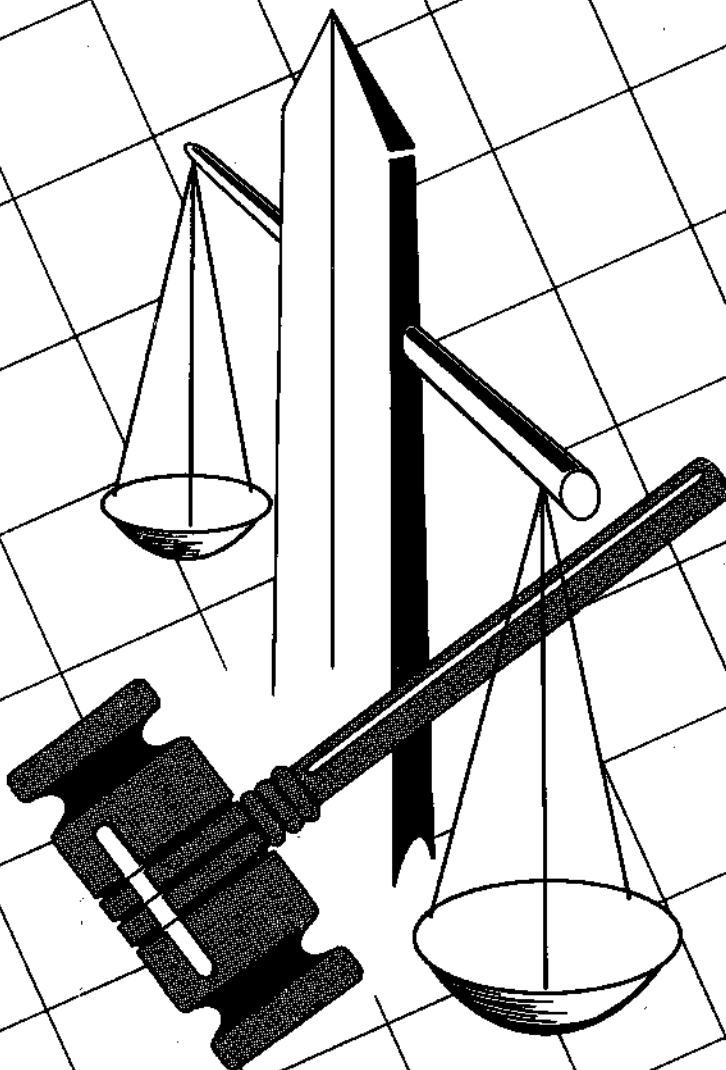


תעמולה

בטאון המערכת המשפטית בצה"ל



• גליון מס' 9 • כסלו התשמ"ט • דצמבר 88 •



דבר המערכת

ספריית הפרקליטות
הצבאית הראשית
מסי מערכת _____
מסי עותק _____

מאז הפצת הגליון האחרון של הבטאון, בקרב מינויים מחוץ לצה"ל ולמערכת הבטחון, רבו הפניות לקבלת רשימות, שפורסמו בחוברות הראשונות של הבטאון. בעקבות כך, החליטה המערכת לרכז קובץ מסודר של מאמרים, אשר ראו אור בחוברות הראשונות של הבטאון. בקובץ תוכלו למצוא, זה לצד זה, רשימות בנושאי משפט צבאי, ורשימות בתחום המשפט הכללי. כן שולבו בקובץ שני מאמרים נוספים: האחד, רשימתו של השופט א. כרמי, הנדרש להיבטים מדיקולגליים בהגנת האוטומטיזם; האחר, פרי עטו של סרן ש. יניב, בענין הטלת חובה על חיילים להבדק בבדיקות לגילוי שימוש או החזקה בסמים מסוכנים.

הדעות המובעות ברשימות, בהערות ובתגובות המתפרסמות בבטאון זה, הינן על דעת כותביהן בלבד, ואינן משקפות בהכרח את עמדת המערכת המשפטית בצבא, צה"ל או מערכת הבטחון.

קריאה מהנה ומועילה,
המערכת.

תוכן העניינים

בשם אומרם

- 1 אל"מ ע. מודריק, טוהר הנשק וטוהר המצפון.
7 השופט מ. טלגם, טוהר הנשק וטוהר המצפון.
אל"מ (מיל.) ד"ר מ. פעיל, טוהר הנשק והמקצועיות
הצבאית והמשפטית.
13 ד"ר צ. הדר, עוד לדיון על טוהר הנשק.
23

עיון ודין

- השופט ד. חשין, אי תלות השפיטה והתערבות מוסדית בהליכה
או בתוצאותיה.
29 השופט א. כרמי, היבטים מדיקולגליים של אוטומטיזם.
53 תא"ל א. סטרשנוב, הקשר הסיבתי בעבירות התרשלות – היכן הגבול
81 אל"מ א. שהם, מעמדו וסמכויותיו המשפטיות של המפקד
בצבא ארה"ב.
91 אל"מ ד"ר ע. גרוס, סוכן מדיח – כטענת הגנה במשפט פלילי.
109 אל"מ א. לוי, הרהורים וערעורים – דמ"ש ותב"נ.
123 סן ש. יניב, הטלת חובה על חיילים להבדק בבדיקות לגילוי שימוש
או החזקה בסמים מסוכנים.
135 סן ג. גרשוני, זכותו של החשוד להיות מיוצג ע"י עורך דין.
161 י. אליאסוף, שאלות משפטיות הקשורות במעורבותו של צה"ל
בסכסוכי עבודה אזרחיים.
195

מערכת הבטאון:

- אל"מ א. שהם, אל"מ ע. מודריק, סא"ל י. תלרז, סא"ל ע. פסנזון,
רס"ן י. היקרי, סן ש. יניב, סן ע. ברג.
מזכירת המערכת: סגן מ. זוארץ.

בשם אומרם

בשעתו פורסמה בבטאון "משפט וצבא" תשימתו של השופט אל"מ ע. מודריק בנושא "טוהר הנשק וטוהר המצפון". בעקבות הרשימה הגיעו לשולחן המערכת תגובותיהם של השופט אל"מ (מיל) מ. טלגם, אל"מ (מיל) ד"ר מ. פעיל ואל"מ (מיל) ד"ר צ. הדר. בחרנו לפתוח את החוברת במקבץ הרשימות, שראו אור בבטאון "משפט וצבא", בנושא זה.

טוהר הנשק וטוהר המצפון

אל"מ עודד מודריק*

כותרת הרשימה הקצרה הזו, עלולה להטעות. אינני מתכוון לדון במיוחד ובמפורט בסוגייה המעניינת כשלעצמה – של "טוהר הנשק"¹. ענייני כאן בהצבת סימוני שאלה אחדים על דרכו של המשפטן הצבאי המבקש (או מתבקש) להאיר עיני הדיוטות.

בדידי הווית עובדה. באחרונה החמנתי, להשתתף בסימפוזיון בפני צוערים של ביה"ס לקצינים, אשר עסק בהיבט זה או אחר, של הסוגייה הנדונה. אזי, נצבתי פנים אל פנים מול הדילמה שאותה הנני מבקש להבהיר להלן. שום בן-דעת לא יקים עודדין על החשיבות הרבה של שמירת ערכי מוסר אנושי בקרב הצבא, לדבות שמירה על אמות-מידה ראויות של שימוש בנשק. לפיכך אין גם ספק בחיוניות הפועל היוצא המתבקש הבא:

"נתונים אנו במערכה ממושכת וקשה, שיש עמה שחיקה. ממערכה זו חייבים אנו לצאת מחושלים ואיתנים. אך אפשר גם לאבד בה את הרגשת השליחות וההצדקה מזה – או את צלם האנוש מזה. זקוקים אנו לחיילים אשר לא יפגעו על-ידי שתי הסכנות גם יחד. לכן רואה אני חשיבות עצומה בחינוך בלתי פוסק לטוהר הנשק"².

חינוך לטוהר נשק – כיצד?

מן ההכרח להביא בחשבון כהנחת מוצא:

"צעירים רבים מגיעים לצבא בתקופה בה טרם גובשה ועוצבה גישתם סופית, והם מחפשים לעצמם אמות-מידה להתנהגות. אם לא נדאג להם, עלולים רבים לאמץ לעצמם גישה נפסדת... אתדים מהם... יעברו אל הקיצוניות השניה – ויאבדו את אמונתם בצדקת המערכה כולה"³.

החייל הצעיר עשוי אמנם להיות כחומר ביד היוצר חזי יכול לעצב דמותו ביד תרוצים אמונה, אך מן הראוי אף זאת ליקח בחשבון כי הצעיר הזה אינו פתי, חסר תוש ביקורת, המקבל כל דבר כמובן מאליו שאין עליו השגה. יתר על כן, מכורת המציאות בה אנו נתונים, חיילים צעירים הנתבעים למשימות קרביות, לתפקידי בט"ש ושמירה על סדר – ניצבים אף הם, כדבר שאינו נדיר, בפני שאלות ודילמות מוסריות.

החינוך המורכב בהם, או שצריך להנתן לחיילים אלה איננו עוסק איפוא, בענין ערטילאי תיאורטי אלא במציאות חיים. לפיכך מן ההכרח שחונך כזה יהיה מעשי ומושתת על אדני המציאות.

המציאות עלולה להיות מורכבת ובלתי הולמת מחשבה סטריאוטיפית.

1. על היבטים ערכיים – מוסריים של נושא זה – עיין אל"מ מ. פעיל "טוהר הנשק" מערכות 209 תשל"ל עמ' 31, סא"ל מ. שריג "בעקבות טוהר הנשק" מערכות 211 תשל"א עמ' 41, אל"מ ש. גבעולי "על טוהר הנשק" מערכות 213, תשל"א עמ' 14, אל"מ מ. פעיל "על המונח טוהר הנשק" מערכות 213 תשל"א עמ' 17 ועיין גם אל"מ (מיל.) ד"ר צ. הדר עוד לדיון על טוהר הנשק, מערכות 215 יוני 1971.

2. אל"מ גבעולי שם עמ' 14.

3. שם שם.

קל מאוד להתמוגג מנחת ושביעות רצון עצמית למראה מבצעו של חייל המנוע מעשה נקמה בשבויי אויב, מצד חבריו לנשק⁴ – קל באותה מידה להבחין ברישעותם הזועקת של חיילים ומפקדים היורים ללא רחם בעוברי אורח, "מפירי עוצר" תמימים (בהם נשים וילדים) ומבקשים לחסות בהגנה של ציות לפקודה⁵. אלא שהמציאות עלולה לספק גם דוגמאות מורכבות ומביכות הרבה יותר. יחמי הסימפוזיונים בהם השתתפתי ראו אפשרות אחרונה זו לנגד עיניהם והשתדלו להציג בפני המשתתפים סיטואציות שאינן קלות. הנה למשל מבחר דוגמאות:

א. כח קטן נשלח למשימה חשובה ביותר מעבר לקווי האויב. בדרכו נתקל באדם בלתי חמוש. התעלמות ממנו עלולה להסגיר את אנשי הכח. מה עליהם לעשות?

ב. כח צבאי נצטוו לבצע מעבר הכרחי בתוך כפר ובו כח עויין. מעבר בתוך הכפר באש כרוך באפשרות ריאלית של פגיעה בבני אדם שאינם לוחמים, לרבות נשים וילדים. מה יעשה הכח?

ג. שומרי מחסום דרכים נצטוו למנוע מעבר כליירכב בלא בדיקה מחשש שתעבור במקום מכונית תופת. רכב מסויים אינו מצייית להוראה לעצור והוא מנסה לעבור דרך המחסום. האם על אנשי הכוח לפתוח באש⁶?

כל אחת מן הסיטואציות הנזכרות היתה בסיס לשנוי תבנית שהלכה והסתבכה, כידידמיונו של המנחה, אך בשום פנים לא מעבר לסבירות הגיונית. בסימפוזיון הנזכר נטלו חלק, מלבדי, גם אל"מ (מיל.) מאיר פעיל ואל"מ (מיל.) ח"כ רן כהן. שניהם נקטו לאורך מלוא הדיון גישה של "יקוב הדין את ההר". לעולם אין לאחוז בנשק כלפי מי שאינו לוחם. היו באמתחתם פתרונות שונים ומשונים: לקשור בחבל את עובר האורח או להציב עליו שמירה (דוגמא א') – לקרוא ברמקול, או להצניח כרוזים אל תושבי הכפר התמימים כדי שימלטו ממנו (דוגמא ב') – להציב מחסום מוצלח יותר (דוגמא ג').

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

יתכן שהצגת דברים זו מצד שני המשתתפים נועדה לבטא, בצד השקפה אידיאולוגית, גם גישה הינוכית מסויימת. לאמור: דווקא משום שבקהל המאזין ישבו צעירים שמחשבתם אינה מגובשת דייה, מן ההכרח היה לנקוט עמם גישה קיצונית. אסור היה בשום פנים, לפתוח עבורם פתח – ולו גם סדק צר – דרכו ניתן

4. אל"מ פעיל לעיל, בעמ' 33.

5. פרשת "כפר קאסם" הידועה.

6. לאחרונה הועמדה סוגייה דומה לזו לדיון בערכאות הצבאיות. מפקד מחסום שפתח כאש וגרם בכך למותו של תושב איזור רצועת עזה שלא היה קשור בפח"ע – הורשע בדיון, לפי רוב דעות (ראה ע/ 24/88 טרם פורסם) נשיא בית המשפט העליון נתן רשות ערעור והסוגייה תשמע בפני בית המשפט העליון.

להצדיק שימוש בנשק כלפי מי שאינו לוחם, שכן עבור מאוינים אלה עלול הדבר לשמש בסיס לפירצה רחבה ומפתה. מי שדעתו אינה נחושה, ידו עלולה להיות קלה על ההדק.

וכאן באה הדילמה של המשפטן.

ההשתתפות של כל אחד מאתנו בסימפוזיון כזה נועדה, מטבע הדברים, להמציא למתדיינים ולשומעים כלי לנתוח אובייקטיבי של הסיטואציה העומדת לברור.

לשון אחר, המשפטן השותף לפורום כזה אינו צריך לשמש שופר לאידיאולוגיה זו או אחרת והוא אינו אמן אלי דידקטיקה חנוכית. משימתו לפרש ולהבהיר האם והיכן יתן הדין מגן לחייל המשתמש בנשקו כלפי מי שאינו לוחם. האם האיסור הוא מוחלט או שמא הוא יחסי.

אימתי תחול ההגנה של ציות לפקודה ואימתי תנתן הגנת "צורך" וכן ריבד"כ זה העיקר עבור המאוינים – עליו לנסות ליישם את ההשקפות התיאורטיות אל ההיפותיזות המוצגות בסימפוזיון.

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

א. לעיתים יהא עליו להעזר, או למצער להתייחס, להשקפה מקצועית פרטית שאין הוא יודע את עמדת הדברים כלפיה או כיצד תעמוד למבחן ביקורת שיפוטית.⁷

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

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

הקושי נותר, אם כן, בעינו. "אמת" (במובן התשובה האובייקטיבית של החוק על־פי הבנת המשפטן המשתתף) ו"יציב" (במובן העליונות הערכית־חינוכית של טוהר הנשק) מה עדיף? האם התשובה הנחרצת שניתנה לשאלה זו בתחום המשפט יאה גם לתחום בו עסקינן?

שמא מוטב כי תחום רגיש ועדין זה ישאר נחלתם הבלעדית של מחנכים ומסבירים, מפקדים, מורי הדור ומתווי דרך? שמא ייטיב המשפטן עשות אם יגדר

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

עצמו בדלת אמות מקצועו וכך יוכל לבחון כל דבר וענין מתוך "פרספקטיבה"
ו"דיסטאנס" בלא מעורבות אישית בתחום הנדון.
אסתפק בהצגת השאלות. אפשר שדעתי האישית ניבטת מבין השיטין, אך זו
"נטייה" ולא "עמדה נחרצת".
אשמח אם על דפי בימה זו תבואנה תגובות.

שאלת טוהר הנשק וטוהר המצפון

אל"מ (מיל.) משה טלגם¹

1. שופט ביהמ"ש המחוזי ושופט של ביה"צ לערעורים בשדה מילואים.

1. השאלה, היא שאלת השופט המכובד, מתייחסת לעמדתו של משפטן בסוגיה חינוכית עקרונית ומן הראוי שתעמוד על סדר יומו של כל משפטן מעת לעת משום שאין זו רק שאלה משפטית הטעונה עיון, אלא שאלה שכל מפקד וחייל באשר הוא – ומשפטן בכלל זה – צריך להיות מוכן להשיב עליה – בכל מאודו, לא באופן עיוני אלא תשובה הממצה את היותו של המשיב.
- אולם למשפטן חובה נוספת. הוא צריך להיות מוכן להשיב על השאלה גם עבורו וגם עבור אחרים ובעוד שאל"מ מודריק שואל אם מן הראוי שישמור עצמו מלהביע עמדה מלהזדהות כביכול, עם גישה זו או אחרת, שמא ידרש להכריע במקרה פלוני ויראה כמי שכבר הכריע את הכף מראש, פוסל אני מכל וכל הנחת מרחק בין האדם ובין המשפטן, בין המפקד, החייל ובין המשפטן ואינני מכיר "מומחים" טובים יותר לתת את התשובה מה הם הצווים הנובעים מעקרון "טוהר הנשק" – מאשד המשפטנים.
2. אחת הדוגמאות שהציג אל"מ מודריק מקורה בפרשה ידועה, הלא היא הפרשה המהוללת של ל"ה הלוחמים שנפלו בצורף בדרכם לעזור לגוש עציון במלחמת השחרור. אם אמת בסיפור או שאינו אלא אגדה, אין לכך כל חשיבות. דוד לוחמי מלחמת השחרור חווה את המעשה כאילו היה שותף לו וכל מי ששמע שסופם של ה"ל"ה בא עליהם כאשר חסו על איכר זקן שפגשו בדרך – לא העלה על דעתו לגנות את מנהיגם או להוקיעו. בכאב, אך בגאון, נזקף מעשה זה לזכותם, ובהזדהות אף לזכותו של כל המפעל הציוני. אלה בניך ישראל.
- ודאי שמפקד עשוי למצוא עצמו בפני דילמה טרגית, לא כאשר הוא יכול לבכר פתרון מעשי שלא יצריך אותו לפגוע בטוהר הנשק (שהרי מי שיבכר את הפתרון הקל והזמין לפגוע בטוהר הנשק ובלבד שלא להסתכן כלל ומי שיקבל את הכרעתו אף ללא התלבטות, אינו נחשב כלל בגדד בעיה, וודאי גם לא למשפטן שאינו רוצה להתחייב). אבל, אותו מפקד שיעמוד בפני הכרעות קשות ומסוכנות כשעל כף המאזניים חיי חייליו ולמעלה מכך – הבטחת המשימה שהוטלה עליו – צריך לדעת איזה משקל יש לשיקולי טוהר הנשק לעומת השיקולים האחרים. רק כשיידע שאין זה "עוד שיקול", רק כשיהיה לשיקול זה משקל העשוי לסכן את יתר השיקולים – רק אז נוכל לבטוח בהכרעתם של חיילינו. צריך שיהיה הצורך הזה המכריע או שיקולי טוהר הנשק "צורך בעליל" שאין מנוס ממנו, בבחינת "ידי נשים רחמניות בשלו ילדיהן"; צריך שחייל יטול על עצמו סיכון לא מועט בטרם ייתן היתר לעצמו למחול על "טוהר הנשק".
- אמת, שאין זו אמת מידה משפטית מקצועית, אלא זו אמת מידה שאין לגביה שום פשרה, שמאחוריה חייבים להתיצב המשפטן יחד עם המחנך, אבל ההכרעה המשפטית שזוהי הגורמה שאין להמלט ממנה חייבת להיות ידועה מראש ומודעת לציבור כחלק מהמערכה החינוכית ולא כשפיטה שלאחר מעשה.

3. יישומה של הנורמה למקרה פרטי אשר יעמוד היא ענין לכירוד משפטי ועל כן ההכרעה, אם נתקיימו או לא נתקיימו תנאים כשעור הצורך שאין להמלט ממנו במקרה מסויים פלוני – היא ענין להכרעה מקצועית של משפטן. בידוע, שהכרעות אלה אינן מן הקלות, אך החייל צריך להיות מודרך מראש ומעיקרא על ידי המשפטן שהכרעותיו ומעשיו ייבחנו בקפידה, רק אז תהיה הצדקה לבוא אליו בדרישה שהכרעותו תחייב אותו לטוב ולרע; החייל צריך לדעת שלא קיימת נוסחת פתרון, מעין "פתרון בית הספר", וכי גם אם יפעל לפי מיטב מצפונו, אין כל בטחון שהכרעתו תניב פירות בטוחים או שתקבל על דעת שופטיו כהכרעה התואמת את טוהר הנשק. משום כך חייב העקרון להיות בהיר כשמש, אך יחד עם זאת בלתי ניתן ליישום מאליו.

תנאי הכרחי ליישום הפתרון הוא – השימוש במצפונו של הלוחם. תנאי כזה אין משיגים בכוחה של הטפה חינוכית בלבד. כל כוחות הנפש של המערכת ושל קובעי הנורמות שבה, צריכים להיות מרוכזים ללא פשרות מאחורי דרישה שהטבע האנושי אינו מייצר אותה בקלות ומאלית, זוהי דרישה לעמוד ברמה מוסרית גבוהה ואם המשפטן לא יבהיר אותה מראש וללא סייג לא תהיה לו זכות מוסרית לבוא אחר כך ולומר שהיא בגדר מובן מאליו, או "ידועה בעליל" משום כך זהירותו האקדמית של השופט המכובד אינה יפה לסוגיה זו. אין לי ספק שהוא לא היה ממליץ למשפטן לשמור על ריחוק כזה גם בתחומים אחרים שבהם אין לו ספק בדבר הצווי המוסרי החל.

ולעיצומו של עניין, אין הבעת הזדהות של המשפטן עם הנורמות והעקרונות השליטים בחברה שהמשפטן פועל בה – משום פתרון – איך תפול ההכרעה במקרה פלוני, מה גם, שלשיטתנו אנו משתפים את החייל בנשיאה בעול ההכרעה ומן הדין שנבהיר לו היטב את המצפן שעל פיו תבחן הכרעתו.

4. באתי, איפוא, להביע עמדה נחרצת. איני מעלה על הדעת שהשאלה יכולה להשאיר פתוחה ושהמשפטן בצה"ל, והמשפטן בכלל, יוכל להרשות לעצמו להשאיר שאלה ערכית נכבדה, זו "בצריך עיון". עניות דעתי היא, שהמשפטן כאיש מקצוע נבחן לאוד ערכיו וכי אין הוא רשאי לנווט את שיקוליו המשפטיים בעניינים בסיסיים הקרויים ערכי יסוד – אלא לפי מצפן של "דעה קדומה" מוצקה.

אנו טורחים ומבהירים לחייל ש"בלתי חוקי בעליל" הוא כל מה שחייל בעל מצפון יחוש בו מיד שאינו חוקי – ואנו מוסיפים שמגוון העובדות העשויות להתרחש, אינו ניתן לדימוי מראש, בכך אנו מחייבים את החייל להיות ער דרוך למשהו "בלתי חוקי בעליל" וכך איננו פוטרם אותו מהסיכון שמה שנראה לו בלתי חוקי, עשוי להיות פקודה חוקית שהוא מסתכן בהפרתה ואיננו מסירים מעליו את האחריות אם דומה לגלות אי חוקיות במקום שאינה קיימת.

הוא הדין, וביתר שאת, בסוגיית טוהר הנשק.

אסור למשפטנים להותיר את החייל בציפיה שיום אחד יבוא פסק דין עקרוני, גאוני שייתן בידו נוסחה להכריע בה בשעת משבר. עלינו להודיע לחייל את מידת אחריותו להכרעה, עלינו להסביר לו כיצד, בבוא העת, יכריע המשפטן אם לקבל טענת "צורך או הכרח" – אם לדחותה; חשוב שהעקרונות אשר ינחו אותנו בקביעת עמדה כזאת, יהיו ידועים בציבור ויעומתו בוויכוח עם מחנכים ועם מי שחולק עליהן, אם יש מקום לוויכוח כזה. ואנו המשפטנים נשמור לעצמנו רק את המלאכה המקצועית של בירור העובדות בהליכים המשפטיים והתאמתם במשבצת זו או אחרת.

טוהר הנשק והמקצועיות הצבאית והמשפטית

אלימ (מיל.) ד"ר מאיר פעיל²

אני מודה למערכת הבטאון "משפט וצבא" ולאל"מ עודד מודריק על ששלחו אלי את גליון 3 של הבטאון ושאל"מ מודריק בקשני במפורש להתיחס בכתובים אל רשימתו. מעשה זה מעיד על מערכת המשפט הצבאית שעניין טוהר הנשק חיוני בעיניה.

משהו על הסגנון ועל הנימה

מתוך רשימתו הקצרה של אל"מ עודד מודריק עולה נימה של סארקאזם ולעג מעודן כלפי הדוגלים בטוהר הנשק. להלן מספר דוגמאות ציטוט:
 "...החינוך המורבץ בהם, או שצריך להינתן לחיילים אלה (חיילים קרביים וחיילים העוסקים בתפקידי בט"ש ושמירת סדר) איננו עוסק, איפוא, בענין ערטילאי תיאורטי, אלא במציאות חיים. לפיכך מן ההכרח שחינוך כזה יהיה מעשי ומושתת על אדני המציאות. המציאות עלולה להיות מורכבת ובלתי הולמת מחשבה סטריאוטיפית".

"קל מאוד להתמוגג מנחת ושביעות רצון עצמית למראה מבצעו של חייל המונע נקמה בשבוי אויב מצד חבריו לנשק"...

"...אל"מ (מיל.) מאיר פעיל ואל"מ (מיל.) ח"כ רן כהן, שניהם נקטו לאורך מלוא הדין גישה של "יקוב הדין את ההר". לעולם אין לאחוז בנשק כלפי מי שאינו לוחם. היו באמתחתם פתרונות שונים ומשונים..."

מתוך סגנון הכתיבה של אל"מ עודד מודריק מסתבר כי הקפדה על טוהר הנשק היא, בעצם, מחשב תיאורטית ערטילאית וסטריאוטיפית. יש בה דוגמתיות מדובעת עיקשת של "יקוב הדין את ההר" וכי כל מי שמנסה למצוא פתרונות, בעת מבצע, כדי לקיים את עקרון טוהר הנשק, חזקה עליו שיעסוק ברעיונות "שונים ומשונים" הספוגים בהתמוגגות עצמית מתחסדת.

ומה מציאותי ע"פ נימת כתיבתו של אל"מ עודד מודריק?... מן הסתם נורמה ההפוכה לטוהר הנשק; כך צריך להבין הקורא מבלי שהדבר ייאמר במפורש.

משהו על תפקיד המשפטן בדיוני מנהיגות

ברשימתו קובע אל"מ עודד מודריק כי קצין משפטן המשתתף בפורום של קצינים ומפקדים הדן בענייני מנהיגות ובסוגיה של טוהר הנשק "אינו צריך לשמש שופר לאידיאולוגיה זו או אחרת והוא אינו אמון עלי דידקטיקה חינוכית. משימתו לפרש ולהבהיר האם והיכן יתן הדין מגן לחייל המשתמש בנשקו כלפי מי שאינו לוחם"...

ממש נדהמת!

האמנם צריך קצין משפטן בצה"ל, הדן בסוגיה המוסרית הקשה של קיום טוהר הנשק, לצמצם את ייעודו המשפטי לתפקיד של סניגור על הנאשם בתריגה ובפריצת הגדר?

מדוע לא יחשוב המשפטן גם כתובע פוטנציאלי מטעם הצבא או המדינה, עפ"י החוק, תוך שיקול מיטב האינטרסים של הציבור, החברה והאומה?

מדוע לא יטיל על עצמו קצין משפטן להפעיל בדיון כזה את נקודת המבט של השופט בכוח, אשר צריך לקבוע מהן אמות המידה אשר על פיהן חייב לנהוג חייל סביר בצה"ל?

קצין משפטן המוחזן להשתתף בדיוני מנהיגות ובוויכוחים על סוגיות ואתגרי טוהר הנשק, חייב לשמש יועץ משפטי כולל לצוות המתדין ולציבור הצוערים, החיילים והקצינים העוקבים אחר הדיון באורח פסיבי או אקטיבי. אסור לו להצטמצם בנקודת המבט של סניגור לעבריינים ולנאשמים. הוא צריך להסביר, לדוגמה, מהי פקודה בלתי חוקית בעליל ומדוע קובע החוק הישראלי כי אסור לו לחייל לבצע פקודה כזו. מה ההבדל בין פקודה בלתי חוקית פשוטה ובין פקודה בלתי חוקית בעליל? מה הנורמה המוסרית החברתית והמשפטית הנדרשת מאדם סביר, ממפקד זוטור סביר, ממפקד בכיר סביר... ואולי אף מיועץ משפטי סביר?

ניתוח ענייני של דוגמה אחת

אנסה לטפל עתה באחת מן הדוגמאות המבצעיות אשר הביא אל"מ מודריק ברשימתו, כשאני דבק בנוסח התאור המסופר על ידו בדוגמה הראשונה: "כוח קטן (של צה"ל) נשלח למשימה חשובה ביותר מעבר לקווי האויב. בדרכו נתקל באדם (ערבי) בלתי חמוש. התעלמות ממנו עלולה להסגיר את אנשי הכוח. מה עליהם (על המפקד) לעשות?"

אל"מ מודריק מתאר ברשימתו את הפתרון השונה והמשונה שהציעו בקשר למקרה זה אל"מ (מיל.) מאיר פעיל ואל"מ (מיל.) ח"כ רן כהן, בהאי ליטנא: "לקשור בחבל את עובר האורח". אני קבעתי כי הייתי סותם לו גם את הפה בסמרטוט או במטפחת ואף קושרו אל עץ, אם היה נמצא בסמוך.

אל"מ מודריק הקפיד לא להזכיר ברשימתו מה היה הפתרון האלטרנטיבי אשר הוצע ע"י חלק מן הצוערים שנכחו בסימפוזיון והביעו את דעתם: להרוג את עובר האורח, חד וחלק, בדקירות פגיון או כידון (מוות שקט) או בצרור כדורים, (אם בלאו הכי היה קודם לכן קרב יריות). היה אפילו צוער שהתלוצץ, בתגובה לפתרון שלי, והציע לכבול את עובר האורח באמצעות פתיל רועם (!!)

הוויכוח התחולל, איפוא, בין שני פתרונות אפשריים: לכבול או לרצוח? אין לי ספק היכן נמצא מצפנו האיש, החברתי והמשפטי של אל"מ עודד מודריק ואני משוכנע כי הוא צידד ומצדד בפתרון הקשירה. אבל הוא התליט להציג את השקפת הטיעון הסניגורי בקובעו כי אם היה מוצא בפניו מפקד הכוח או אחד מחייליו כנאשמים ברצח, היה נוטה להבין את מצוקתם ולהקל בעונשם. ואילו אנוכי, עבדכם הנאמן, טענתי אז כי כל מפקד, אשר ישקיע מחשבה, ימצא תמיד פתרון איך להמשיך לבצע את משימתו מבלי להיזקק לחרוג מעקרון טוהר הנשק. במקרה שלנו הפתרון היה לכבול את עובר האורח, לסתום את פיו ולהסתלק מייד כדי להמשיך בביצוע המשימה.

אני דרשתי מן הצוערים ואני תובע מכל מפקד בצה"ל שיכניס את מצוות קיום טוהר הנשק אל מסגרת שיקולי הערכת המצב המבצעית שלו, ואז יצליח תמיד לתכנן דרכי פעולה אפשריות ולהגיע להחלטה שתאפשר מילוי המשימה מבלי להתכזות במעשי רצח ובמתן פקודות בלתי חוקיות בעליל מסוג אחר. זה העקרון אשר הינתה אותי כל ימי בצה"ל בתפקידי כמפקד שדה, כקצין מטה, כמדריך, כמפקד בית הספר לקצינים ובמכללה הבין זרועית לפיקוד ולמטה. שומה על כל מפקד בצה"ל להכניס את טוהר הנשק אל תוך "הערכת המצב", גם אם ינסו ללעוג לנו שפתרונותינו הם "שונים ומשונים", רחמנא ליצלן.

תושבני כי צה"ל רשאי לדרוש מהקצינים המשפטיים שלו להרתם למערכה חינוכית זו למען השמירה על רמת המוסר בקרב מפקדינו. כל משפטן חייב לתרום בעניין זה את מלוא כישוריו וכשרונותיו המקצועיים.

הערות שוליים

אל"מ עודד מודריק³

3. שופט בדי"צ לערעורים.

1. רשימתי "טוהר הנשק וטוהר המצפון" כוונה כדי לעורר דיון בסוגיה העומדת מחוץ לברור תכנו ומשמעותו של הערך "טוהר הנשק". לפיכך לא היה לי צורך להביע דעה כלפי הדוגלים בהשקפות שונות בתחום זה. בוודאי שלא נצרכתי ל"סארקאזם ולעג מעודך". ד"ר פעיל רואה – מבחינה זו – ברשימה את מה שאין בה.
2. אני מסכים למה שהוגדר בפי ד"ר פעיל כתפקיד "התובע הפוטנציאלי". פשיטא שבדיון על "טוהר הנשק" צריך להציג את האיסור העקרוני על פניו השונים. דא עקא שהקושי המוסב אל כתפי המשפטן נעוץ בחריגים – וכאן טמונה הדילמה אליה התייחסתי.
3. אינני רואה עצמי מוסמך לדון בפתרונות טקטיים. כמי שלמד את "תורת הקצין" מפי אל"מ ד"ר פעיל הריני יודע מה גדולה אומנותו בתחום זה. השאלה אם פתרון טקטי (סביר) אפשרי לעולם ואם דין רוצח למפקד, שחפץ בפתרון אך – חרף סבירותו – לא העלה אותו על דל מחשבתו – בעינה עומדת.

*
* *

עוד לדיון על טוהר הנשק

אלי"מ (מיל') ד"ר צבי הדר⁴

4. לשעבר הפרקליט הצבאי הראשי. הדשימה פורסמה לראשונה בבוטאון "מערכות", ביוני 1971. לבקשת המחבר אנו מביאים מאמר זה כלשונו.

"טוהר הנשק" הוא מן הנושאים שבהם התתבטו טובי לוחמינו עוד לפני הקמת המדינה, ולאחר מכן בימי מלחמת הקוממיות, מבצעי התגמול ומבצע "קדש". הרהורים על נושא זה שבו ועלו בלב רבים מחיילי צה"ל בעקבות מלחמת ששת הימים והמגע היומיומי עם תושבי השטחים המוחזקים. ניתן אולי לטעון, ברוח דבריו של סא"ל שריג⁴¹, כי המונח "טוהר הנשק" לוקה בסתירה פנימית: כיצד יכול מבשיר שנועד מטבעו לקפת חיי-אדם – להיות מוגדר כ"טוהר"?! תפיסה זו הולמת גם את השקפת העולם המקראית, לפיה דוד המלך נפסל מהקים את בית-המקדש, כי "איש מלחמות אתה ודמים שפכת" (דברי הימים א', כ"ח, 3). המונח "טוהר הנשק" אינו מוצלח מבחינה לשונית, אולם בכך בלבד אין פתרון לבעיה העולה ממאמריהם של אל"מ פעיל ואל"מ גבעולי⁴²: הצורך להעמיד מעשי לוחמה, שיתכן שכשלעצמם אינם מוסריים, במבחן של גורמות מוסריות.

בעיות המוסר הנדונות תחת הכותרת של "טוהר הנשק" אינן מצטמצמות ל"נשק" בלבד. המונח "טוהר הנשק" מתייחס לכל בעיות המוסר המתעוררות בעקבות מפגש חילינו עם האוייב, בפעולות של לוחמה ממש, בפיקוח על שבויים, או תוך כדי כיבוש והטלת מרות על אוכלוסיית האוייב.

המונח "טוהר הנשק" הוא מטבע לשון עברית – אך הבעיה המסתתרת מאחוריו היא אוניברסלית, ומעסיקה את צבאותיהן של מדינות התרבות זה שנים רבות; ודווקא בימים אלה הועלתה בכל חריפותה בארה"ב, בעקבות משפטו של הסגן קלי, אשר נאשם ברצח תושבים באחד הכפרים בוואטרינאם. לעמנו זכות-ראשונים בהכרת קיומה של הבעיה ובנסיון למצוא לה פתרונות מתאימים: מצויים כבר במקרא כללים החלים על הלוחמים ביחסיהם עם האוייב. לדוגמה: "כי תקרב אל עיר להלחם עליה וקראת אליה לשלום" וגומר (דברים כ', 10), או "כי תצור אל עיר ימים רבים להלחם עליה לחפשה, לא תשחית את עצה לנדח עליו גרון" (דברים כ', 19).

נביאינו גם חזו את הפתרון האידיאלי לכל בעיות המוסר במלחמה: "וכתתו תרבותם לאתים וחניתותיהם למזמרות, לא ישא גוי אל גוי חרב ולא ילמדו עוד מלחמה" (ישעיהו ב', 4). שלילת המלחמה על-פי חזון הנביאים תבטל ממילא את הבעיה המוסרית המתעוררת סביב לה. ואולם, אף כי אין להתיימשק מתקוה לפתרון ברוח זו, יש להודות כי לעת עתה אין זה אלא חזון לאחריית הימים. ואילו אם המלחמה היא תופעה אפשרית וקיימת במציאות ימינו, רצוי לבדוק כיצד ניתן לשמור על ערכי מוסר במסגרתה. המטרה של הקפדה על ערכי-מוסר בתקופת מלחמה, ובכל מכלול היחסים עם צבא האוייב ואוכלוסייתו היא להשתדל להפוך את המלחמה לדע במיעוטו. מטרה זו היא גם מטרתם של דיני המלחמה במשפט הבינלאומי, המקובלים על מדינתנו ועל כל יתר מדינות התרבות.

* "מערכות" 211, עמ' 41.

** "מערכות" 209, עמ' 31, "מערכות" 213 עמ' 14, 17.

ההנחה שביסוד דיני המלחמה היא, כי שמירה על עקרונות של הומניות נדרשת גם בתקופת מלחמה, תקופה שבה מתירים הרס והחברות אינן נוהגות לפי דפוסי ההתנהגות המקובלים עליהן בתקופת שלום. הנחה זו מקורה לא רק ברצון ל"הומניזציה של המלחמה", אלא אף בהכרה, כי שמירה על עקרונות הומניים בתקופת לחימה אינה גורעת מיכולתו של צד לוחם להגיע לנצחון, ויש בה כדי לקדם את הסיכוי להשלטת שלום-אמת בתום המלחמה.

דיני המלחמה משלימים עם העובדה, כי הלוחמים נדרשים לעשות את כל הנחוץ להשגת הנצחון, אך דינים אלה דורשים, כי תימוע פגיעה מיותרת בגופו, בכבודו וברכושו של היריב. דיני המלחמה התגבשו מתוך פשרה בין צרכי המלחמה לבין ערכי המוסר. חייל הנוהג בהתאם לדיני המלחמה, פועל בדרך המחייבת מכוח החוק, ובהתאם למקסימום של עקרונות המוסר שעליהם מוכנה התכרה לסמוך את ידה בנסיבות מיוחדות אלה.

היעדר הגדרה מקובלת של המונח "טוהר הנשק" מכביד על חינוך החיילים לדרכי ההתנהגות ברורות. כל חייל הנתקל בבעיית מוסר תוך כדי מלחמה, והחפץ לפתרה בכוחות עצמו, ללא ידיעת כללי ההתנהגות המחייבים שבדיני המלחמה, נאלץ ליישב בכוחות עצמו את "הסתירה" בין הצרכים הצבאיים לבין ערכיו המוסריים.

חייל כזה עלול לפעול בהתאם לכללי ההתנהגות אינדיבידואליים, לאחר נסיון להתמודד עם בעיות המצויות מעבר לתחום השגתו המוסרית והאינטלקטואלית. במקרים רבים אין בידי החייל גם נתונים עובדתיים מספיקים להפעלת שיקול-דעת מעין זה. חייל הנוהג בהתאם למצפנו האישי בלבד, תוך התעלמות מהוראות מפקדיו ומדיני המלחמה, עלול לפעול בניגוד לחוק ולעמוד לדין. לעומת זאת, חייל הפועל בהתאם לדיני המלחמה צריך לדעת, כי בכך יוצא הוא ידי חובתם של עקרונות המוסר המקובלים על החברה האנושית במצבים כגון אלה. קל הרבה יותר ללמד את המונח של "טוהר הנשק" בסדרת כללים המוגדרים בדיני המלחמה ולא להניח לכל חייל לקבוע את התנהגותו בהתאם לתחושת מצפנו בלבד. הצבת מצפנו של הפרט כמודד להתנהגות, טומנת בחובה את הסכנה של ערעור יסודותיה של המשמעת הצבאית, ופוגעת בכושרו של הצבא לפעול בתקופת מלחמה.

כדוגמה ניתן להביא אותה פרשה מימי מלחמת הקוממיות שאותה העלה במאמרו אל"מ פעיל: מעשה בקבוצה מחיילי צה"ל שביקשו להרוג שבויי אויב כמעשה תגמול על רצח פצועים ישראלים. ברור, כי אילו במקרה כזה ניתנה לכל חייל הזכות לפעול לפי מצפנו, היו חיילים שונים סבורים, כי מן הראוי לפעול בדרכים שונות: בלב אחדים יגבר יצר הנקם, ואילו בלב אחרים תגבר מידת הרחמים. למותר לציין, כי לא ניתן להניח את ההכרעה למצפנו האישי של חייל זה או אחר. הפתרון מצוי בחובה לפעול לפי דיני המלחמה, המטילים איסור ברור לפגוע בשבויי מלחמה, ולו גם בנסיבות הנדונות. חייל אשר דרש מחבריו שלא לפגוע בשבויים, פעל לא רק לפי צו מצפנו, אלא בדרך המתחייבת מכוח הדין.

דיני המלחמה נמצאים בתהליך מתמיד של התפתחות, שמטרתו להביא להומניזציה נוספת של המלחמה – ולענות על האתגרים הנובעים משכלולם של אמצעי הלוחמה. אף בימים אלה ממש מתכנסת בג'נבה ועידת מומחים בין-לאומית, שבה ישתתפו גם נציגים מישראל, אשר תדון בבעיות הומניטריות המתעוררות עקב סכסוכים מזויינים. כך, למשל, תדון ועידה זו בדרכים לתזק את ההגנה מפני פגיעה באוכלוסיה האזרחית, ובכלליה ההתנהגות החלים ביחסים שבין הכוחות הלוחמים.

לסיכום יאמר, כי מוטלת עלינו החובה ללמד את חיילי צה"ל להכיר את דיני המלחמה ולפעול על פיהם. חובה זו, שמקורה המשפטי במנהג הבין-לאומי ובאמנות בין-לאומיות שמדינת ישראל התחייבה לשמור עליהן, היא בעלת חשיבות ראשונה במעלה. ידיעת דיני המלחמה ופעולה על פיהם הם הערובה לשמירת החוק, המשמעת והמוסר בקרב חיילי צה"ל בעת מגעם עם כוחות האויב, ועם האוכלוסיה האזרחית בשטחים המוחזקים.

אי־תלות השפיטה והתערבות מוסדית בהליכה או בתוצאותיה*

השופט דוד חשין**

1. פתח דבר.

2. אי תלות השפיטה.

א. אי תלות עניינית ואי תלות אישית.

(1) אי תלות עניינית.

(2) אי תלות אישית.

ב. אי תלות קיבוצית ואי תלות פנימית.

(1) אי תלות פנימית.

(2) אי תלות קיבוצית.

(א) האם יש לנו בכלל רשות שופטת.

(ב) האם מופקדת "הרשות" השופטת על מנהל בתיהמ"ש שלנו.

(ג) הצעות לשינוי המצב אצלנו – בעבר ובהווה.

(1) הצע"ח יסוד: בתי המשפט.

(2) הצעת לשכת עוה"ד בישראל.

(3) הצעתו של ד"ר שטרית.

(4) הצעתו של כבוד הנשיא שמגר.

* הרשימה מבוססת על הרצאה בפני השופטים הצבאים והסגל הבכיר של מפצ"ר.
** שופט של בית משפט השלום, ירושלים.

3. הערכות מוסדית בהליכי השפיטה.
- א. הבטחת קיום ההליך השיפוטי והשמירה על טוהרו.
- ב. התערבות מוסדית למניעת אפשרות הפניה לביהמ"ש.
- (1) עניין ד"ר סובלן - 1962.
- (2) עניין ד"ר נתשה - 1976.
- (3) עניין מגורשי הר חברון.
- ג. התערבות מוסדית כדי לייתר את עצם הפנייה לביהמ"ש או את המשכו של ההליך השיפוטי.
- (1) מתן חנינה ע"י הנשיא.
- (2) שינוי חוק ע"י הכנסת.
- ד. התערבות מוסדית כדי להשפיע על מהלכו של המשפט.
- (1) נסיון להשפיע על ידי פניה אישית לשופט.
- (2) נסיון להשפיע ע"י פניה לציבור (סוב יודיצה).
- ה. התערבות מוסדית בתוצאות השפיטה.
- (1) הרשות המבצעת.
- (2) הרשות החוננת.
- (3) הרשות המחוקקת (לרבות מחוקק המשנה).

4. סוף דבר.

1. פתח דבר

הנושא כולל 3 מרכיבים, והם:

- א. אי תלות השפיטה.
- ב. התערבות מוסדית בהליכי השפיטה.
- ג. התערבות מוסדית בתוצאותיה.

2. אי תלות השפיטה

א. אי תלות עניינית ואי תלות אישית

עקרון אי תלות השפיטה, בניסוחו הקלסי, מורה שעל השופט ליהנות מאי תלות עניינית ומאי תלות אישית.

1) אי תלות עניינית:

אי תלות זו משמעותה, שבמילוי תפקידו השיפוטי אין על השופט מרות, זולת מרותו של הדין. אי תלות זו נקבעה אצלנו בסעיף 13 לחוק השופטים, תשי"ג-1953, (להלן: חוק השופטים), ובסעיף 184 לחוק השיפוט הצבאי, תשט"ו-1955 (להלן: חוק השיפוט הצבאי, א: החש"צ). כיום מובטחת אי תלות זו בסעיף 2 לחוק יסוד: השפיטה⁽¹⁾: "בעניין שפיטה אין מרות על מי שבידו סמכות שפיטה זולת מרותו של הדין".

שריון העקרון בחוק יסוד: השפיטה

סעיף 22 לחוק היסוד, הנושא את הכותרת: "יציבות החוק", משריין את חוק יסוד השפיטה מפני תקנות לשעת חרום. בחוק היסוד עצמו אין הוראות שריון מפני ביטולו או שינויו ע"י חוק רגיל של הכנסת. ואולם, עניין זה יבוא על פתרונו לאחר שתתקבל הצעת חוק יסוד החקיקה, אשר בסעיף 5(ב) ר(ג) שבה נאמר, כי אין לתקן חוק יסוד או לחוקק חוק שיסתור את הוראותיו, אלא ברוב של 2/3 חברי הכנסת, או ברוב אחר שנקבע בחוק היסוד עצמו – אם נקבע. בעניינינו לא נקבע דבר בחוק יסוד: השפיטה, ולכן ניתן לומר, שהעקרון של אי תלות עניינית מובטח ויובטח בצורה מניחה את הדעת.

אמצעי עזר פורמליים ולא פורמליים

קביעת העקרון של אי תלות עניינית כשלעצמה, איננה מספקת ואין בה כדי להבטיח הגשמתו של העקרון הלכה למעשה. לשם הגשמתה של אי התלות העניינית, נדרשים מספר אמצעי עזר. בין אמצעים אלה ניתן למנות כאלה שהם פורמליים, וכאלה שאינם פורמליים.

(1) ס"ח התשמ"ג 78.

דעת הקהל היא דוגמא לאמצעי עזר לא פורמלי, שקיבל ביטוי פורמלי בעקרון "הפומביות"⁽²⁾. דעת הקהל נוצרת במישרין - ע"י בני הציבור הפוקדים את ביהמ"ש, וע"י נציגי כלי תקשורת ההמונים. להלן אעמוד על שני אמצעי עזר פורמליים.

(1) כלל הסוביידיצה

כלל זה הוא אמצעי עזר פורמלי, שנועד לאון את עקרון הפומביות וחופש הביטוי. כלל זה קיבל אצלנו ביטוי סטטוטורי בסעיף 4 לחוק בתי המשפט, תשי"ז-1957 (כיום סעיף 71 לנוסח המשולב), לפיו:

"71. (א) לא יפרסם אדם דבר על ענין התלוי ועומד בבית המשפט, אם יש בפרסום כדי להשפיע על מהלך המשפט או תוצאותיו. (ג) איסור הפרסום אינו חל על פרסום ידיעה בתום לב על דבר שנאמר או שאידע בישיבה פומבית של בית משפט". כלל זה, שעוד אחזור אליו בהמשך הדברים, זכה לאחרונה לדיון בבית המשפט העליון, בענין אולאי.⁽³⁾

תמצית העובדות הנוגעות לפס"ד זה היא זו: המעדרת, עיתונאית במקצועה, הורשעה בעבירה על הפרת כלל הסוביידיצה, בעקבות פרסום כתבה בעיתון שהתייחסה לעבדין שהורשע בדינו, וציפה למתן גזר דין, ונקבע ע"י הערכאה המרשיעה כי היה בה בכתבה כדי להשפיע על מהלך המשפט או תוצאותיו.

ביהמ"ש העליון, מפי כבוד השופט ברק, דחה את ערעורה - ערעור ברשות - ואישר את ההרשעה. לענינו חשובים דבריו הבאים של השופט ברק:

"שניים הם האינטרסים הציבוריים, אשר במסגרתם פועל סעיף 41 לחוק (כיום סעיף 71 - ד.ח.): **חופש הביטוי וטוהר תהליך השיפוט** (ההדגשות שלי - ד.ח.). מחד גיסא עומדים **חופש הביטוי וחופש הפרסום**, שהם מיסוד משטרנו הדמוקרטי... חופש זה כולל בחובו מסירת מידע על הנעשה בהליכים משפטיים, התלויים ועומדים בבתי המשפט... תנאי לכך הוא **פומביות תהליך השיפוט ופרסומו**, שכן בלא פומביות אין **תחושת צדק** (ההדגשה שלי - ד.ח.)... מאידך גיסא עומד אינטרס אחר, והוא הצורך להבטיח את **טוהר תהליך השיפוט**... אינטרס זה משמעותו, שהדין יוכרע בבית המשפט ולא מתוצאה

(2) סעיף 3 לחוק היסוד, סעיף 68(א) לחוק בתי המשפט (נוסח משולב) התשמ"ד-1984, סעיף 324 לחוק השיפוט הצבאי, התשט"ו-1955.

(3) ע"פ 696/81 אולאי נ' מדינת ישראל, פ"ד לו (2) 565.

לו, על ידי שופטים, התופשיים מכל השפעה חיצונית, המכריעים את הדין על יסוד הראיות המוגשות לפנייהם, ועל יסוד הטיעונים שהצדדים משמיעים לפנייהם. רק בדרך זו ייעשה צדק וייראה שנעשה צדק ואמון הציבור ברשות השופטת יישמר".⁽⁴⁾

אנו רואים, איפוא, כי כלל הסוביידיצה נועד לאזן את עקרון הפומביות וחופש הביטוי והפרסום, ובלשונו של השופט ברק:⁽⁵⁾ "בצד הבטחת חופש העתונות, נמנע משפט על ידי העתונות. דבר זה מתאפשר בדרך של איזון חופש הביטוי מזה, לבין טוהר השיפוט מזה".

ולמטה מכך, "נקודת האיזון הישראלית קבועה בסעיף 41 לחוק. נקבע בו, כי פרסום ידיעה בתום לב על דבר שנאמר או שאירע בישיבה פומבית של ביהמ"ש הוא מותר, גם אם יש בו כדי להשפיע על מהלכו ועל תוצאותיו של משפט (זה או אחר)".⁽⁶⁾

2) אי תלות אישית

אי תלות אישית היא אמצעי עזר פורמלי לאי התלות העניינית. אני קורא לאי התלות האישית אמצעי עזר, כיוון שהיא איננה מטרה בפני עצמה, כי אם נועדה להבטיח את אי התלות העניינית – את טוהר ההליך השיפוטי. אי תלות אישית משמעה, שתנאי כהונתו של השופט מובטחים ומוגנים מפני התערבות מצד הרשות המבצעת, ובכלל זה תנאי שכרו, קביעת מקום כהונתו ודרגת כהונתו, הפסקת כהונתו ונקיטת אמצעי משמעת כלפיו, חסינותו מפני תביעות פליליות ונוקיות על מעשים או מחדלים במילוי תפקידו השיפוטי, סייגים דינויים לשיפוטו הפלילי וחקירתו הפלילית, וכיו"ב.

הסדר התוקף-יחוקי

אי התלות האישית הוסדרה אצלנו תחילה בחוק השופטים, תשי"ג-1953 (פרק א' לחוק בתי המשפט (נוסח משולב), התשמ"ד-1984) – וכיום היא מוסדרת בחלקה גם בחוק יסוד: השפיטה. פרק ב' לתוק היסוד, הנושא את הכותרת: "השופטים", דן במינוי שופטים, בתקופת כהונתם ובדרכים לסיום הכהונה, בסייגים לשינוי דרגת הכהונה ומקום הכהונה בשיפוט פלילי ומשמעתי, ובהשעיית שופט.

(4) שם, עמ' 571-572.

(5) שם, 572.

(6) שם, 573.

פיטורי שופט ללא עילה משמעתית

שתי נקודות ראויות לציון: הנקודה האחת, עפ"י ס' (4)7 לחוק היסוד, ניתן "לפטור" שופט עפ"י החלטה שנתקבלה ע"י שבעה חברים של הועדה לבחירת שופטים – (לשעבר ועדת המינויים) – לפי הצעת שר המשפטים, שהוא יו"ר הועדה, או לפי הצעת נשיא ביהמ"ש העליון. זהו חידוש שלא היה קיים לפני חוק היסוד. הוא מאפשר פיטורי שופט ללא עילה משמעתית מוגדרת, וללא עילה כלל. בסעיף 9(ג) להצעת חוק יסוד: בתי המשפט, שהוא אחד הגלגולים הקודמים של חוק יסוד: השפיטה, הוצע שהחלטה על פיטורי שופט, כאמור, תתקבל על ידי כל חברי הועדה, לפי המלצה של השר או הנשיא "על פרישתו של השופט לקצבה". בדברי ההסבר להצעה נאמר, כי זהו חידוש עקרוני, שנועד להיפטור משופט "שמסתכר באופן בולט לאחור מעשה כי מינויו היה מלכתחילה מקח טעות". חידוש זה, ובמיוחד כפי שהוא התקבל, הוא חידוש מדאיג, ולדעתי מוטב היה שלא התקבל. אני מניח שכמעט ולא ייעשה בו שימוש, אבל עצם קיומה של הסמכות הוא מטריד ופוגע באי התלות האישית.

הנקודה השניה: עפ"י סעיף 23(4) לחוק היסוד, "התנאים וההליכים לסיום כהונתו של שופט" ייקבעו בחוק – להבדיל מחוק יסוד – וגם עניין זה פוגע באי התלות האישית. ואכן, בסעיף 16 א' לחוק השופטים, שהתקבל לאחר קבלת חוק יסוד: השפיטה, (כיום סעיף 14 לחוק יסוד בתי המשפט [נוסח משולב]), נקבע, כי אם החליטה הועדה על סיום כהונתו של שופט לפי סעיף 7(4) "הנ"ל, היא תקבע את המועד לסיום הכהונה, וכן, "לפי שיקול, את שיעור הגימלה שיקבל". שוב, עיינו הרואות, הכל נמסר לשיקול דעתה של הועדה – ללא עילה מוגדרת וללא תנאים מוגדרים. זה לא מתיישב עם דרישת היציבות והודאות של המשרה השיפוטית ותנאיה, המתחייבת מעקרון אי התלות האישית. ההסדר שנקבע בסעיף 7(4), בדבר פיטורי שופט, סותר את סעיף 4(A) ר(B) של "אמות המידה" לעצמאות שיפוטית, כפי שנקבע באמות המידה שנוסחו לראשונה בוועידה של ה-IBA שנערכה בירושלים, במרס 82, ואושרו בוועידה ה-19 של IBA (האגודה הבינלאומית של עורכי-דין) בנוו דלהי, באוק' 82. יחד עם זאת, כנראה שההסדר מתיישב, מבחינת הרכב הועדה, עם סעיף 2.33 להצהרה האוניברסלית של אי תלות שיפוטית (קוויבק, יוני 83), אך ספק אם הוא מתיישב, מבחינת העילה המוגדרת לפיטורין, עם ס' 2.38 להצהרה הנ"ל. יצוין, כי גם הועדה "לבחינת נושא האתיקה המקצועית של השופטים", בראשות כבוד הנשיא לנדוי, הביעה דאגתה מהחידוש מרחיק הלכת

שהוכנס לסעיף (47) לחוק היסוד, באלה המילים: "תוסר הבהירות שנוצר בנושא כה חשוב עקב הוראה חדשה זו – אינו מניח את הדעת".⁽⁷⁾

ב. אי תלות קיבוצית ואי תלות פנימית

עד כאן אי תלות השפיטה במובנה הקלאסי, דהיינו, מרכיבי העצמאות השיפוטית של השופט היחיד, שהם אי תלותו העניינית ואי תלותו האישית ביחס לגורמים המצויים מחוץ למערכת השיפוטית, כגון: הרשות המבצעת, כלי התקשורת וכ"ב.

כעת מבקש אני לעבוד להיבטים המודרניים יותר של עקרון אי תלות השפיטה ועצמאותה, שהם: אי תלותה הקיבוצית של הרשות השופטת, להבדיל מאי תלותו האישית של השופט היחיד, מזה, ואי תלותו הפנימית של השופט היחיד, במלאכת השפיטה, בשופטים הממונים עליו בתוך המערכת השיפוטית (נשיא ביהמ"ש), מזה.

1) אי תלות פנימית

מפאת קוצר היריעה, ומפאת העובדה שלפי מיטב ידיעתי הבעיה טרם התעוררה אצלנו באופן גלוי, לא אתעכב כאן על בעיית תלותו הפנימית של השופט היחיד בשופטים הממונים על הנהלת בתי המשפט שבו הוא מכהן – נשיא או סגן נשיא. אציין רק, שהבעיה הגיעה להכרעתן של ערכאות שיפוטיות גבוהות, בארה"ב ובגרמניה המערבית, אשר נדרשו לפסוק בעניין לאחר שהוגשו אליהן עתירות ע"י שופטים שסברו שאי תלותם הפנימית נפגעה. אביא כאן, בתמצית רבה, שתי דוגמאות:

ארה"ב – פרשת השופט צ'נדלר

בשנות ה-60 נדרש ביהמ"ש העליון של ארה"ב להכריע בעתירתו של שופט מחוזי פדרלי – השופט צ'נדלר – נגד החלטתה של מועצה שיפוטית, המופקדת על חלוקת התיקים לשופטים השונים, אשר החליטה שלא להעביר אליו תיקים נוספים לדיון בפניו, עד אשר יסיים את התיקים שנמצאים בטיפולו.⁽⁸⁾ העתירה לא הוכרעה לגופה,⁽⁹⁾ אבל מדעת הרוב משתמע, כי הוא תומך בהחלטת המועצה השיפוטית, וכי השיקול של "זירוז הליכי השפיטה" הוא שיקול

(7) פורסם בעלון מערכת השיפוט מס' 5 (מאי 1985), עמ' 3.

(8) Chandler v. Judicial Council 382 U.S. 1003 (1966) 398 U.S. 74.

(9) בנימוק שהשופט העותר לא מיצה צעד הליפי של פניה למועצה לבטל החלטתה (זקן השופטים בדרג).

לגיטימי להצדקת ההחלטה. שופטי המיעוט היו בדעה, כי יש בכך כדי לחשוף את השופט הנונקונפורמיסטי ללחצים של שופטים אחרים (השופט דוגלס), וכן יש בכך משום הבעת אי אמון בשופט (אימפיצ'מנט), עד כדי "פיטורין" של השופט (השופט בלק). מכל מקום, בשנת 1980 נתקבל חוק בקונגרס, המסמיך במפורש את המועצה השיפוטית להשהות העברת תיקים חדשים לשופט.

גרמניה - פרשת השופט סומוסקוי (SOMOSKEOY) (1974)

השופט סומוסקוי כיהן כשופט פלילי בבימ"ש אזורי בגרמניה המערבית. יצא לו שם של שופט בעל אישיות בעייתית, ואופן טיפולו בנאשמים, בסגוריהם ובעדיהם, וכן מדיניותו השיפוטית בענישה, הפכו עד מהרה לנושאים השנויים במחלוקת ציבורית חריפה. העיתונות וכלי התקשורת טיפלו בו ובנושאים הג"ל באופן ביקורתי, עד כדי היותה פוגעת ומשמיצה.

ב-1974 הוא הרשיע והעניש בתומרה רבה את הגב' ביאטה קלרספלד, על נקיטת אמצעים בלתי חוקיים במאמציה לצוד פושעים נאציים בגרמניה. פסק הדין זכה לפרסום בין-לאומי נרחב, ומאז הוא והעיתונות שרויים ב"מלחמה". העיתונות תיארה אותו כריאקציונר, בעל דיעה קדומה נגד זרים ושמאלנים, שחצן וחסד רחמים. הוא השיב מלחמה. הוא הגיש לא פחות משלושים תביעות דיבה נגד עיתונים שונים. בחלקן זכה, וחלקן הפסיד. בשנת 1979 גברו ההתקפות של כלי התקשורת והעיתונות על שופט זה, והן הפכו להיות חריפות יותר ואישיות יותר.

ב-15 בנובמבר 1979 החליטה נשיאות ביהמ"ש האזורי, שבו כיהן השופט סומוסקוי, להעבירו מהמדור הפלילי למדור האזרחי של ביהמ"ש, באופן שלא ידון יותר בעניינים פליליים.

השופט ראה בכך פחות במעמדו, והגיש עתירה לביהמ"ש האזורי לעניינים אדמיניסטרטיביים. עתירתו נדחתה. ערעורו לבימ"ש גבוה יותר נדחה אף הוא.

שני המקרים הג"ל ממחישים את המתח הקיים בין שני ערכים מתחרים: אי תלותו של השופט היחיד במילוי תפקידו השיפוטי, מזה, לבין יעילות השיפוט (פסק צ'נדלר) ותדמית השיפוט (פסק סומוסקוי), דהיינו - אמון הציבור בבתי המשפט, מזה.

לסיום עניין זה אבקש להעיר, כי עד שנת 1984 חייב היה נשיא בימ"ש השלום - להבדיל ממחוזי ועליון - להתייעץ עם שופטי ביהמ"ש שבו הוא מכהן כנשיא, בדבר "חלוקת העניינים בין

Shetreet and others, Judicial Independence, Contemporary, Debate (1985), Martimus, (199) Nighoff, (Dordrechd) 640

השופטים", אשר היתה צריכה להיעשות "לפי סדר שיקבע מזמן לזמן". הסדר זה בוטל בשנת 1984. אינני יודע למה הוא בוטל. מכל מקום, דעתי היא כי לא היה צריך לבטלו, נהפוך הוא.

2) אי תלות קיבוצית

נחזור לאי התלות הקולקטיבית של הרשות השופטת. התפיסה המודרנית של אי תלות השפיטה גורסת, שאין זה די, לשם הבטחת העצמאות השיפוטית, באי התלות האישית של השופט היחיד, אלא נדרשת גם אי תלות שיפוטית קיבוצית, הווה אומר, שהרשות השופטת, כגוף, חייבת ליהנות מעצמאות, ובכלל זה מן הדין שתוענק לה אוטונומיה מינהלית ושליטה בהנהלה המרכזית של בתי המשפט. רעיון זה בא לידי ביטוי נאות בדבריו של ד"ר שמעון שטרית, במאמרו "האתריות על מנהל בתי המשפט"¹⁰: "רעיון העצמאות השיפוטית הקיבוצית מיוסד על המחשבה הרואה ברשות השופטת רשות תוקנית של המדינה, אשר בכל הקשור בהגשמת סמכויותיה ראויה למעמד שווה כלפי רשויות המדינה האחרות, הרשות המבצעת והרשות המחוקקת. רעיון זה גם מבוסס על ההנחה, שהשופטים היחידים לא יוכלו למלא את תפקידי השיפוט, אלא אם כן יבטח המעמד הקיבוצי של הרשות השופטת. העצמאות השיפוטית והקיבוצית מחייבת הסרת צורות שונות של כפיפות הרשות השופטת לרשות המבצעת, לרבות ביטול השליטה על תקציב הרשות השופטת, ועל מצבת כוח האדם השיפוטי והמנהלי. זאת בנוסף להסרת צורות ישירות יותר של כפיפות, כגון סמכות להעביר שופט ממקום למקום, או סמכות להשפיע על היבטים מנהליים או מהותיים של הליכי השפיטה". (כל ההדגשים שלי – ד.ח.).

כאן יש להוסיף, כי רעיון אי התלות השיפוטית הקיבוצית זכה להכרה במסמכים בין-לאומיים שונים, שנתקבלו בוועידות של ארגונים בין-לאומיים שונים. נזכיר כמה מהם.

רעיון זה אומץ ב"אמות המידה המינימאליות לאי תלות שיפוטית", שאישרה אגודת עורכי הדין הבין-לאומית בוועידתה ה-19 שנערכה בניו דלהי, באוקטובר 1982. סעיף 2 של אותן "אמות מידה", שנוסחו לראשונה בוועידה של ה-IBA שנערכה בירושלים במרס

1982, קובע כי:

"הרשות (השיפוטית) כגוף תיהנה מאוטונומיה ומאי תלות קיבוצית כלפי הרשות המבצעת".

(10) משפטים יג (תשמ"ד), 516, 522.

אמות המידה מגבילות את היקף מעורבותה ושליטתה של הרשות המבצעת במערכת השיפוטית: במינוי שופטים (סעיף 3). בפיטורין ובמשמעת שיפוטית (סעיף 4), בהפעלת סמכות החנינה (סעיף 17), או בהשמעת הצהרות ביקורת או בהפעלת לחץ על שופטים (סעיף 16). סעיפים אחרים של "אמות מידה" שוללים לחלוטין כל התערבות מצד הרשות המבצעת בעניינים שיפוטיים (סעיף 5), ובאופן מיוחד הם שוללים את סמכות הרשות המבצעת לגבי העברת שופט ממקום למקום (סעיף 12), קביעת שכר השופטים (סעיף 14), התקנת תקנות סדר דין (סעיף 6), סגירת בתי משפט (סעיף 11 ב'), עשיית מעשה או מחדל שיש בהם משום סיכול הכרעה שיפוטית מראש או בדיעבד, ומסירת האחריות על מנהל בתיהמ"ש בידי הרשות השופטת או במשותף עם הרשות המבצעת (סעיף 9). בדומה לכך, בהצהרה האוניברסלית בדבר העצמאות השיפוטית, שנתקבלה בוועידה העולמית הראשונה בעניין אי תלות הרשות השופטת, שנתקיימה במונטריאול – קוויבק, קנדה, ביוני 1983, אומצו הקווים והעקרונות המנחים שגובשו באמות המידה הנ"ל, תוך הדגשת מספר מרכיבים. ההצהרה מתייחסת במפורש לאי התלות האינדיבידואלית, האישית והעניינית של השופט, מזה, ולאי התלות הקיבוצית של הרשות השופטת, מזה (סעיף 2.02, 2.03 ו-2.04 להצהרה).

עוד קובעת ההצהרה, שהאחריות העיקרית על מנהל בתי המשפט צריכה להיות מופקדת בידי הרשות השופטת עצמה (סעיף 2.40 להצהרה), ומבטיחה את מעורבותה הגבוהה של הרשות השופטת בקביעת תקציבי המערכת השיפוטית (סעיפים 2.41 ו-2.42 להצהרה).

שני הדגשים הבולטים בהצהרה, בעניין אי התלות השיפוטית הקיבוצית, הם, איפוא, אלה:

(א) קיומה של רשות שיפוטית, המורכבת מבתי המשפט ומחבר השופטים, כרשות חוקתית עצמאית.

(ב) מסירת השליטה והאחריות על מנהל בתי המשפט – כולל תקציבי המערכת השיפוטית – בידי הרשות השופטת (או בשיתוף עם הרשות המבצעת).

מקומו של עקרון אי התלות הקיבוצית אצלנו

מהו המצב אצלנו, בשני עניינים אלה?

האם יש לנו בכלל רשות שופטת?

האם מופקדת היא על מנהל בתי המשפט?

נסה לענות על שאלות אלו לפי סדרן.

(א) האם יש לנו בכלל רשות שופטת?

גניח, כפי שהניח פעם הנשיא זוסמן המנות, שהברון מונטסקייה, ששמו מתקשר תמיד עם רעיון הפרדת הרשויות, היה קם לתחיה ומבקר אצלנו כאן בארץ. גניח עוד, שהוא היה מבקש לדעת, אם קיימות אצלנו שלוש רשויות שלטון – הרשות המחוקקת, המבצעת והשופטת. אני מניח, שהוא היה מבקש לעיין בחוקת הארץ או בחוקיה, כדי לקבל תשובה לשאלתו. ומה היה עיונו מעלה? הוא היה מעלה, כי קיימת רשות מחוקקת במדינת ישראל, כפי שנאמר עוד בסעיף 1 לחוק המעבר, תש"ט-1949: "לבית המחוקקים במדינת ישראל ייקרא "הכנסת", וכפי שמוצע בסעיף 1 להצעת חוק יסוד: החקיקה: "הרשות המחוקקת היא הכנסת".

הוא היה מעלה עוד, כי קיימת רשות מבצעת במדינת ישראל – בסעיף 1 לחוק יסוד: הממשלה, נאמר: "הממשלה היא הרשות המבצעת של המדינה".

ומה היה מגלה מונטסקייה על הרשות השופטת?
מה נאמר על בתי המשפט?

האם נאמר עליהם, שהם הרשות השופטת של המדינה?
לא ולא. בסעיף 1 לחוק יסוד: השפיטה, נאמר כך:

סמכות שפיטה

1" (א) אלה בתי המשפט שסמכות שפיטה נתונה בידיהם:

(1) ביהמ"ש העליון;

(2) בית משפט מחוזי;

(3) בית משפט השלום;

(4) בית משפט אחד שנקבע בחוק כבית משפט;

בחוק זה, "שופט" – שופט של בית משפט כאמור.

(ב) סמכות שפיטה נתונה גם בידי אלה:

(1) בית דין דתי;

(2) בית דין אחר;

(3) רשות אחרת,

והכל כפי שנקבע בחוק.

(ג) לא יוקם בית משפט או בית דין למקרה מיוחד.

עניינו הרואות, אם כן, שחוק היסוד עניינו בבתי משפט, שסמכות שפיטה בידיהם, אך לא ברשות שופטת. עמד על כך כבוד הנשיא בנימין כהן, ברשימה שפרסם בעלון מערכת השיפורט, הנושאת את הכותרת: "חוק יסוד: השפיטה, האם אינו גם מסכת של המון אמזבות?"⁽¹¹⁾ ואלה הם דבריו:

(11) עלון מערכת השיפורט מס' 3 (אוק' 1984), עמ' 1.

"האם בחוק היסוד ניתן להבחין ברשות שופטת בכלל, כלומר, במבנה של כוח בעל נפרדות ועצמאות בתוקף חוק היסוד עצמו? והתשובה היא, שאם בחוק היסוד ניתן להבחין ברשות שופטת בכלל, הרי זה רק בקרב בתי המשפט, להבדיל מאשר בקרב קבוצת בתי הדין, ו"הרשויות האחרות"⁽¹²⁾."

דעתי היא, שצריך היה להאמר בסעיף 1 לחוק יסוד: השפיטה, כפי שנאמר בחוק יסוד: הממשלה, וכפי שמוצע בחוק יסוד: החקיקה, לגבי הכנסת, כי הרשות השופטת במדינה מורכבת מבתי המשפט שחוק זה דן בהם (ומבתי דין ורשויות אחרות, שנתונות בידיהם סמכויות שפיטה).

או לנקוט נוסח זה:

"בתי המשפט שחוק זה דן בהם הם הרשות השופטת של המדינה. סמכות שפיטה נתונה גם בידי אלה:

בית דין דתי;

בית דין אחד;

רשות אחרת;

והכל כפי שנקבע בחוק".

מן המפורסמות הוא, שרעיון הפרדת הרשויות מבית מדרשו של מונטסקייה מוטעה הוא ומעשה יום היום הוא, במיוחד בימינו, שרשות אחת פולשת בגבולות ידועים, לתחומי חברתה,⁽¹³⁾ כך שאין כל פסול או פגם בכך, שהרשות השופטת תזוהה עם מערכת בתי המשפט הכלליים, ואילו בתי דין ורשויות יקבלו סמכויות שפיטה בעניינים ספציפיים אלה או אחרים. אך מובן הוא, שגם בית דין או גוף אחר חייב להגות מאי תלות שיפוטית עניינית ואישית – להבדיל מקיבוצית – במילוי תפקידו השיפוטי. בהקשר זה נראה לי, בדות המלצותיה של "ועדת שמגר", כי את בתי הדין הצבאיים יש לצרף למערכת בתי המשפט הכלליים – בשים לב לסמכויות הכלליות של מערכת בתי ה"ד הצבאיים – הן מבחינת מינוי שופט משפטאי לתפקיד נשיא ביה"ד לערעורים, הן מבחינת ביטול הסמכויות ה"אישוריות" של ראשי המחוזות השיפוטיים, הן מבחינת דרכי המינוי של השופטים הצבאיים והמשפטיים – ע"י ועדת המינויים הרגילה ובהשתתפות שר הבטחון – הן מבחינת קביעות הכהונה והן מבחינת מעמדו של פסק הדין של ביה"ד הצבאי, להבדיל מזה של קצין השיפוט המשמעתי (ראה: דו"ח

(12) שם, שם.

(13) זוסמן, בתי המשפט והרשות המחוקקת, משפטים ג (תשל"א) 213.

מס' 2 של ועדת שמגר, פרק ההצעות, עמ' 7 ואילך).⁹ הוא הדין לגבי מערכת בתי הדין לעבודה (ראה דבריו של כבוד הנושא בנימין כהן, לעיל, עמ' 2).

עד כאן באשר לשאלה הראשונה - אם קיימת אצלנו בכלל רשות שופטת. ומכאן, לשאלה השנייה - היא שאלת האחריות והשליטה על מנהל בתי המשפט.

(ב) **האם מופקדת "הרשות" השופטת על מנהל בתי המשפט שלנו?**
ההסדר החוקתי-חוקי

בתקופת המנדט, האחריות על מנהל בתי המשפט, והסמכות להתקין תקנות סדרי דין היו מסורות, שתיהן, לזקן השופטים. בסעיף 45 לחוק בתי המשפט, תשי"ז-1957, נקבע כלהלן:

"העברת סמכויות

45(א) כל סמכות מנהלית וכל סמכות להתקין תקנות סדרי דין שהוענקו לזקן השופטים, נתונים לשר המשפטים.

(ב) כל סמכות שיפוטית שהוענקה לזקן השופטים, נתונה לנושא בית המשפט העליון ולממלא מקומו הקבוע" (ההדגשות שלי - ד.ת.).

עוד לפני כן נקבע, בסעיף 14 לחוק השופטים, תשי"ג-1953 (כיום סעיף 82 לחוק בתי המשפט (נוסח משולב), כי: "שר המשפטים יקבע את סדרי המנהל של בתי המשפט, וימנה על ביצועם אחד השופטים שיהיה אחראי בפניו".

התוצאה המעשית של ההסדר החוקי אצלנו היא, כי שר המשפטים - והוא בלבד - מופקד על מנהל בתי המשפט. מצב זה אינו מתיישב עם עקרון אי התלות והקיבוצית, כפי שעמדנו עליו לעיל, וכפי שבא לידי ביטוי באמות המידה המינימאליות לאי תלות שיפוטית ובהצהרה האוניברסאלית בדבר עצמאות שיפוטית.

אמות המידה המינימאליות

בסעיף 8 ל"אמות המידה" הנ"ל נקבע במפורש, כי: "האחריות העיקרית על מנהל בתי המשפט, מן הראוי שהופקד בידי הרשות השופטת או בידיהן של הרשות השופטת והרשות המבצעת גם יחד".

אצלנו יש, אמנם, שופט שממלא את תפקיד "מנהל בתי המשפט", אך הוא מתמנה - וממילא גם מפוטר - ואחראי בפני שר המשפטים, ולא בפני נשיא בית המשפט העליון. על כן, אין המצב אצלנו עומד בדרישות של אמות המידה המינימאליות.

⁹ הרשימה נמסרה לדפוס בשעתו, לפני שנחקק תיקון מס' 17 לחוק השיפוט הצבאי. (המערכת).

בדומה לכך, בסעיף 2.40 להצהרה האוניברסאלית הנ"ל נאמר במפורש, כי: "האחריות העיקרית על מנהל בתי המשפט תופקד בידי הרשות השופטת".

(ג) הצעות לשינוי המצב אצלנו – בעבר ובהווה

(1) הצע"ח יסוד: בתי המשפט.

בהצעת חוק יסוד: בתי המשפט, שהוא אחד הגלגולים שקדם לחוק יסוד: השפיטה, הוצעו שני תיקונים לא משמעותיים למצב הקיים, לאמור:

– שהשר יקבע את סדרי המנהל לאחר התייעצות עם נשיא ביהמ"ש העליון (סעיף 24(4) להצע"ח).

– שהשר ימנה שופט לכהונת מנהל בתי המשפט, בהסכמת נשיא ביהמ"ש העליון (סעיף 24(ב) להצע"ח).

שני שינויים אלה אינם משקפים שינויים מרחיקי לכת בתפיסה הקיימת, לפיה השליטה על סדרי המנהל ועל מנהל בתי המשפט מופקדים בידי הרשות המבצעת, והם נועדו לתת ביטוי סטוטורי – בחוק יסוד – למצב שהתגבש במהלך השנים, לפיו מתייעץ שר המשפטים עם נשיא ביהמ"ש העליון, הן בעניין קביעת סדרי המנהל והן בעניין מינוי מנהל לבתי המשפט.⁽¹³⁾

מכל מקום, גם שינויים צנועים אלה לא התקבלו בחוק יסוד: השפיטה, ולא עוד, אלא שבסעיף 24(1) לחוק היסוד, הנושא את הכותרת "הוראות לפי חוק". נקבע כי בעניינים של סדרי המנהל של בתי המשפט, קביעתם והאחריות לביצועם, ייקבעו הוראות לפי חוק (חוק רגיל), דהיינו: בתקנות נמצא, שכל נושא סדרי המנהל של בתי המשפט – ללא יוצא מן הכלל – נמצאים בתחום שליטתו ואחריותו של שר המשפטים – הרשות המבצעת. בקשר זה יש לציין, כי עפ"י הסעיפים 199 ו-211 לחש"צ, סדרי המנהל של בתי הדין הצבאיים מסורים לנשיאי בתי הדין, כאשר לנשיא ביה"ד הצבאי לערעורים – שהינו קצין בדרגת אלוף, ושאינו שופט צבאי משפטי – ניתנה הסמכות לקבוע כללים לקביעת סדרי מנהל לבית הדין הצבאי המיוחד ולבית הדין הצבאי המחוזי. יש להוסיף עוד, כי עפ"י סעיף 178(2) לחוק השיפוט הצבאי, תפקידו של הפרקליט הצבאי הראשי הוא לפקח על השלטת המשפט בצבא – למעט פיקוח על בתי הדין הצבאיים – והנהלתם" (ההדגשה שלי – ד.ח.).

(13) שטרית, הערה 10, לעיל, כע" 517.

(2) הצעת לשכת עוה"ד בישראל

עפ"י הסעיפים 19 ו-20 להצעת חוק יסוד: השפיטה, שהוכנה ע"י לשכת עוה"ד בישראל, תופקד האחריות המרכזית על מנהל בתי"המ"ש, לרבות הסמכות למנות מנהל לבתי המשפט, בידי נשיא בית המשפט העליון, וכן תימסר לו הסמכות להתקין תקנות סדרי דין.

יש כאן, בעצם, נסיון להחזיר לנשיא ביהמ"ש העליון את עטרת זקן השופטים המנדטורי. מכל מקום, מן המותר לציין זאת, הצעת לשכת עוה"ד לא נתקבלה. נציין עוד, כי מודל זה – של אחריות שיפוטית בלעדית למנהל בתי המשפט, בין אם מסורה לראש ההיררכיה השיפוטית ובין אם היא מסורה למועצה שיפוטית עליונה שהוא עומד בראשה – נתקבלה במספר מדינות, כגון: במישור הפדרלי בארה"ב, ביפן, בגרמניה ועוד.⁽¹⁴⁾

(3) הצעתו של ד"ר שטרית

ד"ר שטרית מציע מודל של "אחריות משותפת על מנהל בתי המשפט", לפיו האחריות המרכזית על מנהל בתי המשפט, והסמכות לקביעת סדרי המנהל, תימסר במשותף לידי נשיא ביהמ"ש העליון ושר המשפטים. הוא מנמק הצעתו באלו המילים:

"המודל המוצע של אחריות משותפת מתיישב עם עקרון האחריות הפרלמנטרית של שר המשפטים על בתי המשפט, ומגביר את חלקה של הרשות השופטת במנהל המערכת השיפוטית, כמתחייב מעקרון אי תלות הרשות השופטת"^{(ע' 527. (15))}

(4) הצעתו של כבוד הנשיא שמגר

בכנס השנתי האחרון של שופטי ישראל, שהתקיים בחודש ינואר 1986, הועלתה ונדונה הצעתו של כבוד הנשיא שמגר בדבר כינונה של "מועצת שופטים". ההצעה שואבת את השראתה ממועצת השופטים האמריקאים, הפועלת במישור מערכת השיפוט הפדרלית מכוח חוק של הקונגרס (28 U.S. 331). מוקדם מדי להעריך את מגמותיה של ההצעה ביחס לשאלות שונות שהקמתה של מועצת שופטים עשויה לעורר, כגון: מה יהיה מעמדה התחיקתי-חוקי, אילו סמכויות יהיו לה, כיצד תקבל את החלטותיה,

(14) שם, עמ' 520.

(15) שם, עמ' 527.

מה יהיה הרכב חבריה, מה יהיה מעמדו של נשיא ביהמ"ש העליון בתוכה, וכיו"ב שאלות. כל מה שניתן לומר בשלב זה הוא, שהמועצה עשויה להיות בית קיבול לקליטת סמכויות בתחום מנהל בתי המשפט, בנוסף על ייעודה לשמש כמוסד הייצוגי של כלל השופטים (סעיף 2 להצעה).

3. התערבות מוסדית בהליכי השיטה

א. הבטחת קיום ההליך השיפוטי והשמירה על טוהרו

זכות הפניה לערכאות ביחד עם עקרון אי תלות השיטה, כפי שעמדנו עליו לעיל, מחייבים את כל רשויות המדינה – לרבות שרי הממשלה, חברי כנסת, נשיא המדינה ושופטים שאינם יושבים לדון בעניין – להימנע מעשיית כל מעשה או מחדל, אך למעט חקיקת חוק ע"י הרשות המהוקקת, שיש בו כדי לגרום לאחד מאלה:

- למנוע את עצם אפשרות הפניה לביהמ"ש;
- לייתר את הפניה לביהמ"ש או את המשכו של ההליך השיפוטי;
- להשפיע על מהלכו של ההליך השיפוטי או על תוצאותיו.

הכרה בין-לאומית

בסעיף (A) 2.07 להצהרה האוניברסאלית הנ"ל נאמר כי: "שום סמכות לא תופעל באופן שיש בה כדי להתערב בהליך השיפוטי".

ובסעיף (D) 2.07 נאמר עוד כי:

"הרשות המבצעת תימנע מכל מעשה או מחדל, שיש בו כדי לייתר את ההכרעה השיפוטית בסכסוך".

דברים דומים לכך נאמרו גם בסעיפים 16-18 לאמות המידה הבין-לאומיות הנ"ל.

ב. התערבות מוסדית למניעת אפשרות הפניה לביהמ"ש – ישראל

בישראל ידועים מספר מקרים של מניעת עצם אפשרות הפניה לביהמ"ש ע"י הרשות המבצעת. הכוונה היא לשלושה מקרים שונים של גרוש מן הארץ או מהשטחים. בכל שלושת המקרים, כך נדמה, הדבר גרם נזק לתדמיתה של המדינה כמדינת חוק, ופגע בזכות הפניה לערכאות ובאי תלות השיטה.

(1) ענין ד"ר סובלן - 1962

ד"ר רוברט סובלן, יהודי אמריקאי שהורשע בארה"ב בריגול לטובת בריה"מ, הוסגר לארה"ב במסווה של גירוש, הוא הועלה על מטוס, ונמסר לידי סוכן האפ.בי.אי, שהמתין לו במטוס, מבלי לאפשר לו לפנות לביהמ"ש לפני ביצוע הגירוש, הוא התאבד במטוס.

משבר סובלן הביא להכנסת תיקונים בתקנות הכניסה לישראל, תשט"ז-1955 (תקנות 14-16 כפי שתוקנו בתשכ"ד), ולפיהם: לא יגורש אדם מישראל עד תום שלושה ימים מזום מסירת הצו לדין; המגורש רשאי לפנות לביהמ"ש נגד הגירוש, ולהיות מיוצג ע"י עו"ד; צו הגירוש חייב לציין את זכויותיו אלה של המגורש. יצויין, כי מאז מקרה סובלן לא בוצע גירוש מתחומי המדינה - להבדיל מהשטחים המוחזקים - מבלי שניתנה למגורש הזכות לפנות לביהמ"ש לפני ביצוע הגירוש (קלרק).⁽¹⁶⁾

2) עניין ד"ר נחשה - 1976

מדובר בתושב השטחים המוחזקים שגורש מן הארץ, לאחר שהוגשה עתירה לבג"צ אך בטרם היה סיפק בידי השופט התורן עצינוני לדון בעתירה, שהוגשה ביום שבת. ב"כ המגורש, עו"ד פ. לנגר, שכחה לבקש צו ביניים, שיאסור את ביצוע הגירוש עד למתן החלטה בעתירה. השופט עצינוני זימן ב"כ הצדדים לדירתו, כדי לדון בעתירה לצו על תנאי, אך צו הגירוש בוצע לפני השעה שנקבעה לדיון בעתירה.

תגובתו של כבוד השופט עצינוני היתה חריפה: "לכאורה זה נראה כנסיון למונע דיון בעתירה... שלא ייתכן במדינה דמוקרטית". היועמ"ש דאז, פרופ' ברק, הגיב על כך: "טבע הדברים הוא, שמצבים קשים מולידים הכרעות קשות".⁽¹⁷⁾

3) עניין מגורשי הר חברון - 1980

בעקבות רצח ששת בחורי הישיבה בחברון גורשו שלושה אישים מחברון וחלחול: קווסמה, מילחם ותמימי: שני הראשונים - ראשי העיר חברון, והשלישי - הקאדי של חברון. הם גורשו תוך התעלמות מפורשת מפסיקת בג"צ ומהנחיות היועצים המשפטיים לממשלה, ותוך הפרה בוטה של זכות הפניה לערכאות.

התוצאה: הוגשה עתירה, ובג"צ הורה להחזיר שניים מהם ארצה, כדי לאפשר להם לפנות לוועדה המייעצת, ולאחר שזו דחתה בקשתם והמליצה על אישור צווי הגירוש - הגישו בג"צ שני, שנדחה ברוב קולות נגד דעת המיעוט של השופט ח. כהן. **המסקנה:** בג"צ ניסה להחזיר הגלגל אתורנית, כדי לממש את זכות הפניה לערכאות.⁽¹⁸⁾

(16) לדוגמה, בג"צ 482/71 קליק ואח' נ' שר הפנים ואח', פ"ד כז (1) 113, ועיין גם א' רובינשטיין, המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל (שוקן, מהדורה 3 מורחבת) 410.

(17) מ' נגבי, כבלים של צדק (כנה, תשמ"ב), 87.

(18) נגבי, לעיל, בע' 100, 116.

ג. התערבות מוסדית כדי לייתר את עצם הפניה לביהמ"ש או את המשכו של ההליך השיפוטי – ישראל

(1) מתן חנינה ע"י הנשיא

קיימת מחלוקת אצלנו, אם מוסמך הנשיא לחון נאשם שטרם הורשע. היוהמ"ש, בחוות דעתו מיום 3 ביוני '85 בעניין "התביעה לשחרור הנאשמים במשפט ארגון הטרור היהודי", ובמיוחד בנספח שצירף לחו"ד זה, הביע דעתו כי אין הנשיא מוסמך לחון נאשמים בטרם הורשעו, בין היתר, מן הטעם שנאשם, כאמור, אינו בגדר "עברייני". מכל מקום, אליבא דכולי עלמא, מוסמך הנשיא לחון נאשם שהורשע אך דינו טרם נגזר. דומה, כי חנינת עברייני שכזה ע"י הנשיא, יש בה משום התערבות מוסדית בהליכי השפיטה, כיוון שהיא מייצרת את מתן גזר הדין. קיימת דיעה, שיש לצמצם את סמכות החנינה לאנשים שדינם נגזר, וגם במקרה כזה יש לצמצם את השימוש במוסד החנינה האישית למקרים הנדירים ביותר, כדי להימנע מהתערבות בהליך השיפוטי (ראה ס' 17 לאמות המידה הבינ"ל, וכן, סעיף (A) 2.07 להצהרה האוניברסאלית הנ"ל).

(2) שינוי חוק ע"י הכנסת

שינוי חוק ע"י הכנסת, במטרה למנוע או לייתר הכרעה שיפוטית בעניין התלוי ועומד בבית המשפט, הוא עניין בעייתי: מצד אחד, יש בכך התערבות בהליך השיפוטי; אך מן הצד השני, הכנסת אצלנו היא ריבונית וכליכולה, בכפוף להגבלות שקיבלה על עצמה בחוקי יסוד משוריינים, ועל כן מוסמכת היא לשנות כל חוק בכל עת, כפי שתראה לנכון. ואכן, הכנסת אצלנו איננה מהססת לשנות חוקים בעניינים התלויים ועומדים בפני ביהמ"ש, וביהמ"ש העליון אף הביע דעתו, כי אין בכך כל פסול.

לדוגמא, בבג"צ 383/75 ארגון סוחרי ירושלים נ. שר האוצר, אמר ביהמ"ש העליון: "ייתכן שצודקים המבקשים שקבלת החוק תעמיד את בית המשפט שידון בעתירת העותרים בפני עובדה מוגמרת. אפילו כך הוא הדבר, אין כל אפשרות, שבג"צ יתערב במהלך הרגיל של חקיקת הכנסת. אם רוצה הכנסת לחוקק חוק עם תוקף רטרואקטיבי זה עניינה, ובית המשפט לא יכתוב לה את רצונו שלי".⁽¹⁹⁾ דין זה חל גם באנגליה.⁽²⁰⁾

* לאחר פרסום הרשימה נתן בית המשפט העליון דעתו לסוגייה זו. דאה בבג"צ 428/86 כחילי נ' שר המשטרה פ"ד מ (3) 505.
(19) תקציר פסקי דין י' 49.
(20) רובינשטיין, הערה 16 לעיל בע' 230.

ד. התערבות מוסדית כדי להשפיע על מהלכו של המשפט או על תוצאותיו

בעניין זה יש להבחין בין נסיון להשפיע ע"י פניה אישית לשופט – העבירות של שיבוש הליכי משפט והשפעה שלא כהוגן – לבין נסיון להשפיע ע"י פניה ציבורית בדרך של פרסום על עניין התלוי ועומד בפני בית המשפט (הפרת הסוביידיצה).

1) נסיון להשפיע ע"י פניה אישית לשופט – ישראל

חוק העונשין שלנו אוסר במפורש עשיית מעשה, שיש בו לשבש מהלכי המשפט או להשפיע שלא כהוגן על השופט.

בחוק העונשין, תשל"ז–1977 (להלן: חוק העונשין), בפרק ט' (פגיעות בסדרי השלטון והמשפט) בסימן א' (שיבוש עשיית משפט), הוגדרו שתי עבירות אלו: סעיף 244: "העושה דבר בכוונה למנוע או להכשיל הליך שיפוטי או להביא לידי עיוות דין, בין בסיכול הזמנתו של עד, בין בהעלמת ראיות ובין בדרך אחרת, דינו מאסר שלוש שנים; "שיבוש מהלכי משפט זה, "הליך שיפוטי" – לרבות חקירה פלילית והוצאה לפועל של הוראת בית המשפט".

סעיף 250: "המבקש להשפיע שלא כהוגן על תוצאותיו של הליך שיפוטי, בדברי השפעה לא הוגנת, שידול או בקשה, הגשלים אל שופט או אל פקיד ביהמ"ש, דינו מאסר שנת אחת".

חרף קיומן של הוראות מפורשות אלה בחוק העונשין שלנו, מתברר, כי נעשו נסיונות מפעם לפעם ע"י שרי ממשלה ואנשי רשות אחרים, להשפיע על תוצאותיו של ההליך השיפוטי, בדרך של פניה לשופט. נביא לכאן שני מקרים:

(א) בשנת 1981 פנה שר לשופט, בנסיון לורז את מתן ההחלטה בתיק. הדבר פורסם בכלי התקשורת, אך לא גרר אחריו ויכוח ציבורי רחב.

(ב) בשנת 1981 התחוללה סערה ציבורית בארץ, לאחר שנשיא ביהמ"ש המחוזי בירושלים, השופט פליקס לנדאו, הודיע ברבים כי היו פניות אליו בעניין משפטו של השר אבו חצירא, שזוכה ע"י ההרכב שהוא ישב בראשותו.

בקנדה התחוללה סערה ציבורית, בשנת 1976, שהביאה להתפטרותו של שר בממשלה: שר טלפן לשופט, שדן במשפטו של שר אחר, שהואשם בבזיון בית המשפט, לאחר שכינה החלטה שיפוטית כ"מטופשת". השר "המבזה" אולץ להתפטר, בלחץ דעת הקהל, לאחר שדבר הטלפון לשופט נודע ברבים. ביפן התחוללה סערה ציבורית דומה, לאחר שנודע על נסיון התערבות של נשיא בית משפט, במשפט שהיה תלוי בפני שופט

אחר באותו בית משפט, בדרך של שליחת מכתב לשופט שדן בעניין (פרשת השופט "פו קו שימה").⁽²¹⁾

(2) **נסיון להשפיע ע"י פניה לציבור בדרך של פרסום על עניין תלוי ועומד (סוביודיצה) - ישראל**

על כלל הסוביודיצה כבר עמדנו לעיל. כאן יש להוסיף, כי הוא אמור לחול על שרים וחברי כנסת באותה מידה שהוא חל על אזרחים מן השורה. בהקשר זה יש להפנות להתלטה של ועדת הכנסת, מיום 10 מרץ 1853, בה נאמר:

"התערבות במהלך של משפט, המתנהל בבית משפט... כל עוד לא ניתן פסק דין סופי, אינה עומדת בהתאמה למעמדו של חבר כנסת, ויש להימנע מכך". על החלטה זו של ועדת הכנסת יש, כמובן, להוסיף את סעיף 41 לחוק בתי המשפט (כיום ס' 71), הקובע עונש של שנת מאסר למי שמפר את עקרון הסוביודיצה. ואולם, עלינו לזכור, כי חברי הכנסת והשרים נהנים מחסינות עניינית, מכוח סעיף 1 לחוק חסינות חברי הכנסת, זכויותיהם וחובותיהם, תשי"א-1951, המונעת העמדתם לדין על עבירה לפי סעיף 41 לנ"ל, שנערכה "במילוי תפקידו או למען מילוי תפקידו כחבר כנסת". מכאן נובע,

כפי שאומר פרופ' רובינשטיין בספרו הנ"ל:⁽²²⁾

"כי ההגבלה בענייני סוביודיצה היא הגבלה, שהטילה הכנסת על עצמה מרצון".

מצב זה אינו מגיח את הדעת. ודוק הדברים אינם מכוונים לסמכותה של הכנסת לחוקק חוקים בעניינים התלויים ועומדים בבית המשפט, אף לא לסמכותה של הכנסת לקיים דיון בהיבטים הציבוריים - להבדיל מהמשפטיים - של עניינים אלה או אחרים, התלויים ועומדים בבית המשפט. לגבי אלה, הדעה המקובלת בארץ היא, כי התערבותה של הכנסת היא מותרת, ולעיתים אף ראויה.⁽²²⁾ כוונתי היא להתערבות במשפט התלוי ועומד במטרה להשפיע על מהלכו - ואולי אף על תוצאותיו - כפי שהדבר נעשה אצלנו לא מכבר ע"י חברי כנסת ושרים בעניין משפטם של נאשמי "ארגון הטרור היהודי". מי שהיה עד להתבטאויותיהם הפומביות בעניין זה, ומי שתוד לאי תלותה של הרשות השופטת ולטוהר ההליך השיפוטי במדינת ישראל, אינו יכול שלא להיתפס לדאגה. מן הראוי להביא, בהקשר זה, את דבריו של היוהמ"ש לממשלה, בע' 10-11 לחוות דעתו הנ"ל, לאמור:

(21) Shetreet, הערה 9' לעיל, שם.
 (22) רובינשטיין, הערה 16, לעיל, בע' 227.
 (22) רובינשטיין, הערה 16, לעיל, בע' 226-233.

"לא אוכל לסיים את דברי בנושא זה, בלי להביע את דעתי בקשר לתביעה שהושמעה בפומבי, בעקבות שחרור המחבלים... לשחרר גם את הנאשמים במשפט זה. תביעה כזאת, במיוחד אם היא נשמעה מפי אנשים בעלי מעמד רשמי, פוגעת בטוהר ההליך השיפוטי... ברור שפרסום דעות על חומרת העבירה, על המניעים של הנאשמים ועניינים אחרים שבית המשפט אמור לדון בהם, ובמיוחד הפעלת לחץ ציבורי בשאלת שחרור הנאשמים. שעה שהמשפט עדיין תלוי ועומד, פסולים בתכלית, בין אם הם באים מצד אלה התובעים את שחרורם, ובין אם הם באים מצד אלה המתנגדים לכך. בצורה זו נעשה הדבר לאחרונה, זוהי תופעה חמורה ביותר, דומני ללא תקדים, בתחום זה. הלחץ, המופעל כאילו בשם הצדק, בפועל הוא עלול לחבל בעשיית הצדק, ולסכן את אושיות המשפט. הממשלה, וכל שר בממשלה, שמעמדם וסמכויותיהם נובעים מן החוק... ראוי שיעמדו בראש המחנה הנלחם על טוהר ההליך השיפוטי".

כאן המקום להוסיף על דברי היוהמ"ש, כי בסעיף 16 לאמות המידה הנ"ל נקבע במפורש איסור על חברי ממשלה להתבטא באופן כזה, שיש בו כדי להשפיע על אי תלותו של השופט.

ה. התערבות מוסדית בתוצאות השפיטה

(1) הרשות המבצעת

עקרון אי תלות השפיטה מטיל תובה על הרשות המבצעת לאכוף את החלטותיו של בית המשפט, בעניינים אזרחיים ופליליים גם יחד, ולהימנע מלסכל את ביצוען ע"י מעשה או מחדל, פיסוי או משפטי. תובה זו, במובנה החיובי והשלילי כאחד, הוכרה בסעיפים 7 ו-18 (A) ל"אמות המידה" הנ"ל, וכן בסעיפים 2.07 (D) ו-2.08 להצהרה האוניברסאלית הנ"ל. בחודש דצמבר '85, ביקש שר המשפטים להעלות על סדר יומה של הממשלה הצעת החלטה דלהלן, בעניין אי ביצוע צווי הריסה שיפוטיים:

"צווי הריסה הניתנים ע"י בתי המשפט, יבוצעו כדין ובזמן סביר, ולא תהא התערבות מכל סוג שהוא ע"י הרשות המבצעת לסיכולם, למניעתם או לדחיית ביצועם".

בדברי החסבר שליוו את הצעת ההחלטה האמורה, הבהיר שר המשפטים את הרקע להצעה ואת מטרתה:

"באחרונה עוכב ביצועם של צווי הריסה, שניתנו ע"י בתי משפט מוסמכים, בשל התערבות של הרשות המבצעת. התערבות זו עומדת בסתירה מוחלטת לעקרון הפרדת הרשויות, יש בה משום בזיון בית המשפט ופגיעה בשלטון החוק. לפיכך, ראוי שהממשלה תקבל

החלטה, אשר מכוחה יהיה ברור, שאין רשות למאן דהוא ברשות המבצעת למנוע או לעכב ביצועם של פסקי דין".
בעניין זה יש להוסיף עוד, כי לרשות השופטת צריך להיות מעמד של פיקוח וביקורת על הליך האכיפה וההוצאה לפועל של ההחלטות השיפוטיות (ס' 7 ל"אמות המידה").

(2) הרשות החוננת

הרשות החוננת צריכה להפעיל סמכויותיה באופן חסכני וזהיר, כדי שלא לפגוע באי תלותה של הרשות השופטת, ובסופיותה של ההחלטה השיפוטית. דבר זה נקבע במפורש בסעיף 17 ל"אמות המידה" הנ"ל.

פרשת סניורה

על רקע זה ניתן להבין את תרעומתו של כבוד הנשיא, בעניין מתן חנינה לסניורה, לאתר שביהמ"ש העליון קיבל את ערעור המדינה על קולת העונש, והטיל עליו עונש מאסר העולה על 3 חודשים לריצוי בפועל. עמדתו הביקורתית של הנשיא שמגר כלפי נשיא המדינה, בעניין מדיניות החנינה של הנשיא, באה לידי ביטוי במכתב שכתב הנשיא שמגר לנשיא הרצוג, עוד לפני פרשת סניורה.

(3) הרשות המחוקקת (לרבות מחוקק המשנה)

גם הרשות המחוקקת מצווה שלא לפגוע באי תלותה של הרשות השופטת, ע"י ביטולו של פסק דין באופן רטרואקטיבי באמצעות חקיקה.

בסעיף 2.08 להצהרה האוניברסאלית הנ"ל, ובסעיף 19 ל"אמות המידה" הנ"ל נקבע במפורש, כי על המחוקק להימנע מביטול רטרואקטיבי של החלטה שיפוטית ע"י מעשה חקיקה. איסור זה, כך מתברר, אינו נשמר בהרבה ארצות, ובכללן ישראל, שמרבה להשתמש בתוק תשריר, לא רק כדי ליתן תוקף לפעולות מנהל שחוקיותן מוטלת בספק, אלא כדי לשנות רטרואקטיבית תוצאותיה של החלטה שיפוטית.

כך לדוגמא, בבג"צ 220/51⁽²³⁾, נקבע כי תוקף ההוראות של תקנות ההגנה (שעת חרום) 1945, שיאפשרו התקנת תקנות ללא פירסום, פג מכלל, הזאת מכוח הוראת סעיף 10 של פקודת סדרי השלטון והמשפט, תש"ח-1948, הקובעת, ללא יוצא מן הכלל, חובת פרסום של כל תקנה בת פועל תחיקתי. לאור מסקנה זו, שלל בג"צ כל תוקף חוקי מצו סגירה של אוזר מסויים שהוצא מכוח תקנה 125 לתקנות ההגנה הנ"ל, תחת למרות שלפי תקנה 3(2) לתקנות הנ"ל, פטור היה צו הסגירה מחובת הפרסום ברשומות.

(23) בג"צ 220/51 אסלאן נ' המושל הצבאי של הגליל, פ"ד ה 1480.

בעקבות החלטת בג"צ הוציא ראש הממשלה דוד בן גוריון תקנה לשעת חרום, לפיה הפטור מפרסום, שחל לפני קום המדינה כאמור, ימשיך לחול גם לאחריה, חרף האמור בסעיף 10 של תקנות סדרי שלטון ומשפט.

4. סוף דבר

בחדש מרץ 1986, נערך באוניברסיטה העברית בירושלים כנס בינלאומי של "תפקיד בית המשפט בחברה". בכנס זה הושמעו דברים רבים ומעניינים, על נושאים שודונו לעיל, מה שנלמד, שהנושאים הללו מעסיקים לא רק אותנו, אלא את קהיליית המשפטנים בעולם כולו – בבחינת סדנא דארעא חד הוא.

היבטים מדיקולגליים של אוטומטיזם

מאת: אמנון כרמי*

אוטומטיזם

(א) הגדרה:

(1) העדר הגדרה אחידה.

(2) סיווג ומיון.

(ב) אוטומטיזם בלתי שפוי.

(ג) אוטומטיזם שפוי.

(1) כללי.

(2) רפלקס.

(3) הלם.

(4) סכרת.

(5) גידול.

(6) היפנזה.

(7) סהרריות.

(8) אפילפסיה.

(9) מצבי הינתקות.

(ד) העדר מודעות ורצון.

(ה) אין עבירה ללא אשמה.

(ו) אין עבירה ללא רצייה.

(ז) נטל הבאת ראיות ונטל שכנוע.

(ח) דחיית הטענה בהעדר חוות דעת רפואית.

(ט) דחיית הטענה חרף חוות דעת רפואית.

(י) סיכום.

* שופט בית המשפט המחוזי חיפה ושופט של בית הדין הצבאי לערעורים בשרות מילואים.

(א) הגדרה:**(1) העדר הגדרה אחידה**

האוטומטיזם הינו תופעה רפואית, בעלת השלכות משפטיות. אנשי הרפואה מתעניינים בפשר התופעה, ומטרתם היא לעסוק בטיפול בחולה האוטומטיסט. אנשי המשפט עוסקים בתחימת גבולות לאחריותו של החולה.

השוני ברקע, בהשקפות ובמטרות של הרופאים מכאן ושל המשפטנים מכאן, תורם לשוני בהגדרות התופעה.

"Legal minds and medical minds frequently find difficulty in coming to a common understanding as to what constitutes a disease of the mind, and this is nowhere more apparent than in the case of automatism".

"Let's get it straight from the start, that although the law and medicine both use the same word "automatism", they each mean something quite different"⁽¹⁾.

אין הגדרה נכונה של אוטומטיזם. המשפטנים רשאים לברור להם הגדרה כאוות נפשם, ואין כל רע בכך שהגדרתם את התופעה תהא שונה מן ההגדרה הנקבעת על-ידי עמיתיהם הרופאים. הסכנה טמונה רק בכך שיהא שימוש בהגדרות, הכוללות מונחים זהים, בעוד שתוכנן ומושאן שונים, מהותית. גלנוייל וויליאמס מציין:

"It would better be called "impaired consciousness", but the orthodox expression can be used if we bear in mind that it does not mean what it says"⁽²⁾.

אכן, וויליאמס מרחיק לכת ומציע שהפסיכיאטרים יימנעו מלהשתמש בבית המשפט במונח אוטומטיזם:

"Because automatism is a legal concept, a psychiatrist should be asked to testify to the mental condition as psychiatrically recognized, not to "automatism". It is for the judge to make the translation"⁽³⁾.

אין מניעה, כמובן, מהטלת הגבלות על העדים המומחים, לחייוי דעתם לגבי מצבים, בלי לחרוג לתחום ההגדרה המשפטית של תופעת האוטומטיזם. ברם, לדעתנו אין גם פסול בכך שהפסיכיאטר, המורגל בשימוש במונח אוטומטיזם, ינקוט מונח זה באופן חפשי, וזאת כל עוד כל הנוגעים בדבר מודעים לדבר השוני בתפיסות ובהגדרות.

1. Fenwick P.B.C., Automatism and the Law. "British Journal of Hospital Medicine", Dec. 1986, 397.

2. Williams G., Criminal Law, 1978. London: Steven, P. 608.

3. וויליאמס, שם, ע' 609.

(2) סיווג ומיון

האוטומטיזם אינו בבחינת מחלה, ודאי לא מחלה מסויימת ומוגדרת, אלא הינו תופעה, ששונים ורבים הם גורמיה. ניתן לסווג תופעות האוטומטיזם על פי הטיפולים הדרושים, מן הבחינה הרפואית, או על פי הטלת האחריות, מן הבחינה המשפטית.

השופט בוק מבחין בין שלושה סוגים של אוטומטיזם, זאת בהתאם לסיכויי ההישנות שלהם:

א. מצבים שלכאורה אינם עלולים לחזור להישנות.
 ב. מצבים אשר עלולים לחזור, אך מן הראוי לשחרר את הנאשם בתום המשפט.

ג. מצבים שעלולים לחזור, ושלא מן הראוי לשחרר את הנאשם.⁽⁴⁾
 סיווג זה מקל על ההכרעה לגבי גודלו של הנאשם, אולם אין הוא מסייע, כמובן, בהגדרת מהותה של התופעה.

לורד דינגר גרס שמבחן אי-השפיות נבדל ממבחן האוטומטיזם בכך שלגבי חולה הנפש קיימת סכנה של הישנותה.⁽⁵⁾

מיון מקובל בשדה האוטומטיזם מבחין בין אוטומטיזם שפוי, הינו אוטומטיזם שאינו נובע ממחלה או פגם נפשיים, ואוטומטיזם בלתי שפוי.⁽⁶⁾ יש המבקשים לצמצם התחולה של קטגורית האוטומטיזם השפוי או אף לבטלה, וזאת שוב – בגין ההשלכה הנובעת מן ההסדר החוקי הקיים, לפיו לא ניתן לכפות אישפוח וטיפול נפשיים על מי שאינו חולה נפש.⁽⁷⁾

(ב) אוטומטיזם בלתי שפוי

בגדר קבוצה זו נכללים, בראש ובראשונה, חולי נפש הפועלים במצב של אוטומטיזם. מה שנוגע לבני אדם, שאינם סובלים ממחלות נפש, אלא מפגמים נפשיים, והפועלים במצב של אוטומטיזם, הרי שיש המסווגים אותם בקבוצת האוטומטיזם השפוי,⁽⁸⁾ ויש המסווגים אותם בקבוצת האוטומטיזם הבלתי שפוי.⁽⁹⁾

יתכן וזכונן יותר היה לנקוט בסיווג כגון: (א) אוטומטיזם שמקורו במחלת נפש, (ב) אוטומטיזם שמקורו במחלה גופנית או במום, (ג) ואוטומטיזם שנגרם בעטיו של גורם חיצוני.

4. י', בוק, אחריותו הפלילית של הלקוי בנפשו. (מהד' 3) 123.

5. ויליאמס, לעיל, הערה 2 בע' 614.

6. י' לוי, א' לדרמן, עיקרים באחריות פלילית, (רמות 1981), ע' 255; פנויך, לעיל, הערה 1, שם.

7. H.M.Adv. v. Cunningham (1963) J.C. 80.

8. ע"פ 382/75 חמיס נ' מדינת ישראל, פ"ד ל(2) 729.

9. לוי ולדרמן, לעיל, הערה 6 בע' 258, וכן פנויך, לעיל, הערה 1, שם:

"If, however, the absence of mind is due to an "internal" cause such as a brain tumour, arteriosclerosis, or epilepsy, then the automatism is defined as insane, or as resulting from a disease of the mind"

יצויין, כי בפרשת *Bratty v. Att. Gen. for Northern Ireland*⁽¹⁰⁾, נקבעה הלכה לפיה מנוע נאשם, המעלה טענה של מחלת נפש, מלהסתמך על טענת אוטומטיזם:⁽¹¹⁾

הנאשם הזמין קרובת משפחה לטיול במכוניתו, ובמהלך הנסיעה חנק אותה למוות. הוא הודה במעשה, אך טען שנתקף עירפול חושים בעת שהיה בחברת הנערה, ואף הביא הוכחות מסוימות לכך שסבל מאפילפסיה פסיכומטורית.

בנמקו את הטעמים לדחיית טענות ההגנה הדגיש הלורד Denning בפסק דינו, כי כאשר מקור האוטומטיזם הוא מחלת נפש (אוטומטיזם בלתי שפוי), הרי ההגנה היחידה הפתוחה בפני הנאשם היא אי־שפיות, ולא אוטומטיזם. לגישתו, מצב של אוטומטיזם בלתי שפוי אינו משתלב בטענת העדר הרצויה בפעולה הפיסית, אלא מהווה חלק מהגנת אי־השפיות. אנו כשלעצמנו היינו גורסים, במקרה כגון דא, כי הנאשם רשאי להעלות טענת אוטומטיזם, אלא שבבוא בית המשפט להכריע בדינו, ואם יוכח לו כי האוטומטיזם אכן נבע ממחלת נפש, הרי שבית המשפט יפעיל לגבי הנאשם את ההסדר המשפטי התקף לגבי חולי הנפש.

ג) אוטומטיזם שפוי

1) כללי

ההבחנה היא, כאמור, בין אוטומטיזם בלתי שפוי, שמקורו במחלה נפשית, ואשר יכול להצדיק הגנה של טירוף־הדעת, לבין אוטומטיזם שפוי שמקורו בגורם חיצוני, בפגם במוח, במחלה פיזית, או בהיותו של הנאשם גטול הכרה או מודעות לנעשה אתו ומסביבו, עד לידי אי שליטה על תנועותיו.⁽¹²⁾ המדובר, איפוא, בתנועות ובתגובות גופניות, לכוחות וגירויים, שלא מדעת הנאשם, וממילא שלא מרצונו.⁽¹³⁾ בכל המקרים הללו, ההגנה הינה הגנה ישירה של "אי רצויה", והחלתה אינה כרוכה בהגנת אי שפיות.⁽¹⁴⁾ להלן נפרט תופעות שסווגו עלידי בתי המשפט ככלולות בפטור של הגנת האוטומטיזם, אך נקדים לכך שלוש הערות.

ראשית, יש והעבירה מבוצעת בשעת "דמדומים", לאחר שהחולה התעורר מן ההתקף. אף שהחולה נתון עדיין במצב של רגישות חריפה, הוא עשוי כבר לשלוט בעצמו, אם גם בקושי, ולפיכך, ניתן לראותו כבר־אחריות.

10. *Bratty v. Att. Gen. for Northern Ireland* (1961) 3 All E.R. 523, (1962) 46 Cri. App. R. 1.
 11. לוי ולדרמן, לעיל, הערה 6 בע' 259.
 12. ענין חמיס, לעיל, הערה 8.
 13. לוי ולדרמן, לעיל, הערה 6 בעמ' 255.
 14. קדמי, על הדין בפלילים, דיוון 1987, חלק א'.

האידיך שניתן יש הגורסים שאם החולה גרם, ברצון או בהתחשלות, לכניסתו למצב של אוטומטיזם, אין הוא רשאי להתגונן במטרה האמורה. (15)
 בפסה"ד בענין Quick נפסק ברוח זו:

"Automatism is a defence to a charge of dangerous driving provided that a person takes reasonable steps to prevent himself from acting involuntarily in a manner dangerous to the public. It must be caused by some factor which he could not reasonably foresee and not by a self-induced incapacity"⁽¹⁵⁾

מאידיך ניסא יש הגורסים כי הנאשם אכן זכאי להתגונן בטענה האמורה, שכן בעת ביצוע העבירה הוא פועל ללא רצון ומודעות. (16)
 ולבסוף קיימת מחלוקת, שלא תפורט להלן, האם הגנת האוטומטיזם אמורה להתייחס למרכיב האקטוס ריאוס או למרכיב המנס ריאה. לנו נראה כי הבחנה זו אינה חשובה, מן הבחינה המעשית. (17)

2) רפלקס

הרפלקס הוא תגובה בלתי מודעת לגירוי היצוני, שאינו מועבר כלל על ידי העצבים למרכז התשיבה במוחו של הנאשם. התגובה היא אינסטינקטיבית בלבד, כתגובת נהג לעקיצת דבורה.

תנועה בלתי מודעת היא תנועה שאיננה בהכרח תגובה לגירוי, בניגוד לרפלקס, למשל, תנועתו של אדם ישן או תסר הכרה. (18)

בית משפט בדרום-אפריקה פטר נאשם מאחריות במקרה הבא: הנאשם התעורר, לאחר חלום ביעותים, ודקר את המתלונן, בסברו שהוא מישהו אחר. בית המשפט מצא שהנאשם לא היה חולה נפש, אך שהוא פעל ללא רצון, באופן אוטומטי, וכי פעולתו שהיתה כדוגמת רפלקס פיזי לא הטילה עליו אחריות לתוצאות מעשהו. (19)

3) הלם

במשפט People v. Newton⁽²⁰⁾, הוכרה האפשרות כי בעקבות פציעה יכול נפגע לאבד את הכרתו, ולהכנס למצב של הלם רפלקסיבי. בית משפט קנדי פסק כי אם הוכח שהנאשם סבל מהלם פסיכולוגי חמור, שעלול היה, לדעת מומחים, ליצור מצב של אוטומטיזם, מן הדין היה לזכותו. (21)

מכה הגורמת לזק זמני למוח, עלולה לגרום למצב של בלבול, ונאשם שעבר עבירה בהיותו נתון במצב כזה עשוי להודכות בדינו. (22)

15 R. v. Quick (1973) Q.B. P. 910; 3 All E.R. 347
 16 ויליאמס, לעיל, הערה 2 בע' 621.
 17 Cross & Jones, Criminal Law, 1980. London: Butterworths, P. 25
 18 לוי ולדמן, לעיל, הערה 6 בע' 256.
 19 Ngang, 1960 (3) SA 363 (T)
 20 People v. Newton, 87 Col. Rfr. 394 (1970)
 21 R. v. K. (1970), 3 C.C.C. (2d) 84; (1971) 2 O.R. 401.
 22 ויליאמס, לעיל, הערה 2 בע' 609.

4) סכרת

מחסור בסוכר בדם יכול לגרום לליקוי במודעות ולהתפרצות אלימה. המחסור יכול להיגרם כאשר חולה סכרת משתמש במינון גדול מדי של אינסולין, או מביא לעצמו למצב של עייפות יתר או תוסר מזון. מצב כזה, הקרוי היפוגליקמיה (hypoglycaemia), יכול להביא את החולה לכך שיפעל כאוטומט ("אוטומטיזם שפוי"), מבלי לדעת את שהוא עושה. גם חוסר אינסולין, הגורר עליה רבה בכמות הסוכר בדם, עלול לגרום למצבי קומה שגילוייהם דומים (hyperglycaemia). יצויין, כי יש והיפוגליקמיה מביאה את החולה תחילה למצב של התפרצות אלימה, ואז עדיין הוא בר אחריות, ולא במצב של חוסר מודעות למעשיו.

בית משפט אנגלי זיכה נאשם מאשמת גרימת חבלה חמורה בודון בקשר לחבטות שחבט על ראשה של אישה במכשיר קהה. היכוי ניתן נוכח עדותו של רופא בית הסוהר, אשר מסר כי הנאשם סובל מהיפוגליקמיה הגורמת לאדם לפעול כאוטומט מבלי לדעת מה הוא עושה.⁽²³⁾

בית משפט זיכה אה שפגע בחולה נפש, משהוכח שהנאשם איבד הכרתו בעקבות נטילת מנת אינסולין, אי אכילה מספקת ולגימת משקה חריף.⁽²⁴⁾ בפרשת קוויק זוכה הנאשם אשר הסתמך על טענת אוטומטיזם: הנאשם הועסק כאח בבית חולים לחולי נפש, והוא הואשם והורשע, בערכאה הראשונה, בתקיפת חולה. הנאשם טען שאינו זוכר את אירוע התקיפה. הנאשם סבל מילדות מסכרת, ובבוקר יום המקרה קיבל אינסולין על פי מירשם רפואי.

עד ראייה סיפר, כי סמוך לאחר הכאת החולה, צנח הנאשם ארצה. עד ראייה אחר מצא את הנאשם יושב ליד החולה, מבט זגוגי בעיניו, והוא לא הגיב לשאלות שהופנו אליו. הנאשם עצמו לא זכר דבר מאירוע התקיפה. רופאו של הנאשם העיד כי בתריסר הזדמנויות קודמות אושפו הנאשם, כשהוא נטול הכרה בגין היפוגליקמיה, הנגרמת עקב עודף אינסולין בדם, כאשר הסוכר אינו יכול להתמודד עמו. במצב כזה פועל עודף האינסולין בעודף אלכוהול בגוף. התפקוד הנפשי התקין מתערער, והחולה עלול להכנס למצב של קומא, ומאוחר יותר לתוקפנות ללא יכולת שליטה עצמית, ללא מודעות וללא זכירה. הרופא חיווה דעתו כי במקרה הנדון אכן פיתח הנאשם תופעה כזו.

ערכאת הערעור מצאה לנכון לזכות את הנאשם, שהסתמך על טענת אוטומטיזם, וזאת נוכח העובדה שתוות הדעת הרפואית השלימה את עדויות הראייה, ותמכה במסקנה המתבקשת בדבר קיומו של האוטומטיזם.

R. v. Marlin (1958) Cr. L. R., P. 449 (The Times, 25.10.1957)

.23

R. v. Bentley (1960) Cri. L. Rev. 777. Watomore v.

.24

Jenkins (1962) 2 Q.B. 572, (1962)2 All E.R. 868.

מאיך גיטא לא די בטעגט נאשם בדבר אוטומטיזם כדי לשמש לו כהגנה, אף אם הוא סובל מסכרת, בהעדר הוות דעת או ראייה שתתמוך בטענתו זו. הלכה זו נקבעה בפרשת ווטמור נגד ג'נקינס.⁽²⁵⁾

המשיב, שנהג רכב למעלה מ-20 שנים, ללא הרשעות קודמות, סבל מסכרת בשמונה השנים האחרונות, והזריק לעצמו אינסולין, פעמיים ביום, על פי הוראת הרופא. כארבעה חודשים לפני האירוע הוא סבל מצהבת קשה, והטיפול בו חייב שימוש בכמויות שונות של אינסולין.

בערב יום המקרה הוא עזב משרדו, החל בנסיעה לעבר ביתו, ולמן שלב מסויים איבד זכרונו. על פי חומר הראיות נהג המשיב ריכבו למרחק של כחמישה מייל בכבישים שונים, צרים ורחבים, במהירויות שונות, כשהרכב נע מצד לצד, עובר בצמתים, חולף בקירבת כלי רכב אחרים, ומתנגש לבסוף במכונית, הרחק מעבר לביתו. המשיב נמצא במצב של עירפול חושים, הובל לבית חולים, קיבל מנת גלוקוזה וחזר לאיתנו.

הערכאה הראשונה זיכתה את המשיב מן האשמות שיוחסו לו, בקבעה כי הוא נהג ברכבו במצב של אוטומטיזם. בית משפט לערעורים ביטל החלטה זו: "לא יתכן שנהיגה כזו, למרחק כזה, נעשתה ללא רצון מודע".

"Thus, the question is posed whether the justice' finding that a state of automatism had already supervent when the respondent was first observed in London road, Hackbridge, was supported by any evidence which, as a matter of law, sufficed at least to raise a reasonable doubt, that is, such a doubt whether it might be true that all of his bodily movements which turned his car hither and kept it moving at a fairly steady speed were wholly uncontrolled and uninitiated by any function of conscious will"

בית המשפט לערעורים השיב על כך בשלילה.

5) גידול

במשפט צ'רלסון⁽²⁶⁾ הואשם אב בגרימת חבלה גופנית חמורה ובנסיון לרצוח את בנו בן העשר. האב קרא לבנו כדי להראות לו עכברוש, וכשקרר הבן לחלון, הניף אלת עץ, חבט בראשו של הילד והשליכו מבעד לחלון. הנאשם הודה שאכן הלם בבנו, אך לא יכול היה להסביר על מה ולמה עשה כן. הנאשם זוכה מאחר שבית המשפט שוכנע, על פי עדויות רפואיות, כי ביצע את מעשהו בלי הכרה, כתוצאה מגידול במוחו, אשר עלול היה לגרום להתפרצות אימפולסיבית של מעשה אלימות ללא כל מניע. בית המשפט פסק:

25. ראה לעיל, הערה 24.

R. v. Charlson (1955) 1 All E.R. 859

26.

"The medical evidence shows that there has been a history of ill health in the family and particularly ill health of a certain kind, the existence of which in the accused is at least suspected by the medical officer of the prison. The accused's mother died of a cerebral haemorrhage; his mother's sister (his aunt) died of a cerebral tumour; his own sister died of meningitis; and his brother, who is still alive, has had an operation for a mastoid.

You have the family history, and you have the history of certain complaints which the accused has mentioned to the prison doctor. The accused has told the prison doctor that six or seven years ago he had some trouble with his legs which was then diagnosed as neuritis. No one suggests that what he says is untrue; the prison doctor appears to have accepted it, and there was no reason why he should not accept it. He said that after that he had increasing weakness in his legs, and difficulty in co-ordinating their movements. He said that he could walk slowly satisfactory, but he found difficulty in controlling the movements of his legs if he tried to run. Also he complained of persistent headaches which are sometimes of great severity, so severe as to be quite incapacitating. He was examined by the prison doctor, who said that on clinical examination he found signs of organic disorder of the nervous system which clearly indicated the need for further investigation. Without further investigation the doctor was not going to commit himself to say that this man had got a cerebral tumour. On the other hand, he said that clinical examination, and the history of the case, pointed at least to the possibility. It may well be that such a tumour exists. If a man or a woman is suffering from a cerebral tumor, says the doctor, he or she is liable to an outburst of impulsive violence, quite motiveless, and over which the patient has no control at all. The doctor does not state positive that. That is the case here, but he says that it may be, and if a tumor does in fact exist, then the conduct of the accused would be wholly consistent with that of someone suffering from such a disease".

ומכאן למסקנה המתבקשת:

"However, that is not an inference which must always be drawn, and before it can be drawn you should look at all surrounding circumstances and ask yourselves whether that inference should be drawn in this particular case which we are considering today. It is open to you to think that, although some ordinary person in ordinary circumstances must inevitably have intended to do injury by using a mallet of this kind on the

head of a little boy, none the less you are not satisfied that this particular man had that intention, owing to the state of his health as we now know it, and having regard to his relationship with the boy, and also the lack of any provocation on the part of the boy".

פלטשר⁽²⁷⁾ מסתייג מהגיון ההחלטה: ככלות הכול, האב פתח את החלון, הרים את הילד והשליכו מבעד לחלון. האם נכון יהיה לומר כי המעשים המורכבים הללו נעשו "ללא רצון"? שאלה מהותית מתעוררת, איפוא, לגבי הגדרת הרצון: האם מדובר ברצון לבצע פעולה מסויימת, או ברצון לגרום לתוצאה מסויימת.

החלטה דומה ניתנה על ידי בית משפט בענין גרינברג.⁽²⁸⁾ הנאשם שהוזמן לסייד את דירת המתלוננת, נטל עימו מטיל כרום עטוף בעיתון, וכשזו היפנתה את ראשה, תפס בידה והלם בראשה. לא היה לו כל מניע למעשה. במשטרה התלונן הנאשם על כאבי ראש וסחרחורת, ולא ידע להסביר את סיבת התקיפה. רופאים פסיכיאטריים, העידו, שיש מקום להניח שהנאשם סובל ממום אורגני במוח שעלול לגרום להתפתחות מחלת נפש, אולם לפי שעה איננו חולה נפש. בשעת המעשה נתקף הנאשם ערפול שתואר כתופעה אפילפטית, ועל כן לא ידע את אשר הוא עושה.

בית המשפט זיכה את הנאשם מתקיפת הקרבן בהסתמכו על סעיף 15(א) לחוק העונשין תשל"ז-1977 בראותו בפעולה "מעשה אשר נעשה בצורה מוטורית ללא תפעול הרצון מצד הראש".

הזכרנו למעלה כי יש הגורסים שאוטומטיזם שמקורו בפגמים אורגניים כגידול במוח, הינו אוטומטיזם בלתי שפוי, וכי הנאשם יימצא, במקרים כאלה, בלתי אחראי למעשיו בשל אי שפיות.⁽²⁹⁾

6 היפנוזה

שאלה הצריכה עיון היא האם ניתן לראות את פעולותיו של אדם הנמצא תחת השפעה היפנוטית כפעולות בלתי מודעות. יש הגורסים כי המהופנט משולל רצייה, ופועל כמכשיר בידי המהפנט, ואילו אחרים סבורים שאי אפשר להפנט אדם בניגוד לרצונו.⁽³⁰⁾

יתכן וההבחנה הנכונה היא, כי הכניסה למצב היפנוטי, נעשית, בדרך כלל, ברצונו של המהופנט, וכי מפעולותיו של המהופנט, המצוי במצב היפנוטי, נעדרת, כליל או חלקית, רצייה.

27. Fletcher G., Rethinking Criminal Law, 1978 Boston: Little & Brown, P.441.

28. ת.פ. (ת"א) 630/66 מדינת ישראל נ' גרינברג, פ"מ נ"ה, 335.

29. R. v. Kemp (1956), 40 Cri. App. R. 121.

30. לוי ולדרמן, לעיל, הערה 6, בע' 256.

7) סהרוריות

פעולה שנועשית בשעת שינה (סומנאמבולזם) הינה אוטומטית, ובתי המשפט מזכים נאשמים שעברו עבירות בהיותם נתונים במצב כזה. במשפט פרייר⁽³¹⁾ זוכה נאשם שהרג את בתו בהיותו סהרורי, מתוך אמונה שהיא חיית טרף שתקפה אותו. במשפט פיין⁽³²⁾ זוכה הנאשם מהריגת אדם שניסה להעירו, בהאמינו כי אותו אדם מנסה לתקפו. במשפט קוגדון⁽³³⁾ חלמה הנאשמת, כי ביתה עומד בשדה הקרב, וכי חייל מנסה לאנוס את בתה. היא קמה משנתה, נטלה גרזן וערפה את ראש בתה, בהאמינה שהיא מחסלת את התוקף. הנאשמת זוכתה מאשמה. המהלך בשנתו פועל, במובן ידוע, מרצונו, אולם אין זה רצון של ברדעת, כמאמר גלנוויל וויליאמס⁽³⁴⁾:

"The acts of a sleepwalker are in a sense purposive. His eyes are open and he appears to be in perfect control. He will open a door and turn a corner, walk downstairs, open a drawer, take out a curving knife, and return to the bedroom where his wife is asleep. But after walking up he will not remember his bloody deed. Although his acts have a certain purpose it is a purpose of a dream state. He is not acting with his normal conscious mind.

He may act out a subconscious desire, but subconscious desire does not engage criminal responsibility".

8) אפילפסיה

ניתן לסווג אפילפסיות להתקפים הקורים במצב של הכרה מעורפלת, והתקפים הקורים במצב של הכרה בהירה, כאשר האוטומטיון מסווג בקבוצה הראשונה. אוטומטיון יכול להופיע כהתקף פסיכומטורי אצל האפילפטי, כשהחולה ממשיך בצורה מבולבלת את הפעולה בה היה עסוק ברגע שבא עליו התקף.⁽³⁵⁾

כאשר פעולה פיסית נעשית בעת התקף אפילפטי, שמקורו בפגם נפשי שאינו מגיע לכלל מחלת נפש (Petit mal seizure), ותודעת החולה מפסיקה לפעול לזמן קצר, נוטים בתי המשפט להכיר בטענת העדר הרצייה כהגנה.

H.M. Advocate v. Frazer (1878) 4 Cuper 70. .31

Fain v. Commonwealth, 78 Ky. 183 (1879). .32

לוי ולדרמן, לעיל, הערה 6, בע' 260. .33

וויליאמס, לעיל, הערה 2, בע' 609. .34

בזק, לעיל, הערה 4, בע' 117. .35

עמדנו למעלה על חשיבותה של סוגיית המיון. כך, לדוגמא, מקום שאפילפסיה תסווג כאוטומטיזם בלתי שפוי, יתבקש בית המשפט להורות על אישפוז הנאשם, ולא על שחרורו בעקבות זיכוי.⁽³⁶⁾

יש הרואים בהתקפים חמורים של אפילפסיה (Grand mal seizure) צידוק למתן הזראת אישפוז, כבמקרי מחלות הנפש.⁽³⁷⁾

בפרשת סוליובן⁽³⁸⁾ הואשם הנאשם בתקיפת המתלונן. הוכח כי תוך כדי שיחה, ללא התגרות מצד הקרבן וללא סיבה נראית לעין, תקף הנאשם את איש שיחו, וכי – עפ"י ראיות רפואיות – התקיפה אידעה כאשר הנאשם היה שרוי במצב של התקפה אפילפטית. בית המשפט קבע כי דין הנאשם, במקרה זה, כדין חולה נפש, שכן הוכח ששעה שביצע את העבירה הוא לא ידע את שעשה. בית המשפט גרס שאין נפקא מינא אם העדר ההכרה נבע מפגם אורגני או מליקוי פונקציונאלי. החלטה זו הותקפה על ידי לא פחות מעשרים מומחים בגליון של "הלנצט".⁽³⁹⁾ המומחים מחו על תו הקלון שהודבק, לטענתם, לחולי אפילפסיה, על ידי כך שבית המשפט ייחס להם מחלת נפש. המומחים המליצו לבטל את ההבחנה בין אוטומטיזם שפוי לאוטומטיזם בלתי שפוי.

ברשימה נוספת מתייחס סוון למחאה זו ומציע להפקיד בידי השופטים את הקביעה בדבר הטיפול בנאשמים שסבלו מאוטומטיזם אפילפטי.⁽⁴⁰⁾ ג'ון גאן מתאר ברשימתו מקרה של נאשם שרצח את אשתו שעה שהיה נתון, לטענת ההגנה, במצב של התקף אפילפטי.⁽⁴¹⁾

שאלת מחלתו של הנאשם היתה לוטה בערפל, וחבר המושבעים מצא את הנאשם אשם בהריגה, ודן אותו למאסר עולם. שנים לאחר מכן נבדק הנאשם בכלא, ונתגלו אצלו התקפים אפילפטיים עזים. 13 שנים לאחר הרשעתו שוחרר הנאשם ממאסר והועבר לטיפול רפואי.

א' ברטולומיו הקשה, ברשימה מאוחרת, מדוע לא התקבלה באותו משפט ההגנה של אוטומטיזם בלתי שפוי.⁽⁴²⁾

ג'ון גאן המליץ, ברשימתו בגליון הני"ל⁽⁴³⁾, לאמץ את המלצת ועדת בטלד (1975). הועדה המליצה להעניק לבתי המשפט סמכות לפסוק זיכוי בגין הפרעה נפשית, וכי מונח זה של "הפרעה נפשית" יכלול מחלות נפש ופעולות אוטומטיות, להוציא מצבי ביניים שנגרמים בעקבות צריכת סמים ואלכוהול.

36. Cope R.V., Donovan W.M., "A case of insane automatism?" Brit. J. Psychiat. (1979), 135, 574-575.

37. לח ולדרמן, לעיל, הערה 6, בע' 259.

38. R. v. Sullivan (1983) 2 All E.R. 673.

39. 1.9.1984, ע' 528.

40. לנצט, 29.9.1984, ע' 756.

41. Gunn J., Epileptic Homicide: A case report. "Brit. J. Psychiat." (1978) 132, 510.

42. Bartholomew, et al., Epileptic Homicide. Brit. J. Psychiat., 133, p. 564.

43. ראה לעיל, הערה 41 ע' 861.

בעקבות רשימות אלה פרסם ה' מילן פרשה שנדונה בבית משפט⁽⁴⁴⁾ בענינו של אדם שרצח את אמו. הנאשם עבר טיפול פסיכיאטרי בעבר, אולם אף פעם לא אובחנה אצלו אפילפסיה. במהלך הדיון המשפטי נבדק הנאשם ואובחנה אצלו, לראשונה, אפילפסיה. ההגנה טענה אוטומטיזם, והגדירה אוטומטיזם כהעדר מנס ריאה שנבע מפגם נפשי שמקורו לא היה במחלה. בית המשפט זיכה את הנאשם.

מקרה נוסף דווח ע"י קופ ודונובן⁽⁴⁵⁾:

הנאשם תקף בדקירה הולך רגל בלתי מוכר לו, הורשע ונדון לשנתיים מאסר. תוך כדי ריצויו ענשו היה הנאשם מעורב בשלוש תקיפות נוספות, ורק לאחר מכן אובחנה אצלו אפילפסיה. גם מחברים אלה המליצו על אימוץ מסקנות ועדת בטלר.

במשפט צ'רלסון⁽⁴⁶⁾ מצוין בית המשפט טעם זיכויו של הנאשם, הרוצח קרבן במהלך התקף אפילפטי, נוכח העדר רצייה:

"A man in the throes of an epileptic fit does not know what he is doing. If a friend bends over to assist him, and in the midst of his fit the epileptic grips that friend by the throat, not knowing what he is doing, and in so doing throttles the friend and causes his death, no offence has been committed against the criminal law, because the actions of an epileptic are automatic and unconscious, and his will or consciousness is not applied to what he is doing".

השופט גודרד כנה פעולה כזו כ-"Act of God" במשפט Hill v. Baxter⁽⁴⁷⁾:

"I agree that there may be cases where the circumstances are such that the accused could not really be said to be driving at all. Suppose he had a stroke or an epileptic fit, both instances of what may properly be called acts of God; he might well be in the driver's seat even with hands on the wheel but in such a state of unconsciousness he could not be said to be driving".

בפרשת גרינברג הנ"ל⁽⁴⁸⁾ הנאשם הואשם בעשיית מעשה המכוון לגרום לחבלה חמורה, לפי סעיף 235(א) ל-פ.ח.פ. הנאשם הוזמן לסייד קיר היצוני בדירה מסויימת, ולפני היום הקבוע הוא בא לבית הנדון, עלה לדירה וביקש מאת בעלת הבית לראות את הקיר דרך הלון דירתה. בדרך לשם הוא מצא מטיל ברזל אותו עטף בעיתון, או שהיה עטוף בעיתון, והגיע עם המכשיר לאותה דירה, וניהל שיחה קצרה עם המתלוננת. תוך כדי השיחה הוא ייעץ לה

Milne H.B., Epileptic Homicide: Drug-induced. Brit. J. Psychiat. (1979) 134, P. 547. 44

ראה לעיל, הערה 36. 45

הערה 26 לעיל עמ' 861. 46

Hill v. Baxter (1958), 1 All E.R. 193, 195. 47

הערה 28 לעיל. 48

להפסיק את המאוורר שבדירתה, וכשהיא עמדה להסתובב כדי להפסיק את פעולת המאוורר, תפס בידה והלם בראשה במטיל הברזל וגרם לה פצעים רציניים. לאחר רגע אמר הנאשם לעצמו "אן, מה עשיתי", היכה בפניו והסתלק מהמקום. לקול צעקתה של הקרבן הופיעה השכנה מהדירה ממול, והיא נלקחה לבית החולים.

בית המשפט פסק:

"לא היה כל מניע למעשה, והנאשם במשטרה התלונן על כאבי ראש וסחרחורת, ולא ידע להסביר את סיבת התקיפה. בבית המשפט העידו שני רופאים פסיכיאטריים ולפי עדות שניהם מסתבר כי יש להניח שהנאשם סובל מאיזה מום אורגני במוח, אשר יכול להביא להתפתחות מחלת נפש, ושיש להניח כי המחלה מתפתחת באופן זחלני, אולם לפי שעה הוא אינו חולה נפש. כיום הוא מסוגל לעמוד בדין. עוד קבעו הרופאים כי בשעת מעשה הנאשם נתקף בעירפול ולא ידע מה הוא עושה. העירפול תואר כתופעה אפילפטית".

בית המשפט איזכר עדותו של אחד הפסיכיאטרים:

"הוא פעל בהשפעת התקף אפילפטי, אי אפשר לקרוא לזה התקף פסיכוטי, הוא פעל בחוסר הכרה ולא ידע מה הוא עושה, והתוצאה שעשה את הדברים מאי רצון. הפעולה היתה מוטורית מבלי שירצה ומבלי שיתכנן או יחשוב". בית המשפט סבר כי חוות דעת זו הצביעה על כך שהיה מקום להפעיל את סעיף 11(1) ל-פ.ח.פ. (ס' 15 ל-ח.ע.), בהיות המעשה נעשה בצורה מוטורית וללא תפעול הרצון מצד הנאשם.

בא כוח המדינה טען כי הנאשם הכין את המכשיר מראש, וכי על ידי כך הוכח אלמנט תכנון לצורך ההתקפה על המתלוננת.

בית המשפט דחה טענה זו:⁽⁴⁹⁾

"אמנם נכון שהנאשם אסף את הכלי, אבל אין זה מחוייב המציאות כי מעשה זה של לקיחת הכלי ונשיאתו בידי הנאשם, היה להם קשר עם התקיפה שבאה, לפי דברי הרופאים, באופן פתאומי כשהנאשם היה בדירת המתלוננת. במקרה זה היו אלה שני מעשים נפרדים ובלתי קשורים אחד בשני". לפיכך הוחלט כאמור, לזכות את הנאשם.

הסטיסטיקה מלמדת כי כ-5% מן האוכלוסיה נגועה באפילפסיה. לכאורה, לא יקשה על סינוור של חולה אפילפטי לטעון שהעבירה נעברה בשעת התקף או בגינו. למעשה אין הדברים פשוטים כל כך, ומחקר שנוערך ב"ארה"ב מלמד שעבירות אינן מבוצעות דרך כלל, במהלך התקף אפילפטי.⁽⁵⁰⁾ הסטיסטיקה מצביעה, כמו כן, על כך שחולה אפילפטי שעבר עבירה במהלך התקף, אינו מעורב בעבירה נוספת בהתקפים נוספים.⁽⁵¹⁾

49. לעיל הערה 28, בעמ' 336.

50. 232 Jml. Am. Med. Assn. P. 1165.

51. ווליאמס, לעיל הערה 2, בע' 610-611.

9) מצבי הינתקות (Dissociation)

המדובר במצבים של נזירות היסטוריות (hysterical neuroses), שבהם מצומצמת המודעות, לצורך מימוש מטרה בלתי מודעת, וכאשר תהליך זה מאופיין גם על ידי אמנזיה סלקטיבית. פיצול האישיות, נוסח ג'קל והייד, עשוי לשמש צורה קיצונית של התופעה הזו.

אשה שהיא אשמה בגניבה בחנות זוכתה על סמך חוות דעת פסיכיאטרית, לפיה היא איבדה זכרונה למשך שעתיים, פרק זמן שבו חלק מסויים של אישיותה נטל פיקוד עליה.⁽⁵²⁾

מצבים של הינתקות קשים לאיבחון, כיוון שהפסיכיאטר נאלץ, דרך כלל, לסמוך רק על דיווחו של החולה.

במקרה הבא דחה בית משפט קנדי את הגנת ההינתקות.⁽⁵³⁾ מהגר הודי התרועע עם מהגרת מהונגריה, ובשלב מסויים היא הסכימה להינשא לו. משזו חזרה בה מהסכמתה, בטענה שהוא שחום עוד, שלף הנאשם סכין ודקרה, ואחר כך דקר עצמו. לאחר ביצוע הדקירות הזמין הנאשם בטלפון אמבולנס ומשטרה. במהלך המשפט חיוזה פסיכיאטר דעתו כי הנאשם פעל בהשפעת הלם פסיכולוגי, במצב דיסוסיאטיבי שהתבטא באוטומטיזם. בית המשפט דחה, כאמור, טענה זו, שכן הנאשם היה במצב של הכרה מלאה לפני הדקירות ואחריהן (השופט הצביע למושבעים על האפשרות של קביעת אי שפיות להכדיל מאוטומטיזם).

ד. העדר מודעות ורצון

שני המרכיבים המאפיינים את תופעת האוטומטיזם הם: העדר מודעות והעדר רצון. המדובר בפעילות גופנית המתרחשת שעה שהאדם אינו מודע לגביה:

"A state of mind and body in which an individual may act without being conscious of what he is doing, or without controlling, or being able to control, his conduct, so that it is involuntary".⁽⁵⁴⁾

"פעולות לא מודעות מוגדרות כסדרת תנועות שרירים גרידא, שאין בינן לבין תודעת הפועל ולא כלום. המפעיל שריריו באורח זה מצוי בעת ההתרחשות ב"חלל תודעתי" (Blackout). פעולות הנעשות במצב זה מכונות בדרך כלל פעולות אוטומטיות, ומצבו של העושה ידוע כאוטומטיזם (automatism)".⁽⁵⁵⁾

בית משפט נירזילנדי התייחס לאוטומטיזם כך:

.52 ווליאמס, לעיל הערה 2, בע' 612.

.Parnerkar (1972) 1 W.W.R. 161, 16 CRNS 347.

.53

.Walker D.M., Oxford Companion to law.

.54

.55 לוי ולדמן לעיל הערה 6 בע' 254.

"An action without any knowledge of acting, or action with no consciousness of doing what was being done"⁽⁵⁶⁾

ביטוי מובהק לגישה זו מצוי ב-

"Draft bill of the law Commission on codification of the criminal law Com. No. 143, 1985), Clause 43(1):

"A person is not guilty of an offence if - (a) he acts in a state of automatism, that is, his act is a reflex, spasm or convulsion, or occurs while he is in a condition (whether of sleep, unconsciousness, impaired consciousness or otherwise) depriving him all control of his movements.)"

"Undirected behavior that is not controlled by conscious thought".⁽⁵⁷⁾

יודגש, כי לא כל ליקוי במודעות פוטר נאשם מאחריות, וכי המדובר רק בליקויים הנובעים מאירשפיות או אוטומטיזם. אדם אינו יכול להתגונן בטענה:

"I am not guilty, because my mind was not working in top gear".⁽⁵⁸⁾

המרכיב השני, העדר הרצון, קשור וכוון, כמובן, במרכיב הראשון: "בסוגיה של בעיות האחריות הפלילית לגבי מעשים שמבצע אדם שלא מתוך רצונו, מהווה הנושא של אוטומטיזם פרק בפני עצמו. במזוה אוטומטיזם כוונתו היא למעשים פליליים בלתי רצוניים שאדם במצב של חוסר הכרה".⁽⁵⁹⁾

"This is applied to actions or conduct of an individual apparently occurring without will, purpose, or reasoned intention on his part; a condition sometimes observed in person who without being actually insane, suffer from an abscuration of the mental faculties, loss of volition or of memory or kindred affections".⁽⁶⁰⁾

אלא שבעוד שאנשי המשפט נוטים להתייחס, מטעם שנציין להלן, למצב של העדר מודעות, מתייחסים, הרופאים ובצדק מבחינתם, גם למצבים של מודעות לקוייה אך לא חסרה, כהגדרתו של פנטון (Fenton) המצוטטת על ידי פניק (לעיל):

"An automatism is an act carried out in an altered state of consciousness, during which consciousness, volition, and memory are impaired, although muscle tone, posture, and automatic movements remain intact".

R. v. Cottle (1958), N.Z.L.R. 999. .56

.Kaplan H. et al., Comprehensive textbook of Psychiatry, 3rd ed. 1980. Baltimore: Williams, 3, p. 3312. .57

.58 ארצ'בולד, (מחד' 41, 1982), בע' 1029.

.59 בוק, לעיל הערה 4, בע' 117.

Black's Law Dictionary, 5th ed., 1979. St. Paul: West. P. 122 .60

השוני בתפיסה נובע מכך שהמשפטיים, שלא כרופאים, אמורים לכלול במסגרת שיקוליהם לא רק את החולה האוטומטיסט, אלא גם אינטרסים זרים, כגון: הקרבן או החברה. אנשי המשפט אמורים למצוא האיזון בין ההתחשבות בחשוד, שאינו חולה נפש, אך שפעל שלא מרצונו ומכוח גורם פנימי או חיצוני, לבין הסיכון של פריצת הסכר, ושל הקהיית עוקצה של ענישה.

בשתי דרכים ניתן, לכאורה, להגיע לכלל האיזון הדרוש: או על ידי צמצום הגדרת האוטומטיזם למצבים של חוסר מוחלט של הכרה ומודעות, או על ידי אימוץ ההגדרות הרפואיות, המכירות גם במצבים של חוסר חלקי של הכרה ומודעות, אך מתן פטור רק לחלק ממצבי האוטומטיזם.

(ה) אין עבירה ללא אשמה

האשמה היא הגדרת היחס של עושה העבירה, במישור התודעתי, כלפי הערך החברתי המוגן על-ידי איסורה. היסוד הנפשי בעבירה מתבטא ביחס הסובייקטיבי של עושה העבירה ליסוד העובדתי שבה. ביחס זה מצויים שני היבטים: היבט הכרתי והיבט חפצי.

ההיבט ההכרתי-שיכלי, משמעו מודעות לרכיבי היסוד העובדתי שבעבירה, היינו: מודעות לגבי הטיב הפיזי של ההתנהגות, קיום נסיבותיה והאפשרות של גרימת תוצאותיה.

ההיבט החפצי, משמעו יחס רצוני כלפי גרימת התוצאה המזיקה, בה תלויה התהוות העבירה.

הטעם לדרישת קיומו של היסוד הנפשי הנובע מן התפיסה המקובלת לגבי תכלית הענישה. המדובר בהשפעת החברה על נפש העבריין, האמורה לגרום למפנה בהתנהגותו. ההנחה היא שהעבירה נעברה בשל ליקוי תודעתי ונפשי, הטעון תיקון, והניתן לתיקון.

הסבר זה, כוחו יפה גם לגבי ההיבט ההרתעתי של הענישה, ולגבי שיקולי צדק הענישה.

(ו) אין עבירה ללא רצייה

סעיף 15 לחוק העונשין קובע, כי:

"אין אדם נושא באחריות פלילית למעשה או למחדל שאירעו שלא מרצונו, או למאורע שאירע במקרה, והוא כשאין בהם משום עבירת רשלנות". דרישת הרצייה מעוגנת, על פי ההלכה הפסוקה, בסעיף 15 הנ"ל.⁽⁶¹⁾

61. קדמי, לעיל הערה 14, בע' 8.

"אין התנהגות אדם עשויה ליצור עבירה, אלא אם כן היא מלווה ברצייה".⁽⁶²⁾ הרצייה מבטאת את כושרו של אדם לבחור בקו התנהגות זה או אחר, להמנע מהתנהגות זו אחרת, ולהעדיף התנהגות אחת על רעותה.⁽⁶³⁾ נאשם הטוען לפטור מאחריות פלילית בשל העדר רצייה, כמוהו כטוען לחוסר אפשרות בחירה בין קווי פעולה חילופיים. אין הוא כופר בפעילות הפיסית, אלא גורס כי ההתנהגות לא נבעה או לוותה בכושד נפשי לברור בין אפשרויות פעולה, ומכאן שאינה תוצאה של החלטה.⁽⁶⁴⁾

קיימת, כפי שראינו, מחלוקת בסוגיה, האם הרצייה מהווה אלמנט של האקטוס ריאוס, כך שבהעדרה לא נייחס אפילו את מעשה העבירה לנאשם, או שהיא אלמנט מנטאלי מובהק, ושייכת לעקרון של המנס ריאה. אין מחלוקת, על כל פנים, לגבי הדרישה בקיום הרצייה כתנאי מוקדם, מינימלי ובסיסי, לשם התחשבות בהתנהגות מסויימת כאלמנט קונסטיטוטיובי של עבירה פלילית.⁽⁶⁵⁾

אין מכנה משותף לכל צורות ההתנהגות שאינן ברצייה. אחד הסוגים המקובלים מבחין בין צורות של התנהגות בלתי מודעת, לבין צורות של התנהגות מודעת אך כפויה.⁽⁶⁶⁾

אשר לתופעת האוטומטיזם, הרי שיש הבוחרים לסווגה כ"מאורע המתרחש בדרך מקרה" (by accident). כך נאמר, למשל, במשפט גדיסי: "אדם הנוהג במצב של אוטומטיזם או שצד שלישי דוחף את רכבו - רואים אותו כחסר רצייה ואת התוצאה כנובעת ממקרה, במובן הסעיף 11(1) סיפא של פקודת החוק הפלילי, 1936".⁽⁶⁷⁾

אחרים, לעומתם, גורסים כי יש להבחין בין התנהגות שחלה בדרך מקרה, לבין התנהגות מתוך העדר רצייה.⁽⁶⁸⁾ ודאה הצעתו של פלר:

"ייתכן להשתחרר מהגדרת ה-accident כמצב בו התנהגות מסויימת מהווה פרי אוטומטיזם או של כפייה פיזית ישירה, ויתכן להחזיר למונח זה את התוכן ואת המשמעות המשפטית המתאימים לו דהיינו מצב בו בעל ההתנהגות לא ראה מראש את הנסיבות העשויות להפוך את התנהגותו לעבירה ואף לא היתה קיימת אפשרות סבירה לחזותן".⁽⁶⁹⁾

62. ש.ז. פלר, יסודות בדיני עונשין, (המכון למחקרי חקיקה, 1984) חלק א', 310.

63. קדמי, לעיל הערה 14, בע' 8.

64. לוי ולדרמן, לעיל הערה 6, בע' 254.

65. ש.ז. פלר, "היסוד הנפשי בעבירה ודרישת הרצייה" לפי משפט הארץ, הפרקליט כג' 308, בע' 328.

66. לוי ולדרמן, לעיל הערה 6, בע' 254.

67. ע"פ 76/65 גדיסי נ' היועץ המשפטי, פ"ד יט 673(1).

68. Hart, H.L.A. Acts of will and responsibility. The Jubilee Lectures of the Faculty of Law, University of Sheffield, 1960.

69. פלר, לעיל הערה 62, בע' 327.

אנו כשלעצמנו, היינו נוטים לסווג את תופעת האוטומטיזם במסגרת הרישא של סעיף 15(א) לחוק העונשין, היינו להתנהגות שאינה פרי הרצייה. מקום שפרשת העובדות מצביעה על כך שפעולותיו של הנאשם היו רצוניות, נשמט הבסיס מתחת לטענת האוטומטיזם.

במשפט משה דחה בית המשפט טענת נאשם, כאילו מעשה היריה שבוצע על-ידו לא היה רצוני:⁽⁷⁰⁾

"לדעתנו הנסיבות כפי שהוכחו מראות שהירייה היתה מעשה רצוני. אורי העיד שכאשר המערער רץ למכונית היה אקדה שלוף בידו, וגם כהן אמר שאחד משני הבורחים, זה שלא החזיק את התיק, החזיק משהו צמוד לגופו. ניתן על כן להסיק שגם בעת השד היה האקדה שלוף בידו של המערער. אף אם האקדה היה כבר דרוך בעת תחילת השד, ולא היתה נחוצה כל פעולה לשם ירייה מלבד לחיצה על ההדק, הרי לחיצה כזו היא פעולה רצונית, שאיננה מתרחשת בדרך כלל אלא אם היורה רוצה שהאקדה יורה. סיפורו לחבריו על מה שקרה, שהוא התבלבל כיון שהמנוח נפל עליו ועל כן ירה, לא זה בלבד שאינו יכול להוות ראיה לטובתו נוכח קו ההגנה שבו הוא נקט ומכיון שלא אישר אותו בעדותו בבית המשפט, אלא אף ניתן למצוא בו הודאה מצידו, שהיתה כאן פעולה רצונית, אם כי לא מחושבת מראש, ותוצאה של תגובה מיידית לנפילת המנוח עליו. אין גם מקום להבדיל באופן מלאכותי בין שלילת האקדה והחזקתו כשהאצבע היא על ההדק ובין עצם הירייה. היה כאן מעשה אחד המורכב מכמה פעולות פיזיות ואותו מעשה, החל משליפת האקדה ועד הירייה, לא נעשה שלא מרצונו של המערער, ועל כן הפטור מאחריות לפי סעיף 15(א) של חוק העונשין אינו חל כאן".

ז) נטל הבאת ראיות ונטל שכנוע

נאשם המבקש לטעון, כי פעל מתוך אוטומטיזם, צריך בדרך כלל להמציא עדויות רפואיות לביסוס טענתו. אילו היתה טענה זו מתקבלת גם ללא עדויות כאלה, היה מוטל על הקטגוריה נטל כבד מדי.⁽⁷¹⁾

השופט ברנון פסק במשפט כרמלי:

"כדי להתגער מהאשמה היה על המערער להעלות את טענתו בדבר אוטומטיזם ולהביא ראיות מספיקות שניתן באופן סביר להסיק מהן כי עשה מה שעשה תוך איבוד ההכרה וללא רצייה."⁽⁷²⁾

"Before the question of "automatism" can be left to the jury, a proper foundation for such a defence must have been laid".⁽⁷³⁾

70. ע"פ 88/78 משה ז' מדינת ישראל, פ"ד לד (2) 97.

71. לוי ולדרמן, לעיל הערה 6, בע' 255; וויליאמס, לעיל הערה 2, בע' 1615.

72. ע"פ 415/88 כרמלי ז' היועץ המשפטי, פ"ד כב (2) 803, 804.

73. ראה, כמו כן: R. v. Cottle, שם. R. v. Stripp (1979) 69 Cr. App. R. 318 C.A.,

הנאשם חייב, איפוא, לשאת בנטל הבאת הראיות לכאורה לביסוס טענתו, ואזי יוטל נטל השכנוע לשלילת גירסת העדר הרצייה על התביעה. הצליח הנאשם במשימה זו, ולפחות עורר ספק בלב בית המשפט שאמנם פעל כאוטומט, חחר נטל השכנוע בענין הרצייה אל שכמה של התביעה, שכן חובת ההוכחה של כל יסודות העבירה מוטלת עד הסוף עליה.

מאיך גיסא -

"אם מובאות בפני בית המשפט אבחנות שונות, אשר חלקן מאשרות קיום התנאים המצטברים וחלקן שוללות אותו והן שקולות זו כנגד זו בעיני בית המשפט, משמעות הדבר - לאור נטל הראייה עליו עמדנו לעיל - כי הטוען את טענת ההגנה לא הרים את הנטל הרובץ עליו".⁽⁷⁴⁾

סוגיית האוטומטיזם התעוררה מדי פעם במשפטים בשל נהיגה רשלנית. נהיגה "אוטומטית" והנהיגה "כשעת שינה", הוכרו כהגנות תקפות, אם עלה בידי החולים להוכיח קיומן.

וויליאמס תקף אותן החלטות שנימקו את זיכוי הנהגים בכך שאין לראותם "כנוהגים" כלי רכב, שעה שהיו נתונים במצבים המיוחדים הללו. וויליאמס היקשה: מה עשו חולים אלה, עת ישבו ליד ההגה והסיעו ריכבם? וויליאמס הציע פתרון שונה, היינו: יש לבחון האם הנהגים נהגו כאדם סביב בנסיבותיהם המיוחדות?⁽⁷⁵⁾ דא עקא, שגם פתרון זה לאו פתרון הוא, שכן אין הוא כולל קביעה, האם יש לשחרר חולה כזה מאחריות אם לאו.

ח) דחיית הטענה בהעדר חוות דעת רפואית

משפט כרמי

הנאשם רצח נערה שהוסעה על ידו במכוניתו, על ידי כך שפשט גרבה וחנק אותה. הנאשם העיד כי חשיכה נפלה עליו, כי לא ידע מה עשה וכי לא הבחין בשום דבר. הנאשם הוסיף וטען כי כעבר סבל מתחושות חשיכה דומות וכאבי ראש, והוכחה התנהגות מוזרה שלו בעבר.

הנאשם נעצר שעות ספורות לאחר האירוע, ובהודעתו לאיש המשטרה הוא דיווח על אירוע הרצח לפרטיו: תחושה נוראה תקפה אותו, ולאחריה מין חשיכה, ואז הוא תפס את הנערה השליכה על גבי מושב המכונית, תפס בזרועותיה, פשט גרב מרגלה, כרכו על צווארה, והידק את הגרב. לאתר מכך הוא נשא את גופת הנערה והניחה בצד הדרך. הנאשם נסע לדרכו, ובמהלך הנסיעה חלה תקלה במצבר המכונית, כך שהוא הניחה בשולי הדרך ופנה לביתו ברגל.

74. ע"פ 603/79 קרילסקי נ' מדינת ישראל, פ"ד לד (3) 239, 243.

A. Kruger, Mental Health Law in South-Africa, 1980. Durban: Butterworth, 204.

75. וויליאמס, לעיל הערה 2, בע' 617.

השופט דינינג:⁽⁷⁶⁾

"The evidence of the man himself will rarely be sufficient unless it is supported by the medical evidence which points to the cause of the mental incapacity. It is not sufficient for a man to say "I had a black-out". When the cause assigned is concussion or sleep walking, there should be some evidence from which it can reasonably be inferred before it should be left to the jury. If it is said to be due to concussion there should be evidence of a severe blow shortly beforehand. If it is said to be sleep walking, there should be some credible support for it. His mere assertion that he was asleep will not suffice. Once a proper foundation is thus laid for automatism the matter becomes at large and must be left to the jury".

השופט מוריס הוסיף:⁽⁷⁷⁾

"No medical evidence was adduced which was at all directed to the question whether on the assumption that the appellant was sane he might yet for some reason have acted unconsciously.

The non-medical evidence which was relied on as supporting the suggestion that the appellant had acted in a state of automatism was the evidence of the appellant himself".

עדות זו לא היתה מספקת, לדעת בית המשפט, להוכחת הטענה של האוטומטיזם. בית המשפט העליון, בפסק הדין בענין כרמל⁽⁷⁸⁾ התייחס לפסה"ד בענין ברטי, ופסק:

"נכון, שאין אנו קשורים לדעה זו, אבל יש בה הרבה מחכמת החיים ואינני רואה סיבה מדוע הלכה למעשה לא נהג גם אנו לפיה. אין פירושו של דבר שהגנה של אוטומטיזם אינה יכולה להתקבל בשום מקרה בלי עדות רפואית, מה שעולה בעצם גם מהציטוט דלעיל. ייתכן מקרה נדיר שבו יהיה מוכן בית המשפט לקבל הגנה כזאת, על סמך עדויות אחדות, ואולי אף על פי עדותו של הנאשם בלבד כשהיא מכילה הסבר מתקבל על הדעת להתרחשות. אבל ברור כי בדרך כלל בלי עדות רפואית מסייעת תהא זו משימה לא קלה מצד הנאשם לקעקע את האשמה שלכאורה הוכחה בעדויות התביעה ולפחות לעורר ספק בנכונותה בלב השופט היושב לדין".

הלורד גודרד פסק בענין הדיסון-אוון, שאין זה די להגנה, לסמוך טענת אוטומטיזם על סיפורו של הנאשם, שלא נתמך בעדות רפואית כלשהי, ומה גם שניכר היה בגירסה, כפי שנטענה, דבר אבסורדיותה. במקרה הנדון פרץ

.76 שם, בע' 535.

.77 שם, בע' 537.

.78 ראה לעיל הערה 72.

הנאשם לרכב שחנה ליד בית, גנב מפתח הבית מתיק שהיה מונח ברכב, נכנס לבית על מנת לבצע בו גניבה, ונתפס על ידי בעלת הבית. טענת הנאשם על אתר היתה שהוא מחפש מקום מגורים. כשזומנה המשטרה נס הנאשם. הערכאה הראשונה הרשיעה את הנאשם, ואילו ערכאת הערעור זיכתה אותו, בגין פגם שנפל בדיון, שכן הערכאה הראשונה איפשרה להציג, במהלך הדיון, את הרשעותיו הקודמות של הנאשם, שהיה פורץ ותיק, אף כי טענתו היתה אוטומטיזם (ולא ששהה מרצונו בבית). אולם בהתייחסו לטענת האוטומטיזם שהועלתה על ידי הנאשם, ציין בית המשפט לערעורים שטענת הנאשם הינה אבסורדית.⁽⁷⁹⁾

בית משפט באנגליה פסק בדרך דומה, בפרשת Hill V. Baxter:

"I do not doubt that there are genuine cases of automatism and the like, but I do not see how the layman can safely attempt without the help of some medical or scientific evidence to distinguish the genuine from the fraudulent".⁽⁸⁰⁾

פרשה זו, עניינה היה הנאשם אשר נהג ריכבו, חלף דרך צומת מבלי לציית לתמרור "עצור" והתנגש ברכב אחר. הנאשם העיד כי הוא לא זכר דבר משלב מסויים, לפני הגיעו לאותו צומת, ואילך. הערכאה הראשונה נתנה אימון בעדות הנאשם, קבעה שלא היה בהכרה שעה שחלף בצומת, ולפיכך לא היה מסוגל ליצור כוונה שתביאנו לכלל נהיגה.

לדעת שופטי הערכאה הראשונה אבדן הזיכרון יכול היה להצביע רק על כך שהנאשם נתקף בחולי ללא אזהרה מוקדמת.

בית המשפט לערעורים ביטל זיכוי של הנאשם.

השופט Goddard פסק:

"There was in fact no evidence except that of the respondent, and while the justices were entitled to believe him, his evidence shows nothing except that after the accident he cannot remember what took place after he left Preston Circus. This is quite consistent with being overcome with sleep or at least drowsiness. That drivers do fall asleep is a not uncommon cause of serious road accidents and it would be impossible as well as disastrous to hold that falling asleep at the wheel was any defence to a charge of dangerous driving. If a driver finds that he is getting sleepy he must stop. In this case, however, I am content to say that the evidence falls far short of what would justify a court holding that this man was in some automatous state. There was no evidence that he was suffering from anything to account for what is often called a "black-out" and

R. v. Harrison-Owen (1951) 2 All E.R. 726, 728.

.79

.80 לעיל הערה 47.

which probably, if genuine, is epileptic in origin. Nor was there any evidence that he had ever had an attack of this description before. As I have said, his own evidence, and that is all there was, is consistent with having fallen asleep, or having his mind full of other matters and not paying proper attention. A defence of automatism is in effect saying that the accused did not know or appropriate the nature and quality of his actions, so it is getting very near a defence of insanity".

(ט) דחיית הטענה חרף חוות דעת רפואיות

בית המשפט יהא נוטה לקבל טענת אוטומטיזם המסתמכת על חוות דעת רפואית.⁽⁸¹⁾ בית המשפט יתן לחוות דעת מוסמכת את מלוא משקלה, בכל הקשור לצד הרפואי המקצועי, הנהיר לרופא ולא לשופט. בית המשפט יימנע מלהתערב בחוות הדעת, באין נראית לו סיבה לעשות כן.⁽⁸²⁾ שונה הדין מקום שהרופא ביסס חוות דעתו על מימצאים עובדתיים בלתי נכונים.

משפט חמיס⁽⁸³⁾

המשטרה נערכה לסייע לעירייה לבצע צו הריסה בשיפולי שכונת מלחה בירושלים. תושבי השכונה הגיבו בצורה חריפה, ובשלב מסויים עלה המערער על טרקטור של העירייה, שהובא לצורך ביצוע ההריסות, והחל נוהג בו. תחילה הסיע המערער את הטרקטור לעבר מכונית משטרה, דחפה והפכה. לאחר מכן הוא נוהג את הטרקטור לעבר השוטרים שעמדו בסביבה, והללו נמלטו לכל עבר. המערער הספיק להפוך מיובוס משטרתו, ולהרוס עמוד חשמל, ואז נורה ברגלו, נתפס והועבר לבית חולים. המערער הואשם בנסיון רצח ובעבירות נוספות, וטענת ההגנה שהועלתה על ידו היתה "אוטומטיזם". טענה זו נסמכה על כך, שבמהלך נסיעת המערער עלה השוטר אלמליח על הטרקטור, ולאחר שהפצרותיו לחדול מנסיעה עלו בתוהו, הוא חבט בראשו של המערער. לאחר מכן נפל השוטר ארצה, המערער המשיך בגסיעה עד שנורה, כאמור, ובבדיקה רפואית שנערכה לו בבית החולים אובחנו אצלו זעזוע מוח וחתכים קרועים בקרקפתו.

בית המשפט ניתח את עובדות המקרה:

הוכח כי המערער הסיע את הטרקטור לעבר הרכב המשטרה הראשון, עוד בטרם הופעל עליו כח כלשהו, ובהיותו בהכרה מלאה – אף לטענתו הוא. השוטר אלמליח העיד, ובית המשפט נתן אמון בדבריו, כי כאשר הפציר

81. בג"צ 87/59 דוויק נ' שר המשטרה, פ"ע מ"א 165, 166.

82. ע"א 167/59 דוחובין נ' שורץ, פ"ד י"ג 1233, 1234.

83. לעיל הערה 8.

במערער לחדול ממעשיו, הלה הגיב: "אני אמרתי שאני אהרוג-אהרוג. אתם לא תהרסו לי את הבית".

רב־פקד גודלמן העיד, ובית המשפט נתן אמון בדבריו, כי לאחר שהמערער עצר את הטרקטור, הוא הודיע לעד: "עכשיו אתם יכולים להרוג אותי. את שלי עשיתי".

בית המשפט קבע: "דיבוריו הנ"ל של המערער, מן הנמוע שהם נאמרו על ידי אדם מחוסר הכרה ויכולת מחשבה, והם טופחים על פני תיות האוטומטיזם". פקד קליג העיד, ובית המשפט נתן אמון בדבריו, כי כאשר ביקר את המערער בבית החולים, ושאלו: "מה קרה?", ענה לו המערער: "אני עמדתי על יד מקום האירוע כשראיתי שוטרים מכים את בני, אני קיבלתי קריזה... עליתי על שופל והתחלתי להפוך מכוניות משטרה".

נוכח העדויות הללו הגיע בית המשפט לכלל מסקנה כי המערער ביצע את המעשים המיוחסים לו, בהיותו נתון במצב של הכרת הנועשה אתו ומסביבו, ובעל כושר לשלוט על תנועותיו.

בית המשפט התרשם כי המניע שדחף את המערער להתנהג כפי שהתנהג, מקורו היה בחימה שבערה בו למראה הכאת בנו הקטין על ידי השוטרים. הסנגוריה העלתה על דוכן העדים שני פסיכיאטרים מומחים, שחיוו דעתם כי דבר היותו של המערער נתון במצב של אוטומטיזם בעת נהגו בטרקטור היה בגדר אפשרות קרובה.

הערכאה הראשונה בחרה להסתמך על חוות דעתו של אחד מן השניים, דר' ליטמן, כך שערכאת הערעור הסתפקה בבחינת עדותו של זה.

בית המשפט מצא שדר' ליטמן השתית עדותו על תיאור המקרה, כפי ששמע אותו מפי המערער, וכי היה פער משמעותי בין תיאור זה לבין מה שקרה בפועל, במציאות.

במהלך המשפט הציג התובע לפסיכיאטר את התיאור הנכון של ההתרחשויות, ואזי הודה הפסיכיאטר כי – "במצב של אוטומטיזם, אדם לא יפעל כל כך ברור, ויעשה את כל הפעולות המוגדרות, מכוונות עם תשובות, עם שאלות – זה צריך להיות אדם בהכרה מלאה או בשליטה מוחלטת על הכל".

אין תימה שבית המשפט פסק: "דברי התשובה הללו סותרים את הגולל על הגנת האוטומטיזם".

השופט אגרוט קבע:

"המצב שבו היה הפועל נטול הכרתו עד כדי איבוד שליטה על תנועות גופו ואיבריו הינו מצב יוצא־דופן שכן אדם מוחזק, על פי הרגיל, כמי שהיה בעל כושר במידה המספיקה לשלוט על כוח רצונו ולהימנע ממעשי העבירה המיוחסים לו, ולשאת איפוא באחריות עליהם, על כן, מקום שנאשם במשפט פלילי מבקש להתנער מאשמה על סמך טענת אוטומטיזם, מצווה בית המשפט לבחון אותה בזהירות רבה, כדי שלא יולך שולל על ידי מה שלאמיתו

של דבר איננו אלא – כלשון המלומד J.E. Hall Williams (ברשימתו בכתב העת Modern Law Review כרך 25, ע' 231 232) – "המפלט האחרון של הגנה הנדונה לכשלון מראש".
בית המשפט ידחה חוות דעת רפואית מקום שההתנהגות בפועל אינה תואמת את התזוזה הרפואית המוצעת."

משפט לדאני⁽⁸⁴⁾

המעורר ירה באחייו שתי יריות מאקדה, וכתוצאה מהיריות נפטר המנוח. המחלוקת בין הצדדים היתה, האם בשעת היריות לקה המעורר בעירפול הכרה רגעי, ומחמת מצב נפשי זה לא היה באפשרותו ליצור רצון או כוונה להמית.

מומחה מטעם ההגנה, פרופ' קולצ'ר, תיווה דעתו כי בעת היריות אירע, כנראה, אצל המעורר ערפול הכרה רגעי, שאורכו איננו ידוע, וכי היריות נורו במצב של ערפול הכרה זה.

המומחה ושאל לפשר אי ההתאמה, בין הדברים שאמר לו המעורר בעת הבדיקה, לבין התאור המפורט שמסר במשטרה, והוא ניסה להתמודד עם הניגוד הזה כך:

"הניגוד המצוין עלול להיראות כמו הגנה של אדם המבקש לברוח מאחריות. אך מבחינה פסיכיאטרית ידוע היטב שלערפול ההכרה יש תנודות מהירות בדרגת העירפול. כמו כן האממיה גם כן מתחלפת בתקופה קצרה בתוך ואחרי הערפול. יתכן מאד שמיד אחרי האירוע זכר פרטים שהאממיה כיסתה אותם בעת שיחתי עמו. על כל פנים, על סמך האנלוגיה מהספרות קיימת סבירות גבוהה שהכרתו של הנאשם היתה מצומצמת ומעורפלת בשעת מעשה תחת רגשות אגריסיביים-קיצוניים שנבעו ממתלתו".

ביהמ"ש דחה הסבר זה:⁽⁸⁵⁾

"אין זה די לציין, כי המדע הרפואי או הספרות המקצועית מכירים אפשרות כזאת במקרים מסויימים, כדי להסיק בדרך של "ספקולאציה" כי זה אשר קרה במקרה הקונקרטי. משבא בית המשפט להכריע בשאלה כגון זו, מוטל עליו לבחון ולשקול לא רק את חוות הדעת של המומחים, אלא גם את יתר הראיות, אשר באו לפניו ואת הממצאים העובדתיים שהוכחו, וכולל מעשיו של הנאשם והתנהגותו. מסקנת בית המשפט מוסקת ממכלול הראיות, שתווה הדעת הרפואיות הן רק חלק מהן, ומשנמצא כי המעשים וההתנהגות אינם משתלבים עם התזוזה הרפואית המוצעת, ובית המשפט מוצא, כי ההפרעות הנפשיות אינן מגיעות כדי מחלת נפש במובנה המשפטי, כי אז עשויה הדעה הרפואית להישאר תלויה על בלימה".

84. ע"פ 870/80 לדאני נ' מדינת ישראל, פ"ד לו (1) 29.

85. שם, בע" 35.

בית המשפט מציין כי:

"בהודעתו במשטרה סיפר המערער בפרוטרוט על התרחשויות אותו ערב במלואן, והוא עצמו לא הותיר כל מרווח של זמן עד ליריות, שבו אירע לו כביכול, עירפול ההכרה, שבגינו לא זכר מעשה או תגובה משלו: ...התפתח ויכוח בינינו ואז התרגזתי ויריתי עם האקדח לאתר שהוצאתי אותו מהמכנסיים. לא זכר כמה יריות יריתי ולא זכר מה אירע בדיוק באותו זמן כי איבדתי את החושים שלי. לאחר שיריתי את היריות לא שמתי לב באם פגעתי במיכאל או במישהו אחר, אלא יצאתי מהבית בריצה לכוון המכונית שלי והאקדח אותו זמן היה ביד שלי..."

בית המשפט הדגיש:

"זהו תיאור מלא, ממנו עולה, כי הוויכוח, הרוג, הוצאת האקדח והיריות נעשו בהכרה מלאה. אי הידיעה אם האח נהרג או נפגע, אינה נובעת מעירפול הכרה, אלא מאי תשומת לב, משום שהמערער ברח בחיפזון".

(י) סיכום

מכל המקובץ למעלה ניתן ללמוד ולסכם כי –

- א. קיימת הבחנה בין הגישות של הרפואה והמשפט לתופעת האוטומטיזם וממילא קיים שוני בהגדרות התופעה. שוני זה הינו לגיטימי, אולם הוא מחייב מדעיות, ידיעה והבנה.
 - ב. האוטומטיזם אינו בבחינת מחלה אלא תופעה, ששוים ורבים הם גורמיה. מכאן, שהמשפט עשוי לפטור מאחריות פלילית נאשמים שפעלו בהיותם שרויים במצב של אוטומטיזם, בנסיבות או בדרגות מסויימות, ושלא לפטרם מאחריות בנסיבות או בדרגות אחרות.
 - ג. ניתן לסווג את תופעות האוטומטיזם על פי הטיפול היאה, מן הבחינה הרפואית, לנאשמים (כסווגו של השופט בזק).
 - ד. ניתן לנקוט בסווג של אוטומטיזם "שפוי" ו"בלתי שפוי".
 - ה. ראינו כי נהוג לכלול, במסגרת האוטומטיזם "השפוי", תופעות ומחלות כגון: רפלקס, הלם, סכרת, גידול במוח, היפנחה, סהרוריות, אפילפסיה והינתקות.
 - ו. ואחרון חשוב: הרשימה הנ"ל אינה סגורה. אין לשלול אפשרות שאנשי הרפואה יגלו מקור אחר, נוסף, לתופעת האוטומטיזם, ומאידך גיסא, יתכן שנסיון החיים והפרקטיקה הרפואית יצביעו על התנהגות נאשם כנובעת ממצב נפשי של אוטומטיזם.
- ברם, קביעה כזו חייבת להעשות על סמך ממצאים עובדתיים, ולא מכוח ניחוש גרידא.

- ז. האדם הפועל כאוטומאט הינו נטול רצון. שיטת משפט הקובעת את אלמנט הרצייה כמרכיב הכרחי של הגדרת העבירה, והמטילה אחריות רק על עברייין שפעל מרצון, אמורה לאמץ לעצמה את האוטומטיזם כטענת הגנה לגיטימית.
- ח. בתי המשפט מאוחדים בדרישתם, כי, בדרך כלל, תיתמך טענת אוטומטיזם בחוות דעת רפואית, על מנת שיאותו לאמצה.
- ט. חוות דעת רפואית אינה בבחינת "כזה ראה וקדש". בית המשפט חייב להפעיל שיקול דעתו, והרשות נתונה לו לדחות חוות דעת מקצועית, אם היא משוללת הגיון או מקום שהיא מבוססת על ממצאים בלתי נכונים. לשון אחר: השופט אינו אוטומט, והוא אינו אמור לאמץ לעצמו הגנת אוטומטיזם בלא שיהא משוכנע, עובדתית ומשפטית, בנכונותה.

הקשר הסיבתי בעבירות התרשלות - היכן הגבול?

(ע"פ 576/81 בן שמעון נ' בודה ואח', פ"ד ל"ח (1)3¹)

תא"ל אמנון סטרשנוב*

* הפרקליט הצבאי הראשי
1. להלן ענין בן שמעון.

מבוא

הלכה פסוקה היא שיצאה מלפני ביהמ"ש העליון כי אין התערבותו של גורם זר מנתקת את הקשר הסיבתי המשפטי בין התנהגות המזיק הראשון לבין התוצאה הסופית, כל עוד היתה התנהגות זאת בגדר הציפיות והחזות מראש של אדם ברדעת סביר.² לענין זה אין חשיבות עקרונית אם המדובר בהתנהגות רשלנית או מכוונת ומודעת מצד הגורם הזר המתערב, כל עוד נמצאת התנהגות שכזאת בגדר הציפיות הסבירה.³

המגמה שהסתמנה בפסיקת ביהמ"ש העליון עד כה נטתה שלא לנתק את הקשר הסיבתי כאשר התנהגות הגורם הזר המתערב היתה רשלנית ביסודה, אף אם המדובר ברשלנות רבתי. כך למשל בענין סעי' 4 קבע ביהמ"ש העליון את אחריותו לתאונה של המשיב אשר יצא לעקיפה בדרך לא פנויה, למרות שנהג הרכב שבא מולו והתנגש בו נסע במהירות מופרזת ביותר ואף לא היה ברשותו רשיון נהיגה, ובכך קיבל את ערעור המדינה. לעומת זאת, במקרים בהם היתה התנהגות הגורם המתערב רצונית ומכוונת, קבע ביהמ"ש העליון כי התנהגות שכזאת איננה יכולה להיות בגדר הצפייה של האדם הסביר שהתרשל ועליכן ינותק הקשר הסיבתי בין המעשה הרשלני לבין התוצאה. כך, התנהגותו של אדם שבידיו הופקד נשק כדין והוא מבצע בו רצח, כשלא היה ידוע קודם לכן על כוונותיו או מניעיו של אותו אדם ולא ניתן היה לחזות מראש את השימוש בנשק למטרות עוולה, מנתקת לחלוטין את הקשר הסיבתי בין התרשלות חברת השמירה שהפקידה הנשק בידיו לבין התוצאה הקטלנית.⁵

ענין ברשמי

בענין בן שמעון הרחיב ביהמ"ש העליון את מכתן הצפיות הרחבה ניכרת תוך שהיב את המדינה באחריות למעשה התרשלות של שלוחה, למרות התערבות מודעת ומכוונת של גורם שלישי.

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

2. ע"פ 402/75 אלגביש נ' מדינת ישראל, פ"ד ל(2) 561.

3. ע"פ 688/79 יזבק נ' קובטני, פ"ד ל"ז (1) 785.

4. ע"פ 482/83 מדינת ישראל נ' סעיד, פ"ד ל"ח (2) 532.

5. ע"פ 755/76 משמר נ' עישא, פ"ד ל"ג (2) 656, ע"פ 350/77 ביתן בעמ' נ' וייס ואח', פ"ד ל"ג (2) 785.

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

ביהמ"ש העליון קבע כי "משחקי ילדים בנשק הינם התרחשות צפויה מהתרשלותו של ברדה (המשיב מס' 1). על כן אחראי ברדה לנזק שנגרם תוך כדי משחק הילדים, גם אם המשחק הספציפי אותו הם שיחקו לא היה צפוי".⁶ ביהמ"ש העליון, מפי כב' השופט א. ברק, הגיע למסקנה כי במקרה הנדון לא נותק הקשר הסיבתי עפ"י כל שלושת המבחנים שצוינו לעיל וכי לא היה ב"משחקי המלחמה" של המערער וחבריו כדי לפטור מאחריות את המשיבים. ובלשונו של ביהמ"ש:

"מי שצריך לצפות לכך שהנערים ימצאו בקרבתו של סיכון הנוצר על-ידי שימוש בכלי נשק, אינו משתחרר מאחריותו, מקום שהילדים עושים את שצפו כי ייעשו, אף אם משמעות הדבר, כי פעולתם הספציפית היא חריגה ויוצאת דופן" (ההדגשה שלי - א.ס.).

עד כאן לשון פסק-הדין, בו נתקבל הערעור והמדינה תויבה בנזיקין (האם אך מקרי הוא כי בחוברת בו פורסם פסה"ד נכתב, משום מה, כי הערעור נ ד ח ה...??)

משמעות פסק-הדין והשלכותיו

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

6. ענין בן שמעון, הערה 1 לעיל, בע' 10

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

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

בענין אוחנה נטל חייל צה"ל ללא רשות ממחנה יחידתו מספר רימונים והשליך אחד מהם לתוך מועדון "בר-אוריאל" בנתניה. הוגשה תביעה בנויקין כנגד החייל ומדינת-ישראל. ביהמ"ש העליון יצא מתוך הנחה כי אכן היתה "איר-השגחה מספקת על סדרי העבודה במחסן התחמושת שאיפשרה למשיב לגנוב רימונים אחדים..." ועל-כן היתה רשלנות של המדינה. עם זאת קבע ביהמ"ש העליון (כב' השופט מ. בייסקי) כי "מעשהו של המשיב בהטילו רימון אל תוך מועדון הומה אנשים היה כה בלתי שגרתי באופיו וכה מהריד בביצועו ובתוצאותיו, עד כי על-פי השכל הישר ודאי שאין להסבירו". לדעת ביהמ"ש, המעשה הרצחני של המשיב לא נמצא בתחום הצפייה מראש של המדינה ולא צריך היה להיות נצפה ועל-כן נעדר הקשר הסיבתי בין רשלנותה של המדינה לבין הנזק שנגרם למערער שנפגע והמדינה אינה חבה במזיקין.

פס"ד אוחנה לא צוטט על-ידי ביהמ"ש העליון בפס"ד בן-שמעון (כב' השופט א. ברק ישב בדין בשני התיקים) וסבורני כי קשה ליישב בין השניים, לפחות בכל הנוגע להרחבתו הקיצונית של מבחן הצפייות. בפס"ד אוחנה קבע ביהמ"ש העליון, ולדעתי בצדק רב, כי "מאחר והגורם הראשון לא ידע ולא חייב היה לדעת

7. ע"א 796/80 אוחנה נ' אברהם ומדינת ישראל, פ"ד ל"ז (4) 337.

על העלול להתרחש היה המעשה בלתי צפוי. מעשהו של המשיב היה רצוני ומחושב (ההדגשה במקור – א.ס.) ומתוך תודעה מובהקת ומלאה של הסיכון. יתר על-כן, לא זו בלבד שמעשהו של המשיב היה מחוץ לגדר תפקידו, אלא עצם הגניבה היה מעשה עבירה חמור, שאילו התגלה במועדו היה נותן עליו את הדין" (שם, עמ' 346). למדבה הצעד, לא יושם מבחן זה באותן אמות-מידה לגבי מסכת העובדות בפרשת **בן-שמעון**. מבלי להתעלם מכך שבמקרה **אוחנה** המדובר היה במעשה ודוני של השלכת רימון לתוך מועדון הומה אדם ואילו בפרשת **בן-שמעון** המדובר היה ב"משחקי מלחמה" בנשק, מתוך מודעות ורצון, אם כי לא מתוך זדון, עדיין נשאלה השאלה מדוע אין אותן אמות-מידה באשר לציפיות המתרשל בשמירת כלים מסוכנים וקטלניים חלות באותה מידה, כאשר בכל מקרה, מעשי עוולה בשימוש בנשק צפויים וידועים ומתו?

בפרשת **בן-שמעון** ביצעו הנערים (בני 15) שורה ארוכה של מעשים מכוונים ומחושבים עת פרצו לתוך המועדון, עקרו את דלת חדר הנשק, שברו את מנעול הכוונה, השתעשעו בנשק מספר ימים במשחקים אסורים ולאחר מכן ידו בו לעברו של המערער תוך כדי משחק, בעת שהלה מנסה למצוא מקום מיסתור. סבורני כי ניתן גם ניתן לומר שהמעשים המתוארים לעיל הרגו זה מכבר הרבה מעבר לתחום היסוד הנפשי של ההתרשלות וחדרו עמוק אל תוך תחום הכוונה הפלילית, דהיינו, המעשה היה "רצוני ומחושב ותוך תודעה מובהקת ומלאה של הסיכון", כלשון ביהמ"ש בפרשת **אוחנה**, ועל-כן, עם כל הכבוד, בלתי צפוי ובלתי חזוי. ואם תמצי לומר, כדעת ביהמ"ש בפס"ד **בן-שמעון**, כי כל שימוש בלתי חוקי בנשק שנגנב מתוך מחסן נשק או מועדון גדנ"ע חייב להיות צפוי על-ידי האדם הסביר ולכן יגרור הטלת אחריות פלילית על המתרשל בשמירתו – מן הדין היה, אולי, לחייב את המדינה בפרשת **אוחנה** באחריות לתוצאות זריקת הרימון, שכן אך טבעי, סביר, צפוי וחזוי הוא שגניבת נשק נועדה לשימוש פלילי, כפי שתואר לעיל. אם מסכת העובדות בפרשת **בן-שמעון** היתה שונה במקצת והנערים היו מסתייעים בנשק לצורך ביצוע שוד של המערער ותוך כדי-כך הוא היה נורה על-ידם, כלום ניתן היה לייחס לאחראי על המועדון ולמדינת-ישראל כשולחתו את האחריות בנויקין לאירוע? התשובה לכך, כך סבורני, חיובית עפ"י הילכת **בן-שמעון** אם כי שלילית עפ"י פס"ד **אוחנה**.

האספקט הפלילי

מכאן לאספקט הפלילי של הרחבת מבחן הציפיות כפי שהוא בא לידי ביטוי בפס"ד **בן-שמעון**, שכן חובת הזהירות הנדרשת עפ"י דיני הנויקין זהה במהותה ובהיקפה לחובת הזהירות הנדרשת בעבירות של התרשלות במשפט הפלילי. התוצאה המתבקשת, למיטב הבנתי, מפס"ד **בן-שמעון** הינה אחריותו הפלילית של האחראי על מועדון הגדנ"ע לפציעתו של המערער או אף לתוצאה קיצונית

יותר, אילו אירעה כזאת. מאחר והאחראי התרשל כאמור, התוצאה של פגיעת המערעד בנסיבות בהן נפצע היתה צפויה לפי קביעת ביהמ"ש וממילא ניתן היה להרשיעו בעבירה פלילית של פגיעה או אף גרימת חבלה.

בע/356/84 טור' זרביב נ' התצ"ר הורשע הנאשם על-ידי ביה"ד הצבאי לערעורים בעבירה של אי-שמירתו של רכוש צבאי שהוא נשק. הנאשם השאיר את נשקו האישי מסוג רוס"ר גליל ר2 מחסניות בתוך חדר במרכז הטכנולוגי בירושלים. הנשק נגנב מתוך החדר, אליו היתה גישה לאנשים שונים, על-ידי השומר הערבי במכללה ושימש מאוחר יותר לרצח 2 מטיילים ישראלים סמוך למזרזר קרמיון. הנאשם הועמד אמנם לדין בגין עבירת אי-שמירתו של הנשק, כאמור, אך ניטשה מחלוקת עזה בין הצדדים האם ניתן להביא לדיענת ביה"ד הצבאי, לצורך מידת העונש, את התוצאות הקטלניות של השימוש בנשק הנ"ל. ביה"ד הצבאי לערעורים לא נזקק לסוגיה זו לגופו של ענין ועתה, לאור פס"ד בן-שמעון נשאלת השאלה האם יכולה היתה התביעה לייחס לנאשם, בדרך זו או אחרת, את התוצאה הקטלנית שאירעה חזאת עפ"י מבחן הציפיות הרחב שנקבע בפס"ד בן-שמעון. מאחר והשימוש הקטלני והבלתי חוקי בנשק הינו בגדר ציפיותיו של האדם הסביר המתרשל בשמירת נשק, האם ניתן לייחס לו מעתה ואילך כל תוצאה צפויה ואפשרית, אפילו תהא רחוקה עד מאד מעצם ההתרשלות גופה? חייל השוכח נשק בתוך אוטובוס, הנשק נגנב ומשמש אחרים בביצוע עבירות פליליות - הישא החייל באתריות לעבירות אלה וממילא תחוייב המדינה באחריות נזיקית כלפי הנפגע? היישא החייל באחריות אם הנשק, עליו היה אתראי ושבשמירתו התרשל, נגנב על-ידי נערים בני 15 אשר מצאו תחמושת מתאימה והחלו ב"משחקי מלחמה" שבמהלכם נפגע או נהרג מי מהם? האם יהיה זה צודק או הגיוני לייחס לחייל כזה עבירה של גרימת מוות?

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

דינו של חייל המתרשל בשמירת רכוש צבאי שהוא נשק הינו שנתיים מאסר (סעיף 80(א) לחוק השיפוט הצבאי, תשט"ז - 1955). דינו של אזרח העושה מעשה פזיזות ורשלנות לגבי חומר נפץ או כלי-ידיה שברשותו הינו שלוש שנות מאסר (סעיף 338(5) לחוק העונשין, תשל"ז - 1977) ועוד כיוצא באלה סעיפי חוק המטילים אחריות ישירה על אדם בצד רמות ענישה מתאימות. לא הייתי רואה לנכון ולראוי להוסיף לייחס לאדם אחריות משפטית גורפת ומרוחקת למעשים שהצטרפו לרשלנותו הראשונית, ואין הם בגדר מעשה רשלני נוסף גרידא שניתן לחזותו ולצפותו מראש והוא אף איננו קרוב מבחינת התרחשותו. אין להחיל אחריות פלילית ללא מעשה וללא הוראת דין מפורשת. הכלל חייב להיות ש"איש בהטאו יענש" ולא בהטאיהם של אחרים.

מבחני עזר לקביעת הקשר הסיבתי

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

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

א. מבחן היסוד הנפשי; ככל שהיסוד הנפשי הנדרש לצורך ביצוע העבירה אותה עובר הגורם חזר המתערב יהיה גבוה יותר, כן **תיקטן** אחריותו הראשונית של המתרשל והנטייה לקביעת ניתוק הקשר הסיבתי או העדרו – תיגבר.

כאשר הגורם המתערב פעל מתוך התרשלות גרידא, ניתן יהיה במרבית המקרים לייחס למתרשל הראשון את האחריות לתוצאה, כל עוד זו נמצאת בתחום הציפיות והחזות מראש של האדם הסביר. מאידך – כאשר הגורם המתערב פעל מתוך יסוד נפשי גבוה יותר של פזיזות, או מתוך "רצון וחישוב" ובדאי מתוך זדון, חייבת הנטייה להיות לעבר העדר קשר סיבתי משפטי, אף באותם מקרים בהם ניתן לומר כי המעשה הנוסף היה בגדר הציפיות הסבירה והחזות מראש.

ב. מבחן ריחוק הנזק; ככל שהנזק **מרוחק** יותר מהמעשה הרשלני הראשוני והגורם או הגורמים המתערבים ביצעו מספר פעולות רבות ומסובכות יותר כן **תיקטן** הנטייה לקבוע קיומו של הקשר הסיבתי.

חייל המפקיד נשק טעון ולא נצור ללא השגחה והנשק נמצא על-ידי גורם מתערב הלוחץ על ההדק וגורם למותו של אדם אחר – ניתן לראות החייל כאחראי לתוצאה הקטלנית והקשר הסיבתי לא ינותק. אותו חייל ששכח את הנשק בלתי טעון וללא תחמושת, הנשק נלקח על-ידי אחרים שטיפלו בו, טענו אותו בתחמושת, השתעשעו בו מספר ימים ולבסוף הפעילוהו תוך כדי משחק, מתוך מזדעות לסכנה הטמונה בו, ונגרם אסון – ספק רב אם ניתן לייחס למתרשל הראשון את האחריות לתוצאה הסופית.

ג. מהותו ואפיו של הגורם המתערב; מטבע הדברים כאשר המדובר בילדים, גדולה יותר תובת הזהירות כלפיהם ואחריותו של המתרשל תיגבר. כך, למשל, הפקרת נשק ליד בית-ספר או בבית-חולים לחולי-נפש, מקום בו ישנה גישה קלה לגורמים שהינם נטולי יכולת להבחין ולהיות מודעים לסיכון

הטמון במעשיהם, תיגרור בעקבותיה אחריות כבדה יותר. מאידך, כשהמדובר באנשים מבוגרים (אולי אף בנערים בוגרים בני 15-16) הערים והמדעיים למרכיבי התנהגותם ולסכנות הצפויות מטיפול בנושק - כך תיקטן אחריותו של המתרשל הראשוני.

ד. היחס בין מידת הרשלנות לבין מידת המעורבות של הגורם הזר; ככל שמידת הרשלנות של המתרשל הראשון גבוהה יותר ולעומתה מידת המעורבות של הגורם הזר קטנה יותר, כך תהיה נטייה לקבוע מידת-אחריות רבה יותר של המתרשל, ולהיפך.

יש לשקול בכובד-ראש את מרכיבי הרשלנות מחד-גיסא לעומת פעולותיו "המתערבות" של הגורם הזר, מאידך-גיסא. כך, אין דין אדם המשאיר מחסן נשק כשדלתו פתוחה מבלי לנעלה או כשהנשק המצוי בכנות אף הוא לא ננעל כנדוש, כדין אדם המחזיק נשק שבאחריותו כשהוא נעול בתוך כנה הנמצאת בתוך חדר נעול, אלא שאחד מחלונות המבנה כולו היה פרוץ. מבחן השכל הישר, ההגיון והמדיניות המשפטית הראויה מצדיקים, במקרה הראשון להטיל אחריות גדולה יותר על המתרשל הראשון שכן רשלנותו גבוהה יותר בנסיבות המקרה.

מאידך, עפ"י אותן אמות-מידה, ספק רב בעיני אם ניתן להטיל על המתרשל השני את אותה אחריות רחבה ומקיפה, כאשר לצורך התוצאה הסופית (כמו בפרשת **בן-שמעון**, לדוגמא) היה על הגורם המתערב לפרוץ את המועדון, לנתק את הדלת ממקומה ולפרוץ את כנת הנשק ולכך נוספו מאוחר יותר "משחקי המלחמה". במקרה שבוה - נוכח הרשלנות הגמוכה למדי של המתרשל הראשון לעומת המעורבות האינטנסיבית ורבת ההיקף של הגורם הזר, קיימת הצדקה מלאה לדעתי, לנקוט גישה מצמצמת ביותר בהטלת האחריות על המזיק הראשון דוקא לכל השתלשלות האירועים שקרו לאחר מכן, כולל לאירוע הנזק הסופי.

אחרית דבר

נוכת ההרחבה הניכרת שחלה בעת האחרונה בפסיקת ביהמ"ש העליון בכל הנוגע למבחן הצפיות כגורם מכריע בקביעת הקשר הסיבתי המשפטי בין ההתרשלות לבין התוצאה המזיקה, מוצע לתזור ולבחון האם זו אכן הדרך הראויה והרצויה מבחינת המדיניות המשפטית הנקבעת על-ידי ביהמ"ש העליון בדרך של חקיקה שיפוטית. יתכן כי בפרשת **בן-שמעון**⁸ עמדה לנגד עיניו של ביהמ"ש העליון במידה רבה בעיה של "צדק חברתי" - דהיינו, נער בן 15 שנפגע קשות בראשו, צפוי לנכות קשה עד סוף ימי חייו - ואין מי שיושיע בידי ויממן את צרכיו,

8. השווה עוד ע"א 145/80 ועקנין נ' מדינת ישראל, מ"ד ל"ז (1) 113.

כשמהצד האחר ניצבת המדינה על כל משאביה. אולם גם אם התוצאה שאליה הגיע ביהמ"ש העליון בפרשת ברשבע נראית ממבט ראשון "צודקת", אולי, מבחינה חברתית, ספק בעיני אם קיימת הצדקה משפטית להרחבה כה ניכרת של המבתנים הקיימים לכיוון טובתו ותועלתו של הפרט (הניזוק) על-חשבון הכלל (המדינה). על אחת כמה וכמה אמורים הדברים כשמדובר בהרחבת האחריות הפלילית בדרך של חקיקה שיפוטית.

מן הראוי, איפוא, להשיב את מבחן הצפיות לד' אמותיו, לא להרחיבו יתר על המידה ולבחון כל מקרה ומקרה לנסיבותיו על-פי אמות-מידה של הגיון ושכל ישר. כפי שנקבע על-ידי כב' השופט ברק בענין ועקנין.⁹ "יש לזכור כי לא כל נזק צפוי (מבחינה פיסית) הוא נזק שיש לצפותו (במישור הנורמטיבי)". ולכאן יפים גם דברי ביהמ"ש העליון מלפני כ-20 שנה, מפי כב' השופט ויתקון.¹⁰

"אין דין שכל יצירת סיכון מטילה על אדם אחריות לכל תוצאה מזיקה שתגרום בעקבותיה, אפילו אפשר לחזות תוצאה כזאת מראש... בחברה בת-זמננו, התלויה לקיומה בשימוש באמצעים מכניים, על אף הסכנה הכרוכה בשימוש זה, אין מנוס מהצבת גבולות לכלל, שאדם אחראי לכל נזק הנובע במישורן מסיכון שנוצר על-ידיו".

9. שם, שם.

10. ע"א 333/56 סולל בונה ל תוציה, פ"ד י"ב 619, 622.

מעמדו וסמכויותיו המשפטיות של המפקד בצבא ארה"ב בהשוואה לאלו של המפקד בישראל

אל"מ אורי שהם*

- א. מבוא
- ב. מעצר לפני משפט (Pretrial Confinement)
- ג. החלטה לפתוח בחקירה (The Decision to Investigate)
- ד. החלטה על העמדה לדין (Prosecutorial Discetion)
- ה. זימון ביה"ד הצבאי (Convening the Court – Martial)
- ו. עיסקאות טיעון בין התביעה לנאשם (Petrial Agreements)
- ז. הענקת חסינות לעד (Immunity)
- ח. ביקורת פסק הדין בתום המשפט (Post trial review)
- ט. סיכום

* סגן הפרקליט הצבאי הראשי

א. מבוא

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

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

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

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

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

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

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

יש הטוענים כי חסרה למפקד, שעה שהינו מפעיל את סמכויותיו בתחום המשפטי אותה מעלה של אובייקטיביות ואי-תלות שהינה יסוד מסד לקיומה של מערכת משפטית הוגנת. להלן נביא דבריו של מבקר אחר של השיטה הקיימת: "The concurrent responsibilities of command make impossible the objectivity that is expected in the federal criminal trial and is desired in the military court martial... It is inconceivable that any man, especially one untrained in the law, can be both concerned commander and judicial neutral"⁽³⁾.

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

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

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

Hearings in H.R. 2498 before a Subcomm. of the House Comm. on Armed Forces 81st Cong. 1st Sess. 640(1949) (statement by Richard H. Wels, Chairman of Spec. Comm. on military Justice of N.Y. County Lawyers Association.)

Bayh, The Military Justice Act of 1977; The need of Legislative Reform, 10 Am. Crim. L. Rev. 9 (1971).

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

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

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

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

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

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

ג. מעצר לפני משפט (Pretrial Confinement)

ארה"ב

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

יחד עם זאת:

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

הסמכות להורות על מעצרו של קצין, רס"ר או אורח העובד בשירות הצבא נתונה למפקד היחידה. כל קצין באותה יחידה רשאי להורות על מעצרו של חוגר. מפקד היחידה רשאי לאצול את הסמכות לעצור חוגר גם לבעלי דרגות שאינם קצינים.⁽¹⁰⁾

הביקורת על החלטתו של המפקד באשר למעצרו של החשוד נתונה לגורם מעין שיפוטי הקרוי Military magistrate.⁽¹¹⁾

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

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

(9) המדריך הינה חקיקת משנה מפורטת אשר מוציא נשיא ארה"ב בתוקף סמכותו עפ"י ה-UCMJ. Para. 20d, Manual for Courts Martial (1969)

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

(11) כלל (ii) 305 של המדריך החדש.

1. האם יש יסוד מספיק להאמין כי החשוד אכן ביצע את העבירה המיוחסת לו.
 2. האם מוסמך ביה"ד הצבאי לדון בעבירה ולשפוט את החייל.
 3. האם חומר הראיות מצדיק את המשך מעצרו של החייל.
- עד לכניסתו לתוקף של המדריך החדש לא היתה לביה"ד הצבאי כל סמכות להתערב בשיקול דעתו של המפקד ולצוות על שיחרורו של העצור מהמעצר בו הינו נתון, אלא אם עשה המפקד שימוש לרעה בסמכותו.⁽²¹⁾ כלל (j) 305 של המדריך החדש מקנה לשופט צבאי היושב בדין, לאחר הגשת כתב-האישום, סמכות לבחון את ההחלטה על מעצרו של הנאשם ולהורות, במקרים המתאימים, על שחרורו.
- ההגבלה העיקרית על משך תקופת המעצר קבועה כיום בכלל מס' 707 (שעניינו - Speedy trial) לפיו **יבוטלו כל האשמות** (ואין מדובר בשחרור ממעצר אלא במחיקת כל האשמות) נגד חייל אשר לא הובא לדין תוך 120 ימים מיום מעצרו. תקופה זו של 120 יום נמנית גם אם אין מדובר במעצר ממש אלא בהגבלה כלשהיא על חירותו של אדם (Conditions on liberty) שהוטלה בקשר לעבירה המיוחסת לו.

ישראל

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

לפי סעיף 241(א) ניתן לחזור ולהתיר את ההחזקה במעצר לתקופה נוספת שלא תעלה על המישה-עשר ימים, ובלבד שהבקשה למעצר הנוסף הוגשה עפ"י הוראת ה-פצ"ר.

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

הנה כי כן, רבה היא מעורבותם של הגורמים המשפטיים בצה"ל (פרקליטים צבאיים ושופטים משפטיים) בשאלת מעצרו של חייל לפני משפט. לגורמים אלו ניתנו סמכויות פיקוח נרחבות ביותר ויש בידיהם לבטל כל פקודת מעצר או להגביל את משכה. ביקורת זו יש בה כדי למנוע מעצר שרירותי שאינו מתחייב מצרכי החקירה או מחומרת המעשה. יצוין, עם זאת, כי הצעות שהוצגו בעבר לקיים ביקורת שיפוטית (של שופט צבאי משפטי) על ההחלטה להתזיק חייל במעצר, תוך 48 שעות ממועד המעצר, לא נתקבלו.

Horner v. Resor, 41 CMR 283 (CMA 1970)

(12)

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

ארה"ב

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

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

1. סגירת התיק ובכך סיום הטיפול בנושא.
2. נקיטת צעדים משמעותיים – (Nonjudicial punishment).
3. הגשת כתב-אישום לבית-דין צבאי.
4. עריכת חקירה פורמלית עפ"י סעיף 32 ל-UCMJ (article 32 investigation). יודגש כי בכל השלבים הללו אין כל חובה להיוועץ בפרקליט צבאי או לקבל חוות-דעת משפטיות כלשהיא, אף כי אין מניעה חוקית לעשות כן. המפקד רשאי, כמובן, לקבל את המלצות החוקר או לדחותן וההחלטה הסופית באשר לדרך הפעולה שתנקט – נתונה בידיו. מפקד בכיר יותר בשרשרת הפיקוד רשאי לבטל את החלטת הכפוף לו ולהחליט על דרך פעולה אחרת.

ישראל

בישראל, המפקד, שהינו קצין שיפוט בכיר, או קש"ב שקיבל תלונה על עבירה, רשאי למנות קצין בודק על-מנת שזה יחקור את החשד לביצוע העבירה (ראה סעיף 252 (א) ל-חש"צ ופ"מ 33.0304). הבדיקה מהווה חקירה פורמלית של האירוע ויש לנהלה על-פי הכללים הקבועים בסעיפים 256-275 ל-חש"צ. ההחלטה למנות קבר"ד יכולה לבוא ביוזמתו של המפקד, אך אין הכרח בכך. הוראה לערוך בדיקה יכולה לבוא מצידו של פרקליט צבאי אשר קיבל תלונה על עבירה ורשאי הוא עפ"י סעיף 1280(1) ל-חש"צ "להורות על עריכת בדיקה או על סיומה".

במקום שבו מדובר בעבירה חמורה יחסית, קיימת חובה, במרבית המקרים, להעביר הנושא לחקירת מצ"ח. נושא זה מוסדר בפ"מ 33.0304 סעיפים 64-80.

חקירת מצ"ח הנערכת בידי חוקר שהוסמך לכך על-ידי הפרקליט הצבאי הראשי אף היא תחשב בגדר בדיקה (סעיף 252 (א) (3) ל"חש"צ). כאמור, אין המפקד יכול להפעיל שיקול-דעת במקרים כגון דא ואם התיימר לדון החייל בדין משמעתי – פסק דינו בטל ומבוטל. חקירת מצ"ח עשויה להפתח גם ביחמת הפרקליט הצבאי או אף ביחמת מצ"ח בעקבות קבלת מידע על ביצוע עבירה. לענין החקירה עפ"י חש"צ בולטת, איפוא, העובדה כי כל ההחלטות הנוגעות לדרך הטיפול בחומר החקירה מצויות בתחום סמכותו של הפרקליט הצבאי. תפקידו של המפקד מסתיים עם התימת המינוי לקצין הבדוק או העברת הנושא לחקירת מצ"ח. אין המפקד רשאי להתערב בחקירה או להמנע מהעברת התיק, עם סיום החקירה, לעיונו והחלטתו של הפרקליט הצבאי.

ד. החלטה על העמדה לדין – (Prosecutorial Discretion)

ארה"ב

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

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

(13) כך נקבע ממורשות כי ניתן לסגור תיק משום ש:

"There are other sound reasons for not punishing the accused with respect to the acts alleged" (Para. 32d of the MCM – 1969).

(14) ההעמדה לדין בפני SCM תעשה:

"for relatively minor offenses under a simple form of procedure" (Para. 79 of the MCM – 1969).

4. העמדה לדין בפני ערכאת ביניים (Special court martial). ערכאה זו מוגבלת לעונש מאסר על עד ששה חודשים ואינה רשאית להטיל עונש מאסר על קצינים. בדיון המשפטי המשמש הקדמה לכלל 406 של המדריך החדש נאמר מפורשות:

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

5. הליכים משפטיים בפני General court martial. ערכאה זו מוסמכת להטיל את העונשים המקסימיים הקבועים בחוק. טרם קבלת ההחלטה על הגשת כתב-אישום לערכאה זו, על המפקד להודות על קיום חקירה פורמלית עפ"י סעיף 32 ל-UCMJ הקובע לאמור:

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

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

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

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

אף כי שינוי זה הינו, לדעת רוב המשפטנים במערכת הצבאית ומחוצה לה, צעד בכיוון הנכון – אין בו כדי לשנות מהותית את סמכויותיו של המפקד בתחום זה של הפעלת שיקול הדעת התביעתי. ראשית, אין התיקון חל על העמדה לדין בפני הערכאות השיפוטיות האחרות. לפיכך, תהא הרשות המזמנת רשאית, למרות חוות-דעת משפטית לפיה אין ראיות מספיקות להוכחת האשמה, להורות על העמדה לדין בפני ערכאה שיפוטית נמוכה יותר.

שנית, אין בתיקון שהתקבל כדי למנוע החלטה שלא להעמיד חייל לדין אף אם מדובר בעבירה חמורה וקיים חומר ראיות למכביר להוכחתה.

(15) אשר לטעמים אשר הניעו את הרשות המחוקקת בארה"ב לקבל תיקון זה ראה House Report (Armed Services Committee) No. 98-549, Nov. 15, 1983 at 14.

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

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

ישראל

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

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

בכל מקרה, עמדתו של המפקד אין בה כדי לחייב את הפרקליט הצבאי אשר צריך להפעיל את שיקול דעתו שלו בטרם יקבל החלטה זו או אחרת. על הפרקליט לשקול ולבחון שאלות כמו דיות הראיות בתיק, האם התנהלה

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

החקירה עפ"י הכללים שנקבעו בחוק, ולהכריע בשאלת האינטרס הציבורי
 לבחירה בין הדרכים האלטרנטיביות העומדות לפניו.
 נדמה לי כי בחינה אובייקטיבית של גישת החש"צ לעומת זו המקובלת בצבא
 ארה"ב, יש בה כדי להצביע על יתרונותיה הברורים של שיטת החש"צ.

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

ארה"ב

המפקד, שעה שהינו פועל כרשות המזמנת (Convening Authority) הוא אשר
 מקים את ביה"ד הצבאי באמצעות צו הזימון (Convening order). על הרשות
 המזמנת לפרט בצו הזימון את שמות חברי ביה"ד ועד לאחרונה גם את שמות
 השופט הצבאי, התובע הצבאי, והסניגור. בית-הדין הצבאי אשר זומן על-ידי
 מפקד שלא היה מוסמך לזמן אותה ערכאה, אין בידיו סמכות שיפוט כלשהיא
 ופסיקתו בטלה ומבוטלת. בנוסף לקביעת בעלי תפקידים במשפט יש לקבוע בצו
 הזימון גם את המועד והמקום להתכנסותו של ביה"ד הצבאי. כפי שכבר רמזנו
 בדברינו, בוטלה סמכותו של המפקד למנות את השופט, התובע והסניגור אשר
 ינהלו את המשפט⁽¹⁷⁾.

סמכויותיו של המפקד בתחום זה של זימון ביה"ד ומינוי חברי ביה"ד – שהינם
 חיילים ומפקדים המשרתים ביחידתו של הנאשם, יש בהם כדי לתת בידיו
 אפשרויות רבות להשפיע על התוצאה הסופית בביה"ד. החשש הוא בעיקר
 מהשפעתו של המפקד בכיוון של פגיעה בנאשם ובזכויותיו – בין בדרך שיש בה
 כדי להביא להרשעתו ובין על-ידי התערבות לשם החמרה בעונש. התערבות בלתי
 חוקית זו של המפקד בתהליך עשיית הצדק במערכת השיפוטית הצבאית יצרה
 שורה של תקדימים תחת הכותרת של Command influence.

השפעה פסולה זו של המפקד יכולה לבוא לידי ביטוי במתן הוראה לפקודיו
 להפנות ענין מסויים לבית-דין צבאי דוקא (ולא לדין משמעותי) או לערכאה
 מסויימת (למשל – General court martial). דרך בלתי חוקית אחרת הינה נסיון
 להשפיע במישרין או בעקיפין על חברי ביה"ד להגיע לתוצאה הרצויה למפקד⁽¹⁸⁾.

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

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

United States v. Rosser, 6 M.J. 267 (C.M.A. 1979) (18)

כאן היה מדובר בשיחה של מפקד הפלוגה עליה גמוה הנאשם עם אחד מחברי ביה"ד בנושאים
 הקשורים למשפט. ההליך המשפטי נפסל עקב חשש ל-Appearance of evil.

פרסום מנשר על-ידי מפקד יחידה בו הינו מביע דעתו כי מקומם של חיילים אשר סחרו בסם מסוכן, לא יכירם בקרב אנשי הצבא ולפיכך יש לגזור עליהם עונש של מאסר וכן פיטורין מהשירות נקבע כ"Unlawful command influence".⁽¹⁹⁾ מפקד אשר יש לו מעורבות אישית כלשהיא בתיק אינו רשאי לשמש כרשות המזמנת של ביה"ד. אולם מסתבר כי גם בתחום זה ישנם פסקי-דין לא מעטים אשר הביאו לפסילת הליך משפטי משום שהרשות המזמנת פעלה כמאשים (Accuser).

ישראל

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

סעיף 204 קובע כי מותב של בית דין צבאי מיוחד יזומן על-ידי הרמטכ"ל ומותב של בית דין צבאי מחוזי יזומן על-ידי ראש המחוז השיפוטי. בפועל אין הרשות המזמנת עצמה (קרי: הרמטכ"ל לגבי בית הדין הצבאי המיוחד או ראש המחוז השיפוטי לגבי בית דין צבאי מחוזי) עוסקת בזימון ביה"ד. הזימון נעשה על-ידי קצין ביה"ד כמי שהואצלה לו הסמכות על-ידי הרשות המזמנת. למעשה מתקבלות ההחלטות הנוגעות לזימון ביה"ד על-ידי נשיא ביה"ד או אב ביה"ד היושב בתיק.

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

נראה לי כי יש בריחוק זה של ראש המחוז השיפוטי מתהליך קבלת ההחלטות במישור המשפטי, כדי לשמור על תדמיתה של המערכת השיפוטית-צבאית כמערכת אובייקטיבית וחסרת פניות.

מאחר שאין הרשות המזמנת עוסקת במינוי שופטים לתיק מסויים המתנהל בביה"ד - החשש להשפעה בלתי הוקית עליהם הינו תיאורטי גרידא.

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

(19)

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

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

ארה"ב

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

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

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

ישראל

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

לענין זה חשוב להפנות להנחיותיו של היועץ המשפטי לממשלה (הנחיה 50.050) שיש בהן כדי לקבוע את הכללים לעריכת הסכמי טיעון. העיקרון הוא כי כאשר ישנן ראיות, לכאורה, נגד תשוד פלוני על ביצוע עבירה, מן הראוי להביאו לדין. המנועות מנקיטת צעדים משפטיים נגדו, עיכוב הליכים או הסכם אחר עם

(20) ראה לענין זה: United States v. Donati, 34 C.M.R. 15 (C.M.A. 1963) וכן United States v. Winborn, 34 C.M.R. 57 (C.M.A. 1963)

הסניגוריה - הוא מעשה יוצא דופן שמוותר לנקוט בו במקרים קיצוניים כאשר ברור בעליל כי לא יגרם מזק לאינטרס הציבורי⁽²¹⁾.
 הסכם בין התביעה לסניגוריה יש להביא לידיעת ביהמ"ש כאשר הכלל הוא כי אין בית-המשפט קשור בעיסקה שנועשתה בין הצדדים⁽²²⁾.
 לסיכום, ניתן לומר כי מסירת ההחלטה בדבר עריכת הסכם טיעון עם הנאשם לידי הגורמים המשפטיים, עדיפה בעיני לאין ערוך ע"פ הקניית הסמכות לגורם שאינו בעל הכשרה משפטית. מעורבותו של המפקד בתחום זה יש בה כדי לפגוע בתדמיתה של המערכת השיפוטית-הצבאית כגורם עצמאי ובלתי תלוי.

1. הענקת חסינות לעד - (Immunity)

ארה"ב

חייל החשוד בביצוע עבירה, כאשר מתעורר הצורך להעידו בביה"ד, רשאית הרשות המזמנת בארה"ב להעניק לו חסינות מוחלטת מפני העמדה לדין (Transactional immunity) או חסינות חלקית (Testimonial immunity). הסמכות להעניק חסינות נתונה רק למפקד הרשאי לזמן General court martial (בד"כ, דרג של מפקד אוגדה).

מפקד המעניק חסינות לאדם, בתמורה למתן עדות בתיק, לא יהא רשאי לבחון את פרוטוקול המשפט לאחד סיומו (כלל 704 של המדריך החדש).
 סניגור המבקש להעניק חסינות מלאה או חלקית לעד המחזן להעיד מטעם הנאשם, צריך לפנות אף הוא אל הרשות המזמנת ולבקש את אישורה לכך.

ישראל

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

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

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

ה. ביקורת פסק הדין בתום המשפט – (Post trial review) – ארה"ב

ארה"ב

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

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

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

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

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

(23)

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

גם פרו'פ' הודסון סבור כי:

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

ישראל

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

1. לאשר את גזה"ד כפי שניתן.
 2. להקל בעונש גם אם מדובר בעונש מותנה.
 3. לבטל חיוב בפיצויים או להקטין את שיעורם.
- בטרם קבלת ההחלטה כאמור, חייבת הרשות המאשרת לעיין בחוות-דעת פרקליט צבאי (סעיף 443 ל-חש"צ).

אין הרשות המאשרת מוסמכת להתערב בהכרעת הדין בכל דרך שהיא ואין אפשרות לבטל את גזה"ד כולו ולראותו כאילו לא ניתן. הרשות המאשרת רשאית לדחות ביצוע עונש מאסר מחבוש או ריתוק למחנה אשר באופן רגיל יש לבצעו עם קריאת גזה"ד (סעיף 489(א) ל-חש"צ).

על סמכויות ההקלה בעונש של הרשות המאשרת נמתחה ביקורת על-ידי גורמים משפטיים שונים, המציעים לבטל או לצמצם באופן מהותי את סמכויותיו של המפקד בתחום זה. מיותר לציין כי סמכויותיו של המפקד בצה"ל מצומצמות עשרת מונים לעומת אלו של עמיתו בצבא ארה"ב.

נדמה לי כי סמכות ההקלה והמתקת העונש הנתונה לרשות המאשרת נחוצה היא ובלבד שייעשה בה שימוש זהיר וקפדני תוך בחינה של כל מקרה לגופו. בבואו לאשר את גזה"ד או להקל בעונש, על המפקד לשקול את צרכי היחידה, הסיכויים לשיקומו של הנאשם במסגרת היחידה ועוד שיקולים כיוצא בזה. לדעתי, אין

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

(25) שם, הערה 16 בעמ' 67.

מקום לצמצם את סמכויותיו של המפקד בתחום זה ואין לראות בהתערבותו בגוף"ד משום פגיעה במעמדו או ביוקרתו של ביה"ד הצבאי.

ט. סיכום

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

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

למען און מעט את התמונה ראוי להזכיר את הוראת כלל 105 של המדריך

החדש הקובע כי:

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

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

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

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

(27) סנטור Bayh, שם הערה 3 בעמ' 10.

סוכן מדיח – כטענת הגנה במשפט פלילי

אל"מ ד"ר עמנואל גרוסי*

א. הצגת הנושא

ב. שיטת המשפט האמריקאית – הגנת ה'Entrapment'

1. הרקע לצמיחת ההגנה בבתי המשפט הפדראליים.
2. ההכרה בהגנה בבית המשפט העליון – פרשת Sorrells.
3. אישור "הגישה הסוביקטיבית" בענין Sorrells.
4. הנסיון להתמודד עם המגבלות בגישה הסוביקטיבית.

ג. הפתרון המוצע

* נשיא ביה"ד הצבאי מהח שימוט דדום.

א. הצגת הנושא

מה דינו של אדם המואשם בביצוע עבירה והמבקש להתגונן בטענה כי הודח לעוברת ע"י איש מרות?

לכאורה, במשפט הישראלי, התשובה לכך היא פשוטה. אין בחוק העונשין כל הגנה שיוחדה להדחה ע"י איש מרות. האחריות בפלילים היא אחריות אישית. ולכן אם נתמלאו יסודות העבירה ימצא אותו אדם אשם בדינו⁽¹⁾.

פתרון זה, יש בו כך נראה לנו, כדי לקומם את תוש הצדק לפחות בנוסבות בהן הוכח כי לולא הודח ע"י איש המרות לביצוע המעשה הפלילי לא היה מבצעו. לאחרונה התייחס ביהמ"ש העליון לסוגיה זו והביע את מורת רוחו מהתנהגות הסוכן המשטרתי, המוסווה בקובעו:

"...התנהגות זו של השוטר המוסווה מחייבת בחינה ובדיקה מיוחדת של הנחיות הפנימיות באשר להתנהגותם של שוטרים מוסווים וישומן הלכה למעשה לא נתבקשנו בתיק זה לבחון את התנהגות השוטר מבחינתה של ההרשעה עצמה.

...יחד עם זאת נראה לנו כי מן הראוי הוא שהאחרים לכך יתנו דעתם על רקע ערעור זה וערעורים רבים אחרים שבאו בפנינו בזמן האחרון, שענינם שימוש הגובר והולך בטכניקה החקירתית של סוכן מוסווה תוך שיקבעו אמות מידה ברורות למותר ולאסור בתחום זה, הן מבחינת נורמות ההתנהגות של השוטר המוסווה עצמו והן מבחינת הדרגים המפקחים עליו.

אנו מודים שהעתק פסק דינה של הערכאה הראשונה והעתק פסק דינו יועבר ליועץ המשפטי לממשלה, ולמפקח הכללי של המשטרה לבחינתם ולעיונם..."⁽²⁾

אין אנו יודעים האם בעקבות פסה"ד הנ"ל, הוצאו הנחיות באשר למותר ולאסור בתחום זה של סוכנים מוסווים. עם זאת, ספק אם הפתרון יימצא בהן והאם יהיה בכוחן למנוע לחלוטין את מה שאנו מכנים "הדחות פסולות".

עדיין שאלה גדולה היא, כיצד יתייחס בעתיד ביהמ"ש העליון למקרה של הדחה פסולה המהווה סטייה מאותן הנחיות פנימיות, והאם יבחן או "את התנהגות השוטר מבחינתה של ההרשעה עצמה"⁽³⁾.

על רקע דברים אלו תיועד סקירה זו לבחון פתרון שונה מזה הנהוג אצלנו. כוונתנו להגנת ה"Entrapment" שבמשפט האמריקאי. כמו כן נבקש לבחון אם פתרון זה ישים גם לשיטתנו.

(1) ע"פ 246/68 ווגר נ' היועמ"ש, פ"ד כב(2) 477. ע"פ 194/61 אבוגש נ' היועמ"ש, פ"ד טו' 80, 83-82. ע"פ 169/74 כדורי נ' מדינת ישראל, פ"ד כט(1) 398. ע"פ 389/73 בן לולו נ' מדינת ישראל, פ"ד כח' (1) 489. ע"פ 15/78 ביבס נ' מדינת ישראל, פ"ד לב(3) 64.

א' הרנון, דיני ראיות (המכון למחקרי חקיקה, חלק שני, תשל"ז) 17, 18, 258, 370. א' לדרמן, "הדחה לדבר עבירה בדי איש רשות או שליה הרשות", רבעון לקרימינולוגיה משפט פלילי ומשטרה (תשל"ב) 270.

(2) ע"פ 693/81 אריה בוכימן נ' מדינת ישראל, (לא פורסם - ההדגשה שלי ע.ג.).

(3) שם.

ב. שיטת המשפט האמריקאית – הגנת ה"ENTRAPMENT"

1. הרקע לצמיחת ההגנה בבתי המשפט הפדראליים

כבר בשלהי המאה הקודמת נתבקשו בתי המשפט הפדראליים בארה"ב לחוות דעתם בשאלה אם מותר היה לסוכני הממשל הפדראליים להטמין פח למי שהם סברו, כי הוא עברייני⁽⁴⁾. התשובה לכך היתה חיובית. יחד עם זאת, כבר אז נסתמנה הגישה כי לא כל "הטמנת פח" תהא מותרת. כך למשל משהוכח כי הנאשם שודל ע"י סוכן הרשות לעבוד את העבירה זה לא הסתפק בבדיקת התנהגותו של החשוד אלא הציב מטרה לעצמו לעודדו ולשדלו ליפול בפח על מנת שניתן יהיה להעמידו לדין, נאמר כי זהו מעשה "שערוריתי ודחה"⁽⁵⁾.

בתי המשפט לא הסתפקו בגינוי התנהגותם של סוכני הרשות ובמקרים בהם הוכח כי הרעיון הפלילי הוחדד למוחו של הנאשם ע"י הסוכנים, בוטלה ההרשעה מטעמים של טובת הצביר או בהתבסס על רעיון המניעות⁽⁶⁾. ברם, עד שנת 1916 לא התגבשה כל הגנה בנושא זה. לעיתים גינו בתי המשפט את התנהגות הסוכנים המדיחים לעיתים אף הרחיקו לכת ויכזו את הנאשמים מטעמים של טובת הציבור או דחיית האישום בקובעם כי התביעה מנועה לבסס את ראיותיה על התנהגות אשר היא עצמה יזמה ויצרה. המיפנה חל בשנה זו, משלדראשונה ניקבע בפסה"ד בענין *Who Wai v. United States*⁽⁷⁾ כי תהא זו הגנה מוחלטת לנאשם באם הוכח כי עבר את העבירה רק בעקבות שידולו של הסוכן המוסווה וכי אלולא כן לא היה עולה כלל במחשבתו לעוברת. בפסה"ד זה נטמן הגרעין להגנת ה"Entrapment" כאשר המפתח לביסוסה הוא טובת הציבור.

מהי הדחה פסולה ומהו הקו המפריד בין הטמנת פח מותרת לבין הטמנת פח אסורה? התשובה לכך אינה פשוטה אך נראה כי אין חולק לגבי קבוצת מקרים בהם ברור כי הרעיון הפלילי נרקם במוחו של הסוכן והוא אשר השתילו בראשו של החשוד⁽⁸⁾.

(4) *United States V. Rapp* 30F 818 (1887) וכן ראה סקירה נוספת של מקורות במאמרו של:

R.C. Donnelly, 60 *Yale Law Journal* (1951) 1091

United States V. ADAMS 59F 674, 677 (1894) (5)

United States V. Healy 202 F 349 (1913) (6)

במקרה זה דובר על עבירה לפי חוק פדראלי אשר אסר מכירת משקאות חריפים לאינדיאנים. עבירה זו פורשה כאיסור מוחלט והוכח כי הסוכן המוסווה אשר חיה אינדיאני פיתה ושדל את הנאשם למכור לו משקאות חריפים. ביהמ"ש לערעורים במדינת ג'ורג'יה קבע כי עקב השידול האסור מצד הסוכן שוב אין לראות את מעשה המכירה כ"מעשה רצוני". למעשה אין לראותו כמעשה כלל וביטול את הרשעת הנאשם – ראה שם, בעמ' 350.

(7) 233 F 412 (1916)

United States V. Lynch 256 F 983 (1918) (8)

גם מקרים בהם נבעה העבירה כתוצאה משיכנוע ושידול, מתוך כוונה להטמין פה ולהעמיד לדין ייחשבו כאסורים⁽⁹⁾.

עוד ניתן להוסיף את קבוצת המקרים בהם אין לרשות כל חשד סביר כי אדם עבר עבירה או מתכוון לעוברת ואולם הסוכן "מצליח" לשדלו לבצע עבירה⁽¹⁰⁾.

אם לסכם עד כאן, ניתן היה להתרשם כי בתי המשפט הפדראליים נטו ליצור הגנה מהותית, יש מאין, שכן זיכרה לא בא בחוק החרות או במשפט המקובל, אותה הדחה אסורה מוכרת בשם Entrapment. לא כל האמצעים כשרים ולא המטרה של הרשעת אדם בביצוע עבירה מכשירה אותם. במיוחד הדברים אמורים, במקרים בהם הרשות היא שיזמה את הרעיון הפלילי ושתלה אותו במוחו של הנאשם, להבדיל ממקרים אחרים בהם לרשות יש סיבה סבירה לחשוד כי אותו אדם מתכוון לעבור עבירה והיא מעמידה לו פיתוי, הזדמנות לעוברת; והיה זהתפתה, סימן הוא כי אומנם נשא עמו את הרעיון הפלילי. במקרים כאלו לא תעמוד ההגנה.

2. ההכרה בהגנה בבית המשפט העליון - פסה"ד - Sorrells V. United States
הגנת ה-Entrapment עמדה לראשונה במבחן בבית המשפט של ארה"ב בשנת 1932 בפסה"ד⁽¹¹⁾ Sorrells V. United States.

משום חשיבותו של פס"ד זה, נעמוד על עובדותיו: המדובר היה בתקופת ה"יובש", לביתו של המערער הגיע אדם אשר היה סוכן משטרתי ואשר הציג עצמו כחייל משוחרר מאותה יחידה צבאית בה שירת בעבר גם המערער. במהלך שיחה ביניהם ביקש הסוכן כי המערער ישיג לו חצי גלון של וויסקי. המערער סירב בטענה כי אינו מסוגל לעשות זאת.

רק לאחר פגישות נוספות שבמהלכן לא הירפה הסוכן מהמערער ופנה לרגשותיו ולזכר "ימים עברו" "נשבר" המערער והביא לו את מבוקשו. הוא נעצר והועמד לדין.

המערער אשר הודה בעובדות טען כי אינו אשם שכן ביצע את העבירה רק בעקבות הסתה ושידול חזר ונשנה של הסוכן, אלמלא כן לא היה עולה בדעתו לעבור את העבירה.

Buttes V. United States 273 F 35 (1921)

(9)

ביהמ"ש קבע כאן כי:

"...It is unconscionable, contrary to public policy, and to the established law of the land to punish a man for the commission of an offense of the like of which he had never been guilty of, if the officer of the law had not inspired, incited, persuaded and lured him to attempt to commit it..."

Newman V. United States 299 F 128 (1924)

שם בעמ' 38, וראה גם

Sam Yick V. U.S. 240 F 60 (1917)

(10)

Taylor V. United States 193 F 1968 (1912)

Voves V. United States 249 F 191 (1928)

Casey V. United States 276 U.S. 413 (1928)

287 U.S.435 (1932) (11)

טענת המערער בביהמ"ש דלמטה נידחתה והשופט סירב להנחות את המושבעים ברוח בקשת הנאשם שכן הוא לא מצא כל הגנה באותן עובדות. בבית המשפט העליון, לעומת זאת, היו כל השופטים מאוחדים בדעה כי יש לקבל את הערעור שכן עובדות המיקרה מצביעות על הגנה ברורה העומדת למערער.

בית המשפט יצא חוצץ נגד צורת ההדחה וקבע כי אף שלמטרה יש זכות ולעיתים גם חובה להפעיל טכניקת מעקב באמצעות סוכנים מוסווים הרי שלא להאסור בהחלט ליזום וליצור רעיון פלילי אותו ישתילו במוחו של החשוד.

"...Entrapment is the conception and planning of an offence, by an officer and his procurement of its commission by one who would not have perpetrated it except for the trickery persuasion or fraud of the officers⁽¹²⁾..."

אף שכל השופטים הסכימו, כאמור, לתוצאה הסופית ואישרו קיומה של הגנת ה'Entrapment' בסיטואציה האמורה, נחלקו דעותיהם באשר לביסוס המשפטי.

דעת הרוב אשר הובעה ע"י Mr. Chief Justice Hughes קבעה כי העובדות שתוארו, כלל לא יוצרות עבירה על החוק. יש לפרש את החוק הפלילי עפ"י מטרתו, רוחו ומהותו. אם בוחנים את מטרת המחוקק נראה כי הוא לא התכוון כלל להחיל את האיסור הפלילי בסיטואציה זו. תקנת הציבור אינה מצדיקה הרשעת אדם בפלילים כשהוא נגרר לעבור עבירה בשידולו של סוכן הרשות, כאשר התכנית הפלילית נרקמה לראשונה במוחו של הסוכן ואין כל דבר בעברו של האדם כדי להוכיח כי היתה לו נטיה לעבור את העבירה המיוחסת לו.

במילים אחרות, לשיטת הרב, פרשנות החוק מלמדת כי המחוקק מלכתחילה לא התכוון להחיל את האיסור הפלילי על התנהגות, שהיא פועל יוצא מהדחה פסולה.

עם זאת, שמורה לתביעה הזכות להזים בראיותיה את טענת הנאשם כי מעולם לא התכוון לעבור עבירה, אלמלא שודל, ובכלל ראיות אלה אף ראיות שיצביעו על נטיותיו הפליליות הקודמות.

מנגד, עמדת המיעוט אשר בוטאה ע"י Mr. Justice Roberts היא כי אין לגרוס שהנאשם כלל לא עבר את העבירה המיוחסת לו ואין למצוא את בסיס ההגנה בפרשנות החוק לאור מטרתו כפי שעשו שופטי הרוב. אין למצוא במילות החוק כל סימן חזר כי המחוקק התכוון להוציא מתחולתן סוג זה של

(12) שם בעמ' 4-453.

התנהגויות. פרשנות כזו היא לדידם "חקיקה שיפוטית" והוספת יסוד נוסף לעבירה שלא היה קיים בה מלכתחילה⁽¹³⁾.

שופטי המיעוט העדיפו לנמק את התוצאה אליה הגיעו בתקנת הציבור⁽¹⁴⁾ אשר אינה מרשה ניצול לרעה של הליכי משפט והעמדה לדין פלילי של אנשים אשר הודחו לעבור על החוק ע"י אנשי הרשות⁽¹⁵⁾.

מכאן נובע הבדל נוסף בין הדעות, שכן בו בעת שלדעת הרב - המושבעים הם אלו אשר צריכים להכריע בקיומה של ההגנה, הרי שלדעת המיעוט, תפקיד זה מסוד להחלטתו הבלעדית של השופט.

יתר על כן, בו בעת שע"פ השקפת הרב ההגנה מתמצת ומתמקדת בהתנהגותו של הנאשם ולכן מותר יהיה לתביעה להביא ראיות בשלב זה שלפני הכרעת הדין, בענין הרשעותיו הקודמות ונטיותיו הפליליות, הרי לא כך הדבר ע"פ השקפת המיעוט, הממקדת את הדיון בהתנהגות הסוכן. טיבו ועברו של הנאשם אינם רלבנטיים ואין בהם כדי להצדיק הדחה פסולה, מצידו של הסוכן. מאוחר יותר, מצאנו כי גישת הרוב כונתה "הגישה הסובייקטיבית" ואילו גישת המיעוט כונתה "הגישה האובייקטיבית". הראשונה מיקדה את הדיון בבחינת התנהגות הנאשם והשנייה מיקדה את הדיון בהתנהגות הסוכן. נדמה לנו כי נקודת התורפה בהשקפה של שופטי הרוב היא, שעפ"י שיטתם הם איפשרו "הרחבת היריעה" לעבר שאלות צדדיות הקשורות בחשיפת עברו של הנאשם והתנהגותו הפלילית, יתכן כי בכך יצרו עיוות, לא מוצדק לטובת אלו שעברם נקי.

הסיכון הוא בכך כי לבעל עבר פלילי יהא סיכוי קלוש לבסס טענתו כי לא התכוון לעבור העבירה המיוחסת לו, אף שיתכן כי היה מצליח בטענתו זו לולא ידעו המושבעים את עברו. במילים אחרות יש כאן חשש לא מבוטל של "שיחוד דעתם" של המושבעים עפ"י עובדות שאינן רלבנטיות בד"כ לצורך קביעת אשמתו של אדם⁽¹⁶⁾.

גם עמדת המיעוט אינה שלמה, כך למשל, היא מתעלמת לחלוטין מחלקו של הנאשם באחריות לעבירה. לדעתינו לא יתכן להתעלם מנטיותיו המוקדמות שהרי אילו יכולות להצביע את נכונותו לבצע את העבירה ויתכן איפוא כי

(13) שם בעמ' 456.

(14) שם בעמ' 457, 459.

(15) לדעת שופטי הרוב ההכרעה בשאלת קיומה של ההגנה היא ענין עובדתי, לעומת זאת סבור שופטי המיעוט כי המדובר הוא בהכרעה בשאלה משפטית.

(16) R.C. DONNELLY

"Judicial Control of Informers, Spies, Stool Pigeons and Agents Provocateurs" 60 Yale Law Journal (1951) 1091.

E. MIKELL: "The Doctrine - of entrapment in the federal Courts" 90 University of Pennsylvania Law Review (1941-42) 245;

"Entrapment by Government officials" 28 Columbia L. Rev. (1928) 1067. "Entrapment as Defense in Prosecution for Prohibition Violation", 41 Yale L. J. (1931-2) 1249;

"Comments - Entrapment" (1928-9) 2 Southern California L. Rev. 283.

הפח שהוטמן לו לא היה אלא אותה "הזדמנות" שאיפשרה לו הגשמת תוכניתו הפלילית⁽¹⁷⁾.

מה שברור לנו הוא, כי יש משהו "צורם" באותה שיטת פרשנות של חוק בה נקטו רוב השופטים. כאשר מילות החוק הינן ברורות אינן יכול "לאנוס" את הכתוב ולהכניס לתוכן משמעות שאין בהן. יש כאן מידה לא מבוטלת של חקיקה שיפוטית ובענין זה נראית לנו הביקורת שמתחו שופטי המיעוט.

3. אישור הגישה - ה"סובייקטיבית" שבפס"ד Sorrells

בשנת 1958 עלתה הגנת ה-Entrapment ויסודותיה המשפטיות לבחינה נוספת בפני בית המשפט העליון בארה"ב המדובר הוא בפסה"ד בענין Sherman V. United States⁽¹⁸⁾.

במקרה זה היה המערער מכור לסמים ונמצא בטיפול גמילה במוסד מתאים. כאן פגש במודיע משטרתי. מודיע זה אשר מאוחר יותר הפך לסוכן מדית, היה אף הוא מכור לסמים, בעל עבר פלילי בשטח הסמים וכחברו גם הוא עבר טיפול של גמילה. ע"פ הוראות שולחיו, הסוכנות הפדראלית ללוחמה בסמים, הוא ניסה לשדל את המערער כי ישיג לו סם מסוכן בתירוץ כי נסיון הגמילה שלו נכשל והוא סובל מכאבים בכל חלקי גופו בגלל חוסר בסמים. תחילה סרב המערער להשיג את הסם, אך לאחר שאותו סוכן לא פסק לבקשו ולאחר שידול חוזר וגשונה ומתוך המלה על חברו הוא נאות לבסוף והשיג את הסם. מה שכמובן לא ידע המערער - כי אותו "חבר", אינו אלא סוכן משטרתי וזו אף מימנה את קניית הסם. סוף דבר המערער נעצר והועמד לדין באשמה של סחר והספקה של סם מסוכן. על יסוד העובדות שתוארו, טען המערער כי הינו זכאי להגנת מהגנת ה-Entrapment שכן לולא שדל ע"י אותו סוכן, כלל לא היה עולה בדעתו לעבור את העבירה שהרי הוא נמצא אז בטיפול גמילה. בתי המשפט דלמטה דחו את טענתו ופסקו להרשיעו בעבירות שיוחסו לו מכאן ערעורו לבית המשפט העליון.

גם הפעם הגיעו כל תשעת שופטי בית המשפט העליון לאותה תוצאה לפיה, המערער זכאי להגנת מהגנת ה-Entrapment ואולם שוב נחלקו דעות השופטים באשר להגמקה המשפטית.

דעת חמשת שופטי הרוב שהוצגה ע"י ה-Chief Justice Warren חזרה ואימצה את הגישה הסובייקטיבית של רוב השופטים בפס"ד Sorrells. הם גם סברו כי פרשנות החוק הפלילי מלמדת שכוונת המחוקק לא היתה להחיל את איסוריו על מקרה שהוא תוצאה של הדחה פסולה⁽¹⁹⁾, וכי טכניקה זו של הדחה לעבירה, פסולה לפחות כמו הוצאת הודאה מנאשם באמצעי לחץ או עריכת חיפוש לא חוקי⁽²⁰⁾.

(17) ראה המאמרים שם וכן: RITLS. V. United States 183 F. 2d. 944, at p. 945 (1958)

(18) 356 U.S. 369 (1958)

(19) שם בעמ' 372.

(20) שם, שם.

השופט Frankfurter שייצג את ארבעת שופטי המיעוט קבע כי הגנת ה־Entrapment אינה מוענקת לנאשם בשל "זכאותו" בדין אלא שעל־אף אשמתו לא יתן ביהמ"ש יד להרשעתו.

הוא שב והדגיש את הסיכון הטמון ב"גישה הסובייקטיבית" הפותחת פתח לשיחוד דעתם של המושבעים והיוצר - אי שוויון הכל בפני החוק. דרך זו יש בה עידוד למשטרה לחשוב כי משמדובר באדם בעל עבר פלילי, הכל מותר כלפיו.

אין לשכוח, כך קובע השופט, כי גם אנשים כאלו יתכן ולא היו נכשלים בעבירה לולא שודלו לעוברה, אך כמעט בלתי אפשרי מבחינתם להוכיח זאת בשל עברם.

פס"ד זה שב ואישר את הגישה הסובייקטיבית של רוב השופטים בפרשת Sorrells ועל אף הביקורת שנמחתה על גישה זאת⁽²¹⁾, היא המחייבת בבתי המשפט הפדראליים כיום⁽²²⁾ הילכת שופטי הרוב בפרשת Sorrells עלתה עוד מספר פעמים לדין⁽²³⁾ ואולם עד כה לא שונתה אלא אף קיבלה אישור נוסף בפסה"ד האחרון, לידיעתנו, שדן בסוגיה⁽²⁴⁾. במקרה זה נאמר במפורש כי התנהגות הסוכן המדיח לא תעמוד למבחן, לפחות באותם מקרים בהם הוכח עפ"י "הגישה הסובייקטיבית" כי לנאשם היתה נטיה לעבור את העבירה בה נכשל⁽²⁵⁾.

כאמור, הגנת ה־Entrapment הוכרה במערכת בתי המשפט הפדראליים אך גם רוב המדינות בארה"ב אימצו הלכה זו, הן ע"י פסיקת בתי המשפט באותן מדינות, או ע"י חקיקה פנימית⁽²⁶⁾.

לסיום פרק זה, ראוי לציין כי על אף אימוץ הגישה "הסובייקטיבית" ראו עצמם - חלק קטן של בתי המשפט הפדראליים - חופשיים לבחור בין הגישות⁽²⁷⁾, אך בדרך כלל במרבית המקרים הגישה הסובייקטיבית היא המחייבת⁽²⁸⁾.

"Notes-Entrapment" 73 HARVARD L. REV. (1959-60) 1333; J.D. HEYDON "The (21) Problem of Entrapment" (1973) C.L.J. 269.

(22) היות והגנה זו אינה מעוגנת בחוקה או בחוק הקונגרס, היא אינה מחייבת במדינות.

Masciale V. United States 356 U.S. 386 (1958) (23)

Lewis V. United States 385 U.S. 206 (1966)

United States V. Russell 411 U.S. 423 (1972)

425 U.S. 484 (1975) (24)

שם בעמ' 489-488 (25)

U.S. V. People of Illinois 329 F2d 354 at p. 357 (1964); 22 Corpue v. (26)

Jurie Secundum

וכן בפסק הדין

(Criminal Law)

United States V. McGrath 468 F2d s 1027 at p. 1031 (1972) (27)

Penal Code-Uniform Law Annotated Master Ed. 1476 213 ה' גישת ה-

קובע כי ההכרעה בדבר קיומה של ההגנה תהא מסורה לשופט ועיין גם:

United States V. Greene 454 F 2d (1971); U.S. V. Washington F 2d 160 (1972)

United States V. Wolffs 594 F2d 77 (1979) (28)

4. הנסיון להתמודד עם המגבלות שבגישה הסובייקטיבית - פניה ל-

Due Process

באותם מקרים בהם ההתנהגות של סוכני הרשות היתה חמורה וגילתה סטייה ניכרת מנורמות התנהגות מקובלות ונוכח המגבלות שהציבה הגישה הסובייקטיבית אשר שוב אינה מתמקדת בהתנהגות הסוכנים, נעשו מספר נסיונות להרחיב את תחולת הגנת ה-Entrapment ע"י כך שתעוגן בתיקון ה-14 שבחוקה המעניקה לכל אזרח זכות ל-Due Process. זכות זו מאגדת בתוכה את כל הערבות האישיות המושרשות היטב בחברה האמריקאית ומהווה מגן מפני עשיית אי צדק בהליך שיפוטי⁽²⁹⁾.

בעקרות לא פסלו את האפשרות כי דרך הזכות ל-Due Process תורחב ההגנה ותחול גם על מקרים קיצוניים בהם יתברר כי התנהגות הסוכן היתה:

"...So outrageous that due process principles would absolutely bar the government from invoking judicial process or to obtain a conviction⁽³⁰⁾..."

מרכז הכובד מועבר איפוא, מהתנהגות הנאשם אל התנהגות סוכן הרשות. באם ימצא כי התנהגותו, יש בה כדי סטייה חמורה עד כי היא מקוממת את חוש הצדק הטבעי, כי או יש מקום לבדוק הרחבת ההגנה באמצעות כללי ה-Due process⁽³¹⁾. אף כי אין עדיין מבחנים מדויקים על פיהם נחיל את ה-Due process למקרה שלנו, אין בכך כדי למנוע מביהמ"ש במקרה המתאים לעשות כן⁽³²⁾.

יצוין כי היו שביקשו להרחיב את תחולת הגנת ה-Entrapment ולעגן יסודותיה לא רק על כללי ה-Due process אלא גם בזכות כנגד הפללה עצמית והזכות כנגד חיפוש ותפיסה לא הוקיים⁽³³⁾ אך אלו טרם קיבלו כל אישור בפסיקה⁽³⁴⁾.

סוף דבר, ברומה לביקורתנו על המבחן האובייקטיבי כך הדבר גם בנוגע להרחבת הגנת ה-Entrapment על יסוד כללי ה-Due process שאינם אלא פן אחר של אותו מבחן אובייקטיבי. בשני המקרים הדיון מתמקד על התנהגות הסוכן, מידת מעורבותו ביצירת העבירה כמו גם מידת הסטייה מכללי הגינות מקובלים, הם אשר יקבעו את תחולתם. כבר הזכרנו כי במבחנים אלו לבדם יש משום הענשת הרשות על פעולותיה, תוך התעלמות מן הקשר הסיבתי שבין התנהגות פסולה זו ובין התנהגות הנאשם.

Chin v. California 342 U.S. 165 (1952) (29)

Hampton v. United States 425 U.S. 484 (1975) דאח גם: (30)

United States v. Russel 411 U.S. 423 at p. 431 (1972)

U.S. v. McGrath 494 F2d 562 (1974) נסיון כזה נעשה בפרשת (31)

Hampton v. United States 425 US 484-494-495 n.6 (1975) ואולם הוא נכשל (32)

"The Serpment Beguiled and I did Eat — the Constitutional Statues of Entrapment (33)

Defence" 74 Yale L.J. (1964-5) 942, 952

(34)

אסור לשכוח, כי אותה הגנה נחוצה להגן על אזרחים תמימים, מכבדי חוק, אשר לולא הדהתם, סביר להניח כי לא היו נכשלים בעבירה. במקרים אלה יש קשר סיבתי ועובדתי בין ההדחה הפסולה ובין התנהגות הקורבן - האזרח התמים.

לעומת זאת, הרחבת ההגנה באמצעות פניה לכללי Due process בדומה למבחן האובייקטיבי, מתעלמת מנכונותו של אותו אזרח לבצע בלאו הכי את "העבירה שהוכשל בה", ולפי זה "ייצא הוטא נשכר".

ג. הפתרון המוצע

תשובה משפטית הנראית לנו יותר נכונה וצודקת מבחינת הפתרון לבעיית הסוכן המדיח, צריכה להקיף מספר אינטרסים חברתיים ולה מספר הנחות יסודיות:

1. לעיתים נאלצת הרשות לנקוט בצורת מעקב מיוחדת תוך שימוש בסוכן מדיח.
2. השימוש בסוכן המדיח צריך שיהא נדיר ורק כשאין אפשרות להשתמש בכל שיטת מעקב אחרת.
3. צריך שהפעלת הסוכן המדיח תהא רק לאחר שבידי הרשות סיבה סבירה להאמין כי החשוד ממילא מתכוון לעבור עבירה.
4. אסור כי החשוד יודת בדרך של שידול או הסתה לעבור את העבירה ואין לספק לו את האמצעים לעוברת.

אף שקשה כאן להגדיר מראש ובצורה ממצה את התכנים של המונחים "שידול" או "הסתה" האסורים בשימוש, ואלו יקבעו מפעם לפעם ע"י בתי המשפט עפ"י נסיבותיו של כל מקרה, הרי יש לקבוע בכ"ז על דרך השלילה, כי אסור לשכנע חשוד לבצע עבירה, למשל ע"י פניה לרגשותיו או לשיקולי כדאיות או כיוצ"ב גורמים.

צריך להניח כי הרשות מבקשת לבדוק חשד המצוי בידה כי אדם מתכוון לעבור עבירה. די איפוא באם סוכן הרשות יציב בפני החשוד "הודמנות" לביצוע העבירה ובכך יבחן את כוונותיו. ואולם אין בין אותה "הודמנות" ובין שכנוע הנאשם או פיתויו ולא כלום.

המבחנים על-פיהם נקבע מהי הדחה פסולה, יהיו כנראה מותנים באמצעים בהם נקט הסוכן והשפעתם על התנהגותו של אדם סביר. אם האמצעים שנקטו במקרה נתון היו גורמים לכל אדם סביר, שישתכנע או יתפתה לעבור עבירה, סימן הוא כי המדובר בהדחה פסולה. לעומת זאת, אם לא היה בהם כדי לגרום לאדם סביר לעבור עבירה סימן הוא כי המדובר בהדחה מותרת.

הפתרון לסוגיית ההדחה צריך להביא בחשבון גורמים אלה:-

1. האם מוצדק מבחינת ה־public policy להטיל אחריות פלילית לעבירה על אדם משזו נגרמה בעיקרה ע"י הרשות.
2. מהו הביטוי הנכון לגנות בו את המעשה הפסול של הרשות.

3. מהו האמצעי היעיל יותר המצוי בידי ביהמ"ש להבטיח כי ישמר "טוהר ההליכים" ולא יעשה שימוש לרעה בהליכים הפליליים, שהוא אמון עליהם. אנו מציעים לאמץ אצלנו את הגנת ה-Entrapment האמריקאית אך לא במתכונתה הנוכחית.

כך למשל אין אנו דוגלים בגישת הרוב כי הדיון צריך להתמקד בעיקר על התנהגותו של המודח ועל נטיותיו המוקדמות לעבור אותה עבירה. לדעתנו, אין זה נכון ללמוד על כוונותיו של הנאשם לעבור את העבירה בה הודח עפ"י עברו הפלילי.

מקל וחומר אין על פי השקפתנו ללמוד על אותה כוונה "ממידע" אודות התנהגות עבריינית שכלל לא עמדה במבחן המשפטי.

מעבר לחוסר היכולת ללמוד על כוונה פלילית מעברו של הנאשם, טמון סיכון לא מועט כי ביהמ"ש יושפע מאותו מידע ובחינתו עלולה שלא להיות אובייקטיבית והוגנת ואפילו המדובר הוא בשופט מקצועי.

בחינת התנהגותו של הנאשם צריכה להצטמצם לאותו חלק גלוי בהתנהגותו עובר לעבירה, אשר על פיו ניתן להסיק כי הוא אכן התכוון להוציא מחשבתו הפלילית אל הפועל.

דומה הדבר לכלל הפסילה הבא לאסור שימוש בראיות בדבר מעשים דומים של הנאשם או האיסור של גילוי הרשעותיו הקודמות של האשם קודם שהוכרע דינו⁽³⁵⁾ כשהנימוק העיקרי לכך הוא החשש כי תיווצר נגד הנאשם דעה מוקדמת ושכתוצאה מכך הוא עלול שלא לזכות במשפט הוגן. אין להעמיד אדם שהורשע בעבר בעבירה כלשהי, בחוקה כי חזר ועבר עבירה נוספת⁽³⁶⁾.

גם דעת המיעוט, המתמקדת רק בבחינת התנהגותו של הסוכן ומבלי לבחון מידת השפעתה על הנאשם המסויים דווקא, אינה נראית לנו⁽³⁷⁾. אנו מקבלים את המבחן הבא אשר הוצע ע"י דר' לדרמן במאמרו "הדחה לדבר עבירה בידי איש הרשות או שליח הרשות"⁽³⁸⁾.

כי סוג העבירה נשוא ההדחה תבחן במבחן משולש:-

1. האם הפרת החוק בשטח הנדון נפוצה עד כי יש צורך לנקוט פעולות מרתיעות?
2. האם העבירה חמורה עד כדי שיש צורך לאפשר לרשויות השלטון לנסות את האזרח?

U.S. V. Karen L. Hinkle, 637 F2d 1154 (1981); Perri V. Department of the Treasury Bureau (35) of Alcohol Tobacco and Firearms 637 F2d 1332 (1981)

ראה הרגון, הערה 1 לעיל בעמ' 369, וכן ע"פ 265/64 שייבין נ. היועמ"ש פ"ד י"ז (3) 421, 441; ע"פ 361/70 ג'ובארה נ. היועמ"ש פ"ד כ"ד (2) 247, 251, וע"פ 409/74 שאבי נ. היועמ"ש פ"ד כ"ז (1) 587, 588.

(36) ראה א' הרגון הערה 1 לעיל, בעמ' 370.

(37) ראה א' לדרמן הערה 1 לעיל, בעמ' 266-267.

(38) רבעון קרימינולוגיה, משפט פלילי ומשטרה (תשל"ב) 253 בעמ' 265-266. מבין זה מבוסס על דעתו של מחבר המאמר:

"Entrapment by Government Officials" 28 Columbia L. Rev. (1928), 1067, 1072.

3. הנעברת עבירה בסודיות רבה כל כך עד כי כמעט אין דרך אחרת להשיג ראיות על ביצועה?

המדובר הוא בתנאים מצטברים ורק תשובה חיובית על מבחן משולש זה תתיר את השימוש בהפעלת הסוכן באותו סוג של עבירה. המדובר כאן בתנאי מוקדם, בלא קשר לטיב הפעולות שנקט הסוכן ואשר מטרתו לבחון באם היה מקום מלכתחילה להשתמש בו כדי לעמוד על כוונותיו של הנאשם.

אשר למה שיחשב כתדחה פסולה המזכה בהגנה עפ"י החוק לנו נראה שיש לאמץ את ההגדרה הבאה⁽³⁹⁾.

אדם המואשם בעבירה יזוכה ממנה באם סוכן הרשות או אדם הפועל מכוחו, למטרת השגת ראיות לביצוע עבירה:

1. מדיח לביצועה של העבירה ע"י נקיטת שיטה של שיכנוע אשר יוצרת סיכון ממשי כי העבירה תבוצע ע"י אדם סביר.

2. מדיח לביצוע אותה עבירה מבלי כל סיבה סבירה להאמין כי הנאשם ביצע או מתכוון לבצעה.

המדובר הוא בתנאים מצטברים שכן לא יתכן להתיר לרשות לבחון את התנהגות האזרחים בלא כל סיבה סבירה, ואין להצדיק את הפעלת הסוכן בתוצאה הסופית שאמנם נעברה עבירה.

לא די בכך כי העבירה מבחינת אופיה וטיבה מצדיקה שיטת מעקב על דרך הדחה וגם לא די בכך שיש לה לרשות סיבה סבירה להאמין כי הנאשם מתכוון לבצע אותה עבירה, עליה להימוע מלנקוט בשיטת הדחה כזו אשר "תפיל בפח" אדם סביר.

הפעולות בהן נקט הסוכן קודם שהנאשם עבר את העבירה, צריכות להיות כאלה אשר יגרמו לבית המשפט להשתכנע כי רק אדם אשר ממילא גמלה בו ההחלטה לעבור את העבירה אכן ביצע אותה.

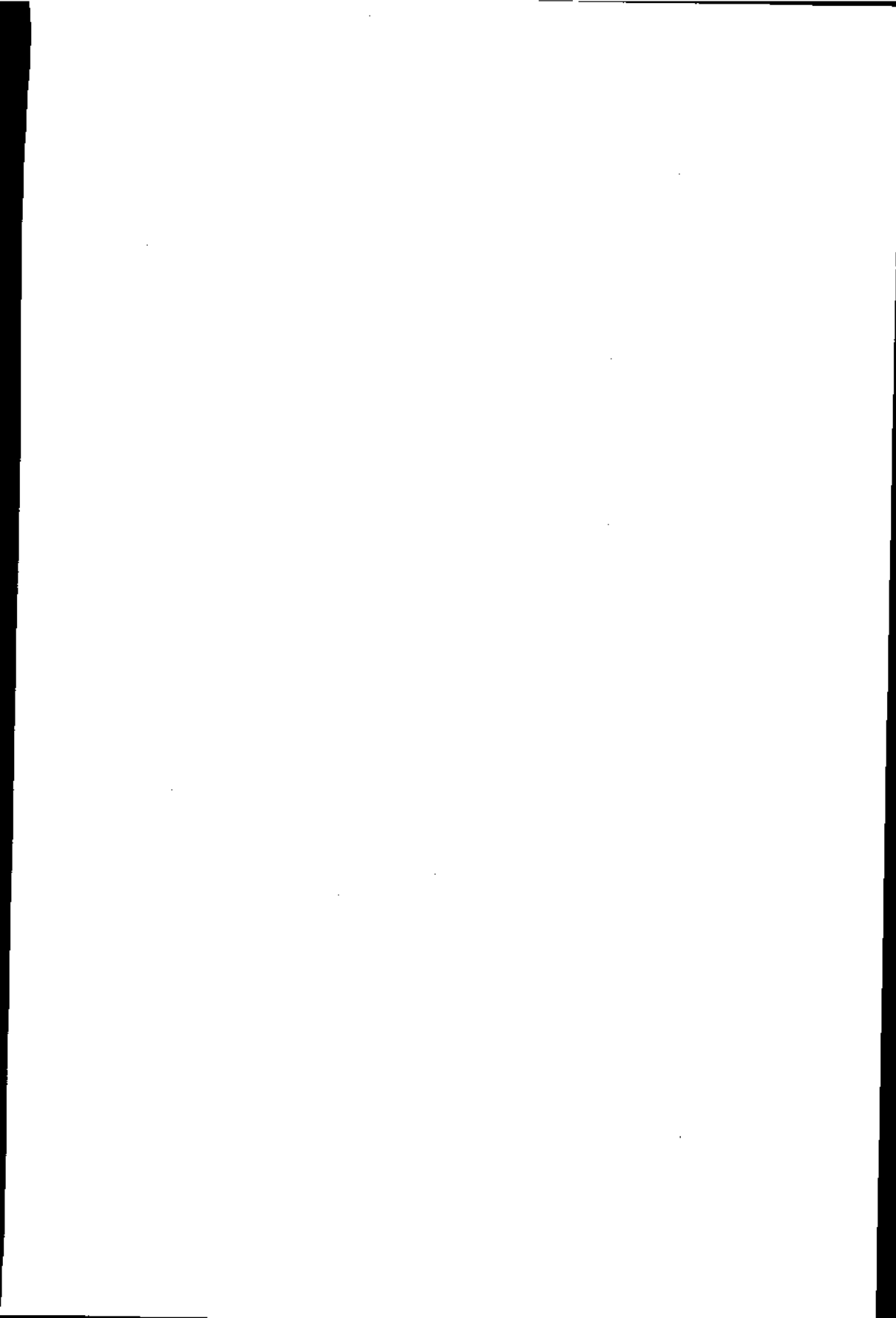
במילים אחרות, אותן פעולות אשר נקט בהן סוכן צריכות להסיר מלב בית המשפט כל ספק, שהנאשם העומד בפניו, התכוון בכל מקרה לעבור את העבירה, שלולא כן לא היה מתפתה לעוברה ומה שעשה הסוכן לגביו היה רק הצבת הזדמנות להוצאת זממו אל הפועל.

נדמה כי המימדה הבאה תשקף נכונה את הסיבה והמטרה של חיבור צנוע זה:

"...Decency, security and liberty alike demand that government officials shall be subjected to the same rules of conduct that are commands to the citizen"⁽⁴⁰⁾.

(39) הגדרה זו מבוססת על דעתו של D. Bancroft "Administration of the affirmative trap and the doctrine of Entrapment, Device and Defence". 31 U of Chi. L. R. (1963-4) 137 at p. 178.

Brandies *Jin Olmstead V. U.S.* 277 U.S. 435, 485. (40)



הרהורים וערעורים - דמ"ש ותב"נ

אל"מ (מיל.) אהרון לוי*

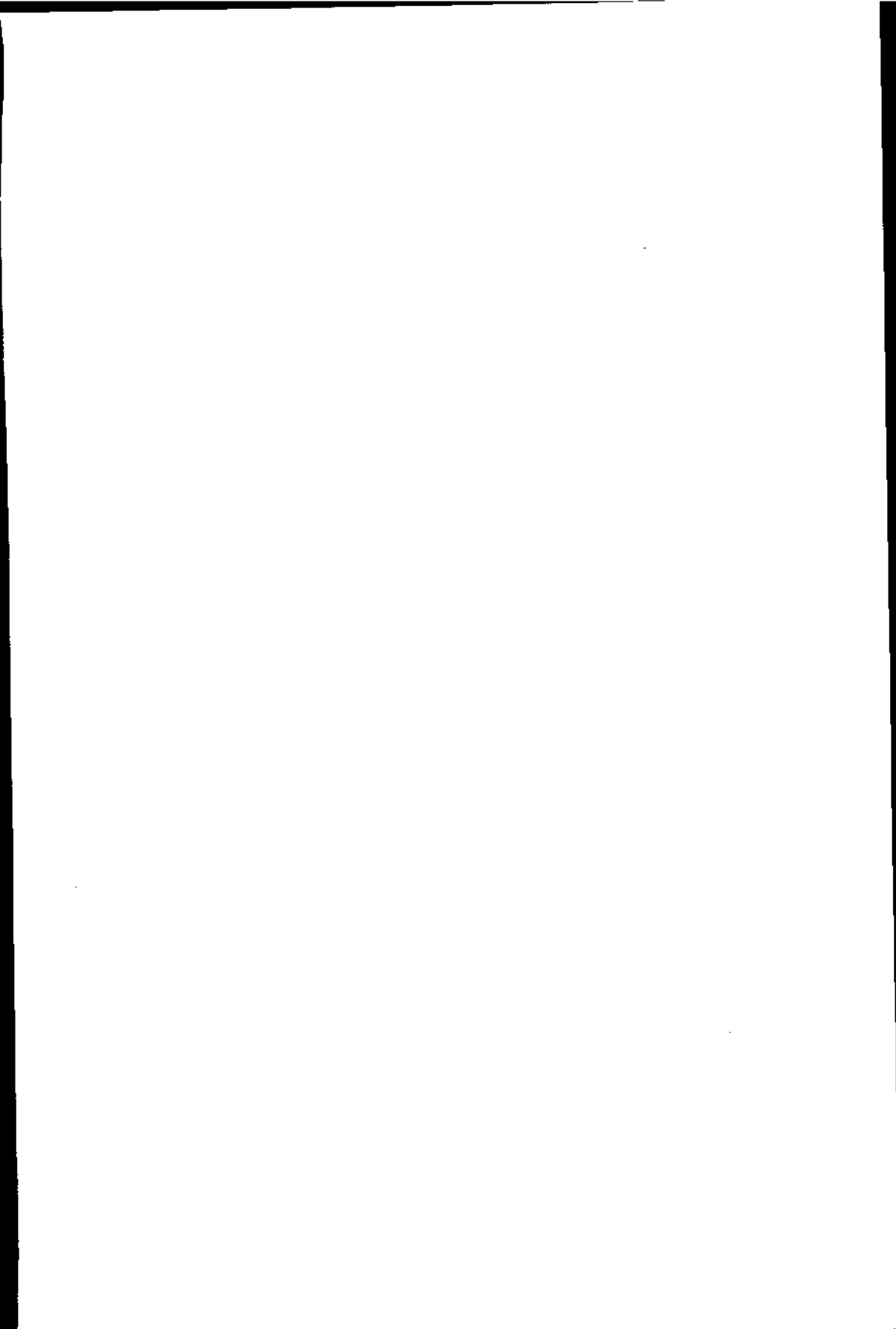
א. מבוא

ב. דמ"ש-בג"צ 406/74 ברעד נ' מדר ואח', פ"ד כט (ו) 54.

ג. סוגיות בנושא תב"ן והפעלת עונש מותנה

ד. סיכום

* שימש בעבר ראש המחלקה המשפטית כנציג קבילות חיילים.



א. מבוא

מטרת הרשימה שלהלן היא להעלות לדיון הרהורים במספר קטן של סוגיות, בתחומי הדין המשמעותי, התב"ג והפעלת עונש מותנה.

אין קשר ענייני בין הנושאים שהעלינו בסעיפים ב' רג' שלהלן, וכריכתם יחד באותה רשימה לא באה אלא על שום הרצון לקבץ יחדיו מספר עניינים, אשר לפי נסיוננו, ההתייחסות אליהם היא על דרך הברור והחד-משמעי. מטרתנו היא להאיר את אותם עניינים מזוויות שאין רגילים להביט עליהם, על מנת להצביע על כך שהם, למצער, אינם נקיים מספקות שיש בכל הכללה, או מההכרח להביט עליהם גם מאותן זוויות משפטיות.

בהתחשב באילוצים שעניינים גודל היריעה האפשרית, החלטנו להעלות לדיון

את הנושאים הבאים:

1. התייחסות לפסק הדין בעניין בג"צ ברעד נ' מדר ואח' (בג"צ 405/74, פ"ד כט (1) 54), באשר לייחודו של הדין המשמעותי, בכל הקשור לניגוד עניינים.
2. סמכותו של קצין שיפוט בכיר, להחליט כי תקופת נפקדות של נפקד שהורשע תחשב כתקופת שירות תקין.
3. מה דין עונש מחבוש שנקבע על ידי הרמטכ"ל, במסגרת סמכותו להמתיק עונש בדין משמעותי, בכל הקשור לחישוב ימי הכליאה כתב"ג.
4. מה בעיה מתעוררת בהפעלת עונש מחבוש על-תנאי, שנקבע על ידי הרשות הממתיקה.

ב. דמ"ש - בג"צ 405/74 ברעד נ' מדר ואח', פ"ד כט (1) 54**(1) הפסיקה והדין**

(א) לטענת העותר, נאשם בדין משמעותי, כי קצין השיפוט במקרה שלו אחז, בעת ובעונה אחת, בתפקיד המאשים והשופט, ובכך יש פגיעה בעקרונות הצדק הטבעי, אמר בית המשפט הגבוה לצדק בבג"צ 405/74 הנ"ל את הדברים הבאים, המצביעים על ייחודו של הדין המשמעותי בצבא:

"אין ספק, שלו היה קורה כדבר הזה בבית-משפט רגיל, היה יסוד לטענתו זו של העותר. אך אינו דומה השיפוט בבית-משפט רגיל לדין משמעותי צבאי.

קצין השיפוט הבכיר, במקרה זה כבמקרים רבים אחרים, הוא מפקדו של החייל העומד לדין, והוא האחראי על אכיפת המשמעת על פיקודיו. את מן הדרכים לאכוף משמעת זו היא להעניש את מפירי המשמעת. בחיי המתנה אין המפקד יכול לשמור, ואין לדרוש ממנו לשמור, על מעמד מורם מעם של שופט. הוא מעורב עם אנשיו, וזכותו להביע דעות על הפרות המשמעת גם לפני המשפט. העותר עבר עבירה משמעותית תמורה, ובצדק התייחסו אליו בחומרה. אין ספק, שנסיגו להתחכם

ולהראות את כוחו בטיעוני סרק משפטיים, עורר עליו את זעמו של הפיקוד במחנהו, ונראה שהעותר, בהתנהגותו, הוא שהביא על עצמו את עונשו החמור, ואין לו להלין אלא על עצמו".

(ב) הדברים דלעיל הם אבריסוד של הדין המשמעותי בצבא, וזכו לאישור בפסיקה מאוחרת, שהתייחסה לדין המשמעותי, ראה: ד"נ 13/75, **מפקד מצ"ח זאח' ו' פלוני, פד"י** (ל) 3/617; בג"צ 118/80, **גרינשטיין ו' הפצ"ר, פ"ד** לה (1) 239; בג"צ 243/80 **מדז'ינסקי ו' ביד"צ לערעורים זאח', פ"ד** לה (1) 67.

(ג) להשלמת המובאה מתוך בג"צ **ברעד, ולצורך עניינו**, מצאתי לנכון לצטט את הדברים הבאים של השופט ברק, בבג"צ 243/80 הנ"ל, לאמור: "אמת הדבר, קצין השיפוט שתי פנים לו, שהרי הוא קצין האחראי על אכיפת המשמעת על פיקודיו, ושופט המכריע בדינו של חייל. מעמד "כפול" זה של קצין ושופט, של מפקד המשליט משמעת והעושה כך בדרך של שפיטה וענישה, מחייב התאמה ואיזון בין הפן הצבאי לבין הפן השיפוטי. איזון זה עשוי להצדיק, לעיתים, סטיית מה ממספר כללים מקובלים, כגון: זכות הייצוג עלידי עורך-דין ואיסור קפדני על ניגוד עניינים (ראה: ד"נ 13/75; בג"צ 405/74). עם זאת, אין להצדיק סטייה מכללי יסוד מינימאליים, החייבים להתקיים בכל משפט ובכל מערכת שיפוט". (שם, בעמ' 72).

(ד) בתוקף סמכותו שעל פי סעיף 158 לחש"צ, סייג הרמטכ"ל את סמכותו של קצין השיפוט, בין היתר, בהוראה הבאה, שפורסמה בסעיף ז' להפ"ע 5.0303: "קצין שיפוט לא ידון חייל הנאשם בעבירה על סעיף 59 (אלימות נגד מפקד) או 62 (איום ועלבונות כלפי מפקד) - אם האלימות, האיום או העלבונות אליהם מתייחסת האשמה, כוונו אישית אל קצין השיפוט".

בהוראה שפורסמה בסעיף ז' להפ"ע הנ"ל, הוסיף הרמטכ"ל וקבע כי: "קצין שיפוט לא ידון חייל הנאשם בעבירה הקשורה בתחבורה, אם הוא עצמו נמצא בעת ביצוע העבירה ברכב, שבאמצעותו, או בקשר אליו, נעברה העבירה".

(ה) לפי סעיף 159 לחש"צ, "קצין שיפוט לא ידון נאשם ולא יגבה עדויות אלא בפניו; בתחילת הדיון יקרא בפניו את דברי התלונה, ולפני מתן הפסק יתן לו הזדמנות להשמיע את דברו". לפי סעיף 161 לחש"צ, "קצין שיפוט לא יהיה כפוף לדיני הראיות, ויפעל בדרך הנראית לו מועילה ביותר לבירור התלונה; והוא, כשאין בחוק זה או בפקודות הצבא הוראה אחרת בעניין זה".

(ו) בסעיפים 40 עד 43 לפ"מ 33.0302, המצויים תחת הפרק "דיני ראיות - אי תחולה - גביית עדות", נקבע כדלקמן:

40. בגביית ראיות יפעל קצין השיפוט בדרך הנראית לו כמועילה ביותר לבירור התלונה, ולא יהיה כפוף לדיני ראיות.
41. קצין השיפוט רשאי להזמין עדים ולהסתמך על עדויות בכתב. קצין השיפוט יהיה רשאי לסרב לבקשת נאשם להזמין עד, אם הוא סבור, שהעדות אינה שייכת לעניין, או שתוכן העדות ניתן להוכחה בדרך אחרת.
42. קצין שיפוט זוטור לא יגבה עדויות אלא בנוכחות הנאשם, ולא יעיין בעדויות בכתב, בלי לתת אף לנאשם הזדמנות לעיין בהן.
43. נאשם בדין משמעותי זכאי להציג שאלות לעדים המופיעים בפני קצין השיפוט. שאלות הנאשם יופנו לעדים ישירות, או באמצעות קצין השיפוט."

(2) ההרהור/ערעור

(א) בכל הכבוד נראה כי, דבריו החשובים של בג"צ בעניין פרעד, באשר ליחודו של הדין המשמעותי בצבא, הם גורפים ויכולים להשתרע על מקרים אשר, ככל הנראה, לא נתכוונו אליהם, והכל – גם כן ככל הנראה – משום שהעותר עורר עליו לא רק את "זעמו של הפיקוד במחנה" (עיין במיוחד ברישא פסקהדין).

(ב) טול לדוגמא מקרה, בו עובדתית קיים ספק באשר לאשמת הנאשם, וקצין השיפוט מפקדו מעורב בו, ולמשל: קצין השיפוט מורה לנאשם לבצע דבר מה, והנאשם טרם הספיק לבצע את אותו דבר, או שביצעו בקירוב, משום שהבין ממפקדו כי זמנו בידו, או משום שהבין את הפקודה כפי שביצעה בפועל. קצין השיפוט מגיש נגדו תלונה, המובאת לדיון בפניו.

כיצד, תיאורטית ומעשית, יכול הנאשם להתגונן כדאוי בהליך הדין המשמעותי? אין יוכל לממש את זכותו – האלמנטרית, והקבועה בפקודות הצבא – להציג שאלות לעד, כאשר העד הוא קצין השיפוט עצמו? האם במקרה שכזה, מרכז הכובד צריך להיות מופנה אל הנאשם, היכול לעשות שימוש בזכותו לבקש את העברת דינו, כאמור בחוק ובפקודות הצבא, אף אם במקרה שכזה נפגעת זכותו לבקש העברת דין מאת קצין השיפוט הממונה, אליו הועברה התלונה?

האם אין לומר כי במקרה הנ"ל מוטלת על קצין השיפוט החובה להעביר ממנו את התלונה, משום שאין הוא מוסמך לדון בה (סעיף 143 (א) לחש"צ)?

האם רק במקרה שמדובר בעבירות שלפי הסעיפים 59 ו-62 לחש"צ, כאשר האלימות, האיום או העלבונות כוונו אישית אל קצין השיפוט, אין קצין השיפוט מוסמך לדון בתלונה, וזאת משום שהסייגים שקבע הרמטכ"ל הם בגדר רשימה סגורה וממצה?

(ג) לי נראה, בכל הכבוד, כי האמירה הגורפת בבג"צ ברעד אינה יפה לענייננו, וכי ניהול הדין המשמעותי כאמור בדוגמא דלעיל הוא בגדר "סטייה מכללי יסוד מיומליים החייבים להתקיים בכל משפט ובכל מערכת שיפוט" (כדברי השופט ברק, לעיל). ניהול המשפט במקרה זה, תוך פגיעה מהותית בזכותו של הנאשם להתגונן על ידי תחקור העד, אינו יותר מאשר ביצוע הליך פורמלי, בדרך פורמליסטית, שתוצאתו יכולה להיות חמורה (הטלת מחבוש עד 35 יום, לבד מהפעלת עונש מותנה, אם היה).

זכותו של הנאשם לבקש העברת הדין אינה יכולה לרפא את הפגם המהותי. לא דק משום שזכותו אח"כ מצטמצמת, אלא במיוחד משום שהשימוש בזכות הוא בזמן ההליך המשמעותי וחלק ממנו, כאשר לדעת מלכתחילה אין אפשרות לפתוח בהליך.

(ד) למען סבר העין, מעניין לראות – זה מול זה – את הדוגמא דלעיל ואת שהיה בפסק הדין בעניין בג"צ 118/80, גרינשטיין ג' הפצ"ר, פ"ד לה (1) 239.

בעניין הבג"צ הנ"ל, נטען כי הופרה הוראת פקודת המטכ"ל, לפיה קצין השיפוט לא יגבה עדות אלא בנוכחות נאשם, ולא יעיין בעדויות בכתב, מבלי לתת אף לנאשם הזדמנות לעיין בהן. ואף שבאותו מקרה הובאו פרטי העדויות לידיעת הנאשם, מתוך שקצין השיפוט קרא בפניו את חוות דעת הפרקליט, מצא הנשיא לגדוי לומר, כי "אין לזלזל בחומרת ההפרה של הוראת חקיקה מפורשת שקרתה כאן... סברתי תחילה שחשש ממשי כזה (גרימת עיוות דין לנאשם – א.ל.) קיים כאן, כי אינה דומה תמצית העדויות, שהובאה לידיעתו של העותר בהשמעה בעל-פה, לעיון בעדויות בכתב שהיו מצויות בתיק חקירת מצ"ח" (שם, בעמ' 246–247). בסופו של דבר דחה הנשיא את בקשת העותר, להכריז על הדין כבטל מטעם זה, משום שעורך דינו עיין בתיק העדויות מאוחד יותר, ויש להניח, שאילו היה שם משהו, מעבר לתמצית העדויות שבחוות דעת הפרקליט, שהיה עשוי לסייע לעותר בהגנתו, היה עורך הדין מצביע על כך.

יש לציין עם זאת כי הפצ"ר הורה לבטל את הדין בערר שהיה באותו עניין, משתתברר לו שהעותר ביקש ממפקדו עוד לפני הדין בערר לעיין בתיק מצ"ח ובחוות דעתו של הפרקליט, לצורך הכנת עררו, ומפקדו סירב לבקשתו (שם, בעמ' 247–248).

(ה) אין בדעתי להיכנס, במסגרת סקירה קצרה זאת, לדיון בשאלה, אם הפרת כללי הצדק הטבעי מחייבת תמיד את ביטול הדין, או שמא ניתן להשתמש במבחן "העוול", או "העוול האפשרי", על מנת להחליט, באילו מקרים מחייבת הפרת הכללים הנ"ל את ביטול הדין. עם זאת הנני לציין כי, אין לי ספק שהסטייה שהיתה בענייניו של גרינשטיין אינה דומה

לסטייה התמורה ביותר הקיימת בדוגמה שהבאתי. ואם בעניין גרינשטיין מצא הנשיא לומר את הדברים שציטטתי לעיל, והפצ"ר מצא לבטל את הדיון בערר - הרי שבדוגמה שהבאתי הדברים אמורים בקל וחומר, והתוצאה המתחייבת היא ביטול הדיון.

(1) פסק דינו המלמד והחשוב מאוד של השופט ברק, בבג"צ 243/80, ראוי לניתוח כשלעצמו ברשימה מיוחדת אשר, אי"ה, נגיש בנפרד. הנני נזקק לו כאן, משום השאלה הצריכה, להשלמת התמונה, אם הפסק בדוגמה שהבאתי הוא בטל, או רק ניתן לביטול על-ידי הפצ"ר, בתוקף סמכותו שעל פי סעיף 168 לחש"צ.

לענייננו נראה כי ניתן להשתמש באמירת השופט ברק לפיה "יצירתם של כלים לתיקון פגמים אין בהם כשלעצמם כדי להצביע על אופיים של אותם פגמים בטרם תוקנו" (שם, בעמ' 75), ועל כל פנים הנני סבור, כי הפצ"ר יבטל את הפסק על פי סמכותו שבסעיף 168 (ב), משום שהדיון המשמעותי התנהל באופן הפוגע בסדרי הדיון, או על פי סמכותו שבסעיף 168 (ג) (2), משום שקצין השיפוט לא היה מוסמך לדון את הנאשם. ובחלופה המתמקדת בסמכות הפצ"ר לפי סעיף 168, הייתי מוסיף כי יפים לעניין זה דבריו של הנשיא לגדוי בעניין גרינשטיין, לפיהם "סמכות הרשות הופכת חובה לפרקליט הצבאי הראשי, כאשר מבחינה אובייקטיבית קיים חשש ממשי שאי השמירה על סדרי הדיון שנקבעו עלולה היתה לגרום עיוות-דין לנאשם, ובית-משפט זה יתערב אם נראה לו, שאכן קיים חשש ממשי כזה". (שם, בעמ' 246).

(2) לבסוף, ובשולי ההיגים האלה, הנני מוצא לזכרו להתייחס לרשימתו של אל"מ זכריה כספי, בעניין מידת אי תלותו של קצין השיפוט, אשר פורסמה במשפט וצבא, גליון מס' 2, דצמבר 1984. שלא כפי המחבר שם, כשלעצמי הייתי מאיר את הסוגיה מהזווית שבוארה לעיל, ושם יהבי על כללי היסוד המינומליים החייבים להתקיים בכל מערכת משפט, לרבות הדיון המשמעותי, ותוך מתן מלוא הנפקות לדברי השופט ברק בבג"צ 243/80, לפיהם "לא רק שאיני מוכן להצדיק חריגת שופט מסמכות בטיעון של משמעת, אלא שלדעתי, המשמעת הצבאית תחושל, והאמון של הצבא במערכות הדיון המשמעותי יחוקק, אם הכל יידעו, ששלטון החוק משתרע גם על הדיון המשמעותי וגם על שופטי" (שם, בעמ' 72). דברים אלה יכולים וצריכים להיות בסיס לדיון בשאלת מידת אי תלותו של קצין השיפוט, לעומת אי התלות של שופט, לפי משתנים שונים הנוגעים לסדרי הדיון, גביית ראיות והפעלת שיקול דעת. בכל אלה לא נעסוק כאן.

(ח) למניעת אי הבנה הנני לציין כי אין אני מערער על עצם הקביעה של בג"צ בעניין ברעד, שכן שותף אני בכל הכבוד לדברים שנאמרו שם באשר לייחודו של הדיון המשמעותי. כוונתי היתה להצביע על מקרים אפשריים, והדוגמה שהבאתי היא כזו לדעתי, שהאמור שם יכול ולא נתכוון אליהם, על שום הלשון המכלילה של אותם דברים עקרוניים.

ג. סוגיות בנושא תב"ן והפעלת עונש מותנה

(1) כללי

(א) סעיף 18 לחוק שירות בטחון (נוסח משולב) התשמ"ו-1986, קובע כדלקמן: "אדם שבתקופת שירותו הסדיר היה כלוא בשל עבירה על פי פסקדין של בית-דין צבאי או של בית משפט אחר, או על פי פסק של קצין שיפוט בכיר, וכן אדם שנועד מן השירות שלא כדין, או שנועד ברשות שהושגה בטענות כחבות והורשע על כך כדין, ואם היתה לו זכות ערעור - לא ערער על ההרשעה, או שערעורו על ההרשעה נדחה, אין רואים את תקופת כליאתו ואת תקופת העדרו לעניין חישוב זמן השירות, כתקופה שבה מילא חובת שירות סדיר, אלא אם כן הורה בין הדין הצבאי, בית המשפט או קצין השיפוט הבכיר הוראה אחרת".

(ב) הוראה דומה, לגבי שירות מילואים, מצויה בסעיף 31 לחוק הנ"ל.

(2) קצין השיפוט העושה "מעשה פוקד"

אף אם ניתן למצוא הצדקה לכך שקצין שיפוט בכיר או ביד"צ או בית-משפט יורו כי תקופת הכליאה לא תחשב תב"ן, ואף שניתן למצוא נימוקים - פחות משכנעים - לכך שביד"צ או בית-משפט יחליט במקרים מתאימים, כי תקופת ההעדר מן השירות לא תחשב תב"ן, איני מוצא איחושהי הצדקה או הגיון לכך, שקצין שיפוט בכיר, שהרשיע נאשם בעבירת נפקדות, יורה כי תקופת הנפקדות תחשב לשירות.

כידוע, יכול ומנימוקים שונים יגיע נאשם בפני קצין שיפוט בכיר, אפילו תקופת הנפקדות היא ארוכה ביחס. הדעת אינה סובלת, לדעתי, שקצין שיפוט בכיר יתערב בנושא שהוא זר למהות הדין בפניו, ויחליט כי תקופת הנפקדות של נפקד שהורשע תחשב כתקופת שירות תקין, על כל ההשלכות הנובעות מכך (חישוב תקופת השירות, תשלום כספי לרבות תגמולי מילואים וכו'). לדעתי, זהו פשוט לא מעניינו.

למרבה "המזל", קציני השיפוט בכירים אינם עושים שימוש בסמכותם זו, ובדיקה אמפירית - לא מייצגת ולא מדעית - שערכתי, הראתה כי קציני השיפוט פשוט אינם יודעים על סמכותם זו.

(3) "הטלת" עונש מחשוב ע"י הרמטכ"ל במסגרת סמכותו להמתיק עונש

(א) על הנאשם הוטל עונש הורדה בדרגה ע"י קש"ב, והרמטכ"ל החליט, בתוקף סמכותו שעל פי סעיף 167 לחש"צ, להקל בעונש ע"י החלפתו בעונש של עשרה ימי מחבוש.

(ב) בסעיף 153 לחש"צ, שעניינו סמכויות ענישה של קש"ב, מובאים העונשים שקש"ב מוסמך להטיל, כאשר עונש המחבוש מנוי לפני עונש ההורדה בדרגה.

(ג) אף שסעיף 153 אינו קובע כי סדר העונשים הוא מן הקל אל החמור, כדוגמת הקביעה שבסעיף 21 לחש"צ, בקשר לעונשים שביד"צ רשאי להטיל, ואף שניתן ללמוד, אולי, לענייננו, מהוראת סעיף 26 לחש"צ, נראה כי הגיונם של הדברים וסדרם בסעיף 153, סובל פירוש לפיו עונש מחבוש יכול להיות קל מעונש של הורדה בדרגה.

(ד) כך או כך, והואיל ואפשרות כאמור לעיל קיימת במקרים המתאימים, ושאלת השאלה מה דין עונש המתבוש שנקבע על ידי הרמטכ"ל, במסגרת סמכותו להמתיק עונש, בכל הקשור לחישוב ימי הכליאה כשירות.

(ה) בפסק דינו של בית הדין הצבאי לערעורים בעניין ע/158/74, שפורסם בפסקי דין נבחרים של ביד"צ לערעורים לשנת 1974, בעמ' 227, נכתב בין היתר כדלקמן:

"אין, איפוא, כל ספק ספיקא שהרשות המאשרת לפי חש"צ אינה רשות שיפוטית אשר רשאית להטיל עונש, לאור האמור בסעיף 401 הנ"ל. ברור הוא, שרק ביד"צ (או קש"ב בדין משמעותי) הן הרשויות המוסמכות להטלת עונש, בעוד שסמכותה של הרשות המאשרת, אשר הינה למעשה רשות מנהלית, רשאית להקל כאמור בסעיף 442 לחש"צ, או לאשר העונש כמו שניתן ע"י ביה"ד". (שם, בעמ' 229).

(ו) לפסק דין זה אתיחס בהמשך. לענייננו ייאמר כי ביה"ד קיבל את הטענה, לפיה יש לייחס את מעשה הרשות המאשרת לפסק-הדין, ומה שנעשה על ידה כאילו נעשה ע"י ביה"ד. על פי אותו הגיון, שביה"ד רמו לו במובאה לעיל, יש לייחס את מעשה הרמטכ"ל שלפי סעיף 167 לפסק בדין המשמעותי.

(ז) נפקות השאלה, לענייננו, היא ברורה. הסעיפים 18 ו-31 לחוק שירות ביטחון קובעים כתב"ן את תקופת הכליאה שהוטלה ע"י ביד"צ, בימ"ש או קש"ב. אם קביעת הרשות המאשרת או הרשות הממתיקה אינה יכולה להיות מיוחסת לפסק-הדין או לפסק, כי או לפניו חסד, שמשמעותו היא כי עונש מחבוש (או מאסר) שנקבע על ידי הרשויות דלעיל, אין לגביו כל הוראה, על פיה תקופת הכליאה היא תב"ן. השאלה אם הרשות הממתיקה "הטילה" עונש או "המידה" אותו או "החליפה" אותו או "הקלה" בו או "קבעה" אותו, או כל מינוח סמנטי אחר, אינה צריכה ואינה יכולה לשנות מן העובדה הברורה והחד משמעית, שלא קצין השיפוט הטיל את העונש המסוים הנ"ל. ייחוס מעשה הרשות הממתיקה לקצין השיפוט הוא אקדובטיקה מסורבלת ומלאכותית, שאינה מבהירה, אינה מלמדת ואינה משקפת נכונה את סמכויות על אחת מן הרשויות - קצין השיפוט מחד והרשות הממתיקה מאידך.

(ח) עם כל הכבוד לביהד"צ לערעורים, ולמרות שברורה לי הסתייגותו החריפה מכך שרשות מאשרת תחשב למטילת עונש, (ואגב, בניגוד לאמירה מפורשת בסעיף 33 (א) לחש"צ, לפיו יכול שיוטל עונש על-תנאי על פי סעיפים 167, 442 (ב) ר"ל לחש"צ!), נראה לי כי קביעת העונש המסוים היתה על ידי הרשות הממתיקה, אף אם קיים אינחת ברור מלקרוא לפעולה האמורה משום הטלת עונש. ברי לי, כי אין ניתן לומר – בדוגמה שלנו – שעונש המחבוש הוטל ע"י קצין השיפוט הבכיר, וזה מה שצריך לקבוע לעניינו. דעתי היא, איפוא, שלתקופת הכליאה אין הסדר בחוק באשר להיותה תב"ן, ועל כן היא בהכרח תקופת שירות לכל דבר ועניין.

4 הפעלת עונש מחבוש ע"ח שוקבע ע"י הרשות הממתיקה

(א) במסגרת זו אני מבקש להתייחס לסיטואציות אפשריות, שעונש מחבוש ע"ת נקבע למעשה ע"י הרשות הממתיקה, במסגרת סמכויותיה שעל פי סעיף 167 לחש"צ.

(ב) דוגמה אפשרית ראשונה היא זו, המתמקדת בהשלכות מרחיקות הלכת של הדברים שנקבעו בפסה"ד בעניין ע/158/74. הדוגמה היא זו:

על נאשם הוטל, בתאריך 1.1.86 עונש מחבוש בפועל לתקופה של 35 יום, שריצויו עוכב בסמכות ובתקופת עיכוב הביצוע עבר הנאשם בתאריך 3.1.86 עבירה מאותו סוג. הנאשם הגיש עוד ב-1.1.86 בקשה לרמטכ"ל להמתיק את דינו, ובתאריך 10.1.86 מחליט הרמטכ"ל להמיר את העונש לעונש מחבוש ע"ת. בתאריך 15.1.86 עומד הנאשם לדין על העבירה הנוספת. הניתן להפעיל את העונש המותנה?

(ג) עובדות פסק-הדין בעניין ע/158/74 היו דומות לאלה שבדוגמה לעיל, ביחסים שבין הרשות המאשרת ובית הדין הצבאי, אלא ששם בית הדין הצבאי הטיל עונש מאסר, שחלקו בפועל וחלקו על-תנאי, והרשות המאשרת התערבה בו באופן שהמידה חלק מן המאסר למאסר על תנאי, ובכך הגדילה את העונש המותנה.

(ד) בכל הכבוד, וכבר רמזתי לכך, אני סבור, כי פסה"ד בטעות יסודו. במסגרת רשימתנו זו אינו מוצא מקום להתייחס לכלל ההיבטים הנובעים מפסק הדין, ודי לי בכך שאציין כי ביהד"צ לערעורים שם יהבו על סעיף 32 (ד) לחש"צ, לפיו "תקופת התנאי תתחיל מיום מתן גזר הדין, ואם הנידון נושא אותו זמן עונש מאסר או מחבוש – מיום שחרורו מן המאסר או המחבוש; והכל כשבית הדין לא הורה אחרת". לסעיף הנ"ל אין מקבילה במסגרת הדין המשמעתי (ראה סעיף 157 לחש"צ).

(ה) בהעדר אפשרות להיזקק להוראה דוגמת סעיף 32 (ד), ובהמשך לדברים שכבר כתבנו בדינתנו בסעיף הקודם, נראה כי ניתן לקבוע, שעונש המחבוש המותנה נקבע על-ידי הרשות הממתיקה, ועל כן אין הוא יכול

להתייחס לעבירה שבוצעה לפני שנקבע (ראה רישא סעיף 33 (א), המדבר בהטלת עונש מחבוש על תנאי ע"י הרשות הממתיקה, לצורך עניין אחר). לפי דעתי, אין ניתן להפעיל עונש מותנה, כאשר העבירה "הנוספת" בוצעה לפני קביעת העונש המותנה. פשיטא היא, שעונש ע"ת משמעותו: הזהר הנאשם, אם בעתיד תבצע עבירה דומה, כי אז... אין ניתן לומר לנאשם: הזהר, אם בעבר ביצעת עבירה דומה, כי אז... (הטענה נטענה בדיון בעניין ע/158/74 הנ"ל, אולם ביהד"צ לערעורים לא מצא לכונן להתעכב עליה).

(ז) השאלה הבאה היכולה להישאל היא, אם בכלל ניתן להפעיל את העונש המותנה שנקבע על ידי הרשות הממתיקה, כאשר העבירה הנוספת בוצעה לאחר החלטת הרשות הממתיקה, ובתוך תקופת התנאי. דוגמה אפשרית היא זו שהבאנו לעיל, בהבדל אחד והוא, שהעבירה הנוספת בוצעה לאחר החלטת הרשות הממתיקה, או הדוגמה הבאה: על נאשם הוטל עונש הודדה בדרגה, אשר הרמטכ"ל הקל בו והעמידו על עונש מחבוש ע"ת. לאחר מכן עבר הנאשם עבירה נוספת, עליה הוגשה תלונה. הניתן להפעיל את העונש המותנה?

(ז) השאלה מתעוררת לנוכח הוראת סעיף 157 (ג) לחש"צ, לפיה "הוטל מחבוש על תנאי על ידי קצין שיפוט, והנידון נמצא אשם בעבירה נוספת, יצווה קצין השיפוט שדן בעבירה הנוספת על הפעלת המחבוש על תנאי". בהקשר זה מעניין להשוות את הוראת סעיף 157 (ג) הנ"ל, עם הוראת סעיף 153 א' (ג), בקשר עם הפעלת עונש פסילה על תנאי. שם נאמר כי "מי שנפסל על תנאי, ייפסל בפועל אם...". לא נאמר - מי שנפסל על תנאי על ידי קצין שיפוט.

(ח) הסעיפים 32 ו-33 לחש"צ, בקשר לסמכויות ביד"צ בעניין הענישה על תנאי, מבחינים בין ביצוע של עונש על תנאי (סעיף 32) והחלטה לביצוע עונש על תנאי (סעיף 33).

סעיף 157 (ג) הוא המקבילה, במסגרת דמ"ש, להוראת סעיף 33 בעניין ההחלטה לביצוע עונש מותנה. לנוכח הדברים המפורשים שבסעיף 157 (ג) הנ"ל, בעניין הפעלת עונש מחבוש על תנאי שהוטל על ידי קצין שיפוט, מתעורר ספק בדבר האפשרות להפעיל את העונש המותנה שנקבע על ידי הרשות הממתיקה. בהקשר זה נשוב ונציין, כי סעיף 33 (א) לחש"צ מתייחס באופן מפורש להחלטה לביצוע עונש מותנה, שהוטל על ידי הרשות הממתיקה, ולהוראה כאמור אין מקבילה בסעיף 157.

(ט) ייאמר מיד: ספק כאמור ראוי להיות מוסר, והדרך הנכונה לעשות כן היא על ידי תיקון החוק והבהרתו.

בינתיים, והואיל וברי כי יש ליתן את הנפקות המתאימה להחלטת הרשות הממתיקה, מוצע להסתייע בסעיף 157 (א), לפיו מי שנידון למחבוש על תנאי, לא ישא את עושו אלא אם עבר, תוך תקופת התנאי,

עבירה מסוג העבירה שעליה וענש, ונמצא אשם על ידי קצין שיפוט בשל עבירה כזאת תוך תקופת התנאי או לאחריה.

את סעיף 157 (ג), שעניינו ההחלטה בדבר ביצוע העונש המותנה, מוצע לקרוא ביחד עם סעיף 167, ולנוכח הוראת סעיף 157 (א) – ניתן יהיה להפעיל את העונש המותנה שקבעה הרשות הממתיקה, כאשר העבירה הנוספת בוצעה לאחר קביעת העונש המותנה, ובתוך תקופת התנאי. הדרך המוצעת אינה מחייבת להזקק לאקרוֹבטיקה משפטית, המטשטשת את סמכויות הרשויות השונות, והיא נותנת משמעות נכונה לעקרונות הענישה על תנאי.

ד. סיכום

כפי שכתבנו בפתח הדברים, מטרת רשימתנו להעלות לדיון, בקצרה, סוגיות הראויות להיות מלובנות כדי שונפתח את דיני הצבא. במתכוון בחרנו להתרכז בעניינים הנחשבים ל"ברי", כדי להוסיף עליהם את ה"שמא" המתבקש, ואת על מנת להוסיף סקרנות, לגרות את החשיבה, ואולי אולי – להביא לידי כך שיימצאו מי שיבקשו לדון בנפרד ובמפורט בכל את מן הסוגיות, להעשרת החשיבה והידע של כולנו.

הטלת חובה על חיילים להבדק בבדיקות לגילוי שימוש או החזקה בסמים מסוכנים*

סעיפים 127 א' ו-250 א' לחוק השיפוט הצבאי, התשט"ו - 1955

סרן שי יניבי*

- א. פתח דבר
- ב. רקע כללי - זכויות הפרט במסגרת הצבאית
- ג. רקע השוואתי - המצב המשפטי בארצות הברית לענין בדיקות לגילוי סמים, בקרב חיילים
- ד. המטרה העומדת ביסוד חקיקת סעיפים 127 א' ו-250 א' לחוק
- ה. בחינת יסודות סעיף 250 א' לחוק
 1. "סבר..."
 - א) כללי
 - ב) קיומו של חשד - תנאי מקדמי להוצאת הצו (1) כללי
 - (2) חשד ספציפי
 - (3) ההתאמה בין החשד הקיים לצו המוצא
 - ג) החשד הנדרש - מהו?
 - ד) מועד גיבוש החשד ומועד הוצאת הצו
 - ה) אמת המידה לבחינת שיקול דעתו של קצין השיפוט הבכיר

* הרשימה מבוססת על עבודה סמינריונית, שנערכה במסגרת למחיי תואר שני בפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל-אביב, בהדרכתה של ד"ר ג. זלצמן.

** עורך תובע צבאי ראשי.

-
2. הגורם המוסמך: "קצין שיפוט בכיר המשרת בחיל המשטרה הצבאית"
 3. על הבדיקות להיות "דרושות כדי לגלות החזקה או שימוש על ידי חייל בסם מסוכן"
 4. קצין השיפוט הבכיר "רשאי... לצוות על כל חייל - בין בנקיבת שמו ובין בדרך אחרת - להבדק בדיקות אלה"
 1. קביעת סוגי הבדיקות בחקיקת משנה
 2. נפקותו של הסחב להיבדק
 3. סיכום

א. פתח דבר

Nemo tenetur seipsum prodere – לאמר: זכותו של האדם, שלא להשיב על שאלה, שהתשובה עליה עלולה להפלילו מקובלת במרבית שיטות המשפט¹, הגם שתחומי הזכות והיקפה שונים משיטת משפט אחת לרעותה². במשפט הישראלי בא העקרון לידי ביטוי בסעיף 47 לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א – 1971³ ובסעיף 2 לפקודת הפרוצדורה הפלילית (עדות)⁴. נוסף על קביעתו של העקרון ראה המחוקק לציין את קיומה של הזכות בחוקים הדנים בסוגיות ספציפיות כדוגמת מסירת עדות בפני ועדת חקירה⁵, בבדיקה הנערכת בצבא עובר להעמדת אדם לדין בפני בית דין צבאי⁶, בחקירה בפני נציב תלונות הציבור שלפי חוק מבקר המדינה⁷, ובחקירה על פי חוק הביטוח הלאומי⁸. במקביל להתפתחות ההכרה ב"זכות החסיון" במשפט הישראלי נתפתחו, ברבות השנים, חריגים לכלל. המדובר בתחומים משפטיים בהם נדחה עקרון החסיון מפני עקרון אחר. כך, בשורת דברי תקיקה נקבעה חובתו של אדם למסור ראייה, הגם שיש בכך כדי להפלילו: פקודת פשיטת הרגל⁹, פקודת החברות¹⁰, פקודת מס הכנסה¹¹ וחוק מבקר המדינה¹². בפסק דינו המנחה של בית המשפט העליון בענין חורי¹³ נקבע, כי ההענות לדרישה לחשוף את הגוף ואת אשר עליו בעת חיפוש אינה בגדר ויתור על הזכות

1. בארצות הברית בא העיקרון לידי ביטוי בתיקון החמישי לחוקה בו נקבע: "No person ... shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself". על כך שהמדובר הוא באחד מעקרונותיו של המשפט המקובל ראה *Hall v. R.* (1971) 1 All E.R. 322, 324.
 2. ביטוי של הכלל כמשפט העברי הוא "אין אדם משים עצמו רשע", סנהדרין ט, ב. על משמעותו הרהבה של הכלל במשפט העברי ראה A. Kirschenbawm, *Self-Incrimination in Jewish Law* (New York, 1970).
 3. ראה א' הרנון, דיני ראיות (המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי על שם הרי סאקר, תשל"ז) חלק שני 88-93.
 4. ז"ח 421.
 5. האי"י, פרק לז, כרך א', (ע) 439, (א) 467.
 6. סעיף 10 לחוק ועדות חקירה, התשכ"ט-1968, ס"ח 28.
 7. סעיפים 256-257 לחוק השיפוט הצבאי, התשט"ו-1955, ס"ח 171 (להלן: חוק השיפוט הצבאי, חש"צ, או חוק).
 8. סעיף 141(ד) לחוק מבקר המדינה [נוסח משולב], התשי"ח-1958, ס"ח 92.
 9. סעיף 196(ב) לחוק הביטוח הלאומי [נוסח משולב], התשכ"ח-1968, ס"ח 108.
 10. סעיפים 29-30 לפקודת פשיטת הרגל [נוסח משולב], התשי"ט-1980, ז"ח 639.
 11. סעיף 298 לפקודת החברות [נוסח חדש], התשמ"ג-1983, ז"ח 761.
 12. סעיפים 135, 135א, 142 לפקודת מס הכנסה [נוסח חדש].
 13. סעיף 11 לחוק מבקר המדינה [נוסח משולב], התשי"ח-1958, ס"ח 92.
- ע"פ 663/81 חורי נ' מדינת ישראל, פ"ד לו (2) 85 (להלן: ענין חורי). את דאשיתה של המגמה, שבאה לידי ביטוי בענין חורי ניתן למצוא בע"פ 648/77 קריב נ' מדינת ישראל, פ"ד ל"ב (2) 729, 744. (להלן: ענין קריב). שם נקבע, בהתבסס על הפסיקה הנוהגת בארצות הברית כי "השתתפות במסדר זיהוי איננה בגדר הפרת הזכות לאי הפללה עצמית...".

לאי־הפללה עצמית.¹⁴ זאת, הואיל וענינה של הזכות לאי־הפללה עצמית הוא במתן עדות או ראייה בדרך הדומה למתן עדות.¹⁵ משעסקינן בסמכות החיפוש, הזכות הרלבנטית היא זכותו של הפרט לשלמותו הגופנית ולשמירת כבודו כאדם.¹⁶ לצורך בחינת קיומה של פגיעה בזכות זו מבחינים בין חיפוש בגופו של אדם שהוא חיצוני בלבד, לבין חיפוש שיש בו משום חדירה לגוף (כגון: שאיבת תוכן הקיבה, ביצוע חוקן או בדיקות דם).¹⁷ בפרשת קטלן¹⁸ נקבע, כי "בהעדר הוראה בחוק, או על פיו" אין ניתן לבצע חיפוש בגופו של אדם, ללא הסכמתו. ברם, ככלל, אמצעים פסולים שנוקטו להשגת "ראייה הכשרה כשהיא לעצמה אינם פוסלים את הראייה".^{19, 20} זאת, לפי שבישראל לא אומצה תורת "פרי הבאושים של העץ המורעל", הנוהגת בשיטת המשפט האמריקנית. לפיכך, משהושקה כלוא בכלא צבאי על כרחו, במי מלח – פעולה שהביאה להקאת חבילות, שהכילו סם מסוכן, אושרה הגשת חבילות הסמים כראייה בהליך הפלילי, להוכחת דבר החזקת הסם המסוכן בניגוד לסעיף 7(א) לפקודת הסמים המסוכנים [נוסח חדש], התשל"ג–1973.²¹

14. על קביעה זו, הנסמכת על הפסיקה האמריקאית בסוגיית החסיין מפני הפללה עצמית, נמתחה בשעתו ביקורת. עיקר הביקורת היא על כי נוכח הבדלי הנוסח המחוקתיים בין החוק הישראלי ללשון התיקון התמישי לחוקת ארצות הברית – ספק רב אם מוצדקת היתה נישת בית המשפט העליון לקבוע את היקף החסיין בישראל, בשים לב לדיון החל בארצות הברית. ראה א. סטרשנב, "צמצום החסיין בפני הפללה עצמית" הפרקליט לה (תשמ"ד) 243.
15. השווה לסעיף 16 להצעת חוקה למדינת ישראל – הצעת צוות משפטים בראשות פרופ' א. רייכמן, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל־אביב, הנוקט נוסח רחב, לפיו: "כל אדם זכאי שלא להפיל את עצמו".
16. למשל עליידי וענעו הראש, ראה *Schmerber v. State of California* 384 U.S. 757 (1966).
17. בג"צ 355/79 370/79 373/79 391/79 קטלן, ואח' נ' שירות בתי הסוהר, ואח', פ"ד לד (3) 294. (להלן ענין קטלן). השווה:
- R. Cross, *Evidence* (London 6th ed., 1985)
- M. Dana, "The Fifth Amendment Privilege Against Self Incrimination; Extorting Physical Evidence From a Suspect" (1970) 43 *So. Calif. L. Rev.* 597
17. ראה ענין קטלן, לעיל הערה 16 בע' 298-303; ענין הורי, לעיל הערה 13, בע' 91-93. אך השווה ל-*Schmerber v. State of California*, *Supra* note 15, at pp. 761-763 – שם הוצגה עליידי השופט Brennan ההשקפה, לפיה אף בוטילת בדיקת דם, ללא הסכמה – אין כדי פגיעה בזכות החסיין מפני הפללה עצמית.
18. ראה ענין קטלן, לעיל הערה 16, בע' 301.
19. ע"פ 183/78, 191/79 אבו מידג'ם ואח' נ' מדינת ישראל פ"ד לד (4) 533.
20. חריג לכלל האמור יכול ויבוא לידי ביטוי בדבר חקיקה של הכנסת. כך למשל סעיף 32 לחוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981 קובע: "חומר שהושג תוך פגיעה בפרטיות יהיה פסול מלשמש ראייה בבית משפט, ללא הסכמת הנפגע, וולת אם בית המשפט התיר מטעמים שידרשמו להשתמש בחומר, או אם היו לפוגע, שזיה צד להליך, הגנה או פטור לפי חוק זה"; וסעיף 13(ב) לחוק האונת סתר, התשל"ט-1979 קובע: "דברים שנקלטו בדרך האונת סתר בניגוד להוראות חוק זה, לא יהיו קבילים כראייה בבית משפט". ראה: N. Zaltzman, "The Israeli Approach to Evidence Obtained in Violation of the Right to Privacy" 18 *Isr. L. Rev.* (1983) 215.
21. ראה ד"ר 9/83 בית הדין הצבאי לערעורים ואח' נ' ועקינן (טרם פורסם); השווה: בג"ש 688/84 מדינת ישראל נ' קורטאם ואח', פ"ד מ(1) 253 (מסק דין זה ניתן בטרם ניתן פסק הדין בדין הנוסף בענין ועקינן הנזכר לעיל).

רשימתנו עוסקת באחד מהיבטיה של סמכות החיפוש בגופו של אדם. המדובר הוא בהקניית סמכות לקצין שיפוט בכיר, המשרת במשטרה הצבאית לצוות על כל חייל להיבדק בבדיקות לגילוי שימוש או החזקה בסמים, בניסיונות המפורטות בסעיף 250^א לחוק השיפוט הצבאי, שזה לשונו:

"250^א. (א) סבר קצין שיפוט בכיר, המשרת בחיל המשטרה הצבאית, כי בדיקות לפי סעיף זה דרושות כדי לגלות החזקה או שימוש על-ידי חייל בסם מסוכן כמשמעותו בפקודת הסמים המסוכנים [נוסח חדש], התשל"ג - 1973, רשאי הוא לצוות על כל חייל - בין בנקיבת שמו ובין בדרך אחרת - להיבדק בבדיקות אלה.

(ב) שר הבטחון באישור שר הבריאות, יקבע בתקנות את הבדיקות לפי סעיף זה, את אופן עריכתן ואת התעודות שינתנו על תוצאותיהן".

חוראה עונשית משלימה נקבעה בסעיף 127^א לחוק השיפוט הצבאי, לפיו: "127^א. חייל שנצטווה להיבדק לפי סעיף 250^א וסירב להיבדק, דינו - מאסר שנתיים".

כפי שניזכר להלן, הלכה למעשה, המדובר בשתי בדיקות לגילוי סמים מסוכנים: טבילת אצבעות ובדיקת שתן. אשר לטבילת האצבעות, אין חולק, כי המדובר בבדיקה "חיצונית" מובהקת.²² לענין בדיקת השתן, הרי בשעתו החיל בית המשפט העליון את הכללים המחמירים, החלים על בדיקות דם, גם על בדיקות שתן.²³ ברם, מאוחר יותר הסתייג מכך בית המשפט והותיר שאלה זו בצריך עיון.²⁴

במסגרת הרשימה נעמד על מהות הוראות החוק, ונבקש להציג את השקפתנו לענין דרך פרשנותן הראויה.

ג. רקע כללי - זכויות הפרט במסגרת הצבאית

בטרם נידרש לדיון בהוראות החוק ולבחינת השאלה האם יצר המחוקק איזון ראוי בין זכויות הפרט לצרכי הכלל, ראוי להקדים דבר, לענין מעמדן הכללי של זכויות הפרט במערכת הצבאית. זכויות הפרט מבוססות על העקרונות הליברליים, החלים ביחסים שבין המדינה הדמוקרטית לבין אזרחיה, המושתתים על חירות מירבית של האזרח ועל התערבות מינימלית של המדינה בחייו.²⁵ מאידך גיסא, המערכת הצבאית מבוססת על חובת המשמעת הכללית ועל קיום מסגרת של כפיפות פיקודית. טבע הדברים הוא, שהחייל אינו נהנה ממלוא היקף זכויותיו של האזרח. כפי שהיטיב להציג זאת המלומד בישופ:

22. ראה ענין חודי, לעיל הערה 13, בע' 93-94. כן ראה טקסט להערה 17, לעיל.
 23. ע"פ 184/62 פרץ נ' היועץ המשפטי לממשלה פ"ד י"ז 2104, 2111. המבחן שהוצג באותו ענין היה "בדיקות המצריכות שיתוף פעולה מצד הנבדק".
 24. ראה ענין חודי, לעיל הערה 13, בע' 93.
 25. אך ראה את האבחנה בין "החרות הטבעית" ל"חרות האזרחית", שבעוד שלאשונה אין גבולות, למעט "כוחות היחיד", הרי האחרונה מוגבלת על ידי "הרצון הכללי" - ר' רוסו, על האמנה החברתית (יבנה, תש"ז) 8, 32.

"Men who live in the barracks simply do not have the privacy that most civilians can expect: They may find a Home in the army, but that Home is no Castle".²⁶

נציג, איפוא, מספר דוגמאות להמחשת דחיית זכותו של הפרט מפני האינטרס הצבאי הכללי:

1. הזכות לחיים

הזכות המקודשת ביותר מכל זכויות הפרט היא הזכות לחיים. חייל, מעצם השתייכותו לצבא, נדרש להקריב זכות זו, כאשר הדבר הכרחי לקיום חובתו הבסיסית כחייל. סעיף 29 לחוק השיפוט הצבאי מורה כי: "חייל שעבר עבירה כדי להגן על חייו או גופו... לא ישמש הדבר, על אף האמור בכל דין אחר, עילה לפטור מאחריות פלילית אם לפי הנסיבות... הוא היה חייב להקריב את החיים...".

2. טיפול רפואי בחייל על כורחו

בתנאים מסויימים, המפורטים בסעיף 20 לחוק השיפוט הצבאי, ניתן להעניק טיפול רפואי דרוש לחייל (ובכלל זה, חיסון מפני מחלה), על כורחו.²⁷

3. חופש האסיפה, ההפגנה והתהלוצה²⁸

בפקודות הצבא נקבע כי חייל אינו רשאי ליטול חלק בהפגנה, תהלוצה או מצעד, הנוערכים על ידי רשות שאינה צבאית, וכי לא יחתום על עצומה הנושאת אופי מדיני או מפלגתי.²⁹

4. חופש הביטוי

בחיי האזרח חופש הביטוי הוא זכות יסוד מרכזית. לעומת זאת, במסגרת הצבא, החיילים אינם רשאים ליטול חלק בתעמולה מדינית,³⁰ אינם רשאים לפנות לאמצעי התקשורת אלא באמצעות דובר צה"ל,³¹ אינם רשאים לפרסם ספרים וכתבים אחרים, בהעדר הרשאה לכך,³² ועוד.³³

26. J.W. Bishop, Justice Under Fire (New York, 1974) p. 145

27. השווה: ע"פ 480/85, 527/85 קורטאם נ' מדינת ישראל, פ"ד מ (3) 673.

28. מובן, שאף בחיי האזרח חירות האסיפה וההפגנה אינה חרות מוחלטת, כי אם חרות יחסית, ומקום בו קיימת התנגשות אינטרסים "היא צריכה לפנות את דרכה על פי נוסחת איזון מתאימה" – בג"צ 292/83 ואמני הר הכית, עמותה ואח' נ' מפקד משטרת מרחב ירושלים, פ"ד לח (2) 449, 454. כן ראה: בג"צ 496/85 סרווטמן ואח' נ' מפקד מחוז ת"א במשטרת ישראל, פ"ד מ (4) 500; Haque v. Committee for Industrial Organization 307 U.S. 496, 515 (1939); Cox v. State of Louisiana 379 U.S. 539, 554 (1965).

אותם הדברים אמורים לגבי החידויות האחרות כחופש הביטוי וחופש התנועה, המוצגות בגוף הטקסט, להלן.

29. סעיפים 3 ו-4 לפקודת מטכ"ל 33.0116 (להלן: הפקודה).

30. סעיפים 1 ו-2 לפקודה. השווה: סעיפים 55-50 לפקודה.

31. סעיפים 28-26 לפקודה.

32. סעיפים 47-36 לפקודה.

33. לחיקפה של חרות הביטוי, במישור הכללי, במערכת צבאית ראה:

Parker v. Levy 417 U.S. 733 (1974); Brown v. Glines 444 U.S. (1979)

Greer v. Spock 424 U.S. 828 (1976)

והשווה:

5. חופש התנועה

בעוד אשר כל אזור וזכאי לחופש התנועה הרי חייל שנעדר "מהמקום שהוא חייב כדי להימצא בו אותה שעה" עובר עבירה של העדר מן השרות שלא ברשות, לפי סעיף 94 לחוק השיפוט הצבאי, שעונשה שלוש שנות מאסר.

נמצא איפוא, כי הגבלת חרותו של היחיד, במגוון רחב של זכויות האזרח הקלסיות היא פועל יוצא ממאפייניה הבסיסיים של המערכת הצבאית.

ג. רקע השוואתי – המצב המשפטי בארצות הברית לענין בדיקות לגילוי סמים, בקרב חיילים

1. כללי

כידוע, התיקון הרביעי לחוקה³⁴ פורש הגנתו על חיילים ואזרחים כאחת, מפני חיפוש ותפישה בלתי סבירים בגופם, ביתם, מסמכיהם וחפציהם, אלא אם כן אלה מבוססים על "Probable Cause".^{35,36} ואולם, שאלת קיומה של דרישת ה"Probable Cause", נבחנת בהתחשב באופיה המיוחד של המערכת הצבאית.³⁷ תנאיה המיוחדים של המסגרת הצבאית וצרכיה הביאו את בתי המשפט לקבוע כי:

"... it is part of a 'disciplinary cost' to be paid by a citizen soldier in order to shoulder his 'readiness' burden."³⁸

לצד סמכות החיפוש בהתבסס על "Probable Cause" נתפתחה ההכרה בסמכות הבדיקה הכללית, הנתונה למפקד, בקרב חיילי יחידתו. המדובר ב-

U.S. Const. amend IV

.34

.35 זה לשון הסעיף:

"The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no Warrants shall issue, but upon probable cause, supported by Oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched and the persons or things to be seized".

.36 להבהרת מושג ה"probable cause" הנבדק עפ"י "the totality of the circumstances" ראה Illinois v. Gates 462 U.S. 213 (1983).

.37 ראה: U.S. v. Middleton 10 M.J. 123, 127 (C.M.A 1981).

"exigencies of military necessity and unique conditions that may exist within the military society".

על יישום העקרון בנושא בדיקות לגילוי סמים בקרב חיילים ראה: Committee for Rights V. Callaway 518 F. 2d 466 (D.C. cir. 1975); U.S. v. Rodriguez 23 M.J. 896 (1987).

U.S. v. Middleton, note 37, at p. 128 .38

"Health and Welfare Inspection".³⁹ ההוראה הרלבנטית, לענייננו, במסגרת סמכות ה "Inspection" היא סעיף 313(b) ל-Mi.R. Evid, אשר בנוסחו הנוכחי מורה כי:

"... An order to produce body fluids such as urine; is permissible in accordance with this rule".

על כן, בדיקת שתן שנעשתה בהתאם להוראה הינה:

"... admissible at trial when relevant..."⁴⁰

2. ההתפתחות ההיסטורית

עד שנת 1983 קיים היה ספק של ממש באשר לשאלה אם ניתן לעשות שימוש בתוצאות בדיקת שתן (המוטלת כבדיקת חובה)⁴¹ לצרכים פליליים. ספק זה הוסר עם מתן פסק דינו של בית המשפט הצבאי לערעורים בפרשת *Murray v. Haldeman*.⁴² על מוריי, חייל בחיל הים, הוטל להתייצב לקורס מסויים. עפ"י הוראות תיל הים, על כל חייל, המתייצב לקורס, למסור דגימת שתן לבדיקה בתוך ארבעים ושמונה שעות מיום הרשמתי לקורס. באותו ענין לא היה חולק כי: "Murray was not singled out to provide a urine sample; instead, he was required to provide a sample in the same manner as all other persons reporting for instruction."⁴³

משבדיקת דגימת השתן הצביעה על תוצרי חילוף חומרים של מריחואנה, הועמד מוריי לדין פלילי. בשלב זה, עתר בפני בית המשפט הצבאי לערעורים לביטול האישום. בבחנו את השאלה, האם ההוראה המצווה על מתן בדיקת שתן עולה בקנה אחד עם התיקון הרביעי, קבע בית המשפט כי החובה למסור דגימות שתן במסגרת הצבאית מוצדקת מטעמים דומים לאלה המאפשרים "health and welfare inspections".

בעקבות פסק הדין תוקן סעיף 313(b) ל-Mil.R. Evid, הקובע עתה, בלשון מפורשת, את בדיקת השתן כבדיקה מותרת, עפ"י החוק.

3. סעיף 313 ל-Mil.R. Evid

כאמור, סעיף 313(a) קובע, כי ראיה שהושגה במהלך "inspection", שנעשה לפי הוראות הסעיף היא ראיה קבילה. סעיף 313(b) מבהיר את מהות סמכות ה-"inspection". נוכח השיבותו של הסעיף יובאו עיקריו להלן:

39. השווה לשורה של סמכויות אדמיניסטרטיביות, המסודרות בידי רשויות שונות, במגוון רחב של תחומי החיים כבדיקות בטיחות של בתי מגורים (ראה, למשל:

Camara v. Municipal Court 387 U.S. 523

בדיקות בריאות ורווחה (ראה, למשל: *Wyman v. James* 400 U.S. 309),

חיפושים במעבדי הכול (ראה, למשל: *Henderson v. U.S.* 390 F. 2d 805),

בדיקות שדה התעופה (ראה, למשל: *U.S. v. Davir* 482 F. 2d 893),

Mil. R. Evid. 313(a)

40.

על כך יבואר בסעיף 3 לפרק זה, להלן.

41.

16 M.J. 74 (C.M.A. 1983)

42.

id., at p. 76

43.

"... An 'inspection' is an examination of the whole or part of a unit ...conducted as an incident of command the primary purpose of which is to determine and to ensure the security, military fitness or good order and discipline of the unit... An inspection may include but is not limited to an examination to determine and to ensure that any or all of the following requirements are met: that the command is properly equipped, functioning properly, maintaining proper standards of readiness... sanitation and clearliness, and that personnal are present fit, and ready for duty... An order to produce body fluids, such as urine, is permissible in accordance with this rule..."

כאמור, בדיקה מותרת היא זו, שתכליתה העיקרית להבטיח את הכשירות הצבאית, הסדר התקין, משמעת היחידה וכיוצא בזה. יתר על כן, בגוף ההוראה אין מובהר כי:

"... An examination made for the primary purpose of obtaining evidence for use in a trial by court-martial or in other disciplinary proceedings is not an inspection within the meaning of this rule."

בהתאמה וקבע, שאין זו "בדיקה" כהגדרתה לצורך סעיף 313(b), מקום בו מטרתו המרכזית של המפקד הינה:

"... With a view toward discovering contraband or other evidence to be used in the prosecution of a criminal action".⁴⁴

מאידך גיסא, מקום בו נעשית בדיקה אדמיניסטרטיבית-שגרתית, - מטעמי שמירה על הכשירות הצבאית והסדר התקין, כמפורט לעיל - הרי אין התביעה מנועה מלהשתמש בממצאי הבדיקה לצרכים פליליים.⁴⁵ הטעם לדבר נעוץ בכך, שבמקרה זה ההליך הפלילי הוא אינצידנטלי למטרה העיקרית לשמה ניתנה ההוראה לבצע הבדיקה. כך, בענין מוריי נתאפשרה ההכרה בתוצאות בדיקת השתן לצרכים הפליליים, שכן החיוב למסור בדיקות באותו ענין היה חיוב לכלל החיילים מטעמי בטחון, ולא נבע מחדש ספציפי כלפי מוריי.

נימוקים נוספים, המוצגים בענין מוריי⁴⁶ כרלבנטיים לבחינת הסמכות להורות על בדיקות לגילוי סמים, במסגרת הצבאית, הם אלה: העלית במספר המשתמשים בסמים בקרב כוחות הצבא מציבה סיכון של ממש למידת כשירות הצבא ויעילותה; מידת הצפייה לפרטיות במערכת הצבאית שונה

ממידת הצפייה לפרטיות במערכת האזרחית; בדיקות לגילוי סמים, הנעשות

U.S. v. Large 15 C.M.A. 489

44. *Mil. R. Evid.* 313(a)45

45. *U.S. v. Middleton* *Supra*, note 37; at p. 131-132; *U.S. v. Austin*, 21 M.J. 592, 594 (1985).

46. נימוקים אלה נוסמכים למעשה על הנימוקים ששימשו את בית המשפט הפדרלי בענין *Committee for Rights v. Callaway*, *Supra*, note 37.

במפתיע, הוכחו כאמצעי היעיל ביותר לגילוי משתמשים בסמים; העובדה כי לצד מתן הסמכות לבצע בדיקות לגילוי סמים מקפיד הצבא על שמירת מעמדו ופרטיותו של החייל, ככל הניתן.⁴⁷

4. ביקורת

התוצאה המתקבלת, הלכה למעשה, לפיה יועמד אדם לדין פלילי בעבירת שימוש בסם מסוכן, על יסוד ראיה, שנמסרה על ידו במסגרת הליך אדמיניסטרטיבי-שגרתי כאמור, ראויה לדעתנו, לביקורת. כידוע, התיקון החמישי לחוקת ארצות הברית קובע: "... Nor shall (any person) be compelled in any criminal case to be a witness against himself". בהידרשה למשמעותה של ההוראה, גיבשה הפסיקה פרשנות מילולית דווקנית, לפיה החסיון מפני הפללה עצמית קיים באשר למתן עדות מילולית בלבד, להבדיל מהשגת ראיה חפצית. כך, בענין *Holt v. United States*⁴⁸ קבע בית המשפט העליון של ארה"ב כי: "The prohibition of compelling a man in a criminal court to be a witness against himself, is a prohibition of the use of physical or moral compulsion to extort communications from him, not an exclusion of his body as evidence when it may be material." בענייננו, עסקינן במסירת ראיה פיזית. על-כן, משמתבקש חייל למסור בדיקת שתן, אין בידו להשען על ההגנה, שמקנה התיקון החמישי. עם זאת, טרם לקיחת הבדיקות ראוי להזהיר החייל, ולהביא לידיעתו, כי בעקבות תוצאות הבדיקה – יכול וינקטו נגדו גם הליכים פליליים. זאת, במיוחד משעסקינן בבדיקה המצריכה שיתוף פעולה מצד הנבדק ואשר ממצאיה יכולים להביא, כראיה יחידה⁴⁹ להרשעה בעבירה של שימוש בסם מסוכן. המצב הקיים לפיו מוצא החייל עצמו, במפתיע, בפני ערכאה שיפוטית פלילית – אינו עולה בקנה אחד, עם יסודות ההגינות, הנתבעים מהרשות הציבורית.⁵⁰ כך, משובאו לידיעת החייל מלוא הסנקציות האפשריות, יכול ויעדיף להימנע ממסירת הדגימות. במקרה זה יועמד לדין בגין עבירה של סרוב פקודה או אי-קיום הוראות.

47. *Murray v. Haldeman*, *Supra* note 42, at p. 81

48. כך, בענין *Schemerber v. California* (1965) 384 U.S. 757, 761
 "... Many state constitutions... phrase the privilege in terms of compelling a person to give 'evidence' against himself. But our decision can not turn as the fifth Ammendment's use of the word 'witness'..."

49. *Holt v. U.S.* (1909) 218 U.S. 245 וראה גם *Schemerber, Supra*, note 48.

50. ראה: *U.S. v. Hillman* 18 M.J. 638. השווה: בג"צ 27/86 לזברטובסקי, ואח' ביח הדין הצבאי לערעורים, פ"ד מ (3) 757. (להלן: ענין לזברטובסקי).

51. השווה: *Johnson v. U.S.* (1942) 318 U.S. 189, 197
 לענין זה דומה, כי יש לראות את סמכות ה-"Inspection" בענייננו כנבדלת מסמכויות ה-"Inspection" האחרות במגזר האזרחי (ראה הערה 39, לעיל). זאת, בשים לב לטיבה של הסמכות שמטרתה היחידה היא גילוי שימוש בסם מסוכן – דבר המהווה בבחינת עבירה פלילית. מאידך גיסא, בסיס להשקפה אפשרית אחרת ניתן למצוא ב(*U.S. v. Armstrong M.J.* 374, 378 (C.M.A. 1980).

ד. המטרה העומדת ביסוד חקיקת סעיפים 127 ו-250 לחוק

בשנים האחרונות החמירה באורח משמעותי תופעת השימוש בסמים בקרב חיילי צה"ל והיתה לדעה נפוצה. אין צריך להכביר מילים אודות הסכנה הטמונה בתופעה זו לכוננות צה"ל, וכפועל יוצא מכך – הסכנה הנשקפת לעוצמתה הבטחונית של המדינה ולתוסנה הלאומי והחברתי. עוד בשנת 1979 ציין בית הדין הצבאי לערעורים כי: "התפשטות הנגע של עישון סמים בצבא עלולה לכלות בנו כל חלקה טובה, היא משלחת בנו רקב מבפנים, מחלישה את דמת הכוננות הנדרשת מגוף צבאי והשפעתה הרסנית על המשמעת בצבא"⁵². ביטוי להשלכותיה החמורות של התופעה – הן באשר לפגיעה הישירה והמיידית ברמת היערכות הצבא והן לענין כושרם של החיילים לבצע את המשימות המוטלות עליהם – ניתן בפסק דין אחר של בית הדין הצבאי לערעורים⁵³:

"הגע בעצמך: יחידת טנקים המופקדת על שמירת קו, שאם יובקע אין חיינו חיים, חייליה שוכבים שרובים בצל הטנקים ומקטירים לעצמם קטורת סמים עד שתושיהם מתבלבלים, וכפי שמעידים כאן מ"י 11 יריות תותח קלעו במטווח רק ארבע".

על כן, במטרה לעקור משורש את נגע הסמים שהיה ל"סכנה לאומית"⁵⁴, ראה המחוקק לראוי לתקן את חוק השיפוט הצבאי ע"י חקיקת הסעיפים 127 ו-250 לחש"צ.

ה. בחינת יסודות סעיף 250 לחוק

1. "סבר..."

(א) כללי

המחוקק היתנה את השימוש בסמכות מכוח החוק בכך שקצין שיפוט בכיר (להלן: קש"ב), המשרת במשטרה הצבאית סבר, שהבדיקות דרושות לצורך גילוי החזקה או שימוש על-ידי חייל בסם מסוכן. בקובעו תנאים אלה נתן המחוקק הראשי ביטוי לקריטריונים, המצריכים הפעלת שיקול דעת. השאלה הטעונה בחינה היא: מהם התנאים המקדמיים להוצאת הצו? נגזרת משאלה זו היא אמת המבחן בה תיבדק פעולתו של הקש"ב – מבחן אובייקטיבי או שמא מבחן סובייקטיבי.

52. ע/ 124/79 סמל עמוס ו' התובע הצבאי הראשי

53. ע/ 330/78 טור' חדר ו' התובע הצבאי הראשי

54. ראה דברי ההסבר להצעת חוק לתיקון חוק השיפוט הצבאי (מס' 17) התשמ"ב 1983, ה"ח 18,17. (להלן: ההצעת).

ב) קיומו של חשד – תנאי מקדמי להוצאת הצו

1) כללי

בנקטו בלשון "סבר" סתם המחוקק ולא פירש את היסוד עליו תושבת סברתו של הקש"ב. השוואת הוראת סעיף 250 „הנ"ל להוראות חוק אחרות, שעניינן סמכויות חיפוש או מעצר מצביעה על כן, בדרך כלל, קובע המחוקק קריטריון מנחה לבחינת שיקול דעתו של בעל הסמכות. כך, למשל, סעיף 5(5) לפקודת המשטרה מונה כאחד מתפקידי שוטרי "לעצור כל אדם שיש לו יסוד סביר לחשוד"⁵⁵ כי הוא מחזיק או מעביר... כל דבר שהחזקתו אינה חוקית"⁵⁶.

מה נפקותה של העדר קביעה בלשון החוק באשר ליסוד עליו יתבסס קצין השיפוט בבואו לקבוע את "סברתו"? האם ניתן לטעון שקצין השיפוט רשאי לעשות שימוש בסמכותו אף בהעדר חשד לכאורה, וכי די בכך שנתגבשה בלבו הסברה כי הבדיקות דרושות המה? תשובתנו לכך שלילית. אנו סבורים כי קיומו של חשד לכאורה הוא תנאי לעשיית שימוש בסמכות. גישה אחרת, לפיה חשד כאמור אינו נדרש – אינה סבירה בעינינו, שכן היה בה כדי ליתן סמכות בלתי מוגבלת בידיו של הקש"ב. מתן סמכות בלתי מוגבלת, כאמור, אינו מתיישב עם העקרונות המקובלים עליו במתן סמכות לרשות מינהלית – בנושא שיש בו משום פגיעה בזכויות יסוד של הפרט.⁵⁷ דעתנו היא, כי מקום בו יפעל קצין השיפוט, שלא בהתבסס על חשד לכאורה אלא על יסוד תחושתו הפנימית בלבד, הרי הצו הוצא על ידו שלא כדין, ודיוו להתבטל.⁵⁸ הבה נמחיש את הדברים:

פעילות משטרתית מונעת – במסגרת "פעילות מונעת" של המשטרה הצבאית התוקרת (מצ"ח) מבקשת המשטרה לבדוק אם משתמשים החיילים בסמים. במקרה דוגמת זה ניתן לבקש מחיילים

55. השווה לסעיף 125(1) לפקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש), [נוסח חדש], התשכ"ט-1969 ("יסוד להניח"); סעיפים 113(1), (2), (6) לפקודה הנ"ל ("יסוד סביר להניח"); סעיף 64 ב לפקודת התעבורה [נוסח חדש], התשכ"א-1961 ("חשד סביר").

56. כן ראה סעיף 29 לפקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש) [נוסח חדש], התשכ"ט-1969.

57. לגישה אחרת ראה את דברי ד"ר מ. קרמניצר, כפי שהובעה בדיון בנושא בדיקות לגילוי סמים בצה"ל, **משפט וצבא** – בטאון המערכת המשפטית בצה"ל, גיליון 8, 83, 85: "מי שקורא את החוק כפשוטו לא מעלה ברעתו לא "חשד סביר" ולא "חשד". ברור לגמרי שהמחוקק התכוון כאן ליצור שיטה שתאפשר לגלות סמים, ותו לא".

58. דרך התקיפה של הצו המינהלי – האם ניתן לעשותה בתקיפת מישרין או שמא גם בתקיפת עקיפין (Collateral Attack), במסגרת ההליך הפלילי, מותנית בשאלה אם הפגם הנטען מביא לחינתה של החלטה ניתנת לביטול (voidable) או "בטלה מדעקרא" (void ab initio). ככלל, כוחה של תקיפת העקיפין יפה אך כאשר להחלטה מהסוג האחרון. ראה: Wade, Administrative Law, 5th ed. 310 על יסומה של סוגיה זו בגדון דגן ראה דד/256/84 **התובע הצבאי נ' דב"ט חנן**.

ליטול חלק בבדיקות, אולם אין ניתן לחייבם לעשות כן. בהעדר חשד לשימוש או התזקת סם אין סמכות בידי הקש"ב להוציא צו, לפי סעיף 250⁵⁹ לחוק.

הסרוב למסור דגימות – נניח שבדוגמא הנזכרת לעיל פונה הקש"ב לחייל פלוני ומבקשו ליטול חלק בבדיקה, והאחרון מסרב. האם עצם סרובו של החייל להיבדק מרצונו החופשי מהווה חשד המצדיק הוצאת צו נגדו? הגם שניתן לגרוס שבסרוב יש כדי ליצור חשד מסויים, הרי דומה שהסרוב לבדו אינו עונה על דרישת החשד המקדמי, הנדרש כתנאי להוצאת הצו. לשון אחרת, על החשד להיווצר עובר לפנייה הראשונה לחייל לבצע הבדיקות. הסרוב למסור הדגימות יכול להוות אך בבחינת חיזוק לחשד קיים.⁵⁹

2) חשד ספציפי

כפי שנראה להלן,⁶⁰ גורסים אנו כי צו להבדק בבדיקות לפי החוק אינו מוגבל ומצומצם לחייל אחד בלבד. ניתן להוציא צו למסירת דגימות גם לקבוצת חיילים, שבאשר אליה קיים חשד. עדיף, כמובן, כי בצו ניתן פרוט של שמות החיילים בני הקבוצה, ברם, אין להוציא מכלל אפשרות קיומו של חשד לגבי קבוצה, בלא שיהיו ידועים (בעת הוצאת הצו) שמות הנוגעים בדבר.

עם זאת, מובן שהגדרת קבוצת חיילים צריכה להיות מצומצמת, ככל הניתן. טבע העניין, שמקום בו החשד הוא כללי גרידא ראוי כי, בעל הסמכות ימצא תחילה את כל האמצעים האחרים הנתונים בידו על מנת לברר ולוודא את טיב החשד, במטרה למקדו כלפי אוכלוסיה ספציפית, ככל האפשר. מקום בו יבחר הקש"ב להוציא צו כללי ביותר ובלתי מוגדר, הרי דינו של הצו להפסל מחמת העדר הפעלת שיקול דעת כדיון. כך למשל, במקרה מסויים,⁶¹ נדון עניינו של צו שהוצא ע"י מפקד מצ"ח באר שבע. הצו היה כללי ביותר באשר נקב בשמות שתי יחידות, המונות אלפי חיילים. פשיטא, שצו כאמור, אינו יכול לעמוד במבחן הביקורת המשפטית.

3) ההתאמה בין החשד הקיים לצו המוצא

מובן, שהסמכות המוקנית מכח החוק אינה "סמכות שבחובה" כי אם "סמכות שבשיקול דעת". הקש"ב רשאי, מטעמי מדיניות ראויה או מטעמים אחרים, שלא להפעיל סמכותו בכל מקרה בו קיים חשד כלפי מאן דהוא כי הלה משתמש בסם מסוכן. ברם, משהחליט כי במקרה הקונקרטי יוצא על ידו צו – סבורים אנו, כי ראוי שתתקיים

59. ע/27/84 התובע הצבאי הראשי נ' טורי אלמקייס.

60. ראה פרק ה. 4. להלן.

61. ע/295/83 טור' דוד נ' התובע הצבאי הראשי.

התאמה בין החשד לצו המוצא. נכאר דברינו בעזרת הדוגמא הבאה:
 הקש"ב סבור כי קצין ושני טוראים מחזיקים בסם מסוכן. במקרה זה
 על הצו להיות מופנה לשלושת החשודים. הוצאת צו באשר
 לטוראים בלבד עלולה להיות נגועה באפליה פסולה, בשקילת
 שיקולים זרים ובפגמים גוספים, העשויים להביא לבטלות הצו.

(ג) החשד הנדרש - מהו?

כאמור, עפ"י תפישתנו, חשד הינו תנאי מוקדם לקיומה של הסמכות
 מכח סעיף 250, לחוק. זה המקום לבחון מהי אותה תשתית נדרשת,
 אשר יהא בה כדי לענות על יסוד "החשד".
 פרופ' ד. ליבאי, הנדרש לשאלת האבחנה בין "חשד" ל"יסוד סביר",
 לצורך סמכויות מעצר, גורס כך:

"חשד" הוא מונח סובייקטיבי המבוסס על אמונתו, הרגשתו או
 הבנתו של הפרט. על מנת שחשד יגיע לדרגת 'יסוד סביר' עליו
 להתבסס על עובדות שהן בידיעת האדם העוצר, עובדות שלדעת
 בית המשפט מעמידות את האמונה בתום לב של העוצר במבחן
 הסבירות⁶².

תמימי דעים אנו עם פרופ' ליבאי, ככל שהדברים אמורים באשר לאבחנה
 בין הדרושה הסובייקטיבית ('חשד') לאובייקטיבית ('יסוד סביר'). ברם,
 איננו סבורים כי לצורך קיומו של 'חשד' די באמונתו או 'הרגשתו' של
 בעל הסמכות, אלא אם כן תאמר כי 'אמונה' או 'הרגשה' זו מושתתת על
 יסוד עובדתי כלשהוא. לשיטתנו, הוצאת צו על בסיס תחושה בעלמא
 של קצין השיפוט אינה עומדת במבחן הביקורת המשפטית. נראה לנו,
 כאמור, שסברתו של קצין השיפוט צריכה להיות מבוססת על יסוד
 עובדתי כלשהוא, כגון: מידע מודיעיני, דרך התנהגות של חייל היוצרת
 את החשד, וכיוצא בזה. על קיומו של היסוד העובדתי הנדרש ניתן
 ללמוד, לדעתנו, מדברי החסבר להצעת החוק, בהם הובהרה מטרת
 התוק, בלשון זו:

"לצורך איתור מקרים של שימוש בסמים או החזקתם במסגרת
 הצבא, חשוב שתהא אפשרות לחייב חיילים להיבדק בבדיקות
 האמורות מיד כשמתקבל מידע בענין זה. בדיקות כאלה יסייעו
 לאיתור החשודים באופן מידי, וכתוצאה מכך לבלימת ההפצה
 והשימוש בסמים בצבא"⁶³.

62. ד' ליבאי, דיני מעצר ושחרור (שוקן, ים ות"א) 24. השווה: בג"צ 465/75 דגני נ' שר המשטרה,
 ואח', פ"ד ל (1) 334.

63. דאה ההצעה, לעיל הערה 54, בע' 18.

הדוגמא הניתנת בהצעת החוק מצביעה, איפוא, הן על הצורך ביסוד עובדתי ("כשמתקבל מידע") והן על כך שהיסוד העובדתי הנדרש הוא קל ביותר (די ב"מידע", והחייל יחוייב להיבדק 'מיד' כשמתקבל המידע מבלי שהמידע יבחן בהכרח תחילה באורח יסודי).⁶⁴

(ד) גיבוש החשד ומועד הוצאת הצו

במקרים רבים, מוצא הצו בתכופ לאחר קבלת מידע אמין, המחשיד את פלוני בשימוש בסם מסוכן כשלכך מצטרף סרובו של החשוד להעתר לבקשה לבצע הבדיקות מרצונו. ברם, מה הדין מקום שהצו מוצא זמן ניכר לאחר קבלת המידע, המהווה את הבסיס לחשד. בשלושה מקרים שונים, בהם התעוררה שאלה זו, פסקו בתי הדין הצבאיים, כי הצו הוצא כדין. בע/27/84 **התובע הצבאי הראשי נ' טור' יצחק** נתקבל מידע במשטרת ישראל, כי טור' יצחק סוחר בסמים מסוכנים. דק לאחר כשבועה חודשים, משאותר החייל על ידי מצ"ח וסירב למסור דגימות שתן – הוצא נגדו צו המורה לו לבצע הבדיקה. בהידרשו לתקופה הארוכה, שחלפה ממועד היוצר החשד, הטעים ביה"ד הצבאי לערעורים את העובדה כי במקרה הקונקרטי דובר בחשד לסחר בסמים מסוכנים. חשד זה, מעצם טיבו, הוא חשד "מתמשך", שכן הסותר "מועד להחזיק מדי פעם בסם מסוכן, ואולי אף להשתמש בו". על כן – כך קבע בית הדין לערעורים – במידע הראשוני, בצרוף סרובו של החשוד ליתן דגימות מיחמתו (עובר להוצאת הצו), היה כדי ליצור את הבסיס הדרוש, להוצאת צו לפי סעיף 250, לחש"צ.

בענין אחר⁶⁵ הוצא הצו כחמישה חודשים לאחר שהתקבל המידע המחשיד הראשוני לשימוש בסם. באותה פרשה לא הזדרזו החוקרים להוציא הצו נגד החשודים הספציפיים, שכן ביקשו תחילה להעמיק החקירה ולאמת המידע על דרך של חקירה סמויה. לאחר שהחקירה הסמויה – שארכה זמן ניכר – העלתה חדס, נערכה חקירה גלויה, שבמסגרתה התקבל מידע נוסף. המידע האחרון – בהצטרפו למידע הראשוני – יצר את החשד, שהביא להוצאת הצו על-ידי קצין השיפוט הבכיר.

בתיק מר/506/84 **רב"ט יואב נ' התובע הצבאי הוגשה** למצ"ח תלונה, שהעלתה חשד לשימוש בסם מסוכן על-ידי חייל, אלא, שככל הנראה גורמי החקירה לא הזדרזו לפתוח בחקירה והצו הוצא רק כחלוף כעשרים יום ממועד הגשת התלונה במצ"ח. טענת הסניגור היתה, כי בכוחה של

64. אינדיקציה אפשרית נוספת לדרישת היסוד העובדתי היא מקום אחר בדברי ההסבר בו נאמר: "...מוצע לחייב חיילים להיבדק בתן, אם קצין שיפוט בכיר המשרת במשטרה הצבאית, מצא שהדבר דרוש לאיתור החוקה..." – שם, שם.

65. דר/20/84 **התובע הצבאי נ' טור' יאיר ואח'.**

בדיקת השתן ליתן ממצאים על דבר שימוש בסם בתקופה של עשרה ימים בלבד מיום עישון הסם. על כן, בנדון דנן, הוצאת הצו לא יכולה היתה להביא כלל לביסוס החשד, באשר לארוע נשוא התלונה. ביה"ד הצבאי המחוזי דחה הטענה בקבעו כי "אין לשון הסעיף תוחם כל תחום באשר לזמני החזקה או השימוש בסם, ויכול שיהיה הצו לגילוי עבירות סמים, שנעברה בתאריך ידוע ומוגדר ויכול שיהיה לגילוי עבירות סמים לגבי חייל במשך תקופה שקיים החשד, כי הוא מועד לשימוש בסם, שמטבע הדברים, העיסוק בו אינו תמיד ספורדי או חד פעמי".

על פי השקפתנו, הקביעה האחרונה הינה גורפת יתר על המידה. הדעת נוחתת, כי על הצו להיות מוצא בתוך זמן סביר ממועד גיבושו של החשד. יתר על כן: יש לאבחן בין חשד לסחר בסם, המהווה, בכלל, חשד לעיסוק קבוע בסם המסוכן, לבין חשד לשימוש בסם מסוכן, באירוע מסויים ומוגדר. ראוי כי, בענין זה, יוכרע כל מקרה על פי נסיבותיו ולא מן הנמנע כי מקום בו חלף זמן ניכר ממועד קבלת המידע לא ניתן יהיה לראות עוד בחשד "ההסטורי", כמהווה עילה מספקת להוצאת הצו.⁶⁶

(ה) אמת המידה לבחינת שיקול דעתו של קצין שיפוט הבכיר זה המקום לבחון את השאלה האם החלטת הקש"ב צריכה לעמוד במבחן סובייקטיבי או אובייקטיבי.⁶⁷ בפסק הדין המנחה, לענין זה, שיצא מלפני בית הדין הצבאי לערעורים קבע בית הדין, כי המבחן הוא סובייקטיבי וכי "אין כל זכר לכך שסברתו של קצין השיפוט הבכיר צריכה לעמוד גם במבחן 'החשד הסביר'".⁶⁸ על קביעה זו נמתחה ביקורת.⁶⁹ בנדון זה, מצדדים אנו, בכל הכבוד, בגישת ביה"ד הצבאי לערעורים.

66. דומה, כי לחוצאה דומה תביא גם דרישת ה"Probable Cause" בדין האמריקאי. כפי שמצין המחבר P.E. Fitzkee:

"If the time between the accused's reported use of drugs and the taking of the urine sample exceeds the maximum detection time for that drug, the urinalysis result will be inadmissible because it was procured without probable cause. The positive urinalysis result could have detected only a second use, for which there was no probable cause to direct a urinalysis." D. E. Fitzkee, "Prosecuting a Urinalysis Case: A Primer." *The Army Lawyer* (1988) 7,9.

67. גישה שלישית אפשרית היא נקיטת המבחן המשולב: אובייקטיבי-סובייקטיבי. על מהות מבחן זה ראה: ד. ליבאי, *דיני מעצר ושחרור, לעיל*, הערה 62, בע" 25, וכן דד/46/84 התובע הצבאי נ' טורי' חיים, בע" 5 לפסק הדין.

68. ע/84/27 התובע הצבאי הראשי נ' טורי' יצחק. פסק הדין ניתן בהרכב מיוחד של המישה שופטים. עם זאת, לעתיד לבוא, לא מן הנמנע, כי תטען טענה בשאלת אופיו התקדימי של פסק הדין. זאת, לפי שבמקרה הקונקרטי, שנדון בפניו ציין ביה"ד כי לא זו בלבד שנתקיים המבחן הסובייקטיבי, אלא שאף לו נדרש מבחן אובייקטיבי, הרי נתקיים זה בנסיבות.

69. ראה גישותיהם של הסניגור הצבאי הראשי (דאז) אל"מ א. שיף ושל נשיא כ"ד מ"ש דרום אל"מ ד"ר ע. גרוס, בדיון בנושא בדיקות לגילוי סמים בצה"ל, משפט וצבא - בטאון המערכת המשפטית בצה"ל, גליון 8, 83.

השוואת לשון הוראת סעיף 250^א להוראות חוק אחרות, שעניינן סמכויות מעצר או חיפוש⁷⁰ מצביעה על כי מקום בו ביקש המחוקק לקבוע קריטריון אובייקטיבי לבחינת שיקול דעתו של בעל הסמכות עשה כן בלשון ברורה. כך, בדרך שיגרה, נוקט המחוקק בלשון: "יסוד סביר לחשוד", "יסוד סביר להניח", "חשד סביר", וכיו"ב. לעומת זאת, בנדון דנן, העדיף המחוקק את המבחן הסובייקטיבי: "סביר". יתר על כן, העובדה שהוראת סעיף 64^ב לפקודת התעבורה - הנוקטת במבחן האובייקטיבי ("חשד סביר") - אוזכרה בדברי ההסבר להצעת החוק לתיקון חוק השיפוט הצבאי, מלמדת, לכאורה, כי המבחן האובייקטיבי לא נעלם מנגד עיניו של המחוקק. המחוקק נתן דעתו לדרך ניסוחו של החוק, ובמחשבה תחילה אימץ, לענין דנן, את המבחן הסובייקטיבי. זאת, בשל מהות הנושא הנדון ודרך הטיפול המתחייבת בו.

סיכומו של דבר, המחוקק היקנה לקצין השיפוט הבכיר סמכות שבשיקול דעת, ואל לה לערכאה השיפוטית להציב עצמה במקומו של הקש"ב. תחום ביקורתו של בית המשפט מצומצם למבחנים המקובלים במשפט המינהלי לבדיקת פעולת הרשות: מבחני הכנות ותום הלב במובן הרחב, אי-קיום פגמים של שרירות לב, שקילת שיקולים זרים, אפליה או תוסר סבירות קיצוני.

2. הגורם המוסמך: "קצין שיפוט בכיר המשרת בחיל המשטרה הצבאית"

תוך נתינת הדעת לעובדה, שהסמכות המוקנית לפי סעיף 250^א לחש"צ היא רחבה ביותר ראה המחוקק לקבוע כי הסמכות תהא נתונה אך ורק ל"קצין שיפוט בכיר"⁷¹, ולא לכל איש משטרה.⁷² בדרך זו בחר המחוקק על מנת לנסות ליצור איזון בין האינטרסים השונים, המתנגשים זה בזה. הגם, שניתן משקל בכורה להעדפת האינטרס הלאומי-ציבורי על פני האינטרס המגן על זכויות הפרט, הרי בשל הסמכות הרחבה, שהוענקה לרשות המינהלית סייג המחוקק את רשימת בעלי הסמכות וקבע כי אך ורק קצין שיפוט בכיר מחיל המשטרה הצבאית הוא המוסמך להוציא צו, לפי סעיף 250^א לחש"צ. הואיל ובעל הסמכות הוא קצין השיפוט הבכיר, עליו לדעת את כלל עובדות

70. ראה לעיל, הערה 55, הטקסט להערה זו.

71. קצין שיפוט בכיר מוגדר בסעיף 1 לחש"צ כך: "מפקד יחידה שדרגתו אינה למטה מדרגת סגן אלוף או קצין אחר שהרמטכ"ל העניק לו סמכות של קצין שיפוט בכיר".

72. השווה ודוק עם הוראות פקודת התעבורה, פקודת המשטרה, פקודת המעצר והחיפוש, שמכוחם נתונה הסמכות לכל שוטרי. ראה הדוגמאות בהערות שוליים 55, 56, ובטקסט להערות אלה.

המקרה ולהפעיל שיקול דעתו העצמאי בקבלת החלטה אם להורות לחייל לבצע הבדיקות.⁷³

3. על הבדיקות להיות "דרושות כדי לגלות החזקה או שימוש על ידי חייל בסם מסוכן"

החוק מורה, כאמור, כי הקש"ב רשאי לצוות על חייל להיבדק מקום בו הבדיקות "דרושות כדי לגלות החזקה או שימוש בסם מסוכן". מה משמעותו של המושג "דרוש"? האם נקיטת לשון זו באה ללמד, כי הסמכות תופעל אך ורק משהיא "דרושה" במובן נחוצה או הכרחית?⁷⁴ וכי מקום בו יתכן, שקיימת אפשרות לאתר את המשתמש או המחזיק בדרך אחרת: בין בחקירה גלויה (על ידי גביית עדויות, עריכת חיפוש וכיו"ב) ובין בחקירה סמויה (באצעות 'השתלת' סוכנים סמויים וכדומה) – אזי אין להשתמש בסמכות מכוח סעיף 250, לחש"צ?

לפי שעסקינן בהוראת חוק, שיש בה כדי לפגוע בזכות יסוד של הפרט, מקובלנו כי יש לפרשה על דרך הצמצום.⁷⁵ מכאן שיכול ותקום הסברה כי יש להשיב לשאלות שהצגנו לעיל בחיוב. לשון אחרת, אין לפגוע בזכות יסוד של הפרט, מבלי שמוצו תחילה אמצעים אחרים: אמצעים שיש בהם כדי להשיג את התכלית הציבורית מזה, ואין בהם כדי לפגוע באבני היסוד של חריות

73. כך, בע/ 217/84 רב"ש חנ"ג' התובע הצבאי הראשי, ביקש חוקר מאת קצין שיפוט בכיר של מצ"ח להורות על הוצאת צו למסירת בדיקות, לפי סעיף 250 לחוק. החוקר מסר לקש"ב, כי "קיים מידע" כנגד החשוד, וכי האחרון אף סרב למסור דימויות לבדיקה, משנתבקש לעשות כן. על יסוד פרטים אלה הוצא הצו על ידי קצין השיפוט הבכיר. טענת ההגנה היתה כי, בנסיבות הענין, לא הפעיל קצין השיפוט את שיקול דעתו, בהלכה, שכן לא בירר את מהות המידע כנגד התשד ואת מקורו. לאמיתו של דבר, כך נטען, סמך הקש"ב על שיקול דעתו של החוקר, תחת להפעיל את שיקול דעתו העצמאי. בדחותו את הטענה קבע בית הדין לערעורים כי: "אין... מקום לקבוע כלל, שתנאי הכרחי הוא, שקדם מתן הצו יעיין ויקרא הקש"ב את כל חומר החקירה, הצריך לענין הוצאת הצו. קורה לעתים, שהוצאת הצו נחוצה בהקדם, כדי שלקוחת דימויות ובדיקה לפי צו לפי סעיף 250 יעשו בדחיפות, או אף מיידי, כדי שהבדיקות תוכלנה לשאת תוצאות...". וכך: "כרי הוא, שעל הקש"ב להיות ער ומודע לזהותו של מוסר האינפורמציה ולשקול אם ניתן לסמוך עליו ועל האינפורמציה שהוא מספק. לא כל אמירה של כל אדם, או חייל, ראויה שעל פיה יתבסס מתן צו לפי סעיף 250... אך בעניינו מי שפנה אל הקש"ב ומסר לו את האינפורמציה היו איש תקירות במצ"ח והקש"ב יכול היה להתרשם ולהבין שמדובר באדם, הבקי בעניני חקירה בכלל ובחקירה הנוגעת למערער, בפרט". על פסק הדין הוגשה עתירה לבית המשפט הגבוה לצדק. במהלך הדיון בפני בית המשפט העליון הסכימה התביעה, כי במקרה הקונקרטי לא הוצא הצו כד"ן, לפיכך לא זכתה הסוגיה לבחינת בית המשפט העליון, שקבע: "הצו הופך להחלטי לאור ההסכמה שהושגה מצד פרקליטות המדינה לביטול ההרשעה של העותר. בנסיבות אלה אין שיקולי צדק מהיבטים שנכריע בגוף הענין". מכל מקום, על מנת שקצין השיפוט הבכיר יוכל להפעיל סמכותו עליו לדעת את מכלול הפרטים הדלבוגטיים, אשר יאפשרו לו קבלת החלטה.

74. ראה הגדרת 'דרוש' אצל א' אבןשושן ב"מילון החדש" (קרית ספר בע"מ רם, תשט"ו) כ: "נחוץ, נצרך, מתבקש".

75. ד"נ 27/76 "הילרון" ג' המועצה לייצור מידות ושיקום, פ"ד לא(3), 18, 21-22. בג"צ 252/77 בבא"ג ג' עיריית תל-אביב - יפו, פ"ד לב(1), 404, 415-416. בג"צ 337/81 מיטרוני, ואח' ג' שר התחבורה, ואח', פ"ד לו(3), 337, 360.

הפרט מזה. לתמיכה בהשקפה זו ניתן גם להציג נימוק מתיי המעשה. אם לא תהווה הסמכות מכוח סעיף 250⁷⁶ לחוק כאמצעי אחרון בלבד, הרי קיים חשש של ממש, כי בסמכות זו ישתמשו גורמי החקירה, לעיתים מזומנות, תוך נטישת דרכי החקירה המקובלות, המצריכות כח אדם, משאבים כספיים וזמן חקירה רב.

החשד כי הקש"ב יעדיף, כדרך שגרה, את ההליך הפשוט והקל (מההבט החקירתי הטהור) רב במיוחד, לענת הזאת, משתוצאות בדיקת שתן מהוות ראייה אמינה, אשר יכולה להביא לבדה להרשעתו של אדם בעבירת שימוש בסם מסוכן.⁷⁶

חרף הנימוקים עליהם הצבענו לעיל סבורים אנו, כי גישה כאמור, אינה יכולה להתקבל. ראשית, ההיבט המעשי. הואיל וטיבן של עבירות הסמים, שהן מתבצעות בחשאי ובחדרי חדרים הרי ככלל, שיטות החקירה השיגרתיים אינן נושאות פרי. נמצא איפוא, שהחיוב לערוך בדיקות – אכן, "דרוש" הוא. אשר ללשון החוק, הרי אין בו כל אחיזה לקביעת תנאי מקדמי לעשיית שימוש בסמכות. יתר על כן, עיון בדברי ההסבר להצעת התוק מלמד, כי המתוקק ראה את עיקר חשיבותה של הסמכות לחייב להיבדק במיידיות התגובה. כך, הובהר בדברי ההסבר כי: "חשוב שתהא אפשרות לחייב חיילים להיבדק בבדיקות האמורות מיד כשמתקבל מידע בענין זה..."⁷⁷. אמור מעתה, כי מטרת החקיקה היא להקנות "אמצעים נמרצים" על מנת "להילחם" בתופעת הסמים, ובכלל אמצעים אלה נודעת חשיבות למהירות התגובה. מקום בו קיים חשד סביר כי חייל פלוני משתמש בסם, מוסמך הקש"ב להורות לו להבדק בבדיקות, על אתר. שאלת נקיטת אמצעי חקירה אחרים, במקביל, נתונה למיטב שיקולו המקצועי של קצין השיפוט הבכיר.

זאת, ואף זאת. מקום בו יעדיפו גורמי החקירה נקיטת אמצעי חקירה שגרתיים תחילה, יכול ויחלוף זמן ניכר ממועד היווצרותו של החשד ועד למועד הוצאתו של הצו. לכך השלכה כפולה: במישור המעשי ובמישור המשפטי. במישור המעשי, את בדיקת השתן יש לבצע בהקדם, שכן הבדיקה יעילה אך ורק אם נעשתה בתוך כעשרה ימים ממועד השימוש בסם. במישור המשפטי, תיתכן טענה כנגד תוקפו המשפטי של הצו, שהוצא על בסיס חשד, אשר היה קיים כלפי החשוד בעבר. ככלל, חשד "היסטורי" כאמור, עלול להציב ספקות, בשאלת קיומה של עילה ראויה להוצאת צו, לפי סעיף 250⁷⁸ לחוק.

76. ענין לובטובסקי לעיל, הערה 50.

77. ראה ההצעה, לעיל, הערה 54.

78. ראה התייחסות מקיפה להיבט זה בפרק ה (1) ד לעיל.

עוד יש לומר, כי השקפה אשר תסייג את הסמכות כאמור, עלולה להפוך את סעיף 250, לחש"צ מכלי יעיל "לאיתור החשודים באופן מיידי"⁷⁹, למכשיר לאימות ראיות או לתמיכה בראיות, שהושגו בדרך החקירה הרגילה, בלבד. פשיטא, שלא לכך כיוון המחוקק ושמטרת החקירה לא תושג אם תאומץ פרשנות מעין זו.

מאידך גיסא, מן הראוי שבהוראות הפנימיות של קצין משטרה צבאית ראשי⁸⁰ תמצאנה הנחיות מתאימות, אשר יבהירו לקצין השיפוט הבכיר, כי את סמכותו עליו להפעיל מתוך שיקול דעת זהיר ומחושב, ובשים לב לפגיעה בזכויות הפרט.

4. קצין השיפוט הבכיר "רשאי... לצוות על כל חייל - בין בנקיבת שמו ובין בדרך אחרת - להבדק בדיקות אלה"

עפי" החוק רשאי הקש"ב לצוות להיבדק "על כל חייל - בין בנקיבת שמו ובין בדרך אחרת". נקיטת לשון זו, לפיה מופנה הצו כלפי היחיד ("כל חייל - בין בנקיבת שמו...") - להבדיל מלשון רבים - מאפשרת הצגת הגישה לפיה, אין ניתן להוציא צו באשר לקבוצת חיילים. נבחן את הדוגמא הבאה. מפקד יחידה גילה כלי עישון של חשיש בחדר מסויים. קצין השיפוט הבכיר של מצה"ח, שהגיע למקום, שוקל הוצאת צו למסירת דגימות ביחס לכל אחד מעשרת החיילים המתגוררים בחדר. לכאורה, יכול ותטען הטענה כי במקרה דוגמת זה, בהעדר חשד ספציפי כלפי כל אחד מן החיילים - אין ניתן להוציא צו לפי סעיף 250 לחש"צ. על פי תזה זו, החלופה "ובין דרך אחרת", המופיעה לאחר החלופה "בין בנקיבת שמו" מלמדת כי אף מקום בו אין הקש"ב יודע את שמו של החייל רשאי הוא לצוות עליו למסור הדגימות, בדרך זו, למשל: "החייל הגייגרי" או "הסמל הגבוה". הא - ותו לא. אין למצוא בחלופה הנ"ל הסמכה לצוות על הרבים להבדק בבדיקות לפי החוק.

השקפה אפשרית זו אינה נראית בעינינו. סבורים אנו, כי נוכח מטרת החוק ולשונו ניתן להגיע למסקנה, כי אפשר להוציא צו אף באשר לקבוצת חיילים ובלבד שזו מוקדה לקבוצה מצומצמת ומוגדרת - באוהל מסויים, בחדר מסויים, וכיו"ב⁸¹. אשר ללשון החוק, הרי בקביעה, כי ניתן לצוות "על כל חייל" - אין כדי לסייג את תחולת ההוראה ליחיד בלבד. על-פי סעיף 4 לחוק הפרשנות, התשמ"א-1981⁸² "מקום שמדובר באדם - אף חבר-בני

79. דאח ההצעה, לעיל, הערה 54.

80. ההוראה הקיימת (הוראה מס. 5014) אינה מפורטת דייה, מהבט זה.

81. ראה התייחסות מקיפה להבט זה בפרק ה' 1 ב' (2) לעיל.

82. ס"ח 1030.

אדם במשמע, בין שהוא תאגיד ובין שאינו תאגיד⁸³. אשר למטרת החוק, הרי חשיבות הוראת החוק ויתודה בכך שהיא אמצעי לאיתור⁸⁴ המשתמשים בסמים. טבע הענין, שמקום בו קיים חשד אין הוא בהכרח ממוקד כלפי פלוני בלבד. הדוגמא האחרונה, שהוצגה לעיל, מהווה, לדעתנו, סטואציה קלאסית, שעמדה לנגד עיני המחוקק.⁸⁵ משקיים חשד, קיימת הסמכות לצוות על עשרת החיילים הרלבנטיים להיבדק בבדיקות, על-מנת לאתר מי מהם הוא זה המשתמש בסם.

1. קביעת סוגי הבדיקות בחקיקת משנה

סעיף 250א(ב) לחוק קובע "שר הבטוח, באישור שר הבריאות, יקבע בתקנות את הבדיקות לפי סעיף זה, את אופן עריכתן ואת התעודות שיינתנו על תוצאותיהן". בהתאמה, הותקנו תקנות השיפוט הצבאי (בדיקות לגילוי החזקה או שימוש בסמים מסוכנים), התשמ"ג-1983⁸⁶. לפי תקנה 2 לתקנות בדיקות לגילוי החזקה או שימוש בסמים מסוכנים לצורך סעיף 250 לחוק הן: (1) בדיקת שתן (2) בדיקת נוזל שטיפת ידיים.

קביעת סוגי הבדיקות בחקיקת המשנה – ולא בחוק המסמיך גופו – ראויה, לדעתנו, לביקורת. אכן, מעצם טיבו של דבר החקיקה הראשי הוא היותו כללי ועקרוני, כאשר את קביעת הפרטים מותיר המחוקק בידי מחוקק המשנה. ברם, בנדון דנן, עסקינן בזכויות יסוד של הפרט. כלל נקוט בידנו, שבכגון דא "המחוקק צריך לקבוע בעצמו, ככל האפשר, את הקווים אשר לפיהם תהא הרשות המינהלית מוסמכת להתערב בחופש הפרט, כי הרי אם הוא מניח לה

83. אשר לחלופה "בין בנקיבת שמו ובין בדרך אחרת", הרי התיבה "בין" היא מבדילה ומבחינה, דאה למשל: "והעריך הכהן אותה בין טוב ובין רע" (ויקרא ב"ו, 12); "בין עבד אלהים לאשר לא עבדו" (מלאכי ג, 18); "אדם מועד לעולם בין שונג ובין מזיד" (בבא קמא, פרק ב', משנה ו'). השווה לסעיף 7 לחוק הפרשנות, התשמ"א-1981: "המילים 'או', 'אחר' או ביטוי דומה להן – להבדיל מן המפורט שלפניהן הן באות ולא להקיש להן, וזאת אם יש עימן המילים 'דומה' או 'כיוצא בזה' או ביטוי אחר שמשמעו היקש". ראה עוד: בג"צ 249/82 ועקונין נ' בית הדין הצבאי לערעורים, ואח', פ"ד לו (2) 393. ע"פ 827/79 ים שחור נ' מדינת ישראל, פ"ד לב (3) 515, 523-525. מכאן, שלאחר שהגענו למסקנה כי מבחינה מהותית ניתן לצוות על קבוצת חיילים מסוייגת ומוגדרת להיבדק, הרי אף מבחינה טכנית ניתן לציין את שם הקבוצה, תחת על פי החלופה של "ובין בדרך אחרת".

84. ראה ההצעה, לעיל הערה 54, בע' 18.

85. אינדיקציה נוספת למטרת החוק ניתן למצוא ברישא ללשון החוראה. סעיף 250 לחוק קובע: "סבר קצין שיפוט בכיר... כי בבדיקה... דרושות כדי לגלות החזקה או שימוש על-ידי חייל בסם מסוכן...". בעוד שהפעלת הסמכות מכוח פקודת המשטרה, פקודת סדר הדין הפלילי (מעצד וחפוש), או פקודת התעבורה היא אינדיבידואלית במהותה, ומכוונת כלפי אדם מסויים (כך, למשל, סעיף 515) לפקודת המשטרה, מסמיך שוטר "לעצור כל אדם שיש לו יסוד סביר לחשד כי הוא מחזיק..." – הרי תנאי כאמור אינו נדרש בהוראת סעיף 250 לחוק. דומה, כי ההטעמה בענייננו היא על דבר הצורך באיתורו של העבריין: "כדי לגלות"; ועל היותו של "הבדיקות דרושות", מבלי למקדן, בהכרח כלפי חייל מסויים.

86. ק"ת 4947, בע' 1407.

להתוות אותם קווים במקומו, הרי הוא מרפה ומפחית ע"י כך את השפעת הפרט, שעל ידו הוא נבחר על התויתם.⁸⁷ עם זאת, מובן, כי אף מקום בו סוטה המחוקק מכלל זה, אין בכך כדי לפגום בתקפותה של חקיקת המשנה, שכן "אמת המידה לתקפותה של חקיקת משנה עולה בכל מקרה מדברו של המחוקק הראשי; הוא שמתווה למחוקק המשנה את תחומי הפעולה על ידי הקניית סמכות פוזיטיבית לבצע אקטים של חקיקת משנה בנושאים מוגדרים".⁸⁸ אמור מעתה, שבעניינו, משהוקנתה למחוקק המשנה "סמכות ברורה, גלויה ומפורשת לטפל בסוגיה האמורה..."⁸⁹, הרי בהתקנת התקנות פעל שר הבטחון, בהתאם לסמכותו. ראוי לציין, כי גישה דומה לזו, שנבחרה על-ידי המחוקק בחוק השיפוט הצבאי, התשט"ו-1955, נקטה על-ידו בפקודת התעבורה [נוסח חדש], התשכ"א-1961 ובחוק שירות בטחון [נוסח משולב], התשמ"ד-1984. כך סעיף 64 לפקודת התעבורה קובע כי משיש לשוטר חשד סביר כי נוהג ברכב הוא שיכור רשאי הוא לדרוש ממנו להיבדק. את סוגי הבדיקות הותיר המחוקק לקביעתם של שר התחבורה ושר הבריאות. בהתאמה, נקבעו בתקנה 169, לתקנות התעבורה, התשכ"א-1961 בדיקות נשיפה, דם ושתן כבדיקות לצורך החוק המסמך. נמצא, שבעוד שבתקנות מכוח חוק השיפוט הצבאי נקבעו בדיקות "חיצוניות" מקובלות,⁹⁰ פשוטות ובלתי מזיקות, הרי מכוח פקודת התעבורה ומכוח חוק שירות בטחון⁹¹ נקבעו בדיקות דם כבדיקות על-פי החוק.⁹² נמצא, שהערתנו לעיל, לפיה ראוי היה לקבוע את סוגי הבדיקות המותרות בדבר החקיקה הראשי, יפה במשנה תוקף באשר לפקודת התעבורה וחוק שירות בטחון.⁹³

87. ה' קלינגהופר, "שלטון החוק וחקיקת משנה" *הד המשפט* 11 (תשי"ז) 202, 203.

88. בג"צ 337/81 מיטרי, ואח' נ' שר התחבורה, ואח', פ"ד לו (3) 337, 357.

89. שם, בע' 359. כן ראה: בג"צ 190/60 רייף נ' הממונה על מחוז הצפון, ואח', פ"ד טו 869.

90. הבדיקות הרלבנטיות ידועות ומוכרות. בעת הגשת החוק לקריאה ראשונה בכנסת ציין שר הבטחון, בלשון ברורה: "מדובר בבדיקות שתן ובטבילת אצבעות בכלורופורם". ד"כ 46 (תשמ"ב) 247.

91. אשר לחוק שירות בטחון, הרי סעיף 4 לחוק מורה, כי יוצא צבא, שנקרא להתייצב חייב להתייצב ולהיבדק כל בדיקה הדרושה, לדעת ועדה רפואית. הבדיקות נקבעו בתקנות שירות בטחון (סוגי בדיקות מוקדמות), התשל"ב-1972 ובהן מנויים תצלומי רנטגן ובדיקות דם.

92. מעניינת העובדה, כי בחוק השיפוט הצבאי נתן המחוקק דעתו לדרך ניסוחו של סעיף ההסמכה למתקין התקנות. בעוד אשר בהצעת החוק הוצע כי "נ"ב) שר הבטחון כהתייעצות עם שר הבריאות יקבע..." את הבדיקות, הרי בחוק נקבע כי "שר הבטחון באישור שר הבריאות יקבע... את הבדיקות". נמצא, כי אישורו של שר הבריאות הוא תנאי להתקנת התקנות, וחוקה על השר, כי לא יתן אישור לתקנות, שיהא בהן כדי חשש לפגיעה בבריאות החיילים. בדרך זו בחר המחוקק על-מנת לאזן בין האינטרסים הרלבנטיים השונים.

93. עם זאת, משנדרש בית המשפט העליון לשאלה אם מוסמכים גורמי שרות בתי הסוהר להורות על ביצוע חוקן בעצור, מבלי שזה נתן את הסכמתו לכך קבע בית המשפט (ענין קטילג, לעיל, הערה 16, בע' 301) כי תנאי לקיומה של סמכות כאמור הוא "הוראה בחוק או על פי", ובמקום אחר: "לדעתנו הדרך הראויה להסדרת הסוגיה כולה היא בדרך של חקיקה ראשית העשויה כמובן להסמך בעניינים אלה או אחרים אף את מחוקק המשנה" (שם, בע' 363). כן ראה:

Leigh, Police Powers in England and Wales [1975] p. 193

ז. נפקותו של הסרוב להבדק

נוכח לשונו הרחבה של סעיף 47 (א) לפקודת הראיות (נוסח חדש) התשל"א-1971, הקובע כי "אין אדם חייב למסור ראייה אם יש בה הודיה בעובדה שהיא יסוד מיסודותיה של עבירה שהוא מואשם בה..." ניתן היה לצפות, כי האבחנה הקיימת במשפט האמריקאי⁹⁴, בין מתן ראייה מילולית למסירת ראייה חפצית, לא תוחל במשפט הישראלי. דא עקא, שמגמת צמצום עקרון החסיון מפני הפללה עצמית, שבאה לידי ביטוי בענין קרייב⁹⁵ הביאה את בית המשפט העליון לקבוע בעניין חורי⁹⁶ שמקום בו עסקינן במסירת ראייה חפצית – אין רלבנטיות לכלל החסיון מפני הפללה עצמית. קביעה זו, שנשמכה על הפסיקה בארצות הברית מזה, ועל ישומו של סעיף 22 (א) לפקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש) [נוסח חדש], התשכ"ט-1969 מזה, הביאה את בית המשפט למסקנה, שניתן לראות בסירובו של הנאשם להבדק, בבדיקות טבילת אצבעות, כחיזוק לראיות התביעה.⁹⁷ בית המשפט קבע, כי ראוי לבדוק כל סירוב לאור מכלול נסיבות הענין, וכי העדר הסבר סביר או מתקבל על הדעת לסירוב, יוכל להוות "משום חיזוק לראיות האחרות, המורות לכיוון אשמתו של הנאשם".

יתר על כן, בענין חורי הנ"ל מציין בית המשפט העליון, כי ניתן להחיל בהליכים פליליים את הקביעה בענין שרון,⁹⁸ לפיה: "האפשרות להסיק מסקנות משפטיות מן הסרוב להסכים לחיפוש או לבדיקה אינה מצטמצמת דווקא לנסיבות, בהן קיימת חובה... להסכים לבדיקה".⁹⁹

נוכח גישת הפסיקה כמובא לעיל, הוקהתה עוקצה של קביעת החובה למסור ראייה. לשון אחרת, לסרוב להיבדק לגילוי שימוש או החזקה בסם, ניתן היה לייחס, במקרים מסויימים, משמעות ראייתית, אף בטרם נחקקה ההוראה המיוחדת, שבסעיף 250 לחוק השיפוט הצבאי. נמצא, שעיקר עוקצו של סעיף 250 המחבר לעיל הוא בקיומה של סנקציה עונשית לצידו. המדובר בסעיף 127 לחוק השיפוט הצבאי, הקובע "חייל שנצטוו להיבדק לפי סעיף 250 וסירב להיבדק, דינו – מאסר שנתיים". בגין העבירה ניתן לנקוט נגד החייל הליכים פליליים או הליכים משמעתיים.¹⁰⁰ יש הסוברים, כי

94. ראה פרק ג לעיל.

95. ראה ענין קרייב, לעיל הערה 13.

96. ענין חורי, לעיל, הערה 13 בע' 95.

97. לבקורת על פסק דין חורי, ראה א. סטרשנוב, לעיל, הערה 14.

98. ע"א 548/78 שרון ואח' נ' לוי, פ"ד לה (1) 736, 756 בו נקבע: "...אין בזכותו זו של בעל הדין לסרב לעריכת בדיקת דם, משום שלילת סמכותו הטבעית של בית המשפט להסיק מסרוב זה, בנסיבות מסויימות, מסקנות ראייתיות המשתמעות ממנו...".

99. ענין חורי, לעיל הערה 13 בע' 95.

100. זאת, לפי שחלף קיומם של הליכים פליליים בפני בית דין צבאי ניתן להעמיד את החייל לדין משמעתי, בפני קצין שיפוט. (סעיף 136(א) לחוק השיפוט הצבאי).

מדיניות ראויה היא להסתפק, בנושא זה, בהליכי דין משמעותי.¹⁰¹ חולשתה של השקפה זו היא בכך שבנקיטת הליכים משמעותיים בלבד, לא יהיה כדי להשיג את מטרת הזרתעה, העומדת ביסוד קביעת התיקון לחוק. טול את החשוד, היודע כי באם יבצע הבדיקות, עלול הוא ליתן בידי התביעה ראייה, שתגרום להבאתו לדין בפני בית דין צבאי, העלול לגזור עליו מספר חודשי מאסר לריצוי בפועל. מאידך גיסא, אם יסרב לבצע הבדיקות, יעמוד לדין משמעותי בלבד. היפלא, כי במצב דברים זה, יסרב החשוד למסור דגימות? בחיי המעשה, ככלל, מדיניות הפרקליטות הצבאית היא להעמיד לדין בפני בית דין צבאי את אלה המסרבים למסור דגימות שתן או טבילת אצבעות. דומה, כי גישה זו מתבקשת מרמת הענישה, שהזוהתה על-ידי בית הדין הצבאי לערעורים, בעבירה זו. כך, בע/84/80 רב"ט יאיר נ' התובע הצבאי הראשי קבע בית הדין את הכלל המנחה, לפיו: "...על מנת לתת תוכן וממשות להוראת החוק ואף להרתיע את אלה העלולים, להפר הוראה זו, אין להסתפק בעונש מאסר מותנה".^{102 103}

סיכום

תופעת השימוש בסמים בקרב חיילי צה"ל הביאה את הכנסת לתיקון חוק השיפוט הצבאי בדרך שיש בה משום כירסום בזכויותיו של הפרט. בין אם תאמר, כי הסמכות ליתן ראייה לפי סעיף 250, לחש"צ נבחנת במישור הפניעה בזכות הפרט לשמירת כבודו כאדם,¹⁰⁴ ובין אם תאמר, כי על הסמכות להבחן בראי זכות החסיון מפני הפללה עצמית¹⁰⁵ – אין חולק, כי מבחינה עניינית, המדובר בראייה בעלת חשיבות מרכזית, בהליך הפלילי. זאת במיוחד, משנקבע, כי תוצאת בדיקת דגימות שתן, המעידה על קיומם של תוצרי חילוף חומרים של חשיש יכולה להביא כראייה יחידה להרשעה בעבירה של שימוש בסם מסוכן.¹⁰⁶ בענייננו ראה המתוקק אף להוסיף ולקבוע, כי הסרוב למסור ראייה מהווה עבירה עצמאית, שסנקציה פלילית לצידה. העולה מן המקובץ הוא, כי לעת הזאת, בחר המחוקק להעדיף את צרכי האינטרס הציבורי על פני חריות היחיד. מאידך גיסא, בדבר התקיקה

101. ראה דברי ד"ר מ. קרמינצ'ר בדיון בנושא בדיקות לגילוי סמים בצה"ל, משפט וצבא, לעיל, הערה 57.

102. עג זאת, לצד הכלל האמור, הוסיף בית הדין "על מנת הסר כל ספק ברצונו להדגיש, כי יתכנו מקרים וגסיבות בהם ניתן יהיה להסתפק בעונש שאינו מגיע לכדי מאסר או מחברש לריצוי בפועל".

103. יתר על כן, במקרים בהם הועמדו נאשמים לדין בעבירה של שימוש בסם מסוכן, ובעבירה של סירוב להיבדק הוטלו עליהם עונשי מאסר לריצוי בפועל, המצטברים זה לזה. ראה ע/338/83 טור' גיא נ' התובע הצבאי הראשי, ע/91/84 טור' משה נ' התובע הצבאי הראשי.

104. ראה ענין חורי, לעיל הערה 13.

105. ראה לעיל, הערה 14.

106. ראה ענין לוברטובסקי לעיל, הערה 50.

לא הקפיד המחוקק להקיף את המיגבלות הנתבעות מהרשות החוקרת, ואשר דומה כי הן מתבקשות מעצם טיבה של הסמכות. במצב דברים זה הותרה המלאכה בידי הערכאה השיפוטית. לפי שעה, הכריע בית הדין הצבאי לערעורים בשאלת אמת המבחן בה תיבדק פעולתו של קצין השיפוט הבכיר; ולעתיד לבוא, מן הסתם, יתבקש בית הדין לערעורים להורות הלכה בנושאים האחרים שהוצגו ברשימתנו. בה בשעה, ראוי שתעשה מלאכה להשלמתם של הכללים הקבועים בהוראות המקצועיות של קצין משטרה צבאי ראשי.¹⁰⁷ זאת, במטרה לצמצם את הפעלת הסמכות לפי סעיף 250, לחוק השיפוט הצבאי, כדי פגיעה מינימלית, ככל הניתן, בזכויות הפרט. ראוי לזכור, כי מודעות גורמי החקירה לרגישות הנדרשת מהם בשמירה על זכויותיו של היחיד בכלל, ולשימוש זהיר וקפדני בסמכות הנתונה בידם בפרט – הינה תנאי ראשון לקיומה של חקירה הוגנת, לתועלתה של החברה.

107. עיקר חסרונה של הוראת קמצ"ר הרלבנטית נעוץ בכך, שבמבוא להוראה ניתן ביטוי אך ורק לצרכי האינטרס הציבורי: "מוכעת החשיבות שיש לייחס לחקירת חשודים בשימוש או בהחזקת סמים ואיתור המעורבים, הכנת חומר ראיות כדי להעמידם לדין". לצד אמירה זו אין בהוראה דבר, שיבהיר את מהותה של הסמכות הרחבה לפי סעיף 250, לחוק ואת חובתו של קצין השיפוט הבכיר לשקול בדבר היטב, בטרם יפעיל סמכותו. לחסרון זה מצטרפת העובדה, שבהוראה אין כל הסבר מהו ה"חשד" הנדרש. ראוי להבהיר בהוראה, כי על התשד להיות מבוסס על יסוד עובדתי, ולא על תחושה בעלמא. הכל, כמבואר בסעיף ה.1.1. לעיל.

"זכותו של החשוד להיות מיוצג ע"י עורך־דין"

גיל גרשוני*

- א. כללי
1. פתח דבר.
 2. זכות הייצוג על ידי עורך דין בהליכים פליליים.
- ב. זכות הייצוג של החשוד בחקירה.
- ג. זכות הפגישה של החשוד עם עורך דין
1. כללי.
 2. "שום זכות הפגישה.
 3. תדירות זכות הפגישה.
- ד. החריגים לזכות הפגישה
1. כללי.
 2. העילות השונות.
 3. היחס בין הסמכויות השונות.
 4. מועד הפעלת הסמכויות.
- ה. הליכים בבית המשפט
1. כללי.
 2. זכות הייצוג בהליכים פליליים.
 3. פומביות הדיון.
- ו. ביקורת שיפוטית
1. סמכות הערעור על החלטת רשות מינהלית.
 2. סמכות הערעור על החלטת בית משפט מחוזי.
- ז. זכות הפגישה עם עורך דין בהליכים לפי חוק השיפוט הצבאי
- ח. סיכום

* עורך דין. שימש בעבר ע"י תובע צבאי ראשי.

א. כללי

1. פתח דבר

הגם שאין עורדין על זכותו של כל אדם להסתייע בעורך דין, הרי זכות זו אינה מוחלטת וחלים עליה סייגים והגבלות. ברשימתנו נסקור את הזכות להיות מיוצג על ידי עורך דין בהליכים פליליים. ככל שהדברים אמורים באדם החשוד בביצוע עבירה, שטרם הוגש נגדו כתב אישום. ננסה להראות כי ניתן להשיג על ההלכה לפיה חשוד אינו זכאי לייצוג על ידי עורך דין במהלך חקירתו וחקירת העדים האחרים, וכי קיימים נימוקים כבדי משקל להרחבת "זכות הייצוג". כמו כן נבחן את תחולתו של הדין הכללי בסוגיה על המערכת הצבאית ונציע את תיקונו של חוק השיפוט הצבאי, תשט"ו – 1955, ⁽¹⁾ בהתאם.

2. זכות הייצוג על ידי עורך דין בהליכים פליליים

זכותו של כל אדם להסתייע בשרותיו של עורך דין מוכרת בדין הישראלי. זכות זו קבוע בסעיף 22 לחוק לישיבת עורכי הדין, תשכ"א – 1961, ⁽²⁾ בד"נ 13/75 מפקד משטרה צבאית חוקרת ואח' נ' פלוני ⁽³⁾ הציב בית המשפט העליון גדרות לסעיף זה וצימצם את תחולתו. בית המשפט העליון, ברוב דעות, קבע כי הוראת סעיף 22 הנ"ל נידחת לא רק בפני הוראת חוק מפורשת השוללת את זכות הייצוג אלא "די בכך שלפי מטרת החיקוק, מבנהו, וההוראות השונות המצויות בו משתמע ברורות שכונת המחוקק היא לשלול או לצמצם את זכות הייצוג". אין בדין הישראלי הוראה דקלרטיבית בדבר זכותו של אדם להיות מיוצג על ידי עורך דין בהליכים פליליים. ⁽⁴⁾

1. ס"ח תשט"ו מס' 189, 171.

2. ס"ח תשכ"א מס' 347, 178.

3. ד"נ 13/74 מפקד משטרה צבאית חוקרת ואח' נ' פלוני פ"ד (3) 617.

4. השווה, א. הרנון, הגנה משפטית לנאשמים ותשודים, משפטים ד 567, 569: "אולם חסרה הוראה בסיסית שתקבע את הזכות היסודית של נאשם וחשוד לסגור. בכמה מדינות בעלות קונסטיטוציה כוללת החוקה הוראה מפורשת על זכות לסגור, כאחת מזכויות היסוד של האדם. רצוי היה איפוא שהוראה דומה תופיע בחוק סדר הדין הפלילי, או בחוק יסוד זכויות האדם, לכשיוחק" כך התיקון השישי של חוקת ארצות הברית קובע כי

"In all criminal prosecution the accused shall enjoy the assistance of counsel for his defence"

כך גם לא מצאנו הוראה מפורשת בדין הכללי על זכותו של חשוד או נאשם להיות מיוצג על ידי עורך דין בבית המשפט.⁽⁵⁾

אשר לזכות הייצוג של חשוד בהליכי חקירה, הלך המחוקק בעקבות פסיקתו של בית המשפט העליון⁽⁶⁾ וקבע לאחדונה, בהוראת חוק מיוחדת⁽⁷⁾ את זכותו של החשוד להיפגש עם עורך דין.

שומה עלינו לעשות הפרדה ברורה בין זכות הייצוג בפני בית המשפט לבין זכות הייצוג בהליכי חקירה.

בעוד שלגבי ייצוגו של חשוד בבית המשפט בדין בהארכת מעצרו הכלל הוא כי החשוד זכאי להיות מיוצג על ידי עורך דין,⁽⁸⁾ הרי שלגבי הליכי החקירה מסוייגת זכות זו ומצומצמת הרבה יותר: החשוד זכאי להיפגש עם עורך דין במהלך מעצרו ותו לא.

5. על זכותו של נאשם להיות מיוצג בבית משפט ניתן ללמוד מהחלטות סעיפים 13-20 לחוק סדר הדין הפלילי (נוסח משולב) תשמ"ב - 1982, ס"ח תשמ"ב, (להלן: הסד"פ).

בתוק השיפוט הצבאי, תשט"ו - 1955, קבועה זכותו של הנאשם להיות מיוצג על ידי עורך דין בלשון מפורשת. סעיף 316 לחוק מורה כי: "נאשם לפני בית דין צבאי רשאי לנהל את הגנתו בעצמו או-"

א) לבקש כי ימונה לו סגור צבאי.

ב) לבחור לו סגור עורך דין שאושר לשמש סגור לפני בתי דין צבאיים לפי סעיף 318." בב"צ 517/74 פלתי נ' מפקד משטרה צבאית חוקרת ואח' פ"ד כט' (2) 169 הביע השופט ויתקון דעה אחרת ביתס למשמעותו של הסעיף 316 (א). לדעתו: "...ההסדר שנקבע בסעיפים 316-323 לחוק השיפוט הצבאי לענין לימוד סגוריה בפני בית דין צבאי ושופט חוקר לא בא, בעצם, להעניק לנאשם זכות ייצוג על ידי עורך דין בהליכים מסויימים. כוונתם של החוקרים אלו היא לצמצם את חוג הסגורים, הרשאים לשמש כתור שכאלה, במסגרת זו..."

6. ע"פ 307/60 יאסין נ' היועמ"ש פ"ד יז 1541, 1570.

בב"צ 193/67 קהוג' נ' נציב בתי הסוהר ואח' פ"ד כט (1) 183.

ע"פ 115/82 מועדי ואח' מדינת ישראל פ"ד לח (1) 197, 231 232.

7. תיקון מס' 15 לחוק סדר הדין הפלילי, תשכ"ה - 1965. החוק תוקן בשנת תשמ"א - 1981.

8. על זכות הייצוג של חשוד בבית המשפט ניתן ללמוד במישרין ובעקיפין מסעיפים 14 ו-29(ה) לחסד"פ.

סעיף 14 לחוק קובע "אישור שר הבטחון בכתב כי בטחון המדינה מחייב סייג זה, לא יהיה חשוד או נאשם זכאי להיות מיוצג - אם בהליכי חקירה בעבירה ואם בהליכים לפני שופט או בית משפט אלא בידי אדם שאושר באישור בלתי מסוייג לשמש סגור לפני סעיף 318 לחוק השיפוט הצבאי תשט"ו - 1955" (ההדגשה שלי - ג.ג.). על פי החלטות סעיף 29(ה) לחסד"פ, רשאי קצין משטרה בדרגת רב-פקד ומעלה לשלול את זכות הפגישה בין החשוד לבין עורך הדין, למשך 48 שעות מהטעמים המפורטים באותו סעיף. אולם "אין כאמור כדי לגרוע מזכותו של עצור שביקש זאת, שתיוגתן לו הזדמנות סבירה להיפגש עם עורך דין לפני שיוכא לבית המשפט בענין מעצרו". ניתן להבין זכות זו, הקבועה בסיפא של סעיף 29(ה) הנ"ל רק על רקע זכותו המשתמעת של החשוד לייצוג על ידי עורך דין בדין בהארכת מעצרו. הפגישה בין השניים נועדה לאפשר לעורך הדין להכין עצמו לקראת הדיון בבית המשפט בענין מעצרו של החשוד. על זכות הייצוג בהליכי מעצר ושתרוו של חשוד ניתן ללמוד גם מהוראת סעיף 316(ב) לחש"צ לפיה "אדם שמתנהלת לגביו בדיקה או חקירה לפי סעיף 251 לא יהיה זכאי להיות מיוצג בענין הנוגע למעצרו... אלא על ידי סגור צבאי או על ידי עורך דין שאושר באישור בלתי מסוייג".

ב. זכות הייצוג של חשוד בתקירה

- זכות הייצוג של החשוד בהליכי התקירה מתחלקת לשלושה: -
1. זכותו של החשוד כי עורך דינו יהיה נוכח במהלך חקירתו.
 2. זכותו של החשוד כי הוא ועורך דינו יהיו נוכחים במהלך חקירת החשודים והעדים האחרים באותה פרשה לרבות נטילת חלק פעיל בתקירתם.
 3. זכותו של החשוד להיוועץ עם עורך הדין במהלך חקירתו והחזקתו במעצר.

בכג"צ 515/74 ובד"נ 13/74 **מפקד משטרה צבאית חוקרת נ' פלוני**⁽⁹⁾ עמדה לדיון בפני בית המשפט העליון שאלת זכותו של אדם להיות מיוצג על ידי עורך דין בהליכים בפני קצין בודק.

סעיף 264 לחש"צ, שהיה באותה עת בתוקף, הורה כדלהלן: "רשאי הנאשם, בין אם הודעה לו האשמה ובין אם לאו לדרוש מאת הקצין הבודק לשמוע אותו ולהזמין ולשמוע עדים להגנתו וכן לתת לו אפשרות לחקור תקירה שכנגד כל עד שהעיד לחובתו, אלא אם כן נגבתה העדות בפני הנאשם וניתנה לו אפשרות לחקור תקירה שכנגד."⁽¹⁰⁾

העותר קצין בכיר בצה"ל אשר נגדו הוגשה תלונה בחשד לביצוע עבירה חמורה ונפתחה חקירה בענין על ידי מצ"ח טען, כי הוא זכאי לחקור את העדים שהעידו נגדו באמצעות עורך דין. הקצין הבודק, חוקר מצ"ח, סרב להענות לדרישה זו ואי לכך עתר החשוד לבית המשפט הגבוה לצדק.

בית המשפט העליון ברוב דעות, בדיון הנוסף, קבע כי סעיף 264 אינו מקנה לנחקר את הזכות להסתייע בעורך דין. הנימוק הענייני של דעת הרוב היה כי מאחר שהליך הבדיקה על ידי קצין בודק לפי סעיף 251 לחש"צ מקביל להליך החקירה לפי סעיף 53 לחוק סדר הדין הפלילי (דאז) ומאחר שבחקירה משטרתית לא נתונה לחשוד הזכות להיות מיוצג על ידי עורך דין זהו אף הדין לגבי חקירה ע"י קצין בודק.⁽¹¹⁾ מילים אחרות, למרות שהדיון נסב על פרשנותו של סעיף 264 לחש"צ הרי דעת הרוב מבטאת אמירה מרומזת בדבר העדר זכות ייצוג על ידי עורך דין בהליכים פליליים לפי חסד"פ.

חיצי הביקורת נגד הילכת הרוב צריכים, לדעתנו, להיות מופנים כלפי שלילת זכות הייצוג החותרת תחת כוונת המחוקק להקנות לחשוד כלים להוכחת חפותו עוד בהליכי החקירה ובטרם הגשת כתב אישום נגדו. ברור, כי את זכותו לחקור תקירה שכנגד (חקירת שתי וערב) את העדים, שהפלילו אותו, יכול החשוד לממש בצורה היעילה והטובה ביותר אך ורק בעזרתו של סגור מיומן במלאכה זו. דברים קולעים נאמרו על ידי השופט ויתקון⁽¹²⁾ "מלאכת

9. דאה הערות 3 ו-7 לעיל.

10. המחוקק נקט בלשון "נאשם" אולם אין ספק כי הכוונה היא ל"חשוד".

11. שם, בעמ' 621.

12. כג"צ 515/74 פלוני נ' מפקד משטרה צבאית חוקרת, פ"ד כט (2) 169, 174.

חקירת עדים דורשת בקיאות וגם אותה מידה של חוסר מעורבות נפשית שלרוב אין לצפות לו מהנאשם עצמו אך יש לדרוש אותו בתוקף מפרקליטו המקצועי. יש גם נאשמים שהם פחות מסוגלים מנאשמים אחרים לחקור עדים, ואחד שאינו יודע לשאול על שום מה יגרע חלקו ולא יינתן לו להיחזק לשירותו של עורך דין?¹³

סעיף 264 לחש"צ בוטל במסגרת תיקון מס' 19 לחש"צ תשמ"ז-1987. על ידי ביטולו של הסעיף הישווה המחוקק את הדין התל במערכת הצבאית לזה הנוהג במערכת האזרחית.

זאת ועוד, בתיקון הני"ל גילה המחוקק את דעתו כי יש להגביל את זכויותיו של החשוד וכי לא הוא ולא עורך דינו רשאים להיות נוכחים ולטול חלק בחקירת החשודים והעדים האחרים באותה פרשה.⁽¹³⁾

כנגד מתן זכות לחשוד כי עורך דינו יהיה נוכח במהלך החקירה המתנהלת נגדו ניתן להעלות נימוקים אלו: -

1. נוכחות החשוד ועורך דינו עלולה להשפיע על נכונות העדים לשתף פעולה עם המשטרה ומורא החשוד עלול לסכל את החקירה.
2. קיים חשש לחשיפת מידע סודי אשר יקנה יתרון בלתי צודק לחשוד.
3. מתן אפשרות לעורך הדין של החשוד לחקור את העדים האחרים יאריך את משך זמן החקירה ללא צורך ויקנה לכל ההליך החקירתי צביון של משפט לפני משפט.
4. העדויות וחומר הראיות האחר הנאסף בתיק החקירה של המשטרה נועדו לאפשר למשטרה ולפרקליטות להחליט אם יש מקום להגיש כתב אישום נגד החשוד ולנהל משפט פלילי נגדו ואין הם תחליף לעדות בבית המשפט. בית משפט קובע מימצאיו על פי עדויות שהושמעו ועל פי

13. את התיקון של החש"צ יש לראות כחלק מה"מאבק" בין שני אינטרסים לניטימים המתמודדים על והטוענים לכבודה בהליך הפלילי. במשפט הפלילי קימת התנגשות מתמדת בין זכויות הפרט לבין זכויות החברה בכללותה.

מחד, קיים רצון לשמור על זכויות הפרט החשוד בביצוע עבירה. מאידך, קיים רצון ליתן בידי החברה כלים הנוחצים לה כדי לנהל את המאבק ב"פשיעה" הנואה המאיימת עליה.

לא אחת יעילות הכלים הני"ל מותנת בפגעים בזכויות יסוד של הפרט. המטוטלת המשפטית - החקיקה של הכנסת והחקיקה השיפוטית - נעה בין שני הקטבים, פעם נעמדת בצד האחד ופעם נעצרת בצד האחר.

כך למשל, לאחרונה היתקבל תיקון לחסד"פ אשר נועד להגביל את סמכותו של בית המשפט לעצור נאשם עד תם ההליכים (תיקון מס' 9 לחסד"פ התשמ"ח - 1988).

לעומת זאת אנו עדים למגמה הפוכה מצד בית המשפט העליון המבקש להקל עם המשטרה בניהולת חקירותיה.

בע"פ 115/82, 162/82 מועדי נ' מדינת ישראל פ"ד לח (1) 197 קבע הנשיא לשעבר י. כהן כדלקמן: "בכמה פסקי דין נאמרו דברים בהם במשתמע ביקורת כלפי תחבולות בחקירה. דעתי היא שלביקורת כזו אין מקום... ועל כך אין לגנותם אלא לשבחם" (שם, בע"פ 251).

תיקון מס' 19 לחש"צ מניע את המטוטלת באותו כיוון - רצון לאפשר למשטרה לנהל חקירה "יעילה" גם על חשבון ותוך גניעה מזכויות החשוד.

הראיות שהובאו בפניו. תינתן לנאשם בבית המשפט הזדמנות נאותה לחקור את עדי התביעה ולנסות ולהפריך עדויות אלו.

5. גודלו של האדם אינו נחרץ במהלך החקירה - החקירה היא רק תליך מקדמי ואילו ההליך הקובע הוא ההליך בבית המשפט שם מוקנית לנאשם "זכות הטיעון" במלואה.

בבג"צ 185/64 פלוני נ' שר הבריאות⁽¹⁴⁾ נאמר על ידי השופט זוסמן: "מי יעלה על הדעת, כי בהתאם להלכה האמורה תהא הזכות בידי אדם שהואשם בפשע להיות נוכח בשעה שהמשטרה חוקרת עדים, ולחקור אותם עדים חקירת שתי וערב. חקירת המשטרה עלולה לגרום למעצרו של אדם חשוד ולהעמדתו לדין ושתייהן אלו בוודאי אינן פגיעות קלות ערך. אך אם לא תהא המשטרה רשאית לאסוף את חומר הראיות "על פי צד אחד", לא תוכל למלא את תפקידה, וזכותו של האזרח נדחית מפני הצרכים של המנהל התקין, והנאשם חייב להסתפק בכך שזכות החקירה תקום לו בחקירה מוקדמת... או בבית המשפט בשעת הדין... הדוגמא של חקירה משטרתית תוכית, כיצד תוכל המשטרה למלא תפקידה ולגלות פשעים, אם תהא חייבת בכל שלב ושלב להזמין את החשוד על מנת שהוא או פרקליטו יחקור את העדים חקירה שתי וערב, מי יאות בתנאים כאלה למסור לה עדות?"⁽¹⁵⁾

כנגד טיעונים כבדי משקל אלו לשלילת נוכחותו והשתתפותו של סנגורו של החשוד בהליכי החקירה במשטרה, ניתן להצביע על שיקולים מהותיים וחשובים לא פחות "המלמדים" על הצורך לאפשר לעורך דינו של החשוד ליטול חלק פעיל במהלך החקירה המשטרתית.

ראשית, אמנם גודלו של האדם נחרץ בסופו של דבר בבית המשפט על ידי בית המשפט. אולם להחלטות על מעצרו של חשוד, על הארכת מעצרו עד תום ההליכים ועל הגשת כתב אישום נגדו יש חשיבות רבה ואין לזלזל בהן כלל ועיקר.

לשלילת חרותו של אדם לשעות, ימים, שבועות, חודשים ואף לתקופות ארוכות יותר (עד לסיום המשפט) או לשינוי הסטטוס שלו מחשוד לנאשם, יכולים להיות השלכות מרחיקות לכת על מעמדו של אותו אדם בחברה, על מקור פרנסתו, על חיי משפחתו ועל שמו הטוב. כך גם אם בסופו של דבר זוכה הנאשם על ידי בית המשפט יתכן וכבר נגרם לו נזק נפשי, גופני או כלכלי שאינו ניתן לתיקון. לכן, ברור האינטרס שיש לחשוד, כי יתאפשר לו לנסות לקעקע את חומר הראיות שהצטבר בתיק החקירה נגדו, בין היתר באמצעות חקירת העדים הנחקרים בפרשה, כדי לשכנע את המשטרה ואת הפרקליטות כי יש מקום לשחרורו ממעצר

14. בבג"צ 185/64 פלוני נ' שר הבריאות, פ"ד יט (1) 122, 127, 128.

15. שם, בעמ' 127.

ולתפקיד ההליכים נגדו. גם האינטרס הציבורי יצא נשכר מכך, מה טעם יש בניהול משפט ארוך שבסופו מתברר כי ראיות התביעה היו כאלה שמוטב היה מלכתחילה להימנע מהגשת כתב אישום?
 בבג"צ 124/58 היועץ המשפטי נ' השופט המנהל את החקירה המוקדמת⁽¹⁶⁾ נאמר מפי השופט אגרנט (כתוארו אז) כדלהלן: -
 "החקירה שכנגד רואים אותה כמכשיר היעיל ביותר שהומצא עד היום המשמש בידי בעל דין לשם גילוי האמת במשפט..."⁽¹⁷⁾
 באותו בג"צ עמדה לדיון שאלת זכותו של מי שנגדו נוחלה חקירה מוקדמת לפי חוק לתיקון סדר הדין הפלילי (חקירת פשעים וסיבות מוות) תשי"ח - 1958⁽¹⁸⁾ לחקור (חקירה שכנגד) את מוסרי ההודעות שנגבו על ידי תוקרי המשטרה ואשר נמסרו כחומר ראיות מטעם התביעה לשופט החוקר. על פי אותו חוק רשאי היה חשוד, שפרקליט מתח התליט להעמידו לדין בשל פשע שדינו מוות או מאסר עשר שנים או יותר לבקש חקירה מוקדמת באשמה.

החקירה המוקדמת באשמה היתה מנוהלת על ידי שופט של בית משפט מחוזי, החלטת השופט החוקר כי אין מקום להשיב על האשמה היתה תוסמת את הדרך בפני הגשת כתב אישום והעמדתו לדין של אותו נאשם.

לאחר דיון ארוך וממצה הגיע בית המשפט העליון למסקנה, כי מאחר שתפקידו של השופט החוקר הוא תפקיד שיפוטי ולא מינהלי (כדוגמת תפקידו של פרקליט המתח המחליט על העמדה של אדם לדין) יש לאפשר לחשוד לחקור את העדים שהודעותיהם במשטרה מהוות את חומר הראיות המוגש מטעם התביעה לשופט החוקר. ההסדר הנ"ל, שהיה קבוע בחוק, בדבר זכותו של חשוד בפשעים חמורים, כי תערך חקירה מוקדמת על ידי שופט חוקר בטרם יועמד לדין והפרשנות המרחיבה שניתנה לזכות זו על ידי בית המשפט העליון כמפורט לעיל, רק ממחישים ומדגישים את החשיבות שבמתן הודמנות לחשוד לחקור את העדים שמסרו עדות במשטרה בענינו, כדי לנסות לערער ולהפריך בשלב מוקדם ככל האפשר, את חומר הראיות, שנאסף נגדו על ידי תוקרי המשטרה, הזאת במטרה לנסות ולשכנע את הרשויות המוסמכות, שאין מקום להמשיך ולנקוט בהליכים משפטיים נגדו.⁽¹⁹⁾ שנית, גם הטעון האחר כי "המשפט" גערך בבית המשפט ולא במשטרה וכי להליכים הקודמים לדין בבית המשפט אין חשיבות או שחשיבותם

16. בג"צ 124/58 היועץ המשפטי לממשלה נ' השופט המנהל את החקירה המוקדמת ואח"כ פ"ד י"ג, 5.

17. שם, בעמ' 23.

18. ס"ח תשי"ח מס' 242, 54.

19. סעיפים 5, 8, 9, 14 ר' לחסד"פ.

מועטה, איננו נכון. נוכחות עורך דין בזמן חקירתו של החשוד על ידי המשטרה מסייעת בידי החשוד לנצל את "זכות השתיקה" ואת החסיון מפני הפללה עצמית, הנתונים לו. ברור שנוכחות זו של עורך הדין יש לה השפעה חשובה על נכונותו או אי נכונותו של החשוד למסור הודעה מלאה ומפורטת באשמה המיוחסת לו. על משקלה הראייתי של ההודאה ועל חשיבותה להוכחת אשמתו של הנאשם אין כלל צורך להכביד במילים. זאת ועוד נוכחות הסנגור במהלך החקירה יכולה לשמש ערובה לכך שהמשטרה תנהל חקירה הוגנת.⁽²⁰⁾

נדמה שהתביעה לנוכחותו של סנגור והשתתפותו בהליכי החקירה רק הולכת וגוברת עם חקירתו של תיקון מס' 4 לפקודת הראיות (נוסח חדש) תשל"א - 1971.⁽²¹⁾

בעקבות התיקון ניתן להרשיע נאשם בהסתמך על אימרות שנמסרו מחוץ לכותלי בית המשפט, כאשר אימרה אחת משמשת חיזוק לאימרה השניה.⁽²²⁾

כשזה המצב המשפטי מקבלת דרישתו של החשוד, כי תינתן לו ולסנגורו האפשרות לחקור חקירה נגדית את העדים מהם נגבתה עדות במשטרה, משנה תוקף.^(23, 24)

תמיכה לדרישה לאפשר לסנגורו של החשוד להישתתף בהליכי החקירה מוצאים אנו בהסדר הקבוע בחסד"פ לגבי גבית עדות מוקדמת.

על פי סעיף 117 לחסד"פ ניתן לגבות עדות עוד בטרם הוגש כתב אישום אם העדות חשובה לבידור האשמה ויש יסוד סביר להניח שאי אפשר יהיה לגבותה במהלך המשפט. סעיף 121 לחסד"פ מורה כי דין עדות מוקדמת "כדין עדות שנגבתה במהלך המשפט".

סעיף 15 לחסד"פ מונה שורה של מקרים בהם קיימת חובה על בית המשפט למנות סנגור לנאשם, העקרי שבהם הוא כאשר הנאשם מואשם בעבירה שדינה מאסר עשר שנים או יותר, קדי עבירה חמורה. אותו סעיף מחיל את החובה למנות סנגור גם על חשוד בעבירה שלשם בירורה הוחלט לגבות עדות מוקדמת.

20. השווה א' הרנון, הערה 4 לעיל, בעמ' 573.
 21. ס"ח תש"ם, ס' 958, 58.
 22. ע"פ 553/81 כלבוני נ' מדינת ישראל פ"ד לו (2) 748, 750.
 23. סעיף 15 לחסד"פ מביא לירי ביטוי השקפה זו. הודאת סעיף 15 מטילה על בית המשפט חובה למנות סנגור לנאשם או לחשוד בעבירה שלשם בירורה הוחלט לגבות עדות לאלתר לפי סעיף 117. מאחר ועדות זו עשויה לשמש ראיה נגד החשוד להוכחת אשמתו מחייב המתוקק את בית המשפט למנות לחשוד סנגור.
 24. מעניין להשוות את זכותו של החשוד לזכותו של מי שעלול להיפגע מן החקירה של ועדת החקירה לפי חוק ועדות חקירה, תשכ"ט - 1968.
- בסעיף 15 (ב) נקבע כי "אדם שהודע לו כאמור בסעיף קטן (א) רשאי להתייצב לפני הוועדה אם בעצמו ואם ע"י עורך דין, להשמיע דברו ולחקור עדים, אף אם כבד העידו לפניו בך".

בע"פ 623/83, 647/84 בן הרוש ואח' נ' מדינת ישראל⁽²⁵⁾ ניתן פירוש מרחיב לחובה זו והיא הוחלה גם על חשוד (או נאשם) שבזמן גבית העדות המוקדמת היה עברין נמלט.

קל לנמק את הטעם העומד ביסוד החובה למנות סגור לחשוד הנוחד בביצוע עבירה שלשם בירורה הוחלט לגבות עדות מוקדמת. כיוון שדין העדות המוקדמת כדין עדות שנמסרה במהלך המשפט אוי זו עשויה לשמש ראיה חשובה במסגרת ראיות התביעה ומן הראוי לאפשר לחשוד להתגונן בפני עדות זו, בין היתר על ידי הפרכת העדות או החלשת משקלה באמצעות הקירה נגדית ועילה המנוהלת על ידי סגור. כך אמר השופט גולדברג בבן הרוש: "אכך, חקירת שתי וערב של עד התביעה על ידי הנאשם או סניגורו היא מזכויות היסוד של נאשם להבטחת משפט הוגך".⁽²⁶⁾

עדות מוקדמת דומה לאמרה של עד המוגשת לפי סעיף 10 א' לפקודת הראיות,⁽²⁷⁾ אולם בשונה מאמרת עד המוגשת מכח סעיף 10 א' הנ"ל, העדות המוקדמת נגבת בפני שופט.⁽²⁸⁾

אם לגבי עדות מוקדמת אשר מלכתחילה נגבת בפני שופט רשאי ולעיתים חייב החשוד להסתייע בסגור הרי על דרך קל וחומר מן הראוי לאפשר לחשוד ולסגורו להשתתף בחקירת עד במשטרה, כיוון שהעדות הנגבת עשויה לשמש ראיה נגד החשוד, אם וכאשר תבקש התביעה להגישה בהיסתמך על סעיף 10 א' לפקודת הראיות.

ויודגש, למרות שהעדות המוקדמת נגבת בפני שופט אשר חזקה עליו שידאג לשמור על זכויות החשוד ויבטיח את הגינות ההליך של גבית העדות המוקדמת ותקינותו, לא הסתפק המחוקק ב"נוכחות" זו והקנה לחשוד זכות להיות מיוצג⁽²⁹⁾ ובמקרים אחדים זכות זו איננה רק רשות אלא גם חובה ועל בית המשפט למנות לחשוד סגור, כמפורט לעיל. לעומת זאת אמרת עד במשטרה המוגשת לפי סעיף 10 א' עשויה לשמש בסיס להרשעת הנאשם חו כידוע אינה נגבת בפני שופט. דוקא בנסיבות

25. ע"פ 632/83, 647/84 הרוש ואח' נ' מדינת ישראל פ"ד לט (1), 253.

26. שם, בע' 266.

27. ראה מאמרה של ד"ר נ. ולצמן גביה מוקדמת של עדות, אימדה בכתב והחקירה שכונד בהליך הפלילי עיוני משפט ח 584, 596.

28. ראה סעיף 120 לחסד"פ: "הפרוטוקול בהליכי גביית העדות ייקרא באוזני העד, ולאחר שיאשרנו יחתום עליו וכן יחתום עליו השופט...".

29. על זכותו של החשוד להיות מיוצג בהליכי גבית עדות מוקדמת למדים מהוראת סעיף 121 לחסד"פ: "עדות שנגבתה לפי סעיף 117 זינה כדין עדות שנגבתה במהלך המשפט, אך בית המשפט ירשה להזמין את העד לעדות נוספת אם... נתקיים אחד מאלה:

(2) לא ניתנה לנאשם הזדמנות סבירה למנות לעצמו סניגור כדי שיהיה נוכח בעת גבית העדות ויחקור את העד או לא מונה לו סניגור שהיתה חובה למנותו".

מסעיף 121 (2) אנו למדים הן על זכותו של החשוד למנות לעצמו סניגור שייצגו בהליך גבית העדות המוקדמת והן על זכותו של הסניגור לא רק להיות נוכח במהלך גבית העדות המוקדמת כמשקיף פסיבי בלבד אלא הוא רשאי גם לחקור את העד.

אלו יש חשיבות יתרה להשתתפותו הפעילה של סגורו של החשוד במהלך חקירת אותו עד.

זכות החשוד, לנוכחות עורך דינו במהלך חקירתו איננה מוכרת בישראל, אולם, זכות זו זכתה להכרה בשיטות משפט אחרות, כך למשל, בארה"ב בשנות השישים בשני פסקי דין עקרוניים של בית המשפט העליון הוכרה זכותו של החשוד כי סגורו יהיה נוכח בעת חקירתו.⁽³⁰⁾

בתי המשפט בארה"ב היו סבורים, כי אין ערך רב לזכות השתיקה המסורה לחשוד ולזכותו של הנאשם לסגור בבית המשפט, אם אין נותנים לעצור את הזכות שסגורו יהיה נוכח בחקירה המשטרית. נוכחות מוקדמת זו של הסגור, לדעתם, משמשת ערובה לחקירה הוגנת מצד המשטרה ולאמיתות ההודאה שנגבתה במשטרה.⁽³⁰⁾

חריג בולט לכלל בדבר אי זכותו של החשוד כי סגורו יהיה נוכח במהלך הליכי החקירה – הוא מסדר זיהוי. בית המשפט העליון הכיר בזכותו של החשוד כי סגורו יחמן ע"י המשטרה ויהיה נוכח במהלך מסדר זיהוי. בע"פ 599/77 מאירי נ' מדינת ישראל⁽³¹⁾ נאמרו דברים קשים ביותר מפי השופט ח. כהן:

"אמת נכון הדבר שבפעמים הקודמות אשר בהן עמד בית המשפט זה... על הצורך להזמין את הסגור שיהא נוכח אף במסדר תמונות ולא רק במסדר חי, הוסיף ואמר שאין במחדל להזמין כדי לפסול את הראיה, אלא יש בו כדי להפחית ממשקלה בלבד. אבל כשמתרבים והולכים המקרים אשר בהם מכלכלת (מקלקלת) המשטרה את חקירותיה תוך כדי התעלמות מהנחיותיו והוראותיו של בית משפט זה, הגיע הזמן שנפחית ממשקלן של ראיות אלה שהוגשו שלא כהלכה עד כדי אפס".

ההקפדה היתרה של בית המשפט עם המשטרה לגבי נוכחותו של הסגור במהלך מסדר זיהוי קל להסבירה ולהבינה. הזיהוי על ידי העד המזהה הוא ראייה כבדת משקל אשר יכולה להביא להרשעת הנאשם. זוהי ראייה הנוצרת מחוץ לכותלי בית המשפט, כאשר השוטור שערך את המסדר ומעיד בבית המשפט על מהלכו, למעשה מוסר עדות שמיעה.

חשיבותו של הזיהוי כראיה בבית המשפט הביא את השופטים לחייב את נוכחות הסגור, אשר יש בה כדי לשמש ערובה לכך, שיתמלאו כל אותם כללים שקבעה הפסיקה ובהם חייב לעמוד מסדר זיהוי.⁽³²⁾

ESCODEDO V ILLINOIS
(1964) 378 U.S. 478

MIRDNDA V ARIZONA
(1966) 384 U.S. 436

.30

וראה גם ד' ליבאן, דיני מעצר ושחרור, הוצאת שוקן, 182-184.
א. הרנון, הערה 4 לעיל, בעמ' 573.

.31 ע"פ 559/77 מאירי נ' מדינת ישראל, פ"ד לב (2), 180.

.32 ע"פ 648/77 קריב נ' מדינת ישראל, פ"ד לב (2), 729.

נוכחות עורך דין המשמשת ערובה לשמירה על כללים אלה, אין בה גם כדי לסכל את הליך הזיהוי על ידי העד המזוהה, ואין בה כדי להפריע בשום צורה שהיא למהלכו התקין של מסדר הזיהוי.⁽³³⁾

ג. זכות הפגישה של החשוד עם עורך הדין

1. כללי

בדברי ההסבר להצעת החוק לתיקון החסד"פ⁽³⁴⁾ נאמר כך: "זכותו של החשוד להיפגש עם עורך דין לצורך התייעצות אינה כתובה מפורשות בספר החוקים, אך היא מוכרת כאחת מזכויות היסוד של הפרט... הסעיף המוצע בא לעגן באופן מפורש בחוק את עקרון היסוד הנזכר...". הצעת החוק התקבלה, וסעיף 29 (א) לחסד"פ קובע כי "עצור זכאי להפגש עם עורך דין ולהיוועץ בו". בע"פ 533/82 זכאי נ' מדינת ישראל⁽³⁵⁾ אמר הנשיא שמגר כי "זכותו של עציר להפגש עם עורך דין לצורך התייעצות מוכרת זה מכבר כאחת מזכויות היסוד של האזרח וחוק סדר הדין הפלילי (תיקון מס' 15) עיגן זכות זו בחוק והגדיר אותה בברור" (ההדגשה שלי – ג.ג.).

זכותו של החשוד נועדה לאפשר לעורך הדין לעשות ארבעה אלה:⁽³⁶⁾

- א. חיזוק רוחו של החשוד.
 - ב. הסברת החוק לחשוד כולל כל זכויותיו, לרבות זכות השתיקה.
 - ג. קבלת המידע הנחוץ לעורך הדין כדי לייצג את החשוד בהליכי המעצר והשחרור בערובה בבית המשפט.
 - ד. הכנת הסוגריה לקראת משפטו הצפוי של החשוד.
- בע"פ 96/66 טאו נ' היועמ"ש⁽³⁷⁾ הסביר הנשיא (אגרנט) כי "זכותו של החשוד להיוועץ עם עורך דינו בטרם יחליט ליתן את ההודאה המבוקשת... היא איננה אלא אספקט אחד של זכות השתיקה...". בע"פ 307/60 יאסין נ' היועמ"ש⁽³⁸⁾ נאמר כי החשש פן עשוי עורך דין להשפיע על העציר לבל ימסור הודעה למשטרה אינו מהווה סיבה למנוע את הפגישה בין השניים.

33. בע/244/84 טור' זעני נ' התצ"ר, התעוררה השאלה האם מצ"ח צריכה להמתין עד שהחשוד יצליח להעמיד לו סגור בטרם תערוך מסדר זיהוי והאם על מצ"ח מיחמתה להעמיד לחשוד סגור? על שתי שאלות אלה ענה בית הדין הצבאי לערעורים בשלילה. לדעתנו, מן הראוי לקבוע הסדר לפיו בכל מקרה שחשוד אינו מיוצג על ידי עורך דין ועומדים לערוך לו מסדר זיהוי תעמיד הסוגריה הצבאית אדם מטעמה שיפקח על המסדר.

34. ה"ח 1508, התשמ"א – 1981.

35. ע"פ 532/82 זכאי נ' מדינת ישראל, פ"ד לח (3), 57.

36. ד' ליבאי, הערה 22 לעיל, בעמ' 187, 188.

37. ע"פ 96/66 טאו נ' היועמ"ש פ"ד כ (2), 539, 564.

38. ראה גם מועדי, שם בע' 231.

39. ע"פ 307/60 יאסין זכאי נ' היועמ"ש פ"ד יז 1541, 1570.

כדי לאפשר לחשוד למצות את זכותו להיוועץ בעורך דינו במלואה, זאת, למען יוכל עורך הדין להסביר לו את החוק ואת זכויותיו לרבות את זכותו שלא להפליל את עצמו, היה מקום, לכאורה, לאסור על המשטרה להמשיך לנהל את החקירה, במיוחד את חקירתו של החשוד, עד לפגישתו עם עורך הדין.

בע"פ 533/82 זכאי נ' מדינת ישראל קבע בית המשפט כי המשטרה רשאית להמשיך ולנהל את החקירה לרבות השגת ראיות מהחשוד עצמו גם לאחר שהחשוד ביקש להיפגש עם עורך דין, ועוד בטרם יצאה לפועל הפגישה. בית המשפט (הנשיא שמגר) הביע דעתו כי בפרק הזמן שבין הבקשה לפגישה רשאית המשטרה גם לחקור את החשוד עצמו.

יחד עם זאת, יש להתייחס לדעה זו בזהירות בהיותה אימרת אגב ובית המשפט העליון לא נזקק להכריע בשאלה זו. בענין זכאי הראיה שבמחלוקת היתה הקלטה של שיחה בין המערער ובין עד מדינה, שהוקלטה על ידי המשטרה ובה הודה המערער בביצוע המעשה שיוחס לו.

בית המשפט העליון הדגיש שגם לפי כללי המשפט האמריקאי שגובשו במשפט MIRANDA⁽⁴⁰⁾ חשוד שביקש להיפגש עם עורך דין זכאי שלא להוסיף ולהשיב לשאלות אם איננו רוצה בכך. אולם אין איסור על המשטרה לקיים תצפית סמוייה על תנועותיו ומעשיו של עצור או להאזין לשיחותיו.

לסיכום: על פי הילכת זכאי, המשטרה רשאית להמשיך ולנהל את החקירה לרבות השגת ראיות בדרך עקיפין מהחשוד, גם לאחר שזה ביקש להיפגש עם עורך דין. ככל הנראה רשאית גם המשטרה לחקור את החשוד עצמו ולנסות להוציא הודאה ממנו (בדרכים חוקיות).

חיזוק למסקנתו של בית המשפט העליון ניתן למצוא בהוראת סעיף 29 (ד) לחסד"פ לפיה רשאי קצין המשטרה להורות שלא לאפשר לחשוד להיפגש עם עורך דינו לשעות ספורות אם התשוד נמצא בהליכי חקירה והפסקתם עלולה לסכל את החקירה.

מהוראה זו משתמע מפורשות כי בקשה להפגש עם עורך דין אינה מביאה להפסקת הליכי החקירה ביחס לחשוד לרבות חקירתו וגביית הודעה ממנו. אילו בקשתו של חשוד להיפגש עם עורך דין היתה מביאה אוטומטית להפסקת הליכי החקירה לא היה כל טעם בהוראת סעיף 29 (ד) ה"ל, שכן לא היה מקום להקנות סמכות לקצין המשטרה לעכב את הפגישה לשעות ספורות כדי למנוע פגיעה בחקירה שכלל אינה נערכת.

40. דעה דומה הובעה במועד, שם בע" 232, קבע השופט גולדברג: "יוצא מן הכלל אשר כוח ניתן לראות במקרה הנדון בעובדה, כי במועד שנקבע לפגישה נמצא סייף בעיצומה של חקירה וסיבה מוצדקת היתה זו, שהפסקתה של החקירה עלולה היתה... לסכל את התקירה".

בענין זכאי⁽⁴¹⁾ השאיר בית המשפט בצריך עיון את השאלה: מה יהיה הדין באותם מקרים בהם לא קויימו ההוראות המבטיחות את זכות החשוד להיפגש עם עורך דין. האם הראיות שהוגשו תוך הפרת זכות זו יהיו כשדות לשמש ראיה אם לאו? גם אנו לא נידרש לשאלה זו, החורגת ממסגרת דיונו ואשר למעשה עניינה תורת "פירות העץ המורעל" ותחולתה בדין הנוהג בישראל.

2. יישום זכות הפגישה

(א) יסוד הזמן: תוך כמה זמן צריכה להערך הפגישה בין החשוד ועורך דינו?

בסעיף 29 (ג) נקט המחוקק במונח "בהקדם האפשרי". זהו מונח שאינו חד משמעי, אולם, ברור, כי המחוקק התכוון כי הפגישה תערך תוך מספר שעות.

זאת אנו למדים מהוראת סעיף 29 (ד) לפיה, אם החשוד נמצא במהלך חקירה רשאי קצין משטרה בדרגת רב פקד ומעלה "להורות בהחלטה מנומקת בכתב שפגישת העצור עם עורך הדין תדחה לשעות ספורות".

אם ניתן לדחות את מועד הפגישה במספר שעות רק במקרים חריגים קל וחומר כי במקרים הרגילים תערך הפגישה תוך פרק זמן קצר יותר.

המחוקק קבע כי "נעצר אדם תימסר ללא שיהוי ידיעה על מעצרו ועל מקום הימצאו במעצר לאדם הקרוב אליו ולעורך דין שהעצור נקב בשמו"⁽⁴²⁾.

החובה למסור את ההודעה בדבר מעצר אדם ללא שיהוי, גם היא נועדה להבטיח כי הפגישה בין עורך הדין ובין העצור תתקיים מוקדם ככל האפשר. (כך גם החובה להודיע על מקום הימצאו של החשוד ובאיזו תחנת משטרה הוא נמצא, נועדה לאפשר לעורך הדין להגיע ללא כל עיכוב מיותר למקום המעצר ולהיפגש עם החשוד).

בחוק סדר הדין הפלילי, תשכ"ח - 1965 נוסחה ההוראה המבטיחה את זכות ההודעה לאדם הקרוב על מעצרו של החשוד בלשון זו: "כל עצור... זכאי לפי בקשתו שתמסר בהקדם האפשרי ידיעה על מעצרו לאדם הקרוב אליו... וכן לעורך דן שהעצור נקב בשמו..."⁽⁴³⁾ (ההדגשות שלי - ג.ג.).

לעומת זאת בחסד"פ (תיקון מס' 15) התשמ"א - 1981 נקט המחוקק בלשון זו: "נעצר אדם, תמסר ללא שיהוי ידיעה על

41. הערה 35 לעיל, בעמ' 68.

42. סעיף 28 (א) לחסד"פ.

43. סעיף 27 לחוק סדר הדין הפלילי, תשכ"ח - 1965, ס"ח 458, 163.

מעצרו... לאדם הקרוב אליו זולת אם ביקש העצור שלא להודיע כאמור. (ב) לבקשת העצור... תמסר הודעה גם לעורך דין שהעצור נקב בשמו".⁽⁴⁴⁾

מהשוואת שתי ההוראות הנ"ל ניתן לראות כי בנוסח החוק המתוקן החמיר המחוקק עם המשטרה ביחס לאלמנט הזמן. המחוקק המיר את המילים: "בהקדם האפשרי" במנוח דווקני יותר "ללא שיתוי" ובכך הוכבד הנטל על המשטרה, אשר חייבת למלא את תובת מסירת ההודעה בפרק זמן קצר יותר.

(ב) **הודעה לאדם הקרוב לעצור:** המחוקק הכביד עולה של המשטרה בכך שחייב אותה למסור הודעה לאדם הקרוב לחשוד אודות מעצרו זולת אם ביקש העצור שלא להודיע לאחד על מעצרו. כאמור, נועדה ההודעה לאדם הקרוב לעצור לסייע ביישומה של זכות הפגישה בין העצור לעורך הדין. ברם, אין דינה של חובת ההודעה ל"אדם הקרוב" כדין חובת ההודעה לעורך הדין. במקרה האחרון חייבת המשטרה למסור הודעה לעורך הדין רק אם העצור הביע בגלוי ובמפורש את רצונו כי תמסר הודעה לעורך דין שבשמו נקב, בעוד שבמקרה הראשון חייבת המשטרה למסור הודעה אלא אם כן בגלוי ובמפורש ביקש החשוד שלא לעשות כן.

שמעון מבקש מהמשטרה להודיע ללוי (ידידו ורעו משכבר הימים) כי הוא מוחזק במעצר, לחילופין, למסור הודעה דומה לעורך דינו. אם תענה המשטרה לפנייתו של שמעון ותודיע על מעצרו ללוי או לעורך הדין יהיה בכך כדי לחבל בעבודתה ובסיכוייה לעצור את לוי כמתוכנן על ידה.

האם המשטרה רשאית לסרב להענות לדרישת החשוד למסור הודעה על מעצרו ללוי או לעורך דינו? פתרון חלקי לשאלה ניתן למצוא בהוראת סעיף 30 (א) לחסד"פ לפיה "רשאי שופט בית המשפט להרשות שלא תימסר ידיעה על מעצרו של אדם העצור בשל פשע או שהידיעה תימסר רק למי שיקבע... אישר שר הבטחון בכתב שבטחון המדינה מחייב סודיות המעצר, או אם אישר המפקח הכללי בכתב שטובת החקירה מחייבת סודיות המעצר".

הפתרון חלקי בכך שהוא מוגבל למי שנחשד בעבירה של פשע. כמו כן, הוא מחייב קבלת אישור מוקדם בכתב מבעלי תפקידים בכירים ביותר. מכל מקום, ברור שממועד מעצרו של החשוד ועד לקבלת הרשאתו של שופט בית משפט מחוזי לאי מסירת ההודעה על המעצר מפריד פרק זמן של מספר שעות לפחות וכל אותו פרק זמן, כך נדמה, אי מסירת ההודעה על מעצרו של החשוד נעשית שלא על פי אסמכתא חוקית.

יתכן וקיימת אפשרות לפנות לשופט בית המשפט המחוזי ולבקש את הרשאתו עוד בטרם נעצר אותו אדם על ידי המשטרה. או סבורים, כי יש לתקן את החוק ולהסמיק קצין משטרה בכיר לאשר בכתב שלא תימסר ידיעה על מעצרו של אדם העצור בשל פשע אם בטחון בטחון המדינה או טובת החקירה מחייבים זאת. משך פרק הזמן שלגביו רשאי קצין המשטרה לאסור את מסירת ההודעה צריך להיות קצר יחסית.

סמכות דומה מצויה כבר היום על פי החוק בידי קצין משטרה בדרגת רב פקד ומעלה אשר רשאי לשלול את זכותו של החשוד להיפגש עם עורך דינו למשך תקופה של עד 48 שעות ממעצרו.⁽⁴⁵⁾ על זכות זו נעמד ביתר הרחבה בהמשך הדברים.

קצין משטרה רשאי לעכב את הפגישה בין החשוד ובין עורך הדין למשך מספר שעות "אם הפגישה עלולה לסכל או לשבש מעצרו של חשודים נוספים באותו עניין".⁽⁴⁶⁾

לדעתנו, כדי להקנות אפקטיביות לסמכות הנ"ל מוכרחים ליתן בידי קצין המשטרה סמכות משלימה לעכב את מסירת הידיעה אודות מעצרו של החשוד למשך פרק זמן מקביל.

פרסום מוקדם של המעצר עלול לסכל את המטרה שלשמה דחה קצין המשטרה את הפגישה בין העצור ובין סגורו.

הודעה לעורך דינו של החשוד: חובתה של המשטרה למסור הודעה לעורך דין קיימת רק שעה שהחשוד הביע את רצונו להיפגש עם עורך דין בשמו נקב. אין המשטרה צריכה להציע לחשוד מיוזמתה שמות של עורכי דין היכולים לייצגו. לעזרתו של החשוד יכולים וצריכים להחליץ האנשים המקורבים לו, להם כפי שהראנו נמסרת הודעה על מעצרו. ההודעה הנמסרת "ללא שיהוי" לקרובים מאפשרת להם לפנות לעורך דין ולבקשו להיפגש עם החשוד ולסייע בידו.^{(47), (48)}

ד) עברות בטחוניות

לגבי עצורים החשודים בעבירות על בטחון המדינה – אלו המנויות בסעיף 29(ו) – קבע המחוקק הסדר מיוחד עליו נרחיב הדיבור בהמשך.

45. ראה סעיף 29 (ה) לחסד"פ.

46. ראה סעיף 29 (ד) לחסד"פ.

47. על המשטרה להודיע לעצור על זכותו לבקש שהודעה על מעצרו תמסר גם לעורך דינו (סעיף 28) לחסד"פ.

48. בסעיף 29 (ד) לחסד"פ נאמר כי על מי שעצור בתשד לביצוע עבירות נגד בטחון המדינה (כמפורט באותו סעיף) לא תחול הוראת סעיף 28(ב) הקובעת את זכותו של החשוד שתמסר הודעה לעורך דין על מעצרו. בתקנות שהתקין שר המשפטים מכוח סעיף 29 (ו) אין התייחסות לזכות זו של החשוד כי תמסר הודעה לעורך הדין על מעצרו. לדעתנו, יש כאן לקונה המחויבת תיקון כך שיקבע במפורש כי במקביל לשלילת הפגישה, רשאים "הממונה על החקירה" ו"הרשות המאשרת" לשלול את זכותו של החשוד שתמסר הודעה על מעצרו לעורך דין.

לעת עתה נפנה את תשומת הלב לכך שבסעיף 29(ו) נקבע כי הוראות סעיף 28 (ב) ר(ג) לא חלות על עצור החשוד בעבירות בטחוניות.

הנה כי כן, בעוד שהזכות הקבועה בסעיף 28 (א) שדירה וקיימת גם לגבי חשוד בטחוני הרי שתי הזכויות האחרות הקשורות בה אינן מוקנות לאותו עציר.

כפי שנראה להלן, אין בהסדר הזה כל טעם והוא משולל כל תכלית. ככל הנראה מתוך הסת הדעת נמנע המחוקק מלשולל מהעצור החשוד בביצוע עבירות בטחוניות גם את הזכות העקרית הקבועה בסעיף 28 (א).

כזכור, בסעיף 28 (א) קבועה זכותו של העצור שהודעה על מעצרו תמסר לאדם הקרוב אליו; בסעיף 28 (ב) קבועה הזכות של העצור שהודעה על מעצרו תמסר על פי בקשתו לעורך דין שבשמו נקב; בסעיף 28 (ג) מוטלת החובה על הממונה על תחנת המשטרה להודיע לעצור על שתי זכויותיו הנ"ל. שלילת הזכות המוקנת מכח סעיף 28 (ב) נועדה מן הסתם למנוע מהעצור להודיע לעורך דינו על דבר מעצרו. מטרה זו לא תושג, כיוון שהעצור יודיע על מעצרו לאדם הקרוב אליו וזה יעביר ידיעה זו לעורך הדין.

כך גם שחרור המשטרה מחובתה להודיע לעצור על זכותו לפי סעיף 28 (א) אין בו ממש. כמפורט לעיל, על המשטרה להודיע על מעצרו של החשוד לאדם הקרוב אליו מיחמתה בין אם העצור ביקש אותה לעשות כן ובין אם לאו. לכן, גם אם המשטרה לא תודיע לעצור על זכותו שדבר מעצרו ימסר לאדם הקרוב אליו עדין מוטלת על המשטרה החובה להודיע ללא שיהוי על מעצרו של החשוד לאדם הקרוב אליו.

המשטרה תהיה פטורה מחובה זו אך ורק אם העצור ביקש ממנה שלא להודיע לאיש על מעצרו, אולם בקשה כזו מצד העצור מחייבת תחילה קיומה של מודעות אצלו לזכותו שידיעה על מעצרו תמסר לאדם הקרוב אליו.⁽⁴⁹⁾

3. תדירות זכות הפגישה

הגם שהדברים לא נאמרו במפורש בחוק, זכות הפגישה בין החשוד ובין עורך הדין איננה פוקעת ואיננה מתמצתת בפגישה אחת בלבד. לדעתנו,

49. מחוקק המשנה התקין תקנות המסדירות את זכות הפגישה של החשוד בעבירות בטחוניות עם עורך דין.

בתקנה 2 לתקנות סדר הדין הפלילי (פגישת עצור עם עורך דין), תשמ"ב - 1982 נקבע כדלקמן: "ביקש עצור להיפגש עם עורך דין... יאפשר הממונה על החקירה את הפגישה בהקדם האפשרי..."

אולם אין בתקנות הנ"ל כל התייחסות לשלב הראשוני של המעצר והחובה שתמסר ידיעה על מעצרו של החשוד לאדם הקרוב אליו. בענין זה סתם מחוקק המשנה ולא פירש.

רשאי זכאי החשוד לחזור ולהיפגש עם סגורו ככל שימצא לנכון. התמשכות תקופת המעצר והסתעפות החקירה רק מחזקים את הצורך של החשוד להיפגש ולהיוועץ בעורך דינו, וכל אותם טעמים שלשמן הוקנתה זכות זו, ואשר פרטנו אותם לעיל, אינם חדלים להתקיים לאחר המפגש הראשון.

ד. חריגים לזכות הפגישה

1. כללי

זכותו של החשוד להיפגש עם עורך דינו ולהיוועץ בו, אינו כלל אבסולוטי, שורה של חריגים מצמצמים את הכלל ונוגסים בו.⁽⁵⁰⁾

חריג ראשון

הגבלה בבחירת עוה"ד עמו נפגש החשוד – זכות הפגישה עם עורך דין, הכוללת בחובה גם את הזכות של החשוד לבחור את עורך הדין עמו הוא מעוניין להפגש, מוגבלת. שר הבטחון, באותם מקרים בהם בטחון המדינה מחייב זאת, רשאי להורות, כי החשוד יהיה זכאי להיות מיוצג וממילא גם להיפגש, רק על ידי אדם שאושר באישור בלתי מסוייג לשמש כסגור לפי סעיף 318 לחוק השיפוט הצבאי.⁽⁵¹⁾

כך גם בסעיף 28 (ב) לחסד"פ נאמר במפורש "לבקשתו של העצור ובכפוף לאמור בסעיף 14 תימסר התודעה... גם לעורך דין שהעצור נקב בשמרי". (ההדגשה שלי – ג.ג.).

חריג שני

דחיית הפגישה בין החשוד לעורך דינו – בידי קצין משטרה בדרגת רב פקד ומעלה מסורה הסמכות לדחות את הפגישה בין החשוד ובין סגורו לפרקי זמן מסויימים.

ניתן לדחות את הפגישה לשעות ספורות אם החשוד נמצא בהליכי חקירה ואי דחיית הפגישה עלול לסכל את החקירה או לשבש מעצרו של חשודים נוספים באותו ענין.⁽⁵²⁾

המחוקק עשה שימוש במינוח שונה ביחס לשתי העילות לדחיית הפגישה בין העצור ובין עורך הדין. מהשוואת המינוח בו נקט המחוקק עולה כי חשש שהפגישה תיפגע או תשבש או תקשה על החקירה אין בו די – רק אם קיים חשש, שאי דחיית הפגישה בין השניים "תסכל" את

50. בג"צ 128/84 חזן ואח' נ' מאיר ואח' פ"ד לח (1) 26: "סעיף 29 לחוק סדר הדין הפלילי (נוסח משולב) קובע את הכלל הגדול כי עצור זכאי להיפגש עם עורך דין ולהיוועץ בו... במילים אחרות העקרון הוא כי קיימת זכות להיפגש עם עורך דין ולהיוועץ בו, כל עוד לא ניתנה הוראה המיוחדת כאמור באחד מחלקיו הג'ל של סעיף 29 והוא כמובן בגבולות שנקבעו שם".

51. סעיף 14 לחסד"פ.

52. סעיף 49 (ד) לחסד"פ.

החקירה מותר לקצין המשטרה להורות בהחלטה מנומקת בכתב שפגישת העצור עם עורך דינו תידחה במספר שעות. באשר לעילה השנייה נקט המחוקק במינוח רחב יותר, אין זה תנאי שהפגישה הצפויה בין החשוד לסנגורו עלולה לסכל מעצרו של החשודים האחרים ודי בכך שהיא עלולה לשבש מעצרו זה.⁽⁵³⁾

חריג שלישי

שלילת הפגישה עם עו"ד במקרים מסויימים – קצין משטרה בדרגת רב פקד ומעלה רשאי גם להורות שלא לאפשר פגישת עצור עם עורך דין לתקופה שלא תעלה על 48 שעות. החלטה זו כקודמתה חייבת להיות מנומקת והיא יכולה להינתן אם התקיימה אחת משלוש העילות האלה: שמירה על חיי אדם; שמירה על בטחון המדינה; סיכול פשע. לא מספיק שקיים חשש שפגישה בין העצור ובין עורך הדין תביא לפגיעה בבטחון המדינה או לפגיעה בחייו של אדם או תימנע סיכול פשע. דרגת הוודאות לגבי הפגיעה הצפויה חייבת להיות גבוהה הרבה יותר. רק אם **שוכנע** (קצין משטרה) שהדבר דרוש כדי להבטיח את אחת המטרות הנ"ל רשאי הוא להפעיל את סמכותו.⁽⁵⁴⁾ בהחלטה המנומקת של קצין המשטרה עליו לציין את העילה להפעלת הסמכות, ולעצור נתונה הזכות לקרוא את ההחלטה.⁽⁵⁵⁾

חריג רביעי

שלילת פגישות נוספות – בידי "ממונה על החקירה" סמכות להחליט לא לאפשר פגישה בין חשוד לסנגורו למשך תקופה של שבעה ימים, אם סבר שהדבר דרוש מטעמים של בטחון המדינה או שטובת החקירה מחייבת זאת.⁽⁵⁶⁾

"רשות מאשרת" רשאית להאריך תקופה זו למשך שמונה ימים נוספים.⁽⁵⁷⁾ סמכות זו המסורה בידי "ממונה על החקירה" ר"רשות מאשרת" חלה רק כלפי חשודים בביצוע עבירות בעלות אופי בטחוני המפורטות בסעיף 29 (ו) לחסד"פ. החלטה של "ממונה על חקירה" ושל

53. על הפרשנות המצרה והדוקוקית של המונחים בסעיפים 29 ו-30 לחסד"פ ניתן ללמוד מפסה"ד **בענין חזן הניל**.

54. **בענין חזן**, בעמ' 27 נאמר: "הווה אומר, לא מספיק שהדבר נוח או מועיל או רצוי, כי הביטוי "דרוש" בא להצביע על ויקה של צורך בין ההחלטה לבין הטעם המונח ביסודה. מבחינה זו מקביל ביטוי דרוש למונח "NECESSARY" שהובא בתקנה 108 לתקנות ההגנה שעת תדומ".

55. **בענין חזן**, שם, בעמ' 27.

56. סעיף 29 (ו) לחסד"פ ותקנה 4 לתקנות סדר הדין הפלילי (פגישת עצור עם עורך דין) תשמ"ב – 1981 ק"ת תשמ"ב מס' 4292, עמ' 326.

57. "ממונה על חקירה" אחד מאלה (1) קצין משטרה בדרגת סגן ויציב ומעלה שהסמיכו לכך המפכ"ל (2) ראש צוות תוקרים שהסמיכו לכך ראש שירות הבטחון הכללי (3) קצין צה"ל בדרגת סא"ל ומעלה שהסמיכו לכך ראש אמ"ן, "רשות מאשרת" אחד מאלה – (1) קצין משטרה בדרגת ניצב משנה ומעלה שהסמיכו מפכ"ל (2) ראש חקירות שהסמיכו לכך ראש שירות בטחון כללי (3) קצין צה"ל בדרגת אל"מ ומעלה שהסמיכו לכך ראש אמ"ן.

"רשות מאשרת" חייבת להיות בכתב. אולם בשונה מהחלטתו של קצין משטרה (לשלול את זכות הפגישה למשך 48 שעות) אין היא צריכה להיות מנומקת.

בעוד ש"ממונה על חקירה" רשאי לאסור על הפגישה בין השניים, "אם סבר שהדבר דרוש מטעמים של בטחון המדינה או טובת החקירה מחייבת זאת", הרי "רשות מאשרת" רשאית להאריך את איסור הפגישה רק "אם שוכנעה" שהדבר דרוש מהטעמים המפורטים לעיל. מידת השכנוע הנדרשת "מרשות מאשרת" גבוהה יותר והסיבה לכך ברורה: ככל שהימים גוקפים כך הולכת וגדלה הפגיעה בזכותו של החשוד ולכן הרשות המחליטה חייבת להיות זהירה יותר בהחלטותיה.

חדיג המישי

שלילת זכות הפגישה בין חשוד ועו"ד ע"י שופט - שופט בית משפט מחוזי רשאי להרשות שעצור בשל פשע לא יפגש עם עורך דין.⁽⁵⁸⁾ כאשר המדובר בחשוד בביצוע פשע סתם, רשאי השופט להפעיל סמכותו אם אישר שר הבטחון בכתב שבטחון המדינה מחייב סודיות המעצר או שמפכ"ל המשטרה אישר בכתב שטובת החקירה מחייבת זאת. סמכותו של השופט לאסור פגישה מוגבלת לתקופה של 48 שעות והוא רשאי להאריכה מזמן לזמן לתקופה כוללת שלא תעלה על שבעה ימים.⁽⁵⁹⁾ כאשר אדם נחשד בביצוע אחת מאותן עבירות המנויות בסעיף 29 (ו) (עבירות בעלות אופי בטחוני מובהק) רשאי השופט להתיר את מניעת הפגישה בין החשוד לסנגורו לפרק זמן כולל של 15 ימים ואין הוא חייב לשקול החלטתו מחדש כל 48 שעות. יחד עם זאת, השופט מוסמך לצוות, כאמור לעיל, רק אם שר הבטחון אישר בכתב שבטחון המדינה מחייב זאת.⁽⁶⁰⁾

יוצא איפוא, שאישור של מפכ"ל המשטרה, כי טובת החקירה מחייבת זאת, איננו יכול לשמש אסמכתא להפעלת סמכותו של שופט בית המשפט המחוזי לשלול את זכות הפגישה בין החשוד לעורך דינו למשך 15 ימים.

2. העילות השונות

כפי שפרטנו לעיל נתן המתקק בידי מספר בעלי תפקידים סמכויות שונות בהיקפן להגביל ולשלול את זכותו של החשוד להיפגש עם עורך דין. כל בעל תפקיד כזה רשאי להפעיל את סמכותו, רק אם התקיימה אחת מהעילות הקבועות.

58. סעיף 30 לחסד"פ.

59. סעיפים 30 (א) ר(ב) לחסד"פ.

60. סעיף 30 (ג) לחסד"פ.

מתברר כי אין אחדות לגבי העילות וקשה להסביר מדוע בחר המחוקק להגביל את סמכותו של האחד לעילות אלה ואת סמכותו של השני להגביל לעילות אחרות. העילות המצדיקות את הפגיעה בזכותו של החשוד להיפגש עם עורך דינו ולהיוועץ בו הן אלה: –

- (א) טובת החקירה.
- (ב) מניעת פגיעה במעצרו של חשודים אחרים.
- (ג) שמירה על בטחון המדינה.
- (ד) הגנה על חיי אדם.
- (ה) סיכול פשע.

כך מתברר ש"טובת החקירה" אינה סיבה טובה, אשר מכוחה רשאי קצין משטרה למנוע מחשוד להיפגש עם עורך דין למשך תקופה של 48 שעות ממעצרו. לעומת זאת שופט בית משפט מחחי או "ממונה על חקירה" או "רשות מאשרת" אינם רשאים לפגוע בזכות זו אפילו הדבר דרוש כדי לסכל פשע או להגן על חייו של אדם או למנוע פגיעה במעצרו של חשודים אחרים באותו ענין. לדעתנו, קשה מבחינה עניינית להגן על אי אחדות זו ואנו סבורים כי יש מקום לחשוב על תיקון החוק בנקודה זו.

3. היחס בין הסמכויות השונות

פרטנו את בעלי התפקידים ואת הסמכויות הנתונות בידם להגביל את זכותו של החשוד להיפגש עם עורך דינו. מאחר שמדובר במיגון של סמכויות הנתונות בידי אנשים שונים, מתעוררת השאלה מהו היחס בין סמכויות אלה, האם הפעלת סמכות אחת חוסמת את הדרך בפני הפעלת יתר הסמכויות? רוצה לאמר, האם מדובר בסמכויות חילופיות זו לזו או שמא הן מצטברות האחת לרעותה? בחסד"פ אנו מוצאים תשובה חלקית לשאלה זו: "אין באמור בסעיף קטן זה (סעיף 30 (ג)) כדי לגרוע מהסמכות האמורה בסעיף 29 (ו) וימי עיכוב הפגישה לפי סעיף 29 (ו) לא יבואו במנין המישה עשר הימים האמורים בסעיף קטן זה".

סעיף 29 (ו) לחסד"פ דן, כזכור, באותן עגרות נגד בטחון המדינה ומסמיך את שר המשפטים בהתייעצות עם שר הבטחון ובאישור ועדת החוקה חוק ומשפט של הכנסת לקבוע תקנות לגבי זכות הפגישה של עורך דין עם עצור החשוד בעבירה כאמור.

ניתחנו בהרחבה את התקנות שהתקין שר המשפטים⁽⁶¹⁾ וראינו כי מכוחן ניתן למנוע את הפגישה בין חשוד לסגורו למשך תקופה של 15 ימים. ניתן אם כן לעכב את זכות הפגישה ל-15 ימים על פי החלטות של ממונה על החקירה ורשות מאשרת אחר כך להוסיף ולמנוע את הפגישה בין השניים לתקופה נוספת בת 15 ימים באישורו של שופט בית המשפט המחחי.

61. ראה הערה 56, לעיל.

לעומת זאת, לגבי הסמכות של קצין משטרה לדחות את הפגישה בין החשוד לסגור למשך 48 שעות אין אנו מוצאים הודאה דומה בסעיף 30 (א), הוא הסעיף המקנה לשופט בית משפט מחוזי את הסמכות לאשר שהעצור בשל פשע לא יפגש עם עורך דין למשך תקופה כוללת של 7 ימים. מכאן אנו למדים, לכאורה, על כוונת המחוקק כי שתי הסמכויות הנ"ל לא יהיו מצטברות זו לזו. אין זאת אומרת, כי הפעלת הסמכות הראשונה – סמכותו של קצין משטרה – שוללת את האפשרות לפנות אח"כ לשופט בית המשפט המחוזי, אלא שאותן 48 שעות בהן נמנעה מהחשוד הזכות הזו ע"י קצין המשטרה יבואו במנין 7 הימים האמורים בסעיף 30 (א).

בחנו את הפעלת הסמכויות מנקודת מוצא אחת, נבחון עתה את השאלה מנקודת מוצא הפוכה, דהיינו: האם ניתן למנוע את הפגישה בין החשוד לעורך הדין מכוח הרשאתו של שופט ואחר כך להוסיף ולמנעה מכוח סמכותם של "הממונה על החקירה" ו"הרשות המאשרת"? לצורך מתן תשובה לשאלה זו נבחין בין מספר מצבים אפשריים:

- (א) שופט בית המשפט המחוזי סרב להעתר לבקשה ולאשר כי העצור לא יפגש עם עורך דין לתקופה כלשהיא וזאת מאחר שהיה סבור כי אין נסיבות המקרה מצדיקות זאת.
- (ב) שופט בית המשפט המחוזי אישר את מניעת הפגישה למשך תקופה מסויימת אך סירב להעתר לבקשת המשטרה, עם סיום התקופה, להאריך תקופתו של האיסור למשך מספר ימים נוספים.
- (ג) שופט בית המשפט המחוזי אישר את מניעת הפגישה למשך תקופה מסויימת ועם סיום תקופה זו לא פנה אליו הגוף החוקר בבקשה כי יאשר דחיית הפגישה בין החשוד לעורך הדין למשך מספר ימים נוספים.
- (ד) שופט בית המשפט המחוזי הירשה למשטרה למנוע מהעצור להיפגש עם עורך דינו למשך תקופה של 15 ימים רצופים. בכך מיצה השופט את מלוא סמכותו הנתונה לו על פי החוק. עם חלוף התקופה הנ"ל מחליט "הממונה על החקירה" לאסור על העצור להיפגש עם סגורו למשך 7 ימים נוספים.

בשתי הסיטואציות הראשונות יתרגו "הממונה על החקירה" ו"הרשות המאשרת" מסמכותם אם יורו על המשך שלילת זכות הפגישה של העצור עם סגורו. לא נראה לנו סביר כי רשות מינהלית תפעל בניגוד להחלטה של רשות שיפוטית מוסמכת שקבעה כי אין נסיבות המקרה מצדיקות לפגוע בזכותו היסודית של האזרח להיפגש עם עורך דינו ולהיוועץ בו. אין להעלות על הדעת כי רשות מינהלית תבקש לעקוף את החלטתו של שופט בית המשפט המחוזי בישראל! בסיטואציה השלישית אמנם מבחינה פורמלית החלטה של הממונה על החקירה

לשלול את זכות הפגישה אינה עומדת בסתירה להחלטתו של שופט, אולם, לדעתנו, הליכה בדרך זו מוכיחה בעליל חוסר תום לב של הרשות המינהלית וחוסר ישר זה מביא לבטלות ההחלטה.

הסיטואציה האחרונה היא הבעייתית מכולן, התשובה ביחס אליה אינה פשוטה וחלקה, ניתן להצביע על שיקולים שונים ומנוגדים.

לכאורה, כך ניתן לטעון, אם ניתן לשלול את זכות הפגישה למשך 30 ימים, קודם מכוח החלטה של הרשות המינהלית ("הממונה על החקירה" ו"הרשות המאשרת") ואחר כך על פי אישורו של שופט בית משפט מחוזי, אין כל סיבה שלא יהיה ניתן לעשות זאת גם בסדר הפוך.

לעומת זאת יתכן, כי סמכות שהמחוקק היה מוכן להפקיד בידי רשות שיפוטית לא היה מוכן הוא ליתן לרשות המינהלית. ככל שהימים עוברים ותקופת מעצרו של החשוד מתארכת, כך הולכת ונעשית שלילת זכות הפגישה בינו ובין סנגורו קשה יותר ומחייבת לכן גם החלטה ושיקול דעת זהירים וקפדניים יותר. ערובה לשיקול דעת כזה קיימת רק אם ההחלטה מופקדת בידי שופט בית משפט מחוזי.

המעדעים על השיקול הנ"ל יכולים להסתמך על כך שהרשות המינהלית כפופה תמיד לביקורתו של בית המשפט הגבוה לצדק ואין סמכותם של הממונה על החקירה והרשות המינהלית שונה לענין זה. בענין חזן נאמר בהקשר זה: "החוק והתקנות אינם קובעים איך יוכלו העצור או פרקליטו להשיג על ההחלטה כי לא נקבעו דרכי ערר או ערעור. לא נקבע למשל, כי הוראות החוק בדבר ערר על מעצר יחולו בשינויים הנובעים מן הענין גם על דחיית פגישה עם עורך דינו"⁶².

מהעדרה של תרופה אחרת נובע מכאן, כי מי שמלין על דחיית פגישה עם עורך דין לפי סעיף 29(ו) רשאי להביא עיניו לפי בית המשפט הגבוה לצדק וזו הדרך הדיונית הנאותה לכך⁶³. יתכן שבסופו של דבר השיקול המכריע את הכף נגד הפעלה מצטברת זו של שתי הסמכויות קודם של שופט בית המשפט המחוזי ואח"כ של הממונה על התקידה והרשות המאשרת הוא כי אנו עוסקים בהוראות הפוגעות ב"כלל הגדול כי עצור, זכאי להפגש עם עורך דין ולהיוועץ בו"⁶⁴, זכות שיש הרואים בה אחת מזכויות היסוד של האזרח ולכן יש לפרש כל פגיעה בה על דרך הצימצום וכל ספק פועל לטובת זכותו של העצור ולא לרעתה.

62. שם, שם.

63. בב"ש 832/82 מדינת ישראל נ' אלמוני פ"ד לו (4) 775, 778 אמרה השופטת נתניהו "גישה זו, שחייבת להיות אפשרות של ביקורת שיפוטית, מקובלת עלי... עו"ד גבי רובין מסכימה שניתן לעשות כן לאו דוקא בפניה לבית המשפט הגבוה לצדק אלא גם לבית משפט שבו מתעוררת השאלה ע"פ סעיף 20 ותקנה 4 הר"ל בין בהליכי מעצר או בהליכים אחרים. אינו רואה מניעה לכך ששאלה זו תובא לעיתו ולדינו של בית משפט שלום שהחליט בדבר המעצר".

64. ראה ענין חזן, הערה 50 לעיל, בעמ' 26.

4. מועד הפעלת הסמכות

כאמור, המחוקק הקנה סמכויות שונות לשלילת זכות הפגישה בין החשוד ועורך דינו, הדוגמא הבאה תמחיש את הבעייתיות הקיימת לגבי מועד הפעלת סמכויות אלה:

עצור החשוד בביצוע אחת העברות המנויות בסעיף 29(ו) נפגש עם עורך דינו מיד לאחר מעצרו. כעבור חמישה ימים מחליט הממונה על החקירה לאסור על העצור להיפגש עם סגורו למשך תקופה של שישה ימים⁶⁵. ככלל, אפשר להניח, כי במרבית המקרים תופעלנה סמכויות אלו ללא דיחוי מיד עם מעצרו של החשוד שכן הפעלת הסמכות בשלב מאוחר יותר ולאחר שהעצור נפגש כבר עם עורך הדין מאבדת הרבה מייעילותה, אולם אין לשלול אפשרות, כי יהיו מקרים בהם יתעורר הצורך בשלילת זכות הפגישה בשלב מאוחר ולאחר שהעצור נפגש עם עורך דין ונועץ בו. הסיבות לכך יכולות להיות שונות, למשל: מידע חדש שהגיע לחוקרים, התפתחות בחקירה, הסתעפותה, מעצרם של חשודים נוספים ועוד. אנו סבורים שככלל ניתן להפעיל את הסמכויות גם לאחר שחלף פרק זמן מסוים מאז מעצרו של החשוד.

באשר לסמכותו של קצין משטרה לדחות את הפגישה למספר שעות אם העצור נמצא בהליכי חקירה והפסקת ההליכים עלולה לסכל החקירה, אין כלל ספק שסמכות זו ניתנת להפעלה כל אימת שמתעורר הצורך⁶⁶.

הוא הדין גם ביחס לסמכויות האחרות, לשון החוק בענין זה איננה ברורה ואיננה חד משמעית. לדעתנו, המבחן המכריע צריך להיות אם הפעלת הסמכות בשלב מאוחר מרעה את מצבו של החשוד בהשוואה לחשודים אחרים אשר מהם נמנע מלהיפגש עם עורך דין, מיד עם מעצרו. כך, למשל, אם "ממונה על החקירה" מפעיל סמכותו במהלך התקופה שעד ליום השמיני למעצרו של החשוד וגם המועד בו פג תוקפו של האישור חל באותם שבעה ימים אלה, הרי לא נגרם כל נזק לעצור ואין לו על מה להלין. שונה המצב אם

65. דוגמאות נוספות להמחשת הבעייתיות:—

- א. עצור החשוד בביצוע אחת העבירות המנויות בסעיף 29 (ו) נפגש עם סגורו כמה וכמה פעמים. ביום השישה עשר למעצרו מחליט "הממונה על החקירה" לאסור עליו להיפגש עם עורך דינו למשך תקופה של חמישה ימים.
- ב. קצין משטרה, מנע מחשוד להיפגש עם עורך דינו למשך 48 שעות, לאחר סיום תקופת מעצרו נפגש העצור עם סגורו. לאחר חלוף מספר ימים נוספים פונה המשטרה לשופט בית משפט מחוזי ומבקשת כי תורשה למנוע את פגישתו של החשוד עם סגורו למשך 48 שעות נוספות.
- ג. "ממונה על חקירה" אסר על עצור להיפגש עם עורך דין למשך תקופה של חמישה ימים החל ממעצרו. עם חלוף תקופה זו נפגש העצור עם סגורו וכעבור שבועיים פונה המשטרה לשופט בית המשפט המחוזי ומבקשת אותו להרשות לה למנוע כל פגישה בין העצור לבין סגורו למשך חמישה עשר ימים נוספים.
- ד. סגורו של החשוד פונה ביום העשירי למעצרו של מרשהו לאחר שנפגש עימו כמה פעמים ומבקש לפגשו, קצין משטרה מדיעו כי החשוד נמצא בחקירה וכי הפגישה תדחה לשעות ספורות.

66. ראה ענין מועדי, הערה 6 לעיל, עמ' 229, 230.

"ממונה על החקירה" מפעיל את סמכותו רק ביום השמוי למעצרו של החשוד. הפעלת הסמכות במקרה כזה איננה וקיה מספק, אילו היתה מופעלת הסמכות מיד עם מעצרו של החשוד, ברור כי ביום השמוי למעצר היה מתורקן כבר הממונה על החקירה מסמכותו ולא היה בכוחו למנוע מן העצור להיפגש עם סגורו.

לכן, לדעתנו, הכלל הנכון הוא זה: ניתן להפעיל את הסמכות גם לאחר שחלפה תקופה מסוימת ממעצרו של החשוד, אולם, לכל דבר ועניין רואים את הסמכות כאילו הופעלה מיד עם המעצר.

נמחיש כלל זה בשתי דוגמאות:

(א) "ממונה על חקירה" אינו רשאי להפעיל סמכותו ולאסור על מעצרו להיפגש עם סגורו, אם חלפו למעלה משבעה ימים מאז תחילת המעצר אולם הוא רשאי, למשל, ביום השלישי למעצרו של החשוד לאסור עליו להיפגש עם עורך דין למשך תקופה של חמישה ימים בלבד⁽⁶⁷⁾.

(ב) "ממונה על חקירה" ר"רשות מאשרת" שללו את זכות הפגישה למשך חמישה עשר ימים רצופים, אחר כך יפגש העצור עם עורך דינו מספר פעמים וכעבור עשרה ימים פונה המשטרה לשופט בית המשפט המחוזי ומבקשת כי יאשר לה שלא לאפשר לעצור להיפגש עם עורך דינו. השופט רשאי להעתר לבקשה אולם הוא רשאי לאשר את מניעת הפגישה בין השניים למשך פרק זמן מקסימלי של חמישה ימים⁽⁶⁸⁾.

ה. ההליכים בבית המשפט

1. כללי

זכות הפגישה של עצור עם עורך דין היא רק חלק מהזכות הרחבה יותר של חשוד לייצוג על ידי עורך דין בהליכים פליליים. בחלק זה ננסה לברר לעצמנו האם לשלילת זכות הפגישה בין החשוד לעורך דינו יש השלכות לגבי ההליכים הפליליים בבית המשפט.

2. זכות הייצוג בהליכים פליליים

גם עצור שאיננו רשאי להיפגש עם עורך דין זכאי להיות מיוצג על ידי עורך דין בבית המשפט בדיון בענין מעצרו.

67. לדעתנו, הכלל הג"ל חל גם ביחס למקרים בהם הופעלה הסמכות מיד עם מעצרו של החשוד, אח"כ ניתן לעצור להיפגש עם סגורו ובשלב מאוחר יותר התעורר מחדש הצורך לשלול את זכות הפגישה כפי שהדבר מתואר בדוגמא ב'.

68. מקרה בעייתי אחר הוא, כאשר מבקשים למנוע מחשוד בביצוע אחת העבירות המנויות בסעיף 29 (ו) לחסד"פ להיפגש עם עורך דין החל מהיום השמוי למעצרו. בידי מי מסורה הסמכות לאסור את הפגישה; בידי "הממונה על החקירה" (שסמכותו, כנראה כבר פקעה עם חלוף היום השביעי למעצר) או בידי "הרשות המאשרת" שהיא בעצם סמכות מאויכה וספק אם היא מוסמכת לפעול כשלא התקבלה החלטה קודמת על ידי "הממונה על החקירה".

זכותו של החשוד (העצור) להיות מיוצג בכל הליך בבית המשפט אינה מוטלת בספק. היא מבוססת על סעיף 22 לחוק לישכת עורכי הדין והיא משתמעת גם מהוראות שונות בחסד"פ⁽⁶⁹⁾. זכות זו יכולה להשלל אך ורק באחת משתי דרכים אלה:

א) חוק מיוחד שולל או מצמצם במפורש זכות זו.

ב) לפי מטרת החוק, מבנהו, וההוראות השונות, המצויות בו, משתמע ברורות, שכוונת המחוקק היא לשלול או לצמצם את זכות הייצוג.⁽⁷⁰⁾

הוראה מפורשת כזאת לא מצאנו בחסד"פ ולא בחוק או חיקוק אחר. כך גם לדעתנו, לא משתמע ברורות ממטרת החסד"פ מבנהו והוראותיו השונות כי כוונת המחוקק היתה לשלול זכות זאת. ההיפך הוא הנכון, מהוראת סעיף 29(ה) לחסד"פ. ניתן ללמוד, כי המחוקק היה סבור, כי זכות הייצוג ע"י עורך דין בבית המשפט נתונה לחשוד וכדי למלאה תוכן ולאפשר לעורך הדין לעשות מלאכתו נאמנה קבע כי עצור, שקצין משטרה שלל ממנו את זכות הפגישה עם סגורו למשך 48 שעות, זכאי להיפגש עם עורך דין לפני שיובא לבית המשפט בענין מעצרו. אילו המחוקק היה סבור כי העצור אינו זכאי להיות מיוצג על ידי עורך דין בבית המשפט לא היה נותן לעצור זכות להיפגש עם עורך הדין בסמוך למועד הדיון בבית המשפט. גם מהבחינה העניינית אין הצדקה לשלילת זכות הייצוג בבית המשפט. חזקה על עורך דין כי ידע לכבד צו של רשות מינהלית או שיפוטית ולא ינצל את הדיון בבית המשפט כדי לעקוף את איסור הפגישה בינו ובין מרשו.

בבג"צ 193/67 קהוג'י נ' נציב בתי הסוהר⁽⁷¹⁾ הסביר השופט לנדוי, כי זכות הייצוג היא הזכות העיקרית, ואילו זכות הביקור של עורך הדין אצל מרשו טפלה לה. אנו סבורים, כי שלילת הזכות הנלווית אינה צריכה לפגוע בזכות הראשית, ובאין הוראה מפורשת בחוק לא ניתן למנוע מעורך דין לייצג את מרשו בהליכי המעצר והשחרור בערובה בבית המשפט. כך פסק בית המשפט העליון בענין **מדינת ישראל נ' אלמוני**⁽⁷²⁾. הפריבילגיה המוענקת לחשוד שקצין משטרה אסר עליו להיפגש עם עורך דין למשך 48 שעות, לפיה זכאי הוא כי תינתן לו הזדמנות סבירה להיפגש עם עורך דין לפני שיובא לבית המשפט בענין מעצרו, איננה נתונה לחשודים אחרים.

69. ראה חלק ב' סעיף 1.

70. ענין **גלוי**, הערה 3 לעיל, בעמ' 622.

71. ענין **קהוג'י**, הערה 6 לעיל, בעמ' 185.

72. ב"ש 832/82 **מדינת ישראל נ' אלמוני פ"ד** לו (4) 775, וראה דיון מעמיק בסוגיה במאמרו של ראיך גרגוריה, זכויות היתר של משטרת ישראל בעניני מעצר חשודים ומפגש עם סגורו, הפרקליט לו 92.

חשוד שזכותו להיפגש עם סגנור נשללה על ידי "ממונה על התקירה" או שופט בית משפט מחוזי איננו זכאי לדרוש ולתבוע מהמשטרה לאפשר לו להיפגש עם עורך דין קודם לעריכת הדיון בענין מעצרו בבית המשפט^(73, 74).

מקרה מיוחד בו בדרך כלל, שלילת זכות הפגישה עם סגנור כרוכה גם בשלילת זכות הייצוג בבית המשפט הוא המקרה בו מפעיל שופט בית משפט מחוזי את סמכותו ומרשה למשטרה שלא תימסר ידיעה על מעצרו של החשוד לעורך דין. אי מסירת הודעה לעורך דין על מעצרו של החשוד מונעת ממנו את האפשרות להיפגש עם החשוד ולייצגו בבית המשפט. אך מה קורה אם לעורך הדין נודע ממקור זה או אחר דבר מעצרו של החשוד וכי עומד להתקים דיון בבית המשפט בענין המשך מעצרו, האם רשאי עורך הדין להתייצב בבית המשפט ולייצג את החשוד? התשובה לשאלה זו אינה קלה וניתן להצביע על שיקולים לכאן ולכאן⁽⁷⁵⁾.

בחלק גדול של המקרים כלל לא תתעורר הבעיה של זכות הייצוג בבית המשפט, זאת מאחר ולא יהיה כלל צורך להאריך את מעצרו של החשוד על ידי שופט. סעיף 125 לחוק העונשין תשל"ז-1977⁽⁷⁶⁾ מקנה סמכות ל"קצין משטרה בכיר לצוות על מעצרו של אדם החשוד בעבירה לפי סימנים ב' רד' לתקופה של חמישה עשר ימים בטרם יובא לפני שופט". העבירות לפי סימנים ב' רד' לפרק ז' לחוק העונשין הן גם אותן עבירות עליהן חל סעיף 29(ו) לחסד"פ והתקנות שהותקנו מכוחן. על ידי שילוב שני החוקים, חוק העונשין והחסד"פ ניתן במקביל להורות על מעצרו של החשוד לחמישה עשר ימים, בטרם יובא הני"ל בפני שופט וכן לשלול למשך אותו פרק זמן את זכותו של העצור להיפגש עם עורך דין.

3. פומביות הדיון

כלל-הוא כי בית המשפט ידון בפומבי. כך נקבע בסעיף 68 לחוק בתי המשפט (נוסח משולב) תשמ"ד-1984⁽⁷⁷⁾ וכך גם נקבע בחוק השיפוט הצבאי⁽⁷⁸⁾. גם לכלל זה יש חריגים; בית המשפט רשאי לדון בענין מסויים כולו או מקצתו בדלתיים סגורות אם ראה צורך לכך והתקיימה אחת

73. זכות זו אינה מזכרת בסעיפים 29 (ו) 30 לחסד"פ וכן בתקנות סדר הדין הפלילי (פגישת העצור עם עורך דין).

74. כך גם פסקה כב' השופטת נתניהו בענין אלמוני, הערה 51 לעיל, שופט בית המשפט המחוזי, כב' השופט אברמוביץ, היה סבור אחרת.

75. מחד, בהיתר שנותן בית המשפט המחוזי למשטרה שלא למסור ידיעה על מעצר החשוד יש אישור עקיף לכך שהחשוד לא יהיה מיוצג בביהמ"ש, מאידך מאחר שממילא נודע דבר מעצרו של החשוד מה טעם למנוע מנו לייצגו בבית המשפט?

76. פורסם בס"ח מס' 864, 223.

77. פורסם ס"ח 1123, 195.

78. סעיפים 423 325 לחש"צ.

מהעילות המפורטות בסעיף 68(ב) לחוק. סעיף 68(ג) לחוק מוסיף וקובע כי "בבקשות לצווי ביניים... ולהחלטות ביניים אחרות רשאי בית המשפט לדון בדלתיים סגורות".

עריכת הדיון בפומבי או בדלתיים סגורות מסורה לסמכותו הטבועה של בית המשפט היושב בדין⁽⁷⁹⁾. אולם בעוד שבמהלך הדיון במשפט עצמו ניתן להורות על שמיעת הדיון בדלתיים סגורות, רק אם התקימה אחת מהעילות המנויות בחוק, הרי בהליכי ביניים ובכלל זה הליכי מעצד ושחרור בערובה רשאי השופט להחליט, כי הדיון יערך בדלתיים סגורות אם מצא זאת לנכון בין אם התקימה אחת העילות המוכרות בחוק, ובין אם לאו. העובדה, כי נשללה מהעצוד המובא לבית המשפט לדיון בענין מעצרו, זכות הפגישה עם עורך הדין אינה חייבת להביא לכך שהדיון בבית המשפט יערך בדלתיים סגורות. כל עוד לא הורה השופט אתרת יתנהל הדיון בפומבי. בידי בית המשפט מסור שיקול דעת מלא ועצמאי והחלטותיו של קצין משטרה, "ממונה על חקירה" ו"רשות מאשרת" או שופט בית משפט מחוזי אינן יכולות לכבול את ידיו של השופט. השיקול של "טובת החקירה" הקיים בשלב המעצד איננו נכלל ברשימת העילות המנויות בסעיף 68(ב) לחוק בית המשפט, ולכן במשפט עצמו אין בו כדי לשמש עילה לניהול משפט בדלתיים סגורות, שונה הדבר ביחס לדיון במעצרו של החשוד, כאן השיקול של טובת החקירה הוא רלבנטי. לכן העובדה, כי שופט בית משפט מחוזי הירשה למשטרה למנוע מהעצוד להיפגש עם עורך דינו מטעמים של טובת החקירה יכולה להילקח בחשבון על ידי השופט הן במעצרו של החשוד.

1. ביקורת שיפוטית

1. **סמכות הערעור על החלטה של רשות מינהלית**
 השוד המבקש להביא לביטולה של החלטה לשלול ממנו את זכותו להיפגש עם עורך דין אל מי עליו לפנות? מיהי הרשות השיפוטית המוסמכת להעביר תחת שבט ביקורתה את ההחלטה למנוע את הפגישה בין החשוד לעורך הדין?⁽⁸⁰⁾ הואיל והמחוקק לא קבע הסדר לכך בחסד"פ ומאחר שהמדובר בדרך כלל בהחלטה של רשות מינהלית הפועלת על פי סמכות שבדין דומה כי המוסד שאליו יש לעתור הוא בית המשפט הגבוה לצדק. כך גם נקבע על ידי בית המשפט העליון בענין חזן⁽⁸¹⁾. לעומת זאת

79. ראה, בג"צ 79/67 עומר ו' שופט שלום ראשי פ"ד כא (1) 405.
 80. השווה עם הוראות חוק סמכויות שעת חרום (מעצרים) תשל"ט - 1979, ס"ח תשל"ט 76, מכוהן הוסמן נשיא בית המשפט המחוזי לבקר את החלטת הרשות המינהלית לשים אדם במעצר ללא עריכת משפט.

81. ראה ענין חזן, הערה 50, לעיל.

בפסק דין אחר של בית המשפט העליון בענין אלמוני⁽⁸²⁾ היתה סבורה השופטת נתניהו כי בית המשפט הדין בשאלת מעצרו של החשוד הוא המוסד המתאים לדון גם בהחלטה בענין הפגישה בין החשוד ועורך הדין. לדעתנו, ניתן לישב את הסתירה הליכאורית בין שני פסקי הדין הנ"ל. בענין זכאי, ביקשו עורכי הדין להיפגש עם החשודים עוד בטרם ניזקקה המשטרה לפנות לבית המשפט בבקשה להאריך את מעצרו של החשודים.

כך למשל, בעבירות בטחוניות מסוימות⁽⁸³⁾ מוסמך קצין משטרה בכיר לצוות על מעצרו של החשוד לתקופה של חמישה עשר ימים בטרם יובא החשוד בפני שופט. מאחר והמשטרה לא ניזקקת להחלטת בית המשפט ממילא לא תינתן ההזדמנות לעורך הדין המבקש להיפגש עם החשוד במהלך אותה תקופה לבקש את בית המשפט להתערב ולבטל את איסור הפגישה.

לעומת זאת, פסק הדין בענין פלוני מתייחס לאותו מקרה בו משטרה מביאה את החשוד לבית המשפט ומבקשת להאריך מעצרו ובאותה הזדמנות מבקש הסגור כי בית המשפט יתערב וישנה את ההחלטה המינהלית האוסרת על לקוחו להיפגש עימו⁽⁸⁴⁾.

שאלה אחרת המתעוררת לאור הלכת פלוני היא אם נשמרת בידי בית המשפט הדין בשאלות מעצרו של החשוד הסמכות לדון בענין "זכות הפגישה בין החשוד ועורך דינו", גם בפרקי הזמן שבין דיון בהארכת מעצר אחד למישגו ושלא אגב בקשת שחרור בערובה?

2. סמכות ערעור על החלטה של בית משפט מחוזי

שופט בית משפט מחוזי מוסמך לשלול את "זכות הפגישה" בין החשוד לעורך דיין.

האם ניתן לערער לבית המשפט העליון על החלטתו של שופט בית משפט מחוזי או לתקוף אותה בדרך אחרת? המחוקק לא קבע הוראה מפורשת בענין זה⁽⁸⁵⁾. האם יש בכך כדי ללמד על כוונת המחוקק ליצור "הסדר שלילי"?

82. ראה ענין אלמוני, הערה 63, לעיל.

83. ראה הערה 75 לעיל.

84. ספק אם הילכת פלוני מבוססת מבחינה משפטית. מהיכן נוטל בית המשפט את הסמכות לבקש את ההחלטה המינהלית? כך, למשל, לגבי ראיות חסויות היקנה המחוקק בהוראת חוק מפורשת – סעיף 54 לפקודת הראיות (נוסח חדש), תשל"א – 1971, סמכות לבית המשפט להחליט לגבי תקפות תעודת החסיון.

85. השווה עם חוק סמכויות שעת חרום (מעצרים) תשל"ט – 1979. שם בסעיף 7 נקבעה זכות ערעור לבית משפט העליון שידון בשופט יחיד. ראה גם בחסד"פ, סעיף 38 (ערעור על החלטה בנוגע למעצר), סעיף 112 (ערעור של מי שהחזמן להעיד).

בע"פ 74/52 גורביץ נ' וירורה⁽⁸⁶⁾ נאמד כי: "אין זכות ערעור אלא אם היא מוענקת ע"י החוק החדות ובאופן מפורש ולא מכללא"⁽⁸⁷⁾.
 בחוק יסוד: השפיטה⁽⁸⁸⁾ נקבע בסעיף 17 כי פסק דין של בית משפט בערכאה ראשונה ניתן לערעור בזכות...⁽⁸⁹⁾.
 על פי הפסיקה "פסק דין" הוא החלטה שעם הינתנה תמה מלאכתו של השופט ואילו אם הדיון בתיק טרם נסתיים אוי מדובר ב"החלטה אחרת"^{(90), (91)}.

א. **האם החלטתו של שופט בית משפט מחוזי לשלול את זכות הפגישה לפי סעיף 30 לחסד"פ, היא פסק דין או החלטה אחרת?**
 אנו נוטים לדעה כי החלטה זו היא "פסק דין". לגישתנו, ההליך לפי סעיף 30 לחסד"פ הוא הליך נפרד שאינו חלק מהליכי המעצר של החשוד או ממשפטו^{(92), (93)}.

אם אכן החלטתו של שופט בית משפט מחוזי היא פסק דין, ניתן לערער עליה בזכות כפי שמערערים על כל פסק דין אחר של בית משפט מחוזי.

ב. **האם ניתן לתקוף את החלטה שופט בית משפט מחוזי על דרך הגשת עתירה לבג"צ? (בהנחה שלא ניתן לערער לבית המשפט העליון)**

בבג"צ 307/51 לאלו נ' שופט ביהמ"ש המחוזי⁽⁹⁴⁾ נדונה סיטואציה דומה. שם לא התייצב העותר לבית המשפט כדי למסור עדות ומכוח הוראה שבדין הרשיעו בית המשפט בגין אי התייצבות זו והטיל עליו לשלם קנס.

86. ע"פ 74/52 גורביץ נ' וירורה פ"ד ז 201, 207 וראה גם ע"פ 130/51 ברוקוביץ נ' היועץ המשפטי לממשלה פ"ד ו 467.
 87. שם נדונה זכותו של מגיש קובלנה פרטית לערער על החלטת בית המשפט.
 88. ס"ח תשמ"ד מס' 1110, 78.
 89. סעיף 41 לחוק בתי המשפט (נוסח משולב) התשמ"ד - 1984 מורה כי "א) פסק דין של בית משפט מחוזי בערכאה ראשונה ניתן לערעור לפני בית משפט העליון. (ב) על החלטה אחרת של בית משפט מחוזי בענין אחרת... ניתנים לערעור לפני בית משפט העליון".
 90. דאה ר"ע 75/83 בן דב' נ' שטלגרנברג פ"ד לו (1) 587. ע"א 680/79 אוסטריכר ער"ד נ' איילון פ"ד לד (4) 11.
 91. ההבחנה בין "פסק דין" להחלטה אחרת" התעוררה בפסיקה רק ביחס לעניינים אורחיים.
 92. בבג"צ 361/67 גולדנברג ואח' נ' היועץ המשפטי לממשלה פ"ד כב (1) 365, 369, מסביר השופט כהן: "כוונתו השקופה של המחוקק שלא להרשות הפסקתם של משפטים פליליים אשר צריכים להתנהל ברציפות ובמהירות על ידי הליכי ביניים בבית משפט אחר".
 הגשת ערעור על החלטה של שופט בית משפט מחוזי לפי סעיף 29 לחסד"פ אין בה משום עיכוב ההליכים במשפטו של הערצור וגם מטעם זה מן הדין לראות את החלטה "כפסק דין".
 93. האם יש להבחין בין החלטה של שופט בית משפט מחוזי למנוע את הפגישה בין החשוד ובין עורך דינו למשך תקופה של 15 ימים, שאז הוא מיצא את מלוא סמכותו, לבין החלטה למנוע את הפגישה למשך תקופה קצרה יותר שאז ניתן לפנות אליו בענין?
 94. בבג"צ 307/51 לאלו נ' שופט בית המשפט המחוזי פ"ד ו' 1062.

דעת הרוב (השופטים אולשין וחשין) היו סבורים כי בג"צ אינו מוסמך לדון בעתירה ולהעביר תחת שבט ביקורתו את החלטת בית המשפט המתחזי זאת בשל היותה החלטה שיפוטית ולא מינהלית. דעת המיעוט של השופט אגרנט, היתה כי: "כאשר נפגע אדם ע"י צו של בית משפט - ויהא זה אפילו צו שיצא מבית משפט מחוזי - הגורר לגביו תוצאה עונשית וטומן בחובו פגם כה יסודי עד כדי הפיכתו לאפס לא יכול להיות ספק בדבר, במסיבות שבהן אין לאותו אדם סעד של ערעור או סעד כלשהו אחר - כי דווקא המגמה של השלטת הצדק מחייבת את התערבותו של בית משפט זה"^{(95), (96)}. סעיפים 15 (ג) ו-15 (ד) לחוק יסוד: השפיטה, הדנים בסמכות של בית המשפט העליון בשיבתו כבית משפט גבוה לצדק אינם מספקים תשובה חד משמעית לבעיה: מחד, ההוראה הכללית והגורפת בסעיף קטן (ג) המסמיכה את בג"צ "לדון בכל העניינים שהוא רואה צורך לתת בהם סעד למען הצדק ואשר אינם בסמכותו של בית משפט... אחר" מאידך, הוראת סעיף קטן (3) המצמצמת⁽⁹⁷⁾.

ג. סיכומו של דבר: לדעתנו ראוי לתקן את החוק בנקודה זו ולהקנות ובמפורש זכות ערעור לבית משפט עליון על החלטתו של שופט בית משפט מחוזי לשלול את זכות הפגישה, לפי סעיף 30 לחסד"פ⁽⁹⁸⁾.

ז. זכות הפגישה עם עורך דין בהליכים לפי חש"צ

בחוק השיפוט הצבאי, תשט"ו-1955 (להלן: החש"צ) אין הסדר דומה לזה של החסד"פ לגבי זכות העצור להיפגש עם עורך דין. אין בחש"צ הוראה דקלרטיבית בדבר קיומה של זכות זו ואין נכללות בו הוראות המסייגות זכות זו. זכות הפגישה עם עורך דין מוקנית גם לעצורים על פי החש"צ בין אם זה מכוח הוראות החסד"פ ובין אם זה מכוח פסיקתו של בית המשפט העליון אשר הכירה בזכות עוד בטרם מצאה את ביטוייה בהוראת חוק מפורשת. אין בחש"צ הוראה המפנה לסדרי הדין הפליליים הכללים. בסעיף 460 נקבע כי

95. שם, בעמ' 1075.
 96. גם על פי דעת המיעוט סמכות בג"צ מוגבלת והוא מוסמך להתערב רק באותן החלטות שהן לוקות "בפגם כה יסודי עד כדי הפיכתם לאפס". ואילו היקף העילות המשמשות יסוד להתערבות ערכאת ערעור הוא רחב הרבה יותר.
 97. סעיף 15 (ד) (3) וז לשונו: "לתת צווים לבתי משפט... למעט בתי משפט שהוק זה דן בהם... ולבטל דיון או החלטה שניתנה שלא כדין" (ההדגשה שלי - ג.ג.).
 98. השווה ע"פ 406/74 זתב נ' מדינת ישראל מ"ד כט (1) 803 שם, המליץ בית המשפט למחוקק לתקן את החוק ולקבוע זכות ערעור על החלטת בית משפט לא לפסוק הוצאות הגנה לנאשם שזוכה.

"בכל ענין של סדר דין שאין עליו הוראה בחוק זה או בתקנות שהותקנו לפיו, ינהג בית דין צבאי בדרך הנראית לו טובה ביותר לעשיית משפט צדק, ובלבד שינמק את החלטתו לענין זה".

הוראה זו אינה מסייעת בהרבת, שכן עניינה הליכים בבית הדין ואילו אנו דנים בזכות הפגישה של העצור עם עורך הדין עוד בשלב הטרומי, דהיינו: במקום מעצרו. בסעיף 2 לחסד"פ מצאנו הוראה זו: "סדר הדין הפלילי יהיה לפי חוק זה זולת אם נקבע בחוק אחר או על פיו סדר דין שונה לענין הנדון".

בחש"צ אין "סדר דין שונה לענין הנדון" ולכן, לכאורה, חלים הוראות החסד"פ ביחס לזכות הפגישה עם עורך דין גם על המערכת הצבאית.

החלת הזכות על העצורים לפי החש"צ אינה מעוררת כל קושי; ניתן להחיל את הזכות עצמה כולל זכויות המשנה הנלוות לה. כך, למשל זכאי העצור כי תמסר לעורך דין שהעצור נקב בשמו הודעה על מעצרו, וכך גם ביחס לזכותו של העצור להיפגש עם עורך הדין ביחידות ובתנאים המבטיחים סודיות השיחה. אולם כאשר מבקשים ליישם החריגים לכלל האמור על המערכת הצבאית, אין הדברים פשוטים כלל ועיקר; הקושי נעוץ בכך שבחסד"פ הוענקו הסמכויות לבעלי תפקידים שונים, אשר אינם קיימים במערכת הצבאית.

לכן, אם רוצים ליישם את הכללים הנ"ל גם ביחס לעצורים בצה"ל מוכרחים ראשית, לאתר ולקבוע מי הם חליפיהם של בעלי התפקידים, הנוכחים בחוק, במערכת הצבאית.

כך, למשל, מיהו חליפו של קצין המשטרה בדרגת רב פקד, מיהו חליפו של מפכ"ל המשטרה? אי בהירות קיימת גם ביחס לסמכותו של שופט בית משפט מחוזי, האם שופט בית משפט מחוזי מוסמך לדון בבקשות למנוע מעצורים בצה"ל להיפגש עם עורך דין?

בהקניית סמכות זו לשופט בית המשפט מחוזי יש משום צעד מרחיק לכת של התערבות מערכת השיפוט האזרחית בתחומי השיפוט של המערכת הצבאית. עד עתה היה מקובל לחשוב כי למערכת המשפטית בצבא יש אוטונומיה והכפיפות היחידה היא לבית המשפט העליון. מכאן ניתן אולי להסיק כי סמכותו של שופט בית משפט מחוזי אינה משתרעת גם על עצורים צבאיים והסמכות נתונה לחלופו הצבאי. סברה שאינה מאפשרת מתן דריסת רגל למערכת השיפוט האזרחית בתחומיה של מערכת השיפוט הצבאית מציבה בפני בעיה המצריכה פתרון: יש להחליט מיהו חליפו הצבאי של שופט בית המשפט המחוזי. במילים אחרות: בידי מי מסורה הסמכות לפי סעיף 30 לחסד"פ? בידי שופט בית דין צבאי מחוזי או שמא בידי שופט בית הדין הצבאי לערעורים? הספקות נובעים מכך שבמערכת השיפוט האזרחית שלוש ערכאות ואילו המערכת השיפוטית הצבאית מורכבת משתי ערכאות שיפוטיות בלבד.

אנו סבורים, כי המצב הנוכחי מחייב תיקון שיהא בו כדי לאפשר יישומה של זכות הפגישה בין חשוד ועורך דינו על כלליה וחריגיה. יש לקבוע בחש"צ הסדר המאמץ בחלקו או במלואו את ההסדר הקבוע בחסד"פ, כפי שהראינו לעיל, תוך שימת דגש על הצריך תיקון עליו הצבענו במאמרנו זה.

ח. סיכום

במאמרנו זה ניסינו לעמוד על זכותו של החשוד להיות מיוצג על ידי עורך דיין בהליכים פליליים, כלליה וסיגיה. ראינו, כי הגם שמדובר באחת מזכויות האזרח החשובות (כדברי בית המשפט העליון) הרי רק היבט אחד שלה, הוא הזכות של החשוד להיפגש עם עורך דיין במקום מעצרו, זכה להסדר חקיקתי מפורט⁹⁹. הסדר זה הינו חדש וטרם זכה לדיון מעמיק בפסיקה ובספרות המשפטית, אף כי פסקי הדין בענין אלמוגי¹⁰⁰ חזן¹⁰¹ חכאי¹⁰², אשר ניתנו לאחרונה, מלמדים כי סוגיה זו עוד תעסיק רבות את בתי המשפט בישראל ואת המלומדים, וזאת בשל חשיבותה הרבה והעובדה, כי היא עשויה להתעורר בשורה ארוכה של מקרים במהלך החקירה המשטרתית. גם המערכת השיפוטית הצבאית תידרש בוודאי לסוגיה זו, מה גם שהיא חסרה את אותו ההסדר הקבוע בחסד"פ וקיימת אי בהירות באשר לתחולתן ויישומן של הוראות החסד"פ במערכת זו.

99. ראה סעיפים 28-30 לחסד"פ.

100. ראה הערה 63, לעיל.

101. ראה הערה 50, לעיל.

102. ראה הערה 35, לעיל.

**שאלות משפטיות הקשורות
במעורבותו של צה"ל בסכסוכי עבודה
אזרחיים**

יצחק אליאסוף*

* המשנה ליועץ המשפטי לממשלה

הצגת הנושא

מסורת היא כי הצבא עוסק בנושאי בטחון לאומי והגנה על המדינה. ברם, התפתחות החיים הביאה לכך כי הצבא, בהיותו גוף המצוייד בציד ובאמצעים שאינם בידי הרשויות האזרחיות, נקרא לעיתים להתערבות בתחומים שבהם לא עסק עד עתה, כגון פעולות להצלת נפש באסונות טבע או בתאונות גדולות, פעולות חילוץ מסוככות, סיוע בפעולות חינוכיות וחברתיות ואף סיוע לקיום שירותים חיוניים.

מעורבות הצבא בתחומים שהם אזרחיים במהותם מעוררת שאלות בתחומים שונים של המשפט, כגון: מה היא האחריות המוטלת על חייל בעת מילוי תפקיד כזה? האם אזרח שנפגע עקב רשלנות חייל בפעולת חילוץ זכאי לתבוע וזיקין מהמדינה או מהחייל שחילצו? האם רשאי הצבא להשאל ציוד צבאי לגורמים אזרחיים?

אלה הן רק חלק מן השאלות המתעוררות בסוגיה זו, ואנו לא נעסוק בכולן אלא בהקשר של סכסוכי עבודה אזרחיים בלבד.

הטיפול בסכסוכי עבודה בשירותים חיוניים מתקיים בדרכים המקובלות ביחסי העבודה, דהיינו: משא ומתן, תיווך, בודרות, הוצאת צוי מניעה, ובמקרי הצורך – הוצאת צווי ריתוק על פי תקנות לשעת חרום.

אם סכסוך העבודה פוגע בשירותים חיוניים ביותר לציבור, והפעלת הדרכים המקובלות לטיפול בסכסוך לא מביאה תוצאות – מתעוררת השאלה אם יכולה להיות מעורבות של צה"ל במתן אותם שירותים חיוניים המושבתים או המשובשים, באופן מלא או חלקי.

מעורבות של צה"ל כאמור יכולה ללוש צורות שונות: –

- א. מתן השירותים החיוניים על ידי הכוחות הסדירים של צה"ל, דהיינו: חיילים בשירות סדיר ובשירות קבע.
- ב. הפניית חיילי מילואים הנמצאים בשירות מילואים פעיל למתן השירותים החיוניים.
- ג. גיוס מיוחד של חיילי מילואים, שעיסוקם האזרחי אינו קשור בשירותים חיוניים, על מנת לתת את השירותים החיוניים במסגרת שירות המילואים.
- ד. גיוס מיוחד של חיילי מילואים, שעיסוקם האזרחי קשור בשירותים החיוניים, על מנת לתת אותם שירותים במסגרת שירות המילואים הפעיל.

פירוט ההיבט המשפטי יכול לשפוך אור אף לגבי מעורבות צה"ל, בצורה מלאה או חלקית, במקרים של אסון טבע ובמבצעים להצלת נפש או רכוש, ולהבדיל – בפעולות כגון פעולות חינוך של אזרחים עולים חדשים, וכיו"ב. יצוין כאן כי לענין פעולה להצלת נפש ורכוש שאינה כרוכה בהתגוננות אזרחית, נקבעה הוראה מפורשת בסעיף 2 (יא) לחוק ההתגוננות האזרחית, התשי"א – 1951, שבה נאמר כי הג"א מוסמך "לפעול – באישור שר הבטחון, אם בדרך כלל ואם לעניין מסויים, ובתיאום עם הרשויות הנוגעות בדבר – להצלת נפש

ורכוש שאינה כרוכה בהתגוננות אזרחית". בהתאם לכך אישר שר הבטחון כי הג"א יהיה מוסמך לפעול כאמור בהתאם לכללים ולהסדרים שייקבעו על ידי המטה הכללי של צה"ל (ר' י"פ התשכ"ה 538).

כמו כן מן הראוי להזכיר כאן כי על פי סעיף 2 לחוק שירותי הכבאות, התשי"ט - 1959, "רשות כבאות חייבת להבטיח את שירותי הכבאות לכיבוי דליקות בתחומה ולמניעת דליקות או התפשטותן של דליקות לתחומה או מעבר לתחומה, וכן להצלת נפש ורכוש". על פי סעיף 8 לאותו חוק, "רשות כבאות תעסיק את יחידת הכבאים שלה ותשתמש בצידה גם להצלת נפש ורכוש שאינה כרוכה בכיבוי דליקות".

הבסיס המשפטי לפעולות כוחות הבטחון, למעט צה"ל

כוחות הבטחון בישראל, במובן הרחב של מונח זה, למעט צה"ל, שירות הבטחון הכללי והמוסד למודיעין ולתפקידים מיוחדים, פועלים במסגרת סמכויות ותפקידים שנקבעו בחוק, כדלקמן: -

- א. משטרת ישראל - סעיפים 3, 5 ו-92 לפקודת המשטרה [נוסח חדש], התשל"א - 1971, וכן תקנה 11 לתקנות ההגנה (שעת חרום), 1945.
- ב. שירות בתי הסוהר - סעיף 76 לפקודת בתי הסוהר [נוסח חדש], התשל"ב - 1971.
- ג. המשמר האזרחי - סעיף 49 לפקודת המשטרה [נוסח חדש], התשל"א - 1971.
- ד. הג"א - סעיף 2 לחוק ההתגוננות האזרחית, התשי"א - 1951.
- ה. רשות כבאות - סעיף 2 לחוק שירותי הכבאות, התשי"ט - 1959.

הקמת צה"ל ומסגרת תפקידיו

בסעיף 18 לפקודת סדרי השלטון והמשפט, התש"ח - 1948 נקבע לאמור: "כוחות מזוינים

18. הממשלה הזמנית רשאית להקים כוחות מזוינים ביבשה, בים ובאוויר, אשר יהיו מורשים לעשות את כל הפעולות הדרושות והחוקיות לשם הגנת המדינה".

פקודת צבא ההגנה לישראל, התש"ח-1948, אשר נחקקה לפי סעיף 18 האמור (ואושרה בסעיף 4 לפקודת סדרי השלטון והמשפט (הוראות נוספות), התש"ח-1948) הקימה את צה"ל, אך לא קבעה את מסגרת סמכויותיה ותפקידיו.

אף חוקייסוד: הצבא, ס"ח התשל"ו 154, לא קבע את מסגרת סמכויותיו ותפקידיו של צה"ל.

המסגרת לפעילות צה"ל

מאחר ומלבד האמור בסעיף 18 לפקודת סדרי השלטון והמשפט, התש"ח-1948, לא קבע החוק את מסגרת פעילותו של צה"ל, סמכויותיו ותפקידיו, נשאלות שתי שאלות אלה:

א. האם המונח "הגנת המדינה" שבסעיף 18 הנ"ל מגביל את פעילות צה"ל אך ורק לפעולות כלפי כוחות אויב שמחוץ לגבולות המדינה או מתיר פעילות בנושאים וכלפי גורמים שאינם כוחות אויב ובתוככי המדינה?

ב. מה פירוש המילים "הפעולות הדרושות והחוקיות" שבסעיף 18 הנ"ל.

לתשובה לשאלה הראשונה נודעת חשיבות לאור עקרון החוקיות שבמשפט המינהלי, ואשר לפיו אין רשות מינהלית מוסמכת לעשות דבר אשר החוק לא הסמיך אותה לכך. בהיות צה"ל מוסד ממוסדות המדינה (ר' סעיף 1 לחוק יסוד: הצבא), הרי שאין הוא מוסמך לפעול אלא בתחום אשר החוק הסמיך אותו לכך. שאלה זו עומדת בעינה גם אם נאמר כי לפי סעיף 2(א) לחוק יסוד: הצבא הקובע כי "הצבא נתון למרות הממשלה", חייב צה"ל למלא כל תפקיד אשר יוטל עליו על ידי הממשלה. והשאלה היא אם הכפיפות של צה"ל למרות הממשלה היא בכל אשר יוטל עליו או רק באותו תחום אשר המחוקק הקצה לפעילותו.

השאלה לא עלתה עד עתה לדיון משפטי במישורין בערכאות המשפטיות בישראל, אם כי מאז הקמתו עסק צה"ל בפרוייקטים חברתיים-לאומיים שונים (קליטת עליה, הוראה בישובי עולים) שלגביהם לא התעוררו בציבוריות הישראלית כל חילוקי דעות לגבי הפעילות של צה"ל בתחומים אלה.

נושא זה נזכר במספר אמירות-אגב בפסקי דין של בית המשפט העליון. כך, לדוגמא, ב"בג"צ 83/50 פייכמן נ' שר הבטחון, ואח' פ"ד ד 724, 728, נאמר על ידי בית המשפט (בעמ' 724): "קורה לעיתים, שחייל מקבל פקודה למלא תפקידים שהם אזרחיים, היינו, תפקידים שגם אנשים שאינם חיילים ממלאים אותם; ובכל זאת אין ספק שאותו חייל נמצא גם באותו הזמן בשירות הצבאי". וב"ע"א 190/81 פלג נ' מדינת ישראל, ואח', פ"ד לח (2) 57, 62, נאמר על ידי בית המשפט: "אין חולק, כי לצה"ל, שלא כלשאר צבאות העולם, עניין לא רק בביצוע תפקידי התגוננות ממש, ומטרותיו חורגות מן המקובל בצבאות אחרים".

הנושא הועלה אף בכנסת ביום 28.12.1970 בתשובה לשאלתה של ח"כ מ. אביזוהר (ד"כ 59 (תשל"א) 697), כדלהלן: -

"חבר הכנסת מ. אביזוהר שאל את שר התחבורה ביום י"ט בכסלו תשל"א (17 בדצמבר 1970):

בהתאם לידיעה שהופיעה ב"דבר" מ-3 בדצמבר 1970 אמר כבוד השר: "מי שאומר שיש להשתמש בצבא נגד השביתות בנמלים איננו יודע מה הוא שח. צה"ל יסרב למלא תפקיד כזה ובצדק. אם הצבא יעסוק בשביתות הוא יגרם לפירוד האומה".

אבקש לדעת:

1. האם נכונה הידיעה?
2. אם כן - האם השר קובע בכך כי שלטונות צה"ל או יחידה צבאית כל שהיא יסדרו למלא החלטת הממשלה להפעיל נמל מושבת, או שהוא קובע כי החלטה כזו לא תיתכן?
3. האם קיימת במשרד התחבורה תכנית להפעלת חרום של הנמלים ונמלי התעופה - או שירותים חיוניים מסויימים בנמלים אלה, כגון מגדלי פיקוח - על ידי זרוע צבאית?
4. האם הוגשה תכנית כזו על ידי אחת הרשויות ונדחתה?

שר התחבורה ש. פרס:

1. נדמה לי שהציטוט שהתפרסם באותו יום ב"ג'רוסלם פוסט" על אותה פגישה משקף את הדברים שאמרת. אני מצטט את הדברים שהתפרסמו בעתון "ג'רוסלם פוסט" בתרגומם העברי: "מר פרס הצהיר שאין להשתמש בצבא להחליף שובתים. החיילים לא גוייסו לשם כך; ואין הצדקה לסכן את האחדות הקיימת סביב כוחותיה הלוחמים של ישראל על ידי ניצולם למטרות שנויות במחלוקת".
2. אני מתפלא על עצם השאלה.
3. התשובה שלילית."

פעם נוספת הועלה הנושא בכנסת ביום 5.8.1986 בתשובה לשאלתה של ח"כ נ. ארד, כדלהלן: -

חברת הכנסת נ' ארד שאלה את שר הבטחון ביום י"ח בסיוון התשמ"ו (25 ביוני 1986):

תמש חיילות צה"ל מועסקות בתפקידי הדרכה במוזיאון "הארץ" בתל-אביב. הן מועסקות על סמך הסדר שנעשה בין מנכ"ל המוזיאון לבין צה"ל. ברצוני לשאול את כבוד השר:

1. האם קיימות מסגרות נוספות, מלבד מוזיאון "הארץ", שאינן מסגרות צבאיות ובהן מעסקות חיילות צה"ל?
 2. מה הם הקריטריונים שלפיהם מקצים בנות לשירות מתוך למסגרות של צה"ל?
- שר הביטחון י' רבין:

1. חיילות צה"ל הוצבו בעבר במוזיאון "הארץ" בתל-אביב מטעם מפקדת קצין חינוך ראשי, לצורך הדרכת חיילים המבקרים במוזיאון. משהתברר כי העסקתן של חיילות אלה נרחבה והן הועסקו גם בהדרכה כללית, ביטל צה"ל את ההסדר.
2. ככלל, חיילות צה"ל פועלות במסגרות צבאיות אף כי לעיתים הן ממלאות תפקידים שאינם צבאיים מובהקים, אלא בעלי ערך לאומי וחברתי שלצה"ל יש עניין בהם, או שצה"ל מקבל הוראה למלא אותם, כגון מורות וכיוצא באלה תפקידים".

עם זאת, ראוי לציין כי בעת העיצומים בנמלי התעופה בחודש מאי 1977 גוייסו אנשי מילואים להחלפת פקחי הטיסה האזרחיים בנמלי התעופה (ר' "הארץ" מיום 27.5.1977 ומיום 30.5.1977). ככל הידוע, היה זה המקרה היתירי בתולדות יחסי העבודה בארץ שבו גוייסו חיילי מילואים למלא תפקידים של עובדים שהיו בעיצומים, אך ניתן להניח כי דבר זה נעשה לא רק בשל חיוניות קשרי התעופה האזרחיים, אלא אף בשל השתתפות חיל האוויר בפיקוח על המרחב האווירי של ישראל, לרבות התעופה הצבאית (ר' מאמרו של השר ג' יעקבי, "השביתה והכדאיות", "ידיעות אחרונות" מיום 17.11.1987).

נראה כי קשה לתת תשובה חד משמעית לשאלה באם המונח "הגנת המדינה" שבסעיף 18 לפקודת סדרי השלטון והמשפט מתייחס להגנה מפני סכנה מבחון או אף להגנה מפני פורענות מבית. מקובל להניח אצלנו, כי הצבא אחראי בעיקר ל"בטחון החוץ" של המדינה, בעוד שזרועות בטחון אחרות, ובעיקר המשטרה, אחראיות על "בטחון הפנים". לפיכך, בעת התייחסות לשאלה הנדונה, מוצע לצאת מן ההנחה שהמצב המשפטי בדבר מסגרת פעילות צה"ל בנושא התערבות בסכסוכי עבודה, אינו ברור דיו.

השאלה השניה מתייחסת למשמעות המילים "הפעולות הדרושות והחוקיות" שבסעיף 18 לפקודת סדרי השלטון והמשפט. נראה כי המלה "הדרושות" אינה מעוררת קושי באשר היא מתייחסת לכל פעולה אשר מבחינה אובייקטיבית וסבירה דרושה לשם הגנת המדינה. אולם המילה "החוקיות" מתייחסת ככל הנראה לכך כי פעולה של צה"ל הדרושה לשם הגנת המדינה חייבת להיות במסגרת החוק, ומכל מקום אינה נוגדת את החוק. כך, לדוגמה, אם צה"ל ירצה להפקיע רכוש או להשתמש ברכוש פרטי למטרה של הגנת המדינה, חייבים ההפקעה והשימוש להיות על פי חוק (ר' לדוגמה חוק רישום ציוד וגיוסו לצבא-הגנה לישראל, התשמ"ז - 1987).

גיוס מילואים מיוחד

השאלה הבאה היא: האם לצורך מעורבות של צה"ל בסכסוכי עבודה ניתן לגייס חיילי מילואים בגיוס מיוחד על פי סעיף 34 לחוק שירות בטחון [נוסח משולב], התשמ"ו - 1986. בסעיף 34 הנ"ל נקבע כי שר הבטחון רשאי לגייס יוצא צבא לשירות סדיר או לשירות מילואים "אם הוא משוכנע שבטחון המדינה מחייב זאת".

וגם כאן נשאלת השאלה באיזו מידה המונח "בטחון המדינה" בסעיף 34 הנ"ל מתייחס ל"בטחון החוץ" של המדינה או גם ל"בטחון הפנים".

למונח "בטחון המדינה", אין פירוש יחיד, ומן הראוי לפרשו על פי ההקשר בחוק הנדון, כפי שאכן הוא פורש בפסיקה בהקשרים שונים (דיני הראיות, חסיון, צנזורה, דיני העונשין).

מן הראוי להביא להלן התייחסות של בית המשפט העליון למונח זה אשר נעשתה בהקשר לפקודת הסודות הרשמיים, אך נראה כי בית המשפט נתן למונח זה פרשנות מקיפה יותר. ב"ע"פ 142/57 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלוני, פ"ד יב 761, 760 ודון סעיף 3 (1)(ג) לפקודת הסודות הרשמיים, וכך נאמר על ידי בית המשפט:

"בטחון המדינה" פירושו הוא: מכלול האינטרסים המדיניים שהמדינה חפצה ביקרם, כפי שהדבר עולה מתוך המדיניות הגלויה או המוצהרת של מנהיגי החוקים של המדינה...

כאן, לגבי עצם המושג "בטחון המדינה" – להבדיל מכוונת הפגיעה – המבחן הוא אובייקטיבי ולא סובייקטיבי, ומוסדותיה המוסמכים של המדינה הם הם הקובעים את תכנון ומשמעותו של מושג זה".

נראה כי אף לגבי שאלה זו יש לצאת מן ההנחה, כי התשובה לשאלה אם גיוס יוצא צבא על פי סעיף 34 לחוק שירות בטחון עקב סכסוך עבודה הוא למטרה של "בטחון המדינה" או לא – אינה ברורה ואינה חד משמעית.

חוקיות הפקודות לחיילים

מעורבות צה"ל בסכסוכי עבודה מעלה גם את השאלה באיזו מידה פקודה הניתנת לחייל והקשורה במעורבות של צה"ל במתן שירותים ציבוריים חיוניים מושבתים או משובשים, או בפעולות הכרוכות בהצלת נפש או רכוש וכיו"ב – היא "פקודה" שסעיפים 122 עד 125 לחוק השיפוט הצבאי, התש"ט – 1955, חלים עליה. סעיפים אלה מטילים חובה על חייל לציית לפקודה שניתנה לו, ואולם החייל יהיה פטור מאחריות פלילית "אם ברור וגלוי שהפקודה שניתנה לו היא לא חוקית". לגבי סעיפי אלה נאמר בעמ' 6 של חוות דעת מס' 42.0302 בקחד"מ, כי הפקודה מחייבת רק אם ניתנה "בקשר לענייני הצבא ובמסגרת חובתו ותפקידו של החייל" (ר' גם חוות דעת מס' 33.0201).

מאחר ובשאלה זו אין בידינו פסיקה ברורה, מוצע לצאת מן ההנחה שגם התשובה לשאלה זו אינה חד משמעית.

ההיבט הבינלאומי

שאלה נוספת בהקשר זה היא השאלה האם מעורבות של צה"ל במתן שירותים חיוניים מושבתים או משובשים תואמת אמנות עבודה בינלאומיות שישראל צד להן.

סעיף 1 לאמנה בדבר עבודת כפיה או עבודת חובה, 1930 (כ"א 7, עמ' 377) קובע כי יש להשבית את "השימוש בעבודת כפיה או בעבודת חובה על כל צורותיה". המונח "עבודת כפיה או עבודת חובה" מוגדר בסעיף 2 של האמנה

כ"כל עבודה או שירות הנתבעים מאדם בכוח איום של איזה עונש שהוא ואשר אדם זה לא הציע לעשותם מרצונו הטוב" (ר' סעיף 376 לחוק העונשין, התשל"ז – 1977 האוסר כפיה שלא כדין על אדם לעבוד שלא מרצונו). יחד עם זאת, אותו סעיף באמנה קובע, כי מונח זה לא יכלול עבודות שונות ובכלל זאת "כל עבודה או שירות הנתבעים מכוח חוקי שירות-כפיה צבאי, והנוגעים לעבודה בעלת אופי צבאי גרידא".

השופט צ. בר-ניב מתייחס לחריג זה בספרו "העבודה במשפט העמים" כדלהלן (בעמ' 130):

"החריגים המותרים, כאמור, עוררו קשיים ביישום האמנה משום שהמדינות המאשרות נתנו פירוש רחב יותר למשמעותם מהפירוש שנתנה ועדת המומחים. במיוחד אמורים הדברים בשירות צבאי, בעבודה או שירות בשעת חרום ובעבודת אסירים. סייג להיתר עבודה ושירות מכוח חוק שירות חובה בצבא הוא, כאמור, שהעבודה היא באופיה צבאית בלבד. יש שמדינות משתמשות בצבא לעבודות ציבוריות, כגון סלילת דרכים ובניית גשרים ויש שמשמשות בצבא אף בחקלאות. באלה רואה ועדת המומחים עבודות שאופיין אינו צבאי בלבד".

(ר' גם עמ' 135 בספר הנ"ל בענין השירות בנח"ל בישראל, אשר לגביו הובע ספק אם הוא בעל אופי צבאי טהור).

באמנה בדבר ביטול עבודת כפיה, 1957 (כ"א 10, עמ' 451) נקבעו הוראות נוספות בענין ביטול עבודת כפיה או עבודת חובה, אולם באמנה זו אין התייחסות לשירות צבאי.

מן האמור באמנה משנת 1930 מתקבל, כי לכאורה כפיית אדם במסגרת צבאית לביצוע עבודה שאינה בעלת אופי צבאי טהור, תהיה נוגדת את הוראות האמנה, על כל המשתמע מכך במישור הבינלאומי.

ההיבט המינהלי – מקצועי

למעורבות צה"ל בסכסוכי עבודה יכול להיות גם היבט מינהלי-מקצועי, הקשור בביצוע פעולות מסוימות בתחום השירותים הציבוריים שמותר לעשותם רק על ידי מי שהוא בעל כשירות מקצועית מסוימת או בעל רשיון מסויים או בעל הסמכה על פי הוראה שבחיקוק.

הפעלת חיילים בביצוע עבודות מעין אלה מחייבת איפוא הסדרה ותיאום של הוראות חיקוקים שונים הנוגעים לכשירות והסמכה של נושאי תפקידים שונים בעת שתפקידים אלה מתבצעים על ידי חיילים.

השפעת המעורבות לענין חוזים ותיקוקים

השאלה הבאה היא כיצד תשפיע מעורבות צה"ל בסכסוכי עבודה על חובות חכויות של הגוף אשר צה"ל יהיה מעורב בהפעלתו, שמקורן בחוזה או על פי חיקוק, והאם צה"ל יבוא, לכל דבר, במקום אותו גוף.

מעורבות צה"ל כאמור יכול שתהיה במסגרת השירותים הציבוריים שהמדינה ונותנת במישרין או במסגרת שירותים הניתנים על ידי תאגידים סטטוטוריים או אף שירותים הניתנים על ידי תאגידים מסחריים וגופים פרטיים. מקור הפעילות של גופים אלה יכול שיחיה בחיקוק או בהתחייבות שהדין האזרחי חל עליה, וצורת הפעילות יכולה להיות מגוונת ביותר. הפעלת חיילים בגסיבות אלה תחייב התייחסות אף לשאלות המשפטיות הנובעות מביצוע חוזים וחיקוקים.

השפעת המעורבות לענין דיני הנויקין

למעורבות של צה"ל בסכסוך עבודה יכולות להיות תוצאות לענין דיני הנויקין, הן לגבי נזק שנגרם על ידי חייל והן למק שנגרם לחייל במהלך ביצוע תפקידו. מעורבות זו תחייב קביעה מפורשת שצה"ל יהיה פטור מאחריות בנויקין עקב פעילות כזו, או, לחלופין, שהאחריות בנויקין תוטל על הגוף אשר צה"ל פעל במסגרתו. לעומת זאת, יחולו דיני הנויקין הרגילים בכל הנוגע לנזק שייגרם לחייל עקב פעילותו במעורבות צה"ל בסכסוך העבודה.

הוצאות ודמי נזק

ניתן להניח כי כתוצאה ממעורבות צה"ל בסכסוך עבודה יהיו לצה"ל הוצאות ונזקים מסוגים שונים. אף בענין זה יהיה צורך בקביעה שהגוף שבמסגרתו יפעל צה"ל יהיה חייב לשפות את צה"ל על כל הוצאה ונזק שנגרמו לו.

הסדרי חקיקה

האמור לעיל מצביע על קשיים משפטיים שונים ומגוונים הכרוכים במעורבות צה"ל בסכסוכי עבודה. בהעדר הוראות מפורשות בחוק הקיים העונות על השאלות המתעוררות עקב מעורבות זו, נראה כי פעילות צה"ל במסגרת סכסוכי עבודה – אם וכאשר יוחלט עליה בדרג הממשלתי – חייבת להיעשות על פי חקיקה של הכנסת, ולחלופין – על פי תקנות לשעת חרום שיותקנו מכוח סעיף 9 לפקודת סדרי השלטון והמשפט, התשי"ח – 1948 (לענין תקנות לשעת חרום, ר' ה' קלינגהופר, "על תקנות – שעות-חרום בישראל", ספר יובל לפנחס רחן (תשכ"ב) 86).

