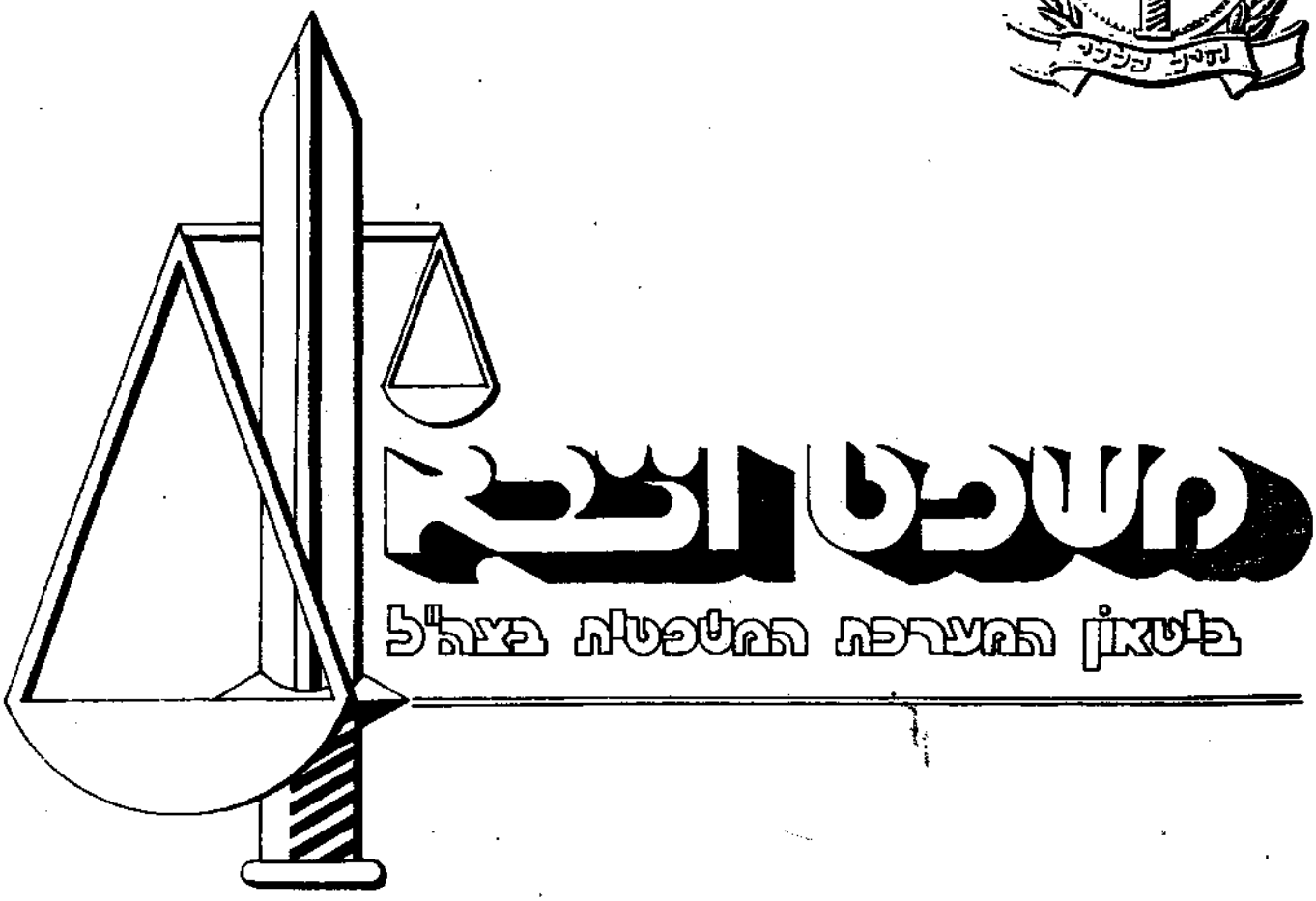
מוגבל



גיליון מס' 4 - חשון תשמ"ו - אוקטובר 1985.

הוצאת מפצ"ר

מוגבל

תוכן העניינים

עמ'

בשם אומרם

עיון ודיון

חידושי חקיקה

צו על תנאי

עמ'

הלכות פסוקות

* * *

מערכת הביטאון

אליים א. סטרשנוב, אליים ע. מודרלק, סאייל ש. מולאל, סאייל ש. הלוי
סאייל ב. אברהמי, רסיין ע. לטוביצקי, סרן מ. לינזון, סגן ש. יכיב,
סגיים ע. ויילנברגר

הודפס ע"י יעל רון

בשם אומרם

"זכותו של החשוד להיות מיוצג ע"י עורך-דין"

א. כ ל ל י

1. פתח דבר.
2. זכות היצוג על ידי עורך דין בהליכים פליליים.

ב. זכות היצוג של החשוד בחקירה.

ג. זכות הפגישה של החשוד עם עורך דין

1. כללי.
2. יישום 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 היצוג 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. ס י כ ו ם

א. כ ל ל י

1. פתח דבר

הגם שאין עוררין 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 קבועה בסעיף 22 לחוק לישכת 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 שכוונת המחוקק היא לשלול או לצמצם את זכות הייצוג".

אין בדין הישראלי תוראה דקלרטיבית בדבר זכותו של אדם להיות מיוצג על ידי עורך דין בהליכים פליליים (4).

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 היצוג של חשוד בהליכי חקירה, הלך המחוקק בעקבות פסיקתו של בית המשפט העליון (6) וקבע לאחרונה, 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 בדיון בהארכת מעצרו הכלל הוא כי החשוד זכאי להיות מיוצג על ידי עורך דין (8), הרי שלגבי הליכי החקירה מסוגיגת זכות זו ומצומצמת הרבה יותר: החשוד זכאי להיפגש עם עורך דין במהלך מעצרו ותו לא.

ב. <u>זכות הייצוג של חשוד בחקירה</u>

זכות הייצוג של החשוד בהליכי החקירה 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 בחקירתם.
3. זכותו של החשוד להיוועץ עם עורך הדין במהלך חקירתו והחזקתו במעצר.

בבג"צ 515/74 ובד"נ 13/74 <u>מפקד משטרה צבאית חוקרת נ' פלוני</u> (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 מורה 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 חקירה שכנגד כל עד שהעיד לחובתו, אלא אם כן נגבתה העדות בפני הנאשם וניתנה לו אפשרות לחקור חקירה 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 העיקרי 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 חקירה שכנגד (חקירת שתי וערב) את העדים, שהפלילו אותו, יכול החשוד לממש בצורה היעילה והטובה ביותר אך ורק בעזרתו של סנגור מיומן במלאכה זו. דברים קולעים נאמרו על ידי השופט ויתקון (12) "מלאכת 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 להיזקק לשירותו של עורך דין?"

<u>כנגד מתן זכות לחשוד כי עורך דינו יהיה נוכח במהלך החקירה המתנהלת נגדו ניתן להעלות נימוקים אלו :</u> -

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 נועד כדי 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 העדויות שהושמעו ועל פי הראיות שהובאו בפניו. לכן תינתן לנאשם בבית המשפט הזדמנות נאותה לחקור את עדי התביעה ולנסות ולהפריך עדויות אלו.

5. גורלו של האדם אינו נחרץ במהלך החקירה - החקירה היא רק הליך מקדמי ואילו ההליך הקובע הוא ההליך בבית המשפט שם מוקנית לנאשם "זכות הטיעון" במלואה.

בבג"צ 185/64 פלוני נ' שר הבריאות (13) 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 ושתיהן 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 הדיון ... הדוגמא של חקירה משטרתית תוכיח 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?" (14).

כנגד טיעונים כבדי משקל אלו לשלילת נוכחותו והשתתפותו של סנגורו של החשוד בהליכי החקירה במשטרה, ניתן להצביע על שיקולים מהותיים וחשובים לא פחות המצביעים על הצורך לאפשר לעורך דינו של החשוד ליטול חלק פעיל במהלך החקירה המשטרתית.

ראשית, אמנם גורלו 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 לשחררו ממעצר ולהפסיק 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"ץ 124/58 היועץ המשפטי נ' השופט המנהל את החקירה המוקדמת (15) 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 ..." (16).

באותו בג"ץ עמדה לדיון שאלת זכותו של מי שנגדו נוהלה חקירה מוקדמת לפי חוק לתיקון סדר הדין הפלילי (חקירת פשעים וסיבות מוות) תשי"ח - 1958 (16 א') לחקור בע"פ (חקירה שכנגד) את מוסרי ההודעות שנגבו על ידי חוקרי המשטרה ואשר נמסרו כחומר ראיות מטעם התביעה לשופט החוקר. על פי אותו חוק רשאי היה חשוד, שפרקליט מחוז החליט 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 חוסמת 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 המחוז 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 הזדמנות לחשוד לחקור את העדים שמסרו עדות במשטרה בענינו, כדי לנסות לערער ולהפריך בשלב מוקדם ככל האפשר, את חומר הראיות, שנאסף נגדו על ידי חוקרי המשטרה, וזאת במטרה לנסות ולשכנע את הרשויות המוסמכות, שאין מקום להמשיך ולנקוט בהליכים משפטיים נגדו. (16 ב').

שנית, גם הטעון האחר כי "המשפט" נערך בבית המשפט ולא במשטרה וכי להליכים הקודמים לדיון בבית המשפט אין חשיבות או שחשיבותם 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 הודאה מלאה ומפורטת באשמה המיוחסת לו. על משקלה ההוכחתי של ההודאה ועל חשיבותה להוכחת אשמתו של הנאשם אין כלל צורך להכביר במילים. זאת ועוד נוכחות הסנגור במהלך החקירה יכולה לשמש ערובה לכך שהמשטרה תנהל חקירה הוגנת (17).

בדומה שהתביעה לנוכחותו של סנגור והשתתפותו בהליכי החקירה רק הולכת וגוברת עם הקיקתו של תיקון מס' 4 לפקודת הראיות (נוסח חדש) תשל"א - 1971 (18).

בעקבות התיקון ניתן להרשיע נאשם בהסתמך על אימרות שנמסרו מחוץ לכותלי בית המשפט, כאשר אימרה אחת משמשת חיזוק לאימרה השניה (19).

כשזה המצב המשפטי מקבלת דרישתו של החשוד, כי תינתן לו ולסנגורו האפשרות לחקור חקירה נגדית את העדים מהם נגבתה עדות במשטרה, משנה תוקף (20) (21).

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 סנגורו יהיה נוכח בעת חקירתו (22).

בתי המשפט בארה"ב היו סבורים, כי אין ערך רב לזכות השתיקה המסורה לחשוד ולא לזכותו של הנאשם לסנגור בבית המשפט, אם אין נותנים לעצור את הזכות שסנגורו יהיה נוכח בחקירה המשטרתית. נוכחות מוקדמת זו של הסנגור, לדעתם, משמשת ערובה לחקירה הוגנת מצד המשטרה ולאמיתות ההודאה שנגבתה במשטרה (23).

חריג בולט לכלל בדבר אי זכותו של החשוד כי סנגורו יהיה נוכח במהלך הליכי החקירה - הוא מסדר זיהוי. בית המשפט העליון הכיר בזכותו של החשוד כי סנגורו לו זמן ע"י המשטרה ויהיה נוכח במהלך מסדר הזיהוי. בע"פ 599/77 מאירי נ' מדינת ישראל (24) נאמרו דברים קשים ביותר מפי השופט ח. כהן :

"אמת נכון הדבר שבפעמים הקודמות אשר בהן עמד בית המשפט זה ... על הצורך להזמין, את הסנגור שיהא נוכח אף במסדר תמונות ולא רק במסדר חי, הוסיף ואמר שאין במחדל להזמינו 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 הסנגור במהלך מסדר זיהוי קל להסבירה ולהבינה. הזיהוי על ידי העד המזהה הוא ראייה כבדת משקל אשר יכולה להביא להרשעת הנאשם. זוהי ראיה הנוצרת מחוץ לכותלי בית המשפט, כאשר השוטר שערך את המסדר המעיד בבית המשפט על מהלכו, למעשה מוסר עדות שמיעה.

חשיבותו של הזיהוי כראיה בבית המשפט הביא את השופטים לחייב את נוכחות הסנגור, אשר יש בה כדי לשמש ערובה לכך, שיתמלאו כל אותם כללים שקבעה הפסיקה ובהם חייב לעמוד מסדר זיהוי (25).

נוכחות עורך דין המשמשת ערובה לשמירה על כללים אלה, אין בה גם כדי לסכל את הליך הזיהוי על ידי העד המזהה, ואין בה כדי להפריע בשום צורה שהיא למהלכו התקין של מסדר הזיהוי.

ג. <u>זכות הפגישה של החשוד עם עורך הדין</u>

1. <u>כ ל ל י</u>

בדברי ההסבר להצעת החוק לתיקון החסד"פ (27) 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 <u>זכאי נ' מדינת ישראל</u> (28) אמר הנשיא שמגר כי "זכותו של עציר להפגש עם עורך דין לצורך התיילעצות מוכרת זה מכבר <u>כאחת מזכויות היסוד של האזרח</u> וחוק סדר הדין הפלילי (תיקון מס' 15) עיגן זכות זה בחוק והגדיר אותה בברור" (ההדגשה שלי - ג.ג.) זכותו של החשוד נועדה לאפשר לעורך הדין לעשות ארבעה אלה: (28 א').

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 הסנגוריה לקראת משפטו הצפוי של החשוד.

בע"פ 96/66 טאו נ' היועמ"ש (29) הסביר הנשיא (אגרנט) כי "זכותו של החשוד להיוועץ עם עורך דינו בטרם יחליט ליתן את ההודאה המבוקשת ... היא איננה אלא אספקט אחר של זכות השתיקה ..." (ההדגשה שלי - ג.ג.)

בע"פ 307/60 יאסין נ' היועמ"ש (30) נאמר כי החשש פן עשוי עורך דין להשפיע על העציר לבל ימסור הודעה למשטרה אינו מהווה סיבה למנוע את הפגישה בין השניים.

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 (30 א') 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 (30 ב') חשוד שביקש להיפגש עם עורך דין זכאי שלא להוסיף ולהשיב לשאלות אם איננו רוצה בכך. אולם אין איסור על המשטרה לקיים תצפית סמויה על תנועותיו ומעשיו של עצור או להאזין לשיחותיו (30 ג).

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 החשוד 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) הנ"ל, שכן לא היה מקום להקנות סמכות לקצין המשטרה לעכב את הפגישה לשעות ספורות כדי למנוע פגיעה בחקירה שכלל אינה נערכת.

בע"פ 533/82 זכאי נ' מדינת ישראל (31) השאיר בית המשפט בצריך עיון את השאלה : מה יהיה הדין באותם מקרים בהם לא קויימו ההוראות המבטי-חות את זכות החשוד להיפגש עם עורך דין. האם הראיות שהוגשו תוך הפרת זכות זו יהיו כשרות לשמש ראיה אם לאו?

גם אנו לא נידרש לשאלה זו, החורגת ממסגרת דיוננו 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" (32).

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 הפילי, 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 ... ולעורך דין שהעצור נקב בשמו ..." (33) (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 מעצרו ... לאדם הקרוב אליו זולת אם ביקש העצור שלא להודיע כאמור. (ב) לבקשת העצור ... תמסר הודעה גם לעורך דין שהעצור נקב בשמו".

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 שיהוי" ובכך הוכבד הנטל על המשטרה, אשר חייבת למלא את חובת 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 "ללא שיהוי" 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" בדין 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, בלבד, 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.

אנו סבורים, כי יש לתקן את החוק ולהסמיך קצין משטרה בכיר לאשר בכתב שלא תימסר ידיעה על מעצרו של אדם העצור בשל פשע אם 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. (35) על זכותו זו נעמוד ביתר הרחבה בהמשך הדברים.

קצין משטרה רשאי לעכב את הפגישה בין החשוד ובין עורך הדין למשך מספר שעות "אם הפגישה עלולה לסכל או לשבש מעצרם של חשודים נוספים באותו ענין" (36).

לדעתנו, כדי להקנות אפקטיביות לסמכות הנ"ל מוכרחים ליתן בידי קצין המשטרה סמכות משלימה לעכב את מסירת הודעה 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 סנגורו.

ג) 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 להחלץ האנשים המקורבים לו, להם כפי שהראנו נמסרת הודעה על מעצרו. ההודעה הנמסרת יללא שיהוייי לקרובים מאפשרת להם לפנות לעורך דין ולבקשו להיפגש עם החשוד ולסייע בידו.

3. תדירות זכות הפגישה

חגם שהדברים לא נאמרו במפורש בחוק, זכות הפגישה בין החשוד ובין עורך הדין איננה פוקעת ואיננה מתמצה בפגישה אחת בלבד. לדעתנו, רשאי וזכאי החשוד לחזור ולהיפגש עם סנגורו ככל שימצא לנכון. המשכות תקופת המעצר והסתעפות החקירה רק מחזקים את הצורך של החשוד להיפגש ולהיוועץ בעורך דינו, וכל אותם טעמים שלשמם הוקנתה זכות זו, ואשר פרטנו אותם לעיל, אינם חדלים להתקיים לאחר המפגש הראשון.

ד. החריגים לזכות הפגישה

1. כ ל ל י

זכותו של החשוד להיפגש עם עורך דינו ולהיוועץ בו, אינו כלל אבסולוטי, שורה של חריגים מצמצמים את הכלל ונוגסים בו (38).

חריג ראשון

הגבלה בבחירת עו"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 כסנגור לפי סעיף 318 לחוק השיפוט הצבאי (39).

כך גם בסעיף 28 (ב) לחסד"פ נאמר במפורש "לבקשתו של העצור ובכפוף לאמור בסעיף 14 תימסר ההודעה ... גם לעורך דין שהעצור נקב בשמו". (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 סנגורו לפרקי זמן מסויימים.

ניתן לדחות את הפגישה לשעות ספורות אם החשוד נמצא בהליכי חקירה ואי דחיית הפגישה עלול לסכל את החקירה או לשבש מעצרם של חשודים נוספים באותו ענין (40).

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 החקירה מותר לקצין המשטרה להורות בהחלטה מנומקת בכתב שפגישת העצור עם עורך דינו תידחה במספר שעות.

באשר לעילה השניה, נקט המחוקק במינוח רחב יותר, אין זה תנאי שהפגישה הצפויה בין החשוד לסנגורו עלולה לסכל מעצרם של החשודים האחרים ודי בכך שהיא עלולה לשבש מעצר זה (41).

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 הודאות לגבי הפגיעה הצפויה חייבת להיות גבוהה חרבה יותר. רק אם שוכנע (קצין משטרה) שהדבר דרוש כדי להבטיח את אחת המטרות הנ"ל רשאי הוא להפעיל את סמכותו (42), בהחלטה המנומקת של קצין המשטרה עליו לציין את העילה להפעלת הסמכות, ולעצור נתונה הזכות לקרוא את ההחלטה (43).

חריג רביעי

שלילת פגישות נוספות - בידי "ממונה על החקירה" סמכות להחליט לא לאפשר פגישה בין חשוד לסנגורו למשך תקופה של שבעת ימים, אם סבר שהדבר דרוש מטעמים של בטחון המדינה או שטובת החקירה מחייבת זאת (44).

"רשות מאשרת" רשאית להאריך תקופה זו למשך שמונה ימים נוספים (45). סמכות זו המסורה בידי "ממונה על חקירה" ו"רשות מאשרת" חלה רק כלפי חשודים בביצוע עבירות בעלות אופי בטחוני המפורטות בסעיף 29 (ו) לחסד"פ. החלטה של "ממונה על חקירה" ושל "רשות מאשרת" חייבת להיות בכתב. אולם בשונה מהחלטתו של קצין משטרה (לשלול את זכות הפגישה למשך 48 שעות) אין היא צריכה להיות מנומקת.

בעוד שממונה 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" היא גבוהה יותר והסיבה לכך ברורה: ככל שהימים נוקפים כך הולכת וגדלה הפגיעה בזכותו של החשוד ולכן הרשות המחליטה חייבת להיות זהירה יותר בהחלטותיה.

חריג חמישי

שלילת זכות הפגישה בין חשוד ועו"ד ע"י שופט - שופט בית משפט מחוזי רשאי להרשות שעצור בשל פשע לא יפגש עם עורך דין (46).

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 (47). 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 החל-טתו מחדש כל 48 שעות. יחד עם זאת, השופט מוסמך לצוות, כאמור לעיל, רק אם שר הבטחון אישר בכתב שבטחון המדינה מחייב זאת (48).

יוצא אלפוא, 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. <u>העילות השונות</u>

כפי שפרטנו לעיל נתן המחוקק 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.

מתברר כי אין אחדות לגבי העילות וקשה להסביר מדוע בחר המחוקק להגביל את סמכותו של האחד לעילות אלה ואת סמכותו של השני הגביל לעילות אחרות. העילות המצדיקות את הפגיעה בזכותו של החשוד להיפגש עם עורך דינו ולהיוועץ בו הן אלה : -

א) טובת החקירה.

ב) מניעת פגיעה במעצרם של חשודים אחרים.

ג) שמירה על בטחון המדינה.

ד) הגנה על חיי אדם.

ה) סיכול פשע.

כך מתברר ש"טובת החקירה" איננה סיבה טובה, אשר מכוחה רשאי קצין משטרה למנוע מחשוד להיפגש עם עורך דין למשך תקופה של 48 שעות ממעצרו. לעומת זאת שופט בית משפט מחוזי 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 במעצרם של חשודים אחרים באותו ענין. לדעתנו, קשה מבחינה ענייבית להגן על אי אחידות זו ואנו סבורים כי יש מקום לחשוב על תיקון החוק בנקודה זו.

3. <u>היחס בין הסמכויות השונות</u>

פרטנו את בעלי התפקידים ואת הסמכויות השונות הנתונות בידם להגביל את זכותו של החשוד להיפגש עם עורך דינו. מאחר שמדובר במיגוון 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 חמישה עשר הימים האמורים בסעיף קטן זה".

סעיף 29 (ו) לחסד"פ דן, כזכור, באותן עברות 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 (49) וראינו כי מכוחן ניתן למנוע את הפגישה בין חשוד לסנגורו למשך תקופה של 15 ימים. ניתן אם כן לעכב את זכות הפגישה ל-15 ימים ע"פ החלטות של ממונה על החקירה ורשות מאשרת ואח"כ להוסיף ולמנוע את הפגישה בין השניים לתקופה נוספת בת 15 ימים באישורו של שופט בית המשפט המחוזי.

לעומת זאת, לגבי הסמכות של קצין משטרה לדחות את הפגישה בין החשוד לסנגור למשך 48 שעות אין אנו מוצאים הוראה 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 יבאו 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 ואח"כ 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 תוקפו 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 את דחיית הפגישה בין החשוד לעורך הדין למשך מספר ימים נוספים.

ד) שופט בית המשפט המחוזי הורשה למשטרה למנוע מהעצור להיפגש עם עורך דינו למשך תקופה של 15 ימים הצופים. בכך מצאת השופט את מלוא סמכותו הנתונה לו על פי החוק. עם חלוף התקופה הנ"ל מחליט "הממונה על החקירה" לאסור על העצור להיפגש עם סנגורו למשך 7 ימים נוספים.

בשתי הסיטואציות הראשונות יחרגו "הממונה על החקירה" ו"הרשות המאשרת" מסמכותם אם יורו על המשך שלילת זכות הפגישה של העצור עם סנגורו. 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 יושר 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 מכות החלטה של הרשות המינהלית("הממונה על החקירה" ו"הרשות המאשרת") ואח"כ 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.

המערערים 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. בבג"צ 128/84 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 דין" (50).

בשל העדרת של תרופה אחרת נובע מכאן, כי מי שמלין על דחיית פגישה עם עורך דין לפי סעיף 29 (ו) רשאי להביא ענינו לפני בית המשפט הגבוה לצדק וזו הדרך הדיונית הבאותה לכך (51). יתכן שבסופו של דבר השיקול המכריע את הכף נגד הפעלת מצטברת זו של שתי הסמכויות קודם של שופט בית המשפט המחוזי ואח"כ של הממונה על החקירה והרשות המאשרת, הוא כי אנו עוסקים בהוראות הפוגעות ב"כלל הגדול כי עצור זכאי להפגש עם עורך דין ולהיוועץ בו" (52) 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.

4. <u>מועד הפעלת הסמכות</u>

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 העבירות המנויות בסעיף 29 (ו) נפגש עם עורך דינו מיד לאחר מעצרו. העבור חמישה ימים מחליט הממונה על החקירה לאסור על העצור להיפגש עם סנגורו למשך תקופה של שישה ימים (53). 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 מיעילותה 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, הסת-עפותה, מעצרם של חשודים נוספים ועוד. אנו סבורים שבכלל ניתן להפעיל את הסמכויות גם לאחר שחלף פרק זמן מסויים מאז מעצרו של החשוד.

באשר לסמכותו של קצין משטרה לדחות את הפגישה למספר שעות אם העצור נמצא בהליכי חקירה והפסקת ההליכים עלולה לסכל התקירה, אין כלל ספק שסמכות זו ניתנת להפעלה כל אימת שמתעורר הצורך (54).

הוא הדין גם ביחס לסמכויות האחרות, לשון החוק בענין זה איננה ברורה ואיננה חד משמעית. לדעתנו, השיקול 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 מעצרם. 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 "ממונה על החקירה" מפעיל את סמכותו רק ביום הששה עשר למעצרו של החשוד. הפעלת הסמכות במקרה כזה איננה נקיה מספק, אילו היתה מופעלת הסמכות מיד עם מעצרו של החשוד, ברור כי ביום השישה עשר למעצר היה מתרוקן כבר הממונה על החקירה מסמכותו ולא היה בכוחו למנוע מן העצור להיפגש עם סנגורו.

לכן, לדעתנו, הכלל הנכון הוא זה : ניתן להפעיל את הסמכות גם לאחר שחלפה תקופה מסויימת 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 העצור להיפגש עם סנגורו, 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 (55).

ב) "ממונה על חקירה" שלל את זכות הפגישה למשך חמישה עשר ימים רצופים אח"כ ניפגש העצור עם עורך דינו מספר פעמים והעבור 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 (55 א').

ה. <u>ההליכים בבית המשפט</u>

1. <u>כ ל ל י</u>

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. <u>זכות הייצוג בהליכים פליליים</u>

גם עצור שאיננו רשאי להיפגש עם עורך דין זכאי להיות מיוצג על ידי עורך דין בבית המשפט בדיון בעניין מעצרו.

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 (56): 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, המצוות בו, משתמע ברורות, שכוונת המחוקק היא לשלול או לצמצם את זכות הייצוג.

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. יתה כפר הוא הנכון, מהוראת סעיף 29(ח) לחסד"פ ניתן ללמוד, כי המחוקק היה סבור כי זכות הייצוג ע"י עורך דין בבית המשפט נתונה לחשוד ובידי למלאה תוכן ולאפשר עורך הדין לעשות מלאכתו באמונה. קבע כי עצור שקצין משטרה שלל ממנו את זכות הפגישה עם סניגורו למשך 48 שעות זכאי להיפגש עם עורך דין לפני שיובא לבית המשפט בענין מעצרו. אילו המחוקק היה סבור כי העצור איננו זכאי להיות מיוצג על ידי עורך דין בבית המשפט לא היה בוחר לעצור זכות להיפגש עם עורך הדין בסמוך למועד ההדיון בבית המשפט. גם מהבחינה העניינית אין הצדקה לשלילת זכות הייצוג בבית המשפט. תזקה על עורך דין כי ידע לכבד צו של רשות מינהלית או שיפוטית ולא לנצל את הדיון בבית המשפט כדי לעקוף את איסור הפגישה בינו ובין מרשו.

בבג"צ 193/67 <u>קהוגיי נ' נציב בתי הסוהר</u> (38) הסביר השופט לנדוי, כי זכות הייצוג היא הזכות העיקרית, ואילו זכות הביקור של עורך הדין אצל מרשו טפלה לה. אבו 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 <u>מדינת ישראל נ' אלמוצי</u> (59).

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.

חשוד שזכותו להיפגש עם סנגור נשללה ממנו על ידי "ממונה על החקירה" או שופט בית משפט מחוזי איננו זכאי לדרוש ולתבוע מהמשטרה לאפשר לו להיפגש עם עורך דין קודם לעריכת הדיון בענין מעצרו בבית המשפט (61-60).

מקרה מיוחד בו בדרך כלל, שלילת זכות הפגישה עם סנגור 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 להתקיים 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 (62).

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 (63) מקנה סמכות לייקצין משטרה בכיר לצוות על מעצרו של אדם החשוד בעבירה לפי סימנים ב' ו-ד' לתקופה של חמישה עשר ימים בטרם יובא לפני שופט". העבירות לפי סימנים ב' ו-ד' 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 הנ"ל בפני שופט וכן לשלול למשך אותו פרק זמן את זכותו של העצור להיפגש עם עורך דין.

3. <u>פומביות הדיון</u>

כלל הוא כי בית המשפט ידון בפומבי. כך נקבע בסעיף 68 לחוק בתי המשפט (נוסח משולב) תשמ"ד - 1984 (64) וכך גם נקבע בחוק השיפוט הצבאי (65). גם לכלל זה יש חריגים; בית המשפט רשאי לדון בענין מסויים כולו או מקצתו בדלתיים סגורות אם ראה צורך לכך והתקיימה אחת 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 הדן בדין. (66) אולם בעוד שבמהלך הדיון במשפט עצמו ניתן להורות על שמיעת הדיון בדלתיים סגורות, רק אם התקיימה אחת מהעילות המנויות בחוק, הרי בהליכי ביניים ובכלל זה הליכי מעצר ושחרור בערובה רשאי השופט להחליט, כי הדיון יערך בדלתיים סגורות אם מצא זאת לנכון בין אם התקיימה אחת העילות המוכרות בחוק, ובין אם לאו. העובדה, כי נשללה מהעצור 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 אחרת יתנהל הדיון בפומבי. בידי בית המשפט מסור שיקול דעת מלא ועצמאי והחלטותיו של קציין משטרה, "ממונה על חקירה" ו"רשות מאשרת" אך שופט בית משפט מחוזי אינו יכולות לכבול את ידיו של השופט. השיקול של "טובת החקירה" הקיים בשלב המעצר 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 מהעצור להיפגש עם עורך דינו מטעמים של טובת החקירה יכולה להילקח בחשבון על ידי השופט הדן במעצרו של החשוד.

ו. ביקורת שיפוטית

1. סמכות הערעור על החלטה של רשות מינהלית

חשוד המבקש להביא לביטולה של החלטה לשלול ממנו את זכותו להיפגש עם עורך דין אל מי עליו לפנות? מיהו הרשות השיפוטית המוסמכת להעביר תחת שבט ביקורתה את ההחלטה למנוע את הפגישה בין החשוד לעורך הדין? (67) 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 (68). לעומת זאת בפסק דין אחר של בית המשפט העליון אלמוני (69) היתה סבורה השופטת נתניהו כי בית המשפט הדן בשאלת מעצרו של החשוד הוא המוסד המתאים לדון גם בהחלטה בענין הפגישה בין החשוד ועורך הדין. לדעתנו, ניתן לישב את הסתירה הלכאורית בין שני פסקי הדין הנ"ל. בענין זבאי, ביקשו עורכי הדין להיפגש עם החשודים עוד בטרם נזקקה המשטרה לפנות לבית המשפט בבקשה להאריך את מעצרם של החשודים.

כך למשל, בעבירות בטחוניות מסויימות (70) 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 המשטרה מביאה את החשוד לבית המשפט ומבקשת להאריך מעצרו ובאותה הזדמנות מבקש הסנגור כי בית המשפט יתערב וישנה את ההחלטה המינהלית האוסרת על לקוחו להיפגש עימו (71).

שאלה אחרת המתעוררת לאור הלכת פלוני היא אם נשמרת בידי בית המשפט הדן בשאלת מעצרו של החשוד הסמכות לדון בענין "זכות הפגישה בין החשוד ועורך דינו", גם בפרקי הזמן שבין דיון בהארכת מעצר אחד למישנהו ושלא אגב בקשת שחרור בערובה?

2. סמכות עירעור על החלטה של בית משפט מחוזי

שופט בית משפט מחוזי מוסמך לשלול את "זכות הפגישה" בין החשוד לעורך דין.

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. (72) האם יש בכך כדי ללמד על כוונת המחוקק ליצור "הסדר שלילי"?

בע"פ 74/52 גורביץ נ' וירזרה (73) נאמר כי: "אין זכות ערעור אלא אם היא מוענקת ע"י החוק התרות ובאופן מפורש ולא מכללא" (74).

בחוק יסוד: השפיטה (75) נקבע בסעיף 17 כי פסק דין של בית משפט בערכאה ראשונה ניתן לערעור בזכות..." (76).

על פי הפסיקה "פסק דין" הוא החלטה שעם הינתנה תמה מלאכתו של השופט ואילו אם הדיון בתיק טרם נסתיים אזי מדובר ב"החלטה אחרת" (77) (78).

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 (79) (80).

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. <u>האם ניתן לתקוף את החלטת שופט בית משפט מחוזי על דרך הגשת עתירה לבג"צ?</u> (בהנחה שלא ניתן לערער לבית המשפט העליון)

בבג"צ 307/51 לאלו נ' שופט ביהמ"ש המחוזי (81) נדונה סיטואציה דומה. שם לא התייצב העותר לבית המשפט כדי למסור עדות ומכלל הוראה שבדין הרשיעו בית המשפט בגין אי התייצבות זו והטיל עליו לשלם קנס.

דעת הרוב (השופטים אולשין וחשין) היו סבורים כי בג"צ אינו מוסמך לדון בעתירה ולהעביר תחת שבט ביקורתו את החלטת בית המשפט המחוזי וזאת 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". (82) (83).

סעיפים 15 (ג) ו(ד) לחוק יסוד: השפיטה, הדנים בסמכותו 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 (84).

ג. <u>סיכומו של דבר</u>: 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 (85).

ז. <u>זכות הפגישה עם עורך דין בהליכים לפי חש"צ</u>

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 הכלליים. בסעיף 460 נקבע כי "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 איננה מסייעת בהרבה, שכן ענייננו 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 איננה 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, הנזכרים 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 ביושבו בבית משפט גבוה לצדק מכאן ניתן אולי להסיק כי סמכותו של שופט בית משפט מחוזי איננה משתרעת גם על עצורים צבאיים והסמכות נתונה לחלופו הצבאי. סברה שאינה מאפשרת מתן דריסת רגל למערכת השיפוט האזרחית בתחומית של מערכת השיפוט הצבאית עומדת 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. <u>ס י כ ו ם</u>

במאמרנו זה ביסינו לעמוד על זכותו של החשוד להיות מיוצג על ידי עורך דין בהליכים פליליים, כללית 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 דין במקום מעצרו, זכה להסדר חקיקתי מפורט (87). הסדר זה הינו חדש וטרם זכה לדיון מעמיק בפסיקה ובספרות המשפטית אף כי פסקי הדין בענין <u>אלמוני</u> (88) <u>חזן</u> (89) <u>וזכאי</u> (90), 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.

ראה הערות שוליים בדף הבא

1. ס"ח תשט"ו מס' 171,189.

2. ס"ח תשכ"א מס' 178,347.

3. ד"נ 13/74 מפקד משטרה צבאית חוקרת ואח' נ' פלוני פ"ד ל(3) 617.

4. השווה, א. הרנון, הגנה משפטית לנאשמים וחשודים, משפטים ד 567, 569 :
"אולם חסרה הוראה בסיסית שתקבע את הזכות היסודית של נאשם וחשוד לסנגור. בכמה מדינות בעלות קונסטיטוציה כוללת החוקה הוראה מפורשת של זכות לסנגור, 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"

5. על זכותו של נאשם להיות מיוצג בבית משפט ניתן ללמוד מהוראות סעיפים 13-20 לחוק סדר הדין הפלילי (נוסח משולב) תשמ"ב - 1982, ס"ח תשמ"ב, מס' 43,1043 (להלן: חסד"פ)
בחוק 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 סנגור צבאי.

ב) לבחור לו סנגור עורך דין שאושר לשמש סנגור לפני בתי דין צבאיים לפי סעיף 318".

בבג"צ 517/74 פלוני נ' מפקד משטרה צבאית חוקרת ואח' י"ד רט' (2) 169 הביע השופט ויתקון דעה אחרת ביחס למשמעותו של הסעיף 316 (א). לדעתו: "...ההסדר שנקבע בסעיפים 316 - 323 לחוק השיפוט הצבאי לענין לימוד סנגוריה בפני בית דין צבאי ושופט חוקר לא בא, בעצם, להעניק לנאשם זכות ליצוג על ידי עורך דין בהליכים מסויימים. כוונתם של הוראות אלו היא לצמצם את חוג הסנגורים, הרשאים לשמש בתור שכאלה, במסגרת זו...".

6. ע"פ 307/60 יאסין נ' היועמ"ש פ"ד יז 1541, 1570.
בג"צ 193/67 קהוו"ל נ' נציב בתי הסוהר ואח' פ"ד כט (1) 183.
ע"פ 115/82 מועדי ואח' נ' 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 מסעי-פים 14 ו-29 (ה) לחסד"פ.

סעיף 14 לחוק קובע "אישר 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 כסנגור לפי סעיף 318 לחוק השיפוט הצבאי תשט"ו - 1955" (ההדגשה שלי - ג.ג.) על פי הוראת 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 באמור כדי לגרוע מזכותו של עצור שביקש זאת, שתינתן לו הזדמנות סבירה להיפגש עם עורך דין לפני שיובא 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 בדיון בהארכת מעצרו. הפגישה בין השניים נועדה לאפשר לעורך הדין להכין עצמו לקראת הדיון בבית המשפט בענין מעצרו של החשוד. על זכות הייצוג בהליכי מעצר ושחרור של חשוד ניתן ללמוד גם מהוראת סעיף 316 (כ) לחש"צ לפיה "אדם שמתנהלת לגביו בדיקה או חקירה לפי סעיף 251 לא יהיה זכאי להיות מיוצג בענין הנוגע למעצרו... אלא על ידי סנגור צבאי או על ידי עורך דין שאושר באישור בלתי מסוייג".

9. ראה הערות 3 ו-7 לעיל.

10. המחוקק נקט בלשון "נאשם" אולם אין ספק כי הכוונה היא ל"חשוד".

11. שם, בעמ' 621.

12. בג"צ 515/74 פלוני נ' מפקד משטרה צבאית חוקרת, פ"ד כט (2) 169, 174.

13. בג"צ 185/64 פלוני נ' שר הבריאות, פ"ד יט (1) 122, 127, 128.

14. שם, בעמ' 127.

15. בג"צ 124/58 היועץ המשפטי לממשלה נ' השופט המנהל את החקירה המוקדמת ואח' פ"ד יג 5.

16. שם, בעמ' 23.

16.א. ס"ח תש"ח מס' 242, 54.

16.ב. סעיפים 5, 8, 9, ו-14 לחסד"פ.

17. השווה א' הרנון, הערה 4 לעיל, בעמ' 573.

18. ס"ח תש"ם, מס' 958, 58.

19. ע"פ 553/81 כלבוני נ' מדינת ישראל פ"ד לו (2) 748, 750.

20. סעיף 15 לחסד"פ מביא לידי ביטוי השקפה זו. הוראת 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 המחוקק את בית המשפט למנות לחשוד סנגור.

21. מעניין להשוות את זכותו שלהחשוד 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 הועדה אם בעצמו ואם ע"י עורך דין, להשמיע דברו ולחקור עדים, אף אם כבר העידו לפני כן".

22. ESCODEDO V ILINQIS (1964) 378 U.S. 478 MIRDNDA V ARIZONA (1966) 384 U.S. 436 הוראה גם ד' ליבאי, דיני מעצר וחיפוש, הוצאת שוקן, 182-184.

23. א. הרנון, הערה 4 לעיל, בעמ' 573.

24. ע"פ 559/77 מאירי נ' מדינת ישראל, פ"ד לב (2), 180.

25. ע"פ 648/77 קדיב נ' מדינת ישראל, פ"ד לב (2) 729.

26. בע/244/84 טור' רועי נ' התצ"ר, התעוררה השאלה האם מצ"ח צריכה להמתין עד שהחשוד יצליח להעמיד לו סנגור בטרם תערוך מסדר זיהוי והאם על מצ"ח מיוז-מתה להעמיד לחשוד סנגור? 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, העמיד הסנגוריה הצבאית אדם מטעמה שיפקח על המסדר.

27. ה"ח 1508, התשמ"א - 1981.

28. ד' ליבאי, הערה 22 לעיל, בעמ' 187, 188.

29. ע"פ 96/66 טאו נ' היועמ"ש פ"ד כ (2) 539, 564.

30. ע"פ 307/60 יאסין ואח' נ' היועמ"ש פ"ד יז 1541, 1570.

30א. ע"פ 532/82 (ב"ש 564/83, 565) זכאי נ' מדינת ישראל, פ"ד לח (3) 57.

30ב. שם, בעמ' 478.

31. הערה 30 א' לעיל, בעמ' 68.

32. סעיף 28 (א) לחסד"פ.

33. סעיף 27 לחוק סדר הדין הפלילי, תשכ"ה - 1965, ס"ח 458, 163.

34. פורסם בס"ח תשמ"א מס' 1019, 192.

35. ראה סעיף 29 (ה) לחסד"פ.

36. ראה סעיף 29 (ד) לחסד"פ.

37. בסעיף 29 (ד) לחסד"פ נאמר כי על מי שעצור בחשד לביצוע עבירות נגד בטחון המדינה (כמפורט באותו סעיף) לא תחול הוראת סעיף 28 (ב) הקובעת את זכותו של החשוד שתימסר 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 המחייבת תיקון כך שיקבע במפורש כי במקביל לשלילת זכות הפגישה, רשאים "הממונה על החקירה" ו"הרשות המאשרת" לשלול את זכותו של החשוד שתמסר הודעה על מעצרו לעורך דין.

38. 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 ההוראה המיוחדת כאמור באחד מחלקיו הנ"ל של סעיף 29 והוא כמובן בגבולות שנקבעו שם".

39. סעיף 29 (ד) לחסד"פ.

39. סעיף 14 לחסד"פ.

40. סעיף 49 (ד) לחסד"פ.

41. על הפרשנות המצרה והדווקנית של מונחים בסעיפים 29 ו-30 לחסד"פ ניתן ללמוד מפסה"ד בענין בג"צ 128/84 הנ"ל.

42. בענין חזן, הערה 38 לעיל בעמ' 27 נאמר: "הוות אומר, לא מספיק שהדבר נוח או מועיל או רצוי, כי הביטוי "דרוש" בא להצביע על זיקה של צורך בין ההחלטה לבין הטעם המונח ביסודה. מבחינה זו מקביל ביטוי דרוש למונח "NECESSARY" שהובא בתקנה 108 לתקנות ההגנה שעת חרום".

43. בג"צ 128/84, שם, בעמ' 27.

44. 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 .

45. "ממונה על חקירה" אחד מאלה 1) קצין משטרה בדרגת סגן ניצב ומעלה שהסמיכו לכך המפכ"ל 2) ראש צוות חוקרים 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.

46. סעיף 30 לחסד"פ.

47. סעיפים 30 (א) ו-(ב) לחסד"פ.

48. סעיף 30 (ג) לחסד"פ.

49. ראה הערה 44, לעיל.

50. שם, שם.

51. 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 עליה. עו"ד גב' 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 תנ"ל בין בהליכי מעצר או בהליכים אחרים. איננו רואה מניעה לכך ששאלה זו תובא לעיונו ולדיונו של בית משפט שלום שהחליט בדבר המעצר".

52. ראה ענין חזן, הערת 38 לעיל, בעמ' 26.

53. דוגמאות נוספות להמחשת הבעייתיות : -

א. עצור החשוד כביצוע אחת העבירות המנויות בסעיף 29 (ו) נפגש עם סנגורו 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 סנגורו. לאחר חלוף מספר ימים נוספים פונה המשטרה לשופט בית משפט מחוזי ומבקשת בי תורשה למנוע את פגישתו של החשוד עם סנגורו 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 סנגורו וכעבור שבועיים פונה המשטרה לשופט בית המשפט המחוזי ומבקשת אותו להרשות לה למנוע כל פגישה בין העצור לבין סנגורו למשך חמישה עשר ימים נוספים.

ד. סנגורו של החשוד פונה ביום העשירי למעצרו של מרשהו לאחר שנפגש עימו כמה פעמים ומבקש לפגשו, קצין משטרה מודיעו כי החשוד נמצא בחקירה וכי הפגישה תדחה לשעות ספורות.

54. ראה ענין מועדי, הערה 6 לעיל, עמ' 229, 230.

55. לדעתנו, הכלל הנ"ל חל גם ביחס למקרים בהם הופעלה הסמכות מיד עם מעצרו של החשוד, אה"כ ניתן לעצור להיפגש עם סנגורו ובשלב מאוחר יותר התעורר מחדש הצורך לשלול את זכות הפגישה כפי שהדבר מתואר בדוגמא ב'.

55.א. מקרה בעיתי אחר הוא, כאשר מבקשים למנוע מחשוד בביצוע אחת העבירות המנויות בסעיף 29 (ו) לחסד"פ להיפגש עם עורך דין החל מהיום השמיני 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 מאריכה וספק אם היא מוסמכת לפעול כשלא המתקבלה החלטה קודמת על ידי "הממונה על החקיר".

56. ראה חלק ב' סעיף 1.

57. ענין פלוני, הערה 3 לעיל, בעמ' 622.

58. ענין קהלוגיל, הערה 6 לעיל, בעמ' 185.

59. בג"ש 832/82 מדינת ישראל נ' אלמוני פ"ד לו (4) 775, וראה דיון מעמיק בסוגיה במאמרו של ראיק גרגוריה, זכויות היתר של משטרת ישראל בענינו מעצר חשודים ומפגש עם סנגור, הפרקליט לו 92.

60. זכות זו אינה נזכרת בסעיפים 29 (ו) ו-30 לחסד"פ וכן בתקנות סדר הדין הפלילי (פגישת העצור עם עורך דין).

61. כך גם פסקה כבי' השופטת נתניהו בענין אלמוני, הערה 51 לעיל, שופט בית המשפט המחוזי, כבי' השופט אברמוביץ, היה סבור אחרת.

62. 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 שמימלא נודע דבר מעצרו של החשוד מה טעם למנוע ממנו ליוצגו בבית המשפט?

63. פורסם בס"ת מס' 864, 223.

64. פורסם ס"ח 1123, 195.

65. סעיפים 324 ו-325 לחש"צ.

66. ראה בג"צ עומר נ' שופט שלום ראשי פ"ד כא (1) 405.

67. השווה עם הוראות חוק סמכויות שעת חרום (מעצרים) תשל"ט - 1979, ס"ח תשל"ט 76, מכוחן הוסמך נשיא בית המשפט המחוזי לבקר את החלטת הרשות המינהלית לשים אדם במעצר ללא עריכת משפט.

68. ראה ענין חזן, הערה 38, לעיל.

69. ראה ענין אלמוני, הערה 51, לעיל.

70. ראה הערה 62 לעיל.

71. ספק אם הילכת פלוני מבוססת מבחינה משפטית. מהיכן נוטל בית המשפט את הסמכות לבקר 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.

72. השווה עם חוק סמכויות שעת חרום (מעצרים) תשל"ט - 1979. שם בסעיף 7 נקבעת זכות ערעור לבית משפט העליון שידון בשופט יחיד. ראה גם בחסד"פ, סעיף 38 (ערעור על החלטה בנוגע למעצר), סעיף 112 (ערעור של מי שהוזמן להעיד).

73. ע"פ 74/52 גורביץ נ' וירזנה פ"ד ז 201, 207 וראה גם ע"פ 130/51 ברקוביץ נ' היועץ המשפטי לממשלה פ"ד ו 467.

74. שם נדונה זכותו של מגיש קובלנה פרטית לערעור על החלטת בית המשפט.

75. ס"ח תשמ"ד מס' 1110, 78.

76. 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 אזרחי ... ניתנים לערעור לפני בית משפט העליון".

77. ראה ר"ע 75/83 בן דב נ' שטלגרובר פ"ד לז (1) 587; ע"א 680/79 אוסטריכר עו"ד נ' איילון פ"ד לד (4) 11.

78. ההבחנה בין "פסק דין" ל"החלטה אחרת" התעוררה בפסיקה רק ביחס לענינים אזרחיים.

79. 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 העצור וגם מטעם זה מן הדין לראות את ההחלטה "כפסק דין".

80. 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 בשנית?

81. בג"צ 307/51 לאלו נ' שופט בית המשפט המחוזי פ"ד ו' 1062.

82. שם, בעמ' 1075.

83. גם על פי דעת המיעוט סמכות כג"צ מוגבלת והוא מוסמך להתערב רק באותן החל-טות שהן לוקות "בפגם כה יסודי עד כדי הפיכתך לאפס". ואילו היקף העילות המשמשות יסוד להתערבות ערכאת ערעור הוא רחב הרבה יותר.

84. סעיף 15 (ד) (3) זו לשונו: "לתת צווים לבתי משפט ... למעט בתי משפט שחוק זה דן בהם ... ולבטל דיון או החלטה שניתנה שלא כדין" (ההדגשה שלי - ג.ג.).

85. השווה ע"פ 406/74 והב נ' מדינת ישראל פ"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.

86. ראה הערה 28, לעיל.

87. ראה סעיפים 28-30 לחסד"פ.

88. ראה הערה 51, לעיל.

89. ראה הערה 38, לעיל.

90. ראה הערה 28 לעיל.

סגן גיל גרשוני

"מתינות ורציונליות בהחלטות שיפוטיות"

הקדמה

בוויכוח הנצחי על אקטיביזם שיפוטי ישנם רבים שהיו רוצים לעשות את בתי המשפט לחוד החנית במאבק לתמורה ולקידמה. בין אלה ישנם אחדים המרבים להתלונן על שמרנותם היתרה של בתי המשפט ועל סירובם הכמעט עקרוני לפרוץ דרך אידיאולוגית לשום כיוון.

ברשימה קצרה זו אציג את התיזה, כי בהתקיים תנאי מסויים, מתינותם של בתי המשפט הינה פשוטה כמשמעה, מחוייבת המציאות. תנאי זה קרוי "חד שיאיות", והוא יוגדר בפרוטרוט בהמשך. לעומת זאת, כאשר תנאי חד השיאיות איננו מתקיים, יכול בית המשפט להתחלף מעמדותיו ה"מתונות", ולפרוץ דרך, כביכול, לכיוון זה או לכיוון אחר, למרבית הצער, השלכה על תכונת המתינות השיפוטית מלווה במחיר כבד: בית המשפט מגיע להכרעות שאינן יכולות להיחשב כ"רציונאליות". מטבע הדברים היריעה הצרה האפשרית במסגרת אכסניה זו מחייבת קיצור הלשון ורבים מן הארגומנטים מובאים על קצה המזלג. ניתוחים רחבים יותר של בעיות דומות מצויים בשפע בספרות הכלכלית.

פרק ראשון

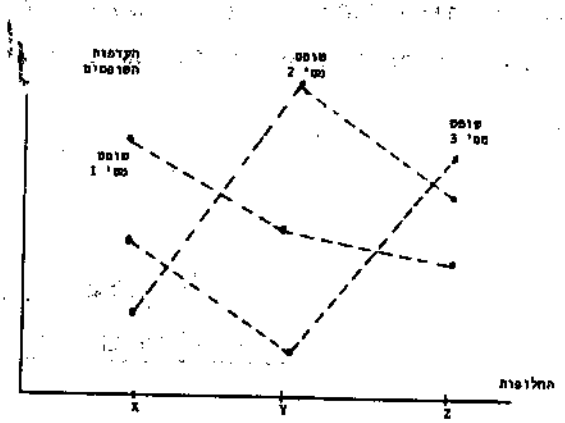
מהי חד שיאיות?

נניח כי מותב פלוני היושב בשלושה חייב לבחור באחת מתוך שלוש חלופות לפסק הדין; החלופות תכוננה X Y ו-Z. נניח כי החלופה הרצויה ביותר לשופט מס' 1 היא X; החלופה Y נראית לו פחות, ואילו החלופה Z היא בעיניו הגרועה ביותר. נניח כי שופט מס' 2 מעדיף את Y על Z ואת Z על X, ואילו שופט מס' 3 מעדיף את Z על X על Y. נסמן את "פרופיל" ההעדפות של שלושת השופטים, כפי שתואר לעיל, בטבלה מס' 1.

טבלה מס' 1

שופט מס'	העדפות
1	X > Y > Z
2	Y > Z > X
3	Z > X > Y

נעתיק עתה את הכתוב בטבלה אל הציור הבא :



החלופות X, Y ו-Z סומנו לאורך הציר האופקי. רמת ההעדפה של כל אחד מן השופטים נמדדת לאורך הציר האנכי. לגרף המתאר את העדפותיו של השופט הראשון יש רק שיא אחד (ב-X), וממנו משתפל הגרף ל-Y ואחר כך ל-Z. גם לגרף המתאר את העדפותיו של השופט השני יש רק שיא אחד. שיא זה ממוקם ב-Y וממנו משתפל הגרף ימינה ל-Z ושמאלה ל-X. גם העדפותיו של השופט זה הן אם כן "חד שיאיות". לעומת זאת העדפו-תיו של השופט השלישי אינן חד שיאיות. הנקודה הגבוהה ביותר בגראף העדפותיו היא ב-Z. משם משתפל הגרף שמאלה ל-Y, אך לאחר מכן הוא חוזר ומטפס לשיא נוסף ב-X.

הואיל והעדפותיו של אחד מן השופטים אינן חד שיאות, נתייחס אל הפרופיל השיפוטי כולו, כפרופיל שאינו מקיים את תכונת חד השיאיות. ודוק: גם אם ישונה סידור

האלטרנטיבה X, Y ו-Z לאורך הציר האופקי תמיד ימצא לפחות שופט אחד שגרף העד-פותיו לא יקיים את תכונת החד שיאיות. מאידך גיסא, אילו שינה שופט מס' 3 את עמדותיו, והיה מעדיף את Z על Y על X, כי אז גם העדפותיו היו מקבלות את תכונת חד השיאיות (השיא היחיד היה ממוקם ב-Z) ואז ניתן היה להתייחס אל הפרופיל כולו כאל פרופיל חד שיאי.

ועתה נגדיר: אם קיים סידור כלשהו של האלטרנטיבות, X, Y ו-Z על פני הציר האופקי, המאפשר את תאורן הגרפי של כל העדפות השופטים באופן חד שיאי, כי אז נאמר על בית המשפט כולו שהוא מקיים את תכונת "חד השיאיות".

מעבר להגדרה פורמלית זו, האינטואיציה המסתתרת מאחרי תכונת חד השיאיות היא שכל שופט מעדיף חלופה אחת מבין אלה העומדות לבחירה כחלופה הטובה ביותר, וככל שהחלופה הנבחרת על ידי בית המשפט כפסק הדין "מרוחקת" יותר מחלופתו המועדפת ביותר, כך היא נראית לו פחות מוצלחת, והוא פחות מרוצה מתוצאות התהליך.

פרק שני

משפט הבורר החיצוני

לאחר שהתייגענו בהבנת תכונת חד השיאיות נעבור מייד לאחד משימושיה העיקריים.

משפט : נניח כי נפרוש לאורך ציר אחד את רשימת החלופות המועדפות ביותר על ידי מספר אי זוגי כלשהו של שופטים; כי אז -

א. אם בית המשפט מקיים את תכונת החד שיאיות.

ב. פסק הדין מתקבל על ידי הצעת הרוב, תיבחר תמיד החלופה הרציונית שברשימת החלופות המועדפות ביותר.

לפני שנתפנה להוכחת המשפט יש להבהירו תחילה. נעשה זאת בעזרת דוגמה. נניח כי בית משפט פלוני הרשיע נאשם בעבירה פלילית, והשופטים חלוקים בשאלת העונש: לצורך פישוט התמונה נניח כי העונש מוגדר בשנות מאסר. נסדר את רשימת המועדפים ביותר על ידי השופטים כך שמשמאל יופיע העונש הקל ביותר ומימין העונש הכבד ביותר; למשל, ייתכן ששופט מס' 1 רוצה להטיל על הנאשם 2 שנות מאסר; שופט מס' 2 - 4 שנות

מאסר; שופט מס' 3 - 17 שנות מאסר; שופט מס' 4 - 18 שנות מאסר, ושופט מס' 5, האחרון, 19 שנות מאסר. הרשימה תראה, איפוא, כך : 19, 18, 17, 4, 2.

17 שנות מאסר הוא במקרה זה העונש החציוני, שכן יש מספר שווה של איברים בקבוצה לפניו ואחריו. הטענה היא שאם בית המשפט מקיים את תכונת החד שיאיות ומקבל הכרעות ברוב דעות, אכן יוטלו על הנאשם 17 שנות מאסר.

הוכחה : השופט "החציוני" (זה שעבורו העונש החציוני הוא החלופה המועדפת ביותר) יעדיף להצביע בעד החלופה החציונית ולא עבור כל חלופה קלה יותר (שמשמאלה). אך מתכונת החד שיאיות נובע שגם כל השופטים שמימינו (כלומר, אלה שהעדפתם הראשונה היא חלופה חמורה מן החיציונית), יעדיפו את החלופה החיציונית על כל חלופה קלה יותר, שמשמאלה. מכאן שרוב השופטים יעדיפו את החלופה החציונית על פני כל חלופה קלה ממנה. באופן דומה, השופט החציוני וכן כל שופט שמשמאלו, יעדיפו את החלופה החציונית על פני כל חלופה שמימינה. מכאן שרוב השופטים יעדיפו את החלופה החציו-נית על פני כל חלופה חמורה ממנה. מכאן נובע שהחלופה החציונית תועדף על ידי רוב השופטים ע"פ כל חלופה אחרת שהיא, והיא החלופה שתוכרז כגזר דין. ואכן בימים האחרונים ממש, הגיע ביהמ"ש המחוזי בירושלים להכרעה ברוח זו בת.פ. בירושלים 208/84 מדינת ישראל נ. בארי כאשר עלתה על הפרק שאלת העונש ההולם על נאשמי הקשר לפוצץ את מסגד כיפת הסלע שעל הר הבית.

פרק שלישי

מ ת י נ ו ת

מי מתון יותר: שופט המעדיף סעדי פיצויים כספיים או שופט המעדיף לחייב את הנתבע בסעדי אכיפה? שופט הסבור שיש להרחיב את סמכויות בית משפט השלום או את אלה של בית המשפט המחוזי? שאלות אלה הן סתמיות לחלוטין, שכן טרם הומצא מצב של בחינות שלאורן ניתן להעריך אותן. למושג המתינות יש משמעות כאשר עומדות על הפרק שאלות של אידיאולוגיה והשקפת עולם. למשל, אם עומדת על הפרק שאלת חירות הביטוי ניתן לחשוב על קיומו של "רצף" אידיאולוגי. מצד אחד, יתכן שופט שחירות הביטוי נחשבת בעיניו לערך עליון שכל יתר ערכי החברה והמדינה ראויים להיסוג מפניו. לעומתו יתכן שופט המכיר בטעמים הרבה: בטחון המדינה, הגנה על שמו הטוב של אדם, הגנה על

טוהר המידות וצנעת הלשון, החובה להגן על רגשות הציבור וכיוצא באלה, שכל אחד מהם יפה להגביל את חירות הביטוי. ובין שתי עמדות קיצוניות אלה קיים רצף ברור. טענתי היא, שבהינתן רצף אידיאולוגי כזה, לא זו בלבד שיש משמעות למושג המתינות - דהיינו אי קבלתן של החלופות הקיצוניות - אלא שסביר להניח שהחלופות המתונות אכן תיגברנה ותוכתבנה בפסקי הדין. הטעם לדבר הוא שבשאלות מעין אלה סביר להניח שבית המשפט מקיים את תכונת החד שיאיות: שופט קיצוני בכיוון אחד ירגיש, כי פסק הדין פחות ופחות מספק אותו, ככל שהוא "מתרחק" מן החלופה הקיצונית שבלבבו; זה הדין גם בשופט הקיצוני, בכיוון ההפוך, ואילו שופט "מתון" דהיינו כזה שחלופתו המועדפת ביותר היא אי שם בתווך לא רק מעדיף את החלופה המתונה על פני חלופה קיצונית כלשהי, אלא שאי העדפתו הולכת וגוברת, ככל שהחלופה הנבחרת היא, בהגדרה, יותר ויותר קיצונית.

לסיום פרק זה אציג את הדוגמא הפשטנית הבאה: נניח, כי רשימת החלופות המועדפת ביותר של מותב היושב בשלושה בשאלת חירות העיתונות היא הרשימה הבאה :

(לעתונות אין כל זכות לדרוש לעצמה חופש להבעת הדעה; לעתונות מסורה חירות הביטוי למעט במקרים של פגיעה בבטחון המדינה או בסודות חוץ שלה; חירות העתונות גוברת אפילו על הצורך להגן על בטחון המדינה וסודות החוץ שלה).

בסיטואציה כזו סביר להניח שפרופיל ההעדפות השיפוטי הוא חד שיאי וכי החלופה שתוכרז כפסק הדין היא החלופה החצונית, המתונה מכולן.

פרק רביעי

רציונאליות

ולמרות הכל תיתכנה שאלות, ואפילו שאלות אידיאולוגיות, שפרופיל ההעדפה השיפוטי המוגדר על ידן איננו מקיים את תכונות החד שיאיות. ואולם במקרה כזה אין כל ערובה לכך שפסקי הדין המכריעים בהן יהיו בעלי אופי רציונאלי.

נניח כי פרופיל ההעדפה הוא כמצויין בטבלה מס' 1. נייחס לכל אחד מן הסימונים X, Y ו-Z שבטבלה הנ"ל משמעות מוגדרת כלשהי. נניח, שוב, כי לפנינו נאשם שהורשע בדינו, והשאלה העומדת על הפרק היא שאלת העונש. ונסמן :

X = ששה חודשי מאסר על תנאי ומיליון שקל קנס;

Y = שנת מאסר אחת;

Z = שלוש שנות מאסר על תנאי.

ואכן בהינתן שלוש אלטרנטיבות שכאלה, אין כל סיבה אינטואיטיבית להניח כי פרופיל העדפות השופטים יהיה חד שיאי. אם לא יגיעו השופטים לכלל הסכמה ביניהם על העונש הראוי ביותר, יקבע הדין כיצד להכריע בחילוקי הדעות. למשל, בסעיף 80, לחוק בתי המשפט (נוסח משולב) התשמ"ד - 1984, נקבע כי במקרה כזה ייגזר על הנאשם העונש שלדעת אב בית הדין הוא המקל ביותר. נניח כי אב בית הדין בדעה ש-Z הוא העונש המקל ביותר. ואולם, מעיון בטבלה נובע שלדעת השופטים מס' 1 ומס' 2 העונש Y עדיף על פני העונש Z, ולכן סביר לצפות שיעשו קואליציה למען בחירתו של העונש Y, דא עקא, שהשופטים מס' 1 ומס' 3 היו מעדיפים את העונש X על העונש Y, ולכן הקואליציה הראשונה לא תהיה "יציבה": היא תפנה מקומה לקואליציה חדשה שתכליתה הבטחת בחירתו של העונש X. אך בכך אין סוף פסוק. השופטים מס' 2 ומס' 3 מאוחדים בדעתם שהעונש Z עדיף על עונש X ולפיכך יבחרו לעשות קואליציה ביניהם להבטחת הטלתו של העונש, אשר, כבר חזינו, יידחה על ידי Y, אשר יידחה על ידי X אשר יידחה על ידי Z וחוזר חלילה עד אין סוף.

קיצורו של ענין, בהינתן פרופיל ההעדפה שבטבלה מס' 1, לא קיים עונש שבית המשפט חפץ להטילו, שכן תהיה החלופה הנבחרת אשר תהיה, תמיד קיימת חלופה אחרת שרוב שופטי ההרכב היו מעדיפים להטילה במקום את החלופה הנבחרת.

אך הואיל ובית משפט אינו מוסמך שלא לסיים את תפקידו במתן פסק דין סביר שהשופטים יתעשתו וימצאו דרך לצאת מן המיצר, פרוצדורה אפשרית אחת להשגת הסכמה היא לעמת שתי אלטרנטיבות כלשהן מתוך השלוש העומדות לבחינה, ואת החלופה הזוכה בעימות מקדמי זה, להציב להצבעה כנגד החלופה השלישית; החלופה "המנצחת" בסיבוב השני תוכרז כפסק הדין.

כדי לממש את המהלך הזה ניתן להציב בתור פריט ראשון על סדר היום, את העימות בין X ל-Y, או בין X ל-Z או בין Y ל-Z, אך בהינתן פרופיל ההעדפות של טבלה מס' 1 עולה כי השיטה המוצעת תביא להכרזתו של פסק דין שכל כולו תלוי אך ורק במשתנה אחד: סדר היום! - טענה זו מובהרת בטבלה מס' 2.

טבלה מס' 2

סעיף ראשון על סדר היום	החלופה המנצחת בסיבוב הראשון	סעיף שני על סדר היום	החלופה המנצחת= פסק הדין
X נגד Y	X	X נגד Y	Z
X נגד Z	Z	Z נגד Y	Y
Z נגד Y	Y	Y נגד X	Z

עינינו הרואות: פרופיל ההעדפה של טבלה מס' 1 לא זו בלבד שאינו מסוגל להניב תוצאה שרוב השופטים אינם חפצים בה; אלא שהתוצאה הנבחרת לבסוף היא "תלוית מסלולי" כלומר נחרצת על ידי קביעתו של סדר היום.

הערות סיום

ברשימה זו השתדלתי להראות, כי אילוצים מוסדיים דוחקים לעיתים קרובות את בתי המשפט למתינות ואפילו לשמרנות, וכי בתי המשפט שאינם כפופים לאילוצים שכאלה עלולים לפעול בצורה שאינה רציונאלית. הניתוח שברשימה זו הוא תיאורי גרידא, ולא נעשה מאמץ להאיר היבטים של מדיניות. בכל זאת קשה שלא להצביע על לקח המדיניות הבולט ביותר העולה מן המקובץ: מי שמאמין שבכוחם של בתי המשפט להצעיד את החברה קדימה על ידי פריצות דרך אידיאולוגיות, מוטב לו שיהרהר הרהור שני; כל שופט באופן אינדיבידואלי יכול שיהיה נבון, מעז ורב תבונה, אך הליך האגרגציה של השקפותיו עם אלה של חבריו למותב, עלול להניב תוצאות פרדוקסליות.

פרופ' אוריאל פרוקצ'יה

שאלות משפטיות הקשורות במעורבותו של צה"ל בסכסוכי עבודה אזרחיים

הצגת הנושא

מסורת היא כי הצבא עוסק בנושאי בטחון לאומי והגנה על המדינה. ברם, התפתחות החיים הביאה לכך כי הצבא, בהיותו גוף גדול המצוייד בציוד 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 מסובכות, 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 נזיקין מהמדינה או מהחייל שחילצו? האם רשאי הצבא להשאיל 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, בוררות, הוצאת צוי מניעה, ובמקרי הצורך - הוצאת צווי ריתוק על פי תקנות שעת 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 ללבוש צורות שונות : -

א. מתן השירותים החיוניים על ידי הכוחות הסדירים של צה"ל, דהיינו: חיילים בשירות סדיר ובשירות קבע,

ב. הפנייה חיילי מילואים הנמצאים בשירות מילואים פעיל למתן השירותים החיוניים.

ג. גיוס מיוחד של חיילי מילואים, שעיסוקם האזרחי אינו קשור בשירותים החיו-ניים, 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.

יצויין 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' ילקוט הפרסומים התשכ"ה, עמ' 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 ותשמש בציודה גם להצלת נפש ורכוש שאינה כרוכה בכיבוי דליקות".

<u>הבסיס המשפטי לפעולות כוחות הבטחון, למעט צה"ל</u>

כוחות הבטחון בישראל, במובן הרחב של מונח זה, למעט צה"ל, שב"כ והמוסד למו-דיעין 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 49ב 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.

<u>הקמת צה"ל ומסגרת תפקידיו</u>

בסעיף 18 לפקודת סדרי השלטון והמשפט, התש"ח-1948 נקבע לאמור : -

"כוחות מזויינים 18. הממשלה הזמנית רשאית להקים כוחות מזויינים ביבשה, בים ובאויר, 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 סמכויותיו ותפקידיו.

אף חוק-יסוד: הצבא לא קבע את מסגרת סמכויותיו ותפקידיו של צה"ל.

<u>המסגרת לפעילות צה"ל</u>

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 במישרין 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, בבג"צ 83/50 (פד"י, כרך ד', עמ' 724), 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 בא-תו הזמן בשירות הצבאי". וב-ע"א 190/81 (פד"י, כרך ל"ח(2), עמ' 57) נאמר על ידי בית המשפט (בעמ' 62): "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 לשאילתה של ח"כ מ. אביזוהר (דברי הכנסת, כרך 59, עמ' 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 יגרום לפירוד האומה".

אבקש לדעת :

1. האם נכונה הידיעה?

2. אם כן - האם השר קובע בכך כי שלטונות צה"ל או יחידה צבאית כל שהיא יסרבו למלא החלטת הממשלה להפעיל נמל מושבת, או שהוא קובע כי ההחלטה 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 חוגשה 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 שאמרתי. 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.

3-4. התשובה שלילית".

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 היחידי 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 האויר בפיקוח על המרחב האוירי של ישראל, לרבות התעופה הצבאית.

נראה כי קשה לתת תשובה חד משמעית לשאלה באם המונח "הגנת המדינה" שבסעיף 18 לפקודת סדרי השלטון והמשפט מתייחס להגנה מפני סכנה מבחוץ 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 לשאלת 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 למטרת של הגנת המדינה, חייבים ההפקעה והשימוש להיות על פי חוק (ר' לדוגמה תקנות שעת חרום (רישום ציוד וגיוסו), התשי"ז - 1956).

<u>גיוס מילואים מיוחד</u>

השאלה הבאה היא: האם לצורך מעורבות של צה"ל בסכסוכי עבודה ניתן לגייס חיילי מילואים בגיוס מיוחד על פי סעיף 26 לחוק שירות בטחון, התשי"ט-1959 (נוסח משולב). בסעיף 26 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 26 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 (פד"י, כרך י"ב, עמ' 760) נדון סעיף 3(1)(ג) לפקודת הסודות הרשמיים, וכך נאמר על ידי בית המשפט (בעמ' 761) :

" "בטחון המדינה" פירושו הוא: מכלול האינטרסים המדיניים שהמדינה חפצה ביקרם, כפי שהדבר עולה מתוך המדיניות הגלויה או המוצהרת של מנהיגיה החוקיים של המדינה...

כאן, לגבי עצם המושג "בטחון המדינה" - להבדיל מכוונת הפגיעה - המבחן הוא אובייקטיבי ולא סובייקטיבי, ומוסדותיה המוסמכים של המדינה הם הם הקובעים את תכנו ומשמעותו של מושג זה".

נראה כי אף לגבי שאלה זו יש לצאת מן ההנחה, כי התשובה לשאלה: אם גיוס יוצא צבא על פי סעיף 26 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, התשט"ו - 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 סעיפים 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 (כתבי אמנה, כרך 7, עמ' 377) קובע כי יש להשבית את "השימוש בעבודת כפיה או בעבודת חובה על כל צורו-תיה". 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 ציבו-ריות, כגון סלילת דרכים ובניית גשרים ויש שמשתמשות בצבא אף בחקלאות. באלה רואה ועדת המומחים עבודה שאופיין אינו צבאי בלבד".

(ר' גם עמ' 135 בספר תנ"ל בענין השירות בנח"ל בישראל, אשר לגביו הובע ספק אם הוא בעל אופי צבאי טהור).

באמנה בדבר ביטול עבודת כפיה, 1957 (כתבי אמנה, כרך 10, עמ' 451) נקבעו הור-אות 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 מסויימות בתחום השירותים הציבוריים שמותר לעשותן רק על ידי מי שהוא בעל כשירות מקצועית מסויימת 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 וחיקוקים

השאלה הבאה היא כיצד תשפיע מעורבות צה"ל בסכסוכי עבודה על חובות וזכויות 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 לכול שתהיה במסגרת השירותים הציבוריים שהמדינה נותנת במי-שרין או במסגרת שירותים הניתנים על ידי תאגידים סטטוטוריים או אף שירותים הניתנים על ידי תאגידים מסחריים וגופים פרטיים. מקור הפעילות של גופים אלה יכול שיהיה בחיקוק או בהתחייבות שהדין האזרחי חל עליה, וצורת הפעילות יכולה להיות מגוונת ביותר.

הפעלת חיילים בנסיבות אלה תחייב התייחסות אף לשאלות המשפטיות הנובעות מביצוע חוזים וחיקוקים.

השפעת המעורבות לענין דיני הנזיקין

למעורבות של צה"ל בסכסוך עבודה יכולות להיות תוצאות לענין דיני הנזיקין, הן לגבי נזק שנגרם על ידי חייל והן לנזק שנגרם לחייל במהלך ביצוע תפקידו.

מעורבות זו תחייב קביעה מפורשת שצה"ל יהיה פטור מאחריות בנזיקין עקב פעילות כזו, או, לחילופין, שהאחריות בנזיקין תוטל על הגוף אשר צה"ל פעל במסגרתו. לעומת

זאת, יחולו דיני הנזיקין 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 הענות על השאלות המתעוררות עקב מעורבות זו, נראה כי פעילות צה"ל במסגרת סכסוכי עבודה - אם דומה יוחלט עליה בדרג הממשלתי - חייבת להיעשות על פי חקיקה של הכנסת, ולחילופין - על פי תקנות שעת חרום שיותקנו מכוח סעיף 9 לפקודת סדרי השלטון והמשפט, התש"ח - 1948.

קמ"ש יצחק אליאסוף

ריתוק ללא משפט - המותר והאסור

א. מבוא

1. שיגרת חיים רגילה, בכל היחידות ויהיה אופיין כאשר יהיה - יחידות שדה, יחידות קידמיות, יחידות עורפיות וכו'... מעוררת תכופות את השאלה אם מותר למפקד "לרתק חייל ללא משפט".

2. השאלה כפי שהיא מוצגת דרך כלל, מצביעה על תרתי דסתרי כביכול: ריתוק הוא עונש. כלום ניתן להטיל עונש ללא משפט?

3. נסיוננו הקצר ומחקרנו העלו כי, לשאלה שיגרתית של בעיה שיגרתית, בה נתקלים הרבה פעמים ביום בהרבה יחידות בצבא - אין מענה ברור, ואי הודאות בקרב מפקדים וחיילים גורמת למבוכה. לא למלותר יהיה לציין כי גם התשובות הנשמעות מאת המשפטנים במערכת הצבאית אינן אחידות, ואינן מוסיפות להבהרת התמונה.

4. להלן נעשה נסיון להביא את שתי הגישות הקיצוניות הנשמעות בסוגיה זו, ונצביע על דעתנו אנו. גישה קיצונית אחת, המאפשרת ריתוק ללא משפט באופן קיצוני ביותר, תכונה להלן כ"גישה פיקודית - פורמליסטית", והגישה הקיצונית האחרת, השוללת מכל וכל אפשרות ריתוק ללא משפט, תכונה להלן כ"גישה משפטית - פורמליסטית".

ב. הגישה "הפיקודית פורמליסטית"

5. עפ"י גישה זו, בפקודות הצבא נקבעו הזכויות המוקנות (חופשה רגילה, חופשת סוף שבוע וכו'), וכל זכות אחרת היא זכות יתר שהמפקד רשאי לשלול. לפיכך למפקד סמכות חוקית, לפי שיקול דעתו, להורות לפקודו להישאר במחנה ולא לצאת ממנו.

6. מצדדי גישה זו סומכים על הנימוקים הבאים: -

א) המפקד אחראי למשמעת פקודיו.

ב) הזכות לצאת מן המחנה לאחר תפקיד אינה בבחינת "זכות מוקנית" של החייל, בדוגמת החופשה הרגילה, אלא זכות יתר התלויה כולה בשיקול דעתו של המפקד.

ג) למפקד שיקול דעת בלתי מוגבל לשימוש בסמכות זו.

ג. הגישה "המשפטית - פורמליסטית"

7. עפ"י גישה זו ניתן למנוע מחייל חופשה רק באחד המקרים הבאים : -

א) על החייל הוטל עונש של ריתוק למחנה.

ב) נגד החייל הוצא צו מעצר פתוח.

ג) לחייל נקבעה תורנות עפ"י סדרי התורנויות הרגילים הנהוגים ביחידה.

8. בהתאם לגישת זו, התנהגות חייל המחייבת תגובה פיקודית, יכולה להיות רק במישור הענישה, שכן, סעיף 226 לחש"צ ופ.מ. 33.0301 מחייבים מפקד להגיש תלונה נגד פקוד שעבר עבירה, ובמשפט ניתן להטיל עליו עונש של ריתוק שהוא אחד העונשים הקבועים בחש"צ. עם זאת, אין חשש שהצורך בנקיטת תגובה מידתית וסוכל בשל ההמתנה למשפט, שכן ניתן להוציא נגד חייל החשוד בביצוע עבירה צו מעצר פתוח. יתרה מכך, השארת סמכות בידי מפקד למנוע יציאת חייל לחופשה, יכול שתתפרש כהערמה על החוק, שכן אין הבדל מבחינה מהותית בין מניעת חופשה לבין מעצר פתוח, והרי לגבי מעצר פתוח נקבעו ערובות להבטחת שימוש נכון בשיקול הדעת (הפ"ע 5.0211 - מוציא פקודת המעצר הפתוח הוא קצין שיפוט, הפקודה טעונה אישור של קצין נוסף בדרגה סא"ל או מעלה).

ד. שלילת הגישות הקיצוניות

9. לפי דעתנו, שתי הגישות דלעיל קיצוניות ופורמליסטיות ואינן נותנות פתרון סביר ונכון בסוגיה : למצדדי הגישה הפיקודית - פורמליסטית יאמר כי העובדה שזכות מסויימת נקבעה בפקודות הצבא, איננה הופכת אותה לזכות מוקנית באופן שכל הזכויות האחרות הן זכויות יתר. למצדדי הגישה המשפטית - פורמליסטית יאמר כי הקביעה לפיה כל עיכוב של יציאת פקוד לחופשה היא בגדר עונש ריתוק, מתעלמת מאחריות המפקד וסמכויותיו. הליכה קיצונית בה תביא לידי כך שחצי הצבא ישפוט את חציו השני, בגין כל מעשה המהווה עבירה (ובמיוחד על סעיף 133 לחש"צ, לתחומו בכנסות גם כל העבירות בענין משמעת הופעה ולבוש).

ה. חוות דעתנו

10. נקודת המוצא לחוות דעתנו היא ההיררכיה הפיקודית המהווה את תשתית הצבא. המסגרת ההיררכית מחייבת פקוד לציית להוראת מפקדיו ומטילה על המפקד, כדבר מובן מאליו, אחריות למשמעת חייליו. אחריותם זו של

המפקדים - נמצא לנכון לציינה בהפ"ע 5.0903. מאליו ברור, לכן, כי למפקד נתונות גם כל הסמכויות הנלוות למימוש האחריות ("הסמכה לעשות דבר או לכפות עשייתו - משמעה גם מתן סמכויות עזר הדרושות לכך במידה המתקבלת על הדעת" - ס' 17 (ב) לחוק הפרשנות, התשמ"א - 1981).

11. סמכויות המפקד הנובעות מאחריותו ונלוות אליה, אינן בלתי מוגבלות: השימוש בהן כפוף לכך שהן תופעלנה במידה הנכונה ובאופן סביר ושקול, שכן שימוש בלתי חוקי בסמכות יכול שיהיה עבירה על החוק. (שרה כלפי פקודים, חריגה מסמכות, התעללות ועוד).

12. אין כוונתנו לעמוד, במסגרת רשימתנו זו, על שאלת הקורלציה בין העבירה הפלילית של חריגה מסמכות שעפ"י ס' 68 לחש"צ מחד, ועקרונות המשפט המינהלי, התוחמות את סמכות המפקד (הרשות המוסמכת) מאידך, עם זאת נציין כי החלטותיו ומעשיו של המפקד נתונים לביקורת שיפוטית לא רק במישור הפלילי אלא גם במישורים שעניינם קשורות ההחלטה המינהלית - פיקודית. ביקורת כאמור יכולה להיעשות על נציב קבילות חיילים במסגרת בדיקתו אם החלטת המפקד לוקה בנוקשות יתירה (סעיף 547 (א) (3) לחש"צ) וכן ע"י בג"צ עפ"י "מבחני התקיפה" כפי שפותחו על ידיו בפסיקתו.

13. לפי המבחנים דלעיל, נראה כי כשרות ההחלטה של המפקד בענין השארתו של חייל ביחידה נמדדת ע"פ סבירותה: - האם נופלת היא בתחומי מתחם הסבירות או שמא מצויה היא מחוצה לו (השופט ברק בפסה"ד בענין בג"צ 389/80 דפי זהב בע"מ נ' רשות השידור ואח', פ"ד לה (1) 421, בג"צ 127/80 אודם נ' ראש עירית ת"א פ"ד לה (2) 118, עניינה של הגישה האחרת בתחום זה איננו לכאן, אלא למחלוקת שמשמעותה היקף הביקורת השיפוטית ולא מידת קיומה. על שתי הגישות ובמיוחד ביקורת על גישתו של השופט ברק ראה: מיכל שקד, "הערות על ביקורת הסבירות במשפט המינהלי", משפטים י"ב עמ' 102).

14. נראה לנו כי המבחן הנכון, לקביעה הראשונית אם תגובת המפקד היא אמנם מעין ערנשית (דהיינו זו הקרויה "ריתוק ללא משפט"), הוא מבחן שיגרת החיים של היחידה עמה נמנה החייל, ולא זה המוצע ע"י מצדדי הגישה הפי-קודית פורמליסטית. לפיכך, אם עפ"י שיגרה זו חיילי יחידה מסויימת יוצאים מידי ערב לביתם פרט לתורנים, כי אז יעיכוב יציאתו של חייל פלוני שאינו תורן מהווה תגובה מעין ערנשית כאמור.

15. השאלה הבאה הצריכה להישאל היא אם התגובה שנקטה היא תגובה לגיטימית העומדת במבחנים שהוצעו לעיל. בענין זה קשה לקבוע מראש מה יחשב כשימוש נאות בסמכות ומה יהווה שימוש לרעה בה, שכן התשובה תלויה במידה רבה בבדיקת כל הנסיבות של כל מקרה לגופו. בבדיקה כאמור יש להביא בחשבון את הנתונים הקובעים את מתחם הסבירות, ובעיקר אלה: - שיגרת החיים של היחידה, מיהו המפקד המגיב, למשך כמה זמן החליט לעכב את יציאת פקודו, הסיבות שהביאוהו לתגובה זו, מיהו החייל, ומהי המסגרת בה הוא נתון (קורס, אימון, שיגרת מחנה) וכו'.

16. הנה כי כן מניעת חופשה היא תגובה מתגובות אפשריות של מפקד וכמו האחרות - היא תהיה לגיטימית כאשר השימוש בה סביר ושקול ותיהפך לפסולה עקב שימוש בלתי מדרך ומופרז.

ו. <u>חשיבות הסמנטיקה</u>

17. המונח השגור של "ריתוק ללא משפט", בשל הסתירה הפנימית שבו כאמור בסעיף 2 לעיל, הוא מאוד בלתי מוצלח למרות היותו שגור. כדי להתחמק מהסתירה הפנימית, יש ומפקדים מכנים את תגובתם כתרגול נוסף ועושים שימוש לא נכון בכלי המצוי בתחום ההדרכה וההכשרה (הפ"ע 5.0904). אחרים מוצאים מפלט בהסברים בלתי ענינים אחרים. ענינית - ריתוק ללא משפט במובנו האמור הוא בגדר תגובה פיקודית שענייננה מניעת יציאת פקוד לחופשה או עיכוב יציאת פקוד לחופשה.

18. לפי דעתנו השימוש במונח הנכון חשיבותו אינה סמנטית גרידא, וכפי שבארנו לעיל - יש לו חשיבות מהותית וערכית. לו דעתנו היתה נשמעת היינו ממליצים להשתמש במינוחים הנזכרים בסיפא סעיף 17 לעיל ובמיוחד - כאשר מתייחסים לנושא בכתובים.

ז. <u>ה ב ה ר ו ת</u>

19. חוות דעתנו דלעיל היא עקרונית ואינה באה לסתור או לשלול כל פקודה או הוראה מפורשת אחרת: - כך למשל, נקבע בפקודות הצבא (חובות שיגרת מחנה), כי תגובה פיקודית, כולל מן הסוג האמור, יכולה להנקט לגבי חיילות רק ע"י מפקד שדרגתו סא"ל לפחות לאחר שנועץ בקצינת ח"ן. כך גם ברור שיש לקיים את פקודות הצבא המחייבות הוצאה לחופשות במועדים שנקבעו (חופשה רגילה, חופשת סוף שבוע ארוכה, חופשה לחיילי מילואים המשרתים למעלה מ-25 יום וכו'...), וברור כי מפקד בכיר בדרגה יכול

לשלול או לצמצם את סמכותו של פקודו, שהוא מפקד נמוך בדרגה, לעשות שימוש בסמכויות הפיקודיות האמורות. בכך, כמובן, הסוגיה שבגדון אינה נבדלת מסוגיות אחרות הנחתכות על פי דיני הצבא.

20. הכללים לביצוע עונש ריתוק שהוטל פורסמו בפקודות הצבא (הפ"ע 5.0213). כאשר מעכבים יציאת חייל חופשה, כתגובה פיקודית, יש להימנע מביצוע התגובה הפיקודית על פי כללים אלה, שאינם נוגעים לענין. יש ומפקדים שאינם עדים לאבחנה עליה הצבענו בחוות דעתנו מחייבים את החייל שלגביו הגיבו להרשם אצל הקצין התורן, על פי הכללים שנקבעו לריצוי עונש ריתוק. מובן שהוראה שכזו אינה תורמת - לשון המעטה - להסרת הבלבול הקיים בין "ריתוק במשפט" ו"ריתוק ללא משפט".

ח. <u>יישום חוות דעתנו לגבי מקרים נפוצים</u>

21. א) יש וביחידות מפורסמת הוראה כללית על פיה על חייל שיתפס על ידי המשטרה הצבאית בעבירה כלשהי, ובמלוחד עבירות הופעה ולבוש, תמנע הוצאתו מן היחידה למשך מספר שבועות (שבועיים או יותר).

ב) לפי דעתנו ועל פי שהבהרנו, הוראה כללית וגורפת אינה יכולה לעמוד והיא פסולה מעיקרה שכן מלכתחילה היא שוללת שימוש בשיקול דעת פרטני, המתחייב בכל מקרה של תגובה פיקודית מן הסוג הנזכר.

ג) עם זאת ייאמר מייד כי : -

1) אין כל פגם בכך שמפקד יודיע שבכל מקרה - כפי שייקבע - תשקל אפשרות שימוש בתגובה האמורה, למשך זמן כזה או אחר ובתנאי שבכל מקרה עושים שימוש בסמכות שיקול הדעת.

2) הוראת מפקד שלא להתיר יציאת חיילים לחופשה, במקרים שנעצרו ע"י המשטרה הצבאית, היא תגובה פיקודית לגיטימית המונעת חופשה מחיילים אשר התנהגותם מחוץ ליחידה היתה שלא כשורה, ועל ידי כך הבאישו את ריחה.

22. דוגמה נפוצה נוספת היא המקרה בו שוללים חופשה מחייל שהוגשה נגדו תלונה, עד למשפט. לפי חוות דעתנו, תגובת מפקד כאמור צריכה להמדד לפי אמות מידה של סבירות שהצענו בסעיף 15 לעיל (מי המפקד המגיב, מה העבירה שבוצעה, תוך כמה זמן יהיה הדיון, כמה זמן החייל לא היה בחופשה, ומה חופשות צפויות לו בעתיד לנוכח תעסוקת יחידתו, וכדומה שאלות הצריכות לקביעת סבירות תגובת המפקד והוגנותה).

23. בהקשר זה מצאנו לנכון לציין לטוב, את החוברת "סמכויות ואמצעי שליטה של המפקד הזוטר בראי החוק" שבהוצאת קצין חינוך ראשי, ענף תורה והסברה, משנת 1981. יש רק להצטער שהחוברת אינה מוכרת מספיק, ובדיקה אמפירית בבסיסי טירונים העלתה כי סגל המפקדים אינם מכירים אותה.

ט. <u>ס י כ ו ם</u>

24. למפקד נתונה הסמכות (לדעתנו וכפי שבארנו - הטבעית) לעכב יציאת פקודו לחופשה, בכפוף לכך שסמכות זאת תופעל במידה הנכונה ובאופן סביר ושקול. ענין זה הוא דוגמה בוחלטת לכך שכמות יכול שתהפל לאיכות, שכן שימוש בלתי מדוד ומופרז בסמכות יכול להפוך את התגובה לפסולה ובלתי חוקית.

25. כדי למנוע בלבול ואי ודאות, ראוי להמנע מהשימוש במונח ששימש כותרת לחוות דעתנו, ולהשתמש במילים תגובה פיקודית ועיכוב יציאה לחופשה או מניעת חופשה.

מיכל הורוביץ (סלומי) סג"מ

עיון ודיון

"בעקבות מאמרו של אל"מ עודד מודריק בנושא "טוהר הנשק וטוהר המצפון" אשר פורסם בגליון מספר 3 של "משפט וצבא", הגיעו לשולחן המערכת מספר תגובות אותן אנו מביאים לעיון קוראינו".

שאלת טוהר הנשק וטוהר המצפון

1. השאלה, הלא 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 הויתו 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 יידרש 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 ואיננו מכיר "מומחים" טובים יותר לתת את התשובה מה הם הצווים הנובעים מעקרון "טוהר הנשק" - מאשר המשפטנים.

2. אחת הדוגמאות שהציג אל"מ מודריק מקורה בפרשה ידועה, הלא היא הפרשה המהוללת של ליה הלוחמים שנפלו בצוריף בדרכם לעזור לגוש עציון במלחמת השחרור. אם אמת בסיפור או שאינו אלא אגדה, אין לכך כל חשיבות. דור לוחמי מלחמת השחרור חווה את המעשה כאילו היה שותף לו וכל מי ששמע סופם של ה-ליה 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 בגדר בעיה, ודאי 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 את 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 להתייצב המשפטן יחד עם המחנך, אבל ההכרעה המשפטית שזוהי הנורמה שאין להמלט ממנה תייבת להיות ידועה מראש ומודעת לציבור כחלק מהמערכת החינוכית ולא כשפיטה שלאחר מעשה.

3. יישומה של הנורמה למקרה פרטי אשר יעמוד למשפט היא ענין לבירור 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 שהכרעתו 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 תתקבל 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 ומאליה, 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 ענייו, אין הבעת הזדהות של המשפטן עם הנורמות והעקרונות השליטים בחברה שהמשפטן פועל בה - משום פתרון - אין תפול ההכרעה במקרה פלוני, מה גם, שלשיטתנו אנו משתפים את החייל כנשיאה בעול ההכרעה ומן הדין שנבהיר לו היטב את המצפן שעל פיו תבחן הכרעתו.

4. באתי, איפוא, להביע עמדה נחרצת. אינני מעלה על הדעת שהשאלה יכולה להשאר פתוחה ושהמשפטן בצה"ל, והמשפטן בכלל, יוכל להרשות לעצמו להשאיר שאלה ערכית נכבדה, זו "בצריך עיון". עניות דעתי היא, שהמשפטן כאיש מקצוע נבחן לאור 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 וזרוך למשהו "בלתי חוקי בעליל" וכך איננו פוטרים 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 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.

אל"מ (מיל') משה טלגם
שופט בבהמ"ש המחוזי ת"א

טוהר הנשק והמקצועיות הצבאית והמשפטית

אני מודה למערכת הבטאון "משפט וצבא" ולאל"מ עודד מודריק על ששלחו אלי את גליון 3 של הבטאון . ושאל"מ מודריק בקשני במפורש להתייחס בכתובים אל רשימתו. מעשה זה מעיד על מערכת המשפט הצבאית שענין 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 אוייב מצד חבריו לנשק"...

..."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..."

מתוך סגנון הכתיבה של אל"מ עודד מודריק מסתבר כי ההקפדה על טוהר הנשק היא, בעצם, מחשב תיאורטית ערטילאית וסטריאוטיפית. יש בה דוגמתיות מרובעת 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 המשתתף 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 לאידיולוגיה 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 נדהמתי!

האמנם צריך קצין משפטן בצה"ל, הדן בסוגיה המוסרית הקשה של קיום טוהר הנשק, לצמצם את ייעודו המשפטי לתפקיד של סניגור על הנאשם בחריגה 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 גם את נקודת המבט של השופט בכוח, אשר צריך לקבוע מהן אמות המידה אשר על פיהן חייב לנהוג חייל סביר בצה"ל?

קצין משפטן המוזמן להשתתף בדיוני מנהיגות ובוויכוחים על סוגיות ואתגרי טוהר הנשק, חייב לשמש יועץ משפטי כולל לצוות המתדיין 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 זוטר סביר, ממפקד בכיר סביר... ואולי אף מיועץ משפטי סביר?

<u>ניתוח ענייני של דוגמה אחת</u>

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 (מילי) מאיר פעיל ואל"מ (מילי) ח"כ רן כהן, בהאי לישנא: "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 <u>לא</u> 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 אן כידון (מוות שקט) או בצרור כדורים, (אם בלאו הכי היה קודם לכן קרב יריות). היה אפילו צוער שהתלוצץ, כתגובה 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 מצפונו האישי, החברתי והמשפטי של אל"מ עודד מודריק ואני משוכנע כי הוא צידד ומצדד בפתרון הקשירה. אבל הוא החליט להציג את השקפת הטיעון הסניגורי בקובעו כי אם היה מובא 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 להתבזות במעשי רצח ובמתן פקודות בלתי חוקיות בעליל מסוג אחר. זה העקרון אשר הינחה 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 לבן שפתרונותינו הם "שונים ומשונים", רחמנא ליצלן.

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

אל"מ (מילו) ד"ר מאיר פעיל

הערות שוליים

1. רשימתי "טוהר הנשק וטוהר המצפון" כרונה כדי לעורר דיון בסוגיה העומדת מ ח ו ץ לברור תכנו ומשמעותו של הערך "טוהר הנשק".

לפיכך לא היה לי צורך להביע דעה כלפי הדוגלים בהשקפות שונות בתחום זה. כוודאי שלא נצרכתי ל"סארקאזם ולעג מעודן".

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. איננו רואה עצמי מוסמך לדון בפתרונות טקטיים כמי שלמד את "תורת הקציון". מפי אל"מ ד"ר פעיל הריני יודע מה גדולה אומ-נותו 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.

אל"מ עודד מודריק

מי שהיה הפרקליט הצבאי הראשי, אל"מ (מיל') ד"ר צבי הדר, הפנה תשומת לבנו למאמר בנושא "טוהר הנשק" מפרי עטו אשר פורסם בבטאון "מערכות" 215 מיוני 1971. על פי בקשת הכותב אנו מביאים מאמר זה כלשונו.

עוד לדיון על טוהר הנשק

"טוהר הנשק" הוא מן הנושאים שבהם התחבטו 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 הלומלומי עם תושבי השטחים המוחזקים. ביתן אולי לטעון, ברוח דבריו של סא"ל שריג*, כי המונח "טוהר הנשק" לוקה בסתירה פנימית: כיצד יכול מכשיר שנועד מטבעו לקפח חיי-אדם - להיות מוגדר כ"טהור"?! 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 גבעולי**: הצורך להעמיד מעשי לוחמה, שיתכן שכשלעצמם אינם מוסריים, במבחן של נורמות מוסריות.

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

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 כאחד הכפרים בויאט-נאם. לעמנו זכות-ראשונים בהכרת קיומה של הבעיה ובנסיון למצוא לה פתרונות מתאימים: מצויים כבר במקרא כללים החלים על הלוחמים ביחסיהם עם האויב. לדוגמה: "כי תקרב אל עיר להלחם עליה וקראת אליה לשלום" וגומר

---

* "מערכות" 211, עמ' 41.

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

(דברים כ', 10), או "כי תצור אל עיר ימים רבים להלחם עליה לתפשה, לא תשחית את עצה לנדח עליו גרזן" (דברים כ', 19).

נביאינו גם חזו את הפתרון האידיאלי לכל בעיות המוסר במלחמה: "וכתתו חרבותם 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 המתעו-רת סביב לה. ואולם, אף כי אין להתייאש מתקוה לפתרון ברוח זו, יש להודות כי לעת עתה אין זה אלא חזון לאחרית 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 האויב ואוכלוסייתו, היא להשתדל להפוך את המלחמה לרע במיעוטו. מטרה זו היא גם מטרתם של דיני המלחמה במשפט הבין-לאומי, המקובלים על מדינתנו ועל כל יתר מדינות התרבות.

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 תימנע 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 המתחייבת מכוח החוק, ובהתאם למקסימום של עקרונות המוסר שעליהם מוכנה החברה לסמוך את ידיה בנסיבות מיוחדות אלה.

היעדר הגדרה מקובלת של המונח "טוהר הנשק" מכביד על חינוך החיילים לדרכי-התנהגות 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-התנהגות 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 למצפונו 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" כסדרת כללים המוג-דרים בדיני המלחמה ולא להביח לכל חייל לקבוע את התנהגותו בהתאם לתחושת מצפונו בלבד. הצבת מצפונו של הפרט כמודד להתנהגות, טומנת בחובה את הסכנה של ערעור יסו-דותיה 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 מצפונו, 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 למצפונו 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 מצפונו, 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 ועידת זו בדרכים לחזק את ההגנה מפני פגיעה באוכלוסיה האזרחית, ובכללי-ההתנהגות החלים ביחסים שבין הכוחות הלוחמים.

לסיכום יאמר, כי מוטלת עלינו החובה ללמד את חיילי צה"ל להכיר את דיני המלחמה ולפעול על פיהם. חובת 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.

אל"מ (מיל') ד"ר צבי הדר

חידושי חקיקה

הצעת תזכיר להצעת חוק רישום ציוד וגיוסו, תשמ"ה

1. **הקדמה**

בשכועות האחרונים השלים ענף ליעוץ וחקיקה ניסוח הצעת תזכיר להצעת חוק רישום ציוד וגיוסו, התשמ"ה - 1985; החוק המוצע יחליף, עם קבלתו בכנסת את ההסדר הקיים לפי תקנות שעת חרום (רישום ציוד וגיוסו). הטעם ליוזמת החקיקה החדשה היה כפול. במישור הפורמלי, גיוס ציוד לרשות הצבא הוא הסדר של קבע בחיינו, ונוצרה ההרגשה כי אין זה יאה להסדירו באמצעות הכלי הפרובינזורי של תקנות לשעת חרום. במישור המהותי, התקנות הותקנו בשעתן בצורה חפוזה, והרבה מן הנורמות שנהגו הלכה למעשה נשענו יותר על תורה שבעל-פה מאשר על תוראה מהוראותיהן. הצעת התזכיר קובעת עקרונות והוראות יסוד, ובכך תימנע הרבה מעוגמת הנפש שהיתה כרוכה בביצוע חיקוק מטולא ומחורר.

עיקר החידוש מצוי בפרק ג' שלה, שכותרתו "דמי שימוש, תשלומים ופיצויים". יתרת הסקירה הזו תיועד לפרק ג' הנ"ל ולתאור הוראותיו העיקריות.

2. **מהות הזכויות**

כמו במצב הקיים כך גם לפי החוק המוצע יהיה בעל הציוד זכאי לשתי קבוצות עקריות של זכויות. הקבוצה האחת כוללת פיצוי על אובדן השימוש בציוד בזמן היותו מגויס; אלה הם "דמי שימוש". הקבוצה השניה כוללת פיצוי על נזק פיסי שנגרם לציוד באותה תקופה; אלה הם "הפיצויים בגין הנזק". הסעיף הראשון בפרק ג' - סעיף 15 - קובע בעיקרון את הזכאות לזכויות הנמנות על שתי הקבוצות האלה. חלק ניכר מהוראות הפרק דן ביחס הנכון בין שתי מערכות הזכויות.

כך למשל, אם הציוד מושבת עקב תקונים גם לאחר שהצבא גמר לעשות בו שימוש, יהיה הבעלים זכאי לדמי שימוש גם בתקופת ההשבתה.

3. ייחוד העילה

התקנות לשעת חרום שמוצע לבטלן בחוק החדש לא התייחסו מפורשות לשאלת ייחוד העילה. לפיכך ניתן היה לטעון - ואכן נטען - כי הבעלים של ציוד שניזוק זכאי, בנוסף לתרופותיו הסטטוטוריות המיוחדות גם לסעדים הנזיקיים הרגילים החלים על כל בעל ציוד שרכושו נפגע בנסיבות היוצרות עוולה. בית המשפט העליון ראה, בע"א 101/81, נעמן נגד מדינת ישראל, לפסוק לטובת הבעלים ובכך להנות מכל העולמות. הצעת התזכיר נוקטת בדרך אחרת. מחד גיסא, זכויות הבעלים לדמי שימוש ולדמי נזק הן מוחלטות, ואינן תלויות ברעיון האשם. מאידך גיסא הזכויות הן ייחודיות, ואין להוסיף עליהן מכוח היבי הנזק הרגילים.

4. עקרונות לתשלום דמי השימוש

למרות שהחוק המוצע קובע את זכאותו העקרונית של הבעלים לדמי שימוש, אין הוא מתייחס באופן מחייב לקריטריונים לקביעת דמי שימוש.

לפי סעיף 16 להצעת התזכיר ייקבעו דמי השימוש על ידי שר הבטחון לאחר התייעצות עם וועדה מייעצת. השר (קרי: הוועדה המייעצת) "רשאי" להביא בחשבון, בין השאר, את עלות הציוד, הזכות לתשואה הוגנת על ההון, וכן את יתר נסיבות הענין. למרות שהחוק המוצע נוקט בלשון "רשאי", הנחייתו ברורה למדי. עלות הציוד והתשואה ההוגנת על ההון אינם אלא שני צדדים של אותה מטבע. מקובל בעולם המסחר והעסקים כי קיימת הצדקה כלכלית לעלות פלדנית אם ורק אם התשואה הדיאלית הנצמחת ממנה היא בגודל סביר. על הוועדה המייעצת יהיה להחליט על שעורה של התשואה הזו ולחשב אותה על בסיס ערכו של הציוד המגוייס. עם זאת, החוק פותח פתח בפני הוועדה המייעצת להביא בחשבון גם את יתר "נסיבות הענין", ובכך לסטות מן החישוב הארי תמטי הפשוט המתקבל מהכפלת תשואה נתונה בעלות הציוד. הכללים המדוייקים להפעלתה על שיטה זו ייקבעו בצו. עיקרון חשוב נוסף שנקבע לענין זה נוגע למועדי תשלום דמי שימוש. הכלל הוא שאין לעכב תשלומים לתקופות העולות על 30 יום; מכאן

שבעל ציוד שציודו גויים לתקופה ארוכה יותר יהיה זכאי לכמה תשלומים, שאינם מרוחקים זה מזה לתקופה העולה על 30 יום. כפי שכבר נאמר לעיל, תקופת התשלום תשתרע ממועד הגיוס ועד למועד השחרור או עד למועד סיום התיקונים שנדרשו כדי להחזיר את הציוד למצב תקין, הכל לפי המועד המאוחר יותר.

5. <u>עקרונות לתשלום דמי נזק</u>

באופן עקרוני פותח החוק המוצע בפני המדינה שתי אפשרויות חלופיות: לתקן את הנזק על חשבונה או לפצות את בעל הציוד על נזקו.

יש לשער שבמרבית המקרים יהיה כדאי למדינה לתקן את הנזק על חשבונה, ואזי תהיה פטורה מתשלום פיצויים; חריג לכך הוא בחובתה לפצות את בעל הציוד על ירידת ערכו עקב קרות הנזק והצורך לתקנו. זוהי הוראה חשובה שיש בה כדי להסיר רגשי קיפוח מוצדקים של בעלי ציוד שערך רכושם נפגע קשות עקב התאונה אף על פי שתוקן.

אם בחרה המדינה לפצות את בעל הציוד, מותיר החוק המוצע את עקרונות קביעת הפיצוי בכפוף לאמור להלן, לדין הכללי. לפי עקרונות אלה זכאים הבעלים להפרש בין ערך הציוד ערב הפגיעה לבין ערכו לאחריה. למרות שהדבר לא נאמר במפורש בגוף ההצעה ברור שהבעלים זכאים, לפי עקרונות אלה, הן להחזר דמי התיקונים והן לירידת ערכו של הנכס עקב התאונה.

הדין הכללי מזכה את הבעלים בפיצוי גם על נזקים עקיפים שנגרמו כתוצאה מן התאונה, לגון הפסדי רווחים שניתן היה להפיקם אילו שוחרר הציוד במצב תקין. אך בשאלה זו מתערבת ההצעה, בקובעה כי לא יינתן פיצוי אלא בגין נזק "ישיר" שנגרם לציוד. הרעיון העומד ביסוד הוראה זו הוא ברור: העיקרון הבסיסי העומד ביסוד ההצעה הוא שהפיצוי על פירות הנכס הנשללים מן הבעלים בא בצורת דמי השימוש. דמי השימוש קבועים בצו, ולא תושמע הטענה שלולי גיוס הציוד היה הבעלים מפיק מן הציוד המגויים פירות ששווים קטן או גדול מדמי השימוש הסטטוטוריים.

לכן ברור גם שאין להבות את הבעלים בנוסף לדמי השימוש המגיעים לו כדין, גם כפיצוי על הרווח שנמנע ממנו, כביכול, עקב השבתת הציוד; ומכאן גם הצורך בהוראת יחוד העילה שעמדנו עליה לעיל.

אחת האופציות הפתוחות בפני המדינה היא להכריז על הציוד כעל "נזק מוחלט" זהו ביטוי השאול מתוך דיני הביטוח, המכירים בזכותו של המבטח לשלם למבוטח את מלוא ערכו של הנכס המבוטח כפי שצויין בפוליסה, וליהנות משרידי הנכס, או בלשון ביטוחית, מן "הנכיצולת". כדי להפעיל זכות זו אין המדינה חייבת להוכיח כי הנכס נשמד לחלוטין. די בכך אם אין-זה כלכלי, לאור-שוויו של הנכס או עלות התיקונים, להשקיע בתיקונו.

6. <u>הפרשי הצמדה וריבית</u>

החוק המוצע קובע מפורשות את זכותו של הבעלים להפרשי הצמדה ולריבית, כמש-מעותם בחוק פסיקת ריבית והצמדה, תשכ"א - 1961, החל מיום היווצרות העילה מועדי היווצרות העילה קבועים מפורשות בחוק המוצע הן לענין דמי השימוש והן לענין דמי הנזק. ההוראה המוצעת מיטיבה עם הבעלים מעל ומעבר להוראות הדין הכללי המעוגנות בחוק פסיקת ריבית והצמדה, הואיל וחוק אחרון זה מעגן את הפרשי ההצמדה למועד שלורת עליו בית המשפט, ושלא יהיה מאוחר מיום הגשת התביעה. החוק המוצע, לעומת זאת, קובע, כאמור, כי הפרשי ההצמדה יחלו להצ טבר במועד מוקדם יותר, והוא מועד <u>היווצרות העילה</u>.

7. <u>יחסי הבעלים עם צד שלישי</u>

לעיתים מזומנות עשוי הציוד המגוייס להיות בבעלותו של פלוני, אך להיות כפוף לזכויותיו של צד שלישי. אפשר גם שדווקא הצד השלישי הוא בעל הזכות הכלכלית המרכזית בנכס, חרף אי היותו הבעלים. דוגמא מובהקת לכך הוא מקרה שבו הושכר כלי רכב בעסקת מכר - שכירות, והבעלות הרשומה ברכב אינה אלא קליפה משפטית הריקה מתוכן כלכלי של ממש. למרות זאת אין זה סביר לדרוש מרשויות הרישום והגיוס ללבן לעצמן את טיב היחסים המשפטיים שבין בעל הציוד לבין צדדים שלישיים, או להכריע בסכסוכים שביניהם. לכן מסמיכה ההצעה את המדינה לבצע את התשלום למי שנחזה כבעל הרכוש; בצד סמכות זו

מתירה ההצעה לטוענים אחדים לטערך לזכויותיהם ברכוש, כאשר המכריע בפלוגתא הוא פוקד, והכרעתו כפופה לערעור בפני בית משפט השלום.

בוצע התשלום למי שבוצע, פוטרת ההצעה את המדינה מכל חובה לחזור ולבצעו כלפי אדם אחר, ואפילו יוכח כי אותו אדם אחר הוא הבעלים האמיתי של הציוד, או שיש לו זכויות טובות בנכס. מאידך גיסא אין ההצעה מתימרת לפגוע ביחסים החוזים שבין הבעלים שקיבל את התשלום לבין הצד השלישי.

נהפוך הוא: אם הוכח כי אחר הוא הבעלים האמיתי בנכס, קמה לו עילת תביעה סטטוטורית כנגד מקבל התשלום לפיה חייב האחרון להחזיר לו את מה שקיבל, בצירוף ריבית והצמדה. אם יש לאחר זכויות בנכס הפחותות מזכות הבעלות, יוכל להיפרע מן הבעלים שקיבל את התשלום על פי ההסכם שבינלהם, והכל לפי הוראותיו של אותו הסכם.

(ענף יעוץ וחקיקה)

הצעת תיקון לחוק הביטוח הלאומי

בימים אלה עברה בקריאה ראשונה בכנסת הצעת חוק הביטוח הלאומי (תיקון מספר 59) התשמ"ה - 1985.

ההצעה זכתה לפרסום בולט בכלי התקשורת מאחר והיא דנה, בין היתר, בביטול תשלום השקל עבור יום שירות מילואים פעיל.

תשלום זה משולם כיום בהתאם להוראות סעיף 127 סח לחוק הביטוח הלאומי (להלן : החוק), ועל פי ההצעה יבוטל סעיף זה.

סכום זה (10 לירות) נקבע בשנת 1977, עת בתיקון מס' 30 לחוק בוטל חוק שירות מילואים (תגמולים) תשי"ב - 1952, אשר קבע לראשונה את הזכות לקבלת תשלום זה, והוראותיו שולבו בפרק ו' 4 לחוק. למותר לציין כי במשך השנים, עם שחיקת ערכו של תשלום זה, הוא איבד את יעודו כדמי כיס לחייל המילואים, והווה נטל מנהלי כבד על צה"ל ומקור לטרוניות וטענות מצד אנשי המילואים.

מאחר וסעיף 127סט(א) לחוק קובע כי מי שזכאי לתשלום 10 הלירות, זכאי גם לתגמול בעד כל יום שירות מילואים, יש צורך לבטל התניה זו, והצעת התיקון משנה גם את נוסח סעיף 127סט לחוק.

כמו כן, על פי ההצעה, יקבעו הסדרים חדשים לגבי זכאות לתגמול עבור יום שירות בודד. בנוסף על האוכלוסיה הזכאית לתגמול גם כיום ושפורטה בצו שר הבטחון (אנשי צוות אויר, צוללים וצוללנים), בהסמך שר הבטחון, בהתייעצות עם שר העבודה והרווחה, לקבוע סוגים נוספים של משרתים במילואים, שיהיו זכאים לתגמול בעד התייצבות ליום אחד, לאחר ששרתו כבר 12 ימים בודדים במהלך אותה שנת הכספים.

כמו כן מוצע כי לא ישולם תגמול בעד שירות של יום אחד שמטרתו עדכון פרטים, ראיון, משפט, ועדה רפואית וכד'.

עוד על פי ההצעה יתוקן הסעיף הדן בשיעור התגמול של מי שבתכוף לפני שרותו במילו-אים, היה מובטל הזכאי לדמי אבטלה, באופן שבחישוב התגמול תוכלל גם תוספת יוקר שניתנה בתקופת שירותו, מרכיב אשר אין הוא זכאי לו עתה.

עוד עוסק התיקון באופן חישוב התקופה הנדרשת לגבי עובד על מנת שהתגמול עבור השירות במילואים יישולם ע"י מעבידו (75 ימי עבודה ברבע השנה שקדם לשירות). על פי המוצע ימי מנוחה וחג וימי העדרות מותרים כימי חופשה, מחלה או אבל במשפחה, יובאו בחשבון בכלל 75 הימים, למרות שאינם ימי עבודה בפועל, דבר שהוא כמובן לטובת העובד - איש המילואים.

עד כאן התיקונים המוצעים בפרק ו' 4 לחוק - ביטוח שירות מילואים.

נוכח ההד הציבורי הרחב שעוררה הצעה זו, וההכרה הכללית בנחיצותה (בכל הקשור לנושא ביטול תשלום השקל) אין לנו אלא לקוות כי הליכי החקיקה בענין זה יהיו מזורזים ומהירים.

ענף ייעוץ וחקיקה

הצעה לשינוי דרכי מתן ההטבות לחיילים משוחררים

זה לא מכבר יזמו מספר חברי כנסת הצעה לתיקון חוק החיילים המשוחררים (החזרה לעבודה) תשי"ט - 1949 (להלן: החוק). ההצעה כללה שני חלקים: האחד - תיקון סעיף 40 (ב1) לחוק; והשני - הוספת פרק שמיני לחוק אשר מסדיר הקמתה של קרן חדשה "קרן הסף".

<u>קיצבאות יוצאי צבא - האם יש זיקה לשרות צבאי?</u>

בדברי ההסבר להצעה טענו מגישי ההצעה כי קבלת הצעת התיקון תחייב את ביטולן של תקנות ההענקות לחיילים ולבני משפחותיהם תש"ל - 1970 (להלן: התקנות) שהותקנו מכוחו של החוק. בהתאם לתקנות "חייל או בן משפחה זכאים להענקה בעד ילדם השלישי ובעד כל ילד נוסף כל זמן שיש להם עוד שני ילדים בכירים מהם".

הענקה זו ידועה בציבור כקיצבת יוצאי צבא והיא משולמת ביחד עם קיצבאות הילדים ע"י המוסד לביטוח לאומי.

טענת מגישי ההצעה היא שתקנות אלה מפלות בעליל את ילדי בני המיעוטים בישראל, מכיוון שאין ביכולתם לשרת בצה"ל.

בהתייחסותנו להצעה הצבענו על כך כי נוסח ההצעה, כפי שהוגש ע"י חברי הכנסת, אינו משיג את המטרה המוצגת בדברי ההסבר להצעה, באשר אינו משנה את מעגל הזכאים להענקה לפי התקנות.

התייחסנו על כן בתגובתנו לכוונת ההצעה ולא לנוסחה. המצב כיום הוא, שלאור ההגדרות הרחבות מאוד של בן משפחה ושל ילד בתקנות זכאים להענקה גם מי שלא שרתו בצה"ל. הגדרות אלה יוצרות מצב של אכדן הזיקה בין השרות הצבאי, הוא הבסיס הרעיוני למתן ההטבה, לבין האוכלוסיה הנהנית בפועל מהכספים שיועדו למטרה זו. לפיכך חווינו דעתנו כי השינוי הרצוי צריך להיות בכיוון של הגבלת הזכאות להענקה רק לחיילים כפי שהוגדרו בסעיף 40 (ב1) (1) לחוק, וכך יגשגו מטרתו ויעודו של החוק - לתת תגמול והטבה למי ששרתו את המדינה.

בדרך זו ירוכזו המשאבים המוקצבים כבר עתה ממילא, על מנת שיגיעו אל אוכלוסית היעד.

הקמת קרן הסף

עיקרה של התכנית היא לאפשר לצעירים להעזר בסיוע כספי, באמצעות הלוואות לתקופה של 40 שנה, כדי לממן השקעות יסוד בחינוך, בשיכון ובהנחת תשתית לעסק עצמאי - על פי בחירתו ושיקול דעתו של מקבל ההלוואה. את ההלוואה יפרע הלווה מהכנסתו בעתיד כאשר גובה ההחזר לא יעלה על שליש מהכנסותיו השוטפות.

עיקר החידוש בהצעה הוא במתן שיקול דעת ובחירה למקבל ההלוואה לגבי יעוד הכספים שיועמדו לרשותו.

בהתייחסותנו להצעה עמדנו על כך כי יתרון זה של ההצעה טומן בחובו גם סיכונים וחסרונות ואין ההצעה מתייחסת לאמצעים ולהליכים בעזרתם יובטח כי מקבל ההלוואה אכן יממש את הסיוע לצרכי השקעות היסוד המפורטות לעיל. למעשה, אין כל מניעה שהצעיר יבצל את הכספים למטרות אחרות לחלוטין, או ינהג בצורה בלתי אחראית, ולאחר מכן לשוב ולחזור אל קופת הציבור בדרישות לקבלת סיוע לשיכון וחינוך, הפעם כאשר על צווארו גם ריחיים של הלוואה גדולה שעליו לפרוע. אלמנט נוסף אשר חסרונו בולט בהצעה הוא העדר כל זיקה והתניה בין הסיוע ושיעוריו ובין יעדים לאומיים וחברתיים.

נקודה אחרת שהצבענו עליה היא שאין כל אפשרות להבטיח כי הכסף שיועבר באמצעות תכנית זו לא יסייע לירידה מהארץ. למעשה, משקיבל הזכאי את הכסף, אין כל מניעה שיסע לחו"ל ואי חזרתו ארצה, גם "תפתור" לו את בעיית החזר ההלוואה.

עוד הצבענו על כך כי ביצוע התכנית יצריך מנגנון גדול לשם פיקוח שליטה ומעקב לצורך קביעת שלעורי ההחזר וגביית חובות, התכנית אינה לוקחת בחשבון כלל את מצב משפחתו של הזכאי, ואותו סיוע ינתן לבן משפחה דלת אמצעים ולבנו של מיליונר, ולבסוף - יישום התכנית כרוך בהקצבת משאבים גדולים בשנים הראשונות של הפעלתה - כספים שכולנו יודעים שאינם בנמצא.

כהערת סיכום ציינו כי הדרך הטובה והמתאימה להשגת המטרות שצויינו בהצעה - אשר מנסחיה כותבים כי ביסודה מונחת ההשקפה כי לחיילים משוחררים או למי ששירתו שירות לאומי מגיע כי המדינה תסייע לו בביסוסו הכלכלי בראשית צעדיו; - הלא הגבלת הזכאות להענקה לפי התקנות רק לחיילים משוחררים, והפנלית המשאבים שיחסכו בדרך זו לביצוע הוראות חוק החיילים המשוחררים התשמ"ד - 1984, "חוק הקובע כללים למתן הטבות, כללים שנותרו רובם ככולם ריקים מתוכן, באין כספים לביצוען.

ענף ייעוץ וחקיקה

צו על תנאי

גירוש מתלונן

בג"ץ 159/84 עבד אל עזיז עלי שאהין נגד מפקד כוחות צה"ל באזה"ע ובג"ץ 95/85 עבד אל עזיז שאהין נגד שר הפנים

לאחרונה ניתן בבג"ץ פסק דין בעניינו של מי שהוגדר כמפקד הפת"ח ביו"ש ובאזה"ע. בעתירתו ביקש שאהין כי בג"ץ יורה למפקד כוחות צה"ל באזה"ע להעניק לו תעודת זהות ולחילופין - להימנע מגירושו. בפסק הדין אשר ניתן על ידי הנשיא שמגר ובהס- כמת השופטים בייסקי וגולדברג, נדונות שאלות מתחום המשפט בשטחים המוחזקים ומתחום המשפט המינהלי אשר יש בהן משום קוים מנחים בעלי חשיבות.

העובדות

העותר - שאהין - התגורר ברצועת עזה עד שנת 1961. באותה שנה עזב את האזור ונסע לסעודיה שם מצא מקום פרנסה. משפחתו נשארה ברצועת עזה והוא היה מבקר אותה מעת לעת. בשנת 1967 לאחר גמר מלחמת ששת הימים הסתנן העותר לאזור יו"ש, נתפס על- ידי צה"ל נשפט בבית המשפט הצבאי בחברון, הורשע בפעילות עוילנת ובהסתננות ונדון לתקופת מאסר של 15 שנים. בשנת 1976, בעודו במאסר, הוצא נגד שאהין צו גירוש כמסתנן, אולם זה בוטל בשנת 1982, לאחר ששאהין עתר לבג"ץ כנגד גירושו.

לאחר ששאהין שוחרר ממאסרו עבר לרפיח ומיד החל בפעילות עוילנת. פעילותו המסוכנת חייבה את המפקדים הצבאיים להוציא נגדו צווי פיקוח והגבלה אשר חומרתם הלכה וגב- רה עד שלבסוף הביאו להגלייתו לכפר דהנייה. בשלב מסויים החליטו גורמי הבטחון כי עקב פעילותו העוילנת לא ניתן להתיר לשאהין לשהות עוד באזור והוא נתבקש לעזבו תוך חודש ימים. בעקבות החלטה זו עתר שאהין לבג"ץ ומכוח צו הביניים שהוצא שהה שאהין באזה"ע עוד כשנה, עד שניתן פסק הדין.

"לא הסתננתי לאזור בשנת 1967"

טענתו הראשונה של שאהין היתה כי אינו מסתנן שכן שהה באזור עוד לפני 6.6.67. לתמיכה בטענתו הביא מספר תצהירים של תושבי האזור המעידים על כך.

בית המשפט העליון אימץ את שנאמר בהודעותיו של שאהין אשר שימשו כבסיס להרשעתו בעבירת הסתננות בבית המשפט הצבאי וכן על פסק הדין שהרשיעו ב-1968 בעבירה זו.

יתכן כי הלקח החשוב ביותר שניתן ללמוד מכך היא החשיבות הרבה של שמירתו של החומר המשפטי בארכיון צה"ל, שכן אלמלא הלה בפני בג"ץ תיק בית המשפט המקורי מפני כשבע עשרה שנים יתכן כי התמונה היתה שונה.

"התפקדתי באזור בשנת 1967 ועל כן אני זכאי לתעודת זהות"

בית המשפט העליון קבע כי שאהין התפקד אמנם במפקד האוכלוסין שהתקיים ברצועת עזה בספטמבר 1967, ימים ספורים לפני מעצרו, אולם מי שהסתנן לאזור והעמיד פנים בפני הפוקדים כי הוא תושב האזור, אינו יכול להפוך בשל כך לתושב הנמצא כדין באזור.

הנשיא שמגר יישם כאן את הכלל הידוע לפיו "אדם אינו יכול להיבנות בפני בית משפט זה ממעשה של העמדת פנים אותו ביצוע בפני נציגיה של הרשות".

הכניסה לאיו"ש ולאזח"ע והיציאה מהם - ברשיון בלבד

באופן ברור וחד משמעי נקבע בפסק הדין כי "אפילו אם פלוני יצא מן האזור לפני כניסת כוחות צה"ל ולא קבע לעצמו מקום מגורים אחר, אלא ביקר רק ביקור באחת מארצות ערב שהיתה במצב מלחמה עם ישראל בעת ההיא, היה בכך כדי להגביל את זכות הכניסה בחזרה לאזור ולהתנותה בהיתר כדין".

הביסוס המשפטי לקביעה זו הוא על הצווים אשר הכריזו על השטחים כאזורים סגורים ועל הצווים בדבר מניעת הסתננות באיו"ש ובאזח"ע.

מה מניע את גלגלי המשפט מעיקרם ומהי החובה הרובצת על כל צד לפי סדר המהליכים הדיוניים?

הנשיר שמגר קובע כי משהוגשה עתירה לבג"ץ והוצא צו על תנאי צריכה תשובת המדינה לכלול שלושה מרכיבים מהותיים : -

א. הוראות החוק, ולגבי השטחים את חקיקת הבטחון.

ב. מערכת הנתונים העובדתיים עליה התבססו הרשויות.

ג. הפעולות המשפטיות שנקטו במסגרת יישום החוק לעובדותיו של המקרה.

אשר להוראות החקיקה ולפעולות המשפטיות שנקטו השלטונות - לא מצא בהן בג"ץ כל פגם. אשר למרכיב של מערכת הנתונים והעובדות יש לאבחן בין שני תחומים:

א. כמות החומר שצריכה להיות בפני הרשות הסטטוטורית המפעילה את סמכותה - החומר יכול להיות גם חומר אשר לא יהא בו די לשמש כראיה קבילה בבית המשפט, אך מאידך לא די בכל שמועה או בהשערה בלתי בדוקה. זהו למעשה "מבחן הראיה המינהלית".

המבחן הוא כי בפני הרשות יהא חומר שאדם סביר היה רואה בו יסוד מספיק להח-לטתו בשים לב לנושא, לתוכן ולאדם שמסר אותו. אולם כאשר מדובר בשלילתן של זכויות קיימות יש צורך כי בפני הרשות יהיו ראיות משכנעות ומהימנות שאינן מותירות מקום לספק, וראיות אשר כאלה דרוש שיהיו בפני השות המוציאה צו גירוש. בשל העובדה שלגבי שאהין בוטל בשנת 1982 צו גירוש קודם שהוצא לו, החליט הנשיא שמגר לבצע בדיקה נוספת ועצמאית לגבי שינוי היחס כלפי העותר והכוונה לגרשו כיום.

על פני כשלושה עמודים בפסק הדין מפרט הנשיא שמגר את החומר הבטחוני השלילי שהוצג לגבי שאהין, ואשר הוכחש על ידו באופן כללי בלבד, ומסקנתו של בית המשפט היא כי בפני הרשויות היה חומר ראיות ברור, חד משמעי ומשכנע.

ב. מה מידת התערבותו של בית המשפט בבוחנו את הנתונים העובדתיים - במקרה שבו מוצג חומר ראיות ברור, חד משמעי ומשכנע לא יתערב בג"ץ לגבי הנתונים העובדתיים. יתכן כי אם היה העותר מעלה טענות ספציפיות לגבי החומר העוב-דתי שהוצג נגדו, היו פנק הדברים שונים, אך הדבר לא נעשה, דבר המצביע על אמינותו של החומר שהציגו גורמי הבטחון.

האם קיימת מניעות בשל השתק בשל ההחלטה לבטל את צו הגירוש הקודם והאם נוצר מעשה בית דין בשאלה זו?

בעקבות הבג"ץ הקודם שהגיש שאהין בשנת 1982 כנגד הכוונה לגרשו הוגשה לבית המשפט הודעה כה נאמר כי "הוחלט לבטל את צו הגירוש ולאור זה בא ענינו של העותר על פתרונו ונבקש כי העתירה שנעשתה מיותרת, תבוטל".

בג"ץ החליט אז בהסכמת הצדדים לבטל את העתירה. הנשיא שמגר מעלה בפסק הדין שתי שאלות : -

א. מה מידת תחולתו של הכלל בדבר מעשה בית-דין על הסדרי פשרה הנערכים בפני ערכאות שיפוטיות והופכים לחלק מן ההכרעה השיפוטית.

בכדי שיחול הכלל בדבר מעשה בית-דין יש צורך בהודאה מצד המשיב לגבי הטענות העובדתיות או המשפטיות שטען העותר דליתכן שדי כי הודאה זו תעלה במשתמע בלבד. הנשיא שמגר קובע כי כל שהיה בהסכם הפשרה האמור הוא הסכמה כי מאחר שבוטל צו הגירוש אין עוד טעם בהמשך הטיפול בעתירה ולא נוצר מעשה בית דין לפיו אין עוד לטעון כי העותר מסכן את בטחון המדינה.

בית המשפט נתן גם משקל לעובדה כי בעקבות ביטול העתירה לא שינה העותר את מעמדו בצורה כלשהי וזכויותיו לא נפגעו.

ב. באיזו מידה רשאית ומוסמכת רשות מינהלית לחזור בה מהחלטתה כאשר שינוי ההחלטה יש בו כדי להרע את מצבו של הפרט. בית המשפט קובע כי מצד אחד קיים האינטרס של הפרט לשמור על הזכויות שנתגבשו בידו עקב ההחלטה הקודמת של הרשות ומצד שני קיימת חובתה של הרשות להיות נאמנה לאינטרס הציבורי למלא את חובותיה.

הכלל הוא שהחלטה מינהלית אינה יוצרת, בכל הנסיבות וללא יוצאים מן הכלל, מניעות אשר בעטיה אין לקיים בדיקה ועיון חוזרים ולתת החלטה חדשה.

נסיבות שיש בהן להצדיק דיון מחודש הן למשל : -

1. ניתנה בעבר החלטה שיסודה בטעות באופן העלול לפגוע באינטרס הציבורי.

2. חל שינוי נסיבות המחייב הערכה חדשה של העובדות.

3. נתגלו נתונים חדשים או שנלמדו לקחים חדשים המצדיקים עיון מחדש.

4. תהא פגיעה בציבור או בבטחונו אם לא תשונה החלטה קודמת.

5. אם מדובר בנושא בטחוני הכרוך בחיי אדם הרי שאם מתברר כי שיקול בטחוני היה מוטעה עשוי להיווצר ח ו ב ה של הרשות הציבורית לקיים דיון מחדש.

במקרה הנדון קובע בית המשפט כי משנתברר כי העותר מהווה סכנה לבטחון ונכזבה התקווה כי ניתן יהיה לפקח עליו, הרי שלא היה בהחלטה הקודמת בדבר ביטול צו הגירוש כדי למנוע עתה דיון מחודש.

<u>הבג"ץ השלישי</u>

מיד לאחר שהקריא הנשיא שמגר את החלטת בית המשפט לדחות את עתירתו של שאהין הודיע בא כוחו, עו"ד פלדמן, כי הוגשה על ידו עתירה נוספת כנגד גרושו של שאהין. העתירה החדשה הוגשה מתוך הנחה כי בג"ץ ידחה את העתירה הקודמת והגרוש יתבצע מיד. בעתירה זו נתבקש בג"ץ לצוות על המשיבים שלא לגרש את העותר, שהוא פליט חסר אזרחות, אלא למדינה שהביעה הסכמתה לקבלו ובאופן שלא יסכן את חייו; נטען כי גירוש ללבנון עלול לסכן את חייו. בית המשפט העליון, מפי הנשיא שמגר קבע כי בבג"ץ הקודם, 159/84 כבר נדונו כל השאלות הקשורות לחוקיות הגרוש ואין מקום לדון בהם בעתירה הנוספת.

אולם בעתירה זו נתן בית המשפט את עיקר התייחסותו לאופן בו יבוצע הגירוש. בית המשפט חזר על פסיקה קודמת לפיה המדובר הוא בצו גירוש ולא בגזר דין מוות ועל כן אין לגרש אדם למקום אשר בו חייו יהיו בסכנה.

דעתו של בית המשפט נחה לאחר שהובהר לו כי רע"ן הדין הבינלאומי הפנה את תשומת ליבם של גורמי הבטחון כי במקרה של גרוש מסתננים יש לפעול בהתאם להחלטת הממשלה הקובעת הליכים לעניין גרוש לפי תקנה 112 לתקנות ההגנה (שעת חרום) 1945. לפי החלטת ממשלה זו יש לעשות כמיטב היכולת כדי למנוע מן המגורש סכנת נפשות אם במדינה שאליה הוא מגורש ואם מחמת האופן בו בוצע צו הגירוש.

מאחר והתחייבות ברוח זו ניתנה גם ע"י ב"כ פרקליטות המדינה - דחה בית המשפט גם את העתירה השלישית בעניינו של שאהין, עוד באותו היום בו הוגשה.

אחרית דבר

דחיית עתירתו השלישית של שאהין נתנה למעשה אור ירוק לתחילתו של מבצע לוגיסטי מורכב שמטרתו היתה להביא את שאהין בריא ושלם אל מקום מחוץ לגבולות מדינת ישראל. בסיומו של מבצע זה הגיע שאהין בשלום לבירות והמדינה עמדה בהתחייבות שניתנה לבג"ץ.

(ענף הדין הבינלאומי)

פינוי פולשים מאדמות מדינה - היכולת להעמדתם לדין בבית המשפט הצבאי

(בג"ץ 28/84 אבו-ג'דואן ואח' נ' היועץ המשפטי, רצועת אזח"ע ואח')

בעתירה זו עלתה השאלה האם ניתן להגיש כתבי אישום בגין עבירה על החוק המקומי, (המצרי), בבית משפט צבאי באזח"ע, או האם הסמכות מוקנית, בין מחמת טיב העניין ובין דרך כלל, לבית המשפט המקומי באזח"ע ולו בלבד.

עובדות המקרה

במסגרת תכנית שיקום הפליטים באזח"ע מתבצע פינוי של פולשים מהשנים האחרונות לאדמות המדינה שם, וזאת על מנת להכשיר מגרשים לשן מסירתם לפליטים אשר יבנו עליהם את בתיהם. (המחוקק המצרי ביטל באזח"ע את דיני ההתישנות ככל שמדובר באדמות מדינה, בסליגלם מסוימים).

את העותרים במקרה זה נלסו לפנות על דרך הגשת כתב אישום לבית המשפט הצבאי באזח"ע בגין עבירה של בניה ללא היתר, בניגוד להוראות החוק המצרי, (חוק מס' 4 לשנת 1960). חוק זה מאפשר לבית המשפט להורות לסלק את העבודות נשוא העבירה על חשבון העבריין.

בג"ץ הוציא צו על תנאי כנגד יועמ"ש אזח"ע בשאלה מהם השיקולים בגינם הוחלט להע-מיד לדין את העותרים בבית משפט צבאי ולא בערכאה מקומית.

טענות העותרים

העותרים טענו כי הפורום הנאות לדון בכתב אישום כאמור הינו בית המשפט המקומי. לטענתם מוגבלת הסמכות להקים בית משפט צבאי כאמור בתקנה 64 לאמנת ג'נבה הרביעית ולחליפין - מן הראוי להעמיד לדין את העותרים בבית משפט מקומי שכן "בתוך עמו הוא יושב" (בדומה לטעם לאבחנה בין בימ"ש שלום ומחוזי בישראל). עוד טענו העות-רים כי בהעמדה לדין בבימ"ש צבאי נפגעת זכותם לערער על פה"ד.

הטעם מאחורי השאיפה להעביר את הדיון לבית המשפט המקומי לא הוסתר ע"י ב"כ העות-רים. בבית המשפט המקומי, לאור מדיניות הענישה הנקוטה בידו, אין העותרים צפויים אלא לכל היותר לקנסות קלים בעוד שבבית משפט צבאי תתכן החלטה המורה לעותרים להרוס את בתיהם, (ולטענת ב"כ העותרים - החלטה כזו הנה דבר וודאי).

<u>טענות המדינה</u>

ניתן להשיב לעתירה בשני אופנים - ההיבט הפורמלי וההיבט המהותי.

מבחינה פורמלית קבועה סמכות בית המשפט הצבאי בסעיף 7 לצו בדבר הוראות בטחון תש"ל - 1970 המסמיך את בית המשפט הצבאי לדון גם בעבירות על הדין המקומי ונותן לו את הסמכויות שהיו נתונות לבית משפט מקומי אילו דן בעבירה.

על מקרה כגון זה חלה ההלכה כי "הברירה בידי המדינה להביא את הנאשם לפני בית משפט צבאי על פי הצו הנ"ל של המפקד הצבאי, או לפני בית משפט בישראל (ולענייננו - ניתן לאמר בית משפט מקומי), ועל אף ההבדל לגבי זכות הערעור, אין הנאשם יכול לקבול על כך שדינו נתברר בפני בית המשפט שעליו אינו יכול לערער לערכאה שפוטית. <u>הברירה היא בידי התובעת ולא בידי הנתבע או הנאשם</u>. (בג"ץ 412/71 <u>נסיראט נ' מפקד כוחות צה"ל ברצועת עזה וצפון סיני</u> לא פורסם, פסקה 5) ההדגשה שלנו).

ולעניין אמנת ג'נבה - הלא היא משפט בינלאומי הסכמי, על כל הנובע מכך.

מבחינה מהותית, יש לראות את כתב האישום במסגרת רחבה יותר. התביעה הפלילית בגין בניה שלא כדין מערבת התייחסות לשאלה נוספת והיא האם אדמות אלו אדמות מדינה אשר המדינה רשאית ליטול בהן חזקה. למעשה זהו סכסוך קרקעי, המתברר בפני בית המשפט הצבאי בהליך פלילי מבלי שתשונה המערכת הבסיסית של תביעת פינוי מחד ותביעה שכנגד לחזקה.

בהתאם להוראות המשפט הבינלאומי הוצא הצו בדבר בתי משפט מקומיים (רצועת עזה וצפון סיני) (מס' 315) תשל"א - 1971 הקובע (בסעיף 26) כי לא תוגש תביעה בבית משפט מקומי כנגד מי מרשויות צה"ל. הטעם לכך הינו הקונפליקט הבלתי נמנע אליו עלול בית משפט מקומי להקלע.

אותו עקרון חל גם על תביעות המוגשות ע"י רשויות צה"ל - גם על דרך כתבי אישום, בהבדל אחד - הואיל והיוזמה להגשת התביעות הינה בידי רשויות צה"ל אין צורך בקביעה כאמור על דרך צו.

מבחינת הוראות המשפט הבינלאומי נטען כי השמירה על אדמות המדינה לרבות השימוש בהן לפי שיקול דעתו הינה זכותו וחובתו של מפקד כוחות צה"ל באזור, מכוח תקנה 55 לתקנות הנספחות לאמנת האג הרביעית מ-1907. לא יעלה על הדעת כי זכויות המדינה המחזיקה תקבענה ע"י בתי משפט מקומיים בשטח המוחזק.

פסק הדין

בית המשפט העליון, מפי השופט דב לוין, קבע כי שאלת סמכות בית המשפט הצבאי לדון בעבירה על החוק המקומי הכרעה עוד בשלב המקדמי בו סירב בית המשפט העליון להוציא צו על תנאי ובכך נדחתה העתירה בנקודה זו.

לענין השיקולים אם להעמיד לדין בבית משפט מקומי או בבית משפט צבאי נמנע בית המשפט מלהתייחס לבעייתיות העקרונית שהעלתה לעיל. הואיל ואחת הטענות החילופיות מטעם המדינה היתה כי היות והאדמות הינן רכוש ממשלתי, מעשי העותרים הינם שליחת יד ברכוש זה, וכאלו, עבירה על הצו בדבר רכוש ממשלתי והואיל והוצהר בבג"ץ כי בכוונת התביעה לבקש רשות לתקן את כתבי האישום כך שתכלל בהם גם עבירה על הסעיף האמור, פסק בית המשפט כי אין ספק, אם יתיר בית המשפט הצבאי לתקן את כתב האישום, שבית המשפט הצבאי הוא הפורום הנאות לדון בעבירה. במקרה כזה נפסק כי אין מניעה כי לעבירה על תחיקת הבטחון תצורף גם העבירה על החוק המקומי. במסגרת בדיקתו בחן בג"ץ את הנחיות מפצ"ר בנושא כפי שצוטטו בתצהיר התשובה וקבע כי אין בהן כל פסול.

באמור לעיל אין משום צמצום שיקול הדעת אם להעמיד לדין בבית משפט צבאי על עבירות שבדין המקומי ע"י התניתו ב"כריכת" כל עבירה בעבירה על תחיקת הבטחון באשר בית המשפט נמנע במפורש מלהתייחס לשאלת ההעמדה לדין בגין עבירה על החוק המקומי בלבד.

(ענף הדין הבינלאומי)

סמכויות צבא בשטח מוחזק לאור המשכות ההחזקה בו

(בג"ץ 614/84 מועיא ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל באיו"ש ואח')

המשפט הבינלאומי קובע שני כללים עקרוניים לגבי מעמד נכסי דלא ניידי בשטח כבוש - האחד - כבוד זכויות הבעלים הקיימים, לפי דיני הקנין החלים באזור; השני - זכות לצבא המחזיק לתפוס שטחים הדרושים לצרכי הצבא.

העתירה בבג"ץ 614/84 כוונה כנגד תפיסה לצרכים צבאיים אשר נועדה להרחבת מחנה צבא קיים. השטח נתפס בהיותו שטח שולט וכן לשם הרחבה של המחנה.

לכאורה מדובר בעתירה "סטנדרטית" - תפיסה לצרכים צבאיים טהורים, אשר היוזמה לה באה מתוך הצבא ומשיקולים צבאיים כאשר אלוף הפיקוד תמך כל אלו בתצהיר מטעמו. (וההלכה הפסוקה, כידוע, הינה כי השיקול היכן חייב המחנה הצבאי לשכון ומה יהיה שטח התפיסה הינו שיקול המפקד הצבאי ובית המשפט לא יתערב בו; כך למשל בג"ץ 834/78 סלאמה ל"ג (1)478, בג"ץ 258/79 עמירה ל"ד(1)90, בג"ץ 149/81 אל סואס (לא פורסם)).

ייחודה של עתירה זו הינו בטענה חדשה אשר הועלתה ע"י ב"כ העותרים על מנת לצמצם את מרחב השיקולים המותר של המפקד הצבאי. הטענה מתבססת על תפיסת ה"כיבוש הארוך" ומיועדת לצמצם את כוחות המפקד הצבאי לאור אסכולה זו.

"כיבוש ארוך" מהו? בשני פסקי דין שניתנו לאחרונה (בג"ץ 393/82 ל"ז(4)785 בעניין שכונת המורים ובג"ץ 202/81 טביב ל"ו(ב)622 (כביש חבלה)) הוחלט כי ככל שנמשכת החזקת כוחות צה"ל באזור מוקנה יותר אופי "אזרחי" להחזקתם שם. למפקד הצבאי ניתנת האפשרות לידום שינויים מהותיים יותר ובני קיימא באזור ובלבד שהם מיועדים לטובת האוכלוסיה המקומית או לצרכי הבטחון של מפקד האזור או שניהם. (המונח "כיבוש" מובא כאן כמונח טכני, ללא התייחסות למעמד כוחות צה"ל באיו"ש).

במקרים האמורים לעיל נפסק כי סמכויות המפקד הצבאי מורחבות עקב "הכיבוש הארוך" והוא רשאי לבצע דברים שהיו מנועים ממנו בכיבוש "קצר". בבג"ץ זה טען ב"כ העותרים לפן השני של התארכות הכיבוש. לפי טענתו, עם ההתארכות וה"התאזרחות" של הכיבוש מוטלת על המחזיק בשטח חובה גוברת והולכת לשקול את צרכי האוכלוסיה המקומית ומצ-טמצמת זכותו, לפגוע ברכושה שעה שהוא חופס שטח לצרכים צבאיים.

לטענה זו, גם השלכה לשאלה על סמך אילו עובדות רשאית הרשות לפעול. בכל שלזכות הנפגעת משקל רב יותר נדרשות ראיות כבדות משקל להצדקת הפגיעה בה. במקרה זה טען ב"כ העותרים כי מן הדין היה להציג ראיות מפורטות לצורך הממשי במקרקעין, לסכנה הנובעת מהם ולהעדר אפשרות לפתרונות אשר יפגעו פחות באוכלוסיה. כמוכן נטען כי יש להציג עובדות אלו גם בפני בית המשפט לבחינתו.

במובן מסויים, טענה זו הינה נסיון ליהנות משני העולמות על סמך "הכיבוש הארוך" - מחד - מהכלל לפיו סמכות הכובש לשלול זכויות קנין בשטח מוחזק מוגבלת, מעבר למותר למשל בשטח שאינו כבוש; ומאידך - גם מביקורת לגופה של ההחלטה המינהלית על סמך המבחנים המקובלים בפסיקה לפגיעה בזכויות יסוד במדינה דמוקרטית,(כגון שלילת חופש הכיסוי וכיוצ"ב).

בית המשפט העליון מפי השופט ברק, דחה את העתירה ופסק כי במקרה זה הוכח צורך צבאי מיידי לתפיסת השטח הגובר על שיקול הפגיעה באוכלוסיה האזרחית. השופט ברק לא התייחס במפורש לטעון "הכיבוש הארוך" ואין זה ברור אם במקרה זה נדחתה העתירה למרות גישת "הכיבוש הארוך" או נדחתה גם גישה זו ונקבע כי צרכי הצבא גוברים בכל מקרה על שיקולי ההתחשבות באוכלוסיה (ובלבד שהם בגדר הסביר). אנו משערים כי במקרה מתאים הטענה תשוב ותדון.

(ענף הדין הבינלאומי)

חובת רשויות צה"ל לאכוף צווי בתי - משפט מקומיים בשטח תחת שלטונו

(בג"ץ 562/84 מוחמד עוואד עלי ואח' נגד המפקד הצבאי לאיו"ש ואח')

מעת לעת עולה בבג"ץ שאלת חובת רשויות צה"ל, (בין הממשל ובין המינהל האזרחי), לאכוף צווים אשר ניתנו על ידי בתי משפט מקומיים בשטחים המוחזקים.

אחת הסיטואציות האופייניות הינה כאשר בית המשפט המקומי מוציא (כדבר שבשיגרה) צו מניעה האוסר ביצוע עבודות כלשהן במקרקעין לבקשת טוען לבעלות במקרקעין אלו. הצווים מוצאים כנגד חברות פרטיות שונות המבצעות עבודות במקרקעין לצרכי הקמת ישובים חדשים. אם חברות אלו אינן מצייתות לצו המניעה ואף אינן נענות להוראת פקיד בית המשפט המקומי שמונה כמוציא לפועל נוטים הטוענים לבעלות להביא תרעומתם בפני רשויות הצבא ולבקש את התערבותן לאכיפת הצו, ואם אינם נענים הן פונים בעתירה לבג"ץ.

הטעון העיקרי לבסיס הצורך בהתערבות צה"ל הינו חובת השלטון הצבאי לאכוף את החוקים והסדר הציבורי בשטחים הנתונים למרותו, כאמור, בין השאר, בסעיף 43 לתקנות הנס-פחות להסכם האג הרביעי מ-1907. אין ספק כי אכיפה ע"י רשויות צה"ל הינה הדרך היעילה ביותר לשמירת הסטטוס קוו.

מאידך גיסא, הטענה הנגדית הינה כי מדובר בסכסוך מקרקעין פרטי בין שני גופים אזרחיים והעובדה כי אחד מהם הינו עובדי מקומי והאחר ישראלי אינה מחייבת את רשויות צה"ל להעניק סעד נוסף של אכיפה, שאינו נקוב בדין, כנגד הגוף הישראלי.

בבג"ץ 562/84 פסק בית המשפט העליון, מפי המשנה לנשיא השופטת בן פורת, כי סכסוך מעין זה אינו ענין לבג"ץ לענות בו מאחר ואין להעלות על הדעת כי בית המשפט האזרחי ביהודה ושומרון אינו מעניש על ביזוי החלטותיו ומכאן שיש לעותרים, לפי תכתיב השכל הישר, תרופה (בהנחה שאכן הופר צו חוקי של בית המשפט).

פסק דין זה אינו חוסם לחלוטין את שערי בג"ץ בפני עותרים מסוג זה ויתכן עדיין כי בג"ץ יתערב ויורה לאכוף את צווי המניעה של הרשויות השיפוטיות המקומיות אם יטען בפניו כי הליכי ביזיון בית המשפט שנכנסו, אם נכנסו, לא נשאו כל פרי.

(ענף הדין הבינלאומי)

הלכות פסוקות

עבירות הסירוב ליתן דגימות לשם גילוי שימוש בסם מסוכן

א. <u>ראשית דבר</u>

מאז קבלת תיקון מס' 16 לחוק השיפוט הצבאי, תשט"ו - 1955 (להלן: החוק), נדרש בית הדין הצבאי לערעורים למספר שאלות פרשניות, המעלות הוראות סעיפים 127א ו-250א לחוק.

סעיף 250א לחוק מורה:

"250א.

(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 - להבדק בדיקות אלה.

(ב) ..."

ההוראה הרלוונטית המשלימה קבועה בסעיף 127א, וזה לשונה: -

"127א. חייל שנצטווה להבדק לפי סעיף 250א וסירב להבדק, דינו - מאסר שנתיים".

ב. <u>מבחן שיקול הדעת</u>

בפסק הדין המנחה בסוגיה (ע/27/84 <u>התובע הצבאי הראשי נ' טור' אלמקיס</u>) קבע ביה"ד הצבאי לערעורים, כי לבחינת שיקול דעתו של קצין השיפוט הבכיר יש להחיל את המבחן <u>הסובייקטיבי</u>:

"... די בכך שנותן הצו סמכות ובתום לב"י הבדיקה דרושה - כדי לגלות החזקה או שימוש בסם מסוכן - ואין צורך שיתגבש בלבו "חשד סביר"... ומבחנה של "כנות ותום לב" הינו מבחן סובייקטיבי של מקבל ההחלטה".

אחר הדברים האלה בא בפני ביה"ד הצבאי לערעורים ענינו של רב"ט איפרגן (ע/217/84 רב"ט איפרגן נ' התובע הצבאי הראשי).

באותו ענין, הוצא הצו למסירת דגימות, בעקבות מידע ממפקדת מצ"ח מודיעין לפיו נחשד החייל בעבירות סמים.

משסרב החשוד ליתן דגימות הורה לו קצין שיפוט בצו למסור הדגימות.

בהשגתו על הרשעתו בדין על-ידי הערכאה הראשונה, טען המערער, כי אין די בכך שנאמר לקצין השיפוט כי קיים מידע המתייחס לחשדות בעבירות סמים. לפי הטענה, על קצין השיפוט הבכיר היה לברר את מקור המידע, מועדו ותוכנו לפרטיו. משלא עשה כן, לא הופעל שיקול הדעת כדין. בדחותו הטענה קבע ביה"ד הצבאי לערעורים, כי אכן רצוי ועדיף שקצין השיפוט יעיין ויבחון המידע. ברם, אין הדבר בבחינת תנאי הכרחי. ביה"ד מצא כי קצין השיפוט הוציא הצו רק לאחר בקשת הסבר מפי החוקר "לצורך מה ועל יסוד מה מבקשים שיוציא את הצו". עוד ציין ביה"ד, כי בסרוב החשוד ליתן הדגימות מרצונו הטוב, היה כדי לחזק החשדות נגדו. בנסיבות אלה, ובהתחשב בעובדה, כי החוקר - מוסר האינפורמציה - הוא איש חקירות - "הבקי בענינו חקירה בכלל ובחקירה הנוגעת למערער בפרט", מצא בית הדין, כי אין לומר, שקצין השיפוט, פעל שלא כהלכה.

יוער, כי על פסק דין זה הוגשה עתירה לבית המשפט הגבוה לצדק. העתירה טרם נשמעה.

ג. ענין מוצלי

שאלה אחרת עורר ענינו של חייל זה, שערעור התביעה בענינו, נשמע לעת האחרונה, בפני בית הדין הצבאי לערעורים. (ע/108/85 התובע הצבאי הראשי נ' רב"ט מוצלי).

1. <u>העובדות וקביעת הערכאה הראשונה</u>

תחילת סיפור המעשה בסרובו של החייל להענות לצו למסירת דגימות, במועד בו נתבקש לעשות כן. אלא, שכעבור יום, חזר בו מסרובו ונאות להבדק. דא עקא, שבשלב זה לא נמצא עוד טעם לקיומה של הבדיקה, וזו לא נערכה.

בזכותה הנאשם תמכה הערכאה הראשונה יתדותיה בנוסחו של הצו למסירת הדגימות. בטופס הופיע הנוסח: "<u>תאריך הוצאת הצו</u> - 11.2.85. <u>הצו בתוקף עד</u> - 15.2.85".

בהדרשו למשמעות המילים "הצו בתוקף עד...", קבע בית"ד המחוזי:

"סבורים אנו כי בקביעת מועד מאוחר זה - ניתנה <u>לנאשם</u> ע"י מוציא הצו - אפשרות לשקול עמדתו ולשנותה בפרק הזמן שעד מועד פקיעת תוקף הצו.

אין אנו סבורים, כי יש לפרש סרוב בסעיף 127א - באורח דווקני ומצומצם עד כדי שיתפס אדם על סרובו - ולא יוכל לחזור בו במועד סמוך במדה סבירה - למועד הסרוב".

2. <u>קביעת בית הדין הצבאי לערעורים</u>

בקבלה את ערעור התביעה על הזיכוי בדין קבעה ערכאת הערעור:

"התקופה שנקבעה בצו לא נועדה אלא לקבוע מועד לסיום תוקפו ואין בה כדי להעניק למי שהצו מופנה כלפיו זכות בחירה אימתי לציית לו.

הוא חייב לציית לצו מיד עם הפניה אליו; סרוב לציית לצו - מהווה עבירה. אין כוחה של הסכמה מאוחרת - אפילו ניתנה בתקופה שבה הצו עומד בתקפו - כדי לבטל את העבירה שבסירוב".

קבילות אמרת נאשם נגד חברו

לספסל הנאשמים

היחס בין סעיף 10א לפקודת הראיות לסעיף 479 לחוק השפוט הצבאי

ע/100/85 התצ"ד נ' רב"ט גבאי

א. התשתית העובדתית וקביעת הערכאה הראשונה

בכתב האישום יוחסה למשיב, בין היתר, עבירה של שימוש בסם מסוכן, לפי סעיף 7(א) לפקודה בסם מסוכן (נוסח חדש).

הראיה העיקרית להוכחת האשמה, שבאה בפני הערכאה הראשונה - היתה אמרתו במשטרה של נאשם אחר באותו משפט.

עתירתה של התביעה לקבל את האמרה כראיה נגד המשיב, מכוח סעיף 10א לפקודת הראיות (נוסח חדש) (להלן: פקודת הראיות) נדחתה ע"י בית הדין הצבאי המחוזי.

בהנמקתו קבע בית הדין המחוזי כי אין ניתן להחיל בבתי הדין הצבאיים את ההלכה שנפסקה בבית המשפט העליון בענין אבוחצירה (ע"פ 610,581/81 אבוחצירה ואח' נ' מדינת ישראל, פ"ד לו(4)141), לפיה "הודעת יעד" (לענין סעיף 10א) כוללת הודעת נאשם, אשר מעיד להגנת עצמו במשפט, המתנהל נגדו ונגד נאשמים אחרים". (שם, בעמ' 152).

זאת, לנוכח קיומה של הוראה מיוחדת בחוק השיפוט הצבאי (להלן: "חש"צ" או "החוק"), שלפיה:

"אמרת נאשם אחד אינה כשרה כראיה נגד נאשמים אחרים" (סעיף 479 לחש"צ).

הערכאה הראשונה נתנה דעתה לכך, כי התוצאה האמורה מביאה לידי "אבסורד":

"לא רק ביחס לעיוות שבין שתי המערכות השיפוטיות (מערכת המשפט האזרחית מול מערכת המשפט הצבאית) אלא גם ביחס לקביעת הממצאים העובדתיים לגבי נאשמים הנדונים באותה פרשה ועפ"י כתב אישום אחד".

אולם, התרופה למצב דברים זה אליבא דביה"ד קמא הוא בתיקונו של חש"צ ע"י ביטול סעיף 479 לחוק.

ב. <u>הערעור</u>

בפני ביה"ד הצבאי לערעורים נשמע ערעורה של התביעה, על הזיכוי בדין.

הטיעון בערעור התמקד בשאלת פרשנותו של סעיף 479 לחש"צ.

לשיטת פרשנות התביעה סעיף 479 <u>אינו</u> מהווה "מחסום" להחלת "הלכת אבוחצירה" בבתי הדין הצבאיים. סעיף 479 נותן ביטוי סטטורי <u>לכלל</u> הראייתי האוסר שימוש באמרת נאשם אחד שנמסרה מחוץ לכתלי בית המשפט כראיה נגד נאשם אחר. ברם, כלל זה אינו חל במקרה <u>המיוחד</u> בו מתמלאים יסודות סעיף 10א לפקודת הראיות.

בקבלו את פרשנות התביעה קבע ביה"ד לערעורים:

"... ההלכה הפסוקה בבתי המשפט הרגילים היתה זהה להוראת סעיף 479 לחש"צ.

סעיף זה בשום פנים ואופן אינו חריג לדיני הראיות הכלליים ומש-מעותו אינה ייחודית למערכת המשפט הצבאית. חוק השיפוט הצבאי, המקיף והיסודי, בסעיף 479 שבו בא רק לשקף ולאמץ בכתובים, כדרכו גם נושאים אחרים, את שנקבע בדיני הראיות הכלליים החלים בבתי המשפט הרגילים, בענין זה הדין זהה לנאשם העומד לדין בבית דין צבאי ולנאשם הנשפט בבית משפט רגיל... אין חולק כי החריג אשר הוכשר ונהפך לחלק מדיני הראיות בבתי המשפט של המדינה מכוח סעיף 10א לפקודת הראיות, חל באותה מידה בבתי המשפט הרגילים ובבתי הדין הצבאיים".

עוד הטעים ביה"ד לערעורים כי השימוש במינוח "קבלת <u>אימרת</u> נאשם" אינו מדוייק, שכן:

"כאשר מוגשת ומתקבלת אימרתו של נאשם במשטרה כראיה, מכוח סעיף 10א שעה שהנאשם שהשמיע את האמרה ניצב על דוכן העדים ונחקר לתוכן עדותו - האמרה היא <u>העדות</u> ואין אנו עוסקים יותר באמרה סתם שהושמעה מחוץ לכתלי בית המשפט, ואשר בתור שכזו היא בבחינת עדות שמיעה, ענין לנו במקרה כזה בעדות ממש".

(השווה: ע"פ 400/81 <u>מחגינה נ' מדינת ישראל</u>, פ"ד לח (4) 767, 773).

לפיכך, נתקבלה האמרה כראיה; ובהצטרף אליה כלל הראיות שהיו בפני הערכאה הראשונה החליטה ערכאת הערעור להרשיע המשיב בדין.

התנגדות להגשת ראיה ומועד השמעתה

ע/409/84 התובע הצבאי הראשי נ' טורי שואף

1. הרקע העובדתי

בשלב העונש הגישה התביעה פסק דין וכן העתק טופס אישור גזר דין למטרת הפעלת תנאי שהיה תלוי ועומד נגד הנאשם, אליבא דהתביעה, להגשת מסמכים אלה לא באה התנגדות מצד הסנגוריה.

בטופס נמצאו פרטי הרשות המאשרת, הסימון כי גזר הדין אושר וכן תאריך

עוד אוזכר בטופס כי המקור חתום על-ידי הרשות המאשרת את גזר הדין.

אולם, על גבי המסמך לא נאמר, כי העתק הוא מן המקור; וכן לא צויין, כי אושר על-ידי המוסמך לכך, כדרישת סעיף 485 לחוק השיפוט הצבאי, תשט"ו - 1955. (להלן: החוק).

ביה"ד המחוזי קבע, כי לא הוכח בפניו קיומו של גזר-דין, שאושר כדין על-ידי הרשות המאשרת. גלל כן, לא הופעל עונש המאסר המותנה.

2. עמדת התביעה

לא היה כל חולק כי בעניין הנדון לא ענה המסמך שהוגש על התנאים המוקדמים הקבועים בסעיף 485 לחוק, המורה חזקת כשרותו של העתק העונה על הדרישות הקבועות ברישא להוראת החוק. מאידך גיסא, אין חולק, שהטופס הוגש ללא התנגדות מצדו של הנאשם. (רק בשלב הטעון לעונש נשמעה מפי הסניגור הטענה, כי הטופס אינו ערוך כדין). לפיכך מצאה התביעה לערער על גזר דינו של בית הדין הצבאי המחוזי. טענת התביעה, בקליפת אגוז: אי-ההתנגדות במועד לקבילות המסמך ואי-ההסתייגות במועד לתוכן המסמך - כמוהם כהסכמה לקבי-לותו ולתוכנו.

לחילופין, ביקשה התביעה כי יותר לה להגיש ראיה חדשה בעדעור (טופס אישור גזר דין, העונה על תנאי סעיף 485 לחוק), בהתאם להוראת סעיף 435 לחוק.

3. קביעת בית הדין הצבאי לערעורים

בבית הדין הצבאי לערעורים נחלקו הדעות ביחס לעתירתה הראשית של התביעה.

דעת הרוב

1. כ ל ל י

א. "הלכה היא שראיה פסולה, שיכול היה צד להתנגד להגשתה, אך לא עשה כן, יש לראותה כחלק מחומר הראיות, שכפני בית המשפט. הלכה זו חלה במשפטים אזרחיים וכוחה עמה דרך כלל גם במשפטים פליליים, כשאין בהסתמכות עליה לגרום לעיוות דין".

ב. בענייננו, אין להחיל את סעיף 56 לפקודת הראיות (נוסח חדש), תשל"א - 1971 לפיו "ראיה שאינה קבילה במשפט פלילי ונתקבלה בטעות או בהיסח הדעת לא תשמש הוכחה לאשמה ואין לבסס עליה שום פסק דין". אף בהנחה, שההוראה חלה בשלב הגשת הראיות לענין העונש אין הסעיף חל מקום בו נתקבלה הראיה מתוך הסכמה - בין מפורשות בין מכללא - שניתן להסיקה מהעדר ההתנגדות לקבלתה.

2. מן הכלל אל הפרט

אין חולק, כי המסמך הוגש כראיה לגזר דין חלוט. באי התנגדותו הסכים הסניגור להגשת המסמך. הואיל ובהסכמה עסקינן יש ללמוד על תוכנה ממכלול הנסיבות. פשיטא שבנדון דנן הוגש המסמך להוכחת האמור בו, לאמר: את תוכנו.

נמצא, כי: "ההסכמה מכללא להגשת המסמך לא באה, למעשה, אלא כויתור על הצורך באותו אימות על פי מצוות סעיף 485 לחש"צ וכהסכמה לנכונות המסמך כמשקף את המקור".

דעת המיעוט

1. כ ל ל י

א. בנדון חלה הוראת סעיף 56 לפקודת הראיות (נוסח חדש), שכן "כיוון שכראיה שנתקבלה מדובר - אין ספק שהטעות או היסח הדעת הם של ביהמ"ש ולאו דווקא של צד מן הצדדים".

ב. יתר על כן, אף אם תאמר, כי הראיה קבילה היא, הרי יש לבחון את משקלה.

זאת, באשר הסתלגות לתוכן בעת הגשת המסמך "הלא בגדר ירשות" (שאגב, אין לה סימוכין בדין) מנין אם כן שצד אשר לא בחר בדרך זו אינו רשאי עוד לטעון כי הראיה חסרת כל משקל".

2. מן הכלל אל הפרט

בנסיבות, אין להסיק קיומה של הסכמה מכללא. במועד הגשת הראיה סבר התובע "כי פסק הדין מאושר אך טעה". ואילו הסניגור "חזקה שהבחין בטעות... ובודאי שביקש להיכנות הימנה". נוכח זאת, "ההתלאה של הסח הדעת מזה על גב מהלך מחושב מזה והסקת הסכמה משניהם נראית לנו מפוקפקת".

4. בשולי גזר הדין

בשולי גזר הדין, אגב אורחא, נתנו דעתם שופטי הרוב גם לעתירתה החלופית של התביעה. לענין זה צויין, כי לו שאלה זו ניצבת היתה על הפרק, היה מקום להעתר לבקשת התביעה להגשת הראיה בשלב הערעור, שכן :

"מטרתו העיקרית של ההליך הפלילי היא חשיפת האמת והמשפט הפלילי איננו משחק שבשל טעות פורמאלית, שאין בה לגרום עיוות דין תשונה תוצאתו".

בנקודה זו הצטרפה דעת המיעוט לדעת הרוב תוך הטעמה, כי היא עושה כן :

"רק מפני שברור וגלוי, כי הענין כולו הוא פרי שגגה פורמאלית (הן מצד הרשות המאשרת והן מצד התובע)".

שתיקת נאשם

ע/80/85 טורי כהן נ' התצ"ר

1. התשתית העובדתית וקביעת הערכאה הראשונה

היה זה המערער, שבאימרתו במשטרה הצבאית אמר "... זאת היתה הפעם הראשונה והאחרונה בחיים שלי שניסיתי לעשן חשיש", אלא שבבואו בפני בית הדין הצבאי בחר לכפור באשמת השימוש בחשיש. בפרשת התביעה, הוגשה אימרת הנאשם, ותו לא. בהגיע תורו של הנאשם בחר שלא לעלות על דוכן העדים ולמסור גירסה.

הערכאה הראשונה מצאה להרשיעו בדין בהתבסס על אימרתו, כשלזו נצטרף "דבר מה נוסף".

כ"דבר מה נוסף" שימשה העדות החיצונית, לפיה חולה הנאשם במחלת האסטמה; באשר באימרתו ציין הנאשם, כי המחלה האמורה השפיעה על תגובתו בשעת עישון הסם. עוד ציין בית הדין המחוזי, כי לדידו, אף בהעדר אותו "דבר מה" מן הדין להרשיע הנאשם, שכן שתיקתו יכולה להוות "דבר מה".

2. פסיקת הדין על-ידי ערכאת הערעור

א. בית הדין הצבאי לערעורים קיבל את טענת המערער, כי "ענין האסטמה" אין בו כדי להוות "דבר מה נוסף":

"הדבר מה" צריך להתייחס לפרט מפרטי הארוע נשוא האישום ולא לנתון מנתוני הרקע שאין בינם לבין מעשה העבירה ולא כלום".

ב. לפיכך, צריכה היתה הכרעה השאלה: אם המנעות הנאשם מהעיד יכול ותהווה "דבר מה" להודאתו, שניתנה מחוץ לכתלי בית המשפט.

ג. ביה"ד לערעורים ציין כי, חרף הוראתו הכללית של סעיף 162 לחוק סדר הדין הפלילי (נוסח משולב), התשמ"ב - 1982 (המקביל לסעיף 366 לחוק השיפוט הצבאי, תשט"ו - 1955), נאמר, בענין עלי (ע"פ 556/80 עלי נ' מדינת ישראל, פ"ד לז(3)169) בדעת הרוב: -

"... במקרה של הודאת נאשם מחוץ לכתלי בית המשפט מן הראוי ומן הנכון כי בית המשפט לא יראה בשתיקתו של אותו נאשם בבית המשפט משום חיזוק להודאתו".

אלא, שדברים אלו היו בבחינת אימרת אגב בלבד, והאמור בפסק דין מועדי (ע"פ 115/82 מועדי ואח' נ' מדינת ישראל, פ"ד לח (1) 197) יוכיח.

בפסק דין זה (המאוחר בזמן לפסק דין עלי האמור) נאמר על-ידי הנשיא י' כהן, כי אין צורך (בנסיבות הענין שנדון שם) לפסוק בשאלה אם ההמנעות מהעיד יכול ותשמש חיזוק לראיות התביעה. נוכח זאת, ובהעדר הלכה בנדון מצא בית"ד לערעורים כי יש לנהוג על-פי "יחרות שיקול הדעת". לפיכך, לאחר שהביע הסתייגותו מהגימוק העיקרי ששימש את שופטי הרוב בעניין עלי קבעה ערכאת הערעור כי יכול ושתיקת הנאשם תהווה "דבר מה נוסף"

מקום בו "יסתבר לבית המשפט שאין מאחורי השתיקה כל טעם ממשי להסבירה ולהצדיקה". כך התרשמה ערכאת הערעור בנדון דנן, ולפיכך אושרה ההרשעה בדין.

"דבר לחיזוק" ו..."דבר לחיזוק"

ע/71/85 טורי בן שושן נ' התובע הצבאי הראשי

1. **תמצית העובדות**

מעשה בחייל שהרשעתו בדין הושתתה על הודעת שותפו לדבר העבירה, שנתקבלה כראיה לפי סעיף 10א לפקודת הראיות (נוסח חדש) (להלן: הפקודה). זאת, לאחר שנמצא בחומר הראיות "דבר לחיזוקה" של האמרה כדרישת סעיף 10א (ד) לפקודה.

2. **ה ע ר ע ו ר**

בהשיגו על קביעת הערכאה הראשונה טען המערער, בין היתר, כי דרישת "דבר לחיזוק" עדות שותף מכוח סעיף 54(2) מתווספת לדרישת החיזוק לאמרה, המתקבלת בהתאם לסעיף 10א לפקודה. לשון אחרת, משעסקינן באימרת שותף לדבר העבירה, שנתקבלה לפי סעיף 10א לפקודה נדרש כפל "דבר לחיזוק", לצורך הרשעה בדין.

3. **קביעת בית הדין הצבאי לערעורים**

לאחר שסקרה ערכאת הערעור את טיבן ומהותן של "התוספות הראייתיות" שהיו בפני בית הדין קמא במקרה הנדון נחה דעתה, כי "מערכת הראיות... היא כה נכבדה עד שניתן לקיים על-פיה את ההרשעה בדין גם נוכח ראיית הדברים המקסימליסטית של המערער".

בהדרשו לטענה לגופה קבע בית הדין לערעורים, כי דינה להדחות:

> "כל שנחוץ, בענין הקונקרטי, הוא תוספת ראייתית אחת המספקת כדי לאמת את האימרה ולהקנות לה את המשקל הדרוש לשם הרשעה בדין".

בהנמקה צויין כי לא זו בלבד שאין סימוכין לטענה "בדין או בהלכה הפסוקה" אלא "שלדעתנו אין להשקפה זו אף סימוכין שבהגיון".

החיזוק נועד להסיר חשש, ומשבאה בפני בית הדין ראיה שהסירה חשש זה - די בכך.

המכתן נעוץ בערך הראיה ואינו "ענין ליחס מתמטי כלשהו", באשר "לא מספר התמיכות הוא העיקר, אלא משקלן".

התביעה הצבאית הראשית

1. [illegible]

2. [illegible]

3. [illegible]

רבותי ההיסטוריה

יישרות משפטי
תוכל/1/11 -
2 יולי, 1948

חוזר מס' 56

לתוכ"לים
ראש משטרה צבאית

הנדון: עריקים - חברי קבוצים

להלן מובא לידיעתכם ולפעולה במקרים מתאימים, העתק ממכתב ראש אכ"א בענין הנ"ל : -

משפט/אכא
ר/3/2-422
3 יולי, 1948

תוכ"ל ראשי
מגן - מפקד המשטרה הצבאית
אכא/3

הנדון : עריקים מקבוצים

1. דינו של עריק בקבוץ הוא כדין כל עריק אחר ואין להתיחס אליו ביחס שונה מהיחס לגבי כל עריק.
2. המשטרה הצבאית רשאית וחייבת לחפש עריקים שהוכרזו כעריקים בכל מקום כולל קבוצים.
3. יש להניח שהמשטרה הצבאית תמצא את הדרך הנאותה להתנהגותה בתוך תחומי הקבוצים.
4. על מפקד המשטרה הצבאית להוציא הוראות מתאימות להתנהגות במקרים אלו.

(-) ראש האגף
גורלי
תוכ"ל ראשי "

ישרות משפטי
תוכל/1/11 -
20 יולי, 1948

חוזר לתוכ"לים

מס' 59

עונש מאסר

קורים מקרים שמתן עונש מאסר לעברין בשעת מלחמה אין בו כדי להעניש את העברין ולעתים הוא אף ראוי לו, כאשר הוא מאפשר לו להסתלק מהשתתפות פעילה במלחמה ולבלות את ימי המלחמה במבטח בית הכלא.

כן יתכן שבמסבות מסויימות, הוצאת איש או אנשים משורות הלוחמים והשלחם למאסר עלולה לפגוע בכושר הלחימה של היחידה או עלולה לפגוע בצבא באופן אחר.

במקרים מתאימים כנ"ל מן הראוי שהתוכ"ל יבקש מבית-הדין הטלת עונש מאסר ההולם את חומרת העברה, ויחד עם זאת ימליץ בפני בית-הדין שביצוע פסה"ד ידחה לתקופה מסויימת או עד גמר המלחמה.

(ש)
תוכ"ל ראשי

יישרות משפטי
תוכל/9/11
12 באוגוסט 1948

לתוכיילים

הנדון : סדרי עבודה

1. שמתי לב שאין התוכיילים מקפידים על תורנות בשעת הפסקות הצהרים. כן עוזבים האנשים את המשרד ומפסיקים לעבוד למרות שלא גמרו את העבודה. חקירות רבות במשכנות ללא הצדקת זמן ממושך. במקרים לא מועטים אין הכנה מספקת של המשפטים.

2. ידועים לי התנאים הקשים בהם עובד שרותנו, אולם הם לא יותר קשים מאשר בשרותים אחרים ובהחלט אינם מצדיקים רפיון העבודה, הסתפקות ב- 8-9 שעות עבודה ליום וכו'.

3. יש לקיים מיד בירורים עם כל האנשים העובדים אצלך, ולבדוק אם הם ממלאים את כל תפקידיהם במהירות הדרושה. אני דורש לכנס במשך השבוע ישיבה מיוחדת שבא תקריא את המכתב הזה ותקיים את הבדור הנדון.

4. מיום קבלת מכתב זה חייבת להיות תורנות בשעות הצהרים וכן תורנות בשעות הערב. האנשים לא יעזבו את המשרד כתום 8 או 9 שעות של עבודה כי אם בגמר הטפול בחומר שלפניהם.

5. נא לשלוח לי מיד לוח שעות העבודה הנהוגות אצלכם.

6. כל האנשים יקבלו רק יומיים לחדש חופש, פרט לדתיים, שומרי שבת, שלא יעבדו בשבתות ולעומת זאת לא יקבלו את החפש הרגיל של יום לשבועיים.

2/.

7. כל תוכ"יל וראש מחלקה יעביר לקצין המנהלה את רשימת העובדים בשרות למעלה מ-3 חדשים בקשר לקבלת חופש מיוחד.

8. בשום מקרה אין לתת חופש מיוחד בלי אשור מוקדם של קצין המנהלה של המטה השרות המשפטי.

9. רייב טבלה של רשום הנוכחות במשרד: נא למלאה בקפדנות ולשלחה לי בכל יום אי בשבוע עבור השבוע החולף.

גורלי
תוכ"יל ראשי

"שרות משפטי

תוכל 1/11

10 באוקטובר, 1984

חוזר מס' 93

משמעת, - מלוי חובת שופט

להלן חוזר שנתקבל ביום 6 באוקטובר, 1948 מאת הרמטכ"ל, לידיעתכם :

הנדון : - משמעת, - מלוי חובת שופט

1. בתי הדין הצבאיים מרכבים, בהתאם להוראות חוקת השפוט, מקצינים ובעלי דרגות אחרות (כולל טוראים) המתמנים מפעם לפעם לשבת כשופטים.

2. החוקה קבלה, איפא, את העקרון החשוב שהטלת משמעת בצבא הוא עניין הצבא עצמו ויש להקפיד במלוי תפקיד חשוב זה.

3. כל קצין או ב.ד.א. המקבל מנוי לכהן כשופט, חייב להתפנות מכל תפקידיו כדי לשבת כשופט במועד ובמקום שנקבעו. מנוי כשופט הוא פקודה של רשות מוסמכת.

(-)

שלמה שמיר, אלוף

בשם

ר מ ט כ ל

ראש השרות "

בגליון מספר 3 של בטאון "משפט וצבא", הבאנו לעיונכם ציטוטים נבחרים מישיבת התובע הכללי הראשי (התוכ"ל), סא"ל גורלי, עם התוכ"לים החטיבתיים מיום 16 יוני 1948. הפעם בחרנו מספר קטעים מתוך חוזרים שהופצו על ידי התוכ"ל הראשי לחבר עוזריו, מתחילת מלחמת העצמאות.

"ישרות משפטי

תוכל/1/11 - 260

23 מאי, 1948

חוזר לתוכ"לים

מס' 1

התחלנו בעבודה בעצמה של המלחמה. כל תוכ"ל חייב לחשוב ולשקול באיזה אופן עליו לסייע בעבודתו לצבא ולמלחמתנו. לא תמיד אפשר לנהוג בצורה המקובלת. יש להחלץ ולבער כל תופעה העלולה לפגע בכשרו המלחמתי של הצבא.

במקרה של צורך יש להקים מיד בית-דין של שדה ולדאג למשפט מהיר.

תשומת לב מיוחדת יש להקדיש לגסות הנוגעת לשדה המערכה.

תוכ"ל ראשי "

הודאות

דרגות *

* נשיא בית הדין הצבאי המחוזי, מחוז שיפוט דרום, סא"ל יורם צלקובניק הועלה לדרגת אל"מ.

* רע"נ דבל"א, סא"ל יואל זינגר הועלה לדרגת אל"מ.

* רס"ן דוד רוזן, נשיא ביהמ"ש הצבאי בשכם הועלה לדרגת סא"ל ומונה לנשיא ביהמ"ש הצבאי בעזה, במקום אל"מ זכריה כספי, אשר יצא ללימודים במכללה לבטחון לאומי.

* סרן יצחק קינן מענף ליעוץ וחקיקה הועלה לדרגת רס"ן.

* קצינת בתי המשפט באיו"ש, סרן נורית ברק, הועלתה לדרגת רס"ן.

* מ"מ תובע ח"א סגן עמי שחר הועלה לדרגת סרן.

* תובעת ביהמ"ש הצבאי בלוד, סגן עינת רון, הועלתה לדרגת סרן.

* סגן מייק בלס מענף הדין-הבינלאומי הועלה לדרגת סרן.

מינויים *

* רס"ן יפה הרצברג מונתה כסניגורית חיל-הים במקום רס"ן איטה נחמן שיצאה לחופשת לידה.

* סג"מ ענת ויינברגר מונתה לרל"שית פצ"ר לאחר סיום תפקידה של סגן טלי עיני.

* רס"ר יוסף אדיב מונה כקצין תחזוקה של מפצ"ר.

פרשו *

* מ"מ נשיא ביה"ד הצבאי לערעורים, תא"ל שבתאי זיו פרש מצה"ל ובמקומו מונה אל"מ אביגדור רביד.

* רס"ן אבי שלום מנקח"ל סיים את תפקידו ופרש מצה"ל.

* רס"ן אתי פישר, קצינת בית הדין הצבאי לערעורים, יצאה לחופשת פרישה מצה"ל. במקומה מונתה סרן גלית הוד, כקצינת בית הדין.