

אירנה פיין, המשפט הפלילי בצה"ל (2006)*

הדר אבירם**

במהלך עשרות שנות קיומו הפך המשפט הפלילי הצבאי לתת-תחום מיוחד עם הלכות, מונחים והיגיון פנימי ייחודי משלו. הדבר נובע הן מן ההקשר החברתי-ארגוני בו הוא פועל (תחולתו על חיילים ועל עניינים צבאיים) והן מן הדמוגרפיה של העוסקים בו, שחלק ניכר מהם הוא קציני הפרקליטות הצבאית בשירות סדיר ובשירות מילואים. על רקע זה, יש לברך על ספרה של אירנה פיין, "המשפט הפלילי בצה"ל", המרכז, על פי נושאים, הלכות רבות שהצטברו בבתי הדין הצבאיים ברבות השנים.

הספר הוא, בראש ובראשונה, אוסף שימושי של תקדימים והלכות לצרכים פרקטיים של עורכי דין המנהלים תיקים פליליים במערכת הצבאית. ככזה, הוא עשוי למלא אותו תפקיד רב-ערך שממלאים ספריו השימושיים של יעקב קדמי, "על הדין בפלילים", "על סדר הדין בפלילים", "על הראיות", ואחרים. ההלכות מוצגות באופן תמציתי וברור ומעוגנות בפסקי דין המאוזכרים בהערות שוליים. ככזה, עשוי הספר לשמש שני קהלים עיקריים: ציבור המשפטנים הצבאיים וציבור עורכי הדין במערכת האזרחית. בעבור הקהל הראשון, פותר הספר בעיה חמורה של איחזור מידע במערכת הצבאית. פסקי הדין הצבאיים אינם מתפרסמים באופן נגיש ונוח כמו פסקי הדין במערכת האזרחית; שנים רבות עשו קציני הפרקליטות הצבאית שימוש בכרטסת פסיקה שנאספה על ידי תא"ל יורם צלקובניק, וזכתה לכינוי החיבה "הצלקובניק". הספר הנוכחי מעדכן את ההלכות השונות ממש עד לעת הוצאתו, וכולל לא רק פסקי דין צבאיים, אלא גם כמה הלכות רלוונטיות מבית המשפט העליון.

* בשיתוף זיו בורר, מיכל שמיר-בורר, אמיר מלכי-אור וליף זיתונה. תל אביב: הוצאת משרד הבטחון. 1302 עמ'.

** מדריכה-דוקטור, אוניברסיטת תל אביב.

הקהל השני, קהל עורכי הדין שאינם מועסקים דרך קבע במערכת הצבאית, ימצא בספר לא רק מדריך פסיקה שימושי, אלא גם מורה נבוכים בז'רגון הצבאי ובפרקטיקות הצבאיות. למשל, בחלקו הראשון של הספר העוסק במעצרים, מוזכרים המונחים המקובלים "פקודה אדומה" ו"פקודה שחורה". סקירת עובדות המקרה בפסקי הדין מועילה אף היא לחיזוק ההיכרות עם המערכת הצבאית ואופי התיקים הנדונים בה. ייתכן, שעבור קהל זה רצוי היה לכלול מבוא העוסק בסמכויות שיפוט ובדין משמעתי (נוסף לפסקי הדין המצויים בעמודים 715 ואילך).

לעומת זאת, שני קהלים פוטנציאליים אחרים יפיקו פחות תועלת מן הספר: קהל אנשי האקדמיה, שיתעניינו יותר בביקורת מעמיקה מאשר בספר מעשי, וקהל המפקדים. למרות האמור בהקדמה לספר, קשה להניח שמפקדים משוללי השכלה משפטית ימצאו עניין אפילו בחלק של הספר העוסק באחריות מפקדים, כיוון שהדיון שם מבוסס על יסודותיהן של עבירות הרשלנות, והוא דורש ידע משפטי מוקדם.

לספר ארבעה חלקים: דיני מעצרים בצה"ל (הכותבת: אירנה פיין), אחריות פלילית של מפקדים בעבירות רשלנות (הכותבים: אירנה פיין וזיו בורר), הגנת הצידיק עקב ציות לפקודה ופקודה בלתי חוקית בעליל (הכותב: זיו בורר), ופרשנות סעיפי חקיקה בהלכה הפסוקה (הכותבים: אירנה פיין, מיכל שמיר-בורר, אמיר מלכי-אור ולילך זיתונה). בכולם ניתן למצוא תמציות פסיקה, המחולקות בקפידה חלוקה הגיונית על פי נושאים שימושיים (ובחלק הרביעי, חלוקה על פי סעיפי עבירה). עם זאת, הספר אינו אחיד בסגנונו. החלקים שונים זה מזה באופיים וברמת הפירוט שבהם, דבר העשוי לנבוע משיתוף הפעולה בין כמה מחברים. ייתכן שהדבר נובע גם מטיבם השונה של הנושאים; הדיון באחריות מפקדים דורש העמקה רבה יותר בשאלת הגדרת הרשלנות, בעוד שהדיון בעבירות סבוכות פחות דורש אך מספר איזכורים קצרים.

בחלק הראשון, העוסק במעצרים, יוכלו הקוראים למצוא סקירה ממצה המשווה את הדין הצבאי לדין במערכת האזרחית, ואפילו פרק מעניין ומועיל אודות השלכתו של מצב לחימה על מדיניות המעצר הצבאית. ההיכרות הטובה עם הסבך הטכני של המאטריה הצבאית ועם ההתנהלות בבתי הדין ניכרת גם בדיון על אודות טענות בדבר חוקיות הגיוס והשפעתן על עילת המעצר (שאלות המתעוררות כמעט תמיד,

הפרק השני, העוסק באחריות מפקדים לעבירות רשלנות, בנוי על פי מבנה הניתוח הדוקטרינרי של עבירות הרשלנות, והוא ער לשינויים בעקבות תיקון מס' 39. מה שהיווה קודם לתיקון "חובת זהירות מושגית" מנותח היום כ"רכיב נורמטיבי: נטילת סיכון בלתי סביר" (עמ' 195). מאגר חובות המפקדים, המובא בראשית הפרק, שימושי במיוחד, לנוכח העובדה שהוא משמש להערכת הרשלנות כיסוד נפשי, ולא עובדתי בלבד – ולנוכח העובדה שהאישומים בגרימת מוות ברשלנות מתייחסים ברובם למחדלים פיקודיים, ולא להתנהגות אקטיבית.

הפרק השלישי, בדבר פקודה בלתי חוקית בעליל, אשר נכתב על ידי זיו בורר, שונה במידת-מה מן הפרקים האחרים. הוא מפורט יותר, וכתוב כמאמר אקדמי¹ ולא כמשאב לעוסקים בפרקטיקה, וייתכן שלא היה מקום לכללו גם בספר מסוג זה. בעבודה היומיומית בבתי הדין הצבאיים, אין נתקלים בטענות צידוק ופקודה בלתי חוקית בעליל כעניין שבשגרה. גם הסקירה כוללת התייחסות למשפט משווה ובינלאומי ולהלכות ישנות, בצד מעט הלכות חדשות.

החלק הרביעי של הספר מהווה את מרבית נפחו ומחולק על פי סעיפי חוק². אופיו ורמת הפירוט בו אינם אחידים; במקרים מסוימים מובאות ההלכות לפני סקירת הפטיקה, ובמקרים אחרים (לדוגמה, הדיון בדבר עדויות סותרות, עמ' 1221) אין מובא כלל תוכנם של כמה מפסקי הדין. חלק זה, לפיכך, לא תמיד יספיק כמקור בלעדי להלכה, והקוראים יאלצו לדאוג ולחפש את התקדימים בעצמם. יתרונו הגדול של חלק זה נעוץ בעיסוק בנושאים בלעדיים למערכת הצבאית – פרשנות לסעיפי הגדרות, סדרי דין וסמכות בחוק השיפוט הצבאי, מעמדו של מסמך "רוח צה"ל" (עמ' 694), וכדומה. נוסף לכך, ניתן למצוא בחלק הרביעי מספר גדול של סעיפי עבירה, רבים מהם לא צבאיים, ופרשנותם בהקשר המיוחד של המשפט הפלילי הצבאי. בחלק מהמקרים קיימת חשיבות מיוחדת להקשר הצבאי. לדוגמה,

¹ ואכן, פרק זה פורסם בגרסה שונה מעט כמאמר עצמאי: זיו בורר "ברור וגלוי? כיצד יזהה חייל פקודה בלתי חוקית בעליל" **משפט וצבא** 17, 351 (2004).

² ביניהם – חוק השיפוט הצבאי, חוק העונשין, פקודת הסמים המסוכנים, חוק למניעת הטרדה מינית, פקודת התעבורה, חוק שירות ביטחון, פקודת הראיות, חוק סדר הדין הפלילי ועוד.

הספר מפורט וממצה, וניכר כי מפעל איסוף הפסיקה וריכוזה על פי נושאים היה מעמיק ושיטתי. מה שאין בספר כלל, מעצם טיבו, הוא דיון ביקורתי מעמיק בהלכות ופרובלמטיזציה של כללי המשחק הצבאיים; ניתן היה לחשוב, למשל, על הערות מסוג זה הנוגעות לעילת המעצר ההרתעתית (עמ' 67), היחס למכורים לסמים (עמ' 91), עבירת הסירוב להיבדק בבדיקה לגילוי שימוש בסם מסוכן, וכדומה. המתעניינים בביקורת מסוג זה יצטרכו לחפשה במאמרים אקדמיים. לעומת זאת, תובעים, סניגורים ושופטים בשירות סדיר ובמילואים, וכן עורכי דין פרטיים המטפלים מדי פעם בעניינם של לקוחות בבתי הדין הצבאיים, ימצאו בספר כלי עזר מבורך, מועיל וממצה בעבודתם היומיומית.

התארגנות חיילים – האם בשלה העת לתמורה בישראל?

חני אופק-גנדלר*

א. מבוא ב. התארגנות חיילים – שיקולי מדיניות 1. פגיעה ביעילות הבטחונית 2. פגיעה בלכידות הצבאית 3. פתיחת פתח לפוליטיזציה של הצבא 4. העמדת מנגנוני ביקורת חלופיים לבחינת חוקיות הפגיעה בזכויות משרתי הקבע 5. ייצוג האינטרסים של החיילים באמצעות רשויות הצבא ג. הגבלת חופש ההתארגנות – הדין המצוי 1. משפט בינלאומי (א) אמנות כלליות (ב) אמנות אזוריות (ג) אמנות ארגון העבודה העולמי (ד) מסקנה 2. הגבלת חופש ההתארגנות של החיילים בראי המשפט המשווה (א) התארגנות מלאה: הזכות לניהול משא ומתן ולשבות (ב) התארגנות מוחלשת – התאגדות מחוזקת 3. סיכום ביניים ד. התארגנות חיילים – המקרה הישראלי 1. הדין הקיים 2. מגמות והתפתחויות בישראל 3. קווים מנחים בהסדרה ה. סיכום

א. מבוא

חופש ההתארגנות בארגוני עובדים מוכר כזכות יסוד במשפט הבינלאומי ובמרבית החוקות המודרניות. חופש זה, נוסף להיותו זכות יסוד עצמאית, מהווה מכשיר חשוב להגשמת הזכות לכבוד והזכות לחירות. לארגוני עובדים תפקיד חיוני בהסדרת יחסי העבודה ובקידום זכויות העובדים. באמצעותם מושג איזון בין חולשתו האינדיווידואלית של העובד לבין עוצמתו הכלכלית של המעביד, וכך נמנע ניצולו לרעה של העובד המוחלש עד כדי פגיעה בכבודו. באמצעות ההתאגדות יכול העובד להגשים בצורה יעילה ואפקטיבית יותר את צרכיו ומורחבת חירותו האישית.¹

* דוקטור למשפטים, מרצה מן החוץ, האוניברסיטה העברית. ברצוני להודות לד"ר יוסף גנדלר ולגיתית שריקי על שסייעו לי בניבוש הרעיון שבבסיס המאמר. כן ברצוני להודות לפרופ' פרנסיס רדאי ששיחותינו המשותפות על מהות זכות ההתאגדות וחיבותה נתנו לי השראה לכתיבת המאמר. כן ברצוני להודות לפרופ' גיא מונדלק ולעורך, עו"ד יונתן קיוול, על הערותיהם המועילות. האחריות חני אופק-גנדלר "התארגנות חיילים – האם בשלה העת לתמורה בישראל?" משפט וצבא יט (התשס"ז) 117

2 הצידוקים האמורים לחופש ההתארגנות חלים גם כאשר המדובר בהתארגנות של המשרתים בכוחות הביטחון. לצידוקים כלליים אלה ניתן להוסיף צידוק הייחודי לכוחות הביטחון במשטרים דמוקרטיים. כוחות הביטחון הינם בעלי השליטה על אמצעי הלחימה והאלימות. בכוח זה הם מצופים להשתמש לשם הגנת בטחון המדינה. עם זאת, מקנן החשש שכוחות הביטחון יבקשו להשתמש בכוחם למטרות שיסכנו את החברה בה הם פועלים. הם עלולים להשתמש בכוח הנתון בידיהם נגד המשטר הדמוקרטי (בדמות הפיכה צבאית) או להפנות את האלימות שבידם נגד פלגים בחברה, ובכך לסכן את אופייה הדמוקרטי של החברה בכללותה ואת שלומם של אותם חלקים באוכלוסייה. יצירת משטר של איזונים ובלמים, המביאים לביזור העוצמה המרוכזת בידי בכירי הדרג הצבאי, היא ערובה מפני התמששות סכנה זו. קידום פרקטיקות דמוקרטיות לניהול הצבאי הוא אחת הדרכים ליצירת משטר של איזונים ובלמים. אחת מאבני דרך זו היא הכרה בזכות ההתאגדות של המשרתים בכוחות הביטחון.³

1 רות בן ישראל "זכות היסוד לחופש התארגנות: הלגיטימיות של מימון תקציב ארגון העובדים מדמי טיפול המתקבלים מעובדים שאינם נמנים על חבריו" ספר מנחם גולדברג – לקט מאמרים ביני עבודה ובטחון סוציאלי 142 (אהרן ברק ואח' עורכים, 2001).

2 פרנסיס רדאי וגיל-עד נועם "ארגוני עובדים ומשא ומתן קבוצי – מבט אל המאה העשרים ואחת" משפטים לד 39 (התשס"ד).

3 שיקול זה עמד ביסוד הקמת הצבא הגרמני עם תום מלחמת העולם השנייה. מוראותיה של מלחמה זו והחשש מפני הישנותה הטילו צל ציבורי כבד על ניסיונות הקמת הצבא בעיתוי זה. על הוגי הרעיון היה לשכנע את הציבור כי הקמת הצבא תמנע את הישנות סכנות העבר, ולא תעצימן. המענה לחששות המתוארים היה בתפישת החיילים כ"אזרחים במדים". משמעות תפישה זו היא כי החיילים נהנים מכל הזכויות והחובות הנהוגות במשטר דמוקרטי ואלה יוגבלו רק כאשר קיים צורך מוחלט בהגבלתן.

Jean Callaghan, *Unions and the German Armed Forces, in MILITARY UNIONISM IN THE POST-COLD WAR ERA: A FUTURE REALITY?* 165, 172 (Richard Bartle and Lindy Heineken ed., 2006) (הספר להלן: **התאגדות צבאית לאחר המלחמה הקרה**)

לצד צידוקים כלליים וייחודים אלה יש לזכור, כי הסדרת זכות ההתאגדות בכוחות הביטחון היא משימה מורכבת בשל הצורך להגבילה מטעמים חיצוניים לה שבבסיסם הרצון שלא לפגוע ביעילות עבודתם של כוחות הביטחון. מורכבות זו הביאה מספר מדינות לאסור באופן מוחלט על התארגנות חיילים או התאגדותם. משמעות הדבר היא, כי במדינות אלה שלושת מימדיה של הזכות לחופש ההתארגנות – היינו, החופש להתאגד, החופש לנהל משא ומתן קיבוצי והזכות לנהל מאבק מקצועי עד כדי שביתה – נשללו מן המשרתים בכוחות הביטחון. האם שלילה זו ראויה והכרחית? הניסיון ההשוואתי מלמד כי קיים מיגוון רחב יחסית של הסדרים מדינתיים בשאלה זו. לאמור: קיימות מדינות שהגבילו אך ורק את זכות החיילים לנהל מאבק קיבוצי עד כדי שביתה (הגבלת המימד השלישי); קיימות מדינות שהגבילו הן את הזכות לנהל מאבק מקצועי והן את החופש לנהל משא ומתן קיבוצי ובכך הכירו למעשה בהתאגדות מקצועית בלבד (הגבלת המימד השני והמימד השלישי); קיימות מדינות שהטילו איסור אף על ההתאגדות המקצועית (הגבלת כל שלושת המימדים). על רקע מורכבות השאלה והגיוון בהסדרים המדינתיים ניתן היה לצפות כי יתפתח שיח ער במשפט הבינלאומי ובמשפטה הפנימי של כל מדינה ומדינה בנוגע לאיזון בין הערכים המתגוששים בסוגיית חופש ההתארגנות של החיילים. שיח כזה נתקיים בשנות השבעים, אגב התלבטותה של ארצות הברית אם להתיר לחייליה להתאגד, והוא הוביל, בסופו של יום, להטלת איסור מוחלט על התארגנות החיילים. לפני כעשור החל להתפתח שוב השיח המשפטי בנושא זה, אולם הוא טרם הגיע לכדי מיצוי מלא.

בישראל אוסרות פקודות המטכ"ל על התארגנות החיילים בארגוני עובדים ובפועל אין התאגדות מקצועית המשמיעה את קולם. איסורים דומים חלים גם על השוטרים, על עובדי שירות בתי הסוהר ועל המשרתים בשירות הביטחון הכללי. עתירה שהוגשה נגד חוקתיות איסור ההתארגנות של חיילים נמחקה בהמלצת בית המשפט העליון מבלי להכריע בסוגיה.

הטענה, שאותה אבקש לבסס במאמר זה היא, כי יש מקום להמיר את האיסור הנוכחי בהסדר מידתי יותר, המשתלב טוב יותר עם העקרונות החוקתיים בישראל ובמיוחד עם עקרון המידתיות. הסדר זה אכנה "התארגנות מוחלשת": התארגנות

בטרם אגש לגוף המאמר ברצוני להתעכב על הערה פרשנית הנחזית למושגית אך למעשה מחזקת היא את טענתי המהותית. ההערה "המושגית" נוגעת לזהות הגופים השייכים לכוחות הביטחון. התשובה לשאלת זהות הגופים השייכים ל"כוחות הביטחון" משתנה בתוך שיטת המשפט בהתאם להקשרו של דבר החקיקה.⁴ בנוגע לזהות הגופים המשתייכים ל"כוחות הביטחון" בהקשר של חופש ההתארגנות ניתן

⁴ בישראל, מגדיר סעיף 9 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, את כוחות הביטחון: צבא הגנה לישראל, משטרת ישראל, שירות בתי הסוהר וארגוני ביטחון אחרים. מבט להגדרות המצויות בחקיקה מעלה כי **הצבא מצוי במכנה המשותף לכולן. מעבר לכך, מרבית דברי החקיקה כוללים בהגדרת כוחות הביטחון את המשטרה ואת שירות בתי הסוהר** (ראו למשל, סעיף 27 לחוק זכויות החולה, התשנ"ו-1996; סעיף 2 לחוק למניעת הטרדה מינית, התשנ"ח-1998; סעיף 2 לחוק יישום תוכנית ההתנתקות, התשס"ה-2005; סעיף 2 לחוק הבחירות (דרכי תעמולה), התשי"ט-1959). קיימים חוקים המוסיפים את **ארגוני המודיעין האזרחיים** – שב"כ ומוסד (ראו: סעיף 13 לחוק הבוק, התשמ"ב-1982; סעיף 1 לחוק גלי צה"ל – שידור רדיו של צבא הגנה לישראל (שידורי חסות ותשדירי חסות) (הוראת שעה), התשס"ה-2005) או שב"כ בלבד (ראו חוק יישום ההתנתקות שלעיל). לבסוף, קיימת חקיקה שאינה נוקבת באופן מפורש במלוא הגופים אלא קובעת הוראת סל הכוללת "ארגון בטחון אחר של המדינה".

5 ויש

שיטות הכוללות גופים אזרחיים המספקים שירותים שיש בהם כדי להשליך על בטחון הפרט – דוגמת מכבי אש ושירות בתי הסוהר – בהגדרת גופים בטחוניים.⁶ הספקות הפרשניים האופפים את הגדרת הגופים המשותפים לכוחות הביטחון, כמו גם הגיוון הקיים בהגדרות, מצביעים על כך שהצורך בהגבלות וטיבן אינו אכסיומה הכרחית אלא בחירה ערכית. את שיקולי המדיניות החולשים על בחירה זו, בהיבט של המשרתים בצבא, אציג להלן.

ב. התארגנות חיילים – שיקולי מדיניות

מדינות אחדות הטילו איסור מוחלט על התארגנות חיילים בארגוני עובדים (כגון קנדה,⁷ איטליה⁸ וצרפת⁹). חשוב לציין, כי גם במדינות אלה קיימים ערוצים פנים צבאיים באמצעותם משמיעים החיילים את קולם (כגון נציב קבילות חיילים, מנגנוני ייצוג פנים צבאיים כלפי הדרגים הבכירים, וכיוצא באלה). אולם שמיעה כזו – כפי שאנתח בהמשך – אינה שקולה להתארגנות עצמאית של חיילים על כל הכוחות המהותיים והדיוניים הנלווים להתארגנות חיצונית כזו.¹⁰ על כן, יתמקד המאמר בעיקרו בשיקולים ובדפוסים של התארגנות חיילים עצמאית. המצדדים בהטלת

⁵ ראו הדיון בה"ש 60 להלן.

⁶ כך לדוגמה בישראל חל איסור על המשרתים בשירות בתי הסוהר להתארגן (סעיף 129א לפקודת בתי הסוהר [נוסח חדש], התשל"ב-1971). איסור זה מנוגד לפרשנות ארגון העבודה העולמי, שלפיה התפקידים שממלאים גופים כגון שירות בתי הסוהר ומכבי האש אינם מצדיקים שלילת זכות ההתארגנות, אלא לכל היותר הגבלת מימדים שלהם, בעיקר אלה הנוגעים לזכות לשבות.

⁷ Kelly Farley, Rick Walker, Harry Bondy, Dan Mendoza, *Freedom of Association and the Canadian Forces: Current Status and Future Trends*, in *MILITARY MISSIONS AND THEIR IMPLICATIONS RECONSIDERED: THE AFTERMATH OF SEPTEMBER 11*th (Giuseppe Caforio, Gerhard Kuemmel ed., 2005) (להלן: **צבאיות ולקחי ה-11 בספטמבר**).

⁸ Evaldo Olivetta, *The Italian Armed Forces: Towards a New Need for Representation*, *מתוך התאגדות צבאית לאחר המלחמה הקרה*, לעיל ה"ש 3, 35.

⁹ Michel Louis Martin, *The French Military and Union Rights: At the Margin of Full Citizenship?*, *מתוך התאגדות צבאית לאחר המלחמה הקרה*, לעיל ה"ש 3, 48.

¹⁰ על מגבלותיו של הייצוג הפנימי באיטליה וצרפת ראו: Olivetta, לעיל ה"ש 8, בעמ' 46-47; וכן Martin, לעיל ה"ש 9, בעמ' 56-60.

11 הן מדינאים¹² והן מנתחי

מדיניות¹³ במדינות בהן מוטל איסור כאמור¹⁴ – טוענים כי ההכרה בזכות ההתאגדות עלולה לפגוע באינטרסים החיוניים לתפקודו התקין של הצבא והם: יעילות בטחונית, לכידות צבאית ומניעת פוליטיזציה של הצבא. פגיעה נטענת זו אנתח להלן באופן ביקורתי:

1. פגיעה ביעילות הבטחונית

המצדדים בהטלת איסור על התארגנות החיילים טוענים כי זו עלולה לפגוע ביכולת הצבא להגשים את המטרות שלשמן הוקם. הטענה היא, כי התארגנות שכזו עלולה לפגוע במשמעת הצבאית, עלולה לערער את המבנה הארגוני ההיררכי של הצבא ועלולה להפחית מנאמנות החיילים לצבא. ביסוד הטענה מצויה ההנחה כי המבנה ההיררכי של הצבא מבטיח ציות מירבי להוראות הנתפשות כפקודות שאחריהן אין להרהר. צייתנות מירבית זו נדרשת בשל כובד המשימה המוטלת על הצבא ובשל היות כוחות הביטחון במדינה המודרנית בעלי המונופולין על האלימות. המבנה ההיררכי מבטיח קיומו של מוקד כוח אחד שממנו יונקים את חיותם יתר מוקדי הכוח המסודרים בטור אנכי פוחת. ככלל, התארגנות עובדים מבורת את העוצמה הניהולית המרוכזת בידי המעביד, תוך יצירת מוקד כוח נוסף בדמות ארגון העובדים. ביזור כוח שכזה בארגון הצבאי עלול לכרסם באופיו ההיררכי עקב יצירת

¹¹ ראו: David Morehouse, *Legal Aspects of Unions in the Military*, in MILITARY UNIONS - U.S. TRENDS AND ISSUES 203 (William Taylor, Roger Arango and Robert Lockwood ed., 1977) (הספר להלן: **איגודים מקצועיים בארה"ב**); David Denholm, Theodoro Humes, *The Case Against Military Unionization, in BLUE-COLLAR SOLDIERS?* 69 (Alan Sabrosky ed., 1977); Giuse ppe Caforio, *Unionization of the Military Representation of the Interest of Military Personal, in SOCIOLOGY OF THE MILITARY* 311 (Giuse ppe Caforio ed., 2003)

¹² ראו, לדוגמה, השיח שהתקיים בצרפת בה מוטל איסור מוחלט על התאגדות החיילים: Martin, לעיל ה"ש 9, בעמ' 53-56.

¹³ ראו ניתוח השיח שהתקיים בארצות הברית: William Poole, *Unionization of the Military* (S.2744 - S.997). מתוך: www.heritage.org/Research/NationalSecurity/IB12.cfm.

¹⁴ ראו, לדוגמה, השיח שהתקיים בצרפת, בה מוטל איסור מוחלט על התאגדות החיילים: Martin, לעיל ה"ש 9, בעמ' 53-56; וכן ראו ביטוי לשיח שהתקיים בארצות הברית: Poole, לעיל ה"ש 13.

15 לבסוף, קיימת טענה, כי יצירת ארגון חיילים תיצור כפל נאמנות בקרב החיילים כלפי המערכת הצבאית מחד גיסא, וכלפי ארגון החיילים מאידך גיסא. 16 כפל נאמנות זה עלול לגרום להעלאת המתחים בארגון הצבאי ולעלייה בבעיות המשמעת. הצטברות פגיעות אלה תגרע מיכולת הצבא למלא במהירות וביעילות את התפקיד החשוב המוטל עליו.

טענה זו בעייתית. זוהי טענה אמפירית אשר צריכה להיות מגובה בתשתית מחקרית מתאימה. המחקר הקיים אינו מאשש כי תוצאה הכרחית מהתאגדות החיילים היא פגיעה ביעילות הבטחונית. 17 הבנייה מושכלת וזהירה של הזכות עשויה למנוע את הפגיעה ביעילות הבטחונית. 18 ואכן, כפי שאראה בפרק הבא, קיים בעולם גיוון רב בדפוסים של זכות קולקטיבית (התאגדות או התארגנות) מוחלשת לחיילים, בדיוק בשל הרצון למנוע את הפגיעה ביעילות הצבאית. כל המדינות בהן מותרת התאגדות החיילים מטילות הגבלות על מימוש זכות זו. ההגבלות הן רבות, מגוונות ומשתנות ממודל למודל, כשהמכנה הרעיוני משותף להן הוא שמירה על היעילות הבטחונית, מיזעור כפל הנאמנות ומיזעור הפגיעה במידת הציות של החיילים. על מודלים אלה ניתן איפוא להשקיף כעל ביזור מבוקר של הכוח, כשמטרת הבקרה היא שמירה על יכולת הצבא להגשים את מטרותיו. במצב דברים

15 Martin, לעיל ה"ש 9, בעמ' 54-55.

16 Maja Garb & Lyubica Jelusic, *Militray Unionism in Slovenia: A Way Ahead for Soldiers' Interests?*, מתוך *התאגדות צבאית לאחר המלחמה הקרה*, לעיל ה"ש 3, 101, בעמ' 115.

17 למעשה, גם הכותבים המתנגדים להכרה בזכות ההתאגדות של החיילים אינם מציגים את הפגיעה ביעילות הבטחונית כתוצאה הכרחית, אלא, לכל היותר, כאחת התוצאות האפשריות. ניתן להבין חברה שאינה חפצה בנטילת פוטנציאל הסיכון לביטחונה אלא, שלטעמי, הדרך המידתית להתמודד עם הסיכון הפוטנציאלי היא הטלת מגבלות על זכות ההתאגדות ולא השעייתה המוחלטת. עוד יצויין, כי גם המצדדים בהשעיית הזכות להתאגדות סבורים כי על מנת לשמר את היעילות הבטחונית יש להעמיד לה חלופות באמצעות פיתוח מדיניות גיוס הולמת, פיתוח ההנהגה ופיקוח פרלמנטרי. בעניין זה ראו: Mark Malan, *The Implications of the Unionisation for the Combat – Effectiveness of the Armed Forces*, in *AFRICAN DEFENCE REVIEW* 10, 16 (1994); William Taylor and Roger Arango, *Military Effectiveness: The Basic Issues of Military Unionization*, מתוך *איגורים מקצועיים בארה"ב*, לעיל ה"ש 11, 245.

18 Raymond E. Bell, *Military Unions and Military Effectiveness Austria as Case Study, 1920-1934*, מתוך *איגורים מקצועיים בארה"ב*, לעיל ה"ש 11, בעמ' 74.

19 נהפוך הוא, ועדה פרלמנטרית

שנתמנתה בברטניה לבחון את מכלול ההיבטים של התארגנות החיילים – ולבסוף אף המליצה על הקמת ארגוני חיילים – קבעה, כי התארגנות החיילים אינה פוגעת ביעילות הבטחונית.²⁰ נוכח מסורת מפותחת ומתפתחת של התארגנות חיילים מוחלשת – מזה, וריבוי המודלים האפשריים במסגרת ההתארגנות המוחלשת – מזה, נראה, כי ניתן לאזן בין האינטרסים באמצעות הגבלת מימדים מסוימים של חופש ההתארגנות ואין הכרח לשלול את זכות ההתארגנות מן החיילים באופן גורף. מעבר לכך נראה, כי ייחוס המתחים ובעיות המשמעת יכולות, למשל, להיות פועל יוצא מתנאי בעירוב בין סיבה ומסובב. בעיות המשמעת יכולות, למשל, להיות פועל יוצא מתנאי העסקה ירודים, ובמיוחד אם אלה הופחתו באופן ניכר בעת האחרונה. התארגנות חיילים הינה איפוא כלי לניתוב התסיסה שנוצרת עקב הפגיעה בתנאי העבודה לאפיק דיאלוגי בונה. מכאן, כי ייתכן שהתארגנות החיילים היא אחד ממרכיבי פתרון התסיסה בקרב חיילי הצבא, ולא דווקא הגורם לה.²¹ לבסוף, הטענה בדבר הפגיעה

¹⁹ ראו Lindy Heinecken, *Court Rules in Favour of Democracy* (1999) July Salut 10-11, www.mil.za/Magazines/SALUT/SalutArchive/fpdoc/01courtrules.htm.

²⁰ בעניין זה ראו מידע המצוי באתר www.arrse.co.uk/cpgn2/Forums/viewtopic/t=30482.html

בפתח המלצות הוועדה נאמר כי: "Comparable bodies have for years served the armed forces of allied countries such as the United States and Australia, with official cooperation and no negative impact on operational effectiveness or military discipline".

²¹ ראו ניתוח השיח שהתקיים בארצות הברית: Poole, לעיל ה"ש 13.

לא זו אף זו. ניתן לטעון כי התאגדות החיילים מגבירה דווקא את היעילות הבטחונית או מונעת את שחיקתה האפשרית אלמלא התאגדות החיילים. טענה זו מבוססת על כך שיעילות ארגון אינה נמדדת אך ורק במושגים אובייקטיביים, כגון משמעת והיררכיה, אלא גם היא מושפעת גם מגורמים אמוציונליים דוגמת נאמנות, אמון, מסירות, ועוד.²² במסגרת זו ברצוני להתעכב במיוחד על הזיקה בין יעילות פעילותו של ארגון לבין מידת האמון שנותנים המועסקים בו בהנהלתו. העדר אמון, וגרוע מכך אבדן אמון, הם בעלי השלכות שליליות כבדות על תפקוד הארגון. כאן ראוי לחדד כי אמון הוא עניין פנימי תודעתי. הוא אינו יכול להיקבע באופן מוסדי בהחלטה מנומקת של גוף זה או אחר.²³ מכאן, כי נדרשת התחקות אמפירית אחר השפעת איסור ההתאגדות על אמונם של החיילים ברשויות הצבא, היינו, אחר הדעה הרווחת בקרב המשרתים בצבא. את הזרקורים יש איפוא למקד בשאלה, אם התארגנות החיילים צפויה להגדיל את אמון החיילים ברשויות הצבא, ובשאלה אם העדרה של התארגנות כזו גורע מאמון החיילים ברשויות הצבא: הניסיון הבריטי מלמד, כי העדר התארגנות גרע מאמון החיילים בדרגים הצבאיים הבכירים והדברים מקבלים משנה תוקף בעת קיצוצים בתנאי העבודה.²⁴ אירלנד היא דוגמה למדינה

²² Malan, לעיל ה"ש 11.

²³ אסא כשר "האמון הציבורי בצבא" צבא, *חברה ומשפט* 257, 259 (דפנה ברק-ארו עורכת, התשס"ב).

²⁴ ראו: Richard Bartle, *No Trust, No Representation, No Change*, *מתוך התאגדות צבאית לאחר המלחמה הקרה*, לעיל ה"ש 3, 17 בעמ' 23.

25 מכאן, כי התארגנות

החיילים אינה פוגעת בהכרח ביעילות הבטחונית ועשויה אף לקדמה.²⁶

2. פגיעה בלכידות הצבאית

טענה שנייה היא כי התארגנות חיילים עלולה לגרום לפגיעה בלכידות הצבאית, שכן יש בה כדי לחדד את ניגודי האינטרסים בין קבוצות החיילים השונים בהתאם לדרגתם, למקצועם הצבאי, ועוד כהנה וכהנה הבחנות.²⁷ פיצול הייצוג בין מספר ארגונים (כפי שנהוג בכמה מדינות באירופה) עלול להותיר משקע בקרב החיילים החלשים "יחסית", שתפקידם נתפש נחות, ואילו ייצוג בידי ארגון אחד ריכוזי (כפי שנהוג לדוגמה בגרמניה) עלול להותיר את הקבוצה החזקה מתוסכלת. בין כך ובין כך, הטענה היא, כי ייבקעו סדקים בלכידות הצבאית והחשש הוא כי ביום פקודה, בו הצלחת המשימה תובעת תיאום מירבי בין קבוצות החיילים השונות ונכונות להקרבה הדדית ומירבית, יקשו סדקים אלה על מילוי המשימות הבטחוניות ביעילות.²⁸

²⁵ Jean Callaghan, *Unions in the Irish Defence Forces: From Struggle for Representation to Mutually Beneficial Cooperation*, מתוך *התאגדות צבאית לאחר המלחמה הקרה* 119, בעמ' 126 - 130.

²⁶ בגרמניה נחקק בשנת 1956 חוק הנקרא "Soldier's Participation Act" המסדיר, בין היתר, את אופן בחירת הנציגים. סעיף 1 מגדיר את עקרון ההשתתפות של החיילים בהליכי החלטות הנוגעות להם וממנו עולה תפישת המחוקק, כי ייצוג זה אינו מנוגד ליעילות הארגונית אלא אף מקדמה. וכך נאמר בסעיף 1(1):

"Soldiers participation in accordance with the stipulation of law is aimed at contributing to an effective organization of duty and proper attention to the welfare of individual soldier."

ברצוני להודות לעורך, עו"ד יונתן קיוול, על שהפנה את תשומת לבי להוראות חוק זה, כפי שתורגמו לאנגלית במסגרת כנס בינלאומי שנערך בקייב, בשנת 1999, בנושא מעורבות המדינה בעיגון והבטחת זכויות אישיות וקולקטיביות בצבא (להלן: חוק הבחירות הגרמני).

²⁷ Martin, לעיל ה"ש 9, בעמ' 54.

²⁸ בית המשפט העליון נתן ביטוי לחשש מפני הפגיעה בלכידות הצבאית בקובעו כי "מסר, לפיו קיימים 'איים' בצבא, אשר העקרונות הבסיסיים של השירות הצבאי אינם חלים בהם, עלול להחליש את תוקפם של עקרונות אלה ולהעמידם בסכנה. מתיחת הבחנות בין יחידות שונות בצבא, תוך יצירת הקבלה בין מידת 'קרבתה' של יחידה לבין חלותו של ערך המשמעת בהן עלול להעמיד בסימן שאלה מתמיד את הערך האמור. היא עלולה להביא לנסיגות חוזרים ונשנים להעמיד במבחן המציאות את גבולותיו במסגרות הצבאיות השונות, לרבות במסגרות קרביות. קשה להפריז בסיכונים הנובעים מאימוץ קו מחשבה זה" (בג"ץ 5319/97 קוגן נ' הפצ"ר, פ"ד נא(5) 67 (1997)).

גם טענה זו בעייתית בעיניי: הפגיעה בלכידות הצבאית הינה תולדה של פערים בתנאי ההעסקה או אמונה בדבר הצורך בקיומם של פערים כאמור. גם היום קשה לטעון, כי תנאי ההעסקה של החיילים השונים זהים ואחידים. קבוצות חיילים חזקות (כגון טייסים) זכו במשך השנים להטבות ייחודיות ביחס לעמיתיהם, כך שהסכנה בדבר פגיעה בלכידות הצבאית בשל אינטרסים כלכליים שונים אורבת ממילא כל העת.²⁹ נוסף לכך, ניתן לעצב את זכות ההתארגנות באופן בו מידת הריכוזיות של ארגוני החיילים תהיה נתונה לפיקוח חיצוני ובאופן כזה למזער את הפגיעה האפשרית בלכידות. לבסוף, יש לזכור כי כיום בישראל מאורגנים אזרחים עובדי צה"ל בארגוני עובדים והם, לא אחת, משרתים לצד החיילים. מכאן, כי פגיעה מסוימת בלכידות ממילא קיימת.

3. פתיחת פתח לפוליטיזציה של הצבא

חשש נוסף הוא, כי הכרה בזכות ההתארגנות של החיילים תפתח פתח לפוליטיזציה של הצבא. שמירת אמון הציבור בצבא ונכונות החיילים לציית לפקודות מצריכות כי שיקולי הצבא יהיו עניינים ומקצועיים ובעיקר א-פוליטיים. התארגנות חיילים טומנת בחובה את הסכנה לפוליטיזציה של הצבא הן במובן הצר (חדירת גופים בעלי אוריינטציה מפלגתית לשורות הצבא) והן במובן הרחב (תהליך קבלת ההחלטה בדבר מידת הריכוזיות בייצוג החיילים, כמו גם תהליך קבלת ההחלטות על ידי הארגון, הוא במהותו פוליטי). נוסף לכך, טמונה בה הסכנה לזליגת שליטה אזרחית לתוך המערכת הצבאית, וזאת, ככל שיועצם שיתוף הפעולה בין ארגוני החיילים לבין ארגוני העובדים האזרחיים.³⁰

²⁹ ראו לדוגמה: בג"ץ 6758/01 ליפשיץ נ' שר הבטחון, תק-על 2004(1) 3636 (2005). עניינה של העתירה הוא בהסדר של "מעין ביטוח חיים", אשר הונהג בראשית שנות השמונים לגבי חיילי מילואים ששירתו כאנשי צוות אוויר בחיל האוויר. על פי הסדר זה, זוכו שאירי החיילים שנפלו בעת טיסה במהלך שירותם במילואים - נוסף לתגמוליהם - גם במענק ביטוחי חד-פעמי. העותרים, שאירי חיילי מילואים, שלא נמנו עם צוותי האוויר, אשר נפלו במהלך שירותם הפעיל במילואים, טענו בעתירותיהם, כי החלטת ההסדר הביטוחי על חיילי צוות אוויר בלבד - מבלי להחילו על כלל חיילי המילואים - מהווה הפליה פסולה. על כן, טענו, מן הדין להחיל את ההסדר הביטוחי באורח רטרואקטיווי, אף ביחס ליקיריהם שנפלו. דוגמה נוספת מצויה בבג"ץ 585/01 קלכמן נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(1) 694 (2003), שם נדונה חוקיות ניסיון לעקוף חקיקה היוצרת פער בין משרתי המילואים למשרתים בצבא הקבע לעניין ההטבות המגיעות לתלוייהם במקרה של פטירתם.

³⁰ Martin, לעיל ה"ש 9, בעמ' 53-54.

טענה זו בעייתית בעיניי. החשש מפני פוליטיזציה במובן הצר, היינו: חדירת גופים בעלי אוריינטציה מפלגתית לשורות הצבא, או זליגת ארגונים אזרחיים לצבא ושליטה בו – הוא חשש רציני, אלא שניתן למזער באמצעות הגבלת יכולת הארגון לחבור, להסתייע או לשתף פעולה בכל דרך אחרת עם ארגונים אזרחיים. החשש מפני פוליטיזציה במובן הרחב מוקשה בעיניי; תהליך קבלת ההחלטות בכל ארגון אנושי הינו למעשה תהליך פוליטי.³¹ פוליטיזציה במובן הרחב קיימת איפוא בצבא כבר היום בלי תלות בקיומו של ארגון חיילים. ברוח התייחסותי לטענת הפגיעה בלכידות הצבאית, איני סבורה, כי יש מקום לתת לשיקול הפוליטיזציה במובן הרחב, הקיים ממילא, משקל רב בעת שקילת הסיכונים הכרוכים בהתארגנות החיילים. העולה מן האמור הוא, כי הטעמים, העומדים בבסיס האיסור המוחלט על התארגנות החיילים, להבדיל מהגבלתה בסייגים כאלה ואחרים, נתונים לביקורת. על רקע ביקורת זו מתחדדת מידת התקפות של טענה נוספת, בה מחזיקים המצדדים במניעת ההתאגדות, ולפיה קיימים בצבא מנגנונים המהווים תחליף לזכות ההתאגדות וזכות הייצוג העצמי. טענה זו אנתח להלן באופן ביקורתי לאור שני המנגנונים הנטענים: הראשון – העמדת מנגנוני ביקורת חלופיים לבחינת חוקיות הפגיעה בזכויות משרתי קבע. השני – ייצוג האינטרסים של החיילים באמצעות רשויות הצבא.

4. העמדת מנגנוני בקרה חלופיים לבחינת חוקיות הפגיעה בזכויות משרתי קבע

הדין מעניק, בדרך כלל, מנגנוני בקרה פנים-ארגוניים (בדמות נציב קבילות חיילים/מבקר מערכת הביטחון) או שיפוטיים לבחינת חוקיותה של הפגיעה בזכויות החיילים. לדעתי, הבקרה המינהלית והבקרה השיפוטית אינן יכולות להוות תחליף אמיתי להתארגנות חיילים, שכן הן מתייחסות לחלק מפעילות ארגוני העובדים, ולא לעיקרה. על מנת להבין טענה זו, יש לחדד את ההבחנה בין סכסוך כלכלי לסכסוך משפטי.³² סכסוך משפטי הוא סכסוך למימוש זכויות קיימות, ואילו סכסוך כלכלי

³¹ דינה זילבר ביורוקרטיה כפוליטיקה (התשס"ז).

³² דב"ע נז 4/26 ההסתדרות הכללית החדשה נ' מדינת ישראל, פד"ע ל 522 (1997).

5. ייצוג האינטרסים של החיילים באמצעות רשויות הצבא

בשיטות משפט, בהן חל איסור מוחלט על התארגנות חיילים, מייצגות רשויות הצבא את האינטרסים של החיילים בסכסוכים כלכליים. האם ייצוג זה יכול להוות תחליף לייצוג עצמי של החיילים? על מנת שתחליף זה יהיה יעיל, נחוץ בראש ובראשונה אמון של החיילים בכוחן של רשויות הצבא לייצג את האינטרסים שלהם כהלכה. כפי שצינתי לעיל, במיוחד בתקופות בהן זכויות המשרתים בצבא מופחתות, אמון החיילים ברשויות הצבא נשחק, והעדרו של ארגון חיילים תורם לשחיקה זו. כעת אבקש להצביע על הקשיים האובייקטיביים שבהפקדת כוח הייצוג בידי רשויות הצבא בשלבים השונים של תהליך חלוקת המשאבים.³³ בשלב הראשון, הממשלה קובעת את שיעור התקציב הכולל העומד לרשות רשויות הצבא. למותר לציין, כי שיעור זה משפיע בהמשך על היקף המשאבים העומדים לשם מימון זכויות החיילים. בשלב זה רשויות הצבא אמורות להציף את מכלול האינטרסים של החיילים. מחלוקות קיימות על הכמות הכוללת של המשאבים מלובנות, בדרך כלל, בדרגים

³³ בבריטניה, שם – כפי שארחיב בהמשך – הוכרה זכות ההתאגדות לאחרונה ממש, היה קוצר ידן של רשויות הצבא בייצוג הולם של כלל החיילים אחר הכוחות המניעים לכיוון התאגדות החיילים. בעניין זה ראו: Richard Bartle, *Independent Representation in the British Army: Has the Time Finally Arrived?*, מתוך *צבאיות ולקחי ה-11 בספטמבר*, לעיל ה"ש 7, 481 בעמ' 483.

34 בשלב השני נקבעים סדרי העדיפויות

על ידי רשויות הצבא בין הצרכים הצבאיים לבין זכויות החיילים, וזאת, לאחר שנקבעה מסגרת התקציב הכוללת.³⁵ רשויות הצבא, מטבע הדברים, ואין מנוס מכך, אינן יכולות להיות מחויבות באופן מלא לאינטרסים של החיילים, ובכך טמונה סכנה מסוימת לשחיקה בזכויותיהם ביחס למשטר בו אינטרס החיילים היה מיוצג על ידי ארגון שזה תפקידו הבלעדי. בשלב השלישי נקבע סדר העדיפויות בין קבוצות החיילים השונות. זאת, לאחר שנקבעה הכמות הכוללת של המשאבים העומדים למימון תנאי ההעסקה של כלל החיילים. האינטרס של החיילים אינו עשוי ממקשה אחת. קיימים ניגודי אינטרסים בין הקבוצות השונות של החיילים בהתאם למעמדם (קצונה בכירה, קצונה זוטרה או נגדים), לפקידים (ההבחנה יכולה להיות חילונית או חרצה חילונית), ועוד ועוד. ואכן, במדינות בהן מוכרת זכות התאגדות של חיילים ניתן למצוא לצד מדינות בהן ייצוג כל החיילים נעשה באמצעות ארגון אחד (גרמניה) מספר מדינות בהן הייצוג נעשה על ידי מספר ארגונים בהתאם לרוב גווניות האינטרסים (הולנד,³⁶ בלגיה³⁷ ודנמרק³⁸). עובדה זו מעוררת ספק אם שיטה של

³⁴ Bartle, *No Trust, No Representation, No Cange*, לעיל ה"ש 24, בעמ' 25-26.

³⁵ אמנם, אין בהכרח מתח בין הצרכים הצבאיים לבין זכויות החיילים כעובדים, שכן הקצאת זכויות רבות לחיילים עשויה להגביר את המוטיווציה לשרת ולהיפך. בנושאים מסוימים – כגון בטיחות החיילים בעת פעילות מבצעית או הכנה לקראתה – שני האינטרסים מובילים לכיוון אחד. עם זאת, תחומי חפיפה אלה אין בהם כדי לעמעם את המתח שעה שרשויות הצבא נדרשות להחליט החלטות יומיומיות וכואבות, כגון אם להגדיל/להפחית את תנאי הפרישה של החיילים או לרכוש ציוד צבאי נוסף.

³⁶ Rene Moelker, *Military Unions in the Netherlands – Pluralism, Participation and Pacification*, מתוך *התאגדות צבאית לאחר המלחמה הקרה*, לעיל ה"ש 3, 177, בעמ' 187.

³⁷ Philippe Manigart, Delphine Resteigne, *Belgium*, *Military Unionism in Belgium*, and Reinhold Sabbe, *Military Unionism in Belgium*, מתוך *התאגדות צבאית לאחר המלחמה הקרה*, לעיל ה"ש 3, 153, בעמ' 158.

³⁹ במערכת הצבאית, חלופות אלה אינן אפשריות.

הטעם לכך הוא שהשכבה הבכירה בצבא, אשר היא המופקדת כיום על ייצוג האינטרסים של כלל החיילים, היא בעלת אופי הומוגני. נוכח אופיה ההומוגני של השכבה הבכירה בצבא, הרי שקשה לדמיין ייצוג מפוצל של האינטרסים השונים באמצעות רשויות הצבא, בין במסגרת אותה יחידת המיקוח ובין אגב פיצולה. במצב דברים כזה החשש הוא, כי הפקדת הייצוג בידי גוף אחד (בענייננו רשויות הצבא) תביא ל"מעין בעיית נציג", שכן בקדירת האינטרסים עלולים האינטרסים של קבוצות חיילים מסוימות לסבול מתת ייצוג. ברוח זו אציין, כי במדינות – דוגמת הולנד⁴⁰ וגרמניה⁴¹ – בהן קיימת הסדרה של סוגיית הייצוג, אזי שכבת הפיקוד מנועה מלמלא את תפקיד הייצוג בשל תפישתם כמי שמחמת נאמנותם לצבא לא יוכלו לייצג כהלכה את האינטרסים של החיילים. לסיכום, משלושת טעמים אלה סבורה אני, כי

³⁸ לסקירת מבנה ההתאגדות הצבאית בדנמרק ראו: Henning Sorensen, *Danish Trade Unions and Their Political Role*, מתוך *התאגדות צבאית לאחר המלחמה הקרה*, לעיל ה"ש 3, בעמ' 197.

³⁹ ראו: גיא מונדלק "יחסים בין ארגוני עובדים: על ביזור מערכת יחסי העבודה בישראל" משפט העבודה 1 (התשנ"ז), 219.

⁴⁰ Moelker, לעיל ה"ש 36, בעמ' 190.

⁴¹ סעיף 2(4) לחוק הבחירות הגרמני קובע מי אינו כשיר לייצג את החיילים. וכך נאמר (בתרגום לאנגלית):
"(2) Not eligible for election are:

1. The commanders, the second in command and the chief of staff
2. The company commanders and officers in comparable positions, the local superiors of electoral group of the officers in the meaning of sec 2 para. 1
3. The company sergeants and those in comparable position
4. Soldiers who by court ruling do not possess the right to hold public electoral office, and
5. Soldiers who within the previous 12 months prior to voting day have been removed from office as a steward representative by a Court of Military Discipline."

הניתוח הביקורתי של הטעמים המסורתיים העומדים ביסוד הטלת איסור על התארגנות החיילים, וכן של יעילות האמצעים החלופיים למיזעור הפגיעה באינטרסים של החיילים עקב העדר הייצוג העצמי – מעלה ספקות עיוניים אם אופיו המוחלט של איסור התארגנות הוא בגדר הכרח בל יגונה. ספקות עיוניים אלה הביאו מדינות לבחון מחדש את עמדתן כלפי אופיו המוחלט של איסור ההתאגדות בצבא. כך, למשל, מדינות שהטילו בעבר איסור מוחלט על התארגנות החיילים נכונות לאמץ מודלים של התארגנות מוחלשת (בריטניה ואירלנד) או, למצער, נכונות הן לשקול בפתיחות אימוץ מודל מופחת (קנדה⁴³). במדינות מסוימות מתבטא ניצן השינוי בהכרה בזכות ההתאגדות של השוטרים הנתפשים בציבור כקרובים יותר למשפחת עובדי המדינה מחיילים (לטביה⁴⁴). נכונות זו מיוחסת למספר גורמים ובהם:⁴⁵ ראשית, התחזקות והתפשטות ערכיה של צורת המשטר הדמוקרטית, שמהן נגזרת זכות האדם להשתתף באופן אקטיבי בתהליך הפוליטי בו נקבעות הזכויות המגיעות לו. העובדה, שכוחות הביטחון (במובנם הרחב) מצופים להגן על קיום המדינה ואופיה הדמוקרטי, מחזקת את תוקפו המוסרי של צידוק זה ואת הציפייה כי המדינה תימנע מלהתכחש לזכותם הדמוקרטית ליטול חלק בהחלטות הנוגעות להם

⁴² בשולי הדברים אעיר, כי הדין הישראלי בהקשר של שיתוף עובדים בנציגות מנהלים אוסר על ייצוג עובדים בידי גורמי המנהל. אמנם, מוסד התארגנות העובדים שונה ממוסד שיתוף העובדים במועצות המנהלים ולכן אין להסיק מסקנות מרחיקות לכת לענייננו על יסוד ההסדרים הקיימים בנוגע לשיתוף עובדים במועצות מנהלים. עם זאת, ניתן לשאוב השראה מהסדר זה שכן תכלית שני המוסדות – שילוב העובדים בהליכי קבלת החלטות – דומה. תקנה 6(2) לתקנות החברות הממשלתיות (כללים לקביעת נציג נבחר מקרב עובדי החברה כדירקטור), התשל"ז-1977, קובעת כי "מנהל כללי או משנהו; עובד בלשכת המנהל הכללי; היועץ המשפטי; המבקר הפנימי; החשב; הגזבר; מזכיר החברה; מנהל המנגנון; סגן או עוזר למנהל המנגנון; קצין בטחון או חוקר בטחון; מהנדס או טכנאי ייצור; הקובע נורמות; עובד שמסמכותו לקבל ולפטר עובדים או לקבוע תנאי עבודה; נהג המנהל הכללי; חבר או מזכיר של גוף נבחר מייצג של עובדים בחברה" – אינו כשיר להיות מועמד לתפקיד דירקטור מקרב עובדי החברה.

⁴³ Farley, *Freedom of association and the Canadian forces*, לעיל ה"ש 7.

⁴⁴ לסקירת המהלכים שהביאו בינואר 2006 להקמת ארגון שוטרים בלטיה ראו:

www.eurofound.ie/2006/01/feature/lv0601101f.html

⁴⁵ Heineken, *Court Rules in Favour of Democracy*, לעיל ה"ש 19.

⁴⁶ שלישית, התעוררות השיח משקפת, למעשה, סוג של שינוי חברתי – תרבותי שחל הן בתפישת הציבור את המשרתים בכוחות הביטחון והן את תפישתם העצמית של המשרתים בכוחות אלה את תפקידם. שינוי מתהווה זה מתבטא בהתחזקות תפישת השירות בכוחות הביטחון כמקצוע וכמשלח יד (profession) והיחלשות התפישה המסורתית הרואה בצבא מוסד (institution).⁴⁷ משמעות תפישה מודרנית זו היא, כי על השירות בכוחות הביטחון ניתן להשקיף כעל ענף ייחודי בעץ הקרוי שירות המדינה. משכך, כפוף הוא לתבניות הרווחות בשירות המדינה, אלא שאלה טעונות התאמה למאפייניו הייחודיים של ענף זה. תפישה זו קוראת תיגר על התפישה שקדמה לה, שלפיה מדובר בעץ נפרד הנטוע ביער שונה לחלוטין, וככזה קיימת מניעה מושגית לנסות ולהכפיפו לתבניות הרווחות בשירות המדינה.

נכונות המדינות לבחון מחדש את סוגיית התאגדות החיילים הניבה פירות מעשיים. מאז התאגדות החיילים הראשונה בצבא ההולנדי, בשנת 1879, התפשטה התופעה באירופה ומחוצה לה.⁴⁸ נכון להיום, בלפחות 24 ממדינות אירופה פועלות 34 התאגדויות חיילים. זאת, בנוסף למדינות מחוץ לאירופה בהן קיימת התאגדות דומה. מרבית התאגדויות החיילים האירופיות התאגדו לארגון גג הנקרא European Organozation for Military Associations (EUROMIL).⁴⁹ התפתחויות אלה

⁴⁶ הסקירה ההשוואתית מלמדת כי במרבית המדינות, בהן חלה תמורה ביחס לאיסור ההתאגדות או שקמה קריאה לתמורה כזו, הרי שברקע הדברים ניתן למצוא, בין היתר, תסכול עקב קיצוץ צפוי בזכויות החיילים (ברטניה, סלובניה, דרום אפריקה, איטליה, אירלנד ועוד).

⁴⁷ Charles Moskos, *From Institution to Occupation: Trends in Military Organization*, 4 (1977) ARMED FORCES AND SOCIETY 41; וכן מאותו מחבר –

Charles Moskos, *Institutional/Occupational Trends in Armed Forces: An Update*, 12 (1986) ARMED FORCES AND SOCIETY 377.

⁴⁸ Moelker, לעיל ה"ש 36, בעמ' 181.

⁴⁹ על פי האתר של Euromil, המדינות בהן קיימת התאגדות חיילים הן: בלגיה, בולגריה, קפריסין, צ'כיה, דנמרק, פינלנד, צרפת, גרמניה, יוון, הונגריה, אירלנד, איטליה, לטביה, פולין, פורטוגל, הפדרציה

ג. הגבלת חופש ההתארגנות – הדין המצוי

בבואנו לבחון את הדין המצוי יש להבחין בין המשפט הבינלאומי למשפט המדינתי. כפי שנראה מיד, המשפט הבינלאומי אינו דק פורתא בשאלה כיצד ראוי להגביל את חופש ההתאגדות של המשרתים בכוחות הביטחון, אלא מסתפק בקביעה כללית לפיה מדינות רשאיות להגביל את חופש ההתאגדות של המשרתים בכוחות הביטחון. חריג כללי זה לחופש ההתאגדות נשען על התפישה ששיקולי המדיניות אותם מנינו לעיל – פגיעה ביעילות הביטחונית, פגיעה בלכידות הצבאית ופוליטיזציה של הצבא – מצדיקים מדיניות נייטרלית בנוגע להיקף ההגבלות המוטלות על חופש ההתארגנות של המשרתים בכוחות הביטחון. מדיניות זו בעייתית בעיניי. כפי שנראה בהמשך, הסקירה ההשוואתית מלמדת על קיומם של מודלים רבים המאפשרים חופש התאגדות ברמה מוחלשת של המשרתים בכוחות הביטחון. סקירה זו מלמדת כי ניתן למזער את הפגיעה באינטרסים המדינתיים, הצבאיים והביטחוניים, ולכן היה מקום להתמקד בטיבן של ההגבלות המוטלות על חופש ההתאגדות בכוחות הביטחון ולא היה מקום להעניק לגיטימציה עקיפה לשלילתו המוחלטת.

את מהותה של ההתארגנות המוחלשת ניתן לנתח בראי שלושת המימדים של חופש ההתארגנות שהזכרתי לעיל: החופש להתאגד, החופש לנהל משא ומתן קיבוצי והזכות לנהל מאבק ארגוני עד כדי שביתה.⁵⁰ המימדים השונים משקפים מדרג בעוצמת הכוחות הארגוניים המוקנים לארגון העובדים, וכפועל יוצא מכך אף

אירופיות שקיימות בהן התאגדות חיילים (כגון, שוודיה ונורווגיה) ומדינות שאינן אירופיות (כגון אוסטרליה).

⁵⁰ רות בן ישראל דיני עבודה 840-834 (מהדורה [ב'] חדשה, מורחבת ומעודכנת, 2002).

⁵¹ במודל השני מוקנית להתארגנות העובדים סמכות ייצוג, אך גם סמכות לנהל משא ומתן קיבוצי בשם העובדים עם המעביד. הסמכות לנהל משא ומתן מקנה כוח לעובדים ומעמידה אותם כשותפים (ולא רק כצד) בהליך קבלת ההחלטות. העובדה, שההחלטות בעניינם של העובדים יתקבלו בהסכמה הדדית, משמעה ביזור משמעותי יותר של העוצמה הניהולית. במודל השלישי מוקנה לארגון העובדים הכוח לשבות כאשר המשא ומתן נקלע למבוי סתום. הכוח לשבות הינו הכוח החשוב ביותר שניתן להעניק לעובדים במסגרת הניסיון לאזן את כוחו הרב של המעביד. את ההבחנה בין המימדים השונים ניתן להציג בראי כוחותיו היחסיים של הארגון (ייצוג עצמי, השוואת מעמד והקניית כוח) או בראי המידה בה יש במנגנון קבלת ההחלטות בכל אחד מן המימדים כדי לבור את העוצמה הניהולית (הכרעה חד צדדית של המעביד, הסכמה משותפת, יכולת הפעלת לחץ על המעביד לשם גיבוש ההסכמה המשותפת). הבחנה זו תשרת אותי בהמשך בהצגת המודלים השונים להתארגנויות חיילים. היא מקבלת חשיבות מיוחדת לנוכח מעמד החוקתי של המימדים השונים של חופש ההתארגנות. הקושי מתעורר כאשר מדינה מסוימת נמנעה מלעגן בחוקתה את ההגנה על שלושת המימדים של חופש ההתאגדות והסתפקה בעיגון חופש ההתאגדות הכללי (המימד הראשון). כאן מתעוררת השאלה באיזו מידה זוכים שני המימדים הנוספים – היינו, חופש ההתארגנות לשם ניהול משא ומתן קיבוצי והזכות לשבות – להגנה חוקתית עקב זיקתם לחופש ההתאגדות. התשובה לשאלה זו משתנה ממדינה למדינה.⁵² גרמניה היא דוגמה לשיטת משפט בה בית המשפט

⁵¹ בעניין בג"ץ 7029/95 **הסתדרות העובדים הכללית נ' בית הדין הארצי**, פ"ד נא(2) 63 (1997) העיר השופט גולדברג בהקשר זה, כי "הזכות הכללית להתאגדות הינה, על כן, למעשה זכות 'נכה' במשפט העבודה. שכן, התאגדות כללית (שאינה אירגון עובדים) היא יצור חסר אפקטיביות במשפט העבודה הקיבוצי. שלא באירגון עובדים היא אינה מחפה בצורה יעילה על נחיתות העובד האינדיווידואלי, ולכן איננה מגשימה את מטרת משפט העבודה הקיבוצי. הפער בין אפקטיביות הזכות הכללית להתאגדות לבין אפקטיביות הזכות הספציפית להתארגנות באירגון עובדים, משמעו כי עצם הכרה בזכות הכללית להתאגדות אינה שקולה למימוש הזכות הספציפית להתארגנות באירגון עובדים."

⁵² **בן ישראל**, לעיל ה"ש 50.

53 מנגד, ברוח אחרת פסק בית המשפט העליון בקנדה, בשנת 1999, בהקשר להיקפה של התארגנות שוטרים, המכונה (RCMP) Royal Canadian Mounted Police, וזאת, לאור הזכות החוקתית לחופש התאגדות. 54 בית המשפט קבע, כי הזכות החוקתית לחופש התאגדות אינה מקימה חובה ליצור דפוס מסוים של התאגדות או להעניק לה כוחות חוקיים מסוימים. משכך, נפסק, כי הכרה חוקתית בזכות לנהל משא ומתן קיבוצי אינה יכולה להיגזר מהזכות החוקתית לחופש התאגדות הקבועה בצ'רטר הקנדי. בהתאם לכך, שלילת כוח השוטרים להתארגן לצורך ניהול משא ומתן קיבוצי, הנגיש בקנדה לעובדי הציבור הפדרליים – אינה מהווה פגיעה בזכות חוקתית. עוצמת הפגיעה החוקתית עקב הפחתת מימדיו השונים של חופש ההתארגנות תלויה איפוא במידת ההכרה במימדיו השונים של חופש ההתארגנות, כזכות יסוד ספציפית, ובמידת הנכונות של שיטת משפט לגזור מזכות ההתאגדות הכללית את יתר מימדיו של חופש ההתארגנות (ככל שאלה אינם מוכרים באופן ספציפי כזכות יסוד) ובטיב ההגבלה על מימדי חופש ההתארגנות השונים. משחודדה ההבחנה ונפקיותיה, אפנה לבחון את עמדת המשפט הבינלאומי בסוגיית התארגנות החיילים.

1. משפט בינלאומי

הזכות לחופש התארגנות בארגוני עובדים הוכרה כזכות אדם במשפט הבינלאומי לרבדיו השונים: אמנות כלליות של האו"ם, אמנות אזוריות ואמנות ארגון העבודה העולמי. בכל האמנות שאסקור הוצבה פסקת הגבלה כללית (במובן זה שהיא חלה על כלל המגזרים), שלפיה חירות ההתאגדות באיגודים מקצועיים כפופה

53 ראו: Basic Law for the Federal Republic of Germany (Grundgesetz, GG), sec. 9.

54 Delisle v. Canada (Deputy Attorney General), (1999) S.C. J. No. 43.

לנציב החיילים לעניין אינטגרציה מגדריית ושוויון תעסוקתי הופנתה שאלה בנוגע לתחולתו העקרונית של פסק הדין האמור על חיילים וחוות דעתו היתה כי עקרונית הפסיקה חלים ולאורם קיימת מחויבות חוקתית להתיר לחיילים את ההתאגדות (להבדיל מניהול משא ומתן). ראו: Farley, Walker, *bondy & Mendoza, Freedom of association and the Canadian forces*, לעיל ה"ש 7.

(א) אמנות כלליות

בשתי אמנות מרכזיות שאימץ האו"ם – האמנה בדבר זכויות האדם האזרחיות והפוליטיות⁵⁵ והאמנה בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות⁵⁶ – ניתן הכשר לסייג שתבחר מדינה להציב לזכות ההתאגדות בכוחות הביטחון. מעניין לציין, כי דווקא באמנה חשובה נוספת, היא ההכרזה לכל באי העולם בדבר זכויות אדם משנת 1948,⁵⁷ אין מופיעה הגבלה דומה על הזכות לחופש התאגדות.

(ב) אמנות אזוריות

גם באמנות האזוריות מובעת הכרה בכך שייחודם של כוחות הביטחון מאפשר סיוג הזכות לחופש ההתארגנות בדין הפנימי. כך למשל סעיף 11 לאמנה האירופית בדבר זכויות אדם וחירויות יסודיות, המעגן את הזכות להתארגן בארגוני עובדים, מכיר בנוסחו דהיום בלגיטימיות של הגבלות חוקיות על חירות ההתאגדות של המשתייכים לכוחות המזוינים.⁵⁸ כאן המקום לציין, כי דרישת החוקיות ממתנת

⁵⁵ בסעיף 22 לאמנה בדבר זכויות האדם האזרחיות והפוליטיות משנת 1966 עוגנה זכות האדם "להקים ארגוני עובדים ולהצטרף אליהם לשם שמירת ענייניו". בסעיף 22(3) נקבע הסייג לפיו "סעיף זה לא ימנע הטלת הגבלות חוקיות לגבי חברי הכוחות המזוינים והמשטרה בשימושם בזכות זו" (ראו האמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, כ"א 31, 269 (נפתחה לחתימה ב-1966)).

⁵⁶ האמנה בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות משנת 1966 מכירה בסעיף 8 בחירות ההתאגדות באיגודים מקצועיים כזכות יסוד. בסעיף 8(2) נאמר, כי "סעיף זה אין בו למנוע החלתן של הגבלות על שימוש בזכויות אלה לגבי אנשי הכוחות המזוינים או אנשי המשטרה או אנשי המינהל הציבורי" (ראו האמנה הבינלאומית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות, כ"א 31, 205 (נפתחה לחתימה ב-1966)).

⁵⁷ הכרזה לכל באי העולם בדבר זכויות אדם, 1948:

[.law.mssc.huji.ac.il/law1/minerva/hachraza_baey.htm](http://law.mssc.huji.ac.il/law1/minerva/hachraza_baey.htm)

⁵⁸ סעיף 11 לאמנה האירופית בדבר זכויות אדם וחירויות יסודיות (להלן: סעיף 11 לאמנה) קובע כי (ההדגשות שלי - ח' א):

הרכיב האחרון (העדר שרירותיות) הוא בעל פוטנציאל מסוים לבקרה שיפוטית על הגבלת זכות ההתאגדות של המשרתים בכוחות הביטחון אולם פוטנציאל זה טרם התממש. בשני מקרים שנידונו לפני מוסדות האיחוד האירופי נטו מוסדות אלו לפרש את החריג בסעיף 11(2), החל על כוחות הביטחון, בהרחבה. במקרה הראשון נדונה הגדרת "כוחות ביטחון", ומוסדות האיחוד האירופי קבעו כי הסייג חל גם על עובדי ארגון חשאי אורחיי.⁶⁰ במקרה השני נדון היקף ההגבלות המוטלות על התארגנות

"... This article shall not prevent the imposition of lawful restriction on the exercise of these rights by members of the armed forces, of the police or the administration of the state."

Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms
available at conventions.coe.int/treaty/en/Treaties/Html/005.htm

ברוח זו נקבע בסעיף 5 לצירטר החברתי האירופי המכיר בזכות הכללית להתאגדות באיגודים מקצועיים כי (ההדגשה שלי - ח' א):

"... The extent to which shall the guarantees provides for in this article shall be determined by national laws or regulations. The principle governing the application to the members of the armed force of these guarantees and the extent to which they shall apply to persons in this category shall equally be determined by national laws or regulations"

European Social Charter, 1961

available at conventions.coe.int/treaty/en/treaties/html/035.htm

Human Rights Rekventi v. Hungary – 25390/94 [1999] ECHR 31 (20 May 1999)
Case Digest, Volume 10, Numbers 4-6, 1999, pp. 102-106(5)

במקרה זה החליט, בשנת 1984, שר ההגנה בבריטניה לאסור על עובדי ארגון חשאי (GCHQ), שמטרתו לעבד מידע חשאי, החיוני לבטחון המדינה – להתאגד (למרות שקודם לכן היו מאוגדים). לאחר שביית הלורדים דחה את ערעור העובדים, פנו האחרונים לנציבות זכויות האדם באיחוד האירופי. בשנת 1987 דחתה הנציבות את ערעור העובדים, בקובעה כי קיים דמיון רב בין מטרות גוף זה למטרות המשטרה והצבא, שכן באופן ישיר או עקיף עובדים אלה ממלאים פונקציה חיונית של הגנה על הביטחון הלאומי. לאור דמיון זה נקבע, כי חל הסייג הקבוע בסיפא המתיר שלילת ההתאגדות מכוחות הביטחון. ראו: Council of Civil Service Unions v. U.K (App. No. 11603/85) (1987) 50 DR 228.

מקרה זה ממחיש את הקושי שבפרשנות המונחים "כוחות הביטחון/הכוחות המזוינים" חאת, בשל תרומתם לבטחון המדינה חרף היותם גופים אורחיים. נציין, כי במקרה זה ארגון העבודה הבינלאומי הביע את הסתייגותו מהחלטת הנציבות בהיותה מנוגדת לאמנה (מס' 87) בדבר חופש ההתאגדות והגנת הזכות להתארגן, כ"א 2, 249 (נפתחה לחתימה ב- 1948) (להלן: אמנה 87).

Hugh Collins K.D. Ewing & Aileen McColgan, LABOUR LAW TEXT AND MATERIALS 790 (2001). ממשלת בריטניה דאו סרבה לקבל את עמדת ארגון העבודה העולמי, והאיסור בוטל למעשה רק בשנת 1997 עם חילופי הממשלה.

המסקנה הכללית המסתמנת היא, כי כיום מוסדות האיחוד נותנות למדינות מרחב תימרון רחב בהגבלת זכויות היסוד של המשרתים בכוחות הביטחון, ובכלל זה גם של הזכות לחופש התאגדות.⁶² ייתכן שבמדינות זו יחול שינוי בעתיד, שכן כיום קיימת הצעה לתקן את נוסחו של סעיף 11 לאמנה האירופית, באופן בו יושמט הסייג הקבוע בסיפא ואשר מסייג את זכותם של המשרתים בכוחות הביטחון להתאגד.⁶³ גם האמנה האמריקנית בדבר זכויות יסוד התירה למדינות להגביל את חופש ההתארגנות של המשרתים בכוחות המזוינים ובמטרה.⁶⁴ אמנה זו חריגה בנוסחה, שכן היא מבהירה באופן מפורש כי ההגבלות האפשריות על התארגנות החיילים כוללות גם השעיה מוחלטת של הזכות. אמנם, אמנות אחרות קובעות משטר דומה מבחינה מהותית בכך שהן מתירות הגבלת הזכות, אולם, נוסחן מתון יותר במובן זה שאין הן מפרטות באופן מפורש כי ההגבלה יכולה להגיע כדי איון הזכות.

(ג) אמנות ארגון העבודה העולמי

המגמה של הענקת הכשר להחרגת כוחות הביטחון מן הזכות להתאגדות באיגודים מקצועיים באה לידי ביטוי גם בשתי אמנות של ארגון העבודה העולמי, שהוא הגוף האמון על ההגנה על זכויות העובדים. בשתי האמנות הותרה מלאכת עיצוב זכותם של המשרתים בכוחות הביטחון להתארגן לשיקול דעתן המוחלט של

⁶¹ במקרה זה קבע בית המשפט האירופי לזכויות אדם בשנת 1999, כי תיקון החוקה ההונגרית באופן האוסר על שוטרים להצטרף למפלגה פוליטית אינו מנוגד לסעיף 11(2) לאמנה. נציין, כי אחד הצדדים להליך היה ארגון השוטרים עצמו: *Rekventi v. Hungary*, לעיל ה"ש 59.

⁶² ראו Ian Leigh, *Human Rights and Fundamental Freedoms of Armed Forces Personnel: The European Court of Human Rights, Geneva Centre for the Democratic Control of armed forces* (2005).

⁶³ נוסח ההצעה לסעיף 11 לאמנה מופיע במאמר:

Bartle, Independent Representation, לעיל ה"ש 33, בעמ' 483-486.

⁶⁴ ראו "The provisions of this article do not bar the imposition of legal restrictions, including even deprivation of the exercise of the right of association, on members of the armed forces and the police".

65 אמנם, ארגון העבודה העולמי נתן כמה הנחיות לגבי פירוש ההוראות האמורות. כך, למשל, הובהר, כי סייגים אלה אינם חלים על אזרחים העובדים בשירות הצבא וכי כאשר קיים ספק הוא יפעל לטובת הסיווג האזרחי, שכן מדובר בסייג לזכות אותו יש לפרש בצמצום.⁶⁶ ברוח זו הובהר, כי אזרחים העובדים בבנק צבאי זכאים להתארגן ולהתאגד.⁶⁷ כמו כן, אזרחים העובדים בתעשיות הבטחוניות, חרף זיקתם לבטחון המדינה, נחשבים לעובדים הזכאים להתאגד באיגודי עובדים.⁶⁸ עם זאת, ובסופו של יום, יש לזכור כי ארגון העבודה העולמי הביע, כבר בשנת 1985, את עמדתו המפורשת כי שאלת היקפן של ההגבלות על זכות המשרתים בכוחות המזוינים והמשטרה נתונה לשיקול דעתן של המדינות.⁶⁹

(ד) מסקנה

המשפט הבינלאומי, על רבדיו השונים, משקף אסטרטגיה של הימנעות מהכרעה (או למצער הנחיה) בסוגיה מורכבת זו, תוך השארת הסדרת הסוגיה לשיקול דעתה המוחלט של כל מדינה ומדינה. הימנעות זו מוקשית, שכן בעטיה איבד המשפט הבינלאומי את תפקידו הביקורתי והמנחה בסוגיה רגישה זו. כידוע, צורכי ביטחון מאיימים באופן מתמיד ומשמעותי על היבטים שונים של זכויות האדם ואיום מתמיד

⁶⁵ בסעיף 9 לאמנה 87, לעיל ה"ש 60, נאמר, כי "החוקים או התקנות הארציים יקבעו את המידה בה יחולו הערבויות שנקבעו באמנה זו על הכוחות המזוינים ועל המשטרה". בסעיף 5 לאמנה (מס' 98) בדבר הפעלת עקרונות הזכות להתארגנות ולמיקוח קולקטיבי, כ"א 9, 453 (נפתחה לחתימה ב-1949) (להלן: אמנה 98) נאמר, כי "דיני כל ארץ וארץ יקבעו באיזה מידה יחולו הערבויות שנקבעו באמנה על חילות הצבא והמשטרה".

⁶⁶ Digest of Decisions 1996 para. 220
available at www.ilo.org/ilolex/english/digestq.htm

⁶⁷ שם, para. 224.

⁶⁸ שם, para. 223.

⁶⁹ שם, para. 221.

"The fact that Article 9(1) of Convention No. 87 stipulates that the extent to which the guarantees provided for in the Convention shall apply to the armed forces and the police shall be determined by national laws and regulations cannot warrant the assumption that any limitations or exclusions imposed by the legislation of a State as regards the trade union rights of the armed forces and the police are contrary to the Convention; this is a matter which has been left to the discretion of the States Members of the ILO."

70 ואכן, בהקשרים

אחרים, המוסדות הבינלאומיים לא משכו ידם מעיצוב קווים מנחים.⁷¹ על רקע זה קשה להצדיק את הימנעות ארגון העבודה העולמי מלעצב קווים מנחים בסוגיית היקף המגבלות הלגיטימיות על זכות המשרתים בכוחות הביטחון להתארגן. השארת העניין לשיקול דעת המדינות משמעה מתן לגיטימציה לכל פרקטיקה בלי תלות במידה בה היא מדירה את המשרתים בכוחות הביטחון מזכות היסוד לחופש התארגנות, וככזו היא ראויה לביקורת.

2. הגבלת חופש ההתארגנות של החיילים בראי המשפט המשווה

כאמור, מספר מדינות הטילו איסור מוחלט על התארגנות החיילים. ארצות הברית היא דוגמה למדינה כזו. בארצות הברית התקיים בשנות השבעים ויכוח סוער אודות היקפה הראוי, אם בכלל, של זכות ההתאגדות של החיילים. בתום ויכוח זה הוחלט לאסור באופן מוחלט על התארגנות חיילים בארגוני עובדים.⁷² במקביל פרסם הקונגרס הצהרה, שלפיה משמעת היא ערך עליון בצבא; התארגנות החיילים אינה עולה בקנה אחד עם המבנה ההיררכי של הצבא; למשא ומתן קיבוצי אין מקום בצבא והשביתה לצורותיה, כמובן, אסורה.⁷³ הכתיבה האקדמית בארצות הברית התגייסה להגן על חוקתיות הפגיעה בזכות ההתארגנות של החיילים.⁷⁴ הוראה זו הובאה לפתחו של בית המשפט הצבאי במחצית שנות התשעים, אשר קבע כי זו

⁷⁰ תפישה זו בוטאה לאחרונה על ידי הנשיא ברק בבג"ץ 7052/03 עראללה נ' ממשלת ישראל, תק-על 1574 (2)2006, פסקאות 19-22 (2006). פיתוחם של דיני המלחמה במשפט הבינלאומי הוא אחת הדוגמאות בהן הסדיר המשפט הבינלאומי את מערכת היחסים בין זכויות אדם לצורכי הביטחון. זאת, מכוח תפישה ערכית, שלפיה גם האיום הבטחוני הנובע ממצב הלחימה אינו יכול להצדיק כל פגיעה אפשרית בזכויות אדם.

⁷¹ דוגמה מובהקת להתוויה זו היא "דיני המלחמה" שפותחו במשפט הבינלאומי. דינים אלה קובעים את הקווים האדומים שאסור למדינה לוחמת או כובשת לחצותם. ההגבלות מפורטות, בין היתר, באמנת האג מ-1907 ובתקנות הנספחות לה: www.btselem.org/Hebrew/International_Law/Hague_Convention_and_Regulations.asp. ובארבע אמנות ג'נבה משנת 1949.

⁷² איסור זה עודכן מעת לעת. נוסחו המעודכן היום הוא- 10 U.S.C.S. § 976 (2003).

⁷³ Congressional findings and declaration of purpose Act, nov 8, 1978, P.L. 95-610, SEC 1, 92 Stat 3085.

⁷⁴ Deanne Siemer, Stephen Hut, Gurden Drake, *Prohibition on Military Unionization: A Constitutional Appraisal*, 78 MILITARY LAW REVIEW 1 (1978).

הסיבות למוחלטות האיסור ניתחתי באופן ביקורתי לעיל. עם זאת, המגמה המסתמנת בשנים האחרונות היא ריכוך האיסור המוחלט לגבי התארגנות חיילים. כפי שנראה להלן, ריכוך זה יכול להיות פרי הלכה פסוקה שקבעה כי איסור מוחלט אינו חוקתי (דרום אפריקה), או פרי מחשבה מחודשת (בריטניה). בשל כך יתמקד הניתוח ההשוואתי במודלים הקיימים להתארגנות חיילים ובשאלה אם הסדרים אלה מגשימים את האיזון העדין בין צורכי הביטחון – מזה, וזכות האדם להתארגנות – מזה.

בטרם אציג את המודלים השונים להתארגנות חיילים במדינות השונות, ברצוני להקדים הערה באשר לתועלת שבעריכת המחקר. ניתן לטעון, כי ניתוח השוואתי של חופש ההתארגנות חיילים אינו יכול להניב תועלת רבה. הטענה היא, כי השוני בעמדת המשפט בסוגיית התארגנות החיילים נובע ממספר רב של משתנים חברתיים, פוליטיים ומשפטיים, ולכן פוחתת התועלת שבניתוח ההשוואתי. לדעתי, יש בהסתייגות זו טעם והיא היתה מקבלת משנה תוקף אם המחקר ההשוואתי היה מצמצם עצמו למדינות הסקנדינביות (גרמניה, נורבגיה, הולנד, דנמרק, שוודיה) בהן קיימת מסורת מפותחת של התארגנות חיילים מאז ראשית המאה הקודמת. במדינות אלה עוצמת הסיכון הבטחוני נמוכה יחסית, בעוד יציבותן הפוליטית ודרגת התפתחותן הכלכלית מאפשרות להן לנקוט עמדה ליברלית יותר בסוגיית התארגנות החיילים, ולכן קשה להקיש מהן באשר לדין הרצוי בישראל. בשל הסתייגות זו ארחיב את המחקר ההשוואתי גם למדינות שהכירו בשנים האחרונות בהתארגנויות חיילים ואשר מאפיינהן החברתיים והבטחוניים (בהיבט בטחון הפנים) קרובים יותר למציאות הישראלית (דרום אפריקה ואירלנד).

כפוף להערה זו, מסקנת הניתוח ההשוואתי תהיה כי לנוכח הגיוון הקיים בדפוסי ההתארגנות במשפט המשווה, ואשר יפורט להלן, נראה, כי איסור מוחלט

⁷⁵ United States v. Brown, 45 M.J. 389 (1996 CAAF) Lexis 524 (1996).

(א) התארגנות מלאה: הזכות לנהל משא ומתן קיבוצי ולשבות

האיום המשמעותי ביותר על האינטרסים הצבאיים נשקף מהקניית זכות שביתה לחיילים, שכן זכות זו מונעת מהצבא להגיב באופן מהיר, יעיל ואפקטיבי לצרכים האקטואליים. מעבר לכך, הכוחניות הטמונה באקט השביתה עלולה היא, כשלעצמה, לפגוע במשמעת הצבאית ובמידת הציות להוראות, ובכך לפגוע בעקיפין ביעילות הצבא. האיום הטמון בשביתה נתפש משמעותי במידה כזו עד כי חלק מן המדינות קבעו בחוקה באופן קונקרטי כי זכות השביתה של המשרתים בכוחות הביטחון ניתנת להגבלה (קרואטיה)⁷⁶ או אפילו נשללת (אורביג'אן,⁷⁷ פולין,⁷⁸ שווייץ⁷⁹).

למעשה, שוודיה היא המדינה היחידה בעולם שאימצה גם בהקשר להתארגנות חיילים את מודל ההתארגנות המלאה על שלושת מימדיה. על פי מודל זה, אין כל הבחנה בין המשרתים בכוחות הביטחון לבין עובדי הציבור מבחינת זכות ההתארגנות.⁸⁰ לשתי הקבוצות מוקנית זכות מלאה לחופש התארגנות, היינו, ניהול

76 Sec 60 Croatia Constitution - "the right to strike may be restricted in the armed forces, the police, the public administration and the public services as specified by law". ראו [available at http://confinder.richmond.edu](http://confinder.richmond.edu) (להלן: אתר החוקות).

77 Sec 36(2) Azerbaijan Constitution, 1999, "Soldiers and civilians employed in the Army and other military formations of the Azerbaijan Republic have no right to go on strike". מתוך אתר החוקות, שם.

78 Sec 59(3) Poland - Constitution, 1997 "For protection of the public interest, statutes may limit or forbid the conduct of strikes by specified categories of employees or in specific fields". מתוך אתר החוקות, שם.

79 Sec 28(4) Switzerland Constitution, 1998 "The law may prohibit strikes by certain groups of persons". מתוך אתר החוקות, שם.

80 ראו: Lindy Heinecken, *Social Trends, Defence Legislation and Military Unionisation*, African Defence Review 16 (1994), [available at www.iss.co.za/pubs/ASR/ADR17/Heinecken.html](http://www.iss.co.za/pubs/ASR/ADR17/Heinecken.html)

lock out). השבתה יזומה זו הינה כלי במשא ומתן המתמרץ את החיילים להיעתר להצעת הממשלה במשא ומתן על מנת למנוע השבתתם, ובכך את אבדן השכר הגלום בהשבתה זו. כמו כן יש בו משום תמרץ החיילים להימנע מפתיחת שביתה או לקצרה מקום שזו נפתחה, שכן כוח ההשבתה הנגדי מפחית משליטתם בצעד ארגוני זה.

לנוכח העובדה ששוודיה (אשר בה עוצמת הסכנה הבטחונית נמוכה) היא המדינה היחידה בעולם שאימצה מודל זה, ולנוכח החשש המבוסס מפני פגיעה ביעילות הבטחונית – איני סבורה, כי מודל זה יכול להוות מקור השראה אמיתי בעיצוב הדין בסוגיית התארגנות החיילים בישראל. המודלים העשויים להיות מותאמים יותר למציאות הישראלית הם מודל ההתארגנות המוחלשת או ההתאגדות המחוזקת, שאסקור להלן.

(ב) התארגנות מוחלשת – התאגדות מחוזקת

דיני העבודה מבחינים, כאמור, בין התארגנות להתאגדות. התארגנות הינה התארגנות עובדים לשם ניהול משא ומתן וחתומה על הסכם קיבוצי. התאגדות הינה התאגדות מקצועית של עובדים שלא נועדה לניהול משא ומתן קיבוצי. מושגי יסוד אלה חשובים לשם איפיונם של המודלים השונים הקיימים במדינות העולם. מדינות אחדות עיגנו בחוקה את היכולת להגביל מימדים שונים של התארגנות או התאגדות, וזאת, באמצעות הסמכת המחוקק לעשות כן (כגון ארמניה,⁸¹ קרואטיה,⁸² קפריסין,⁸³ דנמרק,⁸⁴ מקדוניה,⁸⁵ סלובקיה,⁸⁶ תאילנד,⁸⁷ תורכיה⁸⁸).

⁸¹ Sec 25 Armenia Constitution, 1995, "These rights may be restricted for persons belonging to the armed forces and law enforcement organizations". מתוך אתר החוקות, לעיל ה"ש 76.

⁸² Sec 59(3) and sec 60(2) Croatia Constitution, 1990, "Formation of trade unions in and "The right to strike the armed forces and the police may be restricted by law" may be restricted in the armed forces, the police, the public administration and the public services as specified by law". מתוך אתר החוקות, שם.

89 במסגרת מאמר זה לא אוכל לסקור את פרטי

פרטיה של כל צורת התארגנות ולכן תהיה הסקירה מוגבלת בהיקפה. דגש יושם על

83 Sec 21(5) Cyprus Constitution, 1960 "A law may provide for the imposition of restrictions on the exercise of these rights by members of the armed forces, the police or gendarmerie". מתוך אתר החוקות, שם.

84 Sec 78 and sec 85 Denmark - Constitution, 1953 "The provisions of Sections 71, 78, and 79 shall only be applicable to the defence forces subject to such limitations as are consequential to the provisions of military laws". מתוך אתר החוקות, שם.

85 Sec 37 Macedonia - Constitution, 1991 "The law may restrict the conditions for the exercise of the right to trade union organization in the armed forces, the police and administrative bodies". מתוך אתר החוקות, שם.

86 Sec 27 and Sec 54 Slovakia - Constitution "The law may restrict the right of judges and prosecutors to engage in entrepreneurial and other activity and the right listed under ... Articles 27 and 28, if these are related to the execution of their duties". מתוך אתר החוקות, שם.

87 Sec 64, Thailand Constitution, 1997 "Members of the armed forces or the police force, Government officials, officials or employees of State agencies, State enterprises or local government organisations shall enjoy the same rights and liberties under the Constitution as those enjoyed by other persons, unless such enjoyment is restricted by law, by-law or regulation issued by virtue of the law specifically enacted in regard to politics, efficiency, disciplines or ethics". מתוך אתר החוקות, שם.

88 Sec 33(5) Turkey Constitution, 1982 "Provisions of the first paragraph shall not prevent the imposition of restrictions on the rights of armed forces and security forces officials and civil servants to the extent that the duties of civil servants so require". מתוך אתר החוקות, שם.

89 ניתן לטעון, כי המרחק בין שני הדפוסים אינו רב, במיוחד כאשר ההתאגדות המקצועית משמיעה את קולה במסגרת תהליך קביעת השכר. טענה זו אינה מקבלת. לטעמי, השוני בין הדפוסים הוא במהות ההתאגדות, היינו, בעוצמת הכוחות הארגוניים המוקנים לארגון וכפועל יוצא מכך מידת ביזור העוצמה הניהולית המרוכזת בידי המעביד. הבדלים מהותיים אלה הינם בעלי השלכות מעשיות, וראו בהקשר זה את הטקסט הסמוך לה"ש 46 לעיל.

התארגנות מוחלשת: התארגנות לצורך ניהול משא ומתן קיבוצי ללא זכות שביתה – מודל זה אינו שכיח והוא קיים במדינות ספורות בלבד. כאן ניתן לזהות שתי טכניקות להגדרת כוחותיו המשפטיים של ארגון החיילים:

הטכניקה הראשונה היא החלת ההוראות הכלליות החלות על התארגנויות עובדים (כגון עובדי מדינה) ללא הסתייגויות מפורשות (למעט בעניין השביתה). המודל הדני והמודל הסלובני⁹⁰ הם דוגמאות לכך. בדנמרק, למשל, בה מסורת ההתארגנות של המשרתים בצבא בארגוני חיילים החלה להתפתח כבר בשנת 1883, רשאי הארגון לנהל משא ומתן לשם עריכת הסכם קיבוצי בענייני שכר, חופשות, שעות עבודה, בטיחות וכיוצא באלה.⁹¹ זכויותיהם הארגוניות, ובפרט שלילת זכות השביתה, דומות בעיקרן לאלה של ארגוני העובדים בסקטור הציבורי, אלא שבשעת חירום פעילות ההתאגדות מושעת.⁹²

הטכניקה השנייה היא חקיקת חוק מיוחד המסדיר את מכלול ההיבטים של התארגנות החיילים (המוחלשת) וכוחותיה. המודל בדרום אפריקה הוא דוגמה לכך. בדרום אפריקה התנהל ויכוח ציבורי ער בנושא זכותם של החיילים להתארגן, וזאת, על רקע חקיקה שאסרה על החיילים להתארגן בארגוני חיילים.⁹³ בשנת 1999 פסק בית המשפט העליון בדרום אפריקה, כי הוראה השוללת את חופש ההתארגנות בכוחות הביטחון אינה חוקתית ולכן בטלה.⁹⁴ בית המשפט קבע, כי הזכות לחופש התארגנות, המוקנית בסעיף 23 לחוקה הדרום אפריקנית לעובדים, חלה אף על חיילים, הגם שמבחינה פורמלית אינם עובדים שכן הבסיס להעסקתם אינו חווי. בית

⁹⁰ ראו דו"ח שהגישה סלובניה בתאריך 26.5.98 לוועדה בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות.

⁹¹ Heinecken, *Social Trends, Defence Legislation and Military Unionisation*, לעיל ה"ש 80.

⁹² ראו דו"ח שהגישה דנמרק לוועדה בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות המופיע באתר: [www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/7a16c167b82a1df380256521005c492e?Op=endocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/7a16c167b82a1df380256521005c492e?Op=endocument).

⁹³ לסקירת הגורמים החברתיים, התרבותיים והפוליטיים שהזינו בדרום אפריקה את מאבק החיילים נגד האיסור על התארגנותם ראו: Lindy Heinecken, *Facing Challenge of Military Unionism*, מתוך התאגדות צבאית לאחר המלחמה הקרה, לעיל ה"ש 3, 85.

⁹⁴ SA Defence Union v. Minister of Defence 1999 (3) BCLR 32 (T).

⁹⁵ החוק מסמיך את הארגון לנהל משא ומתן לצורכי עריכת הסכם קיבוצי בענייני שכר, הטבות שירות, תנאי שירות כלליים, יחסי עבודה ואופן השתתפות החיילים בפעילות הארגון ביחידות הצבאיות השונות. בהקשר לנושאים אלה נתונה לארגון החיילים גם הזכות לקבל מרשויות הצבא מידע על מנת שיוכל לייצג את האינטרסים של החיילים במשא ומתן הקיבוצי באופן מיטבי. הזכות לניהול משא ומתן קיבוצי אינה מתפרשת על עניינים הקשורים, במישרין או בעקיפין, למתכונת הפעילות הצבאית, שכן אלה נתונים, מטעמים בטחוניים, לפרורגטיבה המוחלטת של רשויות הצבא. הזכות לשבות נשללה מארגוני החיילים במסגרת אותה חקיקה. ברוח זו גם נאסר על החיילים ליטול חלק בפעילות הארגון במהלך פעילות צבאית או אימונים צבאיים, שהם חלק אינטגרלי מפעילות הצבא. החוק מגביל את זכות ארגוני החיילים לחבור לארגוני עובדים אחרים או להתארגנויות פוליטיות. החקיקה אף ניסתה למנוע פגיעה באינטרסים הבטחוניים הנובעים גם מאיכות ההון האנושי, בין היתר, על ידי מניעת פרקטיקות של "מפעל סגור" (גיוס חיילים המשתייכים לארגון

.GN 410 in GG 20376 of 20.8.99 ⁹⁵

הניסיון הדרום אפריקני מרתק בעיניי בשל המעבר החד (תוך שלושה חודשים) ממשטר של איסור מוחלט על התאגדות למשטר של התארגנות מוחלטת, שהוא, כשלעצמו, חריג שכן מרבית המדינות העדיפו להסתפק במודל של התאגדות מחוקת. האם מעבר חד זה צלח? לאחרונה פורסם מאמר בו נבחן הניסיון הדרום אפריקני בפרספקטיבה של עשור השנים שחלפו מאז כוננה החוקה ועד היום.⁹⁶ מסקנות המחקר עד כה לא היו מעודדות. מערכת היחסים בין רשויות הצבא לבין ארגוני החיילים הינה מתוחה ורוויית קונפליקטים עד כדי כך שהצדדים אינם מצליחים להגיע להסכמות במסגרת משא ומתן קיבוצי ישיר, וזה מתנהל בתיווכן של ערכאות שיפוטיות (bargain on the courts). במערכת יחסים עכורה זו ניעור החשש מפני פגיעה ביעילות הבטחונית. האם קשיים אלו הם חבלי לידה הקשורים לחדות המעבר ממשטר של איסור מוחלט על התאגדות החיילים למשטר של התארגנות מוחלטת, או שמא נגזרת מהם מסקנה רחבה יותר כי ההגבלות המוטלות על התארגנות החיילים אינן ערובה מספקת לשמירה על האינטרס הבטחוני? המחקר אינו משיב לשאלה זו. עם זאת, אחד הגורמים החשובים שמונה המחקר למערכת היחסים העכורה הינו פער תרבותי בנוגע לתפישת יחסי העבודה ומנגנוני הדיאלוג במסגרתם. העובדה, שארגוני העובדים בשירות הציבורי הינם מיליטנטיים, תרמה להיווצרות פער זה. רשויות המדינה החזיקו בגישה המבוססת על הרמוניה ושיתוף הפעולה. על-פי גישה זו, ארגוני החיילים אמורים להיות נאמנים ומחויבים למטרות הארגון הצבאי; קונפליטים נתפשים כתולדה של חיכוכים פרסונליים או של אי הבנה; הדרך להתמודד עם הקונפליקטים היא שיפור אפיקי התקשורת בין המדינה לארגוני החיילים, וכשאלה כושלים – נקיטת סנקציות, לרבות סנקציות משפטיות (כגון דחיית ישיבות, היצמדות לגישה לשונית דווקנית, צמצום הנושאים העומדים

⁹⁶ Lindy Heinecken, *South Africa: Ten Years of Military Unionism*, מתוך *צבאיות ולקחי ה-* 11 בספטמבר, לעיל ה"ש 7, 527.

הנה כי כן, אחד הגורמים המרכזיים לו מיוחסים הקשיים במודל הדרום אפריקני הוא הפער התרבותי בתפישת יחסי העבודה הקיבוציים. יש להניח, כי המעבר החד בין המשטרים תרם לחידוד פער זה, שכן תקופת הסתגלות לשינוי המהותי ביחסי העבודה – שבכל הנראה נחוצה היתה לשני הצדדים – לא ניתנה. משכך, הייתה נזהרת מהסקת מסקנות כלליות לפיהן ההגבלות המוטלות על התארגנות חיילים אינן יעילות. ייתכן, כי בשלב ראשון מעבר מתון יותר – בו מוקנה להתאגדות החיילים הכוח של ייצוג עצמי שאין בצידו ציפייה להשוואת מעמד – היה מוצלח יותר.

התאגדות מחוזקת: התאגדות מקצועית ללא זכות למשא ומתן קיבוצי או זכות שביתה – חלק מהמדינות שאסרו על התארגנות החיילים בכוחות הביטחון מתיר לחיילים להתאגד בהתאגדויות מקצועיות (כגון פינלנד,⁹⁷ בלגיה,⁹⁸ ולאחרונה ממש אף בריטניה). מודל זה הוא השכיח יותר ברחבי העולם ובמיוחד באירופה. מהי מהות התאגדות מקצועית זו ומהו היקף כוחותיה? המענה לשאלות אלה יינתן אגב סקירת הדין בשלוש מדינות, שהכירו לאחרונה ביכולת החיילים להתאגד באיגודים מקצועיים (אירלנד, אוסטרליה ובריטניה), ושתי מדינות בהן קיימת מסורת מפותחת של התאגדות חיילים (בלגיה, הולנד).

⁹⁷ Sec 3 Finnish Associations Act "militarily organized, shall be prohibited"

⁹⁸ המידע מבוסס על דו"ח שהגישה בלגיה לאו"ם בתאריך 5.3.98 לעניין יישום הוראות האמנה בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות ואשר מופיע באתר:

www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/23a89bf90e53e6ccc125656300593189/9b1e64652f3a69cc8025678a00318bfb?OpenDocument#Article%208

(א) **אירלנד** – על המשרתים בכוחות הביטחון נאסר לאורך השנים להצטרף לארגוני עובדים. בשנת 1990 תוקן חוק ההגנה האירי באופן המסדיר את עקרונות הייצוג של המשרתים בכוחות הביטחון, בהליך קבלת ההחלטות בנוגע לתנאי העסקתם באמצעות התאגדות מקצועית.⁹⁹ החוק קובע, כי מושאי הייצוג הם ענייני שכר ותנאי העסקה אחרים כפי שיקבע השר בתקנות מתאימות, למעט עניינים הנוגעים להיבטים מבצעיים, משטר הצבא והמשמעת בו. ההתאגדויות צריכות להיות עצמאיות לחלוטין, במובן זה שנאסרה חבירתן לכל ארגון עובדים או לכל גוף אחר ללא הסכמת שר ההגנה. כמו כן, נאסר על החיילים להיות חברים בארגון עובדים או בכל גוף אחר אשר נועד להשפיע על תנאי השכר וההעסקה של המשרתים בצבא. לבסוף, הוסמך השר להבנות ברגולציה מתאימה מערכת היוועצות בהתאגדות ואף קיום בוררות עימה בנוגע לתנאי השכר ולתנאי העסקה אחרים שנקבעו בתקנות. מנגנון ההיוועצות מושעה עת מוכרז מצב חירום, וזאת עד לביטול מצב החירום. מכוח החוק הוקמו שתי התאגדויות מקצועיות: האחת, לקצונה הבכירה, והשנייה, ליתר החיילים. כל התאגדות משמיעה קולה בענייני השכר ותנאי השירות הנלווים אשר הוגדרו בתקנות, וזאת, בהתאם למערך ההיוועצות והבוררות שהוקם על ידי שר הביטחון מכוח חוק זה ולצרכיו.¹⁰⁰ ההתאגדות באירלנד נחשבת לאפקטיבית. ומשא ומתן שניהלו הארגונים בנוגע להטבות שכר, קידום קצונה, העלאת שיעור הפנסיה לפנסיונרים, היקף פיטורי חיילים, היקף הפחתות שכר ועוד – הניבו פירות.¹⁰¹

(ב) **אוסטרליה** – היא דוגמה נוספת למדינה בה מנגנון ההתאגדות המקצועית משוכלל יחסית.¹⁰² המשרתים בכוחות הביטחון אינם נחשבים, על פי הדין

⁹⁹ Defence (Amendment) Act, 1990, available at www.irishstatutebook.ie/ZZA6Y1990.html

¹⁰⁰ ראו דו"ח שהגישה אירלנד לוועדה בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות בתאריך 26.9.97 והמצוי באתר:

[www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/34cb5e2d83e711d180256618003c6ac5?Op=endocument](http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/34cb5e2d83e711d180256618003c6ac5?Op=endocument)

¹⁰¹ Callaghan, *Unions in the Irish Defence Forces*, לעיל ה"ש 25, בעמ' 126-130.

¹⁰² ראו דו"ח שהגישה אוסטרליה לוועדה בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות בתאריך 23.7.98 והמצוי ב: beta.austlii.edu.au/au/other/dfat/reports/icescr.html

Armed

Forces Federation of Austrlia (ArFFA). התאגדות זו משמיעה את טענותיה לפני טריבוטל המתמחה ביחסי עבודה, הקרוי Defence Forces Remuneration. טריבוטל מיוחד זה קובע את שכרם של המשרתים בכוחות הביטחון ואת תנאי ההעסקה. הסדר זה משוכלל יחסית, שכן נקבעה בו זהות הגוף עימו תקיים ההתאגדות את הדיאלוג (טריבוטל מקצועי ולא רשויות הצבא, כשעקב כך מופחת המתח בין החיילים לרשויות הצבא) וכן נקבע בו מנגנון ליישוב סכסוך (הכרעת הטריבוטל האמור).

(ג) **בריטניה** – לאורך שנים רבות היו החיילים מנועים על פי חוק ההגנה הבריטי להתארגן בארגוני עובדים.¹⁰³ בשנים האחרונות החל תהליך של מחשבה מחודשת לגבי האפשרות להכיר בזכות ההתאגדות המקצועית של החיילים.¹⁰⁴ ביוני 2006 הוכרה לראשונה בבריטניה זכות החיילים להתאגדות. בהתאם לכך הוקמה ההתאגדות, המכונה British Armed Froce Federation. ההתאגדות מבוססת על מתווה פעולה, הכולל עשר עקרונות שגובשו בהמלצות ועדה פרלמנטרית שעסקה בגיבוש הצעה כללית לחקיקת Armed Force Bill.¹⁰⁵ המלצת הוועדה היתה להקים התאגדות חיילים, שמטרתה עידוד וקידום אינטרסים מקצועיים וכלכליים לגיטימיים של החיילים ושל גמלאי הצבא. תחומי פעילותה הלגיטימיים של ההתאגדות כוללים: פיתוח מקצועי; מעקב אחר הצעות והתפתחויות בפרלמנט – הנוגעות לסקטור הפרטי או הסקטור הציבורי בכללותו – ואשר יש בהן כדי להשליך על האינטרסים של החיילים; קידום היועצות הולמת עם ההתאגדות על מנת לשמר ולשפר את רווחת המשרתים, לרבות שכר והטבות נלוות, שירותי בריאות, ניווד עובדים, ועוד; ניהול ההתאגדות דמוקרטי. על ההתאגדות נאסר לנקוט צעדים

¹⁰³ ראו Sec 274 Trade Union and Labour Relation (Consolidation) Act, 1992, הקובע כי: "Section 273 (application of Act to Crown employment) does not apply to service as a member of the naval, military or air forces of the Crown"

¹⁰⁴ Bartle, *Independent Representation*, לעיל ה"ש 33.

¹⁰⁵ בעניין זה ראו מידע המצוי באתר: www.arrse.co.uk/cpgn2/Forums/viewtopic/t=30482.html

(ד) בלגיה¹⁰⁶ – התאגדות החיילים בבלגיה החלה בשנת 1961, כאשר קומץ קצינים הקים התאגדות מקצועית שמטרתה העיקרית לפרסם מידע לציבור אודות בעיות של ביטחון לאומי. בנוסף לכך, עסק הארגון בייצוג אינטרסים חומריים של החיילים. בשנת 1972 הצהירה ממשלת בלגיה על הכרתה בהתאגדויות הצבאיות, כשמעניין לציין שהכרה זו באה בעקבות יוזמת המפלגות הסוציאליסטיות, ולא מארגונים צבאיים. בשנת 1975 צברה התאגדות החיילים תאוצה, וזאת, בעקבות ההכרה המשפטית בה. בשנת 1978 נקבעה בחקיקה שורה של עניינים בהם קבלת החלטה על ידי רשויות הצבא טעונה (למעט במצבי חירום) התייעצות מוקדמת בארגונים היציגים. זאת, במסגרת ועדה משותפת שתוקם לצורך כך: היבטים מינהליים של השירות – אורכו ומהלכו; עניינים כספיים; כללי פנסיה; מערכת היחסים עם הארגונים; שעות עבודה; הכללים החולשים על מסגרת הסגל ומבנה השירות הסוציאלי בצבא. יצוין, כי בשנת 1994 הובהר בחקיקה מיוחדת שהמחויבות המתוארת לעיל מושעת בזמן מלחמה, תעסוקה מבצעית, משימות עזרה וכל פעילות מבצעית אחרת, אלא אם כן הסגל הצבאי הבכיר החליט אחרת. כמו כן, עניינים הנוגעים במישרין למוכנות המבצעית, כגון מבנה הצבא וארגונו, מערכת אימונים יחידתית, פעילות השגרה של היחידות השונות; הצבה וניוד של חיילים; ציוד צבאי אישי וקולקטיבי – כל אלה הינם מחוץ לחובת ההיוועצות. בבלגיה, בדומה לנהוג בשירות הציבורי ובסקטור הפרטי, יחסי העבודה הקיבוציים בצבא לובשים שתי צורות: משא ומתן (negotiation) והיוועצות (consultation). משא ומתן (negotiation) מתנהל בדרג השרים והוא חובה בכל הנוגע להצעות חוק ממשלתיות הנוגעות לגיוס חיילים, לזכויותיהם, לחובותיהם ולקידומם, וכן הצעות חוק הנוגעות למערכת היחסים עם הארגונים היציגים. משא ומתן יכול שיסתיים בהסכמה, הקרויה הסכמה סקטוריאלית (accord sectoriel) המהווה הצהרה פוליטית שאינה אכיפה מבחינה משפטית. כאשר הוא מסתיים ללא הסכמה נערך פרוטוקול המכונה

¹⁰⁶ Manigart, Resteigne and Sabbe, לעיל ה"ש 37.

(consultation) נערכת במועצה, שם נדונות טיוטות ההצעות הנוגעות לנושאים המתוארים לעיל. ההיוועצות מסתיימת בהמלצות המובאות בחשבון בהכרעה הסופית, אך הן, כשלעצמן אינן מחייבות. כאשר קיימים חילוקי דיעות בין רשויות הצבא לבין ההתאגדויות בנוגע למעמד ההתאגדות, מגבשת המועצה המלצה לשר כיצד לנהוג. מודל משולב של היוועצות מוקדמת וניהול משא ומתן בשלב מאוחר יותר יעיל להפחתת מתחים בנושאים שנויים במחלוקת.¹⁰⁷ כאמור, ההתאגדות הצבאית בבלגיה אינה יעילה ורחבה כמו בשירות הציבורי או בסקטור הפרטי שם. בשנת 1998 עמד שיעור ההתאגדות הצבאית בבלגיה על כ-33%. שיעור ההתאגדות זה נמוך באופן יחסי לשירות הציבורי ולסקטור הפרטי. ההסבר שניתן לכך היה היות ההתאגדות הצבאית תופעה "חדשה" יחסית ("רק" בת 30 שנה); לפחות בתחילת הדרך נתקלו ניסיונות ההתאגדות בהתנגדות מהטעמים שפורטו, והתנגדות זו הקשתה על פעילותה ולבסוף על אורח החיים הצבאי חולשת חקיקה ייחודית. ייחודיות זו תרמה במישור הסימלי להבחנתן מכלל השירות הצבאי. היעילות הפחותה של ההתאגדות הצבאית מיוחסת לאיסור המשפטי לשבות בצבא, לחוסר התועלת שבאיום בדבר ניהול מאבק ארגוני, שעה שחלק לא מבוטל מן המשימות מבוצע מחוץ לגבולות בלגיה. נוסף לכך, ענייני בטחון החוץ, לרבות תנאי ההעסקה של המשרתים בצבא – להבדיל מענייני בטחון הפנים עליו מופקדת המשטרה – אינם מצויים במוקד העניין הציבורי. עם זאת, אין לזלזל בחשיבותה של ההתאגדות ותרומתה להבניית יחסי העבודה הקיבוציים. ההתאגדות מהווה חלק ממערכת איזונים ובלמים אשר מצליחה למתן את העוצמה הניהולית המרוכזת בידי רשויות הצבא.

(ה) הולנד¹⁰⁸ – כאמור, ראשיתה התאגדות החיילים היתה בהולנד בשלהי המאה הקודמת. התפתחות הזכות לאורך השנים לא היתה בקו לינארי רציף

¹⁰⁷ יתרון זה הודגש במיוחד בגרמניה, שם גם נהוג להקדים היוועצות למשא ומתן, במיוחד בנושאים שנויים במחלוקת עמוקה העלולים לפגוע במרקם היחסים העדין בין רשויות הממשל לבין התאגדות.

בעניין זה ראו: Callaghan, *Unions and the German Armed Forces*, לעיל ה"ש 3.

¹⁰⁸ Moelker, לעיל ה"ש 36.

109 שעות עבודה, הטבות הנלוות להעסקה, הטבות למוגבלים, השכלה, יישוב הסכסוכים נעשה באמצעות בוררות ובהמשך- ועדה אשר מחובתה להגיע למסקנה בנוגע לעמדות השונות, כשמסקנה לגיטימית היא כי הסכסוך אינו בר פתרון. איסור השביתה אינו מונע צעדים ארגוניים אחרים. כך, למשל, כאשר הממשלה שקלה את העלאת גיל הפרישה מ-55 ל-58 ערכו החיילים אסיפה ציבורית מול הפרלמנט. מחאה נגד מדיניות הממשלה אסורה אם היא נעשית בשטח צבאי או במהלך שעות העבודה או כאשר החיילים לובשים מדים. לבסוף, קיים איסור על שימוש באמצעים צבאיים למטרות פוליטיות. בין הנושאים בהם פעילות התאגדות החיילים היתה חשובה ניתן למנות כוונת הממשלה להפחית בתקציב הכולל של הביטחון, אפשרות ההפחתה בהטבות הנלוות והערות בנוגע למתכונת תיקון מערכת השיפוט הצבאית. בזמן חירום פעילות ההתאגדות המקצועית מושעת.¹¹⁰

הערכת ההתארגנות המוחלשת – התאגדות מחוזקת: הגבלת מימדים שונים של התארגנות או התאגדות, במובחן משלילתה המוחלטת של הזכות, נחזית להיות הגבלה מידתית יותר על חופש ההתארגנות של החיילים. עם זאת, גם על דפוס התארגנות זו נמתחה ביקורת בספרות, בתואנה, כי על מנת למזער את הפגיעה ביעילות הבטחונית הוגבלו מימדים חשובים של חופש ההתארגנות עד כדי כך שזו אינה אפקטיבית עוד ויוצרת היא אך ורק אשליה של התארגנות. בסופו של יום, הטענה היא, כי דפוס התארגנות כזה יגביר את תסכולם של החיילים וכתוצאה מכך

¹⁰⁹ שכר והעלאתו אינם נושא קריטי בהולנד, שכן אלה מבוססים על מגמות שכר בתעשיות הפרטיות: Heineken, *Social Trends, Defence Legislation and Military Unionisation*, לעיל ה"ש 91.

¹¹⁰ שם.

111 קבלת טענה זו באופן

גורף מוקשית, שכן גם טענה זו (כמו הטענה בדבר פגיעה ביעילות הבטחונית) צריכה להיות מגובה בתשתית מחקרית מתאימה, ולא היא. נהפוך הוא. המודל הדני מוצג בספרות כארגון חיילים יעיל שחולל שינויים בתחום השכר ואף בטיב העונשים בקוד העונשי הצבאי, באופן בו הוסרו עונשים חמורים ושאינם מידתיים.¹¹² כך גם נחשב המודל הגרמני אשר הצליח לשפר באופן ניכר את זכויות הנספים והנפגעים בשירות הצבאי, את זמן התעסוקה של החיילים בחו"ל ואת קידום שוויון הזדמנויות לנשים בצבא.¹¹³ זאת ועוד, גם במדינות – דוגמת בלגיה – בהן ההתאגדויות הצבאיות נחשבות לפחות אפקטיביות ביחס להתאגדויות בשירות הציבורי ובסקטור הפרטי, הרי שאין להקל ראש בחשיבותן לעיצוב יחסי העבודה קיבוציים ותרומתן במסגרת זו.

יחד עם זאת, ניתן, לדעתי, למצוא טעם בטענה שונה במקצת שעניינה הצורך במנגנוני יישוב סכסוכים בהינתן אופיה המופחת של ההתארגנות ושליטת זכות השביתה ממנה. יש לזכור, כי במקומות עבודה "אזרחיים" קיימת, בדרך כלל, הבניה של מנגנונים ליישוב סכסוכים כלכליים, וככל שהסכסוך אינו מיושב באמצעות מנגנונים אלה, עומד לארגון נשק השביתה. בכוחות הביטחון אין מנוס משליטת זכות השביתה וראיה לכך היא העובדה שרק מדינה אחת בעולם הקנתה זכות זו להתארגנות החיילים (שוודיה). שלילת זכות השביתה הופכת את חופש ההתארגנות לשברירי יותר ופגיע. התרופה לפגיעות מוגברת זו היא הבניית יחסי עבודה בהם חופש ההתארגנות אפקטיבי, חרף גריעת מימדים שונים ממנו. בעיני עלול להיווצר כשל כתוצאה משליטת זכות השביתה – מזה, ואי פיתוח יחסי עבודה אפקטיביים הכוללים מעטפת דיאלוגית, בה מצויים מנגנונים ליישוב סכסוכים כלכליים בין

Mohamed Chicktay, *Mission Impossible: Trade Union and Protest Action Rights in the Military*, 16 SOUTH AFRICA JOURNAL OF HUMAN RIGHTS 324 (2000) 111

במאמר זה מבקר המחבר את ההסדר החוקי שגובש בדרום אפריקה לאחר פסיקת בית המשפט העליון שקבעה, כי שלילה מוחלטת של זכות ההתארגנות מחיילים אינה חוקתית. ערכה של ביקורת זו, שנכתבה חודשים ספורים לאחר השלמת ההסדר החוקי החדש – מוגבל. היא מכילה טענות עובדתיות שאינן נתמכות במחקר אמפירי.

Poole, לעיל ה"ש 13. 112

Callaghan, *Unions and the German Armed Forces*, לעיל ה"ש 3, בעמ' 171-173. 113

3. סיכום ביניים

הניתוח הביקורתי של הטעמים להטלת איסור מוחלט על התארגנויות חיילים העלה, כי מוחלטות האיסור נשענת על תפישה מיושנת, שלפיה זו חיונית והכרחית לשמירה על בטחון המדינה. את היעד של שמירה על בטחון המדינה, שבחשיבותו לא ניתן להפריז, ניתן להגשים באמצעות הטלת הגבלות על מתכונת ההתארגנות ואין הכרח לשלול אותה באופן גורף.

המיגוון הקיים בדפוסי ההתארגנות, בהגבלות עליהן ובמנגנונים החלופיים לחיזוק ההתארגנות, מלמדים כי, הלכה למעשה, יש כר נרחב לתימרון בין צורכי הביטחון לבין זכויות החיילים. יתר על כן, גם חברות שסועות, כך שצרכיהן בתחום הביטחון גבוהים, ריככו בשנים האחרונות את מוחלטות האיסור ועברו למודל של התאגדות מחוזקת (אירלנד) או התארגנות מוחלשת (דרום אפריקה). התמונה הכוללת המצטיירת היא איפוא כי התפישה הדוגלת בהעדר אלטרנטיבה מידתית לאיסור המוחלט – ראויה לניתוח ביקורתי.

מכאן, כי מוקד הניתוח החוקתי צריך להיות בטיבן של המגבלות אשר מחד גיסא ימנעו פגיעה אפשרית בבטחון המדינה, ומאידך גיסא לא ירוקנו מתוכן את חופש ההתארגנות. ההיבט האחרון מצריך מחשבה מיוחדת אודות הוספת מנגנונים ליישוב סכסוכים כלכליים שימזערו את הפגיעה בארגון עקב הגבלת כוחותיו. מכאן, כי הניתוח החוקתי צריך לכלול את שני חלקי המשואה, היינו הן את הצד של הגריעה מחופש ההתארגנות על מנת למנוע פגיעה בבטחון המדינה והן את הצד של

¹¹⁴ בסלובניה הוקמו מאז שנת 1994 שלושה ארגוני חיילים, וזאת, בעקבות תמורות חברתיות ופוליטיות. עם זאת, הישגי הארגון נתפשים בעיני החיילים נמוכים כך שהתאגדות אינה נחשבת לאפקטיבית בעיניהם. יצוין, כי בתקופה זו קיצצה הממשלה בזכויות החיילים תוך הגבלת אפשרויות המשא ומתן וצמצום הנושאים בהם מהווה הארגון חלק מתהליך קבלת ההחלטות. על מנת לזכות באמון החיילים נאלץ הארגון לפעול בצורה לוחמנית המוכירה סיעת אופוזיציה. כתוצאה מכך נתפש הארגון על ידי המדינה כמויק ליחסי העבודה התקינים ומחבל בשרשרת הפיקוד. בעניין זה ראו:

Garb & Jelusic, לעיל ה"ש 16, בעמ' 114-115.

ד. התארגנות חיילים – המקרה הישראלי

1. הדין הקיים

על החיילים בשירות סדיר, במילואים ובשירות קבע חל איסור להתארגן בארגון חיילים. סעיף 5 לחוק-יסוד: הצבא קובע:

”הסמכות להוציא הוראות ופקודות המחייבות בצבא תיקבע בחוק או מכוחו”.

סעיף 2א לחוק השיפוט הצבאי מעגן את הסמכות להוציא פקודות מטכ”ל שיקבעו פרטים בנוגע ל”ארגון הצבא, למינהל למשטר ולמשמעת בו ולהבטחת פעולתו התקינה”. סעיף 3 לחוק השיפוט הצבאי קובע כי “לעניין חוק זה רואים את פקודות הצבא [הכוללות גם פקודות מטכ”ל – ח’ א’] כדינים”. האיסור בדבר התארגנות חיילים מעוגן בפקודת מטכ”ל 8.0105 – פעילות ציבורית של אנשי צבא, התבטאויות פומביות וקשר עם עיתונאים ועם הציבור ועם הדרג הממלכתי הבכיר (להלן: פקודת מטכ”ל). סעיף 11 לפקודת המטכ”ל קובע:

”חייל לא יהיה חבר בארגון חיילים ולא ייטול חלק בפעילות להקמתו, לקיומו או לניהולו של ארגון כזה, לא יתן ולא יקבל כספים עבור ארגון כזה, לא ינהל תעמולה בקשר אליו ולא ישתתף באסיפה, המאורגנת על ידו”.

פקודה זו החליפה את פקודת מטכ”ל 33.0116 משנת 1990, בה היתה קבועה הוראה זוהי. פקודה 33.0116 אינה מציינת כי היא מחליפה פקודה קודמת בה הוטל איסור דומה.

על מנת למנוע מהמשרתים בצבא מלהביא את עניינם לפני ארגוני עובדים אזרחיים, או אפילו לקבל מהם מידע, נקבע בסעיף 42 לפקודת המטכ”ל כי “חייל לא יפנה בכל דרך שהיא, בין אם ציין בפנייה את דבר היותו חייל ובין אם לאו, אל גורם כלשהו מחוץ לצבא, ולא יענה לפניית של אדם או גורם כאמור, בכל עניין, הנוגע

ניתן להרהר אם בישראל מוטל דה - יורה איסור על התאגדות החיילים בהתאגדויות מקצועיות שאינן מגיעות כדי התארגנות עובדים (המימד הראשון). פרשנות דווקנית של הוראות החוק, המתבקשת לנוכח הפגיעה הטמונה בהן בזכויות אדם, עשויה להוביל למסקנה, שלפיה מוציא פקודת המטכ"ל לא ראה בהכרח סתירה בין הטלת איסור על התארגנות לשם ניהול משא ומתן לבין התרת התאגדות מקצועית של חיילים. בכל אופן, פרשנותה של מדינת ישראל את האיסור הקבוע בפקודת מטכ"ל, כפי שהיא משתקפת בדו"חות שמסרה לארגון העבודה העולמי - אינה אחידה. כך, ניתן למצוא בדו"חות האחרונים לצד פרשנות מחמירה לפיה בא האיסור להגביל אף את זכות ההתאגדות המקצועית (המימד הראשון) גם פרשנות מקילה ולפיה האיסור הינו על ניהול משא ומתן קיבוצי ולא על הצטרפות לארגוני עובדים (המימד השני).¹¹⁵ אולם, גם אם נניח, בדרך של פרשנות אובייקטיבית, כי

¹¹⁵ בהתייחס לאמנה 87, לעיל ה"ש 60, דיווחה מדינת ישראל לארגון העבודה העולמי בשנת 1957 כך:

"Member of police and armed forces are entitled to belong worker's organizations, but they are not allowed to carry on or participate in political activities during their service, and no collective bargaining is allowed in police or in the armed forces. The term political activity is liberally interpreted".

בהתייחס לאמנה 98, לעיל ה"ש 65, דיווחה מדינת ישראל בשנת 1957 כך:

"As a rule policemen and members of armed forces are forbidden to participate in political activities, within the scope of their service. However they are allowed to belong to employee's organization but there is no collective bargaining in the police and armed forces. Civil employees both in the armed forces and police are organized and are represented by the Histadrut."

בתקופה זו לא ברור אם היתה בתוקף פקודת מטכ"ל האוסרת על התאגדות. מכל מקום, בשנות התשעים לאחר שהותקנה פקודת מטכ"ל 33.0116 הנוכרת לעיל דיווחה מדינת ישראל לארגון העבודה העולמי כי על החיילים נאסר להצטרף להתארגנות מכל סוג שהוא. בהתייחס לאמנה 87, לעיל ה"ש 60, דיווחה מדינת ישראל בשנת 1997 כך:

"In 1978, in Ofek case, the Supreme court held that policemen' right to organize could not be restricted. That case led to the 6th Police Act Amendment, adding section 39b, which forbids policemen to join any union as this act "disturbs the police order and discipline."

בשנת 2000 נדרש בית המשפט העליון בישראל לחוקתיות האיסור המוחלט על התאגדות חיילים. העתירה שהוגשה נמחקה בהמלצת בית המשפט, ללא הנמקה מהותית.¹¹⁶ ככל הנראה, בית המשפט ראה קושי בקבלת העתירה בשל החשש לפגיעה ביעילות הבטחונית (ברוח הפסיקה בארצות הברית) ובה בעת התקשה לדחות את העתירה לגופה בשל הפגיעה בזכות ההתארגנות של החיילים (ברוח הפסיקה בדרום אפריקה). "הפשרה" היתה מחיקת העתירה מבלי לסתום את הגולל על האפשרות להעלות את הטענה בעתיד. "פשרה" זו מסגירה התלבטות פנימית בה, ככל הנראה, היה נתון בית המשפט הישראלי ולמעשה החברה הישראלית. בבסיס ההתלבטות מונחת ככל הנראה הדעה כי התארגנות חיילים נוגדת את מהותה של המערכת הצבאית¹¹⁷ וכי עלולה היא לסכן את בטחון המדינה, בהינתן המציאות

The soldiers in IDF are also not allowed to join a union of any kind due to special job requirement. It has been clearly stated in IDF order which have a status of status according to the Military Judgment Law 1955."

בהתייחס לאמנה 98, לעיל ה"ש 65, דיווחה מדינת ישראל בשנת 1995 לארגון העבודה העולמי כך:

"Member of the Armed forces or Police are entitled to join workers' organization, but they are not permitted to create trade unions of their own or to negotiate collectively."

ברצוני להודות למר אבנר עמרני, מרכז מחקרים ביחידה ליחסי עבודה במשרד התעשייה, מסחר ותעסוקה, שסייע לי לעיין בדיווחי מדינת ישראל המצויים בתיקי אמנה 87 ואמנה 98.

בג"ץ 8757/00 **בנאי נ' שר הביטחון**, תק-על 2001 (2) 893 (2001).

דיעה ברוח זו הביעה אגב אורחא דפנה ברק-ארו במאמרה: "חווה עבודה" של משרת הקבע **הפרקליט** מ 114, 122 (התשנ"א), בהקשר להגיון הפסיקה הקובעת כי משרת הקבע אינו עובד. בתמיכה להגיון זה ציינה כי "**חופש ההתארגנות נוגד את מהותה של המערכת הצבאית**, ותנאי השירות בצבא מונעים

לשם שלמות התמונה אציין, כי החקיקה אוסרת גם על התארגנות גורמים נוספים המשתייכים לכוחות הביטחון ובהם: עובדי שירות הביטחון הכללי,¹¹⁸ שוטרים¹¹⁹ וסוהרים¹²⁰. בסעיף 33טז לחוק הסכמים קיבוציים, התשי"ז-1957, מצויה הוראת המסגרת, שלפיה "סעיפים 33 עד 33טו לא יחולו על מי שחל עליו איסור להתארגן על פי חוק". בהקשר לשוטרים, למשל, האיסור החקיקתי על התאגדותם בא בעקבות הניסיון שנעשה בשנים 1978-1979 להקים איגוד מקצועי במשטרת ישראל.¹²¹ המאבק להקמת איגוד מקצועי לשוטרים התנהל בזירה הציבורית

118 סעיף 20(ב) לחוק שירות הביטחון הכללי, התשס"ב-2002, קובע כי:
" (ב) עובד השירות לא יהיה חבר בארגון עובדים ולא יטול חלק בפעילות להקמתו, לקיומו או לניהולו של ארגון עובדים; עבירה על הוראות סעיף זה תיחשב כעבירת משמעת; בסעיף קטן זה 'ארגון עובדים' – כל התארגנות או נציגות, בין קבועה ובין ארעית, שבין מטרותיה או פעולותיה נמנה הטיפול בארגון השרות, בניהולו, ובמשמעת ובתנאי השירות של עובדי השירות בנושאים אלה."
119 סעיף 93 לפקודת המשטרה [נוסח חדש], התשל"א-1971 – אשר כותרתו "איסור התארגנות" – קובע כי:

" (א) שוטר לא יהיה חבר בארגון עובדים ולא יטול חלק בפעילות להקמתו או לניהולו של ארגון כזה.
 (ב) עבירה על הוראות סעיף זה תיחשב כעבירת משמעת הפוגעת בסדר הטוב ובמשמעת (ג) בסעיף זה –
 (1) 'ארגון עובדים' – כל התארגנות או נציגות, בין קבועה ובין ארעית, שבין מטרותיה או פעולותיה נמנה הטיפול בארגון המשטרה, ניהולה, המשמעת ותנאי השירות של השוטרים או ייצוג השוטרים בנושאים אלה.
 (2) 'תנאי שירות' – לרשות שכר, יחסי עבודה, תנאי עבודה ותנאי פרישה".

120 סעיף 129א לפקודת בתי הסוהר [נוסח חדש], התשל"ב-1971, אשר כותרתו "איסור התארגנות", קובע כי:
" (א) סוהר לא יהיה חבר בארגון עובדים ולא יטול חלק בפעילות להקמתו או לניהולו של ארגון כזה.
 (ב) עבירה על הוראות סעיף זה תיחשב כעבירת משמעת הפוגעת בסדר הטוב ובמשמעת (ג) בסעיף זה –
 (1) 'ארגון סוהרים' – כל התארגנות או נציגות, בין קבועה ובין ארעית, שבין מטרותיה או פעולותיה נמנה הטיפול בארגון שירות בתי הסוהר, בניהולו, במשטר, במשמעת או בתנאי השירות של סוהרים או ייצוג סוהר בנושאים אלה.
 (2) 'תנאי שירות' – לרשות שכר, יחסי עבודה, תנאי עבודה ותנאי פרישה".

121 הגורמים המרכזיים שעודדו את ההתארגנות היו שחיקתם המוגברת של שוטרים עקב העלייה בהיקף המשימות הבטחוניות ועקב כך עליית ציפיות הציבור מהם, הרעת תנאי ההעסקה של המשרתים בכוחות הביטחון והתפתחות תפישה ציבורית ועצמית שהשקיפה על השוטרים ככל עובדי ציבור

122 בעקבות פסיקה זו תוקנה חקיקת המשטרה והגבילה את אפשרות השוטרים להתאגד. חקיקה זו בלמה את אפשרות ההתאגדות והיא מלמדת כי מבחינה ציבורית השוטרים, בדומה לאנשי הקבע, נתפשים כשייכים לקטגוריה של עובדי ביטחון ולא לקטגוריה של עובדי מדינה. עם זאת, המאבק הניב גם פירות ממשיים. הוא העלה לתודעה הציבורית את מצוקת השוטרים. בעקבות כך הושו תנאי השכר והתנאים הנלווים של השוטרים לאלה של המשרתים בצבא קבע, הוקם נציב קבילות שוטרים ונקבע בחוק כי "השר רשאי להקים מועצה ציבורית אשר תיעץ לו בעניינים הנוגעים לרווחתם של השוטרים". סמכות זו לא מומשה ומועצה ציבורית לא קמה עד היום.¹²³

2. מגמות והתפתחויות בישראל

מוכרים מספר משתנים, המשפיעים על מידת הנכונות החברתית להכיר בזכות המשרתים בכוחות הביטחון להתארגן, ובהם:¹²⁴ גורמים הקשורים לתרבות ההתארגנות במדינה – יחס המדינה לארגוני החברה האזרחית אליהם שייכים מבחינה רעיונית ארגוני העובדים; מסורת ההתארגנות במדינה ועוצמתה במערכת היחסים בין תנועות העובדים לבין נציגי השלטון, עוצמת ארגוני העובדים ותפקידם החברתיים¹²⁵; היקף זכות ההתארגנות בשירות הציבורי, שכן הדיון אודות זכות ההתארגנות בצבא יכול להבשיל רק לאחר שהוכרה זכות ההתארגנות של העובדים

¹²² בג"ץ 789/78 אופק נ' שר הפנים, פ"ד לג(3) 480 (1979).

¹²³ להערכתי, אחת הסיבות העיקריות לכך היא העדר הצורך במועצות אלה לנוכח השוואת התנאים למשרתים בצבא קבע, כשתנאי ההעסקה בצבא הקבע היו עד לאחרונה נדיבים, באופן שלא נתחדד הצורך בהתאגדות לשם הגנה על אינטרסים כלכליים.

¹²⁴ Lindy Heinecken, *Military Unionism in South Africa: Legality and Potential for Development*, 4(5) AFRICAN SECURITY REVIEW (1995) www.iss.co.za/pubs/ASR/4No5/Heinecken.html

¹²⁵ כך למשל בארצות סקנדינביה – בהן באופן מסורתי מוכרת התאגדות חיילים – ארגוני העובדים אינם נתפשים רק כארגונים להפעלת לחץ על המעבידים או על הממשלה, אלא הם מהווים חלק אינטגרלי ממבנה המדינה (ראו: רדאי ונועם, לעיל ה"ש 2).

גורמים כלכליים – מידת הצורך המעשי בהתארגנות על מנת להגן על אינטרסים כלכליים, וזאת, בראי זכויות המשרתים בצבא ביחס לשירות הציבורי בכלל וביחס לבעלי מקצועות דומים בסקטור הפרטי. יצוין, כי הצורך בהתאגדות גובר במיוחד בעיקר בתקופות בהן חווה הצבא הפחתה בתנאים הנלווים לשירות. **גורמים ארגוניים** – קיומם של שינויים ארגוניים בצבא, במובן של שינוי אופי השירות הצבאי (לדוגמה, מעבר מצבא חובה לצבא על בסיס התנדבותי או מעבר מצבא קבע התנדבותי להעסקת אזרחים עובדי צבא). יצוין כי שינוי מבנה הצבא או שינוי באופי מטלותיו מדגישים את המימד המקצועי (profession) בעיסוק ומחלישים את מימד השירות (service). הדגשת המימד המקצועי יש בה כדי לעודד מגמות של התאגדות.¹²⁷

האם בשלה העת לתמורה בישראל? השיקולים החולשים על סוגיה זו מגוונים ומנוגדים, ולהלן אעמוד על אלה שלטעמי הם המרכזיים: סיבות כלליות וייחודיות מקשות על תהליך של הבשלת תפישות חברתיות המכירות בזכות החיילים להתארגנות, גם אם זו מוחלשת. במישור הכללי אציין, כי בשנים האחרונות יציבות מערכת יחסי העבודה הקורפורטיסטית בישראל – נשחקה.¹²⁸ מידת מחויבות

¹²⁶ להערכה, כי קיימת אפשרות לחידוש מאבק השוטרים להכרה בזכות התאגדותם, ראו סמובסקי ואסתרמן-מדינה, לעיל ה"ש 121.

¹²⁷ שיקול זה היה בעל משקל מיוחד באיטליה ובעניין זה ראו: *Eraldo Olivetta, Military Representation in The Italian Armed Force in The Turn From Conscript to Professional Format*, מתוך *צבאות ולקחי ה-11 בספטמבר*, לעיל ה"ש 7, 519.

¹²⁸ לסקירת הגורמים ראו: המכון הישראלי לדמוקרטיה **יחסי עבודה בעידן של תמורות** (צוות המלצות לשינוי יחסי העבודה במשק בראשות פרופ' גיא מונדלק, 2004).

129 עקב כך חל פירות בשנים האחרונות במספר העובדים המאורגנים ובהיקף כיסויים של הסכמים קיבוציים.¹³⁰ לקושי הנובע מתהליך כללי זה מצטרף קושי ייחודי, הניצב בפני המשרתים בכוחות הביטחון, והוא עוצמת האיום הקיומי בישראל. מוחשיות האיום הבטחוני וממשיותו גובים מחיר יקר בהתפתחות ההגנה על זכות ההתארגנות של המשרתים בכוחות הביטחון. האם מחיר כבד זה אכן מחויב בהינתן צרכיה הבטחוניים המיוחדים של מדינת ישראל? איני סבורה, כפי שפירטתי לעיל במסגרת ניתוח שיקול היעילות הבטחוני, כי כל כובד משקלו של המחיר הינו אכן מחויב המציאות. הפסיקה בדרום אפריקה מלמדת כי גם בחברה שסועה – הסובלת מקשיים בטחוניים בתקופת התהוותו של משטר חדש – קיים פוטנציאל לביקורת שיפוטית ממשית. ביקורת זו לא הייתה שבויה בדעה קדומה, שלפיה עצם התארגנות החיילים מסכנת את בטחון המדינה ולכן היה בכוחה להתניע תהליך חשיבה שהביא, בסופו של יום, להסדר החקיקתי המתואר לעיל. העובדה, שההסדר החקיקתי הקונקרטי בדרום אפריקה לוקה בקשיים, מצריכה אימוץ דגם שונה של התאגדות אך אין היא גורעת מחשיבות עריכתה של הבחינה הביקורתית. לצד הגורמים המרכזיים, המעכבים את התפתחות ההגנה על זכות ההתארגנות של המשרתים בכוחות הביטחון, ניתן למצוא נסיבות העשויות לזרזה. כאן מכוונת אני להרעה שחלה בשנים האחרונות בתנאי ההעסקה של המשרתים בצבא הקבע (וכפועל יוצא מכך – של המגזרים הצמודים להם). ההרעה באה לידי ביטוי הן בשחרור חיילים מצבא הקבע ביוזמת הצבא, במיוחד בגילאי ביניים טרם שנרכשו זכויות פנסיוניות,¹³¹ שינוי תנאי הפרישה של אנשי צבא הקבע בהיבט העלאת גיל פרישה, הטלת הגבלות על מימוש הזכות לפדיון ימי מחלה, קיצור חופשת הפרישה, שינוי המועד לתחילת תשלום הקיצבה, באופן התואם לזה החל על

129 רדאי ונועם, לעיל ה"ש 2.

130 לסקירת הגורמים ראו: המכון הישראלי לדמוקרטיה, לעיל ה"ש 128.

131 בג"ץ 6421/00 בנאי נ' ראש המטה הכללי, תק-על 2001(3) 2407 (2001); בג"ץ 6640/03 דוויקר נ' ראש אב"א, תק-על 2003(2) 4322 (2003); בג"ץ 4759/00 עוזי נ' ראש המטה הכללי, תק-על 2001(3) 2407 (2001); בג"ץ 125/01 עוזי נ' ראש המטה הכללי, תק-על 2001(1) 130 (2001).

שיטת ההיוון של הקיצבה.¹³³ "כלוב הזהב" שמנע את הצורך המעשי בהתאגדות החיילים הפך איפוא לפחות מוזהב. מרבית העתירות שהוגשו לבית המשפט העליון נגד חוקיות הפגיעה, נדחו. עובדה זו מלמדת על קוצר ידם של הכללים המשפטיים ועל החשיבות ביצירת הנורמות בהליך של הסכמה. במסגרת זו חיוניות ההעצמה של החיילים כקולקטיב בתהליך קבלת ההחלטות הנוגעות להם באמצעות התארגנות חיילים. אציין, כי במדינות בהן הוכרה זכות ההתאגדות ב-15 השנים האחרונות – כגון אירלנד,¹³⁴ דרום אפריקה,¹³⁵ וסלובניה¹³⁶ – הפגיעה בתנאי ההעסקה של החיילים היתה אחד הגורמים שהניע את מאבקם לייצוג עצמאי. הצלחת המאבק היא כמובן פרי גורמים חברתיים, פוליטיים ומשפטיים נוספים. בישראל, אנו עדים לשינוי איטי בתפישת הצבא ותפקידיו.¹³⁷ לניצני מוכנות החברתית מתלווה אמצעי משפטי רב עוצמה: חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, המחייב, כי הפגיעה בזכות היסוד תהא מכוח חוק, לתכלית ראויה ובמידה שאינה עולה על הנדרש ממהותו ומאופיו של השירות הצבאי. עקב המהפיכה החוקתית התפתח שיח זכויות המלווה בשינויים תרבותיים המקנים לגיטימיות לדרישות כלכליות שונות.

בראשית שנות התשעים נחקקו שני חוקי יסוד, שנפסק, כי הם מעניקים לבית המשפט סמכות לבחון את חוקתיותם של חוקים.¹³⁸ אמות המידה להפעלת הביקורת השיפוטית פותחו בפסיקה שניתנה במהלך שנות התשעים והן מוסיפות להתפתח ולהשתכלל עד עצם היום הזה.¹³⁹ חוקי היסוד בישראל אינם מעגנים זכות פרטיקולרית לשוויון או זכות לחופש התאגדות, הנפגעות כאשר מוגבלת זכותם של המשרתים בכוחות הביטחון להתאגד. אולם, הפסיקה קבעה כי מימדים של הזכות

¹³² בג"ץ 5060/96 קהלני נ' ראש הממשלה, פ"ד נד" (3) 270 (2000).

¹³³ בג"ץ 4157/98 "צוות" אגודת גימלאי שירות הקבע נ' שר האוצר, פ"ד נח(2) 769 (2004).

¹³⁴ Callaghan, *Unions in the Irish Defence Forces*, לעיל ה"ש 25, בעמ' 122-125.

¹³⁵ Heinecken, *Facing Challenge of Military Unionism*, לעיל ה"ש 93, בעמ' 88.

¹³⁶ Garb & Jelusic, לעיל ה"ש 16, בעמ' 105-109.

¹³⁷ להרחבה ראו צבא, חברה ומשפט (דפנה ברק-ארו עורכת, התשס"ב).

¹³⁸ ע"א 6281/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל – כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221 (1995).

¹³⁹ ראו לאחרונה: בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' ראש הממשלה, פ"ד נט(2) 481 (2005); בג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון נ' הכנסת, תק-על 2006(2) 1559 (2006), פרשת עדאללה, לעיל ה"ש 69.

שהאיסור בדבר התארגנות החיילים מביא לפגיעה בזכות יסוד, המוגנת במשפט הישראלי, הרי שהערכת חוקתיות הפגיעה מצריכה בחינת התקיימות תנאי פסקת ההגבלה הקבועה בסעיף 9 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו (להלן: חוק היסוד). וכך נאמר:

“אין מגבילים זכויות שלפי חוק זה של המשרתים בצבא הגנה לישראל, במשטרת ישראל, בשירות בתי הסוהר ובארגוני הבטחון האחרים של המדינה, ואין מתנים על זכויות אלה, אלא לפי חוק ובמידה שאינה עולה על הנדרש ממהותו ומאופיו של השירות הצבאי.”

הוראה זו מבטאת, בראש ובראשונה, את הרעיון, כי המדים אינם חוצצים בין החייל לבין זכויות האדם החוקתיות.¹⁴¹ עם זאת, גלומה בה הכרה בצרכיו הייחודיים של הצבא ובכך שבעטיים מרחב הגבלת זכויות היסוד של החייל גדול ממרחב הגבלת זכויות היסוד של האזרח.¹⁴² בהתאם לכך, הגבלת זכויות החייל לגיטימית רק במידה “שאינה עולה על הנדרש ממהותו ומאופיו של השירות הצבאי”. בהנחה שמתקיימים תנאיה של פסקת ההגבלה אזי הופכת הפגיעה בזכות היסוד לחופש

¹⁴⁰ לעניין מעמד הזכות לחופש התארגנות ראו בג”ץ הסתדרות העובדים הכללית נ’ בית הדין הארצי, לעיל ה”ש 51. כן ראו ע”ס 1008/00 הורן את ליבוביץ נ’ הסתדרות העובדים הכללית החדשה, פד”ע לה 145 (2000). לעניין מעמד הזכות לשוויון ראו בג”ץ התנועה לאיכות השלטון נ’ הכנסת, לעיל ה”ש 139, שם קבע הנשיא ברק כי פגיעה בזכות לשוויון, המגעת כדי פגיעה בזכות לכבוד, היא כזו שיש בה משום פגיעה באוטונומיה של הפרט. איסור ההתאגדות פוגע באוטונומיה של החייל בשני מובנים: ראשית, עצם הגבלת חירותו האישית של החייל להתאגד מהווה פגיעה באוטונומיה שלו. שנית, ההתאגדות הינה מכשיר להרחבת חירות הפרט, ועל כן מניעתה שקולה לצמצום מרחב האפשרויות של הפרט.

¹⁴¹ בג”ץ 6055/95 צמח נ’ שר הבטחון, פ”ד נג” (5) 241 (1999), פסקה 19, נאמר “מה נשתנתה פסקת ההגבלה הבטחונית, שבסעיף 9 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, מפסקת ההגבלה הכללית שבסעיף 8 לחוק-יסוד זה? אין ספק כי חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו עושה את זכויות היסוד לזכויות חוקתיות של כל אדם, ופסקת ההגבלה הבטחונית, כשהיא לעצמה, לא נתכוונה לצמצם את זכויות היסוד של המשרתים בכוחות הבטחון.” כדברי הנשיא ברק בבש”פ 3513/95 שרגאי נ’ התובע הצבאי, פ”ד נא(2) 686, 688 (1997): “אין מחלוקת כי זכויות האדם המוגנות בחוק היסוד הן גם זכויותיו של החייל. המדים אינם חוצצים בין החייל לבין זכויות האדם החוקתיות. זכויות האדם הן גם זכויות החייל כאדם.”

¹⁴² בג”ץ 3959/99 התנועה לאיכות השלטון נ’ הוועדה לעיון בעונש, תק-על 99(2) 275 (1999). באותו פסק דין מתאר השופט חשין בלשונו הציורית את מאפייניו הייחודיים של הצבא באומרו “אכן, מבנהו של הצבא – קרא: ארגון המשליט בתוכו אמות מידה נוקשות להתנהגות, ארגון המגיב בחומרה על כל סטיה מאותן אמות מידה – יכול ללמדנו כי פגיעה או פגימה באחת מן האונות המרכיבות אותו יכולות שתפגענה ותפגומנה באונות האחרות אף הן. צבא נעדר משמעת; צבא שאמון החיילים במפקדיהם מתערער; צבא שמפקדיו פוגעים במעשיהם במוראל העשייה; צבא שאין בו ‘אחרי’; צבא שיושרת מפקדיו נפגמת – אין עוד צבא הוא, בוודאי אין הוא צבא ראוי לשמו. על צבא מעין זה ייאמר: איש לאוהליך ישראל.” ראו בעניין זה גם: עניין צמח לעיל ה”ש 141, וכן אמנון רובינשטיין “על חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו ומערכת הבטחון” עיוני משפט כא 12 (1997).

לנוכח פסקת הגבלה הקבועה בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, איני סבורה שיש לעסוק בשאלה אם חייל נחשב מבחינה פורמלית לעובד,¹⁴³ שכן פסקת ההגבלה הקבועה בסעיף 9 משמיעתנו כי מוקד הניתוח החוקתי אינו בתבנית הפורמלית של ההעסקה, אלא בנחיצות המגבלות לאור אופיו ומהותו של השירות. מכאן, כי יש להתמקד באופן ישיר בשאלה אם האיסור הגורף על התארגנות החיילים הקיים בישראל הוא במידה המינימלית הנדרשת ממהותו ומאופיו של הצבא. כאמור, עתירה שהוגשה לאחר חקיקת חוקי היסוד בנוגע לחוקתיות איסור התארגנות של חיילים – נמחקה, לאחר שבית המשפט המליץ לעותרים לחזור בהם מן העתירה. במצב דברים זה קשה לזקק מפסק הדין את עמדת בית המשפט העליון במספר סוגיות עקרוניות: ראשית, האם ההסמכה כללית הקבועה בסעיף 2א לחוק השיפוט הצבאי, בצירוף פקודת מטכ"ל, מספקת את הדרישה שלפיה הפגיעה בזכות היסוד של החיילים תהיה "לפי חוק"¹⁴⁴ כאמור בסעיף 9 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו?

¹⁴³ כבר לפני שלושה עשורים נקבעה הלכה, שעליה חזר בית המשפט העליון מעת לעת, לפיה חייל אינו מהווה עובד (ובעניין זה ראו בג"ץ 278/72 עובד נ' שר הבטחון, פ"ד כו(1) 169 (1972)). בתקופה האחרונה זכתה הסוגיה לעיון מחודש. כך למשל בפסק דינו של בית הדין הארצי לעבודה בעניין ע"ע 1247/01 גדרה נ' מדינת ישראל, תק-אר 2006(1) 105 (2006), בו נדונה השאלה אם חייל בשירות קבע בצה"ל הוא בבחינת עובד, כך שלבית הדין נתונה הסמכות לדון בתביעה שהגיש חייל בקבע בנוגע לשירותו, לתנאי שירותו ולנסיבות סיום שירותו. בפסק דין זה נחלקו הדעות בין השופטים ולכן הכריעה דעתו של אב בית הדין, כמתחייב מסעיף 80 לחוק בתי המשפט. השופט אדלר, נשיא בית הדין הארצי לעבודה, סבר כי ניתן אמנם להגדיר חייל המשרת בשירות קבע כעובד לצורך זכויות מתאימות בחקיקת המגן, וזאת מכוח מבחן התכלית. עם זאת, לטעמו, אין מקום ליישם את המבחן התכליתי בהקשר לפיטורי חייל. כמו כן, הוא סבר כי על אף קיומם של טעמים התומכים בהוספת בית הדין לעבודה על שתי ערכאותיו כגורם מפקח על מוסדות הצבא, עדיף שהשינוי ייעשה בחקיקה או על ידי שינוי ההלכה בבית המשפט העליון. עתירה, שהוגשה לבית המשפט הגבוה לצדק, נדחתה (בג"ץ 1375/06 גדרה נ' בית הדין הארצי לעבודה (2006) (להלן: בג"ץ גדרה)). הטעם לדחייה היה ההכרה בכך כי לנושא מערכת היחסים בין משרתי צבא הקבע לצה"ל יש היבטים רבים הטעונים הסדרה, ודרך המלך להסדרה מורכבת זו היא באמצעות חקיקה. בית המשפט העליון הדגיש כי לעת עתה נוטה הכף לטובת שינוי ההלכה באמצעות חקיקה, אך גישה זו לא תעמוד לאורך ימים ושנים.

¹⁴⁴ סעיף 3 לחוק הפרשנות, התשמ"א-1981, קובע כי "הביטוי 'לפי', לענין חיקוק פלוני או ביטוי כיוצא בו – משמעו גם לפי תקנות שהותקנו מכוחו של החיקוק". יש לזכור, כי חוק הפרשנות אינו חל על חוקי היסוד שכן הוא מצוי מתחתם במדרג הנורמטיבי. עם זאת, עקרונותיו יכולים להדריך בפרשנות חוקי היסוד, "עד כמה שהן משקפות תרבות משפטית המשותפת לקהיליה המשפטית הישראלית" (מתוך בג"ץ 1384/98 אבני נ' ראש הממשלה בנימין נתניהו, פ"ד נב(5) 206, 210-211 (1998)).

145 והוא אף זכה לחיזוק בפסיקה האחרונה המצמצמת את יכולת רשויות המינהל להשתמש בהסמכות כלליות שאינן מפורטות דיין לפגיעה בזכויות יסוד מוגנות. 146 לנוכח אפשרות קיומה של מחלוקת פרשנית לגיטימית, בנוגע לפרשנות הרכיב "לפי חוק" הקבוע בסעיף 9 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, חשוב היה שבית המשפט יידרש לסוגיה זו לגופה. 147 שנית, דווקא על רקע שכיחותם במשפט המשווה של דפוסי התאגדות מוחלשים, בתמהיל כזה או אחר, חשוב היה לראות את הטעמים לכך שבית המשפט סירב לראות בהם מענה מידתי לצורך להתחשב בשונותם של החיילים. טענות אלה מחזקות את חשיבותו של מתן הנמקת פסק הדין, בעיקר בהיבט מידתיות הפגיעה. מחיקת העתירה מנעה איפוא דיון משפטי חשוב בסוגיה מורכבת זו. דיון משפטי כזה עשוי היה להתניע דיון ציבורי ביקורתי אודות היקפה הראוי של זכות ההתארגנות של החיילים בישראל בראי המודלים השונים של התארגנות מוחלשת – מזה, והצרכים הבטחוניים הייחודיים של מדינת ישראל – מזה. 148

145 בג"ץ אופק, לעיל ה"ש 122, עובר לפסק הדין עוגנה שלילת זכותם של השוטרים להתארגן בפקודות הקבע, להן הסכים העובד. בית המשפט קבע, כי ההגבלה צריכה להיות בחקיקה ראשית או מבוזזת, ובעקבות זאת תוקנה הפקודה.

146 ראו לדוגמה: ע"פ 1641/04 לוי נ' מדינת ישראל, פ"ד נט(3) 785 (2004).

147 בעניין צמח, לעיל ה"ש 141, הותרה שאלה זו בצריך עיון. בפסקה 20 לפסק הדין נאמר, כי "כיום קיים עדיין הבדל לשוני בין סעיף 8 לבין סעיף 9 בנוגע לאפשרות של פגיעה בזכויות היסוד באמצעות חקיקת – משנה: סעיף 8 מאפשר פגיעה כזאת רק 'לפי חוק כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו', ואילו סעיף 9 מאפשר פגיעה 'לפי חוק', ולא יותר. האם זהו גם הבדל מהותי? בית המשפט עדיין לא פסק בשאלה זאת. במקרה הנדון אין צורך לפסוק בשאלה זאת, שכן הפגיעה בחירות האישית, מכוח הסמכות לעצור חייל, נקבעה בחוק עצמו ולא בחקיקת-משנה."

148 בבג"צ גדרה לעיל ה"ש 143, קיימת התייחסות למורכבות השינוי המשפטי הנחוץ כתוצאה מן השינויים בתפישה החברתית של החייל בצבא הקבע לפיה "השינויים החברתיים חלו אצלנו במשך השנים וחייבים מבט שונה על אופיו וטיבו של השירות בצבא הקבע. עם זאת, מורכבותו של השינוי שמקורו בהשקפה החורגת מההשקפה המסורתית ביחס לאופי השירות הצבאי מעלה בעיות מסוגים שונים. גם אם נקבע שאין מדובר ביחסים המעוגנים בסטטוס אלא בחוזה עבודה, אפשרית התייחסות שונה

לאור ניצני תהליך הבשלה חברתית לקראת בחינתם של הסדרים מידתיים יותר והכרה בזכות התארגנות או התאגדות, ולו מוחלשת, של המשרתים בכוחות הביטחון אין לשלול, כי קריאת התיגר המחודשת על הדין המצוי תהא בדרך של הגשת עתירה נוספת לבית המשפט העליון. העובדה, שהעתירה הקודמת בעניין זה נמחקה, ולא נדחתה, מאפשרת הגשת עתירה נוספת באותו עניין, אפילו על ידי אותם בעלי דין (וכל שכן באמצעות בעלי דין אחרים) מבלי שתעמוד טענת מעשה בית דין. האם הזירה המשפטית מתאימה להתמודדות עם אתגר זה? מחד גיסא, ניתן לאמר כי זירה זו אינה מתאימה, שכן השינוי הנדרש אינו רק ביטול אופיו המוחלט של איסור ההתארגנות. במקביל לביטול האיסור המוחלט, נדרשת התווית תווי פניה של המסגרת החדשה, המותרת, היינו, היקף ההגבלות עליה – מזה, ומנגנונים ליישוב סכסוך כלכלי – מזה. התוויית ההסדרים הקונקרטיים הוא עניין של מדיניות. גיבוש מדיניות – ובמיוחד מדיניות מורכבת כזו – אינו יכול להתבצע בזירה המשפטית, ולכן לכאורה זו אינה מתאימה לריכוך האיסור הנוכחי. הזירה המתאימה למאבק היא הזירה הפוליטית – ציבורית. מאידך גיסא, ניתן לטעון כי הסעד המבוקש מבית המשפט הוא ביטול האיסור המוחלט, שאם יושיט בית המשפט סעד זה, יחל תהליך עיצוב תווי פניה הקונקרטיים של המסגרת המותרת בקרב מעצבי המדיניות. מכאן, כי הזירה המשפטית אינה נדרשת לעצב את המודל החדש. די בהשעיית תוקפו של הסעד החוקתי המבטל את אופיו המוחלט של האיסור – ברוח הפסיקה בדרום אפריקה – על מנת שלשחקני הזירה הפוליטית-ציבורית תהיה השהות הנדרשת לעיצוב מודל מתאים לישראל.¹⁴⁹ בדרך זו, למעשה, צעד בית המשפט בעניין צמח בהקשר לביטול תקופת המעצר הצבאית שנקבעה בדין, כשתקופת המעצר הצבאית היתה ארוכה מזו האזרחית. באותו עניין השהה בית המשפט את תוקף פסיקתו למשך שישה חודשים על מנת לאפשר להיערך לתוצאת הביטול. כאן מגיעים אנו לשאלה המהותית כיצד – אם בכלל – ניתן לאזן בין הרצון לאפשר לחיילים ליהנות

¹⁴⁹ לשיקולים בעניין השעיית תוצאת בטלות החקיקה ראו: יגאל מרזל "השעיית הכרות בטלות" משפט וממשל ט 39 (התשס"ו).

3. קווים מנחים בהסדרה

מתכונת ההסדרה הרצויה אינה מצריכה כאמור הכרעה בשאלה אם החייל – ובמיוחד החייל בצבא הקבע – מהווה "עובד". שימוש בתבנית העסקה של "עובד – מעביד" אינו תנאי הכרחי או מספיק להקניית זכות ההתארגנות. תבנית העסקה זו אינה תנאי מספיק, שכן ניתן לשלול בחקיקה את זכות ההתארגנות חרף סיווג המועסקים כ"עובדים".¹⁵⁰ תבנית העסקה זו – וזה העיקר – אינה תנאי הכרחי. הטעם לכך הוא שהרציונלים להתאגדות אינם מוגבלים לקיום תבנית העסקה פורמלית של "עובד", שכן חולשת המועסקים יכולה להתקיים, ואף להתגבר, בתבניות העסקה שונות. כך, למשל, בארגונים בעלי אופי היררכי, חולשת המועסקים רבה יותר ולכן הצורך בהתאגדותם משמעותי יותר. משהוכר, מבחינה מהותית, הצורך בהתאגדות החיילים לצורך שיפור תנאי העסקתם (כפוף לאפשרות הגבלת מימדים מסוימים לשם שמירה על אינטרסים ציבוריים דוגמת בטחון המדינה) – ניתן למצוא גם את הטכניקה להגשמתו. למשל, ניתן לפרש את הרכיב "עובד" לצורך החקיקה המכוננת את ארגוני העובדים – ולצורך זה בלבד – ככוללת גם חיילים. מהלך פרשני כזה נקט בית המשפט העליון בדרום אפריקה בהקשר לסעיף 23 לחוקה, שעניינו הכרה בזכות העובדים להתארגן בארגוני עובדים.¹⁵¹ נקיטת מהלך פרשני זה אפשרית גם בישראל שכן כבר נפסק כי למונחים "עובד" ו"מעביד" אין משמעות אוניברסלית; המשמעות שנודעת להם קשורה קשר הדוק להקשר החקיקתי בו מופיעים ביטויים אלה ולתכליתו של החוק בו הם מופיעים.¹⁵² כמו כן, ניתן לכנות את ההתאגדות "ארגון חיילים" ובכך לחמוק מהצורך בסיווג מעמד החיילים כעובדים ולהתמקד בשאלה,

¹⁵⁰ כך, לדוגמה, השוטרים בישראל נחשבים ל"עובדים" (ראו בג"ץ 1214/97 חלמיש נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד נג' (2) 647, 662 (1998)), אך זכות ההתארגנות נשללה מהם בחוק במפורש (סעיף 93ב לפקודת המשטרה [נוסח חדש], התשל"א-1971).

¹⁵¹ ראו הדין אודות דרום אפריקה בפרק ג'(2)(ב) לעיל.

¹⁵² דנג"ץ 4601/95 סרוסי נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד נב' (4) 817 (1998); ע"ע 300274/96 צדקא נ' מדינת ישראל, פד"ע לו' 625 (2001).

שלילה מוחלטת של חופש ההתארגנות מעוררת, לדעתי, קשיים חוקתיים, בעיקר במסגרת מבחן המידתיות. הניסיון ההשוואתי מחזק את הטענה כי עוצמת הפגיעה בזכות ההתארגנות של החיילים, כתוצאה משלילת זכותם להתארגן, עלה על הנדרש להגשמת התכלית הבטחונית. מנגד, אין הכרח חוקתי להקנות לארגון את מלוא הזכויות הארגוניות המוקנות לארגון במקומות עבודה אזרחיים, והדברים אמורים במיוחד לגבי זכות השביתה. מודל, בו רשאים החיילים לשבות, קיים במדינה אחת בעולם (שוודיה) ודומני, כי ישראל שעוצמת צרכיה הבטחוניים מהגבוהים בעולם אינה צריכה להיות המדינה השנייה שתאמץ מודל כזה. המודל הראוי הוא איפוא מודל ביניים על בסיס התאגדות מחוזקת או התארגנות מוחלטת שעל גווניהן השונים עמדתני לעיל. להלן אציע מספר קווים מנחים כלליים בהתוויית תווי פניו הייחודיים של המודל הישראלי. קווים מנחים אלה אינם מתיימרים למצות את הדיון בסוגיית הסדרת זכות ההתארגנות של החיילים בחברה דמוקרטית. הקווים המנחים המוצעים אמורים להיות חומרי גלם ראשוניים לדיון עומק בקרב מעצבי המדיניות הציבורית בדבר אופן התאמתו של חופש ההתארגנות לתנאי הארץ ותושביה.

כפי שראינו, ניתן להצביע על שני מודלים מרכזיים המקנים למשרתים בכוחות הביטחון זכויות התארגנות/התאגדות. שני מודלים אלה מבטאים תפישות עולם שונות באשר לאופן ולמידת שיתוף חיילים בהליך קבלת ההחלטות, כשבשני המודלים נשללת זכות השביתה: המודל האחד הוא **התארגנות מוחלטת**, בו רשאים החיילים להקים ארגון לשם ניהול משא ומתן קיבוצי, אלא שכוחותיו מוגבלים. המודל השני הוא **התאגדות מחוזקת**, בו רשאים החיילים להתאגד כשהדגש בהתאגדות אינו על משא ומתן קיבוצי אלא על ייצוג האינטרסים לפני מקבלי ההחלטות. שני המודלים מצויים במרחב התמרון החוקתי ולכן הברירה ביניהם היא עניין של מדיניות. מרבית המדינות אימצו את מודל ההתאגדות המחוזקת. כמו כן, הניסיון בדרום אפריקה המתואר לעיל מלמד על הקושי הכרוך במעבר חד, וללא

האם המודל הקיים בפקודת המשטרה, שתמציתו הקמת מועצות ציבוריות המייעצות לשר בעניינים הנוגעים לרווחתם של השוטרים, ראוי להוות מקור השראה בעיצוב המודל הראוי? תשובתי לשאלה זו היא, כי המודל הקיים מצומצם וככזה – אין הוא מספק ערובות ראויות לקיומם של יחסים קיבוציים אפקטיביים. הגם שההסדר הקבוע בפקודת המשטרה לא נבחן בחיי המעשה (שכן לא הוקמו המועצות הציבוריות), ניתן להצביע על מספר חולשות מרכזיות בעטיין אין להרחיבו כמו שהוא בעתיד: ראשית, החוק אינו מבנה מנגנון ליישוב סכסוכים כלכליים ובהעדר הבניה כזו קיימת סכנה כי המלצות המועצה הציבורית, ראויות ככל שתהיינה, תידחנה על ידי השר מחמת אילוצים תקציביים. מכאן, כי מודל זה משכלל אולי את מנגנוני הדיאלוג בין השוטרים לרשויות המשטרה אך בהעדר הבניה של מנגנון ליישוב סכסוכי עבודה אין בכוחו להבנות יחסי עבודה קיבוציים אפקטיביים בין הצדדים, כשעל חשיבות הבניה זו, נוכח שלילת זכות השביתה, עמדתי לעיל. שנית, ההסמכה כללית ואינה מגדירה את היקף הסמכויות הנתון למועצה, את הרכבה ואת דרכי עבודתה. בעניינים אלה הסמיך החוק את השר לקבוע פרטים בתקנות. פרטים אלה ואחרים (כגון נגישות נציגי השוטרים למידע על מנת שיוכלו להציג עמדה מושכלת לפני הוועדה) – חשובים מכדי להותיר את הסדרתם בידי מחוקק המשנה. הימנעות המחוקק מלהסדיר פרטים חשובים אלה מחזקת את הטענה כי הסמכה זו לא נועדה לחולל שינוי מהותי ביחסי העבודה, אלא, לכל היותר, ליצור בימה נוספת לדיאלוג. **שלישית**, מושא הייעוץ הוא ענייני רווחה. ביטוי זה נתון לפרשנות באיזו מידה הוא כולל תנאי העסקה של השוטרים. מחד גיסא, ניתן לטעון כי תנאי העסקה כלולים במונח "רווחה", שהרי אלה משליכים על רווחת השוטרים. הרקע ההיסטורי להקמת המועצה תומך בפרשנות זו. מנגד, ייתכן שהשימוש במטבע הלשון "רווחה" דווקא בא להבהיר כי למועצה אין כל מנדט לייעץ בענייני שכר, אלא בהקשרים רחבים

למעשה, אחד הדגשים המרכזיים במודל הראוי – ובוזה, בין היתר, מובחן ההסדר המוצע על ידי מן ההסדר הקבוע בפקודת המשטרה – הוא הבניית מנגנון ליישוב סכסוכים העלולים להתגלע בשלבים השונים של מימוש זכות הייצוג. מנגנון כזה חשוב על מנת למנוע מצב בו ההתארגנות – על גווניה השונים – תתפש כמדומה לנוכח הגבלת זכות השביתה ומימדים נוספים של חופש ההתארגנות, והותרת סמכות הכרעה בלעדית בסכסוך בידי רשויות הצבא. במצב דברים, בו ביזור העוצמה של המעסיק אינו ממשי, עלולה להיווצר תחושת תיסכול ומרמור. טענתי היא איפוא כי יש לנקוט מהלך משולב של הפחתת כוחות ההתארגנות מקום שהדבר נדרש מטעמים בטחוניים, ובמקביל – העצמת ההתארגנות בדרך של כינון וחזוק מנגנונים ליישוב סכסוכים כלכליים. מהלך משולב זה חיוני, לטעמי, להגשמת האיזון בין זכויות החיילים – מזה, וצרכיה הבטחוניים של המדינה – מזה.

היבט נוסף, לו יש לתת את הדעת, הוא זהות הצדדים המקיימים את הדיאלוג. את הייצוג באמצעות התאגדות חיילים יש להקנות בשלב ראשון למשרתים בצבא הקבע. אין צורך להכביר מילים על כך שהשירות בקבע, ובמיוחד בתפקידים שאינם קרביים, דומה במובנים רבים למקום עבודה אזרחי. בסופו של יום, מדובר במסגרת תעסוקתית שאליה מתייצב האדם מדי יום עד גיל הפרישה; השירות בקבע – להבדיל משירות חובה או מילואים – הוא על בסיס רצוני; התגמול דומה בטיבו ובסדריו הגודל שלו לנהוג במסגרות תעסוקתיות אזרחיות. בשלב שני – ולאחר הצטברות ניסיון והסקת מסקנות – יש לפתוח את שערי ההתאגדות גם לחיילי המילואים. העובדה, שחיילי המילואים הם חלק מהותי ממערך ההגנה של מדינת ישראל, הופכת את זיקתם לשירות למשמעותית, הן בהיבט האיכותי והן בהיבט הכמותי. זיקה משמעותית זו מצדיקה את שילובם בהליך קבלת ההחלטות הנוגע להם. בשלב השלישי – אם בכלל – יהיה מקום לבחון את האפשרות להרחיב את זכות ההתאגדות של המשרתים בשירות סדיר לאור הלקחים שייצברו משני השלבים הקודמים.

האם ראוי כי ההידברות תתקיים עם רשויות הצבא? על מנת להשיב על שאלה זו באופן מדויק נחזור לשלבים השונים של תהליך הקצאת הזכויות, שתואר בפרק ב' במאמר זה. בשלב הראשון, הממשלה קובעת את שיעור התקציב הכולל העומד לרשות רשויות הצבא, כשיעור זה משפיע בהמשך על היקף המשאבים העומדים לשם מימון זכויות החיילים. אני סבורה, כי מאחר שההחלטה על שיעור התקציב מתקבלת בידי הדרג הפוליטי, יש לאפשר לנציגי ההתאגדות להשמיע את קולם לפני דרג זה באופן ישיר ובלתי אמצעי. בשלב השני (בו נקבעים סדרי העדיפויות על ידי רשויות הצבא בין הצרכים הצבאיים לבין זכויות החיילים) ובשלב השלישי (בו נקבע סדר העדיפויות בין קבוצות החיילים השונות, וזאת – לאחר שנקבעה הכמות הכוללת של המשאבים העומדים למימון תנאי ההעסקה של כלל החיילים) נעשית הקצאת הזכויות בידי שר הביטחון ורשויות הצבא. בשלבים אלה ההידברות תהא עם שר הביטחון ועם רשויות הצבא ובכך יישמר המבנה ההיררכי של המערכת הצבאית. עם זאת, יש להניח, כי בפועל ירוכך קמעה המבנה ההיררכי בשל ערוץ ההידברות הישיר שנפתח בשלב הראשון בין התאגדות החיילים לדרג הפוליטי. פירות ההידברות בשלב הראשון עם הדרג הפוליטי עשויים להקרין על מתכונת ההידברות בשלב השני ובשלב השלישי עם רשויות הצבא. הקרנה זו, ככל הנראה, תעצים במידה מסוימת את כוח החיילים במסגרת המבנה ההיררכי, ועקב כך תגדיל את התועלת שבהידברות זו.

אופן ייצוג החיילים צריך להיות כפוף למשטר של רישוי ובקרה, וזאת – משני טעמים: ראשית, נדרשת בדיקה מתמדת כי ההתאגדות עומדת במגבלות שנקבעו בחקיקה על מנת למנוע פגיעה באינטרסים בטחוניים. על הפיקוח להיות הדוק ושוטף. שנית, נושא היקף הייצוג עשוי לעורר מחלוקות פנימיות בין החיילים. מחלוקות אלה עלולות בטווח הארוך לפגוע בלכידות הצבאית ולכן נדרשת הסדרה. ההסדרה יכולה להיעשות באמצעות גוף מינהלי שיפעיל משטר של רישוי ופיקוח על כמות ההתאגדויות והיקף הייצוג הנתון לכל התאגדות. כאן תידרשנה הכרעות בשאלות מדיניות לא פשוטות, כגון אם הצבא בכללותו הוא יחידה אחת המיוצגת בידי התאגדות אחת (כנהוג בגרמניה), או שמא ניתן לפצל את הייצוג בין כמה ארגונים בהתאם לחילות, למקצועות, לדרגות, לדפוס העסקה (קבע או מילואים), וכיוצא

סוגיה נוספת לה יש לתת את הדעת היא סוג העניינים שהם מושא לדיאלוג. ברוח המודל האיירי, אני סבורה, כי את נושאי הייצוג ראוי להסדיר באמצעות תקנות ובכך להקנות בהירות לגבי היקפה הענייני של זכות הייצוג ולצמצם מחלוקת אפשריות סביב היבט זה. בתקנות אני מציעה לקבוע, כי הייצוג יכול את תנאי השכר והטבות נלוות וכן תנאי ההעסקה במונח הרחב (כגון תנאי פרישה, ניוו עובדים, שירותי בריאות, בטיחות, מסגרת שעות ההעסקה, וכיוצא באלה). הוראה שכיחה בשיטות המשפט שנסקרו, אשר אותה אני מציעה לקבוע, היא, כי הייצוג לא יהיה בעניינים הנוגעים להיבטים מבצעיים, למשטר הצבא ולמשמעת בו. במקביל, מציעה אני, כי תקבע זכותה של ההתאגדות החיילים לקבל מידע, הדרוש לשם הצגה מלאה של טענותיהם על מנת למצות באופן מלא ויעיל את הדיאלוג וזאת – בכפוף לצורך שלא למסור מידע מטעמים של בטחון המדינה. כאשר מידע לא יימסר מטעם כזה יובא דבר חלקיות המידע לידיעת ההתאגדות.

ההיבט האחרון, שאליו אבקש להתייחס, נוגע לשני צידיה של מקבילית הכוחות, היינו, הטלת הגבלות ייחודיות על התאגדות החיילים – מזה, והעצמת כוחותיה של ההתאגדות בהיבט מנגנון ליישוב סכסוכים – מזה.

(א) הגבלות המוטלות על חופש ההתארגנות של החיילים – הסקירה ההשוואתית שהוצגה יכולה להוות מקור השראה לגבי טיב ההגבלות האפשריות על זכות ההתארגנות של החיילים, וזאת – בהתחשב בצורך המיוחד בצייתנות

153 ההגבלות בחלקן הינן זהות בעיקרן וביניהן ניתן למנות את איסור השביתה; איסור החבירה לארגון עובדים או לכל גוף אחר ללא הסכמת שר הביטחון; איסור חבירה בדרך כלשהי לגופים פוליטיים; איסור קבלת תרומות מכל גוף שהוא; איסור תמיכה, עידוד או מתיחת ביקורת על ידי ההתאגדות בעת פעילות צבאית, אימונים לקראתה או הכנות לקראת אלה. במרבית המדינות קיימת הוראה, שלפיה פעילות התארגנות החיילים מושעת (למעט פעילות פיננסית ומינהלתית) מרגע ההכרזה על מצב חירום ועד תום ההכרזה. הוראה זו אינה מתאימה למצב המשפטי בישראל דהיום, בו קיימת הכרזה על מצב חירום מעת קום המדינה וזו טרם הוסרה. קביעה, כי די בהכרזה על מצב חירום כדי להשעות את פעילות ההתאגדות, תרוקן אותה מתוכן מעשי. משכך, מציעה אני, כי לשר הביטחון תהיה סמכות מיוחדת להשעות את זכות ההתאגדות לתקופות קצובות, הניתנות להארכה, מעת לעת. לשם כך, על שר הביטחון להשתכנע בדבר קיומם של טעמים בטחוניים מיוחדים, מהם ניתן ללמוד על "מצב בטחוני מיוחד", אשר מצדיקים את השעיית הזכות.

(ב) הקמת מנגנון ליישוב סכסוכי עבודה – הצעתי הינה להקים גוף מעין שיפוטי, בו יכהנו שופטי בית הדין לעבודה בדימוס, ואשר תפקידו יהיה, בראש ובראשונה, יישוב סכסוכים כלכליים מובהקים לגבי תנאי ההעסקה העתידיים של החיילים, וזאת, כאשר הצדדים לא הצליחו להגיע לעמק השווה. כאן תידרש הבניה עדינה ומדויקת של מנגנוני יישוב הסכסוך והתנאים לעריכתם. בנוסף, לפני הטריבוטל ניתן וראוי יהיה להביא סכסוכים העלולים להתגלע במהלך ההידברות ובנוגע להיקף מימושה, כגון: ההחלטה שלא לרשום התאגדות מחמת אי עמידתה במגבלות המתוארות; ביטול רישומה של התאגדות מחמת הפרת ההגבלות האמורות; ההחלטה על היקפה של יחידת הייצוג; היות הנושא נתון מבחינה עניינית לדיאלוג; קיום הצדקה בטחוניית לחסיון מידע מן ההתאגדות; קיום הצדקה להכרזה על "מצב בטחוני מיוחד" בו מושעית הפעילות הארגונית, ועוד.

153 ראה הדיון בפרק ג'(ב) (2) לעיל.

אלה הקווים המנחים הראשוניים בעיצוב זכות החיילים להתאגד על מנת להשמיע את קולם.¹⁵⁴ קווים אלה מבקשים להתגרות בהשקפה החברתית (שהפכה לכמעט אכסיומה), שלפיה התארגנות חיילים כשלעצמה מסכנת את בטחון הציבור. הם טעונים כמובן פיתוח, עיבוד וליבון נוספים, שאותם לא התיימרת למצות במאמר זה. פרישת הקווים המנחים נועדה להוכיח כי בהשראת הניסיון העולמי ניתן לשרטט מודלים מרוככים של התאגדות חיילים, שאותם יש להתאים לתנאי הארץ ותושביה.

ה. סיכום

בסוגיית התאגדות החיילים ניתן לזהות שתי תפישות פוליטיות.¹⁵⁵ תפישה בטחונית הרואה בחייל כלי שרת של מטרה בטחונית עליונה. תפישה זו שמה דגש, ככל הניתן, על שימור המבנה ההיררכי של ארגונים המספקים שירותי בטחון לציבור. היררכיה זו נחשבת, בסוג ארגונים זה לערך עליון; ככזו היא דוחקת לשוליים ערכים אחרים, ובכלל זה ערכים המגלמים את זכויות הפרט. מנגד, תפישה אזרחית שבאה לידי ביטוי בארצות הסקנדינביות, הרואה בחייל אזרח שווה זכויות אשר עיסוקו אינו אמור בהכרח לגרוע מזכויותיו. בהתאם לתפישה זו, שירות צבאי הוא חלק אינטגרלי מן האזרחות ולכן הזכויות האזרחיות חלות בו בהתאמה ואינן מושעות כליל.

לכאורה, גם בגדר התפישה האזרחית ניתן למצוא גוונים עיוניים שונים. תיתכן גישה המקבלת, כנקודת מוצא דיונית, את הדיכוטומיה בין הצבא לבין מקומות עבודה אזרחיים. על פי גישה זו, יש להתמקד בשאלת הדמיון והשוני בין הצבא לבין

¹⁵⁴ קווים כלליים אלה משתלבים בהמלצותיו לשינוי של צוות יחסי עבודה במשק, ראו: המכון הישראלי לדמוקרטיה, לעיל ה"ש 128, בדבר, בין היתר, הקמת רשות ליחסי עבודה בה יהיו נציגים לרשויות המדינה, לארגוני המעסיקים, לארגוני העובדים ולארגונים אחרים בחברה האזרחית. על-פי ההמלצה, יהיה לרשות תפקיד ביישוב סכסוכים בעלי אופי כלכלי – פוליטי בשירות הציבורי, בגיבוש אמות מידה מוסכמות לגבי העסקה בשירות הציבורי וסיוע בגיבוש מדיניות תעסוקה והעסקה באופן כללי. עוד הוצע להטיל חובת היוועצות ברשות, אם כי המלצותיה אינן מחייבות את רשויות השלטון. אי – קיום החובה להיוועץ ברשות והתעלמות מהמלצותיה יהוו משקל בבחינה שיפוטית של החלטות מדיניות. כמו כן, הציע הצוות לאתר תחומים בהם הסכסוכים הם בעלי השפעה קשה במיוחד על המשק והציבור, ולקדם בהם שימוש בבוררות חובה כברירת מחדל שהצדדים לסכסוך רשאים לעקוף על ידי אימוץ הליך מוסכם להשגת פתרונות.

¹⁵⁵ G. Harries-Jenkin, *Trade Union in the Armed Force*, מתוך **איגודים מקצועיים בארה"ב**, לעיל ה"ש 11, בעמ' 54.

156 אוטומיזציה זו תיתכן אולי כאשר מדובר

בזכויות אינדיווידואליות. אולם, היא אינה אפשרית שעה שהמדובר בזכויות קולקטיביות דוגמת זכות ההתאגדות. על מנת שזכות ההתאגדות תהיה אפקטיבית נדרש כי הבחינה תיעשה בדרגת הפשטה גבוהה. ככל שדרגת ההפשטה גבוהה יותר, בה במידה מתחדד המתח בין התפישה הבטחונית לבין תפישה אזרחית מובהקת. הגישה האזרחית המובהקת יוצאת מנקודת מוצא דיונית שלפיה חיילים הינם "אזרחים במדים", ומשמעות הדבר היא שהחיילים נהנים מאגד הזכויות האזרחיות, אלא אם כן קיים טעם ראוי ומבורר להגבלתן. על פי גישה זו, נטל השכנוע מוטל על המבקש להגביל את זכות ההתאגדות ולא על המבקש להעניקה. הטלה זו של נטל השכנוע מבטאת פתיחות מוגברת לעיגון זכות ההתאגדות של החיילים והזכויות הנגזרות ממנה ביחס לגישות המתוארות לעיל. היא מעבירה מסר, כי לא ניתן להצדיק הגבלת הזכות בטיעונים כוללניים של בטחון המדינה, אלא נדרשת תשתית עובדתית הולמת המבססת את נחיצות ההגבלה הקונקרטית. נקודת מוצא דיונית, שלפיה החיילים הינם "אזרחים במדים", נוהגת כאמור בגרמניה והיא אומצה כעיקרון מנחה על ידי ארגון הגג של התאגדויות החיילים באירופה (EUROMIL).

הבחירה הפוליטית בין התפישות השונות מעוצבת מתוך זהותה של החברה בישראל ובה בעת מעצבת אותה. זהות זו נובעת ממידת נכונותה של החברה להגדיר עצמה, חרף הצרכים הבטחוניים המוגברים, כחברה אזרחית המכירה בזכויות האדם של חייליה, בכפוף לקיומו של טעם ראוי ומבורר להגבלת חלק ממימדי זכות החיילים להתארגנות. כאמור, שאלת קיומו של טעם ראוי ומבורר צריכה להיבחן תוך פתיחות מחשבתית להשקפה – שיש לה עוגן בפרספקטיבה השוואתית – לפיה התאגדות חיילים, כשלעצמה, אינה מהווה איום בטחוני. את המאמץ המחשבתי יש איפוא להשקיע בהבניה מדויקת של זכות ההתאגדות ובבחינה ביקורתית מתמדת של נחיצות הגבלה מסוימת של הזכות.

156 ראו ברק-ארו "חווה עבודה", לעיל ה"ש 117.

המודלים השונים שנפרשו במאמר זה, כמו גם הקווים המנחים שהצעתי, יכולים לסייע לבחינת מחודשת של הסוגיה ולהתווייתו של הסדר חדש. הסדר, שתחילתו הכרה בזכות ההתארגנות המוקנית לכל חייל כאזרח שווה זכויות וסופו בבחינתן של הגבלות ספציפיות המתחייבות מאופי השירות והאינטרס הבטחוני. לאמור: הסדר העולה בקנה אחד עם חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ומהווה יישום נוסף של הבשורה החוקתית והאזרחית הטמונה בו.

דיני המלחמה כמסגרת כוללת להסדרת הריגה מוסדית

רפאל ביטון*

א. מבוא ב. על ההתפתחות ההיסטורית של הפרקטיקה והנורמה ג. משטר נורמטיבי חדש-ישן: דיני המלחמה ד. על הצידוק להרוג בעת מלחמה 1. הגנה עצמית אינדיווידואלית 2. הגנה עצמית ככלל יעיל ובר יישום 3. הגנה עצמית במלחמה ה. טיעונים של **Just War Theory** 1. התיאוריה של התוקפנות 2. ארגוני טרור והתיאוריה של התוקפנות 3. דרישות הסף להגדרת ארגון טרור כ"תוקפן" 1. הטיעון התועלתני 1. ארגון טרור ומדינה – מאזן הכוחות הפרדוכסלי 2. תמרוץ מלחמות בהיקף מלא 3. יעילות הנורמה המוצעת בהיבט האכיפה (א) יעילות דיני המלחמה (ב) דיני המלחמה כבסיס להגנת אזרחים מפני טרור (ג) דיני המלחמה כמסגרת של פתרונות מוכרים ומקובלים ז. המשמעויות שבהחלת דיני המלחמה 1. יעדים מותרים 2. שיטות מותרות 3. אזורי הריגה מותרים: ריבונות ואחריות 4. פשעי מלחמה וסטטוס של לוחמים ח. החלת דיני המלחמה אל מול ביקורות כלפי הריגה מוסדית 1. הריגה ללא משפט 2. שיטות ההריגה המוסדית 3. פרסונליזציה של המלחמה 4. טשטוש ההגנה לאזרחים 5. מדרון חלקלק 6. טיעון היעילות ט. בג"ץ 769/02 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל 1. על הקביעה כי מדובר בסכסוך מזוין בינלאומי 2. על הקביעה כי חברי ארגוני הטרור הם אזרחים 3. תכלית ההגדרה של "לוחמים" 4. על היעדר הגנה מול צידוק להרוג 5. על תכלית ההבחנה בין לוחמים לאזרחים 6. על פרשנות דיני המלחמה י. סיכום

* הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל אביב. אני מבקש להודות לד"ר יובל שני מהאוניברסיטה העברית ולאלון כהן מבית הספר לכלכלה באוניברסיטת תל אביב על הערותיהם החשובות ששיפרו רבות את תוכן המאמר. תודה מיוחדת לפרופ' חיים גנו מהפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל אביב, אשר תחת הנחייתו הנאמנה יצא חלק מעבודת הדוקטורט שמאמר זה נולד ממנו.

א. מבוא

עניינה של רשימה זו במה שאכנה "הריגה מוסדית". באומרי "הריגה מוסדית", כוונתי להריגה מתוכננת באמצעות זרועות הביצוע של שלטון מדינתי או מי מטעמו, של פרט או של כמה פרטים, שזהותם ידועה ומכוונת מראש, ושלא במסגרת הליך שיפוטי ראוי.¹ דיון בתופעת ההריגה המוסדית מעלה, בדרך כלל, שמות אחרים, המקובלים יותר בשימוש, דוגמת: "חיסולים", "Targeted Killing", "סיכול ממוקד" או "Preventive Killing". לטעמי, שמות אלה עלולים להחטיא את עיקר הייחוד של התופעה. מעשי הריגה, ואפילו הריגה מונעת, נעשים גם על ידי אינדיווידואלים שלא במסגרת מנגנון ביצוע מדינתי. ייחודה של תופעה זו הוא בעיקר בשניים: הריגה מחד גיסא ומנגנון שלטוני לא שיפוטי, מנגד. אני סבור שראוי ששמה של התופעה יישא את המייחד אותה, היינו, השילוב החמור, המשלב ישיבות ואישורים, ניירת ודם. מינהל והרג. בהתאם, לאור תוכנה של רשימה זו, אני מוצא כלא נכון את השימוש בשם "חיסול". מנגד, אני מוצא כבלתי מתאים שימוש בשם "מיתמם" כ"סיכול".

עיקר ההריגה המוסדית בימינו, לפחות זו הנעשית בידי מדינות מערביות ודמוקרטיות, יוצא אל הפועל בהקשר של מלחמה בטרור. אין זו מציאות מובנת מאליה כלל וכלל. בימים עברו נחשבה הזכות להרוג אינדיווידואל מסוים לפררוגטיבה שלטונית, יהא הרקע אשר יהא.² זאת, על אף שעקרון קדושת החיים ויישומו בדרך של איסור על רצח הם מן העקרונות המוקדמים שקיבלה החברה האנושית. העיגון המודרני העיקרי של האיסור על הריגה בידי המדינה נקבע לראשונה באמנות האג (1899 ו-1907). נוסח זה אף מצא מקומו מאז במספר רב של הסכמים בינלאומיים – כמעט ללא שינוי – והוא חל על מעשי הריגה שהם בבחינת treacherous, שמקובל לפרש כמעשי הריגה העושים שימוש לרעה בהגנות דיני

¹ ברשימה זו אני מוציא את עונש המוות שבמסגרת ההליך השיפוטי מכלל מעשי ה"הריגה המוסדית", כיוון שעונש המוות קשור בדיון מוסרי אחר, הגם שבעל חשיבות רבה. בעוד שהדיון בעונש המוות בוחן את יכולתה של החברה להרוג מי מחבריה או מן המצויים בתוכה במסגרת הליך שיפוטי, המעורר קשיים גם בהנחה שנעשה בהגינות מיטבית, הרי שהריגה מוסדית מעוררת קושי אחר. העניין המיוחד הנלווה להריגה המוסדית הוא בהחלטה המינהלית שמאחוריה, היינו, בהליך שמלכתחילה אינו מתיימר לעמוד בכללי צדק טבעי.

² Ward Thomas, *The Case of International Assassinations*, 25 INTERNATIONAL SECURITY 112 (2000); HANS J. MORGENTHAU, *POLITICS AMONG NATIONS: THE STRUGGLE FOR POWER AND PEACE* 225 (1967); וכן ציטוטו על ידי Thomas, עמ' 3.

3 האיסור העקרוני הזה יכול להילמד דווקא מזכויות פרט פוזיטיביות, שעוגנו בדין הבינלאומי הפומבי, כמו הזכות לחיים. זכותו של כל אינדיווידואל לחייו ולכך שלא ייטלו את חייו ממנו בהליך שרירותי, היינו, שלא במסגרת עונש מוות שהוא תוצאה של הליך משפטי ראוי, עוגנה במשפט הבינלאומי ההסכמי. היא מצאה ביטוייה במסמכים רבים, ביניהם ההצהרה הבינלאומית לזכויות האדם, האמנה בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות והאמנה האירופאית להגנה על זכויות האדם והחירויות הבסיסיות.⁴ במקביל, ניכרת בעולם המערבי חקיקה מדינתית בדבר האיסור על שלילת החיים, הזכות למשפט הוגן בטרם ענישה, ואיסור על שימוש בלתי חוקי בכוח מצד רשויות המדינה.⁵

ב. על ההתפתחות ההיסטורית של הפרקטיקה והנורמה

בבחינת הפרקטיקה של מעשי ההריגה המוסדית, נראה, כי לכל מעשה הריגה מספר יסודות מעשיים, בעלי הקשר נורמטיבי, כמו: אופי יעד ההריגה, הרקע להריגה, התשתית הראייתית, השיטה בה בוצעה ההריגה, עשייתה בגלוי או במסווה וכן היקף ההריגה. על אף המהלך ההיסטורי המרתק של התפתחות הפרקטיקה והנורמה בעניין הריגה מוסדית לאורך ההיסטוריה כולה, אמקד את ההתבוננות במעשי המדינות ובנורמה שאימצו במאות ה-20 וה-21 בלבד. בבחינת היסוד הראשון, היינו יסוד הרקע למעשי ההריגה המוסדית, נראה, כאילו יסוד זה כמעט שיכול לשמש לבדו כיסוד מבדיל בין דמוקרטיה לבין דיקטטורות. רק מדינות לא דמוקרטיות מפעילות כיום הריגה מוסדית "לצורכי פנים", מה שאכנה כ- domestic institutional

³ Laws And Customs of War on Land (Hague II); July 29, 1899, Article 23 וכן ראו נוסח זהה בסעיף 23 לאמנה מ-1907.

⁴ International Covenant on Civil and Political Rights, G.A. res. 2200A (XXI), 21 U.N. GAOR Supp. (No. 16) at 52, U.N. Doc. A/6316 (1966), 999, U.N.T.S. 171: Article 6(1); Universal Declaration of Human Rights, G.A. res. 217A (III), U.N. Doc A/810 at 71 (1948): Article 3; Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms as Amended by Protocol No. 11 Rome, 4.XI.1950: Article 2(1).

⁵ חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ס"ח התשנ"ב 150.

9 אלא שפיגועי ה-11 בספטמבר, הביאו את ארה"ב ליישם מדיניות ברורה של הריגה מוסדית נגד חברי ארגוני טרור, דוגמת מבצע ההריגה הגלוי שבתנין.¹⁰ ארה"ב, אם כן, אינה אלא דוגמה בולטת לפעולה על פי העיקרון שהצעת, שלפיו כעוצמת הטרור כן נטיית מדינת היעד לעשות שימוש בהריגה מוסדית.¹¹ כך פעלה צרפת אל מול מעשי טרור באלג'יר.¹² כך פעלה אנגליה בימי המנדט ואף שנים הרבה אחר כך – כפי שיש המפרשים את תקרית גיברלטר.¹³ כך פעלה גם רוסיה במלחמתה בטרור הצ'צ'ני.¹⁴ בולטת מכולן היא, כמובן, הדוגמה הישראלית. ראשיתה של מדיניות ההריגה המוסדית הישראלית – עוד בטרם קומה של המדינה והיא ממשיכה אחר כך ללא הפסקה.¹⁵ ניסיונות החיסול באמצעות מעטפות נפץ של

9 **U.S. State Department Daily Press Briefing**, Richard Boucher, Washington D.C. (August 27, 2001): "Our position on targeted killings is the same; it hasn't changed. We remain opposed to targeted killings." האמריקנית בתגובה על הריגת ישראל את ראש החזית העממית ברמאללה, אבו-עלי מוצטאפה).

10 CIA 'Killed Al-Qaeda Suspects' in Yemen, news.bbc.co.uk/2/hi/middle_east/2402479.stm (2002)

11 Gary Younge, *Clinton Told CIA to Target Bin Laden*, THE GUARDIAN 24.09.01; CIA Executive Order 12333 – United States Intelligence Activities, Dec. IV, 1981, www.cia.gov/cia/information/eo12333.html; James Risen, *The Trail; Bush Tells the Military to 'Get Ready'*; *Broader Spy Powers Gaining Support*, NEW YORK TIMES 16.10.01; Max Holland, *After Thirty Years: Making Sense of the Assassination*, 22 REVIEWS IN AMERICAN HISTORY 191 (1994); Barton Gellman, *CIA Weighs 'Targeted Killing' Missions: Administration Believes Restraints Do Not Bar Singling Out Individual Terrorists*, WASHINGTON POST 28.10.01

12 אליסטר הורן *מלחמה פראית לשלום* (1989); גנרל ז'אק מאסי *הצנחנים נגד הטרור* (1975).

13 על תקרית גיברלטר: www.bbc.co.uk/northernireland/spotlight/justice.shtml. גם הריגתו של יאיר שטרן, מפקד הלח"י בשנת 1942 בת"א בידי מפקח הבולשת הבריטית, מורטון, מהווה מעשה של הריגה מוסדית. www.miki.org.il/miki/files/shtern.doc

14 *Soviet use of assassination, Inside the KGB: An Interview with Retired KGB Maj. Gen. Oleg Kalugin*, CNN, Jan. 1998; www.cnn.com/SPECIALS/cold.war/episodes/21/interviews/kalugin; www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-3055716,00.html

15 הכוחות המזוינים של ההגנה והמחתרות הגו והוציאו אל הפועל מבצעי הריגה מתוכננים עוד בזמן שהיית הבריטים בישראל, כאותו מבצע בו נשלח בראש פלוגה – המפקד הצעיר דאז, יצחק רבין – לחסל במעוזו שבשפלה את אחד הבולטים במנהיגי הכנופיות הערביות, עלי חסן סלאמה. מיכאל בר-זוהר ואיתן הבר *המירדף אחר הנסיך האדום* 65-75 (1984). עם קום המדינה, נתקבלה המדיניות של לחימה בארגוני הטרור הערבי, בין היתר – בדרך של הריגה מוסדית, כטבעית לארגוני הביטחון הישראליים. אלו התבססו לא מעט על יוצאי המחתרות שהיו מורגלים בפעילות שכוו. NACHMAN BEN-YEHUDA, *POLITICAL ASSASSINATIONS BY JEWS: A RHETORICAL DEVICE FOR JUSTICE*

16 אבן הדרך

הבולטת מכולן במדיניות ההריגה המוסדית הישראלית מוצבת, ללא ספק, בנקודת הזמן שלאחר טבח הספורטאים הישראלים באולימפיאדת מינכן 1972, אשר הביא לשיאו טרור ערבי אנטי יהודי ואנטי ישראלי שהשתולל ברחבי אירופה ובישראל בשנים 1968-1972. על פי פרסומים שונים, קיבלה ראש הממשלה דאז, גולדה מאיר, את המלצת שירותי הביטחון הישראליים ואישרה מבצע הריגה מוסדית חסר תקדים בעולם המערבי בהיקפו ובדרך הוצאתו אל הפועל.¹⁷ פעילות תקדימית זו שמה לה מראש כמטרה את הריגתם של מנהיגי ארגון "ספטמבר השחור", ללא כל כוונה לעוצרם. חלקם נהרג בפיצוצים בדירותיהם ובהתנקשויות רחוב באירופה. זמן קצר אחר כך, במבצע גלוי, נשלחים כוחות ישראליים אל בירת לבנון והורגים בה באופן מתוכנן כמה מראשי אש"ף ו"ספטמבר השחור" ללא כל אפשרות להסתיר את האחריות הישראלית.¹⁸ בביירות, הורגים אחר כך כוחות מודיעין ישראליים בפיצוץ גם את בכיר אנשי "ספטמבר השחור", עלי חסן סלאמה.¹⁹ נראה, כי מאז "חיסולי מינכן", הופכת ההריגה המוסדית לכלי כמעט שגרתי של שירותי הביטחון הישראליים במאבק בארגוני הטרור הערביים. ברוח זו, מבצעת ישראל את מבצעי ההריגה המוסדית הבולטים בהיסטוריה של העולם המערבי. כך, הורגים כוחות ישראליים את השני במעמדו באש"ף, חליל אל-ואזיר (אבו-ג'יהאד) בירי בידי כוח עלית בביתו שבתוניס, ואת ראש החזית העממית פתחי שקאקי בהתנקשות רחוב שקטה במלטה.²⁰ בדרך דומה, הרגו סוכנים ישראלים את איש אש"ף מוחמד תמימי ואת מלווהו מארוון קאיאלי בפיצוץ מכוניתם בלימסול, קפריסין. תמימי, כך נטען,

Steven R. David, *Fatal Choices: Israel's Policy of Targeted Killing*, 51 – וכן 99 (1993)
BAR-ILAN UNIVERSITY MIDEAST SECURITY AND POLICY STUDIES 3 (2002) (להלן: דוד).

Yossi Melman and Dan Raviv, *Every Spy a Prince The Complete History of* 16
ISRAEL'S INTELLIGENCE COMMUNITY 122-125 (1991) (להלן: מלמן ורביב); וכן בר-זוהר והבר,
לעיל ה"ש 15, בעמ' 142-149.

17 שם, בעמ' 141-142.

18 שם, בעמ' 170-180.

19 שם, בעמ' 214-222.

20 דוד, לעיל ה"ש 15, בעמ' 4; מלמן ורביב, לעיל ה"ש 16, בעמ' 391-398.

21 מאוחר יותר, המבצעים להריגת

מוסאווי ומשעל ריכוזו תשומת לב רבה ונראים כמעניקים עומק חדש לבחינת הצלחה וכישלון של הריגה מוסדית. 22 על פי הטיעון שהעלתי, כמידת החשיפה לטרור – כך מידת המוכנות של המדינה המותקפת ליישם הריגה מוסדית ככלי בלחימה בו. אכן, עם פרוץ העימות המזוין הישראלי-פלשתיני החל מסוף שנות ה-90, ככל שהרחיב הטרור את היקף פעילותו, כך הרחיבה ישראל את השימוש בכלי ההריגה המוסדית. בתחילה, היו אלו מבצעים ייחודיים ומורכבים, דוגמת חיסולו של איש החמאס, יחיא עיאש. 23 עם התרחבות פעילות הטרור, החלו מבצעי ההריגה להיות תכופים בהרבה, עד כדי עשרות רבות של מבצעים ויעדים. 24

על אף ההרחבה במדיניות הישראלית, ניתן עדיין לאפיין בה מספר תכונות חשובות נורמטיבית: ראשית, ישראל עונה לכללי הסיווג שהצגנו. כמדינה מערבית, אין היא מבצעת הריגה מוסדית פנימית. נוסף לכך, על אף מאבקה הקיומיים במדינות ערב, ישראל כמעט שלא הפעילה הריגה מוסדית במסגרת מאבקה האזורי, והיא צמצמה את השימוש בכלי זה ללחימה בטרור בלבד. 25 עם זאת, החלה ישראל – כצפוי על פי יחס התלות שאופיין כאן – לעלות במדרג ההיררכיה הארגונית בבחירת יעדיה ובהיקפי ההריגה. בהתאם, כוחות הביטחון הישראליים מנסים להרוג את מנהיגי הח'מאס עצמו, שיח' יאסין, יחד עם צמרת הארגון כולה, בהפצצה מן

21 שם, בעמ' 389-391; בר-זוהר והבר, לעיל ה"ש 15, בעמ' 156-158.

22 שני מבצעים אלו מעניינים, על רקע ההדו והדיון שעוררו: מבצע ההריגה של שיח' עבאס מוסאווי, המזכיר הכללי של ארגון החובאללה ב-1992 (אשר נהרג בירי טיל מונחה ממסוק של חיל האוויר הישראלי, בעת שנסע בלבנון ברכבו עם אישתו ובנו אשר נהרגו עימו) וניסיון החיסול הכושל של ראש "הלשכה המדינית" של ארגון הח'מאס, חאלד משעל (1997). שנעשה בידי אנשי מוסד ישראלים על אדמת ירדן. בעוד הריגת משעל נכשלה מבצעית וסיבכה מדינית את ישראל, הרי שבטווח הרחוק היא סייעה בהרחקת מפקדות ח'מאס מירדן. מנגד, הריגת מוסאווי שהצליחה מבצעית, נתפסת ככישלון בראיה לאחור, שכן ספק אם הולידה הנהגה או מצב נוחים יותר לישראל. Yossi Melman, *Targeted Killings – A Retro Fashion Very Much in Vogue*, Haaretz.com 25.03.04.

23 דור, לעיל ה"ש 15, בעמ' 4-5.

24 יעל שטיין נייר עמדה: מדיניות ההתנקשות של ישראל: הוצאה להורג ללא משפט (בצלם).

25 חריג בולט קשור בפרסומים בלתי מאושרים, שלפיהם תכננה ישראל להתנקש בחייו של מנהיג עיראק לשעבר סדאם חוסיין, במבצע אשר לא יצא אל הפועל. אין זה חריג הסותר את הכלל, שכן מקרה סדאם חוסיין חריג בשלעצמו, עד שמובילות העולם המערבי, ארה"ב ובריטניה, שקלו אף הן פגיעה בו.

26 חודשים אחר כך, במהלך מארס 2004, הורגים לבסוף כוחות ישראלים את יאסין וכמה ממלוויו בירי טילים אל רכבו בעזה. באותה שיטה הורגים אף את מחליפו ראנטיסי מייד אחר כך.

יסוד נוסף וחשוב בדיון הוא היסוד הראייתי באשר לזהות האמיתית של יעד ההריגה. דוגמאות ראויות לזה נמצא בניסיון החיסול הכושל של חאלד משעל (1997). משעאל לא נודע בעולם אלא בתוארו הרשמי "ראש הלישכה המדינית" של הח'מאס. מעורבותו בטרור לא היתה ברורה ופומבית.²⁷ על זה נוכל להוסיף מקרים בוטים עוד יותר, דוגמת הפרופ' הפאריסאי, בזיל אל קובייסי, שלא נודע לאיש כי הינו איש "ספטמבר השחור" בטרם חוסל על ידי ישראל בפאריס ודוגמת חיסולם של האינטלקטואלים, לכאורה, זועיטר (רומא), מוחמד בודייה והמשארי (פאריס).²⁸ להריגה כזו נלווה יסוד בעייתי, שתמציתו התבססות עובדתית מצד המדינה ההורגת על תפישת מציאות שונה מזו הנראית לכל העולם. זאת, בשעה שאין לנהרג היכולת לערעור על הנחת המדינה ההורגת. על כן, מרכיב זה בדיון על יעדי ההריגה – המרכיב הראייתי עובדתי – מהווה מוקד אחד ממוקדי המחלוקת הקשים בדיון הנורמטיבי. סוגיית זהותו של הנהרג נותרת בבחינת בעיה עקרונית, אף במקרים בהם אין מחלוקת בדבר עצם חברותו של יעד ההריגה בארגון טרור. כאלו לדוגמה, הם הגזבר בארגון טרור, הדובר, המנהיג הרוחני או אנשי המינהלה שלו, הנהגים והסייענים. התבוננות אינטואיטיבית ביעדים כאלה מעלה ספק אם, במסגרת משטר של הגנה עצמית, יעדים כאלה להריגה מוסדית מותרים מוסרית ומשפטית.

²⁶ שני חברי ההנהגה שניצלו בתקיפת חיל האוויר, אבו-שאנב ויאסין, נהרגו לבסוף בשני מבצעים שונים, ואילו מחליפו של יאסין, ראנטיסי, ניצל בעור שיניו מירי טילים אל מכוניתו (ידיעות אחרונות, 21 אוגוסט 2003). חודש בלבד לאחר שהחליף את המנהיג המחוסל יאסין, נהרג גם ראנטיסי מירי טילים אל מכוניתו (מעריב online, 17 אפריל 2004).

²⁷ בלחץ המשא ומתן לחילוצם בשלום של אנשי המוסד שנעצרו על ידי הרשויות הירדניות ועוד ארבעה אחרים שנמלטו ומצאו מחבוא בבניין שגרירות ישראל בעמאן, העבירה ישראל אל הירדנים את חומר הנוגדן אשר השיב למשעאל את נפשו ומנע את מותו, נוסף על שחרורו מן הכלא של מנהיג הח'מאס, שייח' אחמד יאסין, שכאמור נהרג מאו.

²⁸ בר-זוהר והבר, לעיל ה"ש 15, בעמ' 150-169.

ג. משטר נורמטיבי חדש-ישן: דיני המלחמה

המשטר הנורמטיבי שמקובל להחיל על פעילויות כאלו, כמו גם הטרמינולוגיה השלטת בדיון על הריגה מוסדית, הינו משטר של דוקטרינת ההגנה העצמית. מדינות טוענות בפשטות כי בצדק הרגו את פלוני, וזאת כדי להגן על אזרחיהן מפעולותיו, שלוליא נעצרו היו לכאורה מסכנות חיי אדם בוודאות גבוהה. עיקרה של רשימה זו הוא בהצעת משטר נורמטיבי אחר לפעולות המאבק בטרור, והוא משטר של דיני המלחמה והלחימה, החלים על סכסוכים חמושים בינלאומיים. כפי שאנסה להראות, למשטר של הגנה עצמית עומדים קשיים בהתמודדות תיאורטית ופרקטית עם סוגיות של הריגה מוסדית, העולות במסגרת מאבק המדינות הדמוקרטיות בטרור. רשימה זו מבקשת, כאמור, להניח בסיס תיאורטי חדש ונרחב בהרבה לפעילות המלחמה בטרור בכלל, ובמסגרתה – ליכולת לבצע הריגה מוסדית בפרט. התפישה המוצעת מבקשת לראות במלחמה בטרור מלחמה של ממש מן ההיבט הנורמטיבי, כזו המוכרת לנו בין מדינות. בעוד הלחימה שבמסגרת מלחמה בטרור שונה לא אחת ברמה המעשית מן המלחמה הקונבנציונלית, מבקשת הגישה התיאורטית המוצעת להחיל עליה בכל זאת את דיני המלחמה ברמה הנורמטיבית. כאן המקום להדגיש – הגישה המוצעת כאן שונה מקולות אחרים, הנשמעים לאחרונה והקוראים לשינוי דיני המלחמה כדי לעדכנם ולהתאימם למלחמה בטרור, השונה כביכול ממלחמה קונבנציונלית. נהפוך הוא, הגישה המוצעת כאן רואה בדין המלחמה, כצורתו היום, כדין המתאים להחלה על המלחמה בטרור. הגישה המוצעת כאן אף שונה מהותית מגישת ישראל הרשמית, כפי שהוצגה בעמדת המדינה בבג"צ.²⁹ תמציתה של הגישה הישראלית היא היצמדות בנושא ההריגה המוסדית לדוקטרינת ההגנה העצמית (היינו, הריגת "פצצות מתקתקות" בלבד), למעט באזורים בהם מתרחשת באופן מעשי לחימה, הגם שברמה נמוכה מזו של מלחמה קונבנציונלית. רק אז, יש לשיטת הגישה הישראלית

²⁹ בג"ץ 769/02 הוועד הציבורי נגד העינויים בישראל נ' מדינת ישראל (להלן: בג"ץ הוועד הציבורי). לניתוח פסיקת בג"ץ בנידון ראו פרק ט' למאמר זה.

כאמור, הצידוק העיקרי המקובל למעשי הריגה מוסדית הוא דוקטרינת ההגנה העצמית הקלאסית, תוך ערבוב תדיר בין צורתה של הדוקטרינה בהקשרה הפלילי והפנים מדינתי לבין הקשרה הבינלאומי.³¹ אלא שחסייה בצילה של דוקטרינת ההגנה העצמית מחייבת עמידה בתנאיה, כמו דרישות המיידיות והמוחשיות של האיום שמניעתו היא לכתחילה סיבת ההריגה.³² כפי שצוין, בחינה של מקרי הריגה מוסדית מוכרים העלתה חשש שמא דרישות אלו לא מולאו במקרים רבים. בין אלו, הועלו מקרים, בהם ניכר כי הזמן לתכנון הוצאת ההריגה אל הפועל הסתכם לכדי תקופה ארוכה (ואז עולה ספק בדבר היכולת לעמוד בדרישת המיידיות של דוקטרינת ההגנה העצמית), או מקרים בהם נהרגו מנהיגי ארגונים שלכאורה אינם עסוקים בפועל בביצוע מעשה הטרור, זה שמניעתו היתה לכאורה בבסיס הצידוק להריגה.³³

³⁰ ראוי לקרוא בקפידה אמירה ייחודית מבית מדרשם המשותף של מפקד המכללות בצה"ל ומנסח הקוד האתי שלו: "אמנם אדם שתכנן או ביצע פיגועים כנגדנו יכול להיות, בתור שכזה, מטרה לסיכול ממוקד, אולם לא בתור נקמה או ענישה, אלא על יסוד ההנחה הברוקה, כי אדם שעשה זאת בעבר מועד לעשות זאת בהווה ואם לא נסכל פעילותו יעשה זאת שוב ושוב בעתיד. אין לנו, לפחות לפי שעה, מדיניות של פגיעה לשם הרתעה. וגם אין לנו, לפחות לפי שעה, תפיסה של ארגון טרור כ"צבא טרור", באופן המאפשר לפגוע באנשיו באופן רחב, לאו דווקא בהקשרים של סיכול ממוקד, על פי כללי המלחמה המוכרים והמקובלים" (ההדגשות שלי - ר' ב.). עמוס ידלין ואסא כשר "לחימה מוסרית בטרור" ביטחון לאומי 2, 5, בעמ' 10-11 (יוני 2003). עמדה זו תואמת את עמדת המדינה בדיון בבג"ץ, אשר הכרעתו נדונה כאמור בפרק ט' שלהלן. כתיבתו של המאמר בידי אלוף בצה"ל, שהינו גם טייס קרב וגם מפקד המכללות של צה"ל, ובידי מנסח הקוד האתי של צה"ל, עושה את הדברים לאמירה שסביר ליחס לה חפיפה גדולה עם התפישה הממסדית-בטחונית הישראלית הרשמית, מבחינת הכללים המוסריים שהם מתארים.

³¹ אליקים רובינשטיין על משפט ציבורי בעת משבר, בימי לחימה (הרצאה לזכר עו"ד יעקב פוטשברצקי ע"ה, בשלושים לפטירתו, אוניברסיטת בר-אילן, ב' אייר התשס"ב, 14.4.02): "לחימה זו נכפתה על מדינת ישראל. לא פתחנו במלחמה כלשון סעיף 51(א) לחוק יסוד: הממשלה, אלא פעלנו להגנה עצמית, כנגד מלחמת הטרור שפתחו בה הפלשתינים, וזכות יסוד המוקנית במשפט הבינלאומי המנהגי כמו גם בס' 51 לאמנת האו"ם. אלה פעולות צבאיות הנדרשות למטרת הגנה על המדינה ובטחון הציבור (ס' 51(ב) לחוק יסוד: הממשלה)". וכן ידלין וכשר, לעיל ה"ש 30, בעמ' 5-6: "צה"ל פועל על פי אמות מידה ברורות לסימון בני אדם כטרוריסטים. אנו מבצעים פעולות של סיכול ממוקד כשלפנינו בני אדם שהם בבחינת 'פצצה מתקתקת', דהיינו בני אדם הנמצאים בעיצומו של תהליך מעשי, ששקפת ממנו סכנה ממשית לפיגוע באזרחי מדינת ישראל, בכלל זה חיילי צה"ל, שעה שאין לנו דרך להפיג את הסכנה בלא לפגוע באותם בני אדם."

³² David Wasserman, *Justifying Self-Defense*, 16(4) PHILOSOPHY AND PUBLIC AFFAIRS 356 (1987) (להלן: וסרמן).

³³ כך לדוגמה, הריגת חייל אל-וואזיר בטוניס, שעל פניו תוכננה לאורך זמן רב טרם ביצועה המורכב: מלמן ורביב, לעיל ה"ש 16, בעמ' 391-398. ספק אם גם הריגת אבו-עלי מוצטאפה (מנהיג החזית העממית שחוסל בירי טיל אל משרדו), כמו שייח' יאסין וראנטסי עונה לתיאור המתבקש משימוש בדוקטרינת הגנה העצמית, כעולה מדברי רובינשטיין וכן מדברי ידלין וכשר, לעיל ה"ש 30.

ראוי להדגיש, כי על פי המצב הנורמטיבי כפי שמקובל לראותו כיום, ספק אם ישנה קבלה כללית של הרעיון שלפיו אפשרי מצב מלחמה – במובנו הנורמטיבי שלפי דיני המלחמה – בין מדינה לבין יישות שאינה מדינה. חלק מהגדרות המלחמה הקיימות כיום שוללות במפורש אפשרות מעשית כזו. תנאי להגדרת מלחמה, על פי חלקן, הוא שהעימות יתקיים בין שתי מדינות לפחות או שישא אופי פנימי של מלחמת אזרחים.³⁴ עם זאת, כפי שאראה, הפרקטיקה הנוהגת לאחרונה שוחקת תפישה נורמטיבית זו שחיקה של ממש.

ביסוסה של הגישה התיאורטית המוצעת יהא בעל שני שלבים: ראשית, על ידי טיעון מרכזי שלפיו הצידוקים התיאורטיים והמוסריים למלחמה קונבנציונלית יפים אף למקרה המלחמה בארגון טרור. בנוסף, אציג ניתוח תועלתני שמטרתו ביסוס הקביעה, כי הנורמה המוצעת הינה גם הנורמה היעילה ביותר. בהמשך, אעמוד על משמעות החלתה של מסגרת דיני המלחמה על המלחמה בטרור. במסגרת זו אנסה להראות כי הנורמה המוצעת מתמודדת היטב עם בעיות נורמטיביות ומעשיות העולות כיום בהקשר ההריגה המוסדית. כשלב אחרון, אראה כי דיני המלחמה מתמודדים היטב גם עם טיעוני הביקורת העיקריים המועלים נגד הריגה מוסדית.

בטרם פנייה לדיון התיאורטי, ראוי לסקור בקצרה משהו מתוכנם הרלוונטי של דיני המלחמה. דיני המלחמה הם ניסיון אנושי לאיזון, שתכליתו מזעור הלחימה בין בני האדם ככל האפשר. משלא נמנעה, יש לכוון למזעור זוועותיה.³⁵ הדינים הקובעים את חוקיותה של המלחמה (*jus ad bellum*) מהווים מעין ניסיון להגדיר מלחמות חוקיות וצודקות (ואגב כך למזער את מספרן), והדינים הקובעים את חוקיות הלחימה (*jus in bello*) קובעים כללים של אסור ומותר משכבר פרצה המלחמה.

³⁴ יורם דינשטיין **דיני מלחמה** 14-15 (1983): "היסוד השלישי (להגדרת המלחמה – ר' ב') מביע את הרעיון, שהמלחמה חייבת להיות בין-מדינתית. הווה אומר, חייבות להיות מעורבות במלחמה מספר מדינות (שתיים או יותר) משני צדי המיתרס."

³⁵ דיעה המועלת על ידי Brandt, שרשימתו היא ניתוח תועלתני קלאסי של דיני המלחמה, מנסה לבסס טיעון שלפיו המטרה האמיתית של דיני המלחמה אינה הומניטרית, כפי שטענתי לעיל, אלא דווקא כלכלית-תועלתנית. על פי Brandt, המטרה האמיתית של דיני המלחמה היא מיזעור הצורך בהשקעת משאבים לאומיים של המדינות במירוץ החימוש ובצבאן. אף כי רשימה זו אינה המקום לקיום דיון בנושא, הרי שאני סבור שזוהי עמדה חריגה, שהגם שאינה מופרכת, יש בה משקל יתר לרעיון הגבלת ההשקעה על פני עקרונות הומניטריים. נראה, שדווקא עקרון בחירת הנורמה הרולסיאני, שאותו מציע Brandt, היה מביא לבחירת נורמות דומות ודווקא מסיבות הומניטריות. Richard B. Brandt, *Utilitarianism and the Rules of War*, 1(2) PHILOSOPHY AND PUBLIC AFFAIRS 145 (1972).

36 דיני המלחמה הם שם כללי לקבוצת נורמות עניפה, שבמסגרתה חלקים הסכמיים נרחבים וכן נורמות מנהגיות.³⁷ עיקר העניין של רשימה זו הוא במספר עקרונות בסיסיים מדיני המלחמה, כאלו בעלי חשיבות אם ייושמו על המלחמה בטרור, בכלל ועל הריגה מוסדית בפרט. ראשון הוא עקרון הבסיס של הבחנה בין לוחמים לבין שאינם לוחמים.³⁸ שני, הוא הכלל המבחין בין לוחמים חוקיים ושאינם חוקיים.³⁹ שלישי, והחשוב מכל לענייננו, הוא הכלל העקרוני, שלפיו בעת מלחמה מותר לפגוע באלה הנמנים עם כוחות האויב ככל הנדרש לשם השגת ניצחון.⁴⁰ כלומר, כל עוד מדינה בזמן מלחמה מכוונת את התקפתה אל לוחם, וכל עוד זו נעשית בשיטות מותרות ותוך שימוש בכלי נשק מותרים, התקפה זו היא חוקית ומותרת. למעשה, זה עיקר תכליתה של רשימה זו. הטענה להחלת דיני המלחמה על המלחמה בטרור מקפלת בתוכה את ההתרה לפגוע בטרוריסט בכל עת וללא צורך בעמידה בדרישות המוחשיות, המיידיות והמידתיות שמחייבת דוקטרינת ההגנה העצמית הקלאסית. בזה, לא יאה הטרוריסט מופלה לטובה על פני חייל לובש מדים, אשר ללא תלות במעשיו בקרב או לכוונות שבליבו, מהווה הוא כל העת יעד מותר

³⁶ ראו דינשטיין, לעיל ה"ש 34, בעמ' 18.

³⁷ עיקר הקוד של דיני המלחמה מרוכז בשתי קבוצות של הסכמים. קבוצה ראשונה נכרתה בוועידת האג ובמשך מספר שנים לאחריה, ועיקר חשיבותה בהסדרת דיני הלחימה ביבשה. קבוצה שנייה, המכונה לא אחת כ"משפט הבינלאומי ההומניטרי", ידועה כ"הסכמי ז'נבה" ובמסגרתם הכוונה להסדיר בעת מלחמה את הטבת מצבם של פצועים, חולים וניצולי אוניות צבא טרופות, וכן הסדרת היחס לשבויי המלחמה והגנת האוכלוסייה האזרחית. דינשטיין, לעיל ה"ש 34, בעמ' 19-22. Hague Convention Respecting the Laws and Customs of War on Land, 1899 (No.II), 1907(No.II); Convention (II) for the Amelioration of the Condition of Wounded, Sick and Shipwrecked Members of Armed Forces at Sea. Geneva, 12 August 1949; Convention (III) relative to the Treatment of Prisoners of War. Geneva, 12 August 1949; Convention (IV) relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War. Geneva, 12 August 1949; Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I), 8 June 1977; Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of Non-International Armed Conflicts (Protocol II), 8 June 1977.

³⁸ פרוטוקול I, לעיל ה"ש 37.

³⁹ דינשטיין, לעיל ה"ש 34, בעמ' 96-114.

⁴⁰ שם, בעמ' 150.

ד. על הצידוק להרוג בעת מלחמה

כאמור, דיני המלחמה מתירים כיום הריגה של לוחמים בעת מלחמה, ככל הנדרש על מנת לנצח. זאת, שלא בהכרח על פי דיני ההגנה העצמית האינדיווידואלית אך תחת חריגי המידתיות והאמצעים האסורים. כלומר, הריגת חייל בזמן מלחמה מותרת אף אם מיקומו עורפי או שהוא מצוי בנסיגה ואינו מסכן ישירות את הכוח התוקף אותו. בחלק זה של הרשימה זו אנסה לעמוד על הצידוקים לזכות הריגה זו.

1. הגנה עצמית אינדיווידואלית

נראה, כי מקובל לראות את נקודת המוצא לביסוס מוסרי של זכות הצבאות להריגה בעת מלחמה, בזכות ההגנה העצמית שבין אינדיווידואלים. זכות זו מוכרת לנו שלא בהכרח מתוך מצב המלחמה. אלא שלזכות אינדיווידואלית זו, עד כמה שהיא נראית אקסיומטית, אין צידוק מוסרי מגובש ואחיד. אי הקונצנוס סביב הצידוק המוסרי לזכות האינדיווידואלית מתרחב בעת הניסיונות להשתמש בה להצדקת הריגתם של לוחמים בעת מלחמה. בחינת הצידוקים העיקריים לזכות ההגנה העצמית האינדיווידואלית נדרשת לנו להבנת הקשיים בביסוס הזכות בנסיבות של מלחמה.

זכות ההגנה העצמית נתפשת ביסודה כזכות טבעית. רוב הצידוקים המוסריים לפגיעה בתוקף, בנסיבות הפשוטות של תוקף ומותקף הבאים זה מול זה, סובבים סביב כמה יסודות קבועים. יסודות אלו מופיעים שוב ושוב במהלך הניסיונות להפיק צידוק לזכות ההגנה העצמית בעת מלחמה מתוך זו האינדיווידואלית

41 ראשון היסודות – הזכות לחיים. בעוד שהיא מהווה את הבסיס להצדקת חילוצו של המותקף, היא מהווה גם את שורש המבוכה. זאת, כיוון שאנו מניחים, כנקודת מוצא, שהזכות לחיים מסורה לכל אדם, בין מותקף ובין שהוא תוקף. לשם התמודדות עם דילמת משוואת החיים, מועלה יסוד נוסף: יסוד האשמה. בפשטות נאמר, שבבסיסו ישנה הצדקה לפגיעה בתוקף על שום האשמה שדבקה בו. בווריאציה נוספת שלו, נאמר, שפגיעת הקורבן בתוקף, הגם שיש גם בה אובדן חיים, היא בבחינת *lesser evil*. זאת, בשל האשמה שדבקה בתוקף. לכאורה, יסוד האשמה מטה את מאזני אותה משוואה בלתי פתירה, של זכות לחיים מכאן וזכות מכאן. זו של התוקף, היא כאילו מופחתת בשל אשמתו. אלא שטיעון מבוסס-אשמה אינו נקי מפגמים. הטיעון מתקשה להתמודד עם מצבים בהם ישנם, לדוגמה, תוקפים רבים, שספק אם גם ערך אובדן חייהם המצטבר (הגם שלכאורה מופחת לגבי כל אחד מהם) הוא עדיין בבחינת *lesser evil*. הטיעון מעורר אף אי נוחות ביחס לתפישות ליברליות, בצובעו גוונים שונים לזכות לחיים. מעבר לזה, דווקא סיטואציית המלחמה מדגישה את חסרונו של טיעון מבוסס אשמה; לא אחת, התוקף והמותקף, כפי שאנו תופשים במידה מסוימת חלק ניכר מן החיילים במלחמה, הם נטולי אשמה ובכל זאת נראה, כי פגיעה בכל אחד מהם לשם הגנה עצמית, היא מוצדקת.⁴²

יסוד חוזר אחר בצידוקי ההגנה העצמית האינדיווידואלית הינו יסוד הוויתור. על פי טיעון זה, התוקף – בעצם מעשה התקיפה – מוותר על מידת ההגנה הראויה לחייו שלו. על כן, ויתור מצד התוקף מצדיק, לכאורה, העדפת חיים על פני חיים – ובמקרה זה, על פני חייו שלו. מובן, שטיעון זה סובל מאותן חולשות שהעלינו כלפי טיעונים מבוססי האשמה. במקרים רבים, כגון אלו של תוקף חף מכל כוונת תקיפה (כבמקרה התוקף הלא רצוני), לא ניתן לראות בעצם מעשה התקיפה משום סימן של

⁴¹ וטרמן, לעיל ה"ש 32; *Cheyney C. Ryan, Self-Defense, Pacifism and the Possibility of Killing*, 93 ETHICS 508 (1983); Phillip Montague, *The Morality of Self-Defense: A Reply to Wasserman*, 18(1) PHILOSOPHY AND PUBLIC AFFAIRS 81 (1989).

⁴² בדיון העברי לדוגמה, דיני ההגנה העצמית התפתחו בין היתר מדיון בסוגיית האישה המקשה ללדת, כאשר עוברה חפץ החיים משמש כתוקף (רודף) נטול אשמה (משנה, אדהלות ז', ו'). כן ראו: Jeff McMahan, *Self-Defense and the Problem of the Innocent Attacker*, 104 ETHICS 252 (1994); Michael Otsuka, *Killing the Innocent in Self-Defense*, 23(1) PHILOSOPHY AND PUBLIC AFFAIRS 74 (1994).

כדי להתגבר על מכשלות אלו, שעמדו בדרכם של הטוענים מבוססי האשמה והוויתור, פנו מלומדים לטוענים מבוססי-זכויות. מהבולטות בתחום זה הן עבודותיהם של Thomson ו-Kadish.⁴³ אם אטול את טיעונה של Thomson כמייצג, נאמר שעיקרו של הטעון טמון באי-התבססות כפשוטה על הזכות לחיים, היוצרת את משוואת הדילמה של חיים מול חיים. במקום זאת מציגה Thomson את הזכות הבסיסית בהקשר זה כ: "זכות שלא להיהרג בידי אחר"; או ביתר דיוק, מסורה לכל אחד: "הזכות להתגונן מפני תקיפה או איום על חייו". בעירוב קל של טיעוני Thomson ו-Kadish יחדיו, נאמר שעל פיהם, משהותקף התוקף, לא נפגעה כל זכות, שכן הביטוי הנכון לזכותו לחיים היא הזכות להתגונן בפני תוקפנות על חייו – זכות זו לכאורה לא נפגעה. נראה לי, כי על פניו, טיעונה של Thomson לוקה במלאכותיות המוצאת ביטויה אף במעגליות, בהיותו מסמיך את צידוק ההגנה העצמית על הזכות להתגונן מהתקפה, והרי זו כשלעצמה סמוכה על הזכות להגנה העצמית.

2. הגנה עצמית ככלל יעיל ובר יישום

בבחינת הטוענים שהוזכרו, אני חש כי חולשותיהם נוגעות לנקודת ההתבוננות. בעוד הטוענים מבוססי האשמה והוויתור נגזרים מהתבוננות במצב בודד של תוקף ומותקף, אני סבור, כי יש לאמץ נקודת השקפה רחבה יותר. יש לבחון את הכלל, לטעמי, מנקודת ההשקפה המשותפת של החברה המאמצת את הכלל. נקודת המוצא לטעון זה שאציג, היא, כי לחברה אינטרס להתקין ולאמץ כללים שיקדמו ביעילות מירבית את האינטרסים החברתיים. בהקשר הזה – הכוונה היא כי יקדמו טוב, ככל האפשר, את ההגנה על החיים וימזערו את הפגיעה בשלמות הגופנית של חברי הקבוצה ואת עשיית הדין העצמית. מכאן, אטען, כי עיגון כלל של הגנה עצמית אינדיווידואלית הינו הדרך החברתית היעילה ביותר ביחס למטרה של קידום הזכות

⁴³ Judith Thomson, *Self-Defense*, 20(4) PHILOSOPHY AND PUBLIC AFFAIRS 283 (1991).

44 כך, פגיעת אדם בחייו

של אדם אחר או בשלימותו הגופנית – שלא באמצעות הליך שיפוטי – הינה מעין "תאונה" חברתית שתוצאתה נזק חמור. ל"תאונה" זו נזקים עקיפים, כאלו שמעבר לאובדן האינדיווידואלי האולטימטיבי, כמו אובדן תחושת הביטחון של שאר החברים, פגיעה בסולידריות הכללית ובתחושת הסדר הכללי, המהווה בסיס לקיום חברה נורמלית. בתיאוריה הנויקית מוכרת הגישה הכלכלית לניתוח דיני הנויקין, הגורסת, כי המשטר הראוי להטלת אחריות לנזק הוא זה המטיל את האחריות לנזקי "תאונה" על הצד שלו היכולת הקלה והזולה ביותר למנוע את המקרה הנויקי. זהו כלל מסוג Rule Utilitarianism, המשיג את מיזעור התאונות בדרך ה"קלה" וה"זולה" האפשרית. הרציונל כמובן פשוט: זה היודע שהכלל מטיל עליו אחריות, ובהינתן שהאחריות כבדה מעלויות המניעה שלו, "יעשה חושבים" באופן רציונלי ויעשה את הנדרש למניעת הנזק. על כן, צד כזה נקרא "השוקל הטוב" או "המונע הזול", שכן בידי המפתח היעיל ביותר למניעת הנזק. לענייננו, ראוייה לציון העובדה כי הכלל, המוצע על ידי אלו הסבורים שהכללים הנויקיים צריכים לקדם יעילות חברתית, אינו נשען על יסודות של אשמה, אלא על קידום היעילות החברתית. יישום הכלל מאפשר, לדעתי, לגזור צידוק למשטר המכיר בהגנה עצמית אינדיווידואלית. זכות ההגנה העצמית למותקף מוצדקת, לפיכך, כיוון שהיא מטילה את האחריות לתוצאות ה"תאונה" החברתית על התוקף, אם זה לא "יעשה חושבים" לפני כן וימנע אותה. ההתרה למותקף להרוג את התוקף נשענת על הצורך בהרתעה ובהטלת תוצאות המקרה על מי שמסוגל למנוע אותו בקלות, יותר מכל אחד אחר. בענייננו, אין ספק כי מדובר בתוקף.

44 GUIDO CALABRESI, THE COSTS OF ACCIDENTS (1970)

אולם, ישנן נסיבות, שבהן התוקף אינו בהכרח, לכאורה לפחות, המונע הזול. כך, לדוגמה, במקרים של תוקף חולה נפש.⁴⁵ מקרים כאלו ממחישים שני סייגים לכלל. אלו סייגים הרלוונטיים לנסיבות שבהן דווקא המותקף הוא המונע הזול: כשהתקפה רחוקה ממנו וכשאין נשקפת לו עוד סכנה. מכאן, שיש צידוק גם לשני הסייגים לזכות ההגנה העצמית: מיידיות ומידתיות. בשעה שהסכנה רחוקה ואינה מיידית, המותקף הוא המונע הזול באמצעי פשוט, כגון בפנייה לרשויות החוק או סתם בעזיבת מתחם הסכנה. גם משעה שניטרל את אויבו ואין נשקפת לו עוד סכנה, הופך המותקף למונע הזול, ולכן אין לו עוד היתר הריגה. מכאן ואילך, כל מקרה מוות או נזק הוא באחריותו – שכן הפך למונע הזול.⁴⁶

על כך יש להוסיף נדבך נוסף. לדעתי, כלל ההגנה העצמית הוא הכלל היחיד בר היישום בחברה אנושית. ההנחה, כי אובדן החיים מהווה לאינדיווידואל הרציונלי נזק השואף לאינסוף, מביאה בהכרח למסקנה זו. כל משטר אחר מזה המקבל את זכות ההגנה העצמית, משמעותו ציפייה להתנהגות בלתי רציונלית של בני האדם. הרי שום נזק מענישה אפשרית, בגין מימוש זכות ההגנה העצמית, לא ישווה לנזק האינסופי שמדימנעות ממנה וממוות. לכן, בעיני החברה כולה ולאורך זמן, זהו הכלל היעיל ביותר – אך גם הישים היחיד.

3. הגנה עצמית במלחמה

הפקת צידוק מוסרי להריגת חיילים במלחמה, מתוך עקרון ההגנה העצמית האינדיווידואלית, אינה קלה. חיילים הם "תוקפים" מורכבים מוסרית: הם מגויסים

⁴⁵ עם זאת, כלל המטיל אחריות על תוקף כזה, הגם שנטול יכולת שיפוט ומניעה כשלעצמו, עשוי להביא להטלת אחריות על האחראים לאותו חסר כושר שיפוט, כגון אחריות נזיקית על המוסד המאשפו אותנו. התוצאה, בסופם של דברים, תהא שאותו אחראי יהפוך להיות "שוקל טוב" ויפעל למניעת "תאונה" שהנתון לאחריותו מעורב בה.

⁴⁶ מנקודת השקפה קולקטיבית, כלל ההגנה העצמית יעיל חברתית על אף שבשוליו אפשר שתהיינה נסיבות, כשהתקפת חולה הנפש, בהן הוטלה האחריות על המונע שאינו המונע עם יכולת המניעה הטובה ביותר. מנקודת המוצא של הקולקטיב, כלל זה מרתיע תוקפים, למעט שוליו הלא רציונליים, ובסופו של דבר מביא לתוצאות חברתיות מקסימליות. הבנת נקודת המבט החברתית הקולקטיבית מונעת גם את הקשיים שהתמודדו עימם ניסיונות אחרים למתן צידוק לזכות ההגנה העצמית, כבמקרה שבעה תוקפים מול מותקף אחד. לכאורה, "זול" היה לחברה, לו מת הקורבן ללא התנגדות ונמנע מהריגת שבעת התוקפים. אלא שכלל שכזה היה מזיק מנקודת ההשקפה החברתית, שכן היה מסיר את ההרתעה מתוקפים, ובסופם של דברים היתה יוצאת החברה בנוקי חיים קשים.

הטיעונים המוכרים כטיעוני ה-just war, מנסים להתגבר על קשיים אלו ולהצדיק הריגת חיילים זה את זה בעת מלחמה. אל מולם, משמשים נתונים מעוררי קושי אלו כחומר בידי העבודות הפציפיסטיות, המתנגדות לצידוק שכזה.⁴⁸

על אף הקושי, נראה, כי שני העקרונות שעל בסיסם הצעתי צידוק לזכות ההגנה העצמית האינדיווידואלית (יעילות ואופציה רציונלית בודדת), תקפים אף למקרה הצבאות בשדה הקרב. וראוי להדגיש – זכות ההגנה העצמית, לשיטתי, אינה של החיילים במלחמה ואין היא חלה בזכות אינדיווידואלית על הריגתו של כל חייל, אלא היא חלה על הקולקטיבים הנלחמים. היינו, המדינות והצבאות. אין, לדעתי, כל תחולה לזכות ההגנה העצמית האישית בזמן מלחמה. היא אינה עומדת לחיילים עצמם; ולטעמי, לא ניתן להצדיק את השימוש בה. אולם, היא מסורה למדינות – כפי שאראה – באנאלוגיה לזכות האינדיווידואלית, אך לא בהחלטה הישירה. לעניין זה, חשובה כמובן נקודת ההתבוננות המוסרית בחייל שבשדה הקרב. הפציפיסטים ייטו לראותו כאינדיווידואל ואילו אנשי ה-just war ייטו לראותו בכשירותו כחוליה בשרשרת הקולקטיב – הצבא או המדינה שאליהם הוא משתייך. לטעמי, ראיית החייל כפרט, במנותק מכשירותו כחייל הנלחם מטעם מדינה או צבא מסוימים, כמעט ומנטרלת את היכולת להצדיק את הריגתו על פי דוקטרינת ההגנה העצמית, למעט כאשר חיילים נתקלים זה בזה ומסכנים זה את זה, כמו התוקף והמותקף הקלאסיים.

⁴⁷ בעיקרון, דרישת המידתיות במלחמה מתייחסת רק לנוקים מסתברים מפעולה צבאית לאוכלוסייה האזרחית. אולם, בעת תקיפת שיירה, לדוגמה, אין על כוח צבאי חובה להרוג בחייליה רק ככל הנדרש לניטרול, וכל חייליה הם מטרת ראויות.

⁴⁸ David C. Cochran, *War-Pacifism*, 22(2) SOCIAL THEORY AND PRACTICE (1996); ROBERT L. HOLMES, ON WAR AND MORALITY (1989)

ההתבוננות בחיילים כאינדיווידואלים היא, לטעמי, מלאכותית. הם אזרחים "רגילים" אשר אינם לבושים מדים וחגורים באפוד באזור הקרבות על דרך מקרה או בשל החלטה אישית. הם עושים כן אך ורק בשל הסולידריות החזקה הקיימת בקולקטיב שאליו הם משתייכים: מדינה, צבא, יחידה. אותה חברות בקולקטיב הצבאי היא העושה אותם ליעדים מותרים.⁴⁹ החברות מהווה הן הצהרה באשר לכוונת תקיפה בעת עימות והן חלק מהאמצעי להגשמתה. המטרה – פגיעה באויב, היינו בחייליו ובצבאו. האמצעי – כלי הנשק והאוחזים בהם, היינו – כל אחד מחיילי הצבא. יסוד הבו-זמניות של אמצעי הפגיעה והכוונה לפגיעה מוצהרת, מעניקים את המימד של מיידיות ומוחשיות הסיכון שמייצג צבא ומייצגים חבריו בזמן מלחמה. כוונת פגיעה עם אמצעי פגיעה, יחד עם נסיבות של מיידיות ומוחשיות, הם בדיוק מקבילותיה של סיטואציית ההגנה העצמית הקלאסית, אשר לגביה טענתי כי היא מוצדקת. בהקבלה, הרי ששני הצבאות דומים לשני גופי-ענק, שהצהירו על כוונתם לפגוע אנושות כל אחד ביריבו ובאופן מיידית. על כן, אין להמתין בזמן מלחמה לסיטואציה מאיימת מצד חייל לשם הריגתו המוצדקת. הקולקטיב אליו הוא משתייך הוא כאותו ענק שדימינו. אותו גוף גדול ניתן לתקוף כל עוד לא הוכרע – ובאופן רציף. אם נרצה, לא כל הריגת חייל צריכה הצדקה נפרדת, ממש כפי שלא כל מכת אגרוף צריכה הצדקה בנפרד בזמן התגוננות מפני תוקף יחיד. על כן, התקיפה המרוחקת, שטייס מוציא אל הפועל, אינה מעשה רצח, אלא חלק מן ההגנה העצמית שבעת מלחמה. היא אחת ממכות האגרוף בקרב התגוננות מוצדק. עד כאן, טענתי, למעשה, כי הריגת חייל את חייל האויב היא מוצדקת, כיוון שכל הצבאות המעורבים במלחמה, ועל כן כל החיילים הנמנים עימם, מצויים בסכנה. כלומר, אותו טייס

⁴⁹ אני מסכים בנדון עם ההשקפה הקולקטיבית של זוהר: "We have seen that an account of permissible and impermissible killing in warfare can not draw a direct analogy to private self-defense. Where the basic analogy to self-defense does function is on the collective level, justifying defensive war itself despite its necessary cost in innocent lives. Yes, we speak of self-defense – but it is a collective that defends itself against attack from another collective rather than simply man individuals protecting their lives in a set of individual confrontations." Noam J. Zohar, *Collective War and Individualistic Ethics: Against the Conception of "Self-Defense"*, 21(4) POLITICAL THEORY 606, 625 (1993).

מעבר לטיעונים אלו, ראוי לזכור, כי שדה הקרב המודרני אינו מאפשר אף נורמה אפקטיבית אחרת, למעט זו המתירה לחיילים לפגוע זה בזה באשר הם יכולים וכל עוד הם משתמשים בשיטות המותרות. חייל השוכן בבסיס עורפי ונדמה ככזה שאינו מסכן חייל אויב מרוחק, כבדוגמת הרודף והנרדף הקלאסית, יכול שישגר טיל למרחק עצום ויתגלה כמסוכן. חיילים בשדה הקרב אינם מודעים לתמונתו המלאה ואינם יכולים לשער אם כוח הנע במרחק נסוג בבריחה או מתארגן בתמרון מתוחכם לתקיפת חבריהם. על כן, חיילים מסוכנים מעצם חברותם בקולקטיב, היינו בצבא, שאינו אלא מכונת הרג ותקיפה ענקית. מכאן, שחיילים רציונלים לעולם ינסו לפגוע ולהשמיד מטרות צבאיות כשמתאפשר הדבר ועד להכרעה.

ה. טיעונים של JUST WAR THEORY

לבני האדם יש השקפה מוסרית על מלחמות, שהן סוג עתיק של התנהגות אנושית. ברבות הזמן, מצאה השקפה מוסרית זו ביטוייה בקוד מוסרי ומשפטי, היינו – דיני המלחמה שבמשפט הבינלאומי הפומבי. לפיכך, בניגוד לגישות שבתיאוריה של היחסים הבינלאומיים, כמו הריאליזם, גיבשה הקהילייה הבינלאומית לעצמה תפישה, שלפיה המלחמות אינן התנהגות שמחוץ למוסר או הדין הבינלאומי.⁵¹ בבסיס תפישה זו, נתגבשה, כאמור, הבחנה מסורתית ושגורה שבין הכללים המגדירים מלחמות צודקות (jus ad bellum) לבין הכללים המגדירים לחימה צודקת (jus in bello).⁵² בשלב זה, אתמקד בראשונים דווקא, היינו, בכללים המתירים מצב מלחמה בנסיבות מסוימות. מאחורי אלו, עומד צידוק מבוסס ומסורתי, צידוק תיאורטי הידוע כ-Just War Theory. הטיעון שאציג הוא בעל מבנה פשוט: תיאוריית

⁵⁰ הכוונה היא לזכות להגנה עצמית של המדינה כקולקטיב, ולא לזכות ההגנה העצמית הקולקטיבית המוכרת במשפט הבינלאומי.

⁵¹ TERRY NARDIN AND MICHAEL WALZER, JUST AND UNJUST WARS 3-20 (1977); וכן DAVID R. MAPEL, TRADITIONS OF INTERNATIONAL ETHICS 62-79, 85-110 (1999).

⁵² ראו לעיל ה"ש 36; כן ראו: דינשטיין, לעיל ה"ש 34, בעמ' 26-13, 42-28, 54-50, 81-65, 127-126; וכן נתן לרנר ופניה דומב "משפט בינלאומי פומבי" ספר השנה של המשפט בישראל תשנ"ו 93, 100-95.

1. התיאוריה של התוקפנות

בסיס הצידוק למלחמה על פי תיאוריית המלחמה הצודקת או התיאוריה של התוקפנות היא הפרדיגמה המוכרת כ"פרדיגמה הלגליסטית".⁵³ יסוד מרכזי לגישה זו הוא זכות ההגנה העצמית האישית והטרנספורמציה שלה, כביכול, לזכות הגנה עצמית קולקטיבית, היינו של מדינה. ראשיתה של התיאוריה היא בהבנת נקודת המוצא העולמית על ידי תיאור החברה האנושית כקהילה של קהילות עצמאיות, היינו, כקהילה של מדינות. תוך כדי שימוש הכרחי במה שמכונה domestic analogy – כלומר נטילת דוגמה מעולם מושגי החוק והסדר הפנים מדינתי – התיאוריה מציירת את קוויה של קהילת הקהילות הבינלאומית במקביל לדוגמה המדינתית.⁵⁴ מנקודת השקפתה, כל עוד אין מושלם תהליך קונסולידיציה עולמי למדינה אוניברסלית אחת (או, לפחות, לכדי יצירת מסגרות אכיפה מרכזיות ואפקטיביות), הרי שדיירי אותה קהילה עולמית היו ונותרו המדינות. הן ולא אורחיהן. המדינות מכוננות יחדיו את הכללים החלים עליהן וחיובות יחדיו באכיפתם. אולם, איתנות המבנה כולו תלויה בשמירה על אבני היסוד שלו – המדינות העצמאיות. ממש כשם שחובתה הראשונה של מדינה היא הבטחת שלום תושביה, כך ממש – על פי האנאלוגיה הפנים-מדינתית – חייבת קהילת המדינות לשמור על שלום חברותיה – המדינות. ביטוי המדויק יותר של הצורך בשמירת שלומן של המדינות החברות משמעו הבטחת תכונות השלימות הטריטוריאלית והריבונות הפוליטית של המדינות (territorial integrity and political sovereignty). זוהי מטרתה העליונה של הקהילה לפי התיאוריה, שכן שלימות טריטוריאלית וריבונות פוליטית, אם נרצה, הן

⁵³ ראה Walzer, לעיל ה"ש 51 בעמ' 58, בהזכירו לראשונה את כינוי הפרדיגמה הלגליסטית וכן ראו לעניין MICHAEL BARRIE PASKINS AND MICHAEL DOCKRILL, THE just war theory: ETHICS OF WAR (1979); RICHARD NORMAN, ETHICS, KILLING, AND WAR (1995).

⁵⁴ Walzer, לעיל ה"ש 51, בעמ' 61.

גם הקוד המשפטי הבינלאומי גוזר על המדינות נורמה מקבילה לגישת ה- Just War Theory. המצב הנורמטיבי הבינלאומי בנושא חוקיותה של פתיחה במלחמה עבר תהפוכות רבות עד לעיצוב תוכנו הנוכחי, האוסר מלחמה למעט מלחמת מגן או מלחמת הגנה קולקטיבית.⁵⁶ האיסור הנורמטיבי על מלחמה מוצא ביטוי מובהק במגילת האומות המאוחדות, האוסרת, מחד גיסא, שימוש במלחמה או באיום בה ככלי [סעיף 2(4)] ומנגד, מתירה מרווח צר של לחימה לשם הגנה עצמית או קולקטיבית בלבד [סעיף 51].⁵⁷ בהתירם מלחמה נגד "תוקפנות", יוצא שלדין הבינלאומי ולתיאוריה שבבסיסו גישה מחמירה ביותר כלפי "תוקפנות". בחינת מושג התוקפנות וחומרה זו המיוחסת לו, תספק אף קרקע לבחינת התיאוריה ביחס לארגוני טרור.

קושי ראשון בבחינת מושג התוקפנות במסגרת התיאוריה שהוצגה, עולה עת מתברר כי האנלוגיה להפרת כללי הסדר הפנים מדינתיים אינה מלאה. כדברי Walzer, בעוד הכללים הפנים מדינתיים נוהגים להבחין בין סוגים שונים של איום או של פגיעה נגד החירות או השלמות הגופנית של אדם, דוגמת שוד, תקיפה וכו',

⁵⁵ שם, בעמ' 59-60. ראוי להבהיר כי קיים הבדל מוסרי משמעותי בין הזכות לסייע למותקף ובין החובה לסייע לו. הניתוח המוסרי המובא כאן מלמד על חובה לסייע, המוטלת על כלל המדינות "החברות" בבית הבינלאומי במשותף. בטרנספורמציה של הרעיון המוסרי אל עולם המשפט, מאפשר המשפט, בדרך כלל, לסייע, אך אינו מחייב זאת, כפי שאכן מקובל לראות את המצב הנורמטיבי בדין הבינלאומי.

⁵⁶ דינשטיין, לעיל ה"ש 34, בעמ' 42-57.

⁵⁷ Charter of the United Nations (1945), 2(4), 51.

Walzer מתאר בבהירות את החשיבות הזו, בהבחינו בין מקרה התוקפנות בזירה הבינלאומית לבין מקרה השודד המבקש את ארנקו של קורבנו, שתוקפנותו עשויה להסתיים "בשלום" עם ויתור פשוט יחסית על הארנק. אלא שבמקרה הראשון של תוקפנות, היינו כל התקפה או איום על הריבונות הפוליטית או השלמות הטריטוריאלית, אין פני הדברים כך. בלשונו של Walzer: "Aggression is a singular and undifferentiated crime because, in all its forms, it challenges rights that are worth dying for".⁵⁸ בפשטות נאמר, שהקהילייה הבינלאומית רואה, כבחירה ערכית, את שלימות היחידות הלאומיות כזכות, שמצופה מחבריהן להילחם בעת פגיעה בה, בין שהפגיעה בה מינורית ובין שהיא דרמטית. תוקפנות – בין כהשתלטות על שטח אדמה קטנטן ובין שהיא עולה כדי כוונת כיבוש והעברה מן העולם – היא לעולם פשע בינלאומי חמור, בהיותה שוות ערך לפגיעה בגופו של אדם באנלוגיה הפנים-מדינתית.⁵⁹ ואם אנו לעולם צופים ומצדיקים תגובה על תוקפנות, חוקה שהבנו את חומרתה. תגובה עליה אינה אלא מלחמה או חשש מידי ממלחמה. להבדיל ממעשה התוקפנות של השודד, שאפשר שיסתיים "בשלום", מלחמה, כתגובה על התוקפנות, תהיה לעולם אסון שטמונים בו אובדן חיים, הפסדים כלכליים, פוליטיים ומנטליים עצומים וארוכי טווח. על כן, המאיים או המוציא אל הפועל פעולה של תוקפנות יוצר מצב חמור בהיותו שם את קורבנו ככזה שנפגעו לו זכויותיו אשר הן בבחינת "worth dying for...". בלא קשר למלחמה שתתרחש או לא (כבמקרה של הבלגה או כניעה, או במקרה בו ההתקפה לא עלתה כדי הרף המינימלי המתחייב מפרשנות דיני המלחמה כבדוגמת הכללים שבפסקי הדין בעניין

⁵⁸ Walzer, לעיל ה"ש 51, בעמ' 53.

⁵⁹ כלומר, גם אנגליה, שארגנטינה פלשה אל איי פוקלנד הזעירים שלה במרחק מילין רבים מאנגליה עצמה, וגם צ'כוסלובקיה שהכוחות הגרמנים השתלטו עליה, חוו תוקפנות, כשהשיח הבינלאומי אינו עושה בה שלבים של חומרה. שתיהן ראויות ערכית לתגובה של הקהילייה המותקפת. אין צריך לבחון אם מלחמה אכן תיוולד מאקט התוקפנות כדי לבחון את חומרתו. בעוד שאנגליה בחרה לפתוח במלחמה, בחרה צ'כוסלובקיה להיכבש ללא התנגדות. עדיין, הקהילייה הבינלאומית רואה בשני המקרים כראויים לתגובה.

2. ארגוני טרור והתיאוריה של התוקפנות

בחינת עקרונות התיאוריה של התוקפנות מראה, כי פחות משחשובים מיהות הגורם התוקפן או שיטותיו, חשוב מושא האיום. חשובה שאלת ה"נגד מה מופנית התוקפנות". כאמור, מלחמה היא מוצדקת משעה שחל איום ממשי על השלמות הטריטוריאלית או העצמאות הפוליטית של מדינה, שהרי הן מקבילותיה של השלמות הגופנית של הפרט. על פי הגדרה, אם כן, ארגון טרור ייחשב לתוקפן, במובן תיאוריית ה-Just War, אם הוא פועל נגד יסודות אלו במדינה המותקפת. הסיבות והאידיאולוגיה עשויות להיות מגוונות, אך אם יעדו המכוון של ארגון טרור כלשהו הוא ערעור יסודות אלו במדינה המותקפת, נאמר עליו שהוא תוקפן, במובן הבינלאומי.

להבדיל מקרטלי סמים או מארגוני פשע בינלאומיים, המאיימים על הסדר הציבורי, ארגוני הטרור שעל בסיס לאומני או פונדמנטליסטי שמים להם ליעד מהפיכה כוחנית נגד השלטון הריבוני, חילוץ חבל ארץ מתחת ידי מדינת היעד ועד כדי מטרה של השמדת המדינה המותקפת, כבמקרה אל-קאעידה נגד ארה"ב וחזבאללה, ח'מאס וג'יהאד אסלאמי פלשתיני אל מול ישראל.⁶⁰ שימוש במטוסים לפיגוע, פיצוצים בשטחה של מדינה, פעולות בגבולותיה וחדירות אלימות לשטחה –

⁶⁰ Case concerning Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua (Nicaragua v. US) (Merits) ICJ (1986) (להלן: "Nicaragua v. US"); עניין concerning Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. USA) (2003) (להלן: "Islamic Republic of Iran v. USA").

⁶¹ שאול שי ציר הרשע, איראן חזבאללה והטרור הפלסטיני 167-170 (2003); יעקוב חבקוק ושכיב סאלח טרור בשם האיסלאם פרופיל של תנועת החמא"ס 114-121 (1999).

62 כלומר, הן

מכוונות בדיוק אל אותן זכויות בסיסיות למדינה ולתושביה שהן בבחינת: "worth dying for". בפשטות, אמירה זו משמעה, כי ארגוני הטרור הלאומניים והפונדמנטליסטיים מייצרים תוקפנות במובנה של תיאוריית ה-just war, כלפי מדינת היעד המותקפת.⁶³

אל מול הקביעה, כי פעילות ארגוני הטרור הלאומני-דתי מהווה תוקפנות, עומדים שני מכשולים בפני יישום תיאוריית המלחמה הצודקת גם במקרה המלחמה בטרור. קושי ראשון, רלוונטי לתוצאות התוקפנות, שהרי גישת המלחמה הצודקת מצדיקה מלחמה נגד תוקפנות משום שתוקפנות פוגעת ביקר מכל לקולקטיב פוליטי המאוגד כמדינה. על כן, היא חמורה, בין היתר, מפני שבהכרח תוביל היא למלחמה, או לעתים ראוי שתוביל למלחמה.⁶⁴ לכאורה, במקרה ארגון הטרור אין חשש כזה, שכן על פניו אין שדה קרב לאותה מלחמה ואין לה מול מי להתרחש. על פניו, ארגוני טרור אינם, על פי רוב, ערוכים על גבולה של המדינה המותקפת.

אלא שקושי זה אין בו ממש. ראשית, תיאוריית המלחמה הצודקת אינה משתיתה את חומרת הגישה כלפי התוקפנות על הניבוי כי בהכרח תצמח ממנה מלחמה. התיאוריה רואה בתוקפנות מצב שראוי להילחם בו, אפילו השבת מלחמה

⁶² ברשימה זו לא אדון בסוגיית הבידול שבין מלחמת שחרור לבין טרור על רקע לאומני. למעשה, זוהי הסוגיה של הגדרת הטרור. לצורך עבודתי זו, אניח שהבדלים אלו ברורים וכי אנו עוסקים בארגונים שאין ספק בדבר היותם מפעילי טרור. על כן, בכל מקום בו נאמר: "ארגון טרור", משמע "ארגון טרור לאומני או פונדמנטליסטי", היינו, כזה שפעילות הטרור שלו שקולה לתוקפנות במובן התיאוריה של המלחמה הצודקת.

⁶³ על פניו, אפשרי מצב בו יגיע האיום המאורגן המיוצר על ידי ארגוני פשע רב-לאומיים, כלפי מדינת יעד כלשהי, לרמת איום על שלמותה הטריטוריאלית ואף על ריבונותה, משעה שהוא מערער בה בחריפות את אושיות השלטון. דוגמה לזה יכולה להיות הצפה של מדינת יעד בסמים ובפשע מאורגן קשה במיוחד, שמטרתו חדירה למרכזי השלטון לשם שעבוד סמכויות פוליטיות לטובתו. על רקע זה, אפשר לראות חלק מפעולותיה הצבאיות של ארה"ב בדרום אמריקה נגד קרטלי הסמים והפשע.

⁶⁴ ראוי להסביר: לכאורה, ישנו כאן טיעון מעגלי, שכן יוצא כאילו מלחמה מוצדקת בגלל התוקפנות, זאת, מפני שהתוקפנות מביאה למלחמה. לא כך היא. תוקפנות שקולה לתקיפה חמורה של אדם המסכנת את חייו. המעגליות לכאורה דומה למבוכה מהצדקת הגנה עצמית, היינו פגיעה בחיים (של התוקף) בשם זכות החיים (של המותקף). על כן, הצידוק להגנה עצמית, יפה גם לפתרון הקושי המתואר.

65 אם נשוב אל האנלוגיה הפנים מדינתית, הרי שתקיפת א' את ב' נותרת בחומרתה, אפילו נדע מראש כי ל-ב' אין יכולת תגובה ראויה. גם מצדם האחר של הדברים, הפרקטי, מתכרסם הטיעון הפוסל את החלת תיאוריית המלחמה הצודקת במקרה ארגון טרור, רק משום שלכאורה המלחמה מולו אינה יכולה לשאת אופי "קלאוזוביציאני" כולל. 66 הבחינה המעשית מראה שארגוני טרור רבים עשו להם מדינות מסוימות לנמל ולבסיס, והלחימה בהם ובמדינות התומכות היא מעשית ומתפרסת על פני מרחב ממשי. 67 על כן, אין להניח אפרוירית, כי תוקפנות של ארגון טרור מוחלשת בחומרתה משום שלכאורה אינה יכולה להוות את הניצוץ המצית מלחמה קונבנציונלית כוללת. אכן, שינוי זה באופיים של ארגוני הטרור הוביל למלחמות "חדשות", בהן הכתובת אינה בהכרח מדינה או שלטונה, אלא ארגון הטרור שקנה שביתה בשטחה. כזו היא מלחמת לבנון ב-1982 וכזו היא המלחמה האמריקנית באפגניסטן. מלחמות אלה נוהלו ללא התעכבות ארוכה על ההיבט הנורמטיבי, שכן סביבת הלחימה והדמיון הרב לשדה המלחמה הקונבנציונלי עמעמו את העובדה שמדובר, למעשה, במלחמה נגד ארגון טרור, כאשר העימות עם מדינת האירוח הוא עימות נלווה בלבד. השיטה המוצעת ברשימה זו מבקשת להרחיק לכת עוד מעט, היינו, לאפשר פגיעה בחבריו של ארגון טרור בכל עת, אפילו אין הטריטוריה הרלוונטית מכילה שדה קרב מלחמתי ורווי לחימה.

65 תעיד על כך הגישה, הרואה בפלישה הגרמנית לצ'כוסלובקיה פלישה, שאי התגובה לה והכניעה הצ'כית אינם בבחינת תוצאה "טובה" יותר מאשר לו קמה מלחמה בין שתי המדינות. הכיבוש הגרמני רמס את הקהילה הפוליטית הצ'כית, ביטל את ריבונותה ועצמאותה והותיר עם שלם שנבזז ממנו חירותו ועצמאותו. אי הפרקטיות של היכולת להשיב מלחמה נגד התוקפנות אינה מאיינת את הזכות, ואולי לעתים אף את החובה להילחם בה (Walzer, לעיל ה"ש 51, בעמ' 67-69).

66 עור גת מקורות המחשבה הצבאית המודרנית 201-162 (2000).

67 לא מעט ארגוני טרור הם בעלי הבית בטריטוריות ברורות ומוגדרות ושם, לפחות, הם נהנים ממעמד כמעט-צבאי. ארגונים אלו הגיעו, לעתים, ליכולות צבאיות בפורמט השואף לזה שברמה מדינתית, עד כדי החזקת יכולות ארטילריה, פעולות אוויר, ים וקומנדו, יכולות טיליות ומודיעיניות. כאלו הם אל-קאעידה באפגניסטן ובסודן, טרם מלחמתה של ארה"ב שם, ארגוני הטרור הפלשתינים בדרום לבנון, לפני מלחמת שלום הגליל, אזורי הכורדים בחבל הארץ בין תורכיה לצפון עיראק, חיזבאללה בדרום לבנון ובקעת הלבנון, ארגוני הטרור הדרום-אמריקניים והאסיאתיים ואחרים. חלק מהארגונים, דוגמת חיזבאללה בדרום לבנון, החלו מתגבשים במתכונת צבאית אף בהיבטים המבצעיים והלוגיסטיים, עד כדי ביצוע אימונים צבאיים ברמות יחידתיות גדולות וכוחות משולבים, לבישת מדים ויצירת הירארכיה פיקודית (שמעון שפירא חזבאללה בין איראן ולבנון 151-149 (2000)).

קושי שני, העומד לכאורה בפני החלת "המלחמה הצודקת" על תוקפנות הטרור, יורד לשורשי נקודת המוצא של תפישה זו. כאמור, בסיסה של התיאוריה הוא בציור הקהילה האנושית כקהילה של קהילות, ככזו המהווה את המחקק ואת מושא החקיקה בו זמנית, נוסף על חובת האכיפה הקולקטיבית שלה. על פי התיאור המבני, בו אין רשות-על בעלת יכולות אכיפה ושיטור עולמיות, מתחייב שתיפול חובת האכיפה והענישה על המדינות עצמן, ובראשן המדינה המאוימת. לכאורה, קושי זה אינו קיים במקרה של תוקפנות מצד ארגון הטרור, שהרי ארגון טרור, פעולותיו ברובן, תצאנה מתוך מדינות מוצא כלשהי. אם כך, בעוד שמעל תוקפנות של מדינה אין סמכות פלילית, למעט פעולות האכיפה של מדינה אחרת, הרי שבעת פעולותיו של ארגון טרור במדינת המוצא, ישנה עליו, לכאורה, מרות חוקיה ורשויות האכיפה המדינתיות שלה. לפיכך, אין סיבה שנעדיף את עשיית הדין העצמית הגלומה בזכות למלחמה צודקת, הנסמכת על היעדר גורם אוכף. לטעמי, אין בטיעון זה ממש. ראשית, תקיפה שתוקף ארגון טרור את מדינה A משטחה של מדינה B, מהווה מעשה של תוקפנות מנקודת מבטה של מדינה A, כיוון שהיא מאיימת על שלימותה הטריטוריאלית ועל ריבונותה הפוליטית. תוקפנות זו מלמדת על כשלון פעילות האכיפה ברמה הפנים מדינתית של B, ומכאן שממילא אנו מוחזרים לאכיפה עצמית שברמה הבין-מדינתית. שנית, על אף שלכאורה תהא ל-A הזכות לפעול נגד מדינה B, אי קבלה של זכותה לפתוח ישירות במלחמה המוגבלת מול ארגון הטרור התוקף, עלולה להביא לאבסורד. לפי גישה זו, הדין הבינלאומי יתיר מלחמה כוללת בין שתי מדינות ויאסור מלחמה מוגבלת יותר, כזו שבין A לארגון הטרור. נקודה נוספת וחשובה ביותר נוגעת לחוסר רצון אפשרי של מדינה A לפתוח במלחמה עם מדינה B. לעתים, מדינה, המשמשת אכסניה לארגון טרור, עושה כן מאונס או מחולשה, דוגמת "האירוח" הלבנוני את ארגוני הטרור הפלשתינים בתקופה שלפני מלחמת לבנון או דוגמת "האירוח" הירדני של אותם ארגונים עד לאירועי ספטמבר 1970.⁶⁸

⁶⁸ בעת הפתיחה של מלחמת שלום הגליל, הגדילה ממשלת ישראל ודייקה מאוד בהגדרת יעדיה. על אף הפלישה למדינה הלבנונית, שחלקים ממנה היו בהחזקת הצבא הסורי, הודיעה ממשלת ישראל בביורור כי "האויב" המוגדר של מלחמתה אינו מדינת לבנון או צבאה ואף לא המדינה הסורית או צבאה, אלא ארגוני הטרור הפלשתינים בלבד. גם פעולות התגמול הישראליות בשנות ה-50 וה-60 לא כוונו בהכרח נגד המדינה המארחת את ארגוני הטרור, אלא נגד הארגונים עצמם.

ראיה נוספת להקבלה, שבין תוקפנות של מדינה לבין זו של ארגון טרור, ניתן לראות אף מאופי תגובתו של הקורבן. לא אחת, תגובתם של מדינת היעד ואזרחיה לטרור היא תגובה של קולקטיב שהותקף, הדומה מאוד לתגובתו בעת התקפה מלחמתית "רגילה". התקפות ה-11 בספטמבר בארה"ב, פיגועי ההתאבדות ברחובות ישראל, פיגועי הטרור בטורקיה ובספרד – כל אלו הותירו בקרב מדינות היעד תחושות ונזקים דומים לאלו של התקפות במלחמה "קונבנציונלית". לא לשווא נעשו השוואות אינספור בין תחושת הציבור האמריקני לאחר החרבת בנייני התאומים לבין התוקפנות היפנית בפרל-הארבור. אכן, הטרמינולוגיה השלטת בקרב הדוברים האמריקניים הזכירה שוב ושוב כי מלחמה הוכרזה על אמריקה וכי אמריקה תשיב במלחמה.⁶⁹ הנזק המנטלי דמה דמיון רב לנזקי ההתקפה של מלחמה קונבנציונלית. אך גם מנין ההרוגים, הנזק החומרי, ובכללו הזעזוע בשוקי ההון בעולם, הפגיעה האנושה בשוק התעופה והתיירות, הגדלת תקציבי הביטחון האמריקניים והבריטיים – כל אלו דמו לנזקי של מלחמה "רגילה". תחושות רגשיות ונזקים אלו הם, ללא ספק, תחושות של מדינות אשר הן קורבן לתוקפנות. עד כדי כך נראו התקפות הטרור בעיני מדינות היעד כמעשי תוקפנות, עד שלאחר התקפות ה-11 בספטמבר, הפעילה נאט"ו לראשונה בתולדותיה את סעיף 5 לאמנה המייסדת, זה המופעל כשמותקפת

⁶⁹ חשוב להדגיש: החלת דיני המלחמה אינה מעניקה למדינה הנפגעת הכשר מושגי ופרקטי לפעול נגד ארגון הטרור התוקפן באשר הוא, היינו, אפילו על אדמתן של מדינות שלישיות. נהפוך הוא. כפי שנראה בהמשך, בפרק הדין במשמעויות החלת דיני המלחמה על המלחמה בטרור, החלת דיני המלחמה מוסיפה על הבהירות בתחום זה. במסגרת דינים אלו, ייקלטו אל תוך הנורמות החלות על המלחמה בטרור הכללים הברורים בקשר ליחס שבין ריבונות להגנה עצמית.

⁷⁰ כך לדוגמה נאום הנשיא האמריקני בוש מיום 21 ספטמבר 2001, בו קבע: **"On September 11, enemies of freedom committed an act of war against our country. Americans have known war, but for the past 136 years they have been wars on foreign soil, except for one Sunday in 1941"**

71 זוהי הגנה

עצמית קולקטיבית קלאסית, שאין לה מקום, לפי תיאוריית ה-just war ולפי אמנת האו"ם, אלא כמענה לתוקפנות במובנה הבינלאומי. גם החלטת מועצת הביטחון של האו"ם לאחר אירועי ה-11 בספטמבר (מס' 1368) קובעת – בהתאם לניתוח התיאורטי שהצעתי – כי: "...and regards such acts, like any act of international terrorism, as a threat to international peace and security".⁷² אם כן, אין מלאכותיות בקביעה התיאורטית המוצעת כאן, שלפיה הטרור מהווה תוקפנות, כמובנה בתיאוריה של דיני המלחמה.

קושי נוסף עומד בפני יישום האנלוגיה שבין תיאוריית התוקפנות במקרה מדינות לבין מקרה ארגון הטרור. קושי זה מתייחס לעובדה שאחד משורשי תיאוריית התוקפנות הוא החומרה בה נראה ניסיון תקיפה או השמדה של אבן אחת מיסודות המבנה את רעותה. יש לזכור שהתיאוריה רואה באגד המדינות קהילה של קהילות, החייבת בשמירת שלומן – כל אחת מפני רעותה. אלא שבמקרה של התקפה מצד ארגון טרור, מדובר בהתקפה שמקורה אינו במדינה, כלומר, לא מצידה של אבן מאבני הקהילה. האם שוני זה גורם לנו להחיל בטעות את נורמת המלחמה הקיצונית על תוקפנות מוחלשת או שונה? נראה לי שלא כן. כאמור, החשיבות באנלוגיה הפנים-מדינתית היא בהעלאת החשיבות של שלום המדינות וקהילותיהן לרמה עילאית. תפקיד הקהילה, כתפקידה של המדינה באנלוגיה הפנימית, הוא בראש

⁷¹ NATO Publications, Terrorism and the Emergence of New Threats

"If any the high Contracting Parties should be the object of an armed attack in Europe, the other High Contracting Parties will, in accordance with the provisions of Article 51 of the Charter of the United Nations, afford the Party so attacked all the military and other aid and assistance in their power." (Treaty of Economic, Social and Cultural Collaboration and Collective Self-defense, signed at Brussels on March 17, 1948, as amended by the Protocol modifying and completing The Brussels Treaty, V)

⁷² www.un.org/News/Press/docs/2001/SC7143.doc.htm. עם זאת, מעניינת העובדה שמועצת הביטחון לא הגדירה באף שלב את הפעולה כ"תוקפנות" במובנה הנורמטיבי הבינלאומי, הגם שאישררה את זכות ההגנה העצמית האינדיבידואלית והקולקטיבית (במובן הבינלאומי) ומן ההיגיון שאין מאשררים זכות להגנה עצמית, אלא בקשר לאירוע שרואים בו תוקפנות.

73 תפקיד זה אינו מתעמם כשמקור התקיפה אינו מדינה. תפקיד זה אינו משתנה כשהאיום על השלימות הטריטוריאלית או על הריבונות הפוליטית מקורו בארגון טרור, ולא במדינה. נוסף לכך, התבנית המוכרת של טרור עולמי נתמך-מדינות, היינו תוקפנות באמצעות שלוח, מעמעמת עוד יותר את החשש שהועלה. אחרי הכל, חלק ניכר מן הטרור יזום ונתמך על ידי מדינות, ולפיכך מהווה סוג של תוקפנות מצד אבני בסיס של הבניין הבינלאומי כלפי רעותן. והרי זו התוקפנות שהתיאוריה מבקשת למנוע.

3. דרישות הסף להגדרת טרור כ"תוקפן"

כאן המקום לבחון קושי נוסף הנלווה, לכאורה, לגישה המוצעת. על פני הדברים, הגישה המציעה לראות בארגון הטרור תוקפן, במשמעות המוכרת בדיני הסכסוכים החמושים, יכולה להיות מבוקרת כגישה טוטאלית. כלומר, ראוי להעלות את השאלה אם מתאפשר להרוג מיד בחברי כל ארגון טרור, מעצם הגדרתו ככזה, כאילו מעצם הגדרתו כארגון טרור כבר הושם כתוקפן והותר דם חבריו. ברור, כי, אינטואיטיבית, יש לענות בשלילה. ממש כפי שמעשי התוקפנות שבין מדינות מחייבים רמת סף קריטית מסוימת כדי שייחשבו לתוקפנות המצדיקה מענה במלחמה, נראה, כי גם במקרה של ארגון טרור נדרש רף מעשי, מעבר לרף הדקלרטיבי. מבחן אפשרי אחד, הוא המבחן דרכו מסננת חוקת רומא של בית הדין הפלילי הבינלאומי סכסוכים, היינו, המבחן שלפיו היא קובעת באיזה נסיבות ייחשבו פשעים שהגדירה לפשעי מלחמה (ואגב כך היא נוקקת, כמובן, להגדיר סכסוך בינלאומי חמוש).⁷⁴ המבחן הנבחר על ידי חוקת רומא נראה כמבחן "איכות הסכסוך". בין מטעמים פרקטיים ובין מטעמים ענייניים, החוקה בוחרת להתמקד במעשים של נטילת חיים בעת סכסוכים מתמשכים, שאינם נושאים אופי פנימי וואו זמני, כגון מהומות או אי-שקט זמני. לכאורה, ניתן לאמץ את המבחן הזה, היינו,

⁷³ לצורך עניינה של רשימה זו, ראיית שמירת השלום של חברות הקהילה הבינלאומית כתפקידן של המדינות, אינה מתעלמת מתפקידם של ארגונים בינלאומיים דוגמת האו"ם ומוסדותיו. אלא שבעקפיין, מוסדות אלו הם בעיניי בעיקר מכשיר של תיאום, שבמסגרתו מוציאות המדינות את חובתן אל הפועל.

⁷⁴ Rome Statute of the International Criminal Court (1998), Article 8(2)c, d, e, f

75 כאן הופך השוני הפרקטי בלחימה שמול ארגוני הטרור לרלוונטי, כיוון שבמלחמה בטרור נקודות החיכוך הן לא אחת מצומצמות ונמשכות זמן קצר למדי. זוהי מלחמה של רצף תקריות. לכן, הפוטנציאל הסיכולי (היינו, הנחתת מכה עוד בטרם גילוי האלימות החמור שתייצר התוקפנות הטרוריסטית) משמעותי יותר מבמלחמה קונבנציונלית שבין מדינות. אני מוצא לכן כרלוונטי ביותר את המבחן שמחיל Walzer על היכולת להנחית מכת מנע על בסיס ההנחה בדבר התקפה צפויה. בהקבלה לדברי Walzer, בשרטטו את אלה שמותר להנחית עליהם מכת מנע, נראה לי נכון לקבוע שכדי להחיל את מושג התוקפנות ומשמעויותיו על ארגון טרור, עליו לקיים את הגדרת Walzer ולחפש את אלה ש: "...engaged in harming us...and who have already harmed us by their threats, even if they have not yet inflicted any physical injury"⁷⁶. דווקא הדוגמה של ארגון אל-קאעידה וארה"ב ממחישה את אי הרלוונטיות של מבחן עוצמת הסכסוך או מיקומו הגיאוגרפי. בעוד אנשי אל-קאעידה חרשו נגד מטרות ואינטרסים אמריקניים בנקודות רבות בעולם, עוצמת האלימות בין הצדדים עד ל-1996 היתה נמוכה למדי. נראה לי, שלא יהא זה מופרך לטעון שטיב ההכנות והמנגנון של אל-קאעידה בטרם החל להתקיף מטרות אמריקניות, במשולב עם איומיו ותורתו המופצת, הצדיקו את ראייתו כתוקפן הרבה לפני שהחל להוציא תוכניתו אל הפועל והרבה לפני שייצר

⁷⁵ ראוי להבהיר, כי איני קובע כי זוהי הפרשנות הראויה למבחן שאותו מציעה החוקה, אלא שברמה העקרונית זוהי חולשה בולטת של טיעון הנסמך על גובה הלהבה לאחר שכבר הוצתה.

⁷⁶ Walzer, לעיל ה"ש 51, בעמ' 80-81.

Anticipation כלשהו, יש לקבוע איזה רף אלימות – בפועל או זה החזוי – מאפשר לראות בפעולות ארגון הטרור תוקפנות במובנה הנורמטיבי הבינלאומי, על המשתמע מזה לגבי היכולת לפגוע בחבריו הפעילים. לגבי מלחמות קונבנציונליות, ידועים לנו כבר הקווים המנחים שנקבעו לגבי רף האלימות המינימלי הנדרש, וידוע שמדובר בהתקפה של ממש. נראה לי, שביצירת מנגנון והתחלה של הוצאה אל הפועל של איומים פומביים ומשמעותיים, וכשהמנגנון מעשי וסביר ביחס לאיומים, אזי ארגון טרור הופך "תוקפן" מול מדינת היעד. היקף הנזק הנצפה וכן רמות הוודאות להתרחשותו (במידה שמבוקשת מכת מנע) צריכים לעמוד בתנאים המוכרים, דוגמת הדרישות וכללי ה-Anticipations ש-Walzer מתאר כמצדיקים מכת מנע, אפילו לא נורה כדור אחד (ובוזה, לטעמי, תהא גישה זו תואמת את עקרונות הרף המינימלי – הגם שלא במדויק – אשר נקבעו על ידי בית הדין הבינלאומי בפסקי הדין שבעניין ניקרגואה ו-פלטפורמות הנפט).⁷⁷ כלומר, במקרה של טרור, עוצמת התקיפה הצפויה חשובה יותר מאשר עוצמת התקיפה בפועל.⁷⁸ לסיכום, יוצא, שפעולת טרור היא מעשה של תוקפנות כלפי מדינת היעד מנקודת השקפתה של תיאוריית ה-just war. זאת, מפני שפעולת הטרור מכוונת כלפי אותן זכויות בסיס – השלמות הטריטוריאלית והריבונות. היות שתוקפנות היא פגיעה בזכויות בסיס המחייבת תגובה, מותרת מלחמת מגן נגד תוקפנות. לפיכך, מותרת אף מלחמה כהגנה מפני תוקפנות הטרור. מלחמה זו אפשרית ברמה הפרקטית ומהווה לא אחת דרך פעולה זולה יותר מאשר ניהול המלחמה נגד מדינת המקור. בהמשך, אדון בשאלת זיהויו של "החייל בצבא הטרור". אולם, בהנחה שזהותו ברורה, המסקנה המתבקשת מהחלת דיני המלחמה על המלחמה בטרור, היא, בין היתר, שיש צידוק להרוג טרוריסט בכל עת וככל הנדרש לשם חתירה

⁷⁷ שם, בעמ' 80-85; כן ראו: עניין Nicaragua v. US, לעיל ה"ש 60; ועניין Islamic Republic of Iran v. USA, לעיל ה"ש 60, פסקאות 51-64.

⁷⁸ אולם, נראה לי ראוי שהקווים המנחים לעניין עוצמת התקיפה הנדרשת, יהיו תואמים, בין שהם מתייחסים לתקיפה שכבר אירעה (כבמקרה פלטפורמות הנפט) ובין שהיא צפויה (כבמקרה כללי ה-Anticipation).

ו. הטיעון התועלתני

שיקולי התועלת מסתברים ככלי רב עוצמה בשיח הבינלאומי הנורמטיבי.⁷⁹ ככלל, מבקש הניתוח התועלתני לבחון מעשה בראי יעילותו, היינו, אם יש בו כדי לקדם את מסת התועלת אל מול אי עשייתו. אלא שאנו מבקשים לבחון את יעילותה של החלת נורמה, ולא את יעילותו של מעשה מסוים. לצורך זה, אנו מבקשים לבחון, בניתוח תועלתני, אם החלת דיני המלחמה על המלחמה בארגוני הטרור יעילה. בזה, אנו נכנסים אל גדרה של ה-Rule Utilitarianism.⁸⁰ גישה תועלתנית זו משקיפה על יעילות הנורמה ככלל, ולא על יעילות החלטה בדרך של מעשה מסוים. לדוגמה, אפשר שהחלטה כלל מסוים תתברר כלא יעילה בבחינת יישום שלו במקרה אחד, אך בחינת יישום הכלל מנקודת השקפה ארוכת טווח ושל החברה כולה, תסתבר כיעילה. בטרם בחינה, אם החלטה הנורמה תקדם את התועלת הכללית, יש להגדירה. נקודת פתיחה אחת להגדרה היא השאלה מהן התוצאות שהיינו מבקשים לקדם באמצעות החלטה נורמה בתחום המלחמה בטרור. אם הנורמה הנבחנת תקדם מטרות אלו, הרי שהחלטה יעילה. Brandt, לדוגמה, מחפש תשובה לשאלה מקבילה תוך שימוש במעטה הבערות הרולטיאני.⁸¹ לשיטתו, כלל תועלתני ראוי הוא זה שהיו מאמצים מחליטים נבערים, אך רציונלים, שאין להם מידע אודות מצבם בהווה. מחליטים נבערים כאלה אינם יודעים בעת בחירתם אם ימצאו עצמם בעולם לגביו הם מחליטים כטרוריסטים ואם כאזרחים שלוים. באין להם ידיעה אודות השלכת הנורמה עליהם ישירות, יעדיפו הבוחרים הנבערים להחיל את הנורמה שתמקסם את סך כל התועלת, כיוון שאז גדל חלקם היחסי המסתבר בתועלת. חזקה על מחליט

⁷⁹ Nardin & Mapel, לעיל ה"ש 51, בעמ' 172-158.

⁸⁰ שם, בעמ' 171-169; Brandt, לעיל ה"ש 35, בעמ' 165-145.

⁸¹ שם, בעמ' 150.

82 על פי הטיעון שאציג, דיני המלחמה ראויים על כן להיות מוחלים על הלחימה בטרור, כיוון שיש בהם כדי להביא ללחימה היעילה והאפקטיבית ביותר בטרור מחד גיסא, ואיזון מוסרי ראוי, מאידך גיסא. הנחת יעילות זו, מושתתת על הטיעונים הבאים: 83

1. ארגון טרור ומדינה – מאזן הכוחות הפרדוכסלי

בשל אי הסימטריות הנורמטיבית שגוזרים על עצמם שני צדדים למאבק, דוגמת ארגון טרור ומדינת היעד, נוצרת אי-סימטריות פרדוכסלית בפרקטיקה של המאבק, הבאה לביטוי באמירה המייצגת: "עוצמת החלש מול חולשת החזק". 84 אחת הטענות העיקריות ברשימה זו מתמקדת בתרומת הנורמה החלה על המלחמה בטרור (היינו, דוקטרינת ההגנה העצמית) ליצירת אי-סימטריות זו. הטיעון, שאנסה לתמוך בניתוח שבפרק זה, יציג את הגישה שלפיה דיני המלחמה הם הנורמה היעילה למלחמה בטרור, כיוון שהם הופכים חזרה את אי-הסימטריות באופן שחולשתה הפרדוכסלית של המדינה הנפגעת מול ארגון הטרור מתהפכת חזרה אל מצב נורמלי. יתירה מזאת, ניתוח זה אף יעלה את המסקנה כי תחת הנורמה הראויה, היינו, דיני המלחמה, אפשר שנפתח פתח לניבוי נקודת הכרעה תיאורטית של ארגון הטרור.

מדינה מול מדינה שווה – נפתח תחילה בדוגמה פשוטה של מאבק בין שתי מדינות, A ו-B, אשר תוצאותיו "מוכרעות" במודל פשוט, היינו, אך ורק לפי מידת היכולת לפגוע ו/או לנטרל חיילי מדינת האויב. לצורך הדוגמה נניח, כי A ו-B שוות במשאביהן. ברור, כי כל אחת מהן מחויבת להכרעה מתמדת בשאלת יחס ההשקעה

82 עקרונית, אפשרית טענה שלפיה אפשר שלמדינות המפעילות טרור יש סך הכול תועלת מכך העולה על סך הכול הנזק למדינות ולאזרחים נפגעי הטרור. לכאורה, אז קורסת ההנחה שמחליט שמאחורי מסך הבערות ירצה בנורמה הממוזעת את נזקי הטרור. אלא, שהנחת המוצא של רשימה זו היא, כי תועלת הטרור היא לעולם שלילית, בהיותו משום רע מוחלט ובלתי לגיטימי. כלומר, ההנחה היא – הגם שלמצער יש עוד המערערים עליה – שטרור הינו לעולם אמצעי בלתי יעיל ואין סיטואציה בה נכיר בו ככלי לגיטימי להשגת מטרות כשרות, ואפילו משום רע הכרחי להשגת מטרות כאלו.

83 מובן, שאיני מתעלם מן הגישות השוללות גישה מוסרית תוצאתנית. רשימה זו אינה המקום לתמיכה בתועלתנות ובגישות כלכליות תוצאתניות. אולם, ראוי להזכיר כי הטיעון התוצאתני משמש כאן כחיזוק לנורמה שיש לה צידוקים מוסריים נוספים.

84 עמוס מלכא "חולשת העוצמה" מול "עוצמת החולשה" – הרתעה אסימטרית (סמינר בנושא ביטחון לאומי, אוניברסיטת חיפה).

A, הרי תחכומה ומידת ההשקעה של B בהתקפה, המשוקללים אל מול תחכומה ומידת ההשקעה של A בהגנה, יכריעו בשאלת היקף ההשקעה ההגנתית הנדרשת ל-A. מובן ש-B מחויבת כל העת לשיקול זהה. הכרעה זו הינה מתמדת, שכן מדובר בתהליך נמשך, ששינויי יכולת או הכרעה מצידה של B מחויבים בשקלול מידי בהחלטה חדשה של A – ולהיפך. כך תכריע, למעשה, כל מדינה בשאלה כמה ממשאביה המוגבלים להשקיע בהגנה ואיזה חלק מהם בהתקפה. הימצאות הצדדים ב"משחק" מתמשך תביאם, מן הסתם, להשקעה האופטימלית של משאביהם, ביחס הגנה-התקפה שיאפשר מאזן של גרימת נפגעים לאחר – פחות מספר נפגעים עצמי – הגבוה ביותר. כל מדינה תשאף להביא לעלות ניטרול שולית הגבוהה ביותר ביחס לאנשיה, ומנגד – לכוון את השקעותיה כך שינמיכו ככל הניתן את עלות הניטרול של חיל האויב.⁸⁵ בהנחה, לצורך הדוגמה, שזמן ההתארגנות למתן מענה לשינוי בצד האחר הוא אפסי, סביר ש-A ו-B, השוות במשאביהן, יגיעו למאזן השקעה דומה זו מול זו.

מדינה מול ארגון טרור – דוקטרינות ההגנה העצמית – עתה, נבחן את מדינה A מול ארגון טרור T, הנאבק מולה בכלים של טרור. נניח שוב, שהכרעת המאבק תיבחן אך ורק על פי המאזן של מידת הפגיעה של T באנשי A, אל מול מידת יכולתה של A לנטרל את אנשי T, בין במעצר ובין בפגיעה פיסית. בשלב זה נניח, שעל מלחמתה של A ב-T חלה דוקטרינת ההגנה העצמית בלבד. כלומר, כוחותיה של A יוכלו לנטרל איש מאנשי T אך ורק אם יש בידיהם מידע מודיעיני מוצק, המאפשר את מעצרו והעמדתו לדין, או שישנו מידע מוצק דיו בדבר סכנה ברורה ומיידית והמאפשר את איתורו וניטרולו, על פי כללי ההגנה העצמית. מובן, שיש לאנשי A

⁸⁵ הנחתי היא, כי למדינה יש יכולת להשפיע לא רק על העלות של ניטרול אנשיה, אלא גם על זו של ניטרול אנשי מדינת האויב. מדינה שתצליח בפיתוח שיטות צבאיות וטכנולוגיות מתקדמות מעבר למדינת האויב, תוכל להגיע למצב בו היא הפחיתה את עלות הניטרול של חיל אויב, ומעתה תוכל לנטרל יותר חיילי אויב בעבור אותה השקעה.

T בלבד, בעוד שאנשי T חופשיים מכל המגבלות והם יכולים

לפגוע באזרחי A ללא כל מגבלה ראייתית או נורמטיבית.

מובן, שהפער הנורמטיבי תורם מהותית לאי-סימטריות ביכולתו של כל צד לפגוע ביריבו. למעשה, הפער בין הנורמות תורם בעיקר לפער בעלות השולית של הניטרול. הצורך באיסוף מודיעין נגד גוף טרור, המקפיד בדרך כלל במידור ושפעילותו חשאית, מייקר מאוד את הליך הניטרול מבחינתה של A. היכולת לסכל פעולת טרור בזמן אמיתי, על פי כללי ההגנה העצמית הקלאסיים, מותנית בהשקעה אדירה במודיעין אנושי וטכנולוגי. הצורך בהליך משפטי פלילי, כנהוג במדינה מערבית, מעלה מאוד את העלות וממתן את יכולת הפגיעה הכמותית באנשי ארגון הטרור. אם אטול כדוגמה את פעילויות ההריגה הישראליות נגד הארגונים הפלשתינאים, הרי שחלק ניכר מתוכן היה הופך יקר ומסובך בהרבה – עד כדי בלתי אפשרי – לו כווננו למעצר ולהליך פלילי. תחת משטר כזה, לא היו מתאפשרים לדוגמה מבצעי הריגה של ירי מרחוק, יסוד ההפתעה היה ניטל מחלק ניכר מהמבצעים, ובאלה שבוצעו בחו"ל, היתה מתחייבת חשיפת הפעילות הישראלית תוך תשלום מדיני ניכר. זאת, עוד טרם בחינת ההליך הפלילי, המלווה בעלויות ניכרות של זמן, כסף וחשיפת מקורות ושיטות פעולה. אל מול זה, הריגת אזרח מדינה A בידי אנשי ארגון T היא פשוטה וקלה להחריד, אפילו משקיעה A אמצעים ניכרים בהגנה. על כן, על אף הנחת המוצא, שלפיה למדינת היעד, על פי רוב, יש משאבים ניכרים ביחס לארגון הטרור, יקשה עליה להביא יתרון משאבים זה לידי ביטוי. זאת, מפני שקיים פער הופך בעלות השולית של ניטרול מצד ארגון הטרור כלפי המדינה. התוצאה פשוטה – אל מול ההשקעה האדירה של מדינה A בהתקפה, נזקק ארגון T למשאבים קטנים בהרבה למענה בדרך של הגנה ראויה. מנגד, עלותו השולית הפשוטה מאפשרת לו להעמיד את מדינה A בפני הצורך בהשקעות גבוהות במיגון – וזאת, בהשקעה נמוכה מצדו במשאבי התקפה. כתוצאה מכך, אפילו תגדיל המדינה המותקפת A את משאבי ההתקפה שלה באופן ניכר, תוכל היא להשפיע בכך אך במעט על המאזן שבינה לבין ארגון הטרור, אם בכלל.

מדינה מול ארגון טרור – תחת דיני המלחמה – על פי אותו מודל, נבחן את

המאזן שבין A לארגון T, כאשר מלחמתה של A ב-T נעשית תחת משטר נורמטיבי

A אין עוד

צורך בניטרול אנשי T רק בעת גיבוש מידע מוצק בדבר כוונת פגיעה ברורה ומיידית. כל שנדרש כעת הוא זיהוי של חבר אקטיבי בארגון T, ומכאן פתוחה הדרך לפגיעה בו או לשבייתו, אם הוא נכנע. תחת אלטרנטיבה זו, אין עוד צורך בהליך פלילי מסורבל ויקר, אין צורך במעצרים מורכבים ומונחי מודיעין מדויק. התוצאה המיידית באה לידי ביטוי בהנמכה דרמטית של העלות השולית של ניטרול עבור כוחות מדינה A.

אין להקל ראש בהקלה הפרקטית למדינה A ובהשפעתה על היכולת לפגוע בארגון T תחת המסגרת הנורמטיבית החדשה. ממש ככוח צבאי בזמן מלחמה, ישקיע ארגון T מאמצים הגנתיים, שמקבילו, הפועל תחת נורמת ההגנה העצמית ("הארגון המקביל"), פטור מלהשקיעם. זאת, בשל החסינות המעשית שמעניקה לו נורמת ההגנה העצמית הבלתי יעילה. כך לדוגמה, יימנעו מנהיגיו או אנשיו של הארגון – תחת דיני המלחמה – מלנוע באורח גלוי ולא מוסתר, ולכן יוגבלו מאוד ביכולות הדברור, התעמולה והגיוס שלהם. שמירה על מסתור והתגוננות אפקטיבית מחייבת רמת מידור גבוהה, הפוגעת פגיעה ניכרת ביכולות התכנון, השליטה והביצוע של פעילות טרור התקפית. שמירה על פעילות מוסווית והגנתית לאורך זמן מחייבת השקעת מאמצים ומשאבים רבה, המפנה, על פי הגדרה, מאמצים שיועדו להתקפה אל המגננה. אנשי הארגון יתקשו לשלוט בטריטוריה משעה שלא יוכלו להלך בה חשופים, ובוזת תיפגע יכולתם לקנות בסיסי שליטה טריטוריאליים ועממיים. דוגמה מאלפת לקושי אדיר זה המוטל על ארגון טרור היא הלחימה הישראלית בארגון החמאס ובהנהגתו. היקף הפגיעה במנהיגי הארגון היה כה נרחב, עד כי מנהיגיו נאלצו לרדת למחתרת.⁸⁶ זאת ועוד, בשל חשש מהיגררות לסכסוך חמוש, כהגדרתו על פי דיני המלחמה, תסרבנה מדינות רבות לאפשר לארגון T לנהל משרדים או פעילות בתחומן. מובן, שארגון שכזה ימצא עצמו עם עלות שולית של ניטרול מטרה במדינת היעד, הגבוהה בהרבה מארגון מקביל שתחת דוקטרינת ההגנה

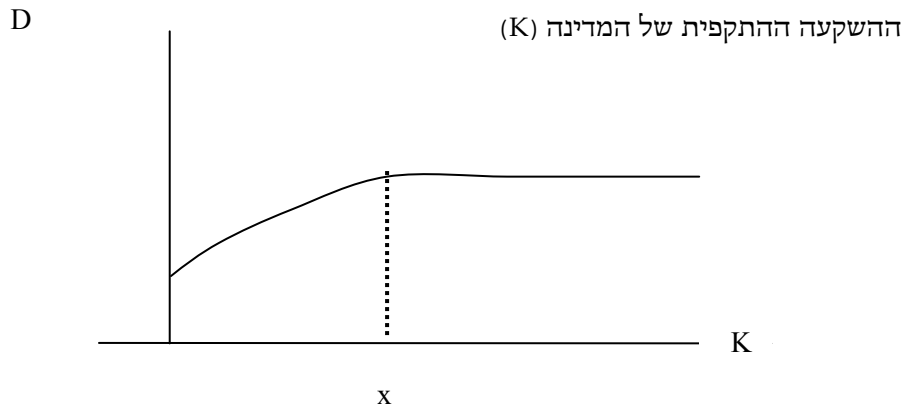
⁸⁶ משנהרג ראנטיסי כחודש לאחר שנהרג קודמו, השייח' יאסין, נאלצה הנהגת הארגון להשתמש בשיטות הנהגה מוגבלות, כגון "מנהיג חשאי" או ויתור על הנהגה מקומית והכפפת הארגון למנהיגיו היושבים בדמשק.

אחד ההבדלים המהותיים המבחינים את T (הפועל תחת משטר של דיני המלחמה) ממקבילו, הפועל מול מדינה שתחת דוקטרינת ההגנה העצמית, הוא הצורך בהגנה כוללת. עתה, כל אנשי T חשופים כל העת. על פי דוקטרינת ההגנה העצמית הקלאסית, איש הכספים הראשי של הארגון המקביל כמעט שאינו יכול להיפגע בדרך לגיטימית, וכמוהו – לא מכונאים או אנשי תמיכה לוגיסטית למיניהם. במקרה של T, גם אלו חשופים לפגיעה, ממש כמשאית צבאית בשדה הקרב הקונבנציונלי, שאין לדידו של האויב כל מניעה וחסינות כלפיה, בין שנוסעיה אנשי מינהלה ובין שהם לוחמים מובחרים.

עתה, אבחן את השפעת השינוי הנורמטיבי על ידי ניתוח יעילות הנורמה שבין מדינה A לבין ארגון T הנאבק בה. אם מדינה A משקיעה K משאבים בניטרול אנשי T, ואם העלות השולית של ניטרול היא Ma, הרי שמדינה A תשאף ליחס K/Ma הגבוה האפשרי. היות שתחת אופציה נורמטיבית זו פחת מאוד שיעורו של Ma, יוצא שמדינה A – אך ורק בשל השינוי הנורמטיבי – מחייבת את ארגון T להשקיע חלק גדול יותר ממשאביו בהיערכות הגנתית. אלא שבהינתן Ma נמוך מספיק, יתחיל אי השוויון במשאבים לטובת A לבוא לידי ביטוי דרמטי הולך וגדל. הנמכה מספקת של Ma עשויה להביא את מדינה A למצב, בו השקעות נוספות באמצעים התקפיים תהיינה אפקטיביות עוד ועוד. האפקטיביות העולה עשויה, בשלב מסוים, להביא את ארגון T לקצה יכולת ההשקעה ההגנתית שלו, בשל משאביו המוגבלים משמעותית ביחס ל-A. אל קו אדום זה, התקשתה A להביא את ארגון T תחת המסגרת הנורמטיבית של דוקטרינת ההגנה העצמית, כיוון ששיעור העלות השולית של ניטרול (Ma) היה גבוה מכדי להביא את השקעותיה העודפות לכדי אפקטיביות. נסמן את השקעותיו של ארגון T במיגון (מתוך כלל משאביו) ב-D. מנגד, נסמן את

87 דוד, לעיל ה"ש 15, בעמ' 7. וכן: William Safire, *Sharon Enters Armistice Talks*, THE NEW YORK TIMES 4.02.02, A27.

A באמצעים התקפיים בשיעור K. בהינתן יחס משאבים מוטה דרמטית לטובת מדינה A, עשוי הגרף המשקף את הקשר ביניהם להיראות כך:⁸⁸ תרשים 1 – היקף משאבי ההגנה של הארגון (D) כתלות בהיקף

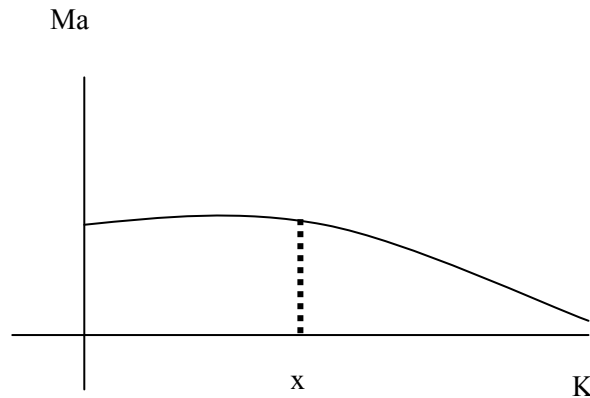


כפי שיכול לרמוז התרשים, מדובר בתהליך דינמי. על פניו, התייצבות מידת ההשקעה במיגון של ארגון T היא רבת משמעות. היא מלמדת בהכרח על רמת ההשקעה המינימלית הקריטית לארגון במשאבי התקפה. כלומר, נקודה x משקפת הן את שיעור ההשקעה המקסימלי במיגון שירשה ארגון T לעצמו, אך בה בעת גם את נקודת השפל ביכולותיו ההתקפיות, בהינתן משאביו המוגבלים. למעשה, בהינתן משאבים ניכרים ל-A על פני T, מרגע שתגביר A את השקעותיה ההתקפיות (K) החל מנקודה x, הרי שיילך ויגדל הפער במידת המיגון שמולה. כלומר, העלות

⁸⁸ על פי ההנחה שבבסיס התרשים, הארגון יגיב בשלב ראשון לגידול במשאבי ההתקפה של המדינה. תכלית הגידול היא מאמץ לשמירה (לפחות) של העלות השולית של ניטרול כל אחד מאנשיו. בהינתן היקף משאבים מוגבל לארגון T, הרי שמשלב מסוים לא יוכל הוא עוד להגדיל את השקעתו ההגנתית בתגובה להגדלת הלחץ ההתקפי של המדינה. משלב זה ואילך, ייכנס T למעין "אדישות" לגידול משאבי ההתקפה נגדו. זוהי נקודת השבירה התיאורטית. החל מנקודה זו, יחס ההשקעה התקפה/הגנה הולך וגדל, לרעת ארגון T. לטעמי, הדבר יוביל לגידול הפער הטכנולוגי, האיכותי והמבצעי של המדינה. גידול זה "יחיל" למדינה את עלות הניטרול של אנשי T. התוצאה תלך ותחריף עם הגדלת K, ההולכת ומואצת כיוון שככל שמשותק ארגון T, כן תוכל המדינה להפנות ממשאביה ההגנתיים להתקפה ולהאיץ את התהליך עד לקריסה תקציבית של T או אובדן המסה הקריטית של אנשיו. לכאורה, תרשים דומה אמור לשקף את המצב שלפני החלת דיני המלחמה. אלא שאז, תוספת השקעה של המדינה (K) לא תחייב את הארגון בגידול ניכר של D, כיוון שהא-סימטריה הנורמטיבית מעמעמת מאוד את האפקטיביות של התוספת במשאבי ההתקפה. לכן, נקודה X, במצב שכזה, אם היא קיימת בכלל, תופיע רק בערכי K עצומים.

(Ma) תלך ותרד. ל-A "משתלם" להגביר את השקעותיה ההתקפיות בנקודה זו, הן לנוכח עובדה זו והן לנוכח העובדה המשלימה לה, היינו, ש-T הביא בנקודה x את יכולותיו ההתקפיות למינימום האפשרי. על כן, בנקודה זו, תוכל A לפנות חלק מהשקעותיה ההגנתיות להגברת הלחץ ולהקטנת העלות השולית Ma. יוצא, שהורדת העלות השולית Ma, בשילוב משאבי T המוגבלים, הופכים את נקודה x לנקודת שבירה מבחינת ארגון T. החל מנקודה זו, כל השקעה נוספת ב-K, היינו, במשאבי ההתקפה של A, תלך ותקטין את העלות השולית Ma, ותלך ותגביר את משבר המשאבים של T. ברישום גרפי עשוי התרשים להיראות כך:⁸⁹

תרשים 2 – גובה העלות השולית של ניטרול איש T (Ma) כתלות בהשקעה ההתקפית (K).



מסקנות המודל ברורות: השינוי הנורמטיבי לכיוון דיני המלחמה אמור להפחית מהותית את עלות הניטרול השולית למדינה המותקפת. מנגד, הוא מחייב את ארגון הטרור להשקיע השקעה ניכרת במיגון, אשר ממוזערת את יכולותיו ההתקפיות.

⁸⁹ תרשים זה מהווה סוג של תמונת מראה לתרשים 1. ההנחה בבסיסו היא, כי תגובת ארגון הטרור הראשונית, עת הוא מעלה את השקעתו במשאבי הגנה בתגובה להגברת משאבי ההתקפה של המדינה, תאפשר שמירה של היחסים בין K ל-D. כלומר, לאורך השלב הראשוני, יוכל הארגון לשמר את העלות השולית של ניטרול איש מאנשיו. אלא שבהגיע התרשים להשקעה ברמה X, מתחיל תהליך הגידול ביחס בין ההשקעה ההתקפית (K), ההולכת וגדלה, לבין ההשקעה ההגנתית (D) של הארגון, הנשארת סטטית בשל אילוצי תקציב. הגידול ביחס יתרון למדינה (טכנולוגי ומבצעי), המתבטא, בסופו של דבר, בהנמכת העלות השולית של ניטרול. הנמכת העלות מאיצה את התהליך כשלעצמה, עד להורדתה למינימום.

Rule Utilitarianism הם הדין הראוי על פני דוקטרינת

ההגנה העצמית.⁹⁰

2. תמרוץ מלחמות בהיקף מלא

אי החלת דיני המלחמה על מגזר הלחימה בטרור תתמרץ מלחמות בהיקף מלא על פני עימותים בעצימות נמוכה. על פי טיעון זה, אנסה להראות, כי אי החלת דיני המלחמה על ארגוני הטרור מכרסמת בדיני המלחמה עצמם, אפילו במגזר שבין מדינה למדינה. אי החלת דיני המלחמה על פעילותם של ארגוני הטרור, יוצרת כיום תמריץ חיובי למדינות חלשות לנהל את מאבקן באמצעות שלוח, היינו, באמצעות ארגוני טרור. ארגוני הטרור מסוגלים להטריד מדינה ולהשית עליה נזקים מצטברים בהיקף הדומה לנזקי מלחמה, בעוד שהמדינה העושה שימוש בארגון הטרור כשלוח מחלצת עצמה מנזקים מקבילים.

העדיפות הנורמטיבית לארגוני הטרור, שתוארה לעיל, היא כאמור אבן הבסיס לאסטרטגיה זו של מדינות תומכות טרור, עד שאין הן מסתירות אותה כלל. מי שהיטיב לעשות שימוש באסטרטגיה זו הוא המנהיג הסורי הקודם, חאפז אסאד, אשר לא הסתיר את ההיגיון שבבסיסה מבחינת סוריה. לשיטתו, אין לסוריה איזון צבאי עם ישראל ולפיכך השימוש באמצעי הטרור נגד ישראל מאפשר לסוריה להמשיך

⁹⁰ לכאורה, עשויה לעלות טענה, כאילו ניתוח כזה יפה גם למלחמה בפשע. זאת, בשעה – שלפחות במישור האינטואיטיבי – איננו סבורים כי יש לאמץ את דיני המלחמה שבדין הבינלאומי כנורמה ללחימה בפשע. לטעמי לפחות, מקרה המלחמה בפשע המאורגן מחזק דווקא את הטענה המובא כאן. זאת, בשל ההבדלים שבין מקרה המלחמה בפשע המאורגן או שבארגוני הטרור הלאומניים או הפונדמנטליסטיים. כבר עמדתי בטיעון ה-just war, שההבדל הראשי בין הסיטואציות הוא, בראש ובראשונה, שארגוני הפשע, על פי רוב, אינם אחראים לתוקפנות כלפי מדינת היעד, כמובנה בתיאוריית המלחמה הצודקת. אלא שלענייננו, רלוונטי הבדל נוסף ומהותי. על פניו, אין אנו חשים – ולו ברמה האינטואיטיבית – כי ישנו פרדוקס כוח בין רשויות האכיפה הפנים-מדינתיות במדינות המערביות לבין ארגוני הפשע. להבדיל מארגון הטרור, המשתק מערכות מדינה שלמה ומצריך משאבי הגנה אדירי מימדים, אין אנו מתרשמים כי ארגון הפשע מצליח ליצור מנוף כוח דוגמת ארגון הטרור.

91 סוריה של אסד אינה אלא דוגמה אחת ליישום רציונלי של מדיניות ניצול יתרונותיו של הטרור על פני מלחמה. כמוה עשו איראן, לוב, מצרים בשנות ה-50 וה-60 ועיראק. ישנן טענות לשימוש עוקף-מלחמה כזה גם בידיהן של המעצמות בתקופת המלחמה הקרה ובכללן ארה"ב, שעיקר פעילותה זו התמקדה בדרום אמריקה.⁹² לכאורה, יש בדוגמה הבין גושית משום סתירה לטענה כאילו ארגוני הטרור מהווים שלוח טיפוסי למדינות חלשות דווקא, העושות כן כדי להימנע ממלחמה כוללת ומנזקיה. למעשה, גם במלחמה הבין גושית נעשה שימוש דומה בטרור, כיוון שמאזן האימה בין ארה"ב לבריה"מ גרם לכל מלחמה פוטנציאלית להיות בלתי יעילה מבחינת הצדדים.⁹³

אלא שהתקווה נעוצה – על פי הטיעון שהצגתי – בבסיס הבעיה דווקא. כאמור, הטרור "משתלם".⁹⁴ אולם, אם הטרור לא יצליח למלט את המדינה העושה בו שימוש מציפורני המלחמה או מנזקה, לא יהא בו עוד טעם. זוהי הסיבה שהניעה

91 על המסקנה כי המדובר בשיטה מושכלת ולא במקרה ייחודי יעיד השימוש באותה שיטה ממש מול טורקיה. לקידום ענייניה בגבולה הצפוני עם טורקיה, עמה יש לסוריה סכסוך גבולות ותיק על חבל אלכסנדרטה, הסתייעה סוריה בארגון הטרור הכורדי, ה-PKK, וראשו אוצ'אלאן שהיה דרך קבע במקלטו בדמשק. הראיה כי מדובר באסטרטגיה תחליפית למלחמה היא העובדה כי משעה שהועמדה סוריה באיום ממשי של מלחמה מצד טורקיה אם לא תחדל מטרור שכזה באמצעות שלוח, חדלה סוריה מעיקר תמיכתה בארגון, גירשה את מנהיגו הישר אל ציפורני הטורקים ונסוגה מגישתה משלא היה בה עוד להועיל. בספרו של הביוגרף הרשמי למחצה של אסד, פאטריק סיל, עולה בצורתה הנקייה והלא מלוטשת גישה כזו של מדינה תומכת טרור, העושה כן מתוך העדפת הטרור על פני מלחמה קונבנציונלית "... הם [הכוונה למנהיגי סוריה – ר' ב'ן] לא יכלו להעלות על הדעת כניעה לישראל, אך בה במידה לא יכלו להשתוות אליה בשדה-קרב קונבנציונאלי. מלחמת הגרילה נראתה כמוצא של כבוד. אסד וחבריו...החלו רואים בפשיטות הקומנדו אל מעבר לגבול דרך להמשך הלחימה." (פאטריק סיל **אסד המאבק על המזרח התיכון** 132-133 (1993)). כן ראו לעניין שימושה המושכל של סוריה בטרור ההופך על פיו את הא-סימטריה הצבאית קונבנציונלית בספרו של סיל: עמ' 145, 271, 387, 452-471, וכן ראו ההתייחסות אל פרשת הינדאווי (שם, בעמ' 462-469, 475-476).

92 דרשוביץ, לעיל ה"ש 8, בעמ' 102 וכן: דוד ארבל ורן אדליסט **עיוורון – המודיעין המערבי וקריסת בריה"מ** 73-78, 142-203 (1998).

93 כיום, שימוש בטרור כתחליף מלחמה הוא כלי בידי מדינות דיקטטוריות בעיקר, ויש בו סכנה רבה להברחת פעילות אלימה אל מחוץ לנורמה הבינלאומית ששמה לה להסדירה ככל האפשר (דרשוביץ, לעיל ה"ש 8, בעמ' 21).

94 אחת הסיבות לכך, לפי הטיעון שהוצג, נעוצה ביתרונות הנורמטיביים לטרוריסט, המעניקים לו יתרונות פרקטיים על פני החייל ומעניקים לארגונו יתרון על פני צבא נורמלי ונורמטיבי. עם זאת, טענה זו אינה מבקשת לקבוע כי זוהי הסיבה היחידה לעדיפות הרציונלית של שימוש בטרור על פני מלחמה כוללת, שכן ישנם, כמובן, יתרונות פרקטיים, מבצעיים ומדיניים אחרים, מלבד ההקשר הנורמטיבי. אלא שחשיבותו המכרעת של ההקשר הנורמטיבי היא בזה שהוא מאפשר להוציא אל הפועל, בקלות יחסית וללא תשלום כבד מדי, אותם יתרונות אחרים.

⁹⁵ כך עשתה סוריה מול טורקיה, וזוהי אף הסיבה להנמכת הפרופיל ולהכחשה הגורפת ממעורבות בטרור שנוקטות סוריה ואיראן.⁹⁶ דוגמה מעניינת נוספת היא לוב, שידעה בשנות ה-80 מעורבות מאסיבית בפיגועי טרור, ובכללם הפלתו בפצצה של מטוס חברת פאן-אמריקאן מעל העיירה לוקרבי בסקוטלנד. משסחף השימוש בטרור של לוב, שמלכתחילה נועד לעקוף נוקי מלחמה, אל המציאות שממנה ניסתה להימנע, היינו, מהתקפות צבאיות אמריקניות ומסנקציות בינלאומיות קשות, חדלה לוב כמעט לחלוטין מפעולותיה אלו – לפחות במישור הגלוי. על כן, החלת דיני המלחמה ישירות על מעורבות בטרור תקרב אל המדינות תומכות הטרור את התוצאה שלשם מניעתה דווקא החלו להשתמש בטרור לכתחילה, ובכך תסייע להופכו לבלתי יעיל.

טיעון ביקורת אפשרי יבקש לראות בטיעון זה דווקא חיזוק למסקנה הפוכה, היינו, שהוא מוביל דווקא למסקנה כי יש להותיר את דיני המלחמה במישור שבין המדינות. לכאורה, דוגמאות כגון הדוגמה הסורית מלמדות שמצב המלחמה שמרתיען בפועל הוא זה העומד מולן, ולא דווקא זה שמול ארגון הטרור. לצורך מתן תשובה לטיעון זה, נעשה שימוש בדוגמה מוחשית. נניח שמדינה A ומדינה B מתקיימות בשכנות וביחסי איבה. A מעוניינת בלחץ אלים על B, אולם A חלשה מ-B. לצורך הדוגמה המופשטת, נניח, כי אם תפרוץ מלחמה בשל תוקפנותה של A, יהיו נוקי מדינה A, אשר תובס במלחמה, בשיעור 1,000 ואילו אלו של B, אשר תכריע את המלחמה, יהיו בשיעור 500. על פניו, החלטה רציונלית אצל הנהגת A

⁹⁵ דרשוביץ, לעיל ה"ש 8, בעמ' 89.

⁹⁶ ראו התייחסותו הבהירה והלא מוסווית של סיל אל הנושא: "ואולם סוריה והפלסטינאים אימצו לעצמם אסטרטגיות נבדלות. ערפאת היה להוט להצית מלחמה ערבית-ישראלית כוללת במועד מוקדם ככל האפשר... אסד לא ביקש מלחמה וגם לא חיכה שתפרוץ. עמיתיו דגלו ב'מלחמה עממית' כתחליף למלחמה קונוונציונלית, לא כמבוא לה. בקיץ 1966, כשניסה ערפאת לשים קץ לאיפוקה של סוריה, הורה אסד לכלוא אותו ביחד עם אחדים מחבריו בכלא מזה למשך חודש ויותר" (סיל, לעיל ה"ש 91, בעמ' 132).

A, מנגד.

כיום עומדת ל-A אופציה נוספת. A יכולה לסייע לארגון טרור T לפגע בפעילות טרור במדינה B. אם תדאג מדינה A לווסת את עוצמת הטרור נגד B לרמת נזק ל-B שלמטה מ-500, נניח 300, הרי שהיא יצרה מצב מיוחד. בשימוש העקיף בשלוחיה הטרוריסטים שבארגון T, יצרה A, החלשה, מצב בו היא מפעילה תוקפנות נגד B, החזקה ממנה, ואילו ל-B "עדיף" בשלב ראשון לספוג את הטרור. זאת, כיוון שנוקי ספיגתו קטנים לכאורה מנוקי המלחמה להפסקתו. לצורך הדוגמה, נניח, כי B מדינה דמוקרטית המנועה, על פי ערכיה והדין הבינלאומי, מלהפעיל טרור בתגובה נגד A, ששלטונה הדיקטטורי אינו בוחל באמצעי הטרור.⁹⁷ אלא שבשלב שני, כשנוקי הטרור יחלו להצטבר, מיום ליום תתקרב B למסקנה כי "זול" יותר להפסיק את הטרור בהכרעת A. אז, נמצא במצב הלא יעיל ביותר, כאשר B ספגה נוקי הטרור המצטברים נוסף על נזק 500 מן המלחמה ואילו A ספגה נזק בשיעור 1,000. נורמה מוצלחת מבחינת התועלת שבה תהא נורמה שתביא לתוצאה יעילה מזו העגומה שתוארה. יעילות זו תוכל הנורמה להשיג בשני אופנים: מיזעור נוקי הטרור ומיזעור נוקי המאבק בו. החלת נורמת המלחמה על ארגון T, כפי שהראיתי, תצר את צעדיו ותעניק ל-B יכולת טובה לקיים מאבק אפקטיבי, יותר מכפי הנורמה הקיימת. בזה עשויה B למנוע את הצטברות נוקי הטרור כאשר הם למטה מ-500, ועל כן להימנע מלהיקלע להחלטה הרציונלית להכות ב-A.

תרומה חשובה נוספת להחלת דיני המלחמה ביחסים שבין המדינה המותקפת לבין ארגון הטרור, נעוצה בהשפעת הסכסוך עם ארגון הטרור על היחסים עם המדינות התומכות בו והנותנות לו חסות. הכרה במעשי ארגון הטרור כמעשי תוקפנות, המאפשרים החלה עליו של דיני הסכסוכים החמושים הבינלאומיים, תחזק את האפשרות לראות במדינות התומכות בטרור ככאלו המנהלות מלחמה מול

⁹⁷ מצב מקביל אפשר לראות בתקופת הלחימה של חיזבאללה בצה"ל ובגבולה הצפוני של ישראל, בזמן שהיית צה"ל בלבנון. הטרור מבית חיזבאללה מומן והוכון על ידי שלטונות דמשק שאף לא טרחו להסתיר את נחיתת מטוסי האספקה האיראניים בנמל התעופה של דמשק. אלא, שבמשך זמן ארוך ווסתו נוקיו כך שישראל לא הובאה למצב בו מלחמה כוללת בסוריה, בתגובה להתקפות אלו, נחשבה "משלמת" בעיניים ישראליות.

⁹⁸ בדוגמה שלעיל, מדינה A תמצא עצמה במצב של משתתפת במלחמה, בשל סיועה לארגון T – אותה מלחמה שהסתבכות בה נועדה להימנע דווקא על ידי שימוש בארגון T. הכנסת מדינה A אל תוך יחסי מלחמה גוררת שתי תוצאות קשות מבחינתה – ראשית, מעורבותה, שלא כמצב היום, הינה פשוטה ומתבקשת ועל פי מערכת דינים ברורה. שנית, המרחב הטריטוריאלי שלה הופך מרחב חוקי להתקפות מדינה B – אפילו היא מגבילה אותן לתקיפת יעדים של ארגון T. בזה, נפתח הפתח לאזן – באופן חוקי ולא באמצעות טרור נגדי – את נזקי הטרור המושגים על B, וליצור חשבון רווח והפסד שלילי ל-A, בתכנונה להפעיל תוקפנות באמצעות שלוח.

3. יעילות הנורמה המוצעת בהיבט האכיפה

על פי טיעון משלים זה, יש לדיני המלחמה יתרון יעילות נוסף, מעין פרוצדורלי, ועיקרו שדיני המלחמה יעילים גם ברמת האכיפה. זאת, מהטעמים הבאים:

(א) יעילות דיני המלחמה

דיני המלחמה הם נורמה מבוססת, שהתפתחה על פני תקופה ארוכה והתייצבה לכדי נורמה מקיפה שזוכה להכרה משפטית ופרקטית על ידי רובן המכריע של מדינות העולם.⁹⁹ נורמה זו הסתעפה לכדי טיפול בפנים רבות של המלחמה ופעולות

⁹⁸ את ייחוס פעולת ארגון הטרור למדינה התומכת ניתן לבסס גם על אחריותה של מדינה למעשיה ולמעשי אחרים בשטחה וואו בסיועה: International Law Commission, Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts 9, 16-17, 21-22 **Hague Convention Respecting the Rights and Duties of Neutral Powers and Persons in Case of War on Land** (1907) (2001).

⁹⁹ Jean-Marie Henckaerts, *Study on Customary International Humanitarian Law: A contribution to the Understanding and Respect for the Rule of Law in Armed Conflict*, 857 INTERNATIONAL REVIEW OF THE RED CROSS 175 (March 2005).

100 אין הכוונה

שהנורמה ראויה מפאת קבלתה על הכל, אלא שבהנחה שתכניה ראויים, נלווה לה יתרון נוסף והוא היעילות בחקיקה ובאכיפה. הדין הבינלאומי, כידוע, נחקק לאיטו; אכיפתו, מטעמים ברורים, אינה פשוטה. על כן, אין להתעלם מהיבט זה של מעשיות הנורמה וקליטתה היעילה. עם זאת, יש לשוב ולהבהיר, כי הגם שתחולת הנורמה של דיני המלחמה במישור הבינלאומי שבין מדינות מקובלת ומוסכמת, אין הסכמה בדבר החלתה על מישור היחסים שבין מדינה לארגון טרור. יש הרואים במפורש את המצב הנורמטיבי ככזה שאינו מאפשר ראית סכסוך בין ארגון טרור שאינו מדינה לבין מדינה, כסכסוך בינלאומי חמוש החורג מן הכללים הנדרשים באכיפה פלילית ופנים-מדינתית. גם חוות הדעת המייעצת של בית הדין הבינלאומי בעניין גדר ההפרדה קבעה אי תחולתו של סעיף 51 למגילת האו"ם ביחסים שבין ישראל לבין הארגונים הפלשתינים, אם כי, לטעמי לפחות, עיקר הטעם לקביעת בית הדין נעוץ בהשקפה שהארגונים הפלשתיניים פועלים מתוך טריטוריה שבשליטת ישראל, מה שנראה היה כמעקף בעיני בית הדין את היכולת לראות סכסוך זה כבינלאומי.¹⁰¹ עם זאת, בעיקר לאחר אירועי ה-11 בספטמבר בארה"ב, גוברים הקולות הרואים במצב המשפטי הקיים ככזה המאפשר החלה של מצב נורמטיבי של סכסוך חמוש בינלאומי בין מדינה לבין שחקנים שאינם מדינה, דוגמת ארגוני טרור.¹⁰²

¹⁰⁰ כאן המקום להעיר, שיש הרואים בדיני המלחמה פתרון יעיל יחסית לדילמות הקשות שהמלחמה מעלה, משום שנתקבלו בדרך דומה, במובנים מסוימים, לבחירה הרולסיאנית הנבערת. למעשה, דיני המלחמה העיקריים התגבשו בין מדינות אירופה, בשעה שהמעצמות היו שקולות למדי בכוחן והמלחמות ביניהן תמידיות ובהסתברות גבוהה מחד גיסא, אך כאלו שתוצאותיהן אינן ידועות בוודאות מראש, מאידך גיסא. בחירת מנהיגיהם שקולה היתה אם כן לבחירתו של אדם, שלנגד עיניו נורמה המוחלת על פעילות שקרוב לוודאי שישתתף בה, אך אין לו מידע לגבי תפקידו באותה פעילות: המנצח, המפסיד, זה שאוכלוסייתו תיפגע או זה שחיליו ייענו או יעונו, יישבו או ישבו.

¹⁰¹ ICJ advisory opinion, *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory* (9 July 2004) Sections 139-142.

¹⁰² John C. Yoo & James C. Ho, *The Status of Terrorists*, 136 UC BERKELEY PUBLIC LAW AND LEGAL THEORY RESEARCH PAPER SERIES 7 (2003). במאמרם קובעים המחברים, כי קובעי המדיניות בעולם המערבי נוהגים בפועל תחת הנחה של מצב נורמטיבי של סכסוך חמוש בינלאומי

(ב) דיני המלחמה כבסיס להגנת אזרחים מפני טרור

דיני המלחמה קובעים, בראש ובראשונה, את איסור המלחמה, ומשזו פרצה בכל זאת, עושים הם לזיהוי התוקפן. דיני המלחמה אף מטילים חובת פעולה על הקהילייה הבינלאומית, חובה, אשר ביחס למלחמה בטרור נראית כיום עמומה וולונטרית. החלת דיני המלחמה על המאבק בטרור, עשויה לסייע בשינוי תפישת הקלות של פתיחה במעשי איבה שאינם נתפשים כמלחמה קונבנציונלית. עד כמה שטיעון זה נראה משולל השפעה פרקטית על מהלך המלחמה בטרור, יש לו משמעות חוקית מהותית. חשיבותו נעוצה בעצם הכנסת הטרור לגדר האיסור על המלחמה ולגדר האיסור על פעולות של תוקפנות, אפילו לא כל הצדדים למעשי האיבה הם מדינות רשמיות. בהקשר זה, עשויה להיות לדיני המלחמה, לו היו מוחלים על המלחמה בטרור, תרומה מהותית. עיקרה בשימת קץ לוויכוח המתעורר עדיין, למרבה הצער, בשאלת הפגיעה באזרחים. פגיעה מכוונת באזרחים אסורה באופן מוחלט על פי דיני המלחמה. ספק אף אם פגיעה באזרחים, כתגובה להפרת כלל זה על ידי הצד האחר, היא מותרת. פגיעה באזרחים במהלך פעילות צבאית יש להביאה בחשבון והיא אסורה אם הסתברותה מביאה את המהלך הצבאי לדיספרופורציה של נזק. להחלת דיני המלחמה ישנה אם כן חשיבות רבה בהיבט זה. כיום, לעומת זאת, בכל הנוגע לפעולות טרור, אנו עדים למאמצים דיפלומטיים מצד גורמים בזירה הבינלאומית להבחין בין פגיעה מכוונת אחת באזרחים לבין פגיעה אחרת.¹⁰³ החלת דיני המלחמה על המלחמה בטרור אמורה לפגוע ביכולת להצדיק פגיעה מכוונת באזרחים במסגרת מאבק אלים כלשהו, שהרי על פי דיני המלחמה, תהא מלחמתו של גורם מסוים צודקת ככל שתהא, אין היא יכולה לכלול פגיעה מכוונת באזרחים.

(ג) דיני המלחמה כמסגרת של פתרונות מוכרים ומקובלים

כאמור, מלחמה בטרור מערבת לא אחת פעילות צבאית המזכירה מלחמות קונבנציונליות. לעתים, היא מערבת שימוש בכוח צבאי מאסיבי, כולל הפעלת כוחות

¹⁰³ בועז גנור מבין הלוחמה בטרור – כלים לקבלת החלטות 28-31 (2003).

ז. המשמעויות שבהחלת דיני המלחמה

להחלת דיני המלחמה על המלחמה בטרור משמעויות רבות. לטעמי, עיון במספר סוגיות בעייתיות העולות במסגרת הדיון על הריגה מוסדית, ילמד, כי לדיני המלחמה פתרון כולל וראוי לרבות מהן:

1. יעדים מותרים

כאמור, לוחם הינו מטרה לגיטימית להריגה ולפגיעה בכל עת בזמן מלחמה ובכפוף לדיניה. הצידוק שנפרס לעיל ממחיש מדוע הליך שיפוטי טרם הריגה במלחמה אינו נדרש. משהוכר החיל כיעד מותר, גם החשש הראייתי מעומעם, היות שלוחמים מזוהים בלובשם מדים ולכל הפחות, בהתהלכם חמושים בגלוי.¹⁰⁴

Michael N. Schmitt, *State-Sponsored Assassination in International and Domestic Law*, ¹⁰⁴ 17 YALE JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW 609 (1992).

היבט ראייתי זה עשוי להוות בעיה כשיעד ההריגה הוא טרוריסט. במיוחד, במצבים בהם אין הוא לובש מדים או נושא נשק בגלוי. נגדיר לפיכך עיקרון הנקרא "חברות אקטיבית". חברות אקטיבית תיחשב למקבילה בארגון הטרור של החילות בצבא. לחיילים, בין בסדיר ובין במילואים, שתי תכונות עיקריות – הראשונה, עצם החברות בארגון הצבאי או הסמי-צבאי – היינו, חברות בקולקטיב עם מטרות לוחמניות, והשנייה, האופי האקטיבי של החברות. כלומר, זוהי חברות המתבטאת בתרומה בפועל ובאופן קבוע למימוש מטרות הארגון הלוחם. לשם בחינה, אם חבר ארגון טרור הוא חבר אקטיבי, נבחן אם הסטטוס שלו בארגון מקביל לזה של חייל בצבא. כך, לדוגמה, ברור שמפקדים ולוחמים של קבע, המקבלים שכר או אמצעים בארגון הטרור – הריהם כלוחמים בצבא. מי שיש לו תפקיד קבוע ומוגדר, קרוב לוודאי שנמצא לו מקביל צבאי ולפיכך נראה חברותו כאקטיבית. כך, לדוגמה, מפקד איזור, אחראי החימוש, אנשי הלוגיסטיקה והסיוע הקבועים. הבסיס לקביעה זו יורד לטיעונים בהם עשינו שימוש לשם הצדקה של החלת דיני המלחמה על המלחמה בארגון טרור. הן הטיעונים מבוססי ה"just war" והן הטיעונים התועלתניים הביאו שוב ושוב לצורך של הקבלת הסטטוס של טרוריסט לזה של חייל, כאשר השינויים המחויבים יכולים וצריכים ליצור לכל הפחות אי-הפליה נורמטיבית לרעת החייל.¹⁰⁵ אם כך, הרי שבעלי תפקידים מקבילים בין אלו שבצבא סדיר לבין אלו שבארגון הטרור מחייבים יחס דומה לכל הפחות (והרי לפי ההגדרה אלו הם ה"חברים האקטיביים"). על כן, חברים אקטיביים, כמקביליהם הצבאיים, אינם יכולים ליהנות מחסינות והפגיעה בהם מותרת. הטעם הוא פשוט: לו היו ממלאים אותו תפקיד בדיוק בארגון צבאי רשמי, היתה הפגיעה בהם בעת מלחמה מותרת.

חשוב לציין את המשמעות הפרקטית מרחיקת הלכת הנובעת מאמירה זו. גלום בה עיקרון המסיר את המכשול מפגיעה בחברים בארגון טרור שאין לעיסוקם בו אופי "מבצעי" בלבד, כגון דוברים, מטיפים, מדריכים וסייענים לוגיסטיים – ובלבד שחברותם בארגון היא אקטיבית. על כן, על פי גישתי המוצעת, הריגה מוסדית – בראי פרמטר זה של יעדים מותרים וחברות אקטיבית – מותרת כאשר מדובר בחברי

¹⁰⁵ זאת, בשעה שברור שאל מול שוויון נורמטיבי זה בקשר לצידוק להריגת שניהם, חייבים להיות למלחמה, בהיבט הנורמטיבי, פנים נוספים, בהם מעמדו של החייל טוב יותר מזה של הטרוריסט, שאחרת עלול להיווצר תמריץ לטרור.

אולם, בעוד עמידה בנטל הראייתי של הריגת חיילים בקרב פשוטה יחסית, הרי שעמידה מקבילה בנטל זה, כשמדובר בחברי ארגון טרור, היא בעייתית. דיני המלחמה מטילים את החובה על כל צד במלחמה לכוון פגיעה אל לוחמים בלבד. חובה זו מקבלת יתר תוקף עם החלת דיני המלחמה על המלחמה בטרור. כשם שעל מדינה הנלחמת במסגרת מלחמה קונבנציונלית, מוטלת החובה לוודא, כי כוחותיה פוגעים בכוחות אויב בלבד, כך, לפי הטיעון שבבסיס רשימה זו, על מדינה הנלחמת בטרור לוודא כי היא פוגעת בחברים פעילים בארגון בלבד. למעשה, עמידה בחובה זו אינה בעייתית כלפי מנהיגי הארגונים וכלפי אלה שהצהירו על חברותם בו בפומבי, כמו מפקדיו ופעיליו המוכרים. גם אלו מבין חברי הארגון הנושאים נשק בגלוי ומצהירים על חברותם הפעילה – כמו כל אלו המצויים במתקניו של הארגון, כגון משרדיו או מחנות האימונים שלו – ייחשבו לחברים אקטיביים. לגבי אלו שאינם משתייכים לאף לא אחת מקבוצות אלו, על המדינה הפוגעת מוטל הנטל לעמוד בדרישות הקפדניות של הוכחת החברות האקטיבית בטרם פגיעה. היות שדיני המלחמה חלים – על פי העיקרון המוצע – הרי שהחובה צריכה להתקיים על פי כלליהם. לכן, המדינה הפוגעת צריכה לעמוד בסטנדרטים של זהירות והימנעות מפגיעה באזרחים המתחייבים מכללים אלו. חובה זו כידוע אינה מוחלטת והיא

2. שיטות מותרות

החלת דיני המלחמה על המלחמה בטרור משמעותה גם החלת כלליהם בנושא השיטות והאמצעים המותרים. יתרון עקרוני מידי הוא דווקא עיקרון קונספטואלי שמביאים עימם דיני המלחמה לסוגיית ההריגה המוסדית. דיני המלחמה מבחינים כידוע בין הצידיקים למהלך – היינו, למלחמה – לבין השיטות בהן ניתן להוציא אל הפועל – היינו, הלחימה. ממש כך, החלתם על סוגיית ההריגה המוסדית תסייע ביצירת הפרדה בין הצידיק לפעולת הריגה מוסדית כלשהי לבין השיטות בהן ניתן להוציא אל הפועל. יתרון מעשי מידי, שעליו עמדתי, הוא יתרון הוודאות, שכן דיני המלחמה בנושא השיטות והאמצעים המותרים הם מקיפים וברורים למדי. המשמעות המיידית ברורה – הריגה מוסדית תוכל להיעשות תוך שימוש בנשק מותר בלבד – על פי דיני המלחמה. כך, לדוגמה, שימוש בנשק כימי או ביולוגי עלול להוות הפרה של דיני המלחמה. לאור זאת, ניסיון הריגתו של איש החמאס משעל ברבת עמון נצפה באור בעייתי בהיבט האמצעי שננקט. ניסיון היסול זה אף ממחיש את הדואליות וההפרדה שבין צידוק למעשה לבין צידוק לאמצעי. בעוד שהחלת דיני המלחמה על המלחמה בארגון החמאס עשויה להצדיק הריגתו של משעל בידי ישראל, כללי הלחימה הכלולים בדינים אלו עלולים להקשות על הצדקת האמצעי שנעשה בו שימוש.¹⁰⁷ זאת ועוד, בעקבות החלת דיני המלחמה על המלחמה בטרור, מוחל עימם עיקרון הפרופורציונליות. תהא שיטת ההריגה שתיבחר אשר תהא, היא

¹⁰⁶ ניטול כדוגמה את מקרה הריגתו בטעות של בושיקי המרוקני, אשר מחסליו טעו לחשוב שהוא ראש ארגון "ספטמבר השחור", עלי חסן סלאמה בעיירה הנורבגית לילהאמר. המקרה ממחיש את היחס שבין חברות פעילה בארגון טרור ובין הבעיה הראייתית. על פניו, החלטה הישראלית על הריגת סלאמה היתה מוצדקת (מבלי לבחון את סוגיית מיקום ההריגה). חברותו הפעילה של סלאמה בארגון לא הוטלה בספק. לעומת זאת, את הבלבול בין סלאמה, שאחריו עקבו אנשי המוסד, לבין בושיקי יש לבחון בסטנדרט הנדרש להימנעות מפגיעה בחפים מפשע בעת ביצוע פעולה צבאית לגיטימית.

¹⁰⁷ בהנחה שנעשה במהלך ניסיון ההתנקשות שימוש בנשק בלתי קונבנציונלי אסור, הגורם לנפגע סבל חריף ואכזרי, יוצא שהחלת דיני המלחמה תאסור ביצוע התנקשות בנשק שכזה. אין אני נכנס ברשימה זו לסוגיה, המעניינת כשלעצמה, עד כמה אסור שימוש בנשק להשמדה המונית מול אדם אחד או מול אנשים ספורים.

עוד איסור עקרוני, הנלווה לדיני המלחמה בהיותם מוחלים על הריגה מוסדית, הוא האיסור על ניצול לרעה של ההגנות שבדיני המלחמה, כמו לדוגמה שימוש תחבולתי בחסינות לנכנעים או לפצועים.¹⁰⁹

3. אזורי הריגה מותרים: ריבונות ואחריות

החלת דיני המלחמה על המלחמה בטרור מחייבת התייחסות להיבטים טריטוריאליים של פעולות ההריגה המוסדית. לדוגמה, הריגת טרוריסט על אדמת מדינה מסוימת עלולה להוות, כשלעצמה, פגיעה בריבונותה הפוליטית של אותה מדינה. נראה, שדיני המלחמה והמשפט הבינלאומי מסייעים גם בפתרון בעיות נורמטיביות בהקשר זה. אם נקבע, שארגון הטרור הוא תוקפן במובן הבינלאומי ועל כן מצוי במצב מלחמה משפטי מול מדינת היעד המותקפת, הרי שסיוע לו מצד מדינה אחרת עלול להיראות חמור מאשר היה נחשב אותו סיוע לארגון טרור תחת משטר נורמטיבי אחר. אכן, גם בלי החלת דיני המלחמה על המלחמה בארגון הטרור באופן ישיר ניתן היה לייחס אחריות למדינה המסייעת ואפילו לראותה כתוקפנית. אלא, שמרגע שפעולת ארגון הטרור הועלתה לרמת פשע חמור, בטרמינולוגיה

¹⁰⁸ ראוי לציין שדרישה זו של פרופורציונליות אינה בהכרח בחינת שינוי שמביאים עימם דיני המלחמה, כיוון שעל פניו גם להריגה הנעשית תחת כללי ההגנה העצמית נלווית דרישה לפרופורציונליות.

¹⁰⁹ סעיף 23(b) לפרוטוקול המשלים לאמנת ז'נבה המכיל את הכלל האוסר על הריגה תוך שימוש ב- treacherous acts, שהפרשנות המקובלת כוללת בהם ניצול לרעה של הגנות המשפט הבינלאומי, דוגמת ניצול לרעה של זכויות הפצוע והשבוי כדי להרוג בחיל האויב וראו סיכום רחב בנושא אצל Schmitt, לעיל ה"ש 104, בעמ' 630-631. בהקשר זה ראוי להזכיר את עבודתו של Brandt, המתמקדת בניתוח תועלתני של דיני המלחמה. אחת ממסקנותיו, שהעיסוק בה חורג כמובן ממסגרתה של רשימה זו, היא כי בנסיבות קיצוניות, אפשר שחריגה מכללים אלו תהא מותרת. ניקח לדוגמה, אפשרות של הריגתו של היטלר בזמן מלחמת העולם השנייה באמצעות רעלן ביולוגי או תחפושת לנציג או"ם והצלה מוקדמת כתוצאה מכך של העולם החופשי. ספק אם תועלה ביקורת מוסרית ראויה כנגד המהלך. בזה, אפשר ו-Brandt מחיל בניתוחו את עיקרון הפרופורציונליות גם על יכולת החריגה מדיני הלחימה עצמם.

110 כך, לדוגמה, ח'ליל אל-

ואזיר, אשר נהרג מאש ישראלית בתוניס, נהרג לחוף ימה השליו של תוניס מבלי שמצב לחימה פרקטי באזור איפשר להחיל עליו את דיני המלחמה. ראיית הסיוע התוניסי לארגון המצוי במלחמה עם ישראל מחמירה את רמת האחראיות של תוניס, ולטעמי, מעניקה יתר תוקף לפעולת הכוחות הישראליים על אדמת תוניס. בהקשר זה, גם הניסיון להרוג את משעל נראה כלגיטימי יותר, הגם שכאמור ניתן היה לטעון לאחראיות של המדינה המארחת גם ללא החלת דיני המלחמה על הסכסוך שבין ישראל לבין הח'מאס. מנגד, הריגתו של פתחי שקאקי, ראש ה"ג'יהאד אסלאמי פלשתיני" במלטה, עשויה להיות בעייתית בהקשר הטריטוריאלי. על פניו, לא הועלו בזמנו טענות נגד מלטה כמדינת חסות. נראה, שבנסיבות אלו, הגם שהפגיעה בטרוריסט מוצדקת לכאורה, עלולה הפגיעה בו בשטח המדינה המארחת להוות פגיעה בריבונותה.¹¹¹

ההקשר הטריטוריאלי מלמד עד כמה מדינות הנלחמות בטרור אכן מייחסות לפעולת ההריגה המוסדית משמעות של אקט של מלחמה. על כן, מדינות דוגמת ארה"ב וישראל נמנעות מביצוע פעולות של הריגה מוסדית במקומות בהם אין הן מעוניינות בסטטוס של מלחמה. כך, לדוגמה, למיטב ידיעתי, ישראל לא ביצעה כל פעולה של הריגה מוסדית בשטחי מזרח ירושלים. זאת, מן הטעם הפשוט שישראל ביקשה כל השנים לבדל שטח זה משטחי יהודה ושומרון, בראותה בו, רשמית, שטח ריבוני. מדינה ריבונית אינה ששה לראות פעילות, הנראית כמלחמתית, על שטחה הריבוני ולכן לא תתרום לזה בביצוע אקטים מלחמתיים על אדמתה. זאת, על אף

110 James Crawford, Jacqueline Peel & Simon Olleson, *The ILC's Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts: Completion of the Second Reading*, 12(5) EJIL 963 (2001); וכן ראו דינשטיין, לעיל ה"ש 34, בעמ' 68-69 וההגדרות השונות של תוקפנות שהוא מביא, ובכללן האחראיות לסיוע לכנופיות חמושות העושות שימוש בטריטוריה של מדינה לשם תקיפת מדינה אחרת. באופן פורמלי, משעה שהסכסוך עם ארגון טרור יוגדר כסכסוך בינלאומי חמוש, הרי שלולא היו דיני הנייטרליות מאבדים מערכם המעשי, היה ניתן לראות בסיוע לארגון טרור (שלפי ההגדרה החדשה הוא צד לסכסוך חמוש) משום פעולה שיכולה לגרור מדינה שלישית אל המלחמה, אלא שכאמור דינים אלו איבדו ברבות השנים ממשמעותם המעשית (ראו דינשטיין, שם, בעמ' 242-263).

111 זאת, בכפוף לאפשרויות של סטייה מנורמה זו לשיטתו של Brandt, היינו, סטייה מהכלל לצורך מניעת נזק חמור מזה הגלום בסטייה ממנו כשלעצמה. בנוסף לכך, איני נכנס לסוגיה מהותית נוספת והיא האפשרות של הצדקת הפגיעה בריבונותה של מדינה מארחת על פי דוקטרינת ההגנה העצמית, אפילו מדובר במדינה ידידותית.

4. פשעי מלחמה וסטטוס של לוחמים

על פי הגישה המוצעת ברשימה זו, פגיעת חייל ב"חבר פעיל" בארגון טרור, על פי השיטות והאמצעים המותרים לפי דיני המלחמה, פוטרת אותו מאחריות למעשה ההריגה. זאת, אפילו בוצעה ההריגה שלא על פי דוקטרינת ההגנה העצמית. מנגד, חריגה מכללים אלו עלולה להעמיד חיילים ומפקדי צבא בחזקת עוברים על דיני המלחמה, ובחשש לביצוע פשעי מלחמה. טיעון הנגד המיידני יבקש להעניק גם לחברים הפעילים בארגוני הטרור את הזכויות המוענקות ללוחמים על פי דיני המלחמה, בצידה של חשיפתם כמטרות לגיטימיות.¹¹³ טענה זו נשמעה בבירור בבג"צ הוועד הציבורי ויש להניח שהמדינה נתנה לה משקל רב בעת ניסוח עמדתה.¹¹⁴ לטעמי, גם סוגיה זו מוסדרת על ידי דיני המלחמה באורח מאוזן. העיקרון המוסרי של שוויון בין לוחמי הצדדים קובע, לכאורה, את החובה להחיל את כל זכויות הלוחם גם על טרוריסט. כך, לדוגמה, המשפט הבינלאומי ההומניטרי, דוגמת

¹¹² לכאורה, ניתן לטעון כי כל הטיעונים שהעליתי עד כה תומכים דווקא בהחלת דיני המלחמה גם בשטחי המדינה הנפגעת, ולכאורה אי השימוש בדיני המלחמה או באקטים מלחמתיים על ידי מדינות נפגעות בשטחן – כאילו הוא מלמד כי אין תחולה לדיני המלחמה בנסיבות אלו. לטעמי, לא כך יש לראות את הדברים. השימוש בדיני המלחמה בשטחה הריבוני של מדינה אינו בבחינת חובה. יש לה זכות להרוג חיילי אויב העושים בשטחה בזמן מלחמה. באותה מידה, לו ביקשה ישראל לבצע אקטים מלחמתיים במזרח ירושלים, דוגמת הריגה מוסדית, הרי שנתונה לה הזכות לכך. אלא שישנם מצבים בהם חלה דואליות נורמטיבית על לוחמים במלחמה, המאפשרת להחיל עליהם – לבחירת המדינה הנפגעת – גם את דין המדינה הפלילי. טרוריסטים אינם מקרה ייחודי. הכלל מוכר ביחס ללוחמים לא חוקיים בכלל, המאותרים בשטחה הריבוני של המדינה הנפגעת. הוא הדין אף בחיילים העושים בזמן מלחמה בריגול ונתפסים. בעת המרדף אחריהם ניתן לנהוג בהם כחיילים ואילו רוב המדינות הנפגעות מעדיפות למצות עינם את הדין במישור הפלילי. זאת, הן משום רצונן שלא לייבא אוירת מלחמה אל שטח ריבוני והן מן הטעם שבשל מספרם הנמוך יחסית של הלוחמים הבלתי חוקיים, מתאפשר לנהוג בהם בקשיחות יתר במסלול הפלילי ולא בזה הבינלאומי שבדיני המלחמה.

¹¹³ לעקרון השוויון בין לוחמים במלחמה, ראו: Walzer, לעיל ה"ש 51, בעמ' 32-34.

¹¹⁴ בג"ץ הוועד הציבורי, לעיל ה"ש 29, בטיעוניהם, העלו העותרים ביקורת ברוח זו נגד עמדת המדינה כאילו היא חוששת מהחלה מלאה של דיני המלחמה פן תיאלץ להכיר בחברי החמאס והג'יהאד כלוחמים, כולל הענקה של סטטוס שבויי מלחמה החסינים מהעמדה לדין ושיש להשיבם בהקדם עם סיום הלחימה.

¹¹⁵ הטרוריסטים, מעצם הגדרת הטרור, הם לוחמים במלחמה מחד גיסא, אך בהגדרה הם פושעי מלחמה, מאידך גיסא, וזאת על פי דיני המלחמה עצמם. תוך מודעות לבעיית הגדרת הטרור, אומר רק כי, לשם דיוננו, נראה טרור כפגיעה מכוונת בציבור אזרחי, שמטרתה פוליטית, תהא המטרה הפוליטית מאחוריה אשר תהא. ברור, שמי שמרצון וביודעין משמש בארגון שפעולותיו נופלות במסגרת הגדרה זו, עובר על האיסור הראשון במעלה בדיני המלחמה, היינו, על האיסור לפגוע פגיעה מכוונת באזרחים. חברי ארגונים כאלו, שלא כבטענת העותרים בבג"צ הוועד הציבורי, אינם רשאים ליהנות מפטור מהעמדה לדין וממעמד של שבוי מלחמה. סוגיה זו עלתה באורח קלאסי במלחמת העולם השנייה, כפי שהתייחס לכך Walzer.¹¹⁶ על פניו, חייל גרמני, הנלחם בגדוד שריון באפריקה, שלא פגע בשבויים ונלחם על פי הנורמות המקובלות, זכאי למעמד של שבוי מלחמה, אפילו נלחם בשמה של מטרה זוועתית ובמלחמה נפשעת. זו כל משמעותו של עיקרון השוויון המוסרי שבין הלוחמים. אלא שממעמד זה לא יכול ליהנות איש אס. אס. גרמני שעסק בתפיסה, במעצר נפשע וברצח עם של יהודים. לוחם, אשר בהגדרה עובר על האיסור על פגיעה מכוונת באזרחים, אינו ראוי לכל הגנה על פי הדינים שאותם הוא מפר ביודעין. ראוי שזכור, כי הניתוח התועלתני של הנורמה החלה על מלחמה

¹¹⁵ דינשטיין, לעיל ה"ש 34, בעמ' 94-118. אמנם, ניתן לטעון, כי כפושע מלחמה, לא נשלל מן הטרוריסט מעמדו כשבוי מלחמה אלא רק אחת החסינויות המוקנות לשבוי והיא החסינות מפני העמדה לדין. בפועל, אם ממילא מוסכם כי התנאים ההומניטריים חייבים להישמר בכל מקרה, הרי שההעמדה לדין מעקרת במידה רבה את המשמעות של דיון כזה.

¹¹⁶ Walzer, לעיל ה"ש 51, בעמ' 32-36.

ח. החלת דיני המלחמה אל מול ביקורות כלפי הריגה מוסדית

על פי הטיעון המרכזי ברשימה זו, דיני המלחמה הינם הנורמה הנכונה להסדרת המלחמה בטרור בכלל, וההריגה המוסדית בפרט. מלבד הצידוקים שהוצגו לעיל, ושתכליתם הצדקת גישה זו, אבחן בפרק זה את התמודדות הגישה המוצעת עם טיעוני הביקורת העיקריים הנשמעים נגד הריגה מוסדית.

1. הריגה ללא משפט

זהו, בדרך כלל, אחד הטיעונים הראשונים המועלים נגד מעשי הריגה מוסדית. לכאורה, בעוד בית משפט לפשעים חמורים מנהל הליך פלילי ארוך וקפדני ובו זכויות למכביר לנאשם – ובכללן דיני ראיות קפדניים וזכויות ערעור – המדינה ההורגת פוסחת על ההליך כולו. הטיעון, המבוסס כמובן על הזכות האוניברסלית לחיים ועל כללי הצדק הטבעי השוללים פגיעה חמורה באדם ללא הליך הוגן, מתרכז בתקיפת הליך ההחלטה שבהריגה המוסדית. על פי טיעון הביקורת, הליך ההריגה המוסדית מקביל בתוצאותיו הקשות להוצאה להורג, ומנגד – רחוק מאוד מזהירות ההליך השיפוטי שבו מעורב דין מוות.¹¹⁷ למעשה, הטיעון המרכזי ברשימה זו הופך טיעון ביקורת זה לבלתי רלוונטי. אם אכן מבוססת הטענה המוצעת כאן, שלפיה ארגון טרור נוהג בתוקפנות כלפי מדינת היעד, ולכן שורר עמו מצב נורמטיבי של מלחמה, הרי שהריגת חבר אקטיבי בארגון טרור שקולה להריגת חייל במלחמה. על כן, אם הריגת חייל במלחמה – וכמובן לא על פי הליך שיפוטי – מבוססת ומוצדקת, אין לטיעון זה רלוונטיות. בזמן מלחמה ובין לוחמים, כפי שפורט לעיל, אין להליך השיפוטי טרם הריגה לא צורך ולא רלוונטיות.

2. שיטות ההריגה המוסדית

טענה חוזרת ונשנית נגד מדיניות של הריגה מוסדית נשענת על ביקורת כלפי האמצעים והשיטות המתחייבים ממימושה. חלקה של הביקורת נשען על שריד היסטורי בתולדות ההריגה המוסדית, אשר אסר הריגה "לא אבירית" ובוגדנית באופיה.¹¹⁸ שלא בצדק, נכרך בביקורת זו גם סעיף 23(b) לפרוטוקול המשלים לאמנת ז'נבה, המכיל את הכלל האוסר על treacherous acts, ובכללם ניצול לרעה של ההגנות שבדיני הלחימה. טיעונים כאלו, כשלעצמם, נחלשו ביותר בימינו ואין להם מקום, למעט בחריגי סעיף 23(b). אולם, לטיעונים אלו נולדו גרסאות מחודשות,

¹¹⁷ יעל שטיין נייר עמדה - מדיניות ההתנקשויות של ישראל: הוצאה להורג ללא משפט (בצלם) – מרכז המידע הישראלי לזכויות אדם בשטחים).

¹¹⁸ ראו Thomas, לעיל ה"ש 2 בעמ' 126.

"Nor, ... do Israeli assassinations 'invite the confidence of an adversary with intent to betray that confidence'. Instead, assassinations are perfidious because they require an extensive network of spies, informers and collaborators."¹²⁰

כנגד השימוש הנרחב ברשת המודיעין ממקורות אנושיים, מביא גרוס שני טיעונים. על פי הראשון, שאותו אני מוצא כחריג למדי, מוצא גרוס בגיוס סוכנים זה משום שתירה לסעיפים 51 ו-147 לאמנת ז'נבה הרביעית, האוסרים חיוב כפוי של האוכלוסייה בשטח כבוש לשרת בכוחות המזוינים של המדינה הכובשת. על פניו, אין לטיעון אחיזה עובדתית, שכן גיוס סוכנים מן השטח הינו שיטת איסוף מוכרת ולגיטימית, המצויה בשימוש כל המדינות המערביות. אין בגיוס סוכן מן השטח משום גיוסו אל הכוחות של מדינת ישראל, שכן אין הוא מצטרף לשורות הארגון, אלא מעניק לו שירות מצומצם. בזה, שונים הסוכנים הפלשתינים המגויסים מקרב הרחוב הפלשתיני מסוכנים המהווים חלק מלוחמי ארגון המודיעין השייכים שיוך פונקציונאלי מלא לשורותיו. על אותו משקל, יהא זה בלתי ראוי לומר כי ארגוני משטרה, המגייסים בכל העולם סוכנים מקרב העבריינים, מגייסים את הסוכנים העבריינים לסטטוס של שוטרים המשתייכים לשורות המשטרה. אם לא די שאין בענייננו כל גיוס של פלשתיני לשירות הכוחות המזוינים הישראליים, הרי שגם אין כאן כל גיוס כפוי. אין, לטעמי, לראות בטובות ההנאה הניתנות – מקום שהן ניתנות – לסוכנים הפלשתינים משום אמצעי כפייה. מדינה דמוקרטית דוגמת ישראל, המתירה טובות הנאה לעד מדינה דוגמת עדות שתסייע בחשיפת פשע, ודאי שצריכה לאפשר מתן טובות הנאה לסוכן שהמידע שיביא יציל חיי אדם. מלבד זאת, כנגד טיעונו זה של גרוס עומדים עוד שני טיעונים חזקים: ראשית, רשת מודיעין זו הונחה בידי ישראל לאו דווקא כדי לאפשר מעשי הריגה מוסדית ועל

Michael Gross, *Fighting by Other Means in the Middle East: a Critical Analysis of* ¹¹⁹
Israel's Assassination Policy, 51 POLITICAL STUD. 1 (2003) (להלן: "גרוס").

¹²⁰ שם, בעמ' 9.

¹²¹ לטענתו, היקף המהומה ואי האמון שברחוב הפלשתיני, המתעוררים מיד אחרי כל מעשה הריגה, פוגעים במרקם החברתי ומעוררים מעשי אלימות פנימיים ומשפטי שדה. בכל הכבוד הראוי, נראה לי, שטיעון זה אינו ראוי להיות מופנה למדיניות המדינה ההורגת, אלא למדיניות הצד האחר. על פני הדברים, קשה להבין כיצד תגובה בלתי מוצדקת ואלימה של צד א' למעשה מוצדק של ב', הופכת כשלעצמה את מעשהו של ב' לבלתי מוצדק. על פי גישה זו, ככל שהתגובה של הצד האחר רחבה וברוטלית יותר, כן הופך מעשה ההריגה למוצדק פחות. לכן, אין להתפלל שבהליכה אחר היגיון זה, עד כדי כך מרחיק גרוס לכת, עד שבין התוצאות השליליות לכאורה למדיניות ההריגה המוסדית הישראלית הוא מונה את העובדה שכנופיות פלשתיניות הורגות זו בחברי זו, תוך שימוש שקרי בטענה כי חיסלו סוכן ישראלי. זוהי לוגיקה שגויה, לטעמי, ולא לשווא היא מביאה לתוצאות בעייתיות, עד כדי תליית האשמה למעשים אלו בישראל.

3. פרסונליזציה של המלחמה

טיעון זה – שגרוס מכנה *Named Killing* – הוא מטיעוני הביקורת העיקריים שלו נגד הריגה מוסדית. שלא כשאר טיעוניו, טיעון זה אינו בא לתקוף את מדיניות ההריגה המוסדית על רקע האמצעים שהיא מחייבת, אלא את בסיסה המוסרי כשלעצמה. בלשונו של גרוס:

“Soldiers fight anonymously, as agents for the political communities they defend, and without any personal grievances against their adversary. This is part of the veil that soldiers must wear to override the normal human aversion to murder. But naming names lifts the veil, pushing selfdefence perilously

¹²¹ שם, בעמ' 9-10.

close to premeditated murder and beyond the pale
of permissible warfare.”¹²²

לטעמי, טיעון זה מגלה חולשה לוגית משמעותית בבחינתו לעומק. סטטמן בוחר לתקוף את הטיעון הזה מראשיתו, היינו, מראיית החייל לא כאינדיווידואל אלא כחלק אנונימי בקולקטיב. לשיטתו של סטטמן, אין לגזור לכתחילה את הזכות להרוג חייל במלחמה מהשיוך שלו לקולקטיב. לכן, קריעת המסך בין הסטטוס האישי לזה המהווה חלק מקולקטיב כלל אינה גורעת מהזכות להורגו. על פי סטטמן:

“The source of the problem lies in the collectivist solution to the problem of killing in war. If the ordinary notion of self-defense fails to provide justification for most killings in war, then the conclusion must be that these killings are morally unjustified and, hence, war in general is morally unjustified. It is of no help to us to decide to relate to the people we kill in war as agents of a collective rather than as individuals, as the moral status of individuals, their human dignity, does not depend on how anybody chooses to relate to them.”¹²³

לטעמי, סטטמן וגרוס מערבבים בין מסקנה אחת לבין מסקנה אחרת שלכאורה מסתברת ממנה. שלא כסטטמן, אני סבור שצודק גרוס בקביעתו לגבי הזכות להרוג חיילים. כאמור, עמדתי היא, כי לא ניתן לבסס צידוק להריגת חייל, אשר כשלעצמו חף מפשע, אלא על פי הביסוס הראוי המתייחס אל חברותו האקטיבית בקולקטיב העוסק בלחימה. המלחמה היא סיטואציה בין מדינות. הריגת חייל במלחמה, ללא קשר לנסיבותיה הספציפיות, היא חלק ממימוש זכות ההגנה עצמית של הקולקטיב. זכות זו, אינה ניתנת לפירוק ברמה הפרקטית לבחינה ייחודית לכל ירייה וקרב, אך, עם זאת, היא משתרעת על כל קרב ועל כל ירייה. על נושא זה עמדתי בהרחבה בפרק ד' לעיל, תוך הסכמה מלאה עם עמדתו של Zohar. בזה, עולה הבדל מהותי בין עמדתי לבין עמדת סטטמן, הסבור, כי דוקטרינת ההגנה העצמית

¹²² שם, בעמ' 13.

¹²³ Daniel Statman, *Targeted Killing*, 5(1) THEORETICAL INQUIRIES IN LAW 179, 190 (2004).

אלא שמכאן ועד המסקנות שגזר גרוס מנקודה זו אין לדעתי ולא כלום. הקיום האינדיווידואלי והחברות האקטיבית של החייל אינם מוציאים זה את זה. גרוס מניח מצב כאילו בהופיע אחד, מתפוגג האחר. כמובן, החייל ממלא בכל עת את שתי הפונקציות. קיומו כאינדיווידואל נמשך כל העת. משעה שהוא חייל בזמן מלחמה, נלווה לו המימד הקולקטיבי, בשל חברותו הפונקציונלית באותו קולקטיב צבאי. על כן, בלומדנו נתונים על האינדיווידואל, לא נפגם מימד החברות בקולקטיב ולו במקצת. חייל או קצין מסוים ממשיך להיות מטרה ראויה בזמן מלחמה אפילו נודע שמו ועלתה כוונה להריגתו המסוימת. זאת, כיוון שעל אף נתוניו האינדיווידואלים הוא ממשיך להיות מטרה ראויה בשל החברות בקולקטיב הצבאי ולא בשל שמו או זהותו. הראיה – לולא היה לאינדיווידואל (כלומר, היעד להריגה) משקל פונקציונלי בקולקטיב הצבאי, ודאי לא היה טעם בהריגתו, יהיו פרטי זהותו אשר יהיו.

בחינה של מעשי הריגה מוסדית, שמבצעות מדינות דמוקרטיות בשטח המלחמה בטרור, מאששת את הניתוח שלעיל. כך לדוגמה, הכוחות האמריקניים פוגעים בחברי אל-קאעידה מסוימים בשל תפקידם וחברותם בארגון, ולא בשל זיהוי אישי אחר. גם כוחות הביטחון הישראליים פוגעים בפעילי טרור על שום חברותם בארגון ולא על רקע אחר בזהותם. בזה, דעתי דומה לדעתו של סטטמן הרואה בהריגה המוסדית משום Role-Killing, היינו, הריגה בשל הפונקציה שממלא היעד, ולא Named-Killing, היינו, הריגה על שום תעודת הזהות שלו.¹²⁴ לו היה הזיהוי האישי שומט את הקרקע תחת הזכות להרוג חייל במלחמה, היו נכפות תוצאות אבסורדיות. היעלה על הדעת שככל ששירות המודיעין של מדינה יעיל יותר, היינו, משיג מידע מדויק יותר על מפקדי הצד האחר ועל לוחמיו, כך יתמעטו המטרות

¹²⁴ שם, בעמ' 190.

Named Killing עם הריגה

מכוונת של מנהיגים צבאיים, דוגמת ימאמוטו היפני, שעל פניו נראה שגרוס מצדיק

אותה.¹²⁵

4. טשטוש ההגנה לאזרחים

טיעון זה ברור ופשוט. עיקרו – הטענה כי הריגה מוסדית, הנעשית לא אחת בשטח אזרחי ולא בשדה קרב, ושעל פי רוב מכוונת נגד לובשי ביגוד אזרחי, פוגעת בהגנה לאזרחים. זאת, כיוון שהיא מטשטשת את קו הגבול בין לוחם לאזרח. נראה לי, שדקדקנות דיני המלחמה באיסור על פגיעה באזרחים, יחד עם כלל החברות האקטיבית שהוצע ברשימה זו, משמיטים את הקרקע תחת טיעון זה. למעשה, הטרור הוא המקור העיקרי לטשטוש ההגנה לאזרחים. הוא פוגע באזרחים בשתי רמות שונות. ראשית, בפעילותו הישירה הוא מכוון, על פי הגדרה, את התקפותיו נגד אזרחים. הסכנה לאזרחים לפיכך, מעצם פגיעת הטרור, גוברת לטעמי על סכנת הטשטוש לכאורה של מעמדם, הנגרם, לפי הטענה, ממעשי הריגה מוסדית בידי מדינה דמוקרטית. על פי גישתי זו, לא נתקשה לענות היכן טמונה סכנה גדולה יותר להגנה על אזרחים מפגיעה בעת עימות – אם מאירועים דוגמת ה-11 בספטמבר או שמא דווקא מטשטוש שגורמים לכאורה מעשי הריגה דוגמת זו האמריקנית בתימן. אפילו המקטרגים על מבצעי ההריגה המוסדית שמבצעות ישראל או ארה"ב אינם מכחישים את העובדה שהרוב המכריע של יעדי המבצעים הם חברים בארגוני הטרור ולא אזרחים. אם כן, המבקש להוציא פגיעה באזרחים ממעגל העימותים האלימים בעולם – עליו להאיץ את המלחמה בטרור. שנית, הטרוריסטים פוגעים בהגנה על אזרחים בשני אספקטים נוספים. הראשון ישיר – בהיטמעות בסביבה

¹²⁵ גרוס, לעיל ה"ש 119, בעמ' 12.

5. מדרון חלקלק

זהו טיעון ייחודי, שכן אין הוא תוקף ישירות את הנורמה המאפשרת הריגה מוסדית אלא את החשש מפריצת גבולותיה. כלומר, על פי טיעון זה, אפילו הריגה מוסדית של אדם מסוים מותרת, הרי שהתרתה תגרור פרקטיקה בלתי ניתנת לשליטה. זאת, כיוון שיישום הנורמה הוא חסר חסמים ובקרה הנדרשים לשם שמירת גבולותיה. ביטוי לחשש שביסוד טיעון זה מביא ארגון "בצלם", בנייר העמדה שלו

בנושא: ¹²⁶

"ואכן, אם יש הצדקה להתנקש במי שיוצא לבצע ירי על יישובי האם אין הצדקה, לפי אותו הגיון, להתנקש גם במי שהגה את הרעיון לבצע את הירי? ומה בנוגע לאלה המגייסים כספים עבור הארגון שמבצע אותו? באותה מידה ניתן יהיה לפעול לפי מדיניות זו גם כלפי פעילים פוליטיים שאינם מבצעים בעצמם פגיעות בישראלים אך תומכים בהן ומעודדים אותן וכלפי פלסטינים המיידיים אבנים מדי יום לעבר התנחלות ופוגעים בתושבים המתגוררים בה."

הנורמה המוצעת, כלומר החלת דיני המלחמה, מתמודדת היטב, לטעמי, עם טיעון המדרון החלקלק. לפני כן, יש מקום לטענה כללית נגד טיעון זה, המהווה, לטעמי, טיעון רקע שניתן להעלותו בכל עת של דילמה מוסרית שבקשר לנורמה ראויה. כמעט כל נורמה חשופה למניפולציות של העושים בה שימוש, וגבולותיה אינה חסינים מהרחבה. לגופם של דברים, דווקא מול דיני המלחמה יש לטיעון זה

¹²⁶ ראו שטיין, לעיל ה"ש 117, בעמ' 9; וכן גרוס, לעיל ה"ש 119, בעמ' 9-11.

6. טיעון היעילות

הריגה מוסדית, כמו כל פעולה אלימה, עלולה לערב נזק בנפש וברכוש. בעת לחימה, כל פעולה צבאית כפופה לחובת המידתיות, היינו, שהתועלת מן הפעולה הצבאית לא תיפול מן הנזק שגרמה. המשמיעים את טיעוני הביקורת המבוססים על חובת המידתיות, מתבוננים בה מן הצד האחר, מצידה של התועלת. לשיטתם, אין כל תועלת בהריגה מוסדית, ולכן יוצא, כי כל קורבן או נזק שהיא מערבת אינו פרופורציונלי. לכאורה, יהא גודלו אשר יהא, תמיד תהיה תועלת אפסית מצידו האחר ולכן מעשים אלו אינם עומדים באחת הדרישות הבסיסיות בדיני הלחימה. הביסוסים לטענה, כי הריגה מוסדית אינה מועילה, הם מגוונים. אולם, כמובן, כולם פרקטיים-טקטיים או אסטרטגיים ואינם משפטיים או מוסריים כשלעצמם. ביניהם, טענות לזה שהריגות אלו מלבות את להבת העימות ביוצרן מוטיבציה לנקמה, או טענות לחוסר אפקטיביות מניעתית מפאת "מילוי השורות" המיידית והמהיר בקרב ארגוני הטרור.¹²⁷ נוסף לכך, נשמעות אף טענות כלליות בדבר חוסר היכולת להדביר את הטרור, וביניהן כאלו המרחיקות עד כדי טענה כי עקירתו מחייבת לייבש את ביצות העוני והבערות שלכאורה מולידות אותו.¹²⁸ רשימה זו אינה המקום לוויכוח פרקטי שכזה.

¹²⁷ דה, לעיל ה"ש 15, בעמ' 8; Statman, לעיל ה"ש 123, בעמ' 191-194; Vincent Cannistraro, *Assassination is Wrong and Dumb*, WASHINGTON POST 30.08.01 A29

¹²⁸ דווקא הפיגועים הקשים ביותר המוכרים, אלו של ה-11 בספטמבר, סותרים, על פניהם, טיעונים אלו. רוב מבצעי הפיגועים והמתכננים היו סטודנטים משכילים וחלקם למד אף במוסדות לימוד מערביים. מנהיג אל-קאעידה בעצמו, פנה אל דרך הטרור והקים את ארגון הטרור הקיצוני, על אף שנולד למשפחה אמידה ביותר וידע עושר כל חייו.

נראה לי, כי בבסיס הטיעון מונחת קריאה שגויה של דרישת המידתיות. קריאה נכונה שלה חייבת לקבוע תחילה עמדה במספר שאלות מהותיות: מנקודת מבטו של מי נבחנת היעילות – התוקף, המותקף או שמא המביט האובייקטיבי? ואותה יעילות, האם ראוי שתיבחן על פי קנה מידה אובייקטיבי או סובייקטיבי? מעבר לזה, נדרש אף לקבוע את מידת הוודאות להשגת התועלת שבפעולה אל מול הנזק הצפוי. על פניו, ברור, שהמקטרגים בחרו בנקודת השקפה שאינה זו של המדינה התוקפת. אחרת, ברי, כי הם מייחסים לה חוסר רציונליות של מדינה בזמן עימות, המשקיעה משאבים בפעולות צבאיות שאפילו מנקודת ראותה אין בהן כל תועלת. לפחות לפי חלק מהדעות, מדובר במבחן הבוחן את המצב מנקודת מבטו הסובייקטיבית של המחליט בצד התוקף.¹²⁹ טיעון הביקורת חורג, לטעמי, ממתחם עיקרון המידתיות, כפי שהוא גם בא לידי ביטוי בפרוטוקול הראשון הנספח לאמנת ז'נבה מ-1949. מטרתו של הכלל אינה שיפור יעילות המלחמה, אלא שיפור מוסריותה. על כן, הכלל צריך לשמש קרקע לביקורת מוסרית ולא לביקורת אסטרטגית או טקטית. כלומר, משהוחלט אסטרטגית או טקטית על מהלך צבאי שיש לו מטרה צבאית, אין לבחון במסגרת הדיון המוסרי שעל פי הכלל את יעילות המהלך בראי התוצאות בפועל. במקום זאת, יש לראות את יעילותו של מהלך כאילו הושגה מטרתו. אחרת, חזקה על כל מבצע צבאי שנכשל וגרם לנזק כי חרג מכלל המידתיות. תוצאה כזו אינה הגיונית. לכן, חזקה על כל מהלך צבאי שיש לו מטרה רציונלית, כי יש בו תועלת. זאת יש לבחון מנקודת השקפתו של המחליט בצד התוקף, כמו גם את הסתברות הנזק הסביבתי שיש לאזן. כל אלה כפופים, כמובן, לכלל הראשי, שלפיו לכתחילה חייבת המטרה לפעולה להיות לא-אזרחית. לפיכך, לטיעון ביקורת על בסיס זה יכול להיות משקל, לדוגמה, לגבי מדינה הסבורה שבנסיבות העניין מדיניות של הריגה מוסדית אינה אפקטיבית, אך נוקטת אותה בכל זאת כדי להטיל פחד על אוכלוסייה מסוימת. ניתן להניח שמדינות דמוקרטיות, דוגמת ארה"ב וישראל, לא תנקוטנה מדיניות מבצעית על בסיס הנחות כאלו. עד כאן טענתי, כי המקטרגים בשם טיעון המידתיות אווזים בכלל בקצהו האסטרטגי-מבצעי, במקום בקצהו המוסרי. בנקודה

Joshua C. Harrison, *Attracting the World's Policeman to Protocol I Additional to the* ¹²⁹
1949 Geneva Convention, 12 THE J. OF LEGAL STUD. 22 (2002-2003)

אלא שמעבר לטיעון התיאורטי, הולך ומצטבר ניסיון פרקטי – בעיקר במזרח התיכון – המלמד דווקא על האפקטיביות של ההריגה המוסדית. קשה לראות את ההצלחה המרשימה – לפחות לעת עתה – של רשויות הביטחון המצריות במלחמתן בטרור האסלאמי ללא מבצעי ההריגה המוסדית הנרחבים של המודיעין המצרי במצרים ובאירופה.¹³⁰ המחותרת הטורקית – הגם שמנהיגה לא נהרג אלא נתפס והושת עליו דין מוות – שותקה לחלוטין. ארגון הפת"ח ספג מכה מבצעית אנושה לאחר הריגת ח'ליל אל-ואזיר, מכה אשר יש לשער שחשיבותה וריכוזיותה מבחינת מנגנון הפיגועים של אש"ף שיבשו את פעילותו הטרוריסטית למשך זמן ארוך. בחזית אחרת, מרגע שישראל החלה להעלות את גובה כוונות ההריגה אל שכבת הנהגת הח'מאס בשטחי הגדה המערבית ועזה, החלו נשמעים מהנהגתו קולות מצוקה גדולים. מנהיגים אלו חוששים מראיונות, ממעטים בהשתתפות בתהלוכות הסתה ומשקיעים חלק ניכר מזמנם במחבוא. על מידת הקושי, שמטילה עליהם מדיניות ישראל בפעילותם, תעיד העובדה, כי הדרישה הראשונה העולה מפייהם בכל עת כתנאי להפסקת אש היא הפסקת ההריגות המוסדיות.¹³¹ מאלפת מכולן היא הדוגמה הישראלית, ובעיקר כפי המחשתה על ידי אלוף (מיל.) פרופ' יצחק בן ישראל.¹³² במאמרו, מתאר פרופ' בן ישראל את שתי הגישות הישראליות להריגה המוסדית. עד לקיץ 2003, היה זה שימוש תגובתי, ענישתי כמעט באופיו, אשר הופנה נגד פעילי טרור מרכזיים, בעיקר לאחר פעולות טרור קשות. מאז קיץ 2003, הפכה עקומת ההריגות לעקומה עולה וקבועה ובאופן מקביל לה פחתה האפקטיביות של

¹³⁰ נחמן טל עימות מבית – התמודדות מצרים וירדן עם האסלאם הקיצוני 160 (מרכז יפה למחקרים אסטרטגיים, 1999).

¹³¹ YNET גורם פלסטיני: החמאס מוכן לדבר על הפסקת אש חדשה, 17 ספטמבר 2003. על פי הדיווח, מכות ההריגה המוסדית על הנהגת הח'מאס הביאו את הנהגתו ופעיליו לרדת למחתרת וכן הביאו את מנהיגי הארגון דאו, יאסין, להעלות ההצעה להפסקת פיגועים כנגד הפסקת מעשי ההריגה של ישראל.

¹³² יצחק בן ישראל התמודדות עם טרור המתאבדים – המקרה הישראלי (טרם פורסם, יראה אור בקרוב בספר "פצצה מתקתקת", הוצאת מערכות).

133 למעשה, ניתן

לומר שהחל מקיץ 2003 מפעילה ישראל מדיניות של כמעט התייחסות אל ארגון טרור כאל צבא, היינו, בהתאמה לתפישה הנורמטיבית המוצעת ברשימה זו. על אף שישראל הפעילה אמצעים נוספים בעלי משמעות פרקטית חיובית במאבק בארגונים אלו, ועל אף שלא הפעילה באופן מושלם את התפישה שלפיה חבר בארגון הטרור הוא חייל אויב בעת מלחמה, ניתן לומר, כי השינוי התפיסתי והנורמטיבי סייעו להכרעת ארגוני הטרור.¹³⁴

בהקשר זה חשובה הערה רבת משמעות. למלחמות קונבנציונליות יש התחלה וסוף, שעל פי רוב, הם ברורים. יש שמלחמות אורכות שנים רבות מספור – ובכל זאת הן באות לידי סיום. בדרך כלל, לא רק מועד המלחמה ברור, אלא גם המצב בין הצדדים מתברר עם סיומה: בין בתבוסה, בין בניצחון חלקי, בין במצב דומה למצב ההתחלה. דווקא בשל הצידוק למלחמה, המבוסס על תיאוריית התוקפנות, חשוב לנצח במלחמות. חשוב, שהתוקפנות תצא וידיה על ראשה ועונש כבד בצידה.¹³⁵ בזה, עלולה המלחמה בטרור להציג הבדל חשוב. לא די שגבולותיו של שדה הקרב אינם ברורים כל העת, אלא שסיום המלחמה יכול להיות רחוק עד אינסופי. אלא שאפילו לא יסתייע הדבר ונחזה במלחמה ארוכה עד אינסופית בטרור, איני רואה אלטרנטיבה לחיים תוך כדי לחימה מתמדת, שאחרת נותרת אופציית ההפסד לתוקפנות לבדה. אם כך, גם את סוגיית היעילות של מהלכים צבאיים במלחמה בטרור יש לראות בראי זה, היינו, שמלחמה כזו תישא אופי של מלחמת התשה ארוכה, ולא מלחמת בזק עד כניעה. על כן, כל פסיקה לגבי יעילותה של מדיניות זו או אחרת על פני טווח זמן קצר יחסית, עלולה להימצא שטחית ולהינתן מתוך פרספקטיבה קרובה מדי.¹³⁶

133 שם, בעמ' 30.

134 שם, בעמ' 22-30. ראוי לשים לב לניתוחו של בן ישראל את מושג ההכרעה ואת יישומו של מושג זה במלחמה שונה מעט, כזו שנגד ארגוני הטרור. על פי אמות המידה שהציב בן ישראל, ארגוני הטרור הפלשתינים אכן הוכרעו – ולא במעט בשל השימוש בנשק ההריגה המוסדית הקבוע והרצוף.

135 Walzer, לעיל ה"ש 51, 109-126 (Wars Ends and the Importance of Winning).

136 מפאת קוצר היריעה לא אוכל לכסות ברשימה זו נושאים רלוונטיים ביותר לנושא המידתיות, כגון היטמעות מכוונת של טרוריסטים באוכלוסייה והשפעתה על החובות המוטלות על המדינה המבצעת הריגה מוסדית. מקרה שח'אדה הבעייתי, ללא ספק מעלה בעיה זו במלוא עוזה. על פניו, פתרון ראוי

ט. בג"צ 769/02 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל

בעת הבאת רשימה זו לדפוס, פרסם בית המשפט הגבוה לצדק את פסק דינו בבג"צ 769/02 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל.¹³⁷ כאמור, העתירה בעניין הוגשה נגד מדיניות הסיכול הממוקד – או "החיסולים" – אשר נוקטות רשויות המודיעין והצבא של ישראל נגד ארגוני הטרור הפלשתיניים. הגם שפסק הדין נמנע מהכרעה עקרונית בדבר חוקיותה של המדיניות או בדבר אי-חוקיותה, לא ניתן ברשימה זו להתעלם מחלק מקביעותיו. קביעת בג"צ אינה שוללת הריגה מוסדית כמדיניות, שכן לעתים לשיטת בג"צ היא מותרת. אלא, שבג"צ אינו מכשיר מנגד את ההריגה באורח גורף, שכן על פי פסק הדין הריגת טרוריסטים בשטחי יהודה, שומרון וחבל עזה, מותרת רק במסגרת החריגים להגנה על אזרחים בדיני הסכסוכים החמושים ולפיכך כל הריגה צריכה להיבחן לאור חריגים אלו בנפרד. לענייננו, מעניינות בעיקר שתי קביעות שקבע הנשיא בדימוס א' ברק בפסק דינו – הראשונה, כי הדין החל על הסוגיה הוא הדין הבינלאומי הפומבי החל על סכסוכים חמושים בינלאומיים. השנייה, כי על פי דין זה, מעמדם של החברים בארגוני הטרור הוא מעמד של אזרחים, ולא של לוחמים. אמנם, מפאת חלקם של אזרחים אלו בפעילות עוינת, ניטלת מהם ההגנה מפגיעה העומדת לאזרחים, לפרקי זמן ובאופן שעוד יפורט בהמשך. עובדה מעניינת שלישית היא, כי בבואו לקבוע מתי ניטלת באופן קבוע ההגנה מאיש טרור, מאמץ הנשיא ברק – באופן עקרוני – כללים דומים בתוצאותיהם למבחן החברות האקטיבית המוצע ברשימה זו.

הקביעה, כי מדובר בסכסוך חמוש בינלאומי (ולא באכיפה פלילית פנים מדינתית) תואמת את הגישה העקרונית ברשימה זו. עם זאת, הקביעה השנייה, שלפיה חברי הארגונים הם אזרחים עם הגנה מופחתת, מעקרת חלק ניכר ממשמעויות הקביעה הראשונה. בכל הכבוד הראוי, הקביעה, כי חבריו של ארגון טרור הם אזרחים (הגם שנטולי הגנה מלאה), אינה מתקבלת על הדעת ויש בה,

¹³⁷ טרם פורסם.

1. על הקביעה כי מדובר בסכסוך מזוין בינלאומי

אכן, קביעה זו תואמת את הגישה המוצעת ברשימה זו, אך כלל אינה חופפת לה. למעשה, הקביעה בפסק הדין היא חלקית ומצומצמת ביחס למוצע כאן. הנשיא ברק טוען שקביעתו זו ממשיכה קביעות קודמות של בית המשפט העליון בנושא, קביעות המסתמכות כולן על המצב העובדתי בשטחי יהודה ושומרון וחבל עזה. הקביעה, כי דיני המלחמה חלים על הסיטואציה נובעת, על פי ברק, בראש ובראשונה מהעובדה ששורר באזורים אלו מצב עובדתי הנראה כמו מלחמה (סעיף 16 לפסק הדין). מסקנת הדין הראוי אינה נובעת – כמוצע כאן – מתוך הניתוח העיוני של הטרור כתוקפנות, גם אם זו מוצאת אל הפועל מבלי להשליט אווירת מלחמה קבועה בטריטוריה מסוימת. בזה, פסיקת הנשיא ברק תואמת עקרונית את עמדת המדינה בעתירה, שלפיה המצב העובדתי הקבוע והקיצוני בשטחי איו"ש ועזה הוא המכתיב את הדין החל – הוא ולא הניתוח העיוני הכללי של יחסי ארגון טרור – מדינה מותקפת. מעמדת הנשיא ברק עולה, שבין ארגון אל-קאעידה לארה"ב אין מתקיים בהכרח מצב של סכסוך חמוש בינלאומי (ולצורך העניין נניח הנחה זו לגבי התקופה שלפני המלחמה באפגניסטן). זאת, משום שאין בנמצא טריטוריה ובה מצב עובדתי של לחימה בהיקף הנדרש.

כאמור, הגישה המוצעת כאן נרחבת בהרבה. על פי גישה זו, הטרור הלאומני והפונדמנטליסטי הוא תוקפן במובן הבינלאומי. הגם שארגון טרור כזה או אחר, כשלעצמו, אינו חשוב בהכרח כמדינה ואף אם אין מתנהלת מולו לחימה נמשכת

2. על הקביעה כי חברי ארגוני הטרור הם אזרחים

את המסקנה, כי חברי ארגוני הטרור בשטחי יהודה, שומרון ועזה הם אזרחים מנקודת השקפתו של הדין הבינלאומי, מבסס הנשיא ברק על התקנות הנספחות לאמנת האג. בדיון קצר קורא הנשיא את סעיף 1 לתקנות אלו כפשוטו (להלן: "סעיף

1 לתקנות")¹³⁸:

"Article 1. The laws, rights, and duties of war apply not only to armies, but also to militia and volunteer corps fulfilling the following conditions:

To be commanded by a person responsible for his subordinates;

To have a fixed distinctive emblem recognizable at a distance;

To carry arms openly; and

To conduct their operations in accordance with the laws and customs of war."

בקביעה קצרה, כי ארגוני הטרור אינם ממלאים תנאים אלו (ובוודאי לא במצטבר) ומתוך הנחה שדיני הסכסוכים החמושים הבינלאומיים אינם מכירים אלא בשניים – אזרחים ולוחמים – מסיק ברק במהירות כי חברי ארגוני הטרור הם אזרחים (סעיפים 24-25 לפסק הדין). אמנם, ברק חוזר על הכינוי השגור לאחרונה בספרות המשפטית: "לוחמים בלתי חוקיים", אך גם השימוש בביטוי זה אינו משנה את קביעתו של הנשיא ברק כי מדובר באזרחים.

Convention (IV) Respecting the Laws and Customs of War on Land and its annex: Regulations Respecting the Laws and Customs of War on Land. The Hague, 18 October 1907, Article 1 to the Regulations¹³⁸

לאחר הקביעה, כי מדובר באזרחים, פונה הנשיא ברק לדון במצבים, בהם מאבדים אזרחים את הגנתם בעת לחימה. עיקר פסיקתו בנדון סובב סביב סעיף 51(3) לפרוטוקול הראשון לאמנות ג'נבה (פרוטוקול מיום 8/6/1977), הקובע:¹³⁹

"Civilians shall enjoy the protection afforded by this section, unless and for such time as they take **direct part** in hostilities" (ההדגשות הן שלי – ר' ב').

את היקפו של הכלל עיצב הנשיא ברק באמצעות שני יסודות שבו – הראשון, הגדרתה של השתתפות באופן ישיר בפעילות עוינת. השני, הגדרת משך הזמן במסגרתו חשוב אותו משתתף-אזרח כמי שעדיין לוקח חלק בפעילות עוינת (סעיף 32 לפסק הדין). מעניינת העובדה, כי לשם קביעת הגדרתה של השתתפות ישירה בפעילות עוינת, מעלה הנשיא ברק – הגם שלא באופן מפורש – סדרת נסיבות שתוצאתן האינדוקטיבית מכוונת, למעשה, אל מבחן החברות האקטיבית המוצע ברשימה זו (סעיפים 35-37 לפסק הדין). את דוגמאות זה המטפל בכלי הנשק ומשווק האספקה לארגון הטרור, בהן דן הנשיא ברק, קל יותר לפתור באמצעות מבחן החברות האקטיבית המוצע כאן. הממלא תפקיד של נשק, אשר יש לראותו כחלק מן הארגון, מבצע תפקיד אשר יש לו מקבילה צבאית בכל צבא סדיר. יש לראותו, לכן, כחבר אקטיבי בארגון – ולשיטתי, לצורך בחינת הפגיעה בו, דינו כדין חייל בקרב. לעומתו, סוחר ירקות המספק מזון לארגון, ממש כמו הסוחר המקביל המספק לצבא סדיר, אינו חלק מן המנגנון הצבאי ואין לו מקבילה הגיונית בצבא סדיר. סוחר כזה אינו חבר אקטיבי ודינו כדין אזרח. אלא שההכרעה שבחר בה הנשיא ברק מעקרת את כוונות סעיף 51(3), תוך הרחבה של מושג ה"ישירות" (direct part) לאין סוף סיטואציות עקיפות. קביעה רופפת זו של ישירות, גם במקום בו היא עקיפה מאוד – כמו עובד המוסך של הארגון – נובעת מן הטעות המושגית הבסיסית, שלפיה מדובר באזרחים. היות שמדובר ב"אזרחים" אשר עיסוקם הקבוע והנמשך הוא לחימה או תמיכה בלחימה, נאלץ הנשיא ברק למתוח עד למעלה מן האפשר את הגדרת הישירות ואחר כך, גם את הגדרת משכה של הפעולה ה"ישירה".

Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol 1), Article 51(3).¹³⁹

שיאה של מתיחת ההגדרה למעלה מן האפשר הוא בקביעות הנשיא לעניין משכה של אותה השתתפות "ישירה" במעשי העוונות. כך, לגבי המקרה הבעייתי, של חברים קבועים בארגונים, קובע הנשיא:

"מאידך גיסא, אזרח אשר הצטרף לארגון טרור, אשר הפך להיות ביתו, ובמסגרת תפקידו באותו ארגון הוא מבצע שרשרת של מעשי איבה, תוך הפסקות קצרות למנוחה ביניהם, מאבד את חסינותו מפני התקפה 'במשך אותו הזמן' בו הוא מבצע את שרשרת הפעולות. אכן, לגבי אזרח כזה המנוחה בין מעשי האיבה אינה אלא התכוננות למעשה האיבה הבא" (סעיף 39 לפסק הדין).

יוצא, שאותו "אזרח", העסוק מבוקר עד ערב בהרג ובלחימה, הוא בר פגיעה ממש כמו לוחם. ועדיין, מותירו הנשיא ברק כאזרח. על אי הנוחות שבתוצאה, שלפיה טרוריסט כמוסאווי או כבן-לאדן מוגדר על פי פסק הדין כאזרח, עמד המשנה לנשיאה, השופט ריבלין, בפסק דינו. אומר על כך המשנה לנשיאה:

"תיתכנה כאמור גישות אחרות. לא מצאתי צורך להרחיב לגביהן שכן לאור כללי הפרשנות שמציע חברי הנשיא, מאבד הקושי העקרוני, בסופו של יום, מעוקצו... הפרשנות שמציע חברי הנשיא א' ברק יוצרת בפועל ובצדק, קבוצת התייחסות נוספת. ניתן לגזור אותה מקבוצת הלוחמים ('לוחמים בלתי חוקיים') וניתן לגזור אותה מקבוצת האזרחים. בדרך האחרונה הולך חברי הנשיא. ... כך או כך, אין בין הדרכים שוני תוצאתי..." (סעיף 2 לפסק הדין).

אלא, שלא כדברי המשנה לנשיאה, יש-גם-יש משמעות לנתיב שבחר הנשיא ברק. אחת המשמעויות העיקריות של הסיווג כאזרחים, היא הדרישה לשימוש באמצעים חלופיים וקיצוניים פחות מהריגה כשהם אפשריים, כמו, למשל, מעצר. דרישה זו אינה עומדת עת מדובר בלוחמים בעת מלחמה. אין חובה לעצור חייל בחטיבת אויב לפני שילוח פגז אל כיוון חטיבתו. כפי העולה מן הניתוח התועלתני של נורמת דיני המלחמה אל מול נורמת ההגנה העצמית (המחייבת שימוש באמצעי מעצר ומשפט פלילי - לכשניתן) - יש לקביעה זו משמעות מהותית. היא מונעת מן הנורמה לסייע בהיפוך מאזן הכוחות הפרדוכסלי שתואר ברשימה זו. היא מעלה את העלות השולית של ניטרול איש טרור. לא לשווא חצתה הנשיאה ביניש את הקווים -

:clear and present danger

”מאחר וסעיף 51(3) הינו חריג לחובה להימנע מפגיעה בחיי אזרחים תמימי דרך, יש לנקוט הקפדה יתירה באפשרות להסיר את הגנת הדין על חייהם של אזרחים בנסיבות המתאימות. במסגרת הקפדה זו, יש לבחון את רמת המידע לשם סיווגו של ‘אזרח’ כנוטל חלק ישיר בפעולות איבה. על המידע להיות מבוסס היטב, חזק ומשכנע **באשר לסיכון הנשקף מהמחבל לחיי אדם...יש להביא בחשבון את מידת הסתברותה של פעילות האיבה המסכנת חי אדם.** בעניין זה, אין די בחשש רחוק ויש צורך ברמת הסתברות משמעותית לקיומו של סיכון זה” (ההדגשות הן שלי – ר’ ב’).

למעשה, הנדידה לטרמינולוגיה ולתנאים של הגנה עצמית ממעשה מסוים, מקשה מאוד – ואף חוסמת לחלוטין – את היכולת לראות במי שאינו מעורב ישירות ממש בפעולת הטרור, בר הריגה. ספק רב אם ניתן להכניס איש כספים של הארגון לגדר הזה, של הריגה לשם מניעת מעשה טרור מסוים. ככלל, אנשי הלוגיסטיקה והתמיכה מסייעים באופן קבוע, סיוע אשר חלק מהותי ממנו אינו משויך לפעולה מסוימת אלא ליצירת מסגרת ותשתיות כלליות של יכולות. כאלו הם ניהול הכספים או המלאי, העברת הודעות וכו’. ספק נוסף עולה בקשר למנהיגים כמו ח’ליל אל וואזיר או פתחי שקאקי, אשר הריגתם – בתוניסיה ובמלטה – בוצעה הרחק מאזור הלחימה ובאזורים שלווים. כעיקרון, יש קושי להצדיק, על פי כלליה של הנשיאה ביניש, גם הריגה של מנהיגים שאינם מבצעים, כמו שיח’ יאסין, שהריגתו לא נועדה למנוע בהכרח מעשה טרור מסוים, אלא להוות חלק מלחימה נמשכת וכוללת בארגונו. גם הדרישה שהציב הנשיא ברק לחקירה אובייקטיבית ובדיעבד, תוך שהוא אף מזכיר ועדה אפשרית לבחינה ראייתית ומעשית של כל אירוע בודד, היא תוצאה מהתוצאות הנלוות לקביעה כי מדובר בהריגת אזרח. בחינה אובייקטיבית של כל מעשה הריגה בעת סכסוך חמוש בינלאומי אינה מחויבת ואף אין בה צורך נורמטיבי, כפי שעמדתי על כך בפרק הדין בהצדקת הריגתם של חיילים בעת מלחמה, במובחן מהריגה כתוצאה מהגנה עצמית אישית.

אם כן, בניגוד להנחתו של המשנה לנשיאה ריבלין, יש לנתיב שבחר בו הנשיא ברק משמעויות מעשיות רבות, כפי שמשתקף כבר בכללים שגזרו שופטי ההרכב בעצמם. נתיב זה יסודו, בכל הכבוד הראוי, בטעות מושגית. טעות, שלטעמי, פוגעת בעקרונות בסיס של דיני המלחמה וביעילות המלחמה בטרור.

3. תכלית ההגדרה של "לוחמים"

שורשה של הטעות המושגית בפסק הדין מצוי, לטעמי, בפרשנות סעיף 1 לתקנות האג שניתנה באופן מנוגד לתכליתו. תפקידו של הסעיף אינו בקביעה של סטטוס הלוחם, אלא בקביעה של סטטוס הלוחם הנורמטיבי. מטרתו פשוטה – להכניס תחת זכויות הלוחמים גם לוחמים אשר מפאת מכשולים לוגיסטיים וטכניים אינם נדמים לגמרי לצבא. הניסיון לגזור מן הסעיף הגדרה של לוחמים בכלל, היא טעות. מי שאינו עונה על תנאי סעיף זה – אין לראות בו לוחם נורמטיבי. ממילא, אין הוא זכאי לזכויות שאנו מעניקים ללוחם נורמטיבי, כגון הזכות לסטטוס של שבוי מלחמה. אלא שאין ללמוד מכך שאינו לוחם.¹⁴⁰ רומל, להבדיל מאייכמן, ענה, ככל הנראה, לתנאים שבסעיף 1 לתקנות. לכן, מפקדים ולוחמים גרמנים מסוגו נחשבו כלוחמים נורמטיביים. היעלה על הדעת שאנשי ה-אס.אס, אשר אינם עונים – כמובן – על תנאי סעיף 1 לתקנות, יוגדרו על ידינו כאזרחים?¹⁴¹ הגדרתו של לוחם, לטעמי, מבוססת על **בחינה עובדתית**, היינו, אם אותו אדם מעורב באופן שיטתי – ובדרך כלל כממלא תפקיד בארגון קרבי – בפעולות לחימה ואלימות. הבחינה, אם אותו לוחם זכאי לזכויותיו של לוחם נורמטיבי, היא שאלה **משפטית באופיה** – ועליה מנסה סעיף 1 לתקנות לענות. על כך, תעיד אף מתיחת הגדרתו של הנשיא ברק לכדי אבסורד בסכסוכים מסוימים. לדוגמה, מתוך הנחה שבמלחמה באפגניסטן לא לוחמי הטליבן ולא אנשי אל-קאעידה ממלאים את תנאי סעיף 1 לתקנות, יוצא שלשיטת הנשיא

¹⁴⁰ ראה דינשטיין, לעיל ה"ש 34, בעמ' 96-97. על פי דינשטיין, לוחם כזה הוא לוחם השייך לקטגוריה ייחודית, היינו קטגוריית הלוחמים הבלתי חוקיים. אלו הם לוחמים שהינם עבריינים מבחינת דיני המלחמה ולכן ניטלות מהם חלק מן הזכויות של לוחמים על פי דיני המלחמה, והחשובה שבהן – הסטטוס של שבוי מלחמה.

¹⁴¹ לדעתי, יש לנתק שאלה זו משאלה אחרת, הדנה בשאלת תחולת סעיף 1 לתקנות האג על צבאות סדירים. מובן, שאין לראות בו פטור מדיני המלחמה כלפי לוחמים בצבאות סדירים. עם זאת, לשם ניתוק הדוגמה משאלה זו, ניתן בקלות להעלותה שוב ביחס לגופים מיליציוניים שפעלו בסיוע הנאצים.

¹⁴² ועדיין, האם אנשים כיחיא עייאש או בין-לאדן הם פושעים פליליים רגילים? האין מקום לראות בהם פושעי מלחמה?

4. על היעדר הגנה מול צידוק להרוג

במתכוון או שמא בהיסח הדעת, מסתפק הנשיא בקביעה כי על החברים הקבועים בארגוני הטרור אין הגנה מפגיעה ולאורך זמן. אלא שהיעדר הגנה אין פירושו בהכרח שיש צידוק להרוג. כך לדוגמה, הכללים להריגת חיילים בעת קרב יונקים את בסיסם מהצידוק להריגת חיילים במלחמה. לא די לומר שלאזרחים אין הגנה כדי להצדיק את הריגתם בכל עת. לשם כך, יש להצביע על צידוק מוסרי מבוסס לזכות להורגם. לו היה פורש הנשיא ברק צידוק כזה, היה מתברר שהוא זהה לצידוק להריגת לוחמים, בדומה לצידוק שמציעה רשימה זו על בסיס התיאוריה של התוקפנות והמלחמה הצודקת. משמע, טרוריסטים אלו הם בני הריגה לא מפאת שהם אזרחים שסרחו, אלא מפאת שהם לוחמים. העובדה, שהריגתם מוצדקת בשל אותו צידוק של הריגת חייל במלחמה, מוכיחה כי גם הטרוריסטים הם לוחמים. אלא, שזכויותיהם המלאות של לוחמים אינן מסורות להם. זאת, כאמור, לא משום שאינם לוחמים, אלא בשל ניהול מלחמתם – בהגדרה – בדרך בלתי חוקית.

5. על תכלית ההבחנה בין לוחמים לאזרחים

¹⁴² ארנה בן-נפתלי ויובל שני המשפט הבינלאומי בין מלחמה לשלום 163-165 (2006).

להבחנה בין לוחמים לבין אזרחים בדיני המלחמה תכליות אפשריות אחדות. הראשונה, תועלתנית באופיה, היינו, מיזעור אופטימלי של הנזק והסבל ממלחמות, ככל האפשר מבלי לפגוע באפקטיביות של הכוחות הלוחמים.¹⁴³ בהתאם, קיים הסבר הומניטרי מקביל. אנו מתקשים לקבל פגיעה במי שאין לו לא השפעה על התנהלות המלחמה ולא יכולת להתגונן או להגיב. האוכלוסייה האזרחית הלא – לוחמת אינה מסכנת איש, ויש אינטרס הומניטרי כללי להותירה מחוץ למעגל הדמים.¹⁴⁴ התרת פגיעה בה עלולה לגרום למחיקת קהילות אנושיות ולרצח עם. כל אלו הם תוצאות מוסריות בלתי נסבלות מחד גיסא – ובלתי הכרחיות מאידך גיסא. אף לא אחת מן התכליות הללו אינה תואמת את קביעת הנשיא ברק. אין ספק שאף לא אחד מן ההסברים להוצאת אזרחים ממעגל הלחימה לא נועד לתפוס ברשתו אנשי חמאס וג'יהאד או אל-קאעידה. לכן, השימוש בסיווג, שנועד להגן על קורבנותיהם, מנוגד להיגיון שמאחרי העיקרון הבסיסי ביותר בדיני הלחימה. התוצאה היא, כאמור, תמוהה. שלפיה, הריגת טרוריסט מסוכן וותיק נעשית לפי חריג צר ובלתי ברור לכלל, ואילו הריגת איש שריון בחטיבה סדירה בזמן מלחמה נעשית על פי כלל ברור ורחב בהרבה.

6. על פרשנות דיני המלחמה

המבקר את פסק דינו של הנשיא ברק נדרש להתמודד עם הקושי, אשר לכאורה מציבות מילותיו הברורות של סעיף 1 לתקנות האג. לכאורה, סעיף זה הוא סעיף המגדיר לוחמים ופרשנות אחרת משנה, כביכול, את העולה ממנו. לדעתי, ההסבר שהצגתי לעיל בנוגע לתכלית ההגדרה של לוחמים, העורך הבחנה בין ההגדרה העובדתית של לוחם לבין זו הנורמטיבית (שאליה מכוון הסעיף), די בו בהחלט לתשובה ראויה לקושי זה. בכל זאת, ראוי להדגיש, כי הנתב בו בחר, בסופו של דבר, פסק הדין, אילץ אותו להציג פרשנות שיש בה מתיחה – עד כמעט עקירה – של

¹⁴³ Brandt, לעיל ה"ש 35. וכן ראו נתוח כלכלי מובהק של Erik Posner, *A Theory of Laws of War*, [http://www.law.umich.edu/centersandprograms/olin/workshop.htm, 2002]. גם ניתוח המבוסס על תהליך רולטיאני לבחינת נורמה עשוי להגיע אל תוצאות דומות, בדומה לעבודתו של Brandt.

¹⁴⁴ ראו בן-נפתלי ושני, לעיל ה"ש 142, עמ' 157-159.

”לא ננקוט עמדה בשאלה אם רצוי להכיר בקטגוריה שלישית זו [של לוחמים בלתי חוקיים – ר’ ב’]. השאלה שבפנינו אינה שאלה של משפט רצוי אלא של משפט מצוי. לדעתנו, בכל הנוגע למשפט המצוי אין בפנינו מספיק נתונים המאפשרים לנו להכיר בקיומה של קטגוריה שלישית זו. ...לא נראה לנו כי הוצגו בפנינו נתונים מספיקים המאפשרים לנו לומר כי קטגוריה שלישית זו הוכרה, לעת הזו, במשפט הבינלאומי המנהג.”

ובאותה נשימה פוסק כי:

”עם זאת, מציאות חדשה מחייבת לעתים פרשנות חדשה. כללים שפותחו על רקע מציאות שהשתנתה יצטרכו לקבל פירוש דינמי אשר יתאים אותם, במסגרת כללי הפרשנות המקובלים, למציאות החדשה... ברוח פרשנות זו ניגש עתה אל הדינים של המשפט הבינלאומי המנהגי הדנים במעמדם של **אזרחים המהווים גם לוחמים בלתי חוקיים**” (ההדגשות שלי – ר’ ב’).¹⁴⁵

יוצא, שהנשיא ברק מעדיף, משום מה, פרשנות פורמליסטית הגם שתוצאותיה תמוהות לעניין קביעת הסטטוס (שאלה שהמשנה לנשיאה רואה אותה ממילא פחותת ערך משאלת התוצאה הסופית של משמעות אותו סטטוס). הוא עורך אותה כמי שכפו עליו קירות הטקסט גבולות פעולה צרים. מנגד, בשאלת חריגי היכולת לפגוע באזרח, הכבידה והחמורה יותר, חש הנשיא ברק חופשי יותר לקבוע דין רצוי ולהחיל פרשנות מרחיבה שאינה תואמת את מלל הטקסט ההסכמי. לטעמי לפחות, ובכל הכבוד הראוי, על כך יש להצטער.

י. סיכום

¹⁴⁵ סעיף 28 לפסק הדין.

בחלק השני של רשימה זו העליתי את הטענה, שלפיה הדין הראוי לחול על מלחמה בטרור הוא דיני המלחמה שבמשפט הבינלאומי. עד לעת האחרונה, מקובל היה לראות מלחמה, במובנה הנורמטיבי, כאפשרית בין מדינות בלבד. זאת, על אף שבשנים האחרונות ניתן לזהות מלחמות שאותן ניהלו באופן מעשי מדינות מוכות טרור בארגוני הטרור. את הצידוקים להחלת דיני המלחמה השתתתי על שני יסודות עיקריים: הראשון, טיעון של Just War Theory, והשני, על בסיס ניתוח תועלתני של הנורמה המוצעת. בטיעוני ה-Just War, טענתי, כי הטרור שעל רקע לאומני או פונדמנטליסטי מהווה תוקפנות של ארגוני הטרור כלפי מדינת היעד, כמובנה בתיאוריה של התוקפנות. על אף הבדלים פרקטיים ונתונים שונים מתוקפנות שבין מדינות, מראה התיאוריה, כי דין תוקפנות הטרור כדין תוקפנות מדינה, והיא מצדיקה מלחמת-מגן ישירה. במסגרת הניתוח התועלתני, ביקשתי להראות כי דיני המלחמה הם גם הנורמה היעילה, במובן היעילות של Rule Utilitarianism. זאת, כיוון שהם מסייעים להיפוך האסימטריה הנורמטיבית-פרקטית שלרעת המדינה הנלחמת בארגון טרור, לעומת האסימטריה במשאבים שלטובת המדינה. במודל שהצעתי, התמקדתי בעלות השולית של ניטרול, הפחתת מהותית עם החלת דיני המלחמה. אלה מתירים הריגת טרוריסט עם זיהויו ככזה, להבדיל ממשטר של הגנה עצמית, המייקר מהותית את עלות הניטרול. הפחתת עלות הניטרול מביאה לביטוי את מיעוט משאביו של ארגון הטרור ביחס למדינה ופחתת, כפי שהראיתי, פתח תיאורטי להכרעתו בשל משבר משאבים פאטלי.

החלת דיני המלחמה תביא אף לשינוי המצב הנורמטיבי האבסורדי כיום, שלפיו טרוריסט, שהוא פושע מלחמה בהגדרה, נהנה מחסינויות שמהן אין נהנה חייל נורמטיבי שמציית לדין המלחמה ולדין ההומניטרי. בעוד חייל החייל מותרים להריגה בכל עת בזמן המלחמה, הטרוריסט חשוף לכאורה לפגיעה רק בעת שהוא מהווה סכנה ברורה ומיידית. בהחלת דיני המלחמה אף טמון הפוטנציאל של מזעור התופעה של טרור בידי שלוח, במסגרתה – מדינות תומכות טרור מנצלות את היתרונות הנורמטיביים והפרקטיים הניתנים כיום לארגוני הטרור. בדרך זו, מדינות אלו מנהלות מאבק אלים תוך מילוטו מגדר נורמות המלחמה ותוך מילוט עצמן מנזקי מלחמה קונבנציונלית, לו פתחו בה במקום הפעלת טרור.

להחלת דיני המלחמה על המלחמה בטרור תוצאות מרחיקות לכת. הראשונה והחשובה שבהן היא היכולת לפגוע בטרוריסט באשר הוא, ללא דרישות ראייתיות מקדימות. זאת, למעט זיהוי הוודאי כחבר אקטיבי, היינו, כבעל תפקיד מקביל לזה שהוא היה נושא בו לו היה ארגונו צבא סדיר. החלת דיני המלחמה תביא גם להסדרה של שיטות ואמצעים ולהחלה של נורמות הומניטריות מפורטות ונתמכות קונסנזוס בינלאומי על עימותים שאינם עולים כדי מלחמה קונבנציונלית. ברשימה זו יש גם נסיון להראות, כי דיני המלחמה מהווים תגובה נאותה אף לביקורת המושמעת נגד ההריגה המוסדית. על פי ניתוח הביקורת שערכתי, עולה, כי משיוחלו דיני המלחמה על המלחמה בטרור, לא יהיה עוד מקום לטענות ביקורת, שלפיהן הריגה מוסדית מהווה הוצאה להורג ללא משפט. כן הראנו, כי הריגה מוסדית במסגרת דיני המלחמה שוללת את הביקורת שלפיה היא מהווה Named Killing, השומטת לכאורה את הבסיס לצידוק להריגה במלחמה. עם זאת, החלת דיני המלחמה מטילה חובות כבדות על המדינה התוקפת. בכללן, עמידה קפדנית באיסור על הפגיעה באזרחים, הקפדה על פגיעה בחברים אקטיביים בלבד בארגוני הטרור ועמידה בדרישות הפרופורציונליות. מול חובות אלו, מקבלת על עצמה המדינה גם את הסיכון שבסטייה מהן ואת הסנקציות שבגיין הפרת דיני המלחמה.

**עיקול, שעבוד והעברה של גמלת משרתי קבע -
הרהורים בדבר הפרשנות הראויה לסעיף 62 לחוק
שירות הקבע (גמלאות)**

* פבלו לרנר

א. מבוא ב. עיקול נכסים 1. העיקול הזמני 2. עיקול בהוצאה לפועל
3. עיקול צד ג' ג. נכסים הפטורים מעיקול 1. כללי 2. איסור על
עיקול גמלה של משרת קבע 3. היקף ההגנה 4. דרכים עקיפות
למימוש הגמלה על ידי נושה (א) עיקול חשבון בנק (ב) חשבון
משותף (ג) אכיפה עקיפה (ד) צו מניעה (ה) קיזוז (ו) המצב
בפשיטת רגל ד. פעולות דיספוזיטיביות האסורות על ידי המחוקק
1. ערבות 2. שעבוד 3. העברה 4. האם יש הצדקה להגבלה?
ה. סעיף 62 לחוק הגמלאות 1. הרקע להוראה 2. טיעונים הנוגעים
למהות הזכות (א) טיבה של הזכות למשכן או להעביר את הגמלה
(ב) ודאות הזכות לגמלה והיקפה 3. טעמים פטרנליסטיים 4. שיקולים
מערכתיים 5. סיכום ביניים ו. הסרת ההגנה בענייני מזונות
ז. חלוקת הגמלה בין בני הזוג 1. מסגרת הדיון 2. הערה לגבי המצב
המשפטי בארה"ב 3. התפתחות הסוגיה במשפט הישראלי
(א) מהלכת השיתוף לאיזון משאבים (ב) סעיף 62 לחוק הגמלאות
והעברת גמלה 4. חישוב חלקו של בן הזוג (א) זמן החפיפה (ב)
תשלומי המס 5. לקראת הכרעה בבית המשפט העליון ח. הערה
לסיכום

* מרצה בכיר, המכללה האקדמית למשפטים, רמת גן. חובה נעימה היא להודות לעו"ד יונתן קיוול, אשר הציע לי לכתוב בנושא בו עוסק מאמר זה ועמו התייעצתי לאורך כל הדרך. אבקש להודות גם לעו"ד דוד גולדמן על הערותיו המועילות לפרק 4. תודה גם לקורא האנונימי על הערותיו המועילות. כמובן, האחריות לטעויות עלי בלבד.

א. מבוא

חייל קבע, הפורש מן השירות הצבאי, זכאי לגמלה, המשולמת כתשלום חודשי, או לחלופין להוון חלק של התשלומים ולקבלם בצורה של מענק חד פעמי במועד הפרישה. הנושא מוסדר בחוק שירות הקבע בצבא הגנה לישראל (גמלאות) [נוסח משולב], התשמ"ה-1985 (להלן: "חוק הגמלאות" או "החוק"), אשר מסדיר את הסוגים השונים של הקצבאות, הזכאות להן ותנאיהן,¹ וקובע את זכאותם של שאירים במקרה של חייל שנפטר.² פרקים אחרים עוסקים בתביעות הזכאי³ ובסדרי התשלומים.⁴

נושא מאמר זה הוא ההגבלה שחוק הגמלאות קובע לגבי עיקול או העברה של גמלה. סעיף 62 לחוק הגמלאות קובע:

"זכות לגמלה אינה ניתנת להעברה, לערבות, לשעבוד או עיקול בכל דרך שהיא, אלא לשם תשלום מזונות, המגיעים מהזכאי לגמלה, לפי פסק דין של בית המשפט או של בית דין מוסמך."

ההוראה מעוררת מספר שאלות. ראשית, כל אימת שאנו עוסקים בסוגיית נכסים פטורים מעיקול, יש מקום לשאול עד כמה ההגנה הזו מוצדקת מבחינת איזון נאות בין הגנה על החייב לבין האינטרס של הנושים. ואולם, מלבד שאלה זו, ישנה סוגיה אחרת, אשר עולה בשנים האחרונות באשר לזכותם של בני זוג של משרתי קבע לקבל ישירות מצה"ל, בעת גירושין, חלק מהגמלה לפי החלטת בית המשפט לענייני משפחה או בית הדין הרבני המוסמך. בעניין זה ישנו ניגוד בין העמדה של צה"ל, אשר סבור כי ההוראה הזו מונעת את העברת הגמלה או חלק ממנה לבן זוג, לבין פסיקה אשר קבעה כי ההוראה אינה מהווה מכשול להכרה בזכותו של בן הזוג

¹ ראו סעיף 10 ואילך לחוק הגמלאות.

² סעיף 21 ואילך.

³ סעיף 43 ואילך.

⁴ סעיף 53 ואילך.

מאמר זה ינסה להבהיר את המצב הקיים ולבחון אם יש מקום להתאים את הוראת סעיף 62 לחוק למגמות חדשות בנושא הפנסיה. את עבודתי זו אחלק לארבעה חלקים: בחלק הראשון אדון בענייני העיקול ובמהות ההגבלה; בחלק השני של הרשימה אעסוק בשאלת ההגבלה על פעולה דיספוזיטיבית (ערבות, משכון או העברה), אשר לה מאפיינים שונים מאלה שחלים על עיקול, משום שמדובר בהגבלה על אוטונומיית הרצון של הגמלאי; עמדתי כאן, בתמצית, הינה, כי גם אם סבורים כי יש מקום להגן על גמלאי שירות הקבע מנושיו כדי למנוע מצב בו הסתבכות כספית תביא אותו לחוסר כל, אין בכך כדי להצדיק את המחסום שהוראת סעיף 62 מציבה בפני משכון או שעבוד של הסכומים המגיעים לגמלאי בתור גמלה. כמו כן, לא ברור מדוע הוראה זו צריכה להתפרש כמונעת את חלוקת הגמלה בין בני הזוג, להבדיל מן המקובל לגבי נכסים אחרים. בחלק השלישי אתייחס בקיצור לנושא החיוב במזונות, אשר אינו מוגן בסעיף 62; חלק חשוב של מאמרי הוא החלק הרביעי, שבו אדון בסוגיית הקצבה כרכוש משותף של בני הזוג. לטענתי, הפרשנות של צה"ל מושפעת יתר על המידה משיקולים מערכתיים. לכן, יש לאמץ פרשנות ליברלית יותר של הסעיף, אשר תספק הגנה לגמלאי צה"ל, ובר בבד תאפשר לבתי המשפט למצוא את ההסדר ההוגן ביותר בכל הקשור לחלוקת הגמלה.

ב. עיקול נכסים

העיקול הינו פעולה משפטית, אשר נקבעת על ידי גוף מוסמך לכך, תוך כדי הליך משפטי, ומטרתה ליצור קשר בין הרכוש לבין ההליך הזה כדי להביא לכך, שתוצאותיו ייצאו לפועל.⁵ העיקול אינו מעניק לנושה מעמד של בטוחה,⁶ ואינו

⁵ השופט דב לוין הגדיר את העיקול כפעולה משפטית, אשר באה להגביל אל סחירותו של נכס ואת יכולת השימוש בו, כדי שהזוכה יוכל להיפטר מהחוב המגיע לו. ע"א 533/87 ארגון מושבי הפועל המזרחי נ' ולך, פ"ד מג(2) 864, 872 (1989). ראו גם דוד בר אופיר הוצאה לפועל – הליכים והלכות 391 ואילך (מהדורה שישית, 2005). ראו גם OTHMAR JAUERNING, ZWANGSVOLLSTRECKUNGS- UND INSOLVENZRECHT, pp. 70 ff (1999); Kurt Stöber, "Sec. 803", ZOLLER

ניתן להבחין בין שני סוגי עיקול: העיקול הזמני, והעיקול בהוצאה לפועל.

1. העיקול הזמני

עיקול זמני מוסדר בתקנות סדר הדין האזרחי.⁸ העיקול מוגדר כזמני כאשר הוא מתבקש במסגרת תביעה משפטית, או במהלך הדיון ובטרם מתן פסק דין. עם פתיחת ההליכים או בהמשכם רשאי התובע במשפט לבקש הטלת עיקול זמני. שלא כמו בהוצאה לפועל, העיקול הזמני אינו מיועד, כעיקרון, למימוש הרכוש ולמכירתו, אלא לשמירת הרכוש ולמניעת הברחתו עד למתן פסק הדין.⁹ עם קבלת פסק הדין הופך העיקול הזמני לסופי,¹⁰ והתובע (הזוכה בתיק ההוצאה לפועל) רשאי לממש את העיקול לאחר שחלפו שבעה ימים מפתיחת תיק ההוצאה לפועל.¹¹

ZIVILPROZESSORDNUNG 2000 ff. (Köln, 2005); ROGER PERROT, PHILIPPE THÉRY, PROCÉDURES CIVILES D'EXÉCUTION pp. 362 ff (2005); MARGARET JASPER, THE LAW OF ATTACHMENT AND GARNISHMENT pp. 3 ff (2000).

⁶ ראו ע"א 542/85 שווק כותנה בע"מ נ' אתא בע"מ, פ"ד מב(4) 559, 564 (1989).

⁷ ראו: Kenneth Sold, *Garnishment of ERISA Benefits to Satisfy Family Support* Social Security Act, *Obligations*, 46 BROOKLYN LAW REVIEW 961, 969 (1980) Prohibition of Assignment of Social Security Benefits, 42 U.S.C. 407 sec 207 (1976)

⁸ ראו תקנה 374 ואילך לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984.

⁹ מכאן, שהתנאים לקבלת צו עיקול זמני מכבידים על המבקש (התובע) יותר מאשר על הזוכה בתיק הוצאה לפועל.

¹⁰ ראו אורי גורן *סוגיות בסדר דין אזרחי* 531 (2005); דודי שוורץ *סדר דין אזרחי* 414 (התשס"ז).

¹¹ בענייני מזונות מוסמך בית המשפט להטיל עיקול כדי להבטיח תשלום מזונות זמני. כאן אין מדובר ב"עיקול זמני", אלא בעיקול של סכום, שעדיין אינו סופי, שהרי הוא עשוי להשתנות עם מתן פסק הדין.

2. העיקול בהוצאה לפועל

ניתן לפתוח תיק הוצאה לפועל על בסיס פסק דין, שטר או משכון.¹² לצורך ביצוע פסק דין או שטר, מעמיד חוק ההוצאה לפועל לרשות הנושה דרכים שונות לקבל את הכספים או להבטיח את ביצוע פסק הדין.¹³ לאחר שנשלחה התראה וחלפו 21 יום, ניתן להתחיל בביצוע פעולות נגד החייב. כאשר הנושה מעוניין לבצע פסק דין שקבע סכום כספי, והחייב אינו מקיים אותו, הדרך המקובלת היא להטיל עיקול על רכשו.¹⁴ המקרה של עיקול גמלת משרת קבע הוא מצב של עיקול צד ג'.

3. עיקול צד ג'

מבחינת חוק ההוצאה לפועל ותקנות סדר הדין האזרחי, הצבא הוא בגדר "מחזיק" או צד ג'.¹⁵ יש הבדל מהותי בין עיקול צד ג' לבין סוגי עיקולים אחרים, מפני שכאן העיקול אינו מתבצע ישירות כלפי נכס שבבעלות החייב (כמו במקרה של מיטלטלין או מקרקעין), אלא באמצעות צד ג' (או מחזיק) שאינו חלק מההליך המשפטי.

במקרה של עיקול צד ג' אין לחייב בעלות על הנכס, אלא נושא העיקול הוא הזכות שיש לחייב כלפי צד ג'. בעיקול כזה, הרכוש המעוקל אינו נמצא ברשותו של החייב, אלא הוא מוחזק על ידי צד ג' (או גם "המחזיק" – בלשונן של תקנות סדר הדין האזרחי). המהות המיוחדת של עיקול צד ג' נובעת מכך, שיש גורם חיצוני לתיק ההוצאה לפועל, אשר מעורב בו ואשר יש להתחשב באינטרסים שלו כדי להתוות מדיניות נכונה.

¹² ניתן גם לפתוח בהליכי הוצאה לפועל על בסיס מסמך בכתב, כאשר סכום החוב אינו עולה על 50 אלף שקל. סעיף 81א(1) לחוק ההוצאה לפועל, התשכ"ז-1967 (להלן: "חוק ההוצאה לפועל").

¹³ במקרה של משכון או משכנתה, מיועד תיק ההוצאה לפועל למימוש הנכס נושא המשכון בלבד.

¹⁴ אך לא כאשר מדובר בפסק דין, המורה על פינוי או על ביצוע מעשה, או על מסירת נכס ספציפי. קיימת אפשרות גם לאכיפה עקיפה. ראו בהמשך.

¹⁵ יש לציין, שצה"ל טוען לפעמים, כי אין הוא נחשב ל"מחזיק" במובן שבו מדבר החוק. אין לקבל טיעון זה.

מבחינה פרוצדורלית, ובמיוחד כאשר מדובר בחובות המוטלים על המחזיק (צד ג'), יש להבחין בין המצבים של עיקול זמני ושל עיקול באמצעות ההוצאה לפועל, שעליהם עמדנו לעיל. במקרה של עיקול זמני, על המחזיק להודיע לבית המשפט על רישום העיקול, ובמקרה שאין הוא נותן תשובה, או אם לטענת תובע, התשובה אינה נכונה, רשאי התובע להגיש בקשה לאישור העיקול.¹⁶ עם קבלת תגובת המחזיק (או בהיעדר תגובה) יורה בית המשפט על הגשת התיק לדיון, או ייתן החלטה. אם בקשתו של התובע התקבלה – יאושר העיקול הזמני, והוא יהפוך לסופי עם מתן פסק הדין, כאשר התובע יהיה רשאי לממשו באמצעות הליכי הוצאה לפועל.

שונה המצב כאשר בעיקול באמצעות ההוצאה לפועל עסקינן. כאן, במקרה שבו צד ג' אינו מקיים את הצו ללא הצדקה סבירה, רשאי הנושה לזמן את צד ג' לחקירה, ובסופו של דבר להטיל עליו את הסכום שהיה עליו להעביר לפי צו העיקול או את סכום החוב – הנמוך משניהם.¹⁷ חקירה זו אינה בגדר חקירת יכולת,¹⁸ שהרי לא נבדקה יכולתו הכלכלית של צד ג', אלא היא עוסקת רק בסיבות שבגללן לא ניתנה תשובה לצו. בכל זאת, על הנושה להוכיח, כי הכסף נמצא בפועל בידיו של צד ג' וזה האחרון חייב להעבירו לתיק ההוצאה לפועל.¹⁹

כאמור, סעיף 62 לחוק הגמלאות קובע, כי סכום הגמלה מוגן מפני עיקול, למעט ענייני מזונות, שאז צה"ל מעביר את הסכום המעוקל על פי החלטת בית המשפט או ראש ההוצאה לפועל.

משעמדנו מעט על מושג העיקול ועל סוגי עיקול, נדון עתה בנכסים הפטורים מעיקול, מושג שאף הוא חיוני, בטרם נוכל לדון במשמעות הוראת סעיף 62 לחוק הגמלאות.

¹⁶ ראו סעיף 378 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984; גורן, לעיל ה"ש 10, בעמ' 536. הבקשה תתנהל על פי הקבוע בתקנות סדר הדין האזרחי בענייני בקשות בכתב.

¹⁷ ראו סעיף 48 לחוק ההוצאה לפועל, התשכ"ז-1967.

¹⁸ ראו בהמשך, סעיף ג'4(ג) למאמר.

¹⁹ כאן מן הראוי להבהיר, כי אמנם קיימת חובה להשיב על הצו, אך הפסיקה קבעה, כי אי ההיענות לצו העיקול אינה מוכה כשלעצמה את הנושה בהטלת חובה על צד ג'.

ג. נכסים הפטורים מעיקול

מטרתה של ההוצאה לפועל בכלל, ושל האפשרות להטלת עיקול על ידי נושה בפרט, היא להביא למימוש זכויות הנושה על פי פסק הדין (אשר מהווה זכות קניינית). בכך אין כדי להצדיק פגיעה בעצם קיומו של החייב.

1. כללי

הרעיון שנכסים מסוימים מוגנים מפני נושים הינו רעיון עתיק יומין. כך, למשל, אנו מוצאים במשפט העברי הגנה על החייב ועל נכסיו הבסיסיים.²⁰ קביעת הנכסים הראויים להיות חסינים תלויה בטיבה של החברה ובתקופה: עד המאה ה-18, למשל, היוו כלים חקלאיים בסיס לרכוש ולעבודה, ולכן הופיעו במרכז רשימת הנכסים שאינם ניתנים לעיקול. כיום המצב שונה, ומכשירי חשמל חדשים, כגון מקרר – ובמדינות מסוימות גם טלוויזיה – הצטרפו לרשימת הנכסים שאין לעקלם.²¹ יש הטוענים, כי ככל שהחברה מתקדמת יותר – כך מתרחבת רשימת הנכסים שאינם ניתנים לעיקול.²² החשיבות שיש היום להגנה מפני עיקול משכורת – ובעקבות זאת, לזכויות סוציאליות – היא תוצאה של השינויים החברתיים שחלו בעולם, במיוחד לאחר המהפכה התעשייתית. עם כניסתם של עובדים למעגל הצרכנים, נוצר צורך להגן על שכרם. במהלך השנים הפכה הגישה, המחייבת מתן הגנה סוציאלית לאוכלוסיית העובדים, לנחלת הכלל, ולכן התעורר הצורך שההגנה הזו תתרחב ותכלול לא רק את המשכורת, אלא גם כספים, שקיבל העובד עם סיום עבודתו ואשר משמשים לו לכלכלתו.²³

²⁰ ראו מנחם אלון כבוד האדם וחירותו בדרכי ההוצאה לפועל (1999).

²¹ אך עדיין לא בישראל! הטלוויזיה אינה פטורה. ראו עמית מור "בעיות במערכת העיקול – בסיס להצעת חוק לתיקון חוק ההוצאה לפועל (איסור עיקול טלוויזיה)", תשס"ד 2004 "דין ודברים" א 579 (2004).

²² לגבי קביעה זו ראו, J. Normano, *Les Insaisissabilités – Les Mesures Conservatoires*, ACTUALITES EN DROIT 367 (1995).

²³ ישנם מקרים של הגנה, שמטרתה להגן על המסגרת בה הכספים הופקדו – כך, למשל, בענייני הקדשות (ראו חוק הנאמנות, התשל"ט-1979, סעיף 20), או לגבי הגנה על חלקו של בן הזוג במסגרת "איוון משאבים" (ראו בהמשך).

רעיון זה, שכאמור הוא סוציאלי במהותו,²⁴ מציב מול הגישה המתמקדת בחובה להחזיר חובות (כביטוי נרדף לכלל של "חוזים יש לקיים") את הצורך לתת ביטוי לצרכים המינימליים של החייב כדי לאזן את התמונה. בסופו של דבר, מדובר באינטרס ציבורי מובהק, שהרי אין למדינה עניין בכך שאנשים שהסתבכו בחובות יהפכו לנטל על החברה וידרדרו ללא תקנה. ואכן, בכל שיטות המשפט אנו מוצאים רשימה של נכסים, שלא ניתן לעקלם,²⁵ הן כזו הכוללת נכסים שאסור לעקל באופן מוחלט²⁶ והן כזו הכוללת נכסים שהאפשרות לעקלם מוגבלת.

בישראל, סעיף 22 לחוק ההוצאה לפועל מכיל רשימת מיטלטלין שאינם ניתנים לעיקול: כלי עבודה, מיטות, בגדים לשימוש אישי, תשמישי קדושה וחיות מחמד.²⁷ באשר לדירת המגורים של החייב, זו מוגנת אמנם, אך אין חל איסור מוחלט על עיקולה, משום שהחוק מאפשר לחייב, במקרה של מימוש החוק, לקבל דיור חלופי.²⁸ במקרים מסוימים יכול חייב, שדירתו מומשה בהליכי הוצאה לפועל, אף להישאר בדירתו כדייר מוגן.²⁹

רשימת הכספים המוגנים אינה מופיעה בחוק ההוצאה לפועל. סעיף 50 לאותו חוק, מפנה לכספים ("נכסים") שאינם ניתנים ל"עיקול לפי כל דין". ואכן, קיימת

²⁴ ע"א 711/84 בנק דיסקונט נ' פישמן, פ"ד מא(1) 375, 369 (1987); רע"א 4905/98 גמזו נ' ישעיהו, פ"ד נה(3) 375, 360 ואילך.

²⁵ כך, לדוגמה, מיטות, דברי אוכל ותשמישי קדושה מוגדרים, בדרך כלל, כנכסים שאינם בני עיקול. ראו באיטליה, קודקס לפרוצדורה אזרחית, סעיף 514; בגרמניה – קודקס לפרוצדורה האזרחית (ZPO), סעיף 811, ובצרפת – תקנות בעניין דרכי ההוצאה לפועל מיום 31.7.92.

²⁶ בצרפת, לדוגמה, מופיעה מכונת הכביסה ברשימת הנכסים שאינם ניתנים לעיקול, אך לא כך הדבר באיטליה או בגרמניה. החוק הגרמני והחוק האיטלקי כוללים ספרי לימוד ברשימת הנכסים שאינם ניתנים לעיקול, אך לא כן בחוק הצרפתי, וכו'.

²⁷ לגבי חיות מחמד, מדובר בכאלו הנמצאות בביתו או בחצרו של החייב, אשר אינן מיועדות לעיסוק בעל אופי מסחרי. ראו פבלו לרנר "על חייבים ובעלי חיים: חיית מחמד כנכס שאינו בר-עיקול" עלי משפט ד 205 (2005).

²⁸ ראו סעיף 38 לחוק ההוצאה לפועל. זאת, כאשר קביעתו של ראש ההוצאה לפועל היא תוצאה של שיקולים שונים, לרבות הנסיבות האישיות השונות של החייב. ראו רע"א 7700/95 נגולה נ' חזן, פ"ד נ(1) 338 (1996).

²⁹ ראו סעיף 33א לחוק הגנת הדייר [נוסח משולב], התשל"ב-1972.

³⁰ מדובר, בראש

ובראשונה, בהגנה על משכורת³¹ וכן על קצבאות וגמלאות שונות.

2. איסור על עיקול גמלה של משרת קבע

סעיף 62 לחוק הגמלאות הוא מקרה אחד מתוך אותה רשימת חוקים ארוכה שעניינה כספים שאינם ניתנים לעיקול. כך, למשל, סעיף 15 לחוק הנכים (תגמולים ושיקום) [נוסח משולב], התשי"ט-1959; סעיף 303 לחוק הביטוח הלאומי [נוסח משולב], התשנ"ה-1995; סעיף 11 לחוק נכי רדיפות הנאצים, התשי"ז-1957; סעיף 13(ב) לחוק חוזה ביטוח, התשמ"א-1981; סעיף 9 לחוק נכי המלחמה בנאצים, התשי"ד-1954; סעיף 31 לחוק משפחות שנספו במערכה (תגמולים ושיקום), תש"י-1950; סעיף 185 לפקודת העיריות; סעיף 23 לחוק הבטחת הכנסה, התשמ"א-1980; סעיף 8 לחוק הגנת השכר, התשי"ח-1958; סעיף 58 לחוק שירות המדינה (גמלאות) [נוסח משולב], התש"ל-1970, ועוד.³²

כעיקרון, הנימוקים המצדיקים הגנה על גמלה אינם שונים מן הנימוקים המצדיקים הגנה על נכסים אחרים,³³ אלא שבכל זאת ניתן למצוא מאפיינים ייחודיים במקרה של גמלה צבאית. מעבר למטרות הסוציאליות, ובשונה מגמלאות אחרות, כאשר מדובר בגמלאי של צה"ל, מדובר באדם אשר פרש מתפקידו בגיל צעיר באופן יחסי,³⁴ ויש ציפייה כי יוכל להתבסס במסלול חדש בחייו באמצעות הפנסיה; אם כי, כמובן, יש להבין שהסכומים משתנים והרי לא הקצבה של נגד

³⁰ וגם לא לשעבוד או להעברה, כפי שאסביר בהמשך.

³¹ לגבי עיקול משכורת יש מקום לביקורת, באשר לטכניקה החקיקתית שאימץ המחוקק הישראלי: סעיף 50 (1) לחוק ההוצאה לפועל, המפנה (בעקיפין) לסעיף 8 לחוק הגנת השכר, התשי"ח-1958, אשר מפנה (ישירות) לסעיף 5 לחוק הבטחת הכנסה, התשמ"א-1980, המפנה לתוספת הראשונה בחוק הבטחת הכנסה! מעבר לכך, החוק הישראלי אינו מתייחס לגובה המשכורת, ומשאיר את כולם עם הסכומים המינימליים, שנקבעים על ידי המוסד לביטוח לאומי. ראו פבלו לרנר "על עיקול משכורת במשפט הישראלי" הפרקליט מח 30 (2004).

³² ראו רשימה אצל דוד בר אופיר, לעיל ה"ש 5, ע' 642 (1) ואילך.

³³ בעניין ההיבטים הסוציאליים של הגמלה ראו, למשל, בג"ץ 571/84 הפטקה נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד לו(3) 477, 482; דיון נב/ 9-74 שחר נ' חברת מעדי דן, פד"ע כד 213 (התשנ"ג).

³⁴ לאחרונה הומלץ על ידי ועדה לבחינת מודל שירות הקבע, שמונתה בידי ראשי הצבא ובראשה עמד אלוף (מיל') עמוס מלכה, בין היתר, להאריך את שירות הקבע ולהעלות את גיל הפרישה.

3. היקף ההגנה

בכל הקשור לכלל הרכוש המוגן, משטרו של המחוקק הישראלי הוא מינימליסטי. בדרך כלל, משאיר המחוקק הישראלי מחוץ לעיקול רק נכסים בסיסיים, וכן צרכים מסוימים של החייב, כגון חינוך,³⁵ תרבות או בידור.³⁶ אפילו במקרה של איסור על עיקול תשמישי קדושה,³⁷ שם לשון חוק ההוצאה לפועל רחבה די הצורך, נקטה הפסיקה גישה מצמצמת, תוך הבחנה בין תשמישי קדושה מוגנים לבין כלים לצורך הדרת המצווה, אשר ניתנים לעיקול.³⁸ דווקא עניין הגמלה הצבאית מהווה חריג לגישה זו, שהרי כאן ההגנה היא מוחלטת.

אם משווים מצב זה (עיקול גמלה) לעיקול משכורת, עינינו הרואות, כי חייב-עובד יישאר עם סכום שנקבע בחוק הגנת השכר, אשר מפנה לחוק הבטחת הכנסה, אשר מצדו קובע סכומים מוגדרים – לפי מצבו המשפחתי של החייב – שאינם ניתנים לעיקול.³⁹ ואשר מספקים הגנה מצומצמת יחסית לחייב-עובד, שמשכורתו עוקלה. גם

³⁵ כך, למשל, על פי החוק הגרמני והחוק הספרדי לא ניתן לעקל ספרי לימוד. ראו בגרמניה (ZPO sec. 811(10)) וקודקס לפרוצדורה האזרחית הספרדית, סעיף 1449. לגבי ספרד ראו: B. CREMADES, E. CABRIEDES, LITIGATION IN SPAIN 356 (1989).

³⁶ כאמור, שיטות משפט אחרות אינן מאפשרות לעקל מכשיר טלוויזיה.

³⁷ סעיף 22(א)(3) לחוק ההוצאה לפועל. ההכרה בצרכי הדת והפולחן כקריטריון המונע עיקול מקובלת בשיטות משפט רבות. ראו, למשל, באיטליה, סעיף 514 (4) לקודקס הפרוצדורה האזרחית.

³⁸ ראו פסק דינו של השופט בר אופיר בעניין בר"ע 2677/02 פולסקי נ' אלקטרוניקה, תק-מח 2002 (3) 4801 (2002).

³⁹ ראו סעיף 8 לחוק הגנת השכר, התשי"ח-1958, וסעיף 5 לחוק הבטחת הכנסה, התשמ"א-1980, שבו הפניה לחוק עם טבלה של קצבאות הבטחת הכנסה. כל שיטות המשפט מכירות בעיקרון, שקיים חלק מהמשכורת שאינו ניתן לעיקול, אם כי במדינות השונות הסכום המדובר משתנה בהתאם לאמות מידה שונות, כפי שהערנו לעיל בה"ש 33. הטכניקה החקיקתית לגבי משכורת אינה טובה, שהרי החוק מפנה לחוק הגנת השכר, אשר מפנה לחוק הביטוח הלאומי. במדינות אחרות נקבע סכום פרוגרסיבי, אשר משתנה בהתאם לרמת הכנסה של החייב. Joanne Ferriot, *Garnishment and the Poor in Louisiana*, 33 LOYOLA LAW REVIEW 79, 81 (1987/8); R. Guzmán, *La Protección del* 188

⁴⁰ אם כן, מדוע מצבו של משרת הקבע

צריך להיות שונה? באופן פרדוקסלי, ההבדל אינו רק בין גמלאי צה"ל לבין גמלאים אחרים, אלא אפילו בין איש צבא קבע המשרת בתפקידו – שעליו חלה ההגנה המוגבלת של חוק הגנת השכר – לבין איש צבא קבע, אשר יצא לגמלאות וגמלתו מוגנת כולה. בעוד שחייל, המשרת באופן פעיל, אמור להתקיים על משכורת מעוקלת ולחיות מסכום מינימלי, הרי כאשר בקצבה עסקינן – מבטיח החוק את מלוא הסכום. טלו לדוגמה את המקרה הבא: נושה מסוים נתן אשראי בהסתמך על הכנסתו של חייל משרת קבע, ואכן, משכורתו של החייל עוקלה. אלא שכאשר פרש החייל מצה"ל – מרגע זה ואילך חסינה הכנסתו מפני עיקול, גם אם הגמלה אינה מהווה בהכרח מקור פרנסה עיקרי של אותו חייל.⁴¹

בכיוון אחר ניתן אף לטעון כי, במידה מסוימת, החסינות המוחלטת של גמלת שירות הקבע עלולה להיות לרועץ לגמלאי. מדוע? משום שלפחות במישור התיאורטי יש בכך כדי להביא לצמצום האפשרויות של הגמלאי לקבל אשראי, שהרי מי שאמור לתת אשראי לגמלאי ויודע כי הכנסתו חסינה מפני עיקול, עלול להירתע מלתת אשראי או שידרוש בטחונות נוספים ביודעו כי הוא לא יוכל לנקוט אמצעים נגד הגמלה. יחד עם זאת, ברור, כי במקרים רבים נותן האשראי כלל אינו מודע, בעת כריתת העסקה, לנתון זה או גם לשאלת חסינותם של נכסים אחרים מפני עיקול.⁴²

Salario como derecho social en Puerto Rico, Estados Unidos y España, 59 REVISTA JURÍDICA DE LA UNIVERSIDAD DE PUERTO RICO 613, 639 (1990). לגבי הגישות השונות בדבר עיקול משכורת ראו: BARBARA HONOLD, DIE PFÄNDUNG DES ARBEITEINKOMMEN – EINE RECHTSVERGLEICHENDE UNTERSUCHUNG (1998).

⁴⁰ לפי הגבוה. גם כאן מוסרת ההגנה במקרה של מזונות.

⁴¹ במקרה זה ניתן כמובן לעקל את המשכורת העיקרית שלו.

⁴² כאן גם יש מקום להבחין בין נושים, אשר בטרם גישתם לתת אשראי יכולים לבדוק את מצבו של החייב ומבררים אודות מצב הכנסותיו, לבין נושים פוטנציאליים אחרים (למשל, מי שמכר מכשיר אלקטרוני לאדם ולאחר מכן השיק הוחזר) אשר בעת העסקה אינם יודעים וכלל אינם מביאים בחשבון מהו הרכוש של הצד שכנגד ומה וכיצד יוכלו לעקל.

אני סבור, כי לגמלאי שירות הקבע – כמו לכל חייב אחר – מגיעה הגנה מסוימת מפני נושיו. אלא שכשלעצמי, איני בטוח, שההגנה המוחלטת על הגמלה הצבאית עולה בקנה אחד עם עקרון האיזון הראוי בחוק ההוצאה לפועל⁴³ בין הגנה על זכויות קנייניות של הנושה לבין שמירה על כבוד האדם של החייב.⁴⁴ לדעתי, המצב הנוכחי מעניק העדפה מסוימת לאינטרס של החייב על חשבון האינטרס של הנושה. לפיכך אני סבור, כי יש מקום לשקול את הגבלת ההגנה.⁴⁵ לעניין זה יש להביא בחשבון פן נוסף, משום שההגבלה מתרחבת וחלה גם על שעבוד או על העברה: אותה חסינות, שיכולה להיחשב כזכות יתר של איש צבא הקבע מול גמלאים אחרים, גורעת מזכויות הגמלאי כאשר מדובר בחופש הניתן לו להעביר או לשעבד את זכויותיו בגללה. חופש זה אינו קיים, ולכן הוא יוצר כאן הבדל בין גמלאים אחרים

⁴³ אך, מבחינת השוואתית, ישראל אינה המדינה היחידה בה הגמלה של איש קבע מוגנת באופן מוחלט. כך למשל בהודו יש הגנה מוחלטת מעיקול הן על המשכורת והן על הפנסיה של איש קבע. ראו: Army Act 1950, sec. 28, 29; Pension Act 1871 sec. 11. V.K. Singh, *A Matter of Izzat, MILITARY LAW THEN NOW AND BEYOND* (Nilendra Kumar, ed., N. Delhi, 2005) pp. 48, 50 ff. גם חוקים של מדינות שונות בארה"ב אוסרים על עיקול של פנסיות צבאיות. ראו למשל Mississippi Code of 1972, sec 85-3-1 b (d) ii. ראו גם בהמשך הערה 122.

⁴⁴ הנשיא ברק הבחין בחוק ההוצאה לפועל בין תכליות כלליות לבין מיוחדות. תכלית מיוחדת היא לאפשר לנושה לגבות את הכספים המגיעים לו. ברקע תכלית זו עומדת התכלית הכללית של זכות הקניין. התכלית המיוחדת מבחינת החייב היא לתת לו הגנה כדי שגביית הכספים לא תביא אותו למצב של חוסר כל. ברקע התכלית הזו עומד עקרון כבוד האדם וחירותו: ראו עניין גמזו, לעיל ה"ש 24, שם.

⁴⁵ ראוי לזכור את דברי הנשיא ברק בעניין אלוני (אף שהיה בדעת מיעוט), אשר טען, כי בטרם קובעים שנכס הוא מוגן או שניתן לעיקול יש לבדוק אם ההגנה צריכה להינתן בהתחשב במצבו של החייב. אמנם, באותו מקרה דובר בפרשנות רשימת המיטלטלין המוגנים מעיקול, כמפורט בסעיף 22(א) לחוק ההוצאה לפועל, עת נדרש בית המשפט לנכס שאינו נקוב במפורש ברשימה. לעומת זאת, בעניינינו – גמלת שירות קבע – ישנו, לכאורה, הסדר חקיקתי מפורש (סעיף 62 לחוק). בכל זאת, במונחים של מדיניות ראויה, ובהתבסס על נימוקיו של הנשיא ברק בעניין אלוני, ניתן לשאול עד כמה מוצדקות ההגנות כאשר הן חורגות ממה שניתן להגדיר כקיום מינימלי: ראו ע"א 3553/00 אלוני נ' זנר טל מכוני תערובת בע"מ, פ"ד נו(3) 577 (2003). להבהרת עמדותי אציין, כי איני דוגל בביטול ההגנה על הקצבה, אולם אני תודה מדוע לא לאמץ איוון אחר, כפי שקורה, למשל, בגמלאות של עובדי מדינה שם ניתן לעקל עד מחצית מהגמלה.

ארחיב על כך בהמשך.

4. דרכים עקיפות למימוש הגמלה

למרות נוסחו הרחב של סעיף 62 לחוק הגמלאות, ההגנה על הגמלה דווקא אינה הרמטית. ראשית, וכקבוע בסעיף עצמו, ההגנה אינה חלה על חיוב במזונות.⁴⁷ שנית, גם לנושים אחרים יש דרכים בהן ניתן להביא למימוש כספי הגמלה, ולו באופן עקיף. במיוחד יש לתת את הדעת לאפשרות לעקל את הכסף כאשר הוא נכנס לחשבוננו של הגמלאי. כן יש לשים לב לקשר העשוי להיווצר בין סכום הגמלה לבין תשלום בשיעורים, שהחייב מחויב בו כדי למנוע את מאסרו. אתייחס לשאלות הללו.

(א) עיקול חשבון בנק

הקצבה משולמת באמצעות חשבון בנק של הגמלאי.⁴⁸ מרגע העברת הכספים לחשבון, מפסיק הצבא לשמש כמי שמחזיק בהם, ומעמד זה עובר לידי הבנק שבו מתנהל חשבוננו של הגמלאי (החייב). מעת שהכסף יוצא מרשותו של צה"ל, אין החוק מעניק לגמלאי הגנה מפני הנושים.⁴⁹ לעומת זאת, בחוקים סוציאליים אחרים, אנו מוצאים כי הכסף מוגן במשך תקופה מסוימת לאחר הפקדתו בחשבוננו של הזכאי (החייב). כך, למשל, על פי חוק הביטוח הלאומי, חלה ההגנה על כסף המופקד בחשבון במשך 30 יום,⁵⁰ עובדה המאפשרת למקבל הקצבה לטפל בצרכיו החודשיים.

⁴⁶ ראו שלום לרנר המחאת חיובים 230 (2003).

⁴⁷ ראו בהמשך, סעיף ו' למאמר.

⁴⁸ טכנית, מתבצע כל תשלום באמצעות הבנק, אם כי במישור העקרוני רשאי הגמלאי לפנות למת"ש ולבקש הנפקת המחאה, או אפילו מתן הוראה לתשלום במזומן.

⁴⁹ כך גם בחוק הנכים (תגמולים ושיקום) [נוסח משולב]. ראו בר אופיר, לעיל ה"ש 5, עמ' 644. ראו גם ע"א 4209/98 לוי נ' בנק לאומי, תק-על 2)99 (435 (1999).

⁵⁰ השאלה מתעוררת בארצות הברית. דווקא שם המצב ברור יותר לגבי כספי פנסיות של אנשי צבא, אך אינו ברור לגבי המשכורת. *G. Wogan Bernard, Garnishing the Congressional Intent:*

על הכסף המופקד בחשבון יחולו, בסופו של דבר, עקרונות החלים על כלל העיקולים של חשבון בנק, לרבות זכות קיזוז של הבנק. בהקשר זה רצוי לזכור את הלכת אלתית, אשר מספקת מפלט מסוים לגמלאי שהחשבון שלו נמצא כל הזמן ביתרה דביטורית.⁵¹

לדעתי, אין הצדקה להפסקת ההגנה על הגמלה הצבאית מרגע שהופקדה בחשבונו של הגמלאי, ויש מקום לשקול תיקון החוק כדי להגן על הכספים גם לאחר הפקדתם בחשבון הבנק.⁵²

(ב) חשבון משותף

הגמלאי רשאי להעביר את הכסף לחשבון משותף (למשל, שלו ושל אישתו). נניח, שהשותף לחשבון הסתבך בחובות. במקרה כזה מעקלים הנושים את חשבונו. כאן עלול איש צבא הקבע להימצא במצב שבו כל כספי הגמלה עוקלו, למרות שהוא עצמו אינו חייב דבר לאיש. עיקול חשבון בנק משותף נעשה בעיקרון על פי הקריטריון הפורמלי של זכות משיכה, לאמור, במקרה שבו מדובר בחשבון "ביחד ולחוד" יכול נושה של כל אחד מבעלי החשבון לעקל את מלוא הסכום, ואין נפקא מינה אם הכסף כולו הופקד על ידי מי שאינו חייב בתיק ההוצאה לפועל.⁵³ כאמור, במקרה זה לא נותן סעיף 62 לחוק כל הגנה לגמלאי. אם מבקשים להגן בכל זאת על הרעיון שמאחורי סעיף 62, מן הראוי לשקול את דבריו של פרופ' בן אוליאל, אשר

Protecting Debtor Wages in Bank Accounts Under the Federal and Louisiana Wage Garnishment Exemption Statutes, 66 LOUISIANA LAW REVIEW 233, 247 ff (2005)

⁵¹ ראו ע"א 323/80 אלתית נ' בנק לאומי בע"מ, פ"ד לו(2) 673 (1983). באותו עניין התמודד בית המשפט העליון עם השאלה של חשבון בנק, שנמצא ביתרה דביטורית והופקד בו כסף. במקרה זה נכנס כסף לחשבון אך החייב ימשיך להשתמש בחשבון אשר נשאר תמיד ביתרה דביטורית. הנושה טען, כי הוא רשאי לעקל את הכסף שנכנס לחשבון, אך בית המשפט קבע כי כל אימת שהחשבון נשאר ביתרה דביטורית זכות זו אינה קיימת משום שאין לו זכות לעקל את הכסף. לכן, אם הגמלה מופקדת כאשר החשבון הוא ביתרה דביטורית, והחייב ממשיך להשתמש בחשבון – אזי לא ניתן לעקל את הכספים. בכל מקרה יש לזכור, כי במקרה של חובות לבנק, לבנק יש זכות קיזוז. ראו גם ריקרדו בן אוליאל דיני בנקאות חלק כללי 341 ואילך (1996).

⁵² ניתן לחשוב על פתרונות, כגון פתיחת חשבון נאמנות או העברת הכספים לחשבונו של אדם אחר. ראו, לדוגמה, סעיף 91 לחוק יישום תכנית ההתנתקות, התשס"ה-2005, ותקנות יישום תכנית ההתנתקות (נכסים פטורים מעיקול), התשס"ה-2005, שם נקבע חשבון בנק "חסיין" מעיקול.

⁵³ ראו ע"א 704/76 חביב נ' בנק ברקליס מרקנטיל בע"מ, פ"ד לא(3) 243 (1977).

(ג) אכיפה עקיפה

הרעיון, שלפיו הגנת סעיף 62 לחוק היא מוחלטת, מתערער קמעא כאשר אנו מתבוננים בבעיה מן הזווית של אכיפה עקיפה. זה המקום להסביר בקצרה את המצב המשפטי גם לטובת אלה שאינם מכירים את חוק ההוצאה לפועל על בוריו.

חוק ההוצאה לפועל מאפשר לממש את רכושו של חייב, אשר אינו מקיים את פסק הדין. נוסף לכך, הוא מספק לנושה אפשרות לאכיפה עקיפה, לאמור, קביעת מאסר במקרה של אי תשלום החוב.⁵⁵ עם פתיחת תיק בהוצאה לפועל, מקבל החייב את האזהרה,⁵⁶ ועליו להתייבב לחקירת יכולת על מנת שייקבע לו תשלום חודשי בהתאם ליכולתו הכלכלית. נוסף לכך רשאי הנושה לבקש בכל עת חקירת יכולת, כדי שיתברר מהי יכולתו החודשית של החייב. אי תשלום הסכום החודשי, שנקבע בחקירת יכולת, עלול להביא למאסרו של החייב לפרק זמן של עד שבעה ימים, ועד 21 יום במקרה של תביעת מזונות.⁵⁷

תשלום חודשי, על פי צו תשלומים שנתן ראש ההוצאה לפועל, מונע את מאסרו של החייב,⁵⁸ אך אין בכך כדי למנוע עיקול של רכוש, שנמצא בידי החייב, זולת הרכוש שממילא אינו ניתן לעיקול. קביעת יכולתו של החייב היא תוצאה של בדיקת מכלול המשאבים העומדים לרשותו, לרבות הנכסים שאינם ניתנים לעיקול.

⁵⁴ בן אוליאל, לעיל הערה 51, עמ' 346.

⁵⁵ על התפתחותו של המאסר האזרחי בישראל ראו דוד בר אופיר "בג"ץ פר"ח ומה שאחריו" **כבוד אדם וחירותו בדרכי ההוצאה לפועל** 326 (מנחם אלון עורך, 1999); רון חריס "נפילתו ועלייתו של המאסר בישראל" **עיוני משפט** כ 439 (1997).

⁵⁶ ראו סעיף 7 לחוק ההוצאה לפועל.

⁵⁷ במקרה זה, אין חקירת יכולת משום שהתשלום החודשי הוא הסכום החודשי שנקבע בפסק הדין של המזונות.

⁵⁸ ראו דוד בר אופיר, מאיר גלבע "חקירת יכולת – תפקיד ראש ההוצאה לפועל כוירת התמודדות בין הזוכה לחייב" **המשפט** 19, 66 (2005).

עוד יש לשים לב להשפעתה של הגמלה לצורך הגדרת החייב כ"חייב מוגבל באמצעים".⁵⁹ מדובר במצב, שבו חייב אינו מסוגל לשלם את חובותיו בתוך ארבע שנים לכל היותר, על פי טבלה שקבע החוק.⁶⁰ חייב כזה ישלם סכום חודשי, סימלי, בהתאם למה שנקבע בחקירת היכולת, וכל עוד יעמוד בתשלום – לא ייאסר.⁶¹ גם כאן, ראש ההוצאה לפועל רשאי להתחשב בגובה הגמלה עת הוא נדרש לקבוע אם יש ביכולתו של החייב לשלם את חובו בתוך ארבע שנים אם לאו, כדי להעניק לו מעמד של חייב מוגבל באמצעים.

(ד) צו מניעה

סעיף 62 לחוק אוסר את העיקול, אך אין הוא מונע מן הנושה מלבקש מבית המשפט צו מניעה, אשר ימנע מן הגמלאי מלקבל את הכסף מצה"ל. בעוד שהעיקול מוטל על הרכוש, יש בצו המניעה היבט אישי, המופנה נגד הגמלאי ולא נגד רכושו. ככל הידוע לי, לא הוגשו עד כה בקשות מסוג זה ולכן לא ברור באיזו מידה יהיה בית המשפט נכון לתת צו מניעה אם תוגש בקשה כזו. מכל מקום, לא ברור מהי התוצאה המעשית של צו זה, מפני שגם אם יינתן צו מניעה, כל ניסיון של נושה לממש את זכותו של הגמלאי כפוף לאיסור המופיע בסעיף 62.

⁵⁹ ראו סעיף 69 ואילך לחוק ההוצאה לפועל. דנתי בעניין זה ב- Pablo Lerner, *The Chief Enforcement Officer and Insolvency in Israeli Law*, 7 THEORETICAL INQUIRES IN LAW 565, 583 ff (2006).

⁶⁰ אם החוב הוא עד 20 אלף שקל, על החייב להחזיר אותו תוך שנתיים. בין 20 אלף ל-100 אלף שקל – תוך שלוש שנים. מעל 100 אלף שקל, על החייב להחזיר את החוב לכל היותר תוך ארבע שנים. ראו סעיף 69ג(א) לחוק ההוצאה לפועל.

⁶¹ דרך אחרת לחייב היא לבקש הכרזה על פשיטת רגל. ראו בהמשך, תת-סעיף ו'.

(ה) קיזוז

ההגנה שמעניק החוק לגמלאי אינה חלה על חוב שיכול להיווצר כלפי המעביד – צה"ל. כאן לא מדובר על עיקול טכני, אלא על קיזוז⁶². כך, למשל, רשאי הצבא לקזז מן הגמלה מקדמות שקיבל הזכאי על חשבון הגמלה, מלוות שקיבל מאוצר המדינה, או סכומים ששילם אוצר המדינה בטעות.⁶³ גם בחוקים סוציאליים אחרים אנו מוצאים את האפשרות לקזז מהגמלה המגיעה לחייב כספים שמגיעים למדינה כתוצאה מהלוואה שקיבל ממנה, או מגוף אחר התומך או העוזר לגמלאי.⁶⁴ התוצאה היא, שאם קיבל חייב, שהוא גמלאי שירות הקבע, הלוואה מגורם חיצוני ולא החזיר אותה – אין הנושה רשאי לעקל את הגמלה. אולם, החייב יכול לבקש הלוואה מהצבא לצורך החזרת החוב, ואם לא יחזיר אותה יהיה הצבא רשאי לקזז את הסכומים הללו מן הגמלה.

(ו) המצב בפשיטת רגל

האם ההגנה שמעניק סעיף 62 לחוק חלה גם על מקרה של פשיטת רגל? חייב שהופך לחדל פירעון, כמו גם נושיו, רשאים לבקש מבית המשפט להכריז על החייב כעל פושט רגל.⁶⁵ על פי פקודת פשיטת רגל, במצב כזה ניתן להוציא צו כינוס, אשר יקפיא את רכושו של החייב,⁶⁶ ולאחר מכן יחליט בית המשפט אם להוציא צו פשיטת רגל אם לאו. עם מתן צו פשיטת רגל עוברים נכסיו של החייב לשליטתו של

⁶² כללית לעניין הקיזוז ראו, מנחם מאוטנר "קיזוז" דיני חובים חלק כללי 462 ואילך (דניאל פרידמן, עורך, 1994).

⁶³ כמו כן, סכומים שקיבל הגמלאי כפיצוי מצד שלישי. ראו סעיף 63 לחוק שירות קבע (גמלאות).

⁶⁴ ראו סעיף 59 לחוק שירות המדינה (גמלאות); סעיף 63 לחוק נכי מלחמה בנאצים, התשי"ד-1954 (ניכוי לטובת ארגון ייצוג לנכים); סעיף 31 לחוק משפחות חיילים שנספו במערכה (תגמולים ושיקום), התשי"ו-1950 (ניכוי דמי חבר לארגון יציג), וראו גם סעיף 32 לאותו חוק; סעיף 303(ב) לחוק הביטוח הלאומי (זכותו של בנק לקזז מפרעות שקיבל המבוטח).

⁶⁵ לפי הפקודה, גם חייב וגם נושה רשאים לפתוח בהליכי פשיטת רגל. ובכל זאת יש הבדל: כך, למשל, הצורך של הוכחת מעשה פשיטת רגל כאשר הנושה מבקש. גם היקף החובות הדרוש לפתיחת הליכים שונה כאשר הפתיחה נעשית על ידי החייב או הנושה. ראו שלמה לוין, אשר גרוניס דיני פשיטת רגל 57 ואילך (מהדורה שנייה, 2000).

⁶⁶ ראו סעיף 18 לפקודת פשיטת רגל [נוסח חדש], התש"ם-1980.

67 וכך גם לגבי

ההגנות שניתנות לחייב, כמו דיור חלופי, המעוגנות גם בפקודת פשיטת רגל.⁶⁸ לעומת זאת, בעניין זכויות צד ג' התשובה שונה קמעא. כך, למשל, בעניין משכורת נהנה בית המשפט הדין בפשיטת רגל משיקול דעת בשאלה אם להשאיר לחייב סכום ראוי גם מעבר לסכום המינימלי עמו היה נותר לו דובר בהליכים מכוח ההוצאה לפועל ולפי חוק הגנת השכר.⁶⁹ זאת ועוד: לפי סעיף 311 לחוק הביטוח הלאומי, לא תועבר קצבה לפי אותו חוק לידי כונס הנכסים הרשמי או לנאמן בפשיטת רגל.⁷⁰ לעומת זאת, הוראה מפורשת באשר למעמד הגמלה הצבאית בהליכי פשיטת רגל אינה מופיעה בחוק הגמלאות, וגם לא בפקודת פשיטת הרגל.

מנגד ללאקונה הזו עומדות שתי אפשרויות: האחת, היקש מסעיף 62 לחוק לגבי פשיטת רגל, לאמור, מאחר שהעיקול אסור, יחול אותו הדין על פשיטת רגל. דרך שנייה – a contrario – היא לקבוע, כי היעדר התייחסות מפורשת משמעו הכרה בכך שהנאמן רשאי לשים יד על כספי הגמלה. אף שלא מצאתי פסיקה בעניין, יש לדעתי מקום להחיל את הפתרון הראשון. לשם השוואה, גם בארצות הברית התעוררו שאלות לגבי מעמד הפנסיות של גמלאים שהוכרו כפושטי רגל. במשך תקופה ארוכה שלטה התפישה, שלפיה אכן הכספים נכללים במסה המיועדת לנושים. אולם,

⁶⁷ סייג מעניין עשוי להתקיים במקרה של חיות מחמד, אשר לא ניתן לעקל אותן, אך הן אינן נכללות – כנראה, כתוצאה מחוסר תשומת לב – בהגדרת מיטלטלין, שהנאמן אינו יכול להעביר לרשותו.

⁶⁸ ראו סעיף 86 לפקודת פשיטת רגל. ראו ע"א 3295/94 פרמינגר נ' מור, פ"ד נ(5) 111 (1995).

⁶⁹ כך קובע סעיף 111 לפקודת פשיטת רגל: "[...] רשאי בית המשפט להקציב לפושט רגל סכומים למחייתו ולמחיית התלויים בו והכל מתוך משכורת, שכר או הכנסה אחרת שהוא זכאי לה, ובלבד שהסכומים שיוותרו בידי פושט הרגל לא יפתחו מהסכום הפטור מעיקול ומתפיסה לפי חוק הגנת השכר, התשי"ח-1958 [...]". אגב, המצב אפשרי גם בהוצאה לפועל. במקום אחר הסברתי מדוע הסכום המינימלי, שמופיע בחוק הגנת השכר, אינו מחייב, ומדוע רשאי ראש ההוצאה לפועל להעלות אותו. ראו פ' לרנר "על עיקול משכורת...", לעיל ה"ש 31, עמ' 58 ואילך.

⁷⁰ מצב דומה קיים בשיטות משפט אחרות. כך, למשל, בארצות הברית קבעו בתי המשפט, כי זכויותיו של אדם שיצא לפנסיה אינן נכללות במסה של פשיטת רגל. ראו Bankruptcy Code, sec. 541(c) (2). ראו גם STEPHEN BRUCE, PENSION CLAIMS RIGHTS AND OBLIGATIONS 298 (2nd ed., 1993); STEPHEN KRASS, THE PENSION ANSWER BOOK 4-49 (2005 ed.).

בהליכי פשיטת רגל.⁷² גם אם כדעתנו, אין הגמלה הצבאית עוברת לידי נאמן, עדיין יש לה משמעות

בכל הנוגע לגורלו של ההליך: סכום הגמלה עשוי להוות נתון בעל משקל כאשר בית המשפט קובע תשלומים עתיים,⁷³ שהרי עליו להביא בחשבון את רמת ההכנסות, לרבות הגמלה.⁷⁴ גם לצורך קבלת הפטר⁷⁵ על בית המשפט להתחשב בכספים העומדים לרשותו של פושט הרגל, ולדעת אם הוא מקבל גמלה או שהוא נמצא במצב בו הוא עתיד לקבל גמלה, ולדרוש ממנו להפקיד סכום על פי יכולתו. כך, למשל, אם איש הקבע מחליט להוון את הגמלה⁷⁶ רשאי בית המשפט להתנות את מתן הפטר בהעברת הגמלה או חלק ממנה למסה, לצורך חלוקה בין הנושים.

ד. פעולות דיספוזיטיביות האסורות על ידי המחוקק

עד כאן דנו בסוגיית העיקול, שכאמור, היא תוצאה של פעילות הנושה ללא התערבות החייב (הגמלאי). אלא שסעיף 62 לחוק אינו מונע רק את פעולת הנושה כלפי החייב, והוא מוציא מידי הגמלאי כל אפשרות, הלכה למעשה, לבצע בעצמו פעולה דיספוזיטיבית עם הכספים הללו.

זכור, החייל או הגמלאי מנועים מלבצע ערבות, שעבוד והעברה של הגמלה. נתמקד עתה בהגדרה המשפטית של שלוש פעולות משפטיות אלה כדי לדון לאחר מכן בשאלה, אם יש הצדקה להגבלה.

⁷¹ CHARLES TABB, RALPH BRUBAKER, ראו גם 504 U.S. 753; 112 S.Ct. 2242 (1992). BANKRUPTCY LAW 139 (2003).

⁷² מדובר בפשיטת רגל בהתאם לסעיף (2) (c) 541 ל-Bankruptcy Act. ראו Bruce, לעיל ה"ש 70, בעמ' 297.

⁷³ ראו סעיף 18(ב) וסעיף 111 לפקודת פשיטת רגל.

⁷⁴ המצב דומה לקביעת סכום בחקירת יכולת בהוצאה לפועל.

⁷⁵ סעיף 61 ואילך של פקודת פשיטת רגל.

⁷⁶ היוון אפשרי כיום לתקופה של שש שנים ורק לגבי 25% מהגמלה.

1. ערבות

לפי חוק הערבות, התשכ"ז-1967, ערבות היא התחייבותו של אדם לקיים חיוב של אדם אחר כלפי אדם שלישי.⁷⁷ אלא שלא ברור מהי נפקותו של האיסור לעשות שימוש בגמלה כ"ערבות". באופן כללי, זכויות, כמו גם הזכות לגמלה, אינן משמשות כערבות. רק יישויות (בני אדם או תאגידים) יכולות לשמש ערבים. נזכיר, כי ממילא, אם חייב הגמלאי לשלם את החוב ואין לו כסף לכך, לא ניתן לעקל את הגמלה, וזאת מכוח ההגנה בפני עיקול.

למעשה, ההגבלה היא על שימוש בגמלה כ-"ערובה" או כ-"עירבון". מונחים אלה מקובלים בחקיקה הישראלית כביטוי המציין בטחונות המיועדים להבטיח קיום התחייבות, או חיוב קיים או עתידי.⁷⁸

2. שעבוד

התייחסות למושג ה"שעבוד" במשפט הישראלי נתונה במסגרת חוק המשכון, התשכ"ז-1967,⁷⁹ אשר קובע בסעיף 1, כי "משכון" הוא "שעבוד" נכס כערובה לחיוב. נכס ממושכן ימומש לפי צו בית משפט, או, אם מדובר במשכון רשום או מופקד, באמצעות לשכת ההוצאה לפועל.⁸⁰ כוחו של משכון רשום יפה כלפי נושים אחרים.⁸¹ סעיף 2 לחוק המשכון קובע כי החוק יחול על כל עסקה שכוונתה שעבוד נכס כערובה לחיוב.⁸²

⁷⁷ סעיף 1 לחוק הערבות, התשכ"ז-1967.

⁷⁸ ראו למשל סעיף 1 (הגדרות) לחוק ההוצאה לפועל, התשכ"ז-1967; סעיף 1 (הגדרות) לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984. ראו גם הדיון להלן בחוק המשכון, תת-סעיף 2 לחלק זה.

⁷⁹ על השאלה שעוסקת בתחולת חוק המשכון על סוגים אחרים של שעבודים ראו דיון בעניין ע"א 2328/97 כוכבי נ' ארנפלד, פ"ד נג(2) 353 (1999).

⁸⁰ סעיף 17 לחוק המשכון, התשכ"ז-1967.

⁸¹ ראו סעיף 4 לחוק המשכון. אם הנושה יודע, או שהיה עליו לדעת על המשכון, יהיה כוחו של המשכון יפה אף ללא רישום. ראו מיגל דויטש קניין כרך ב 140 ואילך (1999).

⁸² יש מקום לדון אם מדובר בכוונה סובייקטיבית או אובייקטיבית. ראו מיגל דויטש קניין כרך א' 140 ואילך (1997). ראו גם נינה זלצמן, עופר גרוסקוף "הסוואת משכון – הצעה לעיון חוזר בהלכת קולומבר" עיוני משפט כו 79, 85 ואילך (התשס"ב); רע"א 1690/00 מ.ש. קידוחי הצפון בע"מ נ' אבגל טכנולוגיה בע"מ, פ"ד נו(4) 385, 409 (2003).

חוק המשכון קובע, אם כן, כי "משכון" הינו סוג של שעבוד. החוק מסדיר את ענייני המשכון בלבד, ואינו מתייחס לסוגי שעבוד אחרים. אין מקום אחר בחקיקה בו מבואר דינם של סוגי שעבוד אלו. לכאורה, הוראת סעיף 62 לחוק מדברת על "שעבוד" ולא על "משכון" – סוג שעבוד, שכאמור, הוא שמוסדר בחוק המשכון. אלא, שבחוק הישראלי, בהיעדר דיני שעבודים כלליים, הוראות חוק המשכון, התשכ"ז-1967, מהוות הוראות שיוריות גם עבור סוגים אחרים של שעבודים.⁸³

אכן, יש בהחלט מקרים של שעבוד אשר אינם בגדר משכון. יתר על-כן, ישנם שעבודים שכלל אינם מיועדים לשמש בטוחה, כמו למשל מקרה של זיקת הנאה. עם זאת, הדיון הזה – הנוגע למהות דיני בטוחות – חשוב כפי שהוא – אינו כה רלוונטי לצורך הסוגיה של שעבוד הגמלה. גם אם ניתן לחשוב על מקרים בהם שעבוד גמלה אינו בא בגדר "משכון", הרי כל עוד אין בחקיקה הישראלית פרק כללי על דיני שעבודים, יחולו ההוראות של חוק המשכון גם על שעבוד כזה, ובלבד שהאפשרות לשעבד גמלת משרת קבע תוכר בתיקון חקיקתי, או בפרשנות חדשה של הפסיקה, ביחס למקרים מסוימים, כפי שנדון בהמשך.

כעת, נניח, כי פלוני מלווה כספים לאיש צבא קבע, שזכאותו לגמלה התגבשה, וסוכם בין הצדדים, שאיש צבא קבע ימשכן לטובתו את הגמלה.⁸⁴ רק לאחר מכן מתברר לצדדים, כי החוק אוסר למשכן את הגמלה, והמשכון לא נרשם. האם העובדה שהמשכון אינו רשום מרוקנת מתוכנו את ההסכם בין הצדדים? במקרים מסוימים, בכפוף למוסכם בין הצדדים, היעדר אפשרות לשעבד את הגמלה ייחשב להפרת ההסכם. אם איש צבא קבע או הגמלאי מבקש למנוע את ביטול ההסכם יהיה עליו, לכל הפחות, להציע לצד השני בטוחה מסוג אחר.

⁸³ בדעת המיעוט בעניין **כוכבי נ' ארנפלד** קבע השופט אנגלרד כי חוק המשכון אינו אמור לחול על פעולות שאינן בגדר "משכון", לעיל ה"ש 79. ראו גם זלצמן וגרוסקוף, שם.

⁸⁴ בהתאם להוראת סעיף 12 לחוק הגמלאות, חייל רשאי לצאת לקצבה לאחר 25 שנות שירות קבע, או לאחר 10 שנות שירות קבע אם הגיע לגיל 60, או לאחר 25 שנות שירות, ובכללן לא פחות מ-10 שנות שירות קבע אם הגיע לגיל מסוים. ככלל, אין זכות מוקנית ליציאה מוקדמת יותר לקצבה.

3. העברה

איסור על העברת כספים, כמו בענייננו, מופיע במספר חוקים כמו חוק הביטוח הלאומי, חוק משפחות חיילים שנספו במערכה (תגמולים ושיקום), התשי"ז-1950, או חוק נכי רדיפות הנאצים, התשי"ז-1957, וסעיף 303 לחוק הביטוח הלאומי [נוסח משולב], התשנ"ה-1995. לעומת זאת, בחוק הנאמנות, התשל"ט-1979, אין אנו מוצאים איסור על העברה, אלא על המחאה. ביטוי זה מדויק יותר מבחינה משפטית, שהרי האיסור חל רק כל עוד הכספים לא הגיעו לידי הזכאי, והם נמצאים אצל צד שלישי, מה שמבחינה טכנית הינו בגדר המחאה. אכן, קיימים מקרים בהם העברת כספים אינה בגדר המחאה.⁸⁵ אלא, שבהקשר שלנו, איני סבור כי הבחנה זו מסייעת לקידום הדיון. זאת ועוד, על פי חוק המחאת חיובים, התשכ"ט-1969, רשאי אדם להמחות חוב לאדם אחר בהתאם למוסדר באותו חוק, אלא אם כן העבירות נשללה או הוגבלה על פי דין.⁸⁶ כלומר, לצורך דיוננו, "העברה" ו"המחאה" הינן שני מונחים הצועדים יחדיו.

המחאה יכולה להיעשות באמצעות מכר או שעבוד,⁸⁷ ושתי הדרכים הללו אסורות על פי סעיף 62 לחוק. ברי, כי הגמלאי יכול "לעקוף" את האיסור בדרכים שונות, שהרי, כפי שצינתי, אין איסור בחוק על כך שהגמלאי יעביר את הגמלה לחשבון בנק שאינו רשום על שמו, או לחשבון בנק משותף. אלא, שכפי שנראה, דרכים עקיפות אלו אינן נותנות פתרון לבעיות שהגנת סעיף 62 לחוק יוצרת, ובמיוחד במקרה של גירושין.

⁸⁵ על ההבחנה בין המחאת חיוב לבין הוראת תשלום ראו שלום לרנר, לעיל ה"ש 46, בעמ' 132. ראו גם דברי השופט וינוגרד בבג"ץ 291/86 בן יעקב נ' המוסד לביטוח לאומי, פ"ד מא(1) 449, 461 (1987): "עלינו לפרש איפוא את הביטוי 'העברת זכות' כמובנו ב-1953, בעת חקיקתו של סעיף 68. נראה לי, כי 'העברת זכות' בתשי"ד היא, קודם כול 'המחאת חיובים', המוכרת לנו מחוק המחאת חיובים, תשכ"ט-1969... ואולם הביטוי 'העברה' בסעיף 135 אינו מצומצם לאותה העברת חוב, שהפכה להיות 'המחאה'. מאחר שהביטוי 'זכות', כאמור לעיל, כולל גם את הזכות לקבל את הגימלה, ממילא העברת זכאות האמורה בסעיף 135 כוללת, בצד המחאה, גם את העברת הפיסית של הגימלה לידי אחר." [ההדגשה במקור – פ' ל']

⁸⁶ סעיף 1 לחוק המחאת חיובים, התשכ"ט-1969 [ההדגשה לא במקור]. ראו ש' לרנר, שם, בעמ' 229.

⁸⁷ ש' לרנר, שם, בעמ' 265 ואילך; מיגל דויטש קניין כרך ד 375 ואילך (2007).

4. האם יש הצדקה להגבלה?

ציינתי כבר לעיל, כי לעניין העיקול מתבססת ההגנה על הגמלה על הצורך לדאוג לקיומו המינימלי של החייב. הווה אומר, מדובר בטעם סוציאלי במהותו. אותם הנימוקים, המצדיקים את הגבלת העיקול, בעייתיים יותר עת באים להסביר את ההגבלה על שעבוד או על העברת הגמלה. כך, מישכון נכס בא להבטיח קיום של חוב, אשר מועד פירעונו הוא עתידי.⁸⁸ כאן, החייב שוקל את שיקוליו שלו, מה גם שהנכס אינו עובר לשליטתו של הנושה, והמימוש הינו אך ורק תוצאה של אי-קיום החיוב. לעומת זאת, עיקול הינו תוצאה של חיוב שמועד פירעונו כבר הגיע, ואשר הגמלאי לא פרע אותו. כאשר אנו עוסקים בעיקול (ובוודאי כאשר העיקול מומש), יוצא הרכוש משליטתו של החייב. לעומת זאת, כאשר מדובר במשכון או במשכנתה, יש אמנם מרכיב של נטילת סיכון, אך אין אובדן של רכוש, כל עוד החייב עומד בתשלום או בהחזר ההלוואה.⁸⁹ בהתאמה, ההגבלה על עיקול הגמלה פועלת באופן שונה מן האיסור על מישכון שלה. מניעת עיקול מגינה על חייב למפרע, לאמור מבטיחה כי הזכות לגמלה לא תיפגע כאשר הוא כבר שרוי בחובות וננקטים נגדו הליכים משפטיים. לעומת זאת, האיסור על המשכון מונע שימוש בזכויות כדי למנוע אפשרות עתידית (שבמועד המשכון כלל אינה ודאית) להישאר ללא כלום, אם החייב-הגמלאי לא יחזיר את האשראי שקיבל על בסיס מישכון הזכויות. זאת ועוד: גם אם תומכים באיסור על מישכון זכויות, מדוע לכלול באיסור גם העברה של זכות למי שהגמלאי חפץ, כאשר, כאמור, לאחר שהגמלה הופקדה בחשבונו, אין על כך כל איסור או הגנה? האם יהיה החייב במצב כלכלי קשה יותר כאשר יחליט להעביר את הזכויות לפני שאלה הועברו בפועל לחשבונו?

אם כן, ההנמקה להגבלתו של הגמלאי הצבאי מלפעול בחופשיות בגמלתו, מחייבת לשלב יחדיו נימוקים סוציאליים ופטרנליסטיים. דא עקא, טענה לגבי חיוניותו של הנכס (הכספים), כמצדיקה הגנה ייחודית כזו, אינה נותנת תשובה

⁸⁸ ראוי להבחין בין פירעון חוב עתידי לבין מישכון זכויות עתידיות. ראו להלן סעיף ה'2(ב) למאמר.

⁸⁹ פרט למקרה של משכון מופקד, בו הנכס עובר לידי של הנושה ויחזור לחייב עם החזר ההלוואה.

90 אולם, כל אדם רשאי למשכן את דירתו תוך ויתור על

ההגנה לה הוא זכאי.⁹¹

להלן אבחן שיקולים אחרים, אשר מצדיקים לכאורה את קיום ההגבלה על שעבוד או על העברה. אפתח בהסבר קצר על רקעה של הוראת סעיף 62 לחוק, הנדרש כדי לנסות ולהתמודד עם השיקולים השונים המצדיקים לכאורה את קיום ההגבלה: מהות הזכות הניתנת לשעבוד, טעמים חברתיים ופטרנליסטיים, שלפיהם יש להגביל את אוטונומיית הרצון של הגמלאי, ושיקולים מערכתיים של הצבא.

ה. סעיף 62 לחוק הגמלאות

1. הרקע להוראה

המקור להוראת סעיף 62 לחוק נעוץ בחקיקה בנושא פנסיות בשירות המדינה בתקופת המנדט. סעיף 13 (ולאחר מכן – 14) לפקודת הפנסיות, 1925 (שנכנס לתוקף רטרואקטיבית משנת 1920)⁹² קובע:

"No pension, gratuity or other allowance granted under this Ordinance shall be assignable or transferable, or liable to be attached, sequestered or levied upon for or in respect of any debt or claim whatsoever."

או כפי שתורגם לעברית:

⁹⁰ אין פירוש הדבר דירה חלופית, אלא סכום כסף או הסדר מסוג אחר. ראו עניין נגולה, לעיל ה"ש 28. עם זאת התזכיר להצעת חוק ההוצאה לפועל (תיקון והוראת שעה) 2006 מבטל את האפשרות להתנות על הגנת הדיור החלופי בהסכמי משכנתה, כפי שמופיע כיום בסעיף 38 לחוק ההוצאה לפועל.

⁹² ראו ח"א"י, כרך 1 ו 1081; p. 573, Pensions Ordinance, Legislation of Palestine (v. 1, 1926).

"פנסייה, תגמול או קצבה אחרת, הניתנת על פי פקודה זו, אסור להעבירם או למשכן בשל כל חוב או תביעה, ולא יהיו צפויים לעיקול או לתפישה".⁹³

ההוראה הועתקה לפקודת הפנסיות, 1944. במרוצת השנים "לוטש" ניסוחה הלשוני, ונתקבל ניסוח המקובל היום בחוקים שונים, וגם בענייננו, לפיו חל האיסור על עיקול, העברה ושעבוד. כך, בחוק הגמלאות המקורי – משנת 1954 – ובחוק שירות המדינה (גמלאות) משנת 1955, אנו עדים לאימוץ ההוראה בניסוחה הנוכחי.⁹⁴ הוראות דומות נמצא גם בחוקים רבים המגינים על כספים המופקדים אצל צד שלישי.⁹⁵

השוואה בין הנוסח האנגלי, המקורי, לבין הנוסח בעברית מצביעה על הבדלים מסוימים. בנוסח האנגלי, לא מצוין במפורש איסור על משכון (mortgage). הדבר מובן, שהרי בתקופת המנדט לא היה הסדר משפטי לגבי מישכון זכויות, וזאת, בשונה מן המצב כיום.⁹⁶ יתר על כן, אילו היינו בוחרים בפרשנות ההוראה על פי נוסחה המקורי, כל שניתן היה להסיק הוא, כי הסעיף בא לאסור את העיקול, את ההעברה או את המשכון בשל חובות בלבד, אך אין כאן בהכרח כוונה למנוע מן הגמלאי לרשום את הגמלה כבטוחה. למשל, מי שממשכן רכוש ומחזיר את ההלוואה אין חלים עליו "חוב או תביעה" ("debt or claim"), ולכן ניתן לטעון, כי ההוראה המקורית כלל לא עסקה במקרה זה. לדעתי, פרשנות זו בהחלט אפשרית, אלא שגם אם הגרסה המקורית של החוק, בניסוח האנגלי, מעניקה מרווח לפרשנות כזו, אין זה סביר בעיניי להיתלות כיום בניסוח היסטורי על מנת להתגבר על לשונה הגורפת הנוכחית של ההוראה הנמצאת בתוקף, גם אם הניסוח הינו תוצאה של תרגום לא מוצלח.

⁹³ נוסף לכך, לפי סעיף 15 לפקודת הפנסיות, במקרה של פשיטת רגל או במצב שבו החייב חדל פירעון, היו מפסיקים לשלם לו את הפנסייה, אבל הרשות (the secretary of state) רשאית להמשיך לשלם סכומים מסוימים לצורך כלכלתם של הזכאי לפנסייה, אישתו וילדיו.

⁹⁴ על הקשר בין שני החוקים ראו דברי הסבר, בה"ח 205, 1954, עמ' 225, סעיף 47.

⁹⁵ ראו הערה 64.

⁹⁶ ראו נינה זלצמן, עופר גרוסקוף מישכון זכויות 31, 60 (2005).

בכל אופן, העובדה, שאנו מוצאים הגבלה דומה גם בשיטות משפט אחרות,⁹⁷ אינה פותרת אותנו מפני בחינת ההיגיון הטמון באיסור, הפוגע באוטונומיית הרצון. לגבי דידי, קיימים שלושה נימוקים העשויים להצדיק את ההוראה, ויש לבחון עד כמה הם אכן בעלי משמעות: (1) טיעונים הנוגעים למהות הזכות למשכן; (2) טעמים פטרנליסטיים; ו-(3) אינטרסים מערכתיים.

2. טיעונים הנוגעים למהות הזכות

(א) טיבה של הזכות למשכן או להעביר את הגמלה

בכתבי טענות שהגיש צה"ל לבתי המשפט נטען, לא אחת, שאין לאפשר מישכון או העברה של הזכות לגמלה, עקב טיב הזכות, שהרי אין לגמלאי בעלות על הכסף. טענה זו אינה מתבססת על בעיית העבירות של הזכות, אלא על המהות המיוחדת של עיקול צד ג'.⁹⁸ אמנם ציינתי לעיל, כי אכן יש מהות מיוחדת לעיקול צד ג' (להבדיל מעיקול מקרקעין או מיטלטלין),⁹⁹ משום שזכויות צד ג' אינן בבעלותו של החייב. זכויות אובליגטוריות (לענייננו, צד ג') הן קניין במובן הרחב, אך הן אינן נמצאות במעמד של מיטלטלין או מקרקעין. אכן, כל עוד הכספים נמצאים בידי צד שלישי, מבחינתו של הגמלאי הם בגדר זכות קרדיטורית (chose in action), ורק לאחר שעברו לידי של הזכאי לקבלם, יש לו בעלות עליהם (chose in rem). ואולם, אין להישען על הבחנה זו כדי להשליך מכך על זכויות הגמלאי.¹⁰⁰ דווקא אם החליט המחוקק אחרת, שומה היה עליו לקבוע מפורשות את הגבלה על ההעברה של זכויות מסוימות לצד ג', משום שהזכות של נושה כלפי חייב היא, כעיקרון, עבירה

⁹⁷ כך, למשל, הכלל בארצות הברית הוא, כי לא ניתן להעביר הטבות הניתנות על פי תוכניות פרישה, והן אינן ניתנות להמחאה (assigned or alienated). ראו: Krass, לעיל ה"ש 70.

⁹⁸ על כך הצבעתי לעיל.

⁹⁹ כפי שנטען, לעתים, על ידי שלטונות הצבא. ראו הודעת הערעור של צה"ל בעניין צה"ל נ' דוד (מחוזי נצרת).

¹⁰⁰ יש אפילו הטוענים, כי ההבחנה כשלעצמה אינה כה משמעותית ואין לחפש הבדלים מהותיים בין מי שיש לו זכות בעלות (על מיטלטלין או מקרקעין) לבין מי שיש לו זכות לקבל את כספיו הנמצאים אצל צד שלישי.

(ב) ודאות הזכות לגמלה והיקפה

טיעון נוסף נוגע לוודאות הזכות. עובדה היא, כי במקרים רבים מושא המשכון או ההעברה הינו זכות שטרם ניתנת למימוש על ידי החייב עצמו. הבה נבחין: מבחינה עקרונית, נוצרה הזכות לגמלה עם תחילתו של שירות הקבע, שהרי מרגע זה ואילך זכאי איש הקבע לקבל אותה אם וכאשר יפרוש. אולם, בשלב זה, אין לו זכות לקבל את הגמלה. יתר על כן, ייתכנו מצבים שבגללם לא יקבל כלל את הגמלה, כמו, למשל, אם פוטר מהשירות בנסיבות שאינן מזכות בגמלה,¹⁰¹ או אם מתקיימת אחת הסיבות המפורטות בסעיפים 19,¹⁰² 10¹⁰³ ו-61¹⁰⁴ לחוק שירות הקבע (גמלאות).¹⁰⁵ עם פרישתו של משרת הקבע מהשירות הצבאי מתגבשת זכות זו והיא נקבעת על סכום מסוים שיופקד בחשבונו מדי חודש, או גם על מענק חד פעמי בגבולות הסכום המותר להיוון, אם הוא מעדיף להוון את הגמלה. אכן, כאשר מדובר בחייל שטרם פרש לגמלאות לא ניתן לדעת בוודאות מהו סכום הגמלה שיקבל כאשר יפרוש, אם בכלל. כאן, ראוי להבחין בין מישכון של זכויות עתידיות לבין מישכון או המחאה של זכויות קיימות, אשר מועד ביצוען הוא בעתיד.¹⁰⁶ באשר למישכון זכויות עתידיות, נכון הוא, שהנושה עצמו יכול לטעון לבעייתיות בקבלת בטוחה בלתי מוגדרת, שאין עימה ודאות באשר לגובה הסכומים אשר יעמדו, בסופו של דבר, לרשותו של החייב, אם וכאשר יהיה צורך במימוש המשכון. אולם, דבר זה אינו חייב לפגוע בתוקף הבטוחה. אלא שתנאי המשכון או

¹⁰¹ ראו סעיף 12 לחוק הגמלאות.

¹⁰² גירוש מן הצבא לפי החלטת בית דין צבאי.

¹⁰³ פיטורים במקרים בו נעברה עבירה שיש עימה קלון.

¹⁰⁴ מאסר של הגמלאי לתקופה העולה על שלושה חודשים.

¹⁰⁵ וראו גם סעיף 60 השולל את הגמלה מן השאיר שגרם במתכוון למותו של הזכאי לקצבה.

¹⁰⁶ ראו זלצמן וגרוסקוף, לעיל ה"ש 96, בעמ' 201; ש' לרנר, לעיל ה"ש 46, בעמ' 181 ואילך.

107 אין בו כדי לשלול את עצם האפשרות להמחאה. עם זאת ברור, כי אין מדובר בזכויות שוות מעמד. אף על פי כן, מבחינת האיסור שבסעיף 62 לחוק, אין הבדל בין שני המצבים (של לפני ואחרי פרישה), לפחות על פי הפרשנות של צה"ל.¹⁰⁸ לדידו, סעיף 62 לחוק הגמלאות לא רק שהוא מונע העברה של "זכויות עתידיות" (הווה אומר, כספים שהגמלאי אמור לקבל בעתיד), אלא גם של זכויות שכבר התגבשו, וזאת, כל עוד הכספים נמצאים ברשות הצבא. לדעתי, קשה לקבל כי "עתידיות הזכות" עשויה להוות סיבה למניעת משכון או העברה ולו מן הטעם כי גישה זו אינה עולה בקנה אחד עם עמדתו של בית המשפט העליון באשר לאפשרות של עיקול ומישכון עתידיים.¹⁰⁹ כך או אחרת, השאלה לגבי עתידיות הזכות כמחסום להמחאה או למשכון, אינה מסבירה מדוע יש לפרש את הוראת סעיף 62 לחוק כמונעת המחאה של הזכות לגמלה גם כאשר זו כבר התגבשה. לכן אולי היה צורך להבחין בין מישכון או העברה של הזכות לגמלה, כאשר הזכות למימוש טרם נוצרה, לבין המצב שלאחר הפרישה, שבו אין ספק כי מדובר בזכות ממשיית אשר תישלל רק במקרים בהם החוק קובע זאת מפורשות.¹¹⁰ לסיכום נקודה זו: איני סבור, כי טיבה של הזכות לגמלה עשוי להצדיק את ההגנה שבסעיף 62 לחוק. נותרנו אם כן, עם פטרנליזם ואינטרסים מערכתיים.

3. טעמים פטרנליסטיים

נימוק חשוב אחר, הבא להצדיק את האיסור על משכון או העברה, הוא הצורך להגן על החייל מפני עסקאות נמהרות, אשר יסכנו את עתידו הכלכלי. פתיחת

¹⁰⁷ כמו, למשל, האפשרות של רישום ההמחאה בעת כריתתה. ראו ש' לרנר, שם, בעמ' 196.

¹⁰⁸ ראו בהמשך, דיון בעניין חלוקת הגמלה בין בעל לאישה.

¹⁰⁹ חוק ההוצאה לפועל מגדיר בסעיף 1 נכס: "לרבות זכות קיימת או עתידית". ואכן, מוסכם כי זכות, אשר התגבשה העתידית ודאית, ניתנת לעיקול: ראו עניין אלהית, לעיל ה"ש 51, בעמ' 683. ראו גם עניין אלוני, לעיל ה"ש 45, בעמ' 590 ואילך. השוו סעיף 97 לפקודת פשיטת רגל המתייחס להמחאת זכויות קיימות או עתידיות.

¹¹⁰ כמו במקרה של מאסר.

111 שעל פיה בא

המחוקק להגן על החייב מפני עשיית עסקאות עתידיות ובעייתיות. באשר למי שטרם נתגבשה זכותו לצאת לקצבה, ניתן לטעון עוד, כי איסור זה מיועד לחזק את מידת החופש שלו, בכך שהוא מונע ממנו לבצע עסקאות פזיזות, המתבססות על כסף שבפועל "עדיין לא נמצא בידיו".¹¹² גישה פטרנליסטית כזו יוצרת הגנות על אינטרסים או על צרכים משוערים של האדם אפילו נגד רצונו.¹¹³ ידוע הרי שאנשים לא תמיד מחליטים באופן רציונלי והם עלולים לסכן את עתידים באמצעות החלטות פזיזות.¹¹⁴ החלטות בלתי שקולות באשר לרכוש (ומקל וחומר – כאשר בקצבאות או בגמלאות עסקינות) עלולות להיות בעייתיות גם מבחינת הנטל שנופל על החברה כאשר האדם נשאר חסר כל. לכן, לגישה זו, יש צורך לספק לגמלאי רשת ביטחון, תוך הנחה, שכל העברה או שעבוד של הגמלה עלולים לגרום לתוצאות שליליות.¹¹⁵ מנגד, אם נצא מנקודת הנחה, שמטרת המשפט הפרטי היא לשמור על מידה מירבית של אוטונומיית הרצון, היה עלינו לשאול מדוע לא יהיה האדם רשאי

¹¹¹ ראו E. Zamir, *The Efficiency of Paternalism*, 84 VANCOUVER LAW REVIEW 229 (1998); א' זמיר פירוש והשלמה של חזים 107 (1996).

¹¹² בשלב זה אין לו עדיין כסף, אך אם וכאשר יתקיימו התנאים הקבועים בחוק (בין היתר, המפורט לעיל בה"ש 84), הזכות לגמלה יכולה להיחשב כקניינו.

¹¹³ יש הרבה הגדרות לפטרנליזם, ולא כולן מתמקדות באותם היבטים. לצורך הדגמה נזכיר את ההגדרה המוכרת של דורקיין: "Interference with a person's liberty of action justified by reasons referring exclusively to the welfare, good happiness, needs, interests or values of the person being coerced" or Gerald Dworkin, *Paternalism*, ראו G. Dworkin, *Paternalism: Some Second Thoughts*, in *Idem* at 105. ראו גם David Shapiro, *Courts' Legislatures and Paternalism*, 74 VIRGINIA L. REV. 519 (1988); Edward Glaeser, *Paternalism and Psychology*, 73 U. CHICAGO L. REV. 133 (2006).

¹¹⁴ ראו Ron Harris, Einat Albin, *Bankruptcy Policy in Light of Manipulation in Credit Advertising*, 7 THEORETICAL INQUIRES IN LAW 431, 448 ff (2006).

¹¹⁵ אני מדגיש כי הדבר אינו נכון בהכרח משום שהחייל רשאי למשכן את הגמלה, לקבל את האשראי, ולאחר מכן להחזיר את ההלוואה, מבלי שהדבר יפגע בזכויות לגמלה.

116 ולהשתמש בהם על מנת לשלם בטוחה. 117 מניעת פעולה דיספוזיטיבית בגמלה עלולה לשמש מחסום בפני קבלת אשראי. 118 למשל, כאשר הקצבה היא, למעשה, הנכס היחיד שביכולתו לספק לצד השני כבטוחה, אשר בלעדיה לא יסכים להגיע עימו להסכם.

חרף הטענות הללו, לא הייתי שולל באופן מוחלט את הגישה הפטרנליסטית, משום שאני רואה ביצירת מנגנון, הבא להגן על הפרט מפני שימוש לא רצוי במערכת הכספים הפנסיונית, צעד לגיטימי של המדינה (אשר בפנסיה שהיא מעניקה יש מרכיבים תקציביים¹¹⁹). ניתן אף להרחיב את היריעה, ולראות בפטרנליזם מעין הגנה על משפחתו של החייל, שהרי ההצדקה העומדת מאחורי מניעה של שעבוד או העברה של הגמלה היא רצון להגן על מזונותיהם של אלה הסמוכים על שולחנו של החייל. אם רשאי איש שירות הקבע למשכן או להמחות את הגמלה, יכול הדבר למנוע מילדיו, הזקוקים למזונות, לעקל את הכספים (במקרה בו הגמלאי מסרב לשלם) – במתכוון או בהיסח הדעת – משום שהמשכון או ההמחאה קדמו לעיקול ולכן יש להם עדיפות במקרה זה.¹²⁰ אולם, גם אם השיקולים הפטרנליסטיים מוצדקים, אין זה אומר שאין מקום לדון בהיקף ההגנה. איני בטוח, שרצוי למנוע באופן מוחלט כל פעולה דיספוזיטיבית, כפי שקורה במצב המשפטי היום. אין צורך

116 זמיר, שם, עמ' 111. מבחינה כלכלית ניתן לטעון, כי אפילו האפשרות לממש באופן עקיף את הזכות הזו מעניקה לבעל הקצבה אפשרויות שונות מלבד הציפייה לגיל הפרישה, שאז יקבל את הנכסים.

117 בנסיבות מסוימות, ניתן להשתמש בהמחאת הכספים דווקא כדי להגן על חייל, כתוצאה מן העובדה, שהכסף אינו מוגן ברגע שהוא עובר לחשבון הבנק. נניח שאדם מסוּבך בחובות וכל חשבונותיו מעוקלים. הוא מעוניין שכספי הקצבה לא ייפלו לידי הנושים, לפי לשון החוק. לצורך זה הוא סבור, שמן הראוי להפקיד את הכסף בחשבונו של הבן או של קרוב משפחה, כדי שהסכום לא יתמוזג עם כספים אחרים בחשבונו, שאכן ניתנים לעיקול. מצד שני, הוא חשוף לכך שנושים של הצד השני יעקלו את החשבון. ראו לעיל סעיף 6 (1) "עיקול חשבון בנק".

118 ראו דברי השופטת פרוקצ'יה בעניין אלוני, לעיל ה"ש 45, בעמ' 592.

119 ראו סעיף 16 לבקשת רשות ערעור, וסעיפים 62 ואילך להשלמת טיעונים מטעם צה"ל לבית המשפט העליון בעניין צה"ל נ' ס' ב' [שמורים אצל המחבר], להלן סעיף ז' למאמר. לא אכנס כעת להבדל בין הפנסיה התקציבית לפנסיה הצוברת, למרות שניתן היה להבחין ביניהן.

120 לעומת זאת, אם יש עיקול שקדם בזמן, לא ניתן למשכן או להעביר את הנכס.

דווקא המקרים, שבהם התעוררה שאלת העברת הכספים, אינם כאלה שבהם יש צורך להגן על הגמלאי מפני נושים אלמונים כתוצאה מעסקאות פזיזות. בדרך כלל, אלה מקרים של חלוקת רכוש בין בעל לאישה, ומדובר בהם על מצב משפטי, שבו מערכת השיקולים רחבה יותר מכפי שהגישה הפטרנליסטית יכולה לכסות.¹²¹

4. שיקולים מערכתיים

כאשר אנו עוסקים באינטרסים מערכתיים מיד עולה לנגד עינינו האינטרס של צה"ל כצד שלישי. למעשה, האינטרס המערכתי מקבל ביטוי בשתי צורות: **אינטרס מערכתי ערכי, ואינטרס מערכתי מינהלי**. המישור הראשון מתייחס באופן כללי למה שניתן לכנות "כבוד המקצוע": יש עניין שמי שמשרת בצה"ל לא יסתבך בחובות ולא יהיה רדוף על ידי נושים למיניהם. בשיטות משפט אחרות, כגון האנגלית, ה- *dignity of their office* והצורך לשמור על רמת תפקוד נאותה של עובד ציבור¹²² מהווים בסיס למניעת עיקול או העברה. אלא, שבשיטה הישראלית ניתן להפריך טיעון זה, משום שאם בכבוד המקצוע או השירות עסקינן – מדוע מאפשר החוק לנושה לעקל חלק ניכר ממשכורתו של משרת הקבע, ולהשאיר בידי סכום מינימלי בלבד? האם מצבו של גמלאי מצדיק "כבוד רב יותר" מזה של מי שמשרת שירות פעיל בצבא הקבע? הפן השני של האינטרס המערכתי הוא מינהלי מובהק, הווה אומר, למנוע או להפחית את עומס העבודה העלול להיווצר בשל ריבוי הפעולות המשפטיות הכרוכות בהעברה או בשעבוד של הגמלה, ולא פחות בעייתי מזה – מצירוף של זכאים. אין לפסול על הסף את האינטרסים של המערכת; השאלה היא מהו המשקל

¹²¹ ראו בהמשך, סעיף 1.

¹²² ראו: HALSBURY LAWS OF ENGLAND (4th ed., 1991) vol. 6, 53. ראו גם את המצב בהודו, בו שמירת הכבוד למקצוע הצבאי נחשב לדבר חשוב, ולכן בין היתר ישנה הגנה גורפת על המשכורת ועל הקצבה של החייל. ראו Singh, לעיל ה"ש 43.

בעיה נוספת העולה מנושא הפגיעה במערכת המינהלית, כהצדקה למניעת השעבוד או ההעברה, היא *כימות* העומס המוטל על המערכת: באיזו מידה עשויה חלוקה או משכון של הגמלה להשפיע על תפקוד גורמי התשלומים בצה"ל מבחינת הצבת משאבים וכוח אדם? צה"ל חוזר וטוען, כי נדרשת עבודה רבה לצורך יציאה מן המסגרת הנוקשה של סעיף 62, אך ההסבר אינו מבהיר איזה ביטוי מקבל עומס זה, מהי ההשקעה הכספית הנחוצה, והאם ישנן דרכים, לרבות שכלול מערכת המחשוב, אשר יכולות לפתור את הקשיים הללו. ככל הידוע לי, לא נעשה שום מחקר בנושא, וספק אם מערכת משוכללת, כגון זו של צה"ל, מוגבלת יותר ממערכות אחרות של שירות המדינה בהן יש אפשרות לבצע העברה או משכון של גמלה.¹²³ נכון שתמיד ניתן להלביש על השיקולים המערכתיים איצטלה של תועלת. אולם, באותה נשימה ניתן לטעון, כי מבחינה תועלתנית ייתכן שעדיף כי מינהל התשלומים הצבאי יימנע מבדיקת כל פסק דין, המורה לו להעביר כספים ישירות לצד שלישי, וייערך באופן מסודר לציות שוטף להוראות בתי המשפט בנושא. מכל מקום, עד כה נמנעו בתי המשפט מלתת משקל גדול לאינטרס המערכתי, ולדעתי, הוא אינו צריך להוות שיקול – בוודאי, לא שיקול מכריע – כדי להתוות מדיניות ראויה.

¹²³ בשולי הדיון, איני רואה סיבה לפסול על הסף שייקבע בתקנות כי המשרת ובן זוגו ישלמו אגרה מסוימת עבור כיסוי הוצאות הכרוכות בפיצול, אף כי איני משוכנע עד כמה הצורך בדרישה כזו הינו אמיתי. כך, למשל, סעיף 49א לחוק ההוצאה לפועל, התשכ"ז-1967, מאפשר לגופים מסוימים – במיוחד בנקים – לקבל תשלום בגין ההוצאות בטיפול בעיקולי צד ג'. עם זאת, לדעתי, ההשוואה אינה טובה, משום שמדובר בגופים אשר מקבלים מדי יום מספר רב של בקשות לעיקול, ולכן יש טעם לדרוש תמורה מסוימת הן כדי לכסות את עלות הכרוכה במתן תשובות לכל נושה ונושה, הן כדי "לרסן" את כמות הבקשות לעיקול: ראו ע"א 1167/01 עיריית ראשון לציון נ' בנק הפועלים, תק-על 2872 (4)2005 (2005).

5. סיכום ביניים

ההצדקה לאיסור על שעבוד או על העברה של הגמלה, כקבוע בסעיף 62 לחוק הגמלאות, יכולה להימצא בשיקולים פטרנליסטיים ומערכתיים כאחד. אלא שלא ברור עד כמה די בשיקולים אלה כדי למנוע כל פעולה רצונית של הגמלאי. גם אם ההגנה על אמצעי הקיום של הגמלאי מצדיקה מניעת העברה או שעבוד, אין לשכוח, שאם בפטרנליזם עסקינן, צריך היה החוק להגן גם על הכסף המופקד בחשבוננו של הגמלאי, ולא כך הדבר. מאי נפקא מינה להבחין בין מי שמעביר את כספי הגמלה באמצעות מתן הוראה לצה"ל לבין מי שמעביר את הכספים באמצעות מתן הוראה לבנק שלו? באשר לשיקולים המערכתיים, יש לנקוט זהירות מירבית בכל הקשור לשימוש בהם, אשר עלול להוביל לפרשנות, שאינה עולה בקנה אחד עם תכליתה של הוראת סעיף 62 לחוק, ואשר ספק אם היא משרתת את האינטרס של הגמלאי. אמנם, גם אני סבור, כי חופש מוחלט בכל הקשור לפנסיה, ומתן אפשרות לאורך השירות להעביר ולמשכן את הכספים העתידיים, עלולים לגרום לאנדרלמוסיה מערכתית. עם זאת, ראוי להבחין בין מצב של משכון עתידי, כאשר החייל עדיין משרת בצבא, לבין יכולתו של הגמלאי להעביר ולמשכן את כספי הגמלה החודשית המשתלמת לו.

הבעיה בולטת במיוחד, עת מדובר בחלוקת הגמלה במקרה של גירושין. בהמשך אדון בנושא חלוקת הגמלה בין בעל לאישה, אך בטרם אעשה זאת אתייחס למצב של חוב בגין מזונות.

ו. הסרת ההגנה בענייני מזונות

כאמור בסעיף 62 לחוק הגמלאות, ההגנה שבו אינה חלה על חיוב מזונות שקיבל תוקף של פסק דין. מדובר בחריג המקובל בכל החוקים המגינים על כספים, אשר מעניקים לנושא בגביית מזונות אפשרות לגבות את הכספים המגיעים לו חרף ההגבלה. לעניין זה יש הבדל בין ההוראה שבסעיף 62 לבין זו שבסעיף 50 לחוק ההוצאה לפועל, אשר אינו מחיל את ההגנה מפני עיקול משכורת רק במקרה של תשלום מזונות לאישה ולילדים קטינים ונכים. לעומת זאת, לפי לשון סעיף 62 לחוק

לא אף זו, לא רק שבמקרה של מזונות הגמלה אינה מוגנת, אלא שסכום הגמלה עשוי להוות נתון חשוב בקביעת הסכום החודשי שהגמלאי ישלם כמזונות.¹²⁴ הסרת ההגנה מבטאת את העניין שיש לחברה באכיפת תשלום מזונות, משום שמדובר בהגנה על החלשים ביותר, שאחרת ייפלו לנטל על כלל האוכלוסייה. הרי תשלום מזונות שאינו מתבצע על ידי החייב נופל, בסופו של דבר, על כתפי המוסד לביטוח לאומי.

המעמד המיוחד יוצר הבחנה בין נושה המזונות לבין נושים אחרים, אשר אינם יכולים להיפרע מן הגמלה, ובמיוחד נושים מקצועיים, כגון בנקים או גופים פיננסיים אחרים. יש לזכור, כי נושי מזונות, בדרך כלל – האם או הילדים, אינם בעלי אותם האמצעים העומדים לרשות הנושים המקצועיים כדי לגבות כספים באמצעות עיקולים אחרים. נושים מקצועיים יכולים בקלות להניח את ידם על כל יתרת רכושו של החייב. לגבי אותו הרכוש, ידם של נושי המזונות תהיה על התחונה בתחרות ביניהם לבין הנושים המקצועיים. לכן, פעמים רבות, הרכוש היחיד שעומד לרשותו של נושה המזונות הוא דווקא הרכוש המוגן.

אף שנושא המזונות חורג ממסגרת הדין בו עוסק המאמר, בכל זאת יש מקום להוסיף כמה הערות בעניין: ראשית, גם שיטות משפט אחרות מעניקות מעמד מיוחד למזונות. כך למשל החוק הקנדי, ה- Garnishment Attachment and Pension Diversion Act 1992 (GAPDA), מאפשר להטיל עיקול לצורך תשלום מזונות לאישה ולילדים.¹²⁵ אף על פי כן, היעדר הגנה מוחלט מול תביעת מזונות אינו נפוץ במדינות אחרות. רוב שיטות המשפט מאפשרות לחייב להחזיק ברשותו סכומים מסוימים. במקום אחר

¹²⁴ על בסיס קביעה זו של בית הדין לענייני משפחה או של בית הדין הרבני, במקרה של אי עמידה בתשלומים, לא רק שניתן לעקל את הרכוש, אלא שאפשר יהיה להוציא פקודות מאסר – עד 21 יום – ללא אפשרות של חקירת יכולת. ראו סעיף 70 לחוק ההוצאה לפועל.

¹²⁵ www.admfincs.forces.gc.ca/pension/gapda_e.asp?sel=hey [last visit 2-3-06]. גם בקוסטה ריקה אנו מוצאים, כי הפנסיה או הגמלה של השופטים אינה ניתנת להעברה, למכירה, לעיקול או להמחאה, חוץ מאשר בענייני מזונות. [www.poder-judicial.go.cr/transparencia/personal/reglamentos/jubilaciones/ htm](http://www.poder-judicial.go.cr/transparencia/personal/reglamentos/jubilaciones/htm) [2-3-06], סעיף 233 לחוק הרשות השופטת בקוסטה ריקה.

126 שנית, עשויה להתעורר שאלה

של עיקול מלוא הגמלה בגין תביעה על מזונות שהצטברו, משום שלא שולמו בזמן. לפי סעיף 69 לחוק ההוצאה לפועל, רשאי החייב במקרה כזה לפנות לבית הדין לענייני משפחה, כדי שזה יקבע את גובה התשלומים החודשיים. לפי הלכת גמזו, מדובר בזכות המגיעה לחייב גם כאשר אין מתנופפת מעל ראשו חרב המאסר.¹²⁷ ייתכן אולי לטעון לתחולתה של הלכה זו גם לגבי גמלאי שירות קבע, אשר היוון חלק מן הגמלה (כלומר, יש בידיו סכום כסף זמין) ואף על פי כן הוא מעוניין לשלם את חובו בתשלומים.

כך או כך, נמצאנו למדים, כי בכל הנוגע להגנה על תשלום מזונות, מאפשר סעיף 62 לחוק, במפורש, עיקול מלא של הגמלה. עולה אם כן השאלה, כיצד אותו סעיף עצמו מתפרש כמציב מכשול מוחלט בפני שאלה נוספת, שאינה יכולה להיות מנותקת משאלת המזונות, והיא שאלת חלוקת הרכוש.

יש להבין, כי בישראל "משחקים" המזונות תפקיד שונה מזה שבשיטות משפט אחרות, זאת – עקב שיטת הגירושין הנהוגה בארץ. כך, כאשר נדונה השאלה בארצות הברית, הועלתה טענה, כי אין טעם לתת לאישה מחצית מגמלתו של איש צבא, בין היתר, משום שהיא יכולה לקבל את חלקה באמצעות תביעת מזונות (לאחר גירושין).¹²⁸ בישראל, לעומת זאת, הסכסוך המשפחתי מגיע לפתרונו בדרכים שונות. כך, לא רק שלפי הדין העברי אין מזונות לאישה לאחר הגירושין, להבדיל מבשיטות משפט אחרות, אלא שיש להבין כי בישראל, לעתים קרובות, הפתרון לסכסוך המשפחתי אינו תוצאה של הכרעה של בית דין או בית המשפט אלא של משא ומתן לצורך מציאת הסדר כולל, הן בדבר חלקה של האישה באיזון משאבים, הן בעניין תשלום המזונות לילדים והן בשאלת הגט.¹²⁹ לכן, יש לשים לב ליחסי הגומלין בין

¹²⁶ ראו פבלו לרנר "על עיקול משכורת במשפט הישראלי", לעיל ה"ש 31, בעמ' 42 ואילך.

¹²⁷ ראו עניין גמזו, לעיל ה"ש 24, בעמ' 377 ואילך.

¹²⁸ ראו עניין מקארתי, להלן ה"ש 146, בעמ' 230. ראו גם בהמשך.

¹²⁹ מנשה שאוה הדין האישי בישראל כרך א 218-219 (מהדורה שלישית, 1991).

150 (לרבות החלק היחסי של

הפנסיה המגיע לבן הזוג).¹⁵¹ מן המפורסמות הוא, כי פסק דין הקובע חיוב גבוה במזונות עשוי לשמש קלף מיקוח בידי בן הזוג הזוכה (בדרך כלל – האישה) לקבלת גט בתנאים טובים מבחינתה, ולכן הקרב על המזונות הוא גם קרב על תנאי הגט. מכאן, שחלוקת הגמלה בין בעל לאישה בעת גירושין, כרכוש ולא כמזונות, יכולה להיות אינטרס של משרת הקבע (האיש, על פי רוב) שמטרתו להסיר מעליו את העיקול בגין מזונות, המונע ממנו גישה לגמלה.

ז. חלוקת הגמלה בין בני זוג

למעשה, שאלת תחולתו של סעיף 62 ופרשנותו אינן מתעוררות לגבי עניינים שבהם עסקנו עד כה, למעט השאלה האחרונה – שאלת מעמד בן זוגו של איש צבא הקבע וזכותו למחצית מהקצבה.

דווקא הגורם המיליטנטי (תרתי משמע) נגד פרשנות שתאפשר לבן הזוג לקבל ישירות את מחצית הגמלה הוא צה"ל. בעת כתיבת מאמר זה תלוי ועומד הנושא בבית המשפט העליון, בעקבות ערעור שהגיש צה"ל על פסק דינו של בית המשפט המחוזי – שאליו אתייחס בהמשך – אשר הורה לצה"ל להעביר ישירות לאישתו של גמלאי את חלקה בגמלה. צה"ל סבור, כי סעיף 62 לחוק הגמלאות מונע את העברת הגמלה ישירות לצד השני, ולכן, כאשר ערכאה שיפוטית מורה לצה"ל להעביר כספים לבן הזוג, היא פוסקת כך בניגוד לדין. לדעתי, פרשנות זו אינה נכונה, משום שכפי שאנסה להראות, סעיף 62 לחוק אינו חייב לחול על שאלה עקרונית הקשורה במשטר חלוקת הרכוש בין בעל לאישה, ואין הוא חייב להוות מכשול להעברת

¹⁵⁰ יש לשים לב, כי סעיף 30 לחוק הגמלאות קובע, כי חייל שהתגרש מאישתו ואחר כך החל לשלם לה מזונות לפי פסק דין או לפי הסכם בכתב, רואים את האישה לעניין הזכויות הקשורות במותו כאילו לא התגרשה ממנו. מעניין, כי על פי הדין העברי, אין מקום לשלם מזונות לאישה לאחר הגירושין. השוו בין מזונות האישה (alimony) לבין חלוקת הרכוש בדין האמריקני. Carolyn Frantz, Hanoach, *Dagan, Properties of Marriage*, 104 COLUMBIA L. REV. 75, 101 (2004).

¹⁵¹ ראו דברי השופטת רוטשילד בעניין תמ"ש (תל-אביב-יפו) 106990/97 פלוני נ' אלמוני (Lawdata), 31.12.00.

אמנם, כרגע עלינו להמתין להחלטתו של בית המשפט העליון בעניין. כל עוד לא התקבלה החלטה בנושא, כל ההערות וההרהורים שניתן להביע הם במידה מסוימת "הערות על תנאי" הכפופות להתפתחות הסוגיה, אם וכאשר תינתן החלטה. בכל זאת, יש לנסות ולהבין את מהות הבעיה.

1. מסגרת הדיון

על פניו, סעיף 62 הוא ברור – הוא מונע כל העברה או שעבוד של הגמלה.¹³² השאלה היא אם אכן לשון החוק משמשת מחסום גם כאשר מבקשים להעביר את הגמלה לבן זוגו המתגרש של איש צבא הקבע.

כשלעצמי, איני רואה כאן מתח כלשהו בין הפרשנות המילולית "הנכונה" לבין פרשנות תכליתית, אשר מנסה ליצור פרשנות מתאימה לבני הזוג דווקא, כפי שצה"ל מנסה לטעון.¹³³ לדעתי, דווקא צה"ל מנסה להדגיש תכליות מסוימות, לאמור, הגנה על אינטרס מערכתי. מכאן הפרשנות המצומצמת, שלא בהכרח מוצאת סימוכין בלשון החוק. אכן, יש דרכים שונות לנסות ולמצוא דרך לצאת מן הסד הלשוני של הסעיף, אשר קובע לכאורה איסור גורף. כך, למשל, לפעמים, מופיע בכתבי הטענות מטעם בן הזוג, המבקש חלק בגמלה, הטיעון כי אין מדובר בהוראה קוגנטית, ולכן הצדדים רשאים להתעלם ממנה. כשלעצמי, לא הייתי מסתמך על כך שמדובר בהוראה דיספוזיטיבית – ואכן, בתי המשפט נוהרו מלקבוע זאת, משום שאם כך הדבר, היה עלינו להתיר כל מישכון או המחאה של פנסיה. גישה זו היא מרחיקת לכת, שהרי, בסופו של דבר, עומדת היא בניגוד לנוסח החוק. אם רוצים כי הגמלאי

¹³² אם כי, כפי שמציין פרופ' ברק, אין הוראה ברורה, וכל טקסט זקוק ל"פרשנות". אהרן ברק פרשנות הכליתית במשפט 49 (2003). אך השווה, דברי הנשיא שמגר: "[...] הביטוי המועמד לפרשנות אכן נתון למספר פרשנויות מן הבחינה הלשונית. אולם כאשר הלשון חד משמעית אין להתעלם ממנה." ע"א 1915/91 יעקובי נ' יעקובי, פ"ד מט(3) 555, 529 (1995).

¹³³ ראו התייחסות של השופטת שטופמן לטיעונים שטען הצבא בעניין ע"מ (מחוזי ת"א) 1128/02 צה"ל נ' ס' ת', תק-מח 2003(3) 9646 (2003).

גם אם לא ניתן להסכים לכך, שהסעיף הוא דיספוזיטיבי בלבד, אין פירושו של דבר, שאין אנו חייבים לשאול אם הסעיף חל גם על מקרה שאינו כרוך בהגנה מפני חובות, אלא בחלוקת רכוש רצונית בין בני זוג. התשובה אינה נעוצה רק במהות העיקול, אלא בתפישה כוללת באשר למעמד הצדדים, לייחודיות השירות הצבאי ולערכי המשפחה. כך אפשר לטעון, כי דווקא האיסור שבסעיף 62 עולה בקנה אחד עם הדעה, שהגמלה הצבאית שייכת באופן בלעדי לחייל.¹³⁴ הנימוקים לגישה זו מתמקדים במהות התפקיד הצבאי, שהרי עבור איש צבא הגמלה הינה חלק מתמורה, שהמדינה מעניקה לו בגין שירות ממושך ובתנאים קשים.¹³⁵ מעמדו של איש צבא וחובותיו שונים מאלה של מקצועות אחרים בשל התנאים המיוחדים הכרוכים בשירות. מכאן, שנוצרת אצלו תחושה של מרכיב אישי, שאינה קיימת במקצועות אחרים. מעבר לכך, הצבא מעוניין למשוך לשורותיו אנשים צעירים ומוכשרים, ולכן בא החוק, המבטיח, בין היתר, כי בשום מקרה הם לא יישארו ללא גמלה.¹³⁶

כן ניתן לטעון, כי הפרשנות הרחבה והכוללת של סעיף 62 מעוגנת לכאורה בפסיקתו של בית המשפט העליון. ואכן, בנושא הקצבה של הביטוח הלאומי קבע בית המשפט העליון, בעניין **בן יעקב**, כי:

"[...] האפשרות שהקצבה לא תגיע לידידיו של הזכאי אלא של אדם אחר עומדת בסתירה למגמות המחוקק. הרי האפשרות שהמבוטח ייתן הוראה לתשלום הכסף

¹³⁴ ראו את הפתרון שנהג בגרמניה המערבית: W. Voegeli, B. Willenbachen, *Property Division and Pension Splitting in the FRG*, ECONOMIC CONSEQUENCES OF DIVORCE – THE INTERNATIONAL PERSPECTIVE 163, 168 (L. Weitzman, M. Mac Lean, eds., 1992).

¹³⁵ ומבלי להיכנס להבחנות בין תפקידים שונים בצבא, שהרי לא כל הגמלאים שירתו באותם תנאים. בה בעת, גם במערכות אזרחיות יש תפקידים קשים ואפילו מסוכנים, אשר אינם נהנים מפריווילגיה מסוג זה.

¹³⁶ טיעונים מסוג זה הושמעו בארצות הברית. ראו בהמשך, סעיף 2'.

אולם, יש להבחין בין המקרה של **בן יעקב** לבין המקרה של חלוקת הרכוש בין הבעל לאישה, משום שבעניין **בן יעקב** מדובר היה במתן ייפוי כוח לאדם זר, בעוד שכאן מדובר בחלוקת רכוש, אשר המחוקק קבע שהוא ניתן לחלוקה.

אישית, אני מתקשה עד מאוד לקבל את התפישה, שלפיה פרשנות רחבה של סעיף 62 לחוק היא הפרשנות הראויה. כיום מקובל העיקרון של חלוקה שוויונית של הרכוש.¹³⁸ המציאות היום עודנה שרוב רובם של הפורשים לגמלאות מצה"ל הינם גברים. הצבא מדגיש אמנם, כי האיטור אינו פוגע במין זה או אחר, מן הסיבה הפשוטה, שנשים רבות משרתות בשירות קבע; כאשר זה המצב, גם אז מנוע בן הזוג הזכר מלקבל את מחצית הסכומים. אכן, נכון הדבר, שהקצבה מגיעה לגברים ולנשים כאחד, לאמור, לכל מי שמשרת בצבא הקבע. עם זאת, יש להכיר בעובדה, כי מרבית המקרים אשר הגיעו להכרעה שיפוטית הם של נשים הדורשות להיות שותפות בזכויות הבעלים, ולא להיפך. בנקודה זו משיק הדיון לשיח על זכויות האישה ולראייה הפמיניסטית של הסוגיה.¹³⁹ ואכן, שמירת מלוא הפנסיה בידי החייל עשויה להיתפס כפריווילגיה גברית מימים אחרים.

ואולם, אין צורך לרדת למצולות השיח הפמיניסטי¹⁴⁰ כדי למצוא הצדקה לפרשנות המצומצמת של הוראת סעיף 62 לחוק, אשר תאפשר העברת חלקה של הגמלה לצד השני. לדעתי, קביעת המדיניות הראויה אינה צריכה להתבונן בשאלת חלקות הגמלה רק מזווית הפרט – לאמור, האיש או האישה המשרתים – אלא מנקודת מבטה של המשפחה. אכן, נראה, כי כיום כבר נתגבשה הגישה, שלפיה כמו

¹³⁷ עניין **בן-יעקב**, לעיל ה"ש 85, בעמ' 462-463.

¹³⁸ חנוך דגן **קניין על פרשת הדרכים** 461 (2005).

¹³⁹ ראו טיעוני הצבא בע"מ 10916/03; 1131/04 [מתוּיֵק אצל המחבר]. לגבי הגישה הפמיניסטית ראו, למשל, א' קמיר **פמיניזם, זכויות ומשפט** (2002); ROSEMARIE TONG, *FEMINIST THOUGHTS* (1997).

¹⁴⁰ בכל זאת אין מדובר כאן בגישה פמיניסטית קיצונית, אלא בחיפוש אחר הסדר חוקי הוגן, אשר, בסופו של דבר, אכן תורם יותר למעמד האישה בחברה. אין להרחיב על כך, כי למאבקן של נשים על שוויון בצה"ל, על היבטיו השונים, יש פנים חשובות יותר מאשר קביעת השוויון לעניין הפנסיה.

אכן, מבחינת האישה, הפרק שמסתיים בגירושין היה פרק, שבו היא ליוותה את בעלה ונטלה על עצמה חובות רבות יותר מאלה של נשים אחרות. במיוחד, אם מדובר בבן זוג אשר שירת ב"תפקידי שטח", שאז בדרך כלל הייתה האישה צריכה לגדל את הילדים לבדה, כשבעלה נמצא מחוץ לבית במשך תקופות ממושכות.¹⁴² היא, האישה, הייתה שרויה בחרדות ובמתחים. לעתים ויתרה על הגשמה עצמית משמעותית יותר כתוצאה מעיסוקו הצבאי של בעלה, ולכן גם לה זכות ליהנות מהגמול, אשר יגיע לידיה של בעלה לשעבר כתוצאה מתרומתה. כאמור, תפישה זו, שלפיה המבט אינו כלכלי צר ואין טעם לבדוק אם תרומת האישה הייתה שווה לתרומתו של הבעל, היא תפישה מקובלת.¹⁴³

2. הערה לגבי המצב המשפטי בארצות הברית

השימוש במשפט משווה, כדרך להתוויית פתרון בסוגיה נתונה, תמיד פתוח למחלוקת. ברור שאין בגישה ההשוואתית די כדי למצוא פתרון.¹⁴⁴ יחד עם זאת, ניתן להתבונן בניסיון של מדינות אחרות כמקור השראה. במשפט האמריקני, למשל, התעוררה השאלה באופן דומה למדי לזו שהתעוררה בישראל. ואכן, ישנן נקודות

¹⁴¹ ראו אריאל רוזן צבי דיני משפחה בישראל בין קודש לחול 448 (1996). לגבי עיון ביקורתי ברעיון המאמץ המשותף ראו שם, שם. ראו גם את המצב באיטליה: חוק פקיעת הנישואים, 1970, סעיף 12א, המכיר בזכותו של בן זוג שהתגרש לחלקו בפיצויי פיטורים המגיעים לבן זוג, גם אם הפסיק לעבוד לאחר הגירושין. קיים ויכוח בקרב המלומדים האיטלקים בשאלה אם זכות זו נחשבת לחלק מן ה"מוזנות", או שהיא מתבססת על הכרה בתרומתו של הזוג ליצירת הרכוש משותף. ראו: GIORGIO CIAN, ALBERTO TRABUCCHI, COMMENTARIO BREVE AL CODICE CIVILE 267 (7th ed., 2004).

¹⁴² בכל זאת ראוי תמיד לזכור, לצורך הדיון השוואתי בעניין, כי המצב בישראל – מדינה בה המרחקים אינם גדולים – שונה מן המצב בצבאות אחרים, בהם חיילים מועברים למקומות מרוחקים מאוד ואפילו – כמו למשל במקרה של הצבא האמריקני – למדינות אחרות.

¹⁴³ ראו דגן, לעיל ה"ש 138, עמ' 468.

¹⁴⁴ ראו אלפרדו מרדכי ראבילו, פבלו לרנר "על מקומו של המשפט ההשוואתי בישראל" מחקרי משפט כא 89 (2004).

החוק האמריקני בענייני פנסיות צבאיות קובע כי הפנסיה שייכת לאיש הצבא. במדינות אחדות בארצות הברית הכירו בחלוקת הפנסיה בין הבעל¹⁴⁵ לבין האישה, דבר, שעל פניו, מנוגד לחוק הפדרלי. הסוגיה הגיעה לפתחו של בית המשפט העליון,¹⁴⁶ כאשר הבעל – חייל המשרת בצבא הקבע – טען כי החוק אינו מחייב אותו לחלוק את הגמלה עם אישתו. בית המשפט העליון, בעניין **מק קארתי**, קיבל את ערעורו של הגבר, וקבע, כי הקצבה אינה נכללת ברכוש בר החלוקה בין בני זוג. בית המשפט העליון פסק, כי משטר הפנסיה הצבאית שונה מפנסיות אזרחיות, משום שמדובר במסגרת שמטרתה לעודד אנשים להתגייס ולשרת את המדינה. בית המשפט העליון סבר, שהפנסיה היא רכושו של החייל בלבד, ואינה נכנסת לקטגוריית הרכוש העומד לחלוקה בין בני הזוג. לטענת בית המשפט, החלוקה עלולה לפגוע במוטיווציה להצטרף לשורות הצבא.¹⁴⁷ אופי השירות הצבאי והמטרות הלאומיות שלו מצדיקים מתן עדיפות למעמדו של החייל. ברוח זו קבע בית המשפט, כי -

“[...] the military retirement system is designed to serve as an inducement for enlistment and re-enlistment, to create an orderly career path, and to ensure “youthful and vigorous” military forces. [...] Congress has determined that a youthful military is essential to national defense; it is not for States to

¹⁴⁵ בארצות הברית קיים שוני בין המדינות השונות לגבי משטר הרכוש בנישואין. בעוד שבמדינות מסוימות קיימת שיטת *community property*, הרי שבמדינות אחרות נוהג משטר של *common law property*. ראו H. CLARK J., *THE LAW OF DOMESTIC RELATIONS IN THE UNITED STATES* 590 ff (2nd ed., 1988). ראו גם Katherine Spaht, W. Lee Hargrave, *Matrimonial Regimes*, LOUISIANA CIVIL LAW TREATISE (2nd ed., 1997) v. 16, p. 172

¹⁴⁶ *Mc. Carty v. Mc. Carty*, 453 U.S. 210 (1981). ראו Clark, שם, בעמ' 610.

¹⁴⁷ *USFSPA 10 U.S.C. 1408* (2000). ראו Bradley, להלן ה"ש 149, בעמ' 47. דעה זו לא התקבלה על ידי חברי הקונגרס, אשר תיקנו את המצב. שם, עמ' 51. יש לזכור, כי לפני התיקון לחוק כללה הבעיה בארה"ב גם הבדלים בין החוקים המדינתיים בנושא, תוצאה של המשטר הפדרלי בארצות הברית.

interfere with that goal by lessening the incentive to retire created by the military retirement system".¹⁴⁸

מקרה **מק קארתי** עורר תגובות קשות ונסערו – בעיקר מצדן של נשים – אשר ראו בהחלטה פגיעה קשה בזכויותיהן. הקונגרס האמריקני תיקן את המצב וחוקק את ה- Uniformed Services Former Spouses' Protection Act, אשר קובע את חלוקת הפנסיה הצבאית.¹⁴⁹ כעיקרון, החוק האמריקני אינו מעניק לבן הזוג "חלק מסוים" בקצבה, אלא נותן לבית המשפט הדין בגירושין את הסמכות להתייחס לגמלה כאל רכוש משותף, ולקבוע קריטריונים מסוימים לחלוקתו.¹⁵⁰ כדי שבן הזוג יקבל את חלקו ישירות מן הצבא, עליו להיות נשוי לחייל לפחות עשר שנים, החופפות לעשר שנות שירות.¹⁵¹ בכל מקרה, התשלום הישיר המירבי לא יעלה על 50% מהקצבה,¹⁵² וכאשר הוא כולל גם מזונות לילד – הוא יכול להגיע לכל היותר עד 65%.¹⁵³

עינינו הרואות, כי המחוקק האמריקני אכן מבכר ערכים, כמו שוויון בין בעל לאישה, ומאמץ את הרעיון של מאמץ משותף.¹⁵⁴ המצב בארה"ב אכן עשוי לספק נקודת התייחסות למשפטן הישראלי, משום ששם, כמו בישראל, ניתן לטעון, כי חלוקת הרכוש באופן שווה משתלבת עם חזוקת הרעיון של "משפחה צבאית", רעיון

¹⁴⁸ Mc. Carty, לעיל ה"ש 146, בעמ' 234-235. פסק הדין ניתן ברוב דעות על ידי השופט בלקמאן. השופטים רנקיש, ברנן וסטיווארד הצביעו נגד.

¹⁴⁹ ראו דיון מפורט אצל Mary Bradley, *Calling for a Truce on the Military Divorce Battlefield: a Proposal to Amend the USFSPA*, 168 MILITARY L. REV. 40 (2001); Kristine Kuenzli, *Uniformed Services Former Spouses' Protection Act: Is There too much Protection for the Former Spouse?*, 37 AIR FORCE L. REV. 1 (1999); Mark Sullivan, *Questions Abound on Military Pensions*, 24-2 FAMILY ADV. 44 (2001). מאז חקיקתו עבר החוק מספר תיקונים בעניין הסמכות המקומית, הקשר בין החוק לבין החוק הפדרלי בעניין הביטוח הלאומי, מעמד בני משפחה שהם קורבנות אלימות, וכו'. להגבלות על תחולת החוק בעניין חלוקת כספי קצבאות נכות, ראו John P. Jurden, *Recent Cases Regarding Division of Military Pay When the Servicemember Elects to Receive Disability Compensation*, 27-50-398 THE ARMY LAWYER 30 (July 2006).

¹⁵⁰ ראו, 10 U.S.C. 1408 (2000).

¹⁵¹ שם, ס"ק (2) d.

¹⁵² שם, ס"ק (1) e.

¹⁵³ שם, ס"ק (4) (B) e.

¹⁵⁴ אגב, לדעתי, הפרשנות שנתן צה"ל לחוק האמריקני בטיעונים לעתירות השונות אינה ברורה די הצורך. מטעוני הצבא ניתן להבין כי החוק קיבל את הטענה הבסיסית בעניין **מק קארתי**, ואין הדבר נכון.

155 עם זאת, אין

להתעלם מכך, שבכל הקשור למעמד האישי יש בישראל מאפיינים ייחודיים עליהם יש לתת את הדעת.

3. התפתחות הסוגיה במשפט הישראלי

בישראל אנו מתמודדים, הלכה למעשה, עם פרשנותה של הוראה, אשר מקורה בחוק שנחקק בתקופה בה ההתייחסות לחלוקת רכוש בין בני זוג – וכמובן, למעמד האישה במשפחה – היתה שונה. מאז, חלה התפתחות בדיני המשפחה. לאור התפתחות זו, שעל מעט ממנה נעמוד בקצרה להלן, ננסה לבחון אם אין מקום לקבוע, כי בעניין שלפנינו, אין מדובר כלל בהעברה של הגמלה או בכל פעולה אחרת האסורה על פי סעיף 62 לחוק, אלא, אולי, בחלוקה של רכוש השייך על פי דין לשני בני הזוג.

(א) מהלכת השיתוף לאיזון משאבים

כידוע, עד לשנת 1974 התקיים בישראל משטר של חזקת שיתוף בין בעל לאישה,¹⁵⁵ שהיווה דוגמה בולטת לחקיקה שיפוטית.¹⁵⁷ עם חקיקתו של חוק יחסי ממון בין בני זוג, התשל"ג-1973, חל שינוי במשטר הרכושי, ואומץ משטר של "איזון

¹⁵⁵ ראו את הדיונים בוועדות הקונגרס האמריקני בעקבות ההצעות לתיקון המצב המשפטי בהמשך לפרשת מקארתי, אצל Bradley, לעיל ה"ש 149, בעמ' 50.

¹⁵⁶ שאוה, לעיל ה"ש 129, בעמ' 191 ואילך.

¹⁵⁷ ראו בג"ץ 1000/92 בבלי נ' בית הדין הרבני הגדול, פ"ד מח(2) 221, 229 ואילך (1994).

158 השיטה שאימץ המחוקק הישראלי היא של "שיתוף דחוי". שיתוף זה יכול להיות קנייני או אובליגטורי, כאשר השיטה הישראלית מאמצת את הגישה האובליגטורית. 159 בעוד שחוקת השיתוף מעניקה זכות קניינית לצד השני, המצב של איזון משאבים מעניק זכות לתביעה אישית. 160 אף שאין שיתוף קנייני במשטר של איזון משאבים, הרי בעת פירוק הנישואין יש התחשבות ב"שיתוף" בין בעל לאישה. למרות קביעת משטר "איזון המשאבים" בחקיקה, נשמעת טענה לטובת המשך התחולה של הלכת השיתוף גם לגבי זוגות שנישאו לאחר שנת 1974. 161 גם לאחר פסק הדין בעניין **יעקובי**, 162 יש הסבורים, כי יש תחולה לחוקת השיתוף על אלו, גם אם באופן מוגבל. הדיון בשאלה זו חורג ממסגרת מאמר זה, ובכל אופן – בין אם סבורים כי חוקת השיתוף עודנה חלה ובין אם לאו, בין אם ראוי כי שאלת חלוקת הרכוש בין בני הזוג תבוסס על מודל של הסכמה משוערת ובין אם על מודל של צדק ושוויון, 163 אין להכרעה בשאלות אלה השפעה על פרשנות סעיף 62 לחוק. ראשית, יש לזכור, כפי שהערנו גם קודם, כי המציאות בישראל של חלוקת הרכוש היא, בדרך כלל, כתוצאה ממשא ומתן. לעומת זאת, הסדר איזון המשאבים שבחוק יחסי ממון נכנס לתוקף "עם פקיעת הנישואין עקב גירושין", ורק אם אין הסדר אחר בין הצדדים. בנקודה זו, לדעתי, התעסקות במהות הזכות – קניינית (הלכת השיתוף) או אובליגטורית (איזון משאבים) – עלולה להביא להסטת הסוגיה מן התלם. מבחינתו של צה"ל, קיום פסק הדין המורה על העברת חלק של הגמלה לצד השני, אינו צריך להיות תלוי בנסיבות בעטיין הגיעו הצדדים להסדר ביניהם. לא

158 השיטה, על גווניה השונים, מקובלת במדינות רבות אחרות, כגון גרמניה, אוסטריה, שווייץ ויוון. ראו W. PINTENS, K. VANWINCKELEN, EUROPEAN FAMILY LAW 20 (2001).

159 ראו עניין **יעקובי**, לעיל ה"ש 132, בעמ' 586.

160 ראו יהושע גייפמן "זכויות פנסיות ונכסי פרישה אחרים – כנכסים בני-חלוקה או בני-איזון בין בני-זוג" **הפרקליט** מא 105 (1993-1994). השופט שוחט בעניין **ספיבק**, להלן ה"ש 172.

161 כך, למשל, פרופ' שאוה ז"ל טען, כי הלכת השיתוף חלה במקביל לשיטת איזון המשאבים. ראו שאוה, לעיל ה"ש 129, בעמ' 216. לטענת רוזן צבי, הלכת השיתוף משלימה את איזון המשאבים. ראו רוזן צבי, לעיל ה"ש 141, בעמ' 493. ראו עוד: שחר ליפשיץ "על נכסי העבר, על נכסי העתיד ועל הפילוחופיה של חוקת השיתוף" **משפטים** לד 627, 630 (התשס"ה).

162 לעיל ה"ש 132.

163 ליפשיץ, לעיל ה"ש 161, בעמ' 690. שאול שוחט "מחלוקה שווה לשוויוניות בחלוקה" **ספר שמגר**, כרך ג 731 (1993).

ואם בכל זאת מבקשים לייחס משמעות מיוחדת לענייננו לחוק יחסי ממון, נבקש לרגע לבחון את התפתחותו ההיסטורית של החוק בראי דיונונו – חלוקת גמלה צבאית בין בני זוג. כך, סעיף 5 המקורי לחוק יחסי ממון קבע בשעתו, כי כספים שאינם ניתנים להעברה על פי דין יישארו מחוץ לאיזון שקובע חוק יחסי ממון,¹⁶⁴ ומכאן, שהגמלה הצבאית לא נכללה בעבר במסגרת איזון המשאבים. אילו הייתה הוראה זו נשארת בתוקף, ניתן היה לומר שנוצר הבדל בין השיטה הנהוגה עד אז – חזקת השיתוף – לבין המסגרת של חוק יחסי ממון. ואולם, בשנת 1990 תוקן סעיף 5 הנ"ל, והנוסח החדש קבע כי רק הגמלה שמעניק המוסד לביטוח לאומי, וכן גמלה או פיצוי בגין נזק או מוות, יישארו מחוץ לאיזון.¹⁶⁵ כל שאר הכספים, שאינם ניתנים להעברה, לשעבוד או לעיקול, ייכללו במסגרת איזון המשאבים. התיקון לחוק יחסי ממון נתן ביטוי להתבוננות רחבה ושוויונית יותר על כל הקשור ברכוש כתוצאה ממאמץ משותף, עליה עמדנו לעיל.

בעבר שלטה אמנם הגישה שלפיה זכויות סוציאליות של העובד אינן נחשבות לנכס משותף.¹⁶⁶ כך למשל בעניין **גלבווע**,¹⁶⁷ שם נקבע, כי אין מקום לשיתוף הגמלה בין הבעל לאישה (למרות שנסיבות העניין היו מיוחדות, ואין לראות קביעה זו כהלכה כללית).¹⁶⁸ כפי שציינתי, גישה זו ננטשה זה מכבר. כיום שוררת תמימות דעים באשר לצורך לכלול גמלה במסגרת הרכוש המשותף, וכי כספי פנסיות,

¹⁶⁴ בזמנו, מתח פרופ' טדסקי ביקורת על הוראה זו. ראו: גד טדסקי "איזון משאבים בין בני זוג" הפרקליט ל 76, 78 (התשל"ו).

¹⁶⁵ ראו רחון צבי, לעיל ה"ש 141, בעמ' 492.

¹⁶⁶ ראו תמ"ש (משפחה י-ם) 10292/98 פלוגית נ' אלמוני, תק-מש 2001 (2) 1 (2001); תמ"ש 106990/97, לעיל ה"ש 131.

¹⁶⁷ ראו ע"א 44/84 גלבווע נ' גלבווע, פ"ד מא(1) 174, 181 (1987).

¹⁶⁸ ראו רחון צבי, לעיל ה"ש 141, עמ' 489.

169 עיקרון זה

מקיף כספי פנסיה, כמו גם זכויות סוציאליות אחרות, שכולם נתפשים כרכוש משותף,¹⁷⁰ והוא מקובל גם בשיטות משפט אחרות.¹⁷¹ ממילא, לענייננו – גמלה צבאית – ניתן לטעון, כי חל כאן העיקרון של חוק מאוחר (התיקון לחוק יחסי ממון), המבטל מכללא את (תחולתו לענייננו של) סעיף 62 לחוק הגמלאות.¹⁷² על טיעון זה נרחיב את הדיבור בסעיף הבא.

(ב) סעיף 62 לחוק הגמלאות והעברת גמלה

כאמור, מעת חקיקתו של סעיף 62, חלה תמורה ניכרת ביחסה של הפסיקה למעמדו של הרכוש המשפחתי כרכוש משותף. ובכל זאת, כאשר אנו עוסקים בפרט הרכוש המשותף שהוא גמלה של איש צבא קבע, דווקא אז נעשה המצב מורכב, משום שהצדדים נתקלים במסגרת הנוקשה, לכאורה, של סעיף 62 לחוק. עד היום ניסו להתגבר על הבעיה הזו בשתי דרכים:

הדרך הראשונה היא הגדרת חלוקת הרכוש כעניין של מזונות. לפחות במקרה אחד פנו הצדדים לבית המשפט בטענה מסוג זה, תוך כוונה לעקוף את האיסור של סעיף 62. בעניין **מת"ש נ' אורן**,¹⁷³ הגיעו הצדדים להסכמה באשר לחלוקת הגמלה, וביקשו להטיל עיקול על מחצית הגמלה לטובת האישה, תוך הזדקקות לטענה כי דינה של חלוקת הגמלה כדין מזונות. השופט גלעדי לא קיבל גישה זו, ופירש את

¹⁶⁹ ראו: אריאל רוזן צבי יחסי ממון בין בני זוג 41 (התשמ"ב); ראו ה"פ (י-ם) 1285/02 קופת התגמולים של הסוכנות נ' וולף, תק-מח 2003(2) 3773 (2003).

¹⁷⁰ ראו גייפמן, לעיל ה"ש 160, עמ' 110. כך, נקבע על ידי בית המשפט העליון, כי "[...] תשלומים סוציאליים שמשלם המעביד עבור עובדו [...] מהווים חלק מהרכוש המשותף בין בני זוג, שמתקיימת בהם חזקת שיתוף", ע"א 809/90 לירדאי נ' לירדאי, פ"ד מו(1) 602, 609 (1992). ראו ע"א 6557/95 אבנר נ' אבנר, פ"ד נא(3) 541 (1996); ע"א 964/92 אורן נ' אורן, פ"ד מז(3) 766, 758 (1993). השוו' ויסמן דיני קניין בעלות ושיתוף 195 (1997); דויטש, קניין, לעיל ה"ש 82, בעמ' 644. ראו עוד: דגן, לעיל ה"ש 138, עמ' 462. ראו עניין בבלי, לעיל ה"ש 157, עמ' 229.

¹⁷¹ ראו רוזן צבי, לעיל ה"ש 141, בעמ' 487, 488. ראו גם דיון השוואתי בעניין יעקובי, לעיל ה"ש 132, בעמ' 585 ואילך.

¹⁷² ראו דברי השופט שוחט בתמ"ש (משפחה ת"א) 80520/98 ספיבק נ' אבנרי, תק-מש 2002(2) 164, פסקה ר' (2002).

¹⁷³ ראו עניין אורן, לעיל ה"ש 170.

הדרך השנייה היא לטעון, כי סעיף 62 לחוק הגמלאות אינו חל במקרה של חלוקת הרכוש. לדרך זו נקבע, מנימוקים שונים שעליהם עמדנו בקצרה בסעיף הקודם, כי סעיף 62 אינו חל על מקרה של חלוקת רכוש, ולכן אין הוא מהווה מחסום בפני העברת כספים לבן הזוג במסגרת הסכם גירושין. ישנם שני פסקי דין עיקריים בעניין זה, וכעת הם מונחים לפתחו של בית המשפט העליון.¹⁷⁴

נקדים ונעיר, כי אמנם שני פסקי הדין המדוברים מתייחסים לבני זוג, הכלולים במשטר של חזקת שיתוף. לכן, לכאורה, ניתן היה לטעון, כי ההלכות שייקבעו אינן חלות על המקרה של זוג שלגביו חל משטר של איזון משאבים דווקא. כפי שכבר טענתי, השאלה היא מה הפרשנות הראויה לסעיף 62, ואין נפקא מינה אם הבסיס לזכויות האישה הוא קנייני או אובליגטורי. במיוחד כך, לנוכח התיקון לסעיף 5 לחוק יחסי ממון, המבהיר כי ביטולה של חזקת השיתוף אינו צריך לפגוע בזכות (חלק בגמלה) של בן הזוג האחר.

פסק הדין הראשון, לענייננו, ניתן בעניין ב' נ' ב'.¹⁷⁵ דובר בווג שנישא בשנת 1969, ומכאן שחלה עליו חזקת השיתוף. בית המשפט (השופט רוטשילד) התבסס על פסיקה קיימת, אשר מכירה בפנסיה שנצברה במהלך הנישואים כרכוש משותף. בית המשפט קבע, כי כאשר בחלוקת הגמלה בין בעל לאישה במסגרת הסדר גירושין

¹⁷⁴ פסקי דין אחרים שניתנו בעניין קבעו את זכותה של האישה לחלק מהגמלה. ראו, למשל, תמ"ש 3120/98 (רמת גן) י' נ' י' (לא פורסם, החלטה מיום 17.11.03); תמ"ש (רמת גן) 23401/03 ב' נ' ב' (לא פורסם, החלטה מיום 19.9.04); תמ"ש (אשדוד) 6112/97 (בש"א 4225/03) מ' נ' מ' (לא פורסם, החלטה מיום 6.6.04). מקרים אחרים תלויים ועומדים בהמתנה להחלטת בית המשפט העליון. ראו תמ"ש (תל אביב-יפו) 87715/00 (בש"א 3206/04) ב' נ' ב' (לא פורסם, החלטה מיום 27.10.04).

¹⁷⁵ תמ"ש 106990/97, לעיל ה"ש 131.

פסק הדין השני, לענייננו, ניתן על ידי השופט שוחט.¹⁷⁶ גם כאן דובר בזוג שהתחתן לפני שנת 1974, ומכאן שחלה עליו הלכת השיתוף. בית המשפט מצא חיזוק לקביעתו לטובת חלוקת הגמלה בעובדה כי גם המחוקק נתן את דעתו לעניין, בכך שתיקן את חוק יחסי ממון (סעיף 5 ה"ל)¹⁷⁷ וקבע שם במפורש כי פנסיה או גמלה הינן בגדר נכסים הנכללים במסגרת איזון המשאבים.¹⁷⁸ בית המשפט אף סבר, מכוח הלכת השיתוף, כי יש לאישה זכות קניינית, אשר ראויה להגנה מכוח סעיף 3 לחוק יסוד:כבוד האדם וחירותו.¹⁷⁹ השופט שוחט לא ראה כל "העברה", כמובנה בסעיף 62, בהעברה של מחצית הזכויות, אשר שייכות ממילא לאישה, וקבע:

[..] מסכים אני לגישתה של חברתי המלומדת כב' הש' חנה (ריש) רוטשילד אותה הטיבה לבטא בהחלטה בתמ"ש 106990/97 בש"א 14890/00 ב' נ' ב (לא פורסם) לפיה – יש לפרש את סעיף 62 לחוק הגמלאות תוך צמצום המלים 'העברה', ערבות, שיעבוד ועיקול' למשמעותן הדווקנית. ערבות, שיעבוד ועיקול אין לנו כאן. לכל היותר העברה. אך גם העברה אין לנו כאן. עניין לנו בחלוקה של הזכות מכוח הכרה בזכות הקניינית של בן הזוג בחלק של הגמלה. [...] בענייננו אין מדובר בהעברת הגמלה על ידי הזכאי לה לאדם אחר (יהיה זה בן זוג או אדם אחר), אלא בהכרתו של אדם אחר כזכאי אף הוא לגמלה. [...]"

עם זאת, ושלא כמו בעניין ב' נ' ב', השאלה כאן נסבה גם על מיסוי הגמלה.¹⁸⁰ השאלה שהתעוררה היתה מהו הדין החל, כאשר הגמלאי עובד בעבודה נוספת: האם יש למסות את הגמלה בהתחשב בה "עבודה שנייה"? בית המשפט לענייני

¹⁷⁶ עניין ספיבק, לעיל ה"ש 172.

¹⁷⁷ התייחסתי לתיקון זה לעיל, טקסט ליד ה"ש 164.

¹⁷⁸ אומר השופט שוחט: "[...] בעצם הכרה זו הביע המחוקק את דעתו כי הזכות לפנסיה עבירה היא בין בני זוג על אף תכונת אי העבירות המיוחסת לה בס' 62 לחוק הגמלאות" [נבו עמ' 4].

¹⁷⁹ נימוק זה אינו ניתן ליישום ברוב המקרים בהם חל איזון משאבים, משום שכאן אין זכות קניינית אלא זכות אובליגטורית. יחד עם זאת, כפי שאסביר בהמשך, הברל זה אינו צריך להיות רלוונטי מבחינת צד"ל בתור צד שלישי.

¹⁸⁰ ראו בהמשך "עניין החישוב", סעיף 41 למאמר.

על שני פסקי הדין הוגשו ערעורים, אשר נדונו לפני השופטת שטופמן בבית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו.¹⁸¹ השופטת שטופמן אישרה את פסקי הדין וקיבלה את עמדת הצדדים, אשר נוגדת את עמדת הצבא. השופטת קבעה, כי יש להעביר ישירות מצה"ל לבת הזוג של משרת הקבע את חלקה היחסי בגמלה. השופטת הייתה שותפה לעמדת השופטים בערכאה הראשונה, בכך שאין מדובר על פעולת הגמלאי, אשר "מעביר" למשיבה חלק מזכויות הפנסיה שלו, אלא המשיבה זכאית ישירות לחלק מהגמלה.¹⁸²

אם מנסים לסכם את העקרונות שעליהם מתבססת פסיקתו של בית המשפט המחוזי בעניין הגמלה, ניתן לומר כלהלן:

א. ניתנה פרשנות מצמצמת של הוראת סעיף 62, שלפיה מוציאים ממסגרת ההוראה עניינים הקשורים בחלוקת הרכוש בין בני הזוג; הווה אומר, אין כאן פעולה של "העברה", אלא הכרה בזכותה של האישה.¹⁸³

ב. יש התייחסות לגמלה הצבאית כאל נכס, אשר נרכש כתוצאה ממאמץ משותף, כמקובל לגבי גמלאות אחרות.¹⁸⁴

ג. בית המשפט נמנע מלהיכנס לשיקולים הקשורים לטיב עיסוקו של איש צבא, ולשאלה אם יש בכך כדי להעניק לו מעמד מיוחד. בית המשפט אף אינו מתייחס לשאלה – שהועלתה כאמור במשפט האמריקני – אם הוצאת כספים מהמסה של החלוקה עלולה לגרום לגיוס לא איכותי לצבא.¹⁸⁵

ד. עם זאת, משאירה השופטת שטופמן בערפל מסוים את המשקל שיש לתת לשיקולים מערכתיים. לפחות, אנו עדים לפיצול בהערכת חשיבותו של האינטרס

¹⁸¹ שני פסקי הדין ניתנו על ידי ערכאת הערעור באותו יום, 11.11.03.

¹⁸² עניין צה"ל נ' ס' ת', לעיל ה"ש 133.

¹⁸³ ומכאן, כפי שכבר הסברתי, אין נפקות לשאלה אם מדובר בחוקת שיתוף או איזון משאבים. ראו לעיל ד'3(א).

¹⁸⁴ ראו, למשל, ע"א 841/87 רון נ' רון, פ"ד מה(3) 793 (1991), ראו גם עניין לירדאי, ועניין אורון, לעיל ה"ש 170.

¹⁸⁵ אגב, דיון בשאלה זו אינו חייב להסתיים במסקנה שונה מזו שהגיע אליה בית המשפט בארה"ב.

186 לכך אתייחס בהמשך.

ה. בית המשפט מניח, כי זכותה של האישה היא זכות נגזרת. מעניין לציין, כי בערעור בבית המשפט העליון זכתה קביעה זו להתנגדויות, הן מטעם צה"ל והן מטעם המערערת.¹⁸⁷ לטענת הצדדים, קיימת סתירה בין הקביעה, כי אין כאן "העברה" של חלק מהגמלה אלא שלאישה יש זכות עצמאית, לבין התייחסות לגמלה כאל זכות נגזרת. באשר לי, איני רואה לפנינו כל סתירה. בית המשפט המחוזי אכן מצא, כי אין מדובר ב"העברה", משום שהאישה זכאית לחלק מן הגמלה מכוח הדין, ומכאן, שאין התנגשות בין חלוקת הגמלה לבין סעיף 62. יחד עם זאת, היקף הזכות שיש לבן הזוג נגזר מהיקף הזכות שיש לגמלאי, והוא משתנה על פי הנסיבות השונות. קביעה זו היא, כמובן, בעלת השלכות לא רק לגבי מיסוי, ויש לה השלכות נוספות. כך למשל:

(1) **נושי בן הזוג:** אם אנו מכירים בזכותו של בן הזוג, יש להכיר גם בזכותו להגנה מפני נושיו שלו. כידוע, כספים שמתקבלים ממזונות, פטורים מעיקול. ניתן לטעון עוד, כי אותה הגנה, הניתנת לפי סעיף 62 לחוק הגמלאות, תחול גם על מחצית הכספים המגיעים לבן זוג מכוח החלוקה.

(2) **מאסר הגמלאי:** לפי חוק הגמלאות, אין לגמלאי זכות לקצבה עת הוא נמצא במאסר.¹⁸⁸ אין קביעה מפורשת בחוק לגבי בן זוגו של גמלאי כלוא, אשר קיבל עד כה חלק של הגמלה. את היעדרו של הסדר בנדון ניתן להסביר בכך שחוק הגמלאות כלל לא קבע מפורשות את האפשרות לחלוקת הגמלה. אולם, אם אנחנו נוהגים

¹⁸⁶ ראו דברי השופטת שטופמן בע"א 1128/02 צה"ל נ' ס' ת', לעיל ה"ש 133.

¹⁸⁷ ראו כתב הערעור לבית המשפט העליון, ע"מ 1131/04, סעיף 16 ואילך [שמור אצל המחבר].

¹⁸⁸ סעיף 61 לחוק שירות הקבע (גמלאות).

3) **פשיטת רגל:** לפי סעיף 97 לפקודת פשיטת רגל, אם אדם המחה לאחר זכויות קיימות או עתידות והוכרז לאחר מכן "פושט רגל", לא יהיה להמחאה תוקף כלפי הנאמן, אלא אם כן נרשמה המחאה בזמן ובדרך שנקבעו בתקנון. הוראות הרישום נקבעו בתקנות פשיטת רגל (סדרי רישום של המחאת זכות), התש"ל-1970, אשר קובעות את הצורך ברישום ההמחאה במשרדי רשם המשכונות. מאחר שלפי גישת בית המשפט, החלק של הגמלה המגיע לבן זוג הינו זכות ישירה שלו (ולא העברה), אין כאן צורך לעמוד בתנאים שנקבעו בתקנות הנ"ל, והנאמן לא יהיה רשאי לתפוס את חלקו של בן הזוג.

4) **שאירים:** כעיקרון, כאשר מדובר בחייל שנפטר, חל סעיף 25 לחוק הגמלאות, שלפיו אם הייתה האישה נשואה לו לפחות שלוש שנים לפני מותו – מגיעה לה קצבת שאירים. לעומת זאת, כאשר בחלק של גמלה המגיע לבן הזוג כתוצאה מהסכם גירושין עסקינן, הרי גם כאן הפרשנות, הרואה את הזכות של בן הזוג כזכות נגזרת, היא המתבקשת, לדעתי. לפיכך, לאחר מותו של גמלאי, אין לאישה זכות להמשיך ולקבל את חלקו בגמלה.

5) **נישואין שניים ושינויים מאוחרים בהסכמת הצדדים:** על פניו, חלוקת הגמלה היא תוצאה של הסכמת הצדדים או קביעה של

ההחלטות בבית המשפט המחוזי מתייחסות למקרה שבו כבר התקיימו גירושין, או הושגו הסכמות בין הצדדים. האם במסגרת מדיניות זו יש לכלול גם את סמכות בתי המשפט ובתי הדין הרבניים, אשר רשאים, במסגרת חוק יחסי ממון, לעקל את חלקו של בן הזוג לצורך הגנה על המגיע לו במסגרת איזון משאבים? אני מתחבט בשאלה זו, משום שכאן אין מדובר על העברת זכויות המגיעות לבן הזוג, אלא על עיקול של ממש. לכאורה, עומד הדבר בניגוד ללשון הסעיף. במסגרת התיקון הדרוש, לדעתי, בסעיף 62, יש לתת את הדעת על מצב זה.

עד כה עמדנו על הניתוח הרעיוני של סעיף 62 והתייחסנו גם לפרשנות הראויה. כעת נניח, לצורך הדיון, כי יש מקום לפצל את הגמלה ולהעביר לבן הזוג את חלקו. אם אכן כך, עלינו להתמודד עם שאלת החישוב. שאלה זו נראית לכאורה טכנית, אך

¹⁸⁹ השאלה התעוררה גם בארצות הברית, אבל ההלכה היא, כי הנישואין מחדש אינם מבטלים את ההסדר. ראו Bradley, לעיל ה"ש 149, בעמ' 77. ראו גם עניין קופת התגמולים נ' וולף, לעיל ה"ש 169.

4. חישוב חלקו של בן הזוג

שני משתנים עשויים להשפיע בעניין זה: האחד קביעת החלק המגיע לצד השני, לפי זמן החפיפה בין מצב של נישואין לבין השירות הצבאי, והשני הוא חישוב המס.

(א) זמן החפיפה

כאשר מדברים על זכותו של בן הזוג למחצית הפנסיה אנו יוצאים מתוך הנחה, כי יש חפיפה מלאה בין תקופת הנישואין לבין השירות הצבאי. אולם, האמת היא, שלא תמיד זה המצב, וגם אין סיבה שיהיה כך, הן משום שחייל עשוי להתחתן כאשר הוא כבר משרת כמה שנים בצבא, והן משום שהוא עשוי להתגרש לפני צאתו לגמלאות. לפיכך, כל הסכם המתייחס לחלוקת הגמלה יוכל להיכנס לתוקף רק עם פרישתו מצה"ל. במקרים כאלה הזכות לגמלה היא תוצאה של חישוב החלק הפרופורציונלי של בן הזוג. כך, למשל, כאשר היה הזוג נשוי במשך 20 שנה מתוך תקופת שירות צבאי בת 25 שנה, מגיעים לאישה רק 40% מהגמלה.¹⁹⁰ יחד עם זה, קיימות שיטות אחרות לחישוב תרומתו של בן הזוג.¹⁹¹

ומה באשר לתקופות חפיפה קצרות, כגון שנה או שנתיים? התחשבות בתקופה קצרה עלולה להיות מסובכת, ואפילו מיותרת, בהתחשב בסכום הנמוך המגיע לבן הזוג. כאמור, בארצות הברית דרושות עשר שנים של חפיפה כדי להעניק לבן הזוג חלק מהגמלה.¹⁹² כאשר מדובר בתקופות של חפיפה קצרה, ספק אם יש בכלל מקום

¹⁹⁰ השופטת שטופמן, בעניין צה"ל נ' ס' ת, לעיל ה"ש 133.

¹⁹¹ כך למשל מבחינים בארה"ב בין השיטה הידועה כ- marital fraction approach לבין accrual of benefits approach (המתייחסת יותר לנושא קצבה תקציבית). לבדיקה מעמיקה של ההבדל ראו, E. Barker Brandt, *Valuation, Allocation and Distribution of Retirement Plans at Divorce: Where We Are?*, 35 FAMILY QUARTER 469 (2001).

¹⁹² ראו Bradley, לעיל ה"ש 149, בעמ' 97.

(ב) תשלומי המס

על מי רובץ נטל המס בעת חלוקת הגמלה בין בני הזוג? עקרונית, ראוי שהצדדים המחליטים בדבר אופן חלוקת הגמלה יהיו ערים לפן הפיסקלי הטמון בחלוקה. אמנם, מדובר בנושא אשר אינו נוגע רק לגמלאות צה"ליות ולכן מן הראוי לדון בו לעומק במאמר העוסק בדיני מסים. אי לכך, אסתפק בהרהורים אחדים בלבד באשר לעמדות השונות שהביעו בתי המשפט עד כה.¹⁹³

כמו כל הכנסה אחרת, סכום הגמלה כפוף לתשלום מסים. מכאן, שעשויים להיווצר הבדלים כאשר הגמלאי משתלב במקום עבודה חדש, משום שאז עשויים להיות מוטלים על הגמלה מסים בהתאם. במקרה כזה, עלול הדבר לפגוע בסכום שיקבל בן הזוג, בסופו של דבר. לפיכך, ניתן לומר, שהאישה נוטלת על עצמה סיכון מסוים, שלפיו רמת הגמלה שתקבל תהיה פונקציה של עבודת הצד השני. מן הצד השני, אם שוקלים ברצינות את "זכותה" של האישה בגמלה, כי אז מדוע צריכה זכותה זו להיות תלויה כל העת בבן הזוג (לשעבר) הגמלאי? מדוע על האישה להסכין למצב בו ברצונו (של בן הזוג) הוא עובד, ואז שיעור המס השולי עולה, סך הגמלה "נטו" פוחת (אלא שלגמלאי נפתח מקור הכנסה חדש, שממנו, כמובן, אין הוא חולק עם האישה), וברצונו הוא שובת מעבודה ואז, מטבע הדברים, ה"נטו" המתקבל מן הגמלה גבוה יותר.

¹⁹³ תודה לעו"ד דוד גולדמן על הערותיו לפרק הזה.

בעניין ספיבק נ' אבנרי¹⁹⁴ ניסה השופט שוחט למצוא פתרון למצב וקבע, כי

לאחר שבית המשפט הכיר בזכותה של האישה לחלק בקצבה –

"אין מקום לפעולה חד צדדית של הנתבע [הגמלאי – פ' ל'] שיש בה כדי לפגוע בזכותה זו... כשם שהנתבע אינו יכול לגרום לניכויי רשות אישיים שלו מהפנסיה ולהביא להקטנת הנטו המשולם לו ובכך להפחית מחלקה של התובעת [בת הזוג – פ' ל'] כך אין הוא יכול להביא להקטנת הנטו המשולם לו ולהפחתת חלקה של התובעת משום עבודה נוספת. לפעולה כזו, הגובלת בחוסר תום לב אין ליתן יד..."

לכן, קבע השופט כי:

"במישור המעשי – על מנת לאפשר לתובעת להמשיך לקבל את חלקה בפנסיה ללא השפעת עבודתו הנוספת של הנתבע יש להורות ל[גורמי התשלומים בצה"ל – פ' ל'] לבצע את תחשיב המס כאילו הפנסיה היא משכורתו הראשונה והיחידה של הנתבע ולהעביר את חלקה של התובעת ישירות לידיה, נטו – בהתאם למדרגות המס ונקודות הזיכוי של הנתבע כאילו אין הוא עובד בעבודה נוספת. את ההתחשבות המיסוית יש לעשות עם הנתבע עצמו". [ההדגשה הוספה – פ' ל']

לכאורה, משמעות קביעתו של בית המשפט הינה, כי על גורמי מינהל התשלומים הצבאי לערוך מעתה שני תחשיבים: החישוב הראשון יתבסס על שיעור מס שולי פיקטיבי – הוא שיעור המס בו היה חב הגמלאי לוא לא עבד בכל עבודה נוספת. על פי שיעור מס פיקטיבי זה ימוסה חלקה של האישה בגמלה, וחלק זה בלבד. לאישה יועבר חלקה בגמלה, בניכוי מס בהתאם לאותו שיעור; החישוב השני כבר מושתת על שיעור המס המלא בו חב הגמלאי בפועל. שיעור מס זה יופעל כלפי מלוא סכום הגמלה, בהתעלם מכך שחלק מן הגמלה כבר שולם לאישה. תוצאת חישוב זה תועבר, כמקובל, לרשויות המס. בסופו של יום, יזכה הגמלאי לקבל לידיו סכום המהווה את מלוא סכום הגמלה המקורי, בניכוי הסכום שהועבר לרשויות המס

¹⁹⁴ עניין ספיבק, לעיל הערה 172.

במאמר מוסגר, השתמשתי ביחס לתיאור פסק דינו של השופט שוחט במילים "לכאורה" ו-"אם אכן לכך כיוון". אמנם, נראה, כי כך הובן פסק הדין על ידי בית המשפט המחוזי. אף על פי כן, לדעתי, יתכן מאוד, כי כל שביקש השופט לקבוע הינו זכאותה של האשה לחלקה, ללא כל תלות בהרגלי עבודה משתנים של בן זוגה לשעבר. באשר ל"התחשבות המיסוית" מול רשויות המס, אין דבר בפסק דינו של השופט שוחט המנוגד לפתרון שיוצע בסוף סעיף זה.

תהייה נוספת העשויה להתעורר למקרא פסק דינו של השופט שוחט נוגעת לכל אותם מקרים, בהחלט אפשריים, בהם יסכימו הצדדים כי לאישה מגיע חלק בגמלה שהוא משמעותי בצורה כזו, שלאחר שיועבר לידיה חלקה, בניכוי מס על פי התחשיב הראשון כמפורט, לא ייוותר די בגמלה לצורך תשלום המס המגיע לרשויות המס מן הגמלאי בהתאם לתחשיב השני. לתהייה זו ניתן היה לענות לוא היתה מתקבלת העמדה, לה טענה האישה, שלפיה חלק הגמלה לו היא זכאית הוא שלה מלכתחילה, ולכן, אין מדובר ב"שימוש" בהכנסה אלא ב"ניכור" (alienation) שלה (שאז, לא הגמלאי חייב בהכנסה, אלא בן זוגו¹⁹⁵). יחד עם זאת, עמדה אחרונה זו עשויה להיחשב מרחיקת לכת. ואכן, השופט שוחט עצמו דחה אותה, וקבע:

"עם כל הכבוד וההערכה אין בידי לקבל את טענתו... לפיה גם עבודתו של הנתבע [הגמלאי – פ' ל'] היא מאמץ משותף וכזו היא בגדר נכס משותף – העבודה. התמורה המתקבלת מעבודה זו, בדמות הפנסיה, היא היא הנכס המשותף והתמורה המתקבלת היא התמורה נטו לאחר מיסויה על פי מדרגות המס של הנתבע."

¹⁹⁵ ראו זבולון הנדלר, ליאור הנדלר "חלקה של האישה, בעקבות גירושין בהכנסתו של בעלה מפנסיה: הכנסת הבעל או הכנסתה של האישה?" **מסים** טו 5, א-61 (2001). המחברים מביעים תמיכה בעמדה זו ולדעתם: "מכוח הסכם מפורש בין הצדדים, המתבסס על הוראותיו של [...] חוק יחסי ממון בין בני זוג, צריכה לסגת עמדתו של פקיד השומה, ומן הראוי, שהוא יאשר כי בנסיבות שפורשו לעיל אין מדובר ב'שימוש' בהכנסה, כי אם ב'ניכור', ותוצאת הבחנה זו, כי יש ליחס מלכתחילה לגרושתו של הנישום את חלקה היחסי בזכותו לפנסיה" (עמ' א-71).

כך, האם ניתן לראות את חלק הגמלה, שהצד השני מבקש לקבל, כתוצאה של "גייעתו האישית של בן זוג"? התשובה היא שלילית. אין לבלבל בין ההכרה במעמד המשפטי של "מאמץ משותף" (שמתייחס למכלול המרכיבים הכלכליים של החיים המשותפים), לבין העובדה כי קיים קשר בלתי אמצעי בין התמורה, שעתה הצדדים מבקשים לחלק, לבין העבודה, שבוצעה בפועל אך ורק על ידי החייל-הגמלאי.

רשויות הצבא לא הסכימו עם פסק דינו של השופט שוחט וערערו עליו לפני בית המשפט המחוזי, בעניין צה"ל נ' ס' ת'. תקפו גורמי צה"ל את פסק דינו של השופט שוחט בטענות שונות, שעיקרן, הטלת עומס עבודה נוסף על המערכת, על כל העלויות השונות הכרוכות בכך.

בית המשפט המחוזי קיבל חלקית את ערעור הצבא, וזאת, באשר לאופן מיסוי הגמלה בלבד. בית המשפט (השופט שטופמן) פסק כי:

"חלקה של המשיבה בגמלה יועבר ישירות לידיה, לאחר מיסויה של הגמלה לפי מדרגות המס של המשיב, בעת העברת הגמלה."¹⁹⁶

בית המשפט נימק את קביעתו בכך שחלקה של בת הזוג בגמלה מקורו בסכום שבין בני זוג לשעבר, ואין כל עילה להטיל על רשויות הצבא נטל גבוה בעליל, של חישובי מס סבוכים, הנובע מסכום זה. אם הגמלאי פוגע במעשיו בזכויות בן הזוג, פתוחה הדרך בפני בן הזוג לנקוט כל הליך משפטי שימצא לנכון, ואילו לרשויות הצבא אין כל עמדה בנושא.

בעקבות פסק דינה של השופטת שטופמן, פנתה בת הזוג בערעור לבית המשפט העליון.¹⁹⁷ עד כה טרם נמסרה הכרעת בית המשפט העליון.

כשלעצמי, אני סבור, כמו השופט שוחט, כי מצד אחד, יש לאפשר לבת זוג של גמלאי לקבל ישירות את חלקה בגמלה. מן הצד השני, יש להימנע מלהטיל על רשויות הצבא עומס חודשי הכרוך בשמירה על קשר צמוד עם בני הזוג הגרושים.

¹⁹⁶ ע"מ 1128/02 צה"ל נ' ס' ת', תק-מח 2003(3) 9646, פסקה י"א לפסק הדין.

¹⁹⁷ ע"מ 1134/04.

בדרך להצעת הפתרון, יש לנו להתמודד עם משוכה נוספת. כך, בהתאם לתקנות מס הכנסה ומס מעסיקים (ניכוי ממשכורת ומשכר עבודה ותשלום מס מעסיקים), התשנ"ג-1993 (להלן: התקנות), נישום "רגיל", שאינו גמלאי, לו יש "משכורת בעד משרה נוספת" מחויב להצהיר מול אחד המעסיקים אודות ההכנסה הנוספת.¹⁹⁸ מעסיק זה יבצע ניכוי מס במקור מירבי, לאור ההצהרה. המעסיק הנותר ימשיך למסות את ההכנסה לה הוא אחראי כהכנסה יחידה. לעומת זאת, כאשר בנישום גמלאי עסקינין, קובעת תקנה 5(ב) לתקנות, כי ה"מעביד המשלם לעובד קיצבה, [הוא שינכה ממנה בעת התשלום... מס בשיעור המרבי" [ההדגשה והסוגריים הוספו – פ' ל']. דהיינו, אמנם באופן כללי, מקובל על מחוקק המשנה כי העובד הוא שיבחר למי מבין מעסיקיו ידווח אודות ההכנסה הנוספת, ובכך יביא למיסוי בשיעור מירבי של הכנסתו אצל אותו מעביד. רק במצב, בו אחת ההכנסות היא קצבה, מתערב מחוקק המשנה ומצמצם את חופש הבחירה הכללי הנתון לעובד, בקובעו כי המעביד משלם הקצבה הוא שינכה מס בשיעור מירבי.

על בסיס זה, וכאשר ענייננו בקידום תכליות יסוד, כגון שוויון בחלוקת רכוש, יש לדעתי, לפנינו מקרה מתאים, בו חובה על פקיד שומה סביר למצוא "סיבה אחרת" המספיקה כדי להורות על "תיאום ניכוי המס", בהתאם לתקנה 10 לתקנות הנ"ל. כך, איני רואה כל קושי, כי, על פי הסכמת הצדדים או על פי פסק הדין של בית המשפט, יחויב הגמלאי לפנות לפקיד המס ולבקש ממנו תיאום ניכוי מס, באופן שהקצבה תמוסה כ"הכנסה יחידה" וההכנסה החדשה היא שתמוסה כ"משכורת בעד משרה נוספת". בהתאם לכך, פקיד המס יורה, למעשה, על תיאום מס המנוגד לכאורה לאמור בתקנה 5(ב) לתקנות. על פקיד המס לעשות כן מתוך ראייה של ההסדר לתיאום ניכוי המס (תקנה 10) כמיועד בדיוק למצבים בהם נוצר עיוות בהפעלת התקנות. בענייננו, העיוות כרוך בפגיעה בזכויות יסוד. כמו כן, הסטייה מן האמור

¹⁹⁸ תקנה 2(ב).

199 הנה כי

כן, אין בהיבט המסי קושי בלתי סביר המצדיק להימנע מחלוקת הגמלה.

5. לקראת הכרעה בבית המשפט העליון

כאמור, צה"ל ערער על פסקי הדין של בית המשפט המחוזי, בטענה שאין לחייבו להעביר לאישה את החלק המגיע לה מהגמלה, וכעת על בית המשפט העליון להחליט בנושא. בשלב זה של המתנה לפסק הדין, יש מקום לבטא כמה הרהורים שאולי יש בהם כדי לתרום לליבון הבעיה.

יש להבין, כי סעיף 62 לחוק הגמלאות עוסק במספר מצבים של מימוש זכויות החייב, אשר אינם זהים: הגנה מול נושים רגילים, אפשרות של משכון או העברה, תשלום מזונות, והשאלה אם חל הסעיף הזה במצב של חלוקת גמלה בין בני זוג שהחליטו להתגרש. בכל אחד מן המקרים אנו מבחינים במהות המיוחדת לפעולה המשפטית וכן ברציונל שונה, אשר בא להצדיק כל אחת מן המגבלות. בטבלה הבאה

199 השוו: ע"א 900/01 קלס נ' פ"ש ת"א 4, פ"ד נו"ד (3) 750 (2003). באותו עניין טענו בני זוג, העובדים באותו מקום עבודה – חברה בה החזיק הגבר בחלק של המניות – נגד פרשנותם של גורמי המס לסעיף בפקודת מס הכנסה. לשיטתן של רשויות המס, קבע אותו סעיף חוק חוקה חלוטה בדבר תלות הכנסות בני הזוג זו בזו, בנסיבות שבנדון. משמעות הדבר הייתה ביצוע חישוב מס מאוחד לבני הזוג (באופן שגרם לאבדן נקודות זיכוי). רשויות המס נימקו את טענתן לחוקה חלוטה, בהבנה של המחוקק כי בכגון דא אין כל אפשרות, עובדתית ואף נורמטיבית, לבחון את קיומה או את אי קיומה של תלות. לשיטתן, כל קביעה אחרת תיצור פרצה "רחבה כפתחו של אולם". השופט שטרסברג-כהן, אליה הצטרפו הנשיא ברק והשופט ריבלין, קבעה כהאי לישנא: "לא נראה לי כי יש לפרש הוראת מס באופן המונע אדם מלהוכיח מצב עובדתי אמיתי היכול ליהנות אותו ביתרון מס, רק כדי להקל על פקיד השומה בבחינת התלות האמורה... חוקה היא כי תכליתה של כל הוראת חוק... להגשים את זכויות היסוד של השיטה, חכות השוויון בכלל זה... על מנת להגשים תכלית זו, יש לפרש את חוקות התלות כחוקות הניתנות לסתירה ואין לפרשן כחוקות חלוטות... שלילת החישוב הנפרד מן האישה, גם אם היא עומדת בתנאים לעריכת חישוב כזה, וזאת רק משום כלל ראייתי הקובע חוקה חלוטה, איננה ראויה ופוגעת בהגשת שוויון פיסקאלי בין המינים." באנלוגיה לענייננו, עובדה היא כי רשויות המס מאפשרות, באופן רגיל, לנישום בעל יותר מהכנסת עבודה אחת (לרבות קצבה) את הכוח לבחור איוו מבין הכנסותיו תמוסה כ"הכנסה ראשונה". נראה, כי ההחרגה של נישום, שאחת מהכנסותיו היא קצבה, נועדה לקדם יעילות בגבייה: הקצבה עשויה לשמש לרוב כהכנסה "מסודרת" יותר, וייקל לגבות ממנה דווקא מס בשיעור המירבי. נימוק זה אינו יכול לעמוד מול ההבנה כי חלק הקצבה המשולם לבת הזוג הוא שלה לכל דבר, וכי אין לגרום לה להיות תלויה בגחמות של בן זוגה לשעבר.

הרציונל של מניעת עיקול, שעבוד או העברת הגמלה	מהותה של הפעולה: רצון הצדדים או החלטה שיפוטית	פעולה משפטית חד צדדית או דו צדדית	
עיקרון סוציאלי: לשמור על קיום בסיסי של החייב	החלטה שיפוטית	חד צדדית	עיקול (שלא לגבי חיוב מזונות)
אין מניעה (העיקול מותר). האינטרס המוגן: קיומם של הנתמכים	החלטה שיפוטית	חד צדדית	עיקול מזונות
1. עיקרון סוציאלי 2. פטרנליזם. למנוע עסקאות פזיזות 3. אינטרס מערכתי	רצון הצדדים	דו צדדית	שעבוד או העברה
אין כאן רציונל סוציאלי או פטרנליסטי. לכן, לא ברור אם סעיף 62 צריך לחול במקרה זה. טענה להתגבשות אינטרס מערכתי כעילה המצדיקה את מניעת ההעברה	בהתאם לפסיקת המחוזי, זה אפשרי ותלוי ברצון הצדדים או קביעה שיפוטית. בכל מקרה, ההעברה תקפה כאשר היא מהווה חלק מהחלטה שיפוטית. השאלה ממתינה להכרעת בית המשפט העליון	דו צדדית או חד צדדית	העברת חלק של הגמלה לבן זוג

כפי שהסברתי, במקרה של חלוקת הגמלה בין בני זוג, אין, לדעתי, צורך להזדקק להגנה על הגמלאי.²⁰⁰ במקרה של החלת האיסור שבסעיף 62 על העברת הגמלה לבן זוג, לא ניתן, לדעתי, להתבסס על טעמים סוציאליים או על הגנה על החייב, משום שעצם החלוקה משקפת גישה סוציאלית, אשר נוסף להכרה בתרומתה האישית של האישה, משקפת – ולוא בצורה עקיפה – הגנה על משפחת החייב. יש לזכור, כי, כפי שצוין, חלוקת הגמלה בפועל נעשית על פי רוב במסגרת הסכם כללי,

²⁰⁰ השוו, דברי השופט שוחט בעניין ספיבק, לעיל ה"ש 172.

במקרה כזה של חלוקת הגמלה בין בני זוג, אין גם טעם לפרוס את היריעה הפטרנליסטית,²⁰¹ שנועדה למנוע קיום עסקאות פזיזות או הפיכתו של החייל לנטל על החברה. יתר על כן: אפילו נקבל את עקרון הפטרנליזם ואת הצורך להגן על זכויות החייל, מצטייר הצבא כמעין ממונה על פטרנליזם וכמי שהוטל עליו לשמור על קיום מדוקדק של "רוח החוק", גם אם פרשנות הצבא אינה עולה בקנה אחד עם החלטות של בתי המשפט לענייני משפחה. זאת ועוד: אכן, כאשר אנו עוסקים בעיקול, במשכון או בהעברה לנושה פרטי, אין שום מנגנון, אשר מפקח או שוקל את האינטרס של החייב. לעומת זאת, במקרה של חלוקת רכוש, אנו מדברים על הסכם, אשר קיבל אישור מבית המשפט לענייני משפחה או מבית הדין הרבני, ואשר אמור להבטיח שיושג איזון ראוי בין הזכויות לבין הצרכים של הצדדים. לפיכך, אם יש מקום לשקול הגנה על הגמלאי (או של המשרת) במקרה שבו דורש בן זוג לבצע חלוקה של הגמלה, תפקיד זה מוטל על הערכאה הדנה בהסכם גירושין, ולא על צה"ל. המחוקק לא הפקיד בידי צה"ל את התפקיד של "משמר על", האחראי על דיני משפחה, וזאת – ללא קשר לשאלה עד כמה ראוי לתקן את סעיף 62 לחוק הגמלאות כדי לקבוע מסגרת נורמטיבית ראויה וברורה יותר בעניין.

באשר לשיקולים מערכתיים, אנו רואים, כי בתי המשפט מעניקים להם חשיבות פחותה אל מול זכות הקניין של בן הזוג.²⁰² מבחינה זו, האינטרס המערכתי אינו יכול לשמש משקל-נגד למדיניות שהתקבלה בבית המשפט כמדיניות ראויה, ואשר עולה בקנה אחד עם לשון החוק. באיזון בין האינטרס של צה"ל לבין זכותה של האישה –

²⁰¹ ראו לעיל פרק ה'2(ג).

²⁰² ראו למשל פסק דינה של השופטת שטופמן, בעניין צה"ל נ' ס' ת', לעיל ה"ש 133.

זכותה של האישה גוברת.²⁰³ דגש רב על שיקולים מערכתיים יכול אפילו להביא לתחושה – אמנם בלתי מוצדקת, אך כזו שצריך להימנע ממנה – כי צה"ל עושה שימוש לרעה בסעיף זה כדי לסייע לאנשי צבא הקבע (ואין כאן הבדל בין גברים לנשים) מול בני זוגם, ובכך הוא מכשיל את החלטת בתי המשפט לגבי חלוקת הרכוש. יתר על כן: גם אם הדבר כרוך במחיר מסוים (כמו טפסים נפרדים, זמן עבודה נוסף וכו'), דבר שבעידן המחשוב נשמע מעט אנכרוניסטי), ההתחשבות בהוצאות הללו אסור שתהווה בסיס למצב בו החלטות בית המשפט ומדיניות שהתקבלה כצודקת מתרוקנים מתוכנם כתוצאה ממדיניות מינהלית של צה"ל.²⁰⁴

השיטה של חלוקת רכוש והמחאה ישירה מצה"ל לבן הזוג יכולה להיות בעלת יתרונות עבור בן הזוג, אשר מעדיף אותה על פני תלות בבעל. העברה ישירה תורמת לתחושת הביטחון של בן זוג ומאפשרת לו לנהל משא ומתן לצורך גישור על בסיס סולידי יותר. כאן השיטה אינה תלויה בחסדי הגמלאי, ובמקרה שזה, מסיבה כלשהי, יבקש לשנות את המצב, יהיה צורך בהחלטה שיפוטית כדי לפגוע בזכויותיו של הצד השני. נוסף לכך, שיטה זו פוטר את האישה ממעשיו של צד שלישי, שהרי אם הסכום שעבר לידי הבעל נתון לחסדי הנושים, אשר יכולים לעקל אותו ברגע שהוא הופקד בחשבון הבנק, זכויותיה של האישה אינן מובטחות. כך, למשל, אם הגמלאי התחתן שנית ותלויה נגדו תביעת מזונות מטעם ילדיו מנישואיו השניים, שאז יכול העיקול בגין מזונות לרוקן את זכויותיה של האישה הראשונה. מעבר לכך, העברה ישירה אף מאפשרת לקיים שקיפות רבה יותר, שהרי הסכום ידוע לבן הזוג ואין לו סיבה לחשוש ממעשיו של בן זוגו (הגמלאי). נכון אמנם, שהסדרים שמטרתם להביא לאיזון משאבים ניתנים לביצוע גם בדרכים אחרות ולא רק בהמחאה של זכויות החייל. כך, למשל, במצב בו יש אמון מלא בין הצדדים והגמלאי איננו מסובך בחובות, יכול הגמלאי להעביר בעצמו מדי חודש את חלק הגמלה מבלי לטרוח על לשון סעיף 62. כמו כן, ניתן להעביר את הגמלה לבא כוחו של הבעל, אשר יפקיד את

²⁰³ ראו, למשל, פסק דינה של השופטת שטופמן, בע"א 1035/01 צה"ל נ' ביטון, תק-מוח 2003(3) 10105 (2003).

²⁰⁴ השוו בג"ץ 4541/94 מילר נ' שר הביטחון, פ"ד מט(4) 94, 122 (1995).

205 האם לא ראוי לבחור בדרך פשוטה יותר?

כרגע, על בית המשפט העליון להחליט. גם אם יבחר ללכת בעקבות פסק הדין של השופטת שטופמן בבית המשפט המחוזי (ועל אחת כמה וכמה, אם ייצמד לניסוח הוראת סעיף 62 לחוק, בהתאם לפרשנותן הדווקנית של רשויות הצבא), עדיין סבורני, שעל המחוקק להידרש לשאלה ולתת תשובה מפורשת על מכלול השאלות שמעורר סעיף 62. היה והמחוקק יחליט להתערב, יהיה עליו להחליט לגבי מספר שאלות עקרוניות. כך למשל, כיום אנחנו מדברים, עדיין, על **חלוקת** הגמלה, אך האם במסגרת הסכם יחסי ממון, שקיבל תוקף של פסק דין, ניתן יהיה להעביר את כל הגמלה? או שמא כדאי לקבוע גבול, אשר אינו חייב לעמוד דווקא על 50%, ויכול להגיע גם ל-65% (כפי שקורה בארצות הברית²⁰⁶)? אני מתחבט בשאלות אלה, אולם, לדעתי, מן הראוי להגביל את החלק הניתן להעברה, גם כדי למנוע מצבים קיצוניים בהם איש צבא הקבע יישאר בלא כלום, וגם כדי למנוע אי הבנות לגבי גובה החלק המגיע לבת הזוג. בכל אופן, כל אחת משאלות אלה טעונה בדיקה.

יש גם מקום לבחון אם יש להתיר מישכון או העברה של הגמלה, בכל מקרה. לעניות דעתי, יש מקום לשקול אישור של המחאת חלק מהקצבה, או להתאים הוראה זו להוראת סעיף 8 לחוק הגנת השכר. ומה לגבי עיקול? האמנם ראוי לקבוע, כי חלק מהגמלה אכן יהא ניתן לעיקול על ידי כל נושה? קיימת גם אפשרות לתיקון סעיף 62 ברוח ההוראה, המופיעה בתקנותיהן של קרנות מסוימות, שלפיה הקצבה אינה ניתנת להעברה אלא לפי **פסק דין של בית המשפט המוסמך**.²⁰⁷ לאמור, אין להגביל את ההעברה לפסק דין בעניין מזונות בלבד, ויש להשאיר שיקול רחב יותר לבתי המשפט לגבי כל מקרה ומקרה. אפשר אף לחשוב על ניסוח מורכב יותר, שיאפשר עיקול מזונות כפי שהוא קיים היום. לגבי מצבים אחרים (חיובים שאינם

²⁰⁵ להסדר מסוג זה הגיעו הצדדים בעניין ב' נ' ב': תמ"ש (ב"ש) 1870/04 (לא פורסם, החלטה מיום 19.4.04).

²⁰⁶ התייחסתי למצב בארה"ב לעיל.

²⁰⁷ ראו ע"א 233/98 כץ נ' קרן מקפת, פ"ד נד(5) 493, 499 (2000).

לדעתי, פתרון טוב יכול להיות קביעת רף כללי של 50% (למעט מזונות בהם העיקול הוא מוחלט), כפי שנקבע, למשל, בחוק שירות המדינה (גמלאות).²⁰⁸ באופן כזה נגיע להאחדה בין משרתי צה"ל לבין שאר העובדים בשירות המדינה. קביעה זו מאזנת את הצורך להגן על החייב, ובר בבד, היא נותנת לו מידה מסוימת של אוטונומיית רצון תוך כדי מתן אפשרות לנושים לגבות חובות. אם אמנם יעלה הנושא על סדר היום, יהיה צורך, כמובן, לתת משקל ראוי לעמדת הצבא בעניין.

ח. הערה לסיכום

סעיף 62 הוא מקרה מעניין של עיקול צד ג', אשר בא כעיקרון להגן על החייב – גמלאי של צבא הקבע, והוא מציג דילמות פרשניות מעניינות. יישום ההוראה חייב לשלב באופן ראוי עקרונות סוציאליים, היבטים פטרנליסטיים ושיקולים מערכתיים. השאיפה היא להגיע למדיניות המבוססת על איזון נכון בין האינטרסים של הצדדים המעוניינים, לאמור, החייב והנושה, וכן צה"ל כצד שלישי. אמנם, תחום תחולת ההוראה הוא רחב, אולם, נכון להיום, הבעיה העיקרית נובעת מהקושי שנוצר סביב חלוקת הגמלה בין בני זוג, במקרה של גירושין. מדובר בהתנגשות של עקרונות כבדי משקל, כגון שוויון וצדק במשפחה, ואפילו שמירת רמה גבוהה יחסית של אוטונומיית הרצון במשא ומתן לגירושין. מן המפורסמות היא, כי חלוקת הרכוש בין בעל לאישה אינה מתבצעת באופן מתמטי, אלא כל צד נותן ומקבל נכסים מסוימים, עד שמגיעים להסכם המקובל על שניהם. יש למנוע מצב, שבו הוראה אינסטרומנטאלית תהפוך מכשול בדרך הזו.

²⁰⁸ לא נראה לי, שיש להשאיר על כנה את האפשרות של עיקול לפי הטבלה של סעיף 8 לחוק הגנת השכר, וראוי להשאיר הגנה מסוימת עודפת לגמלאי, גם אם יונצח בכך הבדל בין מצבו של הגמלאי לבין מצבו של איש קבע, שמשרת בפועל ושכרו מוגן אך ורק על פי עקרונות חוק הגנת השכר.

ההתפתחות בנושא חלוקת הרכוש בין בני זוג מעוררת את הצורך להתהלך בדרך שבה צעדו בתי המשפט עד כה. פסק הדין של בית המשפט העליון יבהיר את התמונה. יחד עם זאת, ראוי שהמחוקק ייתן על כך את הדעת ויגדיר את המצב באופן ברור. לדעתי, מוטב להגיע לאחידות בין ההסדר המשפטי החל על גמלאי צבא הקבע לבין ההסדר לגבי שאר העובדים בשירות המדינה.²⁰⁹ המעמד המיוחד של אנשי צבא הקבע יכול לקבל ביטוי בתנאי השירות ובהסדרים שונים, אך אין זה ברור מדוע יש מקום לביטוי ייחודי דווקא לגבי המסגרת המשפטית של הגמלה שהם מקבלים. כפי שהראינו, שוני זה עלול לפגוע באינטרסים של משרת הקבע, משום שהוא מגביל את חופש הפעולה שלו בכספו. פסק הדין של בית המשפט העליון, אם וכאשר יינתן, יתייחס לבעיית היחסים בין בני זוג, אך, ככל הנראה, לא יטפל בשאלה כללית זו והיא האמנם מוצדקת לתת חסינות גורפת לגמלאות הצבאיות. בחלק הראשון של המאמר עסקתי בסוגיה זו, ולדעתי, תיקון בחקיקה, אשר יאפשר עיקול חלקי של הגמלה, עשוי להביא לפתרון מאוזן יותר מן הקיים. בכל זאת, ההחלטה צריכה להיות תוצאה של איזון רחב, בו מובאים בחשבון האינטרסים השונים, לרבות האינטרס של מערכת הצבאית לשמור על מעמדם של משרתי הקבע.

ואם באינטרסים של המערכת עסקינן, בשולי הדיון מראה הבדיקה, כי בעניין חלוקת הגמלה בין בני זוג צידדה המערכת הצה"לית באופן ברור בפרשנות להוראת סעיף 62 לחוק הגמלאות המעניקה דגש רב מדי לאינטרסים מערכתיים. לא ברור עד כמה הפרשנות שהצבא מנסה להציג כנכונה אכן תורמת לפתרון ראוי של הבעיה המשפטית, במיוחד כאשר קיימת סכנה כי תפישות המקובעות בזמן עלולות למנוע התפתחות ראויה של המשפט. לכן, אם תיקון חקיקתי של סעיף 62 עולה על הפרק, ראוי לזכור כי האיזון בין אינטרסים בחברה והכבוד לזכויות האדם מחייבים התבוננות רחבה ככל האפשר על ערכים חברתיים מגוונים. במקרה של סעיף 62 ספק אם התעקשותן של רשויות הצבא על פרשנותו הגורפת אכן מגלה רגישות לצרכים

²⁰⁹ אגב, חוק שירות המדינה (גמלאות) חל ממילא על אנשי שירות הביטחון הכללי והמוסד לתפקידים מיוחדים.

|

ביקורת ספרים

חרב המשפט ומאזני הצדק: צבא הגנה לישראל וההיסטוריה של המשפט הצבאי בישראל: על צבי ענבר "מאזניים וחרב - יסודות המשפט הצבאי בישראל"

אייל נון*

א. מבוא ב. על כתיבת ההיסטוריה של המשפט בישראל ג. המשפט
הצבאי הישראלי ד. "מאזניים וחרב" ה. סיכום

א. מבוא

בשירותי הצבאי בפרקליטות הצבאית (משנת 1991 בשירות סדיר ומשנת 1997 בשירות מילואים) הפתיע אותי תמיד, שוב ושוב, חוסר ההתייחסות למורשת היחידה, שאמנם אינה מורשת קרבית, אך היא בוודאי מעניינת ובעלת חשיבות. למורשת יש תפקיד הינוכי וערכי, אך בצבא – בכל צבא – ובמיוחד ביחידות מקצועיות (בכבל ארגון), יש לה חשיבות רבה גם מבחינה תפקודית, חשיבות הנובעת מן הצורך בשימור מוקדי ידע מקצועיים ובהישענות מקצועית על מה שכבר נעשה. על אחת כמה וכמה ביחידה מקצועית-משפטית, בשיטת משפט המקדשת את התקדים – בין כתקדים מחייב ובין כתקדים מנחה – שלשמירה נכונה של חומר והיסטוריה משפטיים מקצועיים נודעת חשיבות מיוחדת – וכאמור, המודעות לעניין

* LL.B., LL.M. הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים; רס"ן (מיל'), שופט בית המשפט הצבאי שומרון ובית המשפט הצבאי למעצרים מינהליים, וכן מרצה בבית הספר למשפט צבאי ובמכללה לפיקוד ומטה; לשעבר מפקד המגמה האזרחית, בית הספר למשפט צבאי, צה"ל, והיועץ המשפטי לאגף הטכנולוגיה והלוגיסטיקה, צה"ל. אני מודה לד"ר גיא זיידמן מבית הספר למשפטים במרכז הבינתחומי בהרצליה, על הערותיו מאירות העיניים. האחריות לדברים מוטלת, כמובן, עלי בלבד.

אייל נון "חרב המשפט ומאזני הצדק: צבא הגנה לישראל וההיסטוריה של המשפט הצבאי בישראל: על צבי ענבר 'מאזניים וחרב - יסודות המשפט הצבאי בישראל'" **משפט וצבא** יט (התשס"ז) 357

חוסר ההתייחסות בו נתקלתי כלל השמדה של חומר מקצועי ישן – חומר ארכיוני והיסטורי, פעמים רבות מטעמים טכניים, כגון הצורך בפינוי מקום או העדר כוח אדם שימייין את החומר ויכין אותו לשמירה ארכיונית ראויה – והעדר התייחסות של ממש ליוצאי הפרקליטות הצבאית מן הדורות הראשונים, אשר חלקם כבר אינו עמנו. היוצא מהכלל המעיד על הכלל בעניין זה הוא המפורסם והמוכר שביוצאי הפרקליטות הצבאית, נשיא בית המשפט העליון בדימוס, השופט מאיר שמגר, אשר מבקר בפרקליטות הצבאית מעת לעת לתרום מעצותיו ומנסיונו, גם עשורים לאחר שסיים את כהונתו כפרקליט הצבאי הראשי.¹

גם עמותה שטרחה והקימו הפרקליטים הצבאיים הראשיים וסגניהם לדורותיהם, אינה פעילה פעילות של ממש, אם כי היא נותנת את חסותה הפורמלית לכנסים של הבכירים לשעבר שמקיימת הפרקליטות הצבאית אחת לכמה שנים לעיון ולדיון בסוגיות שעל סדר היום.

זכורני היטב, כי את עיקר הפרקים המעניינים בתולדות העבודה המשפטית של הפרקליטות הצבאית בצה"ל למדתי במהלך שירותי במשרדי עוזר הפרקליט הצבאי הראשי לייעוץ ולחקיקה,² בעקבות חיטוט במעמקי הכספת הישנה אשר בפינת אותו Dungeon זכור לטוב (או לרע – כל אחד לפי העדפתו), בו עשו קציני ייעוץ וחקיקה את עבודתם במשך שנים רבות. חיטוט זה לימדני, כי גם עשרים, שלושים וארבעים שנה לאחר מעשה, הסוגיות המשפטיות הקשורות לפעולות הצבא ולצרכיו שבות וחוזרות על עצמן, ושאלות משפטיות וחוות דעת משפטיות רבות מאוד שנדרשנו להן

¹ ראו לדוגמה, "רב שיח עם נשיא בית המשפט העליון (בדימוס) מאיר שמגר" **משפט וצבא** 16, 457 (2003). לשמגר היתה מודעות עמוקה להישענות על העבר, על תקדימיו ועל ניסיון העשייה המשפטית. זכור לי היטב סיפורו של אלוף (מיל') מנחם פינקלשטיין, הפרקליט הצבאי הראשי לשעבר, וכיום שופט בית המשפט המחוזי בחיפה (באותה עת אל"ם והתובע הצבאי הראשי), כיצד כאשר נזקקו בפרקליטות הצבאית לחומר יחס (Reference) במהלך הדיונים המשפטיים בפרשת הוראות הפתיחה באש בתקופת ההתקוממות באזור (ע"פ 486/88 **אנקונינה נ' התובע הצבאי הראשי**, פ"ד מד(2) 353 (1990)), בה ישב לדין הנשיא מאיר שמגר כאב בית הדין, מצא שמגר במהלך הדיונים לאזכר לפני אנשי הפרקליטות הצבאית שהופיעו לפניו חוות דעת משפטיות שנתן שני עשורים ויותר לפני כן. היא ניתנה בעניינו של חייל שהוביל עצור למעצר וירה בו למוות, ואשר שמגר החליט בשעתו כי אין להעמידו לדין פלילי; ואכן, אנשי הפרקליטות הצבאית נברו בארכיונים ומצאו את חוות הדעת.

² אל"ם יוסף תלרז, מי שהיה לאחר מכן סגן הפרקליט הצבאי הראשי.

בהיבט אחר נתקלתי בנגזרותיה של תופעה זו עת ביקשתי לעמוד על מקורותיו של אחד מסעיפי חוק השיפוט הצבאי (סעיף 392 לחוק השיפוט הצבאי,³ העוסק בהכרעה שיפוטית במותב רב שופטים⁴), שהוא כלי העבודה העיקרי ומקור הסמכות המרכזי של המשפט הצבאי בישראל. התברר לי, כי קשה לאתר מקורות אלה, הן במקורות ראשוניים והן במקורות משניים; פנייה אל הגבורה עצמה (נשיא בית המשפט העליון בדימוס, השופט שמגר) לא סייעה גם היא בידי, שכן על אף ששמגר היה ממנסחיה הראשיים של הצעת חוק השיפוט הצבאי, התשי"ד-1954,⁵ לא עלה בידו לשחזר בדיוק, כחמישים שנה לאחר מעשה, את מקורותיו של הרעיון ששמש בסיס לניסוח הסעיף.⁶

המחקר על אודות ההיסטוריה של המשפט הצבאי בישראל אינו רב, והוא מתמקד בניתוחן של פרשיות מסוימות, כמו פרשת טוביאנסקי, פרשת כפר קאסם, או לאחרונה, בעקבות הליכים משפטיים, פרשת הטבח שלא היה בטנטורה.⁷ אמנם, אין להמעיט בחשיבותו של מחקר זה, ולפרשת טוביאנסקי היו גם השלכות נרחבות על מערכת המשפט הצבאי בצה"ל, הן בעת שהתרחשה והן לאחר מכן, עד כדי שיהיו כאלה שיאמרו שהיתה זו העילה למעבר ממערכת המשפט שנהגה בתקופת "ההגנה" וחוקת השיפוט תש"ח לדגם של משפט צבאי בריטי שעוגן לבסוף בחוק השיפוט הצבאי.⁸

³ חוק השיפוט הצבאי, התשט"ו-1955.

⁴ ראו אייל נון "הכרעות במותב שיפוט קולגיאלי: דין קשה ותוצאות קשות – מחוק השיפוט הצבאי אל חוק בתי המשפט" **משפט וצבא** 14, 247 (2000).

⁵ ה"ח 154.

⁶ נון, לעיל ה"ש 4, בעמ' 259-260.

⁷ ע"א 456/01 כץ נ' עמותת אלכסנדרוני, תק-על 2001(2) 920 (2001).

⁸ להשוואה ראו הצעת חוק השיפוט הצבאי, התשי"ד-1954, לעיל ה"ש 5, אל מול הצעת חוק השיפוט הצבאי, התש"ט-1949, שבאה בחלקה, ככל הנראה, בעקבות ניסוחים של "הוועדה המשפטית". ראו צבי ענבר "הוועדה המשפטית" **משפט וצבא** 6, 75 (1986); כן ראו צבי ענבר "הצעת חוק השיפוט הצבאי, התש"ט-1949" **משפט וצבא** 8, 127 (1988). ענבר סבור שלא פרשת טוביאנסקי היא שהיתה העילה למעבר לדגם של משפט צבאי בריטי, אלא עמדתו של הפרקליט הצבאי הראשון, אהרן חטר ישי (צבי ענבר **מאזניים וחרב: יסודות המשפט הצבאי בישראל** 119 (2005) (להלן: "מאזניים וחרב")); אין חולק, שלפרשה היתה השפעה על ביטול עונש המוות בישראל ועל אי הקמתם של בתי דין שדה בצבא כעניין סדיר (ענבר **מאזניים וחרב**, בעמ' 433).

ב. על כתיבת ההיסטוריה של המשפט בישראל

ההיסטוריה של המשפט בישראל היא תחום אקדמי שהחל מתפתח כדבעי בישראל רק בעשור האחרון לערך, ואולי מעט לפני כן.

היסטוריה של המשפט לוותה את המשפט האמריקני ואת המשפט האנגלי תקופה ארוכה. עם זאת, כתיבה היסטורית בסגנון הביקורתי – המתעניינת לא במה שנראה שהמשפט עושה או במה שמוצג על ידי המשפט וסוכניו (ובראשם – השופטים ועורכי הדין) או כמה שהמשפט עושה, או בניתוח שמרני או מסורתי של ההיסטוריה של הפסיקה ושל החקיקה, אלא בניתוח הרקע הממשי והמהותי שמאחורי העשייה המשפטית, כמו הגישה הרואה בגורמים כלכליים את עיקר ההשפעה על התפתחות המשפט⁹ – היתה לעניין נפוץ בארצות הברית רק במחצית השנייה של המאה העשרים.¹⁰

בעשור האחרון, ואולי מעט לפני כן, החלו השפעותיהן של הגישות החדשות להיסטוריה של המשפט להתבסס גם במחקר המשפטי בישראל, בין בכתיבתו של פרופ' מנחם מאוטנר¹¹ מהפקולטה למשפטים של אוניברסיטת תל אביב, ובין בכתיבתם ובמחקריהם של אחרים, ובהם פרופ' רונן שמיר, פרופ' לאון שלף ז"ל, פרופ' יורם שחר, פרופ' אסף לחובסקי, ד"ר ליאורה בילסקי, ד"ר גיא זיידמן ואחרים.¹²

חלק מן המחקר והכתיבה נעשה במתכונת השמרנית; חלקם האחר, "הנשכני" מעט יותר, אם ירצה הקורא, מיישם בישראל את שיטות המחקר והכתיבה של

⁹ לדובר מובהק של הגישה: M. J. HORWITZ, *THE TRANSFORMATION OF AMERICAN LAW 1780 - 1860* (1977); M. J. HORWITZ, *THE TRANSFORMATION OF AMERICAN LAW 1870 - 1960: THE CRISIS OF LEGAL ORTHODOXY* (1992).

¹⁰ ראו ל' מ' פרידמן "ההיסטוריה המשפטית האמריקנית: עבר והווה" **משפט והיסטוריה** 13 (דניאל גוטוין ומנחם מאוטנר עורכים, 1999).

¹¹ כסנונית חשובה ראשונה ניתן להצביע כמובן על ספרו הידוע של פרופ' מנחם מאוטנר: **ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי** (1993).

¹² לרשימה מלאה יותר ראו אסף לחובסקי, אלכסנדר קדר, "בין משפט להיסטוריה: על ההיסטוריוגרפיה של המשפט הישראלי" **עיוני משפט** כו 351, 365 (2003).

ג. המשפט הצבאי הישראלי

חרף ההתפתחות הרבה של המחקר והכתיבה בנושא ההיסטוריה של המשפט בישראל, כמעט שאין מחקר וכתיבה על ההיסטוריה של מערכת המשפט ושל המשפט הצבאי הישראלי.¹⁴ אפילו החלק ההיסטורי באתר הפרקליטות הצבאית ברשת האינטרנט הוא דל באופן מצער, וגם הוא, אם יותר לי לנחש, מסתמך בעיקר על כתיבתו של צבי ענבר.¹⁵

בעניין זה, צבי ענבר הוא מזה עשרים שנה ויותר בבחינת חריג המעיד על הכלל. צבי ענבר שייך לדור אחר, מאלה שלעתים אומרים עליו שהוא "מלח הארץ" ומוסיפים גם כי "כבר לא מייצרים כאלה": ממלכתי, ענייני, איש השירות הציבורי בכל רמ"ח אבריו, גם לאחר שפרש ממנו בתום כהונתו האחרונה – היועץ המשפטי לכנסת ישראל.

ענבר, יליד ישראל, 1935, התגייס לצה"ל בשנת 1952 ושירת בתפקידים שונים במסגרת הממשל הצבאי, עד שהגיע לשרת בפרקליטות הצבאית בסוף שנת 1965. את מלחמת ששת הימים ולאחריה עבר ענבר כיועץ משפטי למפקד כוחות צה"ל ברצועת עזה ובצפון סיני, ולאחר מכן כיהן כפרקליט פיקוד המרכז. בשנת 1973 החליף את אל"ם צבי הדר ז"ל כפרקליט צבאי ראשי, ובמהלך כהונתו הועלה לדרגת תא"ל והיה לפרקליט הצבאי הראשי הראשון בדרגה זו (נשיא בית המשפט העליון

¹³ למשפט, להיסטוריה ולמתודולוגיה של המחקר המשותף לשתי הדיסציפלינות, ראו דניאל גוטווין ומנחם מאוטנר "משפט והיסטוריה: מחקר, פוליטיקה ותרבות" **משפט והיסטוריה** 7 (דניאל גוטווין ומנחם מאוטנר עורכים, 1999); להיסטוריה של המשפט הישראלי ראו אסף לחובסקי 'בין מנדט' למדינה': על חלוקת ההיסטוריה של המשפט הישראלי לתקופות" **משפטים** כט 689 (1998).

¹⁴ אם כי לעתים פרשיות בעלות חשיפה והיבטים רחבים מולידות גם כתיבה היסטורית בחלקה: אורי שוהם "הפצ"ר והיועץ המשפטי לממשלה – בין פרשת שדיאל לבג"ץ אביבית עטיה", **משפט וצבא** 16, 203 (2002); כחריג לכלל ראו גם: ענת שטרן "בין מיליציה לצבא סדיר: התקנונים המשפטיים של ארגון ה'הגנה'" **יהודים וערבים במאבק על ארץ ישראל** 13 (2006); ענת שטרן "אזרחים ומערכת השיפוט הצבאית במלחמת העצמאות", הוצג בכנס של יד בן צבי באוניברסיטת תל אביב ביום 21.11.2006 (לא פורסם).

¹⁵ ראו: www.aka.idf.il/patzar/klali/default.asp?catId=48033&docId=

בכהונת הפרקליט הצבאי הראשי שימש ענבר עד לשנת 1979. לאחר מכן פרש לגמלאות מצה"ל, וכעבור פרק זמן קצר מונה לכהונת היועץ המשפטי לכנסת, תפקיד בו כיהן עד שפרש שוב לגמלאות בשנת 2001.

צבי ענבר היה יוזמו של המדור "רבותי ההיסטוריה" בכתב העת "משפט וצבא", מדור בו פורסמו בשנים הראשונות לקיומו של כתב העת מסמכים מתקופת ראשית פעילותה של המערכת המשפטית הצבאית,¹⁶ ומאוחר יותר הפך למדור של מאמרים היסטוריים משפטיים פרי עטו של צ' ענבר.¹⁷

מחקרו של ענבר על אודות ההיסטוריה של המשפט הצבאי ומערכת המשפט הצבאית, מאחר שהתפרש על פני יותר משני עשורים, החל תחילה לראות אור פרקים פרקים בדמות מאמרים שונים שהתפרסמו בעיקר בכתב העת **משפט וצבא**.¹⁸

מרבית המאמרים זכו להתפרסם, במידת עדכון כזו או אחרת, כפרקים בספרו החדש של ענבר, עליו נסובה רשימה קצרה זו: "מאזניים וחרב: יסודות המשפט הצבאי בישראל".¹⁹

¹⁶ ראו "רבותי ההיסטוריה" **משפט וצבא** 3, 71 (1985); "רבותי ההיסטוריה" **משפט וצבא** 4, 101 (1985); "רבותי ההיסטוריה" **משפט וצבא** 5, 96 (1986).

¹⁷ ראו להלן. לבד מהרשימות העוסקות בהיסטוריה הרחוקה של השיפוט הצבאי, פרסם ענבר גם רשימות הנוגעות להיסטוריה של השיפוט הצבאי בשטחים המוחזקים: צבי ענבר "הערה לעניין הבסיס הסטטוטורי להטלת עונש מוות באזורים המוחזקים בידי ישראל" **משפט וצבא** 11-12, 191 (1991); צבי ענבר "הפרקליטות הצבאית והשטחים המוחזקים" **משפט וצבא** 16, 149 (2002); כמו כן פרסם ענבר, בהוצאת מפקדת פרקליט צבאי ראשי, סקירה משפטית (בהיקף נרחב של 65 עמודים) על "הממשל המצרי ברצועת עזה 1948 – 1967".

¹⁸ צבי ענבר "הועדה המשפטית", **משפט וצבא** 6, 75 (1986); צבי ענבר "הפרקליט הצבאי הראשי – מעמדו וסמכויותיו" **הפרקליט גליון מיוחד לכבוד 25 שנים ללשכת עורכי הדין** 108 (1986); צבי ענבר "הצעת חוק השיפוט הצבאי, התש"ט-1949", לעיל ה"ש 8; צבי ענבר "חייל מגיד אמת" **משפט וצבא** 10, 131 (1989); צבי ענבר "התקנון לברורים מיוחדים" **משפט וצבא** 15, 355 (2001); "מושב שני: התפתחות חוק השיפוט הצבאי" **משפט וצבא** 14, 53 (2000) (מתוך כנס בנושא חמישים שנה למשפט הצבאי, כפי שפורסם בכתב העת "משפט וצבא" – ומובן שבאותו כנס ובאותם עניינים לא נפקד מקומו של צבי ענבר; צבי ענבר "חוקת השיפוט של בסיס עליה מס' 1 (מרסיל)" **משפט וצבא** 14, 333 (2000); צבי ענבר "ערעור על פי הוראת ראש המחוז השיפוטי" **משפט וצבא** 16, 705 (2003); צבי ענבר "אל"ם (דימ') אהרן חטר ישי 1905 – 2003" **משפט וצבא** 17, 1 (2004); צבי ענבר "תקנונים משפטיים ב'הגנה" **עלי זית וחרב: מקורות ומחקרים בגנזי "ההגנה"** 207 (גרשון ריבלין עורך, 1990).

¹⁹ **מאזניים וחרב**, לעיל ה"ש 8; לביקורת ספרים על הספר שכבר הספיק להתפרסם ראו גבריאל שטרסמן, "פרשיות משפטיות שהסעירו את חיינו" **כיוונים** 14, 257 (2006); משה גורלי "סרבנות נוסח תש"ח" **מעריב-מוסף שבת** 14.10.05; קובי סגל "אין חדש תחת השמש" **עורך הדין** (2006); יהודית קורן "חיפה וראשית המשפט הצבאי" **דין ואומר** 15 (2006); כמו כן הוקדשה לספר כתבה בשידורי "קול ישראל", בתוכנית "דין ודברים", תכניתו של משה נגבי.

ד. "מאזניים וחרב"

"מאזניים וחרב" הם תמציתו של המשפט הצבאי, ותמיד היו כאלה. סמלה של הפרקליטות הצבאית ותג היחידה שלה הוא של מאזני צדק מאוזנות על חרב, וגם סמליהן של יחידות בתי המשפט הצבאיים בצה"ל משלבים יסודות דומים. ספרו של צבי ענבר הוא, מבחינת התפרשותו בזמן, ספר הנוגע לתקופה שבראשית המשפט הצבאי בישראל, תקופת מלחמת העצמאות. זוהי התקופה המעצבת (הפורמטיווית) של מערכת משפט זו, בה החלה נגמלת מיניקתה ממערכת המשפט ששררה בתקופת "היישוב" ובתקופת "ההגנה", והחלה מעבדת לעצמה דרך עצמאית משלה, יחד עם שיטת המשפט הישראלית כולה. מחקרו של ענבר, אשר ארך על פי עדותו 23 שנה, משנת 1982 ועד שפורסם בשנת 2005, הוא כתמציתו של מחברו – ממלכתי וענייני, בלתי מתפשר במידה, אך עדיין חושף את האמת המלאה בביקורתיות, גם כשזו אינה נעימה לעין או לאוזן. במישור המתודולוגי הדיסציפלינרי, המחקר משתייך ללא ספק לתחום ההיסטוריה של המשפט המובאת בגישה שמרנית ודוקטרינרית, אך ענבר מראה כי גם מתוך גישה זו ניתן להציג מחקר היסטורי מרתק וביקורתי. יתרונו הגדול של המחקר הוא בכך שענבר נהנה מגישה בלתי מסויגת למקורות ראשוניים, והתאפשר לו לעיין בלא מגבלה בכל החומר שביקש והמצוי בארכיון צה"ל ומערכת הביטחון. העיון בחומר כלל דינים וחשבונות, התכתבויות, הנחיות, וכמובן תיקים משפטיים – תיקי חקירה ותיקים משפטיים, כולם מקוריים. זה המקום לציין – אגב ביקורת – כי מטעמים בטחוניים לא הותר לפרסום מלוא מחקרו של ענבר. המחקר המלא מצוי רק בחטיבת תורה והדרכה בצה"ל ובפרקליטות הצבאית, ותפוצתו מוגבלת גם שם. עם זאת, מאחר שרק כמה אירועים בודדים לא הותרו לפרסום, איני סבור כי יש בכך כדי להשליך על איכות המחקר או על חשיבותו לקורא, יהא זה המשפטן או איש הצבא, ובספר יש ערך ועניין רב לשניהם. המחקר המלא כולל גם את פרטי כל המשפטים שנערכו בבתי הדין הצבאיים, שאותם עלה בידי ענבר לאתר, ואשר מובאים בספר עצמו באופן מדגמי בלבד.

ענבר גם ריאיינן במהלך מחקרו עשרות אישים²⁰ שהיו מעורבים בעבודה וביצירה המשפטית בתקופה המעצבת, אשר ספרו נסב, כאמור, על חלקה. גם במובן זה מחקרו, על אף שהריאיונות נערכו זמן רב יחסית לאחר האירועים, הוא בעל חשיבות מכוננת, קל וחומר מאחר שחלק מן המרואיינים כבר נפטרו, וריאיונותיו של ענבר הם המקור היחיד לזכרונותיהם.

את העבודה על המחקר ערך ענבר בעצמו, חלקו במסגרת שירות מילואים בפרקליטות הצבאית וחלקו בזמנו הפנוי. למעט בשנים הראשונות, בהן השתתף עו"ד חנן מלצר בחלק מהריאיונות, הוטל עול המחקר כולו על ענבר לבדו.

מבחינה זו, אין ספק שהספר הוא מפעל ענקים ראוי לציון. הוא מרשים בכל קנה מידה, הן מבחינת היקפו והן מבחינת התמדתו של ענבר בטיפול בכל הנושאים והסוגיות במסגרת שהתוותה למחקר, ראשון – ראשון, ואחרון – אחרון. ספרו של ענבר מתחלק, לטעמי, לשני חלקים עיקריים, שאינם רצופים, אלא משובצים בספר, זעיר פה – זעיר שם.

החלק הראשון הוא החלק העוסק בטיפולו של המנגנון המשפטי לענפיו ולמחלקותיו בעניינים המשפטיים בהם נדרש לטפל או שבהם יזם את הטיפול. חלק ניכר מחלק זה של המחקר עוסק בעבודתם של התובעים הכלליים (תוכ"לים) של החטיבות הלוחמות²¹ ושל השירותים השונים במהלך מלחמת העצמאות.

חלק זה של מחקרו של ענבר מעניין ביותר גם בהיבט ההיסטורי הלא משפטי של המלחמה, שכן באופן טבעי נזקק המשפט לטפל בעיקר בהתנהגויות החריגות, ובהן חריגות במהלך לחימה. עם זאת, יש לזכור, כי חלק מן החריגות לא טופל כלל או שלא הושלם הטיפול בהן, בשל החנינה הכללית שהוענקה לאחר תום המלחמה בשנת 1949.²²

בחלק זה, מצליח ענבר להמחיש כי הרקע ההיסטורי של המערכת הצבאית והחוק הצבאי הם בעלי ערך רב, והם מראים לנו, לעתים, כפי שהראה ענבר, כיצד

²⁰ 73, ליתר דיוק: ראו מאזניים וחרב, לעיל ה"ש 8, בעמ' 1043; חלק ניכר מן המרואיינים רואיניו יותר מפעם אחת; הריאיונות ברובם נערכו בשנים 1982-1987, ומיעוטם בשנים שלאחר מכן, עד שנת 1990.

²¹ מאוחר יותר שונתה פרישתם של המחוזות השיפוטיים בצה"ל מחטיבות לחיזיתות: מאזניים וחרב, לעיל ה"ש 8, בעמ' 907.

²² ראו, למשל, פרשת דוימה, מאזניים וחרב, לעיל ה"ש 8, בעמ' 1001-1004.

23 כך ניתן להיווכח גם מעיון בנושאי הטיפול הכלליים במטה השירות המשפטי, אשר כללו – כבר בשנת 1948 – סוגיות, כגון המעצרים המינהליים, 24 סרבנות שירות מטעמי מצפון, 25 שבועת האמונים לצה"ל 26, ועוד כהנה וכהנה.

בכל העניינים האלה מביא לנו ענבר במחקרו מידע ראשוני המבוסס על מקורות ראשוניים, שאותם איתר בעבודת נמלים בארכיון צה"ל, וכולל את ההליך הפלילי המשפטי הראשון בעניינם של סרבני מצפון (שני הסרבנים, אחים, הורשעו), ואת כינונה של ועדה מיוחדת לדיון בעניינם של סרבני מצפון 27, עניין שצה"ל שב וחיידש באמצע שנות התשעים (!). 28

גם הטיפול בענייניהם המשפטיים הדוחקים של המגויסים השוהים בחזיתות נולד לראשונה במהלך מלחמת הקוממיות במסגרת השירות המשפטי, 29 כאשר הוקמה המחלקה לעזרה משפטית למגויס ולמשפחתו, מחלקה שנתגלגלה שוב ושוב והמוכרת לנו כיום כמערך הסעד המשפטי בחירום הפועל בפרקליטות הצבאית במסגרת קציני הערים.

עיון בספרו של ענבר מעלה, כי גם באשר למנגנון השירות המשפטי (שהיה לאחר מכן לפרקליטות הצבאית) מה שהיה הוא שהוזה והוא שיהיה. מחלוקות וטענות בדבר מינויים, תקנים, כלי רכב, כוח אדם, ושאר אמצעים הדרושים לעבודה השוטפת או לתנאי השירות הנלווים, לא היו שונים בשנת 1948 מאלה של שנות

23 ענבר "ערעור על פי הוראת ראש המחוז השיפוטי", לעיל ה"ש 17.

24 מאזניים וחרב, לעיל ה"ש 8, בעמ' 391.

25 מאזניים וחרב, לעיל ה"ש 8, בעמ' 380.

26 מאזניים וחרב, לעיל ה"ש 8, בעמ' 378.

27 מאזניים וחרב, לעיל ה"ש 8, בעמ' 380-383.

28 ראו בג"ץ 4062/95 אפשטיין נ' שר הבטחון, תק-על 95 (2) 479 (1995); דנג"ץ 5008/95 אפשטיין נ' שר הבטחון, (לא פורסם); בג"ץ 6890/95 אפשטיין נ' שר הבטחון (לא פורסם); בג"ץ 2700/96 ברנובסקי נ' שר הבטחון, תק-על 96 (2) 76 (1996).

29 מאזניים וחרב, לעיל ה"ש 8, בעמ' 209-214.

מעניין לא פחות לציין, כי ויכוחים וחיכוכים על תפקידם, מעמדם ועצמאותם של הסניגורים הצבאיים נתגלעו כבר בשנת 1948.³⁰ הם חזרו על עצמם באמצע שנות התשעים של המאה העשרים, כאשר סדרת חיכוכים חמורה ביותר בין סניגורים צבאיים לבין הפרקליט הצבאי הראשי (שהתלהטה בעקבות מספר עתירות לבית המשפט הגבוה לצדק שהגישו סניגורים צבאיים נגד הפרקליט הצבאי הראשי) הסתיימה רק לאחר ששני סניגורים צבאיים נעצרו והואשמו בפלילים בחשיפת מידע סודי – פרטיו של סוכן מדיח של המשטרה הצבאית. סניגור אחר הועמד לדין משמעתי בפני ראש אגף כוח אדם בגין התנהגות שאינה הולמת – דברים חריפים שהוטחו על ידו, בשיחה טלפונית, בפרקליט הצבאי הראשי. פרשת הסניגוריה של שנות התשעים באה לרגיעה רק בעקבות דין וחשבון שהגיש צוות של שני משפטנים בכירים יוצאי הפרקליטות הצבאית, בראשותו של מי אם לא ענבר עצמו (בהשתתפותו של אל"ם (מיל') יצחק אקסל ז"ל), אשר בחן גם את הרקע ההיסטורי לפעילותה של הסניגוריה הצבאית ומעמדה.³¹

החלק השני, המעניין יותר, של הספר, עוסק בפרשיות שונות, אשר חלקן נחשף כבר בעבר וחלקן נחשף לראשונה בספרו של ענבר; בזכות מחקרו של ענבר אנו זוכים לעיין בקרביהן הפנימיים של פרשיות אלה, מתוך המערכת ומבטן הליוותן ממש. פרשיות אלה, נוסף כמובן לפרשת טוביאנסקי הידועה ולמשפטו של איסר בארי,³² כוללות, בין היתר, את פרשת הוצאתו להורג של מודיע הש"י עלי קאסם,³³

³⁰ מאזניים וחרב, לעיל ה"ש 8, בעמ' 207.

³¹ הפרקליטות הצבאית הראשית "דין וחשבון צוות הבדיקה לבחינת כפיפותה, מעמדה וסדרי עבודתה של הסניגוריה הצבאית" (הוגש ביום 22.6.1997) (לא פורסם); הדין וחשבון הוגש לראש אגף כוח אדם ולפרקליט הצבאי הראשי, ובעקבותיו ננקטו צעדים שונים לחיזוק מערך הסניגוריה הצבאית ולשמירה על עצמאותה. נספח 3 לדין וחשבון כולל רקע היסטורי, ונספח 4 מפרט את התקריות השונות שהובילו למינוי הצוות.

³² דווקא בגין העונש הסמלי שהוטל עליו בפרשה זו – יום אחד של מאסר – קבל בארי חנינה פרטנית מנשיא המדינה ביום 15.12.1949, בעקבות פניית הרמטכ"ל, יגאל דיין, באמצעות שר הביטחון, בן גוריון: מאזניים וחרב, לעיל ה"ש 8, בעמ' 484.

³³ מאזניים וחרב, לעיל ה"ש 8, בעמ' 494. בפרשת טוביאנסקי היה דוד קרון, לבקשתו של בארי, אחד מן השופטים שגזרו את דינו של טוביאנסקי למוות; בפרשת עלי קאסם היה קרון זה שהוציא את קאסם להורג בהוראתו של בארי. גם בפרשת עלי קאסם הועמד בארי לדין, הורשע רק בעבירה קלה יחסית (גם אז) של חריגה מסמכות, ונידון לעונש של הורדה ממילוי תפקיד בלי הורדה בדרגה (על הטעם

34 ואת פרשת מברקי אבא חושי, אשר הש"י חשד כי מסר לבריטים אודות פעולת חבלה מתוכננת של ההגנה בחיפה; 35 לאחר מכן הועלה חשד נגדי כי המברקים היו מזויפים, כשבסופו של דבר התברר כי אכן המברקים זויפו על ידי איסר בארי ראש הש"י, ובארי, אשר לא הודח בעקבות פרשת טוביאנסקי, הודח וסיים את שירותו בצה"ל, הלכה למעשה, בעקבות פרשיה זו. 36

בעקבות פרשת טוביאנסקי, אגב, הועמד לדין פלילי ראש השירות המשפטי אברהם גורלי (משמעות הדבר בימינו כאילו היה הפרקליט הצבאי הראשי מובא לדין פלילי). 37

ההליך המשפטי נגד גורלי, המובא לפרטי פרטיו המעניינים בספרו של ענבר, נוהל בעבירות הנוגעות להוצאת לשון הרע, לאחר שגורלי התבטא בחריפות בעתונות נגד היועץ המשפטי לממשלה, יעקב שמשון שפירא, אשר ניהל את התביעה במשפטו של איסר בארי בעקבות פרשת טוביאנסקי, ואשר, לדעתו של גורלי, לא גיבה אותו כראוי.

גורלי הורשע בבית המשפט המחוזי וזוכה בערעור בבית המשפט העליון בשנת 1951, זמן רב לאחר שכבר עזב את המערכת המשפטית ואת צה"ל. 38

34 **מאזניים וחרב**, לעיל ה"ש 8, בעמ' 423; אמסטר לא הועמד, בסופו של דבר, לדין, ואף פוצה בשנת 1964 על המעצר ועל כך שחלק מן החפצים שנלקחו ממנו בעת שנעצר לא הוחזר לו.

35 המברקים היו מברקים בריטיים פנימיים, בהם לכאורה נכתב כי מקור המידע בדבר מועד ביצוע הפעולה היה A.H., ולטענת בארי ראשי תיבות אלה היו של אבא חושי.

36 לבארי הוצע להתפטר משירותו הצבאי בעקבות הפרשה, והוא עשה זאת.

37 גורלי, אשר ענבר מקדיש לו מקום רב במחקרו (**מאזניים וחרב**, לעיל ה"ש 8, בעמ' 162-173), לא היה איש קל, ככל הנראה. ואולם, התמונה העולה מספרו של ענבר, לפחות לעניות דעתי, הינה כי עם כל הביקורת שהושמעה לגביו (ואשר ענבר מביאה בהרחבה) נדרש גורלי לתפקד בתנאים בלתי אפשריים כמעט, ועמד במשימה, בסופו של יום, בכבוד.

38 גורלי השתחרר משירותו בצה"ל ביום 6.2.49 (**מאזניים וחרב**, לעיל ה"ש 8, בעמ' 177), לאחר שורה ארוכה של חיכוכים עם בעלי תפקידים שונים במערך המשפטי של צה"ל, מערכת הביטחון ומשרד המשפטים, ובראשם היועץ המשפטי לממשלה, יעקב שמשון שפירא, אשר בחלקה היתה ידו על העליונה ובחלקה על התחתונה, אולם, בסופו של דבר, הביאוהו לסיים את תפקידו. את גורלי החליף סא"ל אהרן חטר ישי, שהיה לאחר מכן לפרקליט הצבאי הראשי הראשון.

ענבר, לאורך כל תיאורן של פרשיות אלה, על אף שרובן הסעיר את הציבור ואת מערכת הביטחון בשעתו (וחלקן גם זמן רב לאחר מכן) נוקט גישה ממלכתית וחסרת פניות, ואינו מביע דעה כמעט על המתואר על ידו. בכך, לדעתי, איבדנו משהו בכתיבתו של ענבר, שכן על סמך אותם מקומות מעטים בהם הוא נותן דרור לדעתו,³⁹ דומה שהיה מעניין ביותר אם היה נותן דרור לעמדתו ולהערותיו לאורך כל הדרך.

הפרק המעניין ביותר בספרו של ענבר הוא, לעניות דעתי, הפרק העוסק בטיפול המשפטי ביוצאי מחתרות האצ"ל והלח"י ולוחמיהן, אשר נדרשו להשתלב בשירות בצה"ל.⁴⁰

הספר עוסק, כמובן, בפרשת "אלטלנה", הרגישה והמסעירה בפרשות של מדינת ישראל הצעירה, ובתקלה המביכה שאירעה כאשר גורלי, בתוקף תפקידו כראש השירות המשפטי, הוציא צו למעצרו של הלל קוק, אחד מראשי הפעילים באצ"ל, צו שבית המשפט פסל אותו כבלתי חוקי בנימוק שגורלי לא היה מוסמך להוציאו. משפט זה היה האבן הראשה ומקור הסכסוך בין גורלי לבין היועץ המשפטי לממשלה שפירא, כאשר גורלי טען, כי היועץ המשפטי לממשלה, עמו התייעץ בעניין הוצאת הצו, אישר את הוצאתו ולאחר מכן הכחיש את אישורו וסירב להגן על הצו בבית המשפט. פרשת "אלטלנה" הובילה לשורה ארוכה של משפטים נגד חיילים שסירבו להשתתף בפעולות למעצרים של האוניה ושל אנשי האצ"ל שעליה. מספרו של ענבר אנו למדים, כי פרשת "אלטלנה" הסתיימה רשמית מבחינה משפטית רק בשנת 1973 (!) כאשר היועץ המשפטי לממשלה, מאיר שמגר, מסר לעו"ד מ' זליגמן, אשר דרש את החזרת תוכנה של קופת הספינה, כי קופת הספינה הורדה ממנה בשעתו, ונמצאה ריקה.⁴¹

³⁹ ראו, למשל, הערתו של ענבר בדבר פסק דינו של בית המשפט המחוזי במשפטו של גורלי בעקבות דבריו על היועץ המשפטי לממשלה שפירט במשפט איסר בארי: **מאזניים וחרב**, לעיל ה"ש 8, בעמ' 172, הערה 346.

⁴⁰ "אצ"ל ולח"י במבחן החוק" – **מאזניים וחרב**, לעיל ה"ש 8, בעמ' 503 ואילך.

⁴¹ **מאזניים וחרב**, לעיל ה"ש 8, בעמ' 515-516.

בחודש ספטמבר 1948 הוכרזו האצ"ל והלח"י כארגוני טרור, ופעיליהם החלו נעצרים, כשלכל עצור ניתנה האפשרות להתגייס לצה"ל ולהשתחרר מן המעצר, אם לא עמדה נגדו האשמה פלילית פרטנית.⁴²

בשלהי 1948 התקיים בעכו משפטם של נתן ילין-מור ומתתיהו שמואלביץ, ממנהיגי הלח"י, אשר הואשמו בנשיאת תפקיד בארגון טרור ובעבירות שונות נוספות בהקשר לפעילותם בלח"י. המשפט התקיים בניצוחו של התובע רס"ן אהרן חטר ישי, ובן גוריון עצמו היה מעורב בהכנות למשפט. עם זאת, כאשר פנה אחד השופטים, נחום שדמי,⁴³ לבן גוריון ערב סיום המשפט, ובקש להתייעץ עמו באשר לתוצאות המשפט, דחה אותו בן גוריון בבזו והטעים בפניו את הצורך בשמירה על עצמאותו השיפוטית של בית הדין הצבאי,⁴⁴ עניין שככל הנראה לא היה ברור די הצורך בתנאי הימים ההם.⁴⁵ ילין-מור ושמואלביץ הורשעו ברוב דעות ונגזרו עליהם עונשי מאסר של שמונה שנים וחמש שנים, בהתאמה, אך בית הדין איפשר להם להימנע ממאסר בתנאים מסוימים. בפועל, לא ריצו הנאשמים עונש מאסר של ממש בשל החנינה הכללית וילין-מור גם בשל היבחרו לכהן בכנסת.⁴⁶

ספרו של ענבר, הכולל גם פירוט של אנשי סגל השירות הצבאי ולאחר מכן הפרקליטות הצבאי, מציג לנו רשימה ארוכה, מפתיעה למי שאינו מכיר את ההיסטוריה של המערכת, של שמנה וסלתה של המערכת המשפטית של מדינת ישראל בעשורים שלאחר מכן.

בין המשפטנים ששירתו במסגרת השירות המשפטי בשנות מלחמת הקוממיות ובשנים הראשונות לקיומה: חיים צדוק (וילקנפלד), שר המשפטים בשנות השבעים,

⁴² מאזניים וחרב, לעיל ה"ש 8, בעמ' 522-524.

⁴³ מאנשי מפא"י הוותיקים והנאמנים ביותר ואביו של אל"ם יששכר שדמי, אשר היה מפקד הגזרה בפרשת **כפר קאסם**, שם התעוררה מחלוקת אם נתן או לא נתן למפקד הגדוד מלינקי את פקודת הירי במפרי עוצר בכל מקרה, גם אם לא ידעו על עצם הטלת העוצר.

⁴⁴ מאזניים וחרב, לעיל ה"ש 8, בעמ' 533.

⁴⁵ חוסר ההפרדה בין הרשויות והעדר ההקפדה על מעמדם של השופטים, ניכר למשל גם בכך שגורלי עצמו עסק בעניין מינויים של השופטים שלאחר מכן הופיעו הוא ופקודיו לפנייהם (ראו **מאזניים וחרב**, לעיל ה"ש 8, בעמ' 269). כל שופטי הערכאה הראשונה היו, אגב, עד לכניסתו לתוקף של חוק השיפוט הצבאי, כפופים פיקודית לפרקליט הצבאי הראשי. כפיפות זו בוטלה לאחר מכן בבתי הדין הצבאיים, אך בבתי המשפט הצבאיים באזור יהודה ושומרון היא המשיכה להתקיים עד לשנת 2004 (!), עת בוטלה ביוזמתם של הפרקליט הצבאי הראשי, אלוף מנחם פינקלשטיין, ונשיא בית המשפט הצבאי לערעורים ביהודה ושומרון אל"ם שאול גורדון.

⁴⁶ מאזניים וחרב, לעיל ה"ש 8, בעמ' 533.

ספרו של ענבר ערוך כדבעי גם במישור עזרי הקריאה (מפתחות, נספחים, תוכן עניינים מפורט ומאיר עיניים בסוף הספר), ועריכתו נעשתה היטב וביד מקצועית, כמו גם ההגהה והעריכה הטכנית; גם מבחינה זו, ראוייה המעטפת לתוכן והוא ראוי לה.

ה. סיכום

ספרו של ענבר הוא ספר ראוי לציון בעמקותו, ביסודיות הרבה שבה טופלו המקורות על ידי ענבר, מן המסד ועד הטפחות, ובחוסר הפניות שלו, מתחילתו ועד סופו.

"מאזניים וחרב" לענבר הוא מסוג הספרים הפותחים מדף חדש בספריות משפטיות, ומקומו כמובן גם בספריות הצבא למיניהן. משפטנים ואנשי צבא ימצאו עניין רב בספר, אם בכלל ואם בחלקים שונים. הספר מציג – מתוך המראה המשפטית – נקודת מבט מעניינת ומרחיבת עין על אודות החיים השוטפים של צה"ל ויחידותיו במהלך מלחמת הקוממיות וסמוך לאחריה.

אמנם, המבט מתוך המראה המשפטית מציג רק חלון מוגבל של החיים ושל הפעילות הצבאית – רק אותם חלקים שהגיעו לכלל טיפול משפטי, בין הליכים משפטיים פליליים ובין ייעוץ משפטי – אך חלקים אלה, מטבע הדברים, הם המעניינים יותר והם העושים את המשפט ואת ההיסטוריה – ואת השילוב ביניהם – לבעלי עניין מיוחד.

מטעם זה אני סבור, כי כל אדם המתעניין בהיסטוריה של מדינת ישראל ושל צה"ל, ימצא עניין רב בספר, בשל הסקירה המקיפה של שורה ארוכה של פרשיות שזכו לטיפול משפטי או לקיומם של הליכים משפטיים שהיה בהם עניין זה.⁴⁷ אין לנו אלא לקוות, כי יהיה מי שיטול ויישא את הלפיד שהדליק ענבר, וימשיך את עבודתו החשובה באשר לתקופות המאוחרות לתקופה הכלולה במחקרו בהיסטוריה של המשפט הצבאי ומערכת המשפט הצבאית בישראל. כך או כך, הספר הוא בגדר קריאה מומלצת.

⁴⁷ בעקבות המחקר הפך ענבר לכתובת לחוקרים ולסטודנטים המבקשים חומר נוסף (אשר מצוי בחלקו במהדורה הצבאית החסויה של המחקר) וכן פרטים על תיקים הכוללים חומר בנושאים אודותם הם כותבים מחקרים, הכל בתיאום עם ארכיון צה"ל, כמובן.

כלל פסילת הראיות שהושגו שלא כדין שנקבע בהלכת יששכרוב - בשורה או אכזבה? דעה והזמנה לדיון נוסף

בועז סנג'רו*

א. מבוא ב. הלכת יששכרוב ופרשנות הדרישה כי הודאה תהיה "חופשית ומרצון" 1. הסכנה של הרשעת חפים מפשע על סמך הודאות שווא וחשיבות הדרישה "חופשית ומרצון" 2. ההלכה שקדמה להלכת יששכרוב באשר לחופשיות ההודאה ורצוניותה 3. אכזבת יששכרוב באשר לחופשיות ההודאה ורצוניותה ג. כלל פסילת הראיות שהושגו שלא כדין ערב הלכת יששכרוב 1. כללי 2. ההלכה שקדמה להלכת יששכרוב באשר לפסילת ראיות 3. פסילת ראיות בארצות הים הרציונלים התומכים בכלל פסילת הראיות שהושגו שלא כדין 5. השפעתו המתבקשת של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ד. אכזבת יששכרוב באשר לכלל פסילה של ראיות שהושגו שלא כדין 1. כללי 2. הרציונל שנבחר על-ידי בית המשפט העליון 3. העדפת "המודל המניעתי" ודחיית "המודל המתקן" 4. כלל הפסילה המסובך והחלש שנקבע בהלכת יששכרוב - היש הצדקה לשיקול הדעת הרחב? 5. שיקול הקלות שבה ניתן היה להשיג את הראיה באופן חוקי מול השיקול אם הראיה היתה מתגלית או מושגת גם ללא אמצעי החקירה הבלתי-חוקי - השלמה או סתירה? 6. ההבחנה שבין ראיות חפציות לבין ראיות מילוליות והנסיגה אל ההסתפקות באמינות הראיה 7. שיקול הנזק לחברה מפסילת הראיה כפונקציה של חומרת העבירה 8. שיקול קיומן או היעדרן של ראיות נוספות שניתן לבסס עליהן הרשעה 9. החללים שפסק הדין אינו עוסק בהם - יחסי הכוחות שבין התביעה לבין ההגנה (א). מי זכאי לבקש פסילת ראיה שהושגה שלא כדין? (ב). על מי מוטל נטל ההוכחה? ה. אחרית דבר - האם הפסילה של ראיות שהושגו שלא כדין היא הכלל או שמא חריג שבחריגים?

* ראש החטיבה למשפט פלילי וקרימינולוגיה במכללה האקדמית למשפטים (רמת-גן). תודתי נתונה לד"ר רינת קיטאי סנג'רו על הערותיה לטיוטת המאמר.

א. מבוא

הקהילה המשפטית הישראלית, או, לפחות, חבריה העוסקים במשפט הפלילי, המתינו קרוב לעשור להלכת **יששכרוב**,¹ מאז הוגש ערעורו בשנת 1998 ועד למתן פסק הדין בשנת 2006. הן ההרכב המורחב באופן מיוחד של בית המשפט העליון – לא פחות מתשעה שופטים – והן העובדה שזהו הדיון המעמיק הראשון של בית המשפט העליון בכלל הפסילה של ראיות שהושגו שלא כדין לאחר ולאור חקיקת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו,² יצרו ציפייה רבה לבשורה של ממש. על-פי המילון, "בשורה" היא: "שמועה, חדשה, ידיעה (על-פי הרוב לטובה)".³ רק על-פי הרוב לטובה. כך שייתכן שהלכת **יששכרוב** היא אמנם בשורה, אך – כפי שאנסה לשכנע בהמשך – אכזבה. מדוע בוששה הלכת **יששכרוב** להגיע משך קרוב לעשור? ההסבר המובא בפסק-הדין, תחת הכותרת "התמשכות ההליך", הוא כדלקמן:

"נוכח החשיבות המשפטית, הציבורית והחברתית של הסוגיות המונחות לפתחנו ובהתחשב במגוון ההסדרים הנוהגים בהקשר הנדון במדינות אחרות, ראינו להמתין עם מתן הכרעתנו, שמא יימצא לשאלות אלה מענה בחקיקתה של כנסת ישראל. משלא בשלו הצעות-החוק האמורות לכדי חקיקה מאז הגשת הערעור ועד היום, אין מנוס מדיון בטענות הצדדים והכרעה בהן".⁴

איני מציע לפרש דברים אלה כעצלות. אני מדגיש את המילים "אין מנוס", ומציע את המחשבה שהשופטים לא ממש התלהבו לזכותנו בכלל של פסילת ראיות שהושגו באמצעים לא חוקיים. סמוך לאחר חקיקתו של חוק-יסוד: כבוד האדם

1 ע"פ 5121/91 טור' (מיל') **יששכרוב נ' התובע הצבאי הראשי** (טרם פורסם; ניתן ביום 4.5.06) (להלן: "פסק הדין").

2 חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ס"ח התשנ"ב 150.

3 אברהם אבן שושן **המילון החדש** 146 (התשמ"ח).

4 פסק הדין, פסקה 13.

פסק הדין מתייחס לשני נושאים עיקריים: האחד – מבחן חופשיות ורצוניות ההודאה, הקבוע בסעיף 12 לפקודת הראיות;⁵ והשני – כלל פסילה כללי של ראיות שהושגו באמצעים בלתי חוקיים. באשר לראשון – נושא ההודאות – איני מוצא בפסק הדין בשורה טובה כלשהי. יתירה מזו: במובן מסוים – כפי שאראה בהמשך – ייתכן שיש בפסק הדין דווקא נסיגה למצב פחות טוב משהיה לנו לפניו. אשר לנושא השני – כלל הפסילה הכללי של ראיות שהושגו שלא כדין – לכאורה התקדמנו מעט. הרי לפני הלכת **יששכרוב** לא היה לנו כלל פסילה. אך יש לזכור, כי אין אנו חיים בריק. פסק הדין **יששכרוב** ניתן י"ד שנים לאחר מה שנקרא "המהפכה החוקתית";⁶ לאחר חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו; לאחר שפורסמו מאמרים משפטיים שבהם לא רק אנשי אקדמיה אלא אף שופטים הביעו דעתם כי הגיעה העת לזכות גם את המשפט הישראלי בכלל של פסילת ראיות;⁷ קרוב ל-100 שנים לאחר שנקבע כלל של פסילה במשפט האמריקני⁷ וכשני עשורים לאחר שבשיטות משפט אירופיות רבות נקבעו כללים של פסילת ראיות;⁸ ונבחנה בו השפעת התפתחויות אלו בכלל, והשפעת חוק היסוד בפרט, על דיני הראיות בישראל. אם כך, שינוי כלשהו היה בעצם מחויב המציאות בבית-משפט המצהיר על מהפכה חוקתית, וזוהי אולי המשמעות האמיתית שיש ליתן למילים "אין מנוס". בהנחה ששינוי מסוים היה הכרחי, אזי השינוי שמוצע לנו בהלכת **יששכרוב** הוא המועט ביותר שניתן היה לחשוב עליו, על הגבול של "מס שפתיים" בלבד. כפי

⁵ פקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א-1971.

⁶ ראו המקורות הנזכרים להלן בפרק ג(5), ה"ש 90-96.

⁷ באופן מצומצם נקבע הכלל כבר בפסק הדין *Weeks v. United States*, 232 U.S. 383 (1914).

באופן רחב יותר – כמחייב את כלל המדינות – נקבע הכלל בפסק הדין *Mapp v. Ohio*, 367 U.S. 643 (1961).

⁸ כללים אלה יפורטו מעט בפרק ג(3) שלהלן.

בטרם נפנה לדין המפורט בהלכת **יששכרוב**, להלן העובדות הבסיסיות של המקרה, כפי שפורטו בהחלטתו של בית הדין הצבאי לערעורים; ההחלטה, שערעור עליה הוגש לבית המשפט העליון:¹⁰

"ביום 17.12.96, סמוך לחצות, נקלט הנאשם, טור' רפאל יששכרוב, בבס"כ 396 (כלא 6). במהלך קליטתו התבקש להתפשט, ואז נפל מתחתונו דבר מה, עטוף בנייר, שנחשד כסם. תחילה ניסה הנאשם להסתיר את החפץ מתחת לרגלו, אך לאחר מכן אמר דברים ברוח: 'זה גראס, אני יכול להסביר'... ביום 18.12 בשעה 16:40, הגיע רב"ט אופיר [חוקר מהמשטרה הצבאית החוקרת, ב' ס' לכלא 6 על מנת לחקור את האירוע ולגבות אמרה מהנאשם... בשעה 16:45 החל רב"ט אופיר בחקירת הנאשם. ולאחר כעשרים דקות החל ברישום אמרתו, אשר הוצגה לעיונו, ובה הודה הנאשם בשימוש בגראס בעשר הזדמנויות, כמיוחס לו בשלושת פרטי האישום הראשונים שבכתב האישום.

⁹ על הסכנה שבהתבססות על ראיה יחידה – אפילו ראיה חזקה ואמינה כהשוואת ד.ג.א. או השוואת טביעת אצבעות, ובוודאי ראיות בעייתיות כגון הודאה ועדות ראיה – ראו Boaz Sangero & Mordechai Halpert, *Why a Conviction Should not be Based on a Single Piece of Evidence: A Proposal for Reform in Evidence Law*, (forthcoming, JURIMETRICS: the Journal of Law, Science, and Technology).

¹⁰ ע/139/97 **התובע הצבאי הראשי נ' טור' יששכרוב** (13.5.98), פסקה 2 לפסק הדין. עובדות המקרה מצוטטות שם מהחלטתה של הערכאה הצבאית הראשונה.

בשעה 17:30 יצא רב"ט אופיר מהחדר – טרם השלמת גביית האמרה – ושוחח בטלפון עם מפקד בסיס מצ"ח חיפה, שהורה לו לעצור את הנאשם. רב"ט אופיר חזר אל הנאשם והמשיך לגבות את אמרתו, בלי להודיעו שהוא עצור, ומבלי להודיעו על זכותו להיוועץ בעורך דין. רב"ט אופיר סיים לגבות את האמרה בשעה 18:27, ורק כרבע שעה לאחר מכן הודיע לנאשם על מעצרו ועל זכות ההיוועצות.

עובדות – רלוונטיות לשיטתו – נוספות שמביא בית המשפט העליון הן: "למחרת, ביום 19.12.06, שוחח המערער בטלפון עם הסנגורית הפיקודית. יום לאחר מכן חקר רב"ט אופיר את המערער בשנית וגבה ממנו אמרה שנייה (ת/5). בפתח גביית האמרה ציין המערער: 'אני לא רוצה להוסיף דבר, אין לי מה להוסיף'. בהמשך האמרה, ענה המערער על שאלות החוקר בנוגע להחזקת הסם שנתפס ברשותו בעת קליטתו בכלא 6." 11

בכתב האישום יוחסו ליששכרוב עבירות של החזקת סם מסוכן ושימוש בסם מסוכן. יששכרוב הודה בבית הדין הצבאי בהחזקה, אך כפר בשימוש. להוכחת השימוש, ביקשה התביעה להשתמש בהודאה הראשונה שמסר. גם התביעה הסכימה, כי בגביית הודאה זו פעל החוקר הצבאי שלא כדין, כשנמנע – במכוון וללא תום-לב על פי קביעת הערכאות השיפוטיות – מלהודיע ליששכרוב על זכותו להיוועץ בעורך-דין. 12 כתוצאה מכך, לא היה יששכרוב מודע לזכותו זו. 13 בכל

11 פסק הדין, פסקה 1.

12 שם, פסקאות 2, 19.

13 שם, פסקה 19.

14 בית הדין הצבאי לערעורים קבע, כי כלל של פסילת ראיות אינו קיים במשפטנו, ולפיכך קיבל את ערעור המדינה והרשיע את יששכרוב גם בשימוש בסם מסוכן.¹⁵ בית המשפט העליון קיבל את ערעורו של יששכרוב ופסל את ההודאה בהתבסס על כלל (חלש מאוד) של פסילת ראיות שהושגו שלא-כדין. כפי שניווכח בהמשך, אל מול התמונה המצטיירת לכאורה של תעוזה רבה וחדשנות יצירתית בערכאה הראשונה (בית הדין הצבאי המחוזי); שמרנות – זהירות בערכאה השנייה (בית הדין הצבאי לערעורים); וחדשנות ליברלית בערכאה השלישית (בית המשפט העליון), ניתן להציע תמונה שונה לחלוטין: פסיקה נכונה המתחייבת מחוק היסוד ומרוח הזמן בערכאה הראשונה; שמרנות יתר המוליכה לטעות בערכאה השנייה; ושמרנות מאכזבת ולא די ליברלית באשר לזכויות חשודים ונאשמים גם בעידן של "מהפכה חוקתית" בבית המשפט העליון.

ב. הלכת יששכרוב ופרשנות הדרישה כי הודאה תהיה "חופשית ומרצון"

1. הסכנה של הרשעת חפים מפשע על סמך הודאות שווא וחשיבות הדרישה "חופשית ומרצון"

אין עוול גדול יותר, שגורמת המדינה לפרט, מהרשעתו של חף-מפשע. המפתח לדיון רציני בנושא הוא ההכרה בכך שאנשים מודים הודאות שווא. כיום – בעקבות מהפכת ה-D.N.A ו"פרויקט החפות" בארצות-הברית – לא נותר עוד מקום של כבוד

¹⁴ שם.

¹⁵ שם, פסקה 4.

ועדת גולדברג עמדה על קיומם של שלושה גורמי סיכון עיקריים: מבנה אישיותו של הנחקר; השפעת החקירה והמעצר על הנחקר; לחצים חברתיים.¹⁷ מחקרים שנעשו בנושא מלמדים, כי הסיבות להודאות שווא הן מגוונות מאוד, וכי המציאות עולה על כל דמיון.¹⁸ מחקרים חדשים מלמדים שיש גם הודאות שווא רציונליות לחלוטין, כגון: מצבים שבהם עדיפה הודאה במסגרת עסקת טיעון בעבירה קלה, שלא

¹⁶ לפירוט ראו בועז סנג'ור "ההודאה כבסיס להרשעה – האמנם 'מלכת הראיות' או שמא קיסרית הודאות השווא" **עלי משפט** ד' (התשס"ה) 245, 246-254. וראו BARRY SCHEK, PETER NEUFELD, JIM DWYER, ACTUAL INNOCENCE: FIVE DAYS TO EXECUTION AND OTHER DISPATCHES FROM THE WRONGLY CONVICTED (Doubleday, 2000). בספר זה, שכתבו מייסדי פרויקט החפות, מדווחים ומנותחים למעלה מ-70 הזיכויים הראשונים, שהתרחשו עד לפרסומו בשנת 2000. וראו אתר האינטרנט של פרויקט החפות: www.innocenceproject.org. כן ראו: Keith A. Findley, *Learning from Our Mistakes: A Criminal Justice Commission to Study Wrongful Convictions*, 38 CAL. W. L. REV. 333 (2002); Elizabeth V. Lafollete, *State v. Hunt and Exculpatory DNA Evidence: When is a New Trial Warranted?*, 74 N.C. L. REV. 1295 (1996); David De Foore, *Postconviction DNA Testing: A Cry for Justice from the Wrongly Convicted*, 33 TEX. TECH. L. REV. 491 (2002); Karen Christian, 'And the DNA Shall Set You Free': *Issues Surrounding Postconviction DNA Evidence and the Pursuit of Innocence*, 62 OHIO ST. L.J. 1195 (2001).

¹⁷ דין וחשבון הוועדה לעניין הרשעה על סמך הודאה בלבד ולעניין העילות למשפט חוזר (דצמבר 1994) (להלן – דו"ח ועדת גולדברג) ע' 8 ואילך. למיין אחר – לארבע קטגוריות – ראו סעיף 32 לדו"ח ועדת רונסימן: *The Royal Commission on Criminal Justice, Chairman: Viscount Runciman of Doxford CBE FBA, Report, Presented to Parliament by Command of Her Majesty (July 1993, London)*.

¹⁸ ראו סנג'ור, לעיל ה"ש 16, עמ' 253 – 254. וראו, למשל, Hugo Adam Bedau, Michael L. Radelet, *Miscarriages of Justice in Potentially Capital Cases*, 40 STAN. L. REV. 21 (1987);

Arye Ratner *Convicting the Innocent: When Justice Goes Wrong* (Ph. D. Dissertation, Ohio State University, 1983); Arye Ratner, *Convicted but Innocent: Wrongful Conviction and the Criminal Justice System*, 12 LAW AND HUMAN BEHAVIOUR (1988) וראו גם אריה רטנר "הרשעות שלא בצדק: טעויות במערכת המשפט" **פלילים** ג (התשנ"ג) 262; Richard A. Leo, Richard J. Ofshe, *Criminal law: The Consequences of False Confession: Deprivations of Liberty and Miscarriages of Justice in the Age of Psychological Interrogation*, 88 J. CRIM. L. & CRIMINOLOGY 429 (1998) וראו הפניות למקורות רבים נוספים שם, בהערות 1-4. וראו גם דו"ח ועדת רונסימן, לעיל ה"ש 17.

על רקע זה קשה להפריז בחשיבותה של הדרישה לכך שההודאה תהיה "חופשית ומרצון" כתנאי לקבילותה. אמנם, גם בכך לא די, וכדי לצמצם באופן ממשי את הסכנה הנוראית של הרשעת חפים מפשע על סמך הודאותיהם, יש, לדעתי, לקבוע במשפטנו דרישה של סיוע חזק להודאה – ראייה חיצונית לנאשם, אובייקטיבית, ממשית ומשמעותית.²⁰ אולם, המינימום שניתן לעשות כיום – עוד בטרם יקבע המחוקק את דרישת הסיוע החזק המיוחלת – הוא ליתן תוכן ממשי לדרישת סעיף 12 לפקודת הראיות, כי ההודאה תהיה "חופשית ומרצון" כתנאי לקבילותה. דרישה זו היא חשובה לא רק להבטחת אמיתות ההודאה, אלא אף כדי למנוע את רמיסת כוח רצונו של הנחקר, את זכות השתיקה ואת החיסיון מפני הפללה עצמית גם יחד.²¹

2. ההלכה שקדמה להלכת יששכרוב באשר לחופשיות ההודאה ורצוניתה

סעיף 12 (א) לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א-1971,²² קובע כך:
 "עדות על הודיית הנאשם כי עבר עבירה, תהא קבילה
 רק אם הביא התובע עדות בדבר הנסיבות שבהן ניתנה
 ההודיה ובית המשפט ראה שההודיה הייתה חופשית
 ומרצון" (ההדגשה הוספה – ב' ס').

הביטוי "חופשית ומרצון" אינו קל לפירוש. מחד גיסא, ניתן לומר, שהמודה השפוי תמיד מושפע גם מגורמים חיצוניים, ולפיכך הודאתו אינה חופשית לחלוטין.

¹⁹ ראו, למשל, עמי קובו "הודאת שווא רציונלית" הסניגור 54, 1 (2001).

²⁰ ראו סנג'רו, לעיל ה"ש 16, עמ' 265 – 274; וביתר הרחבה: Boaz Sangero, *Miranda Is Not Enough: A New Justification for Demanding 'Strong Corroboration' to a Confession* (forthcoming, CARDOZO L. REV., 2007).

²¹ סנג'רו, לעיל ה"ש 16, עמ' 262-265.

²² דמ"י נ"ח 18 (התשל"א), עמ' 421.

Miranda, אשר נשללת רק אם קוימו הערובות הפרוצדורליות שנועדו להבטיח את רצוניות ההודאה: על המשטרה להודיע לחשוד אודות זכותו החוקתית שלא להשיב לשאלות חוקריו (זכות השתיקה); על כך שאם ישיב עלולות תשובותיו לשמש ראיה נגדו; ועל זכותו החוקתית להיפגש עם סניגור (פרטי או ממונה) לפני החקירה, ולדרוש את נוכחותו במהלכה. הפרת כלל מכללי Miranda מוליכה לפסילת הודאתו של הנחקר כראיה במשפט.²³ גישה זו אינה מקובלת במשפט הישראלי.

שופטי ישראל נחלקו בדעותיהם בשאלה כיצד יש לפרש את דרישת החוק "חופשית ומרצון", עד כי התפתחו בפסיקת בית המשפט העליון שלוש אסכולות שונות.²⁴ האסכולה הראשונה היא "הגישה החוקתית-חינוכית" (לעתים, מכונה "אסכולת השופט לנדוי") הבאה להגן "על זכותו של האזרח שלא ליפול קורבן למעשי אלימות משטרתית ולפגיעה בכבוד האדם בעת חקירתו".²⁵ לפי גישה זו, אם נקבע, כי האמצעי שאותו נקט החוקר נגד הנחקר הוא פסול, תיפסל ההודאה, ללא צורך בבדיקה אם ההודאה היא אמיתית חרף השימוש באמצעי הפסול.²⁶ האסכולה השנייה היא "גישת המהימנות" (לעתים מכונה "אסכולת השופט חיים כהן"), שלפיה השאלה היחידה והמכרעת היא עובדתית: האם האמצעי הפסול גרם לשבירת כוח רצונו של הנחקר? המחלוקת הרעיונית בין שתי אסכולות אלו היא עד כמה יש להגן

²³ למקורם של הכללים הידועים כהלכת Miranda ראו: *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966). להתפתחות שבאה לאחר מכן ראו רינת קיטאי סנג'ור "שתיקה כהודאה: על התפישה המוטעית של שתיקה בבית משפט כדבר מה נוסף להודאה בחקירה" משפט וצבא יח 31 (תשס"ה).

²⁴ לקיבוץ אסמכתאות בנושא ראו יעקב קדמי על הראיות – הדין בראי הפסיקה כרך א 29 (התשנ"ט). וראו ע"פ 115/82 מועדי נ' מדינת ישראל, פ"ד לח(1) 197 (1984); ע"פ 183/78 אבו מידג'ים נ' מדינת ישראל, פ"ד לד(4) 533 (1980).

²⁵ דברי השופט לנדוי בע"פ 183/78 אבו מידג'ים, שם.

²⁶ לגישה כזו במשפט האמריקני ראו RONALD N. BOYCE, ROLLIN M. PERKINS, CRIMINAL LAW AND PROCEDURE – CASES AND MATERIALS (8th ed., 1999), p. 1360 ff.

בטרם נפנה להלכת **יששכרוב**, חשוב לציין ולהדגיש, כי גם אם הגישה הרווחת יותר בפסיקה היתה גישת הביניים דלעיל, עדיין היה בפסיקה מקום לגישה החוקתית-חינוכית המצדדת בפסילת ראיות שהושגו שלא כדין לשם הרתעת חוקרי המשטרה מלהפר את הדין בלהיטותם להשיג או ליצור ראיות מרשיעות.

3. אכזבת יששכרוב באשר לחופשיות ההודאה ורצוניותה

אפילו השופט חיים כהן, אשר ניצב בראש התומכים בגישת המהימנות דלעיל בפסיקה הישראלית, עמד על החשיבות שבהרתעת חוקרי המשטרה מלנקוט אמצעים פסולים, בכותבו בפסק הדין בפרשת **אבו מדיג'ים** את הדברים המאלפים הבאים:

”אודה כי למקרא ולמשמע הערעור הנוכחי התחלתי לראשונה לפקפק במקצת, שמא הגיע הזמן והמלחמה בפשעי הפושעים צריכה להדחות מפני המלחמה בפשעי שוטרים. שאלתי את עצמי אם על-ידי השימוש השיפוטי אשר אנו השופטים עושים בראיות – ולו גם כשרות מבחינת דיני הראיות – שהושגו על-ידי חוקרים-פושעים, אין אנו עושים עצמנו שותפים לאחר המעשה לפשעיהם: סוף סוף אין החקירה המשטרית כולה אלא הליך הכנה למשפט, ויש בפשעי החקירה כדי להטיל צל כבד על הליכי המשפט הבאים בעקבותיה. אילו ראיתי שהועלנו בתקנתנו, ולו רק במקצת מן המקצת, והחוקרים הפושעים באו על עונשם הראוי להם, ומקרי ההתעללות

²⁷ הגישה השלישית הוצעה על-ידי השופט גולדברג בפסק הדין המנחה בפרשת **מועדי**, לעיל ה"ש 24.

אמנם, מקובל לחשוב ש"מקרי ההתעללות בעצורים" שעליהם דיבר השופט חיים כהן פחתו, ושכיום חוקרי המשטרה אינם נוהגים להכות את הנחקרים כדבר שבשגרה. ברם, ישנן דרכים יעילות מאוד אחרות לרמוס את כוח רצונו של הנחקר, את זכות השתיקה ואת החיסיון מפני הפללה עצמית.²⁹

בעת קביעת דיני הקבילות והמשקל של הודאות, חייבים להביא בחשבון את השפעתם העצומה (והלעתים הרסנית) על אופן החקירה המשטרית. כבר בפסיקה מימי המנדט הבריטי על ארץ ישראל ניתן למצוא אמרה נכונה, שלפיה "פקיד-חקירה טוב, מטרתו צריכה להיות לכנס בזהירות ראיות, ולא לסמוך על הודיה".³⁰ אך המציאות במקומותינו שונה מאוד. כפי שכתב השופט חיים כהן: "למעשה, רובה ככולה של החקירה המשטרית שלאחר תפיסת חשוד מכוונת להביאו לידי הודאה".³¹ ומיד, כשמושגת ההודאה הנכספת, בדרך כלל גם נקטעת החקירה.³²

ההסבר שאני מציע למציאות זו הוא מורכב: ראשית, המשטרה פועלת על-פי תפישה מוטעית של אשמת החשוד: מניחים שהחשוד הוא הוא האשם בעבירה שבוצעה.³³ זאת, בניגוד משווע לחזקת החפות ותוך רמיסתה.³⁴ שנית, ההודאה

²⁸ ע"פ 369/78 אבו מדיג'ם נ' מדינת ישראל, פ"ד לג(3) 376, עמ' 381 (1979).

²⁹ וראו לעניין זה את דעת המיעוט של פרופ' קרמניצר בדו"ח ועדת גולדברג, לעיל ה"ש 17, עמ' 60. וראו אריאל בנדור "גבייה של הודאת נאשם וקבילותה - מטרות, אמצעים, ומה שביניהם" פלילים ה (התשנ"ו) 245. וראו Leo & Ofshe, לעיל ה"ש 18 ("psychological interrogation").

³⁰ פסק הדין המנדטורי נזכר תוך תרגום ממנו בע"פ 20/49 עבדול האדי נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד ג' 13 (1960).

³¹ חיים ה' כהן המשפט 475 (התשנ"ב). גם באנגליה היה המצב דומה בתקופה שלפני דו"ח ועדת Runciman ושינויי החקיקה שנקבעו בעקבותיו - ראו דו"ח ועדת Runciman, לעיל ה"ש 17, עמ' 64.

³² שם, שם.

³³ באשר לקונספציה של אשמת החשוד, שלפיה לחשוד - מעצם היותו חשוד - מגיע עונש כלשהו, שהרי (כביכול) לא ייתכן שחשוד יהיה נקי מכל רבב, ראו תיאורו המרתק של מישל פוקו -

35 **שלישית**, המדד

המרכזי להצלחת המשטרה (וחוששני שגם המדד המרכזי להצלחת התביעה) ולקידום חוקרים (וחוששני שגם לקידום תובעים) עודנו אחוז ההרשעות הגבוה.³⁶ **רביעית**, גביית הודאות היא אמצעי קל זול בהשוואה לדרכי חקירה אלטרנטיביות.³⁷ **חמישית**, שופטי ישראל, שאינם נוהגים לפסול הודאות, בפועל משדרים לחוקרי המשטרה מסר, שלפיו הדרך של התמקדות בחילוץ הודאות מחשודים היא אפשרית. **שישית**, שופטי ישראל מאפשרים (בפועל, גם אם לא במוצהר) למשטרה להשתמש באופן שגרתי לחלוטין במעצר (בתנאים מחפירים³⁸) או באיום בו, כאמצעי לחץ על

MICHEL FOUCAULT, DISCIPLINE AND PUNISH, THE BIRTH OF THE PRISON
(Translated from the French by Alan Sheridan, England, 1977) 42

וראו A.A.S. Zuckerman, *The Protection of the Accused from Miscarriage of Justice*, 31 Is. L. Rev. 590 (1997).

34 ראו רינת קיטאי "חשיבותה של חזקת חפות פוזיטיבית, תפקידה וטיבה בהליכים הקודמים להכרעת הדין בפלילים" **עלי משפט** ג 405 (התשס"ד).

35 בעניין זה חוששני, כי לא התקדמנו הרבה מאז ימי הביניים – ראו פוקו, לעיל ה"ש 33, בעמ' 37 ואילך. לגישה אחרת, הרואה את ההודאה לא כ"מלכת הראיות" אלא כ"קיסרית הרשעות השווא", ראו בועז סנגרו, לעיל ה"ש 16. לגישה קרובה, הרואה את ההודאה כראיה חשודה, באשר נתינתה אינה רציונלית, ראו דברי השופט דליה דורנר בדנ"פ 4342/97 **מדינת ישראל נ' אל עבד**, פ"ד נא(1) 736, עמ' 834 (1998). לצערי, גישות אלו טרם התבססו דיין בפסיקת בית המשפט העליון. וראו גם:

Mandy DeFillipo, *You Have the Right to Better Safeguards: Looking Beyond Miranda in the New Millennium*, 34 J. MARSHALL L. REV. 637, 659, 664, 672-73 (2001); Julia C. Weissman, *Modern Confession Law After Duckworth v. Eagan: What's the Use of Explaining*, 66 IND. L.J. 825, 844 (1991)

36 על-פי נתוני הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה, בשנת 2003 אחוז ה"הרשעות במשפטים פליליים על עבירות רציוניות" היה 99.8% (כן; תשעים ותשעה אחוזים ושמונה עשיריות האחוז) – ראו אתר האינטרנט של הלשכה <http://www1.cbs.gov.il> (טבלה מס' 11.3; נצפתה ביום 27.7.06).

37 זאת, במיוחד כשמסלימים עם שימוש מסוים באמצעי לחץ. להשפעת גורם זה על אופן החקירה בימי הביניים ראו פוקו, לעיל ה"ש 33, עמ' 38 ואילך.

38 חרף חזקת החפות, תנאי המעצר בישראל הם קשים מאוד; גרועים אפילו מתנאי המאסר – ראו, למשל, יצחק ענבר "תנאי המעצר כשיקול במתן החלטת המעצר" **משפט וממשל** ד 729, 730 (התשנ"ח). כך, למשל, כתב לאחרונה השופט שמואל ברוך בגור-דין שנתן:

"בענין התנאים השוררים בתאי המעצר, דומה כי אין מחלוקת עובדתית שהמדובר בתנאים לא אנושיים... ביקרתי בעבר, וגם בתקופה האחרונה, בתאי מעצר בכל מרחב שפלה... הממצאים, בקצירת האומר, הם תנאי צפיפות בלתי אנושיים, שניים, לפעמים שלושה עצורים במיטה אחת, עצורים ישנים על הרצפה, עצורים ישנים על הגג של תא השירותים בפער שבין גג תא השירותים לגג תא המעצר, חלונות חסומים בלא אוורור, העדר כל תשתית סניטציה אלמנטרית, העדר שולחן, האנשים אוכלים מהרצפה... יש נאשמים שישנים בכלוב ללא שירותים וללא כיוור, יש נאשמים שישנים בחדרון שרוחבו עשרות סנטימטרים ספורים שאמור לשמש למפגש נאשמים עם עורכי הדין... בביקורי האחרון בבית

39 חרף ניסיונותיו של המחוקק לצמצם

את כמות המעצרים, בחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים), התשנ"ו-1996, כמות המעצרים עולה משנה וכבר עברה את ה-50,000.⁴⁰ בעוד שעל-פי החוק, מיועד המעצר למקרים מוגדרים, כגון סכנה קיימת של שיבוש מהלכי משפט, הרי שבמציאות הישראלית, להערכתו, נעצרים אנשים כדי ללחוץ עליהם להודות בעבירות המיוחסות להם.⁴¹ **שביעית**, נראה שההודאה עדיין נחשבת כבעלת ערך מעבר לערכה הראייתית: כביכול, בהודאתו, מקבל עליו הנאשם ברוב טכס את כל הליכי החקירה והמשפט בעניינו, מסכים להם, מאשרם ונכנע לחברה המנצחת בדו-קרב עמו.⁴²

חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו אמור היה להביא לשינוי בגישה ובפסיקה, תוך הדגשת זכותו החוקתית של חשוד שלא להפליל עצמו בניגוד לרצונו, והעדפתה על פני הגישה הקודמת שרווחה בפסיקה, שלפיה דרישת החוק "חופשית ומרצון" נועדה אך ורק להבטיח את מהימנות ההודאה.⁴³

כאן יצוין, כי הרציונל של פסילת ההודאה אם לא הייתה חופשית ומרצון לשם הבטחת מהימנותה, נוצר במשפט האנגלי בשל חוסר ביטחון ביכולתם של מושבעים (הדיוטות) להתמודד עם שאלת המהימנות של ההודאה.⁴⁴

³⁹ כאן התקדמנו מעט מאז ימי הביניים, שבהם הלחץ על הנחקרים להודות לא התמצה במעצר, אלא כלל גם עינויים – ראו פוקו, **שם**, עמ' 39 ואילך.

⁴⁰ הדבר משתקף, בין היתר, בדו"חות השנתיים של המשטרה, בדו"חות מבקר המדינה, בדו"חות הסניגוריה הציבורית ובדו"חות האגודה לזכויות האזרח – ראו, למשל, אתר האינטרנט של משטרת ישראל www.police.gov.il/default.asp.

⁴¹ על הקשר בין המעצר לבין גביית הודאה והרשעה, ראו סנג'רו, לעיל ה"ש 16, עמ' 260 ואילך.

⁴² לתיאור מאלף של תפישה כזו שרווחה בימי הביניים ראו פוקו, לעיל ה"ש 33, עמ' 38 ואילך.

⁴³ ראו עמנואל גרוס "כלל פסילה חוקתית – האם יש לו מקום בישראל?" **משפטים** ל 145, 179 (התשנ"ט). דברים ברוח זו מופיעים – ברמה ההצהרתית הכללית – גם בהלכת **יששכרוב** – ראו פסק הדין, פסקה 32. אך כפי שניזכר מיד, הפרשנות שניתנה שם לסעיף 12 אינה מגשימה את ההצהרה.

⁴⁴ ראו מאמרו המאלף של השופט בנימין כהן "סעיף-קטן 12 (א) לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א-1971: אי-קבילות הודיות, בסד הסכנה למהימנות תוכנן" **ספר לנדוי** כרך ב 1033, בעמ' 1035-1036 (התשנ"ה).

נשוב לפסק הדין בפרשת **יששכרוב**. נזכור, כי כלל לפסילת הודאות – בהבדל מכלל פסילה כללי של ראיות שהושגו שלא כדין – היה לנו כבר לפני הלכת **יששכרוב**, בחוק עצמו – סעיף 12 לפקודת הראיות. לפיכך, כאן לא נדרשה יצירתיות שיפוטית גדולה, אלא רק פרשנות טובה של חוק קיים, ברוח חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו וברוח הזמן (שהרי חלפו עברו להם ימי המנדט הבריטי על ארץ ישראל, שבהם נקבעו במשפטנו דינים והלכות רעים ורעות המלווים אותנו עד היום).⁴⁵

והנה, מעבר לדיונים הארוכים ולאמירות היפות על כבוד האדם וחירותו, על אוטונומיית הרצון ועל חופש הבחירה, נקבע בפסק הדין **יששכרוב** כי ההימנעות המכוונת מלהודיע לנחקר על מעצרו ועל זכותו להיוועץ בסניגור, אשר שללה בפועל את זכותו להיוועץ בסניגור, שכן לא היה מודע לזכותו זו, לא פגעה באוטונומיה ובחופש שלו. לשם השוואה: בארצות-הברית הכיר בית המשפט הפדרלי העליון בזכות ההיוועצות כזכות חוקתית הנגזרת הן מזכות הייצוג הקבועה בתיקון השישי לחוקה והן מהחיסיון מפני הפללה עצמית והזכות להליך הוגן הקבועים בתיקון החמישי. לפיכך, פגיעה בזכות ההיוועצות פוסלת הודאה שניתנה בחקירה.⁴⁶

בישראל, בדרך למסקנה דלעיל, קבע בית המשפט העליון שתי קביעות, האחת כללית והשנייה מסוימת למקרה שנדון לפניו. הקביעה הכללית:

“בהתאם ללשונה ולתכליתה של הוראת-סעיף 12 הנ”ל, יש לפסול מכוחה הודאה רק כאשר הפגיעה שלא כדין בזכות השתיקה או בזכות ההיוועצות בעורך-דין יצרה **פגיעה משמעותית וחמורה** באוטונומיית הרצון ובחופש הבחירה של הנאשם במסירת הודאתו” (ההדגשה הוספה – ב’ ס’).⁴⁷

הקביעה המסוימת:

⁴⁵ מקורו של סעיף 12 (א) לפקודת הראיות [נוסח חדש] הוא בפקודת העדות המנדטורית.

⁴⁶ ראו Miranda, לעיל ה”ש 23.

⁴⁷ פסק הדין, פסקה 36.

... בנסיבות המקרה דנן הוכחה פגיעה משמעותית בזכות ההיוועצות של המערער, בין היתר בהתחשב בקביעתו של בית הדין הצבאי לפיה החוקר נמנע במכוון ממתן הודעה כדין בדבר הזכות האמורה. אף-על-פי-כן, לצורך בחינת קבילותה של ההודאה הנדונה על-פי סעיף 12 לפקודת הראיות, השאלה הטעונה הכרעה הינה האם נפגע באופן משמעותי חופש הבחירה של המערער במסירת הודאתו. בעניין זה, יש להביא בחשבון כי בפתח גביית אמרתו, הוזהר המערער בדבר זכותו לשתוק בחקירה... עוד יצוין כי לאחר שהמערער התייעץ עם סניגורית צבאית, הוא בחר להשיב לשאלות החוקר בעת גביית אמרתו השנייה (ת/5). בנסיבות אלה, אין לומר כי אי מתן ההודעה כדין בדבר זכות ההיוועצות הובילה לפגיעה מהותית באוטונומיית הרצון ובחופש הבחירה של המערער במסירת הודאתו הראשונה, באופן המחייב את פסילתה בהתאם לסעיף 12" (ההדגשה במקור – ב' ס').⁴⁸

הקביעה הראשונה – הכללית – היא מאכזבת משום שבהתנותה את פסילת ההודאה בהתאם לסעיף 12 בקיומה של "פגיעה משמעותית וחמורה באוטונומיית הרצון ובחופש הבחירה של הנאשם במסירת הודאתו", היא משדרת לחוקרים כי פגיעה שאינה חמורה היא בהחלט אפשרית ולא תפסול את ההודאה. היא מאכזבת משום שהיא רחוקה מרחק רב מרוחו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. היא מאכזבת משום שעל פני התפישה המקובלת במשפט האמריקני, המכירה נכונה בכך שחקירה בתנאי מעצר פוגעת אינהרנטית באוטונומיית הרצון ובחופש הבחירה, ולפיכך קובעת חזקה, כי הודאה בתנאי מעצר אינה וולונטרית, אלא אם כן קוימו היטב ערובות מסוימות שנועדו לאפשר רצון חופשי;⁴⁹ על פני תפישה וחזקה אלה

⁴⁸ שם, פסקה 37.

⁴⁹ ראו לעיל ה"ש 23, 45 והטקסט המפנה אליהן.

50 אם רוצים לשנות את המציאות, "להועיל בתקנתנו ולו רק במקצת" ולמנוע מצב שבו "השוטרים מצפצפים על הביקורת הנמתחת עליהם מפי השופטים ואינם מקיימים הוראותיהם", יש לפסול הודאה לא רק כאשר ממילא ברור לשופטים שאינה אמיתית – שאז גם אין כל צורך במבחן הקבילות, שהרי ממילא צפוי השופט לייחס להודאה משקל אפסי – אלא אף ובעיקר כשייתכן שההודאה דווקא אמיתית.⁵¹ כאמור, בעבר אמנם התנוודה הפסיקה בין גישות שונות, אך בכל דור ודור (של שופטים) שמור היה מקום של כבוד גם לגישה החינוכית-חוקתית, שלפיה יש מקום לפסול הודאות לשם הרתעת חוקרי המשטרה מפני הפרת החוק בלהט הציד. חוששני כי הלכת **יששכרוב** עלולה לעקור מן הפסיקה הישראלית פרח יפה זה.

הקביעה הכללית שבפסק הדין **יששכרוב** באשר לחופשיותה של הודאה ורצוניותה, היא מאכזבת גם משום שהיא מעניקה שיקול-דעת רחב לשופטים. לשם פסילת הודאה אין די בכך שאין היא "חופשית ומרצון", כמצוות המחוקק בסעיף 12 לפקודת הראיות, אלא נדרש שהפגיעה באוטונומיית הרצון ובחופש הבחירה תהיה גם "משמעותית וחמורה". לא פחות. הדרישה הכמותית ("משמעותית וחמורה") מכרסמת בדרישה האיכותית ("חופשית ומרצון"). שיקול הדעת המוענק כאן לשופטים מתחזק גם לנוכח כלל הפסילה הכללי של ראיות שהושגו שלא כדין, אשר

⁵⁰ ראו לעיל ה"ש 27 והטקסט המפנה אליה.

⁵¹ ברוח זו כתב השופט גינת, בפסק הדין בת"פ 511/97 **מדינת ישראל נ' עודה**, תק-מח 493 (4) 97 (1997), את הדברים היפים הבאים: "המבחן האמיתי של זכויות האדם הינו במקום שבו מבקשים להגן על זכות היסוד דווקא לאור הידיעה שהאמור באימרה עשוי להיות אמיתי". בהמשך נשוב ונידרש לפסיקה יפה אך חריגה זו.

מכאן לקביעה השנייה – המסוימת למקרה **יששכרוב**. כפי שראינו, המהלך שמציע לנו בית המשפט הוא כזה: אמנם "הוכחה פגיעה משמעותית בזכות ההיוועצות של המערער, בין היתר בהתחשב בקביעתו של בית הדין הצבאי לפיה החוקר נמנע **במכוון** ממתן הודעה כדין בדבר הזכות האמורה". אך בכל זאת ניתן להתגבר על הקושי:

"אף-על-פי-כן, לצורך בחינת קבילותה של ההודאה הנדונה על-פי סעיף 12 לפקודת הראיות, השאלה הטעונה הכרעה הינה האם נפגע באופן משמעותי חופש הבחירה של המערער במסירת הודאתו. בעניין זה, יש להביא בחשבון כי בפתח גביית אמרתו, הוזהר המערער בדבר זכותו לשתוק בחקירה... עוד יצוין כי לאחר שהמערער התייעץ עם סניגורית צבאית, הוא בחר להשיב לשאלות החוקר בעת גביית אמרתו השניה (ת/50). בנסיבות אלה, אין לומר כי... פגיעה מהותית..."⁵³

לעג לרש. ראשית, הקביעה, כי הוכחה פגיעה משמעותית בזכות ההיוועצות של המערער, מסויגת משום-מה לנסיבות המיוחדות שבהן הוכח כי החוקר פעל שלא כדין באופן מכוון. נסיבות כאלה הן נדירות מאוד. ספק אם לאחר הלכת **יששכרוב** יימצאו מקרים רבים שבהם יפעלו חוקרים בחוסר תחכום כה גדול עד כי תתאפשר הוכחתה של כוונה.

⁵² סעיף 13 לחוק האזנת סתר, התשל"ט-1979, ס"ח 118; סעיף 32 לחוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981, ס"ח 128. אמנם, בהוראות חוק אלו ניתן שיקול דעת מסוים לבתי המשפט, אך עדיין ההנחה בהן היא של פסילת הראיות שהושגו שלא כדין בהאזנת סתר או תוך פגיעה בפרטיות, ואילו ההימנעות מפסילתן היא חריג שנסבותיו מוגדרות.

⁵³ פסק הדין, פסקה 37.

שנית, נראה, כי בית המשפט מסתפק בהודעה על זכות השתיקה כתחליף להודעה על זכות ההיוועצות. בעניין זה אני מעדיף את הבסיס התיאורטי והמעשי של זכות ההיוועצות המובא בפסק הדין של הערכאה הראשונה – בית הדין הצבאי המחוזי – על פני הגישה, המגמדת בפועל את זכות ההיוועצות, של בית המשפט העליון:

”זכות השתיקה מוכרת מאז ומתמיד, הן במימוש של זכותו הבסיסית של הפרט שלא להפליל עצמו, והן כפן של ‘הרצון החופשי’, הנדרש לשם קבילותה של הודאה. יש קשר בין שני ה‘פנים’ הללו של זכות השתיקה: אם לא הודעה לנחקר זכותו לשתוק ולא להשיב לשאלות החוקר, הרי שלא הועמד, הלכה למעשה, על חלופה חשובה זו, אשר זכותו לבחור בה, כשהוא נחקר כחשוד. בכך נפגעה יכולתו לבחור – מרצונו החופשי – בין מסירת אמרה לבין הימנעות ממסירתה, ואזי הטענה היא, כי לא נתקיים בהודאתו ה‘רצון החופשי’, כנדרש בחוק...”

... זכות ההיוועצות, אשר ניתן לראותה כזכות-בת של זכות השתיקה. זכותו של עצור להיפגש עם עורך-דין זכות יסוד היא לו. זכות זו נגזרת מזכותו של האדם לחירות אישית (ראה סעיף 5 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו); היא ‘אספקט אחר של זכות השתיקה’ (בג”צ 3412/91 סופיאן)⁵⁴ ... עוד נקבע באותו פסק-דין, כי מזכות ההיוועצות נגזרת חובתה של הרשות להודיע לעצור על קיומה...”;

וכן:

⁵⁴ בג”צ 3412/91 סופיאן נ’ מפקד כוחות צה”ל באזור חבל עזה, פ”ד מז(2) 847 (1993).

”מרבית הנחקרים במצ”ח הם חיילים צעירים, ללא עבר פלילי וללא כל ניסיון בעמידה בחקירת משטרה. מבחינה עניינית, הצורך שלהם בייעוץ של עורך-דין, כאשר הם נחקרים כחשודים, קיים ועומד, ללא קשר לעניין המעצר. יישומה של הנחיה זו הלכה למעשה יסייע אף לאיון החשש, פן חוקרי מצ”ח יעשו שימוש לרעה בעיתוי ההודעה על המעצר, על מנת לעכב את ההודעה על זכות ההיוועצות... למותר לאמר, כי אין ערך לזכות ההיוועצות עצמה, ללא הבאתה לידיעת הנחקר” (ההדגשות במקור –

ב' ס' 55.

דברים כדורבנות. חבל רק שאין אלה דבריה של הערכאה העליונה. שלישית, יש לפקפק במבנה הלוגי של הלימוד מהמאוחר על המוקדם: מכך ש”לאחר שהמערער התייעץ עם סניגורית צבאית, הוא בחר להשיב לשאלות החוקר בעת גביית אמרתו השנייה”. זוהי, לדעתי, טעות מצערת, המתעלמת מכך שלאחר ההודאה הראשונה משתנה כל מערכת השיקולים של הנחקר. טעות דומה שניתן למצוא בפסיקה מן העבר: נאשם טוען שהוכה על-ידי חוקריו ולכן הודה, או שהופעלו עליו לחצים אסורים אחרים. השופטים קובעים כי מכיוון שלאחר הודאה ראשונה זו באו הודאות נוספות – שלגביהן אין טענה בדבר לחצים אסורים – ניתן לבסס את ההרשעה עליהן. אך המחקרים מלמדים, כי גורם מרכזי להודאות-שווא הוא המחשבה המוטעית של חשודים כי לאחר ההודאה הראשונה – שחולצה מפיהם תוך כדי שימוש באמצעים פסולים – אין חשיבות להודאות נוספות שימסרו. לעתים,

⁵⁵ מט 932/96 התובע הצבאי נ' טור' יששכרוב (לא פורסם; ניתן ביום 20.5.97 על-ידי בית הדין הצבאי במחוז שיפוט מטכ”ל) פסקאות 7, 8, 5 (בהתאמה).

יצוין, כי שופטי בית הדין (אשר שניים מהם, כפי הנראה, אינם משפטנים) היו ערים לעובדה ש”על פי הפסיקה הקיימת, קלושים, איפוא, הסיכויים כי אי-הודעה על זכות ההיוועצות – כאשר זה הפגם היחיד שנפל בחקירה – תוכר כפגיעה בירצון החופשי, עד כדי פסילת ההודאה” (שם, פסקה 8). לפיכך פסלו את ההודאה לא על בסיס סעיף 12 לפקודת הראיות, אלא על בסיס כלל (כללי) של פסילת ראיות שהושגו שלא כדין.

לבסוף, על רקע גישתו המעשית (בהבדל ממס השפתיים ההצהרתי) המאכזבת של בית המשפט העליון בפסק הדין **יששכרוב** הן לזכות ההיוועצות, הן לזכות השתיקה, הן לחופשיות ההודאה ורצוניותה והן לצורך בהרתעת חוקרי משטרה מפני שימוש באמצעים בלתי חוקיים, נקל להבין את פקוקו ב"מחקר השדה" שערכה הסניגוריה הציבורית הארצית. כך תואר המחקר בפסק הדין:

"בסיכומיה בכתב, פירטה הסניגוריה הארצית תוצאותיו של מחקר שדה שערכה בסוף שנת 1999 ובמהלך שנת 2003. המחקר נערך לגבי אוכלוסייה של 220 עצורים במחוז תל-אביב. על-פי הטענה, ממצאיו של המחקר מלמדים כי חלק ניכר מהעצורים בתחנות המשטרה אינם מקבלים הודעה כדין בדבר זכותם להיוועץ בסניגור."⁵⁷

ומהי התייחסותו של בית המשפט העליון לממצאיו של מחקר מדיגי זה? מסתבר, שבמקום להתמודד עמם ולהסיק מהם את המסקנות המתבקשות, הוא מעדיף לתקוף בעלמא (ללא כל פירוט העשוי לשכנע) את המתודולוגיה של המחקר:

"על כך אעיר כי ספק בעיניי אם שיטת המחקר וגודל האוכלוסייה שנבדקה במסגרתו, מאפשרים הסקת מסקנות מהימנות וכוללניות כנטען לפנינו. ואמנם, הסניגוריה הציבורית אישרה בטיעוניה כי עשויות להיות הטיות בממצאי המחקר שערכה. מכל מקום, בעניין שלפנינו לא מתעורר הצורך להכריע בכך: ראשית, כפי

⁵⁶ ראו סנגירו, לעיל ה"ש 16, עמ' 254 הערה 35; Peter Mirfield, *Successive Confessions and the Poisonous Tree*, CRIM. L. REV. (1996) 554; Charles J. Ogletree, *Commentary: Are Confessions Really Good for the Soul? : A Proposal to Mirandize Miranda*, 100 HARV. L. REV. 1826, 1840 (1987). לדוגמה של מתן משקל מלא להודאות המאוחרות, תוך התעלמות (בפועל) מהלחצים הפסוליים הקיצוניים שהופעלו בתחילת הדרך, ראו ע"פ 154/85 אברושמי נ' מדינת ישראל, פ"ד מא(1) 387 (1987).

⁵⁷ פסק הדין, פסקה 81.

כידוע, אין מחקר אמפירי שלא ניתן להעלות כנגדו טענות מתודולוגיות. מדוע חשוב – לשיטתו של בית המשפט – להדוף את ממצאיו של מחקר זה? נניח לרגע שהם נכונים ומשקפים את המציאות.⁵⁹ אם כך, משמע, שבכל זאת יש טעם רב במטרה של חינוך חוקרי המשטרה והרתעתם מפני שימוש באמצעים בלתי חוקיים; מטרה שהלכת **יששכרוב** מבקשת לגמד – הן בהיבט של חופשיות ההודאה ורצוניותה שבה דנו, והן בהיבט של כלל הפסילה שבו נדון בהמשך. נוסף לכך, בהינתן, כי זוהי המציאות העגומה: נחקרים אינם מקבלים הודעה על זכותם להיוועץ בסניגור; זכויותיהם נרמסות באופן שגרתי לחלוטין (אם כי לא תמיד ניתן להוכיח שהזכויות נרמסות במכוון ובחוסר תום-לב), שמא הלכה ליברלית יותר מאכזבת-**יששכרוב** הייתה מוליכה בשלב הראשון⁶⁰ לפסילה מאסיבית של חלק ניכר מן ההודאות הלא

⁵⁸ שם.

⁵⁹ כשלעצמי, העובדה שהמחקר נערך על-ידי גוף מקצועי מאוד, מנוסה ואמין מאוד כסניגוריה הציבורית הארצית, יוצרת חוקה שהממצאים משקפים נאמנה את המציאות, והנטל על המבקש לפקפק בהם אינו מורם על-ידי אמירה כללית כמו זו של בית המשפט המצוטט לעיל. לתמיכה בנכונות הממצאים של מחקר הסניגוריה הציבורית ראו חגית לרנאו ואושרה קנצפולסקי "ואף על פי כן נוע תנוע" **הסניגור** 116 (נובמבר 2006) 5. בנוסף, ממצאים אלה תואמים את היכרותי שלי את מערכת אכיפת החוק במדינת ישראל. כך, למשל, בע"פ 9970/03 **דרעי נ' מדינת ישראל** (16.2.05) קבע השופט ברק (פיסקה 6): "ואכן, מחקירתו הנגדית של מפקד צוות חקירת הרצח עולה, כי חקירת המערער החלה בסמיכות זמנים לבואו של בא כוח המערער. בנסיבות אלה מפקד צוות החקירה הפעיל את סמכותו לפי סעיף 34(ד) לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים), התשנ"ו-1996, וקבע כי אין לקטוע את אותן פעולות הקשורות לחקירה שהיו עתידות להיערך באותה עת (כגון אוהרת המערער והתחלת פעולת ההקלטה). בית המשפט המחוזי לא מצא בהחלטה זו פגם. הנני סבור כי אין מקום להתערבותנו בקביעה זו. מכל מקום, בנסיבות המקרה אין בהחלטה ראש צוות החקירה משום פגם המצדיק את פסילת קבילות ההודאות שנגבו במהלך חקירה זו, אשר תועדה קולית וחזותית". דהיינו: גם אם הסניגור מספיק להגיע למקום החקירה עוד לפני שהחלה, אין הכרח לאפשר לו להיפגש עם הנחקר, ובית המשפט העליון אפילו אינו מותח ביקורת כלשהי על מניעת הפגישה. האין חשש שאנשי המשטרה יפרשו פסיקה זו של נשיא בית המשפט העליון כהזמנה לנהוג כך?

וראו גם הלכת **זכאי** – ע"פ 533/82 **זכאי נ' מדינת ישראל**, פ"ד לח(3), 57 (1984).

⁶⁰ אין לחשוש יתר על המידה משלב ראשון זה. הניסיון שנרכש במדינות אחרות, כגון בארצות-הברית בעקבות קביעת כללי **Miranda** (לעיל ה"ש 23 והטקסט המפנה אליה), הוא שבליט ברירה לומדים החוקרים לנהוג כדין והחברה יוצאת נשכרת. לאסופה של שני תריסרים של מאמרים העוסקים בהלכת **Miranda** ראו: RICHARD A. LEO & GEORGE C. THOMAS III, EDS, **THE MIRANDA DEBATE** – LAW, JUSTICE AND POLICING (1998).

עד כאן לעניין הלכת **יששכרוב**, באשר לדרישה כי ההודאה תהיה "חופשית ומרצון". ומכאן להלכת **יששכרוב** באשר לכלל פסילת הראיות שהושגו שלא כדין.

ג. כלל פסילת הראיות שהושגו שלא כדין ערב הלכת **יששכרוב**

1. כללי

הלכת **יששכרוב** לא נחתה על ראשינו כתפוח העץ על ראשו של ניוטון. אמנם לפי ההלכה שקדמה לה, לא היה קיים "כלל" (בעל תחולה כללית) של פסילת ראיות שהושגו שלא כדין. אולם, לאור כללי הפסילה שנקבעו בעשורים האחרונים בשיטות משפט אחרות שאנו נוטים להיות מושפעים מהן; לאור חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו; ולאור הכתיבה המשפטית התיאורטית בעקבותיו – הן של אנשי אקדמיה והן של שופטים של בית המשפט העליון, נראה, כי קביעתו של כלל פסילה גם במשפטנו ריחפה באוויר. כל העוסקים בנושא צפו אותה ורובם אף ציפו לה. לפיכך, בטרם נעבור לדיון בהלכת **יששכרוב** (בפרק הבא), אסקור בקצרה (בפרק זה) את הרקע שקדם לה.

2. ההלכה שקדמה להלכת **יששכרוב** באשר לפסילת ראיות

כפי שסוכמה ההלכה שלפני חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו בפסק הדין הידוע בפרשת **מועדני**, "במערכת המשפט בישראל הלכה מקובלת היא, שאין עליה עוררין, כי ראיה, שכשרה ומהימנה היא כשלעצמה אך הושגה באמצעים פסולים ובלתי חוקיים, קבילה היא.⁶¹" לפי הלכה זו, אי-החוקיות שבה הושגה הראיה היתה שיקול בקביעת משקלה, אך לא גורם העשוי להביא לאי-קבילותה. לעניין קבילותה, די היה

⁶¹ ע"פ 115/82, 162, מועדני, לעיל ה"ש 24, עמ' 262. וראו גם ע"פ 476/79 בולוס נ' מדינת ישראל, פ"ד לה(1) 785, 801 (1980); ע"פ 16/82 מלכה נ' מדינת ישראל, פ"ד לו (4) 309, 317 (1982); ד"נ 9/83 בית הדין הצבאי לערעורים נ' ועקנין, פ"ד מב(3) 837, 855 (1988).

ההלכה, שלפיה אין פוסלים ראיות גם אם הושגו שלא כדין, שאבה, ככל הנראה, מהגישה המסורתית האנגלית,⁶³ אשר, כפי שניווכח בהמשך, האנגלים עצמם נפטרו ממנה לפני כשני עשורים. הטעם הפורמלי שניתן להלכה הישראלית המיושנת היה ששלושת כללי הפסילה המסוימים שקבע המחוקק הישראלי – בסעיף 12 לפקודת הראיות, בסעיף 13 לחוק האזנת סתר ובסעיף 32 לחוק הגנת הפרטיות⁶⁴ – מהווים הסדר חוקי ממצה של הסוגיה, ואפילו "הסדר שלילי", ומכל מקום, חריגים אלה אינם משנים את הכלל הבסיסי.⁶⁵ הטעמים המהותיים העיקריים שניתנו להלכה הישראלית היו שניים: האחד – תכליתם העיקרית (אם כי לא היחידה והמוחלטת) של דיני הראיות בהליך הפלילי היא בירור האמת העובדתית לשם הרשעת האשם וזיכוי של החף מפשע.⁶⁶ הטעם השני היה המגמה הכללית של מעבר מדיון בקבילותן של ראיות המבוסס על סייגים פורמליים, לדיון במהימנותן של ראיות ובמשקלן, המבוסס על שיקול-דעת רחב לבית המשפט.⁶⁷

בפסקי-דין רבים נשללה תורת "הפירות הבאושים של העץ המורעל" האמריקנית,⁶⁸ שלפיה משפועלים השוטרים שלא כדין (למשל, מבצעים חיפוש לא חוקי; למשל, גובים הודאה תוך שימוש בכוח או באיומים) נפסלת כל ראיה שהושגה

⁶² בע"פ 559/77 מאירי נ' מדינת ישראל, פ"ד לב(2) 180, 182 (1978), קבע השופט חיים כהן כך: "כשמתרבים והולכים המקרים אשר בהם מכלכלת (ומקלקלת) המשטרה את חקירותיה תוך כדי התעלמות מהנחיותיו והוראותיו של בית משפט זה, הגיע הזמן שנפחית ממשקלן של ראיות אלה שהושגו שלא כהלכה, עד כדי אפס... אולי ילמדו חוקרי המשטרה בדרך זו שלא להוציא זמנם ומרצם לריק, אלא לעשות עבודתם כדרך הוראתו של בית משפט זה".

פסק-דין זה עורר תקוות שווא, המשתקפות, בין היתר, במאמר: משה בן זאב "ראיות שהושגו שלא כהלכה – האמנם נפרצה הדרך לעקרון הפסילה?" הפרקליט לב 466 (התש"ם).

⁶³ ראו, למשל, CROSS & TAPPER, ON EVIDENCE (9th ed., 1999) 498.

⁶⁴ ראו לעיל ה"ש 22, 52.

⁶⁵ ראו, למשל, ע"פ 115/82, 168 מועדי, לעיל ה"ש 24 עמ' 262.

⁶⁶ ראו, למשל, ע"פ 951/80 קניר נ' מדינת ישראל, פ"ד לה(3) 505, 516 (1981).

⁶⁷ ראו, למשל, דנ"פ 4390/91 מדינת ישראל נ' חג' יחיא, פ"ד מוז(3) 661, 671 (1993).

⁶⁸ ראו, למשל, ע"פ 183/78 אבו-מידג'ים, לעיל הערה 24, עמ' 537.

אפילו בפסיקה שקדמה לחוקי היסוד ניתן למצוא עמדות ליברליות – אם כי נדירות – כלפי פסילת ראיות שהושגו שלא כדין, כגון עמדתו היפה של השופט גבריאל בך בפרשת **ועקנין**, אשר גם היא שרדה רק את הערעור הפלילי ונהפכה על-ידי בית המשפט העליון בדיון הנוסף.⁷⁰ כפי הנראה – הקדימה את זמנה. לבסוף יצוין, כי בפסיקה שקדמה לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ההנחה של השופטים היתה כי יש להם הסמכות לקבוע כלל של פסילת ראיות.⁷¹

3. פסילת ראיות בארצות הים

כבר לפני כמאה שנים נקבע במשפט האמריקני כלל של פסילת ראיות שהושגו באופן בלתי-חוקי. תחילה, בעניין Weeks,⁷² נקבע כלל שהיה מצומצם להשגת ראיות תוך הפרת התיקון הרביעי לחוקה האמריקנית (חיפוש ותפיסה) ושהיה מחייב רק בבתי המשפט הפדרליים. מאוחר יותר, בעניין Mapp,⁷³ הורחב הכלל בשני המישורים, כך שהתפרש על כל הפרה של זכות חוקתית (לרבות התיקון החמישי

⁶⁹ דוגמה – אחת מיני רבות – לחוסר הבחנה כזה ניתן למצוא בפרשת **יששכרוב** עצמה, בדבריו הבאים של בית הדין הצבאי לערעורים: "בהגדירו את השאלה העומדת לדיון, הציג ביה"ד שתי שאלות: א. האם ניתן, מבחינה משפטית, להחיל את תורת 'הפרי המורעל' ולפסול הודאה שנמסרה כאשר לחשוד לא ניתנה הודעה על זכות ההיוועצות. ב. האם ראוי ומוצדק לעשות שימוש בתורת 'הפרי המורעל' במקרה שלפנינו". – ראו לעיל ה"ש 10, פסקה 3. אך הרי ההודאה אינה פרי מורעל, אלא הגזע המורעל עצמו.

⁷⁰ ראו בג"צ 249/82 **ועקנין נ' בית הדין הצבאי לערעורים**, פ"ד לו(2) 393 (1983); ד"נ 3/83 **בית הדין הצבאי לערעורים ואח' נ' ועקנין**, לעיל ה"ש 61.

⁷¹ לסקירות מפורטות של ההלכה שקדמה להלכת **יששכרוב** ראו: פסק הדין **יששכרוב**, פסקאות 39-42; אליהו הרנון "ראיות שהושגו שלא כדין: מבט השוואתי" (להלן: "מבט השוואתי") **ספר לנדוי** כרך ב 983, בעמ' 1018-1024 (התשנ"ה); עמנואל גרוס "כלל פסילה חוקתי – האם יש לו מקום בישראל?" **משפטים** ל 145, בעמ' 147-159 (תשנ"ט); אליהו הרנון "ראיות שהושגו שלא כדין – האם נשתנה המצב המשפטי בעקבות חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו?" (להלן: "מה נשתנה") **מחקרי משפט** יג 139, בעמ' 140 (התשנ"ו).

⁷² לעיל ה"ש 7.

⁷³ לעיל ה"ש 7.

74 חריג זה נובע מרציונל הרתעת

המשטרה, שעליו נעמוד בפרק הבא. חריגים מרכזיים נוספים הם היעדר הקשר הסיבתי שבין הפגיעה החוקתית לבין השגת הראיה, והגילוי הבלתי נמנע של הראיה.⁷⁵ כלל הפסילה האמריקני (exclusionary rule) חל לא רק על הראיה שהושגה במישרין כתוצאה מהפרת זכותו החוקתית של הנחקר, אלא גם על ראיות שהושגו בעקיפין – תוך שימוש במידע שנחשף בראיה הראשונה, הישירה – הלא הם פירותיו (הבאושים) של העץ המורעל.

בעשורים האחרונים נקבעו כללי פסילה, המעניקים שיקול דעת לבתי המשפט לפסול ראיות שהושגו שלא כדין, גם במדינות נוספות, לרבות בשיטות משפט שנוהגים לייחס להן משקל במקומותינו: קנדה, אנגליה, דרום אפריקה, אוסטרליה, גרמניה, איטליה וצרפת. הן מכיוון שכללים אלה נסקרו בהרחבה בפסק הדין בפרשת **יששכרוב** ובמאמרים שקדמו לו ושעליהם הוא מסתמך;⁷⁶ והן משום שענייני אינו בתיאור מפורט של המצב המשפטי הקיים במדינות הים, אלא בניסיון לשאוב משם רעיונות רצויים ובניסיון להתחקות אחר הרעיונות הלא-רצויים שהשתרבו להלכת **יששכרוב**, אעבור מייד לדון ברציונלים התומכים בכללי פסילת הראיות הנוהגים במדינות השונות.

⁷⁴ U.S. v. Leon, 468 U.S. 897 (1984).

⁷⁵ Nix v. Williams, 467 U.S. 431 (1984).

⁷⁶ ראו: פסק הדין, פיסקאות 57-59; הרנון ("מבט השוואתי"), לעיל ה"ש 71, עמ' 986-1012; גרוס, לעיל ה"ש 71, עמ' 160-162; הרנון ("מה נשתנה"), לעיל ה"ש 71, עמ' 140-144.

4. הרציונלים התומכים בכלל פסילת הראיות שהושגו שלא כדין

שלושה רציונלים עיקריים התומכים בכלל פסילת הראיות שהושגו שלא כדין עולים מן הספרות המשפטית ומן הפסיקה במדינות שונות.⁷⁷ הרציונל הראשון הוא הרתעת-חינוכי, ולפיו יש לפסול ראיות שהושגו שלא כדין כדי להרתיע חוקרי משטרה מלהפר את החוק בלהט הציד, לחנכם ולכוון את התנהגותם החקירתית בעתיד. אמנם, מטרה מרכזית של ההליך הפלילי היא בירור האמת, ואמנם ניתן לטפל בשוטרים שסרחו גם באמצעים אחרים, כגון נקיטת הליכים משמעתיים, פליליים ואזרחיים, אך המציאות – הן בארצנו והן בארצות הים – מלמדת, כי האמצעים האחרים אינם אפקטיביים: "השוטרים מצפצפים על הביקורת הנמתחת עליהם מפי השופטים, ואינם מקיימים הוראותיהם, ואין פוצה פה."⁷⁸ כפי שראינו לעיל כשעמדנו על כלל הפסילה הנוהג במשפט האמריקני, ראיית הרציונל של הרתעת המשטרה כרציונל הבלעדי התומך בפסילת הראיה, מוליכה לקביעת חריגים לכלל הפסילה במקרים שבהם ההרתעה אינה רלוונטית, כגון כשהחוקרים פעלו בתום-לב.⁷⁹

הרציונל השני הוא הגנה על זכויותיו של הנחקר, אשר נפגעו תוך השגת הראיה שלא-כדין ("העיקרון הפרוטקטיבי"). תמיכה בולטת ברציונל זה מיוחסת למלומד Ashworth, במאמרו הידוע "Excluding Evidence as Protecting Rights".⁸⁰ לשיטתו, כשחברה קובעת כללים לחקירה המשטרית, מנייה וביה קמה לפרט זכות שהמערכת המשפטית תקפיד על שמירתם ושלא ישתמשו נגדו בראיות שהושגו תוך כדי הפרת

⁷⁷ למיין אחר – לארבעה רציונלים – ראו הרנון ("מבט השוואתי"), לעיל ה"ש 71, עמ' 1029. אלא שנראה, כי השלישי והרביעי (המסומנים שם כ-ב' ו-ג') כמעט חופפים וניתנים לאיחוד.

⁷⁸ ראו דבריו של השופט חיים כהן המצוטטים לעיל, סמוך לה"ש 28. כך, למשל, נאמר בפסק הדין האמריקני *People v. Cahan*, 44 Cal. 2d 434, 282, p. 2d 905 (1955):

"...other remedies have completely failed to secure compliance with the constitutional provisions on the part of the police officers... Experience has demonstrated... that neither administrative, criminal nor civil remedies are effective in suppressing lawless searches and seizures..."

⁷⁹ ראו לעיל, פרק ג(3). וראו דיון עיין לרציונל ההרתעה ופירוט של חריגיו אצל גרוס, לעיל ה"ש 71, עמ' 169-167.

⁸⁰ Andrew J. Ashworth, *Excluding Evidence as Protecting Rights* [1977] CRIM. L. R. 723.

הרציונל השלישי הוא שמירה על הלגיטימיות המוסרית של ההכרעה השיפוטית, של גזירת עונש ושל הטלת קלון (סטיגמה) על הנאשם. רציונל זה אמנם נחשב בימינו לחדש יחסית,⁸² אך כבר בכתביו של ניטשה ניתן לקרוא את הדברים המאלפים הבאים:⁸³

”כי אל לנו לולול בחלק הרב שיש לעצם המראה של ההליכים המשפטיים והביצועיים, המונע מהפושע להרגיש באופי הנפשע שבסוג פעולתו מצד עצמה: כי הנה עיניו הרואות סוג מעשים זה עצמו המבוצע בשירות הצדק, במיטב המצפון ובהלל 'כי טוב', כגון: ריגול, הערמה, שוחד, מארב, כל מלאכת התחבולות והמלכודות של המשטרה והתביעה, ולאחר מכן שורת המעשים מטעמים עקרוניים ואף ללא צידוק של 'פעולה מתוך ריגשה', הלא הם גזל, אלימות, השמצה, שבי, עינויים, רצח. בכל מה שמוטבע בסוגים שונים של הענשה, וכל אלה מעשים שאין השופטים דוחים ומגנים אותם מצד עצמם, כי אם רק בנסיבות מסויימות ומבחינות מסויימות.”

על-פי הגישה המצדדת ברציונל השמירה על הלגיטימיות המוסרית של ההכרעה השיפוטית, הרשעה המבוססת על ראיות שהושגו שלא כדין אינה לגיטימית. בירור האמת אינו ערך עליון, אלא אמצעי (מרכזי) לביסוסו של פסק הדין; פסק-דין שאמור להיות מבוסס גם מבחינה מוסרית. בעניין זה ידועה אמרתו של המלומד Ashworth:

⁸¹ על רציונל זה ראו, למשל, הרנון (מבט השוואתי), לעיל ה"ש 71, עמ' 1014.

⁸² ראו הרנון, שם; והפניותיו למאמריהם של Zuckerman ושל Dennis.

⁸³ פרידריך ניטשה, לגניאלוגיה של המוסר (בתרגומו של ד"ר ישראל אלדד, שוקן 286).

"No system of criminal justice values truth above all other considerations... A legal system must reach a decision on an acceptable demarcation between permissible and impermissible methods, usually by way of political compromise."⁸⁴

הצדק שאליו על בית המשפט לחתור אינו רק היישום הנכון של הדין על עובדות המקרה, אלא גם התייחסות הולמת לדרך שבה הושגו הראיות: אם הושגו שלא כדין ותוך רמיסת זכויות הנאשם על-ידי המשטרה, ההסתמכות עליהן אינה מתיישבת עם עשיית צדק.⁸⁵

גישה זו פותחה במשפט הקנדי – בעקבות מגילת הזכויות ("הצ'רטר"). אמנם, לא בכל מקרה שבו הושגה הראיה שלא-כדין תיפסל הראיה, אך אם מצא בית המשפט כי הראיה הושגה תוך כדי פגיעה בזכות חוקתית של הנאשם, וכי שימוש בה במשפט עלול לפגוע ביושרה (integrity) של מערכת הצדק, אין לבית המשפט שיקול-דעת והוא חייב לפסול את הראיה.⁸⁶ בפסיקה הקנדית נקבעו קריטריונים שונים לפגיעה בלגיטימיות של בתי המשפט: הגינותו של בית המשפט, חומרתה של ההפרה, ההשפעה של פסילת הראיה.⁸⁷ קריטריונים אלה הובילו לשלל מבחנים ושיקולי-משנה, שכפי שנראה בפרק הבא, חלק ניכר מהם – הן הרצויים והן הבלתי-רצויים – אומצו בהלכת **יששכרוב**. כפי ששלל דינים זה סוכם על-ידי גרוס,

"המבחן המרכזי בפסיקה הקנדית הוא מבחן השפעת הראיה על הגינות ההליך. חומרת העבירה וכוחה הראיתי של הראיה שהושגה הם שיקולים משניים, ואין בהם לשלול פסילה כאשר ההפרה החוקתית היא חמורה ויש בהגשתה כדי להשפיע באופן חמור על הגינות

⁸⁴ Ashworth, לעיל ה"ש 80, עמ' 732-733.

⁸⁵ גרוס, לעיל הערה 71, עמ' 180; ובעקבותיו – פסק הדין, פסקה 45.

⁸⁶ ראו, למשל, סקירת הפסיקה הקנדית אצל גרוס, לעיל ה"ש 71, עמ' 174 ואילך; והאסמכתאות הנוכרות שם.

⁸⁷ שם.

בחרתי בציטוט זה בשל התרשמותי, כי הלכת **יששכרוב** מושפעת מאוד ומדי מן הפסיקה הקנדית כפי שהיא מתוארת במאמרו של גרוס, וכי דווקא הדברים החשובים שציטטתי זה עתה נשכחו בהלכת **יששכרוב**. לעתים, מפרידים את הרציונל השלישי לשני רציונלים משניים. כך, למשל, הבחין הרנון בין: "ב). הלגיטימיות של הכרעת הדין: קבלת ראייה שהושגה באלימות או באמצעים משפילים, למשל, מערערת את הסמכות המוסרית של המערכת המשפטית להרשיע אדם ולהטיל עליו סטיגמה"; לבין: "ג). הרעיון שהפסילה נדרשת כדי לשמור על טוהר ההליך השיפוטי; או כדי למנוע פגיעה בשמה הטוב, במוניטין של המערכת המשפטית".⁸⁹ אלא שסבורני, כי ההבדל בין שתי המטרות אינו ברור או אינו קיים. אם הוא קיים, הוא כנראה מבוסס על ההבחנה שבין המהות לבין התדמית. הדגשת התדמית של מערכת המשפט אינה רצויה, והיא מוליכה לתוצאות קשות.⁹⁰

5. השפעתו המתבקשת של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו

סמוך לאחר חקיקתו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, כשעוד האמנו כי המהפכה החוקתית שהובטחה לנו תחול גם על זכויותיהם של חשודים ונאשמים, כתב פרופ' יורם שחר את הדברים המאלפים הבאים, אשר צוטטו – פעם בהסכמה ופעם ללא הסכמה (או, למצער, ללא יישום) – על-ידי ערכאות שונות בפרשת **יששכרוב**:

⁸⁸ שם, עמ' 176-177.

⁸⁹ הרנון ("מבט השוואתי"), לעיל ה"ש 71, עמ' 1029. וראו גם שם, עמ' 1004 (בעקבות המשפט הקנדי).

⁹⁰ כגון הסירוב העקבי של נשיאי בית המשפט העליון לאפשר משפטים חוזרים מעבר למס השפתיים של משפט חוזר אחד בשנה, כפי הנראה מחשש שמא קיומם יפגע בתדמיתה של מערכת הצדק, שעה שלהערכתני, המשפט החוזר, ההודאה בטעות ותיקונו של עיוות-דין מהווים את שעתה היפה ביותר של מערכת זו. ראו בהרחבה בועז סנג'רו, מרדכי קרמניצר "המשפט החוזר – מציאות או חלום? על תבוסתו של הצדק בהתמודדות עם כלל סופיות הדין" **עלי משפט** א 97 (התש"ס).

”אין ערך לכל גבורותיו של חוק היסוד בתחום האכיפה הפלילית, אם אין נלווה לו כלל פסלות. אנשי מרות אינם נשפטים על פגיעה בזכויות החשוד אלא במקרים של הפרה גסה, שאינה מעוררת בדרך כלל שאלה חוקתית מהותית. חייו של חוק היסוד כמסמך חוקתי בר קיימא תלויים בשגרת פרשנותו של בית המשפט העליון... אם חפץ בית המשפט העליון ביקרו של חוק היסוד, אינו יכול אלא לשוב ולדון בו, ככל שיעלו לפניו מקרים של פגיעה בכבוד, בחירות, בגוף ובפרטיות, ואינו יכול לא למצוא, במוקדם או במאוחר, התנהגות של אנשי מרות, שאינה מוצדקת על פי אמות המידה של חוק היסוד. ומכיוון שכך, אין ספק בעיני שסופו של בית המשפט העליון שיחזור וידון בתחולתו של כלל הפסלות, ויצרף את שיטת המשפט הישראלית לשאר השיטות שבהן נהוג כלל כזה, בין ככלל גורף ובין ככלל של שיקול דעת.”⁹¹

את העיגון הפורמלי בחוק היסוד לשינוי ההלכה, הציע שחר למצוא ב”פיסקת הכיבוד” שבסעיף 11 לחוק היסוד, תוך פירושו כמחייב את כל הרשויות – לרבות בתי המשפט – לא רק להימנע מלפגוע בזכויות בעצמן, אלא אף לכבדן:

”רשות שלטונית הרוחצת ידיה מן הפגיעה, אך משתמשת ביודעין בפרייה, על אחת כמה וכמה כאשר לא נעשתה אותה פגיעה, מלכתחילה, אלא למען קיום משימתה של אותה רשות עצמה, בוודאי ובוודאי שאינה נותנת כבוד לזכות שנפגעה. כל מטרתו של סעיף 11 היא להבטיח שלא תהיה רשות אחת מטמאת, והרשות האחרת ניזונה מן הטמא. השלטון כולו, על כל רשויותיו,

⁹¹ יורם שחר “סדר הדין הפלילי” ספר השנה של המשפט בישראל 375, בעמ’ 418-419 (התשנ”ב – התשנ”ג).

מאוחר יותר הביעו מלומדים נוספים ושופטים של בית המשפט העליון במאמריהם את הדעה, כי בעקבות חוק היסוד יש מקום לקבוע במשפטנו כלל של פסילת ראיות שהושגו שלא כדין; וכי אם לא ייקבע הכלל בחקיקה, יש סמכות ויש צורך לקובעו בפסיקה.⁹³

גם בפסיקת בית המשפט העליון הובעה דעה כזו.⁹⁴ בהצעות שונות לרפורמה חקיקתית שולבו הוראות של פסילת ראיות.⁹⁵

שופטים אחדים בערכאות הנמוכות אף התייחסו ברצינות לדברים הליברליים שנכתבו בעקבות חוק היסוד.⁹⁶ כך כתב שופט בית המשפט המחוזי בנצרת גדעון גינת בפסק הדין בפרשת עודה,⁹⁷ שבו פסל ראייה שהושגה תוך הפרת הוראות חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו – רישום שיחה שנערכה בין חוקר משטרה לבין הנאשם בתחנת המשטרה סמוך לאחר מעצרו, מבלי שהנאשם הוזהר כדין ומבלי שהודעה לו זכותו שלא לומר דבר:

⁹² ש.ם.

⁹³ ראו: הרנון ("מה נשתנה"), לעיל ה"ש 71, עמ' 153-154; גרוס, לעיל ה"ש 71, עמ' 178; אהרן ברק "הקונסטיטוציונליזציה של מערכת המשפט בעקבות חוקי-היסוד והשלכותיה על המשפט הפלילי (המהותי והדיוני) " **מחקרי משפט** יג 5, 24 (התשנ"ו); מנחם אלון "חוקי היסוד, עיגון ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית: סוגיות במשפט הפלילי" **מחקרי משפט** יג 27, עמ' 79-83 (התשנ"ו). מעניין לציין שהשופט אלון שינה את עמדתו בעקבות וכתוצאה מחקיקת חוקי היסוד.

⁹⁴ כפי שנאמר בפסק הדין, פסקה 49, "בשורה של פסקי-דין שניתנו לאחר חקיקתו של חוק היסוד התייחס בית-משפט זה בחיוב לאפשרות אימוצה של דוקטרינת פסילה יחסית שתאפשר בנסיבות מתאימות פסילת קבילותן של ראיות שהושגו שלא כדין". וראו שם ההפניות לפסיקה.

⁹⁵ ראו ההפניות המפורטות במאמרו של הרנון ("מה נשתנה"), לעיל ה"ש 71, עמ' 152; ובפסקה 13 של פסק הדין.

⁹⁶ התייחסות רצינית לדברים אלה מצויה בפסק הדין של הערכאה הראשונה בפרשת **יששכרוב**, תוך אימוץ עמדתו של פרופ' יורם שחר באשר להשפעת חוק היסוד בכלל, ופסקת הכיבוד בפרט.

⁹⁷ לעיל ה"ש 51. הציטוט הוא מפסקאות 20, 23 לפסק הדין.

”כיום, פגיעה בזכות החוקתית באופן שאינו עומד במבחנים שבחוק היסוד מצדיקה את פסילתה של ראייה שהושגה כתוצאה מפגיעה זו. פסילתה של הריייה מסמלת את המחיר החברתי אותו מוכנה החברה לשלם על מנת לשמר את הערך החוקתי המוגן. על מנת להבטיח את זכויות היסוד יש למנוע מתן לגיטימציה לפגיעה בהן על ידי רשויות השלטון (ובכלל זה המערכת המשפטית). לא ניתן לשמור על הזכות הקונסטיטוציונית אם המערכת המשפטית מוכנה להקריבה לצורך הרשעה במשפט פלילי... השינוי החוקתי אינו שינוי רטורי בלבד, הוא צריך להיות גם שינוי מעשי. השינוי החוקתי צריך להיות כזה המבטא בפועל את העובדה שהזכות לחירות ניצבת כיום בראש פירמידת הנורמות...”

... ההקפדה על זכויות האדם חיונית לא במקום שבו בית המשפט סבור שאין אמת באימרה (שכן אז ממילא פסילתה מתבקשת). המבחן האמיתי של זכויות האדם הינו במקום שבו מבקשים להגן על זכות היסוד דווקא לאור הידיעה שהאמור באימרה עשוי להיות אמיתי.”

דברים כדורבנות. חבל שנאמרו להלכה והופעלו למעשה רק על-ידי בית המשפט המחוזי ועדיין לא על-ידי בית המשפט העליון.

ברמה ההצהרתית, ניתן למצוא דברים מבטיחים ברוח זו גם בדבריה של הערכאה העליונה בפרשת **יששכרוב**:

”הנה כי כן, אימוץ דוקטרינה לפסילת ראיות שהושגו שלא כדין אינה בגדר מהפכה הזרה לשיטתנו המשפטית, כי אם בגדר התפתחות מתבקשת וצפויה. אין ספק כי חוק היסוד סלל את הדרך לשינוי החשיבתי הנדרש לצורך אימוצה של דוקטרינה כאמור. זאת ועוד;

בפרק הבא נבחן את הלכת **יששכרוב**, ולצדדי, אכנה **אכזבת יששכרוב**.

ד. אכזבת יששכרוב באשר לכלל פסילה של ראיות שהושגו שלא כדין

1. כללי

כפי שראינו זה עתה, גם בבית המשפט העליון – בהרכב מורחב וחגיגי של תשעה שופטים – ראו את קביעתו בפסיקה של כלל של פסילת ראיות שהושגו שלא כדין כהתפתחות המתבקשת מאליה בעקבות חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. פסק הדין משתרע על פני כ-100 עמודים וכולל סקירות מפורטות⁹⁸ הן של הדין הישראלי, הן של הדין בכמה מארצות הים, והן – ואולי חשוב מזה – של הרציונלים השונים של כלל פסילת הראיות.

מבחינת התוצאה המעשית – פסילת הודאה שהושגה שלא-כדין – לכאורה, יש לפנינו שמץ בשורה. בשורה טובה. אך נזכור כי המערער כבר ריצה את עונשו לפני שנים הרבה, וכיום כבר אינו עוד חייל, אלא אזרח, שפרסום פסק הדין ודאי פוגע בו. אם אומרים שבפסילת ראיה שהושגה שלא כדין, משלמת החברה מחיר להבטחת שמירתם של ערכים חשובים, כאן לא שילמנו מחיר כלשהו.

מבחינת ההלכה שנקבעה בפסק הדין, הרי שהרציונל לכלל הפסילה שאותו בחר בית המשפט הוא מוגבל מדי; "המודל" ("המניעתי") שבו בחר בית המשפט הוא מצמצם מדי (ויחסר לנו "המודל המתקן"); כלל הפסילה שנקבע הוא מסובך מדי וחלש מדי; שיקול הדעת שמאפשר הכלל לבית המשפט הוא רחב מאוד ומדי; חלק מן השיקולים שנקבעו לשם הפעלת שיקול הדעת הוא בעייתי (חלקם אפילו בעייתי

⁹⁸ פסק הדין, פסקה 49 סיפא.

⁹⁹ אם כי לא תמיד מדויקות – כפי שניזכר בהמשך.

2. הרציונל שנבחר על-ידי בית המשפט העליון

כפי שראינו, עולים מן הספרות המשפטית ומן הפסיקה בשיטות משפט שונות שלושה¹⁰⁰ רציונלים אפשריים לכלל של פסילת ראיות שהושגו שלא כדין: (א) חינוך והרתעת המשטרה; (ב) פרוטקטיביות – הגנה על זכויות הנחקר; (ג) הלגיטימיות של הכרעת הדין; שמירה על סמכותה המוסרית של המערכת המשפטית ועל טוהר ההליך השיפוטי; מניעת פגיעה בשמה הטוב, במוניטין של מערכת המשפט.¹⁰¹

בית המשפט אמנם סוקר בהלכת **יששכרוב** את הרציונלים השונים דלעיל, אך אין זה ברור מהי בדיוק בחירתו. בסיכום הדין הארוך מובאת הנוסחה הבאה:

”סיכומם של דברים

76. תמצית עיקריה של דוקטרינת הפסילה הפסיקתית, כפי שהוצגה לעיל, היא זו: הנחת המוצא בשאלת קבילותן של ראיות היא זו הנוהגת עימנו מאז ומתמיד, ולפיה ראיה שהיא רלוונטית – קבילה במשפט. עם זאת, בהתאם לדוקטרינה האמורה לבית המשפט שיקול-דעת לפסילת קבילותה של ראיה בפלילים, אם נוכח לדעת כי הראיה הושגה שלא כדין וקבלתה במשפט תיצור פגיעה מהותית בזכותו של הנאשם להליך הוגן ושלא בהתאם לגדריה של פיסקת ההגבלה. מדובר בנוסחת איזון עקרונית השואפת להשגת פשרה ראויה בין מכלול הזכויות והאינטרסים הרלוונטיים לשאלת קבילותן של ראיות שהושגו שלא כדין, ובהם: חשיפת האמת

¹⁰⁰ להסתייגותי מן הרציונל הרביעי האפשרי, של שמירה על תדמית מערכת המשפט, ראו פרק ג(4) דלעיל.

¹⁰¹ ראו הפירוט שבפרק ג(4) דלעיל.

מדברים אלה עולה כי בית המשפט מאמץ, כפי הנראה, את הרציונל הפרוטקטיבי – הגנה על זכויות הנחקר – ואת רציונל השמירה על טוהר ההליך השיפוטי ועל סמכותה המוסרית של המערכת המשפטית, תוך ערבובם-טשטושם בתערובת של שיקולים אחרים, נוגדים. מחלקים אחרים בפסק הדין ברור כי מקומו של רציונל חינוך חוקרי המשטרה והרתעתם נפקד שלא במקרה, שהרי הוא נדחה במפורש על-ידי בית המשפט.¹⁰³ כפי שניסיתי לשכנע, הוויתור על רציונל חשוב זה הוא מצער.¹⁰⁴ מעניין לציין שבית המשפט מדגיש שוב ושוב את חשיבות העובדה שהחוקר פעל בכוונה שלילית ושלא בתום-לב.¹⁰⁵ והרי שיקול זה רלוונטי במיוחד לרציונל החינוכי-הרתעתי אשר נדחה על-ידי בית המשפט.¹⁰⁶ בפסק הדין מובאים הדיונים ברציונלים של כלל הפסילה, שכתבו במקומותינו הרנון וגרוס, ודיונים ברציונלים שנערכו בשיטות משפט אחרות. דומני, כי ההנחה העולה מדיוניהם של הרנון וגרוס, שאותה קיבל כמובנת מאליה גם בית המשפט, היא, כי נגזר עלינו לבחור בין המטרות השונות שהוצעו לכלל הפסילה. לדעתי, כל שלוש המטרות המרכזיות (למעט התדמית של מערכת המשפט, שהיא קליפה ריקה) שהוצעו: הן חינוך והרתעת המשטרה; הן ההגנה על זכויות הנחקר; והן השמירה על התוקף המוסרי של ההכרעה השיפוטית – שלושתן מטרות טובות, ראויות, חשובות, שאסור לוותר על אף לא אחת מהן. כלל הפסילה צריך להישען על כולן: ניתן וצריך יהיה לפסול ראיות על בסיס כל אחת ואחת מהן – אפילו כשהיא מתקיימת לבדה. אין לוותר על הכוונת המשטרה; אין לוותר על זכויותיו של הנאשם; ואין לוותר על

¹⁰² פסק הדין, פסקה 76.

¹⁰³ שם, פסקה 61.

¹⁰⁴ ראו לעיל, פרק ג(4).

¹⁰⁵ ראו, למשל, פסק הדין, פסקאות 70, 81, 93.

¹⁰⁶ יש לציין כי גם השופט גרוניס כתב כך – כמוני ולפניי – ראו עמדתו המובאת לקראת סוף פסק הדין.

3. העדפת "המודל המניעתי" ורחיית "המודל המתקן"

כפי הנראה, בהשפעתה של התלהבות מההלכה הקנדית, נדונים בפסק הדין שני מודלים של כללי פסילה; "המודל המניעתי" מועדף, ונדחה "המודל המתקן" המקובל בארצות-הברית. "המודל המתקן" מתואר בפסק הדין כך: "פסילת הראייה מהווה סעד עבור הפגיעה בזכותו החוקתית של הנאשם אשר התרחשה בעת השגת הראייה."¹⁰⁷ "המודל המניעתי", על-פי תיאורו של בית המשפט, "אינו מתן סעד בגין הפגיעה בזכות החוקתית הראשונית בעת השגת הראייה, כי אם מניעת פגיעה עתידית בערכים מוגנים – הגינות ההליך והפגיעה במערכת עשיית הצדק – עקב קבלת הראייה במשפט".¹⁰⁸ וההכרעה ביניהם: פסק הדין קובע, כי "המודל המתאים לשיטתנו המשפטית הינו 'המודל המניעתי',"¹⁰⁹ וזאת, בהתבסס על ארבעה "טעמים", שאותם אבקש לבחון בקצרה.

הטעם הראשון – "המודל המתקן" הנוהג בארצות-הברית מבסס את סעד הפסילה על קיומה של פגיעה בזכות חוקתית בעת השגת הראייה. בעת הנוכחית, שיטתנו המשפטית נעדרת מגילת זכויות אדם חוקתית שלמה וכוללת" (ההדגשה במקור).¹¹⁰ אימרו מעתה: כשרוצים – יש מהפכה חוקתית. כשלא רוצים – אין מגילת זכויות אדם, ולכן לא ניתן לתת סעד מתקן לנאשם שזכויותיו הופרו.

הטעם השני – "מבחינה עיונית, ספק אם פסילת ראייה שהושגה שלא כדין, אמנם מקנה סעד בגין פגיעה שהושלמה בזכות מוגנת של הנאשם. טול לדוגמא מקרה של חיפוש בלתי חוקי. הפגיעה שלא כדין בזכות לפרטיות ולקניין מתגבשת בעת החיפוש. אם נתגלתה באותו חיפוש ראייה אם לאו – אין הדבר מעלה או מוריד מבחינת הפגיעה בזכות שכבר התרחשה. לפיכך, יש ממש בטענה כי אין בפסילת

¹⁰⁷ פסק הדין, פסקה 56.

¹⁰⁸ שם, פסקה 59.

¹⁰⁹ שם, פסקה 60.

¹¹⁰ שם.

111 אודה, כי

הפכתי והפכתי בנימוק זה, והוא עדיין נשגב מבינתי. הרי יום-יום מושיטים בתי המשפט (בתחום דיני הניזקין, לדוגמה, ולמעשה – בכל ענפי המשפט) סעדים בגין פגיעות בזכויות שכבר התרחשו בעבר. יתירה מזו: בענייננו הפגיעה טרם הושלמה, שכן הגשת הראיה לבית המשפט וקבלתה כראיה הן בגדר נזק ממשי נוסף הנגרם לאדם שזכותו הופרה בעת השגת הראיה.¹¹²

הטעם השלישי – "... הפליה פסולה בין נחקרים. זאת מאחר ומודל זה מציע סעד בגין הפגיעה הראשונית בזכות החוקתית, רק עבור נחקרים שהועמדו לדין ואשר הראיה הוגשה במשפטם על-ידי התביעה."¹¹³ אך הרי אין מדובר בהפליה בין שווים, אלא בהבחנה מוצדקת בין שאינם שווים. אם נתמיד בהלוך המחשבה המוצע בפסק הדין, אזי קיימת גם הפליה לטובה של נאשמים, בהשוואה למי שאינם מועמדים לדין, בכך שרק הראשונים זכאים לייצוג על-ידי סניגור במשפט (ואף במימון המדינה) ולעיון בחומר הראיות שבידי התביעה...

הטעם הרביעי והאחרון נגד "המודל המתקן" ביש-המזל במקומותינו – "ניתן להצביע על סעדים חלופיים – פליליים, משמעתיים, נזיקיים ויתכן שגם חוקתיים – בגין הפגיעה הראשונית בזכות מוגנת של הנחקר בעת השגת הראיה."¹¹⁴ האמנם ההליך הפלילי וההליך המשמעתני הם סעד לנחקר הנפגע? האם מאן דהוא בכלל שואל אותו אם לנקוט אותם? שמא כלל אין הם מעניינים אותו? נוסף לכך, כפי שנוכחנו לעיל, הן במקומותינו והן במדינות אחרות ההערכות הן כי "סעדים חלופיים" כאלה אינם משיגים את המטרה, "השוטרים מצפצפים על הביקורת

111 שם.

112 מקורו של הטעם השני שבפסק הדין הוא, כפי הנראה, במאמרו של גרוס, לעיל ה"ש 71, עמ' 166. להמחשת העובדה, שקבלת הראיה שהושגה שלא כדין כראיה קבילה על-ידי בית המשפט מהווה פגיעה נוספת בנאשם, אשר לא מתקבל על הדעת כי בית המשפט ישלים עמה וישלים אותה תוך הפניית הנאשם לתביעת פיצויים, מעניין הוא "משל הגרון" המובא בפסק הדין של הערכאה הראשונה בפרשת **יששכרוב**, לעיל ה"ש 55, פסקה 15, מפיו של הסניגור [רועי בלכר]: "הסניגור סיכם את טיעוניו בהשוואת מצבו של הנאשם לאדם, שגרון מונף מעל לראשו: כאשר אדם במצב כזה עותר לצו מניעה, שימנע בעד מניף הגרון להנחיתו על ראשו – אין להעלות על הדעת, כי ייענה על ידי בית המשפט בתשובה, כי תחילה יש לאפשר לבעל הגרון 'להשלים' את מלאכתו, ולאחר מכן יוכל הניזוק לתבוע פיצויים".

113 פסק הדין, פסקה 60. וראו גרוס, לעיל ה"ש 71, עמ' 170, שאליו מפנה פסק הדין בעניין זה.

114 פסק הדין, פסקה 60.

ענישתם של חוקרי משטרה שפעלו שלא כדין היא נדירה ביותר, בין היתר, משום שיש להוכיח את אשמתם מעל ומעבר לספק סביר; ומשום שהשוטרים נוהגים לחפות איש על רעהו, ועדותו של הנאשם (שחלק מהשופטים נוטה להחזיקו כשקרן) ניצבת בבדידותה אל מול עדויותיהם של כל חוקריו (הנהנים מחזקת תקינות המינהל).¹¹⁶ בסופם של ארבעה "טעמים" נגד "המודל המתקן", הטעם הנותר בפה מפסילתו הוא מר, וההתלהבות שבפסק הדין מן "המודל המניעתית" אינה ממתיקה אותו, שכן, לדעתי, כשם שלא רצוי לזנוח אף אחד משלושת הרציונלים של כלל הפסילה שנדונו לעיל ואף לא אחת משלוש המטרות שהם מציבים, כך גם מפסידה שיטת משפט ומפסידה חברה המוותרות על "המודל המתקן".

4. כלל הפסילה המסובך והחלש שנקבע בהלכת יששכרוב – היש הצדקה לשיקול הדעת הרחב?

על רקע דחייתו של הרציונל החינוכי-הרתעתי והויתור על הכוונת התנהגותם של חוקרי המשטרה בחקירותיהם; על רקע הויתור על "המודל המתקן" ועל הושטת סעד לנחקר הנפגע וההסתפקות ב"מודל המניעתית" המופשט, המעורפל והלא תכליתי (כשהוא לבדו); ועל רקע הנטייה הכללית בפסיקה הישראלית לשמר בידי השופטים את מירב שיקול הדעת האפשרי ולא, חלילה, לכבול ידיהם בכללים מחייבים כלשהם; נקל יותר להבין את כלל הפסילה המסובך והחלש שנקבע בהלכת **יששכרוב**.

חלקה הכללי של הלכת **יששכרוב** מופיע בציטוט דלעיל מפסקה 76 לפסק הדין, תחת הכותרת "סיכומם של דברים", שכבר זכה להתייחסות במאמר זה.¹¹⁷ חלקה הספציפי יותר של הלכת **יששכרוב** מובא בפסק הדין תחת הכותרת "אמות המידה להפעלת שיקול הדעת השיפוטי במסגרת דוקטרינת הפסילה הפסיקתית", ובו לא

¹¹⁵ ראו דבריו של השופט חיים כהן המצוטטים לעיל, סמוך לה"ש 28; וראו הציטוט מפסק הדין People v. Cahan, לעיל ה"ש 78.

¹¹⁶ ראו ב' כהן, לעיל ה"ש 44, עמ' 1040.

¹¹⁷ ראו לעיל ה"ש 102, הציטוט המפנה אליה והדברים הבאים סמוך לאחריו.

בטרם נעבור לדון בשיקולים שקובע בית המשפט, ברצוני להקשות באשר לעצם המקום והצורך לערוך כאן איזון אינטרסים על-ידי בית המשפט. כאשר החברה מעניקה לפרט זכות חוקתית (כמו הזכות להגנה מפני חיפוש) היא קובעת בחוק הסדרים (כגון הנסיבות המצדיקות חיפוש), שהם תוצאה משוקללת של שיקולים שונים שנשקלו; של האינטרסים של החברה מחד גיסא, אל מול האינטרסים של הפרט, מאידך גיסא. שקלול זה מוליך לאיזון מסוים או לפשרה מסוימת ("איזון" או "פשרה" – על-פי הטעם האישי של כל אחת מהקוראות), שבמסגרתה הפרט כבר נאלץ לוותר על חלק מחירותו ומזכויותיו הפוטנציאליות. לפיכך, מהי בכלל ההצדקה של עריכת שקלול נוסף, מאזן אינטרסים נוסף, שבו ישקול שופט את החירות המצומצמת שהותיר החוק לפרט החלש אל מול האינטרסים של החברה החזקה על בסיס עובדותיו של המקרה הספציפי? האין זה "מקצה שיפורים" מטעמה של המדינה, שבמקרה הטוב תוצאתו תראה כי היה מיותר (אם הראיה תיפסל בכל זאת), ובמקרה הרע תוצאתו תהיה בלתי מוצדקת בעליל (אם יבוצע כרסום נוסף בחירותו ובזכויותיו של הפרט, שבעקבותיו הראיה לא תיפסל)?

אם מקבלים עמדתי זו, אזי כל הרעיון של שקלול אינטרסים ושל מתן שיקול-דעת רחב לבית המשפט אינו טוב, ועדיף המודל האמריקני של כלל פסילה מוחלט ונטול שיקול-דעת, שלצדו ניתן לקבוע – מראש ובחוק, ולא בדיעבד ואד-הוק – חריגים ברורים המוגדרים בצמצום.

עוד יובהר, כי כדי למנוע מראש פגיעה קשה באינטרסים של החברה ושחרור אוטומטי לחופשי של כל נחקר, שזכות כלשהי שלו הופרה על-ידי החוקרים בדרך להשגת ראיות, הצעתי היא שלא לקבל את מלוא הדוקטרינה האמריקנית, הכוללת גם פסילה של פירות העץ המורעל – דהיינו גם של ראיות נוספות, שהושגו בעקיפין כתוצאה מהפרת החוק שהביאה להשגת הראיה הישירה. אכן, נוהגים להלך עלינו

אלא שכידוע בית המשפט לא קיבל עמדה זו בהלכת **יששכרוב**, וקבע, כי יש לו שיקול-דעת רחב מאוד וכי בהפעלתו הוא מוסמך לשיקול שלל של שיקולים. נעבור איפוא לדון בשיקולים אלה, אך בלא לשכוח כי "אין המדובר ברשימה נוקשה וממצה של שיקולים, אלא אך בקווים מנחים להפעלת שיקול-דעתו של בית המשפט במסגרת נוסחת האיזון העקרונית עליה מבוססת דוקטרינת הפסילה הפסיקתית." ¹²⁰ דהיינו: בל נטעה לחשוב כי שיקולים אלה עלולים, חלילה, לכרסם בשיקול-דעתו של בית המשפט.

5. שיקול הקלות שבה ניתן היה להשיג את הראיה באופן חוקי מול השיקול אם הראיה היתה מתגלית או מושגת גם ללא אמצעי החקירה הבלתי חוקי – השלמה או סתירה?

קבוצת השיקולים הראשונה שבהלכת **יששכרוב** היא "אופיה וחומריתה של אי החוקיות שהיתה כרוכה בהשגת הראיה." ¹²¹ בקבוצה זו כולל בית המשפט חמישה

¹¹⁹ לרעיון דומה – שלפיו דרישה בחוק של סיוע חזק כתנאי להרשעה על סמך הודאה לא תמנע הרשעתם של אשמים, שכן ברוב המקרים ניתן יהיה לאתר ראיה נוספת, אובייקטיבית, חיצונית וממשית, הקושרת את החשוד לעבירה – ראו סג'ור, לעיל ה"ש 16, עמ' 267-269.

¹²⁰ פסק הדין, פסקה 69.

¹²¹ שם, פסקה 70.

בספר *Prosecuting Crime in the Renaissance*¹²³ מצאתי הנחיות שהיו מקובלות בגרמניה בימי-הביניים, באשר לעינויים לצורך חקירת חשודים וחילוץ הודאות מהם. ההנחיה השלישית היא כדלקמן:

"(3). How to conduct examination under torture. The law officers are instructed not to torture if there is an easier way to get at the truth; to use reason and restraint lest the investigation

¹²² שם (כל חמשת ציטוטי השיקולים הם מפסקה 70 לפסק הדין; ההדגשות הוספו – ב' ס').

¹²³ JOHN H. LANGBEIN, *PROSECUTING CRIME IN THE RENAISSANCE - ENGLAND, GERMANY, FRANCE* (Harvard, Cambridge, Massachusetts, 1974) 160 ("The Wormser Reformation - the code of law for the city of Worms, composed by the year 1498").

be worse than the crime; to try to delicit the factual details, not mere confession of guilt".

האין ההנחיה מימי הביניים, שלא לענות את הנחקר אם לא מוכרחים, מזכירה ולו במעט את השיקול הרביעי בן ימינו, שלפיו מידת הסלחנות של בית המשפט כלפי הפרת החוק על-ידי המשטרה תגדל ככל שקשה יותר להשיג את הראיה ללא הפרת החוק?

הבה נשווה בין השיקול הרביעי לבין השיקול החמישי. חוששני, כי קיים ביניהם מתח פנימי, הגובל בסתירה פנימית: השיקול הרביעי מלמדנו שאם קל היה להשיג את הראיה באופן חוקי, אזי תיחשב ההפרה חמורה יותר. השיקול החמישי מלמדנו שאם הראיה צפויה להתגלות גם ללא השימוש באמצעי הפסול, אזי תיחשב ההפרה חמורה פחות. אך הרי כשקל להשיג ראיה מסוימת באופן חוקי, רבים הסיכויים שהייתה מתגלית גם בדרך כשרה. הנה קיבלנו החמרה והקלה גם יחד.

מעבר לזה, מבחן הקלות שבה ניתן היה להשיג את הראיה אינו ברור. לקראת סוף פסק הדין מדובר על "הקלות הרבה בה ניתן היה לגבות את הודאת המערער כדין".¹²⁴ אך הרי אילו נועץ יששכרוב בסניגור מבעוד מועד, ייתכן שכלל לא היה מודה. אם כך – למה הכוונה במבחן ה"קלות"? אם הכוונה היא לעצם האפשרות להודיע לנחקר על זכות ההיוועצות – הרי ש(כמעט) תמיד קל להודיעו...

6. ההבחנה שבין ראיות חפציות לבין ראיות מילוליות והנסיגה אל ההסתפקות באמינות הראיה

כפי שנקבע בהלכת יששכרוב:

"קבוצת השיקולים השניה הרלוונטית להפעלת שיקול הדעת השיפוטי במסגרת דוקטרינת הפסילה הפסיקתית, נוגעת למידת ההשפעה של אמצעי החקירה הבלתי חוקי או הבלתי הוגן על הראיה שהושגה. בהקשר זה, יש

¹²⁴ פסק הדין, פסקה 81.

קושי מרכזי אחד בדברים אלה הוא שהם מהווים נסיגה אל התפישה המסורתית של הסתפקות בכך שהראיה היא אמינה ומוליכה לגילוי האמת. והרי כלל פסילת הראיות שהושגו שלא כדין נחוץ דווקא אז. כשראיה אינה אמינה, על השופט לדחותה גם אם הושגה בדרך כשרה.

קושי מרכזי שני הוא, שבעוד שכלל פסילת הראיות הכללי והרחב נחוץ לנו דווקא באשר לראיות חפציות – שהרי באשר להודאות קיים כלל הפסילה המיוחדת הקבוע בסעיף 12 לפקודת הראיות ובמרכזו הדרישה כי ההודאה תהיה "חופשית ומרצון" – הנה בא בית המשפט ומעקר את כלל הפסילה הכללי מרוב תוכנו, בקובעו, בעצם, כי ראיות חפציות לא תיפסלנה.

בפיסקה שצוטטה זה עתה מפסק הדין מתחדד אופיה הטרגי של הלכת **יששכרוב**: משום שהמקרה הספציפי שנדון היה של הודאה, שבאשר אליה אין לנו צורך אמיתי בכלל פסילת ראיות כללי ורחב, אלא די לנו בסעיף 12 לפקודת הראיות

7. שיקול הנזק לחברה מפסילת הראיה כפונקציה של חומרת העבירה

כפי שנקבע בהלכת יששכרוב:

”קבוצת השיקולים השלישית... עניינה בהשפעה שתהא לפסילת הראיה על מלאכת עשיית הצדק במובנה הרחב. השאלה המרכזית המתעוררת בהקשר זה הינה האם המחיר החברתי הכרוך בפסילת הראיה גבוה מן התועלת האפשרית שתצמח מכך. הפרמטרים העיקריים בעניין זה הינם חשיבות הראיה להוכחת האשמה, מהות העבירה המיוחסת לנאשם ומידת חומרתה.”¹²⁶

במילים אחרות ובראייה מעט שונה של הדברים: ככל שהעבירה שמייחסת התביעה לנאשם חמורה יותר, כך יבליג בית המשפט על הפרות גסות יותר של זכויות החשוד. אם כך – ספק אם יש טעם בכלל הפסילה. במציאות, ניתן להניח כי עיקר הפרות החוק החמורות מצד חוקרי המשטרה מבוצעות נוכח חשד בעבירות חמורות. על מי יגן כלל הפסילה? על חשודים בעבירות חניה? בעצם, מדובר בפרדוקס: הרי עד כה מקובל היה שככל שהעבירה המיוחסת לנאשם חמורה יותר – שאז צפוי הוא לשלילת חירות גדולה יותר – כך יש להקפיד יותר על שמירת הערובות הפרוצדורליות הנתונות לו. בעניין זה של חומרת העבירה ניתן היה ללמוד מן ההשוואה לאמנת רומא (1998), הקובעת, בין היתר, גם את סדרי הדין ודיני הראיות לפני בית הדין הפלילי הבין-לאומי. לפני בית-דין זה אמורים לדון גם בעבירות החמורות ביותר, שאותן

¹²⁶ שם, פסקה 72.

127 אם כן,

מדוע אין מקום לכלל של פסילת ראיות גם במשפט הישראלי, בלא לעקרו מתוכן תוך סיוגו לעבירות קלות?¹²⁸

8. שיקול קיומן או היעדרן של ראיות נוספות שניתן לבסס עליהן הרשעה

שיקול אחרון זה עולה מן הציטוט שבפתח הסעיף הקודם.¹²⁹ שוב, מדובר בשיקול המרוקן את כלל הפסילה מרוב תוכנו. הרי אם קיימות ראיות נוספות, כלל הפסילה ממילא לא יועיל, והנאשם יורשע. והנה, דווקא כשאין ראיות נוספות וכשיש צורך בכלל הפסילה, בא שיקול זה ומוליך לכך שמכיוון שהראיה חשובה להוכחת האשמה, ומכיוון שהזיכוי יגרום נזק לחברה, לא תיפסל הראיה. אימרו מעתה: מותר לנו כחברה להתבסס על ראיות שהושגו שלא כדין ולהרשיע רק כשאנו זקוקים לראיות אלה לשם הרשעה (ובמיוחד, כשמדובר בהרשעה חמורה – כפי שמכתיב השיקול הקודם). מעשה בחתול שהפקידוהו לשמור על השמנת ואמרו לו: אל תאכל, אלא אם כן תהיה ממש רעב.

שיקול אחרון זה הוא כה מופרך מן הבחינה הלוגית, עד כי הוא יוצר רושם חזק שבעצם בית המשפט אינו מוכן לשלם את המחיר החברתי של כלל פסילת ראיות ממשי הבא לבצר את זכויותיו החוקתיות של הפרט. אלא מה? גם אין הוא מוכן

¹²⁷ ראו Article 69 (7) (b) של Rome Statute of the International Criminal Law, 1998:

- " 7. Evidence obtained by means of a violation of this Statute or internationally recognized human rights shall not be admissible if:
- (a) The violation casts substantial doubt on the reliability of the evidence; or
 - (b) The admission of the evidence would be antithetical to and would seriously damage the integrity of the proceedings."

¹²⁸ את רעיון ההשוואה המעניינת לאמנת רומא למדתי מפרופ' יורם שחר עת הרצינו שנינו, ביום 22.6.06, בכנס של החטיבה למשפט פלילי וקרימינולוגיה במכללה האקדמית למשפטים (רמת-גן).

¹²⁹ "... המחיר החברתי הכרוך בפסילת הראיה... חשיבות הראיה להוכחת האשמה" – פסק הדין, פסקה 72.

9. החללים שפסק הדין אינו עוסק בהם – יחסי הכוחות שבין התביעה לבין ההגנה

(א) מי זכאי לבקש פסילת ראייה שהושגה שלא כדין?

לקראת סוף פסק הדין, מציין בית המשפט העליון שתי סוגיות שהוא נמנע מלהכריע בהן. האחת: "אין בפסק-דיננו התייחסות לשאלה האם בקשה לפסילת ראייה שהושגה שלא כדין שמורה לנאשם בלבד או שמא גם התביעה יכולה להעלותה.¹³⁰ האמנם אכן מתעוררת שאלה כזו? והרי אין כל סימטרייה בין הנאשם – הנאבק על חירותו בניסיון נואש להוכחת חפותו – לבין התביעה המאשימה אותו. האמנם מתקבל על הדעת להרשיע חף מפשע תוך דחיית ראייה לחפותו כבלתי קבילה, גם אם נהג שלא כדין בהשגת הראייה?

דומה הדבר להרשעות מוטעות שבהן מוטה בית המשפט באופן מוטעה לכיוון הרשעה רק משום שהנאשם הוא שקרן. כשם שהיותו של הנאשם שקרן לחוד ואשמתו בעבירה לחוד, כך גם אפילו ינהג נאשם שלא כדין, וישיג ראייה המוכיחה את חפותו, לא נוכל – כחברה המאשימה אותו והחייבת בהוכחת אשמתו מעל

¹³⁰ פסק הדין, פסקה 77.

(ב) על מי מוטל נטל ההוכחה?

קושיה נוספת שמעלה בית המשפט בפסק-דינו ומכריז על הימנעותו מלהכריע בה היא: "על מי הנטל להוכיח את המישור הראייתי הכרוך בבקשה לפסילה כאמור ומהו השלב המתאים להעלותה." ¹³¹

כידוע, בהליך הפלילי מוטל נטל ההוכחה על התביעה להוכיח את אשמת הנאשם – הן את התקיימות יסודות העבירה והן את היעדרם של סייגים לפלילות המעשה – מעל ומעבר לספק סביר. ¹³² לכל היותר מתקבל על הדעת להטיל על הנאשם את הנטל להעלות את הטענה, כי ראייה מסוימת הושגה שלא-כדין, ואז על התביעה להוכיח כי הושגה כדין. ¹³³ האין כאן נייר לקמוס נוסף לגישה כללית לא נכונה כלפי המשפט הפלילי?

ה. אחרית דבר – האם הפסילה של ראיות שהושגו שלא כדין היא הכלל או שמא חריג שבחריגים?

המחלוקת המרכזית בהגות המשפטית בת ימינו, באשר לפסילת ראיות שהושגו שלא כדין, היא בין הגישה שלפיה יש לקבוע כלל פסילה מוחלט – עם או בלי חריגים מסוימים המוגדרים היטב – לבין הגישה שלפיה יש לקבוע כלל המעניק לבית המשפט שיקול-דעת בשאלה אם לפסול ראייה כזו במקרה מסוים. כפי שראינו,

¹³¹ שם.

¹³² בעקבות תיקון 39 לחוק העונשין, הדברים מעוגנים היטב גם בחוק – ראו סעיף 34 לחוק העונשין, התשל"ז-1977.

¹³³ זהו בעצם המצב הקבוע בחוק באשר להודאות – בסעיף 12 לפקודת הראיות, שלפיו הודאה "תהא קבילה רק אם הביא התובע עדות בדבר הנסיבות שבהן ניתנה ההודאה ובית המשפט ראה שההודאה הייתה חופשית ומרצון."

כך, למשל, הביע הרנון דעתו, כי: "היש להמליץ על כלל פסילה החלטי נצ"ל מוחלט], גורף או על כלל פסילה יחסי, מסויג? נראה לנו כי האחרון עדיף: ראייה שהושגה שלא כדין תהיה פסולה, אלא אם מצא בית המשפט, על-פי שיקול דעתו, שיש לקבל את הראייה למרות האמצעי הנפסד שננקט לשם השגתה."¹³⁴ החריג של הימנעות מפסילת הראייה מצריך "טעמים מיוחדים שיירשמו."¹³⁵

כפי שראינו, בהלכת **יששכרוב** ליקט בית המשפט שלל שיקולים, המעניקים לבית המשפט שיקול דעת רחב מאוד ומדי. בעשותו כן נשען בעיקר על הפסיקה הקנדית. אלא שגם אם מתמקדים בפסיקה הקנדית – התמקדות שהיא בעינינו מופרזת; אין אנו מתיימרים להצטרף כמחוז נוסף לפדרציה הקנדית – הרי שכפי שמסכם אותה גרוס:

"המבחן המרכזי בפסיקה הקנדית הוא מבחן השפעת הראייה על הגינות ההליך. חומרת העבירה וכוחה הראייתי של הראייה שהושגה הם שיקולים משניים, ואין בהם לשלול פסילה כאשר ההפרה החוקתית היא חמורה ויש בהגשתה כדי להשפיע באופן חמור על הגינות ההליך. הגישה המקובלת בקנדה היא שראייה המשפיעה על הגינות ההליך תיפסל בדרך כלל, ואילו ראייה שאינה משפיעה על הגינות ההליך אך פוגעת באינטרסים אחרים

¹³⁴ ראו הרנון ("מה נשתנה"), לעיל ה"ש 71, עמ' 153. בדומה, הציע גרוס: "אין מדובר בכלל פסילה מוחלט אלא יחסי, לפיו השגת ראייה תוך הפרה של זכות חוקתית מעלה חזקה כי השימוש בה יפגע בתדמית בית המשפט בעיני הציבור, והמבקש לשכנע כי במקרה הנדון לא כך הדבר, עליו נטל השכנוע." – גרוס, לעיל ה"ש 71, עמ' 178.

¹³⁵ ראו הרנון ("מבט השוואתי"), לעיל ה"ש 71, עמ' 1029: "יש לקבוע כלל פסילה רחב, שיחול על כל ראייה שהושגה שלא כדין; לא פסילה החלטית אלא כלל שיהיה כפוף לשיקול דעת בית המשפט שלא לפסול את הראייה, מטעמים מיוחדים שיירשמו."

כלל הפסילה שנקבע בהלכת **יששכרוב** הוא כה מורכב וחלש, וכולל כל-כך הרבה שיקולים נגד פסילת הראיה גם אם הושגה שלא כדין, עד כי נראה שרק במקרים חריגים שבחריגים – כמקרה **יששכרוב** – יוביל לפסילתה הרצויה של הראיה. הכלל של פסילת הראיה שהושגה שלא כדין נקבע דווקא כחריג (שבחריגים); והחריג של תזונה מן הטמא¹³⁷ נקבע דווקא ככלל. עד להלכה חדשה וגואלת,¹³⁸ או עד לקביעת כלל בדבר פסילת ראיות ראוי לשמו בחוק, מן הראוי שבהתייחסותנו לאכזבת **יששכרוב** נחדל לדבר על כלל של פסילת ראיות. נדייק ונקרא לילד (המורעב) בשמו: "החריג (שבחריגים) של פסילת ראיות שהושגו שלא-כדין". רק לעתים נדירות, כשנהיה ממש שבעים (כבפרשת **יששכרוב** בחלוף כעשור) נוותר באבירות על אכילת הטמא. מי ייתן והשופטים יוכיחו בפסיקותיהם כי תיאור זה של הדברים הוא פסימי מדי.

¹³⁶ גרוס, לעיל ה"ש 71, עמ' 176-177.

¹³⁷ כלשונו של פרופ' יורם שחר – ראו לעיל ה"ש 92 והטקסט המפנה אליה.

¹³⁸ שאינה צפויה בשנים הקרובות, לנוכח ההרכב המורחב מאוד – תשעה שופטים – שבו ניתן פסק הדין הכה מונוליתי בפרשת **יששכרוב**.

צבי ענבר, מאזניים וחרב: יסודות המשפט הצבאי בישראל (2005) *

הדר אבירם **

טיבה של העשייה המשפטית שהיא מתרכזת בענייני השעה הדחופים. והדברים אמורים ביתר שאת לגבי המשפט הצבאי, הפועל במערכת הנתונה לאילוצים פוליטיים והמתמודדת עם מצב בטחוני משתנה. ספרו החדש של צבי ענבר, "מאזניים וחרב", מאפשר לקוראים אתנחתא מתחומי עיסוקם האקטואליים ובוחר את הולדתה והתפתחותה של הפרקליטות הצבאית מנקודת מבט היסטורית.

"מאזניים וחרב", שלא כפי שמשמע מכותרת המשנה שלו, אינו ספר דוקטרינה המקנה עקרונות משפטיים, אלא מחקר היסטורי מעמיק אודות ראשית דרכה של הפרקליטות הצבאית. המחקר מבוסס על חומר ארכיוני עשיר (תיקי חקירה, פסקי דין, הנחיות, מזכרים, תכתובת רשמית ואף מכתבים אישיים של הדמויות המתוארות בו), וכן על ריאיונות עם משפטנים צבאיים ועם אנשי משרד המשפטים אודות התקופה הרלוונטית.

הכרך הראשון של הספר נפתח במשפטים הפליליים של חברי ארגון ה"הגנה", ועוסק ביצירתה של "חוקת השיפוט", בהולדתם של מוסדות ה"שירות המשפטי" וממשיכתו – הפרקליטות הצבאית, בהיווצרות בתי הדין הצבאיים וכללי ההליך הפלילי בפניהם, בראשית דרכם של מתקני הכליאה הצבאיים, ובפרשות הכרוכות בשירות המודיעין, שהמעניינת שבהן היא פרשת משפט השדה של מאיר טוביאנסקי, שגררה את משפטו של איסר בארי.

הכרך השני עוסק בעיקר בתקופת מלחמת העצמאות. בין היתר, ימצאו בו הקוראים אירועים מטרידים שנסבו על הפרות חמורות של זכויות אדם בשם פקודות

* תל אביב: הוצאת מערכות-משרד הבטחון, 1071 עמ'.

** מדריכה-דוקטור, אוניברסיטת תל אביב.

הספר מצטיין בעושר הפרטים והאירועים המובאים בו, וניכר בו כי הושקעה עבודה רבה ויסודית בליקוט המידע. יש לברך על מלאכת האיסוף הקפדנית, שהניבה מאגר כביר של ידע העשוי לשמש תשתית חשובה למחקר היסטורי אודות המערכת המשפטית. מאידך גיסא, הספר מסתפק במסירת המידע באופן בלתי מעובד, ומחבר הספר, ככל הנראה מתוך זהירות, אינו מציע לקוראים נראטיב, מסגרת קוהרנטית, או פרשנות משלו לאירועים המתוארים בו.

הספר כולל מבוא קצר ביותר, ואין בו סיכום. הגשה זו של החומר בצורתו המקורית והגולמית ניכרת גם בחלוקת הספר לפרקים על פי סדר כרונולוגי וחלוקה טכנית ליחידות, ולא על פי נושאים וסוגיות מהותיות. יש להצר על כך שהמחבר לא איפשר לקוראים ליהנות מנסיונו העשיר והרב במערכת המשפט הישראלית, הצבאית והאזרחית, ולא שיתף אותנו בעמדותיו שלו לגבי ה"סיפור" שאותו מספרים הנתונים. לפיכך, מלאכת הענקת המשמעות לחומר הארכיוני נותרת בידי קוראיו של הספר.

ניתן להציע לקוראים דרכים אחדות להפיק הנאה ומשמעות מן החומרים הרבים והמעניינים שבספר. הקוראים המתעניינים בשאלות של זכויות אדם ודיני מלחמה יופתעו למצוא בספר מספר אירועים קשים ומוזעזעים מימי מלחמת העצמאות, שאין צורך להתאמץ על מנת לראות בהם את ההדים המוקדמים לשאלות אתיות, בהן עוסקת המערכת הצבאית גם היום. בין היתר, סוקר הספר פרשה מסמרת שיער של אונס ורצח של אישה בדואית בבסיס צבאי, ואת האופן בו ניסו מפקדיהם של האנסים והרוצחים "לטייח" את האירוע. כן נסקרת בספר החקירה החלקית בפרשת הטבח בכפר דווימה, שנחשד כאירוע הדומה לפרשת דיר יאסין. בין השורות ניתן לקרוא את הקושי של מערכת המשפט הצבאית להתמודד עם אירועים חמורים אלה ועם טענות הגנה של צידוק.

הקוראים המתעניינים בשאלות פוליטיות של יחסי כוח עשויים למצוא עניין בתפקיד שאותו מילאה מערכת המשפט הצבאית באיחוד הארגונים המחתרתיים, תחת דגל ה"הגנה", לצבא אחד. דוגמה לשאלה רגישה כזו היא שאלת סמכות השיפוט של אנשי ה"אצ"ל", שניתן לקשר, באופן רחב יותר, לשאלות הארגוניות והפוליטיות שעמדו בבסיסה של פרשת "אלטלנה". הספר כולל גם מידע על משפטי אנשי ה"לח"י", ואפילו על ההתנגדות שגילו כמה מאנשי ה"הגנה" לביטול מנגנון השיפוט שלהם ושינויו ל"חוקת השיפוט", שממנה לא היו שבעי רצון.

חוקרים מתחום הסוציולוגיה הארגונית ייהנו ודאי מן המידע אודות ראשית דרכה של הסניגוריה הצבאית. המקורות העוסקים בה, הפוזרים במקומות שונים ברחבי הספר, מציגים את הדילמות האתיות והפוליטיות בהן נתקלה, כבר בראשית דרכה, יחידה צבאית המחייבת עצמאות מקצועית ומוניטין אמין בפני לקוחותיה. הקורא הציניקן ייהנה גם ממשחקי הכוח הצבאיים-ארגוניים המתוארים בספר, החל מן ה"קרב" בין אברהם גורלי לנחום חת על ראשותו של השירות המשפטי, וכלה בתכתובת בין מטה השירות לבין התובע הכללי, בה טוען האחרון כי אין להלין על עבודתו ישירות למפקד הכלא, שכן "תשעים אחוז מהצלחת עבודתנו תלויה בפרסטיז'ה".

אנשי אקדמיה המתעניינים בדוקטרינה המשפטית יוכלו למצוא בפרשות שונות בספר ניצנים למספר עקרונות יסוד משפטיים: דוקטרינת הפקודה הבלתי חוקית בעליל, אחריות "מיניסטריאלית" של מפקדים למעשי פקודיהם ולשלומם, ודיני המעצר המיוחדים לצבא.

קרימינולוגים ופנולוגים ייהנו לקרוא על ראשית דרכו של הכלא הצבאי, ועל המרידות שהתחוללו בו, הדומות למרד שאירע, בשנים האחרונות, בבס"כ 396. המבוא לספר מתאר את תקופת ההתרחשות כתקופה ייחודית וראשונית. ואמנם, רבות מן הפרשות שבספר ניתנות להסבר על רקע מיוחד זה: אתוס השירות הצבאי כשירות חובה שוויוני, בו מגן ה"יהודי החדש" על מולדתו. אתוס זה עורר בעיות של ממש כשהפרקליטות נצרכה לטפל במצבים בהם לא עמד הצבא בסטנדרטים האתיים וההירואיים שיוחסו לו על ידי המדינה הצעירה. מאידך גיסא, יש מי שחיוך יתגבב לשפתיו כשיקרא על התככים הצבאיים, על המחסור במכוניות

|

הגנה עצמית שלא מדעת כנגד מעצר בלתי חוקי של שוטר, שפעל בתום-לב ו/או ציית לפקודה מגבוה: די לאלימות כלפי שוטרים!

אירנה פיין*

א. מבוא ב. גישת הפסיקה ג. הגנה עצמית – "תקיפה שלא כדין"
1. כללי 2. מעצר לפי פקודה – אינו תקיפה שלא כדין ד. הגנה עצמית וצורך – בעל הערך הנפגע 1. כללי 2. אין הגנה עצמית אלא כלפי התוקף 3. בין הגנה עצמית לצורך – הבחנה לפי בעל הערך הנפגע 4. היעדר דרישת הפגיעה בתוקף בסעיף 34 – לאקונה או הסדר שלילי? ה. אין הגנה עצמית כלפי תוקף הפועל במסגרת הצדק 1. אין הגבלה עצמית כלפי תוקף הפועל במסגרת הפטר 2. בחינת הפרשיות הנדונות במסגרת סייג הצורך ח. הגנה עצמית וצורך – היסוד הנפשי של המתגונן 1. הצגת השאלה 2. הבחנה בין סייג "פוטר" לסייג "מצדיק" ט. היסוד הנפשי להחלת סייג "פוטר" י. היסוד הנפשי להחלת סייג "מצדיק" – התיאוריה האובייקטיבית 1. הדוגלים בתיאוריה האובייקטיבית 2. ביקורת על התיאוריה האובייקטיבית ועל נימוקיו של פרופ' Robinson 3. הפרדוקס הסימטרי של Christopher יא. היסוד הנפשי להחלת סייג מצדיק – התיאוריות הסובייקטיביות 1. דרישת מודעות בלבד (knowing) 2. דרישת אמונה (belief) 3. דרישת מטרה (א) מטרת התגוננות כאחת המטרות (ב) מטרת התגוננות כמטרה דומיננטית (ג) מטרת התגוננות כמטרה בלעדית 4. היסוד הנפשי של המתגונן – סיכום הדין הרצוי יב. היסוד הנפשי בסייגי ההתגוננות בחוק העונשין הישראלי 1. נוסח הסעיפים ופרשנותם הראויה – כללי 2. הפרשנות הראויה בהתאם להיגיון (בסיטואציות של הפטר) 3. הפרשנות הראויה בהתאם למבנה הלשוני של הסייגים 4. הפרשנות הראויה בעקבות הפרשנות בדין הגרמני 5. הפרשנות הראויה לאור ההיסטוריה התחקיתית וכוונת המחוקק יג. סיכום

* רב-סרן, מפקדת המגמה הפלילית בבית הספר למשפט צבאי (L.L.B, L.L.M) בפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית. המחברת מבקשת להודות לד"ר יצחק קוגלר וכן לסא"ל ברוך י' מני, לסרן יונתן קינול, לקמ"ש זיו בורר, לסרן אמיר מלכי-אור ולסגן שובל אושפיז, על הערותיהם המועילות.

The same fact, if it have been constantly punished in other men, is a greater crime than if there have been many precedent examples of impunity. For those examples are so many hopes of impunity, given by the sovereign himself: and because he which furnishes a man with such a hope and presumption of mercy, as encourageth him to offend, hath his part in the offence, he cannot reasonably charge the offender with the whole.

THE LEVIATHAN by Thomas Hobbes (1660)

א. מבוא

השאלות העומדות לדיון במאמר זה הן – האם, מבחינת הדין המצוי והרצוי, יחול באופן אוטומטי סייג ההגנה העצמית בסיטואציה של התנגדות בכוח למעצר בלתי-חוקי של שוטר (בכלל זה שוטר צבאי)? האם קיימת נפקות לסיבת אי-חוקיותו של המעצר, כמו גם למצבו הנפשי של השוטר ולמצבו הנפשי של המתגונן? במילים אחרות, האם דין שונה יחול על התגוננות כלפי שוטר המבצע מעצר על פי פקודה, שנפל בה פגם, וכלפי שוטר הטועה בהליך המעצר בתום-לב; והאם יוכרו סייגי ההתגוננות (הגנה עצמית וצורך) מקום שהעושה (המעצר) כלל אינו מודע בעת ההתנגדות לאי-חוקיות המעצר?

כך קובעים סייגי ההתגוננות בחוק העונשין:

”34. הגנה עצמית [תיקון: תשנ”ד]

”לא יישא אדם באחריות פלילית למעשה שהיה דרוש באופן מיידני כדי להדוף תקיפה שלא בדין שנשקפה ממנה סכנה מוחשית של פגיעה בחייו, בחירותו, בגופו או ברכושו, שלו או של זולתו; ואולם, אין אדם פועל תוך הגנה עצמית מקום שהביא בהתנהגותו הפסולה לתקיפה תוך שהוא צופה מראש את אפשרות התפתחות הדברים.

”34א. צורך [תיקון: תשנ”ד]

”לא יישא אדם באחריות פלילית למעשה שהיה דרוש באופן מיידני להצלת חייו, חירותו, גופו או רכושו, שלו או של זולתו, מסכנה מוחשית של פגיעה חמורה הנובעת

לאורך המאמר אנסה לשכנע – תוך הצעת הדין הרצוי והפרשנות הראויה של סעיפי החוק – בניגוד לגישת הפסיקה – כי אין מקום לתחולתו של סייג ההגנה העצמית בסיטואציות של התנגדות בכוח למעצר, המבוצע על פי פקודה מגבוה או בידי שוטר הטועה בתום-לב; סיטואציות אלה ראויות להיבחן באספקלריה של סייג הצורך. עוד אטען, כי אין להכיר בסייגי ההתגוננות מקום שהעושה פועל במסגרת העובדתית של הסייג בלא מודעות לנסיבות המהוות בסיסי לקיומו.

ב. גישת הפסיקה: זכות מוחלטת להגנה עצמית מפני מעצר בלתי חוקי

בשורה של פסקי דין לאורך שנים הכיר בית הדין הצבאי לערעורים באופן אוטומטי בסייג ההגנה העצמית במקרה של מעצר בלתי חוקי. לפיכך, היה מוכן לזכות את הנאשמים בעבירות שונות הכרוכות באלימות פיסית כלפי השוטרים הצבאיים, אך ורק בשל אי-חוקיות המעצר. להלן יובאו הפרשיות בתמצית. ב-171/58/ע, בעניין **סרן עמי**,¹ אישר בית הדין הצבאי לערעורים את זיכויו של המשיב מהעבירה של אלימות כלפי ממלא תפקיד, לפי סעיף 60 לחוק השיפוט הצבאי, התשט"ו-1955 (להלן: חש"ץ), אשר יוחסה לו בגין התנגדותו בכוח למעצרו על ידי מפקד בסיס משטרה צבאית. בית הדין מצא, שלא הייתה במקרה הנדון עילה מספקת למעצר (אשר בוצע בעקבות גידופיו של המשיב), וקבע:

“על כן לא הייתה כל עילה חוקית למפקד הבסיס לעצור את המשיב ומעצרו היה בלתי חוקי. לאור המצב הזה רשאי היה המשיב להתנגד למעצרו.”

ב-141/77/ע, בעניין **רס"ל שלמה**,² זוכה המערער מעבירת ההתנגדות לפעולה חוקית, לפי סעיף 64 לחש"ץ ומהעבירה של אלימות כלפי ממלא תפקיד, לפי סעיף 60 לחש"ץ, אשר יוחסו לו בעקבות התנגדותו בכוח למעצרו על ידי קצין ועל ידי שוטר צבאי. הזיכוי נעוץ בעובדה שהשניים, אשר ביקשו לעצור את המערער, לא הקפידו

¹ 171/58/ע התצ"ר נ' סרן עמי, פד"ץ 1958, 302 (1958).

² 141/77/ע רס"ל שלמה נ' התצ"ר וערעור שכנגד, פד"ץ 1977, 220 (1978).

מעצר שלא הוכחה חוקיותו, אם הוא נעשה בכח, אינו אלא מעשה תקיפה. ממילא קמה לאדם הזכות להתנגד למעשה תקיפה זה כמו לכל מעשה תקיפה אחר..."

ב-ע/215/93, בעניין הורוביץ,³ זוכה המערער מעבירת ההתנגדות לפעולה חוקית, לפי סעיף 64 לחש"ץ, אשר יוחסה לו בגין התנגדותו בכוח ללוכדי העריקים, שבאו לעצרו מכוח פקודת מעצר שאושרה על ידי מפקד משטרה צבאית פיקודי (להלן: הממצ"פ). הזיכוי נעוץ בפקודת מעצר, אשר התבררה בדיעבד כבלתי חוקית: זאת, בשל הוראתה על מעצר מעבר לתקופה המירבית לפי סעיף 237א לחש"ץ, כפי שהיה בתוקף במועד המעצר,⁴ וכן בשל אי-הבאתה על ידי הממצ"פ לידיעת הפרקליט הצבאי, כמצוות סעיף 235(ב) לחש"ץ.

מנימוקי זיכוי של בית הדין הצבאי לערעורים עולה בבירור הכרתו בסייג ההגנה העצמית בנסיבות העניין:

"... בהעדר פקודת מעצר בת תוקף, נשמט הבסיס עליו נשענו השוטרים הצבאיים, בבואם לעצור את המערער. מיותר לציין כי הזכות להתנגד למעצר בלתי חוקי שמורה לכל אדם, כל עוד נעשה על ידו שימוש באמצעים סבירים. בכלל זה מותרת התנגדות אקטיבית תוך הפעלת כח סביר, הדרוש לסכל את המעצר הבלתי חוקי." (ההדגשה שלי – א' פ').

בהמשך, מתייחס בית הדין באופן מיוחד לעבירה נשוא האישום וקובע:

"בנסיבות אלה, אין לומר כי המערער עבר עבירה של התנגדות לפעולה חוקית, לפי סעיף 64 לחש"ץ, מאחר שלא התקיים אחד התנאים המרכזיים להרשעה בסעיף זה, דהיינו כי מדובר במי שבא 'בתוקף תפקידו' לשים את המערער במשמורת. השוטרים פעלו בחוסר סמכות, בבואם לעצור את המערער, ועל כן אין להגדיר את מעשיהם כאילו נעשו 'בתוקף תפקידם'. לפיכך, היה רשאי המערער לנסות ולמלט את עצמו מידיהם של

³ ע/215/93 טור' הורוביץ נ' התצ"ר, פד"ץ 1993, 318 (1994).

⁴ הטעות נבעה מכך שפקודת המעצר מולאה לפני תיקון מס' 23 לחש"ץ, אשר צמצם את תקופות המעצר שבסמכות המשטרה הצבאית, ואילו המערער גופו התבצע לאחר התיקון האמור, על סמך הפקודה הלא-מעודכנת.

לפיכך, לכאורה, הזיכוי אינו מוגבל דווקא לסעיף 64 לחש"ץ נשוא האישום ("התנגדות לפעולה חוקית"), אלא לכלל העבירות העולות מנקיטת הכוח, כולל אלימות כלפי חייל, לפי סעיף 61 לחש"ץ, ותקיפה "סתם" לפי סעיף 378 לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: חוק העונשין).

ב-76/96/ע בעניין האחים **סולם**⁵ זוכו שני האחים מעבירת אלימות כלפי ממלא תפקיד, לפי סעיף 60 לחש"ץ, שיוחסה להם בגין התנגדות בכוח לשוטרים צבאיים, אשר ביקשו לעצור אחד מהם בעקבות סירוב להזדהות. הזיכוי נבע מפגם בהליך המעצר, אשר התבצע על ידי כמה שוטרים במספר שלבים: באחד השלבים, הודיע השוטר לסולם שהוא עצור, בלא לנקוט קודם לכן הליך של עיכוב; בשלב אחר, השתמש כלפיו שוטר אחר בכוח סביר, אגב עיכוב דווקא, בלא שהבהיר לו שהוא עצור.

בית הדין קבע שהמעצר היה בלתי חוקי, ולפיכך הכיר בסייג ההגנה העצמית:

"מעצר בלתי חוקי מקים זכות להתנגד לו אף בדרך של שימוש בכוח במסגרת של הגנה עצמית הנועדת להדוף תקיפה שלא כדין, שכן אין השוטר הבא לבצע מעצר שלא כדין, פועל במסגרת סמכות, וניתן להתנגד לכך, אף בדרך של שימוש בכוח."⁶

ב-82/03/פ בעניין **טור' קנטורסקי**,⁷ זוכה המערער מעבירה של אלימות כלפי ממלאי תפקיד, לפי סעיף 60 לחש"ץ, שיוחסה לו בנסיבות דומות לאלה של האחים סולם. הזיכוי היה נעוץ בעובדה שבמהלך מרדף קצר של השוטרים הצבאיים בעקבות

⁵ 76/96/ע התצ"ר נ' סגן סולם, פד"ץ 1996, 182 (1996).

⁶ לגבי המשיב השני קבע בית הדין, כי הכוח שנקט היה בלתי סביר, ולפיכך הרשיעו בעבירה של אלימות כלפי חייל, לפי סעיף 61 לחש"ץ; שני המשיבים הורשעו בעקבות הפרשה בעבירה של התנהגות שאינה הולמת.

⁷ 82/03/ע טור' קנטורסקי נ' התצ"ר (טרם פורסם) (22.3.2004).

גם כאן נעוץ הזיכוי בסייג ההגנה העצמית:

"המתנגד למעצר בלתי חוקי, רשאי להתנגד לכך, ובלבד שלא יחרוג משימוש בכוח סביר... השוטרים ביקשו לעכב את המערער, אלא שהמערער נס. השוטרים, תחת לשקול עשיית שימוש בסמכות המעצר, רדפו אחר המערער, נקטו כלפיו שימוש בכוח (ולו גם מינימלי) ללא אסמכתא בדין לכך (והשוו: הגדרת תקיפה, לפי סעיף 378 לחוק העונשין, התשל"ז-1977)."⁸ (ההדגשה במקור – א' פ').

ב-ע/130/03, בעניין דוד,⁹ הורשע המערער בהתנגדות לפעולה חוקית ובאלימות כלפי ממלא תפקיד, לפי סעיפים 64 ו-60 לחש"ן, לאחר שנחה דעתו של בית הדין, כי סמכות המעצר, שננקטה כלפיו על ידי קצין משטרה צבאית, הופעלה כדין. בפתח הדיון קבע בית הדין:

"הבחינה המרכזית בהליך זה היא האם פעל סגן ק' כדין או חרג ממסגרת הדין. במקרה האחרון רשאי היה המערער להתנגד למעצר."

פסיקת בית המשפט העליון בנושא דיונו אינה רבה,¹⁰ ופסק הדין היחיד העוסק ישירות בנושא שלפנינו הינו דווקא ערעור ברשות על החלטתו של בית הדין הצבאי לערעורים, הוא ע"פ 349/88 בעניין כהן.¹¹

⁸ בעקבות הקביעה, שתוך כדי ההתנגדות ננקט כוח בלתי סביר, הורשע קנטורסקי בעבירה של התנהגות פרועה, לפי סעיף 128 לחש"ן.

⁹ ע/130/03 טור' דוד נ' התצ"ר, תק-צב 49 (4)04 (2003).

¹⁰ בעניין הורוביץ (לעיל ה"ש 3) הסתפק בית הדין בהפניה לספרו של י' קדמי. קדמי אכן מסכם את ההלכה כפי בדרך שעשה בית הדין ("היה מעצר בלתי חוקי – אם בשל טעות במישור העובדתי... ואם בשל טעות במישור המשפטי... – עומדת לחשוד הזכות להתנגד...") – יעקב קדמי, על סדר הדין בפלילים, חלק ראשון 43 (1997), וראו גם עמ' 117, אולם, פסיקת בית המשפט העליון המאוחרת על-ידו אינה עוסקת, ככלל, בזיכוי מעבירות אלימות כלפי שוטרים. כך, בעניין אל-כורי [בג"ץ 95/49 אל כורי נ' הרמטכ"ל, פ"ד ד 34; פי"ם ב 517 (1950)] לא נדונה כלל התנגדות למעצר; בעניין אל-נקיב [ע"פ 229/57 אל-נקיב נ' היועץ המשפטי, פ"ד יב(2) 850 (1958)] מדובר בהרשעה בתקיפה "סתם" תחת תקיפת שוטר; בעניין אברגיל [ע"פ 325/84 אברגיל נ' מדינת ישראל, פ"ד לח(3) 365 (1984)] מדובר בזיכוי מבריחה ממשמורת ומהעבירה "החמורה במיוחד" של גניבת אזיקים אגב כך, ובעניין פרנקל [ע"פ 136/51 פרנקל נ' היועץ המשפטי, פ"ד ה 1602, פי"ם ז 370 (1951)], אשר אוזכר וצוטט ברוב הפרשיות על ידי בית הדין הצבאי לערעורים, לא דובר במעצר על ידי שוטר כי אם במעצר שבוצע על ידי אדם פרטי; להבחנה זו נפקות מרכזית לעניין פרשנות סייג ההגנה העצמית, כפי שיובהר בהמשך המאמר.

¹¹ ע"פ 349/88 כהן נ' התצ"ר, פ"ד מד(1), 317 (1990).

כאן זיכה בית המשפט העליון את המערער מעבירת בריחה ממשמורת, לפי סעיף 121 לחש"ץ, ומעבירת אלימות כלפי ממלא תפקיד, לפי סעיף 60 לחש"ץ, אשר יוחסו לו בעקבות התנגדות בכוח למעצר שנקט כלפיו רס"ר בסיס משטרה צבאית, שפעל על סמך הוראה בעל-פה מפי הממצ"פ.¹² זאת, לאחר שים קודם לכן תפס הממצ"פ את המערער נוהג במהירות מופרות והורה לו להתייצב למחרת למשפט בתחנת משטרה צבאית, ובמקביל הורה לרס"ר בסיס משטרה צבאית לעצור את המערער בבואו.

משהחל המערער לברוח, הורה הרס"ר לחייליו לתפסו, והחייל שהצליח בכך – ננשך על ידי המערער.

קבע בית הדין:

"הרשעתו של המערער עומדת או נופלת על פי ההכרעה בשאלה אם מעצרו היה כדין... גם בעניין עבירת האלימות, שלגביה קובע סעיף 60 לחוק: 'חייל שהיכה... שוטר צבאי בקשר לתפקידו של השוטר או כשהשוטר בתפקיד...'. יסוד מיסודות העבירה הוא הביטוי 'בקשר לתפקידו של השוטר' או, לחלופין, 'כשהשוטר בתפקיד'. אם נעצר המערער שלא כדין, לא ייחשב השוטר, שכלפיו פעל באלימות, כמי שפעל בקשר לתפקידו; האלימות בה נהג המערער נועדה למלט עצמו ממעצר לא חוקי, והוא זכאי ליהנות מהגנת הצורך שבסעיף 22 לחוק העונשין, תשל"ז-1977... " (ההדגשה שלי – א' פ').

נראה, כי בכל הפרשיות, שהובאו לעיל, אנו פוגשים באותן הנפשות הפועלות: שוטר צבאי המבצע מעצר בלתי חוקי, ומנגד חייל המתנגד לו בכוח. שני אלה, העומדים משני צידי המתרס, זהים מבחינת אי-מודעותם לאי-חוקיות המעצר: שניהם אינם מעלים בדעתם בעת האירוע, שהמעצר מנוגד לדרישה חוקית כלשהי. בכל הפרשיות, החלת סייג ההגנה העצמית היא פועל יוצא של אי-חוקיות המעצר: בלא התייחסות לתום-ליבו של השוטר שספג את המכות; בהתעלם מהעובדה שבחלק מהמקרים בוצע המעצר על סמך פקודה מגבוה; ובלא בחינת היסוד הנפשי של העושה ביחס להתקיימות המסגרת העובדתית של הסייג.

¹² ממצ"פ – מפקד משטרה צבאית פיקודי.

בכל אחד מפסקי הדין הושם דגש על זכות היסוד לחירות, ובפסיקה שלאחר 1992 צוטט חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. במאמר זה אנסה לשכנע, כי הזכות האמורה לחירות אינה הזכות היחידה והאבסולוטית; לצידה, ואף לפנייה, מעגן חוק היסוד את הזכות לשלמות הגוף, ולעתים מוטלת על בית המשפט מלאכת האיזון בין השתיים. הטיית הכף לכיוון אדם הנוקט אלימות כלפי שוטר, תוך הכרה אוטומטית בסייג הרחב של הגנה עצמית, בכל מקרה של מעצר שמתברר בדיעבד כבלתי חוקי, מנוגדת בעיניי לדין הרצוי – ובמקרים מסוימים אף לסעיפי החוק בנוסחם הנוכחי, בכפוף לפרשנות החוקתית הראויה.

ג. הגנה עצמית - "תקיפה שלא כדין"

1. כללי

אחד מהרכיבים המייחדים את סייג ההגנה העצמית, הן לפי הרציונל העומד מאחוריו והן לפי לשון סעיף 34, הוא – התקיימות "תקיפה שלא כדין". בפרק זה מטרתי להראות, שרכיב זה אינו מתקיים במקרים של מעצר בלתי חוקי לפי פקודה מגבוה.

2. מעצר לפי פקודה – אינו תקיפה "שלא כדין"

בשתיים מתוך הפרשיות המובאות לעיל – עניין כהן¹³ ועניין הורוביץ¹⁴ – פעלו השוטרים על פי פקודה מגבוה. במקרה הראשון הייתה זו פקודה בעל-פה מהממצ"פ לרס"ר, שהועברה על ידי הרס"ר לשוטר זוטר, הוא אשר הוכה (ננשך) על ידי הנאשם; במקרה השני הייתה זו פקודת מעצר בכתב, על גבי טופס סטנדרטי. בדיעבד התברר, שבשני המקרים ניתנו הפקודות בניגוד לחוקי המעצר. נשאלת השאלה, מה הפגם בפעולות השוטרים שבאו לעצור את כהן ואת הורוביץ? הם פעלו על פי פקודות מגבוה, ללא כל בסיס לספק אודות חוקיותן.

¹³ לעיל ה"ש 11.

¹⁴ לעיל ה"ש 3.

15 ואם לאו, כיצד

נאמר שהשוטרים תקפו את הנאשמים "שלא כדין" ונכיר בסייג ההגנה העצמית?
קדמי, המחזיק לכאורה בדעה שקיימת משוואה מתימטית בין מעצר בלתי חוקי
מכל סיבה שהיא לבין הזכות להתנגד,¹⁶ אינו מסוגל להתעלם מקושי זה, וכך הוא
רואה את פתרונו:¹⁷

"כאשר מדובר במעצר ראשוני על פי צו – והוא הדין
בהחזקה במעצר על פי צו – הצו תקף על פניו והשוטר
רשאי (וחייב) לאכוף את הצו; ואילו העצור, הסבור כי
הצו הינו בלתי חוקי – זכאי לכאורה להתנגד ולברוח.

"אשר על כן, אפשר שמחד גיסא – יהיה השוטר חייב
לבצע את הצו או הפקודה; ומאידך גיסא – יהיה העצור
זכאי להתנגד לביצועם. זוהי תוצאה מוזרה, אך אין מנוס
הימנה כל עוד מבקשים לשמור גם על הזכות המוחלטת
להתנגדות למעצר-שלא-כחוק וגם על החובה המוחלטת
לביצוע הצו, כל עוד לא בוטל. (הערת שוליים: כך
מתחייב מפסדה"ד בעניין פודמסקי.)" (ההדגשה בגופן שלי
– א' פ', ההדגשות בקו תחתון – במקור).

קשה להתווכח, שאכן מדובר בתוצאה מוזרה, פרדוקסלית משהו: השוטר חייב
לבצע את המעצר, ואחרת יועמד לדין¹⁸ – ויחד עם זאת, המעצר הינו תקיפה שלא
כדין שההתנגדות כלפיו חוסה תחת סייג ההגנה העצמית! המפליא מכותיו בשוטר
תוך כדי המעצר ייצא זכאי בדין; יתרה מזאת, החברה תראה את מעשהו כחיובי –
שהרי לפי ה תפישה המקובלת, סייג ההגנה העצמית הינו בעיקרו "הצדק"
(justification)¹⁹ והחברה מעוניינת לעודד מעשים הנכנסים לגדרו ולחנך לעשייתם.
האמנם!?

15 לגישות השונות לעניין פקודה בלתי חוקית בעליל ראו מאמרו של זיו בורר, "ברור וגלוי? כיצד יזהה
חייל פקודה בלתי חוקית בעליל?", **משפט וצבא** 17, 351 (2004).

16 לעיל ה"ש 10.

17 שם, בעמ' 116.

18 ובעניינו של שוטר צבאי מדובר אף בדין פלילי של סירוב או אי-קיום פקודה, לפי סעיף 3-122 לחש"ץ.

19 לפירוט הסוגיה ראו: בועז סנג'ור, **הגנה עצמית במשפט הפלילי** 63 (2000).

קדמי, בקובעו את "התוצאה מזורה, אך אין מנוס הימנה",²⁰ מוסיף בהערת שוליים, כי " כך מתחייב מפסה"ד בעניין פורמסקי".²¹ דא עקא, לדעתנו, מעיון בפסק הדין²² עולה דווקא מסקנה הפוכה.

יוקדם ויצוין, כי בעניין פורמסקי לא נדונה כלל הזכות להגנה עצמית, והשלכתו לענייננו היא בדרך של היקש. שם, הורשעו המערערים בעבירה של איומים לפי סעיף 100(ג) לפקודת החוק פלילי²³ (להלן: פח"פ או הפקודה)²⁴ בגין כך שכיוונו נשק כלפי שוטרים תוך כדי דרישה לשחרר עצירים אשר נכלאו על פי פקודת מעצר של שופט, שניתנה בטעות שלא כדין (לתקופה העולה על הסמכות המירבית).

ההגנה טענה, שלא התקיים במקרה זה הרכיב "אינו מחויב" שבסעיף האישום, שכן, לטעמה, לנוכח פקודת המעצר החורגת מסמכותו של השופט, היו השוטרים מחויבים לשחרר את העצירים. טענה זו נדחתה.

השופט אגרנט הציג את ההיבטים השונים של המונח "זכות" והגיע למסקנה, כי כוונת המחוקק באומרו "אינו מחויב" בהקשר המדובר הייתה – "חופשי", ללא סנקציה פוטנציאלית. כאן, נקבע שהרכיב התקיים בהחלט, הואיל והשוטרים היו חופשיים לא לשחרר את האסירים, ולא היה צפוי להם עונש כלשהו בשל אי השחרור, בהתקיים פקודת מעצר חתומה בידי שופט, אף אם זו הוצאה תוך חריגה מסמכות.

בהמשך מביא אגרנט את הרציונל לכך:²⁵

"האינטרס הציבורי דורש כי השוטר יפעל על פי הוראת שופט השלום וכי, בשעה ששומה עליו, על השוטר, לבצע את ההוראה האמורה בצו, לא ישים עצמו דיין להחליט אם זה הנהו בן תוקף אם לא..."

"זאת ועוד. העובדה, כי ביום המקרה היו... [העצירים] רשאים לברוח מחדר הכלא האמור, שוב מפני שפקודות

²⁰ לעיל ה"ש 17.

²¹ שם, בה"ש 257.

²² ע"פ 99, 95/51 פורמסקי נ' היועץ המשפטי, פ"ד ו 341 (1952).

²³ פקודת החוק הפלילי 1936 (ע"ר, תוס' 1 (ע), 263).

²⁴ "המאיים על אדם אחר בנוק... והוא מתכוון במעשה זה להביא לידי כך שאיזה אדם יעשה מעשה שהוא אינו מחויב על פי החוק לעשותו..."

²⁵ לעיל ה"ש 22, בעמ' 361.

אגרנט אינו מציג פרדוקס וכלל אינו מגיע ל"תוצאה מוזרה":²⁶ הוא קובע, שהעציר חופשי לברוח מהמעצר המושתת על אסמכתה בלתי חוקית, במובן שבריחתו אינה מהווה עבירה. אולם, מול חופש זה אין עומדת חובת השוטר לשחררו!

השוטר רשאי ואף חייב לבצע את פקודת המעצר שנחזית כחוקית, בלא לבחון את חוקיותה המהותית. לפיכך, הוא אף רשאי לתפוס את העציר הבורח ולהחזירו לכלא! פסק הדין אינו ממשיך לפתח את הסיטואציה להתגוננות העציר הבורח, ואין כל ביסוס למסקנתו של קדמי, כי הוא מכיר במקרה זה בזכות להגנה עצמית. אגרנט מצביע על התנגשות הפרינציפלים: מחד גיסא, החירות (מתוך חובה) לבצע מעצר, ומאידך גיסא – החירות לברוח ללא עונש, אך מכאן רחוקה הדרך להסיק את החירות להתנגד בכוח! לא זו אף זו, מהעובדה, שהמעצרים הורשעו באיומים, ניתן להקיש שהיו מורשעים גם בתקיפת שוטר!

דבר קיומה של חירות אינו מוביל בהכרח לזכות לממשה בכוח הזרוע. בתחנת האוטובוסים – כל איש ואיש חופשי לעלות לאוטובוס, אבל האם זכותו לדחוף אחרים כדי לממש את חירותו האמורה?²⁷ מול חירותו לעלות לאוטובוס אין עומדת חובתו של איש מהנוסעים לפנות לו את הדרך, אם כי עומדת מולה חובתה של המדינה, שלא למנוע ממנו את הנסיעה ללא הצדק ולא להעניש אותו בגין עצם הנסיעה. כך, מול חירותו של העציר ללכת לדרכו, עומדת חובתה הכללית של

²⁶ בניגוד לדעתו של קדמי – לעיל ה"ש 17.

²⁷ את תמצית ההבחנה שבין זכויות שחובה בצידן לבין חירויות ניתן לראות בדברי אגרנט עצמו, לעיל ה"ש 22, בעמ' 354-357.

אדם העצור ללא בסיס חוקי מלא, חופשי ללכת. ואולם, שוטר אשר קיבל פקודה (או צו) לעצור אותו – כל עוד הפקודה אינה בלתי חוקית בעליל – חייב ורשאי לכפות את מעצרו בכוח סביר. לפיכך, המעצר מתבצע כדין, ואין הוא מהווה "תקיפה שלא כדין" המניחה תשתית לסייג ההגנה העצמית במקרה של התנגדות. חירותו של העצור ללכת לדרכו לא תתממש בפועל במקרה זה. אמנם, יהיה ביכולתו לתבוע את המדינה בגין הנזק שייגרם לו בשל כך.

לפיכך, לטעמי, לא ניתן להכיר בסייג ההגנה העצמית במקרה של התנגדות למעצר על פי פקודה, כל עוד הפקודה אינה בלתי חוקית בעליל;²⁸ בסוטואציה זו, למרות אי-חוקיות המעצר, אין מתקיים רכיב התקיפה "שלא כדין", ולפיכך לא ניתן להחיל את סעיף 34 לחוק העונשין. בהמשך המאמר, נבחן את סייג ההגנה העצמית (לעומת סייג הצורך) מבחינת בעל הערך הנפגע; בהקשר זה אציג את גישתי, הדוגלת בהחלת הסייג אך ורק לנוכח פגיעה בתוקף הנושא באחריות פלילית לתקיפתו.

ד. הגנה עצמית וצורך – בעל הערך הנפגע

1. כללי

סייגי ההתגוננות עוסקים במתח המתמיד בין שני ערכים: מחד גיסא, הערך אשר נפגע כתוצאה מהמעשה, המבקש לחוס תחת הסייג, ומאידך גיסא – הערך אשר עמד במוקד ההצלה. להלן נתהה על קנקנו של בעל הערך הנפגע.

2. אין הגנה עצמית אלא כלפי התוקף

בפרק זה אנסה לשכנע, כי יש להגביל את סייג ההגנה העצמית לפגיעה בתוקף. בפרקים שיבואו אחריו אוסיף ואתחם את סייג ההגנה העצמית לפגיעה בתוקף

²⁸ קביעה זו, כמובן, אינה באה לשלול את הסייג מהמתגונן הטועה במצב הדברים לגבי העובדות המקימות את הסייג – אולם סוגיה זו אינה רלוונטית לעניין הנדון.

justification (כגון שוטר העוצר מכוח פקודה) או במסגרת "הפטור" – excuse (כגון שוטר הטועה בתום-לב בהליך המעצר)²⁹ – שאז מקום הדין הנאות הוא סייג הצורך.³⁰

בסוגיה זו, קיים לכאורה פער בין סעיף 34 לחוק העונשין לבין הדין הרצוי – דבר אשר מצריך לגישתי את תיקון החוק – אם כי גם את סעיף 34 בנוסחו הנוכחי ניתן לפרש בהתאם לדין הרצוי בענייננו.

הקושי של סעיף 34 נעוץ בעובדה, שהוא אינו קובע במפורש שהגנה עצמית מוגבלת לפגיעה בתוקף.³¹ כך קובע הסעיף: "לא יישא אדם באחריות פלילית למעשה שהיה דרוש באופן מיידי כדי להדוף תקיפה שלא כדין שנשקפה ממנה סכנה מוחשית...". ולא נאמר: "פגיעה בתוקף" או "מעשה בתוקף",³² או "מעשה... שגרם לפגיעה בתוקף",³³ או למצער "שימוש בכוח נגד התוקף".³⁴

לפיכך, ניתן לחשוב שכל פעולת התגוננות נוכח תקיפה שלא כדין – אף אם גרמה לפגיעה באדם תמים ולא בתוקף דווקא – תחסה תחת ההגנה העצמית. לפי פרשנות זו, שבהמשך אציע לדחותה, לא יהיה מקום לשאלה "באיזה תוקף מדובר", וממילא לא ניתן יהיה לטעון להבחנה בין תוקף בזדון לבין תוקף מתוך חובה או תוקף בתום-לב.

²⁹ על מהות ההבחנה בין "הצדקים" ל"הפטורים" (שמכונים בעברית גם "פטורים") ניתן לקרוא, למשל: ש"ז פלר, יסודות בדיני עונשין כרך ב, 503 ואילך (1987).

³⁰ ושוב יזכר, כי הדברים נאמרים מבלי לגרוע מסייג הטעות במצב הדברים – לעיל ה"ש 28.

³¹ מבחינה זו, דומה הסעיף הישראלי לסעיפים מקבילים בקונטיננט. למשל, סעיף 32 לקוד הפלילי של גרמניה, סעיף 122-5 לקוד הפלילי של צרפת, סעיף 20(4)(1) לקוד הפלילי של ספרד, סעיף 34(6) לקוד הפלילי של ארגנטינה, סעיף 33 לקוד הפלילי של שווייץ.

כאן ולכל אורך המאמר ההסתמכות היא על הקודקסים המוצגים באינטרנט מטעם Buffalo Criminal Law Center, State University of New York at Buffalo, School of Law באתר: <http://wings.buffalo.edu/law/bclc/resource.htm>.

התרגום לעברית לאורך המאמר הוא שלי – א' פ'.

³² כנוסח סעיף 38 להצעת חוק העונשין (חלק כללי), התשמ"ו-1986 – הצעה פנימית של משרד המשפטים שארבעה סעיפים מתוכה פורסמו במאמרם של אהרן אנקר ורות קנאי "הגנה עצמית וצורך לאחר תיקון החוק" פלילים ג 5, 44 (1992).

³³ כך מנוסחים סעיף 20 לקוד הפלילי של סין וסעיף 37 לקוד הפלילי של רוסיה.

³⁴ כך בסעיף 3.04 ל-Model Penal Code, בסעיף 603 להצעת הקודקס הפדרלי של ארה"ב ובשורה של קודקסים במדינות: סעיף 13A-3-23 לקוד הפלילי של אלבמה, סעיף 9.31 לחוק הפלילי של טקסס, סעיף 776.012 לקוד הפלילי של פלורידה, סעיף 505 לקוד הפלילי של פנסילבניה.

לדעתי, שאותה אבסס בהמשך, הגבלת ההגנה העצמית להתנגדות כלפי התוקף מהווה את הרציונל האמיתי להבחנה בין סייג זה לבין סייג הצורך. למעשה, הגנה עצמית היא מקרה פרטי של צורך, כפי שמקור הסכנה שנדרש להגנה עצמית – "תקיפה שלא כדין" – הוא מקרה פרטי של מקור הסכנה הנדרש לסייג הצורך – "מצב דברים נתון". מקור הסכנה כשלעצמו אינו מהווה רציונל להפרדת סייג ההגנה העצמית מתוך סייג הצורך, והוא מוזכר כדי להוביל אותנו אל הרציונל האמיתי: בעל הערך הנפגע תוך כדי ההתגוננות.

ההגנה העצמית אמורה לסייג את האחריות הפלילית בעקבות פגיעה ב"תוקף שלא כדין", דהיינו, הגורם האנושי שיצר את הסכנה שלא כדין. לפיכך, במסגרתה הספציפית של הגנה עצמית מקל הדין עם המתגונן; סייג הצורך, לעומת זאת, נועד למקרים של פגיעה בכל אדם (כולל אדם תמים בכל הקשור לסכנה), ולפיכך, מחמיר הסייג יותר בדרישותיו כלפי המתגונן.³⁵

לפי רציונל זה, הנחה המשפט העברי, כי אדם רשאי להציל עצמו מפני הרודף אף בנטילת נפשו של הרודף, ולעניין הצלת הזולת אין מדובר ברשות אלא אף בחובה.³⁶ לעומת זאת, אוסר המשפט העברי לרצוח, תוך כדי הצלה עצמית, אדם תמים – כי "מה דמך אדום מדמו?"³⁷

לדעתי, אם לא נעמיד במוקד ההבחנה בין הגנה עצמית לבין צורך את בעל הערך הנפגע (תוקף שלא כדין אל מול אדם תמים) – לא יהיה בהבחנה זו שום משמעות: מדוע יהיה קל יותר מצבו של המתגונן מפני תוקף לעומת מצבו של אדם שנקלע למצב של דליקה או טביעה?

לרוב, אם מקור הסכנה הוא התוקף, הוא-הוא בעל הערך הנפגע מחמת ההתגוננות: הדרך הנפוצה להדוף את התקיפה היא לפגוע בתוקף.

³⁵ הדבר בא לידי ביטוי בנוסח הסעיפים: סעיף 34יא, המעגן את סייג הצורך, דורש סכנת פגיעה חמורה והיעדר דרך פעולה אחרת למתגונן – דרישות שאינן קיימות בסעיף 34, המעגן את סייג ההגנה העצמית; סעיף 34 יד מחמיר לעומת סעיף 34 לגבי מתגונן הנכנס למצב של צורך בהתנהגות פסולה. כמו כן, ראוי, לדעתי, שההבחנה בחומרת הדרישות תמצא מקומה גם בפרשנותה של דרישת הסבירות הכללית שבסעיף 34טז.

³⁶ חיים ה' כהן המשפט 636 (מהדורה שנייה, 1996). בהמשך ספרו אומר ח' כהן: "עיקרה של ההגנה העצמית הוא נוכחותו של תוקף (או 'רודף')..." – שם, בעמ' 681.

³⁷ שם, בעמ' 679.

ואולם, קיימים גם מקרים בהם אין זהות בין השניים: מקור הסכנה הוא אמנם בתקיפה, אולם הפגיעה תוך כדי התגוננות לא הייתה במקור הסכנה דווקא, אלא באנשים אחרים שנקלעו למצב: אם, לדוגמה, כדי להתגונן מפני תוקף הבא לעומתי, אני דוחף עובר-אורח וגונב את רכבו.

נשאלת השאלה, לאיזו קטגוריה נכניס סיטואציות אלה: האם לסייג המקל (הגנה עצמית) או לסייג המחמיר (צורך)? לדעתי, למרות שבמקרים אלה מקור הסכנה הוא תקיפה, אין שום רציונל לשייכם לסייג ההגנה העצמית ובכך להבדילם ממקרי התגוננות מפני סכנה הנובעת ממקורות אחרים.³⁸

אם פלוני גנב את רכבו של שכנו התמים, מה ההבדל אם עשה זאת מתוך אימת תקיפה המאיימת עליו או מתוך אימת דליקה המתקרבת לעברו? בשני המקרים ניתן לחשוב על סכנה זהה, הן מבחינת מיידידות, הן מבחינת מוחשיות והן מבחינת חומרה. מדוע אפוא נקל יותר עם זה הבורח מהגורם האנושי לעומת זה הנס על נפשו מפני תופעת טבע?

3. בין הגנה עצמית לצורך: הבחנה לפי בעל הערך הנפגע

כאמור, לדעתי, הרציונל האמיתי להבחנה בין הגנה עצמית לבין צורך נעוץ בבעל הערך הנפגע. לפיכך, לגישתי, המצב הרצוי, שאליו יש לשאוף בחקיקת הסייגים ובפרשנותם, הינו כדלקמן:

- במעשי התגוננות שפגעו בתוקף, ייהנה העושה מסייג ההגנה העצמית.
- במעשי התגוננות שכוונו ופגעו באדם תמים – לא ייהנה העושה מסייג ההגנה העצמית, כי אם מהסייג הצר יותר של צורך.
- במעשי התגוננות שכוונו בחלקם כלפי התוקף ובחלקם כלפי אדם תמים (דוגמת זריקת רימון לתוך ההמון שבו נמצא התוקף) – הפגיעה בתוקף תידון באספקלריה

³⁸ דעה אחרת הובעה לכאורה על ידי פרופ' מ' גור-אריה בדיוני ועדת המשנה של הכנסת לקראת תיקון מס' 39 לחוק העונשין. לדבריה, "יש הבדל בין צורך לבין הגנה עצמית – בהגנה עצמית אתה לא תמיד יודע מה יהיה עם התוקף... יותר קל לך לדעת אם יש חור בסירה, מה יקרה... " [נאו פרוטוקול ישיבה מס' 8 של ועדת משנה של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-13, 12 (11.5.93)], בנושא הצעת חוק העונשין (חלק מקדמי וחלק כללי), התשנ"ב-1992]. אני, לעומת זאת, איני רואה הבדל בסבירות הציפייה לגבי הגורם האנושי לעומת גורמי הטבע וכלל הנסיבות: על סמך מה נאמר שחזויו התנהגותו של התוקף קשה יותר מחזויו של כיון ההוריקן או של עיתוי הגעתם של כוחות ההצלה?

- במעשי התגוננות שכוונו כלפי התוקף בלבד, אולם פגעו שלא בכוונה באדם תמים – הניתוח מורכב יותר. תחילה, יהיה מקום לבחון, האם עומד המתגונן בתנאי הגנה עצמית כלפי התוקף. אם כן – אזי תישאל השאלה, איזה יסוד נפשי ליווה את פגיעתו באדם תמים? אם הייתה זו פזיזות (כגון ירי לתוך המון בתקווה לפגוע בתוקף דווקא, אך מתוך מודעות לאפשרות לפגוע באנשים תמימים) או רשלנות (ירי שלא דרך כוונות, ירי תוך כדי ריצה, העברת הניצרה למצב "אוטומט" במקום למצב "בודדת") – ייבדק העניין באספקלריה של צורך, ואם הסייג לא יחול – יהיה מקום להרשיע בעבירה כלפי האדם התמים בהתאם ליסוד הנפשי שהתקיים.³⁹ אם, לעומת זאת, לא הייתה בפעולת העושה אף לא רשלנות, אלא אי-מודעות לנסיבות, בפועל ובכוח, או נטילת סיכון סביר – יזוכה העושה מכל אשמה מבלי לפנות לסייגים לאחירות הפלילית.
- ולבסוף, כשמדובר בעבירות שהערך המוגן בהן הוא ערך חברתי כללי – אשר אינו נגזר במישרין מזכות אדם מוגנת⁴⁰ – כגון יריות במקום מגורים לפי סעיף 340 לחוק העונשין – ראוי, לדעתי, לפנות לסייג ההגנה העצמית, מאחר שלא נפגע כאן אינטרס לגיטימי של אדם ספציפי.

4. היעדר דרישת הפגיעה בתוקף בסעיף 34 – לאקונה או הסדר שלילי?

סעיף 34 בנוסחו הנוכחי נותן, לדעתי, מענה חלקי בלבד, באמצעות הביטוי "מעשה הדרוש כדי להדוף תקיפה". המילה "להדוף" (to repel) מצביעה על התגוננות כלפי מקור הסכנה. לפיכך, המותקף אשר בורח מפני תוקפיו במכונית גנובה – לא ייכנס לגדר סייג ההגנה העצמית, כי אם לגדר סייג הצורך, גם לפי נוסח

³⁹ לעיל ה"ש 48.

⁴⁰ כהגדרתו של פרופ' ברק: אהרן ברק "חוק יסוד: חופש העיסוק" משפט וממשל ב 195, 210 (1994).

נשאלת השאלה, האם היעדרו מסעיף 34 של רכיב הפגיעה בתוקף דווקא מהווה הסדר שלילי או לאקונה. בפרק זה מטרתי להראות, שמדובר בהחלט בלאקונה בלתי מכוונת, ולא בהסדר שלילי. לפיכך, יש לקרוא את סעיף 34 כאילו נאמר בו: "לא יישא אדם באחריות פלילית למעשה שגרם לפגיעה בתוקף, אם המעשה היה דרוש באופן מיידי כדי להדוף תקיפה שלא כדין שנשקפה ממנה סכנה מוחשית...".⁴¹ אם נביט בהיסטוריה החקיקתית ניווכח, כי עד תיקון מס' 37 לחוק העונשין,⁴² אשר הפריד את ההגנה העצמית מתוך הסייג הכללי של צורך, לא יצר החוק הישראלי הבחנה בין בעלי הערכים שנפגעו והתייחס במידה שווה אל התוקף ואל השכן התמים.

והנה, בתיקון מס' 37 הוחלט להפריד בין השניים. בעל הערך הנפגע לא הוגדר במפורש בהצעות החוק,⁴³ אולם, במהלך הדיונים בוועדת החוקה, חוק ומשפט לא היה חולק על כך שההגנה העצמית דנה בפגיעה בתוקף בלבד, וההתלבטות הייתה אך ורק בשאלה, האם הדבר מובן מאליו.⁴⁴ בהתאם לכך, נוסח סעיף ההגנה

⁴¹ ס"ח התשנ"ב 1390, 142.

⁴² לתיקון מס' 37 קדמו שתי הצעות חוק: הצעת חוק העונשין (תיקון מס' 37), התשנ"א-1991, ה"ח 2057, 232 (הצעתם של ח"כ א' לין וארבעה חברי כנסת נוספים) והצעת חוק העונשין (תיקון מס' 38), התשנ"א-1991, ה"ח 2060, 248 (הצעתו של ח"כ ד' ליבאי).

⁴³ פרוטוקול ישיבה מס' 247 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-12, 24 (24.4.91), בנושא הצעת חוק העונשין (תיקון – הגנה עצמית וכורח נסיבות), התשנ"א-1991, מטעם קבוצת חברי הכנסת. הנה ציטוט מתוך הפרוטוקול:

דיו"ר א' לין: "... מדובר על הדיפת מעשה התקיפה של התוקף עצמו. לדעתי, זה ברור, אבל מכיוון שפרופ' רקובר העיר... אפשר לבחון אם יש איזה שהוא ספק בעניין זה.

א' רובינשטיין: זה דווקא ברור.

פרוטוקול ישיבה של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-12, 29 (13.5.91) בנושא הצעת חוק העונשין (תיקון – הגנה עצמית וכורח נסיבות), התשנ"א-1991, מטעם קבוצת חברי הכנסת:

פרופ' נ' רקובר: "... צריך לומר שהפגיעה היא בתוקף ולא באחר. אמרו שברור שאמנם זה כך, אבל אני חושב שצריך להבהיר זאת. אם לקחת לדוגמה את המקרה הדרסטי, בוודאי אין כוונה למקרה שאדם הורג אחר כדי להגן על עצמו."

לעומת זאת, נוסח הסעיף בהצעת החוק לתיקון 39 שוב לא הגדיר את מסגרת ההגנה העצמית כפגיעה בתוקף דווקא, וזאת, למרות שבדברי ההסבר להצעה זו הוקדשה לעניין זה פסקה שלמה. כך פותחים דברי ההסבר לסעיף ההגנה העצמית בהצעת החוק האמורה:

“הסייגים של ‘הגנה עצמית, וצורך’ נידונים בהצעה בנפרד, בעוד שהיום הם מסודרים בנשימה אחת, בסעיף 22 לחוק הקיים, תחת השם צורך.”⁴⁵

“למרות המשותף קיים שוני ביניהם, והוא נובע מכך שהגנה עצמית באה לשלול את פליליות המעשה כאשר ניצבים זה מול זה האינטרס הלגיטימי, שעליו נועד

ג' ויסמן: “זה סעיף מקובל והוא פורש במשך שנים גם בארץ וגם בחוץ לארץ. אין צורך להוסיף כאן מלים. כל המרבה עלול רק לגרוע. ברור שהכוונה לפגיעה בתוקף ולא באדם אחר.”

פרוטוקול ישיבה של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-12, 21 (19.9.91), בנושא הצעת חוק העונשין (תיקון מס' 37), התשנ"א-1991, של קבוצת חברי כנסת, והצעת חוק העונשין (תיקון מס' 38), התשנ"א-1991, של חה"כ ד' ליבאי:

היור"א' לין: “הוא [פרופ' רקובר] מדבר על כך שעל פי הנוסח כאן... יתכן שלא פגעת בתוקף עצמו אלא פגעת באדם אחר... הוא אומר שהניסוח רחב מדי, הוא יכול לכסות גם הגנה במקרה כזה.”

פרופ' פלר: “הוא לא רחב מדי. צריך להרחיב אותו כדי להבין דבר כזה.”

פרוטוקול ישיבה מס' 300 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-12, 5 (29.10.91), בנושא הצעת חוק העונשין (תיקון מס' 37), התשנ"א-1991, של קבוצת חברי כנסת, והצעת חוק העונשין (תיקון מס' 38), התשנ"א-1991, של חה"כ ד' ליבאי:

י' קרפ: “היכן בא לידי ביטוי הרעיון... שנפגעים אינטרסים לגיטימיים של צד תמים שלא תקף ולא פעל? לדעתנו, העניין נכנס למסגרת ההגנה של צורך, ולא של הגנה עצמית.”

פרוטוקול ישיבה מס' שצ"ז של הכנסת ה-12 (הצעת חוק העונשין [תיקון מס' 36], התשנ"ב-1992) (קריאה שניה וקריאה שלישית), 148 (16.3.92):

י' לוי: “... אני מציע לאחר המלים 'נהג כפי שנהג' להוסיף את המלים 'כלפי התוקף'...”

שר המשפטים ד' מרידור: “זה ברור מתוך הסעיף. להבדיל מצורך.”

י' לוי: “כולם הסכימו שזה ברור מתוך הסעיף, ואף על פי כן, אני חושב שכדאי להבהיר את זה.”

עוד לעניין זה ראו במאמרם של א' אנקר ור' קנאי, לעיל ה"ש 32, בעמ' 7.

יצוין כי הצעת החוק לתיקון 39 פורסמה ב- 6.1.92, דהיינו, כארבעה חודשים לפני פרסומה של הצעת החוק לתיקון מס' 37, אשר פורסמה ב-21.5.91. הצעת החוק לתיקון 39 האמורה, אשר עסקה בחקיקת כל החלק המקדמי והחלק הכללי של חוק העונשין, הצריכה עבודה רבה ולפיכך התקבלה בשנתיים לאחר ההצעה המוצממת לתיקון מס' 37, אשר הפריד למעשה בין סעיף 22 (הגנה עצמית) לבין סעיף 22א (צורך). לפיכך, בעת פרסום ההצעה לתיקון 39 היו עדיין שני הסייגים – ההגנה העצמית והצורך במובנו הצר – מאוחדים בסעיף 22 לחוק העונשין, והרציונל להפרדה ביניהם הוצג דווקא בדברי ההסבר להצעה לתיקון 39, למרות שההפרדה נעשתה בתיקון מס' 37.

לאורך הדיונים בוועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת לקראת תיקון 39 ובוועדת המשנה שלה, הועלתה הלוך ושוב שאלת הגבלתו של סייג ההגנה העצמית לפגיעה בתוקף דווקא. הוויכוח החריף נוכח דעתם של כמה מחברי הוועדה⁴⁶ שאין לכלול בסייג הצורך מעשה המתה – רכיב שאילו היה מתקבל, היה מעמיק באופן ניכר את ההבדל בין שני הסייגים.

עם זאת, קשה לראות ויכוח של ממש בוועדות.

פרופ' מ' גור-אריה הבהירה את ההבדל שבין הפגיעה בתוקף לבין הפגיעה באדם ה' תמים, ואף הביאה נימוק נוסף לכך שלגיטימיות האינטרס של התוקף פחותה יותר: התוקף יכול להפסיק את התקיפה בכל רגע, וכך להפסיק את ההתגוננות נגדו.⁴⁷

גישה דומה עלתה גם מדבריו פרופ' אנקר, אשר הוסיף, כי במקרה של פגיעה בלתי מכוונת באדם תמים – תוך כדי התגוננות מפני התוקף – תיבחן התנהגותו של העושה באספקלריה של רשלנות.⁴⁸

פרופ' רקובר אף הוא היה בדעה, כי סייג ההגנה העצמית, בהבדל מסייג הצורך, "מדבר בהגנה בפני התוקף, ואז מוקד התגובה צריך להיות כלפי התוקף ולא כלפי אדם אחר."⁴⁹

חה"כ י' לוי, אשר התנגד נמרצות לאורך כל הדיונים להחלת הסייגים על המתת אדם תמים, הציע שסייג ההגנה העצמית יחול על פגיעה בתוקף, ובמקרה של הריגת אדם תמים תוך כדי הגנה עצמית תחול אחריות מופחתת.⁵⁰

⁴⁶ שהבולטים שבהם ח"כ י' לוי ופרופ' רקובר, אשר ביקשו לאמץ את המשפט העברי.

⁴⁷ הפרוטוקול מיום 11.5.93, לעיל ה"ש 38, בעמ' 35.

⁴⁸ פרוטוקול ישיבה מס' 14 של ועדת המשנה לוועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-13, 3 (17.11.93), בנושא הצעת חוק העונשין (חלק מקדמי וחלק כללי), התשנ"ב-1992.

⁴⁹ פרוטוקול ישיבה מס' 175 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-13, 13 (25.4.94), בנושא הצעת חוק העונשין (חלק מקדמי וחלק כללי), התשנ"ב-1992.

⁵⁰ שם, בעמ' 15.

י' קרפ, המשנה ליועץ המשפטי לממשלה, סברה אף היא, כי:

"מבחינה קונספטואלית, הפגיעה לא בתוקף נכנסת תמיד למסגרת של צורך, משום שהגנה עצמית מתפרשת כהגנה מפני פעולה שהיא לא לגיטימית, ואילו הגנת הצורך היא העדפה של אינטרס לגיטימי אחד על פני אינטרס לגיטימי אחר."⁵¹

על הנוסח שלא הגדיר את התוקף כבעל האינטרס הנפגע בהגנה עצמית הגן יו"ר וועדת המשנה, ד' מרידור. ואולם, מדבריו ברור שהוא לא ראה לנגד עיניו את הסיטואציה של הדיפת תקיפה באמצעות פגיעה באדם תמים, אלא סיטואציה של פגיעה באדם תמים בשגגה, תוך כדי התגוננות מפני התוקף:

"לא לחינם כתבנו 'כדי להדוף את התקיפה', ולא כתבנו 'כלפי תוקף'... אם אדם נמצא בסיטואציה שבה הוא מכריע הכרעה נכונה, אבל הוא פוגע באדם נוסף לא במתכוון, אין בעיני ספק שהשאלה היא אם הסיטואציה היא של תקיפה ולא [משנה] מי נפגע."⁵²

לפיכך, הסיבה האמיתית להשמטת הרכיב "כלפי התוקף" נעוצה ביסוד הנפשי של המתגונן והיא באה מפיו של פרופ' אנקר.⁵³ היחיד שהביע בוועדה דעה ברורה, לפיה אין להגביל את ההגנה העצמית לפגיעה בתוקף דווקא, היה פרופ' פלר.⁵⁴ לדבריו:

"אם יש בעת ובעונה אחת גם הגנה עצמית וגם צורך, אז ההיבט הדומיננטי הוא בהגנה העצמית. כך שאין להירתע מכך שתייתכן הפעלת סעיף 46 [הגנה עצמית] במקרה של צורך."

בהמשך לדברים אלה, בתשובה לשאלתו של ד' מרידור: "אתה מעדיף להרחיב את ההגנה כלפי מי שנפגע, למרות שאיננו התוקף עצמו, כשמדובר בהגנה עצמית?" – משיב פרופ' פלר: "כן".

לעומת זאת, כך קובע פרופ' פלר בספרו:⁵⁵

51 שם, בעמ' 29.

52 שם, בעמ' 33.

53 לעיל ה"ש 48.

54 הפרוטוקול מיום 11.5.93, לעיל ה"ש 38, בעמ' 5.

55 לעיל ה"ש 29, בעמ' 418.

”סימן ייחוד עובדתי של סייג ההגנה הפרטית מתבטא...
בטיב האינטרס שנפגע על ידי ההגנה הפרטית, שהוא
פועל יוצא ישיר מטיב מקור הסכנה... אין כל ויכוח על כך
כי בהבדל מן הלגיטימיות של האינטרס שיצא נפגע במצב
של צורך, האינטרס הנפגע בהגנה פרטית הוא בלתי
לגיטימי – האינטרס לתקוף שלא כדין ולהתמיד בתקיפה
עד למימוש המטרה הזדונית שהתוקף שם לעצמו, וכל
אינטרס אחר שלו, שהפגיעה בו מתחייבת מהפעלת
ההגנה הפרטית; כל אינטרס כזה – חיי התוקף, שלמות
גופו, רכושו, וכיוצא באלה – מאבד את הגנת החוק
במידה שההגנה מפני התקיפה אינה אפשרית בלי לפגוע
בו...” (ההדגשה במקור – א’ פ’).

לא זו אף זו, בהמשך⁵⁶ מתייחס פרופ’ פלר בספרו למצב של תקיפה מצידו של
תוקף נטול אחריות פלילית (הוא מוקד ענייננו בכל הנוגע למעצר בפקודה ובתום-לב)
ומסווג את הדיפת תקיפתו בגדר “צורך”:

”... התקיפה מאופיינת גם בכך שהמעשה נעשה בידי
אדם בעל כשרות פלילית, הן מבחינת בגרות הדעת והן
מבחינת תקינות הרוח. שאם לא כן, שוב מדובר באירוע,
אשר הסכנה הטמונה בו עשויה ליצור מצב של צורך
בלבד, ולא של הגנה פרטית.”⁵⁷

לנוכח דברים אלה, קשה להבין את עמדתו של פרופ’ פלר בוועדה, ולפיכך,
למרות תשובתו לשאלתו המפורשת של מרידור, לא נשאר אלא להניח שמדובר באי-
הבנה.

בסופו של דבר, הוצגו לפני הכנסת שתי גירסאות לסייג ההגנה העצמית, שרק באחת
מהן (הגירסה של ח”כ י’ לוי) הופיעה דרישת המסגרת: “כלפי תוקף”. גירסה זו
נדחתה על ידי מליאת הכנסת, מבלי שהופנתה תשומת הלב לסוגיה של הדיפת
תקיפה באמצעות אדם תמים.⁵⁸ לפיכך, נותרנו היום עם הבחנה בין שני הסייגים
ללא רציונל ממשי המעוגן במפורש בחוק.

⁵⁶ שם, בעמ’ 420.

⁵⁷ הדגמה של פלר למצב זה ראו שם, בעמ’ 393.

⁵⁸ פרוטוקול ישיבה מס’ רמ”ו של הכנסת ה-13, 371 (25.7.94), בנושא חוק העונשין (תיקון 39) (חלק
מקדמי וחלק כללי), התשנ”ד – 1994, (קריאה שנייה וקריאה שלישית).

בהקשר זה של אי מתן הדעת להבחנה הראויה בין שני הסייגים, מעניין להציג קטע מתוך דיוני ועדת החוקה, חוק ומשפט, לקראת סיום (!) הדיונים בסייג הצורך.⁵⁹ כך דנו חברי הוועדה בעניינו של חייל היורה לכיוון אוטובוס מלא בנוסעים אשר נחטף בידי מחבלים – לכל הדעות סיטואציה מוחשית וקרובה למציאות הישראלית:

– “חייל פועל מתוך צידוק.”
– “זו הגנה עצמית.”
– “אין בזה שום צידוק. המפקד נתן לו הוראה לירות.”
– “זאת לא הגנה עצמית. תמיד ראינו בזה צורך.”
– “זאת לא הגנה עצמית, הוא נמצא בחוץ לאוטובוס.” (!)
– “זה לא משנה. הוא צריך להגן על אחרים. זאת הגנה עצמית ממש, לא צידוק.”
– “צידוק אין פה. הגנה עצמית – אולי.” (!)
– “בהגנות של חיילים תמיד הלכנו לצורך, לא הגנה עצמית כי ההגנה היא על זולתו.”
– “לפי החוק היום, הגנה על זולתו היא הגנה עצמית.”
– “מכבי אש או כוחות בטחון שמתפללים בחומרים מסוכנים וכדומה, אין תוקף במובן של הגנה עצמית, הם פועלים על פי צורך.”
– “נכון. זה צורך.”
– “זה צורך, כי אין לנו מערכת חוקית שקובעת את הסמכויות במפורש...”
– “אנחנו בשלים לסיכום בסעיף 47 [סייג הצורך].”⁶⁰

עינינו רואות, כי ככל הנראה, נשמט מתשומת ליבה של הוועדה, כי ההפרדה בין שני הסייגים – הגנה עצמית וצורך – מוצדקת אך ורק אם יוגבל סייג ההגנה העצמית למעשי פגיעה במקור הסכנה שהוא התוקף. לפי גישתי, אשר הומחשה בפרק ד'-3 לעיל, בהיעדר חוק מסמך מיוחד, החייל שהסעיר את ועדת החוקה בכך שירה לעבר אוטובוס מלא שנחטף בידי מחבלים – ייהנה מסייג ההגנה העצמית לעניין פגיעה במחבלים, כי כדי להגן על זולתו הוא פוגע במקור הסכנה; לעומת זאת, לעניין פגיעה באזרחים הוא ייהנה מסייג הצורך, אשר יחול בהחלט במקרה הנתון, נוכח התקיימות כל דרישות הסייג, כגון סכנת הפגיעה החמורה, הסבירות המוחלטת של המעשה והיעדר דרך אחרת.

⁵⁹ הפרוטוקול מיום 25.4.94, לעיל ה"ש 49, בעמ' 39.

⁶⁰ יודגש שסייג הצורך נדון, הן בוועדת החוקה, חוק ומשפט והן בוועדת המשנה, לאחר סייג ההגנה העצמית (אשר הופיע בהצעת החוק בסעיף 46).

לאור הגיון הדברים, תכלית ההסדר הנורמטיבי שבסעיף 34 והדרך שבה הגיעו וועדות הכנסת לנוסח הקיים – המסקנה המתבקשת היא לראות בהשמטת בעל הערך הנפגע (התוקף) מתוך סייג ההגנה העצמית שבסעיף 34, **לאקונה** הטעונה תיקון בדרך של פרשנות.

דא עקא, ספק אם ניתן להגביל את הסייג לאחריות הפלילית בדרך של השלמת החסר, הן לאור העקרונות הכלליים של המשפט הפלילי⁶¹ והן לאור סעיף 34כא לחוק העונשין.⁶²

יחד עם זאת, קדמי, בעדכון לספרו בעקבות תיקון 39 לחוק העונשין,⁶³ קובע:

“עניינו של הסייג של ‘הגנה עצמית’ – בשלילת פלילותו של מעשה שנעשה כלפי ‘תוקף’ במטרה ‘להדוף תקיפה שלא כדין’... ‘הגנה עצמית’ – מצדיקה פגיעה בתוקפן...” (ההדגשות במקור).

מעניינת הערתו של קדמי בהמשך:

“לשון ההוראה שבסעיף 34 לתיקון, זהה ללשון שננקטה בסעיף 22 בנוסח שנקבע בתיקון מסעיף 37.”

מכאן, לדעתו של קדמי, אין שום משמעות להשמטת הביטוי “כלפי התוקף” מהנוסח הנוכחי.⁶⁴

תפישה זו נותנת לכאורה מקום לפרשנות הסעיף הנוכחי ברוח תיקון מס' 37, דהיינו, לפי הגישה הראויה אותה פירטתי לעיל: תחימת סייג ההגנה העצמית לסיטואציות של פגיעה בתוקף בלבד. זהו, אם כך, הן הדין הרצוי והן הפרשנות המוצעת של סעיף 34 הקיים. בהמשך ארחיק ואטען, שיש להדק את תחומי ההגנה העצמית לפגיעה בתוקף החב באחריות פלילית, ולא להרחיבם לפגיעה בכל תוקף שהוא.

⁶¹ ראו לעניין זה: אהרן ברק **פרשנות תכליתית במשפט** 106, 254 (2003).

⁶² 34כא. “**פרשנות**. ניתן דין לפירושים סבירים אחדים לפי תכליתו, יוכרע הענין לפי הפירוש המקל ביותר עם מי שאמור לשאת באחריות פלילית לפי אותו דין.”

⁶³ יעקב קדמי **על הדין בפלילים** חלק ראשון (עדכון והשלמה) 110 (1996).

⁶⁴ והן לשינוי הנוסח המבטל לכאורה את דרישת היסוד הנפשי מצד המתגונן – סוגיה בה אדון בהמשך.

ה. אין הגנה עצמית כלפי תוקף הפועל במסגרת הצדק

בפרקים הקודמים ניסיתי לשכנע שראוי להגביל את סייג ההגנה העצמית לפגיעה בתוקף בלבד. נשאלות השאלות, איזה הוא אותו "תוקף"? האם גם תוקף הנהנה מ-"הפטור" (excuse) במשמע? האם גם תוקף הפועל במסגרת הצדק (justification)? לגישתי, פגיעה בשני תוקפים אלה מעבירה את הדיון מהסייג המקל של ההגנה העצמית אל הסייג המחמיר של הצורך.

בפרק זה, אדון בהתנגדות לתוקף הפועל במסגרת הצדק (justification). בספרות קיימת תפישה כללית, כי לא ראוי להחיל הגנה עצמית על התנגדות לתקיפה מוצדקת בדין.⁶⁵

מסקנה זו אף עולה במישרין מהתכלית להבדלת סייג ההגנה העצמית מתוך סייג הצורך – אותה תכלית ממש המביאה למסקנה שיש להגביל את הסייג לפגיעה בתוקף דווקא.

נזכיר את דברי ההסבר להצעת החוק לתיקון 39 לחוק העונשין:⁶⁶

"הגנה עצמית' באה לשלול את פלילות המעשה כאשר ניצבים זה מול זה האינטרס הלגיטימי, שעליו נועד המעשה להגן, והאינטרס הפסול העומד מאחורי הפגיעה שעומדת להיגרם לאינטרס הראשון..."

מכאן, ה"תוקף" שהחוק מאפשר לפגוע בו במסגרת הגנה עצמית – האינטרס שלו אינו לגיטימי, או לגיטימי פחות, בעיני החברה; זה התוקף אשר בעצם מעשה התקיפה הפך ל"אויב החברה" ובכך "ויתר" למעשה על הגנת האינטרסים שלו והתיר להדפם.

⁶⁵ ראו: Mordechai Kremnitzer, *Proportionality and the Psychotic Aggressor: Another View*, 18 ISR. L. REV. 178, 190 (1983)

Miriam Gur-Arye, *Should a Criminal Code Distinguish Between Justification and Excuse?*, 5 CANADIAN J. OF L. AND JURISPRUDENCE 215, 226 (1992)

George Fletcher, *Proportionality and the Psychotic Aggressor: A Vignette in Comparative Criminal Theory* 8 ISR. L. REV. 367 (1973)

Glanville Williams, *The Theory of Excuses*, CRIM. L. REV. 732, 732. (1982) ;

PAUL H. ROBINSON, CRIMINAL LAW DEFENSES 1, 165 (1984 + Cumulative Supplement, 1996).

⁶⁶ לעיל ה"ש 45.

אדם ה"תוקף" במסגרת הצדק (justification) – דהיינו, זה המבצע מעשה שהחוק אינו מגנה, או אף מקדמו בברכה⁶⁷ – כיצד נאמר ש"ויתר" על האינטרסים? מזה הופך את האינטרס שלו לפסול ואת דמו למותר?

שאלה זו ראויה להישאל לגבי השוטרים אשר ביצעו פקודת מעצר מגבוה, בעניין זיכויים של כהן⁶⁸ והורוביץ.⁶⁹

בפרק ג' לעיל העברתי ביקורת על שני זיכויים אלה מהזווית של "תקיפה שלא כדין" – רכיב נסיבתי של סייג ההגנה העצמית, אשר לא התקיים בעניינם. כעת, אבקש לבחון את עניינם מבחינת בעל הערך הנפגע.

הן בעניין כהן והן בעניין הורוביץ, רואים אנו פגיעה בתוקף הפועל במסגרת סייג הצידוק של ציות לפקודה,⁷⁰ הוא הסייג הבולט המשקף את רציונל ההצדק (justification).

החברה מציבה לשוטר חובה עם סנקציה בצידה לציית לפקודות, גם פקודות בלתי חוקיות, כל עוד אינן בלתי חוקיות בעליל.⁷¹ כיצד נכיר בזכות להגנה עצמית מפניו?

הייתכן לראות כ"אויבי חברה" את השוטרים אשר מילאו פקודה מגבוה שנפל בה פגם? האם כך נכון לראות את השוטרים שספגו מכות מהורוביץ, בעודם מבצעים מעצר מכוח פקודה חתומה בידי מפקדם? את חייל המילואים שננשך על ידי כהן, בעודו מבצע מעצר על פי פקודה בעל-פה שנתן לו מפקדו? הייתכן להתיר את דמם? בעניין כהן ציטט בית המשפט העליון מעדותו של הרס"ר, שקיבל את הוראת הממצ"פ: "באותו שלב לא שקלתי לא לעצור אותו... הממצ"פ הורה לי לעצור אותו, שאני אחליט שלא לעצור אותו. . .".

בעניין הורוביץ, אין התייחסות למחשבותיהם של לוכדי העריקים.

ניטול את דילמת החייל שתוארה על ידי המלומד האנגלי Dicey:⁷²

⁶⁷ HERBERT L. A. HART, PUNISHMENT AND RESPONSIBILITY 13 (1968); ראו גם לעיל ה"ש 19.

⁶⁸ לעיל ה"ש 11.

⁶⁹ לעיל ה"ש 3.

⁷⁰ המעוגן בסעיף 34 לחוק העונשין.

⁷¹ לעיל ה"ש 15.

"The position of a soldier is in theory and may be in practice a difficult one. He may, as it have been said, be liable to be shot by a court martial if he disobeys an order, and to be hanged by a judge and jury if he obeys it."

נראה שמצבו של השוטר הצבאי – לפי התיאוריה של זכות מוחלטת להתנגד

למעצר בלתי חוקי – יהיה אף גרוע יותר ממצבו של החייל: הביטויים של Dicey "shot" ו-"hanged" נשארו כיום בגדר מטאפורות למיצוי הדין במדינה נאורה; לעומת זאת, אם נכיר בהגנה עצמית לאדם המתגונן מפני מעצר מכוח פקודה – אזי על אחת מכפות הדילמה נטיל "עונש מלקות"⁷³

זאת ועוד, כידוע, סייג ההגנה העצמית – הוא הסייג הרחב מתוך סייגי ההתגוננות⁷⁴ – נשען על רציונל כפול: מחד גיסא, הגנה על אינטרס לגיטימי של הפרט, ומאידך גיסא – הגנה על הסדר הציבורי-חברתי.⁷⁵

קשה לראות כיצד אדם המתנגד לשוטר המחויב לעצרו, תורם לשמירת הסדר החברתי! מה גם, שתרומתו להגנה על האינטרסים שלו עצמו מוטלת בספק. סייג ההגנה העצמית בנוי על ההנחה, שהתוקף שלא כדין יפסיק את התקיפה וכך ייתר את ההתגוננות כלפיו.⁷⁶ ואילו השוטר שמבצע פקודה – מכוח מה יהיה הוא רשאי להפסיק את המעצר?

שוטר, ועל אחת כמה וכמה שוטר צבאי, אינו מבצע את פקודות המעצרים מבחירת ליבו,⁷⁷ אין הדבר נתון לשיקול דעתו, עליו להשלים את המשימה בכוח

ALBERT V. DICEY, INTRODUCTION TO THE STUDY OF LAW OF THE CONSTITUTION 299 ⁷²
(7th ed. 1908).

לא זו אף זו, הדילמה של השוטר תתעורר בכל מקרה של ביצוע מעצר מכוח פקודה מגבוה שאינה תואמת את החוק – ולא רק במקרה של פקודה בלתי חוקית בעליל, העומדת במוקד הדילמה של חייל.

⁷⁴ עימם נמנים גם סייג הצורך וסייג הכורח.

⁷⁵ ראו לעניין זה מאמרו של קרמניצר, לעיל ה"ש 65, בעמ' 190.

⁷⁶ ראו לעניין זה דבריה של מ' גור-אריה בפרוטוקול מיום 11.5.93, לעיל ה"ש 38, בעמ' 34, 35.

⁷⁷ לעניין זה טובים דברי פרופ' פלר: ש"ז פלר "פסק דין תמוה (ע"פ 89/78 יעקב בן אליהו אפנג'ר נ' מ.י.) משפטים י 339, 352 (1980): "האם אכן היו ראויים השוטרים להערה הסרקאסטית כי באו לדירת האירוע אולי לבלות את הלילה בפרוודור – בלילה של חורף כאשר, ככל אחד מאתנו, היו מעדיפים לעשות הזמן בחיק המשפחה? האם אין מקום דווקא לעודד מלאכה קשה כזאת בשירות הציבור? כמובן, מבלי לעבור על סדר היום אם וכאשר היא נעשית בסטייה מדרישות החוק." דברים אלה יפים שבעתיים לגבי שוטרים צבאיים, אשר לרוב אינם בוחרים את שירותם.

אמנם, במאמר זה, לא ראיתי לפתוח דיון מעמיק בשאלת הצדקתה של הזכות העקרונית להתנגד למעצר בלתי חוקי של שוטר.⁷⁸ זכות זו מושרשת במשפט המקובל, ויש שרואים את מקורה עוד ב"מגנא כרטא" משנת 1215.⁷⁹ כיום, שיטות מסוימות בארצות הברית אינן רואות בזכות זו בחינת "פרה קדושה" ושוללות אותה כליל. כך, ה-Model Penal Code,⁸⁰ ובעקבותיו הקודקסים הפליליים של פנסילבניה⁸¹ ושל מונטנה,⁸² שוללים במפורש את הזכות להתנגד למעצר, אם העושה יודע שמדובר במעצר בידי אדם מוסמך (או מי מטעמו, בקוד של מונטנה) – אף אם המעצר הוא בלתי חוקי (although the arrest is unlawful);⁸³ הקודקסים של מדינת ניו-יורק⁸⁴ ושל פלורידה,⁸⁵ נוסף לכך, מגדילים

⁷⁸ לעניין ההלכה במשפט האנגלי והקנדי והביקורת בספרות המשפטית כלפי הכרסום בזכות להתנגד למעצר בלתי חוקי במדינות ארה"ב – ראו ניתוח תמציתי בפסק הדין בעניין דוד (לעיל ה"ש 9, עמ' 15 לפסק הדין); סנג'רו, לעיל ה"ש 19, בעמ' 167;

כן ראו: G. WILLIAMS, TEXTBOOK OF CRIMINAL LAW (2nd ed. 1983), 511, 523.

וכן: C. Hemmens, *Resisting Unlawful Arrest in Mississippi: Resisting the Modern Trend*, 2 CAL. CRIM. L. REV. 2 & 6 (2000), הבוחן גישות שונות בספרות וסוקר בהרחבה את הפסיקה האמריקנית בסוגיה.

⁷⁹ בספרות מצביעים על מקור הזכות בסעיף 39 ל"מגנא כרטא" (1215): "Nullus liber homo capiatur, vel imprisonetur... nisi per legale iudicium..." ראו לעניין זה מאמרו של Hemmens – לעיל ה"ש 78.

⁸⁰ סעיף 3.04(2)(a)(i) ל-Model Penal Code (1985): "The use of force is not justifiable... to resist an arrest that the actor knows is being made by a peace officer, although the arrest is unlawful..."

⁸¹ סעיף 505(b)(1) לקוד הפלילי של פנסילבניה.

⁸² סעיף 45-3-108 לקוד הפלילי של מונטנה.

⁸³ נראה שכך גורסת גם דוקטרינת rebellion, הנהוגה בצרפת – ראו Williams, לעיל ה"ש 79, בעמ' 511.

⁸⁴ סעיף 35.27 לקוד הפלילי של ניו-יורק.

⁸⁵ סעיף 776.012 לקוד הפלילי של פלורידה.

"reasonably appears"

שמדובר באדם מוסמך⁸⁶.

גישה אחרת בארה"ב, העדיפה בעיניו בהיותה מאוזנת דיה⁸⁷ – היא זו של הקוד הפלילי של טקסס⁸⁸ ושל הצעת הקוד הפלילי הפדרלי⁸⁹, המתירים את ההתנגדות לשוטר רק אם הפריז השוטר את מידת הכוח מעבר לסביר⁹⁰. אולם, לענייננו, גם המשפט המקובל האנגלי, הדוגל כאמור מזה מאות שנים בזכות העקרונית להתנגד למעצר בלתי חוקי, אינו רואה להחילה על התנגדות מפני שוטר העוצר מכוח פקודה.

כך מסכם את המשפט המקובל בסוגיה זו המלומד Hemmens⁹¹:

"As a number of courts noted, an officer presented with an arrest warrant that was facially valid was duty bound to execute the warrant. Failure to do so was itself a criminal act. Thus if the warrant is later determined to be invalid, thus rendering the arrest illegal, the officer should not suffer for it.

In essence, courts said that an officer acted at his peril if he chose to make an arrest and that arrest was later determined to be unlawful; if on the other

⁸⁶ סעיף 603(a) להצעת הקוד הפלילי הפדרלי משתמש לעניין זה במונח "under color of law".

⁸⁷ נראה שזו גם דעתו של ד"ר סנג'ור, לעיל ה"ש 19, 166; בדברי ההסבר ל-Model Penal Code (לעיל ה"ש 80) מוסבר שגם כוונתו היא לשלול את זכות ההתנגדות לעצם המעצר ולהתירה במקרה של הפרזה בשימוש בכוח בידי השוטר: "The actor thus does not lose his justification if the officer uses more force than is necessary to effect the arrest, or otherwise constitutes a danger to the safety of the citizen."

⁸⁸ (c) 9.31 לקוד הפלילי של טקסס.

⁸⁹ לעיל ה"ש 86.

⁹⁰ לעומת רוב המקרים – בהם קיים ערפול לגבי מונח "הכוח הסביר" – כאן פרשנותו אינה נראית מסובכת. ודוק – הכוח הסביר הוא הכוח המינימלי הדרוש לשוטר כדי להתגבר על ההתנגדות. פרשנות המונח קשה מקום שיש לאזן את הכוח המופעל על העצור לעומת עוצמת התנגדותו. אם נסיר את הלגיטימציה מההתנגדות למעצר בלתי חוקי – וכך ננחה את האורח שלא להתנגד כלל – נצפה מהשוטר שגם לא יפעיל כל כוח ממש. האורח שיתנגד למעצר – תהיה תקיפתו כלפי השוטרים תקיפה שלא כדיון – ולפיכך תצדיק הפעלת כוח רב יותר. מכל מקום, לא יישמע האורח בטענה כי קשה לו להבחין, מתי מידת הכוח המופעל עליו על ידי המשטרה, חורגת מתחום הסבירות: אם הסכים למעצר, יהיה כל כוח ממש המופעל עליו – בלתי סביר, ואם התנגד מבלי שהופעל עליו כוח ממש – לא יהיה לו להלין אלא על עצמו בגין הסלמת הכוח.

⁹¹ לעיל ה"ש 78, בפסקה 12. יודגש כי Hemmens תומך בזכות העקרונית להתנגדות למעצר בלתי חוקי ומותח ביקורת נגד השיטות השוללות אותה.

hand the officer was simply following orders, he was protected to some degree."

מכל אלה עולה שאין מקום להחיל את סייג ההגנה העצמית על התנגדות כלפי שוטר המבצע מעצר על פי פקודה מגבוה, וראוי לפרש ברוח זו את הדין המצוי בישראל. לפיכך, את הפרשיות בעניין כהן⁹² והורוביץ⁹³ ראוי היה לבחון שלא במסגרת סייג ההגנה העצמית, כי אם במסגרת סייג הצורך.⁹⁴

ו. אין הגנה עצמית כלפי תוקף הפועל במסגרת הפטר

בפרק הקודם הצגתי את הרציונל הברור, מבחינת הדין הרצוי והמצוי כאחד, לאי-הענקת סייג ההגנה העצמית בסיטואציה של התנגדות למעצר ללא צו, כשהשוטר פועל במסגרת "הצדק".

שאלה מורכבת יותר היא לעניין שוטר העוצר שלא כדין ללא צו, אולם מעשהו נכנס לגדר "הפטר" (excuse) – וזאת, אם פועל השוטר מתוך טעות.

לענייננו, בפרשיות סרן עמי,⁹⁵ רס"ל שלמה,⁹⁶ האחים סולם⁹⁷ וטור' קנטורסקי,⁹⁸ מדובר ככלל בטעויות במצב המשפטי. טעויות אלה, להבדילן מטעויות במצב הדברים, אינן מזכות בפטור לפי הדין הכללי.⁹⁹ עם זאת, סעיף 44 לפקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש) [נוסח חדש], התשכ"ט-1969 (להלן: פסד"פ)¹⁰⁰ פוטר מאחריות פלילית שוטר המבצע מעצר בתום-לב, ללא הבחנה בין טעות בעובדה לבין טעות בדין.¹⁰¹

92 לעיל ה"ש 11.

93 לעיל ה"ש 3.

94 לעניין בחינת הפרשיות במסגרת סייג הצורך ראו בפרק ז' להלן.

95 לעיל ה"ש 1.

96 לעיל ה"ש 2.

97 לעיל ה"ש 5.

98 לעיל ה"ש 7.

99 אלא אם כן היו בלתי-נמנעות באורח סביר – סעיף 34יט.

100 "44. פטור שוטר מאחריות. שוטר לא ישא באחריות אורחית או פלילית בשל מעצר או עיכוב שלדעת בית המשפט ביצע אותו בתום-לב ולמען שלום הציבור, אולם האמור בסעיף זה לא יגרע מכוחם של הממונים עליו לנקוט אמצעים משמעתיים כפי שיראו לנחוץ."

101 ראו לעניין זה: יעקב קדמי, **עד סדר הדין בפלילים**, חלק ראשון 43 (1997): "תום-לב" – יכול בהחלט לדור בכפיפה אחת עם 'טעות', הן טעות עובדתית והן טעות משפטית."

שאלת תחולתו של סעיף 44 הנ"ל על שוטרים צבאיים אינה שאלה טריוויאלית. ניתן היה לגרוס שהפטור שבסעיף 44 מאומץ על ידי סעיף 227 לחש"ץ¹⁰² יחד עם סמכויות השוטרים. מנגד, קשה להתעלם מהעובדה שבחש"ץ לא קיימת הוראה מקבילה לסעיף 40 לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים), התשנ"ו – 1996, אשר מחיל את הפטור שבסעיף 44 לפסד"פ על עובדי ציבור בעלי סמכויות מעצר.

מכל מקום, מבחינת המשפט הרצוי אין, לדעתי, כל סיבה להבחנה בין שוטר של משטר ישראל לשוטר צבאי מבחינת האחריות הפלילית במעצר בתום-לב, ויש לדידי מקום לקביעת פטור לגבי שניהם – דבר המצריך תיקון חקיקתי בחש"ץ בהתאם לנוסח סעיף 44 לפסד"פ.

מבחינת הדין הרצוי איפוא יש לראות את השוטרים הטועים בתום-לב בהליך המעצר, בפרשיות הנדונות, כתוקפים הנהנים מסייג מסוג "הפטור" (excuse). בנוגע להגנה עצמית כלפי תוקף הפטור מאחריות במסגרת excuse חלוקת הדעות בספרות.¹⁰³ בעיניי נכונה דעתם של אלה הגורסים כי התנגדות כלפי תוקף כזו כמורה כהתנגדות כלפי תוקף הפועל במסגרת justification; גם היא לא תיבחן במסגרת סייג ההגנה העצמית, כי אם במסגרת סייג הצורך.¹⁰⁴ פרופ' קרמניצר, הדן בסוגיית ההתנגדות לתוקף פסיכוטי, מסביר, כי בדומה להתנגדות לתוקף הפועל במסגרת "הצדק", התנגדות לתוקף הפועל בתום-לב אינה מקדמת את מטרת ההגנה על הסדר הציבורי-חברתי, שהיא המטרה המייחדת את סייג ההגנה העצמית לעומת סייג הצורך: תוקף תמים, שהתנהגותו אינה אנטי-סוציאלית, אינו מתאים להגדרה

¹⁰² "שוטר צבאי וסמכויותיו. חייל שנתמנה לפי פקודות הצבא להיות שוטר צבאי... רשאי, בהתחשב עם פקודות הצבא – (1) להשתמש לגבי כל חייל, ולגבי כל אדם אחר הנמצא במקום שבהחזקת הצבא או המפריע לפעולה של הצבא, בסמכויות הנתונות על פי הדין לשוטר לגבי כל אדם;..."

¹⁰³ ראו פירוט המחלוקת בספרו של סנג'רו, לעיל ה"ש 19, 161.

¹⁰⁴ כך דעתו של קרמניצר (לעיל ה"ש 65), התוקף במאמרו את גישתו של Fletcher, המחזיק בדעה הפוכה (לעיל ה"ש 65); כך גם דעתו של סנג'רו, לעיל ה"ש 19, 79; דעה דומה הביע גם המלומד האמריקני אלכסנדר: L. Alexander, *Justification and Innocent Aggressors*, 33 WAYNE L. REV. 1180 (1986-1987).

לפיכך, הסייג הרלוונטי בענייננו,¹⁰⁵

הוא סייג הצורך.¹⁰⁶

הנמקתו של קרמניצר יפה שבעתיים מקום שמדובר בהתנגדות למעצר של שוטר הטועה בתום-לב בהליך המעצר.¹⁰⁷ גם הוא, כשוטר המבצע פקודה, אינו "אויב הסדר חברתי". אין הוא פועל להנאתו, ומניעיו אינם אנטי-סוציאליים. הוא מאמין, אמנם בטעות, שהוא פועל כדין ולמען מטרה חברתית. במעצר שלא כדין בתום-לב, להבדילו מתקיפה בזדון, ההתנגדות בכוח לא תמלא את תפקיד ההרתעה ולא תתרום בדרך כלל להפסקת האירוע, כי אם להסלמתו. הן הסדר הציבורי והן האינטרס הפרטי של המתגונן יבואו על תיקונם בדרך טובה יותר, אם יאות להיענות למעצר ובהמשך ישוחרר בהליך פורמלי, יתלונן על השוטר ויפוצה על ידי המדינה – אפשרות אשר אינה קיימת במקרה של תוקף בזדון, אשר עלול לגרום בתקיפתו נזק בלתי הפיך ולהימלט על נפשו.¹⁰⁸

המטרה החברתית היחידה, הרלוונטית לכאורה לעניין ההתנגדות בכוח למעצר בלתי חוקי בתום-לב, היא **חינוך השוטרים**. ניתן אולי לטעון, כי שוטר היודע שבמקרה של מעצר בלתי חוקי מצידו ייבלם בכוח – ישקוד וילמד את כללי המעצר וישקיע את מלוא תשומת הלב לבל ישגה במעצר בלתי חוקי. ואולם, לדעתי, מטרה חברתית זו, חיובית כשלעצמה, אינה מצדיקה התנגדות בכוח, העלולה לפגוע קשות בשלמות גופם של שני הצדדים.

סוגיית חינוך הרשויות עמדה לבחינת בית המשפט העליון בהקשר של קבילות הראיות – בהלכת **מועדי**¹⁰⁹ ובסדרת פסקי דין שבאו בעקבותיה, ולאחרונה בהלכת

יששכרוב.¹¹⁰

¹⁰⁵ לעיל ה"ש 65, בעמ' 194.

¹⁰⁶ ראו לעניין זה גם: מ' גור-אריה, לעיל ה"ש 65, 226; אהרן אנקר **הכרח וצורך בדיני עונשין** 220 (1977).

¹⁰⁷ ובוודאי מקום שמדובר בהתנגדות למעצרו של אדם שנצטווה על ידי שוטר לסייע לו בביצוע המעצר – כשאותו אדם טועה לחשוב שנצטווה כדין ולפיכך רואה עצמו כפוף לסעיף 263 לחוק העונשין.

¹⁰⁸ זאת ועוד, בחינת ההתנגדות למעצר בלתי חוקי תחת סייג הצורך בדרך כלל אינה מעוררת את הקושי עימו נאלץ להתמודד קרמניצר בהקשר של התנגדות לתוקף פסיכוטי – הקושי שבשלילת הסייג מהחייבים לעמוד בסכנה (לעיל ה"ש 65, בעמ' 208). לעומת המטפלים בחולי נפש, קשה להעלות על הדעת מצב שבו מחויב אדם לעמוד בסכנה מול מעצר שלא כדין.

¹⁰⁹ ע"פ 115/82, 168/82 **מועדי נ' מדינת ישראל**, פ"ד לח(1) 197 (1984).

¹¹⁰ ע"פ 5121/98 **טור' יששכרוב נ' התצ"ר** (טרם פורסם, 4.5.2006).

בעניין מועדי, 111 העוסק בשאלת האמצעים הפסולים הננקטים על ידי המשטרה במודע, 112 התלבט בית המשפט העליון ארוכות בשאלה, האם יש מקום לפסול הודיית חוץ על בסיס "משפטי-חינוכי", כדי להניא את המשטרה מלנקוט אמצעים בלתי כשרים בחקירות.

בעניין יששכרוב, 113 בקובעו קווים מנחים להפעלת הדוקטרינה החדשה לפסילת ראיות שהושגו שלא כדין, ייחס בית המשפט העליון חשיבות רבה לתום-ליבם של גורמי החקירה. מנגד, נמנע בית המשפט מלקבוע כלל מוחלט לפסילת ראיה שהושגה שלא כדין בזדון. כך קבע בית המשפט:

"שנית, ראוי לבחון האם רשויות אכיפת החוק עשו שימוש באמצעי החקירה הבלתי כשרים במכוון ובזדון או שמא בתום-לב. כאשר גורמי החקירה הפרו במכוון את הוראות-הדין המחייבות אותם או פגעו ביודעין בזכות מוגנת של הנחקר, יש בכך כדי להעצים את חומרת ההפרה של כללי החקירה התקינה ואת הפגיעה האפשרית בהגינות ההליך אם תתקבל הראיה במשפט..." 114

יער ויודגש, כי בסוגיית הקבילות, ה"עונש" העומד במחלוקת לובש צורה של פגיעה במערכת: פסילת ראיה במשפט. היקף מסוגיה זו לסוגיית המעצר הבלתי חוקי אמור להוביל אל שקלול אי-חוקיותו של הליך המעצר במסגרת שיקולי השחרור. 115 קשה להבין את ההצדקה להתרה גורפת של אלימות פיסית כלפי השוטר, הנוקט בתום-לב מעצר שלא כדין, לצד אי-פסילת הראיות שהושגו שלא כדין בתום-לב או אף בזדון. לדעתי, נגד השוטר עצמו ניתן במקרים המתאימים לנקוט הליך

111 לעיל ה"ש 109, בעמ' 219 ואילך.

112 ראו לעניין זה גם: יעקב קדמי על הראיות חלק ראשון (2003).

113 לעיל ה"ש 110, בעמ' 79 לפסק הדין.

114 בית המשפט אף קבע במפורש, כי התכלית ההרתעתית-חינוכית לא תשמש תכלית ראשית של הדוקטרינה לפסילת ראיות שהושגו שלא כדין; אולם, נראה כי קביעה זו אינה לענייננו, מאחר שהיא נובעת בעיקר מטעמי יעילות. כך אומר בית המשפט, בעמ' 71 לפסק הדין: "בהתבסס על הניסיון האמריקני, מתעורר ספק האם פסילת ראיות שהושגו שלא כדין אמנם משמשת אמצעי יעיל לחינוך ולהרתעה של רשויות החקירה מפני שימוש באמצעי חקירה בלתי כשרים..." (ההדגשה שלי - א' פ')

115 לעניין שקלול הפגמים בהליך המעצר בהחלטות המעצר על תום ההליכים בצבא, ראו: ע"מ/47/04 רב"ט בניסטי נ' התצ"ר (טרם פורסם, 27.9.2004).

גישתי היא אפוא, כי גם התנגדות לתוקף החוסה תחת "הפטר" (excuse), ובכלל זה שוטר העוצר בתום-לב – תיבחן לכל היותר במסגרת סייג הצורך. זהו, לדעתי, הדין הרצוי לגבי השוטרים הצבאיים המבצעים בתום-לב מעצר בלתי חוקי בפרשיות הנדונות,¹¹⁷ והפרשנות הנכונה של סעיפי ההתגוננות בחוק העונשין, לגבי שוטרי מדינת ישראל בנסיבות דומות, בהתקיים הפטור שבסעיף 44 לפסד"פ.¹¹⁸

ז. בחינת הפרשיות הנדונות במסגרת סייג הצורך

בפרקים הקודמים ניסיתי לשכנע, כי לא היה מקום להחיל על הפרשיות נשוא הדיון את סייג ההגנה העצמית, וראוי היה לבחון במסגרת סייג הצורך. אם נבחן מבחינה עובדתית את ההתנגדות למעצר בפרשיות הנדונות במסגרת סייג הצורך, כפי שהוא מוגדר כיום בסעיף 34 לא לחוק העונשין, ספק אם נמצא את התשתית העובדתית הנדרשת. בכל הפרשיות, סכנת הפגיעה בחירות אינה **חמורה** (שכן מדובר בפגיעה הפיכה תוך זמן קצר), וסכנת הפגיעה בשלמות הגוף אינה חמורה אף היא, מה גם שקיימת דרך אחרת למנעה (להיענות לדרישות המעצר); כמו כן, לא נראה שההתנגדות בכוח בפרשיות הנ"ל עונה לדרישת הסבירות,¹¹⁹ אשר אמורה להיות מחמירה לגבי סייג הצורך בכלל, ובסיטואציות של צורך "פוטרי" (excuse) בפרט.¹²⁰

¹¹⁶ ואם בחינוך עסקינן, קשה להתעלם מהעובדה שפסקי דין מזכים, במקרים של התנגדות פיסית למעצר, פוגעים קשה בחינוך הציבורי, תוך העברת המסר שמוותר להרביץ לשוטרים. כך, על אחת כמה וכמה בסיטואציה של "הגנה עצמית" שלא מדעתו של המתנגד למעצר.

¹¹⁷ לעיל הערות 1, 2, 5 ו-7.

¹¹⁸ סוגיה שונה בהחלט היא סוגיית הטעות שעלולה להתעורר בלב העושה בנוגע לתום-ליבו של השוטר; לפי דוקטרינת הטעות במצב הדברים, המעוגנת כיום בסעיף 34 לחוק העונשין (ובחינתה חורגת מתחומי מאמר זה), טעות כזו עשויה לפטור את המתגונן מהאחריות הפלילית. אולם, הנחה זו אינה רלוונטית לפרשיות הנדונות, שכן טענת הטעות לא הועלתה שם.

¹¹⁹ במיוחד לנוכח העובדה שעל כף המאזניים שקולה זכות המתגונן לחירות מול זכות השוטר לשלמות הגוף.

¹²⁰ גם ללא הבחנה סטטוטורית בין צורך "פוטרי" לצורך "מצדיק", אשר קיימת בסעיפים 34 ו-35 לקודקס הפלילי הגרמני, ראוי לדעתי ליישם את ההבחנה בכל מקרה קונקרטי ולפרש בהתאם לכך את דרישת

נראה אפוא, כי אילו נבחנו הפרשיות הנדונות במסגרת סייג הצורך, לא הייתה מוכחת התשתית העובדתית להחלת הסייג.
בפרק הבא נבחן את התקיימות סייגי ההתגוננות – הגנה עצמית וצורך במאוחד – מבחינת היסוד הנפשי של המתגונן.

ח. הגנה עצמית וצורך - היסוד הנפשי של המתגונן

1. הצגת השאלה

באף לא אחת מהפרשיות הנדונות, לא נטען כי בעת ההתנגדות היוותה אי-חוקיות המעצר שיקול כלשהו אצל הנאשמים, ואף ברור בעליל, שהיא לא הייתה בתחום מודעותם בזמן האירוע.
פסק הדין היחיד, אשר התייחס לסוגיית היסוד הנפשי של המתגונן, היה עניין **סולם**.¹²¹ כאן, עושה בית הדין הבחנה בין אי-מודעות העושה לעובדות האובייקטיביות המקימות את הסייג לבין אי-מודעותו לכך שעובדות אלה מקימות את הסייג מבחינת הדין. לגישת בית הדין, אי המודעות הראשונה שוללת את הסייג, ואילו זו השנייה אינה שוללת אותו:

”במקרים בהם לא הייתה מודעות לנתונים העובדתיים המחילים את הסייג... הרי שהסייג אינו חל, גם אם, בדיעבד, הסתבר, כי בשל נסיבות שלא היו ידועות בשעת מעשה, היה זה דרוש, באופן מידי, כדי להדוף תקיפה שלא כדין (ראה הדיון בעניין זה: פרופ' פלר, דיני עונשין, (חלק ב'), עמ' 443-444). עם זאת, נוטים אנו לסבור, כי בחינת חוקיותה של התקיפה שנגדה מתגוננים, צריכה להיעשות ל'אחור' על פי אמת מידה אובייקטיבית, ולא דווקא, כפי שהיא משתקפת בעיני הטוען להחלת הסייג, בשעת מעשה. הזכות להתגונן בפני תקיפה שלא כדין נגזרת מזכות היסוד לחרות. קיומה של זכות יסוד זו אינו צריך להיות מותנה במידת הבנתו של הטוען לזכות את

¹²¹ לעיל ה"ש 5, בעמ' 195.

בשאר הפרשיות הוחל סייג ההגנה העצמית ללא התייחסות כלשהי ליסוד הנפשי.

לכאורה, תפישה זו עולה בקנה אחד עם נוסח הסייגים, ההגנה העצמית והצורך כאחד.¹²² ועדיין, נשאלת השאלה, הן מבחינת הדין הרצוי והן מבחינת הפרשנות הנאותה לדין המצוי – האמנם סייג ההגנה העצמית (אשר הוחל בפועל בפרשיות הנדונות) וסייג הצורך (שאותו הצעתי להחיל בפרקים הקודמים) באים על סיפוקם בלא דרישה כלשהי ליסוד נפשי מצד העושה?

2. הבחנה בין סייג "פוטרי" לסייג "מצדיק"

בעיניי, סוגיית היסוד הנפשי של עושה בסייג ההתגוננות תלויה במידה רבה ברציונל העומד מאחורי הסייגים, דהיינו, בהבחנה בין סיטואציות של "הצדק" (justification) לבין סיטואציות של "הפטר" (excuse).¹²³ לפיכך, אייחד פרק קצר להבחנה זו.

לגישתי, היישום הראוי של ההבחנה בין "הצדקים" ל"הפטרים" אינו במיון הסייגים, שם הוא זוכה למחלוקות ולתהיות,¹²⁴ אלא במיון הסיטואציות בכל אחד מהסייגים. לדעתי, כל אחד משלושת סייגי ההתגוננות יכול לחול הן על סיטואציות של הצדק, והן על סיטואציות של הפטר,¹²⁵ ובהתאם לכך ראוי להגדיר את דרישות הסייג.¹²⁶

¹²² דיון נרחב בנוסח הסייגים ראו להלן, בפרק יב'.

¹²³ זאת, כי עצם הרעיון, לפיו ניתן להחיל את סייגי ההתגוננות תוך התעלמות מהיסוד הנפשי של העושה, עשוי לקבל משמעות אך ורק בסיטואציות של הצדק, ואילו בסיטואציות של הפטר הוא מביא לידי אבסורד – ועל כל יורחב הדיון בפרק הבא.

¹²⁴ ראו: קרמניצר, לעיל ה"ש 65, בעמ' 196; סנג'רו, לעיל ה"ש 19, בעמ' 258 ואילך; גור-אריה, לעיל ה"ש J. C. SMITH AND B. HOGAN, CRIMINAL LAW 35, 210 (10th ed. 2002); 65.

¹²⁵ כדברי המלומד האמריקני ברמן: "The defenses involving defensive force are likely to be complex amalgams of justifications and excuses" Mitchell N. Berman, ראו: *Justification and Excuse, Law and Morality*, 53 DUKE L. J. 1, 65 (2003).

¹²⁶ ראו לעניין זה גם: Kyron Huigens, *Duress is not a Justification*, 2 OHIO ST. J. CRIM. L. 304 (2004-2005).

דוגמה טובה לכך היא סעיפים 34 ו-35 לקודקס הפלילי הגרמני – הצורך ה"מצדיק" והצורך ה"פוטר". התנאי המקדמי להתקיימות שני הסייגים הוא קיומה של סכנה מיידית ובלתי נמנעת באופן אחר. ואולם, סעיף 34 חל אך ורק במקרים בהם הערך שניצל עולה על הערך שנפגע,¹²⁷ במיוחד מבחינת סוג הערכים ורמת הסכנה.

דהיינו, סעיף 34 חל אך ורק על סיטואציות של תועלת חברתית, ולפיכך הוא עוסק בצורך "מצדיק".¹²⁸ בשל כך, מרחיב סעיף 34 את סייג הצורך: מבחינת הערך המוגן, הוא חל על כלל הערכים החוקיים,¹²⁹ מבחינת סובייקט ההתגוננות הוא חל על כולם,¹³⁰ ואין בו הגבלה לגבי החייבים לעמוד בסכנה.

לעומתו, סעיף 35, הדן בצורך "פוטר",¹³¹ תחולתו אינה מותנית בשקילות הערכים. הוא חל גם אם הערך שניצל פחות מהערך הנפגע או שווה לו, ובשל כך הוא מוגבל הן מבחינת הערכים: חיים, גוף וחירות; הן מבחינת אובייקט ההתגוננות: המתגונן עצמו, קרובי משפחתו ואחרים הקרובים אליו;¹³² והן מבחינת החובה לעמוד בסכנה, לנוכח מעמד מיוחד או עקב גרימה למצב.¹³³

הבחנה דומה, אם כי פחות ברורה, ניתן למצוא גם במשפט האנגלי, בהבדל שבין "duress of circumstances" – הדומה לצורך "פוטר", לבין "necessity" – המתנהג כצורך "מצדיק".¹³⁴

¹²⁷ בדומה לנוסח שאימץ המחוקק הישראלי בסעיף 22א אשר הופיע בתיקון מס' 37 לחוק העונשין: "...והפגיעה שגרם לא הייתה בלתי שקולה נגד הרעה שביקש למנוע."

¹²⁸ או "מוצדק": "Rechtfertigender Notstand", בתרגום רשמי לאנגלית: "State of emergency as justification"

¹²⁹ "חיים, גוף, חירות, כבוד, רכוש או כל ערך חוקי אחר."

¹³⁰ "מעצמו ומזולתו."

¹³¹ או "נסלח": "Entschuldigender Notstand", בתרגום רשמי לאנגלית: "State of emergency excuse" as

¹³² "מעצמו, מקרוב משפחה או מאדם אחר הקרוב אליו."

¹³³ "סעיף זה לא יחול מקום שהעושה חייב לעמוד בסכנה, במיוחד אם הוא עצמו גרם לסכנה זו או בשל קשר משפטי מיוחד."

עוד לעניין חשיבות ההבחנה שבין צורך "מצדיק" לצורך "פוטר" ראו: C. Roxin, *The Dogmatic Structure of Criminal Liability in the General Part of the Draft Israeli Penal Code – a Comparison with German Law*, 30 ISR. L. REV. 60, 64 (1996).

¹³⁴ ראו: Smith and Hogan, לעיל ה"ש 124, בעמ' 267-268.

דרך ניסוח אחרת הותוותה ב-1899 בקוד הפלילי של Queensland, הוא אביה הרוחני של פקודת החוק הפלילי.¹³⁵ שם, לצד סייגי ההגנה העצמית והצורך,¹³⁶ נוסח סייג כללי של הפטר.¹³⁷

לדעתי,¹³⁸ הבחנה סטטוטורית בין סייגים "מצדיקים" לסייגים "פוטרים" הייתה מקילה על רוב ההתלבטויות, הן בחקיקה עצמה והן בפרשנותה.¹³⁹ לעומת זאת, ערבוב ההצדק וההפטר בניסוח כולל של הסייג מביא ללא מנוס לניסוח מצמצם, הואיל והמחוקק חייב לראות לנגד עיניו את הסיטואציות של ה"הפטר", אשר מתחשבות בעושה על חשבון החברה, ולהגביל את הסייג בהתאם. כך הוא הניסוח בסעיף 34 ו-יא לחוק העונשין: לעניין זה די להזכיר רשימת ערכים מוגבלת, ממנה הושמט לאחר לבטים ערך הכבוד,¹⁴⁰ ומתן משמעות לכניסה למצב בהתנהגות פסולה.

יחד עם זאת, חשוב היה למחוקק לעודד את הצלת הזולת, ועקב היעדר האפשרות להגבילה למצבים של "הצדק", נוצר מצב בלתי רצוי, לטעמי, שבו תחסה במסגרת הסייגים הגנה על זר מוחלט, הגורמת לחברה נזק העולה בהרבה על הנזק הנמנע.¹⁴¹

¹³⁵ ראו לעניין זה: יורם שחר "מקורותיה של פקודת החוק הפלילי, 1936" עיוני משפט ז' 75 (1979).

¹³⁶ בסעיפים 31, 271-278.

¹³⁷ כך גורס סעיף 25 לקוד הפלילי של קווינסלנד, 1899:

"Extraordinary emergencies. Subject to the express provisions of this code relating to acts done upon compulsion or provocation or in self-defence, a person is not criminally responsible for an act or omission done or made under such circumstances of sudden or extraordinary emergency that an ordinary person possessing ordinary power of self-control could not reasonably be expected to act otherwise."

¹³⁸ בעניין זה שונה דעתי מדעתה של פרופ' גור-אריה, אשר מסתייגת מעיונה הסטטוטורי של ההבחנה בין הצדקים להפטרים – לעיל ה"ש 65, בעמ' 229.

¹³⁹ למשל, בהגנה עצמית מסוג "הפטר" ניתן יהיה למקם את חובת הנסיגה אשר היוותה תמיד מוקד הוויכוחים.

¹⁴⁰ לעניין זה ניתן לראות: הפרוטוקול מיום 19.9.91, לעיל ה"ש 43, בעמ' 22; הפרוטוקול מיום 29.10.91, לעיל ה"ש 43, בעמ' 13 ואילך; פרוטוקול ישיבה מס' 307, מיום 18.11.91, של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-12, בנושא הצעת חוק העונשין (תיקון מס' 37), התשנ"א-1991, של קבוצת חברי כנסת, והצעת חוק העונשין (תיקון מס' 38), התשנ"א-1991, של חה"כ ד' ליבאי, בעמ' 9; הפרוטוקול מיום 11.5.93, לעיל ה"ש 38, בעמ' 37; וכן ליאון שלף "מילת הכבוד של המחוקק וחירות הפרשנות של השופט" מחקרי משפט יג 265 (1996).

¹⁴¹ יצוין שסוגיית ההגנה על הזולת, כמו סוגיית הכניסה למצב הסייג בהתנהגות פסולה, חורגות מגדר מאמר זה, ולפיכך יוכרו בקיצור. מכל מקום, ניתן אולי לטעון שההגנה על כל זולת, ללא הגבלה, ראויה

ואולם, גם בסייגים ה"מעורבבים" הקיימים כיום בחוק העונשין הישראלי – יש מקום לפרשנות שונה בהתאם לסיטואציה: כך, למשל, בסיטואציה של "הפטר" ללא "הצדק" בצידו, ראוי לתת פרשנות דווקנית לדרישת הסבירות¹⁴² ולפרש את ה"מעשה הדרוש" ככולל חובת נסיגה.¹⁴³ כיוצא בזה, גם במסגרת דיון על היסוד הנפשי של המתגונן חשוב להבחין, באותו סייג עצמו (ולעניין זה אין הבדל בין סייג ההגנה העצמית לבין סייג הצורך), בין סיטואציות של "הצדק" לבין אלה של "הפטר", ובכך נעסוק בפרקים הבאים.

ט. היסוד הנפשי להחלת סייג "פטר"

בפרק הקודם דנתי בחשיבות ההבחנה בין "הצדק" ל"הפטר". כאמור, יש להבחנה זו השלכה חשובה על היסוד הנפשי של העושה: במקרה של "הפטר", דהיינו, בסיטואציה שבה לא התלוותה לפעולת העושה תועלת חברתית כלשהי, ואנו מוכנים לפטרו מהאחריות הפלילית בשל ההתחשבות בחולשות הטבע האנושי – כיצד יעלה על הדעת להעניק את הסייג בהתעלם ממצבו הנפשי של העושה? יהיה זה אבסורד ממש להתחשב בלחץ המופעל על האדם אשר אינו מודע לכך כלל – שהרי הלחץ אינו רלוונטי אם לא השפיע על התודעה!

אם נסכים שסייג "מעורבב", אשר אינו כולל דרישה כלשהי ליסוד נפשי, הופך בסיטואציות מסוימות (אלה של "הפטר") לאבסורד – יהיה עלינו להעדיף את הפרשנות המותירה מקום לדרוש יסוד נפשי כלשהו.¹⁴⁴

עם זאת, עדיין נשאר מקום לטענה, כי בדומה לדרישת הסבירות, אשר תתמלא תוכן שונה בהתאם לסיטואציה על כל רכיביה (ותוך התחשבות בשאלה, האם במקרה הנתון מדובר בנסיבות של "הצדק" או של "הפטר"), כך גם היסוד הנפשי של המתגונן, יכול שלא להידרש בסיטואציות של "הצדק", אלא בסיטואציות של "הפטר"

¹⁴² לעיל ה"ש 120.

¹⁴³ דעה דומה הביע פרופ' אנקר לעניין דרישת הפרופורציה: Arnold Enker, *Duress, Self-Defence and Necessity in Israeli Law*, 30 *ISR. L. REV.* 188, 191 (1996).

¹⁴⁴ שכן פרשנות אחרת היא בלתי סבירה ולפיכך אינה נכנסת לגדר סעיף 34כא לחוק העונשין.

י. היסוד הנפשי להחלת סייג "מצדיק" – התיאוריה האובייקטיבית

1. הדוגלים בתיאוריה האובייקטיבית

בסיטואציות של הצדק, אשר מחילות את הסייג לנוכח התוצאה החיובית לחברה, קיים לכאורה מקום לגישה, שלפיה היסוד הנפשי של העושה אינו רלוונטי ודי בהתקיימות אובייקטיבית של נסיבות הסייג.

גישה זו מצאה ביטוי אצל Glanville Williams, הנוקט גיזרה שווה בניתוח יסודות העבירה ובניתוח הסייגים לאחריות הפלילית. לדעתו, תוקף, הפועל בנסיבות הסייג מבלי להיות מודע לכך, יזכה לזיכוי מלא:¹⁴⁵

"If a definitional element is lacking, the defendant cannot be convicted of the offence; and it makes no difference that he believed when he acted that the fact was present... Now if defence facts are regarded as negative definitional facts, the same proposition must apply. If the evidence establishes the existence of the defence facts, the offence was not committed, even though the defendant did not know or reasonably believe that the defence existed. If on the other hand offences and defences are different, the opposite conclusion may be reached (though it need not be)."¹⁴⁶

מלומד אמריקני נוסף הדוגל בתיאוריה האובייקטיבית בתחום הסייגים לאחריות הפלילית הוא Paul Robinson, המדגיש את ההיבט התועלתני. לדעתו, אם מתברר בדיעבד, שהאדם פעל במצב עובדתי של הגנה עצמית או של צורך ובפועל הביא תועלת לחברה, אדם כזה ראוי ליהנות מהסייג, למרות שבעת המעשה לא היה מודע

¹⁴⁵ Glanville Williams, *Offences and Defences*, 2 LEGAL STUDIES 3, 233, 244 (1982).

¹⁴⁶ עוד ראו: A: Glanville Williams, *The Theory of Excuses*, CRIM. L. REV. 732, 741 (1982): "justification operates even though the facts were unknown to the defendant."

147 דא עקא, תפישה זו אינה מביאה את Robinsion

לזיכוי מלא, אלא להרשעה בניסיון. 148

2. ביקורת על התיאוריה האובייקטיבית ועל נימוקיו של פרופ' ROBINSON

במאמרו אשר פורסם בעברית, 149 מביא Robinsion כדוגמה ניצחת לתיאוריה האובייקטיבית של סייגי ההתגוננות – הקרויה בפיו "תיאוריית המעשים" (deeds) 150 – אירוע ישראלי שבו נגנב תיק בידי גנב פשוט (שמו אשכנזי), אשר מייד לאחר הגניבה גילה בתוך התיק פצצה מתקתקת והזעיק משטרה, כך שלמעשה מנע אסון גדול. 151

Robinsion תודה, כיצד יעלה על הדעת להאשים את אשכנזי בגניבה, אם מעשהו מנע את האסון הכבד לאזרחים רבים. לדעתו, התנהגותו של אשכנזי הייתה חיובית בשל מניעת האסון, ולפיכך אינה יכולה להוות מושא להרשעה בעבירת גניבה; לעומת זאת, אשכנזי עצמו ראוי לגנאי, ועל כן יש להרשיעו בניסיון לגניבה. כך גורס המאמר:

"האהדה הציבורית למעשהו של אשכנזי עשויה לגלוש בנקל לאהדה כלפי האיש עצמו, אך זאת יש למנוע. יש ערך חברתי לאהדה כלפי ההתנהגות, מכיוון שמסמנים בכך לציבור שהתנהגות כזו תזכה בעידוד בעתיד ואפילו תיחשב למעשה גבורה. אולם יש ערך חברתי להבהרה שאשכנזי עצמו ראוי לגנאי, מכיוון שזו הדרך היחידה לאכיפה אפקטיבית חד-משמעית של הנורמה האוסרת גניבה... ניתן לשבח את מעשהו של אשכנזי, ובה בעת לגנות את אשכנזי עצמו." 152

147 PAUL H. ROBINSON, CRIMINAL LAW DEFENSES, 2, 12-29 (1984 + Cumulative Supplement 1996); וגם בעברית: פול ה' רובינסון "גניבת הפצצה – למהותן של הגנות ההצדק" עיוני משפט כב 65 (1999).

148 לפי דוקטרינת הניסיון הבלתי צליח, אשר, לדעת רובינסון, מצדיקה הטלת אחריות מופחתת. לעיל ה"ש 147. 149

150 אותה הוא מציב נגד "תיאוריית הטעמים" (reasons).

151 רובינסון מציין שבמקרה הספציפי של גנב הפצצה, לא נדונה סוגיית היסוד הנפשי לצורך החלת הסייגים, הואיל והמשטרה החליטה שלא להאשימו בגניבה ואיפשרה לו עסקת טיעון נוחה בעבירה אחרת שבה היה מואשם.

152 לעיל ה"ש 147, בעמ' 83.

קשה שלא לתמוה על תפישה שכזו. תיאורטית, לא ייתכן מצב שבו התנהגותו של הפרט היא חיובית ויש לעודדה, ואילו הפרט ראוי לגנאי בגין אותה התנהגות מממש. זוהי אמירה פרדוקסלית ואבסורדית. מדוע תגנה את הפרט אם לא בגין התנהגותו? וכיצד נגנה אותו בגין התנהגות הראויה לשבח? מעשית, מתן פירוש כזה לעניין אשכנזי לוקה באי-הבנה בסיסית של האירוע ואינו מבחין בין שני שלביו השונים.

השלב הראשון הוא הגניבה, שהיא התנהגות נפסדת, ואין כל רצון ואף כל יכולת לעודד אותה. העובדה שבמזל בלתי צפוי "מעז יצא מתוק" – לא הפך את ה"עז" ל"מתוק". ההתנהגות של חטיפת פצצות וניטרולן אכן עשויה להיחשב בנסיבות המתאימות למעשה גבורה (שמשמעותה, מן הסתם – תעוזה וחירוף נפש למטרה נעלה), אולם זאת – רק מקום שמדובר בהתנהגות מודעת. כיצד נכנה "גבורה" מעשה שנעשה למטרה שפלה, ורק במזל שירת מטרה טובה, ללא כוונת העושה? ומה בדיוק אנו "מסמנים כאן לציבור"? האמנם נרצה לסמן "שהתנהגות זו תזכה לעידוד בעתיד?"¹⁵³ האמנם נרצה שאזרחים ימשיכו לגנוב ולרצוח שמא במקרה יוביל הדבר לתוצאה חיובית? שמא עובר אורח, שאותו ירצחו במהלך שוד, יתגלה בדיעבד כמפגע עולמי? שמא כל כלי רכב שיבואו לגנובו יתגלה כמכונית תופת? כיצד בכלל ניתן לדבר על הכוונת התנהגות בלתי מודעת?¹⁵⁴

השלב השני, אשר נפרד לגמרי מהגניבה, הוא דאגתו של אשכנזי לנטרל את הפצצה למרות שהדבר סיבך אותו בפלילים. זהו אכן מעשה גבורה הראוי לעידוד – ובהחלט ייתכן שמסיבה זו הקלו עימו הרשויות בעניין הגניבה אשר עמד על הפרק. בעקבות פועלו של אשכנזי בשלב זה מתעוררת אהדה כלפי פועלו, ולפיכך – כלפיו כאדם, שערכי החברה גוברים בליבו על האינטרסים שלו, והוא ראוי בשל כך לתגמול בצורת אי-העמדה לדין בגין הגניבה שביצע בשלב הראשון. ואולם, אין ולא כלום בין אי-העמדה לדין בגין גניבה בנסיבות המקרה לבין עידוד גניבות; המסר לאזרחים אינו לגנוב, אלא – אם מתגלה פצצה בתיק הגנוב – לדאוג לניטרול מבלי לחשוש ממיצוי הדין בגין הגניבה. אי-העמדה לדין בגין גניבה במקרה האמור אינה אמורה להיכלל

¹⁵³ אגב, לא ברור כיצד רובינסון עצמו מבקש לעודד התנהגות שבגינה הוא בכל זאת מרשיע בניסיון בלתי צליח; כן ראו סמית והוגן, לעיל ה"ש 134, בעמ' 36.

¹⁵⁴ ראו לעניין זה גם סנג'רו, לעיל ה"ש 19, 262.

כל מעשה, ולו השפל ביותר, עשוי להוות חוליה בשרשרת גורמים אשר יביאו לברכה ולגאולה.¹⁵⁶ לעתים, כשהמעשה הוא הגורם הישיר לתועלת החברתית,¹⁵⁷ ייתכן שלא יימצא העניין לציבור בהעמדה לדין או בהחמרה בעונש (סוגיות הנפרדות מעצם התגבשות האחריות הפלילית). במקרים אחרים שאלת העניין לציבור לא תספיק להתעורר, שכן התועלת החברתית תצמח זמן רב לאחר המעשה, וחוליות רבות בשרשרת יפרידו בין השניים. מכל מקום, בשיטה משפטית השמה דגש על עקרון האשמה¹⁵⁸ קיים קושי לסייג את האחריות הפלילית למעשה, המקיים את כל יסודותיה של עבירה פלילית נתונה, אך ורק נוכח תועלת אשר צמחה לחברה ללא כוונתו ואף לא מדעתו של העושה.¹⁵⁹

בין פעולה שלא מדעת בנסיבות הסייג לבין הניסיון הבלתי צליח המוצע כפתרון על ידי Robinson, קיים הבדל אחד משמעותי: הסייג הינו הגבלת האחריות הפלילית אשר התקיימה במלואה; לעומתו, הניסיון הבלתי צליח הוא דוקטרינה להרחבת האחריות הפלילית מקום שלא התקיים למעשה היסוד העובדתי של העבירה. בסייג אנו שוקלים אם לבוא לקראת העושה אשר השלים את העבירה הנתונה; בניסיון בלתי צליח, לא עבר העושה כל עבירה, ואנו בכל זאת מבקשים להטיל עליו אחריות

¹⁵⁵ במקרה של אשכנזי, אגב, הגניבה כשלעצמה לא הביאה שום תועלת חברתית, ועל הנוק הקנייני הטבוע בה היא יכולה להוסיף נזק עצום, העולה אף על זה אשר עלול היה להיגרם לו איש לא היה נוגע בתיק הפצצה. זאת, אם בגלותו את הפצצה היה אשכנזי משאיר את התיק במקום הומה אדם ובורח על נפשו.

¹⁵⁶ מלומד אמריקני Dillof משתעשע באמירה שכל מעשה עבירה עשוי להביא לתוצאה טובה, שהיא – הרשעת העבריין. ראו: Anthony M. Dillof, *Unraveling Unknowing Justification*, 77 NOTRE DAME LAW REV. 1547, 1582-1583 (2002).

¹⁵⁷ כגון רצח מטעמי גזענות של אדם, אשר נתגלה בדיעבד כמחבל עטוף בחגורת תופת.

¹⁵⁸ לעניין זה ראו, למשל: ש"ז פלר *יסודות בדיני עונשין* כרך א 39 (1984); יובל לוי ואליעזר לדרמן *עיקרים באחריות הפלילית* 396 (1981); מרדכי קרמניצר "עקרון האשמה" *מחקרי משפט* יג 109 (1996); מרים גור-אריה, לעיל ה"ש 65, 231; וכן דבריו של קרמניצר בפרוטוקול ישיבה מס' 1 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-13, 4 (10.11.92), בנושא הצעת חוק העונשין (חלק מקדמי וחלק כללי), התשנ"ב-1992.

¹⁵⁹ כך תוהים סמית והוגן, לעיל ה"ש 134: "...can it really be right that a person who has fired a gun at another with intent to murder should be beyond the reach of the law?"
כן ראו דעתו של סנג'רו בספרו, לעיל ה"ש 19, בעמ' 124, המוצא, כי הגנה עצמית שלא מדעתו של העושה אינה משרתת את הסדר החברתי-משפטי, אלא אף פוגעת בו.
כמו כן, ראו דעתה של מ' גור-אריה, לעיל ה"ש 65, בעמ' 232.

160 והן בגזירת הדין הלכה למעשה – וכן לעניינים אחרים. 161

נימוק נוסף של Robinson נוגע למצב של התגוננות כנגד המתגונן. לדעתו, אם מעשה התגוננות שלא מדעת אינו מזכה את העושה בסייג לאחריות הפלילית, אזי נובעת מכאן באופן אוטומטי זכותו של כל אדם, אפילו הוא מודע לנסיבות לאשורן, להתנגד לאותו מעשה ההתגוננות. וכך תודה Robinson בהקשר של גניבת הפצצה:

“האם הטרוריסט, או אחד משותפיו, רשאים להפעיל כוח באופן חוקי נגד אשכנזי על-מנת להשיב לידיהם את התיק?”¹⁶²

ברי, כי התשובה לכך היא שלילית בהחלט, אבל אין היא נובעת כלל ועיקר מאחריותו הפלילית של אשכנזי ומהיעדר זכותו של המחבל להגנה עצמית. גם למחבלים קיימת, לדעתי, הזכות להגנה עצמית כלפי רוצחים וגנבים. ואולם, מכך לא נובע זיכוי של המחבל מעבירת הרצח, אשר תושלם עם התפוצצות הפצצה, או מעבירת הניסיון לרצח, אם יספיקו לנטרל אותה לפני הפיצוץ. המחבל הניח את התיק עם הפצצה בכוונת רצח. כשהוא תופס את אשכנזי הגונב את התיק – הוא פועל אמנם במסגרת הגנה עצמית על קניינו,¹⁶³ אולם בכך, למעשה, הוא ממשיך את ההתנהגות הגורמת לרצח. אם תתפוצץ הפצצה כמתוכנן, לאחר הרחקתו של אשכנזי על ידי המחבל, ברור שנראה את המחבל כגורם לכך: זאת,

160 זאת, גם אם ככלל, הניסיון אינו נבדל בעונשו המקסימלי מהעבירה המוגמרת. כך בישראל סעיף 27 לחוק העונשין, השולל בניסיון את הדרישה לעונש חובה.

161 לדוגמה, ב-153/00/ע התצ"ר נ' טור' שובין, פד"ץ 2000, 422 (2001), נקבע בדעת רוב, כי בבחינת היסוד הנפשי בניסיון בלתי צליח, אין מקום לדוקטרינת ה"חשד" (עצימת עיניים); קביעה זו שימשה בסיס לזיכוי של המשיב מניסיון לשימוש בסם. ניצוין אמנם שבית המשפט העליון, בדונו בערעור ברשות על עניין שובין (ב-רע"פ 7560/01 התצ"ר נ' טור' שובין, תק-על 2004(4), 1843 (2004), הותיר את הזיכוי על כנו מטעמים עובדתיים, אולם משתמע מפסק הדין, בניגוד לקביעתו של בית הדין הצבאי לערעורים, כי אין מניעה מלהחיל את דוקטרינת ה"חשד" על ניסיון בלתי צליח.

162 לעיל ה"ש 147, בעמ' 79.

163 זאת, אם לא ניתן לגרוס שעם הנחת הפצצה יצא התיק מרשותו והפך להפקר, ולפיכך אינו עוד "דבר הניתן להיגנב" – ראו סעיף 383(ג)4 לחוק העונשין. ראו סנגירו, לעיל ה"ש 19, בעמ' 276, הערת שוליים 982.

זאת ועוד, אדם נייטרלי שמודע לכל המצב – אם יפריע לאשכנזי וכך יתרום להשלמת הפיגוע – יורשע גם הוא ברצח בגין תרומתו האמורה.¹⁶⁵

3. הפרדוקס הסימטרי של CHRISTOPHER

בין היוצאים נגד התיאוריה האובייקטיבית של הסייגים מעניין לציין את R. Christopher, אשר תוקף את התיאוריה מבחינת הגיונה הפנימי.¹⁶⁶ Christopher מצביע על פרדוקס שאליו נקלעת התיאוריה האובייקטיבית בסיטואציה של תקיפה בו-זמנית: א' מתקיף בזדון את ב', מבלי לדעת שהלה עמד לתקפו, ואילו ב' מתקיף בזדון את א', מבלי לדעת שהלה עמד לתקפו. כדי להחיות את הסיטואציה, נוכל לתאר שני כורי זהב שצלחו, ושניהם מעוניינים לרצוח איש את רעהו ולזכות באוצר כולו. איש איש מטפח בליבו כוונות זדון, ואיש מהם אינו מודע לכוונות הזרות שבלב יריבו.

לפי התיאוריה האובייקטיבית – אשר מחילה את סייג ההתגוננות מבלי לבחון את היסוד הנפשי של העושה – תחסה התנהגותו של א' תחת סייג ההגנה העצמית, שהרי פעל בהתקיים סכנה מיידית לשלמות גופו. מכאן, שהתנהגותו היא מוצדקת, או, במילים אחרות, התקיפה הייתה כדין. לפיכך, התגוננותו של ב' כנגד תקיפתו של

¹⁶⁴ סג'רו (שם) גורס שהמחבל לא יחסה תחת סייג ההגנה העצמית עקב כניסתו למצב ההתגוננות בהתנהגות פסולה. לעניין זה, דעתי שונה: כניסה למצב בהתנהגות פסולה שוללת את הסייג רק אם צפה העושה את אופן התפתחות הדברים; האמנם צפה המחבל את גניבת הפצצה?

¹⁶⁵ Berman, בוויכוחו עם רובינסון (לעיל ה"ש 125, בעמ' 60) מציע פתרון לאחירותו של צד ג' בדרך סטטוטורית:

"A penal code could provide, for instance, that an actor may not use force against a person in response to force that the actor believes would be lawful were it not for that other person's mistaken beliefs about the circumstances in which he acts."

אולם, בהתקבל הפתרון שהצגתי לעיל, אין צורך בהוראה זו.

¹⁶⁶ Russel L. Christopher, *Unknowing Justification and the Logical Necessity of the Dadson Principle in Self-Defence*, 15 OXFORD J. LEGAL STUD. 229, 241 (1995). ראו התייחסות גם אצל Dillof, לעיל ה"ש 156, בעמ' 1559.

מכאן, שהתיאוריה האובייקטיבית אינה מסוגלת לתת תשובה לגבי האחריות הפלילית של השניים: שתי התקיפות הן בו-זמנית מוצדקות ובלתי-מוצדקות. זהו פרדוקס, אשר יימנע לחלוטין בבואנו לבחון את מעשי הנצים על פי התיאוריה הסובייקטיבית, המייחסת חשיבות ליסוד הנפשי של המתגונן. לפי התיאוריה הסובייקטיבית, ואף בדרגתה הנמוכה ביותר (זו המסתפקת במודעות בלבד לנסיבות המקימות את הסייג) – איש מהנצים המתוארים לעיל לא יחסה תחת הסייג: כל אחד תָקף מבלי לדעת על הנסיבות המקימות את הסייג, ולפיכך הסייג לא יחול לגביו, ללא כל קשר להתנהגות חברו.

סתירה פנימית פרדוקסלית כזו, בסיטואציה שיש לה מקום במציאות, מחלישה

את התיאוריה האובייקטיבית.¹⁶⁷

ואולם, מן הדין לציין, כי הפרדוקס הסימטרי של Christopher אינו ייחודי לתיאוריה האובייקטיבית של סייגי ההתגוננות, ולה בלבד. הוא ישוב ויצוץ בסיטואציות שונות של תקיפות סימטריות, עם יסוד נפשי סימטרי, גם בתיאוריות הסובייקטיביות שייסקרו להלן: הן זו הדוגלת במודעות לנסיבות הסייג¹⁶⁸ והן זו הדוגלת במטרת ההתגוננות כמטרה אחת מבין מטרות אחדות.¹⁶⁹

¹⁶⁷ Dillof (לעיל ה"ש 156, בעמ' 1562) ניסה להוציא את העוקץ מהפרדוקס של Christopher ואף הצליח לכאורה בסיטואציות של תקיפה נמשכת, אולם לא בסיטואציות של תקיפה נקודתית, כגון ירייה או דקירה.

¹⁶⁸ נניח שנאמץ את התיאוריה הדוגלת במודעות כתנאי להחלת הסייג. נחזור למשל כורי הזהב – שניהם מעוניינים לרצוח איש את רעהו ולזכות באוצר כולו; כעת, כל אחד אף יודע את כוונת רעהו. כל אחד בידעו שחברו עומד לתקפו מתוך בצע כסף, מתקיף אותו בעצמו, מתוך בצע כסף. אם נסתפק לצורך החלת הסייג במודעות בלבד, יחסה א' בצל הסייג, על אף כוונתו הזדונית. לפיכך, התנהגותו תיחשב מוצדקת, כו שאסור להתנגד לה. מכאן – א' יזכה הודות לסייג, ו-ב' יורשע בתקיפה. ואולם, מצבו של ב' זהה, והנה לפנינו הפרדוקס הסימטרי.

¹⁶⁹ נניח שנאמץ מבין התיאוריות הסובייקטיביות את זו הדוגלת במטרה להתגונן כאחת המטרות בלב העושה. לפי גישה זו, נבחן את אחריותם של כורי הזהב בסיטואציה הבאה. א' וב' רוצים לתקוף איש את רעהו כדי לזכות באוצר כולו. כל איש מודע למחשבות יריבו. לפיכך, כל איש רוצה לקדם בתקיפתו שתי מטרות שונות: הן להתגונן מפני היריב והן לזכות באוצר כולו. אם כן, א' מתקיף את ב', כדי להתגונן מפני ב' וכדי לזכות באוצר. תקיפתו של א' היא כדין (כי אחת ממטרותיו היא התגוננות) – לפיכך ב' אינו רשאי להתגונן מפניו. אותו הדבר נכון גם אם נחליף את האותיות א' וב' במקומותיהן – והפרדוקס הסימטרי חוזר חלילה.

כדי למנוע את הפרדוקס במקרים אלה, יהיה צורך להוסיף מימד נוסף שיחסום את הסייג לגבי א' ללא קשר ל-ב'. מימד כזה קיים בשיטות מסוימות¹⁷⁰ ובכללן במשפט הישראלי¹⁷¹ בצורה של "כניסה למצב של התגוננות בהתנהגות פסולה".¹⁷² מכל מקום, הפרדוקס הסימטרי של Christopher אינו הנימוק העיקרי נגד התיאוריה האובייקטיבית בסוגיית היסוד הנפשי הנדרש להחלת סייג "מצדיק", אלא הוא בבחינת קוריוז המתווסף אל שאר הנימוקים, המתמקדים בעקרון האשמה ובתפקיד המשפט בהכוונת ההתנהגות, כפי שפורט בפרק י'-2 לעיל. כאן העת לעבור לפרק הבא, הדין בתיאוריות הסובייקטיביות של סייגי ההתגוננות.

יא. היסוד הנפשי להחלת סייג "מצדיק" – התיאוריות הסובייקטיביות

בפרק הקודם ניסיתי לשכנע בחסרונותיה של התיאוריה האובייקטיבית, המחילה את סייגי ההתגוננות מבלי להתייחס ליסוד הנפשי של העושה. מול התיאוריה האובייקטיבית ניצבת התיאוריה הסובייקטיבית, המתנה את סייגי ההתגוננות ביסוד נפשי של המתגונן והעומדת על הטלת אחריות מלאה במקרה של הגנה עצמית שלא מדעת. המלומדים Fletcher ו-Sheppard גורסים שהתיאוריה הסובייקטיבית היא המקובלת בעולם המערבי:¹⁷³

¹⁷⁰ למחקר משווה ולהיבטים תיאורטיים שונים בסוגיה זו (אשר חורגת מתחומי רשימתי) ראו בעיקר: מרים גור-אריה "כניסה מרצון למצב של התגוננות" משפטים טו 145 (1985); מרדכי קרמניצר "כניסה מרצון למצב של התגוננות" משפטים כט 445 (1998).

¹⁷¹ בסעיף 34 סיפא ובסעיף 34 ד.

¹⁷² אם נחזור לדוגמה הקודמת – לעיל ה"ש 168 – ונחסום את סייגי ההתגוננות מפני מי שנכנס למצב בהתנהגות פסולה – נראה ששני כורי הזהב נכנסו בהתנהגות פסולה למצב, כי כל אחד בהתנהגותו הפסולה הקים לשני את הסכנה הראויה למניעה. לפיכך, על שניהם לא יחול הסייג, והפרדוקס ייפטר. דיון מעמיק במימד הכניסה למצב בהתנהגות פסולה, אשר התעורר לא פעם בספרות, חורג מתחומי מאמר זה.

¹⁷³ GEORGE P. FLETCHER AND STEVE SHEPPARD, AMERICAN LAW IN A GLOBAL CONTEXT, 581 (2005). ראו גם: GEORGE P. FLETCHER, RETHINKING CRIMINAL LAW & 7.4 (Boston, Toronto, 1978).

"The consensus among Western legal systems is that in order to invoke a sound claim of self-defense, the defender must know about the attack and act with the intention of repelling it..."¹⁷⁴

למעשה, התיאוריה הסובייקטיבית אינה חד-משמעית והיא מורכבת ממגוון אפשרויות. כולן מתנות את החלת הסייג בקיומו של יסוד נפשי כלשהו כלפי הנסיבות העובדתיות המקימות את הסייג, אך הן נבדלות מבחינת סוג היסוד הנפשי הנדרש. ניתן להעלות על הדעת שלוש אפשרויות עיקריות:

1. דרישת מודעות בלבד (KNOWING)

לפי גישה זו, ייכנס לגדר סייג ההתגוננות כל אשר פעל בהיותו מודע לנסיבות המקימות את הסייג, אף אם התנהגותו לא הייתה קשורה לגמרי למודעות זו, אלא כוונה למטרות זדון בלבד.

אמנם, לא מצאתי בקודקסים הפליליים ניסוח המסתפק במודעות טהורה,¹⁷⁵ אולם, גישה זו באה לידי ביטוי בתיאור הדין בגרמניה, על ידי פרופסור גרמני, Klaus Bernsmann, בכנס הדו-לאומי ישראל-גרמניה, בנושא "הרפורמה במשפט הפלילי", שהתקיים בישראל בראשותו של פרופ' קרמניצר.¹⁷⁶ Bernsmann מוסר, שבמשפט הגרמני דורש סייג ההגנה העצמית את מודעות העושה לנסיבות הסייג;¹⁷⁷ כך גם

¹⁷⁴ כחריג לכלל זה מאזכרים Fletcher ו-Sheppard את Williams ואת Robinson.

¹⁷⁵ Dillof (לעיל ה"ש 156, בעמ' 1595) – הדוחה את גישת המודעות גרידא – רואה השתקפותה גם בנוסחים המגדירים את סייגי ההתגוננות באמצעות "אמונת" העושה. לפיכך, לדעתו, נוקט גישה זו סעיף 3.04 של ה-Model Penal Code האמריקני, הקובע: "Use of force... is justifiable when actor believes... [it] immediately necessary..."

אני, לעומתו, רואה הבדל משמעותי בין "מודעות" גרידא ל"אמונה", והדבר יוסבר להלן.

¹⁷⁶ Klaus Bernsmann, *Private Self-Defence and Necessity in German Penal Law and in the Penal Law Proposal – Some Remarks*, 30 *ISR. L. REV.* 171 (1996).

¹⁷⁷ שם, בעמ' 179.

178 במאמר מוסגר יצוין, כי קביעה זו לגבי הגנה העצמית במשפט

הגרמני מעוררת תהיות, בשל כך שאין היא עולה מנוסח הסייג.¹⁷⁹ לדידי, לא ברור מאי נפקא מינה לכך שהעושה היה מודע לנסיבות המקיימות את הסייג, אם לא היה ולא כלום בין מודעותו לבין החלטתו לפעול.¹⁸⁰ שכן, אין כל אפשרות לכוון את התנהגותו לפעולה חיובית לחברה, שעה שאין הוא מודרך כלל על ידי המידע הרלוונטי.

2. דרישת אמונה (BELIEF)

ב-Model Penal Code,¹⁸¹ בשורה של קודקסים פליליים של מדינות בארה"ב¹⁸² וכן באוסטרליה,¹⁸³ מצאתי סייגי התגוננות המגדירים יסוד נפשי של "אמונה" או "אמונה על בסיס סביר".¹⁸⁴ העושה ייכנס לגדר הסייג אם האמין (או האמין על בסיס סביר) שמעשהו דרוש באופן מידי להתגוננות. נראה, שכך הוא הדין גם באנגליה. שם סובבת הסוגיה סביב עניין **Dadson**¹⁸⁵ – שוטר אשר הורשע בחבלה בכוונה מחמירה לאחר שירה בנסיבות המקימות את הסייג,¹⁸⁶ והוא לא ידע על כך.¹⁸⁷ המלומדים סמית' והוגן סבורים, כי ראוי להחיל

¹⁷⁸ שם, בעמ' 184.

¹⁷⁹ כך מנוסח סעיף 32 לקוד הפלילי הגרמני: "(1) Wer eine Tat begeht, die durch Notwehr geboten ist, handelt nicht echtswidrig. (2) Notwehr ist die Verteidigung, die erforderlich ist, um einen gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff von sich oder einem anderen abzuwenden".

ובתרגום מילולי: (1) מי שמבצע עבירה, אם דרך הגנה עצמית היא נחוצה, אינו עושה שום דבר בלתי חוקי. (2) הגנה עצמית היא הגנה, שדרושה כדי למנוע תקיפה בלתי חוקית מיידית, עליו או על אחרים. קשה למצוא בסעיף זה דרישת מודעות מפורשת, והוא דומה מאוד לניסוח הסייג בחוק העונשין הישראלי.

¹⁸⁰ לעניין הפרדוקס הסימטרי של Christopher במסגרת גישה זו, לעיל ה"ש 168.

¹⁸¹ סעיף 3.04, לעיל ה"ש 175.

¹⁸² סעיף 9.31 לקוד הפלילי של טקסס, סעיף 35.15 לקוד הפלילי של מדינת ניו-יורק, סעיף 102-3-45 לחוק הפלילי של מונטנה (2003), סעיף 704-3 לקוד הפלילי של אייווה, סעיף 776.012 לקוד הפלילי של פלורידה, סעיף 505 לקוד הפלילי של פנסילבניה.

¹⁸³ סעיף 10.04 לחוק הפלילי של אוסטרליה (1995).

¹⁸⁴ ההבחנה בין "אמונה" לבין "אמונה על בסיס סביר" שייכת לסוגיית הטעות לגבי הנסיבות המקימות את הסייג – סוגיה החורגת מתחום מאמר זה.

¹⁸⁵ Regina v. Dadson, 4 Cox C.C. 360 (Crim. App. 1850).

¹⁸⁶ שם דובר בסייג הצידוק – סמכות לפי דין לבצע מעצר.

Dadson על כל הסייגים, כל עוד אין טעמים מיוחדים לסטות ממדיניות

זו, 188

בבואם לפרוס את הדין האנגלי בהקשר הספציפי של הגנה עצמית, מביאים סמית' והוגן את ההלכות המתמקדות באמונת העושה.¹⁸⁹ אמנם, הלכות אלה אינן עוסקות במישרין בסוגיית ההתגוננות שלא מדעת, אלא בסוגיה הפוכה, היא סוגיית הטעות מצד העושה בדבר התקיימות הנסיבות המקימות את הסייג (אשר לא התקיימו בפועל), אולם עולה מהן כי התנגדות שלא מתוך הגנה עצמית לא תיכנס לגדר הסייג. וכך מובא על-ידם מעניין Palmer:¹⁹⁰

"...the defence of self-defence... will only fail if the prosecution show beyond doubt that what the accused did was not by way of self-defence."

סמית' והוגן אף מביאים את המלצת ה-Criminal Law Revision Committee,

תוך ציון שההמלצה אומצה בפסיקה, לפיה:

"... a person may use such force as is reasonable in the circumstances as he believes them to be..."¹⁹¹

187 סנג'רו (לעיל ה"ש 19, 266) מביא את דברי הביקורת על הלכת Dadson מאת המלומד האנגלי ג' ויליימס, הדוגל בהכרת הגנה עצמית שלא מדעת.

188 לעיל ה"ש 134, בעמ' 36.

189 רובינסון במאמרו מצביע על אי-העקביות הפוקדת את המשפט האנגלי ומציג מול סיכום ההלכה על ידי סמית' והוגן את סעיף 24 של ה-Police and Criminal Evidence Act, 1984 האנגלי, המצדיק, לכאורה, מעצר על ידי שוטר אפילו זה לא ידע, בשעת מעשה, על הנסיבות המצדיקות, או לא האמין בקיומן – דבר העולה לכאורה בקנה אחד עם תיאוריית המעשים של רובינסון (לעיל ה"ש 147, בעמ' 68). דא עקא, סמית' והוגן מתייחסים אף הם לסעיף 24 המדובר ומסבירים שיש לקראו בכפוף לעקרון הכללי של המשפט המקובל, המופיע בסעיף 28(3) לאקט האמור, אשר קובע כי המעצר חוקי אך ורק אם הובהר לעציר הבסיס למעצר, בזמן המעצר או בתכוף לאחריו. לפיכך, מבהירים סמית' והוגן, מבצע המעצר חייב להיות מודע, או לפחות לחשוד, בדבר קיום הבסיס החוקי למעצר. סמית' והוגן אף מוסיפים שקיימת הצעה לעגן בחוק את הלכת Dadson (לעיל ה"ש 134, בעמ' 35).

במאמר מוסגר יצוין שהסבר זה של סמית' והוגן, כשלעצמו, אינו נקי מספקות: לפי סעיפים 24+28(3) לחוק האמור, שוטר שהעוצר אדם מסיבה אשר אינה מקימה עילת מעצר ומידעו בדבר סיבה זו – מבצע לכאורה מעצר חוקי למרות שהוא עצמו לא היה מודע לקיומה של עילה חמורה אשר היה בה כדי להצדיק את המעצר. מכל מקום, סוגיית היסוד הנפשי הנדרש מצד השוטר העוצר אינה חייבת להשליך באופן דווקני על היסוד הנפשי בסייגי ההתגוננות.

190 לעיל ה"ש 134, בעמ' 276.

191 שם.

מהי, בעצם, אותה "אמונה", אותו "belief"? לכאורה, המונח "אמונה" דומה למונח "מודעות", ויש שיטענו שההבדל היחיד ביניהם נעוץ בהרחבת המודעות לכלל אמונה מוטעית.¹⁹² ואולם, לדעתי, המונח "אמונה" אינו נבדל מהמונח "מודעות" אך ורק בהחלת סייג הטעות, אשר אף ניתן להסדרה בנפרד. ניתן לראות בין שני המונחים הבדל נוסף: המילה "אמונה" מצביעה על דבר שיש לו חשיבות בעיני האדם, לעומת מודעות סתם. לא נגיד על אדם שהוא "מאמין" בדבר, שנמצא אמנם בתחום ידיעתו, אולם אין לו כל השפעה על הלך רוחו. אמונה, מטיבה, משפיעה על האדם ומדריכה את התנהגותו; לפיכך היא קרובה יותר למטרה, מאשר למודעות סתם.

הבדל זה בין שני המונחים יאפשר לפרש את סייגי ההתגוננות האמורים באופן הדורש שה"אמונה" תהווה בסיס להחלטה לפעול.

דעתי זו, המוציאה את מושג ה"אמונה" מהתחום הקוגניטיבי גרידא אל התחום הרגשי-החפצי, מוצאת תמיכה בדברי ההסבר ל-Model Penal Code האמריקני.¹⁹³

כך קובע, כאמור, סעיף 3.04(1) ל-Model Penal Code:

"Use of force... is justifiable when actor believes... [it] immediately necessary for the purpose of protecting himself..."

והנה, בדברי ההסבר מובהר:

"It should be added that while the actor must believe in the necessity of his defensive action for the purpose of his own protection, and thus cannot be privileged by accident, Subsection (1) **does not demand that this be the sole motive** of his action. The existence of **other** motives does not detract from the reason why the privilege is granted. Moreover, an inquiry into **dominant and secondary purposes** would inevitably be far too complex."

(ההדגשה שלי - א' פ').

¹⁹² זו דעתו של Dillof, לעיל ה"ש 175, הערת שוליים 134 במאמרו.

¹⁹³ Model Penal Code (Official Draft and Explanatory Notes) 44 (1985).

מכאן, שה-Model Penal Code, למרות ניסוחו בלשון "אמונה", מתכוון בעצם למניע או למטרה, ללא הבחנה: אמנם אין בו דרישה למניע הבלעדי; אמנם אין הוא מוצא לנכון להיכנס להבדל שבין מטרות משניות ודומיננטיות – אולם ברור שכוונתו להעניק את הסייג רק מקום שההתגוננות היא לפחות אחד המניעים או אחת המטרות.

פרשנות זו של הביטוי "אמונה" מתקרבת ואף חודרת לתוך הפרק הבא.

3. דרישת מטרה

דומה שהאפשרות האחרונה להגדיר את היסוד הנפשי בסייגי ההתגוננות – זו דרישת מטרה למנוע את הסכנה.

גישה זו תואמת את התפישה הקאנטיאנית, לפיה:

"Nothing can possibly be conceived in the world, or even out of it, which can be called good, without qualification, except a good will."¹⁹⁴

כאן ראוי להבחין בין שלוש קטגוריות פנימיות: ניתן לדרוש שמניעת הסכנה תהיה אחת המטרות העומדות בפני העושה; ניתן לדרוש שתהיה זו המטרה הדומיננטית וניתן להתנות את הסייג בקיומה של מטרה בלעדית.

(א) מטרת התגוננות כאחת המטרות

הקטגוריה הראשונה – המסתפקת במטרת ההתגוננות כאחת המטרות לצד מטרות אחרות – משתקפת בהצעתו של פרופסור אמריקני, Anthony Diloff.¹⁹⁵ מציע להגדיר את היסוד הנפשי הנדרש בסייגי ההתגוננות באמצעות המונח "regard"¹⁹⁷ – מצב ביניים בין מודעות גרידא לקיום הנסיבות העובדתיות של הסייג לבין המטרה להתגונן.

IMMANUEL KANT, FUNDAMENTAL PRINCIPLES OF THE METAPHYSIC OF MORALS 6¹⁹⁴ (translated by T. K. Abbott) (2005).

¹⁹⁵ כאמור, לעיל ה"ש 175, מביע Diloff הסתייגות מגישה ה-Model Penal Code, אולם נדמה שבפרק הקודם הצלחתי לשכנע, ולו בהסתמך על דברי ההסבר ל-Model Penal Code, שאין הבדל של ממש בין שתי הגישות.

כך מגדיר Diloff את גישתו:

"Let us say that an actor 'regards' the justificatory circumstances surrounding his conduct where (1) he believes¹⁹⁸ justifying circumstances exist, and (2) based on his belief, he decides to engage in the conduct. 'Regard' may be thought of as shorthand for the more bulky phrase 'takes into account in his reasoning process when deciding what to do'..."¹⁹⁹

Diloff מסביר בהמשך, כי לפי גישתו יש להכניס לגדר סייגי ההתגוננות גם אדם המנצל את הנסיבות המקימות את הסייג.

הוא מביא דוגמה של א' החפץ לפגוע ב-ב' מתוך שנאה; דא עקא, הוא נמנע מכך בהיותו שומר חוק; בראותו ש-ב' תוקף שלא כדין את ג', מעריך א' שהחוק מתיר לו לתקוף את ב' בנסיבות אלה, כדי להדוף את תקיפתו של ב' כלפי ג'; לפיכך, הודף א' את ב' למרות שאין לו כל עניין להגן על ג'. הדיפת תקיפתו של ב' כלפי ג' הייתה בעיניו תוצאה צפויה של מעשיו, אבל היא לא הייתה מטרתו.

Diloff סבור, כי כל עוד כיבד א' את ההבחנה בין המותר לבין האסור, כל עוד השהה את פגיעתו ב-ב' עד להופעת הנסיבות המצדיקות אותה (תקיפתו של ב' כלפי ג') – אין מקום להטיל עליו אחריות פלילית.

לכאורה, יכולנו לפרש את Diloff כמי שמסתפק במודעות בלבד, ואולם, בניסיונו להסביר את המונח החדש שיצר, אומר Diloff משפט קשה להבנה:

"Although regard includes purpose, purpose does not entail intent."

כלומר, Diloff מסכים שהתיאוריה שלו דורשת ביסוד הנפשי את המטרה למנוע את הסכנה, אבל לטענתו, אין היא דורשת כוונה לכך. הכיצד? הקורא את הדגמתו של Diloff יגיע למסקנה, שהמילה "intent" אין פירושה "כוונה", אלא – "מניע".²⁰⁰

¹⁹⁶ לעיל ה"ש 156, בעמ' 1595.

¹⁹⁷ אם כי הוא עצמו מודה שאין מונח אנגלי התואם במדויק את גישתו. לעיל ה"ש 156, בעמ' 1597.

¹⁹⁸ להזכירנו, Diloff סבור שהמונח "האמין" זהה למונח "היה מודע" – לעיל ה"ש 175.

¹⁹⁹ לעיל ה"ש 156, בעמ' 1597.

²⁰⁰ בהגדרתו של פרופ' פלר: לעיל ה"ש 158, בעמ' 507.

Diloff שואף להחיל את סייגי ההתגוננות על אדם שפועל ממניעים שונים, אולם אדות המטרות לפניו – למנוע את הסכנה. לדעתו, העובדה, שמטרותיו הזדוניות של העושה תופסות "טרמפ" על המטרה הכשרה, אינה צריכה להיות רלוונטית.²⁰¹

(ב) מטרת התגוננות כמטרה דומיננטית

אפשרות נוספת היא לדרוש את מטרת ההתגוננות כמטרה דומיננטית, אם כי לא בלעדית. זאת, כמדומני, הכוונה בקודקסים המגדירים את הסייג כחל על אדם ש"מתגונן"²⁰² או "הורף סכנה",²⁰³ או ה"פועל במצב של התגוננות"²⁰⁴ או "בפני תקיפה",²⁰⁵ או העושה מעשה "כדי להתגונן".²⁰⁶

²⁰¹ לעניין הפרדוקס הסימטרי של Christopher במסגרת גישה זו, לעיל ה"ש 169.

²⁰² כך סעיף 16 של ה-Standard Penal Code של אמריקה הלטינית (1990): "No crime is committed by those **who defend** persons or rights..."

סעיף 20(4)(1) לקוד הפלילי של ספרד (1995): "El que **obre en defensa** de la persona o derechos propios o ajenos..."

סעיף 34(6) לקוד הפלילי של ארגנטינה: "El que **obrar en defensa propia** o de sus derechos..."

²⁰³ סעיף 34(1) לקוד הפלילי של קנדה: "Every one ... is justified **in repelling** force by force..."

סעיף 15(4) לקוד הפלילי הפרלי של מקסיקו: "Se **repela** una agresión real, actual o inminente..."

סעיף 33 לקוד הפלילי השווייצרי: "Celui qui est attaqué... a le droit de **repousser** l'attaque..."

²⁰⁴ סעיף 37 לקוד הפלילי של רוסיה: "לא יהווה עבירה גרימת נזק לתוקף במצב של הגנה נחוצה, דהיינו תוך הגנת הפרט..." (תרגום שלי - א' פ');

סעיף 52 לקוד הפלילי של איטליה: "Non è punibile chi ha commesso il fatto **per esservi stato costretto** (=forced) dalla necessità di difendere..."

²⁰⁵ סעיף 5-122 לקוד הפלילי של צרפת: "N'est pas pénalement responsable la personne qui, **devant une atteinte**... accomplit... un acte commandé par la nécessité..."

²⁰⁶ סעיף 20 לחוק הפלילי של סין: "Criminal responsibility is not to be borne for an act of **legitimate defense that is undertaken to stop** present unlawful infringement..."

סעיף 13A-3-23 לקוד הפלילי של אלבמה: "A person is justified in using physical force upon another person **in order to defend** himself..."

זו גם גישת המחוקק הגרמני בשני סייגי הצורך - סעיפים 34, 35 (ולא בסייג ההגנה העצמית): "Whoever commits an act... to avert the danger from himself or another..."

זהו גם הדין הרצוי מבחינתי: הוא נותן משקל ראוי ליסוד הנפשי של המתגונן, אך מנגד אינו מקצין בדרישותיו לעומת גישת המטרה הבלעדית, אשר תזכר להלן.

(ג) מטרת התגוננות כמטרה בלעדית

כאמור, האפשרות האחרונה, היא הקיצונית ביותר, היא לדרוש את מטרת ההתגוננות כמטרה בלעדית המלווה את המעשה, תוך שלילת הסייג במקרה של מטרת נוספות שהתלוו. בגישה זו דגל סעיף 18 לפקודת החוק הפלילי²⁰⁷ ובעקבותיו סעיף 22 לחוק העונשין המקורי:²⁰⁸

“ניתן לפטור אדם מאחריות פלילית למעשה או למחדל אם יש בידו להראות שלא נהג כפי שנהג אלא כדי למנוע...”

4. היסוד הנפשי של המתגונן – סיכום הדין הרצוי

לסיכום, הדין הרצוי מבחינתי הוא התניית סייגי ההתגוננות במטרת העושה להתגונן – אמנם לאו דווקא כמטרה בלעדית בפעולתו, אולם בהחלט כמטרה דומיננטית המדריכה את פעולותיו. את עמדתו של החוק הישראלי דהיום, לעניין היסוד הנפשי בסייגי ההתגוננות, ואת התהליך אשר הביא לעמדה זו, נבחן בפרק הבא.

²⁰⁷ כך קבע סעיף 18 לפח"פ, היא המקור לחוק העונשין:

“An act or omission... may be excused if the person accused can show that it was done or omitted to be done **only in order to avoid...**”

לעומת זאת, סעיפים 271-272 לקוד הפלילי של Queensland, 1899, הוא אביה הרוחני של הפח"פ (לעיל ה"ש 135), נוסחו באופן הדומה לסעיף 34-יזא לחוק העונשין דהיום, דהיינו, תוך מתן הגנה ללא דרישה מפורשת של יסוד נפשי. כך, למשל, גרס סעיף 271: "...it is lawful for the person to use such force to the assailant as is reasonably necessary..."

²⁰⁸ ס"ח התשל"ז 226.

יב. היסוד הנפשי בסייגי ההתגוננות בחוק העונשין הישראלי

1. נוסח הסעיפים ופרשנותם הראויה - כללי

נוסחם של שני סייגי ההתגוננות – הגנה עצמית וצורך – בסעיפים 34-יג לחוק העונשין שלאחר תיקון 39, אינו מתייחס במפורש ליסוד הנפשי של המתגונן. מבחינה לשונית, מתמקדים הסייגים ב"מעשה" ולא ב"עושה".

כך קובע סעיף 34:

"לא יישא אדם באחריות פלילית למעשה שהיה דרוש באופן מיידי כדי להדוף תקיפה שלא כדין שנשקפה ממנה סכנה מוחשית של פגיעה בחייו, בחירותו, בגופו או ברכושו, שלו או של זולתו; ואולם, אין אדם פועל תוך הגנה עצמית מקום שהביא בהתנהגותו הפסולה לתקיפה תוך שהוא צופה מראש את אפשרות התפתחות הדברים."

וכך סעיף 34א:

"לא יישא אדם באחריות פלילית למעשה שהיה דרוש באופן מיידי להצלת חייו, חירותו, גופו או רכושו, שלו או של זולתו, מסכנה מוחשית של פגיעה חמורה הנובעת ממצב דברים נתון בשעת המעשה, ולא היתה לו דרך אחרת אלא לעשותו."

לכאורה, דוגלים שני הסעיפים בתיאוריה האובייקטיבית, המתעלמת כליל מהיסוד הנפשי של המתגונן.²⁰⁹ די אם היה מעשהו "דרוש", ולא נאמר למי דרוש. לפיכך, מדובר במעשה הדרוש למושא סתמי, דהיינו, לחברה. אם מקבלים את הניסוח כפשט, נתפש העושה כזרועה הארוכה של החברה, ומצבו הנפשי אינו רלוונטי.

ואולם, ניתן לנסות, בדחק אמנם, להציע פרשנות שונה, הרואה מקום לדרישת יסוד נפשי כלשהו.

²⁰⁹ וכך גם הדגיש רובינסון, אשר ראה בסעיפים אלה יישום נאה לתיאוריית המעשים שלו – לעיל ה"ש 147, בעמ' 69.

דרך אחת לכך היא דרכו של פרופ' קדמי. קדמי, בספרו בעקבות תיקון 39 לחוק העונשין, מוצא ששני הסייגים דוגלים בגישת המטרה. כך מתייחס קדמי אל הביטוי "להדוף תקיפה שלא כדין":²¹⁰

"הדיבור 'להדוף תקיפה שלא כדין', מבטא את תכלית עשייתו של המעשה שלגביו נדרש יישומו של הסייג..."

ואילו בסייג הצורך, מוצא קדמי את תכלית העשייה בפרשנות המילה "להצלת":
"הדיבור 'להצלה' – מבטא את תכלית עשייתו של מעשה העבירה..."²¹¹

ואולם, יש לציין, שקדמי אינו מתמודד עם הבעייתיות שבייחוס התכלית לעשיית המעשה שעה שהסעיפים מייחסים אותה למעשה עצמו (לפי הפשט – לטיב המעשה).

דרך נוספת – הנראית לי בבחינת ה"רע במיעוטו", ולפיכך זוהי גישתי – היא לפרש את המילה "דרוש" כאילו כוונתה היא: "דרוש לעושה". אם מותנה הסייג ב-"מעשה שהיה דרוש למתגונן באופן מיידי כדי להדוף או להציל", ניתן להסיק מכך, אף זאת בדחק, שהמתגונן אמור היה לבצע את המעשה כדי להדוף או להציל,²¹² או למצער להיות מודע לכך שהמעשה דרוש לו; אחרת, ניתן לשאול, מיה משמעות ה"דרישות" האמורה?

אין ככוונתי להתעלם מהבעייתיות שבפרשנות המוצעת.

ראשית, כאמור, היא מכופפת את מילות החוק ומבקשת להסיק ממנו מסקנה אשר אינה חד-משמעית כלל. מנגד ניתן להצביע על מקרים, בהם דרש ההיגיון כיפוף לשוני.²¹³

²¹⁰ לעיל ה"ש 63, בעמ' 113.

²¹¹ שם, בעמ' 119.

²¹² זו נראית גם דעתו של סנג'רו, בעמ' 269, ה"ש 956.

²¹³ כך, למשל, ב-ע"פ 6327/97, 4392/97, 4317/97, פוליאקוב נ' מדינת ישראל, פ"ד נג(1) 289 (1999) [שנהפך אמנם מאוחר יותר ב-ע"פ 320/99 פלוגית נ' מדינת ישראל, נה(3) 22 (2001)] – פירשה דעת הרוב את הביטוי "עשה מעשה כדי לאפשר את הביצוע" שבהגדרת "מסייע" בסעיף 31 לחוק העונשין – כמתייחס לתיאור סוג מעשה הסיוע, ולא לתיאור מטרתו של המסייע – כיפוף לשוני "הפוך" לזה המוצע על ידי.

להרחבה לעניין העדפת הפרשנות התכליתית ראו: א' ברק, פרשנות במשפט (כרך ב'), פרשנות החקיקה, ירושלים התשנ"ג, עמ' 97 ואילך.

שנית, היא באה לצמצם את הסייגים לאחריות הפלילית ובכך להרחיב את האחריות הפלילית, לכאורה – בניגוד להוראת סעיף 34כא לחוק העונשין. מנגד, בל נשכח שסעיף 34כא מדבר על מקרה בו "ניתן דין לפירושים סבירים אחדים לפי תכליתו", ואילו טענתי היא שכל פרשנות, הבאה להחיל את סייגי ההתגוננות בהתעלם מהיסוד הנפשי של העושה, היא בלתי סבירה לחלוטין.²¹⁴

שלישית, וזה העיקר – פרשנות המילה "דרוש" כ-"דרוש לעושה שעליו מחילים את הסייג" אינה מתיישבת עם כך שסייגי ההתגוננות הנדונים חלים גם על הסיטואציה של הגנה על הזולת שאינו מקרובי העושה.²¹⁵ בסיטואציה זו, המעשה דרוש לאותו זולת, ולא לעושה עצמו. מנגד, ייתכן שניתן לפצל את הסעיף באופן רעיוני ולהתאים את הפרשנות לסיטואציה.

ואולם, למרות כל הקשיים שבפרשנות המוצעת, לא אסתפק בהצגת הדין הרצוי, אשר מחייב לגישה את שינוי הנוסח של סייגי ההתגוננות – כך שיכלול דרישה מפורשת למטרת ההתגוננות מצד העושה – אלא אצביע על כמה סיבות המביאות את הדין המצוי לפרשנות המוצעת, המאפשרת להתנות את סייגי ההתגוננות הקיימים בדרישה דומה, לפחות בחלק מהסיטואציות. הסיבות לפרשנות זו נובעות מההיגיון, מהמבנה הלשוני של שני הסייגים, מהשוואת נוסח סעיף 34 לסעיף מקביל בדין הגרמני, וכן מההיסטוריה התחקית המשקפת את כוונת המחוקק.

זאת, מעבר לניתוח הכללי של הגישות השונות בסוגיית היסוד הנפשי בסייגי ההתגוננות, המחקר המשווה והדין הרצוי, אשר פורטו לעיל.

²¹⁴ מעניין לציין שמנסחי החלק המקדמי והחלק הכללי של חוק העונשין לא "התרגשו" במיוחד מסעיף 34כא פרי עמלם. הנה, למשל, התבטאותו של חה"כ י' הלוי בנוגע לסוגיית המיידיות, אשר היוותה את הציר המרכזי בדיוני וועדות הכנסת בסייגי ההתגוננות: "אני חושב שבית המשפט בכל מקרה יתייחס למיידיות וייתחם לצורך בהגנה מיידית, ובין שיהיה כתוב "מיידית" ובין לא יהיה כתוב, עניין המיידיות יבוא לדיון כנקודה מאוד עקרונית ומרכזית באותו עניין." (הפרוטוקול מיום 25.4.94, לעיל ה"ש 49, בעמ' 10). אם זו הגישה בסוגיית המיידיות, ייתכן שיש מקום לגישה דומה גם לגבי היסוד הנפשי של המתגונן.

²¹⁵ מצב אשר, כשלעצמו, מצטייר בעיניי כמקור לבעיות. לדעתי, טוב היה אילו הופרדו הסייגים המצדיקים מהסייגים הפוטרים, וההגנה על הזולת עובר האורח הייתה מוצמדת לסייג המצדיק בלבד. ראו גם לעיל ה"ש 141 והטקסט המפנה אליה.

2. הפרשנות הראויה בהתאם להיגיון (בסיטואציות של הפטר)

בפרק ח'2- עמדנו על כך, שהן סעיף 34 ויהן סעיף 34 טומנים בחובם, ללא הבחנה, הן את הסייג כהצדק (justification) והן את הסייג כהפטר (excuse). בפרק ט' אמרנו, כי התעלמות מהיסוד הנפשי של העושה עשויה לקבל משמעות אך ורק בסיטואציות של הצדק, ואילו בסיטואציות של הפטר תביא לידי אבסורד. מכאן, גם אם בסיטואציות של הצדק התכוון המחוקק להחיל את הסייגים ללא כל דרישה ליסוד נפשי, קשה לקבל הנחה דומה לגבי הסיטואציות של הפטר, שכן אין להניח שהמחוקק התכוון ליצור אבסורד בחקיקה. לפיכך, כמו שראוי, לדעתנו, בסיטואציות של הפטר לתת פרשנות דוקנית לדרישת הסבירות ולפרש את ה"מעשה הדרוש" ככולל חובת נסיגה, כך ראוי גם לפרשו כ"מעשה הדרוש לעושה" ולהסיק מכך את חובת העושה לפעול על בסיס זה.

3. הפרשנות הראויה בהתאם למבנה הלשוני של הסייגים

בשני הסעיפים, אם נפרש את ה"מעשה הדרוש" על פי הפשט כ-"דרוש סתם", ונתעלם מהיסוד הנפשי של העושה, ניתקל בסתירה פנימית עם הסיפא. כך, בסעיף 34, בא הסיפא לחסום את הסייג בפני מי שנכנס למצב בהתנהגות פסולה, בו הלשון: "ואולם, אין אדם פועל תוך הגנה עצמית מקום שהביא בהתנהגותו הפסולה..." מכאן, שהאדם נשוא הסייג חייב לפעול תוך הגנה עצמית, ודרישה זו מתאימה לגישת המטרה הדומיננטית. בסייג הצורך, הסיפא מגביל את הסייג בנוסח הבא: "ולא הייתה לו דרך אחרת אלא לעשותו". הכיצד ניתן לדבר על דרך אחרת שהייתה או לא הייתה לעושה, אם הוא לא ידע כלל על הסכנה? לפיכך, בשני הסייגים, מתבקשת הפרשנות המוצעת.

4. הפרשנות הראויה בעקבות הפרשנות בדין הגרמני

נוסח סייג ההגנה העצמית שבסעיף 34 לחוק העונשין דומה מאוד לנוסח המופיע בסעיף 32 לקוד הפלילי הגרמני.²¹⁶ גם שם מתמקד הסייג באיפיון המעשה ואינו מתייחס במפורש אל היסוד הנפשי של המתגונן.²¹⁷ דא עקא, פרופסור גרמני, Klaus Bernsmann, בכנס הדו-לאומי ישראל-גרמניה, בנושא "הרפורמה במשפט הפלילי",²¹⁸ תיאר את סייג ההגנה העצמית שבמשפט הגרמני כדורש את מודעות העושה לנסיבות הסייג.²¹⁹ ייתכן שניתן לראות בכך תמיכה מסוימת לתפישה שהסייגים מטיבם דורשים יסוד נפשי כלשהו.

5. הפרשנות הראויה לאור ההיסטוריה התחקיתית וכוונת המחוקק

ההיסטוריה התחקיתית של סייגי ההתגוננות – ההגנה העצמית והצורך – ראשיתה בסעיף 18 לפקודת החוק הפלילי²²⁰ ובעקבותיו סעיף 22 לחוק העונשין,²²¹ אשר דנו בשני הסייגים במאוחד והתנו אותם במטרה הבלעדית להתגונן. בעברית, זה היה נוסח הסעיף: "ניתן לפטור אדם מאחריות פלילית למעשה או למחדל אם יש בידו להראות שלא נהג כפי שנהג אלא כדי למנוע...". בשנת 1980 פורסמה "הצעת חלק כללי לחוק עונשין חדש" מאת ועדת אגרנט,²²² שראתה להפריד בין סייג ההגנה העצמית²²³ לבין סייג הצורך.²²⁴ שני

²¹⁶ לעיל ה"ש 179.

²¹⁷ זאת, לעומת ניסוח הסייגים הדנים בצורך, בהם ניתן למצוא סימנים לדרישת היסוד הנפשי. לעיל ה"ש 206.

²¹⁸ Bernsmann, לעיל ה"ש 176.

²¹⁹ שם, בעמ' 179.

²²⁰ ע"ר 1036, תוס' 1, 263.

²²¹ לעיל ה"ש 208.

²²² משפטים י 202 (1980).

²²³ הקרויה "התגוננות" בסעיף 35 להצעת אגרנט.

²²⁴ הקרוי "כורח נסיבות" בסעיף 37 להצעת אגרנט.

דרישה דומה של מטרה בשני הסייגים באה לידי ביטוי גם מהצעה פנימית של משרד המשפטים משנת 1986.²²⁶

בתחילת שנות ה-90 התקבל בכנסת תיקון מס' 37 לחוק העונשין,²²⁷ אשר הפריד בפועל בין שני הסייגים: סייג ההגנה העצמית נשאר בסעיף 22 וסייג הצורך התבדל לסעיף 22א.

סעיף 22 החדש לאחר תיקון מס' 37, הדן כאמור בהגנה עצמית, התנה את הסייג במטרה להתגונן, אף שלא במטרה בלעדית כדרישת סעיף 22 המקורי. זהו נוסח סעיף 22 בתיקון מס' 37:

**"אין אדם נושא באחריות פלילית למעשה או למחדל אם
נהג... כדי להדוף תקיפה שלא כדין..."²²⁸**

סעיף 22א (הוא סייג הצורך), לעומת זאת, נוסח באופן שונה:

**"אין אדם נושא באחריות פלילית למעשה או מחדל
שהינם דרושים באופן מידי כדי למנוע סכנה... ובלבד
שלא הייתה לו דרך אחרת למונעה, והפגיעה שגרם לא
הייתה בלתי שקולה נגד הרעה שביקש למנוע."**

דא עקא, בהצעות החוק לקראת תיקון מס' 37, נוסח הסעיף כמתמקד בעושה ולא במעשה. כך גרסה הצעת חה"כ ליבאי:²²⁹ "לא יישא אדם באחריות פלילית בשל עבירה שעבר בכורח נסיבות, שהיה בהן סכנה מעשית של פגיעה מיידית... ובלבד שנהג באופן סביר בנסיבות העניין לשם מניעת הסכנה..."; וכך היה נוסחה של הצעת החוק של חה"כ לין וארבעה אחרים:²³⁰ "אין אדם נושא באחריות פלילית למעשה או מחדל אם נהג כפי שנהג בכורח הנסיבות, כדי למנוע..."

²²⁵ בניתוח התיאוריות הסובייקטיביות השונות בפרק י"א לעיל ראיתי בניסוח זה יישומה של גישת המטרה הדומיננטית.

²²⁶ לעיל ה"ש 32.

²²⁷ לעיל ה"ש 41.

²²⁸ דהיינו, גישת המטרה הדומיננטית בדומה להצעת אגרנט – לעיל ה"ש 225.

²²⁹ לעיל ה"ש 42.

²³⁰ לעיל ה"ש 42.

בדיוני ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת, בעניין סעיף 22 לקראת תיקון מס' 37, לא נאמר דבר וחצי דבר על היסוד הנפשי של העושה. השינוי בנוסח הרישא הוצע על ידי משרד המשפטים, בהמשך לדיונים על דרישת המיידיות ועל הבעייתיות בקשירת המיידיות לסכנת הפגיעה.²³¹ כך אומרת י' קרפ, נציגת משרד המשפטים:

"אנו מציעים לקבוע את העיקרון שאדם לא נושא באחריות פלילית למעשה שהיה דרוש כדי להציל באופן מיידית מסכנת פגיעה חמורה. ההצעה שלנו היא לקשור את המיידיות לצורך במעשה, כלומר עשיית המעשה הייתה מיידית." ²³²

בהמשך, קובע יו"ר הוועדה, חה"כ א' לין: "במקום 'פגיעה מיידית' אני מציע שנקבל את מבחן המיידיות שמציע משרד המשפטים – המיידיות בצורך לעשות את המעשה." ²³³

בנוסח זה הופיע סעיף 22 לקריאה השנייה ולקריאה השלישית והתקבל,²³⁴ מבלי שהובחנו ההשלכות האפשריות של הנוסח הסתמי החדש על דרישת היסוד הנפשי של העושה.

ואמנם, מנסחי סעיף 22 יכלו שלא לחשוש יתר על המידה להשמטת היסוד הנפשי מהרישא, אשר נוסח בסופו של דבר בלשון אובייקטיבית. עינינו רואות, שהסעיף טומן בחובו שני ביטויים המובילים להסקת היסוד הנפשי. הן הביטוי "ובלבד שלא הייתה לו דרך אחרת למונעה", ובמיוחד הסיפא "נגד הרעה שביקש למנוע", מצביעים על הדרישה למטרת העושה למנוע את הסכנה.

המהפך האחרון בשני הסייגים הופיע בתיקון 39 לחוק העונשין. בהצעת החוק של פלר וקרמניצר לקראת תיקון 39, מנוסח סעיף 46, הדין בהגנה עצמית, באופן הדורש מטרה:²³⁵ "לא יישא אדם באחריות פלילית למעשה שעשה כדי להדוף..." ²³⁶

²³¹ הבעייתיות הועלתה מפני נציגי השב"כ, אשר הציגו את הצורך לפעול שעה שהסכנה אינה מיידית עוד, אולם, כדי למנועה, נחוץ מעשה מיידית – הפרוטוקול מיום 11.5.93, לעיל ה"ש 38, בעמ' 26.

²³² הפרוטוקול מיום 18.11.91, לעיל ה"ש 140, בעמ' 10.

²³³ שם, בעמ' 18.

²³⁴ הפרוטוקול מיום 16.3.92, לעיל ה"ש 43, בעמ' 149.

²³⁵ ניסוח זה אף תואם את גישתו של פלר בספרו, לעיל ה"ש 29, בעמ' 438. בבואו לפרש את סעיף 22 המקורי, כתב פלר: "המטרה המיוחדת שלשמה נעשה המעשה בתנאי הסייג – להדוף את התקיפה

סייג הצורך, סעיף 47 להצעה, מנוסח באופן הזהה לסעיף 34 היא שהתקבל. דהיינו, ראשיתו בניסוח האובייקטיבי, בדומה לסעיף 22א: "לא יישא אדם באחריות פלילית למעשה שהיה דרוש באופן מיידי להצלת...". אך מנגד, לא הופיע בו הסיפא של סעיף 22א, המדגיש את דרישת המטרה ("נגד הרעה שביקש למנוע").²³⁷ במהלך הדיונים בוועדת המשנה של וועדת החוקה, חוק ומשפט לקראת תיקון 39, הושווה הרישא של הגנה עצמית לרישא של צורך, מבלי שחברי הוועדה נתנו דעתם להשלכות לגבי היסוד הנפשי של העושה. שוב נסבו הדיונים סביב מיקומה של דרישת המיידיות, וגם כאן, היא זו אשר הפנתה את מיקוד הסייג אל ה"מעשה" וגרמה למחוק מבלי משים את דרישת המטרה. הנה כמה ציטוטים מדיוני הוועדה:

א' מזוז: "אם אנחנו מתכוונים לאותה סיטואציה – להגדיר בדרך הזאת, שהמעשה דרוש באופן מיידי – אז למה אנחנו עושים את הפער?²³⁸

פרופ' פלר: "אני מציע דבר פשוט מאוד ועקרוני מאוד, שיתייחס איכשהו להבדל המהותי שבין הגנה עצמית לבין הצורך. מקור הסכנה. מקור הסכנה בהגנה עצמית הוא התקיפה הבלתי צודקת, שלא כדין; וכאן – מצב הדברים. משום כך הייתי מציע את הנוסח הזה: "לא ישא אדם באחריות פלילית למעשה שהיה דרוש..."²³⁹

ד' מרידור: בעניין מיידיות אני רוצה להציע הצעה... יש הבדל בנוסח בהקשר של מיידיות, הבדל שאני לא רואה לו הצדקה, בין הגנה עצמית ובין הצורך... אני רוצה להציע נוסח קצת שונה להגנה עצמית... אני מציע שהנוסח יהיה: "לא יישא אדם באחריות פלילית למעשה שעשה שהיה דרוש באופן מיידי כדי להדוף תקיפה שלא כדין וכו'". כלומר, הוא עשה מעשה שהיה דרוש מיידית, ולא דווקא הסכנה היא מיידית... אנחנו קבענו בצורך – לדעתי, מסיבה טובה... שהצורך בפעולה צריך להיות

²³⁶ ניסוח אשר הוגדר על ידי לעיל כדרישת המטרה הדומיננטית.

²³⁷ יזכר כי הצעת החוק לתיקון 39 לחוק העונשין נוסחה לפני קבלתו של תיקון מס' 37 – לעיל ה"ש 45.

²³⁸ הפרוטוקול מיום 11.5.93, לעיל ה"ש 38, בעמ' 10.

²³⁹ שם, בעמ' 29.

היחיד שְׁמחה נגד השינוי ברישא של ההגנה העצמית היה פרופ' קרמניצר. אולם, נראה שגם מעיניו נעלמה סוגיית היסוד הנפשי:

פרופ' קרמניצר: "מתיישרים כאן לפי דבר שהוא בעיני עקום. גם בצורך וגם בהגנה עצמית המבחן צ"ל מיידיות הסכנה, לא מיידיות הפעולה."²⁴¹

כל העובר בעיון דקדקני על מאות העמודים של דיוני הוועדות, יופתע לגלות שהיסוד הנפשי הנדרש להחלת סייגי ההתגוננות לא נדון כלל, והוא הושמט מנוסח הסעיפים שלא במתכוון.²⁴²

ד"ר סג'רו מכנה את התופעה:

"תקלה חקיקתית... הנה המשחק בסדר מילותיו של הסעיף, אשר נעשה אך ורק משיקולים הקשורים בדרישת המיידיות, יצר מצב שבו לכאורה נעלמה דרישת המטרה ואין בחוק החדש דרישה ליסוד נפשי כלשהו של העושה (אפילו לא מודעות לנסיבות האובייקטיביות)..."

וכן ממשיך:

"בכל הפרוטוקולים של הדיונים הארוכים בוועדות החקירה אשר קדמו לקבלת החוק לא מצאתי רמז לכוונה להשמיט את דרישת המטרה..."²⁴³

²⁴⁰ הפרוטוקול מיום 25.4.94, לעיל ה"ש 49, בעמ' 30.

²⁴¹ פרוטוקול ישיבה מס' 179, מיום 2.5.94, של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-13, בנושא הצעת חוק העונשין (חלק מקדמי וחלק כללי), התשנ"ב-1992), בעמ' 5.

²⁴² כראיה לכך, שמנסחי הסייגים לא נתנו דעתם להשמטת היסוד הנפשי, ניתן להביא את תרגומם של שני הסייגים לאנגלית, כמצע לכנס הדו-לאומי ישראל-גרמניה, בנושא "הרפורמה במשפט הפלילי", שהתקיים בישראל בראשותו של פרופ' קרמניצר. התרגום פורסם ב-30 ISR. L. REV. 5, לאחר דברי הפתיחה של פרופ' קרמניצר. כך גורסים תרגומי סעיף 34-יא, בהתאמה: "A person shall bear no criminal liability for an act required to have been done immediately by him to repel / save..."

קשה להתכחש לעובדה שהסעיף המתורגם מאפיין את המעשה כדרוש להיעשות בידי העושה במטרה להתגונן.

²⁴³ לעיל ה"ש 19, בעמ' 434.

בהמשך מאחל סנגירו כי "יש לקוות – נוכח חשיבותה הרבה של הדרישה ליסוד הנפשי – שבית המשפט לא יפרש את הסעיף לעניין זה כפשוטו."²⁴⁴ זו היא גם תקוותי, ובפתחו של פרק זה הצעתי דרך לפרשנות התכליתית, שהיא בעיניי בבחינת הרע במיעוטו לצד תיקון הסייגים בחקיקה מפורשת.

יג. סיכום

מאמר זה עניינו בביקורת על ההלכה הפסוקה בישראל – של בית הדין הצבאי לערעורים ושל בית המשפט העליון – המחילה באופן אוטומטי את סייג ההגנה העצמית על התנגדות למעצר בלתי חוקי. ניסיתי להראות, כי במקרים רבים של מעצר בלתי חוקי, ובכללם הפרשיות נשוא הביקורת – אין מקום להחלת הסייג. כך, אין מקום להחלת סייג ההגנה העצמית על ההתנגדות מפני מעצר בלתי חוקי המבוצע לפי פקודה מגבוה. מעצר זה אינו בבחינת "תקיפה שלא כדין", והשוטר המבצע אותו – פועל במסגרת "הצדק" (justification). בסוגיה זו זהה הדין הרצוי לדין המצוי בפרשנותו הסבירה הראויה. כמו כן, אין מקום להחלת הסייג האמור על התנגדות כלפי שוטר הטועה בתום-לב בהליך המעצר, ולפיכך פועל במסגרת "הפטר" (excuse). בסוגיה זו, ניתן לפרש את הדין המצוי בהתאם לדין הרצוי, בכל הנוגע לשוטרי משטרת ישראל. לעניין השוטרים הצבאיים, פרשנות הדין המצוי בהתאם לגישתי מוטלת בספק, ולפיכך נדרש לגישתי תיקון חקיקתי שישווה את מצבם. על סיטואציות אלה ראוי להחיל את סייג הצורך, המחמיר עם העושה לעומת סייג ההגנה העצמית, ולא התקיימה התשתית העובדתית לגביו בפרשיות הנדונות. זאת ועוד, לגישתי, אין להחיל את סייגי ההתגוננות – הן הגנה עצמית והן צורך – מקום שהמתגונן אינו מודע לתשתית העובדתית של הסייגים. היסוד הנפשי של המתגונן ראוי שיעמוד על המטרה הדומיננטית להתגונן – זהו לדעתי הן הדין הרצוי

²⁴⁴ שם; וראו גם לעיל ה"ש 214.

|