים להיות מופעלים על-פי החוק, וגם על אלה צריכה להיות ביקורת שיפוטית. כשם שהשופטים מסוגלים וחייבים לבדוק את סבירותו של שיקול הדעת המקצועי בכל תחום ותחום, כן הם מסוגלים וחייבים לבדוק את סבירותו של שיקול הדעת הביטחוני. כאן הגישה, כי אין מיגבלות מיוחדות על היקף הביקורת השיפוטית של שיקול דעת מינהלי שעניינו ביטחון המדינה.

עמדתי על כך בפרשה אחת באומרי: "כוח רב מתרכז בידי ממשל צבאי, ולמען שלטון החוק מן הראוי להפעיל ביקורת שיפוטית על-פי המבחנים הרגילים". דוק: בית המשפט אינו עושה עצמו מומחה לביטחון ואינו מחליף את שיקול הדעת הביטחוני של בעל הסמכות בשיקול הדעת הביטחוני של השופט. בית המשפט אך בודק את חוקיות שיקול הדעת הביטחוני לרבות סבירותו של שיקול דעת זה. בעניין זה אין כל הבדל בין היקף ההתערבות בשיקול הדעת הביטחוני לבין היקף ההתערבות בשיקול הדעת של כל רשות מינהלית אחרת."

4. בג"צ 680/88, פ"ד מב(4), 617.

5. בע"מ 639.

הפסיקה מלמדת שזאת איננה דעתו של השופט ברק בלבד: לא בפסק הדין שניצור, שם הוא כתב את פסק הדין של בית המשפט, ולא בפסקי דין אחרים בהם התערבו בשיקול הדעת של רשויות הצבא. בהקשר זה אני מבקש להזכיר גם את פסק הדין של הנשיא לנדוי בפרשת קוואסמה<sup>6</sup>. כזכור, באותו מקרה גורשו ראשי הערים תוך הפרה של זכות הטעון. בית המשפט היה בדעה אחידה לתת להם את זכות הטעון, לפחות באותו שלב, ולצורך זה להחזירם ארצה. בא המפקד הצבאי לאזור יהודה ושומרון וטען כי אם יחזירו את ראשי הערים לצורך טיעון, הדבר "יסכן בצורה חמורה ומיידית את השלום באזור, ועלול להביא להתמוטטות של המצב הביטחוני, שהוא כעת קשה בלאו הכי". אך בית המשפט לא נרתע ולא שינה את דעתו. סוף דבר, ראשי הערים הוחזרו, טיעונם נשמע ונדחה, והם גורשו שוב מן הארץ, ואף ציפור לא צייצה.

פסק הדין האחרון בהקשר זה, שקיבלתי רק לפני יומיים, עוסק בהחלטה של המפקד הצבאי של אזור יהודה ושומרון לסגור מוסד לרווחת המשפחה למשך שנתיים. ישבו בדין השופטים בייסקי, בך וחלימה. והם פסקו פה אחד כי ההחלטה לסגור את המוסד לתקופה של שנתיים לוקה בחוסר סבירות, ולכן החליטו להגביל את צו הסגירה לתקופה של שנה אחת<sup>7</sup>.

זהו קו חדש בפסיקה. אך קו זה נעשה בולט יותר ויותר, והוא יכול להעשות בולט עוד יותר. לדעתי הדבר תלוי במידה רבה במעמד של המשפט בצבא. ראשי הצבא צריכים להבין את הקשר: ככל שיגדל הכבוד למשפט בקרב הצבא, ככל שיתחזק המעמד של הפרקליטות הצבאית, ככל שתשתפר אכיפת החוק על-ידי אנשי הצבא, כך תקטן המעורבות של בית המשפט בענייני הצבא.

6. בג"צ 320/80, קוואסמה נ. שר הביטחון, פ"ד לה(3), 113, 125.

7. בג"צ 660/88, אגודת "אינש אל-אוסרא" נ. מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד מג(3), 673.

---

עיון ודין

## סיכול חוזה מחמת פעולות איבה\*

מאת: ד"ר מיגל דויטש

## א. מבוא

1. דיכוטומיה חשובה בדיני החוזים היא זו שבין חוזים מבוצעים, וחוזים לביצוע. החוזים המבוצעים הם אלה אשר בהם הביצוע מידי, עם ההסכמה. המדובר, למעשה, בעניסקאות "ריאליות" באופיין במובן זה, שלהתחייבות עצמה אין משקל עצמאי בשיקולי ההתקשרות של הצד שכנגד, אלא זו מהווה רק הבעת נכונות. המאפשרת את התקשרות המוקדמת לשם ההחלפה של הביצוע והמשמשת צידוק לו. חוזים מסוג זה, אשר היוו בעבר הרחוק את צורת ההתקשרות העיקרית, הפכו עתה לאופן התקשרות מימורי בחשיבותו, אף כי נרחב בכמותו.
  2. התעצמותה הבולטת של תופעת "החוזים לביצוע" הייבה את המשפט להתמודד עם סוגיה יסודית, אשר איננה מתעוררת במקרים של ה"חוזה המבוצע". חוזה אשר ביצועו מכונן לעתיד הוא תוצאה של מפגש בין שתי מערכות התיכנון של הצדדים. מטבעו של דבר, תכנון נעשה על בסיס הנחות, הן ביחס למציאות בעת ההתקשרות והן ביחס למציאות הצפויה בעת הביצוע ולאחריו. דיני הסיכול נועדו להתמודד עם השאלה, מה יהיה דינו של שיבוש בתכנון, הנגרם כתוצאה מארוע נסיבות אשר אינן מתישבות עם הנחות הצדדים. לשון אחר: על מי וכיצד, יוטל הסיכון ביחס לשינוי הנסיבות, אשר על סמכן נעשתה ההתקשרות.
- אופן השקפה זה ביחס להשלכותיו של שינוי הנסיבות על מהלך החוזה מדגיש את תפקידו הכלכלי של החוזה, כמכשיר להקצאת סיכונים.
- אולם גם תורות מסורתיות ויסודיות אינן אדישות לסוגיית שינוי הנסיבות. טול, למשל, את דוקטרינת הרצון, המהווה אחד ההסברים לתוקפה המשפטי של ההבטחה: כאשר הנסיבות בעת הביצוע הן כאלה, אשר צד לא היה מתקשר אילו חוזה אוחז, הרי שכבילת צד להתחייבותו שוב איננה מכבדת את רצון ההתקשרות, שכן רצון זה התבסס על הנחות שנוכזו; כך גם תורת ההסתמכות. לכאורה, תתמוך זו בכך, שמתחייב לא יופטר מהתחייבותו, אף ששינוי הנסיבות מכביד על הביצוע על ידו, שכן הצד שכנגד הסתמך על הביצוע. אולם, מאידך גיסא, כאשר הנסיבות אינן מכבידות על הביצוע של המתחייב, אלא פוגעות חמורות בתועלת שבקבלת הביצוע, מבחינתו של הצד שכנגד, עשויה תורת ההסתמכות לגרוס מודיפיקציה

הרשימה היא על יסוד הרצאה שהוכנה במסגרת כוס קציני יעוץ.

1. ראה מ' מאוטנר "שינוי נסיבות בתקופה שלאחר כריתת תווה" עיוני משפט ט 363.
  2. אלה החוזים ה"צרכניים", אשר בהם התמורה משתלמת לאלתר, כנגד הסתווה או השירות.
  3. כאשר התכנון של כל צד הוא כפול: לעניין ביצוע התחייבותו שלו, מצד אחד, ולעניין השימוש שיעשה בביצוע הנגדי, מצד שני. דאה: מאוטנר, שם, מע' 367.
- לעוצמה השונה של בעייתיות ההקצאה של הסיכון בחוזים לביצוע, לעומת חוזים מבוצעים, דאה:
- P. Cooke & C. Oughton *The Common Law of Obligations* (London, 1989) 337;  
Breiter & Swan *Studies in Contract Law* (Toronto, 1980) 182-183.
4. דאה, למשל, ג' של דני חוזים (תש"ן) 10 (ואסמכתאות שם).
  5. דאה, למשל, P.S. Atiyah *The Rise and Fall of Freedom of Contract* (Oxford, 1979) 405 et. seq.
  6. Atiyah, *ibid.*, 734, 771 et seq. ג' של "השוק, הבטחה ותום לב" משפטים טז 295, 323.

בקשה, שכן ההיבט הענייני של ההסתמכות שובש. כך או כך, על תורות אלה להתמודד עם הפתרון הראוי שיש להחילו במקרים של שינוי נסיבות.

עקרון נוסף השייך לכאן, הוא ההשקפה בדבר קדושת החוזה. השקפה זו, ממנה נגזרת המכסימה, כי: "חוזים יש לכבד", גררה בעבר את התוצאה לפיה אין במחו של שינוי נסיבות, אף אם קיצוני ביותר, כדי לפטור צד מהתחייבותו. "חוזים יש לכבד", ויהי מה. אין זה מעניינו של הצד שבנגד, מדוע אין המתחייב מקיים את חלקו. בהעדר ביצוע, יספוג המתחייב סנקציה וגם כאשר האדוע הפך את הביצוע לבלתי אפשרי כלל, עדיין יחוב בפיצוי כלפי הצד האחר. צד המבקש לפטור עצמו בהתרחש ארוע נתון - יתכבד ויעשה זאת בחוזה.

על אף שרדתה של תוצאה זו, והיותה נגזרת מעקרון קדושת החוזה, ניתן להעיר גם עליה, כי היא מתעלמת מטפח אחר של העקרון האמור. קדושת החוזה איננה רעיון "מיסטי", אלא רעיון מוסדי המהווה גם אמצעי לחיזוק כוחו של החוזה. ולעידוד הכניסה להתקשרות על מנת לקדם את הנאת החברה ותועלתה. כאשר כובלים צד לעמידה בהתחייבותו, אף שנוצרו נסיבות בלתי צפויות, שאינן בשליטתו, מחזקים בכך, אמנם, את כוחו של החוזה הקונקרטי, לאחר שנערך, אולם פוגעים במידה ידועה אחרת, בחפץ להתקשר. במצב משפטי זה, על צד השוקל התקשרות לקחת בחשבון לא רק את המציאות המשפטית, לפיה זכותו שלו מוגנת, בכל מקרה, אלא גם את הדדיותה של תוצאה זו, כך שהוא עצמו יהיה כבול לביצוע, אף אם יתעוררו קשיים בלתי צפויים. לכן, למעשה, אף שעקרון קדושת החוזה פיתח תפיסה נוקשה ביחס למחויבות לביצוע, טמונה גם בעקרון האמור דילמה לא מבוטלת.

3. התפיסה המודרנית סוטה מגישה קלסית זו. המשפט נקט גישה מציאותית יותר ביחס לכשרם של צדדים לחוות כל התפתחות וביחס למציאות המסחרית אשר איננה מאפשרת, לעיתים קרובות התיחסות לכל התפתחות. גם כאשר ההתיחסות נשקלת, יש והצדדים מותירים נושאים אלה "פתוחים", בהעדד הסכמה ביחס להסדרם<sup>7</sup>. התגבשותה של "הגישה הריאלית" היא אחת התוצאות של המאבק המתמיד, במשפט בכלל, ובדיני החוזים בפרט, בין הגישה הכלכלית למשפט, לגישה המוסרית<sup>8</sup>.

יוזכר, כי גם כיום התפיסה ביחס לאחריות החוזית היא כי אחריות זו מסווגת כאחריות חמורה<sup>9</sup>. אין אשמתו של צד ביחס להפרתו את החוזה רלוונטית, אלא לעניינים מוגבלים בלבד<sup>10</sup>. אולם על כל שיטה להכריע בשאלה, האם היא מתמירה

7. ראה, למשל, C. Perillo Contracts (3ed., St. Paul, 1987) 536.

8. ראה, בין היתר, 1631 Chitty On Contracts (1989), pa.

מאוטור, לעיל הערה 1, בע' 371-369.

9. מאוטור, שם, בע' 383.

10. ראה: Perillo, supra note 7, at, p. 536, 539.

כן ראה מאוטור, שם, בע' 372-373.

11. ראה, למשל, א' פרוקצ'יה "הדין הדיספוזיטיבי באספקלריה של פרופ' גד טדסקי" עיוני משפט טו 385, 393; ג' טדסקי "על הדין הדיספוזיטיבי" עיוני משפט טו 5, 22.

12. שלו, לעיל הערה 4, בע' 477.

13. כגון לעניין יסודיות ההפרה, כשהאיתור בביצוע הוא קל. ראה שם, בע' 554.

את האחריות כדי אחריות מוחלטת או שמא היא נכונה לסייגה, במקרים המתאימים, תוך אימוץ הגישה "הריאליסטית" שהוזכרה. דיני הסיכול ממוקמים באותו "מרווח" שבין האחריות החמורה לאחריות המוחלטת.

4. מעניינת כאן התפתחות היסטורית, אשר חלה בסוגיתנו. בפסק הדין היסודי משנת 1646, אשר קבע את עקרון האחריות המוחלטת בדיני החוזים באנגליה (Paradine v. Jane)<sup>14</sup>, נקבעה הבחנה לענייננו בין חובה על פי דין לחובה חוזית. חובה על פי דין, נאמר, הרי שאם אדם אינו יכול לבצעה, הדין יפטור אותו. לעומת זאת, ביחס לחובה חוזית, לאור העובדה שאדם לקח אותה על עצמו, רואים את המתקשר כמי שאחריותו מוחלטת, משום שיכול היה להתנות כי הסיכון לא יפול עליו<sup>15</sup>.

כיום נע הגלגל לכיוון אחר. ככל שבחובה מדובר, התפתחו דוקטרינות פטור מחמת סיכול, כגון זו הקבועה בסעיף 18 לחוק החוזים (תרופות); ואילו באשר לחובות שבדין - שאני. כאן פני הדברים סבוכים יותר, ושאלה היא עד כמה מוכרת אצלנו כלל תורת סיכול כללית, החלה על חובות שבדין. מובן כי יש והחובה מסויגת בדרישה לאשם, אולם, לעתים, בעיקר מחוץ לתחום דיני הנוזיקין, החובה מנוסחת בלשון בלתי מסויגת, המלמדת, לכאורה, על אחריות מוחלטת. יתכן, ואולי "צחוק הגורל" בכך, כי הדרך להקנייתה של הגנה, במקרים מתאימים, תהא באמצעות היקש לדיני החוזים. דיון בשאלה כללית נכבדה זו חורגת ממסגרת דיונו<sup>16</sup>.

5. סוגיית הסיכול היא סוגיה אשר מהווה "שדה חרוש" ביוריספרודנציה, בעיקר בוז של מדינות זרות. יעודה של רשימה זו תוחם את גבולות התפרסותה. מטרתה המרכזית היא לשמש מדריך ליישומם של דיני הסיכול על מצבים בהם שינוי הנסיבות הוא תוצאה מקיזמן של פעולות איבה, אולם לא נימנע מבדיקות השוואתיות תמציתיות ומהצגת דילמות ספורות, אשר דומה כי טרם נפתרו. מטעמי נוחות נעשה שימוש במונח "סיכול", אך בהעדר ציון נוסף, אנו כוללים במונח זה גם את האונס, וגם את הסיכול, במובן הצר.

אוסף עוד הערה מקדימה אחת: אין בגמצא דיני סיכול המיוחדים למקרים בהם נעוצות פעולות איבה בגורם המסכל. אותם כללים עצמם חלים במקרה של סיכול מחמת מלחמה, או סיכול מחמת שריפה; ואף שיש ומתברים מקטלגים את הארזעים המסכלים תחת קטגוריות שונות, הם נוהגים להזהיר, ובדין כך, כי מיון זה לא נעשה אלא מטעמי נוחות<sup>17</sup>. יחד עם זאת, ראויה לכאן המודעות לעובדה, כי גמישותם של מבתני הסיכול גוררת תוצאה, לפיה מצוי היבט קזואיסטי חריף בפיתוחו של הדין. במסגרת היישום נבקש, אם כן, להדגיש את התחום של פעולות האיבה.

## ב. הסיכול ודינים קרובים לו

1. הגם שנושא דיונונו הוא דיני הסיכול, לא תהא המלאכה שלמה, אם נבודד דינים

14. 26 Alen 1646

15. שם, בע' 27; Chitty, לעיל הערה 8, פסקה 1631.

16. לעניין ההיקש יהיה צורך לשים לב, למשל, לעובדה כי סעיף 18 מאפשר לנמנע להפרע, בשיקול דעת בית המשפט, בגין האינטרס השלילי (השבה ופיצוי). אפשרות זו לא בהכרח תהיה ישימה במקרים אחרים.

17. ראה, למשל, Chitty, שם, פסקה 1642.

אלה מסביבתם "השכנה", ולעתים גם החופפת. נבחן היחס בין סיכול לדינים קרובים.

#### (א) סיכול ופרשנות

2. כאשר מתרחש שינוי נסיבות קיצוני, סדר הבדיקה ההגיוני מחייב בחינתו תחילה של ההסדר החוזי. מובן, כי אפשר שהצדדים קבעו תוצאה מפורשת למקרה שיחול השינוי הקונקרטי, ובמקרה זה לא מתעורר קושי. אפשר גם, כי הצדדים קבעו במפורש, שכל שינוי שהוא, לרבות שינוי בלתי צפוי ושאינו ניתן למניעה, ולרבות שינוי שדין הסיכול היה חל עליו אלמלא התנאה זו, לא יהיה בו כדי לגרוע מן החיוב, וזאת מבלי להתייחס לארוע הקונקרטי. במקרה זה תעלה השאלה, האם דין הסיכול הוא דיספוזיטיבי, אם לאו<sup>17</sup>.

אולם, לעתים קרובות השאלה תהיה, האם ניתן להסיק הסדר על דרך הפרשנות וההשתמעות. התוצאה כאן תהא זהה למקרה בו ההסדר נקבע במפורש<sup>18</sup>.

בשאלת פרשנותם של חוזים שוררות אצלנו שתי גישות עקרוניות. האחת גורסת, כי על הפרשנות לחתור לחשיפת כוונתם של הצדדים, מתוך החווה עצמה, כאשר ההזקקות לנתונים הייצוגיים, ולטבירות העסקית, מצומצמת ביותר, אם בכלל<sup>19</sup>. השניה נוטה להרחבת כח ההתערבות של בתי המשפט, ותך שהיא נכונה להקנות משקל מכריע לשאלות של סבירות, אף כאשר אין הדבר מתיישב באופן מלא עם הלשון שנוקטה על ידי הצדדים. גישה שניה זו עשויה לספק, לעיתים, הסדר מסחרי מתאים לסוגיה<sup>20</sup> הסדר אשר מיוחס לצדדים, טרם פנייה לדין הסיכול, ותוך סתירת יסודותיהם, פרשנות החווה היא, איפוא, תחילת הדרך בסוגיותיו, ומשנמצא פתרון פרשני - גם סופה של הבדיקה<sup>21</sup>.

#### (ב) סיכול ותנאים מכללא

3. לדין התנאי מכללא שמור מקום מיוחד בפיתוחם של דיני הסיכול. דינים אלה שימשו במקור המשפטי, אשר עליו נסמכה הפסיקה האנגלו-אמריקאית, בתחילת פיתוחה של תאוריית הפטור מהמת שינוי נסיבות קיצוני<sup>22</sup>. שינוי הנסיבות פטור

17. כאשר הצדדים מתייחסים לארוע הקונקרטי, או לפחות לטיפוס אותו ארוע, אין הם מתנים על דין הסיכול, שכן בהיות הארוע צפוי מראש, אין דין זה חל מלכתחילה, על פי יסודותיו הפנימיים.

ברם פרופ' שלו מסווגת, משום מה, גם מקרה זה בגדר המקרים בהם הצדדים מתנים על דיני הסיכול. ראה ג' שלו דיני חוזים (תש"ן) 516.  
לדיספוזיטיביות דיני הסיכול, ראה שלו, שם.

17א. כוונתנו עתה, ב"פרשנות", למקרים בהם אין אופן הקצאת הסיכון עולה מיניה וביה על פני הדברים, שכן כל הוראה, בהירה ככל שתהיה, מחייבת תהליך של פרשנות.

18. ראה, בין פסקי דין רבים נוספים, ע"א 736/82 כפר חסידים בע"מ נ' אברהם, פ"ד לט(2) 490 (דעת הרוב); ע"א 556/83 מימוך נ' מאור, פ"ד לח(2) 459, 470.

18א. לגישה המרחיבה, ראה למשל, ע"א 627/84 נודל נ' עזבון פיזל, פ"ד מ(4) 477, 482; ע"א 552/85 אגסי נ' ת.י.ל.ן בע"מ, פ"ד מא(1) 241.

לעומת בין הגישה, ראה בעניין ע"א 554/83 אחא בע"מ נ' עזבון המנוח זולטולוב, פ"ד מא(1) 282.

19. יוער עוד, כי כאשר מקבלים את הגישה המרחיבה לפרשנות, תתעורר השאלה, האם נקיטתה של גישה זו מתקבלת על הדעת בהקשר בו אנו עוסקים, לאור הסדרת הסיכול בדין. ראה את הדין להלן ביחס לתנאי מכללא.

20. Chitty, לעיל הערה 8, פסקה 1632; Perillo, לעיל הערה 7, בע' 536.



מביצוע, משום שאילו נשאלו צדדים, במעמד העיסקה, מהו ההסדר בו הם חפצים, בזדאי היתה תשובתם, כי מזבן מאליו שיש לפטור אותם מהמשכבו של הביצוע בתנאים אלה. תשובה דומה מתקבלת לפי מבחן היעילות העיסקית<sup>20</sup> כיום שוב אין אזהדים גישה זו, גם לא בפסיקה האנגלו-אמריקאית, אשר אינה יכולה לסמוך על הוראת סיכול חקוקה<sup>21</sup>, ונוטים להעדיף תפיסה, לפיה הפטור צומח מכח הדין, ולא מכח החוזה<sup>22</sup>. בעיקר סוברים, כי ההשקפה ביתס לתנאי מכללא מניחה הנחה אופטימית, לפיה שני הצדדים היו משיבים אותה תשובה עצמה באשר לתוצאות הארוע המסכל, דבר שאיננו מעוגן במציאות<sup>23</sup>.

לעניין השיטה שלע, שאלה היא, אם נודעים לדיני התנאי מכללא חשיבות, למרות הוראת הסיכול בסעיף 18 לחוק החוזים (תרופות). סעיף 18 נועד לקבוע פתרון סביר, הגמיש ביישומו על החוזה הקונקרטי ועל הנסיבות הקונקרטיות. האם למעשה, אין הוראת הסיכול משיכה, בכלים דומים לאלה בהם נעשה שימוש בדיני התנאי מכללא, על אותה שאלה עצמה?<sup>24</sup>

נראה כי התשובה לאמור היא, שעדיין קיימת תחולה בנושא לדיני התנאי מכללא. דינים אלה סמוכים יותר לחוזה הנדון, מאשר דין הסיכול, הסטנדרטי בתוצאה הקבועה בו (למרות גמישות יישומו, לעניין עצם קיומו של סיכול). כך, לא מן הנמנע, כי מרמזים בחוזה או בהתנהגות הצדדים ניתן יהיה להסיק תנאי מכללא, לפניו החסינות תוקנה מפני סעד אחד, ולא מפני אחר, כי החוזה יותאם לשינוי, ולא רק יחדל מהטלת סנקציות על המפר, ועוד<sup>25</sup>.

דוגמא טובה לעניין זה, הרלוונטית למוקד דיונו (מעשי איבה) היא פסק הדין בעניין ע"א 351/67 כהן נ' וקסלמן<sup>26</sup>.

נדון שם הסכם, לפיו ערבות שניתנה תמומש רק אם לא תוגש תובענה עד למועד מסויים. הסיכום נעשה שלושה שבועות לפני מלחמת ששת הימים, ומספר ימים טרם הגיוס הכללי לקראת המלחמה. בלא שבית המשפט נכנס לבדיקה מעמיקה של השיקולים הנוגדים, הוא פוסק, כי בתנאי התירום האמורים, יש להסיק תנאי מכללא בדבר דחיית המועד להגשת התובענה, עקב גיוסו של מי שעליו היה הנטל להגיש את התובענה. בית המשפט מיתס חשיבות מיוחדת בענין זה לשיקול הלאומי.

הפתרון שנמצא שם, אם כן, הוא בדחיית המועד לביצוע, פתרון ברוח ההסדר שקבוע בחוק הארכת מועדים.

20. למבחינים אלה ביתס לתנאי מכללא, ראה שלו, לעיל הערה 4, החל מע' 302.
21. ביתס לארוע המסכל. בדין האנגלי קיים חוק, העוסק בתוצאות הסיכול. ראה Law Reform (Frustrated Contracts), 1943.
22. Chitty, שם, פיסקה 1639.
23. שם.
24. ההנחה עתה היא, כמובן, כי לדינו התנאי מכללא יש עדיין מקום בשיטתנו. ראה שלו, לעיל הערה 20.
25. ליחס בין דיני הסיכול לתורת התנאי מכללא, ראה מ' הורק"שערון המחיר בתוזה" עיוני משפט ח 88, בע' 94-95.
26. פ"ד כא (2) 661.

## (ג) סיכול וטעות

4. סעיף 18 לחוק החוזים (תרופות) מגדיר את הנסיבות, אשר עשויות להקים פטור לטובת המפר.

הנסיבות מורכבות משני סוגים:

(1) נסיבות שהמפר לא ידע, ולא היה עליו לדעת עליהן.

(2) נסיבות שהמפר לא ראה, ולא היה עליו לדעתן מראש.

נמצא, כי לסיכול נודעת תחולה, גם כאשר הנסיבות היו קיימות בעת ההתקשרות, ולא רק כאשר התרחשו לאחר מכן. אין אדם יכול "לדעת" דבר, אלא אם כן אותו דבר הוא עובדה קיימת<sup>24</sup>. אם יכול היה להיות ספק בדבר דייקנות הלשון, הוסיף סעיף 18 ופיצל, כאמור, בין שני סוגי היחס כלפי הנסיבות, כך ששוב אין לחלוק על כך, כי ייתכן חוזה מסוכל מראש, מבחינתו של סעיף 18<sup>25</sup>. ואכן, השוואת מעמדו של הסיכול המידי עם הסיכול העתידי איננה גטולת הגיון. השאלה איננה, האם התרחשו נסיבות חדשות באופן "עולמי". הרלוונטי הוא עולמם הקוגנטיבי של הצדדים. עולם זה הוא אשר שימש מצע להתחייבות ושיבושו הוא אשר עלול לגרום לשיבוש מהלכו של החוזה.

דיני הסיכול מתייחסים, אם כן, לשיבוש ביחס לנסיבות קיימות ועתידיות גם יחד. מקובל לסבור, כי דיני הטעות נוגעים אך לעובדות קיימות, שכן דינים אלה עוסקים בשאלת "הידיעה" בלבד<sup>26</sup>.

יצוין, כי ההסדר בסעיף 18 איננו תואם את הגישה האנגלו-אמריקאית, על פיה מקובלת הבחנה בין נסיבות התחולה של שני המוסדות. טעות היא ענין לנסיבות קיימות בלבד, וסיכול - לעתידיות בלבד<sup>27</sup>, אף שמופעלים מבחנים קרובים בשתי הסוגיות<sup>28</sup>. הבדל בולט בתחולת שני המוסדות אצלנו הוא בכך, כי בדיני הטעות קיימת רלוונטיות למצבו הנפשי של המתקשר שכנגד ביחס לטעות, כך שכאשר הלה לא ידע על הטעות, או לא היה עליו לדעת עליה, אין הביטול מתאפשר אלא בשיקול דעת בית המשפט<sup>29</sup>. הפטור בסעיף 18 איננו מותנה בכך שהנפגע ידע, או חייב היה לדעת, על הנסיבות המסכלות.

לעומת זאת, הסיכול איננו מאפשר למתחייב הטוען לסיכול לבטל את החוזה, אלא פטור אותו מסעדי האכיפה והפיצוי בלבד. בפועל, למרות כך, יוכל המתחייב

24. ראה, למשל, ר' גורי "לסיכול שבסעיף 18 לחוק החוזים (תרופות) "קובץ הרצאות בימי

עיון לשופטים (תשל"ה) 99. בן ראה ג' טדסקי "טעות בכדאיות העיסקה" משפטים יב 329.

25. אך פרוף' שלו סוברת, בכל זאת, כי אין הסיכול חל ביחס לעובדות קיימות (ראה שלו, שם, בע' 512-511).

26. לדיעות נוספות בנדון, ראה שלו, שם.

27. אך בצדק מעיר פרוף' פרידמן, כי גם ביחס להווה ייתכן מצב, בו כל שגיתן הוא להעריך את מצב הדברים, בדומה ליחס כלפי העתיד, ולכן ספק, האם ניתן לבצע, לעניין זה, חיתוך ברוד בין הווה לעתיד: ד' פרידמן "הסיכון החוזי וטעות והטעיה בכדאיות" עיוני משפט יד 459.

28. Chitty, *Supra* note 8, pa.

1631; Swan, *supra* note 3, at p. 185-6

27. שם, שם

28. סעיף 14 (ב) לחוק החוזים (חלק כללי).

שחיובו סוכל להוביל לתוצאות דומה לזו שבמסגרת דיני הטעות, אם בית המשפט יפעיל את שיקול דעתו, ויפסוק לו השבה<sup>29</sup>.  
נמצא, כי קיים שטח תחולה חופף לדיני הטעות והסיכול, אך תנאי התקף לשני המוסדות שונים, וכך גם תוצאותיהם. שאלה אחרת היא, אולם זו חורגת מענייננו, האם קיימת התאמה ראויה בין ההסדרים.

### ג. אופן הקצאתו של הסיכון בעקבות הסיכול-הערה כללית ודינים זרים

1. טרם בחינת יסודותיה של טענת הסיכול, דומה כי מן הראוי להקדים הפעם מסובב לסיבה. הגדרת יעדיה המוכרים בדין של טענת הסיכול תסייע להבנת מהותה של טענה זו.

תנאי הרקע המשפטי, בהם מבקשת טענת סיכול לפעול פעלה, הם כי בהעדר צידוק בדין, ובהעדר הסדר הסכמי "יפול הסיכון באופן בו הוא נפל", דהיינו בהתחייבויות הצדדים לא מתחולל כל שינוי, והצד הנושא בסיכון הוא אותו צד אשר האינטרס שלו נפגע בפועל, כתוצאה מן הנסיבות החדשות. מטרתם של דיני הסיכול היא למצוא פתרון הולם, המשלים את אשר התסירו הצדדים.

הנסיבות, אשר עשויות להצדיק התערבות של הדין, יכול שתהיינה שינוי המכביד דווקא על הזכאי, ולא על החייב. כך, כאשר הנכס נשוא העיסקה נפגע, המדובר בשינוי המכביד על החייב בהספקתו. אולם כאשר עקב מלחמה נופל מחיר השוק של מוצר באורח קיצוני, ההופך את הרכישה לבלתי סבירה, מסתררת, אין קושי בכך כי החייב יבצע, אלא שלמעשה אין חפץ בביצוע. על דין המוטפל באורח ראוי בסוגיית הסיכון ליתן את דעתו לשינוי צדי המטבע גם יחד, ולקבוע איזון מתאים לשינוי סוגי ההתפתחויות. על ההסדר הנקבע, מוטל אם כן, לנהוג הדרויות בשאלה זו.

2. השאלה הבאה היא, כיצד יוצב אותו איזון, דהיינו, מה תהינה תוצאותיה של טענת סיכול תקפה. בענין זה ניתן להצביע על מספר מוצלים בשיטות זרות:

(א) המודל האנגלי קובע, כי הארוע המסכל יגרם לפקיעתו של החוזה. הפקיעה היא מכאן ואילך בלבד, ומשמעותה, על כן, כי שני הצדדים משתחררים מביצוע חיוביהם, החל מהתרחשות הארוע המסכל ואילך<sup>30</sup>. כאשר הסדר זה ניצב כממצה, ברור, כי נגזרות ממנו תוצאות בלתי מתקבלות על הדעת. כך, עולה השאלה, מה יהיה גורלו של ביצוע עונף, אשר נעשה על ידי אחד הצדדים? ומה תהיינה גורלן של הוצאות אשר הוצאו על-ידי צדו בעקבות ביקורת על חוסר שלמותו של המודל הנזכר, נחקק באנגליה תוק, ב-1943, הקובע את חיובי ההשבה, בעקבות הסיכול, ואת הזכות לנכות הוצאות, כנגד החיוב להשבה<sup>31</sup>.

(ב) מודל שני הוא זה הקבוע בארה"ב, ב-U.C.C., ועל-פייו, אי ביצוע, לאור ארוע מסכל, איננו הפרה של החוזה<sup>32</sup>. יושם אל לב, שבמקרה זה החוזה איננו מגיע

29. אך המפר עלול להתחייב בשיפויו של הנפגע, על פי סעיף 18 (ב) לחוק.

30. Chitty, שם, מיסקה 1682.

31. ראה דיון אצל Chitty, שם, החל מפיסקה 1685.

32. סעיף 2-615 לקוד; Perillo, לעיל הערה 7, בע' 538-540.

לסיומו, פורמלית, אלא מוקנה פטור מן החיוב הראשוני לביצוע. זהו גם המצב המשפטי על פי ה"Restatement".<sup>32</sup> יתרונו של מודל זה על פני המודל האנגלי בולט, ביחס למקרים בהם הסיכול נושא אופי זמני. אם הסיכול מביא לסיומו של החוזה, הרי ששוב אין הוא ניתן להחייאה. לעומת זאת, על-פי המודל האמריקאי, כאשר מצב הסיכול הוא בעל אופי זמני, נוצר מצב של השעיה (suspension), כך שחיובי שני הצדדים נדחים לביצוע במועד שאחר חלוף הסיכול.<sup>33</sup> כאשר הסיכול משא אופי קבוע, או הביצוע לאחר הסיכול הזמני יכביד מהותית, לעומת הביצוע במועד, יגרור הדבר את פגיעותו של החוזה לביטול.<sup>34</sup>

למודל זה עשויה להיות חשיבות ביחס לפעולות איבה, אשר לעיתים קרובות יוצרות רק קשיים זמניים בביצוע החוזה. נשוב לכך בהמשך.

(ג) בצרפת מצויות שתי הוראות העוסקות במצבי סיכול. על פי סעיף 1302 ל-Code Civil, אם נשוא ההתחייבות אובד או נפגע, והדבר ארע ללא אשמת החייב, החיוב פוקע.<sup>35</sup> אולם ביחס לשאלת הפיצוי, קובע סעיף 1147, כי החייב יופטר מחבותו לפיצויים, רק אם הוכיח שחוסר הביצוע נגרם עקב: "An outside cause, which cannot be imputed to him, and further that there was on bad faith on his part".<sup>36,37</sup>

(ד) מודל חשוב נוסף הוא המודל שהתפתח בארה"ב בדמות דוקטרינת ה-"Adjustment".<sup>38</sup> לתפיסה זו חשיבות מיוחדת, לאור מגוון האפשרויות שהיא פותחת לפתרון של סיכונים בלתי צפויים. מודל זה אינו קובע הסדר של "הכל או לא כלום", אלא מציב פתרונות ביניים, תוך שינויה של ההסכמה, כך שהיא נותרת בתוקפה, אולם מותאמת לשינוי הנסיבות. ליקוייה הם שניים:

ראשית, בסיסה הרעיוני מסופק, במובן זה, שעל-ידי המהלך האמור, בית המשפט קובע עבור הצדדים חוזה שונה מאשר החוזה שנקבע על-ידם.

שנית - יישום עקרון ההתאמה סבוך, משום שלסיטואציה הנתונה ייתכנו מספר פתרונות הולמים, דבר המציב בפני בית המשפט שיקול דעת קשה להפעלה, ומגביד את עוצמתה של ההתערבות בחופש ההתקשרות.

אחיותה של תורה זו בשיטתנו רופפת: יתכן, כי במקרים נתונים ניתן יהיה להעזר בתורת התנאי מכללא, אולם יקשה הדבר לאור הנאמר לעיל: אם ניתן להציע מספר פתרונות למצב החדש, כיצד אפשר לומר שפתרון נתון אחד הוא הפתרון המובן מאליו, להשקפת הצדדים, אילו נתנו דעתם על כך? אפשר שיהיו מקרים בהם דינים

Restatement (2d), Contracts 32

261; Perillo, *ibid.*, at p. 539.

Perillo, שם החל מע' 563. 33

שם, בע' 563. 34

French Civil Code, Trans. by J.H. Crabb, at p. 242 35

*ibid.*, at p. 223 36

להסדר המורכב בגרמניה, ראה סעיפים 323 ואילך ל-B.G.B. כן ראה גורי, לעיל הערה 24. 37

ראה לעניין זה, Perillo, בע' 579. כן ראה, לדין גרמני, גורי, לעיל הערה 24, בע' 106. 38

אלה יובילו לתשובה הרצויה - אולם לא ניתן להשתית על בסיס זה תפיסה כללית.<sup>39</sup>  
במקרים מסויימים, יובילו דיני הביצוע בקירוב להתאמה הרצויה.<sup>40</sup>

#### ד. תוצאות הסיכול בדיון הישראלי.

1. המודל בו נוקט סעיף 18 לחוק החוזים (תרופות) הוא קביעת הסדר של חסינות המוקנית למפר, מפני שניים מן הסעדים בגין הפרה: אכיפה, ופיצוי. אין הסיכול מפקיע מאליו את החוזה, והוא נותר בתוקפו. התוצאה היא, כי על נפגע המבקש להשתחרר מן החוזה, מוטל הנטל לבטלו על-פי הוראות חוק החוזים (תרופות),<sup>41</sup> ואילו מנקודת מבטו של המפר אין הסיכול מקנה לו ברירה להשתחררות מן החוזה, והוא נותר כבול לו. הפועל היוצא מכך הוא, שכאשר הסיכול הוא זמני, עשוי להוצר מצב בו, לאחר הסרתה של המניעה, יהיה על המפר לקיים החוזה, כל עוד לא ניצל הנפגע את זכותו לביטול. אף שהדבר לא נאמר בסעיף 18, אין ספק כי החסינות המוקנית למפר נתונה במקביל גם לנפגע, ביחס לחיוביו הנגדיים, אף אם חיובי הצדדים עצמיים, שכן לא יעלה על הדעת שיוטל עליו לקיים, כאשר הצד שכנגד חסין מפני הפעלת סעדים (למעט ביטול).

ניתן להשתית דיעה זו, לעתים, על החלטה של הוראת סעיף 18 בכיוון הנגדי: אי-הביצוע על ידי הנפגע בעקבות הפרה של הצד שכנגד, הנעשית בתנאי סיכול, יהווה הפרה, אשר סעיף 18 פורש עליה את חסותו, שכן הנסיבות המסכלות, אשר הולידו את חסינותו של המפר (המקורי), לא היו ניתנות לצפיה גם על ידי הנפגע (כאשר כך היה). תחולת החסינות לטובת המפר (המקורי) אינה ניתנת למניעה על ידי הנפגע (המקורי), וקיום החוזה על ידי הנפגע, בנסיבות אלה, בהן קיימת חסינות למפר (המקורי), יהווה קיום המתבצע בתנאים שונים באופן יסודי מהתנאים המקוריים.

עם זאת, כאשר חיובי הצדדים עצמאיים - אי הקיום על ידי הנפגע (המקורי) מהווה הפרה מצידו, שתקים זכות ביטול למפר (המקורי), כך שכח הקיום יאבד לנפגע.

המשפט הישראלי, אם כן, איננו משקיף על הסיכול כארוע מפקיע. כאשר הארוע המסכל הוא פעולות איבה, והתרחשותן של פעולות אלה רק מעכב את הביצוע (כגון מקרה, בו עקב גיוסו לשירות צבאי אין ביכולתו של המתחייב להכין את האמצעים הדרושים לשם ביצוע החוזה<sup>42</sup>), הרי שאם הנפגע בוחר להותיר את החוזה בתוקפו, יהיה בכוחו לזכות בסנקציות לקיום, לאחר הסרתה של המניעה.

יזדגש, כי על פי שיטתנו, גם מקרה בו הארוע המסכל איננו חולף, אין בכוחו להוביל לפקיעתו של החוזה. אכן, במצב של סיכול מסוג זה, שוב לא יוצר מצב בו ניתן יהיה לזכות באכיפה או בפיצוי, אולם אין לזהות עדיין העדר אכיפה עם בטלות.<sup>43</sup>

39. גם מבחן היעילות העסקית, לא לעולם יועיל וזאת מחמת אותה סיבה: ייתכנו מספר תרונות, המשמרים את היעילות העסקית.

א.39 ראה, עמיחי מלון ירושלים

40. ראה, בין פסקי דין שונים: ע"א 345/82 נוי נ' עובון ביסמרי ז'ל, פ"ד לט (3) 292, 295; ע"א 464/81 מפעלי ברוך שמיר בע"מ נ' הוד, פ"ד לונ(3) 424,393.

41. להבדיל ממקרה, בו מעשי האיבה גרמו לאבדן הנכס ושוא החוזה.

42. ראה, למשל, ר' בן ישראל "פיטורים שלא כדין ונפקותם" עיוני משפט ז 345, 364-365.

כך, לא תקום הזכות שבדין להשבה, בהעדר ביטול<sup>442</sup>. על כן, לא מקובלת עלינו, עם כל הכבוד, הדיעה שהובעה, לפיה, למעשה (אף אם לא להלכה), קובע סעיף 18 הסדר של בטלות<sup>443</sup>.

2. נותר עדיין לבחון, כיצד מתישבת סמכותו של בית המשפט לפסוק השבה, על פי סעיף 18(ב) (אם כי בשיקול דעת), עם מסקנתנו הנזכרת, באשר לתקפותו של החוזה, למרות הסיכול. סמכות זו מוקנית, על פי הסעיף, בין אם החוזה בוטל, ובין אם לאו.

עמדת היסוד הרלוונטית לשאלה זו היא, כי השבה סותרת אכיפה<sup>444</sup>, שכן אין הזכאי להשבה יכול, מצד אחד, להשיב לעצמו את האינטרס העצמי, ומצד שני לזכות באינטרס הנגדי, אשר כנגדו התחייב לשלם באמצעות האינטרס העצמי (שהושב)<sup>445</sup>.

אם, ולאחר שבית המשפט פסק השבה לשני הצדדים, מכה שיקול דעתו על פי סעיף 18, הרי שהאפקט המשפטי של החלטתו יודהה עם זה המתארע בעת ביטול. ההשבה היא היא "סרת העודף" המהותי המבחין בין העדר זכות לתרופות המיועדות להביא לקיום (ותו לא), לבין בטלות. משמומש סרת עודף זה באמצעות פסיקת בית המשפט, שוב אין "זכות קיום" לטענה, כי החוזה קיים. אמנם, פורמלית ניתן לומר שהחוזה עדיין "תקף", אולם אין זו אלא קליפה ריקה מתוכן.

כך פני הדברים, גם אם נפסקת השבה לטובת אחד הצדדים בלבד. הצד שזכה בהשבה, כך מובן, איננו יכול לזכות באינטרס הנגדי, שכן הדבר יסתור את ההשבה; אולם גם הצד שכנגד, אשר לא זכה להשבה, איננו זכאי לביצוע הנגדי, שכן הביצוע הנגדי הוא אותו ביצוע אשר הושב. לא יעלה על הדעת, כי מצד אחד יכיר הדין בזכותו של צד להשבה, ומאידך גיסא יחייבו לקיים את אותו קיום אשר בגינו הוא זכאי להשבה.

נמצא, שהכרעת בית המשפט לפיה צד זכאי להשבה, משמעותה האפקטיבית תהיה ביטולו של חוזה.

3. סיכומו של דבר: אין שיטתנו דוגלת בפגיעת החוזה מחמת הסיכול, והתשובה הניתנת היא בדמותה של טענות הגנה מפני סעדים. בפועל, הרי שכאשר נפסקת השבה, תהא משמעותה של ההשבה קרובה לזו של ביטול החוזה. לשלמות הדין

442. אף שנתונה זכות לביטול, בשיקול דעת, על פי סעיף 18(ב) לחוק.

43. ראה גורי, לעיל הערה 24, בע' 106.

443. אליבא דמי שגורס, כי סייגי ההשבה בחוק עשיית עושר ולא במשפט חלים גם על הזכות להשבה מכה חוק החוזים, מצטמצם משמעותית הפער בין ההשבה "שבדין" להשבה בשיקול דעת (ד' פרידמן דיני עשיית עושר ולא במשפט (תשמ"ב) 453-454.

44. ע"א 15/82 ליפקין נ' דור הזהב בע"מ, פ"ד לו (3), 85, 92; ע"א 27/80, 201 ישראל ארגמן בע"מ נ' ברנדפילד, פ"ד לו (1), 393, 400.

45. ההגנה ממשכיכה לחול ביחס לתשואה הצפויה מן האינטרס לביצוע הנגדי (הרווח הצפוי), אולם לא ביחס לערך המקביל לערכו של האינטרס העצמי. אולם הזכות לפיצוי בגין אבדן רווח קיימת, בין אם החוזה בוטל, ובין אם לאו.

בעניין זה, יש לזכור, עם זאת, כי קיימת מגבלה חשובה בפני הפעלת שיקול הדעת על פי סעיף 18(ב): אין הזכות להשבה חלה, אלא כאשר ארעה "הפרה", דהיינו טרם הושלם ביצוע החוזה. לנושא זה נחזור בהמשך.<sup>46</sup>

מן האמור משתלחת מסקנה נוספת. אין לומר מיניה וביה, כי המפר כפוף לכח הקיום של הנפגע, כח קיום העשוי להיות רלוונטי במקרים בהם הביצוע אפשרי לאחר זמן, דהיינו במקרה של סיכול זמני. בכוחו של המפר ליזום תובענה להשבה, אשר קבלתה תגרווד ביטול "כפוי" (מעשית). דא עקא, שהזכות להשבה מחמת סיכול היא זכות בשיקול דעת, כנזכר, ואין ספק כי האפשרות שהגורם המסכל יחלוף, היא שיקול מרכזי בין שיקולי בית משפט, האם להעטר לבקשה, אם לאו.

כללית, ניתן לומר, כי לסעיף 18(ב) השיבות מיוחדת, דווקא בהקשר של דרישת השבה היזומה על-ידי המפר. הנפגע יכול ממילא לזכות בהשבה על ידי ביטול החוזה בעקבות ההפרה, ביטול אשר הוא זכאי לו כדין, על פי הוראות סעיף 7 לחוק החוזים (תרופות), ובמקרה זה הוא מתנער מכפיפות לשיקול דעתו של בית המשפט<sup>47</sup> המפר, לעומת כך, איננו יכול לבטל את החוזה, ולכן הוא זקוק לסיוע בית המשפט, על פי סעיף 18(ב).<sup>48</sup> לעניין תוצאותיו של הסיכול יש עוד לשים לב, כי חסינותו של המפר איננה מושלמת. סעיף 18(ב) מאפשר לבית המשפט לחייב את המפר בפיצוי של הנפגע, אף כי בפיצוי שלילי בלבד, בגין הוצאות סבירות, והתחייבויות סבירות. כמו כן נשמרת עדיפות מסוימת לנפגע, לעניין ההשבה, בכך

ראה פסקה 9.1.

46.

פרופ' שלו מניחה, כנראה, לאור הביטוי "בין אם בוטל החוזה, ובין אם לאו" כי גם הזכות להשבה במקרה של ביטול בעקבות הפרה, הנובעת מסיכול, כפופה למשטר של סעיף 18(ב) (לעיל הערה 4, בע' 519-520).

לדעתנו אין לפרש כך את הסעיף. הביטוי המצוטט נועד לקבוע את הרבותא, לפיה ההשבה אפשרית גם ללא ביטול. אזכור המצב בו החוזה בוטל, נועד למנוע טענה, אמנם בלתי סבירה, לפיה יוסק מן ההסדר החיובי ביחס למצב בו החוזה לא בוטל, הסדר השולל סמכות להשבה במקרה שהיה ביטול. סעיף 18(ב) לא נועד לפגוע בזכותו של הנפגע להשבה מן הדין בעקבות הביטול, שאם לא תאמר כן, שיוורו של סעד הביטול, כסעיף 18(א) מאבד במידה רבה מן האפקטיביות שלו. ואכן, יקשה להעלות על הדעת מקרים, שבהם תהיה הצדקה להעשיר את המפר על חשבון הנפגע, לאחר שהחוזה בוטל (ראה, ד' פרידמן דיני עשיית עושר ולא במשפט (תשמב) 38, 454); ולכן: "עיקר החשיבות לכוח לפסוק השבה במקרה של סיכול הוא דווקא במקרה שהחוזה לא בוטל" (שם, בע' 454, פסקה 496).

47. הנפגע עשוי עדיין להיות מעוניין בהפעלת סעיף 18(ב), לענין זכותו להשבה, משום שאם יממש את סעד הביטול, תקום זכות שבדין להשבה לטובתו של המפר. מכח שיקול הדעת על פי סעיף 18(ב) יכול בית המשפט להמנע מהרדיות ביחס להשבה, אם לא לעצם הקנייתה (הדבר בספק), הרי שלפחות למידתה.

שבכל מקרה מוקנית לו אופציה לבחור בין השבה בעין, להשבת שווי, אופציה שמוקנית לו במקרה של ביטול הונעשה באופן עצמי<sup>44</sup>.

#### ה. הארזע המסכל.

1. דיני הסיכול הגנו בתחילה מפני "Impossibility". כחלוף העתים, הורחבה ההגנה כך, שהיא עוסקת גם ב"Impracticability"<sup>45</sup>. גם הרחבה זו היא אחד ההיבטים, המתקדמים יותר, של נכונות הדין להקל על המתחייב, מפני נשיאה בסיכונים בלתי צפויים.

ההגנה תוקנה לא רק כאשר אין כל אפשרות מעשית לבצע את החוזה, אלא גם כאשר הוא ניתן לביצוע, אולם הביצוע יכביד באופן בלתי סביר. הרחבה זו היא בעלת חשיבות מרכזית, שכן המקרים בהם חוסר האפשרות לביצוע הוא מוחלט, הם מוגבלים בהיקפם.

סעיף 18 לחוק החוזים (תרופות) אימץ הבחנה זו. שתי חלופות לו לסיכול: האחת - אונס, דהיינו מקרה בו אין כל אפשרות לבצע את החוזה; השניה - מקרה בו קיום החוזה "שונה באופן יסודי" מזה שהוסכם עליו בין הצדדים<sup>46</sup>.

החלופה השנייה מגינה לא רק על החייב בביצוע. אלא גם על הזכאי לו. טול מקרה, בו אדם רכש מוצרים לשם שיווקם במדינה אחרת. פעולות איבה עם המדינה אשר אליה יעד הקונה את שיווק המוצר מונע את השיווק מעשית, או הדבר נמנע מחמת חקיקה האוסרת סחר עם האויב<sup>47</sup>. כאשר יידרש הזכאי להספקה לשלם את התמורה, יוכל להתגונן בטענה, כי שוב אין לו הפץ בנכס<sup>48</sup>. וכאן אין מדובר במצב בו התנאים החדשים משפיעים על מי שהתחייב לספק את הגבס ושוא העסקה,

447. האם אין מניעה לכך שהמפר יזום דרישה להשבה, בעקבות הסיכול, או שמא דרישתו של המפר להשבה תיתכן רק בתגובה לדרישת השבה מצדו של הנופגו? בפסק דין זוי (לעיל הערה 40) מדגיש בית המשפט, כי טענת סיכול היא רק טענת הגנה הפתוחה בפני מפר ונתבע (שם, בע' 295); ועל אפיה של טענת הסיכול כטענת הגנה עמד בין המשפט גם בעניין שמיז' הוך, לעיל הערה 40, בע' 407. אולם בית המשפט עסק בשאלה האם החוזה מתבטל מאליה, ולא בשאלה האחרת האם המפר זכאי לזיום הליך של השבה על פי סעיף 18(ב).  
פרופ' שלו מציינת, כי טענת הסיכול היא טענה המועלית בדרך-כלל כטענת הגנה, על ידי המפר (שם, בע' 517).

447. על פי סעיף 9 לחוק החוזים (תרופות).

48. Perillo, לעיל הערה 7, בע' 554-553, Chitty, לעיל הערה 8, פסקה 1633; שלו, לעיל הערה 4, בע' 514-513.

49. שלו, שם, בע' 514-513. אולם לספקות בשאלת התחולה של ענף "חוסר המעשיות", למרות גוסחו של סעיף 18(ב), ראה ע"א 1/84 נתן נ' סטרוד, פ"ד מב(1) 661.

50. אצלנו, ראה פקודת המסחר עם האויב, 1939. לקטגוריות המקרים, בהם חקיקה כאמור מסכלת חוזה, ראה Chitty, לעיל הערה 8, פסקה 1654.

51. אין אחדות דיעות בספרות, ביחס לשאלה, האם חוסר תועלת לגושה יכול שתקים טענת סיכול לטובתו. ראה שלו, לעיל הערה 4, בע' 514-515.



אלא על תועלתה הכלכלית עבור הצד שכנגד, הוא הצד שהיה "למפר", בעקבות הארוע האמור.<sup>52</sup>

אולם, כנגד כך, טול מקרה בו הזכאי להספקה מקבל את הנכס ומשלם את המחיר, אך למחרת, בטרם הספיק לשווק את המוצר, מתארע המארוע המלחמתי האמור. כאן לא תועיל טענת הסיכול לזכאי להספקה. ביצוע החוזה הושלם, ושוב אין לפנינו "מפר".<sup>53</sup> הסמכות לפסוק השבה, על פי סעיף 18(ב) מותנית בקיומה של הפרה, על פי סעיף 18(א), וזו כבר אינה מתקיימת, לאחר שהביצוע הושלם.

טענת הסיכול נחסמת לא רק כאשר הביצוע של החוזה כולו הושלם. די בכך, שחיובו של הטוען לסיכול הושלם, שכן במקרה זה, שוב לא תתרחש כלל הפרה. טענת הסיכול היא, איפוא, טענה הרלוונטית למקרה בו הארוע המסכל מתערב במהלך הביצוע עצמו. אין הטענה מועילה כאשר נזכרות הציפיות לתועלת מן החוזה, לאחר ביצועו.

2. כאמור התן אתד של בחינת הארוע המסכל הוא, השלכותיהן של הנסיבות החדשות על ביצוע החוזה: האם יש בהן כדי להפוך את החוזה לבלתי ניתן לביצוע, או לחוזה אשר הביצוע הוא בלתי מעשי לאורן. חוסר המעשיות, בסעיף 18(ב), מותה לנסיבות הופכות את קיום החוזה לשונה ב"אופן יסודי". הדרישה בדין האנגלי דומה: דרוש שינוי כזה, אשר הופך את החוזה לתוזה אחר מן החוזה עליו הוסכם.<sup>54</sup>

אין מקום לזוהות את מבחן היסודות לעניין הסיכול, עם מבחן היסודיות לעניין ההפרה.<sup>55</sup> טענת הסיכול היא טענה קיצונית; הדין יכול להרחיב את הזכות ביטול בעקבות הפרה, מבלי לפגוע באינטרסים סבירים של הצדדים, שכן הנחת היסוד בה פועל דין ההפרה היסודית היא קיומה של הפרה בלתי מוצדקת, דהיינו פעילות פסולה של הכפוף למגמה המרחיבה. לעומת זאת, מתאימה לכאן הגישה בדיני הטעות, הקרובים באופיים לדיני הסיכול,<sup>56</sup> לעניין המידה בה ידיעת האמת היתה משפיעה על חפצו של אדם סביר להתקשר.<sup>57</sup>

52. בנסיבות האמורות, לא מן הנמנע, כי גם לחייב בהספקה אין עתה כל תועלת בנכס, ואין זה צודק, כי ישא בהוצאות שנגרמו לו לשם ושיאה בהתחייבויותיו. במקרים אלה עשוי בית המשפט לסייע לו, באמצעות סעד השיפוי, על פי סעיף 18(ב).

53. סעיף 18(ב) דן ב"מקרים האמורים בסעיף קטן א". ניתן אמנם לגרוס, כי המקרים האמורים הם הארועים המסכלים בלבד, ללא קיומה של הפרה הנלווית להם, אולם פירוש זה נראה דחוק.

54. Chitty, פסקה 1635.

55. הקבוע בסעיף 6 לחוק החוזים (תרופות).

אולם לדיעה אחרת, ראה א' ידן חוק החוזים (תרופות) (פירוש לחוקי החוזים בעריכת ג' טדסקי, מהדורה שנייה), בע' 159-158, ופסק דין בלומנפלד בעקבותיו. לביקורת על דעתו של ידן, ראה שלו, לעיל הערה 4, בע' 513, ה"ש 38.

56. ראה לעיל פסקה 2(ג).

57. על פי סעיף 14 לחוק החוזים (חלק כללי).

3. נושאו של החתך השני, הוא יחס הצדדים כלפי הארוע המסכל. המדובר בשני תנאים מצטברים: חוסר ידיעה או חזות, הן ברמה הסובייקטיבית, הן ברמת האדם הסביר; וחוסר יכולת למנוע הנסיבות המסכלות.

הדרישה של סעיף 18(ב) מחמירה, ולא בכדי אין למצוא פסק דין אשר פורסם, ובו התקבלה טענת הסיכול<sup>58</sup>.

לשני סוגי התנאים גם יחד יש עקבות בשיטה האנגלו-אמריקאית, אולם קיימים הבדלים ניכרים ביסודות.

כך, לענין שאלת הצפיות, אין הדין האמריקאי מקנה משקל עצמאי מיוחד לאפשרות הצפיה. גם כאשר הארוע היה צפוי, עדיין לא יהיה בכך כדי לשלול טענת סיכול.

לאפשרות הצפיה נדע משקל, חשוב פחות או יותר, על פי הגישות השונות, לצורך הכרעה בשאלה רלוונטית אחרת והיא: האם המתחייב נטל על עצמו את הסיכון ביחס לנסיבות אלה?<sup>59</sup> הפסיקה האמריקאית מכירה באפשרות, כי הצורך המסחרי יכתיב המנועות מהתנאה בנדון, למרות הצפיה, מבלי שיהיה בכך כדי ללמד קונקלוסיבית על הנכוונות של המתחייב לשאת בסיכון. כך, למשל, כאשר צד נמנע מלהעלות לדיון דרישות לסייג מפורשות את התחייבותו באשר לסיכון הרלוונטי, מתמת היותו מצוי בנחיתות עסקית בניהול המו"מ<sup>60</sup>.

דומים הדברים באשר ליסוד השני, העוסק ביכולת למנוע את ארוע הנסיבות. הדרישה המקובלת, הן ב"Common Law והן בקונטיננט, היא כי הנסיבות לא תיגרמנה באשמו של הטוען לסיכול<sup>61</sup>. כלל זה נחשב ככלל עצמאי שבדין, ולא כמבחן-עזר בלבד<sup>62</sup>. לעומת זאת, אצלנו דרוש יותר מכך, לשם צמיחתה של טענת סיכול. יש להצביע על העובדה, כי לא היתה אפשרות למנוע את הארוע, ולא די בכך שהוא לא נגרם על ידי המפר. הדרישות בסעיף 18(ב), אם כן, מקשות ביותר על טענת הסיכול.

אפשרות הצפיה הרלוונטית, על פי הסעיף, היא של המפר, הטוען לסיכול, והיא נבחנת בעת הכריתה. חוסר היכולת למנוע את הנסיבות חייב שישתרע לאורך כל התקופה, החל מן הכריתה ועד לביצוע המיועד<sup>63</sup>.

### 1. סיכול המתרחש לאחר תחילת ההפרה

שאלה כללית מעניינת היא, מה גורלה של טענת סיכול, המתעוררת לאחר שהחלה ההפרה. כך, כאשר צד התחייב לספק סחורה במועד נקוב, ומסיבות "צפויות" שונות, אין הוא עומד בהתחייבות. זמן-מה לאחר מכן פורצת מלחמה, אשר היה בכוחה לספק טענת

58. ראה גם שלו, שם, בע' 517.

59. Perillo, *supra* note 7, at p. 570.

60. *ibid.*

61. ראה למשל, בקונטיננט, את סעיף 1302 לקוד הצרפתי. ובאנגליה: Chitty, לעיל הערה 8, פסקה 1679.

62. Chitty, *ibid.*

63. ראה גורי, לעיל הערה 24, בע' 102.

סיכול טובה, אילו עלתה מייד עם ההפרה". האם העובדה, כי ההפרה החלה טרם הסיכול תמונע טענה זו?

יש מקום של ממש, לעתים קרובות, לדיעה, כי בנסיבות אלה המפר גרם לתוצאות, ועל כן, אף שהמלחמה לא הייתה ניתנת למניעה על ידו, הרי שהשלכותיה של המלחמה על מהלך החוזה היו ניתנת למניעה".

הדין הצרפתי שולל טענת סיכול בנסיבות אלה. "כאשר נבחנה שאלה זו אצלנו נקבע, כי ארוע ההפרה טרם הסיכול איננו שולל את תחולתה של טענת הסיכול". זאת, משום שהחוזה ממשיך בתוקפו, למרות ההפרה, כל עוד לא בוטל על ידי הנפגע".

דעתנו שונה. אין חולק, כי החוזה עדיין תקף, בעת הארוע המסכל, ולכן "ניתן" עדיין לסכלו". אולם אין בכך סוף פסוק לסוגיה: ראשית, במקרים בהם ההפרה טרם הסיכול ניתנת הייתה למניעה, ייסתר, כאמור לעיל, היסוד בסעיף 18, הדורש חוסר אפשרות למניעת הנסיבות ותוצאותיהן.

שנית, שאלה היא, האם נכון הדבר, שהמפר יהנה מעולתו, דהיינו כי יהנה מטענת הגנה, אשר לא הייתה עומדת לזכותו, אילו קיים החוזה במועדו.

מכל מקום, על פי העולה מן הפסיקה, כאמור, נראה, כי אין מניעה שמפר, אשר הפרתו החלה טרם הארוע המסכל, יוכל להסתמך על טענת הסיכול ביחס להמשכה של ההפרה.

### ז. דין הסיכול ודין המכר

כידוע, חוק המכר קובע הסדר ביחס למועד, בו עובר הסיכון מן המוכר אל הקונה". עם זאת אין מניעה, כי יחולו דיני הסיכול לצד דיני העברת הסיכון במכר, וזאת ביחס לארועים אשר אינם מטופלים על יד חוק המכר".

נסיין מעניין געשה בפסיקה, להרחיב את תחום חלותו של דין הסיכון במכר אל מעבר לגבולותיו של דין זה, תוך נגיסה בתחום פרישתו של דין הסיכול. נסיין זה נוגע לארוע נשוא דיונו, דהיינו למקרה, בו שימשה מלחמה כארוע מסכל.

בעניין לופזי רכש אדם מניות, וסוכם, כי ישלם תמורתן לשיעודין. הרוכש נפל חלל במלחמת יום כיפור, וזאת לאחר שהשליטה בחברה הועברה אליו, מכח המניות שרכש. הוא נפטר זמן קצר בלבד לאחר הרכישה, ובטרם הספיק לפעול משמעותית בחברה.

64. אף שכאמור, הפסיקה איננה מותירה מקום רב לטענת סיכול, גם כשהיא נובעת ממלחמה.

65. עם זאת, קיימת עדיין אפשרות, שההפרה הראשונית ארעה במצב דברים בו נסיבות ההפרה אינן ניתנות למניעה, אולם היו צפויות, ולכן לא הקימו מלכתחילה טענת סיכול טובה.

66. סעיף 1302 לקוד.

67. ע"א 13/75 בלומנפלד נ' הדר פלסט, פ"ד כט (2) 452.

68. שם, בע' 455.

69. בעניין זה אין הבדל בין הדין האנגלי לזה שלנו. בשתי השיטות ההפרה איננה מפקיעה את החוזה.

70. סעיף 22 לתוק.

71. Chitty, לעיל הערה 8, פסקה 1668.

ומיר חוק המכר (חשמ"ח) 472.

72. ע"א 865/76 לופזי נ' שושני, פ"ד לא (3) 745.

עזבונו טען, כי עסקת הרכישה הייתה מושתתת על אישיותו של המנוח ועל הציפיה כי יהיה מסוגל, מפאת תכונותיו וקשריו, להפוך את העיסקה לכדאית מבחינה כלכלית. מעבר לשאלות העובדתיות שנבדקו, בית המשפט קובע, כי יש להשוות את מצבו של העזבון למצבו של אדם, אשר רכש נכס, והנכס אבד לאחר שהגיע לידי. ברור הוא, כי במצב דברים זה אין קונה הנכס זכאי להשתחרר מחובתו עקב האבדן, וכך פני הדברים, אליבא דבית המשפט, גם בענינו.

ההקבלה האמורה בעייתית למדי: חוק המכר קובע הוראה קונקרטית ביחס לסיכונים פיזיים העלולים לפגוע בנכס. מן ההכרח הוא, אכן כי דינים קונקרטיים אלה יגברו על דין הסיכול, אחרת הרבותא בהם מועטת, אם בכלל קיימת. אולם בדוגמת פסק דין לופז אנו עוסקים בסוג אחר של ארוע, דהיינו ארוע, אשר הופך את החוזה ל"בלתי מעשי" (Impracticable) כאן אין לדינו הסיכון במכר רלוונטיות ונפתחת הדרך ליישומם של דיני הסיכול. אם אמנם קיים פער קיצוני בין יכולת ההנאה מן הנכס כאשר המנוח היה בחיים, ליכולת להנות הימנו לאחר מותו, שורת הדין מהייבת את בדיקת תחולתם העניינית של דיני הסיכול על המקרה.

### ח. יישום דיני הסיכול על מקרים של פעולות איבה

1. כפי שציינו בתחילה<sup>73</sup> אין לסיכול המתארע בעקבות פעולות איבה איפיונים מיוחדים, הקונקרטיים להם. העיסוק בסוגיה זו מחייב יישום של העקרונות שנסקרו לעיל על הנסיבות המיוחדות. מפאת האופי הקוואיסטי של הסוגיה, מן הראוי להצביע על מספר דוגמאות, העוסקות בפעולות איבה, ולאחר מכן נוסה להעלות מספר מסקנות לעניין אופן הבחינה של יסודות הארוע המסכל, תוך הדגשה של המקרים בהם הנסיבות הן תוצר של פעולות איבה. נזכיר שוב, כי קיימים הבדלים בין יסודות הטענה בשיטות השונות, ולכן יש לנהוג זהירות ביישום התוצאות לשיטתנו.

#### 2. לעניין היסודיות של שינוי הנסיבות

(1) מקרים רבים נדונו באנגליה, בהם נטענה טענת סיכול מחמת אי החוקיות הנוצרת בעקבות הכרזת מלחמה עם מדינה לה משתייך צד לחוזה<sup>74</sup>. ביצעו של חוזה כזה הופך לבלתי חוקי, ועל כן יש לראותו כחוזה שלא ניתן לקיימו<sup>75</sup>.

(2) כן נפסק שם, כי אמן במה, אשר נקרא לשירות צבאי, ומחמת כך אינו יכול להופיע, חוזהו סוכל<sup>76</sup>.

(3) הפסיקה האנגלית דנה לא אחת במקרים בהם מלחמה מנעה ביצועו של החוזה על-ידי מפעילי ספינה, אשר נשכרה לבצע שירותי הובלה של מטענים. הגישה שהסתמנה בפסיקה בוחנת את משקלו של העיכוב, לעומת משכו הכולל של החוזה. כאשר משך העיכוב הוא קצר, יחסית למלוא התקופה המוסכמת, תהייה

73. פסקה א, 5.

74. ראה לעיל הערה 50.

75. תוסר האפשרות לקיום יכול שתהא גם משפטית, ולא רק פיזית.

76. Chitty; Morgan v. Mauser (1916) 1 A.C. 486, שם, פסקה 1661.

נטייה לשלול את טענת הסיכול". אולם, כפי שצוין בצדק<sup>77</sup>, אין ספק שגישת בית המשפט בהלכה המנחה<sup>78</sup> הושפעה מכך, שהמזמין נכון היה לשלם את השכר המוסכם בגין תקופת העיכוב<sup>80</sup>.

(4) מעניין במיוחד המקרה של The Eugenia<sup>81</sup>. אוניה שייטה ב-1956 מגואה להודו ויועדה לחצות את תעלת סואץ, כשהיא נושאת עימה סחורות; עקב מעשי האיבה באזורינו נחסמה תעלת סואץ. למרות שעקיפת התעלה היתה הרבה יותר ארוכה ויקרה, נפסק, כי אין מדובר בשינוי יסודי מספיק, מה גם שהספינה לא הובילה באותו ענין סחורה פסידה.

(5) מקרה אחר ביתס לחסימת תעלת סואץ הוא ענין Tsakiroglou<sup>82</sup>. עקיפת התעלה באותו מקרה חייבה מסע ארוך שלושת מונים מן המתוכנן, ויקר בהרבה. נפסק שהחווה לא סוכל, שכן אין המדובר בשינוי יסודי דיו. השיבות יוחסה לעובדה, כי לא נקב מועד סופי לאספקה<sup>83</sup>.

(6) מקרה חשוב שנדון אצלנו בעניין זה הוא פרשת בלומנפלד<sup>84</sup>. גדונה שם השפעתה של מלחמת יום כיפור על החובה לספק מוצרים, כאשר החייב בהספקה טען, כי עקב המלחמה חלה עלייה בלתי צפויה במחירי התשומות לייצור אותם מוצרים.

הטענה נדחתה, כאשר בית המשפט קובע, כי לא הוכח שהמלחמה גרמה לשינוי נסיבות כה מרחיק לכת, כנדרש לשם קבלתה של טענת הסיכול. אגב הכרעה עובדתית זו, וקביעת העקרון, לפיו דרוש שינוי נסיבות מרחיק לכת, קובע בית המשפט, כי לא די יהיה בעליית מחירים גדולה כדי להצדיק החלתו של הסעיף. לעומת כך, אם גיוס כללי בלתי צפוי מוציא את כל הפועלים משוק העבודה - כאן תתכן טענת סיכול<sup>85</sup>.

(7) בעניין ע"א 865/76 לזמ'נ' שושני<sup>86</sup> הנוכר, קנה א, כאמור את חלקו של ב בחברה. השליטה בחברה הועברה אל א, ובטרם הושלם תשלום המתייר בגין המניות, נפל א במלחמת יום כיפור. נפסק, כי אין בנסיבות כדי להצדיק טענת סיכול ועזבונו של א חויב בתשלום. בנייתו הלכה זו לאור זיקתה לדיני המכר עסקנו לעיל. אשר אנו מבקשים להדגיש עתה הוא, כי העובדה שהסיכול נבע מפטירתו של א במלחמה, לא שימשה להקלת יישומם של דיני הסיכול.

.77 Chitty, שם, החל מע' 1040.

.78 שם, ע' 1041.

.79 Anglo - American Petroleum Products Co. Ltd [1916] 2A.C 397

F.A Tamplin Steamship Co. Ltd v.

.80 כאמור לעיל, ברין האמריקאי, סיכול זמני יגרור השעייה הדידית בתקופת הביניים.

בשיטתנו, החוזה נותר בתוקף, גם אם מתקבלת טענת הסיכול, כפוף לכה הביטול שנתון לנפגע. אין ספק, כי הסדר ההשעייה, במקרים המתאימים, הולם יותר את הסוגיה.

.81 Chitty; [1964] 2Q. B 226, פסקה 1667.

.82 (1962) A. C 93.

.83 ראה סקירה אצל Chitty, פסקה 1669.

.84 לעיל הערה 64.

.85 שם, בע' 456.

.86 לעיל הערה 72.

## 3. לעניין שאלת הצפיה

מרשים למדי הוא יישומו של יסוד זה בפסיקה הישראלית על מקרים, בהם הארוע המסכל היה פעולות איבה.

הענין הידוע של חידם לנדאו<sup>87</sup> הוא פסק דין מוביל לענין מעשים פוליטיים המשפיעים על מהלך החוזה, ולקחו ישים, ללא ספק לארועים מן הסוג של פעולות איבה. א שבר את שירותיו של ב לביצוע עבודות בניה באוגנדה. עקב ניתוק היחסים הדיפלומטיים עם אוגנדה, בעקבות מהפיכה, גורשו הישראלים מאוגנדה ונמנע ביצוע העבודות. טענת הסיכול נדחתה, בקביעה, כי "יש להניח ששני הצדדים, כבעלי עסק מפוכחים, היטיבו לדעת שבמדינה כאוגנדה, בעלת השלטון הדיקטטורי החשוך, עלולות להתרחש מהפכות ותהפוכות פתאומיות, ואכן הם נתנו דעתם על כך בהסכם הכתוב"<sup>88</sup>.

הנימוק הראשון תמוה, ומעורר מחשבות מרחיקות לכת ביחס לנכונותו של בית המשפט להחיל את תורת הסיכול כלל. כמעט כל ארוע, גם החרגי ביותר, ניתן לצפיה ברמה כלשהי של הסתברות. האמנם די בכך על מנת לסתור את הדרישה, כי הארוע לא ניתן יהיה לצפיה?

גם האדן השני עליו מושתת פסק הדין מסופק, בנוסיבות. הצדדים לא נתנו דעתם בחוזה לארוע דוגמת מהפיכה. כל שנקבע שם, בלשון כללית, הוא כי לא תתקבל כל טענה מכל סוג שהוא, ביחס לאיחור בביצוע. ספק, אם מלשון כללית זו, על אף הנוסח הגורף, יש ללמוד על חלוקה מוסכמת של סיכון ביחס לארוע שהתרחש בפועל. אולם אם אני טועה בהשקפתי, גם אז יש לבחון התנאה זו בכלים אחרים, מאשר אלה בהם עשה בית המשפט שימוש. מהמת כלליותה אין בה די כדי להצביע על כך שהארוע הנדון, אשר לא הוזכר, היה ניתן לצפיה, דהיינו אין בה כדי לסתור את היסוד הפנימי שבסעיף 18. אם יש לפרש ההתנאה כפשטה, הרי שיש להבינה כמתיימרת להתנות על דין הסיכול, דהיינו לקבוע הסדר שונה מהדין ביחס למקרים הבלתי צפויים. על כן השאלה הנכונה, בנוסיבות היא האם דין הסיכול קוגנטי או דיספוזיטיבי; שאלה זו לא הועלתה על ידי המשפט.

פסק דין נוסף המעורר עניין בסוגייתנו הוא זה של נצחוני מזרחי בע"מ<sup>89</sup>. הנתבע התחייב לבצע עבודה במחיר נתון. הוא גויס לשירות צבאי במלחמת יום כיפור, ומששב מן השירות, הסתבר כי מחירה הראוי של העבודה האמיד בכחמישים אחוז. בית המשפט דחה גם כאן את טענת הסיכול, משתי סיבות הקרובות לאלה בהן נומקה דחיית הטענה בעניין חידם לנדאו. ראשית, הופיעה בחוזה קביעה, לפיה המחיר הוא "סופי". בית המשפט פרש הוראה זו כנטילת סיכון גם ביחס לגיוס לשירות. באשר למסקנה האמורה הערתנו היא כהערה לעניין פרשת חידם לנדאו. התניה כללית מדי מכדי שתפורש באופן זה, ואם יש ליתן לגרופתה משקל מלא, עולה גם כאן שאלת הדיספוזיטיביות.

בית המשפט דן גם בשאלת הצפיות, במנותק מן השאלה האם התניה החוזית קובעת הסדר פוזיטיבי ביחס לסיכון זה. הוא נכון להניח, כי עליית מחירים מן הטעם כי

87. ע"א 101/74 חידם לנדאו נ' ניהוח מקווה מים, פ"ד (3) 661.

88. שם, בע' 667. כן ראה שלו, לעיל הערה 4, בע' 508, ה"ש 15.

89. ע"א 715/78 כץ נ' נצחוני מזרחי בע"מ, פ"ד לג (3) 639.

תתרחש מלחמה לא הייתה צפויה. אולם די, לדידו של בית המשפט, כי האמרת המחזיר היתה צפויה מסיבה כלשהי, כדי לסלק את טענת הסיכול. גישה זו מעוררת שאלות לא קלות. כך, למשל, האם לא יהיה זה מן הראוי לצמצם, לכל המצער, את הקביעה האמורה למקרים בהם נצפה ארוע מאותו סוג? האם אין לומר, כי כמות השינוי מצטברת, בשלב כלשהו, לרמה כזו, המשנה את אימתו של השינוי, כך שהוא הופך מסוג אחד לסוג אחר?

ברם, דומה כי המידה בה מקשה הלכה זו עם הטוען לסיכול מתעצמת לאורו דבריו של מ"מ הנשיא, השופט לגדוי:

"שאלה היא, לדעתי, אם כל עוד השלום אינו שרוי בין ישראל ובין כל שכנותיה, סכנה של פרוץ מלחמה במועד כלשהו, קרוב או רחוק, אינה קיימת תמיד, כך שבנוני מלחמה ושלום הבלתי צפוי הוא לעולם בגדר הצפוי עבור אדם מישראל"<sup>90</sup>

אם כך, אם מלחמת פתע כמלחמת יום כיפור נחשבת לצפויה, יקשה להלום מעשי איבה אשר לא ייחשבו לצפויים.

כך נפסק גם לגבי מלחמת שלום הגליל<sup>91</sup>.

קו נוקשה ביחס ליסוד הצפיות ננקט אצלנו על ידי בית המשפט לא אחת. כך, בעניין ע"א 294/82 פישברג נ' דים<sup>92</sup>, נדחתה טענתו של קבלן, כי לא יכול היה לחזות בראוי את כל הקשיים אשר גרמו לעיכוב במתן רשיון בניה לפרויקט שהוא נטל על עצמו; בעניין ע"א 736/82 כפר חסידיים בע"מ נ' אברהם<sup>93</sup>, סרב בית המשפט להכיר בפגעי טבע (גשמים) כגורם המסכל התחייבות למכור כמות מסוימת של יבול, שכן פגעי טבע כאלה, צפוי שישפיעו על התנובה.

ולדוגמאות נוספות: שניים שמכרו בית, ואחד המוכרים חלה בדיכאון כתוצאה מכך, אין הדיכאון מהווה סיכול<sup>94</sup>. האפשרות, כי מוכר דירה לא יקבלה במועד ממי שמכר את הדירה לו, ועל כן יימנע מן המוכר לבצע במועד, היא אפשרות הניתנת לצפיה<sup>95</sup>.

כך גם לגבי עיכובים בהוצאת שומות על ידי רשויות מס שבת מקרקעין, כתוצאה ממעבר לשיטת מיחשוב חדשה<sup>96</sup>.

גישתו של בית המשפט לשאלת החובה לצפות את הארוע הנטען להיות סיכול היא, אם כן, גישה מחמירה, הן לעניין המבחנים הפנימיים של יסוד זה, והן לעניין אופן הסקת התקיימותה של צפיה מראש מתוך הדברים שהוחלפו בין הצדדים, או מהוראות ההסכם. טענת סיכול מחמת פעולות איבה בתנאים בהם נתונה ישראל, היא, איפוא, טענה אשר סיכויי הצלחתה נמוכים.

90. דוגמת הדין ביחס לאחריות הנוזיקית ברשלנות.
91. שם, בע' 643.
92. ת"א (ת"א) 2975/82 לדר נ' עיריית חולון, פ"מ תשמ"ד (1) 459. ראה גם שלו, לעיל.
93. הערה 4, בע' 508, ה"ש 16.
94. פ"ד ט(2) 630.
95. פ"ד לט (2) 490.
96. ע"א 1/84 נתן נ' סטרוד, פ"ד מב (1) 661.
97. ע"א 348/79 גולדמן נ' מיכאלי, פ"ד לה (4) 31.
98. ע"א 748/80 גולדשטיין נ' גוב ארי, פ"ד לח (1) 309 (השופט יהודה כהן חולק על גישה זו).

### ט. ביקורת הפסיקה באשר לסיכול מחמת פעולות איבה

גישת הפסיקה איננה נראית לנו, עם כל הכבוד, מוצדקת. ראשית, היא משקפת גישה שמרנית, המבוססת על תפיסה לא־דיאלית ביתס לאפשרויות ההתנאה והצפיה, המתקבלות על הדעת במסגרת משא ומתן מסחרי. שנית, היא איננה מתישבת עם המדיניות הראויה, בתנאי המדינה, אשר מחייבת הקלה עם מי שהאינטרסים שלו נפגעו כתוצאה מפעולות איבה, הקלה הבאה לביטוי בחקיקה אצלנו, במסגרות שונות.<sup>97</sup>

אין קושי פרשני של ממש באימוצה של מדיניות זו. אכן, פעולות איבה הם תופעה צפויה בישראל, מבחינה עובדתית. אולם סעיף 18 אינו עוסק ביכולת הצפיה, כעניין עובדתי, אלא שואל האם היה על המפר לצפות; אין כל מניעה לפרש מושג זה כנושא עמו מטען נורמטיבי, בדומה לדרך בה נהגה הפסיקה באשר לפרשנות המונח "צריך", לענין צפיותו של האדם הסביר בדניי הרשלנות בנוזיקין, על-פי סעיף 36 לפקודת הנוזיקין. לכן ייתכן, כי בפרשת כץ ניתן היה, עובדתית, לצפות את מלחמת יום כיפור, אולם בנוסיבותיה, ולאור שיקולי המדיניות הנזכרים, ספק האם היתה חובה לצפותה.

נראה, כי כיום, לאור גישת בית המשפט בשאלת הסיכול, לא הייתה נפסקת ההלכה שנפסקה בעניין כהן נ' וקסלמן<sup>98</sup>, לפיה ניתן להסיק במצב מלחמה, תנאי מכללא המאפשר דחיית המועד לביצוע התחייבויות עקב גיוס לשירות, (מובן, כי יהיה צורך כיום בהיסק מסוג זה, רק אם לא יחול על העניין הפטר מתאים על פי חוק הארכת מועדים). ההיסק הנוסף הראוי לציון באשר לפעולות האיבה נעוץ בתופעת הזמניות של פעולות אלה.

פעולות מלחמתיות נוטות להסתיים כעבור פרק זמן, קצר או ארוך, ולעיתים קרובות השפעתן על האפשרות לביצוע חוזה היא זמנית בלבד. יש ועדיין יהיה הביצוע של החוזה "מעשי" גם לאחר הסרת המניעה הנובעת מפעולות האיבה. על כן, לסוגית הסיכול הזמני חשיבות מיוחדת בהקשר זה. הצבענו על ההסדרים הנוהגים לענין האמור; בשיטתנו אין הדין מיחד לכך הסדר נפרד. תל דין הסיכול הרגיל, אשר משמעותו הוא, כי גם סיכול זמני הוא סיכול, על מלוא הנפקויות העולות מסעיף 18. גם סיכול זמני, כסיכול הקבוע, אינו מפקיע את החוזה, אולם יאפשר לנפגע השתחררות הימנו.

זו חולשה נוספת של ההסדר הנוהג בישראל ביחס לסיכול מחמת פעולות איבה. ההודמנות הנותרת לשם קיום החוזה, במצב של סיכול זמני, מוגבלת מאוד, שכן הנפגע יכול לבטל את החוזה בעקבות ההפרה, למרות הסיכול. פתרון עדיף הוא זה הננקט בדין האמריקאי, ולפיו מתאפשרת השעייתם של החיובים, דהיינו דחיה למעשה במועד הביצוע, עד לחלוף המניעה (כפוף ליכולתו של הנפגע להשתחרר, אם הביצוע בעתיד יכביד עליו בצורה מהותית, מעבר לביצוע במועד המקורי).

במקרים מסוימים נושג תוצאה קרובה לכך על פי חוק הארכת מועדים, אולם תחולת החוק מצומצמת למקרים שבהם החייב מגויס, ואינו מטפל במצבים אחרים, בהם החוזה מסוכל עקב מעשי איבה. בנוסף, החוק הוא סטנדרטי במועדים הקבועים בו ומועדים אלה לא בהכרח עונים על הקשיים המתעוררים בעקבות ארוע מסכל.

### י. פרשנותן של הוראות חוזיות ביחס לסיכול מחמת פעולות איבה

לעתים מתנים הצדדים התנאות שונות ביחס להשפעתן של פעולות איבה, או פעולות

97. כגון דיני השיקום, דיני מס רכוש (ביחסים עם המדינה) וחוק הארכת מועדים (ביחסים עם הפרט).

98. לעיל הערה 23 א.



חיצוניות אחרות, על תוקף החוזה. כאשר מפורטים בהסדר סוגי סיכונים אשר התרחשותם יקים הפטור, קיים חשש כי סיכונים אשר לא פורטו ייחשבו כסיכונים, אשר המתחייב הסכים לשאת בהם בכל מקרה, אף אם דיני הסיכול היו מועילים לפטור אותו, אלמלא ההתנאה (על דרך הכלל, כי" מכלל החן (ביחס לפטור) אתה שומע לאו"י). יש לנהוג זהירות, אם כן, בניסוח הוראות מסוג זה.

מכשול אחר הניצב בפני המבקש לטעון סיכול, בנסיבות בהן פורט בחוזה היחס כלפי סיכונים חריגים, נובע מההלכות אצלנו בשאלת ימולת הצפיה, לענין הסיכול, הלכות הנעזרות בהתנאות שועשו, לשם משיכת מסקנות באשר ליכולת הצפיה.

כן, אם חוזה קובע כי קבלן לא יופטר מאחריות עקב איחורים בבניה הנובעים ממחסור כללי בחומרים, האם איחור הנובע מהמנעות כללית של פועלים להגיע לעבודה מחמת פעולות איבה תקים פטור על פי דיני הסיכול?

השאלה הראשונה כמובן, היא האם פרשנותו הנכונה של התנאי השולל פטור, נועדה לשלול גם פטור מחמת ארוע זה. אולם גם אם התשובה לכך תהיה בשלילה, נראה שהלכות הצפיות בדיני הסיכול ימנעו הסתמכות על טענת סיכול, שכן "מה לי מחסור בכח אדם מחמת מעשי איבה ומה לי מחסור מחמת סיבה אחרת - העיקר שאת המתסור דאו מראש"<sup>98</sup>. בית המשפט לומד, אם כן, מהוראות החוזה, ובאופן מרחיב, על המודעות והצפיות של הצדדים. גם כאשר אין לפרש את החוזה כשולל טענת סיכול, ניתן יהיה ללמוד ממנו על צפיות הצדדים, לצורך היסודות הפנימיים של סעיף 18.

## יא. סוף הדבר

חיבור זה נועד, כאמור בפתיחה, לסקור בתמצית את מצבם של דיני הסיכול כיום, תוך שימת דגש על היבטים הנוגעים לפעולות איבה.

העולה מן הסקירה הזו, כי פרשנותו של בית המשפט להוראות הסיכול מקרב את האחריות החוזית לאחריות מוחלטת, כך שגם ארועים מסכלים כתוצאה מפעולות איבה, אף אם רמת ההסתברות להתקיימותם קלושה, לא תפטור מחבות. גישה זו איננה תואמת את הגישות הפחות שמרניות, המקובלות כיום ביוריספרודנציה, והמתישבות באופן הולם יותר עם המציאות המסחרית.

כמו כן הצבענו על כך, כי נעדרת בשיטתנו התייחסות שונה לסיכול הזמני, לעומת זה הקבוע, אשר תאפשר את השעייתו של החוזה בתקופתו של הסיכול הזמני. אפשרות זו ישימה, לא אחת, לסיכול הנובע מפעולות איבה. הפתרון הקיים בחקיקה הספציפית (חוק הארכת מועדים) הוא חלקי ומוגבל.

דוקטרינת הסיכול אצלנו טעונה, אם כן, בדיקה מחודשת. קיימות הצעות שונות לעניין זה בתורת המשפט, בעיקר אצל חסידי הגישה הכלכלית. כך, למשל, הוצע, כי הנושא בסיכון יהיה ה"מבטח הטוב ביותר"<sup>99</sup>, או הצד, אשר הנגישות שלו למידע הרלוונטי, המשפיע על הזות ההתרחשות של הנסיבות המסכלות, קלה וזולה יותר<sup>100</sup>. בחינתן של תורות אלה ואחרות חורגת ממסגרת רשימה זו.

98. לקשיים הטמונים בניסוח פרטני, בכיוון ההפוך (דהיינו כאשר מפרטים את נסיבות

הפטור), ראה Perillo, בע' 571-572.

99. על משקל "מה לי עליה תלולה ומה לי עליה רדודה. העיקר שאת העליה של המחיר ושל השכר אמנם ראו מראש" (פס"ד בצ' הנזכר).

100. Cook & Oughton, לעיל הערה 3, בע' 364-362.

101. מאוטנר, לעיל הערה 1, בע' 387-386.

---

# איפיונים תקופתיים בפיקוח בג"צ על רשויות הצבא הפיקודיות והמנהליות

מאת: רס"ב (מיל.) חנן מלצר, עו"ד

לזכר אבי, עו"ד יוסף מלצר ז"ל

---

\* תודת המחבר נתונה לעובדי משרדו: גב' נאוה אילן, גב' אילת מרקוביץ ומר אבי אילוב, שסייעו לו בליקוט המקורות ובניתוחים סטטיסטיים.

## א. מבוא

1. באקלים הפסיקה של בית המשפט הגבוה לצדק בתחום הדין החוקתי והמינהלי ניכרות מספר תקופות. על כך דומה שאין מי שיחלוק, הגם שסיווג העתים והמאפיינים איננו תמיד אחיד.

1. מ' לנדוי, על שפיטות וסבירות בדין המנהלי, עיוני משפט י"ד (1) 5.  
 הנשיא לשעבר של בית המשפט העליון מונה ומאפיין 3 תקופות כאלה:  
 א. תקופת הבראשית, הקצרה יחסית, שעליה הטביע ד"ר משה זמורה, את חותם אישיותו, חותם של דיסון עצמי.  
 ב. התקופה השנייה, שהחלה עוד בשנות החמישים והסתיימה בשנות השבעים. בתקופה זו נשמר בד"כ אקלים הדיסון העצמי, תוך כיבוד תקדימים, והתבצר מעמדו של הבג"צ כמעוז של האזנה ביחסיו של השלטון ברות הכרזת העצמאות.  
 ג. התקופה השלישית, שהחלה בשנות השבעים ונמשכת עד לימינו אלה (מועד פרסום מאמרו של ד"ר לנדוי - אפריל 1989) ומתאפיינת באקטיביזם שיפוטי.  
 עיין גם:  
 א' רובינשטיין, שופטי ארץ - לראשיתו ולדמותו של בית המשפט העליון בישראל (שוקן - 1980), 192-223.  
 2. ראה, למשל: פ' להב, "העוון והמשרה: בית המשפט העליון בעשור הראשון לקיומו, עיוני משפט י"ד (3), 479; יגאל אדיבא, נשיאי בית המשפט העליון, קבלת החלטות ועיצוב מדיניות (חיבור לשם קבלת התואר דוקטור לפילוסופיה - ברזיל, תשרי תשמ"ט).
- SHIMON SHETREET, "THE SCOPE OF JUDICIAL REVIEW OF NATIONAL SECURITY CONSIDERATIONS IN FREE SPEECH AND OTHER AREAS: THE ISRAELI PERSPECTIVE", 18 ISR. YR.B.H.R. (1988) 35.
- עיין גם: כנס לרגל מלאת 40 שנה למשפט הישראלי, משפטים י"ט (4): סיווג לתקופות מקובל בביקורת שיפוטית והוא נפוץ במיוחד בארה"ב, שם ניתוח הפסיקה נעשה, בין השאר, בהתאם לחלוקה לפי: זמני הכהונה של נשיאי בית המשפט העליון, עשורים ועונות שיפוט (בצד זה קיימות, כמובן, גישות "רוחביות" - "מהותיות" יותר - עיין: פ' להב, גווני הגישות לביקורת השיפוטית בארה"ב, עיוני משפט י' (3), 491).

2. נראה לנו שאף באשר ליחסו של בג"צ לרשויות הצבאיות להבחין - במרוצת השנים - במספר עונות בסיסיות. במאמר זה ננסה לגזור את התקופות האמורות ולהראות כי ההכרעות בעתירות אלו הוגנו לא רק מכללי המשפט המינהלי הרגילים (המשתנים אף הם, כאמור, עם

3. במסגרת זו לא נעסוק בפרוטרוט בשלושה תחומים (אלא אם כן פסקי-דין שניתנו בהם משמשים ציוני-דרך במיתווה הכללי שנציג כאן), ואלה התחומים:
- א. פיקוח בג"צ על מערכת הגיוס. נושא זה חורג מגדר רשימתנו, שהרי אף שמערכת זו מופעלת בשני העשורים האחרונים ע"י צה"ל היא עדיין "אזרחית" במהותה ויונקת סמכויותיה מחוק שירות בטחון (נוסח משולב), התשמ"ו-1986. (בעבר אכן היתה מערכת זו כלולה במשרד הבטחון ולא בצה"ל).
  - ב. פיקוח בג"צ על הפעילות בשטחים. נושא זה חורג מגדר רשימתנו, שכן הוא מערב, בנוסף לשאלות מהמשפט המינהלי, אף קושיות מהמשפט הבינלאומי.
  - ג. פיקוח בג"צ על בתי הדין הצבאיים. נושא זה חורג מגדר רשימתנו, שהרי עיקר איפיונו בשיטות התערבותו של בג"צ בגופים שיפוטיים, או מעין-שיפוטיים בתור שכאלה, מה גם שסוגיה זו קיבלה מהפך עם תיקון התשמ"ו בחש"צ שהנהיג - בסעיף 440 ט' לחוק האמור - אפשרות ערעור (ברשות) על החלטות בית הדין הצבאי לערעורים. ראה: דע"פ 25/87 הבר נ. התובע הצבאי הראשי, צה"ל, פד"י מ"ב (1), 45.
- בג"צ 152/89 אדלר, ואח' נ. ראש המטה הכללי, ואח', פד"י מ"ג (2), 52. עיין:
- ש.ז. פלר, פיקוח בית המשפט העליון על הלכות מערכת השיפוט הצבאי משפטים י"ז, 53.
- צ' הדד, "התערבות בית המשפט העליון בפסקי-דין ובהחלטות אחרות של הערכאות הצבאיות בעקבות חוק השיפוט הצבאי (תיקון מס' 17), התשמ"ו-1986, משפט וצבא (גיליון 8, מרץ 88), 17.
- ב' רוטנברג, "על סעיף 440 לחוק השיפוט הצבאי וביקורת בג"צ על החלטות בית הדין הצבאי לערעורים", משפטים י"ט (2-3), 441.
- כל אחת מהסוגיות הנ"ל ראויה לדיון ולמאמר נפרד, כפי שזכה לו הנושא השלישי.

3. הזמנים החולפים), אלא גם ובעיקר בהתייחס לאוירה הכללית והבטחונת ששררה באותה עת במדינה ובימים לב לאישיותם של השופטים שישבו לדין. סידור פסקי-הדין בדרך זו יאיר את המגמות ששלטו בפסיקה בתקופות השונות, וגלה לעתים הלכות סותרות בנושאים קרובים, יאפשר קביעה לגבי המשך תקפותן

4. ראה: ש' שטרית, ארבעים שנה למשפט החוקתי - התפתחויות בדיני חוקה - סוגיות נבחרות, משפטים י"ט (4), 573, שם בעמ' 606-611;  
 כך קרה אף בארה"ב, שם בעותות מלחמה צומצמה ההתערבות עד למאוד (והמבקרים גורסים - הרבה מעבר למידת הראויה) ובימי שלום היא הורחבה. ראה:  
 EUGENE V. ROSTOW, THE JAPANESE AMERICAN CASES - A DISASTER, 54 YALE L. JOUR (1954) 489.  
 EARL WARREN, "THE BILL OF RIGHTS AND THE MILITARY", 37 N.Y.U.L. REV. (1962) 181, 192-197.  
 McDANIEL, "THE AVAILABILITY AND SCOPE OF JUDICIAL REVIEW OF DISCRETIONARY MILITARY ADMINISTRATIVE DECISIONS", 108 MILITARY L. REV. (1985) 89.  
 W. BRENNAN, THE QUEST TO DEVELOP A JURISPRUDENCE OF CIVIL LIBERTIES IN TIME OF CRISIS (1987).  
 (הרצאה שניתנה ע"י שופט בית המשפט העליון האמריקאי, השופט BRENNAN בירושלים בתאריך 22.12.87).  
 תופעה דומה התרחשה באנגליה. ראה:  
 LIVERSIDGE V. ANDERSON (1941) 3 ALL E.R. 338 (H.L.).  
 CONWAY V. RIMMER (1968) AC 910, AT P. 982  
 לביקורת גישה זו ראה:  
 BROWNLIE'S, LAW OF PUBLIC ORDER AND NATIONAL SECURITY (2nd. Ed. BY MICHAEL SUPPERSTONE - 1981) AT P. 226 F.N. 19  
 והאיזכורים המובאים שם.  
 5. אין צורך לומר שזהו שיקול דומיננטי בכל פסיקה. ראה בהקשר זה מחקרו המקורי והאמיץ של:  
 GRIFFITH, THE POLITICS OF THE JUDICIARY, (1978).  
 לגיטומה דומה, אם כי לא אקדמי, אלא מעין עיתונאי-חקרני לגבי תוככי בית המשפט העליון האמריקאי בשנים 1969-1975, ראה:  
 BOB WOODWARD AND SCOTT ARMSTRONG, THE BROTHERS, (1979)  
 לטיפול אקדמי בסוגיה זו בישראל - ראה:  
 רובינשטיין, שופטי ארץ, שם, שם, בעמ' 137-167.  
 ויתקון, "מעולמו של שופט", עיוני משפט ז', 531.  
 מ' דויטש, "מובנט ההנהגה בתפקוד השיפוטי הקולגיאלי של בית המשפט העליון", עיוני משפט ט"ו (1), 167.  
 אריבא, שם, שם.  
 6. לסקירה "קתבוציונלית" של הפסיקה בתחום מאמרו, על פי נושאי התערבות - ראה: פיקוח בג"צ על רשויות הצבא, חוברת בהוצאת ענף יעוץ ותקיקה במפצ"ר (1989).  
 אין צורך לומר כי את יחסו של בג"צ לרשויות הצבא השונות ניתן לבחון גם בחתכים נוספים אחרים.

של פסיקות קודמות ויעזור ב"ניבוי" גורלן של עתירות עתידיות, שזוהי האמנות האמיתית של המשפט המינהלי המתהווה בארצנו.  
לא נאריך איפוא בהקדמות נוספות, אלא ניכבד וניכנס לגופם של דברים.

### ג. התקופה הראשונה להתערבות בג"צ בפעילויות רשויות הצבא - עידן קביעת הדפוסים ("התקופה הפורמטיבית").

4. עם קום המדינה בית הדין הצבאי ניסה להטיל ספק בסמכותו של בית המשפט הגבוה לצדק להתערב בדיונים המתנהלים לפני בתי המשפט הצבאיים ובאחת מהחלטותיו קבע בית הדין המיוחד של צה"ל כדלקמן:

"אין כל אסמכתא חוקית בחוקי המדינה -

(א) שבית המשפט הגבוה לצדק יכול להתערב במהלך הדיונים של בית דין צבאי;

(ב) שבית דין צבאי כפוף וכפוף להחלטות בית משפט אזרחי כל שהוא..."

בא איפוא בג"צ ממי השופט חשין (והשופטים אולשן וזילברג עמו), על דעת מי שכיהן אז כפרקליט המדינה, מר חיים כהן, וסיפק מיד "אסמכתא", או לפחות "מעין אסמכתא", בשאלת הסמכות - על מנת ששאלת "עליונותם" של בתי הדין הצבאיים ובתי המשפט האזרחיים לא תטריד (כך במקורו) עוד להבא את שופטי בתי הדין הצבאיים וכל אלה המשמיעים באזניהם טענות ומענות כאלה<sup>7</sup>.

יתר על כן ומקל וחומר לגבי הנכונות להתערב בגופים השיפוטיים של צה"ל אתה למד באשר לכפיפותן של כל שאר רשויות הצבא לסמכות בג"צ.

5. זאת ועוד - אחרת. בג"צ דחה באותה הזדמנות אף את הטענה כי יש להמתין בפניה לבית המשפט הגבוה לצדק עד לסיום הדיון בבית המשפט הצבאי "משום שעבודתם הסדירה של בתי הדין הצבאיים תסבול ביותר, אם יקבע שכל אדם הנתבע לפנייהם לדין זכאי בכל עת לפנות אל בית המשפט הגבוה לצדק בדרישת צווייעשה, או כתבי איסור".

פרקליט המדינה דאג, מר חיים כהן, הדגיש כי את הטענה הזאת הוא טוען רק לפי הנוראותיו הספציפיות של נשיא בית הדין הצבאי המיוחד, אשר תחום שיפוטו היה במוקד העתירה.

7. ענף זה תואר כ"המשפט המקובל הישראלי" - ראה: ע"פ 768/80 שפירא נ. מדינת ישראל, פד"י ל"ו (1), 337, שם בעמ' 357 (מפי מ"מ הנשיא, השופט יצחק כהן).  
השווה גם עם: בג"צ 1601-4/90 עו"ד משולם שליט, ואח' נ. ח"כ שמעון פרס, ואח', פד"י מ"ד(3) 353, שם בעמ' 367.  
בנקודה זו נוצר מפגש מעניין בין המחוקק המשפטי מחד גיסא לבין המקצוע המעשי מאידך גיסא, שכן שני ענפים אלה כאחד נאלצים להתמודד מול הנטייה הפסיקתית להציג כל חידוש וסטייה מההלכה - כהליכה עקבית, כביכול, בתלם העבר.  
דוגמה מצויינת למהפכה שכזו בתחומנו, אשר בית המשפט, מפי השופט ברק, עשה ככל יכולתו "למתנה" ולהכריז עליה כשיגרה מתחייבת לכאורה מהלכות של שנים קודמות - ראה: בג"צ 680/88 שניצר, ואח' נ. הצנזור צבאי הראשי, ואח' פד"י מ"ב (4), 617. עיין גם להלן טקסט לה"ש 160-139.  
8. ניסוח זה לקוח ממאמרה של ד"ר פנינה להב, המובא בה"ש 2 שלעיל.  
9. מובא בבג"צ 27/48 להיס נ. שד הבטחון, ואח', פד"י ב' 153, שם בעמ' 155.  
10. בג"צ 27/48 הג"ל, שם בעמ' 156-157.

אין צורך לומר כי בג"צ "קלט את הרמז" שבהצהרה הג"ל וקבע נחרצות כי אין טענה זו עשויה לשמש עילה לדחיית הבקשה וכי אין הוא מוכן לסגור דלתותיו בפני גפגע רק מטעמי נוחות לבית הדין הצבאי.

מאז ועד היום לא הרהיב עוד איש עוז בנפשו לכפור - בשערי בג"צ - בסמכותו כלמי רשויות הצבא השונות, ובדין כך.

6. באותה תקופה, אף שהיו אלה ימי מלחמת השחרור, בית המשפט לא נסחף ב"להט פטרויוטי" וראה עצמו מחוייב לחנך ולהדריך - על דרך של פסיקה:

(א) במקרה של מעצר מינהלי של ערבי יפואי, שנעשה מכח תקנה 111 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945, פסל בית המשפט את צו המעצר משום שהוצא בשעה שלא היתה קיימת ועדה מייעצת שבפניה רשאי היה העציר להשיג על מעצרו. אף כינון הועדה המייעצת לאחר מכן לא ריפא את הפגם כי עם הקמת הועדה לא הוצא צו מעצר אחרי.

בית המשפט חש כי הנמקתו יכולה להראות פורמלית גרידא ולכן טרח להבהיר מפי השופט אולשן (הנשיא זמורה והשופט חשין עמו) כדלקמן:

"השלטונות כמובנים לחוק כמו כל האזרחים במדינה. ושלטון החוק הוא אחד היסודות האיתנים של המדינה. יהיה בזה נזק המודר לציבור ולמדינה גם יחד אם השלטונות ישתמשו בכוח הניתן מטעם המחוקק, אף כאופן זמני, מתוך התעלמות גמורה מהסייגים המוצבים על ידי המחוקק על דרך השימוש בכוח הזה. נכון שבטחון המדינה, המצריך מעצר אדם, אינו חשוב מותן מהצורך לשמור על זכות האזרח, אולם במקום שאפשר להשיג את שתי המטרות גם יחד אין להתעלם מהאחת, או מהשניה".

עוד הוסיף בית המשפט ואמר:

"יש ובשעת מלחמה רואים השלטונות למועיל במקרים מסויימים שלא להודיע את סיבת מעצרו של אדם, או אף לפרסם מקום מעצרו. אולם בהעדר הסברה המפגיזה אוד על העובדות שצויינו על ידי בא כוח המבקש, אין להימנע מן הרושם שישנם פקידים, אשר אינם תופסים כי עורך דין המגן על האינטרסים של שולחו אף הוא עושה בזה שירות למדינה, על ידי כך שהוא מסייע בשמירת זכויותיו של האזרח, ומחובת הממונים על כך להגיש לו את כל העזרה האפשרית ולא לדחותו בלך ושוב".

(ב) כשנה לאחר מכן הורה בג"צ על שחרור של ערבי שנעצר במעצר מינהלי מכח תקנה 111(1) לתקנות ההגנה (שעת חירום) 1945 לאחר שהיו ידיעות מודיעיניות לגביו כי השתתף בפועל ברצח 2 יהודים וכן הרג משתפי פעולה ערביים. על אף חומרת המעשים שיוחסו לאותו אדם הוא שולח לחופשי (עם הערה שניתן לעצרו בשנית אם תימצא סיבה חוקית לכך<sup>11</sup>) מן הטעם

11. בג"צ 27/48 הנ"ל, שם בעמ' 157-158 (ההדגשות שלנו - ח.מ.).

12. בג"צ 7/48 אל-כדבוטלי נ. שר הבטחון, פד"י ב' 5.

13. בג"צ 7/48 הנ"ל, שם בעמ' 15, מול האות א'.

14. בג"צ 7/48 הנ"ל, שם בעמ' 15 מול האות ב'. (ההדגשה שלנו - ח.מ.).

15. בג"צ 7/48 הנ"ל, שם בעמ' 8.

16. השווה: בג"צ 92/57 אל-פאתח, ואח' נ. שר הבטחון, ואח' פד"י י"א 1524, שם הוצא

צו מוחלט באשר לרשויות כניסה לאיזורים סגורים, בכפוף לשיקולי בטחון.

- שהרמטכ"ל, אשר חתם על צו המעצר לגביו - לא פירט בו את... המקום בו ייעצר. בית המשפט ראה בכך פגם מהותי מאין<sup>17</sup>.
7. בג"צ לא נרתע מאותה דרך גם בהמשך. כך נפסל צו גירוש שנחתם ע"י אלוף הפיקוד ולא ע"י שר הבטחון כנדרש בתקנה 112 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945<sup>18</sup>, וכן הוכרז על בטלותו של צו סגירה שהוציא מכה תקנה 125 לתקנות ההגנה משום שלא פורסם ברשומות<sup>19</sup>.
8. נראה לנו כי פסקי הדין האמיצים הללו התבססו לא רק על גישתו "החניכית" של בית המשפט העליון בשנותיו הראשונות, כאשר הוא נדרש "ליצר" הלכות יש מאין, אלא גם "מהזכרון הטרי" שהיה לשופטיו מנחת זרוען של תקנות ההגנה הדרקוניות שהופעלו קודם לכן על הישוב ופעיליו (והסתדרות עורכי הדין העבריים יצאה חוצץ נגדן, כידוע)<sup>20, 21</sup>.
- זכרון זה הלך ושקע ברבות הימים וביתיים המדינה ורשיותיה החלו לעבור מהשלב "הבראשיתי" לשלב "הממסדי".
- גוף שוכה להתבלט באותם זמנים - זוהרו לא הזעם - היה צה"ל. כפועל יוצא מכך הצבא זכה ביוקרה רבה בציבור והאמון בו ובמפקדיו הרקיעו. אז - לערך משנת 1952 - התלה התקופה השניה למנינו וזו נמשכה כ-25 שנה (1), עד לאמצע שנות ה-70, משלקחי מלחמת יום הכיפורים לחלו ונלמדו בחברה הישראלית.

17. בג"צ 95/49 נאיף אליכווי נ. הרמטכ"ל, ואח', פד"י ד' 34.
18. בג"צ 240/51 אלדחמן נ. שר הפנים, ואח', פד"י ו' 364.
19. בג"צ 220/51 אסלאן, ואח' נ. המושל הצבאי של הגליל, פד"י ה' 1480.
20. ראה הפרקליט ג', עמ' 62.
21. לא כך פורשו הלכות אלו בספרות המשפטית המאוחרת.
- זו הדגישה רק את "חצי הכוס הריקה" וקבעה כי בתקופה ראשית המדינה נכונותו של בג"צ לבחון את שיקולי הבטחון הצטמצמה, כביכול, רק לבחינה פורמלית-טכנית בלבד, דהיינו אם נתקיימו כל הדרישות שנקבעו בדין המסמיך שהעניק את הסמכות. ראה:
- שיטורית, ה"ש 4 לעיל, שם בעמ' 606-607.
- להב, ה"ש 2, שם בעמ' 487, 499-501.
- ב' גבע (גרינברג), לשאלת האיזון בין שיקולי בטחון והגנת זכויות האדם והאזרח, משפטים ה' (תשל"ג) עמ' 685.
- כנגד זאת עיין במאמרו המאלף של פרופ' יצחק זמיר, "זכויות האדם ובטחון המדינה", משפטים י"ט (תשמ"ט), 17, המדגיש כי בדברי בית המשפט בפרשת אל-כרבוטלי שצוטטו בטקסט לה"ש 14 "גלומה כל התורה כולה על רגל אחת" ועל פיה: "גם הבטחון הלאומי נשען על שלטון החוק", כביטויי הקולע של הנשיא שמגר בבג"צ 428/86, ברזילי נ. ממשלת ישראל, פד"י מ' (3), 505, שם בעמ' 555.



## ג. התקופה השנייה לפיקוח בג"צ על פעילויות רשויות הצבא - "התקופה השקטה" (עידן ההמועות מהחערבות)

9. כבר בסופה של התקופה הראשונה התלו לבצבץ הניצינים של הגישה האחרת, שתוצג בפרק זה.<sup>22</sup>

כך בפרשת בג"צ 46/50 סובתי אל-איובי נ. שר הבטחון, ואח"כ התעוררה שאלת חוקיותו של צו שהוצא מכח תקנה 110 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945 כנגד עו"ד ערבי חולה, שיצא ליפו לצרכי אישפוז וריפוי ואחריו יציאתו מבית החולים נדרש לחזור לכפרו, הגם שהעדיף להשאר ביפו - בקירבת רופאיו. ההגמקה ל"צו הגירוש" (למעשה - חזרה למקום המגורים הקבוע) התבססה על גימוקי בטחון, אשר רשויות הצבא סירבו לפרטם. בית המשפט מפי השופט אגונט (והשופטים אסף וזילברג עמו) דחה את העתירה ולא ביטל את צו הגירוש, תוך שהוא מבהיר: "סמכותו של בית משפט זה, בבואו לבקר את פעולת הרשות המוסמכת, הפועלת בתוקף תקנות ההגנה (שעת חירום), 1945, היא בעלת אופי מצומצם ביותר. כאשר התקנה הנדונה מקנה סמכות בידי הרשות המוסמכת לפעול כלפי הפרט בכל מקרה בו היא "סבורה", או "נראה לה" שקיימים תנאים ידועים המצריכים זאת, הרי בדרך כלל הרשות המוסמכת בעצמה היא הפוסק האחרון לגבי שאלת קיום התנאים האלה.

במקרים כאלה תפקידו של בית משפט זה הוא רק לבדוק אם הרשות הנדונה לא חרגה מד' אמותיה של התקנה שמכוחה היא מתיימרת לפעול, אם היא נתנה דעתה על הגורמים הקבועים בחוק, ואם אותה רשות פעלה בתום-לבב. בהיותו כפוף לסמכות מצומצמת זאת, אין בידי בית המשפט לבקר את הנימוקים שהמריצו את הרשות המוסמכת להוציא את הצו הנדון".<sup>23</sup>

בית המשפט אף לא כפה על מוציא "צו הגירוש" לחשוף בפניו את האינפורמציה ואת טעמי הבטחון שהניעוהו לפעול, הגם שהיה מודע לכך שבהעדר גילוי כזה (ולו לשופטים) כמעט ונעלמת האפשרות לבקרה שיפוטית של נגזת ההגמקה ומשקלה".<sup>24</sup>

עם זאת בג"צ בפרשת אל-איובי מצא לנכון "לרכך" מעט את החלטתו - בשני עניינים: בתחום ההגמקה - כאן צויין כי ניתן להצדיק את אי-כפיית הגילוי של החומר העובדתי בעובדה המאלפת כי המקרה של המבקש הוא היחיד מבין 31,000 התושבים הנמצאים באיזור שיפוטו של המשיב מס' 4, שלגביו הוא ראה צורך בהוצאת צו פיקוח כנ"ל".<sup>25</sup>

22. בכך אין כל רבותא, שהרי החלוקה לתקופות היא פרי ניתוח, שרישומו ניכר בדיעבד, בו בזמן שהשיטתי נעשה במתנתות ושלא על דרך של "קפיצות". יתר על כן - החלוקה לתקופות היא למעשה חלוקה למגמות, שאפיינו הפסיקה באותם פרקריזמן. אין זה אומר, כמובן, כי לא ניתן למצוא בתקופה נתונה על פי סוגנו פסקי-דין שחורגים מהמגמה הכללית המסומנת על ידינו.

23. פד"י ד' 222.

24. שם, בעמ' 227 מול האות ז' ובעמ' 228 מול האות א'.

25. שם, בעמ' 229-230.

26. שם, בעמ' 229 מול האות ב'.

בתחום האופרטיבי - לצד ביטול הצו-אל-תנאי וצו הביניים הוסיף בית המשפט בסוף דבריו המלצה - לפנים משורת הדין - כי השלטונות הצבאיים יתנו מחדש את דעתם על בחירת המקום בו חייב המבקש לגור תחת השגחת המשטרה מבחינת טענותיו בדבר מחלתו והחשש לחייו מחמת מעשי אלימות פתאומיים אפשריים.<sup>27</sup>

10. ה"דיכויים" הנ"ל - יש להבינם על רקע הגסיבות והעובדה שפסק-דין זה ניתן עדיין בשלהי "התקופה הראשונה" למגיננו, שהרי ב"תקופה השנייה-השקטה" כמעט ואין למצוא הצטרדקויות, או המלצות מעין אלו.<sup>28</sup> כך, למשל, בבג"צ 188/53 אברגוש, ואח' נ. המפקד הצבאי בפרוזדור ירושלים, ואח"כ קבע בית המשפט מפי השופט חסין (והשופטים אגרט וזילברג עמו) כי משמוצגת לו תעודת חסיון המעידה כי טעמי בטחון עמדו לנגד עיני המפקד הצבאי שהוציא את צוי ההגליה (שהיו נשוא העתירה) - אין הוא רשאי לחקור ולבדוק את הנימוקים העומדים מאחורי ההחלטה, זאת אף כי שורת ההגיון יכולה היתה לתמוך במסקנה אחרת דווקא.

וההגמקה כאן - זו מעוררת לא מעט תהיות באספקלריה של המקובל עלינו כיום ועל כן נביא הדברים כלשונם:

"העולה מכל האמור, שאין לפנינו אלא דרך אחת משתי דרכים: להאמין למשיב הראשון כי אמת בפיו, וכי אמנם שיקולי בטחון היו לנגד עיניו כאשר הוציא את צווי ההגליה, או לפסול את דבריו לחלוטין ולומר כי אין אנו מאמינים בהם. שקלנו בענין זה, וחזרנו ושקלנו בו, ובהתחשבנו בשתי עובדות חשובות ביותר, אשר הוכחו במהלך הדיון, היינו: ראשית כל, כי באברגוש, כפרם של המבקשים, רבו ההסתענויות וההברחות מעבר לגבולות, אם כי לא בממדים, אשר הדוברים מטעם המשטרה הציגום לפנינו; שנית, כי אמנם נעשה נסיון להתנקש במוסד יהודי הסמוך לכפר אברגוש; בתתנו אל לב שתי עובדות אלה, אנו מסיקים, כי מצב הבטחון בכפר ובסביבתו אינו תקין ביותר. מפני כך אנו נוטים להאמין בדברי

27. שם, בעמ' 232 בפסקה האחרונה לפסה"ד; ראה גם ה"ש 64 להלן.

28. ראה עם זאת - בג"צ 288/51; 33/52 ג'מאל אצלאן, ואח' נ. מפקד ומושל צבאי של הנגלי, פד"י ט' 689, שהוא במידה מסויימת המשכו של בג"צ 220/51, הנזכר בה"ש 19 שלעיל. כאן בג"צ "זכנע" אמנם לאמור בתעודת חסיון של מ"מ שר הבטחון (הגם שהביע חשד לגבי כנותם של נימוקי הבטחון), אך בשתי הערות הביע את אימוחותו מהמצב העובדתי ("האמנם קיימים שיקולים בטחוניים של ממש, שבכוחם למנוע פתרון מתקבל על הדעת") ומהמצב המשפטי ("בתי המשפט אינם יכולים להתפרק מן הפיקוח על ההוכחות במשפט ולמסרו לפקיד השלטון המבצעי, שיינהגו בזה כאוות נפשם").

עיי' גם: בג"צ 111/53 קאומן נ. שר הפנים, ואח' פד"י ז' (1), 534, שם, בעמ' 541, היכן שהשופט לנדוי אמר את משפטו הקלסי לגבי רשויות שנימוקו סתמית הגבלה על חופש התנועה בטעמי בטחון: "עם ספינקס אי-אפשר להתוכח", ואף על פי כן העתירה נדחתה.

29. פד"י ז' 941.

המשיב הראשון, כי שיקולים של בטחון בלבד היו לגד עינו בהוציאו את צווי ההגליה"<sup>30, 31</sup>.

11. ראשיתה של אותה התקופה השניה למנינו מתאפיינת בפסקי-דין קצרים, אפילו לקויים (לעתים גם בסוגיות עקרוניות), במיעוט של צוים-על-תנאי שהפכו למוחלטים, ובקביעת פסקניות שריפו ידי עותרים בכוח<sup>32</sup>. להלן גביא מספר דוגמאות:

(א) בבג"צ 69/54 תופיק טובי נ. שר הבטחון, ואח', פד"י ח' 558 דחה בג"צ (בהרכב השופטים: מ"מ הנשיא, אולשן, חשין וגויטיין) בעמוד אחד בקשתו של חבר הכנסת טובי כי ינתן לו מכח הוראת סעיף 9 לחוק חסינות חברי הכנסת, זכויותיהם וחובותיהם, תשי"א-1951 רשיון כניסה לשטחים שהוכרו כסגורים. נקל לשער כיצד נראה היה פסק דין בסוגיה זו בימינו אלה " ואילו אז קבע בית המשפט נחרצות כמעט רק זאת: "אין ממש בבקשה זו ואנו תמהים מאוד על כך שהמבקש אף העלה על דעתו, לאור סעיף 9 הנ"ל, שבית משפט זה יוכל לתת לו זכות, אשר החוק אינו מעניק לו"<sup>33</sup>.

(ב) בבג"צ 262/59 פורת נ. שר הבטחון, ואח"<sup>34</sup> קצף בית המשפט על נסיונו של עותר להוכיח כי התחייבותו לקבע לא נתאפשרה ולא נחתמה בידי הגורם הצבאי המוסמך - בעזרת צילום של טופס ההתחייבות שהגיע בדרך כלשהי, שלא הובהרה, לידיו של באיכות העותר<sup>35</sup>. הצו-על-תנאי בוטל והשופטים אגונט, גויטיין וזיתקון, אשר ישבו לדין באותו מקרה טרחו אף להוסיף ולהעיד:

"בית משפט זה אינו יושב כדי לעזור לאלה שרוצים לרמות את הצבא, לקבל

30. שם בעמ' 947.

31. "הריכוך" פה בא לידי ביטוי רק בכך שלא הוצא צו להוצאות.

32. בסופו של דבר אכן גרמו תופעות אלו להקטנת מספר העתירות הבטחוניות ולראיה: בפד"י ט"ז (1), ר"י (3), י"ז (1), (2), (3), (4), י"ח (1), י"ח (3), י"ט (2), י"ט (3), י"ט (4), כ' (1), כ' (3), כ' (4) לא נתפרסמו בג"צים שעונים צבאי כלל. מאוחר יותר יתכן והמיעוט בעתירות בטחוניות (וההצלחות בהן) נבע גם מ"הפיקוח הצמוד" שהנהיג היועץ המשפטי לממשלה שמגר (שכיהן בתפקיד זה מתאריך 1.9.68 ועד 1.7.75) על מגזר הבג"צים והענינים שיכולים להתגלגל לכדי עתירות. עיין: גוטמן, היועץ המשפטי נגד הממשלה, (עידנים - 1981), עמ' 212.

ראה טבלה מסמכת של העתירות הבטחוניות והצוים המחלטים שניתנו בהם בספח למאמר זה.

33. השווה: בג"צ 620/85 מיעארי, ואח' נ. יו"ר הכנסת, ואח', פד"י מ"א (4), 169.

34. בג"צ 69/54 הנ"ל, שם בעמ' 558.

35. פד"י י"ד, עמ' 55.

36. נוכח פסיקה מאוחרת בסוגיית זכות העיון ספק אם היום סירוב של רשויות הצבא להמציא לב"כ העותר צילום מכתב ההתחייבות של מרשו היה עומד במבחן - ראה: בג"צ 142/70 שפירא נ. הוועד המחוזי של לשכת עורכי הדין בירושלים, פד"י כ"ה (1), 325.

טובת הנאה ממנו ואחר כך לנסות לסרב למלא אחר הבטחתם",<sup>37</sup>  
 ג) בבג"צ 155/64 יואל שוודץ נ. שר הבטחון "דחה בית המשפט מפי נשיאו השופט  
 אולשן (והשופטים לנדוי ומני עמו) בקשתו של בן-יורדים לפטור, או לדחיית  
 שירות "מטעמי משפחה" של הצטרפות להוריו בחו"ל, בהנמקה הבאה:  
 "אם ניעתר לבקשה שלפנינו ונפסוק שהקשר בין הבן להוריו, הינו טעם משפחתי  
 מספיק כדי לחייב את המשיב לפטור, או לדחות את השירות הסדיר של העותר  
 מחובתו, הרי בעתיד בכל מקרה של ירידת משפחה, לה בן בגיל הצבא, יהיה  
 המשיב מחוייב לפטור או לדחות את השירות הסדיר, ואם לא יעשה כך יוכלו  
 לטעון נגדו שהוא טהג הפליה. לכן אין אנו רואים שהצדק דורש את התערבותנו,  
 ואנו דוחים את הבקשה".<sup>38</sup>

12. איפיון נוסף שיש לפסקי-הדין באותו הזמן מתבטא בכך שסוגיות, אשר ניתן  
 להסדירן במסגרת הצבא (אף אם לא טופלו בדרך מספקת בצה"ל - בעיני הבג"צ),  
 מוגדרות כ"בעיות פנימיות", שראוי לתקן בכלים הקיימים במערכת  
 התוך-צה"לית - ללא התערבות של בית המשפט המבקר.<sup>39</sup>  
 13. המשכה של אותה תקופה ביטא נסיגה נוספת, שהרי בית המשפט החל להזקק  
 לנימוקים "מעין-סמכותיים" לצורך דחיית עתירות. נדגים:

37. שם, בעמ' 56.  
 38. בלשון בוטה לא פחות ותוך חיוב בהוצאות נדחתה עתירתו של קצין משפטן שסירב  
 לבטל עתירה שהגיש, הגם שיכול היה "לקבל את אשר ביקש בדרך של שלום  
 ואי-התנגחות ואי-התנגחות". ראה: בג"צ 43/58 טאט נ. הועדה לפי סעיף 317 לחש"צ,  
 ואח', פד"י י"ב 877, שם בעמ' 878. עוד הוסיף בית המשפט כדלקמן: "יתכן שהיה  
 רשאי לבקש הוצאות אילו ביטל את בקשתו. אך עמידה במערכה כשאין אויב נכחו  
 אינה מורה לא על גבורה ולא על תבונה. אנו רואים במעמדו של המבקש טרדנות ולא  
 סיוע לבית המשפט, כפי שחייב עורך-דין לעשות".  
 39. פד"י י"ח (2), 657.  
 40. שם בעמ' 659.  
 41. ראה:  
 בג"צ 222/57 פישלר נ. שר הבטחון, ואח', פד"י י"ב 593 (כאן היה מדובר בשאלות  
 משפטיות מעניינות באשר לקביעת תקופת שירות מילואים ובסמכויות שיפוט  
 משמעתיות, שגבלו באולטרטה וירס. על אף זאת - משך בג"צ ידו מהענין);  
 בג"צ 286/61 שמתה ניר נ. ראש הממשלה ושר הבטחון ושר המשפטים, פד"י ט"ו  
 2047 (כאן ביקש חייל משותחרד משר הבטחון שיקים ועדת חקירה לבדיקה של  
 טענות התעללות בו בעת שירותו בצה"ל, מכח סמכותו על פי סעיף 537 לחש"צ.  
 עתירה זו נדחתה אף שיש אומנם לשר הבטחון סמכות מסוג זה, שהשימוש בה  
 ותבקש (סמכות המיועדת לצרכים מהותיים הרבה יותר) - מן הטעם שבחש"צ  
 ובפקודות הצבא יש תרופות אחרות להסדיר מקרים מעין אלה. עם זאת דומה  
 שהעתירה כאן נדחתה גם בשל סתמיותה וכלליותה וספק אם היום היה הדין שונה).  
 השווה לנישה שהיתה קיימת בארה"ב:

COLONEL DARRELL L. PECK, "THE JUSTICES AND THE GENERALS:  
 THE SUPREME COURT AND JUDICIAL REVIEW OF MILITARY  
 ACTIVITIES," 70 MILITARY L. REV. (FALL, 1975) 1

א) בבג"צ 17/71 מראד, ואח' נ. שר הבטחון, ואח' " נתעוררה קושיה באם ניתן להוציא צו גירוש כנגד מי שנתון במעצר מינהלי.

טענת העותר היתה כי כל עוד הינו עצור אין הוא מהווה ואין הוא יכול להוות סכנה בטחונות, והיה ואכן יש בו סכנה בטחונות עדיף להמשיך ולהחזיקו במעצר על פני שתורו וגירושו.

בית המשפט דחה טענות אלה על דעת שלושת השופטים שישבו שם לדין: השופט חיים כהן גרס כי עתירה זו כולה היא: "ענין לועדה המייעצת ולא לבית המשפט לענות בו. בית משפט זה אינו יודע ואינו צריך לדעת, מה ומהם הנתונים הבטחוניים המחייבים את גירושו של העותר מן הארץ במקום המשכת החזקתו במעצר... בכל הנוגע להצדקתו העניינית בטחונות של צו הגירוש, זהו לגבי דינו סוף פסוק".

השופט קיסטר הסכים, בציינו שבגלל המצב הבטחוני ועמדת המחוקק הישראלי שבתור להשאיר תקנות ההגנה בתוקפן - פיקוח בית המשפט בנושא זה מצומצם ביותר.

השופט עציוני עלה על שני חבריו - בפסקו:

"אין זה מסמכותו של בית משפט זה להחליט בעתירה... הרי לשם כך קיימת ועדה מייעצת, שהורכבה לפי סעיף 111, ואין זה ענין שהמחוקק רצה למסור לסמכותו של בית משפט זה, בין אם הדבר רצוי ובין אם לאו."

הספרות המשפטית קיבלה את פסה"ד בפרשת מדאד ובמיוחד את גישתו של השופט עציוני (ובמידה מסויימת אף את זו של השופט חיים כהן), שציידה בפריקת סמכות בג"צ - בביקורת מוקבת, "אך עברו שנים הרבה עד שזו נתקבלה במה שנוגע לביקורת השיפוטית על דרך הפעלת תקנות ההגנה" (אם כי - בשלב זה - עדיין נצמצום רב בכל הנוגע לצוי גירוש והגבלה ובסוגיות של סגירת שטחים והפקעת רכוש לצרכים מבצעיים).

ב) בבג"צ 302/72, 306/72 שיח' סולימאן חילו ואח'; סבאח אל סלאימה, ואח' נ. ממשלת ישראל, ואח' נתעוררו שאלות יסודיות בהקשר לפינוי הבדווים מפתחת רפית. בעתירה זו ביקשו העותרים לחייב את המשיבים שלא להפריע להם ולבני שבטיהם לתזור ולהתגורר באזור הפיתחה, ממנו הורחקו ע"י צה"ל. העתירה נדחתה ואולם נתגלעו חילוקי דעות בין השופטים באשר להנמקה. כל השופטים (לנדוי, ויתקון וקיסטר) הסכימו ביחס לשני עקרונות:

42. פד"י כ"ה (1) 141.
43. שם, בעמ' 142-143.
44. שם, בעמ' 145.
45. שם, בעמ' 146; (ההדגשה שלנו - ח.מ.).
46. ראה: א' רובינשטיין, "תקנות ההגנה המנדטוריות: הדין והצורך בשינוי", הפרקליט כ"ח, 486; פרייליך, "פריקת סמכות ללא סמכות", עיוני משפט א', 379.
47. באותו הזמן - בג"צ פסק ברוח דומה אף בפרשת בג"צ 89/71 אל-אסמר נ. אלוף פיקוד המרכז, פד"י כ"ה(2), 197.
48. בג"צ 680/88 הנ"ל, ה"ש 7 לעיל.
49. ראה דיון נרחב בכל אלה בה"ש 122 ובפרק ה' למאמר זה.
50. פד"י כ"ז (2), 169.

- (1) תחומי התערבותו של בית המשפט הגבוה לצדק בפעולותיהן של רשויות צבאיות הנוגעות לענייני בטחון מובהקים, כמו הבטחת שטח המדינה בפני פעילות חבלנית, מן ההכרח שיהיו צרים מאוד.
- (2) תחום התערבותו של בית המשפט הגבוה לצדק בהחלטה שמקורה בשיקולים בטחוניים מצומצם לשניים: לבדיקת הסמכות החוקית שהתחלטה מבוססת עליה ולבדיקת השאלה אם אמנם היו השיקולים שיקולי בטחון אמיתיים.

עם זאת השופטים הביעו דעות שונות לגבי תוקפם של צוי הממשל בשטחים המוחזקים:

השופט לנדוי סבר כי החקיקה הבטחונית בשטחי הממשל הצבאי הריהי תחיקה ראשית, במה שנוגע לרשויות הפועלות מטעמו של המושל ואולם הם אך משולים ל"הנחיות פנימיות" ביחס לביקורתו של בג"צ, הפרושה עליהם.<sup>51</sup>

השופט ויתקון מאידך סבר כי המפקד הצבאי העליון שבשטח הממשל הצבאי הוא המוחוקק הריבוני הראשי המוסמך לספק לממשל הצבאי את הכיסוי המשפטי הדרוש לו, וצוויו הינם בחינת חקיקה ראשית, גם לגבי בית המשפט הגבוה לצדק.<sup>52</sup>

השופט קיסטר נקט ב"דרך האמצע" וגרס כי מחד גיסא מפקד צבאי המוציא צווים בשטח הממשל הצבאי הוא מקור הסמכות התחיקתית, ומבחינה זו מעשי החקיקה שלו הינם חקיקה ראשית, ואולם בכך לא סגי. מאחר שבפעולותיו כפוף המפקד הצבאי להוראות הממונים עליו, וחובתו לפעול בהתאם לכללי משפט העמים - הוא נתון בתור שכזה לביקורת בג"צ.<sup>53</sup>

השופט ויתקון, שהיה, כאמור, הקיצוני מבין דוחי העתירה התבסס על נימוק נוסף: "יתר השאלות, שעוררו לפנינו העותרים - אין זה מתפקידנו לפסוק בהן, אפילו היינו מוסמכים לכך לפי סעיף 7 לחוק בתי המשפט, תשי"ז-1957. הטעם הוא שהדבר אינו "שפיט"; ואף כאן צריך לומר, דבר שאינו שפיט, גם הסכמת הצדדים אין בכוחה לעשותו שפיט. פעולה צבאית בטחונית (להבדיל מפעולה מיוהלית בתוך מסגרת הצבא) - אם מעוגנת היא בדין ואם נחה דעתנו שמגיעה היו בטחוניים - אין בית המשפט המקום המתאים להרהר עליה ולשאול, אם אמנם היתה מחוייבת לפי המצב הבטחוני, או שמא ניתן היה לפתור בעיה בטחונית גם בדרכים אחרות. אפילו לדעתם של אלה (ואני ביניהם), שאינם ממהרים לגרש עניינים "מדיניים" וכיוצא באלה מטרקלין בית המשפט, הרי ענייני צבא ובטחון, כמוהם כענייני מדיניות חוץ, אינם מן הדברים הראויים להכרעת הרשות השופטת."<sup>54</sup>

עם זאת הוא מצא לכוון להוסיף במעין-התנצלות:

"במקרה דן סברתי עוד בטרם נכנסו בעובי הקורה כי חוסר השפיטות גלוי על פניו, ועל כן אף לא ראיתי טעם להרשות לבא כוח העותרים לחקור את

51. שם, בעמ' 176-177.

52. שם, בעמ' 180.

53. שם, בעמ' 183-184.

54. שם, בעמ' 181-182.

המצהירים מטעם המשיבים על תצהיריהם בשבועה. כל הוויכוח הזה על מימדי הפורענות והסכנה שבשטח הנדון ועל דרכי המניעה האפשריות והרצויות, לא יכירו מקומו במסגרת הכרעה שיפוטית. אך, כאמור, קראנו את התצהירים ושמענו טיעונים ואולי רצוי היה לעשות כן, ולו אך כדי להפיש את דעת העותרים ולמנוע את הרושם שכאילו אין לנו הבנה למצבם (ומה גם שלכל הדעות היו פגמים בביצוע הפעולות שהביאו להרחקתם מהשטח), ומשעשינו זאת אפשר גם הפעם להתעלם מחוסר השפיטות ולהכריע בענין לפי המבחנים המקובלים במקרים כאלה. אכן, כפי שהסביר חברי הנכבד השופט לדודי ביתר פרטורט, חריגה מן הסמכות המוקנית למשיבים לפי צווי המפקדים לא היתה כאן, והשיקולים היו בטחוניים כנים. לדעתי, הם היו כאלה, גם אם נקח בחשבון את העובדה הבלתי מוכחשת, כי התיישבות יהודית כרוכה בפעולות לשם הבטחת בטחון השטחים והמדינה. כל יתר הדברים, כגון העדפת שיטה, או תכנית אחת על פני אחרת, נתונים לשיקול דעתם של המשיבים הבקיאים בסוגיה זו ואין להתערב בהחלטתם".<sup>55, 56</sup>

(ג) בבג"צ 561/75 מוטי אשכנזי נ. שר הבטחון, ואח"כ נדרש בג"צ לעתירתו של איש תנועת המזאה, רס"נ (מיל.) מוטי אשכנזי, שביקש לחייב את שר הבטחון והרמטכ"ל להורות על ביצוע תחקיר מבצעי מקיף לגבי הליקויים ש"התגלו תוך כדי לחימה במעוזי התעלה" במלחמת יום הכיפורים וכן לפעול על פי המלצות ועדת אגונט לחשיפת "חריגות מפקדים מנורמות התנהגות מחייבת".

בפתח הדיון עלו מיד שאלות: זכות העמידה והשפיטות. השופטים כולם (שמגר, ויחקון ומני) הסכימו כי יש לעותר זכות עמידה בעתירה זו נוכח טענתו שהוא יצא מקופח ונפגע מבהינת המשך שיבוצו ביחידות המילואים של צה"ל בגין התעצומות שהעלה והיו נשוא העתירה (אף אם לא היה קשר ישיר בין הסעדים האופרטיביים שנתבקשו בעתירה לפגיעה שהוא טען לה).<sup>57</sup>

אך בסוגיות השפיטות היו ניואנסים בין השופטים.

55. שם, בעמ' 162.
56. השופט ברק מתח ביקורת חריפה על עמדתו של השופט ויחקון בנקודה זו וציין כי לדעתו "בקטע זה מצויה סתירה פנימית". ראה: בג"צ 910/86 רסלר, ואח"כ נ. שר הבטחון, פד"י מ"ב (2), 441, שם בעמ' 486, שדיון בו בא בצמוד לטקסט לה"ש 128-135 להלו.
- לביקורת כוללת יותר של פסד"ד חילו - בעיקר מבחינת דיני המשפט הבינלאומי - ראה: י' דינשטיין, "פסק הדין בענין פיתחת רפיד", עיוני משפט ג', 934.
- י' צור, "סמכות הפיקוח של בג"צ לגבי הצוים והמנשרים של המפקד הצבאי בשטחים המוחזקים", הפרקליט ל', 47.
- ענין גם: ב' גבע, "לשאלת האיוון בין שיקולי בטחון והגנת זכויות האדם והאזרח", משפטים ה', 685.
57. פד"י ל' (3) 309.
58. השופט שמגר וטה ליתר ליברליות בנושא זכות העמידה במקרה דנא, בו בזמן שהשופט ויחקון גרס שזכות עמידתו של העותר כאן מוכרת "דק בדוחק", שם בעמ' 320.

השופט שמגר קבע בענין זה 4 עקדונות שיובאו כאן כלשונם בשל חשיבותם:

(1) בית משפט זה לא יראה עצמו מנוע מלהתערב בנושאים שהם בתחומי הפעלתו של החוק הצבאי, או בתחומי המשמעת הצבאית, ובלבד שמדובר בסוגי עניינים עליהם פרושה סמכותו הכללית של בית משפט זה מכוח הוראותיו של סעיף 7 לחוק בתי המשפט, תשי"ז-1957, כגון: ענין סמכותן של ערכאות ורשויות צבאיות, חוקיות פעולותיהן ועילות וכיוצא באלה.<sup>59</sup>

(2) נושאים הקשורים לארגונו של הצבא, מבנהו והיערכותו, הצטיידותו ומבצעיו אינם שפיטים, באשר אינם הולמים כלל דיון והכרעה של ערכאות השיפוט. הוא הדין בענין דרכי הדיון וההכרעה בצבא, אימוני כוחותיו והדרכתם. מן הכלל אל הפרט שבפנינו: אין זה סביר כלל ועיקר, כי רשות שיפוטית תשקול ותכריע מהי השיטה היעילה ביותר, מבחינה צבאית מקצועית, להפקת לקחים מפעולות מבצעיות ותמיר שיקול דעתן של רשויות צבאיות, שהוכשרו לכך והופקדו על כך - בשיקול-דעתה היא. ענין כזה הוא בתחומי פעולתן המקצועית של רשויות הצבא ושל הרשות המיניסטריאלית המופקדת עליהן, והללו נושאות באחריות וחייבות בדיון וחשבון בהתאם להוראות החוקתיות, אשר מגדירות את שדרת הכפיפות של הדרגים הצבאיים לרשויות השלטון האזרחיות ואת הזיקה ביניהן: הצבא והרשות האזרחית המופקדת עליו נושאים באחריות כלפי הממשלה (סעיף 2 לחוק יסוד: הצבא) והממשלה נושאת לענין זה באחריות כלפי הכנסת (סעיף 4 לחוק יסוד: הממשלה).<sup>60</sup>

(3) הימנעותו של בית המשפט מדיון בכגון דא איננה נובעת מן ההשקפה כי התחומים הצבאיים שהוזכרו לעיל אינם מחייבים מעקב, פיקוח ובקרה. אין דבר רחוק יותר מתפיסתנו. מסקנתנו היא פועל יוצא מן האופי ומדרכי הפעולה של זרועות השלטון השונות ומן ההגיון המונח ביסודה של התווית התחומים הנפרדים, שיוהדו לכל אחת מהן במערכת שלטון תקינה. קיומה של בקורת יעילה על כל אחת מן הזרועות היא יסוד מוסד בכל שיטת מימשל, אשר הפרדת הרשויות היא אחת מאשיותיה, והיא גם שמבטיחה, בין היתר, את האיזון בין הרשויות, שהוא מרכיב חיוני במימשל הדמוקרטי. אולם גם מי שער - מטעמים אלה - לחשיבותה, במערכת המימשל שלנו, של בקורת שיפוטית יעילה וגם מי שגורס, מעבר לכך, כי יש להקנות לבית משפט זה סמכויות לצורך קיום פיקוח שיפוטי חוקתי - ואני אחד מאלה האחרונים - לא ידגול בערבוב תחומים בין השיקול הצבאי-המבצעי לבין השיקול השיפוטי.<sup>61</sup>

(4) השגותיו של העותר לא היו על מעשים פליליים. הן סבו על כך אם מפקדים מסויימים נהגו בהתאם לנורמות ההתנהגות של צה"ל. בנושא זה לא נתערב

59. שם, בעמ' 318.

60. שם, בעמ' 319.

61. שם, בעמ' 319.



בשיקולי אלוף הפיקוד וראש המטה הכללי, אשר בחנו את הענין לגופו, אך לא קיבלו דעתו של העותר, וזאת כל עוד לא שוכנענו כי שיקוליהם מופרכים מעיקרם, או שרירותיים". בסיום חוות דעתו מצא השופט שמגור עם זאת לנכון "לנחם" את העותר ו"לרמוז" לרשויות הצבא - באמרו:  
 "ענין הצבתו של העותר ליחידה חדשה לא הועלה על ידיו בעתירה בפנינו ואנו גם איננו סבורים כי יש הצדק ועילה להתערבותנו בנושא זה. מניחים אנו כי נושא זה ימצא עתה את פתרונו הנאות".<sup>62</sup>

השופט ויתקון, שהתמחה בסוגיית השפיטות אף בצד האקדמי,<sup>63</sup> הסכים לדחיית העתירה והוסיף וחיידר עמדתו בשאלה זו בהקשר הקונקרטי:

4 "אי התערבות הרשות השופטת בענינים כאלה אינה נובעת מיחס של כניעה בפני רשויות הצבא, ואין צריך לומר שהללו אינם מעל החוק. הם אף לא טוענים כך. אי התערבות הרשות השופטת נעוצה בכך שקני המידות, סדר העדיפויות ומערכת הערכים המקובלים עלינו והמאפשרים לנו להעביר את מעשי השלטון האזרחי תחת שבט בקורתנו, לא בהכרח הולמים הם את צרכי הצבא הדורשים, בראש ובראשונה, מרות והחלטיות".<sup>64</sup>

14. בסוף עידן "התקופה השניה - השקטה" למנינו נפסקו אף שני פסקי דין חשובים, שהגבילו את התערבות בג'ץ בהליכים פנים-צבאיים שונים.

א. בבג"צ 279 / 72 אילן עובד נ. שר הבטחון, ואח"כ נקבע מפי השופט לנדוי (השופטים יצחק כהן ומני עמו) כי בית המשפט לא יתערב בשאלת התאמתו של חייל לשירות קבע, כל עוד פעלו שלטונות הצבא בתום לב.

62. בכך נפתח לכאורה סדק צר לטעון בעתיד להתערבות נוכח שיקולים מופרכים מעיקרם, או שרירותיים ואולם בפועל עד כה לא צלח הדבר. ראה: בג"צ 676 / 82 ההסתדרות הכללית של העובדים בארץ-ישראל, ואח"כ נ. ראש המטה הכללי, ואח"כ פד"י ל"ז (4), 105.  
 באשר לפס"ד זה עיין גם בטקסט לה"ש 102-109.

63. שם, בעמ' 320 (ההדגשה שלנו - ח.מ.).

64. דין "דמוי" השופטים והמלצותיהם והתייחסות הרשויות לאלה - מחייבת מאמר נפרד ואמנם גם במקרה זה, למיטב ידיעתנו, זמן רב לא "הובן" ה"רמז".  
 יצוין עם זאת כי בתקופה השלישית למנינו - השתנה היחס להמלצות השופטים בתחומנו והן כובדו. ראה:

בג"צ 320 / 80 קואסמה נ. שר הבטחון, פד"י ל"ה (3), 113, שם בעמ' 136; בג"צ 87 / 85 ארגיב נ. מפקד כוחות צה"ל, פד"י מ"ב (1), 353, בעמ' 378 ובעמ' 380.  
 עיין גם:

שיטרת, ה"ש 4 לעיל, שם בעמ' 608-609.

65. ראה: ויתקון, "פוליטיקה ומשפט", משפט ושיפוט (1988), 108-55.

66. שם, בעמ' 321-322; (ההדגשה שלנו - ח.מ.).

67. השופט מני הסכים שיש לדחות העתירה בשל העדר שפיטות.

68. בפסיקה ובספרות האמריקאיים אנו מוצאים ניואנסים דומים בשאלת השפיטות. ראה:

GABRIEL GORENSTEIN, "JUDICIAL REVIEW OF CONSTITUTIONAL

CLAIMS AGAINST THE MILITARY" 84, COL. L. REV. 387.

69. פד"י כ"ז (1), 169.

יתר על כן אף שבית המשפט מצא שהיה פגם מסויים בהליכי התרת התחייבותו של העותר וכי לא כל הגופים שדנו בענינו ידעו שהוא זוכה בדין בתיק מסוים (שהיה אחד מהעילות להתרת התחייבותו) - לא ראה בית המשפט לזכור לשים שיקול דעתו תחת שיקול דעתה של הרשות המוסמכת בשאלה שנושאה התאמה אישית לתפקיד וקבע כי לעותר לא נגרם עיוות־דין בשל הפגם האמור.<sup>70</sup>

ב. בבג"צ 405/74 שלום בר־עד נ. סרן אמנון מדור, ואח"י, פסק בג"צ כי אין דומה השיפוט בבית משפט רגיל לדין משמעתי בצבא ולפיכך רשאי מפקד בצבא להגיש תלונה כנגד חייל ובסמוך לאחר מכן לשפטו בפניו, הגם שבסביבה לא־צבאית הדבר היה נראה כפגיעה חמורה בכללי הצדק הטבעי. הטעם לכך ניתן ע"י בית המשפט מפי השופט עציוני (והשופטים ויתקון וחיים כהן עמו) באמרו:

"אין ספק שלו היה קורה כדבר הזה בבית משפט רגיל, היה יסוד לטענתו זו של העותר, אך אינו דומה השיפוט בבית משפט רגיל לדין משמעתי צבאי. קצין השיפוט הבכיר, במקרה זה כבמקרים רבים אחרים, הוא מפקדו של החייל העומד לדין, והוא האתראי על אכיפת המשמעת על פיקודיו. אחת מן הדרכים לאכוף משמעת זו היא להעניש את מפרי המשמעת. בחיי המחנה אין המפקד יכול לשמור ואין לדרוש ממנו לשמור על מעמד מורם מעם של שופט. הוא מעורב עם אנשיו וזכותו להביע דעות על הפרות המשמעת גם לפני המשפט. העותר עבר עבירה משמעתית חמורה ובצדק התייחסו אליו בחומרה. אין ספק שנסיונו ל"התחכם" ולהראות את כוחו בטיעוני סרק משפטיים עורר עליו את זעמו של הפיקוד במחנהו, ונראה שהעותר בהתנהגותו הוא שהביא על עצמו את עונשו החמור, ואין לו להלין אלא על עצמו.

כאמור לעיל, אין לנו כל יסוד להתערב בפרשה זו".<sup>71, 72</sup>

בפסק־דין קצר זה החותם את ניתוחנו לגבי "התקופה השניה - השקטה" למינונו יש 3 סממנים המאפיינים עידן זה כולו:

- 1) נטיה חזקה להמנעות מהתערבות, ככל האפשר.
- 2) ראיית הצבא כתברה שונה מזו הרגילה, בה חייבים לחול כללי משפט אחרים

70. שם, בעמ' 173-174.

71. פד"י כ"ט (1), 54.

72. שם, בעמ' 56.

73. בפועל - לאחר פסק הדין הוציאה הפרקליטות הצבאית הנחיה שקבעה למעשה כי אין זה רצוי שמגיש התלונה יהיה גם השופט בדין משמעתי, מה שמזכיר שניתן להגיע גם ל"איזון" אחר בתחום זה.

ראה חוות־דעת 31.0101 בקובץ חוות־דעת מנחות: הדין המשמעתי בצבא - כללי פסלות שופט במשפט הישראלי ובמשפט העברי.

היונקים מהמהות הצבאית - הדורשת: מרות, משמעת והחלטיות.<sup>74</sup>  
 (3) לשון הדיפה הנקטת כנגד עותרים על מנת להרתיעם "מלהתחכם" (הביטוי במקור) ומלהראות כוחם בטיעוני-סרק משפטיים, היכן שיש לדכא את כל המאמץ בהצלחת המכונה הצבאית - להצלחה בקרב ובהתכוננות לקראתו.<sup>75</sup>

התתכן גישה אחרת ומהם כלליה ומגבלותיה - בכך נעסוק בפרק הבא, שכן עם חילופי העתים השתנו אף ההשקפות לא מעט.

### ד: התקופה השלישית לפיקוח בג"צ על פעילויות רשויות הצבא - "תקופת ההתערבות הסלקטיבית"

15. מלחמת יום הכיפורים גרמה, כידוע, ל"רעידת-אדמה" בחברה הישראלית. רישומיה של "רעידת אדמה" זו החלו לבא לידי ביטוי, רק כאשר כל משמעותיה נקלטו ב"תודעה הקולקטיבית", וזה היה הליך שארך זמן.<sup>76</sup> במסגרת זו באו רבים לידי הכרה כי על מנת לחסן את מערכת הבטחון וצה"ל יש להגביר הפיקוח האזרחי עליהם ובגדר כך אף את הדיון הציבורי בהם ואת הבקרה השיפוטית על פעילויותיהם.<sup>77</sup>

ההתפתחות בכיוון זה בכל מה שנוגע לפיקוח בג"צ על רשויות הצבא היתה איטית, נמשכה כעשר שנים והתאפיינה בעליות (בהגברת ההתערבות) ובמורדות (חזרה לגישה ההמנועותית-הפסיבית), כאשר במקביל לכך ניתן להבחין ולהגדיר מעין "חוק מטוטלת", או "עקרון נדנדה", בין מידת ההתערבות בנושאי "השטחים" לבין היקף ההתערבות בנושאים צבאיים ש"בתוך הקו הירוק".

74. השוה בארה"ב:

GOLDMAN V. WEINBERGER, 1310 (1986).

לביקורת גישה זו ראה:

TRIBE, AMERICAN CONSTITUTIONAL LAW (2nd Ed. - 1968)  
 PP. 1265-1266.

LEON SHASKOLSKY SHELEFF, RABBI CAPTAIN GOLDMAN'S  
 YARMULKE, FREEDOM OF RELIGION AND CONSCIENCE, AND CIVIL  
 (MILITARY) DISOBEDIENCE", 17 ISR. YRD. H.R. (1987) 197.

75. בארה"ב פסקו לעתים קרובות לפי ה-RAISON D'ETRE של הצבא:  
 "TO FIGHT, OR TO BE READY TO FIGHT"

ראה מאמרו של McDAVID שבה"ש 4, שם, בעמ' 122.

76. למשל, יש מי שגורס כי אף "המהפך השלטוני", שחל בשנת 1977, הוא בגדר "תוצאה פוליטית" של מלחמת יוהכ"פ מ'1973.

77. אף פרופ' שייטורית במאמרו הנזכר בה"ש 4 שלעיל, דואה במשבר האמון שבא בעקבות הכשלונות שהתרגשו עלינו במלחמת יוהכ"פ, ואשר תוערו בוודת אגרוט, את קו פרשת המים, שמעבר לו פחת משקלם של שיקולי הבטחון בפסיקת בתי המשפט. עיין שם, שם, בעמ' 606.

"חוק מטוטלת" זה מצביע על זיקה הפוכה בין שני תחומים אלה, כאשר בתחילתה של התקופה השלישית גברה מעורבות בג"צ בנעשה בשטחים (כנגד המשך גישה "מתונה" בשאר העניינים הצבאיים) ובהמשכה, עם התרפת המצב הבטחוני באזורי יהודה, שומרון וחבל עזה פחתה הנכונות להוציא צוים מוחלטים במגזר האמור (כנגד סימנים לגישה "אקטיבית" יותר בסוגיות הצבאיות "הרגילות"). עתה נפרט ונדגים.

16. בג"צ 515/74 פלוני נ. מפקד משטרה צבאית חוקרת, ואח"כ בישר את פעמי המהפכה עליה אנו מדברים כאן, שהרי הוא איפשר - בדעת רוב (השופטים ויתקון ועיצוני)<sup>78</sup> - לחייל חשוד, שנגדו נפתחו הליכי בדיקה לפי חש"צ, להיות מיוצג ע"י עו"ד בעת חקירת העדים בפני קצין בודק. היתה כאן פריצת דרך משולשת:

(א) מתן אפשרות לכניסת גורמים אזרחיים-חיצוניים (עו"ד) לתוך המערכת הצבאית.

(ב) יצירת זכות חדשה לנחקר בצבא - להסתייע בעו"ד (ובכך ניתנה העדפה לאיש הצבא אפילו על פני זכותו של חשוד בהליכים משטרוניים).

(ג) החלת זכויות יסוד קונסטיטוציוניות מסוימות (זכות היצוג והזכות לחקור שתייערוב) במלוא היקפן - על צה"ל.

עם זאת "נסיין הפיכה" זו "דוכא" מיידית באיבו ב-ד"נ 13/75 מפקד מצ"ח, ואח"כ נ. פלוני<sup>79</sup>, שם והפכה דעת הרוב בבג"צ 515/74 הנ"ל לדעת מיעוט וגישתו של מ"מ הנשיא, השופט זוסמן מהדיון הראשון, אליה הצטרפו עתה מלבדו השופטים: יצחק כהן (שכתב את פסק-דין הרוב בדיון הנוסף), הנשיא אגרוט והשופט לנדוי - גברה.<sup>80</sup>

על אף כך לקחי פרשה זו - מאלפים, שהרי הם מלמדים כי אצל חלק ממשפטי בית המשפט העליון התפתחה תווה משמעותית ביותר בתפיסות היסוד שלהם. כוונתו לעמדותיהם של השופטים ויתקון ועיצוני שנוכח גישתם השמרנית בעידן הקודם<sup>81</sup> קביעותיהם במשפט זה - כי במאזן השיקולים זכות היצוג צריכה לגבור

78. פד"י כ"ט (2) 169.

79. מ"מ הנשיא, השופט זוסמן, היה כאן בעל דעת המיעוט.

80. השקפה זו נהפכה לרוב ביד"נ 13/75 מפקח מצ"ח, ואח"כ נ. פלוני, פד"י ל'(3), 617, בו נדון מיד לאחר מכן בטקסט.

81. פד"י ל'(3), 617.

82. השופט עיצוני נשאר בדיון הנוסף נאמן לשיטתו המקודמת, כפי שהובעה בבג"צ 515/74 הנ"ל.

83. מענין לציון כי דווקא השופטים שביהנו בוועדת אגרוט - אגרוט ולנדוי - דבקו כאן בגישה השמרנית המרוסנת, ואולם השופט לנדוי הנהיג את הרכב בית המשפט שהביא למהפך שחל בבג"צ אלון מורה, שתיאורו ומשמעותו באים בראש פרק 17 שבטקסט.

לגבי השופט ויתקון - ראה פסקיו: בבג"צ 302/72, 306/72 הנ"ל (ה"ש 50 לעיל).

בבג"צ 561/75 הנ"ל (ה"ש 57 לעיל), בבג"צ 405/74 הנ"ל (ה"ש 71 לעיל):

לגבי השופט עיצוני - ראה פסקיו: בבג"צ 17/71 הנ"ל (ה"ש 42 לעיל), בבג"צ

405/74 הנ"ל (ה"ש 71 לעיל).

על ההסדרים הצבאיים המקובלים - היו בגדר הפתעה רבת. אין זאת אלא כי זעזוע רציני ביותר (שאנו מייחסים אותו לתוצאות מלחמת יום הכיפורים) הביא אותם לשינוי התפיסה האמור ושכר זה מן הנמנע היה שלא יתרחב ויתן אותותיו גם ביתר שופטי העליון - ותיקים כחדשים. ואמנם לא רחק היום - והדבר אכן אירע.

17. נקודת התפנית בהתייחסות בג"צ לפעילויותיהן של רשויות הצבא סומנה בבג"צ

390/79 דיוקאח ואח' נ. ממשלת ישראל, ואח"כ, הידוע בכינויו: בג"צ אלון מורה.

כאן פסק בית המשפט בהרכב של 5 שופטים (מ"מ הנשיא - לנדוי והשופטים: ויתקון, אשר, בן-פורת וכונו) כי צו תפיסה שהוצא לגבי קרקעות העותרים, אנשי הכפר רוג'ייב במבואות העיר שכם, לצורך הקמת התנהלות אלון מורה ואשר נזמק ב"צרכים צבאיים" - הינו בטל. בגדר ההחלטה בבג"צ האמור אף צוו המשיבים - לפנות את המתישבים שעלו על הקרקע. בהחלטה זו היו מספר ציוני-דרך חשובים ביותר:

(א) היא סטתה מתקדימים קודמים שהכשירו תפיסת קרקעות לצרכים צבאיים<sup>84</sup>.

(ב) היא איזברה את העובדה שבמהלך הדין בעתירה זו הוגש שאלון לרמטכ"ל (שנוסח ע"י בית המשפט) - במעין חקירה-שכנגד על תצהירו<sup>85</sup>.

(ג) היא נכנסה למחלוקת שנתגלעה בין הממשלה לבין שר הבטחון לבין הרמטכ"ל ופסקה למעשה על פי דעתו של שר הבטחון<sup>86</sup>.

(ד) היא קבעה כי "צרכי צבא", כמשמעם בסעיף 52 לכללי האג יכולים להוות את האסמכתא החוקית הדרושה לתפיסת קרקעות בשטחים כבושים, אך עם זאת הבהירה כי צרכי הבטחון הלאומי לא נכנסים בגדר מוגת זה.

(ה) מעשית - הוצא כאן "צו מוחלט" ולראשונה בתולדות המדינה ניתנה הודאה אופרכיבית להורדת התנהלות מן הקרקע, אף שזו התיישבה במקום שהוקצה לה לשם כך - בהתאם למדיניות מפורשת של הממשלה.

פסק-דין זה חידד איפוא והבהיר את הסייגים לפעילויות הממשל בשטחים, את מחויבות ישראל לכללי המשפט הבינלאומי, את גדרם ותוקפם של צרכי צבא אמיתיים וספציפיים אל מול שיקולי מדיניות ובטחון כלליים ועל הכל - את תפקידו של בג"צ כמפקד על עקרון שלטון החוק - גם מעבר ל"קו הירוק".

84. פד"י ל"ד (1), 1.

85. בג"צ 302/72, 306/72 (ה"ש 50 לעיל) - פרשת פיתחת רפית; בג"צ

606/78, 610/78, איוב ואח' ומטאוע, ואח' נ. שר הבטחון, ואח', פד"י ל"ג (2), 113 - פרשת בית אל; לביקורת פס"ד זה - ראה:

דינשטיין, "התנהלויות וגירושים בשטחים המוחזקים", עיוני משפט ז', (תשל"ט), 188. עיין גם:

בג"צ 834/78 סלאמנתה, ואח', נ. שר הבטחון, ואח' פד"י ל"ג (1), 471;

בג"צ 258/79 עמידה, ואח' נ. שר הבטחון, ואח', פד"י ל"ד (1), 90.

86. שם, שם בעמ' 8. פרודורה זו נקטת, שכן בית המשפט חש שמלכתחילה לא נפרשה בפניו מלוא היריעה ורק בסופו של התהליך (משניתנו התשובות לשאלון ע"י הרמטכ"ל והוגשו מסמכים נוספים מטעם פרקליט המדינה) - נתגלתה התמונה בשלמותה.

87. לנושא זה השלכות קונסטיטוציוניות חשובות, אך הן חורגות ממסגרתו של מאמר זה.

18. רבים רואים - ובצדק - בהלכה זו יסוד מוסד ליודיקטורה הישראלית החדשה ולכוננותו של בג"צ להתחיל ולהתערב ענינית במעשיהן ובשיקול־דעתן של רשויות הבטחון השונות.
- ואולם יש להדגיש - פתיחות זו היתה אז עדיין סלקטיבית ביותר וכוונה רק לאותם מגזרים שבית המשפט חש כי התערבותו בהם חיונית ממש. מאחר שעיקר הלחץ הופנה אז לשטחים"ם בא בג"צ לעזרת "החלשים" והבהיר כי לא יתן לתפיסה פוליטית כלשהי לשעבד - לצרכיה - נימוקים בטחוניים, או לדחות מפניה את כללי המשפט הבינלאומי המקובלים.<sup>1</sup>

88. שיטתית במאמריו, בה"ש 2 שלעיל ובה"ש 4 שלעיל, שם בעמ' 607.
- ד' סגל, "הצנוחה הצבאית: סמכויותיה, ביקורת שיפוטית על פעולותיה והצעה להסדר חילופי, עיוני משפט ט"ו (1) 311, שם בעמ' 336.
- לגישה אחרת - ראה:
- ד' גביוון, ארבעים שנה למשפט החוקתי (תגובה להרצאתו של פרופ' שיטתית), משפטים י"ט (4), 617, שם, בעמ' 627.
- פרופ' גביוון גורסת ששיטה זו אופטימית מדי, שכן, לדעתה, פסק הדין בפרשת אלון־מורה הוא בבחינת היצא מן הכלל המעיד על הכלל של חוסר התערבות בעניינים בטחוניים.
- חריג זה נוצר, על פי פרשנותה, מ"הצטרפות של לפחות שתי עובדות יחודיות: מחלוקת של ממש בין מומחי בטחון מן השורה הראשונה, ראיות חזקות על כי בחירת האתר לא היתה בטחונית ועמדה הד"משמעית של המתנחלים עצמם, שהיו צד להליך, כי הם רואים את ההתיישבות כענין של קבע ולא כענין המשרת את צרכי הבטחון". נוכח הצטרבות מיוחדת זו סבורה פרופ' גביוון כי: "כמעט קשה לראות כיצד היה ניתן במצב דברים זה להחליט אחרת", שם, שם בה"ש 16.
- אנו עם כל הכבוד מתווקים ברעה ששתי ההשקפות לוקות בהרחבת־מה: זו באופטימיות־יתר וזו בפסימיות־יתר, שהרי באותו השלב וכנס בג"צ - בצעדים מדורים - לעידן ההתערבות הסלקטיבית שלו בעניינים בטחוניים, והיכן שהיתה הפרזה והגזמה מעבר לסביר (ורק שם) - הוא הגיב.
89. זאת בשל השינוי שהחל בתפיסה המדינית של הממשלה ביחס לאזורים אלה בעקבות המהפך השלטוני.
90. הן התושבים בשטחים, האמורים להיות מוגנים מכח המשפט הבינלאומי והן הרשויות הצבאיות והבטחוניות שהיה צריך להטכין לפעול כ-"CIVIL (OR MILITARY) SERVANTS" (בהתאמה) - בעלי שיקולי דעת עצמאי, בתנאים הפוליטיים החדשים.
91. ראה: בג"צ 802/79, סמרה, ואה' נ. מפקד איזור יהודה ושומרון, פד"י ל"ד (4), 1 (כאן ביטל בג"צ מפי השופט ברק, אליו הצטרפה השופטת בר־פורת ועמם הסכים השופט אלון - החלטה על סירוב לאיחוד משפחות, שהתבססה על נימוקי בטחון מדומים. נדתה אף הטענה שהנושא אינו שפיט, שכן מדובר במעשה־חסד, הנחתך, כביכול, על פי שיקולים בטחוניים ומדיניים);
- בג"צ 351/80 חברת החשמל מחוז ירושלים נ. שר האנרגיה ומפקד אזור יהודה ושומרון, פד"י ל"ה (2), 673 (כאן ביטל בג"צ - בפס"ד שנכתב ע"י השופט יצחק כהן, עמו הסכימו: מ"מ הנשיא חיים כהן והשופט משה בייסקי - את תפיסת נכסיה של חברת החשמל למזרת ירושלים בשטחי יהודה ושומרון).

הנה כי כן רק בהיות הפעילות הבטחונית בלתי-סבירה בעליל (וזאת קרה באותו הזמן אך, או בעיקר במגזר השטחים) - ראה בג"צ לנכון להתערב".  
 בשאר התחומים בחר בג"צ מדעת - באותה תקופה - להמשיך ולהשאר סבילי.  
 יתר על כן דומה עלינו שזכנס כאן לפעולה אותו "חוק המטוטלת", עליו הצבענו לעיל ועל פיו נרתע בג"צ מלתקוף בכל החזיתות בריזמנית. לכן כנגד האקטיביזם שבג"צ החל לגלות ב"אגף השטחים" הוא העדיף לגלות ריסון במגזרים האחרים, והכל כדי שלא לעורר "תגובה קשה" מהרשות המבצעת ומהרשות המחוקקת

92. בכך נעמץ אף עיקר ההבדל בין המאפיין עידן זה למה שהיה מקובל בתקופה השניה למיינו, שאז גם במקרים שביית המשפט חש כי מעשי הרשות נגמים באי-סבירות קיצונית הוא מצא טעמים שונים על מנת שלא להתערב, כמפורט בפרק ג' שלעיל. בכך אף נבדל עידן זה מהתקופה הרביעית (בה אנו מצויים עתה), שבה כמעט ואין יחודיות לשיקולי בטחון בהתערבות בג"צ והוא בוחן אותם במכונני סבירות רגילים (הכל, כפ' שהובהר בבג"צ 680/88 שניצר, ואח' נ. הצנזור הצבאי הראשי, פד"י מ"ב (4), 617), למעט בתחום אחד מרכזי ורחב - אותו מגזר שבו קיימים "צרכים צבאיים" הנבעים מהצורך להלחם באינתיפדה. ראה פירוט על כך בפרק ה' שלהלן.
93. ראה, למשל:  
 בג"צ 448/81 רסלר, ואח' נ. שר הבטחון, פד"י ל"ו (1), 81.  
 ד"נ 2/82 רסלר ואח' נ. שר הבטחון, ואח' פד"י ל"ו (1), 708;  
 בג"צ 179/82 רסלר, ואח' נ. שר הבטחון, פד"י ל"ו (4), 421.  
 בסידרת פסקי דין אלה יצאו העותרים כנגד דחיית שירותם הסדיר של תלמידי הישיבות מכווח של ההסכם הקואליציוני שנחתם עם אגודת ישראל. טענתם היתה כי גיוס כל אותם האנשים ש"תורתם אמתתם" יקל על גטל המילואים הרובץ עליהם. בית המשפט - על דעת השופטים: מ"מ הנשיא יצחק כהן, דב לוין ויהודה כהן (בבג"צ 81/448), הנשיא לנדוי בד"נ 2/82) והשופטת מרים בן פורת, דב לוין ונביראל בן (בבג"צ 179/82) - אימץ כאן למעשה את תוצאת בג"צ 40/70 בקד נ. שר הבטחון, ואח', פד"י כ"ד (1), 238 מהתקופה הקודמת ורחה את העתירות. סיבת הדחיה היתה חוסר שפיטות (בשל היכוח הציבורי-הפוליטי הכרוך בסוגיה) ומחמת שהעתירות היו בבחינת ACTIO POPULARIS עם זאת סידרה זו לא סתמה את הגולל על הנשוא, שכן בד"נ 2/82 הכיר לראשונה הנשיא לנדוי בעובדה כי הפגיעה באינטרס האישי של העותרים - די בה כדי להקנות להם זכות עמידה בבג"צ ורמו על אפשרות לתקיפת הענין מזוית נוספת (שלא נטענה כראוי באותו שלב).  
 עקב עמדה זו והטענה הנ"ל, שלא הוכרעה בד"נ 2/82 ובבג"צ 179/82 הנ"ל, כי: "שאלת דחיית גיוסם של בחורי הישיבה צריכה להיות מוכרעת בחוק ולא בהחלטה מינהלית של שר הבטחון" - הגיע מכלול זה שוב לבית המשפט בבג"צ 910/86 רסלר, ואח' נ. שר הבטחון, פד"י מ"ב (2), 441.  
 גם עתירה זו נדחתה אמנם ואולם הפעם נעשה הדבר תוך התמודדות עם השאלות לגופן. עם זאת פס"ד זה הינו חשוב ביותר ואנו רואים בו בבחינת הסגנונית שבישורה את בוא אביב התקופה הרביעית. על כך ראה בטקסט שמול ה"ש 128.
94. לאחר מכן אף ההפך הוכח כנכון (ראה בהמשך פרק זה ובפרק ה' להלן) ומאז תופעה זו חוזרת חלילה במעין תגועת נדודה. את "חוק המטוטלת" ניתן גם לכנות נוכח זאת "חוק כלים שלובים המהופך".

(שעלולות היו במקרה כזה לנסות ולכרסם בסמכויותיו ובמעמדו של בג"צ<sup>95</sup>).

על הרקע האמור יש להבין סידרת ההחלטות שתוארנה להלן:

א. בג"צ 141/81 ועד עקורי איקרית כמו רמה ואח' נ' ממשלת ישראל, ואח"כ. כאן ביקשו עקורי איקרית שיותר להם לחזור לכפרם. בג"צ מפי מ"מ הנשיא, השופט יצחק כהן ועמו השופטים: מרים בן-פורת ויהודה כהן דחו העתירה בהנמקה של שיהיו טכני ומהותי.

מעבר לכך מ"מ הנשיא ראה להוסיף:

"מן המפורסמות שאינן צריכות ראייה הוא, שהמצב בגבול לבנון עדיין רחוק ממצב של שלום, ואף לא הגיע לידי רגיעה ממושכת. שורה של יישובים, הקיימים כעת לאורך גבול זה, שלובים בהגנה המרחבית. אמנם, קיימת מובלעת של כמה יישובים ערביים במקום מסויים סמוך לגבול לבנון, אך עובדה זו אין בה כדי לבטל את חששם של הממונים על הביטחון, פן החזרת בני הכפר איקרית לכפרם תיצור מוקד פוטנציאלי של סכנה ביטחונית, וזה מבלי להטיל ספק בנאמנותם של העותרים למדינה. עניינם של העותרים נדון פעמים רבות על ידי הממונים על הביטחון, ואלה לא מצאו אפשרות לשנות את עמדתם השלילית לגבי החזרת התושבים לכפר. ההבטחה, שניתנו לעותרים על ידי אנשי ציבור שונים, שבעת מתן ההבטחה לא היתה מוטלת עליהם אחריות לענייני ביטחון<sup>96</sup>, אינן יכולות לבסס כל עילה למתן צו על תנאי.

עניינם של העותרים ללא ספק מעורר אהדה, ולא נסתיר שגם אנו שותפים לאהדה זו. שמענו מגב' ביניש, שהיא הביאה את טענות העותרים אישית בפני ראש הממשלה, והוא הסמיך אותה להודיע, שכאשר ישתנה המצב מבחינה ביטחונית יידון עניין תושבי איקרית מחדש. במצב, כפי שהוא נראה כעת, אין בטענות העותרים כדי להצדיק הוצאת צו על תנאי. אין לנו אלא להביע תקווה, שאם יחול שינוי ממשי לטובה במצב הביטחוני סמוך לגבול לבנון, יוכו העותרים לדין אוהד לשם פתרון הוגן של בעיה אנושית זו, התלויה בתלל עולמנו זמן כה רב"<sup>97, 98, 99</sup>.

ב. בג"צ 13/82 קופר נ. שר הביטחון<sup>100</sup> ובג"צ 676/82 ההסתדרות הכללית של העובדים בא"י, ואח' נ. המטה הכללי, ואח"כ<sup>101</sup>.

95. ראה לדוגמאות שאכן קרו בפועל - במאמרו של פרופ' שיטריה הנ"ל, בה"ש 4 לעיל, שם בעמ' 600-602.
96. פד"י ל"ו (1), 129.
97. על אלה נמנה אף מי שהפך להיות ראש הממשלה וזיהן ככזה בעת שמיעת העתירה, מר מנחם בגין.
98. שם, בעמ' 133.
99. נוכח דברים נוקבים אלה קשה להשתחרר מן הרושם שבג"צ לא היה מודע לפרשנות שעלולה היתה להגותן להחלטה נוגדת, בשים לב להלכת פרשת אלון מורה: בג"צ מצווה מורד גיסא על הורדת ישוב יהודי מן הקרקע ומאידיך גיסא הוא מורה על החזרת תושבים ערבים לאדמותיהם.
100. בעיה אנושית זו עדיין תלויה בחלל עולמנו.
101. פד"י ל"ו (2), 245.
102. פד"י ל"ז (4), 105. על פי שיטת TRIBE ולשם חשיפת "האינטרס האישי" נציין כי הח"מ יצג חלק מהעותרים בעתירה זו.



בפסקי־דין אלה אימץ למעשה בית המשפט מפי השופט שמגר<sup>100</sup> את הלכות בג"צ 279/72 (פרשת אילן עובד)<sup>101</sup> ובג"צ 561/75 (פרשת מוטי אשכנזי)<sup>102</sup> (בהתאמה), תוך שהוא מחדד שני עקרונות:

(1) הדרג המחליט בצבא<sup>103</sup> צריך לעיין בהמלצות המגיעות אליו בלב פתוח ובנפש הפצה - מבלי להיות כבול להחלטות קודמות כלשהן<sup>104</sup>.

(2) איוש תפקיד צבאי ביחידה צבאית - מסור לחלוטין לשיקול־דעתן של הרשויות הצבאיות הנוגעות בדבר ובג"צ לא יעביר תחת שבט ביקורתו החלטות ערכיות מעין־אלה; מבחינה זו אין מקום לאבחנות בין יחידות הנמנות עם הדרג המסתער, הדרג המסייע, או דרג השירותים<sup>105</sup>, <sup>106</sup>, <sup>107</sup>.

ג. "החלטות מלחמת לבנון" - בג"צ 408/82 רוט נ. ראש המטה הכללי, ואח"י<sup>108</sup>, בג"צ 734/83 שיין ואח' נ. שר הבטחון, ואח"י<sup>109</sup>, בג"צ 102/82 צמל, ואח' נ. שר הבטחון, ואח"י<sup>110</sup>, בג"צ 574/82 אל נאוואר נ. שר הבטחון, ואח"י<sup>111</sup>, בכל אלה גילה

103. בבג"צ 13/82 הנ"ל ישבו לדין והסכימו עמו השופטים: בייסקי רב לזין ובג"צ 676/82 ישבו לדין והסכימו עמו השופטים: שלמה לזין וחנה אבנור.
104. ה"ש 69 לעיל.
105. ה"ש 57 לעיל.
106. בבג"צ 13/82 היה מדובר בהתרת התחייבותו של העותר להמשך שירות הקבע שלו.
107. שם, שם, בעמ' 248.
108. בג"צ 676/82 הנ"ל, שם בעמ' 112.
109. בג"צ לא היה מוכן לראות ביחידת גלי צה"ל, שפעילותה מוסדרת בחלקה אף בסעיף 48 לחוק רשות השידור, תשכ"ה-1965 כיחידה שהיא SUI GENERIS לענין זה. לסוגיה זו - ראה: הלל סומר, "לתחולתן של הנדמות המגבילות את חופש הביטוי על גלי צה"ל", משפט וצבא, (גליון 8, מרץ 88) 67.
110. בעידן זה למינונו לא היתה אף סטיה ממגמת הריסון שאפיינה היחס לדין המשמעותי בצבא, כפי שבאה לידי ביטוי קיצוני בפרשת שלום בר־עד (ה"ש 71 לעיל). ראה: בג"צ 442/87 שאול נ. הפצ"ר, ואח' פד"י מ"ב (2), 749 מפי השופט שמגר ובהסכמת השופטים: נתניהו ובך.
111. פד"י ל"ו (4), 503.
112. פד"י ל"ח (3), 393.
113. פד"י ל"ז (3), 365.
114. פד"י ל"ט (3), 449.

בג"צ התחשבות באילוסי המערכה של מבצע "שלום הגליל" ושל המצב שהתהווה לאתרוי בשטח "דרום לבנון"<sup>115</sup>.

ד. בג"צ 507/85 זממי, ואח' נ. שר הבטחון, ואח' י, בעתירה זו הוכיח בית המשפט שוב כי בעניינים עקרוניים (כאן זכות ההתאגדות של ציבור עורכי הדין הפועלים באזור יהודה ושומרון ומזרח ירושלים) הוא איננו מעדיף בהכרח את הצורך הצבאי והבטחוני על פני האינטרסים של האוכלוסיה באזור<sup>116</sup>.

אף פה הוצא איפוא צו מוחלט, שחייב את מפקד אזור יהודה ושומרון לשקול מחדש את שיטת הקמתה, ניהולה ומימונה של מועצת עורכי הדין בגדה - זאת על דרך של איזון ראוי (בהתאם להדרכת בית המשפט) של "שני הקטבים המגנטיים"<sup>117</sup> הנוגדים של האינטרסים המעורבים<sup>118</sup>.

וההנמקה מפי השופט אליעזר גולדברג (ובהסכמת השופטים אלון וחלימה) גורסת כך:

115. בבג"צ 408/82 הנ"ל פסק בג"צ מפי השופט דב לוין (והשופטים שלמה לוין ושושנה נתניהו עמו) כי האיסור שהוציא הרמטכ"ל על חיילי צה"ל לרכוש טובין בלבנון ולייבאם ארצה איננו אולטרה ויירס, שכן מיקודו לא בדיני המכס והמסחר עם האויב אלא בשיקולים הנוגעים לדמותו של החייל בשטח, לאופיו של הקשר עם האוכלוסיה המקומית ולמרכיבים הנוגעים בבדיאותם ובבטחונם של החיילים. טעמים של שיקולים אלה בצרכי המשטר והמשמעת של הצבא ולכן בתור שכאלה הם בגדר הסמכות והסבירות.

בבג"צ 734/83 הנ"ל שלל בג"צ מפי השופט אלון (ומ"מ הנשיא השופטת בן פורת ובן עמו) - בהחלטה מעניינת מאוד את הסרבנות המצפונית הסלקטיבית של גברים יוצאי-צבא (שהתעוררה אז על רקע "מלחמת לבנון").

דין בסוגיה זו לגופה חודג, כמוכן, ממסגרת רשימתו. ראה לענין זה: ל' שלף, "אי ציות לחוק מטעמי מצפון", ובוית אורח בישראל, קובץ מאמרים לכבודו של חיים כהן, עמ' 117.

בבג"צ 102/82 הנ"ל נדונה שאלת מעצרו של אנשים שנתפסו ונעצרו ע"י צה"ל בתחום לבנון לאחר שהוברר כי השתייכו לארגוני הבלה וכי הם מסכמים את שלומם ובטחונם של כוחות צה"ל החוגים שם.

בג"צ מפי מ"מ הנשיא שמגר (עמו הסכימו השופטים נתניהו וברק, - דחה טענה של שפיטות וקבע כי בג"צ יבדוק את חוקיותו של מעצר, שבוצע ע"י אנשי צבא, אף אם הדבר נעשה מחוץ לישראל. לגופו של ענין - המעצר נמצא חוקי ומוצדק ואף סוגיית המפגשים בין העצורים לפרקליטיהם הוסדרה במסגרת הדין בעתירה.

בבג"צ 574/82 הנ"ל לעומת זאת הושארה בצריך עיון השאלה אם איב (שאיננו עציר) בתור שכזה רשאי לעתור לבג"צ לגבי רכישו שנתפס. לעיצומם של דברים - בית המשפט מפי הנשיא שמגר (ובהסכמת מ"מ הנשיא, השופטת בן-פורת והשופטים: ברק בייסקי ושלמה לוין) הצדיק תפיסת הרכוש שהיה בבעלות "השלוחה הכלכלית" של אש"ף.

116. מד"י מ"א (4), 57.

117. שם, שם בעמ' 59 ו-63-64.

118. כביטוי המוצלח של פרופ' דינושטיין במאמרו: סמכות החקיקה בשטחים המוחזקים, עיתון משפט ב' 505, שם, בעמ' 509.

119. בית המשפט מציון כי עובר להגשת העתירה, גישה זו, שמפקד אזור יהודה ושומרון חייב היה להיות מודרך על ידיה - לא נשקלה כלל; שם, שם, בעמ' 63.

"כשענין לנו בגוף, שהמטרה המזוהה בעצם יסודו היא לקדם עניינים מקצועיים בלבד ובהעדר נתון המטה את הכף לעבר מידה מסוימת של ודאות להתממשות הסכנה הצפויה, מן הראוי הוא, כי ראשית לכל תיבדק האפשרות לקדם פניה של הרעה, בדרך שאינה שוללת מכול וכול את העצמאות המקצועית, ובמיוחד של מקצוע חופשי בעריכת דין"<sup>119, 120, 121</sup>.

119. במקביל לקביעות "המחנכות" הנ"ל של המותר והאסור בניהול השטחים המוחזקים המשיך בג"צ בתקופה הנדונה לרסן עצמו מהתערבות בנושאים, אשר באספקלריה מאוחרת - של התקופה הרביעית - נכללים בגדר העניינים הנתונים לבקרה פעילה.

כך בבג"צ 236/82 איגוד עיתונאי החוץ בישראל, ואח"נ. ממשלת ישראל, ואח"י<sup>122</sup> אישר בית המשפט מפי מ"מ הנשיא, השופט יצחק כהן, והשופטים אלון ושלמה לוינ עמו, את הגבלת כניסתם של חברי העותר מס' 1 לאזור פיתחת רפיה, העיר ימית ואזור מרחב שלמה - בעת פינויים של אלה במסגרת חוזה השלום עם מצרים. ההנמקה התבססה על כך שבעקבות העתירה הותרה נוכחות של מספר מסוים

120. שם, שם בעמ' 64.

121. דין שונה נפסק לגבי פעולות מוניציפליות - ראה:

בג"צ 774/83 עמר, ואח"נ. שר הבטחון, ואח"י. פד"י ל"ח (4), 645.

122. פרופ' גביון אימנה מזכירה פס"ד חשוב זה במאמרה הנ"ל, (ה"ש 88 לעיל) בקבעה (שם, שם בעמ' 627) כדלקמן: "...את החלטות בית המשפט העליון במקרים של תלונה על פגיעה בזכות אדם, שמולה הועמדו שיקולי בטחון, וניתן להעריך בכמה רמות, וכולן חשובות. רמה אחת היא דמת התוצאה, דמת השורה האחרונה: כאן אין מחלוקת כי בשנים האחרונות בית המשפט כמעט שלא פסל מעשי ממשל שהוצדקו בטעמים של בטחון המדינה, וכמעט נכון הוא שהיוצאים מן הכלל מלמדים על הכלל".

(בחריגים אותם פירטה פרופ' גביון לא בא זכרו של בג"צ 507/85 הנ"ל).

השווה גם: בג"צ 2/79 אל אסעד נ. שר הפנים, פד"י ל"ד (1), 505;

יש להודות עם זאת כי המסקנה אותה גזרה פרופ' גביון נכונה, לדעתנו, ככל שמדובר בתחום הפרט, או במישור "הנקודתי" בהבדל מזה הכללי-קיבוצי.

ראה, למשל:

בג"צ 361/82 חמרי נ. מפקד אזור יהודה ושומרון, פד"י ל"ו (3), 439 (צו הריסה, שאושר, של מבנה בו התגוררו משפחת העותר ומשפחת קרובו, אחרי שכן העותר

ובן המשפחה האחרת הודו בביצוע מעשה רצח בשליחות ארגון הפת"ח);

בג"צ 554/81 בראנסה נ. אלוף פיקוד המרכז, פד"י ל"ו (4), 247 (צו הגבלה, שאושר, בנסיבות דומות-מעט לבג"צ 46/50 הנזכר בה"ש 23 לעיל);

בג"צ 393/82 אלמסאוליה נ. מפקד מחוז צה"ל באזור יהודה ושומרון, פד"י ל"ו (4), 785 (צו הפקעה תוך תשלום פיצויים, שאושר, למרות שהיה מכון לשם סלילת

כבישים המיועדים לחבר ערים בתחום יהודה ושומרון עם ישראל; פס"ד זה, שנכתב ע"י השופט ברק - בהסכמת השופטים זונה אבנור ויהודה כהן - הוא "גבולי" על פי האבחנה שהצענו בין "תחום הפרט" לבין "המישור הקיבוצי" ויש בו סטייה מסויימת, או צמצום של הלכת דויקאת - פרשת אלון מורה).

במגזר זה של "תחום הפרט" כמעט ולא הל כל שינוי גם בתקופה הרביעית למנינו.

ראה גם ה"ס 164, 169 להלן.

123. פד"י ל"ו (2), 637.

של נציגי אמצעי התקשורת, דבר אשר הבטיח - לדעת הבג"צ - איזון סביר בין עקרון חופש העתונות, זכות הציבור לדעת וחופש העיסוק לבין הצורך בביצוע נאות של מבצע הנסיגה, בהתחשב בקשייו האובייקטיביים ובהתנגדות הסובייקטיבית שקמה לוי<sup>121</sup>.

בבג"צ 234/84 תדשות בע"מ, ואח' נ. שר הבטחון, ואח"כ המשיך בית המשפט בקו "מתון" זה, באשרו - על דעת שלושת השופטים שישבו לדין (אלון, חלימה ושלמה לזין) - צו סגירה ל-3 ימים שהוציא הצנזור הצבאי כנגד העתון "חדשות" בגין פרסום ידיעה "אסורה" בדבר הקמת ועדת חקירה פנימית בענין נסיבות מותם של שני מחבלים, שתקפו אוטובוס שהיה בדרכו לאשקלון<sup>122</sup>.

עם זאת השופט שלמה לזין רמז כאן לראשונה על נכונות לשינוי כיוון, באמרו: "שאלה אחרת היא שאלת האמצעים שנוקטו נגד העותרים 2 ו-3, אמצעים שהביאו בפועל לסגירת העתון בפועל לתקופה של שלושה ימים. נראה לי שהצו שהוצא על ידי הצנזור הראשי הוא חמור ביותר ואין לנקטו אלא במקרים נדירים. אילו שוכנעתי, שאך בטענות שבתום-לב מטעם עורכי העתון או כתביו קא עסקינן, כי אז נוטה הייתי לעשות את הצו מוחלט; אך הסבריו של מר ליבליך לא שכנעונו, שבטענות מן הסוג האמור מדובר, אלא התרשמתי, שאי-מסירת הידיעה לאישורו המוקדם של הצנזור נעשתה בידועין ובמכוון, לאחר שתשומת לבם של עורכי העתון הופנתה לחובת מסירת הידיעה לאישור מוקדם. גם כך, איני בטוח שהשימוש שנעשה בתקנות ההגנה (שעת חירום) במקרה שלפנינו היה רצוי, או מחויב המציאות, אלא שלא שיקול-דעתי קובע כאן אלא שיקול-דעתם של המשיבים, העומד לבדיקתו של בית משפט זה; ולאחר שהבאתי בחשבון את כל הנסיבות נראה לי, שאלה לא עברו את הגבול הדק, שמעבר לו שומה על בית משפט זה להתערב"<sup>123</sup>.

20. ואכן לא רק בתחום זה החלו לנשב רוחות חדשות.

בבג"צ 910/86 רסלר, ואח' נ. שר הבטחון, ואח"כ נדרש בית המשפט שוב (בפעם הרביעית) לסוגיית דחיית גיוסם של בני הישיבות, שתורתם אומנותם. בית המשפט על דעת כל שלושת השופטים שישבו לדין (הנשיא שמגר, המשנה לנשיא לשעבר - מרים גניפורת והשופט ברק) דחו העתירה לגופה ואולם אגב הדחיה חידושים רבים באו לעולם המשפט המינהלי<sup>124</sup>.

124. שם, שם בעמ' 638-639.  
 125. פד"י ל"ח (2), 477.  
 126. היתה זו, כידוע, "לידתה" של "פרשת השב"כ", שגלגולה בא אח"כ בפני בג"צ במסגרת בג"צ 428/86, 429, 431, 446, 448, 463, בשג"צ 320/86 ברזילי, ואח' נ. ממשלת ישראל, ואח', פד"י מ' (3), 507.  
 127. שם, שם, בעמ' 486-487.  
 128. פד"י מ"ב (2), 441.  
 129. חשיבותו של פס"ד רב-היקף זה חורגת בהרבה מעבר למסגרת הצרה של דיונו כאן והוא ראוי למאמר הערכה נפרד.

מבין אלה נציין רק את הרלבנטיים ביותר לגבינו:  
 (א) בג"צ הכיר בזכות עמידתם של העותרים כ"תובעים ציבוריים" נוכח העובדה שהשאלה אותה עוררו היא בעלת אופי ציבורי, שיש לה נגיעה ישירה לשלטון החוק ובשים לב לכך שלאף אדם אין מעמד טוב מהם להביא הנושא לבג"צ.<sup>130</sup>  
 (ב) בג"צ קבע שההחלטה בדבר דחיית שירותם של בני הישיבות - שפיט<sup>131</sup> (בכך סטה בג"צ למעשה מההשקפה שהובעה בעתירות הקודמות של רסלר<sup>132</sup>), וזהו שוב מסממני השינוי שבא לידי ביטוי המלא רק בתקופה הרביעית למינונו).

(ג) בג"צ קבע לטוב הענין כי:  
 "אין מקום למסקנה, כי שר בטחון, הפועל כיום, תוך המשכיות ורציפות, על פי שיטה שעברה משר לשר ומממשלה לממשלה במשך תקופה רבת שנים כאמור, פועל בחוסר סבירות קיצוני החורג ממיתחם הסבירות"<sup>133</sup>.  
 עם זאת מצא הנשיא שמגד לנכון להוסיף ולהעיר:  
 דא עקא, הנושא צריך להיבדק לא רק על פי מראיתו, על רקע התפתחותו מעת קום המדינה ועד עתה, אלא גם לפי מהותו המתמשכת ועל פי המשמעויות וההשלכות הדבקות בו משנה לשנה, לעתיד לבוא. פידושם של דברים הוא, כי מה שאנו קובעים עתה לגבי תוקפו המשפטי של ההסדר, כאשר הוא מועבר לראשונה בשבט הביקורת השיפוטי הענייני, איננו בא לפטור את הרשות המבצעת מן החובה להוסיף ולבחון ולשוב מעת לעת את המשמעויות של הענקת פטור למספרים הולכים וגדלים של יוצאי צבא. כבר עתה המדובר בפטור של שבעה עשר אלף איש לערך, אם כוללים בתוכם סטטיסטי זה את כל קבוצות הגיל של יוצאי הצבא, היינו גברים מגיל שמונה עשרה ועד גיל

130. במקרה זה בג"צ קבע כי לעותרים מעמד אפילו לפי הגישה ההיסטורית הקלאסית וזאת משום שלכאורה הצביעו על כך כי איגיוסם של בני הישיבות עלול להגדיל את הנטל המוטל עליהם לשדת במילואים (ראה שם, בעמ' 469-471 ובעמ' 514).

131. עם זאת בפרשה זו נתגלעה מחלוקת קשה בין השופט ברק מצד אחד לבין הנשיא שמגר מצד שני כאשר לתורת השפיטות עצמה, כאשר השופט ברק מנסה למעשה לבטלה כליל, תוך מחיחת ביקורת נוקבת על ההלכות הקודמות שנפטקו בענין זה, בין היתר, בפרשת חילו ובפרשת מוטי אשכנזי (ראה שם, שם, בעמ' 472-489). הנשיא שמגר צידד במהשך תוקפן של הלכות העבר בסוגיית השפיטות, הגם שהסכים, כאמור, כי המקרה שהתעורר לפניו בעתירה זו - שפיט הוא (ראה שם, שם, בעמ' 514-524).

מ"מ הנשיא, השופטת ברפורת, הציעה להשאיר הקושיה העקרונית בצריך עיון, אם כי גילתה דעתה כי כללית היא נוטה להשקפתו של הנשיא שמגר (שם, בעמ' 511). לביקורת חריפה על גישת השופט ברק ביחס לתורת השפיטות ראה מאמרו של הנשיא לשעבר לדוי במאמרו שבה"ש 1 לעיל.

132. ראה ה"ש 93 לעיל.

133. שם, שם בעמ' 524.

חמישים וארבע. בשנה שחלפה נוספו על כך כ-1,600 יוצאי צבא, ועל פי הנתונים שלפנינו יילך ויגדל מספר זה בשנים הקרובות מדי שנה. אין המדובר איפוא בנתונים יציבים, אלא בעובדות, המשתנות והמתחדשות מדי שנה. משמע, על הרשות המוסמכת מוטלת החובה לבחון את הנתונים מדי שנה ולתת את הדעת על שאלת זיקתם של נתוני הרקע האחרים<sup>134</sup>,<sup>135</sup>.

אחרי כל הדברים האלה פרצה האינתיפדה<sup>136</sup> ושוב נשתנו אבני וכללי המשחק (הגם ש"חוק המטוטלת" עליו עמדנו לעיל, המשיך להשמר, כפי שנראה) ונכנסנו בטרקלינו של העידן הרביעי למינונו.

### ה: התקופה הרביעית לפיקוח בג"צ על פעילויות רשויות הצבא - "עידן ההתערבות המאסיבית"

21. תקופה זו החלה פחות או יותר במקביל למועד פרוץ האינתיפדה וניתן היה לשער כי היא תתאפייין בריסון גובר, בהתחשב במצב, שהרי כשירותים התותחנים (ואפילו הם חציציות), לכאורה שותקות המוזות.

בג"צ L.S.M 270/88, ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון<sup>137</sup>, שפתח עונה זו למינונו, אכן הלך בכיוון זה ומסיבות מובנות. כאן היה מדובר בתוקפו של צו ההגנה (שעת חירום) (צמצום השימוש בשירות טלפון) (הוראות שעה) (יהודה ושומרון), תשמ"ח-1988, שהוצא מכח תקנה 130 לתקנות ההגנה (שעת חירום) והתיימר להגביל השימוש בטלפון לבני אדם מסויימים בגדה. בית המשפט מפיו של הנשיא שמנו (ובהסכמת המשנה לנשיא, השופט אלון והשופט ברק עמו) אישר תוקיותו של הצו בהבהירו כי סבירות השימוש בתקנות ההגנה (שעת חירום) צריכה להבחן לאור נסיבות הזמן והמקום והפעלתן בתקופה של מאורעות, שלובשים צורה של התקוממות, אשר מונעת גם מהשפעות ומהכוונות מן החוץ - איננה יכולה להחשב לנטולת הגיון. וההנמקה:

"השימוש בטלפון לשם העברת הוראות ממפקדות של ארגוני חבלה לפעילי הארגונים בשטח ולשם דיווח מן השטח, הוא, למשל, בגדר צפוי, שהוא גלוי וברור אף מעבר לוודאות קרובה. קביעת תחליף של האזנה לשיחות, כפי שהוצע על ידי העותרים, אין בה כדי למונע שימוש בתקשורת, כמתואר, שהרי האזנה יכולה

134. שם בעמ' 524-525; כן ראה עמ' 525 מול האות ז' ועמ' 526.

135. באמירות אלה יתכן ויש יותר מאשר רמז לבאות ולכן לא מן הנמנע שבעתיד יצטרף בג"צ חמישי לסדרה זו, כפי שאירע בשרשרת עתירות "שעון הקיץ".

ראה:

בג"צ 217/80 זאב סגל נ. שר הפנים, פד"י ל"ד (4), 429; בג"צ 297/82 ברגר, ואח' נ. שר הפנים, פד"י ל"ז (3), 29.

136. בדצמבר 1987.

137. פד"י מ"ב (3), 260.

לאפשר ניתוק הקשר רק אחרי שהדברים הושמעו; היא גם אינה אפקטיבית, כאשר נעשה שימוש בסימנים שהם בגדר קוד מוסכם. מאידך גיסא, לא ניתן להבין, מדוע צריכה בקשת היתר ליצור קושי מיוחד למי שמבקש להתקשר בשיחה בינלאומית בתום לב. שמענו, כי העותרים סידרו לבקש היתר מטעמים עקרוניים, וזוהי זכותם, אך, כאמור, קשה לראות במה היו נפגעים, לו היו עושים שימוש בהליך לבקש היתר.

אין גם ממש בטענה, כי ההגבלה הנ"ל היא ביטוי לנהגים שאינם מקובלים במשפט הבינלאומי הפומבי, כפי שהוא מופעל על ידי מדינות בעלות משטר מתוקן<sup>138</sup>.

בעקבות פסיקה זו, שבישרה לכאורה על צמצום ההתערבות במגזרי האינתיפדה - "חוק המטוטלת" פעל מיד פעולתו והפיקוח בתחום "הקו הירוק" הוחמר. על רקע זה נפסקה, לדעתנו, הלכת שניצר<sup>139</sup>.

21. בג"צ 680/88 הנ"ל (הידוע בכינויו כ"בג"צ שניצר, או "פרשת העיר") נסב על החלטתו של הצנזור הצבאי לפסול, מכוח הסמכות הנתונה לו בתקנה 87(1) לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945 כתבה בעיתון "העיר", המותחת ביקורת על תיפקודו של ראש המוסד למודיעין ולתפקידים מיוחדים, תוך ציון שהדבר בא לרגל חילופים קרובים בראשות המוסד. לאחר שהוגשו לצנזור נוסחים שונים של הכתבה ולאחר שהעותרים חזרו בהם מפרסום מספר קטעים, נאסרו לפרסום קטעים העוסקים בשני נושאים: האחד - בביקורת על פעולות של ראש המוסד, תוך הטלת דופי ביעילותו. לדעת הצנזור היה בביקורת זו כדי לפגוע ביכולת התיפקוד של המוסד בכל דרגיו, בתחום הביטחוני-מדיני; השני - בעיתוי החילופין בתפקיד ראש המוסד, תוך הדגשת החשיבות הציבורית שבתפקידיו של ראש המוסד. עמדת הצנזור היתה כי פרסום זה עלול למקד תשומת לב אל ראש המוסד, דבר המהווה סכנה ממשית לביטחוננו.

העותרים טענו מאידך כי הקטעים העוסקים בביקורת על ראש המוסד ובעיתוי החלפתו ראויים לפרסום, ופסילתם אינה כדוין. העותרים סמכו טענתם על חשיבותם של חופש הביטוי וחכות הציבור לדעת במשטר דמוקרטי, והם גרסו כי אין בפרסום המבוקש כדי ליצור ודאות קרובה לפגיעה בביטחון המדינה, המצדיקה הגבלות על חופש הביטוי.

בית המשפט בפסק דין עקרוני וממצה מפיו של השופט ברק (ובהסכמת השופטים ולנשטיין ומלץ) פסק לזכות העותרים ועשה הצורע-ליתנאי למוחלט במובן זה שקבע כי אין לאסור פרסום חלקי הכתבה עד כמה שיש בהם ביקורת על ראש המוסד, או התייחסות למועד החילופין הקרב ובא של ראש המוסד<sup>140</sup>.

138. שם, שם בעמ' 263.

139. בג"צ 680/88 שניצר, ואח' נ. הצנזור הצבאי הראשי, פד"י מ"ב (4), 617.

140. שם, שם, בעמ' 145-146.

מעבר לתוצאה האופרטיבית נקבעו כאן הלכות עקרוניות רבות במשפט המינהלי<sup>141</sup> ונציין אחדות מהן, הרלבנטיות למאמרו זה: (א) הפירוש שיש ליתן לתקנות ההגנה (שעת חירום) במדינת ישראל, אינו זהה לפירוש שהיה מקום ליתן להן בתקופת המנדט. תקנות ההגנה (שעת חירום) הן כיום חלק מדיניה של מדינה דמוקרטית, והן צריכות להתפרש על רקע עקרונות היסוד של מערכת המשפט הישראלית<sup>142</sup>.

(ב) יש וערכי יסוד מתנגשים זה בזה: הערכים בדבר ביטחון המדינה, שלום הציבור והסדר הציבורי עשויים להתנגש בערכים בדבר חופש התנועה, חופש הביטוי וכבוד האדם. בכל אחד ממקרים אלה על בית המשפט לאזן בין הערכים המתנגשים<sup>143</sup>.

עם זאת - אם ההתנגשות בין הערכים היא "חזיתית", בלא שניתן לקיים את האחד תוך קיום השני - כי אז הערך בדבר בטחון המדינה - ידו על העליונה<sup>144</sup>.

(ג) בשל מרכזיותו של הערך היסודי בדבר חופש הביטוי יש לצמצם את הפגיעה בערך יסודי זה עד כמה שאפשר, ורק אם הפגיעה בחופש הביטוי היא חיונית כדי לקיים את הערך בדבר ביטחון המדינה, תתאפשר פגיעה זו. ההסתברות המצדיקה הגבלה על חופש הביטוי היא זו של "קרוב לוודאי": צריכות להתקיים נסיבות קיצוניות, שמהן עלה סכנה מוחשית וקרובה לוודאי לשלום הציבור הרחב<sup>145</sup>.

(ד) שיקול דעת סובייקטיבי חייב להיות מופעל בדל"ת אמותיו של החוק המסמך. על כן, אם פירושה הוכח של תקנה 87 לתקנות ההגנה (שעת חירום), הוא, כי ניתן לאסור פרסום דבר בעיתון רק אם לדעת הצנזור קיימת ודאות קרובה כי הפרסום יגרום לפגיעה ממשית, בביטחון, כי אז מחשבתו של הצנזור צריכה להיות מכוננת לקיומה של ודאות קרובה זו. אם הצנזור אסר על פרסום, מבלי שנשתכנע כי הפרסום יוצר את הודאות הקרובה הנדרשת, הוא לא הפעיל את שיקול דעתו כדיוק<sup>146</sup>.

(ה) החלטתו של הצנזור צריך שתהא סבירה, כלומר שצנזור סביר היה עושה אותה בנסיבות הענין, קרי שהיא באה במסגרת "מיתחם האופציות הסבירות"<sup>147</sup>.

(ו) עקרון הפרדת הרשויות מחייב את בית המשפט לפקח על חוקיות החלטותיהם של אנשי המינהל. לענין זה אין מעמד מיוחד לשיקולי הביטחון. כשם שבתו המשפט מסוגלים והייבים לבדוק את סבירותו של שיקול הדעת המקצועי בכל

141. רשימה זו מטבעה איננה יכולה לעסוק בכל חידושו והשלכותיו של בג"צ שניצר, שהיה ראוי אף לדיון נוסף ובמקביל מתבקש עליו מאמר הערכה וביקורת נפרד. ראה בהקשר זה מאמרו הכללי של ד"ר זאב סגל, הנזכר בה"ש 86 לעיל.

142. שם, שם, בעמ' 628.  
143. שם, שם, בעמ' 629.  
144. שם, שם, בעמ' 630.  
145. שם, שם, בעמ' 630-631.  
146. שם, שם, בעמ' 635.  
147. שם, שם, בעמ' 636.



תחום ותחום, כן הם מסוגלים וחייבים לבדוק את סבירותו של שיקול הדעת הביטחוני. אין מגבלות מיוחדות על היקף הביקורת השיפוטית של שיקול דעת מינהלי שעניינו ביטחון המדינה<sup>148</sup>.

ז) בנסיבות דגן, משנתן הצנזור נימוקים להחלטתו הרי נימוקים אלה נתונים לביקורת שיפוטית, כמו כל שיקול דעת מינהלי אחר<sup>149</sup>.

ח) מן הראוי הוא לאפשר, בחברה דמוקרטית, מתיחת ביקורת על אנשים הממלאים תפקידים ציבוריים. חופש הביטוי הוא גם חופש הביקורת והחופש להציק בשאלות מטרידות לנושאי השלטון. אין בחוסר הנעימות שבביקורת, או בנוק שהיא עשויה לגרום, כדי להשתיק ביקורת בחברה דמוקרטית, הבנויה על החלפת דעות ועל ויכוח ציבורי<sup>150</sup>.

על אף דרך ניסוח הנמקותיו של השופט ברק בפסק הדין, כאילו ענין לנו כאן אך ורק ביישום של הלכות קודמות - ברור שבג"צ שניצד טומן בחובו - מעבר לתוצאתו, שהיתה מפתיעה כשלעצמה - לפחות 4 חידושי-הלכה מהפכניים:

(1) בהגדרת המבחן, אותו העמיד השופט ברק בפני הצנזורה הצבאית באשר לדרך השגת האיזון בין צרכי הבטחון מחד גיסא לבין חופש הביטוי מאידך גיסא, תוך הגבלת סמכות הפסילה רק למקרה שבו קיימת ודאות קרובה של פגיעה ממשית בבטחון המדינה. עד כאן הניסוח הוא על דרך של קריטריון מקובל והוא שזוכה להבלטה בפסק-דינו של השופט ברק, שכן הוא מצביע, כביכול, על "הליכה בתלם"<sup>151</sup>. והנה בצד אמת-מידה "מוכרת" זו מוסיף לפתע השופט ברק, כאילו על דרך ההבהרה, תנאי נוסף, שבו אנו רואים את החידוש: "הסתברות זו (של ודאות קרובה - ת.מ.) אינה קיימת, אם ניתן לוקוט באמצעים אחרים - פרט להגבלת החירות האישית ופרט לפגיעה בחופש הביטוי - שיש בהם כדי להפחית את הסכנה"<sup>152</sup>, קרי שמכאן ואילך, על הצנזור להשתכנע (ולחוכך לבית המשפט) כי אין כל דרך חלופית למנוע הסיכון בלא למנוע הפגיעה בחופש הביטוי. זהו אמנם מבחן נוקשה פחות מהמבחן האמריקאי של: "CLEAR AND PRESENT DANGER"<sup>153</sup>, אך מחמיר הוא הרבה יותר ממבחן "הודאות הקרובה" הרגיל שלנו<sup>154</sup>.

148. שם, שם, בעמ' 639-640.

149. שם, שם, בעמ' 640.

150. שם, שם, בעמ' 642.

151. ראה שם, שם, בעמ' 630-634.

152. שם, שם, בעמ' 631 מול האות ב'.

153. ראה TRIBE שם, שם, בעמ' 1045-1048, 1053-1054.

154. לסקירה ממצה של סוגיה זו - ראה מאמרו המאלף של א' ברק, מבחן הודאות

הקרובה במשפט החוקתי, עיוני משפט י"ד (2), 371.

- (2) התוצאה כי בג"צ משמש למעשה כבית משפט מינהלי המבקד את "חוקיותו" (ולמעשה את סבירותו ונכונותו) של שיקול הדעת השלטוני<sup>155</sup>.
- (3) ההבהרה כי בביקורת בג"צ אין (או שמא עדיף אם נאמר: אין עוד) כל ייחוד לשיקולי בטחון והוא יפעיל בעקרון כח שיפוטו על כל רשויות הבטחון, בדיוק כמו שהוא עושה ביחס לכל זרוע שלטונית אחרת<sup>156</sup>.
- (4) הקביעה כי החלטות הצנזור צריכות להיות מבוססות בצד העובדתי - "על ראיות ברורות, הד"משמעיות ומשתמעות", ובצד ההערכתי - על בחינה סבירה של הנתונים, הסיכונים והסיכויים העתידיים<sup>157, 158, 159</sup>.
22. בג"צ שניצר (שרקעו - אותה תנועת מטוטלת עליה הצבענו לעיל, בצד אקטיביות שיפוטית, חיובית בעיקרה המאפיינת לאחרונה את בג"צ גם בנושאים אחרים<sup>160</sup>) סימן "פריצת דרך" עצומה ולכן אין זה מפליא שמשמעותו חלחלה והיה לו המשך גם במגזרים בטחוניים נוספים.
- להלן נזכיר את הדוגמאות הבולטות, המוכיחות את "פריסתה הרחבה" של הגישה החדשה, המצדדת כאמור בהתערבות כמעט מוחלטת:
- א. בבג"צ 358/88 האגודה לזכויות האזרח בישראל, ואח' נ. אלוף פיקוד המרכז, ואח'161 הרציא בג"צ, מפי נשיאו השופט שמגר (עמו הסכימו מ"מ הנשיא, השופט אלון והשופטת ולנשטיין) צו מוחלט שחייב את רשויות הבטחון קודם שהם עושים שימוש בסמכותם על פי תקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת חירום) בדבר הריסת מבנים - ליתן זכות עיון למי שעלול להפגע מהחלטה.
- כמו בפרשת דויקאת דומה עלינו שהמאיץ להלכה זו היתה האוירה שקראה
- 
155. זוהי למעשה תפיסה קונטיננטלית והמעבר לשיטה זו ספק אם הינו ראוי להעשות על דרך של "חקיקה אגב שפיטה" בשים לב לשינויים המתחייבים מכך במערכות המשפט והמינהל כולן.
156. וראי שהלכה זו, לה השלכות רחבות הרבה יותר מעבר לשאלות הצנזוריאליות - לא היתה קיימת בעבר ודווקא שתי האסמכתאות הנזכרות לביטוס הענין. בג"צ 398/82 הנזכר בה"ש 122 לעיל ובג"צ 541/83 עסלי ואח' נ. הממונה על מתוז ירושלים, פד"י ל"ז (4) 837 - עפ"י תוצאתן - אינן מצדיקות מסקנה זו.
157. שם, שם, בעמ' 637.
158. "ההקלה" שניתנה לצנזור פטרה אותו, עם זאת, מהפעלת חוש נבואי, שם, שם, בעמ' 637 מול האות ו'.
159. מעבר לכל דברי הביקורת המשפטיים שכללנו בין השיטין בסקירת הלכה זו - נראה לנו שאף עניינית פס"ד זה הרחיק לכת מדי, שהרי חופש הביקורת הדמוקרטי מותנה בזכות התגובה וזו, מטבע הדברים, לא יכולה לעמוד למוסד למודיעין ולתפקידים מיוחדים, אלא אם כן יש כוונה לחייבו לגלות סודותיו על מנת להעמיד עובדות על מכונן. פירוט ראה במאמרו של פרופ' שיטרית הנזכר בה"ש 4 לעיל, שם בה"ש 81.
160. עיין גם: בג"צ 1601-4/90 הנזכר בה"ש 7 שלעיל; בג"צ 142/89, 172/89 תנועת לאור, ואח' נ. יו"ר הכנסת, ואח' (טרם פורסם); בג"צ 935/89, 940/89, 942/89, 943/ גנר ואח' נ. היועק"מ"ש ואח', פד"י מ"ד (2) 485.
161. פד"י מ"ג (2) 529.

- לשמוש'יתר בכח קיצוני זה ומטעויות שאירעו והיו בלתי-הפיכות<sup>162</sup>.
- ג. בבג"צ 660/88 אגודת אינש אל'אוסדא, ואח' נ. מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון<sup>163</sup> הוצא צו מוחלט בחלקו כנגד הכוונה לסגור לשנתיים מוסד לקידום רווחת המשפחה והאשה הפלסטינאית וצו הסגירה צומצם לתקופה של שנה אחת בלבד, כאשר בתזומה המפקד הצבאי יעיין במצב מחדש על כל היבטיו<sup>164</sup>.
- ג. בבג"צ 425/89 צופאן, ואח' נ. הפרקליט הצבאי הראשי ואח'<sup>165</sup> בוטלה - על דעת שלישת השופטים שישבו לדין - בייסקי, דב לוין וקדמי - החלטתו של הפצ"ר בדבר העמדתו של אל"מ יהודה מאיר לדין משמעתי בלבד (אגב סילוקו משירות הקבע בצה"ל) בגין פקודה של הכאת תושבים ערביים וזאת בשל קביעתו של הפצ"ר שהמדובר היה בפקודה שהיתה בלתי חוקית בעליל<sup>166</sup>.
- ד. בבג"צ 246/89 דובין נ. ראש מינהל גיוס, ואח'<sup>167</sup> הוציא בג"צ צו מוחלט כנגד רשויות הגיוס בשל טעויות טכניות, שנפלו בהליך הגיוס, הגם שהיה ברור שמדובר באדם החפץ להשתמט מחובת השירות<sup>168</sup>.

הנה כי כן בעידן זה למינונו בעקבות בג"צ שניצד ההתערבות היא אכן כמעט טוטאלית, ועוד היד נטויה. ה"כמעט" בא לסייג את הנושאים המתבקשים מהמלחמה באינתיפדה<sup>169</sup> ובלבד שהאמצעים במסגרת זו אינם הורגים ממסגרת הסביר.

בשלב זה ובנקודה זו - הגיעה עת הסיכומים.

162. עם זאת כדי לא לפגוע במלחמה באינתיפדה פסק בג"צ כי במקרים דחופים יכולה להתבצע אטימה על אתר עד לקיום הליך השמיעה בהקשר להריסה המתוכננת, שם, בעמ' 541-542.
- כמו כן נקבע מראש בפסק דין זה חריג לכלל והוא כאשר יש נסיבות צבאיות מבצעיות, שבהן ענין הביקורת השיפוטית אינו מתיישב עם תנאי המקום והזמן, או עם אופיין של הנסיבות. ראה: שם, שם, בעמ' 540-541.
- חריג זה יושם לאחרונה בבג"צ אל'בורייג' - בג"צ 411290 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ. אלוף פיקוד הדרום (טרם פורסם).
163. פד"י מ"ג (3), 673. פסה"ד ניתן ע"י השופט בך ועמו הסכימו השופטים: בייסקי וחלימה.
164. אף פ"ד זה איננו נכלל ברשימת היוצאים מן הכלל (המעידים, כביכול, על הכלל) הנוכרים בתגובתו של פרופ' גביון הנזכרת בה"ש 88 ובה"ש 122 שלעיל.
- פסה"ד שיצא בעת מלחמת המפרץ (ביחס לחלוקת מסכות הגז לתושבי השטחים) - לאתור כתבת מאמרנו - מרמה הוכחה מספקת לנכונת האפיון של תקופה זו על פי סיווגו. ראה: בג"צ 16891 מילאדי ארצי נ. שר הבטחון ואח' (טרם פורסם).
165. פד"י מ"ג (4), 718.
166. פס"ד זה רואי גם הוא להתייחסות מפורטת ונפרדת, בצד החידוש שבגישת בג"צ להעביר תותן שבט ביקורתו ולהתערב בהחלטות היועמה"ש והפצ"ר. ראה גם בג"צ 935/89, הנזכר בה"ש 160 שלעיל.
167. (לא פורסם). פסה"ד ניתן ע"י השופט מצא והסכימו עמו השופטים: גולדברג ואור.
168. בנסיבות דומות - בהרכב אחר'מעט, בראשות הנשיא שמגר והשופטים: גולדברג ואלוני מפסק דין שונה - דאה: בג"צ 458/89 רוני אברהמי נ. ראש מינהל גיוס, ואח' פד"י מ"ד (1), 545.
169. ראה לאחרונה, למשל בג"צ אל'בורייג' הנ"ל (טרם פורסם).

## ו': סיכום

23. סיכומנו יהיה קצר.

למדנו לדעת כי ההיסטוריה לעתים חוזרת<sup>170</sup> וכי המטוטלת נעה מן הקצה אל הקצה (ועתה היא "בקצה הפעיל" שלה), כל זאת בהתחשב במצב הבטחוני, בהשקפות השופטים ובמיתאם הקיים בין מידת ההתערבות הכללית שאותה מפעיל בג"צ על רשויות הממשל השונות לבין יחסו לרשויות הצבאיות. העובדות עם זאת הן קבועות ואלו מוצגות בצורה מאלפת, המדברת בעד עצמה, בטבלה המסכמת המופיעה בנספח לרשימתנו זו והמתארת את סך כל מספרי העתירות הבטחוניות שהוגשו בשנים 1948-1989 ותוצאותיהן.

ומה הפצים אנו שיהיה? ש"עקרון המטוטלת" יוחלף ב"חוק כלים שלובים" רגיל וההתערבות בעניינים הבטחוניים - בכל הנושאים ובכל השטחים יהיה שווה. מצב זה יתכן, אך הוא יבוא רק כשישורר שלום ולרגע זה אנו מייחלים.

170. בעידן הרביעי יש סממנים המזכירים את התקופה הראשונה.

נספח - עתירות בטחוניות שהוגשו בשנים 1948-1989 ותוצאותיהן

מס' צווים מוחלטים	מס' העתירות שהוגשו	השנה
1	2	1948
6	10	1949
1	9	1950
6	17	1951
3	15	1952
2	15	1953
1	10	1954
2	15	1955
1	6	1956
2	7	1957
2	14	1958
2	8	1959
-	5	1960
-	1	1961
1	4	1962
-	-	1963
1	3	1964
-	2	1965
-	-	1966
-	2	1967
-	1	1968
-	3	1969
-	4	1970
-	2	1971
1	6	1972
2	5	1973
-	5	1974
2	6	1975
-	6	1976
1	3	1977
-	3	1978
1	13	1979
3	17	1980
-	9	1981
-	10	1982
1	11	1983
1	7	1984
-	7	1985
1	18	1986
1	8	1987
4	17	1988
7	31	1989

56

337

סה"כ:

---

**בעיות משפטיות בתיחום גבולות בנהר  
ובאגם - נהר הירדן וים המלח כגבולה  
של מדינת ישראל**

ד"ר גדעון ביגר

הקדמה

אירועי התקופה האחרונה והדיונים סביב קביעתו המדויקת של קו הגבול בין מדינת ישראל למצרים ובעיקר תיחוס הגבול באיזור טאבה, הפנו תשובות לב לפינה נשכחת של המחקר המשפטי במדינת ישראל - דיונים בדבר מהותם ותוקפם של גבולות בינלאומיים.

מערכת הוראתית מחקרית בתחום המשפט נדרשת לעניני גבולות בשני מקרים, האחד בעת הדיונים על קביעתו של קו גבול זה או אחר והשני כאשר מתעורר סכסוך סביב מיקומו ומשמעותו של קו גבול! במקרה הראשון מעורבותם של אנשי המשפט הנה מוגבלת כיון שעיקר תהליך קביעתו של קו גבול וסימונו בשטח נעשה על ידי מדינאים, אנשי צבא, מדדדים וכרטוגרפים. לעומת זאת בכל מקרה בו מתעורר סכסוך בין מדינות על מיקומו ומהותו של קו גבול מסוים הרי שנדרשת פעולה משפטית עניפה כדי להוכיח טענה זו או אחרת בכל הנוגע לעמדות השונות בסכסוך. במרבית המקרים מוקמת מערכת בודדות כדי להכריע בסכסוך. חלק ניכר מן המתקרים המשפטיים העוסקים בגבולות בינלאומיים נבעו מדיונים על סכסוכי גבול והמסקנות המתקבלות בדיונים אלו, אם החלטות של בתי משפט או מסקנות של בוררים, נהפכות לאבני יסוד בכל דיון משפטי עתידי. בכל דיון משפטי הנוגע למיקומו ומהותו של קו גבול נדרשים משפטנים ומומחים בתחומים שונים ובעיקר בתחומי הכרטוגרפיה, ההיסטוריה והגיאוגרפיה. הכרטוגרף נדרש לנושא מהותם של המפות המקוריות וסימון קו הגבול בשטח בעוד שההיסטוריון יכול לספק מידע הנוגע לתהליכים ההסטוריים - פוליטיים שהביאו לקביעתו בעבר של קו הגבול הנדון. תפקידו של הגיאוגרף הוא לספק מידע הן על האיזור בו עובר קו הגבול והן על ההשפעות והשנויים המרחביים שיעברו על השטח עם העברת קו גבול זה או אחר. כמו כן נדרש הגיאוגרף לספק מידע בדבר מהותו הפיזית של השטח.

בשנים האחרונות ניכרת יותר ויותר מעורבותם של גיאוגרפים היסטוריים בדיונים על מיקומו של קו גבול! הגיאוגרף ההיסטורי יכול לספק מידע הן בכל הנוגע למבנה השטח ואופיו בזמן בו הועבר לראשונה קו הגבול והן באשר לגבי הכוונות והתפיסות המרחביות של מעצבי הגבול בעת קביעתו, כוונות שאינן תמיד נהירות לעוסקים בשטח כיום. מחקרים משפטיים בנושאי הגבול נעשו במדינת ישראל בעיקר בכל הנוגע לגבולות ימיים וזכויות שיט במים בינלאומיים ואת בעיקר בשל בעיותיה של ישראל בכל הנוגע לשיט בים סוף ומפרץ אילת ובמעברים הימיים בדרום סיני ובדרום חצי האי ערב (באב אל מאנדאב). גבולותיה היבשתיים של מדינת ישראל לא היו, בשל התפתחויות היסטוריות יחודיות, גבולות בינלאומיים רשמיים.

1. A. O. Curwurah *The Settlement of Boundary disputes in international law.* (Manchester University Press, 1967)
2. קורוארה (הערה 1 דלעיל) משתמש ב-145 דיונים משפטיים בנושא סכסוכי גבול ומצויים עוד עשרות מקרים דומים.
3. L. De Vorsey *The Georgia-South Carolina boundary, a problem in Historical Geography* (University of Georgia Press, 1982)  
פרופ' דה וורסי שימש כעד ומומחה ראשי מטעם מדינת ג'ורג'יה והופיע פעמים רבות בבתי משפט בארצות הברית בדיונים על גבולות.
4. R. Lapidoth "Freedom of Navigation with special refrence to International Waterway in the Middle East" *Jerusalem Papers on Peace Problems* 13-14 (1975)

על אף התהפוכות הרבות שעברה ארץ ישראל במאה הנוכחית הרי קווי הגבול העקריים נקבעו כבר במחצית הראשונה של שנות העשרים, בראשית תקופת השלטון הבריטי על ארץ ישראל. קו הגבול הבינלאומי בין ישראל למצרים עובר במדויק לאורך קו הגבול בתקופת השלטון הבריטי (אף שנקבע עוד קודם לכן, בשנת 1906) וכך גם קו התיחום בין מדינת ישראל לבנון. קו התיחום בין מדינת ישראל לסוריה עד 1967 היה (בשינויים קלים) קו הגבול שנקבע עוד בשנת 1923 ומדינות העולם עדין רואות בו את גבולה של מדינת ישראל. קו הפסקת האש הנוכחי בין מדינת ישראל לממלכת ירדן עובר במדויק לאורך קו הגבול שקבעו השלטונות הבריטיים עוד בשנת 1922 ובקטעים מסויימים, בין חמת גדר לאיזור מדרום לטירת צבי ובין מרכז ים המלח למפרץ אילת, שימש הקו הבריטי גם את "קו שביתת הנשק".

יחודו הגיאוגרפי של קו התיחום המזרחי של מדינת ישראל, קו המתחיל בתל דן בצפון ומסתיים במפרץ אילת בדרום, הוא בהיותו עובר בחלקו הגדול בתוך ובצמוד למקווי מים. נהרות הירדן והירמוך ואגמי החולה, הכנרת וים המלח הנם אלמנטים בולטים בנוף. אלמנטים ששימשו כהכונה בסימון קווי הגבול. בעיות משפטיות רבות מלוות סוג זה של קווי גבול והם יהיו את מרכז הדיון במאמר זה.

#### קו הגבול המזרחי ארץ-ישראל - סוריה

קו הגבול בין מטולה - תל-דן לבין מפרץ אילת נקבע על ידי השלטונות הבריטיים בשני שלבים וזאת בהתאמה לריבון ששכן מצידו האחר של הגבול. הקטע בין מטולה לחמת גדר (אל-חמה) מוחזק על-מקו הגבול שנוצר לאחר המגעים שהתנהלו בין נציגי בריטניה על תיחום איזורי השליטה במזרח התיכון.<sup>5</sup> ההסכם הראשון ביניהם נקבע ב-23 לדצמבר 1920. בהסכם זה נקבע כי קטע מקו הגבול יעבור במקווה מים - אגם הכנרת. קו הגבול אמור היה להגיע עד לעיירה צמה, בדרום האגם, ומשם "יעבור הקו דרך האגם עד לפתח ואדי מסעודיה ובחל זה עד לואדי ג'רבה ומקורותיו. משם נחל אל תוסבה ודרכו, לכון צפון, עד לנקודה בשם זוהרה".<sup>6</sup> תיחום קו מעין זה היה מחלק את אגם הכנרת לשני חלקים בלתי שווים ומעניק בעלות משותפת לשתי יחידות טריטוריאליות על האגם. כמו כן היה מעניק בעלות משותפת על מי נחל מסעודיה שהיה אמור לשמש את קו הגבול. הסכם תיחום זה קבע את המסגרת הכללית למיקומו של קו הגבול אך הסימון בשטח הוא שקבע את מיקומו הסופי, המדויק של קו הגבול. בתהליך הסימון נקבע קו גבול שהיה שונה לחלוטין, בחלקו המזרחי, מקו הגבול שנקבע בהסכם דצמבר 1920. מותך ראית המצב בשטח לאשורו, כמענה ללחצים מדיניים ומתוך רצון להקל ככל האפשר על מהלך החיים הרגיל באיזור הגבול, הוסט קו הגבול ממיקומו המוסכם. בהסכם סימון הגבולות מ-3 לפברואר 1922, הסכם שאושר סופית רק שנה מאוחר יותר, ב-7 למרס

5. פירוט מלא באשר לתהליך קביעת גבולה הצפוני והצפון מזרחי של ארץ ישראל ראה ג. ביגר, סוגיות גיאוגרפיות ופוליטיות בקביעת גבול הצפון של ארץ ישראל בתקופת המנדט. בתוך א. שמואלי, א. סופר, נ. קליאוט (עורכים), *ספר ארצות הגליל*, (חיפה 1984) עמודים 427-442.

6. December 23, 1920. Vol 22 "League of Nation Treaty Series", p.355. British Cmd. 1195. התרגום העברי ע"פ מ. ברור, "גבול הצפון של ארץ ישראל ופרשת קביעתו בתקופת המנדט", כמערכו של הגליל, סולם צור 1970.



1923, נקבע קו הגבול בין ארץ ישראל לסוריה כסדרה של קווים ישרים המחברים נקודות מוגדרות בשטח. מטוחי ההסכם נזהרו להגדירו בצורה ברורה ומתיאור קו הגבול עולה בבירור כי לא היתה כל כוונה להצמידו לנהר הירדן או לאגמי החולה והכנרת כי אם להרחיקו מזרחה ובכך למנוע כל תביעה לבעלות משותפת על מקווי המים. כך בקטע הגבול שבין עמוד הגבול 40 לעמוד הגבול 42 נקבע כי הקו יעבור "בקו ישר לעמוד הגבול 41 הנמצא בגדה השמאלית של נהר הבניאס, כ-900 מ' מדרום מערב לבניאס. משם ממשיך הקו לאורך ראש הגדה השמאלית (המזרחית) של נהר הבניאס עד לעמוד הגבול מס' 42 הנמצא 700 מ' מצפון, צפון-מזרח לתל עזויאת, על הדרך העוברת לאורך הגדה השמאלית של הבניאס". מכאן עולה בבירור כי נהר הבניאס כולו, פרט למוצאו במעין הבניאס, ימצא בארץ ישראל ללא כל שליטה משותפת עם סוריה. בתיאור הקו בהמשך, לאורך הירדן, לא מוזכר כלל נהר הירדן בתיאור קו הגבול וכל סימוני הקו נמצאים ממזרח לנהר. אגם החולה כולו נשאר גם הוא בתחום ארץ ישראל כאשר כל עמודי הגבול (עמודים 49-51) נמצאים ממזרח לו. בקטע הגבול הסמוך לשפת הירדן ולכנרת מצוין ההסכם כי "אחרי עמוד הגבול מס' 60 ימשך הגבול לאורך קו המקביל והנמצא 50 מ' מזרחה ליובל המזרחי של נהר הירדן עד לשפכו של הירדן לאגם טבריה". קטע זה מבהיר במפורט את רצונם של מסמני הגבול להמנע מכל הסתמכות על נהר הירדן, שנשאר כולו בתחומי ארץ ישראל, כקו גבול בין ארץ ישראל לסוריה.

באיזור אגם הכנרת נקבעה הלכה משפטית חשובה. בהסכם נקבע כי "משפך הירדן ועד למעינות החמים במסיפר (Messifrt), במקום בו נמצא עמוד הגבול מס' 61, הגבול יעבור לאורך קו הנמצא על החוף ובמרחק 10 מ' משפת אגם טבריה, בכל מצב בו ימצא קו המים, בשל העלאת פני האגם עקב בניית סכר על הירדן מדרום לאגם טבריה". ניסוח זה מצביע בבירור על השאיפה להכליל בצורה חוקית את כל האגם בתחומי ארץ ישראל בלי לתת כל דריסת רגל טריטוריאלית לסוריה בכל הנוגע לשליטה באגם. בעת חתימת ההסכם לא היתה כנראה מוכרת התופעה של שינוי גובה פני המים כתוצאה משינוי בכמויות הגשמים מה גם שמים לא נשאבו בכמויות גדולות מהאגם. מאידך נלקחו בחשבון תכניות המפעל ההידרו-אלקטרי שאמור היה להתבסס על אגם הכנרת כמאגר מים שגובה פני מימיו עשוי להשתנות עקב הקמת סכרים במוצא הירדן מהאגם. מפעל זה, שבוצע מאוחר יותר אולם בשנוי מהתכנית המקורית, הביא להוספת פסקה מורחבת בהסכם, פסקה שקבעה כי "ממשלת ארץ ישראל או אנשים שהוסמכו לשם כך על ידי הממשלה האמורה, יהיו בעלי הזכות לבנות סכר לשם העלאת פני המים של אגמי החולה וטבריה מעל לגובה הרגיל שלהם ובתנאי שהם ישלמו פיצוי מתאים לבעלים או לאוחזים בקרקע אשר תוצף בעקבות פעולה זו". מאידך קבע ההסכם כי "כל זכויות השימוש במי הירדן ואגם טבריה שיש לתושבי סוריה ישארו ללא פגיעה". מסעיפים אלו ברור כי כל הירדן (כולל רזבו של נהר הבניאס) וכל אגם הכנרת הם שטח טריטוריאלי של ארץ ישראל ללא כל בעלות משותפת עם מדינה שכנה. מאידך הובטחו זכויות השימוש (השקיה, דיג ושיט) של התושבים שחיו מעבר לקו וזאת במסגרת השאיפה להקל ככל האפשר על חייהם של התושבים באיזור בו הועבר קו הגבול.

מלחמת הקוממיות והקמת מדינת ישראל ביטלו את קווי הגבול הישנים. החלטת מועצת הבטחון על חלוקתה של ארץ ישראל שמרה על קו הגבול בין ארץ ישראל לסוריה אולם

7. L.N.T.S. Vol 22, p. 365. British Cmd. 1910, March 7, 1923. הנוסח העברי "פ"מ. ברור, "גבולות ישראל", ת"א 1988, עמ' 228-232.

אירועי המלחמה שינו מיקומו של הקו. בהסכם שביתת הנשק עם סוריה לא הצליחה ישראל לקבל חזרה לידיה את כל השטחים שהיו בידי ארץ ישראל שבשלטון הבריטי. השטחים אותם כבש הצבא הסורי הפכו להיות שטחים מפורזים ואילו קו הגבול בין אגם החולה לכנרת הוסט מערבה לירדן ובקטע הגבול לאורך הכנרת עד לנקודה מצפון לעין-גב וכן בחלק הדרומי של האגם עד לצמח הוסט עד לקו המים. מצב עניינים זה אפשר לסוריה לתבוע זכויות שימוש הן במי הירדן והן במי הכנרת. קווים אלו הותוו בקווים זמניים אולם בפועל נתקיימו בשטח עד ליוני 1967 וכתוצאה מכך נתעוררו סכסוכי גבול רבים בין ארץ ישראל לסוריה מתוך התביעות השונות לבעלות על מי הירדן וזכויות השימוש באגם הכנרת. "מלחמת ששת הימים" שנתה מצב זמני זה וכיום קו הפסקת האש מרוחק מהירדן ומהכנרת. עם זאת, יש להניח כי כל הסדר מדיני סופי יתחשב בקו הגבול המקורי בשטח ולכן יש לתת הדעת למיקומו ומהותו של קו זה בעתיד.

### קו הגבול המזרחי - ארץ ישראל - עבר הירדן

קטע הגבול מחמת גדר (אליחמה) ועד למפרץ אילת (עקבה) נקבע בנפרד מקטע הגבול שתואר לעיל. הגבול המזרחי של ארץ ישראל, קו שנקבע בשנת 1922, היה להלכה קו הפרדה מנהלי בין שתי יחידות מנהל בראשות אחת, זו של הנציב העליון הבריטי לארץ ישראל ועבר הירדן. קו זה נקבע בצו מאת הנציב העליון, בלי שנחתם כל חוזה או הסכם בין הצדדים השונים. קו גבול זה תואר כקו "היוצא מנקודה אחת הנמצאת שני מילין מערבה מהעיר עקבה, במפרץ בשם זה. קו זה ימשך במרכז (In the Middle) של ואדי ערבה, ים המלח ונהר הירדן עד להתחברותם של נהר הירמוך ומשם במרכז הנהר עד לגבול הסורי".<sup>8</sup> אישור בינלאומי לקו זה ניתן על-ידי הגשת תזכיר בנוגע לתיקון סעיפי המנדט המתייחסים לעבר הירדן. תיקון זה הוגש על-ידי בריטניה לעדה המתמדת לענייני המנדטים של חבר הלאומים ב-23 לספטמבר 1922 ומכתב תשובה ממזכיר חבר הלאומים אישר את מעמדו של קו הגבול הפנימי. איזכורו של הקו בהסכם האוטונומיה בין ממשלת בריטניה לאמיר עבדאללה ב-1928 נתן אישור חוקי נוסף לקו הגבול המתואר לעיל.<sup>9</sup> בעת קביעת קו ההפרדה, וגם לאחר מכן, לא נעשתה כל פעולה לסימונו המדויק של הקו בשטח ועל גבי מפה. מדיונים פנימיים שליוו את קביעת קו הגבול הוברר כי הנציב העליון, סר הרברט סמואל, נתכוון להעביר את קו הגבול כך שיחצה במדויק את ים המלח ואת נהר הירדן כי "עבר הירדן תביע התנגדות חזקה אם הגבול לא יעבור באמצע נהר הירדן".<sup>10</sup>

8. N. Bar-Yaacov, *The Israel-Syrian Armistice: Problems of Implementation 1949-1966*, (Jerusalem, 1967)
9. על קביעת קו הגבול המזרחי של ארץ ישראל בתקופת השלטון הבריטי ראה: א.א. אלסברג, קביעת הגבול המזרחי של ארץ ישראל, הציונות ג' (תשל"ד) עמ' 230-250, גילהר, הפרדת עבר הירדן מארץ ישראל, קתדרה, 12 (תמוז תשל"ט) עמ' 47-69, ג. ביגר קביעת הגבול המזרחי של ארץ ישראל המנדטורית (הערה), קתדרה, 20 (ניסן תשמ"א) עמ' 203-206.
10. "העיתון הרשמי" של ממשלת ארץ-ישראל 1.9.1922.
11. Great Britain, Treaty Series no 7 (1930), Cmd 3488, February 20, 1928
12. חילופי מברקים בין משרד המושבות הבריטי לבין הנציב העליון של ארץ ישראל, אוגוסט 1922, תיק 42771 / 24 / 733 / CO בארכיון הציבורי הבריטי (P.R.O.)

גם בנהר הירמוך נקבע כי הקו יעלה "באמצע הזרם עד לנקודה מס' 32 124R במפה מס' 5 מסדרת ה-P.E.F". בשונה מהאמור באשר לנהר הירדן מצפון לאגם הכנרת הרי שכאן במפורש נקבעה כוונה להשתמש בירדן כקו גבול ולא להשאירו לשליטה בלעדית של מדינה אחת. עתידם הפוליטי של ארץ ישראל ועבר הירדן לא היה ברור באותה העת ומכיוון ששתי היחידות נשלטו על-ידי בריטניה ולקו הגבול לא היתה כמעט כל משמעות מעשית, הקפידו אנשי הממשל הבריטי להעביר את קו הגבול בנהר עצמו ולא על אחת מגדותיו. יתכן וכזונתם היתה לאלץ את ארץ ישראל ועבר הירדן לפעול במשותף ליצול המים ועל ידי כך להבטיח יחסי שלום ושיתוף פעולה בין המדינה הערבית (עבר הירדן) למדינת היהודים העתידה (ארץ ישראל). ההגדרה הסופית של הקו הסתפקה בנוסחה "במרכזם של ים המלח והירדן" וזאת אף שנסיונם הארוך של המדינאים הבריטיים עשוי היה להביא להגדרה מדוייקת יותר של הקו<sup>12</sup>.

קטע הגבול שבין ים המלח והגבול הסורי, קטע הגבול שעבר בנהר, לא חייב לכאורה כל סימון. אף על פי כן התעוררה בעיית מיקום הגבול וזאת בשל אירועים הדולווגיים. זרימתו של נהר הירדן לא היתה קבועה, וגשמי זעף שהביאו לגיאות בנהר גרמו לשינויים בנתיב זרימתו. בחודף 1927/8 גאה הירדן והעתיק את תוואי זרימתו מערבה תוך שהוא משאיר רצועה באורך כ-800 מ' בין אפיקו הקודם לאפיקו החדש. הנציב העליון בעת ההיא, הלורד פלומר, דרש בעצת מומחי משרד המושבות באשר לתוואי המדויק של קו הגבול לאור השינויים התכופים באפיק זרימת הנהר<sup>13</sup>. משרד המושבות, שלא יכול היה להחליט בענין, ביקש עצתו של משרד החוץ הבריטי וזאת מכיוון שלא ניתן היה לאתר במדויק היכן עבר קו הגבול משנת 1922, בעת שנקבע לראשונה. בדיקה של סוגיות הנוגעות למיקומו של גבול בנהר ולימוד מקרים דומים באזורים שונים של העולם לא הביאה לתשובה חד משמעית. במקרים אחרים נמצא כי הגבול עובר בכל מקום בו זורם הנהר, גם אם חל שינוי באפיק הזרימה ולעומת זאת נמצאו מקרים רבים בהם שינוי תוואי הזרימה לא הביאה לשינוי במיקום קו הגבול שנשאר במיקומו הקודם, לאורך נתיב הזרימה שהיה קיים עם קביעת קו הגבול<sup>14</sup>. ההחלטה לגבי סוגית הגבול של ארץ ישראל הושארה בידיו של הנציב העליון במקום. בשל דרישתה התקיפה של עבר הירדן להעביר הגבול בכל מקרה במרכז הנהר ובשל חוסר האפשרות לעקוב אחרי כל שינוי בתוואי הזרימה החליט הלורד פלומר כי קו הגבול בין ארץ ישראל לעבר הירדן ישאר בכל מקרה במרכז הנהר וכל שינוי בתוואי הזרימה אכן יעביר שטחים מריבונות אחת לשניה<sup>15</sup>. הלכה

12. א. בשלב מסויים של חילופי השדרים בין ארץ ישראל לבריטניה הציעה ארץ ישראל "קו ממפרץ עקבה דרך מרכז נחל הערבה, ים המלח עד לבית שאן ולאורך הגבול המזרחי של תת המחוז טבריה". משרד המושבות הבריטי דרש הגדרה חוקית, ברורה יותר, הנשענת על עצמים בשטח או קווים גיאוגרפיים, הגדרה שתענה על שאלות כמו: "איזו גדה של הירדן היא הגבול האם רק תצי מים המלח שייך לארץ ישראל? היכן הוא הגבול המזרחי של גדת טבריה?". אנשי משרד המושבות היו ערים איפוא, להגדרה הבלתי מספקת, המתנייחסת לקווי מנהל פנימיים העלולים להשתנות.

13. ג. ביגר (הערה 9 דלעיל) עמ' 205.

14. על הגישות השונות לבעיה זו ראה בהמשך, בדיון הכללי על משא גבולות בנהר.

15. ארץ ישראל למשרד המושבות, אשגר 1284 מ' 12.9.1927 תיק 44550

P.R.O. CO/733/42-B

זו תקפה עדיין בכל הנוגע לשנויים בזרימת הנהר, שינויים הגורמים להזזת קו שביתת הנשק או קו הפסקת האש בין ישראל לממלכת ירדן<sup>16</sup>.

גבולה המזרחי של ארץ ישראל המנדטורית, מחמת גדר דרומה, סומן באופן כללי על גבי מפות אולם מעולם לא נעשה כל סימון בשטח ולא נערכו כל מדידות בים המלח, בירמון ובירדן כדי לקבוע היכן במדויק נמצא "אמצע" גוף המים<sup>17</sup>.

בשנת 1946, בעקבות הענקת העצמאות לעבר הירדן, ראה השלטון הבריטי צורך לקבוע במדויק את מיקומו של הגבול. הקו המנהלי הפנימי הפך להיות קו בינלאומי מדיני, בין ממלכת עבר הירדן העצמאית לבין שטחה של ארץ ישראל שהוחזק עדיין בידי הבריטים. עד שנת 1947 סומן רק קטע קטן, בן 4 ק"מ בקירוב, באיזור מפרץ אילת וסימונו של קו המים בין ארץ ישראל לעבר הירדן לא בוצע.

הקמתה של מדינת ישראל והסכמי שביתת הנשק שינו בצורה מהותית את מיקומו של קו הגבול. בין השנים 1949 ל-1967 - קיים היה "קו שביתת הנשק" שבחלקו הצפוני, מנקודה מדרום לטירת צבי ועד למפגש הגבולות עם סוריה, חפף את הקו הבריטי, לאורך הירדן והירמון. בחלקו הדרומי של הקו, בים המלח, סומן על גבי המפות קו שעבר מנקודה מצפון לעין גדי ועד למרכז האגם ומשם עד לדרומו של הים, קו החופף את הקו הבריטי. גם קו הירדן והירמון וגם הקו בים המלח לא סומנו בעקבות מדידות מדויקות או הסכם מיוחד עם ממלכת ירדן ולמעשה הועתקו ללא שנוי מהמפות הקודמות. קו הגבול לאורך הירדן ומחציתו הצפונית של ים המלח בוטל באורח חד צדדי על ידי ממלכת ירדן עם סיפוח הטריטוריה שבין קו הגבול המערבי של ממשלת ירדן (נהר הירדן) לבין קו שביתת הנשק עם ישראל. אקט זה, שסיפח את הגדה המערבית של הנהר לממלכת ירדן, ביטל למעשה את הצורך בקו הפרדה בין השטחים משני עברי הירדן. אף שהסיפוח לא אושר על ידי מדינות העולם (להוציא את בריטניה ופקיסטן) הדי שבפועל לא היה קיים כל קו הפרדה בקטע זה בין השנים 1949-1967. מלחמת "ששת הימים" יצרה את "קווי הפסקת האש", קווים שסימונו על גבי המפות את מיקומם של הכוחות הלוחמים עם הפסקת הלוחמה. תיחומו המזרחי של "קו הפסקת האש" הועתק מזרחה מ"קו שביתת הנשק" ומוקם לאורך קו הגבול הישן. קו זה, החוצה את הירמון, הירדן וים המלח סומן גם הוא על גבי מפות בלי שנועשו כל מדידות בשטח ולמעשה הועתק מהמפות שנוצרו בתקופת השלטון הבריטי. בשונה מהסכמי שביתת הנשק מ-1949 לא נחתם כל הסכם גבולות באשר ל"קווי הפסקת האש" ואלה מייצגים מצב צבאי זמני בלבד.

ניתן להניח, כי בכל הסדר עתידי על תיחום הגבול בין מדינת ישראל לממלכת ירדן יעשה שימוש בנהרות הירמון והירדן או לפחות בקטעים אלו או אחרים של הנהרות. כן יהיה צורך לסמן, ובמדויק, את קו הגבול החוצה את ים המלח, בהתחשב בשינויים המהותיים

16. גיאות מלווה בסטיית אפיק הירדן מערבה ארעה בחורף 1978/9 בקרבת אשדות יעקב. השינוי גרם להעברת מספר דונמים כולל מטע בנות מתחום ישראל לתחום ירדן.

17. במפות שהופקו בתקופת השלטון הבריטי סומן קו שחצה באופן כללי את ים המלח, אך סימונו זה לא התבסס על כל מדידה מדויקת. בשל רוחב המצומצם של נהרות הירדן והירמון סומן על פי רוב קו הגבול על כל השטח שהוקצה במפה לנהר ורק במפות בקנה מידה גדול סומן הקו במרכז הנהר אך גם זה ללא כל מדידה מדויקת.

שחלו בצורתו של אגם סגור זה, מאז 1922, שינויים הקשורים בין השאר בניצול הירדן להשקיה ובעבודות לניצול המחצבים ממי הים. לימוד סוגיות הקשורות בתיחום גבולות בנהרות ואגמים במקומות אחדים בעולם יכול ללמד על הבעיות שיועלו בעת קביעתם של קווי גבול עתידיים אלו. הכרת הקביעות המשפטיות יכולה לעזור בתיחום מדוייק ומסכם של גבולותיה העתידיים של מדינת ישראל. חזרה לגבולות עבר, בלי לבדוק משמעותם המעשית של קווי גבול אלה, עלולה להכשיל שנית את העוסקים בתיחומה הטריטוריאלי של מדינת ישראל.

#### בעיות משפטיות בסימון קו גבול בנהר ובאגם

קווי גבול תוחמים את הטריטוריה בה מדינה רשאית להפעיל את הסובריניות הבלעדית שלה. מטעמי נוחות צבאית ומנהלית ניכרת היתה לאורך זמן המגמה להשעין קווי גבול על ממשולטים טבעיים כמו רכסי הרים, ביצות, מדבריות, נהרות ומקווי מים.<sup>18</sup> יחודם של אלמנטים פיזיים אלה הוא בהיותם בולטים בשטח, קלים לזיהוי והבנה וחשיבותם הצבאית אסטרטגית כמשול בר הגנה היתה מעלתם הגדולה. רכסי הרים, ביצות ומדבריות יצרו גם מחסומים מפני פעילות אנושית מרחבית והביאו ליצירת אזורים התישבות שתוחמו על ידי ממשולטים אלו. מאידך נהרות ואגמים לא שימשו כגורמים המונעים שיתוף פעולה כלכלי ותרבותי בין אזורים ולמעשה עמקי נהר ואגם שימשו יותר כיהידה גיאוגרפית מאוחדת שהוותה בסיס לישות תרבותית ופוליטית ייחודית. עם זאת, נהרות רבים ברחבי העולם משמשים לתיחום יחידות מדיניות הן פנימיות (בין מדינות בפדרציה - כמו בארה"ב) והן לתיחום יחידות מדיניות עצמאיות. הבעיות המשפטיות הכרוכות בסימון קו גבול בנהר ובמקווה מים פנימי אחד, בשונה מסימון גבול בים הפתוח, הן דומות באופן בסיסי. הדיון בכל אלמנט גיאוגרפי יעשה בנפרד מכיון שכל נהר ואגם נדונו בנפרד בפסקי דין ובדורות כרחבי העולם.

#### קביעת גבול מדיני בנהר

נהר הינו אלמנט גיאוגרפי שהוגדר משפטית כ"שטף טבעי של מים, בעל נפח גדול יותר מנחל או פלג (creek or rivulet), הזורם באפיק פחות או יותר קבוע, בין גדות או קירות מוגדרים, בזרם אשר נמשך בכיוון אחד או מושפע על ידי תנועות גאות ושפל".<sup>19</sup> מרבית הדיון המשפטי הכרוך בסימון גבול בנהר נובע מאופיו ומהתנהגותו של אלמנט גיאוגרפי זה. עצם קיומו של נהר הזורם בין מדינות שכנות, או עובר דרך שתי מדינות, הינה תופעה טריטוריאליה השונה מכל תפיסה טריטוריאליה משפטית מוכרת באשר לשטחה של

20. ספרות רבה, גיאוגרפית ומשפטית, עוסקת בתהליך קביעתם של קווי גבול ובהתייחסויות השונות לקווים אלו. ראה למשל  
 S. Boggs, *International Boundaries-A Study of boundary Functions and Problems* (Columbia University Press, 1940)  
 S.B. Jones *Boundary Making* (Washington, 1945), C.V. Admi, *National Frontiers in Relation to International Law* (1919) translated by T.T. Behrens (London 1927).  
 19. A. Shalowitz, *Shore and Sea Boundaries*, (Washington, 1961), p. 372, citing Blake, *Law Dictionary* (4th ed.), 1949 (1951).

מדינה. טריטוריה של מדינה הינה אלמנט קבוע והדיון בה שייך לתחום העניינים הפנימיים המהותיים (essentially domestic) של המדינה.<sup>20</sup> בתוך טריטוריית המדינה נכללים כל המים הנמצאים בה, בין במצב קבוע (אגמים) ובין בתנועה (נהרות) ואלה נקראים "מים לאומיים" National Water. מאידך גיסא אופיים המיוחד של נהרות הזורמים ממדינה אחת לשכנתה הם של מים המהווים בנקודת זמן אחת חלק מטריטוריה של מדינה אחת, ולאחר זרימתם למדינה אחרת הם מהווים חלק מהטריטוריה שלה. העובדה שחלק מטריטוריה של מדינה הינו בעל תכונות ניידות, בשונה מההגדרה הבסיסית של טריטוריה שאיננה ניתנת לתנועה, והיטו כך בשל אופיו הטבעי, מציב בפני המשפטן בעיה הדומה לבעלות על עננים ורוח, וזאת על אף שנהרות קשורים עם הגורם היציב ביותר - אדמה. פסק דין של בית המשפט העליון של ארצות הברית שדן בבעיה דומה - הבעלות על צפורים נודדות, ניתן לאימוץ בכל הנוגע לבעלות על מי נהר. בפסק דין זה נאמר כי "לקבל תביעתה של מדינה לשטח קטן (ובעלות על ציפורים נודדות) הנה השענות על קנה רצוף. ציפורים נודדות אינן קניינו של אף אחד וקניין הינו הבסיס לכל תביעת בעלות. כל הרעיון על זכויותיה של מדינה היא ההמצאות של להקת ציפורים בתחומיה המשפטיים, להקה שאתמול עוד לא הופיעה, מחר תהיה במדינה אחרת ובעוד שבוע אלף מילין רחוק יותר. הנושא הנדון נמצא רק במעבר במדינה ואין לו כל משכן קבוע בה". למים הזורמים בנהר תכונה דומה וכל דיון בגבולות בנהר ובזכויות בעלות על המים חייב להתחשב בעובדה זו.

כדי להבדיל בין נהרות המשמשים כגבול לבין נהרות הזורמים באיזור הגבול ועוברים ממדינה אחת לשכנתה ניתן להבחין בין "נהרות גבול" (Boundary Rivers) המתחמים בין מדינות, "נהרות לאומיים" (National Rivers) הזורמים כולם בשטחה של מדינה אחת (הירקון למשל) ו"נהרות בינלאומיים" (National Rivers) אשר עוברים דרך כמה מדינות בזרימתם מהמקור ועד לשפכם לים הפתוח<sup>21</sup> (הנילוס והפרת באיזור המזרח התיכון ונהר החצבאני באזורנו).

קביעתו של קו גבול בנהר מצריכה דיון מפורט בשתי נקודות עיקריות. האחת - מיקומו של קו הגבול בנהר עצמו והשניה - מיקומו של קו הגבול לאור השינויים התכופים באפיק ורימתו של נהר.

20. F.J. Berber, *Rivers in International Law* (Oceana Publication Inc. 1959), pp. 4-5

21. *Missouri V. Holland*, 252 U.S. 416.

22. הגדרות רבות ניתנו לסוגים השונים של הנהרות. Legal (סווט) P. Sevette, *Aspects of the Hydro-Electric Development of rivers and Lakes of Common interest*, U.N. Doc E/ECE/136 (Geneva 1952)

מבדיל בין גוף מים מצרני (Contiguous Waters) המגדיר גוף מים (אגם, נהר) דרכו עובר קו גבול בין מדינות לבין גוף מים נמשך (Successive Waters) המגדיר מים זורמים מטריטוריה אחת לשכנתה. ההגדרות המובאות בגוף המאמר הן על-פי Oppenheim H. Lauterpacht, editor) ב"דעתו International Law (8 ed 1955), pp. 464-465.

**מיקומו של קו הגבול בנהר**

הסכמים בינלאומיים הקובעים מיקומם של גבולות בנהר מאפשרים קביעת קו הגבול באחד מהמיקומים הבאים:<sup>23</sup>

א. המרכז הגיאוגרפי של הנהר - *Medium Filum Acquae*.

ב. מרכז תעלת השיט הראשית בנהר - עקרון ה-*Thalweg*.

ג. קביעת קו הגבול בגדה או בחוף הנהר.

כמו כן ניתן לקבוע קו גבול מוסכם בהתייחס לנקודות שונות הנמצאות בנהר ובסביבתו.

נהר הירדן, על אף חשיבותו הכלכלית והדתית, אינו נהר גדול מימדים. בשל רוחבו המצומצם לא שימש נהר הירדן כנתיב שיט בעל משמעות. התנועה בין צפון לדרום, בין אגם החולה לכנרת ולים המלח, התנהלה תמיד ביבשה, בריחוק מה מגדות הירדן. ערב קביעת קו הגבול בין שני שטחי השלטון הבריטי היתה מגמה לקבוע את הגבול על הגדה המזרחית של הירדן גם בקטע שבין הירמוך לכנרת, כמו בקטע הצפוני אולם בשל לחצים שתוארו לעיל נקבע כי קו הגבול יעבור באמצע הירדן. כיון שכך ומכיון שניתן להניח כי לא יהיה שנוי במהותו של קו הגבול אם וכאשר יקבע בנהר הירדן או בקטע זה או אחר שלו, הרי שהדיון להלן יעסוק רק בבעיות המשפטיות הנובעות מקביעת הגבול בקו המרכזי (*Median Line, Linge mediane*), של הנהר כלומר ב-*Medium Filum Acquae* המשמש כקו גבול בנהרות בהם אין שיט מסודר. קווי הגבול לאורך תעלות השיט או לאורך גדת הנהר, אף שהם מעונינים כשלעצמם, נדונו בעבר במקומות שונים<sup>24</sup> ובכל מקרה אינם נוגעים למקרה שלפנינו.

**המרכז הגיאוגרפי של נהר - *Medium Filum Acquae***

עקרון זה לקביעת קו גבול בנהר הנו העקרון השימושי ביותר לדיון בנהרות הירדן והירמוך. הסכמי פריז שנעשו לאחר מלחמת העולם הראשונה, ב-1919, הסכמים שהיו גם את הבסיס להקמת יחידות טריטוריאליות חדשות במזרח התיכון כולל ארץ ישראל, אמצו את עקרון "קו מרכז הנהר" עבור גבולות בנהרות שאינם משמשים לשיט.<sup>25</sup> "בכל מקרה של דיון בגבולות שהוגדרו על ידי דרכי מים (*Water way*) הבטוי "זרם" (*Channel*) הנמצא בשימוש בתיאורים בחוזה זה הינו, בכל הנוגע לנהרות שאינם משמשים לשיט, הקו האמצעי של הנהר או יובלו הראשי (ובנהרות המשמשים לשיט - הקו האמצעי של תעלת השיט הראשית בנהר)". הבטוי "*Ad medium filum acquae*" מתייחס לקו דמיוני

23. L. J. Bouchez, "The fixing of boundaries in International Boundaries Rivers", *Int, and Com Law Quar*, 12, (July 1963) 789-81 (להלן בוש) ובעיקר עמודים 790-795.

24. E. Lauterpacht, "River Boundaries: Legal Aspect of the Shatt-Al-Arab Frontier," *9 Int, and Com Law Quar*, 208 (April 1960), pp. 208-232. ובעיקר בעמודים 216-225.

25. *Treaty of St Germain Article 30* מופיע ב-*The Treaties of Peace 1919-1923*, (New York, Carnegie Endowment for International Peace, 1924).

הנמצא במרכז נהר או דרך במקרים אחרים. עקרון ה־medium filum הנו עקרון המצוי ב"חוק הנוהג" (Common Law) האומר כי כאשר שטח בבעלות מסוימת מוגבל בצד אחד על ידי נהר (או דרך) הרי שהתנחה היא שחצי משטח הנהר (מים ומרחב) שייך לבעל השטח.<sup>26</sup>

תפיסה עקרונית זו של גבול הנהר הוכתבה כבר על ידי המשפטן ההולנדי בן המאה ה־17, גרוטיוס, אבי התפיסה של הים הפתוח<sup>27</sup> והיא שואבת את סמכותה עוד מהמשפט הרומי.<sup>28</sup> הבעיות הנובעות מאימוץ קו זה קשורות בהתנהגות ההידרולוגית של הנהר. פני המים בנהר אינם קבועים. זרימה שטפונית והצפה מחד ותקופות בצורת ושפל מאידך משנות את גובה פני הנהר במחזוריות שנתית, עונתית ואף יומית. כל שנוי בגובה פני המים יכול להביא לשנוי במיקומו של "אמצע הנהר" כיון שהתפשטותו והתכווצותו של הנהר מוכתבות על ידי הטופוגרפיה סביב הנהר, טופוגרפיה שאינה בהכרח שווה משני צדדיו. תכופותם של שנויים אלו מחייבת הגדרה מדויקת של "קו אמצע הנהר" בהסתמך על רמה כלשהי של פני המים. זרימתו של נהר יכולה להיעשות במצב של גאות (High water) או שפל (Low water) אך גם במקרים קיצוניים של הצפה או יובש כמעט מוחלט של פני הנהר.<sup>29</sup>

בתי המשפט באנגליה לא לקבעו כיצד יש למדוד את מיקום "קו אמצע הנהר" אולם הוצע לקבוע כי "קו האמצע" בנהרות שאינם מושפעים מגאות ושפל של הים, יהיה הקו האמצעי במצב רגיל וממוצע של הנהר. בנהרות המושפעים מגאות הים הוצע כי קו זה יהיה קו האמצע בין קווי הזרימה בשפל הרגיל המזוהים בשתי גדות הנהר.<sup>30</sup> בתי המשפט

26. A.S. Wisdom, "The Medium Filum Rule", 119 *Justice of the Peace*, (1955) 218.
- התנחה האמורה עשויה להשתנות במקרים בהם נקבע במפורש הסדר שונה. כך, למשל, נקבע עד לשנת 1975, בהסכמים השונים שדנו בקביעת קו־הגבול בנהר השאט אל־ערב בין אירן לעירק שכל שטח הנהר יהיה בתחום עירק אף ששטחה של אירן מגיע עד הנהר. לפירוט יתור בענין זה ראה עוד הערה 40 להלן.
27. C.C. Hyde, *International Law*, (Sec ed., Boston 1951), vol. one p. 443-4.
28. E. Naveream, *De la De'limitation du Domaine Public Fluvial et Maritime*, (Paris 1891, The'se pour le Doctorat, Facult de Droit de Paris).
- 28א. אופים המיוחד של נהרות המזרח התיכון, נהרות החשופים לשינויים מהותיים בגובה פני המים העלולים להביא אף לידי יובש מוחלט זמני בנהר בתקופת הקיץ, הביא להצעה לקבוע את "קו מרכז הנהר" על פי קרקעית הנהר ולא על פי גובה פני המים (ראה הערה 31 להלן). בנהרות המשמשים לשיט באירופה מקובל מזה כבר לקבוע הגבול ב־THALWEG היא תעלת השיט הראשית בנהר, המוגדרת כ"מקום העמוק ביותר בנהר" קביעה מעין זו באשר לנהרות החשופים לשינויים גדולים תקבע קו אחד קבוע, המסתמך על הקרקעית הנמוכה ביותר של הנהר ללא שינוי התלוי במדידות חוזרות וגשונות של גובה פני המים, דעה זו טרם נתקבלה והעקרון שנקבע בהסכמי פריז ב־1919 עדיין שריר וקיים.
29. Stuart Moore, *History and Law of Fisheries* (London 1903,) pp. 114-118.



בארצות הברית קיבלו נוסחה דומה המגדירה את "קו אמצע הנהר" כ"קו הגבוה אליו מגיעים המים בזרימה רגילה" ולא קו המים בגיאנות מירבית או אף בגיאנות השנתית, מכיון שגאות זו מכסה שטחים בעלי ערך לחקלאות.<sup>30</sup> קביעתו של קו הגבול בנהר חייבת איפוא להיות מנוסחת בבחירות בהתייחסות למצב מסוים של זרימת המים. קביעה בגובה ממוצע מאפשרת מתן זכויות שוות של שימוש במים לשתי המדינות.<sup>31</sup> הסכמה על גובה פני המים בנהר איננה פותרת את כל בעיות הסימון. נהר אינו בעל צורה גיאומטרית פשוטה וגדותיו אינם קווים ישרים. בעת קביעת קו הגבול בנהר (ובאגם כפי שנראה בהמשך) יש למדוד את "קו מרכז הנהר" לא מגדה זו או אחרת של הנהר כי אם ממצב בו משרטט הקו נמצא כאילו בסירה השטה בנהר לאורך קו המחבר את כל הנקודות בנהר הנמצאות במרחק שווה מהנקודות הקרובות ביותר בגדות הנגדיות של הנהר.<sup>32</sup> רק קו מעין זה הוא קו רציף ויחודי בכל נהר כיון שבכל שיטה אחרת ניתן להעביר מספר קווים שיחצו את הנהר. קו זה ניתן לסימון בקלות יחסית, לאחר שהוסכם על דמת פני המים הממוצעת לצרכי הסימון.

#### שנויים במיקומו של "קו מרכז המים"

הבעיה המרכזית הנובעת משימוש בקו דוגמת קו מרכז המים הוא מיקומו הבלתי קבוע של הקו וזאת לאור השנויים התמידים במבנה צורה ומיקום גדות הנהר. אופיו הטבעי, הבלתי יציב, של כל זרם מים גרר בעקבותיו דיונים משפטיים רבים שעסקו בתיחום הגבול לאחר שנקבע וסומן בשטח ועל גבי המפות.

יציבותם של קווי גבול הנה תנאי חשוב לקיומם. נהרות נוטים לשנות את אפיקם ובכל מקרה בו קו הגבול הנו "קו מרכז המים", הרי שקו זה משתנה תדיר. תהליך טבעי זה היה מוכר למוסחי ההסכמים המשפטיים בכל הנוגע למיקום של קווי הגבול אולם לא בכל המקרים ניתן פתרון משפטי לאירוע מעין זה. שנוי מהותי במיקומו של אפיק זרימת הנהר יכול לנבוע הן מגורם טבעי (שיטפון) והן מסדרה של פעולות האדם (כרית תעלות, הקמת סכרים וכו'). לאורך הנהר. השנויים הטבעיים באפיק הנהר הם שעוררו דיון משפטי רב, וזאת בשל חוסר האפשרות לחזותם מראש או לחזות את תוצאותיהם הטריטוריאליים.

המערכת המשפטית מחקרית ניסתה להבחין בין שנוי הדרגתי, איטי ונמשך (Accretion) באפיק הנהר לבין שנוי מהיר, פתאומי וחד פעמי (Avulsion). התהליך הראשון מתקיים למעשה כל הזמן ובמהלכו נוגס הנהר באחת מגדותיו, במקביל בונה מול איזור הנגיסה גדה רחבה יותר ובכך משנה בהדרגתיות את נתיב הזרימה. שנוי זה הוא

30. United States Supreme Court, Annual digest and reports of Public International Law Cases, no 50, (1933-4).
31. A.M. Hirsh International Rivers in the Middle East (Ph.D. unpublished diss. Columbia University N.Y. 1957), pp. 209-210.
32. רשימה של חוזים מסמכים בהם משמש "קו מרכז הנהר" כקו גבול ראה סוויט (הערה 22 לעיל), תוספת 1, עמ' 215-220.
33. בוגס (הערה 18 לעיל), עמ' 178-184.
34. בוש (הערה 23 לעיל), עמ' 799-800 בעקבות ג'ונס (הערה 18 לעיל), עמ' 120.

בעל אופי מרחבי ונמשך. מצב של שנוי פתאומי ומהיר, שבא על פי רב כתוצאה משטפון, יכול לגרום לנהר לשנות לחלוטין את מיקום אפיקו בנקודות מסוימות. השנוי שבין שני מצבים אלו היה נושא מרכזי בבוררות שבין ארצות הברית למקסיקו באשר לקטעים מסוימים לאורך נהר הריו גרנדה (Rio-Grande) המשמש בחלקו כגבול בין מדינות אלו.<sup>35</sup> בשנת 1848 נקבע קו הגבול לאורך הנהר וחמש שנים מאוחר יותר נערך סקר מקיף שסימן על מפות ובמדויק את מיקומו של קו הגבול. במשך 30 השנים הבאות חלו שנויים כה רבים במיקום אפיקו של הנהר עד כי נתעורר הצורך בפעולת סימון חדשה. ב-12 לנובמבר 1884 נחתמה אמנה בנושא קו הגבול שקבעה כי "קו ההפרדה יהיה תמיד הקו אשר תואר בהסכם והוא ימשך תמיד לאורך תעלת השיט הרגילה של הנהר, בלי להתחשב כלל בכל שנוי או תזוזה בגדות הנהר או באפיקו ובלבד שתזוזה זו הושפעה מגורמים טבעיים שפעלו איטית והדרגתית והשקיעו סהף ולא על ידי גטישת אפיקו הנוכחי של הנהר ופתיחת אפיק חדש. כל שנוי אחר שנגרם בשל זרימת המים, אם על ידי כרית אפיק חדש או כאשר נוצרה תעלת שיט נוספת לזו הקיימת בעת עריכת הסקר, לא יביא לכל שנוי בקו ההפרדה כפי שנקבע על ידי הסוקרים מטעם ועדת הגבולות הבינלאומיות משנת 1852. הקו שנקבע אז ימשך לאורך מרכז האפיק הקודם אף שזה יכול להיות יבש לגמרי".<sup>36</sup> אבחנה זו בין שנוי מהיר לאיטי הועמדה למבחן מעשי עשר שנים מאוחר יותר. בשנת 1894 הועלתה שאלה באשר לאיזור שנקרא EL Chemizal שהיה עד שנת 1873 מצוי מדרום לנהר (כלומר במקסיקו) אך בעקבות שנויים בזרימת הנהר היה מצוי בשנת 1894 בצד האמריקני של הנהר, באיזור העיר אל פאסו. הבעיה שהועמדה בפני ועדת הגבולות היתה בעיה משפטית הסטורית באשר לקביעת קצב השנויים באפיק זרימת הנהר מעת שנהתם הסכם הגבולות ועד להגשת התביעה לדיון. באם השנוי היה הדרגתי שטח המריבה אמור היה להשאר בתחומי ארה"ב. לעומת זאת, אם היה נקבע כי השנוי היה פתאומי, חד פעמי ומהיר, היה צורך להחזיר השטח לריבונותה של מקסיקו. הדיונים באשר לעתידו של איזור המריבה נמשכו, בהפסקות ולסירוגין, לאורך 69 שנים. רק בשנת 1963 הוכרע העניין סופית וזאת בין השאר על ידי יצירת אפיק מלאכותי לנהר באופן שתלק מאיזור המריבה הוחזר לריבונותה של מקסיקו בעוד שחלקו האחר, עליו נבנו במשך שנות הדיון פרברי מגורים של העיר אל פאסו, הושאר בתחומי ארצות הברית.<sup>37</sup> הדיונים המשפטיים סביב נהר הריו גרנדה מציגים בין השאר את התפיסות המקובלות בעולם באשר למיקומו של קו הגבול בעת שחל שנוי באפיק זרימת הנהר. ככלל מקובל ששנוי הדרגתי מביא עמו לשנוי במיקומו של קו הגבול וזאת כיוון שאם כי ניתן לראות מפעם לפעם שנויים והתפתחויות באפיק הנהר הרי שלא ניתן לתפוס מהותם של שנויים אלו בעת שהם נעשים. עם זאת השנוי שנעשה במיקומו של קו הגבול איננו אוטומטי

35. מחקרים רבים עסקו בצד המשפטי של קביעת גבול מסובך זה. ראה למשל בוש עמ' 805'6, ג'ונס עמ' 120-122, S.J. Moore, Chamizal, 120-122, *Zone-Rivers and revolutions on the Border*, 17 *South western L.J.* 86 (1963).
36. *United States, Treaty Series*, 226, Article 1.
37. *United States, Department of State*, 49 *Bulletine*, July September 1963, pp. 482-84.

ויש צורך בסקר שיקבע את מיקומו החדש של קו הגבול, סקר שיביא עמו להסכם מחודש על מיקומו של קו זה.<sup>38</sup>

בהסכמי גבול רבים נקבע מועד קבוע לעריכת סקר מעין זה.<sup>39</sup> וכך גם בהסכם האחרון בעניין קביעת קו הגבול בין עידק לאירן לאורך נהר השאט אל ערב. שם נקבע כי "סקר חדש של השאט אל ערב יעשה, במשותף, פעם אחת בכל עשר שנים מיום חתימת הסכם זה".<sup>40</sup> ניתנה גם אפשרות לכל צד לבקש סקר חדש בכל עת, באם השנויים שונעשו באפיק זרימת הנהר או במיקומה על תעלת השיט המרכזית. מחייבים סקר מעין זה, גם בין המועדים הקצובים בהסכם. במקרה זה, כמו גם במקרים דומים אחרים, השנוי הרשמי במיקומו של קו הגבול יעשה רק לאחר הסקר, המדידה המחודשת והקביעה המשפטית חוזית באשר למיקומו החדש של קו הגבול בנהר.

שנוי מהיר ופתאומי, ובעיקר זה הגורם לנטישת אפיקו הישן של הנהר ומעבר לאפיק חדש, איננו מביא בדרך כלל לשנוי במיקומו של קו הגבול. הסכמים שנתנו דעתם לשנוי זה קבעו, כמו בהסכם לגבולות בין ארצות הברית למקסיקו שצוטט לעיל, כי קו הגבול המקורי ישמר גם אם הנהר שיה מסלול זרימתו והאפיק הקודם יבש לחלוטין. עקרון זה מתקיים גם אם השנוי באפיק הנהר נעשה בצורה מלאכותית, על-ידי פעולות האדם, ואיננו תוצאה של שנוי טבעי. כך, בהסכם הגבולות בין אוסטרליה ושוויץ נקבע כי "קו הגבול בין שתי המדינות ישאר ללא שנוי אף לאתר השלמתן של שתי התעלות וימשיך לעקוב לאורך אפיק הזרימה הקודם של נהר הריינוס".<sup>41</sup> במקרים מסוימים אף ניכרת המגמה לבצע פעולות הנדסיות שיחזירו את הנהר לאפיקו הקודם ובלבד שלא יזוז קו הגבול המקורי.<sup>42</sup> הצורך בשמירה על קו גבול קבוע, צורך העומד בניגוד למהלך הטבעי של זרימת מים בנהר, יצר את הצורך בהסכמים ברורים ומפורטים באשר למיקומו של קו הגבול העובר בנהר. כל העקרונות דלעיל דומה שלא השפיעו על החלטתו של הנציב

38. בוש (הערה 23 לעיל), עמ' 804.
39. למשל הסכם הגבול בין גרמניה לצ'כוסלובקיה מ-29 לספטמבר 1935 קבע מועד של 10 שנים החל משנת 1941 בין סקר לסקר Treaty series, 309. 267, League of Nation
40. Article 6 of the Protocol Concerning the Delimitation of the River Frontier Between Iran and Iraq, Done at Baghdad, 13 June 1975, 14 International Legal Materials (1975) no 5: 1137.
41. על הסכם זה ראה: G. Biger, The Shatt-Al-Arab River Boundary Middle Eastern Studies, 25(1989), 245-252.
42. Nebraska V. Iowa (1892), 143 U.S. 359; Missouri V. Nebraska (1904), 196 U.S. 23; Washington V. Oregon (1908), 211 U.S. 127; Arkansas V. Tennessee (1918), 246 U.S. 158; Arkansas V. Mississippi (1919), 250 U.S. 39.
43. League of Nation, Treaty Series, Vol 39(1925-6) pp. 25-43, Article 15.
43. הסכם הגבולות בין פינלנד לנורבגיה, 28 אפריל 1924, סעיף 4 ב' League of Nation, Treaty Series, Vol. 30(1924-5), pp. 49-62.

העליון הבריטי, שקבע כי קו הגבול לאורך הירדן ישאר תמיד באמצע אפיק זרימתו של הירדן גם אם השנוי שנועשה באפיק זה היה שנוי פתאומי מהיר וחד-פעמי.

### קווי גבול באגמים

קו הגבול המזרחי של ארץ ישראל תחת השלטון הבריטי חצה אגם, ים המלח, לכל אורכו מזרחם לצפון. קו שביתת הנשק בין מדינת ישראל לממלכת ירדן חצה את חלקו הדרומי של אגם זה. קביעת קווי גבול באגם מעוררת גם היא בעיות משפטיות, בחלקן דומות לבעיות העברת גבול בים.<sup>44</sup> אגם, גוף מים מתוקים או מלוחים המוקף מלו ביבשה, הנו משטח טריטוריאלי בעל פרטנציאל של דיג, שיט וכל שימוש אחר במים או בקרקעיתו של האגם. בכל מקרה בו מועבר קו גבול באגם נודעת איפוא חשיבות רבה לקביעה המדויקת של קו הגבול העובר דרכו ומפריד בין מדינות שכנות. בשונה מהספרות הרבה העוסקת בתיחום גבולות בנהר הרי שמעט מחקרים משפטיים גיאוגרפיים דנו במיקומו של קו הגבול באגם. שלא כמו במקרה של גבולות בנהר, אין הסכמה באשר למיקומו המדויק של קו גבול באגם.<sup>45</sup> גיאוגרפית, מרבית האגמים המחולקים בין מדינות נמצאים באפריקה (האגמים: צ'ד, ויקטוריה, אדוארד, אלברט, קריבה, נייסה, מלאווי, מורו ונוד) אך גם באירופה (אגם ג'נבה-למאן, אגם קונסטנס, אגם סקוטרי), באמריקה הצפונית ("האגמים הגדולים" בין קנדה לארה"ב) ובאמריקה הדרומית (אגם טיטיקקה) מצויים אגמים שקווי גבול עוברים דרכם. במקרים רבים קווי הגבול מחלקים את האגם בצורה לא שווה בין המדינות השוכנות לגדותיו ובמקרים רבים מחולק האגם בין יותר משתי מדינות.<sup>46</sup> אגמים רבים, ובמיוחד באפריקה, חולקו עליידי קווים אסטרונומיים (קווי אורך ורוחב) שאין להם כל משמעות בשטח ולעתים עליידי קווים גיאומטריים (קווי אורך וקוודות שונות על גדות האגם. כמו בנהרות, נדירים המקרים בהם קו גבול מועבר על גדה כלשהי של אגם וכך נמועת גישה לאגם זה ממדינה השוכנת בסמוך אליו. אגם הכנרת, כמו גם אגם מלאווי באפריקה, הנם מקרים יוצאי דופן בהם קו הגבול עובר במקביל לאגם, על חופו, אולם משאיר את האגם עצמו בריבונות מלאה של מדינה אחת. במרבית המקרים בהם חולקו אגמים שלא על פי קווים ישרים מסוימים הרי שקו הגבול העובר "במרכז האגם" (in the medium line) כאשר יצא מנקודה מוגדרת כלשהי ונמשך עד נקודה אחרת בצידו של האגם. ים המלח חולק בין ארץ ישראל לעבר הירדן (ממלכת ירדן של היום) על פי ההגדרה שהוזכרה לעיל כאשר הקו החוצה את האגם מתחיל בשפך נחל הערבה לים המלח מזרחם ומסתיים בשפך הירדן לים המלח בצפון. עקרון פשוט לכאורה זה מעמיד את מסמן הגבול בפני כמה אפשרויות לקביעה מדויקת של קו הגבול.<sup>47</sup> ניתן לקבוע

44. G. Gidel, *Le droit International public de la mer* (Paris, 1952), Deuxieme Partie, Livre I, pp. 9-16.
45. D. Haritini, *Le trace de la frontiere sur les lacs internationaux*, in R. Zacklin and L. Cafilisch (ed), *The Legal Regime of International Rivers and Lakes* (Martinus Nijhoff publishers 1981), pp. 247-306.
46. כך למשל מחולק אגם ויקטוריה באפריקה בין המדינות טנזניה, קניה וזאנגנדה, אגם צ'ד במערב אפריקה בין המדינות: ניג'ריה, קמרון, ניג'ר וצ'ד ואילו אגם קונסטנס באירופה מחולק בין גרמניה, שווייץ ואוסטריה.
47. בוגס (הערה 18 לעיל) עמודים 178-184. בעקבותיו הלכו בוש, לאוטרפכט ואחרים.

קו זה בכמה שיטות לפחות וכל שיטה תיצור קו השונה לחלוטין מהקווים האחרים. קו הגבול יכול להקבע על-פי התפיסה של "נקודות השקפה של החוף". על-פי עקרון זה מועברים קווים ישירים המתברים נקודות בחוף אחד עם הנקודות הקרובות ביותר בחוף הנגדי. הקו המתבר את אמצע קווי החיבור בין גדות האגם יכול להחשב כקו החוצה את האגם או קו מרכז האגם. בעבר כבר הוכח<sup>48</sup> כי קו זה איננו מדויק והוא תלוי הן בגדה ממנה מועברים קווי החיבור והן בתפיסתו של משרטט הקו על הדרך בה יועברו הקווים בחלקים שונים של האגם. גישה זו איננה נותנת קו אחד רציף לאורך האגם. תפיסה שונה לגמרי הנה התפיסה הקובעת כי "קו מרכז האגם" הוא הקו המחלק את שטח פני האגם לשני חלקים שווים. בשל העובדה שאגם איננו משטח בעל צורה גיאומטרית ברורה ומוגדרת הרי שניתן להעביר, לאחר מדידה מדוייקת, קו בכל תוואי רצוי ובלבד שיחלק האגם לשני חלקים שווים. בשיטה זו נקטו למעשה משרטטי המפות של קו הגבול בים המלח ולפיה מחולקים פני הים לשני חלקים שווים, פחות או יותר. בנקודה מסויימת מול ה"לשון" שבים המלח, הועבר קו הגבול כך, שיחלק את המיצר לשתי יחידות, כאשר הקו עובר במרחק שווה מכל גדה של האגם.

אפשרות שלישית היא קביעתו של קו גבול האגם כאשר כל נקודה הנמצאת עליו מצויה במרחק שווה מכל הנקודות הקרובות ביותר אליה הנמצאות על הגדות המנוגדות של האגם. קו מעין זה "נקודת המבט של המפליג בסירה", הנו אחד ויחיד בכל אגם. קו זה נותן למפליג באגם לקבוע בכל עת את מיקומו הטריטוריאלי כאשר נמדד המרחק בין מקום המצאו לבין הגדות הנגדיות של האגם. לכאורה קו זה הוא הנכון ביותר אך עם זאת הוא איננו בהכרח מחלק את האגם לשני חלקים שווים בשטחם.<sup>49</sup>

סקירה מקיפה של קווי הגבול שהועברו באגמים ברחבי העולם מראה כי אין כל אחידות או הסכמה על עקרון זה או אחר. במרבית המקרים אין אף כל אזור בהסכם לצורת העברת הקו. יוצא מכלל זה הוא קו הגבול בין שויצריה לצרפת, קו העובר באגם ז'נבה (למאן). הסכם שנחתם בז'נבה בשנת 1953 קבע כי: "סימון הגבול באגם למאן (ג'נבה) נוצר על ידי הקו התיכון (Ligne mediane). הקו התיכון מוגדר תיאורטית על ידי קו הנוצר מחיבורם של מרכזי המעגלים המשורטטים בין הגדות הצרפתית והשווצרית. קו תיאורטי זה הומר, בשל נימוקים פרקטיים, בקו דב צלעי בעל ששה חלקים אשר יוצר חלוקה שווה על פני המים". כדי למנוע כל טעות מצוין סעיף 3 של ההסכם כי קו הגבול משורטט על גבי מפה המהווה חלק בלתי נפרד מהחוזה.<sup>50</sup> בכל שאר ההסכמים מופיע

48. ג'ונס (הערה 18 לעיל) עמ' 140, בעקבות בוגס.

49. אפשרות נוספת בעלת משמעות מיוחדת בנוגע לאגמים בהם יש תנועת ספנות בנתיבי שיט ברורים, היא קביעתו של "קו אמצע האגם" כקו העובר לאורך תעלת השיט המרכזית המחלקת של השטח הראוי לשיט באגם כאשר נקודה לאורך הקו נמצאת במרחק שווה מהמים הרדודים בכל חוף

International Waterways Commission on the Location of the Boundary Line between the United State and Canada through Lake Erie, (Toronto, January 4, 1907. Compiled Report), p. 578.

אפשרות זו איתה משמעותית לגבי ים המלח וזאת בשל מיעוט השייט בו ואפשרות מעשית של שייט לרוחבו בלבד.

50. P. Pondaven, Les Lacs-Frontiere (Paris, 1972), pp. 84-85.

המשפט הסתמי "קו הגבול יעבור לאורך הקו התיכון באגם מצפון לדרום" או "קו שיעבור דרך מרכז האגם". אי בהירות זו מסוייגת לפעמים על ידי צידוף מפה עליה מסומן קו החוצה את האגם אך מפה זו מלווה על פי רוב הסכמים בהם קו הגבול אינו מחלק האגם לחלקים שווים, כי אם מתייחס לאיים ולאמנטים אחרים באגם, אלמנטים המטוים הקו מההגדרה של "קו תיכון באגם".<sup>51</sup> ערכן של המפות בדיונים על סכסוכי גבול הוטל כבר בעבר בספק.<sup>52</sup>

מעבר לסימון הראשוני של קו הגבול באגם עולה שאלת יציבותם של גדות האגם וגובה פני המים. אגמים חשופים פחות לתנועות עונתיות של גאות ושפל אולם דוקא המקרים הקשורים במדינת ישראל מראים על גובה לא אחיד של מי האגם. פני המים באגם הכנרת נוטים לעלות ולרדת בשל שנויים טבעיים בכמויות הגשמים באגן ההקוות של האגם כמו גם בשל שאיבה מלאכותית של מי האגם. ים המלח יובש בחלקו וגובה מימיו גם הוא נתון לשנויים רבים. בעת שנקבע קו הגבול היו פני האגם בגובה 392 מ' מתחת לפני הים אולם כיום מפלס גובה פני האגם היא כ-400 מ' מתחת לפני הים התיכון. ירידה זו גרמה להתייבשות חלק גדול מאגנו הדרומי הרדוד ולשנויים גדולים בקווי חופיו. התפתחות זו מחייבת השגת הסכם לגבי מיקומו המדויק של הגבול באגן הדרומי של ים המלח. שנויים אלה, עונתיים או רב שנתיים, משפיעים על מיקומם המדויק של חופי האגם ובהתאם לכך על מיקומו של קו הגבול. באגמים מסוימים השוני בין עונות השנה יכול להיות קיצוני אף יותר. אגם צ'ד, באפריקה המרכזית, שטחו נע בין 12 אלף ל-26 אלף קמ"ר בין עונות השנה השונות וכל נסיון לקבוע קו גבול על פי גדות האגם אינו מציאותי.<sup>53</sup> יש צורך איפוא לקבוע במדויק את קו הגבול בהתייחסות לגובה מסוים של פני המים (או בצורה משתנה כפי שהדבר נעשה באגם הכנרת). יש להגדיר במדויק את נקודות הכניסה והיציאה של קו הגבול באגם. שפכו של נהר לאגם אינו נקודה מוגדרת כי גם השפך הנו שטח ולא נקודה וכך גם ישוב הנמצא על החוף. בכל מקרה יש לצרף מפה מדויקת ככל האפשר של קו הגבול באגם,<sup>54</sup> מפה שסומנה לאחר מדידות מדויקות וקביעת נקודות ההתייחסות למיקום הקו באגם. שפך הירדן לים המלח השתנה בשנים האחרונות לאור הירידה במפלס האגם ואילו שפכו של נחל הערבה לים המלח נעלם כליל עם התייבשותו של החלק הדרומי. חזרה לנוסח שנקבע ב-1922 יהיה איפוא חסר כל משמעות מעשית בשטח ונסיון להסתמך עליו יעורר מאליו בעיות בתיחום הקו.

51. כך למשל בהסכם הגבולות בין מאלוי למוזמביק לאורך אגם נייסה באפריקה  
Great Britain, Treaty Series no. 64 (1962) Cmd. 1866  
סעיף 2
52. G. Weissberg, "Maps as evidence in international boundary disputes: A reappraisal." 57 *The American Journal of International Law* (1963) 781.
53. Office of the Geographer, Department of State, *International Boundary Studies, Chad-Nigeria Boundary*, No. 90 (1 October 1969).

#### סיכום

קביעת קו הגבול במקווה מים הנו רק ראשיתו של הסכם הגבולות. תיאורו של קו הגבול מתמצה על פי רוב בסעיף אחד או שניים מהסכם הגבול בעוד שסעיפים רבים נוספים עוסקים בהגדרת זכויות הבעלות, שייט, הדיג, מתקני ההשקיה, ניצול פוטנציאל המים של הנהר ועניינים שונים העוסקים במנהל איזור הגבול. נושאים אלו לא נדונו כלל במאמר זה והם מהווים נושא למחקר בפני עצמו. עם זאת הרי שתהליך קביעתו המדוייקת של קו גבול ועוד יותר מכך הפרשנות הגיאוגרפית-משפטית באשר לכוונותיהם של מסמני הגבול בעת שקו זה נקבע הנו נושא לבדיקה מדוקדקת של משפטנים מחד וגיאוגרפים היסטוריים מאידך. קווי גבול העוברים במקווי מים הנם קווים בעייתיים בשל אופיו הגיאוגרפי של השטח בו מועבר קו הגבול. על אף הזמן הרב מאז שהוחל להשתמש בנהר זבאגם כדי לסמן גבול ולמרות הדיונים המשפטיים הרבים שניסו לאבחן מיקומו של קו הגבול בהתאמה לתהליך שינוי הנוף, הרי שעדיין נותרו בעיזת רבות בלתי פתורות. הכרה נכונה של הבעיות המשפטיות העלולות להגרם בעקבות קביעתו של קו הגבול במקווה מים (נהר או אגם) יכולה לעזור בכל דיון עתידי באשר לקביעתם של גבולותיה של מדינת ישראל.

---

## נסיון בלתי צליח - החידה ופתרונה

(בעקבות ע"פ 675/85 גרציאנו נ' מדינת ישראל פ"ד מ(3)763).  
קמ"ש משה ויסמני

- חלק ראשון - פס"ד גרציאנו.  
חלק שני - חוסר יכולת שמקורו פגם באמצעים  
א. אסכולה אובייקטיבית.  
1. פגם אבסולוטי לעומת פגם יחסי.  
2. גישת פרופ' אוקר.  
3. גישת פרופ' Hughes.  
4. גישת פרופ' Smith.

- ב. האסכולה הסובייקטיבית.  
ג. הגישה הדו־שלבית.  
ד. השוואת תוצאות.

- חלק שלישי - חוסר יכולת שמקורו בהעדר נסיבה אחרת.  
חלק רביעי - חוסר יכולת במשפט האנגלי.  
חלק חמישי - חוסר יכולת במשפט הישראלי.  
חלק שישי - חוסר יכולת משפטי.

---

\* תובע בפרקליטות צבאית - פיקוד הצפון



## מבוא

פסה"ד בעניין ע"פ 675/85 גרציאנו שניתן לאחרונה, פסק הלכה חדשה בישראל בסוגיה לגביה רבים הם הטוענים כי היא המעורפלת והשנוייה ביותר במחלוקת במשפט הפלילי המהותי, היינו: הנסיון הבלתי צליח (The impossible attempt). את חוסר העקביות הבולט בהתייחסות לנושא, ניתן למצוא בפסיקה האנגלית שם שונתה ארבע פעמים ההלכה בנושא במהלך מאה השנים האחרונות. נראה לנו, לאור הפסיקה האחרונה - כי היד עודנה נטויה. העדפנו ברשימה זו שלא להתרכז בהתפתחות ההיסטורית של ההלכה. זאת, משום התחושה שכלליותה של הרשימה תיפגע מעצם העובדה שנכתבה במועד מסוים. לכן, תנתח הרשימה במידה שווה של חשיבות את כל האסכולות והתאוריות שהועלו במהלך השנים, החל מראשית העיסוק בעניין בשנת 1857 בפסק דין M'Pherson<sup>1</sup>, ועד לימינו אלה בפרשנויות האחרונות של המלומדים לפסקי הדין Anderton<sup>2</sup> ו-Shivpuri<sup>3</sup>.

## חלק ראשון - פס"ד גרציאנו

המעורר גרציאנו הואשם בעבירה של החזקת סם מסוכן. עם זאת הסתבר כי עובר לקבלת הסם בידי הנאשם, ומבלי שידע על כך, החליטה המשטרה להחליף את הסם בעמילן תירס. השאלה בה עסק ביהמ"ש היתה, האם יכול היה המערער לעבור, בנסיבות שכאלו, עבירה של נסיון להתזקק סם מסוכן, וזאת לאור ניסוחו של ס' 33(א) לחוק העונשין, תשל"ז - 1977, המתנה את פליליות הנסיון בהתאמת האמצעים להגשמת העבירה. השופטים אשר ישבו בדין נחלקו בדעותיהם באשר לימוק על פיו יש להרשיע את המערער. כב' השופט בן קבע כי כאשר העבירה אינה יכולה להתבצע של עובדות שאינן בידיעתו של הנאשם, "עבירת הנסיון נעברת, כאשר עפ"י הידוע לנאשם הוא נקט אמצעים אשר באופן אובייקטיבי יכולים להביא להשלמת העבירה". השופט בן אף הדגים נימוקו: "אם אדם מגסה לירות על קורבנו המיועד באקדה, שזהו אובייקטיבית אמצעי מתאים לגרימת מותו של אחר, ואין הוא יודע כי חסר נוקר באקדה ושהאקדה אינו מסוגל איפוא לירות כדור, הרי יהיה הוא, לדעתו אשם בנסיון לעבור את העבירה". השקפתו של כבוד השופט גולדנברג שונה. לדעתו, יש לבדוק את התנאים שבהתקיימם רואים אדם כמנסה לעבור עבירה - מתוך האספקלריה של טעותו. דהיינו, לעניין בדיקת "האמצעים המתאימים להגשמתה", כלשון ס' 33(א), נוהה את העובדות הדמיוניות, שבקיומן האמין המנסה, בטעות - בקיימת למעשה. בהמשך הרשימה ניוכח לדעת כי השקפתו של השופט בן עולה בקנה אחד עם הגישה האובייקטיבית המסורתית הבודקת "סגילותו" של האמצעי לביצוע העבירה.

1. מאמר זה מבוסס על עבודה סמינריונית שהוצגה על ידינו בראשית 1986 באוני' ת"א ואשר בה הצענו את הגישה הדו-שלבית. העבודה הסמינריונית והמאמר שבעקבותיה תואמים הגישה שהובעה מאוחר יותר ע"י ביהמ"ש העליון כפי שבאה לידי ביטוי בפסה"ד גרציאנו.
2. M'pherson (1857) Dears and B. 197
3. Anderton v. Ryan (1985) 1 All E.R. 138 (Q.B)
4. R.v. Shivpuri (1985) 1 All E.R. 143 (C.A.)

השקפתו של השופט גולדברג מביאה את המשפט הישראלי, לדעתנו, למצב אופטימלי, והיא היא ההשקפה היחידה המסוגלת לפתור בהלכה את שאלת חוסר-היכולת. גישה זו מבוססת על "מבחן דו-שלבי": זיהוי האמצעי באספקלדיה סובייקטיבית, ולאחר מכן בדיקת אמצעי סובייקטיבי זה דרך מסגרת אובייקטיבית בדבר התאמתו להגשמת העבירה.

### חלק שני - חוסר יכולת שמקורו פגם באמצעים

חוסר יכולת יכול שיווצר כתוצאה מאמצעים שהיו בלתי מתאימים להגשמת העבירה או מחמת פגם בנסיבה אחרת שאינה קשורה לאמצעים. בחלק זה ננתח את האסכולות והתאוריות השונות ואת מאמצייהן להגדיר את שאלת אחריותו של המנסה שכשל בנסיונו עקב השימוש באמצעים בלתי-מתאימים; ולאור זאת, נסווג את פס"ד ורציאנו, בהתאם.

#### א. אסכולה אובייקטיבית

##### תאוריית הסגילות היחסית

המבחן בגישה זו קובע כי הרשעה בנסיון לא-צליח תתכן במקרה של חוסר יכולת "יחסי" להבדיל מחוסר יכולת "מוחלט", שם אין מקום לאחריות פלילית. גישה זו התקבלה ע"י הפסיקה הישראלית המוקדמת לעניין הפגם באמצעים. להלן נוסחו של ס' 33(א) לחוק העונשין:

"רואים אדם כמנסה לעבור עבירה, אם הוא מתחיל להוציא את כוונתו אל הפועל במעשה גלוי לעין ובאמצעים המתאימים להגשמתה, אולם אינו מגשים את כוונתו עד כדי עשיית העבירה".

ברי מלשון הסעיף כי נדרשת בדיקת האמצעים באופן כלשהו לשם גבוש יסודות העבירה. עמדת הפסיקה בארץ היתה כי יש להבחין בין אמצעים שמעצם מהותם לא סוגלו לביצוע העבירה, לבין אמצעים שמבחינת טיבם הם מתאימים - אך אופן השימוש בהם לא התאים לביצוע. הבחנה זו מקבילה להבחנה שבבסיס הגישה דנו, בין "יחסי" ל"מוחלט".

5. למסקנה זו הגיע ביהמ"ש המחוזי בעניין סימן טוב (ע"פ 41/67) שם נקבע כי הסעיף מחייב שהמנסה ישתמש באמצעים, שמעצם טיבעם ומהותם מתאימים לביצוע, אך אין סעיף זה מחייב שאופן השימוש באמצעים אלה יתאים לביצוע. פסה"ד עסק באפשרות להרשיע אדם שקיבל מאדם אחר 4000 דולר (מבלי לדעת שהם מזוייפים) - בעבירת הנסיון לקבלת מטבע זר. ביהמ"ש פסק בנסיבות העניין כי המדובר באמצעי שאינו מתאים לביצוע העבירה. ביקורת על ראיית הכספים כאמצעי דווקא - ראה ע"פ (ת"א) 1297/82 מגרלשווילי נ' מ"י פ"מ תשמ"ד (א) בע"מ 125. ת"פ (ת"א) 90982 מ"י נ' אדרי פ"מ תשמ"ג (ב) 183. וכן את ביקורתה של ד"ר גר-אריה, "אי האפשרות להשלים את העבירה והשפעתה על עבירת הנסיון" משפטים ח' (תשל"ח) 310 בע"מ 313. כן ראה את סקירת הפסיקה הישראלית ב: ע/ 33/87 התוצ"ד נד טור' אוחיון דורון.
6. שהרי חוסר יכולת "יחסי" לפי גישה זו הוא אותו מקרה בו אופן השימוש באמצעי ולא מהותו הוא שהכשיל המנסה. חוסר יכולת "מוחלט" הוא המקרה בו האמצעי בו נעשה שמוש לא סוגל מטבעו לביצוע העבירה.

להמוחשת עמדתו הביא ביהמ"ש בפרשת סימן טובי שתי דוגמאות שעליהן אוסיף שלישית.

1. המקרה הראשון בו מזג א' רעל לכוסו של ב'. כוונתו היתה להמיתו, והלה לא מת רק בשל כך שמתוך אידיעה כמות הרעל שהושמה היתה בלתי מספקת להביא למותו של אדם.

2. המקרה השני בו מזג א' מים בכוסו של ב'. כוונתו היתה למזוג רעל, אלא שמתוך טעות או בלבול מזג המים.

3. המקרה השלישי בו מזג א' מים רגילים במשקהו של ב' מתוך מחשבה מוטעית כי שתיית מים עשויה להמית אדם.

על בסיס ניתוח סעיף 33 איבתן ביהמ"ש, בין שתי הדוגמאות הראשונות בקובעו כי המקרה הראשון הינו עניש ואילו השני אינו עניש משום שמים מעצם טבעם ומהותם אינם אמצעים המתאימים לבצוע העבירה.

יש להניח, עפ"י דרכו של ביהמ"ש כי המקרה השלישי דינו כדיון השני. ראוי לציין כי מועט ביותר מספר המקרים בהם הגיע מקרה של פגם אבסולוטי באמצעים לכדי דיון בבית משפט, ורוב הדעות שהוצעו בנושא מקורו באמרות - אגב או בביקורות המלומדים.

השקפתו של השופט כך בפס"ד גרציאנו תואמת תאוריה זו הבוחנת סגילותו של האמצעי לביצוע העבירה. הש' כך, בדוגמתו שהובאה לעיל מזהה האמצעי כ"אקדח" וקובע כי אובייקטיבית המדובר באמצעי המתאים להגשמת מטרת המנסה.

כאן יש להקשות: מדוע יש לזהות את האמצעי דווקא כ"אקדח"? מדוע לא לזהותו כ"אקדח חסר גוקר" - ואז בבחינה אובייקטיבית, אמצעי שכזה אינו סגיל להגשמת העבירה. נניח כי המדובר באדם המנסה לירות מאקדת צעצוע. במקרה שכזה, אני מניח כי לא תוטל אחריות כלשהיא על המנסה. אם אכן כך, מדוע יוזהה האמצעי כ"אקדח צעצוע" ולא כ"אקדח"?

יובאו להלן מספר אפשרויות נוספות לביקורת על גישה זו:

1. מבחן הגישה אינו ישים במקרה בו לא ניתנת אמת מידה לאבחנה שבין "אבסולוטי" ל"יחסי". כאשר א' משתמש באספירין לביצוע עבירת המתה לא ניתן לקבוע מבחינה אובייקטיבית האם המדובר באמצעים שאינם מתאימים איכותית או כמותית, מוחלטת או יחסית?

7. שם, בע"מ 80-79.

8. ואולם מספר פס"ד אנגליים נגעו בכ"ו בעניין: בפס"ד R.V. White (1910) 2KB 124.

All ER Rep 340 (1908-10) הורשע אדם שנהג עפ"י דוגמת ההדעלה הראשונה.

בפס"ד Houghton V. Smith (1973) 3 All E.R. 1109 H.L. שיונתה בהרחבה

בהמשך, התייחס הלורד היילשם, ב"obiter לסוגייה בקובעו כי באשר למקרה השני

אין מקום להרשיע משום:

"If the contemplated sequence of actions had been completed - no substantive offence could have been committed"

בפס"ד Regine v. Gamble, 10 Car C.C. 595 הנאשם שניסה לירות מאקדח חסר

יכולת לכך - זוכה מאשמתו מחמת היות חוסר היכולת "אבסולוטי".

9. דוגמא זו מציע Williams בספרו 641 Criminal Law, The general part (2nd ed).

גדר הספקות הוא למעשה האם מתן האספירין הבודד, מתוך כוונה לגרום מוות (על הכוונה לומדים למשל, מהודאתו של המנסה) נכנס לתחום המקרה הראשון או שמא הוא מצוי במקרה השלישי? האם המדובר במתן רעל בכמות לא מספקת, שאז הפגם יחסי או שהמדובר במתן טבלית אספירין מתוך מחשבה שהדבר עלול להרוג (שאו הפגם הוא אבסולוטי)?<sup>10</sup>

הביקורת גורסת כי מבחינתו של המסתכל-מן-הצד לא ניתן לשייך המקרה לאחד משלוש דוגמאות הרעל בצורה קטגורית.

2. להבדיל מנקודת הביקורת הראשונה, העוסקת בבלבול שבו הופכת הכמות לאיכות, עלולה הגישה ליצור מצב על פיו נקבל תוצאות שונות באותו מקרה עם שינוי ברוחבו של המושג "אמצעים". שהרי נגיע לתוצאות מנוגדות אם נקבע את האמצעי כ"מזיגת מים" או "מזיגה מבקבוק רעל". במקרה הראשון האמצעי הוא בריכישלון מבחינה איכותית, אבסולוטי, ואילו במקרה השני האמצעי מתאים איכותית לבצוע העבירה, והבצוע נמוע עקב צורת השמוש בו.<sup>11</sup>

3. עפ"י מבחן הגישה, אדם אשר כוונתו היתה להרעיל אדם אחר באמצעות רעל, ובטעות מתוך שגגה "הרעילו" במים - פטור מעבירת הנסיון. ניתן להבין האבחנה הקיימת בין המקרה הראשון ב"שלוש הרעלות" לבין השלישי (שבו הייתה אמונה לא רציונאלית). מה יכול להיות הנימוק שסיביר ההבדל בתוצאות בין המקרה הראשון לשני? ה-Actus-Reus בשני המקרים הינו מספיק להרשעה וגישה זו אינה דורשת שה-Mens-Rea ישוקף ע"י A.R. דוקא. לפיכך אין למצוא נמוק שיבחין בין שני המקרים כשהוא עומד בפני עצמו.<sup>12</sup>

על כל פנים מקובל כיום כי גישה זו, המבדילה בין פגם יחסי למוחלט, כבר אינה בתוקפה.<sup>13</sup> הפסיקה הישראלית הקודמת לפס"ד גרציאנו נאלצה לשוב אליה רק משום הכללתם של האמצעים כתנאי נדרש להתגבשות הנסיון בתוספת בדיקת התאמתם של אותם אמצעים לבצוע העבירה. בעייתו של ביהמ"ש היתה לתחום את הגבולות בין סעיף התגבשות הנסיון (ס' 33א) לחוק העונשין) ובין סעיף חוסר היכולת (ס'

10. דומני כי הגישה הדו-שלבית שתוצג בהמשך, פותרת דילמה זו: שאלת זהותו של האמצעי לעולם תבחן במושגים סובייקטיביים, ועל כן יש לשאול האם המנסה האמין שטבלית אחת מסוגלת לגרום מוות, ואזי יש לשייך העניין למקרה השלישי או שמא הוא האמין כי טבלית האספירין הינו חומר רעיל שלגבי כמותו, מסיבה כזו או אחרת, נכשל באימודו. נתוח מפורט של הגישה המוצעת ראה בהמשך.

11. אף דוגמא זו מציע Williams בספרו, בע"מ 644.

12. גישתו של פרופ' אנקר למשל.

13. למסקנה זו מגיעה גם ד"ר גורי-אריה במאמרה (לעיל הערה 5). היא קובעת כי בשני המקרים, הנסיון, מבחינת מידת ההתנהגות - הוא מושלם. (ע"מ 322).

14. זוהי קביעתו הנחרצת של Ryu ראה:

P.K.Ryu, "Contemporary problems of Criminal Attempts" (1957) 32 N.Y.U.L.R 1170, 1184.

33(ג), והדרך הטובה ביותר<sup>15</sup> לפתור סתירה לכאורה זו בין שני הסעיפים היא חזרה לאסכולה הישנה. ראינו כי גם בפסה"ד בעניין גרציאנו מצא הש' בך לנכון להחזיר ולתמוך באסכולה זו.

#### גישת פרופ' אנקר

הנחת - היסוד בבסיס גישתו של פרופ' אנקר<sup>16</sup> הינה כי בהיעדר נסיבות אובייקטיביות המייחדות את המעשה לעומת התנהגות רגילה ומקובלת - קיים חשש להרשעת חפים-מפשע. חישו העיקרי של אנקר הינו הסתמכות-יתר על "הודאות מפקפקות" ועל הודאות שותפים.

מבחן הגישה הוא כי לשם אחריות בעבירת הנסיון, יש צורך בהתנהגות מיוחדת (UNIQUE) שתבדיל את המנסה מאחרים, ושתהווה בסיס לקביעת ה־Mens-Rea של המנסה. למעשה דורש אנקר כי ה־Actus-Reus יצביע על ה־Mens-Rea. לפיכך יראו תוצאות גישתו לעניין שלוש מקרי הנסיונות להרעלה כלהלן:

1. במקרה הראשון בו ניתנה כמות בלתי מספקת של רעל - המדובר בהתנהגות ייחודית. ה־Actus-Reus כאן הוא מתן רעל והוא מצביע הן על ה־Mens-Rea של המנסה והן על ייחודיות המעשה, שכן אין מתן רעל מעשה של יום-יום. לפיכך תוצאת הגישה במקרה זה - הרשעה.
2. במקרה השני בו התכוון המנסה להניח רעל, אלא שמתוך טעות הגיש מים - יקבע ה־Actus-Reus כנתגות מים. מעשה זה אינו "UNIQUE" ובוודאי שאינו מצביע על ה־Mens-Rea. תוצאת הגישה תהא על כן זיכוי.
3. במקרה השלישי בו מזג המנסה מים עת האמין כי מים מרעילים (והנחתנו היא כי מים אינם מרעילים) - עפ"י מבחן הגישה יש לזכות המנסה מהטעמים שפורטו במקרה השני.

את גישתו האובייקטיביסטית של פרופ' אנקר ניתן לבקר מכמה היבטים:

1. איננו יכולים, כמובן לערער על תקפותה של הנחת-היסוד הקיימת בבסיס גישתו של פרופ' אנקר. היא לגיטימית ולו רק בשל העובדה שהיא הנחת-יסוד. אלא ששלב המעבר מהאקסיומה אל מבחן הגישה חייב להיעשות בדרך שתמנע אפשרות לפתרונות אחרים להנחת היסוד, שאינם כלולים במבחן הגישה עצמו.

15. ביהמ"ש קבע כי לס' 33(ג) תחולה רק בהתמלא תנאי הגדרת הנסיון הקבועים בס' 33(א) ולפיכך סעיף זה לא בא לזוטר על התנאי הקבוע בס' 33(א), והמחייב שהנאשם ישתמש באמצעים המתאימים לבצוע. ראה פס"ד סימן טוב, בע"מ 79, 80.

16. אין ספק כי ביהמ"ש לא יכול היה לתמוך באסכולה הסובייקטיבית עקב ניסוחו של ס"ק (א), אולם גם בתוך האסכולה האובייקטיבית עדיין קיים מרחב תמרון רב, והדרך הטובה ביותר שבה הלך ביהמ"ש היא, עם כל הכבוד, הדרך שהוא עצמו האירה לפני בחירתו.

17. A. Enker, "Impossibility in Criminal Attempts" (1969) 53 Minn. L.R.665. ראוי לציין כי במאמר מאוחר יותר, חזר בו פרופ' אנקר מכמה מהנחותיו הבסיסיות כפי שהובעו במאמר דלעיל. ניתוח גישתו של אנקר, יש להבינה, לפיכך, כניתוח גישה מסויימת כשלעצמה.

כוונתנו לכך שפתרון הבעייה אותה מעלה פרופ' אוקר יכול היה להמצא בתחום דיני הראיות.<sup>18</sup> עם פתירת הבעייה אותה מציג פרופ' אוקר במסגרת דיני ראיות, שוב לא יהיה טעם וצורך במבחן המוצע.

## 2. חוסר עקביות אפשרי בין תוצאת הגישה לבין תוצאה מקובלת:

א. הגישה מזכה - והדין מרשיע. שיחה בין קבוצת אנשים לעולם לא תוכל, לכשעצמה, להוות בסיס להרשעה עפ"י מבחנו של אוקר בהיותה לא־מיוחדת ולא מצביעה על ה־Mens-Rea. עבירת הקשר, עם זאת מתבססת על שיחה כזו כעל־Actus-Reus מספיק לשם הרשעה. כך גם עבירת הנסיון להצתה מסתפקת בהצתת גפרור, כ־Actus-Reus מספיק לשם גרוש היסוד ההתנהגותי של העבירה. עפ"י מבחן הגישה - המדובר בהתנהגות יום־יומית שאינה מצביעה על ה־Mens-Rea הנדרש ועל כן לא יהיה די בהתנהגות שכזו כדי להרשיע המנסה.<sup>19</sup>

ב. הגישה מזכה - והדין מרשיע.

הבחינה האוביקטיבית של הנוסחיות ומתוכן הסקת ה־Mens-Rea עלולה לעיתים להביא לתוצאות שאינן רצויות: כך למשל אדם המגיש בזדון מים המכילים סוכר לאורחו יזוכה עפ"י פרופ' אוקר גם אם יתברר, למרבה הצער, שהאורח סבל ממהלת הסכרת.

## ג. הגישה מרשיעה בנגוד להנחת היסוד שבבסיסה:

קביעה מקובלת היא על דעת רוב המלומדים כי מקרי הנסיון שעניינם טעות שבחוק ואמונה לא־רציונלית במצב דברים תוביל לזיכוי. לתוצאה הפוכה עלולה להגיע גישתו של פרופ' אוקר. כך למשל כאשר אדם המנסה להרוג חברו באמצעות בובת וודוו או אדם המנסה לפצח כספת מתוחכמת באמצעות מכשיר פלאייר פשוט - ה־Actus-Reus מצביע על ה־Mens-Rea בהיותו ייחודי למבצע עבירה מסויימת.

## גישות SMITH ו־HUGHES.

פרופ' HUGHES מצטרף לאסכולה האוביקטיבית. מבחן גישתו הוא האם ה־Actus-Reus כשלעצמו מציג Criminality בצורה עצמאית ונפרדת מיריעתו על כוונת המנסה. כך מסביר המלומד את תוצאת פס"ד Osborn.<sup>20</sup> Hughes מגיע למסקנה כי

18. פרופ' אוקר עצמו אינו מבטל האפשרות למצוא פתרון לבעייה בתחום דיני הראיות. שם, בע"מ 709.
19. כך, שאף בעבירה המושלמת, ה־Actus-Reus חסר לעיתים כל מיוחדות המבדילה העבירה מהתנהגות לא־קרימינאלית ואינה יכולה להצביע על קיום Mens-Rea, כך, סכינו של המנתח יכול שיהיה מנוצל בניחוח כמכשיר המציל נפש, או כמכשיר לגרימת מוות.
20. Hughes, "One Further footnote on Attempting the Impossible" 42 N.Y.U.L. Rev. (1967) 1005.
21. כאן שלח הנאשם לאישה הרה גלולות שהיו מיועדות כביכול לגרום להפלת וולדה. בדיעבד נסתבר כי מטרת פעולתן של הגלולות היתה שונה לחלוטין ממה שסבר הנאשם. דיון בפס"ד, להלן בטקסט להערה 25.

במקרה שעמד לדיון ב־Osborn הכוונה הרעה לא יכלה להילמד מהמעשה עצמו - אלא רק מגילוי מחשבותיו של המנסה.

למעשה אין הבדל רב בין מבחנו של Hughes לבין המבחן שהוצע ע"י אנקריי. שניהם בוחנים את המעשה מנקודת מבט חיזונית ומבקשים לבדוק את ה־Actus-Reus ע"י בחינת המעשה יותר מאשר בחינת המנסה.

לפיכך, הביקורת על גישת פרופ' אנקר יפה גם לגישת Hughes. אך ראוי לציין את כישלונן של Hughes גם במטרתו להסביר בצורה "מדעית" את האבחנה המסורתית בין פגם כמותי לאיכותי. הבה נבדוק את מקרה בובת הוודוו. עפ"י האבחנה המסורתית - אין להרשיע (פגם איכותי). עפ"י מבחנו של Hughes: יש להרשיעו (המעשה מעיד על ה־Mens-Rea). דוגמה זו ממחישה את הכשל הכפול בגישתו של Hughes: הן כמודל בפני עצמו (תוצאה לא רצויה) והן כנסיון ל"מדע" את האבחנה המסורתית. (משום התוצאות השונות במקרה זה).

מבחן הגישה אותו מציע פרופ' Smith<sup>17</sup> הוא הבדיקה האם הצליח המנסה במטרתו. למרות כישלון נסיונו. הצליח - יש לזכותו. לא הצליח - להרשיעו. להדגמת מבחנו מצג Smith את שני מקרי המטרייה:

1. א' מוצא מטרייה בביתו, לאחר שערך מסיבה, ומחביאה בכוונה לגונבה. למעשה, ב' השאיר המטרייה מרצונו ובתוכה פתק המעיד כי זו מתנתו ל'א'.

2. א' שואף לגנוב את מטרייתו של ב', אך נטל בטעות את מטרייתו שלו. מטרת הדוגמה עפ"י Smith הינה להבחין בין המקרה הראשון בו הוגשמה הכוונה להשיג מטרייתו של אדם אחר, אך בנסיבות הארוע נתברר כי שום עבירה לא נעברה ועל כן, עפ"י מבחנו של Smith א' ימצא זכאי - ובין המקרה השני בו א' נכשל במטרתו, מטרה אשר אילו צלחה בידו - הייתה מהווה עבירה. לפיכך הינו אשם בעבירה של נסיון לגניבה.

הביקורת האפשרית על גישת פרופ' Smith מצוייה בשני מישורים: ככלל מקובל כי מניעו או מטרתו של המנסה אינה רלוונטית לשאלת גיבוש אחריותו. הצגת מבחן גישה לקביעת האחריות אשר המרכיב הדומיננטי בו הוא דוקא מטרת המנסה - סותרת הנחת יסוד כללית זו.<sup>18</sup>

מבחנו של Smith הבוחן את מחשבות המנסה - הוא, עם כל הכבוד, בלתי ישים. אם "בכוונות רגילות" קיימת פרזומציה לפיה אדם מתכוון לתוצאות מעשיו (פרזומציה המשליכה מן המציאות אל הכוונה) - הרי שאפילו פרזומציה זו לא תוכל להושיע ולהצביע על מניעו המדוייק של המנסה. כך, למשל, בדוגמתו הראשונה של Smith הכוונה ברורה (עפ"י הפרזומציה) מתוך המעשה. אך אין כל אפשרות להסיק בצורה דומה לגבי המניע, שהרי ייתכן כי כל מטרתו הייתה גרימת נזק ל'ב', מטרה אשר א' למעשה לא הצליח להגשימה, ולכן יש להרשיעו. דוגמא נוספת: בכונת א' לקבל חפץ

22. לעיל, בטקסט להערה 17.

22A. Smith, "two Problems on Attempting the Impossible", (1962) *Crim L.R.* 135.70 *Har. L. Rev.* (1967) 422.

ראה גם התייחסותו לנושא בתקופה האחרונה: *Crime. L. Rev.* (1984) 484. *Crim. L. Rev.* (1986) 50.

22. עם זאת יתכן להסיק ממבחנו של Smith כי אינו שותף להנחת בסיס זו, ואם אכן כך הוא הדבר אין מקום לבקרו על סטייה מעיקרון שאינו שותף לו.

גנוב, שלמעשה לא היה כזה שכן ב', בעליו, נטשו. כוונתו של א' ברורה. אך מה היה מניעו? השגת החפץ במחיר זול (הצליח בכך - ויורשע) או שמא גרימת נזק ל-ב' (נכשל ולא יורשע).

### ג. האסכולה הסובייקטיבית

האסכולה הסובייקטיבית גורסת כי אין מקום לדרוש התאמה אובייקטיבית של האמצעים לבצוע העבירה כדרישה מנדטורית להתגבשות הניסיון. כשל האמצעים, עפ"י גישה זו אינו אלא מרכיב נוסף במערכת הנסיבות הבלתי ידועות למנסה, אשר אינו פוטרות אותו מהרשעה. למעשה, דרישתה הבודדת של האסכולה היא אמונתו של המנסה בהתאמת אמצעיו.<sup>23</sup> בדיקה אובייקטיבית נוספת - אינה נדרשת. גישה זו אומצה בקונטיננט. כן סווגה, הן בגרמניה והן בצרפת, הפלה שנוסתה ע"י שמוש באמצעים כשילים אבסולוטיים - כנסיון.<sup>24</sup>

מספר פסה"ד האנגלו-אמריקאים העוסקים, כאמור, בנסיון בלתי-צליה עקב כשל באמצעים מועט ביותר. בספרות המשפטית מוזכר פס"ד Osborn<sup>25</sup> תדירות בהקשר לנושא, ולמרות שיש לשייך תוצאתו כמקבילה לתוצאות התאוריה האובייקטיבית, הרי רקע נאות להבנת האסכולה הסובייקטיבית ניתן למצוא בו. הנאשם שלח לאישה הרה מספר גלולות שהיו מיועדות כביכול לגרימת הפלה. נסתבר בדיעבד שהיו אלה כדורים נגד אנמיה וחסרי כל רעל. אוסבורן הואשם בנסיון לתת דבר רעיל. בהדרכה למושבעים אמר השופט:

"If the thing was not noxious and D thought it was noxious, D "would still not be guilty of attempt, because he would not be "on the job".

השופט אף איבחן בין המקרה שלפניו לבין מקרה בו אדם מנסה לפצח כספת באמצעים שנסתברו כלא מתאימים, שם לדבריו: "You are at the very thing".

למרות האופי המעט מחוספס של הנימוק שהובא בפסה"ד, ניתן להשוות התייחסותו לבעייה לגישה שהובעה בפס"ד סימני-טוב. המנסה, בשני המקרים, עדיין לא נמצא בשלב הניסיון, משום אי-התאמתם של האמצעים. גישה כזו משתלבת יפה בתאוריה הראשונה באסכולה האובייקטיבית, המבחינה בין פגם יחסי למוחלט. כאן הפגם היה מוחלט ולכן המנסה "לא היה בעניין עצמו".

האסכולה הסובייקטיבית מתנגדת לתוצאה שכזו. מייצגה של האסכולה הינו פרופ' וויליאמס, הקובע כי אדם המרעיל באמצעות סוכר (דוגמא המקבילה למקרה השני אצלנו) - יש למוצאו אשם, שכן: "There is danger to the public in leaving uncorrected a man who is bent on murder."

לתימוכין, מצטט וויליאמס את מכתבו המפורסם של הלורד מנספילד לפיה: "The intent may make an act, innocent in itself, criminal".

23. דרישה זו הינה הנחה מוקדמת המשותפת כמובן גם לאסכולה האובייקטיבית, שכן בלעדיה כלל אין גבוש של מרכיב ה-Mers-Rea.  
 24. ראה Ryu. לעיל הערה 14, בע"מ 1187.  
 25. לעיל הערה 21.  
 26. וויליאמס, לעיל הערה 9 בע"מ 497.  
 27. וויליאמס, לעיל הערה 9 בע"מ 497. Cold, 397, 402, 2, East, Pleas of the Crown 1030 (1803) ראה (1784)



לדעת וויליאמס, פס"ד Osborn למעשה פועל עפ"י מבחן ה-"generic tendency" לפיו יש לבדוק האם המעשה מוביל אל העבירה המהותית. מבחן זה, לגישתו, אינו יכול להבדיל בין Osborn ל-White. לדעתו, יש להרשיע את Osborn, למרות היותם של האמצעים בני-כישלון. בארץ לא נתקבלה אסכולה זו, לפחות בכל הקשור לאמצעים כשלים.<sup>26</sup> עם יישום האסכולה הסובייקטיבית יורשע המנסה בכל שלוש מקרי ההרעלה שכן דרישתה היחידה, כזכור, של האסכולה הייתה אמונת המנסה בהתאמת אמצעיו.

1. נראה לנו כי הפגם העיקרי האסכולה הסובייקטיבית מצוי בהסכמתה כי המנסה יוכל לעשות שמוש בכל אמצעי שיחפוץ, אבסורדי ככל שיהא מבחינתו של המסתכל - מן הצד - על מנת להרשיעו<sup>27</sup> (וזאת בהנחה שהוא עצמו האמין בהתאמת אמצעיו). כך, תרשיע הגישה את כל בעלי האמונה בלתי ראציונאלית, שכן בשלילתה כל מבחן אובייקטיבי, הבודק את סבירות האמצעים, היא מונעת אמת-מידה לאבחנה בין בעלי האמונה הראציונלית, לבין אלו שמנת חלקם האמונה הלא-ראציונאלית.<sup>28</sup> לפיכך, תרשיע האסכולה את המנסה במקרה ההרעלה השלישי, וכן את האדם המנסה להרוג את רעהו ע"י דקירת בובת וודוו, או ע"י תפילה נמרצת (וזאת בתנאי שלא תהא זו תפילה שבלב, שכן המעשה צריך להיות "גלוי לעין"...) היי

28. אם כי, ד"ר גור-אריה הציעה שלא להוציא מגדר המקרים הנופלים בגדר ס' 33 (ג) את כל אותם המצבים, שבהם אי-האפשרות להשלים העבירה נבעה משמוש באמצעים בלתי מתאימים ולפיכך יש לפרש את ס' 33 (א) בהתחשב עם הרעיון שביסוד סעיף 33(ג). לעיל, הערה 5 בע"מ 323.
29. ביקורת זו על האסכולה אינה מיוחדת דווקא לסוגיית הפגם באמצעים. היא מתרכות באספקטים כלליים יותר של המשפט הפלילי. כן תוקף Hughes את וויליאמס: "Williams is inviting us to say that attempted murder can be doing anything while thinking (mistakenly) that you are going to cause x" מסקנתו של Hughes היא כי וויליאמס מציע להעניש בגין הכוונה גרידא. ראה Hughes לעיל הערה 20 בע"מ 1026.
- תשובתו של וויליאמס אינה מתמהמהת: הוא משיב כי אין המדובר בענישת אדם על מחשבותיו שכן ה-Actus-Reus כבר נוצר.
30. שהרי מבחינתו של המנסה - אמונתו היא ראציונאלית. שורש האבחנה למעשה בין אמונה ראציונאלית לבין שאינה כזו מצוי רק בתחום האסכולה האובייקטיבית, הבודקת האמצעים מנקודת מבטו של המסתכל-מן-הצד.
31. מהות טעותו של המנסה, אינה בזוהת האמצעים (מקרה מס' 2 במקרי ההרעלה), אלא בחוקי הטבע ובהשפעתם של האמצעים על ה"קורבן" ראה: Kremnitzer, "the punisability of impossible attempt" אשר פורסם I.L.Rev., 1984 בע"מ 350.

הפוטר לקויים בנפשם מהרשעה בדין. לכן מתווספת ההרגשה כי המעשה אין בו דבר להזיק לסדר הציבורי.<sup>32</sup>

שאלה היא מהו הפתרון הראוי במקרים גבוליים אלה. נראה לנו כי ראוי שנבחין בין שני אספקטים:

עפ"י אמות מידה משפטיות טהורות יש מקום לדעתנו להרשיע מנסה המשתמש באמצעים אבסורדיים. איננו יכולים לקבל הגישה לפיה מידת מסוכנותו של המנסה במקרים דגן פחותה ממסוכנותו של המנסה הרגיל.<sup>33</sup>

כן קשה לנו לקבל החשקפה לפיה התוצאה המשפטית צריכה להשתנות עפ"י "המיקום הגיאוגרפי ועפ"י הזמן".<sup>34</sup> פשע הוא פשע. והאשמה במחיצתו של המנסה, זהה בכל מקום ובכל זמן.

עם זאת, למרות אשמתו של המנסה במקרי האבסורד, אין מקום למוצאו אחראי בפלילים: הן עקב הקושי שבהוכחת מקרים שכאלה<sup>35</sup> והן עקב המספר הגדול של מקרי עבירות מסוג זה העלולים למוצוא דרכם לביהמ"ש.

ניתן להשוות שימוש באמצעים אבסורדיים למקרי חוסרי יכולת משפטי. בשני המקרים "המנסה" אמנם מאמין כי הוא מבצע עבירה ואף מוכיח כי הוא מסוגל להוציא לפועל כוונה לבצע מעשה, שבהתאם לאמונתו מהווה עבירה. אלא שהמדיניות היא שלא להביא לדין אנשים אלו. לא עקב אי - "אשמתם", אלא עקב אי יכולתו של החוק להתמודד כהלכה עם מושגים סובייקטיביים המקננים במוחותיהם של מנסים אלה.<sup>36</sup>

וויליאמס, במאמר מאוחר משנת 1986<sup>37</sup> מפרש את החוק האנגלי החדש משנת 1981 באופן התואם את גישתו. לקביעתו, כפי שיפורט בהמשך, לבד ממקרי חוסר היכולת המשפטי יש להרשיע עפ"י החוק בכל מקרי חוסר היכולת. זאת, הואיל וס"ק (3) לחוק האנגלי בוחן את העובדות עפ"י מצב הדברים מנקודת מבטו של המנסה ("The putative fact").

32. קביעתו של ד"ר קרמינצור בע"מ 351 למאמרו. לדעתנו קיימת בקביעה זו, בכל הבור, טעות אופטית שהרי המעשה אין בו דבר להזיק לסדר הציבורי, משום שלא הצליח. באותה מידה נסיונות ראציולאליים לא מזיקים שכן אינם מתממשים. לפיכך אין אפשרות להבדיל המקרים הראציולאליים על סמך השאלה האם המעשה הזיק לסדר הציבורי.

33. כך לפי ד"ר קרמינצור:

"The fact that the perpetrator is cut off from reality makes him less dangerous than the normal case"

לעיל הערה 31 בע"מ 351.

34. זוהי, כך נראה, התייחסותו של וויליאמס לבעייה.

35. וויליאמס במאמר מאוחר קובע עמדה נחרצת בזכות הורשעה התאורטית במקרי האבסורד. הפתרון לבעייה, לדעתו, מצוי בשיקולי מדיניות של הבאה לדין. ראה: G. Williams, "The Lords Achieve the Logically Impossible, N.L.J (1985) 502, at p. 503 col 1.

לדעתנו ספק אם לשיקולי הבאה לדין יש מקום במציאת פתרון לוגי לבעייה מהותית.

36. סוגיית חוסר היכולת המשפטית תידון בנפרד בהמשך.

37. G. Williams, "The lords and impossible Attempts or Quis Custodiet Ipsos Custodes" (1986) C.L.J., 33.

עם זאת, ממשיך וויליאמס להחזיק בדיעה לפיה מקרי האבסורד ושארם בתחום ההרשעה. לא זו אף זו: בעוד שבעבר, כך נדמה, תמך המלומד בהרשעת רופא האליל בלית ברירה כתוצאה מגישתו - הרי שאנו נמצאים למדים כי הפעם הינו תומך גם ועיונית בהרשעת מקרי האבסורד.<sup>36</sup>

## ג. הגישה הדו - שלבית

### (1) פתרונות רצויים -

מהם התוצאות המשפטיות שאליהן נרצה להגיע? הבה נבחן מספר מקרים:

1. מקרה ההרעלה הראשון - כאן אין ספקות. כמות הרעל המועטה מידי אינה ראוייה לשמש הגנה למנסה. למעשה, נראה כי זהו המקרה הקלאסי שבגינו קיים ס' 33(ג) לחוק העונשין ועבירת הנסיון עצמה.
2. מקרה ההרעלה השני - טעותו של המנסה ובעקבותיה נתינת המים במקום הרעל אינה מצדיקה לדעתנו, את פטירתו מאחריות. הסיבה היחידה בגינה נוטה הגישה האובייקטיבית לפטור מנסה זה מאחריות היא הכשל בשלב זיהוי האמצעי. אסכולה זו בוחנת את זהותו במזוהים אובייקטיביים, מבחינתו של המסתכל-מן-הצד, ולפיכך היא מגיעה למסקנה כי האמצעים בהם השתמש המנסה היו "מים", ו"מים" הינם אמצעים כשלים באופן מוחלט<sup>37</sup> הם אינם מצביעים לכשעצמם על ה-Mens-Rea של המנסה<sup>38</sup> ואינם בעלי קשר מהותי להתנהגות הנדרשת לעבירה המושלמת.<sup>39</sup>
3. מקרה ההרעלה השלישי - כאמור לעיל, אין הצדקה שבמדיניות להביא להרשעתו של מנסה בעל אמונה בלתי רציונאלית. האסכולה האובייקטיבית מקבלת עמדה זו בבחינה האמצעי במושגים אובייקטיביים. האסכולה הסובייקטיבית, בהתייחסה לאמצעי במזוהים סובייקטיביים בלבד, ללא בדיקת סבירות נוספת, תרשיע המנסה.

### (2) בניית מבחן גישה

הבעייתיות בתוצאות שאליהן מגיעות האסכולות השונות מקורה, כך נראה, בהיצמדות יתרה לדרך אחת. האסכולה האובייקטיבית, ובצדק, דורשת בדיקה כלשהיא של סבירות אמונת המנסה. אך מדוע יש לקבוע זהותו של האמצעי עפ"י המסתכל-מן-הצד? באף לא אחת מהגישות המייצגות האסכולה האובייקטיבית לא נתקלנו בנסיון להבחין בין שאלת זהו האמצעי ובין שאלת התאמתו לבצוע העבירה. האסכולה מניחה כמובן מאליו כי על שתיהן להיבחן מנקודת המבט האובייקטיבית. האסכולה הסובייקטיבית, ובצדק, יוצאת מנקודת מבטו של המנסה, אך שוללת בעקביות כל בדיקת סבירות. היא מנסה להגניבה בדלת האחורית ע"י התייחסות נפרדת לבעיית המעשים הלא-רציונאליים, אך מן הרגע שהאסכולה מפרידה בין מעשים רציונאליים לשאינם כאלה, היא בוחנת סבירות, ועושה שימוש בבדיקה האובייקטיבית שאותה היא שוללת.<sup>40</sup>

36. שם, בעמ' 73.

37. עפ"י התאוריה המבדילה בין פגם יחסי למוחלט.

38. עפ"י גישתו של אנקר.

39. עפ"י גישתו של Hughes.

40. ראה התייחסותנו לגישה כזו, המוצעת ע"י ד"ר קרמינצר, בהמשך.

מבחן הגישה הדו־שלבית ינוסח כדלהלן: שאלת זיהויים של האמצעים היבחן במושגים סובייקטיביים בלבד. לאחר מכן תיבחן סבירותם במונחים אובייקטיביים.

(3) יישום מבחן הגישה

נחזור אל 3 מקרי ההרעלה:

1. האמצעי במקרה ההרעלה הראשון (כמות בלתי מספקת של רעל), היה עפ"י המנסה, "רעל". "רעל", מבחינה אובייקטיבית, סוגל לביצוע המעשה, ולכן יש מקום לאחירות בפלילים.

2. האמצעי במקרה ההרעלה השני (מתן מים מתוך טעות) בו המנסה האמין שמוזג רעל - הינו "רעל". ושוב, כבמקרה הראשון - התוצאה היא אחריות בעבירת הנסיון.

3. האמצעי במקרה ההרעלה השלישי (מתן מים מתוך אמונה כי מים מרעילים) היה, עפ"י המנסה, "מים". מבחינה אובייקטיבית לא סוגלו לביצוע המעשה, ולכן לא תתגבש האחריות בפלילים.

ראוי לציין כי גם כאשר לפנינו חוק חרות, לא נפגמת חשיבותה של הגישה בה אנו בוחרים. תימכין לכך ניתן למצוא בהוראות חוק העונשין העוסקות בנסיון. ראינו, כיצד פירש ביהמ"ש בארץ את הפסוק: "ובאמצעים המתאימים להגשתה", באופן המשקף את האסכולה האובייקטיבית. אותו פסוק עצמו פורש ע"י ד"ר גוראריה כמשקף את האסכולה הסובייקטיבית. נראה לי, כי למרות האפשרות הקיימת לפרוש האחרון, נוטה הגישה האובייקטיבית לשקף טוב יותר את הסעיף. הדרישה להתאמת האמצעים טומנת בחובה מבחן אובייקטיבי לבחינת סבירותם להתאמת האמצעים. אם נלך עפ"י דרכת של ד"ר גוראריה אין לכאורה טעם בבדיקה כזו שכן תנאי מוקדם הוא שהמנסה יאמין בהתאמת אמצעיו.

דומני כי גישת השופט גולדברג בפס"ד גרציאנו היא הגישה המתאימה ביותר לנוסחו של ס' 33(א). נפרק הפסוק לשניים:

"ובאמצעים" - משמע האמצעים כפי שנראו בשעת מעשה ע"י המנסה.  
 "המתאימים להגשתה" - המדובר בבדיקת סבירות אובייקטיבית.

#### ד. השוואת התוצאות

(א) שלוש מקרי ההרעלה

המקרה		הגישה האובייקטיבית		הגישה הסובייקטיבית		הגישה הדו־שלבית	
1.	כמות בלתי מספקת	הרשעה	הרשעה	הרשעה	הרשעה	הרשעה	הרשעה
2.	מתן מים בטעות	זיכוי	הרשעה	הרשעה	הרשעה	הרשעה	הרשעה
3.	מתן מים בכונה	זיכוי	הרשעה	הרשעה	הרשעה	זיכוי	זיכוי

40. קודם לפרשת גרציאנו ועפ"י גישתו של השופט בך בפס"ד גרציאנו.

## (ב) נסיון לרצח באמצעות בובת וודו

האסכולה האובייקטיבית לא תהא אחידה בתוצאותיה: עפ"י האבחנה המסורתית בין "יחסי" ל"אבסולוטי" - אין אחריות על המנסה. עפ"י גישת אנקר יש להרשיע שכן ה-Actus-Reus מצביע ללא ספק על ה-Mens-Rea. של המנסה בתוספת לייחודיותו של המעשה. עפ"י גישתו של Hughes, קמה האחריות. כך אנו רואים את כשלונה של האסכולה האובייקטיבית לפתור את הבעייה שכן התוצאה אינה רצויה הואיל וראוי היה שלא להטיל אחריות פלילית על מנסה שכזה.

האסכולה הסובייקטיבית תרשיע כמוכן את המנסה.

הגישה הדו שלבית תגיע לתוצאת האבחנה המסורתית: האמצעי, סובייקטיבית, הינו בובת הוודו. בובת הוודו, אובייקטיבית, אינה מתאימה לבצוע העבירה. הסיבה לזהות התוצאה עם האבחנה המסורתית מקורה באי-המצאתו במחלוקת של האלמנט הסובייקטיבי: בובת הוודו הוא האמצעי הן באספקלריה של המנסה והן מנקודת מבטו של המסתכל מן הצד. הבדיקה האובייקטיבית המשותפת - גוררת תוצאה זהה.

(ג) א' יורה באקדח לעברו של ב'. טווחו המקסימלי של האקדח הוא 100 מ'. ב' עומד במרחק 120 מטר. הנסיון לא צלח. "האם א' אשם בנסיון לרצח?

האסכולה האובייקטיבית (וכך גם הש' בך בעניין גרציאנו) תבדוק את שאלת סגילותו של האמצעי לבצוע העבירה. אסכולה זו בודקת את זהותו של האמצעי מנקודת מבט תיצונית למנסה ולכן ישנן מספר אפשרויות:

א. האמצעי הינו האקדח.

ב. האמצעי הינו אקדח היורה למרחק 100 מ'.

במקרה הראשון, האמצעי סוגל לביצוע העבירה. במקרה השני האמצעי הינו אבסולוטי ברכישולו. כאן ניתן את חשיבותו העצומה של שלב זיהוי האמצעי וכן את הקושי שמציבה האסכולה האובייקטיבית: מן הרגע בו הוסט הזרקור מן המנסה עצמו אל עבר המסתכל מן הצד אבדה כל נקודת אחיזה באשר לשאלת זיהוי האמצעי.

האסכולה הסובייקטיבית תרשיע המנסה כל עוד האמין זה כי ביכולתו להשלים המעשה.

הגישה הדו-שלבית תסיט הזרקור לעבר המנסה עצמו ובהתאם תתייחס לשאלה:

א. בהנחה שהמנסה האמין שהכדור שנורה מהאקדח יגיע אל מקומו של ב' (אחרת לא התגבשה ה-Mens-Rea) הרי האמצעי, מנקודת מבטו, הינו "אקדח היורה למרחק 120 מ'". אמצעי זה, אובייקטיבית מתאים לביצוע העבירה.

ב. בהנחה שהמנסה האמין כי הכדור שנורה מהאקדח יגיע לטווח של 120 מ' (התנאי המוקדם, כאמור), אולם ידע כי טווחו של האקדח הוא רק 100 מ' - האמצעי מבחינתו של א' היה "אקדח היורה למרחק 100 מ'". אמצעי כזה אינו מתאים לבצוע העבירה, ולפיכך אין מקום כאן להרשיעו.

גישה אובייקטיבית      גישה סובייקטיבית      גישה מוצעת  
אין תשובה              הרשעה              הרשעה

אגב, הנטייה האינסטינקטיבית של הגישה האובייקטיבית תהיה לזהות את האמצעי במקרה הנ"ל כ"אקדח" (אפשרות א') ולפיקך להרשיעו. מה יקרה אם נתליף האקדח היורה ל-100 מ', באקדח צעצוע? במקרה כזה, סביר להניח שהאסכולה תטען כי האמצעי הינו "אקדח צעצוע" ולפיקך תעניק פטור מידי מאחריות. אך הדבר אינו מתיישב עם הזיהוי הקודם ("אקדח"). בזיהוי המקודם הופשט האמצעי מכל הסיבות אשר גרמו לו שלא להיות יעיל. מדוע שלא נעשה כן במקרה אקדח הצעצוע? ואם תהיה התשובה, שאומנם, נעשה כן במקרה השני, הרי שנגיע לתוצאה מוזרה לפיה מרשיעה האסכולה האובייקטיבית במקרה של שמוש באמצעי אבסורדי. כך שאם אמנם תנהג הגישה האובייקטיבית עפ"י נטייתה האינסטינקטיבית היא תגיע למילכוד.

מה יקרה אם היא תנהג שלא עפ"י נטייה ראשונית זו, ותזהה האמצעי לפי האפשרות השנייה כ"אקדח היורה למרחק 100 מ"? זיהוי כזה ישמיט הבסיס לעבירת הנסיון, שכן ייתכן שב' אמד המרחק כ"101 מטר" ובכל זאת נזכה את א' (אקדח היורה למרחק 100 מ' אינו מתאים לבצוע המעשה). למעשה בחירה כזו זהה לבחירת האמצעי במקרה הרעל הראשון כ"כמות רעל שאינה מספקת". זיהוי האמצעי ככזה יאלץ האסכולה לזכות הנאשם, בנגוד לנטייתה.

המילכוד אליו מגיעה האסכולה האובייקטיבית מקורו באי יכולתה לזהות האמצעי כ"אקדח היורה למרחק 120 מ'" שכן זהו האמצעי שאותו רואה המנשה, וכזכור האסכולה מתעלמת מנקודת ראותו.

### חלק שלישי - חוסר יכולת שמקורו היעדר נסיבה אחרת

אי יכולת עשויה להגרם גם מנסיבות אחרות שאינן קשורות לאמצעי בו נעשה שמוש: להלן מספר דוגמאות לכך:

1. א' מנסה לכייס מתוך כיסו של ב'. הכיס היה ריק.<sup>42</sup>
2. א' מנסה לקבל נכס גנוב, שבשעת קבלתו איבד את אופיו זה.<sup>43</sup>
3. א' מנסה לגרום הפלה לאשה. האשה לא היתה הרה.<sup>44</sup>
4. א' מנסה לרצוח את ב'. ב' כלל לא היה במקום הרצח.<sup>45</sup>
5. א' מנסה להבריח סם. הסם הוחלף באבקת קקאו.<sup>46</sup>

42. א. R.v. Collins L&C. 471, 169 Eng. Rep. 1477 (1864)

ב. R.v. Brown (1889) 24 QBD 357

ג. R.v. Ring (1892) 61 LJMC 116.

43. א. Jaffe (1906) 185 N.Y. 497.

ב. Houghton v. Smith (1975) A.C. 476

44. עלה בפס"ד: R.v. Osborn 4 J.P.

45. Rojas (1961) 10 ca'l. Rptr 465

46. ת"פ (ת"א) 90982 מ"י נ' אדרי. לעיל הערה 5.

6. א' מנסה להבריח מוצר מסויים. המוצר שהוברח - לא היה מכיס.<sup>47</sup>  
7. א' מנסה לגנוב מטרייתו של ב'. המטרייה ש"גנב" היתה שלו עצמו.<sup>48</sup>

הכשל הנובע מנסיבות בלתי־ידועות למנסה ואשר אינן נוגעות לשאלת התאמתם של האמצעים להגשמת ביצוע העבירה הוא במבט ראשון המשותף לשבע הדוגמאות דלעיל. עם זאת, דומני כי חשיבות גדולה יותר יש לייחס לעובדה כי בכלם כוונתו הסובייקטיבית של המנסה לביצוע מעשה, שבעיניו נחשב כעבירה - מתאים ליסודות העבירה במונחים אובייקטיביים.<sup>49</sup>

מקרים רבים בקטגוריה זו סווגו כאי יכולת משפטי בנימוקים שונים. הרווח מביניהם נגע לשאלת יכולתו של המנסה להגיע לידי מעשה פלילי. כך נומק זיכוי של הנאשם בפרשת Thomas<sup>50</sup>. כך גם הוסברו פס"ד Jaffe<sup>51</sup> ו־Guffey<sup>52</sup> (נסיון לצייד צבי שלא היה אלא מטרת דמה), שאף בהם זוכו הנאשמים.

להלן יובאו גישות שונות בהתייחסותם לסוגייה וביקורת אפשרית עליהן, במספר חלוקות משנה:

1. גישות שונות עד פס"ד Haughton (1973).<sup>53</sup>
  2. פס"ד Haughton.
  3. התגובה החקיקתית לפסה"ד.<sup>54</sup>
  4. גישת הפסיקה לאחר החקיקה משנת 1981. פס"ד Jaffe
- עפ"י גישתו של פרופ' אנקר יש לסווג את מקרהו של Jaffe כחוסר יכולת משפטי. כזכור, חושש אנקר כי ע"י האלימינציה של הרכיב האובייקטיבי ניצור עבירות חדשות שבהן נבחן את ה־Mens-Rea ע"י שמוש באמצעים פחות מהימנים.<sup>55</sup> אנקר, לפיכך, מצדיק את תוצאות פסה"ד שנומק בכך שאם מעשהו של הנאשם היה נשלם - המעשה שעשה לא היה מזכר לחוק כעבירה.
- ("The act ... would not have been a crime if it had been consummated")  
לתוצאה דומה מגיע גם Haughton. לדעתו מוצדק זיכוי של Jaffe משום התמימות הנראית לעיניו בשעת לקיחת טובין שאינם גזובים וזאת בהנחה שאין דבר בהעברה עצמה אשר יכול ליצור חשד לקבלת חפצים גזובים.<sup>56</sup>

- 
47. דוגמת "Lady Eldon". לנתוחה ראה טקסט להערה 95.
  48. דוגמא שהועלתה פעמים רבות בספרות. לנתוחה ראה טקסט להערה 96.
  49. זהו המבדיל בין קטגוריה זו של מקרים לבין אי־יכולת משפטי שם התאמה כזרזורה.
  50. פסה"ד עסק בשאלת הרשעת נאשם בעבירת אינוס עת מעשהו בוצע בשעה שקורבנו היה, ללא ידיעתו - חסר רוח חיים.
  51. לעיל הערה 43(א).
  52. לעיל הערה 43(ב).
  53. The Criminal Attempt Act.
  54. ראה גישתו של פרופ' אנקר בטקסט להערה 17.
  55. לעיל הערה 20.

עפ"י גישת Smith נגיע למסקנה כי אין כל אפשרות להרשעת Jaffe וזאת משום שהנאשם השלים את מטרתו וזו נתבררה כמטרה שאינה אסורה עפ"י דין.  
עפ"י הגישה הסובייקטיבית כל עת שהנאשם האמין, בטעות, כי החפצים הם גנובים - יש להרשיעו.

### ביקורת

א. טעות היא, לדעתנו, לסווג את עניין Jaffe כמקרה של חוסר יכולת משפטי. התבדל בין חוסר יכולת עובדתי למשפטי היא שהאחרון מתאר מצב בו מטרת הנאשם אינה מהווה עבירה עפ"י החוק, בעוד הוא עצמו סבור אחרת. חוסר יכולת עובדתי מתאר מקרה בו מטרת הנאשם, אילו הושגה, היתה מגיעה לכדי עבירה.<sup>56</sup>

נראה כי מייצגי האסכולה האובייקטיבית המפרשים את פס"ד Jaffe נתפסים לכלל טעות באשר לאבחנה בין "מטרת הנאשם אילו הושגה" ובין "מעשה הנאשם אילו הושלם". רק המקרה הראשון מהווה אי יכולת משפטי. השני מתאר מצב רגיל של כשל המנסה. מאי נפקא מינה מדוע לא הושלם מעשה הנאשם? דומני כי גם האובייקטיביסטים מסכימים להרשעתו של White<sup>57</sup> אשר איתרע מזלו וכמות הרעל שהניח היתה בלתי מספקת. אך כאן עלולה האסכולה להגיע לכדי סתירה עצמית, שכן גם מעשהו של המדעיל חסר-המזל לעולם לא היה מגיע לכדי עבירה (מושלמת) אילו הושלם. ההרשעה מקורה בהנחה שמטרת הנאשם (קרי: ההרעלה), אילו הושגה היתה מהווה עבירה, ולכן מקרה זה מהווה חוסר-יכולת עובדתי.

נויה כי Jaffe התכוון לקבל נכס שאינו גנוב, ובלי ידיעתו קיבל נכס גנוב. כמוכן שבמקרה כזה לא נרשיע אותו וזאת עקב העדר Mens-Rea מקורו במדידת כוונתו עפ"י אמונתו במה שהוא עושה, ולא עפ"י מה שעשה במציאות. מדוע, אם כן, במקרה ההפוך, כפי שאירע במציאות, כוונתו תימדד עפ"י מה שנועשה ולא עפ"י אמונתו הסובייקטיבית בדבר מעשיו?

לפיכך, יש לקבוע כי אילו הושלמו מעשיו של Jaffe עפ"י מצב הדברים כפי שהוא ראה אותם (וזהו קנה המידה!) - היה המעשה מוכר כעבירה.

את מקרה Lady Eldon מסווגים אנקר, Keedly ו-Hughes<sup>58</sup> כאי יכולת משפטי בגומק שמתוך המעשה עצמו לא ניתן ללמוד אודות Mens-Rea. לפי גישת Williams יש להרשיע את ה-Lady משום שאם הייתה מתגשמת מטרתה - היה המעשה מוכר כעבירה ולפיכך אין לסווג המקרה כאי-יכולת משפטי. כוונתה הייתה להבריח, עשתה כל שביכולתה ונחוץ מצידה להשלמת העבירה ולא תעמוד לה הגנת אי-היכולת. מצטרפים ל-Williams המלומדים קדיש ופולסון אשר מבהירים ההבדל בין חוסר יכולת משפטי לעובדתי במתן דוגמא נגדית: נויח כי בבוקר הארוע שונה החוק המוצר כלל אינו צריך במכס. כאן, טוענים המלומדים, המדובר באי יכולת משפטי משום שהמעשה אליו נתכוונה ה-Lady אינו מהווה עבירה.<sup>59</sup>

56. ראה להלן בחלק השישי לרשימה זו דיון בנושא חוסר יכולת משפטי.

57. לעיל הערה 8.

58. ראה טקסט להערות 47, 95.

59. לעיל הערה 20.

60. ראה ביקורתנו על השקפה זו, להלן טקסט להערה 95.



כאן, אגב, ניתן לצפות בבהירות יתרה בצידקת הביקורת על Smith: אם נחיל את גישתו - קשה לדעת האם הליידי הצליחה במטרתה? האם כוונתה הייתה הברחת מוצר, או שכוונתה התמקדה בהעברת מוצר מסויים מארץ לארץ? (שהרי התוצאה שונה). עפ"י גישה זו עלינו לגלוש לתהומות המניע לבדיקת אכזבת המנסה.

בפס"ד Collins<sup>61</sup> נקבע שאין להרשיע אדם בעבירת הנסיון לגניבה אם הוא מכיים כיס ריק. הלכה זו ימיה ספורים היו ובפס"ד Ring<sup>62</sup> נקבע שלא ראוי לאמצה שכן היא bad law. באופן כללי נשמרה הלכת Ring עד לפס"ד Haughton, אולם גם בה עצמה נתגלעו מפעם לפעם בקיעים: בפס"ד Mitchel<sup>63</sup> זוכה הנאשם אשר ירה לעבר בול עץ בחושבו שזהו אויבו. התאוריה הסובייקטיבית דורשת כמובן הרשעה בכל המקרים הללו. הגישה האובייקטיבית נזקקת למבחן הגישה שאוזכר לעיל בדבר האבחנה שבין חוסר יכולת אבסולוטי לחוסר יכולת יחסי. במקרה הראשון - הקורבן כלל אינו קיים (מקפירסון)<sup>64</sup>. פס"ד Collins סווג בקטגוריית חוסר יכולת אבסולוטי, ולפיכך, עפ"י גישה זו אין מנס מלזכות את הנאשם.<sup>65</sup>

הביקורת האפשרית על גישה כזו נוגעת שוב, בדומה לסוגיית האמצעי הפגום - בשאלת זווית בחינתו של האובייקט. התאוריה האובייקטיבית, נטתה לבדוק האמצעי (ולענייננו - האובייקט) מנקודת ראות היצונית למבצע. התאוריה הסובייקטיבית בחנה האמצעי מנקודת מבטו של המבצע עצמו. מהו, אם כן, האובייקט בפס"ד Collins? הכיס המלא (כפי שראהו המנסה) או הכיס הריק (כפי שראהו המסתכל מן הצד)? אין טעם לחזור ולהזכיר הביקורת על כל אחת משתי גישות אלה, ששתיהן מובילות בנסיבות מסויימות לתוצאות אבסורדיות.

כזכור, הגישה הדו-שלבית דגלה בבחינת האמצעי (קדי: זיהויו) מנקודת מבטו הסובייקטיבית של המנסה, והערכת סבירותו של אותו אמצעי סובייקטיבי באמות מידה אובייקטיביות.

גישה רצויה זו נבדלת מן הגישה האובייקטיבית בכך שבאחרונה האמצעי שנבחן באמות אובייקטיביות הינו האמצעי האובייקטיבי, ואילו עפ"י הגישה הדו-שלבית האמצעי שנבחן הינו הסובייקטיבי. הגישה נבדלת מן הגישה הסובייקטיבית בכך שהאחרונה כלל אינה בודקת את סבירות האמצעי הסובייקטיבי ובנסיבות מסויימות עלולה להביא לידי אבסורד.<sup>66</sup>

יש להחיל, לדעתנו, גישה זו, בשניונים המחוייבים, גם לגבי המקרים בהם הכשל נובע מנסיבות שאינן נוגעות לשאלת התאמת האמצעי. האובייקט בעניין Collins יהא איפוא "הכיס המלא" ואובייקט זה משום בחינתו באמות מידה אובייקטיביות - יביא להרשעה.

עניין Mitchel יבחר את החיוב שבגישה: כזכור המדובר בידה לעבר מיטה ריקה. התאוריה האובייקטיבית עלולה לזהות את האובייקט כ"מיטה ריקה", שכן, כך רואה את הדברים המסתכל מן הצד. הגישה הסובייקטיבית, לעומת זאת תרשיע הנאשם

61. לעיל הערה 42(א).

62. לעיל הערה 42(ג).

63. State v. Mitchel 170 Mo.633 (1902).

64. לעיל הערה 2.

65. ראה Ryu, (לעיל הערה 14) בע"מ 1184.

66. כדוגמת רופא האליל או המתפלל.

ותזהה האובייקט כ"מיטה מלאה". אך מה יקרה אם אדם סביר, לו היה במקום הנאשם, לא היה מעלה על דעתו כי המיטה מלאה? התאוריה הסובייקטיבית בכל מקרה תרשיע הנאשם. ומה אם אויב הנאשם יצא ממיטתו מספר שניות טרם הידיה וזאת, כמובן, ללא ידיעתו של הנאשם? התאוריה האובייקטיבית עדיין תזכה הנאשם. תוצאות לא רצויות. de Lege Ferenda יקבע כקביעה מוחלטת ובלתי מותנית כי יש לזהות האובייקט כ"מיטה מלאה". השלב השני יהיה בדיקת ה"מיטה המלאה" באור אובייקטיבי. כך במקרה הראשון יזכה הנאשם ובמקרה השני יורשע. פס"ד גרציאנו עסק כזכור בשאלת זיהוי ובחינת האמצעי ולא מצאנו בו התייחסות מפורשת לשאלת חוסר יכולת הנובע מגסיבה אחרת, מלבד הערת אגב של השופט גולדברג שניתן לפרשה כמתייחסת לא רק לשאלת האמצעים.

פס"ד Houghton vs. Smith 70

פסה"ד משנת 1975 הפך ההלכה בנוגע לחוסר יכולת עובדתי כפי שזו שלטה מפס"ד Ring.

הלורד היילשם קבע כי אדם היורה לעבר מיטה, בכוונה להרוג את אויבו שלדעתו נמצא בה, בעוד שם נמצאת גופת אויבו, או כאשר אדם יורה לעבר חדר ריק, בחושבו כי אויבו נפש נמצא בתוכו - יזכה מאשמת נסיון לרצח. קביעה זו נומקה בכך שאם רצף המעשים היה מסתיים - הרי לא הייתה מתגבשת העבירה המושלמת. כך גם המקרה בו התכוון הנאשם לגנוב יהלום מסויים אך משהגיע למקום בו אמור היה היהלום להימצא - התברר לו כי זה נגנב עוד קודם להגעתו, ע"י אחר.

פסה"ד עסק למעשה במקרה דומה לזה של Jaffe, והשופטים סיווגו המקרה שעמד לפניו במקרה של אי יכולת משפטית ולפיכך זיכו את הנאשם. כל הנאמר לעיל בסוגיית חוסר היכולת העובדתי שימש אך ורק כ-Obiter. לבד מן הביקורת שהוטחה בעצם הפיכת ההלכה יש לדעתנו לשים לב לשתי נקודות חשובות:

1. עפ"י הניתוח שנעשה לעיל, בעניין Jaffe, ראינו כי יש לסווגו כחוסר יכולת עובדתי. זוהי טעות סיווג בפסה"ד.

67. דוגמא מקבילה למקרה ההרעלה השלישי.

68. דוגמא מקבילה למקרה ההרעלה השני.

69. להבהרת ההבדל בין הגישות להלן הטבלה הבאה:

אובייקטיבית		סובייקטיבית		גישה
1.	כאשר ברור וגלוי כי המיטה הזכוי	הרשעה	זיכוי	דו-שלבית
2.	באשד אויב הנאשם הצליח זיכוי	הרשעה	הרשעה	
	לפחות מספר שניות) והסתתר במקום מיסתור אחר.			
70.	לעיל הערה 43(ב).			

2. אילו סווג המקרה כמומלץ, כחוסר יכולת עובדתי, היה אמור להיחרץ גורלו של הנאשם לצד החובה. אולם ה"obiter בפסה"ד, שהפך ההלכה היה מזכו. obiter זה, לבד מן הביקורת על נכונותו יוצר קטגוריה שלישית של מקרים: חוסר יכולת עובדתי שתוצאתו זיכוי.

באשר לתוכן ה"obiter, אנו רואים כי פסה"ד מצטרף אל הגישה האובייקטיבית המזכה בכל מקרה של חוסר יכולת מוחלט. הביקורת על גישה כזו הובעה לעיל. אולם קשה לוותר על בדיקת דוגמתו ומסקנתו של הלורד Reid בפסה"ד:

"A man lies dead. His enemy comes along and thinks he is asleep, so he stabs the corps. The theory ineritably requires us to hold that the enemy has attempted to murder the dead man.

The law may sometimes be an ass but it cannot be so asinine as that."

דומה כי הלורד Reid טועה. התאוריה אינה מציעה להרשיע הנאשם בנסיון לרצוח אדם מת. התאוריה מציעה להרשיע אותו בנסיון לרצוח אדם חי, נסיון שנכשל ולפיכך הוא בגדר נסיון. אילו הייתה התאוריה מנסה, כדעתו, להרשיע בנסיון לרציחת אדם מת - היא לא הייתה אף מצליחה בכך, משום שהנאשם היה חסר Mens-Rea לעבירה זו: הוא רצה רק לרצוח אדם חי. משנכשל, ואין הסיבה לכך משנה כדו"א-זה הרי הוא בחזקת "מנסה לרצוח אדם חי".

על פסה"ד הוטחה ביקורת לא מעטה, והמחוקקים נחפזו להפקיע בנושא מידי המשפט הפסיקתי על מנת להחזיר המצב המשפטי לתיקונו. ה"Law commission תבע להחזר המצב ששרר לאחר Ring ולפני Haughton. הצעת הממשלה, אף שלא היתה זהה בדיוק להצעות ה"Law commission תאמה את דרישות התובעים להחזיר את ההלכה הישנה באשר לחוסר יכולת (עובדתית ומשפטית)".

71. מוחלט - משום חוסר האפשרות בכל מקרה להשלים העבירה בנסיבות הנתונות.
72. לעיל טקסט להערה 5.
73. לעיל הערה 43(ב), בעמ' 500.
74. מעניין לציין כי באשר לתיחום חוסר היכולת המשפטי מן העובדתי נחנה הוועדה דוגמאות שבהן יורשעו הנאשמים עפ"י הצעותיה: אדם הלוקח את מטרייתו שלו בטעות, בחושו שהיא שייכת לאחר; אדם הקונה, טובין בערך כה נמוך עד כי הוא מאמין כי גובים הם. ה"Law Commission, נראה, ובצדק לדעתנו, גרסה כי חוסר יכולת משפטי קיים רק אם מטרת הנאשם אילו הושגה לא הייתה מהווה עבירה.
75. דעת הממשלה לא הייתה נוחה בתחילה באשר לתיחום הגבול בין שני סוגי חוסר היכולת. כך עולה מנאומו של שר הפנים. (H.C. Vol 997. Col. 28) וראה L. R. 584, 586 Hogan, "The Ctiminal Attempt Act and Attempting the impossible" (1984)
- אך בכל אופן מוסכם על הכל כי הטיוטה הסופית ביטלה ההחלטה של Haughton.
- ראה 5 L. R. 584 (1982) "The Criminal Attempt Act 1981" Dennis.

בעקבות הצעות אלו נחקק The Criminal Attempt Act - 1981. היות ומסגרת דינונו בשלב זה היא בתחום חוסר היכולת העובדתי, נבדוק את השפעת החוק בנושא זה בלבד.<sup>76</sup>

מסתבר כי העברת המחלוקת להכרעתו של המחוקק האנגלי - רק פתחה פתח לפרשנויות חדשות לחוק החדש בהתאם לאסכולות הישנות. בעניין Anderton פסק בית הלורדים כי יש לזכות הנאשמת אשר הואשמה בעבירת נסיון להחזקת רכוש גנוב. הגברת אנדרטון מסרה לחוקר המשטרה כי רכשה מכשיר ווידאו מאלמוני במחיר זול הואיל והמכשיר היה גנוב. התמזל מזלה והמכשיר נגנב מדירתה, מאוחר יותר, ולא נתגלה. הואיל וכן לא היתה בידי התביעה כל ראיה עצמאית כי המכשיר אכן היה גנוב.

בעניין Shivpuri הרשיע בית הלורדים את הנאשם בהופכו את הלכת אנדרטון. בחזקתו של הנאשם נמצאה מזוודה אשר התברר כי הכילה אבקה תמימה, אלא שהנאשם האמין כי המדובר בסם מסוכן. לפיכך, נראה כי פס"ד Shivpuri קבע כי על פי החוק החדש - כל נסיון בלתי צליח הינו ברענישה.

לנו נראה כי תוצאה זו זמנית היא עד כי יבוא בפני בית הלורדים מקרה אשר לגביו תחושת "אי הצדק" שבהרשעה תהיה כה עזה עד כי שוב תסוייג האחריות.

מוסכם על הכל כי מקרי חוסר היכולת העובדתי שבים, לאחד חקיקת החוק, אל כף החובה.<sup>77</sup> גדר הספקות הוא באשר לגבול שיש להציב בין מקרי אי היכולת העובדתי לבין מה שקרוי אי היכולת המשפטי. בפסק דין אנדרטון קובע הלורד Bridge את הכלל הבא:

"If the action is throughout innocent and the actor has done everything he intended to do".

במקרה כזה, קובע השופט שאמונתו המוטעית בעובדות של המנסה אינה עושה אותו אשם בעבירת הנסיון. חזור חזרנו אל גישתו של פרופ' אנקר שבבסיסה בדיקה מנקודת מבט חיצונית.<sup>78</sup> Williams אכן חושש כי קביעת ביהמ"ש תחייב את ה"Equivocality rule" שנמצא בדבריו<sup>79</sup> "Unworkable and abandoned long ago" מוסיף דוגמא נוספת לביקורת האפשרית על גישה כזו והמתבססת על חוסר היכולת להבחין בין מעשה תמים לבין שאינו כזה. המלמד מתקשה לאבחן בין מקרה ה"כיס הריק" לבין המקרה

76. אם כי, למעשה, ע"י תחימת חוסר - היכולת העובדתי, ממילא יתחם אף גבולו של חוסר היכולת המשפטי.

77. כך למשל Hogan:

"The... Act has rid us from the (obiter) of Hughton... that physical impossibility is a defence to a charge of attempt."

Hogan "Attempting the Impossible and the doctrine of legality", (1985) N.L.J. p.454

בעניין זה מסכימים אף שופטי פס"ד אנדרטון ושיבפורי כי הכיסי המכיים כיס ריק - אשם לפי החוק החדש.

78. לביקורת האפשרית על גישה זו ראה לעיל בטקסט להערה 18.

79. G. Williams, "The Lords Achieve the logically impossible" N.L.J. (1985) p. 502. at 503

בו אדם אשר ברגיל יש בידו גישה אל מקום הימצאו של ארנק חברו - מחליט הפעם לגנובו, אולם עת הוא מגיע שמה - מוצא מקום זה ריק.<sup>80</sup> נקודת המוצא של Williams, זאת יש לזכור, היא סובייקטיבית, ומכאן מובנת ביקורתו על הלכת Anderton. עקביותו של Williams מתגלה בבחינת מקרה רופאיהאליל וקביעתו כי:

"That was always 'in theory' an attempt to murder...; but it is not a good case for prosecution".

בחלק החמישי במאמר זה נתייחס בהרחבה לניתוח החוק האנגלי החדש.

זכור, מוצאת הגישה הדרושלבית פתרון לבעייתיות הגדולה שבפניה ניצב Williams. מחד יש לשלול את הגישה האובייקטיבית בעלת זווית הראייה החיצונית; אולם מאידך, הסתמכות על ה"Purely Subjective Guilt" עלולה להביא לתוצאות האבסורדיות. לפתרון הבעייתיות שבמקרי חוסר יכולת שעניינם העדר "נסיבה אחרת" קיימים, כך נראה, שלושה דרכים:

1. גישות המנסות להציע מבחן גמיש, כך שיהיה ניתן לסטות במקרים גבוליים מכלל נוקשה. כזו היא, למשל, גישתו של ד"ר קרמינצ'ר בנוגע לסוגיה זו.<sup>81</sup> דעתו היא שיש מקום להרשעה בכל מקרה של חוסר יכולת עובדתית. עד כאן נשמרת העקביות. ד"ר קרמינצ'ר מוציא מתחולת הכלל את המקרים הבאים:

"This approach does not, however, involve punishment of putative attempts or attempts based on an irrational belief, and cannot therefore be criticized from that point of view".

המחבר מגדיר את מקרי האמונה הלא־רציונאלית כמקרים בהם המנסה אינו מודע ל"absurd-means which he is using".<sup>82</sup>

הגישה אותה מציע המחבר היא לכאורה פשוטה ורציונית: הרשעת כל המנסים (חוסר יכולת עובדתית) פרט לאלה בעלי האמונה הלא־רציונאלית.

אך קיים, בכל הכבוד, פגם שורשי בהצעה זו: המלומד מציע לאחוז בזווית הראייה הסובייקטיבית ומאידך פוטר את מקרי האמצעי הבלתי רציונאלי. אך כיצד נדע האם האמצעי הינו אבסורדי אם לא? נהא חייבים לבחון האמצעי במשקפיים אובייקטיביות.

80. שהרי, לכאורה, עפ"י גישת פס"ד Anderton יש מקום להגיע לתוצאות שונות. במקרה ה"כיס הריק" אין innocence ואילו הדוגמא ממתישה מקרה בו המסתכל מן הצד אינו יכול לגלות את חוסר־התמימות. Williams מוסיף כי העובדה שהכיס מבצע עבירות של הסגת־גבול ותקיפה ע"י הכיס - אין לה קשר עם עבירת הנסיון. לעיל, הערה 79 בעמ' 502.

81. ראה גם לעיל הערה 35.

82. לעיל הערה 31.

83. שם, בעמ' 384.

84. שם, בעמ' 350.

שהרי בבחינה סובייקטיבית האמצעי לעולם אינו אבסורד, (שאחרת כלל אין Mens-Rea). אם כך, על מנת להוציא מתחולת הכלל את מקרי האבסורד, נאלץ המחבר למעשה בכל מקרה לבדוק את האמצעי (את זהותו) - מנקודת מבט חיצונית, אובייקטיבית.

אם נשוב אל שלוש מקרי ההרעלה, הרי שמטרתו של ד"ר קרמינצר היא, כמובן, להצליח להרשיע במקרה השני בלא שיאלץ להרשיע בשלישי. אך על מנת להוציא את המקרה השלישי מן הכלל עליו לבחון בעיניים אובייקטיביות (וזאת מראשית הבדיקה, שכן לא יידע מראש שבמקרה הספציפי יצוץ דוקא אמצעי אבסורדי), ואם כך, הרי שבמקרה השני, שגם בו נאלץ להביט, כאמור, דרך משקפת אובייקטיבית נאלץ לזכות הנאשם, שכן מהו האמצעי שם אם לא מים, ומים הרי הם אמצעי אבסורד. ולכן הכישלון להגיע לתוצאה הרצויה: הרשעה במקרה השני וזיכוי בשלישי.

2. גישתו של Williams: גישה זו עקבית והגיונית, אך המוליכה במקרה ההרעלה השלישי ובמקרה רובא-האליל לתוצאות לא-רצויות. הנסיון לצאת מן הסבך תוך הסתייעות בשיקול דעתה של הפרקליטות אינו מספק.

3. הגישה הדו-שלבית: נראה לי כי גישה זו מצליחה להישאר עיקבית ועם זאת להוציא מבחינה מהותית את מקרי האבסורד מכלל הרשעה. הגישה מציעה זיהוי האמצעי בצורה סובייקטיבית, ובדיקת אמצעי סובייקטיבי זה (שלעיתים אינו קיים במציאות) בקריטריונים אובייקטיבים. כך מגיעים להרשעה במקרה ההרעלה השני, וזיכוי בשלישי תוך שמירה על עקביות מלאה.<sup>85</sup>

בעייה אחרונה שנגשארת במחלוקת לאחר חקיקת החוק מ'1981, היא בעיית מקרי האלמנט החסר. לדעתו של Hogan אם מרכיב לגאלי של העבירה חסר, לא ניתן להרשיע בעבירת הנסיון. כך, הוא מצדיק את תוצאת פס"ד Anderton אשר קבע כי כאשר אדם מחזיק טובין אשר לא היו גנובים, אך הוא חשב כי היו כן - יזוכה המנסה.<sup>86</sup> Hogan מבחין בין מקרה "הכיס הריק" לבין מקרה Anderton. בראשון, לדעתו לא היה חסר כל מרכיב משפטי. תשובתו של Williams לא מאחרת לבוא. לדעתו, מרכיב משפטי חסר היא עילה לזיכוי מהעבירה המושלמת, אך איננה סיבה לזיכוי מעבירת הנסיון.<sup>87</sup> לדעת Williams, גישתו של Hogan אינה מצליחה לפתור את בעיית תיחום הגבולות במידה מספקת. מהו מרכיב משפטי<sup>88</sup> ווילאמס קובע נחרצות כי אין "מרכיבים משפטיים" המובדלים מ"מרכיבים עובדתיים".<sup>89</sup>

85. כמותה לעיל, בפרק הדן בהצעתו.

86. Hogan, לעיל הערה 77.

87. למעשה דוקא העדר המרכיב, בלא נפקות לשאלת מהותו: עובדתי או משפטי - הוא שיוצר את עבירת הנסיון. Williams, לעיל הערה 79 בע"מ 504, עמודה 2.

88. למעשה כל המרכיבים של העבירה הנדרשים ע"י החוק הינם משפטיים.

89. וויליאמס מביא את מקרה ה"כיס הריק" כדוגמה למקרה בו נראה לכאורה שהמרכיב הנעלם הוא דוקא משפטי. כך הוא גוף האדם היכול לעיתים לשמש כמרכיב עובדתי ולעיתים כמשפטי. שם, עמודה 3.

## חלק רביעי

## אי יכולת עובדתי - במשפט הישראלי

1. כשל הנובע מפגם באמצעים  
 ראינו לעיל, כי הפסיקה הישראלית המוקדמת נאלצה להיצמד אל הגישה המבדילה בין פגם יחסי למוחלט רק משום הכללתם של האמצעים כתנאי נדרש להתגבשות הנסיון בתוספת בדיקת התאמתם של אותם אמצעים להגשמת העבירה.<sup>90</sup> גישתו של השופט גולדברג בפס"ד גרציאנו<sup>91</sup> יתרונה בשניים: הגישה פותרת מקרי האבסורד שנוצרים בגישות המקובלות, והיא מתאימה לנוסחו של סעיף 33 לחוק העונשין תשל"ו - 1977.  
 נראה לנו, לפיכך, כי השקפתו של השופט גולדברג היא התשקפה המתאימה לנוסחו של סעיף החוק הישראלי העוסק בסוגיית הנסיון, מה עוד, שמבחינה קונספטואלית גישה זו עקבית ושלמה.<sup>92</sup>

2. כשל הנובע מנסיבות אחרות  
 פסה"ד בעניין גרציאנו לא עוסק, כזכור, בחוסר יכולת שמקורו בהעדר נסיבה שאינה קשורה לשאלת התאמת האמצעים. סעיף 33 (ג) חל בברור על מקרה כזה, ומשקף את הגישה הסובייקטיבית. ואכן בפס"ד סימן טוב הובא מקרה ה"כיס הריק" כדוגמא למקרה שבו הנסיון הוא בר-עונשין.<sup>93</sup>  
 קשה להבין את התוצאה השונה אליה מגיעים כשהכשל מצוי בשאלת התאמת האמצעי לעומת כשל הנובע מהעדר נסיבה אחרת. מדוע נסיון הסחר במט"ח לא יהא עניש כשהמט"ח מזויף, אך עבירת הנסיון לגניבה תגובש כאשר הכיס נמצא ריק? הפגם מצוי בס' 33 הדורש בדיקת התאמת האמצעים להבדיל מנסיבות אחרות שהכשילו את הנסיון. הדרך אותה בחרה ד"ר גוראריה על מנת לפתור את הבעייתיות היא הרכבת ס' 33(ג) על גבי ס' 33(א) ויצירת תוצאה זהה במקרי האמצעים הפגומים והכשל בנסיבות אחרות. דרך זו מבטלת את גורם הסבירות בסעיף 33(א) (הבדיקה האובייקטיבית). זו גישה עקבית ואפשרית המנטרלת את הרכיב שהוכנס בס' 33(א) לעניין הבדיקה האובייקטיבית. בכך יוצרת המלומדת תוצאה הוזה לחלוטין לתוצאות הגישה הסובייקטיבית, היינו הרשעה גם ללא התאמה של האמצעים או הנסיבות האחרות לביצוע העבירה.  
 הביקורת היחידה האפשרית על גישה זו היא הביקורת הרגילה המושמעת כנגד הגישה

90. לעיל הערה 5.

91. לעיל הערה 1.

92. בהמשך, ניווכח לדעת כי גישה רעיונית זו בהיותה בנוייה על עקרונות לוגיים מתאימה גם לשיטת המשפט האנגלי.

93. כך גם נקבע בע"פ 95/50 היועמ"ש נ' צוקרברג וכן ראה ע"פ (ת"א) 1297/82 מגרשווילי נ' מ"י פ"מ תשמ"ד (א) בע"מ 125; ות"פ (ת"א) 909/82 מ"י נ' אדרי פ"מ תשמ"ג (ב) בע"מ 183.

הסובייקטיבית. ביטול כל בחינה אובייקטיבית עלול להביא לתוצאות שאינן רצויות. כן, עפ"י גישת המחברת, יורשעו רופא-האליל והמרעיל במקרה השלישי. זוהי כמובן אנומליה קשה. אך מעניין לציין כי לולא גישתה זו עלולה הייתה להיווצר אנומליה בתוככי אנומליה, וזאת עקב ניסוחו של ס' 33(א). אם נבחן את מקרי האבסורד, הרי שעפ"י גישת המחברת יש להרשיעם. קשה אך הגיוני. בלעדיו גישה זו היה נוצר הבדל בין המרעיל במקרה השלישי, המוזג מים בכונה להרוג לבין אדם היורה לעבר מיטה שהכל רואים שהיא ריקה, בהתכוונו להרוג את אויבו. במקרה הראשון, הפגם מצוי באמצעי ולפיכך עפ"י ס' 33(א) יש לזכות המנסה, ובמקרה השני הפגם הוא בנסיבה אחרת ולפיכך נאלץ להרשיעו.

לדעתנו יש לנקוט בדרך ההפוכה. יש להחיל את הבדיקה האובייקטיבית המצוייה בס' 33(א) על כל מקרי אי-היכולת העובדתית וע"י כך לפטור את מקרי האבסורד. הדרך הנאותה להרשיע את מר סימן-טוב היא לזהות האמצעי כמט"ח אמיתי, וזאת ע"י בדיקה סובייקטיבית. שלב שני יהיה בדיקת האמצעי הסובייקטיבי, הבלתי קיים במציאות, המט"ח האמיתי, דרך המסגנת הקבועה בס' 33(א). הואיל והאמצעי מתאים - יש להרשיע. עד כאן - התוצאה זהה. אך מה אם ינסה אדם להרוג את אויבו ע"י ידיה במיטתו שהכל רואים כי דבר אין בה? עפ"י גישת המלומדת יורשע אותו אדם. עפ"י גישת הסעיף כפשוטו - ירשע. אולם עפ"י הגישה הדר-שלבית יבחנו הנסיבות כפי שהאדם ראה בדמיונו ("מיטה מלאה") דרך מסגנת אובייקטיבית ולפיכך הוא יזוכה.

פסה"ד בעניין גרציאנו הציג בזכור שתי השקפות. השקפתו של כבוד השופט בך הגורסת בדיקה אובייקטיבית בין חוסר יכולת יחסי לחוסר יכולת מוחלט - אינה מקובלת עלינו גם כאשר המדובר בחוסר יכולת שמקורו בנסיבה אחרת שאינה קשורה לאמצעים. השקפתו של השופט גולדברג עולה בקנה אחד עם הצעתנו, שכן קביעתו היא שהבחינה המשולבת תבוצע לאירק ביחס לבהינת התאמת האמצעים להגשמת העבירה אלא בבחינת מכלול "המסכת העובדתית שבקיומה האמין המנסה, שאילו הייתה נכונה הייתה מאפשרת את השלמתה של העבירה". הגם שהמדובר למעשה באימרת-אגב, נראה כי זו הפרשנות הראויה לס' 33.

## חלק המישי - חוסר יכולת עפ"י ה־Criminal Attempt Act

להלן ניסוחו של החוק האנגלי:

"1-(1)...

(2) A person may be guilty of attempting to commit an offence which this section applies even though the facts are such that the commission of the offence is impossible.

(3) In any case where -

(a) apart from this subsection a person's intention would not be regarded as having amounted to an intent to commit an offence; but

(b) if the facts of the case had been as he believed them to be, his intention would be so regarded

then, for the purposes of subsection (1) above, he shall be regarded as having had an intent to commit that offence."

94. ראה דיונונו בחלק הראשון לרשימה זו.

94א. לעיל הערה 1, בע"מ 773 לפסה"ד.



פרופ' Williams, במאמר משנת 1986 (שקדם להחלטת בית הלורדים בעניין Shirpuri) ביקר קשות, ובצדק לדעתנו, את הלכת Anderton. המלומד אף הציג את גישתו שלו לפירוש החוק. לדעת פרופ' ויליאמס בוחן החוק החדש את הנסיון עפ"י ה"putative fact theory" היינו בחינת העובדות כפי שהמנסה ראה אותם. לגישתו מוציא החוק מכלל תחולה את מקרי חוסר היכולת המשפטי (אם כי אין הוא מביא תימוכין לכך במילות החוק) ומקרי האבסורד מצויים בתחום ההרשעה. בעבר נתקלנו בגישה דומה שהביע המלומד בצדדו בהרשעת מנסי האבסורד. מסתבר שעתה, מצדד המלומד גם רעיונות בהרשעתם ואין הוא עושה זאת משום חוסר ברירה שמקורה בגישתו המוצעת.

במאמר זה חוזר פרופ' ויליאמס על רעיונותיו שבעבר, ומנתח החוק בדרך שתהא תואמת את גישתו. גישתו עדיין עקבית והפגם היחיד בה, שעמדנו עליו לעיל, הינו הכשל בהוצאת מקרי האבסורד מגדר תחולת החוק.

לדעתנו קיימת אפשרות למיתוח החוק האנגלי ברוח הגישה הדו-שלבית. ס"ק (3) אכן ממיר את עובדות המקרה הנבחן בעובדות הפיקטיביות כפי שנראו ע"י המנסה. כך, האמצעי בו נעשה שימוש במקרה ההרעלה השני הינו "רעל" למרות מתן "מים" במציאות. באופן דומה הנסיבות במקרה הכינס יזוהו ככוללות "כיס מלא" (כפי שחשב המנסה) להבדיל מ"כיס ריק" (שהוא הנסיבה הקיימת במציאות האובייקטיבית); וטוחח הירי של האקדח יזוהה כ"120 מטר" להבדיל מ"100 מטרים". עד לשלב זה, אין מסקנותנו שונות באופן כלשהוא מאלו של פרופ' ויליאמס. עם זאת, עפ"י הגישה הדו-שלבית קיים שלב נוסף: שלב בחינת העובדות דרך מסגרת אובייקטיבית.

ס"ק (4) לחוק הוא אשר יפתור את הבעייה. סעיף זה קובע כי כל הסעיף כולו יתייחס ל:

"Any offence which if it were completed would be triable in England and Wales as an indictable offence".

עפ"י השקפתנו יש לפרש את המילים "if it were completed" באופן שיתייחס למצב הדברים כפי שראה אותם המנסה. סעיף קטן זה הוא למעשה המחוסם האחרון בפני הרשעה במקרי האבסורד וכן מהרשעה במקרי חוסר היכולת המשפטי. יש ליישם סעיף זה, לדעתנו, רק לאחר הפעלתו של ס"ק (3). בעוד שס"ק (3) ממיר את העובדות האמיתיות בעובדות הסובייקטיביות - בוחן ס"ק (4) את סבירותן של אותן עובדות סובייקטיביות. רק אם רצף המעשים - אילו העובדות היו כפי שהמנסה חשב שהן - היה מגיע כדי עבירה פלילית - היה מקום להרשיעו. בדרך המוצעת לעיל, דומני כי ניתן לפתור בעיית חוסר היכולת במשפט האנגלי באותו אופן בו נפתרה הבעייה במשפט הישראלי.

## חלק שישי - אי יכולת משפטי

אי יכולת משפטי הוא מצב בו מטרת המנסה, אילו הושגה (או שכבר הושגה) נתבררה כלא-פלילית. משמע, מצב הדברים הוא אכן כפי שהמנסה תאר לעצמו, ועדיין ההתנהגות אינה פלילית. מצב זה מובחן מן הסיטואציה שבה מעשה הנאשם אילו הושלם (או שכבר הושלם) כשלעצמו נתגלה כלא פלילי.

ראוי כאן שוב להביא את מקרה Lady Eldon השני, כפי שמובא ע"י המלומדים קדיש ופולסן: אם, בבוקר ה"הברחה", שונה החוק והמוצר היה הופך לבלתי חייב במכס, וליידי אלדון הייתה סבורה כי המוצר חייב במכס - הרי מדובר בחוסר-יכולת משפטי ולפיכך הליידי תזוכה.

לדעתנו, טעות בידם של המחברים. גם דוגמא זו עדיין מצוייה בתחום חוסר היכולת העובדתית. אילו היו מתקיימים מהשבותיה ואמונותיה של הליידי, דהיינו: לו המוצר היה אכן חייב במכס - אזי הייתה קיימת עבירה: הברחת מוצר חייב מכס. רק אילו החוק שונה בצורה כזו ש"הברחת מוצר החייב במכס" לא היה מהווה עבירה (והדבר היה אפשרי רק אם נייח שהחוק שונה באופן שביטל את כל המכסים) - רק אז, התגשמות אמונותיה של הליידי, כאילו המוצר חייב במכס - לא יכול היה להיות פלילי הואיל ועבירת "הברחת המוצר החייב במכס" איננה קיימת עוד.

דוגמה נוספת לסוגיית חוסר היכולת המובאת תדירות בסיפורת הינה הדוגמה הבאה:<sup>95</sup>

א' מבחין בב' המניח את מטרייתו על גבי הקולב שבמועדון המקומי. א' מתליט לגנוב אותה. כאשר אף אחד אינו מביט בו, הוא פוסע לעבר הקולב ונטל את המטרייה המונחת במקום שבו ב' הניחה. אולם, בדיעבד מסתבר כי אלמוני החליף בין המטריות המונחות על גבי הקולב וא' נטל בטעות את מטרייתו שלו עצמו.

עפ"י התאוריה האובייקטיבית ברור כי א' לא יורשע בדין. המעשה עצמו הוא תמים, ואינו מגלה הפלילות שב-Mens-Rea. כך קובעים אנקר ו- Hughes. עפ"י Smith (שזהו "המקרה השני" במאמרו) - א' נכשל במטרתו, מטרה אשר אילו הייתה מצליחה - הייתה מהווה עבירה, ולפיכך יורשע בדין. עפ"י הגישה הסובייקטיבית ו- Williams בראשה יש להרשיע את א' בעבירת הנסיון לגניבה.

לדעתנו יש לבדוק האם מצב הדברים אילו היה במציאות כפי אמונתו הסובייקטיבית של א' - היה מתגבש לכלל עבירה. מאחר שהתשובה הינה חיובית - אין כאן מקרה של חוסר יכולת משפטי. על כן, משמצאנו כי המדובר בחוסר יכולת עובדתית, אפשרותו היחידה של א' לחמוק מהרשעה היא כניסתו לגדר מקרי האבסורד. והבדיקה היא בדרך הדו-שלבית: ראשית, יש לזהות את מצב הדברים הסובייקטיבי כהימצאות מטרייתו של ב' במקום ממנו לקח א' מטרייה. שנית, יש לבחון באמות מידה אובייקטיביות את סבירותה של אמונה זו. בהיות האמונה סבירה - יש מקום להרשיע את א' בעבירת הנסיון לגניבה.

95. כך בפס"ד Houghton נקבע שמקרה זה מהווה דוגמא לחוסר יכולת משפטי ולפיכך התוצאה תהא זיכוי. ה-Law commission הביא דוגמא זו דוקא כמקרה הנכנס לגדר המקרים הראוי להגיע כדי הרשעה.

---

**חוק סמכויות שעת חרום (מעצרים)  
כמודל לרפורמה בתקנות ההגנה\***

עו"ד קובי אשכנזי

## מבוא

האם מהווה חוק הסמכויות שעת חירום (מעצרים) התשל"ט-1979 מודל לרפורמה בתקנות ההגנה. 11 שנים לאחר חקיקתו של החוק, ולאחר התהפוכות שעברו עליו ביישומו הלכה למעשה בבתי המשפט, מן הראוי לבדוק אם אכן השיג החוק את המטרה שהציבו בפניהם מחוקקיו.

החשיבות בתשובה מתעוררת דוקא עתה, לאור האינתיפדה והמספר הרב של המעצרים המינהליים שהופעלו מאז תחילתה. ראוי לזכור כי השימוש בסמכות המעצר המינהלי היא רק אחת מהסמכויות שהוענקו למפקדים הצבאיים בתקנות ההגנה, בהן נעשה שימוש לעיתים תכופות באזורי יהודה ושומרון ועזה, ומשום כך יש לבדוק אם השפיע חוק המעצרים על הפעלת הסמכות לפי תקנות ההגנה שונתרו על כן.

מבנה התשובה מתפצל למספר מרכיבים, כדי לבדוק חומר מירבי הקשור לנושא. פרק 1 עוסק במבוא כללי למהותן של תקנות ההגנה - והוראות שיש להן נפקות לגבי רוב ההוראות והסמכויות המנויות בתקנות ההגנה.

במסגרת פרקים 2-4 ייבדק השינוי שהוכנס בסוגיית המעצר המינהלי לאור חוק המעצרים החדש, לעומת תקנה 111, ששונתה בחוק.

הפרק החמישי מוקדש לסמכויות הכלולות עדיין בתקנות ההגנה - ומטרתו לבדוק אם היתה לחוק החדש השפעה על הפסיקה שבאה לאחר חקיקתו בנושאים במגויים בפרק 5.

### 1. תקנות ההגנה (שעת חירום) 1945

**תקנות ההגנה (שעת חירום) 1945** קובעות סמכויות חירום רבות ומגוונות ומעניקות כח משמעותי ביותר בידי מי שהסמכות הוקנתה לו. רבות נאמר ונכתב בגנות תקנות אלה, שכוננו, בין השאר, "דרקוניות" ו"פרי מורשת קולוניאלית" - אולם למרות שהותקנו בידי מחוקק מנדטורי, לא נעשה עד היום שינוי רב בהן, ומירב הסמכויות שהוקנו בהן במקור שרירות וקיימות עד היום.

בשנת 1979 נעשה אחד הנסיונות המשמעותיים לבצע שינוי עקרוני בשתיים מהסמכויות שמעניקות התקנות - שתיים שהן מהתמורות שבהן: זו שהתירה מעצר מנהלי של אדם (תקנה 111) וזו שהתירה גירושו של אדם משטח ישראל (תקנה 112). שתייהן בוטלו בחוק סמכויות שעת חירום (מעצרים) התשל"ט-1979 - חוק שעשוי להוות מודל לרפורמה בתקנות אלו.

תקנות ההגנה הותקנו מכח סימן 6 לדבר המלך **במועצה על א"י (הגנה) 1937** שהעניק

\* ער"ד קובי אשכנזי.

1. להלן - "תקנות ההגנה" או "התקנות".

2. "אף אחד לא יכול לחלוק על כך שעל אף כל האכזריות שיש בשימוש בתקנות אלו, אין חברה מסודרת יכולה להתקיים בלי תקנות כאלו, אשר מטבען מעדיפות את טובת הכלל על זכויות הפרט. אך תקנות אלו אינן מתאימות לימים כתיקונם, ועם הלוח זמן החירום יש לתקן את התקנות" (בג"צ 548, לזון נ' גוברניק, פ"ד א' 58, 70).

3. פרופ' ברכה במאמרו ACCORDING TO THE DEFENCE (EMERGENCY) RESTRICTION

OF PERSONAL FREEDOM WITHOUT DUE PROCESS OF LAW

"REGULATIONS 1945" מצייני כי נראה שאחת הסיבות לאי תיקונן של התקנות הוא רצונן של הרשויות להראות על "חפותן" בכך שלא "הוסיפו חטא על פשע" והותירו את התקנות בעינם כדי להטיל את האחריות על השלטון המנדטורי.

לנציב העליון סמכות להתקין תקנות "לפי שיקול דעתו הבלתי מוגבל" כדי להבטיח את בטחון הציבור, ההגנה על א"י, השלטת הסדר הציבורי ודיכוי התפרעויות, מרד או פרעות, ולקיים את ההספקה והשירותים הכרחיים לציבור. סימן 4)6 הקנה לתקנות עדיפות על פני חוקים אחרים. תקנה שהותקנה מכח סימן זה יכולה לסתור חוק - וכל חוק הסותר אותה לא יהיה לו תוקף כל עוד תקנה כזו עומדת בתוקפה.

נסיון ראשון להביא לביטולן של התקנות נעשה בשנת 1951, בעת דיון בכנסת בענין צווי מעצר מינהלי שהוצאו כנגד עצורי "המחתרת הדתית". גם באמצע שנות הששים דובר רבות על התלפת התקנות בחוק ישראלי, ליברלי יותר, אולם תיפקוד הועדה שהקים שד המשפטיים באותה תקופה, יעקב שמשון שפירא, כדי לבדוק את הנושא, נקטע ע"י מלחמת ששת הימים - ולאחר המלחמה נותר המצב בעינו. חלק מהביקורת שהוטחה כלפי התקנות כוון כלפי הסמכות המוענקת ברבות מהתקנות ל"מפקד הצבאי". תקנה 6(1) קובעת, למעשה, מיהו אותו "מפקד צבאי": "הרמטכ"ל יכול למנות, בהסכמתו של שר הבטחון, מפקד צבאי בכל שטח או מקום". תקנה 6(2) מוסיפה: "מקום שהתמנה מפקד צבאי כנ"ל, רשאי הוא להשתמש בכל הסמכויות שהוענקו למפקד צבאי בתקנות האלה". העולה מתקנה זו הוא כי כל מפקד צבאי שהתמנה ע"י הרמטכ"ל מוסמך להפעיל את החמורות והמגבילות ביותר שבסמכויות. בפועל מונו כמפקדים צבאיים, בגוף

4. יש להניח כי יוזמת סמכות זו מקורה בפרעות שארעו בא"י בין השנים 1936 ו-1939, ובמה שכונה "המרד הערבי" - ומטרת התקנות היתה לאפשר חיים סדירים בארץ ולהקטין ככל האפשר את התוצאות העוללות לנבוע מארועים אלה.

5. גם תקנות שעת חירום, המוצאות מכח ס' 9 לפקודת סדרי השלטון והמשפט התש"ד-1948 כוחן יפה לשנות כל חוק, להפקיע זמנית את תקפו או לקבוע בו תנאים [כלפי הוראות ס"ק 9(ב)] - אולם במקרה זה מדובר בתקנות שמשך חייהן 3 חודשים בלבד, אלא אם כן הוארכו בחוק - בניגוד למצב בו תקנות ההגנה גוברות על חוק במשך כל קיומן, שאינו מוגבל כלל בזמן.

6. בחודש יוני אותה שנה התקבלה בכנסת החלטה בגנות התקנות. החלטה זו הטילה על ועדת החוקה חוק ומשפט להביא לכנסת בתוך שבועיים הצעת חוק לביטול התקנות. שבועיים לאחר מכן אכן הובאה הצעת חוק כזו בפני הכנסת - שהיתה למעשה נוסחו של סעיף 50 להצעת חוק הגנה ובטחון, התש"י-1950 שהובא בפני הכנסת שנה קודם לכן בידי הממשלה. היתה זו הצעת חוק לביטול חקיקת חירום בריטית (עניני בטחון), התשי"א-1951, שכללה שני סעיפים:

1. דבר המלך במועצתו על א"י (הגנה) 1937. ותקנות ההגנה (שעת חירום) - 1945 בטלות.

2. חוק זה ייבטל בתוקפו בעוד שלושה חודשים.

ובדיון בכנסת על הצעת החוק הסביר יו"ר ועדת החוקה כי החוק ייבטל לתוקפו רק כעבור שלושה חודשים מכיוון שדרושה ארכת זמן להכין חוקים שיחליפו את התקנות. אולם הצעת החוק לא התקבלה, לבסוף, ולא נעשה כל נסיון נוסף להעבירו בכנסת. שר המשפטים דאג, פנחס רוזן אמר באותו דיון: "התכנית היא לקיים רק את חוק הצנזורה, ועוד חוק המאפשר, למשל, ביצוע מעצר אדמיניסטרטיבי, אולם אך ורק בשטח הממשל הצבאי... אילו נתקבל חוק זה, או חוק דומה לזה, היה היום בידינו מכשיר לבדיקת המעצרים האדמיניסטרטיביים - ועדת ערעורים; לא אותה ועדת המלצות שאין לה אלא סמכות להמליץ בפני הממשלה לשחרר אנשים ממעצר אדמיניסטרטיבי... ובה היתה ליברליזציה גדולה לגבי החוק הקודם" ד"כ 9, 1820.

לרמטכ"ל עצמו, גם אלופי הפיקודים של צה"ל, ומפקד חיל הים.  
 חריגה חמורה נוספת מהליכי המשפט התקין היא העובדה כי צווים המוצאים מכח התקנות אינם חייבים פרסום ב"רשומות".  
 תקנות ההגנה חלות על כל שטח מדינת ישראל - הגם שישנם תחומים בהם חלים הסדרים מכח חוקים אחרים, הפועלים במקביל למספר תקנות. במספר מקרים שהגיעו לבית המשפט התעוררה השאלה אם חלות התקנות גם על השטחים שתפס צה"ל במלחמת ששת הימים. הנשיא זוסמן, בפסק דינו בענין אבו עזאד<sup>7</sup>, התבסס בהחלטתו על מספר חוקים ירדניים, שלפיהם קבע כי תקנות ההגנה נותרו בתוקף בגדה המערבית גם לאחר הכיבוש הירדני של האיזור בשנת 1948, וגם לאחר האיחוד עם הממלכה ההאשמית ב-1951. ואולם, גם אלמלא פסק כך בית המשפט, היו התקנות חלות באותו שטח, מכח צו בדבר פרשנות (הוראות נוספות) (מס' 5) (יהודה ושומרון) (מס' 224) התשכ"ח-1968 שהוציא הממשל הצבאי.<sup>8</sup>  
 גם בעתירה שהגישו ראשי הערים המגורשים פאהד קואסמה ומוחמד מילחם<sup>9</sup> עלתה שאלה באשר לתחולתה של תקנה 112 בשטחים. בית המשפט קבע כי לאור ההוראה בסעיף 9(1) לחוקת הממלכה ההאשמית של ירדן מ-1952<sup>10</sup>, ספק אם עמדה תקנה 112 בתוקפה ערב כניסת כוחות צה"ל לאיזור - וזאת לאור הוראת סעיף 128 לחוקה הירדנית, שאמנם השאיר בתוקפם את כל דברי החקיקה שקדמו לחוקה, אולם לא ביטל זכויות בלתי מסוייגות שהוענקו בחוקה, כגון זו שבסעיף 9(1) הנ"ל. אלא שגם באותו ענין היתה דעת הרוב כי הצו הנ"ל היקנה לתקנה 112 תוקף מבחינת המשפט הפנימי ביהודה ושומרון.  
 תקנות ההגנה, אם כן, חלות הן בשטחים והן על שטח מדינת ישראל כאחד - הגם, כאמור, שייתכנו הסדרים שונים - לפחות בכל האמור לגבי שטח מדינת ישראל.  
 בית המשפט העליון, כאשר דן בתקנות אלה, נטו לפרש את סמכותו לבקר צווים והחלטות שניתנו מכח התקנות, לפחות בשנים הראשונות שלאחר קום המדינה, על

7. הוראות הפיקוד העליון מס' 5.0119 מיום 20.12.68.
8. הוראות הפיקוד העליון מס' 5.0119, מיום 26.7.67 (הסמכות אינה כוללת את "נמל טבריה").
9. בבג"צ 288/51, אצלן נ' המושל הצבאי של הגליל, פ"ד 1' 689, קבע בית המשפט העליון כי צו שהוצא מכח תקנה 125 כוחו כשל תקנה בת פועל תחיקתי, ולפיכך הוא חייב פרסום ב"רשומות". בעקבות פסק הדין תוקן סעיף 10(ג) לפקודת סדרי השלטון והמשפט שקבע כי צווים שהוצאו מכח תקנות ההגנה אינם טעונים פרסום ברשומות.
10. כגון פקודת מניעת טרור וחוק העונשין הכוללים הוראות המקבילות בחלקן לזו שבתקנה 84, או פקודת העתונות הכוללת הוראה המקבילה, עקרונית, לזו שבתקנה 94.
11. בבג"צ 97/79 אבו עזאד נ' ממפקד אוזר יהודה ושומרון, פ"ד לג(3) 309.
12. צו זה קבע בסעיף 2 שבו "לשם הסרת ספק" כי תחיקת חירום אינה מתבטלת ע"י תחיקה מאוחרת שאינה תחיקת חירום אלא במפורש - ובסעיף 3 שבו קבע כי תחיקת שעת חירום שהיתה קיימת באיזור ביזם 14.5.48 תוסיף לעמוד בתוקף במידה שלא בוטלה בדרך הקבועה בסעיף 2 לצו.
13. בבג"צ 698/80, פאהד קואסמה נ' שר הבטחון, פ"ד לה(1) 617.
14. "לא יוגלה ירדני משטח הממלכה".

דרך הצמצום<sup>15</sup>. בתקופה זו ראה בית המשפט את עצמו כמונחה ע"י פסק הדין של בית הלורדים האנגלי בענין LIVERSIDGE V. ANDERSON<sup>16</sup> אשר צמצם ביותר את סמכותם של בתי המשפט באנגליה לדון בפעולות שנעשו מכח תקנות ההגנה האנגליות.

גישה זו של בית המשפט העליון קיבלה תפנית מסויימת בשנים האחרונות - ונראה כי הגישה כיום היא לבחון בעיניים קפדניות יותר את מעשי הרשות מכח התקנות, ולצמצם, ככל הניתן, במסגרת סמכות הביקורת של בית המשפט, את הפגיעה בזכויות הפרט<sup>17</sup>.

2. חוק סמכויות שעת חירום (מעצרים) התשל"ט-1979
- בעקבות הביקורת הרבה שנמתחה על תקנות הגנה, ובמיוחד על אלו העוסקות במעצר מינהלי ובגירוש מהארץ, חוקקה הכנסת ב-1979 חוק חדש<sup>18</sup>, שהסדיר את נושא המעצרים המינהליים, וברד בבד עם זאת ביטל את תקנות 111-112 ב שעסקו במעצר מינהלי ובגירוש מהארץ.
- חוק המעצרים הכניס מספר שינויים מהותיים, לכאורה, בנושא המעצר המינהלי, שמשמעותם העיקרית היא כי העציר אינו נאלץ עוד לפנות לבג"צ כדי לעתור על חוקיות מעצרו - ולמצוא בהחלטת העוצר פגמים שיביאו לביטול צו המעצר. בדברי ההסבר להצעת החוק מונים המציעים ששה שינויים עיקריים שמכניס החוק לגבי התקנות שבטל<sup>19</sup>. המהותי בשינויים אלו נקבע בסעיף 4 לחוק המעצרים, שקבע את נושא הביקורת השיפוטית כאבן יסוד של נושא המעצר המינהלי.

15. "סמכותו של בית משפט זה, בבואו לבקר את פעולת הרשות המוסמכת, הפועלת מכח תקנות ההגנה (שעת חירום) 1945, היא בעלת אופי מצומצם ביותר. כאשר התקנה הנדונה מקנה סמכות בידי הרשות המוסמכת לפעול כלפי הפרט, בכל מקרה בו היא "סבורה" או "נראה לה" שקיימים תנאים ידועים המצריכים זאת, הרי בדרך הכלל הרשות המוסמכת בעצמה היא הפוסק האחרון לגבי קיום התנאים האלה. במקרים כאלה תפקידו של בית משפט זה הוא רק לבדוק אם הרשות הנדונה לא חרגה מד' אמותיה של התקנה שמכוחה היא מתיימרת לפעול, אם היא נתנה את דעתה על הגורמים הקובעים בתוק, ואם אותה רשות פעלה בתום לב. ההיתר כפוף לסמכות מצומצמת זאת, אין בידי בית המשפט לבקר את הנימוקים שהמריצו את הרשות המוסמכת להוציא את הצו הנדון" - דברי השופט אגרנט בבג"צ 46/50 אל איזי נ' שר הבטחון, פ"ד ז 222, 227-228.
16. 1942 (A.C.) 206.
17. פסק דינו של השופט שמגר בבג"צ 554/81 בדאנסה נ' אלוף מיקוד המרכז, פ"ד לו (4) 247.
18. חוק סמכויות שעת חירום (מעצרים), התשל"ט-1979 (להלן - "חוק המעצרים").
19. "אכן, במצב ההתגוננות שבו מצויה מדינת ישראל מאז הקמתה, אין לותר על אמצעים מיוחדים כדי להבטיח התגוננות נאותה של המדינה והצבור בפני מי שזומם להשמדה, אך למרות זאת אין להשלים עם קיומן של התקנות הקיצוניות כפי שעודן בתוקף, אף על פי שאיכות דמוקרטיות ונהגות בכמותן אף בנסיבות פחות קשות", הצעת חוק סמכויות שעת חירום (מעצרים) התשל"ח-1978, ה"ה, 1360, תשל"ה, 294.

החוק קובע כי סמכות המעצר מוקנית רק לשר הבטחון<sup>20</sup> (ולא למפקד הצבאי, כפי שהיה בתקנות - ובמקרים מיוחדים מוקנית סמכות זו לרמטכ"ל, אך סמכותו של זה מוגבלת למעצר ל-48 שעות בלבד<sup>21</sup>. צו המעצר מכח החוק הוא בעל תוקף של 6 חודשים בלבד (ולא בלי הגבלת זמן, כפי שהיה בתקנות)<sup>22</sup>. צו זה מובא לעיון תקופתי אצל נשיא בית המשפט המחוזי כעבור שלושה חודשים<sup>23</sup> - והבאתו של העציר לדיון בפני הנשיא היא חיונית להפעלת המעצר, שאם לא כן יוצא העציר לחופשי<sup>24</sup>. הצו חייב להיות האמצעי היחיד להשגת המטרה של בטחון המדינה - ואין זה מספיק שהמעצר מועיל להשגת המטרה<sup>25</sup>.

שינוי נוסף שמכניס חוק הגבלת תוקפו שלו רק לתקופה בה קיים מצב חירום במדינה<sup>26</sup>, כאמור בסעיף 9 לפקודת סדרי השלטון והמשפט. בפועל, עם זאת, אין להוראה זו משמעות רבה, שכן מצב החירום קיים במדינת ישראל מאז הקמתה, ללא הפסקה - ואולם, אף זה שינוי לעומת התקנות, שמשך חייהן אינו מוגבל כלל בזמן או בקיומו של מצב חירום. ביטולו של מצב החירום אינו מבטל את החוק - אלא מביא ל"הקפאתו" עד להכרזתו מחדש של מצב חירום.

כאמור, נועד החוק להיות אמצעי למניעת הפרת בטחון במדינה ובטחון הציבור. "מטרת מעצר מינהלי על פי החוק הנ"ל איננה להטיל עונש על אדם עבור מעשים

20. ס' 2(א). עם זאת, "השר יוצא ידי חובתו שעה שהוא מפעיל את שיקול דעתו, בגדר סעיף 2 לחוק, בעינו במרכיביה של אותה תשתית עובדתית מגובשת המוגשת לו, כפי שהוכנה על ידי יועציו, ואין צורך שהוא יקרא בעצמו כל אחד ממקורות המידע, ששימשו בסיס להכנת מרכיביה של אותה תשתית" - השופט ש' לוי ב"ענין אנבריה", בע" 843. שיקולו של השר מתייטעמי בטחון המדינה או בטחון הצבור מחייבים שאדם פלוני יחזק במעצר נרחבים למדי, ודוקא משום כך הביקורת שמפעיל בית המשפט נרחבת יותר, כפי שקבע השופט בייסקי בעמ"מ 2/86.
21. ס' 2(ג).
22. סעיף 2(ב) לחוק. עם זאת, הסמכות להאריך את הצו אינה מוגבלת לפעם אחת בלבד, וניתן להאריכו למספר בלתי מוגבל של תקופות בנות ששה חודשים, דבר שניתן ללמדו מהדיבור "מפעם לפעם" בהוראת סעיף 2(ב) - השופט בייסקי בעמ"מ 2/86.
23. ס' 5.
24. ס' 4(א) סיפא.
25. "על פי הצעת החוק חייב המעצר להיות האמצעי היחיד להשגת המטרה הבטחונית. אם ניתן להשיגה באמצעים אחרים, כגון הגבלת התנועה של האדם הנדון, אין סמכות לצוות על המעצר" - דברי שד המשפטים שמואל תמיר בעת הבאת החוק לקריאה ראשונה בכנסת. ד"כ, (תשל"ח) 3955.
26. ס' 1 לחוק.



שביצע בעבר, אלא למנוע את הסכנה הצפויה ממנו בעתיד"<sup>27</sup>.  
 ההלכה בשאלה אם המעצר המינהלי יכול לבוא במקביל (או במקום) ההליכים הרגילים נקבעה על ידי מ"מ הנשיא שמגר בערעורו של יואל לונר, איש תנועת "כך", לבית המשפט העליון: "צו המעצר לפי החוק הנ"ל ענינו במניעת סכנה עתידה לבטחון המדינה או לבטחון הציבור. הצו האמור אינו בגדר אמצעי ענישה על דברים

27. דברי השופט כהן בעמ"מ 1/82 קוואסמה נ' שר הבטחון, פ"ד לו (1) 666, בע' 669. אם כי לדבריו נוסף סייג: "יהי מן המדויק שלו היה שר הבטחון מפעיל את סמכותו לפי סעיף 2(א) לחוק אך ורק מתוך השיקול, שלפי מעשיו של המערער בעבר צפויה ממנו סכנה לבטחון המדינה ולבטחון הציבור בעתיד, ועל כן יש לשימו במעצד לשם מניעת סכנה זו, לא היה מקום להתערב בשיקול דעת זה, אף על פי שהמערער לא הורשע במשפט".  
 נסיון להקרות מעוקץ הדברים נעשה על ידי הנשיא כספי, בבית המשפט המחוזי בחיפה, בתמ"מ 18/82 מדינת ישראל נ' ג'מיל בטחיש, לא פורסם, בעמ' 10 לפסה"ד: "כמוכן שהשקפותיו ודיעותיו הלאומניות של העציר אין הן די בשלעצמן כדי להטיל עליו מעצד מינהלי. אלא יש לשפוט אותו לפי מעשיו. גם העובדה שהוא נדון בעבר על עבירה בטהונית וריצה את עונשו אין בה די. מטרת מעצד מינהלי אין בה כדי להטיל על אדם עונש על מעשיו בעבר, אלא רק כדי למנוע ממנו מעשים בעתיד העלולים לפגוע בבטחון הצבור. אולם, כפי שנאמר בענין קוואסמה, ניתן ללמוד ממעשיו של אדם בעבר על הסכנה הצפויה ממנו בעתיד".

גישה זו קיבלה ביטוי גם בהחלטת השופט ש' לוי בעמ"מ 7/88 בלזני נ' שר הבטחון, פ"ד מב(3) 133: "אין ספק שצו המעצר המינהלי אינו יכול לשמש מנוף של ענישה, אך מעשה שבוצע בעבר על ידי העצור יכול ללמד, בנסיבותיו של ענין, שקיימת ממנו סכנה לעתיד. סכנה שאותה בא צו המעצר למנוע" - פ"ד מב(3) 133, ע' 136.

שארעו בעבר - והוא אינו משמש תחליף לסמכויות המעצד המוענקות לצורך קיום סדרי הדין הפליליים הרגילים".<sup>28</sup>

עם זאת, מן הראוי להדגיש כי מול הדעה הקיימת בפסיקה כיום, לפיה אין מקום להפעיל את הליך המעצד המינהלי מקום שניתן להגיש נגד העצור כתב אישום פלילי בגין עבירות שביצע, קיימת דעה נגדית שנוקבעת על ידי השופט בך, ולפיה ניתן ליישם את הליך המעצד המינהלי, ככורח המציאות בהתאם לנסיבות הקיימות, גם כאשר ניתן באותו שלב, תיאורטית, להעמיד את העציר לדין פלילי על סמך החומר שבידי השלטונות - אם כי, כאמור, גישתו של השופט בך אינה הגישה השלטת כיום בפסיקה.<sup>29</sup>

אין מחלוקת, עם זאת, שהשינוי המהותי ביותר שהכניס החוק החדש היה נושא הביקורת השיפוטית על צו המעצד. דרכי הפעלת הביקורת קבועות בס' 4 לחוק. ס"ק 4(א) קובע את הצד הטכני של הביקורת - העציר יובא לפני נשיא בית משפט

28. עמ"מ 282 לרנר נ' שר הבטחון, לא פורסם, בע' 2 לפסה"ד. ההדגשה שלי - ק.א. ומ"מ הנשיא

מוסיף ומדגיש: "אם קיימת אפשרות כי בטחון המדינה ובטחון הצבא ייבטחו כראוי, במקרים בהם מתחייב הדבר, על ידי פקודת מעצד המעוגנת בסדרי הדין הפליליים הרגילים, אין הצדקה לפנות אל סמכויות שעת החירום המיוחדות שנועדו לנסיבות יוצאות דופן, בהן מחייב בטחון המדינה או בטחון הציבור את מעצרו של פלוני, מבלי שתהיה קיימת אפשרות משפטית אחרת להבטיח תוצאה זו". (ההדגשה במקור).

באותו מקרה חל שינוי בנסיבות לאחר הוצאת צו המעצד, כך שבידי השלטונות נמצאו ראיות שונבו בדרך הרגילה לגבי מעשים פליליים שהיה חשד שביצע העצור - ולטענת העצור די היה בהן כדי לפתוח נגדו בהליכים פליליים רגילים, מבלי שיהיה צורך לעצרו לפי צו מעצד מינהלי. בעת הבאתו של לרנר בפני הנשיא ווייס, בבית המשפט המחוזי בירושלים, ההליט הנשיא לנקוט בדרך ביניים: הוא, אמנם, לא ביטל את הצו - אך גם לא אישרו במלואו, אלא קיצר את תקופת המעצד. ראה תמ"מ (י"ם) 2/82, מדינת ישראל נ' לרנר, פ"מ תשמ"ג (1) 390.

גישה זו חוזקה בדברי השופט ברק בב"ש 648/82 לרנר נ' מדינת ישראל: "עולה בבירור מהחלטתו של מ"מ הנשיא שאם אדם נתון במעצד עד תום ההליכים נגדו, אין כל צידוק לשימוש בסמכויות המעצד על פי חוק סמכויות שעת החירום. לענין זה אין נפקא מינה אם העצור הגיש ערר על החלטת המעצד נגדו על פי חוק סדר הדין הפלילי אם לאו" - לא פורסם - בע' 3 לפסה"ד. הדברים נאמרו, למעשה, בהערת אגב, שכן אין להם כל צורך לענין ההחלטה עצמה.

באותו ענין הגיש לרנר ערר על ההחלטה לעצרו עד תום ההליכים נגדו - ובעת הדין בערר התברר כי במקביל להחלטה זו מוחזק לרנר במעצד גם מכה צו מעצד מינהלי. "לשאלתי מדוע לא בוטל צו המעצד האמור, נאמרו לי כי כל עוד הערר על החלטתו של ביהמ"ש המחוזי תלוי ועומד לא מצאו האחראים לכך לנכון לבטל את צו המעצד... נראה לי כי אין כל צידוק לכך כי צו המעצד על פי חוק הסמכויות לשעת חירום יעמוד בעינו עד היום. הדרך שראוי היה לנקוט בה... היתה ביטולו של צו המעצד מיד עם מעצרו של המבקש עד תום ההליכים נגדו".

29. אם שוכנע בית המשפט שאמצעי המעצד המינהלי מותיב המציאות, אין זה משנה אם בשלב זה קיים חשד שהיה מאפשר תיאורטית את העמדת העציר לדין פלילי (השופט בך בעמ"מ 1/86 פלוני נ' שר הבטחון, פ"ד מא(2) 505, בע' 507. בעמ"מ 1,2/88 אגאבריה ומהאג'יה נ' שר הבטחון, פ"ד מב(1) 840, קבע השופט ש' לזין כי במקרה בו הגשת כתב אישום פלילי על סמך החומר הקיים עשויה לחשוף את מקורות המידע, ניתן להשתמש בסמכות המעצד המינהלי.

מחוי בתוך 48 שעות מהוצאת צו המעצר של שר הבטחון (או תוך 48 שעות מהוצאת צו המעצר של הרמטכ"ל) - ואם לא הובא בפני שופט בתוך תקופה זו - ישוחרר.

הצד המהותי של הביקורת קבוע בס"ק 4(ג) לחוק. נשיא בית משפט מחוזי יכול לבטל את הצו אם הוכח לו שטעמי השר בהוצאת הצו לא היו טעמים ענייניים של בטחון המדינה או בטחון הצבא - או שהצו ניתן מתוך שיקולים שלא לענין או שלא בתום לב.

הסמכות שהוענקה לבית המשפט בביקורת השיפוטית על צו המעצר המיוהלי עברה מהפך משמעותי בעת יישומה, הלכה למעשה, בערעורי המעצר המיוהלי שנדונו בבית המשפט העליון. מול גישתו המצמצמת של השופט כהן ז"ל, כפי שמצאה את ביטויה בשלושת תיקי ערעורי המעצר המיוהלי הראשונים שנדונו לאחר חקיקת חוק המעצרים<sup>30</sup>, קיימת כיום גישה רחבה יותר המעניקה לבית המשפט סמכויות רחבות יותר בביקורת השיפוטית.

ההלכה שקבע השופט כהן שונתה רק בעמ"מ 2/86, בו קבע השופט בייסקי: "דומני, בכל הכבוד, כי... צמצם השופט י' כהן ז"ל את סמכותו של נשיא בית המשפט המחוזי מעבר למתחייב מהוראותיו של סעיף 4(ג) לחוק; נראה לי, כי על פי לשונו והיקפו של הסעיף, סמכות הביקורת היא דוקא נרחבת יותר מאשר סמכות

30. או סגן נשיא של בית משפט מחוזי, אם נבצר מנשיא בית המשפט המחוזי מסיבה כלשהי לדון בערעור. בעמ"מ 7/88 קבע השופט לוין שגדר המקרים בהם נבצר מהנשיא לדון בערעור יכול שיהא רחב, וגם עומס שבו נתון נשיא בית המשפט המחוזי מאפשר העברת הדין לנשיא תורן.

31. בעמ"מ 1/80 כהנא נ' שר הבטחון, צמצם הנשיא כהן ביותר את הסמכות המוענקת לנשיא מכח סעיף 4(ג): "ברור מהוראות סעיף 4(ג) שבית המשפט לא ישים את שיקוליו במקום שיקולי שר הבטחון, ואין מקום להשוות את תפקיד הביקורת של בית המשפט לפי חוק המעצרים לתפקיד בית המשפט כשהוא דן במשפט פלילי", פ"ד לה(2) 253, בע' 258. דברים אלו של השופט כהן הנהו את הנשיא וויס בבית המשפט המחוזי בירושלים בעת שדן בענין לרנר - שם פעל בהתאם לקביעה זו של השופט כהן.

על אותם דברים חזר הנשיא כהן גם 2/80 ברוך בן יוסף (גריין) נ' שר הבטחון, פ"ד לה(3) 474, לגבי הביקורת שיפעיל הנשיא בעת העיון מחדש בצו המעצר לאחר שלושה חודשים, לפי סעיף 5 לחוק: דברים אלה נכונים גם בדיון מחדש לפי סעיף 5. היינו, גם בדיון כזה בית המשפט איננו שם את שיקוליו במקום שיקולי שר הבטחון". למעשה נסובו צווי המעצר בענין כהנא ובענין בו יוסף (גריין) על אותן עובדות, כך שמבחינות רבות ניתן להתייחס אליהן כאל החלטה אחת.

בענין גריין המשיך הנשיא וצמצם את סמכותו של בית המשפט גם מכח סעיף 5: "הוראת החוק בדבר דיון מחדש לא באה לבטל את העקרון, שהחלטה שניתנה בענין שדיון כבר בבית משפט מוסמך, יוצרת מעשה בית דין לגבי השאלות שבמחלוקת, שהוכרעו באותם הליכים, וגם לגבי עניינים, שניתן היה לטעון באותם הליכים. לפיכך, משהוכרע בהליכים הקודמים, שצו המעצר... הוא בעל תוקף, ואותו צו אושר, אין לערער בעת הדיון מחדש את הטענות, שכבר נדונו, או שניתן היה להעלות אותן בזמנו נגד תוקפו של הצו". - שם.

והוא ממשיך בענין גריין: "תפקיד בית המשפט בדיון מחדש הוא לבדוק אם, מתוך הנחה שהצו המקורי הוא בעל תוקף מלא, קיימות בעת הדיון המחודש נסיבות אשר מצדיקות את קיצור תקופת המעצר או את הגבלת תוקפו לתקופה שעברה כבר עד לדיון המחודש". - שם, 476.

הביקורת של בג"צ או של בית המשפט בנואו לבקר שיקול דעתה של רשות מינהלית, שבידה הפקיד המחוקק שיקול דעת... והרי החוק, על פי רוחו, מרתנו ולשונו יצר מערכת ביקורת שימוטית תקופתית רצופה ומתמדת על מנת לבחון לא רק את הצד החוקי של הצו, אלא את היותו דרוש למטרות המפורטות בסעיף 2, כולל התקופה הנקובה בו".

יתכן ודוקא מהבדל הגישות בין הגישה המצמצמת בה נקט השופט כהן, לעומת ההלכה שנקבעה בעמ"מ 2/86 ניתן ללמוד על האופן בו ראתה המערכת המשפטית את חוק המעצרים ואת הדרך בה יש ליישמו. גישתו של השופט כהן העלתה ביקורת רבה על אופן יישום חוק המעצרים בבית המשפט, והיא שגרמה, בסופו של דבר, לשינוי התפיסה ולאמוץ הפרשנות לפיה חייב נשיא בית המשפט המחוזי להפעיל את שיקול דעתו שלו באשר לצו.

הסדק הראשון בחומה שהציב הנשיא כהן ניבע בענין בטחיש, ובכך השיבותו של פסק הדין הגם שניתן על ידי בית משפט מחוזי, ומשום כך לא היה לו תוקף מחייב. הנשיא כספי יצא נגד ההלכה שקבע בית המשפט העליון: "בכל הכבוד הראוי, אילו הייתי בן חורין לפרש את החוק כפי שהוא נראה לי, ולא הייתי כפות להוראת סעיף 33(ב) לחוק בתי המשפט, המחייבת אותי ללכת בעקבות ההלכה שנפסקה על ידי בית המשפט העליון בפסקי הדין הנ"ל שניתנו ביחס לפירוש החוק, הייתי מקבל את דעתו של פרופסור קלינגהופר".<sup>32</sup>

32. עמ"מ 2/86 פלוני נ' שר הבטחון, פ"ד מא(2) 508, בע' 515-516, ההדגשה שלי - ק.א. יחד עם זאת קבע השופט בייסקי כי השיקול צריך להיות עניני, ודהיינו - טעות טכנית בלבד שנפלה בצו המעצר לא תספיק לשם פסילתו של הצו.

הלכה זו קיבלה ביטוס בדברי הנשיא שמגר בבג"צ 253/88, בשג"צ 323/88 סג'דיה ואח' נ' שר הבטחון, פ"ד מב(3) 801. "שלילת החירות שלא על יסוד החלטה של רשות שימוטית היא, לפי עצם מהותה, צעד מרחיק לכת ובעל תומרה רבה, שהחוק מתיר אותו רק בהתקיים וסיבות שבהן הכרחי הדבר בשל טעמי בטחון החלטיים. שיקול הדעת הנכון, אשר חובה להפעילו עובר למתן צו, מתייחס גם לשאלה, אם ההחלטה בדבר מעצר משקפת בכל מקרה קונקרטי את האיזון הנאות בין הכרח בטחוני, שאין לו פתרון סביר אחר, לבין מגמת היסוד, לפיה יש לכבד חירותו של אדם. השיקולים הללו הם גם אלו הנבחנים על ידי השופט בשלב הערעור לאור טענות הצדדים, הסבות בדרך כלל על מערכת העובדות, על הנתונים המתייחסים לעציר ומשמעותם, ועל משקלם של הסיכונים הבטחוניים שבהם מדובר במקרה הספציפי" - שם, 821. ההדגשה במקור.

33. בע' 7 לפסה"ד. בכך קיבל הנשיא כספי את הביקורת שהעלה פרופסור קלינגהופר במאמרו "מעצר מניעתי מטעמי בטחון", משפטים יא' (תשמ"א) 286.

באותו ענין הגדיר הנשיא כספי את ההבדל בין סמכותו של בג"צ לבין סמכותו של נשיא בית המשפט המחוזי לפי חוק המעצרים: "אני סבור שהבדל נוסף בין סמכות הנשיא לפי חוק זה לבין סמכות בג"צ הוא בכך שבמקרים שבהם פונים בעתירה לבג"צ על פעולות או החלטות של רשויות המדינה או של גופים ואנשים הממלאים תפקידים על פי דין, יש לאלה הסמכות המלאה לפעול לפי שיקול דעתם, בלי צורך לקבל אישור לכך ממאן דהוא. נהפוך הוא. הפניה לבג"צ כזוגתה לגרום לשינוי הפעולה או ההחלטה הנ"ל. ואילו לפי החוק דגן אין תוקף לצו המעצר שניתן ע"י השר אלא לאחר האישור ע"י הנשיא".

פסק הדין בענין בטחיש פרץ, במידה מסויימת, את הסכר. בעדעור הרביעי שהגיע לבית המשפט העליון, בענין לרנר, בתד השופט שמגר להותיר פתח לשינוי ההלכה, הגם שלא היה צריך לכך בנסיבות הענין<sup>33</sup> - וכאמור, בא פסק דינו של השופט בייסקי בעמ"מ 2/82 ושינה את ההלכה לחלוטין.

מטרת צו המעצר המינהלי, ודהיינו, שמירה על "בטחון המדינה ובטחון בציבור" כהגדרתם בסעיף 2 לחוק עלתה אף היא בפסיקה. ואולם בענין כהנא קבע השופט כהן כי החוק אינו מפלה בין מי שסובר כי הוא פועל לטובת המדינה, לבין אלו הפועלים נגדה.<sup>34</sup> כך נקבע בענין אגורייה כי גם הסתה הינה עילה להוצאת צו מעצר מינהלי.<sup>35</sup>

השינויים שהוכנסו בחוק לעומת התקנות שקדמו לו יצרו מצב נוח יותר מבחינת העציר, לפחות לגבי הביקורת השיפוטית על צו המעצר. ואולם, החוק קבע את מערכת הזכויות והחובות של העציר בצורה מוגדרת וברורה, והטיל על העציר לא מעט מגבלות שספק אם היו קיימות קודם לכן באותו היקף, מקום שנוקק לביקורת בג"צ ולא לערעור על הצו לפי חוק המעצרים.

סעיף 6 לחוק עוסק בטטיה מדיני הראיות: "אם נשיא בית המשפט המחוזי משוכנע שהדבר יועיל לגילוי האמת ולעשיית משפט צדק".<sup>36</sup> יתירה מכך. סעיף 6(ג) מקנה לנשיא סמכות להותיר קבלת ראייה אף שלא בנוכחות העציר או בא כוחו, או מבלי

33. פרופסור קלינגהופר סובר במאמרו כי בסעיף 4(ג) לחוק המעצרים מנויות הסיבות בהן חייב הנשיא לבטל את הצו - אך לא נאמר שם כי הנשיא לא יהיה רשאי לבטלו אם הוא עונה על המבחנים המנויים בסעיף זה. באותו מאמר מפרש פרופסור קלינגהופר את האישור הניתן על ידי הנשיא כשיותף הכרחי ליצירת צו המעצר. היוזמה ליצירת הצו, לדעתו, היא של הרשות המינהלית, קרי: שר הבטחון, אולם הצו אינו שלם כל זמן שלא אושר ע"י הנשיא. בהמשך מאמרו משווה פרופ' קלינגהופר את סמכות הביקורת של ביהמ"ש לענין סעיף 4, כפי שפירש אותה השופט כהן, לסמכותו של בג"צ: "בית המשפט העליון... שיווה לתפקיד הנשיא, לצורך חוק המעצרים, משמעות דומה לזו של בית המשפט הגבוה לצדק, תראה את יעדו השיפוטית בבדיקת חוקיותם של המעשים (או המחללים) שהוא מעביר תחת שבט ביקורתו". - שם, 292.
35. "ממילא אין צורך שאביע את דעתי בשאלה מה היקף ההתערבות של הנשיא בשלב האישור, ושל בית משפט זה בשלב הערעור, בשיקוליו של שר הבטחון. על כן משאיר אני את ענין תחום התערבותו של נשיא בית המשפט המחוזי ושל ערכאת הערעור מבחינותי, בצריך עיון" - שם, בע' 1 לפסה"ד, ההדגשה במקור.
36. פרקליטי המערער טענו כי החוק נועד להבטיח את התגוננות המדינה בפני מי שזומם להשמידה, אך המערער (כהנא) כלל אינו אויב המדינה ואינו זומם להשמידה, ומשום כך אין להחיל עליו את החוק - טענה שנדחתה, כאמור.
37. "יש שהניק שעשוי להיגרם על ידי מי שנוקט בפעילות שאינה פיסית עשוי להיות רב לאין ערוך מהנוק שעשוי להגרם על ידי מי שנוקט במעשי טרור פסיים. לפיכך אני סובר, שכשם שלא כל מעשה פיזי יצדיק הוצאת צו מעצר לפי החוק, כך גם אין לומר בצורה גורפת, שמעשה הכרוך אך בדיבורים ובפעילות ארגונית לא יצדיק נקיטת האמצעי האמור" - שם, 844. בכך נדחתה טענת המערערים לפיה על הפגיעה להיות פגיעה פיזית דוקא, ואין די בחסתה לשם קיום עילה להוצאת צו מעצר מינהלי.
- קביעה זו שוללת את הפרשנות שהעניק הנשיא כספי לביטוי "בטחון הציבור" בענין בטחיש, שסבר כי משמעות המונח "בטחון הציבור" היא כי הציבור לא ייפגע בצורה פיזית, ולא דאה בפעילות שאינה פעילות פיזית אלימה משום פגיעה בבטחון הציבור.
38. ס"ק 6(א).

לגלותה להם, אם שוכנע שגילוי הראיה עלול לפגוע בבתחון המדינה או בבתחון הציבור.<sup>39</sup> יש לזכור, עם זאת, שסעיף 6(ג) אינו גורע מסמכותו של שר הבטחון להוציא תעודת חסיין לראיות מסויימות, מבח סעיף 44 לפקודת הראיות [נוסח חדש].

סעיף 6 לחוק המעצרים דומה במקצת לסעיף 128 לחוק העונשין, הקובע, בין השאר, כי בהתקיים נסיבות מסויימות, רשאי בית המשפט לצוות "כי הנאשם או סניגורו לא יהיו נוכחים בהליך מסוים או לא יעיינו בראיה מסויימת".<sup>40</sup> ואולם, באותו סעיף הוסף סייג לסמכות זו: "ובלבד שבית המשפט לא ישתמש בסמכותו לפי פסקה (1) אם לא הובטח להנחת דעתו שתהיה לנאשם הגנה מלאה, לרבות סניגור שמינה בית המשפט, או שבחר הנאשם במקום הסניגור שייעדר או שלא יעיינו בראיה כאמור".

חוק העונשין אינו כולל הגבלה בדבר סניגור הדשאי להגן על נאשם. לעומת זאת, קובע ס' 8(ב) לחוק המעצרים כי שר המשפטים יהיה רשאי להגביל בצו את זכות הייצוג בהליכים לפי חוק זה למי שהוסמך לשמש סניגור בבתי הדין הצבאיים באישור בלתי מסוייג כאמור בס' 18(ג) לחוק השיפוט הצבאי התשט"ו-1955. שר המשפטים אכן השתמש בסמכות זו, בצו סמכויות שעת חירום (מעצרים) (זכות הייצוג) תשל"ט-1979. ועולה השאלה - מילא העציר, שהוא חשוד, אסור בראית הראיות - אולם עורך דינו קיבל הסמכה להופיע בבתי דין צבאיים, ומן הסתם הוא עונה על דרישות הבטחון, לפחות לפי פרשנותו של בית המשפט העליון.<sup>41</sup> ומכלל לאו נשמע כאן ההן: אם מי שלא הוסמך חשוד שמא אינו נאמן על שמירת סודות בטחון - הרי שמי שהוסמך לכך אינו חשוד בכך, ומדוע, אם כן, לפגוע בזכותו של העציר - שכן אם קבע המחוקק את ההוראה שקבע בס' 16(ג) - מה טעם ראה

39. בעמ"מ 2/82 קובע מ"מ הנשיא שמגר את סדר הדין הנוכח בנסיבות כגון אלו: "עם העלאת טענה או בקשה בדבר קבלת ראיה כאמור בסעיף 6(ג) לחוק הנ"ל, רשאי הנשיא לעיין בראיה ולשמוע טענות בקשר לעיון בה או לשמיעתה, וזאת שלא בנוכחות העצור או בא כוחו. לאחר העיון בראיה ושמיעת טענות בקשר אליה כאמור לעיל, יהליט הנשיא אם יש מקום להפעלת סמכותו שלא לגלות תוכנה כאמור בסעיף 6(ג) הנ"ל. במלים אחרות, ההחלטה הסופית בדבר החיסיני של הראיה ניתנת לאחר שהנשיא נהיה מודע למהותה ולתוכנה" (בע' 1-2 לפסה"ד).
40. "מבחינת המדיניות המשפטית הרצויה, יש אמנם לשאוף לכך, כי החומר המוגש לשופט המשפטאי ייבדק על ידי, בין היתר, מתוך מגמה לשוב ולבחון, אם חלק הימנו אינו צריך להימסר גם לידיעת העצור, או אם ניתן למסור לעצור לפחות מידע תמציתי על מה שכלול בחומר או על מקצתו; אך שאלה זו צריכה להיות מוכרעת, בכל מקרה, על יסוד העיון הענייני בחומר הראיות ובהתאם למידת סודיותו" - הנשיא שמגר בבג"צ 286/89 (בשג"צ 89/213) שהכוב נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית ואח', פ"ד מג (1) 757, 758.
41. ס' 1128(1) לחוק.
42. בבג"צ 18077 פליציה לגור נ' שירות בתי הסוהר דן השופט חיים כהן בסייג שקבע המחוקק בס' 12 לחוק סדר הדין הפלילי, התשכ"ה - 1965 (סעיף 14 לחוק סדר הדין הפלילי) (נוסח משולב) התשמ"ב-1982 דהיום) שלפיו אם אישר שר הבטחון בכתב כי בטחון המדינה מחייב סייג זה, יהיה החשוד וכאי להיות מיוצג רק ע"י אדם שאושר באישור בלתי מסויג לשמש סניגור לפי ס' 18 לחוק השיפוט הצבאי. "כוונת המחוקק בקבעו את הסייג שקבע בס' 12 הנ"ל, היתה גם למנוע גילוי סודות בטחוניים לפני מי שלא כדורה הוא חשוד שמא אינו נאמן על שמירתם" - פ"ד לא (2) 532.

להגביל עוד יותר את זכויותיו ע"י ההוראה שבסעיף 8(ב) והצו שהוצא מכוחה - ולהיפך. אם קבע את שקבע בס' 8(ב) - מזה הטעם בהוראת ס' 6(ג) - וכל זאת כאשר קיימת עדיין המסגרת הנוספת לאור הוראת ס' 44 לפקודת הראיות?  
שאלה אחרת בענין הגבלת זכויותיו של העצור עלתה לדיון בענין חסייני, בו פורשה הוראת סעיף 9 לחוק המעצרים הקובעת כי הדיון בהליכים לפי החוק יתנהל בדלתיים סגורות כהוראה מנדטורית שאינה מצריכה החלטה מיוחדת של בית המשפט לשם כך.<sup>43</sup>

מגבלה נוספת שמעורר החוק היא חוסר האפשרות לערור על החלטת בית המשפט העליון בערעור על המעצר המינהלי. לפי סעיף 8 לחוק בתי המשפט ניתן, אמנם, לבקש דיון נוסף על פסק דין של ביהמ"ש העליון - אולם סעיף זה מתיר הגשת בקשה לדיון נוסף רק בענין שבו דן ביהמ"ש העליון בשלושה שופטים.<sup>44</sup>  
אין ספק שחוק המעצרים בא להקל עם העציר, מחד, ולהכביד על העוצר, מאידך, כדי לשמור במידת האפשר על זכויות הפרט הן באשר לאופן הפעלת סמכות המעצר - והן באשר לתנאיו של העציר לאחר מעצרו, שהעניקו לו מעמד שונה מזה של אסירים שפוטים, פליליים ובטחוניים כאחד. כך נקבע בתקנות שעת חירום (מעצרים) (תנאי החוקה במעצר מינהלי) התשמ"א-1981 כי "העציר יוחזק במקום המעצר בנפרד מאסירים שפוטים ומאסירים הממתינים למשפטים".<sup>45</sup> העציר זכאי להשתמש בחפצים אישיים,<sup>46</sup> הוא רשאי ללבוש את בגדיו הפרטיים<sup>47</sup> והוא אינו חייב לעבוד<sup>48</sup> - כל זה מעיד על רצון לשפר את מעמדו של העציר המינהלי - וזאת לעומת העציר מכח תקנה 111 לתקנות ההגנה, שלא הופרד או הועדף על פני אסירים שפוטים.<sup>49</sup>

43. בניגוד להוראת סעיף 68 (ד) לחוק בתי המשפט בנוסח משולב התשמ"ד - 1984 הקובעת כי דיון יתנהל בדלתיים סגורות רק במקרים המנויים באותו סעיף. בג"צ 576/88 פייסל עבדול קאסר חוסייני נ' סגן נשיא בית המשפט המחוזי בירושלים ואח', פ"ד מב(3) 286. העותר תקף באותו ענין את ההחלטה לערוך את הדיון בענין צו המעצר המינהלי שהוצא נגדו בדלתיים סגורות.

44. המ' 449/80, בהנא וכן יוסף (גריזן) נ' שר הבטחון, לא פורסם. בקשתם של כהנא וכן יוסף (גריזן), שהופנתה לרשם בית המשפט העליון, לאפשר דיון נוסף על ערעור המעצר המינהלי בעניניהם, נדחתה ע"י הרשם - והועלתה גם בערעורם על החלטת הרשם. המבקשים טענו כי לפי פירוש סביר של סעיף 8 לחוק בתי המשפט יש להרשות דיון נוסף גם בנסיבות אלה, כי כאשר הוחק סעיף 8, בשנת 1957, עדיין לא היתה קיימת אפשרות כלשהי של מתן פס"ד ע"י שופט דן יחיד בביהמ"ש העליון. הנשיא לגדלי, בדחותו את הערר, קבע: "אפילו כך הוא, אין בטענה זו כדי לגבור על הלשון המפורשת של החוק, וענין למחוקק הוא לשקול אם יש מקום לתקן את החוק כדי לאפשר דיון נוסף גם בענין שנדון ע"י דן יחיד".

45. תקנה 2.

46. תקנה 8.

47. תקנה 4.

48. תקנה 9(ב).

49. "ההבדל בין עציר המרצה עונש מאסר לבין אדם שנכלא כאמור כדי למנוע סיכונים בטחוניים מוצא ביטוי במעמדו של העציר המינהלי ובתנאי המעצר הנובעים מכך" - דברי הנשיא שמגר בענין סג'דיה, שם, 821. באותו ענין נדונו טענות העותרים בדבר תנאי הכליאה במתקן המעצר "קציעות". בג"צ, לאחר שביקר במקום, הציג את מינויה של ועדה מייעצת קבועה שהקיים מעקב מתמיד והייעץ לשר הבטחון בענין תנאי הכליאה במתקן "קציעות".

גם ביהודה ושומרון ובחבל עזה הוכנס שינוי בנהלי השימוש בסמכות המעצר המינהלי כתוצאה מחוק המעצרים. בהתאם לנוהל הקיים היום, מכח צו בדבר מעצרים מינהליים (הוראת שעה)<sup>51</sup>, קיימים הבדלים בין נהלי המעצר המינהלי החלים בתחומי מדינת ישראל לעומת נהלי המעצר המינהלי החלים ביו"ש ובחבל עזה. השוני המהותי ביותר הוא בעצם הסמכות להוצאת צו המעצר המינהלי. בעוד שעל פי החוק מוגבלת הסמכות לתקופת מעצר של 6 חודשים, וכאמור על פי החלכה הקיימת היום, הביקורת השיפוטית היא תנאי להפעלת הצו - הרי שעל פי הצו הנ"ל הוענקה הסמכות למפקד הצבאי, הרשאי להוציא צו לתקופה של עד 12 חודשים (ולאחריכו מעת לעת ב"12 חודשים נוספים) - מבלי שיהיה צורך בצו של שופט משפטי לשם כך. בדיקתו של השופט המשפטי נעשית בשלב הערעור בלבד - והצו, בניגוד לחוק, אף אינו מגביל בזמן את המועד להבאת העצור בפני השופט המשפטי. גם הסדר העיון התקופתי הקיים בחוק שונה בצו - בעוד שעל פי החוק מובא צו המעצר לעיון תקופתי כעבור שלושה חודשים הרי על פי הצו מובא הצו לעיון מחדש רק אם נקבעה תקופת מעצר העולה על 6 חודשים - וגם אז רק כעבור 6 חודשים מיום הוצאת הצו.

מספר נסיונות שנעשו על ידי עצורים לעתור לבג"צ על החלטת המעצר של השופט המשפטי, ובכך ליצור ערכאת ערעור על ההחלטה, נדחו בכל תוקף על ידי בג"צ<sup>52</sup>, שקבע כי בג"צ אינו ערכאת ערעור על החלטת השופט המשפטי, וכל תפקידו הוא לבדוק אם ההחלטה ניתנה כדין אם לאו.<sup>53</sup>

סקירת התייחסותו של בית המשפט לחוק המעצרים מביאה בהכרח למסקנה כי יישומו של החוק כיום קרובה יותר לרוח החוק כפי שהותוותה בעת חקיקתו, וכפי, כך יש להניח, ששרתה על מהוקקיו. הסמכות הנרחבת שהוענקה לנושא בית המשפט המחוזי, כפי שפורשה על ידי השופט בייסקי בעמ"מ 2/86, וכפי שקיבלה את התימוכין לה בפסקי הדין שניתנו לאחר מכן, היא זו העושה את ההבדל שבין הליך המעצר המינהלי לפי תקנות ההגנה (ולמעשה, בכל סמכויות החירום שהוענקו בתקנות ההגנה) לבין ההליך לפי החוק החדש.

יחד עם זאת, קשה להתעלם מהעובדה שיישום החוק יכול שהיה שונה לחלוטין אילו נותרו ההלכות שקבע השופט כהן ז"ל על כנו. מבחינה זו יש לראות בהלכות שנקבעו לאחר מכן בבחינת שינוי ברוח ובגישה של בית המשפט העליון, שנעזר לשם כך בכלי משובלל שהניח בפניו המחוקק בדמות חוק המעצרים - ולא חזקא תולדה של חוק המעצרים בלבד. השאלה אם מהווה החוק מודל לרפורמה בתקנות ההגנה מן הראוי שתבחן לא לאור הגישה המרחיבה שנקט בית המשפט, אלא חזקא

50. לעומת צו הוראות בטחון (יהודה ושומרון) (תקון מס' 18) (צו מס' 815) תש"ס-1980 (קמ"מ 46, יהודה ושומרון 248) וצו הוראות בטחון (רצועת עזה) (תקון מס' 17) (צו מס' 628) תש"ס-1980 (קמ"מ 42, רצועת עזה 3980) שנהגו עד לצו האמור, ובהם נקבע גם מנגנון הביקורת השיפוטית של שופט משפטי, שבפניו היה מובא העצור תוך 96 שעות ממועד מעצרו. במקביל להסדר זה עדיין חלות באזורים אלו תקנות ההגנה, הגם שכפועל מבוצע המעצר המינהלי מכח הצווים הנ"ל.
51. לענין זה: עיין שהבוב; בג"צ 769/88 אבו עובייד נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד מב(4) 566; בג"צ 592/89 אל קדי ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד מג(3) 79.
52. בענין אבו עובייד צמצם בג"צ עוד יותר את יכולת תקיפת הצו וקבע כי גם אם נתקיימה עילת התערבות פורמלית, עדיין נותר לבורד אם אמנם מחייב הצדק את התערבות בג"צ.



מול ההלכות הקודמות והמצמצמות שנקטה בהן הפסיקה בתקופה שלפני היות החוק - אם כי אין למעט בחשיבות השפעתו הפסיכולוגית של החוק על בתי המשפט, שעה שבאו לבחון את הסמכויות שהוענקו בתקנות ההגנה דוקא לאור רוחו של חוק המעצרים.

3.

תקנות 111 - 112 לתקנות ההגנה (שעת חירום) 1945  
תקנות 111-112 היוו חלק משמעותי מפרק י' לתקנות ההגנה - פרק הכולל הוראות שמשמעותו לגבי הגבלת חופש הפרט חשובה ביותר. תקנה 111 עסקה במעצר אדמיניסטרטיבי, בעוד תקנה 112 עסקה בגירוש. "שתי התקנות הגיעו פעמים רבות לדיון בבג"צ, אולם בית הדין הגבוה לצדק, בעוד שנטה לדבוק בפרטים "טכניים" ולהקפיד על קוצו של יוד בנוסח הצווים עצמם ובקשור אליהם, נטה לצמצם דוקא את ביקורתו שלו על עצם הסמכות להוצאות הצו."<sup>53</sup>  
הפעלת תקנות 111 ו-112, כמו גם תקנות 109 ו-110 הכלולות בפרק י' לתקנות ההגנה, היתה כפופה להוראה שבתקנה 108, לפיה לא ינתן צו לפי פרק זה "אלא אם כן סבורים שר הבטחון או המפקד הצבאי... כי נחוץ או מועיל ליתן את הצו למען הבטחת שלומו של הציבור, הגנתה של ישראל, קיומו של הסדר הציבורי או דיכויים של כל התקוממות, מרד או מהומה". אולם בעוד תקנה 111 יכולה היתה להיות מופעלת לפי החלטה של מפקד צבאי, הרי תקנה 112 הקנתה את סמכות הגירוש לשר הבטחון בלבד.<sup>54</sup>

להלן ייראה כיצד התייחס בית המשפט לשתי תקנות האלו כאשר עלו לפניו.

### תקנה 111

תקנה זו התיידה מעצרו של אדם ללא משפט ובלי הגבלת זמן. על הוראת המפקד הצבאי לפי תקנה זו לא היתה זכות ערעור, אולם מתקין התקנות הורה<sup>55</sup> על הקמת

53. בנוסף לשתי ההגבלות הללו כללו התקנות שבוטלו גם סמכות לאסור על אדם להכנס לשטח מדינת ישראל [כתקנה 112(2)] וסמכות למנוע יציאתו של אדם מתחום מדינת ישראל (תקנה 111א).

54. לעיל, הערת שולים 15. בבג"צ 320/80 יוסרא קוואסמה נ' שר הבטחון, פ"ד לה (3) 113, מאזכר הנשיא לדוי רברים שאמר השופט אולשו בבג"צ 7/48 אלכרבוטלי נ' שר הבטחון, פ"ד ב' 5: "השלטונות כפופים לחוק כמו כל האזרחים במדינה, ושלטון החוק הוא אחד היסודות האינתיים של מדינה. יהיה בזה נוק חמור לציבור ולמדינה גם יחד אם השלטונות ישתמשו בכח הניתן מטעם המחוקק, אף באופן זמני, מתוך התעלמות גמורה מהסייגים המוצבים על ידי המחוקק על דרך השימוש בכח זה" (כע' 15).

וממשיך הנשיא לדוי: "כה דיבר בית משפט זה כאשר מלחמת העצמאות היתה עדיין בעיצומה. ואין לנו להרפות מקו זה גם כיום, כאשר הממשל הצבאי מתמודד עם בעיות חמורות של שמירת הבטחון והסדר הציבורי בשטחים הנתונים לפיקוחו. הוצאת צו גירוש היא ממילא אמצעי חריף, שאין משתמשים בו אלא בשעת חירום... כל עוד התקנה קיימת כמו שהיא, יש לכבדה הלכה למעשה" (שם, 120).

55. בית המשפט העליון פירש סמכות זו כמוקנית לשר הבטחון בלבד. בבג"צ 240/51 אל רחמן נ' שר הפנים, פ"ד ו' 364, בוטל צו גירוש שהוצא מכח תקנה 112 ושנתתם בידי אלוף הפיקוד. בית המשפט קבע כי לשר הבטחון לא היה הכח להעביד את הסמכות שהוקנתה לו לאלוף הפיקוד.

56. תקנה 111(4).

ועדה מייעצת שבדאשה ישב אדם המתזיק או החזיק במשרה משפטית, או שהינו, או היה, פקיד בכיר בממשלה. "תפקידיו של כל ועד כזה יהיו לעיין בכל השגה על כל צו לפי התקנה שהגישה כהלכה לוועד האדם, שהצו נוגע אליו, ולהמליץ בפני המפקד הצבאי על הצעות בקשר אל כך".

בית המשפט העליון, בראשית דרכה של המדינה, קבע פעמיים כי הסמכות מבח תקנה זו תפורש כצימצום. בענין אל כרבוטלי קבע בית המשפט כי אי קיומה של ועדה מייעצת מבח תקנה 111(4) במועד הוצאת הצו הינו פגם הגורם לביטול הצו.<sup>57</sup> גם בענין אל כודי הורה בית המשפט על שחרור העותר מהמעצר שהושם בו בצו מבח תקנה 111 מאחר ובצו המעצר לא פורט מקום המעצר.<sup>58</sup>

בית המשפט הפגין גישה מצמצמת גם באשר לסמכויות הנובעות כתוצאה מהפעלת צו המעצר. תקנה 111(6) הסמיכה את נציב שירות בתי הסוהר "לתת צווים והוראות ביחס לניהול הפנימי, ואחרות, בקשר למקום המעצר". בפרשת קהוג'י נדונה הוראה של הנציב מבח תקנה 111(6), בה נקבע כי פגישה של העצור עם עורך דין תותר רק כאשר שוכנע הנציב כי הבקשה הוגשה לשם טיפול בענין משפטי של העצור "ובלבד שאושר עורך הדין לשמש סניגור לפני בתי הדין הצבאיים לפי סעיף 318 לחוק השיפוט הצבאי".<sup>59</sup> השופט לנדוי קבע כי נציב שירות בתי הסוהר לא היה מוסמך לאסור את זכות הגישה של עורך דין פלוני אל עצור מינהלי.<sup>60</sup> אולם ידיו של בית המשפט בנושא הפעלת תקנה 111 לא היו תופשיות. ומכיון שדן בעתירות על צווים אלו בשבתו כבית דין גבוה לצדק, היתה סמכותו העניינית באשר למרות הוצאת הצו מזגבלת. בכפוף למגבלות שהטיל על עצמו מבח סמכותו

57. "אין צורך להדיגיש פעם נוספת את הזמדת התקנה 111(1) אשר יש להשלים עמה כל עוד מצריך מצב חירום את קיומה, ואשר בימים כתיקונם היתה נפטלת כבלתי מתקבלת על הדעת מפאת היותה מתנגדת לזכויות היסודיות של הפרט... הקלה פורתא ניתנה לאורח, שנעצר על פי תקנת המשנה (1) בתקנת משנה (4) המטילה על השלטונות את התובה להקים 'למטרת התקנה הזאת' ועדה אשר בידה יהיה נתון התפקיד לעיין בהתנגדות העציר לצו המעצר ולתת את המלצותיה למפקד הצבאי", שם, 13.
58. כג"צ 95/49 אל כודי נ' שר הבטחון, פ"ד ד 34. העותר הסתמך על סיפת תקנה 111(1) "... באותו מקום מעצר שהמפקד ייקוב בצו". השופט אגרוט קיבל את טענת העותר בענין זה: "המילים האמורות משמעותן היא הטלת חובה ברורה על המפקד הצבאי, שענה שהוא מפעיל את כוחו לפי התקנה הנ"ל לפרש תמיד בצו את המקום בו יש להחזיק את העציר הנדון", שם, 41.
- באותו מקרה קבע השופט אגרוט מספר הנחיות יסוד לענין הפעלתה של תקנה 111. אחת החשובות בהן היא המטרה שלשמה תופעל תקנה זו: "לאו דוקא לשם הענשה על מעשים פליליים שבוצעו בזמן עבר, אלא כדי למנוע השלמת פעולות ידועות בעתיד, פעולות שיהא בהן כדי לפגוע קשות בשלום הציבור או בכטחון המדינה" (שם, 46).
59. כג"צ 193/67 קהוג'י נ' נציב שירות בתי הסוהר, פ"ד כא(2) 183.
60. הוראה 99 להוראות בדבר התנאים במקומות מעצר של עצורים לפי תקנה 111 מיום 4.6.67.
61. "זכות ההופעה של כל עורך דין בפני הועדה המייעצת שהוקמה לפי תקנה 111(4) או בפני איזו רשות אחרת, בענין מעצרו של אדם לפי תקנה 111, לא הוגבלה על ידי שום חוק, ונאמר לנו שבפועל מופיעים בפני הועדה גם עורכי דין שלא הורשו לשמש סניגורים בפני בתי דין צבאיים, לפי סעיף 318 של חוק השיפוט הצבאי" - שם, 185.

המצומצמת, יכול היה בג"צ לבדוק את כשרות הצו רק לפי דרך הוצאתו. ובמילותיו של השופט אגרונט בענין אל איובי: "אם הציג המשיב לבית המשפט צו מעצר או פקודת מעצר אשר נחשבים, מבחינת תוכנם, כשרים בעיני החוק, ושחסר בהם פגם רציני כלשהו".<sup>62</sup>

הביקורת השיפוטית באשר למניעיו של מוציא הצו נחטמה כמעט לחלוטין בפסק דינו של השופט עציוני בענין מדארי: "ברור לי שלא נוכל להעביר תחת שבט ביקורתנו את הטעמים שהניעו את שר הבטחון לתת את צו הגירוש נגד העותר, דבר הניתן לסמכותה הייחודית של הועדה הנ"ל".<sup>63</sup> הדברים נאמרו, אמנם, לגבי צו גירוש מכוח תקנה 112, אולם הועדה המייעצת לפי תקנה 112(8) היא הועדה המייעצת מכח תקנה 111(4) - ולפיכך יש תשיבות לדברים אלו גם לענין תקנה 111. על דברים אלו חונן השופט בענין אבו עוואד: "לא לנו להתערב בשיקולי המפקד הצבאי בגדר תקנה 112 כאשר אלו נבדקו ועברו את כור המבחן של הועדה המייעצת".<sup>64</sup>

במקורה האנגלי של תקנה 111, תקנה 188 לתקנות ההגנה (כללי) 1939 האנגליות,<sup>65</sup> הוענקה סמכות רחבה עוד יותר לעוצר - כגון הסמכות לעצור אדם ממוצא עוי, ביהמ"ש האנגלי, בפרשת LIVERSIDGE נטה עוד יותר לצמצם את סמכותו שלו בביקורת נימוקיו של העוצר - עד כדי כך שבית הלורדים הכיר בטענתו של השר שלא להביא בפני בית המשפט את המידע שעל סמך פיו פעל, למרות שסמכות זו כלל אינה מופיעה בגוף התקנה. בית המשפט העליון שלט לא הרחיק עד כדי כך, אולם קיבל את הרוח הכללית של הדברים בפסק דינו של השופט אגרונט בפרשת אל איובי.

#### תקנה 112

תקנה זו הסמיכה את שר הבטחון לתת צו גירוש נגד כל אדם משטח ישראל. בתקנה זו הוקנה לשר הבטחון הכח לגרש גם תושבי ואזרחי ישראל - כח שאינו קיים עוד לאור ביטול תקנה זו בחוק המעצרים. תקנה זו הרחיבה אפילו עוד יותר את סמכויותיו של שר הבטחון להוצאת הצו.<sup>66</sup>

אם ראה בית המשפט את תפקידה של הועדה המייעצת בתקנה 111(4) כחיוני

62. שם, 38.

63. בג"צ 17/71 מראר נ' שר הבטחון, פ"ד כה(1) 141.

64. שם, 146.

65. בג"צ 97/79 אבו עוואד נ' מפקד אזור יהודה ושומרון, פ"ד לג(3) 309.

66. שם, 317.

67. Defence (General) Regulations 1939... 18B: "If the Secretary of the State has reasonable cause to believe any person to be of hostile origin or associations or to have been recently concerned in acts prejudicial to the public safety or to the defence of the realm in the preparation or instigation of such acts and that by reason thereof it is necessary to exercise control over him, he may make an order against that person, directing that he be detained."

68. כגון תקנה 112(8) המגדירה את תפקידה של הועדה המייעצת, זו שהתמנתה לפי הוראות תקנה 111(4): "כל ועד מייעץ... רשאי, אם נתבקש לעשות כך בידי כל אדם שבגינו ניתן צו גירוש לפי התקנה הזאת, לעיין בצו גירוש כזה, ולהגיש המלצות לממשלה בגין כל צו גירוש כזה".

להפעלת תקנה 111, הרי שלגבי תקנה 112 הקל, במקצת, מחשיבותה של הועדה. בענין יוסרא קווסאמה קבע הנשיא לנדוי כי שלילת אפשרות הפנייה לועדה המייעצת אינה הופכת את צו הגירוש לבטל, שכן בדיקת ענינו של אדם, שנגדו ניתן צו הגירוש על ידי הועדה המייעצת, אינה חלק אינטגרלי מהמנגנון שנוצר בתקנה 112. גם הסכמתה של מדינה אחרת לקבל את המגורש אינה תנאי להפעלת התקנה.<sup>70</sup>

מעין סיכום של הנושא מצוי בפסק דינו של הנשיא זוסמן בענין אבו עוואד. שם קבע הנשיא כי תקנה 112 אינה מופעלת ככל העולה על רוחו של מפעילה - אלא בכפוף להוראה שבתקנה 108: לשמירה על הסדר הציבורי והבטחון.<sup>71</sup> הגישה שבאה לביטוי בשנים האחרונות בבית המשפט העליון בהתייחסות לתקנה 112 מחזקת את הדעה כי לחוק המעצרים, גם אם לא ככתבו וכלשונו, היתה השפעה על גישת בית המשפט לפחות ברוחו. עד לקושי המוטל על העותר (נגדו הוצא צו

70. באותו ענין עתרו נשות ראשי הערים פאחד קווסאמה ומוחמד מילחם, שגורשו לשטח לבנון, על כך שלא ניתנה למגורשים אפשרות נאותה להביא טענותיהם על צוי הגירוש לעיון הועדה המייעצת, ולא הורשו להופיע בפני ועדה זו בטרם בוצעו צווי הגירוש. הנשיא לנדוי קבע כי "מתן האפשרות להופיע בפני הועדה המייעצת לפני ביצוע הגירוש היא חובה המוטלת על מי שהוציא את צו הגירוש ולא רק ענין שבנוהג ובסדר התקין... אפילו היה זה רצוי בעיני המשיבים, מטעמי בטחון דוחקים, שהגירוש יבוצע ללא כל שהיות, לא היה בכך משום חצדק להתעלמותם מדעת מן ההכרח לקיים הדין" (שם, 118).

השופט חיים כהן, בדעת מיעוט, סבר כי אין בידי השלטונות סמכות לבצע צו גירוש תוך התעלמות מזכות הפניה לועדה המייעצת. שופטי הרוב, הנשיא לנדוי והשופט יצחק כהן היו, כאמור, בדעה כי צווי הגירוש תקפים. עם זאת, היו השניים בדעה כי יש לאפשר למגורשים גישה אל הועדה המייעצת.

70. בענין מראו טענו העותרים, בין השאר, כי הסמכות לפי תקנה 112 אינה קיימת אלא אם כן ישנה מדינה אחרת שהביעה נכונות לקבל את המגורש. השופט חיים כהן קבע "תקנה 112 (1) מסמיכה את שר הבטחון, על דרך הסתם, ליתן צו על 'גירוש כל אדם מישראל' ומי שניתן נגדו צו כאמור, חייב להשאר מחוץ לתחום ישראל - ואין נפקא מינה אם קיימת מדינה אחרת אשר בה יוכל להשאר. סמכות כללית ובלתי מוגבלת היא, ואין אנו יכולים להגבילה בדרך הפרשנות השיפוטית" (שם, 143).

על ההגבלה המשמעותית שהגביל ביהמ"ש, בפרשה זו, את סמכותו שלו, נמתחה ביקורת רבה. במאמרו "פריקת סמכות ללא סמכות", עיוני משפט א (תשל"ג) 379, מזכיר משה פרוילך דברים שאמר השופט ברנזון בבג"צ 176/54 נחום נ' ועדת ערעור לפי חוק הנכים, פ"ד ט' 617: "יהיה זה משנה אם ביהמ"ש יראה נטיה לפרוק מעליו קמעא קמעא, כאילו בנפש חפצה, מן הכח והסמכות שנסתיירו לו, על סמך אמירה כללית בחוק זה או אחר" (בע' 632). ואומר מחבר המאמר: "על רקעם של דברים נוקבים אלו תמוהה היא התלטותו של בית המשפט העליון בבג"צ מראו" (שם, בע' 379).

71. ברוח זו נקבע בבג"צ 814/88 נסדאללה ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד מג(2), 265, כי אין לעשות שימוש בסמכות לפי תקנה 112 במטרה להרתיע אחרים, וכי הצו לגיטימי רק אם משוכנע מוציא הצו כי האדם המיועד לגירוש מהווה סיכון לבטחון האזור, וכי אמצעי זה נראה בעיניו חיוני לצורך ניטרולו של סכנה זו. כך קבע בית המשפט בבג"צ 672/88 לבדי ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד מג(2), 227, כי החלטת הגירוש היא פונקציה של הסיכון שמהווה אדם בשהותו בשטח שבשליטת צה"ל, ובמקרה שכליאתו אינה אמצעי יעיל המשיג את המטרה הבטחונית, אין היא פתרון שהייתב לנקוט בו.

לפי תקנה 112) להרים את נטל ההוכחה נגד חוקיות הצו, מול חוסר יכולתו לתקוף את הצו מהותית, קבע השופט בק בענין מטורי" כי אין להחמיר יתר על המידה עם העותר הטוען כנגד פגיעה באחת מחירויות היסוד של האזרח, ואין צורך בהמצאת ראיות לכאורה בעלות משקל כבד במיוחד כדי להעביר אל הרשות את הנטל להגיש ראיה בדבר חוקיות פעולתה.

לא מצאתי לנכון להכנס במסגרת זו לשאלת חסיון החומר המוגש על ידי הרשות שהוציאה את צו הגירוש לעדה המייצעת או לבית המשפט. חסיון זה מוטל מכח פקודת הראיות ואינו מיוחד רק לתקנות ההגנה, ומשום כך אין מקום להרחיב בנושא זה - מה גם שעושה החסיון קיים, אולי אף בחומרה יתירה, בחוק המעצרים. בולט לעין, אם כן, שבית המשפט העליון הגביל עצמו לבדיקת כשרות הצווים מכח תקנות 111 ו-112 ולא ירד לשיקוליו הענייניים של מוציא הצו, אם כי השתדל לפרש את הסמכות המוענקת בתקנות על דרך הצמצום - והראיה, ביטול צווי המעצר בענין אל כורי ואל כרבוטלי וההחלטה בענין מטור. אף על פי כן נותרה סמכותו מצומצמת ביותר, ובמיוחד לאחר שצמצם את גבולות התערבותו בפרשת מראר, ולאחר פסיקתו לגבי הועדה המייצעת מכח תקנה 112(8) בפרשת יוסרא קוואסמה - כאשר הותיר לנשואי הצווים מכח תקנות אלו סעד בלתי מספיק.

#### 4. חוק סמכויות שעת חירום (מעצרים) לעומת תקנה 111

חוק המעצרים אמור היה להכניס שיפור רב ומשמעותי בנהלי המעצר המינהליים בעצם יצירת הביקורת השיפוטית על צו המעצר גופו, לעומת המצב שהיה קיים קודם לכן לגבי תקנה 111, ולמעשה קיים גם כיום לגבי יתר הסמכויות התקפות בתקנות ההגנה.

בפועל, בשנים הראשונות לקיומו של החוק, נקבעה ההלכה שצמצמה את סמכותו של בית המשפט אף יותר מכפי שהיתה קודם לחקיקתו, וגרמה להפיכתו של החוק לכלי בידיו של שר הבטחון יותר מאשר בידיו של בית המשפט. כיום<sup>72</sup> ברור הוא שהביקורת השיפוטית על מתן הצו היא אבן היסוד לקיומו, ובית המשפט מחוייב לבדוק את שיקולי שר הבטחון לגופם בבואו להחליט אם יש מקום להאריך את הצו אם לא.

תקנה 111 לא קבעה הגבלת זמן באשר לאורכו של צו המעצר המינהלי שהוצא

72. בג"צ 792/88 מטור ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד מג(3), 542. החלטתה מהווה הרחבה מסויימת של סמכות בג"צ לעומת ההחלטה שניתנה בענינו של העותר בבשג"צ 22/89, פ"ד מג (2), 221.

73. "חשוב להדגיש כי חוק סמכויות שעת חירום (מעצרים) התשל"ט-1979 שיפר במידת מה את המצב המשפטי שהיה קיים קודם לחקיקתו מכח תקנות ההגנה המנדטוריות, בהעניקו ביקורת שיפוטית מוגבלת על החלטת שר הבטחון להורות על מעצר מינהלי: החוק מחייב להביא את צו המעצר המנהלי לאישורו של נשיא בית משפט מחוזי תוך 48 שעות. שינוי זה בחוק השווה במידת מה את ההליך להטלת מעצר מינהלי עם זה של מעצר טרום משפטי: בשני המקרים החלטת שר הבטחון או החלטת המשטרה לעצור חייבת לבוא בפני הערכאה השיפוטית" - ר' גביון זמ' גור-אריה, "מעצר מינהלי", זכויות האזרח (בטאון האגודה לזכויות האזרח) (1982), 1, בע' 5-6.

74. עמ"מ 1/80 כהנא; עמ"מ 2/80 בן יוסף (גדון); עמ"מ 1/82 קוואסמה.

75. בעקבות ההלכה שנקבעה בעמ"מ 2/86.

מכוחה. סמכותו של שר הבטחון לפי סעיף 2 לחוק מוגבלת להוצאת צו לשישה חודשים בלבד - וגם צו זה נתון לעיון מחדש של נשיא בית המשפט המחוזי מכת סעיף 5 לחוק. שר הבטחון אמנם רשאי להאריך את הצו מפעם לפעם - אך גם אז יהיה עליו לעבור את הביקורת השיפוטית.

תקנה 111 לא קבעה, למעשה, כל זכות לעציר המינהלי, זולת זו המנויה בתקנת משנה 111(4).<sup>76</sup> כדי להוודע על מקום מעצרו של ידדו, שנעצר מכח תקנה 111, נאלץ אחמד שוקי אל כרבוטלי, העותר בבג"צ 748, להגיש בקשת "הביאס קורפוס" לבג"צ.<sup>77</sup> חוק המעצרים, לעומת זאת, קובע כתנאי מפורש להפעלת הסמכות מכוחו את הבאת העציר בפני בית המשפט המחוזי לשם אישור הצו, ואם לא נעשה כן - לשחררו.<sup>78</sup>

החוק החדש מתיר אמנם סטייה מדיני הראיות<sup>79</sup> - אולם, למעשה, אין בכך כל חידוש לעומת המצב שהיה קודם לכן שכן בעבר נהג שר הבטחון להוציא תעודת חסיון.<sup>80</sup> משתוקנה פקודת הראיות, והוסף אליה סעיף 44 דהיום - נעשתה מלאכת בעל הסמכות קלה עוד יותר - והחוק החדש, הגם שהוסיף מגבלות, לא שינה לדעה בהרבה את המצב הקודם.

שיפור נוסף שנעשה מכח החוק הם תנאי החזקתו של העציר המינהלי. בעוד שבתקנות לא היתה כל הגבלה לגבי תנאי החזקתו, הרי שבתקנות לתנאי החזקתו של העציר המינהלי הוקנו לעציר זכויות רבות שנועדו להקל עליו בשעת מעצרו ולהדגיש את מצבו - שאין הוא אסיר שעבר עבירה ונשפט, ומשום כך נושא בעונש, שהרי המעצר המינהלי הוא מניעתי - ולא עונשי. בתקנות, לעומת זאת, לא היה כל הבדל בינו לבין אסיר שנשפט והורשע.

עם זאת - היקשה החוק בנושא אחד את מצבו של העציר לעומת מצבו כפי שהיה בעת שהיו נהוגות התקנות. מכח סעיף 8(ב) לחוק הוציא שר המשפטים צו שקבע כי מוסמך לשמש סניגור בהליכים לפי חוק זה רק מי שהוסמך כסניגור צבאי באישור בלתי מסוייג מכח סעיף 318 לחוק השיפוט הצבאי. הוראה מסוג זו לא היתה קיימת בהסדר לפי התקנות, וכפי שראינו בענין קהוג'י לא נהגו כך כאשר היתה התקנה בתוקף.<sup>81</sup>

- 
76. הועדה המייעצת - אך גם זו היתה סמכות שלאחר מעשה, שלא כמו בחוק, מקום שהוצאת האישור ע"י נשיא בימ"ש מחוזי היא תנאי למעצר.
77. סביר להניח כי במדינה מתוקנת תאורה, כפי שמדינת ישראל מתיימרת להיות, לא יהיה צורך בצו "הביאס קורפוס" לשם כך.
78. סעיף 4(א) סיפא.
79. סעיף 6.
80. כך היה בענין אצלן, לגבי צו שנתן המפקד הצבאי של הגליל מכח תקנה 125. הגם שבית המשפט העלה באותו מקרה חשד שלא נימוקי בטחון בלבד הם המסתתרים מאחורי ההחלטה - ונאלץ לקבל תעודה זו.
81. יש עוד לציין כי לגבי צווים מכח תקנה 111 היתה אפשרות, הגם שהיתה מצומצמת, לערער על החלטת בג"צ ע"י הגשת בקשה לדיון נוסף, אם כי גם היא מוגבל לכשרות הצו, ולא לנימוקים להוצאתו. אפשרות זו, כאמור, אינה קיימת לגבי החלטת בית המשפט העליון על ערעור מעצד מינהלי.

5.

### סמכויות אחרות בתקנות ההגנה (שעת חירום) 1945

פרק זה נועד לבדוק סמכויות אחרות בתקנות ההגנה שעת חירום שנותרו בעינן ולגביהן לא נמצא הסדר שונה, כפי שעשה לגבי תקנות 111-112 ב בחוק המעצרים, ששינה את ההסדר לגבי נושא המעצר המינהלי.

#### צווי צמצום והשגחה - תקנות 109-110

כפי שהיה גם לגבי תקנות 111-112 ב שבוטלו בחוק המעצרים, כפופות אף תקנות 109 ר 110 להוראה שבתקנה 108, המגבילה את סמכות מתן הצווים לפי התקנות שבפרק י' למצב בו ימצאו שר הבטחון או המפקד הצבאי כי נחוץ לתת צו כזה להבטחת שלום הציבור, הגנת ישראל, קיום הסדר הציבורי או דיכויים של התקוממות, מרד או מהומה. תקנה 109 מקנה סמכות להוציא צווי צמצום שתכליתם הגבלת תנועתיו של אדם, בהתאם לדרגות חומרה שונות.

תקנה 110 מקנה סמכות למפקד צבאי לקבוע כי אדם כלשהו יהיה נתון להשגחת המשטרה לתקופה שלא תעלה על שנה אחת - ואף זאת בכפוף לדרגות שונות של הגבלות. עם זאת, למעשה, חומרתה של הוראת תקנה 110 היא בכך שהפעלתה עלולה לגרום לתוצאותיו של צו הגליה, בכך שתוטל חובה להתייצב תכופות בתחנת משטרה המרוחקת ממקום מגוריו של מי שהצו מכוון אליו.<sup>81</sup>

גם בנושא תקנות אלו הרחיבה הפסיקה את סמכותו של מוציא התקנות והגבילה את סמכות הביקורת של בית המשפט העליון.<sup>82</sup> רק לאחרונה ניסה בית המשפט לשים סייגים ליכולת ההפעלה של תקנה 110 - בעיקר בעקבות ועל רקע חקיקת חוק המעצרים.

כבר בענין עלי נ' מפכ"ל המשטרה,<sup>83</sup> מקרה בו הוצא נגד העותר צו מכה תקנה 110, קבע בית המשפט: "לא לנו לחוות דעה אם אמנם המטרה תושג על ידי הצו. דבר זה מסור, לפי תקנה 108, לשיקול דעתו המוחלט של המשיב, ומאחר שלא ראינו במעשהו שרירות לב או העדר שיקול דעת, אין אנו רואים צידוק לעצמנו להתערב בענין."<sup>84</sup>

שיקול הדעת עליו דיבר ביהמ"ש בפרשת עלי מסור, מכה תקנה 108, למפקד הצבאי - ובהתאם להוראות תקנה זו עליו להפעילה. "שיקול הדעת ניתן למפקד ולא לבית המשפט. הוא רשאי אף להוציא את הצו אף אם הדבר נראה לו כמועיל. תפקידו של בית המשפט במקרים כגון אלו הוא רק לבדוק אם אמנם הוצא הצו על ידי המפקד, מפני שבאמת נראה לו בתום לב כנחוץ או כמועיל לנהוג כך למען בטחון הציבור" אמר הנשיא אולשו בפרשת חסניי - ודברים דומים אמר גם השופט שמגר בענין בן ציון: "סברתו של מי שמוסמן לתת את הצו כי הדבר דרוש או מועיל די בה כדי לשמש יסוד מספיק."<sup>85</sup>

82. א' רובינשטיין. המשפט וקונסטיטוציות של מדינת ישראל, מהדורה שלישית מורחבת, התשמ"א, בע' 222.

83. דברי הנשיא אגרוט בפרשת אל איובי, שצוטטו בהרחבה, לעיל פרק 3.

84. בג"צ 197 / 53 איסמעיל חאג' עלי נ' המפקח הכללי של המשטרה, פ"ד ז 913.

85. לאור הנסיבות שנדונו באותה פרשה - שתי כיתות עוינות זו לזו, שהאחת תמכה במדינה והשנייה נגדה. ראש הכתה התומכת במדינה נרצח ואנשי הכיתה האחרת לא שיתפו פעולה עם המשטרה לגילוי הדוברים.

86. שס, 914.

87. בג"צ 156 / 59 חסניי נ' המושל הצבאי לאזור התיכון, פ"ד יג 1534, 1536.

גם בפרשת אל אסמר<sup>88</sup> חזר בית המשפט על הקביעה כי בית המשפט יתערב בהחלטה רק אם נעשתה שלא בתום לב ובשל שיקולים שלא לענין. באותו מקרה הרחיב בית המשפט - וקבע כי ענין מיקום הצו הוא ענין הנתון לשיקול דעתו המוחלט של מוציא הצו - ובית המשפט לא יתערב בכך. הפעם הראשונה בה נזעק בית המשפט להגן על סמכויותיו היתה בפרשת אבו גוש<sup>89</sup>. באותו מקרה הוצאה תעודת חסיון מטעם שר הבטחון לגבי השיקולים שהנחו אותו בהוצאת הצו מכח תקנה 110. השופט חשין קבע כי תעודה מעין זו אינה מונעת את האפשרות מצד בעלי הדין לחקור את הרשות המוסמכת ולהעלות מדבריה אם לא שיקולים שאינם שיקולי בטחון הינחו אותה בהוצאת הצו.<sup>90</sup> דברים אלו של השופט חשין נועדו לשבור את מחסום המילים "שיקולי בטחון" - והעולה מכך הוא שבית המשפט יבדוק אם היו אלו שיקולים בטחוניים או אחרים שהנחו את הרשות. אלא שבכך לא אמר מפורשות מה מותר וצריך לשקול - ומה אסור.

התפנית במגמת בית המשפט באה בפסק דינו של השופט שמגר בפרשת בראנסהי<sup>91</sup>. השופט שמגר קבע מפורשות כי הסמכות שבתקנה 110 (ולמעשה, בכל פרק י' לתקנות ההגנה) היא סמכות שלא ניתן להפעילה כעונש על מעשי העבר - אלא זוהי סמכות מניעתית, ואין לעשות בה שימוש אלא אם כן מתחייב הדבר כדי למנוע סכנה צפויה.<sup>92</sup>

כבר בפרשת אל אסמר אמר הנשיא אגרנט דברים ברוח דבריו של השופט שמגר - דהיינו: כי אין לענוש על פעולות העבר באמצעות תקנה 110. אולם השופט שמגר ממשיך ומפרש את תקנה 110 על דרך הצמצום: "אין ספק שתקנה 110 הנ"ל מעניקה סמכות מרחיקת לכת, אשר יש להשתמש בה בזהירות הראויה ונתון הקפדה דוקנית על קיומם של התנאים המוקדמים, המצדיקים הפעלתה. מסיבה זו גם יבדוק ביהמ"ש את הפעלת הסמכות בקפידה הראויה, ועל כן אין בית משפט זה נוהג עוד באותם צמצום והגבלה עצמיים, שאפיינו את הפסיקה האנגלית

88. בג"צ 369/79 בן ציון נ' מפקד אוזר יהודה ושומרון, פ"ד לד(1) 145, 150.
89. בג"צ 89/71 אל אסמר נ' אלוף פיקוד המרכז, פ"ד כה(2) 197.
90. בג"צ 188/53 אבו גוש נ' המפקד הצבאי בפרוזדון ירושלים, פ"ד ז' 941.
91. "אין דינה של התעודה דין הוכחה, ואין היא עשויה כלל ועיקר לשכנע את בית המשפט כי טעמי בטחון אלה האמורים בה אמנם נשקלו ע"י הרשות המוסמכת והגיעו לפעול כאשר פעלה... אין כל קסם במילים 'טעמי בטחון' ומצב בטחוני' כדי להצדיק את פועלה של הרשות המוסמכת ולמנוע מבית משפט זה לעמוד על צדקתם של דברים ומעשים. אם יתחוויר לבית המשפט כי מילים אלה משמשות רק מסך הסוואה לשדירות לב, למעשי זדון ולכוונות בלתי חוקיות, לא יהסס לקבוע זאת בוודות כדי שיעשה צדק לאזרח הנפגע ללא חוק" - שם, 943.
92. בג"צ 554/81 בראנסה נ' אלוף פיקוד המרכז, פ"ד לו (4) 247.
93. קודם לכן, בבג"צ 56/65 סברי ג'ויס נ' המפקד הצבאי לאזור א', פ"ד יט(1) 260, 261, קבע ביהמ"ש כי העותר המשיך לדגול בדיעותיה של תנועת אל-א'רד, שהוכרזה כארגון בלתי מותר מכח תקנה 94 לתקנות - ומשום כך אין מקום להתערב במתן הצו. "בלאו הכי תחום ההתערבות של ביהמ"ש זה בצו שניתן לפי תקנה 110 מוגבל ביותר, כפי שנספק בבג"צ 50/46/".



המקבילה, שבחנה את הפעלת הסמכויות הדומות באנגליה (Anderson, *Liversidge v.*) פסיקה שגם מצאה הדיה בבג"צ 46/50. מגמתו של השופט שמגר, כפי שהביע אותה בפרשת בראנסה, נקלטה היטב בפרשת בראנסה שנדונה בבג"צ זמן לא רב אחר כך. השופט שלמה לזין נוקק שם לתקנה 110 כאשר בחן סידור לתת היתר יציאה מהארץ מכח הוראות אחרות בתקנות - היתר שסרבו לתיתו לאחותו של בראנסה (שאת הצו מכת תקנה 110 שניתן נגדו אישר השופט שמגר בבג"צ 81/554). אמנם, דבריו של השופט לזין באותו ענין היו על דרך ההיקש - אך אין ספק שחשיבותם רבה כדי להוכיח כי מגמתו של השופט שמגר בצמצום הסמכות מכח תקנה 110 נקלטה גם נקלטה: "אין חולק על כך שבבוא המפקד הצבאי להפעיל את סמכותו לפי תקנה 110 לתקנות ההגנה (שעת חירום) 1945, חייב מכלול הראיות להצביע על סכנה הצפויה מהעותר בעתיד... שהרי הכלל בסוגיה ההיא הוא שזכותו של האזרח היא לנוע בתחומי המדינה ללא הגבלה, ומי שמבקש להטיל הגבלות על הזכות האמורה חייב לסמוך על חומר ראייתי בעל משקל מתאים ואמין".

94. עם זאת, לא עצם השופט שמגר את עיניו נוכח המציאות, והוא קובע כי ניתן לעשות שמוש בסמכות מכח תקנות אלו גם מקום שלא ניתן להגיש כתבי אישום (העותר טען כי לא ניתן להגיש נגדו כתב אישום, ומקום שלא ניתן להגיש כתב אישום ממילא לא ניתן להוציא צו הגבלה): "גם בדיקה קפדנית אין בה להוליך למסקנה כי כל מקום בו לא ניתן להגיש כתב אישום, אין גם ממילא מקום למתן צו הגבלה. מסקנה כאמור הייתה מייחצת את קיומו של חלק י' הנ"ל של התקנות על הסמכויות המפורטות בו, שנוצרו... לא כדי לעווש עבור מעשי העבר אלא כדי למונע סכנה שפניה לעתיד. יכולות להיות נסיבות, ואלו קיימות, למשל... כאשר מצטברות בידי הרשויות המופקדות על כך ראיות אמינות ובדוקות בדבר הכותיו או פועלו של פלוני, אשר להן השלכה לעתיד מבלי שתהיה אפשרות להביא את העדים, כדי שיעידו על מה שחזו בעיניהם או שמעו באוזניהם... אך חששו של עד אינו מונע מהמופקדים על כך את בדיקת אמינות דבריו בדך אחרת, ואם יש אימות על יסוד בדיקה יסודית ומהימנה לגירסה, והעולה מדברי העד, יכול הדבר להצדיק הפעלת סמכויות לפי תקנה 110, גם מבלי העימות באולם בית המשפט, אשר העד אינו מוכן לר" (שם, 252, ההדגשה במקור).

95. שם, 251. אמנם, בענין אל איובי אומר הנשיא אגרנט דברים הנראים דומים, לכאורה: "ברוך כי הסמכות המוקנית בידי המפקד הצבאי לפי תקנה 110 היא סמכות רחבה ביותר ורק קיום מצב של שעת חירום יש בו משום צידוק למתן והשארת הסמכות הזאת בידי הרשות האמורה. כמו כן, מתפקידו ואחריותו של המפקד הצבאי לשקול היטב... את זכות האדם החשוד לחירות וחופש התנועה מצד אחד לעומת האינטרסים הגבוהים הנעוצים בבטחון המדינה מצד שני, ורק אם הוא משוכנע כי האינטרסים האלה מחייבים זאת יהא מחובתו להעדיף אותם על שיקולי הסבל ואי הנוחות העלולים להגרם לאדם שעליו עומד המפקד הצבאי להטיל את הפיקוח הנדון" - שם, 228\*229.

אולם יש לקרוא אותם יחד עם דבריו שנאמרו קודם לכן: "סמכותו של בית משפט זה, בבואו לבדוק את פעולת הרשות המוסמכת הפועלת מתוקף תקנות ההגנה... היא בעלת אופי מצומצם ביותר. תפקידו של בימ"ש זה הוא רק לבדוק אם הרשות הנדונה לא חרגה מד' אמותיה של התקנה" (שם, 227\*228) - כך שלמעשה יש בדברי הנשיא על השקילה היטב של המצב בידי המפקד הצבאי יותר בבחינת "מס שפתיים", לדעתו, מאשר קביעת דריסת רגל לבית המשפט.

96. בג"צ 83/488, 496, 505 בראנסה נ' המחלקה לאשרות ואזרחות ואח'; דסקוי נ' שר הפנים ואח'; כרים נ' שר הפנים, פ"ד לז(3) 222.

בדברים אלו אפשר ותמצא התשובה לשאלה שהותיר השופט חשין בצורך עיין בפרשת אבו גוש - האם ניתן להשתמש בסמכות מכח תקנה 110 מקום שמי שהוצא נגדם צו מכה תקנה זו לא שיתפו פעולה עם המשטרה לגלות עקבותיהם של פושעים. השופט חשין שאל אז אם צו כזה יהיה כשר מבחינת השיקולים שיכול לשקול מוציא הצו. באותו ענין, כאמור, לא היה צורך בפתרון סוגיה זו - אך נראה, לאור קביעתו של השופט שמגר, כי שימוש בשיקול כזה יפסול את ההחלטה (ואת הצו שניתן מכוחה) באשר תקנה 110 לא נועדה לענוש אדם על מעשה או על אי שיתוף פעולה עם השלטונות, אלא רק למנוע סכנה צפויה עתידית מהאיש. עולה, אם כן, כי עד לפסיקתו של השופט שמגר בפרשת בראנסה, והחזוק לה בדברי השופט ש' לזין בענין בראנסי, ראה בית המשפט את הסמכות המוקנית למפקד הצבאי מכה תקנות 109 ו-110 כסמכות רחבה ומיעט להתערב בה, אלא אם כן ראה עצמו נפגע בשל הוצאת תעודת חסיון, כפי שהיה בענין אבו גוש. פסיקתו של השופט שמגר הפכה את הקערה על פיה, והביאה להגדלת הביקורת השיפוטית מחד וצמצום סמכות המפקד הצבאי מאידך.

### ג. החזמה והריסה של רכוש - תקנות 119-120

תקנה 119 מעניקה למפקד הצבאי את הסמכות להחרים, ואף להרוס, מבנה או בית או קרקע שמהם נעשה שימוש באמצעי חבלה - וכן מבנה שיש חשד שבעליו עברו עבירות על תקנות ההגנה - עבירות הכרוכות באלימות או בהטלת אימה או כאלו שיש להעמיד עליהן לדין בפני בית משפט צבאי. הסמכות היא כה רחבה - עד שניתן להפעילה לא רק נגד מי שעבר את העבירה בפועל, אלא גם נגד מי שרק ביצע נסיון לעבור את העבירה, ואף כלפי מי שחזק את ידי העובר את העבירה, או שהיה שותף לאחר מעשה.

זוהי, למעשה, סמכות הנרתנה למפקד הצבאי להטיל עונש בנוסף לענישה בידי בית המשפט<sup>97</sup>, אם יימצא האיש אשם בדין (הגם שהסמכות האמורה מוקנית למפקד הצבאי אפילו בטרם הוגש כתב אישום) - להחרים או להרוס רכוש של עבריין כזה. כל שנדרש מהמפקד הצבאי הוא "טעם לחשוד" וכן ש"נוכח לדעת". ענישה מסוג זו פוגעת לעיתים קרובות לאו דוקא בעבריין עצמו. מדרך הטבע נפגעים גם בני משפחתו של האיש הדרים עימו באותו בית. יתירה מזאת. תיתכן אפשרות של פגיעה אף בצד שלישי, שאין לו שום קשר לעבירה. אפשרות זו מוזכרת אף בתקנה עצמה - של פגיעה באדם (או גוף) המחזיק בשעבוד על ביתו של העבריין. עם החחרמה מותרות גם זכות השעבוד שהיתה לו על הבית, והוא אינו יכול לממש את זכותו. ממילא אמורים הדברים גם לגבי צו הריסה - שאז אין לו כבר מה לממש.

שיקול דעתו של המפקד הצבאי, אם כן, אינו תלוי בפסק דין של בית המשפט - והוא, למעשה, שיקול דעת מוחלט. "לצורך הבסיס הראייתי להפעלת שיקול הדעת על פי תקנה 119, אין המפקד הצבאי זקוק לפסק דין מרשיע של ערכאה שיפוטית, והוא עצמו אינו בית משפט. מבחינתו שלו השאלה היא אם אדם סביר היה רואה בחומר המצוי לפניו חומר בעל ערך הוכחתי מספיק" אמר השופט ברק

בפרשת המריי. על שיקול דעתו המוחלט של המפקד הצבאי ניתן להסיק גם מדברי השופט שמגר בפרשת חאמד.<sup>98</sup>

אולם גישתו של הזרם החדש בפסיקת בית המשפט העליון,<sup>99</sup> שמגמתה צימצום הסמכויות מכח תקנות ההגנה, באה לביטוי בפסק דינו של השופט ברק בענין חמרי, שם מזהיר השופט בפני שימוש בלתי זהיר בסמכות מכח תקנה 119.<sup>100, 101</sup>

את יישומה של קביעה זו ביצע השופט ברק כבר בפרשת אבו עלאן.<sup>102</sup> באותו מקרה הורה המפקד הצבאי לאטום את בתיהם של ארבעה מבין חמישה חשודים בידוי אבנים לעבר מכונית צבאית - ובמהלך התקרית נהרגה חיילת. הארבעה תודו בידוי האבנים. לגבי החשוד החמישי, שהיה אחד ממנהגי החוליה שהשליכה את האבנים, הורה המפקד הצבאי להחרים את ביתו - אך לא לאטמו.

העותרים טענו כי התגובה מצד השלטונות היתה קיצונית וחרפה מדי, ויש בה פגיעה בחפים מפשע, שכן בעבר נעשה שימוש בסנקציה זו רק לגבי מנחי מטעני חבלה. השופט ברק בדק אם פעל המפקד הצבאי בהתאם לגישה אותה התווה בענין חמרי - וענה על כך בחיוב. חומר הראיות היה מספיק כדי לשכנעו בקשר בין החשודים להשלכת האבנים שגרמה למוות - וההחלטה לאטום היתה, לדעתו, התאמה ראויה בין חומרת המעשה שיוחס לחשודים לבין חומרת הפעולה שנוקטה.

98. "הלכה פסוקה היא כי עשיית השימוש בסמכות הקבועה בתקנה 119(1)... אינה מותנית בהרשעתם של מבצעי העבירה שבגינה נעשה שימוש בסמכות האמורה; ולענינו די בכך שבא לפני מפקד כוחות צה"ל באזור חומר ראייה, שיש בו כדי להניח את דעתו... כי מגישה עבירה מן המפורטים בחלופה השנייה שבתקנה 119(1) הנ"ל בוצע בידי מי שמתגורר במבנה שלגביו נעשה שימוש בסמכותו הקבועה בתקנה זו" - השופט קדמי בג"צ 802/89 וסמאן ואח'י ו' מפקד כוחות צה"ל באזור חבל עזה, פ"ד מג(4), 464 461.
99. בג"צ 362/81 חמרי ו' מפקד אזור יהודה ושומרון, פ"ד לד (3) 439.
100. בג"צ 22/81 חאמד ו' מפקד אזור יהודה ושומרון, פ"ד לה(3) 223. שם נדונה עתירתו של אדם שחשש כי המימשל הצבאי עומד לפוצץ את ביתו. באותו מקרה החליט המפקד הצבאי לאטום חדר אחד מתוך שני חדרים בביתו של כל אחד משני אנשים, שאחד מהם הודה בפעילות עויינת וכן בהחזקת רימון בביתו, ואילו השני השתתף בעבירות אחרות ואף הוזיק תחמושת במחבוא ליד ביתו. השופט שמגר מצא כי הדרושה בתקנה 119 באשר להוכחה הדרושה להפעלת התקנה לגבי שיקול דעתו של המפקד הצבאי התמלאה בענין זה.
101. פס"ד בראנשה, לעיל פרק א5.
102. מן המפורסמות הוא, כי האמצעי, הטמון בהוראת תקנה 119, אמצעי תריף וחמור הוא, וכי השימוש בה ייעשה רק לאחר שקילה ובדיקה קפדנית, ורק בניסיונות מיוחדות. זאת ועוד. במסגרתה של תקנה 119 עצמה מצויינות דרגות שונות של אמצעים על פי חומרתם, החל בהחרמה בלבד, עבור להחרמה המלווה באטימה חלקית או מלאה, וכלה בהריסת המבנה. אך טבעי הוא כי חומרתו של האמצעי, הנקט על ידי המפקד הצבאי, ותא קשורה בחומרתו של המעשה, שבוצע על ידי הדייר, וכי רק במקרים מיוחדים ייקט האמצעי של הריסת המבנה". שם, 443.
103. למרות זאת קבע המשפט לאחרונה כי שיקול דעת לפיו על ההריסה להוות הדגשה לתושבי האזור מה החומרה הרבקה בביצוע פעולות קטלניות אף היא שיקול כשר בידי המפקד הצבאי בבואו לשקול הוצאת צו הריסה - בג"צ 796/88 אח'ליל ו' שר הבטחון, פ"ד, מג (1) 568.

חיזוק נוסף לגישה זו ניתן לראות גם בפסיקת בית המשפט בפרשת סחוויל - שם פסל בית המשפט את טענת העותרים כי השימוש בהוראות תקנה 119 כלפי אחד מתוך קבוצת השוידים באותו מעשה, ואי השימוש בה לגבי שאר החשודים, הוא בבחינת אפליה פסולה הפוגמת בצו שניתן מכת התקנה.<sup>104</sup> הפסיקה קבעה, אם כן מספר תנאים שעל המפקד הצבאי לענות עליהם בשימוש בתקנה 119: חומר ראיות שאדם סביר היה רואה בו חומר בעל ערך הוכחתי מספיק<sup>105</sup>,

שקילה ובדיקה קפדנית והפעלת הסנקציה רק בנסיבות מיוחדות<sup>106</sup>, פרופורציה בין המעשה ודרגת הסנקציה<sup>107</sup> ושיקולים סבירים וענייניים שאינם מושפעים מלחצים זרים.<sup>108</sup>

אולם, כאמור, תקנה 119 טומנת בחובה השפעה על חפים מפשע. גם סוגיה זו עלתה בפני בית המשפט בדיון בתקנה 119. ואולם, אף על פי כן לא ראה פסול בשמוש בתקנה 119 גם במקרה כזה.<sup>109</sup>

תקנה 119, במקורה, נוקטת בלשון רבים<sup>110</sup> לגבי מי שעבר את העבירות בגין ניתן להפעיל את תקנה זו. העותרים בענין חמוי ניסו להתבסס על טענה לפיה מכיוון שהתקנה נוקטת בלשון רבים ניתן להפעילה רק כנגד דיירי מבנה שלמעלה מאחד מאנשיו ביצע את העבירה. השופט ברק דחה טענה זו - וקבע כי גם אחד מבין מספר מתגוררים הוא בגדר "SOME OF THE INHABITANTS".

נושא חשוב שהועלה לאחרונה בפני בית המשפט העליון הוא זכות הטיעון של מי שנגדו הוצא הצו - ומפסיקת בית המשפט ניתן, אולי, ללמוד, על מגמה של עשיית

104. בג"צ 126/83 אבו עלאן נ' שר הכוחות, פ"ד לז(2) 169.
105. דוקא העובדה שרק כלפי עבריין אחד ניתנת ההוראה בענין אטימת החדר מצביעה על כך שלא בנקל ולא מתוך שרירות לב החליט המשיב מה שהחליט. יש לזכור שהמדובר בתקנה 119 בפעולת עושיין בלתי שגרתיות, שמטרתה העיקרית היא הרתעה מפני ביצוע מעשים דומים, ובמקרים כגון אלה אין כל פסול בכך שהרשות המוסמכת משתמשת בסמכותה כלפי אדם אחד, והיא אינה משתמשת בה כלפי האחרים מכיוון שלדעתה די בנסיבות הענין בענישה מרתיעה מסוג זה במקרה אחד על מנת להשיג את המטרה הנדרשת. אין, על כן, כל מקום לטענת אפליה במקרים כגון אלה - בג"צ 434/79 סחוויל נ' מפקד אוזר יהודה ושומרון, פ"ד לד(1) 464, בע' 446.
106. פס"ד חמוי.
107. פס"ד חמוי.
108. פס"ד חמוי ואבו עלאן. לענין זה אומר הנשיא שמגר בענין האגודה לזכויות האזרח (להלן הערה 112) "הפיקוח השיפוטי בוחן אם שיקול הדעת מופעל כדיון. ובהקשר זה אף ניתנת הדעת לשאלה, אם ההחלטה ושקלה ונבדקה כראות, ובין היתר, גם אם ההפעלה, ומידת ההפעלה, של התקנה תואמות את הומרתו של המעשה אשר בעטיו מתכוונים ליישמה, בעקבות הבדיקה שנגרסה לפי אמות מידה אלה" (בע' 539-540).
109. פס"ד אבו עלאן.
110. "מודעים אנו לכך, כי אף אמצעי ביניים זה אינו קל כלל ועיקר, וכי כתוצאה ממנו עלולים לסבול בני משפחותיהם של החשודים, אשר להם לא יוחסה כל עבירה על התקנות. אכן, לא לשם העונשתם של אלה באה הסנקציה, הקבועה בתקנה 119, אלא לשם הרתעתם של מפירי הסדר, אשר בהתנהגותם גורמים לפגיעות קשות וקטלניות באנשים אחרים, שאף הם חפים מפשע" - השופט ברק בפרשת אבו עלאן, בע' 173.

שימוש בכלי שיצר חוק המעצרים, ודהיינו, הביקורת השיפוטית, במגבלות המחייבות מעצם הסמכות הקבועה בתקנה 119 - ודהיינו, במתכונת של "זכות טיעון" לפני ביצוע צו ההריסה.

בפסק דינו בענין האגודה לזכויות האזרח נוקט הושיא שמגר בגישה המחייבת מתן אפשרות למי שנגדו הוצא צו הריסה למצות את זכות הטיעון בפנייה לערכאות השונות בטרם ימומש הצו - וממליץ, במקרים דחופים, לבצע קודם להריסה פעולת אטימה של המבנה, עד לסיום מיצויה של זכות הטיעון, הגם שהוא מסייג זאת במקרים בהן אין נסיבות צבאיות מבצעיות שבהן ענין הביקורת השיפוטית אינו מתיישב עם תנאי המקום והזמן או אופיין של הנסיבות, בהן רואה הרשות הצבאית צורך מבצעי בפעולה מיידית<sup>111</sup>. בפסק דין זה, למעשה, מרחיב הושיא בחשיבותה של הביקורת השיפוטית וזכות הטיעון נגד צו ההריסה לאחר שחיונה דעתו קודם בנושא זה בענין אלג'מל<sup>112</sup>.

עם זאת, אין בפסיקה התייחסות לגבי צד שלישי העלול להפגע כתוצאה מהפעלת התקנה. אם לגבי יתד דיירי הבית שיפגעו כתוצאה מהפעלת התקנה ראה בכך בית המשפט בבחינת רע הכרחי למען "יראו וייראו" - הרי שלגבי צד ג' כאמור שתיק. נראה, כי כאן יהיה מקום להפעיל את סיפת תקנה 119 המקנה לשר הבטחון סמכות למחול על ההחרמה - ואז תוקנינה מחדש הזכויות לאותו צד ג'. ואולם, פעולת המחילה האמורה היא בשיקול דעתו המוחלט והבלעדי של שר הבטחון, ואין עליו כל כפיה או הוראה מנחה בנושא זה. רוצה - ימחל. לא ירצה - לא ימחל<sup>113</sup>.

תקנה 120 היא למעשה המשכה של הוראת תקנה 119, כאשר הסנקציה שניתן להפעילה על ידי השימוש בתקנה 120 היא חרמת רכושו של אדם, יחיד, העובר עבירה המוזכרת בתקנה 119. אולם כאן שונה ההסדר במקצת לעומת זה הנוקט בתקנה 119. הסמכות נתונה בידי שר הבטחון בלבד, בעוד שבתקנה 119 היא מוקנית למפקד הצבאי - וגם כאן נקט מתקין התקנות במלים "נוכה לדעת" לגבי השימוש בשיקול הדעת להפעלת הסמכות. בהעדר פסיקה לגבי תקנה זו יש להניח כי פירוש המונח יהיה כפי שפורש מונח זה לגבי תקנה 119.

בתקנה 120 לא קיימת אפשרות מחילה של שר הבטחון על ההחרמה - סמכות הקיימת בתקנה 119. ואולם, מאידך - בהפעלת תקנה זו אין משום פגיעה בחפים מפשע, שכן הרכוש המוחרם הוא רכושו של העבריין עצמו. משום כך, נראה כי כבר בשימוש בסמכות למחול על ההחרמה או האטימה של המבנה, כאמור בסיפת תקנה 119(1), יש משום הסדר שנועד למנוע פגיעה, או, לפחות הקטנת הנזק, לחפים מפשע - הן ממשפחתו של העבריין והן צד ג'.

111. "SOME OF THE INHABITANTS".

112. בג"צ 358/88 האגודה לזכויות האזרח בישראל ואח' נ' אלון פיקוד המרכז ואח', פ"ד (מגז) 529.

113. בכך למעשה מנסה הושיא שמגר להרחיב את אפשרות השימוש בביקורת השיפוטית, קרי, השגה או עתירה, ותן שהוא מציב מספר הצעות שמימושן יהיה בו כדי להעמיד את הביקורת השיפוטית, אם לא כתנאי ליצירת הצו - לפחות כחליך הנלווה אוטומטית למתן הצו, למעט במקרים בהם הנסיבות מצריכות פעולה מיידית.

בג"צ 228/89 פתחי עבדאללה מחמוד אלג'מל נ' שר הבטחון, פ"ד (מגז) 66. באותו ענין נטען על ידי העותרת כי השיהוי הרב בין מועד ביצוע העבירה לבין המועד המיועד לביצוע הצו, כשנתיים לאחר מכן, יש בו כדי לפסול את צו ההריסה. הושיא שמגר קבע כי העיכוב נגרם בשל הרצון לאפשר לעותרת למצות את זכות ההגשה והעתירה - ומשום כך הוא מקובל עליו ואינו מהווה פגם.

דוקא משום שהוראות תקנות 119-120 הן תקנות עונשיות, שנועדו לשימוש אחרי ביצוע העבירה (ולא כפעולה מניעתית) - יש חשש לשימוש שיחמיר עוד יותר את העונש שיוטל על העבריין - שכן זוהי סמכות ענישה מקבילה, אף ללא משפט, תוך התעלמות מעקרון ה"סיכון הכפול" שבדיני העונשין. ומשום כך העדיף בית המשפט להגביל את השימוש בסמכות מכת תקנות אלו במידת האפשר - ובכך יש לראות, לדעתי, את מגמת הצרת הסמכויות והרחבת הביקורת על השימוש בהן שמפעיל בית המשפט העליון מאז נחקק חוק המעצרים.<sup>114</sup>

#### ג. שטחים סגורים - תקנה 125

תקנה זו קובעת כי מפקד צבאי רשאי להכריז בצו על כל שטח או מקום כי הם שטח סגור - וכל הנכנס או היוצא משטח זה ללא תעודת היתר שניתנה לו מהמפקד הצבאי יואשם בעבירה על תקנה זו.

בית המשפט העליון, כאשר נזקק לתקנה 125, העדיף לדון בהיתר הניתן מכת התקנה - ומיעט לדון בתוקף צו הסגירה עצמו. בפרשת אצלמן<sup>115</sup> תקפו העותרים, במקביל לבקשתם להיתרי כניסה ויציאה מהשטח הסגור, גם את צו הסגירה עצמו. "לא נוכל לשעות אל טענה כזו בבקשה זו, שבה מתבקש בית המשפט לצוות על מתן רשיונות על סמך אותו צו עצמו. אין המבקשים יכולים לתקוף את הצו, ובעת ובעונה אחת לבקש שהמשיב יפעל על פיו"<sup>116</sup> אמר הנשיא לדוי, ומנע בכך מהעותרים לטעון טענה חלופית, מבלי שנכנס בכלל לבדיקת תוקף הוצאתו של צו הסגירה.

באותה פרשה נדונה משמעותו של ההיתר שמוסמך המפקד הצבאי לתת. "רשיון המפקד הצבאי הוא בבחינת פריווילגיה המשהדרת אדם פלוני מפעולתו הכללת של הצו. אם המפקד הצבאי מוצא לנכון שלא להעניק את הפריווילגיה הזאת למבקש, אין עליו להצדיק את סידורו בפני בית משפט זה, אלא על המבקש לשכנע את בית המשפט שהמשיב פעל בשרירות לב או בכוונה רעה"<sup>117</sup> קבע השופט לדוי, ובכך הגדיר את ההיתר, למעשה, כחריג לכלל הנמצא בשיקול דעתו המוחלט של המפקד הצבאי.

מגמת אי הכניסה לשיקולי הוצאת צו הסגירה ניכרה גם בפסק דינו של השופט יצחק כהן בפרשת ועד עקורי איקריית כפר רמה<sup>118</sup>, שם יצא השופט מהנחה שצו הסגירה הוצא כדין: "עליו לדון בעתירה מתוך הנתה שצווי הסגירה ניתנו כדין, היינו, שלמפקדים הצבאיים היו טעמים בטחוניים ממשיים להוצאת הצווים. כדי להצליח בעתירתם על העותרים להראות שהתנאים שבעטיים הוצאו הצווים אינם קיימים עוד, ולפיכך אין סיבה שלא לבטל את הצווים."<sup>119</sup>

בית המשפט העדיף, אם כן, לבדוק את ההחלטה על אי מתן היתרי כניסה לשטחים הסגורים במקום לבדוק את תוקף הצו - אך גם בנושא זה הגביל את ביקורתו, והרחיב, במקביל, את סמכויותיו של המפקד הצבאי. בפרשת אל יוסף<sup>120</sup> ראה

114. "רשאי שר הבטחון" כלשון התקנה.

115. שכן כל פסקי הדין הג'ל ניתנו לאחר חקיקת חוק המעצרים.

116. בג"צ 288/51 אצלמן נ' המושל הצבאי של הגליל, פ"ד ט 689.

117. שם, 694.

118. שם, שם (ההדגשה שלי - ק.א.).

119. בג"צ 141/81 ועד עקורי איקריית כפר רמה נ' שר הבטחון, פ"ד לו (1) 129.

120. שם, 133.

השופט לנדוי את סמכותו של המפקד הצבאי כרחבה דיה כדי לאפשר את הצבת גבול השטח הסגור אף בין מגוריו של אדם לבין אותה חלקת קרקע אותה נהג לעבד קודם לכן. בפרשיות פעור<sup>121</sup> ואל כאואלדי<sup>122</sup> דחה בג"צ את העתירות כנגד אי מתן היתרי כניסה לאזורים הסגורים לאחר שלא הוכח במידה מספקת רישומם של העותרים כתושבי השטחים שנסגרו.

יתירה מזאת. בפרשת אל פאתח<sup>123</sup> קבלו העותרים על כך שלא ניתנו להם אישורים לעבד את האדמה המצויה בשטח שנסגר, בעוד שלמי שחכרו שטחי קרקע בשטח הסגור ניתנו אישורים כאלה - ואפילו לערבים שבאו לדעות את עדריהם ניתנו אישורים כאלה. המושל הצבאי של האזור לא התנגד להוצאת הרשיונות, אולם היתנה את הוצאתם בהמצאת הוכחות על זכויות בעלות או זכויות חכירה בשטח הסגור.

השופט ויתקון, בדעת מיעוט, לא ראה מקום לשלול את החלטתו של המושל הצבאי<sup>124</sup>. ואולם, דעת הרוב ראתה בשיקולו של המושל הצבאי שיקול בלתי הוגן, וקבעה כי יש לקבל את העתירה. עם זאת הוסיף השופט לנדוי הסתייגות, כשהוא מדגיש כי הסיבה לקבלת העתירה היו שיקולים וזים שהפעיל המושל: "אילו היה המושל הצבאי חוסם את הדרך בפני הכל מטעמי בטחון, לא יכולנו לבוא בטענות עימו. אולם כשהוא מעניק רשיונות, לצרכי עיבוד קרקעות, לבעלים החוקיים ולחוכרים... הרי שלא שיקולי בטחון לפניו, כי אם שיקולים אחרים שאינם נוגעים לענין... על הממונים לתת דעתם בבואם לדון בבקשה למתן רשיון כניסה לשטחים הסגורים, גם בזכויות חזקה ממושכת שיוכחו לפניהם. מובן שרשיונות לאלה, כרשיונות לכל האחרים, מותר לתיחס או למנוע את נתינתם, משיקולים של בטחון"<sup>125</sup>.

אולם לא תמיד היו אלו השופטים שהגבילו את יכולת הביקורת של בית המשפט לגבי צווים והיתרים מכח תקנה 125. סעיף 44 לפקודת הראיות, המעניק זכות חסיון לראיות ששר הבטחון יוציא בגינו תעודת חסיון מטעמי בטחון, היה אבן נגף אחרת בדרך של בית המשפט בביקורתו על השימוש בתקנה 125.

שימוש בסעיף 44 הנ"ל נעשה בפרשת אל יוסף. באותו מקרה מנעה תעודה זו את בידור טעמי הסיור להעניק היתר כניסה לאזור הסגור - אולם כשהוצאה תעודה כזו בפרשת אצלמן הביע בית המשפט את חשדו שנימוקי הבטחון הנסתרים אינם נימוקים העולים בקנה אחד עם הנוראות התקנה "אולם בית משפט זה אינו יכול לפסוק על סמך חששות וחשדות בלבד. נחוץ לו יסוד יותר מוצק להחלטתו... מתן

121. בג"צ 225/53 אל יוסף נ' המושל הצבאי לאזור כפר עארה, פ"ד ח 341.

122. בג"צ 303/52 פעור נ' מפקד משטרה עכו, פ"ד ז 724.

123. בג"צ 263/52 אל כאואל נ' מפקד משטרה עכו, פ"ד ז 250.

124. בג"צ 92/57 אל פאתח נ' שר הבטחון, פ"ד יא 1524.

125. "הכל מודים שאילו קבעו המשיבים כלל, שמטעמי בטחון אין לתת למבקשים רשיון

כניסה לאזורים הסגורים, לא היינו מתערבים בענין זה, הניתן לשיקול דעתם. עצם העובדה שהמשיבים נתנו בעבר רשיונות כניסה לאותם אזורים ושהם מוכנים לנהוג לקולא גם כלפי אלה מבין המבקשים המוכיחים את בעלותם, אין בה כדי להטיל ספק בכנותו של השיקול הבטחוני. יתר על כן, אינני חושב שאותו ויתור שהמשיבים מוכיחים לעשותו כלפי בעלי זכות בעלות באדמות הנדונות מחייב אותם לויתור נוסף כלפי אלה שיש להם זכות חזקה בלבד" - שם, 1526.

התעודה... מסכל... כל אפשרות של בירור ענייני, ולמעשה מסכלת התעודה מראש גם כל נסיון להוכיח את הטענה היחידה הפתוחה בפני המבקשים, היא טענת חוסר תום ליבו של המשיב<sup>126</sup>. ואולם במצב זה לא יכול היה בית המשפט להגיש סעד לעותרים, מאחר ולא יכול היה לשלול לחלוטין את האפשרות שאכן קיים שיקול בטחוני אמיתי, ועל כן נדחתה העתירה.

חשיבותה של תקנה 125 קטנה במידה רבה לאחר שבוטל משטר הרשימות (המימשל הצבאי) בתוך שטח המדינה. ביטול זה נעשה לא ע"י ביטול האזורים הסגורים<sup>127</sup>, אלא בהוצאת שורה של היתרים כלליים המאפשרים לתושבי ישראל לנוע אל השטחים הסגורים.

אין ספק כי במקרים בהם הגיעה תקנה 125 לדיון בבית המשפט העליון העדיף בית המשפט להגביל את סמכותו ככל האפשר, ולצאת מתוך הנחה ששיקולי המפקד הצבאי בהוצאת צו הסגירה או באי מתן היתרי כניסה לשטח הסגור ניתנו כדיון - ועל העותר היה להוכיח כי נפל פגם בהחלטת המפקד הצבאי. עם זאת - יש לזכור כי פסקי הדין הנוגעים לתקנה 125 ניתנו לפני שנים רבות, בעת ששלטה בבית המשפט העליון הדעה שהובעה על ידי הנשיא אגרוט בפרשת אל אוזביי<sup>128</sup> - ועל כן ספק אם ניתן לראות בהלכה זו גישה זו לגבי תקנה 125 את ההלכה שתופעל כיום, הלכה למעשה, אם יעלה הנושא לדיון מחדש בבית המשפט העליון<sup>129</sup>.

### סיכום

האם מהווה חוק המעצרים מודל לרפורמה בתקנות ההגנה? קשה לתת תשובה חד משמעית לשאלה. או שמא אין מדובר בשאלה הנכונה, והשאלה שצריכה להשאל היא אם היווה החוק מודל לרפורמה בהפעלת סמכותו של בית המשפט לגבי תקנות ההגנה.

התשובה לשאלה אם היווה החוק מודל לרפורמה בתקנות ההגנה קשה שבעתיים. כדי לענות על שאלה זו בבטחון מוחלט יש ל"שקלל" תחילה מתוך ההלכות שקבע בית המשפט העליון בשנים האחרונות את השפעתו הטהורה של החוק, מבלי להתייחס להשפעה שהיתה לגישתם האישית של השופטים שישבו בדיון - גישה, כפי שפורט לעיל, שניסתה להקל עם מי שנגדו הופעלו אותן סמכויות.

גישתו המקילה של בית המשפט העליון מצאה את ביטויה הן בדיון על הפעלת הסמכויות לפי חוק המעצרים - והן בדיונים על הפעלת הסמכויות לפי תקנות ההגנה. אבל דומה שכלל שגברה השפעת הגישה המרחיבה את סמכויות בית המשפט מקום שנדרשה ביקורתו להפעלת הביקורת לפי חוק המעצרים - כך נעשה נסיון לצמצם את סמכויות הגורם שלו היקנו תקנות ההגנה את הסמכות להפעלתן.

אשר לרפורמה שבוצעה בחוק עצמה - אין ספק שההישג המשמעותי ביותר מבחינת השגת מטרות החוק היה זה הקבוע בסעיף 4 שבו, ושיצר את מנגנון הביקורת השיפוטית

126. שם, 1525 (ההדגשה שלי - ק.א.).

127. שם, 695, מפי השופט לנדוי.

128. "יש לדעתנו, פגם בכך שנועשה שימוש בהיתר כללי מסוג זה בתחליף לביטול האזורים הסגורים. נראה לנו כי לא לכך מתכוונת תקנה 125 לתקנות ההגנה כאשר היא עוסקת בהיתר בכתב מאת המפקד הצבאי" - א' רובינשטיין, שם, 186.

129. לעיל, פרק 3.



- ביקורת שהיא מאבני היסוד של הפעלת צו המעצר לפי החוק. ביקורת זו שינתה את מעמדו של העציר המינהלי. לא עוד עליו לבקש את חסדי בג"צ בבואו לעתור נגד הצו, ולהרים את נטל הראייה באשר לזכותו להכנס בשערי בג"צ, אלא על שר הבטחון להרים את הנטל ולהוכיח כי הצו עומד במגבלות שקבע החוק.

מעבר לשינוי זה, המשמעותי כלשעצמו, יש לראות את ההישג בחוק המעצרים ביצירת המכלול המתמייחס לצו המעצר המינהלי, החל מהביקורת השיפוטית, כאמור, וכלה בזכויותיו של העציר הכלוא. מכלול זה יוצר מצב (שהועתק בשינויים מסויימים גם אל אזורי יהודה שזמרון ועזה) בו זכויותיו וחובותיו של העציר מוגדרות ותחומות, והמשקל המוענק לגישתם האישית של השופטים (לפחות כיום, אחרי שיטי ההלכה בעניין), קטן יותר.

אין גם ספק שרצוי היה שמודל זה, של יצירת מכלול שבו הביקורת השיפוטית היא אבן יסוד בהפעלת הסמכות, יופעל גם לגבי יתר הסמכויות הקבועות בתקנות ההגנה. הגישה, לפחות כפי שהובעה בענין האגודה לזכויות האזרח, הינה ליצור את האפשרות לפיה, גם אם אין חובה לכך, יהיה זה המצב הרצוי שיש לשאוף אליו כאשר מופעלת סמכות כלשהי לפי תקנות ההגנה ליתן למי שכלפיו מופעלת הסמכות את זכות הטיעון והפעלת הביקורת השיפוטית. ואם אכן כך יהיה - הרי ניתן יהיה לראות בחוק המעצרים את המודל לרפורמה, לפחות בגישת בית המשפט.

יחד עם זאת, אין להתעלם מהעומס האדיר שהסדר כזה, אם יופעל לגבי כלל הסמכויות המנויות בתקנות ההגנה, היה מטיל על בית המשפט - עד שספק אם היוו בתי המשפט נותנים לסמכותם את המשקל הראוי שצריכים היו לייחס לו - ודי אם נזכור את אולם המעצרים בבתי משפט השלום, והדרך בה מתנהל שם הליך הארכת המעצר, שאף הוא המור לכשעצמו מבחינת העציר.

לא בכדי נעשה התיקון לגבי סמכות המעצר המינהלי - אחת התמורות ביותר הקיימות בספר החוקים במדינת ישראל. יתכן, עם זאת, שמן הראוי היה לאמץ את ההסדר, ברוח דומה, גם לגבי סמכויות אחרות התמורות במיוחד, הגם שלא לכל סמכויות החירום המנויות בתקנות ההגנה.

בענין זה תמוה, אולי, שהסדר דוגמת זה הקבוע בחוק המעצרים לא הוחל גם על סמכות הגירוש לפי תקנה 112, שביסודה דומה, במסגרת שהקטן לה תקנות ההגנה, לזו שהיתה קבוע לגבי המעצר המינהלי בתקנה 111 - ודי אם נזכיר את הועדה המייעצת שהיתה קבועה בשתי התקנות. מאידך - הסדר כזה ממילא לא היה לו מקום בספר החוקים של מדינת ישראל מן הטעם הפשוט שחוק המעצרים ביטל את הסמכות לגרש אזרח ישראלי מהארץ, או למנוע את שובו ארצה - בעוד שהחלת הסדר כזה באזור יהודה ושומרון וחבל עזה אינה בסמכות המחוקק הישראלי.

ראוי היה, אפוא, שתיעשה ביקורת ממשית ובחינה מחדש של כל סמכויות שעת חירום המוענקות בתקנות ההגנה, אם על דרך של החלת חוק המעצרים, בשינויים המחוייבים, ואם על דרך ביטול התקנות מקום שקיים הסדר מקביל בחוק הישראלי.

130. אמנם, פסה"ד בענין ועד עקוזי איקריה ניתן בשנת 1981, אולם יש לזכור כי פסק הדין ניתן על ידי השופט יצחק כהן, שדגל בגישה המצמצמת, שאף באה לביטוי בפירוש שנתן לחוק המעצרים - כך שאין לראות, לדעתי, בפסק דינו בענין ועד עקוזי איקריה משום דעה מייצגת של גישת בית המשפט העליון בשנים האחרונות.

# שטחי אש ושטחי אימונים - ההיבט המשפטי

מאת

סרן (מיל) דפנה ברק

- א. מבוא
- ב. הסמכות לסגירת שטחים
  - (1) מקור הסמכות
  - (2) בעלי הסמכות
  - (3) המדיניות לגבי פעולת בעלי הסמכות
- ג. פירסום צו הסגירה
  - (1) פטור מפירסום ברשומות
  - (2) פירסום אחר
- ד. תוצאות צו הסגירה
  - (1) מישור ראשון: הגבלות על חופש התנועה
  - (2) מישור שני: השימוש בשטח על ידי הצבא
    - (א) שימוש באדמות המדינה
    - (ב) שימוש באדמות פרטיות
- ה. רישיונות כניסה
  - (1) כללי
  - (2) הסמכות למתן רישיונות כניסה
  - (3) התנאות רישיונות הכניסה בתנאים
  - (4) האחריות לשלום הנבסטים לשטחי האש
- ו. סיכום

**א. מבוא**

עובדה ידועה היא שאזורים מסוימים בתחומי מדינת ישראל הוכרזו כשטחים סגורים על מנת שישמשו כשטחי אש וכשטחי אימונים לצרכיו של הצבא. חלק לא מבוטל משטחים אלה נסגרו למעשה עוד בתקופת המנדט הבריטי ונתרו במעמדם זה, נוכח העובדה שצרכי הבטחון לא פחתו, כידוע, בתקופה שמאז קום המדינה. סגירת השטחים מגבילה, כמובן, את הפעילות האזרחית בהם ובסביבתם. בדרך הטבע היא מהווה מקור לא אכזב לחיכוכים עם האוכלוסיה האזרחית, ובכלל זה אוכלוסית המיעוטים בעלת האופי הכפרי-חקלאי.

לדיון בשאלות המשפטיות שמעוררת סגירת השטחים נודעת חשיבות רבה נוכח תפקידה בפעילותו השוטפת של הצבא, מהד גיסא, והשלכותיה מרחיקות הלכת על זכויותיהם של אזרחי המדינה, מאידך גיסא. בין שני קטבים אלה שורר מתח מתמיד שמאמר זה מיועד להבהיר, תוך הצבעה על המענה שנותנת לו, לפי שעה, שיטת המשפט שלנו.

**ב. הסמכות לסגירת שטחים**

(1) מקור הסמכות

חוקי המדינה אינם מכירים במונח "שטחי אש" או "שטחי אימונים", ולכאורה, אין בהם התייחסות לאפשרות להכריז על שטחים מסוימים כבאלה. סגירת שטחים לצרכים האמורים מבוססת על הסמכות הכללית שמוקנית בתקנה 125 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945 לסגור שטחים. וזה לשון התקנה:

"מפקד צבאי רשאי להכריז בצו על כל שטח או מקום, כי הם שטח סגור לצרכיהן של התקנות האלה. כל אדם הנכנס לתוך שטח או מקום, או יוצא מתוכם במשך כל תקופה שבה עומד בתקפו צו כזה ביחס לשטח או למקום ההם, ללא תעודת היתר בכתב שהוצאה בידי המפקד הצבאי או מטעמו, יאשם בעבירה על התקנות האלה."

תקנה 125 מאפשרת לסגור שטחים בלא להגדיר את המטרות שלשמן ייסגרו. ככלל, ברור שהמטרות צריכות להיות מטרות בטחוניות כאלה או אחרות. עקרון יסוד הוא במשפט המינהלי שהפעלת סמכויות שמוקנות בחוק צריכה להעשות לשם השגת המטרות שלשמן הוענקו, ולא לשם השגת מטרות אחרות וזרות. תקנות ההגנה נחקקו, כאמור, כחוקיקת חירום בעלת יעדים בטחוניים, וכך יש לפרשן. על כן, סגירת שטחים מבוחה של תקנה 125 צריכה להעשות אף היא לצרכים בטחוניים. במסגרת זו האפשרויות הן רבות: ניתן לסגור שטח על מנת למנוע בו עריכתן של מהומות, וניתן לסגור שטח על מנת למנוע גישה למתקנים או לפעילויות מסווגות. בין השאר, אף המטרה של עריכת אימונים של הצבא בשטח נופלת לתחומיה של תקנה 125. ואמנם, חלק מהשטחים שהוכרזו כשטחים סגורים על פי תקנה 125 לתקנות ההגנה הם "שטחי אש", ונערכים בהם אימונים מאז ראשית ימיה של המדינה.

(1) ע"ר תוס' 2 855 (להלן: תקנות ההגנה).

**(2) בעלי הסמכות**

הסמכות להורות על סגירתו של שטח מסורה כאמור ל"מפקד צבאי". ההוראות בדבר זהותו של המפקד הצבאי ודרכי מינויו מצויות בתקנה 6, אשר מורה כי הוא מתמנה על ידי הרמטכ"ל בהסכמתו של שר הבטחון. המינוי מתייחס לאזור מסוים ויכול להעשות אף שלא בנקיבת שמו של אדם, כך שכל מי שיכהן במישרה מעת לעת יישא במינוי. בפועל, אלופי הפיקודים המרחביים מונו כמפקדים צבאיים לגבי שטחי המרחבים הכפופים לפיקודים, ומפקד חיל הים מונה למפקד צבאי לגבי מימי החופי. בנוסף על כך, לפי תקנה 6 (5) לתקנות ההגנה "כל הסמכויות המסורות למפקד צבאי... רשאי להשתמש בהם או למלא אותן גם הרמטכ"ל בגין כל שטח או מקום בישראל". כלומר, בנוסף למפקד הצבאי של האזור רשאי להפעיל את הסמכות המוקנית בתקנה 125 לתקנות ההגנה אף הרמטכ"ל.

**(3) המדיניות לגבי פעולת בעלי הסמכות**

כפי שהוסבר, סגירת שטחים לצורכי אימונים יכולה להעשות בין על ידי הרמטכ"ל ובין על ידי האלופים שמונו כמפקדים צבאיים. יחד עם זאת, בפקודות נקבעו הוראות שמנחות באלו נסיבות תופעל הסמכות על ידי האלופים ובאלו נסיבות יידרש הרמטכ"ל להפעלת הסמכות.

ככלל, המדיניות שנקבעה בפקודות היא שסגירת קבע של שטחים, דהיינו, סגירה לתקופה ארוכה ולא קצובה תעשה רק על ידי הרמטכ"ל. לעומת זאת, האלופים עושים שימוש בסמכות הסגירה לצורך סגירות זמניות, לפרקי זמן קצרים יחסית. כפי שמוגדר בפקודות. הוראות הפקודות באשר להתווית אופן הפעלת הסמכות על ידי הרמטכ"ל והמפקדים הצבאיים אינן מצמצמות את מסגרת הסמכות החוקית שקבועה בתקנה 125 לתקנות ההגנה. אלוף פיקוד שיוציא צו שעניינו סגירת שטח לפרק זמן ארוך מזה שנקבע בפקודות לא יחרוג בכך ממסגרת סמכותו החוקית וסגירתו תהא תקפה. יחד עם זאת, במישור המשמעותי, פעולה כאמור, בהיותה מנוגדת לפקודות, תהווה עבירה על פקודות הצבא, וניתן להעמיד לדין בגינה.

לסיכום: הפקודות מגדירות את המצבים שבהם תופעל הסמכות רק על ידי הרמטכ"ל, אך אין הן משטות את מסגרת הסמכות כקביעתה בתקנה 125. יש לנהוג על פיהן, אך חריגה מהן תוליד, כנראה, סגירה תקפה.

**ג. פירסום צו הסגירה****(1) פטור מפירסום ברשומות**

צו הסגירה פועל את פעולתו המשפטית אף ללא הפירסום הרשמי שנדרש ברגיל על מנת שדבר חקיקה יקנה לעצמו תוקף משפטי מחייב. הכלל היסודי בהקשר זה קבוע בסעיף

(2) כתבי המינוי לא פורסמו ברשומות, כפי שמאפשרת תקנה 4 (2) לתקנות ההגנה. לענין הפירסום, ראה להלן בפרק ג למאמר.

17 לפקודת הפרשנות (נוסח חדש) אשר מורה כי "תקנות בנות-פועל תחיקתי יפורסמו ברשומות ותחילת תוקפן ביום פרסומן, אם אין הוראה אחרת בענין זה".

השאלה שצריכה להישאל היא, איפוא, כפולה: ראשית, האם צו סגירה לפי תקנות ההגנה הוא "תקנה בת פועל תחיקתי" במובן החוק, ועל כן חייב בפרסום. שנית, בהנחה שהתשובה על שאלה זו היא חיובית, האם יש בנמצא הוראה אחרת אשר נוכחה חובת הפרסום הכללית אינה חלה.

באשר לשאלה הראשונה, הונה אומר, באם צו הסגירה הוא תקנה בת פועל תחיקתי, נקבע בפסיקתו של בית המשפט העליון כי אמנם אלו הם פני הדברים. שאלה זו נדונה בבג"צ 220/51 אסלאן ואח' נ' המושל הצבאי של הגליל. השופט שרשבסקי הסביר כי רק פעולה חקיקתית יכולה לשנות מן הכלל הגדול שכל אדם בתחומי המדינה נהנה מזכות חופש התנועה, וכך הגיע לכלל מסקנה שצו הסגירה, שכוון היא תוצאתו, אכן מצטיין בסממנים שמאפיינים תקנה בת פועל תחיקתי. ואלו היו דבריו:

"...כלל ידוע הוא, כי החוק הקיים לא ישתנה אלא ע"י מעשה שיש לו הכוח לשנותו, דהיינו ע"י חוק הבא אחריו. ולפיכך יהא רק בפעולה חוקתית הכח להגביל את זכותו הנ"ל של כל אדם לתנועה חופשית בתחום המדינה. כל צו המיועד לציבור והמכוון להתערב בחירותו הנ"ל של כל אדם ללכת ולהימצא בכל מקום במדינה שלבו הפץ אעפ"י שלא קיים כל חוק האוסר או המגביל כשלעצמו את חירותו הזאת, מן הנמוע שיהא תוקף לצו כג"ל, אלא אם הוא בבחינת חוק. כלומר אם הוא בעל אופי לגיסלטיבי".

המסקנה שהוסקה מדברים אלה היתה שהצו של המפקד הצבאי אכן חייב היה בפרסום, ומשלא פורסם אין לו ולא היה לו תוקף מחייב. משמעותו של פסק הדין בענין אסלאן היתה שכל צו סגירה - לרבות צווים קצרי מועד - חובה לפרסמם ברשומות על מנת שיהיו בני תוקף חוקי. מצב דברים זה היה מכביד על הפעלת סמכות הסגירה, ואף מסכל את אפשרות השימוש בה. אשר על כן, בצד תוצאתו המיידית של פסק הדין, התוצאה הנוספת שהוא הוליד היתה תיקון חקיקתי שענינו פטור של הדינים הנדונים מחובת הפרסום ברשומות. למעשה, תקנות ההגנה עצמן קבעו שצוים כאמור יהיו פטורים מחובת הפרסום ברשומות. תקנה 4 (2) קובעת כי - "לא יהיה צורך לפרסם כל תעודת שעת חירום ברשומות". לאורה של תקנה זו, לכאורה, אף בענין אסלאן עצמו צריך היה בית המשפט להכיר בכך שצו הסגירה לא היה טעון פרסום ברשומות (על בסיס קיומה של "הוראה אחרת בענין זה"). הוא לא הגיע למסקנה זו נוכח ההוראה הנוספת שנקבעה בפקודת סדרי השלטון והמשפט, תש"ח-1948, שנוחקה עם קום המדינה. סעיף 10 לפקודה זו קבע את החובה לפרסם תקנות, ובהיותו סעיף מאוחר ובלתי מסויג מחשב כעדיף על הוראת הפטור שבתקנות ההגנה. בעקבות פסק הדין, תוקן סעיף 10 לפקודת סדרי השלטון והמשפט באופן שהודאתו בדבר חובת הפרסום של תקנות תתייחס רק לתקנות ביצוע שמתקיימים שרים מכח חוקים שעליהם הם ממונים ולתקנות שעת חירום שמוצאות מכח פקודת סדרי השלטון והמשפט עצמה. כך, חובת הפרסום של צווים מכח תקנות ההגנה

(3) ג"ח (להלן: פקודת הפרשנות)

(4) פ"ד ה 1480 (להלן: ענין אסלאן).

(5) שם, בע' 1468.

(6) ע"ד תוס' א 1.

קבועה כיום רק בסעיף 17 לפקודת הפרשנות, וזה הרי מכיר בעדיפותם של פטורים מחובת הפרסום שנקבעו בחוקים אחרים, פטור כדוגמת זה שבתקנות ההגנה.

## (2) פרסום אחר

עד כה הובהר שצווי הסגירה אינם טעונים פרסום ברשומות. יש, אפוא, להבהיר את משמעותו של הפטור. פטור זה משחדר מחובת הפרסום ברשומות, אך לא מן החובה לפרסם בדרך אחרת שתביא את הצו לידיעת הציבור.

בע"א 61 / 421 מדינת ישראל נ' האז' נדרש השופט ה' כהן לנושא הפטור מפרסום ברשומות. וכך כתב:

"...אין חוקי סתר במדינת ישראל. כשקיימת הוראה בחוק הפוטרת מעשה - תחיקה מפרסום ברשומות, מותר שלא לפרסמו ברשומות, אבל אין זאת אומרת שמוותר שלא לפרסמו כלל. חקיקה הנעשית בסוד והנשמרת בגנזי סתרים, היא אחד מסימני ההיכר של שלטון טוטליטרי, והיא אינה עולה בקנה אחד עם שלטון החוק. והדברים ידועים לכל בר-בירב..."

המסקנה המתבקשת היא שיש לפעול להבאתן של עובדות הסגירה ותחומיהן לידיעת הציבור באותן דרכים שתימצאנה יעילות, נוחות ובתאימות להשגת המטרה. ראשית, יש לדאוג להצבתו של שילוט מתאים בסביבת שטחי האש עצמם. השלטים שייקבעו בסמוך לשטחים יתיחסו לעובדת סגירתם, לאיסור החל על הכניסה אליהם ועל הסכנה הכרוכה בה. אמנם, מן המפורסמות הוא ששלטים מסוג זה נעקרים או מושחתים, מעת לעת, בידי מי שמעונינים לפעול בתחומי השטחים הנדונים. יחד עם זאת, עובדה זו אינה צריכה להרתיע מהצבה חוזרת ונשנית של שילוט מתאים. זו חשובה הן נוכח החובה להעמיד את הציבור על האיסור שהוא מחוייב בו, והן נוכח הסכנה הפוטנציאלית שבה כרוכה הכניסה לשטחי האש. שנית, יש להבטיח שמפות הסגירה תימצאנה במשרדים המשרתים את הציבור - משרדי הממונים על מתוונות במשרד הפנים, רשויות מקומיות סמוכות, תחנת המשטרה האחראיות על האזורים שבהם נמצאים השטחים הסגורים ועוד.

## ד. תוצאות צו הסגירה

עם הוצאתו של צו לפי תקנה 125 הופך השטח להיות שטח סגור. להלן נבחן את השלכות שיש לפרסום הצו. השלכות אלה יש לבחון בשני מישורים:

(1) מישור ההגבלות על חופש התנועה של הציבור.

(2) מישור השימוש בשטח על ידי הצבא.

(1) מישור ראשון: הגבלות על חופש התנועה

תקנה 125 אינה אלא הוראה שקובעת את העבירה של כניסה לשטח שהוכרז כשטח סגור

(7) פ"ד טו 2193

(8) שם, בעמ' 2204-2205.

ראה גם: ע"א 580/82, 626 אינשורנס קורפוריישן אופ אירלנד לימיטד ואח' נ' מדינת ישראל - משרד התקשורת ואח', פ"ד מא (2) 309.

- ויציאה ממנו. יש להדגיש כי כל אחד מן המעשים הבאים מהווה עבירה על התקנה:
- (א) כניסה לשטח סגור.  
 (ב) יציאה מן השטח הסגור.

בית המשפט פסק, לא אחת, כי אף יציאה מן השטח הסגור עבירה היא.<sup>9</sup> מצד שני, עצם ההימצאות בשטח הסגור, ובכלל זה התנועה בו, אינן מהוות עבירה. עובדה זו הובהרה בעתירות שהוגשו לבית המשפט הגבוה לצדק על ידי תושבי כפרים שנכללו באזורים שהוכרו כסגורים בימי קום המדינה. אלו טענו כי אין לגרשם מכפריהם מאחר שהימצאותם בשטח לא באה בעבירה, נוכח העובדה ששהו בו בעת שהוכרו על סגירתו.<sup>10</sup>

ניתן לסכם ולומר שסגירתו של שטח מטילה מגבלה על חופש התנועה של הציבור על דרך איסורן של הכניסה לשטח ושל היציאה ממנו. כל מעשה של כניסה או יציאה כאמור מהווה עבירה עצמאית. לעומת זאת, ההימצאות בשטח סגור, כשלעצמה, אינה מהווה עבירה. עם זאת, במהלך העניינים הרגיל, צו סגירת שטחים מתיחס לשטח שאינו מיושב, ועל כן, ממילא, לא ניתן להעלות על הדעת מצב של ישיבת קבע בשטח סגור בלא לעבור על החוק.

ענין אחר אשר טעון הדגשה הוא שזכויות קנייניות בקרקעות הכלולות בשטח הסגור אינן מקנות, כשלעצמן, זכויות כניסה אליו. הסגירה מתיחסת במידה שווה לקרקעות שבבעלות המדינה ולקרקעות שבבעלות פרטית. היא לא מתימרת להכריע בשאלות קנייניות ותוקפה המוחלט קיים במנותק מהן. הכניסה לשטח הסגור והיציאה ממנו אסורות, איפוא, אף על בעלים של קרקעות שכלולות בו. עובדת הבעלות יכולה אך להוות שיקול להתרת הכניסה והיציאה לצורכי עיבוד, נושא שייבחן להלן במסגרת הדיון במתן רשויות כניסה לשטחים שנסגרו.

## (2) מישור שני: השימוש בשטח על ידי הצבא

כאמור, כל שתקנה 125 קובעת הוא איסור שמגביל את שימושו של הציבור בשטח הסגור. אין היא מתיחסת לשאלה איזה שימוש יכולה המדינה לעשות ונכון שתעשה בשטח הסגור. עם זאת, ברור הוא שבמקרים רבים הטעם להוצאת צו הסגירה הוא השימוש שהמדינה מעוניינת לעשות בשטח הסגור באין מפריע. שאלת השימוש המותר מתעוררת, אם כן, במלוא עוצמתה.

בבואנו לבחון שאלה זו יש להבחין בין שני מצבים עיקריים:

### (א) שימוש באדמות המדינה

באדמות שבבעלותה יכולה המדינה לעשות כל שימוש, ובכלל זה שימוש בלתי מוגבל

(9) ראה: בג"צ 5/54 יונס נ' שר האוצר ואח', פ"ד ח 314, 318;

בג"צ 225/53 אל יוסף נ' המושל הצבאי לאיוור כפר עארה ואח', פ"ד ח 341, 342.

(10) ראה: בג"צ 263/52 אל כאולד ואח' נ' מפקח משטרת עכו ואח', פ"ד ז 250;

בג"צ 303/52 מעור ואח' נ' מפקח משטרת עכו ואח', פ"ד ז 724.

לצורכי אימונים. תוצאה זו היא ממהותה של זכות הבעלות, וזאת ללא קשר לעובדת הסגירה של השטחים. סעיף 2 לחוק המקרקעין, תשכ"ט-1969 קובע כי "הבעלות במקרקעין היא הזכות להחזיק במקרקעין, להשתמש בהם ולעשות בהם כל דבר וכל עסקה בכפוף להגבלות לפי דין או לפי הסכם". אם כן, המדינה, כבעלים בקרקעותיה הרבות, יכולה לקיים בהן אף אימונים מכל סוג, באשר היא בעלים.

לאינו תכלית הוצאו, איפוא, צוי סגירה בהתייחס לאדמות המדינה? ניתן לשער שחברו כאן מספר טעמים. ראשית, יש שאדמות המדינה שלובות באדמות שנמצאות בבעלות פרטית. הוצאת צו סגירה בהתייחס לכל השטח שאת הכניסה אליו מעוניינת המדינה למנוע, ללא הבחנה בין אדמות פרטיות לאדמות המדינה, היא הדרך הפשוטה והנוחה ביותר לעשות כן. על כך ניתן להוסיף שסגירת השטח מכח תקנה 125 הזפכת את הכניסה הלא מורשית אליו לעבירה תמורה יתור מן העבירה הרגילה של הסגת גבול, לפי סעיף 447 לחוק העונשין, תשל"ד-1977.<sup>11</sup>

בשולי הדברים, יש להוסיף ולהדגיש כי שימושיה של המדינה באדמות שכלולות בשטח שנסגר הם בלתי מוגבלים רק באותה מידה שהיו בלתי מוגבלים אילולא היה השטח סגור. הדין מטיל מגבלות על שימושן של הבעלים ברכושן, ובהקשר זה יש לתת את הדעת במיוחד על המגבלות שמטילים דיני התכנון והבניה. בניה בשטח סגור כפופה לעולם של דינים אלה, וככזו היא טעונה אישור, ככל שמורה חוק התכנון והבניה, תשכ"ה-1965.<sup>12</sup>

#### (ב) שימוש באדמות פרטיות

השאלה הקשה באמת היא, האם הוצאת צו סגירה בהתייחס לקרקע שבבעלות פרטית יכולה להוות בסיס לשימוש בה למטרות אימונים. בתקנה 125 עצמה אין תשובה על שאלה זו. הוראתה מתייחסת, כאמור, רק לאיסורים שמוטלים על הפרט בקשר לשימוש בשטח, ולא לשימוש בו מצד המדינה עצמה. אשר על כן, יש לחפש את התשובה לשאלה בדין הכללי, ובהקשר זה, במיוחד במשפט המינהלי שעניינו סמכויותיהן של רשויות השלטון ובדיני הקניין שעניינם הגנתו של הרכוש הפרטי.

פניה לדין הכללי מביאה לעימות עם שני עקרונות:

ראשית, עקרון יסוד במשפט המינהלי הוא עקרון חוקיות המינהל. משמעותו של עקרון זה היא שהרשות מוגבלת בפעולותיה לאותן סמכויות שהופקדו בידיה, זאת ותו לא.<sup>13</sup> בבואנו לישם עקרון זה בהקשר הדיון הנוכחי, נראה, לכאורה, כי שימוש באדמות פרטיות לצרכי אימונים מהווה מעשה שתקנה 125 עצמה אינה מתייחסת אליו, ולכן אף לא מסמיכה לעשותו. על פני הדברים, תקנה 125 אינה מהווה מקור סמכות לשימוש באדמות פרטיות.

(11) ס"ח 259 (להלן: חוק המקרקעין).

(12) ס"ח 226 (להלן: חוק העונשין).

(13) ס"ח 307.

(14) ראה למשל: ב' ברכה, משפט מינהלי (שוקן, תשמ"ז) 35.



שנית, עקרון היסוד של דיני הקניין הוא ההגנה על קנין הפרט, או במילים אחרות, ההגנה על זכות הבעלות. ראינו כי משמעותה של זכות הבעלות היא הריבונות באשר לעשייה במקרקעין. אם כך, הבעלים של קרקע שממוקמת בשטח סגור אינו יכול להפיק ממנה הנאה, אך יכול לעמוד על כך שאחר (ובכלל זה המדינה) לא יעשה בקרקע זו כבתוך שלו.

מסקנה ראשונית זו בדבר הבעיות הכרוכה בשימוש באדמות הפרטיות מתחזקת נוכח העובדה שבעבר כללו תקנות ההגנה הוראה שאיפשרה תפיסת אחיזה בקרקע על מנת להשתמש בה. וכך הורתה תקנה 114:

- (1) מושל מחוז רשאי לקנות אחיזה בקרקע כל-שהיא, אם נראה לו נחוץ או מועיל לעשות כן לטובת שלומו של הציבור, הגנתה של פלשתינה (א"י), קיומו של הסדר הציבורי או קיומם של ההספקה והשירותים החיוניים לכלל...  
 (2) כל זמן שקרקע כל-שהיא נמצאת באחיוזו של מושל המחוז מכח תקפה של תקנת-משנה (1), רשאי מושל המחוז להשתמש בה או לאפשר להשתמש בה לפי הרשאתו - למרות כל צמצום שהוטל על השימוש בה בחיקוק כל-שהוא או בכלי כל-שהוא או באופן אחר - לאותן תכליות ובאותו אופן, שמושל המחוז רואה אותם מועילים לטובת שלומו של הציבור, הגנתה של פלשתינה (א"י), קיומו של הסדר הציבורי, או קיומן של ההספקה והשירותים החיוניים לכלל..."

עם הקמת המדינה נעשה שימוש בסמכות זו<sup>15</sup>, אך היא בוטלה זמן קצר לאחר מכן בחוק להסדר תפיסת מקרקעין בשעת-חירום, תש"ו-1949<sup>16</sup>. חקיקתו של חוק זה נועדה להסדיר את הסוגיה של תפיסת מקרקעין. לפי סעיף 3(א) שלב ניתן להוציא צו תפיסת מקרקעין "לשם הגנת המדינה, בטחון הציבור, קיום אספקה חיונית או שירותים ציבוריים חיוניים, קליטת עולים או שיקום תיילים משוחררים או נכי-מלחמה". דא עקא, צו על פי החוק אינו יכול לשמש חלופה של ממש לאפשרות התפיסה שהיתה קיימת על פי התקנות. שכן, על פי הוראת סעיף 6 לחוק, מוגבלת תפיסה שנעשית מכוחו לתקופה של עד שלוש שנים, ללא אפשרות הארכה.

באיוו מידה יכולות, איפוא, הקרקעות הפרטיות לשמש לצורכי האימונים של הצבא ויתוח משפטי של השאלה מעלה תשובה נחרצת למדי לשאלה זו. ככלל, השימוש בקרקעות אסור בתכלית מאחר שלא הותר בדבר חקיקה מפורש. אולם, בתשובה זו לא ניתן לסיים דיון בשאלה מה עקרונות, ובמיוחד נוכח השלכותיה על פעילותו של הצבא. משמעות הדברים היא ששימושו של הצבא באדמות הפרטיות יהיה רק "שימוש על דרך השלילה". במרחב שיועד לאימונים לא תתאפשר פעילות אזרחית כלל, אך גם הצבא לא יוכל להיכנס לאותם שטחים שהינם בבעלות פרטית. במידה לא מובטלת זוהי גזירה שהצבא לא יכול לעמוד בה. האם אמור כל מג"ד לשאת עמו בתרמילו אף את מפות הקניין של אזור האימונים שהוקצה לחייליו, על מנת לקבוע אם כל צעד וצעד שלהם מותר באספקלרית דיני הקניין? לכאורה, זוהי תוצאתו של הדיון המשפטי, ובמיוחד נוכח

(15) לפסקי דין שנסבו על הפעלת סמכות התפיסה (בהתייחס להוראה הדומה שהיתה קיימת בתקנה 48 לתקנות ההגנה, 1939, ע"ד תוס' 2/548), ראה: בג"צ 5/48 לינן ואח' נ' גוברניק, פ"ד א 58; בג"צ 10/48 זיו נ' גוברניק ואח', פ"ד א 85.  
 (16) ס"ח 1.

העובדה שבמרבית השטחים הסגורים הבעלויות שלזכות זו בזו ומשתנות מחלקה לחלקה.

אכן, התוצאה היא קשה מהיבט הצרכים שמציבים חיי המעשה בפני הצבא. על רקע זה, הועלו הצעות שדגלו בפרשנות שמתירה שימוש מוגבל ומסוים בקרקעות הפרטיות. למעשה, ניתן להתרשם שפעילות הצבא בשטחים הסגורים היתה מבוססת מאז ראשיתה על ההנחה שלא כל פעילות אסורה באדמות הפרטיות שכלולות בהם. פרשנות אלטרנטיבית זו מיחסת, כנראה, משקל למטרה החקיקתית שביסודה של הסמכות לסגור שטחים. סגירת השטחים נעשית, כמוסבר, מטעמים בטחוניים, ובכלל זה אף לצורך אימונים, צורך שהוכר כמצדיק את הפעלתה של סמכות הסגירה. בהמשך לכך, ניתן לטעון, לכאורה, שפעולה אשר משרתת את הצרכים הבטחוניים שביסוד הסגירה צריכה להחשב אף היא כמותרת מכוחה, כחלק בלתי נפרד ממנה. עניינה של תקנה 125 הוא בהכרזה על שטח כ"שטח סגור לצרכיהן של התקנות האלה". הכוונה היא לתת תוקף לאותן מילים שעניינן תכלית הסגירה, במובן זה שתוכן חוקיות הפעולה אף באדמות הפרטיות, כאשר זו תואמת את מטרת הסגירה. פרשנות תכליתית זו מוצאת תימוכין בכך שעל מנת להשתמש באדמותיה שלה לא היתה צריכה המדינה כלל להיזקק למבשרי הסגירה, וזאת מכח חירות עשייתה בהן כבעלים. לכאורה, איפוא, כל מצול של משטר הסגירה מכונן קודם כל על מנת לאפשר פעולה באדמות הפרטיות. אם זו לא תתאפשר, ממשיכה הטענה, מה בצע בסגירה לצורכי אימונים?

עם כל ההבנה לצרכים שביסוד ההסבר דלעיל, דומה שלא ניתן לקבלו. לשונה של תקנה 125 היא ברורה, ואין בה כל רמז או תימוכין להרחבה המוצעת. אדרבה, בחינתה של ההסטוריה החקיקתית מעלה בבירור שהתקנה לא היתה מכוונת להשגתן של מטרות מרחיקות לכת יותר מאלה שניתן ללמוד עליהן מנסחיה. אולם, מעבר לאמור עד כאן, ובאופן עקרוני, יש לפסול על הסף הרחבה פרשנית אשר מנוגדת לעקרונות היסוד של השיטה המשפטית. כאן יש להדגיש במיוחד את מדיניותו השיפוטית הליברלית של בית המשפט העליון, אשר פירש אף את תקנות ההגנה בהרמוניה לעקרונות אלה, עד כמה שהדבר אפשרי, ובצמצום<sup>17</sup>. על כן, דעתנו היא שבאופן כללי לא רשאי הצבא לעשות שימוש פוזיטיבי באדמות הפרטיות שבשטחים הסגורים (בשונה מן השימוש הנגטיבי שמתבטא במניעת השימוש של אחרים באדמות אלה).

יש להדגיש כי משמעות האמור כאן היא שלהלכה אף שימוש אגבי ושולי באדמות שאינן אדמות מדינה הוא אסור ועולה כדי השגת גבול בקרקע פרטית. כך עולה מפסק דינו של בית המשפט העליון בע"א 782/70 רדומילסקי ו' פרידמן<sup>18</sup>, שבו נקבע כי מתיחת חוטי חשמל מעל הצדו של פלוני היא בבחינת הסגת גבול. שונה אולי יכול להיות דינו של ירי

(17) ראה למשל: בג"צ 234/84 "חדשות" בע"מ ו' שר הנטחון, פ"ד לח (2) 477. וכך כתב בענין זה השופט אלון (כתוארו אז):

"תקנות ההגנה המנדטוריות משנת 1945, לא תמיד הדעת נוחה מהן ומקובל עלינו כי מן הראוי לפרשן בדרך הצמצום, כל עוד הדבר ניתן ונסבל בלשון החוק, באופן שיעלו בקנה אחד עם העקרונות הדמוקרטיים עליהם מושתת משטרה של מדינת ישראל" (שם, בעמ' 483).

(18) פ"ד כה(2) 523 (להלן ענין רדומילסקי).

לעברן של האדמות הפרטיות, אשר לגביהן ניתן יהיה לנסות ולטעון כי הוא רק "מעבר בחלל הרום" שלהן במובן סעיף 11 לחוק המקרקעין. סעיף זה קובע, כי אף שהבעלות מתפשטת גם בחלל הרום שמעל לשטח הקרקע "אין בכך כדי למנוע מעבר בחלל הרום". בענין רדומילסקי נקבע אמנם שמתיתתו של חוט השמל אינה בבחינת מעבר כאמור בלבד, אך אין דומה התקן של קבע מסוג זה לירי שחולף ונעלם.

לפי שעה, טרם נדרשו בתי המשפט בישראל לבחינת מיתתם הלגיטימיות של השימוש בשטחים הסגורים. אולם, זו אינה יכולה להיות אמתלה להימנעות מהתמודדות עמה, שלגביה ניתן להניח כי ביום מן הימים בוא תבוא. לא ניתן להקל בה ראש. ראוי להוסיף כי תקיפתה של הפרקטיקה הנוהגת יכולה להעשות לא רק בדרך של הגשת עתירה לבית המשפט הגבוה לצדק, כי אם גם באמצעות הגשתה של תביעה לדמי שימוש ראויים בתמורה לשימוש שוגעשה בקרקעות. היסוד לתביעה כזו הוא זכות הקנין של התובע, על פי עקרונות דיני ההשבה<sup>19</sup>.

## ה. רשיונות כניסה

(1) כללי

תקנה 125 אוסרת על הכניסה לשטח הסגור ועל היציאה ממנו אם נעשו "ללא תעודת היתר בכתב שהוצאה בידי המפקד הצבאי או מטעמו". כלומר, התקנה מאפשרת להביא לכך שהשטח הסגור לא יהיה שטח שבו אין יוצא ואין בא, אלא שטח שהכניסה אליו והיציאה ממנו הן מוגבלות, כפי שנקבע על ידי בעל הסמכות.

הלכה למעשה, עוד משחר פעילותו אימץ הצבא מדיניות הגרסת הענקת היתרים כאמור לכניסה ויציאה (להלן: רשיונות כניסה). אמנם, אין כל חובה ליתן רשיונות כניסה למעונונים בכך. תקנה 125 מעניקה בהקשר זה שיקול דעת למפקד הצבאי. הרשאת הכניסה הינה, על פני הדברים, צעד שלפנים משורת הדין, פריביליגיה בלבד. יחד עם זאת, בבחינת פסיקתו של בית המשפט העליון מגלה כי, למעשה, שיקול דעתו של המפקד הצבאי אינו שיקול דעת בלתי מוגבל. הטעמים שעל בעל הסמכות לשקול הם טעמים בטחוניים, דהיינו אותם טעמים שהיו ביסוד החלטת הסגירה עצמה והצדיקו מלכתחילה את הגבלתו של חופש התנועה באזור<sup>20</sup>.

## (2) הסמכות למתן רשיונות כניסה

תקנה 125 קובעת כי הסמכות ליתן רשיון כניסה לשטח סגור מסורה למפקד שהוציא את צו הסגירה או למי שהורשה לעשות כן מטעמו. על פי האמור בה, כניסה לשטח כזה או יציאה ממנו הן אסורות "ללא תעודת היתר בכתב שהוצאה בידי המפקד הצבאי או מטעמו". משמעות הדברים היא שכאשר מוצא צו הסגירה מטעם הרמטכ"ל הסמכות לתת רשיונות כניסה מסורה לרמטכ"ל או למי שהוסמך לכך על ידו, ואילו כאשר מוצא צו הסגירה על ידי אלופי הפיקודים או מפקד חיל הים מסורה הסמכות לכך להם עצמם (כל אחד מהם לגבי השטח שסגר הוא) או למי שהוסמך לענין זה על ידם.

(19) ראה: ד' פרידמן, דיני עשיית עושה ולא במשפט (בורסי, מהדורה 2, תשמ"ב) 270-276.

(20) ראה: בג"צ 33/52, 288/51, אצלן ואח' נ' מפקד ומושל צבאי של הגליל, פ"ד ט 689, 694.

על פי רוב, שאלת הכניסה לשטחים מתעוררת לגבי שטחי האש שנסגרו על ידי הרמטכ"ל, דהיינו השטחים שנסגרו סגירת קבע אשר נועדה לעמוד בתוקפה כל זמן שצורכי הבטחון יחייבו להמשיך בכך. בהתייחס לשטחים אלה, המפקדים הצבאיים של האזורים שבהם שטחי אש אלה (הקבועים) נמצאים (אלוהי הפיקודים) אינם מוסמכים לתת רשיונות כניסה, אלא אם כן הרמטכ"ל עצמו הסמיכם לכך. במקרה הרגיל, צו הסגירה של הרמטכ"ל קובע את בעלי התפקידים המוסמכים להעניק רשיונות כניסה לשטחים שנסגרו. בעלי התפקידים האמורים הם גורמי מטה אשר, כמי שאחראים לנושא הכניסה לשטחי האימונים בכל רחבי הארץ (ולא רק בתחומי פיקוד מסוים), ועתרים לבקשותיהם של האזרחים בהתאם למדיניות הכללית שנוקטת בתחום זה. גורם המטה העיקרי אשר מוסמך להעניק היתרים כאמור הוא ענף תשתית ופריסה באג"ת.

### (3) התנאות רשיונות הכניסה בתנאים

רשיונות הכניסה שניתנים מוגבלים בתנאים ובסייגים כאלה שנועדו להבטיח כי הפעילות האזרחית בשטחים הסגורים לא תסכל את תכלית סגירתם. בענין זה מורה תקנה 9 (1) לתקנות ההגנה כי-

"כל רשיון, תעודת היתר, הסכמה, הרשאה או פיטורים, שעל הענקתם נקבעה הוראה בתקנות אלה או בכל צו, הוראה, הודעה או דרישה לפיהן, אפשר להעניקם בכפוף לאותם תנאים שהרשות המעניקה אותם תמצא לנכון להטילם...".

רשיון הכניסה יכול, איפוא, להיות מותנה בתנאים על פי שיקול דעתה של הרשות, אך תנאים אלה צריכים להיות מבוססים על טעמים סבירים, צודקים ונוגעים לענין, ולא על שיקולים שרירותיים, מפלים או זרים, כשם שהדברים אמורים בכל החלטה של רשות מינהלית. בהקשר זה, השיקולים הנוגעים לענין הם השיקולים שעליהם מופקד המפקד הצבאי - השיקולים הבטחוניים.

לא אחת הוגשו לבית המשפט הגבוה לצדק עתירות שעילתן התנאים שבהם היתנה המפקד הצבאי את רשיון הכניסה.

בבג"צ 92/57 אל פתאח ואח' נ' שר הבטחון ואח' בוונה העתירה כנגד ההחלטה להתנות את מתן הרשיונות בהמצאת הוכחות על זכויות קניניות של המבקשים באדמות שבתחומי השטח הסגור. לעומת זאת, מי שהוכיחו רק זכות חזקה בקרקעות לא קיבלו רשיונות כאמור. בית המשפט קיבל את העתירה בקובעו שהמפקד הצבאי טעה בכך שהביא בחשבון שיקוליו טעמים שאינם נוגעים לענין, טעמים נעדרו כל זיקה לתכלית הבטחונית של הסגירה ושמידתה. ואלו היו דבריו:

"אילו היה המושל הצבאי חוסם את הדרך בפני הכל מטעמי בטחון, לא יכולנו לבוא בטענות עמו. אולם משהוא מעניק רשיונות, לצרכי עיבוד קרקעות, לבעלים חוקיים ולחוזרים, ואפילו אם לאלה האחרונים אין כל זכות אחרת זולת זכות החכירה, הרי שלא שיקולי בטחון לפניו, כי אם שיקולים אחרים, שאינם נוגעים לענין; ואם הוא מכיר בזכויות בעלים וחוזרים, אין אני רואה על שום מה יעצום עין מזכויות חזקה ומדוע יפלה לרעה אנשים הטוענים כי הם מחזיקים באדמה

ומעבדים אותה הרבה שנים... מובן, שרשיונות לאלה, כרשיונות לכל האחרים, מותר לתתם או למנוע את נתינתם משיקולים של בטחון".<sup>21</sup>

בבג"צ 65/60, 91 בולוס ואח' נ' שר הבטחון ואח"כ נדונה סבירותה של הדרישה שמבקש רשיון הכניסה לשטח אימונים יצהיר שהזהר כי אותו שטח משמש שטח אימונים צבאי שמצויים בו סיכונים גלויים ונסתרים, שהאזהרה ברורה ומובנת לו, וכי הוא מתחייב להביא את האזהרה בכתבה וכלשונה לידיעתו של כל אחד מהאנשים אשר רשאים יהיו להיכנס לשטח מכוחו של הרשיון שניתן לו. בית המשפט אישר את סבירות הצבתה של הדרישה האמורה כתנאי להענקת הרשיון. וכך הסביר את פסיקתו:

"כאמור, משמש השטח הנדון למטרה של אימוני הצבא. בעבר היה הצבא נוהג להציב שם שלטים של אזהרה כדי שאנשים הנכנסים לשטח יזהרו בפני הסיכונים המצויים בו עקב פעולות האימונים של הצבא, אך שלטים אלה היו ועלמים. בעבר גם קרה כי נפל פגז לתוך השטח ואם כי מאז נקט הצבא אמצעי זהירות נוספים על מנת שלא יקרה עוד כדבר הזה שם, עדיין קיימת הסכנה כי עצם הימצאות החיילים במקום הזה והביאם לשם דברי תחמושת, עשויים לגרום להיווצרות מצב של סכנה לגבי אנשי הכפר וילדיהם הבאים למקום. הצבא רואה מחובתו להזהיר את בעלי הרשיונות ופועליהם על מציאות הסיכונים הללו באותו מקום ולהבטיח כי האזהרה הזאת תגיע לתעודתה, ושלא תבוא לאחר מכן טענה מצדם שהאזהרה לא ניתנה להם. מכאן הדרישה שהמבקשים ופועליהם יחתמו על ההצהרה בת שני התנאים הנ"ל ולדעתנו מהווה דרישה זאת תנאי סביר לחידוש הרשיונות".<sup>22</sup>

סוגיה בפני עצמה היא התנאת הכניסה לשטח האש בויתור על הזכות להגיש תביעת נזיקין נגד המדינה בגין נזקים שעלולים להיגרם אגב כך או בעשייתה של פוליסת ביטוח שתכסה נזקים אלה. זו תיבחן במסגרת הדיון באחריות לשלום הנכנסים לשטחי האש.

רשיונות הכניסה הניתנים ברגיל הם:

- (1) למטרות חקלאיות - מירעה ועיבוד.
- (2) למטרות טיולים.

הרשיונות ניתנים לגבי מועדים שבהם אין הצבא מקיים אימונים בשטח שאליו הם מתייחסים, על מנת למנוע סכנה לחיי אדם. על כן, הרשיונות למטרות חקלאיות מוגבלים לסופי השבוע, נוכח העובדה שאז אין מקיימים אימונים, ואילו הרשיונות למטרות טיולים ניתנים בהתייחס למועדים שתואמו מראש עם הגורמים המופקדים על תכנון האימונים.

ברגיל, רשיון הכניסה כולל מספר תנאים נוספים, אשר נועדו להבטיח את תכליתם העיקרית של השטחים הסגורים, שנועדו לשרת את צה"ל באימוניו. כך למשל, הרשיונות למטרות עיבוד חקלאי מתייחסים תמיד לעיבודים עונתיים ולא לנטיעות קבע. זאת, על מנת למנוע זיקה מתמשכת לקרקע שנמצאת בתחומי שטח סגור, זיקה אשר עלולה להכשיל את בעל הנטיעות בכניסה שלא כדין לשטח אף כאשר לא הורשה לעשות כן.

(22) שם, בעמ' 1525.

(23) פ"ד יד 845 (להלן: ענין בולוס).

(24) שם, בעמ' 847.

דוגמה מובהקת לתנאים שיש להם מקום ברשיון כניסה כאמור מהוות הטלת מגבלות על סיווגם הבטחוני של הנכנסים לשטח הסגור, נוכח הסכנה שעשויה להיות כרוכה בחשיפתו של הנכנס לפרטים שיש להם משמעות בטחונית. לאחרונה, ניתנה לכך גושפנקה חד משמעית בפסק דינו של בית המשפט העליון בבג"צ 245/89, 173/88, 580, 438 בשג"צ 245/89 חליחל ואח' נ' מדינת ישראל ואח'.<sup>22</sup> בנסיבות הענין, העותר היה בן מינויים שלא קיבל היתר רעיה בשטח אימונים, לאחר שבהתחשב בפעילות היעודית שמתקיימת בו, נקבע כי יורשה להכנס אליו רק מי שהוא יוצא צבא. ושיא בית המשפט העליון, השופט שמגר, פסק שבנסיבות אלה אין מקום לבקורת על ההחלטה שהתקבלה בעניינו של העותר. ואלה היו דבריו:

"אינני רואה עילה להתערבותו של בית משפט זה בשיקולי הרשויות הצבאיות באשר לכניסה לתוך שטח האש הסגור 115. המדובר על שטח שנסגר כדין למטרות צבאיות ואין העותרים יכולים להלין על כך אם היתר הרעיה נתון שטח האש ניתן רק למי שממלא אחד התנאים הבטחוניים המפורטים".

יצוין כי שיקול נוסף שהינחה את בית המשפט במקרה זה היה שלעותר לא היו זכויות קנייניות באדמות שבתחומי השטח הסגור. אמנם, בשיקול זה, כשלעצמו, אין די על מנת להתנער מהצורך לשקול בקשה לרשיון שקילה עניינית. אולם, סבירות קיפוחה של הציפיה לקבל רשיון ובחנת אף לאור תמונת זכויותיו של המבקש. קיומה של זכות קניינית הינה שיקול נכבד, אשר יביא להקפדת יתר עם הרשות המוסמכת.

#### (4) האחריות לשלום הנכנסים לשטחי האש

הפעילות הצבאית בשטחי האש כרוכה, מעצם טיבה וטיבעה, ביצירת סיכונים שלהם השופים, בעיקר, הנכנסים לתחומיהם. על אחריותו של הצבא לסיכונים האמורים חלים עקרונות דיני הנזיקין הכלליים, ובהם דיני הרשלנות כקביעתם בסעיפים 35 ו-36 לפקודת הנזיקין (נוסח חדש).<sup>23</sup>

יישום דינים אלה בהקשר לפעילותו של הצבא בשטחי האש מעלה שחלה עליו חובה להבטיח שהנכנסים אליהם לא ייפגעו ולנקוט אמצעי זהירות בקשר לכך. חובה זו באה לידי ביטוי, קודם כל, באוהרת הציבור מפני הכניסה הלא מבוקרת לשטחי אש. אולם, היא אינה מתמצה בכך. אם ניתנים רשיונות כניסה לשטח, יש לנקוט צעדים סבירים להבטחת שלומם של הנכנסים על פי רשיונות אלה.

על כן, כאשר הימצאות בשטח האש צפויה לגרום לנזק במהלך הרגיל של הדברים, אין להתיר את הכניסה אליו. כך, אין להתיר כניסה לשטח שרצוף בפיוור של נפלי תחמושת למיניהם, מוקשים וגורמי סיכון מסוג זה. הוא הדין בכך שאין להתיר כניסה לשטח בעת שבקרבת מקום מתקיימות יריות אשר עלולות לסכן את שלומם של השוהים בו. כמוכ, ...

(25) (לא פורסם).

(26) נ"ח 266 (להלן: פקודת הנזיקין). כל זאת, בכפוף להגבלות על אחריות המדינה בנוזיקין, שעליהן מורה חוק הנזיקין האזרחיים (אחריות המדינה), תשי"ב-1952, ס"ח 339. אולם, אף על פי חוק זה אין המדינה פטורה מאחריות למעשים שונעו ברשלנות (ראה נוסחו של סעיף 3 לחוק).

צה"ל אחדאי רק למנוע מצבים של סכנה צפויה, להבדיל ממניעת כל אפשרות של פגיעה. בכל כניסה לשטח שהתקימו בו אימונים כרוכה סכנה מסויימת, ועל כן, אם הוזהרו הנכנסים מפניה, יוצא הצבא בכך ידי חובת הזהירות שלו. על הצבא להימנע מלהיות רשלן, אך אין הוא נושא באחריות לכל נזק - אין הוא חב את הביטוח של הנכנסים. אדרבה, בענין גילוס הכשיר בית המשפט העליון את ההחלטה להתנות את מתן רשיונות הכניסה לשטחי האש בהצהרתם של הנכנסים כי הוזהרו מפני הסיכון שכרוך בכניסה זו.

את האמור עד כאן יש לסייג בכך שהאחריות שחלה על מי שנכנס לשטח שלא כדין היא אחריות מוגבלת, מכוחו של סעיף 37 לפקודת הנזיקין. וכך מורה סעיף זה:

"(א) האחריות לפי סעיפים 35 ו-36 בשל מצבו של שטח צבאי, תחזוקתו או תיקונו או בשל השימוש בו, לא תחול כלפי מי שנכנס לאותו שטח כמסיג גבול, אלא אם הוכיח התובע שנכנס בתום לב ובלי כוונה לעבור עבירה או לעשות עוולה ושהאחדאי לאותו שטח, או הפועל מטעמו במקום הכניסה, ידע על הימצאותו של הנכנס באותו שטח בשעה שנגרם הנזק.  
(ב) בסעיף זה, "שטח צבאי" -

- (1) מקרקעין התפוסים בידי צבא-הגנה לישראל או שלוחה אחרת של מערכת הבטחון שאישר אותה שר הבטחון לענין זה;
- (2) מקרקעין המשמשים למטרה בטחונית שעל הכניסה אליהם הופקדה שמירה או שהכניסה הוגבלה בהודעה המוצגת מחוצה להם;
- (3) מקרקעין שיש בהם מיתקנים המיועדים למנוע כניסה לישראל או יציאה ממנה; לענין זה אישורו של מי שהסמיכו לכך שר הבטחון, כי המיתקן נועד לשמש למניעת כניסה לישראל או יציאה ממנו, יהא ראייה מוחלטת לדבר."

אולם, כלפי מי שנכנס לשטח אש על פי רשיון כניסה שניתן לו מאת הרשות המוסמכת, יהא צה"ל חייב חובה שלמה שלא להתרשל, כמוסבר לעיל.

השאלה המתעוררת היא, האם יכול הצבא להתנות את הכניסה לשטח האש בויתור על הזכות להגיש תביעת נזיקין נגד המדינה בגין נזקים שעלולים להיגרם אגב כך, או בעשיית מוליסת ביטוח שתכסה נזקים אלה.

התשובה לשאלה זו צריכה להינתן קודם כל על פי אמות המידה שהותוו בפסיקה לגבי הפעלת שיקול דעתן של רשויות המינהל בכלל ולגבי אופן הפעלת שיקול הדעת לצורך החלטה בנושא כניסה לשטחי האש בפרט. התשובה לשאלה, האם רצונה של המדינה למנוע חיוב כספי שלא בגין נזק שנגרם לאדם שהותרה כניסתו לשטח האש הינו שיקול לגיטימי, אינה עשויה מיקשה אחת. הדרישה שעניינה ויתור על תביעות או עשיית ביטוח מתאים יכולה להחשב דרישה סבירה, אך לא בכל מערך נסיבות ולא בכל תנאי. יש לזכור כי, ביסודם של דברים, כניסה לשטח שמתקיימים בו אימונים כרוכה בסכנה מסויימת, אפילו הורחקו ממנו גורמי הסיכון שהתגלו במהלך הסריקה הראשונית וננקטו צעדי זהירות. מדוע תישא המדינה בסיכון שתחויב בפיצויו של הנפגע שנכנס לשטח כאמור? אמנם, ניתן לגרוס שבנסיבות אלה תידחה תביעת הנזיקין שתוגש מטעמו של הנפגע, שהרי הבסיס לתביעה כזו צריך להיות הזכחת רשלנות מצד המדינה, ואם נקטה

זו באמצעי זהירות, לא תחויב בדין. אולם, למעשה, אף בנסיבות שבהן נהגה המדינה בזהירות והתריעה מפני הסיכון המסוים שצפוי לנכנס (להבדיל ממצב שבו התירה כניסה לשטח שכל כניסה אליו כרוכה בסיכון גבוה) אין כל מניעה לעצם הגשת התביעה מטעמו של הניזוק. בנסיבות אלה, צפוי להתנהל הליך משפטי ארוך ומסובך, ואפשר שהמדינה תתקשה להוכיח את צידקת עמדתה. על כן, בהצבת הדרישה של ויתור או ביטוח בפני הנכנסים יש הגיון אף כאשר המדינה נוהגת בזהירות ובהגיונות, כמצופה ממנה.

כמובן, הכללת התנאי האמור ברשיון הכניסה אינה פוטרת את צה"ל מן החובה לוודא שהכניסה לשטח אינה מסוכנת. הימנעות מנקיטת אמצעי זהירות, נוכח קיומה של ההתנאה, תחשב התנהגות שלא בתום לב ובניגוד לתקנת הציבור, ולא תאפשר למדינה להסתמך על האמור בה על מנת לפטור עצמה מן החובה לשאת בעול הפיצוי.

על האמור עד כאן יש להוסיף מספר הסתייגויות נוספות.

ראשית דבר, והערה זו מיוחדת לדרישה שעניינה ביטוח, עריכתו של זה אין בה כדי למנוע קיומו של הליך שיפטי שיסוב על אחריותה של המדינה לפגיעה במבוטח. במקרה הרגיל, הוא עצמו יקבל את סכום הביטוח בהתאם לפוליסה ולא יגיש תביעת נזיקין נגד המדינה, אך תברת הביטוח תוכל להגיש מצידה תביעת שיבוב.

שתי ההסתייגויות הבאות מיוחדות לסוגית תוקפן של תניות הויתור שנכללות בהתחייבות שעליה נדרש הנכנס לחתום. ההסתייגות האחת שואבת מדיני הנזיקין הכלליים. תנית ויתור עלולה להתגלות כמשענת קנה רצוף נוכח המגבלות המיוחדות שמסיגות את ההגנה של הסתכנות מרצון. ההגנה הקבועה בסעיף 5 לפקודת הנזיקין, אשר לשונו מעידה כשלעצמה על צמצום וזהירות, זכתה לפרשנות מצרה ודווקנית. ניתן להניח שבחלק מהמקרים ימצא בית המשפט שהתנאים לתחולת הפטור לא נתקמו - למשל, משום שהניזוק לא היה מודע לחומרת הסכנה בשל בעיות בהבנת השפה העברית<sup>27</sup>. ההסתייגות האחרת מבוססת על עקרונות דיני החוזים. תקפותה של התנאה על הזכות להגיש תביעת נזיקין במקרה של פגיעה צריכה להיבחן באספקלרית ההלכות שנקבעו במושא של תניות פטור. אמנם, ברגיל, הצדדים לחוזה ריבונים לקבוע את תוכנו, ובכלל זה את תניות הפטור שתיכללנה בו. אולם, לכלל זה יש סייגים, ובמיוחד בהתייחס לתניות פטור שנושואן נזקי גוף ומהוות חלק מחוזה אחיד. פרופ' שלו חיוותה דעתה כי "תניות פטור שנושואן נזקי גוף בחוזים אחידים הן התניות הפגיעות ביותר להתערבות שיפוטית"<sup>28</sup>. בע"א 462/62 צים נ' מזיאר<sup>29</sup>. נפסקה ההלכה שתנית פטור, שעניינה נזק גוף, בטלה בהיותה נוגדת את תקנת הציבור<sup>30</sup>.

ההסתייגות האחרונה היא כללית ומתייחסת הן לדרישת הביטוח והן להנהגתה של תנית הויתור, ככל שאלה מתייחסות לבעלים של האדמות הפרטיות אשר מעונינים להיכנס

(27) ראה: י. אנגלרד, א' ברק, מ' חשין, דיני הנזיקין - תורת הנזיקין הכללית (מהדורה 2, ג' טרסקי עורך, תשל"ז) 308-337.

(28) ג' שלו, דיני חוזים (תש"ן) 629.

(29) פ"ד יו 1319.

(30) דאה עוד אצל שלו, לעיל הערה 28, בע' 385-386 ו-629-630.



לשטח הסגור כדי לעבד את האדמות שבהן יש להם זכויות. אמנם, הסגירה חלה אף על בעלי הזכויות הקניניות בשטח הסגור במידה שהיא תופסת לגבי כלל הציבור, ואין בבעלות עצמה כדי להצדיק כניסה אליו או יציאה ממנו שלא ברשות. אולם, בקביעת המדיניות לגבי הענקת רשיונות כניסה לבעלים יש להיזהר והירות יתרו. אנשים אלה זכאים לכך שהגבלת חירותם לממש את זכויותיהם הקניניות תוגבל למינומם המתחייב מצרכי הבטחון, ובהתאם, לכך שכל אימת שצרכים אלה לא יעמדו לרועץ, יקבלו רשיונות כניסה לשטחים הסגורים. זאת ועוד, בהתיחס לאנשים אלה, מובנת במיוחד שאיפתם לקבל רשיונות כניסה, על אף הסכנה המסוימת שהיא צופנת, ואשר בה אין הם אשמים. על כן, המדיניות הטהגת באשר לכניסתם של בעלי האדמות הפרטיות היא שלא להגביל את כניסתם לשטחים הסגורים במגבלה הנוספת שעניינה ויתור על זכויות או נשיאה בעלות של עשיית פוליסת ביטוח.

## 1. סיכום

פעולות האימונים של הצבא תלויות במידה רבה בהעמדתם של שטחי קרקע מתאימים לתכלית זו, והדרך המשפטית להוצאתה של התכלית האמורה מן הכח אל הפועל היא סגירתם של שטחים באופן שיהיה מותר בהם שימוש צבאי בלבד. כיום, סגירת השטחים מבוססת על תקנה 125 לתקנות ההגנה, אשר באמצעות צו המוצא מכוחה ניתן להורות על סגירת שטח, במובן זה שתהייה אסורות כניסת אזרחים אליו ויציאתם ממנו. פעולה בניגוד לצו כאמור הינה עבירה חמורה למדי, ועלולה להיות כרוכה אף בתוצאות קשות שיישא בהן העבריין במישור הדין האזרחי, בכפוף לכך שסגירת השטח, כשלעצמה, אינה פוטרת את הצבא מעולם של דיני הנויקין מבחינת אחריותו לתוצאות מזיקות שעוללות לגביע מן הפעילות בו.

במאמר זה הוצגו ההיבטים המשפטיים של הפעילות בשטחי האש, אשר מבוססת על צוי סגירה מכח תקנה 125 הנוכרת. אין מדובר בפעילות המתקיימת ב"חלל ריק" מבחינה משפטית. אולם, אין ספק גם שתיאורו של המצב הנוהג מעלה כי ההתבססות על תקנה 125 מותירה ללא מענה ראוי מספר שאלות חשובות. זוהי תקנה כללית, שמטרתה סגירתו של שטח מטעם צבאי בטחוני שהתעורר בחיי המעשה. יש להניח שהיא לא נועדה לשמש כמסגרת לסגירה אשר בעת עשייתה מכוונת להיות סגירת קבע, ואשר סופה מי ישורנו. במצב זה, נותרת בידיהם של בעלי הקרקעות הפרטיות שבשטח הסגור בעלות ערטילאית בלבד, בלא שיוזכו לפיצוי כלשהו, ומבחינה זו, מצבם גרוע יותר מזה של בעלי קרקעות מופקעות (בכפוף לסיכוי שצו הסגירה יבוטל ביום מן הימים). מצד שני, עיגונה של הסגירה בתקנה 125 הכללית מתגלה לעתים כבעייתי אף מבחינתו של צה"ל. מכוחה של תקנה 125 מוצאים צוים שכל כוחם הוא בהטלת איסור על כניסה או יציאה. על כן, סגירת שטח אינה יכולה לתת מענה לבעיית הנדידה של שבטי בדווים במרחב גדול שנסגר כמקשה אחת. כמו כן, באשר צו הסגירה הוא צו מטייל איסורים ולא צו מקנה זכויות, נערמים קשיים על דרכם של כוחות המתאמנים בשטחי האש, שחלקם נמצאים בבעלות פרטית. כפי שצוין, הסגירה אינה מכשירה שימוש של הצבא באדמות פרטיות, בה בשעה שלעתים שימוש זה הוא חיוני על מנת שניתן יהיה להפיק תועלת מן הסגירה. על כך נוספת הבעיה שהפקעתן של "אדמות הביניים" שבתחום השטחים הסגורים בעייתית מבחינה ציבורית-פוליטית. במצב הנוכחי נותרת, איפוא, תלויה ועומדת שאלת זכאותם של הבעלים לדמי שימוש בנסיבות שבהן נכנסים כוחות מתאמנים לאדמותיהם, זכאות שלכאורה קיימת, אם כי אכיפתה בחיי המעשה צפויה להיות קל בקשיים דאיתיים.

העולה מן המקובץ הוא, שאף כי שיטת המשפט שלנו כוללת מסגרת סטטוטורית שחלה על פעילות האימונים של הצבא בשטחים שייעד לכך וסגד לצורך זה, נכון יהיה לשקול יוזמה של חקיקה אשר תסדיר את הסוגיה באופן ספציפי. בניסוחה של זו תינתן הדעת לשאלות המיוחדות שמעוררת סגירה שהיא ארוכת טווח מעצם טיבה, ועל כן בעלת השפעה ארוכת טווח על אופיה של הבעלות בקרקע.

---

בשולי החקיקה

## חוק הארכת מועדים (\*)

מאת  
פרופ' אוריאל פרוקצ'יה.

## הקדמה.

חוק הארכת מועדים הוא חוק של מלחמות. בכל אחת ממלחמות ישראל מגוייס מערך נרחב של אנשי מילואים לשירות בטחון ארוך טווח ובהתראה קצרה ביותר - לעיתים ללא כל התראה כלל. הריחוק הפתאומי מן הבית, העסק או מקום העבודה, הכפוי על המגוייסים לתקופה ארוכה ובלתי מתוכננת מראש, מעמיד רבים מהם במצב של חוסר יכולת מעשית לקיים את חיוביהם, הוולונטריים ויצירי הדין כאחד, במועדיהם, ואילולי קיומו של החוק היה הדבר חושף אותם לתביעות על אי קיומם של חיובים אלה ולנזקים כלכליים קשים. הדוקטרינות המשפטיות הרגילות המיועדות לטפל במצבים של אי יכולת אובייקטיבית לקיים חיובים - כגון הדוקטורונה של סיכול - הן צרות היקף מידי ועמומות מידי מבחינת תחולתן, על מנת לספק מענה יעיל לצרכים מקור-משפטיים של עם שלם שגוייס בפתאומיות למלחמה. אין פלא בדבר כי הצורך לפרטר בעיות דומות מתעוררות גם בשיטות משפט אחרות, אם כי הן פרטי ההסדרים במשפט המשווה: והן

(\*) רשימה זו היא עיבוד למאמר של הרצאה שהוכנה עבור כנס קציני סעד משפטי במילואים.

- (1) ראה, למשל, ע"א 421/74 שגן נ. מדה, פ"ד כ"ט (1) 455 (המתייחס לאסונות טבע כאירוע שאינו מסכל בהכרח חיובים חוזיים). לתוצאה דומה בהקשר של פרוץ מלחמת יום הכיפורים כמאורע מסכל ראה ע"א 13/75 בלומפלד נ. חברת הדו פלטט בע"מ, פ"ד כ"ט (2) 452. אך להלכות סותרות ראה הערות שולים לפרק ד', סעיף "סיכול" להלן.
- (2) בזמן מלחמת העולם השנייה נחקק באנגליה ה-

Courts (Emergency Powers) Act, 1943,

אשר הוחלף לימים על ידי ה-

Reserve and Auxiliary Forces (Protection of Civil Interests) Act, 1951.

לפי הוראותיו של חוק זה אין הנושה מנע לחלוטין מלבקש את אכיפת החיוב, אך מצד שני עליו לקבל לצורך כך את הסכמתו של בית המשפט. נושה שלא עשה את המוטל עליו בענין זה צפוי לתביעות פיצויים עונשיים מצד הנפגע, אם כי לבית המשפט יש שיקול דעת רחב לפטור אותו מנטל זה אם שוכנע כי הימנעותו של הנושה מקבלת רשותו של בית המשפט נעשתה בתום לב וללא ידיעה כי החיוב זכאי להגנת החוק.

הפרקטיקות שנוצרו ביחס לאכיפתם, אינם בהכרח זהים עם הדינים המהותיים והפרקטיקה שהתגבשו בישראל.

אם כך ואם כך, תכליתו של חוק הארכת מועדים, התשל"ה-1974, היא להתמודד עם בעיה קשה זו, בעייתו של המגוייס שאינו יכול לקיים את החיובים המוטלים עליו במועדים. מבחינת המוטוב לחקיקתו, אפשר לציין שתי מטרות תאומות: עשיית צדק בין המתגייסים לבין נושיהם, שרבים מהם נשארים בעורף ונהנים בעקיפין משירותם הצבאי של אלה שגויסו: החוק חוסם את הנושים מפני אכיפת החיובים המגיעים להם מן המגוייסים כל עוד לא שוחזרו; והמטרה השניה היא הבטחת המוראל בקרב הכוחות המגוייסים, שהיה יכול להיפגע קשות אילו חששו המגוייסים לנזקים הכלכליים המזונומים בהם מאחור, בעוד הם מצווים להקריב את כל אשר להם לקידומו של המאמץ המלחמתי.

כדי להשיג את התכליות הללו קובע החוק מעין מורטוריום כללי - כל המועדים לעשייתה של פעולה מן הפעולות המנויות בו ושהנטל לעשייתה רובץ על המגוייס - נדחה עד לאחר חלוף פרק זמן מסוים מיום שחזרו. זהו העקרון: אך הדרך להגשמתו רצופה בקשיים בלתי מבוטלים, שאל פשרם והבעיות שהוא מעורר מכוננת רשימה זו. לא נוכל לעסוק במכלול הבעיות המתעוררות - החיים המיד עשירים יותר מדמיונו של כל פרשן, קל וחומר פרשן הנתון בתוך סד של חיבור קצר. אך נשתדל להקיף את הבעיות המרכזיות שהחוק מעורר - כפי שהתגלו הלכה למעשה במלחמות העבר.

## פרק א': תחולת החוק.

התנאי המרכזי לתחולת החוק הוא שהמדובר אינו במגוייסים סתם - כי אם במגוייסים ששר הבטחון הכריז על שירותם כעל 'שירות חירום'. אף על פי שלשון החוק אינה מסייגת את סוגי ההתרחשויות המצדיקות הכרזה כזו - שר הבטחון מעולם לא הפעיל את סמכותו אלא בעיתות מלחמה, וצפוי שכך יהיה גם בעתיד. הכרזתו של השר טעונה פיקוח פרלמנטרי, והיא פוקעת מאליה תוך ארבעה עשר יום אלא אם כן אושרה בוועדת החוץ והבטחון של הכנסת, הרשאית גם להפנות את ההכרעה למליאת הבית. באופן מעשי צפוי כי קציני היעוץ הפועלים בשטח לא ייקראו להתמודד עם בעיה קונסטיטוציונית זו, ובדרך כלל יוכלו להניח, בעיתות מלחמה, כי החוק אכן יופעל כדין - וכי לא יעלה על דעתה של ועדת החוץ והבטחון או של מליאת הכנסת לבטל הכרזה שהשר ראה לנכון לפניו להכריזה.

החוק חל על חייל שהשירות שלו נכלל במסגרת ההכרזה. בעבר נהגו שרי הבטחון להכריז הכרזה כללית, החלה על כל סוגי השירות, לדבות שירות בצבא קבע. אך אין זה מן

(3) "הספר הלבן" של ה"Supreme Court Practice" באנגליה, המצטט בדרך כלל את הטקסט המלא של חיקוקים הנוגעים לסדרי דיון ולמועדים, קובע בענין חוקי הארכת המועדים הבריטיים את ההערה הלקונית הבאה:

"The text to the act is not printed because the applications made under it are very rare".

ראה מהדורתו של הספר הלבן משנת 1985, כרך שני, עמוד 1584.

(4) אך ראה תקנות הארכת מועדים (סייגים לתחולת החוק), תשל"ו-1977, הקובעות כי מועדים שנקבעו בסוגי חיקוקים מסויימים לא ייהנו מהגנתו של חוק הארכת מועדים.

הנמנע כי בעתיד יראה שר הבטחון לטוב לפניו להגביל את הכרזתו לסוג שירות פלוני או לשירות ביחידה פלונית או במקום פלוני - כפי שהוא אכן מוסמן לעשות מכוח סעיף 1 (ג) לחוק.<sup>5</sup> קציני היעוץ יעודכנו ביחס לסוג ההכרזה ולמיהותם של החיילים החוסים תחת כנפיה.

בעיית תחולה מרכזית היא בעיית העיתוי: ממתי ועד מתי נהנה החייל שסוג שירותו נכלל במסגרת ההכרזה מהגנת החוק? לשאלה זו אין תשובה אחידה המתייחסת לכל סוגי המורטוריה הסטוטוריים, ויפה יעשה קצין היעוץ אם ידענן את זכרונו בכל מקרה שבו הוא נדרש לפרש את החוק, על מנת לקבוע את מסגרות הזמן המדוייקות של הארכת המועד הרלבנטית. כך לדוגמא, כאשר מדובר בחיוב חוזי, החוק חל על כל חיוב שהמועד לקיומו הגיע שלושים יום לכל היותר לפני שהחייב גייס לשירות חירום (ולא קודם לכן) והוא נדחה עד תום שלושים יום אחרי שתרוויו של החייל משירות חירום, או מיום ביטול ההכרזה, לפי המוקדם. לעומת זאת מגוייס לשירות חירום המחויק ברשיון שהיה פוקע, אילולי הוראות החוק, בהיותו בשירות חירום או תוך שלושים יום לפני זה - מוארך תוקף רשיונו עד תום ששים ימים לאחד שחרורו. מי שנפל בשבי האוייב או שנפטר בהיותו בשירות חירום זוכה להארכת מועדים ארוכה יותר - עד תשעים ימים לאחד שחרורו מן השבי או מיום הפטירה. ולבסוף - מי ששוחרר משירות חירום אך גייס לשירות מילואים תוך שלושים יום מיום ששוחרר - יראו את שירותו כשירות חירום רצוף עד לשחרור משירות המילואים - ותקופת ההארכה תתחיל את מרוצתה רק מאותו יום.<sup>6</sup>

### פרק ב': המקרה הרגיל - סעיף 2 לחוק.

סעיף 2 לחוק נועד לטפל במאסה גדולה של חיובים שהמחוקק קבע לגביהם את עקרון הארכת המועדים. המדובר במועדים שנקבעו מכת חוזים - ובכלל זה שטרי חליפין ושטרי חוב - בחיקוקים או על פיהם, ובפסקי דין או החלטות אחרות של בתי משפט וטריבונלים שיפוטיים אחרים. כל אלה נדחים עד למועד הסטוטורי שלאחר השחרור, ואת מקצתם ניתן אפילו אז להחזיר בתשלומים לשיעורין.<sup>7</sup> זוהי תחולה רחבה מאד, ובכל הנראה היא כוללת בחובה בדרך עקיפין גם סוגי חיובים שלא נזכרו בסעיף 2 בשמם המפורש. למשל, סעיף 2 אינו דן כלל בחיובים נזיקיים או מעין חוזיים. ואולם לאור אופיים האולולונוטארי של סוגי חיובים אלה, סביר כי הדרך לאכיפתם חייבת לעבור בבית המשפט, וממילא יידחה כל מועד שייקבע על ידי בית המשפט לביצוע החיוב עד לתום ההארכה הסטוטורית. יתירה מזו: נדמה לי כי אם הדרך העוברת בבית המשפט חייבת להסתיים בהארכת המועד - מקרין הדבר על מהותו של החיוב עצמו, שהרי אין משמעות לחיוב אלא כמידת הסעד שניתן לקבל כדין בהליכי אכיפתו.

- (5) למשל, האין זה סביר שלא לפרוש את הגנתו של החוק על חיילי קבע שאומי משרתם מכתוב שגרת חיים שאיננה מושפעת כלל מפרוץ המלחמה?
- (6) בעיית תחולה הריפה מתעוררת כאשר חיוב פלוני שולח שלוחות אל תוך שתי קבוצות זמן: קבוצת זמן אחת שכל החיובים הנוצרים במסגרתה נחים מהגנת החוק, וקבוצת זמן שניה שכל החיובים הנוצרים במסגרתה אינם מוגנים - ואותם יש לקיים בעיותי המקורי. אם ניתן לפרש את השלוחה הנשלחת אל מסגרת הזמן הבלתי מוגנת כמעין הרחבה של החיוב המוגן - תתפרש ההגנה גם עליה. ראה לענין זה ע"א 557/74 יוסף חי כהן נ. שושן הגליל חברה לבנין בע"מ.
- (7) ראה תקנות הארכת מועדים (הסדרים) לפרעונום של תשלומים נדחים), תשל"ד-1974.

כדי שלא לכרסם בערכה של הדחיה מבחינתו של החייל המגוייס קובע סעיף 2 כי הדחיה תחול גם על כל אדם הערב לכיצוע החיוב או החייב לשפות או לפצות אדם על אי כיצוע של החיוב, וכן תחול גם על בן זוגו של החייב, אם הוא אחראי לחיוב באופן סולידארי ביתד עימו. חריג חשוב לעקרונ הארכת המועדים חל כאשר מדובר בתווה שנכרת בעת היותו של החייב מגוייס לשירות חירום, למעט כשהמדובר בחיובים כספיים המובטחים במשכנתא לצורך רכישתה של דירת מגורים או שנעדרו להבטיח דירת מגורים באמצעות חוזה שכירות.

למרות שסעיף 2 דן במקרה ה'רגיל' של הארכת מועדים, ברור כי לשונו מעוררת תילי תילים של קושיות פרשניות קשות. מבלי לנסות למצות את כל השאלות הללו ראוי להדגים את הקושי בדוגמא אחת או שתיים.

טול מקרהו של חייב שמשך שיק ארבעים יום לפני שגויס לשירות חירום, אך השיק הוצג לפרעון בתקופה הסטטוטורית של שלושים יום לפני הגיוס או מאוחר יותר: האם חייב המושך בפרעון השיק עם הצגתו לפרעון בבנק וחילולו שם - או שמא נדחית חובתו לפרוע את השיק עד שלושים יום לאחר שחרורו מן השירותו התשובה לשאלה זו תלויה בשאלה מהו המועד המוסכם לפרעונו של השיק. אפשר לגרוס כי השיק - בהיותו מוגדר בפקודת השטרות כבר פרעון עם דרישה - עומד לפרעון מרגע משיכתו, ולפיכך הארכת המועד איננה חלה לגביו. אך אפשר גם לגרוס כי השיק אמנם הוא בר פרעון עם דרישה, אך החיוב לפרועו איננו מבטיל עד להצגתו לפרעון בפועל וחילולו על ידי הבנק. אם זוהי הפרשנות הנכונה ההארכה חלה והחייב רשאי לפרוע את השיק שמשך ארבעים יום לפני גיוסו רק שלושים יום לאחר שחרורו.<sup>8</sup>

או הגח כי ניתנה הנחה כלשהי למי שפורע את חיוביו לפני המועד המקורי, בין אם מועד זה נובע מהסכמה חוזית ובין אם הוא נובע מן החוק. דוגמא לכך היא ביחס למי שמשלם את מיסיו לפני המועד שנקבע בחוק. האם אדם המגוייס לשירות חירום הפורע את חיוביו במועד המקורי זכאי לאותה הנחה? אפשר לטעון כי התשובה לשאלה זו היא חיובית, שהרי המועד המקורי נדחה עקב פעולתו של החוק ויש לראות במי שפרע את חיוביו במועד הדחוי כמי שעמד בחיוביו במועד החוקי. לכן כל מי שפרע את חיוביו קודם לכך יש לראותו כמקדים תשלומים - ובמקרים המתאימים כזכאי להנחה. מאידך גיסא ניתן לטעון כי פירוש זה גובל בשימוש לדעה בחוק, שהרי החוק נועד להקל על מי שעקב גיוסו לא יכול היה לעמוד בלוח הזמנים המקורי, ולא לתת פרסי חינם לאלה שמצב שירותם איפשר להם לפרוע את החיובים במועד המקורי - כאילו התנדבו ופרעו אותם בתאריך מוקדם יותר.

## פרק ג': מקרים מיוחדים.

החוק כולל שורה של מקרים מיוחדים שהמחוקק רצה להוציא מגדר תחולתו הכללית של סעיף 2 - ולהסדיר בסעיפי החוק האחרים. נסקור את העיקריים שבהם.

(8) ככל הנראה, עילת התביעה אכן קמה לאוחו רק עם חילול השיק. ראה ע"א 74/331 בהן נ. גורדיזנסקי, פ"ד כ"ט (1) 689. למותר לציין, כי תוצאה זו אינה בהכרח לטובת המגוייס, שהרי ייתכן שדווקא החילול יתרחש בזמן השירות ממש, ואזי יחול לכאורה האמור בסעיף 2 (ה) לוק, הדוחה את תחולתו לגבי החיובים שנוצרו בזמן הגיוס.

**דירת מגורים**

סוגיית דירת המגורים חושפת קצה קרחון של פרובלמטיקה הריפה שחוק הארכת מועדים מטפל בה טיפול שטחי וחלקי ביותר. סעיף 3 לחוק קובע כי אם נקבע בחוזה מועד למסירתה של דירת מגורים, רשאי בית המשפט, לפי בקשת החייב, להאריך את המועד, אם ראה שמן הצדק לעשות כן לרגל היותו של החייב או אדם אחר בשירות חירום. סעיף 3 נועד להוסיף על התרופות הקבועות בסעיף 2 ולא לגרוע מהן. לכאורה, מאפשר סעיף 3 לבית המשפט להאריך את המועד לתקופה ארוכה יותר מזו הקבועה בסעיף 2 - ובכך הרבותא שבו. אך לי נראה כי עיקרו של סעיף 3 דווקא באיזוורו של 'גיבור ספרותי' חדש בדומה של הארכת המועדים - ה'אדם האחר'. בית המשפט רשאי לדחות את המועד לא רק כאשר החייב במסירה הוא המשרת בשירות חירום, אלא גם כאשר אדם אחר משרת בשירות חירום. סיטואציה אופיינית שיוכלה להדגים את השימוש בסעיף זה היא כאשר פלוני, המשרת בשירות חירום, התחייב למסור דירה לאלמוני, שהוא עצמו אינו משרת. אלמוני התחייב מצידו לפנות את דירתו לטובת אדם שלישי, מי שעתיד לעמוד במשפט כתובע. הואיל ופלוני החייל אינו חייב לפנות את דירתו לאלמוני האזרח - כיצד יוכל אלמוני לפנות את דירתו שלו לצד השלישי התובע? החוק מאפשר לבית המשפט לדחות את חיובו של אלמוני - אף על פי שהוא עצמו אינו מגויס לשירות חירום - בגלל נסיבות הקשורות לגיוסו של פלוני - גיוס שבגינו אין פלוני מקיים את חיובו במועד המקורי ומעמיד בכך את אלמוני בפני שוקת שבורה.

אמרתי כי סעיף זה הושף קצה קרחון. כוונתי היתה כי זהו צוהר שדרכו ניתן להבחין במצוקתם של מי שאינם מגויסים בשל דחיית חיוביהם של המגויסים כלפיהם. סעיף 3 נותן לצדדים כאלה סיכוי של סעד, אך סעיף 3 מוגבל בתחולתו למקרים של חיובי מסירה של דירת מגורים. כל החיובים האחרים אינם מטופלים באופן דומה על ידי המחוקק. יש לזכור כי ה'צד השני' בחיובו של החייל המגויס יכול להיות הוא עצמו חייל מגויס, או בן משפחתו של חייל מגויס, ואף אם אינו כזה - עלולה דחיית חיובו של החייל המגויס ביחס אליו לגרום תגובת שרשרת שבגינה לא יוכל הוא עצמו לעמוד במילוי חיובו במועד, כלפי חיילים ואזרחים כאחד. כאמור, המחוקק בחר לעסוק בבעיה קשה זו רק במגזר צר שלה, אולי בגין האופי השרשורי הטיפוסי של העסקה נשוא סעיף 3 - מסירת חזקת בדירות מגורים - במעין טורים ארוכים של עסקאות.

**ריבית**

סוגיית הריבית, המטופלת בסעיף 5 לחוק, היא מן הקשות ביותר לפענח. החוק קובע כי אם החיוב שתשלומו נדחה נושא ריבית, לא יעלה שיעור הריבית בתקופת ההארכה על השיעור שהיה אמור להשתלם עד למועד הפרעון המקורי. אם נקבע כי החיוב יישא ריבית אך לא נקבע בו שיעור הריבית, ייקבע שיעורה בצו. להלן כמה סוגיות נבחרות לפענוח:

\* מה דינו של חיוב שלא נקבע בו כי הוא נושא ריבית? לכאורה, הואיל ודואים את המועד הדחוי כאילו היה המועד המקורי, יש לראות בחייב כמי שפרע את החיוב במועד המקורי ואין לחייבו בתשלומי ריבית. זהו, כנראה, גם הפירוש הנכון. אך דואי שיש בו עוול כלפי נושים שנמנעו מקביעת ריבית הסכמית כי סמכו על הפרעון במועד, ועל חיובי ריבית סטטוטוריים שיחולו באופן אוטומטי (כגון: מכח חוק פסיקת ריבית והצמדה), אם החייב יפגור בפרעון החוב!

\* כיצד יש להתייחס אל נושה שבחר להגן על ערך ההלוואה לא באמצעות קביעתה של ריבית מפורשת אלא באמצעות תחליפי ריבית, כגון, במקרה המקובל והשכיח ביותר, הפרשי הצמדה? סביר להניח כי הפרשי הצמדה מוגדרים כתלק אינטראלי מן החיוב



עצמו, שהרי גובהו נקבע בדרך כלל כסכום החיוב המקורי, כשהוא מוגדל לפי יחס עליית המדד בין התאריכים של יצירת החיוב והתשלום בפועל. לכן הארכת המועד לא תשפיע בדרך כלל על קצב תפיחתו של החיוב עקב עליית המדד, והנושה ימצא מוגן. אך מה דינו של חיוב הנושא ריבית נומינאלית מוסכמת או הפרשי הצמדה לפי הגבוה מבין השניים? אם הריבית הנומינאלית מסתברת בדיעבד כסכום המיטיב יותר עם הנושה מתיר החוק לנושה לגבות אותה עם תום ההארכה. אך אם הריבית הנומינאלית נמוכה יותר מן המדד ייתכן כי סעיף 5 לחוק חוסם את הנושה ואינו מתיר לו לגבות יותר מן הריבית המוסכמת, בעיקר אם המדד צבר את תאוצתו בתקופה שאחרי היום שנועד לקיום החיוב המקורי.

\* בעיות קשות מתעוררות כאשר ההסכם קבע ריבית המשנתה בשיעורה בהתאם למועד הביצוע על ידי החייב. למשל, אפשר שהחווה קובע שיעור ריבית פלוני אם החיוב מבוצע במועד המקורי, אך ריבית גבוהה יותר - 'חריגה' - המוטלת כמעין קנס על החייב אם דחה את הביצוע למועד מאוחר יותר. עיסקה כזו יכולה להתיישב עם שני פירושים שונים. מצד אחד ניתן לקבוע כי המועד הדחוי מחליף את המועד המקורי בכל דבר וענין, ולכן אין לדבר על איחור בביצוע המשמש עילה לחישובי הריבית החריגה. מאידך גיסא העסקה גם משקפת מחירי כסף דיפרנציאליים שהצדדים ביקשו להתחילם על מועדי ביצוע חלופיים, מה שעשוי גם לשקף את עלויות ההולכות וגדלות של הנושה כתוצאה מפרעון החולך ונדחה מצד החייב: האין זה סביר כי עלויות משתנות אלה תשתקפנה גם במחירי ריבית משתנים? והלא אם הצדדים עצמם הפצו לקבוע שיעורי ריבית משתנים המותאמים לתאריכים שונים של ביצוע החיוב נראה לכאורה כי המחוקק לא חפץ להתערב בעיצובה של נורמה שכזו.

#### תאגידים.

הואיל ובעלי עסקים רבים מנהלים את עיסקם בצורה מאוגדת, בדרך כלל בחברה או כשותפות, התעורר הצורך להגן גם על תאגידים כאלה אם האדם הממלא בהם תפקיד מפתח גייס לשירות חירום; שהרי אם התאגיד - שהוא עצמו איננו משרת, כמובן, בשירות חירום - יאלץ לעמוד במילוי חיובי במועד המקורי, יימצא המגוייס נפגע בדיוק במקום שבו חפץ המחוקק להגן עליו. מטעם זה קובע סעיף 9 לחוק כי הוראות החוק תחולנה גם על שותפות ועל חברת מעטים כמשמעותה בסעיף 76 לפקודת מס הכנסה, אם השליטה בחברה או ב-50% לפחות מנכסי השותפות היא בידי מי שמשרת שירות חירום. הקונטורים הכלליים של כוונת המחוקק הם ברורים. אך ניסוחו מעורר שורה ארוכה של שאלות בלתי פתורות, הן במישור הפרשני הטכני והן במישור של קביעת המדיניות. במישור הפרשני אין זה ברור כיצד יקבע בית המשפט מיהו זה שיש לו 'שליטה בחברה'. האם שליטה היא כח הצבעה באסיפה הכללית המאפשר לבעל מניות פלוני לקבל, ללא סיועם של אחרים, 'החלטות רגילות'? מן הסתם, החוק אינו מרחיק לכת בדרישה לשליטה אבסולוטית המאפשרת לבעל מניות פלוני לקבל גם 'החלטות מיוחדות' או 'החלטות שלא מן המניין'. או שמא די בכך שיש לו 50% מן המניות המצביעות, בדומה לכלל הנדרש (ככל הנראה) במקרה של שותפות? ואולי המחוקק לא התכוון כלל לאחוז

(9) דאה ע"א 492/74 גומפרט נ. בז'רנו, פ"ד כ"ט (1) 734. במקרה זה פעל הכלל לטובת המגוייס דווקא, כי שער המט"ח שאליו הוצמד החיוב השקלי ירד דווקא בפרק הזמן שבין המועד המקורי לבין המועד הדחוי לביצוע החיוב!

שליטה נוקשה הניתן להגדרה מספרית אפריורית, אלא לשליטה למעשה, היכולה להיות מושגת לעיתים באמצעות הפעלת גוש מניות קטן מחצי? ואם כך הדבר, שמא אין כל צורך בהחזקת מניות דווקא וניתן להסתפק בשליטה למעשה המובטחת, למשל, באמצעות תפקיד גיהולי בכיר או בדרכים אחרות? בכל אלה סתם המוחקק ולא פרש.

ושוב: מה פשר הביטוי 'שליטה... ב-50% לפחות בנכסי השותפות'? האם הכוונה היא, כפי שהיה מתבקש מפירוש דווקני של לשון החוק, כי לשותף פלוני שליטה מלאה ב-50% מנכסי השותפות, או די בכך שהיה שותף בשיעור של 50% בהכרעות המתייחסות למכלול נכסי השותפות? לכאורה, נראה כי הפירוש השני עדיף, ולו מחמת האוטוריית הרבה של מה שמתבקש מקריאה דווקנית של לשון החוק: שהרי המקרים בהם מוענקת לשותף יחיד שליטה מלאה בחלק מנכסי השותפות הם מקרים יוצאי דופן ביותר.

הרבה יותר חשובים מן הספקות הפרשניים הם לבטי המדיניות, שאפשר שגם הם עצמם נשזרים בתוך המארג הפרשני. הנורמה הנוקשה הקבועה בסעיף 9 נראית בעיניים ביקורתיות כצרה מידי וכרחבה מידי בעת ובעונה אחת. הנורמה היא צרה מידי, כי אם הכוונה היא להגן על מגויסים בשירות חירום גם בגין חיובים שנטלו על עצמם באמצעות תאגיד, המבחן צריך להיות סוג המשרה או התפקיד שהמגויס מילא בתאגיד ערב גיוסו. הרי ייתכן כי המגויס אינו בעל מניות דומיננטי ואף אינו חבר רשמי בדירקטוריון של הברה, ובכל זאת אין היא מסוגלת לתפקד בלעדיו, ואפשר גם כי אין הוא מסוגל לתפקד בלעדיו. בטרם חקיקתו של החוק במתכונתו המקורית הגיע בית המשפט העליון למסקנה כי יש להאריך מועד לטובתו של תאגיד כזה<sup>10</sup>. כיום - משהכניס סעיף 9 את הסוגיה למיטת סדום סטטוטורית - ספק אם בית המשפט היה יכול להגיע לממצא ליבראלי כזה, כך שהחוק שנועד להטיב עם מגויסים עלול להימצא כמכשיר להצרת צעדיהם<sup>11</sup>.

הנורמה היא גם רחבה מידי, שהרי ניתן להחיל אותה גם על תאגידים שמילוי חיוביהם מופקד בידי מי שאינו משרת בשירות חירום, וזאת למרות שאדם המחזיק ברוב כח ההצבעה באסיפות הכלליות מגויס לשירות חירום. זוהי הגנת יתר שעלויותיה בצידה, שהרי כבר ראינו כיצד הארכת המועד למילוי חיוביו של החייל עלולה לפגוע ב'צד השני' לעיסקה, היכול אף הוא להיות חייל, בן משפחתו של חייל, אדם שדחיית חיוביו של החייל כלפיו מונעת ממנו לקיים את חיוביו הוא כלפי חיילים, או 'סתם' קורבן אזרחי.

### חריגים

סעיף 10 לחוק קובע כי הוראות החוק לא תחולנה על מועדים לתשלומי מזונת, וכן הוא מסמיך את שר הבטחון לקבוע בתקנות רשימה של חיקוקים אחרים שהחוק לא יחול עליהם<sup>12</sup>. סעיף זה מרמז על הפרובלמטיקה המרכזית של החוק - והיא הצורך להביא בחשבון את האינטרסים הלגיטימיים של ה'צד השני' לחיוב. אך בעוד שהנורמה הכללית נותנת זכות קדימה לאינטרסים של המשרתים בשירות חירום, סעיף 10 מזהה לפחות קהיליה אחת של אזרחים המקבלת, לענין זה, עדיפות עליונה, והיא קהילית הזכאים

(10) ראה ע"א 617/74 "דלק" בע"מ נ. תחנת רמת אביב בע"מ, פ"ד כ"ט (1) 799.

(11) ואולם דאה ע"א 391/68 פרשקובסקי-גרינבוים נ. גוטקס מודלס בע"מ, פ"ד כ"ב (2) 809, לפיו יש לעיתים להנות אדם מהגנת החוק מהיותו של שלוחו בשירות חירום.

(12) ראה הערה 2 לעיל.

למזונות. המחוקק לא הפץ לקבוע ברחל בתך הקטנה שמות של קהיליות נוספות, אך הותיר את הסמכות לקבען בדרג של מתקין התקנות. הפרשן והיועץ המשפטי מצווה, אם כן, לפקוח עין צופיה על מחוקק המשנה, שמא הוציא מתחולת החוק קהיליות נוספות של זכאים.

## פרק ד': החוק ודינים אחרים

סעיף 11 לחוק קובע מפורשות כי החוק בא להוסיף על כל דין אחר ולא לגרוע ממנו. אכן, ראוי תמיד להביא בחשבון כי חיובו של אדם שגוייס לשירות חירום כפוף גם לתחולתם של מערכות דינים חוץ - סטטוטוריות<sup>11</sup>. גם בסוגיה זו אין כל טעם לנסות ולהעלות את כל האפשרויות הבאות בחשבון על מעין שולחן ערוך פרשני. אך ניתן לציין כמה מערכות דין שהרלבנטיות שלהן לנושא בולטת במיוחד.

### תום לב

החובה לקיים חיובים בדרך מקובלת ובתום לב כובשת לה מקום של כבוד במשפטנו הפרטי כמעין עיקרון - על הפורש את כנפיו על כל דיני החיובים - ומחוצה להם. חובת תום הלב תוארה לא אחת כמעין 'סוס פרא'<sup>12</sup> המועד להוביל את רוכבו לטריטוריות לא נודעות, ולכן אין זה קל להתנבא כיצד יפסוק בית משפט אם תועלה בפניו הטענה כי עמידה דווקנית של נושה על לוח מועדים - או על תנאי אחר שבחזיב - חרף קריאתו הפתאומית והממושכת של החייב לשירות מילואים סותרת את חובת תום הלב. אך זוהי סוגיה שחייבת לעמוד תמיד נגד עיני הפרשן.

### סיכול

האם חיוב שאי אפשר לקיימו במועד יכול להחשב כאילו 'סוכל' כמשמעות הביטוי בסעיף 18 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה)? והאם מתייחס סיכול כזה רק לאלמנט העיתוי של קיום החיוב או שמא לחיוב כולו? ובהנחה שחוק הארכת מועדים מעניק לנושה פחות מן המינימום שהוא - הנושה - זקוק לו כדי לקיים את חיוביו שלו כלפי החייב (או כלפי אדם שלישי) האם ניתן לקבוע כי חיובו של הנושה כלפי החייב (או כלפי האדם השלישי) ניתן אף הוא לביטול מחמת הסיכול? בטוחני כי אין תשובה אחת אחידה לשאלות אלה. על כל אחת מהן אפשר להשיב ב'הן' ואף ב'לאו' על פי אופיין המשתנה של הנסיבות בכל מקרה. אך לעולם אין להתעלם מן השאלות הללו ולסבור כי התורה כולה מקופלת בחוק הארכת המועדים לבדו<sup>13</sup>.

(13) למשל, סמכותו הטבועה (אינהרנטית) של כל בית משפט להאריך מועד שנקבע בפסק דין. ראה לענין זה המ' 2563/65 להמן נ. ברגמן פ"מ ג' 362.

(14) דאה, למשל, ע' פרוש, "תיאוריית סוס הפרא, מרחב שיקול הדעת של השופט והמוסד האישי שלו", משפטים י"ט (1990) 325.

(15) בע"א 351/67 יוסף נ. וקסלמן פ"ד כ"א (2) 661 קרא בית המשפט תנאי מכללא אל תוך החוזה, לפיו תינתן ארכה לקיומו אם תפרוץ מלחמה שתקשה על הביצוע במועד. לעומת זאת בע"א 597/72 בן שחר נ. מחלב, פ"ד כ"ז (2) 449, גילה בית המשפט פגות ליברליות ביחס לאדם שפיגר בקיום חיוביו בגין מחלה קשה שפקדה אותו שהיתה מלווה בשיתוק. ראה גם דיון נוסף באותה פרשה: ד"נ 22/73, פ"ד כ"ה (2) 89.

**ערבות.**

סעיף 2(ד) לחוק קובע אמנם כי הארכת מועד החלה לגבי החייל המשרת שירות חירום נמשכת מאליה ומסוככת גם על מי שערב לחיוב או מי שהתחייבותו נועדה להבטיח את קיומו של החיוב, או לשפות אדם על אי קיומו של החיוב. אך האם רצוי ואפשר להחיל הוראה זו גם על מה שמכונה 'ערבויות אוטונומיות' - קדי כאלה שתוקפן אינו מותנה כלל בתוקפה או בתנאיה של החבות הנערבתו דוגמא לכך היא ערבות בנקאית, אך יש סוגים נוספים של ערבויות אוטונומיות. נדמה לי כי ללא עיון בדיני הערבות עצמם יתקשה הפרשן להשיב לשאלה זו אך ורק מתוך התמוננת בנוסחו של סעיף 2(ד). שהרי דיני הערבות עצמם קובעים, מצד אחד, את הכלל הרחב כי אין הערב חב ביותר מחיובו של החייב ולא בחמור ממנו (סעיף 4 לחוק הערבות), אך מצד שני הם גם מכידים בערבויות אוטונומיות המיועדות להיות משוחררות מן הכבלים הללו.<sup>16</sup> ושוב: מחד גיסא סעיף 2(ד) חל לא רק על ערבויות אלא גם על חיובים לשפות, ואולי אלה האחרונים כוללים גם חיובים אוטונומיים. אך מאידך גיסא, אם כוונתו המקורית של נותן כתב השיפוי היתה לשחרר את הקשר בין מעמדו של החיוב המקורי ומהות הנטל הרובץ כדין על החייב העיקרי לבין מהות חיובו שלו (וניתוק קשר זה נעשה על פי רוב כעיסקה מסחרית ששכרה בצידה) האם יעלה על הדעת לאפשר לערב אוטונומי כזה להאחז בקרנות המזבח שלא למענו עצבוזו אכן סוגיה קשה.<sup>17</sup>

**סיכום**

חוק הארכת מועדים הוא פריסמה דרכה ניתן להשקיף על מגזרים רחבים של המשפט האזרחי. הפתרון ה'נכון' של השאלות הפרשניות הכרוכות בו קשור בפתרון הנכון של שאלות חוזים וקנין, דיני מטבע וסדרי דין, תום לב והרבה הרבה שיקול דעת שיפוטי. הפרשן והיועץ המשפטי חייב לשוות לנגד עיניו את כל אלה, במגמה להגיע לתמונת מצב מאוזנת, המביאה בחשבון את מכלול השיקולים היפים לפתרון הסוגיה.

(16) ראה, למשל, ע"א 182/82 ג'ינג'ט נ. ברקליס בנק, פ"ד ל"ט (3) 785.

(17) ראה, למשל, ד"נ 4/82 קוט נ. קוט פ"ד ל"ח (3) 197, 214.

---

# זכויות יסוד של האדם בצבא: האמנם מחוץ לתחום?

הערות לסעיף 20 (ב) להצעת חוק יסוד: זכויות היסוד של האדם

אל"מ (מיל') זכריה כספ"י

\* לשעבר סגן הפרקליט הצבאי הראשי

הרבה כבר נכתב על הצעת חוק יסוד: זכויות היסוד של האדם. כמעט כל מה שנכתב נוגע לזיכוח עם המתנגדים לה מן הטעם, כך הם, של פגיעתה בציביון היהודי של מדינת ישראל. טרם נאמדה המלה האחרונה בענינה על ההצעה ועדיין לא נסתם הגולל על חוק זה. מותר להניח כי בעת הראויה יתחדש הטיפול בו ואפשר לקוות כי בוא יבוא היום בו ישכון חוק יסוד חשוב זה בספר החוקים של מדינת ישראל.

לא הרבה כותבים דנו בתוכנו של החוק מן ההיבט העניני שלו. אף לא אחד, כמעט, עסק במעמד זכויות היסוד של האדם בצבא. בהתחשב בהיקפו של הצבא, כולל כוחות המילואים שלו, במידת השפעתו על חיינו ובמקום המרכזי שהוא תופס אצל כולנו, ראוי לבדוק כיצד מיישמת הצעת החוק את זכויות האדם על החיילים.

### חריגה מעקרון אי-הפגיעה בזכויות

מוזר הדבר, אך המקום היחידי בהצעת החוק בו נקבע מפורשות כי מותר לפגוע בזכויות יסוד של האדם הוא סעיף 20 (ב), המתיתס לחיילי צבא-הגנה לישראל. כתוספת מכובדת נחשפו גם השוטרים, הסוהרים ואנשי ארגוני הבטחון האחרים של המדינה לאפשרות הפגיעה בזכויות היסוד שלהם. אפילו אפשר לקבל את ההיתר לפגוע בזכויות היסוד של החיילים, יש להיזהר מלקבוע בריש גלי היתר כזה. "מותר לפגוע בזכויות יסוד", היא אמירה פסולה. "אין לפגוע בזכויות יסוד אלא מטעמים מיוחדים", הוא נוסח מתאים למי המצדד בעקרון המרכזי, לפיו הכלל הוא איסור הפגיעה.

### החייל, פוגע או נפגע?

יותר חשובה מן הנוסח היא השאלה במי מדובר. התבטאות בלתי-מוצלחת מביאה את הקורא לתהייה האם אמנם הכוונה לפגיעה בחיילי צה"ל או שמא חיילי צה"ל הם אלה הרשאים לפגוע בזכויות היסוד של האחרים. אפשר להניח כי מציע החוק נתכוון לפגיעה בזכויותיהם של החיילים, אך גם כאן אי אפשר להבין מדוע לא נעשה שימוש במינוח המקובל "חיילים". במקום להגדיר בזהירות נעשה שימוש במילים "משרתים

1. הוכנה כהצעת חוק מטעם הממשלה באפריל 1989 והוגשה בכנסת כהצעת חוק פרטית מטעם ח"כ א. רובינשטיין בנובמבר 1989.
2. סעיף 20(ב) להצעה, במסגרת הסייגים, דן בחיילי הצבא ובשאר אנשי כוחות הבטחון. וזה לשון הסעיף: "מותר לפגוע בזכויות יסוד לפי חוק יסוד זה למשרתים בצבא-הגנה לישראל, במשטרת ישראל, בשירות בתי הסוהר ובארגוני הבטחון האחרים של המדינה, ובלבד שהפגיעה תיקבע לפי חוק ומטעמים של ארגון, סדר, משטר או משמעת". בעוד שהפגיעה בזכויות היסוד של האזרח, על פי סעיף 19 להצעה, אינה מותרת "אלא בחוק...". הדי שהפגיעה בזכויות החיילים מותרת "לפי חוק...". זהו הבדל לשוני דק היוצר תהום פעורה בין השניים. הפגיעה באזרח מותרת רק באמצעות חקיקה ראשית בעוד שהחייל צפוי לפגיעה מכות חקיקת משנה מכל סוג שהוא ולדבות פקודות הצבא.
3. "מותר לפגוע בזכויות... למשרתים בצבא-הגנה לישראל...".
4. בחש"ן בא השימוש ב"חייל" והוא כלל שם (בסעיף 1 לחוק) חייל בשירות חובה, חייל בשירות קבע ואיש מילואים כשהוא בשירות. אם הכוונה לקבוצות אלה של חיילים, ראוי למנות או לקבוע את המונח "חייל", כהגדרתו בסעיף 1 לחש"ן. ר' הגדרת "חייל" בחוק הניטורים בצבא-הגנה לישראל, תש"ל-1970 ובצו הראיות (קביעת עובדי ציבור) תשל"ו-1976.

בצבא-הגנה לישראל". זה מינוח שאיננו מקובל והוא יכול להותיר בחלל ריק עובדי צה"ל למשל, שחלק מן הפקודות הצבאיות חל עליהם, או סוגים אחרים של אנשים הנמצאים בתחולת חוק השיפוט הצבאי ובהם אפילו אנשי מילואים שאינם בשירות, החייבים בחובות מסוימות מכוח היותם אנשי מילואים.

### אידיוק בטעמים לפגיעה בזכויות

עיון קל בטעמים המתירים את הפגיעה - ארגון, סדר, משטר או משמעת - מבהיר את מקורם. במילים כמעט זהות נקט המחוקק בשנת 1979, בעת שנקבע, סוף סוף, הבסיס החוקי להוצאת פקודות הצבא. נקבע שם, בסעיף 2א לחוק השיפוט הצבאי, תש"ז-1955 (להלן - תש"ץ), כי הוראות הפיקוד העליון יקבעו עקרונות הנוגעים לארגון הצבא, למינהל, למשטר ולמשמעת בו ולהבטחת פעולתו התקינה. לגבי פקודות מטכ"ל נאמר כי הן תקבענה פרטים בכל אותם נושאים.

השוואת טעמי הפגיעה בזכויות עם הנושאים בהם עוסקות הוראות הפיקוד העליון ופקודות מטכ"ל, מצביעה על חוסר זהות. "סדר" נאמר בטעמי הפגיעה. משמע מטעמים של סדר הצבא מותר לפגוע בזכויות. לעומת זאת "סדר הצבא" אינו מופיע בין הנושאים בהם עוסקות הפקודות. במקום ה"סדר", נאמר "מינהל". זהו חוסר זהות המחייב זהירות, שהרי מה יהא דין של הפקודות העוסקות במינהל?

5. אפשר להניח כי חלק מזכויות היסוד של עובד צה"ל או עובד בשליחות צה"ל, מן ההכרח לשללן בשל עצם העבודה במסגרת הצבאית. אם הכוונה לזכויות החיילים בלבד, כי אז חסרה ההתייחסות השוללת פגיעה בעובדי צה"ל ובעובדים בשליחות הצבא, הסוים גם הם למשמעת צבאית.
6. על אנשי מילואים כשאינם בשירות חלות תקנות שירות בטחון (חובות אנשי מילואים), תש"ז-1956. במספר הוראות בתקנות אלה נקבע כי על איש המילואים לפעול, בשעה שאינו בשירות, על פי פקודות הצבא בתחומים שונים כגון: מסירת ידיעות לאנשים אחרים, פניות בענינים הנוגעים לצבא, שמירת מסמכים שונים. חלק מן האמור בפקודות הצבא בהקשר זה יכול שלא להתיישב עם זכויות יסוד המנויות בהצעת החוק. אם אין הכוונה לאפשר פגיעה בזכויות אלה לגבי אנשי מילואים שאינם בשירות, יהיה צורך לבהון את האמור בפקודות הצבא.
7. תיקון מס' 2 לחש"ץ, ס"ח תשל"ט עמ' 108.
8. פקודת המשטרה (נוסח משולב), התשל"א-1971 (להלן - פקודת המשטרה) נוקטת לשון אחרת במקצת. סעיף 9 א שתוקן בתשמ"ח, בעקבות סעיף 2 א לחש"ץ, מסמך את המפקח הכללי להוציא פקודות למשטרת ישראל. הסעיף נוקט בלשון "סדרי המינהל". כך גם בתיקון מאותה שנה בפקודת בתי הסוהר (נוסח חדש) התשל"ב-1971 (להלן פקודת בתי הסוהר), לענין פקודות שירות בתי הסוהר. גם נוסח זה שונה מנוסח טעמי הפגיעה בהצעת החוק. אולי ביקש מציע החוק למצוא במונח "סדר" מכוה משותף בין המונחים "מינהל" (בחש"ץ) ו"סדרי המינהל" (בפקודת המשטרה ובפקודת בתי הסוהר). אם אכן זו כוונת המציע, הרי שלא הועיל בכך להבטחת תוקפן של פקודות הצבא, המשטרה ובתי הסוהר.
9. כך, למשל, לא תעמוד בתוקפה פקודת מטכ"ל שענינה המינהל ואשר לצורך קיום המינהל התקין בצבא, פוגעת באחת מזכויות היסוד המנויות בהצעת החוק. גם לגבי פקודות משטרת ישראל יכול להתעורר ספק בשל חוסר הריק בשימוש בטעמי הפגיעה וכך גם בענין הוראות שירות בתי הסוהר.

בהשוואה נוספת, נעדר בין טעמי הפגיעה אלמנט חשוב המופיע בין משאי הפקודות. "הבטחת פעולתו התקינה של צבא", הוא נושא אשר גם לשמו יועדו הפקודות. לא תהא זו טעות לומר כי דווקא הבטחת פעולתו התקינה של הצבא עומדת בראש סדר העדיפויות העקרוני ואילו משטר, משמעת וכיוצא באלה, הם רק כלי עזר להבטחת הפעולה התקינה ואין הם, בשום אופן, מטרה כשלעצמם. מדוע נשמט דווקא בסיס אידיאולוגי חשוב זה לבטחון? למנסה פתרונים.

### העדר בלמים ואיזונים

מה שמתקבל, איפוא, מהצעת החוק הוא כי כל זמן שפקודות הצבא נותרות פחות או יותר במתכונת שקבע להן המחוקק, יכולות הן לכלול הוראות, שאילו חלו על אזרחים, היתה בהן פגיעה במידותם, בשיזיון שלהם ובשאר זכויות היסוד המוענקות להם כאזרחים.

בלשון המעטה אפשר לומר על מצב זה כי יש בו משום התרת הרצועה. שכן לא רק שפקודות הצבא מוגבהות, בחוק עצמו, מעל להוראות החוק האוסרות פגיעה בזכויות היסוד, אלא שאפשרות הפגיעה בזכויות, הופקדה בידי המחוקק המטכ"ל, דהיינו בידי המפקדים. נכון הוא כי כל צבא הוא גוף מגביל ופוגע בחירות האישית. מטבע ברייתו הצבא הוא מוסד הידרכי שאין בו שיוזיון. קנין הפרט בו מוגבל. חופש הביטוי, התנועה בארץ והיציאה ממנה, אינם קיימים בצבא. זכויות אחרות כגון החופש להפגין, להתכנס או להתאגד אסורות בצבא.

אך טבעי הוא כי כאשר זכויות האזרח ניתנות במשורה לחיילים, תישמרה בשבע עיניים זכויותיהם הבסיסיות ויקום פיקוח מתאים למניעת פגיעה מיותרת בהם. האם אמנם קיימים בחוק בלמים למניעת פגיעה גורפת בזכויות החיילים או ערבויות לכך שלא תיעשה פגיעה כזו בעתיד? חוששני כי התשובה לכך שלילית היא. מציע החוק אף לא טרח לאבחן בין זכויות יסוד שאסור לפגוע בהן בשום מקרה, אפילו בעל הזכות הוא חייל, כגון היותו של אדם בחזקת זכאי וזכותו לפגוע לערכאות שיפוטיות לשם הגנה על זכויותיו, לבין זכויות אחרות שאכן אינן יכולות להתקיים במסגרת צבאית.

### מעמד פקודות הצבא כדינים

אפילו החובה לפרש דין קיים ברוח חוק היסוד כאמור בסעיף 22 שב"י, מוטלת בספק. הויכות משכבר הימים בשאלה האם פקודות הצבא מעמדן כדינים, עלול לפגוע בהוראה המקנה תוקף לדינים קיימים ולצורך לפרשם ברוח החוק, שהרי אם הפקודות אינן בחזקת דינים, יישמט הבסיס החוקי להוראת התוקף.

10. גם בסעיף 9 א לפקודת המשטרה נאמר "הבטחת פעולתו התקינה" וכן גם בסעיף 80 א' לפקודת בתי הסוהר.
11. וזו לשון הסעיף: "אין בחוק יסוד זה כדי לפגוע בתקפו של דין שהיה קיים ערב תחילתו של חוק היסוד; ואולם הוראותיו של דין זה יפורשו ברוח חוק יסוד זה".
12. צ' הדר, מעמדן המשפטי של פקודות הצבא" הפרקליט כט (תשל"ד-ל"ה) 323, 325; ז' כספי, "הערות לענין מעמדן של פקודות הצבא כדינים" עיוני משפט ה' (תשל"ו) 374, 383-384; ה' סומר "ואף על פי כן חול תחול", עיוני משפט יא 2 (תשמ"ו) 263, 272-275 וכן בג"צ 69/80 חירם נ' שר הבטחון ואח', פ"ד לה (4) 504 (דעת השופט ש' לוי).



פרשנות דווקנית של האמור בסעיף 3 (א) לחש"ץי תוביל כמוכן לכך שהפקודות תיחשבנה כדינים רק לצורך חש"ץ עצמו ולא לצורך חקיקה אחרת. כולל חוק היסוד עצמו. פרשנות זו עלולה לערער את הבסיס של חלק מן הפקודות הקיימות, שלא תהינה מוגנות מכוח סעיף 22 להצעה.

### שלילת זכות הפנייה לבית המשפט לחוקה

ולבסוף, מה שיהא נתון לאדם הסבור כי זכות יסוד שלו נפגעה, נשלל מן החיילים. חייל לא יוכל לפנות לבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לחוקה, כדי להשיג לפניו על הפגיעה. הטעם לכך הוא כי אפשרות ההשגה תוענק רק לענין תוקפו של חוק או תוקפה של הוראה שבו. על חוק השיפוט הצבאי יוכל כמוכן, חייל להשיג אך קשה להניח כי שם תימצא הפגיעה. על פגיעה שמקורה בפקודות הצבא, שהיא המערכת היום-יומית העומדת על החייל השכם והערב, ושם מקנת הסכנה, לא תסכון השגה. לא רק בחינת ערכה של המשמעת בצבא מול ערכיותה של זכות יסוד הנשללת בפקודות מטכ"ל, לא תובא לבית המשפט לחוקה, אלא שגם בחינת השאלה אם ההוראה הפוגעת אמנם הוצאה כחוק ומטעם מותר, לא תוכל להיות מובאת לבית משפט זה.

### הצעות

- א. הקביעה המפורשת, המתירה פגיעה בזכויות היסוד של חיילי צה"ל ושאר אנשי כוחות הבטחון, צריך שתימחק. גם ההוראה הדנה בחיילים חייבת לפתות באיסור פגיעה. זה צריך שיהא הכלל. רק כחריג ובמידת הצורך וההכרח, מותר לפגוע בזכויות היסוד שלהם. מידת הצורך וההכרח צריך שתהא מוגדרת ומפורשת.
  - ב. העקרונות המשמשים בסיס להוצאת הוראות הפיקוד העליון אינם יכולים לשמש נימוקים מספיקים לפגיעה בזכויות היסוד של החיילים. מי שבקי בעקרונות הנוגעים לארגון הצבא, למינהל, למשטר ולמשמעת בו ולהבטחת פעולתו התקינה, יודע כי אלה רבים בכמותם. אם ויקח בחשבון כי נוסח סעיף 20(ב) להצעה אינו מצטמצם לעקרונות בהוראות הפיקוד העליון, אלא חל גם על פקודות מטכ"ל, הקובעות את הפרטים בכל אותם נושאים, נבין כי המדובר באלפי הוראות שכל אחת מהן יכולה להיות טעם לפגיעה בזכויות היסוד. הדעת איננה סובלת מצב שכזה. כך גם לגבי כוחות המשטרה ושירות בתי הסוהר.
  - ג. השיטה בה בחר מציע החוק לצורך סעיף 20(ב), איננה טובה. נקיבת הטעמים הכלליים המאפשרים את הפגיעה בזכויות היסוד פרצה כל גדר. לא רק שהפגיעה אפשרית באמצעות תקנות, צווים, פקודות והוראות למיניהן אלא שטעמי הפגיעה נוסחו באורח הרחב ביותר האפשרי.
- מרכזיותו של צבא-הגנה לישראל בחברה הישראלית והעובדה כי כולנו משרתים בו וחרדים למה שנעשה בקירבו, הן הנותנות צורך לפקח היטב על שמירת זכויות החיילים.

13. "לענין חוק זה רואים את פקודות הצבא ופקודות כלליות אחרות כדינים". בשנת תשמ"ח תוקנה פקודת המשטרה והוכנס בה סעיף 99 הורה בתוכנו לסעיף 3 (א) לחש"ץ. באותה שנה תוקן גם סעיף 80 א לפקודת בתי הסוהר. ערעור הבסיס צפוי, אפוא, גם לחלק מפקודות המשטרה ופקודות שירות בתי הסוהר.

- אין כל סיבה להתיר פגיעה באזרח בחוק בלבד ולהתיר את הרצועה כלפי החיילים ושאר כוחות הבטחון. פגיעה בזכויות יסוד של חייל צריכה גם היא להיות אפשרית רק באמצעות חוק וכך יש לקבוע בהצעה.
- ד. הנסיון לכלול את כל כוחות הבטחון ואת כל טעמי הפגיעה בהם בסעיף חוק אחד, נדון לכשלון. אין דין חיילי הצבא כדין השוטרים ואין דין השוטרים כדין הסוהרים. לא כל שכן לגבי יתור ארגוני הבטחון. אופי השירות והגילאים של כל אחד מן הכוחות, שונה ובמיוחד בולטים בצעירותם חיילי החובה של צה"ל, שעל משמד זכויותיהם צריך להקפיד ביתר שאת. אם קיים רצון לאפשר פגיעה בזכויות, כמתחייב מאופי השירות הצבאי, המשטרתי או הבטחוני, יש לקבוע את אפשרויות הפגיעה בחוקים הדנים בכל אחד מן הכוחות.
- ה. הצעה היפה לא רק לכוחות הבטחון, היא בכון סוג זכויות היסוד. רעתי היא כי יש לקבוע זכויות יסוד אשר בשום מקרה אין לפגוע בהן וכבר מניתי לעיל זכויות כאלה. הנדבך השני של זכויות צריך שיקיים זכויות יסוד של חייל שהפגיעה בהן אינה יכולה להיות שונה מן הפגיעה בזכויות של האזרח. משמע, דין אחד לחייל ולאזרח לענין הפגיעה. רק הנדבך השלישי של אפשרות הפגיעה בזכויות צריך להיות מיועד לחיילים, בשל האופי המיוחד של הצבא והשירות בו. ושוב, פגיעה תותר רק באמצעות חוק. לענין החיילים תוסדר החקיקה בחש"ץ. ליתר כוחות הבטחון ייוחדו דברי החקיקה העוסקים בהם.
- ו. אסור למנוע מחיילי צה"ל וכמוהם שאר אנשי כוחות הבטחון, לפנות ככל האזרחים אל בית המשפט העליון, בשבתו כבית משפט לחוקה, כדי להשיג לפניו על הוראה הפוגעת בזכויות היסוד שלהם. סעיף 24 להצעה המתקן את חוק יסוד: השפיטה יחול ממילא על הוראות החוק הפוגעות, אם ייקבע כי הפגיעה אפשרית רק באמצעות חוק.
- ההצעות המגוונות לעיל יבטיחו הגנה על זכויות היסוד של החיילים ויתר כוחות הבטחון, באופן טוב יותר מזה שנכתב בהצעת החוק. כך גם תישמר במידת האפשר, הזהות העקרונית בין האזרח לחייל ותימנעה שגגות, כמו אלה שנמנו ותוצאתן מנקרת את העין או כאלה המוליכות לספקות ולערעור בסיס חוקי.

---

רבותי ההסטוריה

הערה לענין הבסיס הסטטוטורי להטלת  
עונש מוות באזורים המוחזקים בידי  
ישראל

תא"ל (מיל.) צבי ענבר\*

---

\*הפרקליט הצבאי הראשי בין השנים 1973-1979 כיום היועץ המשפטי של הכנסת.

הנני מתייחס למאמרו של סגן עופר בן חיים "עונש המוות בפסיקת בתי המשפט הצבאיים בישראל ובאזורים המוחזקים".

סגן בן חיים מצביע, בצדק, על כך ש"אם נשווה את היקף העבירות בגינן ניתן להטיל עונש מוות (לפי ס' 51 (א) לצו בדבר הוראות בטחון, תש"ל-1970), ואת המגבלות שנקבעו להטלתו, לסעיף 68 לאמנת ג'נבה, נבחין מיד כי ישראל עומדת בדרייקנות בתנאי הסעיף ואף נטלה על עצמה מגבלת יתר..."

ואולם, לא כך היה מלכתחילה. המעיין בסעיף 44 לצו בדבר הוראות בטחון מ"10.6.67 (שהוצא כנספח למגשר מס' 3 בדבר כניסתו לתוקף של צו בדבר הוראות בטחון, תשכ"ז - 1967), יקרא את ההוראה הבאה:

- "(1) (א) לא יירה אדם בכלי יריה לעבר בני אדם או לכל מקום שבני אדם עשויים להימצא בו;
- (ב) לא יזרוק אדם ולא יניח פצצה, רימון יד או חפץ נפיץ או מבעיר מתוך כוונה לגרום מוות או חבלה לאדם או נזק לרכוש.
- (2) העובר על סעיף זה - דינו מוות או עונש אחר כפי שיוורה בית המשפט."

אפשר להיווכח על נקלה שיש כאן העתקה של הוראות תק' 58 (א) (ב) לתקנות ההגנה (שעת חרום), 1945.

אותם ימים כיהנתי כיועץ משפטי ברצועת עזה, ומשהסב אחד מקציני המילואים את תשומת לבי לכך שהוראות ס' 44 הנ"ל, עומדת בסתירה לסעיף 68 לאמנת ג'נבה, כתבתי לאל"מ שמגר, הפצ"ר דאז, מכתב האומר זאת. שמגר ביקש כי אנמק טענתי זו ואני הצבעתי על כך כי ס' 44 לצו סותר את ס' 68 לאמנה באלו:

- א. ס' 68 לאמנה מתיר הטלת עונש מיתה על מוגן שהורשע במעשי חבלה חמורים במתקניה הצבאיים של המעצמה הכובשת ואילו ס' 44 לצו מתיר הטלת עונש מיתה בכל מקרה של זריקת פצצה וכו' מתוך כוונה לגרום נזק לסתם רכוש;
- ב. ס' 68 לאמנה מתיר הטלת עונש מיתה על מוגן שהורשע בעבירות שמוצעו בכוונה וגרמו למות אדם, ואילו ס' 44 לצו מסתפק בכך שאדם ירה לעבר בני אדם, גם אם לא נפגע איש.
- ג. ס' 68 אוסר הטלת עונש מיתה על מי שטרם מלאו לו 18, מגבלה שאינה קיימת בצו שלנו.

לא עברו ימים רבים והוצא תיקון מס' 2 לצו בדבר הוראות בטחון (בעזה - ב - 16.7.67) המחליף את ס' 44 הנ"ל בסעיף חדש הקובע:

- "(1) הגורם בכוונה למותו של אחר או מבצע מעשה חבלה במתקן של צה"ל דינו מוות או עונש אחר כפי שיוורה בית המשפט.
- (2) לא יטיל בית המשפט עונש מוות על נאשם שגילו, בעת בצוע העבירה, למטה מגיל 18."

---

# היועץ המשפטי\*

תא"ל (מיל.) צבי עינבר

---

\*לאחר מסירתה של רשימה זו לדפוס, נפטר עו"ד נחום חת ז"ל, ביום 15.1.90. רשימה זו הינה, עתה, אחת מאבני הזיכרון שמציבים אנו לזכרו.

**מבוא**

את ניצני השרות המשפטי ב"הגנה" ניתן למצוא ב־1935. בטבלה המתארת את ארגונה של ה"הגנה" באותה שנה, מצויין כי כל אחד מהמחוזות העירוניים - ירושלים, חיפה ותל־אביב - כולל בתוכו שרות משפטי.

בשנים 1940-1948 שימש עו"ד יזהר הררי ("עזדין") כיועץ משפטי של ה"הגנה". על פעילותו בתפקיד זה אין בידי חומר, אך מצויים פרטים על משפטים בהם הוא הופיע כתובע.

רשימתנו זו מוקדשת לתיאור פעלו של עו"ד נחום חת, כיועץ משפטי של ה"הגנה" והמטכ"ל מאוקטובר 1947 ועד לסוף ספט' 48. על הזעדה המשפטית שבראשה עמד, סיפרתי כבר, ועל הכנתה של חוקת השיפוט תש"ת, אספר בגפרד.

**מנוי נחום חת כיועץ משפטי**

בישיבת מח' ב' של המפקדה הארצית של ה"הגנה", ביום 7.9.47, סוכם: מציעים לח. לקבל את התפקיד של יועץ משפטי למשך 6 חדשים: ח. רשאי להודיע תוך ששת החדשים על הסתלקותו מהעבודה: על ח. יוטלו התפקידים הבאים:

א. לערוך חוקה משפטית ארצית לגיבוש הארגון (ממנה הסתעפויות לכל החטיבות);

ב. הצעת פרוצדורה משפטית;

ג. חוקת עונשין;

ד. לנהל התביעה באותם המקרים שהרמ"א יטיל עליו;

ה. ייעץ ויפקח בכל המקרים כלפי חוץ שהרמ"א יטיל עליו.

ביום 10.11.47 נחתם בידי נשיא הכנסת, הלל, כתב המנוי הבא המופנה אל עוה"ד נח.:

"הנני להודיעך בזה כי הינך מתמנה להיות בתפקיד של יועץ משפטי לב"א ולדמ"א. תפקידיך לערוך ולהביא לאשור מוסמך הצעת חוקת שיפוט ועונשין וביטור שיפוט בכנסת. להדריך את קציני המשפטים בכנסת בעבודתם. לייעץ לנשיא ולי"ר"י בשאלות המשטר, התחוקה והעונשין של הכנסת."

חת אכן ערך והביא לאשור את חוקת השיפוט, תש"ת, וכיהן כיועצם המשפטי של המ"א והרמ"א. באפריל 48 קיבל את הכנוי "אביעם" ואילו אברהם גורלי, שהתמנה תובע כללי

1. משפט וצבא (חוברת מספר 6) עמ' 75.
2. הפרוטוקול נערך בידי הלל (גלילי), ראש המפקדה הארצית (רמ"א).
3. עו"ד נחום חת מחיפה.
4. ראש המפקדה הארצית של ה"הגנה".
5. לדברי חת הוא החל בתפקידו כבר ב־1.10.47 בפירוט הרכב התנועה (המטכ"ל) ביום 4.1.48, מינה בן גוריון את חת כעומד בראש מח' המשפטים - יזמן המלחמה א', עמ' 122.
6. הרמטכ"ל.
7. תפקידו של הרמ"א גלילי התל להתרוקן מותכן ב־3.5.48 עד אשר בספטמבר 48 התפטר כליל מתפקידו במשרד הביטחון.
8. אבי עדנה ומאיר. כינוי הקודם ב"הגנה" היה "עורד".

ראשי קיבל את הכנוי "אבגור". עם הקמתו של משרד הבטחון החל לכהן כיועץ משפטי של שר הבטחון ושל המשרד<sup>9</sup> אך המשיך לראות עצמו גם כיועץ משפטי של "הפקוד העליון", ואת מחלקתו - כמחלקת היועץ המשפטי בצה"ל.

### התפטרותו של יזהר הררי

מנוייהם של נחום חת כיועץ משפטי ושל אברהם גורלי כתובע כללי. גרו אחריהם את התפטרותו של יזהר הררי מתפקיד היועץ המשפטי והוא שיגר ביום 11.4.48 לגלילי את מכתב ההתפטרות הבא:<sup>10</sup>

"בעצם היותי עסוק בוועדה הפוליטית של הוועה"פ הציוני, שמעתי על כמה סידורים ומינויים במחלקה המשפטית שלנו. הנני מבקש לקבל את התפטרותי מלהיות היועץ המשפטי של הארגון, תפקיד שנתמנית אליו בשנת 1940, ושמיילאיתי מאז, נדמה לי, מבלי כל דופי ולשחררני מתפקיד זה. יש לי רושם שבמינויים ובמסירת תפקידים פעלו מניעים מפלגתיים ולא כושר ומסירות אישית של שנים ואם רושם זה נכון הרי מצערני מאד שהוכנסו גורמים כאלה בעבודתנו."

### סמכויות ותפקידי היועץ המשפטי

תפקידו העיקרי של חת בתקופה הראשונה לכהונתו, היה כתיבתה והכנסתה לתוקף, של חוקת השיפוט, תש"ה. בסוגיות משפטיות וארגוניות שונות הכרוכות בכך, עסקה גם הוועדה המשפטית שבראשה עמד<sup>11</sup>. הבעיות שבפניהן ניצב, היו לא רק עקרוניות, כי אם גם פרוזאיות. על כך למדים אנו ממכתבו מיום 12.5.48 לבויעזי:

"מתנגד לנישולי מחדר 35 אותו קיבלתי לאחד ופתולים רבים ולאחר החלטתם וחוראתם של הלל ודן<sup>12</sup>. כעת, עם הצעדים שועשו ליצובה של מחלקתי ולקביעת תפקידיה, ועם קבלת מזכיר קבוע<sup>13</sup>, זקוק אני עוד יותר מאשר עד עתה לחדר זה בקירבת הפיקוד העליון שאותו עלי לייעץ. נישולי מחדר זה או הרחקתי לאיזו פינה נידחת, עלולים לגרום נזק רב לעבודת מחלקתי<sup>14</sup>."

יום לאחר מכן מסכם חת את הצעתו של הרמ"א גלילי בשיחתם על מבנה השרות המשפטי בצבא. גלילי ימסור לדורי באופן אישי לטפל בבעיה של השרות המשפטי

9. ב' 17.5.48 הודיע בן גוריון לחברי המפקדה הארצית כי עם ייסוד המדינה והממשלה, אין המוסד שזקרא מוסמך לקבל החלטות מחייבות וברצונו לברר תפקידי החברים ולראות עד כמה הם הולמים את המשטר החדש. בן גוריון מפרט את שמות נושאי התפקידים השונים ואת חת הוא מונה כיועץ משפטי של המטה - יומן המלחמה ב', עמ' 436.
10. בוסף ליועץ המשפטי שנתן לרמ"א עד לביטולו של תפקיד זה.
11. פקודת החוק הפלילי, 1936, שהוציא חת ביום 6.7.48, נשאה את הכותרת "צבא ההגנה לישראל מחלקת היועץ המשפטי".
12. מצוי בתיק חוקת השיפוט של גלילי ב"יד טבנקין".
13. ראה הערה 1.
14. צבי איילון, סגן הרמטכ"ל.
15. הרמ"א גלילי והרמטכ"ל דורי.
16. עו"ד פרת.

והתקן שלו ולהציע הצעה להסדרת הבעיה. גלילי יודיע למטכ"ל ולאב"א כי כל הצעה למבנה השרות המשפטי או לתקן שלו, לפני שתובא לאישור, תימסר לחוות דעתו של היועץ המשפטי חת.

שאלה זו, של המבנה הארגוני, וכן חלוקת התפקידים בין היועץ המשפטי לבין התובע הכללי, העסיקה לא במעט את הווגעים בדבר. גורלי עצמו ראה בתחילת כהונתו כתוכלי את תפקיד יחידתו כתפקיד של תביעה בלבד. כך, למשל, סבר כי הדרכה משפטית אינה בתחום תפקידי, אלא מתפקידו של חת, "הואיל ואין צורך בתכונות צבאיות ומספיקה ידיעת משפט ונאמנות"<sup>17</sup>. מאידך גיסא, לא ראה גורלי בעין יפה את התערבותו של חת בכל הקשור למינויים על פי חוקת השיפוט ואף ערער על דינוי "הועדה המשפטית" שבראשה עמד חת, בקשר למינויים אלה. בפני אנשי השירות המשפטי מספר גורלי על חלוקי דעת אלה ואף מותח בקורת על חת באמרו:<sup>18</sup>

"החיכוכים הראשונים החלו כשהיועץ הופיע. מושגו היה שהוא עומד בראש כל משפט שיופיע, בין של חייל או של חוזה עם מכבסה. גם אני כפוף למישהוא אבל לא לציביליסט ושאינו מבין. הודעתי לו את זה בלשון שאינה משתמעת לשתי פנים. הוקמה ועדה משפטית שבראשה עמד היועץ המשפטי, בגלל מלחמה בלתי פוסקת, היו כמה צרות; אבל כל התוכלים התמנו על ידי ואני מרוצה מכולם... פרשת התוכלים הקשתה על העבודה. יש ועדת תקנים ובה יושב יועץ משפטי והכל נדחה. לא טמנתי ידי בצלחת ואמרתי שאם היועץ המשפטי ישיג עליונות עלי - אני אתפטר. הוא ניסה להשתלט באמצעות פון פרידמן<sup>19</sup>, אבל גם שם אמרתי מה שאמרתי..."

ב - 26.5.48 מעביר חת ליוסף יזרעאלי, מנהל משרד הבטחון, את הצעתו בדבר מח' היועץ המשפטי. לענייננו חשובים הדברים הבאים: חת סבור שאם שר הבטחון והצבא ישמרו לעצמו את סמכויותיו של הרמ"א או חלק מהן<sup>20</sup> בשטח השיפוט של אנשי הצבא (כגון אשור פסקי דין חמורים)<sup>21</sup> - יהא זה מתפקידו של היועץ המשפטי לייעץ את שר הבטחון בעניינים אלה. דבר זה הינו מובן למדי. אולם, הענין השני הוא "פקוח על המנגנון המשפטי של הצבא, המשטרה הצבאית ובתי הסוהר הצבאיים". כאן מודה חת כי רוב חברי הועדה המשפטית היו בדעה כי התפקיד אינו צריך להיות בין תפקידי המחלקה, אך לו נראה כי בהתחשב עם הכח הרב המסור בידי המנגנונים הנ"ל, יש הכרח בפקוח עליהם מטעם שר הבטחון והצבא ומי כיועץ המשפטי מוסמך לטפל בדבר מטעם השר; ודאי שיהיה מקום לפקוח זה, ממשיך חת, אם ייקבע במשרד השר לבטחון ולצבא, שרות פקוח של אגפי המטה השונים, כדוגמת אינספקטורים שונים בצבא האנגלי.

17. אותה תקופה נהגו לכתוב קצווי מוסדות ותפקידים ללא גרשיים.
18. מכתב גורלי לראש אב"א, צדוק, מיום 26.4.48 בשאלת "מועמדים לתפקידי הדרכה משפטית". גורלי גם היה מוכן להציע שמות מתנדבים לתפקיד זה.
19. ביום עיון לתכ"לים ב"16.6.48". ראה משפט וצבא (הוצרת מס' 3, אפריל 85) 71, 72 האלוף אבישר, נשיא ביה"ד הצבאי העליון.
20. בסופו של דבר חולקו סמכויות הרמ"א בין שר הבטחון לבין הרמטכ"ל.
22. בפרק זמן מסויים העביר שר הבטחון את סמכותו לאשר פסקי דין של ביה"ד הצבאי העליון לידי נחום חת. למעשה הוציא חת במסגרת סמכות זו, פסקי דין חדשים, במקום פסקי הדין של ביה"ד.



- יזרעאלי, בתשובתו מיום 27.5.48, מגדיר את תפקידי מח' היועץ המשפטי כך:
- לנסח, לבדוק ולתקן כל חוק ותקנה המתפרסמים בשם משרד הבטחון;
  - לנסח חוזים והתחייבויות כספיות של המשרד, ולטפל בתביעות נזקים ותביעות אחרות נגד המשרד;
  - להציע לשר הבטחון תיקונים בחוקת השפוט של הצבא (ביוזמתו או על יסוד המלצות השרות המשפטי);
  - תמנה מפקח ארצי שיבקר את השרות המשפטי של הצבא ויגיש ליועץ המשפטי, ועל ידו לשר הבטחון, דו"חות והצעות לתקן.

אשר לכפיפות, מציין יזרעאלי, שר הבטחון הוא שיחליט אם מח' היועץ המשפטי תהיה כפופה אליו או לאחד מסגניו. כ"כ מעיר הוא כי הקשר בין מחלקות משרד הבטחון לבין אנפי המטכ"ל ושרותי השונים, הוא רק באמצעות הרמטכ"ל ולא במישרין. תגובתו של חת מיום 1.6.48 היא: "ואת הפקודת המשפטי - מטעם שר הבטחון - על פעולות המשטרה הצבאית ובתי הסוהר הצבאיים מי יעשה?" ובאשר לכפיפותו של היועץ המשפטי אומר הוא: "בעבר תמיד הייתי בדעה שהיועץ המשפטי - מטבע תפקידו - אינו יכול להיות כפוף לאחד מהאגפים של המטה או המפקדה ויכול להיות כפוף לרמ"א או לרמטכ"ל במישרין, והדעה הזאת נתקבלה. כעת - עם העברת סמכויותיו של הרמ"א לשר הבטחון, לא יתכן מצב אחד אלא שהיועץ המשפטי יהיה כפוף לשר הבטחון במישרין, ואינו יכול להיות כפוף לאחד מסגניו".

ביום 15.6.48 מקיים שר הבטחון, דוד בן גוריון, שיחה עם נחום חת, בה הוא מצביע על גידול תפקידיו של היועץ המשפטי, עם הפיכת ה"ארגון" לצבא ועם הקמת משרד הבטחון, דבר שידרוש מחת נוכחות מתמדת במשרד. בן גוריון מציע לחת להמשיך בתפקיד זה. במכתבו מיום 18.6.48 מודה חת על האמון, ביחוד לאחר שהודיע בפרוש כי הוא מוכן לפנות את מקומו לכל איש המתאים יותר ממנו, ואומר כי אינו סבור שיכול לסרב להצעה במסיבות של ימי חרום אלה, וביחוד לאחר הנסיון שרכש בעבודה, ויחשוב לעצמו לכבוד רב להיות אחד מעוזריו של בן גוריון ולשתף את עצמו במפעל ההסטורי של הקמת צבא ישראל. חת מוסיף, שאם בקש לשקול את ההצעה, הרי בא הדבר כתוצאה מנסיגתו הכללי בעבודתו בפקוד העליון בשבועות האחרונים, נסיון שלאורו מוצא הוא לחובתו לציין כמה וכמה תנאים שנראים לו כהכרחיים למען היעילות במלוי התפקיד, והוא מפרט:

- ותמניתי והנני מכהן בתפקיד היועץ המשפטי לרמ"א, לרמ"א ולרמטכ"ל. עם שנוי המבנה - עלי לשמש כיועץ משפטי לשר הבטחון, כמובן, גם לרמטכ"ל ולראשי המחלקות של שר הבטחון. לפי המבנה שהיה אני כפוף במישרין לרמ"א (או 1/1 לרמטכ"ל); במבנה החדש אהיה כפוף במישרין לשר הבטחון.

23. ראה הערה (21). למשך פרק זמן מסוים היו חלוקי דעות ואי בהירות בשאלה זו. החלוקה הברורה נקבעה רק בנוסח החוקה שפורסם בתוספת ב' לעתון הרשמי מס' 20, מיום 8.9.48.

24. ואולם, חת חש כי בעניינים שונים מתעלם המטכ"ל מקיומו. כך, למשל, במכתבו מיום 16.6.48 לרמטכ"ל, מגיב חת על חזר מת"ם בנוגע לחוקת השפוט תש"ח, ואומר: "אני ידע שישנם במטכ"ל או בסביבתו כאלה המשתדלים לנתק כל קשר ישיר בין המטכ"ל ובניו, בתור היועץ המשפטי של הפקוד העליון, אבל בעניינים הנוגעים לפירושי חוקת השפוט ושאלת שינויים בה, לסידורים שהיונם בסמכותו של שר הבטחון - בודאי שהמטכ"ל רשאי רק להציע אותם וצריך לשאול את חוות דעתו..."

ב. אני מניח שבמקרים מיוחדים יכול להיות גם צורך בהתייעצות עם בני סמכא מיוחדים בשאלות מסויימות, אבל הדבר אינו יכול להיעשות שלא באמצעות מחלקתי או ללא קשר איתה (כפי שזה קרה בשבועות האחרונים, כאשר הוצאת "פקודת הצבא לישראל" ללא כל קשר אתי ולמרות שהצעתי לידמ"א בע"פ ובכתב לטפל בדבר ואח"כ פורסמו עוד תקנות; וכן נמסר על ידך בתור שר הבטחון לפחות לעו"ד אחד, לפי ידיעתי, תפקיד משפטי מסויים).

ג. לא אוכל למלא את תפקידי ללא קיום קשר קבוע ובלתי אמצעי עם שר הבטחון; א"א לתת עצה נכונה, מבלי לקבל הוראה בלתי אמצעית ולמסור גם את התשובה באותה הדרך".

עכשיו מפרט חת את תפקידי המחלקה, ובהם, בין היתר, "לפקח מטעם שר הבטחון על המנגנון המשפטי של הצבא ולהדריכו, תפקיד שנראה לי להכרחי במצב של "לית דין ולית דין" בצבאנו ולאור ההתפתחות המדיאגה ביחסים בשרות המשפטי ושרות התביעה הכללית בצבא".

חת מסיים מכתבו באזכור הנושאים האישיים הקשורים בקבלת התפקיד, שעליהם דובר בפגישה, ובכללם משך שרותו ותנאי שכרו. בין היתר, הוא מציין, אהיה רשאי להשאיר שותף לפיזמה "נ. חת זד. טובבין, עורכי דין". מובן שאיש מאתנו לא יעסוק בכל עסק אשר באופן ישר או בלתי ישר יגע בענייני משרד הבטחון או צבא... לפי שעה אהיה רשאי להמשיך לגור בחיפה, אלא כבר מעכשיו אכפיל ויותר את ימי שהותי בת"א ובכל אופן אהיה מוכן לשהות בת"א בכל זמן שהתפקיד ידרוש.

בעקבות העלאת הנושא בפני שר הבטחון, נגשנו חת וגורלי ביום 11.7.48, ולמחרת העביר חת לגורלי את הצעתו להגדרת תפקידיה של מח' היועץ המשפטי במשרד הבטחון. גורלי מצדו התחייב להעביר תוך שלושה ימים את הצעתו למבנה המנגנון המשפטי בצבא. הצעתו של חת נענה בששה תחומים, והיא זהה לזו שהעביר לשר הבטחון, פרט לענין הפקוח על המנגנון המשפטי של הצבא. כאן (ראה ס' 5 להלן) מדובר רק על קבלת דו"ח על השפוט ויעוץ לשר בקשר אליו ונעדרת הבקורת החדיפה שנכללה במכתב לשר. ואלה התחומים:

1. חקיקה בנושאי צבא ובטחון;
2. תאום עם משרדי הממשלה ובמיוחד עם משרד המשפטים בכל הנוגע לחקיקה;
3. העניינים המשפטיים שבין משרד הבטחון והצבא לבין הצבא, כגון: התקשרויות חוזיות, תביעות נזיקין וכו';
4. הדרכת מחלקות משרד הבטחון והמטה הכללי בעצה משפטית;
5. קבלת דו"ח על השפוט בצבא ופעולת המנגנון המשפטי ויעוץ לשר הבטחון בקשר אליהם;
6. יעוץ לשר הבטחון ולמשרדו בכל ענייני חוק ומשפט.

גורלי, בתשובתו מיום 4.8.48, מוכן להסכים לתפקידים אלה כפי שהוגדרו, בתנאי שזה יהיה רק בין משרד הבטחון והצבא ויתר משרדי הממשלה, אך לא בין הצבא והצבא

25. הכוונה לפקודת צבא הגנה לישראל מס' 4 לשנת תש"ח - 1948, ע"ר מס' 3

(מ'13.5.48), תוס' א', עמ' 9.

26. יתכן שהכוונה היא למינויו של עו"ד יעקב ש' שפירא, ביום 12.6.48, לזקוק בנסיבות מותו של המפקד מיכאל דוד מרקוס.

ויתר משרדי הממשלה. הוא גם אינו מסכים שהיועץ המשפטי של משרד הבטחון ידריך את המטה הכללי בעצה משפטית או יקבל דו"ח על מהלך השפוט בצבא וייעץ לשר הבטחון בקשר לזה". לדעתו, מוגבלים תפקידי היועץ המשפטי לענייני המינסטריון. ביום 28.7.48, כותב חת לשר הבטחון בענין ארגון המנגנון המשפטי במשרד הבטחון ובצבא". תחילה הוא מסביר כיצד מתחלקות הפעולות המשפטיות השונות (חקיקה, יעוץ, שפוט), ולאחר מכן מביא הוא את הצעתו:

- פעולות החקיקה והיעוץ צריכות להיות בידי המחלקה המשפטית של משרד הבטחון;
- שפוט החיילים צריך להיות בידי השרות השפוט במטכ"ל, עם שמירת זכויות הראשות העליונה לשר הבטחון. שרות זה יהיה כפוף במישרין לרמטכ"ל ויכלול שלש מחלקות:

1. מח' בתי הדין הצבאיים, בראשות נשיא ביה"ד העליון;
  2. מח' התביעה הכללית בראשות התוכל הראשי, ובכפופות לה - מח' החקירות של המשטרה הצבאית;
  3. מח' הבצוע של פסקי דין, ובראשה התוכל הראשי, או - לאור הנסיון - מוטב מבצע ראשי מיוחד, שיהיה לה קשר מסויים לבתי הסוהר הצבאיים.
- דומה שזהו מכתבו האחרון של חת בנושא זה, שכן כעבור יומיים, הגיש חת את התפטרותו לשר הבטחון.

ואילו גורלי, העביר את הצעתו לשר הבטחון בענין זה ביום 5.9.48, כנספת להצעת החוק הצבאי. בנספח זה הוא מפרט את "תפקידי אגף (מחלקת) המשפטים במשרד הבטחון", כפי שהוא רואה אותם. אלא שלענין לא היה המשך טפול, מכיוון שבן גוריון פקפק אם יש מקום, כבר באותה עת, להקים לשכה משפטית במשרדו.

### התפטרותו של חת מתפקידו

ביום 30.7.48 כותב חת לשר הבטחון:

"מר בן גוריון היקר

מכתבי הרצוף בזה עם הצרופים היו כתובים כאשר בבואי למשרד המשפטים לרגלי ענין אחר - מצאתי שם במקרה את עו"ד חוטר ישי וספר לי כי הטלת עליו לחבר חוק הצבא וחוקת השפוט הצבאיים".

27. אחרי עזיבתם של גורלי וחת, יום הפצ"ר הראשון, אהרון חטר ישי, את תיקון מס' 1 לחוקת השפוט, תש"ח, שפורסם ונכנס לחוקף ביום 7.12.49 (ס"ח מס' 28). ס' 170 החדש לחוקה, כונן את מוסד הפרקליט הצבאי הראשי, ויצר זיקה ישירה בינו לבין שר הבטחון. מקבע בו כי הפצ"ר יהיה אחראי כלפי השר לפעולתם הסדירה של מוסדות המנגנון המשפטי של הצבא וכן יהיה יועצם של שר הבטחון והרמטכ"ל בכל דבר הנוגע למנגנון המשפטי בצבא, ולשם כך יהיה רשאי לקיים קשר ישיר עם כל אחד מהם.

28. מבלי לאזכר את המחלוקת בינו לבין גורלי בסוגיה זו.

29. ראה יומן המלחמה של בן גוריון מיום 17.7.48, כך ב', עמ' 597: "התיעצתי עם חוטר ישי על המשפט הצבאי - - חוטר ישי יביא היום הצעה על ועדה של שלשה שבמשך ימים אחדים תנסח עקרונות והוא מוכן לקחת על עצמו העבודה".

נדהמתי לעצם הענין כי זהו בדיוק הדבר שבקשת ממני בשותפות עם גורליי, ועוד יותר - לצורה בה נעשה הדבר ללא לקיחת דברים אתי וללא הודעה ישירה לי.

תפקידי העיקריים במשרד הבטחון צריכים היו להיות:

(1) לייעץ בשאלות משפט וחוק,

(2) לנסח חוקים ותקנות.

בשבעות האחרונות קרו מקרים מספר אשר בהם מן הדין היה שתהיה זקוק לעצה משפטית, ואולם לא נתבקשתי לזאת. וכעת ענין חוטרי ישי בקשר לנסוח החוק.

לא נדחפתי לתפקיד זה אלא נתבקשתי. בהמסי לתפקיד, לא "נפתחתי" באופן מלאכותי, לא עשיתי רקלמה עצמית - כפי שעשו ועושים רבים אחרים. בשיחתנו הראשונה לפני ששה שבועות הודעתי לך במפורש כי אני מוכן ללכת אם יש לך טוב או חביב ממני. אמרת לי להשאיר.

ואולם במסיבות הנ"ל - מוצא אני לנכון להגיש התפטרותי, ואבקש להודיע למי עלי למסור את העניינים שטיפלתי בהם.

בכבוד רב, נחום חת"

בן גוריון משיב על מכתב זה ביום 9.9.48:

"מר חת היקר,

החלטתך להפסיק לשרת בתפקיד של היועץ המשפטי של משרד הבטחון איננה יכולה להתקבל על ידי אלא בהרגשה של צער רב.

יודע אני כי הגעת להחלטתך לאחר שבועות רבים של לבטים ומשום יחס של הערכה לשקולין הסכמתי להליכתך.

שרתת את ענייני "ההגנה" בתקופה הדרוכה ביותר - תקופת המעבר ממצב של מחתרת ומאבק על זכות לקיום מדיני - למצב של יצירת הדפוסים הראשוניים של מדינתנו הצעירה. שדות זה, שדות של כמות, יושר ומסירות רבה נזכור כלנו.

אני מקוה כי עוד תחזור לעבוד אתנו ואני שומרים לעצמנו את הזכות לדרוש ממך לחזור לעבודה בעתיד.

בכבוד רב, ד. בן-גוריון

ראש הממשלה ושר הבטחון"

וביום 19.9.48 כותב הואי:

"מר חת היקר,

עם הסתלקותך מתפקיד היועץ המשפטי של ההגנה ושל משרד הבטחון אני רואה חובה לעצמי להביע לך הוקרה נאמנה בשם הממשלה ובשמי הפרטי על השרות המסור

30. יומן המלחמה מיום 5.7.48, כרך ב', עמ' 577: "חוק השפוט הקיים לא מתאים בכלל. יש להכין חוק חדש - - - גורלי לוקח על עצמו להכין במשך שבוע חוק צבאי".

ולמחרת, 6.7.48, כותב בן גוריון לחת לפעול בענין זה יחד עם גורלי.  
31. נראה שיש לראות במכתב הראשון, משום קבלת התפטרותו של חת מתפקידו, ואילו במכתב השני - מכתב פרידה. ביומן המלחמה של בן גוריון יש רק התייחסות קצרה וסתומה לענין זה. ביום 20.8.48 כותב הוא: "דורי: אם חת אינו בא בחשבון כיועץ משפטי יש לפטר אותו בכבוד" - כרך ב', עמ' 659.

## דו"ח הוועדה לכללי הציטוט האחיד

### דברי מבוא למהדורה השלישית

שמונה שנים חלפו מעת פרסום המהדורה השנייה של כללי הציטוט האחיד (הפרקליט לג (תשמ"א 434) לפיהם נקבעו כללים אחידים מחייבים לכל הפרסומים המשפטיים. מאז המהדורה השנייה חלפה תקופה המצדיקה את בזינתם מחדש של הכללים האמורים. הכללים שנקבעו במהדורות הקודמות אומצו על ידי כל הפרסומים המשפטיים המובילים בישראל ומכאן ההצדקה לעדכמם מחדש מדי תקופה. במהדורה זו נבחנו כל כללי הציטוט מחדש, והורחבו במיוחד כללי הציטוט של המשפט האמריקאי.

תודתי נתונה לחברי הוועדה הנוכחית: ד"ר אשר מעוז, ליעד וטשטיין, עידו דינשטיין (אוניברסיטת תל-אביב ועיוני משפט, ד"ר ש' לרנר (אוניברסיטת בר-אילן, ומחקרי משפט), גב' ענתבי (משרד המשפטים) איתן אדר (הפרקליט). ריכז את העבודה וערך את הדברים אהוד ארצי (אוניברסיטת תל-אביב).

פרופ' יוסף גרוס  
עורך

### מדברי המבוא למהדורה השנייה

מאז פרסומם של דו"ח הוועדה לציטוט אחיד היו הכללים שנקבעו בו לנחלת כל העוסקים בפרסום חומר משפטי ואומצו על ידי הפרסומים המשפטיים השונים בישראל. במשך השנים הצטברו הערות והצעות לשינוי הדו"ח והוחלט לכנס ועדה חדשה על מנת לקבוע כללים חדשים ומעודכנים. הועדה בדקה מחדש את כל כללי הציטוט וכן הרחיבה את כללי הציטוט למשפט עברי לעתונות מקומית לציטוט חוזר של מקורות, ולהנחיות היועץ המשפטי לממשלה.

דו"ח הוועדה המתפרסם כאן מחליף את קודמו ומעתה יהא הוא הנוסח המחייב בכל הפרסומים המשפטיים ובגן יקל על הכותבים, העורכים והקוראים.

הרכב הוועדה הנוכחית לציטוט אחיד היה: פרופ' יוסף גרוס - יו"ר (הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל-אביב ו"הפרקליט"); מר אליעזר דמביץ (הממונה על נוסח החוק - משרד המשפטים); ד"ר גרשון אוריון ("פסקים מחוזיים"); ד"ר סיני דזיטש (הפקולטה למשפטים אוניברסיטת בר-אילן - "מחקרי משפט"); ד"ר מרדכי מירזני ומר עודד ערן ("עיוני משפט") ומר יורם דנציגר (הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל-אביב).

פרופ' יוסף גרוס

## א. מקורות ישראליים ומנדטוריים

### 1. חקיקה ישראלית

#### 1.1 כללי הציטוט:

שם החיקוק - יופיע במלואו.

שנת החיקוק - תופיע אחר השם, פרט למקרה בו אין השנה חלק מהשם.

Supp. 1  
Supp. 2

תוס' 1 - תוספת 1 לע"ד  
תוס' 2 - תוספת 2 לע"ד

### 2.3 דוגמאות:

- (1) פקודת הבנקאות, 1941, ע"ד תוס' 1 (ע) 69, (א) 85.
- (2) תקנות בריאות העם (מלחמה במלריה), 1941, ע"ד תוס' 2 (ע).
- (3) פקודת בתי המשפט העירוניים, הא"י כרך א, (ע) 995, (א) 1015, 1089, (א) 1300.

### 3. חקיקה עותמנית

בציטוט דבר חקיקה עותמני אין מוסיפים את השנה ואין מציינים הפנייה למקום הפרסום: דוגמאות:  
החוק העותמני בדבר החזקת נכסי דלא ניידי.  
חוק הפרוצדורה האזרחית העותמני.

### 4. כתבי אמנה

יש לציין את מספר הכרך והעמוד: כ"א 15, ע' 32.

### 5. דברי הכנסה

יש לציין את מספר הכרך, השנה העברית בין סוגריים, ומספר העמוד: ד"כ 46 (תשכ"ו) 2085.

### 6. פסיקה ישראלית

#### 6.1 כללי הציטוט:

יפורטו: מספר ההליך; שמות הצדדים; שם הקובץ; מספר הכרך והעמוד בו מתחיל פסקהדין והעמודים אליהם יש הפניה. אם פסקהדין ניתן בבית משפט מחוזי, יש לציין את שם המחוז בין סוגריים". (כאשר פסק הדין מופיע בגוף הטקסט יש לציין את מראה המקום בה"ש).

#### 6.2 דוגמאות:

- (1) ע"א 463/85 רכיבי נ' בנטוב, פ"ד לט(4) 494.
- (2) ת"פ (חי') 181/85 מ"י נ' אדרי, פ"מ תשמ"ח (1) 419.
- (3) בה"נ 1/72 הולצמן, פ"ד כו (2) 85.
- (4) ע"א 282/84 עזריאל נ' מ"י, פ"ד לט (3) 166.
- (5) דב"ע מז/3-47 עזריהו - מ"י, פד"ע יח 484.

#### 6.3 סוג ההליך

בג"צ - עתירה לבית המשפט הגבוה לצדק.  
בד"מ - בקשה לבית הדין המחוזי + בית דין מיוחד.  
בה"נ - בקשת התרת נישואין.  
בר"ע - בקשת רשות לערעור.  
ב"ש - בקשות שונות.  
בשג"צ - בקשות שונות לבית המשפט הגבוה לצדק.  
דב"ע - דיון בית הדין הארצי לעבודה.  
ד"נ - דיון נוסף או בקשה לדיון נוסף.  
ה"ב - המרצת בחירות.

נצרת - נצ'  
תל-אביב - ת"א

#### 6.4.2 שמות נתי המשפט לשלום יצוינו כך:

ירושלים - י"ם  
בית-שמש - בי"ש  
תל-אביב - ת"א  
אורי-הודה - א"י  
בתי-ים - ב"י  
רמת-גן - ר"ג  
כפר-סבא - כ"ס  
נתניה - נת'  
פתח-תקוה - פ"ת  
רחובות - רח'  
רמלה - רמ'  
חיפה - חי'  
עכו - עכו  
נהריה - נה'  
חדרה - חד'  
באר-שבע - ב"ש  
אילת - אי'  
אשקלון - אש'  
אשדוד - אשד'  
דימונה - די'  
קרית-גת - ק"ג  
בית-שאן - בי"ש  
טבריה - טב'  
נצרת - נצ'  
עפולה - עפ'  
צפת - צפת  
קרית-שמונה - ק"ש  
רמת הגולן - ר"ה.

#### 6.5 שמות הצדדים

יצוין שם המשפחה של המתדיין הראשון בכל צד כהליך, ומתחת לשמות הצדדים (לדבנות האות נ') מותחים קו לשם הדגשה (בדפוס יודגשו השמות באותיות מיוחדות). ניתן לקצר שמות ארוכים. במקרה של תאגיד, מותר לציין את שמו בקיצור ובלבד שיהיה ברור כי מדובר בתאגיד ושניתן יהיה לזהותו. כאשר היועץ המשפטי לממשלה הינו צד לדין יצוין שמו כך: י"מ. כאשר מדינת ישראל הינה צד לדין יצוין שמה כך: מ"י.

#### 6.6 שמות הקבצים

בגוף הטקסט יופיעו רק שמות הצדדים, ואילו סוג ההליך ואזכורו יופיעו בהערה.

- של סוגי ההליכים:  
 ערעור פשע חמור - A.A.  
 תיק פשע חמור - A.C.  
 הליך בבית המשפט העליון בשבתו כבית־משפט לימאות - Adm.  
 ערעור אזרחי - C.A.  
 ערעור אזרחי, בית משפט מחוזי - C.A.D.C.  
 ערעור פלילי בית־משפט מחוזי - Cr.A.D.C.  
 תיק אזרחי - C.C.  
 ערעור פלילי - Cr.A.  
 תיק פלילי - Cr.C.  
 תיק עזבונות - Est.  
 הוצאה לפועל - Exec.  
 הליך בבית המשפט הגבוה לצדק - H.C.  
 ערעור המועצה המשפטית - LCo.A.  
 ערעור קרקעות - L.A.  
 הליך בבית משפט לקרקעות - L.C.  
 ערעור מועצה משפטית - L.Co.A.  
 בקשות שונות - M.A.  
 ערעור עונות - Misd.A.  
 המרצה - Mo.  
 ערעור מועצת המלך - P.C.  
 בקשת ערעור למועצת המלך - P.C.L.A.  
 תיק צוואות - Pro.  
 תיק מעמד אישי - P.S.  
 הליך בבית הדין המיוחד - S.T.

## 7.3 שמות הקבצים

(א) קבצים בהם פורסמו פסקי דין בעברית:  
 אפ"ן - אוסף פסקי דין נבחרים של ביהמ"ש העליון.  
 המשפט - קובץ פסקי דין של בתי המשפט המחוזיים.  
 פת"א - אוסף פסקי דין נבחרים של בית המשפט המחוזי  
 בת"א.

(ב) קבצים בהם פורסמו פסקי דין באנגלית:  
 מכל בתי המשפט

C.O.J - Collection of judgements (1991-1936).

קובץ זה ערוך לפי נושאים ולא לפי סדר כרונולוגי ויצא ב־9 חלקים.

בית המשפט העליון

A.L.R. - Annotated Law Reports (1943-1948).

C.L.R. - Current Law Reports (1920-1942), 12 vols.

P.L.R. - Palestine Law Reports (1920-1947), 14 vols.

S.C.J., - Annotated Supreme Court Judgements (1937-1942).

H.l.r. - Haifa Law Reports (1938-1948).



מספר הכרך יצוין באות עברית בלי גרש.

דוגמאות:

- (1) א' ברק שיקול דעת שיפוטי (תשמ"ד) 38.
- (2) א' רובינשטיין המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל (מהדורה שלישית תש"מ) 235.
- (3) י' זוסמן סדרי הדין האזרחי (מהדורה 5, ש' לוי עורך, 1988) 744.
- (4) ש"ו פלר יסודות ביני עונשין (תשמ"ו, כרך ב) 77.

## ב. ציטוט חומר משפטי באנגלית

10. חקיקה אנגלית
  - 10.1. עד שנת 1962 יש לציין את שם החוק (בדרך-כלל כולל את השנה), שנה למלכות, הפרק, הסעיף והתוספת אם בנמצא.  
דוגמא:  
Supreme Court of Judicature Act, 1925, 15 & 16 Geo. 5, Ch.49, §226, Sched 6.
  - 10.2. אם נקבע לחוק שם מקוצר הוא יצוטט כך:  
Lord Campbell's Act (Fatal Accidents Act), 1836, 9 & 10 Vict., Ch. 33.
  - 10.3. אם שם החוק אינו כולל תאריך יש לציין את השנה בסוגריים בסוף הציטוט.  
דוגמא:  
Hypnotism Act, 15 & 16 Geo. 6 & Eliz. 2, Ch. 44§117 (1952).
  - 10.4. חוקים שחוקקו משנת 1962 יש להשמיט את שנת המלכות דוגמא:  
Airports Authority Act, 1965, Ch.16.
10. פסיקה אנגלית
  - 10.1. דוגמא:  
R.v. Zavecra [1970] 1 All E. R. 10 (C.A.).  
אם השנה אינה חלק מהאזכור, היא תצוין בסוגריים עגולים, אם לא ברור מהקובץ בו מופיע פסק הדין איזו ערכאה נתנה אותו, ראוי לציין זאת בסוגריים בסוף האזכור. שמות הצדדי מודגשים (בדפוס תבוא ההדגשה עלידי אות מיוחדת):  
A.v. B.(1782) 99 E.R. 319 (K.B.).
  - \* בכל מקום בו אין הדו"ח מפרט דרך ציטוט, יש לצטט לפי כללי הציטוט האחד המקובלים בארץ הפרסום.
  - 10.2. אם הקובץ בו פורסם פסק הדין הוא: K.B.; O.B.; Ch.; F. או P., יש לציין שם בית המשפט רק כאשר פסק הדין הוא של בית המשפט לערעורים: [1930] Hastinys v. Perins P. 217 (C.A.).
  - 10.3. אם פסק הדין פורסם ב־ A.C. או ב־ App. Cas., ציין בסוגריים את הערכאה, אך ורק אם פסק הדין הוא של ה־ P.C. במקרה שפסק הדין של בית הלורדים הוא בערעור על פסק דין מוולס או מסקוטלנד, יש לציין זאת בכך שבסוגריים כותבים H.L.(SC.) או H.L. (W).

- משנת 1791 ואילך. גם כאן הכרכים מסומנים במספר רץ אך בסדרות. לאחר 100 הכרכים הראשונים החלה לצאת סדרה שניה שמספריה כרכיה שוב מסומנים במספר רץ ממספר 1 ואילך.
- (2) Lawyer's Edition, שאינה הוצאה רשמית וקיצורה או: L.eD. גם היא מקיפה את פסקי הדין של בית המשפט העליון משנת 1791 ואילך. גם כאן הכרכים מסומנים במספר רץ אך בסדרות. לאחר 100 הכרכים הראשונים החלה לצאת סדרה שניה שמספריה כרכיה שוב מסומנים במספר רץ ממספר 1 ואילך.
- (3) Supreme Court Reports. גם היא אינה הוצאה רשמית וקיצורה הוא: S.Ct. הוצאה זו מכילה את פסקי הדין של בית המשפט העליון רק מאוקטובר 1882 ואילך. גם היא ממוספרת במספר רץ.
- (ב) פסקי דין של בתי משפט פדרליים אחרים מתפרסמים ב-Federal Reports שקצורו הוא: F., וב-Federal Supplement שקצורו - F. Supp. גם בקובץ זה מתפרסמים הכרכים במספר שוטף, המתחיל כל פעם במספר 1 מתחילתה של כל סדרה.
- (ג) פסקי הדין של המדינות השונות מתפרסמים בהוצאות רשמיות בקובץ נפרד לכל מדינה, או לעתים בקובץ נפרד לקבוצת מדינות. שמו של כל קובץ הוא כשם המדינה והכרכים נושאים מספר רץ בכל סידרה. אך בנוסף להוצאות הרשמיות הם מתפרסמים גם בהוצאה פרטית שהיא ה-National Reporter System. בהוצאה זו מתפרסמים פסקי הדין של המדינות השונות בקבצים לפי אזורים:
- (1) Atlantic Reporter שקיצורו - A., והוא כולל את המדינות: קונטיקט, דלוור, מיין, מרילנד, ניוהמפשייר, ניוג'רסי, פנסילבניה, רוד איילנד, ורמונט ומחוז קולומביה.
- (2) California Reporter שקיצורו Cal., והוא כולל את פסקי הדין של בית המשפט העליון, מחלקות הערעורים של אותו בית משפט ובית המשפט המחוזי לערעורים של קליפורניה.
- (3) New York Supplement שקיצורו - N.Y. Supp., הכולל את פסקי הדין של בית המשפט לערעורים של מדינת ניויורק.
- (4) North Eastern Reporter שקיצורו - N.E., והוא כולל את פסקי הדין של המדינות: אינדיאנה, אילינוי, מסצ'וסטס, ניויורק ואוהיו.
- (5) North Western Reporter שקיצורו - N.W., והוא כולל את פסקי הדין של בית המשפט לערעורים של מדינת ניויורק, מינסוטה, נברסקה וויסקונסין.
- (6) Pacific Reporter שקיצורו - P., והכולל את פסקי הדין של המדינות: אריזונה, קליפורניה, קולורדו, אידהו, קנזס, מונטנה, נבדה, ניו-מכסיקו, אוקלהומה, אורגון, וושינגטון, ווימינג: אלסקה וחואי.
- (7) South Eastern Reporter שקיצורו - S.E., הכולל את פסקי דין של המדינות: ארקנסו, קנטקי, מיסורי, טנסי וטקסס.
- (8) South Western Reporter שקיצורו - S.W., הכולל פסקי דין של המדינות: ג'ורג'יה, צפון-קרוליינה, דרום-קרוליינה, וירג'יניה ומערב-וירג'יניה.

- 12.2.1.5 תוספות יצוטטו כך: 18 U.S.C. § 201 (b) (Supp. III, 1979).
- 12.2.1.6 אם החוק מופיע בדפי העדכון לקוד והחוק ממוספר ומודפס כאילו הוא חלק מהקוד יש לצטטו כך:
- 12.2.1.7 אם קובץ לא רשמי משתמש בשיטת מספר שונה מהקובץ הרשמי ניתן לצטט מהקובץ הלא רשמי רק אם החוק אינו מופיע בקוד הרשמי.
- 12.2.2 חקיקה אמריקאית כרונולוגית.
- 12.2.2.1 כאשר מצטטים חקיקה על פי סדר כרונולוגי של המושבי מיש לציין תמיד את שם החוק.
- דוגמא:  
White-Slave Traffic (Mann) Act, Ch, 395, 36 stat. 825 (1910).
- אם לחוק אין שם רשמי, או פופולרי, יש לצטטו בצורה הבאה:  
Act of Aug. 21, 1974, ch, 85, 1974 N.J.Laws 385.
- 12.2.2.2 יש לציין את מספר הכרך (ובהעדרו את השנה) כשלאחריו קיצור שם הקובץ. בקבצים כרונולוגיים של המדינות, קיצור שם המדינה יופיע תמיד לפני שם הקובץ.
- דוגמא:  
1878 Minn, ben laws
- 12.2.2.3 כאשר מצטטים רק חלק מהחוק יש לציין את העמוד בו מתחיל החוק, ואת העמודים) הרלבנטים(ים) בהם מופיעים הסעיפים. כמו כן יש לציין את מספרי הסעיפים.
- National Environmental Policy Act of 1969, Pub. L. No. 91-190. § 102. 83 Stat 852, 853-54.
- 12.2.2.4 יש לציין בסוגריים את השנה שבה תוקק החוק, אלא אם כן שנה זו היא חלק משם החוק. אם תאריך החיקוק אינו ידוע, יש לציין את התאריך בו החוק אושר על-ידי המנהל או נעשה ישים.

## 13. כתבי עת לועזיים

כאן יחולו, בשינויים קלים, אותם הכללים החלים על איזכור כתבי עת בעברית: השם הפרטי של המחבר יצוין על ידי האות הראשונה ואחריה נקודה, ואם למחבר יש יותר משם פרטי אחד, יצוינו שמותיו בראשי תבות של שמותיו הפרטיים המופרדים בנקודות. מספר הכרך יופיע בספרות לפני שם כתב העת. מועד פרסום כתב העת יופיע בתאריכו הלועזי, אחרי שם כתב העת. כאשר ישנם שני מחברים או יותר, יבוא ביניהם הסימן . & את רוב שמות כתבי העת מסמנים באופן מקוצר.

## קיצורים לכתבי עת

עקרונית יש לאמץ את הקיצור לו נזקק כתב העת אותו מצטטים. אם כתב העת אינו מצויין קיצור, יש להזקק לקיצורים הבאים:

Bulletin - Bull.

Journal - J.

- 16.1 כללי הציטוט:  
יש לציין: כותרת ההנחיה; קובץ הנחיות היועץ המשפטי לממשלה (מודגש); מספר סידורי של ההנחיה; מספר הכרך; ותאריך פרסום ההנחיה (בסוגריים).  
דוגמא:
- 16.2 "ריצוי עונשי מאסר בשל אי תשלום חוב" הנחיות היועץ המשפטי לממשלה 23.001 כרך ד (1970).
- 17 מקורות המשפט העברי.
- 17.1 מקורות נומטיביים - מקרא, משנה, מדרש ותלמוד כללי הציטוט:  
(א) שם הספר יופיע במלואו (ללא הדגשה).  
(ב) בספרים בהם קיימות הוצאות ומהדורות שונות, שמו יופיע (בסוגריים) סמוך לאחר שם הספר עצמו.  
(ג) ההפניה תהא לפרק ולפסוק, או לפרק ולדף.  
סדר הציטוט - שם הסידרה, שם הספר, ולאחריו בפרוט.  
דוגמאות:  
מקרא: בראשית, כו, י"א"ד  
משנה: משנה, כתובות ז, ג.  
מדרשי הלכה:  
1. מכילתא דרבי ישמעאל (הוצאת הארואויץ - רבין), פרשת יט ע' 220.  
2. ספרא (וויס), פאדת בהר, ה, ז.  
3. ספרי (פינקלשטיין), דברים, ואתחון, פיסקא כו, 36.  
תוספתא: תוספתא (צוקרמנדל) בבא קמאי, לח 369.  
תלמוד בבלי: גיטין, כח, ב  
תלמוד ירושלמי: ירושלמי, סנהדרין, פרק ה, הלכה ה.  
מדרשי הגדה:  
1. מדרש תנחומא פרשת משפטים, ז.  
2. ילקוט שמעוני, משפטים, רמז שנ.
- 17.2 ספרות הגאונים - אוצר הגאונים וש"ת הגאונים כללי הציטוט:  
יצויין שם הספר (במלואו), הוצאה ומהדורה. באוצר הגאונים תצוין גם שם המסכת, ולאחריה פירוט חלק, סימן, ועמוד.  
דוגמאות:  
אוצר הגאונים:  
1. אוצר הגאונים (לוין), כתובות, חלק הפרושים 38.  
2. אוצר הגאונים (לוין), כתובות, חלק התשובות 48.  
ש"ת הגאונים  
1. תשובות הגאונים (אסף, תרפ"ז) ס' לז.  
2. תשובות הגאונים (הרכבי, תרמ"ז) ס' קלח.

- נושאי כלים של הטור:  
 דרכי משה, חו"מ, ק"ז, ס"ק א.  
 (ג) נושאי כלים של השו"ע.  
 ש"ך, חו"מ, צ"ט, ס"ק ב.
- 17.6. שו"ת הראשונים  
 כללי ציטוט:  
 שו"ת: שם המחבר; חלק וסימן.  
 דוגמאות:  
 (1) שו"ת הרא"ש, כלל מג, אות יג.  
 (2) שו"ת הרשב"א, ח"ד, קנה.
- 17.7. ספרי אחרונים  
 כללי הציטוט:  
 (א) שם הספר ו. המחבר; סימן וסעיף קטן.  
 (ב) בחידושים של הש"ס: שם הספר; המסכת; דף ועמוד.  
 דוגמאות:  
 (א) ספר הידוע על פי שמו:  
 (1) אורים ותומים לד' יהונתן אייבשיץ, סי' צו, ס"ק ב.  
 (2) פני יהושע, סוכה טז, א.  
 (ב) ספר הידוע על פי שם המחבר:  
 (1) חידושי ר' שמעון שקאף לכתובות, סימן י.  
 (2) דרוש וחידוש רבי עקיבא איגר, בבא מציעא, ס, א.
- 17.8. פסקי-דין רבניים, ספרי עזר בחקר המשפט העברי, ספרים העוסקים במשפט העברי וכתבי עת במשפט העברי, יצוטטו לפי כללי הציטוט הרגילים של דו"ח זה.
18. איזכור חוזר של מקורות'  
 18.1 הפניה לפרסום שמאזכר במקום אחר בחיבור תיעשה על-ידי ציון שם משפחתו של המחבר, מקום האיזכור, והעמוד אליו מפנים באיזכור.  
 דוגמאות:  
 (1) זוסמן, לעיל הערה 5, בעמ' 102  
 (2) ברק, להלן הערה 51, בעמ' 80.  
 בהפניה נוספת הבאה מיד לאתר הפניה קודמת יצוין: שם, בע' 100.  
 אם ההפניה היא לאותו עמוד יצוין: שם, שם.
- 18.2 כאשר פסקי-הדין הינו מרכזי או חוזר פעמים רבות, יש להוסיף בסוף מראה המקום שבהערות השוליים בסוגריים (להלן: ענין גורדון) ולאחר מכן, כאשר מאזכר פסק הדין בגוף הטקסט יש לציין בענין גורדון.  
 כאשר איזכור פסק הדין דורש הפניה לעמודים, יש להפנות להערות השוליות ובה לפרט את מספר העמודים.  
 לדוגמא: כדברי השופט ברק בענין גורדון, לעיל הערה 10, בע' 105.
- 18.3 באיזכור חוזר של חומר משפטי באנגלית יחולו כללים דומים.  
 דוגמאות:  
 Morris, supra note 2, at p. 89 (1)  
 ivid, at p. 92 (2)