

“אוזניים לכותל”: האזנות סתר בעידן החדש

גדי אשד*

מבוא

עקרונות מתנגשים

הזכות לפרטיות והצורך בהאזנות סתר

היסטוריה

תהליך הציתות הלכה למעשה - פנייה לבית המשפט

האזנת סתר דחופה - פנייה למפכ"ל

אכיפה וחינוך

טכנולוגיה מיושנת

חוק האזנת סתר - מבט ביקורתי

כללי המשחק

היבטים אתיים

חומרי חקירה ומודיעין

משפט משווה

המודל האמריקאי

עדכוני חקיקה בארה"ב ואנגליה

המודל ההולנדי

יעילות המודל הישראלי - מבט השוואתי

סיכום

* סגן ניצב, ראש מפלג מודיעין ביחידה המרכזית במשטרת מחוז תל אביב, משטרת ישראל.
תודתי נתונה לשופטת שרה סירוטה, למשנה לפרקליטת המדינה לעניינים פליליים, עו"ד נאוה בן אור,
ל-J. Van Den Brink (עורך דין וקצין משטרת האג, הולנד), ל-Emrys Tippet (נציג המשטרה והמכס
הבריטי בניקוסיה, קפריסין, ממונה על אזור המזרח התיכון), ל-Jonathan E. Davis (עורך דין
מפרקליטות ניו יורק, ארצות הברית), ל-T.J.M. Vermeulen (קצין משטרה ממשטרת אמסטרדם,
הולנד), ל-J. Udell (מפרקליטות ניו יורק), לעו"ד שלמה נסים, סגן בכיר בפרקליטות מחוז תל אביב,
לעו"ד אסף פורת וליוסי זויטיא, עורך כתב העת "משפט וצבא".

נספח

הצעה לתיקון חוק האזנת סתר, התשל"ט-1979 -
דברי הסבר

מבוא**עקרונות מתנגשים**

חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו מהווה מרכיב חשוב בהגנה על זכויות אדם בסיסיות: כבוד, חירות, קניין, תנועה ופרטיות. בדברים שנשא בטקס מינויו למשנה לנשיא בית המשפט העליון (כתוארו דאז), נתן א' ברק ביטוי למגמה זאת:

חוק-היסוד הוא מסמך משפטי, הקובע את אורחות חייה של מדינת-ישראל. ביסוד "כבוד-האדם" מונח איפוא הכבוד שיש ליתן לקיומו של האנוש בתור שכזה, ולכושר הבחירה וההכרעה שלו. האדם אינו אמצעי אלא מטרה. מכאן, שכבוד-האדם הוא שוויון בין בני-האדם; כבוד-האדם הוא שמו הטוב של האדם; כבוד-האדם הוא האוטונומיה של הרצון הפרטי.

...

כבוד-האדם עשוי להתנגש באינטרסים של טובת הכלל. כיצד תוכרע התנגשות זו? הדרכתו של חוק-היסוד היא מועטה. ... כאן בא תפקידו העיקרי של בית-המשפט העליון. זו האחריות המיוחדת המוטלת עליו. היא עלינו לעצב אמות מידה חוקתיות ועקרוניות לפתרון המתח הפנימי בין מרכיביו של כבוד-האדם בינם לבין עצמם, בין הזכות בדבר כבוד-האדם וזכויות יסוד מוגנות אחרות, ובין העקרון של כבוד-האדם כפרט והאינטרס של הכלל.¹

בין הערכים החשובים הללו קיים, כאמור, מתח פנימי, ומודגשים עקרונות שלעתים מתנגשים. כך, למשל, האינטרס של הכלל עלול לעתים לפגוע בעיקרון

1 א' ברק "בית-המשפט העליון ואמון הציבור" בתוך מבחר כתבים (ח' ה' כהן וי' זמיר עורכים, תש"ס, כרך א) 965, 967, 968.

ההגנה על הפרטיות. קיימים מצבים שבהם האינטרס הציבורי מחייב פגיעה בפרטיות.

במאמר זה נתמקד בדוגמה מייצגת אחת למודל פגיעה שכזה בין זכותו של האדם לפרטיותו, זכות יסוד המוצאת עיגונה בסעיף 7 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, לבין האינטרס הציבורי, כפי שנעמוד על משמעותו בהמשך. תחום רגיש ובעייתי הגורם לפגיעה בזכות זו הוא האזנות הסתר. מספר חוקים מרכזים את הכללים להסדר המפגש הטעון שבין ההגנה על הפרטיות והמאבק בפשיעה:

א. **חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו**, אשר העלה את הפרטיות למעמד של זכות יסוד. על פי סעיף 7 לחוק זה,

- (א) כל אדם זכאי לפרטיות ולצנעת חייו.
- (ב) אין נכנסים לרשות היחיד של אדם שלא בהסכמתו.
- (ג) אין עורכים חיפוש ברשות היחיד של אדם, על גופו, בגופו או בכליו.
- (ד) אין פוגעים בסוד שיחו של אדם, בכתביו או ברשומותיו.

ב. **חוק האזנת סתר**, שלפיו,

"שיחה" - בדיבור או בבזק, לרבות בטלפון, בטלפון אלחוטי, ברדיו טלפון נייד, במכשיר קשר אלחוטי, בפקסימיליה, בטלקס, בטלפרינטר או בתקשורת בין מחשבים;

...

"האזנת סתר" - האזנה ללא הסכמה של אף אחד מבלי השיחה;²

לעניין זה "האזנת הסתר" תוגדר כהאזנה ללא הסכמתו של איש מבלי השיחה.

ג. **חוק הגנת הפרטיות**, שעל פיו,

2 סעיף 1 לחוק האזנת סתר, התשל"ט 1979 - (להלן: חוק האזנת סתר).

לא יפגע אדם בפרטיות של זולתו ללא הסכמתו.³

וכמו כן,

פגיעה בפרטיות היא אחת מאלה:

...

(2) האזנה האסורה על פי חוק.⁴

ד. חוק המחשבים, אשר קובע כי

החודר שלא כדין לחומר מחשב הנמצא במחשב, דינו - מאסר שלוש שנים; לענין זה, "חדירה לחומר מחשב" - חדירה באמצעות התקשרות או התחברות עם מחשב, או על ידי הפעלתו, אך למעט חדירה לחומר מחשב שהיא האזנה לפי חוק האזנת סתר, תשל"ט 1979.⁵

עוד מוסיף החוק ומרחיב:

העושה מעשה האסור לפי סעיף 4 כדי לעבור עבירה על פי כל דין, למעט על פי חוק זה, דינו - מאסר חמש שנים.⁶

ה. כללי המשטרה המורים:

לצורך מילוי תפקידה רשאית המחלקה לחקירת שוטרים שבמשרד המשפטים ... לבקש את סיוע המשטרה בפעולות אלה:

...

(7) ביצוע האזנות סתר והעברת תוצאותיהן למחלקה;⁷

3 סעיף 1 לחוק הגנת הפרטיות, התשמ"א 1981 - (להלן: חוק הגנת הפרטיות).

4 שם, סעיף 2(2).

5 סעיף 4 לחוק המחשבים, התשנ"ה 1995.-

6 שם, סעיף 5.

7 כלל 1 לכללי המשטרה (מתן סיוע למחלקה בידי המשטרה), התשנ"ב 1992.-

הפרשנות שניתנה לחוקים אלה בספרות המשפטית, גרסה כי חוק האזנת סתר הסדיר את נושא האזנה הסמויה לשיחות הזולת באמצעות מכשיר, וכי החוק קבע תנאים לקבילותן של ראיות שנקלטו בהאזנת סתר, תוך פסילת ראיות שנקלטו שלא על פי החוק⁸. גם חוק הגנת הפרטיות קבע שכל חומר שהושג תוך פגיעה בפרטיות, כמשמעותה בסעיף 2 לחוק, יהיה פסול מלשמש ראיה בבית המשפט ללא הסכמת הנפגע זולת אם בית המשפט התיר זאת מטעמים מיוחדים, או אם היו לפוגע שהוא צד להליך, הגנה או פטור לפי החוק⁹.

שאלה מטרידה היא האם נקודת האיזון בין העקרונות הללו נמצאת במקום המאפשר טיפול יעיל והוגן של רשויות אכיפת החוק בפשיעה תוך המשך שמירה קפדנית על זכויות הפרט. בהקשר זה פסק בית המשפט כי ככלל פגיעה בפרטיות תגבר על כל טענה המצדדת בשימוש בראיות שהושגו בדרך של פגיעה בפרטיותו של אדם, וכי החריג לכלל הוא, למעשה, קיום שלטון החוק¹⁰.

דעתו של נשיא בית המשפט העליון בסוגיה זאת הובעה במאמר שפרסם:

המשפט החוקתי הוא מערכת הנורמות המסדירות את פעולתן של רשויות השלטון, את היחסים ההדדיים ביניהן ואת זכויות האדם והאזרח...

העיסוק בעקרונות מחייב את המשפטן הקונסטיטוציוני לעסוק תדיר במקרים שבהם העקרונות מתנגשים זה בזה. חופש הביטוי מתנגש בשלום הציבור; חופש התנועה מתנגש בביטחון המדינה; חופש הביטוי מתנגש בטוהר השיפוט או בכבוד האדם. במקרים אלה וברבים אחרים נתקל המשפטן העוסק במשפט חוקתי בצורך לגבש פתרון שהוא פרי ההתנגשות בין ערכים שונים הנוהגים בשיטתו. ...

...

פתרונו של הסבך נעשה בדרך של איזון (balancing) בין העקרונות המתחרים. ... על המשפטן ליתן ביטוי

8 י' קדמי על הראיות (חלק שני, 1999) 925.

יש לציין כי זהו המקום היחידי בחוק הקובע אי קבילות על פי דוקטרינת פרות העץ המורעל, אשר ככלל אינה מתקיימת בשיטת המשפט הישראלית.

9 סעיף 32 לחוק הגנת הפרטיות.

10 בג"ץ 3816, 3815/90 גילת נ' שר המשטרה ואח'; יפת ואח' נ' שר המשטרה ואח', פ"ד מה(3) 414.

לתפישות הצדק והמוסר של "הציבור הנאור" בחברה בה
הוא חי.¹¹

מגמה דומה נסתמנה בפסיקתו של בית המשפט העליון, שבה הובהר כי

בתחיקה לא נקבע חיסיון לגבי מקורות מודיעין,
וההחלטה אם ראוי לגלות מקור כזה היא בידי המשטרה,
המוגבלת בהפעלת שיקול-דעתה על-ידי ההלכות
הכלליות של המשפט המינהלי. הלכות אלה מחייבות,
בין היתר, איזון ראוי בין האינטרסים המתנגשים.
בענייננו, בהתנגשות בין האינטרס הציבורי לשמירה על
מקורות מידע לבין עניינו של הפרט להיפרע על נזק,
קיומה של תרופה אלטרנטיבית להטבת הנזק מכריע את
הכף - ככלל - לטובת האינטרס הציבורי.¹²

אף הספרות המשפטית התייחסה לנושא והדגישה כי הכלל הוא שהוראה
השוללת "קבילות" של מידע אינה קובעת בהכרח כי המידע "חסוי". קבילות לחוד
וחסיון לחוד.¹³

הזכות לפרטיות והצורך בהאזנות סתר

זכות לפרטיות מגולם אינטרס הפרט שלא להיות מוטרד בצנעת חייו על ידי
אחרים.¹⁴ תחילה זכתה הזכות לעיגון בחוק הגנת הפרטיות, שהנו "תולדה של
מוסכמה חברתית שנתגבשה, לפיה זכאי הפרט "להיעזב במנוחה" ולהיות מוגן גם
מעבר להגנה מפני חדירה פיזית לרשות היחיד"¹⁵. מאוחר יותר זכתה הזכות לפרטיות
למעמד חוקתי עת עוגנה בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו¹⁶, כדברי השופטת דורנר:

הזכות לפרטיות היא בישראל זכות-יסוד. כיום היא
מעוגנת בסעיף 7 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. פגיעה

11 א' ברק "על החשיבה הקונסטיטוציונית" המשפט א (התשנ"ג) 45, 45, 48-49, 49 (הערות שוליים הורדו).
12 בג"ץ 64/91 חילף נ' משטרת ישראל, פ"ד מז(5) 653, 656-657.
13 קדמי, לעיל הערה 8, בע' 721.
14 ז' סגל "הזכות לפרטיות מול הזכות לדעת" עיוני משפט ט (התשמ"ג-מ"ד) 175.
15 שם, בע' 177.
16 ראו, למשל, א' ברק "כבוד האדם כזכות חוקתית" הפרקליט מא (תשנ"ג-נ"ד) 271.

בפרטיות על ידי רשויות שלטוניות מותרת רק בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש, או לפי חוק כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו. הוראת סעיף 11 לחוק היסוד, המטילה על רשויות המדינה את החובה לכבד את הזכויות המעוגנות בו, אף מחייבת את בית המשפט לתת פירוש דווקני לחוקים הפוגעים בפרטיות, לרבות לחוקים שתוקפם נשמר מכוח סעיף 10 לחוק היסוד.¹⁷

אכן, הזכות לפרטיות

מהווה את אחת מזכויות היסוד של האדם בישראל. היא אחת החירויות המעצבות את אופיו של המשטר בישראל כמשטר דמוקרטי והיא אחת מזכויות העל המבססות את הכבוד והחירות להן זכאי אדם כאדם, כערך בפני עצמו.¹⁸

עם זאת, הזכות לפרטיות אינה זכות אבסולוטית שכן

חוק הגנת הפרטיות לא נתכוון להפוך את הזכות לפרטיות לזכות מוחלטת. שורת ההגנות מפני תביעה פלילית או אזרחית שנותן החוק לפוגע בפרטיות מעידה על כך.¹⁹

כך, למשל, מצאנו התנגשות בין הזכות לפרטיות לבין חופש הדיבור²⁰ או בין הזכות לפרטיות לבין הערך של חשיפת האמת בהליכים משפטיים.²¹ מכאן יוצא כי למרות שהזכות לפרטיות היא זכות יסוד חוקתית, "ריסון הרשויות מפני פגיעה בפרטיות השיח בעידן של תקשורת מודרנית אינו תמיד אפשרי, גם אם רצוי, כאשר

17 בש"פ 537/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(3) 355, 375.

18 ע"פ 5026/97, 2963/98, 3191 גלעם ואח' נ' מדינת ישראל (לא פורסם); ראו גם בש"פ 4481/00 יחזקאלי ואח' נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(5) 245, 249-250.

19 ע"א 1928/93 רשות ניירות ערך נ' גבור סברניה מפעלי טקסטיל בע"מ, פ"ד מט(3) 177, 193.

20 דנ"א 7325/95 קראוס נ' ידיעות אחרונות, פ"ד נב(3) 1; בג"ץ 2481/93 דיין נ' מפקד מחוז ירושלים, פ"ד מח(2) 456.

21 ע"פ 7153/99 אלגד נ' מדינת ישראל, פ"ד נה(5) 729.

מנגד עלול להיפגע אינטרס חיוני אחר של הציבור²². לפיכך היקף ההגנה שתינתן לזכות לפרטיות תלוי בהתחשבות באינטרסים אחרים, בענייננו - אינטרסים הדורשים ריכוז מידע למען הלחימה בפשיעה החמורה. לשון אחר, ההכרעה תלויה באיזון בין האינטרסים השונים הנאבקים על הבכורה. איזון שכזה מצוי במידה מרובה בעדכון לחוק האזנת סתר משנת 1995.

מטרתו של חוק האזנת סתר הייתה איזון בין זכות האדם לפרטיות לבין האינטרס הציבורי בשמירה על שלום הציבור וקיום שלטון החוק שהרי בלא שמירה על שלום הציבור לא ניתן לשמור על חירויות הפרט, ואף הזכות לפרטיות תפגע. מן ההסדרים שבחוק מתבקש כי השמירה על שלום הציבור גוברת על הזכות לפרטיות. עם זאת, כאשר דן בית המשפט בבקשה למתן היתר, עליו להבטיח כי ההאזנה אכן נדרשת לשמירה על שלום הציבור²³. אכן, המטרה הייתה לאזן בין הפגיעה בזכות הפרט, שהיא תוצאה הנובעת מכל צו הניתן על פי חוק האזנת סתר, לבין שיקולים לגיטימיים של החברה, כגון ביטחון ולוחמה בפשע חמור, המצדיקים פגיעה בפרטיותו של היחיד²⁴.

איזון זה בין הצורך בהאזנת סתר לצורך הלחימה בפשיעה החמורה לבין ההגנה על זכותו של אדם לפרטיות צריך להתבסס, ככל איזון, על משקלה היחסי של הזכות הנפגעת. משקל זה תלוי בטעמים שביסוד הזכות, מצד אחד, ובמידת חשיבותו של האינטרס המתנגש בזכות, שהגשמתו היא תכלית הפגיעה, מצד שני²⁵. בענייננו משנקבע האיזון האמור על ידי המחוקק, על בית המשפט לפסוק לפי איזון זה על פי עקרונות הפרשנות המתיישבים עם תכליתו של החוק²⁶.

פרופ' נ' זלצמן חזתה את העובדה שאין לראות בחוק האזנת סתר משנת 1979 ובחוק הגנת הפרטיות משנת 1981 נקודת מפנה ביחס של החוק הישראלי לראיות

22 ב"ש (ת"א) 90868/00 חברת נטוויז'ן בע"מ נ' צבא הגנה לישראל - משטרה צבאית - חקירות - היחידה הארצית לחקירות מיוחדות (לא פורסם).

23 ע"פ 4211/91 מדינת ישראל נ' עלי אל מצרי ואח', פ"ד מוז (5) 624.

24 ע"פ 48/87 צ'חנובר נ' מדינת ישראל, פ"ד מא(3) 581; ע"פ (ב"ש) 7336/97 מדינת ישראל נ' אבוקסיס (לא פורסם).

25 עניין גבור, לעיל הערה 19, בפסקה 20.

26 ע"א 214/89 אבנרי נ' שפירא, פ"ד מג(3) 840, 862.

שהושגו שלא כדין, וכי הרעיון המסתתר מאחורי שני החוקים יוצאי הדופן הללו לא יהפוך לעיקרון כללי ושולט בדיני הראיות הישראליות.²⁷

העדכון לחוק האזנת סתר מ-11.4.1995²⁸ נטרל במידה רבה את החדות שבה אימץ החוק בנוסחו המקורי את דחיית קבילותן של ראיות שהן בגדר "פרי העץ המורעל".

לאורך ציר הזמן התרחשה תזוזה של נקודת האיזון בין "העקרונות המתנגשים". תהליך זה גרם למה שנראה כהעדפת האינטרס הציבורי על פני חקיקה חריגה של חוק האזנת סתר והגנת הפרטיות שבה ה"כימות" נראה כנותן עדיפות לאינטרס הפרטי.²⁹

יישום הכללים וההגדרות גם על חוק האזנת סתר היה עשוי למנוע את מה שנראה כהפרת האיזון. התחושה היא כי למרות עדכון החוק בשנת 1995 והרחבת שיקול הדעת של בית המשפט היישום בפועל עדיין משקף את רוח החוק משנת 1979.

טבעי ורצוי שנקודת האיזון לא תתחפר ולא תתיצב בצורה סטטית. התזוזה משקפת דינמיות וחדשנות של כל המערכות החברתיות. מאידך, משימת האכיפה וצמצום נגע הפשיעה הופכת קשה ביותר כשנקודת האיזון מתרחקת לעבר נקודה שבה המשטרה מתקשה לבלום את גל העבריינות ובעיקר את הפשע המאורגן, שעלול להוות איום אסטרטגי. כשבחן בית המשפט העליון את משמעותה של ההתנגשות בין האינטרסים הללו, הוא קבע אמנם כי קיום שלטון החוק גובר על הזכות לפרטיות ובלבד שהשימוש בראיה בהליך הפלילי ייעשה במגמה להקטין ככל האפשר את הפגיעה בזכות לפרטיות ובאופן שלא יחרוג מן הצורך להוכחת האשמה.³⁰

Nina Zaltzman, *The Israeli Approach to Evidence Obtained in Violation of The Right to Privacy*, 27 18 ISR. L. REV. 215 (1983).

28 חוק האזנת סתר (תיקון), התשנ"ה-1995, ס"ח 180 (ראו בעיקר סעיף 13(א)(2) לחוק בנוסחו החדש, כפי שתוקן בסעיף 12(1) לחוק המתקן).

29 ב"ש 838/84 ליבני נ' מדינת ישראל, פ"ד לח (3) 725.

30 עניין גילת, לעיל הערה 10, בע' 429.

מגמת בית המשפט לתת משקל רב יותר לזכויות האדם כפי שהיא מתבטאת בפסיקה בשנים האחרונות, יש בה כדי להניח תשתית לחשש כי הדבר ישפיע על צורת האיזון הנוהגת.

היסטוריה

ההכרה בצורך להסדיר את תחום האזנות הסתר בישראל שב ועלה על שולחן הכנסת פעמים מספר במסגרת הצעות חוק ממשלתיות ופרטיות של חברי כנסת³¹. תחילתה של המודעות לנושא בשערורייה פוליטית עם גילוי של מיקרופון סמוי בחדרו של מאיר יערי, ממנהיגי מפ"ם, שהוטמן על ידי כוחות השב"כ בשנות החמישים³². בשלב זה ניסו שוב ושוב לגבש פתרון משפטי אשר יסדיר סוגיה ספציפית זאת מבלי להיזקק כלל לשאלת היקף הזכות לפרטיות. בסוף שנות השישים נעשה ניסיון לגבש הסדר חקיקתי לזכות זו בצורה של הצעת חוק, בהתאם להמלצות ועדה בראשות השופט י' כהן כפי שהתבטאו בדוח שהגישה ב-1976³³.

למרות הזיקה הרעיונית בין הסוגיות התנהל הדיון בזכות לפרטיות כזכות עצמאית בעצלתיים גם בשלב זה שכן נראה כי ההתייחסות להאזנות סתר הוצגה כחמורה יותר עקב מאפייניה הפוגעניים³⁴.

ההקפדה על הפרדה זאת בין שני התחומים (הזכות לפרטיות אל מול האזנות הסתר) יצרה מצב שבו היחס הראוי ביניהם ותיחום הגבולות ביניהם לא נבחנו והובררו דיים. הדבר מצא ביטוי בדוח הוועדה להגנת הפרטיות:

הועדה לא דנה בבעית האזנת סתר, פרט לקביעת איסור כללי להאזנה או הקלטת שיחתו של אדם ללא ידיעתו ... נמנענו מדיון מפורט בנושא זה, מכיון שבזמן פעולתנו עמדה כבר על הפרק הצעת חוק בדבר האזנת סתר

31 ד"כ 86 (תשל"ט) 3305.

32 מ' בר זוהר בן גוריון (תשל"ז, כרך ב), 930-931.

33 דו"ח הועדה להגנה בפני פגיעה בצניעת הפרט (תשל"ז) (להלן: דוח הוועדה).

34 ד"כ 86 (תשל"ט), ע' 3317.

ויצאנו מתוך הנחה שנושא זה יוסדר בחקיקה עוד לפני שהמלצותנו תובאנה לדיון.³⁵

שר המשפטים דאז, שמואל תמיר, הוסיף בעת הדיון בחוק האזנת סתר את הדברים הבאים:

משרד המשפטים עוסק עתה בנושא הרחב של הזכות לפרטיות כהצעה נפרדת, ואילו הדיון בנושא האזנת הסתר שהוא מוגבל יותר וניתן לגיבוש כיחידה עצמאית קודם מבחינת הליכי החקיקה.³⁶

הצעת החוק הראשונה למניעת האזנות סתר הוגשה כבר בשנת 1962. יצוין כי עד לחקיקת החוק הראשון הייתה ההאזנה הסמויה בדרך של ציתות טלפוני כרוכה באישורו של המפכ"ל (במישור הפלילי). אישור שכזה, כמו אחרים, היה תולדת הסדר מנהלי בין הגופים של הרשות המבצעת, ולהעדרו של האישור לא הייתה כל משמעות לעניין קבילות הראייה שהושגה בהאזנה סמויה³⁷. בהצעה משנת 1962 הודגש הצורך להגן על "צנעת הפרט בשטח השיחה ... על ידי הוראה פלילית ... שצנעת השיחה לא תיפגע על-ידי האזנת סתר"³⁸. הצעה זו לא זכתה להפוך לחוק. הצעת חוק נוספת שנוסחה ב-1978 וזכתה בסופו של דבר להפוך לחוק, הדגישה את הצורך ליתן "בסיס משפטי איתן להגנת הפרט מפני התערבות בצנעתו על ידי האזנה לשיחותיו ללא ידיעתו ולהבטיח את ההגנה על ידי הוראה המענישה האזנה אסורה, ומן הצד השני להסדיר את ההליכים להאזנה כשזו מחוייבת מטעמים של בטחון המדינה או מטעמים של מניעת עבירות וגילוי עבריינים"³⁹.

תהליך הציתות הלכה למעשה - פנייה לבית המשפט

בחוק האזנות סתר המקורי עובר לתיקון נקבע כי

35 דוח הוועדה, לעיל הערה 33, בע' 4.

36 ד"כ 84 (תשל"ח), ע' 754.

37 קדמי, לעיל הערה 8, בע' 962.

38 הצעת חוק למניעת האזנת סתר, התשכ"ג-1962, ה"ח 62, 63.

39 חוק דיני העונשין (האזנת סתר), תשל"ח-1978, ה"ח 301.

בהיתר לפי סעיף זה יתוארו זהות האדם אשר האזנה לשיחותיו הותרה ומקום השיחות או סוגם, הכל אם ידועים מראש, וכן יפורטו דרכי ההאזנה שהותרו.⁴⁰

כאמור, בחלוף השנים בוצע תיקון בסעיף זה. להלן נוסחו המתוקן:

נשיא בית משפט מחוזי, או סגן הנשיא שהסמיכו הנשיא לענין זה רשאי, לפי בקשת קצין משטרה מוסמך, להתיר בצו האזנת סתר אם שוכנע, לאחר ששקל את מידת הפגיעה בפרטיות, שהדבר דרוש לגילוי, לחקירה או למניעה של עבירות מסוג פשע, או לגילוי או לתפיסה של עבריינים שעברו עבירות כאמור, או לחקירה לצרכי חילוט רכוש הקשור בעבירה שהיא פשע.⁴¹

נראה כי מידת הפגיעה בזכות לפרטיות היא שמנחה את השופט בבודקו האם להיעתר לבקשת המשטרה במתן אישור להאזנת סתר. האזנה לאדם בד' אמותיו אינה דומה להאזנה לאותו אדם במשרדו שכן במשרדו פרטיותם של לקוחותיו עשויה להיפגם. עניין זה אף נדון בפסיקה הישראלית.⁴²

המשמעות המעשית של התיקון משנת 1995 היא הרחבת חובותיו של קצין המשטרה המופיע במעמד צד אחד בפני בית המשפט בבקשה לקבלת היתר לביצוע האזנת סתר. בעוד שבשנת 1979 הודגשה חובת המשטרה לתאר את זהות נשוא האזנה, מקום ההאזנה, סוגה ודרכיה, הרי שמשנת 1995 חובת ההנמקה והפירוט של הקצין המופיע בפני בית המשפט התרחבה, והוא מחויב לשכנע על פי המידע שצבר, והחקירות שכבר ביצע, מדוע ישנה הצדקה לפגיעה המתבקשת בפרטיות. אם מתעורר צורך לבצע האזנת סתר, המזמין מבקש את אישורו של קצין משטרה מוסמך. הבקשה נעשית על טופס בקשה למתן היתר לבצוע האזנת סתר תוך תיאור מהות החשד וסעיף העבירה כך שיהיה קרוב להגדרתו בחוק, ותוך פירוט בדף הנימוקים בבקשה את מהות העבירה ואת הצידוק לבקשה.

40 סעיף 6(ד) לחוק האזנת סתר בנוסחו המקורי (ס"ח התשל"ט 118, 119).

41 סעיף 6(א) לחוק האזנת סתר.

42 ע"פ 1302/92 מדינת ישראל נ' נחמיאס ואח', פ"ד מט(3) 309, 325.

בדרך כלל כשהמזמין הוא איש חקירות, העברה כבר התרחשה, ומטרת הציתות היא להגיע מהעברה לעברייין, כלומר הפעילות היא תגובה להתרחשות הפלילית. ואילו כשהמזמין הוא איש מודיעין, מטרת הציתות בדרך כלל היא להגיע מהעברייין לעברה, כלומר הפעילות היא יזומה.

הבקשה מוגשת בארבעה עותקים ונבחנת מההיבטים הבאים:

1. **חומרת העברה** - ניתן להאזין רק כשמדובר בעברה מסוג פשע, כולל פעולות שנעשו לצורך חילוט רכוש שמקורו בפשע.
2. **סיכוי שאם המידע הדרוש יושג בדרך זו, הוא יהפוך לראיות.**
3. **קיום אמצעי חלופי להשגת המטרה.**
4. **הפגיעה בפרטיות האדם וסביבתו.**

טופס הבקשה מחולק לשלושה חלקים: בראשון פירוט הבקשה, בשני תצהיר המבקש, ריכוז המידע וההנמקות לבקשה, והשלישי הוא רישום החלטת השופט. לאחר שקצין משטרה מוסמך בדק את הבקשה וחתם עליה, מועברת הבקשה החתומה לקצין הטוען אשר ילמד את העובדות האמורות בבקשה, יכיר אותן היטב, יוודא שהבקשה מולאה כדין, ויחתום על כך במעמד צד אחד בפני נשיא בית משפט מחוזי או בפני סגן נשיא שהנשיא הסמיכו לעניין זה. הקצין הטוען בבקשה יצהיר בפני בית המשפט על העובדות התומכות בבקשה ועל אמיתותן. התצהיר מהווה חלק מן הבקשה בטופס. הקצין המופיע בפני השופט רושם את הבקשה אצל רשם בית המשפט, המקצה לכל בקשה מספר סידורי. על כל בקשה מבוצע רישום בסדר רץ גם ביחידת האזנות הסתר.

לאחר קבלת ההיתר בודק הקצין הטוען את התניות להיתר ומתייק את עותקי הבקשה וההיתר כדלקמן: המקור - בבית המשפט; עותק אחד - באגף המודיעין במטה הארצי (מטא"ר); עותק שני - ביחידת האזנות המבצעת האזנה; עותק שלישי - ביחידה המזמינה את ההאזנה.

כל שינוי הנדרש מהתמשכות החקירה יבוצע בטופס ומחייב חתימת השופט. לאחר החלטת בית המשפט - היתר או סירוב - מועבר טופס הבקשה שהוגש לבית המשפט, ליחידת האזנות הסתר. עותק מועבר לקצין האזנת סתר ארצי במטא"ר.

לבקשות שסורבו על ידי בית המשפט, מצרפים הסבר על נימוקי הסירוב. לבקשות שהפעלתן עוכבה מסיבה כלשהי, מצרפים הסבר לעיכוב. לבקשות שאושרו ולא הופעלו כלל, מצרפים הסבר לאי ההפעלה. הדוחות הללו מדווחים למטא"ר. אם הוברר לאחר קבלת ההיתר כי הוטל פיקוח על מספר טלפון שגוי, ההאזנה מופסקת מיידית, ומועבר דיווח בכתב לבית המשפט על ידי הקצין שקיבל את ההיתר. ציתות לדואר אלקטרוני כמוהו כציטוט טלפון קווי, על פי לשון החוק. התנהליך מחייב הוצאת צו בית משפט באותה דרך ועל פי אותם קריטריונים והנמקות⁴³. ישנם מקרים שבהם לא נדרש אישור מפורש מבית המשפט לשם ביצוע האזנה. עניין זה זכה להתייחסות בסעיף 8 לחוק האזנת סתר. כך, למשל, לא יידרש אישור כאשר ההאזנה נעשית ברשות הרבים, מבצע ההאזנה מונה על ידי קצין משטרה מוסמך (בדרגת ניצב משנה)⁴⁴, ומטרת האזנה היא מניעת עברות או גילוי עבריינים⁴⁵. למונח "רשות הרבים" התייחסה הפסיקה באופן נרחב, כפי שנראה להלן⁴⁶. יודגש שבסעיף 8 לחוק האזנת סתר הוגדר המושג "רשות הרבים" כך:

מקום שאדם סביר יכול היה לצפות ששיחותיו יישמעו
ללא הסכמתו וכן מקום שבו מוחזק אותה שעה עצור או
אסיר.

הרציונל המסתתר בהגדרה הזאת רחב מדי ולמיטב הבנתי, מחייב שינוי שכן הוא אינו מבטא את המידתיות הראויה במפגש בין האינטרס הציבורי לפרטי. האם אמנם התכוון המחוקק לאפשר האזנת סתר לחשוד שבית המשפט משחררו לחלופת מעצר בביתו גם ללא היתר מבית המשפט? האם ניתן על פי רוח החוק וללא היתר מבית המשפט, לכאורה, באותה השיטה להאזין גם לאסיר בחופשה או להאזין לקו טלפון במפעל שבו מועסק אסיר כחלק מתהליך השיקום שלו? האם אמנם אין כל מגבלה בהאזנה לטלפון ציבורי בחצר בית הסוהר כשאסיר

43 ראו סעיפים 1 (הגדרת "שיחה") ו-131(א)(2) לחוק האזנת סתר. יצוין כי סוגיה זאת נדונה בימים אלה בבית המשפט העליון.

44 ע"פ 598/80 כהן נ' מדינת ישראל, פ"ד לה(2) 393.

45 ראו סעיף 8(1)(ב) לחוק האזנת סתר.

46 ע"פ 949/80 שוהמי ואח' נ' מדינת ישראל, פ"ד לה(4) 63.

החשוד בעברות מסוג פשע מתקשר עם כרטיס חיוג פרטי למשפחתו ולשותפיו מחוץ לכלא?

פרופ' בנדור הביע חשש כי המונחים, "רשות הרבים" ודומיו, הם רחבים מדי ופוגעים בצורה משמעותית בזכות לפרטיות גם כאשר עסקין באסיר או בעציר. אשר על כן קבע כי לבית המשפט תהא שמורה ההכרעה גם בעניינים אלה⁴⁷. בשל החשש שהגדרות הללו כלליות ורחבות מדי, אנו נוהגים לפנות לבית המשפט ולבקש הוצאת היתר לביצוע האזנת סתר בכל הדוגמאות שמניתי, למרות שרובן ככולן עומדות בקטגוריה של "רשות הרבים".

האזנת סתר דחופה - פנייה למפכ"ל

אם התעורר צורך לבצע האזנת סתר טלפונית דחופה שאינה סובלת דיחוי, ואין זמן מספיק או אין אפשרות לקבל היתר מבית משפט בזמן המתאים, הבקשה מופנית למפכ"ל, אשר רשאי לפעול על פי סמכותו לפי סעיף 6 לחוק האזנות סתר. תוקף ההיתר שניתן על ידי המפכ"ל לביצוע האזנה דחופה, לא יעלה על 48 שעות. ההיתר יכול להינתן טלפונית כשהפונה יתעד זאת בכתב ויעביר עותק לק' האזנות סתר באמ"ן מטא"ר. עם קבלת האישור מהמפכ"ל מועברת מיחידת האזנות הסתר פניה בכתב לשב"כ להפעלת הציתות. האזנה דחופה שבוצעה על פי היתר המפכ"ל, טעונה בכל מקרה אישור למפרע של בית המשפט גם אם הופסקה בתוך אותן 48 שעות. חובה על המזמין לפעול להשגת היתר מבית המשפט בתוך 48 השעות על ידי פניה לנשיא בית המשפט המחוזי על גבי טופס בקשה למתן היתר לביצוע האזנת סתר ולסמן את הבקשה במקום המיועד לכך בטופס.

פרופ' רות גביון הדגישה במאמרה כי הליך הוגן מחייב

שלא תהיה פגיעה בחירות (בעיקר ע"י השלטון) בדרך של חיפושים, של מעצרים או של ענישה ללא מתן הזדמנות נאותה לזה שחרותו נשללה להתגונן, להביע את עמדתו

47 א' בנדור "סדר-דין פלילי ודיני ראיות: התפתחויות בזכויות-היסוד של האדם במשפט הפלילי הדיוני" בתוך ספר השנה של המשפט בישראל תשנ"ו (א' רוזן-צבי ור' עמית עורכים, 1997) 536.

הנוגדת ולדרוש כי הגבלת חרותו תבוא רק לאחר שנקבע - בהליך משפטי הוגן ובלתי תלוי כי הגבלה זו אכן מוצדקת... הרצון להגן על זכות אדם עשוי להתנגש עם זכויות אחרות או עם ערכים אחרים שאינם כשלעצמם, זכויות אדם (כגון: בטחון המדינה, שלום הציבור או אכיפת החוק)⁴⁸

תהליך הפעלת הציתות מחייב הן את המשטרה והן את השופט המקבל את הבקשה, לגלות קפדנות ורגישות מקסימלית שכן מדובר בתהליך המתקיים במעמד צד אחד בלבד.

הביקורת הציבורית על היקף השימוש שעושה המשטרה באמצעי החקירה הוזה, מחדדת את החובה של המשטרה ושל בית המשפט להקפיד על הנצחת התהליך בכתב ובצורה מפורטת, מנומקת ובהירה, כפי שמסביר הנשיא שמגר את רוח החוק⁴⁹. פסיקה זו מהווה נקודת מפנה חשובה שבה נקבע כי כאשר שופט לא חתם על החלק השלישי של הבקשה להאזנת סתר, ולא נרשמה ההחלטה, הבקשה נדחתה ולא הייתה תקפה. הודגש שרישום ההחלטה בכתב היא מהותית, ובלעדיה אין תוקף לפעולה השיפוטית.

אכיפה וחינוך

חוק האזנת סתר נכנס לתוקפו עם פרסומו ברשומות ב-12.7.1979. שילובו בחוק הגנת הפרטיות שיקף מסר ברור של נחישות מערכתית בהגנת פרטיות שיחתו של נפגע. כללי הפסילה שבסעיף 13 לחוק האזנת סתר הדגישו לראשונה שראיות שהושגו בניגוד לחוק, לא יוכשרו כקבילות.

יוחנן גבאי טען כי מטרתו העיקרית של כלל הפסילה שבסעיף 13 הייתה חינוך רשויות המדינה להקפיד לשמור על זכותו היסודית של האדם לפרטיות⁵⁰. הפסיקה המתייחסת לסעיף דגן קבעה כי בכפוף לסעיף 13 לחוק האזנת סתר, ראיה שהושגה שלא כדין, אינה קבילה שכן רואים בה "פרי העץ המורעל", בדומה

48 ר' גביון "זכויות האדם" בתוך **זכויות האדם בישראל** (ר' גביון ו' שנידור עורכים, 1991, כרך א) 25.

49 ע"פ 2286/91 מדינת ישראל נ' אילוח ואח', פ"ד מה(4) 289

50 י' גבאי "ראיות שהושגו בהאזנת סתר בין בני-זוג" **הפרקליט** לט (התשמ"ט-נ"א) 552, 554.

לגישת המשפט האמריקאי, וכי מרכיבים "חינוכיים" כלפי מערכת אכיפת החוק אכן עמדו בבסיס ההחלטות הללו.⁵¹

אולם פסק הדין בעניין נחמיאס, אשר ניתן בהרכב השופטים ברק, כץ ומצא, מהווה סמן דרך חשוב בהתייחסות המשפטית כלפי חוק האזנת סתר וכלפי קבילותן של הקלטות. בדעת הרוב דחה בית המשפט העליון את ערעור המדינה על זיכוי המשיבים בבית משפט המחוזי מעברת ייבוא קוקאין. שוב נפסלה קבילות ההקלטות מאחר שהן נעשו בניגוד להוראות חוק האזנת סתר. בית המשפט העליון פסק כי סעיף 13(א) לחוק האזנת סתר הוא יוצא מן הכלל שאינו מלמד על הכלל, מאחר שהוא פוסל ראיות שהושגו בדרך בלתי חוקית, אך אינו מאמץ במלואו את הכלל בדבר פסילת "פרות העץ המורעל". אך הסעיף משקף את התפיסה המשפטית העומדת בבסיס כלל זה בכל הנוגע להאזנות סתר.⁵² המשנה לנשיא (כתוארו דאז) ברק מנמק את גישתו, שלפיה יש להקפיד כי היתר להאזין לשיחותיו של אדם מטלפון מסוים לא יתיר האזנה לשיחותיו של אחר מאותו טלפון, בצורך להגן על הזכות החוקתית לפרטיות. האובייקט לאיסור האזנה הוא האדם, והזכות לפרטיות היא זכות אדם בעלת חשיבות חוקתית. יש למנוע פגיעה בזכות חוקתית, אלא כאשר הדבר נדרש, וגם אז - לא מעבר לנדרש. יש להבטיח כי המשטרה תחשוף בפני השופט את מלוא התמונה החקירתית ותאפשר לו לגבש עמדה בדבר הצורך בהאזנת הסתר. גישה זו מלמדת כי חריגה מהכללים לא "משתלמת", וכי רק חקירה שנערכת במסגרת החוק ותוך שמירה על הפרטיות, היא חקירה טובה ויעילה.⁵³

דעה שונה הביע השופט מצא בדעת המיעוט:

השאלה העיקרית הניצבת להכרעה בערעור זה היא: האם היתר להאזנת סתר, הניתן בהתאם לסעיף 6 לחוק האזנת סתר והנוקב בשם אדם פלוני שלשיחותיו הותרה ההאזנה, מכשיר כראיה גם דברים שנקלטו בשיחותיהם של אחרים אשר עשו שימוש בטלפון המואזן? חברי הנכבד, השופט כץ, משיב לשאלה זו בשלילה. ואילו דעתי היא, שאם בית המשפט אינו מגביל את ההיתר,

51 עניין גילת, לעיל הערה 10, בע' 420-421, עניין נחמיאס, לעיל הערה 42, בע' 321.

52 עניין נחמיאס, לעיל הערה 42, בע' 321.

53 שם, בע' 353.

במפורש, באופן שיחול על שיחותיו של פלוני בלבד, יקיף ההיתר גם דברים שנקלטו מפי משתמשים אחרים בטלפון המואזן, ובלבד שהדברים נוגעים לנושא החקירה שבגדרה ולשם קידומה הותרה האזנה.⁵⁴

זה, לדעתי, פירושו הראוי של סעיף 6(ד) לחוק האזנת סתר. בפרשנותו מתחייב דין זה אף מכוח נסיבותיה העובדתיות. כפי שכבר צוין לעיל, בבקשה להתיר לה האזנת סתר נימקה המשטרה את מטרת ההאזנה; לאמור, כי ה"האזנה דרושה לצורך תכנון פעילות מיבצעית, לאתר את העומדים מאחורי יבוא סם זה, לאסוף ראיות ולהביאם לדין" (ההדגשות שלי - א' מ') משהובאה הנמקה זו לפני בית המשפט, ועל יסודה החליט להיעתר לבקשת המשטרה וליתן לה היתר להאזנה, אין כל יסוד להניח שהתכוון להגביל את ההיתר באופן שיחול על שיחותיו של ד"ר קנדל לבדו. הלוא הבקשה דיברה בלשון רבים! הזכרת שמו של ד"ר קנדל בבקשה ובהיתר, כיעד ההאזנה, אינה מעידה שהמשטרה סברה שדי לה בהאזנה לשיחותיו של ד"ר קנדל, או שבית המשפט הוטעה לחשוב שזולת ד"ר קנדל אין כל חשודים אחרים במעורבות ביבוא הסם שלמשטרה עניין להאזין לשיחותיהם הטלפוניות. הזכרת שמו של ד"ר קנדל, כיעד ההאזנה, אינה מעידה אלא על שיגרת הפעלתו של סעיף 6(ד) לחוק: שמו הוזכר בהיותו החשוד שמשלוח הסם מוען לשמו ולכתובתו ובהיותו בעל הטלפון המואזן. שמותיהם של אחרים לא הוזכרו, מפני שבמועד הגשת הבקשה לא ידעה המשטרה, ואף לא יכלה לדעת, מי האחרים העשויים להיחשף במהלך ההאזנה. ובית המשפט, כחובתו לפי סעיף 6(ד), כלל בהיתר רק את תיאור זהותו של ד"ר קנדל, בהיותו החשוד היחידי שנודעו פרטי זהותו.

... בהניחי שכלל הפסילה הקבוע בסעיף 13(א) עשוי לחול גם על האזנה שאינה מהווה עבירה לפי סעיף 2(א) לחוק, קיבלתי על עצמי שני תנאים נוספים להכשרת קבילותם של דברים שנקלטו בהאזנה מפי אחרים זולת האדם ששמו צוין בהיתר: האחד, שבית המשפט לא הגביל את ההיתר באופן האוסר האזנה לשיחותיהם של אחרים; והשני, שהדברים אשר נקלטו בהאזנה, מפי אחרים, נוגעים לנושא החקירה שבגדרה ולקידום מטרתה ניתן

ההיתר. אינני סבור שיש קושי ליישם תנאים אלה בכל מקרה נתון.⁵⁵

כאמור, המשנה לנשיא (כתוארו דאז) ברק ראה את הדברים בצורה שונה:

.... בעניין זה מצטרף אני לדעתו של השופט בך. ההיתר שנתבקש היה "להתיר האזנה לשיחותיו של הנ"ל" (גיא קנדל) בביתו ובמרפאתו. בגדרו של היתר זה אין היתר להאזין לשיחות של מאן דהוא שאינו גיא קנדל. מקובל על הכול, כי אין מניעה לבקש האזנה של אנשים נוספים שזהותם אינה ידועה ("תוספת שיורית"). לדעתי, האזנה זו אינה באה מאליה (כדעת חברי, השופט מצא), אך מתוך בקשה להאזין לשיחותיו של פלוני שזהותו ידועה. כמו השופט בך, אף אני סבור כי יש לבקש במפורש האזנה בגדרי התוספת השיורית, וכי יש לקבל על כך היתר מפורש. אכן, חוק האזנת סתר (תיקון) קובע עתה במפורש כי ההיתר עשוי להתייחס לאדם, אשר זהותו תוארה לשופט, או לקו או למיתקן (סעיף 6ב ל[חוק] האזנת סתר).⁵⁶

דעת המיעוט של השופט מצא משקפת התייחסות קרובה יותר למציאות היומיומית שעמה אנו מתמודדים כאנשי משטרה. דבריו היו רלבנטיים ועודם כך. מאידך, קיים חשש שדווקא דעת הרוב עלולה ליצור מכניזם שבו כמענה לחשש שחריגה מהכללים תהיה לא "משתלמת", הבקשה המשטרית לקבלת צו האזנה תהיה מלכתחילה רחבה וכוללנית ולכאורה, בעלת פוטנציאל רחב ועמוק של פגיעה בפרטיותם של אנשים רבים יותר.

טכנולוגיה מיושנת

תהליך האיסוף בעבודת המודיעין המשטרתי מוגדר ככלל הפעולות הננקטות לשם השגת הידיעות הדרושות למודיעין באמצעות מקורותיו. איסוף המידע הוא הבסיס לעבודת המודיעין. גורם חשוב בתהליך הוא גיוון כלי האיסוף ושיטות האיסוף

55 שם, בע' 345-346.

56 שם, בע' 352.

באמצעות הפעלת סוגים שונים של מקורות כמקורות חיים וטכניים על מנת להתגבר על המגבלות של כל אחד מן האמצעים הללו בעזרת אמצעים נוספים, באמצעות הצלבת המידע ועל ידי בחינת מהימנותו. המקור החי מתבסס על הגורם האנושי - human - ואילו הגורם הטכני מתבסס על התשדורת והתקשורת - communication - ואחד הכלים המרכזיים בתחום זה הוא האזנת סתר.

המקור החי מוגדר כאדם שאינו שוטר המספק מידע הדרוש למודיעין. המקורות מופעלים על ידי קציני האיסוף ורכזי המודיעין. לעומת זאת, המקורות הטכניים הם מכלול האמצעים המשמשים את עובדי המודיעין המשטרתי למעקב אחר עבריינים, אחר תנועותיהם, אחר שיחותיהם ואחר רכושם לצורך איסוף מידע וראיות. האמצעים הבולטים בתחום הזה כוללים אמצעי האזנה טלפונית, אמצעי האזנה מיקרופונית (אודיו) המוחדרים בדרך סמויה למקום שבו עשויה להתבצע פעילות עבריינית, ומאפשרים האזנה חשאית ממרחק, ואמצעים חזותיים (וידאו) הכוללים מצלמות מסוגים שונים המאפשרות מעקב מרחוק והנצחת פעילות מצולמת.

בעיות קשות של תקציב, ובעיקר מידור ושמירת טכנולוגיות רגישות עבור גופי המודיעין בעלי האוריינטציה הביטחונית, גרמו למשטרה לפתח בצורה טובה יחסית את נושא הפעלת המקורות המודיעיניים האנושיים. המקורות הללו חיפו במידה רבה על הנחיתות העצומה בתחום הטכנולוגי.

החקיקה מהשנים האחרונות וסדרת פסיקות של בית המשפט העליון גרמו לפגיעה במשאב שנחשב במשך שנים כאמצעי שבו היה למשטרה יתרון יחסי - הפעלת המקור המודיעיני האנושי. הבעיה שנוצרה כפולה שכן גם בתחום הטכנולוגי, שאחד האמצעים הבולטים בו הוא האזנות הסתר, היכולות החוקיות והמבצעיות מוגבלות ביותר.

חוק האזנת סתר - מבט ביקורתי

האזנת סתר טומנת בחובה שלושה מרכיבים מצטברים:

1. האזנה;
2. העדר הסכמת איש ממשותפי השיחה;
3. הקלטת השיחה.

האזנה אסורה היא (יצוין כי חוק האזנת סתר מתייחס אך ורק לרכיב ההאזנה בלבד. החלופות הנוספות נובעות משילוב חוק זה עם חוק הגנת הפרטיות):

1. האזנה שלא על פי היתר כדין (עֲבֵרַת האזנת סתר);
2. שימוש ביודעין וללא סמכות כדין במידע שהושג בדרך זו (עֲבֵרַת שימוש במידע);
3. הצבת אמצעי למטרת האזנה שלא כדין (עֲבֵרַת הצבת מכשירים).
ההגדרות שבחוק עוסקות, למעשה, באינטרסים מוגנים⁵⁷.

חוק האזנת סתר קובע איסור מיוחד להאזנת סתר, שהיא מקרה פרטי של פגיעה בפרטיות, ומסדיר במפורט את החריגים לאיסור על פי תנאים המפורטים בחוק. החריגים הם מתן היתר להאזנה והאזנה מותרת ללא היתר מיוחד. הרצון להגן מפני שימוש באמצעים מתקדמים לשם פגיעה בפרטיותו של אדם הוביל ליצירת מנגנון הגנה זה⁵⁸.

הזכות לפרטיות, אליבא דנייזר, היא:

a recognition of the dignity of solitude, of the
majesty of man's free will and the power to mold his
own destiny, of the sacred and inviolate nature of
one's innermost self.⁵⁹

בצד השמירה הקפדנית על זכותו של אדם לפרטיותו עומדים צרכיה של החברה, אשר מחייבים לעתים פגיעה בפרטיותו. היתר זה לפגיעה מותר על פי החוק למטרות מוגדרות בלבד: הגנה על ביטחון המדינה ומניעת עֲבֵרַת וגילוי עבריינים, כפי שניתן להבין מדברי ההסבר להצעת החוק:

מטרתו של החוק המוצע היא מצד אחד לתת בסיס
משפטי איתן להגנת הפרט מפני התערבות בצנעתו על
ידי הוראה המענישה האזנה אסורה, ומן הצד השני

57 א' רוזן "על האזנת סתר ועל פגיעה בפרטיות בהאזנת סתר" משפטים יז (תשמ"ז-מ"ח) 146, 150-151.

58 א' שטיין "האזנת סתר ומעקבים אלקטרוניים נסתרים כאמצעים לקידומה של חקירה פלילית בטחונית" משפטים יד (תשל"ז) 527, 528.

59 Louis Nizer, *The Right to Privacy: A Half Century's Development*, 39 MICH. L. REV. 526, 528 (1940-1941).

להסדיר את ההליכים להאזנה כשזו מחוייבת ... מטעמים
של מניעת עבירות וגילוי עבריינים.⁶⁰

חוק הגנת הפרטיות, מאידך, נועד להגן אל אינטרסים שונים מעט. מחד, זכות של האדם לפרטיותו עומדת על כף אחת של המאזניים, אך, מאידך, עומדת הזכות להבטחת זרימת מידע חופשית בנושאים הנוגעים לציבור ומשפיעים על עיצוב חייו. אינטרס ציבורי זה מצדיק לעתים פגיעה בפרטיותו של אדם בדרך של שמירה על חופש העיתונות ועל חופש הביטוי של כלי תקשורת המונים (זכות הציבור לדעת). אינטרס נוסף המוגן על ידי חוק הגנת הפרטיות הוא חופש העיסוק של בעלי מקצוע האוספים מידע הנוגע לענייניו הפרטיים של אדם למטרות חוקיות. מבחן האיזון הננקט בעניינים שכאלה שונה ומורכב בהשוואה לחוק האזנות הסתר. בעניין האזנות הסתר נדרש בית המשפט למלא תפקיד טכני, לכאורה, באיזון הראוי בין הזכות לפרטיות לשמירה על האינטרסים הנוגדים: תפקידו של בית המשפט מתבטא בתיחום גדר הנורמות שנקבעו, ולא בעיצובן המהותי. מובן שאין לאשר צו להאזנה, אלא אם מדובר בעילות המנויות לעיל. על פי חוק הגנת הפרטיות, בית המשפט מהווה שחקן מפתח בעיצוב מודל האיזון הראוי בין האינטרסים המתנגשים. בחוק זה קבע המחוקק הסדר ראשוני הדורש ביאור של מונחי סתום רבים.⁶¹ בית המשפט נדרש לברור את האינטרסים השונים ולהכריע בשאלת האיזון הראוי ביניהם תוך בחינת השיקולים העומדים בבסיס המדיניות השיפוטית הראויה לשם הגשמת התכלית התחיקתית. למותר לציין כי נוסחת האיזון גמישה היא ועשויה להשתנות בהתאם לשינויים החברתיים ולצרכים המשתנים.

בשנת 1995 תוקן חוק האזנת סתר בתיקון מקיף ביותר.⁶² בעקבות הצעת החוק משנת 1994,⁶³ שהפכה אחר כך לחוק, תוקן סעיף 11, שעסק בפן הראייתי וקבע כי דברים שנקלטו בדרך של האזנת סתר שלא לפי חוק זה או בניגוד להוראות, לא יהיו קבילים כראיה בבית המשפט, אלא בהליך פלילי בשל עברה לפי חוק זה או אם בית

60 ה"ח (תשל"ח) 301; ע"פ 638/79 אפללו ואח' נ' מדינת ישראל, פ"ד לד(3) 561, 570.

61 סגל, לעיל הערה 14, בע' 201.

62 ראו לעיל הערה 28.

63 הצעת חוק האזנת סתר (תיקון), התשנ"ד-1994, ה"ח 544.

המשפט הורה בצו על קבילותה לאחר ששוכנע מטעמים מיוחדים שיפרט, כי בנסיבות העניין הצורך לקבל את הדברים כראיה לשם גילוי האמת ועשיית הצדק עדיף על הצורך שלא לקבלם כדי למנוע את הפגיעה בזכויות הפרט. לעניין סעיף זה, "בית המשפט" - לרבות בית דין.

עינינו הרואות, הסעיף המתוקן נגס במקצת באיסור הגורף שבסעיף הקודם, אשר לא אפשר כלל לקבל ראיה שהושגה באמצעות האזנת סתר אסורה. כעת מאפשר החוק שיקול דעת מצומצם לבית המשפט (במאמר מוסגר ייאמר ששיקול דעת זה מופעל לעתים רחוקות, ולנקודה זו עוד אתייחס בהמשך) לקבל ראיה שהושגה תוך האזנה אסורה, בתנאים הנוקשים שבסעיף. יודגש כי עסקינן בשיקול דעת שיפוטי מצומצם ביחס לשיקול הדעת שהוענק לבית המשפט בסעיף 32 לחוק הגנת הפרטיות. בכל זאת יש בתיקון האמור כדי להראות שגישת המחוקק היא כי במקרים המתאימים יש מקום להעדיף את המלחמה בפשיעה הקשה על פני הפגיעה בפרטיות. הבעיה ההולכת וגדלה היא שהיישום של גישה זו הופך לבעייתי. על בעייתיות זו נעמוד בהמשך.

בשיטות המיושנות הללו פעלה המשטרה עד לסוף שנת 1997. אז נקלטה מערכת חדשה וממוחשבת, "ד"ש" - דיסק שיחה. גם קליטת הקדמה הטכנולוגית מתנהלת לאיטה. רק בסוף שנת 2001 החלה המשטרה לבצע העתקת שיחות באמצעות מכשיר להעתקה מהירה.

בכל ארבע השנים שחלפו משנת 1997, התהליך המסורבל גזל אלפי שעות עבודה שבהן אותרו השיחות הרלבנטיות והועתקו על גבי קלטות במהירות השמעתן, כלומר להעתקת אלף שיחות נדרשו אלף שעות עבודה. הבעיה היא שהפסיקה והחוק עדיין רלבנטיים לתקופה שבה המשטרה ספרה נקישות על מנת לאתר מספר טלפון. הקבילות הטכנית של ההקלטות התגבשה והתבססה על מספר החלטות שיפוטיות⁶⁴ שבהן נקבעו הסטנדרטים להכשרתן כראיות המחייבים את הבדיקות הבאות:

א. תקינות המכשיר.

64 ראו, למשל, ע"פ 2801/95 קורקן נ' מדינת ישראל, פ"ד נב(1) 791; ע"פ 869/81 שניר ואח' נ' מדינת ישראל, פ"ד לח(4) 169; 28/59 פלוגי נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יג 1205.

- ב. מיומנות המפעיל.
- ג. ההקלטה נכונה ואמינה.
- ד. לא בוצעו בהקלטה שינויים, תוספות או השמטות.
- ה. הקולות זוהו.
- ו. התוכן מבטא רצון חופשי של הדובר (כמבחן מהותי).
- לעתים חומר חקירה אינו ניתן לשימוש באופן מלא שכן חלקים מסוימים הושחתו בשוגג או, לחילופין, לא ניתנים לפענוח עקב מגבלות טכניות. במצב עניינים שכזה עולה על הפרק שאלת קבילות הראייה (ההקלטה במקרה זה) כולה. בית המשפט קבע באופן מפורש (השופט מלץ בעניין חלובה) כי ראייה מסוג זה לא תיפסל, אלא שאלת משקלה ייבחן באופן נקודתי⁶⁵. יודגש שיסודות התנאים הללו מקורם במשפט של ארצות הברית.
- בסדרה ארוכה של פסקי דין הדגיש בית המשפט העליון את חשיבות מימוש ששת התנאים תוך הבלטת נושא שמירת העותק המקורי של סליל ההקלטה. מדובר בפתרונות העונים היטב לטכנולוגיה הישנה והבלתי רלבנטית. בהקלטות ממוחשבות ודיגיטליות הגדרת המושג, "הקלטת מקור", אינה זהה להגדרתה הפשוטה והמילולית כשהיא מכוונת לסליל הקלטה. העובדה שששת התנאים שאובים מהשיטה הנהוגה בארצות הברית, עשויה לשכנע ששדרוג החקיקה בארצות הברית ועדכונה מחייבים עדכון גם אצלנו.
- סוף עידן המלחמה הקרה היה תפנית חשובה במעמדן של המשטרות המערביות. אנרגיה עצומה הופנתה לחיזוקן הן בכוח אדם והן באמצעים ששירתו עד לאותה התקופה את הגופים המודיעיניים הביטחוניים החל מטכנולוגיית חלל ועד לאמצעי איכון, עיקוב, האזנה וכולי. כך, לדוגמא, קלטו ההולנדים כבר בשנת 1991 ציוד ממוחשב לביצוע האזנות סתר. ספק אם החוק והפסיקה בארץ הגיבו בזמן ועדכנו את כללי המשחק למציאות החדשה.
- מספר החקירות שניהלה משטרת ישראל בשנות השבעים והשמונים, אשר חייבו חילופי ראיות עם משטרות זרות, היה נמוך. הגלובליזציה, חופש התנועה, הסרת הגבולות, השינוע הקל והזול יחסית של מטענים פתחו אופקים חדשים גם לעבריינים

65 ע"פ 331/88 חלובה ואח' נ' מדינת ישראל, פ"ד מד(4) 141.

בארץ ובחו"ל. השימוש בראיות ש"יובאו מחוץ לארץ" על פי חוקים מקומיים, הפכו בהדרגה לעובדה מוגמרת בכל העולם המערבי.

מובן שהחוקים היו שונים ונשארו שונים, ובנושא האזנות סתר נקבע בעניין חלובה⁶⁶ - חקירה שבה נטלתי חלק באופן מבצעי בהולנד - וכן בפרשיות נוספות⁶⁷ שהקלטות סתר שבוצעו בצורה חוקית בחוץ לארץ, קבילות כראיות בהליך המשפטי בארץ גם כשיש שוני בין השיטות. כך, לדוגמה, התברר שהחוקרים ההולנדים בעניין חלובה ריכזו באותה התקופה את השיחות החשודות כפליליות בקלטות נפרדות על פי חוק המקומי בעוד שהחוק הישראלי מחייב ריכוז של כל השיחות ברצף ללא כל התערבות או סינון בין שיחות חשודות לשיחות חולין פרטיות. כלומר שיקול הדעת של החוקר ההולנדי או האמריקאי כמסנן שיחות מקובל על בית המשפט הישראלי. העובדה שהמחוקק עצמו לא נתן דעתו לסוגיה המיוחדת של פער בין קבילותן של האזנות סתר בחוץ לארץ לבין קבילותן לפי החוק הישראלי, באה לידי ביטוי גם במאמרה של נינה זלצמן אודות ראייה שהושגה בהאזנת סתר אסורה⁶⁸.

כאמור, חוק האזנות הסתר החדיר את כלל הפסילה באמצעות הוראות סעיף 13(א) לחוק האזנות סתר כאקט "מחנך", והוא הראשון הדומה לשיטה האמריקאית, שרואה בפסילה מעין תמרור אזהרה כנגד רשויות האכיפה, ובמקביל מגן על זכויותיו של האזרח. אלי וילצ'ק ציין במאמרו שהמחוקק הביע כאן עמדה שונה מזו שבאה לידי ביטוי בבית המשפט העליון בכל הנוגע לעניין קבילות ראיות שהושגו באופן בלתי חוקי⁶⁹.

גם נתן וחיים קנת התייחסו בספרם לתורת "הפרי המורעל" וציינו כי מטרת הפסיקה האמריקנית בדוקטרינת ה-exclusionary rule היא הרתעת אנשי החוק ואילוץם לכבד את הזכויות החוקתיות של האזרח⁷⁰.

66 שם.

67 ראו, למשל, ב"ש 82/83 מדינת ישראל נ' עליה, פ"ד לז(2) 738.

68 נ' זלצמן "דיני ראיות" בתוך ספר השנה של המשפט בישראל תשנ"א (א' רוזן-צבי עורך, תשנ"ב) 481, 501-500.

69 א' וילצ'ק "קבילות ראיות שהושגו בחו"ל בהאזנת-סתר" משפטים טז (תשמ"ו) 462.

70 נ' קנת וח' קנת אמצעי חקירה חזיהוי (תשס"א) 151-192.

היגיון דומה לכאורה הופעל בחוק הישראלי בתחום האזנות הסתר. אולם בשנת 1995 חל שינוי בסעיף 13 לחוק, ונקבע שבנסיבות מסוימות בהליך פלילי שעניינו פשע חמור, הצורך בחקר האמת עדיף על הצורך להגן על הפרטיות, ובמקרה כזה גם האזנת סתר שנעשתה בניגוד לחוק, עשויה להיות קבילה. התהליך סותר את תורת "הפרי המורעל", אך נקבע שהאזנת סתר תישאר לא קבילה גם בנסיבות הללו אם נעשתה שלא כדין ובידי מי שרשאי לקבל היתר להאזנת סתר. יש לציין כי נותרה אפשרות לבקש להתיר את השימוש בראיה אם ההאזנה נעשתה בטעות ובתום לב תוך שימוש מדומה בהרשאה חוקית, אך רק באישור היועץ המשפטי לממשלה או פרקליט המדינה.

בית המשפט האמריקאי היה "גמיש" יותר כשקבע שיש לקבל ראיה שהושגה בחוץ לארץ גם אם היא בניגוד לתיקון הרביעי לחוקה, שכן החוקה האמריקאית לא חלה על רשויות האכיפה הזרות, וממילא פסילת ראיה כזו בארצות הברית בגלל היותה בניגוד לחוקה לא "תחנך" אותן לפעול בעתיד בדרך שונה.

כל זמן שכמות חילופי הראיות הבינלאומיים והיקפם היו נמוכים יחסית, נראה ש"הערכים החינוכיים" הפנימיים יכלו להמשיך ולהתקיים ללא כל בעיה. מתחילת שנות התשעים השתלבה מדינת ישראל במגמה הכלל-עולמית של טיפול משותף בתהליך אכיפת חוק חוצה גבולות. נראה שהמגמה הזאת רק הולכת ומתרחבת. במצב זה נראה כי הגיע הזמן שהן הפסיקה והן החוק יעברו עדכון ושינוי שיתאים את חוקי האזנות הסתר למציאות הטכנולוגית, הפלילית והחברתית החדשה.

כללי המשחק

אין ספק שקיימת חובה לאזן בהגינות בין האינטרס המחייב הגנה ראויה על הציבור מפני עבריינות קשה ומסוכנת לבין השמירה האופטימלית על הזכות האישית לפרטיות. משה שלגי וצבי כהן ציינו בספרם את מערכת השיקולים שצריכים להנחות את השופט בגבשו את עמדתו לעניין בקשה למתן היתר להאזנת סתר:

א. חשד לביצוע עברה חמורה שיש לציבור עניין מרבי במניעתה או בגילוי מבצעה, אשר גובר על העניין שיש לו בהגנה על פרטיותם של האנשים שהבקשה נוגעת להם;

- ב. האם נחה דעתו של השופט שההאזנה אכן נחוצה, ואין שיטות חקירה רגילות ושגרתיות שעשויות באופן סביר להבטיח תוצאות דומות;
- ג. האם יש לחוקרים מידע שמספיק לעורר חשד כנגד הנוגעים בדבר במידה המצדיקה פגיעה בפרטיותם בדרך של האזנת סתר;
- ד. המספר המשוער של אנשים שעשויים להשתמש בטלפון;
- ה. יש לברר מהו סוג האנשים או המקום, על מנת לבחון את מידת הפגיעה בפרטיותם;
- ו. האם התקופה המבוקשת חיונית⁷¹.

לכאורה, מימוש הכללים הללו מאפשר איזון ראוי בין האינטרס הציבורי להגנה הנדרשת על פרטיותו של האזרח. בפועל הפשיעה מתגברת, התחכום הטכנולוגי משולב היטב בעשייה הפלילית, הגלובליזציה משרתת גם את העבריינים, סממנים של פשיעה מאורגנת מתחזקים, והתחושה המקצועית היא שהאיזון מופר. המרכיבים "החינוכיים" ביחס לרשויות אכיפת החוק, הפערים הטכנולוגיים והציוד שבידי המשטרה לעומת האמצעים שבשימוש העבריינים, יוצרים פער הולך ומתרחב בין הרלבנטיות של החוק והפסיקה למציאות היום יומית.

אף אלכס שטיין במאמרו טען שמשטר ליברלי נאור חייב להכיר בקיומם של עניינים שאותם זכאי הפרט לשמור לעצמו מבלי שיינתן להם פומבי ללא הסכמתו, וכי ברור שהזכות לפרטיות צריכה לעמוד לכל אדם באשר הוא אדם, לרבות חשוד בביצוע עברה, עצור או אסיר שהורשע בדינו. הוא קרא לאזן בין התביעה הפרטית לפרטיות לבין התביעה הציבורית להבטחת יעילותם של מנגנוני אכיפת החוק⁷².

השאלה הבסיסית הנה האם אמנם המערכת מאזנת כראוי בין הניגודים הללו.

ניתוח חקירה ממושכת שניהלה היחידה המרכזית של משטרת מחוז תל אביב, שבה השתתפתי כראש מפלג המודיעין, וזכתה לכינוי, "מבצע מאזני צדק", משקפת את היקף הבעיה. במבצע, שכלל הפעלת מקורות מודיעיניים, עיקוב ואמצעי איסוף טכנולוגיים, ובעיקר ציתות לקווי טלפון ולמכשירים תאיים (סלולריים) ניתן לראות היבטים חיוביים בעיקר במבחן התוצאה. החקירה, שהשתרעה על ארבע יבשות

71 מ' שלגי וצ' כהן סדר הדין הפלילי (מהדורה שניה, תשס"א) 71-77.

72 שטיין, לעיל הערה 58, בע' 528.

וכללה את המדינות אוסטרליה, גרמניה, הולנד, ארצות הברית וישראל, הסתיימה בתפיסת 1.6 מיליון כדורי "אקסטזי" בגרמניה. בהולנד נחשפה מעבדה לייצור כדורי "אקסטזי", ונתפסו מאות קילוגרמים של כימיקלים לייצור הסמים. בארצות הברית נתפסו מאות אלפי כדורי סם. במהלך החקירה הוקפאו בארץ נכסים וכספים של חלק מהחשודים בסכומים של למעלה מ-2 מיליון דולר. החקירה חשפה ארבעה עשר אירועי ייבוא כדורי "אקסטזי" ברחבי תבל, בין היתר בישראל, בצ'כיה, בארצות הברית, בגרמניה, בהולנד, בבריטניה ובאוסטרליה. הצטברו ראיות שאנשי הכנופיה הבריחו בתקופה של מספר שבועות למעלה מ-3 מיליון כדורי "אקסטזי". פרט לחשודים ההולנדים שנעצרו ונחשבים לדמויות בולטות בשוק ה"אקסטזי" הבינלאומי, נעצרו בארץ עשרים ושלושה חשודים ישראלים. רובם נעצרו עד תום ההליכים המשפטיים כנגדם. בחוץ לארץ נעצרו שמונה ישראלים נוספים.

ההיבט החיובי של החקירה הבינלאומית הזו מדגיש את טיב המידע המודיעיני שנאסף מהגורם האנושי ואת יעילות שיתוף הפעולה הבינלאומי בין כל גורמי אכיפת החוק הן בהיבט של חילופי מידע וכמובן, בהיבט הראיות. ההיבט השלילי מבליט את חוסר האונים של משטרת ישראל בתחום הטכנולוגי. תיק הראיות כנגד החשודים שכנגדם הוגש כתב אישום בארץ, כולל דיסקים עם אלפי שעות הקלטה ולמעלה מעשרת אלפים שיחות ותקצירי שיחות "שיובאו" מחו"ל. מדינה מודרנית אינה יכולה להרשות לעצמה נחיתות מהסוג הזה.⁷³

כאמור, כלי האיסוף כוללים אמצעים טכנולוגיים שבהם יש למשטרה חולשה יחסית, ואמצעים אנושיים של מקורות מודיעיניים. כללי המשחק החדשים מחייבים בחינה מערכתית שכן גם ההגנות שהיו ביחס למקורות הללו, עברו זעזוע. במציאות החדשה שנוצרה, היעילות המשטרית נפגעה. המרכיבים הבסיסיים של האיסוף המודיעיני והראייתי וההגדרות החדשות של חומר חקירה ושל חומר מודיעיני מובילים את הדיון להצטלבות רגישה שבה נחצים כלי האיסוף הטכנולוגיים והאנושיים במפגש טעון ומעורר דאגה.

73 יצוין כי מטעמים טכניים נבצר ממשטרת ישראל לבצע חלק גדול מהחקירה בישראל.

היבטים אתיים

החוק הישראלי מאפשר לנאשם לעיין בחומר הראיות שבידי התביעה עם הגשת כתב האישום בעֲבֵרָה מסוג פשע או עוון. ההגדרות מהו חומר חקירה, עברו בשנים האחרונות מהפך קיצוני. התהליך עדיין לא הסתיים, והוא מחייב בחינה מחודשת. משה שלגי וצבי כהן הדגישו בספרם ש"בבסיסה של זכות העיון עומדת זכות היסוד של הנאשם למשפט הוגן, על כן מצווה בית המשפט לדקדק עם התביעה ולהרחיב את יריעתו של "חומר חקירה" באופן שהגנתו של הנאשם לא תקופח"⁷⁴. בפרסומים פנימיים שונים במשטרה ניתן למצוא את הגדרת ההתנהגות הנגזרת מתפקידיו של איש המודיעין, ובין יתר הקריטריונים נקבעו המרכיבים הבאים: הקפדה על אמינות ביחסים עם המקורות; הקפדה על חשאיות ועל שמירת הסודיות⁷⁵. שאלת היסוד בכללי המשחק החדשים היא האם מערך המודיעין המשטרתי מסוגל להמשיך ולקיים בצורה המיטבית את הדרישות האתיות הבסיסיות הללו.

השופט ברק התייחס לתעודה בדבר ראיות חסויות⁷⁶ כתהליך שבו בית המשפט

צריך לאזן

בחינת "הכרח שלא יגונה" ... בין שני אינטרסים מנוגדים. מחד גיסא קיים האינטרס, העומד ביסוד ההליך הפלילי כולו, והוא גילוי האמת, כדי שהחף מפשע יזוכה והאשם יחוייב בדינו... לשם חשיפת האמת יש לחשוף את כל חומר החקירה כולו לנאשם ולבית המשפט...

...

... כל מידע רלוונטי עשוי לשמש את הנאשם וחשוב הוא להגנתו, שכן "אין חקר לתבונת סנגור מוכשר ואין לנחש כיצד היה יכול לנצל את החומר הנמצא בפניו" ...

...

מאידך גיסא עומד השיקול, כי טובת הציבור דורשת לעתים אי חשיפתו של חומר חקירה⁷⁷.

74 כהן ושלגי, לעיל הערה 71, בע' 71.

75 "עבודת איש המודיעין" בתוך אתיקה במשטרת ישראל (הוצאת אגף כ"א ומחלקת הדרכה, 1998) 112-111.

76 סעיף 44 לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א-1971.

השופט ברק הוסיף כי "ראייתו של החוק היא דו-ממדית והיא מחייבת "כימות" "עשיית צדק" לעומת "כימות" העניין שבאי-גילוי הראיה. "כימות" כזה אפשרי הוא, רק אם מעמידים את שני האינטרסים על מכנה משותף אחד"⁷⁸.

השופט ברק יוצר בהחלטתו מעין "מאזני בדיקה", שאותן תיאר כך:

במצב דברים זה יש לבחון את חשיבותה היחסית של אותה ראיה, תוך מתן משקל לראיה, בהתייחס לקשת האפשרויות שבין חשיבות אפסית לבין חיוניות מרובה, משנקבע משקל זה, יש להשוותו למשקלה הביטחוני של הראיה בחשיפתה. אם הראשון עולה על השני, יש לצוות על גילוי.⁷⁹

"מאזני הבדיקה" הללו אפשרו במשך שנים הגנה מלאה לחומר שהוגדר חסוי ומודיעיני. המידע שמקורות מודיעין מסרו, לא נחשף, והם לא זומנו להעיד בבית המשפט. שורשי הבעיה החלו, ככל הנראה, כשהמערכת המודיעינית המשטרית והפרקליטות יצרו עירוב בין מספר מושגים ועקרונות. הכללים שנקבעו בפסיקה, היטיבו לבטא גם נקודת איזון יעילה ביישום נקודת המפגש הבעייתית בין "העקרונות המתנגשים", והיו ראויים לאימוץ גם בתחום האזנות הסתר.

חומרי חקירה ומודיעין

לגישתי, הסחף החל, ככל הנראה, כאשר עדי ראיה מסרו עדויות שעליהן המשטרה והפרקליטות הוציאו חיסיון כ"חומר מודיעיני", וכמובן, כאשר עדי ראיה שחששו להעיד, מסרו מידע מודיעיני ובהכרח נרשמו כמקורות מודיעיניים, ועל החומר שמסרו, הוצא חיסיון. ההתייחסות המסורתית של מערך המודיעין, של מערך החקירות ושל הפרקליטות לחומר מהסוג הזה כ"חומר מודיעיני חסוי" הובילה בהכרח להחלטות הקשות של בית המשפט העליון.

77 עניין ליבני, לעיל הערה 29, בע' 735-733 (בצטטו מתוך בג"ץ 322/81, המ' 672/81 מחול נ' הממונה על מחוז ירושלים, פ"ד לו(1) 789, 794 ומתוך ע"פ 35/50 מלכה ואח' נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד ד 429, 433, בהתאמה).

78 עניין ליבני, לעיל הערה 29, בע' 737.

79 שם, בע' 738.

בפסק הדין בעניין סיקסיק התמקד השופט חשין בסוגיה "אם ראייה פלונית נופלת בגדרי "חומר החקירה", אם לאו"⁸⁰, והדגיש ש"העובדה, שחומר נחשב בעיני התביעה כחסוי, אין בה כדי להתיר אי-גילוי קיומו של סוג חומר כאמור"⁸¹. הבעיה הלכה והחריפה ובאה ליד ביטוי בפסיקה מאוחרת יותר בערעורו של לואבנה⁸². בעניין זה קבע השופט חשין שאמנם היו ראיות שלא נמסרו לעיון באי כוח המערער על אף החובה שהוטלה על המדינה לאפשר להם לעיין באותו חומר ראיות, כהוראת סעיף 74(א) לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב 1982-. מובן ששוב דובר ב"חומר מודיעיני". התברר שבאירוע הזה הייתה סדרת תקלות ועיכובים. השופטים שוכנעו לאחר עיון בחומר "שלא היה בו כדי להיות לעזר ולו כהוא זה להגנתו של המערער".

הקו המאפיין את ההחלטות הללו היה שפעולת ה"כימות" שעליה הצביע השופט (כתוארו דאז) ברק בשנת 1984, נשמרה לאורך זמן והקפידה לאזן את "מאזני הבדיקה" תוך התמקדות בשאלה, האם הראיות החסויות עשויות לסייע להגנה. תפנית חשובה בנושאים הרגישים הללו התחוללה בעניין מאזריב⁸³, כשנבדקו החיסיון לטובת הציבור והמבחן להסרתו. הנשיא ברק והשופט דורנר הסירו לבסוף את החיסיון תוך קבלת טיעונו של המערער בדבר פגיעת החיסיון בזכותו להליך הוגן. הסכר נפרץ בעניין אבו סעדה, כשהשופט דורנר קבעה שפעולת האיזון בתהליך ה"כימות" הופרה, למעשה. צוין כי

הוראות החיסיון בפקודת הראיות מקנות לתובע תפקיד אמון מיוחד. מוטל עליו - בלי שיעמדו מולו הנאשם וסניגורו - להחליט בעצמו אם החיסיון אינו פוגע בהגנת הנאשם...

... עיון קפדני של בית-המשפט בחומר הראיות החסוי שהוצג בפניו ... היה מגלה כי בין 32 המסמכים שהוצגו מצויים מזכרים בנוגע להודעות שמסר זקאק עצמו וכן

80 ע"פ 1152/91, 2295, 3331 סיקסיק נ' מדינת ישראל, שקרא נ' מדינת ישראל, מדינת ישראל נ' אבו-סיף, פ"ד מו(5) 8, 19.

81 ע"פ 633/83 שמעיה אנג'ל ואח' נ' מדינת ישראל, פ"ד לו(4) 593, 598. מוזכר בעניין סיקסיק, לעיל הערה 80, בע' 21.

82 ע"פ 3052/00 לואבנה נ' מדינת ישראל (לא פורסם).

83 ע"פ 889/96 מאזריב נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(1) 443.

מידע השולל את כוונת הקטילה... וכי, על-כל-פנים,
 בחומר החסוי מצויות ראיות הדרושות להגנתו של
 המערער.⁸⁴

מובן שהמסקנה הייתה שבכך נגרמו קיפוח חמור של הגנתו של המערער ועיוות
 דין.

ההחלטות הללו של בית משפט העליון בעניין מבחן ה"כימות" הובילו לתהליך
 שצמצם בצורה משמעותית את המושג, "ראיות חסויות". השלב הבא לאחר הטיפול
 בעדים חסויים היה התמקדות במקורות מודיעיניים.

בערעורה של המדינה בעניין חמדאן דרש הסנגור לזמן את המקורות
 המודיעיניים של המשטרה כעדי הגנה, ולכך התנגדה התביעה, שראתה בדבר פגיעה
 חמורה באינטרס הציבורי. באי כוח המדינה טענו שהעדת מוסרי הידיעות שמסרו
 מידע מודיעיני המבוסס על שמועות, תסכן את חייהם. הודגש שמקורות המידע אינם
 עדי ראיה. השופט דורנר בחנה את המידע וקבעה שלדבריהם של המקורות
 המודיעיניים הללו יש משקל ראייתי של ממש. "מכיוון שכך, סבורים אנו כי הצורך
 בהעדתם של מוסרי הידיעות גובר על האינטרס הציבורי החשוב שבאי-העדתם.
 לפיכך הגענו לכלל דעה כי מן הראוי להורות על הסרת החיסיון"⁸⁵. פסק הדין מהווה,
 למיטב הבנתי, תפנית מהותית בנושא קבלת מידע מודיעיני וביחסים שבין
 "המקורות" למערך המודיעין המשטירתי.

המדינה הגישה עתירה לדין נוסף בפסק דינו של בית המשפט העליון בעניין
חמדאן. הנשיא ברק דחה את העתירה בקבעו שוב כי

אכן, ההלכה היא, כפי שנקבעה בפסקי הדין של בית
 משפט זה, כי בית המשפט יכריע באשר לחיוניותה של
 עדות חסויה להגנת הנאשם, לפי השאלה, האם בעדות
 זו מצוי פוטנציאל ראייתי שעשוי לפי קנה מידה
 אובייקטיבי - לעורר ספק סביר באשמת הנאשם.

עוד הוסיף הנשיא ברק כי

84 ע"פ 4765/98 אבו סעדה נ' מדינת ישראל, פ"ד נג (1) 832, 840-841.

85 ע"פ 621/01 מדינת ישראל נ' חמדאן, פ"ד נה (2) 823, 829.

כבר נפסק בעבר כי דיון נוסף אינו ערעור נוסף, קרי אין הוא כלי להעברתו של פסק הדין של בית המשפט העליון שניתן בשלושה בשבט הביקורת של ערכאה נוספת, אך ורק ובשל כך שנותרו ספקות לגבי נכונות או סבירות התוצאה.... לפיכך לא בוססה עילה לקיום דיון נוסף בפסק הדין...⁸⁶

ב27.6.2002- זיכה בית המשפט העליון את הנאשם בעניין עיאט⁸⁷ לאחר שהורשע בבית המשפט המחוזי בנצרת בעברות לפי פקודת הסמים המסוכנים ונידון לתשע שנות מאסר, שמתוכן שבע שנות מאסר בפועל. חומר הראיות שהובא לפני בית המשפט המחוזי, כלל תעודת חיסיון שהתייחסה לחלק מחומר החקירה. לקראת הדיון בערעור בדק בא כוח המדינה את חומר הראיות, לרבות החומר החסוי, ואז התברר לו שעובדות רלבנטיות לקביעת אשמתו של הנאשם לא הגיעו לבירור בשל קיומו של החיסיון. העיון במכלול החומר הביא את בא כוח המדינה למסקנה כי מן הדין לתמוך בקבלת הערעור ובביטול ההרשעה.

למרות סדרת הכישלונות הללו בהיבט המקצועי רשאים אנשי המודיעין המשטרתי לראות בהן, ובעיקר בהחלטה של השופט (כתוארו דאז) ברק שינוי בהכרעה בדבר מידת החיוניות של עדות חסויה בכך שהדגש מושם בפוטנציאל שלה מבלי לבחון את קבילותה כראיה. בשיטה הזאת הסיכוי של המקורות המודיעיניים לזכות בהגנת החיסיון מצטמצם בצורה קיצונית גם בהתייחס לקביעה החשובה, "קבילות לחוד וחיסיון לחוד".

המפגש בין ערכים שונים מחייב פתרון שעליו עמד כבר השופט אגרנט בפרשת

קול העם:

עיקר הסבך מקורו בתופעה, שקיימת כאן התחרות בין שני סוגים של אינטרסים, אשר כל אחד מהם הוא בעל חשיבות מדינית-חברתית ממדרגה ראשונה.⁸⁸

86 דנ"פ 1424/01 מדינת ישראל נ' חמדאן (לא פורסם).

87 ע"פ 8402/00 עיאט נ' מדינת ישראל (לא פורסם).

88 בג"ץ 73/53 חברת "קול העם" בע"מ נ' שר הפנים; עתון "אל אתיחאד" נ' שר הפנים, פ"ד ז 871, 880.

ההפשרה הביטחונית במערב אפשרה לגופים הביטחוניים בארצות הללו לשחרר טכנולוגיות רגישות ביותר לשירות גופי אכיפת החוק. ההחלטות האחרונות בישראל בנוגע להגדרות של חומר חקירה, וכיצד - ואם בכלל - ניתן להגן על ראיות חסויות, דוחות בשנים רבות את האפשרות שגם משטרת ישראל תזכה בהרחבת שיתוף הפעולה עם הגורמים הביטחוניים בארץ, שכן במציאות החדשה שנוצרה, אין ספק שהסכנה שהאמצעים הרגישים שיעבירו גופים אלו למשטרה, עלולים להיחשף, הופכת מוחשית הרבה יותר. כשבוחנים כעת את הדרך הארוכה שעברה מערכת אכיפת החוק בתרגום המעשי של המושגים, "חומר חקירה", "חומר חסוי", "מידע" ו"ראיות", מתברר שהקפדה אמיתית וכנה של מערך המודיעין על הדרישות האתיות של "אמינות ביחסים עם המקורות והקפדה על חשאיות ושמירת הסודיות" קשים ליישום במבחן התוצאה. ספק אם במצב הזה האינטרס הציבורי לא ייפגע בצורה משמעותית.

משפט משווה

המודל האמריקאי

בשנים האחרונות ברור שהמדינה הדומיננטית בעולם היא ארצות הברית. פרט לעליונותם הצבאית והכלכלית, האמריקאים הוכיחו שבנחישות ובמקצועיות ניתן לרסן גם עקומה גבוהה ביותר של עבריינות אלימה, לטפל בצורה ממוקדת בפשע המאורגן ולהחזיר לרחובות את תחושת הביטחון האישי.

במאמר של John Ghazvinian ב-Newsweek מ-13.5.2002 נמסר שבעוד שבלונדון נרשמה בשנים 2000-2001 עליה של 45% בפשעי רחוב, ודווח על 53,000 עבירות שוד בשנת 2001, בניו יורק נרשמו בסך הכול 28,000 עבירות שוד בתקופה המקבילה. בשנים 1994-1996 הנתונים של ניו-יורק מרשימים מאד, ודווח בה על ירידה של 67% בעבירות שוד ועל ירידה של 80% בעבירות רצח⁸⁹. יש לזכור שבניו יורק ובלונדון גודל האוכלוסייה דומה, כ-8 מיליון איש (שטחה של לונדון כפול), אך בלונדון משרתים 28,000 שוטרים, לעומת 42,000 שוטרים בניו-יורק.

⁸⁹ John Ghazvinian, *Bobbies Calling NYPD*, NEWSWEEK (May 13, 2002) 21

כלפי האמריקאים הושמעה ביקורת שפעילותם פגעה לעתים בזכויות הפרט. במבחן התוצאה ובהשוואה בין החוק האמריקאי ליישומו בשטח יהיה קשה להוכיח כי הם לא פעלו בצורה הוגנת.

התיקון הרביעי לחוקה מהווה בסיס מוצק להגנת הפרטיות. בתיקון זה מרוכזת ומודגשת זכותם של בני האדם להיות בטוחים בחוקתם, בנוכחותם, בבתייהם ובמסמכיהם כנגד רשויות אכיפת החוק. הוא קובע שצווים יוצאו רק בשל סיבה סבירה תוך התייחסות מפורטת למקום שבו ייערך החיפוש, ולפרטיו של החשוד או של החפץ שהרשויות מבקשות לתפוס ולהחרים.

כבר בשנת 1914 קבע בית המשפט העליון של ארצות הברית כי אם ראייה הושגה בצורה שפגעה בזכויותיו של הנאשם על פי התיקון הרביעי לחוקה, ראיות אלו אינן קבילות. מכאן נגזר המושג, "פרות העץ המורעל".

בספרם של מקנה ופישמן⁹⁰ אודות האזנות וציטוט צוין כי בשנת 1967 קבע בית המשפט העליון של ארצות הברית את מסגרת השימוש במעקב אלקטרוני ובהאזנות תחת התיקון הרביעי לחוקה והזכות לפרטיות.

בעניין *Berger* קבע רוב של חמישה שופטים מול ארבעה שהמדינה פגעה בזכויותיו של נאשם שהורשע בקשירת קשר לשחד את הרשויות בניו-יורק לצורך קבלת רשיונות למכירת אלכוהול במועדון לילה עבור לקוח שלוי⁹¹. בפסק הדין נקבעו מספר קריטריונים שחייב בית המשפט לשקול בבואו לאשר בקשה להאזנת סתר:

- א. חייבת להיות סיבה סבירה להאמין שעברות מסוימות אמנם נעשו או נעשות (בפרשנות מאוחרת הובהר שהכוונה גם לעברות עתידיות);
- ב. חובה לתאר את השיחות שרוצים ליירט;
- ג. הפעילות חייבת להיות מוגבלת לפרק זמן מוגדר תוך סינון החדירה לשיחות פרטיות וצמצומה;
- ד. אם רוצים להאריך את הצו, יש להציג סיבה סבירה המצדיקה המשכיות של הפעילות;

CLIFFORD S. FISHMAN & ANNE T. MCKENNA, WIRETAPPING AND EAVESDROPPING (2nd ed. 90
1995), at Ch. 1

.Berger v. New York, 388 U.S. 41 (1967) 91

ה. ההאזנה והפעילות יסתיימו כשהראיות נאספו;
 ו. בבקשה יש לבטא את העיתוי ואת הדחיפות;
 ז. הצו חייב לכלול דרישה של בית המשפט לשוב ולפקח על יישום ההגבלות על השיחות המיורטות.

באותה שנה, 1967, נדון ערעור נוסף, שבו התברר כי סוכני F.B.I הסתירו מיקרופון ומשדר מחוץ לתא טלפון ציבורי, והנאשם Katz נשמע משוחח בנושאי הימורים. בית המשפט העליון קבע שוב שהרשויות פעלו שלא כראוי, וכי התיקון הרביעי לחוקה מגן על אנשים, ולא על מקומות, וכי בהיכנסו לתא טלפון ציבורי רצה הנאשם להתחמק מאוזניים כרויות, ולא מעיניים פולשות⁹².

התגובה לפסקי הדין הללו הייתה מהירה. בשנת 1968 העביר הקונגרס את Title 3, אשר עוסק במעקב אלקטרוני ובהאזנות, בקובץ פיקוח על הפשיעה והביטחון ברחובות. בדוח של הסנאט המסביר את החוק החדש, הובהר שהוא מסדיר את ההגנה על הפרטיות ובמקביל משמש אמצעי לטיפול אכיפתי בפשיעה, ובעיקר בפשע המאורגן. הסנאט התאים את החוק גם לדרישות ולמגבלות שבאו לידי ביטוי בפסקי דין Berger ו-Katz. החוק התבסס, כמובן, על התיקון הרביעי לחוקה והסדיר מהי הפרוצדורה בהוצאת הצווים, מי רשאי לבקש הוצאת צווים, בפני איזה שופט, ומהן העברות שבגינן ניתן להתיר צווים מהסוג הזה. כן נקבע כי המבקש חייב לעדכן את בית המשפט על כל הפניות שהיו בעבר ביחס לחשוד, למקומות או לאמצעים, והאם הן אושרו או נדחו. הודגש ששימוש לא ראוי בראיות שהונצחו במעקב אלקטרוני ובהאזנות, הוא עברה פלילית, והוא מקנה לנפגע זכות תביעה אזרחית.

סעיף ג' לקריטריונים ששוקל בית משפט בארצות הברית לעניין אישור בקשה לציתות, מתייחס לסינון החדירה לשיחות הפרטיות וצמצומה ומחייב פרקטיקה סבוכה ומורכבת. הדבר מאלץ את מבצעי ההאזנה למיין את השיחות "המלוכלכות" ולסנן אותן ולא להקליט לשיחות הנשמעות "נקיות" או להאזין להן. בנושאים הללו ישנה הקפדה יתרה, וכתוצאה מכך רוב הציתות נעשה ב"זמן אמת" תוך הפעלת תהליך סינון קפדי ונוקשה.

⁹² Katz v. United States, 389 U.S. 347 (1967).

נשיא בית המשפט המחוזי בירושלים, השופט זילר, ניסה לאמץ את מודל הסינון האמריקאי ולהחריף אותו. היועץ המשפטי לממשלה ערער בפני הנשיא ברק מכוח סעיף 6(ג) לחוק האזנות סתר על החלטתו של הנשיא זילר לעניין דרך ביצוע האזנת הסתר. הערעור התקבל, והמגבלות שהטיל הנשיא זילר, בוטלו.⁶²⁵

הנשיא זילר הורה בצו כי שיחה שתוקלט במסגרת האזנת הסתר ולא תהא של מי מן החשודים, תימחק מיד מבלי להאזין לה, והמבצע פעולה זו יחתום על תצהיר המפרט את מועד השיחה, את שם המשוחח (אם ידוע לו) ואת דבר מחיקת ההקלטה מבלי להאזין לה. ההיתר האמור ניתן למשך חודש אחד. מובן שההחלטה גרמה לקשיים טכניים קשים ביותר. בית המשפט התיר למיין את השיחות ה"אסורות" מתוך אלו ה"מותרות" על ידי האזנה לצלילי הדיבור מבלי שניתן יהיה להבחין בתוכן הדיבור על ידי יצירת רעש או על ידי כל אמצעי אחר שיבטיח זאת. בערעור של היועץ המשפטי לממשלה נטען שמדובר בנטל שבו המשטרה אינה יכולה לשאת הן מן הבחינה הטכנית והן מבחינת הקצאת המשאבים. על כן טען המערער כי ניתן היה לאזן כראוי בין האינטרס הציבורי לבין ההכרח למזער את הפגיעה באנשים תמימים על דרך של הפקדת הסליל המלא של ההקלטה בידי בית המשפט על מנת שיוקלטו ממנו "בהקלטה משנית" הקטעים המותרים להאזנה על פי הוראת בית המשפט. בהחלטתו של הנשיא ברק בעניין זה מודגשת נקודת האיזון הראויה, למיטב הבנתי וניסיוני כקצין משטרה, בקונפליקט המתמיד בין האינטרסים המתנגשים. נקודת האיזון הזאת עשויה להוות מענה יעיל והוגן לכל הבעיות הנובעות מצמצום כוחה של המשטרה בכלי האיסוף הטכנולוגיים ובנושא האזנות הסתר והמעקב האלקטרוני, בכלל, ובהפעלת המקור המודיעיני והטיפול בחומר ראיות חסוי, בפרט. הנשיא קבע:

ביסוד הוראה זו, כמו גם בהוראות אחרות בחוק המתירות האזנת סתר, עומד האיזון שבין שני אינטרסים מתנגשים: זכותו של היחיד לפרטיות (ראה סעיף 7 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו), מחד, והאינטרס בדבר שלום הציבור ומניעת עבריינות, מאידך. מטבע הדברים הוא כי

93 ע"פ 1668/98 היועץ המשפטי לממשלה נ' נשיא בית-המשפט המחוזי בירושלים, פ"ד נו(1) 625.

שעה שמתבצעת האזנה לשיחותיו של היחיד - פרטיותו נפגעת. ...

...

אולם זכותו זו של היחיד אינה מוחלטת. זו זכות יחסית. יחסיותה מתבטאת באותן נסיבות שבהן נסוגה היא מפני זכות או אינטרס אחרים.⁹⁴

בשנים האחרונות ניהלנו מספר רב של חקירות משותפות עם עמיתינו האמריקאים מהיחידות הפדרליות, ובעיקר ה- D.E.A. (היחידה הארצית לטיפול בפשיעת סמים). הרושם שקיבלתי, הוא שעקרונית שיטות העבודה שלהם דומות לשלנו, אך לצדם חקיקה עדכנית ויכולת טכנולוגית מרשימה ביותר. למרות השוני בחוקים היקף ההדירה שלהם בכל תחומי הפגיעה בפרטיות (על פי צווים משפטיים, כמובן) גבוה, והחקירות עמם היו מוצלחות מאד.

מרגע תחילת החקירה ועד לביצוע האזנת סתר בארצות הברית התהליך ממושך ומורכב. הפרקטיקה מחייבת מספר שלבים החל בעבודת איתור ואיכון החשוד וטכנולוגיית התקשורת אשר לה מעוניינים להאזין. בהמשך מוציאים (על פי צו משפטי) פלטי חיוגים ומנתחים אותם ורק בשלב האחרון, כשהנתונים מחזקים את המידע, פונים לקבלת היתר האזנה.

הרחבות נוספות לשיטה האמריקאית נמצאות למכביר בכתבי העת המשפטיים בארצות הברית.⁹⁵

בפרק הדין במעקב אלקטרוני ובהאזנות, מצוין כי במקרה חירום עם סכנה מוחשית של מוות, כאשר מרחף איום של קושרים כנגד הביטחון הלאומי, או בשעה שמתרחשת פעילות של פשיעה מאורגנת דחופה, ישנה הצדקה למעקב אלקטרוני ולהאזנה לפרק זמן של עד 48- שעות עד לקבלת היתר מבית המשפט, אך מודגש כי אם בית המשפט יחליט שלא להתיר את ההאזנה, כל מה שהוקלט קודם לכן, לא יהיה קביל.

הפניה לביצוע האזנה או מעקב אלקטרוני חייבת לכלול את הפרטים הבאים:

94 שם, בע' 630-631.

95 ראו, לדוגמה, Scott D. Joiner, *Electronic Surveillance*, 89 GEO. L.J. 1163 (2001).

- א. ריכוז מלא ומפורט של החשדות;
- ב. אמצעי התקשורת שמבקשים ליירט;
- ג. תיאור המידע שעשוי להיות מיורט;
- ד. פרטיו של החשוד (אם הם ידועים);
- ה. תצהיר המפרט איזה אמצעים חקירתיים אחרים נוסו, או מדוע לא ניתן להפעילם;
- ו. פרק הזמן הנדרש.

בהבהרות לששת הסעיפים הללו הורחב ההסבר, והודגש שאם החוקרים מבקשים להאריך את הצווים, הם חייבים לפרט את כל העובדות שהתקבלו עד לפניה החדשה. מאידך, לעניין החובה לעדכן את בית המשפט בנוגע לפניות קודמות הודגש שפסק דין *Zannino* משנת 1990 קבע שאמנם נוצר מצב שבו החוקרים לא עדכנו את בית המשפט על פנייה קודמת, אך בית המשפט פסק שלא היה פגם בחוקיות הבקשה, שכן התברר שסוכני ה-F.B.I לא היו מודעים לעובדה שרשות אכיפה פדרלית אחרת הגישה בעבר פנייה בנוגע לאותו נאשם.

לעניין תהליך סינון השיחות לשיחות שהוגדרו כפרטיות או כשיחות של דוברים שאינם מוזכרים בצו, החוק האמריקאי קובע שמבחן הביצוע הוא על פי היגיון אובייקטיבי. כמו כן, נקבע ששימוש במצלמות וידאו המקליטות תמונות בלבד ללא שמע, אינו מחייב צו על פי Title 3 גם כשהדובר יכול להבין שהשיחה שהוא מקיים אינה בפרטיות, כגון שיחה עם שוטר או בין אסירים. בדומה, כשהמקליט הוא צד לשיחה, או כשצד לשיחה נתן אישור להקלטה, אין צורך להצטייד בצו⁹⁶.

עדכוני חקיקה בארה"ב ואנגליה

עד לאמצע שנות השמונים ובמשך כעשרים שנה לא בוצעו שינויים בחוק האמריקאי בתחומי המעקב האלקטרוני וההאזנות. הרחבת השימוש במחשבים, בדואר אלקטרוני, בטלפונים תאיים ובאמצעי תקשורת חדשניים חייבו עדכון בחוק.

96 נוהל התפעול הפדרלי האמריקאי של האונת סתר: - WIRE ROOM OPERATIONS AND TITLE 3 PERSONAL REQUIREMENTS.

בשנת 1986 חוקק חוק הפרטיות בתקשורת אלקטרונית (ECPA)⁹⁷. החוק החדש הגן על הטכנולוגיות הללו מהאזנה לא חוקית וכמובן, הסדיר במקביל את הנהלים הרלבנטיים לרשויות אכיפת החוק בביצוע האזנות לאותם האמצעים. ה-ECPA נכנס לתוקף ב-20.1.1987. המחוקק האמריקאי התייחס גם להודעות דואר אלקטרוני המאוחסנות אצל ספק השירות, והנמען טרם נחשף אליהן. קולובסקי הדגיש כי החוק הוסיף איסור על האזנת סתר לתקשורת אלקטרונית ועל חדירה למידע השמור במאגרי ספק השירות, אלא אם הוצא צו חיפוש. בכך נוצרה ההבחנה הברורה בין מידע אלקטרוני המחייב צו חיפוש (מידע המצוי אצל ספק השירות) למידע המחייב צו האזנת סתר (מידע המצוי אצל הנמען)⁹⁸.

המרוץ הטכנולוגי נמשך, והקדמה חייבה שינוי נוסף, ולכן עבר בקונגרס בשנת 1994 חוק חדש שהתמקד בסיוע של טכנולוגיות תקשורת לרשויות אכיפת החוק (CALEA) תוך הסדרת שיתוף הפעולה, מסירת הנתונים, הקצאת משאבים לתעשיית התקשורת והתאמתה לצורכי רשויות האכיפה⁹⁹.

נראה שארצות הברית הצליחה לצבור הצלחות מרשימות במאבק בפשיעה תוך שילוב חקיקה עדכנית, כלי חקירה מגוונים, אמצעים טכנולוגיים ושיטות עבודה שיצרו איזון מעניין בין הגנה על הזכות לפרטיות וטיפול נקודתי בפשיעה.

שיטה שונה וקיצונית הונהגה באנגליה. הבעיות החמורות בתחומי הכלכלה והחברה יצרו חוק חריג וקיצוני יחסית לאמות המידה המקובלות בעולם המערבי. החוק החדש, The Regulation of Investigatory Powers Act 2000¹⁰⁰, ריכז את סמכויות השימוש באמצעי חקירה מיוחדים. מדובר ב"חלום ורוד" של כל איש משטרה המרכז את תחומי החקירות והמודיעין והמספק להם בסיס חוקי.

נתון מעניין וראוי להדגשה הוא המתאם ביחס של בתי המשפט באנגליה, בארצות הברית ובישראל לראיות שהושגו והן בגדר "פרות העץ המורעל". באנגליה

Electronic Communication Privacy Act, P.L. 99-508, 100 Stat. 1848 (see §§ 18 U.S.C. 2510 *et seq.*) 97

98 [נ' קולובסקי המחשב וההליך המשפטי: ראיות אלקטרוניות וסדרי דין \(תשס"א\) 100-101](#).

Communications Assistance for Law Enforcement Act, P.L. 103-414, 108 Stat. 4279 (see 47 U.S.C. §§ 1001 *et seq.*) 99

.The Regulation of Investigatory Powers Act 2000 (c. 23) 100

אמנם גינו את הפעולות הבלתי חוקיות של המשטרה, אך לא פסלו ראיות על סמך הדוקטרינה הזאת¹⁰¹. באנגליה גם נוצר מאגר D.N.A עצום המכיל למעלה ממיליון וחצי פרופילים של חשודים, כחלק מהאמצעים למאבק בפשיעה. האנגלים מאפשרים לרשויות האכיפה לקחת דגימות D.N.A מכל חשוד בעברה שניתן להטיל בגינה עונש מאסר. במציאות הזאת נקל להבין את היקף הסמכויות שמעניק החוק האנגלי בנוגע לאמצעי חקירה מיוחדים. הנושאים המרכזיים כוללים, בין היתר, האזנות סתר, עיקוב ומקורות מודיעיניים.

הבקשות להוצאת צווים לתפעול האמצעים המיוחדים מוגשות על ידי קציני משטרה, מכס או שירותי ביטחון מוסמכים ונחתמות על ידי שר הפנים. בשיטה האנגלית אין מעורבות של הפרקליטות בתהליך.

ראיות שהושגו בהאזנות סתר, אינן קבילות במהלך המשפט למרות שהן מסייעות לחוקרים בקידום החקירה בצורה מושכלת. לסנגוריה אסור לחקור את עדי התביעה האם הפעילו אמצעי האזנה.

הסעיף המעניין בחוק מכונה P.I.I, והוא מושג בסיסי המקל להבין את השיטה:

Public Interest Immunity.

החוק נועד להגן על האינטרס הציבורי, ובאמצעות P.I.I לא נחשפים שיטות, אמצעים ולמעשה, חלק עצום מהראיות שהושגו בהאזנות סתר, דרך מקורות מודיעיניים וכולי. התהליך מסתיים עם הגשת כתב האישום, כשמופיעים בפני השופט הממונה על החקירה ובפני הפרקליט, והם מציגים את החומר שהצטבר, ומגדירים אותו כסודי על פי P.I.I. למרות שרובו קביל לראיה בכל קנה מידה בעולם המערבי, השניים מצהירים בפני השופט שעל פי החוק ובשל האינטרס הציבורי אין לחשוף את החומרים הללו. הם אף מנמקים את הצהרתם זו. אף שהשופט נחשף לחומר, הוא נותן החלטה חסויה המונעת מהסנגור גם את המידע הבסיסי והכללי מה יהיה חומר חסוי.

101 למרות הכל ישנה התעלמות מנושא פרות העץ המורעל ותיקון החקיקה משנת 1986 (המכונה PACE). ראו מאמרו של א' הרנון, "ראיות שהושגו שלא כדין - האם נשתנה המצב המשפטי בעקבות חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו" מחקרי משפט יג (תשנ"ו-נ"ז) 139.

השאלה אם הגישה האנגלית אמנם משקפת הוגנות ושקיפות של התהליך, לגיטימית ולא פשוטה. נראה שהקיצוניות הבריטית בתחומים הללו עדיין לא הגיעה לשיאה שכן עדיין לא הסתיים התהליך המקובל מאוד בארצות רבות לחקיקה מיוחדת לטיפול בפשע המאורגן.

מדינה מעניינת נוספת בעיקר מבחינת המהפך המשמעותי שחל בתפיסת עולמה, היא הולנד. מנושאת הדגל של הליברליות, של החדשנות ושל שמירה הדוקה ביותר על הפרטיות הפכה הולנד למדינה המנהיגה סדרת חוקים הפועלים בתקיפות כנגד גל התגברות הפשיעה. מדובר ללא ספק במגמה הצוברת תאוצה בעיקר בארצות מערב אירופה. ניתן לראות בה פתרונות הנחשבים נוקשים יחסית ומגבילים יותר את זכויות הפרט, בדרך של חוקים לטיפול בפשע מאורגן או לאמצעי חקירה מיוחדים. התהליך התרחש בשנים האחרונות גם באיטליה וספרד.

המודל ההולנדי

הולנד נחשבת כאחת המדינות הליברליות המובילות בעולם המערבי. ערכים של הגנה על פרטיות, סובלנות וגישה מיוחדת יצרו מציאות מעניינת המאופיינת ביחס שונה לסמים, לזנות ולהימורים. ההולנדים הנהיגו מדיניות חדשנית גם בנושאי המתות חסד ונישואין חד מיניים. מאידך, הליברליות ההולנדית יצרה חברה הנגועה בבעיות קשות של פשיעה. בשנת 2000 טיפלו ההולנדים ב-148 כנופיות שהוגדרו כבעלות מאפיינים של פשיעה מאורגנת. 66% מהן הולנדיות, והיתר מורכבות מטורקים, ממרוקאים ומניגרים.

ב-27.5.1999 בוצע בהולנד עדכון ותיקון לחוקה בתחום הפרוצדורה הפלילית. כך נקבע הבסיס החוקי למה שהוגדר כאמצעי חקירה מיוחדים. בשער החדש, IVA, נקבעו החוקים שהסדירו את נושאי העיקוב, החדירה סמויה, ההקלטות, האזנות הסתר והשימוש באמצעי איכון טכניים, הוגדרו כללי ההפעלה של מקורות מודיעיניים, הפעלת שוטרים כסוכנים חשאיים (ס"ח) ואזרחים כסוכנים (מס"ח) והוסדרו ההגנות לחומר מודיעיני ולעדים והחסיונות בתחומים אלה. החוקים החדשים שיקפו מהפכה תפיסתית וקביעת כללי משחק שנועדו, כפי שההולנדים

עצמם כתבו בהסברים לחוקים הללו, לשמש אמצעים לטיפול בעברות חמורות על בסיס מאורגן או אמצעים לחקירת פשע מאורגן.

בשיטה ההולנדית היוזמה, הפיקוח ועיקר האחריות מוטלים על כתפי פרקליטות המדינה והפרקליטות המחוזית. סינון השימוש באמצעי החקירה המיוחדים מתחיל בפרקליטות ומסתיים שם. חובה להזכיר שבהולנד הפרקליטות היא המחליטה על פתיחה בחקירה, ולא המשטרה. משתנה נוסף וחשוב הוא ההבחנה שנוצרה בין אמצעי חקירה מיוחד המוגדר שיטתי ומחייב פיקוח של הפרקליטות ואישור ממנה (לעתים גם בית המשפט מעורב בעניין), לעומת אמצעים מזדמנים, תגובתיים וחד פעמיים, כגון תצפית, עיקוב קצר ואקראי וכדומה.

ההולנדים מגדירים "תקשורת חסויה" כחילופי הודעות בין שני אנשים או יותר המתנהלים בפרטיות. היא עשויה להתקיים בצורות שונות, כגון דיבור או כתיבה, שידור אותות e-mail, שידורי רדיו שאינם מיועדים לכלל הציבור, מחשבים, אינטרנט וכו'. ההולנדים הדגישו שהיכולת להקליט תקשורת חסויה היא רחבה וכוללנית יותר מהיכולת להקליט תקשורת המוגבלת להקלטת המידע המועבר באמצעות התשתית המסחרית של החברות לתקשורת, אשר מחייבת סיוע מהן ושיתוף פעולה מצדן (האזנה לתקשורת קווית ותאית). יירוט שיחות חסויות מחייב את המשטרה להתקין ציוד טכני סמוי של מיקרופונים ומשדרים וכמובן, לבצע חדירה למקומות סגורים ללא אישור הבעלים או המשתמשים וללא ידיעתם.

בסעיף 126-i לחוק ההולנדי נקבעו השלבים להקלטת תקשורת חסויה והתנאים לכך¹⁰²:

1. אם קיים חשד שמבוצעת או בוצעה עברה על פי ההגדרות בסעיף 67 פסקה 1 על ידי חשוד, רשאי הפרקליט להורות לקציני החקירות המוגדרים בסעיף 141-B, לבצע בדחיפות הקלטת תקשורת חסויה באמצעות ציוד טכני.

102 מבוסס על חוברת ההסבר לחוק ההולנדי אשר הופצה רשמית על ידי משרד המשפטים ההולנדי בתאריך 27.5.1999: Summary of the Explanatory Memorandum to the Special Investigative Powers Bill.

2. הפרקליט רשאי על פי צורכי החקירה להורות על ביצוע חדירה סמויה ללא ידיעת הבעלים או המשתמש וללא אישורם כשהמדובר בחקירה דחופה, והחשוד מעורב בעברה שעונשה שמונה שנות מאסר ומעלה.
 3. ההוראה לביצוע הקלטת תקשורת חסויה תהיה בכתב ותכלול:
 - א. סוג העבירה ואם ידוע היעד והמשך התוכנית;
 - ב. תיאור העובדות והנסיבות;
 - ג. שמו של לפחות אחד מהחשודים שעשויים לקחת חלק בתקשורת החסויה, ואם מדובר במקום סגור או ברכב, תיאור שלהם;
 - ד. אם פועלים על פי סעיף 2, תיאור של המקום שאליו נדרשת החדירה;
 - ה. הדרך בה תבוצע החדירה הסמויה;
 - ו. פרק הזמן שתארך הפעילות.
 4. יודגש כי צו על פי סעיף 1 מועבר באמצעות הפרקליט לשופט חוקר, ומימוש הפעילות וההיתר יהיו רק באישור בכתב של השופט. האישור רלבנטי לכל פעולותיו של הפרקליט, לרבות אישור לחדירה סמויה, ומתחייב לגבי כל אחת מהן.
 5. ניתן לקבל היתר משופט חוקר לביצוע האזנות סתר לתקופה שאינה עולה על ארבעה שבועות. ניתן להאריך את התקופות לפרקי זמן שאינם עולים על ארבעה שבועות בכל פעם.
 6. לפי סעיפים קטנים 6-8 לסעיף 126-G, כשפרקליט מורה בעל פה להפעיל בדיחות עיקוב שיטתי, חובה להשלים את התהליך בכתב, לרבות פנייה לשופט חוקר.
 7. סעיפים 4 ו-6 מחייבים קבלת צו משופט חוקר בכתב, אולם במקרים חריגים ורחופים ניתן לקבל משופט צו בעל פה, אך השופט יעביר דוח כתוב תוך 3 ימים.
 8. דוח על ביצוע ההקלטות יוגש תוך שלושה ימים.
- בפרק השביעי, העוסק ביירוט תקשורת באמצעות חברות תקשורת, סעיף 126-M מחייב רישום מפורט בצו של מספר הטלפון, של השם ושל הכתובת. הצו החתום על ידי שופט חוקר מועבר לחברת התקשורת לקבלת שירות האזנה בצורה סמויה.
- סעיף 126-O מרחיב את מסגרת העברות שבהן ניתן להפעיל אמצעי חקירה מיוחדים כשהן מתמקדות בפשע מאורגן. למעשה, הסעיף מקל על רשויות החקירה

בתחום זה. כך, לדוגמה, סעיף 126-QA קובע כי כשמדובר בחשודים בארגון פשיעה, פנייה לשופט בנושא חדירה והפעלת ציוד טכני במקום סגור היא בבקשה לתקופה של עד שלושה חודשים עם הארכות על פי הצורך לתקופות שאינן עולות בכל פעם על שלושה חודשים נוספים, אך כאן ניתן לפנות בבקשה כשהעונש בגין העברות שבהן מעורבים החשודים, הוא שש שנות מאסר ומעלה. פניות אלו מועברות לשופט חוקר על פי סעיף קטן 4 לסעיף 126-S. סעיף נוסף, 187-D, יוצר הגנה נוקשה לחומר חסוי.

אין ספק שההולנדים הכריעו בעד שינוי בסיסי במדיניות שלהם ביחס לפשיעה. חלק מההסבר לכך נעוץ בעובדה שכנופיות פשע מאורגן שולטות בגידול מריחואנה מתוצרת מקומית ובהפקתה. מתברר שכמחצית מהמריחואנה הנמכרת בהולנד, מקורה בגידול מקומי. הסמים הללו מופצים גם ללקוחות במדינות סמוכות. העמקת החדירה של הפשע המאורגן על רקע האווירה הסובלנית והליברלית, החוקים הנוקשים של ההגנה על הפרטיות והלגליזציה הבלתי פורמלית של הסמים אפשרו לכנופיות הללו להשתלט במקביל גם על תחום הייצור של הסמים הסינתטיים, ובעיקר ה"אקסטזי".

בשנים האחרונות הולנד הפכה למדינה הדומיננטית בעולם בייצור "אקסטזי" ובהפצתו. בשנת 2000 נחשפו בהולנד 1372 אתרים לגידול מריחואנה 371- מעבדות ומקומות לייצור "אקסטזי". באותה השנה נתפסו 355- מדיניות בעולם 16 מליון כדורי "אקסטזי" שעל פי החשד, יוצרו בהולנד. בשנים 2000-2001 נתפסו בהולנד 9.5 מליון כדורי "אקסטזי" ולמעלה מטון אבקת "אקסטזי". לא בטוח שלכך התכוונו מעצבי החזון החברתי ההולנדי. החקיקה משנת 1999 לאמצעי חקירה מיוחדים מבהירה שהמציאות הזאת כבר אינה מקובלת על ההולנדים. הנחשול העצום של המהגרים, רובם בלתי חוקיים, התגברות הפשיעה והעמקת החדירה של הפשע המאורגן לכל רובדי החברה החלו משפיעים גם בהיבט הפוליטי-חברתי.

בהולנד מפורסמת תופעת "תיירות הסמים". לקוחות ממדינות רבות, בעיקר ממערב אירופה, מגיעים להולנד כתיירי סמים, בדרך כלל לאזור רוטרדם, ורוכשים סמים לשימוש ולהפצה בארצות מוצאם. מבדיקות שנעשו, התברר שהפצת הסמים

לתיירים הללו נשלטת רובה ככולה על ידי זרים, 95 אחוזים מהם מרוקאים. הודגש ש-70% מהם שוהים בלתי חוקיים.

באביב 2001 הציגה הממשלה ההולנדית בפרלמנט מסמך עבודה לטיפול מקיף ויטודי בתופעת ה"אקסטזי". פועל יוצא אחד של המהפכה שעוברת החברה ההולנדית, הוא שינוי נוסחת האיזון בין השמירה על הפרטיות לאינטרסים החברתיים ומתן כלים יעילים יותר לרשויות האכיפה לטיפול בפשיעה המתגברת. בחינת השיטה ההולנדית, המופעלת בצורה אינטנסיבית כשלוש שנים, מראה שינוי עמוק העובר בשנים האחרונות על החברה ההולנדית. ההולנדים חששו בצורה מסורתית מריכוזיות שלטונית ומתסמונת "האח הגדול", ולכן פעלו במדינה לפני כעשר שנים למעלה מ-100 משטרות מקומיות, ללא מודיעין ארצי או יחידות פדרליות. המשך זרימת המהגרים, התגברות הפשיעה והלחצים הבינלאומיים גרמו לשינוי ולאימוץ הולך וגדל של השיטה האמריקאית. מספר המשטרות צומצם בצורה דרסטית, הוקם מאגר מודיעין ארצי, גובשו יחידות פדרליות וכמובן, מומשו החוקים שנחשבים עד היום למהפכניים בקנה מידה הולנדי, לטיפול בפשיעה. חבל שרק כאשר הפכה הולנד ליצואנית הסמים הסינתטיים הגדולה בעולם, ארצות הברית הייתה לשיאנית במספר הרציחות, ואנגליה טיפסה לשיאים עצומים בעברות שוד, נאלצו המדינות הללו לבצע שינויים ארגוניים ורפורמה, שחלקה התייחס גם לחוקי האזנות סתר.

יעילות המודל הישראלי - מבט השוואתי

בישראל הטיפול הכלל-מערכתי בפשיעה, שהופכת בחלקה לפשיעה מאורגנת, משקף מציאות מדאיגה. נראה שאנו מתאמצים לעבור את כל המסלול הקשה שעברו אנגליה, הולנד וארצות הברית על מנת להצדיק שינוי בנוסחת האיזון בין הזכות החוקתית וההוגנת לשמירה קפדנית על הפרטיות לבין הבטחת יעילותם של מנגנוני אכיפת החוק. ייאמר מיד שהמציאות היומיומית ותהליך ההחמרה מחייבים רפורמה שבמסגרתה חלק מהפתרונות יכולו עדכון לחוק האזנות סתר ושיפור ההגנות למקור המודיעיני החי. ייתכן שדווקא שילובו של חוק חדש כחלק מחקיקה להסדרת אמצעי

חקירה מיוחדים, כגון הגנת עדים, מקורות מודיעיניים, סוכנים וכדומה, וטיפול בפשיעה חמורה ומאורגנת עשויים לתרום לקידום השינוי.

טיפול משטרתי לקוי ואי הקפדה על התקנות והנהלים על פי החוק הקיים עלולים לדחות את הרפורמה ואף לגרום בשלב הראשון לנסיגה ולהחמרה בחוק הנוכחי. הבעיה היא שאנו עדים למציאות אשר הולכת ומוכירה את התהליכים החברתיים, הכלכליים והדמוגרפיים שהובילו ארצות רבות לביצוע שינויים ארגוניים, מערכתיים וחוקיים. ארצות הברית הוכיחה שניתן להתגבר ולהחזיר את תחושת הביטחון והשליטה במצב.

לפני ביצוע שינוי בחוק יש לבחון סדרת בעיות בחוק האזנת סתר הנוכחי:

א. לפי סעיף 6(א), האזנת סתר למניעת עבירות כוללת, לכאורה, את האופציה להאזין גם לקורבן עברה או לעד החוששים לשתף פעולה, בשעה "שהדבר דרוש לגילוי, לחקירה או למניעה של עבירות מסוג פשע...". מובן שהחוקר מוגבל על פי נוסחת האיזון שבאותו סעיף - "אם שוכנע, לאחר ששקל את מידת הפגיעה בפרטיות...".

קשה להאמין שהמידתיות אמנם מאפשרת חדירה כל כך קשה דווקא לפרטיות של הצד הנפגע.

פתרון זהיר ורגיש לבעיה קשה זו, ובעיקר בהתמודדות מול הפשע המאורגן, עשוי להיות היתר האזנה לקורבן עברה או לעד החוששים לשתף פעולה, על פי מודל הסינון האמריקאי. המשמעות המעשית היא שרק במקרים החריגים הללו ולצורך צמצום מרבי של הפגיעה בפרטיות תבוצע על ידי המשטרה האזנה ב"זמן אמת" שבה יוקלטו בתעתיק לראיות אך ורק השיחות הרלבנטיות לעברה נשואת ההיתר. שאר השיחות אומנם יונצחו על ידי המערכת הממוחשבת, אך בפועל לא ניתן יהיה להאזין להן¹⁰³.

ב. סעיף 7(ג) מאפשר למפקח הכללי בתנאים מסוימים להתיר במקרים דחופים האזנת סתר אשר "יכול שתאושר למפרע בידי מי שהיה מוסמך להתירה לפי סעיף 6". מאידך אין כל התייחסות בחוק לשיחות שעלו מהאזנות על פי סעיף 6 שבהן הדובר לא נרשם כחשוד הואיל ובאותו שלב לא הייתה ידועה למנהלי

103 הגישה לשיחות בנוסחן המלא תתאפשר אך ורק עם צו בית משפט מראש.

החקירה זיקתו לפרשה. עניין נחמיאס¹⁰⁴ מוכיח שראיות מסוג הזה לא יתקבלו כקבילות. סעיף 7(ג) מאפשר לבית המשפט שיקול דעת במתן היתר למפרע על החלטת מפכ"ל. נשאלת השאלה מדוע לא ניתן לבית המשפט שיקול דעת בנסיבות הדומות לאלה שנוצרו בעניין נחמיאס להתיר שיחות מהסוג הזה למפרע לפי הקריטריונים של סעיף 6(א).

ג. סעיף 6(א) עשוי לסייע בפיתוח חקירות אם הוא יאפשר בצורה ברורה יותר הפעלת האזנת סתר תוך התייחסות להגדרתה גם כאמצעי איסוף מודיעיני. ברור שתפוקת האיסוף המודיעיני מהסוג הזה תשמש בסופו של התהליך כראיות, אך מומלץ להרחיב את האפשרויות שבסעיף 6(א).

ד. המגמות בפסיקה מעוררות חשש שדף הנימוקים הכולל גם תמצית של המידע המודיעיני, עלול להיחשף כראיות ובסופו של דבר אף להפוך את מוסרי המידע לעדים בהליך המשפטי. חוק האזנות סתר אינו מגן על הצרכים הללו.

ה. אימוץ חוק האזנות סתר כחלק מחבילת חקיקה לאמצעים מיוחדים ובדומה לחוקים האמריקאיים ECPA ו-CALEA עשוי לפתור קושי טכנולוגי ופיננסי לרשויות אכיפת החוק כחלק מאמצעי חקירה מודרניים יעילים ולמנוע בזבוז כספי ציבור המועברים בשיטה הנוכחית לחברות תקשורת, כאשר תנאי הרישוי העתידיים של חברות התקשורת יחייבו אותן לספק במחיר עלות את השירות הרגיש והחשוב הזה.

סיכום

החשש של רוב אנשי המשטרה העוסקים בתחומים הללו הוא שבתקופה האחרונה ובמנותק מהמציאות הקשה בארץ נוצר לובי חברתי ופוליטי דומיננטי המוביל לקראת מהפך דווקא בכיוון הפוך הן כלפי כלי האיסוף הטכנולוגיים והן כלפי כלי האיסוף האנושיים. למרות התגברות הפשיעה ויתר הבעיות שאת חלקן מניתי, נראה שהמגמה עלולה לסחוף בעתיד הקרוב לעבר חקיקה שתגביל עוד יותר את פוטנציאל היישום של חוק האזנת סתר והפעלת המקור החי.

104 לעיל הערה, 42.

ירידת היעילות היחסית של האזנות הסתר לקווי טלפון רגילים (ללא מחשבים, לוויינים, מירס ותאיים) תרמה לעובדה שבמחוז תל אביב נרשמה בין 1.1.2002-1.6. ירידה חדה של 46% במספר האזנות הסתר לעומת התקופה המקבילה בשנת 2001. בשלב זה קשה לנבא מתי כלל המערכות ישכילו להבין שהפגיעה בשני המרכיבים החשובים ביותר של משטרת ישראל בתחום המאבק בפשע המאורגן מחייבת שינוי. התרחבות הפער הטכנולוגי בין הפשע המאורגן, המאמץ כלים מודרניים ועדכניים לתקשורת לוויינים ומחשבים, לעומת משטרה הסובלת ממחסור עצום באמצעים לעיקוב אלקטרוני, ובעיקר לציתות, המשולבת בפגיעה ישירה במערך ההפעלה של כלי האיסוף האנושיים והמקורות המודיעיניים, מדאיגה. במציאות נורמלית קל להבין את חשיבות החוק שהתקבל בכנסת ב-24.6.2002 בעניין חקירת חשודים¹⁰⁵. בסעיף 4(א) לחוק זה נקבע תהליך תיעוד חקירת חשוד:

תיעוד חזותי או תיעוד קולי של חקירת חשוד יהיה בכל מהלכה של החקירה מראשיתה ועד סופה ויכלול את חילופי הדברים שנעשו בין חוקר לחשוד או בנוכחותו של החשוד, ובתיעוד, חזותי לרבות תגובות או תנועות גוף.

בסעיף 12 נקבעו הוראות נוספות לעניין תיעוד חזותי ותיעוד קולי. בנוגע לעיתוי הפעלת החוק החדש: מימוש החוק יחייב הקצאת כוח אדם, אמצעים ותקציב בקנה מידה גדול ביותר. במדינת ישראל מקורות מודיעיניים עלולים למצוא עצמם כעדי הגנה, להיחשף בפני העולם העברייני ולסכן את חייהם; מאות חשודים ישנים על הרצפה בבתי מעצר, ואין תאי כליאה לחשודות בגלל מחסור במתקני מעצר לנשים; עדות חשובות שהן שוהות בלתי חוקיות (שב"ח) הנושאות בגלוי תיעוד מזויף, נעלמות מאחר שאין אפשרות לאפשר להן מגורים מאובטחים עד לסיום עדויותיהן בבית המשפט או תקציב לכך. החוק מודרני, ליברלי והוגן אך גורם לתחושה שהוא מנותק מהמציאות הקשה והיומיומית.

105 חוק סדר הדין הפלילי (חקירת חשודים), התשס"ב 2002.

משל למצבנו ביחס לעולם המערבי הוא היחס של המחוקק הישראלי להקמת מאגר D.N.A של חשודים. שוב, כמו בתחומי חקיקה אחרים, הסמן הימני והקיצוני הם האנגלים, שכבר יצרו "בנק" נתונים עצום עם למעלה ממיליון וחצי דגימות של חשודים בעברות המאפשרות מאסר, בעוד ארצות הברית מאפשרת לקיחת דגימות מחשודים בעברות מסוג פשע בלבד. ישראל עדיין לא השכילה להתאים עצמה לכללי העבודה הללו, אשר נחשבים בעולם המערבי מזה זמן רב לסטנדרטיים ובסיסיים.

חלק מהמענה לביקורת שהושמעה כלפי המשטרה על צורת השימוש בהאזנות סתר, על אופי ועל היקפו, עשוי להיות אימוץ חלקי של שיטות העבודה האמריקאיות בשלבים המקדימים להפעלת הציתות, כלומר חיוב על פי הנסיבות בביצוע בדיקות חשאיות קפדניות של החשוד, בברירת האמצעי שעליו מבקשים את ההיתר, בהוצאת פלטי חיוגים יוצאים ונכנסים, בנייתוחם ובריכוז התמונה הכוללת שהצטברה, כחלק מההנמקות בבקשה לקבלת היתר להאזנה. שילוב הצעדים הללו באימוץ חקיקה עדכנית כפי שהומלץ, עשוי לסייע בקידום הרפורמה המתבקשת כל כך, ואז ניתן יהיה לאמץ במקביל גם פסיקה וחקיקה שימשיכו - ובצדק - להגן במרב הכלים האפשריים על זכויותיו של הנאשם.

נספח**הצעה לתיקון חוק האזנת סתר, התשל"ט 1979-****פרק א': כללי****1. הגדרות**

בחוק זה -

- "שיחה" - בדיבור או בבזק, לרבות בטלפון, בטלפון אלחוטי, ברדיו טלפון נייד, במכשיר קשר אלחוטי, בפקסימיליה, בטלקס, בטלפרינטר או בתקשורת בין מחשבים;
- "בעל שיחה" - כל אחד מאלה:
- (1) המדבר;
 - (2) מי שהשיחה מיועדת אליו;
 - (3) המשדר בבזק;
 - (4) מי שהמסר המועבר בבזק מיועד להיקלט אצלו; למעט הנותן שירות של העברת מסר בבזק, למען זולתו או מטעם זולתו;
- "האזנה" - האזנה לשיחת הזולת, קליטה או העתקה של שיחת הזולת, והכל באמצעות מכשיר;
- "האזנת סתר" - האזנה ללא הסכמה של אף אחד מבעלי השיחה;
- "בזק" - סימנים, אותות, כתב, צורות חזותיות, קולות או מידע, המועברים באמצעות תיל, אלחוטי, מערכת אופטית או מערכת אלקטרומגנטית אחרת או בכל דרך אחרת המאושרת על ידי משרד התקשורת;
- "רשות בטחון" - כל אחד מאלה:
- (1) אגף המודיעין במטה הכללי של צבא-הגנה לישראל;
 - (2) שירות הבטחון הכללי;
- "שר" - ראש הממשלה או שר הבטחון;
- "פקודות הצבא" - כמשמעותן בחוק השיפוט הצבאי, תשט"ו 1955-;
- "קצין משטרה מוסמך" - קצין משטרה בדרגת ניצב משנה ומעלה, שהסמיך המפקח הכללי של המשטרה.

“פשע חמור” – פשע שעונשו מאסר שבע שנים או יותר.

2. האזנת סתר שלא כדין ושימוש שלא כדין בהאזנה

- (א) המאזין האזנת סתר שלא על פי היתר כדין, דינו – מאסר חמש שנים.
- (ב) המשתמש ביועין וללא סמכות כדין בידיעה או בתכנה של שיחה שהושגו על ידי האזנת סתר, בין שנעשתה בדיון ובין שנעשתה שלא כדין, או מגלה ידיעה או תוכן שיחה כאמור ביועין לאדם שאינו מוסמך לקבלה, דינו – מאסר חמש שנים.
- (ג) המציב או המתקין מכשיר למטרת האזנת סתר שלא כדין או כדי לאפשר שימוש בו למטרה האמורה, דינו – מאסר חמש שנים.

א. עבירה של חוקר פרטי

- (א) הורשע חוקר פרטי לפי חוק חוקרים פרטיים ושירותי שמירה, התשל"ב 1972 – (להלן – חוק החוקרים), בעבירה לפי סעיף 2, רשאי בית-המשפט, בנוסף לכל עונש שיטיל, לשלול ממנו את רשיונו לעסוק כחוקר פרטי ולפסלו מקבלת רשיון חדש לתקופה קצובה שלא תעלה על שבע שנים מיום שיקבע.
- (ב) מי שנשלל רשיונו כאמור, לא יהיה רשאי לקיים משרד חקירות פרטיות בתוך תקופת הפסילה; הודעה על החלטת בית המשפט לפי סעיף זה תימסר לו עדת הרישוי לפי חוק החוקרים.
- (ג) אין בהוראות סעיף זה כדי לגרוע מסמכותה של ועדת משמעת לפי חוק החוקרים להפעיל סמכויותיה לפי סעיף 25 לאותו חוק אם בית המשפט לא הפעיל סמכותו לפי סעיף זה.

ב. שימוש כדין בהאזנת סתר שלא כדין

- (א) קצין משטרה בדרגת סגן ניצב ומעלה שהוסמך לכך, רשאי להקשיב לדברים שנתקבלו בהאזנת סתר שלא בדיון או לעיין בהם, ורשאי הוא גם להסמיק, לענין מסויים, תובע או ממונה על חקירה לעשות שימוש בדברים שנתקבלו באמור, הכל למטרת אכיפתו של חוק זה ובמידה שאינה עולה על הנדרש.
- (ב) היועץ המשפטי לממשלה, פרקליט המדינה או הפרקליט הצבאי הראשי בענין שבתחום סמכותו, רשאים להקשיב לדברים שנתקבלו בהאזנת סתר שנעשתה שלא כדין או לעיין בהם, ולבקש לעשות בהם שימוש מביהמ"ש המחוזי, הכל לאחת ממטרות, אלה –

- (1) מניעה או חקירה של פשע חמור;
- (2) מניעה או חקירה של כל פשע, מטעמים מיוחדים של חומרת הענין.
- (ג) היועץ המשפטי לממשלה, פרקליט המדינה או הפרקליט הצבאי הראשי בענין שבתחום סמכותו, רשאים, אם ראו שענין הציבור מחייב זאת, להסמיך לענין מסויים, תובע או ממונה על חקירה להקשיב לדברים כאמור בסעיף קטן (ב), ולעשות בהם שימוש, והכל לאחת המטרות המפורטות באותו סעיף קטן.
- (ד) סעיפים קטנים (ב) ו-(ג) לא יחולו על האזנת סתר שנעשתה שלא כדין על-ידי מי שרשאי לקבל היתר להאזנת סתר, אלא אם כן האזנת הסתר נעשתה בטעות בתום לב, תוך שימוש מדומה בהרשאה חוקית.
- (ה) לענין סעיף זה, הסמכות להקשיב – משמעה גם הסמכות להורות על תימלול השיחה או הסמכות לעיין בתמליל.

3. האזנה למטרת עבירה או גרימת נזק

האזנה לשיחה והקלטתה, אף שהן נעשות בהסכמת אחד מבעלי השיחה – אסורות, ודין כדין האזנת סתר, אם נעשו למטרת ביצוע עבירה או מעשה נזק, או במטרה לפגוע בכבודו של אדם או למטרת גילוי דברים שבינו לבניה והם מצנעת האישות ושלא לצורך הליך משפטי בין בני זוג.

פרק ב': האזנת סתר למטרת בטחון המדינה

4. האזנה למטרת בטחון המדינה

- (א) שר רשאי, אם נתבקש לכך בכתב מאת ראש רשות בטחון ואם שוכנע לאחר ששקל גם את מידת הפגיעה בפרטיות כי הדבר דרוש מטעמי בטחון המדינה, להתיר בכתב האזנת סתר.
- (ב) בהיתר לפי סעיף זה יתוארו זהות האדם אשר האזנה לשיחותיו הותרה או זהות הקו או המיתקן, המשמשים או המיועדים לשמש לקליטה, להעברה או לשידור של בזק, ואשר האזנה אליהם הותרה, ומקום השיחות או סוגן, הכל אם הם ידועים מראש; כן יפורטו דרכי ההאזנה שהותרו.

- (ג) בהיתר תפורש תקופת תקפו; התקופה לא תעלה על שלושה חדשים מיום נתינת ההיתר; ההיתר ניתן לחידוש מפעם לפעם.
- (ד) היה ההיתר מאת שר הביטחון – יודיע שר הביטחון מיד לראש הממשלה על מתן ההיתר או על חידושו; שר יודיע ליועץ המשפטי לממשלה אחת לשלושה חדשים על היתרים שניתנו לפי פרק זה.
- (ה) שר ידווח, מדי שנה, לוועדה משותפת של ועדת החוקה חוק ומשפט ושל ועדת החוץ והביטחון של הכנסת (להלן – הוועדה המשותפת), על מספר ההיתרים שניתנו לפי פרק זה; הוועדה המשותפת תדון בנושא בדלתיים סגורות.

4א. האזנה לאיתור או מניעה של דליפת מידע ביטחוני

- (א) לצורך איתור או מניעה של דליפת מידע ביטחוני העלולה לגרום נזק חמור לביטחון המדינה, רשאי שר, אם נתבקש לכך בכתב מאת ראש רשות ביטחון, להתיר האזנה לשיחות של עובד מערכת הביטחון, המתנהלות במכשיר קשר אלחוטי או ברדיו טלפון נייד שניתן לו על ידי מעסיקו.
- (ב) היתר השר לפי סעיף זה יהיה בכתב וינתן לתקופה שלא תעלה על 15 ימים, על פי כללים שיקבע שר הביטחון בהתייעצות עם שר המשפטים, לרבות כללים בדבר הסיווג הביטחוני של עובד כאמור בסעיף קטן (ד); השר רשאי לחדש את ההיתר מעת לעת; בהיתר יתוארו זהות האנשים, הקווים או התדרים של מכשירי האלחוט אשר ההאזנה להם הותרה.
- (ג) הכללים האמורים בסעיף קטן (ב) לא יפורסמו ברשומות או בדרך אחרת והם יוצגו רק בפני הוועדה המשותפת.
- (ד) לענין סעיף זה, "עובד מערכת הביטחון" – נושא משרה או ממלא תפקיד שסווג סיווג ביטחוני בגוף שעל-פי החלטת הממשלה אבטחתו מונחית על-ידי שירות הביטחון הכללי, וכן בגוף הקשור בחוזה עם גוף כאמור ואבטחתו מונחית, במישרין או בעקיפין, על-ידי שירות הביטחון הכללי.

5. האזנת סתר מקרים דחופים

- (א) שוכנע ראש רשות בטחון כי בטחון המדינה מחייב האזנת סתר שאיננה סובלת דיחוי וכי אין סיפק לקבל בעוד מועד היתר לפי סעיף 4, 4א או 9א(א)(1), רשאי הוא להתיר

- בכתב את ההאזנה; ההיתר יכלול פרטים כאמור בסעיף 4(ב) או 4א(ב), לפי העניין, ומשך תקפו לא יעלה על ארבעים ושמונה שעות.
- (ב) נתן ראש רשות ביטחון היתר לפי סעיף זה למעט היתר להאזנה לשיחה חסויה, יודיע על כך מיד בכתב לשר והשר רשאי לבטל את ההיתר.
- (ג) ניתן לפי סעיף זה היתר להאזנה לשיחה חסויה, יודיע ראש רשות ביטחון על כך מיד בכתב ליועץ המשפטי לממשלה, והיועץ המשפטי לממשלה יהיה רשאי לבטל את ההיתר.
- (ד) האזנה שנעשתה לשיחה חסויה יכול שתאושר למפרע בידי מי שהיה מוסמך להתירה לפי סעיף 9א(א)(1), ויחולו הוראות סעיף 9א(א)(1) ו-9א(ב).

פרק ג': האזנת סתר למניעת עבירות וגילוי עבריינים

6. האזנת סתר למניעת עבירות

- (א) נשיא בית משפט מחוזי, או סגן הנשיא שהסמיכו הנשיא לענין זה, רשאי, לפי בקשת קצין משטרה מוסמך, להתיר בצו האזנת סתר אם שוכנע, לאחר ששקל את מידת הפגיעה בפרטיות, שהדבר דרוש לגילוי, לחקירה או למניעה של עבירות מסוג פשע, או לגילוי או לתפיסה של עבריינים שעברו עבירות כאמור, או לחקירה לצרכי חילוט רכוש הקשור בעבירה שהיא פשע.
- (ב) הבקשה תהיה על פי טופס שייקבע והיא תידון במעמד צד אחד בלבד, ומטעם המבקש יתייצב קצין בדרגת סגן ניצב ומעלה.
- (ג) סירב השופט להעניק היתר כמבוקש, רשאי היועץ המשפטי לממשלה או נציגו לערער על ההחלטה לפני נשיא בית המשפט העליון או שופט של בית המשפט העליון שנשיאו מינהו לכך.
- (ד) בהיתר לפי סעיף זה יתוארו זהות האדם אשר האזנה לשיחותיו הותרה, או זהות הקו או המיתקן המשמשים או המיועדים לשמש לקליטה, להעברה או לשידור של בזק, ואשר האזנה אליהם הותרה ומקום השיחות או סוגן, הכל אם הם ידועים מראש; כן יפורטו דרכי ההאזנה שהותרו.
- (ה) בהיתר לפי סעיף זה ובהתקיים נסיבות חמורות, רשאי נשיא ביהמ"ש המחוזי או סגנו כאמור בסעיף 6(א) לעיל, להתיר צו האזנת סתר לקורבן לדבר ו/או לעד לדבר עבירה,

- הכל לפי המידע המודיעיני הידוע מראש, כן יפורטו הנסיבות אותן שקל השופט לרבות מידת הפגיעה בפרטיות במסגרת החלטתו זאת.
- (ו) בהיתר תפורש תקופת תקפו; התקופה לא תעלה על שלושה חדשים מיום נתינת ההיתר; ההיתר ניתן לחידוש מפעם לפעם.
- (ז) המפקח הכללי של המשטרה יגיש, מדי חודש, דין וחשבון ליועץ המשפטי לממשלה על ההיתרים שניתנו לפי סעיף זה ועל תנאיהם.
- (ח) שר המשטרה ימסור, מדי שנה, דין וחשבון לוועדת החוקה חוק ומשפט של הכנסת, שיכלול את מספר הבקשות שהוגשו ואת מספר ההיתרים שניתנו לפי פרק זה, בציון מספר האנשים, וכמות קווי הבזק ומתקני הבזק, אשר האזנה אליהם הותרה.

7. האזנת סתר במקרים דחופים

- (א) שוכנע המפקח הכללי של המשטרה כי לשם מניעת פשע או גילוי מבצעיו יש צורך בהאזנת סתר שאיננה סובלת דיחוי וכי אין סיפק לקבל בעוד מועד היתר לפי סעיף 6, רשאי הוא להתיר בכתב את ההאזנה; ההיתר יכלול פרטים כאמור בסעיף 6 (ד) ומשך תקפו לא יעלה על ארבעים ושמונה שעות.
- (ב) נתן המפקח הכללי של המשטרה היתר לפי סעיף זה, יודיע על כך בכתב מיד ליועץ המשפטי לממשלה; היועץ המשפטי לממשלה רשאי לבטל את ההיתר.
- (ג) האזנה שנעשתה לפי סעיף זה יכול שתאושר למפרע בידי מי שהיה מוסמך להתירה לפי סעיף 6, ויחולו הוראות סעיף 6 בשינויים המחוייבים.
- (ד) בוצעה האזנת סתר מותרת לפי סעיף זה או לפי סעיף 6, ובמהלכה נתגלה בתום לב חומר מודיעיני נוסף שאינו עומד בתנאי היתר ההאזנה, רשאי מי שהיה מוסמך להתירה לפי סעיף 6, להתירה למפרע, ויחולו עליה הוראות סעיף 6 בשינויים המחוייבים.

פרק ד': הוראות שונות

8. האזנות שאינן טעונות היתר

- האזנות סתר אלה אינן טעונות היתר לפי חוק זה:
- (1) האזנה לשיחה ברשות הרבים, אם נעשתה -
- (א) בידי מי שהסמיכו לכך ראש רשות בטחון, מטעמים של בטחון המדינה;

- (ב) בידי מי שהסמיכו לכך קצין משטרה מוסמך, לשם מניעת עבירות או גילוי עבריינים;
- (ג) באקראי ובתום לב, אגב הקלטה גלויה שנועדה לפרסום ברבים או למחקר; לענין פסקה זו, "רשות הרבים" – מקום שאדם סביר יכול היה לצפות ששיחותיו יישמעו ללא הסכמתו, וכן מקום שבו מוחזק אותה שעה עצור או אסיר;
- (2) האזנה לשיחות בינלאומיות, שנעשתה למטרות צנזורה מטעם הצנזור הצבאי הראשי;
- (3) האזנה בידי חייל או שוטר שהוסמך לכך בפקודות הצבא או בפקודות הקבע של המשטרה, לפי הענין, לשיחה המתנהלת באמצעי תקשורת שבשימוש צבא-הגנה לישראל או משטרת ישראל;
- (4) האזנה בידי עובד משרד התקשורת או בידי בעל רשיון, לפי חוק הבזק, התשמ"ב-1982- (להלן – חוק הבזק), או פקודת הטלגרף האלחוטי [נוסח חדש], התשל"ב-1972-, או בידי עובדו של בל אחד מהם, לצורך מתן השירות או לצורך ביקורת תקינות קו הבזק או קיום הוראות חוק הבזק או הפקודה;
- (5) האזנה במערכת אלחוטית בתחומי התדרים של חובבי רדיו ושל שידורים לציבור.

9. האזנות אסורות

חוק זה אינו בא להתיר האזנת סתר לשיחה שעדות עליה חסויה לפי סעיפים 48 עד 51 לפקודת הראיות [נוסח חדש], תשל"א-1971-.

9א. האזנה לשיחות חסויות

(א) על אף הוראות סעיף 9, רשאי נשיא בית משפט מחוזי או סגן הנשיא כאמור בסעיף 6(א), להתיר בצו האזנת סתר לשיחה שהעדות עליה חסויה, אם שוכנע שיש יסוד לחשד שעורך דין, רופא, פסיכולוג או כהן דת מעורב בעבירה ונתקיימו התנאים שבאחד מאלה:

- (1) נתבקש לכך בכתב מאת ראש רשות ביטחון, כשהעבירה היא מסוג פשע שיש בה סכנה לפגיעה בביטחון המדינה, והאזנת הסתר דרושה מטעמי ביטחון המדינה;
- (2) נתבקש לכך בכתב מאת קצין משטרה מוסמך, בשהעבירה היא עבירת רצח, הריגה, עבירה שיש בה סכנה לפגיעה בביטחון המדינה, או עבירה על עסקת סמים כהגדרתה בפקודת הסמים המסוכנים [נוסח חדש], התשל"ג-1973-, או

- קשר לעבור אחת העבירות האמורות, והאזנת הסתר חיונית למניעתה או לחקירתה של העבירה.
- (ב) בקשה להיתר להאזנת סתר לפי סעיף קטן (א) תוגש באישור היועץ המשפטי לממשלה או פרקליט המדינה על פי טופס שייקבע.
- (ג) ניתן היתר להאזנת סתר לפי סעיף קטן (א)(2) תהיה ההאזנה על דרך של הקלטה בלבד, אלא אם כן הורה השופט, מטעמים מיוחדים שיירשמו, על דרך אחרת; חומר ההקלטה יועבר לעיונו של השופט שנתן את ההיתר באופן שייקבע.
- (ד) השופט שנתן את ההיתר לפי סעיף קטן (א)(2) ובהעדרו שופט מוסמך אחר כאמור בסעיף 6(א), רשאי להאזין להקלטה או להורות על עריכת תמליל ולעיין בו, במעמד המבקש.
- (ה) מצא השופט כי חומר הקלטה שההאזנה אליו הותרה בסעיף קטן (א)(2) כולל חומר הנוגע לעבירה שבשלה ניתן ההיתר, לעבירה אחרת שיש חשד שבוצעה על ידי מי שההאזנה אליו הותרה לפי סעיף זה, לעבירה אחרת מסוג פשע, או חומר העשוי להביא למניעתה של עבירה כאמור, יורה על העברתו של חומר זה בלבד למבקש ההיתר בדרך שתיקבע; מצא השופט כי חומר ההקלטה אינו כולל חומר חקירה כאמור – יורה על אופן הטיפול בו.

9ב. מחיקה וביעור של חומר האזנה

- (א) ראש הממשלה, בהסכמת שר המשפטים, יקבע כללים בדבר מחיקה או ביעור של חומר האזנה ששמירתו אינה נדרשת, ובדבר אופן החזקתו של חומר האזנה ששמירתו נדרשת מטעמי ביטחון.
- (ב) כללים כאמור בסעיף קטן (א) יהיו טעונים אישור הועדה המשותפת; ראש רשות ביטחון רשאי להורות על שינוי בכללים, ובלבד שתוך שישה חודשים יובא השינוי לאישור הועדה המשותפת; הכללים לא יפורסמו ברשומות או בדרך אחרת.
- (ג) קבע קצין משטרה מוסמך או מי שהוסמך על ידו לכך, כי חומר האזנה, כולו או חלקו, אינו דרוש למניעת עבירות או לגילוי עבריינים, יורה בכתב על מחיקה או ביעור של חומר האזנה.

- (ד) על אף הוראות סעיפים קטנים (א) או (ג), חומר חקירה לא יימחק, אלא לאחר תום ההליכים המשפטיים וקבלת אישור בכתב מראש של התובע.
- (ה) על אף הוראות סעיפים קטנים (א) או (ג) לא תימחק הקלטה, אלא אם כן ניתן למחוק את כלל ההקלטות שעל גבי הסליל.
- (ו) לענין סעיף זה, "חומר האזנה" – סליל או אמצעי אחר המשמש להקלטה, תמליל ותעתיק ממנו, כולם או חלקם.

10. חילוט

הורשע אדם בעבירה של האזנת סתר בניגוד להוראות חוק זה, רשאי בית המשפט לצוות כי מכשיר שהשתמש בו כדי לעבור את העבירה, ותקליט, סרט או חוט המכילים דבר שהוקלט תוך כדי העבירה, יחולטו או שייעשה בהם כפי שיורה.

10א. סמכויות עזר

מי שמוסמך להתיר האזנת סתר לפי חוק זה, רשאי להתיר גם כניסה למקום לצורך התקנת אמצעים הנדרשים להאזנה, פירוקם או סילוקם; פרטי המקום שאליו הותרה הכניסה יפורטו בהיתר.

11. מכשירי האזנה

ראש הממשלה, באישור ועדה משותפת כאמור בסעיף 15 (ג), רשאי להסדיר בצו, בין בדרך רישוי ובין בדרך אחרת, ייצור, מכירה, יבוא, הפצה והחזקה של מכשירים העשויים לשמש להאזנת סתר או של סוג מכשירים כאלה.

12. מניעת הליכים נגד היתר כדן

לא יהיה לאדם זכות או סעד בבית משפט נגד מי שנתן היתר כדן לפי חוק זה או נגד מי שפעל על פיו או השתמש בדן בידיעה שהושגה על פיו.

13. ראיות

- (א) דברים שנקלטו בדרך של האזנת סתר בניגוד להוראות חוק זה, לא יהיו קבילים כראיה בבית משפט, אלא באחד משני אלה:
- (1) בהליך פלילי בשל עבירה לפי חוק זה;

- (2) בהליך פלילי בשל פשע חמור, אם בית משפט הורה על קבילותה לאחר ששוכנע, מטעמים מיוחדים שיפרט, בי בנסיבות הענין הצורך להגיע לחקר האמת עדיף על הצורך להגן על הפרטיות. האזנת סתר שנעשתה שלא בדיון בידי מי שרשאי לקבל היתר להאזנת סתר, לא תהיה קבילה כראיה לפי פסקה זו, אלא אם כן נעשתה בטעות בתום לב, תוך שימוש מדומה בהרשאה חוקית.
- (א1) בקשה לקבילות ראיה לפי סעיף קטן (א) תהיה באישור היועץ המשפטי לממשלה, פרקליט המדינה או הפרקליט הצבאי הראשי בענין שבתחום סמכותו, והדיון בה יהיה, בשינויים המחוייבים, לפי סעיף 46 לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א1971-.
- (א2) כדי להחליט בדבר קבילות כאמור בסעיף קטן (א), רשאי בית המשפט להקשיב לדברים או לעיין בהם; לענין פסקה זו סמכות להקשיב כמשמעותה בסעיף א2(ד).
- (א3) בית משפט שהחליט על קבילותה של ראיה לפי סעיף קטן (א) רשאי לשמוע אותה בדלתיים סגורות.
- (ב) דברים שנקלטו בהאזנה כדן לפי סעיף 7 או בהאזנה כדן לשיחה חסויה לפי סעיף 5 לא יהיו קבילים כראיה אם לא אושרה ההאזנה כאמור באותם סעיפים לפי הענין.
- (ג) דברים שנקלטו כדן בדרך האזנת סתר לא יהיו קבילים כראיה אלא בהליך פלילי שאינו על פי קובלנה.
- (ג1) דברים שנקלטו כדן בדרך האזנת סתר יהיו קבילים כראיה בהליך פלילי להוכחת כל עבירה; לענין סעיף קטן זה, "הליך פלילי" - לרבות הליך אחר לחילוט רכוש הקשור בעבירה שהיא פשע.
- (ד) אין באמור בסעיף זה כדי לגרוע מטענה בדבר קבילות ראיה גם אם נקלטה בדרך האזנת סתר בהתאם להוראות חוק זה.

14. מניעת אצילה

- (א) סמכויות של שר לפי חוק זה אינן ניתנות לאצילה.
- (ב) סמכויות של נשיא בית משפט מחוזי לפי חוק זה, דינן כדן סמכות אחרת לענין סעיף 42 לחוק בתי-המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד1984-.

1.5. ביצוע ותקנות

- (א) ראש הממשלה ממונה על ביצוע חוק זה והוא רשאי בהתייעצות עם שר המשפטים להתקין תקנות לביצועו.
- (ב) ראש הממשלה יתקין בהתייעצות עם שר המשפטים תקנות לענין שמירת המידע שהושג בהאזנת סתר ולענין ביעורו.
- (ג) תקנות לפי חוק זה יהיו באישור ועדת החוקה חוק ומשפט של הכנסת, ואולם תקנות הנוגעות להאזנות לפי פרק ב, יהיו באישור הועדה המשותפת.

דברי הסבר

ככלל, שינויים מבוקשים אלה, מטרתם התאמת חוק זה לצרכיה המשתנים של החברה הישראלית תוך שמירה מרבית על הזכויות החוקתיות הנתונות לפרט. להלן השינויים המוצעים בחוק זה.

סעיף 1

הגדרת המונח "בזק" - אנו מצויים בעידן שבו ההתקדמות הטכנולוגית היא מהירה ולעתים מדהימה. השינויים אינם נחלתם של אזרחים שומרי חוק בלבד, אלא אף של האנשים הנוטים לפעילות עבריינית. לדידי, בבואנו להניח תשתית נורמטיבית להסדרת פעילות גורמי אכיפת החוק, מן הראוי לצפות מראש שינויים טכנולוגיים אלה. למונח "בזק" הוספה התוספת "או בכל דרך אחרת המאושרת על ידי משרד התקשורת". תוספת זו צופה פני עתיד ומטרתה לאפשר פעילות תקינה של מערכת אכיפת החוק בכל מצב נתון.

סעיף 2(ב)

כחלק מן הצורך ליצור איזון ראוי בין האינטרס הציבורי לבין הזכות לפרטיות יש, לדעתי, לתחם מחדש את היקף שיקול הדעת של גורמי התביעה. לשם ביצוע תפקידיהם בצורה היעילה ביותר אין לשלול מהם את הזכות לעיין במידע שהושג בדרך של האזנת סתר אסורה, אך שיקול הדעת בדבר השימוש בחומר שהושג יהיה לבית המשפט המוסמך על מנת להבטיח פגיעה קטנה ככל שניתן בזכות לפרטיות.

סעיף 3

לעתים מבוצעות האזנות סתר המצויות בגדר סעיף 3 לחוק, אשר אינן עולות כדי גיבוש עוולה נזיקית או חלופה אחרת כמצוין בסעיף זה, אך עולה מניתוח הנסיבות כי נעשו לשם פגיעה בכבודו של אדם. כבוד האדם הוא זכות חוקתית אשר יש לתת את הדעת להגנה עליה. מגמה זאת מוצאת את עיגונה בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו ובפסיקה המפרשת אותו. מן הראוי כי רציונל זה של שמירה על כבוד האדם יתבטא אף בסוגיית האזנות הסתר המותרות כאמור.

סעיף 6(ה)

התכלית החקיקתית של סעיף 6 היא הגבלת מתן היתרים להאזנת סתר למקרים שבהם הדבר הכרחי לשם השגת מטרות המשרתות את האינטרס הציבורי. לעתים נתקלים חוקרים המשמשים בחקירות רגישות ומסועפות, בקשיים בהתקדמות בחקירה מאחר שאינם עומדים בתנאים שמעמיד סעיף 6 לחוק. חלק מן המקרים עשוי למצוא את פתרונו באימוץ שיטת ההאזנה האמריקאית. על פי שיטה זאת, מעניק בית המשפט לרשות החוקרת סמכות האזנה ספציפית לאמצעי קשר כלשהו, והרשות החוקרת מעמידה נציג מטעמה שמאזין לאמצעי הקשר באופן קבוע ומקליט אך ורק את השיחות שאליהן הוא מוסמך להאזין על פי ההיתר. בכך מושגות שתי המטרות שלשמן נחקק החוק: האחת, שיחותיו של אדם שלהן לא הותר להאזין, אינן מוקלטות, ובכך זכותו לפרטיות אינה נפגעת; והשנייה, מושג האינטרס הציבורי בהשלמת החקירה בצורה יסודית ויעילה. יצוין כי שיטה זאת תאומץ רק במקרים שבהם יעד ההאזנה הוא קורבן או עד לביצוע העבירה אשר מסיבות שלהם אינם רוצים לשתף פעולה עם הרשויות החוקרות. יש לציין כי המבחן שראוי כי יפעיל בית המשפט בדונו במקרים אלה הוא מבחן הוודאות הקרובה לפגיעה בנשוא ההאזנה אם אכן היה נאות לשתף פעולה עם הנאשם.

סעיף 7(ד)

תכליתו של סעיף זה היא מתן פתרון למקרים שבהם לא אמר בית המשפט את דברו. לדעתי, לא ראוי כי סמכות האישור למפרע תישלל מבית המשפט לאור היותו הסמכות הבכירה ביותר לביצוע האיזון הראוי בין הזכות לפרטיות לבין אינטרס הציבורי. לעתים כתוצאה מפעילות מותרת נחשף החוקר למידע בדרך החורגת מגבולות הרשאתו. במצב עניינים שכזה מן הראוי כי בית המשפט יבחן את הראיות, לרבות מכלול הנסיבות שבהן הושגו, ויקבע את מידת קבילותן תוך שקילת מידת הפגיעה בזכויות השונות באופן נקודתי.

להלן דוגמה אשר תמצא פתרונה עם תיקון החוק: שמעון וראובן הם חברים טובים. שמעון הוא עבריין בעל עבר פלילי בתחום האלימות והסמים הידוע למודיעין המשטרה. שמעון הורשע בעבר בניסיון לרצח של אדם שחשד בו כמודיע משטרה, וריצה בגין המעשה עונש מאסר ממושך. ראובן הוא כבאי ללא עבר פלילי. במהלך

בילוי ערב חברתי באחד מהמועדונים ביפו, פרצה תגרה בין שמעון לחיים, אדם שהזדמן למקום למטרות בילוי אף הוא. במהלך הקטטה שלף שמעון אקדח שגנב מספר ימים קודם לכן עת פרץ לרכבו של קצין משטרה, וירה בחיים. ראובן היה עד לכל השתלשלות האירועים. כוחות המשטרה שהגיעו למקום, החלו לתחקר את הנוכחים, וכל העדויות הובילו למסקנה כי ראובן הוא העד היחידי שראה את השתלשלות העניינים מתחילתה ועד סופה עקב מיקומו בזירת האירוע. יצוין כי בעת חקירתו סיפר ראובן לשוטרים כי לא ראה דבר. עוד יצוין כי ללא עדותו של ראובן לא יוכלו גורמי החקירה להגיע לחקר האמת עד תומה. במהלך חקירת המקרה פנתה המשטרה לנשיא בית המשפט המחוזי בתל אביב לשם קבלת היתר לביצוע האזנת סתר לקו הטלפון המצוי בביתו של שמעון. ההיתר ניתן, ובמהלך ההאזנה נקלטה שיחה שבה התוודה ראובן בפני אשתו של שמעון, דינה, כי ראה את כל השתלשלות העניינים, ואף תיאר אותה לפרטי פרטים באוזניה של דינה. כמו כן, התוודתה דינה בפני ראובן כי עם חזרתו של שמעון לביתם ביום האירוע היה שיכור כלוט וסיפר על האירוע, לרבות המקום שבו הסתיר את האקדח שבו בוצעה העברה. עוד הוסיפה דינה וציינה כי למחרת, לאחר שהתפכח שמעון מהמשקה, איים אליה כי אם תספר משהו מכל אשר סיפר לה אמש, תאבד את מאור עיניה לצמיתות. דינה סיפרה כי היא חוששת לחייה ולחיי ילדיה, והיא אובדת עצות.

מקרה שכזה עשוי למצוא את פתרונו על ידי תיקון סעיפים 6 ו-7 לחוק שכן המידע המודיעיני שנאסף בעבר כנגד שמעון מייחס לו עבירות אלימות. בנסיבות המתוארות יש בכך כדי לומר שיש סכנה בוודאות קרובה לראובן אם ייחשד במימוש חובתו האזרחית ויספר את אשר ראה, לגורמי החקירה במשטרה. תיקון החוק יאפשר בקשת היתר להאזנת סתר לראובן לשם בירור הידוע לו. מאידך, אם ניתן למשטרה היתר להאזנת סתר לשמעון בביתו, ובמהלך ההאזנה קלטו המאזינים את השיחה המתוארת לעיל בין ראובן לדינה, הרי שתיוקן החוק יאפשר הכשרת שיחה זאת כראיה בדיעבד אם יוכח כי השיחה נקלטה בתום לב על ידי המאזינים.

מקרה נוסף אשר ימצא את פתרונו במסגרת הצעת חוק זאת הוא מקרה שבו מניתוח זירת האירוע, מחקירת העדים ומהמידע המודיעיני עולה כי ישנו עד ראייה אחד בלבד לאירוע החשוד כאירוע רצח, אך עד זה אינו משתף פעולה מסיבותיו

הוא. במצב עניינים שכזה ראוי כי באיזון שבין הזכות לפרטיות לבין האינטרס הציבורי יגבר האינטרס הציבורי. לדעתי, במקרה דנן יש לאפשר האזנת סתר מסוננת (בדומה למודל הנהוג בארצות הברית¹⁰⁶) לעד זה תוך פגיעה מינימלית בזכות לפרטיות שלו ושול הנלווים אליו לאחר ששוכנע החוקר כי ישנו סיכוי סביר לקידום החקירה באמצעות עד זה.

106 ראו לעיל, בע' 618-623.

**שופטי הצד בצל השפעתו של
אב בית הדין - מבט ביקורתי
הרהורים נוספים בעקבות
ע101/01 / דב"ק נ' התצ"ר***

אילן בומבר, יריב רונן**

- א. מבוא
- ב. הרקע לפסק הדין
החלטת בית הדין הצבאי המחוזי
החלטת בית הדין הצבאי לערעורים
- ג. נקודות הכשל בפסק הדין
- ד. הבסיס הרעיוני להבחנה בין שופטים צבאיים לבין שופטים
מקצועיים
תופעת "ההתבטלות" של השופט הצבאי בפני השופט המשפטי
- ה. "קיבלתי צו משלישות היחידה להתייצב כשופט צד" או - כך זה
עובד באמת
סיכום ביניים

* טרם פורסם (להלן: עניין דב"ק או פסק הדין).

** עורכי דין, סנגורים צבאיים במילואים. עו"ד אילן בומבר משמש אף כראש ועדת האתיקה של לשכת עורכי הדין במחוז ת"א.
ברצוננו להודות לסגור הצבאי הראשי, אל"ם אביחי מנדלבלט, ולעורך כתב העת "משפט וצבא", יוסי זויטיא, על הערותיהם החשובות.

א' בומבר וי' רונן "שופטי הצד בצל השפעתו של אב בית הדין - מבט ביקורתי:
הרהורים נוספים בעקבות ע101/01 / דב"ק נ' התובע הצבאי הראשי" משפט וצבא
16 (התשס"ב) 109

- ו. למידת היקש מעמדתו העקרונית של בית הדין הצבאי לערעורים בסוגיה דומה
- ז. הסתמכות שגויה על ההלכה שנקבעה בעניין בשן
- ח. התעלמות מהלכה קודמת שנקבעה בבית הדין הצבאי לערעורים
- ט. סעיף 390 לחש"ץ - רציונל עקרוני
- י. סעיף 390 לחש"ץ - בנסיבות פסק הדין
- יא. הכלל הפרשני המוצע בנוגע להחלפת דעות בין שופטי בית הדין הצבאי
- יב. המצב הנוהג בבתי הדין הצבאיים תואם את הכלל המוצע
- יג. סיכום

א. מבוא

במובחן מערכאות שיפוטיות אזרחיות, מותב בית הדין הצבאי המחוזי מורכב, כעניין שבשגרה, משופט מקצועי ומשני קצינים שאינם משפטאים. על-פי סעיף 202 לחוק השיפוט הצבאי, תשט"ו-1955 (להלן: חש"ץ), קיימת חובה לכלול במותב בית הדין הצבאי המחוזי לפחות שופט צבאי אחד שאינו משפטאי. אף שלאחרונה נתבשרנו כי צה"ל מתחיל בתהליך שדרוג הדרגתי אשר במהלכו יחוייבו כל שופטי הצד בבתי המשפט הצבאיים בשטחים, להיות בעלי השכלה משפטית, הרי שנכון להיום אין כל כוונה לשנות את המצב השורר בבתי הדין הצבאיים המחוזיים, שם ימשיך המותב להיות מורכב משופט מקצועי ושני קצינים שאינם משפטאים.

1 ל' גרינבאום "שופטי הצד יחוייבו בהשכלה משפטית" גלובס (24-25 בפברואר 2002) 82.

באחרונה ניתן פסק דין על ידי בית הדין הצבאי לערעורים² הקובע חידוש מרחיק לכת בנוגע לעיתוי תהליכי החלפת הדעות בין אב בית הדין הצבאי המחוזי לבין שני עמיתיו למותב - שופטים צבאיים **שאינם** משפטאים (להלן: שופטי הצד). על פסק הדין הוגשה בקשת ערעור שנדחתה על ידי בית המשפט העליון³. כפי שנבהיר להלן, בית המשפט העליון החמיץ, לדעתנו, הזדמנות להעמיד את הדין על מכונו.

בקליפת אגוז, פסק הדין אינו רואה לנכון להבחין בין התייעצות מתחייבת בין השופטים **טרם** מתן הכרעת דין או טרם מתן החלטת ביניים בתיק המתנהל בפניו, לבין החלפת דעות בין אב"ד המשפטאי לבין שופטי הצד **במהלך המשפט**.

בנסיבות פסק הדין התבצעה החלפת הדעות בסמוך לאחר שמיעת עדות ההגנה המרכזית וללא שהיה כל צורך במתן החלטה.

בבחינת הסוגייה שהובאה בפניו, **ביכר פסק הדין שלא לייחס את החשיבות הראויה לכך ששניים משופטי המותב אינם שופטים מקצועיים**, אלא קציני קבע צעירים בדרגת סרן שלא עברו כל הכשרה מקצועית לכהונתם ולא צברו כל ניסיון במלאכת השפיטה.

כפי שנטען להלן, לעובדה כי שניים משופטי המותב אינם משפטאים, ישנה השפעה מכרעת ויוצאת דופן הן בבחינת האפשרות החוקית לקיים התייעצות בעניין שאינו "טעון החלטה", והן בסוגיית פסלות המותב,

2 עניין **דבקרוב, לעיל**, הערה *.

3 רע"פ 5710/01 **דבקרוב נ' התובע הצבאי** (לא פורסם). יודגש כי בית המשפט העליון כמעט אינו מתערב בפסיקת בית הדין הצבאי לערעורים כערכאת ערעור שלישית. כפי שנבהיר להלן, בית המשפט העליון החמיץ, לדעתנו, הזדמנות להעמיד את הדין על מכונו.

בייחוד לנוכח מבחן הפסלות הרחב יותר הקיים בבית הדין הצבאי המחוזי (מבחן "החשש הסביר למשוא פנים") בהשוואה לבתי משפט אזרחיים רגילים (מבחן "החשש הממשי למשוא פנים").

השפעה מכרעת זו קשורה בעבותות לכשירותם של השופטים, לעיתוי ההתייעצות בין חברי המותב ולתוכן הדברים שהועלו בה.

לאחר שנציג בתמצית את העובדות העומדות בבסיס פסק הדין, נבקש להתמקד בהבחנה בין שופטים צבאיים לבין שופטים מקצועיים ובין שופט צבאי לבין שופטי הצד. לאחר מכן נסקור בתמצית את ההלכות הפסוקות של בתי הדין הצבאיים תוך ביקורת על פסק הדין. לבסוף נבקש לבחון את הרציונל הטמון בהוראות החש"ץ בנוגע לתהליכי הבעת הדעות של חברי המותב היושב בדין, וכן נציע כלל פרשני המיישם את מסקנות הדין.

ב. הרקע לפסק הדין

נגד רב"ט דבקרוב הוגש ביום 5.4.2001 כתב אישום לבית הדין הצבאי מחוז שיפוטי מרכז, שבו יוחסו לו שתי עברות של הוצאת נשק מרשות הצבא. ביום 13.6.2001 הגיש בא כוחו של דבקרוב בקשה שכותרתה "בקשה לפסילת הרכב השופטים". נימוקי הבקשה התחלקו לשניים: נימוק הנוגע להעדת עד תביעה (ובו לא יעסוק מאמר זה) ונימוק הנוגע לדין ודברים שהתנהלו בין מותב בית הדין המחוזי לבין באי כוח הצדדים ביום 11.6.2001.

ביום 11.6.2001, בתום שמיעת עדותו של דבקרוב אך בטרם שמיעת עדותה של עדת ההגנה שהובאה על מנת לתמוך בטענת האליבי שלו,

הכניסה אב"ד את באי כוח הצדדים ללשכתה ביוזמתה ובנוכחות כל שופטי מותב בית הדין אמרה להם כך:

הערת בית הדין מופנית בעיקר כלפי הסניגור...
שמענו את עדות הנאשם וכמובן מבלי לקבוע
קביעות סופיות ומבלי לבחון את שאלת
התוספות הראייתיות... מצבו של הנאשם לא
טוב.

מייד לאחר אמירת הדברים הללו העניק בית הדין הצבאי המחוזי לבאי כוח הצדדים הפסקה של כ-10 דקות על מנת לברר אם ניתן יהיה לסיים את התיק בהסדר טיעון.

הדברים האמורים לעיל על ידי אב"ד, הותירו אצל דבקרוב רושם כי המותב כבר גיבש את עמדתו, הרשיעו, ולא נותר לו אלא להודות באשמה אף שטרם תמה פרשת ההגנה.

החלטת בית הדין הצבאי המחוזי

ביום 18.6.2001 דן בית הדין הצבאי המחוזי בבקשת הפסילה ולאחר דיון בה החליט לדחותה. בהחלטה ביקש בית הדין הצבאי המחוזי להעמיד דברים על דיוקם ואמר: "כל מה שצינינו זה שעדות הנאשם העלתה בעיות ואנו מציעים לסניגור לשקול את הדברים. מבחינתנו לשקול זה בכלל לא "עסקת טיעון", המילים עסקת טיעון לא נאמרו כלל בלשכה. מבחינתנו לשקול, זה, בין היתר, דרך עדי הגנה כאלה או אחרים, או בסיכומים".

עוד הדגיש בית הדין הצבאי המחוזי כי "בדיון היום הבהרנו, כי הצעתנו הנ"ל באה לסייע לסניגור להעריך את דרך ניהול המשפט על ידו, תוך שהוא מתמודד עם הקשיים שצויינו על ידינו בפניו...".

בקטע ההחלטה המתייחס נקודתית לעניין השיחה מיום 11.6.2001, מציין בית הדין הצבאי המחוזי, כי "הערתנו, באה על מנת לסייע לנאשם להיערך להגנתו, תוך שהוא מודע לקשיים שהעלתה עדותו ותו לא".

בא כוחו של דבקרוב עמד בכל זאת על בקשת הפסילה תוך שהדגיש היבט נוסף: בעת אמירת הדברים בלשכה נכחו שם שני שופטי הצד (שאינם שופטים מקצועיים) והטו אוזן לדבריה של אב"ד כלפי באי כוח הצדדים. הטענה הייתה כי שופטים אלה לא הצליחו להבין את ההבחנות המדויקות ואת הדקויות שציינה אב"ד בדיון בעל פה בדיעבד ביחס לדברים שנאמרו על ידיה שבוע קודם לכן.

כבר כעת יצוין בהדגשה כי אין בהחלטת בית הדין הצבאי המחוזי כל התייחסות לכך שלדברי אב"ד בלשכתה בפני באי כוח הצדדים קדמו התייעצות או החלפת דעות עם שני שופטי הצד. כמו כן, אין בהחלטת בית הדין הצבאי המחוזי כל התייחסות לכך שדברי אב"ד נאמרו בנוכחות שני שופטי הצד, וכן אין כל התייחסות להשלכות המסתברות של דברים אלה על שני השופטים הללו.

החלטת בית הדין הצבאי לערעורים

ביום 21.6.2001 הגיש דבקרוב את ערעורו לבית הדין הצבאי לערעורים. בערעורו הדגיש דבקרוב כי בגוף החלטת בית הדין הצבאי המחוזי אין כל התייחסות לכך שבעת ניהול השיחה ביום 11.6.2001 נכחו שני שופטי הצד לצדה של אב"ד תוך שהקשיבו לדין ודברים שהתנהלו בין אב"ד לבאי כוח הצדדים, התרשמו מהם והפנימו את המסרים הברורים העולים מהם ביחס לדבקרוב.

בערעורו פרש דבקרוב את טענותיו תוך התמקדות בשני נדבכים אשר עמדו כאבן נגף בהחלטת בית הדין הצבאי המחוזי: הראשון, כניסה למבחני הפסלות שהוצבו בחוק ובפסיקה לשופטים צבאיים, הנבדלים באופן עקרוני ממבחני הפסלות שהוצבו בחוק ובפסיקה לשופטים אזרחיים; השני, למידת היקש ממצוות סעיף 390 לחש"ץ.

בית הדין הצבאי לערעורים (השופטים אלוף א' שיק, תא"ל א' שוהם, אל"ם ש' יניב) דחה את ערעורו של דבקרוב. בפסק הדין נקבעו, בין השאר, הדברים הבאים בנוגע לקיומה של התייעצות בין חברי המותב:

עלינו להניח בהעדר כל ראיה אחרת, כי ההחלטה לזימונם של הצדדים ללשכה, היא פרי יוזמתם המשותפת של כל שופטי המותב, ואינה תוצר החלטתה הבלעדית של האב"ד; איננו רואים ממש בטענת הסניגור, לפיה ההתייעצות האחת והיחידה המותרת לפי סעיף 390 לחש"צ הינה אותה התייעצות הבאה בסיומו של המשפט ולאחר סיכומי הצדדים; אין צריך לומר, כי רשאים שופטי ההרכב להתייעץ טרם מתן החלטות ביניים בתיק; יתר על כן, גם החלפת דעות בין השופטים לבין עצמם במהלך המשפט, כל עוד אין מדובר בגיבוש עמדה סופית וחריצת הדין לכאן ולכאן, אינה פסולה אף היא.⁴

בפסק הדין נקבעו, בין השאר, הדברים הבאים בנוגע לקיומו של חשש סביר למשוא פנים מצידו של המותב:

4 עניין דבקרוב, לעיל, הערה *, בפסקה 7 לפסק הדין.

עיינו וחזרנו ועיינו בתוכן הדברים שנאמרו על ידי האב"ד, ולא מצאנו כל בסיס לחשש כי התגבשה בליבה או בליבם של השופטים הצבאיים כל עמדה באשר לגורלו של המשפט והמערער עצמו;

בעניין שלפנינו, לא היתה כל הבעת דעה לגבי תוצאותיו האפשריות של ההליך המשפטי, לא היתה המלצה לסיים את הדיון בהסדר טיעון ולא היתה כל הערכה "פומבית" לגבי ראיות התביעה. הדברים מסתכמים בהצבעה על קשיים בעדות הנאשם, מתוך כוונה להדריך את הסניגור ולסייע בידיו לכלכל צעדיו בהתאם;

בנסיבות אלה, אין בידינו לומר כי מתקיים אותו חשש המשתקף בעיני האדם הסביר בדבר השפעתם של דברי האב"ד על שיקול דעתם ועל עמדתם העצמאית של השופטים הצבאיים, לגבי תוצאתו הסופית של המשפט, באופן המקים "חשש סביר" למשוא פנים מצידם.⁵

ג. נקודות הכשל בפסק הדין

אנו סבורים כי בית הדין הצבאי לערעורים טעה בקובעו כי

...החלפת דעות בין השופטים לבין עצמם במהלך המשפט, כל עוד אין מדובר בגיבוש עמדה סופית וחריצת הדין לכאן ולכאן, אינה פסולה אף היא.

5 שם, שם.

עוד נטען כי קביעתו זו של בית הדין הצבאי לערעורים עומדת בניגוד לנוהג המקובל בבתי הדין הצבאיים המחוזיים - שבהם מורכב המותב משופט מקצועי ומשני שופטי צד (כאמור, הדין אף מחייב כי לפחות שופט אחד לא יהיה משפטאי - סעיף 202 לחש"ץ).

יתרה מזו, אף הנחת בית הדין הצבאי לערעורים כי "ההחלטה לזימונם של הצדדים ללשכה, היא פרי יוזמתם המשותפת של כל שופטי המותב, ואינה תוצר החלטתה הבלעדית של האב"ד", עומדת בניגוד לנוהג המקובל והנקוט בבתי הדין הצבאיים המחוזיים.

בשורות הבאות נבקש להדגים כיצד הן לשון החש"ץ, הן תכליתו החקיקתית, הן ההלכה הפסוקה והן דעות מלומדים תומכים דווקא בעמדתו של דבקרוב ומורים כולם כאחד הלכה העומדת בסתירה לשתי הקביעות הנזכרות לעיל של פסק הדין.

לביסוס טענותינו נבקש תחילה לעמוד על זהותו של השופט הצבאי.

ד. הבסיס הרעיוני להבחנה בין שופטים צבאיים לבין שופטים מקצועיים

המבחן לפסלות שופט צבאי (לכאורה, הן משפטאי והן שלא משפטאי) נקוב בסעיף 313 לחש"ץ. מבחן זה רחב יותר מזה הקבוע בסעיף 77 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984, שכן אין צורך ב"חשש ממשי למשוא פנים" אלא רק ב"חשש למשוא פנים".

בהחלטתו של בית הדין הצבאי לערעורים בעניין קיוויתני⁶ הודגש כי לעניין המבחן לפסלות שופט ראוי להבחין בין השופטים בבתי המשפט האזרחיים לבין השופטים בבתי הדין הצבאיים, דהיינו יהיו נסיבות שבהן יהיה שופט צבאי מנוע מלהמשיך ולישב בדין, אף שמניעה כזו לא הייתה מתקיימת אילו מדובר היה בשופט אזרחי.

הלכת קיוויתני לא ניתנה בחלל ריק. כפי שמציין מודריק,

יש לשופט המשפטאי ולשופט ההדיוט זכות שווה ושקולה להחלטה עצמאית. ההכרעה נעשית על-פי רוב דעות. כוח הכרעה כזה, הניתן בידי הדיוטות המהווים לעתים רוב מותב השופטים, הינו חריג במשפט הפלילי הישראלי.⁷

המסגרת הנוכחית אינה מאפשרת לנו לדון באופן ראוי בטעמים העומדים בבסיס צירופם של קצינים מן המניין למותב בית הדין הצבאי. יחד עם זאת, בעניין קיוויתני⁸ הודגשו ההבדלים המהותיים בין מבחן "האפשרות הממשית" לבין מבחן "החשש הסביר", הנובעים מטיבם ומטבעם מכשירותם ואופיים של שופטי הצד:

1. החזקה, או נקודת המוצא, בדבר אי קיומו של משוא פנים, או דעה קדומה, כאשר מתגלה ליקוי בניהול הדיון, וכן כאשר מתגלה שלא

6 ע100/96 / קיוויתני ב' התצ"ב, פסקי דין נבחרים של בית הדין הצבאי לערעורים 1998 (א) 211 (להלן: עניין קיוויתני).

7 ע' מודריק שפיטה צבאית (התשנ"ג) (להלן: מודריק) 116.

8 לעיל, הערה 6.

כדין מידע על עברו או אורחותיו של הנאשם - לא תתקיים כאשר מדובר בשופט צד.

2. לעניין פסלותו של שופט צד, יינתן משקל נכבד יותר להתרשמותו של האדם הסביר "המתבונן מן הצד", ואם תמצוי לומר: **לשיקול של מראית פני הצדק**. השופטים בעניין קיוויתי הבהירו: "יכולנו להפחית במשקלו של שיקול זה, כשמדובר היה בשופט מקצועי בלבד".⁹

3. בכל הנוגע לבחינתם של שופטי הערעור את טענת הפסלות, יש להדגיש את האבחנה מערכאת הערעור האזרחית, שכן בערכאת הערעור הצבאית בוחנים השופטים המקצועיים את מידת יכולתו של שופט הצד להינתק מהשפעתו עליו של מידע פסול, או לשחרר עצמו מדברים שעלו במהלך המשפט. אין כאן אותה מידה של קירבה מקצועית בין שופטים.

4. בעניין הלוי¹⁰ פסק בית המשפט העליון כי יש להבחין במפורש בין השופטים הצבאיים לבין השופטים בבתי המשפט האזרחיים, גם בנוגע למבחני הפסלות. וכדבריו של השופט מלך,

הדברים, האמורים בסעיף 313 לחוק השיפוט הצבאי, נראים לי באופן ברור כדברים, שנועדו במפורש לקבוע נורמה מוגדרת לענין שופטים צבאיים, נורמה הקובעת, כי כל נימוק שיש בו כדי להצדיק חשש למשוא פנים - יכול לשמש בסיס לפסילתו של שופט צבאי. זו איננה הנורמה הנוהגת לגבי שופטים בבתי המשפט

9 שם, בעמ' 262.

10 בג"ץ 144/86 הלוי ואח' נ' בית הדין הצבאי לערעורים ואח', פ"ד מ(2) 309.

האזרחיים. אינני בטוח, כי הסיבה לקביעתה של נורמה כזו נעוצה דווקא בהשקפה, "שיש לדקדק עם טריבוניל שחלק מחבריו אינם שופטים מקצועיים יותר מאשר עם מותב שכל שופטיו אנשי מקצוע שזו מלאכתם" (שופט המיעוט בעמ' 7 לפסק הדין). זה גם איננו חשוב. החשוב הוא, שזו הנורמה שנקבעה במפורש בחוק, והיא מחייבת את בתי הדין הצבאיים¹¹.

5. השפיטה הצבאית מופקדת בידיהם של מפקדים שאינם שופטים מקצועיים. השפיטה אינה צורת חייהם. אין הם יושבים במגדל השן אלא (גם) במגדל השמירה או בצריח הטנק. שדה פעולתם הרגיל אינו בתי המשפט, אלא שדות הארץ ומחנותיה. קביעת מבחן מחמיר יותר לפסלותו של שופט צד עשויה לתרום לאמון הציבור במערכת השפיטה הצבאית.

6. שופטי הצד אינם מורגלים לישוב על מדין ומלאכת השפיטה אינה לחם חוקם. יש לגביהם "חשד" מסוים ל"תלות מוסדית". כל עוד זהו המצב החוקי, הרי שמתחזק הצורך באמון הציבור במערכת השפיטה הצבאית. קביעת מבחן שונה, קפדני יותר, לפסלות שופט צד תשרת מטרה זו של שמירת אמון הציבור. בשיפוט הצבאי יש, אפוא, על השופטים לנקוט זהירות יתר כדי שלא ייווצר חשש למשוא פנים נגד הנאשם. יהיה בכך מעין "קיוזו" או "פיצוי" לכך שבמותבי בית הדין יושבים שופטים שאינם מקצועיים.

11 שם, בעמ' 318.

תופעת "ההתבטלות" של השופט הצבאי בפני השופט המשפטי

נוסף על האמור מתאפיינת מערכת היחסים בין השופט הצבאי לבין שופטי הצד בתופעה ייחודית הנובעת מהבדלי הכשירות ביניהם. מודריק בוחן את המשמעויות הנלוות להרכבו של בית הדין הצבאי המחוזי, וקובע לאמור:

תופעה אופיינית אחרת להרכב מעורב שבו מכהן שופט משפטי ולצדו שופטים הדיוטות עלולה להיות הסמכות יתר על השופט המשפטי. זהו היפוכו של החשש מפני טעות משפטית של ההדיוטות או דווקא תוצאה של חשש זה. סיכוייה של תופעת "ההתבטלות" של השופט הצבאי בפני השופט המשפטי הם שניים: היא תשמיט את הקרקע מתחת לפני המטרה החקיקתית, שראתה בשילוב השופטים ההדיוטות משום ערך חינוכי ואמצעי לעיצוב אמות היסוד הנורמטיביות של הצבא בידי אנשי הצבא עצמם. השני: גידול ב"השפעה הפנימית" של השופט המשפטי עד כדי שימוש רע (abuse), מכוון או בלתי מכוון, בסמכותו. לכך יכול להיות ביטוי בניסוח לקוני ובלתי מספיק מכל בחינה שהיא של דעת השופט ההדיוט, שעה שהיא חולקת על דעת השופט המשפטי, או אפילו נסיון מצד השופט המשפטי "להכתיב" לשופט ההדיוט את עמדתו, תוך התרסת טענה שהאחרון איננו מכיר היטב את המאטריה הנדונה במשפט.¹²

12 מודריק, לעיל, הערה 7, בעמ' 118.

צא ולמד כי, אף לדידו של מודריק, יש למזער ככל שרק ניתן את ההשפעות הישירות של השופט המקצועי על שני חבריו למותב בית הדין הצבאי, משום סכנותיה של תופעת "ההתבטלות".

בהדבק דברים זה ולשם המחשה נוספת של הפגם האמור מן הראוי להביא מדבריו של מודריק: "מכלול קשיים נוסף, הנובע מ"העדר מקצועיות" ומאפיין את השופט ההדיוט, נעוץ בחוסר יכולת (או יכולת מוגבלת) לבחון את הסוגיה שלפניו מנקודת מבט משוללת השפעה ודעה קדומה. הדבר החמור ביותר בתחום זה כרוך בבעיות הנחת החפות"¹³.

ה. "קיבלתי צו משלישות היחידה להתייצב כשופט צד" או - כך זה עובר באמת

ההבחנות התיאורטיות שעליהן ניסינו לעמוד לעיל, מקבלות חיזוק ממשי ממקור בלתי צפוי. כפי שהעיד סגן (מיל') עומר ברק במכתב שצוטט ב"גלובס", ואשר הוביל זה כבר לדיון עקרוני בועדת חוץ ובטחון של הכנסת, הרי שלאחר שקיבל צו משלישות היחידה להתייצב כשופט צד בבית המשפט הצבאי בבית אל,

...קיבלתי דף תדרוך מגוחך, ואני ועוד קצין מודיעין נוסף נכנסנו למשפט בלי שאנו יודעים מי הנאשם, במה הוא נאשם, באיזה שלב נמצא המשפט ומהם סמכויותינו. נשיא ההרכב, בדרגת סגן אלוף, ניהל את הדיון תוך שהוא מקבל החלטות הקשורות לפרוצדורה המשפטית, ואנו מצופים לשבת ולהנהן. עד קביעת גזר הדין הוא אינו מסביר לנו את

המתרחש, או מנסה לגרום לנו תחושה כי אנו חלק מההרכב.

למיטב ידיעתנו, לא אמור להיות ואין בפועל כל הבדל בין התדרוך שעובר שופט צד בבית המשפט הצבאי, לבין תדרוך שעובר שופט צד בבית הדין הצבאי.

כאן יקשה הקורא וירים גבה - מה לנו כי נלין, שהרי בעניין דבקרוב התעלתה אב"ד ושיתפה את שופטי הצד בלבטיו בבחינת שווה אל שווים.

בכל הכבוד, נדמה לנו כי השוני בין המתואר במכתבו של סגן ברק לבין מהלך ההתרחשויות בעניין דבקרוב איננו שוני המגלם מצוי (סגן ברק) מול רצוי (דבקרוב).

לדעתנו, על אב"ד להדריך את שופטי הצד רק בעניינים משפטיים טהורים, כלומר רק בעניינים הנוגעים לדין החל (חוק והלכה פסוקה רלוונטיים) ובכלל זה הסבר על מהותו של כתב האישום, הליך ההקראה, טענות מקדמיות, משפט זוטא וכדומה. בהדרכה זו יש להימנע מיישום קונקרטי על נסיבות המקרה (על כך נרחיב להלן). אולם התייעצות ספציפית על עדותו של דבקרוב חורגת יתר על המידה מ"עניין משפטי טהור" תוך חשיפת דעתה של אב"ד על עדות זו בפני שופטי הצד שכן בנקודה קריטית זו מבינים שופטי הצד את מידת הערכתה של העדות ומפנימים היטב את הערותיה ה"כלליות" של אב"ד בנוגע לה. לשון אחר: שופטי הצד אינם מסוגלים לנתק בין תוכן הערתה של אב"ד לבין עיתוי הערתה, ולבטח אין להם די ניסיון כדי לבודד את הערתה ולהתעלם ממנה בשלב הכרעת הדין.

כך, למשל, ספק אם בעניין דבקרוב היו יכולים שופטי הצד להתרשם כיאות מעדת ההגנה הנוספת של דבקרוב (ארוסתו) שטרם העידה בפניהם, לנוכח דבריה של אב"ד בפני באי כוח הצדדים. זאת במובחן משופטים מקצועיים, אשר אמונים על מלאכת השפיטה ומעורים בדינמיקות ובניואנסים של הליך ההוכחות.

סיכום ביניים

נימוקי הלכת קיוויתי¹⁴ ניתנו ביום 15.7.1996 ומשמשים מאז כהלכה פסוקה בבתי הדין הצבאיים. לדעתנו, לאור מבחני הפסלות כפי שעוצבו בהלכת קיוויתי, ראוי היה לקבוע כי התבטאויותיה של אב"ד בפני חבריה להרכב שאינם שופטים מקצועיים, העלו חשש למשוא פנים הן אצלה והן - ואף בעיקר - אצל חבריה להרכב בשל גיבושה של דעה מכרעת **בטרם סיום פרשת ההגנה (!)** ובעיתוי המדבר בעד עצמו - **מייד לאחר העדתו של דבקרוב**.

בין אם הייתה התייעצות מוקדמת ובין אם לאו, בין אם היוזמה להתייעצות היתה של אב"ד ובין אם הייתה של אחד משני שופטי הצד - אין בכך כדי להסיר את הפגם מעיתוי ההתייעצות ומתוכנה ככל שהדברים אמורים בהשפעתה הישירה על שיקול דעתם של השופטים הצבאיים.

לעמדתנו, התייעצות מעין זו וכן נשיאת דברים עצמאית מטעמה של אב"ד בנוכחות שופטי הצד **בשלב קריטי זה** - הן פעולות שאינן יכולות לתקן כל אימת שעסקינן בשני שופטים נטולי כל הכשרה או ניסיון משפטיים.

14 לעיל, הערה 6.

1. למידת היקש מעמדתו העקרונית של בית הדין הצבאי לערעורים בסוגיה דומה

בית הדין הצבאי לערעורים התעלם מהחלטה עקרונית שניתנה על ידו בעניין גלעד¹⁵, אשר דנה בפרשנות הראויה של סעיף 74 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982, שעניינו "עיון בראיות התביעה".

בעניין גלעד¹⁶ התייחס בית הדין לדברי השופט קדמי בעניין דרעי¹⁶, שקבע כי אין לפרש את הוראת סעיף 74(ג) לחוק זה כאילו הסמכות הדיונית נתונה בהכרח לשופט אחד, ולא לכל שופטי ההרכב. כל זאת מן הטעם כי סמכות דיונית הנתונה לשופט אחד נתונה גם להרכב של שלושה שופטים של אותו בית משפט, אלא אם קובע המחוקק אחרת ובמפורש. לפיכך הדרך הפרשנית הנכונה היא לומר שהסמכות מוקנית לכל שופטי ההרכב.

בעניין גלעד¹⁷ איבחן בית הדין והתאים את סוגיית ה"עיון בראיות התביעה" לנתונים המיוחדים המאפיינים את בית הדין הצבאי המחוזי, ולכן קבע

שנוכח הרכבו של ביה"ד הצבאי, שבמותבו מכהנים גם שופטים צבאיים שאינם משפטאים, ראוי, כי לאחר שתוצג ותנומק, באורח כללי, בפני ההרכב, בקשת העיון על פי סעיף 74(ב),

15 בש"פ 9/96 רב"ט גלעד נ' התצ"ר, פסקי דין נבחרים של בית הדין הצבאי לערעורים 1998(ב) 620 (להלן: עניין גלעד).

16 בבש"פ 1372/96 דרעי ואח' נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(1) 177.

ידון בה השופט המשפטי מביין חברי המותב, העומד בראש ההרכב ולא חברי המותב כולו.¹⁷

בעניין גלעדי המשיך בית הדין ודייק את הטעם לאבחנה האמורה:

הצורך להימנע מעיון בחומר חקירה, הנתון במחלוקת, והעשוי להיות בלתי קביל, הינו בעל משנה תוקף, אם מי שעשוי לעיין בו הינם שופטים צבאיים, נטולי הכשרה ונסיון שיפוטי, שחוות דעתם עלולה להיות מושפעת משקולים בלתי ענייניים הקשורים בטיבו של חומר חקירה המוצג לפניהם.¹⁸

ולמטה מכך מציין בית הדין באופן מפורש שאינו משתמע לשתי

פנים:

משהבקשה עולה ונידונה בפני מותב הכולל שופטים צבאיים שאינם משפטים, הרי שגובר החשש, ולו למראית עין, כי הגנתו של הנאשם תיפגם, אם תידון הבקשה בפני אותו מותב, והדיון בה יהיה כרוך בד בבד, בעיון בחומר החקירה עצמו.¹⁹

לא למותר לציין כי החלטת בית הדין הצבאי לערעורים בעניין גלעדי אומצה ואושרה מאוחר יותר על ידי המשנה לנשיא של בית הדין הצבאי לערעורים, תא"ל ד"ר מנחם פינקלשטיין (כתוארו וכדרגתו דאז), בעניין

17 עניין גלעדי, לעיל, הערה 15, בעמ' 626.

18 שם, שם.

19 שם, בעמ' 627.

לוי²⁰, שבו הוחלט לבטל החלטה של כל הרכב בית הדין הצבאי המחוזי אשר דחתה את בקשת המערער לעיין בחומר חקירה ולהביא מחדש את בקשת המערער בפני שופט משפטי שאיננו נמנה עם שופטי המותב הדין במשפטו של המערער.

אף בעניין לוי אבחן בית הדין הצבאי לערעורים את סוגיית ה"עיון בראיות התביעה", התאים אותה לנתונים המיוחדים המאפיינים את בית הדין הצבאי המחוזי וחזר והדגיש את החשש העולה, ולו למראית עין, מעצם העובדה שמותב בית הדין שדן בבקשת המערער, כלל שופטים צבאיים שאינם משפטיים. לפיכך קבע בית הדין כי החלטת כל המותב בבקשת המערער הייתה "פגומה" ודינה להתבטל.

בהדבק הדברים האמורים מן הראוי לייחד מספר מילים לסעיף 45 לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א-1971, הדין בדרך לגילוי ראיה החוסה תחת "חסיון לטובת הציבור". לבעל דין שמורה הזכות לעתור לגילוי ראיה בפני בית המשפט הדין בעניינו. עתירה זו, המהווה הליך ביניים במשפט, נשמעת בפני "בית המשפט הדין בדבר", קרי, בפני כל שופטי המותב. מובן כי בעתירה כגון זו עלול בית המשפט להיחשף לראיות כבדות משקל, ובהחלט ייתכן כי ידחה את העתירה לאחר שנחשף לראיות החסויות במעמד צד אחד. על בית המשפט להכריע באשר לחיוניותה של ראיה חסויה להגנת הנאשם לפי השאלה, האם בראיה זו מצוי פוטנציאל ראייתי שעשוי - לפי קנה מידה אובייקטיבי - לעורר ספק סביר באשמת הנאשם. אם נדחית העתירה, סומך המחוקק את ידיו על מקצועיותם של השופטים ועל כך שישכילו להמשיך בבירור המשפט תוך התעלמות מן

20 בש88/2 / סגן לוי ג' התצ"ב (לא פורסם) (להלן: עניין לוי).

הראיות החסויות שנגלו לעיניהם במהלך בירור העתירה²¹. **שונים הם פני הדברים בבתי הדין הצבאיים**. הנוהג הנקוט בבתי הדין הצבאיים הוא כי כל אימת שמוגשת עתירה להסרת "חסיון לטובת הציבור", הרי שהיא תידון אך בפני השופט המשפטי למרות לשון החוק המפורשת בסעיף 45 לפקודת הראיות. מנגנון זה, שאינו קבוע בחוק החרות, מיישם את ההבחנות הברורות בין שופטים משפטיים לבין שופטי הצד מתוך הכרה פשוטה בעובדה שחשיפתם של שופטי הצד לראיות חסויות עלולה לגרום לעיוות דין לנאשם דווקא משום הספק הגדול ביכולתם של שופטי הצד לבצע את הניתוק הראוי בין החסוי לבין הגלוי.

נראה שהרציונל הטמון בעמדתו העקרונית של בית הדין הצבאי לערעורים בנוגע לסוגיית ה"עיון בראיות התביעה" יחד עם הנוהג הנקוט בנוגע לאופן ניהול הדיון בעתירה להסרת "חסיון לטובת הציבור" צריכים להדריך את בית הדין הצבאי לערעורים ולהנחות אותו בבואו להכריע בבקשת פסלות שהוגשה בפני בית הדין הצבאי המחוזי, ואשר נוגעת להתיעצות שנערכה בין חברי המותב בעיתוי קריטי במשפט.

וידגש, בית הדין הצבאי לערעורים מודע היטב למאפיינים הייחודיים של שופטי הצד, ולפיכך הוא מנסה למנוע את האפשרות שהם ייחשפו לחומר חקירה שנוי במחלוקת, למרות העדר הוראה סטטוטורית המנחה אותו לעשות כן.

בנסיבות אלה מתחדדת התמיהה, כיצד זה מתעלם בית הדין הצבאי לערעורים מסיטואציה דומה שבה נחשפים שופטי הצד בטרם סיומה של

21 לשאלת המתח הקיים בין עיון בראיות חסויות לבין שאלת פסלות שופט ראו ע"פ 5207/00 ענאבה נ' מדינת ישראל (לא פורסם).

פרשת ההגנה להערותיה של אב"ד בדבר טיב עדותו של המבקש והשלכותיה על מהלך המשפט.

מה לי חשיפה לחומר חקירה שנוי במחלוקת ומה לי חשיפה להערה בדבר טיב עדותו של הנאשם המופנית לבאי כוח הצדדים? זו אף זו פוגשות את אוזנו של שופט הצד ואת הכרתו וטובעות בהן רושם בל יימחה.

אף כעניין של מדיניות ראויה אין כל טעם להבחין בין היחשפות לחומר חקירה שנוי במחלוקת או לראיות חסויות לבין היחשפות להערות שנויות במחלוקת. שתי הסיטואציות צופות פני עתיד, ותכליתן אחת: למנוע מצב שבו נחשף שופט הצד למידע ספציפי, אשר מפאת העדר הכשרתו ומשום קלישות ניסיונו השיפוטי לא יהיה ביכולתו להתעלם ממידע זה בבואו להכריע את דינו של הנאשם.

המתווה הדיוני שהונח בהחלטות בענייני גלעד²² ולוי²³, צריך היה להנחות את אב"ד בבית הדין הצבאי המחוזי, וככל שהיא ראתה צורך לשאת דברים עדינים ובעייתיים כשלעצמם בפני באי כוח הצדדים מיד לאחר עדותו של דבקרוב, הרי שמובן מאליו כי היה עליה לעשות כן ללא נוכחותם של שופטי הצד, מן הטעמים שהוצבו בענייני גלעד ולוי.

משום כך אנו סבורים כי פסק הדין לא דק פורתא שעה שלא התמודד כראוי עם זהותו של שופט הצד ועם מקומו בשדה המשפט הצבאי, בבואו ליתן את פסק הדין.

22 לעיל, הערה 15.

23 לעיל, הערה 20.

ז. הסתמכות שגויה על ההלכה שנקבעה בעניין בשן²⁴

מיידי לאחר שבית הדין הצבאי לערעורים קבע כי "גם החלפת דעות בין השופטים לבין עצמם במהלך המשפט, כל עוד אין מדובר בגיבוש עמדה סופית וחריצת הדין לכאן ולכאן, אינה פסולה אף היא", הוא ביקש להסתמך על פסיקת בית המשפט העליון בעניין בשן²⁵.

בעניין בשן נדונה בקשה לפסול שופטת אשר, על פי הטענה, התבטאה בלשכתה בפני מתמחה באופן המצביע, לכאורה, כי גיבשה דעה לחובתו של הנאשם באותו תיק.

הנשיא ברק אישר את עמדת המדינה כי מותרת החלפת דעות בין שופטת לבין מתמחה הנעשית בלשכת השופטת.

בעניין דבקרוב ביקש בית הדין הצבאי לערעורים להקיש ולקבוע כי חילופי הדברים המותרים בין השופט המקצועי לבין מתמחהו יפים גם לגבי יתר חברי המותב "ובלבד שכאמור אין בכך משום גיבוש עמדה סופית לגבי תוצאות המשפט".

נדמה לנו כי בכך שגה בית הדין הצבאי לערעורים שכן לא הבחין בין מתמחה של שופט מקצועי, המהווה - בלשונו של הנשיא ברק - כמעין "תיבת תהודה" לרעיונותיו של השופט המקצועי, לבין שופט צד חסר ניסיון והכשרה, המהווה חבר לכל דבר ועניין במותב השיפוטי ולא "תיבת תהודה" המוגבלת לד' אמות לשכת השופט המקצועי. על כן בעוד המתמחה של השופט המקצועי מהווה בר פלוגתא אינטלקטואלי של

24 ע"פ 344/99 בשן נ' מדינת ישראל, פ"ד נג(2) 599 (להלן: עניין בשן).

25 שם.

השופט המקצועי, הרי שהשופט הצבאי מצוי בשדה מושגי נפרד שכן, בניגוד למתמחה, הוא מסוגל להכריע את הדין לאחר שהשתכנע מהבעת דעתו של השופט המקצועי. הנה כי כן, מדובר בהליך החלפת דעות שונה בתכלית כאשר אין הנדון דומה לראייה(!).

בדיוק מטעמים אלה אין ללמוד גזירה שווה מעניין בשן, שבו ציין הנשיא ברק כי החלפת דעות עם מתמחה או שופט מקצועי מעשירה את ההתמודדות האינטלקטואלית המתמדת העומדת בבסיס ההליך השיפוטי. וכלשונו,

היא מעלה היבטים שלא עלו במחשבה ראשונית. היא מחדדת הבחנות. היא מפילה רעיונות נפל. חשיפתו של מתמחה להליך אינטלקטואלי זה של עיצוב ההכרעה השיפוטית מותרת היא. אין היא משחררת את השופטת מאחריותה האישית לשיפוט. זו מוטלת תמיד עליה, ואין היא יכולה להשתחרר ממנה. עם זאת, היא מסייעת בידה בהגשמת תפקידה²⁶.

הכיצד ניתן לטעון כי ההתייעצות המותרת בין שופט מקצועי אחד למשנהו בנוגע למהימנות העדים ולטיב הראיות יכולה לתקן בין אב"ד לשופט צד? שהרי השוואה זו מניחה, מיניה וביה, שוויון מהותי בין שופטים אלה. אך כפי שהוכח לעיל, שוויון מהותי זה אינו קיים במציאות, ולפיכך "התייעצות" זו תהא חד כיוונית וחד מימדית על שום הפער העצום בין השכלתו של השופט המקצועי וניסיונו בהשוואה לאלה של שופט הצד(!).

26 שם, בעמ' 614-615.

אשר על כן דווקא משום "אחריותה האישית" של אב"ד היה עליה להימנע מלדון עם שופטי הצד על טיבה של עדות ההגנה וכן להימנע מלהשמיע את דעתה בפני באי כוח הצדדים בנוכחותם של שופטי הצד.

במילים אחרות, "התייעצות" זו עלולה להפוך במהרה להכתבת עמדה. זוהי בדיוק הסכנה שממנה חשש המחוקק, ואשר בעטייה התווה, לדעתנו, את המנגנון בחש"ץ לקיום מוגבל ומרוסן של התייעצות: רק כאשר עומדת על הפרק שאלה "הטעונה החלטה" (על כך עוד נרחיב להלן).

בשולי טיעון זה יודגש כי שגיאתו המשפטית של בית הדין הצבאי לערעורים מדגישה אף ביתר שאת את העדר הפנמתו של ההבדל המהותי והתהומי הקיים בין שופטים מקצועיים לבין שופטי הצד. להבדל זה חייבת להיות נפקות במישור המעשי שאם לא תאמר כן, תשים לאל את מבחן הפסלות הרחב הקיים בבתי הדין הצבאיים, ותביא לפגיעה אנושה בזכויות הדיוניות של הנאשמים.

ח. התעלמות מהלכה קודמת שנקבעה בבית הדין הצבאי לערעורים

בית הדין הצבאי לערעורים אמנם אזכר במספר מילים את שנקבע בעניין קרץ²⁷, אך, למעשה, התעלם באופן מתמיה מן ההלכה שנקבעה באותו העניין. מדובר באסמכתא נוספת לכך שהתבטאויות בית הדין הצבאי המחוזי הנכבד מהוות בסיס איתן לקבלתה של טענת פסלות שכן בעניין קרץ נדונו התבטאויות של אב"ד אשר "העיר" ו"העריך" את קו

27 ע"ע 103/87 / קרץ נ' התצ"ב (לא פורסם) (להלן: עניין קרץ).

הטיעון העתידי של ההגנה על פי ראיות התביעה שנפרשו בפניו. אף בנסיבות קרץ נדחתה טענת הפסלות על ידי אב"ד בבית הדין הצבאי המחוזי בהחלטה מנומקת.

אף בנסיבות עניין קרץ חזר אב"ד והדגיש כי

מתעוררות שאלות שניתן להגדירן כמציגות בעיה משמעותית לעניין קו ההגנה הנקוט ע"י הסנגוריה.

אף בנסיבות עניין קרץ הדגיש אב"ד כי

המדובר בהערות לגבי קו עתידי של הסנגוריה.

עם זאת, בנסיבות עניין קרץ השכיל בית הדין הצבאי לערעורים לבחון את הערותיו של אב"ד "...מנקודת מבט אובייקטיבית, שאינה מתעלמת מן ההשלכה שיש להן על מראית פני הצדק ומן העובדה שאין המדובר בשופט מקצועי היושב בדין לבדו". לפיכך קיבל בית הדין הצבאי לערעורים את הערעור ומצא כי בנסיבות העניין יש בסיס לקיומו של חשש ממשי של משוא פנים, בין השאר בקובעו כי

[] אין בכוח דברי ההסבר וההרגעה שנאמרו לאחר מכן ע"י בית דין במסגרת ההחלטה כדי לסלק חשש זה.

לענייננו חשובה עד מאוד קביעתו של בית הדין הצבאי לערעורים בעניין קרץ בכל הנוגע לכך שקיבל את הערעור אף לאור העובדה כי "אב"ד לא התכוון להביע עמדה סופית בדבר תוצאות הדיון, וכי אמר מה שאמר אך ורק להבטחת תקינותו ויעילותו של הדיון".

ואם ישאל השואל מדוע הוחלט בכל זאת לקבל את הערעור בעניין קרץ, משיב לו בית הדין הצבאי לערעורים:

בעניין זה - לא הכוונה בלב היא הקובעת אלא משמעותם האובייקטיבית של הדברים שהושמעו בפומבי; משנאמרו הדברים יש להם קיום עצמאי משלהם, והסבר מאוחר יותר גם כשהוא אמין וכן, אינו יכול למחקם כלא היו ואף לא ליטול ממשמעותם הטבעית.

אין ספק כי ההיקש לענייננו ברור עתה דיו. ויודגש, בית הדין הצבאי לערעורים התעלם לחלוטין מן התשתית הרעיונית בעניין קרץ בכל הנוגע לעובדה שדברי אב"ד נאמרו בפני שני שופטים נוספים שאינם מקצועיים, ולכך הייתה השפעה ברורה וניכרת על "מראית פני הצדק" ועל חולשתם של דברי ההסבר וההרגעה שנאמרו בדיעבד.

כל זאת משום מבחני הפסלות השונים. כל זאת משום ההבדל התהומי בין שופטים מקצועיים לשופטי צד - זהו ההבדל העומד בליבתו של הבסיס התיאורטי להבחנות הברורות בין מבחני הפסלות; זהו ההבדל שממנו התעלם בית הדין הצבאי לערעורים.

בשולי הדברים יודגש כי בעניין קרץ נאמרו הדברים הפוסלים על ידי אב"ד לברו, אולם החלטת בית הדין הצבאי לערעורים הייתה לפסול את המותב כולו מטעמים של שמירת מראית פני הצדק והחשש מהשפעתם של הדברים על שופטי הצד.

ט. סעיף 390 לחש"ץ - רציונל עקרוני

לאחר שסקרנו בתמצית את היגיון ההבחנה בין השופטים הצבאיים לבין שופטי הצד בכל הנוגע למבחני הפסלות המחייבים במערכת בתי הדין הצבאיים, נפנה עתה לדיון פרטני בהליכי ההתייעצות בין חברי מותב בית הדין הצבאי. כפי שנטען, ניתן ואף ראוי לתמוך את מסקנותינו בנוגע ליישומו של מבחן הפסלות גם בלשון החש"ץ ובתכליתו.

סעיף 390 לחש"ץ קובע לאמור:

בהתייעצות ישאל אב בית הדין לדעתם של השופטים הצבאיים לפי סדר דרגותיהם, החל בדרגה הנמוכה; אב בית הדין יביע דעתו לאחרונה.

מיקומו של סעיף 390 לחש"ץ איננו מקרי. סעיף 390 מצוי בחלק ה של החש"ץ ("הליכי שפיטה") בפרק השלישי בו - הנושא את הכותרת "הליכים רגילים".

בפרק זה נדונים כללי הדיון הסטנדרטיים בבתי הדין הצבאיים ממסירת כתב האישום לנאשם ועד למתן הכרעת הדין וגזר הדין. אין כל ספק כי הפרק השלישי בנוי באופן סדור, דבר דבור על אופניו, מתחילתו של הדיון ועד לסופו.

סעיף 390 מצוי **לאחר** כל ההליכים המסדירים את ניהול ההוכחות ואף **לאחר** סעיף 384 המסדיר את **השמעת הסיכומים** במשפט.

הנה כי כן, סעיף 390 קשור בטבורו להחלפת דעות הנערכת **בסמוך למתן הכרעת הדין** במשפט הצבאי, וכפי שניווכח מיד על דרך היקש - גם

בסמוך לפני מתן החלטת ביניים במסגרת המשפט הצבאי אשר מהווה, כידוע, החלטה "סופית" במשפט הפלילי.

ויוטעם, סעיף 390 אינו מנותק מסביבתו החקיקתית: סעיף 389 מורה

כי

התייעצות בית הדין היא סודית ולא ישתתפו בה אלא השופטים הצבאיים שישבו בדין.

הרציונל העומד מאחורי סעיף 390 הוא ניסיון מודע לנטרל את העדיפות המקצועית של אב"ד על פני שני שופטי הצד. כך, יביע כל שופט צבאי את דעתו במסגרת ההתייעצות האמורה בלא שדעתו תהא מונחית מחוות דעתו של אב"ד.

לסדר העלאת הטענות ישנה, לפיכך, חשיבות מהותית, ולא רק דיונית לפי שאפשר כי הנטיה הטבעית מצדו של שופט הצד תהא "להניח" כי חוות דעתו של אב"ד היא הצודקת והנכונה בנסיבות העניין. על כן השמעת דעתו של שופט הצד **בטרם** השמעת דעתו של אב"ד תורמת להבטחתו של תהליך החלפת דעות חופשי ומשוחרר שבו נשמעת דעתו של אב"ד כדעה אחרונה. יתר על כן, סעיף 391 לחש"ץ מבטיח את הרציונל החשוב המוזכר כאן בקובעו:

כל שופט צבאי חייב להביע דעתו ולהצביע בכל שאלה המתעוררת תוך התייעצות בית הדין וטעונה החלטה.

הרצון לנטרל את עדיפותו המקצועית של אב"ד ולהשוות ככל האפשר בינו לבין שופטי הצד בכל הנוגע למישור הבעת הדעה החופשית הוא רעיון השזור כחוט השני בחש"ץ. כך, למשל, סבור מודריק:

חוק השיפוט הצבאי אינו מקנה כל מעמד מיוחד לשופט המשפטי. לחוות הדעת שלו אין משקל מיוחד מנחה או מדריך. נהפוך הוא. אב בית הדין (שהוא בדרך כלל השופט המשפטי) צריך, לפי ההסדר בחוק השיפוט הצבאי, להביע דעתו באחרונה.²⁸

בנוסף, סעיף 394 לחש"ץ מלמדנו עוד כי אם החלטה של בית הדין מכילה דעת מיעוט, יחתמו כל השופטים על החלטת הרוב אלא שיצוין בה כי היא ניתנה ברוב דעות **מבלי לגלות את שמו של בעל דעת המיעוט**. אף כאן מתבלטת המגמה לאפשר עצמאות מחשבתית לשופט הצד מבלי לחשוש מתגובות נגד של המערכת הצבאית (המקצועית והפיקודית) הסובבת אותו.

הנה כי כן, מחיבור כל האמור בסעיפים 389-391 לחש"ץ יש ללמוד כי מותב בית הדין הצבאי מחוייב לקיים התייעצות בטרם ייתן החלטה בדיון המתנהל בפניו.

כך, ישנן החלטות ביניים (טענה מקדמית, משפט זוטא) שבהן יש ליתן החלטה סופית. בנוסף, ההחלטות בדבר הכרעת הדין וגזר הדין מצריכות התייעצות בטרם הינתנן. בבוא המותב להכריע בשאלות אלה שומה עליו לפעול על פי המנגנון שהותווה בסעיף 390 לחש"ץ.

28 מודריק, לעיל, הערה 7, בעמ' 117.

אולם מכלל הן אנו שומעין לאו - יש לדחות את סברתו של בית הדין

הצבאי לערעורים, שקבע כי

גם החלפת דעות בין השופטים לבין עצמם
במהלך המשפט, כל עוד אין מדובר בגיבוש
עמדה סופית וחריצת הדין לכאן ולכאן, אינה
פסולה אף היא.

לדעתנו, אין מקום להתייעצות בין שופטי המותב שאיננה התייעצות
בטרם מתן החלטה בתיק. ודאי שאין מקום להשמעת דעתה של אב"ד בנוגע
לסיכויי הנאשם בתיק.

נדגיש, כי אין כוונתנו להדרכה שניתנת על ידי אב"ד בסוגיות
משפטיות טהורות שמתעוררות במהלך המשפט, כדוגמת הבהרת חריג ה-
res gestae או הוראת סעיף 10א לפקודת הראיות, באשר אין חולק שזו
זכותו של אב"ד כלפי שופטי הצד ואף חובתו כלפיהם.

מה, לדעתנו, כלול בתיבות "עניינים משפטיים טהורים"? כאמור
לעיל, אלה כל אותם עניינים הנוגעים לדין החל (חוק והלכה פסוקה
רלוונטיים) תוך הימנעות מיישום קונקרטי על נסיבות המקרה.

נמחיש את דברינו: בעיצומה של פרשת התביעה מעיד אחד מעדי
התביעה על דברים שאמרה לו פלונית, כאשר בעת פרשת התביעה פלונית
כבר הלכה לבית עולמה. בא כוח הנאשם מתנגד מייד להשמעת העדות
בהיותה עדות מפיי השמועה. התובע הצבאי טוען לחריג *res gestae* ומבקש
כי לעד תינתן אפשרות להשמיע את עדותו.

הבה נניח כי אב"ד מחליט שבקשת בא כוח התביעה טעונה החלטה.
במצב דברים זה על אב"ד לפרט בפני שופטי הצד את הדין הרלוונטי החל

במנותק מנסיבות המקרה הקונקרטי שעומד בפני בית הדין. אב"ד יסקור בפני שופטי הצד את הרציונל העומד בבסיס הכלל הפוסל עדות מפי השמועה ואת הרציונל העומד בבסיס החריגים לכלל זה. אב"ד ימשיך ויסקור בפני שופטי הצד את מהות חריג ה-*res gesrae* ויעמוד על הכללים לתחולת החריג כפי שנקבעו בספרות המקצועית ובהלכה הפסוקה. בין השאר יטען אב"ד בפני שופטי הצד כי חריג ה-*res gesrae* יפורש (כמו כל חריג) פירוש מצמצם, תוך הקפדה על קיום קשר אמיץ לאירוע, הבו-זמניות, הסמיכות והספונטניות. אב"ד יוכל להמשיך ולפרט בפני שופטי הצד את טיב האמרות הכלולות בחריג, אלה אותן אמרות אשר נסיבות אמירתן אינן מקימות חשש לאמיתות תוכנן בין משום שנאמרו באופן ספונטני, ובין משום שהן משולבות במעשה במידה ההופכת אותן לחלק ממנו. מובן כי אב"ד יסביר לשופטי הצד את ההבחנה בין קבילות הראיה לבין משקלה. כל האמור לעיל יוסבר במנותק מנסיבות המקרה.

רק לאחר כל אלה, יישם המותב כולו את הדין על המקרה הקונקרטי בדרך ההתייעצות הנקובה בסעיף 390 לחש"ץ וייתן החלטה בעניין.

במצב שבו בא כוח הנאשם לא היה מתנגד לעדות עד התביעה, הרי שהעדות הייתה נשמעת ללא כל הערה מצד אב"ד, ולקראת כתיבת פסק הדין היה על אב"ד להדריך את שופטי הצד בדבר הדין החל על עדות זו, כאמור לעיל, וכך ליתן בידיהם כללי הכרעה לעניין משקל העדות.

כל פרשנות אחרת תמיט כליה על הרציונל העומד מאחורי הסדרת נהלי ההתייעצות המוגבלים בין שופטי המותב באספקלריה המיידית של הכשרת שופטי הצד וניסיונם. לשון אחר, העדר ההבחנה בין מועדי ההתייעצות סותר את כוונת המחוקק בנוגע לנטרול השפעתו של השופט המשפטי עד למינימום הנדרש ואת החזקה שהמחוקק אינו משחית את

מילותיו לריק. טיעון זה נתמך ביתר שאת לנוכח ההבחנות שערכנו בין השופט המשפטאי לבין שופטי הצד.

למיטב ידיעתנו, לסעיף 390 אין כל אח ורע בחקיקה המקבילה הרלבנטית. כך, לדוגמא, בחוק בית הדין לעבודה, התשכ"ט 1969-, מוסדרת כהונתם של נציגי הציבור במושב בית הדין. דא עקא, חוק זה איננו מכיל כל הוראה בדבר סדרי ההתייעצות בין נציגי הציבור לשופטים המקצועיים. יתר על כן, מסעיף 10 לחוק זה אנו למדים כי ישנן דרישות סף למינוי נציגי הציבור, המעידות על הצורך בניסיון רלבנטי קודם בתחום המשפט או בתחום יחסי העבודה.

לדעתנו, יש ליתן פרשנות מיוחדת ליחידאיותו של סעיף 390. סעיף 390 מלמד אותנו על כוונת המכוון הנדירה של המחוקק - להשתית הליך התייעצות ספציפי בין חברי המותב המוגבל למצב של הכרעה בשאלה הטעונה החלטה. הליך מוגבל זה תוחם את ההתייעצות (דהיינו: את הבעת דעתו האוטונומית של השופט הצבאי) לשאלות הטעונות החלטה, ולא לכל עניין שבוחר אב"ד להעלות במשך המשפט, דווקא משום הצורך להישמר ולהיזהר מהחלפת דעות שעלולה לנטוע רושם בל יימחה, המשול לדעה קדומה, על שופט הצד.

י. סעיף 390 לחש"ץ - בנסיבות פסק הדין

הרציונל העומד מאחורי פרשנות סעיף 390 נכון ומתאים אף ביתר שאת לענייננו. צא ולמד כי מצב שבו אב"ד זימנה את באי כוח הצדדים לשיחה בלשכה לאחר העדת דבקרווב ולפני העדת עדת ההגנה מטעמו, הוא מצב "עדין" בלשון ההמעטה, דהיינו מסוג המצבים שבהם צריכים

להישקל כל תג ותג, ואשר לכל מילה ואות המובעות בו עלולה להיות משמעות מכרעת בנוגע לגורל ההליך.

אין תימה, לפיכך, כי זהו בדיוק סוג המצבים שיש לבחון ב"זכוכית מגדלת".

אב"ד ידעה גם היא כי השיחה שנערכה היא שיחה "עדינה" שעלולה אף מבלי משים להגיע למחזות המצויים בשטח שיפוטה של הפסלות. דא עקא, אב"ד בחרה שלא לקיים את שיחתה עם הצדדים בלא נוכחות שופטי הצד, כפי שנוהגים לא אחת אב"דים במצבים כגון אלה, ותחת זאת ביכרה את נוכחותם הרצופה של שופטי הצד לאורך כל התנהלותה של השיחה.

בית הדין הצבאי לערעורים הניח כי "ההחלטה לזימון של הצדדים ללשכה, היא פרי יוזמתם המשותפת של כל שופטי המותב, ואינה תוצר החלטתה הבלעדית של האב"ד". לדעתנו, לפי כל חלופה אפשרית (כפי שיפורט להלן) וללא כל קשר לזהות היוזם נמצא שהתנהגות אב"ד איננה יכולה לתקון:

1. אב"ד לא התייעצה כלל עם שני שופטי הצד האחרים בטרם נשיאת דבריה בלשכתה - שני שופטי הצד נחשפו לראשונה להערות אב"ד בעת שאלה נישאו בלשכתה, דהיינו שני שופטי הצד הופתעו לשמוע - ללא כל הכנה מוקדמת - הערות על קו ההגנה של דבקרוב ועל כך ש"מצבו לא טוב" באותו שלב קריטי.

2. אב"ד כן התייעצה מיוזמתה עם שני שופטי הצד האחרים בטרם נשיאת דבריה בלשכתה (הנחת בית הדין הצבאי לערעורים) - שני שופטי הצד נחשפו לראשונה לדבריה של אב"ד במסגרת שיחה פנימית עם אב"ד אף שלא קם כל צורך ליתן "החלטה" בתיק, דהיינו שני שופטי הצד

שמעו מפי אב"ד הערות שונות על קו ההגנה של דבקרוב ועל מצבו בשלב הקריטי שבו מצוי המשפט.

3. **אב"ד כן התייעצה עם שני שופטי הצד האחרים בטרם נשיאת דבריה בלשכתה, אך לא מיוזמתה - אחד משני שופטי הצד (ואולי שניהם יחדיו) פנה לאב"ד ויוזם התייעצות בשאלות הקשורות לעדותו של דבקרוב, שנשמעה זה עתה בפני כל המותב. דיון זה הוביל לליבונן של נקודות מסויימות בעדותו של דבקרוב ולבסוף לזימון באי כוח הצדדים ללשכת אב"ד.**

לדעתנו, אמות המידה לבחינת הסיטואציה האמורה הן שתי אלה: החוקיות העומדת בבסיס היוזמה לנשיאת הדברים בלשכת אב"ד וכן החוקיות שבעצם נשיאת הדברים בעת שנאמרו. בשני פרמטרים אלה כושלת החלטת בית הדין הצבאי המחוזי, וכישלון זה מונצח בהחלטת בית הדין הצבאי לערעורים.

אף מבלי להיכנס לתוכן המדויק של הדין ודברים שהתנהלו בין אב"ד לבאי כוח הצדדים, ניכר כי אב"ד השמיטה את הרציונל החשוב העומד בבסיס סעיף 390 לחש"ץ שכן אב"ד השמיעה את דעתה המקצועית בנוגע לעדותו של המבקש בנוכחותם של שופטי הצד ולאוזניהם הכרויות וכן המשיכה והציעה לבא כוח המבקש כי ישקול את המשך דרכו בתיק. לפיכך החל מרגע השיחה האמורה לא יכולים שופטי הצד לנתק עצמם מזכרם של אותם דברים שנשאה אב"ד בסיטואציה העדינה שתוארה, הן מן הבחינה העובדתית והן מן הבחינה של מדיניות שיפוטית מושכלת, אשר מצאה את ביטוייה בסעיפים 390-391 לחש"ץ.

לדעתנו, יש להחיל - כגישה נורמטיבית - משטר פטרנליסטי ביחסים שבין אב"ד לשופטי הצד כך שאב"ד לא ייענה לבקשות של שופטי הצד אשר עלולות להביאם להיחשף לחומר חקירה בעייתי או להערות הטומנות בחובן סיכוי סביר להשפעה על שיקול דעתם של שופטי הצד. כך הן בהתנהלותו של אב"ד בתוך אולם הדיונים והן (ואולי בעיקר) בהתנהלותו של אב"ד בלשכתו פנימה. משטר פטרנליסטי זה איננו אלא צורך השעה בבתי הדין הצבאיים לנוכח הרכב המותב, לנוכח כשירותו ולנוכח ניסיונו.

כדי להסיר כל ספק העלול להיות נטוע בקושי הקונספטואלי לזהות כאן מצב של פסלות שעה שמדובר במצב שבו שני שופטי הצד עדים לדין ודברים המוחלפים בין אב"ד לבאי כוח הצדדים, לא למותר להמחיש סיטואציה שבה ההרכב הנוכחי של בית הדין הצבאי המחוזי יבקש לקיים את התייעצותו הסופית בתיק דנן, ואו-אז ירחפו קביעותיה ודעותיה של אב"ד כעננה כבדה מעל ראשיהם של שופטי הצד, וה"חשש למשוא פנים" (סעיף 313 לחש"ץ) לא יהיה עוד בגדר חשש, אלא יקרום עור וגידים של משוא פנים ממשי לכל דבר ועניין.

הכיצד ניתן עוד לומר במצב כזה כי דעתם של שופטי הצד היא זו שנשמעה ראשונה כמצוות סעיף 390 לחש"ץ?

יא. הכלל הפרשני המוצע בנוגע להחלפת דעות בין שופטי בית הדין הצבאי

לדעתו של בית הדין הצבאי לערעורים,

גם החלפת דעות בין השופטים לבין עצמם במהלך המשפט, כל עוד אין מדובר בגיבוש

עמדה סופית וחריצת הדין לכאן ולכאן, אינה פסולה אף היא.

מדברים אלה ניכר כי בית הדין הצבאי לערעורים מחיל כלל רחב המתיר החלפת דעות בין שופטי הצד לאב"ד כאשר החריג לכלל הוא "גיבוש עמדה סופית וחריצת הדין לכאן ולכאן". אכן, בית הדין הצבאי לערעורים לא נמנע מלבחון את תוכן החלפת הדעות ואת עיתוין ותחת זאת בוחר להחיל כלל רחב יחסית המתפרש לכל מהלך המשפט.

בכל הכבוד, יש בעמדת בית הדין הצבאי לערעורים משום פרשנות רחבה החותרת תחת תכליות ההבחנה בין שופט משפטאי לשופט הצד. תכליות אלה הובילו בעבר (למשל בעניין קיוויתני) לכינונו של מבחן פסלות רחב בבתי הדין הצבאיים, בעיקר באשר לשופטי הצד. אין כל ספק כי תכליות אלה צריכות להוביל לכינונו של **כלל המונע החלפת דעות בין שופטי הצד לאב"ד, מלבד עניינים משפטיים טהורים ומלבד אותם חריגים שהם מקרים "הטעונים החלטה"**, כאמור בסעיף 391 לחש"ץ. ויוטעם שוב, אין הכוונה להדרכה משפטית ראויה ורצויה מצדו של אב"ד בעניינים משפטיים טהורים.

רק כלל פרשני כזה ימלא בתוכן ממשי את הרטוריקה הענפה בדבר הצורך להבחין בין שופטים משפטאים לשופטי הצד. אכן, רק כלל פרשני כזה ימנע את הרע בטרם יארע, שכן בכוחו יהיה לנטרל את כל אותם מקרים פוטנציאליים שבעטיים נטענת טענת הפסלות. **נוסף על כך**, יש לקבל את הכלל המוצע גם משיקולים של **מראית פני צדק**, שכן נקודות המפגש בין אב"ד לשופטי הצד יצטמצמו רק להחלפת דעות מסוימת וברורה הידועה מראש למתדיינים.

יב. המצב הנוהג בבתי הדין הצבאיים תואם את הכלל המוצע

משיחה שערכנו עם הסניגור הצבאי הראשי (אל"מ אביחי מנדלבלטי), ששימש בתפקידו הקודם כסגן נשיא בין דין צבאי מחוזי ובכלל זה שימש כאב"ד, ומניסיונו אנו עולה כי הכלל המוצע איננו בבחינת שאיפת לב של משפט רצוי, אלא משפט המצוי במחוזותינו. אכן, אב"דים רבים בבתי הדין המחוזיים נוהגים לשאת דברים בעלי אופי "עדין" או בעייתי שלא בנוכחותם של שופטי הצד. בכך ישנה הטמעה ראויה של ההבחנות שנקבעו בעניין קיווית²⁹. בכך מונעים אב"דים רבים את הרע בטרם יארע. אין ספק כי יש בכך כדי לחזק את השגותינו על פסק הדין ולהורות על דרך המלך לפיתרון הסוגיה המוצגת במאמר זה.

יג. סיכום

החל מעניין קיווית³⁰ הכיר בית הדין הצבאי לערעורים כי יש ליתן נפקות מעשית להבדלים התהומיים בין שופטים מקצועיים לבין שופטי הצד. בעניין קיווית נותחה באופן מקיף ההבחנה שבין מבחן הפסלות האזרחי לבין מבחן הפסלות הצבאי. זה לעומת זה עומדים ה"חשש הממשי למשוא פנים" וה"חשש הסביר למשוא פנים" ומתווים אמות מידה שונות בתכלית לבחינת הפסלות.

לגישתנו, יש מקום לעשות צעד נוסף, מתבקש, ולהשית כלל פרקטי המסדיר את החלפת הדברים בין אב"ד לשופטי הצד ככל שמדובר בעניינים

29 לעיל, הערה 6.

30 שם.

שאינם טעונים החלטה. כלל זה, אשר נקוט הלכה למעשה בפרקטיקה הנוהגת בבתי הדין הצבאיים המחוזיים, מונע החלפת דעות בין שופטי הצד לאב"ד, אלא אם כן מדובר בדרך המלך המותווית בסעיפים 389-391 לחש"ץ עובר לקבלת החלטה, לרבות פסק דין. וכאמור, אין הכוונה להדרכה משפטית ראויה מצדו של אב"ד בטרם קבלת החלטה. כלל זה מטמיע את ההבדלים התהומיים בין שופטים מקצועיים לבין שופטי הצד ונותן להם משנה תוקף במסגרת הדיונית השגרתית.

עד שיוחלט להרחיב את תהליך השדרוג ההדרגתי שבו החל צה"ל זה כבר, כך שגם שופטי הצד בבתי הדין הצבאיים יחויבו להיות בעלי השכלה משפטית, נדמה לנו שייטיב המחוקק עשות אם ישנה את הוראות החש"ץ הנוגעות להתייעצות בין שופטי המותב, כך שיובהרו חד משמעית וברוח הכלל אשר מוצע במאמר זה, עיתויה של החלפת הדעות בין שופטי המותב ואופייה. עד לשינוי החוק המיוחל ולנוכח ההלכה שנקבעה בעניין דבקרובי³¹, אין לנו אלא לקוות כי בתי הדין הצבאיים יצעדו בנתיבים טלולים ויישמו כללים ברורים, זהירים ומהודקים יותר במרקם היחסים המורכב שבין אב"ד לבין שופטי הצד.

31 לעיל, הערה 2.

בית הדין הפלילי הבינלאומי (ICC)

אלן בייקר*

מבוא

רקע היסטורי

הוראות מרכזיות ועקרונות יסוד

הפשעים שבסמכות בית הדין

סמכות בית הדין והתנאים להפעלתה

עיקרון ההשלמה (קומפלמנטריות)

שיפוט יחידים

העדר תחולה רטרואקטיבית

שיתוף פעולה עם הערכאה

גופי האמנה, מנגנון ומוסדות נלווים

הוראות מהותיות שונות ועקרונות כלליים

בית הדין הפלילי, העם היהודי ומדינת ישראל

מבוא

בימים אלה, שבהם מדינת ישראל מתמודדת עם מאבק יומיומי בטרור, מוטחות במדינת ישראל האשמות קשות על ידי גורמים בינלאומיים שונים בדבר הפרות של אמנות בינלאומיות ובדבר ביצוע פשעי מלחמה. לנוכח האשמות אלו ולנוכח המניעים הפוליטיים, שברוב המקרים הם אשר עומדים בבסיסן, עומדים מקבלי ההחלטות בממשלת ישראל ובצמרת צה"ל וכן שופטי ישראל בפני דילמות מצויאותיות וקשות ביותר הנוגעות הן למישור המשפט הפנימי והן למישור המשפט

* עורך דין, LL.M., יועץ המשפטי של משרד החוץ.

תודת המחבר נתונה להראל בן-ארי, LL.M., יועץ משפטי בשגרירות ישראל בהאג, על הסיוע שהגיש בכתובת המאמר. המחבר והמערכת מודים עמוקות לעו"ד דסי גרינברג, עוזרת ליועץ המשפטי של משרד החוץ, על סיועה בהוצאת הרשימה מהכוח אל הפועל.

הבינלאומי: איך, מחד גיסא, להילחם בטרור מסוג שהעולם לא ידע עד עכשיו, ומאידך גיסא, לעמוד בנורמות המקובלות בעולם בדבר התנהגות של מדינה דמוקרטית השוחרת חירות ושלו.

דילמה זו מתחדדת עוד יותר עם הקמת בית הדין הפלילי הבינלאומי הקבוע בו-ביולי 2002, והקונקרטיזציה של הסכנה שמדינאים ישראלים וקצינים ישראלים יעמדו לדין בפני ערכאה זאת ביום מן הימים.

במאמר קצר זה נבקש לפרט את הוראותיה המרכזיות של חוקת בית הדין ואת העקרונות שביסודה תוך שרטוט קווים כלליים לדמות הערכאה והעמדתם אל מול הדילמות הקשות של מדינת ישראל.

רקע היסטורי

הרעיון להקמת ערכאה פלילית בינלאומית נולד בחוזה השלום שנחתם בוורסאי לאחר מלחמת העולם הראשונה. הצורך בהקמת ערכאה פלילית בינלאומית קבועה נדון פעמים רבות מאז, והוא חודר נוכח זוועות מלחמת העולם השנייה. במהלך המאה הנוכחית הוקמו אמנם מספר טריבונלים אד הוק, בעלי מנדט מוגדר המוגבל בתחולת הזמן, המקום והעניין, לשיפוט פשעים בינלאומיים. בין אלה ניתן למנות את בתי הדין הצבאיים בנירנברג ובטוקיו, שהוקמו לאחר מלחמת העולם השנייה, ואת בתי הדין המאוחרים לשיפוט הפשעים אשר בוצעו ברואנדה וביוגוסלביה לשעבר.

1 Charter of the International Military Tribunal at Nuremberg, Aug. 8, 1945; Charter of the International Military Tribunal for the Far East, Tokyo, Jan. 19, 1946, as amended Apr. 26, 1946.

2 The International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Former Yugoslavia since 1 January 1991 (S.C. Res. 808, U.N. SCOR, U.N. Doc. S/RES/808 (1993)); The International Tribunal for Rwanda (with the power to prosecute persons responsible for serious violations of international humanitarian law committed in the territory of Rwanda and Rwandan citizens responsible for such violations committed in the territory of neighbouring states between 1 January 1994 and 31 December 1994) (S.C. Res. 955, U.N. SCOR, U.N. Doc. S/RES/955 (1994)). בעת האחרונה נבחנה האפשרות להקמת טריבונל לשיפוט פשעים שבוצעו במהלך מלחמת האזרחים בסיירה-ליאון, שיתבסס על סמכות שיפוט לאומית אך יכלול מרכיבים המוכרים מפעילות הטריבונלים הבינלאומיים, כמפורט בהחלטת מועצת-הביטחון 1315. ראו S.C. Res. 1315, U.N. SCOR, U.N. Doc. S/RES/1315 (2000). כמו כן, דובר על הקמת ערכאה לשיפוט הפשעים אשר בוצעו על ידי משטרו של פול פוט בקמבודיה. זאת במסגרת שיחות שערכה מזכירות האו"ם עם

עם זאת, הקיפאון המדיני והמתרחבות הבין-גושית שאפיינו את עידן המלחמה הקרה, לא אפשרו הקמת ערכאה פלילית בינלאומית קבועה.

האירועים הקשים ברואנדה וביוגוסלביה לשעבר, לצד נפילת מסך הברזל עמדו ברקע החייאת היוזמה ואפשרו תמיכת מדינות שהתאפיינו בעבר בהסתייגות מרעיון הקמת בית הדין, כדוגמת ארצות הברית ובריטניה.

על רקע התהליכים והאירועים הנזכרים חזרה העצרת הכללית של האו"ם בשנת 1994³ והטילה על הוועדה למשפט בינלאומי את משימת הכנתה של טיוטת חוקה לבית דין פלילי בינלאומי. הטיוטה גובשה בראשית שנת 1995 והועברה על ידי העצרת הכללית של האו"ם לעיון שתי ועדות שהקימה לצורך גיבוש טיוטה שתכלול גם את התגובות וההערות של המדינות השונות ובכך תשקף הסכמה רחבה ככל האפשר. במהלך השנים 1996-1998 התנהלו במסגרת זו שישה סבבי דיונים, שבהם נטלה מדינת ישראל חלק פעיל. לקראת השלמת הדיונים על נוסח טיוטת החוקה הוחלט על כינוסה של ועידה דיפלומטית לצורך ליבון הסוגיות המרכזיות השנויות במחלוקת ולצורך אישור טיוטת החוקה של בית הדין. הוועידה התכנסה ברומא בין התאריכים 15.6.1998-17.7.

יצוין כי מתכונת זו שונה בתכלית ממתכונת הקמת הטריבונלים לשיפוט הפשעים שבוצעו ביוגוסלביה לשעבר וברואנדה, אשר הוקמו "לאחר מעשה" מתוקף החלטות בעלות תוקף מחייב של מועצת הביטחון של האו"ם במסגרת פעולתה מכוח פרק VII למגילת האו"ם⁴. לעומת זאת, המטרה בכינוס הוועידה הדיפלומטית הייתה הקמת בית דין מכוח אמנה בינלאומית מכוננת שתהייה עצמאית וקבועה, להבדיל מגוף-משנה או גוף-סמך של האו"ם, שתאפשר, כראוי לערכאה פלילית, פעילות שאינה תלויה בהחלטותיו ובחסותו של גוף פוליטי, כמועצת הביטחון של האו"ם, והמשכיות דיונית, שחיונית לגיבוש גוף המשפט הפלילי הבינלאומי ופיתוחו.

ממשלת קמבודיה החל משנת 1997, לאור בקשת ממשלת קמבודיה ומספר ממשלות אחרות שלא על בסיס מנדט מטעם מועצת הביטחון של האו"ם או העצרת הכללית.

3 G.A. Res. 49/53, U.N. GAOR (1994). למעשה, החל התהליך עוד בשנת 1989 עם אימוץ החלטת העצרת 44/39 פרי יוזמת טרינידד וטובאגו. היוזמה נתמכה על ידי 17 ממדינות אמריקה הלטינית והקריביים, אשר ביקשו להחיות את הדיונים בסוגיית הקמת ערכאה פלילית בינלאומית.

4 אף חוקות הטריבונלים אומצו במסגרת זו כהחלטות של מועצת הביטחון.

הוראות מרכזיות ועקרונות יסוד**הפשעים שבסמכות בית הדין**

לבית הדין סמכות להעמיד פרטים לדין בגין הפשעים החמורים ביותר במישור הבינלאומי המוגדרים בחוקה (the most serious crimes of international concern,) (as referred to in this Statute)⁵. החוקה מונה ארבע קטגוריות של עברות מסוג זה: השמדת עם (genocide), פשעים נגד האנושות (crimes against humanity), פשעי מלחמה (war crimes) ותוקפנות (aggression)⁶.

ביחס לשלוש הקטגוריות הראשונות, החוקה מספקת רשימה ממצה של מעשים הנופלים בגדרן. רשימת עברות מפורטת זו הופכת, למעשה, את החוקה לקוד פלילי בינלאומי של ממש, כמתחייב מעיקרון החוקיות בפלילים⁷. רשימת העברות מבוססת ברובה על הגדרות שמקורן באמנות בינלאומיות שונות, הגם שבמספר מקרים היא סוטה מן הנוסח המקורי⁸. כך, העברות שכותרתן "פשעים כנגד האנושות", הן העברות המנויות בחוקת בית הדין הצבאי בנירנברג בתוספת שש עברות "מאוחרות", ותחולתן בעתות שלום ובמהלך סכסוכים מזוינים כאחד⁹.

ביחס לפשע התוקפנות, קובעת החוקה כי הגם שהפשע נכלל בסמכות בית הדין, הרי שיישום הסמכות בפועל יתאפשר רק עם אימוץ הוראה בדבר הגדרה מוסכמת של הפשע ושל התנאים להפעלת הסמכות¹⁰. הסדר זה משקף פשרה פרי

5 "the most serious crimes of international concern, as referred to in this Statute" Rome Statute of the International Criminal Court, July 17, 1998, art. 1 (להלן: "חוקת בית הדין", "החוקה" או "אמנת רומא").

6 סעיף 5 לחוקת בית הדין.

7 ולהבדיל, כאמור, מן השיטה ששימשה בגיבוש חוקת הטריבונלים ביוגוסלביה לשעבר וברואנדה.

8 לרוב סטיות אלו שוליות. עם זאת, במספר מקרים עלולות סטיות אלו להוביל למצבים שבהם נאשם לא יוכל לזכות להגנה מפני העמדה לדין פעמיים בגין אותה עברה (*ne bis in idem*); ההגנה מעוגנת בסעיף 20 לחוקה.

9 סעיף 7 לחוקת בית הדין.

10 אימוץ הוראה זו יחייב תיקון החוקה בהתאם לאמור בסעיפים 121 ו-123, קרי אימוץ ברוב של שני שלישים על ידי ה-Assembly of States Parties של הגדרה מוסכמת שבע שנים לאחר כניסת החוקה לתוקף במסגרת ה-Review Conference. ראו להלן, בע' 889-888. מנגנון זה עלול, כמובן, לעורר קשיים בכל הנוגע לצורך בעדכון חקיקה לאומית מיישמת של מדינות שאשררו את החוקה עובר לתיקונה כאמור.

רגישותה הפוליטית של סוגיית התוקפנות בשני מישורים. ראשית, הגדרת המונח, "תוקפנות", מחייבת דיון מהותי באותם המעשים שיבואו בגדר קטגוריה זו. דיון זה, אשר נפתח לאחר מלחמת העולם השנייה ולא הסתיים עד עצם היום הזה, שואב את רגישותו מן העובדה שתוצאותיו יאפשרו הגדרת נסיבות שבהן תיחשב מדינה לתוקפנית תוך איבוד הזכות לפעולת נגד לגיטימית מכוח עיקרון ההגנה העצמית, ונשיאה באחריות לתוצאות הפעולה במישור הבינלאומי, לעומת מדינה שפעולותיה הצבאיות תהווה הגנה עצמית, קרי מענה לגיטימי וצודק לפעולה התקפית. שנית, הגדרת התנאים להפעלת הסמכות מחייבת הכרעה מעשית ביחס ליחסי הגומלין שבין בית הדין למועצת הביטחון של האו"ם. כיום קובעת מגילת האו"ם כי הסמכות הבלעדית להכרזה על פעולה כתוקפנית נתונה למועצת הביטחון¹¹. נשאלת השאלה, האם יוכל בית הדין להפעיל את סמכותו לעניין פשע התוקפנות מבלי להזדקק להחלטה מקדמית של מועצת הביטחון בנושא¹².

טרור בינלאומי אינו מוגדר כפשע בגדר סמכות בית הדין. הגם שבכתב הסופי של ועידת רומא הוכר כי מעשי טרור הם "serious crimes of concern to the international community"¹³, לא ניתן היה לגבש הסכמה ביחס להגדרת הפשע ולהכללתו בהתאם בסמכות השיפוט של בית הדין¹⁴.

ההתנגדות להכפפת הפשע לסמכות בית הדין הובאה בעיקר מצד מדינות המערב, אשר סברו כי צעד זה יחטיא את מטרתו, וכי הגדרת הפשע כרוכה בקשיים רבים מדי, ויש לחשוש כי הדיון בסוגיה יהיה מעורב בשיקולים פוליטיים. לגישת מדינות אלו, מוטב כי הטיפול בפשע הטרור ייוותר בידי ערכאות שיפוטיות לאומיות

11 סעיף 39 למגילת האו"ם, במסגרת פרק VII למגילה.

12 ס' 25) סיפא לחוקת בית הדין קובע כי כל הסדר ביחס לפשע התוקפנות יעלה בקנה אחד עם ההוראות הרלבנטיות במגילת האו"ם, ובכך רומז להכרה במעמדה של מועצת הביטחון בהקשר הנדון. ראו COMMENTARY ON THE ROME STATUTE OF THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT, OBSERVERS' NOTES, ARTICLE BY ARTICLE 105-06 (Otto Triffterer ed., 1999). ברור כי הדיון בסוגיה מעורר שאלות עקרוניות בכל הנוגע לתלות מוסד שיפוטי הדין פרטים בפלילים בהכרעות גוף פוליטי (שתבניתו אינה שוויונית או ייצוגית) המשקפות מערך נקודתי של יחסי כוחות מדיניים והסדרים גלובאליים.

13 ראו Final Act, UN. Doc. A/CONF.138/10, 17 July 1998, Annex I, Resolution E (hereinafter Final Act).

14 הדבר נכון גם לגבי פשע ה-international trafficking of illicit drugs.

ורשויות חקירה לאומיות, אשר יוכלו ביתר יעילות לחקור פעולות טרור ולהעמיד טרוריסטים לדין.

תחת זאת נקבע כי במסגרת "הוועידה לעיון מחדש" (Review Conference), שאמורה להתכנס שבע שנים מיום כניסת החוקה לתוקף לבחינת תיקונים לחוקה, תישקל מחדש הגדרת פשע הטרור, מתוך כוונה לגבש הגדרה מוסכמת ולהכלילו בסמכות בית הדין.

יש לציין כי לאחר אירועי ה-11 בספטמבר 2001 החלו נשמעים קולות המבקשים לכלול מעשי טרור כה חמורים במסגרת הדיון המהותי בעברות המגבשות פשעים כנגד האנושות¹⁵.

סמכות בית הדין והתנאים להפעלתה

רגישותה הפוליטית של סוגיית סמכות השיפוט ומורכבותה הפכו את הדיונים בנושא לאבן הנגף המרכזית במהלך הוועידה הדיפלומטית¹⁶. ללא ספק, מארג ההוראות הנוגעות לסמכות בית הדין לצד ההוראות בדבר שיתוף הפעולה עם הערכאה, הם לב לבה של החוקה.

את משטר הסמכות של ביה"ד ניתן לתאר כ-"system of automatic jurisdiction". על פי משטר זה, מדינה המאשררת את החוקה והופכת צד לה, מקבלת את סמכות השיפוט של בית הדין ביחס לפשעים שבסמכותו ללא צורך בכל הסכמה נוספת של מדינה זו או של כל מדינה אחרת. יובהר כי המדובר בסמכות שיפוט ביחס לפשעים אשר בוצעו לאחר כניסת החוקה לתוקף ביחס למדינה ובפשעים אשר בוצעו עובר לכניסת החוקה לתוקף ביחס למדינה, ואשר המדינה בחרה להצהיר כן מפורשות לגביהם.

החוקה קובעת כי ישנם שלושה תנאים מקדימים להפעלת הסמכות של בית הדין במקרה נתון, כלומר שלוש חלופות להמרצת תובע בית הדין לפתיחה בהליך

15 עקב אירועי ה-11 בספטמבר הציעה טורקיה במהלך דיוני המושב השמיני של הוועדה המכינה של בית הדין בניו יורק לכלול בסדר היום הצעה לתיקון אמנת רומא כך שתכלול בגדר סמכות השיפוט את פשע הטרור הבינלאומי.

16 מחלוקות ביחס לסוגיה זו הם שהובילו לאימוץ החוקה בדרך של הצבעת רוב, להבדיל מן החזון המקורי של אימוץ בדרך של קונסנזוס, המשקף הסכמה כוללת.

תביעה: הגשת תביעה ביוזמת מועצת הביטחון של האו"ם על פי החלטה במסגרת פרק VII למגילת האו"ם; הגשת תביעה ביוזמת מדינה חברה; והגשת תביעה ביוזמת התובע עצמו.

יובהר כי על פי החוקה יש באפשרות המדינה המצטרפת אליה לצרף הצהרה (opt-out declaration), אשר תפטור את המדינה הנדונה מסמכות בית הדין לעניין קטגוריית פשעי המלחמה לתקופה בת שבע שנים ממועד כניסת החוקה לתוקף ביחס למדינה אם הפשע בוצע, לכאורה, על ידי אזרחי המדינה או בשטחה¹⁷.

ומה באשר למדינה שאינה צד לחוקה? אם מקור התביעה כנגד המדינה הוא במועצת הביטחון של האו"ם, הרי שבית הדין קונה סמכות כפי שהוסבר לעיל, ביחס לפשעים שבסמכות בית הדין אשר בוצעו החל ממועד כניסת החוקה לתוקף¹⁸. בשני המצבים האחרים, קרי תביעה ביוזמת מדינה חברה או התובע, קונה בית הדין סמכות בהתקיים אחד מארבעת התנאים הבאים: המדינה שבה בוצע הפשע, היא מדינה חברה או שהגישה הצהרה בדבר הסכמה נקודתית לשיפוט לעניין הפשע הנטען; מדינת האזרחות של הנאשם היא מדינה חברה או שהגישה הצהרה בדבר הסכמה נקודתית לשיפוט. כך, למעשה, קיימת אפשרות כי אזרח מדינה שאינה צד לחוקה, המואשם בביצוע פשעים שבסמכות בית הדין ונמצא מחוץ לגבולות מדינתו, יוסגר לבית הדין ויעמוד לדין בלא הסכמת מדינתו. הדבר מתקיים כשלמדינה שבה בוצע הפשע, יש זיקה לבית הדין כאמור, או כשלאזרח אזרחות כפולה, ולמדינת אזרחותו הנוספת יש זיקה לבית הדין.

עיקרון ההשלמה (קומפלמנטריות)

החוקה קובעת כי סמכות בית הדין היא משנית לסמכויות השיפוט הלאומיות. במובן זה היא קומפלמנטרית, קרי משלימה, סמכויות אלו. עיקרון זה, אשר מהווה אדן מרכזי של המנגנון שמגבשת החוקה, הוא תוצר של פשרה פוליטית שמטרתה יצירת איוון מקובל בין הערכאה האוניברסלית לבין רשויות השיפוט הלאומיות.

17 הוראת סעיף 124, אשר מאפשרת הגשת "הצהרת פטור" כאמור, תהא נתונה לעיון חוזר במסגרת ה-review conference. ראו להלן, בע' 888-889.

18 להבדיל ממדינה חברה, אשר קניית הסמכות ביחס אליה היא ממועד כניסת החוקה לתוקף ביחס לאותה מדינה.

לכאורה, החוקה מכירה בקדימות (primary responsibility) רשויות השיפוט הלאומיות הנוגעות בדבר בכל הנוגע להליכי חקירה ולהעמדה לדין בגין ביצוע פשעים בינלאומיים. אולם בפועל אין הערכאה האוניברסלית נדרשת לבטל עצמה בפני הרשויות הלאומיות. כך, בית הדין מחויב בבחינה מקדמית של קבילות (admissibility) כל מקרה הבא בפניו. במסגרת בחינה זו על בית הדין לספק עצמו כי לא מתקיימים בפרשה הליכי חקירה או העמדה לדין על ידי הרשויות המוסמכות במדינה שקונה סמכות שיפוט בנסיבות המקרה, או שלא התקבלה החלטה בדבר אי העמדה לדין עקב חקירת הרשויות המוסמכות כאמור. על בית הדין לוודא כי כל הליך כאמור הוא ראוי וכן (genuine) ואינו נובע מחוסר רצון (unwillingness) או מחוסר יכולת בפועל (inability) לקיים את ההליכים הלאומיים. יובהר כי הגם שהחוקה קבעה נוהל מפורט לערעור על החלטותיו הטרומיות של בית הדין בנושאי סמכות וקבילות, הרי שההכרעה הסופית ביחס למכלול נושאי סמכותו נתונה, כאמור, לבית הדין ולו בלבד. ברור, אפוא, כי בפועל "זכות הראשונים" הנתונה לרשויות השיפוט ושלטונות החקירה הלאומיים מסויגת, באופן שהיא נתונה לבחינת בית הדין וכפופה להערכתו.¹⁹

שיפוט יחידים

בית הדין מוסמך לשיפוט יחידים, והחוקה מבססת את עיקרון האחריות הפלילית האישית בגין ביצוע הפשעים שבסמכותה במישור הבינלאומי ומעגנת אותו מפורשות. החוקה מחדשת וקובעת נחרצות כי אחריות זו אינה נסוגה מפני כל מעמד רשמי או חסינות, ובכלל זה חסינות ראש מדינה או ראש ממשלה, חסינות מיניסטריאלית או פרלמנטארית, חסינות דיפלומטית או פקידותית או כל חסינות דיונית או מהותית אחרת, וכי אלו אף אינן מהוות כשלעצמן עילה להפחתת עונש. החוקה קובעת את אחריותם העקרונית של מפקדים צבאיים ושל ממונים אפקטיביים (superiors) אחרים בכל הדרגים ומספקת רשימה ארוכה של האחראים אישית בגין ביצוע עברות נגזרות.²⁰ יובהר כי מיצוי האחריות הפלילית האישית, אין בה כדי

19 ראו סעיף 17 לחוקת בית הדין.

20 ראו סעיף 28 לחוקת בית הדין.

לפטור את מדינת הלאום של המורשע או כל מדינה אחרת מכל אחריות כמקובל במשפט הבינלאומי.

העדר תחולה רטרואקטיבית

כמתחייב מעיקרון החוקיות ומתוקף ההבנה שהחוקה יוצרת מערך שיפוטי ומשפטי נפרד ואוטונומי, נקבע כי סמכות בית הדין אינה חלה על מעשים שבוצעו, לכאורה, טרם כניסת החוקה לתוקף. בכך יש, ככל הנראה, כדי לשלול באופן עקרוני העמדה לדין אף בגין "עברות נמשכות" שביצוען החל עובר למועד זה, בהנחה כי לא ניתן לבסס את מכלול מרכיבי העברה במועד תחולת האיסור.

יש להדגיש, כי פשעים המוגדרים במשפט הבינלאומי המנהגי כפשעים במישור הבינלאומי ובוצעו טרם כניסת החוקה לתוקף, אינם כפופים לכל משטר של התיישנות, ובהתאם ניתן להעמיד בגינם לדין באמצעות מסגרות בינלאומיות ולאומיות שונות מחוץ לחוקה. לעניין החוקה, מכל מקום, משנקנתה סמכות, אין החוקה מכירה בכל טענה בדבר התיישנות.

שיתוף פעולה עם הערכאה

משטר שיתוף הפעולה עם בית הדין משלים, למעשה, את משטר הסמכות, ומעצם העיסוק במחויבויות המדינות כלפי הערכאה הריהו רגיש וטעון לא פחות. הדבר נכון ברמה העקרונית לאור הנגיסה המתחייבת בריבונות הלאומית ובמישור המעשי עקב הצורך בהתאמות חוקתיות רבות במערכי החקיקה המדינתיים. ככלל, על המדינות החברות חלה החובה לשתף פעולה עם הערכאה באופן בלתי מסויג, ועליהן להבטיח כי חקיקתן הלאומית תאפשר לעשות כן. בית הדין יכול לפנות בבקשת סיוע על פי הסדר נקודתי אף למדינה שאינה צד לחוקה. חוסר שיתוף פעולה מצד מדינה חברה עלול להוביל להעברת הדברים לבחינת מועצת המדינות החברות או אף מועצת הביטחון של האו"ם אם זו יזמה את ההליך המדוברי.²¹ משטר שיתוף

21 יובהר כי החוקה אינה מעניקה באופן מפורש כל סמכות אכיפה לבית הדין, ואף אין להסיק סמכות זו מכלל. ראו Hans-Peter Kaul & Claus Kress, *Jurisdiction and Cooperation in the Statute of the International Criminal Court: Principles and Compromises*, 2 Y.B. INT'L HUMANITARIAN L. 143,

הפעולה והסיוע לערכאה חולש על מספר תחומים מרכזיים: העברת מידע, איסוף ראיות וגביית עדויות, מעצר חשודים והעברתם לבית הדין והעברת עדים לבית הדין. יובהר כי הגם שמדינה חברה יכולה לדחות בקשה להעברת מידע או להמצאת ראיה מטעמי סיכון ביטחון המדינה (national security)²², הרי שבסופו של יום, אם בית הדין סבור כי המידע חיוני, וכי בנסיבות המקרה הפרה המדינה בסירובה את התחייבויותיה מכוח החוקה, בסמכותו להעביר את הנושא לבחינת עצרת המדינות החברות או למועצת הביטחון²³.

גופי האמנה, מנגנון ומוסדות נלווים

חוקת בית הדין, שהינה אמנה בינלאומית רב צדדית, מכוננת ארגון בינלאומי המהווה גוף שיפוטי אוניברסלי ועצמאי. מלבד כינון בית הדין עצמו, החוקה מייסדת את "עצרת המדינות החברות" (Assembly of States Parties)²⁴, וכן את גופי המנגנון: הנשיאות (Presidency), תת ערכאות הערעור, השיפוט וקדם המשפט (Appeals Office of the Division, Trial Division, Pre-Trial Division), לשכת התובע (Prosecutor) והמוכירות (Registry)²⁵.

בתום הוועידה הדיפלומטית הוחלט להקים, כגוף זמני ועד לכינוס עצרת המדינות החברות, את "הוועדה המכינה" (Preparatory Commission). בגוף זה

157. על כן נדמה כי מצבים של אי שיתוף פעולה יחייבו בחינת הנורמות הרווחות במשפט הבינלאומי המנהגי בכל הנוגע לדוקטרינת אחריות המדינה (state responsibility). ראו שם, בע' 169.

22 בסיס מרכזי נוסף לסירוב לשיתוף פעולה הוא סתירה לעיקרון יסוד משפטי בעל תחולה כללית ("existing fundamental legal principle of general application") המעוגן בדין הלאומי, כשהכוונה היא בעיקר לעיקרון חוקתי. ואולם תחולת יסוד זה בבסיס לדחיית בקשת סיוע היא מצומצמת למדי (סעיף 93(3) לחוקה). החוקה אף מספקת הנחיות מפורטות ביחס לקשת מצבים שבהם מוגשות בקשות הסגרה מטעם מדינות, במקביל לבקשת בית הדין להעברת אנשים לרשותו (סעיף 90 לחוקה).

23 כשלב ביניים על המדינה חלה חובה לבוא בדין ודברים עם רשויות בית הדין על מנת לאתר פתרון המניח את הדעת לסוגיית חשיפת המידע מתוך כוונה לקיים שיתוף פעולה עם הערכאה. במסגרת זו על המדינה לנקוט בכל צעד סביר שיאפשר חשיפת המידע המבוקש. היה ולא ניתן למצוא פתרון, על המדינה ליידע את בית הדין או את התובע בדבר הסיבות הנקודתיות להחלטתה לטרב לפניית בית הדין ובתנאי שעצם הפירוט לא יסכן את ביטחונה.

24 ראו סעיף 112 לחוקת בית הדין.

25 ראו סעיף 34 לחוקת בית הדין.

חברות כל המדינות אשר חתמו על המסמך הסופי של הוועידה הדיפלומטית²⁶. הוועדה קיימה בין השנים 1999-2002 עשרה סבבי דיונים בנושאים שונים - מנהלתיים ומהותיים - החיוניים לתפקודה השוטף של הערכאה²⁷. בין היתר, נדרשה הוועדה לגבש המלצות ביחס להגדרת פשע התוקפנות ולתנאים להפעלת סמכות בית הדין ביחס לפשע זה וביחס לטיוטת הוראות סדרי דין וראיות (Rules of Evidence and Procedure)²⁸. חשוב מכל, מנדט הוועדה כולל הכנת טיוטת "מסמך רכיבי הפשעים" (Elements of Crimes). החוקה מורה כי לאחר אימוצו על ידי עצרת המדינות יסייע מסמך יסוד זה לשופטים בפרשנות סמכות בית הדין בנוגע לפשע השמדת העם, לפשעים נגד האנושות ולפשעי המלחמה וביישומה²⁹.

עצרת המדינות החברות תיכון עם כניסת החוקה לתוקף ותכנס לפחות אחת לשנה. המדובר בגוף פוליטי שבו חברות המדינות שהן צד לחוקה, על בסיס הצבעה שוויוני. לעצרת סמכויות נרחבות בענייני בקרה ופיקוח, מנהלה ותקצוב וכן סמכויות לדון, להגיש המלצות ואף לעתים להכריע בענייני מהות. יש לציין כי רשימת סמכויות זו אינה רשימה סגורה, והיא ניתנת להרחבה בכפוף לצרכים.

הוראות מהותיות שונות ועקרונות כלליים

כמקובל בכל קוד פלילי, קובעת החוקה שורה של הגנות ועקרונות שיפוט כלליים. ככלל, בית הדין מוסמך לפסוק עונשי מאסר של עד 30 שנים ואף מאסר עולם אם חומרת המעשה והנסיבות האישיות מצדיקות זאת. בית הדין אף מוסמך לפסוק קנסות והחרמת מה שנרכש עקב ביצוע העברה. לעניין מקורות הדין החל

26 ראו Resolution F13, Final Act, *supra* note 26, בחתימה על ה-Final Act כמסמך אשר מסכם ועידה בינלאומית, מפרט את החלטות מליאת הוועידה ומתעד את התרחשותה, אין כדי ליטול מחויבויות מכוח האמנה עצמה, ואין בינה לבין אשרור החוקה או חתימה עליה דבר.

27 כגון זכויות וחסינויות הנתונות לערכאה ולאנשי המנגנון, הסכם עם מדינת המושב (הולנד), הסכם קישור עם האו"ם ומוסדותיו, סוגיות תקציביות, ענייני כוח אדם וכיוצא באלה.

28 ראו Finalized Draft Text of the Rules of Procedure and Evidence, UN Doc. PCNICC/2000/INF/3/Add.1 (2000).

29 ראו Finalized Draft Text of the Elements of Crimes, UN Doc. PCNICC/2000/INF/3/Add.2 (2000). באופן זה, בין היתר, הפכו עצרת המדינות החברות והוועדה המכינה, ביחד עם בית הדין עצמו, לגופי הפרשנות המרכזיים של החוקה. מכל מקום, יש לזכור כי פרשנויות הוועדה המכינה אינן מחייבות, והן בגדר המלצות עד לאימוצן על ידי עצרת המדינות החברות או על ידי בית הדין. ברור, אפוא, כי עד שלא יאומצו סופית כללי הראיות וסדרי הדין, ולא יגובש נוסחו הסופי של מסמך רכיבי הפשעים, לא תעוצב, למעשה, במלואה ולפרטיה תחולת סמכותו של בית הדין.

קובע סעיף 21 לחוקה שבהכרעותיו על בית הדין בראש ובראשונה ליישם את הוראות החוקה, את מסמך "רכיבי הפשעים" ואת תקנות סדרי הדין והראיות. מעבר לכך יונחה בית הדין על ידי הוראות אמנות בינלאומיות רלוונטיות ועל ידי הוראות המשפט הבינלאומי, ובכלל זה דיני המלחמה המנהגיים. כמוצא אחרון יפנה בית הדין לעקרונות כלליים השאובים מדינים לאומיים של שיטות המשפט המוכרות, ובכלל זה אותם דינים של המדינות אשר היו קונות סמכות בנסיבות העניין. בית הדין מוסמך להסתמך על תקדימיו.

בית הדין הפלילי, העם היהודי ומדינת ישראל

למדינת ישראל, כמדינת העם היהודי, נודעת באורח טבעי תרומה מהותית לקידום החזון להקמת הערכאה הפלילית הבינלאומית. כך, עם ההתעוררות בקרב הקהילה הבינלאומית לאחר משפטי נירנברג ראתה המדינה עצמה אחראית לתמוך בעקביות ברעיון הקמתה של ערכאה פלילית בינלאומית קבועה לשיפוט יחידים והקפידה באמצעות מדינאיה ובכירי משפטניה, לפעול במסגרת בינלאומית למימוש. ברוח זו פעלו עוד בראשית שנות ה-50 נציגי ישראל - ובכללם יוזכרו יעקב רובינסון ז"ל, חיים ה' כהן ז"ל ושבטאי רוזן יבדל"א - בוועדות השונות שהתכנסו לשם גיבוש טיוטות ראשוניות לחוקת בית הדין הפלילי הבינלאומי. טיוטות אלו הן שהיוו נקודת מוצא ובסיס לחוקת בית הדין.

בנאמומו במושב הפתיחה של ועידת רומא ביום ה-17 ביוני 1998 הדגיש אליקים רובינשטיין, היועץ המשפטי לממשלה וראש המשלחת הישראלית לוועידה, את האינטרס המיוחד שיש לישראל בגיבוש חוקת בית דין פלילי בינלאומי נוכח היותו של העם היהודי הקורבן של פשע מהנוראיים הידועים לאדם - השואה - שבמהלכה הושמד כשליש מן העם היהודי.

ברור כי לעם היהודי - לניצולי השואה ולצאצאיהם הנושאים עמם בכל יום את צלקות מעשי הזוועה - יש אינטרס ברור וייחודי בייסוד בית דין כאמור שבו יישפטו מבצעי השמדת עם, זורעי מוות והרס באשר הם.

כך מראשית הדרך ראתה עצמה מדינת ישראל, הן כמי שמייצגת את העם היהודי, והן כמדינה חברה באו"ם ובקהיליית האומות הנאורות, כבעלת אחריות

מוסרית לא רק למעקב אחר הקמת בית דין בינלאומי פלילי, אלא גם בלקיחת חלק פעיל בעיצובו מתוך מטרה למנוע חסינות מפני ענישה (impunity) ולהבטיח רדיפה אחר הצדק ופעולה של בית הדין בלי שיהיו בו השפעות פוליטיות וזרות.

למרות כל האמור לעיל עם תום דיוני הועידה הדיפלומטית ברומא, נאלצה משלחת ישראל להצביע נגד אימוץ חוקת בית הדין³⁰ לאור הכללתה של פעולת העברת אוכלוסייה על ידי מעצמה כובשת לשטח הכבוש ברשימת פשעי המלחמה שבסמכות השיפוט של בית הדין. ברור היה כי עצם הכללת המעשה כפשע מלחמה חמור, לצד ניסוח העברה, נעשו מתוך מניעים פוליטיים תוך ניסיון להעמיד פעילות התנחלות בשורה אחת עם פשעי המלחמה החמורים ביותר.

מעבר לעצם הכללת הפעולה ברשימת פשעי המלחמה, מעיד נוסח העברה - פרי יזמת משלחות מצרים וסוריה - על מניעי היזמה לעיגון ההוראה בחוקה, קרי ניסיון להגדיר פעילות התנחלות כפשע מלחמה חמור. כך, קובעת החוקה כי לבית הדין סמכות לגבי פשעי מלחמה, וכי המושג, "פשע מלחמה", כולל העברה על ידי המדינה הכובשת של חלק מהאוכלוסייה שלה, במישורין או בעקיפין, לתוך השטח הכבוש על ידה³¹.

ביסודה שאובה ההוראה מהוראות סעיף 49 לאמנת ג'נבה הרביעית וסעיף 85(4)(a) לפרוטוקול הראשון לאמנות ג'נבה³². על פי הפרשנות המקובלת לאמנה,

30 120 מדינות הצביעו בעד אימוץ החוקה, 21 נמנעו ו-7 מדינות התנגדו, בכללן ישראל, ארצות הברית וסין וככל הנראה, גם עירק, לוב, תימן וקטאר. לפי בקשת ארצות הברית, ההצבעה התנהלה באופן רשמי כ-non-recorded vote, ולכן לא קיים רישום רשמי של המדינות אשר הצביעו נגד אימוץ החוקה, למעט אלו אשר צירפו הסבר הצבעה, כישראל.

31 ראו הוראת סעיף 8(2)(b)(viii) לחוקת בית הדין: "The transfer, directly or indirectly, by the Occupying Power of parts of its own civilian population into the territory it occupies, or the deportation or transfer of all or parts of the population of the occupied territory within or outside this territory;"

32 אמנת ג'נבה הרביעית אוסרת על מעצמה כובשת לגרש או להעביר חלקים מאוכלוסייתה משטח אל השטח הכבוש. ההוראה, המעוגנת בסעיף 49 לאמנה, קובעת בזו הלשון: "המעצמה הכובשת לא תגרש ולא תעביר חלקים מאוכלוסייתה האזרחית שלה לשטח שנכבש על ידה" (אמנת ג'ניבה בדבר הגנת אזרחים בימי מלחמה 12- באוגוסט 1949, כ"א 1, ע' 559, 579) "The Occupying Power shall not deport or transfer parts of its own population into the territory it occupies". Geneva (Convention Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War of August 12, 1949

סעיף 85(4)(a) לפרוטוקול I לאמנות ג'נבה (Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of victims of International Armed Conflicts (Protocol I), of 8 June 1977) קובע בהסתמך על הוראת סעיף 49 הנ"ל להלן:

מטרת סעיף 49 היא למנוע את הפרקטיקה שאומצה במהלך מלחמת העולם השנייה, שבמסגרתה הועברה אוכלוסייה לשטחים שנכבשו, מתוך מניעים פוליטיים וגזעיים. מדהקשר ההיסטורי הזה, שמהווה יסוד רווח לפרשנות ההוראה בדבר איסור העברת (transfer) אוכלוסייה, ברור כי כוונת ההוראה הנדונה לאסור פעילות יזומה שמהותה העברה כפויה של חלקים מאוכלוסיית המדינה הכובשת לשטח הכבוש. אין לזהות, אפוא, פעילות כזו של העברת אוכלוסייה יזומה וכפויה עם מדיניות ההתנחלות, החסרה כל יסוד של כפייה שמטרתו דומה למטרת הפרקטיקה שסעיף 49 מבקש לשלול. מטרת הוספת המילים "directly or indirectly", שנוסחה על ידי המצרים, לסעיף 8 של חוקת בית הדין על האמור בסעיף 49 לאמנת ג'נבה - המהווה חריגה וסטייה ברורה מרוח ההוראות הנזכרות ומלשונן - שנוסחה על ידי המצרים, היא, כמובן, הרחבת תחולת העברה במטרה להתאימה למדיניות ההתנחלות של

... the following shall be regarded as grave breaches of this Protocol, when committed willfully and in violation of the [Geneva] Conventions or the Protocol:
... the transfer by the occupying Power of parts of its own civilian population into the territory it occupies ... in violation of Article 49 of the Fourth [Geneva] Convention.

הוראה זו מבקשת לעגן את מעמד האיסור המעוגן באמנת ג'נבה הרביעית כ"הפרה חמורה" (grave breach) במסגרת המשפט הבינלאומי ההומניטרי. משמעותו של מעמד זה מובהרת בסעיף 85(5) לפרוטוקול, שקובע: "... grave breaches of [the Geneva Conventions and the Protocol] shall be ... regarded as war crimes".

באופן זה מבקשת הוראת סעיף 85 לפרוטוקול להשוות את מעמד האיסור בדבר העברת אוכלוסייה למעמד "פשע מלחמה", על כל המשתמע מכך על פי המשפט הבינלאומי הפלילי (כגון גיבוש אחריות פלילית אישית במישור הבינלאומי, קיומה של סמכות שיפוט אוניברסלית ואי תחולת הוראות בדבר התיישנות וכיוצא באלה).

יובהר כי כל האמור ביחס לפרשנות הוראת סעיף 49 לאמנת ג'נבה וביחס לאי תחולתה לעניין פעולת התנחלות, תקף, כמובן, לעניין פרשנות הוראת סעיף 85(4)(a) לפרוטוקול: מאחר שאין לפרש את הוראת סעיף 49 כחלה על פעילות התנחלות, הרי שאין לראות בפעילות זו "הפרה חמורה" כלשהי של הדין ההומניטרי מכוח סעיף 85 לפרוטוקול, וממילא אין היא עולה כדי "פשע מלחמה". מכל מקום, ולחילופין, גם לגישת המפרשים את הוראת סעיף 49 לאמנת ג'נבה הרביעית כחלה, לכאורה, על פעילות התנחלות, הרי שבנבדל מהוראות אמנה זו, אין מקובל לראות בהוראות הפרוטוקול הוראות אשר זכו למעמד של הוראות מנהגיות המשקפות הסכמה רחבה של קהיליית העמים. לבטח אין לראות בהוראה כגון סעיף 85(4), המהווה חידוש וחריגה ברורה מהוראת סעיף 49 לאמנת ג'נבה (וכן מרשימת ההפרות החמורות המצויה בסעיף 147 לאמנה ואינה כוללת את האיסור בדבר העברת אוכלוסייה במסגרת ההפרות החמורות של האמנה), הוראה מנהגית מקובלת. יצוין כי מדינת ישראל, כמו גם ארצות הברית, מתנערת באופן עקבי מהכרה בהוראות המעוגנות בפרוטוקול I כהוראות מנהגיות מקובלות ובהתאם, מתנגדת נחרצות להצטרפות כצד לו.

מדינת ישראל. נוסח זה חורג בעליל מן המסגרת המוכרת והמקובלת של המשפט הבינלאומי.³³

אופן הצבעתה של ישראל בוועידת רומא ומורת הרוח בקרב הקהילייה המשפטית והפוליטית בישראל כתוצאה מן הניסיון הבוטח להפוך את החוקה ואת בית הדין העתידי לכלי פוליטי לצד הטמעת ההבנה כי הוראות החוקה מקנות לבית הדין סמכות שיפוט רחבה החולשת אף על אורחי מדינות שאינן צד לחוקה, הובילו לפתיחת דיון ציבורי מתוקשר, במישור הפרלמנטרי ובקרב חוגים מקצועיים, בכל הנוגע לאפשרות חתימתה של ישראל על חוקת בית הדין. דיון זה, אשר היווה מצע לדיוני הממשלה, אשר נדרשה להחליט בנושא, נערך במקביל להידינויות בקרב הממשל האמריקאי ותוך החלפת דעות ותיאום עמדות עם בכירי הפקידות הפדרלית.

בערבו של יום 31 בדצמבר 2000, שעות אחדות לפני חלוף המועד האחרון לחתימה ובמקביל לפרסום הודעת הבית הלבן בדבר חתימת ארצות הברית, התקבלה החלטת ממשלת ישראל לחתום על חוקת בית הדין.³⁴ בכך הייתה ישראל

33 בהקשר זה יצוין כי בטיוטת מסמך רכיבי הפשעים (Elements of Crime) מופיעה כיום הערת שוליים, אשר נוספה נוכח חששות ישראל ונוכח המחלוקת ביחס לפרשנות הוראת סעיף 8(2)(b)(viii), הקובעת מפורשות:

The term "transfer" needs to be interpreted in accordance with the relevant provisions of international humanitarian law.

UN Doc. PCNICC/2000/INF/3/Add.2, Report of the Preparatory Commission for the International Criminal Court, Addendum, Finalized Draft text of the Elements of Crimes, at 28, fn. 44.

34 החלטת ממשלת ישראל מס' 2804 (החלטת צוות השרים לענין חוקת בית הדין הפלילי הבינלאומי, מיום ה' בטבת התשס"א (31.12.2000), אשר קיבלה תוקף באותו יום), קובעת בוו הלשון:

מחליטים, בסמכות הממשלה מכוח החלטתה מס' 2798 מיום 31/12/2000 ובשינוי לעמדה המפורטת של הממשלה ברישא של החלטתה האמורה - להסמיך את שגריר ישראל באומות המאוחדות להודיע על נכונותה של ישראל לחתום על חוקת בית הדין הפלילי הבינלאומי (ICC) ולחתום עליה.

צוות השרים רושם לפניו את ההבהרות המשפטיות הברורות שנתקבלו, לפיהן, אין בעצם החתימה משום פגיעה באינטרסים של ישראל, וזאת בין היתר על רקע צרופה של הסתייגות ברורה של ממשלת ישראל לאמנה, בכל הקשור לפרשנות הנוגעת לאינטרסים של ישראל לרבות שלילת ניצול החוקה על דרך הפרשנות - למטרות פוליטיות נגד ישראל ואזרחיה

[ברור כי במילים, "צרופה של הסתייגות", הכוונה להצהרה אשר צירפה המדינה במעמד החתימה על החוקה, ולא להסתייגות (reservation) במובן דיני האמנות - א"ב].

למדינה ה-139 והאחרונה במניין החותמות. לחתימתה על החוקה צירפה ישראל הצהרה שהבהירה את עמדותיה³⁵. בין היתר, הדגישה ישראל בהצהרתה כי היא דוחה כל ניסיון לניצול החוקה על דרך הפרשנות למטרות פוליטיות נגד ישראל ואזרחיה.

חוקת רומא נכנסה לתוקפה - ובית הדין נכון - ביום 1 ביולי 2002, עם אשרורה של החוקה על ידי 60 מדינות ביום 11 באפריל 2002³⁶. סמוך לאחר השגת 60 האשרורים הנדרשים רגשה הקהילה הבינלאומית עקב מספר מהלכים אשר נקטה ארצות הברית בהנהגת ממשל הנשיא בוש לשם הבהרת הסתייגויותיה ועמדותיה הבלתי מתפשרות בכל הנוגע לפעילות הערכאה ולתחולת הוראות אמנת רומא. כך, ביום 6 במאי 2002, הודיעה ארצות הברית באיגרת רשמית למזכ"ל האו"ם כי היא אינה מתכוונת לאשרר את אמנת רומא, ובהתאם, אין היא רואה עצמה כבולה בכל מחויבות משפטית כתוצאה מחתימתה³⁷. במקביל החלה ארצות הברית בפעילות דיפלומטית לשם השגת חסינות מלאה לחייליה העושים במסגרת כוח שמירת השלום של האו"ם בבוסניה מפני העמדה לדין בפני בית הדין ואף התנתה בכך את חידוש מנדט הכוח על ידי מועצת הביטחון. דרישה זו, אשר הובילה לביקורת

צוות השרים רושם לפניו את המגעים שקוימו בדרגים בכירים עם הממשל של ארצות הברית כדי להבטיח הגנה על האינטרסים הישראליים על פי האמנה וכדי שעמדתה של ישראל בדבר פרשנות האמנה תוכה להגנתה של ארה"ב.

החלטה זו שינתה את עמדת ממשלת ישראל בהחלטתה מבוקר אותו היום (החלטת ממשלת ישראל מס' 2798 מיום 31.12.2000) כי

מחליטים בשלב זה, לא לחתום על חוקת בית הדין הפלילי הבינלאומי, אולם אם ארה"ב תחליט עד הערב לחתום על החוקה, בניגוד לעמדתה עד כה - להסמיך צוות שרים בראשות ראש הממשלה ושר הביטחון ובהשתתפות שר החוץ, שר המשפטים, שר הפנים ושר הבריאות, להחליט על דעת הממשלה באם לחתום על החוקה בכל זאת, לאחר הבהרות מארה"ב בעניין הגיבוי שיינתן לעמדת ישראל על הליקויים בחוקה.

Rome Statute of the International Criminal Court, Israel: Signature, Statement, Reference: 35
C.N. 1463.2000.TREATIES-69 (Depositary Notification) 11 January 2001

36 זאת על פי לוח הזמנים שמתווה סעיף 126 לחוקה. הלכה למעשה יתחיל בית הדין לפעול רק עם מינוי השופטים ובחירת התובע ומוכירות בית הדין על ידי עצרת המדינות החברות - הליך שעתידי להסתיים לקראת מחצית שנת 2003. מכל מקום, תלונות וחומר ראיות אשר יתקבלו החל מיום 1 ביולי - מועד כניסת החוקה לתוקף והיום הקובע לעניין תחולת סמכותו של בית הדין - יתויקו ויירשמו בתיאום עם צוות הפועל מטעם משרד החוץ של המדינה המארחת, הולנד.

37 את לשון האיגרת ניתן למצוא ב-<http://www.un.org/law/icc/index.html>.

בינלאומית קשה ועוררה התנגדות נחרצת מצד מדינות האיחוד האירופי, הסתכמה לאחר דיונים קשים בהחלטת פשרה שלפיה, יוארך מנדט כוח השלום תוך ויתור מצד ארצות הברית על דרישתה לחסינות גורפת לחייליה, אך תוך הבטחת חסינות מפני חקירה או תביעה למשך שנה לחיילי אותן המדינות שלא אשררו את אמנת רומא³⁸. המשבר הדיפלומטי שקדם לקבלת החלטת הפשרה, העמיד באופן ברור את ארצות הברית ואת מדינות האיחוד האירופי משני צדי המתרס בכל הנוגע לגיבוי פעולת בית הדין הפלילי הבינלאומי. מצב דברים זה זכה לחידוד עם קידומה של יוזמת חקיקה פדרלית אמריקאית - The American Servicemembers' Protection Act, אשר אומץ על ידי הסנאט האמריקאי ביום 7.6.2002 ונחתם על ידי הנשיא ביום 2.8.2002³⁹ - המעניקה לנשיא ארצות הברית את הסמכות לנקוט בכל אמצעי על מנת להגן על אינטרסים אמריקאיים מפני בית הדין הפלילי הבינלאומי, לרבות שימוש בכוח צבאי לשחרור עצורים אמריקאיים המצויים ברשות בית הדין. יוזמת חקיקה זו, אשר זכתה באירופה לכינוי "Hague Invasion Law", העלתה באופן משמעותי את רף המתיחות הדיפלומטית בין ארצות הברית למדינות האיחוד האירופי בעניין בית הדין לשיאים חדשים והובילה לחילופי מסרים קשים בין וושינגטון למוסדות האיחוד האירופי ולממשלת הולנד. במקביל לפעילות במישור הרב צדדי נקטה ארצות הברית צעדים גם במישור הדו צדדי בכך שיוזמה חתימה על הסכמים בילטרליים עם מדינות שמטרתם מניעת העברת אזרחים לידי בית הדין. ביום 4 באוגוסט 2002 חתמו ארצות הברית ומדינת ישראל על הסכם דו צדדי להגנה על אזרחים מפני העברה לבית הדין הפלילי הבינלאומי⁴⁰. לאור חששן מן המגמה המסתמנת לשימוש לרעה בחוקת בית הדין למטרות פוליטיות קובעות בהסכם זה המדינות החתומות כי לא תסגרנה או תעברנה בדרך אחרת אזרחים של המדינה השנייה לבית הדין או למדינה שלישית אשר תעבירם לבית הדין. ההסכם שואב את

38 על פי החלטת מועצת הביטחון 1422 מיום 15.7.2002, מנצלות חברות המועצה את הוראת סעיף 16 לחוקת בית הדין ומבקשות לדחות לתקופה של 12 חודשים כל חקירה או תביעה אפשרית נגד חיילי כוח או"ם ממדינה שאינה צד לחוקה. על פי החלטה, הנחיה זו ניתנת להארכה. ראו UN Doc. <http://www.un.org/Docs/scres/2002/res1422e.pdf> RES/1422 (2002), available at

39 P.L. 107-206, sec. 2001 et seq., 116 Stat. 899 (see 22 U.S.C. §§ 7401 et seq.)

40 Agreement between the Government of the State of Israel and the Government of the United States of America regarding the surrender of persons to the International Criminal Court, Aug. 4, 2002 (טרם פורסם).

כוחו מסעיף 98 לחוקת רומא, אשר קובע, בין היתר, כי אין להעביר אדם לבית הדין אם העברה זו אינה עולה בקנה אחד עם התחייבויות בינלאומיות של המדינה המעבירה. כאמור, מדובר בחלק ממגמה רחבה של חתימת "מערכת הסכמי הגבלה" על ידי ארצות הברית מכוח סעיף 98, מתוך מטרה לחסום את האפשרות שאזרחים אמריקאיים הנמצאים מחוץ לארצות הברית יוסגרו לבית הדין או יועברו אליו.⁴¹ עם כניסת החוקה לתוקף סביר כי אף הממשל בישראל יידרש לעיצוב מדיניותו בנוגע לאשרור החוקה. עמדת ממשלת ישראל בעת כתיבת שורות אלו היא "לא להצטרף לבית-הדין הפלילי הבינלאומי בהאג"⁴².

פרוצה ושנויה במחלוקת כלל שתהיה, חוקת רומא על מנגנון הערכאה שהיא מכוננת, מהווה הישג חסר תקדים ופריצת דרך רעיונית בתחומי המשפט הבינלאומי וניהול היחסים הבינלאומיים. מעבר להיבט המעשי המייד של יצירת מנגנון שיפוטי אוניברסלי קבוע ועצמאי להעמדת יחידים בכל הדרגים לדין על פי הוראות הדין הבינלאומי ומתוקף הסכמה בינלאומית רחבה, הרי שמעצם אימוצה חוקת רומא היא בראש ובראשונה אמירה ערכית וביטוי לשינויים גלובליים בתפיסות מוסריות, חברתיות ופוליטיות. הגם שעקב אילוציו המבניים של המשפט הבינלאומי בן זמננו החוקה היא פרי הסכמה ופשרה בין-מדינתית, הרי שהחוקה ובית הדין הם תוצרים על-מדינתיים יש מאין. תוצרים אלה, לכל הפחות במישור הרעיוני, הם כלי שרת של הקהילייה הבינלאומית, הנבדלת מסכום שחקניה הריבוניים. אשר על כן נדמה כי יש להשקיף על החוקה כהישג היסטורי, להבינה כתוצר של פשרה וכניסיון להשיג בסיס הסכמה רחב ככל הניתן לפעילות הערכאה האוניברסלית ומעבר לכל, לפרש את הוראותיה ברוח זו.

אליה וקוץ בה. היותה של חוקת רומא תוצר של פשרות פוליטיות ושל ניסיון להשיג בסיס הסכמה רחב ככל הניתן לפעילות בית הדין אינה בלי מחיר. ספק אם יישום הוראותיה יהיה נקי משיקולים פוליטיים שאת ניצניהם ניתן היה לראות בעת ניסוח סעיף 8 לחוקה. החשש מפני פוליטיזציה ומפני ניצול לרעה מעמיד את ישראל בפני דילמה קשה לאור המציאות שבה היא מוצאת את עצמה, שרויה במאבק קיומי

41 יצוין כי מדינות האיחוד האירופי מטילות ספק בחוקיותם של ההסכמים הללו.

42 ראו החלטה מס' 2128 של הממשלה מיום 30.6.2002, "בית הדין הפלילי הבינלאומי בהאג".

יומיומי נגד הטרור ומנהלת מדיניות בניהול שטחים שלא תמיד מקובלת בקהילה הבינלאומית. לכן האפשרות של העמדתם לדין של קציני צה"ל ושל בכירי המדינאים בישראל יכולה להפוך לאפשרות ממשית, שאליה תצטרך ישראל להיערך על אף המניעים הפוליטיים שיעמדו, ללא ספק, בבסיס התביעות כנגד אישיות ישראלית, מתוך ידיעה כי ניתן יהיה להעמיד לה הגנה ראויה ומשכנעת. יתר על כן, בחוקה עצמה נכללו גם כמה מגבלות לגבי העמדה לדין, ובכללן האפשרות של מתן הצהרה על חסינות מפני תביעות בגין פשעי מלחמה למשך שבע שנים מיום האשרור כך שהצטרפות לחוקה תבטיח, למעשה, חסינות מסוימת לאזרחי ישראל. שנית, החוקה של בית הדין אינה חלה רטרואקטיבית, כלומר בית הדין הפלילי ישפוט אנשים רק על עברות שבוצעו לאחר הקמתו. שלישית, מועצת הביטחון של האו"ם רשאית למנוע או לעכב חקירה או תביעה של תובע מטעם בית הדין למשך שנה, תקופה שניתן להאריך מעת לעת. רביעית, חוקת רומא מקנה עדיפות למערכת המשפט המקומית.

אך השאלה המרכזית שצריכה להעסיק את ישראל היום, היא אם מדינת ישראל יכולה להצטרף לחוקה נוכח הנסיבות, המציאות וסכנת הפוליטיזציה. סוגיה זו נשארת בינתיים בגדר דילמה בלתי פטורה. אם דילמות אלה תמצאנה פתרונותיהן, ומדינת ישראל לא תעמוד בנסיבות כה חריגות, ברור כי מחובתה המוסרית והמדינית כמדינה נאורה להצטרף לחוקה. האם יהפוך בית הדין לכלי שרת נוסף בידי מרעינו? האם שאיפתם של הוגי החוקה ומנסחיה להקים ערכאה בינלאומית פלילית עצמאית נקייה משיקולים פוליטיים הייתה בסך הכל חלום באספמיה? ימים יגידו.

דברים בפתיחת שנת המשפט התשס"ב*

אהרן ברק**

אישי הנשיא, מורי ורבותיי,

מדינת ישראל נמצאת כיום במאבק חריף כנגד הטרור. בעבר היינו מהמדינות הדמוקרטיות הבודדות שסבלו מתופעה זו. העולם עמד ושתק. כיום מבינות מדינות דמוקרטיות רבות - ובראשן ארצות הברית - עד כמה מסוכן הוא הטרור. מדינות שונות נותנות כיום ידן למלחמה בטרור. הניסיון הישראלי במלחמה בטרור הפך להיות נכס שרבים טובים מבקשים ללמוד ממנו. כך בתחומי הביטחון והאבטחה - בים, באוויר וביבשה. כך גם בתחום המשפט. שופטים, פרופסורים למשפט ועורכי דין ברחבי העולם המערבי פונים אלינו ושואלים: כיצד התמודדתם עם הטרור; כיצד הצלחתם להילחם באפקטיביות בטרור ולשמור על דמותכם כחברה דמוקרטית. אכן, לא קלה הייתה המלאכה. לא תמיד הצלחנו בה. אך בהסתכלות כוללת נדמה שעמדנו במבחן. בהרצאה שנשא השופט ברנן - מגדולי השופטים של בית המשפט העליון האמריקאי - בישראל ב-1987, הוא ציין:

* דברים שנישאו ביום 24.10.2001.

** נשיא בית המשפט העליון.

ישראל, ולא ארצות-הברית, היא התקווה לבנייתן של הלכות שיפוטיות השומרות על זכויות אדם כנגד הדרישות של ביטחון לאומי... מדינות העולם, אשר יעמדו בסיכונים פתאומיים לביטחונן, יביטו על נסיונה של ישראל בטיפול במשבר הביטחוני הנמשך, ועשויות למצוא בנסיון זה את המומחיות לדחות טיעונים ביטחוניים שישראל מצאה אותם כחסרי יסוד ואת האומץ לקיים זכויות אדם שישראל מקיימת אותן בלי לפגוע בביטחונה... לא אתפלא, אם בעתיד, ההגנה הכללית הניתנת לזכויות האדם בזמנים של סכנה עולמית תושפע מנסיונה של ישראל במאבקה לשמר בו זמנית את החירות של אזרחיה ואת הביטחון הלאומי.¹

גישתנו ליחס בין ביטחון וחירות מבוססת על שלוש תפיסות יסוד: ראשית, המאבק בטרור אינו נעשה "מחוץ" למשפט. המאבק בטרור נעשה "בתוך" המשפט ובכלים שהמשפט מעמיד למדינה הדמוקרטית. אכן, טרור אינו מצדיק את זניחתן של הנורמות המשפטיות. המאבק בטרור - ככל מאבק אחר - נעשה על פי המשפט ועל פי כלליו. בכך אנו נבדלים מהטרוריסטים עצמם. אלה פועלים כנגד המשפט ותוך הפרתו ורמיסתו. ואילו מדינת ישראל, כמדינה דמוקרטית שוחרת חוק, פועלת במלחמתה בטרור במסגרת המשפט ועל פיו. היטיב להביע זאת השופט ח' כהן לפני למעלה מעשרים שנה, בציינו:

1 W. Brennan, *The Quest to Develop a Jurisprudence of Civil Liberties in Times of Security Crises* (1987).

ומה נשתנתה לחימת המדינה מלחימת אויביה, שזו נלחמת תוך כדי שמירת החוק, ואלה נלחמים תוך כדי הפרת החוק. עוצמתה המוסרית וצדקתה העניינית של לחימת השלטונות תלויות כל כולן בשמירתם של חוקי המדינה: בויתור על עוצמתה זו ועל צדקתה זו של לחימתה, משרתים השלטונות את מטרות האויב. הנשק המוסרי אינו נופל בחשיבותו מכל נשק אחר, ואולי עולה עליו - ואין לך נשק מוסרי יעיל משלטון החוק. מוטב שידע כל מי שצריך לדעת, ששלטון החוק בישראל לעולם לא ייכנע לאויביה.²

אכן, המלחמה נגד הטרור היא מלחמה של מדינה שומרת חוק ושל אזרחים ותושבים שומרי חוק כנגד מי שביד גסה - וללא כל רגש אנושי - מפריים את החוק. זוהי, אפוא, לא רק מלחמתה של המדינה כנגד הקמים עליה; זוהי גם מלחמתו של המשפט כנגד הקמים עליו. על כן אינה מקובלת עליי הגישה שלפיה, כאשר התותחים יורים, המוזות שותקות; או, בלשונו של קיקרו, "בעת מלחמה מחרישים החוקים". אמרות אלה אינן משקפות לא את הרצוי ולא את המצוי. דווקא כאשר התותחים יורים, אנו זקוקים למוזות. דווקא בעת לחימה אנו זקוקים לחוקים. באחת הפרשות (בתקופת מלחמת המפרץ) שבה נזקקתי לדימוי זה של ירי תותחים ושתיקת המוזות, כתבתי:

כאשר התותחים יורים, המוזות שותקות. אך גם כאשר התותחים יורים חייב המפקד הצבאי לשמור על החוק. כוחה של חברה לעמוד כנגד אויביה מבוסס על הכרתה, כי היא נלחמת

2 בג"ץ 320/80 קוואסמה ואח' נ' שר הביטחון ואח', פ"ד לה(3) 113, 132.

עבור ערכים הראויים להגנה. שלטון החוק הוא אחד מערכים אלה.³

אכן, "גם כאשר תותחים רועמים והמוזות שותקות, המשפט קיים ופועל וקובע מותר ואסור, חוקי ובלתי חוקי. ומשקיים משפט, קיים גם בית משפט הקובע מה מותר ומה אסור, מהו חוקי ומהו בלתי חוקי".⁴ היטיב להביע זאת השופט חשין בציינו:

לא ניחלש במאמצינו לעשות לשלטון החוק. חייבנו עצמנו בשבועה לשפוט משפט צדק, להיות משרתיו של החוק, ונהיה נאמנים לשבועתנו ולעצמנו. גם בהריע שופרות המלחמה ישמיע שלטון החוק את קולו...⁵

ברוח זו הוקמו בשעתו בתי משפט צבאיים לערעורים בשטחי יהודה והשומרון וחבל עזה בעקבות פסיקתו של בית המשפט העליון. היה זה ידידי הטוב, הנשיא שמגר, אשר פסק את הדין. וכך כתב הנשיא שמגר:

אינני שותף לתפיסה המונחת ביסוד ההשקפה, שלפיה יש להציב את המהירות כפשוטה כחזות הכול. הליכים משפטיים משרתים מטרה עיקרית, והיא עשיית דין צדק תוך הבטחת מראית פני הצדק. כל היתר הוא, בדרך כלל, פועל יוצא מכך: השלטת החוק והחדרת התודעה בדבר כוחו, קבלת המרות של החוק, עוצמתו כמכשיר לשירוש של הפשיעה בדרך

3 בג"ץ 168/91 מורכוס נ' שר הביטחון, פ"ד מה(1) 467, 470.

4 דנג"ץ 2161/96 שריף נ' אלוף פיקוד הצפון, פ"ד נ(4) 485, 491.

5 בג"ץ 1730/96 ואח' סביח ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה והשומרון ואח', פ"ד נ(1) 353, 369.

כלל ושל הטרור בפרט, ההרתעה הנובעת מכך
ומשמעויות נלוות אחרות, כל אלו הן תוצאות
הנגזרות מעשיית דין צדק ולא חליפיו.⁶

אכן, כל המבנה המשפטי והשיפוטי שהוקם בשטחי יהודה, שומרון ועזה, וכל המבנה של הביקורת השיפוטית על החלטות המפקד הצבאי הם אות כבוד לדמוקרטיה הישראלית. היא טיפלה במצב עדין ורגיש זה באחריות, ביושרה ובאומץ. לנשיא שמגר תרומה חשובה ומכרעת בכל אלה הן בתפקידו כפרקליט צבאי ראשי וכיועץ המשפטי למערכת הביטחון, הן בתפקידו כיועץ משפטי לממשלה והן בפסיקתו רבת ההיקף בבית המשפט העליון. הנה כי כן, תפיסת היסוד ה**ראשונה** המאפיינת את מאבקה של מדינת ישראל בטרור היא כי זהו מאבק בגדרי המשפט הנעשה על פי הנורמות של המשפט והנבחן בבתי המשפט.

תפיסת היסוד ה**שנייה** המאפיינת את מאבקה של מדינת ישראל בטרור היא כי מאבק זה צריך להיעשות תוך איזון ראוי בין שני ערכים ועקרונות נוגדים. **מחד גיסא** מונחים הערכים והעקרונות הקשורים בביטחון המדינה ואזרחיה. זכויות אדם אינן יכולות להצדיק בכל מקרה ובכל מצב פגיעה בביטחון המדינה. זכויות אדם אינן במה לכיליון לאומי. חוקה אינה מרשם להתאבדות לאומית. **מאידך גיסא** מונחים הערכים והעקרונות הקשורים בכבוד האדם ובחירותו. ביטחון המדינה לא יכול להצדיק פגיעה בזכויות האדם בכל מקרה ובכל מצב. ביטחון המדינה אינו היתר בלתי מוגבל לפגוע בפרט. בין ערכים ועקרונות נוגדים אלה נדרש איזון. אף אחד

6 בג"ץ 87/85 ג'מאל ארג'וב נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד מב(1) 353, 378.

מהם אינו יכול לשלוט בכיפה לבדו. עמדתי על כך באחת הפרשות שעסקה במעצר מנהלי, בצייני:

אין מנוס - בחברה דמוקרטית שוחרת חופש וביטחון - מאיזון בין החירות והכבוד לבין הביטחון. אסור שזכויות האדם יהפכו קרדום לשלילת ביטחון הציבור והמדינה. נדרש איזון - איזון עדין וקשה - בין החירות והכבוד של הפרט לבין ביטחון המדינה וביטחון הציבור.⁷

איזון זה מבוסס על הצורך למצוא סינתזה בין הערכים והעקרונות המתנגשים. סינתזה זו משקפת את מהותו העשירה והבשלה של עקרון שלטון החוק. מהות זו היא כפולה: ראשית, השלטת החוק. זהו ההיבט הפורמלי של שלטון החוק. עמד על כך הנשיא שמגר בציינו כי

לא יתואר ממשל תקין, אם אינו שוקד על קיומו של שלטון החוק, כי הוא שבונה את חומת המגן בפני האנרכיה והוא שמבטיח את קיום הסדר הממלכתי.⁸

שנית, השלטתו של החוק הראוי, המהווה איזון ראוי בין פרט לכלל. זהו ההיבט המהותי של שלטון החוק. בצדק ציין פרופ' זמיר כי "הציות לחוקים מבטיח סדר ויציבות, אך לא חירות או רווחה. ביצוע נאמן של חוקי עוול אינו משרת את כבוד האדם אלא, להיפך, עלול לדכא את האדם".⁹ אך מעבר לכך: סינתזה זו היא מהותה של הדמוקרטיה עצמה, המבוססת

7 דני"פ 7048/97 פלוניס נ' שר הביטחון, פ"ד נד(1) 721, 741.

8 בג"ץ 428/86 ואח' ברזילי ואח' נ' ממשלת ישראל ואח', פ"ד מ(3) 505, 555.

9 י' זמיר, הסמכות המינהלית (התשנ"ו, כרך א) 59.

הן על שלטון הרוב והן על חירותו של הפרט. דמוקרטיה אינה רק שלטון הרוב; דמוקרטיה אינה רק זכות הפרט. דמוקרטיה - כמו שלטון החוק - היא איזון ראוי בין שלטון הרוב לזכות המיעוט והיחיד. במסגרת גישה מאזנת זו פסקו בתי המשפט בכלל, ובית המשפט העליון בפרט, את הלכותיהם בכל הנוגע למלחמתה של המדינה בטרור הפוקד אותה. מחד גיסא, הוכר כוחה של המדינה להגן על ביטחונה וביטחון אזרחיה. מאידך גיסא, הודגש כי יש לשמור על זכויות הפרט. נקודת האיזון בין הערכים והעקרונות המתנגשים אינה קבועה. היא משתנה מעניין לעניין, מסוגיה לסוגיה. אופי הפגיעה הטרוריסטית בביטחון המדינה והתגובה לה משפיעות על אופי ההגנה על חירותו של הפרט וכבודו. כך, למשל, כאשר השאלה הייתה אם רשימת מועמדים המזוהה עם קבוצת "אל-ארד", אשר שללה את שלמות המדינה וקיומה, רשאית להשתתף בבחירות לכנסת, השיב בית המשפט העליון בשליחה. השופט זוסמן עמד על כך כי ישראל היא "דמוקרטיה מתגוננת" אשר בידה הכלים להגנה על קיום המדינה¹⁰. כאשר התגובה כנגד הטרור הייתה בגירוש הטרוריסטים משטחי יהודה ושומרון, הדגשנו כי יש לקיים את כללי הצדק הטבעי; ואם הם לא קוימו מראש, יש לקיימם בדיעבד¹¹. כאשר התגובה כנגד הטרור הייתה בהריסת מבנים בכפרי יהודה ושומרון, עמדנו על הצורך לפעול במידתיות¹². כאשר האמצעים הנדרשים כנגד טרוריסטים היו מכוונים למעצר מנהלי, הדגשנו כי תכליתם של דיני

10 ע"ב 1/65 ירדור נ' יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השישית, פ"ד יט(3) 365, 390.

11 בג"ץ 5973/92 ואח' האגודה לזכויות האזרח בישראל ואח' נ' שר הביטחון ואח', פ"ד מז(1) 267.

12 בג"ץ 5510/92 תורקמאן נ' שר הביטחון ואח', פ"ד מח(1) 217.

המעצר המנהלי היא כפולה. "מחד גיסא, שמירה על ביטחון המדינה; מאידך גיסא, שמירה על כבודו ועל חירותו של כל אדם". ציינו כי "שמירה על ביטחון המדינה היא אינטרס חברתי שכל מדינה מבקשת להגשימו. במסגרת זו, מכירות מדינות דמוקרטיות שוחרות חופש ב"מוסד" המעצר המינהלי". כן קבענו כי "הגנה ושמירה ... על החירות והכבוד פרוסות גם על חירותו ועל כבודו של מי שהמדינה מבקשת לעוצרו במעצר מינהלי"¹³. על רקע זה פסקנו כי "ניתן לאפשר - במדינה דמוקרטית שוחרת חופש וביטחון - מעצר מינהלי של אדם אשר ממנו עצמו נשקפת סכנה לביטחון המדינה, אך אין להרחיב אפשרות זו לעבר מעצרו של אדם שממנו עצמו אין נשקפת כל סכנה לביטחון המדינה, והוא מהווה אך "קלף מיקוח". כאשר התגובה כנגד הטרור התבטאה בדרכי חקירה חריגות הפוגעות בשלמות הגוף של הפרט ופוגעות בכבודו כאדם, תוך שהבסיס המשפטי היחיד שהציגה המדינה לחוקיות החקירות, הוא בהגנת הצורך, דחינו גישה זו. ה"צורך" היא הגנה הפועלת למפרע (*ex post facto*). היא אינה היתר מראש (*ex ante*). ובאשר לדינים הכלליים החלים בחקירה ציינו כי

בגיבוש כללי החקירה, מתנגשים שני ערכים או אינטרסים. מחד גיסא, הרצון לחשוף את האמת, ובכך להגשים את אינטרס הציבור בגילוי עבירות ובמניעתן. מאידך גיסא, הרצון להגן על כבוד האדם של הנחקר ועל חירותו. אכן, אינטרסים וערכים אלה אינם מוחלטים. חברה דמוקרטית, שוחרת חופש, אינה מוכנה שחוקרים ישתמשו בכל האמצעים על-מנת לחשוף את האמת. ... לעתים מחיר האמת הוא כה גבוה שחברה דמוקרטית אינה מוכנה

13 עניין פלוניס, לעיל, הערה 7, בע' 740.

לשלמו אך באותה מידה חברה דמוקרטית שוחרת חופש מבקשת להילחם בפשיעה ומוכנה שחקירה תפגע בכבוד האדם ובחירותו של הנחקר ובלבד שהפגיעה היא לתכלית ראויה והפגיעה אינה מעבר לנדרש. ...

...
עניין לנו אפוא בהתנגשות בין ערכים, ובאיוון בין הערכים המתנגשים.¹⁴

תפיסת היסוד השלישית אשר מוצאת ביטוי במספר פסקי דין היא כי, מטבע הדברים, כל נקודת איוון תטיל מגבלות אלו או אחרות הן על זכויות האדם והן על ביטחון המדינה. אין לקיים איוון ראוי כאשר זכויות האדם מקבלות את מלוא ההגנה - כאילו אין טרור; ואין לקיים איוון ראוי כאשר ביטחון המדינה מקבל את מלוא ההגנה - כאילו אין זכויות אדם. האיזון והפשרה הם מחיר הדמוקרטיה. אך זהו מחיר שכדאי לשלמו. עמדתני על כך בפרשה שעסקה באמצעי חקירה מיוחדים, תוך שציינתי:

מודעים אנו לכך כי פסק-דיננו זה אינו מקל את ההתמודדות עם מציאות זו. זה גורלה של דמוקרטיה, שלא כל האמצעים כשרים בעיניה, ולא כל השיטות שנוקטים אויביה פתוחות לפניה. לא פעם נלחמת הדמוקרטיה כאשר אחת מידיה קשורה לאחור. חרף זאת, ידה של הדמוקרטיה על העליונה, שכן שמירה על שלטון החוק והכרה בחירויות הפרט, מהוות מרכיב חשוב בתפיסת ביטחונה. בסופו של יום,

14 בג"ץ 5100/94 ואח' הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל ואח' נ' ממשלת ישראל ואח', פ"ד נג(4) 817, 835.

הן מחזקות את רוחה ואת כוחה ומאפשרות לה
להתגבר על קשייה.¹⁵

אכן, דווקא כאשר התותחים יורים, נעשה הכל כדי להבטיח שמחננו יהא נקי, כי פעולותינו תהיינה על פי החוק, וכי שאיפתנו תהיה חברה המכבדת את האדם ואת חירותו; דווקא כאשר התותחים יורים, נדאג להגברת הדמוקרטיה שלנו תוך איזון ראוי בין כלל ופרט. אנו מבקשים להקים כאן מדינה אשר ערכיה הם של מדינה יהודית ודמוקרטית. אנו מבקשים להקים על מדינה אשר תפתור את בעייתנו של העם היהודי ותיתן ביטוי למורשתו ולשמור עליה. אנו מבקשים להקים כאן מדינה דמוקרטית שתהא מופת בחינת "כי מציון תצא תורה ודבר ה' מירושלים"¹⁶. לשם כך אנו חייבים להבטיח כי במדינת ישראל יקוים שלטון החוק, ותקוים בה דמוקרטיה אמיתית - הן בתקופות רגיעה והן בתקופות טרור; עלינו להבטיח כי יקוים אותו איזון עדין השומר על אינטרס הכלל, מזה, והמכבד זכויות אדם, מזה. אכן, רק מדינת ישראל חזקה, בטוחה ויציבה תוכל להגשים את חירותו של האדם ואת כבודו ובכך תבטיח את ערכיה כמדינה יהודית ודמוקרטית; ורק מדינת ישראל הבנויה על יסודות כבוד האדם וחירותו תוכל להבטיח את עוצמתה, את מוסריותה ואת שמירת כוחה של ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. הנה כי כן, האיזון בין הביטחון מזה וזכויות האדם מזה אינו פרי של חוסר עמדה ברורה. אין הוא ביטוי לפשרנות בלתי נסבלת. נהפוך הוא: האיזון הראוי בין הביטחון לחירות האישי הוא פרי עמדה ברורה המכירה בחיוניותו של הביטחון ובנחיצותו של זכויות האדם.

15 שם, בע' 845.

16 ישעיהו ב, ג; מיכה ד, ב.

כאשר בית המשפט פוסק את הלכתו בדבר האיזון הראוי בין ביטחון המדינה לבין חירות הפרט, הוא נתקל לא פעם בטענות משני הצדדים. שוחרי זכויות האדם טוענים כי בית המשפט מגן יותר מדי על הביטחון ופחות מדי על זכויות האדם. שוחרי הביטחון טוענים כי בית המשפט מגן יותר מדי על זכויות האדם ופחות מדי על הביטחון. לעתים קרובות המעלים טענות אלו קוראים רק את המסקנה השיפוטית בלא לעמוד על ההיגיון השיפוטי, המבקש לקיים איזון ראוי בין הערכים והעקרונות המתנגשים. במצבים אלה אין לו לבית המשפט אלא לחזור על דבריו של מ"מ הנשיא (כתארו אז) לנדוי שנכתבו לפני למעלה מעשרים שנה בפרשת דויקאט:

... יש לנו מקורות כשרים לפסיקתנו ואין לנו צורך, ואף אסור לנו בשבתנו לדין, לערב בה את השקפותינו האישיות כאזרחי המדינה. אבל עדיין רב החשש שבית-המשפט יראה כאילו נטש את מקומו הראוי לו וירד אל תוך זירת הוויכוח הציבורי, ושהחלטתו תתקבל על-ידי חלק מן הציבור בתשואות ועל-ידי חלקו האחר בדחייה גמורה ונרגשת. במובן זה אני רואה עצמי כאן, כמי שחובתו לפסוק על-פי הדין בכל עניין המובא לפני בית-משפט כדין, היא דווקא כופה עלי הר כגיגית, ביודעי היטב מראש שהציבור הרחב לא ישים לבו להנמקה המשפטית אלא למסקנה הסופית בלבד ובית-המשפט בתור מוסד עלול להיפגע במעמדו הראוי לו, מעל למחלוקות המפלגות את

הציבור. אך מה נעשה וזה תפקידנו וזו חובתנו
כשופטים.¹⁷

אכן, קשה הוא תפקידו של בית המשפט בתקופות של מתח וטרור. "אך מה נעשה וזה תפקידנו. וזו חובתנו כשופטים". במשימה זו יעמדו שופטי ישראל. מבחינתנו כשופטים, השפיטה אינה תפקיד. זו צורת חיים. זו צורת חיים שאין בה רדיפה אחר עושר חומרי; זו צורת חיים שאין בה חיפוש אחר פרסומת ויחסי ציבור. זו צורת חיים המבוססת על עושר רוחני; זו צורת חיים שיש בה חיפוש אובייקטיבי ונייטרלי אחר האמת. לא כוחניות, אלא שיקול דעת; לא שררה, אלא צניעות; לא עוצמה, אלא חמלה; לא שמן, אלא שם טוב; לא ניסיון לרצות את הכל, אלא עמידה איתנה על ערכים ועקרונות; לא כניעה לקבוצות לחץ או פשרה עמן, אלא עמידה על הגשמת הדין; לא הכרעה לפי משבי רוח חולפים, אלא הליכה עקבית על בסיס תפיסות עומק וערכי יסוד. אמת, שפיטה היא צורת חיים שיש בה הסתגרות מזה; שיש בה ניתוק מהמאבקים החברתיים והפוליטיים; שיש בה מגבלות על חופש ההתבטאות והתגובה; שיש בה מידה רבה של בדידות והפנמה. אך זו אינה צורת חיים שיש בה ניתוק מהחברה. אין לבנות חומה בין השופט לבין החברה שבה הוא פועל. השופט הוא חלק מעמו, והוא נע עמו.

וכאן המקום לחזור לחברי הטוב, הנשיא שמגר. כזה הוא הנשיא שמגר. התרחקות מפרסומת ויחסי ציבור; עושר רוחני; חיפוש אובייקטיבי ונייטרלי אחר האמת; שיקול דעת; צניעות; חמלה; שם טוב; עמידה איתנה על ערכים ועקרונות; ואזרחות טובה - מופת של משפטן מעולה, שופט

17 בג"ץ 390/79 דויקאת נ' ממשלת ישראל, פ"ד לד(1) 1, 4.

מצוין ואזרח שכל חייו קודש לשירות הציבור והמדינה. אין כמוהו ראוי לפרס הלשכה. ברכות לו - לקבלת הפרס; וברכות ללשכה - על החלטתה הראויה.

ולבסוף, לשופטים, לעורכי הדין ולעובדי מערכת בתי המשפט - ברכות לפתיחתה של שנת משפט חדשה. כולנו בני משפחה אחת - היא משפחת המשפט. הבה נשתף פעולה; הבה נמעיט במחלוקות מיותרות; הבה נפעל גם ביחסינו הפנימיים ברוח האיזון והפשרה; הבה נעשה הכל להשכנת שלום - שלום בינינו לבין שכנינו; שלום בינינו לבין עצמנו.

היבטים חוקתיים של הדין המשמעתי

דליה דורנר*

משפט צבאי הוא למשפט כשם שמוסיקה צבאית היא למוסיקה.
(מיוחס לג'ורג' קלמנסו)

הטעם לאמרה זו הוא השימוש האינסטרומנטלי בטכניקה של מוסיקה ושל משפט, אך לא במהותם.

מטרת המשפט היא עשיית צדק. כדברי השופט חיים ה' כהן:

[]הצדק הוא בתוך הדין פנימה, עצם מעצמו.¹

על כן "לעתים, משנסתבר כי הדין אינו מגשים את הצדק, שונה הדין או הותאם לנסיבות שנתעוררו, באופן שתושג תוצאה צודקת".²

מבחינה דיונית, בנויה עשיית משפט על מוסד שיפוטי בלתי תלוי ועל הליך הוגן. במשפט הפלילי הליך ראוי בא לידי ביטוי בסדרי הדין המבטיחים את זכויות הנאשם. שמירת זכויות הנאשם, שבגדרן ניתנה לו הזכות להתגונן מפני ראיות מפלילות, לרבות הזכות לייצוג, מאפשרת בירור נאות של העובדות, ועל המאשים מוטל להוכיח את אשמתו של הנאשם מעבר לכל ספק סביר.

גם על הדין המשמעתי בארגונים אזרחיים - הגם שהוא אינו נחשב לחלק מן המשפט הפלילי - חלים העקרונות הכלליים של דיון הוגן (fair trial), שכאמור, מחייב מוסד שיפוטי בלתי תלוי והליך הוגן. זאת, הגם שהסנקציה החמורה ביותר שניתן להטיל בדין המשמעתי האזרחי, היא הוצאה מן הארגון בצירוף שלילת הטבות

* ההרצאה נישאה בתאריך 29.4.2001 בפני הפרקליטות הצבאית.

** שופטת בית המשפט העליון.

1 ח' ה' כהן המשפט (מהדורה שנייה מתוקנת ומורחבת, תשנ"ז) 83.

2 ראו דנ"א 2401/95 ר' נחמני נ' ד' נחמני ואח', פ"ד נ(4) 661, 714.

כספיות, אך אין הדיין בדין המשמעתי במסגרות האזרחיות מוסמך לפגוע בחירותו של אדם.

מנגד, המשפט הצבאי הוא כלי להשלטת משמעת, והוא נעשה על ידי אנשי צבא הנתונים למרות מפקדיהם. השפעת המסגרת הצבאית הופחתה ככל הניתן בכל הנוגע למערכת בתי הדין הצבאיים. כידוע, השופטים הצבאיים מתמנים על פי הסדרים הקבועים בחוק השיפוט הצבאי, התשט"ו 1955 - (להלן: חוק השיפוט הצבאי), המבטיחים את תלותם המהותית ואף הארגונית, הגם שבהיותם אנשי צבא משתייכים הם למערכת היררכית ונתונים למרות מפקדיהם.³

הדין המשמעתי בצבא שונה. לקצין השיפוט כוח לשלול את חירותו של חייל ולשלוח אותו למחבוש לתקופה ניכרת, ואף מוסמך הוא לשפוט אותו על עבירות פליליות-צבאיות וכן על עבירות תעבורה, על חוק צער בעלי חיים ועל תקנות שירות הביטחון. התקופה המקסימלית שלה מוסמך קצין שיפוט לשלול את חירותו של החייל, עשויה להגיע לשבעים ימי מחבוש, ובנוסף על תקופה זו מוסמך הוא להטיל מחבוש בשל קנס שלא שולם.

בפסיקת בית המשפט העליון אשר קדמה לחקיקת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו (להלן: חוק היסוד), ניתנה עדיפות מכרעת לאינטרס הציבורי על פני זכותו של החייל לחירות, ובגדר איזון זה נמצאה הפרקטיקה - שבגדרה קצין השיפוט הוא גם המתלונן והעד - ראויה. בעניין זה כתב השופט משה עציוני:

אינו דומה השיפוט בבית-משפט רגיל לדין משמעתי צבאי. קצין השיפוט הבכיר, במקרה זה כבמקרים רבים אחרים, הוא מפקדו של החייל העומד לדין, והוא האחראי על אכיפת המשמעת על פיקודיו. אחת מן הדרכים לאכוף משמעת זו היא להעניש את מפרי המשמעת. בחיי המחנה אין המפקד יכול לשמור ואין לדרוש ממנו לשמור על מעמד מורם מעם של שופט. הוא מעורב עם אנשיו וזכותו להביע דעות על הפרות המשמעת גם לפני המשפט.⁴

3 ראו בעיקר חוק השיפוט הצבאי (תיקון מס' 17), התשמ"ו 1986, ס"ח 172.

4 בג"ץ 405/74 בר-עד נ' מדר ואח', פ"ד כט(1) 54, 56.

כך גם נכתב מפי הנשיא משה לנדוי כי העובדה שפוסק בדין המשמעתי היה עד לעברה ואף יזם את הבאת החייל בפניו לדין משמעתי, אינה פוסלת דיון שבגדרו היה ערבוב בין תפקידי העד, המאשים והשופט. כך, בהתחשב במטרותיו פורש חוק השיפוט הצבאי כשולל זכות ייצוג בדין המשמעתי על אף סמכויות קצין השיפוט. כן נפסק כי פגיעה בזכותו הדיונית של הנאשם, לעיין בתיק החקירה, הקבועה בפקודות מטכ"ל, אינה פוגעת בתוקפו של הפסק אם לא נגרם עיוות דין, וכי לחייל אין זכות לטעון בעל פה בערר על הפסק, אלא אם קצין השיפוט מתכוון להחמיר בעונש.⁵

איזון שונה נעשה בעניין מדוֹינסקי. נפסק כי הכללים החלים על כל בית משפט המטיל עונש החורג מן העונש המרבי הקבוע לעברה, שלפיהם, בטל העונש כולו, חלים גם על קצין שיפוט על אף מעמדו כמפקד המשליט משמעת בדרך של שפיטה וענישה. וכך כתב השופט (כתוארו דאז) אהרן ברק:

קצין השיפוט שתי פנים לו, שהרי הוא קצין האחראי על אכיפת המשמעת על פיקודיו ושופט המכריע בדינו של חייל. מעמד "כפול" זה של קצין ושופט, של מפקד המשליט משמעת והעושה כן בדרך של שפיטה וענישה, מחייב התאמה ואיזון בין הפן הצבאי לבין הפן השיפוטי. איזון זה עשוי להצדיק, לעתים, סטיית מה ממספר כללים מקובלים, כגון: זכות הייצוג על-ידי עורך-דין ואיסור קפדני על ניגוד עניינים ... עם זאת, אין להצדיק סטייה מכללי יסוד מינימליים החייבים להתקיים בכל משפט ובכל מערכת שיפוט. אחד מיסודות אלה הוא שעל השופט מוטלת מרותו של הדין, עליו לפעול אך במסגרת סמכותו, ואין הוא רשאי להטיל עונש, שאינו קבוע בחוק או החורג מזה הקבוע בחוק. שופט המטיל עונש, שאין הוא מוסמך להטילו, העונש בטל, ואין להצדיקו בכל נימוק שהוא, אף לא בנימוקים שעניינם - המשמעת בצבא. אכן, הטיעון, שהושמע בפנינו, כי הצורך להבטיח משמעת ביחידה הצבאית מצדיק מתן תוקף להחלטתו של קצין שיפוט החורג מהסמכות, אינו נראה לנו כלל ועיקר. משמעת אין פירושה אך ציות להוראות ... זאת ועוד: לא רק שאיני מוכן להצדיק חריגת שופט מסמכות בטיעון של משמעת, אלא, שלדעתי, המשמעת הצבאית תחושל, והאמון של הצבא במערכות הדין המשמעתי

5 בג"ץ 118/80 גרינשטיין נ' הפרקליט הצבאי הראשי, פ"ד לה: (1) 239.

6 שם, וכן ראו ד"ר 13/75 מפקד משטרה צבאית חוקרת ואח' נ' פלוני, פ"ד ל(3) 617, 620.

יחזוק, אם הכל יידעו, ששלטון החוק משתרע גם על הדין המשמעותי וגם על שופטיו.⁷

לדעתי, יש לשנות את נקודת האיזון ברוח בג"ץ מדז'ינסקי. אמנם תוקפן של הוראות חוק השיפוט הצבאי המתייחסות לדין הצבאי נשמר מכוח סעיף 10 לחוק היסוד, אך, כידוע, חוק היסוד משפיע הן על פרשנות הדין הישן והן על הפעלתו מכוח סעיף 11 לחוק היסוד, המחייב את כל רשויות השלטון - לרבות בית המשפט, המפרש את הדין, וקציני השיפוט, המפעילים אותו - לכבד את הזכויות ככל שהדבר מתיישב עם החיקוקים התקפים שעל יסודם הן פועלות.⁸

לאור מעמדה של הזכות לחירות אף נפסק כי נדרש איזון שונה בינה לבין האינטרסים המתנגשים - ובענייננו משמעת הצבא - המחייב בחינה מיוחדת של ההלכות שנקבעו על ידי בית המשפט.

בעיקרון, יסודותיו של סעיף 8 לחוק היסוד (להלן: פסקת ההגבלה), הנוגע לפגיעה מותרת בזכות אדם, לרבות על ידי הרשות השופטת, חלים גם על ההוראות הנוגעות לדין המשמעותי הצבאי, לאמור כי פירוש ההוראות והפעלת הסמכות חייבים להיות כך שזכות האדם לא תיפגע במידה העולה על הנדרש. אכן, בחוק היסוד קיימת פסקת הגבלה מיוחדת בסעיף 9 המתייחסת לכוחות הביטחון, ובכלל זה לחיילי צה"ל. וכך נקבע בה:

אין מגבילים זכויות שלפי חוק-יסוד זה של המשרתים בצבא-ההגנה לישראל ... ואין מתנים על זכויות אלה אלא לפי חוק ובמידה שאינה עולה על הנדרש ממהותו ומאופיו של השירות.

בהוראה זו הושמטה אמנם דרישת התכלית הראויה, אך היא נדרשת מכוח פסקת ההגבלה בסעיף 8, והשינוי הוא רק בהגדרת המידתיות.⁹ כאמור, חוק השיפוט הצבאי נשמר מכוח סעיף 10 לחוק היסוד, אך יש לפרש את ההוראות בדבר סמכות קצין

7 בג"ץ 243/80 מדז'ינסקי נ' בית הדין הצבאי לערעורים ואח', פ"ד לה (1) 67, 72.

8 בש"פ 537/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט (3) 355.

9 ראו בג"ץ 7083/95, 6055/95 צמח נ' שר הביטחון ואח'; אורנשטיין-זהבי ואח' נ' הפרקליט הצבאי הראשי ואח', פ"ד נג (5) 241, 265-4.

השיפוט בדווקנות, וסעיף 168 לחוק השיפוט הצבאי - המסמיך את הפרקליט הצבאי הראשי לבטל את הפסק או לתקנו בשל חוסר סמכות קצין השיפוט לדון בעבירה, לדון את הנאשם או להטיל עליו עונש - יכול לשמש כלי ראוי להפעלה דווקנית של הסמכות.

הפעלת שיקול הדעת על ידי קצין השיפוט עשויה להיות מושפעת מצרכי השירות המסוים, מאופיו, ממהותו וממטרותיו. הסביר זאת השופט יצחק זמיר בבג"ץ

צמח:

ברור כי גם מידתיות הפגיעה בזכויות של אדם המשרת בכוחות הביטחון מושפעת מן המהות ומן האופי של השירות. משמע, מבחן המידתיות הכללי, כפי שנקבע בסעיף 8 לחוק היסוד, צריך היה לחול על המשרתים בכוחות הביטחון בהתחשב במהותו ובאופיו של השירות, גם לולא נאמר הדבר במפורש בסעיף 9 לחוק היסוד. סעיף 9 לחוק היסוד אינו אומר אפוא אלא את המובן מאליו. עם זאת, יש בו כדי להבהיר את המצב ולסלק כל ספק; מידתיות הפגיעה בזכויות של המשרתים בכוחות הביטחון תלויה במהותו ובאופיו של השירות, ולפיכך היא עשויה להיות שונה ממידתיות הפגיעה באדם שאינו משרת בכוחות הביטחון.¹⁰

בהתייחסו לנוסחאות האיזון המשתלבות אל תוך עיקרון המידתיות, כתב

השופט זמיר:

... זכויות אדם ואינטרסים ציבוריים אינם כתפוחי אדמה, שניתן לשקול אותם על כפות המאזניים, אלא כנגד אלה, ולראות בעין מה מכריע את הכף.¹¹

עם זאת, האיזון אינו מושתת על הערכה והסקת מסקנות בדרך אינטואיטיבית. כידוע, מידתיות נקבעת על פי שלושה מבחני משנה: מבחן ההתאמה, מבחן הפגיעה הפחותה ומבחן היחסיות. מבחן ההתאמה קובע כי על הפעולה הפוגעת להיות מתאימה להשגת המטרה שאותה היא אמורה לקדם; מבחן הפגיעה הפחותה מורה

10 שם, בע' 266.

11 שם, בע' 273.

כי יש לנקוט באמצעים שפגיעתם בזכות היא הפחותה האפשרית; ומבחן היחסיות דורש כי הפעולה הפוגעת בזכות תינקט רק אם היחס בין התועלת שבפעולה לבין הפגיעה שהיא גורמת, הוא סביר. ברם, מידת הדווקנות שבה יש להפעיל מבחני-משנה אלו, תלויה במשקלן של זכויות האדם, אשר עולה ככל שהן קרובות ללבן של הזכות לחיים, לכבוד, לחירות וכדומה, והאיזון ייעשה אף בהתאם למשקלה הסגולי של תכלית הפעולה. כך, פגיעה קשה בזכות חשובה שנועדה להגן על אינטרס ציבורי חלש, עלולה להיחשב פגיעה העולה על הנדרש.

בענייננו השיפוט המשמעתי הצבאי, הכולל סמכות לשלול חירות, נכנס לגדר פגיעה קשה בזכות כאשר האינטרס שיש להגן עליו, הוא השלטת משמעת בצבא, שהיא תכלית ראויה ובעלת משקל סגולי רב.

הדין המשמעתי הוא כלי הולם להשגת תכליתו, היינו השלטת משמעת, כך שמתקיים מבחן ההתאמה. מנגד, מבחני-המשנה בדבר בחירת האמצעי הפוגע פחות ובדבר היחסיות מחייבים קביעת הסדרים המקרבים את הדין המשמעתי ככל הניתן לשיפוט של ממש מבלי לפגוע בהשגת תכליתו.

השגת מטרה זאת דורשת, ראשית, שיפוט על ידי קצין שיפוט שהוא עצמו אינו מעורב בעניין, אף לא כקובל ולא כל שכן כעד; שנית, ניהול הדיון חייב להיות הוגן. כך, במשפט המבוסס על חוות דעת פרקליט צבאי, המשמשת ראיה נגד נאשם, יש לאפשר לו לעיין בה, וכאשר הנאשם אינו מודה, והעובדות שנויות במחלוקת, ראוי הוא לשמוע את העדות המפלילה ולאפשר לחייל לחקור את העד. מובן הוא שעל קצין השיפוט לשמוע את החייל עצמו.

מנגד, הזכות לייצוג - שגורמת, מטבע הדברים, להתמשכות ההליך - פוגעת בתגובה המיידית הדרושה להשלטת משמעת, ועל כן שלילת זכות זאת בסוג זה של שיפוט היא בדרך כלל מידתית, אם כי במקרים מיוחדים ייתכן כי ניתן לסטות ממנה. במקביל, יש להקפיד על קיום סדרי הדין, לרבות זכות העיון בתיק החקירה, ולבטל את תוקפו של פסק כאשר סדרי הדין לא קוימו. כמו כן, בכל מקרה שבו חייל כופר באשמה, על קצין השיפוט לציין בפסק על מה ביסס את הרשעתו. בדומה, ראוי לאפשר לחייל להופיע בהליך של ערר.

השינויים המוצעים הופכים ככל שניתן, את הדין המשמעתי לשיפוט הוגן מבלי לפגוע במטרותיו ובמהות השיפוט הצבאי.

היסוד העובדתי בעברות המין בישראל: ניתוח ביקורתי

גבריאל הלוי

פתח דבר

1. טיפולוגיה של עברות המין בישראל: הגדרה ומיפוי המסגרת הנורמטיבית
א. הטיפולוגיה הכללית של עברות המין בהקשר החברתי-תרבותי
ב. מיפוי עברות המין בישראל
2. הגדרת מבנה היסוד העובדתי בעברה הפלילית
3. היסוד העובדתי בעברות המין
א. התנהגות

1. גבולות ההתנהגות: הנסיבות שבהתנהגות או נסיבות "התנהגותיות"
2. גבולות ההתנהגות: יסוד החדרה
א. החדרה "קונסטרוקטיבית"
ב. אחריות נגזרת

3. סובייקטיביות ההתנהגות: הגדרת המעשה המגונה
4. סיווג עברות המין לפי הרכיב ההתנהגותי

ב. נסיבות

1. הטיפולוגיה של הנסיבות
2. בין התנהגות לנסיבות
3. מכלול הנסיבות: נחיצותן של הנסיבות הלא רלוונטיות

ג. תוצאות

1. קיומו של הרכיב התוצאתי בעברות המין או העדר קיומו
2. טשטוש קו הגבול: בין מעשה ונסיבות לבין תוצאה
- ד. ייחוד המעשה ותיחומו בזמן ובמרחב
1. תיחומו העובדתי של המעשה
2. תיחומו המשפטי של המעשה

4. סיכום

* עורך דין, מרצה בקריה האקדמית.

פתח דבר

לעברות המין בישראל השלכות רחבות ביותר מעבר למשמעותן המשפטית. עברות אלו הן קווי הגבול שבין ה"אסור" ל"מותר" בתחום מאוויו הכמוסים ביותר של האדם. הגדרתן של עברות אלו היא אספקלריית המוסר החברתי והתרבותי בכל חברה ותרבות. לכל העוסקים בעברות המין מיוחס משנה תוקף של חשיבות בתפקודם החברתי. כך, בית המשפט הדין בעברות המין הופך להיות שומר צלם האנוש (של הקרבן), קובע הנורמות המוסריות וההתנהגותיות (ולא המשפטיות בלבד), ובד בבד המגן על זכויות האדם של הנאשם, אשר החברה ואף נאשמים אחרים ומורשעים אחרים סולדים ממעשיו יותר מאשר ביחס לכל נאשם אחר אשר ביצע פשעים חמורים הרבה יותר, כרצח. בבואו להטיל עונש על עבריין המין מודע בית המשפט להשלכה החברתית של הדברים כחלק מעיצוב דמותו של האדם בחברה הספציפית.

רשימה זו מתמקדת ביסוד העובדתי בעברות המין בישראל לאחר תיקון 39 לחוק העונשין. לדידנו, הגדרת המבנה של יסוד עובדתי זה אינה מספקת, אינה מדויקת ואינה ממצה, וככל המדובר בעברות המין - הדברים הם על סף החוקיות.

בחלקה הראשון של הרשימה תיערך טיפולוגיה של עברות המין בישראל תוך ייחוס חשיבות להקשר החברתי-תרבותי, מחד, ולאפשרות הניתוח האנליטי של היסוד העובדתי, מאידך. **בחלקה השני** של הרשימה תשורטט בתכלית הקיצור ובקצירת האומר הגדרת המבנה הקיימת של היסוד העובדתי בעברה הפלילית, ובכך תושלם הנחת היסודות הרלוונטיים לדיון ברשימה זו.

חלקה השלישי של הרשימה הוא עיקרה. בחלק זה נפרשת תמונת מבט ביקורתית של הגדרת המבנה הקיים של היסוד העובדתי בהקשר הנתון והקריטי של עברות המין בישראל. הדיון בחלק זה יחולק לארבעה חלקים מרכזיים לפי רכיבי המבנה הסטטוטוריים של היסוד העובדתי (התנהגות, נסיבות, תוצאה) ולהקשר הדבקם של רכיבים אלו (ייחוד המעשה בזמן ובמרחב). במסגרת בדיקת קיומם של רכיבי היסוד העובדתי בעברה הפלילית - החלק הראשון שבבחינת הטלת האחריות

1 חוק העונשין (תיקון מס' 39) (חלק מקדמי וחלק כללי), התשנ"ד-1994, ס"ח 348 (להלן: תיקון 39).

2 חוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: חוק העונשין).

הפלילית - נבדקים גם רכיבים נוספים, כגון מזיגת היסוד העובדתי מן הנפשי וכשירות העבריין לביצוע העברה, אולם בהקשר הנתון של עברות המין הרלוונטיות של ביקורת זו מועטה ביותר.

בסיכומה של הרשימה ישורטט בקווים כלליים פתרון מוצע אפשרי בדמות אימוצן של מקצת התפישות שבדוקטרינת ה-*Corpus Delicti* מתחום דיני הראיות לתוך דיני הטלת האחריות הפלילית כפתרון הולם לבעייתיות שנדונה בחלק השלישי באשר להגדרת המבנה של היסוד העובדתי בעברות המין.

1. טיפולוגיה של עברות המין בישראל: הגדרה ומיפוי המסגרת הנורמטיבית

א. הטיפולוגיה הכללית של עברות המין בהקשר החברתי-תרבותי

בפתחו של כל דיון ב"עברות מין" יש להתייחס תחילה אל זהותן של אותן עברות. הניסיונות לערוך טיפולוגיה סדורה, עקיבה וממצה של עברות המין נתקלת עד מהרה בקשיים מרובים. ניתן להדגים את הקושי בניסיונות הרבים להגדיר את עברות המין. כך, למשל, הגדרת עברות המין כעברות הנעשות באמצעות אברי המין והרבייה או כלפיהם מוציאה מגדרה את עברת המעשה המגונה³, למשל, הנעשית על ידי העבריין על איבר אחר של הקרבן (לדוגמא: ליטוף חזה של הקרבן). הגדרת עברות המין כעברות הנעשות בגופו של הקרבן בהקשר מיני תיתקל בקשיים נוכח קיומן של עברות ההטרדה המינית⁴, אשר אין כלל צורך במגע גופני על מנת לשכללן. ניתן להסיק כי אחד ממאפייני עברות המין הוא רבגוניותן, ומכאן הקושי שבהגדרתן באופן ממצה. שוהם, רהב ואדר בספרם טוענים כדלהלן:

... מועט הדמיון בין עבירות נגד המוסר, כמו מעשהו של נער המקיים יחסי מין עם חברתו בת ה-16, פעילותה הקבועה של זונה על הכביש, ומעשיו של אקסהביציוניסט

3 סעיף 348 לחוק העונשין.

4 סעיפים 51-א) ו-51-ב) לחוק למניעת הטרדה מינית, התשנ"ח 1998- (להלן: החוק למניעת הטרדה מינית).

חולני, החושף את ערוותו בפומבי. הקטגוריות החוקיות של העבירות אינן מתאימות לקרימינולוגיה...⁵

קשת המקרים העשויים להיכנס לגדרה של הגדרת עֲבֵרַת הַמִּין, היא רחבה עד מאוד. ואולם השונות וההבחנה אינן קיימות אך במסגרת המעשים הספציפיים, אלא גם ברמת קיומה של הנורמה הפלילית עצמה. הקוד הפלילי העותומני⁶ כינס את עֲבֵרַת הַמִּין בפרק השלישי לספר השני בו תחת השם "Outrages on Morals" וכלל בו את סימנים 197-202. "פגיעות במוסר" אלו היו כל החקיקה הפלילית באימפריה העותומנית בנוגע להסדרת עֲבֵרַת הַמִּין. הפעילות העיקרית שנאסרה בקוד זה הייתה ה-"indecent offence", אשר המחוקק העותומני לא פירש. זהו מושג רחב מאוד וכולל הנתון לפרשנות קונטקסטואלית. כך גם ביחס לעֲבֵרַת הַנִּיאוּף ("adultery" - סימן 201), למשל. בנוסף, בקוד זה היו קיימות עֲבֵרַת כְּגוֹן הַבְּטָחָת שווא לנישואין (סימן 200), כניסת גבר בלבוש אישה למקום שיוחד לנשים, שהעונש עליה נע בין שלושה חודשי מאסר לשנת מאסר, ופנייה לקטין בהצעות "בלתי מוסריות" או מגונות, שהעונש עליה נע בין שבוע מאסר לחודש מאסר (סימן 202). עֲבֵרַת הַנִּיאוּף לא אומצה בחוק העונשין הישראלי, אשר שימר חלקים נרחבים ביותר מפקודת החוק הפלילי, 1936, אך שתי העֲבֵרַת האחרונות אומצו בסעיפים 210 ו-211 לחוק העונשין. עֲבֵרַת אלו בוטלו במסגרת תיקון 56 לחוק העונשין⁸.

ההשתלשלות דלעיל מלמדת כי ייתכן שיותר מכל תחום עבריינות ספציפי אחר **עצם קיומן של עֲבֵרַת הַמִּין תלוי בהקשר חברתי-תרבותי**. האימפריה העותומנית, שהייתה ישות מדינית תאוקרטית, לא יכולה הייתה לשמור על צביונה התאוקרטי אלמלא אסרה על הניאוף, כמו שיטות משפט דתיות רבות שבהן מוסד הנישואין נתפש כמקודש וכמעשה ידי האל עצמו, ואל לאדם לשים לאל מוסד זה. הוראות דומות נמצאות גם במסגרת המשפט הקנוני מאחר שההקשר החברתי-תרבותי הדתי

5 ש' ג' שוהם, ג' רהב ומ' אדר קרימינולוגיה: תיאוריות מחקר ויישום (תשמ"ז) 45.

6 כפי תרגומו: THE OTTOMAN PENAL CODE (C. G. Walpole trans. London, William Clowes & Sons, 1888).

7 ס"ח התשל"ז 226.

8 ראו סעיף 5 לחוק העונשין (תיקון מס' 56), התש"ס 2000, ס"ח 226.

של הכפופים למשפט זה מחייבם לקיים איסור על הניאוף על מנת לשמור על צביונם זה. לעומת זאת, במסגרת המשפט הפלילי בשיטות משפט לא דתיות נדיר למצוא עברת ניאוף. בשיטות אלו עיקר העברה אינו בהקשר הדתי-מוסרי של יחסיו של האדם לפי אמונתו, אלא בשאלת ההסכמה ה"אזרחית" שבין השותפים לאקט המיני או לאקט בעל הגוון המיני. כך ביחס להקשר החברתי-תרבותי-דתי וכך גם ביחס להקשר החברתי-תרבותי-מוסרי. העברות לפי סעיפים 210 ו-211 לחוק העונשין שיקפו יחס מסוים של החברה הישראלית למוסר המיני ולמתירנות המינית. ביטולן משקף יחס אחר. במובן זה עברות המין בישראל הן מראה לאמות המידה המוסריות בהקשר המיני בישראל על ידי הצבתו של קו גבול בין האסור והמותר ועל ידי תחימתו. מיקומו המדויק של קו גבול זה הוא מד המוסר המיני בישראל.

לאור המסקנה כי עברות המין הן תלויות הקשר חברתי-תרבותי והן דינמיות בהגדרתן כתלויות בזמן ובמרחב, נשאלות שאלת הצורך בהגדרה החלטית של עברות המין ושאלת האפשרות להגדרה כזו. פרופ' קרמניצר טוען כי מלאכת הסיווג של העברות הספציפיות בקודקס פלילי בכל מדינה מושפעת מן הערך החברתי המוגן במסגרת המטען הבסיסי והכללי של כל חברה. הקושי במיון נעוץ גם בעובדה כי בעברות רבות מוגנים מספר ערכים, ועל כן סיווגן אינו חד ערכי. לאחר הפרדה בין "דיני העברה" לבין "דיני העברות" - תורת הטיפולוגיה הכללית של העברות הספציפיות - מתייחס פרופ' פלר להתפלגות העברות לפי "סימני ייחוד של העברה בכללותה" וטוען כי

... [] ההבחנה בין סוגי העבירות ... נעשית כפונקציה של תוצר ההשתלבות של כל היסודות שבמבנה העבירה אלה באלה, ומצד אחר תוך צורך להתחשב גם בהתבלטות סימני-ייחוד פרטיים...¹⁰

9 מ' קרמניצר עיקרי מבנה וארגון של העבירות הספציפיות (חיבור לשם קבלת תואר דוקטור למשפטים, תש"ם).

10 ש"פ לר יסודות בדיני עונשין (תשנ"ב, כרך ג) 102.

בהמשך הדברים טוען פלר כי אין במלאכת הסיווג **כשלעצמה** כל ערך עצמי. לטיפולוגיה ללא נפקות אין כל ערך¹¹. מכאן נובע כי ראשית יש לשאול מה ערכה של הטיפולוגיה במקרה זה. לטיפולוגיה הספציפית די בביסוס פורמלי של הגדרת עברות המין, כפי שיובהר להלן, מאחר שרשימה זו מתייחסת בעיקרה ליסוד העובדתי בעברות המין, וממנו היא עשויה לגזור את הנפקויות החברתיות, אך לא להיפך.

ב. מיפוי עברות המין בישראל

כאמור לעיל, די לנו בביסוס פורמלי של הגדרת עברות המין. מהו הביסוס הפורמלי, אפוא? גם המחוקק הישראלי, אשר חפץ בהחלתן של נורמות כלליות מתחומי הפרוצדורה הפלילית ודיני הראיות בפלילים, תר אחר הגדרה להן. כך, למשל, כאשר חפץ המחוקק לאפשר לבני זוג להעיד זה נגד זה במשפט פלילי בגין עברות מין או להגן על עדותה של המתלוננת בעברות המין על מנת להגיע למלוא היעילות של הוראותיו, היה עליו לתת הגדרה ממצה של עברות המין כדי שלא לאפשר התחמקות מכניסה לתחולת הוראות אלו בטענה פורמלית כי אין מדובר בעברת מין.

לאחר התחבטויות רבות וניסיון להסתפק בהגדרות שהסתפקו במונחים "עברות מין" או "עברות נגד המוסר", נקט המחוקק דווקא בהגדרה **טכנית** פורמלית, אשר תובא להלן. הספקות בעניין זה נסבו על העברות שהן "מעין" עברות מין או עברות מין שלא באופן מובהק. עברות אלו נמצאות ב"פריפריה" של עברות המין בהיותן עברות מין שאינן מובהקות. על עברות אלו נמנות, למשל, עברות הזנות והתועבה לפי סימן י' לפרק ח' לחוק העונשין, המעלות שאלות קשות דוגמת היותה של הפורנוגרפיה בגדר "עברת מין"; עברות ההטרדה המינית לפי החוק למניעת הטרדה מינית, המעלות שאלות לגבי קיומה של עברת מין ללא דרישה של מגע גופני, כנזכר לעיל; ועברות נוספות אשר לפי הקשרן הספציפי עשויות להיחזות כעברות מין, לדוגמה עברה על חוק הגנת הפרטיות¹², כאשר מדובר ב"הצצה" על גופם העירום של קרבנות העברה. כאמור לעיל, בסופו של דבר בחר המחוקק בהגדרה טכנית

11 שם, שם.

12 חוק הגנת הפרטיות, התשמ"א 1981.-

פורמלית. בהגדרה זו כלל המחוקק רק עברות מין מובהקות, דהיינו עברות לפי סימן ה' לפרק י' לחוק העונשין. בהגדרה זו משתמש המחוקק בשורה של חוקים כחוק לתיקון סדרי הדין (חקירת עדים)¹³ וכפקודת הראיות¹⁴. בחוקים אחרים ישנה אף הפניה מפורשת לעברות ספציפיות מסימן זה או לסימן כולו. אחת הדוגמאות המובהקות לכך היא עברת האינוס שבחוק השיפוט הצבאי, אשר יסודותיה נשענים על הגדרת האינוס שבחוק העונשין בתוספת נסיבות מחמירות באשר לזהות העושה ובאשר למהות המעשה:

חייל שעבר עבירה על סעיף 345 לחוק העונשין, התשל"ז 1977-, דינו - מאסר עשרים שנה; היו שלושה חיילים או יותר שותפים לעבירה כזו, וכל אחד מהם עשה את מעשה העבירה, יהיה דינו של כל עושה המעשה מאסר עולם.¹⁵

אם כן, סימן ה' לפרק י' לחוק העונשין מתייחס לעברות האינוס (סעיף 345), הבעילה האסורה בהסכמה (סעיף 346), מעשה הסדום (סעיף 347), המעשה המגונה (סעיף 348) והמעשה המגונה בפומבי (סעיף 349). עברות אלו הן עברות המין הבסיסיות ה"קלאסיות", כפי שמציבה החברה הישראלית כקו הגבול הנוכחי שבין אסור למותר. שינוי התכופים של קו גבול זה הם עניין למחקר העומד בפני עצמו, דוגמת ביטול עברת הסטיות מדרך הטבע (סעיף 351 לנוסחו המקורי של חוק העונשין¹⁶) למעשה ואחר כך להלכה¹⁷, ואולם רשימה זו תתמקד בניתוח המשפטי של היסוד העובדתי בעברות המין, כפי שהוגדרו בסימן זה, ובהתייחס לניסוחן הסופי והמחייב.

13 הגדרת "עבירת מין" בסעיף 2(ה) לחוק לתיקון סדרי הדין (חקירת עדים), התשי"ח 1957-.

14 סעיף 2(5) לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א 1971-.

15 סעיף 75 לחוק השיפוט הצבאי, התשט"ו 1955-.

16 ס"ח התשל"ז 226.

17 ראו חוק העונשין (תיקון מס' 22), התשמ"ח 1988-, ס"ח 62 (להלן: תיקון 22).

2. הגדרת מבנה היסוד העובדתי בעברה הפלילית

תיקון 39 חולל רפורמה כוללת בדיני העונשין בישראל. אחת המגמות המרכזיות בתיקון זה היא הסובייקטיביזציה של האחריות הפלילית. מרכז הכובד של הטלת האחריות הפלילית בישראל עבר לבחינת היסוד הנפשי. כפי שיובהר להלן, היסוד העובדתי בעברה הפלילית משמש כבסיס להבניית היסוד הנפשי והאחריות הנגזרת לאור תיקון 39 ולאור השלמותיו, שהחשובה בהן היא תיקון 43 לחוק¹⁸.

הגדרת המבנה של היסוד העובדתי בעברה הפלילית קבועה בסעיף 18 לחוק העונשין:

18. מבנה היסוד העובדתי

- (א) "פרט", לעניי עבירה - המעשה בהתאם להגדרתה, וכן נסיבה או תוצאה שנגרמה על ידי המעשה, מקום שהן נמנות עם הגדרת אותה עבירה.
- (ב) "מעשה" - לרבות מחדל, אם לא נאמר אחרת.
- (ג) "מחדל" - הימנעות מעשייה שהיא חובה לפי כל דין או חוזה.

סעיף קטן 18(א) לחוק מתייחס למבנה הסכמתי של היסוד העובדתי. לפי מבנה זה, קיימים שלושה סוגי רכיבים ליסוד העובדתי: מעשה, נסיבות ותוצאה. בעוד שהמעשה מחויב להתקיים בכל עברה פלילית (ובכך נדחתה דוקטרינת עברות המיצב), קיומם של רכיבי הנסיבות והתוצאה אינו הכרחי. הגם שהגדרה זו אינה ממצה, מדויקת או מלאה, היא משמשת את דיני העונשין בישראל כרובד הראשון להטלת אחריות פלילית. חסרונותיה רבים מאוד. כך, למשל, אין היא מגדירה מהו קשר סיבתי, או את שלושת הרכיבים דלעיל. קווי הגבול בין רכיבים אלה אינם ברורים כלל, ולכך השלכה רחבה גם על היסוד הנפשי, כפי שיבואר להלן. גם במסגרתו של רכיב המעשה רב החסר על המצוי. החוק נוקט בדרישה לרכיב ה"מעשה" ולא לרכיב התנהגותי. אמנם המחוקק הכליל את המחולל הפלילי במסגרת

18 חוק העונשין (תיקון מס' 43) (התאמת דיני העונשין לחלק המקדמי ולחלק הכללי), התשנ"ה-1995, ס"ח 390.

המעשה בסעיף קטן 18 (ב) לחוקי, אך הותר עדיין את ההחזקה מחוץ להגדרת היסוד העובדתי.

כפי שנאמר לעיל, היסוד העובדתי הוא הבסיס הראשון להטלת אחריות פלילית. כך, למשל, בחר המחוקק להגדיר את היסוד הנפשי כנגזרת של היסוד העובדתי. סעיף 20, אשר מתייחס למחשבה הפלילית, מפרט את הדרישה לקיומו של יסוד נפשי עבור כל אחד מרכיבי היסוד העובדתי. כך, למשל, בהגדרת ההיבט ההכרתי של המחשבה הפלילית דורש סעיף 20 מודעות כלפי המעשה, כלפי הנסיבות וכן הלאה:

20. מחשבה פלילית

(א) מחשבה פלילית - מודעות לטיב המעשה, לקיום הנסיבות ולאפשרות הגרימה לתוצאות המעשה, הנמנים עם פרטי העבירה, ולעניין התוצאות גם אחת מאלה:

(1) כוונה - במטרה לגרום לאותן תוצאות;

(2) פזיזות שבאחת מאלה:

(א) אדישות - בשוויון נפש לאפשרות גרימת התוצאות האמורות;

(ב) קלות דעת - בנטילת סיכון בלתי סביר לאפשרות גרימת התוצאות האמורות, מתוך תקווה להצליח למנען.

(ב) לענין כוונה, ראייה מראש את התרחשות התוצאות, כאפשרות קרובה לוודאי, כמוה כמטרה לגרמן.

(ג) לענין סעיף זה -

(1) רואים אדם שחשד בדבר טיב ההתנהגות או בדבר אפשרות קיום הנסיבות כמי שהיה מודע להם, אם נמנע מלבררם;

(2) אין נפקה מינה אם נעשה המעשה באדם אחר או בנכס אחר, מזה שלגביו אמור היה המעשה להיעשות.

19 כמו גם בסעיף 1 (הגדרת "מעשה") לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב 1982 - (להלן - "החסד"פ).

בדומה לכך, מוגדרות גם הרשלנות כיסוד נפשי בהתאם לרכיבי היסוד העובדתי והכוונה המיוחדת כ"פיצוי" נפשי על החסר העובדתי ברכיב מרכיבי העברה המושלמת. סעיף 21 לחוק העונשין קובע כדלהלן:

21. רשלנות

- (א) רשלנות - אי מודעות לטיב המעשה, לקיום הנסיבות או לאפשרות הגרימה לתוצאות המעשה, הנמנים עם פרטי העבירה, כשאדם מן היישוב יכול היה, בנסיבות הענין, להיות מודע לאותו פרט, ובלבד -
- (1) שלענין הפרטים הנותרים היתה לפחות רשלנות כאמור;
- (2) שאפשרות גרימת התוצאות לא היתה בגדר הסיכון הסביר.
- (ב) רשלנות יכול שתקבע כיסוד נפשי מספיק רק לעבירה שאיננה מסוג פשע.

מעבר לכך, וכפי שיידון להלן, האבחנות הבסיסיות ביותר בדיני העונשין, כמו האבחנה בין עבירות התנהגותיות לתוצאתיות על משמעויותיה הרחבות של ביחס ליסוד הנפשי ולאחריות הנגזרת, נעוצות בהגדרת היסוד העובדתי. עיקרה של רשימה זו נעוץ בהשלכותיה של הגדרת המבנה של היסוד העובדתי ביחס לעבירות המין כפי שהוגדרו לעיל. הצגת היסוד העובדתי בעבירות המין תיעשה לאור הגדרת מבנה זו, תוך הישענות עליה ותוך הדגשת ייחודן של עבירות המין באשר לחסר בהגדרה.

3. היסוד העובדתי בעבירות המין

א. התנהגות

1. גבולות ההתנהגות: הנסיבות שבהתנהגות או נסיבות "התנהגותיות"

הרכיב הראשון שביסוד העובדתי בעברה הפלילית הוא רכיב התנהגותי, "מעשה", כלשונו של סעיף קטן 18(א). חוק העונשין לא הגדיר מהו המעשה ומדי ההתנהגות. סעיף קטן 18(ב) לחוק אמנם מתייחס למונח "מעשה", אולם התייחסות זו

אינה טומנת בחובה הגדרה, אלא לשון ריבוי בדבר היות המחדל כלול גם במעשה. העדרן של הגדרות אלו מצביע גם על העדר אפשרות להציב את גבולות המעשה או ההתנהגות.

המעשה המרכזי המדובר בעברות המין הוא ה"בעילה". ה"בועל, כעושה, מוגדר בסעיף קטן 345(ג) ביחס לסימן כולו כדלהלן:

המחדיר איבר מאיברי הגוף או חפץ לאיבר המין של האישה.

הגדרת הבעילה כוללת, למעשה, פעולה של החדרה בנסיבות קונקרטיות של איבר המין הנשי כמושא ההחדרה. בסעיף קטן 347(ג) מוגדר מעשה הסדום ביחס לסימן כולו כדלהלן:

החדרת איבר מאברי הגוף או חפץ לפי הטבעת של אדם או החדרת איבר מין לפיו של אדם.

ההגדרה כוללת פעולה של החדרה בנסיבות קונקרטיות של מושא ההחדרה (פי הטבעת או פיו של האדם, קרבן העברה). כבר בשלב זה לא יקשה להבחין כי היסוד המרכזי בעברות אלו הוא החדירה. שינוי נסיבות החדירה בהתייחס למושא העברה משנה גם את טיבו של המעשה מאיננו למעשה סדום. מכאן כי בעצם הגדרת המעשה כרכיב ההתנהגותי שזורות גם נסיבות אובייקטיביות. כך, עצם סיווג היסוד "הבועל" בעברת האיננו או "העושה" בעברת המעשה המגונה אינו נקי מספקות בסיווגו כ"מעשה". הגדרת ה"מעשה" כ"מעשה ביחס למושא מסוים" מטשטשת את הגבול בין המעשה לבין הנסיבות. ואולם, קובע סעיף קטן 347(ב), על אף היפרדותה של עברת האיננו ממעשה הסדום כבר בשלב ניתוח המעשה הרי שתוספת נסיבות מסוימת למעשה הסדום תחזירו להגדרת האיננו. ייתכן שהמחוקק כיוון דבריו לעניין העונש בלבד, אך היות שסעיף קטן 347(א) וסעיף קטן 347(א1) עוסקים במוקדיהם בגילאי הקרבנות וביחסים התלזתיים שבין קרבן העברה למבצע, ניכר כי סעיף קטן 347(ב) מתייחס לרוב לאיננו ההומוסקסואלי. המבנה שנוצר הוא אנומלי. כאשר המעשה מגדיר מעשה סדום, והנסיבות מגדירות איננו, ייטה הדין לקבוע כי מדובר

באינוס, בעוד כי ניתן לבצע אינוס, כהגדרת הבעילה שבסעיף קטן 345(ג), באישה בלבד. רק אישה תוכל להיבעל, וכפועל יוצא - להיאנס, אך החוק קובע כי גם גבר. נראה כי הנסיבות הכלולות בהגדרת המעשה, אשר מלכתחילה מעלות ספקות לגבי סיווגו של המעשה כמעשה, ואשר אמורות להיות קו הגבול שבין האינוס למעשה הסדום, דווקא הן אלו המכרסמות בקו גבול זה ומכלילות בגדרו של האינוס גם את מעשה הסדום.

2. גבולות ההתנהגות: יסוד ההחדרה

א. החדרה "קונסטרוקטיבית"

ובכך לא סגי. אין ספק כי הרכיב ההתנהגותי המובהק שבעברות אלו הוא יסוד ההחדרה. קריאת פשוטו של החוק מחייבת את הוכחת ההחדרה כתנאי לקיומו של הרכיב ההתנהגותי, וכפועל יוצא - כתנאי להטלת אחריות פלילית על המבצע. ואולם המערער הראשון בפרשת בארי²⁰ (אופיר בארי) הורשע באינוס, המחייב את הוכחת יסוד ההחדרה, למרות שלא חדר. פרשה זו מאפשרת לאבחן בין שני סוגי מקרים שבהם תוטל אחריות פלילית באינוס או במעשה סדום בהעדר החדרה. הסוג הראשון הוא האחריות הנגזרת, והשני - התייחסות למצב של אי חדירה כאל חדירה. מקרה מהסוג השני נדון בפרשת דסה, שבה קבע השופט אילן כך:

נמצאנו למדים כי לעניינה של "החדרה" די בקיומו של "מגע" עם איבר המין של האישה, "התחלת חדירה", ואין הכרח בחדירה של ממש אל תוך איבר המין של קרבן מעשה האינוס (וממילא גם אין כל מניעה כי קרבן האינוס תישאר בתולה). הנזק הפסיכולוגי, הנגרם מהחדרה כפויה, אינו מבחין בין החדרה למחצה, לשליש או לרביע (או לכזו אשר איננה משאירה סימנים), ואף המחוקק לא נתכוון לברור בכך.²¹

דברים אלו מתעצמים לאור פסיקתו של הנשיא שמגר בפרשת בארי:

20 ע"פ 5612/92 מדינת ישראל נ' בארי ואח', פ"ד מח(1) 302.

21 ע"פ 5165/98 דסה נ' מדינת ישראל (לא פורסם) (ההדגשה הוספה).

"בעילה" - זו מוגדרת כהחדרת איבר מאיברי הגוף או חפץ לאיבר המין של האישה ... איבר המין של האישה הוא אפוא האובייקט הבלעדי של מעשה האינוס ...
 ... כפי שנפסק לא אחת, מספיקה התחלת חדירה, ואין צורך בחדירה ממש אל תוך איבר המין ... אין ביצועה של העבירה נשלל רק עקב העובדה שקורבן העבירה נשארה בבתוליה ...²²

אם עלתה טרם פרשות אלו השאלה אימתי החדירה היא חדירה, העמידו פרשות אלו את יסוד ההחדרה גם על אי החדרה. המעשה מוגדר על ידי בית המשפט העליון כמעשה גם אם לא נעשה. על קביעה זו חזר בית המשפט העליון לאחרונה בפרשת פלוני²³. שם נפסק בדעת רוב כי אין נדרש קיומו של יסוד עובדתי של החדרה על מנת להטיל אחריות פלילית באינוס, וזאת בניגוד להלכת פרץ²⁴. לעומתם, קבעה דעת המיעוט של השופט אנגלרד כי לשם קיומה של עבירת האינוס נדרש יסוד עובדתי של חדירה ממש, וכי תיקון דרישה זו ייעשה על ידי המחוקק בלבד, ולא על ידי פסיקת בתי המשפט²⁵. בית המשפט העליון יצר בפסיקה זו, למעשה, מצב של החדרה קונסטרוקטיבית, דהיינו התייחסות אל אקט שלא כלל חדירה, כאל אקט החדירה עצמו.

קיומה של ההחדרה הקונסטרוקטיבית הוא בעייתי בכל הנוגע לתפישת דיני העונשין הליברליים הקלאסיים. אחד ממאפייניה הברורים והמרכזיים של תפישה זו הוא קונספציית הבידול, אשר לפיה ניתן להפריד כל מעשה עברה ממעשים אחרים בגבולות מוגדרים, ובכך לבדל את ביצוע העברה בזמן ובמרחב. מצב משפטי המכיר בקיומה של ההחדרה הקונסטרוקטיבית לא יוכל לעמוד בתנאי הבסיסי של קונספציית הבידול מעצם טיבו וטבעו. בעוד ההחדרה ה"רגילה" היא פשוטה יותר לאבחנה פיזית לפי השאלה אם החפץ או איבר המין הוחדר כולו או מקצתו למתחם הפיזיולוגי של איבר המין הנשי, הרי שההחדרה הקונסטרוקטיבית אינה מתייחסת כלל למבחן פיזי זה. בגדרו של מעשה "אי ההחדרה" נכנסים מעשים רבים מלבד

22 עניין בארי, לעיל הערה 20, בע' 346-45.

23 ע"פ 5296/00 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(5) 385.

24 ע"פ 154/78 פרץ נ' היועץ המשפטי הממשלה, פ"ד לג(1) 57.

25 וראו בעיקר עניין פלוני, לעיל הערה 23, בע' 396-397.

ההחדרה עצמה, ליתר דיוק - ההחדרה הקונסטרוקטיבית. לפיכך, לא ברור באלו נקודות בזמן ובמרחב החלה אותה אי החדרה אשר תיחשב כהחדרה. באופן זה יוכל גם השלב המכונה "המשחק המקדים" להיכנס לגדר ההחדרה (הקונסטרוקטיבית) הגם שבשלב זה נכלל, לדוגמה, ליטוף בלבד, ולא החדרה במובנה הפיזי.

ההכרה בהחדרה הקונסטרוקטיבית גוררת גם כרסום בחלוקה בין העברות החמורות יותר, אינוס ומעשה סדום, לבין העברה הקלה יותר, מעשה מגונה. בעברת המעשה המגונה לא הוגבלה הגדרת ה"מעשה" לכלל הגדרה פיזית כלשהי, כפי שיידון להלן. לפיכך באות בגדרה כל ההתנהגויות בעולמנו. עד להכרה בהחדרה הקונסטרוקטיבית קו הגבול עשוי היה להיות ברור. כל ההתנהגויות עשויות להיכנס תחת הגדרת המעשה המגונה בהתקיים תנאי נוסף שיידון להלן, ובכלל זאת גם אי החדירה וגם החדירה, אלא שכאשר מתבצעת חדירה, רואה זאת המחוקק בחומרה רבה יותר בהגדרתו אותה כאינוס או כמעשה סדום, לפי העניין. באופן זה היו האינוס ומעשה הסדום, בכל הנוגע להגדרת היסוד העובדתי בעברה הפלילית, מקרים פרטיים של עברת המעשה המגונה אשר גררו חומרה יתרה מצד המחוקק. ההחדרה הקונסטרוקטיבית טשטשה סדר זה. אמנם ההחדרה תמשיך להיות מוגדרת במסגרת האינוס ומעשה הסדום, אך אי החדרה מסוג ההחדרה הקונסטרוקטיבית נכנסת לגדרו של המעשה המגונה, ולפי ההלכה כיום - גם לאינוס ולמעשה הסדום, וברי כי מדובר בקשת רחבה מאוד של התנהגויות. בית המשפט העליון דרש דרישה מזערית של "מגע" עם איבר המין של האישה²⁶. כיצד יסווג ליטוף באצבעות את איבר המין של האישה? האם מדובר במעשה מגונה מאחר שלא התקיימה חדירה, או שמא מדובר באינוס שכן מדובר בהחדרה קונסטרוקטיבית, הדורשת "מגע" בלבד עם איבר המין הנשי? השאלה אכן קשה.

ברור כי קביעה זו של בית המשפט העליון נעשתה כחלק משיקולי המדיניות המשפטית של הרחבת גדריה של עברת האינוס בעטיה של המורכבות ההולכת וגוברת עם הזמן של ביצוע עברות המין. אולם בהרחבה זו כלל לא ברור אם אכן מדובר בהרחבה. טשטוש הגבול בין החדרה לאי החדרה הוא, למעשה, גם טשטוש הגבול בין האינוס ומעשה הסדום לבין המעשה המגונה. ייתכן שבכך נפתח הפתח

26 עניין דסה, לעיל הערה 21.

לטעון כי כל מעשה שקשור לענייננו, יהיה דווקא מעשה מגונה, ולא אינוס או מעשה סדום שהרי הוראות סעיף 34כא לחוק העונשין מנחות לבחור בפרשנות הסבירה המקלה עם הנאשם. כך, בטשטוש הגבול שבין חדירה לאי חדירה יוצא שכרם של מתווני מדיניות ההכרה בהחדרה הקונסטרוקטיבית - בהפסדם.

ב. אחריות נגזרת

סוג המקרים האחר (הראשון) המאפשר להטיל אחריות פלילית בגין עברת מין אשר אחד מרכיבי יסודה העובדתי הוא יסוד ההחדרה, גם אם לא התבצעה החדרה באופן פיזי על ידי המבצע, הוא מקרים של אחריות נגזרת. דוקטרינה זו אומצה ואושררה במסגרת תיקון 39 ומבחינה בין העברה המושלמת, אשר האחריות הפלילית שתוטל בגינה היא אחריות מלאה, לבין האחריות הנגזרת. עם המקרים הספציפיים של האחריות הנגזרת ניתן למנות, למשל, את הניסיון ואת השותפות. הניסיון הפלילי הוגדר בסעיף 25 לחוק העונשין במסגרת תיקון 39. היסוד העובדתי הדרוש לשם הטלת אחריות פלילית בניסיון הוא "מעשה שאין בו הכנה בלבד". עם קבלתה של מגמת הסובייקטיביזציה במסגרת תיקון 39 הועבר, כאמור, מרכז הכובד אל היסוד הנפשי. כך, מרכז הכובד של הניסיון מצוי דווקא בהוכחת היסוד הנפשי מסוג הכוונה המיוחדת ביחס למטרה (החיצונית ליסוד העובדתי בניסיון לעבור עברה) ובהוצאתה אל הפועל, כמתחייב מעקרון המזיגה²⁷. בפרשת סריס, שניתנה עובר לקבלתו של תיקון 39, קבע בית המשפט כדלהלן:

היסוד העובדתי של הניסיון הוא אותה התנהגות אשר מגדר הכנה יצאה ולגדר השלמת העבירה המוגמרת לא הגיעה המאפיין התנהגות זו, שהיא ביטוי התנהגותי ... , המהווה חוליה, (ולו ראשונה...) (בשרשרת חוליות התנהגותיות מתאימות שהיו מוליכות להשלמת היסוד ההתנהגותי אלמלא הופסקו ...²⁸.

27 הדורש, בין היתר, את נביעתם של רכיבי היסוד העובדתי מקיומו של האשם על גילוי השונים. כך, הכוונה המיוחדת אמורה להפיק את שרשרת ההתנהגויות המובילה בסופו של דבר אל המטרה אשר ביחס אליה נדרשת אותה כוונה מיוחדת.

28 ע"פ 5150/93, 5447 סריס נ' מדינת ישראל; מדינת ישראל נ' סריס, פ"ד מח(2) 183, 186.

ואולם בית המשפט משלים את דבריו בהתייחס לדרישת הכוונה המיוחדת המשלימה את החסר שביסוד העובדתי בניסיון, וקובע כך:

לא תחילת "המעשה האסור" [ובאותו מקרה: תחילת ביצועה של הבעילה - ג' ה' נדרשת כאן, אלא תחילת "הגשמת הכוונה"; ובמקום שמוכחת הכוונה - אין לבחון אלא אם המעשה שנעשה הינו שלב משלבי הגשמתה...²⁹

בית המשפט אימץ, למעשה, את התובנה כי את החסר ברכיב מרכיבי היסוד העובדתי ניתן להשלים באחריות הנגזרת באמצעות יסוד נפשי מוגבר ביחס לאובייקט חיצוני ליסוד העובדתי³⁰. כך, את החסר שבהשלמת המעשה המוגמר משלימה הכוונה המיוחדת. תובנה זו הייתה קיימת זמן רב ביחס לניסיון, ולאחרונה אימץ אותה בית המשפט העליון בפרשת פלונית³¹ גם ביחס לסיוע, תוך הפיכת הלכת פוליאקוב³², שהתעלמה מצורך זה, ואף ביחס לשידול בעניין אסקין³³. באופן זה ניתן להטיל אחריות פלילית נגזרת בעברות מין אשר ביצוען המוגמר דורש החדרה, גם בהעדר החדרה, אלא שבמקרים אלו נדרש, כאמור, יסוד נפשי מוגבר, והחסר מתאון. הדיון בדיני השותפות לדבר עברה והאבחנה בין השותפים השונים, ובייחוד בעניין האבחנה שבין מסייע למבצע בצוותא, חורג ממסגרתה של רשימה זו. ניתן לסכם בשלב זה ולומר כי על אף שקיימת דרישה התנהגותית ברורה של פעולת ההחדרה כתנאי להטלת אחריות פלילית וכרכיב הראשון שבין רכיבי היסוד העובדתי בעברת המין, תיתכן גם תיתכן הטלת אחריות פלילית בגינה גם בלא קיומה הפיזי.

29 שם, בע' 189.

30 ראו, למשל, מ' קרמניצר "עוד על היסוד ההתנהגותי ב"אקטוס ראוס" של הניסיון" משפטים ט (תשל"ח-ל"ט) 274, 285.

31 ע"פ 320/99 פלונית נ' מדינת ישראל, פ"ד נה(3) 22.

32 ע"פ 4317/97, 4392, 6327 פוליאקוב ואח' נ' מדינת ישראל, פ"ד נג(1) 289.

33 ע"פ 8469/99 אסקין נ' מדינת ישראל, פ"ד נה(2) 65.

3. סובייקטיביות ההתנהגות: הגדרת המעשה המגונה

אחד העקרונות החשובים והמהותיים בדיני העונשין הוא אובייקטיביות היסוד העובדתי. לאחר תיקון 39 אובייקטיביות היסוד העובדתי היא התנאי הראשוני שעליו מובנה מרכז הכובד החדש: סובייקטיביות היסוד הנפשי. אובייקטיביות היסוד העובדתי מתחייבת מן הצורך שבהפרדת היסוד העובדתי מן הנפשי, כמתחייב מן העיקרון הבסיסי בדיני העונשין בדבר *cogitationis poenam non patitur*. תובנה זו היא חלק מן התפישה הרצונית של ההתנהגות, שהיא תפישה קרטזיאנית, ולפיה לא ניתן להעמיד אדם לדין פלילי על עברת ה"לא תחמוד" המקראית, למשל. "תחמוד" היא פעולה סובייקטיבית, אין בה כל אבחנה בין המעשה לבין המחשבה (ובעיקר החפץ בהיבט הוולונטרי של המחשבה הפלילית), ומשום כך לא ניתן להעניש בגינה. מול תובנה זו עומדת הגדרת המעשה המגונה בסעיף קטן 348(ו) לחוק:

מעשה לשם גירוי, סיפוק או ביזוי מיניים.

אין כל קושי להבחין כי המעשה המגונה מוגדר לפי **מטרתו**. מטרת המעשה המגונה היא חיצונית לרכיבי היסוד העובדתי, ומשום כך נדרשת לגביה הוכחת כוונה מיוחדת. שזירת המטרה בהגדרת המעשה אינה אלא סובייקטיביזציה של המעשה. היסוד הנפשי הנדרש ביחס למטרה, כמו גם המטרה, הופכים להיות חלק בלתי נפרד מן המעשה עצמו. הפרשנות המקובלת היא כי בעברה זו נדרש להוכיח כוונה מיוחדת ביחס למטרה כחלק מן היסוד הנפשי, ומניה וביה - מודעות באשר לטיב המעשה. הגדרת כלאיים זו של המעשה זורעת אי בהירות רבה בהגדרת המעשה המגונה. טענה כגון דא עלתה בפרשת **פּלַח**. טענותיו העיקריות של המערער היו כי המעשים שיוחסו לו, לא נשאו אופי אירוטי-מיני מן ההיבט הסובייקטיבי על אף "חזותם" המינית מן ההיבט האובייקטיבי. אלמלא שולבה דרישת המטרה/כוונה מיוחדת בהגדרת המעשה, לא ניתן היה להעלות טענה כזו. השופט י' קדמי התייחס לבעייתיות שבהגדרה סובייקטיבית של המעשה האובייקטיבי:

... ההבדל בין מעשה ארוטי בתור שכזה, לבין מעשה מיני כחלק מטיפול פסיכולוגי - הינו הבדל היורד ל"מהות המעשה"; ועל כן - באשר למעשה הארוטי שבוצע בפועל

- יש לראות את ההסכמה למעשה מיני כחלק מן הטיפול הפסיכולוגי, כהסכמה למעשה "אחר".

בהקשר זה המירמה ירדה אפוא ל"מהות המעשה"; שאין המדובר כאן בהשגת הסכמה במירמה למעשה שבוצע בפועל, אלא בהשגת הסכמה ל"מעשה ארוטי" שהוצג במרמה כ"מעשה אחר", קרי: כמעשה טיפולי. המתלוננות ידעו כי המעשה שלו הן "מסכימות" הינו בעל חזות מינית מן ההיבט האובייקטיבי, אך נתנו לו את הסכמתן משום שמחמת המירמה האמינו שאין הוא כזה; ואילו המערער ניצל את ההסכמה לביצוע מעשה בעל חזות מינית "לצורכי טיפול", וביצע במתלוננות "מעשה אחר", לאמור: מעשה ארוטי לשמו.

אין ... לצמצם את משמעותו של המושג "מהות המעשה, באופן שלא ייכלל בו גם "אופיו" של המעשה מן ההיבט הנפשי הסובייקטיבי של העושה.³⁴

השופט קדמי מתגבר על סובייקטיביות המעשה האובייקטיבי על ידי שימוש במונח ביניים של "מהות המעשה". במסגרת אותה "מהות" כולל המעשה את היבטיו הסובייקטיביים על אף שאין זהו מקומם במסגרת היסוד העובדתי מלכתחילה. עם זאת, ניתן לראות בסובייקטיביזציה המעשה האובייקטיבי כחלק מיכולת הבידול של המעשה. במה דברים אמורים? ניתוחה של עֵבֶרַת המעשה המגונה מצביעה על כי כל מעשה באשר הוא עשוי להיות מעשה מגונה. הגדרת המעשה המגונה אינה מצמצמת עצמה להגדרות פיזיות ספציפיות, כך שגם מניפולציה בניירות ערך, למשל, נכנסת לגדרו של המעשה במסגרת עֵבֶרַת המעשה המגונה. זוהי תוצאה מסתברת של העדר הגדרה אובייקטיבית מדויקת באשר למעשה. ואולם על מנת לצמצם בכל זאת את גדר המעשים הנכנסים לעֵבֶרַת זו, בחר המחוקק בצמצום על רקע סובייקטיבי. הרקע הסובייקטיבי הראשוני שבו משתמש חוק העונשין, הוא היסוד הנפשי. באופן זה כינס המחוקק את המעשה האובייקטיבי ואת המטרה הסובייקטיבית תחת קורת גג אחת, בהתעלם מן הסדר הבסיסי שבהגדרת עֵבֶרַת בפלילים. תחת זאת הגדרת עֵבֶרַת המעשה המגונה בנוסחה הכללית של "העושה מעשה באדם בנסיבות... לשם גירוי, סיפוק או ביזוי מיניים, דינו -..." הייתה עומדת

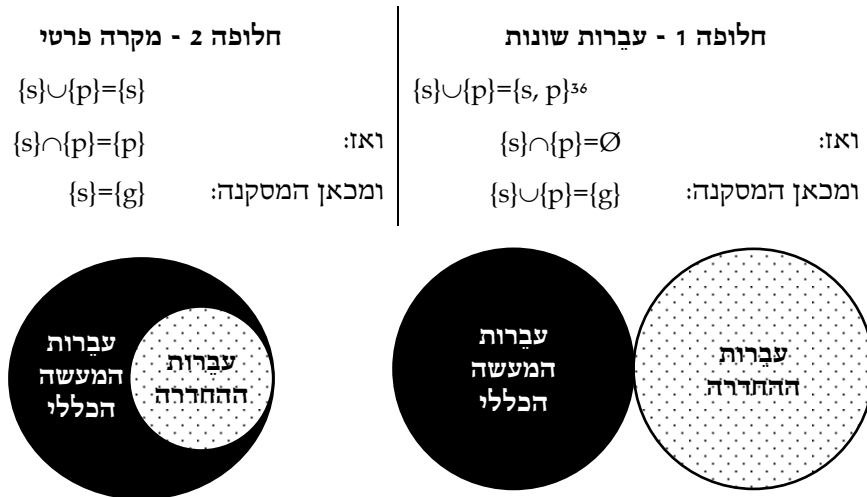
34 ע"פ 7024/93 פלח נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(1) 2, 23 (ההדרגות המקוריות הורדו, והנוכחית הוספה).

בסדר הבסיסי ובסטנדרט האובייקטיבי של היסוד העובדתי. התוצאה עשויה להיראות דומה, אך בכל זאת קיים הבדל בין הניסוח המוצע לעיל לבין המצב הקיים. כאשר, כפי הניסוח המוצע, המטרה היא חיצונית ליסוד העובדתי בכללו, נדרשת כוונה מיוחדת כלפי המטרה מתוך היסוד העובדתי בכללו, דהיינו בהתייחס גם לנסיבות במקרה זה. הניסוח הקיים מחייב את בדיקת המטרה **במסגרת** היסוד העובדתי. כך, אי עמידה בנטל השכנוע ביחס לכוונה המיוחדת גורר בניסוח הקיים אי עמידה בנטל ההוכחה של **היסוד העובדתי** בעוד שבמסגרת הניסוח המוצע אי העמידה היא באחד מרכיבי **היסוד הנפשי**. לכך נפקויות נרחבות עם אימוץ חזקת הידיעה השקולה כנגד כוונה גם כלפי מטרה על ידי בית המשפט העליון³⁵ שכן חזקה זו מתייחסת אך להעדרו בפועל של יסוד נפשי, ולא עובדתי, ולכך נפקות מעשית ביותר בהתייחס להטלת אחריות פלילית על המבצע.

4. סיווג עברות המין לפי הרכיב ההתנהגותי

ההבדלים בין עברות המין שלפי סימן ה' לפרק י' לחוק העונשין והשוני ביניהן ביחס לרכיב ההתנהגותי שביסוד העובדתי בעברה הם מצומצמים למדי. חלקן כוללות דרישה למעשה כללי כלשהו (מעשה מגונה ומעשה מגונה בפומבי), וחלקן דורשות מעשה ספציפי של החדרה (אינוס, בעילה אסורה בהסכמה ומעשה סדום). השאלה המרכזית היא האם מדובר בשתי קבוצות שונות, או שמא מדובר בקבוצה כללית ובקבוצה שהיא מקרה פרטי של הקבוצה הכללית. אם נסמן את קבוצת כלל עברות המין ב-"s", את עברות המין הדורשות החדרה במסגרת הרכיב ההתנהגותי ב-"p" ואת העברות הדורשות מעשה כללי כלשהו ב-"g", תתקיימה שתי חלופות:

35 ראו, למשל, פסק דינו של הנשיא מ' שמגר בע"פ 172/88 וענונו נ' מדינת ישראל, פ"ד מד(3) 265, כהלכה שאושרה גם לאחר תיקון 39 בהרחבת סעיף 20(ב) לחוק, המתייחס לידיעה השקולה כנגד כוונה (כהיבט חפצי של המחשבה הפלילית).



הברירה בין החלופות תיעשה לפי השאלה אם ניתן להטיל על אדם אחריות פלילית בגין מעשה מגונה כאשר אותו מעשה כלל החדרה או בעילה. לדעתנו, התשובה היא חיובית מאחר שאין כל מניעה בהגדרת מעשה הכולל החדרה או בעילה כמעשה מגונה דווקא. מכאן יוצא שקיימת זהות בין עברות המעשה הכללי לבין עברות המין בכללן באשר להגדרה הכללית של הרכיב ההתנהגותי. עברת גרם המעשה (סעיף 350) תידון במסגרת פרק משנה 3.ג, הדן ברכיב התוצאתי.

ב. נסיבות

1. הטיפולוגיה של הנסיבות

לוי ולדרמן מאפיינים את הנסיבות כמקנות להתנהגות את אופייה הפסול והפלילי³⁷, ו-Smith & Hogan רואים אמנם בנסיבות כמכוננת את הממד הפסול והאסור להתנהגות, אך כשלעצמן הן מאבדות את משמעותן זו והופכות להיות

³⁶ דהיינו קבוצת האיחוד, המסומנת ב"U", היא הקבוצה הכוללת את כל הפרטים שבכל אחת מן הקבוצות המפרידות אותה. קבוצת החיתוך, המסומנת ב"∩", היא קבוצת הפרטים המשותפים בקבוצות הנחתכות. אם אין כל פרט משותף, קבוצת החיתוך היא קבוצה ריקה, המסומנת ב"∅".

³⁷ לוי וא' לדרמן עיקרים באחריות פלילית (תשמ"א) 196.

התרחשות בעלמא³⁸. את ההגדרה המקובלת לרכיב הנסיבתי שביסוד העובדתי טבע פלר בספרו:

[]נתונים המצויים במציאות האובייקטיבית בשעת ההתנהגות המהווה רכיב של היסוד העובדתי שבאותה עבירה, ללא כל תלות בהתנהגות זו או בהימנעות ממנה, יהיה מקור יצירתם או היווצרותם אשר יהיה.³⁹

על מקצת קשייה של הגדרה זו נעמוד בהמשך הדברים. אבחנה מקובלת ביחס לנסיבות היא האבחנה שבין נסיבות רלוונטיות לנסיבות לא רלוונטיות. מקובל לראות בנסיבות הנמנות על רכיבי היסוד העובדתי בעברה ואשר נדרשות להוכחה במסגרת היסוד העובדתי, כנסיבות רלוונטיות. כל יתר הנסיבות אשר אפפו את ההתרחשות נשואת האישום ולא נדרשו להוכחה במסגרת היסוד העובדתי, הן הנסיבות הבלתי רלוונטיות. על נפקותה של אבחנה זו בעברות המין נעמוד בהמשך. ניגש, אפוא, ליישומה של הטיפולוגיה בעברות המין.

2. בין התנהגות לנסיבות

הגדרת הנסיבות המקובלת, כפי שצוטטה לעיל מספרו של פרופ' פלר, כוללת גם את קו הגבול שבין הרכיב ההתנהגותי לנסיבתי במסגרת היסוד הנפשי. מקור יצירת הנסיבות עשוי להיות חיצוני, אולם על הנסיבות להיות בלתי תלויות לחלוטין בהתנהגות. ניטול כדוגמה את מבנה עברת האיננוס. עברת האיננוס פותחת במלים, "הבועל אישה", ואחריהן מופיעות חמש נסיבות (החל מתיקון 56 לחוק העונשין), אשר המאפיין המרכזי שלהן הוא העדר הסכמתה של אותה אישה. העובדה שהרכיב ההתנהגותי, "הבועל", מכיל גם רכיבים נסיבתיים או נסיבות "התנהגותיות", נדונה לעיל, ואולם ההגדרה של פרופ' פלר מקהה את העוקץ. לפי הגדרה זו, על מנת שהרכיב יוגדר כנסיבתי, עליו להתרחש ללא זיקה סיבתית ("תלות") להתנהגות. אי תלות זו אינה מתקיימת בפרשנות הנסיבות ה"התנהגותיות" שביסוד "הבועל" שכן

38 J. C. SMITH, SMITH & HOGAN CRIMINAL LAW 36-37 (10th ed. 2002)

39 ש"פ פלר יסודות בדיני עונשין (תשמ"ד, כרך א) 376 (הדגשות, למעט הנוכחית, הורדו).

אותן נסיבות הן חלק מהתנהגות המבצע ותוצר שלה. המבצע כיוון את מעשיו באמצעות ההתנהגות עד כי גרמו להתרחשותן של הנסיבות. אחיזה דווקנית בהגדרתו המוצעת של פרופ' פלר מחזירה את הנסיבות ה"התנהגותיות" לחיקה החם של הגדרת ההתנהגות כמקומן הטבעי וכחלק מן ההתרחשות הפעילה הטבועה במונח "הבוועל". ואולם דווקא קביעה זו היא בעייתית ביותר.

בעוד שהנסיבה "אישה" אכן אינה תלויה בהתנהגות שכן הקרבן הייתה אישה טרם ההתרחשות האסורה (האינוס) ותמשיך להיות אישה גם לאחריה, כך שאין כל תלות או זיקה סיבתית בין היותה אישה לבין ההתנהגות "הבוועל", לא כך באשר לנסיבות העדר ההסכמה שבהמשך הגדרת העברה. העדר ההסכמה הוא תוצאה ישירה של ההתנהגות. ההתנהגות "הבוועל" היא זו שגרמה בעליל להתרחשותן של הנסיבות. ההתנהגות הייתה הגירוי, ואי ההסכמה הוא התגובה. עובר להתנהגות לא שררה כל אי הסכמה (או הסכמה), ואילו ההתנהגות "הציתה" את קיומן של אותן נסיבות. קיום נסיבות אי ההסכמה מקיים זיקה סיבתית ותלותית בהתנהגות. משום כך לא יוכל רכיב אי ההסכמה להיות מסווג כ"נסיבות". המבצע כונן אותן, הקרבן הגיב - ותו לא. משום כך ובהיקש מניתוחן של הנסיבות ה"התנהגותיות" שביסוד "הבוועל", אפס כי יש לסווג את העדר ההסכמה כחלק מן ההתנהגות.

זאת ועוד. הגדרתו של פרופ' פלר מתייחסת לקיומן של הנסיבות **במציאות האובייקטיבית**: כלום יש אירוע מנטלי, וכפועל יוצא - סובייקטיבי, בהסכמה. מעצם טיבה וטבעה ההסכמה היא **תהליך סובייקטיבי** בעל חזות של אירוע מנטלי. הסכמה היא תמיד תלויה הקשר. המשפט הפלילי המהותי בישראל הכיר ביסוד ההסכמה כיסוד סובייקטיבי מנטלי מימים ימימה. כך, למשל, יסוד ההסכמה הנדרש במסגרת ההחזקה הקונסטרוקטיבית סווג על ידי השופט ברק בפרשת הוכשטט כרכיב נפשי - "*animus possidendi*"⁴⁰. לפיכך עולה השאלה כיצד ניתן כלל להתייחס לנסיבות "אי ההסכמה" כאל רכיב מרכיבי היסוד העובדתי.

הדברים אמורים לא אך ביחס לעברת האינוס או לעברות ההחדרה בכללן. עברת המעשה המגונה כוללת גם בהגדרת המעשה המגונה הגדרה המתנייחסת

40 ע"פ 250/84 הוכשטט נ' מדינת ישראל, פ"ד מ(1) 813. פסק דינו זה של השופט (כתוארו דאז) ברק בדעת מיעוט הפך להלכה מחייבת. ראו ע"פ 149/86 רבייב נ' מדינת ישראל, פ"ד מ(2) 371; ע"פ 446/86 יצחקי נ' מדינת ישראל, פ"ד מא(1) 189; ע"פ 1478/91 מדינת ישראל נ' רובבשי ואח', פ"ד מו(1) 829.

למטרה, כזכור. אם נפריד את התיבה "מגונה" מן התיבה "מעשה" שבסעיף קטן 348(ו), שכן את האחרונה ניתן לקזז מן ההגדרה גופא ("מעשה מגונה - מעשה..."), תיוותר הנסיבה "מגונה" כנסיבה מנטלית, כאמור לעיל, המתייחסת למטרה (המקננת במוחו של המבצע). בנוסף, לפי המבחן דלעיל, נסיבה זו היא חלק מן ההתנהגות עצמה בהיותה מכוונת את המעשה. בעיות אלה, הנוגעות למבנה הקיים של היסוד העובדתי, לא הגיעו לכלל פתרון.

3. מכלול הנסיבות: נחיצותן של הנסיבות הלא רלוונטיות

מהי נפקות האבחנה בין נסיבות רלוונטיות ללא רלוונטיות, שפורטה לעיל, בכל הנוגע לעברות המין? ביום 6.3.2001 קיבלה הכנסת את חוק זכויות נפגעי עבירה⁴¹. חוק זה מדגיש את חשיבותו של מעמד הקרבן במשפט הפלילי לא רק במסגרת שלבי הטלת גזר הדין, שחקיקה ספציפית הסדירה את מעמדו באותו שלב⁴², אלא אף בשלבי הטלת האחריות הפלילית על הנאשם. מעמדם של נפגעי עברות האלימות והמין הוגדר באופן פרטני במסגרת חוק זה והודגש בשונה מנפגעי העברות האחרות ניכח המצוקה ההולכת וגוברת של נפגעי עברות אלו בעת האחרונה. עמדה זו, אשר משקפת את הלכי הרוח האמריקאיים של ה- Victims' Rights Movement⁴³ מתחילת שנות השמונים של המאה העשרים שקראו להרחבת היריעה העובדתית הנפרשת בפני בית המשפט טרם מתן הכרעת הדין, ביחס למצבו של נפגע העברה על מנת לשכלל את האחריות הפלילית המוטלת על הנאשם תוך התייחסות למידע מלא יותר. נפקותה של תפישה זו בעברות המין גדולה לאין שיעור בהינתן כי עברות המין המרכזיות (אינוס, מעשה סדום ומעשה מגונה) כוללות מספר חלופות המתייחסות לחומרת ביצוע העברה. כך, למשל, מחמיר סעיף קטן 345(ב) לחוק העונשין עם אונס בנסיבות של התעללות, חבלה גופנית וכיוצא באלה. ואולם הנסיבות האובייקטיביות הנקובות בסעיפים אלו בעברות המין מתייחסות, כהגדרתן,

41 חוק זכויות נפגעי עבירה, התשס"א 2001.-

42 ראו, לדוגמה, סעיפים קטנים 187(ב)-(ז) לחסד"פ.

43 ראו, למשל, Shirley S. Abrahamson, *Redefining Roles: The Victims' Rights Movement*, 1985, 517, 521-532. UTAH L. REV.

להתרחשויות אובייקטיביות כפי הבנתו הסובייקטיבית של המבצע. באופן זה כאשר הקרבן לעברת האינטוס הייתה אדם רגיש ובסביבתה נדונה לנידוי והשפלה עד כדי הוצאתה מן החברה וסיווגה כפחותה מאלו שלא נאנסו, לא יהא לכך כל ביטוי בהטלת האחריות בפלילים. הסיבה הפורמלית לכך נעוצה בסיווג עובדות מהותיות אלה כנסיבות לא רלוונטיות. באותה מידה נכונים הדברים גם לגבי עברות המין האחרות.

התרחשויות רבות שהן נחלתם של קרבנות עברות המין מדי יום ביומו, אינן נכנסות להגדרת היסוד העובדתי ולקלסיפיקציה של רכיביו. בעייתיות זו קיימת הן לחומרת הנאשם והן לקולא. כך, למשל, נתפש בעיני החברה "אינטוס הרחוב", אשר לווה במעקב של הנאשם אחר קרבנו במשך זמן רב, אך תוך זרות מוחלטת שבין הקרבן לבין המבצע, כחמור יותר מאשר אינטוס במהלך התעלסות מרצון בין בני הזוג אשר לא ניתנה בו ההסכמה המפורשת של בת הזוג לאקט הספציפי של הבעילה, תוך שקיימת ביניהם שגרת קיום יחסי מין בהסכמה באופי דומה⁴⁴.

הגדרת המבנה הנוכחית של היסוד העובדתי אינה מאפשרת התחשבות בנסיבות אלו מאחר שהן מסווגות כלא רלוונטיות. Salmond מקביל את המצב המשפטי המתואר לבחירתו של המחוקק רק תוצאות מספר משרשרת התוצאות האינסופיות שנגרמה על ידי המעשה האסור. בחירתו הנסיבות הרלוונטיות על ידי המחוקק דנה את היתר לחוסר רלוונטיות כלפי הטלת האחריות הפלילית, ובדרך כלל גם ביחס להטלת גזר הדין, ובכל שיטה משפטית ההתייחסות לנסיבות הלא רלוונטיות היא וולונטרית⁴⁵. בישראל בחר המחוקק להתעלם מנסיבות אלו ואחרות בסווגו אותן כלא רלוונטיות לשאלת האחריות הפלילית, אולם לעניין גזר הדין בהקשר הספציפי של עברות המין והאלימות קיימת ההתייחסות האמורה בסעיף 187 לחסד"פ.

גם לבעיה זו אין פתרון במסגרת הדין המהותי הקיים.

44 ראו, למשל, ע"פ 2820/98 סיגמן נ' מדינת ישראל, פ"ד נג (4) 183.

45 SALMOND ON JURISPRUDENCE 401-403 (11th ed., Glanville Williams ed., 1957).

ג. תוצאות

1. קיומו של הרכיב התוצאתי בעברות המין או העדר קיומו

את הרכיב התוצאתי של היסוד העובדתי הגדיר פרופ' פלר בספרו כך:

[פגיעה בפועל או בכוח באובייקט הפיזי של העבירה, על קיומו, שלמותו, תקינותו או איכותו, הנובעת מן הרכיב ההתנהגותי של אותו יסוד, מקום שהיא פרט מן הפרטים הדרושים, לפי הגדרת העבירה, להתהוותה.⁴⁶

הגדרה זו מקובלת במסגרת דיני העונשין בישראל. היא מדגישה את התוצאה כנובעת מן ההתנהגות, דהיינו הקשר הסיבתי בין ההתנהגות לתוצאה עומד במוקד התוצאה. בנוסף, מדגישה הגדרה זו את הצורך בדרישה פורמלית בתוצאה במסגרת הגדרתה של כל עברה. להגדרה זו קשיים רבים, חלקם לוגיים (דוגמת טאוטולוגיית הגדרת התוצאה כפונקציה של הקשר הסיבתי והגדרת הקשר הסיבתי כפונקציה של התוצאה), וחלקם יישומיים, אולם אין זוהי מסגרת הדיון. ברשימה זו ייבחנו דרישת התוצאה בעברות המין או העדרה והשלכותיהן בסוג זה של עברות. ניתוחן הפורמלי של עברות המין המרכזיות (אינוס, מעשה סדום ומעשה מגונה) מעלה כי כלל אין בהן דרישה כלשהי לקיומו של רכיב תוצאתי או להוכחתו על מנת לשכלל אחריות פלילית בגינן. עברות אלו בנויות על אדניהם של הרכיבים ההתנהגותיים והנסיבתיים בלבד. תיקון 39 לחוק העונשין אימץ את האבחנה שהייתה קיימת עוד לפניו, בדבר עברות התנהגותיות מול עברות תוצאתיות: האחרונות דורשות קיומו של רכיב תוצאתי (ובעקבותיו גם הוכחת קשר סיבתי בין הרכיב ההתנהגותי אליו), והראשונות אינן דורשות זאת. לפי סיווג זה, עברות המין בישראל הן עברות התנהגותיות. סיווג זה אינו נקי מספקות. בפרשת אלבה הביע השופט בך ספקנות כללית ביחס לחשיבותה של אבחנה זו⁴⁷. בהתייחסו לדברים אלה קבע השופט טירקל כדלהלן:

46 פלר, לעיל הערה 39, בע' 424 (הדגשה הורדזה).

47 ע"פ 2831/95 אלבה נ' מדינת ישראל, פ"ד (5) 221, 307.

גם לדעתי יש מקום להרהר מחדש בסיווג זה, שכן "מעשה אנושי איננו אלא גרימת תוצאות" ... ; אך נראה שביטול ההבחנה הוא עניין למחוקק לענות בו, שכן חוק העונשין (תיקון 39) (חלק מקדמי וחלק כללי) נוקט גישה המבחינה בין עבירה "התנהגותית" לבין עבירה "תוצאתית".⁴⁸

לדבריו של השופט טירקל משנה חשיבות בעברות המין. ייתכן שיותר מבכל סוג אחר של עבריינות, בעברות המין קיים מכלול רחב מאוד של תוצאות והשלכות של מעשה העברה. ביצועה של עברת המין בקרבן גורר אחריו תוצאות פיזיות קונקרטיות (כפועל יוצא של החדירה בעיקר, אך גם של כל מעשה אחר) באיברים מסוימים מאוד ופגיעה מנטלית קשה המלווה בטראומה ובקשיי תפקוד יומיומיים של קרבן העברה, לרבות קשיי תפקוד בחיי המין. השלכות אלו, הידועות בקרב נפגעי עברות המין, אינן מוגדרות כ"תוצאות" בעברות המין בשל הגדרת העברה, אשר אינה דורשת רכיב תוצאתי במסגרת רכיבי היסוד העובדתי בעברות אלו, ועל כן הן מסווגות כעברות התנהגותיות.

להעדר דרישת הרכיב התוצאתי במסגרת עברות המין השלכה רחבה וברורה באשר ליסוד הנפשי. לא בכדי אימץ תיקון 39 את האבחנה בין עברות התנהגותיות לתוצאתיות. לאימוצה של אבחנה זו ישנה השלכה ברורה וקריטית באשר לעיקרון האשם. סעיף 20 לחוק העונשין מגדיר את המחשבה הפלילית. למחשבה הפלילית שני היבטים: ההיבט הקוגניטיבי, ההיבט ההכרתי, המוצא ביטוי במודעות מצד מבצע העברה ביחס לרכיבים ההתנהגותיים והנסיבתיים שביסוד העובדתי ובאפשרות התרחשותו של הרכיב התוצאתי; וההיבט הוולנטיבי, ההיבט החפצי, המוצא את ביטוי ביחס של חפץ כלפי התוצאה, וכלפיה בלבד. מכאן כי אין לך חפץ, אלא ביחס לתוצאה, וכאשר אין נדרשת תוצאה - אין חפץ.

סיווגן של עברות המין כעברות התנהגותיות הוא לעג לרש ואף אבסורד. עברות המין הן העברות המונעות על ידי חפץ מן החזקים ביותר בנפשו של האדם. תאוות הבשרים - האין תאוה היא?! וכשאדם מתאוה - אין הוא אלא חפץ במידה רבה במיוחד. כך, באחת, עם סיווגו של המחוקק את עברות המין כעברות "התנהגותיות",

48 שם, בע' 332 (ההדגשה הוספה).

התעלם המחוקק מן התפיסה הטבעית ביותר של עבירות המין - הן מן התוצאה הטבעית אשר במעשים אלו והן מן התאווה או החפץ בביצוען. התעלמות זו גוררת את עבירות המין להיות לא יותר מאשר מקרה פרטי של תקיפה ערטילאית, ובכך ניטלת מהן מיוחדותן. לפי הגדרה זו, עבירות המין בישראל אינן משקפות בהגדרתן, אפוא, את מהותן הייחודית. עם זאת, התמונה לא תהא שלמה בהעדר הצגת הטעמים המעשיים לכך. ניסוחה של עברה כהתנהגות מייתרת כלפי התביעה את הצורך בהוכחת תוצאה וקשר סיבתי, ובכך נטל השכנוע, נטל הבאת הראיות, וכפועל יוצא - נטל ההוכחה, ומקלה על התביעה במידה משמעותית. בנקודה זו יש לציין כי הדין האמריקאי שהוצע במסגרת סעיף קטן 2.02(2)(a)(i) ל-Model Penal Code⁴⁹, מתייחס גם לטבעה של ההתנהגות ככזו, ובזאת מייתר את האבחנה בין עבירות התנהגותיות לתוצאתיות גם ביחס לאינוס והופך את עבירת האינוס להיות מאוזנת יותר מבחינה זו.

ואולם במסגרת הדין הקיים ניתן להתייחס לשני סוגי התמודדויות של המחוקק עם הבעיה כי המציאות הטבעית ומהותן הייחודית של עבירות המין אינן משתקפות במסגרת העבירות הקיימות. הדרך האחת היא במסגרת היסוד הנפשי. לפי גישה זו, מייצג היסוד הנפשי בעברה הפלילית את האשם המוסרי של מבצע העברה. ככל שאשמו המוסרי עמוק יותר, נדרש יסוד נפשי בעל רמה גבוהה יותר. המינימום, אשר בדרך כלל אינו כרוך כלל באשם מוסרי, הוא יסוד נפשי מסוג רשלנות, אשר אינו מצמיח בדרך כלל עבירות שיש עמן קלון, בעוד שהרמות הגבוהות של המחשבה הפלילית מספקות את הדרגות העמוקות יותר של האשם המוסרי. לעיל נדונה הכרתו של המחוקק בתפישה המשפטית המהותית כי ה"פיצוי" על העדר קיומו של רכיב מרכיבי היסוד העובדתי הוא ביסוד נפשי מוגבר. הדוגמא שנדונה לעיל התייחסה לניסיון. הניסיון בעבירות תוצאתיות הוא בדרך כלל העברה המושלמת ללא התקיימות הרכיב התוצאתי. כך, לדוגמה, בניסיון להריגה מדובר בדרך כלל על הוכחת כל רכיבי עבירת ההריגה, למעט הרכיב התוצאתי הנעוץ במותו של הקרבן. ה"פיצוי" על חסר זה מושלם במסגרת היסוד הנפשי, כפי שנקבע בסעיף 25 לחוק העונשין. היסוד הנפשי הנדרש בעבירת ההריגה המושלמת הוא מחשבה פלילית

49 ראו MODEL PENAL CODE (Complete Statutory Text 1985).

(מודעות לטיב המעשה, לקיום הנסיבות ולאפשרות גרימת התוצאות; ובהיבטה החפצי גם פזיזות, לפחות). היסוד הנפשי בניסיון הוא מוגבר ו"מפצה" על החסר ברכיב התוצאתי, ועל כן דורש סעיף 25 הוכחת **כוונה מיוחדת**. כפי שנדון לעיל, טכניקה זו אינה ייחודית כלפי הניסיון בלבד, ואכן, המעשה המגונה מוגדר כ"מעשה לשם גירוי, סיפוק או ביזוי מיניים"⁵⁰. הגדרה זו קובעת במסגרת הגדרת המעשה גם מטרה החיצונית לרכיבי היסוד העובדתי. מטרה זו דורשת יסוד נפשי מוגבר של כוונה מיוחדת. אמנם הכוונה המיוחדת אינה היבט חפצי של המחשבה הפלילית ככוונה וכפזיזות, אך יש בה כדי ללמד על החפץ שבהגשמת המטרה, וכפועל יוצא - על אשם מוסרי.

דרך אחרת היא באמצעות פרשנותו של סעיף 350 לחוק, הנקרא "גרם מעשה". הסעיף בנוסחו זה הוא פרי תיקון 22⁵¹, והוא מתייחס ל**כל** עבירות המין שבסימן ה' לפרק י' לחוק. סעיף זה משווה את דינו של המבצע העיקרי לדינו של המבצע המשני, אשר רק גרם כי המעשה ייעשה, ולא ביצע את המעשה בעצמו. ואולם ניתן לראות בסעיף כיוצר סוג חדש של עבירות מין, לפי הנוסח: "גרם שהמעשה ייעשה". ניתן פורמלי של עברה המנוסחת כ"הגורם שהמעשה ייעשה" מצביע על עברה כתוצאתית. יסוד "הגורם" ייחשב לרכיב ההתנהגותי, והיסודות, "שהמעשה ייעשה", הם התוצאה המתרחשת בעקבות הפעלת היסוד "הגורם". מאחר שכמוצג לעיל, הגדרת המעשה בעבירות המין עשויה לכלול את כלל המעשים בעבירות המין, לרבות אלו הכוללות החדרה, ניתן לראות בסעיף זה גם כמתייחס למבצע העיקרי וכיוצר קונסטרוקציה של עבירות מין תוצאתיות. בהינתן כי נדרשת תוצאה (שהיא העברה ה"התנהגותית" המקורית בכל עברה בנפרד), נדרש בעקבותיה היבט חפצי כלפיה, אשר משמעותו המעשית היא כי המבצע חפץ בקיום הבעילה, ההחדרה, המעשה בעלי האופי המיני וכיוצא באלה. מבחינת דרישת ההיבט החפצי - העברה לפי קונסטרוקציה זו היא מאוזנת יותר.

50 סעיף 348(ו) לחוק העונשין (ההדגשה הוספה).

51 לעיל הערה 17.

2. טשטוש קו הגבול: בין מעשה ונסיבות לבין תוצאה

הקונסטרוקציה האפשרית שהוצגה לעיל, מגלה בעייתיות נוספת בהגדרת המבנה של היסוד העובדתי בעברות המין בישראל. ויטגנשטיין מגדיר את הרצייה להרים את ידו כתוצאה המתקבלת מפעולת חיסור הנסיבה שהיד התרוממה, מן העובדה שהאדם הרים את ידו⁵². כך, תנאי הכרחי להתרוממות היד כמעשה הוא תיאורה כתוצאה (של הרצייה). כך ניתן לראות גם באקט ה"התנהגותי" בעברות המין עצמו תוצאה. הבעילה או ההחדרה, כמו גם המעשה (המגונה), הם שכלול העברה, וסיום העברה מגיע עם השלמתן. כך, עם השלמת פעולת הבעילה תם מעשה האינוס הדרוש להטלת אחריות פלילית. ה"מעשה" הוא, למעשה, החוליה האחרונה בשרשרת ההתרחשויות.

ראיית הבעילה, ההחדרה או המעשה כתוצאה תואמת גם את הגדרת הרכיב התוצאתי, כפי שהותוותה לעיל על ידי פרופ' פלר. מדובר בפגיעה בפועל (אקט הבעילה, למשל) באובייקט הפיזי (הקרנן או איבר מאיבריו) הנובעת מן הרכיב ההתנהגותי (ואף משכללת אותו) כשהוא פרט מן הפרטים הדרושים, לפי הגדרת העברה, להשלמתה (קיימת דרישה בגוף העברה). ישאל השואל: כיצד יכולה התוצאה לנבוע מן הרכיב ההתנהגותי כאשר התוצאה עצמה מוגדרת כפועל (או פעולה). טכניקה זו היא טכניקה מקובלת בדיני העונשין בארץ ובעולם. כך, למשל, הפועל "המקבל" שבסעיף 415 לחוק העונשין (קבלת דבר במרמה) מנותח כרכיב תוצאתי. שכלולה של העברה הוא בקבלה, דהיינו כאשר קיבל המבצע את ה"דבר", נעשתה הפגיעה אשר השלימה את העברה. כך גם ביחס לבעילה. הבעילה, שהיא מושא תאוותו של העבריין, היא החוליה האחרונה בשרשרת האירועים ומשלימה את מאמציו של העבריין ואת מעשיו השונים. הבעילה מסיימת את ההתרחשות בעברת האינוס (או ההחדרה במעשה הסדום וכיוצא באלה).

ניתוח זה נתמך גם על ידי תפישת הניסיון בעברות המין. טלו, לדוגמה, את האנס האימפוטנט - אדם המבצע סדרת מעשים על מנת להגיע לאקט הבעילה, ואולם רגע קט טרם הבעילה המיוחלת על ידיו הוא לוקה באין אונות, אשר אינה

52 בפסקה 621 לספרו: LUDWIG WITTGENSTEIN, PHILOSOPHICAL INVESTIGATIONS (1953).

מאפשרת לו לבצע בעילה או החדרה. קרוב לוודאי שעל אדם זה ניתן יהיה להטיל אחריות פלילית בגין ניסיון לאינוס. כשם שבניסיון להריגה תחסר התוצאה הקטלנית של המתת הקרבן, כך באינוס תחסר התוצאה הספציפית של הבעילה. הבעילה היא השלב המיוחל על ידי המבצע כתוצאה מסתברת של מעשיו ושל מעשי ההכנה שביצע.

העיגון הלשוני של ניתוח זה נעוץ במונח "הבועל". בדיני העונשין קיימות מספר עבירות אשר בהן המעשה או ההתנהגות גלומים באותה תיבה עם התוצאה. כך, למשל, השפעה "בדרכי-תרמית על תנודות השער של ניירות-ערך"⁵³ היא עבירה מסוג פשע. עבירה זו פורשה כעבירה תוצאתית בפרשת מרקדו⁵⁴. התיבה "השפיע" נותחה ככוללת הן את הרכיב ההתנהגותי והן את הרכיב התוצאתי⁵⁵. אין קושי להסכים עם הלכת בית המשפט העליון אם תיוחס ל"השפיע" המשמעות "גרם השפעה" כאשר ה"גרם" הוא התנהגות וה"השפעה" היא תוצאה. כך גם לגבי הבעילה. הבעילה כוללת גם את התוצאה הפיזית של החדירה וגם את ההתנהגות שגרמה לכך. בנוסף, ניתנת פרשנות זו לחיזוק כי המבצע חפץ באקט הבעילה, ולגביו ניתן לייחס היבטים חפציים של היסוד הנפשי, כשם שיוחסה לאקט הבעילה הדרישה לפזיזות עובר לתיקון 39 לחוק העונשין.

מאי נפקא מינה?

בעוד שלטשטוש קווי הגבול שבין התנהגות לנסיבות יש משמעות וניחה בעבירות המין (אך לא בעבירות אחרות, שבהגדרתן הקבוע האובייקטיבי של הנסיבות), הרי שלטשטוש קווי הגבול שבין ההתנהגות והנסיבות לבין התוצאה יש משמעויות רחבות ביותר בעבירות המין בישראל. אחת מהן היא האפשרות לייחס היבט חפצי של המחשבה הפלילית. את ההיבט החפצי ניתן לייחס לרכיב התוצאתי **בלבד**. כך, חפצו של המבצע בקיומם של הבעילה, של ההחדרה או של המעשה הוא אפשרי ורלוונטי רק אם אלו סווגו ככוללים רכיב תוצאתי במסגרתם. משמעות אחרת היא השימוש בדוקטרינת העיוורון המכוון (willful blindness), המכונה גם "עצימת

53 סעיף קטן 54(א)(2) לחוק ניירות ערך, התשכ"ח-1968.

54 ע"פ 8710/96, 8573, 8620, 8710, 8873, 8901 מרקדו ואח' נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(5) 481.

55 ראו ג' הלוי עבירות בניירות-ערך (תשס"ב) 171-168.

עיניים". דוקטרינה זו אומצה בתיקון 39 בסעיף קטן 20(ג)(1) לחוק העונשין כתחליף להיבט הקוגניטיבי של המחשבה הפלילית. היא מצמצמת את הדרישה למודעות לדרישה לחשד, ובלשונה: "רואים אדם שחשד בדבר טיב ההתנהגות או בדבר אפשרות קיום הנסיבות כמי שהיה מודע להם, אם נמנע מלבררם". מגמת פרשנותו של טיב החשד הנדרש בדוקטרינה זו בעת האחרונה קוראת **לחשד אובייקטיבי**⁵⁶. צמצום היקף הדרישה מחשד סובייקטיבי לאובייקטיבי מקל באורח משמעותי על התביעה בייחסה את היסוד הנפשי למבצע העברה. ודוק: תחולת דוקטרינת העיוורון המכוון אפשרית כלפי הרכיב ההתנהגותי וכלפי הרכיב הנסיבתי, וכלפיהם בלבד. אין אפשרות לייחס עיוורון מכוון לגבי הרכיב התוצאתי שכן אין אדם מוחזק כנביא, העשוי לחזות את התוצאה שתתרחש במדויק. בעניין זה יש לציין כי דוקטרינת העיוורון המכוון היא אחת הטענות הנפוצות בעברות המין. המשפט הפלילי מסוגל להתמודד עם טענות נאשם כי לא ידע שהקרבן התנגדה וכיוצא באלה, מאחר שהדוקטרינה מחילה את המודעות גם כאשר נטען כי לא התקיימה בפועל. חשיבותה של דוקטרינה זו במסגרת עברות המין היא רבה מאין כמוה, אולם היא מושתתת על האבחנה הבסיסית שבין תוצאה לבין התנהגות ונסיבות. טשטוש האבחנה יוביל להעדר אפשרות להחלת דוקטרינה זו.

עם זאת, יש הנוקבים בחוקת הידיעה השקולה כנגד כוונה, שאומצה בתיקון 39 במסגרת סעיף קטן 20(ב) לחוק העונשין כתחליף קוגניטיבי להיבט החפצי **ביחס לתוצאה**, וטוענים כי בכך יש כדי להקהות את עוקצו של המצב. אולם יש לתת את הדעת כי החלת החזקה הזו אינה נפוצה לא בקרב עברות המין (משום סיווגן כהתנהגותיות) ולא בקרב עברות אחרות. מעבר לכך, התחליף הקוגניטיבי מתייחס **למודעות בפועל** כתחליף לחפץ, אך דוקטרינת העיוורון המכוון אינה דורשת רמה גבוהה של מודעות, אלא **חשד** לכך. בנוסף, טשטוש קו הגבול בין התנהגות ונסיבות לבין תוצאה מטשטש גם את תחולת החזקה.

יוצא מהאמור כי הגדרת המבנה של היסוד העובדתי בעברה הפלילית באשר לתיחום הפנימי של רכיביו אינה מדויקת, ולכך השלכות רחבות גם מעבר להשפעה

56 ראו, למשל, פסק דינה של השופטת ד' דורנר בע"פ 4336/96, 4467 מדינת ישראל נ' דיניץ; דיניץ נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(5) 97, 130-149.

המיידיית של סיווג העברה על פי יסודה העובדתי, בתחום תחולת היסוד הנפשי, שאליו, כזכור, הועבר מרכז הכובד במגמת הסובייקטיביזציה לאור תיקון 39.

ד. ייחוד המעשה ותיחומו בזמן ובמרחב

סוגיית ייחוד המעשה ותיחומו בזמן ובמרחב נחלקת לשני תחומי דיון: הפן העובדתי והפן המשפטי.

1. תיחומו העובדתי של המעשה

שאלת תיחומו העובדתי של המעשה קשורה בטבורה לשאלת הגדרת הרכיב ההתנהגותי, אך רחבה הימנה בכך שהיא מתייחסת למכלול רכיבי היסוד העובדתי כאגודה אחת. הדוגמא המובהקת לעניין זה היא **שינוי הלבבות הפוך**. בסוגיית שינוי הלבבות (הרגיל) עובר הקרבן ממצב של הסכמה למצב של התנגדות והעדר הסכמה. במקרה זה שאלת תיחומו העובדתי של המעשה היא פשוטה. כפי שקבע בית המשפט העליון בפרשת **חדד**,

אין לשלול קיומו של אונס אף כאשר בשלבים הראשונים של האירוע לא הראתה המתלוננת כל התנגדות ולכאורה אף שיתפה פעולה בתהליך האינטימי. אך כאשר טוענת אישה לאונס בנסיבות שכאלו, עליה להוכיח בראיות חזקות **שהייתה נקודת תפנית, נקודה שממנה לא רצתה עוד בקיום המגע המיני וזה נכפה עליה.**⁵⁷

בית המשפט מצביע על נקודה ספציפית בזמן ובמרחב (הרגע שלא רצתה בקיום המגע המיני) שממנה ייחשב המעשה כאסור, ותיחומה העובדתי של ההתרחשות הופך לפשוט. לא כך המצב כאשר מדובר בשינוי לבבות הפוך. במצב זה הביעה הקרבן את התנגדותה, אולם לאחר זמן כלשהו ובהמשך הדברים נתרצתה והסכימה לביצוע המעשה. מקרים כגון דא כמעט אינם מגיעים לבית המשפט מאחר שבדרך

57 ע"פ 235/90, 523 חדר נ' מדינת ישראל; חאטאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מו(1) 209 (ההדגשות הוספו).

כלל לא מוגשת תלונה במצב של הסכמה מאוחרת. עדיין, שינוי הלבבות ההפוך מעלה תהיות באשר לאותו תיחום עובדתי. לכאורה, תחילתה של ההתרחשות באיסור כך שמרגע תחילתה עד שנתרצתה לו, מדובר באיסור, ומרגע שנתרצתה, אין עברה. השאלה הבסיסית במקרה זה היא מדוע נעשית הפרדה מלאכותית במסגרת אותו אירוע עצמו. מדוע לא לראות את ההתרחשות כולה כמכלול, חלקה הראשון - חיזור, וחלקה האחרון - חיזור שיצא אל הפועל וכיוצא בכך. שאלת ההפרדה של התרחשות לרכיביה נדונה בפסיקה בהרחבה עובר לתיקון 39 בהתייחס לעברות השרשרת, למשל. כך, לדוגמה, בפרשת דרורי נדונה השאלה אם פריצה ל-127 כספות היא אירוע עברייני אחד או 127 עברות שונות⁵⁸. דוקטרינת עברת השרשרת הוצעה במסגרת סעיף 56 להצעת החוק שהובילה לתיקון 39⁵⁹, אך לא התקבלה בסופו של דבר. בפרשת משולם דן בית המשפט בהרכב של שבעה שופטים בסוגיה זו. בדעת רוב דחה בית המשפט העליון את דוקטרינת עברת השרשרת במשפט הישראלי וקבע תחתיה את העברה "רבת הפריטים":

בנסיבות מתאימות, ניתן לחבר כמה פריטים - המהווים אובייקט לעבירה פלונית - לרצף עברייני המהווה אותה עבירה, ובלבד שרצף זה מתאפיין במחשבה פלילית כוללת, המשתרעת על הגשמתם של פריטים מספר תוך זמן סביר. דבר זה ייעשה רק כאשר ביצוע הפריטים השונים נעשה כחלק מתכנית עבריינית אחת, אשר ניתן להשקיף עליה כאירוע עברייני כולל ואחיד.⁶⁰

אולם דברים אלה אינם רלוונטיים למצב שינוי הלבבות ההפוך. במצב זה אין מדובר בשני אירועים עברייניים, אלא רק באחד. ההתרחשות המאוחרת אינה פרט עברה. מכאן כי יש לחדד את השאלה אם יש להפריד את ההתרחשויות או לאפשר את "היבלעותה" של הראשונה במאוחרת. דומה שפרשת משולם עשויה בכל זאת להכתיב את הפתרון המסתמן בבית המשפט כדלהלן:

58 ע"פ 104/89 דרורי ואח' נ' מדינת ישראל וערעור שכנגד, פ"ד מד(1) 843.

59 הצעת חוק העונשין (חלק מקדמי וחלק כללי), התשנ"ב-1992, ה"ח 115.

60 דני"פ 4603/97 משולם נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(3) 160, 189.

המבחן הוא בסופו של דבר מבחן של שכל ישר. העבירה רבת-הפריטים תחול בכל אותם מצבים שבהם הסתכלות על האירוע העברייני מובילה את המסתכל לכלל מסקנה כי תהא זו גישה מלאכותית, להשקיף על האירוע כעל מספר עבירות כמספר הפריטים וכי ההסתכלות הנכונה, המשקפת באופן אמיתי את התופעה העבריינית, היא זו הרואה באירוע מכלול אחד המבוסס על פריטים מספר. ... תנאי להכרה בעבירה רבת-פריטים הוא כי האינטרס החברתי המוגן בעבירה מאפשר את קיבוצם של מספר פריטים המצויים על רצף אחד לכדי עבירה אחת, רבת-פריטים.⁶¹

ובהמשך הדברים:

... גבולותיה של העבירה רבת-הפריטים אינם מדויקים.⁶²

המבחן אינו מדויק, כאמור. בהתאם לפסיקה זו, כלל לא ברור אם ניתן להטיל אחריות פלילית במקרה של שינוי לבבות הפוך, אלא אם מדובר במקרה קצה, למשל, כי בחלק הראשון בוצעה בעילה בהעדר הסכמה ובחלק השני בוצעה בעילה בהסכמה. בכל מקרה אחר רב הלוט על הברור.

2. תיחומו המשפטי של המעשה

שאלת תיחומו המשפטי של המעשה בזמן ובמרחב מקבילה לשאלת הפליליות הכפולה. הפליליות הכפולה מתייחסת אך לרכיבי היסוד העובדתי בעבירה הפלילית. ההלכות בשאלה זו, הלכת נכט⁶³ והלכת רבר⁶⁴, אשר אומצו בהלכת דמיאניוק⁶⁵, שרירות. כאשר רכיבי עבירה אחת כוללים את רכיבי העבירה האחרת, מתקיימת ביניהם זהות בהקשר הנתון לצורך העלאת טענות מקדמיות "כבר זוכיתי" או "כבר

61 שם, בע' 185 (ההדגשות הוספו).

62 שם, בע' 186.

63 ע"פ 132/57 נכט נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יא 1544.

64 ע"פ 244/73 רבר נ' מדינת ישראל, פ"ד כח(1) 798.

65 ע"פ 347/88 דמיאניוק נ' מדינת ישראל, פ"ד מז(4) 221, 281.

הורשעתי", להפעלת מאסר על תנאי ועוד. אם נסמן כל רכיב מרכיבי היסוד העובדתי באות עברית, נקבל את הכללים המקובלים דלהלן:

$$א = א + ב \quad אך \quad א + ב \neq א + ג$$

שאלת התיחום המשפטי או ה"פליליות הכפולה" היא קריטית באשר להטלת האחריות הפלילית ולעניין שאלת כפל הענישה לפי סעיף 186 לחסד"פ. בעברות המין המצב מורכב. כאמור לעיל ביחס לרכיב ההתנהגותי, ניתן לראות בכל בעברות המין עברות בנות משפחה אחת, אשר המשותף לכולן הוא המעשה. במסגרת קבוצה זו קיימת קבוצת משנה הדורשת את הרכיב ההתנהגותי של חזירה. ננסה להחיל את התיחום המשפטי בין שלוש העברות המרכזיות: אינוס, מעשה סדום ומעשה מגונה.

אינוס - מעשה סדום

היסוד המשותף הוא ההחדרה, ומעשה הסדום מתייחס לנסיבה "אדם", הכוללת את הנסיבה "אישה" שבאינוס. כך, התיחום המשפטי ייגזר באופן הבא:

<u>מעשה סדום</u>	<u>אינוס</u>
פה/פי הטבעת	איבר מין נשי
+ אדם	+ אישה
+ החדרה	+ החדרה
+ ה	+ א
+ ד ⁶⁶	+ ב
+ א	+ ג
+ א	+ א

ומכאן כי העברות שונות. לעומת זאת, שונים פני הדברים ביחס למעשה מגונה.

מעשה מגונה - אינוס/מעשה סדום

המעשה המגונה כולל מעשה כלשהו, לרבות החדרה. לפיכך התיחום המשפטי ייגזר באופן הבא:

<u>אינוס/ מעשה סדום</u>	<u>מעשה מגונה</u>
איבר מין נשי/פה/פי הטבעת	מעשה (כלשהו)
+ אישה/ אדם	+ אדם
+ החדרה	+ מעשה (של החדרה)
+ ה (+ 1)	+ א
+ ד (+ ב)	+ ב
+ א (+ ג)	+ א

66 בהקשר זה שונה "אדם" מ"אישה" בהיות הראשון מתייחס גם לשאינו אישה (גבר, קטין, קטינה).

מכאן כי הכלל הרלוונטי הוא $a = a + b$. יסודות המעשה המגונה כלולים במסגרת האינוס ומעשה הסדום כך שהמעשה המגונה הוא המעשה המיני הכללי. ודוק: דרישת הכוונה המיוחדת, שייחודית למעשה המגונה, כלל אינה רלוונטית משום שכללי ייחוד המעשה בזמן ובמרחב אינם מתייחסים ליסוד הנפשי, אלא ליסוד העובדתי **בלבד**. ההבדל עשוי להיות קריטי, בייחוד נוכח הפער בענישה בין מעשה מגונה לאינוס, למשל.

תוצאת הדברים קשורה דווקא לנקודת המוצא. עברות המין בישראל הן בנות "משפחה" אחת בכל הנוגע ליסודן העובדתי: העברה הכללית היא עברת המעשה המגונה, ואילו העברות האחרות הן נגזרותיה הפרטניות. ודוק: עברות המשנה האחרות (בעילה אסורה בהסכמה ומעשה מגונה בפומבי, למשל) הן עברות משנה בכל קטגוריית עברה מרכזית, והמעשה המגונה בפומבי יתפשט כעברת משנה של המעשה המגונה למרות שעברה זו כוונה בראשיתה לאקסהביציוניסטים החושפים ערוותם בפומבי; אך נוכח ניסוחה הנוכחי אין מניעה כי א' יבצע מעשה מגונה בב' לעיני ג' וד' ויואשם במעשה המגונה בפומבי למרות שהקרבות בעברת המעשה המגונה ובעברת המעשה המגונה בפומבי שונים, והאינטרסים המוגנים שונים; הדמיון והגזירה מתאפשרים נוכח גזירת רכיבי היסוד העובדתי, ולפיהם בלבד.

4. סיכום

סיכומו הקצר של הניתוח שהוצג לעיל מביא למסקנה כי הגדרת המבנה של היסוד העובדתי בעברה הפלילית אינה ממצה, מספקת או מדויקת. רב החסר והמוסתר בה על הגלוי. לאחר ההכרה ב"מגרעותיה" של הגדרת המבנה דלעיל השאלה הבסיסית היא האם ניתן כלל לזנוח מודל זה. תיקון 39 העביר, כאמור, את מרכז הכובד של האחריות הפלילית לחלקים הסובייקטיביים של האחריות, דהיינו בעיקר היסוד הנפשי והאחריות הנגזרת במקום המתאים. מתוך כך נראה כי לא נותר ליסוד העובדתי אלא לשמש כמצע העובדתי האובייקטיבי והראשוני שעליו מושתתים החלקים הסובייקטיביים, ותו לא. תפקידו של היסוד העובדתי לאחר תיקון 39 הוא הבאת מכלול העובדות האובייקטיביות בפני בית המשפט שדן במקרה.

אחד הפולמוסים הגדולים במשפט הוא בדבר הפער בין האמת העובדתית המוחלטת לבין האמת המשפטית. הראשונה היא המלאה עד כמה שהיא ניתנת להשגה, והאחרונה חסרה הימנה. דומה כי הגדרת המבנה של היסוד העובדתי מצטמצמת לשלושה היבטים של האמת: ההתנהגות, הנסיבות והתוצאה, ובכך היא יוצרת אמת משפטית השונה בהכרח מן האמת העובדתית המוחלטת, הכוללת, למשל, את הנסיבות הלא רלוונטיות, את הרקע העובדתי (היסטורי) להתנהגות וכיוצא באלה. כך יוצרת הגדרת המבנה של היסוד העובדתי אמת משפטית חדשה, שחסרים בה פרטים ביחס לאמת העובדתית המוחלטת. אין כל ספק כי ככל שתובאנה עובדות רבות יותר בפני בית המשפט בדונו את הנאשם, כך תהא ה"אמת" של בית המשפט קרובה יותר לאמת העובדתית המוחלטת, וכפועל יוצא - אמת "צודקת" יותר.

Cross ו-Tapper מתייחסים לדוקטרינת ה-*Corpus Delicti*⁶⁷. במוקדה של דוקטרינה זו עומדות שתי שאלות: מיהו מבצע העברה, והאם אכן בוצעה התרחשות אסורה⁶⁸. בעוד השאלה הראשונה מתייחסת לתחום דיני הראיות גרידא שכן זהות העבריין בעברות המין אינה מעניינם של חוק העונשין או של דיני העונשין בכללם, ודי כי מדובר באדם, השאלה השנייה מתייחסת גם לדיני הראיות וגם לדיני העונשין. עובדת התרחשותה של ההתרחשות האסורה היא מלכתחילה "משימתו" של היסוד העובדתי, אלא שהלה מצומצם לאותם שלושה היבטים של ההתרחשות בלבד. דוקטרינת ה-*Corpus Delicti* שאובה מדיני הראיות במסורת המשפטית המערבית. לענייננו, מהותה המרכזית היא שרטוטן של מכלול העובדות המהוות את ההתרחשות האסורה, ללא כל מגבלה. אימוצה של דוקטרינה זו עשוי להתייחס לכלל העברות הפליליות, אולם הדברים נאמרים ביתר שאת בכל המדובר בעברות המין. מוקדן של עברות המין, כאמור, נעוץ ברכיביהן הנסיבתיים. ניתן אף לכנותן עברות נסיבתיים. בשונה מבכל עברה אחרת, המקרים ה"נחשדים" בעברות מין הם ברובם מקרי גבול אשר רב בהם השטח ה"אסור". הגדרותיהן של העברות, לרבות העברות שאינן כלולות בחוק העונשין, דוגמת ההטרדה המינית, הן עמומות למדי.

67 COLIN TAPPER, CROSS & TAPPER ON EVIDENCE 44-45 (9th ed. 1999).

68 וראו ע"פ 543/79, 622, 641 נגד ואח' נ' מדינת ישראל, פ"ד לה (1) 113, 127.

בשונה מסוגים רבים אחרים של עבירות, ברוב המקרים לא ברור אם נעברה כלל עבירת מין. כך, למשל, כאשר המנהל טופח על שכמה של פקידתו, האם מדובר בהטרדה מינית, במעשה מגונה או בהתנהגות שאינה פלילית? השאלה קשה ונתונה להכרעה על בסיס היסודות הסובייקטיביים של האחריות. לפי מודל ה- *Corpus Delicti* לא יובאו בפני בית המשפט רק האקט המצומצם והספציפי שהוגדר טכנית בעברה, אלא **מכלול העובדות** היוצרות את ההתרחשות האסורה. כך, למשל, ניתן יהיה להביא בפני בית המשפט את הנסיבות הלא רלוונטיות (הן על ידי התביעה לחומרא והן על ידי ההגנה לקולא). נסיבות אלו ישפכו אור על ביצוע המעשה ויאפשרו לבית המשפט להחליט על בסיס עובדות רבות יותר ורחבות יותר. ככל שמדובר בעבירות המין בישראל, מדובר ביתרון משמעותי על פני הגדרת המבנה הקיימת.

יתרון משמעותי נוסף קשור בהעדר הצורך באבחנה בין התנהגות, נסיבות ותוצאה. כך ניתן יהא לייחס למבצע את ההיבט החפצי של המחשבה הפלילית גם בעבירות המין, דבר שכיום אינו בר ביצוע. הקיום הברור של חפצו של המבצע בקיומה של הבעילה יובא במכלול השיקולים, בעוד שכיום, לפי דיני העונשין בישראל, לא ניתן כלל להתחשב בו.

מעבר להשלכות הדוקטרינריות והאנליטיות של אימוץ ה- *Corpus Delicti* קיימות גם השלכות מעשיות לעניין האחריות הפלילית. כך, למשל, יהא ניתן להתחשב במעמד הקרבן (לפי מגמת חוק זכויות נפגעי עברה⁶⁹) ולאפשר לקרבנות עבירות המין - הקרבנות המושפלים והמדוכאים ביותר - לשוב ולתפוס מקום מרכזי בדיני האחריות הפלילית, כפי שאכן היה בתחילת דרכו של המשפט הפלילי האנגלי (המאה ה-12), מראשית תקופת הנרי השני). בנוסף, מכלול רחב של עובדות רבות יוכל להיות חלק משיקולי הטלת האחריות הפלילית במצבים כגון שינוי הלבבות ושינוי הלבבות ההפוך. ועוד כהנה וכהנה.

ניתן לומר כי עבירות המין בישראל הן מדד רב ערך לאמות המידה המוסריות והחברתיות בישראל, החל בהגדרת עבירת המין כהגדרת ה"טאבו" בחברה באשר לנושא כה רגיש ומרובה בעכבות וכלה בגילומן של תפישות ליברליות, פטרנליסטיות

69 ראו לעיל הערה 41.

(כאיסור על בעילת קטינה בהסכמה), שמרניות ומוסריות-דאונטולוגיות במסגרת אותן הגדרות. הגדרת הרף העליון המותר בעברות המין היא, לכל הדעות, מראה של אכיפת המוסר במדינת חוק מתירנית בישראל. אין עברות המסוגלות לשקף את הלכי רוחה של החברה בישראל ואת התמורות הפוקדות אותה כעברות המין. משום כך ומשום היותן מצויות באותם תחומים "אפורים" של הרציונל ושל המאוויים הכמוסים ביותר של האדם - מן הראוי לאפשר לבית המשפט את ידיעת העובדות ממכלול על בורייך כבסיס הראשוני להכרעתו. קשה מאוד להקיש מדברים אלו לגבי עברות הרכוש, למשל. לכן נאמרים הדברים ביתר שאת באשר לעברות המין. יש לזכור כי ככלות הכל מדובר בדיני נפשות ובשפיטתם של בני אדם אם כמבצעי עברות ואם כקרבנות.

בין ציות למשמעת: בין חוק לאתיקה

אסא כשר**

מבוא

פעילות צבאית כפעילות מקצועית

מרכיבי האתיקה המקצועית

אתיקה ומשפט: הסף והרף

בדרך אל המשמעת

משמעת

הפתרון

מסקנות

מבוא

הבעיה שנעסוק בה במאמר זה, היא גם עתיקת יומין וגם עתירת פתרונות. זוהי בעיית המתח המתגלע בין העקרונות השונים האמורים להנחות חייל בפעילותו הצבאית במסגרת המדינה הדמוקרטית. הנה הצגה פשוטה של הטיעון המבטא את הבעיה:

* מאמר זה נכתב במסגרת המכללה לביטחון לאומי, אך כל מה שנאמר בו, משקף את דעת המחבר ואינו מחייב איש מלבדו.

** הקתדרה לאתיקה מקצועית ולפילוסופיה של הפרקטיקה ע"ש לאורה שוורץ-קיפ, אוניברסיטת תל-אביב; המכללה לביטחון לאומי.

(א)	
1. תמיד החייל חייב לציית לחוק.	(הנחה: עיקרון שלטון החוק)
2. תמיד החייל חייב לציית לפקודה.	(הנחה: עיקרון המשמעת הצבאית)
3. לפעמים פקודה סותרת את החוק.	(לדוגמה: פקודה לרצוח שבויים)
4. לפעמים חייל אינו יכול לציית גם לחוק וגם לפקודה.	(מסקנה מצעד 3)
5. לפעמים חייל חייב לעשות מה שאינו יכול לעשות.	(מסקנה מצעדים 1, 2, 4)
6. תמיד אדם אינו חייב לעשות מה שאינו יכול לעשות.	(הנחה: הלוגיקה של חובה ויכולת)
7. סתירה.	(6, 5)

הופעתה של סתירה על רקע כמה הנחות טבעיות היא לעולם סימן מובהק לפגם עמוק המסתתר בהנחות הללו או בצירוף שלהן. לפיכך בתגובה טבעית על הופעתה של סתירה במערכת הנתונים העובדתיים והעקרונות המעשיים שלנו אנחנו בודקים אותם מחדש באופן יסודי ושיטתי כדי לשנות את המערכת באופן שיפיג את הסתירה. אילו יכולנו לשנות את מערכת הנתונים העובדתיים ולהביא לידי כך שלעולם לא ימצא את עצמו חייל מקבל פקודה הסותרת את החוק, לא היתה מתגלעת הסתירה שבטיעון (א), והכל היה בא על מקומו בשלום. אולם כל עוד אין לנו דרך בדוקה להביא לידי כך שכל פקודה תהיה חוקית, דומה שטיעון (א) בעינו עומד, ואין לנו מנוס משינוי אחת מהנחותיו: עיקרון שלטון החוק (1). עיקרון המשמעת הצבאית (2) או העיקרון הלוגי "חייב משמע יכול" (6).

היו מי שהכניסו שינוי בעיקרון שלטון החוק, והיו מי שהכניסו שינוי בעיקרון המשמעת הצבאית. השיטה המשפטית הישראלית הכניסה שינוי בשניהם על יסוד ההבחנה בין פקודה שהיא בלתי חוקית בעליל, לבין פקודה שהיא בלתי חוקית אבל לא בלתי חוקית בעליל. הפקודה לטבוח באזרחי כפר בשטח כבוש היא בלתי חוקית בעליל. הפקודה לנסוע במהירות מופרות בכביש בין עירוני ריק היא בלתי חוקית, אבל לא בלתי חוקית בעליל. לפי תפיסה זו, לא תמיד החייל חייב לציית לחוק. אם ניתנת לו פקודה בלתי חוקית שאינה בלתי חוקית בעליל, הוא חייב לציית לה ובכך

לעבור על החוק. ולפי תפיסה זו, לא תמיד החייל חייב לציית לפקודה. אם ניתנת לו פקודה בלתי חוקית בעליל, הוא חייב שלא לציית לה. תפיסה זו אמורה להפיג את המתח שבין הרעיון היסודי של שלטון החוק לבין הרעיון היסודי של המשמעת הצבאית בכך שהיא מסייגת את הכלליות של כל אחד מהם. במקום "תמיד" בנוסח עיקרון שלטון החוק (1) ובנוסח עיקרון המשמעת הצבאית (2), היא אומרת "תמיד, אלא אם כן".

מאמר זה בא להציע גישה אחרת להפגת המתח שבין שני הרעיונות היסודיים הללו, גישה עקרונית יותר ואפקטיבית יותר. בבסיס הגישה שלנו עומדת ההבחנה בין המערכת הנורמטיבית של המשפט לבין המערכת הנורמטיבית של האתיקה המקצועית. מתוך הבחנה זו תעלה הבחנה בין רעיון הציות לבין רעיון המשמעת. בדרך זו ניתן יהיה להפיג את הסתירה שבטיעון (א) בדרך חדשה, מבלי להיזקק להבחנה שבין פקודה בלתי חוקית בעליל לבין פקודה בלתי חוקית שאינה בלתי חוקית בעליל, על חולשתה.

פעילות צבאית כפעילות מקצועית

הנחת המוצא הראשונה של הגישה שלנו היא

(ב)

הפעילות הצבאית היא פעילות מקצועית.

ככל שהפעילות הצבאית נעשית בידי קצינים ונגדים בצבא הקבע של מדינה כלשהי, הנחת המוצא (ב) נראית תמימה ומובנת מאליה. במקום שבו חלק משמעותי של הפעילות הצבאית נעשה בידי חיילים בשירות חובה וחיילי מילואים, הנחת המוצא עשויה לעורר תהיות: האם אמנם ניתן לראות כפעילות מקצועית את הפעילות הצבאית של אדם צעיר לאחר הכשרה צבאית קצרה כפעילות מקצועית? האם אמנם ניתן לראות כפעילות מקצועית את הפעילות הצבאית של אזרח שלאחר כמה שנים של שירות חובה הוא משרת במילואים כמה שבועות בשנה? כדי להפיג את התהיות הללו נבהיר את תוכנה של הנחת המוצא (ב) על ידי כך שנאפיין את הפעילות המקצועית באופן כללי. חלק מן האפיון של פעילות בתור

פעילות מקצועית יהיה מובן מאליו, חלק אחר לא יהיה כזה, ושניהם ישמשו אותנו בהמשך הדרך.

פעילות מקצועית היא פעילות אנושית מיוחדת. פעילות מקצועית היא הפעילות של הרופא בחדר המיון, של המפקד בשדה הקרב, של המהנדס במחשב התכנון, של עורך הדין בבית המשפט, של החוקר במעבדה. פעילות לא מקצועית היא פעילות הדיבור של הילד ברחוב, פעילות המשחק של הנער במגרש הספורט, פעילות הנהיגה של האדם בכביש. הפעילות המקצועית שונה באופן משמעותי מן הפעילות שאינה כזו בכל אחד ממרכיביה העקריים:

(1.ג) פעילות מקצועית נעשית על יסוד גוף ידע שיטתי, שבלעדיו היא לא תיתכן. לרופא יש גוף ידע שיטתי בדבר מבנה גוף האדם ותפקודו. לעורכת הדין יש גוף ידע שיטתי בדבר החוק והפסיקה. לפסיכולוג הטיפולי יש גוף ידע שיטתי בדבר נפש האדם ומצוקותיו הנפשיות. למפקד יש גוף ידע שיטתי אודות שטחי הלחימה וכוחות האויב.

(2.ג) פעילות מקצועית נעשית באמצעות "ארגז כלים" שיטתי, מערכת מיומנויות המאפשרת לפתור בהצלחה בעיות מקצועיות. העובדת הסוציאלית יודעת כיצד להקל על האדם בעת מצוקה מסוימת. השוטר יודע להפעיל כוח במינן נאות לשם אכיפת החוק. מהנדס התוכנה יודע כיצד לבדוק תכנית מחשב כדי לסלק ממנה כל טעות. המפקד יודע כיצד להניע את חייליו לפעול למילוי המשימה המוטלת על היחידה שהוא בראשה.

(3.ג) פעילות מקצועית נעשית על סמך גוף ידע מעודכן ובאמצעות "ארגז כלים" המשתכלל בלי הרף. פעילות מקצועית היא פעילות הכרוכה בלמידה מתמדת לא רק מן הניסיון של האדם עצמו או של זולתו הפועל במקביל לו, אלא גם מן המתחדש הודות לאנשי המחקר, היוצרים ידע חדש, או לאנשי הפיתוח, היוצרים "כלי עבודה" חדשים.

(4.ג) פעילות מקצועית נעשית מתוך הבנה. אפשר להשתמש בכלי זה או אחר מתוך "ארגז הכלים" באופן חובבני, להשתמש בתרגולת, שהיא סדרת פעולות המאפשרת לפתור בהצלחה בעיה נתונה והיא מן המוכן, בלי להבין מה נותן לה את כוחה לפתור את הבעיה. אולם פעילות מקצועית באמצעות תרגולת

תהיה מלווה בהבנתה, ביכולת להסביר מדוע התרגולת מספקת פתרון נאות לבעיה הנתונה. כל הבנה שאדם מגיע אליה, מאפשרת לו להשיב על שאלות "למה". בעולם מקצועי היא יכולה להיות לא רק הבנה לתפארת ההבנה, ברוח המדע הבסיסי או הפילוסופיה האקדמית, אלא גם הבנה של עקרונות באופן המאפשר לפתור בעיות לא רגילות, בעיות שאין להן מענה בתוך "ארגו הכלים" השגרתי. השופט משתמש בהבנת החוק כאשר הוא מפרש אותו, במיוחד כשהוא מסתמך על "רוח החוק". המהנדס משתמש בהבנת מעשי ידיו כאשר הוא פועל בהתאם לעקרונות הפיסיקליים העומדים ביסוד השיטות ההנדסיות השגרתיות, כדי לתכנן מוצרים, מתקנים או תהליכים חדשים. הפסיכולוג הטיפולי יכול להשתמש בהבנת שיטה טיפולית כאשר הוא נעזר בתשתית התיאורטית שלה, כדי לפתור בעיה שאי אפשר לפתור אותה באמצעות השיטה הנתונה, המוגבלת. המפקד משתמש בהבנת המטרה הנתונה, שאותה משרתת המשימה שהוטלה על יחידתו, כדי לפתור את הבעיות הקשות ואולי אף המפתיעות שהוא נתקל בהן בשדה הקרב, באופן העשוי להסיט את יחידתו מן המשימה הנתונה, מצד אחד, אולם לשרת טוב יותר את המטרה הנתונה של אותה משימה, מצד שני.

(5.ג) פעילות מקצועית נעשית על רקע אתיקה, שהיא תפיסה סדורה של האידאל המעשי של ההתנהגות, במסגרת הפעילות המקצועית. כך, אתיקה במחקר מדעי היא תפיסה סדורה של האידאל המעשי של התנהגות החוקר המדעי במסגרת פעילותו המקצועית, וכך, אתיקה הנדסית היא תפיסה סדורה של האידאל המעשי של התנהגות המהנדס במסגרת פעילותו המקצועית, ובאותה צורה, אתיקה פיקודית היא תפיסה סדורה של האידאל המעשי של התנהגות המפקד במסגרת פעילותו המקצועית כמפקד, ואתיקה צבאית היא תפיסה סדורה של האידאל המעשי של התנהגות חייל כלשהו, לאו דווקא מפקד, במסגרת פעילותו המקצועית כחייל. מיד נראה מהם המרכיבים העיקריים של האידאל המעשי של התנהגות אדם במסגרת כלשהי של פעילות מקצועית. כאן המקום לחזור בקצרה אל התהיות שעוררה הנחת המוצא (ב), כדי להפיג אותן. אין ספק שחייל בשירות חובה, המשרת בתפקידו תקופה קצרה לאחר שעבר

הכשרה התחלתית, שונה מן הקצין בשירות קבע, המשרת בתפקידו תקופה ממושכת לאחר הכשרה מגוונת וממושכת. הדעת נותנת כי האחרון עולה על הראשון בכל מימדי המקצועיות: הידע השיטתי שלו רב יותר, המיומנות שלו בפתרון בעיות טובה יותר, הלמידה שלו סדירה יותר, ההבנה שלו עמוקה יותר, וההתנהגות שלו היא ברמה אתית גבוהה יותר. אין ספק בדבר עצם ההופעה האפשרית או אף הטבעית של הבדלים כאלה, אולם השאלה המכרעת היא מה משמעותם. מי שרואה בהופעתם של הבדלים כאלה בסיס לתהייה כנגד הנחת המוצא (ב), בא לומר כי הופעתם של ההבדלים הללו בין הפעילות של חייל בשירות חובה לבין הפעילות המקצועית של קצין בשירות קבע היא עדות לכך שפעילות החייל בשירות חובה אינה מקצועית. אולם זו נראית לי מסקנה נמהרת ומוטעית. הבדלים דומים נוכל למצוא בין הרופא הזוטר בתחילת דרכו לבין הרופא הבכיר יותר בשלב מתקדם של התפתחותו המקצועית, אולם ההשוואה בין הרופאים לא תוביל אותנו למסקנה כי האחרון עוסק בפעילות רפואית מקצועית, ואילו הראשון עוסק בפעילות שאינה מקצועית. המסקנה הטבעית תהיה כי לפנינו שני רופאים שכל אחד מהם עוסק בפעילות רפואית מקצועית, אלא שהאחד הוא בעל רמה מקצועית גבוהה יותר משל חברו מפני שהוא מצוי בשלב מתקדם יותר של התפתחותו המקצועית כרופא. כך כשהמדובר ברופאים, כך כשהמדובר בבעלי מקצועות אחרים, ביניהם מי שעוסקים בפעילות צבאית. חייל בשירות חובה נדרש לבצע פעילות מקצועית על יסוד הכשרתו לתפקידו הצבאי, ומובן מאליו כי הרמה המקצועית הצפויה של פעילותו נופלת בהחלט מזו של מפקדיו, המצויים בשלבים מתקדמים יותר של התפתחותם המקצועיים כאנשי צבא. וכיוצא בזה, כאשר מדובר לא בחיילי שירות חובה בצבא, אלא בחיילי מילואים.

מרכיבי האתיקה המקצועית

כאמור, האתיקה של מקצוע היא תפיסה סדורה של האידאל המעשי של ההתנהגות במסגרת הפעילות באותו מקצוע. **אידאל מעשי** בהקשר זה הוא מערכת ערכים או עקרונות הנותנת בסיס להחלטות מנומקות שהן **מעשיות** בתוכנן, לא רק במובן זה שהמדובר במעשים ובדפוסי התנהגות, אלא גם במובן זה שמדובר

בהחלטות שאינן נבצרות מן היכולת הרגילה של שום אדם רגיל במצב רגיל בתוך המסגרת המקצועית של פעילותו. כדי להוציא אל הפועל החלטה כלשהי בדבר ההתנהגות הראויה כפי שהיא נגזרת מן האידאל המעשי, אדם כזה צריך רק לדעת מהי ההחלטה ולרצות לקיים אותה. הביטוי "אידאל" אינו בא להציב את ההתנהגות הראויה בקו האופק או בסביבותיו, במקום שלא ניתן להגיע אליו, אבל תמיד ניתן להתקרב אליו. הביטוי "אידאל מעשי" בא להדגיש זאת: יודע ורוצה, משמע יכול.

תפיסה סדורה של האידאל המעשי של ההתנהגות באותה מסגרת מקצועית
אינה שורת ערכים ורשימת עקרונות גם אם אלה נותנות בסיס רחב ויציב להחלטות מנומקות בדבר ההתנהגות הראויה במסגרת פעילות מקצועית, מפני שאלה עלולות להצטייר כשרירותיות כיוון שהן לובשות את הצורה של "קטלוג" של ערכים או של עקרונות. אם קוד אתי הוא אוסף של כללים, עשרות או מאות בזה אחר זה, הוא יוצר את הרושם של "קטלוג" שרירותי: למה דווקא כללים אלה ולא אחרים, ולמה כל אלה ולא רק חלק מהם, ולמה לא אוסף אחר לגמרי של כללים. כך קוד אתי וכך גם כל הצגה אחרת של אידאל מעשי של התנהגות נראים שרירותיים כל עוד אינם מוצגים על רקע של תפיסה סדורה הבאה לידי ביטוי ברור בהצגה שיטתית של האידאל המעשי באופן המפיג את הרושם של "קטלוג" שרירותי. הצגה כזו מציגה הסבר של האידאל המעשי במונחיה של שיטה עיונית מתאימה, **תפיסה סדורה**.

תפיסה סדורה בדבר האידאל המעשי של ההתנהגות במסגרת מקצוע כלשהו תציג את מרכיביו של האידאל המעשי של המקצוע, אותה מערכת ערכים או עקרונות שהיא בסיס להחלטות מנומקות בדבר ההתנהגות הראויה במסגרת הפעילות המקצועית. הצגת המרכיבים של האידאל המעשי, פירושה הצגת המבנה הפנימי של אותה מערכת ערכים או עקרונות וההיגיון הפנימי שלה.

האידאל המעשי של ההתנהגות במסגרת מוגדרת של פעילות מקצועית מורכב משלושה חלקים בסיסיים.

(1.1) המרכיב הראשון של האידאל המעשי של מקצוע כלשהו הוא ערך המקצועיות. מובן מאליו כי מרכיב זה משותף לאידאל המעשי של המקצוע הנתון ולאידאל המעשי של כל מקצוע אחר. חלק מן התשובה הנכונה לשאלה, "מהי ההתנהגות הראויה" במסגרת המקצוע הנתון, נובע מעצם העובדה שהמדובר

במקצוע. כיוון שביסודו של כל מקצוע נמצא "ארגון כלים" שיטתי של המיומנות המקצועית, הרי שבעל המקצוע חייב לשלוט בו היטב. כיוון שביסודה של כל עמדה מקצועית עומד גוף הידע של המקצוע, הרי שבעל המקצוע חייב לבסס את ההחלטות המקצועיות שלו על גוף הידע הזה. כיוון שדרכם של הידע המקצועי ושל המיומנות המקצועית שהם מתפתחים, מתרחבים, מעמיקים ומתעדכנים, הרי שבעל המקצוע חייב לשקוד על שכלול גוף הידע ו"ארגון הכלים" בהתאם להתפתחותו של המקצוע. בכל אחת מן הדוגמאות הללו התשובה לשאלה, "מהי ההתנהגות הראויה" בהקשר כלשהו של פעילות מקצועית, תהיה מבוססת על ההכרה בכך שהמדובר בפעילות מקצועית.

(2.ד) המרכיב השני של האידאל המעשי של מקצוע כלשהו הוא **הייחוד המקצועי** שלו. התשובה הנכונה לשאלה, "מהי ההתנהגות הראויה" של רופא בנסיבות מסוימות של פעילותו המקצועית כרופא, מבוססת לא רק על העובדה המוכרת שהרפואה היא מקצוע, וכל פעילות רפואית היא פעילות מקצועית, אלא גם על העובדה שהרפואה היא, בין השאר, מקצוע של הגנה על חיי אדם, על בריאותו ועל האיכות הבריאותית של חייו מפני סכנות מסוימות. ההתנהגות הראויה של הרופא תשקף לא רק את היותו בעל מקצוע ברפואה, אלא גם את היותו בעל מחויבות עליונה ומתמדת למאמץ של הגנה על החיים ועל הבריאות מפני כל סכנת מוות, נכות, מחלה וכדומה. באופן דומה, התשובה הנכונה לשאלה "מהי ההתנהגות הראויה" של מפקד במשטרה בנסיבות מסוימות של פעילותו המקצועית כמפקד במשטרה, נעוצה לא רק בעצם העובדה, שאינה מובנת מאליה, שהפיקוד הוא מקצוע גם בצבא וגם במשטרה, ושכל פעילות פיקודית היא פעילות מקצועית גם בצבא וגם במשטרה, אלא גם בעובדה שהפיקוד הוא מקצוע של הנעת פקודים לביצוע מוצלח של משימות, והפיקוד המשטרתי הוא מקצוע של הנעת פקודים לביצוע מוצלח של משימות לשם אכיפת החוק. ההתנהגות הראויה של המפקד במשטרה תשקף לא רק את היותו בעל מקצוע הפיקוד במסגרת המשטרה, אלא גם את היותו בעל מחויבות מתמדת להנעת פקודיו לביצוע מוצלח של המשימות הנתונות להם לשם אכיפת החוק.

(3.7) המרכיב השלישי של האידאל המעשי של מקצוע הוא **ערכי המעטפת החברתית**. התשובה המלאה והנכונה לשאלה, "מהי ההתנהגות הראויה" של אחות בבית חולים בנסיבות מסוימות של פעילותה המקצועית, מבוססת לא רק על העובדה המוכרת שהסיעוד הוא מקצוע, וגם לא על עובדה זו ועל הייחוד המקצועי של הסיעוד כמקצוע טיפולי מסוים, אלא גם על ערכים נוספים שהאחות נדרשת לגלות להם נאמנות, כגון ערך הפרטיות של המטופל במסגרת הטיפול הרפואי, ובלשון אחרת - ערך הסודיות הרפואית. הדעת נותנת כי האחות יכולה לבצע פעולות טיפוליות רבות באופן מיומן ומוצלח מבלי לכבד את הסודיות הרפואית. אפשר להקפיד על מינון מדויק של תרופות ועל תקינות מוחלטת של מכשירים, מצד אחד, ובאותה שעה להשיח בפרטי המטופל, המחלה והטיפול לא רק איתו, לא רק עם משפחתו הקרובה ועם הצוות הרפואי שלו, אלא גם עם כל אדם המגלה עניין אם מטעמי קרבה נפשית אם מטעמי עניין עיתונאי, אם מטעמי סקרנות סתמית. האחות חייבת לא רק לבצע במיומנות מקצועית כל פעולה טיפולית הכרוכה בתרופות או במכשירים, אלא גם לעשות זאת תוך כדי הקפדה על הפרטיות של המטופל, על הסודיות של הפרטים בדבר מצבו הרפואי, מפני שכך ראוי לעשות מנקודת המבט של עקרונות **המשטר הדמוקרטי**, שבמסגרתו פועל בית החולים, שבמסגרתו מקיימת האחות את הפעילות המקצועית שלה. ערכיו של המשטר הדמוקרטי הם ערכים מרכזיים של המעטפת החברתית, וגם עליהם מבוססת התשובה המלאה והנכונה לשאלה, "מהי ההתנהגות הראויה" של אחות בהקשר מסוים של פעילותה המקצועית.

זהו, אפוא, המבנה הבסיסי של האידאל המעשי במסגרת מקצוע. התשובה הנכונה והמלאה לשאלה בדבר ההתנהגות הראויה בהקשר כלשהו של פעילות מקצועית מבוססת על ערכי המקצועיות, ערכי הייחוד המקצועי וערכיה של המעטפת החברתית, ובהם, בראש ובראשונה, ערכיו של המשטר הדמוקרטי, שבמסגרתו מתנהלת הפעילות המקצועית.

אתיקה ומשפט: הסף והרף

על רקע זה אנו זקוקים לעוד הבחנה מרכזית אחת כדי להגיע לפתרון בעיית המתח שבין עיקרון המשמעת הצבאית לבין עיקרון שלטון החוק כפי שהוצג לעיל, בטיעון (א). זוהי ההבחנה בין מערכת שיקולים אתיים בתחומה של אתיקה מקצועית מסוימת לבין מערכת שיקולים משפטיים בתחומה של מערכת משפט של מדינה מסוימת.

שאלת טיב מעשיו של אדם בנסיבות מסוימות של פעילותו המקצועית עשויה לעלות גם בעולם האתיקה וגם בעולם המשפט. לכאורה, אלה הם שני עולמות שכנים ואף דומים זה לזה שהרי שניהם באים אל האדם המקצועי בלבוש של חובות וחובות, איסורים והיתרים. לאמיתו של דבר, אלה הם שני עולמות נבדלים ואף שונים זה מזה בטעמיהם ובדרכיהם.

ניעזר בתמונה המסברת את העין. נתאר לעצמנו אדם הנמצא במצב שבו עליו לקבל החלטה מקצועית לפעול בדרך מסוימת. בכל מצב כזה עומדות לרשותו של האדם דרכי פעולה אפשריות רבות, וביניהן גם כאלה הדומות זו לזו ברעיון המרכזי שלהן אבל שונות זו מזו בפרטים, וגם כאלה השונות זו מזו לחלוטין, ברעיון ובפרטים כאחד. לוחם בעיצומו של קרב, במהלך אימון או בשעות של שגרה יכול לחרף את נפשו כדי לחלץ פצוע מן השטח, יכול לדרבן את חבריו לעשות זאת בלעדיו, יכול להתעלם מן הפצוע לפי שעה או עד הסוף, יכול להתחמק מן המערכה בנימוק מתוחכם או שקוף, יכול לקפוא על מקומו באפס מעשה, בפרט מצמית או בהעמדת פנים, יכול אפילו לברוח ועוד כהנה וכהנה.

נניח, לשם הצגה פשוטה של הרעיון המרכזי, כי ניתן לערוך את כל דרכי הפעולה האפשריות "מלמעלה למטה", מן הדרכים המוצלחות ביותר לפעולה אל הדרכים הכושלות ביותר, מן הטובות ביותר אל הרעות ביותר. נתאר לעצמנו, אפוא, תמונה של "קשת דרכי הפעולה האפשריות" כשהיא מסודרת במתכונת של סקאלה. מובן שתמונה פשוטה שכזאת אינה יכולה להציג את כל היבטיה של הקשת האמיתית של דרכי הפעולה האפשריות. ראשית, הסדר בקשת הדרכים יכול להיות תלוי בהקשר. לוחם בעיצומו של הסתערות בשדה הקרב אינו אמור להיעצר ברגע שחברו נפצע, כדי לחבוש אותו, אלא אמור להמשיך בהסתערות ולהניח את הטיפול

בפצוע לחובש שיגיע מאחור, או לעצמו עם תום ההסתערות. ועם זאת, במהלך אימון אותו לוחם אמור להפסיק את התרגול כדי לחבוש חבר שנפצע. שנית, הסדר בקשת הדרכים הוא לאו דווקא חד-ממדי. הוא יכול להיות דו-ממדי או אפילו רב-ממדי, ולא חד-ממדי, במתכונת של סקאלה פשוטה, שהרי ייתכנו אמות מידה שונות לסידור דרכי הפעולה האפשריות בו או אחר זו, ויש טעם להשתמש בכל אחת מאמות המידה הללו לצורך זה או אחר. מצד אחד, אפשר לסדר את קשת הדרכים על פי רמת ההישגים המובטחים בסופה של כל דרך. מצד שני, אפשר לסדר את קשת הדרכים על פי רמת "המחירים" הכרוכים בכל אחת מהן. הדעת נותנת כי שתי אמות מידה אלה יציעו לנו סידורים שונים של קשת דרכי הפעולה האפשריות. בכל זאת, לצורך הבהרת היחסים שבין האתיקה המקצועית לבין המשפט נוכל להסתפק בתמונה הפשוטה של קשת חד-מימדית נתונה של דרכי הפעולה האפשריות.

נניח, אפוא, כי לפנינו קשת מסוימת של דרכי הפעולה האפשריות של אדם במצב שבו עליו לקבל החלטה מקצועית, לברור לעצמו מקום בקשת הנתונה, הווה אומר, להחליט ללכת בדרך פעולה מסוימת מבין כל דרכי הפעולה האפשריות. על פני קשת כזאת של דרכי פעולה אפשריות מסתמנים שני קווים, האחד במעלה הסולם של הקשת, אם גם לא ממש בקצהו העליון, והאחר בתחתית הסולם של הקשת, אם גם לא ממש בקצהו התחתון. לקו העליון נקרא ה"רף". בתמונה הזאת הוא מייצג את האתיקה. לקו התחתון נקרא ה"סף". בתמונה הנוכחית הוא מייצג את המשפט.

הקווים הללו, ה"רף" וה"סף", מחלקים את הקשת כולה לשלושה חלקים טבעיים: הקטע שמן ה"רף" ומעלה, הקטע שבין ה"רף" לבין ה"סף" והקטע שמן ה"סף" ומטה. כדי להבין היטב את היחסים שבין עולם האתיקה של מקצוע מסוים לבין עולם המשפט ככל שהוא מופיע בעולמו של מקצוע, חשוב להבין את מהותו של כל אחד משלושת הקטעים האלה.

(ה.1) ה"רף" מייצג את האתיקה המקצועית, את האידאל המעשי של ההתנהגות המקצועית. הוא ה"רף" של ההתנהגות הראויה מנקודת המבט המקצועית. פעולה בגובה ה"רף" או למעלה ממנו היא בגדר התנהגות ראויה, בהתאם לאידאל המעשי של ההתנהגות המקצועית. הקטע שמן ה"רף" ומעלה בתוך

קשת דרכי הפעולה האפשריות הוא **המתחם הראוי** של ההתנהגות המקצועית על פי האתיקה של המקצוע. הרכבו של המתחם הראוי נקבע, כמובן, על פי ערכי המקצוע.

(ה.2) ה"סף" מייצג את המשפט ככל שהוא נוגע לעולם המקצוע, כלומר את התפיסה המחייבת של ההתנהגות החוקית, את "סף" ההתנהגות המותרת על פי הדין, מנקודת המבט המשפטית. פעולה בגובה ה"סף" או למטה ממנו היא בגדר התנהגות עבריינית, בניגוד לתפיסה המחייבת של ההתנהגות החוקית. הקטע שמן ה"סף" ומטה בתוך קשת דרכי הפעולה האפשריות, הוא **המתחם הפלילי** של ההתנהגות המקצועית על פי המשפט של המדינה. הרכבו של המתחם הפלילי נקבע, כידוע, על פי הדין, כלומר על פי החוק והפרשנות הניתנת לו, במיוחד על ידי בית המשפט.

למען הדיוק, נזכיר היבט פשוט של היחס בין ה"רף" לבין ה"סף" בתמונה זו שכלל אינו מובן מאליו בכל הקשר. בתמונה המוצעת כאן, ה"רף" הוא לעולם גבוה מן ה"סף". אכן, בדרך כלל ה"רף" הוא יותר גבוה ואולי אפילו הרבה יותר גבוה מן ה"סף". לאמיתו של דבר, היחסים בין "רף" מסוים לבין "סף" מסוים יכולים, לפעמים, להיות יותר מורכבים. כך, לדוגמה, ניתן לשאול מהם הגבולות של חיסיון אינפורמציה מסוג מסוים בתחום פעילות מקצועית, כדוגמת רפואה או עבודה סוציאלית, ייעוץ כלכלי או עיתונאות. ייתכנו נסיבות שבהן המערכת האתית של שיקולי ה"רף" והמערכת המשפטית של שיקולי ה"סף" יובילו אותנו אל התמונה הטבעית, שבה ה"רף" גבוה מן ה"סף", אבל ייתכנו גם נסיבות אחרות, שבהן המערכת האתית של שיקולי ה"רף" והמערכת המשפטית של שיקולי ה"סף" יובילו אותנו לתמונה שבה ה"סף" גבוה מן ה"רף" במדינה מסוימת בתקופה מסוימת. הגם שזהו מצב חריג, יש טעם לעסוק בו בכובד ראש, אולם לפי שעה נוסף ונשתמש בתמונה שלנו, שבה ה"רף" הוא למעלה מן ה"סף".

(ה.3) בין ה"רף" לבין ה"סף" נמצא **המתחם הבינוני**. פעולה במתחם זה היא בגדר התנהגות לא ראויה מנקודת המבט האתית שהרי היא מתחת לאותו "רף", ובאותה שעה היא בגדר התנהגות מותרת מנקודת המבט המשפטית שהרי היא

מעל אותו "סף". מתחם זה, המייצג בתמונה שלנו את הרעיון שה"רף" וה"סף" הם שני קווים שונים, הוא גם מוקד מתמיד, טבעי ומובהק, של תהליכים בעייתיים המופיעים כאשר בהעדר הבנה או בהעדר יושרה לא נשמרת כראוי ההבחנה החדה שבין ה"סף" לבין ה"רף".

תכליתה של כל פעילות בעולם האתיקה של מקצוע מסוים היא תרומה למאמץ להגיע לידי כך שכל פעילות בתחומו של המקצוע תעמוד בדרישות של האידאל המעשי שלו. זוהי תכליתה של ההכשרה האתית במסגרת ההכשרה המקצועית, וזו חייבת להיות גם תכליתה של התגובה האתית על מה שנראה כעברה אתית. שעה שבעולם המשפט הפעילות באה לממש את הצדק בהתאם לחוק כפי שהוא מתפרש בדין, בעולם האתיקה של כל המקצועות (מלבד אלה הנעוצים בעולם המשפט, כגון החקירה, עריכת הדין והשפיטה) הפעילות לא באה לשרת את הצדק, אלא את האידאל המעשי של המקצוע. שעה שבעולם המשפט מימוש הצדק הוא הערך הנותן לכל פעילות את משמעותה, את הטעם של עצם קיומה, בעולם האתיקה של מקצוע (לא משפטי) מימוש הצדק לא יהיה מה שנותן לכל פעילות את משמעותה, את טעמו של עצם קיומה. פעילותו המקצועית של השופט באה לשרת את הצדק שעה שפעילותו המקצועית של המפקד באה להגן על חיי האזרחים, על הריבונות של מדינתם ועל שלמותה בגבולות הצדק. זהו הבדל עמוק בעל מסקנות עיוניות ומעשיות חשובות.

בדרך אל המשמעת

כדי להתקרב לפתרון הבעיה שמעורר טיעון (א) לעיל, נתאר לעצמנו עתה קצין - נקרא לו: אלפא - המקבל מן המפקד הממונה עליו פקודה לבצע משימה לוחמתית מסוימת באמצעות חיילי היחידה שהוא המפקד שלה. מן ההקדמות שבסעיפים הקודמים נוכל לומר על הקצין אלפא כמה דברים.

ראשית, בהתאם להנחת המוצא שלנו, (ב), הפעילות הפיקודית של הקצין אלפא היא פעילות מקצועית. לשון אחרת, כל פעולה שאלפא מבצע כמפקד יחידה צבאית לוחמתית, היא פעולה שהוא אמור לבצע כבעל המקצוע של הפיקוד הצבאי הלוחמת.

שנית, בהתאם לתפיסת המקצועיות שהוצגה לעיל, (ג), כל פעולה של אלפא כבעל מקצוע אמורה להיעשות מתוך הבנה (4.ג). לפיכך, בתור מפקד, המקבל מדי פעם פקודות מן הממונים עליו, והנותן מדי פעם פקודות לאלה שהוא ממונה עליהם, אלפא אמור לא רק לדעת מהי התגובה הנכונה על קבלת פקודה אלא גם להבין מדוע היא התגובה הנכונה. בתור מפקד מקצועי, בעל ידע ומיומנות, אלפא יודע לנתח את פקודת המבצע שקיבל. הוא יודע לזהות במדויק את המשימה שעליו למלא עם היחידה שהוא המפקד שלה; הוא יודע לברור את דרכי הפעולה המתאימות ביותר למילוי המשימה בכוחות האנושיים ובאמצעים האחרים העומדים לרשותו; הוא יודע לעמוד באילוצי הזמן העומד לרשותו והשטח שבו הוא אמור להילחם; וכן הלאה. אולם בתור מפקד מקצועי, בעל הבנה, אלפא יודע להשיב לא רק על שאלות "מה", "מתי", "איפה", "איך" וכיוצא באלה בדבר המבצע שעל הפרק, אלא להשיב גם על שאלות "למה" בדבר הפעילות המקצועית שלו, פירושו של דבר, להצדיק את הפעולות המקצועיות שלו.

בהיותו בעל המקצוע של הפיקוד הצבאי הלחמתי אלפא יודע להצדיק את המשימה הנתונה לו לאור מטרה צבאית רחבה יותר כשם שהוא יודע להצדיק את דרך הפעולה שבחר למילוי המשימה בהתאם לכוחות האנושיים ולאמצעים האחרים העומדים לרשותו במסגרת אילוצי הזמן והמקום. אולם בהיותו בעל המקצוע של הפיקוד הצבאי אלפא יודע להצדיק גם את עצם ההתגייסות שלו בראש יחידתו הצבאית למילוי המשימה שהוטלה עליו בפקודה שניתנה לו. לכאורה, ההתייבבות שלו למילוי המשימה היא מובנת מאליה בהיותו מפקד של יחידה צבאית, אולם, לאמיתו של דבר, בהיותו בעל מקצוע הפיקוד הצבאי אלפא אמור לדעת להסביר כראוי גם את המובן מאליו, גם לעצמו, גם לזולתו, גם אם מתעורר ספק בדבר צדקת הפעולה הנדרשת, גם אם לא מתעורר שום ספק בלבו של אף אחד. ובנקודה זו אפשר לומר על אלפא עוד כמה דברים לאור ההקדמות שבסעיפים הקודמים.

שלישית, בהתאם לתפיסת המקצועיות שהוצגה לעיל, (ג), כל פעילות מקצועית של אלפא אמורה להיעשות על רקע האתיקה של מקצוע הפיקוד הצבאי, שהיא תפיסה סדורה של האידאל המעשי של התנהגות המפקד הצבאי במסגרת הפעילות המקצועית שלו (5.ג). בהיותו בעל מקצוע אלפא אמור להכיר את האתיקה

של המקצוע שלו. בהיותו מפקד צבאי אלפא אמור להכיר את האידאל המעשי של התנהגות המפקד הצבאי. ומתוך כך הוא אמור לדעת מהי ההתנהגות הראויה של מפקד צבאי משעה שקיבל מן הממונה עליו פקודה לבצע משימה מסוימת. יתר על כן, בהיותו מפקד צבאי, המכיר את האתיקה של הפיקוד הצבאי, הוא מכיר את האידאל המעשי של התנהגות המפקד הצבאי במסגרת תפיסה סדורה של האידאל המעשי של התנהגות זו. מתוך תפיסה סדורה זו אלפא אמור לא רק לדעת מהי ההתנהגות הראויה, אלא גם להסביר לעצמו ולזולתו מדוע זו ההתנהגות הראויה.

רביעית, בהתאם לתפיסת האתיקה המקצועית שהוצגה לעיל, (ד), אלפא יודע כי כל הצגה של ההתנהגות הראויה שלו כמפקד צבאי שקיבל מן הממונה עליו פקודה לבצע משימה מסוימת, וכל הצדקה שלה, נעוצות בתפיסת המקצועיות של הפיקוד הצבאי, בתפיסת המרכיבים הייחודיים של מלאכת הפיקוד הצבאי ובתפיסת מעמדו של הצבא במדינה דמוקרטית ומקומו של המפקד במסגרת צבא כזה. לפיכך אלפא יודע כי עליו להתבונן בפקודה שקיבל מן הממונה עליו, ולהעריך את משמעותה מנקודת המבט של כל אחת מן התפיסות הללו בפני עצמה ומן הצירוף שלהן במסגרת האתיקה המקצועית שלו.

במסגרת זו אמור אלפא להעריך כל מה שמצטייר כדרישה לציות, בין אם הדבר מוצג בפניו על ידי הממונה עליו, ובין אם הוא מציג אותה בפני אלה שהוא ממונה עליהם. הערכה של דרישה מסוימת לציות תתבסס גם על הערכה של תוכן הדרישה לציות, שהוא תוצר הציות הנדרש, הלא הוא המשימה, וגם על הערכה של עצם הרעיון של דרישה לציות. אמנם בדרך כלל בנסיבות של פעילות צבאית שגרתית אלפא ודומיו אינם מוצאים את עצמם דנים במעמדו של הציות בחיי הצבא, אולם בנסיבות כאלה הם פטורים מן הדיון הזה לא מפני שאין לו מקום, והכול ברור ופשוט, אלא מפני שהם מניחים, בדרך כלל בצדק, שבנסיבות הנתונות היחס השגרתית אל הציות הוא מוצדק מפני שמתקיימים בהן כל התנאים הנחוצים לשם ההצדקה של הציות. לעומת זאת, בנסיבות מיוחדות המביאות להצגת טיעון (א), יש צורך בשליטה מעשית במושג הציות, בהבנה של תוכנו על יסודותיו העיוניים ועל תוצאותיו המעשיות. כאן מקומו של דבר נוסף, האחרון, שנרצה לומר אודות אלפא על רקע ההקדמות שבסעיפים הקודמים.

חמישית, בהתאם להבחנה בין ה"רף" האתי וה"סף" המשפטי, (ה), אלפא יודע להבחין בין שיקולים הנעוצים בעולם המושגים, הערכים והנורמות של האתיקה המקצועית שלו כמפקד צבאי, לבין שיקולים הנעוצים בעולם הנבדל של המערכת המשפטית, שחלה עליו כמפקד צבאי שהוא אזרח המדינה. כאן אנחנו מתקרבים אל אחד המרכיבים העיקריים של הפתרון שבאנו להציע לבעיה של טיעון (א). רעיון הציות של איש צבא לפקודה שקיבל מן הממונה עליו לבצע משימה מסוימת, משתבץ באופן טבעי בתמונה של עולם ה"סף", שבו ממלא מקום מרכזי רעיון הציות של אזרח לחוק המדינה או לפסק דין של בית המשפט. אמנם המושג הכללי של אזרח המדינה שונה מן המושג המפורט יותר של איש צבא שהוא אזרח המדינה, ומושג הפקודה הצבאית שונה ממושגי חוק המדינה והחלטת בית המשפט, אולם הדמיון רב על השוני. בשני המקרים הציות הוא יחס משולש בין אדם, נורמה ומעשה. בשני המקרים נוכל לפתח את התשובה לשאלה, האם המעשה הנתון שעשה האדם הנתון, הולם או לא הולם את הנורמה הנתונה. מובן שיש נורמות שלגביהן יותר קל לפתח את התשובה לשאלה, האם מעשה מסוים של אדם מסוים הולם אותה, מאשר לגבי נורמות אחרות, כשם שיש מעשים של אדם שלגביהם יותר קל להשיב על השאלה, האם הם הולמים נורמה מסוימת, מאשר לגבי מעשים אחרים של אדם זה או אחר. עם זאת, ההבחנה בין המקרים הקשים יותר לבין המקרים הקלים יותר אינה הבחנה בין ציות לפקודות לבין ציות לחוקים או לפסקי דין.

בכל מקרה מדובר באותו יחס בסיסי, היחס המשולש של הציות.

דרישה לציות אשר עולה מעולם ה"סף" המשפטי, מוצדקת במונחים של החובה לציית ככל שהמדובר במערכת מחייבת מנקודת המבט המשפטית. החובה לציית לחוק מסוים בנסיבות מסוימות נעוצה בחובה הכללית לציית לחוק בכל הנסיבות. מובן שגם החובה הכללית לציית לחוק בכל הנסיבות טעונה הצדקה. מבלי להיכנס בעובי הקורה הזאת נניח לצורך הדין שלנו כי החובה לציית לחוק בכל הנסיבות מוצדקת בה במידה שמערכת החוקים עומדת בדרישות המוסר, בה במידה שהיא הולמת בכלליה ובפרטיה את עקרונות הצדק וההגינות. כיוצא בזה, הדרישה

לציית לפסק דינו של בית המשפט מוצדקת, בה במידה שמוסד בית המשפט של המדינה מתנהל באופן מוסרי, על פי עקרונות הצדק וההגינות. בהיותו איש צבא שהוא אורח המדינה, המערכת המשפטית מטילה על אלפא חובה לציית לפקודות בתנאים מסוימים. ככל שמדובר בשיקולים מעולם ה"סף" המשפטי, החובה לציית לפקודה בתנאים מוקדמים מסוימים מסתכמת באיסור שלא לקיים את יחס הציות בין איש הצבא, הפקודה ומעשיו של אותו אדם אם מתקיימים התנאים המוקדמים הנדרשים. זוהי משמעותה של החובה לציית לפקודה באותם תנאים. הצדקת החובה לציית לפקודה באותם תנאים היא כהצדקת חובה לציית לחוק או חובה לציית לפסק דין, והיא נעוצה בתוקף המוסרי של מערכת החוקים או של הפרקטיקה של בית המשפט.

המערכת המשפטית נותנת משמעות מסוימת לחובתו של איש הצבא לציית לפקודה בתנאים מוקדמים מסוימים. כל נורמה משפטית ניתנת לתיאור כגדר האוסרת על האזרח לחצות אותה. בין אם המדובר בגדר שכונן המחוקק של המדינה, ובין אם המדובר בגדר שהקים בית המשפט במסגרת פרשנות החוק.

מטבעה של גדר כזו שהיא מסמנת את ההבחנה בין שדה המותר לבין שדה האסור. מנקודת המבט המשפטית, גם פקודה היא גדר. היא מסמנת לאיש הצבא שקיבל אותה ממפקדו, את ההבחנה בין שדה המותר לבין שדה האסור. מותר לו לקיים את יחס הציות בינו לבין הפקודה ולבין מעשיו, ואסור לו שלא לקיים את היחס המשולש הזה.

מטבעה של גדר משפטית שהיא אומרת לאזרח שאסור לו לחצות אותה, שאסור לו להיות מן הצד השני של הגדר, בתוך שדה האסור. באותה שעה, מטבעה של גדר כזאת שהיא לא אומרת לאזרח היכן בדיוק עליו להיות מן הצד האחד של הגדר, בתוך שדה המותר. המחוקק ובית המשפט אומרים לנו באיזו מהירות אסור לנו לנהוג בכביש, אבל באיזו מהירות עלינו לנהוג בתוך שדה המהירות המותרת, על כך אין להם מה לומר לנו, ומותר לנו לנהוג כאוות נפשנו. זוהי הלוגיקה התקנית של מושג הגדר המשפטית. לפיכך זוהי גם הלוגיקה של תפיסת הפקודה כגדר משפטית. נוכח הפקודה אסור לאלפא שלא לציית לה, אבל עדיין יש לו דרכים רבות ושונות לציית לה באופן מלא. לפקודה כגדר אין מה לומר לו בדבר הברירה המוצלחת ביותר

בין הדרכים החלופיות. הפקודה כגדר אינה מציעה לו אמת מידה לשם הברירה הזאת.

אמת מידה כזאת לא ימצא אלפא בתוך עולם ה"סף" המשפטי. את אמת המידה הזאת הוא אמור למצוא בעולם ה"רף" האתי, לא בעולם החוק ופסקי הדין, כפי שהם חלים על אלפא בתור איש צבא, אלא בעולם האתיקה הצבאית, שחל עליו בתור איש צבא מקצועי.

כאן אנחנו מגיעים אל הטענה המרכזית שלנו. נוכח פקודה שקיבל אלפא מן הממונה עליו לבצע משימה מסוימת, מושג המפתח המשפטי הוא מושג הציות, ואילו מושג המפתח האתי הוא מושג המשמעת.

משמעת

נתבונן באפיון המלא של ערך המשמעת בקוד האתי של צה"ל, "רוח צה"ל: ערכים וכללי-יסוד" (משנת 1994):

(1)

המשמעת של חיילי צה"ל היא נכונותם לפעול במלוא כוחותיהם לביצוע הנדרש מהם, באופן מושלם, על פי הבנתם את הפקודות שקיבלו, ובאופן מוצלח, על פי רוחן, ונכונותם לציית לפקודות, תוך חתירה מתמדת לביצוע מתוך הבנה והזדהות, כשהם מקפידים על מתן פקודות חוקיות ומתנערים מפקודות בלתי חוקיות בעליל.

ההבדל בין הרמה האתית לבין הרמה המשפטית בולט לעין. כך, לדוגמה, הנורמה האתית מחייבת את החיילים "לפעול במלוא כוחותיהם", אבל מובן מאליו שאין שום נורמה משפטית שתאסור על החיילים שלא לפעול שלא במלוא כוחותיהם. ובאורח דומה, הנורמה האתית מחייבת את החיילים לפעול "[ב]אופן מוצלח, על פי רוח [הפקודות]", הווה אומר, לפעול באופן העומד בהצלחה לא רק במבחן מילוי המשימה הנתונה, אלא גם במבחן העקרונות המובלעים בהצגת המשימה הנתונה. אחד מן העקרונות המובלעים הללו הוא העיקרון בדבר החובה למלא את המשימה הנתונה לא במבודד, כשהיא לעצמה, אלא לאור המטרה

הצבאית הרחבה יותר שמילוי המשימה משרת את השגתה ("דבקות במשימה לאור המטרה"). עיקרון אחר הוא העיקרון בדבר החובה לשמור על הכוח ככל האפשר ("להחזיר את החיילים הביתה בשלום"). שוב, מובן מאליו שאין שום נורמה משפטית שתחייב העמדה לדין של מפקד שדבק במשימתו באופן שלא הביא בחשבון את המטרה הצבאית הרחבה יותר במלואה, או של מפקד שניהל את הקרב באופן שגרם לפגיעות מיותרות בחייליו. מפקדים כאלה יהיו ראויים ל"טיפול אתי" בידי מפקדים, אבל בהיעדר זדון והתרשלות לא יהיה מקום לשום "טיפול משפטי" בהתנהגותם בידי פרקליטים.

רעיון מרכזי באפיון האמור של ערך המשמעת מתבטא בחובה לחתור באופן מתמיד "לביצוע מתוך הבנה והזדהות". זוהי חובה כפולה במובן זה שהיא חלה גם על המפקד וגם על הפקוד. על המפקד לחתור לכך שפקודיו יבצעו את פקודותיו על יסוד הבנה של הפקודות ומתוך אמון בו עד כדי הזדהות עם נקודת המבט שלו. על הפקוד לחתור לכך שהוא יבצע את הפקודות שניתנו לו, מתוך הבנה של הפקודות ומתוך אמון במפקד עד כדי הזדהות עם נקודת המבט שלו. חובת המפקד שונה מחובת הפקוד, ומובן שגם האמצעים שישתמש בהם כדי לעמוד בה, יהיו שונים מאלה שהפקוד ישתמש בהם, אבל שניהם חותרים לאותו מקום: ביצוע על יסוד הבנה נכוחה ומשותפת ומתוך יחסי אמון הדדיים עד כדי הזדהות משותפת עם אותה נקודת מבט פיקודית.

ההבנה וההזדהות אינן מוגבלות לרובד הטכני של ביצוע פעולות מסוימות. מטבעה של ההבנה שהיא מגיעה מן הרובד הטכני אל רבדים של משמעות. מטבעה של נקודת המבט הפיקודית שהיא מגיעה אל רבדים עמוקים של משמעות, אל ערכי הצבא, המכוננים את האידאל המעשי של ההתנהגות הצבאית.

בהתאם לתפיסת האתיקה המקצועית שהוצגה לעיל, (ד), האידאל המעשי עומד על ערכי המקצועיות, על ערכי הייחוד המקצועי של הצבא ועל ערכי המעטפת החברתית, ובכללם ערכי הדמוקרטיה. פעולה נעשית בהתאם לאידאל המעשי של האתיקה הצבאית אך ורק אם היא עומדת במכלול הדרישות של כל הערכים הללו. עליה להיות מבוצעת באופן מקצועי, באופן ההולם עקרונות צבאיים מחייבים, כדוגמת "דבקות במשימה לאור המטרה" ו"להחזיר את החיילים הביתה בשלום",

ובאופן ההולם את ערכי הדמוקרטיה, ביניהם עיקרון "שלטון החוק" כפי שהוא מוכר בתפיסת המשטר הדמוקרטי.

הפתרון

מערכת הערכים של האתיקה הצבאית יכולה ליצור דילמות או מתחים פנימיים. אפיון נאות של כל אחד מן הערכים במערכת זו יתווה גם את תוכנו של הערך וגם את גבולותיו באופן המאפשר למערכת הערכים להיות קוהרנטית, שהוא גם אופן המאפשר לפעול כראוי לא רק בהתאם לערך זה או אחר, אלא גם בהתאם למכלול הערכים בשלמותו.

זהו צעד מכריע בפתרון שאנו באים להציע לבעיה שמעורר טיעון (א). מערכת הערכים של האתיקה הצבאית אמורה להציב חובות אתיות שאינן סותרות אלה את אלה. החובות האתיות החלות על החייל בדבר פקודה שניתנה לו בידי מפקדו אמורות להשתלב ללא קושי במערכת הכוללת של החובות העולות ממערכת הערכים של האתיקה הצבאית, ובכלל זה ערכי הדמוקרטיה שבתוך המעטפת החברתית.

מכאן אנחנו מגיעים אל שני המרכיבים האחרונים של הפתרון המוצע לבעיית טיעון (א).

ראשית, המישור הראשי שבו יש לעסוק בעקרונות ההתנהגות הראויה במסגרת הפעילות הצבאית, הוא מישור ה"רף", מישור האתיקה הצבאית. מישור ה"סף", המישור המשפטי, הוא מישור משני. הוא עוסק אך ורק בסטיות גדולות מן הנורמות של ההתנהגות הראויה כפי שהותוו במישור האתיקה. הנחות המוצא של כל דיון בהתנהגות הראויה במסגרת הפעילות הצבאית חייבות להיות הנחות מתוך מישור ה"רף" של האתיקה הצבאית. אל טענה כלשהי מתוך מישור ה"סף" של המשפט ניתן להגיע רק על רקע הנחות המוצא מתוך מישור האתיקה הצבאית אך ורק בנסיבות שבהן זוהה חשד לסטייה רבתי מן הנורמות שהותוו במישור זה.

לפיכך הדיון בסתירה בין ערכים או עקרונות יסודיים של ההתנהגות הראויה במסגרת הפעילות הצבאית ופתרונה חייבים להיות במישור שבו היא מתגלעת, מישור ה"רף" של האתיקה הצבאית. אם טיעון כדוגמת (א) בא לחשוף סתירה בין

עקרונות יסודיים של ההתנהגות הראויה במסגרת הפעילות הצבאית, הוא חייב להתנסח במונחים של מישור ה"רף" ולצאת מהנחות השאובות ממישור זה. קריאה מחדש של טיעון (א) מראה כי הוא אינו עומד במבחן זה.

קודם כל, מתוך מישור האתיקה הצבאית אכן ניתן לשאוב עיקרון שמתאים לו התואר "עיקרון המשמעת הצבאית", אולם זה אינו עיקרון הקובע כי "תמיד החייל חייב לציית לפקודות". עיקרון המשמעת הצבאית קובע כי תמיד החייל חייב לנהוג על פי עיקרון מורכב, כדוגמת (i) לעיל, המשקף את מכלול ההיבטים של ערך המשמעת כפי שהוא מאופיין באתיקה הצבאית. במקום הנחה 2 בטיעון (א) צריכה לבוא טענה אחרת, המשקפת כראוי את עיקרון המשמעת הצבאית.

נוסף על כך, מתוך מישור האתיקה ניתן להגיע לעיקרון שמתאים לו התואר "עיקרון שלטון החוק", אולם זה אינו עיקרון בעל מעמד עצמאי, אלא הוא בגדר רעיון נגזר מעיקרון יותר כללי ויותר עמוק, שמתאים לו התואר "עיקרון הדמוקרטיה". בהתאם לתפיסת האתיקה כפי שהוצגה לעיל, ערכי הדמוקרטיה מהווים חלק מן האתיקה המקצועית של כל קהילה מקצועית הפועלת בתוך חברת האזרחים של מדינה בעלת משטר דמוקרטי. במקום הנחה 1 בטיעון (א) צריכה לבוא טענה אחרת, המשקפת כראוי את עיקרון הדמוקרטיה. מיד נראה מה התוצאה של השינוי הקודם ושל שינוי זה בהנחות של טיעון (א).

שנית, כדי שמערכת הערכים של האתיקה הצבאית תהיה עקיבה, ברור שכל חובה הנעוצה בערך המקצועיות או בערך ייחודי של הפעילות הצבאית, כדוגמת ערך המשמעת, חייבת לעלות בקנה אחד עם החובות הנעוצות בעיקרון הדמוקרטיה, כלומר החובות הנעוצות בערכי הדמוקרטיה. כל עיקרון בדבר ההתנהגות הראויה במסגרת פעילות צבאית, בין אם הוא נעוץ בעצם המקצועיות של פעילות זו ובין אם הוא נעוץ באחד מן המרכיבים הייחודיים של פעילות צבאית, חייב להתנסח ולהתפרש כעיקרון המטיל חובות "בגבולות הדמוקרטיה בלבד", פירושו של דבר מטיל חובות שאפשר לעמוד בהן בלי לפגוע בערכי הדמוקרטיה. כך, לדוגמה, עיקרון בדבר "דבקות במשימה לאור המטרה" הוא, ליתר דיוק, עיקרון בדבר הדבקות במשימה לאור המטרה ובגבולות הדמוקרטיה בלבד. עיקרון המשמעת אף הוא עיקרון המטיל חובות, כדוגמת "חתיירה מתמדת לביצוע מתוך הבנה והזדהות", וגם

אלה מוטלים בגבולות הדמוקרטיה בלבד, זאת אומרת מבלי ליצור פגיעה בערכי הדמוקרטיה.
 לפיכך במקום טיעון (א) עלינו להציב טיעון אחר, מתוקן, (א*), המתאים למישור האתיקה הצבאית:

(א*)	
1. תמיד החייל חייב לנהוג בהתאם לערכי הדמוקרטיה.	(הנחה: עיקרון הדמוקרטיה)
2. תמיד החייל חייב לנהוג בהתאם לערך המשמעת בגבולות הדמוקרטיה בלבד.	(הנחה: עיקרון המשמעת הצבאית)
3. לפעמים פקודה סותרת את החוק.	(לדוגמה: פקודה לרצוח שבויים)
4. לפעמים חייל אינו יכול לציית גם לחוק וגם לפקודה.	(מסקנה מצעד 3)
5. לפעמים חייל חייב לעשות מה שאינו יכול לעשות.	()
6. תמיד אדם אינו חייב לעשות מה שאינו יכול לעשות.	(הנחה: הלוגיקה של חובה ויכולת)
7. סתירה.	()

טיעון (א) היה טיעון תקף בעל הנחות מוצא לקויות. עכשיו, כאשר הצבנו הנחות מוצא נכונות במקום אותן הנחות לקויות וקיבלנו את טיעון (א*), נמוג התוקף הלוגי של הטיעון המקורי. בצעדים 1-2 של (א*) מוצגות הנחות מוצא נכונות. בצעד 3 של (א*) מוצגת טענה עובדתית נכונה. בצעד 4 של (א*) מוצגת מסקנה נכונה מתוך צעד 3. לעומת זאת, בצעד 5 של (א*) מוצגת טענה שעכשיו כבר אינה מסקנה מן הצעדים הקודמים. הנחות המוצא שלנו כבר לא אומרות שתמיד החייל חייב לציית לפקודה. ושוב, בצעד 6 של (א*) מוצגת הנחה נכונה, אבל בניגוד לצעד 7 בטיעון (א), שחשף סתירה בין ההנחה הלוגית 6 לבין המסקנה 5, בטיעון (א*) אין סתירה כי אין בסיס לטענה 5 בצעדים הקודמים, 1-4.

נפתרה, אפוא, הבעיה שעורר טיעון (א) בצורתו המקורית.

מסקנות

לסיום נציג בקצרה כמה מסקנות של הגישה הנוכחית, שהובילה אותנו לפתרון הבעיה שעורר טיעון (א).

ראשית, אימוץ המישור האתי, מישור ה"רף", בתור המישור שבו מן הראוי לקיים את הדיון בשאלת ההתנהגות הראויה במסגרת המקצועית של הפעילות הצבאית, אינו צעד מיוחד שנקטנו בו לשם פתרון הבעיה של המתח בין רעיון הציות המעשי של התנהגות צבאית. כך, לדוגמה, השאלה עד כמה חייב כוח צבאי לפעול באופן המסכן חיי חיילים, לשם חילוץ חייל פצוע שאינו יכול להיחלץ בכוחות עצמו, צריכה לקבל פתרון בראש ובראשונה במישור האתי על יסוד שיקולים הנוגעים בערכי הצבא. הפתרון יקבע נורמות שכל סטייה מהן תהיה מגונה. נורמה אחת תקבע כי בעיית החילוץ של חייל נעשית הבעיה של חבריו ליחידה ושל מפקדיו מרגע שהחייל אינו יכול לפתור אותה בכוחות עצמו. נורמה אחרת תקבע כי החילוץ חייב להיעשות באופן מקצועי, ולא בפזיזות. המפקד אמור לדעת מתי לחלץ חייל פצוע באופן המגדיל ככל האפשר את סיכויי החילוץ מבלי לפגוע באופן משמעותי בביצוע המשימה הנתונה, שבמהלכה נפצע החייל, ואיך לעשות זאת. הנורמות הללו נעוצות במערכת הערכים של הצבא. הנורמה האחת נעוצה בערך הרעות, המכונן את לכידות היחידה, שבלעדיה לא תיתכן פעילות לחימה. הנורמה האחרת נעוצה בערך המקצועיות. נורמות נוספות יהיה נעוצות בערכים אחרים, שגם הם שאובים ממישור האתיקה הצבאית, מישור ה"רף", ולא ממישור המשפט, מישור ה"סף".

אל מישור המשפט אנחנו מגיעים בהקשר של הפעילות המקצועית במסגרת הצבא אך ורק כדי לדון במעמדם של מעשים שיש בהם סטיות משמעותיות מן הנורמות שהותוו במישור האתיקה. במישור הזה נבקש את התשובה לשאלה, איזו סטייה מערכי הדמוקרטיה מצדיקה את הפעלת המנגנונים של אכיפת החוק. מתוך הנחות טבעיות בדבר ערכי הדמוקרטיה אפשר לגזור מסקנות בדבר חובותיו של האזרח לשמור על חוקי מדינתו. התנהגות שיש בה עברה על החוק, אינה התנהגות בהתאם לעיקרון שלטון החוק, אולם לא כל התנהגות כזאת מחייבת את המדינה להפעיל את מנגנוני האכיפה. לא בכל מקרה שמפקד ייתן פקודה שאינה חוקית, יהיה

עליו לעמוד לדין. לא בכל מקרה שחייל יבצע פקודה שאינה חוקית, הוא יועמד למשפט. עם זאת, כאשר הפקודה חורגת מגבולות החוק עד כדי כך שהיא מצטיירת באופן טבעי כפגיעה מובהקת בערכי הדמוקרטיה, הדעת נותנת כי יש מקום להעמיד לדין גם את המפקד שנתן את הפקודה, וגם את החייל שקיבל אותה ומילא אחריה. הבחנה זו, בין התנהגות שיש בה פגיעה מובהקת בערכי הדמוקרטיה, לבין התנהגות שאין בה פגיעה כזאת באותם ערכים, ניתן להציג גם במישור האתיקה, אבל רק במישור המשפט יבואו הכללים המדויקים של העמדה לדין בגין חשד לפגיעה מובהקת בערכי הדמוקרטיה בהתנהגות שיש בה עברה על החוק.

ההבחנה המשפטית הידועה בין התנהגות בלתי חוקית בעליל לבין התנהגות בלתי חוקית שאינה בלתי חוקית בעליל הייתה אמורה להשיג שתי מטרות: ראשית, להיות הבסיס העקרוני לפתרון בעיית המתח שבין עיקרון משפטי אחד, המחייב את החייל לציית למי שמוסמך על פי החוק לתת לו פקודה, לבין עיקרון משפטי אחר, המחייב את האזרח לשמור על החוק. שנית, הבחנה זו הייתה אמורה להיות ניתנת ליישום לא רק בעזרת פרקליט או שופט, אלא בידי כל חייל בשעת הפעילות הצבאית. אם קיבל פקודה שהיא בלתי חוקית בעליל, הוא היה אמור לראות כנגד עיניו דגל שחור המתנוסס עליה כאזהרה ברורה מאין כמוה לבל ימלא את הפקודה שקיבל. המטרה הראשונה מושגת על ידי ההבחנה בין שני סוגים של פקודות בלתי חוקיות מפני שהיא יוצרת איזון בין שני העקרונות האמורים, ולא מכריעה ביניהם. לעומת זאת, המטרה השנייה נעשתה רחוקה מהישג יד ככל שההבחנה המשפטית נעשתה יותר דקה, עדינה ומורכבת כתוצאה מן ההתפתחות של הפסיקה הצבאית שעשתה בה שימוש. מבחן "הדגל השחור" אינו מספיק לשם יישום הבחנה הנשענת על משפחה מורכבת של שיקולים משפטיים.

על פי הגישה של מאמר זה, יש טעם להחליף את ההבחנה המשפטית בין פקודה בלתי חוקית בעליל לבין פקודה בלתי חוקית שאינה בלתי חוקית בעליל בצמד של הבחנות אחרות, הבחנה אתית נוספת והבחנה משפטית אחרת. ההבחנה האתית היא בין פקודה המתפרשת על ידי החייל הסביר כפקודה אפשרית על פי ערכי הצבא, הכוללים את הרסן של "בגבולות הדמוקרטיה בלבד", לבין פקודה המתפרשת על ידי החייל הסביר כפקודה בלתי אפשרית מפני שהיא חורגת מ"גבולות הדמוקרטיה".

ההבחנה המשפטית אמורה להיות הבחנה בין התנהגות שיש בה פגיעה קיצונית בערכי הדמוקרטיה, לבין התנהגות שאין בה פגיעה כזאת. הבחנה כזאת תקיים במישור המשפט איזון בין שני העקרונות האמורים וכדי שתהיה ניתנת ליישום בידי כל חייל בשעת מעשה, היא תתחום באופן צר וחד את הפגיעה הקיצונית בערכי הדמוקרטיה. במישור האתיקה החייל חייב שלא לחצות את גבולות הדמוקרטיה בבואו לתת פקודה או למלא פקודה. במישור המשפט החייל יועמד לדין אם בהתנהגותו תהיה פגיעה קיצונית בערכי הדמוקרטיה בין כנותן פקודה ובין כממלא פקודה.

הצעה זו משנה לא רק את ההבחנות ואת הנורמות, אלא גם את הטיפול המתבקש לנוכח סטייה מן הנורמות המחייבות. כל סטייה מנורמה אתית מחייבת טיפול פיקודי שתכליתו היא העלאת הרמה של ההתנהגות במסגרת הפעילות המקצועית אל גובה ה"רף" ומעלה. סטייה קיצונית מנורמה אתית אף היא סטייה מנורמה אתית ולפיכך מחייבת טיפול אתי בעל אותה תכלית, אלא שהיא מחייבת גם טיפול משפטי, בהיותה עברה על נורמה משפטית. חלוקת עבודה כזאת מבטיחה תגובות מתאימות הן במישור האתיקה והן במישור המשפט. בכך היא עדיפה על חלוקת עבודה המטילה את יהבה על מישור המשפט לברו.

שנית, העדפת עיקרון המשמעת כפי שזו מאופיינת במישור האתיקה, על פני עיקרון הציות כפי שזה מאופיין במישור המשפט, מובילה אותנו גם להבחנה בין היבטים שונים של מנהיגות צבאית ולהעדפת אחד מהם על פני חברו. ההיבט האחד, הבא לידי ביטוי במישור המשפט, הוא היבט הסמכות על פי הדין. המפקד עומד במוקד של מערכת יחסי מרות בינו לבין פקודיו. הוא בעל סמכות חוקית להורות לפקודיו לפעול בדרכים מסויימות, שכולן בגבולות החוק. במישור זה ההצדקה של מילוי פקודה תינתן במונחי המרות כפי שמכונן אותה החוק. ההיבט האחר, הבא לידי ביטוי במישור האתיקה, הוא היבט האמון הפיקודי. המפקד עומד במוקד של מערכת יחסי אמון הדדיים בינו לבין פקודיו. הוא אמור לתת אמון בפקודיו שימלאו כראוי אחר פקודותיו. ואילו הם אמורים לתת אמון במפקד שלהם על יסוד דמותו הפיקודית, המקצועית והאישית. במישור זה ההצדקה של מילוי פקודה תינתן במונחים של אמון כפי שמכוננת אותו האתיקה הצבאית. אין ספק כי עדיפה מנהיגות

המבליטה את היבט האמון אם גם אינה זונחת את היבט המרות לשם מקרים קיצוניים, על פני מנהיגות המבליטה את היבט המרות וזונחת את היבט האמון. שהרי גדול כוחו של האמון כגורם המניע חיילים לביצוע מוצלח של משימות מיוחדות ואף מסוכנות, מכוחה של המרות על פי הדין. אווירה של אמון גורמת לחייל להזדהות עם מפקדו, לפעול בהתאם לפקודות, מצד אחד, מתוך הבנה והסכמה ועל פי הרצון והערכים של עצמו, מצד שני. אווירה של מרות גורמת לחייל להתנכר למפקדו, לפעול בהתאם לפקודות כדי לצאת ידי חובתו, ללא הבנה או הסכמה, שלא על פי רצונו וערכיו, אלא בעל כורחו. החייל המופעל בכוח המרות פועל כרובוט. החייל המופעל בכוח האמון פועל כאדם מלא.

סמכות בית דין צבאי להמיר סעיפי אישום מטעמים של צדק

אבי לוי*

1. הצגת הבעיה

2. מקורה הפורמלי של הסמכות

א. סעיף 378 לחש"ץ

1. העקרונות הפרשניים המנחים

א. ניתוח של עקרונות הפרשנות - לשון הטקסט

ב. ניתוח של עקרונות הפרשנות - תכלית

המטרה החקיקתית ודרכי איתורה

ג. יישום העקרונות הפרשניים

1. לשון הטקסט

2. מטרת הנורמה

3. דברי ההסבר וההיסטוריה החקיקתית

ד. הרמוניה חקיקתית

1. סעיפי החש"ץ הנוגעים לעניין

2. החסד"פ וההוראות המקבילות המצויות בו

ה. המארג הנורמטיבי הכללי של אופי הפעלת המשפט הפלילי

ו. השפעות עיקרון תום הלב על המשפט הפלילי

ז. השלכות חוקתיות

2. סיכום הממצאים לגבי פרשנות סעיף 378 לחש"ץ

ב. סמכות טבועה בידי בית הדין

ג. סעד בגין הפרת זכות חוקתית

* סגן אלוף, סגן נשיא בית הדין הצבאי במחוז שיפוט מטכ"ל/חיל ים/עורף.

תודתי נתונה לסרן סיגל טורג'מן על הערותיה מאירות העיניים, לקמ"ש סיגל אדמוני על סיועה בהעלאת הדברים על הכתב ולעורך כתב העת "משפט וצבא" על הערותיו החשובות ועל סיועו המקצועי.

3. משפט משווה

- א. קנדה
- ב. אנגליה
- ג. ארצות הברית
- ד. צרפת
- ה. גרמניה

4. בחינה ביקורתית של פסיקת בתי המשפט ובתי הדין בסוגיה העומדת על המדוכה

- א. פסיקת בית המשפט העליון
 - ב. פסיקת בית הדין הצבאי לערעורים
- פרשת אטדגי**

- א. העובדות
 - ב. בחינה ביקורתית של פסק הדין
 - 1. הערות כלליות
 - 2. פרשנות סעיף 378
 - 3. עקרונות היסוד של השיטה
 - 4. השלכות חוק היסוד
 - 5. הגנה מן הצדק
 - ג. פסיקת בתי הדין הצבאיים המחוזיים
- בחינה ביקורתית של החלטות בתי הדין הצבאיים המחוזיים**
- ד. שיקולי מדיניות שיפוטית נוספים
 - ה. ממצאים ומסקנות באשר לסמכותו של בית הדין להמיר אישומים
- 5. גדר המקרים שבהם ראוי לעשות שימוש בסמכות**
- 6. סיכום**

1. הצגת הבעיה

מפעם לפעם בשנים האחרונות נתקלים בתי הדין הצבאיים, כמו גם בתי המשפט הדנים בפלילים, בעתירה המבקשת להורות על המרת סעיף האישום שבו הואשם הנאשם, בסעיף אישום אחר, קל הימנו, לא מפאת שלא הוכחו העובדות המקימות את יסודות העבירה המקורית, אלא מטעמים אחרים, כגון טעמים של צדק, מניעת אפליה או תגובה לפעולה בלתי ראויה של התביעה; האם מוסמך בית דין

צבאי להיעתר לבקשה שכזו בניגוד לעמדת התביעה למרות שסבר כי הבקשה מוצדקת עניינית? זוהי שאלת היסוד אשר חיבור זה מבקש להידרש לה.

עמדתה המסורתית של התביעה בתגובה לעתירה מסוג זה היא כי בית הדין איננו מורשה לפעול כמבוקש ממנו, בהתבסס על הכלל כי התביעה היא בעלת הסמכות להאשים במשפט הפלילי, ובית הדין - תפקידו לקבוע אם הוכחו יסודות האישום ברמה הנדרשת, ואם הוכח קיומו של סייג מוכר לאחריות בפלילים, הא ותו לא; אם קבע בית הדין כי הללו הוכחו בפניו מעבר לספק סביר, וכי אין מתקיים סייג מוכר לאחריות הפלילית, חלה עליו חובה להרשיע את הנאשם, ואין נתון לו שיקול דעת לזכותו מהעבירה או להרשיעו בעבירה אחרת, קלה יותר, לנוכח שיקולים כלשהם - פנימיים (הנוגעים לעבירה המיוחסת לנאשם ולנסיבות ביצועה) או חיצוניים (הנוגעים לעבריינים אחרים הקשורים במעשה העבירה המיוחס לנאשם). עמדה זו זכתה לאישור בפסיקת בית המשפט העליון בעבר במספר מקרים¹.

בשלהי שנת 2001 קיבל בית הדין הצבאי לערעורים בפסק דינו בפרשת אטדגני את עמדת התביעה. בית הדין הצבאי בערכאה הראשונה הורה על המרת סעיף האישום המקורי שבו הואשם הנאשם בפניו, מעבירה של העדר מן השירות לעבירה של פגיעה במשמעת הצבא; בית הדין הצבאי לערעורים קבע שבית הדין קמא לא היה מוסמך לנהוג כך.

פסק דין זה נותר על כנו בהחלטת המשנה לנשיא בית המשפט העליון ש' לוי, אשר דחה את בקשת הנאשם למתן רשות ערעור על פסק הדין² והוסיף וקבע, כי במצב החוקי דהיום אין לערכאה שיפוטית - צבאית או אזרחית - סמכות לבחור את סעיפי האישום. עם זאת, ציין שם המשנה לנשיא לוי כי בכך אינו מחווה דעתו לגבי "המצב הרצוי מבחינה זו במערכת הצבאית או האזרחית".

1 ראו ע"פ 66/88 מדינת ישראל נ' אפרתי, פ"ד מג(1) 847 (להלן: עניין אפרתי); בג"ץ 752/80 מירון נ' מותב בית הדין הצבאי המחוזי, מחוז שיפוטי גיסות השריון ואח', פ"ד לה(1) 585.
2 ע/43/01 התובע הצבאי הראשי נ' סמל אטדגני (טרם פורסם) (להלן: פרשת אטדגני).
3 ראו רע"פ 6351/01 התובע הצבאי הראשי (לא פורסם).

2. מקורה הפורמלי של הסמכות

רשות מוסמכת רשאית להפעיל סמכות רק אם יש בנמצא מקור נורמטיבי לביצוע הפעולה. ערכאות שיפוטיות ובית דין צבאי אינם יוצאים מכלל זה. ניתן לנסות לבסס את הסמכות להמיר סעיף אישום שלא בהסכמת התביעה בשלושה אלה:

א. סעיף 378 לחש"ץ⁴ מתיר לבית הדין בכל שלב של הדיון עד להכרעת הדין לשנות את כתב האישום על ידי תיקון כתב האישום או החלפתו כפי שימצא למתאים, ובלבד שלא יכלול בדרך זו אשמה בעברה שעונשה חמור יותר. הפרשנות המקובלת של הסעיף היא כי במקרה שסבור בית הדין שלא הובאו די ראיות להוכחת כתב האישום המקורי, נתונה בידיו הסמכות להרשיע את הנאשם בעברה שכלל לא הופיעה בכתב האישום, כאשר ניתן היה לזכות את הנאשם מאחר שלא הוכחו יסודות העברה המקורית. האם ראוי לפרש כי סמכות זו תוגבל למצבים שתוצאתם החמרה עם הנאשם, ולא תתקיים במקרים שבהם תוצאת הפעלתה עשויה להיות הקלה עמו? לדעתי, תיתכן פרשנות סבירה של הסעיף המחייבת מתן סמכות לבית הדין להמיר את סעיף האישום מטעמים של צדק אף בסעיף קל הימנו למרות שהובאו ראיות להוכחת האישום המקורי.⁵

ב. **סמכות טבועה.** דוקטרינת הסמכות הטבועה נתקבלה בשיטתנו המשפטית בענפי משפט שונים, ובהם המשפט הפלילי. דוקטרינה זו מקרינה גם על סוגיית סמכות בית המשפט ליתן סעד בידי נאשם כאשר הרשות פעלה, לדעת בית המשפט, שלא כדין.

הנשיא א' ברק מציין בספרו, "פרשנות במשפט", כי בתי המשפט בישראל הכירו מכוח תורת המשפט מזה ומכוח מסורת המשפט המקובל מזה בכוחה של

4 חוק השיפוט הצבאי, התשט"ו-1955 (להלן: החש"ץ).

5 ראו פירוש הסעיף המקביל בחוק סדר הדין הפלילי (נוסח משולב), התשמ"ב-1982 (להלן: החסד"פ), בפרק העקרונות הפרשניים המנחים, להלן, בע' 522-520.

הפסיקה ליצור דין הלכתי. כוח זה אינו מוגבל להשלמת חסר בשיטתנו, והוא קיים "גם במקום שאין חסר, אך יש לפתח את המשפט לשם התאמתו לחיים".⁶ עיקרון זה בא לידי ביטוי גם בדברים אשר צוינו על ידיו בפסק דינו בעניין ז'רז'בסקי:⁷

שיטתנו המשפטית היא שיטה מעורבת (mixed jurisdiction). קיימים בה היבטים קונטיננטליים (כגון קודיפיקציה וסמכות שיפוטית להשלים חסר בחקיקה) בצד היבטים אנגלו-אמריקניים (כגון הכרה "במשפט מקובל" כמקור למשפט ועקרון התקדים המחייב). קיימת בה יצירה משפטית ושיפוטית עצמאית, הבונה עצמה ומהווה סינתזה של המקורות השונים. כשיטה מעורבת, אנו מכירים בכוחו של בית המשפט ליצור ולפתח "משפט מקובל נוסח ישראלי". חלקים נרחבים של משפטנו הם פרי הפעילות השיפוטית בפיתוח המשפט המקובל הישראלי. המשפט הציבורי הישראלי הוא אחד מתחומים אלה. במסגרתו של זה מכיר בית המשפט בעקרונות היסוד של השיטה, תוך שהוא משקף בכך את "האני-מאמין" של האומה ומגבש את תפישותיה הבסיסיות. על יסוד עקרונות יסוד אלה הוא מפתח הלכות שיפוטיות החלות בתחומי המשפט השונים. בפעילותו זו אין הוא משלים חסר בחקיקה. בפעילותו זו הוא פועל במסגרת התפתחותו הטבעית של המשפט המקובל שלנו.⁷

ג. סער בגין הפרת זכות חוקתית. חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו⁸ העלה, כידוע, שורה של זכויות למעמד חוקתי על חוקי, ומתיר פגיעה בהן רק לאחר עמידה בתנאי פסקת ההגבלה המצויה בסעיף 8 לחוק היסוד. כך זכו להגנה חוקתית הזכויות לכבוד ולחירות⁹, ומקובל לראות את הזכות לכבוד כמכילה בתוכה גם את הזכות לשוויון¹⁰ ואת הזכות להליך הוגן ולניהול הגנה באופן סביר. כאשר

6 א' ברק פרשנות במשפט, (תשנ"ב, כרך ראשון - תורת הפרשנות הכללית) 614 (להלן: ברק תורת הפרשנות הכללית).

7 בג"ץ 1635/90 ז'רז'בסקי נ' ראש הממשלה ואח', פ"ד מה(1) 749, 859 (ההדגשה הוספה).

8 להלן: חוק היסוד.

9 סעיפים 2, 4-5 לחוק היסוד.

10 בג"ץ 715/98, 3267/97 רובינשטיין ואח' נ' שר הביטחון; רסלר ואח' נ' שר הביטחון, פ"ד נב(5) 481, עמ' 527, 522-521.

נפגעה זכות יסוד באורח אשר חורג מהמותר לפי פסקת ההגבלה, עשוי הדבר להצמיח סעדים שונים אשר מקורם בחוק היסוד עצמו, ואשר זכרם לא בא במילות החוק המסדיר את הפרוצדורה הפלילית. אין להוציא מכלל אפשרות הזיקקות ל"סעד חוקתי" לריפוי הפרות של זכויות יסוד הנתונות לנאשמים העומדים לדין בפני בית משפט פלילי.

בהמשך הרשימה נעסוק במתן תשובה לשאלה אם מקורות הסמכות המוצעים אכן ראויים להתפרש באופן המתיר המרת סעיף אישום כאמור לעיל, או שמא אין מקום לפרשם כך.

א. סעיף 378 לחש"ץ

נביא תחילה את נוסח הסעיף אשר פרשנותו עומדת על הפרק -

378. שינוי כתב-האישום

רשאי בית הדין, בכל שלב של הדיון, עד להכרעת הדין, לשנות את כתב האישום על ידי תיקון כתב-האישום או החלפתו, כפי שימצא למתאים ובלבד שלא יכלול בדרך זו בכתב-האישום אשמה בעבירה שעונשה חמור יותר.

בפסיקת בית הדין הצבאי לערעורים עד לפסק הדין בעניין אטדג'ני¹¹ לא נדונה השאלה אם על פי פרשנותו הנכונה של הסעיף, משתרעת הסמכות הנתונה לבית הדין על פיו, גם על המצב אשר תואר לעיל.

לצורך התחקות אחר הפרשנות הראויה לסעיף החוק נפנה לעקרונות הפרשנות המקובלים בשיטתנו.

11 בפרשת אטדג'ני הכיר בית הדין הצבאי לערעורים בכך שבמתחם האפשרויות הלשוניות יש מרווח מספיק לשתי הפרשנויות המנוגדות המוצעות על ידי התביעה מזה ועל ידי ההגנה מזה. הוא ציין כי לשונו של הסעיף מאפשרת, לכאורה, קבלת הטיעון כי בית הדין רשאי לשנות את כתב האישום בדרך של תיקונו או החלפתו גם אם הוכחה כדבעי האשמה המקורית, מאחר שאין כל הגבלה בלשון הסעיף על היקף שיקול דעתו של בית הדין.

הוא מוסיף, כי מתוך ראיית החוק כמכלול שלם אין לפרש את סעיף החוק כמסמך את בית המשפט או את בית הדין, להיכנס בנעליה של התביעה ולהתערב בכתב האישום, אלא אם קיימת לכך **הסמכה מפורשת** בחוק, ומדגיש כי תכלית החקיקה היא שהחלפה של כתב האישום המקורי או שינויו, ייעשו רק אם לא ניתן להוכיח את יסודות העבירה שיוחסה מלכתחילה לנאשם.

בית הדין למד מהסיפא לסעיפים 378 ו-382 לחש"ץ, המגבילה את סמכותו של בית הדין להרשעה בעבירה אחרת שעונשה אינו חמור יותר מהעבירה המקורית, כי מדובר במצב דברים שבו לא הובאו די ראיות להוכחת העבירה המקורית.

1. העקרונות הפרשניים המנחים

א. ניתוח של עקרונות הפרשנות - לשון הטקסט

תורת הפרשנות מכירה בכך שהוראה חקוקה עשויה לכלול פרשנויות אחדות העולות מהלשון הכתובה כשחלקן פרשנויות "טבעיות" הן ונובעות מ"גרעין" הכתוב, והאחרות מרוחקות יותר מהפרשנות הגרעינית ונכללות באזור "האפלולית היחסית"¹².

במקרה שלפנינו הלשון מעבירה מסר שאינו ברור ואינו חד משמעי, והיא איננה מציעה הכרעה חדה בין הפרשנויות האפשריות הללו.

נדרשים, אפוא, אמצעים נוספים כדי להבהיר את משמעות הטקסט. עם זאת, אין כל אפשרות לבנות פרשנות על בסיס המרכיב הלשוני בלבד.

פרשנות, כלשונו של פרופ' א' ברק, איננה בלשנות¹³. לגבי מערכת עובדות מסוימת לשון הטקסט המשפטי אינה מעלה משמעות ברורה. השופט ניצב בפני מספר אפשרויות, והוא חייב לבחור ביניהן. הבחירה אינה יכולה להיעשות על בסיס שיקולים לשוניים בלבד. נדרש מרכיב לבר-לשוני כדי לאתר את ההקשר הרלבנטי.

יוצא כי הטקסט משמש מסגרת וגבול למעשה הפרשני; כל פעילות פרשנית חייבת לעגן עצמה בלשון הנורמה המשפטית, והאחרונה קובעת את המתחם שבגבולותיו פנימה מתבצעת הפעילות הפרשנית. "המלים מגבילות את הפירוש", כדבריו של השופט (כתוארו דאז) א' ברק¹⁴.

ב. ניתוח של עקרונות הפרשנות - תכלית

מטרת הפרשנות היא, כידוע, הגשמת מטרת הנורמה המשפטית.

12 עוד על ההבחנה בין גרעין לבין אזור האפלולית היחסית ראו H. L. A. Hart, *Positivism and the Separation of Law and Morals*, 71 HARV. L. REV. 593 (1957-1958), וכן ברק תורת הפרשנות הכללית, לעיל הערה 6, בע' 242.

13 ברק תורת הפרשנות הכללית, לעיל הערה 6, בע' 257.

14 ד"נ 40/80 קניג נ' בהן, פ"ד לו(3) 701, 715.

המטרה היא "לבחור, מבין האופציות הלשוניות, את אותה אופציה המגשימה בצורה הטובה ביותר את המטרה של המשפט". הפרשנות היא, כפי שמציין פרופ' ברק, "כלי אשר באמצעותו מגשים המשפט את מטרתו"¹⁵. כשאנו נוקבים בביטוי, "מטרת הנורמה", אין ניתן להסתפק במטרת הנורמה המשפטית הספציפית שבה עוסקים. יש להדגיש שהנורמה איננה עומדת בבדידותה.

היא סובבת מעגלים-מעגלים של נורמות נוספות, אשר מהוות, בסופו של דבר, שיטה משפטית אחת. כאשר שופט מפרש סעיף בחוק, עליו להיות ער לכך שאותו חוק אינו עומד בבדידותו. בצדו עומדים חוקים נוספים - מהם שנחקקו לפניו ומהם שנחקקו אחריו - אשר נחקקו כדי להגשים מדיניות דומה.... המרכיב של המטרה צריך להתחשב בנורמה הפרטיקולרית ובתפקודה במערכת כולה. היא חייבת להדגיש את הפונקציה שהנורמה הספציפית מיועדת למלא כחלק ממערכת כוללת יותר וכאחד ממרכיבי השיטה כולה.¹⁶

כל נורמה משפטית "מהווה חלק ממבנה שיטתי וחוקתי. מרכיב חשוב בפרשנותו של טקסט נורמטיבי הוא להביא לידי כך שנורמה, אשר תישלף מתוך הטקסט, תשתלב באופן הטוב ביותר במבנה השיטתי והחוקתי. הפרשנות צריכה לשאוף לכך שתושג "הרמוניה נורמטיבית" בשיטה, ותוגשם השאיפה לאחדות נורמטיבית באופן שחלקיה השונים יפעלו תוך התאמה ושלמות, שימנעו ניגודים פנימיים בין הנורמות השונות, ושהמערכת כולה תשיג את המטרות אשר הציבה לעצמה. ... חוק משתלב במרקם החקיקה והשיטה. הוא משפיע עליה ומושפע ממנה. תפיסה חוקתית זו מחייבת, כי הבנתו של חוק תיעשה על רקע תפיסתה של שיטת המשפט כולה את החקיקה ואת המשפט"¹⁷.

הנחתו של הפרשן היא כי שיטת משפט צומחת באופן אורגני בדרך של רצף, ופירוש של חוק צריך "להביאו לידי הרמוניה עם יסודות המשטר החוקתי הקיים

15 ברק תורת הפרשנות הכללית, לעיל הערה 6, בע' 263.

16 שם, בע' 268.

17 שם, בע' 297.

במדינה¹⁸. יש, אם כן, לנסות ולאתר את פרשנותו הראויה של סעיף 378 הן על רקע שאר ההוראות בחש"ץ אך גם לאורן של הוראותיו המקבילות של החסד"פ. שיקול מרכזי הנכלל במרכיב המטרה הפרשנית הוא **השיקול החוקתי**.

פרשנותו של טקסט משפטי חייבת להשתלב במבנה החוקתי של השיטה ובשיטת המשפט. ... עקרונות [היסוד] - אשר במרכזם זכויות האדם - הם בעלי אופי חוקתי; הם משקפים את ערכיה ושאיופיה הבסיסיים של שיטת המשפט ושל משפטה החוקתי; הם "האני מאמין" שלה; הם "סביבתה" של כל נורמה משפטית; והם "מטריה נורמטיבית" הפרושה מעל דברי החקיקה כולם. הפרשן של טקסט משפטי בודד חייב ליתן לו משמעות משפטית אשר תתאים ותגשים את עקרונות היסוד של השיטה. עקרונות אלה הם התכלית האובייקטיבית של כל נורמה ונורמה, והם משקפים את ההבנה המוקדמת שעמה ניגש הפרשן למלאכת הפרשנות ואת הנחות הרקע העומדות בבסיסה.¹⁹

שיקול הדעת הפרשני, הנותר תמיד בידי הפרשן, צריך שיונחה על ידי חובתו של הפרשן להיות נאמן לטקסט אך גם לצדק, אשר אותו בא המשפט, בסופו של דבר, לשרת. אחרי ככלות הכול, המשפט הפלילי נועד להביא לתוצאה צודקת, העושה צדק הן עם הנאשם והן עם הכלל, והמונעת ככל שניתן, עיוותים למיניהם העלולים להיגרם כתוצאה מאכיפה בלתי שוויונית או בלתי אחידה של החוק הפלילי.

המטרה החקיקתית ודרכי איתורה

כיצד, אפוא, יש לאתר את המטרה החקיקתית שאותה מבקשת הנורמה להגשים?

הפרשנות התכליתית מבחינה באופן חד בין התכלית של הנורמה לבין האמצעים או המקורות שבעזרתם לומד הפרשן על תכלית זו.

כוונתו של יוצר הטקסט היא אמצעי שעל פיו לומד הפרשן על תכלית הנורמה הנשקפת מתוך הטקסט; אין היא התכלית עצמה. התכלית היא עניין נורמטיבי-

18 ראו מ' לנדוי "הלכה ושקול דעת בעשיית משפט" משפטים א (תשכ"ח-כ"ט) 292, 306 וברק תורת הפרשנות הכללית, לעיל הערה 6, בע' 299.

19 ברק תורת הפרשנות הכללית, לעיל הערה 6, בע' 300 (הערות שוליים הושמטו).

אובייקטיבי המנותקת מבני האדם שביקשו להגשימה. הפרשן מניח כי תכליתה של כל נורמה משפטית היא להתאים את עצמה למערכת הכוללת של השיטה ולהוות חלק ממנה. הוא מניח כי תכליתה של הנורמה היא להשתלב לתוך המבנה החוקתי והשיטתי ולהגשים את עקרונות היסוד של השיטה כפי שהם מובנים לו בעת הפירוש. הפרשן צריך להיות ער לכך שלנורמה אשר בה הוא דן, תכלית משלה שלשמה היא נוצרה, וכי ייתכן שתכלית זו איננה תואמת את עקרונות היסוד ואת ההסדר החוקתי והשיטתי.

לפיכך על הפרשן לחפש תחילה את התכלית המיוחדת שעמדה לנגד עיניו של יוצר הנורמה בעת יצירתה הן ברמה הספציפית והן ברמה הגבוהה ביותר. תכלית זו ניבטת אל הפרשן משלושה מקורות: תחילה, מקורות פנימיים - הטקסט עצמו - אחר כך מקורות חיצוניים לטקסט, וביניהם חוקים אחרים. בנוסף יפנה הפרשן להיסטוריה של הטקסט המתפרש ומשילוב מקורות אלה ינסה לעמוד על טיבה של הנורמה ועל תכליתה. אם עולות תכליות שונות מהמקורות הפרשניים השונים, יעדיף הפרשן להתמקד באיזון המאפשר לנורמה לשרת את צרכי ההווה בצורה הטובה ביותר.

ג. יישום העקרונות הפרשניים

1. לשון הטקסט

הבסיס לפרשנות, בין במשפט ובין מחוצה לו, הוא, כפי שצינו לעיל, הטקסט החקוק. חלקו של הטקסט החקוק הטעון פרשנות בענייננו הוא התיבה

רשאי ... לשנות את כתב האישום ... כפי שימצא
למתאים.
(ההדגשה איננה במקור)

המונח "לשנות", אשר פרשנותו מתחייבת כאן, עשוי לסבול פרשנויות שונות -
א. החלפת האישום באישום אחר (קל הימנו או שווה לו בחומרתו) מחמת שהאישום המקורי לא הוכח בפניו;
ב. הוספת סעיף אישום נוסף ובלבד שאינו חמור מהאישום המקורי מפאת שהוכחו בפניו עובדות נוספות המקימות את יסודות העבירה הנוספת;

ג. החלפת האישום המקורי בסעיף אישום קל ממנו למרות שיסודותיו העובדתיים של סעיף האישום המקורי הוכחו בפניו.

נשאלת, אפוא, השאלה, האם הרשות הנתונה לבית הדין לשנות את כתב האישום, מוגבלת רק למצבים שבהם סבור בית המשפט כי הובאו ראיות המצביעות על עברה נוספת לזו שיוחסה לנאשם על ידי התביעה, או למקרה שבו לא הוכחה העברה המיוחסת, אלא עברה אחרת, קלה הימנה (אפשרויות א' ו-ב' דלעיל - הפרשנות הראשונה), או שמא הרשות נתונה גם במצב שבו הובאו ראיות להוכחת האשמה המקורית, אך בית הדין מוצא לנכון מטעמים שונים להימנע מהרשעה בעברה זו ובוחר להרשיע בעברה אחרת קלה יותר (אפשרות ג' דלעיל - הפרשנות השנייה)²⁰.

אין ספק כי הטקסט החוקי סובל את שתי הפרשנויות. לשונו של סעיף 378 עשויה להשתמע לכמה פנים; היא סובלת את שתי הפרשנויות המוצעות; אין דבר בה הסותר את הפרשנות המוצעת שלפיה, בית הדין מוסמך להחליף את כתב האישום למרות שהוכחו בפניו ברמת הראיה הדרושה יסודותיה של העברה המקורית. מלשון החוק נובע כי המילה "לשנות" היא רחבת משמעות. המילים, "כפי שימצא למתאים", אף הן מצביעות על שיקול דעת רחב. בכך יש כדי להצביע לכיוונה של הפרשנות המרחיבה את גררי סמכות בית הדין.

הסיפא, שמגבילה את סמכות בית הדין על ידי שלילת סמכותו להרשיע בעברה אשר העונש הקבוע לצדה חמור יותר מהקבוע לצד זו אשר נכללה בכתב האישום המקורי, עשויה במישור הלשוני לרמוז לכך שהסמכות מתכוונת לעסוק בהרשעה כאשר לא הוכחה העברה המקורית. בניתוח זה אפשר להיעזר בניסיון להציע את הפרשנות המסייגת את סמכותו של בית הדין.

2. מטרת הנורמה

סעיף 378 לחש"ץ מהווה ברמה הקונקרטית חלק ממכלול ההוראות הפרוצדורליות הכלולות בחש"ץ, וברמה העקרונית חלק ממארג הכללים

²⁰ אין להתעלם מהאפשרות שבית הדין יורה להמיר סעיף אישום במהלך הדיון ולבסוף יזכה את הנאשם גם מהאשמה החלופית, הקלה יותר. עם זאת, ההתייחסות לאפשרות זו זהה להתייחסות לאפשרות ההמרה המסתיימת בהרשעה, שכן אין הבדל אנליטי ביניהן.

הפרוצדורליים הזרועים לאורכה ולרוחבה של החקיקה העוסקת בסדר הדין הפלילי הנהוג בערכאות משפטיות שונות במדינה.

מובן, אפוא, כי ההוראה שבה אנו עוסקים, היא נורמה הנכללת במארג הנורמטיבי הבא לטפל בכללי הפרוצדורה הפלילית בפני בית דין צבאי. מטרת מארג נורמטיבי שכזה היא ליצור כללים של סדר דין אשר יתוו את סמכויות הערכאה השיפוטית, את נהלי המשפט, את חובותיהם של הצדדים השונים המשתתפים במשפט ואת זכויותיהם ועוד כיוצא באלה.

עם זאת, הפרוצדורה הפלילית באה להגשים את עקרונות המשפט הפלילי ולקבוע כללים אשר יהיה בהם כדי להביא את התהליך המשפטי הפלילי לקבוע בסופו תוצאה צודקת - הוצאת האמת לאור תוך שמירה על זכויותיו של נאשם הזכאי לאורך ההליך כולו ליהנות מחזקת חפותו מאשמה.

הדברים הובאו לביטוי בדבריו של השופט (כתוארו דאז) ברק:

ההליך הפלילי הוא מסגרת דינים, הבאים להגשים את המשפט הפלילי, דהיינו, לקבוע חפות או אשמה. לשם כך על ההליך הפלילי לחשוף את האמת, וזו מטרתו העיקרית. כמובן, עמידה על כללים וחשיפת האמת אינן שתי משימות נוגדות. נהפוך הוא: הכללים באים לקבוע סטנדרט של ניהול משפט, אשר - על-פי ניסיון החיים - יש בו כדי להביא לחשיפת האמת, ובכך תואמות שתי משימות אלה. עם זאת, יש ועמידה פורמלית על סדר הכללים בעניין מיוחד יהיה בה כדי לגרום לעיוות דין, אם בדרך של הרשעת החף מפשע ואם בדרך של זיכוי הנאשם. בנסיבות אלה יש לשאוף לכך, כי הכללים עצמם ייתנו לבית המשפט סמכות ושיקול-דעת לעשות צדק. ...

...

ניסיון החיים, אשר גיבש את כללי הדין, קבע איזון עדין בין צורכי הנאשם מזה לבין צורכי החברה מזה. צורכי הנאשם, אלה צרכיו האמיתיים למשפט הוגן... צורכי החברה, אלה צרכיה האמיתיים להרשעת האשמים ולזיכוי החפים מפשע. איזון עדין זה מתערער, כאשר

כללי הדיון מופעלים, באופן שפגמים וכישלונות טכניים של התביעה או של ההגנה חורצים את גורל המשפט.²¹

בנסיבות אלה עלינו לפנות ולבחון את התכלית החקיקתית הקונקרטית - מה היא תכלית הסעיף לנוכח כוונתו המשוערת של המחוקק כפי שזו עשויה להילמד משורה של מקורות - מההיסטוריה החקיקתית (דברי ההסבר ודברי הכנסת); ממיקומו הגיאוגרפי של הסעיף וממכלול ההוראות הסובבות אותו בחוק שבו הוא מצוי; מהתשתית החקיקתית של חוקים העוסקים בנושאים דומים, ואשר יש להניח כי צריכים להתפרש באופן הרמוני לחוק שבו אנו דנים - ולנוכח היבטים חוקתיים, שחייבים להיות נר לרגלינו בכל פרשנות של חוק המשליך על זכויות חוקתיות של אדם, ושל נאשם במשפט פלילי בפרט. אכן, גם היוזקות למקורות הפרשניים הללו כולם עשויה שלא להביא לתוצאה חד משמעית; מקורות שונים עשויים להוביל לכיוונים שונים, ולעתים אף מנוגדים. במקרים מעין אלה, אשר ראויים להגדרה כ"בעיה קשה" (hard case) במישור הפרשני, יש יותר מפתרון נכון אחד, ואז "יש להעדיף אותו פתרון המגשים יותר מרעהו את עקרונות היסוד של השיטה", כלשונו של הנשיא ברק.²²

3. דברי ההסבר וההיסטוריה החקיקתית

כידוע, החש"ץ החליף את תקנות-שעת-חרום (חוקת השפוט תש"ח), התש"ח-1948. בדברי ההסבר לחוק צוין כי "סדרי הדין ודיני הראיה בבתי הדין הצבאיים יהיו כסדרי הדין ודיני הראיה הנהוגים בעניינים פליליים בבתי המשפט הכלליים, בתיאומים הנובעים ממבנה בתי הדין הצבאיים והשיפוט הצבאי, וכן בשינויים אחרים בסדרי הדין שמטרתם לעזור לבית הדין בבירור האמת"²³.

סעיף 346 להצעה נוסח כדלקמן:

21 ע"פ קנר נ' מדינת ישראל, פ"ד לה (3) 505, 516.

22 בג"ץ 4723/96 עטייה נ' היועץ המשפטי לממשלה ואח', פ"ד נא (3) 714, 743. ראו גם המקורות המוזכרים שם.

23 ראו הצעת חוק השיפוט הצבאי, התשי"ד-1954, ה"ח 154, 204-205.

רשאי בית הדין, בכל שלב של הדיון עד לחיוב או לזיכוי, לשנות את כתב האישום על ידי תיקון כתב האישום או החלפתו, כפי שיראה לנכון.

סיפת הסעיף דהיום מצויה בסעיף 348 להצעה, המורה לבית הדין לדחות את המשך הדיון על פי בקשת הנאשם כדי לאפשר לו להכין את הגנתו כאשר עקב תיקון או החלפה כאמור הוא צפוי לעונש חמור יותר מאשר העונש שהיה צפוי לו לפי כתב האישום המקורי.

במסגרת הדיון בוועדת החוץ והביטחון שונה נוסח הסעיף לנוסחו הנוכחי ולא תוקן מאז. לא היו הסתייגויות בדיוני מליאת הכנסת בקריאות השנייה והשלישית לסעיף זה.

אין, לטעמי, ללמוד משינוי הנוסח בין הנוסח המקורי המופיע בהצעת החוק לבין הנוסח שהתקבל לבסוף לאחר דיון בוועדה, דבר על הסוגיה שבה אנו עוסקים. דומה ששני הנוסחים, הן הראשון והן האחרון, מבקשים להשמיע מתן שיקול דעת רחב בכל הנוגע לשינוי בכתב האישום לבית הדין אשר דן בדבר, והדבר בא לידי ביטוי במילים, "כפי שיראה לנכון", בנוסח הצעת החוק ובמילים, "כפי שימצא למתאים", המופיעות בנוסח החוק.

ד. הרמוניה חקיקתית

1. סעיפי החש"ץ הנוגעים לעניין

החש"ץ קובע כי פרקליט צבאי רשאי להורות לתובע צבאי להגיש כתב אישום ולציין בהוראתו על אילו עבירה או עבירות שיש להן, לדעתו, בסיס בתלונה או בחומר הבדיקה או החקירה, יובא הנאשם לדיון²⁴.

הנאשם רשאי לטעון טענות טרומיות שונות נגד כתב האישום, ובכללן הטענה כי נפל "פגם או פסול" בכתב האישום. עם קבלת טענה טרומית רשאי בית הדין לצוות על "תיקון כתב-האישום או לבטלו או להצהיר, כי כתב ההרכב בטל"²⁵.

סעיף 358 א קובע את סדרי הדיון כאשר נאשם הודה בסעיף אישום חילופי. גם אם, לפי סעיף קטן 358 א(ב)(2), "הביא התובע הצבאי ראיות בקשר לעבירה העיקרית,

²⁴ סעיף 300 לחש"ץ.

²⁵ סעיפים 351 א(ב)(4) ו-353 א(א) לחש"ץ.

אולם בית הדין החליט לזכות את הנאשם מן העבירה האמורה, ולא החליט שלא לקבל את הודאתו בעבירה החלופה, ירשיעו עליה על פי הודאתו.

גם כאן, כמו בסעיף שבו אנו דנים, אין החוק מתווה את גדרי סמכותו של בית הדין ואת אופי השיקולים שהוא רשאי לשקול כשבחר לזכות את הנאשם מן העבירה המקורית. החוק מסתפק באמירה כללית, "בית הדין החליט לזכות..."; הא ותו לא. אין כאן אמירה כי הוא רשאי לזכות רק מפאת שלא הוכחו יסודות העבירה העיקרית. עם זאת, סמכות הבחירה של בית הדין במקרה זה מצומצמת יותר מזו הנתונה לו על פי סעיף 378 לחש"ץ, שכן על פי סעיף 358א, רשאי בית הדין לבחור בין הסעיפים החלופיים בלבד.

סעיף 379, שבא אחרי הסעיף שבו עסקינן, מגביל את סמכויותיו של בית הדין מתוקף סעיף 378 לחוק לתקן כתב אישום או להחליפו. הסעיף אוסר על בית הדין לכלול בכתב האישום המתוקן אשמה בעבירה שאין הוא מוסמך לדון בה.

הגבלה זו מתייחסת למצב שבו בית הדין מתכוון לשנות את כתב האישום על ידי החמרתו, שכן, ככלל, בית הדין לא יהיה מוסמך לדון בעבירות חמורות מזו העומדת בפניו, ויהיה מוסמך לדון בעבירות קלות יותר.

המשך מגמה זו מצוי בסעיף 380 לחש"ץ. סעיף זה מתווה את הדרך אשר בה על בית הדין ללכת כאשר הוא מוצא שיש מקום להאשים נאשם בעבירה, שאין הוא מוסמך לדון בה, או בעבירה שעונשה חמור יותר מהעבירה הכלולה בכתב האישום. על פי סעיף 436(3), מוסמך בית הדין הצבאי לערעורים לגבי ערעורו של תובע

... להרשיע את הנאשם בעבירה שהיא שונה מן העבירה שבה הורשע, ובלבד שההרשעה נובעת מתוך העדויות שנגבו במשפט, ואין ענשה של אותה עבירה חמור משל העבירה שבה הואשם בכתב-האישום.

המדובר, לכאורה, בהמשך הקו שננקט בסעיפים 378-382 כי ניתן לבית הדין שיקול דעת רחב בהחליטו באיזה סעיף אישום להרשיע את הנאשם, אפילו לא הייתה זו העבירה שבה הואשם מלכתחילה. אין גם כאן התייחסות לשאלה אם בית הדין לערעורים רשאי להימנע מלהרשיע בעבירה המקורית למרות שהובאו ראיות מספיקות להוכחת יסודותיה בפני בית הדין של הערכאה הראשונה.

2. החסד"פ והוראות המקבילות המצויות בו

החסד"פ מכיל, כידוע, את ההוראות העוסקות בפרוצדורה החלה על תיקים פליליים, והוא מקביל במובן זה לחלקים בחש"ץ העוסקים בקביעת הפרוצדורות ונושאים אחרים, הקשורים לסמכות השיפוט של בתי המשפט הפליליים. יותר מכך, סעיף 2 לחסד"פ קובע כי "סדר הדין הפלילי יהיה לפי חוק זה, זולת אם נקבע בחוק אחר או על פיו סדר דין שונה לעניין הנדון". כלשונו של הנשיא ברק,

זוהי הוראת "גג", ועל-פיה, "סדר הדין הפלילי" בכל הליך פלילי, יהיה על-פי הוראות חוק סדר הדין הפלילי. שלילת תחולתו של חוק סדר הדין הפלילי תיעשה רק אם נקבע "סדר דין שונה לעניין הנדון".²⁶

בענייננו אמנם קיים "סדר שונה לעניין הנדון", אך ניתן וראוי, לטעמי, לחפש בחוק זה מענה (ולו על דרך הגזירה השווה או ההיקש) לשאלות הנשאלות כאן וללמוד מההסדר המצוי במערכת החקיקה האזרחית על הפרשנות הראויה של סעיף 378, שבו קא עסקינן.

סעיף 91 לחסד"פ קובע כי תובע רשאי בכל עת עד לתחילת המשפט במסירת הודעה לבית המשפט לתקן כתב אישום, להוסיף עליו ולגרוע ממנו. סעיף 92(א), לעומת זאת, עוסק בתיקונים בכתב האישום המבוצעים על ידי בית המשפט דווקא. על פי סעיף זה, רשאי בית המשפט בכל עת לאחר תחילת המשפט לתקן את כתב האישום, ובכלל זה להוסיף או לגרוע ממנו, ובלבד שניתנה לנאשם הזדמנות סבירה להתגונן. רשות זו נתונה לבית המשפט אם ביקש זאת בעל דין. בעל דין נאמר; תובע - לא נאמר.²⁷

מלשונו של סעיף זה ניתן, אפוא, ללמוד כי בידי בית המשפט הושמה הסמכות לשנות את כתב האישום, ובכלל זה לגרוע ממנו, על פי בקשת הנאשם (שאף הוא בגדר בעל דין).

26 עניין עטייה, לעיל הערה 22, בע' 739. ראו גם המקור המוכר שם.

27 ראו לעניין סעיף זה ע"פ 947/85 עצמון נ' מדינת ישראל וערעור שכנגד, פ"ד מא(4) 617, 635-636.

ממצא זה מתחזק על ידי האמור בסעיף 92(ב) כי אם החליף בית המשפט את סעיף האישום המקורי בסעיף אישום אשר מצוי בסמכותו של בית משפט בעל סמכות מצומצמת יותר, הוא רשאי להמשיך לדון גם בו.

ניתן לטעון אמנם כי מדובר בסמכות לגרוע מכתב האישום או להמיר עברה בעברה קלה יותר רק על בסיס ראייתי (כגון כשהתקבלה טענת "אין להשיב לאשמה" לפי סעיף 158 לחוק²⁸), אך לטענה זו אין כל זכר בנוסחו של החוק ואף לא בהדבק הדברים והקשרם.

ראוי להתייחס בהקשר זה גם לסעיף 184 לחסד"פ. סעיף זה מתיר לבית המשפט להרשיע נאשם בעברה שאשמתו בה נתגלתה מן העובדות שהוכחו לפניו, אף אם העובדות האלו לא נטענו בכתב האישום, ובלבד שניתנה לנאשם הזדמנות סבירה להתגונן. סעיף זה הוא מקבילו האזרחי של סעיף 382 לחש"ץ, שעל מהותו עמדנו לעיל.

דומה שקיומו של סעיף זה לצדו של סעיף 92 הנ"ל אפשרי למרות התפרשות סעיף 92 גם על שלב מתן פסק הדין²⁹, שכן סעיף 184 עניינו בהרשעה בעברה שונה בלא שנערך תיקון בכתב האישום על פי בקשת אחד הצדדים, אלא על פי החלטת בית המשפט, ובלא שהעובדות המבססות את ההרשעה נזכרות כלל ועיקר בכתב אישום כלשהו - מקורי או מתוקן. דומה שהסעיף עוסק בשני מצבים אופייניים:

1. האישום המקורי לא הוכח על ידי התביעה, אך בית המשפט מצא ראיות מספיקות להרשעה על פי עברה אחרת.
2. האישום המקורי הוכח, אך לצדו הוכח גם אישום נוסף אשר לא נכלל מתחילה בכתב האישום.

יוצא כי אם ניתן ללמוד הנחיה כלשהי מהחסד"פ, הרי שהנחיה זו היא כי בית המשפט רשאי לתקן את כתב האישום גם על ידי גריעת סעיפי אישום או החלפתם בסעיפים קלים יותר אם נתבקש לעשות כן על ידי הנאשם.

28 אכן, סעיף 158 מדבר במפורש על זיכוי הנאשם, והדבר יכול להיעשות מן־צד בית המשפט, ולא רק על פי בקשת הנאשם.

29 ראו ע"פ 100/51 דרשוביץ ואח' נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד 1 ו 278, 283. כן ראו מ' שלגי וצ' כהן סדר הדין הפלילי (מהדורה שנייה, תשס"א) 250.

אין זה ברור אם ההנחיה חלה גם כאשר בית המשפט מצא ראיות להוכחת העברה המקורית אך מבקש שלא להרשיע בה מטעמים כלליים כלשהם, ולהסתפק בהרשעה בעברה קלה יותר.

ה. המארג הנורמטיבי הכללי של אופי הפעלת המשפט הפלילי

התהליך הפלילי מורכב משלבים אחדים, הכוללים חקירה, הכנת כתב אישום, שפיטה ולאחר מכן אפשרות חנינה. ניכר כי בכל השלבים קיים שיקול דעת רחב ביותר בידי המשטרה בשאלה מה לחקור. בידי התביעה מסור שיקול דעת בשאלה אם להעמיד את החשוד לדין אם לאו, ועל פי איזה סעיף אישום, ולאחר הרשעה קיים שיקול דעת רחב בכל הנוגע לחנינה.
אומר פרופ' פרידמן:

בולט הדבר כי הגוף היחיד, אשר אין לו שיקול דעת בענין זה, הוא בית המשפט. הוכחו יסודות העבירה מוטל על בית המשפט להרשיע את העבריין. זאת, אף אם הוא משוכנע כי העניין הוא טכני או פעוט, כי אנשים אחרים אינם עומדים לדין בנסיבות דומות, וכי לא היתה הצדקה להגשת כתב האישום כפי שהוגש.³⁰

פרופ' פרידמן הציע כבר בשנת 1983 "לתקן את החוק על מנת להקנות לבית המשפט שיקול דעת דומה לזה שיש לתביעה וליועץ המשפטי בענין העמדת ההליכים, באופן שבית המשפט יוכל, אם ימצא זאת לנכון, לסיים את ההליך או להפסיקו מבלי להרשיע את העבריין"³¹.

פרופ' פרידמן מונה מספר טעמים המצדיקים, לדעתו, הענקת שיקול דעת זה: התפשטות המשפט הפלילי לא לוותה בהתפתחות הגנות מקבילות שירככו את התוצאות הנובעות מהאפשרויות להפעלתו; שיקול הדעת של המנהל הפך לגורם מרכזי בהפעלת ההליך הפלילי למעשה, ולפחות בחלקו הפוזיטיבי (החלטה על

30 ד' פרידמן "שיקול דעת שיפוטי בהעמדה לדין פלילי" הפרקליט לה (תשמ"ג-מ"ד) 155, 161 (הערת שוליים הושמטה).

31 שם, שם.

חקירה או על העמדה לדין), שיקול דעת זה אינו נתון בפועל, להבדיל מהתיאוריה, לביקורת שיפוטית, לרבות ביקורת בג"ץ.³²

פרופ' פרידמן ממשיך ומציין כי באופן עקרוני, שיקול דעתה של התביעה אינו שונה משיקול דעת מנהלי אחר, והשימוש בו הוא בכפוף לעקרונות הכלליים בדבר שיקול דעת מנהלי, כגון חובת תום לב ואיסור הפלייה.³³

פרופ' פרידמן שואל האם עיקרון הפרדת הרשויות מחייב כי השליטה על ההליך הפלילי תישאר בידי המנהל, או שמא יש מקום לשליטה כזו גם לבית המשפט. הוא משיב כי אין זה מחויב המציאות לראות דווקא את היועץ המשפטי ונציגיו כמייצגים את הריבון, וכי בעיקרה השאלה היא עניין של חלוקת סמכויות בין גופים ממלכתיים. הוא אינו סבור כי אין להעביר סמכות מגוף לגוף או לחלק את הסמכויות בשונה מבעבר.³⁴

דומה שגישתו זו של פרופ' פרידמן קרמה עור וגידים במהלך השנים שחלפו מאז כתיבת המאמר ועד היום. מידת הפיקוח והבקרה על רשויות החקירה והתביעה שאותה מפעילים בג"ץ ובתי המשפט בישראל כערכאות דיוניות, הועמקה מאד.

הדבר נכון לגבי כל השלבים של ההליך הפלילי - משלב החקירה הפלילית, כאשר בית המשפט הגביר מעורבותו בתהליכי החקירה, דרך בחינת שיקול דעת היועץ המשפטי והפרקליט הצבאי הראשי בהחלטה אם להגיש כתב אישום אם לאו,³⁵ עבור בהענקת סמכויות חוקיות לבתי המשפט במסגרת החוק גופו (כגון הסמכות להטיל עונש בלא להרשיע את העבריין בעברה,³⁶ והסמכות לזכות נאשם

32 שם, שם.

33 שם, בע' 163.

34 שם, בע' 167.

35 בג"ץ 5319/97, 5706, 5707 קוגן ואח' נ' הפרקליט הצבאי הראשי, זמוטובסקי ואח' נ' מדינת ישראל ואח'; קאופמן ואח' נ' הפרקליט הצבאי הראשי ואח', פ"ד נא(5) 67; בג"ץ 4550/94 אישה נ' היועץ המשפטי לממשלה ואח', פ"ד מט(5) 859; בג"ץ 935/89, 940, 943 גנור ואח' נ' היועץ המשפטי לממשלה; יעקבי נ' היועץ המשפטי לממשלה; וירשובסקי ואח' נ' היועץ המשפטי לממשלה ואח', פ"ד מד(2) 485.

36 סעיפים 71 ו-72 לחוק העונשין, התשל"ז1977- (להלן: חוק העונשין) (אפשרות להטיל עונשים של שירות לתועלת הציבור והתחייבות להימנע מעברה בלא להרשיע את הנאשם).

אם נמצא כי העברה נופלת בגדרי סייג זוטי הדברים³⁷) וכלה בהתערבות בהחלטה להעניק חנינה לאחר הרשעה³⁸.
 במובן זה נבואתו של פרופ' פרידמן התגשמה, ומידת מעורבות בתי המשפט בכל צומתי ההכרעה העיקריים של התהליך הפלילי גדלה עד לבלי הכר.
 בית המשפט העליון בשבתו כבית דין גבוה לצדק עשוי להתערב בהחלטת הרשות שלא לחקור עברה³⁹, ועילות ההתערבות במקרים אלה הורחבו והושאו לעילות ההתערבות בכל החלטה מנהלית⁴⁰.
 ההלכה העדכנית בעניין זה, כפי שבאה לידי ביטוי בדבריו של בית המשפט העליון במסגרת עניין אור נר, נוסחה כדלקמן:

... העיקרון הוא שהיקף ההתערבות של בית המשפט הוא כהיקף חוסר החוקיות, הפוגם בהחלטת היועץ המשפטי, והעילות הפוגעות בחוקיות החלטותיו של היועץ המשפטי כמוהן כעילות, הפוגעות בחוקיות מעשיה של כל רשות שלטונית אחרת.⁴¹

בית המשפט עשוי לבטל כתב אישום או חלקים ממנו מפאת הגנה מן הצדק אם בא למסקנה כי אין באפשרותו להעניק לנאשם משפט הוגן, או שיש בניהול המשפט משום פגיעה בחוש הצדק וההגינות כפי שבית המשפט רואה אותו⁴².
 בית המשפט רשאי לזכות נאשם למרות שהוכחו יסודות העברה, אם הגיע לכלל דעה כי "לאור טיבו של המעשה, נסיבותיו, תוצאותיו והאינטרס הציבורי, המעשה הוא קל ערך"⁴³.

37 סעיף 34 לחוק העונשין.

38 בג"ץ 428/86 ואח' ברזילי ואח' נ' ממשלת ישראל ואח', פ"ד מ(3) 505.

39 ראו בג"ץ 561/75 אשכנזי נ' שר הבטחון ואח', פ"ד ל(3) 309.

40 ראו בג"ץ 425/89 צופאן ואח' נ' הפרקליט הצבאי הראשי ואח', פ"ד מג(4) 718 ועניין גנור, לעיל הערה 35.

41 בג"ץ 1011/89 אור נר נ' היועץ המשפטי לממשלה ואח', פ"ד מה(1) 236, 241.

42 ראו בג"ץ 2534/97, 2535, 2541 יהב ואח' נ' פרקליטת המדינה ואח'; שריד ואח' נ' פרקליטת המדינה ואח'; פינס ואח' נ' פרקליטת המדינה ואח', פ"ד נא(3) 39; בג"ץ 1607/97 בר טוב נ' הפרקליט הצבאי הראשי (לא פורסם); ע"פ 2910/94, 2912, 2922, 2929, 3737 יפת ואח' נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(2) 221 (להלן: עניין הבנקאים).

43 סעיף 34 לחוק העונשין. ראו גם ע"פ (ת"א) 3801/98 דאנה נ' מדינת ישראל (לא פורסם).

בית המשפט עשוי להתערב בהחלטה לחון עבריין אם מצא כי השיקולים אשר הופעלו, היו בלתי סבירים⁴⁴.

ניתן ללמוד מהמכלול, אפוא, כי סמכויות הרשות המבצעת, ובכלל זה הפרקליטות, נתונות לביקורת שיפוטית הולכת וגוברת בכל שלבי התהליך הפלילי, החל בשלבי החקירה הראשוניים וכלה בשלב החנינה שלאחר מתן פסק הדין. לעתים סמכות זו נתונה לבג"ץ בלבד, ולעתים דווקא הערכאה הדיונית היא זו המופקדת על הפעלת הסמכות.

נראה שבמשפט הישראלי נטיית המחוקק ובית המשפט העליון להעביר סמכויות שיפוט בנושאים העוסקים בתחום המשפט המנהלי מבג"ץ לערכאות הדיוניות היא ממשית ומבטאת מגמה ממש.

דוקטרינת ההגנה מן הצדק, אשר בה נעשה שימוש לא פעם אף בערכאות דיוניות נמוכות, ולא רק בהיכלי בית המשפט העליון, היא דוגמה מובהקת לשימוש הערכאות הדיוניות בסמכותן הטבעה (דומה שבית המשפט העליון זהיר הרבה יותר בכל הנוגע לנכונותו לבטל כתבי אישום או חלקים מתוכם מטעמים של הגנה מן הצדק)⁴⁵.

כך, בעניין דהן⁴⁶ ביטל בית המשפט את כתב האישום אשר הוגש כנגד הנאשם בקובעו כי "מראית פני הצדק דורשת כי דין שווה יהא לנאשמים אשר עניינם זהה... וכי... חוש הצדק מורה כי יש להורות על ביטול כתב-האישום...".

בעניין אסולין⁴⁷ נקבע כי לא היה כל צידוק לעיכוב בן ארבע שנים בהגשת כתב האישום, כי השיהוי בניהול המשפט פוגע בסיכויי הנאשמים לנהל הגנה נאותה, וכי די בשיהוי הממושך כדי להוות צידוק למחיקת כתב האישום מטעמים של הגנה מן הצדק.

דיני המכרזים הציבוריים נדונים זה מכבר בפני בית המשפט לעניינים מנהליים, ואילו סכסוכים הנוגעים למכרזים פרטיים נדונים בפני בית המשפט המחוזי. חוק בתי

44 עניין ברזילי, לעיל הערה 38.

45 ראו בעניין זה, למשל, החלטתו בעניין אטדגני, לעיל הערה 3.

46 ת"פ (רמלה) 1704/98 מדינת ישראל נ' דהן (לא פורסם).

47 ת"פ (ת"א) 2995/92 מדינת ישראל נ' אסולין (לא פורסם).

דין מינהליים, התשנ"ב 1992- העניק סמכויות שפיטה לבית הדין המנהלי להכריע במרב הסכסוכים שרשות מנהלית היא צד להם⁴⁸. הדבר מצא ביטוי גם במסגרת המשפט הפלילי בתחום העתירות למסירת חומר חקירה (ראו תיקונו של סעיף 74 לחסד"פ משנת 1995⁴⁹, אשר מסר את הסמכות להורות לתובע להתיר לנאשם לעיין בחומר שהוא, לטענתו, חומר חקירה ולא הועמד לעינו, לידי בית המשפט שאליו הוגש כתב האישום). הקניית סמכות לבית המשפט הדין בעניין, על ידי מתן פרשנות מרחיבה לדבר חקיקה המאפשר להמיר סעיף אישום כאשר סבור בית המשפט שהרשעת הנאשם בעברה חמורה יותר פוגעת בחובות ההגיונות של הרשות כלפיו או גורמת לאי צדק משווע, הולכת, לטעמי, בתלם חרוש זה של הרחבת סמכויות הביקורת של הרשות השופטת בכלל ושל הערכאה הדיונית בפרט, על גורמי התביעה והפרקליטות.

1. השפעות עיקרון תום הלב על המשפט הפלילי

בהקשר שלנו ראוי לבחון גם את השפעותיו של עיקרון תום הלב, אשר הוכר כעיקרון יסודי במשפט הישראלי. זה מכבר נקבע כי עקרון תום הלב חולש גם על המשפט הפלילי, בוודאי ככל שהדבר נוגע לפעולות התביעה והרשות השופטת. ד"ר ד' בין גורס כי יש להחיל את עיקרון תום הלב גם בדיון הפלילי, וכי הלכה למעשה, עקרון זה מוחל בהסתתר ובתחפושות שונות בתחום הפלילי. הדיון הפלילי במובנו הרחב הוא ענף משנה של המשפט המנהלי בכך שהוא עוסק בכוחות של הרשויות הממונות על אכיפת החוק, ובכללן התביעה, בסמכויותיהן ובדרך שבה הן מפעילות את שיקול דעתן. אשר לחשש כי שימוש במושגים מסוג זה יפגע במידת הוודאות והביטחון המשפטי, מביא ד"ר בין מספר מושגים שבהם הרבה מחוקק החסד"פ להשתמש, ביניהם "צדק", "נסיבות מצדיקות", "סביר" ועוד. כמו כן, מציין ד"ר בין את ההוראה הכללית כי "בכל עניין של סדר הדין שאין עליו הוראה בחיקוק, ינהג בית המשפט בדרך הנראית לו טובה ביותר לעשיית צדק" (סעיף 3 לחסד"פ). לדידו,

48 די אם נאזכר בהקשר זה את העררים והקובלנות לפי חוק התכנון והבניה, התשכ"ה 1965-. ראו לעניין זה ע"א 6320/98 נאבולסי נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבניה, ירושלים, פ"ד נג (5) 733.

49 חוק סדר הדין הפלילי (תיקון מס' 19), התשנ"ה 1995-, ס"ח 164, 164-165.

עצם השימוש במושגים אלה מבטא את שאיפת המחוקק להגיע לעשיית צדק גם במחיר הקטנת הוודאות המשפטית⁵⁰.

בתחומי משפט אחרים נקבעו סעדים מגוונים כתגובה על הפרה של עיקרון תום הלב אף כי אלו לא הופיעו במפורש בחוק. לפיכך נראה כי ניתן להיעזר בעיקרון תום הלב כבסיס לשינוי סעיף אישום במקרים המתאימים.

לא ניתן להתעלם מן האינטרסים המנוגדים המניעים את הצדדים למשפט הפלילי, אשר עלולים להביא לשימוש לרעה בזכויות דיוניות. המחוקק אף הוא לא התעלם מכך והעניק לבית המשפט סמכויות מפורשות אשר ימנעו שימוש לרעה בזכויות דיוניות. אך אין בידי החקיקה למנוע את כל העיוותים הנוצרים באופן זה. מטעם זה התפתחה במשפט האנגלי הדוקטרינה הכללית של שימוש לרעה בהליך (abuse of process), אשר מדגישה את השאלה, האם מדובר בהתנהגות העלולה לגרום עושק לנאשם או לפגוע באמון הציבור במערכת המשפט או ביחס הכבוד שלו אליה.

ד"ר ביין קובע כי כאשר ייבחן שיקול הדעת של התביעה בבואה לעשות שימוש בסמכויותיה להעמיד לדין חשוד בעברה או להימנע מהעמדה לדין, יש לאמץ את הקריטריונים של המשפט המנהלי, לרבות המשמעות הסובייקטיבית הניתנת בתחום זה לעיקרון תום הלב⁵¹.

ייתכן גם ייתכן שבמקרים המתאימים ימצא בית הדין לעשות שימוש בסמכות הנובעת מהפרת חובת תום הלב, ולהורות לתביעה להמיר את סעיף האישום או לעשות כן בעצמו במסגרת הכרעת הדין.

ז. השלכות חוקתיות

ציינו כבר כי כלל גדול בפרשנות תכליתית הוא כי אם קיימים מספר פירושים אפשריים להוראת חוק, יש לבחור את הפירוש העולה בקנה אחד עם חקיקת היסוד, אשר מבקשת לתת תוקף לזכויות היסוד של האזרח-הנאשם ולדחות פירוש אחר הנוגד את העולה מחקיקת היסוד.

50 ד' ביין "לשאלת תחולת עקרון תום הלב בדיון הפלילי" פלילים ד (תשנ"ד) 101.

51 שם, בע' 111.

האם חוקי היסוד על פרשנותם הרחבה מקרינים על ענייננו או משפיעים עליו? כזכור, אנו דנים בשאלה, האם יש לפרש את סעיף 378 לחש"פ כנותן בידי בית דין צבאי את הסמכות להרשיע נאשם בעבירה קלה יותר מזו שבה הואשם על ידי התביעה, חלף העבירה המקורית שלא מפאת אי הוכחת העבירה הפלילית המקורית, אלא מטעמים אחרים, כגון חשש לאפליה או להכבדת יד בלתי מוצדקת על הנאשם. דומני כי עשויה להיות הקרנה מסוימת לעקרונות הגלומים בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו על הנושא.

בסופו של יום, השאלה שבה אנו דנים, עוסקת בהיקף סמכותו של בית משפט פלילי ובמידה שבה רשאי הוא להתערב בשיקול דעתה של התביעה הכללית. מובן שככל שיורחבו גדרי סמכותו של בית המשפט, עשוי הדבר להגדיל את סיכוייו של הנאשם, הזכאי לסעד ממין זה (הרשעה בעבירה קלה יותר), לקבלו בלא צורך לפנות בעניין אל בית המשפט הגבוה לצדק (אם בכלל פנייה שכזו אפשרית בנסיבות העניין). כך יהיה כאשר תעלה טענה כי נעשה לנאשם עוול על ידי הרשות, כגון הפליה לרעה, העמדה לדין בגין עבירה חמורה יותר מזו שצריך היה לייחס לו מראש (או בדיעבד, כשנתבררו כל העובדות האופפות את סיפור המעשה), או התנהגות שלא כהלכה במובן אחר.

"רטוריקת הזכויות", אשר סחפה את מערכת המשפט הישראלית מאז כניסתם לתוקף של חוקי היסוד תוך דחיקת את רגלי "רטוריקת הסמכות", שבה היינו מורגלים בעבר, מחייבת, לטעמי, בחינה יסודית של השאלה שבה אנו עוסקים. בלשונו של הנשיא א' ברק, נוצר איזון חדש בין הפרט לבין השלטון. השינוי שהתרחש, הוא בכך שבעבר ההגבלה היחידה על כוחו של הרוב (באמצעות המחוקק) לפגוע בזכויות אדם הייתה הריסון העצמי של הרוב, ואילו כעת עומד לצד הריסון העצמי גם ריסון חוקתי, המתבטא בפסקת ההגבלה שבסעיף 8 לחוק היסוד. זכויות האדם החוקתיות מקרינות עצמן לכל ענפי המשפט ומשפיעות על מהותם. אם בעבר נגזרו זכויות האדם מההסדרים בענפי המשפט השונים, הרי מעתה ייגזרו ענפי המשפט השונים מזכויות האדם החוקתיות.

אכן, אם בעבר התמקדה הריטוריקה המשפטית שלנו בסמכות, בכוח ובשיקול הדעת המינהלי, הרי מעתה

נעבור לריטוריקה של זכויות וחירויות. לא הכוח השלטוני באיזונו הראוי הוא שיקבע את זכויות האדם, אלא זכויות האדם באיזון הראוי, הן שתקבענה את הכוח השלטוני.⁵²

הנשיא ברק עומד שם על השלכות המהפכה החוקתית על המשפט הפלילי המהותי והדיוני ומציין כי חלק ניכר ועיקרי מהפעילות השיפוטית בתחום זכויות האדם החוקתיות טובב סביב המשפט הפלילי. הוא עמד על כך גם בפסקתו, במסגרת עניין גנימאת, שבו ציין כי "אך טבעי הוא, ששינויים חוקתיים בזכויות האדם ישפיעו, בראש ובראשונה, בתחומי המשפט הפלילי" משום שהמשפט הפלילי עניינו חירות הנאשם מזה, ואינטרס הנפגע ואינטרס הציבור מזה.⁵³ סדר הדין הפלילי יושפע, בוודאי, במישרין מהמהפכה האמורה.

ברק ממשיך ומבהיר כי אם עד כה נגזרו הזכויות הדיוניות של הנאשם בהליך הפלילי מהחסד"פ, מחקיקה משלימה ומהלכות המשפט המקובל (האנגלי והישראלי), הרי מעתה ייגזרו הוראות סדר הדין הפלילי (החקוק וההלכתי) מזכויותיו של הנאשם בהליך הפלילי. בכל הנוגע לפרשנותו של הדין הקיים, דוגמת סעיף 378, שבו עסקינן, מציין הנשיא ברק שמוכן כי פרשנותו "תיעשה ברוח חוקי-היסוד החדשים"⁵⁴. כפי שצוין במקום אחר, "הדין הישן אינו מוגן מפני תפיסה פרשנית חדשה באשר למובנו"⁵⁵.

לסיכום מציין הנשיא ברק כי מוסכמות רבות יצטרכו עיון ובחינה מחודשים. הוא מדגיש כי במישור העיוני יהא על השופטים לחשוב מחדש על מספר ניכר של סוגיות פליליות, חשיבה מחודשת באשר לתפיסות יסוד. על השופטים "לשנות את הכיוון שבגיבושו הייתה [להם] תרומה מסוימת"⁵⁶.

הפעלת רטוריקת הזכויות על הסוגייה הפרשנית שבה אנו עוסקים, מביאה אותנו, למעשה, לשאלה הבאה: בהנחה שניתן לפרש את הסעיף מבחינה לשונית לפי

52 א' ברק "הקונסטיטוציונליזציה של מערכת המשפט בעקבות חוקי-היסוד והשלכותיה על המשפט הפלילי (המהותי והדיוני)" מחקרי משפט יג (תשנ"ו-נ"ז) 5, 11 (להלן: ברק, "הקונסטיטוציונליזציה").

53 בש"פ 537/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(3) 355, 421.

54 ראו ברק, "הקונסטיטוציונליזציה", לעיל הערה 52, בע' 15.

55 דנ"פ 2316/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(4) 589, 653.

56 ברק, "הקונסטיטוציונליזציה", לעיל הערה 52, בע' 25.

שתי הפרשנויות, איזה ערך מוגן מצדיק לפרש את סעיף 378 לחש"ץ כשולל את סמכותו של בית המשפט להרשיע אדם בעבירה קלה יותר מזו שבה הואשם בניגוד לעמדת התביעה, למרות שזו האחרונה הצליחה במשימתה הפורמלית במשפט הפלילי - להוכיח מעבר לכל ספק סביר את יסודות העבירה המקורית שבה הואשם הנאשם.

הערך המוגן הראשון אשר מצביע על פרשנות המצרה את סמכות בית המשפט, הוא עיקרון הפרדת רשויות. התביעה היא המופקדת על בחירת סעיף האישום שבו יואשם הנאשם. תפקידו של בית המשפט הוא לדון בשאלה אם הנאשם עבר את העבירה המיוחסת לו, ולא לשקול שיקולי מדיניות מבית מדרשה של התביעה. יתר על כן, עשויה להיטען הטענה כי ישנו טעם לפגם בכך שהגוף הקובע את סעיף האישום שלפיו יידון הנאשם, הוא הגוף המרשיע את הנאשם עצמו.

הערך השני אשר עליו יש לעמוד, דומה באופיו לראשון, ועניינו **כיבוד הרשות המחוקקת**. המחוקק קבע את העבירה המיוחסת לנאשם כעבירה פלילית עלי ספר החוקים. הוכח כי הנאשם הפר את האיסור הפלילי. מדוע יורשה בית המשפט לעשות את דברו של המחוקק פלסטר ולהרשיע את הנאשם בעבירה אחרת, קלה יותר?

ערך שלישי הרלוונטי לענייננו עוסק בשמירה על **אחידות בהפעלת המשפט הפלילי**. אם יונח בידי בתי המשפט שיקול דעת רחב בשאלה, באיזו עבירה להרשיע, עלולות להיווצר אנרכיה וחוסר אחידות עד כי האפליה, שאותה מבקשים למנוע, תיגרם הלכה למעשה באקט שיפוטי דווקא.

רביעית, **חשש לסרבול ופגיעה ביעילות המערכת השיפוטית**. אם תוכל להיווסף לטענותיו המסכמות של הסנגור (או לטענות המקדמיות שאותן הוא רשאי להשמיע) הטענה כי ראוי להמיר את סעיף האישום בסעיף קל יותר, יעשה הסנגור, מן הסתם, שימוש נרחב באפשרות זו. כתוצאה מכך יתחייבו שמיעת עדים מרובים (גם בתיקי הודאה) ושמיעת שעות ארוכות של טענות (ברוב המקרים - לשווא). "שיטפון" צפוי זה ראוי להילקח בחשבון במסגרת שיקולי הפרשנות של סעיף החוק המסמך. הדבר יחייב את התביעה להציג בפני בית המשפט בערכאה הדיונית בשורה ארוכה של תיקים את שיקוליה - מדוע בחרה להאשים את הנאשם בעבירה מסוימת, ולא בעבירה

קלה יותר, מזה מדיניותה הכללית, מדוע ננקטה דרך משפטית שונה נגד נאשמים אחרים, בין שהם שותפיו למעשה, ובין שעברו עבירות דומות באירועים נפרדים. השאלה הנשאלת היא האם אינטרסים אלה מצדיקים פגיעה בזכותו של הנאשם ל"הליך הוגן"? האם הפגיעה נעשית בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש? פרשנות סעיף 378 בצורה השוללת סמכות בית המשפט כאמור, תהפוך, למעשה, את הסעיף לסעיף חוק הפוגע בזכות היסוד. האם פגיעתו של החוק בנאשם איננה בלתי מידתית ביחס לתכליות שאותן מבקש הוא להשיג?

דומה שהתשובה לשאלה זו צריך שתהא שלילית. כל אחד מהחששות והאינטרסים שעליהם עמדנו לעיל, הוא אינטרס או חשש כבד משקל, אך דומה שאף אחד מהם איננו מקים חיוב החלטי לפרש את סעיף 378 כסעיף שולל סמכות. אבהיר דבריי.

אכן, אינטרס הפרדת הרשויות הוא אינטרס חשוב בשיטתנו המשפטית. ראוי שהתביעה תהיה משוחררת בביצוע מלאכתה מהתערבות מיותרת ובלתי רצויה של גורמים זרים. עם זאת, חלקו העיוני של עקרון הפרדת הרשויות כולל לצד ניתוק הרשויות מתלות זו בזו גם קיום איזונים ובלמים הדדיים, אשר מאפשרים לרשויות השונות להשפיע זו על עבודתה של זו ולבקר זו את עבודתה של זו. כך, למשל התביעה רשאית לערער על החלטתו של בית המשפט כשהיא איננה מרוצה מפסק דינו; המחוקק רשאי לשנות תוצאות בלתי רצויות מבחינתו על ידי חקיקת חוקים; הרשות המחוקקת רשאית לבקר את עבודת הרשות המבצעת באמצעות מנגנונים שונים העומדים לרשותה (אישור התקציב הממשלתי, ועדות הכנסת, החלטות במליאת הכנסת וכיוצא באלה).

ביקורת של הרשות השופטת על הרשות המבצעת אפשרית גם היא הן בבג"ץ והן בבתי המשפט האחרים. ניתן לתקוף את החלטות הפרקליטות והיועץ המשפטי לממשלה תקיפה ישירה (בפני בג"ץ) או בתקיפת עקיפין (בפני הערכאה הדיונית). הערכאות הדיוניות עשויות "להתערב" הלכה למעשה בהחלטות הפרקליטות תוך זיכוי של נאשם על ידי קבלת טענת זוטי דברים או תוך היוזקות לדוקטרינת ההגנה מן הצדק. השימוש בדרכי הפעולה האמורות איננו, כידוע, תדיר, והן ננקטות

רק במקרים חריגים. הדבר מצביע על הגינותה הכללית של התביעה וגם על הריסון העצמי שנוטלים על עצמם בתי המשפט, בפרט כאשר הם מתבקשים לזכות נאשם תוך קבלת טענה של הגנה מן הצדק, שמלמדת, ככלל, על פעולה בלתי ראויה או בלתי הגונה של הרשות.

עם זאת, יש לזכור שפועלן של שתי דרכי הפעולה הללו - זיכוי מפאת זוטי דברים והפסקת ההליך לאחר קבלת טענה של הגנה מן הצדק - הוא קיצוני, סיום ההליך בזיכוי הנאשם להלכה או למעשה. מתן הסמכות להמיר סעיף אישום פועלה קיצוני פחות - גם אם פעלה הרשות שלא כראוי, אין האינטרס הציבורי יוצא נפסד בכך שנאשם אשר עבר עברה, מזוכה, אלא הוא נמצא נשכר בכך שהנאשם הורשע בעברה אחרת, קלה יותר משיוחסה לו בתחילה.

יוצא שביקורת של הרשות השופטת על עבודת הרשות המבצעת איננה מוגדרת כ"פריצה" של עקרון הפרדת הרשויות. ההפך הוא הנכון, דומה שהאיזונים והבלמים המובנים בשיטה הדמוקרטית של מדינת ישראל מחייבים קיום פיקוח יעיל על עבודת התביעה כדי להגביר את השמירה על זכויות היסוד של הנאשם הפרט.

אחרי ככלות הכל, בית המשפט הוא הנושא באחריות לסעיף החוק הנכלל בהכרעת דינו, הן כלפי הציבור והן כלפי הנאשם. אין הוא רשאי להסתתר מאחורי התביעה ולומר כי אנוס היה הוא להרשיע את הנאשם בעברה אשר בה הואשם, רק משום שזו הייתה בחירת התביעה, בניגוד למצפוננו ולמיטב הכרתו!

נמצא כי טעם הפרדת הרשויות כשלעצמו אינו מצדיק את פגיעה בזכות האדם שעלולה להילווה לפרשנות מצמצמת של הסעיף.

ציינתי כבר כי כיבודה של הרשות המחוקקת כחלק מעיקרון הפרדת הרשויות וכנגזרת מעיקרון עליונות הכנסת, היא הרשות המכוננת והמחוקקת כאחת, הוא עיקרון חשוב, אשר ראוי לשמירה ולהגנה.

הטעון כי משנקבע שאדם ביצע את כל המעשים המביאים אותו בגדרה של עברה פלילית, מתחייבת הרשעתו בביצוע אותה עברה מפאת כיבוד הכנסת, הוא טעון שובה לב. אכן, הכנסת הגדירה מעשים אלה כעברה תוך שהיא קבעה את תוצאי ההרשעה בה, הן במישור מהות הענישה והן במישורים אחרים (תקופת התיישנות ומחיקת ההרשעה, העונש המרבי הקבוע לצדה בחוק, הגדרתה כחטא,

עוון או פשע, היותה גוררת קלון וכיוצא באלה). מי הרשה את בית המשפט להחליף את שיקול דעתו של המחוקק בשיקול דעתו שלו עצמו ולהמיר את סולם הערכים אשר נקבע על ידי הכנסת בסולם הערכים שלו עצמו?

אף כי טיעון זה הוא כאמור שובה לב, לדעתנו, הוא אינו ראוי להתקבל.

הכנסת, אשר הגדירה את סעיפי החוק, היא גם זו אשר מינתה את בית המשפט לדון את הנאשמים על פי אותם סעיפים. היא שמה בידי שופטיה סמכויות רחבות. אין להניח כי כוונתה הייתה לצמצם את שיקול דעתו של בית המשפט יותר מאשר את שיקול דעתו של הפרקליט מגיש כתב האישום.

והרי, ועל כך אין חולק, הפרקליט מגיש כתב האישום נהנה משיקול דעת רחב בבחירת סעיף האישום, ואין לטעון נגדו כי חרג מגדרי סמכותו, רק מאחר שבחר להאשים בסעיף אישום קל יותר אף שלכאורה, ממלא המעשה גם את יסודותיה של עברה חמורה יותר. היעלה על הדעת לומר כי בית המשפט, אשר הוסמך על ידי המחוקק להכריע דינו של אדם, להדביק על מצחו אות קלון פלילי ולהכתים את גיליונו האישי למשך שנים ארוכות, איננו נהנה משיקול דעת רחב שכזה?

על כל פנים, אינני סבור שטעם זה מצדיק פגיעה כה חמורה וגורפת בזכויות הנאשם. וזאת לזכור, עוסקים אנו בשאלה אם הפגיעה בזכות היסוד, שעלולה לנבוע מפרשנות הסעיף באופן מצמצם, היא פגיעה מידתית ביחס לתכלית שאותה מבקשת פרשנות זו להשיג. ואם מטרתה של הפרשנות המצמצמת היא להגביל את בית המשפט ברוב רובם של המקרים ולהגביר את האיפוק והריסון השיפוטיים, אין זה מוצדק לנקוט דרך כה קיצונית של שלילה מוחלטת של הסמכות כך שגם במקרי הקיצון, כשכל בר דעת יאמר כי הרשות נהגה בנאשם לא כשורה כשהפלתה אותו לרעה, וראוי להמיר את סעיף האישום בעניינו, יהיה בית המשפט מנוע מלעשות כן.

הטיעון הבא הראוי להתייחסות הוא החשש שמא מתן הסמכות בידי בית הדין להמיר סעיפי אישום לפי שיקול דעתו יביא להעדר אחדות בהפעלת המשפט הפלילי. השאלה באיזה סעיף אישום יורשע לבסוף הנאשם, תהיה תלויה בסופו של עניין בזהות מותב בית הדין. עלולה להיווצר הפליה בין שניים אשר חלו לגביהם נסיבות זהות, על ידי המערכת השיפוטית דווקא, ולא על ידי מערכת התביעה.

ניתן להמשיך ולטעון: טיעון זה חל ביתר שאת במערכת השיפוט הצבאית, אשר בה משתתפים במלאכת השיפוט דרך קבע "שופטים צבאיים", אשר אינם בעלי השכלה משפטית כלל ועיקר⁵⁷. בנסיבות כאלה החשש להעדר אחידות שיפוטית גדול הרבה יותר שכן שופטים אלה אינם עוסקים במלאכת השיפוט כדבר של יום ביומו, ולפיכך הם אינם יוצרים לעצמם תפיסה שיפוטית הנעוצה בתקדימי בתי הדין בכלל ובתקדימי בית הדין הצבאי לערעורים בפרט.

התשובה לטענה זו היא בשלושה.

ראשית, העדר אחידות במערכת השיפוטית הוא תופעה מוכרת משטחים שונים, וכל עוד מותבי בתי המשפט יורכבו מבני אנוש, אשר מחשבתם חופשית ומשוחררת, העדר האחידות יישאר חלק בלתי נפרד מהנוף השיפוטי.

המזור להעדר האחידות הוא בהלכת התקדים המחייב ובאפשרות לערער על החלטות של הערכאות השונות בפני ערכאה גבוהה יותר. יש להניח כי אם תיווצר חוסר אחידות בדרך הפעלתו של סעיף 378 לחש"ץ, יוכלו בתי המשפט שלערוער להתוות את הכללים המנחים החלים בכגון דא ולקבוע אימתי יש מקום לעשות שימוש בסמכות, ולאילו מקרים יש להגבילה.

שנית, ספק גדול בעיניי אם החשש להעדר אחידות איננו יכול לזכות בפתרון מניח את הדעת שלא על ידי נקיטת הדרך המוחלטת המאמצת את הפרשנות המצמצמת. בתי הדין עשויים להיות מונחים על ידי הערכאה השנייה לנקוט מדיניות מצמצמת במתן סעד כאמור וכך למנוע שימוש מופרז ובלתי מוצדק בסמכות.

שלישית, אין בהשתתפותם של שופטים שאינם משפטאים במותבי בתי הדין כדי להשליך על הסמכות שבה אנו דנים. כפי שניתן אמוץ מלא באותם שופטים בסוגיות עובדתיות ומשפטיות שונות ורבות, והם נושאים בנטל זה בדרך טובה וראויה, אינני רואה טעם להשתמש בטיעון זה כמצדיק שלילה של האפשרות העומדת לנאשם לזכות בהקלה מוצדקת ומתחייבת בדינו.

הטיעון האחרון אשר נזכר כתכלית ראויה המצדיקה את הפגיעה בזכות היסוד, טמון בחשש לסרבול המערכת ולפגיעה ביעילותה כפועל יוצא של החשש מפני הצפת בתי המשפט בבקשות סנגורים להמיר סעיף אישום אשר הוגש נגד מרשם,

57 ראו סעיפים 198, 200, 200א, 2021 - לחש"ץ.

ובחשש שמא תידרש התביעה בשורה ארוכה של תיקים להביא בפני בית הדין הסברים לכך שהאשימה את הנאשם בסעיף האישום אשר יוחס לו, ולא בסעיף אישום קל יותר.

אכן, אין לזלזל בטיעונים הנעוצים בנסיבות מעשיות ובטיעונים הנוגעים לחשש לשיבוש עבודתה היעילה של מערכת בתי המשפט ושל מערכות התביעה. עם זאת, ניתן להתמודד עם חשש זה באמצעים חריפים פחות ממתן פרשנות "אוסרת" לסעיף 378 לחש"ץ. קביעת מדיניות מצמצמת באשר למקרים שבהם ראוי להפעיל את הסמכות, למשל, תביא בהכרח לצמצום מקביל של המקרים שבהם תועלה הטענה. על כל פנים, האם מועור החשש להצפת בתי הדין בפניות מצדיק פגיעה בזכות היסוד של הנאשם? ברור שנקיטת דרך הפרשנות ה"מצרה" היא תגובה בלתי מידתית לחשש האמור ופגיעה בלתי מידתית בזכויותיהם של אלה אשר עניינם אכן מצדיק, לכאורה, הפעלת הסמכות.

ניתן למנוע את התממשות הסכנה שהתביעה תיאלץ בכל תיק ותיק להסביר את נימוקיה לבחירת האישום בפני הערכאה הדיונית על ידי מדיניות מרסנת שינקטו בתי הדין כשתיטענה טענות להמרת אישום. חיוב התביעה להבהיר שיקוליה הוא הכרחי לעתים, כאשר הדבר דרוש להגנת הנאשם, וכדי להקים תשתית נאותה לטענות הפלייה וכיוצא בכך. עם זאת, במקרים רבים יהא הדבר מיותר, ובית הדין יוכל על פי שיקול דעתו להחליט אם לחייב את התביעה להציג את שיקוליה אם לאו.

2. סיכום הממצאים לגבי פרשנות סעיף 378 לחש"ץ

מצינו כי על פי לשונו עשוי סעיף 378 לחש"ץ להתפרש כמקנה לבית הדין את הסמכות שבה אנו דנים. בניסיון להתחקות אחר פרשנותו הנכונה תרנו אחר מטרת הנורמה על פי תכליתה, על פי ההיסטוריה החקיקתית והנוף החקיקתי העוטף אותה כיום. נראה כי הכרה הכרחית בזכויות היסוד של הנאשם, ובכלל זה הזכות למשפט הוגן וצודק, מחייבת דחיית האינטרסים המנוגדים הנוגעים בעיקר ליעילות ולנוחות המערכת השיפוטית. מצאנו כי עקרון הפרדת הרשויות, הצורך לשמור על אחדות במערכת המשפט הפלילי ועוד עקרונות כלליים הראויים להגנה אינם נפגעים כתוצאה מהקניית הסמכות, וכי לפיכך הפרשנות הראויה של הסעיף תאפשר

התערבות של בית הדין בבחירת סעיפי האישום במקרים קיצוניים אשר בהם נהגה הרשות בנאשם שלא כשורה.

ב. סמכות טבועה בידי בית הדין

נראה כי לא יכולה להיות מחלוקת על כך שדוקטרינת ה"סמכות הטבועה" נתקבלה לתוך משפטנו. התורה החשובה של ה"השתק הפלילי" או ההגנה מן הצדק זכתה להכרה במשפט הישראלי דרך צינור זה. אכן, ראוי לצמצם ככל הניתן את השימוש בדוקטרינת ה"סמכות הטבועה", אך לעתים אין מנוס מלהשתמש בה, כאשר סדרי הדין הקבועים אינם נותנים מענה לתקלה הראויה לפתרון או להסדרה צודקת.

הנה כי כן, בעניין הבנקאים קבע בית המשפט העליון כי "קבלתה של תורת ההשתק אל תוך המשפט הפלילי, באמצעות העיקרון הידוע של "הגנה מן הצדק" ... נשענת על סמכותו הטבועה של בית המשפט לבטל אישום העומד בסתירה לעקרונות של צדק והגינות משפטית". עם זאת, נקבע שם כי טענה זו תתקבל "במקרים נדירים ביותר, ואין להעלותה כדבר שבשגרה", וכי במידה רבה היא יישומה הקיצוני ביותר של דוקטרינת הסמכות הטבועה⁵⁸.

הליכה בדרך זו נעשתה שנים ארוכות קודם לכן על ידי בית המשפט העליון בעניין בעל-טכסא כאשר מ"מ הנשיא (כתוארו דאז) לנדוי קיבל את דבריו של השופט אשר בפרשת רבר, "שלבית המשפט סמכות טבועה לבטל אישום שני, שנראה, בנסיבות המקרה, להיות מנוגד לצדק (oppressive)"⁵⁹.

על יסוד עקרון זה נטען כי הצדק מחייב בנסיבות העניין דנן, שהתביעה לא תפצל את האישומים נגד המערער לשני משפטים נפרדים אלא תנהג לפי סעיף 76 לחוק סדר הדין הפלילי, ותצרף את כל האישומים במשפט אחד, ומשנמנעה התביעה מלעשות כן, היה בית-המשפט חייב

58 עניין הבנקאים, לעיל הערה 42, בע' 370.

59 ע"פ 244/73 רבר נ' מדינת ישראל, פ"ד כח(1) 798, 803. מ"מ הנשיא לנדוי הוסיף: "רעיון זה נשאב מפסיקה אנגלית, ובראשה פסק-הדין המנחה של הלורד דבלין (Devlin) בבית-הלורדים בפרשת, R. v. Connolly (1963) [3 All E.R. 510] (וראה גם את חוות-הדעת של הרוב בעניין, D.P.P. v. Humphrys (1976) 2 All E.R. 497) ("ע"פ 450/77 בעל-טכסא נ' מדינת ישראל, פ"ד לב(2) 152, 157).

להפעיל את סמכותו לפי סעיף... ולבטל את המשפט הראשון, משהתברר לו שהמשפט השני תלוי ועומד לפני בית-המשפט העירוני, כי הרי האישומים במשפט השני יותר מקיפים והתקופה שאליה מתייחסים אישומים אלה מכילה בתוכה את התקופה הקצרה נשוא המשפט הראשון.

שקלתי טענות אלה ומצאתי אותן חסרות משיקולים של צדק דווקא. הרי לא רק מה שנוח לנאשם גם צודק לעניין זה, ואף לא רק מה שנוח לבית-המשפט למען קיצור הדיונים, אלא יש לשקול גם מה צודק למען האינטרס הציבורי שהתביעה מייצגת; וכן יבדוק בית-המשפט את מידת הכנות שבטענת הצדק שהנאשם מבקש להעלות, שמא מעייניו ליתרון תכסיסי בלבד.⁶⁰

בעניין הבנקאים ציין השופט ד' לוין כדלקמן:

קבלתה של תורת ההשתק אל תוך המשפט הפלילי, באמצעות העיקרון הידוע של "הגנה מן הצדק" ... נשענת על סמכותו הטבועה של בית המשפט לבטל אישום העומד בסתירה לעקרונות של צדק והגינות משפטית. לבית המשפט במדינת ישראל שיקול-דעת לעכב הליכים משאין באפשרותו להעניק לנאשם משפט הוגן ו/או משיש בניהול המשפט משום פגיעה בחוש הצדק וההגינות, כפי שבית המשפט רואה אותו.⁶¹

נושא נוסף וקרוב אשר בו משתמש בית המשפט בסמכותו הטבועה כדי לזכות נאשם בשל הפרת זכויותיו, הוא אי קיום חובת התביעה כלפי הנאשם לאפשר עיון בחומר חקירה והעתקתו - חובה הקבועה בסעיף 74 לחסד"פ. בעניין לביא אמר בית המשפט העליון כדלקמן:

לדעתנו, אם לא קויימה [חובה זו], על בית-המשפט לבחון, אם נפגעה על-ידי כך זכות הנאשם למשפט הוגן ואם התשובה תהיה חיובית והענין נתגלה בשלב שבו

60 שם, בע' 157-158.

61 עניין הבנקאים, לעיל הערה 42, בע' 370.

אין אפשרות לתקן את המעוות, עלולה הפרת החובה הנ"ל להביא לזיכוי של הנאשם.⁶²

בפועל נעשה שימוש, אף כי נדיר למדי, בסמכות זו. כך, למשל, הנאשם בעניין עדני⁶³ זוכה.

לעומת זאת, נשמעו קולות בפסיקה הקוראים להגביל את תחומי התפרסותה של ה"סמכות הטבועה" בהקשר שבו אנו דנים, ולהיזהר בהם. בית המשפט המחוזי בתל אביב מפי השופט ז' המר הביע דעתו כי "מלבד במקרה של הגנה מן הצדק - לא ידועה לי שום נסיבה אחרת - ובימ"ש קמא אף לא פירש כזו - המעניקה לבתי המשפט "סמכות טבעית" לבטל כתב אישום. אין לבית המשפט, כמו לכל רשות יציר המחוקק, אלא הסמכויות שהחוק העניק לו"⁶⁴. כאמור, יש בעמדה זו כדי לשקף את הדעה כי אין זה נכון להרחיב עד בלי די את דוקטרינת ה"סמכות הטבועה" ולא ראוי לעשות זאת.

השאלה הקשה הנשאלת כאן היא האם אין המרובה מכיל את המועט. תורת ההגנה מן הצדק, אשר פותחה תוך שימוש בסמכותו הטבועה של בית המשפט, מאפשרת לו לזכות נאשם כליל או לבטל נגדו את ההליכים אם בא לכלל דעה כי האישים עומד בסתירה לעקרונות של צדק והגינות משפטית, ובפרט אם הוא חש שיש בנייהול המשפט משום פגיעה בחוש הצדק וההגינות כפי שבית המשפט רואה אותו: כאשר התנהגותה של הרשות הייתה שערורייתית, יש בה משום רדיפה, דיכוי והתעמרות בנאשם. האם אין בית הדין רשאי מכוח אותה סמכות להפעיל סעד קיצוני פחות, כגון המרת סעיף האישום לסעיף חמור פחות, אם הגיע לכלל ממצא, כי הרשות נהגה בנאשם שלא כשורה, שלא בהגינות, ותוך הפרת זכויותיו החוקתיות?

ג. סעד בגין הפרת זכות חוקתית

פרופ' ברק מציין כי הוראות סדר הדין הפלילי נגזרות מאז חקיקת חוקי היסוד מזכויותיו של הנאשם בהליך הפלילי. לדבריו, ההליך הפלילי צפוי לעבור תהליך של

62 ע"פ 79/73 לביא ואח' נ' מדינת ישראל, פ"ד כח (2) 505, 511.

63 ע"פ (ת"א) 1343/94 עדני נ' מדינת ישראל, פס"מ תשנ"ה (3) 394.

64 ע"פ (ת"א) 545/98 מדינת ישראל נ' א' פינקלשטיין ואח' (לא פורסם).

קונסטטוטיונליזציה, אשר רצוי היה כי יבוא מכוחן של הוראות חוקתיות מיוחדות לסדר הדין הפלילי שתיקבענה בחוקה. הוא מציין כי בצ'רטר הקנדי הוקדש פרק מיוחד ל"זכויות משפטיות", אשר במסגרתו נקבע שאין ניתן לשלול חירותו של אדם, אלא על פי העקרונות של הצדק הבסיסי, ואף נקבעו הוראות באשר לדרך ניהול ההליך הפלילי. בארץ אין הוראות דומות בחקיקה, אך אין בכך כדי למנוע את תהליך הקונסטטוטיונליזציה של ההליך הפלילי עוד בטרם נחקקו הוראות אלה והפכו לחלק מחוקת המדינה. תהליך זה מעוגן בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, אשר מגן על חייו של אדם, על גופו, על כבודו ועל חירותו. "כל עוד לא נתקבלה חקיקת יסוד [בנושאים אלה], לא יהא מנוס מגזירת ההסדרים החוקתיים בהליך הפלילי מתוך ההוראות הכלליות הקיימות"⁶⁵.

מהו הסעד החוקתי להפרת זכות מהותית או דיונית של נאשם אשר לא עוגנה עדיין בחוק? פרופ' ברק מצביע על מגוון רחב של סעדים חוקתיים אשר בית המשפט יוכל להושיט לנאשם שזכויותיו החוקתיות הופרו שלא כדין⁶⁶. אחד הסעדים האפשריים עשוי להיות הימנעות מהרשעה בעבירה אשר בה הואשם הנאשם מלכתחילה על ידי התביעה, אף שזו הוכחה כדבעי. מובן כי עיצוב הסעד החוקתי על ידי בית המשפט דווקא הוא בגדר השלמת חסר שיצר המחוקק. "עם זאת", מציין פרופ' ברק,

מחדל חקיקתי אינו צריך להתלוות במחדל שיפוטי. אם המחוקק אינו ממלא את החסר, השופט חייב לעשות כן. יהא עליו לעצב תרופה התואמת לזכות המופרת. בעשותו כן אין לבוא אליו בטענה כי הוא משיג את גבול המחוקק. השופט מגשים את הציווי החוקתי ואת התבנית של החוק כאשר הוא פועל מקום שהמחוקק נמנע מלפעול.⁶⁷

אם הופרה זכות יסוד של אדם, בפרט אדם הנאשם בפלילים בפני בית משפט, והחקיקה הקיימת איננה מושיטה לו סעד לתיקון ההפרה, ראוי לראות את חוק

65 ברק, "הקונסטטוטיונליזציה", לעיל הערה 52 בע' 23. ראו עוד שם, בע' 22-23.

66 שם, בע' 17-21, 23-25.

67 א' ברק פרשנות במשפט (תשנ"ד, כרך שלישי - פרשנות חוקתית) 707 (להלן: ברק פרשנות חוקתית).

היסוד כמקום סעד המאפשר להעמיד את אותו אדם במצב שבו היה אלמלא בוצעה הפעולה המפרה, על מנת שזכות היסוד לא תהפוך ריקה מתוכן, ודברי חוק היסוד - לאות מתה. אופי התרופה נגזר, אפוא, מאופי ההפרה.

ממשיך פרופ' ברק ומציין כי התרופה נגזרת מהפגיעה, ומטרתה לשלול את הפגיעה בזכות. לדבריו, "כל התרופות החוקתיות הן תרופות שבשיקול דעת. על בית-המשפט לאזן בין השיקולים השונים הבאים בחשבון", לרבות אינטרס הפרט הנפגע ואינטרס הכלל⁶⁸.

הלך המחשבה הרואה את ההליך הפלילי כולו דרך המנסרה החוקתית ומעניק סעד חוקתי אשר אינו מצוי עלי ספר כתרופה לפגיעות בזכויות יסוד, הוא הבריח התיכון של מאמרם של המלומדים אוקון ושחם אודות "הליך ראוי ועיכוב הליכים שיפוטי". הם מציינים כי "שאלת ההליך הראוי אינה מצומצמת לפרשנותם של סעיפים מסוימים, לרבות פרשנותם מחדש. נדרש מרווח נשימה, שיאפשר קליטת כללים נוספים אל תוך ההליך הפלילי. מרווח זה נחוץ לשם פיתוח המשפט במתכונת של ההליך הראוי. ... נדרשת ... יכולת לייבא כללים חדשים אל ההליך, שיהוו ערובות מספקות לקיום הליך ראוי"⁶⁹. הם מצביעים על כי דוקטרינת ההגנה מן הצדק עשויה למלא את התפקיד האמור, ועל כי קודם לפיתוחה חדרה ההכרה כי בידי בית המשפט נתון הכוח שלא לדון בכתב אישום מטעמי צדק⁷⁰.

אוקון ושחם ממשיכים ומדגישים כי "מבחינה תוכנית מהווה כוחו של בית-המשפט להורות על עיכוב הליכים ראש גשר המחבר את המשפט הפלילי למגזרים אחרים של הדין"⁷¹. הם מציינים כי פירוש צר של הדין הפלילי, בד' אמותיו, לוקה בתסמונת "הארץ השטוחה" שכן הוא חסר ממדים נוספים אשר מאפיינים את ההליך הפלילי וקושרים אותו לאינטרסים שביסודו⁷².

לקראת סיכום מאמרם הם כותבים כך:

68 שם, בע' 708.

69 ב' אוקון וע' שחם "הליך ראוי ועיכוב הליכים שיפוטי" המשפט ג (התשנ"ו) 265, 267.

70 שם, בעניין זה ראו גם ספרו של המלומד יעקב קדמי, על סדר הדין בפלילים (מהדורה משולבת ומעודכנת, תשנ"ח 1998-, חלק שני (ספר ראשון)), בע' 819-820, שדן באפשרות ביטולו של כתב אישום מחמת נגישה ומסכם את הדין באומרו שהדרך פתוחה להעלאת טענה זו במשפט המקומי.

71 אוקון ושחם, לעיל הערה 69, בע' 268.

72 שם, שם.

הנה כי כן, ההליך הפלילי אינו ריצה חד-כיוונית להרשעה או לזיכוי. באים בגדרו שיקולים נוספים. הרשעתו של נאשם, אפילו היה חייב בדין, אינה תמיד האינטרס העליון, גם כשמדובר בעבירות חמורות. יש לתת את הדעת למכלול הנסיבות שהובילו לפתיחת ההליך. יש לבדוק את הגינות ההליך מבחינת הנאשם במובן הרחב של ביטוי זה. יש לשקול את תקינות ההליכים שהובילו לפתיחת ההליך. ניתן לבחון את מידת העקביות של התנהגות השלטונות. ניתן להידרש גם למהלכים הניצבים מאחורי כתב-האישום ולבחון שאלות כמו: הטרדה, הפליה או העמדה חריגה לדין. הראיה היא כוללת. מגמתה היא לאזן בין האינטרס הציבורי שבקיום ההליך הפלילי לבין האינטרס של הפרט - ושל הציבור - שלא יעשה שימוש בלתי הוגן או בלתי סביר או בלתי נחוץ בהליך הפלילי.⁷³

דברים דומים ניתן למצוא במאמרה המאלף של י' קרפ, "המשפט הפלילי - יאנוס של זכויות האדם". המחברת מציינת כי בתחום הצדק הפרוצדורלי הרחיב בית המשפט בקנדה בנושאים שעניינם זכויות במשפט, כמו הגינות ההליך, אף מעבר לכתוב במפורש בצ'רטר הקנדי, ומצביעה על כך שבית המשפט פסל את שיקול דעתה של התביעה בהעמידה לדין עורך דין שבע שנים לאחר שעשה את המעשה נושא האישום.⁷⁴

לטעמי, מתן הסמכות בידי בית המשפט להמיר את סעיף האישום המקורי בסעיף אישום שהוא מחמיר פחות, הוא סעד מתאים להפרה של זכויות יסוד על ידי התביעה באורח הפוגע בזכות להליך הוגן. כך, אם יימצא שהתביעה הפלתה נאשם בלא סיבה מוצדקת על ידי האשמתו בסעיף אישום חמור יותר מזה שבו בחרה להאשים את שותפו לדבר עברה, יכול בית המשפט לקבוע כי בכך נפגעה זכותו החוקתית של הנאשם לכבוד. יותר מכך, הדבר עשוי להצדיק התערבות של בית המשפט לתיקון העוול על ידי התאמת "סעד חוקתי" לעוולה החוקתית. בנסיבות שכאלה הסעד המתאים עשוי להיות המרת סעיף האישום.

73 שם, בע' 279.

74 י' קרפ "המשפט הפלילי - יאנוס של זכויות האדם: קונסטיטוציונליזציה לאור חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו" הפרקליט מב (תשנ"ה-נ"ו) 64, 86-87.

באורח דומה, אם יסבור בית המשפט שהתביעה נהגה בנאשם שלא כדין כאשר האשימה אותו בסעיף אישום חמור בניגוד למדיניותה המוצהרת, או שפעלה בעניין אחר במשפט באופן הפוגע קשות בזכויות היסוד של הנאשם, צריכה לעמוד לפני בית המשפט הדרך לתת תרופה מתאימה המעמידה את הנאשם בעמדה שבה היה עומד אלמלא הפרת זכויותיו. תרופה אפשרית עשויה להיות, לטעמי, הרשעתו בעברה קלה יותר מזו שיוחסה לו מלכתחילה.

3. משפט משווה

סדרי דין בכלל, וסדרי דין פליליים בפרט, הם נושא אשר מוסדר באורח שונה במערכות שיפוט שונות המופעלות במדינות שונות. המבנה של מערכת שיפוט אדוורסרית-אקוויזיטורית שונה באורח דרמטי מזה של מערכת שיפוט אינקוויזיטורית. סמכויות החקירה, התביעה והשיפוט מחולקות באופן שונה בין גופי הביצוע (המשטרה והתביעה) לבין הרשות השופטת (בית המשפט ומערכת השפיטה). מטבעם של דברים, גם סמכות ההחלטה אם להגיש כתב אישום נגד חשוד אם לאו, ואילו סעיפי אישום לייחס לו, נתונה לגורם אחר בכל אחת מהמערכות. לפי השיטה האדוורסרית, סמכות זו מצויה בידי התביעה באופן כמעט מלא לכל אורך ההליך, ואילו במקומות שבהם נקוטה השיטה האינקוויזיטורית, סמכות זו מסורה בדרך כלל לשופט החוקר, וגם אם היא נתונה בידי התביעה, בית המשפט הוא בעל שיקול דעת רחב אם לקיים את המשפט אם לאו, ואילו סעיפי אישום ראוי לייחס לנאשם.

גם שיטות משפט הנוקטות את השיטה האדוורסרית נבדלות זו מזו בחלק גדול מסדרי הדין ומכללי חלוקת הסמכויות בין הגופים השונים. כך, שיטת משפט אחת עשויה להכיר בסמכותו של בית המשפט לבטל דברי חקיקה הסותרים חוקה (או חקיקת יסוד) ולהעניק למי שזכותו החוקתית נפגעה שלא כדין, סעד כנגד הרשות הפוגעת (לעתים תהא זו הרשות התובעת); ואילו שיטה אחרת עשויה לדבוק בכללי ריבונות הגוף המחוקק ולפרש את כללי הפרדת הסמכויות באופן אשר איננו מתיר לבתי משפט להעניק סעד כלשהו מכוח הפרת חוקה או חוק יסוד, למעט סעדים הנקובים במפורש בחוק.

חרף כל זאת וחרף העובדה ששיטתנו שלנו היא יונקת ממקורות משפטיים שונים ומשיטות משפט שונות אך גם בעלת חלקים ייחודיים משלה, מצאנו לנכון לבחון את הסוגייה שבה אנו עוסקים, גם מנקודת ראות משווה לא רק כדי ללמוד את הגישות הקונקרטיות הנקטות במשפטן של אומות שונות, אלא גם כדי להבין מה הרציונל העומד מאחורי גישות אלה, ומה ניתן ללמוד ממנו. נפנה תחילה, אפוא, ללמוד את שיטות המשפט האדוורסריות.

א. קנדה

המשפט הקנדי דומה למשפטנו שלנו הן בהיותו בנוי על השיטה האדוורסרית והן בכך שבשנת 1984 נחקק הצ'רטר הקנדי, המהווה חוקה בעלת עדיפות על פני החקיקה הכללית ובעלת השלכות רחבות על כללי המשפט המהותי והדיוני כאחד. סעיפים 7-14 לצ'רטר כוללים הוראות שנועדו להגן על זכויות היסוד המשפטיות של הפרט, ובכלל זה הזכות להליך הוגן (סעיפים קטנים (a), (b), (c) 11(h)). סעיף 24 לצ'רטר עוסק באכיפת הזכויות המנויות בו, והוא מעניק (בסעיף הקטן הראשון שבו) לבית המשפט "בעל סמכות השיפוט המתאימה" (competent jurisdiction) את הסמכות להעניק כל סעד שבית המשפט רואה כ"נכון וצודק" (appropriate and just) בנסיבות העניין.

יוער כי סעיף קטן 24(2) לצ'רטר קובע סעד של אי-קבילות ראייה אשר הושגה בדרך הפוגעת בזכות מוגנת, אם קבלת הראייה עלולה להביא לפגיעה באמון הציבור במערכת עשיית הצדק ולפגיעה בתדמיתה של מערכת המשפט בעיני הציבור. בספרו של Tim Quigley, העוסק בדיני הפרוצדורה הפלילית בקנדה, נכתב כי במישור סדר הדין הפלילי הסעד המקובל ביותר להפרת זכויות חוקתיות של חשודים ונאשמים הוא הפסקת הליכים, אשר משמעותה דומה למשמעותו של זיכוי מאשמה. המקור הנורמטיבי לנקיטת צעד זה הוא סעיף 24(1) לצ'רטר⁷⁵. המחבר מציין כי בכלל

75 Tim Quigley, PROCEDURE IN CANADIAN CRIMINAL LAW 51 (1997).

הפרת זכויות, הנדונה יותר מאחרות בהקשר זה, היא השהייה בלתי סבירה של ההליך המשפטי⁷⁶ או שימוש לרעה בהליך (abuse of process)⁷⁷. מוסף המחבר ומציין כי לעתים מעניקים בתי המשפט סעדים אחרים, כגון הקלה בענישה (אם הוחזק הנאשם במעצר בתהליכי החקירה בלא להיות מובא במועד בפני שופט לבחינת הצדקת המעצר - הפרת סעיף 9 לצ'רטור). במקרים אחרים מחויבת התביעה לעמוד בהוצאות המשפט של הנאשם כסעד בגין פגיעה בזכויותיו החוקתיות⁷⁸.

המחבר מעריך כי המקוריות השיפוטית והיצירתיות של הסנגורים הפליליים יביאו בעתיד להצגת סעדים נוספים וחדשניים מעת לעת⁷⁹. הסמכות לבטל אישום נתונה לבתי המשפט בקנדה לא רק כאשר הוכחה פגיעה בזכות חוקתית, אלא גם כאשר כלל כתב-האישום סעיפי אישום שונים, ויסודותיו של אחד מהם נכללים באורח מלא ביסודותיו של האחר. גם כאן המקור להפעלת סמכות זו הוא סעיף 24(1) לצ'רטור⁸⁰.

כמו כן, אם הואשמו נאשמים שונים בביצוע עבירות הקשורות זו לזו, ותוצאות משפטיהם הנפרדים היו הפוכות, כך שאחד זוכה והאחר הורשע, עשוי המורשע להצליח בערעורו על הכרעת הדין בהסתמך על זיכוי של הנאשם האחר אם הצליח להראות שהראיות נגד השניים זהות לחלוטין, ומתייחסים להתנהגות זהה⁸¹. מהמקובץ עולה, אפוא, כי בתי המשפט בקנדה אינם מוגבלים בסמכויותיהם לתת סעד כאשר נפגעות זכויות יסוד של נאשמים, כי רשימת הסעדים המנויה בצ'רטור איננה סגורה, וכי אין להוציא מכלל אפשרות מתן סעד של המרת סעיף אישום בניגוד לעמדת התביעה אם סבור בית המשפט שפעולתה של התביעה פגעה בזכות כאמור, והמרה שכזו עשויה לתקן את הטעון תיקון. כמו כן, עולה כי זיכוי של

76 ראו Rahey v. R., [1987] 1 S.C.R. 588.

77 ראו R. v. L. (W.K.), [1991] 1 S.C.R. 1091.

78 ראו R. v. Dostaler (1994), 91 C.C.C. (3d) 444 (N.W.T. S.C.).

79 ., at 6275 QUIGLEY, supra note

80 .Id., at 481

81 ראו R. v. Wile (1990), 58 C.C.C. (3d) וכן R. v. Stogdale (1995), 104 C.C.C. (3d) 44 (Ont.) (C.A.). 85 (Ont. C.A.)

נאשם מסעיף אישום אשר יוחס לו, למרות שהובאו ראיות להוכחתו, איננו זר למערכת המשפט בקנדה כאשר הורשע הנאשם בעברה רחבה יותר, הכוללת בחובה את העברה הנדונה, או כאשר מערכת ראייתית זהה הביאה לזיכוי של שותפו לעברה במשפטו שלו.

ב. אנגליה

בית המשפט באנגליה מוסמך מכוח המשפט המקובל ומכוח דוקטרינת הסמכות הטבועה לבטל אישום בשל היותו פגום במהותו או בצורתו, בשל טענה מקדמית אשר נתקבלה, בשל חזרת התביעה מהאישום או בשל הקביעה שהוא איננו מוסמך לדון בעברה. ככלל, אם מוגש אישום כדין, אין השופט מוסמך למנוע מהתביעה את הצגת ראיותיה כדי להוכיח את האשמה רק מהטעם שהוא סבור שאין הסתברות של ממש שתושג הרשעה בתיק⁸².

בפרשת *Connelly* הכיר בית הלורדים בכוחו הכללי והטבוע של בית המשפט להגן על ההליך המשפטי מפני ניצולו לרעה. סמכות זו כוללת את הכוח להגן על נאשם מפני דיכוי או דעה קדומה העלולים להיווצר נגדו כתוצאה מפעולה בלתי ראויה של התביעה⁸³. בשנת 1977 אושרו בפרשת *Humphrys* קביעות בית הלורדים בעניין *Connelly*, ונקבע עוד כי אסור שהלכה זו תותיר את הרושם כאילו בית המשפט מופקד על פעולות התביעה ונושא באחריות להן, ולפיכך כי אל לו לבית המשפט למנוע מהתביעה את ניהול המשפט נגד נאשם רק בשל העובדה שבית המשפט סבור כי כעניין שבמדיניות לא היה זה ראוי להגיש אישום נגדו. השימוש בסמכות זו מוגבל למקרים שבהם עשתה התביעה שימוש לרעה בהליך השיפוטי, והאישום הוא בגדר "דיכוי וקנטור" של הנאשם. בית הלורדים אף מציין כי אילו של הנאשם בנסיבות שכאלה לנהל את משפטו עד תום על כל ההוצאות וההשלכות הכרוכות בכך וזיכוי בסיום ההליך אינם פתרון ראוי לבעיה. עם זאת, חוזר בית

ARCHBOLD CRIMINAL PLEADING, EVIDENCE AND PRACTICE (P. J. richardson ed., 2002) §§ 4-48-4-50, 4-54-4-56 82

Connelly v. D.P.P., [1964] A.C. 1254 (H.L.) 83

הלורדים גם כאן על החשיבות ה"חוקתית" הראשונה במעלה של הסמכות האמורה ומציין כי ראוי לשמור עליה ב"קנאות"⁸⁴.

בשנים שלאחר מתן פסקי הדין בעניין *Connelly* ו-*Humphrys* ניתנו פסקי דין נוספים הן על ידי בית הלורדים והן על ידי בית המשפט לערעורים שהתוו את גבולות סמכות הפסקת ההליכים מפאת שימוש לרעה בסמכות מצד התביעה והרחיבו אותם. בעניין *Horseferry Road Magistrate's Court ex p. Bennett* נקבע הכלל כי בית משפט שדן באישום, רשאי להפעיל סמכות זו רק כאשר הפגיעה הייתה במסגרת ההליכים בפניו, ולא מחוץ להם. עיכוב בלתי סביר או מניפולציה בלתי ראויה מצד גורמי התביעה עשויים להצדיק התערבות שכזו. פגיעות בזכויות הנאשם המבוצעות מחוץ למסגרת המשפט גופו, יטפלו, בהתאם להלכה זו, על ידי בית המשפט הגבוה (High Court)⁸⁵.

בעניין *Hui Chi Ming* נקבע כי ראוי שהשימוש בסמכות זו ייעשה בכל מקרה שבו התובע פעל באופן בלתי הוגן ופסול במידה שבית המשפט איננו יכול לאפשר את המשך המשפט, גם אם מכל בחינה אחרת הוא מתנהל כרגיל וכשורה⁸⁶. בפרשת *In Re Barings Plc (No. 4)* נקבע כי הכלל הוא שיש להפסיק את ההליך כאשר האדם הסביר יסבור כי המשך ניהול ההליך איננו הוגן או צודק. התביעה תיחשב כאילו היא נוהגת בדרך המנצלת לרעה את ההליך השיפוטי, בייחוד כאשר היא מונעת מהנאשם לעשות שימוש בטענת הגנה המוקנית לו, או אם אפשרותו של הנאשם להכין את הגנתו או לנהלה במשפט נפגעת כפועל יוצא של פעולות התביעה⁸⁷. השגת ראיות בדרך פסולה לא תצדיק הפסקת הליך כשלעצמה, ואין מקום גם לעשות שימוש באמצעי זה כתגובה לפגיעה בפרטיותו של הנאשם.

בפסק הדין *Derby Crown Court ex parte Brooks*, אשר ניתן בשנת 1999 על ידי בית הלורדים, נקבע שגם הבאתו של נאשם לאנגליה ממדינה אחרת בלא שיערכו הליכי

⁸⁴ D. P. P. v. Humphrys, [1977] A.C. 1 (H.L.)

⁸⁵ R. v. Horseferry Road Magistrate's Court ex p. Bennett, [1994] 1 A.C. 42 (Q.B.). ראו גם R. v. Belmarsh Magistrate's Court ex p. Watts, [1999] 2 Cr. App. R. 188 (Q.B.)

⁸⁶ Hui Chi Ming v. R., [1992] 1 A.C. 34 (P.C.)

⁸⁷ In Re Barings Plc (No. 4), Secretary of State for Trade and Industry v. Baker (No. 4), [1999] 1 All E. R. 311 (Q.B.). ראו גם R. v. Derby Crown Court ex parte Brooks, [1985] 80 Cr. App. R. 164 (Q.B.)

הסגרה מסודרים, מצדיקה הפסקת ההליך הפלילי נגדו מאחר שהמערכת השיפוטית אחראית על כל היבטי שמירת שלטון החוק, ובכלל זאת גם מוטל עליה לבקר פעולות של הרשות המבצעת ולסרב לקבל פעולות הפוגעות בזכויות אדם בסיסיות או בשלטון החוק. על שימוש לרעה בסמכות שלטונית יגיב בית המשפט בסירוב לדון בעניין, שמשמעותו - זיכוי של הנאשם מאשמה⁸⁸. בפרשת *Mullen* הורחבו גבולות המקרים שבהם ראוי לעשות שימוש בסמכות זו. נקבע שיש להפעילה לא רק כאשר אין ניתן לנהל משפט הוגן, אלא גם אם הדבר מנוגד לאינטרס הציבורי או עלול לפגוע באמון הציבור בעשיית הצדק על ידי מערכת המשפט הפלילי. פסק דין זה אף מציין כמקור נוסף לזכויות היסוד וכטעם נוסף המחייב לכבדן בדרך הנדונה כאן, את האמנה האירופית לזכויות האדם⁸⁹. אמנה זו נותנת בידי כל אדם זכויות משפטיות, כגון הזכות למשפט הוגן ופומבי הנערך תוך זמן סביר, הזכות להתוודע להאשמות המוגשות נגדו, לאופיין ולסיבתן, הזכות שיעמדו לרשותו זמן ואמצעים להכנת הגנתו, לרבות הזכות להיות מיוצג על ידי סגור. סעיף 13 לאמנה מחייב את המדינות החתומות עליה להקים ערכאה לאומית המוסמכת להעמיד לרשות מי שרואה עצמו נפגע מהפרת זכות מזכויותיו על פיה, סעד אפקטיבי. האמנה גם כוללת פרוצדורה לפנייה של אדם שרואה עצמו נפגע מפעולה של מדינה חתומה, אל נציבות זכויות האדם האירופית, אשר רשאית לאחר בדיקת העניין להעבירו לבדיקת בית המשפט האירופי לזכויות אדם.

מהמקובץ עולה כי בתי המשפט באנגליה, ובראשם בית הלורדים, הכירו בסמכותם להפסיק משפט במקרים שבהם מצאו כי היו ניצול לרעה של ההליך השיפוטי או פגיעה חמורה אחרת בזכויות הנאשם. אנגליה אמנם איננה נהנית מחוקה בבסיס המערכת הנורמטיבית, אך היא קיבלה על עצמה כמקור נורמטיבי מחייב את האמנה האירופית לזכויות אדם (הכוללת, כמפורט לעיל, גם זכויות משפטיות). דומה שעובדה זו, כמו גם ההתפתחות הטבעית של ההלכה הפסוקה, הביאו את בתי המשפט להרחיב את ההלכה בעניין זה ולהכיר בסמכותו של בית

⁸⁸ *Derby Crown Court ex parte Brooks, supra note*

⁸⁹ *R. v. Mullen (Nicholas Robert) (No. 2), [2000] 2 Q.B. 520 (1999)*

המשפט להפסיק את ההליך הפלילי גם במקרים שבהם נהגה התביעה באורח הפוגע בזכויות הנאשם או המערורר חשש לפגיעה באמינות מערכת המשפט.

ג. ארצות הברית

הכלל במשפט הפדרלי האמריקני קובע כי שופט אינו רשאי לבטל אישומים בניגוד לעמדת התביעה, ואף לא להמירם באישומים קלים יותר⁹⁰. עם זאת, יש לזכור שההגנה על זכויות חוקתיות של נאשמים בפני בית המשפט נעשית באופן קנאי באמצעות כללי פסילה החלטיים של ראיות אשר הושגו תוך פגיעה בזכויות החשוד, ובאמצעות כללים נוקשים שנועדו לקיים הליך הוגן על כל דקדוקיו וכלליו, וגורמים לביטולו של הליך כאשר מתבצעת חריגה מהנהלים הללו.

לעומת המצב החוקי ברמה הפדרלית, בשתיים עשרה מדינות שונות מהמדינות המרכיבות את ארצות הברית הושמה בידי שופטים הסמכות לבטל אישומים כאשר הדבר דרוש לצורך קידום עשיית הצדק. חלק מהמדינות מתירות לבתי המשפט לעשות שימוש בסמכות זו רק כאשר ברור שפעולה מפעולות התביעה היא שרירותית, או שהתנהגותה בהקשר למשפטו של הנאשם איננה ראויה⁹¹. במדינות מסוימות אין זכר בחקיקה להגבלה שכזו על סמכות בית המשפט לבטל אישום או להמירו⁹². במדינות אחרות נקבע כי הסמכות נתונה רק כאשר התביעה עשתה שימוש לרעה בשיקול הדעת הנתון לה בכל הנוגע לסמכותה להגיש אישומים⁹³. הועלתה טענה כי מתן הסמכות האמורה בידי בית המשפט פוגע בעיקרון הפרדת הרשויות, שהוא עיקרון חשוב בדמוקרטיה האמריקנית, אך גם טענה זו נדחתה⁹⁴. נקבע גם כי הסמכות לא ניתנה כדי לשרת את נוחות המערכת השיפוטית או כדי לשרת את יעילות תפקודה (חיסכון בזמן שיפוטי או מניעת הטרחה שבאיתור עדים

90 ראו סיכום ההלכה במסגרת YALE KOMISAR, WAYNE R. LA FAVE & JEROLD H. ISRAEL, MODERN CRIMINAL PROCEDURE: CASES, COMMENTS, AND QUESTIONS (9th ed. 2001, American Casebook Series) § 13.2(c).

91 State v. Blackwell, 845 P.2d 1017 (Wash. 1993).

92 State v. Busch, 669 N.E.2d 1125 (Ohio 1996); State v. Brumage, 435 N.W. 2d 337 (Iowa 1989).

93 State v. Foss 556 N.W. 2d 540 (Minn. 1996).

94 People v. Superior Court (Romero), 917 P.2d 628 (Cal. 1996).

חמקמקים), וכאשר אלה היו השיקולים אשר הנחו את בית המשפט בקבלת ההחלטה בעניין כזה, ההחלטה בוטלה במסגרת ערעור⁹⁵.

בפסיקה הוכרו מספר שיקולים שיש לשקול כאשר דנים בשאלת ביטול אישום או המרתו, ובהם חומרת העברה ונסיבותיה, הנזק אשר נגרם כתוצאה מהעברה, חומר הראיות וקבילותו, הסיכוי שיייוסף חומר ראייתי נוסף לקראת המשפט, עברו של הנאשם, אורך תקופת מעצרו של הנאשם בגין המשפט, מטרות הטלת העונש על העבריין באותו מקרה, השלכותיו של הביטול על אמון הציבור במערכת השיפוטית ועל ביטחון הציבור אם הנאשם ישוחרר לדרכו בלא לעמוד לדין, התנהגות בלתי ראויה של אנשי חוק, גרימת דעה קדומה נגד הנאשם כתוצאה מחלוף הזמן, עמדת המתלונן או הקורבן כלפי הביטול וכל עובדה רלבנטית אחרת המלמדת שהרשעת הנאשם לא תשיג מטרה מועילה כלשהי⁹⁶.

אכן, אין ניתן למצוא אחידות בחקיקה ובהלכה הפסוקה בארצות הברית ברמה הפדראלית והמדינתית בנושא שבו אנו דנים. נראה כי הצורך ליתן בידי הערכאות השיפוטיות האמריקניות את הסמכות לבטל אישומים או להמיר אותם שלא מטעמים ראייתיים ובניגוד לעמדת התביעה איננו ממשי כלל ועיקר.

ההגנה המוענקת לחשוד או לנאשם בפלילים במערכת שיפוטית זו היא מקיפה, אינטנסיבית וקפדנית ביותר. מגילת הזכויות מבטיחה לחשוד ולנאשם בפלילים את החירות מפני חיפושים בלתי חוקיים החודרים לפרטיות (התיקון הרביעי), את הזכות להליך משפטי הוגן, המונעת חשש של "סיכון כפול", את הזכות להימנע מהפללה עצמית (התיקון החמישי), את הזכות למשפט מהיר ופומבי בפני חבר מושבעים בלתי משוחד, את הזכות לדעת במה הוא מואשם, להתעמת עם העדים נגדו ולהיות מיוצג על ידי עורך דין לפי בחירתו (התיקון השישי). מגילת הזכויות גם אוסרת הטלת עונשים אכזריים או בלתי רגילים (התיקון השביעי).

הסנקציות נגד הרשות במקרה של פגיעה בחירויות האמורות היא, ככלל, מוחלטת - פסילה טוטלית של ראייה אשר הושגה תוך הפרה של התיקון הרביעי, ואף של כל ראייה אשר הושגה כפועל יוצא של ראייה שכזו, פסילת הודיה שניתנה כאשר

⁹⁵ People v. Kessel, 132 Cal. Rptr. 126 (1976)

⁹⁶ State v. Sauve, 666 A.2d 1164 (Vt. 1995)

נפגעה בדרך כלשהי הזכות מפני הפללה עצמית (כגון כאשר אדם לא הועמד על זכויותיו טרם גביית הודאתו, או לא הותר לו להיוועץ בעורך דין אף שביקש זאת), ואף כל ראייה אשר נולדה כתוצאה מהודיה זו. גם פגמים פרוצדורליים בהליך גופו יביאו לעתים קרובות לקביעה כי המשפט פגום, ויגררו את ביטולו. בנסיבות אלה הוספה של סמכות חקוקה מפורשת לבית המשפט להורות על ביטול המשפט או על המרת האישום נראית מיותרת. עם זאת, כפי שניתן היה לראות לעיל, במספר לא מבוטל של מדינות הוקנתה סמכות כאמור במפורש, ואף נקבעו כללים מנחים לגבי דרך הפעלתה. מן המקובץ ניתן, על כל פנים, ללמוד כי הדין האמריקני אינו פוסל את האפשרות שבידי בית המשפט תונח הסמכות להתערב בתוכנו של כתב האישום.

נעבור לבחון את הדין במדינות שבהן נקוטה השיטה האינקוויזיטורית.

ד. צרפת

קוד הפרוצדורה הפלילית הצרפתי (Code de Procedure Penale) חולש על הוראות הפרוצדורה החלות בבתי המשפט הפליליים בצרפת. על פי הדין הצרפתי, לאחר החקירה המשטרתית מתמנה שופט חוקר כדי להמשיך ולחקור עניינים אשר נחקרו קודם לכן על ידי המשטרה, ובלבד שהתיק הועבר לטיפולו על ידי התובע הכללי, או הקורבן (או בני משפחתו) ביקשו שתיערך חקירה. השופט החוקר נהנה מכוחות שיפוטיים (סמכות מעצר, סמכות להוציא צווי חיפוש, סמכות לזמן עדים וכיוצא באלה) ומכוחות חקירתיים (חקירת עדים, עריכת מסדרי זיהוי וכדומה) כאחד. בידי התובע נתון שיקול דעת רחב בכל הנוגע לשאלה אם לפתוח הליך פלילי אם לאו, אך בידי בית המשפט קיים שיקול דעת רחב בשאלה באיזה סעיף אישום ראוי להרשיע את הנאשם⁹⁷.

Jean Pradel, *France*, in CRIMINAL PROCEDURE SYSTEMS IN THE EUROPEAN COMMUNITY 105 97
(Christine Van den Wyngaert ed., 1993).

ה. גרמניה

על פי כללי הפרוצדורה החלים במשפט הגרמני⁹⁸, בית המשפט הוא המחליט אם לפתוח בהליך פלילי נגד הנאשם אם לאו. בידי בית המשפט נתונה הסמכות לפתוח משפט על פי כתב האישום אשר הוצע על ידי התובע או על פי כתב אישום חלופי, אשר עבר שינויים שהכניס בית המשפט. התובע רשאי לערער על החלטת בית המשפט להימנע מהגשת כתב אישום או לשנותו בדרך אשר איננה מקובלת עליו.

יוצא, אפוא, שבמדינות שבהן נהוגה שיטת המשפט האינקוויזיטורית, השיטה עצמה נותנת בידי בתי המשפט סמכויות רחבות הן בכל הנוגע לשאלה אם להגיש אישום נגד אדם, והן בנוגע לשאלה איזו צורה ילבש האישום.

4. בחינה ביקורתית של פסיקת בתי המשפט ובתי הדין בסוגיה העומדת על המדוכה

א. פסיקת בית המשפט העליון

בפני בית המשפט העליון עלו במהלך השנים טענות מצדם של נאשמים אשר קראו להתערבות המערכת השיפוטית בשיקול דעתה של התביעה בכל הנוגע לסעיף האישום שראוי היה לייחס להם מלכתחילה, או להרשעתם בעבירה חלופית, קלה יותר, אף שעבירה חמורה יותר אשר נכללה בכתב האישום המקורי, הוכחה. ככלל, בעבר לא נטה בית המשפט העליון להיעתר לבקשות אלו תוך שהוא דבק בעיקרון ריבונות התביעה על כתב האישום המוגש על ידיה.

כך, במסגרת עניין מיכאלי קבע רוב השופטים כי אם הוכחו יסודות של שתי עבירות אשר אותן ניתן לייחס למעשה שביצע הנאשם (סחיטה בכוח או תקיפה בנסיבות מחמירות), הבחירה ביניהן תהא נתונה בידי התביעה, ובית המשפט לא יתערב בבחירה זו⁹⁹.

Hans-Heiner Kühne, *Germany*, in CRIMINAL PROCEDURE SYSTEMS IN THE EUROPEAN 98
COMMUNITY, *supra* note 13797, at 13797.

99 ע"פ 836/79 מיכאלי נ' מדינת ישראל, פ"ד (4) 800.

מטבע הדברים, לא נדונה באופן חזיתי הסוגייה שבה אנו דנים כאן, קיום סמכות בידי בית המשפט, אך מרוח פסק הדין ניתן ללמוד כי המגמה היא להימנע מהפעלת סמכות שכזו גם אם היא קיימת.

במסגרת עניין מירון הלין העותר על כי בית הדין הצבאי לא הפעיל את סמכויותיו לפי סעיפים 353(א) ו-378 לחש"ץ, ולא החליף את סעיפי האישום מחוק העונשין אשר יוחסו לעותר בכתב האישום, בסעיף המקביל הקיים בחוק השיפוט הצבאי, בפרט כאשר, בניגוד לנוהגה, בחרה התביעה הצבאית בסעיפים מחוק העונשין דווקא על מנת שהעברות לא יתיישנו, וכך ביקשה להבטיח כי הנאשם אכן יידון בפני ערכאה צבאית, ולא בפני ערכאה אזרחית מקבילה.

בית המשפט העליון קבע כי בידי התביעה הצבאית נתון שיקול דעת בלתי מוגבל איך לנסח את כתב האישום, תוך הישענות על סעיף המגדיר עברה צבאית או על הוראת עונשין כללית. יתר על כן, בית המשפט דן בבחירת התביעה בעברה אשר בצדה תקופת התיישנות ארוכה יותר, וקבע כי אין בעובדה שניסוח האישום בדרך אחרת היה מביא לתוצאה מקלה יותר מבחינת הנאשם, כדי להשפיע על תקפותו של כתב האישום, וכי הבחירה בעניינים אלה מסורה, כאמור לעיל, לתביעה הצבאית¹⁰⁰.
אכן, דומה שבפרשת מירון הייתה התייחסות מסוימת לנושא הנדון ואף הכרעה כי בית המשפט לא יחליף את שיקול דעתה של התביעה בשיקול דעתו שלו. המדובר היה בדיון בבית המשפט העליון במסגרת עתירה לבג"ץ, כך שאין ספק שאילו היה נקבע שם שהתביעה פעלה תוך הפרת חובותיה כרשות מנהלית (כגון חוסר סבירות מהותית), היה בית המשפט רשאי להתערב בשיקול דעתה ולהוציא צו המחייב אותה לשנות את סעיף האישום. עם זאת, בפרשת מירון לא ניתנה הכרעה עקרונית בשאלה אם מוסמך בית המשפט כערכאה דיונית להמיר סעיף אישום כאשר בא לדעה כי התביעה פעלה בחוסר הגינות או תוך פגיעה בזכות יסודית של הנאשם. יש לזכור גם כי פרשת מירון נדונה בשנת 1980, לפני חקיקת חוק היסוד, על השלכותיו מרחיקות הלכת, וטרם שדוקטרינת ההגנה מן הצדק נקלטה לתוך שיטת משפטנו.

100 עניין מירון, לעיל הערה 1.

סוגיית סמכות בית משפט להפעיל שיקול דעת לגבי סעיף האישום שבו ראוי להרשיע נאשם, באה בעבר בפני בית המשפט העליון במסגרת עניין אפרתי¹⁰¹. העמדה אשר הובעה על ידי השופטת ש' ולנשטיין, הייתה כי בית המשפט משולל סמכות לעשות כן¹⁰². נביא להלן את עיקרי הנמקתה:

כידוע, הרי לפי סעיף 11 ל[חסד"פ], המאשים במשפט פלילי הוא המדינה, המיוצגת על-ידי היועץ המשפטי לממשלה ועושי דברו, הנזכרים בסעיף 12(א) לאותו חוק. נובע מכך, כי הסמכות ושיקול הדעת לעניין הגדרת האישום נתונים בידי נציגי המדינה הנ"ל.

סעיף 184 ל[חסד"פ] דן בסמכותו של בית המשפט להרשיע בעבירה אחרת מזו שבכתב האישום, כאשר עבירה כזאת מתגלה מן העובדות שהוכחו לפניו, וזאת בשני תנאים: שניתנה לנאשם אפשרות סבירה להתגונן, וכי העונש בגין העבירה החלופית אינו חמור מזה שניתן להטיל בגין האישום המקורי. סעיף 185 שם מורה על הדרך שעל בית-משפט השלום, לנקוט כאשר מתגלה מהעובדות שהוכחו בפניו עבירה חמורה מזו שבאישום המקורי.

אין ב[חסד"פ] הוראה המסמיכה את בית-משפט השלום להרשיע בעבירה קלה יותר מזו שבאישום המקורי, כאשר העובדות שהוכחו לפניו מספיקות כדי הרשעה על-פי כתב האישום שלפניו.

כאשר, כמו במקרה שלפנינו, העובדות שהוכחו כוללות את כל האלמנטים של העבירה החמורה שהובאה בכתב האישום המקורי (אלמנטים הכוללים את אלה של עבירה קלה ממנה), הרי שאין זה מן הדין, שהשופט, שקבע עובדות שעל פיהן הוכחה העבירה החמורה יותר, יימנע מלהרשיע על-פי כתב האישום המקורי ובמקום זאת ירשיע בעבירה הקלה יותר, אשר העונש שלצדה הולם לדעתו את נסיבות המקרה.

101 ראו עניין אפרתי, לעיל הערה 1.

102 ראו גם בג"ץ 724/83 מדינת ישראל נ' שופט בית-משפט השלום בנתניה ואח', פ"ד לח(3) 701; עניין מירון, לעיל הערה 1; עניין מיכאלי, לעיל הערה 99. בכל אלה נקבע כי על בית המשפט לכבד את שיקול דעתה של התביעה כשבחרה לייחס לנאשם אחד משני סעיפי עברה המתאימים לעובדות המקרה.

את השיקולים להקלה בעונש על בית המשפט לבטא
בגזר הדין, ואין הם מהווים עילה להרשעה בעבירה קלה
מזו שהוכחה לפניו על-פי כתב האישום המקורי...¹⁰³

יש להעיר מספר הערות בכל הנוגע להנמקה זו.

ראשית, פסק הדין האמור ניתן טרם חקיקתו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, אשר, כפי שהבהרנו לעיל, הוא בעל השלכה מרחיקת לכת על ענייננו הן מבחינה פרשנית והן מבחינה מהותית. דומה שהמהפכה החוקתית, לצד פועליה האחרים, עשויה גם עשויה להביא את בתי המשפט למסקנה אחרת הן לגבי מקור סמכותם והן לגבי הצורך בהתערבות כאשר נפגעה זכות יסוד המוגנת על פי חוק היסוד.

שנית, פסק הדין עוסק בסעיף 184 לחסד"פ דווקא, ולא באפשרות לעשות שימוש בסעיף 92 לחסד"פ, אשר עשוי להקים סמכות כאמור; על כל פנים, ספק אם לנוכח השוני הניסוחי בין הוראת החסד"פ לבין הוראת החש"ץ חלה ההלכה האמורה על בתי הדין הצבאיים. גם טעמים מהותיים, כגון העדר סמכות לבתי הדין הצבאיים להימנע כליל מהרשעה למרות הוכחת האישומים, עשויים להוביל לתוצאות פרשניות שונות בערכאות השונות.

שלישית, פסק דינו של בית המשפט העליון בעניין אפרתי ניתן טרם שנקלטה במשפטנו תורת ההגנה מן הצדק, אשר מהווה פריצת דרך חשובה בהגדרת היחסים בין הרשות התובעת לבין הרשות השופטת. גם תורה זו, הקרובה רעיונית לנושא הקניית סמכות המרת סעיפי אישום, עשויה להשליך על תקפות הלכת אפרתי.

ורביעית, הטעם אשר הביא את בית המשפט בערכאה הדיונית להמיר את סעיף האישום היה קונקרטי ולא עקרוני, בגדר דחיית מדיניות כללית של התביעה הכללית.

פסק דין נוסף אשר הולך בדרך אשר הותוותה בעניין אפרתי הוא פסק הדין בעניין פוקס. בעניין זה התבקש בית המשפט העליון על ידי "עותר ציבורי" להורות לתביעה (התובע הצבאי בשומרון) לבקש מבית המשפט הצבאי שכתב אישום אשר הוגש נגד נאשם בגין עבירה של ידוויי אבנים, יבוא לדין בפני הרכב של בית המשפט, ולא בפני מותב דן יחיד (המוגבל ברף הענישה העליון שהוא מוסמך להטיל על

103 עניין אפרתי, לעיל הערה 1, בע' 856-857 (תוך הפניה לעניין שופט בית-משפט השלום בנתניה, לעיל הערה 102).

נאשם). בית המשפט העליון, מפי הנשיא מ' שמגר, דחה את העתירה וחזר על העמדה כי

כמקובל עלינו, מסורה בחירת האישום ובחירתה של הערכאה השיפוטית בידי רשויות התביעה הכללית לסוגיהן, המופקדות על העניין, ובית-משפט זה יתערב בשיקול הדעת של הרשויות הללו אך ורק בנסיבות קיצוניות, שבהן גלוי וברור, שנפל משגה היורד לשורשו של עניין, או שנתגלה עיוות מהותי אחר הדורש את תיקונו. כזאת לא הוכח כאן לדעתנו.

אין בכך, כמובן, כדי לגרוע מסמכותו של בית המשפט על-פי ההוראות הדיוניות הרלוואנטיות, אם יש ביניהן כאלה, הנוגעות לשאלת קביעתו של האישום על-פי חומר הראיות.¹⁰⁴

דומה שחלק מההערות אשר הובאו לעיל בכל הנוגע לפסק הדין בעניין אפרתי, רלוונטיות גם לפסק הדין בעניין פוקס. גם פסק דין זה ניתן טרם חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו; שנית, הוא דן בעתירה המוגשת על ידי עותר שהוא זר להליך, ולא על ידי נאשם המלין על פגיעה בזכות חוקית שלו; ושלישית, אין הוא דן כלל ועיקר בסמכותו של בית משפט שלדיון להתערב במקרים המתאימים בשיקול דעתה של התביעה כאשר סבר שנעשה עוול לנאשם.

הנשיא שמגר דן במסגרת עניין לחמני, בעקיפין אמנם, בסוגייה שבה אנו עוסקים. הנאשם שם ביקש רשות לערער על פסק דין, בין השאר, בהסתמך על כך שבית המשפט שינה מיוזמתו את סעיף האישום מפשע לעוון. הסניגור טען כי בית המשפט לא היה מוסמך לעשות כן, ותגובת הנשיא שמגר הייתה כדלקמן:

טענה זו אינה מבוססת. סעיף 184 ל[חסד"פ], מעניק לבית המשפט את הסמכות להרשיע בעבירה אחרת, קלה יותר, העולה מן העובדות שהוכחו. הודיה בעובדות דינה, כמובן, כהוכחת עובדה.

מאחר שהמבקש הודה בעובדות, אינה מתעוררת כלל שאלת ההזדמנות הסבירה להתגונן, שהרי המבקש הודה

104 בג"ץ 372/88 פוקס נ' הפרקליט הצבאי הראשי ואח', פ"ד מב(3) 154, 155.

בעובדות גם כשנשאו כותרת חמורה יותר מבחינת האישום; על אחת כמה וכמה רשאי היה בית המשפט, לפי האמור בסעיף 184 הנ"ל, להקל עמו ולהחליט שהעובדות מכסות רק אישום קל יותר. בית המשפט אכן פעל כאן בגדר "את פתח לו", היינו החליט מיוזמתו להמיר את האישום לקל יותר, ובכך אין לגלות פגם.¹⁰⁵

מובן, שההסתמכות על פסק הדין בעניין לחמני היא "בעירבון מוגבל" בלבד באשר מדובר בהחלטה שניתנה בבקשת הנאשם להתיר לו לערער על פסק דין שבו המיר בית המשפט את סעיף האישום בסעיף קל יותר, ואילו התביעה לא ערערה על פעולה זו; יותר מכך, מניסוחו של פסק הדין כי בית המשפט סבר ש"העובדות מכסות רק אישום קל יותר", ניתן גם ניתן להסיק שהכוונה לסיטואציה ה"רגילה", שבה בית המשפט מזכה מאחר שהוא סבור שבמישור העובדתי או המשפטי לא הוכחו יסודות העברה שבה הואשם הנאשם מלכתחילה, ולא בסיטואציה ה"ייחודית", שבה מוצא בית המשפט להמיר את האישום, אף שהוכחו יסודות העברה המקורית. כעשר שנים לאחר שנדונה פרשת אפרתי, באה בפני בית המשפט העליון בשבתו כבג"ץ עתירה לביטול כתב אישום או חלקים ממנו לנוכח פעולה בלתי הגונה של מערכת המשטרה והפרקליטות הצבאית בעניין בר טוב. העתירה נדחתה, אך הנשיא ברק העיר דברים המרמזים כי דעתו נוטה לכך שקיימת סמכות בידי בית המשפט להתערב בצורתו של כתב האישום על בסיס החשש שלא יוכל להעניק לנאשם משפט הוגן:

אכן, נראה כי לבית המשפט שיקול דעת לבטל כתב אישום או חלקים ממנו, משראה שאין באפשרותו להעניק לנאשם משפט הוגן או שיש בניהול המשפט משום פגיעה בחוש הצדק וההגינות כפי שבית המשפט רואה אותו. ... זוהי גם בקשתו של העותר, אולם מקומה במסגרת הדין בטענות המקדמיות המועלות בפתירת המשפט.¹⁰⁶

105 רע"פ 1501/92 לחמני (נחמי) נ' מדינת ישראל, פ"ד מו(2) 644, 649 (להלן: עניין לחמני).

106 עניין בר טוב, לעיל הערה 42 (ההדגשה הוספה).

ב. פסיקת בית הדין הצבאי לערעורים

פרשת אטרדגי

1. העובדות

סמל אטרדגי הועמד לדין בגין עבירה של היעדר מן השירות שלא ברשות, בניגוד לסעיף 94 לחש"ץ, בגין היעדרות משירות מילואים ובעבירה של התנהגות שאינה הולמת, לפי סעיף 130 לחש"ץ, הנגזרת ממנה.

העובדות אשר עמדו בבסיס כתב האישום לא היו במחלוקת - הוסכם כי צו קריאה לשירות מילואים פעיל נשלח אל כתובת הוריו של הנאשם, היא כתובתו הידועה לשלטונות הצבא, אשר מעולם לא שונתה על ידי הנאשם ברישומי הצבא. הנאשם ביקש מבית הדין לזכותו מהאשמה לפי סעיף 94 לחש"ץ, בין היתר, מהטעם "שאינן מקום לרישום פלילי, מסיבה אחת שקשורה לאופיו הטוב ותרומתו לחברה", ולהמיר אותו בסעיף אחר אשר הרשעה בו איננה גוררת אחריה רישום פלילי. נקבע בבית הדין כי הנאשם נישא בחו"ל לאישה נוצרייה ילידת דנמרק, והוריו, אשר לא השלימו עם נישואיו אלה, ניתקו מגע עמו. נתק זה שרר בינו לבין בני משפחתו גם בעת שנשלחו הצווים האמורים. לנאשם נודע לראשונה שהוא עריק כשפגש אנשי משטרה צבאית לאחר שזומן למשטרת רמלה. הנאשם טען כי אילו ידע על צו המילואים, היה מתייצב. עוד נקבע כי הנאשם עסק בפעילות קהילתית והתנדבותית מגוונת: הוא החל לעבוד בהוסטל לנוער עבריין ושימש כמנהל המוסיקלי של התיאטרון באשקלון. גם כיום פועל המשיב ביחידה השיקומית של בית החולים לחולי נפש בבאר יעקב, מלמד מוסיקה בבית הספר בקיבוץ עינת ועובד ביחידה לקידום נוער בחולון ובאור יהודה, בשילוב של מוסיקה ותיאטרון.

בית הדין של הערכאה הראשונה סבר בדעת רוב שאכן היה מקום להימנע מהעמדתו של הנאשם לדין בעבירה הגוררת אחריה רישום פלילי, וכי סעיף 378 לחש"ץ מקנה לו סמכות לעשות כן. שופט המיעוט סבר שאין בית הדין רשאי לשים עצמו בנעלי התביעה הצבאית ולהימנע מלהרשיע נאשם בעבירה שכל יסודותיה הוכחו בפניו, ושאינן זה מסמכותו של בית הדין לתקן את כתב האישום ולהמיר עבירה אחת ברעותה מבלי שנתבקש לעשות כן על ידי נציגי התביעה.

בית הדין הצבאי לערעורים קבע בפסק דין מפורט, מעמיק ומנומק כי ההסדר הנהוג בבתי הדין הצבאיים צריך להיות זהה לזה הנהוג בערכאות האזרחיות המקבילות. הוא קיבל את העמדה כי סעיף 378 לחש"ץ איננו שולל את האפשרות להכיר בסמכותו של בית דין צבאי להמיר סעיפי אישום מטעמים של צדק. תכלית החוק מביאה את בית הדין לדעה כי עמדת המחוקק המשתקפת מדברי החקיקה השונים היא כי כתב האישום נשלט על ידי התביעה, ואילו מעורבותו של בית המשפט בכגון דא מוגבלת ומצומצמת היא עד מאד. הוא קובע עוד כי נדרשת הוראה מפורשת של המחוקק על מנת להקנות לבית המשפט (או לבית הדין) סמכות לתקן או לשנות את כתב האישום, ומציין כי אינו סבור כי יש ליתן בידי הערכאה השיפוטית סמכות מעין זו בדרך של פרשנות מרחיבה.

בית הדין מאזכר שורה של פסקי דין שבהם התייחס בית המשפט העליון למעמדה של התביעה הכללית ולסמכויותיה בהקשר לניהול ההליך הפלילי, ומגיע למסקנה כי פסיקת בית המשפט העליון קבעה כי התביעה (הכללית והצבאית כאחת) היא שרשאית לבחור את סעיף האישום אשר בו יואשם נאשם המובא לדין בפלילים, וכי שיקול דעת זה הוא כמעט בלתי מוגבל. מוסיף בית הדין ולמד מהפסיקה כי בחינת סבירות שיקוליו של התובע תיעשה בדרך כלל על ידי בית המשפט הגבוה לצדק, ולא על ידי הערכאה הדיונית.

בית הדין מוצא בעניין זה כי מתוך בחינת החקיקה בכללותה ניתן להסיק כי המחוקק לא התכוון להקנות לבית המשפט (או לבית הדין) סמכות לשנות את כתב האישום או לתקן אותו בדרך של החלפת סעיף אישום חמור בסעיף קל הימנו שלא לבקשת התביעה או בהסכמתה שעה שבידי התביעה ראיות להוכחת סעיף האישום המקורי מעבר לספק סביר. בשלב הכרעת הדין תהא הערכאה השיפוטית מחויבת להרשיע נאשם בעברה המיוחסת לו אם הוכחו כדבעי כל יסודותיה.

בית הדין מתייחס גם להיסטוריה החקיקתית של החש"ץ ככלי עזר פרשני ומגיע למסקנה כי אף היא תומכת בגישתו.

הוא שואב תמיכה גם מעמדות מלומדים, ובכלל זה אזכר את האמור בספרם של שלגי וכהן כי "ראוי שבית המשפט יכבד את [בחירת סעיף האישום על ידי

התביעה], שכן פעלה בגדר שיקול דעתה¹⁰⁷. עוד אוזכרו דבריה של פרופ' ר' גביון בהתייחסה לדין המצוי (להבדיל מהדין הרצוי)¹⁰⁸. מובאים גם דבריו של המלומד קדמי, אשר מתייחס בספרו לסמכותו של בית המשפט להרשיע בעברה אחרת, אך בסיכום ההלכה אינו מאזכר אפשרות כי בית המשפט ירשיע נאשם בעברה קלה מזו שיוחסה לו בכתב האישום, כאשר העברה שבה הואשם מלכתחילה, הוכחה מעבר לספק סביר. בית הדין מביא את דבריו של קדמי כי "ככלל, בית-המשפט מכבד את בחירת התביעה בכל הנוגע ל[האשמה], ואינו מוסיף [לה] - ובוודאי שלא תוספת מחמירה - מיוזמתו"¹⁰⁹. בית הדין מסכם כי בספרות המשפטית אין לסעיפים 92-1841 לחסד"פ פירוש שונה מזה שניתן על ידי בית המשפט העליון.

בית הדין הצבאי לערעורים בוחן אף עקרונות יסוד של השיטה: עיקרון הפרדת הרשויות, שיטת המשפט האדוורסרית הנהוגה אצלנו והעקרונות הגלומים בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, אשר עיגן את זכותו של נאשם למשפט הוגן. בעניין זה מציין בית הדין כי לא מצא כל זכות המקנה לבית המשפט סמכות להחליף כתב האישום או לתקן אותו בהתבסס על הטענה כי ראוי וצודק לייחס לנאשם אשמה אחרת. לגישתו של בית הדין, האיזון החוקתי אינו מחייב לפרש את סעיפי החוק הרלבנטיים בשונה מהפירוש שניתן על ידיו.

חיזוק לדעתו מוצא בית הדין לאחר עיון במשפט המשווה.

מכאן עבר בית הדין לדון במקורות משפטיים אחרים שעשויים להקים את הסמכות הנדונה, דוקטרינת ההגנה מן הצדק והגנת זוטי דברים.

לאחר אזכור פסיקת בית המשפט העליון בפרשת הבנקאים¹¹⁰ ופסיקת בית הדין לערעורים שניתנה בעקבותיו, התייחס בית הדין למאמרו של אסף פורת, "הגנה מן הצדק בעידן החוקתי"¹¹¹. במאמר זה מצוינים שלושת ערוצים שונים להפעלת דוקטרינת ההגנה מן הצדק שהוכרו בפסיקת בתי המשפט בישראל, באנגליה ובארצות הברית:

107 שלגי וכהן לעיל הערה 29, בע' 403.

108 ר' גביון שיקול-דעת מינהלי באכיפת החוק: הסמכות לעכב הליכים פליליים ולחדשם (תשנ"א) - 275-274.

109 קדמי, לעיל הערה 70, בע' 930.

110 לעיל הערה 42.

111 קרית המשפט א (התשס"א) 381.

א. הגנה מן הצדק מטעם של השתק פלילי (estoppel) - לערוץ זה שלושה היבטים: דוקטרינת "הפח היקוש" (entrapment), דוקטרינת ההתנהגות הבלתי נסבלת של הרשות (outrageous conduct), ודוקטרינת ההסתמכות (reliance).

ב. הגנה מן הצדק בשל שיקולים של צדק (abuse of process) - לפי ערוץ זה, הגנה מן הצדק תקום כאשר נמצא ליקוי בפעולת התביעה, ובכלל זה נבחנת שאלת תום לבה של התביעה בהגשת האישום (למשל אכיפה סלקטיבית או אפליה בהעמדה לדין), או כאשר הייתה פגיעה פרוצדורלית בנאשם, כמו עיכובים בלתי סבירים בפתיחת ההליך הפלילי או התמשכות קיצונית של ההליכים המשפטיים.

ג. הגנה מן הצדק בשל העמדת הנאשם ב"סיכון כפול" (double jeopardy) - ערוץ זה כולל, בין היתר, טענות בדבר שפיטה על ידי התקשורת או על ידי טריבונלים שיפוטיים ומעין-שיפוטיים¹¹².

בית הדין מציין כי אם מתקבלת טענה שעניינה הגנה מן הצדק, מתבטל כתב האישום. הוא שואל את עצמו האם ניתן לבטל מכוח הגנה זו חלק מסעיפי האישום הכלולים בכתב אישום שבו מספר פרטים. אפשר לומר כי צעד קיצוני כל כך כמו ביטול אשמה פלילית ייעשה רק כאשר כל כתב האישום נגוע בחוסר צדק או בחוסר הגינות קיצוני של הרשות, ולכן ספק אם בית המשפט יזקק לטענה כה חריגה וקיצונית במהותה כאשר מדובר בהשגה על פרט אישום אחד בלבד. הספקות מתגברים כאשר בית המשפט מתבקש לתקן סעיף אישום או להחליפו באחר. בית הדין ציין כי על פני הדברים נראה שהשימוש בדוקטרינת ההגנה מן הצדק למטרה זו מוטל בספק, אך הותיר את השאלות בצריך עיון.

בית הדין גם בחן את תחולת הגנת "זוטי הדברים" על עניינו של המערער ומצא כי עברת העדר מן השירות אינה עברה קלת ערך גם אם היא מתבססת על חוקה שבדין.

2. בחינה ביקורתית של פסק הדין

זו השעה להעמיד את ממצאיו של בית הדין לערעורים במבחן הביקורת המשפטית.

112 שם, בע' 393-408.

הנתיב אשר בו בחר בית הדין לפסוע, ושעליו עמדנו בהרחבה לעיל, הוביל אותו לקבוע כי יש לפרש את סעיף 378 לחש"ץ (ואת מקבילו בחסד"פ) באורח מצומצם, דהיינו בית הדין אינו מוסמך לשנות סעיף אישום אם הוכחו יסודותיו העובדתיים. רוב קביעותיו של בית הדין, ובכלל זה המשעול המשפטי שבו הלך, נראים לנו נכונים וראויים. אלא שהאיזון שערך בית הדין הצבאי לערעורים בפסק דינו במספר עניינים, נראה לי שגוי, וכפועל יוצא הגעתי לממצאים משפטיים שונים.

א. הערות כלליות

טענות בדבר הפליית הנאשם לרעה על ידי התביעה ביחס לנאשמים אחרים באותה פרשה או בעניינים דומים וטענות אחרות המכתימות את פעולת התביעה בפגם מנהלי חמור, כגון שרירות לב, חוסר תום לב, שיקולים זרים או מטרות, עשויות, לטעמי, להצדיק במקרים המתאימים את המרת סעיף האישום. נראית לי נכונה עמדת בית הדין לערעורים בדבר שאיפה להרמוניה בין המצב המשפטי בערכאות אזרחיות ובין המצב בערכאות צבאיות. אמנם בית הדין הצבאי איננו מוסמך להטיל עונשים בלא הרשעה כפי שרשאי לעשות בית משפט פלילי "רגיל", אך דבר זה כשלעצמו איננו מצדיק יצירת פער חוקי כה רחב בין הערכאות השיפוטיות השונות.

ב. פרשנות סעיף 378

בית הדין מכיר בכך שסעיף 378 מנוסח באורח העשוי לסבול את שתי הפרשנויות. עם זאת, הוא מבקש ללמוד מהוראות דברי החקיקה בכללם (החסד"פ והחש"ץ) על פרשנותו של הסעיף. לדעתנו, בחינה כוללת זו איננה תומכת בגישה המצרה דווקא.

העובדה כי התביעה, והיא בלבד, מוסמכת לפתוח בהליך המשפטי, אין בה כדי ללמד דבר וחצי דבר על היקף סמכותו של בית הדין לבקר את פעולותיה. אכן, לכל רשות מנהלית מוקנות סמכויות; כל עוד פעלה בגדרן של ד' אמות סמכותה בתום לב, בלא לשקול שיקולים זרים ולא על מנת לחתור להשגת מטרות זרות ביישום סמכות זו, אין איש רשאי להתערב בהחלטותיה. עם זאת, והדבר מקובל גם על בית הדין הצבאי לערעורים, כאשר סתה התביעה מהכללים אשר גובשו במשפט

המנהלי, היא תהא חשופה לביקורת שיפוטית בפעולותיה, ובית משפט מוסמך יהיה רשאי לצוות עליה לפעול אחרת.

לפיכך השאלה היחידה העומדת על הפרק היא האם בית המשפט הדין בדבר יורשה לשנות מהוראות התביעה, או שמא עליו להפנות את הנאשם אל בית המשפט העליון בשבתו כבג"ץ אף שסבר שנפל פגם חמור בפעולת התביעה.

דומה שבית הדין לערעורים מבקש בעניין זה לסמוך על התביעה כי תדע להיות קשובה לרחשי לבו של בית הדין ולהתייחס במלוא כובד המשקל להמלצותיו¹¹³. הנחה זו מופרכת לעתים מזומנות במקומותינו. חיזיון נפרץ הוא כי בית הדין מציע לתביעה לשנות מגישתה באשר לסעיף האישום הנכלל בכתב האישום הנדון בפניו, הן מפאת טעמים של צדק והגינות והן מטעמים ראיתיים, ואילו התביעה דוחה אחר כבוד הצעה זו ומותירה את כתב האישום על כנו. לא למותר לציין כי בפרשת אטדגני עצמה המליץ בית הדין לתביעה להמיר את סעיף האישום בסעיף אשר איננו נושא אחריו כתם פלילי, וחרף זאת עמדה התביעה במריה. הדבר אף בא לביטוי מפורש פה אחד בפסק דינו של בית הדין המחוזי. בית הדין מתח ביקורת על התביעה בעניין זה וציין כי לא הייתה זו הפעם הראשונה שבה המלצותיו של בית הדין לשינוי סעיף האישום הושבו ריקם. האם בנסיבות אלו ראוי הוא שההלכה הפסוקה תשים יתרה על רצונה הטוב של התביעה ועל היענותה להמלצות בית הדין? אתמהא.

על כל פנים, לא מצאתי בשורת האסמכתאות אשר אוזכרו על ידי בית הדין לערעורים, ולו אחת אשר מלמדת כי דווקא בג"ץ, והוא בלבד, יהיה מורשה להתערב בשיקול דעתה של התביעה.

לא מצאתי גם אסמכתא לכך שעל מנת להקנות סמכות שכזו לערכאה הדיונית "נדרשת הוראה מפורשת" של המחוקק. בית הדין לערעורים מציין כי "אין חולק" על כך¹¹⁴. עם כל הכבוד, דעתי היא כי הקניית סמכות הבאה להגן על זכויות יסוד לערכאה שיפוטית איננה חייבת להיעשות בצורה מפורשת. סמכות כזו¹¹⁵ נובעת מחוק היסוד וגלומה בו, והיא מקרינה על כל החקיקה, אשר מתפרשת לאורו.

113 וראו בעניין זה דבריו המפורשים בעו"מ 54/01 / התובע הצבאי הראשי נ' טור' דנוך (טרם פורסם).

114 עניין אטדגני, לעיל הערה 2, בפסקה 13.

115 בדומה לסמכות להצהיר על בטלות דבר חקיקה של הכנסת. ראו ע"א 6821/93, רע"א 1908/94, 3363 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי ואח'; גבעת יואב - מושב עובדים להתיישבות

ניסיונו של בית הדין לערעורים לשאוב תמיכה לגישתו מהשוני הלשוני בין הוראת סעיף 125 לחוקת השיפוט הצבאי לבין הוראת סעיף 378 לחש"פ אינו נראה לי. ספק גדול בעיניי אם בהחלפת המילים, "באופן שיראה לצורך", במילים, "כפי שימצא למתאים", התכוון המחוקק לצמצם במשהו את סמכותו של בית הדין. המונח, "כפי שימצא למתאים", הוא רחב דיו כדי לכלול את דרך הפירוש המרחיבה. גם אם שיקולי ה"צדק" הערטילאיים אינם עוד יכולים להוות עילה בלעדית להמרת סעיף אישום, עילה שבדין, כגון פגם חמור שנפל בפעולת התביעה, עשויה גם עשויה להצדיק זאת.

דומה שגם הניסיון ללמוד מההיסטוריה החקיקתית של סעיף 92 לחסד"פ איננו מעלה דבר. מובן וברור כי דברי ההסבר והפסיקה התמקדו במצב שבו מבקש בית הדין להמיר סעיף אישום כאשר לא הוכחו היסודות העובדתיים של סעיף האישום הראשי. העדר "כל אזכור, ולו ברמז, לאפשרות כי בית המשפט ירשיע ביוזמתו בעבירה קלה יותר, משהוכחה העבירה המקורית"¹¹, כלשון בית הדין לערעורים, איננו מלמד, לטעמי, על שלילת הסמכות דווקא. יותר מכך, יש להעדיף פרשנות הוראת חוק באופן העולה בקנה אחד עם כיבוד זכויות האדם, ולא עם קיפוחן, גם אם מלכתחילה לא התכוון המחוקק להקנות סמכות זו לבית הדין.

בית הדין הצבאי לערעורים הכיר בכך שלא הועלתה בפני בית המשפט העליון טענה מפורשת ומנומקת בדבר סמכותו של בית משפט לתקן כתב אישום מטעמים של צדק או להרשיע בעברה אחרת מטעמים שכאלה. בכך יש חיזוק לגישתנו זו. יותר מכך, גם אם נראה את פסק הדין בעניין אפרתי¹¹ כקובע את ההלכה בסוגיה שבה עסקינן, ייתכן גם ייתכן שחוק היסוד מתווה דרך פרשנית שונה, שכן הוא נחקק ונכנס לתוקפו לאחר מתן פסק הדין האמור. אין גם, לטעמי, להתעלם כלל ועיקר מהשלכותיו של פסק הדין בעניין לחמני. הנשיא שמגר מציין שם במפורש כי הנאשם "הודה בעובדות גם כשנשאו כותרת חמורה יותר מבחינת האישום", וכי

חקלאית שיתופית ואח' נ' שירותי אשראי מסחרי (ישראל) בע"מ ואח'; ד' נחמיאס ואח' נ' כפר ביאליק
כפר שיתופי בע"מ, פ"ד מט(4) 221.

116 עניין אטדגי, לעיל הערה 2, בפסקה 14.

117 לעיל הערה 1.

לפיכך רשאי היה בית המשפט "מיוזמתו להמיר את האישום לקל יותר"¹¹⁸. בדברים אלה ניתן לראות משקל נגד להלכת אפרתי. ספק אם יש בדברי המלומדים המובאים בפסק דינו של בית הדין הצבאי לערעורים, כדי לתמוך תמיכה של ממש בגישתו. כך, למשל, הדברים האמורים בספרם של שלגי וכהן¹¹⁹, מבוססים על פסק הדין בעניין אפרתי; אין בהם כל התייחסות להשלכות חוק היסוד על הסוגיה. פרופ' ר' גביון אכן מציינת כי במסגרת סמכותו של בית המשפט ניתן להרשיע בעבירה חמורה פחות מזו שהובאו ראיות אודותיה¹²⁰, אך אין מדובר "[ב]מקרה בו לא הובאו די ראיות להרשעה בעבירה אחרת", כדברי בית הדין לערעורים¹²¹. דבריה אלה באים להשיב על השאלה "...אם בית המשפט רשאי שלא להרשיע אף אם יש די ראיות על-מנת להרשיע, ובאיזה שלב מותר לו לעשות זאת"¹²². גם דבריו של קדמי¹²³ אינם יכולים לתמוך בעמדת בית הדין הצבאי לערעורים. קדמי מצייין, והדבר צוטט בפסק דינו של בית הדין הצבאי לערעורים, כי, "ככלל", מכבד בית המשפט את בחירת התביעה ואינו מוסיף להאשמה, "ובוודאי שלא תוספת מחמירה". "ברם", מוסיף הוא, "הגישה המקובלת היא ש[בית המשפט] מוסמך להרשיע עפ"י העובדות שבכתב האישום גם בעבירות שלא צוינו בו"¹²⁴. מדברים אלה עולה כי קדמי מכיר בקיומה של אפשרות (יוצאת מן הכלל אמנם) כי בית המשפט יימנע מלכבד את בחירת התביעה לגבי סעיף האישום הנדון, והדבר נלמד מהסייג שאותו צירף השופט קדמי לדבריו "ובוודאי שלא תוספת מחמירה". שמע מיניה - **תוספת (או שינוי) מקל הוא בגדר סמכותו של בית המשפט**. כן דן הוא במקרה שבו "הוכחו במהלך הדיון עובדות שלא נטענו בכתב האישום, ויש בכוחן - כשלעצמן או יחד עם העובדות שנטענו בכתב האישום - לבסס הרשעה בעבירה "אחרת" מזו שצוינה בהוראות החיקוק (אם בנוסף לאותה עבירה ואם

118 עניין לחמני, לעיל הערה 105, בע' 649.

119 ראו לעיל, הכתוב ליד הערת שוליים 107.

120 גביון, לעיל הערה 108, בע' 275.

121 עניין אטדגני, לעיל הערה 2, בפסקה 14.

122 ראו גביון, לעיל הערה 108, בע' 274.

123 ראו לעיל, הכתוב ליד הערת שוליים 109.

124 ראו קדמי, לעיל הערה 70, בע' 930.

במקומה) - רשאי בית המשפט להרשיע בעבירה האחרת¹²⁵. ודוקו, המדובר בעבירה "אחרת", לאו דווקא עבירה חמורה יותר מזו שיוחסה לנאשם בכתב האישום.

ג. עקרונות היסוד של השיטה

עיקר ביקורתנו כלפי פסק דינו של בית הדין הצבאי לערעורים נוגעת לדרך שבה יישם את עקרונות היסוד של השיטה על הסוגייה. אנו סבורים כי עקרונות היסוד הישימים לצורך דיונו אינם רק עיקרון הפרדת הרשויות והשיטה האדוורסרית הנהוגה במשפט הישראלי, כפי שקבע בית הדין הצבאי לערעורים. האם עיקרון השוויון, כבוד האדם, וזכותו להליך הוגן אינם עקרונות יסוד של שיטתנו המשפטית הנוגעים במישרין לסמכותו של בית המשפט כערכאה דיונית להמיר סעיף אישום שבו דבקה התביעה? האם דינם של עקרונות יסוד אלו להידחות בכל מקרה ובכל מצב מפני עיקרון הפרדת הרשויות ותפיסתה האדוורסרית של שיטת המשפט הישראלית? טלו, לדוגמה, מקרה שבו ברור כי התביעה נהגה בנאשם שלא כראוי בהגשת כתב האישום בכך שמצאה להאשימו בפלילים בסעיף אישום חמור בגין פעולה אשר חלקה אושר על ידי רשות מוסמכת, וחלקה האחר מקים עבירה קלת ערך יותר. האם הזכות להליך הוגן, המופרת כאן, הזועקת לשמיים בדרישה לעריכת תיקון העוול על ידי המרת סעיף האישום, חייבת לסגת מפני עיקרון הפרדת הרשויות והשיטה האדוורסרית? טלו מקרה אחר, שבו תוך שקילת שיקולים זרים ופסולים (כגון ניסיון "לתפוס" את הנאשם בתחולת חוק השיפוט הצבאי למרות שהעבירה על פי לבושה המשפטי המקובל איננה מאפשרת זאת) התביעה מאשימה נאשם בעבירה חמורה (פשע) במקום בעבירה קלה יותר (עוון), תוך שהיא חורגת בעניין זה ממדיניותה המוצהרת. היעלה על הדעת שבמקרה שכזה עיקרון הפרדת הרשויות יגבר על זכותו של נאשם לכבוד, לחירות ולשוויון?

באיזון החוקתי המוכר בין אינטרסים חוקתיים מתנגשים לעיקרון הפרדת הרשויות ולמהותה של השיטה האדוורסרית יישמר משקל ראוי. אך איזון כשמו כן הוא. הוא איננו מסתפק בבחינת אינטרס אחד או שיקול אחד, חשוב ככל שיהיה. אל מולו יעמדו שיקולים ואינטרסים חשובים אחרים, ויהיו, מן הסתם, מקרים שבהם

125 שם, בע' 931 (ההדגשה הוספה).

תהיה ידו של אינטרס אחר על העליונה, והכול על פי אופי הפגיעה בכל אחד מהאינטרסים המתמודדים על הבכורה. עומד על כך השופט (כתוארו דאז) פרופ' ברק:

לעיקרון חברתי ... אין משקל "מוחלט". משקלו של עיקרון חברתי הוא לעולם יחסי. מעמדו של עקרון יסודי נקבע תמיד ביחס לערכים אחרים, שעמם עשוי הוא להתנגש. לא הרי משקלו של חופש הביטוי ביחס לחופש התנועה כהרי משקלו ביחס לטוהר השיפוט, ולא הרי שני אלה כהרי משקלו של חופש הביטוי ביחס לשם הטוב או לפרטיות, ולא הרי כל אלה כהרי משקלו של חופש הביטוי ביחס לאינטרס הציבורי בביטחון ובשלום...¹²⁶

"נוסחת האיזון" משקפת ערך יחסי זה. מכאן, שמספרן של נוסחות האיזון כמספרם של הערכים המתנגשים. אין לחפש נוסחת איזון אחת ויחידה, אשר תאזן בין כל הערכים האחרים.¹²⁷

על כל פנים, אינני סבור שעקרונות אלו, הפרדת הרשויות והשיטה האדוורסרית, מחייבים בכל מקרה דחייה של כל עיקרון חשוב אחר בלא התייחסות לעומק הפגיעה בכל אחד מאלה.

בית הדין הצבאי לערעורים מציין כי בשיטתנו המשפטית סעיפי הפרוצדורה הפלילית אשר מאפשרים מעורבות של בית המשפט, נועדו, בעיקרו של דבר, **למנוע שחרורו של נאשם ממתן הדין כשלא עלה בידי התביעה להוכיח את אשמתו כנטען בכתב האישום**, אך ניתן עדיין להרשיעו על פי חומר הראיות שהובאו במשפט, בעברה אחרת, ובלבד שניתנה לנאשם הזדמנות סבירה להתגונן מפני האשמה החדשה. עם עמדה זו, בכל הכבוד הראוי, איננו יכולים להסכים.

מעורבותו של בית משפט פלילי בהליך המתנהל בפניו נועדת בראש ובראשונה לקדם את סיכויו להצליח במשימתו שלו עצמו, והיא **להוציא את האמת לאור ולפסוק משפט צדק**. זה הטעם לכך שבית המשפט הפלילי מורשה לזכות נאשם מיזמתו אם לא הוכחה האשמה אף לכאורה בסיום פרשת התביעה (סעיף 158

126 בג"ץ 105/92 ראם מהנדסים קבלנים בע"מ נ' עיריית נצרת עילית ואח', פ"ד (5) 189, 205.

127 ברק פרשנות חוקתית, לעיל הערה 67, בע' 217.

לחסד"פ), להורות על הזמנת עד אפילו כבר נשמעה עדותו בפני בית המשפט, להורות על הבאת ראיות אחרות אף מיוזמתו (סעיף 167 לחסד"פ) ולחקור עד לאחר שבעלי הדין סיימו את חקירתם (סעיף 175 לחסד"פ).

יוצא מכאן כי מטרת מעורבותו של בית המשפט בהליך, על פי שיטתנו המשפטית, איננה מוגבלת כלל ועיקר לדאגה לכך שהנאשם ייתן את הדין על מעשיו, אלא לעשיית צדק, וכאשר אלה פני הדברים, נקודת המוצא צריכה להיות כי עקרונות היסוד של שיטתנו המשפטית מחייבים פרשנות מרחיבה של סמכויותיו הדיוניות של בית המשפט כך שהכבלים המקשים עליו להגיע לתוצאה צודקת יוסרו מעל כתפיו. זו גם הרוח אשר יש לקרוא לתוך סעיף 378 לחש"ץ.

ד. השלכות חוק היסוד

סוגיה קרובה אשר נדונה בפסק דינו של בית הדין לערעורים וראויה, לטעמי, להתייחסות ביקורתית, היא השלכות חוק היסוד על סמכותו של בית המשפט להמיר אישום.

בית הדין מציין כי לא מצא כל זכות "שמשמעותה מתן סמכות לבית המשפט להחליף או לתקן כתב האישום אותו הגישה התביעה, בהתבסס על הטענה כי ראוי וצודק היה לייחס לנאשם אשמה אחרת"¹²⁸. הנאשם זכאי לדעת, כך בית הדין, מה האשמה המיוחסת לו, ושמפניה עליו להתגונן, אך זכויותיו הדיוניות אינן כוללות כל זכות לשינוי כתב האישום או להרשעה בעברה קלה יותר כאשר ניתן להרשיעו בעברה שיוחסה לו מלכתחילה.

אכן, הגישה הגורסת מתן סמכות לבית הדין להמיר סעיפי עברה למרות שהסעיף המקורי הוכח עובדתית, איננה מבקשת לקבוע קיומה של זכות חוקתית לנאשם שיתוקן כתב האישום על ידי בית הדין רק מאחר שעל פי ראות עיניו, היה זה ראוי או צודק יותר לייחס לנאשם אשמה אחרת. כל שגישה זו מבקשת לטעון, הוא כי כאשר נפגעת זכות חוקתית של הנאשם על ידי רשויות החקירה או התביעה על ידי דרך התנהלותם של גורמים שלטוניים אלה, וברור כי נגרם לנאשם עיוות דין כפועל יוצא של פגיעה זו, מן הדין הוא שבין הסעדים החוקתיים המוקנים לבתי המשפט

128 עניין אטדגני, לעיל הערה 2, בפסקה 19.

לתיקון העוול ייכלל גם הסעד שעניינו המרת סעיף האישום באופן שבו יוסר הפגם החמור אשר נוצר כתוצאה מפעולת הרשות.

אין חולק על כך שהריבונות על כתב האישום מסורה בידי הפרקליטות. אין כל ספק כי עיקרון הפרדת הרשויות מחייב שמירה על ריבונות זו ונקיטת גישה זהירה על ידי בית המשפט בפלישותיו אליה. עם זאת, יהיו מקרים אשר בהם עקרונות חוקתיים יחייבו את בית המשפט הדין בעניין להושיט סעד לנאשם בגין "עוולה חוקתית" או פגיעה בזכות חוקתית (כגון הזכות לשוויון או להליך הוגן); סעד זה עשוי ללבוש צורה של התערבות בתוכן כתב האישום אשר הוגש נגד הנאשם, גם אם יסודותיו המקוריים של כתב האישום הוכחו כדבעי.

ה. הגנה מן הצדק

בית הדין מצטט בפסק דינו ממאמרו של המלומד, א' פורת¹²⁹. כאמור, מאמר זה מציע להרחיב את דוקטרינת ההגנה מן הצדק כך שתכלול שורה של עילות להפעלתה:

א. השתק פלילי המקים את ההגנה: דוקטרינת "הפח היקוש"; דוקטרינת ההתנהגות הבלתי נסבלת של הרשות; דוקטרינת ההסתמכות.

ב. שיקולים של צדק או פגיעה בזכות למשפט הוגן: אכיפה סלקטיבית או אפליה בהעמדה לדין; עיכובים בלתי סבירים בפתירת ההליך הפלילי; התמשכות קיצונית של ההליכים המשפטיים.

ג. סיכון כפול שבו הועמד הנאשם: שפיטה על ידי התקשורת; שפיטה על ידי טריבונלים שיפוטיים ומעין שיפוטיים.

דומה שבית הדין איננו מתכחש לחיוניות שבהרחבת דוקטרינת ההגנה מן הצדק מעבר לגבולות הצרים שנקבעו לה בפסיקת בית המשפט העליון. הוא אמנם מותיר ב"צריך עיון" את השאלה אם דוקטרינה זו עשויה להצדיק ביטול של סעיף אישום אחד מתוך כתב האישום, אך מציין כי ספק בעיניו אם מכוחה ניתן לתקן או להחליף סעיף אישום.

עם עמדה זו, עם כל הכבוד, אינני יכול להסכים.

129 ראו לעיל, הכתוב ליד הערת שוליים 111.

לטעמי, המרובה חייב להכיל את המועט. אם מכוח דוקטרינת ההגנה מן הצדק עשוי בית משפט לעצור כליל את ההליכים נגד נאשם ולזכותו מכל כתב האישום, הייתכן שהוא לא יהיה מורשה לזכותו מפרט בודד אשר לגביו, ולגביו בלבד, נפל הפגם החמור אשר מצדיק הימנעות מהמשך ההליכים נגד הנאשם? הייתכן שבית המשפט יהיה מוסמך לבטל כליל אישום מחמת פגיעה בזכויות הנאשם, אך הוא לא יהיה מוסמך להמיר פרט אישום בפרט אחר, חמור יותר, כתגובה על אותה פגיעה? מדוע ראוי להעמיד את בית המשפט אשר מגיע למסקנה כי נפגעו זכויותיו של נאשם במידה המחייבת נקיטת אמצעים לתיקון המעוות, בפני הברירה הדיכוטומית: לבטל כליל את כתב האישום כולו - ובכך לפגוע יותר מהנדרש באינטרס הציבורי ובאינטרסים פרטיים (של קרבן העברה, לדוגמה), או להותירו על כנו ככתבו וכלשונו תוך הבלגה על פגיעה קשה בזכויות הנאשם הנוגעת לאחד מפרטי האישום בלבד או המצדיקה הרשעת הנאשם בעברה חמורה פחות? לא מצינו בפסק דינו המפורט של בית הדין לערעורים הסבר לשאלה נוקבת זו, אשר יורדת, כך דומה, ליסודה של הסוגיה הנדונה כאן ובפסק הדין.

התוצאה כי אחד האינטרסים המוגנים חייב לסגת, איננה מתיישבת, לטעמי, עם הרוח הנושבת מחוק היסוד, כי יש לדאוג לכך שפגיעה באינטרס מוגן לעולם תהיה מידתית. כאמור בספרו של פרופ' א' ברק,

פסקת ההגבלה גורסת כי האמצעים שהחוק צריך לנקוט להשגת התכלית הראויה צריכים להיות על-פי המידה הראויה. לשם כך עליהם להתאים הגיונית להשגת המטרה, לפגוע בזכות האדם במידה הקטנה האפשרית, ולשמור על יחס ראוי בין פגיעה בזכות לבין הזכות הנפגעת. בכך קובע חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו איזון עדין בין זכויות האדם, בינן לבין עצמן ובינן לבין טובת הכלל. איזון זה נעשה על-מנת להכיר בערך האדם, בקדושת חייו ובהיותו בן-חורין.¹³⁰

130 ברק פרשנות חוקתית, לעיל הערה 67, בע' 547 (הערות שוליים הושמטו).

ג. פסיקת בתי הדין הצבאיים המחוזיים

אין למצוא אחדות בפסקי בתי הדין המחוזיים אשר דנו בשאלה העומדת על המדוכה. עם זאת, המגמה המסתמנת מרובם היא של דחיית הטענה כי לבית הדין נתונה הסמכות להמיר סעיפי אישום.

בעניין מוסקילוב¹³¹, שנדון בפני בית הדין הצבאי במחוז שיפוט צפון, נתבקש בית הדין לצוות על המרת סעיף אישום שעניינו שימוש בסם, בעברה שעניינה אי קיום הוראות המחייבות בצבא, לאחר שהנאשם הודה בעובדות כתב האישום. הבקשה התבססה על נסיבותיו הייחודיות של ביצוע המעשה - יום אחד לאחר גיוסו של הנאשם לשירות.

הסנגור ביסס את בקשתו במישור הסמכות על השפעות חוק היסוד על פרשנותו הראויה של סעיף 378 לחש"ץ וטען כי פיתוח תורת ההגנה מן הצדק וסייג זוטי הדברים מלמדים על כוונה להעניק לבתי המשפט כלים שלא להרשיע אדם למרות שהוכח שעבר את העבירה המיוחסת לו, אם ראה בית הדין שאין אינטרס ציבורי להרשיעו. עוד הפנה הסנגור לסמכותו של בית משפט אזרחי להורות על העמדתו של נאשם במבחן בלא להרשיעו למרות שהוכח בפניו שהעברה אכן נעברה.

בית הדין דחה את טענות הסנגור. הוא עמד על האינטרסים הצבאיים המיוחדים המחייבים הטלת כתם פלילי במקרים מסוימים ובגין עבירות מסוימות גם כאשר הללו נעברו בנסיבות קלות, והפנה לסעיף 9 לחוק היסוד, המאפשר פגיעה בזכות יסוד של המשרת בצה"ל במידה הנדרשת מאופיו ומהותו של השירות הצבאי. בית הדין גם ציטט מפסיקת בית המשפט העליון התומכת בגישתו כי קיים הבדל רלבנטי בין חיילים לבין אזרחים בכל הנוגע לאופי הטיפול המשפטי הראוי להינקט נגדם בגין ביצוע עבירות מסוימות¹³². מכל אלה הגיע בית הדין למסקנה כי לא הוקנתה לו הסמכות לבחון לאחר הגשת כתב אישום את השאלה אם בעת שהורתה הפרקליטה על הגשת כתב האישום, היא שגתה בהפעלת שיקול דעתה, ולפיכך החלטתה היא בלתי סבירה.

131 צפ"פ 501/98/תובע הצבאי נ' טור, מוסקילוב (לא פורסם).

132 בעניין זה ראו בג"ץ 5000/95 ואח' ברטלה ואח' נ' הפרקליט הצבאי הראשי, פ"ד מט(5) 64.

בית הדין מצביע על הוראות החש"ץ הנותנות בידי הפרקליט את הסמכות ואת שיקול הדעת להורות על מהותן של העבירות הנכללות בכתב האישום. בית הדין מוסמך לדון בטענות טרומיות אשר זכרן בא בחש"ץ, ואשר

אין להן כל קשר לשיקול דעתו של הגורם, אשר הורה על הגשת כתב האישום, אלא בנושאים, העולים במישורין מגוף כתב האישום ... הוראות החוק אינן מאפשרות לנאשם להעלות טענות כנגד שיקול דעתה של הפרקליטה אשר הורתה על הגשת כתב האישום, למעט סיטואציות בהן יכול נאשם להעלות טענות כנגד ההוראה להגיש כתב-אישום...

בית הדין מציין כי לא בחוק היסוד ואף לא בטענת ההגנה מן הצדק קיים מקור לסמכות אשר לא הוענקה בחש"ץ. הדרך לקבל את הסעד המבוקש היא פנייה אל הפצ"ר או אל בג"ץ.

לפי עמדת בית הדין, סעיף 378 לחש"ץ צריך להתפרש פרשנות דומה לזו של סעיף 92 לחסד"פ, המתיר לבית משפט לתקן את כתב האישום על פי בקשת בעל דין כשהראיות שנפרסו בפניו, לא יכולות היו להביא להרשעת הנאשם בעברה המיוחסת לו, או כאשר עוד בטרם החלה התביעה לפרוש את ראיותיה, מתברר שאין בידיה די ראיות להוכחת העברה המקורית, והיא מבקשת להמירה בעברה אחרת.

גם הניסיון להשתמש בסעיף 382 לחש"ץ כדי לאפשר את המרת הסעיף המבוקשת נדחה שכן הוא נועד, לפי הפסיקה, לתת פתרון למצבים שבהם מסכת העובדות המקורית שבאה בכתב האישום, אינה תואמת את העובדות שהוכחו לאחר מכן בדיון גופו. חוסר התאמה זה הוא תנאי יסודי להפעלת הסעיף. עמדה זו מבסס בית הדין גם על דברים שנאמרו בעניין נמרודי, כי ראוי לשמר את ההפרדה בין תפקידי התביעה לבין תפקידי בית המשפט:

ברגיל, דומה כתב האישום המוגש לבית המשפט ל"גופה" המונחת על שולחנו של מנתח ... אשר צריך לנתחה.¹³³

133 ת"פ (ת"א) 5880/95 מדינת ישראל נ' נמרודי (לא פורסם).

גישה דומה ניתן למצוא בפסק דין אחר של בית דין צפון, עניין בן שושן, שבו נתבקש בית הדין להמיר את העבירה של העדר מן השירות, שבה הואשם הנאשם, בעבירה צבאית שאין עמה רישום פלילי, לנוכח אורך תקופת ההיעדרות (12 ימים). בית הדין חזר כאן על העמדה שלפיה סעיף 184 לחסד"פ, מקבילו הצבאי של סעיף 382 לחש"ץ, נותן בידי בית הדין סמכות להרשיע בעבירה אחרת רק אם הוכחו בפניו עובדות שלא נטענו בכתב האישום, או שנטענו בכתב האישום, אך נוספו אליהן ראיות חדשות המוכיחות עובדות נוספות. בית הדין מציין כי סעיף 382 לחש"ץ נועד לתת בידי בית הדין הזדמנות לשנות סעיפי עבירה במצב שבו מדובר בעבירה שלא בא זכרה בכתב האישום, אך יסודותיה הוכחו במשפט, או שזכרה אכן בא בכתב האישום, אך בית הדין מוצא להחליפה בעבירה קלה יותר מחמת העובדות שנפרסו בפניו בעת המשפט גופו¹³⁴.

נאמן לגישתו דחה בית הדין הצבאי במחוז צפון גם במסגרת עניין אברהמי¹³⁵ בקשה להמיר סעיף אישום שעניינו שימוש בלתי חוקי בנשק, בעבירה קלה יותר תוך שהוא חוזר על נימוקיו מעניין מוסקילוב¹³⁶. גישה דומה ננקטה בעניין שאול¹³⁷. בית דין צבאי מרכז הלך בעקבות ההחלטות האמורות שניתנו בבית דין צפון, ובמסגרת עניין קליין דחה בקשה להמיר סעיף של תקיפה בסעיף של אלימות כלפי חייל תוך שהוא מציין כי איננו מוסמך לעשות כן. הוא ציטט ציטוט נרחב מהחלטתו של בית דין צפון בעניין בן שושן¹³⁸ והוסיף:

נמצא כי אין דרך מוכרת וקיימת להיעתר לבקשת הסניגור ומקום בו אין מחלוקת על העובדות ועל כך שעולות הן כדי עבירת תקיפה, אין מנוס מלהרשיע על פיהן.¹³⁹

134 צפ"פ/557/98 התובע הצבאי נ' טור' בן שושן (לא פורסם).

135 צפ"פ/448/98 התובע הצבאי נ' סמ"ר אברהמי (לא פורסם).

136 לעיל הערה 131.

137 צפ"פ/127/99 התובע הצבאי נ' סג"ם שאול (לא פורסם).

138 לעיל הערה 134.

139 מר"פ/230/99 התובע הצבאי נ' סמל קליין (לא פורסם) (ההדגשות הוספו).

בשני מקרים נתקבלה הטענה שבה אנו עוסקים, על ידי בתי הדין הצבאיים המחוזיים.

שני פסקי הדין הללו עמדו לערעור בפני בית הדין הצבאי לערעורים¹⁴⁰, ובשני המקרים הורשעו הנאשמים בעבירות המקוריות שבהן הואשמו, תוך שנקבע כי בית הדין איננו מוסמך להתערב בשיקול דעתה של התביעה בבחירתה את סעיף האישום שבו יואשם הנאשם.

בעניינו של אטדגי בבית הדין במחוז שיפוט צפון החליט בית הדין בדעת רוב להמיר סעיף אישום של העדר מן השירות בעבירה של התנהגות שאינה הולמת לפי סעיף 130 לחש"ץ.

רוב השופטים קיבלו את טענות הסנגור כי הנוסח בסעיף 378 בחש"ץ, "כפי שימצא למתאים", הוא בעל רקמה פתוחה, מעין מונח שסתום, שתוכנו עשוי להשתנות עם שינוי החיים והנסיבות. הם קיבלו את הטענה כי טעמים של צדק מאפשרים שינוי סעיף האישום, מכיוון שאם הוכרה סמכות בית המשפט לבטל כליל כתב אישום מטעמים של צדק, הוא בוודאי מורשה לעשות פחות מכך - להמיר פרט אישום חמור בפרט אישום מקל יותר אם הדבר נראה בעיניו צודק. כמו כן נתקבלה העמדה כי הסמכות לזכות מפאת סייג זוטי דברים משליכה אף היא על הצדקת העמדה כי בית המשפט רשאי להמיר סעיף אישום על פי שיקול דעתו.

כל שופטי בית הדין הסכימו, שבמקרה זה, היה ראוי, כי התביעה תתקן את כתב האישום ותכלול בו פרט אישום קל יותר מפאת שורה של טעמים אשר נמנו שם, אולם נחלקו בדעותיהם בשאלה אם קיימת בידי בית הדין הסמכות לפעול כך. שופט המיעוט חזר על העמדות שהובעו בפסקי הדין האחרים אשר צוטטו לעיל, תוך חזרה על העמדה כי התביעה היא השליט הבלעדי על כתב האישום, וכי לפיכך אל לבית המשפט להתערב בשיקול דעת זה. הוא חזר וציטט את הלכת אפרתי¹⁴¹ ודחה את הניסיון לפרש את סעיף 378 באורח מרחיב, כמוצע על ידי הסנגור. הוא העלה את החשש שמא פרשנות שכזו תגרור את בית הדין להיות זרועה הארוכה של התביעה. המטרה הכללית של הסעיף איננה ליתן בידי בית הדין סמכות לבחון את שיקול

140 המקרה האחד הוא עניינו של אטדגי, לעיל הערה 2, והאחר הוא עניין דנוך, לעיל הערה 113.

141 לעיל הערה 1.

דעתו של הפרקליט בשלב הגשת האישום. לדידו, אף חוק היסוד לא נועד להקנות לבית הדין סמכות שכזו. כל עוד לא שונה החש"ץ, אין בית הדין מורשה, לדעת שופט המיעוט, לפעול כמבוקש ממנו אף כי הוא סבור שראוי שהחוק יתוקן בעניין זה כך שיקנה בידי בית הדין הצבאי סמכות לקבוע אם עברה תירשם במרשם הפלילי, אם לא¹⁴².

המקרה הנוסף שבו הסכים בית דין צבאי מטעמים דומים להמיר סעיף אישום כאמור, הוא עניינו של דנבך בבית הדין במחוז שיפוט עורף¹⁴³.

בחינה ביקורתית של החלטות בתי הדין הצבאיים המחוזיים

מספר נימוקים מרכזיים הוליכו את בתי הדין המחוזיים לדחות באותם מקרים שהזכרנו, את הטענה כי הם בעלי סמכות להמיר סעיף אישום למרות שהוכחו יסודותיו. נבחן אותם להלן לגופם כסדרם.

1. קיים אינטרס צבאי מובהק לטפל בעברייניי סמים בצורה מחמירה יותר מזו הנקוטה בידי האחראים על אכיפת החוק כלפי אזרחים. לפיכך אין זה נכון שבית הדין יפעיל סמכותו.

איני חולק על הטענה האמורה, אך סבורני שאין היא נוגעת כלל ועיקר לעצם קיום סמכות בידי בית הדין, אלא אך ורק למקרים שבהם רשאי בית הדין להפעילה. כאן ודאי יעלה ויישקל הצורך לבער את נגע הסמים משורות הצבא.

2. בית הדין לא הוסמך להעביר תחת שבט ביקורתו את שיקול דעתו של הפרקליט עת שהחליט להגיש את כתב האישום, ואין בדוקטרינת ההגנה מן הצדק, בחוק היסוד או בהגנת זוטי הדברים כדי לשנות מקביעה זו.

הגישה כי סמכות בית הדין איננה יכולה להילמד לימוד פרשני מסעיף חוק (כגון סעיף 378 לחש"ץ), עומדת בניגוד מוחלט לגישה הפרשנית המקובלת כי "מלותיו של החוק אינן מבצרים, שיש לכבשם בעזרת מילונים"¹⁴⁴. יש לפרש את החוק פרשנות תכליתית לאור מטרות החוק והמשפט הפלילי בכללו ולנוכח עקרונות

142 צפ"פ/246/000 / התובע הצבאי נ' סמל אטדגי (לא פורסם).

143 ערס"פ/47/000 / התובע הצבאי נ' טור' דנבך (לא פורסם).

144 ע"פ 79/787, 881 מורחי נ' מדינת ישראל וערעור שכנגד, פ"ד לה (4) 421, 427.

היסוד של השיטה. עת באים לפרש הוראת חוק אשר לה השלכה על זכויות יסוד של אדם, אין להתעלם מחוק היסוד ומהעקרונות הנגזרים הימנו. יש לפרש סעיף חוק בדרך המעדיפה את קיום זכות היסוד, ולא בדרך השוללת אותו, אלא אם הדבר נאמר בו במפורש.

בהתחשב בעקרונות אלה יקשה להבין מדוע הטעמים החשובים המלמדים על מגמת החוק הפלילי בכללו (כגון דוקטרינת ההגנה מן הצדק, הסייג של זוטי דברים ונגזרות עקרוניות של חוק היסוד) אינם מהווים שיקול פרשני חשוב עת באים לפרש הוראה המקנה סמכות לבית הדין. יותר מכך, מטרת הגישה המקנה לבית הדין סמכות להמיר סעיף אישום איננה בהכרח לתת בידי בית הדין סמכות לביקורת על שיקול דעת הפרקליט בעת הגשת כתב האישום.

ראשית, יהיו מקרים שנסיבות אשר אינן ידועות בשלב הגשת האישום, יצדיקו, לדעת בית הדין, את המרת האישום. שנית, במקרים שבהם סבור בית הדין שהתנהגות הרשות (ובכלל זה התביעה) הייתה שערורייתית ומדכאת, רשאי הוא לבטל כליל את כתב האישום במסגרת דוקטרינת ההגנה מן הצדק. בכך הוא מביע ביקורת על רשויות השלטון וגם על התביעה. האם במקרים אחרים, קיצוניים מעט פחות, שבהם בית הדין סבור שהתייחסות התביעה תביא לתוצאה בלתי מוצדקת באופן קיצוני, לא יהיה הוא רשאי לנקוט אמצעי חמור פחות כדי "להשיב את המצב לקדמותו"?

3. סעיף 378 צריך להתפרש בדומה לסעיף 92 לחסד"פ, אשר נתכוון לאפשר לבית המשפט לתקן את כתב האישום לבקשת אחד הצדדים לאחר שהראיות אשר הוצגו בפניו, אינן יכולות להביא את הרשעת הנאשם באשמה. לא מצאנו בנוסחו של סעיף 92 או בתכליתו מגבלה המונעת מבית המשפט את האפשרות להמיר את סעיף האישום על פי בקשת הנאשם או סנגורו גם אם הוכח סעיף האישום המקורי, או אין מחלוקת על קיומן של ראיות להוכחתו. ההפך הוא הנכון. בהפנותו לבקשות שעשויות להיות מובאות על ידי כל אחד מהצדדים, ובכלל זה הסנגוריה, מרמז סעיף החוק האמור על כך שהסמכות הנתונה בידי בית המשפט איננה מוגבלת למצבים שבהם מצא בית המשפט שהראיות אשר הובאו בפניו, אינן מקימות את יסודות העברה המקורית המיוחסת לנאשם, אלא לכך

שהיא משתרעת גם על מצבים שבהם אין מחלוקת על התקיימות עובדות שכאלה. שאם לא כן, מדוע יפנו הנאשם או סנגורו בבקשה לבית הדין להמיר את סעיף האישים?

ד. שיקולי מדיניות שיפוטית נוספים

טרם אחתום חלק זה, העוסק בשאלת סמכותו של בית הדין להמיר סעיף אישום, מצאתי להביא עוד מספר שיקולים של מדיניות שיפוטית אשר בהם לא עסקתי עד כה, ולחדד מספר שיקולים נוספים אשר התעכבנו עליהם, אך סבורני שהם ראויים להעמקה ולהבהרה נוספת.

שורה של סעיפי חוק מאפשרים לבית משפט אזרחי לפי מיטב שיקול דעתו להימנע מלהרשיע נאשם בעבירה למרות שזו הוכחה בפניו, ולהטיל עליו אמצעי ענישה שונים.

כך, סעיף 71א(ב) לחוק העונשין מתיר לבית משפט אשר "מצא ... שנאשם ביצע עבירה", לתת "צו שירות גם ללא הרשעה, בנוסף למבחן או בלעדיו".

סעיף 82 לחוק קובע כי אם נוכח בית המשפט כי הנאשם משתמש בסמים מסוכנים, ניתן להטיל עליו צו מבחן שבמסגרתו יעבור טיפול בקהילה, אף בלא להרשיע את הנאשם, ואף אם תלוי ועומד נגדו מאסר על תנאי שניתן להפעלה.

סעיף 1 לפקודת המבחן¹⁴⁵, מסמיך את בית המשפט ליתן צו מבחן בלי להרשיע את הנאשם אם אין על הנאשם עונש מאסר על תנאי רלוונטי, למרות שראה שהאישים הוכח, אם בהתחשב "בנסיבות הענין, ובכללן אפיו של האדם, עברו, גילו, תנאי ביתו, בריאותו הגופנית ומצבו השכלי, טיב העבירה שעבר וכל נסיבה מקילה שבה נעברה העבירה, ראוי, לפי דעתו" לעשות כן.

סעיף 9(א) לפקודה קובע במפורש:

צו מבחן שניתן ללא הרשעה לא יגרור אחריו תוצאות של הרשעה לשום ענין אלא אם כוונה אחרת משתמעת מפקודה זו או מכל חיקוק אחר.

145 פקודת המבחן [נוסח חדש], התשכ"ט 1969 - (להלן: פקודת המבחן).

סעיף 33א לחש"ץ מתיר לבית הדין הצבאי להעמיד נאשם במבחן רק אם הוא דן בעניינו "מפני שחוק זה חל עליו לפי סעיפים 7, 8(2), 8(3), או 11". משמע - במקרה שבית דין צבאי דן אדם מפני שהחש"ץ חל עליו מכל טעם אחר, כגון שהוא חייל בשירות סדיר או איש מילואים בשירות פעיל¹⁴⁶, ואפילו היה אזרח בשעה שבה נדון עניינו, אין בית הדין מוסמך להעמידו במבחן, והוא מחויב להרשיעו אם הוכחו בפניו יסודות העברה שבה הואשם הנאשם.

יוצא כי מעמדו המשפטי של חייל העומד לדין בפני בית דין צבאי נגרע לעומת מעמדו של אדם אחר, לרבות חייל הנותן את הדין בגין אותה עברה בפני בית משפט אחר. הראשון צפוי לשאת הרשעה בכל מקרה שבו יוכחו העברות שבהן הואשם, יהיו נסיבותיו האישיות או נסיבות ביצוע העברה ייחודיות ככל שרק יהיו, ואילו האחרון עשוי להימלט מההרשעה ולהיות מועמד חלף זאת במבחן על פי פקודת המבחן אם ימצא בית המשפט הדין בכך לנכון.

האנומליה שבהבדל זה גוברת עת באים אנו לבחון את זהותם של האנשים המובאים לדין בכל אחת משתי הסיטואציות. חיילים בשירות חובה המובאים לדין בפני בית דין צבאי בגין עברות שעברו במסגרת השירות או עקב השירות הצבאי, הם, ככלל, אנשים צעירים אשר זה מקרוב חצו את הקו המבחין בין "נוער" לבין בגירים, אשר מבצעים חובה על פי דין ולעתים נותנים את הדין בפני בית דין צבאי בגין עברות שאילו נעברו על ידיהם כאזרחים, לא היו כלל מובאים לדין פלילי בגינם. עברות אחרות אשר מביאות אותם לתת את הדין בפני בית דין צבאי, לא ניתן כלל לעבור שלא בשירות צבאי.

זהו המצב המשפטי הנובע מהוראות החוק, ויש לו הצדקות ענייניות. המחוקק רואה בחומרה ביצוע עברות של שימוש בסם עצל ידי חיילי צה"ל לנוכח החשש לפגיעה בכושרו של הצבא ובכוננותו, על ההשלכות החמורות הנובעות מכך על הביטחון הלאומי. המחוקק מבקש גם להקפיד על הרשעה בדין דווקא של מי שנעדר מן השירות למרות שזו עברה שלא יכול לעבור אותה מי שאיננו חייל.

146 ראו סעיף 4 לחש"ץ. ראו גם סעיפים 6, 8(1) ו-101 לחש"ץ.

האם הדבר מצדיק מניעת כל אפשרות כי בידי בית דין צבאי יישאר שיקול דעת, ולו מצומצם, אשר יישמר למקרים מיוחדים, להימנע מלהדביק כתם פלילי על מצחו של חייל אשר עבר אחת העבירות הללו? לטעמי, התשובה לשאלה זו שלילית היא. שיקול נוסף של מדיניות שיפוטית המצדיק, לטעמי, הכרה בסמכות בית הדין להמיר עבירות הוא המגמה הכללית הקיימת במשפט הישראלי, שעניינה מעבר מצורה למהות. הנטייה בשיטתנו המשפטית היא של מעבר מכללים נוקשים של סמכות לכללים גמישים של שיקול דעת ומרטוריקה של סמכות לרטוריקה של זכות - אין פוגעים ב[זכות יסוד] אלא ... [במידה שאינה עולה על הנדרש¹⁴⁷]. אי הכרה בסמכותו של בית משפט להמיר אישום עלולה להביא את בית המשפט לפגוע פגיעה בלתי מידתית בעל כורחו בהעדר סמכות להמיר אישום לאישום אשר איננו גורר אחריו רישום פלילי.

ה. ממצאים ומסקנות באשר לסמכותו של בית הדין להמיר אישומים

דומה שבחינה מעמיקה של השיקולים השונים ושל הדרכים השונות להקניית סמכות לבתי משפט, בכלל, ולבתי דין צבאיים, בפרט, מצביעה על הממצאים הבאים: במישור הדין הרצוי יש לשאוף לכך שבידי בית הדין תופקד הסמכות להמיר במקרים הראויים סעיף אישום למרות שיסודותיו הוכחו. במישור הדין המצוי ופרשנותו קיימות מספר דרכים אפשריות לשים בידי בית הדין את הסמכות האמורה. הדבר אפשרי בין על ידי מתן פרשנות רחבה לסעיף 378 לחש"פ ולסעיף 92 לחסד"פ, בין על ידי הכרה בסמכותו הטבועה של בית הדין בכגון דא, ובין בדרך של הכרה בסמכותו של בית הדין להושיט לנאשם אשר זכות חוקתית שלו נפגעה, סעד חוקתי אשר עשוי להשיב את המצב לקדמותו. מהמכלול עולה, אפוא, כי נתונה בידי בית דין צבאי הסמכות הנזכרת.

147 סעיף 8 לחוק היסוד. השוו: סעיף 9 לחוק היסוד וסעיף 4 לחוק-יסוד: חופש העיסוק.

5. גדר המקרים שבהם ראוי לעשות שימוש בסמכות

אכן, בקביעה כי בידי בית הדין מסורה הסמכות להמיר אישומים לא סגי. אין ספק כי מדובר בסמכות שבשיקול דעת שהשימוש בה צריך להיעשות באופן מושכל ומצומצם.

אין ניתן להתוות מראש, ואף אין זה רצוי להתוות מבעוד מועד, את רשימת המקרים שבהם ראוי שבית הדין יפעיל את סמכותו להמרת סעיף אישום. נוכל לומר כי ודאי שבמקרים שבהם נהגו הרשויות כלפי הנאשם בדרך "בלתי נסבלת" ו"שערורייתית" שיש בה משום "רדיפה, דיכוי והתעמרות בנאשם", מקרים "שבהם המצפון מזדעזע ותחושת הצדק האוניברסלית נפגעת, דבר שבית המשפט עומד פעור פה מולו ואין הדעת יכולה לסובלו"¹⁴⁸, ראוי יהיה לשקול הפעלת הסמכות כחלופה נוספת וקיצונית פחות מהחלופה המוכתבת על ידי תורת ההגנה מן הצדק - עיכוב ההליכים או ביטולם.

ניתן לומר גם כי כאשר בית המשפט משוכנע כי אין באפשרותו להעניק לנאשם משפט הוגן, או משיש בניהול המשפט משום פגיעה בחוש הצדק וההגינות, והמרת האישום עשויה לרפא תחושה זו, ראוי ונכון הוא שיעשה שימוש בסמכותו. מקרה נוסף שעשוי להצדיק עשיית שימוש בסמכות זו, הוא מקרה שבו נפגעה זכות יסוד של הנאשם, כגון זכותו לכבוד, באופן בלתי מוצדק, ותרופתה של פגיעה זו עשויה לבוא בהמרת סעיף האישום בסעיף אישום קל יותר. נדגים אפשרות זו: טלו מקרה שבו התביעה בחרה להאשים שותף אחד מתוך שניים בלא שהייתה אבחנה ממשית ביניהם, בסעיף אישום חמור יותר מזה אשר יוחס לחברו. נניח לצורך הדוגמה כי לא ניתן כל טעם טוב על ידי גורמי התביעה להצדקת גישה מפלה זו, כגון שהתיק הופרד בין שני מחוזות שיפוט, וכל אחד מהפרקליטים הפעיל שיקול דעת שונה והגיע, אפוא, לתוצאה משפטית שונה לגבי כל אחד מהשותפים. מובן כי במקרה היפותטי זה נפגע עיקרון השוויון, שהוא עיקרון יסוד בשיטתנו המשפטית ומהווה נגזרת של זכות היסוד לכבוד.

148 ראו עניין הבנקאים, לעיל הערה 42, בע' 370 (השופט ד' לוי).

בעניין עציון התבטא בית המשפט כי הפלייה בין עבריינים מקימה הגנה מן

הצדק:

לטענת המערער, על סמך ניסיון של שנים הוא "מוכן להניח את ידו ברותחין ולומר... שלא היתה למדינה כל כוונה לתבוע לדין את פורעי הו'אקף ומרעיהם אשר תקפוננו באלימות, חרף ראיות מצולמות לכך אשר הוגשו ע"י המערער למשטרה" ...

אין להקל ראש בקובלנת המערער. חשיבותה מרובה ויש לנהוג בה בכובד ראש, ברגישות מועצמת, בעיניים פקוחות ובוחנות, ובצפיית פני המחרי! ביהמ"ש מקווה בכל מאודו שטענה זו של המערער תובא בפני הגורמים האחראיים, כדי שתוסקנה המסקנות המתבקשות, ולבל יתקבל קו נוקשה ובלתי גמיש של מיצוי הדין רק כלפי הנאשם...

...חשיבותה של טענת ההשתק הפלילי למקרים בהם התנהגות הרשות היתה כה מקוממת עד כי אי אפשר להרשיע אדם, כשמי שמעמידו לדין הוא שהביאו לכלל מעשה...

אין בכוונתי לפרט את המקרים בהם יש קיום לדוקטרינת ההשתק במשפט הפלילי, גם לא ניתן לעשות כן. המדובר במקרים נדירים, וכידוע המציאות עולה על כל דמיון - חשוב אף שהיישום של תורה זו ייעשה ממקרה למקרה, בזהירות ובקפידה. (ראה: [עניין הבנקאים]). עוד נציין בהקשר האמור, כי נהיר מפסיקתו של בית המשפט העליון מן השנים האחרונות, שטענה של הגנה מן הצדק היא למעשה טענה מקדמית, שעל הנאשם להעלותה בפני הערכאה הדיונית.

לפיכך, לאחר עיון בטענות המערער בהקשר האמור, ולאור האמור בתגובת ב"כ המשיבה, כמצוטט לעיל, מוצע על ידי לחברי למותב לקבוע שלא נמצא כי יש לטענה האמורה על מה לסמוך, והתוצאה הנגזרת מן המכלול כולו תהא שדין הערעור להידחות.¹⁴⁹

גם בית המשפט העליון עמד בפסק דינו בעניין יהב מפי השופט א' גולדברג על

חשיבות עיקרון השוויון בהעמדה לדין ועל תוצאות הפרתו:

149 ע"פ (י-ם) 1521/98 עציון נ' מדינת ישראל (לא פורסם).

כל שאמרנו יפה הן לשועי ארץ והן לפשוטי עם. נקודת המוצא העקרונית היא שכל האזרחים שווים בפני החוק. שוויון הכול בפני החוק הוא כלל בל יעבור בשיטתנו המשפטית. עקרון השוויון "הוא מנשמת אפו של המשטר החוקתי שלנו כולו".¹⁵⁰

לעניין זה התייחס הנשיא מ' שמגר בעניין גנור:

הסמכות להחליט על היעדר עניין לציבור צריכה להיות מופעלת על-פי עקרונות פעולה, המביאים בחשבון את האינטרס הכללי, שתקוים מדיניות סבירה והוגנת בלי העדפות או הפליות לרעה. על המדיניות האמורה לנטוע בלבו של הציבור אמון בכך -
(א) שכולם שווים בפני החוק;

...

תחושה של היעדר שוויון בהפעלת החוק חותרת תחת האמון שהציבור רוחש לרשויות המשפט.¹⁵¹

והשופט (כתוארו דאז) א' ברק הוסיף:

בהפעילו את שיקול-דעתו, חייב תובע לפעול מתוך שוויון וללא הפליה. שוויון הוא ערך יסודי לכל חברה דמוקרטית, "אשר המשפט של כל מדינה דמוקרטית שואף, מטעמים של צדק והגינות, להמחישו" על הטעמים לחשיבותו של ערך זה עמדתי באחת הפרשות, באומרי:

"הפרט משתלב למירקם הכולל ונושא בחלקו בבניית החברה, בידעו שגם האחרים עושים כמוהו. הצורך להבטיח שוויון הוא טבעי לאדם. הוא מבוסס על שיקולים של צדק והגינות. המבקש הכרה בזכותו, צריך להכיר בזכותו של הזולת לבקש הכרה דומה. הצורך לקיים שוויון הוא חיוני לחברה ולהסכמה החברתית שעליה היא בנויה. השוויון שומר על

150 עניין יחב, לעיל הערה 42, בע' 13 (המצטט מבג"ץ 98/69 ברגמן נ' שר האוצר ואח', פ"ד כג(1) 693, 698).

151 שם, בע' 530.

השלטון מפני השרירות. אכן, אין לך גורם הרסני יותר לחברה מאשר תחושת בניה ובנותיה, כי נוהגים בהם איפה ואיפה. תחושת חוסר השוויון היא מהקשה שבתחושות. היא פוגעת בכוחות המאחדים את החברה. היא פוגעת בזהותו העצמית של האדם" ...

טעמים אלה תופסים, וביתר שאת, לעניין הפעלת כוחו של התובע להגיש אישום פלילי. הפעלה ראויה של ההליך הפלילי מבוססת על אמון הציבור ברשויות התביעה ועל אמונה כי הן מקבלות החלטותיהן מתוך שוויון. הגשת אישומים בדרך מפלה פוגעת באמון הציבור ברשויות התביעה. פגיעה זו קשה היא למשטר הדמוקרטי. קושי זה הוא משולש: ראשית, שימוש מפלה בכוח התביעה פוגע בהנחות שביסוד הענקת שיקול-דעת לתובע; שנית, הפליה בהגשת אישומים פוגעת באמון שהציבור רוחש לרשויות התביעה בפרט ולרשויות שלטון בכלל, ובכך מכרסמת בעבותות, המקשרים את בני החברה; שלישית, הפעלה לא שוויונית של כוח התביעה פוגעת בכוח המרתיע של המשפט הפלילי.¹⁵²

... הנשמר עקרון השוויון בהחלטתו של היועץ המשפטי לממשלה? ... אכן, אין להימנע מתחושה קשה שחשודים בעבירות קלות בהרבה, הגורמות נזקים קטנים בהרבה, מועמדים יום לדין פלילי, ואילו הבנקים והבנקאים, שעברו לכאורה עבירות חמורות בהרבה וגרמו נזקים שקשה להלום כמותם, אינם מועמדים לדין. תחושה זו היא בסיס למסקנה של איפה ואיפה בהפעלת סמכות ההעמדה לדין. ... תחושה זו קשה היא לחברה, ומסוכנת היא לאמון של הציבור ברשויות השלטון בכלל וברשויות התביעה בפרט. עם זאת, בשל היעדר נתונים מספיקים על מקרים דומים, אנו נמנעים מלקבוע, כי החלטת היועץ המשפטי לממשלה נגועה בהפליה פסולה.¹⁵³

152 שם, בע' 512 (בצטטו מתוך ד"נ 10/69 בורנובסקי נ' הרבנים הראשיים לישראל ואח', פ"ד כה(1) 7, 35 ומתוך בג"ץ 935/87, 1/88 פורז נ' ראש עיריית תל-אביב-יפו ואח'; סיעת העבודה בעיריית תל-אביב-יפו ואח' נ' מועצת עיריית תל-אביב-יפו ואח', פ"ד מב(2) 309, 332, בהתאמה).

153 שם, בע' 516.

גישה דומה נקט השופט (כתוארו דאז) א' ברק בפסק הדין שעסק בחנינה שניתנה לאנשי השב"כ בהקשר ל"פרשת קן 300":

לשלטון החוק יש, בנוסף למשמעות הפורמאלית, גם משמעות מהותית: זהו שלטונו של החוק הראוי, שיש בו איזון בין צורכי הכלל והפרט. משמעותו של זה, בראש ובראשונה, שוויון. זהו שוויון בהפעלת החוק ובשימוש בו. אין שלטון החוק קיים, אם מפלים בין שווים. עמד על כך חברי, הנשיא שמגר...:

"ביטוי העיקרי של שלטון החוק הוא בכך שהוא אינו שלטונם של אנשים - לפי החלטותיהם, שיקוליהם ומאוויהם הבלתי מוגבלים - אלא בכך שהוא נשען על הוראותיהן של נורמות יציבות, השוות לכול ואשר מחייבות את הכול במידה זהה. העיצוב של הגדרת הזכות ואף הכללתה בחוק אינם סוף הפסוק מבחינת יצירתה של ההגנה היעילה, כי קיומה של הזכות אינו מובא בכך למיצוי. ההגשמה של הזכויות, הלכה למעשה, מתבטאת בכיבודן על-ידי הפעלתן הלכה למעשה, באופן שווה וללא הפליה פסולה. ערכו וכוחו של חוק המעניק זכויות הם בכך, שהזכויות הקבועות בו אינן רק בגדר רעיון מופשט, נאה ברוחו ובמגמתו אלא בכך שהאות הכתובה בו היא בגדר המוחשי והמצוי, שהוא מופעל לפי אמות מידה של שוויון בין שווים, שאין סוטים ממנו בעטיים של טעמים פסולים..."

כאשר חוקרים את האחד ולא את השווה לו, נפגם עקרון שלטון החוק; כאשר נותנים חנינה לאחד ולא לשווה לו, נפגם עקרון שלטון החוק; כאשר מעניקים לאחד את מלוא האפשרות להגן על עצמו ולמסור את גירסתו

ושוללים זאת מהאחר השווה לו, נפגם עקרון שלטון
החוק.¹⁵⁴

סבורני שדברים ברורים ומפורשים אלה על חשיבותו של עיקרון השוויון מחייבים מתן רשות בידי בית הדין ליתן סעד כאשר שוכנע כי הרשות הפלגתה בין שווים. סעד זה עשוי לעתים ללבוש צורה של המרת סעיף אישום בסעיף קל יותר.

6. סיכום

יצאנו למסע למציאת הפתרון לקושייה - האם ראוי להכיר בסמכותו של בית דין צבאי (ובית משפט בכלל) להמיר על פי בקשת הנאשם או מיוזמתו שלו סעיף מסעיפי כתב אישום שהוגש לו, בין במהלך הדיון ובין במסגרת הכרעת הדין לא מטעמים הכרוכים בראיות, אלא מטעמים אחרים המוגדרים באופן כללי כ"טעמים מן הצדק". מסע זה הביאנו לבקר במחוזות שונים - קרובים ורחוקים: עיינו בסעיפי החש"ץ הדנים בסמכויות בתי הדין הצבאיים, בסעיפי החסד"פ הדנים בסמכויות בתי המשפט האזרחיים, בהיסטוריה החקיקתית של סעיפי החוק השונים ובמטרות החוקים הללו. גילינו כי נטיית פסיקת בית המשפט העליון עד לחקיקת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו הייתה להכיר בריבונות התביעה על כתב האישום המוגש על ידיה ולאמץ מדיניות של התערבות מזערית בתוכנו של כתב האישום שלא על בסיס ראיתי. נטייה זו עלתה בקנה אחד עם מדיניות כללית של בתי המשפט לצמצם את היקף התערבותם בשיקול דעתם של היועץ המשפטי לממשלה או של הפרקליט הצבאי הראשי, מדיניות אשר השתנתה מאז.

עוגן חשוב בדרכנו מצאנו בפסיקתו של בית הדין הצבאי לערעורים שניתנה בעת האחרונה, ואשר במסגרתה נבחנה באורח ישיר הסוגיה שבה אנו עוסקים. בית הדין הצבאי קיבל את העמדה כי החש"ץ איננו שולל את האפשרות להכיר בסמכותו של בית דין צבאי להמיר סעיפי אישום מטעמים של צדק, אך תכלית החוק הביאה אותו למסקנה כי מעורבותו בכגון דא צריכה להיות מוגבלת, וכי נדרשת לשם

154 עניין ברזילי, לעיל הערה 38, בע' 622 (בצטטו מתוך ע"ב 2/84, 3 ניימן נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת האחת-עשרה; אבנרי נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת האחת-עשרה, פ"ד לט(2) 225, 261-262).

מעורבות שכזו הוראה מפורשת של המחוקק המקנה לבית הדין סמכות לתקן את כתב האישום או לשנות אותו. שאלת השימוש בדוקטרינת ההגנה מן הצדק למטרה זו נותרה ב"צריך עיון" אם כי הוטל בה ספק. בית המשפט העליון בחר שלא לחוות דעה לגבי המצב הרצוי בסוגייה זו והסתפק בהצהרה על המצב המשפטי המצוי נכון להיום.

החתימה למציאת המצב המשפטי הרצוי חייבת לעבור דרך עקרונות היסוד החוקתיים שעליהם מושתתת שיטתנו המשפטית. הללו מובילים, לטעמי, למסקנה הבלתי נמנעת כי מעורבותו של בית משפט פלילי בהליך המתנהל בפניו נועדה בראש ובראשונה לקדם את סיכויי להוציא את האמת לאור ולפסוק משפט צדק; שלילת האמצעי הדיוני של המרת סעיף אישום מטעמים של הגינות וצדק מבית המשפט שדן בעניין, היא הטלת מגבלה מיותרת על בית המשפט המצוי בדרכו למציאת התוצאה הצודקת לגופו של העניין הנדון בפניו והכבדה ניכרת עליו.

אכן, אין מקום לפריצת כל גדרות הפרוצדורה בשם החיפוש אחר התוצאה הצודקת. לפיכך אף אנו סברנו כי יש להתוות באורח כללי את סוגי המקרים שבהם ראוי שבית המשפט יעשה שימוש בסמכות זו.

ייתכן שתחומי ההתערבות של בית המשפט הדין בדבר צריכים להיות צרים יותר מאלו שעשויים להצדיק התערבות של בג"ץ בפעולת הרשות התובעת. עם זאת, נראה לנו כי נכון וראוי כי בית המשפט יאזן להתערב בדרך של המרת סעיף אישום כשברור לו כי הותרת סעיף האישום המקורי על כנו תהא בגדר פגיעה מיותרת בנאשם העולה על הנדרש ומהווה התערבות בלתי צודקת בו. לדעתי, תופעות של הפליה בלתי צודקת בין שווים יש לפתור על ידי מתן סמכות לבית המשפט שדן בכתב האישום, להורות על שינוי כתב האישום בדרך אשר תסיר את ההפליה. גם התנהגות בלתי ראויה אחרת של התביעה עשויה להצדיק במקרים המתאימים התערבות מתקנת של בית המשפט.

רק כך ניתן להבטיח את עשיית הצדק במלוא מובנו של מונח זה.

עיוות משמעותה של החלטת מועצת הביטחון מס' 242 (1967)

רות לפידות*

- א. מבוא
- ב. תהליך קבלת ההחלטה
- ג. תוקפה המשפטי של ההחלטה
- ד. מידת הרלוונטיות של ההחלטה לגבי סדרות המו"מ השונות
- ה. בעיית הנסיגה
 1. "אין לרכוש שטחים במלחמה"
 2. נסיגת כוחות מזוינים של ישראל משטחים שנכבשו בעימות האחרון
 3. הזכות "לחיות בשלום בתוך גבולות בטוחים ומוכרים"
 4. סיכום נושא הנסיגה
- ו. בעיית הפליטים
- ז. סיכום

א. מבוא

אחת ההחלטות של האו"ם שמרבים לצטט אותן בקשר לסכסוך הערבי-ישראלי, היא החלטת מועצת הביטחון מס' 242 מנובמבר 1967, ואף מקובל לראות בה אבן פינה לשלום במזרח התיכון.

* פרופסור למשפט בינלאומי במסלול האקדמי של המכללה למנהל ובעלת הקתדרה למשפט בינלאומי ע"ש בסי ומיכאל גרינבלט באוניברסיטה העברית.

1 S.C. Res. 242, U.N. SCOR, 22d Sess., U.N. Doc. S/RES/242 (1967) (להלן: החלטה 242). ראו, למשל, שמו של הפרסום הבא: THE WASHINGTON INSTITUTE FOR NEAR EAST POLICY, U.N. SECURITY COUNCIL RESOLUTION 242: THE BUILDING BLOCK OF PEACEMAKING (1993) (להלן: THE BUILDING BLOCK).

ר' לפידות "עיוות משמעותה של החלטת מועצת הביטחון מס' 242 (1967) "משפט וצבא" 16 (התשס"ג) 789

דא עקא, רבים המסתמכים עליה מסלפים את תוכנה. הסילוף העיקרי מתייחס לנושא הנסיגה: יש האומרים שההחלטה קוראת לישראל לסגת מכל השטחים שכבשה במלחמת ששת הימים. עמדה זו נשמעת בעיקר מפי דוברי האיחוד האירופי, מדינות ערב והפלסטינים. בנוסף לכך, יש הסוברים שבנושא הנסיגה ההחלטה היא דו-משמעית. עמדה מוטעית זו נשמעת אפילו מפי ישראלים וידידי ישראל בגלל הספקות שהצליחו לעורר בלבם אלה המפרשים את ההחלטה כקוראת לנסיגה מלאה. סילוף נוסף הנשמע מדי פעם נוגע לבעיית הפליטים: הטענה היא שהחלטה 242 מאשרת את זכות השיבה של הפליטים הפלסטינים, אך דבר זה כלל לא נאמר בהחלטה.

גישות אלו ממריצות אותנו לשוב ולדון בהחלטה. לאחר סקירה קצרה של תולדותיה של ההחלטה נבדוק את תוקפה המשפטי ואת הרלוונטיות שלה למשא ומתן שהחל בשנת 1991. ניתוח סעיפיה השונים של ההחלטה מוביל למסקנה שההחלטה היא ברורה, וכי היא קוראת לצדדים לנהל משא ומתן בתום לב על מנת שיגיעו להסכם המתבסס על כמה קווים מנחים: נסיגה ישראלית מחלק מן השטחים שנכבשו ב-1967, קביעת גבולות בטוחים ומוכרים (קרי מוסכמים), סיום התביעות לזכויות צד לוחם מצד המדינות הערביות והכרה הדדית של כל הצדדים בעצמאותם המדינית, הצורך להבטיח את חופש השיט בנתיבי המים הבינלאומיים שבאזור, מציאת פתרון צודק ומוסכם לבעיית הפליטים ונקיטה באמצעים כדי להבטיח את הגבולות שייקבעו בהסכמה.

במאמר זה נתרכז בשני הנושאים שלגביהם עדים אנו לסילוף או לעיוות: עניין הנסיגה ובעיית הפליטים.

2 לפרסומים קודמים של המחברת על החלטה זו ראו רות לפידות "החלטת מועצת הביטחון מספר 242 משנת 1967" בתוך משרד החוץ: 50 השנים הראשונות (תשס"ב, משה יגר, יוסף גוברין ואריה עודד עורכים) 840; 295 *ISR. L. REV.* 26 *at Twenty Five*, 26 *Security Council Resolution 242 at Twenty Five*, 26 *ISR. L. REV.* 295; 840 (1992).

ב. תהליך קבלת ההחלטה

הלחימה במלחמת ששת הימים ביוני 1967 נסתיימה בעקבות החלטות בדבר הפסקת אש שקיבלה מועצת הביטחון.³ אולם לא מועצת הביטחון ואף לא עצרת האו"ם, אשר נתכנסה לישיבת חירום מיוחדת, לא קראו לישראל לסגת אל קו שביתת הנשק שנקבע בשנת 1949. הסיבה הייתה, כנראה, כי שררה תחושה שחזרה לאותם קווים לא תבטיח שלום באזור, כפי שהוכח בתקדים של שנת 1957.

בנובמבר 1967 ביקשה "הקהיליה הערבית המאוחדת" (כלומר מצרים כפי שנקראה באותה עת) בדחיפות לכנס בהקדם את מועצת הביטחון "לדיון במצב המסוכן השורר במזרח התיכון כתוצאה מהתעקשותה של ישראל שלא להסיג את כוחותיה המזוינים מכל השטחים שכבשה כתוצאה ממעשה התוקפנות של ישראל ביום 5 ביוני 1967 נגד הקהיליה הערבית המאוחדת, ירדן וסוריה".⁴ בתגובה לדרישה זו כונסה מועצת הביטחון ודנה במשבר בישיבותיה בימים 9, 13, 15, 16, 20 ו-22 בנובמבר.⁵

בראשית הדיונים הוצגו למועצה שתי הצעות החלטה: האחת הוגשה במשותף על ידי הודו, מאלי וניגריה,⁶ והשנייה הוגשה על ידי ארצות הברית.⁷ במהלך הדיונים הוגשו שתי הצעות נוספות, האחת על ידי בריטניה (16 בנובמבר)⁸ והשנייה על ידי

3 S.C. Res. 233, U.N. SCOR, 22d Sess., U.N. Doc. S/RES/233 (1967); S.C. Res. 234, U.N. SCOR, 22d Sess., U.N. Doc. S/RES/234 (1967); S.C. Res. 235, U.N. SCOR, 22d Sess., U.N. Doc. S/RES/235 (1967).

4 U.N. Doc. S/8226 (1967).

5 U. N. SCOR, 22d Sess., 1373d, 1375th, 1377th, 1379th, 1380th, 1381st, & 1382d mtgs. להיסטוריה החקיקתית של ההחלטה ראו ARTHUR LALL, THE UN AND THE MIDDLE EAST CRISIS, 1967 (1968); SYDNEY D. BAILEY, THE MAKING OF RESOLUTION 242 (1985); גרעון רפאל "מלחמת ששת הימים והחלטת מועצת הביטחון 242" בתוך משרד החוץ: 50 השנים הראשונות, לעיל הערה 2, בע' 854; Joseph J. Sisko, *Introduction to LORD CARADON, ARTHUR J. GOLDBERG, MOHAMED H. EL-ZAYYAT, ABBA EBAN, UN SECURITY COUNCIL RESOLUTION 242: A CASE STUDY IN DIPLOMATIC AMBIGUITY* (1981).

6 U.N. Doc. S/8227 (1967).

7 U.N. Doc. S/8229 (1967).

8 U.N. Doc. S/8247 (1967).

ברית המועצות (20 בנובמבר)⁹. ההצעה הבריטית בלבד הועמדה להצבעה, והיא נתקבלה פה אחד.
נוסח ההחלטה שאושר היה כלהלן:

מועצת הביטחון

- בהביעה** את דאגתה הנמשכת לרגל המצב החמור במזרח התיכון,
בהדגישה שאין לרכוש שטחים במלחמה ואת הצורך בפעולה למען שלום צודק ובר קיימא אשר בו כל מדינה באזור תוכל להיות בשלום,
בהדגישה בנוסף, שכל המדינות החברות נטלו על עצמן, בעת שקיבלו על עצמן את מגילת האו"ם, התחייבות לפעול על פי סעיף 2 למגילה,
1. **מצהירה** שהגשמת עקרונות מגילת האו"ם מחייבת השלטת שלום צודק ובר קיימא במזרח התיכון אשר מן הראוי שיכלול את יישומם של שני העקרונות הבאים:
א. נסיגת כוחות מזוינים של ישראל משטחים שנכבשו בעימות האחרון¹⁰.
ב. סיום כל התביעות למצב לוחמה וכן כיבוד והכרה בריבונותה, בשלמותה הטריטוריאלית ובעצמאותה המדינית של כל מדינה באזור ובזכותה להיות בשלום בתוך גבולות בטוחים ומוכרים ללא איומים או מעשים של אלימות;
2. כמו כן, **מצהירה** על הצורך
א. להבטיח את חופש השיט בנתיבי מים בינלאומיים באזור;
ב. להשיג פתרון צודק לבעיית הפליטים;
ג. להבטיח אי פגיעה בשלמותן הטריטוריאלית ועצמאותן המדינית של כל מדינות האזור, בעזרת אמצעים הכוללים הקמת אזורים מפורזים;
3. **מבקשת** מהמזכיר הכללי למנות נציג מיוחד שייצא למזרח התיכון כדי לכוון ולקיים מגעים עם המדינות הנוגעות בדבר במטרה לקדם הסכמה ולסייע למאמצים להשגת הסדר שלום שיהיה מקובל, בהתאם לסעיפי החלטה זו ועקרונותיה;

9 U.N. Doc. S/8253 (1967)

10 נוסח הגרסה הצרפתית הוא: "Retrait des forces armées Israéliennes des territoires occupés lors " du récent conflit

4. **מבקשת** מאת המזכיר הכללי לדווח למועצת הביטחון בכל ההקדם על ההתקדמות במאמצי הנציג המיוחד.

The Security Council

Expressing its continuing concern with the grave situation in the Middle East,

Emphasizing the inadmissibility of the acquisition of territory by war and the need to work for a just and lasting peace in which every State in the area can live in security,

Emphasizing further that all Member States in their acceptance of the Charter of the United Nations have undertaken a commitment to act in accordance with article 2 of the Charter,

1. **Affirms** that the fulfillment of the Charter principles requires the establishment of a just and lasting peace in the Middle East which should include the application of both the following principles:

(a) Withdrawal of Israel armed forces from territories occupied in the recent conflict¹⁰.

(b) Termination of all claims or states of belligerency and respect for and acknowledgement of the sovereignty, territorial integrity and political independence of every State in the area and their right to live in peace within secure and recognized boundaries free from threats or acts of force;

2. **Affirms** further the necessity

(a) For guaranteeing freedom of navigation through international waterways in the area;

(b) For achieving a just settlement of the refugee problem;

(c) For guaranteeing the territorial inviolability and political independence of every State in the area, through measures including the establishment of demilitarized zones;

10 נוסח הגרסה הצרפתית הוא: "Retrait des forces armées Israéliennes des territoires occupés lors " du récent conflit

3. **Requests** the Secretary - General to designate a Special Representative to proceed to the Middle East to establish and maintain contacts with the States concerned in order to promote agreement and assist efforts to achieve a peaceful and accepted settlement in accordance with the provisions and principles in this resolution;
4. **Requests** the Secretary - General to report to the Security Council on the progress of the efforts of the Special Representative s soon as possible.¹¹

ג. תוקפה המשפטי של החלטה

כפי שגלוי וידוע, מועצת הביטחון מקבלת בדרך כלל החלטות שנושאות אופי של המלצות, אך היא מוסמכת גם לקבל החלטות מחייבות, ובמיוחד בעת שהיא מטפלת, על-פי פרק VII למגילת האו"ם, ב"איומים על השלום, הפרת השלום ומעשי תוקפנות".

תוקף החלטה 242 נדון, בין היתר, על ידי המזכיר הכללי של האו"ם במסיבת העיתונאים שלו ביום 19 במרס 1992. בהשיבו על שאלה אמר המזכיר הכללי כי "החלטה שאינה מבוססת על פרק VII אינה מחייבת. לידיעתכם, החלטת מועצת הביטחון 242 (1967) אינה מבוססת על פרק VII למגילת האו"ם". בהודעה שנועדה להבהיר את דבריו, הוא אמר כי "אותה החלטה אינה ניתנת לאכיפה באשר היא לא נתקבלה על פי פרק VII..."¹².

נראה שההחלטה הייתה בגדר המלצה בלבד, מאחר שבדיון שקדם לקבלתה, הדגישו הנציגים שהם פועלים על פי פרק VI של המגילה, כלומר הם טיפלו ביישובו של סכסוך "שהמשכתו עלולה לסכן את קיום השלום והביטחון הבינלאומיים"¹³.

11 החלטה 242, לעיל הערה 1.

12 הודעה לעיתונות מטעם האו"ם, U.N. Doc. SG/GM/4718, at 11 (1992), והבהרה, DPI, 20 במרס 1992.

13 Lord Caradon, the Representative of Great Britain, U.N. SCOR, 22nd year, 1373d meeting, at 18, sec. 164 (1967); Ambassador A. Goldberg of the USA, U.N. SCOR, 22d year, 1377th meeting, at 6, sec. 54 (1967); Ambassador Borch, the Representative of Denmark, 1373d meeting, at 24, sec. 235 (1967); Ambassador Ignatieff, the Representative of Canada, 1373d meeting, at 22, sec. 212, and 1377th meeting, at 9, sec. 86 (1967); Ambassador Adebo, the Representative of Nigeria, 1373d meeting, at 112, sec. 107 (1967).

בהתייחסותם לפרק VI ביקשו הדוברים לתת ביטוי לכוונתם שהחלטה תהיה בגדר המלצה.

אף תוכן ההחלטה מצביע על כך שהייתה זו המלצה, שכן מרבית ההוראות שבהחלטה מהוות מסגרת, רשימה של עקרונות כלליים שעשויים לקבל אופי אופרטיבי רק לאחר שיוסכם על צעדים מפורטים: "ההחלטה קובעת עקרונות כלליים וצופה שתושג "הסכמה" על הפרטים; הצדדים חייבים להלביש בשר על העצמות החשופות הללו", כפי שתיאר זאת שגריר ארצות הברית, א' גולדברג¹⁴. ההחלטה

אמנם בשנת 1971 קבע בית הדין הבינלאומי שגם החלטה המתקבלת על פי פרק VI יכולה להיות החלטה מחייבת:

It has been contended that Article 25 of the Charter [on binding decisions] applies only to enforcement under Chapter VII of the Charter. It is not possible to find in the Charter any support for this view... The language of a resolution of the Security Council should be carefully analyzed before a conclusion can be made as to its binding effect. In view of the nature of the powers under Article 25, the question whether they have been in fact exercised is to be determined in each case, having regard to the terms of the resolution to be interpreted, the discussions leading to it, the Charter provisions invoked and, in general, all circumstances that might assist in determining the legal consequences of the resolution of the Security Council.

Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) Notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), 1971 I.C.J. 16, sec. 113-114.

אולם, כאמור, החלטה זו של בית הדין התקבלה ב-1971, וזאת לא הייתה הדעה שרווחה בשנת 1967, בעת שהתקיימו הדיונים על החלטה 242 במועצת הביטחון. ראו JOHN W. HALDERMAN, THE UNITED NATIONS AND THE RULE OF LAW 65-89 (1966); YEHUDA Z. BLUM, SECURE BOUNDARIES AND MIDDLE EAST PEACE IN THE LIGHT OF INTERNATIONAL LAW AND PRACTICE 63-64, n. 127 (1971) (hereinafter BLUM, SECURE BOUNDARIES); PIERRE-MARIE MARTIN, LE CONFLIT ISRAËLO-ARABE: RECHERCHES SUR L'EMPLOI DE LA FORCE EN DRIOT, INTERNATIONAL PUBLIC POSITIF 232-34 (1973); JULIUS STONE, NO PEACE-NO WAR IN THE MIDDLE EAST 23-24 (1969) (hereinafter STONE, NO PEACE-NO WAR); J. Dehaussy, *La crise du Moyen - Orient et l'ONU*, 95 JOURNAL DU DROIT INTERNATIONAL 853 (1968); Y. Dinstein, *The Legal Issues of "Para-War" and Peace in the Middle East*, 44 ST. JOHN'S L.R. 477 (1970); Philippe Manin, *Les efforts de l'Organisation des Nations Unies et des Grandes Puissances en vue d'un règlement de la crise au Moyen-Orient*, 15 ANNUAIRE FRANCAIS DE DRIOT INTERNATIONAL 154, 158-9 (1969); Shabtai Rosenne, *Directions for a Middle East Settlement - Some Underlying Legal Problems*, 33 LAW & CONTEMP. PROBS. 44, 57 (1968) (hereinafter Rosenne, *Directions*); Amos Shapira, *The Security Council Resolution of November 22 1967 - Its Legal Nature and Implications* 4 ISR. L. R. 279 (1969).

14 Arthur J. Goldberg, *A Basic Mideast Document: Its Meaning Today* (May 15, 1969), הרצאה שניתנה בכנס השנתי של הוועד היהודי אמריקני.

הפקידה בידי "הנציג המיוחד" את תפקיד הסיוע לצדדים הנוגעים בדבר להגיע להסכמה ולהשיג הסדר ברוח הפיוס של ההחלטה.

אילו הייתה הכוונה לכפות "החלטה מחייבת", ההסכמה בין הצדדים לא הייתה מופיעה כנושא מרכזי. במיוחד, ההוראה בדבר כינון "גבולות בטוחים ומוכרים" (secure and recognized boundaries) מוכיחה שיישום ההחלטה מחייב תחילה הסכם בין הצדדים. כמו כן, השימוש בסעיף 1 במונח "מן הראוי" ("should": "שמן הראוי שיכלול את יישומם של שני העקרונות הבאים" - "which should include the application of both the following principles") מוכיח שאכן, החלטה זו היא בבחינת המלצה.

עם זאת, עולה השאלה, האם חלו שינויים בתוקף ההחלטה לאור התפתחויות מאוחרות יותר. בהקשר זה יש לזכור כי בשלב מסוים הביעו מרבית הצדדים לסכסוך את הסכמתם להחלטה¹⁵. קבלה זו בוודאי העלתה את משקלה המדיני של ההחלטה והיוותה התחייבות לנהל משא ומתן בתום לב. אך בגלל תוכן ההחלטה - הנחיות כלליות להסדר - כמתואר לעיל, קבלת המסמך לא חייבה את הצדדים לתוצאה מסוימת.

נטען שהחלטה 338 (1973), שנתקבלה על ידי מועצת הביטחון לאחר מלחמת יום הכיפורים, בשנת 1973, העניקה להחלטה 242 תוקף מחייב¹⁶. בהחלטה 338 נאמר:

מועצת הביטחון

1. קוראת לצדדים בלחימה הנוכחית להפסיק מייד את האש ולהפסיק מייד כל פעילות צבאית, לא יאוחר מאשר 12 שעות משעת קבלתה של ההחלטה הנוכחית, בעמדותיהם הנוכחיות;
2. קוראת לצדדים המעורבים להתחיל מיד לאחר הפסקת האש ביישום החלטה 242 של מועצת הביטחון (1967) על כל חלקיה;
3. מחליטה כי מייד ובמקביל להפסקת האש, יחל משא ומתן בין הצדדים הנוגעים בדבר, בחסות נאותה,

15 ראו BAILEY, *supra* note 178-179, at 178.

16 Eugene V. Rostow, *The Illegality of the Arab Attack on Israel of October 6, 1973*, 69 AM. J. INT'L L. 69, 272 at 274-6 (1975) (hereinafter Rostow, *Illegality*).

שמטרתו כינון שלום צודק ובר קיימא במזרח התיכון.¹⁷

החלטה 338 חיזקה את החלטה 242 במובנים שונים. ראשית, היא הטעימה שיש ליישם את החלטה 242 "על כל חלקיה" ובכך הדגישה שלכל סעיפי ההחלטה תוקף שווה. שנית, בעוד שבהחלטה 242 מדובר היה בהסדר מוסכם שיש להשיגו בעזרת הנציג המיוחד מטעם מזכ"ל האו"ם, החלטה 338 קוראת במפורש למשא ומתן בין הצדדים¹⁸. ההחלטה אינה אומרת במפורש שהיא מחייבת; גם אם הייתה כוונה שיהיה לה תוקף כזה, היא רק הגבירה את הקריאה לנהל משא ומתן על פי הקווים המנחים שנכללו בהחלטה 242.

בשנת 1991 קיבל משקלה המדיני של החלטה 242 חיזוק עקב ההתייחסות אליה במכתב ההזמנה לוועידת מדריד ובמכתבי הביטחונות שנשלחו על ידי ממשלת ארצות הברית למשתתפים השונים.

ד. מידת הרלוונטיות של ההחלטה לגבי סדרות המשא ומתן השונות

החלטה 242 אינה מציינת מי הן המדינות שהיא פונה אליהן, ומשתמשת רק במונח "המדינות הנוגעות בדבר" (פסקה 3). לפיכך היא חלה על כל סדרות המשא ומתן בין ישראל לשכנותיה ועל סדרות משא ומתן עם מדינות אחרות באזור הטוענות שהן במצב מלחמה עם ישראל.

הואיל והבעיות הכרוכות ביחסים בין ישראל לבין כל אחת מהמדינות הללו אינן בהכרח זהות בכל המובנים, והמצב האסטרטגי בגזרות השונות שונה באופן ניכר, יש ליישם את ההחלטה בכל אחד מהמקרים על פי נסיבותיו המיוחדות. בעבר התעוררו חילוקי דעות בשאלה, האם ההחלטה צריכה לחול גם על המשא ומתן בין ישראל לפלסטינים. הפלסטינים דרשו שכל שלבי המשא ומתן אתם יתנהלו על סמך ההחלטה, הן המשא ומתן להסדרי הביניים והן המשא ומתן להסדר הקבע. ישראל התנגדה לכך משום שההחלטה עוסקת רק בהסדר בין מדינות.

17 (1973) S.C. Res. 338, U.N. SCOR, U. N. Doc. S/RES/338 (להלן: החלטה 338).

18 המחברת מבקשת להביע תודה לשגריר J. Sisco על שהפנה את תשומת לבו לעובדה זו.

הפלסטינים, מאידך, שאפו להיתלות בהחלטה 242 משום שזו קוראת לישראל לסגת משטחים. כמו כן הם סברו שמאחר שבעבר התנתה ארצות הברית פתיחת משא ומתן אתם בקבלת החלטה 242 על ידיהם, מן הראוי שיוכלו גם להסתמך עליה. בסופו של דבר מופיעה ההחלטה בהצהרת העקרונות של הסדרי הביניים של ממשל עצמי משנת 1993²⁰ רק כבסיס למשא ומתן להסדר הקבע, ולא למשא ומתן על הסדר הביניים. מאחר שההחלטה נועדה לחול מלכתחילה רק ביחסים בין מדינות, יש להניח שהיא תוכל לשמש במשא ומתן עם הפלסטינים רק בשינויים המחויבים.

ה. בעיית הנסיגה

שלוש הוראות רלוונטיות לנושא הנסיגה: הפסקה במבוא הקובעת כי, לדעת מועצת הביטחון, "אין לרכוש שטחים במלחמה"; הפסקה בסעיף הראשון הקוראת ל"נסיגת כוחות מזוינים של ישראל משטחים שנכבשו בעימות האחרון"; והפסקה בחלק השני של אותו סעיף המדברת על "זכותה [של כל מדינה באזור] לחיות בשלום בתוך גבולות בטוחים ומוכרים". ננסה לנתח כל אחת מהוראות אלו.

1. "אין לרכוש שטחים במלחמה"

הטוענים שההחלטה קוראת לנסיגה מלאה של ישראל לגבולות 1967, מסתמכים על מילים אלו, המופיעות במבוא להחלטה. יתרה מזאת, על מנת לבסס את הטענה שההחלטה דורשת נסיגה מלאה, הם בדרך כלל מצטטים רק מילים אלו ומתעלמים מיתר הוראות ההחלטה העוסקות בשאלת הנסיגה.

האמנם המילים, "אין לרכוש שטחים במלחמה", משמעותן היא כי, לדעת מועצת הביטחון, החזקתם של השטחים שנכבשו בשנת 1967 על ידי ישראל, היא בלתי חוקית? כדי להשיב על שאלה זו עלינו להיות ערים להבדל היסודי שבין כיבוש צבאי לבין רכישת שטחים. הראשון אינו כרוך בשום שינוי במעמדה הממלכתי של

Isabel Kershner, *No! No! No!*, THE JERUSALEM REPORT (Dec. 3, 1992) at 24, 25; Sari Nusseibeh, 19
The Politics and Concepts of Negotiations, Address at the Tami Steinmetz Center for Peace
Research, Conference on Peacemaking One Year After Madrid (Nov. 17, 1992)

Israel-Palestine Liberation Organization: Declaration of Principles on Interim Self- 20
Government Arrangements, 32 I.L.M. 1525 (1993)

טריטוריה למרות שהוא מעניק לכובש סמכויות מסוימות ואת הזכות להישאר בשטח עד שיושג הסכם שלום. אולם כיבוש צבאי גרידא של שטח אינו מעניק זכות משפטית כלשהי לריבונות עליו.

הדעות חלוקות בשאלת חוקיותו של כיבוש צבאי בגלל האיסור במגילת האו"ם על השימוש בכוח. אולם מקובל שכיבוש הנובע משימוש חוקי בכוח, כגון מפעולה של הגנה עצמית, הוא חוקי. כך, למשל, הצהרת עצרת האו"ם משנת 1970 על עקרונות המשפט הבינלאומי בדבר יחסי ידידות ושיתוף פעולה בין מדינות²¹ וכן הגדרת התוקפנות של העצרת משנת 1974²² מכירות בחוקיותו של כיבוש צבאי כאשר השימוש בכוח שהוביל לכיבוש, אינו נוגד את מגילת האו"ם. בנקודה זו מקובל ששתי ההחלטות הנ"ל מבוססות על המשפט המנהגי או על עקרונות מגילת האו"ם. בלשונה של פרופ' רוזלין היגינס, "אין שום דבר, לא במגילת האו"ם ולא במשפט הבינלאומי הכללי, הנותן מקום לסברה שכיבוש צבאי עד לחתימת אמנת שלום הוא בלתי חוקי"²³.

מכאן שבפסקה במבוא להחלטתה מביעה מועצת הביטחון את התנגדותה לרכישת שטח על ידי מלחמה, אך אין היא עוסקת בכיבוש בנסיבות של שנת 1967²⁴. מאלף להשוות את נוסח ההחלטה שנתקבל לבסוף, לנוסח שבטיטה שהוגשה על ידי הודו, מאלי וניגריה. שם נקטו המציעים בלשון הבאה: "כיבוש או רכישת טריטוריה באמצעות כיבוש צבאי אינם קבילים על פי מגילת האו"ם"²⁵. יש משמעות לכך שבעודו חוזר על האיסור לרכוש שטח במלחמה, המבוא שאושר לבסוף, נמנע מלחוות דעה בדבר הכיבוש צבאי. לפיכך אין מקום לטעון כי מועצת הביטחון ראתה

.G.A. Res. 2625(XXV), U.N. GAOR (1970) 21

.G.A. Res. 3314(XXIV), U.N. GAOR (1974) 22

"... there is nothing in either the Charter or general international law which leads one to suppose that military occupation pending a peace treaty, is illegal". Rosalyn Higgins, *The Place of International Law in the Settlement of Disputes by Security Council*, 64 AM. J. INT'L L. 1, 8 (1970). 23

, at 258-65; 13, at 80-91; MARTIN, *supra* note 13BLUM, *SECURE BOUNDARIES*, *supra* note 24 ראו
, at 7-8; Rosenne, 23, at 33; Higgins, *supra* note 13STONE, *NO PEACE-NO WAR*, *supra* note
, at 5913Directions, *supra* note 25

.U.N. Doc. S/8227 (1967) 25

את נוכחותה של ישראל בשטחים האלה כבלתי חוקית. כפעולת הגנה עצמית²⁶ כיבוש צבאי זה היה לגיטימי, והוא מוסיף להיות לגיטימי עד שיושג הסדר של שלום ויותו גבולות קבועים ומוסכמים²⁷.

כל פירוש אחר של הקטע, למשל הרעיון שהפסקה נתכוונה לגנות כל כיבוש צבאי, נוגד לא רק את הניסוח המילולי, אלא גם את הכללים המקובלים של המשפט הבינלאומי. צורתה של הפסקה, מיקומה במבוא, ולא בגוף ההחלטה²⁸ והשוואתה עם הפסקאות שלאחריה מצביעים בבירור על כוונה ליישם נורמות קיימות, בשונה מניסיון ליצור נורמות חדשות.

2. נסיגת כוחות מזוינים של ישראל משטחים שנכבשו בעימות האחרון

כאמור, קיים ניגוד ברור בין עמדתן של מדינות ערב והאיחוד האירופי, מחד, ושל ישראל, מאידך, בשאלת היקף הנסיגה הנדרש בהחלטה 242. בעוד שהערבים עומדים על נסיגה ישראלית מלאה מכל השטחים שנכבשו על ידי ישראל בשנת

26 המשפטנים הערבים טוענים שישראל הייתה התוקפנית, אבל מרבית המחברים המערביים אינם בדעה זו. ראו, למשל, Quincy, *JULIUS STONE, THE MIDDLE EAST UNDER CEASE-FIRE 6 et seq.* (1967); Wright, *Legal Aspects of the Middle East Situation*, 3 *LAW & CONTEMP. PROBS.* 5, 27 (1968). לרשימה מלאה יותר ראו לפידות, לעיל הערה 2, בע' 850, הערה 23. תמונה כוללת מן הדעות השונות ניתן לקבל במאמריהם של Eugene Rostow, Vernon Turnes, Meir Rosenne, Nabil Elaraby, Adnan Abu Odeh ו-Dennis Ross שפורסמו ב-*THE BUILDING BLOCK*, לעיל הערה 1.

27 J. Narotn Moore, *The Arab-Israeli Conflict and the Obligation to Pursue Peaceful Settlement of*, at 16 *International Disputes*, 19 *KANSAS L. REV.* 403, 425 (1971); Rostow, *Illegality*, *supra* note 276; Stephen M. Schwebel, *Editorial Note: What Weight to Conquest?*, 64 *AM. J. INT. L.* 344, 344 (1970). ראוי להזכיר כי לפי מחברים שונים, זכויותיה של ישראל בחלק מן השטחים הכבושים עולות על זכויותיו של כובש צבאי בגלל הליקוי בתביעות לזכויות של הרשויות ששלטו בשטחים טרם כיבושם בידי ישראל. גישה זו ננקטה בעיקר לגבי הגדה המערבית (יהודה ושומרון) ורצועת עזה. ראו ELIHU, at 265-13 *LAUTERPACHT, JERUSALEM AND THE HOLY PLACES* 46 (1968); MARTIN, *supra* note 67; Yehuda Z. Blum, *The Missing Reversioner: Reflections on the Status of Judea and Samaria*, 3 *ISR. L. REV.* 270 (1968); Schwebel, *supra*, at 345-46; Stone, *supra* note

28 באופן בלתי תלוי בדיני אמנות בינלאומיות ידוע שלמבואות להחלטות מועצת הביטחון של האו"ם מקובל לייחס משקל קטן יותר מאשר לחלקים האופראטיביים.

1967²⁹, לדעת ישראל, הקריאה לנסיגה קשורה לקריאה לקביעת גבולות בטוחים ומוכרים, שצריכים להיקבע בהסכמה³⁰.

מדינות ערב מבססות את תביעתן על צירוף המשפטים הבאים: ההוראה שבדברי המבוא שנזכרה לעיל "שאינן לרכוש שטחים במלחמה" ו"נסיגת כוחות מזוינים ישראלים משטחים שנכבשו בעימות האחרון" (פסקה 1(i)), בגרסה הצרפתית של המשפט האחרון: "Retrait des forces armées Israéliennes des territoires occupés lors du récent conflit".

הפירוש הישראלי נשען על משמעותו המילולית הפשוטה של הנוסח האנגלי של הפסקה בדבר הנסיגה, אשר הוא נוסח הטיוטה שהוגשה על ידי המשלחת הבריטית: "Withdrawal of Israel armed forces from territories occupied in the recent conflict". הוא גם מבוסס על העובדה שהצעות להוסיף את המילה "כל" (all) או את ה' הידיעה (the) לפני המילה "שטחים" נדחו, ועל הרעיון שכאשר באים לפרש את המשפט בדבר הנסיגה, יש להתחשב בהוראות האחרות שבהחלטה, לרבות זו בדבר קביעת "גבולות בטוחים ומוכרים".

נראה כי ההחלטה אינה מחייבת נסיגה מלאה בגלל סיבות אחדות:

- א. כבר ראינו כי המשפט במבוא האוסר לרכוש שטחים במלחמה מהווה רק חזרה על העיקרון שלפיו כיבוש צבאי, גם כאשר הוא חוקי משום שהוא נובע מפעולת הגנה עצמית, איננו מצדיק, כשלעצמו, סיפוח טריטוריה או רכישת זכות עליה.
- ב. הגרסה האנגלית של הפסקה בדבר נסיגה מחייבת "נסיגה משטחים" בלבד, ולא "מכל" השטחים ואף לא "מהשטחים". ההוראה היא ברורה וחד משמעית. כפי שאמר זאת נציג בריטניה, לורד קרדון (Cardon), בישיבת מועצת הביטחון ביום 22 בנובמבר 1967, "בטוחני שכולנו נכיר בכך שרק ההחלטה היא שתחייב אותנו, ואנו רואים את ניסוחה כברור..."³¹, ועל פי פרופ' יוג'ין רוסטוב (Rostow), ששימש

29 ראו, למשל, התשובות של ירדן (23 במרס 1969) ושל לבנון (21 באפריל 1969) לשאלות שהציג השגריר גונראר יארינג, ברוח של מזכ"ל האו"ם, או טאנט, U.N. Doc. S/10070 (1971). ראו גם Talcott W. Seelye, *Meaning of '67 Israel Resolution Disputed*, N. Y. TIMES (Apr. 1, 1988) (הכותב היה שגריר ארה"ב בתוניסיה ובסוריה).

30 הודעתו של שגריר ישראל, אבא אבן, U.N. GAOR, 23d Sess., 1686th mtg., at 9, 11 (1968).

31 Cyrus R. Vance & Joseph J. Sisco, *Resolution 242, Crystal Clear*, N. Y. TIMES (Mar. 20, 1988). ראו גם Yehuda Z. Blum, אך ראו

אז סגן מזכיר המדינה לעניינים מדיניים במחלקת המדינה של ארצות הברית: "במשך 24 שנים טענו הערבים כי שתי ההחלטות משתמעות לשתי פנים... אין דבר שיוכל להיות רחוק יותר מן האמת"³². פרופ' רוסטוב כתב זאת בשנת 1991, דהיינו 24 שנה אחרי שהחלטה נתקבלה.

ג. את הגרסה הצרפתית אשר, על פי הטענה, תומכת בדרישה לנסיגה מלאה, ניתן אולי לראות כמשתמעת לשתי פנים באשר המילה "des" יכולה להיות גם צורת הריבוי של מילת היחס הסתמית de (article indéfini) וגם קיצורן של "de les" (article défini). עם זאת נראה, שהתרגום לצרפתית הוא תרגום אידיומטי של הנוסח האנגלי שבמקור, וכנראה, זהו התרגום הסביר והמדויק³³. יתר על כן, אפילו השגריר Bernard, נציג צרפת במועצת הביטחון באותה עת, אמר שללא ספק, "des territoires occupés" תואם את הביטוי "occupied territories"³⁴. זאת ועוד, גם אילו הגרסה הצרפתית הייתה משתמעת לשתי פנים, מן הראוי היה לפרשה בצורה שתואמת לנוסח האנגלי: ההנחה היא שמשמעות שתי הגרסאות

Controversial UN Resolution 242, a Quarter-Century After, THE JERUSALEM POST 1B (Nov. 20, 1992).

"For twenty-four years, the Arabs have pretended that the two Resolutions are ambiguous Nothing could be further from the truth." Eugene V. Rostow, *The Perils of Positivism: A Response to Professor Quigley*, 2 DUKE J. COMP. & INT'L L. 229, 241-42 (1992) (hereinafter Rostow, *Perils*) 32

נראה שלא נמצאה כל דרך אחרת לתרגם את ההוראה לשפה הצרפתית: 33

When the French text appeared, the British and American Governments raised the matter at once with the United Nations Secretariat, and with the French Government, to be told that the French language offered no other solution for the problem... [N]one of the people involved could think of a more accurate French translation...

., at 28516 Rostow, *Illegality*, *supra* note

ראו גם Shabtai Rosenne, *On Multi-Lingual Interpretation*, 6 ISR. L. REV. 360, 363 (1971) (hereinafter Rosenne, *Multi-Lingual*)

.U.N. SCOR, 1382d mtg., at p. 12, sec. 111 (1967). 34

זהה³⁵, וכיוון שהאחת היא ברורה, והשנייה דו-משמעית, יש לפרש את האחרונה על פי קודמתה³⁶.

ד. יש להעדיף את הגרסה האנגלית משום שהיא זהה לנוסח המקורי של הטיוטה הבריטית שעליה התבססה ההחלטה³⁷. קיים כלל מושרש היטב במשפט הבינלאומי כי טקסטים רב-לשוניים בעלי תוקף זהה בלשונות השונות יתפרשו על ידי העדפת הנוסח המקורי - "accordant la primaute au text original"³⁸ או "שפת היסוד" - "basic language"³⁹. בני סמכא שונים דנים בבעיה זו בקשר

35 אמנת וינה בדבר דיני אמנות, 1969, סעיף 33.

36 1 CHARLES ROUSSEAU, DROIT INTERNATIONAL PUBLIC 289-290 (1970) (hereinafter ROUSSEAU, DROIT INTERNATIONAL PUBLIC).

37 U.N. Doc. S/8247 (1967).

38 Rousseau, DROIT INTERNATIONAL PUBLIC, *supra* note 1, at 290.

39 מקנייר מציין כי בתי דין שונים באמנות שנכתבו במספר לשונות שתוקפן שווה, יבקשו לעתים לבדוק מהי "שפת הבסיס" ("basic language"), כלומר שפת העבודה שבה התנהל המשא ומתן על האמנה, ושבה היא נוסחה, ויראו בזאת את הנוסח החשוב יותר. ראו ARNOLD DUNCAN MCNAIR, THE LAW OF TREATIES 434 (1961). בעיית פירושה של מסמכים בינלאומיים בעלי תוקף שווה במספר שפות כאשר אין התאמה בין הנוסחים השונים, נדונה בעיקר בהקשר של אמנות. בית הדין הבינלאומי העדיף את השפה שבה נערכה האמנה מלכתחילה:

[Since] the Convention was Drawn up in French... regard must be had to the meaning of the disputed term in that language.

Advisory Opinion on the Exchange of Greek and Turkish Population, 1925, P.C.I.J., ser. B, no. 10, at 18.

לדוגמאות נוספות ראו McNair, *supra*, *id.*; ROUSSEAU, DROIT INTERNATIONAL PUBLIC, *supra* note 1, at 290; 1 CHARLES ROUSSEAU, PRINCIPLES GENERAUX DU DROIT INTERNATIONAL PUBLIC 36 (1944) 722-24.

אמנת וינה בדבר דיני האמנות משנת 1969 אף היא מתייחסת במשתמע לנוסח המקורי של המסמך בהמליצה לפנות אל עבודות ההכנה שקדמו לכריתת האמנה ולנסיבות כריתתה (סעיף 33, פסקה 4). הוראה זו מבוססת על סעיף 29, פסקה 3 (לפני כן סעיף 73, פסקה 2) של הטיוטה שהוכנה על ידי הוועדה למשפט הבינלאומי. ואמנם, פרופ' Alfred Verdross הציע בוועדה לכלול הוראה מפורשת לטובת הנוסח שבו האמנה נוסחה מלכתחילה. ראו Summary Records of the 874th meeting, sec. 44, I(2) Y.B. INT'L L. COMM. 208, 271 (1966) Report of the International Law Commission on the Work of its 18th Session, II Y.B. INT'L L. COMM. 169, 196, 206 (1966) Roberto Ago, 226, sec. 9 of the commentaries to Article 29 (1966) שהתייחסות לעבודות ההכנה של האמנה ואל הנסיבות של כריתתה חייבת להוביל לשפה שבה האמנה נערכה מלכתחילה. ראו Summary Records of the 874th meeting, sec. 22, I(2) Y.B. INT'L L. COMM. 208, 210 (1966) ANTHONY AUST, MODERN TREATY LAW AND PRACTICE 205 (2000); IAN SINCLAIR, THE VIENNA CONVENTION ON THE LAW OF TREATIES 152 (2nd ed. 1984); MALA TABORY, MULTILINGUALISM IN INTERNATIONAL LAW AND INSTITUTIONS 211 (1980); Jean Hardy, *The Interpretation of Plurilingual Treaties by International Courts and Tribunals* 37 BRITISH Y.B. INT'L L. 72, fn. 98 (1961); Prosper Weil, *Le reglement territorial dans la resolution du*

לפרשנות של אמנות, אך בדרך ההיקש ניתן ליישם את הכללים הרלוונטיים גם לסוגים אחרים של מסמכים, כגון החלטות של מועצת הביטחון. ראוי לזכור שהשפה האנגלית הייתה לא רק רשמית "שפת עבודה", אלא שימשה גם למעשה השפה שבה נתקיימו מרבית הדיונים. אכן, בשפה האנגלית השתמשו עשרה מבין חברי המועצה, שלושה השתמשו בשפה הצרפתית, ובכל אחת מהשפות רוסית וספרדית השתמש נציג אחד.

ה. כשמפרשים את החלטה 242, וכשמחפשים אחר כוונתה של מועצת הביטחון, ראוי לקחת בחשבון גם את כל הדיונים במועצה שקדמו להחלטה (מאז ראשית המשבר במאי 1967), ובמושב החירום המיוחד החמישי של עצרת האו"ם, שכונס לאחר מלחמת ששת הימים⁴⁰. "ההיסטוריה החקיקתית" הזאת מוכיחה כי כל ההצעות שקראו לנסיגה מלאה של כל הכוחות המזוינים של ישראל מכל השטחים שנכבשו בשנת 1967, נדחו. היא מצביעה גם על הדומיננטיות של השפה האנגלית בכל הדיונים.

ו. מעמדה המועדף של השפה האנגלית לגבי החלטה 242 הוכר גם במשתמע על ידי מצרים, שכן הגרסה האנגלית היא זו שצורפה למסגרת לשלום במזרח התיכון משנת 1978 אשר הוסכם עליה בקמפ דייוויד על ידי מצרים וישראל. יתר על כן, באותה "מסגרת" הצדדים הסכימו שהמשא ומתן בדבר "המעמד הסופי" של הגדה המערבית ועזה "יקבע, בין שאר עניינים את מיקומם של הגבולות...", והדבר מראה שלדעת מצרים וישראל, לא התכוונו בהחלטה 242 לחזרה לקווי⁴¹1949.

3. הזכות "לחיות בשלום בתוך גבולות בטוחים ומוכרים"

ההוראה בדבר גבולות בטוחים ומוכרים לא הייתה לרוחן של מדינות ערב, והן ניסו ללא הצלחה למנוע את הכללתה בהחלטה. לפי ההחלטה, חובתו של הנציג

22 novembre 1967, NOUVEAUX CAHIERS, No. 23 (1970). לדעה שונה ראו החלטת הרוב בעניין Young Loan arbitration, 59 Int'l L. Rep. 495 (1980).

40 at 36533Rosenne, *Multi-Lingual*, supra note

41 מסגרת לחוזה שלום בין מצרים ובין ישראל, כ"א 25, ע' 510, 514 (פרק א(1)(ג)). המחברת מבקשת להביע תודתה לשופט אילן שיק על שהסב את תשומת לבו להיבט זה.

המיוחד שייצא למזרח התיכון, היא "לקדם הסכמה ולסייע למאמצים להשגת הסדר שלום". הפסקה בדבר גבולות בטוחים ומוכרים הייתה נעדרת משמעות אילו הייתה הכוונה לנסיגת הכוחות המזוינים של ישראל מכל השטחים שנכבשו בשנת 1967. הרעיון העיקרי בפסקה בדבר הנסיגה והגבולות הוא ש"לכשייעשה שלום, ההחלטה קוראת לנסיגה ישראלית אל גבולות בטוחים ומוכרים"⁴².

4. סיכום נושא הנסיגה

הפירוש שעל פיו ההחלטה אינה קוראת לנסיגה מלאה של כל הכוחות הישראליים מכל השטחים שנכבשו בשנת 1967, מתחייב לאור לשון הסעיף, והוא תואם התבטאויות מפייהם של דיפלומטים שונים שהיו מעורבים בקבלת ההחלטה ובפירושה⁴³. נטען על ידי מדינות ערב כי יש לבצע את הפסקה בדבר הנסיגה בהחלטה 242 כמות שהיא, וכי אין צורך בשום משא ומתן ליישומה, בעוד שמרכיביהם של יחסי שלום שייכוונו (פסקה 1, פסקת משנה (ii)), ופסקה 2 מחייבים משא ומתן והסכמה טרם יישומם. אולם אין שום יסוד להבחנה כזאת. להפך, הנסיגה בוודאי מצריכה הסכמה מוקדמת בדבר הגבולות הבטוחים והמוכרים.

שאלת שיעור הנסיגה על פי החלטה 242 הייתה ועודנה סלע המחלוקת העיקרי במשא ומתן בין ישראל לשכנותיה, והובעו בנושא זה דעות שונות מאוד. יש הסבורים כי מן הראוי שהנסיגה המלאה מסיני על פי אמנת השלום משנת 1979 בין מצרים לישראל תשמש תקדים המחייב נסיגה מלאה גם בכל יתר האזורים, ואילו אחרים הגיעו למסקנה ההפוכה מזו, והיא שעל ידי הנסיגה הניכרת בסיני ישראל כבר מילאה את הדרישה לנסיגה על פי החלטה 242. היו שטענו שהעדר המלצה לנסיגה מלאה על פי ההחלטה מאפשר תיקוני גבול זעירים בלבד, ואילו אחרים טבעו את הסיסמה "אדמה תמורת שלום".

⁴² "When peace is made, the Resolution calls for Israeli withdrawal to "secure and recognized" boundaries". Rostow, *Perils*, *supra* note 30, at 242.

⁴³ Michael Stewart, Britain's Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs, 791 *THE JERUSALEM POST* (Jan. 20, 1967); PARL. DEB., H.C. (5th Ser.) Col. 844-5, 261 (1970) (מי שהיה שר החוץ הבריטי בשנת 1967); Vance & Sisco, *supra* note 30.

אף אחת מן העמדות האלו אינה מייצגת את הפירוש הנכון של החלטה 242. כפי שהזכרנו, ההחלטה קוראת לנהל משא ומתן ולהגיע להסכמה מבלי להצביע על שיעור הנסיגה המומלצת ועל מיקומה.

אולי זה המקום להוסיף כמה הערות בדבר הסיסמה "אדמה תמורת שלום". נוסח החלטה 242 אינו מכיל מלים אלה, אך נראה שרבים סבורים שההחלטה נתכוונה בדיוק לכך. לדעתי, זהו ביטוי פשטני שלוקה בחוסר דיוק ואף מטעה. המונח "אדמה" אינו מבהיר מהן הזכויות, הסמכויות והמחויבויות הקשורות לאותה אדמה, ואילו המונח "שלום" מצריך גם הוא תאור מפורט יותר. יתר על כן, "אדמה תמורת שלום" היא אמירה מטעה כי ניתן היה לפרשה כאילו רק נסיגה מלאה מכל השטחים שנכבשו בשנת 1967, עשויה להוליך לשלום מלא - ובוודאי זה לא נאמר בהחלטה 242. ללא הסברים נוספים קשה לומר שהביטוי הזה עשוי לשמש קו מנחה מועיל עבור הצדדים במשא ומתן.

1. בעיית הפליטים

בעקבות מלחמת 1948-49, נמלטו ערבים פלסטינים רבים (שלא היו מעולם אזרחי ישראל או תושביה הקבועים), ואחרים גורשו לארצות הערביות השכנות⁴⁴, ומספר רב של יהודים נמלטו או גורשו מבתיהם במדינות ערב לישראל⁴⁵. מספר העקורים הערבים הפלסטינים גדל כתוצאה ממלחמת ששת הימים בשנת 1967 ("עקורים" הם אנשים הנאלצים לנדוד בתוך תחומי אותה המדינה). בעוד שהפליטים היהודים נקלטו בחברה הישראלית, רבים מהערבים נותרו בנפרד ולא נקלטו במדינות

44 על בעיית הפליטים ראו, בין היתר, RONY GABBAY, A POLITICAL STUDY OF THE ARAB-JEWISH CONFLICT: THE ARAB REFUGEE PROBLEM (A CASE STUDY) (1959); Kurt René Radley, *The Palestine Refugees: The Right to Return in International Law*, 72 AM. J. INT'L L. 587 (1978). לדעה שונה מוז ראו BENNY MORRIS, THE BIRTH OF THE PALESTINIAN REFUGEE PROBLEM, 1947-1949 (1987). ראו גם DONNA E. ARZT, REFUGEES INTO CITIZENS: PALESTINIANS AND THE END OF THE ARAB-ISRAELI CONFLICT (1996); DON PERETZ, PALESTINIAN REFUGEES AND THE MIDDLE EAST PEACE PROCESS (1993).

45 על הפליטים היהודיים ראו, למשל, TERENCE PRITTE & BERNARD DINEEN, THE DOUBLE EXODUS: A STUDY OF ARAB AND JEWISH REFUGEES IN THE MIDDLE EAST (1974); MAURICE M. ROUMANI, THE CASE OF THE JEWS FROM ARAB COUNTRIES: A NEGLECTED ISSUE, (4th ed. 1983); THE FORGOTTEN MILLIONS: THE MODERN JEWISH EXODUS FROM ARAB LANDS (Malka Hillel Shulewitz ed., 1999).

שבהן ישבו, מתוך רצונם הם או עקב לחציהן של מדינות ערב. גורל הפליטים והעקורים הפלסטינים הוא בעיה אנושית חמורה, וראוי שיינקטו מרב המאמצים לפתרונה.

הערבים התמידו בדרישת זכות השיבה לישראל עבור כל הפליטים הפלסטינים, וישראל התנגדה לכך. התביעות להחזרת הפליטים התבססו הן על הדין הבינלאומי הכללי והן על טקסטים מיוחדים שמתייחסים לבעיה הפלסטינית. תביעות אלו נדונו בהרחבה במקום אחר⁴⁶, וכאן נסתפק בהבאת עיקרי הדברים.

למעשה, מתעוררות שלוש שאלות חשובות בתחום זה: ראשית, מי נחשב פליט? בעניין זה יש הבדל גדול בין ההגדרה המקובלת במשפט הבינלאומי על פי האמנה משנת 1951⁴⁷ לבין ההגדרה המקובלת ב-UNRWA (סו"ת - סוכנות האו"ם לסיוע ותעסוקה לפליטי ארץ ישראל)⁴⁸. בה בשעה שהאמנה כוללת במונח רק את הפליטים עצמם ולא את צאצאיהם או אנשים שרכשו אזרחות אחרת, הרי סו"ת כוללת במונח "פליט ארצישראלי", גם את צאצאיו של הפליט, וכך עולה מספר הנהגים מסיוע של סו"ת על 3.5 מיליון נפשי⁴⁹.

השאלה השנייה היא האם הפליטים זכאים לשוב לשטחה של ישראל. שאלה זו יש לבחון לאור האמנות הכלליות בדבר זכויות האדם, לאור החלטות שונות של האו"ם ולפי ההסכמים השונים שנעשו בין ישראל ושכנותיה. לפי האמנות הכלליות, בדרך כלל מקובלת הסברה שזכות השיבה קיימת רק עבור אזרחי המדינה או תושביה הקבועים⁵⁰. אפילו זכות השיבה של אזרחים איננה זכות מוחלטת, אלא ניתן

46 Ruth Lapidoth, *Israel and the Palestinian: Some Legal Issues*, 16 DIE FRIEDENS-WARTE 211, 232-239 (2001); Ruth Lapidoth, *The Right of Return in International Law with Special Reference to the Palestinian Refugees*, 16 ISR. Y.B. HUM. RTS. 103 (1986); Daniel Taub, *Legal Aspects of UNGA Resolution 194(III): The Palestinian Right to Return*, 6 NEWSLETTER INT'L ASS. JEWISH LAW. & JUR. 8 (1992).

47 Convention relating to the Status of Refugees, No. 2545, 189 U.N. Treaty Series 137, 152-56 (1954), Protocol relating to the Status of Refugees No. 8791, 606 U.N. Treaty Series 267 (1954).

48 הגדרה זו אינה מופיעה במסמך רשמי, והיא משתנה מדי פעם. ראו, למשל, ההגדרה המובאת אצל Peretz, *לעיל* הערה 44, בע' 11-12.

49 יצחק רביד *הפליטים הפלסטינים* (2001) 1-12.

50 PAUL SIEGHART, *THE INTERNATIONAL LAW OF HUMAN RIGHTS* 179 (1985); GEOFFREY R. WATSON, *THE OSLO ACCORDS: INTERNATIONAL LAW AND THE ISRAELI-PALESTINIAN PEACE AGREEMENTS* 283 (2000).

לשלול אותה או להגבילה אם הנימוקים לכך אינם שרירותיים⁵¹. יתרה מזאת, בספר חשוב המפרש את האמנה משנת 1966 בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות⁵², נכתב כי היא אינה עוסקת בזכות השיבה של קבוצות גדולות של אנשים אשר נעקרו ממקום מגוריהם כתוצאת לוואי של מלחמה או תזוזת אוכלוסין מסיבות פוליטיות, כגון מעברם מערבה של גרמנים ממזרח אירופה בעקבות מלחמת העולם השנייה, בריחתם של הפלסטינים מהשטח שהפך להיות ישראל, ושל היהודים ממדינות ערב⁵³.

באשר להחלטות האו"ם בעניין פליטי ארץ ישראל, מסמך האו"ם העיקרי שהעריבים מסתמכים עליו, הוא החלטת העצרת (III)194 מיום 11 בדצמבר 1948⁵⁴, אשר נתקבלה בעקבות הדוח שהוגש על ידי המתווך מטעם האו"ם, הרוזן פולקה ברנדוט. מכוח החלטה זו הוקמה ועדת הפיוס לארץ ישראל, וזו נתבקשה "לנקוט את כל הצעדים כדי לסייע לממשלות ולרשויות כדי להגיע להסדר סופי של כל השאלות שנותרו פתוחות ביניהן". פסקה 11 עסקה בפליטים:

העצרת... מחליטה שהפליטים המבקשים לחזור לבתיהם ולחיות בשלום עם שכניהם, מן הראוי שיוורשו לעשות זאת בתאריך המעשי המוקדם, ושמן הראוי שישולמו פיצויים עבור רכוש לאלה הבוחרים שלא לחזור, וכן עבור אובדן או נזק לרכוש אשר, לפי עקרונות המשפט הבינלאומי והצדק, מן הראוי שהממשלות או הרשויות האחראיות ישפו עבורם.

יש מומחים הסבורים שזכות השיבה קיימת גם לטובת תושבים חוקיים קבועים. ראו, למשל, הדיונים שהתקיימו בוועדת המשנה למניעת אפליה והגנה על מיעוטים: Report by Chairman - Rapporteur Asbjorn Eide, U.N. Doc. E/CN.4/Sub.2/1991/45, at 5 (1991).

הוועד לזכויות האדם, שהוקם על פי האמנה הבינלאומית על זכויות אזרחיות ופוליטיות משנת 1966, אימץ את הדעה שזכות השיבה קיימת לכל אדם שיש לו "close and enduring connection" למדינה מסוימת: U.N. Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.9, at 5-6 (1999).

51 לפי סעיף 12(4) לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, "לא תישלל באורח שרירותי מאיש הזכות להיכנס לארצו הוא" (כ"א 31, ע' 269, 276).

52 THE INTERNATIONAL BILL OF RIGHTS: THE COVENANT ON CIVIL AND POLITICAL RIGHTS (Louis Henkin ed., 1981) (hereinafter THE INTERNATIONAL BILL OF RIGHTS).

53 Stig Jagerskiold, *The Freedom of Movement*, in THE INTERNATIONAL BILL OF RIGHTS, *supra* note ., at 166, 18052.

דעה שונה הובעה על ידי Watson, לעיל הערה 50, בע' 283.

54 G.A. Res. 194(III), U.N. GAOR, 3d Sess., Part I, at 21-24 (1948) (להלן: החלטה (III)194).

אף שמלכתחילה התנגדו מדינות ערב להחלטה ודחו אותה, לאחר מכן הן הסתמכו עליה וראו בה הכרה בזכות שיבה כוללת. אך פירוש זה איננו מתיישב עם נוסח ההחלטה. בהחלטה לא מדובר על "זכות", אלא יש כאן המלצה "שמן הראוי להתיר" להם לחזור. להמלצה זו גם שני תנאים: שהפליטים רוצים לחזור, ושהם רוצים לחיות בשלום עם שכניהם. האנתיפדה, למעשה, שוללת אפשרות של חיים כאלה בשלום.

יתירה מזאת, הפלסטינים הצמידו את תביעתם לזכות השיבה אל תביעה להגדרה עצמית⁵⁵ - דבר שפירושו קץ לקיומה של מדינת ישראל.

יש לזכור שעל פי מגילת האו"ם, העצרת אינה מוסמכת לקבל החלטות מחייבות, אלא רק המלצות, פרט לענייני תקציב ותקנון פנימי.

יצוין, אגב, שבעבר נהגה העצרת להמליץ על פתרון לבעיית הפליטים על ידי "רה-אינטגרציה של הפליטים לתוך החיים הכלכליים של המזרח הקרוב, על ידי שיבה או על ידי **יישוב מחדש**" (הדגשה שלי - ר' ל')⁵⁶.

גם בהסכמים בין ישראל לשכנותיה נדונה בעיית הפליטים. בהסכם המסגרת של קמפ דייוויד בין ישראל למצרים (1978) סוכם שתוקם ועדה קבועה בהשתתפות מצרים, ירדן, ישראל ונציגי הפלסטינים אשר תטפל בין היתר בהסדרים להחזרת עקורי 1967. סוכם שמצרים וישראל יעבדו ביחד עם צדדים מעוניינים אחרים לכינון דרכים מוסכמות לפתרון הבעיה של יתר הפליטים⁵⁷. הצהרת העקרונות בדבר הסדרים לשלטון עצמי זמני בין אש"ף וישראל (1993)⁵⁸ והסכם הביניים הישראלי-פלסטיני בדבר הגדה המערבית ורצועת עזה (1995)⁵⁹ מכילים הוראה דומה לגבי העקורים, ואילו נושא הפליטים אמור לעמוד על סדר היום של המשא ומתן להסדר

55 ראו, למשל, U.N. General Assembly Resolution 3236(XXIX) concerning the question of Palestine (Nov. 22, 1974), in THE ARAB-ISRAEL CONFLICT AND ITS RESOLUTION: SELECTED Resolution of the Arab ;(DOCUMENTS, at 158-159 (Ruth Lapidot & Moshe Hirsch eds., 1992) Summit Conference (Oct. 29, 1974), *ibid*, at 156-157.

56 ראו, למשל, החלק השני של החלטה 194(III), לעיל הערה 54, G.A. Res. 393(V), U.N. GAOR, (1950); G.A. Res. 513(VI), U.N. GAOR (1952).

57 לעיל הערה 41, בע' 515 (פרק א(3)-(4)).

58 ראו לעיל הערה 20, בפסקאות (3) V, XII.

59 כ"א 33, ע' 1, 28, (סעיף 27(2)), 30 (סעיף 31(5)).

הקבע. בעקבות ועידת מדריד (1991) אף הוקמה ועדה רב-צדדית לסוגיית הפליטים בהנהגתה של קנדה.

ההוראה הרלוונטית (סעיף 8) באמנת השלום בין ישראל וירדן (1994)⁶⁰ מעט יותר מפורטת. באשר לעקורים נקבעה הוראה דומה לאלו שהובאו לעיל. אמנת השלום מציינת את הצורך לפתור את בעיית הפליטים הן במסגרת הוועדה הרב-צדדית לפליטים שהוקמה אחרי ועידת מדריד (1991), והן בשילוב עם המשא ומתן להסדר הקבע. האמנה גם מזכירה תכניות או"ם ותכניות כלכליות בינלאומיות מוסכמות אחרות בדבר פליטים ועקורים, ובכלל זה סיוע ליישובם מחדש.

אף אחד מן ההסכמים בין ישראל לבין שכנותיה אינו מעניק לפליטים זכות לשוב לישראל.

על רקע זה עלינו לבדוק את ההוראה הרלוונטית בהחלטת מועצת הביטחון 242, "הצורך להשיג פתרון צודק לבעיית הפליטים". כאמור, מדינות ערב טוענות שהמועצה מתייחסת כאן במשתמע להחלטת העצרת מספר 194(III) דלעיל, המבטיחה לטענתם זכות שיבה.

אך אין כל בסיס לטענה זו. מועצת הביטחון המליצה להגיע "לפתרון צודק", ולא אמרה מה ייחשב בעיניה פתרון צודק. אין כאן שום הפניה להחלטות אחרות של הארגון. נראה שזהו נושא שיש ליישבו במשא ומתן בין הצדדים. מאחר שההחלטה מדברת באופן כללי על "בעיית הפליטים", אין היא מוגבלת לבעיית הפליטים הערבים, והפתרון הצודק שיש להגיע אליו במשא ומתן צריך לכלול גם את הזכות לפיצויים ליהודים שברחו ממדינות ערב.

כיום נראה שפתרון בעיית הפליטים הפלסטינים עשוי לכלול שיבה למולדת הפלסטינית, יישוב מחדש והיקלטות במדינות ערב או במדינות אחרות (רצוי לפי בחירת הפליט), ושיבה לישראל תהיה רק במסגרת איחוד משפחות ועל פי שיקול דעתה של ישראל. כמו כן, יהיה מקום לתשלום פיצויים מקרן בינלאומית מתאימה⁶¹.

60 חוזה שלום בין מדינת ישראל לבין הממלכה הירדנית ההאשמית, כ"א 32, ע' 271, 287-288.

61 גלעד שר במרחק נגיעה: המשא ומתן לשלום 1999-2001: עדות (2001) 430-432.

ז. סיכום

הניתוח דלעיל הראה שאין בסיס לטענות של הערבים ושל מדינות אירופה כי החלטה 242 קוראת לישראל לסגת מכל השטחים שנכבשו בשנת 1967. ההסתמכות על פסקה אחת במבוא תוך התעלמות מיתר סעיפי ההחלטה מסלפת את תוכן ההחלטה ומטעה את כל מי שאיננו טורח לבדוק את הנוסח המלא של המסמך. הנוסח ברור ואיננו דו-משמעי, והוא מדבר על "נסיגת כוחות מזוינים של ישראל משטחים שנכבשו", ולא על נסיגה של הכוחות הישראליים מכל השטחים. גם ההוראה בדבר קביעת "גבולות בטוחים ומוכרים" מרמזת שיש לקבוע גבולות חדשים בהסכמה.

אין שמץ של זכר להכרה בזכות שיבה לפליטים הפלסטינים, אלא מדובר על הצורך להגיע ל"פתרון צודק".
נראה שיש משפטנים ופוליטיקאים שאינם מכבדים את עיקרון החובה להיות נאמן למקור...

החזקת "מובאים" במעצר מנהלי כ"קלפי מיקוח"

עודד מודריק*

הסוגיה

פרשת הלבנונים

הבסיס הנורמטיבי להחזקת הלבנונים ככלואים וההליכים השיפוטיים
ההחלטות השיפוטיות

הפסק הראשון

דעת הרוב (הנשיא ברק והשופט קדמי)

דעת המיעוט (השופטת דורנר)

הדיון הנוסף

הנשיא ברק

השופטת דורנר

השופטים חשין וקדמי

הערות כלפי גישת הרוב

שיקולי איזון

הדין הבינלאומי

אישור מעצר המנהיגים וחוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים

הסוגיה

האם יכולה המדינה להחזיק באדם כ"קלף מיקוח" במשא ומתן קיים או עתידי
(משא ומתן שהוא בחזקת ברי או משא ומתן בחזקת שמא) לשחרור שבויים, להחזרת

* הדברים שלהלן לא הותקנו במתכונת של מאמר. הם נישאו פעמיים כהרצאה: הראשונה בפני
משתתפי סמינר של עמותת מורשת המשפט העברי (מרכז הסמינר - פרופ' נחום רקובר), והשנייה בפני
משתתפי השתלמות שופטים צבאיים (מרכז ההשתלמות - אל"ם שי יניב). תודתי למשתתפים על
הערות מועילות שהשמיעו בתגובה לדבריי.

** דוקטור, שופט בית המשפט המחוזי בתל אביב. מרצה בכיר, הפקולטה למשפטים של אוניברסיטת תל
אביב.

נעדרים או לגילוי מידע על גורלם של אלה? האם יכולה המדינה להחזיק באזרחיה של מדינה אחרת הקשורים בפעולות איבה נגד המדינה גם בלי שאלה ישמשו כקלפי מיקוח? אלה שתי השאלות שאני מבקש להידרש אליהן. שתי השאלות חוסות בצלם של מוסר הלחימה של מדינת ישראל או של חוקיות מוסר הלחימה שלה. ביחס לכך אבקש להקדים ציטוט מדברים שכתב מ"מ הנשיא ח' כהן בפרשת קוואסמה:

ומה נשתנתה לחימת המדינה מלחימת אויביה, שזו נלחמת תוך כדי שמירת החוק, ואלה נלחמים תוך כדי הפרת החוק. עוצמתה המוסרית וצדקתה העניינית של לחימת השלטונות תלויות כל כולן בשמירתם על חוקי המדינה: בויתור על עוצמתה זו ועל צדקתה זו של לחימתה, משרתים השלטונות את מטרות האויב. הנשק המוסרי אינו נופל בחשיבותו מכל נשק אחר, ואולי עולה עליו - ואין לך נשק מוסרי יעיל משלטון החוק. מוטב שידע כל מי שצריך לדעת, ששלטון החוק בישראל לעולם לא ייכנע לאויביה.²

אמרה זו היא בגדר ההסכמה הכללית (קונצנוס) במדינת ישראל. ודאי שאני רואה אף את עצמי ואת הלוח מחשבתי כמצויים בתוככי הקונצנוס הלאומי הזה. ההערות המעטות שאעיר להלן אגב פסיקת בית המשפט העליון בסוגיה הנדונה ובעקבות הפתרון המשפטי שננקט על ידי המחוקק, משקפות גישה פרשנית של הדין ושל מתחם גבולותיו של מוסר הלחימה, גבולות שאנו אסורים בפריצתם. נוציא אל מחוץ למסגרת הדיון את השאלה האם רשאית המדינה לחטוף (או, בסגנון הצבאי היותר ניטרלי, "להביא") בן ערובה או קלף מיקוח מארצו לשם שימוש

1 זווית ההתבוננות שלי היא על הדין בישראל כפי שפורש בפסיקת בית המשפט העליון. ממילא, אינני מתיימר להשיב לשאלות הללו במתכונת אוניברסלית.

2 בג"ץ 320/80 קוואסמה ואח' נ' שר הביטחון ואח', פ"ד לה (3) 113, 132. מ"מ הנשיא כהן נפטר לבית עולמו בחודש אפריל 2002. אפשר היה להסכים עם השקפת העולם שניבטה מפסיקותיו, אפשר לעתים לחלוק עליה. דברים אלו שכתב, הם נכסי צאן ברזל העומדים לעולם וצריכים לנוע כעמוד האש לפני המחנה, להאיר את דרכנו.

בו כקלף מיקוח כאמור. משעה שאדם מוחזק בידי המדינה, אין הדין הפנימי בה מתעניין בדרך שבה הובא אליה.³

פרשת הלבנונים

הסוגייה התעוררה במלוא חריפותה על רקע העובדה שמדינת ישראל החזיקה במספר אזרחים לבנונים⁴ במעצר מנהלי משך שנים ארוכות ב"תמיכת" בתי המשפט, ובכלל זה בית המשפט העליון. המובאים הללו אינם גזורים מעור אחד. הדין המשפטי בעניינם יצר הבחנה בין שתי קבוצות עצירים.

קבוצה אחת מנתה עשרה עצירים שנתפסו בשנים 1986-1987 בפעולות של צה"ל או צד"ל בדרום לבנון, הובאו ארצה ונשפטו על ידי בית משפט צבאי לתקופות מאסר שונות בשל חברותם בארגון עוין ("חיזבאללה") או בשל פעילות מסוימת במסגרת אותו ארגון. הם סיימו לרצות את עונשיהם בין 1989 לבין 1991 אך לא שוחררו והוחזקו ככלואים על בסיס צווי מעצר מנהליים שהוצאו מכוח חוק המעצרים המנהליים.⁵

הקבוצה השניה מונה שניים: שייח **כרים עובייד**, שנחטף על ידי צה"ל מביתו בשנת 1989 והובא לישראל. נטען כלפיו שהוא קשור בפעולות נגד מדינת ישראל, אך הוא לא הועמד לדין. הוא נחשב לאישיות דת בכירה למדי בקרב התושבים המוסלמים של לבנון. השני הוא **מוסטפא דיראני**, שנחטף מביתו בבקעת הלבנון בשנת 1994. דיראני היה פעיל בכיר בתנועת "אמ"ל", ובין תפקידיו היה איתור מקומות להחזקת עצורים וחסופים בידי הארגון. כך, הוא איתר את מקום ההחזקה של רון ארד. כאשר ערק מ"אמ"ל" וייסד ארגון משלו ("תנועת ההתנגדות המאמינה", המקורבת ל"חיזבאללה"), נטל עמו את רון ארד ובשנת 1989 העבירו, כנראה, לרשות משמרות המהפכה האירניים שהיו מוצבים בבקעת הלבנון.

3 ביתר דיוק: לפי ההלכה הפסוקה, כאשר לבית המשפט בישראל סמכות עניינית, אין חוקיות ההליך מושפעת מן הדרך שבה הובא הנאשם לתחום השיפוט של המדינה (ראו, בין היתר, ע"פ 336/61 אייבמן נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד ט"ז 2033, 2067-2069; ע"פ 568/98 עסאף נ' מדינת ישראל, פ"ד נה(4) 374, 381-380 והמקורות המוזכרים שם).

4 איתן ברק מתאר ברשימה שפרסם את דרכי הבאתם לישראל של 21 אזרחים לבנוניים (א' ברק "בחסות החשיכה: עשר שנות משחק בבני-אדם כב"קלפי-מיקוח" ובית-המשפט העליון" פלילים ח (תש"ס) 77).

5 חוק סמכויות שעת-חירום (מעצרים), התשל"ט 1979 - (להלן: חוק המעצרים המנהליים).

הנה כי כן, קבוצת המשנה הראשונה הם "חיילים פשוטים" במערכות ה"חיזבאללה" בעוד שעובייד ודיראני, בפרט האחרון, הם דמויות מנהיגות בפעילות נגד מדינת ישראל. הביטוי "חיילים" אינו מתאים הן מפני שלא מדובר בצבא והן - ואולי בעיקר - משום שאנו רואים ב"חיזבאללה" ארגון עוין, ואנשיו אינם "חיילים". אקרא להם, אפוא, "הפועלים", ואילו את עובייד ודיראני אכנה "המנהיגים".

הבסיס הנורמטיבי להחזקת הלבנונים ככלואים וההליכים השיפוטיים

זמן מזה (לגבי אחדים עד שנתיים לערך) מתום המאסר הוחזקו הפועלים במעצר על בסיס צווי גירוש שהוצאו נגדם. סעיף 13(ג) לחוק הכניסה לישראל, התשי"ב-1952 - בנוסחו דאז⁶ אפשר להחזיק במעצר את מי שהוצא נגדו צו גירוש עד לגירושו בפועל. אולם התעוררה שאלה של חוקיות ההליך, ומשזו הוצבה לפתחו של בית המשפט העליון, החליטה המדינה לבטל את צווי הגירוש (ובכך לייתר את הדיון בעתירה)

6

אין לראות בעצורים הלבנוניים שבויי מלחמה. די בכך שאין מתמלאת לגביהם הוראת סעיף 4(a)(2)(d) לאמנת ג'נבה השלישית, הקובעת כי אחד התנאים שיש למלא כדי לקיים את ההגדרה של "שבויי מלחמה" הוא:

"that of conducting their operations in accordance with the laws and customs of war".

הארגונים שאליהם השתייכו העצורים הלבנוניים הם ארגוני טרור הפועלים בניגוד לדיני המלחמה ומנהיגיה. כך, למשל, ארגונים אלה פוגעים במתכוון באזרחים ויורים מתוך אוכלוסיה אזרחית, המשמשת להם כמגן. כל אלה הן פעולות הנוגדות את המשפט הבין-לאומי. אכן, עמדתה העקבית של ישראל הייתה כל השנים, שלא לראות בארגונים השונים, כגון החיזבאללה, ארגונים שאמנת ג'נבה השלישית חלה עליהם.

בג"ץ 2967/00 'ארד ואח' נ' כנסת ישראל ואח', פ"ד נד(2) 188, 191.

7 ביטוי שגור בעולם התחתון לאלו הסרים למרותו של עבריין בכיר ומבצעים עבורו כל משימה מבוקשת.

8 ראו ס"ח התשי"ב 354, 355. לאחר מכן תוקן החוק, וכיום מעוגנת ההוראה בסעיף 13א לחוק. ראו סעיף 6 לחוק הכניסה לישראל (תיקון מס' 9), התשס"א-2001, ס"ח 502, 503-504.

9 ניתן לשער שההשגות נבעו מכך שהוראת החוק שיוותה לנגד עיניה מעצר של מגורש לתקופה קצרה. תכלית החוק היא לאפשר מעצר עד שהליכי הגירוש יושלמו. הביורוקרטיה הכרוכה בכך (בין היתר, הזכות להשיג על הגירוש בפני ערכאות) תובעת את זמנה, ולעתים דרוש זמן כדי לאתר מדינה "קולטת". אין להניח שהמחוקק התכוון להניח בידי המדינה אפשרות להחזיק אדם במעצר על סמך צו גירוש לעולמי עד. זאת ועוד. כיוון שהוצאו נגד הפועלים צווי גירוש, ניתן היה לתבוע את מימושם. סעיף 11 לחוק הפרשנות, התשמ"א-1981 - תובע את ביצועה של סמכות במהירות הראויה, ומאחר שאין קושי טכני לבצע את גירוש הפועלים, ניתן היה לטעון להשתהות בלתי סבירה של הרשות השלטונית.

ולמהירם בצווי מעצר מנהליים בחתימת שר הביטחון מכוח חוק המעצרים המנהליים.

סעיף 2 לחוק המעצרים המנהליים קובע:

(א) היה לשר הבטחון יסוד סביר להניח שטעמי בטחון המדינה או בטחון הציבור מחייבים שאדם פלוני יוחזק במעצר, רשאי הוא, בצו בחתימת ידו, להורות על מעצרו של האדם לתקופה שתצוין בצו ושלא תעלה על ששה חדשים.

(ב) היה לשר הבטחון יסוד סביר להניח, ערב פקיעת תקפו של צו לפי סעיף קטן (א) (להלן - צו המעצר המקורי), שטעמי בטחון המדינה או בטחון הציבור עדיין מחייבים את החוקתו של העציר במעצר, רשאי הוא, בצו בחתימת ידו, להורות מפעם לפעם על הארכת תקפו של צו המעצר המקורי לתקופה שלא תעלה על ששה חדשים, ודין צו ההארכה לכל דבר כדין צו המעצר המקורי.

...

כלומר החוק קובע כי צווי המעצר המנהלי יהיו לתקופות של עד ששה חודשים, אך הם ניתנים להארכה. כל אימת שמוצא צו מאריך, הריהו בצו חדש, ויש להביאו לאישור בפני נשיא בית משפט מחוזי, הבודק את ההצדקה להחזקת העציר במעצרו.¹⁰ לעציר זכות ערעור לבית המשפט העליון בדין יחידיו.¹¹

כך אירע שבמשך כמה וכמה שנים הוחזקו הן הפועלים והן המנהיגים כעצירים מנהליים, והחזקתם במעצר אושרה על ידי נשיא בית המשפט המחוזי בתל אביב או על ידי סגנו. ככל הנראה, משנת 1991 היו גם ערעורים לבית המשפט העליון, ואלה נדחו.¹²

10 ראו סעיף 4 לחוק המעצרים המנהליים.

11 ראו סעיף 7 לחוק המעצרים המנהליים.

12 לפי סעיף 9 לחוק המעצרים המנהליים, מתקיימים הדיונים (לרבות דיוני בית המשפט העליון) בדלתיים סגורות, ולא ניתן להם פרסום (כולל ההחלטות). לפיכך איננו יודעים אל נכון את כל פרטי ההתנהלות המשפטית-שיפוטית, להוציא מה שזכר בפסקי הדין שאדון בהם להלן. ייאמר כי מעטה החשאיות עורר שאלות נכבדות וקשות (פרסום עצם ההימצאות של העצירים בישראל, קשר עם הצלב האדום, קשר עם עורך דין וביקורי קרובים). שאלות אלה נפתרו במוקדם או במאוחר.

בשנת 1994 הגישו עשרת הפועלים ערעור לבית המשפט העליון כנגד ההחלטה לאשר את המשך מעצרים. בית המשפט העליון החליט לברר את הערעור בפני מותב שלושה (הנשיא א' ברק והשופטים י' קדמי וד' דורנר). ההחלטה בערעור ניתנה בשנת 1997 ופורסמה¹³.

משהסתבר כי הערעור נדחה (ברוב דעות הנשיא ברק והשופט קדמי כנגד דעת השופט דורנר), ביקשו המערערים לערוך השגותיהם שוב במסגרת דיון נוסף. לכך נעתר המשנה לנשיא ש' לוין בשנת 1998. הדיון הנוסף נערך בפני מושב תשעה, ובשנת 2000 ניתן פסק דין שבו נקבע ברוב של ששה נגד שלושה שאין בסיס הולם להחזקת הפועלים במעצר מנהלי, ויש לשלחם לארצם¹⁴. לפני שהדבר מומש, ניסתה משפחתו של רון ארד למנעו בעתירה של הרגע האחרון, אך הדבר לא צלח בידה¹⁵. עוד מעט קט נצלול אל נבכי ההליכים השיפוטיים הללו ונברר את טעמיהם. כעת אומר אך זאת: בקבלת ערעור הפועלים דחה בית המשפט העליון את עיקרון קלף המיקוח, שעליו הושתתה החזקתם במעצר עד אז.

משראו המנהיגים את הצלחת הפועלים, הגישו אף הם ערעור לבית המשפט העליון בשנת 2000 וטענו בפניו שגם הם מוחזקים כקלפי מיקוח, ודין אחד להם ולפועלים. אלא שגם המדינה הפיקה את לקחי כישלונה בעניין קלפי המיקוח והציבה את מעצרים של המנהיגים על סמוכת טעמים אחרת. לא עוד קלפי מיקוח (כפי שנטען בשנים שקדמו), אלא טענת סיכון קונקרטי לביטחון המדינה הגלום בשחרור כל אחד משני המנהיגים. טענת המדינה התקבלה, והערעור נדחה¹⁶.

ההחלטות השיפוטיות

מתוך שלל הדיונים השיפוטיים אני מבקש להתמקד בשלושה: הפסק הראשון¹⁷; הדיון הנוסף¹⁸; פסק המנהיגים¹⁹.

13 עמ"מ 10/94 פלונים נ' שר הביטחון, פ"ד נג(1) 97 (להלן: הפסק הראשון).

14 דנ"פ 7048/97 פלונים נ' שר הביטחון, פ"ד נד(1) 721 (להלן: הדיון הנוסף).

15 עניין ארד, לעיל הערה 6.

16 עמ"מ 5652/00 עובייד ואח' נ' שר הביטחון, פ"ד נה(4) 913 (להלן: פסק המנהיגים).

17 לעיל הערה 13.

18 לעיל הערה 14.

הפסק הראשון²⁰

הפסק הראשון דן בשאלת מעצרו המתמשך של הפועלים. שתי נקודות מוצא שימשו את בית המשפט העליון, ושתיהן נבעו מהסכמה מפורשת של המדינה. ראשית, הטעם למעצרו של העותרים הוא קידום שחרורם של שבויים ונעדרים מקרב כוחות הביטחון, ובעיקר שחרורו של הנווט רון ארד, אשר נעדר מאז הופל מטוסו (ביום 16.10.1986) בשמי לבנון. אכן, העותרים מוחזקים במעצר מנהלי כ"קלפי מיקוח" במשא ומתן קשה אשר ישראל מנהלת לשחרורם של רון ארד ושל שבויים ונעדרים אחרים מקרב כוחות הביטחון. שנית, מהעותרים עצמם אין נשקפת סכנה לביטחון המדינה. הם ריצו את עונשם, ובמצב דברים רגיל היו מגורשים מישראל. המחלוקת בין הצדדים - אשר עמדה במרכז פסק הדין - הייתה כפולה: ראשית, האם מוסמך שר הביטחון להוציא צו מעצר מנהלי כאשר הטעם היחיד להוצאתו הוא שחרורם של שבויים ונעדרים מקרב כוחות הביטחון ללא סיכון ספציפי מהעצורים עצמם; שנית, האם שיקול דעתו של שר הביטחון הופעל כדין. בבית המשפט העליון נחלקו הדעות. שופטי הרוב (הנשיא א' ברק בהסכמת השופט י' קדמי) השיבו על שתי השאלות בחיוב.

דעת הרוב (הנשיא ברק והשופט קדמי)²¹

בחוות דעת הרוב נקבע כי החזרת שבויים ונעדרים מקרב כוחות הביטחון כשלעצמה היא מטרה ואינטרס הנכללים במסגרת בטחון המדינה, וכי סמכותו של שר הביטחון משתרעת גם על מקרה שבו לא נשקפת סכנה לביטחון המדינה מהעצורים עצמם, וכל מטרת מעצרו היא להחזיקם כ"קלפי מיקוח". כן נקבע כי בנסיבות העניין הפעלת שיקול הדעת של שר הביטחון הייתה כדין. שופטי הרוב שוכנעו כי קיים חשש ברמה של ודאות קרובה כי שחרורם של העותרים יביא לפגיעה ממשית בביטחון המדינה, שכן המשך החזקתם של העותרים במעצר הוא

19 לעיל הערה 16.

20 לעיל הערה 13.

21 שם, בע' 102-110.

חיוני לשם המשך המשא והמתן לשחרורם של השבויים והנעדרים. צוין כי בנסיבות העניין אין חלופה למעצר שניתן לנקוט בה, שפגיעתה בזכויות היסוד של העותרים תהא קטנה יותר.

גישת הנשיא ברק כי אינטרס החזרת שבויים ונעדרים הוא בגדר "ביטחון המדינה", וממילא החזקת "קלף מיקוח" נופלת אף היא בגדר הטעם הביטחוני, התבססה על פסיקתו העקיבה של בית המשפט העליון, לרבות תוך אישור החלטות קודמות למעצרים של הלבנונים. הוא ציין את פסיקתם של הנשיא שמגר ושל השופט טל. זה האחרון קבע כי

החזרת שבויים ונעדרים הינה חלק אינטגרלי מביטחון המדינה וכי ממלאת היא תפקיד חשוב בכל הקשור במורל הצבא ובערכיו. ... השופט טל הוסיף, כי מעמדם של העצורים הינו אנלוגי למעמדם של שבויי מלחמה במובן זה, שישנה הצדקה מוסרית להחזיקם במעצר ובשבי, עד להחלפתם בחיילנו אנו. כך הדבר, אליבא דשופט טל, בייחוד בשעה שבה נעדרינו ושבוינו לא זוכים לכל זכות של שבויי מלחמה.²²

הנה כי כן, רוב השופטים סברו שאף על פי שהמעצר איננו נובע מפועלם של הפועלים וממעשיהם, ומשום כך "מפתחות כלאם" אינם בידיהם, מעצר זה הוא הכרח בל יגונה בנסיבות העניין.

דעת המיעוט (השופטת דורנר)²³

השופטת ד' דורנר גרסה כי מעצר הפועלים אינו עולה בקנה אחד עם תכלית הדין המאפשר מעצר מנהלי. מטרת המעצר המנהלי היא מניעת סיכון ביטחוני הנובע מן העציר. החוק אמנם אינו אוסר במפורש מעצר שמטרתו שיפור עמדת המדינה במשא ומתן להחזרת שבויים, אך העדר איסור זה אינו הסמכה. מעצר או מאסר בשיטתנו הם אמצעי כנגד אדם שממנו נובעת סכנה לשלום הציבור או לביטחוננו. אין מקום למעצרו של אדם שממנו עצמו לא נובעת סכנה לשלום הציבור או לביטחוננו.

22 שם, בע' 106.

23 שם, בע' 110-114.

סמכות מעצר לתקופה בלתי מוגבלת אינה מוכרת על פי דיני המלחמה. יתר על כן, כשמפעיל בית המשפט את סמכות הביקורת שבידיו, עליו להשתכנע שהמעצר מוצדק. ההצדקה פירושה שכנוע בדרגה גבוהה של הסתברות שהחזקת הפועלים במעצר תגרום לשחרור שבויים והחזרת נעדרים. אין כל ביטחון ברמת הסתברות כזאת. אין גם ראייה כי שחרור העצורים וגירושם לארצם עלולים לגרום נזק לביטחון המדינה, או הערכה כזו.

סמכות המעצר המנהלי היא מניעתית, היא אינה לוחמה התקפית. הנסיבות המצדיקות מעצר מנהלי צריכות להלום את תכלית המעצר. כשם שהפצצת מעוזי "חיזבאללה" אינה מבוססת על הסמכות להרוס בתים שבתקנות ההגנה, כך גם החזקת אנשים כ"קלף מיקוח" אינה יכולה למצוא את עיגונה בדיני המעצר המנהלי. לפי דיני המלחמה הבינלאומיים, אפשר להחזיק לוחמי אויב כשבויי מלחמה גם כשאינן תחזית ברורה לעניין מועד חילופי שבויים, אך אין שם צידוק להחזקת אזרחים במעצר. ממילא, כללי המעצר המנהלי אינם ישימים לכאן.

הדיון הנוסף²⁴

הדיון הנוסף קיים בפני הרכב תשעה. ששה מהם חלקו על גישת הרוב בפסק הראשון והפכו את תוצאתו. בראש הששה ניצב הנשיא א' ברק, ששינה את גישתו מן הקצה אל הקצה ועמו גם השופטים ת' אור, א' מצא וי' זמיר (שהביעו הסכמה לחוות דעת הנשיא), המשנה לנשיא ש' לוין והשופטת ד' דורנר (שהוסיפו הערות מצדם). שלושת בעלי דעת המיעוט הם השופטים מ' חשין, י' קדמי וי' טירקל. אציג להלן נקודות מסוימות מן ההשקפות השונות²⁵.

הנשיא ברק²⁶

הנשיא ברק ביצע תפנית חדה בהשקפתו. על הפסק הראשון נמתחה ביקורת חריפה על ידי פרשנים משפטיים, על ידי ארגוני זכויות אדם בינלאומיים, על ידי

24 לעיל הערה 14.

25 אינני מתיימר להציג תמונה שלמה של ההשקפות הנוגדות. אטול מחלק מחוות הדעת נקודות מסוימות שאותן אבקש אחר כך להאיר.

26 הדיון הנוסף, לעיל הערה 14, בע' 731-745.

אנשי אקדמיה ועל ידי חברי כנסת²⁷. הנשיא העיד על עצמו שהפך והפך במחשבתו ומצא שגישתו בפסק הראשון לא הייתה נכונה. ייתכן שהוא גם הושפע ממעמדם הנחות של הפועלים בכל הנוגע להשפעה על המשא ומתן. אלא ששיקול זה יכול לשמש את המסקנה המופקת במקרה הקונקרטי ואינו צריך להשפיע על גישה קונצפטואלית מושגית.

בראשית דבריו חוזר הנשיא ברק על השקפתו כי ביטחון המדינה הוא

[מושג] רחב דיו כדי לכלול בחובו גם מצבים שבהם הסכנה לביטחון המדינה אינה נובעת מהעצור עצמו, אלא מפעולתם של אחרים, אשר עשויה להיות מושפעת ממעצרו של אותו אדם. אין כל דבר בדיבור "ביטחון המדינה", בו עצמו, שיש בו כדי להצביע, במישור הלשוני, כי העצור, הוא עצמו, מהווה סכנה לביטחון המדינה.²⁸

אך זוהי רק משמעות לשונית אפשרית של המושג. תוכנו הנורמטיבי נלמד מבין מכלול המובנים הלשוניים אשר מגשימים את תכלית החוק.

מהי תכליתו של חוק המעצרים? היא כוללת את תכליתו הסובייקטיבית ואת

תכליתו האובייקטיבית.

התכלית הסובייקטיבית היא המטרה או המטרות אשר המחוקק שיווה לנגד עיניו והציבן הלכה למעשה ביטוד החוק. בנדון דידן בדיקת כוונת המחוקק, ככל שהיא נשקפת מעבודת ההכנה בכנסת ומדברי ההסבר לחוק, אינה מלמדת שהמחוקק שיווה לנגד עיניו את תחולת החוק על מי שממנו עצמו לא נשקפת כל סכנה. רעיון כזה לא עלה כלל לדיון ולא נבחן במסגרת מהלכי החקיקה.

התכלית האובייקטיבית מורכבת מהגנה על ביטחון המדינה על ידי האפשרות להוציא צו מעצר מנהלי ללא משפט, מצד אחד; ומשמירה על כבוד האדם ועל זכותו לחירות על ידי מנגנון הביקורת השיפוטית שנקבע בחוק, מצד שני. נחוץ איזון בין מרכיבי התכלית האובייקטיבית.

27 לפירוט המבקרים השונים ראו ברק, לעיל הערה 4, בע' 78-81.

28 הדיון הנוסף, לעיל הערה 14, בע' 739.

איזון זה מניח ... כי ניתן לאפשר - במדינה דמוקרטית שוחרת חופש וביטחון - מעצר מנהלי של אדם אשר **ממנו עצמו** נשקפת סכנה לביטחון המדינה, אך אין להרחיב אפשרות זו לעבר מעצרו של אדם שממנו עצמו אין נשקפת כל סכנה לביטחון המדינה והוא מהווה אך "קלף מיקוח".²⁹

הטעמים להשקפה זו הם שניים. ראשית, הפגיעה בחירותו של אדם על ידי מעצר מנהלי ללא משפט היא פגיעה קשה גם כאשר ממנו עצמו נשקפת סכנה לביטחון המדינה. זו פגיעה קשה שכן חירותו של אדם היא זכות חוקתית על חוקית, ולכאורה, ניתן לפגוע בה על ידי משפט כדין. יחד עם זה, זו פגיעה נסבלת, בבחינת הרע במיעוטו.

לעומת זאת, הפגיעה בחירות במעצר מנהלי של אדם שממנו לא נשקפת סכנה לביטחון המדינה היא קשה ביותר עד כי הפרשן אינו רשאי להניח שהחוק נועד להשיג פגיעה קשה כזאת.

המעצר המנהלי פוגע בחירותו של הפרט. כאשר המעצר נעשה בנסיבות שבהן העצור מהווה "קלף מיקוח", הרי יש בכך פגיעה חמורה בכבוד האדם, שכן העצור נתפס כאמצעי להשגת מטרה ולא כמטרה בפני עצמה. המעצר פוגע, בנסיבות אלה, באוטונומיה של הרצון, ובהיות האדם אדון למעשיו ואחראי לתוצאות מעשיו. מעצרו של המערער אינו אלא מצב שבו המפתח לכלאם של בני אדם מצוי בידי אחרים ולא בידיהם. זהו מצב קשה.³⁰

אכן, המעבר ממעצרו המנהלי של אדם שממנו נשקפת סכנה לביטחון המדינה למעצרו המנהלי של אדם שממנו אין נשקפת סכנה לביטחון המדינה, אינו מעבר "כמותי". זהו מעבר "איכותי". המדינה עוצרת, באמצעות הרשות המבצעת, אדם שלא ביצע כל עבירה, ואשר אין נשקפת ממנו כל סכנה, וכל "חטאו" - בהיותו "קלף מיקוח". הפגיעה בחירות ובכבוד היא כה מהותית ועמוקה, עד שאין לסבול אותה במדינה שוחרת חירות וכבוד, גם אם נימוקים של ביטחון המדינה מובילים

29 שם, בע' 741 (ההדגשה הוספה).

30 הפסק הראשון, לעיל הערה 13, בע' 107 (מצוטט בדיון הנוסף, לעיל הערה 14, בע' 741).

לנקיטת צעד זה. ... אין עוצרים במעצר מינהלי אלא את מי שעצמו, במעשיו שלו, מהווה סכנה לביטחון המדינה. ... אין לקבוע כי תכליתו (האובייקטיבית) של חוק המעצרים היא לאפשר מעצר מינהלי של אדם שממנו עצמו לא נשקפת כל סכנה. אכן, הפגיעה בזכויות אדם בסיסיות ממעצר מינהלי בו משמש העצור - אשר ממנו עצמו אין נשקפת כל סכנה - קלף מיקוח היא כה חריפה, עד כי רק הוראה בחוק המעצרים אשר תקבע במפורש את תחולת החוק על מי שממנו עצמו אין נשקפת סכנה לביטחון המדינה - הוראה שחוקתיותה תצטרך להיבחן, כמובן, על פי אמות-המידה של חוק היסוד - תוכל להוביל את הפרשן למסקנה כי החוק נועד לאפשר מעצר מינהלי מסוג זה. אכן, במבט השוואתי, נראה כי אין מדינה כלשהי בעולם המערבי, הנוקטת מעצר מינהלי של מי שאין נשקפת ממנו עצמו סכנה לביטחון המדינה.³¹

הטעם השני לכך שאין לראות בגדר תכליתו האובייקטיבית של החוק את מעצרו של מי שלא מסכן בעצמו את הביטחון, נעוץ בדין הבינלאומי. האמנה הבינלאומית נגד לקיחת בני ערובה³² אוסרת החזקת בני אדם כבני ערובה³³. גם אם אין איסור כזה בדין הבינלאומי המנהגי, חזקה היא שתכליתו של החוק היא, בין היתר, להגשים את תכליתו של המשפט הבינלאומי, ולא לעמוד בסתירה לו. בפסיקת בית המשפט העליון הוכרה חזקת התאמה בין המשפט הבינלאומי הפומבי ובין הדין המקומי.

השופטת דורנר³⁴

לצר ההסכמה עם חוות דעת הנשיא ברק³⁵, הניחה השופטת דורנר את עוגני גישתה על אדני הדין הבינלאומי. הוראת סעיף 1 לאמנה לאיסור נטילת בני ערובה קובעת:

31 הדיון הנוסף, לעיל הערה 14, בע' 741-742.

32 International Convention Against the Taking of Hostages (1979)

33 סעיף 1 לאמנה (ראו להלן, בע' 825).

34 הדיון הנוסף, לעיל הערה 14, בע' 764-768.

35 השופטת דורנר רואה - ויש טעם להשקפתה - בחוות דעת הנשיא ברק משום תפנית המאמצת את גישת המיעוט שלה בפסק הראשון ומיוסדת על הגיון הנמקתה שם.

Any person who seizes or detains and threatens to kill, to injure or to continue to detain another person (hereinafter referred to as the "hostage") in order to compel a third party, namely, a State, an international intergovernmental organization, a natural or juridical person, or a group of persons, to do or abstain from doing any act as an explicit or implicit condition for the release of the hostage commits the offence of taking of hostages ("hostage-taking") within the meaning of this Convention.

גם הוראת סעיף 34 לאמנת ג'נבה הרביעית בדבר הגנת אזרחים בימי מלחמה³⁶ אסרה מעצר אזרחים כבני ערובה. בכך מבחינה האמנה בין אזרחים לבין שבויי מלחמה בכך שאת האחרונים מותר להחזיק עד תום המלחמה ועד להחזרת שבויי המדינה המחזיקה (סעיף 118 לאמנת ג'נבה השלישית בדבר הטיפול בשבויי מלחמה³⁷).

חשיבותה של עובדה אחרונה זו נעוצה בכך שיש הגורסים כי בחלוף השנים הפכה אמנת ג'נבה על איסוריה החמורים למשפט בינלאומי מקובל, שקליטתו במשפט הישראלי הפנימי - ישירה³⁸.

בין כך ובין כך לא ניתן לראות בחוק המעצרים המנהליים בסיס למעצר הפועלים משום שהחוק נועד למעצר אנשים המסכנים את ביטחון המדינה, ולא ניתן למנוע את הסיכון הטמון בהם באמצעות הליך פלילי. קידום השחרור של בני ערובה ישראלים או של שבויים ישראלים המוחזקים בידי מדינה עוינת או בידי גורמים עוינים הוא בגדר תכלית ראויה מאין כמותה. אך גם תכלית זו אינה יכולה להפיק בחוק המעצרים מסגרת סמכויות שאינה כלולה בו.

36 אמנת ג'נבה בדבר הגנת אזרחים בימי מלחמה מ-12 באוגוסט 1949, כ"א 1, ע' 559, 573 (להלן: אמנת ג'נבה הרביעית).

37 אמנת ג'נבה בדבר הטיפול בשבויי מלחמה מ-12 באוגוסט 1949, כ"א 1, ע' 453, 511-510 (להלן: אמנת ג'נבה השלישית).

38 הכלל במשפט הבינלאומי הפומבי הוא שהמנהג (או הדין המנהגי הבינלאומי) הוא חלק מן המשפט הפנימי בכל אחת ממדינות הקהילה הבינלאומית, אלא אם קיימת חקיקה פנימית הסותרת את הדין המנהגי. לעומת זאת, האמנה לאיסור נטילת בני ערובה היא נורמה בינלאומית הסכמית, ואף על פי שישראל הצטרפה לאמנה, קליטתה בישראל מצריכה דבר חקיקה מקומי המאמץ את הדין הבינלאומי.

השופטים חשין³⁹ וקדמי⁴⁰

מעצר מנהלי לפי חוק המעצרים מבוסס על טעמי ביטחון ועל ההנחה שלשר הביטחון יסוד סביר להניח שטעמי הביטחון מחייבים שאדם יוחזק במעצר. התכלית של החזרת שבויים היא טעמי ביטחון, ללא ספק. החזרת שבויים שומרת על לכידות הצבא ועל המורל שלו. היא ערך יסוד בערכי העם היהודי. מאחר שפדיון שבויים הוא מרכיב בסיסי של שמירת האחדות הלאומית כעם, הוא בגדר מרכיב חשוב בשמירת הביטחון הלאומי. על כן מעצר אדם לשם הבטחת הגשמת הערך של פדיון שבויים מצוי בגדרם של "טעמי ביטחון המדינה".

האם בידי שר הביטחון יסוד סביר להניח שטעמי הביטחון מחייבים את החזקת הפועלים במעצר? התשובה לשאלה זו חיובית מאחר שלא ייתכן שהאויב יחזיק בלוחמינו, ואנו לא נוכל להחזיק בלוחמינו.

לשון החוק לופפת את המעצר מן הסוג הזה. אין בחוק דבר המצמצם את "טעמי הביטחון" למניעת "מסוכנות אישית" הנובעת מאדם פלוני שנעצר. גם אם המחוקקים לא שיוו לנגד עיניהם מצב של מעצר אדם שלא נובעת ממנו עצמו מסוכנות לביטחון המדינה, אין בכך כדי לשלול את החלת הדין על מצב כזה. החוק הריהו יצור החי בסביבתו, וכך יש לפרשו. אין במעצר משום פגיעה בזכויות אדם. הרי הפועלים גייסו עצמם אל שורות האויב, ונפילה בידי האויב, לדידם, היא כהחזקת שבויים, שאין בה כשלעצמה משום פגיעה בזכויות אדם.

הערות כלפי גישת הרוב

מובן שפסק הדין בדיון הנוסף הוא הכרעה שיפוטית בסוגיה, ובשל העובדה שנוצר בדיון הנוסף רוב מובהק של שופטים המצדדים בהשקפה מסוימת, נראה כי השקפתם יוצרת תקדים.

לעניין השקפת הרוב ברצוני להעיר שלוש הערות: שתיים עוסקות בשיקולים של איזון, והשלישית - ביישום הוראות הדין הבינלאומי.

39 הדיון הנוסף, לעיל הערה 14, בע' 746-752.

40 שם, בע' 753-761.

שיקולי איזון

ההערה הראשונה נוגעת לרעיון האיזון בין הערכים והאינטרסים הנפגעים שצריכה לשקף החלטה בדבר מעצר מנהלי או בדבר הימנעות ממנו. רעיון זה אומר שההגנה על חירות הפרט עשויה לסגת מפני שיקולי ביטחון כאשר קיים שיקול ביטחוני שעצמתו גדולה יותר מעצמת הזכות העקרונית של הפרט לחירותו. לפי השקפת שופטי הרוב, סיכון ביטחוני הנובע מפרט מסוים הוא טעם שעשוי בעצמתו להסיג לאחור את הזכות לחירות. הזכות לחירות מתגברת כאשר אין סיכון ביטחוני הנובע מפרט מסוים, והסיכון המשמש עילה למעצרו של אותו פרט נובע מגורמים אחרים.

אם מקבלים את עקרון האיזון הראוי (ואכן, כך נוהגת שיטתנו בכל מקרה של התנגשות ערכים ואינטרסים חשובים ביותר), נשאלת השאלה אם אין מקום להכיל במסגרת שקלול הכוחות והאינטרסים המנוגדים גם שיקול של מידה.

אבאר את השאלה ואציע את התשובה. מעצר מנהלי הוא אמצעי מניעתי. תכליתו לסכל פגיעה בכוח בביטחון המדינה. על כן המדינה עשויה לנקוט בהליך הקיצוני הזה כאשר מפעולותיו של אדם או מן המידע המתקבל על פעולותיו מתעורר חשש ליצירת סיכון בטחוני. ניתן להניח שככל שרמת הפגיעה הביטחונית בכוח גדולה יותר, כך ניתן להסתפק ברמת ודאות נמוכה יותר. זה שיקול המידה המוכלל בגדר שיקולי המעצר, ויש לו משקל משלו.

מכאן אך צעד אחד אל המסקנה המתבקשת ביחס למעצר "קלפי מיקוח". בהקשר של אלה לא מתעוררת שאלה של פגיעה בכוח בביטחון המדינה, וממילא, גם אין שאלה של מידת הוודאות שהפגיעה בביטחון תתמשש. כאשר נוצר הכרח להחזיק ב"קלפי מיקוח", הדבר משמיע שהפגיעה הביטחונית היא עובדה קיימת. יש לזכור כי הקו המאחד את ההשקפות השונות של השופטים הוא ראיית פדיון שבויים כגורם ביטחוני מן המעלה הראשונה, וממילא, סיכול הפדיון בידי האויב הוא פגיעה חד-חד ערכית בביטחון המדינה.

במצב דברים של פגיעה קיימת בביטחון המדינה צריך האיזון שבין שיקולי הביטחון לזכות לחירות לנטות אל מסלול אחר, היינו אל השאלה מהי מידת הציפייה שהמעצר ישיג את תכליתו ויעצור את הפגיעה הביטחונית המתמשכת. אם סבירות

הדבר נמוכה (כמו, אולי, בנסיבותיהם של הפועלים), אזי אין מקום לאשר את המעצר, ואילו אם סבירות הדבר גבוהה (כמו, אולי, בזמנים מסוימים לפחות), אזי יש מקום לאשר את המעצר שהרי במצב אחרון זה על כף המאזניים הביטחונית ניצבת פגיעה בביטחון שהיא בחזקת ודאי, ולא בחזקת שמא.

הערתי השנייה נוגעת אף היא למערכת האיזונים הנזכרת לעיל. איש לא יחלוק על כך שלקיחת אזרחים חפים מפשע כבני ערובה היא פגיעה אנושה בזכות האדם לחירות. פגיעה כזאת צריכה להתגבר גם על שיקולי ביטחון. כך, למשל, אילו היה מובא לתוככי מדינת ישראל מישוהו שהוא, נניח, משורר או סופר, איש רוח או איש אקדמיה חשוב ביותר מקרב תושבי לבנון, אזי גם בהנחה שהחזקתו במעצר מנהלי עשויה להיות גורם לחץ על שיקולי האויב, ספק רב אם המעצר מוצדק. כמדינה השואפת לקיים מוסר לחימה ולתחום את פעולות הלחימה שלה אל מסגרות החוק ואל כללי המלחמה הבינלאומיים, לא תוכל המדינה להרשות לעצמה מעצר של חפים מכל עברה, ובית המשפט לא יאשר זאת.

אולם מעצרים של הפועלים איננו מעצר של חפים מכל אשם. הרי הם חברו לארגון טרור, זיהו עצמם עם מטרותיו והציבו את עצמם כגורמים הפועלים בשורותיו. אמנם השפעתם של הפועלים על פעילות ארגוני הטרור שבדרומה של לבנון הייתה קטנה, ומשום כך גם שחרורם ממעצר לא נשא עמו סיכון ביטחוני בכוח מצדם. אולם מעיקרא לא היה מעמדם כשל אזרחים תמימים שהקשר עם ארגון הטרור הוא מהם והלאה. על כך עמד גם השופט חשין:

נזכור ונזכיר: העותרים אינם כפריים תמימים אשר נלקחו בכוח לארץ-לא-להם. העותרים לא היו אלא לוחמים פשוטים בשורות החיזבאללה. עם זאת פקדו הם עצמם עם לוחמי האויב, ועל-כן אין הם לא "בני-ערובה" ולא "קלפי-מיקוח".⁴¹

41 שם, בע' 749.

הדין הבינלאומי

הוראות האמנה לאיסור נטילת בני ערובה והוראות אמנת ג'נבה הרביעית הן, לכאורה, חד משמעיות, והאיסור על נטילת בני ערובה העולה מהן הוא, לכאורה, ברור ובלתי מסויג. אלא שזה הפשט, והשאלה היא אם אין מקום להוציא כאן מקרא מידי פשוטו. הרי גם הדין הבינלאומי, ככל דין, טעון פרשנות. מקובלנו שהוראת דין מתפרשת על פי תכליתה. אולם הדין ופרשנותו אינם סטטיים. ראוי לקבוע את תכלית הדין על רקע נסיבות החקיקה אך גם על רקע נסיבות הזמן המשתנות⁴². בדרך זו נתפרשו הוראות סעיף 49 לאמנת ג'נבה הרביעית, האוסרת באורח מוחלט גירוש אדם משטח הנתון לתפיסה לוחמתית⁴³. הנשיא שמגר בחן את הנסיבות שעמדו ביסוד הוראות האמנה על רקע החלטת ממשלת ישראל לגרש מחבלים מן השטחים המוחזקים בלי הסכמתם אל שטחי לבנון:

המסקנה העולה מכל המובא לעיל היא, כי המטרה, שעמדה נגד עיניהם של מנסחי האמנה הייתה הגנתה של האוכלוסייה האזרחית, שהפכה לקורבן מרכזי של המלחמה המודרנית, ואימוצם של כללים, שיבטיחו, כי האוכלוסייה לא תשמש מטרה למעשי שרירות ולניצול בלתי אנושי; לעיני מעצבי האמנה עמדו גירושם המוניים להשמדה, תזווות אוכלוסייה המונית מסיבות מדיניות או אתניות או לשם העברה לעבודת כפייה. זוהי "מטרת החקיקה", וזהו ההקשר הענייני.

מסקנה סבירה היא, כי ההתייחסות בנוסחו של הסעיף הן לגירושם המוניים והן לגירושם אינדיווידואליים הובאה גם כן כתגובה לשיטות הפעולה הנאציות, שנהגו במלחמת העולם השנייה, בה נערכו משלוחים המוניים לעתים לפי זיהוי אתני המוני או איסוף אנשים בגטאות או ברחובות ובבתים ולעתים על יסוד זימונים

42 הדברים ידועים, אך ראו, למשל, דברי הנשיא שמגר: "השיטה הפרשנית, שאותה מיישמים בתי המשפט שלנו כבר עת רבה, היא זו הבאה להעניק לנוסחו של החוק אותה משמעות אשר תגשים את תכליתו; זוהי שיטת הפרשנות על-פי המטרה החקיקתית, שזכתה לאחרונה לניתוח מעמיק ומקיף בנא' ברק שיקול דעת שיפוטי (תשמ"ז)" (בג"ץ 785/87, 845, 27/88 עפו ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית; רפיע ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל באזור חבל עזה; הינדי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה באזור יהודה ושומרון, פ"ד מב(2) 4, 13).

43 זהו נוסח ההוראה בתרגומו לעברית: "העברת-כפייה של מוגנים, יחידים או המונים, וכן גירושם של מוגנים, משטח נכבש לשטחה של המעצמה הכובשת או לשטחה של כל ארץ אחרת, - בין שטח נכבש ובין שטח בלתי נכבש - אסורים, ויהי המניע מה שיהיה" (לעיל הערה 36, בע' 579).

אינדיווידואליים לפי רשימות שמיות. הזימון השמי נעשה למטרת משלוח להשמדה, למאסר במחנה ריכוז, או לצורך גיוס ושיעבוד לעבודת כפייה (מה שקרוי slave labour) במפעליו התעשייתיים של הכובש או בחקלאות.⁴⁴

על כן

אין המדובר בהקשר זה, ואף לא ברמז, על סילוקו מן השטח של מחבל, מסתנן או סוכן האויב, אלא על ההגנה על כלל האוכלוסיה האזרחית בתור שכזאת מפני גירוש, מאחר שהאוכלוסיה הכללית הפכה יותר ויותר לקורבן ישיר של המלחמה על-אף אופיה האזרחי ועל-אף אי-מעורבותה בלחימה הפעילה.⁴⁵

פרשנות זו ניתנה ברוב דעות של ארבעה שופטים כנגד דעה חולקת אחת.⁴⁶ היא זכתה, אמנם, לביקורת קשה מאוד מצד אנשי אקדמיה שונים, אך, מנגד, נמצאו לה גם תומכים ראויים. אינני רואה צורך להעמיק בפסק הדין הזה ובביקורות השונות שהתייחסו אליו. לענייני די בכך שהשאלה שניצבה לפתחו של בית המשפט העליון שיקפה עימות חזיתי בין צורכי ביטחון מובהקים לבין מה שנראה כציווי החלטי של הוראת אמנה בינלאומית. בית המשפט הראה דרך פרשנית שבוודאי, איננה חסרת כל בסיס ואיננה שרירותית: מימוש הצורך הביטחוני אינו עולה כדי הפרת אמנה בינלאומית.⁴⁷

44 עניין עפן, לעיל הערה 42, בע' 28.

45 שם, בע' 25.

46 הלכה למעשה נדחו העתירות נגד הגירוש פה אחד, אולם בסוגיית פרשנות סעיף 49 לאמנה הושמעה דעה חולקת (ראו דברי השופט בך, שם, בע' 67-76).

47 זה מקרוב נדרש בית המשפט העליון שוב ל"פרשנות תכליתית" של אמנת ג'נבה הרביעית. עתה הועמדה על מדוכת הדין פרשנותו של סעיף 78 לאמנה בדבר "ייחוד מקום מגורים" ("היתה המעצמה הכובשת סבורה שיש צורך, מטעמי הכרח של בטחון, לנקוט אמצעי בטחון כלפי מוגנים, רשאית היא, לכל היותר, לייחד להם מקום מגורים או לעצרם" (לעיל הערה 36, בע' 591)). השאלה הייתה האם ניתן בגדר הוראה זו של האמנה להעביר את מי שהוגדר כמחבל, מאזור לאזור. בית המשפט העליון פסק, מפני הנשיא ברק:

אכן, התכלית המונחת ביסוד הוראת סעיף 78 לאמנת ג'נבה הרביעית, והמצמצמת את תוקפו של תיחום מקום המגורים לאזור אחד, יסודה באחדות החברתית, הלשונית, התרבותית, הסוציאלית והמדינית של האזור, מתוך רצון לצמצם את הנוק שבהעברת מגורים למקום זר. מכוחה של תכלית זו אין לראות באזור יהודה והשומרון ובאזור חבל עזה שני

בענייננו מתבקשת פרשנותן של הוראות המצויות בשתי אמנות האוסרות, לכאורה, באורח החלטי נטילת בני ערובה⁴⁸. הכול מסכימים כי הדין הבינלאומי מתיר החזקתם של שבויי מלחמה במעצר עד תום מצב המלחמה ועד לחילופי שבויים הדדיים⁴⁹. מכאן שיישום האמנות אשר אוסרות נטילת בני ערובה, כפשוטן עלול להוליך לתוצאה אבסורדית, קביעה כי צד השרוי במלחמה עם כוחות טרור אינו יכול לקחת שבויים ולהחזיקם עד להחלפה עם שבוייו. האבסורד מקבל משנה תוקף לנוכח העובדה שאויב אשר נוקט שיטות טרור וחסר כל עכבה באשר להפרת הדין הבינלאומי, עשוי לקחת (ובפועל, למרבה הצער, לקח) שבויים ולאחוז בהם כבני ערובה או לכל מטרה אחרת תוך הסתרה של כל ידיעה מזערית בדבר גורלם⁵⁰.

אם כן, מדוע עלינו לתת תוקף פרשני לאבסורד פרשני? מדוע לא נאחז ב"פרשנות תכליתית" כדי להראות קבל עולם שלא לסוג כזה של נטילת בני ערובה התכוונו האומות שהסכימו לאמנה? אי אפשר לקבל מצב דברים שבו אויב שאיננו "צד לוחם" לפי קני המידה שקבע הדין הבינלאומי, יעשה בשבויים כפי חפצו, ואילו אנו לא נוכל לנסות לסכל את מזימותיו על ידי יצירת לחץ הנובע מהחזקת אנשיו של האויב בידינו.

בלי ספק, מתקני האמנה בדבר איסור נטילת בני ערובה שיוו לנגד עיניהם מעשי פשיעה מובהקים שעיקרם נטילת בני ערובה למטרות סחטנות. לא כך הדבר בשעה שמדינה מבקשת למלא את מחויבותה הראשונה כלפי לוחמיה, והיא מבקשת להחזיר בנים לגבולם. הפעולות שהיא נוקטת לשם כך, ובהן נטילת אנשים מן האויב

אזורים הזרים זה לזה, אלא יש לראותם כאזור אחד. באזור זה פועלים שני מפקדים צבאיים מטעם המעצמה הכובשת האחת והיחידה. בהתאם, המפקד הצבאי האחד מוסמך לייחד את מקום המגורים של אדם מוגן אל מחוץ לאזור האחד, והמפקד הצבאי האחר מוסמך להסכים לקבלתו של אותו אדם מוגן לתחומי האזור שהוא שולט עליו.

בג"ץ 7015/02, 7019 עגזרי ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית; עגזרי ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה והשומרון, פ"ד נו(6) 370, 352 (ההדגשה הוספה).

48 הערת יוצאת מן ההנחה שמדינת ישראל רואה עצמה מחויבת לנהוג על פי האמנות הללו. לפיכך מחוץ למסגרת דיון זה מצויה השאלה אם האמנה היא דין הסכמי שבין מדינות, ולפיכך צריכה להוראת קליטה בדין הישראלי, או שמא האמנה משקפת את המנהג הבינלאומי, שקליטתו בדין הפנימי היא ישירה.

49 סעיף 118 לאמנת ג'נבה השלישית (לעיל הערה 37, בע' 510-511). וראו גם דברי השופט דורנר בדין הנוסף, לעיל הערה 14, בע' 767.

50 עמד על כך השופט חשין שם, בע' 749.

והבאתם אל שטחה, אינן יכולות להיחשב בגדר "מעשי סחיטה", אלא אם כן אמות המידה המוסריות של הטוען אחרת הן חריגות ומעוותות.

אישור מעצר המנהיגים וחוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים

בעקבות הדיון הנוסף ותוצאותיו עתרו גם המנהיגים לבית המשפט הגבוה לצדק בבקשה להורות על שחרורם והחזרתם לארץ מולדתם. אולם הפעם הומרה טענת "קלף המיקוח" שבפי המדינה, ובהתאם למשתמע מפסק הרוב בדיון הנוסף הושתת המעצר המנהלי של המנהיגים על מסוכנותם האישית. כך פסק השופט מצא:

נראה לנו, כי מן התשתית הראייתית שהונחה לפני הנשיא המלומד, ושהונחה גם לפנינו בפתח הדיון בערעור, אכן התחייבה המסקנה כי שחרורם והחזרתם ללבנון של המערערים כרוכים בסיכון לביטחון המדינה ברמת הסתברות אשר הצדיקה הוצאת צווים למעצרים. אמנם נכון כי עד לצווי המעצר שהוצאו נגדם בחודש אפריל 2000 הוחזקו המערערים במעצר מינהלי משום היותם קלפי מיקוח חיוניים במגעים עתידיים לשחרור שבוינו, אך נימוק זה, שעל יסודו נעצרו בעבר, אינו שולל את ממשות העילה בדבר הסכנה הביטחונית הכרוכה בשחרורם, שעל יסודה החליט הנשיא המלומד לאשר את צווי המעצר נגדם. מסוכנותם של המערערים נלמדת הן מאופי הפעילויות שכל אחד מהם ביצע קודם למעצרו והבאתו לישראל והן ממעמדו הבכיר בארגון. המערער עובייד נמנה על הנהגת ארגון החיזבאללה, ועל-פי הנתונים המצויים, מילא תפקידים מרכזיים הן כמטיף "רוחני" לביצוע פיגועים בידי מתאבדים ומעשי רצח אחרים כלפי כוחות צה"ל והן כממונה ישיר על הפעילות החבלנית של ארגונו. המערער דיראני הוא מי שניצב בראשו של ארגון "ההתנגדות המאמינה", שמלכתחילה הוקם כזרוע הצבאית של תנועת אמ"ל אך עד מהרה הפך לארגון טרור קנאי המקורב לחיזבאללה. טענת גורמי הביטחון בדבר מסוכנותם של המערערים והצידוק הקיים להמשך החזקתם במעצר כתנאי הכרחי וחיוני למניעת הסיכונים הביטחוניים הכרוכים בשחרורם, מבוססת לא במעט על ההערכה שעם שחרורם ממעצר עתידיים המערערים לשוב ולתפוס את העמדות שהיו להם בהנהגות של ארגוניהם וליטול חלק משמעותי בהובלת

פעילותם הרצחנית נגד ישראל וכלפי ישראלים. בטיעוניו לפנינו בפתח הדיון בערעור קיווה בא-כוחם של המערערים לשכנענו כי השקט היחסי שהשתרר בגבולנו הצפוני בעקבות פינוי כוחות צה"ל מדרומה של לבנון מבשר רגיעה ארוכת טווח, ומכאן שאין עוד יסוד ממשי לחשוש כי שחרורם של המערערים יסכן את ביטחון המדינה. אולם הפעילויות נגד ישראל שבוצעו לאחרונה על-ידי החיזבאללה וארגונים נוספים סתרו בעליל את הנחתו.⁵¹

מעצרו של דיראני ועובייד אמנם אושר, אך, ככל הנראה, התעורר חשש שהזמן יקצה את תחושת הסיכון הנובעת משתי הדמויות הללו, ועוד יותר מכך, פסק הדין בדיון הנוסף הותיר חלל ריק בדבר האפשרויות להחזיק במעצר גורמי אויב טרוריסטים אחרים, ובעקיפין, להשתמש בהם כקלף מיקוח לשם החזרת בני ערובה ישראלים.

על כן גובשה יזמת חקיקה שביקשה להסדיר את כליאתם של לוחמי אויב "בלתי חוקיים". כתוצאה מיזמה זו חוקק חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים, התשס"ב2002-. החוק מורה בסעיף 3(א) שבו:

היה לרמטכ"ל יסוד סביר להניח כי אדם המוחזק בידי רשויות המדינה הוא לוחם בלתי חוקי, וכי שחרורו יפגע בביטחון המדינה, רשאי הוא להוציא צו בחתימת ידו, המורה על כליאתו במקום שיקבע ...

צו הכליאה "מתנהג" כמו צו מעצר מנהלי מבחינת הביקורת השיפוטית⁵². על כן אפשר לשאול אם בתי המשפט יאשרו החזקה במעצר של אנשים, כדוגמת הפועלים, על פי החוק כאשר המטרה היא להחזיק בהם כקלפי מיקוח⁵³. אינני יודע לצפות את המענה לקושיה הזאת, אולם עליי להעיר הערה כפולה. ראשית, החוק צריך להיבחן במשקפי חוק היסוד. שאלת החוקתיות שלו צריכה

51 פסק המנהיגים, לעיל הערה 16, בע' 923.

52 ראו סעיף 5 לחוק.

53 שהרי אם אין לעציר שרקעו כדוגמת רקעם של הפועלים, כל ערך מבחינת משא ומתן לשחרור ישראלים המוחזקים בידי האויב, כי אז לא מתקיים כל צורך להחזיקו במעצר, ומוטב לשלחו חזרה לארצו בלי שום תמורה.

לעמוד למבחן. משתתבקש תשובה לשאלת החוקתיות של החוק, עשויים לשוב ולהתייצב כל אותם שיקולי איזון שהוצגו על ידי הרוב בדיון הנוסף, וקשה לראות כיצד מטה החקיקה את כף המאזניים לזכות ההסדר הכלול בה⁵⁴.

יתר על כן, מה הועיל הדין ביחס להוראות הנוקבות, לכאורה, של האמנה בדבר איסור נטילת בני ערובה? לדין הפנימי יש בתוככי המדינה כוח להתגבר על הוראתה של אמנה בינלאומית. אולם אף מדינה אינה רוצה להתגדר בהסדר נורמטיבי נוגד בעליל לאמנה בינלאומית שקנתה לה שביתה אצל האומות בנות התרבות.

לפיכך, לעניות דעתי, מעשה החקיקה לא היה אלא "דחיקת הקץ", ובסופו של דבר יהיה צורך לבקש מבית המשפט למלא את תוכנם של "טעמי המעצר" במסגרת שיקולים שונה מזו שהדריכה את דעת הרוב בדיון הנוסף, ואף לפרש את האמנה האוסרת לפי פירוש תכליתי שיהלום את החוק המצוי.

54 לאחרונה ניתן פסק הדין בבג"ץ 2055/02 עובייד ואח' נ' שר הבטחון ואח' (טרם פורסם), שבו עלתה שאלת חוקתיותו של החוק, אולם העתירה, שהוגשה על ידי עובייד ודיראני, נדחתה מאחר שבאפשרותם להעלות את טענותיהם בעניין בפני בית המשפט המחוזי שידון בהארכת מעצרים.

סרבנות השירות בשטחים - החלטת הפרקליט הצבאי הראשי

מבוא

- א. חוקיות פעולותיו של צה"ל בשטחי איו"ש ובאזח"ע
- ב. חוקיות פעולותיו של צה"ל בשטחי איו"ש ואזח"ע - ההשלכה המשפטית של דרך התקיפה העקיפה
- ג. טעמי מצפון - ההשלכה המשפטית של דרך התקיפה העקיפה
- ד. טעמי המצפון אינם בסיס לפטור משירות מילואים בנסיבות העניין
- ה. טעמי המצפון - בחינה השוואתית

סוף דבר

נספח

בג"ץ 7622/02 זונשיין ואח' נ' הפרקליט הצבאי הראשי

מבוא

מאז תחילת אירועי "גאות ושפל" מצויים אנו במצב שהוגדר כ"עימות מזוין שאינו עולה כדי מלחמה" (Armed Conflict Short of War)¹. במסגרתו מקיים צה"ל פעילות אינטנסיבית באזורי יהודה ושומרון ועזה (להלן: האזורים), כמפורט להלן.

* דברים מתוך החלטתו של הפצ"ר בבקשה לביטול הדין המשמעתי בעניינם של חותמים על "מכתב הטרבנים". בניסוח ההחלטה סייעו סרן ירון קוסטליץ, סא"ל שרון אפק, רס"ן נועה זומר, אל"ם חני כספי וסגן דלית קן-דרור.

בעקבות ההחלטה לדחות את הבקשה הוגשה עתירה לבג"ץ כנגד הפצ"ר. העתירה נדחתה (בג"ץ 7622/02 זונשיין ואח' נ' הפרקליט הצבאי הראשי (טרם פורסם)). פסק הדין בעניין מצורף כנספח ב' בסוף הדברים (בע' 752-764).

1 הדברים זכו לביטוי גם בפסיקת בית המשפט העליון, שבמסגרתה צוין כי באזורים מתנהלת לחימה קשה, וכי המדובר בסכסוך מזוין, ולא בפעילות משטרתית. ראו בג"ץ 7015/02, 7019 עגזרי ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית; עגזרי ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד נו(6) 352, 358.

כשנה לאחר תחילת האירועים התפרסם "מכתב הסרבנים", שעליו חתמו אנשי מילואים אשר הכריזו כי אין בכוונתם לשרת באזור יהודה ושומרון (להלן: איו"ש) ובאזור חבל עזה (להלן: אזח"ע).

נגד סרבני השירות באזורים ננקטו צעדים פיקודיים, כגון הדחתם של קצינים מתפקידים פיקודיים. בנוסף, הועמדו חיילים וקצינים אלה לדין משמעתי בפני מפקדיהם בעברות של סירוב לקיים פקודה, אי-קיום פקודה או אי קיום הוראות המחייבות בצבא, לפי סעיפים 122, 123 ו-133 לחש"ץ, בהתאמה.

אחד מן הקצינים עתר לבג"ץ בבקשה כי יורה על העמדתו לדין בפני בית דין צבאי חלף העמדתו לדין משמעתי. בהמלצת בית המשפט העליון חזר בו הקצין מעתירתו והגיש לפרקליט הצבאי הראשי בקשה לביטול הפסק המשמעתי, לפי סעיף 168(א) לחש"ץ, בנימוק כי המעשה המיוחס לו אינו עברה. לבקשה זו הצטרפו שישה חיילים וקצינים נוספים, אשר הועמדו גם הם לדין משמעתי כאמור (כולם יכוננו להלן: המבקשים).

המבקשים הסתמכו על שני נימוקים: האחד, הם נהנים מהגנה מפני אחריות פלילית היות שהשירות באזורים "רצוף בפעילות בלתי חוקית"; השני, הפקודה שניתנה להם, פוגעת בזכותם לחופש המצפון, ועל כן היא "בלתי סבירה באופן קיצוני" ובטלה.

להלן יפורטו טעמי לדחיית הבקשה.

בפתח הדברים אבקש לציין כי על מנת לבטל פסק משמעתי בהתאם לאמור בסעיף 168(א) לחש"ץ על הפצ"ר להיווכח כי המעשה שבו הורשע הנאשם, אינו עברה. נראה כי השיקולים ששוקל הפצ"ר בעניין זה, דומים לשיקולים ששוקל בית המשפט בדונו בטענה מקדמית לפי סעיפים 149(4) ו-150 לחסד"פ² (או בית הדין הצבאי לפי סעיפים 351(ב) ו-352 לחש"ץ). במסגרת זו יבחן הפצ"ר אם היה מקום להרשיע את הנאשם בעברה שיוחסה לו, בהנחה כי הודה בכל העובדות המפורטות בתלונה; במסגרת זו אין אמורות להיבחן טענות הגנה עובדתיות ומשפטיות או טענות

2 חוק השיפוט הצבאי, התשט"ו 1955 - (להלן: החש"ץ).

3 חוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב 1982 -.

פטור מצד הנאשם. הפצ"ר גם אינו אמור לשמש כערכאת ערעור על החלטתו של קצין השיפוט, אין הוא שם עצמו בנעליו, ואין הוא קובע ממצאים עובדתיים תחתיו. במקרה זה אין חולק שהמבקשים לא קיימו את הפקודות שניתנו להם, דהיינו המעשים שבהם הורשעו, הם עברה. אף הם אינם טוענים אחרת. בבסיס הטענות לביטולם של הפסקים המשמעותיים עומדות טענות הגנה המערבות עניינים שבעובדה. אולם, כאמור לעיל, אין מקומן של טענות אלה בבקשה לביטול פסקים משמעותיים לפי סעיף 168(א) לחש"ץ. די היה בכך, אפוא, כדי להביא לדחיית הבקשה. ואולם לצורך בקשה זו בחרתי לצאת מנקודת הנחה כי ניתן לבחון את הטענות לגופן במסגרת סמכותי האמורה.

תשובתי זו כוללת מספר נדבכים. בפרקים א' וב' אתייחס לטענתם הראשית של המבקשים, כי נהנים הם מהגנה מפני אחריות פלילית לפי סעיף 125 לחש"ץ. בפרק א' אדון בחוקיות פעולותיו של צה"ל באיו"ש ובאזח"ע ואראה כי הפקודות שניתנו למבקשים, היו חוקיות⁴. בפרק ב' אבאר כי די היה בדרך שבחרו המבקשים לנקוט נגד הפקודות שניתנו להם - דרך התקיפה העקיפה - כדי להוביל לדחיית הבקשה⁵.

בפרקים ג'-ה' אדון בטענה החלופית, כי הפקודות שניתנו למבקשים בטלות כיוון שהן פוגעות בזכותם לחופש מצפון. בפרק ג' אבאר כי די היה בדרך העלאת טענה זו - תקיפה עקיפה בלבד - כדי להוביל לדחייתה⁶. בפרק ד' אסביר מדוע "טעמי המצפון" (ככל שניתן לסווגם כך) אינם בסיס לפטור משירות המילואים שאליו נקראו המבקשים⁷; ובפרק ה' אראה כי הדין בעניין זה במשפט המשווה דומה לדין הקיים במשפטנו⁸.

4 ראו גם בג"ץ 106/01 מועד ואח' נ' האלוף אביטל ואח', פ"ד נו(2) 145, 159.

5 להלן, בע' 716-729.

6 להלן, בע' 729-735.

7 להלן, בע' 735-738.

8 להלן, בע' 738-749.

9 להלן, בע' 749-751.

א. חוקיות פעולותיו של צה"ל בשטחי איו"ש ובאזח"ע

במרכז הבקשה לביטול הפסקים המשמעתיים עומדת הטענה כי פעולות צה"ל בשטחי איו"ש ואזח"ע הפכו בשנים האחרונות למנגנון שכל כולו ענישה קולקטיבית של האוכלוסייה האזרחית. נטען שמדינת ישראל וצה"ל התנערו בשנים האחרונות מחובותיהם על פי המשפט הבינלאומי ועל פי המשפט החוקתי הישראלי לדאוג לאוכלוסייה הנכבשת על ידיהם, עד כדי כך שהפעילות הצבאית באזורים אלה בכללה מוכתמת באי חוקיות ברורה וחד משמעית ורצופה בהפרות חמורות של אמנת ג'נבה הרביעית, המהוות פשעי מלחמה.

גישתם של המבקשים בתמצית, אם כך, היא שכיבוש שטחי איו"ש ואזח"ע - במתכונתו הנוכחית מאז שנת 2000 - הוא בלתי חוקי, ועל כן השירות במסגרתו רצוף בפעילות בלתי חוקית.

כבר בפתח הדברים מן הראוי לחדד את הטיעון האמור. הפנייה אינה מתמקדת בטענה כי עצם הכיבוש של שטחי איו"ש ואזח"ע לאורך השנים הוא העומד בבסיס הסירוב לשרת בשטחים אלה. המבקשים לא סירבו עובר לשנת 2000 לשרת בשטחי איו"ש ואזח"ע, אלא אף ציינו את הדרך שבה, לגישתם, קיימה ישראל עד לפני מספר שנים את חובותיה ביחס לאוכלוסייה האזרחית בהתאם לכללי המשפט הבינלאומי ההומניטרי - באמצעות פעילות המנהל האזרחי בשטחים. הדגש, אם כך, הוא בפעילות צה"ל בשטחי איו"ש ואזח"ע **בשנים האחרונות**, אשר, לטעמם של המבקשים, איבדה את צביונה החוקי והפכה בצורה גורפת, חד משמעית וכללית לבלתי חוקית.

טענה זו היא חסרת בסיס ויש לדחותה מכול וכול. להלן אעמוד בקצרה על הטעמים לכך.

כידוע, בהתאם לסעיף 2(א) לחוק-יסוד: הצבא, נתון צה"ל למרות ממשלת ישראל, והוא ממלא את משימותיו בהתאם להנחיותיה ומתוך חובתו להגן על אזרחי המדינה ותושביה.

בעשותו כן ולכל אורך פעילותו של צה"ל בשטחי איו"ש ואזח"ע, החל משנת 1967 ועד ימינו אנו, לרבות במהלך העימות הנוכחי עם הפלסטינים, פועל צה"ל בהתאם לכללי המשפט הבינלאומי ההומניטרי (או בשמם האחר - דיני הלחימה).

צה"ל רואה עצמו מחויב לקיומם של כללים אלה, מנחה בהתאם את חייליו ומוודא את דבר יישומם של הכללים. מדיניות זו של צה"ל עמדה ועומדת בעינה גם במהלך אירועי "גאות ושפל", שבהם מתמודד צה"ל עם גורמי טרור פלסטיניים המפריים ברגל גסה כל נורמה חוקית ומוסרית. תנו דעתכם: מחויבות זו של צה"ל אינה בגדר מס שפתיים; כללי המשפט הבינלאומי ההומניטרי באים לביטוי בחיי היומיום של צה"ל בשטחי איו"ש ואזח"ע, בפקודות המבצע של הכוחות, בתדריכים לחיילים ובדרך שבה מבוצעות הפעולות הלכה למעשה.

מחויבותו האמורה של צה"ל לכללי המשפט הבינלאומי ההומניטרי, הנעשית תוך ליווי צמוד של הפרקליטות הצבאית, לא נותרה בד' אמותיו של הצבא; היא נבחנה על ידי בית המשפט העליון ואושרה על ידיו בעשרות הזדמנויות, במסגרת למעלה ממאה עתירות לבג"ץ שהוגשו במהלך אירועי "גאות ושפל" (רבות מהעתירות הוגשו במהלך מבצע "חומת מגן", שבו פעל צה"ל בערים הפלסטיניות).

כך, למשל, הוצגה מחויבות זו של צה"ל לכללי המשפט הבינלאומי ההומניטרי במענה לעתירה שבה נטען שצה"ל תופס מקרקעין פלסטיניים כענישה קולקטיבית¹⁰; בעתירה בעניין המצור על כנסיית המולד בבית לחם¹¹; במספר עתירות בעניין פעילות צה"ל במחנה הפליטים ג'נין¹²; בעתירות בעניין תנועת אמבולנסים וצוותים רפואיים¹³; בעתירות בעניין פעולות תשתית של צה"ל באזח"ע¹⁴; בעתירה בעניין סיכול ממוקד¹⁵; ובעתירה בעניין סגירת בתי ספר¹⁶.

10 בג"ץ 2716/01 המועצה המקומית דיר אסתיא ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל באיו"ש ואח' (לא פורסם).

11 בג"ץ 3451/02 אלמדני ואח' נ' שר הביטחון ואח', פ"ד נו(3) 30.

12 בג"ץ 2977/02 עדאלה - המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד נו(3) 6; בג"ץ 3022/02 קאנון (Law) - הארגון הפלשתיני להגנה על זכויות האדם ואיכות הסביבה ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית ואח', פ"ד נו(3) 9; בג"ץ 3116-4/02 ברכה ואח' נ' שר הביטחון ואח'; טיבי נ' ראש-הממשלה ואח'; עדאלה - המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד נו(3) 11.

13 בג"ץ 2936/02, 2941 עמותת רופאים לזכויות אדם נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית; סאבטה ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד נו(3) 3 (להלן: עניין עמותת רופאים לזכויות אדם הראשון); בג"ץ 2117/02 עמותת רופאים לזכויות אדם נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית ואח', פ"ד נו(3) 26 (להלן: עניין עמותת רופאים לזכויות אדם השני).

14 בג"ץ 9252/00 אל סקא ואח' נ' מדינת ישראל (לא פורסם); בג"ץ 3761/02 חדיר ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל באזח"ע (לא פורסם); בג"ץ 4219/02 גוסין נ' מפקד כוחות צה"ל ברצועת עזה, פ"ד נו(4) 608.

15 בג"ץ 5872/01 ברכה נ' ראש-הממשלה ואח', פ"ד נו(3) 1.

16 בג"ץ 8286/00 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' מפקד כוחות צה"ל באיו"ש (לא פורסם).

בכל העתירות האמורות ובעתירות רבות נוספות טענו העותרים כי צה"ל מפר בפעולותיו את כללי המשפט הבינלאומי, בין בענישה קולקטיבית ובין בדרכים אחרות. כל העתירות נדחו על ידי בית המשפט העליון.¹⁷

חשוב להציג חלק מהקביעות המופיעות בפסקי הדין שניתנו על ידי שופטי בג"ץ בעתירות האמורות, שכן באותם פסקי דין נבחנו, למעשה - ונדחו - כל הטענות המופיעות בבקשה.

כך, לעניין הגבלות התנועה: בעניין עמותת רופאים לזכויות אדם הראשון טענו העותרים, בין היתר, כי צה"ל מונע פינוי פצועים וחולים לבתי חולים לצורך קבלת טיפול רפואי. הציטוט הבא לקוח מפסק הדין:

עם זאת, הטעימה המדינה, כי צה"ל רואה את עצמו מחויב לקיים את כללי המשפט ההומניטרי לא רק מן הטעם שכללים אלו מתחייבים מן המשפט הבינלאומי, אלא גם כמתחייב מבחינה מוסרית, ואף מטעמים תועלתניים. המדינה הודיעה כי לכוחות הלוחמים ניתנו הנחיות לפעול בהתאם לכללים אלו, וכי צה"ל אף מקדיש כוחות ואמצעים רבים לתיאום ולמתן סיוע הומניטרי באזורי הקרבות.

... רואים אנו להדגיש כי כוחותינו הלוחמים מחויבים לקיים את הכללים ההומניטריים הנוגעים לטיפול בפצועים, בחולים ובגופות הרוגים. השימוש לרעה שנעשה בצוותים רפואיים בבתי חולים ובאמבולנסים מחייב את צה"ל לפעול למניעת פעילות כזאת, אך כשלעצמו אינו מתיר הפרה גורפת של הכללים ההומניטריים. ואכן, זוהי גם עמדתה המוצהרת של המדינה. עמדה זו מתבקשת לא רק מן המשפט הבינלאומי, שעליו מסתמכים העותרים, אלא גם מערכה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית.

...

... משניתן ההסבר שבגדרו הובהר כי חיילי צה"ל הונחו לפעול על פי הכללים ההומניטריים, וכי הם אף פועלים כך, הרי שיש לדחות את העתירות.¹⁷

17 עניין עמותת רופאים לזכויות אדם הראשון, לעיל הערה 13, בע' 4-5.

בעניין אלמדני הועלו טענות כי המצור שצה"ל הטיל על כנסיית המולד בבית לחם, שבה גם אזרחים פלסטינים, הוא בניגוד לכללי המשפט הבינלאומי. בפסק הדין נכתב:

ישראל מצויה בלחימה קשה כנגד טרור משתולל. היא פועלת על-פי זכותה להגנה עצמית (ראו סעיף 51 למגילת האומות המאוחדות...). לחימה זו אינה נעשית בחלל נורמטיבי. היא נעשית על-פי כללים של משפט בינלאומי, הקובעים עקרונות וכללים לניהול הלחימה.¹⁸

אכן, המדינה טענה בפנינו כי היא נוהגת על-פי כללי המשפט הבינלאומי. אלה הן הוראות הומנטריות, אשר ישראל מכבדת אותן.

... בחנו את טענות הצדדים באשר למשפט הבינלאומי. שוכנענו כי בכל הנוגע לפלסטינים החמושים אין כל הפרה של כללים אלה. ... נראה לנו כי על רקע המציאות במיתחם... מילאו המשיבים את חובתם על-פי כללי המשפט הבינלאומי...¹⁹

לעניין הריגה ופגיעה של אזרחים: בעניין קאנון טענו העותרים שצה"ל פוגע באזרחים במהלך הלחימה בג'נין, בניגוד לכללי המשפט הבינלאומי. וכך פסקו שופטי בית המשפט העליון בדחותם את העתירה:

לגוף העניין הסבירה המדינה כי במהלך הלחימה אכן נפגעו אזרחים ונהרסו בתים, הגם שצה"ל עושה ככל הניתן בתנאים הקשים של לחימה כנגד מחבלים הפועלים מתוך מקומות שבהם נמצאת אוכלוסיה אזרחית, כדי למזער את הפגיעה באזרחים.

...

... אף לגוף העניין יש לדחות את העתירה, שכן מתשובת המדינה עולה כי צה"ל אכן עושה מאמצים כדי למנוע, או למצער למזער, את הפגיעה באזרחים. בגדר מאמצים

18 עניין אלמדני, לעיל הערה 11, בע' 34.

19 שם, בע' 35-36.

אלו אף נפלו חיילים, ופעילות צה"ל מבוצעת תוך שמירה על חיי חיילינו...²⁰

הטענות בדבר פגיעה במטרות אזרחיות, הריסת בתים פרטיים ומבני ציבור הועלו אף הן בעתירה בעניין דיר אסתיא. לגישת העותרים, בתפיסת מקרקעין על ידי צה"ל היה משום ענישה קולקטיבית. במקרה זה קבע בית המשפט העליון בדחותו את העתירה כי

העותרים טוענים כי סלילתו של כביש הבטחון לא תגדיל בטחון אלא תגביר החיכוך עם האוכלוסייה המקומית. כן טוענים הם כי יש בתפיסת המקרקעין משום ענישה קולקטיבית. אין בידינו לקבל טיעונים אלה... אין לנו יסוד שלא לקבל את עמדת המשיב בענין המניע לנקיטת צעד זה, ובאשר לתרומתו לבטחון האזור. אין בו ענישה קולקטיבית. לא מצאנו כל אי סבירות במעשה שנעשה.²¹

בעניין אל סקא הלינו העותרים על פגיעה ברכושם המצוי באזח"ע עקב פעולות של צה"ל. וכך פסק בית המשפט העליון:

בדברי התשובה - הנתמכים בתצהיר - נפרשה לפנינו התמונה הצבאית השוררת באיזור, המתאפיינת באירועי ירי, הנחת מטענים, וידויי רימונים ובקבוקי תבערה, תוך סיכון חיי אדם ורכוש, ופגיעה בבטחון כוחות צה"ל ובאזרחים. עשרות חיילים ואזרחים ישראלים נהרגו. רבים נוספים נפצעו. על פי תשובת המשיבה, פעולותיה נעשו לשם הגנה על ישובים ועל מקומות בהם עובדים אזרחים וחיילים. הסמכות לביצוען של הפעולות השונות מעוגן בדיני לחימה הקבועים בתקנות האג 1907... עיינו בכל אחת מהעתירות. נחה דעתנו כי בנסיבות העניין, הפעולות נעשו בסמכות ואין בהם חריגה ממידתיות.²²

20 עניין קאנון, לעיל הערה 12, בע' 10.

21 עניין דיר אסתיא, לעיל הערה 10.

22 עניין אל סקא, לעיל, הערה 14.

לעניין מניעת טיפול רפואי ופגיעה בתשתית מערכת הבריאות בשטחים הבאנו לעיל את פסיקת בית המשפט העליון בעניין עמותת רופאים לזכויות אדם הראשון²³. טענות דומות נבחנו ונדחו בפסקי דין נוספים, דוגמת עניין עמותת רופאים לזכויות אדם השני, שבו נפסק כי

לגוף העניין, הסתמכה המדינה על פסק-הדין בן עניין עמותת רופאים לזכויות אדם הראשון, וחזרה על תשובתה באותו בג"ץ, שבגדרה הסכימה כי המצב האובייקטיבי בכל הנוגע לטיפול בפצועים לא היה קל, ואף נורו יריות לעבר אמבולנס פלסטיני כאמור באחד התצהירים. אלא שלטענתה, הדבר נבע מהתנהגותם של הפלסטינים, אשר מספר פעמים העבירו באמבולנסים חומרי נפץ. עם זאת חזרה המדינה והטעימה את מחויבותו של צה"ל לקיום כללי המשפט הבינלאומי, שקיומם נדרש משפטית, מוסרית ותועלתית. המדינה אף הצהירה כי הכוחות הלוחמים הונחו ומונחים לפעול בהתאם לכללים אלה.²⁴

לעניין הטענות בדבר פגיעה במערכת החינוך באזורים, הנושא עלה, למשל, בעניין האגודה לזכויות האזרח בישראל, שבו טענו העותרים נגד חוקיות סגירת בתי ספר בכפר אל ח'אדר שבנפת בית לחם. בית המשפט העליון דחה את העתירה וקבע כי:

המשיב הודיע לבית המשפט, בתצהיר חתום על ידי מפקד החטיבה, כי בתי ספר אלה נתפסו לצרכים צבאיים, ואחד מהם משמש כמאחז צבאי, וזאת בתגובה לירי שבוצע לעבר הישוב הישראלי ולעבר חיילים באיזורים שונים בעיר חברון. כדבריו, כתוצאה מכך התעורר צורך צבאי, חיוני ודחוף, בהצבת כוח צבאי בנקודה אשר תשלט בתצפית ובאש על המקומות מהם מתבצע הירי לכיוון הישוב הישראלי והחיילים בחברון. אולם העותרת טוענת כי הצורך הצבאי אינו מצדיק, על פי המשפט הבינלאומי, את תפיסתם של בתי ספר. על כך עונה המשיב כי המשפט הבינלאומי בהחלט מתיר תפיסה כזאת כאשר הדבר נדרש עקב מעשי איבה בשטח

²³ לעיל הערה 13.

²⁴ לעיל הערה 13, בע' 28.

הכבוש. הוא מסתמך על תקנות האג: תקנה 43 המטילה על כוח כובש את החובה לשמור על הסדר הציבורי ועל הבטחון בשטח הכבוש, ותקנה 23(g) הקובעת כי במצב של פעולות איבה אין לתפוס או להרוס את רכוש האויב, אלא אם התפיסה או ההריסה נדרשות באופן מוחלט על פי צורכי הלחימה.

במקרה הנדון קיימות בשלב זה פעולות איבה באזור חברון, המתבטאות גם בירי לעבר אזרחים וחיילים, כפי שנאמר בתצהיר של המשיב, וכפי שגם העותרת מודה. במצב זה תפיסת בתי הספר, על יסוד שיקולים של המפקד הצבאי שהוצגו בפירוט בתצהיר התשובה, אינה נוגדת את המשפט הבינלאומי. לפיכך לא ראינו מקום להיענות לעותרת.²⁵

אמירות דומות לאלו שהובאו לעיל, מופיעות בפסקי דין נוספים של בית המשפט העליון שניתנו במהלך השנתיים האחרונות. כאמור לעיל, העתירות האמורות, שבהן מופיעות טענות זהות לאלו המופיעות בבקשה ובנספחים שצורפו לה, נדחו כולן. כאשר נבחנו הדברים על ידי בית המשפט העליון, והוצגה בפניו עמדתה המפורטת והמנומקת של המדינה בדבר מחויבותו של צה"ל לכללי המשפט הבין-לאומי - להלכה ולמעשה - נדחו העתירות אחת לאחת.²⁶

המבקשים ניסו "לכסות" את פעילות צה"ל תחת עננה של אי חוקיות ובלתי חוקיות בעליל. קל להכתיים באמירות כלליות, אך הדבר אינו מתיישב עם המציאות המוכרת לפרקליטות הצבאית, המלווה ביעוץ משפטי את פעילות צה"ל. יתר על כן, כמתואר לעיל, הדבר אינו מתיישב לחלוטין עם תמונת המצב שהוצגה לבית המשפט העליון בעשרות עתירות והתקבלה על ידיו. עמדתם של המבקשים כי פעילות צה"ל רוויה באי חוקיות ברורה וחד משמעית היא מופרכת, אפוא, וחסרת בסיס.

יש להדגיש כי לצד העובדה שצה"ל פועל לפי כללי המשפט הבינלאומי ההומניטרי, אכן התגלו במהלך השנתיים האחרונות מקרים שבהם חרגו חיילי צה"ל

25 לעיל הערה 16.

26 ראו, למשל, בג"ץ 6696/02 ואח' עאמר ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד נו(6) 110 (עתירה לדיון נוסף נדחתה: דנג"ץ 7206/02, 7551 גראדאת ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית; עאמר ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (טרם פורסם)); בג"ץ 6868/02 א-דין נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (טרם פורסם); בג"ץ 6982/02 וחידי ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל ברצועת עזה (טרם פורסם); בג"ץ 6996/02 זערוב נ' מפקד כוחות צה"ל ברצועת עזה, פ"ד נו(6) 407; בג"ץ 7343/02 בחר ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד נו(6) 488; עניין עג'ורי, לעיל הערה 1.

מהנורמות המשפטיות והמוסריות הראויות. בהקשר זה חשוב לציין כי כל טענה בדבר חריגה מנורמות כאמור וכל מידע כזה נבדקים לגופם. כך, במהלך השנתיים האחרונות הגיעו לידינו פניות רבות של גופים וארגונים שונים, לרבות מטעם הארגונים אשר מידע שנאסף על ידיהם, צורף לבקשת המבקשים. כל הפניות האמורות נבדקו בצורה עניינית, ובמידת הצורך נקטו צעדים פיקודיים ומשמעתיים. זאת ועוד: בכל מקרה שבו קיים חשד להתנהגות פלילית של חיילים, נפתחת חקירת מצ"ח, כפי שנעשה בלמעלה מ-1933 מקרים במהלך אירועי "גאות ושפל". בחלק מהמקרים אף הוגשו כתבי אישום (26 במספר) נגד חיילים שנחשדו בעברות כגון ביזה, פגיעה ברכוש, אלימות ושימוש בלתי חוקי בנשק²⁷. לא למותר להדגיש כי באותם כתבי אישום מדובר ככלל בחיילים שפעלו בצורה בלתי ראויה ממניעיהם שלהם, ואת הפסול בפעולתם אין לשייך לפקודות שקיבלו.

מקרים של התנהגות בלתי ראויה ואף פלילית הם, למרבה הצער, חלק מהמציאות של לחימה רחבת היקף הנמשכת זמן רב ושבה מעורבים חיילים רבים. ברי כי מקרים אלה הם בגדר החריג שאינו מצביע על הכלל, ואין ביכולתם להכתיים את מכלול פעילות צה"ל בצבע של אי חוקיות. ההפך הוא הנכון: חובתו של כל חייל המשרת בשטחי איו"ש ואזח"ע לטפל במקרים של הפרת הנורמות הראויות, לדווח עליהם ולפעול למניעתם. זו גם דרך הפעולה המצופה מהמבקשים.

בבקשה הודגש הסבל שהוא מנת חלקה של האוכלוסייה האזרחית בשטחי איו"ש ואזח"ע בשנתיים האחרונות. בהקשר זה התעלמו המבקשים בצורה צורמת ממספר נקודות כבודות משקל. התעלמות זו, למרבה הצער, יוצרת תמונה מעוותת, חד צדדית ומקוממת של המציאות שבה נתונה מדינת ישראל, ושבה פועל צה"ל.

הבקשה מתארת בפירוט את סבלה של האוכלוסייה האזרחית הפלסטינית בשנתיים האחרונות ואת פעולותיו של צה"ל הגורמות, כביכול, לאותו סבל. תיאור זה הוא פסול הואיל וחסר בו המרכיב המרכזי והמשמעותי ביותר - מערכת הטרור שפתחו גורמים פלסטיניים נגד מדינת ישראל ואזרחיה בישראל ובשטחי איו"ש ואזח"ע. הטרור הפלסטיני האכזרי הוא שכפה על צה"ל ועל מדינת ישראל את

27 מספרים אלה נכונים ליום הגשת התשובה. נכון ליום 20.2.2003 נפתחו 286 חקירות מצ"ח, והוגשו 39 כתבי אישום.

הלחימה בשנתיים האחרונות. הוא שהחזיר את צה"ל לערים הפלסטיניות ולמחנות הפליטים, הוא שהוביל להצבת החיילים במחסומים ובכלי הרכב המשוריינים, והוא שעומד בבסיס סבלה של האוכלוסייה האזרחית הפלסטינית באזורים, כמו גם בבסיס סבלה של האוכלוסייה האזרחית הישראלית - סבל שממנו בחרו המבקשים, משום מה, להתעלם.

פעולות הטרור הפלסטיניות - כ-15,000 פגיעים ופעולות טרור שבוצעו על ידי גורמים פלסטיניים - גבו בשנתיים שעד הגשתה של הבקשה את חייהם של למעלה מ-640 ישראלים (ואזרחים זרים) והביאו לפציעתם של כ-4,500 ישראלים. קשה להצביע על מדינה נוספת בעולם, ודאי בעולם המערבי-דמוקרטי, שנאלצה להתמודד עם טרור מהסוג שעמו מתמודדת מדינת ישראל.

בהקשר זה דגש מיוחד ראוי לשים ביחס לתופעת המתאבדים, שבה רואים ארגוני הטרור הפלסטיניים נשק אסטרטגי "לא קונבנציונלי" המופעל נגד מדינת ישראל בדרך של הרג אזרחיה ותושביה. המתאבדים הפלסטינים, גברים ונשים, יוצאים מתוך ריכוזי אוכלוסייה אזרחית פלסטינית לבושים ככל אדם, ותכליתם לזרוע הרס וחורבן ולהביא למותם של אזרחים ישראלים רבים ככל האפשר. תופעה זו חמורה לא רק בתוצאותיה כלפי אזרחי ישראל, אלא באופן שבו היא מטשטשת לחלוטין את האבחנה בין אזרחי האויב ללוחמיו, על כל המשמעויות הכרוכות בכך. פעילותם של המתאבדים גונתה על ידי הקהילה הבינלאומית ועל ידי ארגוני זכויות אדם כפשע מלחמה וכפשע נגד האנושות. דומה כי לא אגזים אם אומר שעיני העולם כולו נשואות לישראל, כיצד תשיב מלחמה שערה כנגד תופעה טרוריסטית שפלה וחסרת תקדים זו.

על רקע הטרור הפלסטיני, שחומרתו והיקפיו הם חסרי תקדים, פעילות צה"ל וגורמי הביטחון באיו"ש ובאזח"ע נועדה למטרה העליונה והחשובה ביותר - הגנת חיי אזרחים ותושבים ישראלים ואינטרסים ביטחוניים ישראלים. אין מקום לתאר את פעולות צה"ל מבלי להתייחס לנסיבות שבהן הן ננקטות, לטעמים שביסודן ולתרחישים שהן נועדו למנוע. המבקשים כמעט שלא התייחסו לכך שהם נשלחים לשירות מילואים כחלק ממימוש מטרה זו, והתעלמו מכך שסירוב לשרת באזורים פוגע ביכולתה של ישראל לממש את זכותה להגנה עצמית ולהגנה על אזרחיה.

מדינת ישראל מכירה בקשייה של האוכלוסייה האזרחית הפלסטינית בשטחי איו"ש ואזח"ע ומצטערת עליהם, אך בכך אין כדי ללמד על אי חוקיותן של פעולות צה"ל. מסקנה שכזו היא שגויה מיסודה. מטבע הדברים, כאשר גופי הטרור הפלסטיניים החלו במערכה נגד מדינת ישראל ומנהלים אותה מתוך הערים הפלסטיניות והכפרים הפלסטיניים, נפגעים האזרחים הפלסטינים המתגוררים בישובים אלה ומשתבשת כל שגרת חייהם. כיתור ערים כמו שכם או ג'נין אינו מיועד לפגוע באוכלוסייה האזרחית, אלא למנוע ממחבלים מתאבדים הפועלים בעיר לצאת ממנה ולטבוח באזרחים ישראלים. ייחוס סבלה של האוכלוסייה האזרחית הפלסטינית לצה"ל במקום לייחוסו למתאבדים היוצאים מתוכה, לשולחיהם המקימים מעבדות חבלה ומפעלי תחמושת במרכזי הערים הפלסטיניות, למי שהסיעו מחבלים וחגורות נפץ באמבולנסים, למי שירו על צה"ל מתוך בתי ספר, מתוך מסגדים, מתוך כנסיות ומתוך בתים מאוכלסים, ולמי שנעזרו בילדים כדי להטמין מטענים - פסול הוא מיסודו ובלתי ראוי.

בהקשר זה יפים דבריו של השופט י' אנגלרד בעניין אלמדני. באותה עתירה טענו העותרים נגד צה"ל כי הוא מפר את כללי המשפט הבינלאומי ההומניטרי במצור שהוטל על ידיו על כנסיית המולד בבית לחם. השופט אנגלרד התייחס לעובדה שהפגיעה במקום הקדוש מיוחסת למדינת ישראל ולצה"ל:

ברצוני אך להוסיף הערות אחדות על הגורמים שהביאו לידי המצב הבלתי נסבל של חילול מקום קדוש לנצרות, ולא סתם מקום קדוש, אלא אחד המקומות העתיקים והמרכזיים ביותר לעדות הנוצריות השונות. מי אחראי לכך שאנשים בני בליעל מזוינים פלשו בכוח לתוך הבזיליקה העתיקה ועשו בה מעשים שלא ייעשו? על מי הייתה החובה להגן על מקום קדוש זה ולמנוע את פלישתם של אנשים חמושים? מי אחראי לכך כי הופרו כללים של המשפט הבינלאומי המחייבים הגנה על נכסי דת ותרבות מפני פעולות לחימה ואוסרים על השימוש בהם לצורכי לחימה? ... האם אחריות זו, אינה מוטלת על הרשות הפלסטינאית שהתחייבה לשמור על המקומות המצויים בשליטתה? האם נקטה הרשות פעולות ממשיות למניעת החילול, והאם השתדלה

להביא לסילוקו המיידית? על השאלות האלה כולנו זכאים לקבל תשובה!²⁸

ישראל רשאית, ולמעשה, אף מחויבת, לנקוט צעדי ביטחון כדי להגן על אזרחיה גם אם המשמעות היא פגיעה בשגרת חייהם של הפלסטינים באזורים או במצבם הכלכלי. עם זאת, פעולותיו של צה"ל מוכתבות על ידי הצורך להגן על חיי אזרחינו, ולא על ידי הרצון לפגוע באוכלוסייה אזרחית פלסטינית. לא למותר להזכיר כי במשפט הבינלאומי ההומניטרי מוכרים צעדים רבים אשר ניתן לנקוט כאשר צורכי הביטחון מחייבים זאת, גם אם המשמעות היא פגיעה בשגרת חיי אזרחים, כגון הגבלות על תנועה ופגיעה ברכוש פרטי לצרכים צבאיים. התייחסות לכללי המשפט הבינלאומי ההומניטרי שאינה מאזכרת את סמכויותיה הבסיסיות והברורות של מדינה להגן על אזרחיה ועל האינטרסים הביטחוניים שלה ולנקוט בהקשר זה צעדי ביטחון הכרחיים, היא התייחסות חלקית ומגמתית.

לעניין זה ראוי לציין דברים שנקבעו בפסק דינו של בית המשפט העליון בעתירה

בעניין תפיסת שטחים בשטחי איו"ש:

מזה חודשים אחדים שבאיזור יהודה והשומרון ובחבל עזה מתרחשים אירועי לחימה של ממש: ירי אש חיה לעבר ישראלים וחיילי צה"ל, הנחת מטעני חבלה בצידי דרכים, השלכת בקבוקי תבערה ורימונים, החדרת מכוניות תופת לישראל, רצח ישראלים או פגיעה בישראלים הנכנסים לשטחי A. כל אירועים קשים אלה הביאו לסידרת פעילויות מנע מצד ישראל, פעילויות אשר נועדו להפחית או למנוע אותם פיגועים רבים שנעשו בידי תושבי הרשות הפלשתינית. אולם פעילויות אלו היה בהן כדי להכביד על חיי התושבים בשטחי הרשות הפלשתינית, והדבר יצר מעצמו צורך לנסות ולמצוא אמצעים להקל על חייהם של אותם תושבים... הטעם העיקרי לתפיסת השטחים היה לקיום מקום מפגש למשאיות מן הרשות ומישראל, והטעם להקמתם של אותם משטחים היה טעם צבאי טהור, קרא, מניעת פיגועים. אכן, הטעם האזרחי - הכוונה לאפשר אספקת

28 עניין אלמדני, לעיל הערה 11, בע' 36.

מצרכים לתושבי הרשות - שלוב בטעם הצבאי, אך קשה לחלוק על כך שהטעם הצבאי הוא הטעם הדומיננטי.²⁹

לטענת המבקשים, שלושת מיליוני הפלסטינים החיים בשטחי איו"ש ואזח"ע הפכו לאויב של מדינת ישראל, ולכן צה"ל פוגע במערכות האזרחיות הפלסטיניות. טענה זו אינה נכונה במספר מישורים. ראשית, מדינת ישראל וצה"ל אינם רואים באזרחים פלסטינים אשר אינם מעורבים בפעילות חבלנית עוינת ובטרור, משום אויבים. למעשה, ההפך הוא הנכון: פעילות צה"ל מכוונת אך ורק נגד גורמי הטרור הפלסטיניים ומתוך מאמץ להבדיל בינם לבין גורמים אזרחיים שאינם אויביו. הדברים מקבלים ביטוי לא רק בהצהרות פומביות של מפקדי צה"ל, אלא גם בפקודות מבצע ובפעילות בשטח. אכן, צעדי הביטחון שמדינת ישראל נאלצת לנקוט, פוגעים בשגרת חיי האוכלוסייה האזרחית, ולעתים, למרבה הצער, אף נהרגים ונפצעים אזרחים כתוצאה מהם. הטענה בעניין זה חייבת להיות מופנית לגורמי הטרור, אשר פועלים מתוך האוכלוסייה האזרחית תוך ניצול קרבתה וחסותה.

המבקשים הצרו על השינוי שחל ב"אופיו של הכיבוש", וצינו כי בשעה שבעבר פעלה בשטחים מערכת המנהל האזרחי, כיום פועל צה"ל נגד מערכות אזרחיות באזורים אלה. טענה זו היא תמוהה. כידוע, הצמצום הניכר בסמכויות המנהל האזרחי באיו"ש וביטול המנהל האזרחי באזח"ע נעשו כתוצאה מההסכמים המדיניים שנחתמו בין אש"ף לבין מדינת ישראל, ומתוך כוונה לאפשר לצד הפלסטיני לקבל סמכויות אזרחיות רבות לניהול האזור בשטחים שמהם יצא צה"ל. כאשר נפתחה מערכת הטרור הפלסטינית, נאלצה מדינת ישראל כהגנה עצמית לפעול נגד גורמי הטרור בכל אתר ושטח שבהם הם נמצאו, לרבות שטחים שנמסרו לניהול הרשות הפלסטינית. לא למותר לשוב ולציין כי צה"ל אינו פועל נגד המערכות האזרחיות והכלכליות, והפגיעה בהן היא לכל היותר תוצר לוואי של המאבק בטרור.

השוני באופי השליטה באזורים הוא, אפוא, תוצאה של ההסכמים המדיניים תחילה, ומאוחר יותר תוצאה של הלחימה שנכפתה על ישראל. לחימה זו, שיוזם הצד הפלסטיני, היא שהביאה לפגיעה במערכות האזרחיות והכלכליות בשטחו.

29 בג"ץ 2461/01 כנעאן ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל באיו"ש (טרם פורסם).

לדברי המבקשים, בשטחי איו"ש ואזח"ע מתנהלת מערכת חוקית ומשפטית כפולה, שבה "חוק אחד חל על המתנחלים היהודים וחוק אחר על התושבים הפלסטינים...".

במענה לטענה זו די אם אסתפק בעובדה כי קיומם של הסדרים חקיקתיים ייחודיים להתיישבות הישראלית באזורים אינו בגדר תופעה חדשה. הדבר כבר נבחן בעבר על ידי בית המשפט העליון³⁰; ודאי שאין מדובר בהתפתחות משפטית שאירעה בשנים האחרונות. לעמדתי, השוני בהסדרים המשפטיים לא רק שאיננו חדש, אלא מדובר בשוני חוקי, הכרחי ולגיטימי. הטענות בהקשר זה, אם כך, אינן במקומן.

לסיכום, הבקשה מנסה לצייר תמונה עגומה של אי חוקיות כללית וגורפת המלווה את פעילות צה"ל באזורים בשנתיים האחרונות ומתבטאת בהפרה רחבה וגורפת של כללי המשפט הבינלאומי. אין אלא להצר על הקלות וחוסר האחרייות שבהן מושמעות טענות מעין אלה. המצב בפועל הוא שונה בתכלית. צה"ל מקפיד שלחמתו ופעולותיו בשטחי איו"ש ובאזח"ע, גם כשהן נעשות בתנאים הקשים ביותר נוכח הסיכונים הגדולים ביותר, ומול גורמי טרור השפלים ביותר, המפרים ברגל גסה את כל דיני הלחימה, תהיינה בהתאם לכללי המשפט הבינלאומי. פקודות הצבא בנושאים אלה אינן בלתי חוקיות בעליל, אלא הן פקודות חוקיות ועומדות בקנה אחד עם הנורמות האוניברסליות הנוגעות בדבר. דומני כי לא אחטא לאמת אם אומר כי אין דוגמאות רבות לצבאות בעולם שנוכח פעילות טרור כה קשה ובנסיבות כה מורכבות הצליחו להקפיד על יישומן של הנורמות ההומניטריות האמורות ועל כיבודן. כאמור, דברים אלה אף נבחנו בבית המשפט העליון ואושרו על ידיו בעשרות הזדמנויות. על כן איני יכול לקבל את הטענות בנושא זה.

לאור העובדה שפעולותיו של צה"ל הן חוקיות ועומדות בכללי המשפט הבינלאומי ההומניטרי לא רק בראיית מפקדי צה"ל, אלא גם בראי פסיקת בית המשפט העליון, אין בסיס גם לטענה בדבר חשיפתם של המבקשים להעמדה לדין בבית המשפט הפלילי הבינלאומי בשל פשעי מלחמה.

30 ראו, למשל, בג"ץ 4400/92, 572/93 המועצה המקומית קרית ארבע חברון נ' ראש הממשלה ואח'; "אמנה", תנועת ההתיישבות של גוש אמונים, אגודה שיתופית מרכזית בע"מ ואח' נ' ממשלת ישראל ואח', פ"ד מח(5) 597; בג"ץ 5808/93 חברה כלכלית לירושלים בע"מ נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון ואח', פ"ד מט(1) 89.

לסיכום אדגיש כי צה"ל פועל בשטחי איו"ש ואזח"ע באופן חוקי ובהתאם לכללי המשפט הבינלאומי ההומניטרי. פעולותיו אינן בלתי חוקיות בעליל ואינן בלתי חוקיות כלל. ממילא, אין המבקשים יכולים להיתלות באמור בסעיף 125 לחש"ן, והמעשים שבהם הורשעו המבקשים, הם עבירות מובהקות.

ב. חוקיות פעולותיו של צה"ל בשטחי איו"ש ואזח"ע - ההשלכה המשפטית של דרך התקיפה העקיפה

קיים טעם חזק נוסף לדחות את טענתם העיקרית של המבקשים כי מעשיהם אינם הם עברה שכן "הכיבוש במתכונתו הנוכחית הוא בלתי-חוקי והשירות הצבאי במסגרתו רצוף בפעילות בלתי חוקית". טעם זה נעוץ באופן התקיפה - עקיפה ובדיעבד - שאותה נקטו. עם קבלת צווי הקריאה לשירות מילואים (להלן גם: צווי המילואים) ידעו המבקשים כי שירות המילואים שלהם יבוצע באיו"ש. לפיכך אם סברו המבקשים כי עצם השירות הצבאי באזורים אינו חוקי, היה עליהם לתקוף את צווי המילואים עצמם בתקיפה ישירה, בדרך של עתירה לבית המשפט הגבוה לצדק. תחת זאת בחרו המבקשים שלא לקיים פקודה מסוימת בטענה כי עצם השירות אינו חוקי. משבחרו המבקשים בדרך של תקיפה עקיפה תוך הפרת החוק, חלף תקיפה ישירה של צווי המילואים, הרי שיש לדחות את טענתם העיקרית בהתבסס על הלכתו של בית המשפט העליון, כמבואר להלן.

אכן,

דרך התקיפה עשויה להכתיב את תוצאת התקיפה. תוצאה שאפשר היה להגיע אליה בדרך של תקיפה ישירה, ייתכן שאי אפשר יהיה להגיע אליה בדרך של תקיפה עקיפה. סוף מעשה במחשבה תחילה: כבר בתחילת הדרך, בצומת המוביל מצד אחד לדרך של תקיפה ישירה ומצד שני לדרך של תקיפה עקיפה, הבחירה בדרך זאת או זאת עשויה לקבוע את התחנה הסופית בדרך.³¹

31 רע"פ 4398/99 הראל נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(3) 637, 646-647.

טענות דומות לטענותיהם של המבקשים הועלו בעניין הראל ונדחו על ידי בית המשפט העליון, כמבואר להלן, בשל דרך העלאתן. בעניין הראל נפסל רישיונה של המערערת בצו פסילת רישיון נהיגה. בעניין שלפנינו נקראו המבקשים בצווים לשירות מילואים באזורים. בעניין הראל נהגה המערערת חרף האמור בצו הפסילה והועמדה על כך לדין. בעניין שלפנינו סירבו המבקשים לקיים את הפקודה שניתנה להם לשרת באזורים, חרף האמור בצווי המילואים והועמדו על כך לדין. בעניין הראל ביקשה המערערת בתקיפה עקיפה שבית המשפט יבטל את צו פסילת רישיון הנהיגה, בטענה כי צו הפסילה שהוצא נגדה, בטל מעיקרו; המערערת טענה כי אם רישיון הנהיגה שלה כלל לא נפסל למעשה, נשמט היסוד תחת האשמתה בעברה של נהיגה בזמן פסילה. בעניין שלפנינו התבקש ביטול באמצעות תקיפה עקיפה של צווי המילואים שבהם נקראו המבקשים לשרת באזורים, בטענה כי צווים אלה בטלים מעיקרם; נטען כי אם צווי המילואים לשירות באזורים אינם חוקיים, נשמט היסוד תחת האשמת המבקשים בעברות של אי קיום הפקודות שניתנו להם לשרת באזורים. בעניין הראל דחה בית המשפט העליון את הערעור, כפי שיבואר להלן; אף בעניין שלפנינו דין טענתם של המבקשים להידחות.

בית המשפט העליון דחה את הערעור בעניין הראל, וקבע כי

נסיון החיים, השכל הישר והאינטרס הציבורי אומרים שבדרך-כלל אפשר וראוי לצפות מאדם שנפגע מצו אישי, אם הוא טוען כי הצו בלתי חוקי, שיתקוף את הצו בתקיפה ישירה, כגון בערעור לבית-משפט השלום או לבית-המשפט המחוזי (אם החוק מקנה זכות ערעור על הצו) או בעתירה לבית-המשפט הגבוה לצדק.³²

[]בדרך-כלל יש יתרונות לתקיפה ישירה של החלטה מינהלית על פני תקיפה עקיפה של החלטה. ... לפיכך המדיניות השיפוטית הראויה היא לעודד ביקורת שיפוטית בדרך של תקיפה ישירה.³³

32 שם, בע' 647.

33 שם, בע' 648 (באזכרו את י' זמיר השפיטה בעניינים מינהליים (תש"ה), בע' 43 ואילך).

חוקת החוקיות, שהיא חוקה הגיונית והכרחית מבחינת האינטרס הציבורי, אומרת כי צו פסילה של רשיון נהיגה, כמו כל החלטה מינהלית, הוא צו חוקי. אכן, אין זו אלא חוקה, והיא ניתנת לסתירה. שהרי אפשר, כמובן, שצו פסילה יהיה בלתי חוקי, ואפשר אפילו שיהיה בטל מעיקרו. אולם הסדר הציבורי מחייב שבדרך-כלל נהג הטוען נגד חוקת החוקיות של הצו, ואפילו אם לדעתו הצו בטל מעיקרו, יעלה את הטענה בתקיפה ישירה בפני בית-המשפט כדי שבית-המשפט יקבע באופן מוסמך אם הצו חוקי ותקף או בלתי חוקי ובטל. מבחינת הסדר הציבורי אין זה ראוי שנהג הטוען כי צו הפסילה נגוע בפגם, יחליט בינו לבין עצמו כי הפגם עושה את הצו בטל מעיקרו, וכי לכן הוא רשאי להתעלם מן הצו ולנהוג כאילו הצו לא בא לעולם. אין זה ראוי, משום שבדרך זאת יש כדי לסכל את התכלית של צווי הפסילה, כפי שהיא עולה מפקודת התעבורה, לסכן את ביטחון הציבור ואף לאיים על העיקרון של ציות לחוק. אי לכך, האינטרס הציבורי אומר שבדרך-כלל ראוי כי נהג הטוען שצו הפסילה נגוע בפגם, יעלה את הטענה בתקיפה ישירה בפני קצין המשטרה שהוציא את הצו או בפני בית-המשפט לפי סעיף 48 לפקודת התעבורה, ובינתיים יימנע מלנהוג בניגוד לצו. אם לא יעשה כן, וימשיך לנהוג בניגוד לצו, הוא מסכן לא רק את הציבור, אלא גם את עצמו: אם יועמד לדין פלילי בגין נהיגה בתקופת פסילה, ורק אז יטען להגנתו שנפל פגם בצו הפסילה, הוא מסתכן בכך שבית-המשפט יאמר לו כי הטענה שהייתה יפה בתקיפה ישירה של הצו בזמן הנכון, אינה יפה לאחר זמן בתקיפה עקיפה.³⁴

יפים דברים אלה לעניין שלפנינו: הסדר הציבורי מחייב כי יוצא צבא הטוען נגד חוקת החוקיות של צו מילואים לשרת במקום מסוים, ואף אם, לדעתו, בטל הצו מעיקרו, יעלה את הטענה בתקיפה ישירה בפני בית המשפט הגבוה לצדק כדי שזה יקבע באופן מוסמך אם הצו חוקי ותקף או בלתי חוקי ובטל. אין זה ראוי מבחינת הסדר הציבורי כי יוצא צבא הטוען שצו הקריאה שקיבל לשירות מילואים, נגוע בפגם, יחליט בינו לבין עצמו כי הפגם עושה את הצו בטל מעיקרו, וכי לכן רשאי הוא להתעלם מן הצו ולנהוג כאילו הצו לא בא לעולם. אין זה ראוי משום שבדרך זאת

34 שם, בע' 649-650 (ההדרגה הוספה).

יש כדי לסכל את תכלית צווי הקריאה לשירות המילואים כפי שבאה לידי ביטוי, בין היתר, בסעיף 27א(ד)(2) לחוק שירות ביטחון³⁵, שלפיו, חייב יוצא הצבא להתייבץ לשירות המילואים שאליו נקרא, ולבצע את משימותיו. אין זה ראוי משום שבדרך זאת יש כדי לחתור תחת יסודות הציות לחוק, המשמעת בצבא, וסמכות שלטונות הביטחון לקבוע את המקום והזמן לתכנונה של משימה צבאית ולביצועה. אי לכך האינטרס הציבורי מחייב כי יוצא צבא הטוען כי צו הקריאה לשירות המילואים שלו נגוע בפגם כאמור, יעלה את הטענה בתקיפה ישירה בפני בית המשפט הגבוה לצדק ובינתיים יימנע מלנהוג בניגוד לצו. אם לא יעשה כן ויסרב למלא פקודות הניתנות לו בהתאם לאותו צו לשירות מילואים שאליו נקרא, הרי שבעת העמדתו לדין עקב אי מילוי פקודה כאמור, לא תעמוד לו להגנתו הטענה כי צו הקריאה לשירות מילואים אינו חוקי. אכן, אפילו טענה היפה לתקיפה ישירה של צו בזמן הנכון, אינה יפה לאחר זמן בתקיפה עקיפה.

מנסיבות העניין עולה בבירור כי שום דבר לא מנע מהמבקשים לתקוף את חוקיות הצו לשירות מילואים שאליו נקראו, מייד לאחר קבלתו בתקיפה ישירה. תחת זאת בחרו המבקשים להפר את החוק, ולו מטעם זה בלבד יש לדחות את הבקשה. אכן, על מי שבא לתקוף החלטה מנהלית, להראות כי פעל בתום לב, ומי שלא פעל כך, עשויה תקיפתו להיכשל מטעם זה בלבד³⁶. במקרה דנא סירבו המבקשים לקיים פקודה שניתנה להם, תוך הפרת החוק. צו הקריאה לשירות המילואים הופר, אפוא, שלא בתום לב, ודי בכך כדי להביא לדחיית בקשתם. בעקבות האמור בעניין הראל נאמרו הדברים הבאים, המתאימים לענייננו, בעניין עבאסי:

דומים הם פני הדברים גם לכל ציווי שנותן שוטר לנהג לסטות לדרך צדדית או הנחיות דומות לכל עובר דרך. הפרת הוראה זו על-ידי האזרח מהווה הכשלת שוטר בעת מילוי תפקידו, גם אם לאחר מכן יתברר, כי הוראת השוטר הייתה לקויה ונגועה בפסלות. האפשרות לנקוט בנסיבות אלו בהליכי תקיפה בדיעבד אינה מתחייבת

35 חוק שירות ביטחון [נוסח משולב], התשמ"ו-1986 (להלן: חוק שירות ביטחון).

36 ראו עניין הראל, בפסק דינו של השופט טירקל, בע' 651.

בכל מקרה, זאת כדי למנוע אנדרלמוסיה מוחלטת בדרכים ובהתנהגות הציבור ברשות הרבים. לפיכך, האזרח אינו רשאי במקרים אלה ליטול את החוק לידיו, גם כאשר לטענתו, מעשה רשות הרישוי או המשטרה נגוע בבטלות מדעיקרא. לרשותו עומדת התקיפה הישירה לשינוי המצב מראש ואילו בדיעבד יוכל לתבוע פיצויים או סעדים אחרים, ככל שהוא באמת צודק בעמדתו. לעומת זאת, לא יהא בידו להכשיר למפרע את התנהגותו בדרכים, אשר על-פי האקט המינהלי הייתה אסורה ... משחטא ונטל לעצמו את הדין - עליו לשאת בעונש המתחייב מהתנהגותו זו.³⁷

אין צורך להכביר מילים בדבר חשיבות הציות לצווי קריאה לשירות מילואים במדינת ישראל. מתן האפשרות לנקוט בהליכי תקיפה עקיפה נגדם עלול בהחלט לגרום לאנדרלמוסיה ולפגיעה קשה בהיערכותו של צה"ל, באימוניו, בכוננותו ובביצוע משימותיו. הציות לצווי הקריאה לשירות מילואים הוא חיוני לארגון הצבאי, שהמשמעת היא נשמת אפו³⁸. יוטעם כי לרשותו של הטוען שצו קריאתו לשירות מילואים אינו חוקי, עומדים ימים רבים על מנת לתקפו בתקיפה ישירה. אם לא עשה כן, וחלף זאת עשה דין לעצמו - עליו לשאת בתוצאות המתחייבות מהתנהגותו זו.

בעניין ניימן טענו הנאשמים, חברים בתנועת "נאמני הר הבית" אשר הואשמו בעברה של התקהלות אסורה, בין היתר, כי אין ניתן להרשיעם בעברה האמורה שכן התקהלותם במקום נבעה ממימוש זכותם להתפלל על הר הבית, וכי הוראות המשטרה המגבילות את זכותם זו, אינן חוקיות. בית המשפט דחה את טענתם זו וקבע כי

הוראות המשטרה המונעות מטעמי רגישות במקום את אפשרות הכניסה, לשם תפילה בדרך שבה חפצים המשיבים, אינן בטלות מעיקרן. אף אם לדידם היא

37 ע"פ (י-ם) 4290/00 עבאסי נ' מדינת ישראל (לא פורסם) (באזכרו את ע"פ (י-ם) 1946/98 מדינת ישראל נ' ניימן (לא פורסם)).

38 השו: בג"ץ 5319/97, 5706, 5707 קוגן ואח' נ' הפרקליט הצבאי הראשי; זמוטובסקי ואח' נ' מדינת ישראל ואח'; קאופמן ואח' נ' הפרקליט הצבאי הראשי ואח'; פ"ד נא(5) 67, 85-87, ובייחוד דבריו של פרופ' דינשטיין המצוטטים שם; בג"ץ 3959/99 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הוועדה לעיון בעונש ואח', פ"ד נג(3) 721, 744-747.

נפסדת, הרי תקיפתן צריכה להיות ישירה ולא בעקיפין. למצער אלה הם פני הדברים מאז שדוקטרינת הבטלות היחסית תפסה לה שבת בשיטת משפטנו ... לפיכך אין המשיבים רשאים להעמיד בדיעבד לבחינה את חוקיות האיסור, אלא עליהם לנקוט בדרך התקיפה הישירה ובאמצעים חוקיים אחרים לשם שכנוע הציבור להשגת מטרתם.³⁹

וכך, בעניין אסיא טענו המערערים, אשר הורשעו בבית משפט השלום בעברה של ביצוע עבודות בסטייה מהיתר בנייה שניתן, כי ההיתר שניתן כלל לא היה חוקי, וממילא, לא בוצעה כל עברה על ידיהם. בית המשפט המחוזי דחה את טענתם וקבע כהאי לישנא:

... ההיתר שנתקבל לא נראה להם, ועל כן הם סטו ממנו ופעלו על פי דעתם והבנתם הם, כאשר הם נוטלים את החוק לידיהם; וכאשר הוגש נגדם כתב אישום, ניסו בהזדמנות זו, בדרך של תקיפה עקיפה, לתקוף את חוקיותו של ההיתר ויתר החלטות שבנדון. דרך זו אינה מקובלת עלי. אם סברו המערערים כי ההיתר שניתן להם והחלטות ועדת הערר הם בלתי חוקיים, היה עליהם, במידה ורצו, לתקוף את המעשה המינהלי ולעשות זאת בדרך המיוחדת הקבועה לכך בחוק, ולא לפעול בדרך בה פעלו. בדרך זו הם בגדר "טובלים ושרץ בידם" ואין ליתן תוקף לדרך זו. לכן אני סבורה כי לא יכולה להשמע טענתם במסגרת של תקיפה עקיפה ובית המשפט קמא לא מוסמך היה לעשות כן.⁴⁰

דברים אלה יפים לעניין דנא. על המבקשים היה לתקוף את צווי המילואים בתקיפה ישירה בפני בית המשפט הגבוה לצדק. משלא עשו כן, אינני מוסמך, לדעתי, לדון בטענותיהם במסגרת של תקיפה עקיפה. ודוק: טענות המבקשים אינן מופנות נגד הפקודות שניתנו למבקשים כשלעצמן; לשיטתם, פקודות אלה אינן חוקיות שכן "הכיבוש" במתכונתו הנוכחית באזורים אינו

39 עניין ניימן, לעיל הערה 37, בפסקה 5 לפסק דינו של השופט גל (באזכרו את ע"פ 768/80 ש' שפירא ושות', חברה קבלנית בנתניה בע"מ ואח' נ' מדינת ישראל וערעור שכנגד, פ"ד לו(1) 337 ואת ד"נ 12/81 ש' שפירא ושות', חברה קבלנית בנתניה בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד לו(3) 645).

40 עפ"א (ת"א) 80182/00 אסיא נ' מדינת ישראל (לא פורסם).

חוקי: "מדיניות הדרג המדיני והפיקוד העליון" המופעלת באזורים היא ההופכת, לדבריהם, את "הכיבוש" ל"כיבוש בלתי-חוקי". לפי הנטען, גם אם פעולות צבאיות מסוימות באזורים הן מותרות, הן נדבקות "באי-החוקיות של הכיבוש" בכללותן, ויש בהן משום סיוע ל"מאמץ הכיבושי". לפיכך ברי כי היה על המבקשים להעלות את טענותיהם נגד "הכיבוש" במתכונתו הנוכחית ונגד המדיניות האמורה בתקיפה ישירה בבית המשפט הגבוה לצדק זמן רב לפני שקיבלו את צווי המילואים ולמצער זמן רב לפני המועד שנקבע בצווי המילואים להתייצבותם לשירות - משעה שסברו כי המדיניות האמורה אינה חוקית. **אין ניתן להעלות טענות כלליות נגד מדיניות בתקיפה עקיפה; על טענות אלה להיטען בתקיפה ישירה, ובה בלבד.**

זאת ועוד: כל אותן טענות שמעלים המבקשים נגד "חוקיות הכיבוש במתכונתו הנוכחית", הועלו במספר רב של עתירות בבית המשפט הגבוה לצדק ונדחו כולן, כמבואר לעיל⁴¹. ברי, אפוא, כי טענות אלה, אשר הועלו במספר רב של עתירות - בתקיפה ישירה - ונדחו, אינן יכולות להיות הגנה בתקיפה עקיפה כוללת. **טענה שנדחתה בתקיפה ישירה, כיצד זה תוכל להתקבל בתקיפה עקיפה?** אשר על כן דין טענתם זו של המבקשים להידחות, ולו בשל העובדה כי היא נטענת בתקיפה עקיפה, ובמיוחד כאשר, למעשה, נדחתה כבר במספר רב של עתירות בתקיפה ישירה.

ג. טעמי מצפון - ההשלכה המשפטית של דרך התקיפה העקיפה

נימוק חלופי של המבקשים הוא כי לא עברו עברה שכן עומדת להם "הגנה חוקתית מתחום הזכות לחופש המצפון". לפיכך גם אם השירות הצבאי באזורים הוא חוקי, הרי שהמבקשים אינם עוברים עברה בסרבם לשרת באזורים שכן "אופיו של השירות באזורים מחייב את [המבקשים] לבצע פעולות המנוגדות באורח קוטבי לצו מצפונם", וזכותם של המבקשים לחופש מצפון מובילה לבטלותה של הפקודה שניתנה למבקשים.

41 בחלק א', לעיל, בע' 716-729.

לדעתי, אין לקבל טענה זו כלל ועיקר, כפי שיבואר בפרק ד'⁴². אולם כעת אדגיש כי דינה של טענה זו להידחות בשל אופן התקיפה, עקיפה ובדיעבד, שאותה נקטו. אכן, הדברים שנאמרו בפרק הקודם בדבר דחייתה של טענתם המרכזית בשל הדרך שבה נטענה - תקיפה עקיפה - יפים גם לגבי טיעון זה. אם לא ניתן לתקוף צו קריאה לשירות מילואים בתקיפה עקיפה, אפילו נפל בו פגם (שיכול היה להוביל לביטולו בתקיפה ישירה), קל וחומר שלא ניתן לתקוף פקודה שלא נפל בה כל פגם כשלעצמה, אלא שהטוען לפטור אישי מהציות לה, כלל לא טרח לנסות ולהסדיר את הפטור בדרך שקבע המחוקק (כפי שיבואר להלן)⁴³.

בבסיסה של הטענה האמורה עומדת, למעשה, ההנחה כי המעשים שבהם הואשמו המבקשים, כשלעצמם (דהיינו הסירוב לשרת באזורים) הם עברה; אלא שזכותם של המבקשים לחופש המצפון מתירה להם לעבור את העברה. חופש המצפון הוא הזכות לנהוג בהתאם לצו המצפון כשזה אינו תואם את הוראות החוק. אכן, "חופש-המצפון פירושו החופש לנהוג בהתאם להוראות המצפון בגלל עצם העובדה שהמצפון מורה הוראות אלה, ולא בגלל נכונותן או צידקת תוכןן. אילו היה החופש לנהוג בהתאם להוראות המצפון שואב את תוקפו מצידקתן של ההוראות אותן הוא מורה, היה חסר או משמעות מעשית"⁴⁴.

טעמים שבמצפון עשויים לשמש עילה לפטור יוצא צבא מחובת שירות מילואים מכוח סעיף 36(2) לחוק שירות ביטחון. לשם כך הוקמה ועדה מיוחדת לביטור עניינם של סרבני מצפון⁴⁵. ברי שטענותיהם של המבקשים כי אופיו של השירות באזורים מחייב אותם לבצע פעולות המנוגדות מאוד לצו מצפונם, לא "נולדו" רק לאחר שקיבלו את הפקודה להתייצב באזורים. המבקשים, הנמנים עם כוחות המילואים, ידעו כי צה"ל מצוי בגזרות שונות באזורים, עובר לקבלת צווי המילואים שבעקבותיהם סירבו לשרת באזורים. לכל הפחות ידעו המבקשים כי עליהם להתייצב לשירות מילואים באזורים לאחר קבלת צווי המילואים. על כן היה על

42 להלן, בע' 738-749.

43 בע' 736-738.

44 ח' גנו "גבולות חובת הציות לחוק" עיוני משפט יג (התשמ"ח) 359, 382 (ההדגשות הוספו). כן ראו ער/16/81/107/16 אלגזי נ' התצ"ר, פד"צ 1981 13, 15, 18, 21-22 (להלן: ערעור אלגזי).

45 בג"ץ 2700/96 ברנובסקי נ' שר הביטחון (לא פורסם); בג"ץ 1380/02 בן ארצי נ' שר הביטחון ואח', פ"ד נו(4) 476. וראו גם בג"ץ 910/86 רסלר ואח' נ' שר הביטחון, פ"ד מב(2) 441, 501.

המבקשים, לשיטתם, לפנות בבקשה לשר הביטחון שיפטרם מחובת שירות המילואים באזורים בשל טעמי המצפון שהם טוענים, מייד לאחר קבלת צווי המילואים (ואם החלטתו של שר הביטחון לא הייתה מניחה את דעתם, היה עליהם לעתור לבג"ץ כנגד החלטתו זו). המבקשים לא היו רשאים לבצע את מעשי העברה ורק לאחר מכן לטעון כי היה זה מן הדין לפטרם מן השירות הצבאי באזורים בשל טעמי מצפון (בדיוק כפי שאדם אשר נעדר שלא כדין מן השירות, לא ייפטר מאחריות פלילית בשל הטעם שתורתו - אומנותו, אם לא פנה בבקשה לדחיית שירות לשר הביטחון עובר למועד שבו היה עליו להתייצב).

דרך המלך לקבלת פטור משירות מילואים בשל טעמי מצפון היא, אפוא, בפנייה ישירה לשר הביטחון; אם החלטתו אינה מספקת את הפונה, עליו לתקוף ישירות בבג"ץ את החלטת שר הביטחון. במקרים אלה דרך התקיפה העקיפה כלל אינה פתוחה בפני איש המילואים.

אכן, גם על אישה, אשר בעניינה מכיר המחוקק בטעמים שבמצפון כנימוק **שבזכות** לפטור מחובת גיוס (להבדיל מגבר, שבעניינו הטעמים שבמצפון הם בשיקול דעתו של שר הביטחון), מוטלת ככלל החובה להגיש את בקשתה להימנע משירות ביטחון עקב טעמים שבמצפון לא יאוחר מהיום שנקבע להתייצבותה הראשונה לרישום⁴⁶. בית המשפט העליון עמד זה מכבר על ההכרח כי בקשות למתן פטור תוגשנה בזמן שנקבע לכך על ידי המחוקק, שכן שלטונות הצבא חייבים לדעת מראש מהו כוח האדם העומד לרשותם; אחרת, "לא ייתכן שום תכנון יעיל"⁴⁷. לפיכך אישה אשר לא הגישה את בקשתה במועד כאמור, לא תיפטר מאחריות פלילית בשל סירוב פקודה מטעמי מצפון.

הוא הדין לענייננו: המבקשים אינם יכולים לטעון כי המעשים שבהם הורשעו, אינם עבירות מטעמי מצפון כאשר טעמים אלה כבסיס לפטור משירות צבאי הם בשיקול דעתו של שר הביטחון, והוא כלל לא נתבקש על ידי המבקשים להשתמש בסמכותו. זאת ועוד: בכגון דא באים לידי ביטוי ביתר שאת הדברים שנאמרו לעיל⁴⁸

46 ראו סעיף 39(ג) לחוק שירות ביטחון ותקנה 5 לתקנות שירות ביטחון (פטור נשים משירות ביטחון עקב טעמים שבמצפון או שבהווי משפחתי דתי), התשל"ח-1978.

47 בג"ץ 191/57 יונדף נ' שר-הבטחון ואח', פ"ד יב 269, 271 (ההדגשה הוספה).

48 בע' 715-714.

שכן - על פני הדברים ולפי טענת המבקשים עצמם - **המעשים שבהם הורשעו, הם עברה.**

ד. טעמי המצפון אינם בסיס לפטור משירות מילואים בנסיבות העניין

למעלה מן הצורך, אפוא, אעבור כעת לבחינתה של טענתם החלופית של המבקשים לגופה, דהיינו האם קיימת להם זכות המבוססת על חופש המצפון שלא לשרת באזורים. ייאמר מיד כי התשובה לשאלה זו היא שלילית.

לפי הנטען, אופיו של השירות באזורים מחייב את המבקשים לבצע פעולות "המנוגדות באורח קוטבי לצו מצפונם". על כן זכאים הם, לשיטתם, שלא לקיים את הפקודה המורה להם לשרת באזורים שכן פקודה זו פוגעת בזכות היסוד שלהם לחופש המצפון, והדבר מנוגד לאמור בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

המחוקק הישראלי מכיר בטעמים שבמצפון כנימוק **שבזכות** לפטור מחובת שירות ביטחון רק לעניין אישה אשר הוכיחה באופן שנקבע בתקנות, כי טעמים שבמצפון מונעים אותה מלשרת שירות ביטחון. לעניין גבר **במכוון אין זכות שבדין** לפטור משירות ביטחון בשל טעמים שבמצפון⁴⁹ משום המצב הביטחוני המיוחד של ישראל⁵⁰. אכן, טעמים שבמצפון יכולים לשמש כנימוק למתן פטור משירות ביטחון לפי **שיקול דעתו** של שר הביטחון. משמעות האבחנה האמורה בין גבר לאישה היא שבעוד אשר לגבי אישה שיקול דעתם של רשויות הצבא הוא אך לעניין הוכחת קיומם של **טעמים שבמצפון**, ומשאלה הוכרו, אין רשויות הצבא מוסמכות שלא לפוטרה, הרי שלגבי גבר גם אם הוכרו טעמים שבמצפון, מוסמך שר הביטחון שלא לפוטרו משירות צבאי, והדבר נתון לשיקול דעתו⁵¹.

הלכה מיוסדת היא במשפט הארץ כי **טעמים שבמצפון** יכולים לשמש כנימוק לפטור משירות ביטחון רק כאשר ההתנגדות המצפונית היא לשירות צבאי ככזה מתוך שהמתנגד דוגל באי אלימות ככזו ובאופן **כללי** (השקפת עולם פציפיסטית).

49 ד"כ 2 (ה'תש"ט) 1626; ע"פ 5/51 שטיינברג נ' היועץ המשפטי, פ"ד ה 1061, 1067-1068.

50 י' זמיר "גבול הציות לחוק" גבורות לשמעון אגרנט (מערכת: א' ברק ואח', התשמ"ז) 119, 125 (להלן: זמיר, "גבול הציות לחוק").

51 עניין בסלב, לעיל הערה 45, בע' 501.

לעומת זאת, טעמים שבמצפון אינם מוכרים כנימוק לפטור משירות ביטחון כאשר ההתנגדות המצפונית אינה כללית ומתוך שכנוע מצפוני בדבר אי אלימות, אלא סרבנות סלקטיבית, הנובעת מנימוקים אידיאולוגיים-פוליטיים שלא לפעול כנגד קבוצות מסוימות או במקומות מסוימים⁵².

בעניין שטיינברג היה המערער איש "נטורי קרתא", והוא טען כי השקפתו הדתית אינה מרשה לו לשרת בצה"ל. בית המשפט העליון הדגיש כי המערער לא התנגד לשירות צבאי בדרך כלל, אלא כפר מטעמים שבמצפון בסמכותה של מדינת ישראל להורות על גיוס לצה"ל הואיל ושלטון המדינה אינו מבוסס על התורה. בית המשפט העליון הטעים כי המערער לא התנגד, אפוא, לשירות צבאי ככלל, אלא התנגד לחוקי המדינה המחייבים שירות זה, "הגם תוך הנמקה מצפונית". בית המשפט העליון קבע ביחס לעמדה זו של סרבנות שירות כי "שום בית משפט לא יוכל להכיר בה"⁵³.

וכך, בבג"ץ אלגזי נקבע לעניין הסירוב לשרת בשטחים שמעבר לקו הירוק כי

שום מערכת צבאית אינה יכולה להשלים עם קיומו של עקרון כללי שעל פיו יוכלו חיילים אלה או אחרים להכתיב לה היכן ישרתו, בין מטעמים כלכליים או חברתיים ובין מטעמי מצפון.⁵⁴

בעניין שיין סירב העותר לשרת שירות מילואים בדרום לבנון משום שלפי "השקפתו המצפונית, שהיית צה"ל בלבנון אינה חוקית ואינה עולה בקנה אחד עם מושגים יסודיים של הצדקת פעולות לחימה"⁵⁵ (השוו לנימוקים שעמדו ביסוד סירובם של המבקשים). בית המשפט העליון דחה את טענתו של העותר וקבע כי העותר עבר עברה בסרבו לצאת לשירות מילואים בלבנון. בית המשפט העליון הדגיש כי

52 עניין שטיינברג, לעיל, הערה 49, בע' 1069; בג"ץ 734/83 שיין ואח' נ' שר הביטחון ואח', פ"ד לח(3) 393, 402-403; בג"ץ 630/89 מכנס נ' הרמטכ"ל ואח' (לא פורסם); בג"ץ 4062/95 אפשטיין נ' שר הביטחון ואח' (לא פורסם), בפסקה 2 לפסק הדין; עניין ברנבסקי, לעיל הערה 45.

53 עניין שטיינברג, לעיל, הערה 49, בע' 1069.

54 בג"ץ 470/80 אלגזי נ' שר הביטחון ואח' (לא פורסם) (להלן: בג"ץ אלגזי), בפסק דינם של השופטים מ' בייסקי וש' לויין. ראו גם ערעור אלגזי, לעיל הערה 44, בע' 21-24.

55 עניין שיין, לעיל הערה 52, בע' 402 (ההדגשה השנייה הוספה).

זוהי סרבנות גיוס, שיסודה בנימוקים אידיאולוגיים-פוליטיים שלא להילחם במקום מסוים, וההכרה בה פוגעת בתקינות ההליך הדמוקרטי של המערכת השלטונית בישראל בקבלת החלטותיה, וגורמת היא לאפליה בתחום הגיוס הצבאי. סרבנות סלקטיבית זו לא תוענן לה הכרה גם באותן מדינות, המכירות בזכות הסרבנות הכללית כגורם לפטור משירות צבאי, וקל וחומר שאין מקום להכרה בסרבנות גיוס סלקטיבית זו במערכת המשפט הישראלית, שאינה מעניקה הכרה לסרבנות גיוס, כזכות, לשחרור גבר יוצא צבא מהשירות הצבאי.⁵⁶

בעניין מכנס הייתה עניינה של העתירה "מדיניותו של צה"ל בכל הנוגע לסרבני שירות הדורשים לעצמם את הזכות שלא לשרת באיזור יהודה ושומרון או חבל עזה". בית המשפט העליון קבע כי הדברים שנאמרו בעניין שינן, מקובלים עליו במלואם, הווה אומר: סירובו של חייל לשרת במקום שקבע לו הצבא, כגון האזורים, הוא עברה על החש"ן, וראוי הוא שצה"ל ינקוט בצעדים המשפטיים הדרושים לשם ענישת אותם עבריינים.⁵⁷

בעקבות האמור בענייני שינן ומכנס נקבע בעניין אפשטיין במפורש כי שיקולים שבמצפון יכולים לשמש כשיקול המצדיק מתן פטור משירות צבאי לפי סעיף 36 לחוק שירות ביטחון, "ובלבד שאין מדובר ב"סרבנות סלקטיבית", אלא "בהשקפת עולם פציפיסטית מובהקת".⁵⁸

המבקשים סירבו לקיים את הפקודה שניתנה להם להשתתף במשימות צבאיות באיו"ש, משום שלטענתם, השירות הצבאי באיו"ש ובאזח"ע נוגד את השקפתם המצפונית. בדומה לאמור בעניין שינן, מדובר כאן בסרבנות שירות שיסודה בנימוקים שלא לשרת במקום מסוים, להבדיל מסרבנות שירות כללית שיסודה בשכנוע מצפוני בדבר אי אלימות. ככזו אין להכיר בה כגורם לפטור משירות צבאי, כמבואר לעיל. במקרה כגון זה, שבו המבקשים עומדים ומצהירים כי הם מסרבים לשרת במקום פלוני שאליו נשלחו, משום שלפי מצפונם שלהם אין לשרת באותו מקום, שומה על

56 עניין שינן, בע' 402-403.

57 עניין מכנס, לעיל הערה 52.

58 עניין אפשטיין, לעיל הערה 52, בפסקה 2.

גורמי אכיפת החוק לעמוד על ענישתם של העבריינים שאם לא כן, נמצאנו חותרים תחת יסודות שלטון החוק, המשטר והמשמעת בצבא וסמכות שלטונות הביטחון לקבוע את המקום והזמן לביצועה של משימה צבאית.

עמד על כך פרופ' י' זמיר:

חובה לציית לחוק, ולענין זה אין הבדל בין חוק לחוק, ואין מקום לשאלה אם החוק צודק או איננו צודק, או אם הוא נוגד את מצפוננו של פלוני או אלמוני. החוק, על-פי מהותו, מחייב באופן שווה את הכל. מן העקרון של שוויון בפני החוק נובע שאם היה ניתן היתר להפר חוק בשל טעם מצפוני, הרי היתר זה צריך היה להינתן בשל כל טעם מצפוני, טעם של אמונה דתית, של כל דת וכת, כמו טעם של התנגדות לכפייה דתית, אידיאולוגיה של ימין קיצוני כמו אידיאולוגיה של שמאל קיצוני, וכך הלאה ללא גבול. הפירוש המעשי של גישה זאת הוא שהשאלה אם לציית לחוק היתה נמסרת להכרעה אישית של כל אדם ואדם. שום מדינה אינה יכולה להתקיים ולהפקד במצב כזה. לפיכך בכל מדינה ומדינה התשובה חד-משמעית: אתה, האזרח, חייב לציית לחוק אפילו אם הוא נוגד את מצפונך, ואם תעדיף את מצפונך על החוק, תפעל המדינה כדי לכפות עליך ציות לחוק או להעניש אותך על הפרת החוק. הטענה שהפרת החוק נבעה מטעמים של מצפון לא יהיה בה, בפני בית-המשפט, משום צידוק או הגנה מפני הרשעה.

לפיכך מן הראוי היה להעמיד לדין פלילי ... את סרבני המלחמה בלבנון ... יתירה מזאת, לעתים יש מקום להחמיר בדין דווקא עם עבריינים כאלה, שאני קורא להם עבריינים פוליטיים, משום שהעבריינות שלהם נובעת מהשקפת עולם שיש בה כדי לסכן את יסודות המשטר והמדינה אף יותר מאשר זו של עבריון פלילי רגיל. ... "אין מדובר באדם המשרך דרכיו ומבצע עבירות על החוק כי אם באדם חושב שהיה סבור כי המטרה שהוצגה בפניו מקדשת את האמצעים. יש להרתיע את בני הציבור מפני נטילת החוק לידיים, אפילו הם משוכנעים כי המעשים שהם עושים ישרתו את אינטרס העם או המדינה. קשה להגזים בתיאור הסכנה הטמונה

בהתנהגות כזאת, העלולה להמיט שואה על המדינה במקום להביא לה גאולה.⁵⁹

כל מי שמתלבט אם לציית לחוק מסויים שנוגד את מצפוננו צריך לדעת שהמדינה אינה מתלבטת בשאלה זאת. מבחינת המדינה הציות לחוק הוא תנאי קיומי, גבול הציות לחוק הוא החוק עצמו, ומי שעובר גבול זה צפוי לבוא על עונשו, אף אם הפר את החוק מטעמים של מצפון.⁶⁰

המבקשים לא היו זכאים, אפוא, לסרב לפקודה שניתנה להם לשרת באזורים, גם אם לטענתם מנוגד הדבר למצפונם. שיקול שבמצפון עשוי לשמש כשיקול המצדיק פטור משירות צבאי, אולם לא כשמדובר ב"סרבנות סלקטיבית", כאמור. בהקשר זה ממש הדגיש בית המשפט העליון בעניין אפשטיין כי

אכן אין ספק בדבר שיש בכפיית השירות הצבאי על האזרח משום פגיעה בחירותו האישית, אך פגיעה זו יציר החוק היא; גם לו יוכלנו לבדוק את חוקיות החוק לפי המבחנים הכלולים בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (דבר שאין אנו יכולים לעשות לאור הוראות סעיף 10 לחוק), שומה היה עלינו להעמיד כנגד הזכויות הנזכרות בחוק זה גם ערכים אחרים, כאמור בסעיף 8 (פסקת ההגבלה).⁶¹

הנה כי כן, ככל שהפקודה לשרת באזורים פגעה במצפונם של המבקשים, הרי שהיא עומדת בתנאי פסקות ההגבלה שבסעיפים 8 ו-9 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, כאמור בעניין אפשטיין. ככל זכות אדם, גם הזכות לחופש מצפון היא זכות יחסית. היחסיות מתבטאת בכך שניתן להגביל את הזכות האמורה כדי לקיים את האינטרס הציבורי. אכן, בחברה מאורגנת הגשמתה של זכות הפרט צריכה בנסיבות

59 זמיר, "גבול הציות לחוק", לעיל הערה 50, בע' 123-124 (בצטטו מתוך ע"פ 678/84 בהן נ' מדינת ישראל (לא פורסם)) (ההדגשות הוספו).

60 שם, בע' 127 (ההדגשה הוספה).

61 עניין אפשטיין, לעיל הערה 52, בפסקה 2 (ההדגשה הוספה).

המתאימות לסגת מפני טובת הכלל⁶². בעניין שלפנינו נקבע האיזון בחוק שירות ביטחון ובפסיקתו של בית המשפט העליון, ולפיהם אין ליוצא צבא גבר הזכות שלא לשרת שירות צבאי מטעמי מצפון, והדבר נתון לשיקול דעתו של שר הביטחון; "סרבנות סלקטיבית" אינה נכנסת כלל לטעמי המצפון שניתן לקחתם בחשבון, שכן הכרה בה פוגעת בתקינות ההליך הדמוקרטי של קבלת החלטות, ויש בה משום סכנה ממשית לאפליה בתחום הגיוס הצבאי. בכגון דא נסוגים, אפוא, כליל טעמי המצפון הנטענים של המבקשים מפני האינטרסים החשובים האמורים, כפי שנקבע, כאמור, בפסיקתו של בית המשפט העליון בענייני אפשטיין, מכנס, שיין, אלגוי ושטיינברג.

ממילא, אין גם ממש בטענה - אשר נטענה על ידי המבקשים בשפה רפה - כי עומדת להם הגנת הצורך באשר הם נאלצים, לפי הטענה, לעבור עברה כדי שלא לפגוע בחירות מצפונם. ברי כי סייג הצורך אינו חל במקום שמדובר ב"סכנה" שעושה המעשה חייב היה לעמוד בה ולהתמודד עמה מכוח חובה שבדין⁶³. סייג הצורך אינו חל, אפוא, אם השירות הצבאי אשר פוגע, לפי הטענה, בחופש המצפון, נקבע בחוק עצמו⁶⁴. יוער כי סעיף 19 לחש"ץ, שכותרת המשנה שלו היא "סייג לצידוק מטעמי הכרח או צורך", אף קובע במפורש כי חייל שעבר עברה כדי להגן על ערך כלשהו, "לא ישמש הדבר, על אף האמור בכל דין אחר, עילה לפטור מאחריות פלילית ... אם ... היה חייב להקריב את ... הערך".

אטעים כי טענה זו נדחתה על ידי בית הדין הצבאי המחוזי בעניין נוימן. באותו עניין סירב הנאשם להתחיל בשלבי החיול שכן צרכיו של צה"ל וייעודיו לא תאמו את טעמו והשקפותיו. באת כוחו של הנאשם טענה כי הנאשם עבר את העברה כדי להגן על מצפונו, ולפיכך בהסתמך על סעיף 1 להכרזת האומות המאוחדות מדצמבר 1948 ועל האמור בהכרזת העצמאות של המדינה כי המדינה תבטיח חופש מצפון לכל אזרחיה, אין להטיל עליו אחריות פלילית. בית הדין הצבאי המחוזי קבע כי אין לטענה זו כל יסוד והרשיע את הנאשם. בית הדין קבע:

62 ראו, לדוגמה, בג"ץ 2725/93 סלומון נ' מפקד מחוז ירושלים, משטרת ישראל ואח', פ"ד מט(5) 366, 369; בג"ץ 4044/93 סלומון נ' מפקד מחוז ירושלים, משטרת ישראל ואח', פ"ד מט(5) 617, 620; רע"פ 512/00 עציון נ' מדינת ישראל (לא פורסם).

63 ראו סעיף 34 לחוק העונשין, התשל"ז 1977 - (להלן: חוק העונשין). כן ראו סעיף 34 לחוק העונשין.

64 השוו: עניין עציון, לעיל הערה 62; עניין נוימן, לעיל הערה 37.

חופש המצפון, שהנאשם טוען לו, אינו מקנה לו כל חסינות מפני ציות לחוקי הכנסת, שהם הביטוי הגלוי לרצונו המכריע של העם, והקובעים נורמות של חיובים והתנהגות המחייבות את כל מי שמבקש להיות אזרח ישראלי, או להימנות עם תושביה הקבועים של המדינה. עמדתו של הנאשם הינה, בעצם, השגה על כוחו המחייב של חוק, שאין כל ספק בדבר כוונתו ואין כל אי בהירות בניסוח הוראותיו. מטבע הדברים הוא, שבכל מדינת חופש, שבה פועל העיקרון של שלטון הרוב, ישנם עניינים שבהם חש המיעוט, או אחד מיחיד המיעוט, מידה של התערבות בחירותו האישית. ברם, התערבות זו הינה חוקית ומהווה כורח של הקיום בגוף חברתי כלשהו.⁶⁵

לסיום פרק זה מצאתי לנכון להביא מפי אומרים דברים שנאמרו בנושא שלפנינו על ידי חכמי המשפט יצחק זמיר, רות גביון וחיים כהן. דומני כי הדברים מדברים בעד עצמם.

פרופ' י' זמיר ציין כי

חובה היא לציית לחוק, ובכלל זה לצו הניתן מכוח החוק. זוהי בראש ובראשונה, חובה משפטית. לפיכך קובע המשפט אמצעים לאכיפת החוק ועונש על הפרת החוק. אך זוהי גם חובה מוסרית משום שהחוק מהווה תשתית לחיים משותפים בחברה המאורגנת. הפרה של החוק מערערת תשתית זאת, ובעקיפין פוגעת בערכים כמו שלום, שוויון וחרות, ולכן היא פסולה מבחינה מוסרית.⁶⁶

הוא הדגיש כי

מי שמתלבט עם מצפונו בשאלה אם לציית לחוק, מן הראוי שישקול, מן הבחינה המוסרית, את חומרת הפגיעה הצפויה לחברה כולה או לאנשים מסוימים כתוצאה מאי-ציות לחוק כנגד חומרת הפגיעה במצפונו אם יציית לחוק. והוא הוסיף, כי "אין הצדקה מוסרית להפרת החוק אם קיימת אפשרות סבירה לשינוי החוק

65 מור 229/72 / התובע הצבאי נ' טור' נוימן (מצוי בזכויות האדם והאזרח בישראל - מקראה (1991, כרך ב) 347, 349-350) (ההדגשות הוספו). וראו גם בג"ץ 53/56 חסונה נ' ראש הממשלה ואח', פ"ד י 710; ערעור אלגזי, לעיל הערה 44, בע' 18-19, 21-22.

66 זמיר, "גבול הציות לחוק", לעיל הערה 50, בע' 119 (ההדגשות הוספו).

הקיים או המצב בשטח, לפי הענין, באמצעים חוקיים, כגון על-ידי פעולות מחאה או שכנוע במסגרת החוק, ולפני שנעשה ומוצה הנסיון לפעול באמצעים חוקיים.⁶⁷

כן הטעים פרופ' זמיר כי

כיוון שאי-הציות לחוק כשהוא לעצמו הינו מעשה שיש בו פגם מוסרי, חשוב להקפיד שלא לעטוף אותו באיצטלה של צו המצפון כאשר הסיבה האמתית לאי-הציות אינה מצפונית אלא אחרת, למשל כלכלית או פוליטית. כך, לדוגמא, אין זה ראוי שאדם יצדיק השתמטות מתשלום מס הכנסה בטענה של התנגדות מצפונית למס מסוג זה או לשעור המס.⁶⁸

ביישמו את השיקולים האמורים למאבקם של סרבני המלחמה בלבנון ציין פרופ'

זמיר כי

ספק אם ראוי היה לבסס אותו על טעמים של מצפון, להבדיל מטעמים פוליטיים, וספק אם ניתן להצדיקו מבחינה מוסרית.

מכל מקום, ודאי נכון הדבר שכל הבוחר בדרך של מרי נגד החוק מטעמים אידיאולוגיים, מכשיר ואולי אפילו מעודד מרי דומה מצד יריבים אידיאולוגיים. ואנה אנו באים?⁶⁹

בהידרשו לסרבני השירות באזורים בשנת 1989 ציין פרופ' זמיר כי סרבני השירות באזורים אינם רשאים, לא משפטית ולא מוסרית, להעמיד את מצפונם מעל לחוק, אשר לא ראה לנכון להיענות להם⁷⁰. פרופ' זמיר ציין כי אנשי "יש גבול" הם עבריינים אידיאולוגיים שכן הם מעדיפים מצפון או השקפה על פני החוק⁷¹. הוא הדגיש:

67 שם, בע' 122 (ההדגשה הוספה).

68 שם, שם.

69 שם, בע' 123 (ההדגשה הוספה).

70 "גבול הציות בשטחים" על דמוקרטיה וציות (י' מנוחין עורך, התש"ן) 111, 115.

71 שם, בע' 116-118.

התופעה הזאת מסוכנת מכל צד ומכל קבוצה. אדם בא ואומר: אני חרד למדינה, אני מעריך את הדמוקרטיה, אני שומר חוק, אבל בעניין מסוים אחד החוק איננו נכון, הוא מוטעה, הוא עושק, הוא בלתי-מוסרי, ובעניין זה, ורק בעניין זה אני לא אציית לחוק. זאת גישה בלתי-מוסרית. היא בלתי-מוסרית משום שאותו אדם, המערער את יסודות החוק, רוצה להמשיך וליהנות ממנו, וכן להמשיך ולהיות חלק מהחברה, שקיימת בזכות החוק.

אני חושב שיש בכך גם התנשאות. אותו אדם בא ואומר: אני צודק והרוב טועה. הוא אומר זאת כנגד הרוב במדינה דמוקרטית, השומרת על החירות, לרבות החירות להיאבק לשינוי החוק. בכך הוא מערער את הבסיס לדמוקרטיה, לשלטון החוק, לחירויות שהוא נהנה מהן. הוא גם נותן לגיטימציה לקבוצות אחרות של עבריינים אידיאולוגיים. אם לך מותר להפר את החוק בעניין חשוב בעיניך, משום שהחוק נראה לך בלתי-צודק, אם לך מותר - גם לפלוני מותר להפר את החוק בעניין אחר, הנחשב בעיניו, אם לדעתו אותו חוק אינו צודק.⁷²

ביחס לסרבני השירות באזורים בעת הזאת, כדוגמת המבקשים, יישם הפרופ' זמיר את הדברים דלעיל וקבע בראיון שערך עמו העיתונאי עקיבא אלדר, כי "המשפט אינו יכול להבחין בין חוק לחוק; נשמת המשפט טמונה בשוויון". לפיכך

חברה דמוקרטית אינה יכולה להחזיק מעמד לאורך זמן לנוכח תופעה רחבה של סירוב לציית לחוקים... סירוב לקיים חוק או לציית להוראה חוקית, הוא, אפוא, עבירה פלילית... בישראל יש לסרבנים דרכים חוקיות למחות. לכן, כשהם בוחרים בדרך של עבירה, הם נוהגים גם באופן לא מוסרי וגם באופן לא חוקי... תהא ההצדקה המוסרית אשר תהא, המדינה חייבת להיאבק בתופעה של סירוב לקיים חוקים ועליה למנוע את התפשטותה.⁷³

פרופ' ר' גביון הדגישה כי

מתן הגנה כללית לאי-ציות מטעמי מצפון מהווה סיכול הליכי החקיקה הדמוקרטיים וסיכול של הנורמות שרוב

72 שם, בע' 116-117. וכן ראו דבריו שם, בע' 118, 133.

73 ע' אלדר "הסרבנות מערערת את יסודות החברה" הארץ 16.4.2002, ע' 33 (ההדגשה הוספה).

בני החברה רואים אותן כנכונות. הקושי בהגנה על סרבנות המצפון הוא ראייתי ומהותי כאחד. הבעיה המהותית נעוצה בכך שהמצפון יכול להיות דתי, יכול להיות חילוני ויכול להיות אישי, ועל כן יכול להיות שנוי עד מאוד במחלוקת. אם נאפשר לאדם לטעון שמצפונו שלו מקנה לו פטור לגיטימי מציות לחוק, נשמיט בכך את הקרקע מתחת לחובה הכללית לציית לכל החוקים. גם אם הטענה להתנגשות בין החוק והמצפון היא כנה ואותנטית, עדיין אין היא מתקבלת על הדעת, ואין חברה היכולה להסכים לה: בכך מתירים לאדם להחליט בעצמו על הנורמות המחייבות אותו, ללא קשר כלשהו לחוקים שהתקבלו על ידי רוב בני החברה שבה הוא חי. בכך כרוכה הבעייה הראייתית: מכיוון שהמצפון יכול להיות אישי וחבוי, ללא מסמך מוסכם, או דרך יצירה מוסכמת, הרי קשה לזהות מה דורש מצפונו של מי שטוען לפטור. קיים חשש של ממש שאנשים "יגייסו" את מצפונם כדי להימנע מלציית לחוקים הנראים להם קשים, מכבידים, מסוכנים או אף בלתי-מוצדקים מסיבה פוליטית.⁷⁴

פרופ' גביוון הטעימה גם כי

לא כל מקרה, שבו אדם טוען לזכות מוסרית לא לציית לחוק מפני שהחוק הוא בלתי-צודק, אכן מעורר בעיה של חופש המצפון. יש מקרים רבים שבהם מצב חוקי או מצב פוליטי יכולים להיראות בלתי-צודקים, אבל חובת העשייה המוטלת על היחיד במסגרתם איננה מעוררת בעיה של חופש המצפון.⁷⁵

לעניין הסרבנות הסלקטיבית ציינה פרופ' גביוון כי

הסרבנות מטעמי מצפון, בעיקר כאשר ניתן לה פומבי, מהווה איום של ממש על ערכים חברתיים חשובים ויוצרת בעיות של צדק חלוקתי; משום כך מצטמצמת יכולתה של החברה לבוא לקראת סרבן המצפון. ואכן, הן בארצות-הברית והן בישראל נדחתה ההכרה בזכות לסרבנות חלקית: לאדם הבוחר בסירוב חלקי אין הגנה

74 ר' גביוון זכויות אדם בישראל (תשנ"ד) 46-47 (ההדגשות הוספו).

75 שם, בע' 49-50 (ההדגשה הוספה).

טובה בגין הפרת החוק או הפקודה, ולכן אין הוא זכאי
לדרוש כי לא יוטל עליו עונש.⁷⁶

בבג"ץ אלגזי הטעים מ"מ נשיא בית המשפט העליון ח' כהן כי

מבחינתם שלהם לא יתרמו הסרבנים מצידם תרומה כלשהי לשלום בין העמים על-ידי שיעמדו בסירובם וישאו עונשם. דווקא על-ידי שישרתו הם בשטחים המוחזקים יוכלו לתרום תרומה של ממש לקידום השלום וההבנה ההדדית; אין הצבא יכול לעשות לקידום מטרה זו אלא על-ידי שיציב דווקא בשטחים ההם חיילים שוחרי שלום ושונאי דיכוי ואוהבי הבריות.⁷⁷

לסיום הפנו המבקשים להוגי דעות שכתבו בעשורים האחרונים דברים בסוגיה זו של סרבנות מצפון, ובמיוחד פרופ' יוסף רז, פרופ' רונלד דבורקין ופרופ' ג'ון רולס. דא עקא, פרופ' רולס קבע במפורש כי המדובר בתופעה בלתי חוקית, ופרופ' רז מדגיש כי "זכותו של אדם שלא יכפו את מצפונו איננה אלא זכות לכאורה. אפשר לבטלה בשם ערכים ואידיאלים אחרים. אין מנוס מכך, מאחר שהזכות לעשות מעשים רעים מבחינה מוסרית ניתנת לאנשים שיעשו בה שימוש למטרה זו עצמה. לייחס לה חשיבות מוחלטת פירושו להעדיף את הרע מבחינה מוסרית על פני הטוב מבחינה מוסרית, כל אימת שהפועל מחזיק ברעיונות מוסריים מוטעים ויהיו רעים כאשר יהיו"⁷⁸. אכן, עיון בכתבי מלומדים אלה ומלומדים נוספים שהתבטאו בנושא סרבנות המצפון בתקופה האחרונה, מצביעים על תמונה שונה בתכלית השינוי מזו שהציגו המבקשים.

סברתי כי ראוי להשיב באופן יסודי להסתמכותם של המבקשים על כתבי המלומדים בסוגיה זו. בהתאם לכך צירפתי לתשובתי חוות דעת פרי עטם של פרופ' אבי שגיא ושל פרופ' רון שפירא, העוסקות בניתוח פילוסופי של סרבנות השירות

76 שם, בע' 55 (ההדגשה הוספה).

77 בבג"ץ אלגזי, לעיל הערה 54.

78 א' וינריב בעיות בפילוסופיה של המוסר (תשמ"ב, יחידה 9) 57 (ההדגשה הוספה) (תרגום מתוך JOSEPH RAZ, THE AUTHORITY OF LAW: ESSAYS ON LAW AND MORALITY 280-82 (1979)).

באזורים במציאות הנוכחית⁷⁹. מחוות הדעת עולה בבירור כי הטענה הכללית של המבקשים כי ראוי שכל חיילי צה"ל יסרבו לשרת באזורים, אינה מוצדקת מוסרית, והיא כשלעצמה טענה בלתי מוסרית. זאת ועוד: גם אם, לגישתם של המבקשים, סירובם מוצדק מבחינה מוסרית, הודגש בחוות הדעת כי סירוב זה הוא בגדר מרי אזרחי מובהק. אין המדובר בסרבנות מצפון אישית. מכל מקום ותחת כל סיווג אפשרי, סירובם של המבקשים לשרת באזורים מצדיק, מבחינה מוסרית, תגובה עונשית מצד מערכת אכיפת החוק.

ה. טעמי המצפון - בחינה השוואתית

ההלכה אשר נקבעה בעניין שינין⁸⁰ (ואשר התקבלה מאוחר יותר בענייני מכנסים⁸¹ ואפשטיין⁸²), אימצה את ההלכה המקובלת כיום בארצות הברית כי פטור משירות צבאי יינתן רק למי שמתנגד מצפונית בשל "הכשרה ואמונה דתית" לקחת חלק בכל סוג של מלחמה (war in any form). למען הסר ספק הובהר בחוק האמריקאי⁸³ כי "הכשרה ואמונה דתית" אינן כוללות השקפות פוליטיות, סוציולוגיות או פילוסופיות או תפיסה מוסרית אישית. מכאן שהמחוקק האמריקאי לא הכיר אף הוא בפטור לסרבני המצפון הסלקטיביים.

יתר על כן: נקודת המוצא העקרונית של הדין האמריקאי בסוגיה זו רואה בפטור במקרים שבהם הוא ניתן, ביטוי לרצונו הטוב של המחוקק, ולא תולדה של חובה חוקתית כלשהי⁸⁴. משמעות הדברים היא כי המעניק את הפטור יכול גם לבטלו מבלי שתועלינה נגדו טענות בדבר הפרה של עקרונות חוקתיים.

79 הערת המערכת: להחלטת הפצ"ר צורפה חוות דעתם של פרופ' אבי שגיא ופרופ' רון שפירא.

80 לעיל הערה 52.

81 לעיל הערה 52.

82 לעיל הערה 52.

83 Military Selective Service Act of 1967, P.L. 90-40, 81 Stat. 100 (see 50 App. U.S.C. §§ 451-73).

84 ראו United States v. MacIntosh, 283 U.S. 605, 623-24 (1931); Hamilton v. Regents of the University of California, 293 U.S. 245, 263-64 (1939); In re Summers, 325 U.S. 561, 571-73 (1945).

המבקשים הביאו כתמיכה בטענותיהם את פסקי הדין בענייניהם של *Seeger*⁸⁵ ו-*Welsh*⁸⁶. ברם אלה אינם עוסקים בהכרה בסרבנות סלקטיבית. כל שניתן להסיק מן האמור בהם, הוא שפרשנות המונח, "הכשרה ואמונה דתית", הנוכח בחוק האמריקאי כעילה לפטור, משתרעת גם על סרבנות שמקורה בהשקפה מוסרית שבה מחזיק המבקש במידת העוצמה המאפיינת הכרה דתית מסורתית - והכול כל עוד אותה סרבנות מונעת ממנו נטילת חלק בכל מלחמה, ככזו:

If an individual deeply and sincerely holds beliefs that are puerly ethical or moral in source and content but that nevertheless impose upon him a duty of conscience to refrain from participating in **any war at any time**, those beliefs certainly occupy in the life of that individual "a place parallel to that filled by ... God" in traditionally religious persons.⁸⁷

אכן, כאשר מדובר בסירוב לשרת במלחמה ספציפית, כמו מלחמת וייטנאם, הנובע מהתנגדות לקיומה של אותה מלחמה, פסק בית המשפט העליון בארצות הברית כי

Indeed, over the realm of possible situations, opposition to a particular war may more likely be political and nonconscientious, than otherwise. See *United States v. Kauten*, 133 F.2d, at 708. The difficulties of sorting the two, with a sure hand, are considerable. Moreover, the belief that a particular war at a particular time is unjust is by its nature changeable and subject to nullification by changing events. Since objection may fasten on any of an enormous number of variables, the claim is ultimately subjective, depending on the claimant's view of the facts in relation to his judgment that a given factor or congeries of factors colors the character of the war as a whole. In short, it is not at

⁸⁵ *United States v. Seeger*, 380 U.S. 163 (1965)

⁸⁶ *Welsh v. United States*, 398 U.S. 333 (1970)

⁸⁷ *Id.*, at 339-40 (emphasis added)

all obvious in theory what sorts of objections should be deemed sufficient to excuse an objector, and there is considerable force in the Government's contention that a program of excusing objectors to particular wars may be "impossible to conduct with any hope of reaching fair and consistent results ..."⁸⁸

גם המשפט האמריקאי אינו מכיר, אפוא, בפטור לסרבני מצפון סלקטיביים. הלכה זוהי נודהגת גם באנגליה⁸⁹ ובאוסטרליה⁹⁰.

סוף דבר

אשר על כן החלטתי שלא להיעתר לבקשה לבטל את הפסקים המשמעותיים שניתנו בעניינם של המבקשים. סבור אני כי המעשים שבהם הורשעו המבקשים, הם עבירות מובהקות (ונטולות הגנה משפטית). לפיכך אין מקום לבטל את הפסקים המשמעותיים.

מנחם פינקלשטיין, אלוף
הפרקליט הצבאי הראשי

5.8.2002

U.S. v. Noyd, 40 CMR 195, 205-206; Gillette v. United States, 401 U.S. 437, 455-56 (1971) 88
(1969).

Yoram Shachar, *The Elgazi Trials - Selective Conscientious Objection in Israel*, 12 *ISR. Y.B. HUMAN RIGHTS* (1982) 214, 252. 89

R. v. The District Court of the Queensland Northern District; *Ex parte Thompson*, 118 *C.L.R.* 488 (1968). 90

נספח

בג"ץ 7622/02 זונשיין ואח' נ' הפרקליט הצבאי הראשי

בג"ץ 7622/02

1. דוד זונשיין
 2. קפלן רמי
 3. אורי פיין
 4. רמח שחם
 5. מאור פרסאי
 6. ד"ר אורי טוקר-מימון
 7. אודי אליפנץ
 8. יניב איצקוביץ
- נגד
הפרקליט הצבאי הראשי

בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

[30.12.2002, 23.10.2002]

בפני הנשיא א' ברק והשופטות ד' ביניש, א' פרוקצ'יה

עתירה למתן צו על תנאי.

עו"ד אביגדור פלדמן, עו"ד מיכאל ספרד - בשם העותרים;
עו"ד ענר הלמן, עו"ד יובל רויטמן - בשם המשיב.

פסק-דין**הנשיא א' ברק****העובדות וההליכים**

1. העותרים שבפנינו - שמונה במספר - כולם חיילי מילואים בצה"ל. הם זומנו לשירות מילואים והתייצבו לשירות (למעט עותר מס' 6). משהתברר להם כי שירותם יהיה בשטחים המוחזקים, הודיעו למפקדיהם כי הם מסרבים לשרת במילואים באיזור זה. עותר מס' 6 שידע על שירותו הצפוי בשטחים המוחזקים, הודיע מראש כי לא יתייצב לשירות המילואים. בגין סירובם זה הועמדו העותרים כולם לדין משמעתי בפני קציני שיפוט בעבירות של סירוב לקיים פקודה (עבירה לפי סעיף 12 לחוק

השיפוט הצבאי, התשט"ו 1955-, להלן: החוק) ואי קיום פקודה (עבירה לפי סעיף 123 לחוק). הם נשפטו לתקופות מחבוש שבין 28 ל-35 ימים.

2. בעקבות הרשעתו, פנה עותר מס' 1 לבית משפט זה בעתירה כנגד ההחלטה להעמידו לדין משמעתי בפני קצין שיפוט ולא בפני ב"ד צבאי (בג"ץ 5026/02). בפסק דין מיום 16.7.2002 ניתן תוקף להסכמת הצדדים ולפיה חזר בו העותר מעתירתו ותחת זו יפנה לפרקליט הצבאי הראשי (להלן: המשיב) בבקשה לביטול פסק הדין המשמעתי, כאמור בסעיף 186 לחוק. בהמשך לכך, פנה העותר וכן שישה מן העותרים שבפנינו (למעט עותר מס' 8) למשיב בבקשה כאמור. נימוקי הבקשה היו כי יש לבטל את פסקי הדין המשמעתיים שכן המעשים המיוחסים לעותרים אינם עבירה וזאת משני טעמים: ראשית, עומדת לעותרים הגנת סעיף 125 לחוק שכן השירות בשטחים המוחזקים רצוף בפעולות בלתי חוקיות וממילא סירוב למלא פקודה בלתי חוקית מהווה הגנה; שנית, הפקודות שניתנו לעותרים פוגעות בזכותם לחופש מצפון ואשר על כן הן בלתי סבירות באופן קיצוני ובטלות.

3. בהחלטתו של המשיב (מיום 3.8.2002) נדחתה בקשת עותרים 1-7 לביטול פסקי הדין המשמעתיים שניתנו נגדם. בהחלטה נקבע כי מעשיהם של עותרים 1-7 הם עבירות מובהקות, כי לא עומדת להם כל טענת הגנה וכי הפקודות עצמן הן סבירות. בהחלטה הודגש כי פעולות הצבא בשטחים המוחזקים הן חוקיות ועומדות בקנה המידה של המשפט הבינלאומי והדין ההומניטרי, כאשר תכליתן של כל הפעולות הננקטות בשטחים המוחזקים הנה שמירה על הסדר והבטחון והגנה על אזרחי ישראל מפני פעולות טרור. עוד נקבע, כי ככל שקיימת הגנה של טעמי מצפון, הרי שזו מתקיימת רק כאשר המדובר בהתנגדות מצפונית כללית לשירות בצבא ולא בסרבנות סלקטיבית הנובעת מנימוקים אידאולוגיים פוליטיים. עוד נקבע, כי ההליך הדיוני בו נקטו העותרים אינו כדין, שכן היה עליהם לתקוף את עצם קריאתם לשירות ("תקיפה ישירה") ולא לנקוט בדרך בה נקטו, קרי, התייצבות לשירות, סירוב פקודה ורק בשלב זה, העלאת טענת הגנה כנגד העמדתם לדין ("תקיפה עקיפה"). מטעמים אלו נדחתה הבקשה. מכאן העתירה שבפנינו.

טענות העותרים

4. בעתירתם טענו העותרים כי נפל בהחלטתו של המשיב שלא לבטל את פסקי הדין המשמעותיים נגדם, פגם המצדיק את התערבותו של בית משפט זה ואת ביטול הרשעות העותרים. טענתם של העותרים התבססה על אותם ראשים שבבקשתם לביטול פסקי הדין, כפי שהוגשה למשיב: **הראשון**, טענה לפיה עומדת לעותרים הגנת סעיף 125 לחוק שכן הכיבוש ופעולות צה"ל בשטחים המוחזקים הם בלתי חוקיים, בניגוד לדין הבינלאומי (המנהגי וההסכמי), לעקרונות היסוד ולחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. **השני**, טענה לפיה העותרים לא עברו עבירה שכן עומדת להם הגנה חוקתית מתחום חופש המצפון שעה שאופיו של השירות בשטחים המוחזקים מחייב את העותרים לבצע פעולות המנוגדות באורח קוטבי לצו מצפונם במובן זה, שהפקודה שניתנה להם היא בלתי סבירה באופן קיצוני. כך, יש להכיר בהגנה חוקתית מטעמי מצפון הגם שהמדובר בסירוב למלא פקודה ספציפית הנוגעת לפעילות ספציפית במקום ספציפי, שכן נוכח הנסיבות המיוחדות המלוות את הסכסוך בין העמים ועוצמת חופש המצפון (והפגיעה בו). העותרים צירפו לעתירתם חוות דעת של פרופ' יוסף רו, פרופ' דוד הד ופרופ' אלון הראל התומכות בעמדתם - לטענתם - לפיה עומדת לעותרים הגנה חוקתית לסירוב מטעמי מצפון הגם שהמדובר בסרבנות סלקטיבית בעיקרה.

5. המשיב, בתגובתו לעתירה, ביקש כי נדחה את העתירה. אשר לטענתם **הראשונה** של העותרים נטען, כי השירות בשטחים המוחזקים הוא חוקי לחלוטין ועומד באמות המידה של המשפט הבינלאומי. כך עולה גם מפסיקת בית משפט זה בעתירות שונות. הפעולות שננקטות בשטחים המוחזקים באות לשמור על הסדר הציבורי במסגרת התגוננותה של המדינה מפני גל הטרור האכזרי השוטף אותה. אשר לטענתם **השניה** של העותרים נטען, כי סרבנותם היא סלקטיבית ולא כללית ואין היא אלא כסות לעמדה אידאולוגית פוליטית. אין המדובר בשאלה מצפונית טהורה. לפיכך, העותרים אינם זכאים לפטור מטעמים סלקטיביים ולצבא אסור כלל לשקול את השיקולים העומדים ביסוד סרבנותם של העותרים היות והמדובר למעשה בשקילתה של אידאולוגיה פוליטית. על כך יש להוסיף את הפגם שנפל בהליך בו נקטו העותרים, שעה שבחרו לתקוף את חוקיות הפקודות ("תקיפה

עקיפה") ולא את עצם הגיוס למילואים ("תקיפה ישירה"). אשר על כן, לא נפל פגם בהחלטתו של המשיב ויש לדחות את העתירה. יצויין, כי המשיב צירף לתשובתו חוות דעת של פרופ' אבי שגיא ופרופ' רון שפירא התומכות לטענתו בעמדתו לפיה הגנת חופש המצפון והזכות לסרבנות - ככל שהיא מתקיימת - אינה חלה על העותרים והטענות שעל יסודן מבקשים הם שלא לשרת בצבא.

גדר המחלוקת בפנינו

6. בדיון שהתקיים בפנינו ביום 23.10.2002 - ושהצדדים הסכימו לראותו כאילו הוצא בו צו-על-תנאי - צומצמה באופן ניכר חזית הטענות שהעלו העותרים, כמו גם טענות המשיב. העותרים, מצידם, זנחו את הראש הראשון של טענותיהם לפיו הכיבוש עצמו וכן הפעולות הננקטות בשטחים המוחזקים הם בלתי חוקיים לכשעצמם ועומדים בניגוד לדין המקומי ולמשפט הבינלאומי. המשיב, מצידו, זנח את טענתו לפיה ההליך אותו נקטו העותרים צריך להביא כשלעצמו לדחיית העתירה. משכך הם פני הדברים, נותרה בפנינו שאלה אחת בלבד ובה נכריע, תוך שאין אנו מביעים עמדה לגבי הטענות האחרות שהועלו בפנינו. עיקרה של שאלה זו הנה חוקיות ההחלטה של שר הביטחון שלא להעניק לעותרים פטור מחובת שירות מילואים בשל טעמים שבסרבנות מצפון סלקטיבית. עמדת העותרים בהקשר זה היא, כי אין להבחין בין סרבנות סלקטיבית לסרבנות מלאה שכן זו גם זו מבוססת על חופש המצפון של הפרט ובמדינה דמוקרטית יש ליתן ביטוי לחופש זה על דרך של הכרה בפטור משירות במצבים אלה. עמדת המשיב הנה, כי סרבנות סלקטיבית אינה מהווה מימוש מוגן של חופש המצפון ואין להכיר בה במציאות הקיימת בישראל שכן יהא בכך משום וודאות קרובה לפגיעה ממשית בבטחון המדינה. זאת ועוד: אל לו לצבא לשקול שיקולים אלה של סרבנות סלקטיבית המצויים במחלוקת אידיאולוגית פוליטית.

המסגרת הנורמטיבית

7. חוק שירות בטחון [נוסח משולב], התשמ"ו-1986 (להלן - החוק) פוטר משירות בטחון "יוצא-צבא, אשה, שהוכיחה... כי טעמים שבמצפון... מונעים אותה מלשרת

בשירות בטחון" (סעיף 39(ג) לחוק). ומה דינו של יוצא צבא גבר המבקש פטור משירות צבאי? עניינו שלו נשלט על ידי הוראת סעיף 36 לחוק הקובע:

"סמכות לפטור משירות ולדחות שירות"

36. שר הבטחון רשאי בצו, אם ראה לעשות כן מטעמים הקשורים בהיקף הכוחות הסדירים או כוחות המילואים של צבא-הגנה לישראל, או מטעמים הקשורים בצרכי החינוך, ההתיישבות הבטחונית או המשק הלאומי, או מטעמי משפחה או מטעמים אחרים -

- (1) לפטור יוצא-צבא מחובת שירות סדיר, או להפחית את תקופת שירותו;
- (2) לפטור יוצא-צבא מחובת שירות מילואים לתקופה מסויימת או לחלוטין;
- (3) "...".

מקובל על הכל כי פטור משירות צבא בגין טעמים שבמצפון נופל לגדר "מטעמים אחרים" המאפשר פטור משירות סדיר או שירות מילואים (ראו בג"ץ 4062/95 אפשטיין נ' שר הביטחון (לא פורסם); בג"ץ 2700/96 ברנובסקי נ' שר הביטחון (לא פורסם); להלן - פרשת ברנובסקי). עמד על כך השופט מ' חשין בעניינו:

"מקובל על שר הביטחון ועל העושים מטעמו כי אותם 'טעמים אחרים' כוללים טעמים של סרבנות מצפון, דהיינו, יוצא צבא יכול שייפטר מחובת שירות סדיר אם סרבן מצפון הוא המתנגד באורח אידיאולוגי-עקרוני למסגרת של שירות צבאי" (בג"ץ 1380/02 בן ארצי נ' שר הביטחון, פ"ד נו(4) 476, 477; להלן - פרשת בן ארצי).

לביצוע סמכותו של שר הביטחון הוקמה ועדה צבאית מיוחדת לבירור עניינם של סרבני המצפון (ראו פרשת ברנובסקי).

8. אפשרות של פטור משירות צבאי בגין טעמים שבמצפון אינה מיוחדת לימינו שלנו, ואינה מיוחדת לישראל. בצדק ציין השופט מ' אלון כי "הנושא של סרבנות גיוס מטעמי מצפון Conscientious Objection נדון רבות על ידי משפטים ופילוסופים, והוא עבר התפתחויות רבות ושונים" (בג"ץ 734/83 שיינן נ' שר הביטחון, פ"ד

לח(3) 393, 401; להלן - פרשת שיין). אכן, בהיסטוריה של החברה האנושית התעוררה שאלת הפטור מטעמים שבמצפון לא אחת. תחילה היו אלה בעיקרם טעמים שבדת. לאחר זמן הם התרחבו לטעמים מצפוניים שאינם בהכרח טעמים דתיים. ביסוד טעמים אלה מונחת החלטה מוסרית רצינית - שאינה מבוססת על טעמים דתיים - באשר לטוב ולרע מנקודת מבטו של הפרט, הרואה עצמו מחוייב לפעול על פיה, באופן שפעולה בניגוד לה תיפגע פגיעה קשה במצפונו (ראו BVerfGE 12, 45, 55). מדינות שונות הגיבו לבעיה זו בדרכים שונות, תוך שרבות מהמדינות הדמוקרטיות המודרניות קבעו הוראות חקוקות מפורשות המכירות בפטור משירות צבאי מטעמי מצפון (לסקירה ראו ל' שלף, קול הכבוד: סרבנות מצפונית מתוך נאמנות אזרחית (1989), וכן A Giuffre (ed), Conscientious Objection in the EC Countries (1992); N. Keijzer, Military Obedience 265 (1978); C. Evans, Freedom of Religion Under the European Convention on Human Rights 170 (2001); להלן - אוונט).

9. הטעמים המצדיקים מתן פטור משירות צבאי בגין טעמים שבמצפון אינם פשוטים. בצדק צוין כי "שאלת פטור של יוצאי צבא מחובת שירות סדיר בשל סרבנות מצפון אינה שאלה קלה כל עיקר" (השופט מ' חשין בפרשת בן ארצי). עניין לנו, בסופו של יום, באיזון עדין בין שיקולים מתחרים (ראו K. Greanawalt, "All or Nothing At All: The Defeat of Selective Conscientious Objection", (1971) Sup. Ct. Rev. 31, 47). מחד גיסא עומד העקרון הגדול של חופש המצפון. "כל אדם בישראל נהנה מחופש המצפון... בהיותו אחד מעיקרי היסוד שמדינת ישראל מושתתת עליהם" (בג"ץ 292/83 נאמני הר הבית, עמותה נ' מפקד משטרת מרחב ירושלים, פ"ד לח(2) 449, 454; להלן - פרשת נאמני הר הבית). חופש המצפון יונק חיותו מהכרזת העצמאות. הוא נגזר מאופיה הדמוקרטי של המדינה. הוא מתבקש ממקומו המרכזי של כבוד האדם וחירותו במשפטנו (ראו בג"ץ 3261/93 מנינג נ' שר המשפטים, פ"ד מז(3) 282, 286). התחשבות במצפונו של הסרבן מתבקשת גם מהכבוד לאישיותו של האדם, ומהצורך לאפשר לו לפתח אותה. היא נגזרת מגישה הומניסטית ומהערך בדבר סובלנות. "המשטר הדמוקרטי מבוסס על סובלנות... זו סובלנות למעשי הזולת ולדעותיו... בחברה פלוראליסטית כשלנו הסובלנות היא

הכוח המאחד אותנו והמאפשר לנו חיים משותפים" (בג"ץ 399/85 כהנא נ' הוועד המנהל של רשות השידור, פ"ד מא(3) 255, 278. ראו גם ע"א 294/91 חברה קדישא גח"א "קהילת ירושלים" נ' קסטנבאום, פ"ד מו(2) 464, 481; ע"א 105/92 ראם מהנדסים קבלנים בע"מ נ' עיריית נצרת-עילית, פ"ד מז(5) 189, 210; בג"ץ 257/89 הופמן נ' הממונה על הכותל המערבי, פ"ד מח(2) 265, 355).

10. **מאירך גיסא**, עומד השיקול כי אין זה ראוי ואין זה צודק לפטור חלק מהציבור מחובה כללית המוטלת על הכל. בעיקר כך כאשר הגשמתה של חובה זו מעמידה את האדם במבחנו העליון - הקרבת חייו. בוודאי כך, מקום שמתן הפטור עשוי לפגוע בביטחון ועשוי לגרור אחריו גם חוסר הגינות מינהלית והפליה בהפעלתו הלכה למעשה.

11. באיזון בין שיקולים נוגדים אלה, הגיעו רבות מהדמוקרטיה המודרנית, כפי שראינו, למסקנה כי ראוי הוא - בכל הנוגע לפטור משירות צבאי - לתת משקל כבד יותר לשיקולים של מצפון, פיתוח האישיות, הומניזם וסובלנות על פני השיקולים הנוגדים. כתוצאה מכך מוכר ברבות משיטות המשפט המודרניות פטור משירות צבאי לפציפיסטים, אשר מטעמי מצפון מסרבים לשאת נשק וליטול חלק במלחמה. ודוק: איזון זה מניח כי ניתן לקיים את בטחון המדינה בלא לגייס את המבקשים פטור משירות צבאי. דומה שהכל מסכימים, כי במקום שצרכי בטחון הם חריפים, לא יינתן פטור גם לפציפיסט (ראו M. Walzer, Obligations: Essay on Disobedience, War, and Citizenship 138 (1970); להלן - וולצר). "זכויות אזרח אינן במה לכליון לאומי... זכויות האזרח יונקות מקיומה של המדינה, ואין להפכן קרדום לחיסולה" (ע"ב 2/84 ניימן נ' יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת האחת-עשרה, פ"ד לט(2) 225, 310). זאת ועוד: אף שהמדינות הדמוקרטיות מכירות בפציפזם כעילה לפטור משירות צבאי, רבות מהן מחייבות את הפציפיסט לשרת שירות לאומי, ומטילות עליו סנקציות שונות אם הוא מסרב לכך (ראו אוונס, עמ' 170).

12. על רקע נורמטיבי זה קמה ועולה השאלה הניצבת בפנינו בעתירה זו. שאלה זו נוגעת לאיזון הראוי בין השיקולים הנוגדים מקום שהפטור מהשירות הצבאי מתבקש לא משום סירוב לשאת נשק ולהילחם בכל מלחמה, תהא עילתה אשר תהא, אלא

מקום שהפטור מהשירות מתבקש משום התנגדות למלחמה (או לפעילות צבאית) פלונית. השאלה הינה, איפוא, מה דינה של הסרבנות הסלקטיבית? מניחים אנו כי הסרבן הסלקטיבי - כמו עמיתו הסרבן ה"מלא" - פועל מטעמים מצפוניים. נקודת המוצא העקרונית הינה, כי סירובו של הסרבן הסלקטיבי לשרת במלחמה פלונית או בפעולה אלמונית מבוסס על טעמים מצפוניים אמיתיים, בדומה לסירובו של הסרבן ה"מלא". כמובן, הנחה עובדתית זו מעוררת בעיות קשות של הוכחה. אך במקום שניתן להתגבר על קשיים אלה - ועקרונית אין סיבה להניח כי דווקא על קושי הוכחתי זה לא ניתן להתגבר - קמה ועומדת השאלה העקרונית בדבר מעמדו של סרבן המצפון הסלקטיבי.

13. שאלה זו אינה מיוחדת לנו. היא התעוררה במדינות דמוקרטיות מודרניות, וניתנו לה תשובות שונות. מרבית המדינות הדמוקרטיות, המכירות בפטור משירות צבאי בגין סרבנות מצפונית "מלאה" אינן מכירות בסרבנות מצפונית סלקטיבית. כך, למשל, חקיקה פדרלית בארצות הברית קובעת פטור משירות צבאי לזה המתנגד להשתתפות "in war in any form" (ראו סעיף 456(j) ל-Military Selective Service Act, 1967). בית המשפט העליון החליט כי הוראה זו - השוללת פטור לסרבן הסלקטיבי - אינה נוגדת את החוקה (ראו Gillette v. United States 401 U.S. 437 (1971)). גישה דומה מקובלת בצרפת ובגרמניה. עם זאת, במספר מדינות דמוקרטיות ניתן הפטור גם לסרבן המצפון הסלקטיבי. כך הדבר בהולנד (ראו, Vermeulen, "Conscientious Objection in Dutch Law", in Giuffre, Op.Cit., p. 276). גישה דומה מקובלת באוסטרליה. סעיף A61(I) ל-Defence Act 1903 (כפי שתוקן ב-1992) קובע כי פטור משירות צבאי ניתן ל-"persons whose conscientious beliefs do not allow them to participate in a particular war or particular warlike operations". בין שני הקצוות הללו מצויות מספר מדינות (כגון ספרד), אשר טרם נפלה בהן הכרעה בסוגיה זו. מה הדין בישראל?

14. השאלה עלתה בבג"ץ 470/80 אלגזי נ' שר הביטחון (לא פורסם). העותר שירת בצבא, הוא ביקש שלא לשרת בשטחים. עתירתו נדחתה. השופטים מ' בייסקי וש' לויין ציינו בפסק דינם המשותף:

"שום מערכת צבאית אינה יכולה להשלים עם קיומו של עקרון כללי שעל פיו יוכלו חיילים אלה או אחרים להכתיב לה היכן ישרתו, בין מטעמים כלכליים או חברתיים ובין מטעמי מצפון".

הבעיה התעוררה במלוא חריפותה בפרשת שיין. כאן סירב העותר לקיים צו מילואים לשירות בדרום לבנון. הוא טען כי לפי "השקפתו המצפונית, שהיית צה"ל בלבנון אינה חוקית ואינה עולה בקנה אחד עם מושגים יסודיים של הצדקת פעולות לחימה". נפסק כי טענה זו אינה עומדת לו. כותב השופט מ' אלון:

"זוהי סרבנות גיוס, שיסודה בנימוקים אידיאולוגיים-פוליטיים שלא להילחם במקום מסויים, וההכרה בה פוגעת בתקינות ההליך הדמוקרטי של המערכת השלטונית בישראל בקבלת החלטותיה, וגורמת היא לאפליה בתחום הגיוס הצבאי. סרבנות סלקטיבית זו לא תוענף לה הכרה גם באותן מדינות, המכירות בזכות הסרבנות הכללית כגורם לפטור משירות צבאי, וקל וחומר שאין מקום להכרה בסרבנות גיוס סלקטיבית זו במערכת המשפט הישראלית, שאינה מעניקה הכרה לסרבנות גיוס, כזכות, לשחרור גבר יוצא צבא מהשירות הצבאי. וראויה להיאמר הערה אחת נוספת. פרשה גדולה וסבוכה זו של חוק מחד גיסא ומצפון מאידך גיסא, של החובה והצורך לקיים שירות צבאי כדי להגן על ריבונות המדינה ושלום תושביה מחד גיסא וסירוב לצאת למלחמה מטעמים של מצפון אישי מאידך גיסא, צריך שתהא נדונה לפי הנסיבות המיוחדות של המקום ושל השעה, ואינו דומה מצבה הביטחוני הקשה של מדינת ישראל למצבן הביטחוני של מדינות אחרות, השוכנות לבטח בגבולותיהן. ואף הבדל מהותי זה שיקול גדול ונכבד הוא בבירורה של הסוגיה שלפנינו" (עמ' 402-403).

גישה זו אומצה בפרשה נוספת (בג"ץ 630/89 מכנס נ' הרמטכ"ל (לא פורסם)). בעתירה שלפנינו תבקשנו לסטות מפסיקה זו, הן משום שהיא היתה מוטעית בשעתה, והן משום שאין היא עולה בקנה אחד עם חופש המצפון הנהנה ממעמד חוקתי מאז חקיקתו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

15. איננו סבורים כי יש מקום לסטות מהלכותיו של בית משפט זה באשר לסרבנות המצפון הסלקטיבית. כפי שראינו, מתן פטור משירות צבאי בגין סרבנות מצפונית נתון לשיקול דעתו של שר הביטחון. שיקול דעת זה מבוסס על איזון עדין בין שיקולים נוגדים. באיזון זה הגיע שר הביטחון למסקנה כי יש מקום ליתן פטור משירות צבאי במקרה של סרבנות מצפון "מלאה". איזון זה עצמו, אינו מוביל למסקנה כי פטור דומה צריך להינתן במקרה של סרבנות מצפון סלקטיבית. לעניין זה מוכנים אנו להניח - בלא לפסוק בדבר - כי השיקולים של חופש המצפון, פיתוח האישיות והסובלנות, הנלקחים בחשבון לעניין הפטור משירות צבאי במקרה של סרבנות מצפון מלאה יש לקחתם בחשבון - ולהעניק להם משקל דומה - לעניין הפטור משירות צבאי במקרה של סרבנות מצפון סלקטיבית. הנחה זו אינה מובנת מאליה, אך לצורך העתירה שלפנינו מוכנים אנו להניח אותה. יש עוצמה בטיעון, כי מנקודת מבטו של הפרט הטוען לסרבנות מצפונית - ובהנחה שמאמינים לו כי סרבנותו היא מצפונית ולא פוליטית או חברתית - אין שוני מהותי בין סרבנות מצפונית "מלאה" לבין סרבנות מצפונית סלקטיבית. היטיב להביע זאת העותר מס' 1 אשר במענה לכתב האישום שהוגש נגדו בגין סירובו לשרת שירות מילואים באיזור אמר:

"מבחינתי זה כמו לתת לאדם דתי לאכול אוכל לא כשר".

אם מאמינים לדברים אלה - ולא נטען בפנינו כי הם מסווה לשיקולים שאינם מצפוניים - כי אז לכאורה אין שוני מהותי, מבחינת מצפוננו של הטוען זאת, בין סירוב "מלא" לבין סירוב סלקטיבי. הנה כי כן, מוכנים אנו להניח - כאמור, בלא לפסוק בדבר - כי במאזניים המטאפוריים שלנו, כף המצפון, פיתוח האישיות והסובלנות נוטה לעבר מתן פטור משירות צבאי לא רק לסרבן המצפון ה"מלא", אלא גם לסרבן המצפון הסלקטיבי. מה דינה של הכף האחרת באותם מאזניים מטאפוריים ומהו האיזון הראוי בין השיקולים הנוגדים? היש שוני בין סרבן המצפון ה"מלא" לבין סרבן המצפון הסלקטיבי לעניין ה"אידך גיסא" הזה? תשובתנו היא בחיוב.

16. לדעתנו, לא הרי סירוב לשרת בצבא מטעמים של המצפון ה"מלא" כהרי סירוב לשרת בצבא מטעמים של מצפון סלקטיבי. אכן, משקלה של הכף הנוטה כנגד הכרה בסרבנות המצפון היא כבדה הרבה יותר בסרבנות המצפון הסלקטיבית מאשר בסרבנות המצפון ה"מלאה". החומרה שבמתן פטור מקיום חובה המוטלת על הכל בולטת לעין. תופעת הסרבנות המצפונית הסלקטיבית היא מטבעה רחבה יותר מזו ה"מלאה", והיא מעוררת במלוא העוצמה את תחושת ההפליה בין "דם לדם". אך מעבר לכך: יש לה השלכות על שיקולי הביטחון עצמם, שכן עניין לנו בקבוצה שיש לה נטיה לגדול. מעבר לכך, בחברה פלורליסטית כשלנו, ההכרה בסרבנות המצפון הסלקטיבית עשויה לרופף את החישוקים המחזיקים אותנו כעם. אתמול ההתנגדות היתה לשרת בדרום לבנון. היום ההתנגדות היא לשרת ביהודה והשומרון. מחר ההתנגדות תהיה להסרת מאחזים אלו או אחרים באזור. הצבא של העם עשוי להפוך לצבא של עממים המורכבים מיחידות שונות שלכל אחת מהן תחומים שבהם מותר לה לפעול מצפונית, ותחומים אחרים שבהן נאסר עליה מצפונית מלפעול. בחברה מקוטבת כשלנו, זהו שיקול כבד משקל. זאת ועוד: היכולת להבחין בין הטוען בתום לב לסרבנות מצפונית לבין המתנגד למדיניותה של ממשלה או של כנסת, היא קטנה יותר בסרבנות הסלקטיבית, שכן קו הגבול בין ההתנגדות למדיניות זו או אחרת של המדינה לבין הסירוב המצפוני להגשים מדיניות זו הוא דק, ולעתים דק מדק. גם היכולת לנהל מערכת מינהלית שתפעל ללא הפליה ומשוא פנים היא סבוכה ביותר בסרבנות המצפונית הסלקטיבית (ראו וולצר, עמ' 143). בצדק ציין השופט מרשל (Marshall) בפרשת Gillette כי:

"[T]here is considerable force in the Government's contention that a program of excusing objectors to particular wars may be impossible to conduct with any hope of reaching fair and consistent results" (p. 456).

17. הנה כי כן, סרבנות המצפון הסלקטיבית מחייבת עריכתו של איזון נפרד משלה. אין היא נגזרת מהאיזון הנעשה במקרה של סרבנות מצפון "מלאה". מהו האיזון המתבקש במקרה של הסרבנות הסלקטיבית? איננו צריכים לנתח סוגיה זו על

כל היבטיה. מוכנים אנו להניח - שוב, בלא לפסוק בדבר - כי ניתן לפגוע במצפוננו של הסרבן המצפוני (המלא או הסלקטיבי) רק אם קיימת ודאות קרובה של פגיעה ממשית באינטרס הציבור (השוו פרשת נאמני הר הבית, עמ' 454; בג"ץ 73/53, 87 חברת "קול העם" בע"מ נ' שר הפנים, פ"ד ז(2), 871, 882; בג"ץ 953/89 אינדור נ' ראש עיריית ירושלים, פ"ד מה(4), 683, 689-691). גם על בסיס אמת מידה מחמירה זו הננו סבורים כי האיזון שערך שר הביטחון - איזון לפיו אין ליתן בישראל של היום, על מחלקותיה והאירועים בפניהם היא עומדת, פטור משירות צבאי לסרבנות מצפון סלקטיבית - הינו איזון ששר ביטחון סביר הפועל במידתיות רשאי היה לעשות. מטעמים אלה, דין העתירה להידחות.

השופטת ד' ביניש

מסכימה אני לפסק דינו של חברי הנשיא ומצטרפת אני לנימוקיו. רואה אני צורך להדגיש כי גם אני סבורה שלעת הזאת כאשר החברה הישראלית מפולגת ומקוטבת ובה קבוצות ויחידים בעלי הכרה מצפונית ואמונה עזה כל אחד בצדקת דרכו, קשה ביותר להבחנה המתווה את גבולות הלגיטימיות של הסרבנות המצפונית הסלקטיבית לסוגיה.

רבים בקרבנו מבקשים לקבוע את גבולות הציות על פי אמונתם ומצפונם ואף על פי השקפתם הפוליטית. קו הגבול בין סרבנות מצפונית סלקטיבית לבין השקפת עולם מדינית, הוא אכן כלשונו של חברי הנשיא "דק ולעתים דק מדק". חילוקי הדעות המדיניים בחברה הישראלית נוגעים בקצות העצבים הרגישים ביותר של החברה ושל רבים מיחידיה. החברה בישראל מאופיינת במחלוקות אידיאולוגיות עמוקות, בהן גם מחלוקות המבססות עצמן על טעמים מצפוניים ועל טעמים שבאמונה דתית. חילוקי דעות אלה מצויים בדרך כלל בתחום הלגיטימי של חברה דמוקרטית פתוחה ופלורליסטית. החברה יכולה לעמוד במחלוקות אלה כאשר הן באות לידי ביטוי תוך שימוש בכלים שהחברה הדמוקרטית הנהיגה.

אל מול הטיעונים שבמצפון ובאמונה גם אם כנים הם, עומדים שיקולים הכרוכים בבטחונה ובשלמותה של החברה בישראל. מדינת ישראל מצויה בכל שנותיה במצב של צורך בפעולות לחימה על פי תפיסת הבטחון הלאומי של

ממשלותיה לדורותיהן. העותרים עצמם שרתו ביחידות קרביות ונטלו חלק בפעילות צבאית. סירובם לשרת עתה מכון כנגד שירות בשטחים המוחזקים בידי צה"ל וזאת עקב הצעדים הננקטים שם בתקופת הלחימה בטרור. השאלות המתעוררות עקב המלחמה בטרור הן בלב מחלוקת פוליטית חריפה. מחלוקת זו אם תתנהל בתוך הצבא, עלולה לפגוע בו פגיעה קשה וממשית.

על פי חוק יסוד: הצבא, הצבא נתון למרות הממשלה, ושר הבטחון הוא הממונה מטעמה על הצבא; האחריות לבטחון המדינה היא בידי הממשלה, והשר הוא הפועל מטעמה. על פי חוק שירות בטחון, נתון בידי שר הבטחון שיקול דעת רחב לענין הפטור משירות צבאי, לרבות מטעמי מצפון. לפיכך מצטרפת אני לדעת הנשיא כי ההחלטה ליתן משקל מכריע לצורכי הבטחון נוכח החשש הממשי מפני הפגיעה הצפויה במסגרות הצבאיות, אם תוכר הסרבנות הסלקטיבית, הינה החלטה שעומדת במבחני הביקורת השיפוטית ואינה מקימה עילה להתערבותנו.

השופט א' פרוקצ'יה

אני מצטרפת בהסכמה לפסק דינו של הנשיא ולהערותיה של השופטת ביניש.

הוחלט כאמור בפסק דינו של הנשיא א' ברק.

ניתן היום, כ"ה בטבת התשס"ג (30.12.2002).

**המגבלות החוקתיות על הצבא בישראל:
הצעה לניסוח מחדש של חוק יסוד: הצבא
אגב מ' קרמניצר וא' בנדור חוק-יסוד: הצבא***

אייל נוך**

- א. מבוא
- ב. סדרת הפירוש לחוקי היסוד
- ג. הפירוש לחוק יסוד: הצבא
- ד. סוגיות מרכזיות במעמדו החוקתי של הצבא בישראל
- ה. הצעה לניסוח מחדש של חוק יסוד: הצבא
- ו. הצורך והאפשרות בתיקון חוק יסוד: הצבא
- ז. סיכום

* מ' קרמניצר וא' בנדור פירוש לחוקי היסוד - חוק יסוד: הצבא (תש"ס) (להלן - הפירוש לחוק יסוד: הצבא).

** עורך דין. בעל תואר שני במשפטים (LL.M.). מרצה מן החוץ, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים. לשעבר מפקד המגמה האזרחית בבית הספר למשפט צבאי והיועץ המשפטי לאגף הטכנולוגיה והלוגיסטיקה.

אני מודה ליוסי זויטיא, עורך כתב העת "משפט וצבא", על סיועו בליקוט חלק מן החומר הנוגע לעניין ועל הערותיו. כן אני מודה לפרופ' איל זמיר מהפקולטה למשפטים באוניברסיטה העברית בירושלים, לד"ר גיא זיידמן מבית הספר למשפטים במרכז הבינתחומי בהרצליה ולעו"ד יהושע שופמן, המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (חקיקה), על הערותיהם מאירות העיניים. האחריות לדברים מוטלת, כמובן, עלי בלבד.

א' נוך "המגבלות החוקתיות על הצבא בישראל: הצעה לניסוח מחדש של חוק יסוד: הצבא - אגב מ' קרמניצר וא' בנדור חוק יסוד: הצבא" משפט וצבא 16 (התשס"ב) 161

ח. נספח

הצעה לתיקון חוק יסוד: הצבא - חלופה ראשונה
 דברי הסבר
 הצעה לתיקון חוק יסוד: הצבא - חלופה שניה
 דברי הסבר

א. מבוא

דיני הצבא החוקתיים בישראל לא זכו עד כה לכתיבה מדעית של ממש, וגם בתחום המדעי שאמור, אולי, להוביל את הכתיבה בעניין יחסי הצבא והמשטר - מדע המדינה - דומה כי המחקר בתחום יחסים אלה בישראל והכתיבה אודותיהם לוקים בחסר.

בין אם הדבר נובע מקשיי גישה לחומר המחקרי, בין אם הוא נובע מכך שהנושא איננו "אופנתי" בישראל כפי שהוא במדינות מערביות אחרות בעשורים האחרונים, מרכזיותו של הצבא במדינת ישראל מחייבת כי סוגיות הנוגעות לצבא ולמעמדו במסגרת הממשל הישראלי ושיטת המשטר בישראל יעמדו במרכזו של בירור אקדמי וציבורי מתמיד¹.

לאור האמור ספרם של פרופ' מרדכי קרמניצר ופרופ' אריאל בנדורי ראוי לברכה מיוחדת. חרף קוצר היריעה היחסי, דבר שבשגרה בספר פרשנות, מהווה ספר זה פתח חשוב לדיון ציבורי ואקדמי מעין זה. בנוסף,

1 ניתן לומר בפרפראזה על דברים שאמר שופט בית המשפט העליון (בדימוס), פרופ' יצחק זמיר, כי דווקא עקב מרכזיותו וחשיבותו של הצבא יש לצפות לעיסוק מוגבר בענייניו ובביקורת עליהם. ראו י' זמיר "בטחון המדינה ושלטון החוק" משפטים יט 17 (1990).

2 פירוש לחוקי היסוד - חוק יסוד: הצבא, לעיל, הערה *.

עיון במפתחות הערוכים היטב (והמוקפדים - כרגיל באכסניה שבה נתפרסם) של הספר יבהיר מדוע: העיסוק האקדמי בנושא חיוני זה במחקר ובבתיבה כולל עד היום מספר מאמרים, שניתן כמעט למנותם על כף יד אחת, וספר אחד, שאפילו לא נתפרסם בעברית.

ב. סדרת הפירוש לחוקי היסוד

ספרם של קרמניצר ובנדור הוא אחד בסדרה של ספרים במפעל שיזם מכון המחקר של הפקולטה למשפטים באוניברסיטה העברית בירושלים.

כסדרת הספרים של המכון לפירוש לחוקים במשפט הפרטי - פירוש לחוק החוזים, פירושים לעוללות הפרטניות בפקודת הנוזיקין ועוד רבים (בעריכתו במקור של פרופ' גד טדסקי) - שהפכה לנכס צאן ברזל בכל ספריה משפטית בישראל - גם בסדרה זו ברורה מגמתו של העורך, שופט בית המשפט העליון (בדימוס) פרופ' יצחק זמיר - להקים סדרת פרשנות ברורה ויעילה לחוקתה שבדרך של מדינת ישראל, ואין ספק כי הסדרה תקנה לה מקום של כבוד במשפט הישראלי, כקודמתה.

לנוכח תכליתה של הסדרה אין הספרים שבה⁴ מהווים מחקר כולל בכל נושא ונושא, והם בנויים במתכונת של ספר פרשנות (commentary), אשר יעדו צנוע יותר: ניתוח של הוראות החוק סעיף אחר סעיף לנוכח

3 Y. BEN MEIR, CIVIL-MILITARY RELATIONS IN ISRAEL (1995).

4 עד כה נתפרסמו פרט לספר נשוא מאמר קצר זה הספרים הבאים: א' רובינשטיין ור' הר זהב חוק-יסוד: הכנסת (תשנ"ג), מ' לנדוי חוק-יסוד: נשיא המדינה (תשנ"ד), ר' לפידות חוק-יסוד: ירושלים בירת ישראל (תשנ"ט).

הפסיקה ובאמצעות יתר כלי העזר הפרשניים של המשפטן, ובמקומות המתאימים לכך - הבעת ביקורת והצעות לתיקון.

במבחן זה עומדת הסדרה, כפי שעולה מבין חלקיה שנתפרסמו עד כה, ומובן שגם מקומו של ספרם של קרמניצר ובנדור אינו נגרע ממדף של כבוד זה.

ג. הפירוש לחוק יסוד: הצבא

ואולם ספרם של בנדור וקרמניצר ראוי לציון מיוחד עקב ניסיונו להביא את הפירוש על רקע השוואתי חוקתי בסיסי ומתוך ראייה כוללת מעט יותר מעבר לניתוח המקורות הנוגעים לעניין.

המחברים מציגים בספרם מבוא עיוני כללי לסוגיית מעמדו של הצבא במשפט החוקתי ובמשטר המדינה הדמוקרטית, מבוא שהוא חיוני להבנת תפקידן של המגבלות החוקתיות על הצבא בכל מדינה.

עוד טורחים המחברים ומביאים סקירה השוואתית בסיסית של דיני הצבא החוקתיים במדינות המערב, מדינות היחס הטבעיות של התרבות המשפטית של המשפט הישראלי, באשר לקיים בחוקותיהן ולחסר בהן⁵.

במובן זה הפירוש לחוק יסוד: הצבא הוא ספר רחב יריעה, ודומה כי גם מרחיב אופקים יותר מאלה שקדמו לו בסדרה, והשוואה בין הספרים מראה, לעניות דעתי, כי שיטתם של קרמניצר ובנדור היא רצויה יותר.

5 המדינה היחידה שדומני כי היה ראוי להוסיף לסקירתם של המחברים, היא יפן, אשר הלוקחים החוקתיים שהפיקה באשר למעמדו של הצבא במישור החוקתי (בדומה לגרמניה), הם מעניינים במיוחד במישור ההשוואתי.

המעייין בספרים שקדמו בסדרה לפירוש לחוק יסוד: הצבא, מוצא עצמו לעתים מגשש באפלה במידת מה נוכח מיעוטה של הכתיבה ונוכח דלותם היחסית של חומר הרקע והמקורות. בכל הנוגע לפירוש לחוק יסוד: הכנסת בולט המחסור במיוחד הן לנוכח היקפו הרחב יחסית של החוק (וברור כי פירוש לחוק יסוד: הכנסת יכול גם פירוש ראשוני לחוק הכנסת, התשנ"ד 1994-6) והן לנוכח מיעוטם היחסי של המקורות ששימשו את המחברים דשם בעבודתם.

במובן זה דומני כי בהשוואה לקודמיו, מהווה ספרם של קרמניצר ובנדור איזון נכון וראוי יותר בין הצורך בכתיבת ספר פרשנות שלא יהפוך בסיס למחקר תיאורטי ארוך, מחד, אך, מאידך, יכול רקע תיאורטי והשוואתי בסיסי למבקשים להבין את רקעו של חוק היסוד ואת דרכי פרשנותו המוצעים על ידי המחברים במבט רחב. בהקשר אחרון זה אין אחידות בכל ספרי הסדרה, ומן הראוי יהיה כי גם הספרים הבאים בסדרה ילכו בעקבות הדוגמה של הפירוש לחוק יסוד: הצבא ככל שהדבר ניתן.

ד. סוגיות מרכזיות במעמדו החוקתי של הצבא בישראל

המחברים אינם נרתעים בספרם מעיסוק בסוגיות הרחבות של דיני הצבא החוקתיים גם מעבר לפרשנותו הלשונית והתכליתית של חוק יסוד: הצבא סעיף אחר סעיף.

6 ס"ח התשנ"ד 140. יצוין כי בעת שנתפרסם ספרם של רובינשטיין וזר זהב, טרם נחקק חוק הכנסת, ועל כן אין שם התייחסות אליו. כך גם ברור כי פירוש לחוק יסוד: הממשלה החדש (ס"ח התשס"א 156) יכול גם פירוש ראשוני לחוק הממשלה, התשס"א 2001- (ס"ח התשס"א 168).

דוגמה בולטת לעניין זה היא סוגיית סמכויות הצבא ומטרות השירות הצבאי, שתייהן סוגיות שלא בא זכרן המפורש בחוק יסוד: הצבא עצמו. המחברים עומדים על שילובו של השירות המוכר בחוק שירות ביטחון [נוסח משולב], התשמ"ו-1986⁷ ועל הביקורת על תיקון זה, אשר מאפשר שילוב חיילים בשירות סדיר במסגרות שמחוץ לצורכי הצבא ושלא למטרות צבאיות⁸.

אני מסכים לכל דברי הביקורת של המחברים המלומדים, ויתרה מזאת, סבורני כי ניתן לומר בפה מלא את שקרמניצר ובנדור, בזהירותם, רק מרמזים עליו: התיקון לחוק שירות ביטחון אשר שילב בו את הסדר השירות המוכר, הוא בלתי חוקתי בפגעו בזכויותיהם של המשרתים שירות סדיר במידה העולה על הנדרש⁹.

עם זאת, אני סבור כי בעניין אחד במסגרת מעניינת זה לא דקן המחברים פורתא: סוגיית ההבחנה - מחויבת המציאות המשפטית, לגישתי - בין סמכויות הצבא לבין מטרות השירות הצבאי.

סמכויות הצבא - כארגון - לפעול הן עניין להסדרה חוקתית מובהקת הן בתחום הרגיש של סמכויות המלחמה¹⁰ והן בעניינים אחרים, כגון

7 ס"ח התשמ"ו 105. ראו סעיף 26 לחוק זה.

8 הפירוש לחוק יסוד: הצבא, לעיל, הערה *, בע' 37-43.

9 ראו א' נון "המגבלות החוקתיות על הצבא בישראל" משפט וצבא 13 (1999) 79, 102-104.

10 War powers. זוהי, אגב, דוגמה בולטת לדלותו של הדיון בישראל בכל הנוגע למעמדו החוקתי של הצבא כאשר בעניין רגיש זה, אשר כבר זכה למחלוקת ציבוריות קשות בישראל, אין כמעט בכלל דיון בעוד שבמדינות אחרות, ובמיוחד בארצות הברית, הוא נושא מרכזי להידייונות ציבורית ומשפטית (ראו על קצה המזלג M. C. DESCH, CIVILIAN CONTROL OF THE MILITARY - THE CHANGING SECURITY ENVIRONMENT (1999); F. D.

השימוש בכוח צבאי להסדרת עניינים אזרחיים, להשגת מטרות בתחום המשק הלאומי ובניין המדינה וכיוצא באלה. בעניינים אלה עסק צבא הגנה לישראל מאז קום המדינה בלא כל דיון ציבורי בנושא.

לעומת זאת, יעדיו החוקיים של השירות הצבאי (שעל פי חוק שירות ביטחון כיום, הם מוגבלים למדי, גם אם כוללים בהם את יעדי השירות המוכר הבעייתיים) אינם חייבים לכלול את כל היעדים אשר הצבא כארגון מוסמך לבצעם, שכן לצבא כארגון דרכים רבות לבצע את משימותיו, לאו דווקא באמצעות המשרתים שירות צבאי בכפייה.

זאת ועוד אחרת: גם במקרים שבהם אין לצבא דרך לבצע משימה שהוסמך לבצעה, אלא באמצעות המשרתים שירות צבאי בכפייה, מן הדין שהפעלתם של המשרתים שירות צבאי בכפייה תהיה כפופה לבקרה חוקתית, בעיקר לפי בחוק יסוד: חופש העיסוק ובחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. חוקי יסוד אלה מגינים על זכויות יסוד אשר השירות הצבאי בכפייה פוגע בהן פגיעה קשה ואף מוחלטת.

האמנם הפעלת חיילים למטרה של קטיף תפוזים או הצבת חיילות כמדריכות בחברה להגנת הטבע - עם כל האווירה החיובית, ואולי גם הנוסטלגיה הטבעית, שהן מעוררות באזרח הישראלי המצוי - או אפילו שירותם של חיילים וחיילות במשימות של סיוע לקליטת עליה מצדיקים

WORMUTH & E B. FIRMAGE, TO CHAIN THE DOG OF WAR: THE WAR POWER OF CONGRESS IN HISTORY AND LAW (1989); J. H. ELY, WAR AND RESPONSIBILITY: (CONSTITUTIONAL LESSONS OF VIETNAM AND ITS AFTERMATH (1993).

את הפגיעה בזכויותיהם של חיילים אלה ואינם "במידה העולה על הנדרש"? אתמההי'.

לגישתי, התנאים להפעלתו למשימות כלשהן של המשרת שירות צבאי בכפייה במסגרת הצבא הם - במצטבר - כי יעדי ההפעלה חוקתיים מבחינת יעדי הצבא כארגון וחוקתיים מבחינת הפגיעה בזכויות היסוד של החייל הטמונה בשירות הצבאי (ומובן שבמישור מבחן קיום החוק לא ניתן להפעיל חייל המשרת בכפייה במסגרת הצבא למטרות שאינן צבאיות מובהקות, אלא באותם מקרים שבהם הדבר מעוגן במפורש בחוק שירות ביטחון). התנאי היחיד להפעלתו למשימות שאינן צבאיות מובהקות - ומטבע הדברים כולן יהיו כאלה - של המשרת שירות צבאי בכפייה שלא במסגרת הצבא, כמו השירות המוכר, הוא כי יעדי ההפעלה יהיו חוקתיים מבחינת הפגיעה בזכויות היסוד של החייל הטמונה בשירות הצבאי.

הפעלת הצבא כארגון ליעד אשר מותר בהפעלה מבחינה זו אך איננו עומד במבחן החוקתי להפעלתם של חיילים המשרתים שירות צבאי בכפייה, עדיין תהיה מותרת, והצבא יהיה רשאי לפעול להשגתו של אותו יעד באמצעות המשרתים בצבא שלא בכפייה (כמו משרתי הקבע). לכך שתי סיבות: הפעלת חיילים המשרתים בכפייה, למשימות שאינן ביטחוניות מובהקות מותרת, לכאורה, רק מחוץ למסגרת הצבאית; והמשרתים בצבא שלא בכפייה נתנו את הסכמתם לפגיעה בזכויות היסוד שלהם מכוח הסכמתם לשירותם הצבאי.

11 ראו נון, לעיל הערה 9, בע' 104. קיימים גם הסדרים תמוהים יותר, כגון חיילים המשמשים במהלך שירותם הסדיר מורים ברשתות החינוך החרדיות השונות, חיילות המועסקות בתפקידי מנהלה במשטרת ישראל, במשרד הביטחון ובשלוחות מערכת הביטחון ועוד.

המחברים עומדים במסגרת הפירוש על חלק מקשיים אלה, אך, לעניות דעתי, הביורור האקדמי והציבורי בסוגיה זו טרם מוצה בעיקר בשל חוסר ההפרדה הסדורה בין שתי הסוגיות, עניין שיפה שעתו מזה זמן רב.

סוגיה כבדת משקל אחרת שהמחברים מקדישים לה דיון מעמיק, היא סוגיית מידת כפיפות הצבא וראש המטה הכללי לממשלה ולשר הביטחון¹².

בעניין זה אין מסקנתם של קרמניצר ובנדור חד משמעית, אך דומה כי הם מעדיפים את הגישה שעולה מדיוני ועדת החוקה, חוק ומשפט בהצעת חוק יסוד: הצבא, כי כפיפותו של ראש המטה הכללי לשר הביטחון היא מוחלטת, ומרותה של הממשלה על הצבא היא מוחלטת גם כן.

בנושא האחרון אני מסכים, בכל הכבוד הראוי, עם גישתם של המחברים שכן לא ייתכן בשיטת המשטר הנוהגת בישראל, קיומו של גוף ביצועי שאיננו כפוף לחלוטין לרשות המבצעת. אולם בסוגיית סמכויות ראש המטה הכללי ומידת כפיפותו לשר הביטחון אני סבור כי המחברים אינם עושים דין צדק מלא עם הרקע המרכזי לחקיקתו של חוק היסוד - מלחמת יום הכיפורים ודוח ועדת אגרנט¹³, אשר הדגישו שוב ושוב את הצורך להימנע מהפיכתו של שר הביטחון לרמטכ"ל-על.

ייתכן כי במדינה שבה ההיסטוריה של ניהולו של משרד הביטחון והמסורת בעניין זה היו אחרות, הייתה מקובלת יותר גישתם של קרמניצר

12 הפירוש לחוק יסוד: הצבא, לעיל, הערה *, בע' 47-61.

13 ועדת החקירה - מלחמת יום הכיפורים (1975), 25-26, 96-99. דוח ועדת אגרנט בהיקפו המלא כולל שלושה חלקים: דין וחשבון חלקי (1.4.1974), דין וחשבון חלקי נוסף (10.7.1974) ודין וחשבון שלישי ואחרון (30.1.1975).

ובנדור בהקשר זה, אולם אני סבור כי בנתונים הקיימים בישראל, שבה מקובל - ויש סבורים כי אף רצוי - שבכירי הצבא מתמנים לכהונת שר הביטחון, ואחר כך נוהגים להתערב התערבות עמוקה בפעילותו השוטפת של הצבא, מצב יחסים זה (דהיינו - כפיפות אסטרטגית של ראש המטה הכללי לשר הביטחון, ולא מוחלטת) מגלם הן את הפירוש הנכון לחוק יסוד: הצבא והן את המצב הרצוי.

אציין כי מצאתי לאורך הספר מספר סוגיות שבהן אין דעתי כדעת המחברים המלומדים, כגון מסקנתם כי שר הביטחון רשאי ליטול את סמכויותיו של הרמטכ"ל לפי חוק יסוד: הצבא¹⁴ (אני סבור כי המסקנה המתחייבת ממעמדם של חוקי היסוד כפי שנקבע בפרשת בנק המזרחי המאוחד¹⁵, היא כי סמכות שבחוק יסוד איננה ניתנת לאצילה או לנטילה שכן ההסדרים בעניין זה בחוק יסוד: הממשלה עוסקים בסמכות שבחוק, ולא בחוק יסוד), או כי ראש הממשלה רשאי להעביר את סמכויותיו של שר הביטחון לפי חוק היסוד לשר אחר¹⁶ (מטעמים דומים). ברם, כמובן, מחלוקת כזו או אחרת איננה גורעת מאפיונה של עבודתם של שני המחברים, הראויים לכל שבה, כיסודית ומעמיקה.

14 הפירוש לחוק יסוד: הצבא, לעיל, הערה *, בע' 61-62.

15 ע"א 6821/93, רע"א 1908/94, 3363 בנק המזרחי המאוחד בע"מ ואח' נ' מגדל כפר שיתופי ואח'; גבעת יואב - מושב עובדים להתיישבות חקלאית שיתופית בע"מ ואח' נ' שירותי אשראי מסחרי (ישראל) בע"מ ואח'; ד' נחמיאס ואח' נ' כפר ביאליק כפר שיתופי בע"מ, פ"ד מט(4) 221.

16 הפירוש לחוק יסוד: הצבא, לעיל, הערה *, בע' 64.

סוף דבר בהקשר זה: הפירוש לחוק יסוד: הצבא הוא ספר יסודי, מעמיק ולעניות דעתי, גם דוגמה הראויה לחיקוי בסדרת ספרי הפירוש לחוקי היסוד.

ה. הצעה לניסוח מחדש של חוק יסוד: הצבא

אחד ממחברי הפירוש לחוק יסוד: הצבא, פרופ' אריאל בנדור, נקט לפני מספר שנים יוזמה ברוכה, אשר, לכאורה, הייתה בהישג ידו של כל משפטן בישראל בכל עת: הוא גיבש את כל חוקי היסוד הקיימים לכלל מסמך חוקתי אחד ושיבץ ביניהם את הצעותיו (חלקן מקוריות וחלקן על בסיס הצעות שהוצעו בעבר) לפרקים או לחוקי היסוד החסרים להשלמת החוקה¹⁷.

הפרקים החסרים הם בעיקר אלה הכלולים בגרסתו המלאה של חוק יסוד: זכויות האדם והאזרח, שישלים את חקיקת היסוד בכל הנוגע לזכויות האדם והאזרח, וחוק יסוד: החקיקה, אשר מעבר להסדרת סוגיית החקיקה

17 היוזמה באה במסגרת כנס שנערך בפקולטה למשפטים באוניברסיטת חיפה בשנת 1998, ובו הוצגה ההצעה יחד עם תגובתו של מ"מ קבוע לנשיא בית המשפט העליון (בדימוס) ח' כהן ז"ל והצעותיו. מעניינת מאוד הצעתו של השופט כהן ז"ל לניסוח סעיף סמכויות המלחמה (במקום הסעיף המקובל במתכונת שבסעיף 51 לחוק יסוד: הממשלה דהיום) כדלקמן:

- (א) המדינה לא תצא למלחמת התקף.
- (ב) הותקפה המדינה על ידי כוחות צבא זרים, או קיים חשש סביר שהיא עומדת להיתקף, רשאית הממשלה להכריז על מלחמת הגנה.
- (ג) ההכרזה תונח מיד על שולחן הכנסת ותפורסם ברשומות.
- (ד) פעולות צבאיות אחרות לא יעשו אלא מכוח החלטת הממשלה, או, במקרים דחופים, החלטת ראש הממשלה.

בישראל, יאגד יחד את כל חוקי היסוד, יקבע את מעמדם החוקתי כהלכה ויעגן אותו, ויקבע את כללי הביקורת השיפוטית החוקתית.

את יוזמתו זו פרסם פרופ' בנדור לביקורת פומבית באתר הרשת של אוניברסיטת חיפה¹⁸, והיא עומדת לעיון ולתגובות אקדמיות וציבוריות כאחד¹⁹.

עם קריאתו של הפירוש לחוק יסוד: הצבא על ההעמקה הראויה לציון וההידייננות הפרשניות הכלולות בו, אני סבור כי ניתן להציע כיום במסגרת היוזמה שנקט פרופ' בנדור או מחוצה לה מספר שיפורים משמעותיים ותיקונים לחוק יסוד: הצבא, ואני מצרף כנספח למאמר זה הצעה לתיקון חוק יסוד: הצבא בשתי חלופות: הצעה לניסוח מחדש של חוק יסוד: הצבא עצמו על כל הרכיבים הקיימים בו והחסרים בו, והצעה לתיקון חוק יסוד: הצבא כאמור תוך הפרדה בין העניינים הנכללים בו והראויים להסדרה חוקתית לבין אלה הראויים להסדרה בחקיקה ראשית, בצירוף הצעה לחקיקה ראשית רגילה בעניינים האחרונים²⁰.

ראו ח' ה' כהן "הערות להצעת חוקת ישראל" משפט וממשל ה (תש"ס) 49.

18 ראו http://law.haifa.ac.il/sub_sites/consti/index.html.

19 יש לציין כי הצעה זו פורסמה גם בכתובים: א' בנדור "חוקי היסוד כבסיס לחוקה - הצעה לחוקת ישראל" משפט וממשל ה (תש"ס) 15.

20 מעניין לציין כי לאחר שבדקתי את העניין לצורך עיבוד ההצעה לניסוחו מחדש של חוק יסוד: הצבא, גיליתי כי רק הצעה אחת לחוקה למדינת ישראל כללה התייחסות למעמדו החוקתי של הצבא: סעיפים 185-186 להצעת החוקה של אוניברסיטת תל אביב משנת 1987 (לנוסח המלא של ההצעה ראו ג' בכור חוקה לישראל: סיפורו של מאבק (תשנ"ו) 207). יתר ההצעות, אשר עובדו לפני שנחקק חוק יסוד: הצבא בשנת 1976 (הצעת החוקה של הוועדה הציבורית בראשות פרופ' ב' אקצין משנת 1965, הצעת החוקה של ש' כהן משנת 1948 והצעת פרופ' י' ה' קלינגהופר למגילת זכויות יסוד משנת 1964) לא כללו כלל התייחסות לסוגיות מעמדו של הצבא או עקרונות הפעלתו.

1. הצורך והאפשרות בתיקון חוק יסוד: הצבא

ההסדרים המפורטים בחוק יסוד: הצבא הם בנפשה של מדינת ישראל. אין לכחד כי בהעדר מודעות עמוקה בכל רובדי הממשלה והצבא לחשיבותו של המשטר הדמוקרטי ולעקרונות שלטון החוק לא יועיל חוק יסוד אשר יטיל מגבלות חוקתיות על הצבא לבדו, יהא תוכנו אשר יהא.

חוק יסוד המגדיר את סמכויות הצבא ואת מעמדו החוקתי במשטר הישראלי ובמשפט מדינת ישראל יכול להיות - וראוי שיהיה - נדבך חשוב בתצרוף היסודות המטילים מגבלות וסייגים על צה"ל כצבא הפועל במשטר דמוקרטי.

ייתכן שלמגבלות וסייגים אלה נודעת חשיבות רבה יותר במדינת ישראל מאשר במדינות דמוקרטיות אחרות, בשל שילוב מסוכן ונפיץ משהו של מרכיביו, כגון גודלו של הצבא יחסית לגודל האוכלוסייה והמדינה, היקפי פעילותו של הצבא והפעלתו בחיי המעשה, רכותו של המשטר הדמוקרטי בשנים והעדרה של מסורת דמוקרטית המוטמעת כהלכה בכל או חולשתה.

במובנים אלה כל שינוי המחזק את הגדרות הפעולה של הצבא, מבהיר אותם ומצמצם - ככל שהדבר ניתן בניסוח חוקתי - את אפשרויות המחלוקות הפרשניות והאחרות הנוגעות לדינים החלים על הצבא, הוא, לעניות דעתי, שינוי רצוי, שיש לקדמו.

בניגוד לרבים מחוקי היסוד בישראל, חוק יסוד: הצבא הוא, לכאורה, מנותק מן המחלוקות בסוגיות הנוגעות ליחסי דת ומדינה, אשר מונעות תיקונים בחוקי יסוד אחרים. לפיכך נראה כי קיימת תקווה סבירה יותר שתיוקונים בחוק יסוד: הצבא יתקבלו הן במערכת הממשלתית והן בכנסת

בכל הנוגע לתיקונים מתבקשים מאליהם ופשוטים באופן יחסי, כגון שריונו של חוק היסוד מפני פגיעה בדרך של תקנות שעת חירום ומתן מעמד חוקתי ממשי לחוק היסוד באמצעות התניית שינויים בו ברוב של חברי הכנסת, וגם בעניינים מהותיים יותר, כגון יחסי ראש המטה הכללי עם שר הביטחון.

ז. סיכום

ספרם של פרופ' קרמניצר ופרופ' בנדור הוא קובץ פרשנות ראוי לציון בסדרת הפירושים לחוקי היסוד, וראוי יהיה, אם יורשה לי להציע זאת, כי במידת האפשר יותאם מבנה הפירושים העתידיים להתפרסם - כמו גם מהדורות חדשות של אלה שכבר נתפרסמו - למתכונתו של ספר זה.

לספר, המצטרף אל המדף שעדיין אינו מלא דיו, של הכתיבה החוקתית בישראל, חשיבות גם כמקור להבנה בדבר מעמדו הראוי של צבא הגנה לישראל במדינת ישראל, ובכך - ועל אף שהספר לא נכתב מתוך התחום המדעי של מדע המדינה - חשיבותו רבה גם למשפטנים²¹, אשר הכשרתם בתחום של מדע המדינה לוקה בישראל בחסר, וחבל.

מתוך העיון בספר עולה מאליה הקריאה לתיקונו של חוק יסוד: הצבא, להבהרת קשיים הגלומים בו ולשיפור תכניו והתאמתם לדרישות החוקתיות של מדינת ישראל כדמוקרטיה של המאה העשרים ואחת, ואני

21 כוונתי היא בראש ובראשונה למה שמכונה בארצות הברית constitutional lawyers (עניין המתחיל לצבור תנופה בלתי מאורגנת גם בתחום עריכת הדין בישראל), אך גם לכלל ציבור המשפטנים.

סבור כי אתגר חוקתי צנוע זה יכול למצוא את מקומו ואף להימצא ראוי לקידום.

הצעה מסוג זה בשתי חלופותיה שפורטו לעיל, מובאת, כאמור, בנספח למאמר זה, ותקוותי - ככל מציע של הצעת חוק, בין במסגרת אקדמית ובין ברשות המחוקקת - היא כי ההצעה תמצא את דרכה, אם כולה ואם חלקה, במסדרונות החקיקה אל ספר החוקים של מדינת ישראל.

ח. נספח**הצעה לתיקון חוק יסוד: הצבא - חלופה ראשונה****חוק יסוד: צבא הגנה לישראל****1. צבא הגנה לישראל**

- (א) צבא הגנה לישראל הוא צבאה של המדינה.
- (ב) צבא הגנה לישראל יורכב מכוחות יבשה, ים ואוויר וכן מכוחות אחרים כפי שתקבע הממשלה באישור ועדת החוץ והביטחון של הכנסת.

2. כפיפות למרות האזרחית

- (א) הצבא נתון למרות הממשלה.
- (ב) השר הממונה מטעם הממשלה על הצבא הוא שר הביטחון.
- (ג) הצבא נתון למרות הממשלה וכפוף לשר הביטחון; כל עוד לא החליטה הממשלה בעניין - יפעל הצבא לפי הוראות שר הביטחון.

3. מלחמה ופעולות צבאיות

- (א) המדינה לא תפתח במלחמה או במבצע מלחמתי אלא מכוח החלטת הממשלה; ניהול המלחמה ייעשה מכוח החלטות הממשלה.
- (ב) אין בסעיף זה כדי למנוע פעולות צבאיות הנדרשות למטרת הגנה על המדינה וביטחון הציבור.
- (ג) הודעה על החלטת הממשלה לפתוח במלחמה או במבצע מלחמתי לפי סעיף קטן (א) תימסר לוועדת החוץ והביטחון של הכנסת בהקדם האפשרי; ראש הממשלה ימסור את ההודעה בהקדם האפשרי גם במליאת הכנסת;

הודעות על החלטות הממשלה בדבר ניהול המלחמה יימסרו לוועדת החוץ והביטחון של הכנסת מעת לעת.

(ד) הודעה על פעולות צבאיות כאמור בסעיף קטן (ב) תימסר לוועדת החוץ והביטחון של הכנסת בהקדם האפשרי.

4. איסור עיסוק בעניינים מדיניים

(א) הצבא והמשרתים שירות צבאי לא יעסקו בעניינים מדיניים או בעניינים בעלי אופי ציבורי-פולמוסי, אלא בכפוף למגבלות שייקבעו בחוק.

(ב) אין בסעיף זה כדי למנוע מראש המטה הכללי או ממי שהוסמך על ידו, למסור את עמדתו המקצועית בעניינים הנוגעים לצבא ולביטחון המדינה, ובלבד שהדבר נעשה בדרך שקבעו הממשלה או שר הביטחון.

5. ראש המטה הכללי

(א) הדרג הפיקודי העליון בצבא הוא ראש המטה הכללי.

(ב) ראש המטה הכללי נתון למרות הממשלה וכפוף לשר הביטחון; בעניינים טקטיים, פיקודיים ועניינים אחרים כיוצא באלה נתון ראש המטה הכללי למרות הממשלה בלבד.

(ג) ראש המטה הכללי יתמנה בידי הממשלה לפי המלצת שר הביטחון.

6. השירות בצבא

(א) הגיוס לצבא יהיה כפי שנקבע בחוק.

(ב) השירות הצבאי וחכיות המשרתים שירות צבאי שסיימו את שירותם הצבאי, יהיו כפי שנקבע בחוק.

7. הוראות ופקודות בצבא

הסמכות להוציא הוראות ופקודות המחייבות בצבא תיקבע בחוק.

8. סמכויות הצבא

- (א) הצבא מוסמך לעשות את כל הפעולות הצבאיות הדרושות לשם הגנת המדינה, בכפוף להוראות המרות האזרחית.
- (ב) לא יופעל הצבא למטרות שאינן צבאיות בין במדינת ישראל ובין מחוצה לה, אלא כפי שנקבע בחוק ובמידה שאינה עולה על הנדרש באופן החלטי.

9. מטרות השירות הצבאי

- לא יופעלו המשרתים שירות צבאי למטרות שאינן צבאיות בין במסגרת הצבא ובין מחוצה לה, אלא כפי שנקבע בחוק ובמידה שאינה עולה על הנדרש באופן החלטי.

10. כוחות מזוינים אחרים

- אין להקים או לקיים כוח מזוין מחוץ לצבא הגנה לישראל אלא על פי חוק.

11. הגנה מתקנות שעת חירום

- על אף האמור בכל דין, אין בכוחן של תקנות שעת חירום לשנות חוק יסוד זה, להפקיע זמנית את תוקפו או לקבוע בו תנאים.

12. נוקשות חוק היסוד

- אין לשנות חוק יסוד זה אלא ברוב חברי הכנסת; הרוב הדרוש לפי סעיף קטן זה יהא דרוש להחלטות מליאת הכנסת בקריאה הראשונה, בקריאה השניה ובקריאה השלישית; לעניין סעיף זה, "שינוי" – בין מפורש ובין משתמע.

13. תיקון חוק יסוד: הממשלה

- (א) בחוק יסוד: הממשלה²², סעיף 51 – בטל.

22 ס"ח התשנ"ב 114.

(ב) בחוק יסוד: הממשלה²³, סעיף 40 - בטל.

14. תיקון פקודת סדרי השלטון והמשפט

בפקודת סדרי השלטון והמשפט, התש"ח1948-²⁴, סעיף 18 - בטל.

15. תיקון פקודת צבא הגנה לישראל

בפקודת צבא הגנה לישראל, התש"ח1948-²⁵, סעיפים 1-4 - בטלים.

16. ביטול

חוק יסוד: הצבא²⁶ - בטל.

23 ס"ח התשס"א 158.

24 ע"ר תוס' א' 1.

25 ע"ר תוס' א' 9.

26 ס"ח התשל"ו 154.

דברי הסבר**מבוא**

חוק יסוד: הצבא²⁷ היה לאחת מאבני היסוד של המשפט החוקתי בישראל מאז נחקק בשנת 1976.

החוק נחקק בעקבות דוח ועדת אגרנט (ועדת החקירה - מלחמת יום הכיפורים: דין וחשבון חלקי (1.4.1974), דין וחשבון חלקי נוסף (10.7.1974), ודין וחשבון שלישי ואחרון (30.1.1975)).

חלק מן הבעיות שאפיינו את יחסי הצבא והדרג המדיני, באו אל פתרון בחוק, אך אחרות נותרו, שלא בכוונת מכוון, בלא פתרון סדור. את אלה יחד עם מספר עניינים נוספים באה ההצעה הנוכחית להעמיד על מכונם.

דלות הדיון בנושאים אלה בישראל, שהיא מפתיעה משהו לנוכח מרכזיות הצבא והוויית הצבא במדינה, הביאה לכך שעד כה טרם נעשו תיקונים בחוק היסוד, על אף שנראה כי אין כל מניעה עקרונית לעריכתם, להבדיל מתיקונים בחוקי יסוד הנוגעים לנושאים של זכויות אדם או המשיקים להם, אשר נתקלים במחסום הסטטוס קוו בענייני דת ומדינה.

בהצעה שלהלן נעשה שימוש בנוסח חוק היסוד כפי שנחקק, למעט תיקוני נוסח וסגנון קלים, ועיקר מהותה הוא בתוספות שיש בה: מספר תוספות להבהרת מחלוקות פרשניות שנתגלעו מאז נחקק חוק היסוד, הוספה של האיסור בדבר עיסוק בעניינים מדיניים או ציבוריים-פולמוסיים,

27 ס"ח התשל"ו 154.

העברה של סוגיית סמכויות המלחמה (war powers) מחוק יסוד: הממשלה²⁸ לחוק יסוד: הצבא והגנה על מעמדו החוקתי של חוק היסוד, עניין שכיום הוא מוזנח בלא הצדקה.

עם תיקון חוק היסוד והחלפת נוסחו בנוסח המוצע יהיה צורך במחיקת סעיף סמכויות המלחמה מחוק יסוד: הממשלה²⁹ ובחיקה ראשית בשני נושאים שהנוסח המוצע מחייב להסדיר בחוק: שירות הקבע בצה"ל והמגבלות שיחולו על הצבא ועל המשרתים בו בכל הנוגע לעיסוק בעניינים מדיניים או ציבוריים-פולמוסיים.

להלן יפורטו דברי ההסבר בעיקר באותם עניינים בהצעת חוק היסוד שבהם נערך שינוי מהותי לעומת נוסחו הנוכחי של חוק היסוד.

שם החוק

מוצע לשנות את שם החוק לחוק יסוד: צבא הגנה לישראל. בכך יודגשו הן האופי ההגנתי אליו מחויבים הצבא והמדינה והן מהותו של הצבא כצבאה של מדינת ישראל, בדומה לתפיסה המילולית שבשמותיהם של חוק יסוד: ירושלים בירת ישראל³⁰ ושל חוק יסוד: מקרקעי ישראל³¹.

28 ס"ח התשנ"ב 114; כידוע, עם הבחירות לכנסת השש עשרה יוחלף חוק יסוד: הממשלה בחוק יסוד חדש, אשר נחקק לאחרונה: חוק יסוד: הממשלה, ס"ח התשס"א 158. בנושאים הנוגעים להצעת חוק יסוד זו אין הבדל בניסוחם של שני חוקי היסוד.

29 סעיף 51 לחוק יסוד: הממשלה הנוכחי, וסעיף 40 לחוק יסוד: הממשלה בנוסחו החדש, שטרם נכנס לתוקפו. לשני הסעיפים נוסח זהה.

30 ס"ח התש"ם 186.

31 ס"ח התש"ך 56.

סעיף 1

סעיף זה נלקח מחוק היסוד הנוכחי. כותרת המשנה שונתה, ובמקום "מהות" מוצע כי הכותרת תהא "צבא הגנה לישראל". כמו כן, מוצע לכלול בסעיף הוראה כללית בדבר הרכב הצבא, לרבות אפשרות לשנותו (למשל - הקמת כוחות חלל) בכפוף לפיקוח של הכנסת.

סעיף 2

סעיף זה מבוסס גם הוא על נוסחו הקיים של חוק יסוד: הצבא. אולם לסעיף נוסף סעיף קטן (ג), שבא להבהיר את סוגיית יחסי הממשלה ושר הביטחון עם הצבא, ומה הדין במקרה (הנדיר למדי בהיסטוריה הביטחונית של מדינת ישראל) שבין שר הביטחון לבין הממשלה מתגלעת מחלוקת, וכל אחד מן הגורמים מבקש להורות לצבא לפעול בהתאם לשיטתו.

בפרשת דויקאט³² (פרשת אלון מורה) קבע בית המשפט העליון את פרשנותו של סעיף 2 לחוק היסוד הקיים והבהיר כי סמכותו של שר הביטחון ליתן הוראות לצבא עומדת כל עוד לא החליטה הממשלה אחרת, אך מרגע שנתקבלה החלטת הממשלה, בין אם תמך בה שר הביטחון ובין אם התנגד לה, יפעל הצבא לפי הוראות הממשלה.

מוצע כי הסעיף יעגן פרשנות זו אל החוק החרות.

סעיף 3

סעיף זה, אשר דן בסמכויות המלחמה (war powers), הוא בעל חשיבות עליונה במשטר דמוקרטי שבו מיושמת מרות אזרחית על הצבא.

32 בג"ץ 390/79 דויקאט נ' ממשלת ישראל ואח', פ"ד לד(1) 1.

בסיסו של הסעיף בהוראת סעיף 51 לחוק יסוד: הממשלה, אך נוספו להוראה הקיימת מספר תיקונים והבהרות, אשר נועדו לתחם את ההזדקקות לכוח צבאי ולקבוע בקרה ראויה על הפעלתו.

ראשית, מוצע להחיל את הסעיף לא רק על מלחמה, אלא גם על מבצע מלחמתי. מבצע "חומת מגן" שנערך לאחרונה, ספק אם הוא עולה לגדר "מלחמה", אך ברור כי מבחינת הכפיפות של הצבא לדרג האזרחי ומבחינת הבקרה הראויה מצד הממשלה על פעולות הצבא, לא סביר כי ההחלטה על יציאה למבצע צבאי בסדר גודל מעין זה תתקבל בתוך הצבא פנימה, וגם לא באישור שר הביטחון לבדו.

בפועל, לא תהיה בכך הכבדה על רשויות הצבא, שכן בהיסטוריה הביטחונית של ישראל מבצעים מעין אלה (או גדולים יותר בהיקפם, כמו מבצע ליטני) בוצעו באישור הממשלה; מאידך, יהיה בכך כדי למנוע הגדרה של מהלך מלחמתי רחב היקף בתואר "מבצע" רק כדי להימנע מן הצורך להביאו לאישור מליאת הממשלה (כפי שהיה במבצע "קדש").

קיים אמנם קושי מובן בהגדרת המונח "מבצע מלחמתי", אולם דומה כי זהו קושי בלתי נמנע ברמה החוקתית (כפי שאין מוגדר בחוק גם המונח "מלחמה"), אשר יבוא על פתרונו מכוח המנהג החוקתי שהתגבש ושיתגבש ברבות השנים ומכוח ההלכה הפסוקה, ודומה כי עדיף להותיר את המונח לפרשנות חוקתית גמישה מאשר להגדיר מראש את משמעותו המדויקת (וניתן להגדיר זאת, למשל, על בסיס היקף הכוחות המשתתפים במבצע, היקפו בזמן, היקפו בכוח אש או כל מדד אחר).

בהתאם ובהמשך לכך, גם ניהול המלחמה - משנפתחה - מחויב בבקרה ובשליטה הולמים מצד הממשלה (בנוסחו הקיים של הסעיף,

לכאורה, אם פתח האויב במלחמה, אין צורך להביא את היקף התגובה ואופייה לאישור הממשלה, כל עוד אין בפעולות שנקטות, משום פתיחה במלחמה כנגד מדינה אחרת). לפיכך מוצע כי גם ניהול המלחמה יחייב את החלטותיה של הממשלה מעת לעת.

יודגש כי בחיי המעשה מעורבותה של הממשלה בהפעלתו של הצבא היא גבוהה למדי באופן יחסי, אך הסדרים חוקתיים אינם יכולים להניח מלכתחילה כי אמנם לאורך זמן תהיה נכונות לשמור על מבנה ראוי של הפעלת הצבא, ויש לעגן הסדר כזה ברמה החוקתית הכתובה.

בהתאם לשינויים המהותיים המוצעים בהסדר סמכויות המלחמה בישראל, מוצע לערוך גם שינויים מקבילים בהסדרי הדיווח לרשות המחוקקת, כמפורט בסעיפים קטנים (ג)-(ד).

סעיף 4

האיסור על עיסוק בפעילות מדינית (פוליטית) או ציבורית-פולמוסית נחשב לאחד משלושת אדני היסוד של המגבלות הראויות על צבא במדינה דמוקרטית (השניים האחרים: כפיפות למרות האזרחית ואיסור על קיומו של יותר מכוח מזוין אחד).

על אף שהסוגיה עולה מעת לעת על סדר היום בישראל, מוסדר אצלנו האיסור ברמה משפטית נמוכה ביותר - פקודות המטה הכללי של צבא הגנה לישראל. מוצע לעגן את האיסור ברמה הראויה לו, היא הרמה

החוקתית, תוך שמירה על חופש - ולמעשה חובת - הביטוי המקצועי של הצבא בעניינים ביטחוניים-צבאיים מקצועיים³³.

מובן שיהיה צורך בחקיקה ראשית מתאימה להסדיר את המגבלות על פעילות מדינית של המשרתים בצבא, חקיקה אשר תתיר במגבלות מסוימות פעילות בעלת אופי מדיני למשרתים בצבא בדרגים הבכירים: השתתפות במשא ומתן מדיני, פעילות האופיינית לנספחים צבאיים ועוד.

יהיה גם צורך להסדיר את המגבלות על התבטאותם של בכירי המשרתים בצבא בעניינים כאמור, אשר היא, ולא עצם העיסוק בנושאים בעלי אופי מדיני, הייתה שוב ושוב נושא למחלוקת בישראל בשנים האחרונות.

סעיף 5

גם ההסדר הנוגע למעמדו של ראש המטה הכללי נשען על ההסדר הקיים בחוק יסוד: הצבא.

השינוי המוצע בסעיף זה נוגע לסוגיית יחסי ראש המטה הכללי עם שר הביטחון, סוגיה השבה ועולה בישראל באופן תדיר, במיוחד במקרים שבהם שר הביטחון הוא יוצא המערכת הצבאית לשעבר.

בסוגיה זו קיימות מספר גישות פרשניות המציעות לפרש את מידת כפיפותו של ראש המטה הכללי לשר הביטחון בדרכים שונות: כפיפות מוחלטת, כפיפות יחסית או כפיפות אסטרטגית.

33 השוו לסעיף 183(ג) להצעת החוקה של אוניברסיטת תל אביב משנת 1987. ראו ג' בכור, לעיל,

הערה 20, בע' 207.

גישת הכפיפות המוחלטת גורסת כי ראש המטה הכללי כפוף לשר הביטחון בכל רובד של פעילות הצבא; גישת הכפיפות היחסית גורסת כי שר הביטחון רשאי לדרוש מראש המטה הכללי להביא לאישורו את תוכניותיו, בין באופן כללי ובין לעניין מסוים, והוא רשאי לפסלן, אך לא לאכוף אחרות תחתיהן; ואילו גישת הכפיפות האסטרטגית גורסת כי ראש המטה הכללי כפוף לשר הביטחון בנושאים בעלי משמעות מדינית ואסטרטגית בלבד, וביתר הסוגיות הוא עצמאי לפעול לפי שיקול דעתו (דומה כי מוסכם על הכל כי הממשלה עצמה, לעומת זאת, רשאית להתערב בהחלטות ראש המטה הכללי ובפעולותיו בכל רמה³⁴).

הגישה הראויה ביותר, הנגזרת גם מן האחריות המוטלת על המעורבים ומן המבנה החוקתי הייחודי שיוצר חוק יסוד: הצבא, היא גישת הכפיפות האסטרטגית. גישה זו היא בעלת יתרונות ברורים על פני גישת הכפיפות המוחלטת ומקנה לרמטכ"ל גמישות בניהול הצבא כראוי לכובד האחריות המוטלת עליו. שר הביטחון יכול תמיד לאכוף את רצונו על הרמטכ"ל בנושאים חשובים דיים, לשיטתו, באמצעות הבאת הנושא להכרעת הממשלה וככל שיוכר מנהג חוקתי המאפשר הבאת מחלוקות טקטיות ופיקודיות שוטפות אל ראש הממשלה, גם להכרעת ראש הממשלה.

בהתאם לגישה זו מוצע גם לנסח את הסיפא לסעיף קטן (ב), אשר משמעותה היא כי הממשלה רשאית להורות לראש המטה הכללי כיצד לפעול מחוט ועד שרוך נעל (מעין סמכות שהיא בגדר "שסתום ביטחון" למקרים שבהם החלטת ראש המטה הכללי איננה מקובלת על הממשלה

34 ראו נון, לעיל, הערה 9, בע' 111-118.

באופן מוחלט, והממשלה רואה חשיבות באותו עניין עד שהוא מגיע אל שולחנה, אך איננה רואה הצדקה להעביר את ראש המטה הכללי מכהונתו רק לשם השגת המטרה), בעוד ששר הביטחון לא יהיה רמטכ"ל-על, אלא יאפשר לראש המטה הכללי חופש פעולה בניהול ענייניו הפנימיים של הצבא ובהפעלתו ברמה הטקטית.

למעשה, עיקר חשיבותה של התוספת היא בעצם קיומה - דהיינו, להביא את המצב המעורפל הקיים אל סיומו. גם אם יוחלט כי הגישה הפרשנית הראויה איננה דווקא גישת הכפיפות האסטרטגית, עיקר חשיבותו של התיקון המוצע להסדר בדבר יחסי ראש המטה הכללי עם שר הביטחון היא בקביעתו של הסדר כלשהו, יהא אשר יהא.

סעיף 6

השירות בצבא מוסדר כיום בחוק רק לעניין שירות סדיר ושירות מילואים - חוק שירות בטחון [נוסח משולב], התשמ"ו 1986-35.

לעומת זאת, אין הסדר בחקיקה ראשית לשירות הקבע בצבא הגנה לישראל, והסדר זה הוא בעייתי ופוגע לא אחת בזכויות המשרתים שירות קבע על אף שיש להניח כי הוא נוח לשלטונות הצבא³⁶.

בנוסף, יש לקבע בהסדר חוקתי את המצב הקיים, שבו מעוגנות זכויות מסיימי שירות צבאי בחקיקה ראשית (למעט זכויות המשרתים שירות קבע המסיימים את שירותם בלא לפרוש לגמלאות - אלה עדיין מעוגנות בפקודות הצבא בלבד).

35 ס"ח התשמ"ו 105.

36 בג"ץ 5060/96 קהלני נ' שר הביטחון, פ"ד נד" (3) 270.

סעיף 7

סעיף מועבר מחוק היסוד הקיים אל ההצעה הנוכחית בלא שינוי.

סעיף 8

יש להקפיד הן מבחינה משפטית והן בחיי המעשה על הפרדה בין סמכויותיו של הצבא כארגון לבין מטרות השירות הצבאי.

בעוד שניתן להגדיר את יעדיו של הצבא בהיקף מסוים, יש להגדיר את מטרות השירות הצבאי בצורה שונה שהרי ההסדרים הקיימים בישראל מכירים באפשרות הפעלתם של המשרתים שירות צבאי למטרות שאינן צבאיות, וייתכן גם שירות שהוא שירות צבאי מבחינה משפטית הנעשה מחוץ למסגרת הארגון הצבאי.

סמכויות הצבא הן עניין חוקתי בעל חשיבות עליונה, ומדינה דמוקרטית חפצת חיים חוקתיים תקפיד לתחום את סמכויות הצבא בהקפדה יתרה.

מכאן הצורך בהוראה מתאימה גם בהסדר החוקתי הנוגע לצבא, ובענייננו, בהוראה הנטולה בבסיסה מסעיף 18 לפקודת סדרי השלטון והמשפט, התש"ח 1948-³⁷ תוך צמצום מסוים לעומת ההוראה הקיימת, המתירה לצבא לפעול גם להשגת יעדים "ביטחוניים-לאומיים".

יצוין כי כיום מוסדרת הפעלת הצבא כארגון למטרות שאינן צבאיות בפקודות הצבא בלבד, עניין שאיננו ראוי, בלשון המעטה, ודומה שגם איננו

37 ע"ר תוס' א' 1.

עומד בדרישות הלכת רובינשטיין³⁸, דהיינו ההסדר חייב מבחינת מהותו וחיבתו עיגון בחקיקה ראשית.

כדי למנוע שימוש לרעה בסמכויותיו של הצבא למטרות שאינן צבאיות מוצע להגביל שימוש כזה בדרישה למידתיות, ומאחר שעסקינן בעניין חריג ביותר, שיש להיזהר בשימוש שנעשה בו (והיום, כך דומה, אין זהירות זו מאפיינת את חיי המעשה), מוצע לשלב מבחן חדש של מידתיות נוקשה - "במידה שאינן עולה על הנדרש באופן החלטי".

סעיף 9

מטרות השירות הצבאי הן עניין נפרד ומובחן מסמכויות הצבא כארגון. ייתכן שעניין שהצבא מוסמך לעסוק בו, לא ניתן יהיה לעשות שימוש במשרתים שירות צבאי - או לפחות לא באלה המשרתים שירות צבאי שלא מרצונם - להשגתו, ועל הצבא יהיה לבצעו באמצעים אחרים.

ייתכן עוד שהפעלת המשרתים שירות צבאי למטרות שאינן צבאיות תהא מותרת, אך דווקא רק מחוץ למסגרת הארגונית של הצבא, דהיינו במסגרתם של גופים אחרים או ארגונים אחרים³⁹.

יצוין כי גם כיום מפריד המחוקק בחיי המעשה בין מטרות השירות הצבאי לבין סמכויות הצבא כאשר הוא מכיר בין מטרות השירות הצבאי במטרות שאינן צבאיות במובהק, אך השירות למטרות אלה נעשה מחוץ

38 בג"ץ 3267/97, 715/98 רובינשטיין ואח' נ' שר הביטחון, פ"ד נב(5) 481 (להלן: עניין רובינשטיין).

39 הושמעה כבר הטענה כי זהו המצב כיום על פי נוסחו הקיים של חוק שירות ביטחון: הפעלתם של המשרתים שירות סדיר למטרות שאינן צבאיות אפשרית רק מחוץ למסגרת הארגונית של צבא הגנה לישראל. ראו א' נון, לעיל הערה 9, בע' 100.

למסגרת הארגונית של הצבא: ראו סעיפים 24-26 א לחוק שירות בטחון, ובמיוחד הסדר השירות המוכר בסעיף 26 לחוק.

מן הראוי שמטרות השירות הצבאי יעוגנו בחקיקה ראשית - חוק שירות ביטחון לעניין המשרתים שירות סדיר ושירות מילואים, וחקיקה ראשית עתידית שתסדיר את מעמדם של המשרתים שירות קבע.

יש להניח כי מידת השימוש במשרתים שירות מרצון (המשרתים שירות קבע ואולי גם המתנדבים לשירות סדיר ולשירות מילואים) למטרות שאינן צבאיות תהיה גבוהה יותר מאשר מידת השימוש במי שמשרתים שירות צבאי שלא מרצון, אך מכל מקום מן הראוי שעניין זה יוסדר בחקיקה ראשית תחת מטריית המגבלה המהותית של המידתיות הנוקשה, ועל כן מוצע לקבוע כך בסעיף זה.

סעיף 10

הדין הראוי היה כי גם בעניין זה יוסדרו סמכויותיהם של כל הכוחות המזוינים במדינה בחקיקה ראשית. למעשה, עם חקיקתו של חוק שירות הביטחון הכללי, התס"ב⁴⁰ 2002- נשלמה כמעט לחלוטין חקיקתה של החקיקה הראשית הנוגעת לכוחות המזוינים הפועלים במדינת ישראל.

ואולם מאחר שנותר כיום עוד כוח מזוין משמעותי אחד - המוסד למודיעין ולתפקידים מיוחדים - אשר הקמתו ופעולתו נעשו על פי חוק (הסמכות השיורית שבחוק יסוד: הממשלה), אין מנוס בשלב זה ועד לחקיקתו של חוק שיסדיר את פעילותו ואת סמכויותיו של המוסד למודיעין ולתפקידים מיוחדים, מהותרת נוסחו של סעיף זה כנוסחו בחוק יסוד:

40 ס"ח התס"ב 179.

הצבא הקיים, דהיינו כי כוח מזוין יכול להיות מוקם גם על פי חוק, ולא רק בחקיקה ראשית ממש.

יצוין כי ישנם הסבורים כי אין לראות במוסד למודיעין ולתפקידים מיוחדים משום "כוח מזוין" שכן אין ייעודו לפעול ככזה, ורק חלק קטן מעובדיו עוסקים בהפעלת כוח מזוין באורח שוטף (בדומה לשירות בתי הסוהר וגופים נוספים שמעמדם מוסדר כבר בחוק ולכן איננו מעורר קשיים). אם תתקבל גישה פרשנית זו, ניתן יהיה להשלים את התיקון הראוי ולקבוע בסעיף המוצע כי לא יוקם או יקוים כוח מזוין, אלא בחוק.

סעיף 11

הוראת ההגנה מפגיעתן של תקנות שעת חירום - שהיא כבר כמעט מובנת מאליה במשפטנו החוקתי - איננה מחדשת חידושים של ממש, והיא נשענת על הנוסח הקיים בחוק יסוד: הממשלה.

סעיף 12

ההוראה בדבר נוקשות החוק נשענת גם היא על נוסחים מקובלים בחקיקת היסוד של מדינת ישראל, ובמקרה זה על נוסח הסעיף המקביל בחוק יסוד: הממשלה.

סעיפים 13-16

בסעיפים אלה מובאים תיקוני החקיקה וביטולי החקיקה הנגזרים מהצעת החוק והמתחייבים ממנה.

לעניין תיקון סעיף סמכויות המלחמה בחוק יסוד: הממשלה, מוצע, כמובן, לתקן הן את חוק יסוד: הממשלה הנוכחי, והן את חוק יסוד:

הממשלה בנוסחו החדש, אשר התקבל ועתיד להיכנס לתוקפו עם תחילת כהונתה של הכנסת השש עשרה.

הצעה לתיקון חוק יסוד: הצבא - חלופה שנייה

חוק יסוד: צבא הגנה לישראל

1. צבא הגנה לישראל

צבא הגנה לישראל הוא צבאה של המדינה.

2. כפיפות למרות האזרחית

(א) הצבא נתון למרות הממשלה.

(ב) השר הממונה מטעם הממשלה על הצבא הוא שר הביטחון.

(ג) הצבא נתון למרות הממשלה וכפוף לשר הביטחון; כל עוד לא החליטה הממשלה בעניין – יפעל הצבא לפי הוראות שר הביטחון.

3. איסור עיסוק בעניינים מדיניים

(א) הצבא והמשרתים שירות צבאי לא יעסקו בעניינים מדיניים או בעניינים בעלי אופי ציבורי-פולמוסי, אלא בכפוף למגבלות שייקבעו בחוק.

(ב) אין בסעיף זה כדי למנוע מראש המטה הכללי או ממי שהוסמך על ידו, למסור את עמדתו המקצועית בעניינים הנוגעים לצבא ולביטחון המדינה, ובלבד שהדבר נעשה בדרך שקבעו הממשלה או שר הביטחון.

4. ראש המטה הכללי

(א) הדרג הפיקודי העליון בצבא הוא ראש המטה הכללי.

(ב) ראש המטה הכללי נתון למרות הממשלה וכפוף לשר הביטחון; בעניינים טקטיים, פיקודיים ועניינים אחרים כיוצא באלה נתון ראש המטה הכללי למרות הממשלה בלבד.

(ג) ראש המטה הכללי יתמנה בידי הממשלה לפי המלצת שר הביטחון.

5. השירות בצבא

- (א) הגיוס לצבא יהיה כפי שנקבע בחוק.
 (ב) השירות הצבאי וחכויות המשרתים שירות צבאי שסיימו את שירותם הצבאי, יהיו כפי שנקבע בחוק.

6. הוראות ופקודות בצבא

הסמכות להוציא הוראות ופקודות המחייבות בצבא תיקבע בחוק.

7. סמכויות הצבא ומטרות השירות הצבאי

סמכויות הצבא ומטרות השירות הצבאי יהיו כפי שנקבע בחוק.

8. כוחות מזוינים אחרים

אין להקים או לקיים כוח מזוין מחוץ לצבא הגנה לישראל אלא על פי חוק.

9. הגנה מתקנות שעת חירום

על אף האמור בכל דין, אין בכוחן של תקנות שעת חירום לשנות חוק יסוד זה, להפקיע זמנית את תוקפו או לקבוע בו תנאים.

10. נוקשות חוק היסוד

אין לשנות חוק יסוד זה אלא ברוב חברי הכנסת; הרוב הדרוש לפי סעיף קטן זה יהא דרוש להחלטות מליאת הכנסת בקריאה הראשונה, בקריאה השנייה ובקריאה השלישית; לעניין סעיף זה, "שינוי" – בין מפורש ובין משתמע.

11. תיקון חוק יסוד: הממשלה

(א) בחוק יסוד: הממשלה⁴¹, במקום סעיף 51, יבוא:

- "(א) המדינה לא תפתח במלחמה או במבצע מלחמתי אלא מכוח החלטת הממשלה; ניהול המלחמה ייעשה מכוח החלטות הממשלה.
- (ב) אין בסעיף זה כדי למנוע פעולות צבאיות הנדרשות למטרת הגנה על המדינה וביטחון הציבור.
- (ג) הודעה על החלטת הממשלה לפתוח במלחמה או במבצע מלחמתי לפי סעיף קטן (א) תימסר לוועדת החוץ והביטחון של הכנסת בהקדם האפשרי; ראש הממשלה ימסור את ההודעה בהקדם האפשרי גם במליאת הכנסת; הודעות על החלטות הממשלה בדבר ניהול המלחמה יימסרו לוועדת החוץ והביטחון של הכנסת מעת לעת.
- (ד) הודעה על פעולות צבאיות כאמור בסעיף קטן (ב) תימסר לוועדת החוץ והביטחון של הכנסת בהקדם האפשרי."

(ב) בחוק יסוד: הממשלה⁴², במקום סעיף 40, יבוא:

- "(א) המדינה לא תפתח במלחמה או במבצע מלחמתי אלא מכוח החלטת הממשלה; ניהול המלחמה ייעשה מכוח החלטות הממשלה.
- (ב) אין בסעיף זה כדי למנוע פעולות צבאיות הנדרשות למטרת הגנה על המדינה וביטחון הציבור.

41 ס"ח התשנ"ב 114.

42 ס"ח התשס"א 158.

- (ג) הודעה על החלטת הממשלה לפתוח במלחמה או במבצע מלחמתי לפי סעיף קטן (א) תימסר לוועדת החוץ והביטחון של הכנסת בהקדם האפשרי; ראש הממשלה ימסור את ההודעה בהקדם האפשרי גם במליאת הכנסת; הודעות על החלטות הממשלה בדבר ניהול המלחמה יימסרו לוועדת החוץ והביטחון של הכנסת מעת לעת.
- (ד) הודעה על פעולות צבאיות כאמור בסעיף קטן (ב) תימסר לוועדת החוץ והביטחון של הכנסת בהקדם האפשרי.”

12. תיקון פקודת צבא הגנה לישראל

בפקודת צבא הגנה לישראל, התש"ח 1948-⁴³, סעיפים 1-4 - בטלים.

13. ביטול

חוק יסוד: הצבא⁴⁴ - בטל.

חוק צבא הגנה לישראל, התשס"ב 2002-

1. מטרה

מטרתו של חוק זה היא לקבוע פרטים והסדרים בכל הנוגע למהותו של צבא הגנה לישראל, לתפקידיו ולסמכויותיו, כפי שהם קבועים בחוק יסוד: הצבא.

43 ע"ר תוס' א 9.

44 ס"ח התשל"ו 154.

2. הרכב צבא הגנה לישראל

צבא הגנה לישראל יורכב מכוחות יבשה, ים ואוויר וכן מכוחות אחרים כפי שתקבע הממשלה באישור ועדת החוץ והביטחון של הכנסת.

3. עיסוק בעניינים מדיניים

(א) קצינים בדרגת אלוף ומעלה ונספחים צבאיים וכן בעלי דרגות או תפקידים אחרים המשרתים בצבא (להלן – "מורשים לעניינים מדיניים") שקבע שר הביטחון באישור ועדת החוץ והביטחון של הכנסת, יהיו רשאים לעסוק בנושאים מדיניים ונושאים ציבוריים פולמוסיים במידה שאינה עולה על הנדרש ממהות העניין.

(ב) מורשים לעניינים מדיניים לא יורשו להתבטא בפומבי בעניינים אלה, אלא באישור שר הביטחון או מי שהוסמך על ידו; אין בסעיף זה כדי לגרוע מסמכות שר הביטחון או הצבא לקבוע מגבלות נוספות על התבטאותם של המשרתים בצבא.

(ג) לא יותר העיסוק בעניינים ציבוריים פולמוסיים, אלא אם הם עניינים מדיניים ועל ידי מורשים לעניינים מדיניים בלבד ובכפוף להוראות סעיף זה.

4. זכויות המשרתים שירות צבאי

(א) המשרתים שירות צבאי יהיו זכאים לשכר ולהטבות כפי שייקבעו מעת לעת בפקודות הצבא, בכפוף להוראות חוק זה ותקנותיו.

(ב) המשרתים שירות צבאי שאין בשכרם די לסיפוק מחסורם ומחסורם של הסמוכים על שולחנם, יהיו זכאים לסיוע מצבא הגנה לישראל כפי שייקבע מעת לעת בפקודות הצבא, בכפוף להוראות חוק זה ותקנותיו.

5. זכויות מסיימי שירות צבאי

- (א) המסיימים שירות צבאי סדיר יהיו זכאים להטבות ולזכויות נוספות כפי שנקבע בחוק; לא יראו בהטבות כאמור כשלעצמן עילה להענקת הטבות או זכויות נוספות לאחרים.
- (ב) המסיימים שירות צבאי בקבע לאחר תקופה שתיקבע, יהיו זכאים בנוסף על האמור לעיל לגמלה שתשולם להם כל ימי חייהם, בהתאם לכללים שייקבעו בד"ן.

6. סמכויות הצבא ומטרות השירות הצבאי

- (א) הצבא מוסמך לעשות את כל הפעולות הצבאיות הדרושות לשם הגנת המדינה, בכפוף להוראות המרות האזרחית.
- (ב) לא יופעל הצבא למטרות שאינן צבאיות בין במדינת ישראל ובין מחוצה לה, אלא למטרות ביטחוניות-לאומיות או למטרות הדרושות לשם שמירה על יחסי החוץ של המדינה ובמידה שאינה עולה על הנדרש באופן החלטי.

7. מטרות השירות הצבאי

- (א) המשרתים בצבא יהיו מוסמכים לעשות כל פעולה שמוסמך לעשות הצבא.
- (ב) לא יופעלו המשרתים שירות צבאי למטרות שאינן צבאיות בין במסגרת הצבא ובין מחוצה לה, אלא למטרות ביטחוניות-לאומיות, ובמידה שאינה עולה על הנדרש באופן החלטי.
- (ג) לעניין סעיף זה וסעיף 5, חזקה שמטרה שניתן להשיגה שלא באמצעות הצבא או באמצעות המשרתים בצבא תוך הוצאה תקציבית נוספת, כי השימוש בצבא או במשרתים בצבא להשגתה עולה על הנדרש באופן החלטי.

8. תקנות

שר הביטחון ממונה על ביצוע חוק זה, והוא מוסמך להתקין תקנות בכל הנוגע לביצועו.

9. תחילה

חוק זה תחילתו שנה מיום פרסומו.

10. תיקון פקודת צבא הגנה לישראל

בפקודת סדרי השלטון והמשפט, התש"ח 1948-⁴⁵, סעיף 18 – בטל.

45 ע"ר תוס' א 1.

דברי הסבר

מבוא

מהותה של ההצעה לתיקון חוק יסוד: הצבא בחלופה זו זהה למהותה של קודמתה. מטעם זה לא יובאו שוב דברי ההסבר המפורטים ביחס לכל אחד מן ההסדרים המוצעים שכן הם זהים לאלה המובאים בצמוד לחלופה הראשונה.

עם זאת, בהתאם להערות שונות שנשמעו ביחס לחלופה הראשונה, מובאת ההצעה בחלוקה מסוימת בין רמת חוק היסוד לבין רמת החקיקה הראשית, בדומה למהלך החקיקתי שעבר לאחרונה חוק יסוד: הממשלה, כאשר נחקק חוק יסוד: הממשלה חדש⁴⁶ עקב שינוי שיטת הבחירה לראשות הממשלה. במקביל לשינוי זה הופרדו גם הוראות שנראו למחוקק מפורטות או טכניות מדי לרמה החוקתית, הוצאו מחוק יסוד: הממשלה, ועוגנו בחוק הממשלה, התשס"א 2001-47.

יצוין כי ניתן לראות בהפרדה זו גם עניין המתחייב במובן הרחב מהלכת רובינשטיין⁴⁸, שכן כפי שנקבע שם כי ישנם עניינים שלא ניתן להסדירם בחקיקת משנה, אלא רק בחקיקה ראשית, כך ישנם - וראוי שיהיו - עניינים שלא ניתן להסדירם בחוק רגיל, אלא רק בחוק יסוד, ולהפך - עניינים שלא ראוי להסדירם בחוק יסוד, אלא בחקיקה ראשית בלבד.

46 ס"ח התשס"א 156.

47 ס"ח התשס"א 168.

48 עניין רובינשטיין, לעיל, הערה 38.

כנגזר מן ההפרדה בין חוק יסוד: צבא הגנה לישראל המוצע לבין הצעת חוק צבא הגנה לישראל, התשס"ב-2002, ניתן פירוט רחב יותר בהשוואה לחלופה הראשונה של ההצעה בנושאים אלה: איסור העיסוק בעניינים מדיניים, זכויות המשרתים שירות צבאי, זכויות מסיימי שירות צבאי, סמכויות הצבא ומטרות הצבא. בעניינים אלה ההצעה היא גולמית בלבד, וודאי שניתן עוד להרחיב ולפרט בכל הנוגע לאמור בה וכן להציע הסדרים מפורטים שונים במידה כזאת או אחרת.

הגנה מיוחדת לאנשי צוות אוויר הנוטשים מטוס במצוקה

רובי סיבל*

בללי

- א. ההצדקה למתן הגנה לצוותי אוויר הצונחים ממטוס במצוקה
- ב. האם אנשי צוות אוויר זכאים למעמד מיוחד כאשר הם עומדים להגיע לשטח שלהם או לשטח ירודותי אחר?
- ג. צניחה בעלת אופי התקפי
- ד. האם יש מקום להעניק הגנה לצוות אוויר הנוטש מטוס במצוקה, לאחר שהגיעו לקרקע?

סיכום

בללי

אין ישראל מבורכת בשפע הצלחות בוועידות בינלאומיות, אך בוועידה שהכינה את הפרוטוקולים המשלימים לאמנות ג'נבה משנת 1949, זכינו להישג צנוע שכמדומני, לא זכה לפרסום כלשהו בישראל. במסגרת ההכנות לוועידת הצלב האדום שבאה לעדכן את אמנות ג'נבה, ביקשה משלחת ישראל להכניס לנוסח האמנה החדשה הוראה מפורשת המתייחסת להגנה על אנשי צוות אוויר הצונחים

* מרצה אורח בדרגת פרופסור באוניברסיטה העברית בירושלים. לשעבר היועץ המשפטי של משרד החוץ.

מאמר זה מתבסס בחלקו על מאמר של המחבר באנגלית Robbie Sabel, *Chivalry in the Air? Article 42 of the 1977 Protocol I to the Geneva Conventions*, 75 INT'L L. STUD. 439 (2000).

1 נערכו מספר ועידות הכנה בנושא. ועידת ההכנה הראשונה, התקיימה בשנת 1969 מטעם הצלב האדום הבינלאומי. האמנה הסופית נוסחה במסגרת ועידה דיפלומטית שכונסה על ידי ממשלת שוויץ בשנת 1977.

ממטוסם במצוקה.² כלל כזה היה קיים במשפט המנהגי,³ אך לא היה כלול באמנה שהייתה אז בתוקף. אמנם אמנה משנת 1923 הדנה בנושא דיני המלחמה באוויר, כללה הוראה לגבי אנשי צוות אויר במצוקה,⁴ אך האמנה לא נכנסה לתוקף. ההוראה באמנה זו קבעה:

Article 20

When an aircraft has been disabled, the occupants, when endeavouring to escape by means of parachute, must not be attacked in the course of their descent.

מנסחי ההוראה לא טענו כי מדובר בקודיפקציה של כלל מהמשפט המנהגי,⁵ אך הסעיף התקבל ללא מחלוקת,⁶ ובמשך השנים נהגו לראות בו כלל מנהגי. מחבר

-
- 2 בהכנות ובהשתתפות בוועידות בשלבים השונים היו מעורבים, בין היתר, אנשי הפרקליטות הצבאית, אל"ם צבי אפרת, אל"ם צבי הדר, תא"ל צבי ענבר, אל"ם מאיר שמגר, תא"ל דב שפי, ואנשי משרד החוץ, יעקב הס ז"ל, רגי קדרון ז"ל, פרופ' רות לפידות, השגרירים, מאיר רוזן ושבתאי רוזן, והמחבר.
- 3 ראו, בין היתר, III BRITISH MANUAL OF MILITARY LAW 44, art. 119 ("It is lawful to fire on airborne troops ... It is, on the other hand, unlawful to fire at other persons descending by parachute from disabled aircraft."); (US) DEPARTMENT OF THE AIR FORCE, JUDGE ADVOCATE GENERAL ACTIVITIES, INTERNATIONAL LAW - THE CONDUCT OF ARMED CONFLICT AND AIR OPERATIONS para. 4-2 (e.) (1976) ("when an aircraft is disabled and the occupants escape by parachutes, they should not be attacked in their descent."); ANNOTATED SUPPLEMENT TO THE COMMANDER'S HANDBOOK ON THE LAW OF NAVAL OPERATIONS 11-10, NWP 9 (REV. A) FM 1-10 (1989); FREDERIC DE MULINEN, HANDBOOK ON THE LAW OF WAR FOR ARMED FORCES 113 (1987); DEPARTMENT OF THE ARMY, THE LAW OF LAND WARFARE 17, (US) DEPARTMENT OF THE ARMY FIELD MANUAL FM 27-10, (1956); INGRID DETTER DE LUPIS, THE LAW OF WAR 244 (1987); MORRIS GREENSPAN, THE MODERN LAW OF LAND WARFARE 318 (1959); THE HANDBOOK OF HUMANITARIAN LAW IN ARMED CONFLICTS 295 (Dieter Fleck ed., 1995); HUMANITARIAN LAW IN ARMED CONFLICTS - MANUAL 442, 44 (THE FEDERAL MINISTRY OF DEFENCE OF THE FEDERAL REPUBLIC OF GERMANY, ED.) VR II 3, (1992); INTERNATIONAL AND OPERATIONAL LAW DEPARTMENT, THE JUDGE-ADVOCATE GENERAL'S SCHOOL, UNITED STATES ARMY, LAW OF WAR WORKSHOP 7-12, (1998); I HOWARD S. LEVIE, THE CODE OF INTERNATIONAL ARMED CONFLICT 222 (1986); OPERATIONS LAW FOR ROYAL AUSTRALIAN AIR FORCE COMMANDERS 8-26, DI (AF) AAP 1003 (1994); II OPPENHEIM'S INTERNATIONAL LAW (7th ed., H. Lauterpacht, ed.) 521 (1952); FRIEDRICH AUGUST FREIHERR VON DER HEYDTE, AIR WARFARE, I ENCYCLOPEDIA OF INTERNATIONAL LAW (Rudolf Bernhardt, ed.) 82 (1992).
- 4 כללי האג למלחמה באוויר: Rules of Air Warfare drafted by a Commission of Jurists at the Hague, December, 1922-February, 1923, 32 AJIL (PART I) (OFFICIAL DOCUMENTS) 21 (1938).
- 5 ראו ועדת משפטיים: Rules of Air Warfare drafted by a Commission of Jurists at the Hague, December, 1922-February, 1923, 32 AJIL (PART I) (OFFICIAL DOCUMENTS) 21 (1938).

אחד ציין כי אף על פי שהיו הפרות של הכלל בעת מלחמת העולם השנייה, התנהגות הצדדים במלחמות קוריאה, הודו-סין ובמזרח התיכון מצביעות על התפתחות הכלל לכלל מנהגי⁸.

בוועידת ההכנה הראשונה של מומחים לצורך תיקון אמנות ג'נבה משנת 1949 והשלמתן, שהתקיימה בשנת 1969, התגבשה ההכרה בצורך בהוראה מפורשת בנושא הגנה על אנשי צוות אוויר במצוקה⁹. לקראת הוועידה הבאה, שהתכנסה בשנת 1971, הוגשו הצעות מפורטות הן על ידי הצלב האדום הבינלאומי^{10,11} והן על ידי משלחת ישראל¹², ולאחר מכן עברה ההוראה מספר תיקונים עד שלבסוף התקבלה בוועידה בשנת 1977¹³. ההוראה מופיעה כיום בפרוטוקול הראשון לאמנות ג'נבה¹⁴. ההוראה קובעת:

-
- 6 ראו דוח על מהלך הדיון: LA GUERRE AE'RIENNE, RE'VISION DES LOIS DE LA GUERRE, LA HAYE 1922-1923, 193 (1930); William L. Rodgers, *The Laws of War Concerning Aviation and Radio*, 17 AJIL (PART II) 629 (1923).
- 7 ועידת מומחים: Conference of Government Experts on the Reaffirmation and Development of International Humanitarian Law Applicable in Armed Conflicts, IV, Rules Relative to Behaviour of Combatants, Submitted by the International Committee of the Red Cross 8 (1971); NEW RULES FOR VICTIMS OF ARMED CONFLICTS, COMMENTARY ON THE TWO 1977 PROTOCOLS ADDITIONAL TO THE GENEVA CONVENTIONS OF 1949, 230 (Michael Bothe, Karl Josef Partsch & Waldemar A. Solf eds., 1982).
- 8 Hamilton DeSaussure, *Recent Developments in the Laws of Air Warfare*, I ANNALS AIR & SPACE L. 33, 43 (1976).
- 9 Reaffirmation and Development of the Laws and Customs Applicable in Armed Conflict, Report Submitted by the International Committee of the Red Cross to the XXIst International Conference of the Red Cross 77, (1969).
- 10 בכל מקום שבו נכתב "הצלב האדום", הכוונה היא לוועד הבינלאומי של הצלב האדום (The International Committee of the Red Cross (ICRC)).
- 11 Conference of Government Experts on the Reaffirmation and Development of International Humanitarian Law Applicable in Armed Conflicts, IV, Rules Relative to Behaviour of Combatants, Submitted by the International Committee of the Red Cross 9 (1971) (להלן: הצעת הצלב האדום).
- 12 הצעת ישראל פורסמה ב- Conference of Government Experts on the Reaffirmation and Development of CE/Com.III/C.3, Annexes to Part Four of the Report of Commission III, 105, International Humanitarian Law Applicable in Armed Conflicts, Report on the Work of the Conference (1971).
- 13 הוועידה הדיפלומטית: Diplomatic Conference on the Reaffirmation and Development of International Humanitarian Law Applicable in Armed Conflicts (Geneva 1974-1977).
- 14 נכנס לתוקף, אך ישראל אינה צד לו בעיקר בגלל הסתייגות מהתחולה לגבי "תנועות שחרור" ומההקלה בתנאים לגבי הענקת מעמד שבוי מלחמה ללוחמים בלתי סדירים. 1977 Geneva Protocol I Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949.

Article 42

1. No person parachuting from an aircraft in distress shall be made the object of attack during his descent.
2. Upon reaching the ground in territory controlled by an adverse Party, a person who has parachuted from an aircraft in distress shall be given an opportunity to surrender before made the object of attack, unless it is apparent that he is engaging in a hostile act.
3. Airborne troops are not protected by this Article.

במהלך הוועידות שהכינו את הפרוטוקול, ניתן להבחין בארבע שאלות עקרוניות שהעסיקו את נציגי המדינות לגבי ההוראה המעניקה הגנה לאנשי צוות אויר במצוקה:

- א. מה ההצדקה למתן הגנה מיוחדת לצוותי אויר?
- ב. האם ההגנה חלה גם אם צוות האוויר צונח מעל לשטח?
- ג. האם התנהגות מסוימת בעת הצניחה צריכה לשלול את ההגנה?
- ד. האם יש מקום להמשיך ולתת הגנה מיוחדת לצוותי אויר לאחר שהגיעו לקרקע?

א. ההצדקה למתן הגנה לצוותי אויר הצונחים ממטוס במצוקה

הכלל שטייס אחד אינו יורה בעמיתו לאחר שמטוסו נפגע, נתפס בתקופת מלחמת העולם הראשונה כחלק מכללי האבירות בין טייסים, בדומה לאביר שהופל מסוסו¹⁵. אך המחבר שהעלה את טיעון האבירות, העלה גם הצדקה מעשית לכלל: טייס שיודע כי יפתחו עליו באש גם לאחר שנשט מטוסו, יעדיף לא לנטוש מטוס ולהמשיך להילחם¹⁶. בניירות הרקע אשר הגיש לוועידות לתיקון אמנות ג'נבה, השווה הצלב האדום את מעמד הטייס הצונח במצוקה למעמדו של יורד ים אשר

J.M. SPAIGHT, C.B., C.B.E., AIR POWER AND WAR RIGHTS 110 (3rd ed. 1947) 15

Id., at 163 16

אנייתו נטרפה, והוא זכאי למעמד מיוחד¹⁷. בדברי ההסבר לנוסח שהגישה ישראל בנושא, הוסבר על ידי נציג ישראל, אל"ם צבי הדר, כי טייס במצב כזה נחשב כלוחם חסר ישע או כלוחם שיצא מכלל פעולה (*hors de combat*)¹⁸. בזמן דיוני הוועידה הדיפלומטית היו נציגים שציננו שוב את רעיון האבירות¹⁹. נציג מצרים טען שאין מקום לדבר על כללי אבירות במאבק בין איש חי"ר פשוט וטייס קרב המצויד בנשק רב עוצמה²⁰. נציג הצלב האדום, מר פיקטה, חלק על דברי נציג מצרים וחזר על הסבר הצלב האדום כי מדובר באדם שהוא, למעשה, נטרף ים באוויר²¹. נציג גרמניה הסביר כי מדובר באדם חסר ישע, והתקפה עליו בעת הצניחה היא בעלת אופי של הוצאה להורג²². הנציג מפורטוגל הצליח אולי להביע את תמצית ההצדקה לעיקרון בהסבירו שבנסיבות אלו הטייס אינו מסוגל להגן על עצמו, להתקיף או לברוח²³. אולי יש להצטער על כך שרוח האבירות נעלמה משדה הקרב המודרני, אך נראה כי לצורכי המשפט ההומניטרי מוטב לא להזדקק להשוואות לקרבות אבירים על סוסים.

ב. האם אנשי צוות אוויר זכאים למעמד מיוחד כאשר הם עומדים להגיע לשטח שלהם או לשטח ידידותי אחר?

האמנה משנת 1923 לא הבחינה בין איש צוות אוויר הצונח לשטחו או לשטח ידידותי אחר, לבין חברו העומד לנחות בשטח אויב, ומחבר שכתב דברי הסבר על

17 Reaffirmation and Development of the Laws and Customs Applicable in Armed Conflict 77 (Report Submitted by the International Committee of the Red Cross to the XXIst International Conference of the Red Cross 1969).

18 COL. ZVI HADAR, MAIN STATEMENTS OF THE DELEGATION OF ISRAEL, CONFERENCE OF GOVERNMENT EXPERTS ON THE REAFFIRMATION AND DEVELOPMENT OF INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW APPLICABLE IN ARMED CONFLICTS, GENEVA, 24 MAY-12 JUNE 1971, 25 (1971).

19 ראו דברי נציג בלגיה (Official Records of the Diplomatic Conference on the Government) Experts on the Reaffirmation and Development of International Humanitarian Law (Applicable in Armed Conflicts, (CDDH/III/SR.47, para.52.) ונציג קנדה (שם, בפסקה 69).

20 ראו 15 para. CDDH/III/SR.48.

21 ראו 89 para. CDDH/SR.39.

22 ראו 51 para. CDDH/III/SR.47.

23 ראו 1 para. CDDH/III/SR.48.

אמנה זו, הסביר שממילא הטייס ייפול בשבי, ועל כן אין תועלת צבאית בירי כלפיו.²⁴ אם הנימוק לאי פגיעה באוויר באיש צוות אויר הוא נפילתו בשבי, אין הצדקה להעניק לו מעמד מיוחד אם הוא עומד להגיע לשטח שלו או לשטח ידידותי. מאידך, אם הנימוק לאי פגיעה באיש צוות אויר הוא הומניטרי, אין זה משנה אם הוא עומד לנחות בשטחו וכך להימנע מליפול בשבי. בהערות משנת 1971 ציין הצלב האדום כי מסיבות הומניטריות יש לשלול כל התייחסות לשטח שבו ינחת איש צוות האוויר.²⁵ הצעת ישראל והצעת הצלב האדום לא התייחסו לשטח שבו עומד איש צוות האוויר לנחות, אף כי בוועידת ההכנה עלתה דרישה לשלול הגנה ממי שעומד לנחות בשטח ידידותי.²⁶ בוועידה הדיפלומטית דרשו מספר משלחות לשלול את ההגנה כאשר ברור כי איש צוות האוויר לא ייפול בשבי ויחזור למסגרת הצבאית שלו,²⁷ ונציג מצרים הגיש הצעה להוסיף לסעיף הערה השוללת הגנה אם ברור כי האיש ינחת בשטח של מדינתו או של מדינה ידידותית (unless it is apparent that he will land in territory controlled by the party to which he belongs or by an ally of that party).²⁸

בלחץ מדינות המערב חזר בו הנציג המצרי מהצעתו, אך נציג עירק דרש קיום הצבעה על התיקון המצרי, והתיקון המצרי התקבל ברוב קולות נגד קולות מדינות המערב. כתוצאה מקבלת התיקון המצרי הצביעו מספר מדינות, ביניהן בריטניה, גרמניה, קנדה, בלגיה וישראל, נגד הסעיף כולו. נציגיהן הסבירו כי התיקון המצרי פוגע במשפט המנהגי הקיים ובכללים הומניטריים. נציג ארצות הברית נימק את התנגדותו לתיקון המצרי בכך שישנם מצבים אחרים שבהם לא ניתן לשבות חיילי אויב, אך אין זה מצדיק את הוצאתם להורג על מנת שלא יחזרו לשרת בצבאם.²⁹

24 at 15515SPAIGHT, *supra* note .,

25 הצעת הצלב האדום, לעיל הערה 10, בע' 8.

26 I (Report of Commission III) INTERNATIONAL COMMITTEE OF THE RED CROSS, CONFERENCE OF GOVERNMENT EXPERTS ON THE REAFFIRMATION AND DEVELOPMENT OF INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW APPLICABLE IN ARMED CONFLICTS, SECOND SESSION, 3 MAY - 3 JUNE 1972, REPORT ON THE WORK OF THE CONFERENCE 132 (1972).

27 CDDH/III/338, Report to Committee III on the work of the Working Group, Submitted by the Rapporteur.

28 ש.ב.

29 CDDH/III/SR.47, para. 79.

במעשה חריג החליטה הוועדה שדנה בנושא במסגרת הוועדה הדיפלומטית, לדון מחדש בסעיף, ובשלב זה נדחה התיקון המצרי³⁰. במליאת הוועדה הציעו מספר מדינות ערב, שמצרים לא הייתה ביניהן, להכניס מחדש את התיקון "המצרי"³¹. כך, למשל, הנציג הסורי הסביר כי אין מקום להעניק לאיש כזה מעמד מיוחד, נציג עיראק טען שאין לדרוש מחיילים לעמוד בצד ולתת לטייסים לחזור ולהפציץ, ונציג סודן קבע שעצם הכוונה של הטייס לצנוח בשטחו מעידה על כוונתו לשוב ולהילחם, ולכן הוא לא חסר ישע (*hors de combat*)³². פיקטה, נציג הצלב האדום, שלל בנאום נרגש את טענות נציגי ערב וקבע שתיקון כזה יכניס אלמנט הנוגד את רוח אמנות ג'נבה. אדם אשר האנייה שלו נטרפה בים, זכאי להגנה בכל הנסיבות, והצלב האדום יראה בתדהמה הכנסת הוראה המתירה להרוג אויב לא מזוין שאינו יכול להתקוף³³. ההצעה ה"מצרית" לא זכתה לרוב, ואין בהוראה שהתקבלה, כל התייחסות לשטח שבו איש צוות האוויר עומד לנחות.

ג. צניחה בעלת אופי התקפי

בעת הצניחה חיל רגלים מוצנח הוא כוח לוחם בדרך למשימה ואינו זכאי להגנה מיוחדת. גם אם נפגע מטוס המוביל חיילים למשימה, ועקב כך החיילים נוטשים את המטוס בצניחה, אין הם בהכרח חיילים חסרי ישע (*hors de combat*). ניתן אולי להעלות על הדעת גם מצב שבו צוות אוויר הנוטש מטוס במצוקה מפעיל נשק בעת הצניחה, וברור כי גם במקרה זה הצוות אינו במצב של חוסר ישע. ייתכן, אפוא, מצב שעצם הצניחה ממטוס אינה מעניקה מעמד של חוסר ישע.

מנסחי ההוראה לגבי מעמד צוות אוויר הנוטש מטוס במצוקה ניסו למצוא ניסוח אשר ישלול את המעמד המיוחד של הצונחים בנסיבות אלה. הצעת הצלב האדום משנת 1972 הוסיפה סייג להוראה: "אלא אם יחסם עוין" (unless their attitude is)

CDDH/III/SR.59, para. 8 30

.CDDH/414 31

.CDDH/SR.39, paras. 96, 103 32

שם, סעיפים 88-90. 33

(hostile)³⁴, בלי להגדיר מהו יחס עוין. ישראל הציעה לשלול את ההגנה אם "יחסם עוין בעליל" (manifestly hostile)³⁵. מספר מדינות ערב הציעו לשנות במשתמע את עול ההוכחה כך שההגנה תחול רק אם הצונחים הם בבירור חסרי ישע (obviously *hors de combat*)³⁶. במהלך הדיונים בוועידה הדיפלומטית הייתה הסכמה כללית שאין ההגנה חלה על האנשים במטוס עד למועד שבו הם צונחים מהמטוס, ועל כוחות מוטסים גם אם הם נוטשים מטוס במצוקה. הוחלט, אפוא, לציין במפורש כי ההוראה לגבי הגנה אינה חלה על כוחות מוטסים (Airborne troops are not protected by this Article). לאחר שמספר נציגים ציינו שאין אפשרות מעשית שצוות אויר יפעיל נשק בעת הצניחה, הוחלט להשמיט כל התייחסות לאופי עוין או לגישה עוינת בעת הצניחה, והחריג היחידי שנשאר בנוסח, מתייחס, כאמור, לכוחות מוטסים.

ד. האם יש מקום להעניק הגנה לצוות אויר הנוטש מטוס במצוקה, לאחר שהגיעו לקרקע?

אם איש צוות אויר שננטש מטוס במצוקה, מגיע לקרקע חסר הכרה או פצוע באופן שאינו מסוגל להילחם, ברור שהוא זכאי למעמד של חסר ישע (*hors de combat*), כמו כל לוחם אחר. האם הוא זכאי להגנה מיוחדת אם הוא נוחת כשהוא ואולי אף מצויד באקדח?

ההצעה לציין כי יש לאפשר לו הזדמנות סבירה להיכנע, הייתה יוזמה ישראלית. נוסח ההצעה הישראלית היה "Airmen in distress shall be given, upon reaching the ground, a reasonable opportunity to lay down their arms and surrender"³⁷. הרעיון אומץ על ידי הצלב האדום, וההערות שפרסם הארגון להוראה

34 Article 36, ICRC Basic Texts submitted to the 1972 Conference, *supra* note 26.

35 CDDH/III/69.

36 CDDH/III/SR.30, paras. 2-27, CDDH/III/338.

37 ראו לעיל הערה 12.

זו, מסבירות כי ההצדקה להוראה היא שניתן להניח כי אדם במצב כזה מתכוון להיכנע, ויש לעכב התקפה עליו על מנת לתת לו אפשרות להביע נכונות להיכנע.³⁸ במהלך הדיונים בוועידה הדיפלומטית הוחלט להוסיף סייג שלא תהיה הגנה לאיש צוות אוויר שנמצא על הקרקע, אם ברור כי האיש מבצע פעולה עוינת (unless it is apparent that he is engaging in a hostile act).³⁹ בדברי הסבר להוראה זו ציין הדווח כי הוחלט לא לנסות להגדיר מהי פעולה עוינת, אך הייתה תמיכה רחבה ברעיון שאיש צוות אוויר שידע על קיום כוחות אויב בשטח ואף על פי כן ניסה לברוח, מבצע בכך פעולה עוינת. מאידך, עצם העובדה שהוא נע לכיוון כוחותיו אינו שולל את החובה להעניק לו אפשרות להיכנע.⁴⁰

סיכום

הכלל המגן על אנשי צוות אוויר הצונחים ממטוס במצוקה היה כלל של המשפט המנהגי. ישראל יכולה להתגאות בכך שביזמתה קיבל כלל זה גיבוש בפרוטוקול הראשון לאמנת ג'נבה משנת 1949, שהוא אמנה בינלאומית שנכנסה לתוקף, אף כי ישראל אינה צד לה. הכלל הנוסף שהוצע על ידי ישראל והתקבל, הכלל כי יש לתת לאיש צוות אוויר אפשרות להיכנע, התקבל ללא עוררין על ידי הוועידה הדיפלומטית שניסחה את הפרוטוקולים, וייתכן כי ניתן לראות גם בו משום כלל מנהגי. הסייג כי ההגנה אינה חלה על כוחות מוטסים, הוא סייג סביר אשר מקובל גם על ישראל. היזמה המוצלחת הוכיחה גם כי כאשר יש הכנות קפדניות, ישראל יכולה אף להשיג הישגים בנושאים מקצועיים בפורום בינלאומי.

38 Jean De Preux, *Article 42 - Occupants of aircraft*, in COMMENTARY ON THE ADDITIONAL PROTOCOLS OF 8 JUNE 1977 TO THE GENEVA CONVENTIONS OF 12 AUGUST 1949, 494 (Yvez Sandoz, Christophe Swinarski & Bruno Zimmermann, eds., 1987).

39 סעיף 42(2) לפרוטוקול הראשון.

40 הדווח היה ג'ורג אולדיץ, סגן היועץ המשפטי של מחלקת המדינה של ארה"ב דאז: CDDH/236/Rev.1, para. 30.

ערעור על פי הוראת ראש המחוז השיפוטי

צבי ענבר*

מבוא

סעיף 424 לחש"ץ

תקנה 22 לחוקת השפוט, תש"ח

בנימין כהן מוחה

משפטו של סא"ל איסר בארי

מבוא

סיפור המעשה

כתב האישום

מינוי בית דין מיוחד

סיכום התובע בנימין כהן

פסק הדין

גור הדין

מבוא

זה לא כבר התפרסמה הצעת חוק השיפוט הצבאי (תיקון מס' 42) (ביטול סמכויות ראשי מחוזות שיפוטיות), התשס"ג-2002¹, אשר בסעיף 10 שבה מוחקת את הסיפה לסעיף 424(ב) בחוק השיפוט הצבאי, התשט"ו-1955² (להלן - החש"ץ), שעל פיה מוסמך ראש המחוז השיפוטי להורות לתובע הצבאי הראשי לערער על פסק דין של בית דין צבאי מחוזי, של בית דין צבאי ימי או של בית דין שדה.

* תא"ל (מיל'), לשעבר הפרקליט הצבאי הראשי.

1 ה"ח הממשלה 2.

בדברי ההסבר לתיקון סעיף זה נאמר, בין היתר, כי

באשר לסמכות ראש המחוז השיפוטי להורות על הגשת ערעור, קבע בית הדין הצבאי, כי הפעלתה של סמכות זו צריכה להיעשות בזהירות יתרה וכי היא תמומש, מטבע הדברים, במקרים מיוחדים בלבד לאחר עיון קפדני בחוות דעת הפרקליט הצבאי (ר' [עניין אלמגור, בע' 94]); כמו כן נקבע כי על ראש המחוז השיפוטי לעיין ולהתחשב בחוות דעתו המשפטית של הפרקליט, בייחוד כאשר נשקלת האפשרות להגיש ערעור על זיכוי; בפסיקת בית הדין הצבאי לערעורים נקבע, כי על ראש המחוז השיפוטי להעניק משקל מכריע לחוות דעתו של הפרקליט הצבאי, וכי סטייה של ראש המחוז השיפוטי מחוות דעת הפרקליט תוך אי התחשבות בה עלולה להיחשב לחוסר סבירות קיצוני ולהיפסל כתוצאה מכך (ר' [עניין אפללו, בע' 62]).

על כן מוצע להותיר את הסמכות להורות על הגשת ערעור לפרקליט הצבאי הראשי שלו הידע והניסיון בעניני חוק ומשפט.⁴

סעיף 424 לחש"ץ

סעיף 424 לחש"ץ קובע לאמור:

- (א) התובע הצבאי הראשי... רשאי לערער לפני בית הדין הצבאי לערעורים על כל פסק-דין של בית דין צבאי של ערכאה ראשונה.
- (ב) התובע הצבאי הראשי חייב לערער אם הורה על כך ... ראש המחוז השיפוטי לגבי בית דין צבאי מחוזי, בית דין ימי או בית דין שדה.

5...

2 ע31/96/ התובע הצבאי הראשי נ' סמל אלמגור, פד"צ 1996 91.

3 ע44/97/ התובע הצבאי הראשי נ' ע"צ אפללו, פד"צ 1997 48.

4 ה"ח הממשלה התשס"ג 2, בע' 5.

5 ראו סעיף 424 לחוק השיפוט הצבאי, התשט"ו-1955 (להלן: החש"ץ).

תקנה 22 לחוקת השפוט, תש"ח

הוראת חוק זו היא שריד להוראת תקנה 22 לחוקת השפוט, התש"ח, אשר

קבעה:

כל פסק-דין של בית הדין המחוזי יהיה טעון אשורו של מפקד המחוז. מפקד המחוז... אם יהיה בדעה כי פסק-הדין אינו צודק - בין אם לקולא או לחומרא - יוכל להורות לתובע הצבאי כי יגיש ערעור על פסק-הדין לבית הדין העליון.⁷

בנימין כהן מוחה

והנה, מסתבר כי כבר בשנת 1948 היה מי שמחה כנגד ה"אנומליה" של הוראה זו. היה זה רס"ן בנימין כהן⁸, אשר בהופיעו בפני בית הדין העליון⁹ בערעור שהוגש על פי הוראת מפקד המחוז, אמר:

הכללים להגשת ערעור על-ידי התוכ"ל הם:

- (א) בית-הדין דלמטה לא פירש נכון את החוק;
- (ב) בית-הדין דלמטה קבע עובדות, אבל המסקנות אינן הגיוניות;
- (ג) עונש נמוך מדי עד כדי ערעור המשמעת ביחידה.

להפתעתי מצאתי עוד מקרה נוסף, היינו, כשהתוכ"ל הראשי מוכרח, בין אם רוצה ובין אם אינו רוצה, להגיש ערעור. ערעור זה שייך לסוג זה. מפקד החטיבה כרמלי החליט להגיש ערעור. זוהי אנומליה של החוק. אשמח אם בית-הדין יוכל לכתוב זאת בפסק-הדין, כדי לתת לתוכ"ל הראשי אפשרות לנהוג לפי שיקול דעתו. בלי אישור של מפקד החטיבה אין פס"ד. בית-הדין של מטה קבע עובדה ואין בית-דין זה יכול לשנות.

6 בית הדין לערעורים, על פי תקנה 33 לחוקת השפוט, היה "המוסד המשפטי העליון של הצבא".
 7 ראו תקנות-שעת-חרום (חוקת השפוט התש"ח), התש"ח-1948, ע"ר תוס' ב 105 (להלן: חוקת השפוט).
 חוקת השפוט הייתה בתוקף בצה"ל עד ליום 1.1.1956. ראו סעיפים 560(1) ו-563(ב) לחש"ץ.
 8 שנשא בתואר "קצין משפטים ראשי" והיה, למעשה, התובע הצבאי הראשי. לימים - נשיא בית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו.
 9 ע/12/48; בפני הנשיא פון פרידמן (אבישר) והשופטים שמעון וסרמן ואיסר בן צבי.

לשאלת השופט וסרמן עונה כהן: "עלי היתה חובה קונסטיטוציונית להגיש ערעור. אם אני מגיש ערעור - עלי לכתוב נימוקים, אולם חובה עלי לציין כי הנימוקים האלה אין להם אחיזה בפסק-הדין".

ולשאלת השופט בן צבי משיב כהן: "מפקד החטיבה יכול להתעקש ולא לאשר את פסק-הדין. אם גם אני אתעקש ולא אערער, הרי פסק-הדין יישאר תלוי ואין לדבר סוף".

סופו של דבר - בית הדין העליון דחה את הערעור בלשון לקונית, מבלי להגיב על בקשתו של כהן.

משפטו של סא"ל איסר בארי

מבוא

על סגנונו המיוחד של רס"ן בנימין כהן נוכל ללמוד גם מנאום הסיכום שלו במשפטו של סא"ל איסר בארי, ראש שירות המודיעין בצה"ל. סיפורו של משפט מעניין ומיוחד זה כלול בספר אשר נמצא עתה בשלבי עריכה. אנו נביא כאן רק את הפרטים החיוניים להבנת נאומו של כהן.

סיפור המעשה¹⁰

עלי קאסם שימש מודיע בשכר של הש"י. לשירות המודיעין היה חשש רציני שעלי קאסם יתחמק מהמדינה, יעבור לאויב וימסור לו ידיעות. ב-16.11.1948 נתן איסר בארי פקודה לקצין המודיעין דוד קרון להוציא להורג את עלי קאסם, וזה הוציא לפועל את הוראתו באותו יום, בוואדי ביערות הכרמל.

¹⁰ לפרטים נוספים ראו מ' בר-זהר הממונה: איסר הראל ועלילות שירותי הביטחון (תשל"א) 37-38; ש' טבת עונת הגז (1992) 74-77 והמקורות שאליהם הוא מפנה בהערותיו, בע' 151; א' הראל בטחון ודמוקרטיה (תשמ"ט) 114 ואילך.

¹¹ שירות הידיעות.

כתב האישום¹²

כתב האישום, אשר נחתם בידי התובע הצבאי הראשי, אהרן חטר-ישי, ייחס לאיסר בארי שתי אשמות: האחת - חריגה מסמכות, לפי תקנה 86 לחוקת השפוט, בכך שביום 16.11.1948 נתן צו לקצין דוד קרון להוציא להורג את עלי קאסם בלי שהייתה לו סמכות. הצו הוצא לפועל באותו יום בוואדי ביערות הכרמל וגרם נזק מוסרי חמור לצבא; השנייה - שימוש לרעה בסמכותו כלפי עלי קאסם, אחד מפקודיו, לפי תקנה 87 לחוקה.

מינוי בית דין מיוחד

הרמטכ"ל הורה כי במשפט יֵשב בית דין מיוחד¹³. בית דין זה הורכב מאב בית הדין סא"ל יזהר הררי ומהשופטים סא"ל אשר פלד וסא"ל יהושע אשל. המשפט החל ב-18.1.1949, כתובע הופיע רס"ן בנימין כהן, ואילו בארי הודיע כי אינו רוצה בסגור, וניהל הגנתו בעצמו.

סיכום התובע בנימין כהן

עם תום פרשת העדויות במשפט נשא התובע בנימין כהן את נאום הסיכום שלו, שזה עיקרו:

בתקופת המחתרת לא יכלו להיזקק לבתי הדין ונקבעו סייגים שאדם לא ייהרג לשוא. אבל מן הרגע שנוסדה המדינה - נוסדו בתי דין. נשפטים לפי פרוצדורה שהחוק קובע ולא לפי מה שהנאשם מסכים להם. נקבעו מסלולים ומחוץ למסלול אסור ללכת אפילו אם צודקים. מה זה פס"ד? זוהי פיקציה, הנחה משפטית שפס"ד קובע את האמת, גם אם כולנו יודעים שזה לא נכון. כולנו ראינו שהאיש רצח, אך בית-הדין זיכה אותו, והוא "לא רצח". האזרח יכול לישון בשקט כי הוא יודע שכלי פרוצדורה מסויימת לא יאונה לו דבר. הנאשם ינפנף

12 החומר מכאן ואילך מבוסס על תיק בי"ד מיוחד 1/49, המצוי בארכיון צה"ל, תיק 1559/52 במשלוח 228.

13 לפי תק' 28 לחוקת השיפוט. בי"ד כזה מתמנה ע"י נשיאות ביה"ד הצבאי העליון והרכבו חייב לכלול לפחות אחד משופטי בי"ד זה.

אולי בשורת המתים שמאחריו, אבל לפני עיניכם תהיה שורת המתים שאולי נמצאת לפניכם אם לא יופסק הדבר. לשאלה אם המנוח היה נבזה, אין כל חשיבות במשפט זה. חשוב הוא אם לעלי קאסם ניתנה הזדמנות להגן על עצמו לפי הפרוצדורה. קציני המודיעין שהעידו משוכנעים בצידקתם. מחר הוא יחזור על אותם הנימוקים אם יהרוג את בנימין כהן. מאוגוסט עד נובמבר הירשו לעלי קאסם להסתובב, ובלי כל מניע חדש ודחוף, שקלו כי האיש יודע יותר מדי, והגיע הזמן לחסלו. זהו רצח, אולם כתב האשמה הוגש על חריגה מסמכות, כי זה מקרה ראשון, והיתה גישה עדינה.

פסק הדין

עלי קאסם היה מדי פעם, בעד בצע כסף, מוסר ידיעות לש"י. הוא היה טיפוס שפל שבגד בעמו הערבי ובאותו זמן היה מוכן בכל עת לרמות את מעבידיו החדשים ולספק ידיעות לצבאות ערב. היו לו הרבה ידיעות שיכלו להביא תועלת רבה לאויב ונזק לישראל. ייחסו לו בעבר מעשים רבים עבורם ראוי היה לעונש מיתה. ל-ש.מ¹⁴. היה חשש רציני שעלי קאסם יתחמק מהמדינה, יעבור לאויב וימסור לו ידיעות. השירות ראה עצמו אחראי שעלי קאסם לא יעשה זאת, ואיסר בארי נתן פקודה להרגו.

אין עברייני יכול לבוא על ענשו, ומה גם עונש מוות, ללא פסק-דין של בית-דין שהוקם כחוק. אין להשלים עם שיטה שאיזה שהוא שירות במדינה יימצא פועל מעל לחוק. כל זכות יתר, אם ישנה, החוק חייב ליתן אותה. פעולת הנאשם אינה דומה לפעולה בחזית. עלי קאסם הסתובב חפשי ובוטח, במידה מסויימת, בתוך המדינה. בית-הדין אינו מקבל את טענת הנאשם שהדרך בה נקט היתה היחידה בה אפשר היה לנקוט. אם להשתמש בלשון הסיפא של תק' 1569, הוא עשה יותר מאשר היה צורך לעשות (ועל כן הגנת התקנה אינה עומדת לו).

14 שירות המודיעין.

15

לא ישא אדם באחריות בשל מעשה ... אם עשה ... את המעשה באחת המסיבות כדלקמן, דהיינו:

...

(ז) לשם הגנה על המדינה.

בתנאי ש... לא עשה יותר מאשר היה צורך לעשות למטרה שלשמה עשה [את] המעשה.

לפיכך הרשיע בית הדין את בארי באשמת חריגה מסמכות, אך זיכהו מאשמת שימוש לרעה בסמכותו כלפי עלי קאסם.

גזר הדין

בהתחשב בעברו של הנאשם, במסירותו, בשירותו ובתפקידיו בעבר, בנסיבות שבהן נעשתה העבירה, ובתקופה, שהייתה תקופת מהפכה לאומית וזמן מעבר ממחותרת לחיי מדינה תקינים, דן בית הדין את איסר בארי לעונש של הורדה ממילוי תפקיד בלי הורדה מדרגה. הרמטכ"ל, יעקב דורי, אישר את פסק-הדין¹⁶.

16 בטופס העברת פסק הדין לאישור מעל החלק "החלטת הרשות המאשרת" מופיעה בשורה אחת בכתב יד (לא כחלק מהטופס) המלצת הפרקליט הצבאי הראשי: "לאשר את פסה"ד שאינו בר-ביצוע בגלל החנינה". אותה עת לא נדרשה עדיין הרשות המאשרת לעיין בחוות דעתו של פרקליט צבאי לפני אשרה את גזר הדין.

רבותיי, ההיסטוריה...

הפרקליטות הצבאית והשטחים המוחזקים*

צבי ענבר**

נאום שר המשפטים

תכנית "שחם"

קורסים לקציני מילואים של הממשל ושל הפרקליטות

1967 - יישום התורה

נאום שר המשפטים

ביום 3.7.1967 אמר שר המשפטים, יעקב שמשון שפירא, בנאומו

בכנסת:

* מדור זה יוחד עד כה להיסטוריה של המשפט הצבאי בתקופת הקמת המדינה ולפניה. לבקשת המערכת חרגתי ממסגרת זו לקראת מלאות שלושים וחמש שנים למלחמת ששת הימים. בעשתי כן הבאתי בחשבון את העובדה שלגבי חלק מהמשרתים במערכת המשפטית בצבא מלחמת ששת הימים אף היא בבחינת היסטוריה. בשל העובדה שנטלתי חלק בהכנות להקמת ממשל צבאי ולאחר מכן בכינונו, יישאו הדברים הפעם אופי של זכרונות אישיים. חלק מהכתוב לקוח מתוך יומני האישי מאותה תקופה כמעט ללא שינויים.

** תא"ל (מיל'), לשעבר הפרקליט הצבאי הראשי.

צ' ענבר "הפרקליטות הצבאית והשטחים המוחזקים" משפט וצבא 16
(התשס"ב) 149

עבודת משרד המשפטים קלה באופן יחסי במידה שהדבר נוגע לחלקי ארץ ישראל שמחוץ לירושלים, אשר שוחררו על ידי צה"ל. השלטון הממשי שם הוא בידי כוחות הצבא, והשאלות המשפטיות הכרוכות בכך מסורות לידי המנגנון המשפטי של צה"ל בראשותו של הפרקליט הצבאי הראשי. המנגנון המשפטי של הצבא עומד במשימה במידה שיכולה לשמש דוגמא לצבאות בעלי נסיון רב יותר, במדינות בעלות מסורת של שמירה קפדנית של יסודות החוק הבינלאומי הפומבי.

הפצ"ר, מאיר שמגר, שיתף אותנו בהוקרה זו. את הקטע הנ"ל מתוך עיתון "הארץ" הוא שיגר בלויית מכתב בכתב ידו:

שלום רב לך צביקה,

ראה נא הלוטה שהוא תולדה להוקרה לה זכינו בזכות פעולה בה נטלת חלק חשוב.

בברכה

מ. שמגר, אל"מ

כל זה לא בא יש מאין, ואספר על תקופת ההכנות של הפרקליטות הצבאית לשליטה בשטחים מנקודת מבטי כקצין מטה במטכ"ל ועל השלבים הראשונים של שליטתנו בשטחים והפעם מנקודת מבטי כאיש הפרקליטות הצבאית.

תכנית "שחם"

יום שלישי, 130.4.1963 - מחר תוצג תכנית "שחם" בפני הרמטכ"ל. התכנית מבוססת על הקמת 8 נציגויות בהתאם לנפות בגדה המערבית: ג'נין, שכם, טול כרם, רמאללה, ירושלים, יריחו, בית לחם, חברון. היום היו אצלנו הפצ"ר וסא"ל שרגנהיים, פרקליט פיקוד המרכז, והוא יכין את החלק שלו שמתבטא כיום, בהתאם לתקן, ביועץ משפטי למטה הממשל בגדה 41- בתי דין צבאיים. אצלנו במטה משובץ כקצין מטה עו"ד מירון, שהיה בעבר מנכ"ל משרד הפנים², והוא נמנה על תקן הממשל הצבאי³. כדי להתכונן צריך הפצ"ר קובץ של חוקי ירדן וכן מבנה המוסדות המשפטיים, ועליי מוטל להשיג חומר זה מאמ"ן.

שבת, 4.5.1963 - היום עבדתי יחד עם רס"ן הדר ממפצ"ר⁴ ועם מתורגמן⁵ על הכנת תקנות ההגנה (שעת חירום), 1945 בערבית לשם שימוש בהן בכל אזור כבוש. השגתי את ספר החוקים משנת 1945 בשפה הערבית, והיה צורך להוציא מהם כל ביטוי הקשור למונחים כמו "הנציב העליון", "כוחות הוד מלכותו" וכולי, ולהפכם ל"המפקד הראשי", "כוחות ישראל" וכולי. במקום הנציב העליון או הרמטכ"ל הוכנס לתקנות כסמכות עליונה המפקד הראשי של כוחות צה"ל בשטח הכבוש, אשר עם כניסתנו

-
- 1 אותה עת כיהנתי כקצין מטה בכיר במטכ"ל-אג"ם-ממשל צבאי תחת פיקודו של אל"ם יהושע ורביץ. המחלקה, שהייתה מופקדת על שלושת אזורי הממשל הצבאי בתחומי ישראל - גליל, תיכון ונגב - מנתה שני קצינים: אל"ם ורביץ ואני, וכן שני אורחים.
 - 2 ואביו של עו"ד יצחק מירון, קצין במילואים בפרקליטות הצבאית.
 - 3 ולא על תקן הפרקליטות הצבאית.
 - 4 שהחליף בשנת 1968 את אל"ם שמגר כפצ"ר.
 - 5 אני עצמי סיימתי כשנתיים וחצי קודם לכן אולפן לערבית בן שבעה חודשים.

יכריזו על תקנות אלה כעל חלק מהמשפט בשטח הכבוש, ועל פיהן ימנה את 8 הנציגים כמפקדים צבאיים. בעיה נוספת המתעוררת היא התאמתם של עונשים על עברות מסוימות בתקנות להוראות אמנת ג'נבה, האוסרת הטלת עונש מוות, אלא במקרים מיוחדים. שלא לדבר על הקשיים הטכניים הגדולים שנוצרו בשל התיקונים הרבים לתקנות שאינם מופיעים בספר החוקים בערבית שבידינו, ויהיה צורך להשיג את כל התיקונים, לעבור עליהם, לשבצם כהלכה, לספרר מחדש ועוד.

השגתי ממדור 5 באמ"ן 3 כרכים של חוקי ירדן מעודכנים עד 1960 וכן 3 כרכים של העיתון הרשמי בתוקף עד אפריל 1962. הראיתי אותם לשטרנברג, והוא הסתייג מהצורך בלימודם המיידים (הם היו בשפה הערבית). אמרתי לו כי מאחר שיש לשער שהמפקד הצבאי יכריז על כך שהחוקים הקיימים נשארים בתוקפם, יש צורך לדעת מה מהחוקים לבטל מיד, כי לא יתכן שנשאיר איזה שהוא חוק המכוון נגד ישראל וניתן לו גושפנקה של השלטון הישראלי. הוא הסכים עם זה מיד וביקש שאמסור הכרכים למתורגמן שלהם על מנת שיכין רשימה של שמותיהם, ועל פיה יחליט אילו חוקים יש לבדוק באופן יסודי. היום, כאשר עבר אתי על העיתון הרשמי, גילה רשימה הכוללת שמות ספרים שנאסרו לפרסום בירדן. הרשימה כתובה גם באנגלית וכוללת גם את יומנה של אנה פרנק ועוד. הייתה זו הוכחה לצדקת דבריי מאתמול.

יום שני, 6.5.1963 - אצל אל"ם אלי זעירא, רמ"ח מבצעים, דיון בקשר למבנה הממשל בשטח הכבוש. השתתפו גם רפול, הפצ"ר שטרנברג,

6 הכוונה היא לתיקונים מתקופת המנדט הבריטי על ארץ ישראל.

7 שמו של שמגר לפני החלפתו.

אל"ם ורבין וסא"ל לובטקין, מושל צבאי תיכון שבפיקוד המרכז. במקום 8 נפות (כפי שזה כיום המבנה האדמיניסטרטיבי), יהיו 6 נפות המבוססות על גושים ומחוז ירושלים. יהושע ורבין סיפר לי כי שוחח בנושא זה עם הרמטכ"ל⁸, וההצעות הן: אלוף ויויאן הרצוג - מושל הגדה, מישאל שחם⁹ - מושל ירושלים¹⁰.

יום שלישי, 7.5.1963 - אתמול נערך אצל ראש מת"מ¹², אל"ם שייקה רביב (רתח) דיון בקשר לתקן הממשל. השתתפו גם אל"ם גודר¹³ ושטרנברג. [כאן באים פרטי הדיון והתפקידים שהוטלו עליי בעקבותיו בקשר להכנת הנחיות בכתב לבעלי התפקידים השונים]

יום רביעי, 8.5.1963 - היום בא אליי רס"ן הדר ממפצ"ר כדי להמשיך בהכנת תקנות ההגנה בערבית. היינו יחד בענף פרסומים והוברר שהדרך הטובה ביותר להכנת החומר היא צילום התקנות והכנת הטקסט הרצוי לנו על ידי גזירה, הדבקה וצילום מחדש.

25.6.1963 - היום השתתפתי ביום עיון מטעם מפצ"ר למשפטני מילואים בנושא דיני מלחמה, שטחים כבושים וכיוצא בכך... בתחילת ההשתלמות ישבתי עם רס"ן הדר אצל הפצ"ר ונקבע שיפרח מפרקליטות המחוז יערוך את תקנות ההגנה בערבית לאחר שדאגתי לצילומן.

8 צבי צור.

9 כפי שאכן היה ב-1967.

10 מי שהיה ראש מחלקת הממשל הצבאי במטכ"ל לפני יהושע ורבין.

11 בפועל התמנה לתפקיד זה אל"ם שלמה להט (צ"ץ).

12 המחלקה לתפקידי מטה, מאוחר יותר - אג"ם-תוא"ר (תכנון וארגון).

13 אותה עת מפקד ההגנה המרחבית בפיקוד המרכז.

* * *

סוף דבר - את הגדה המערבית לא כבשנו, אך ההכנות לקראת השתלטות על שטחים כבושים נמשכו בעיקר בפרקליטות הצבאית ובמחלקה שלנו במטכ"ל.

קורסים לקציני מילואים של הממשל ושל הפרקליטות

בסופו של אותו חודש, מאי 1963, התחלתי לארגן את הקורס הראשון לאנשי מילואים של הממשל הצבאי בבית הספר למדעי המדינה בירושלים, שהיה בית ספר משותף לחיל המודיעין ולזרועות המודיעין האחרות.

הפצ"ר ומפקדת פצ"ר, בעיקר סרן שבתאי זיו¹⁴, רמ"ד הדרכה, ורס"ן צבי הדר, שהיה אחד המרצים בקורס, נטלו חלק רב הן בהכנת החומר המשפטי והן בשילוב אנשי מילואים של הפרקליטות כחניכים בקורס.

הקורס נפתח ב-12.8.1963 ונמשך חודש תמים. השבוע הראשון בו הוקדש לחלק המשפטי, השבוע השני - לתורת הממשל הצבאי ולקחי "קדש"¹⁵, השבוע השלישי לבעיות ירדן, האיסלאם וכיוצא בכך, והרביעי - לתרגיל המסכם, "יבוסי" - כיבוש ירושלים העתיקה.

סיכום הקורס ב-11.9.1963 נערך בהשתתפות אלוף (מיל') הרצוג, מפקד מפקדת הגג¹⁶, אל"ם ורבין והפצ"ר.

14 לימים סגן הפצ"ר ומ"מ נשיא בית הדין הצבאי לערעורים בדרגת תא"ל.

15 כיבוש רצועת עזה וסיני ב-1956.

16 המפקדה האמורה לשלוט בגדה המערבית.

נערכה גם ארוחת ערב חגיגית, מצב הרוח היה מרומם, והפצ"ר, שידע כי גמרתי משפטים, שאלני מה בקשר לסטאג'. אמרתי לו שברצוני לעשות זאת, תוך הפניית השאלה למפקדי ורביני¹⁷.

לקראת הקורס השני, באוגוסט 1964¹⁸, ניסיתי לשלב בהדרכה את ראש הממשל הצבאי הקודם, אל"ם (מיל') מישאל שחם, אך הוא אמר שאני חושב 50 שנה אחורנית. היום מדינת ישראל לא תכבוש שטחים, כי המעצמות לא יאפשרו לה זאת... האמת היא שגם בקורסים אחרים בצבא לא התייחסו כמעט לנושא זה. ואולם הפרקליטות הצבאית המשיכה לקיים השתלמויות למשפטניה בבית החייל בירושלים, ואני נטלתי בהן חלק כמרצה בנושא ארגון הממשל הצבאי בשטחי כיבוש ותפעולו.

הקורס השני היה בעיקרו של דבר במתכונת הקורס הראשון תוך הכנסת שיפורים, ואף בו השתתפו ובלטו במיוחד בכירי הפרקליטות הצבאית במילואים.

1967 - יישום התורה

24.5.1967 - אני מכהן כתובע בבית הירוק ובשעות לפני הצהריים מתמחה אצל אהרן שדר בפרקליטות מחוז תל אביב. אותו יום ערכתי עם קצין נוסף ביקורת של ארגוני החירום באפסנאות מפצ"ר. לכל יועץ משפטי מיועד בגדה המערבית, ברצועת עזה ובסוריה ולכל יועץ משפטי בנפת

17 בסופו של דבר עברו עוד כשנתיים ורבע עד אשר הסכים אל"ם ורבין בסוף 1965 להעברתי אל הפרקליטות הצבאית.

18 בית הספר ביקש לקיים את הקורס ביוני, אך הפצ"ר ביקש לקיימו באוגוסט, מועד פגרת בתי המשפט.

ממשל - ארגון משלו. ארגונים אלה כללו חוברות בעברית: השתלטות על שטחים כבושים, דיני מלחמה, אמנות ג'נבה ואמנות האג; ספרות משפטית באנגלית: MANUAL OF MILITARY LAW, החלק השלישי העוסק בדיני הלחימה ביבשה, ספרו של וון גלאהן, THE OCCUPATION OF ENEMY TERRITORY, וספריהם הנוגעים לנושא של אופנהיים-לאוטרפכט ושוורצנברגר. וזאת בתקופה בה הפרקליטות הצבאית לא היתה משופעת בעודפי תקציבים. כמו כן, כלל כל ארגון ציוד משרדי בסיסי.

אחר הצהרים נקראתי לפצ"ר שמגר עם סרן אריה נתיב מפרקליטות צפון¹⁹ לקבלת הנחיות, ובערב נשלחתי יחד עם יעקב קדמי, התובע הצבאי הראשי²⁰, שבתאי זיו, ואיש המילואים, עו"ד אליהו גיצלטר ז"ל, במכונית הביואיק המפוארת של גיצלטר (שהיה בה מיוזג אויר, חידוש מדהים עבורנו) לבאר שבע, לממשל הצבאי, לשם איוש תפקידי היועצים המשפטיים בחוליות החלוץ של הממשל הצבאי שלידי הכוחות הלוחמים. צורפתי אל חולייתו של איש המילואים יצחק ספקטור (צקו), ויצאנו למפקדת אוגדה 84 (גי"ש) שחנתה ליד רנן, קרוב לעיירה אפקים.

את השבוע שלאחר מכן בילינו בשדה בפגישות עם מפקדים באוגדה, בחטמ"ר 11 ובגדוד 128 במבטחים וכן בלימוד החומר התורתי שבארגון החירום (למעט יום אחד, שאותו ביליתי בצום ובשכיבה עקב קלקול קיבה).

ב-30.5.1967 חזרתי לבאר שבע, שבה נפגשתי עם שמגר ועם קדמי. עדכנו את המדריכים לקצין ממשל בשטח כבוש, קדמי ואני החזרנו ציוד וחזרנו למפצ"ר.

19 לימים - פרקליט צפון וסגן פצ"ר, בדרגת אל"ם.

20 כיום - שופט בית המשפט העליון בדימוס.

ביום ראשון בערב, 4.6.1967, קיבלתי הודעה לבוא למפקדה עם תיק החפצים האישיים. היה ברור שהפעם יוצאים למלחמה. עוד באותו ערב צורפנו, רס"ן גרשון אוריון²¹ ואני, למפקדת חטיבה 11, שחנתה ליד נחל עוז. למחרת בבוקר יצאתי עם סרן יוסי כהן מהממשל וסגן זאב ז"ל מבטחון שדה למגן, ושם צורפנו לגדוד 81 בפיקודו של סא"ל שמואל גולדברג, שעליו הוטלה משימת כיבוש חאן יונס. מאוחר יותר הצטרף למשימה זו כוח של הצנחנים. המג"ד שלח את חוליית הממשל להודיע על עוצר, החוליה הותקפה בריות, וסגן זאב נהרג. כיון שכבר הייתי במקום, נשאלתי על ידי המג"ד כיצד לנהוג באנשי או"ם שנעצרו, ויעצתי לו להמשיך ולהחזיק בהם עד גמר הלחימה.

כעבור יומיים הגיעה הוראה שעלי לבוא לעזה. התייצבתי בפני אנשי הממשל הצבאי, לרבות האלוף משה גורן, מפקד כוחות צה"ל באזור. מצאתי את חוקת הרצועה ותרגמתיה כמעט במלואה. אחר הצהריים הגיע סא"ל קדמי עם חוליית הפרקליטות, מסרתי את החוקה לרס"ר דניאל דניאל להשלמת התרגום וחזרתי ליפו.

ביום ששי התייצבתי בפני הפצ"ר ומסרתי לו דו"ח בעל פה ובכתב, והוא הודיעני כי אעבוד אתו בכל הקשור לתיאום חוליות הפרקליטות בשטחי הממשל. עוד באותו יום יצאתי אתו ועם אל"ם אליעזר ליף, ראש הממשל הצבאי²² לעזה, ושם נפגשנו עם אנשי הפרקליטות. חזרנו למפצ"ר, והתחלתי לטפל בבעיות שהועלו.

21 כיהן לאחר מכן כפרקליט חיל הים בדרגת סא"ל.

22 שהחליף את יהושע ורבין.

ימים מספר לאחר מכן קיבלתי מהפצ"ר מכתב: "הנדון: פעולה כחלוץ היועץ המשפטי לממשל. קראתי בעיון את הדו"ח שלך בנידון ושמחתי להיווכח כי בצעת המוטל עליך במסירות ובהצלחה".

בשבועות הקרובים הייתה לכולנו עבודה ללא יום אחד של הפסקה. עבדנו עד שעה מאוחרת גם בימי ששי, בשבתות ובחג השבועות. כמעט מדי יום יצאתי לחוליות הפרקליטות בשטח כדי לטפל בבעיות המתעוררות ומדי יום ישבתי עם הפצ"ר לדווח לו ולמצוא פתרונות לסוגיות שהועלו. הפצ"ר אף הוא המשיך לצאת מדי פעם לשטח.

ב-21.6.1967 הודיעני הפצ"ר כי עליי להחליף את קדמי בעזה למשך שבוע כי על קדמי לעסוק בחקירה מוקדמת של ארוע תקיפת האנייה האמריקנית, "ליברטי". שבוע זה נמשך כארבע שנים וחצי.

בגלל קשיי התקשורת וריבוי הבעיות נתן לנו הפצ"ר, לפחות בעזה, יד חופשית למדי, ולמעשה, יכולנו לחוקק בתקופה הראשונה כמעט ללא מגבלה ככל הנדרש להשלטת הביטחון והחזרת החיים האזרחיים למסלולם התקין. כיוון שרבים מאנשי הממשל הצבאי היו ללא הכשרה מספקת בנושאים שעליהם הופקדו, וזה נכון לכל אזורי הממשל, מרמת הגולן ועד לדרום סיני, הפכנו עד מהרה לאורים ותומים בסוגיות השונות. לא רק שפתרנו בעיות בדרך של עצה טובה וחקיקת צווים כנדרש, הקמנו גם בתי משפט צבאיים ומערכת תביעה, שאפשרו לממשל לאכוף את הוראותיו, ולא ייפלא שרכשנו עד מהרה מעמד מרכזי ושם טוב.

* * *

על הימים הראשונים של הייעוץ המשפטי בשטחים ועל הבעיות הרבות והמגוונות שבהן עסקנו, עוד ייכתב, בוודאי, בפירוט תוך הסתמכות

על תיעוד ראוי, כנדרש. רשימתי זו, אין בה כדי להציג את התמונה בשלמותה, והיא לא באה אלא להאיר מוויית אישית שלי תקופה של עשייה חשובה ומרתקת.

השתקפות המשפט בראי הקולנוע - "תמונתו של עורך דין"

אסף פורת*

מבוא

משפט וקולנוע

תרומת העיסוק במשפט וקולנוע לעולם המשפט

תמונתו של עורך הדין בקולנוע של שנות ה-90'

סוף דבר

מבוא

בדור האחרון אנו עדים לריבויים של ענפי מחקר חדשים, המכונים בין-תחומיים או אינטרדיסציפלינריים. הבולטים שביניהם הם הגישה הכלכלית למשפט², הגישה

* עורך דין, LL.M. עוזר משפטי בבית המשפט המחוזי בתל אביב. עוזר הוראה באוניברסיטת תל אביב ובמרכז הבינתחומי בהרצליה.

הדברים הוכנו כחלק מהרצאה לקראת השתלמות בנושא "משפט בספרות" במכון להשתלמות שופטים במועד 11-9.2.2003. תודתי למורי ורבי, סגן הנשיא השופט יהושע גרוס, יוזם ההשתלמות והמנחה שלה, אשר תמך בי ועודד אותי לעיסוק ולמחקר במשפט וספרות, בכלל, ובמשפט ואמנות, בפרט. כן שלוחה תודתי ליוסי זויטיא, עורך כתב העת, אשר קרא טיוטה של רשימה זו, העיר והאיר בכישרון רב ובטוב טעם, כהרגלו. כמו כן תודתי למתן גולדבלט, לאייל נבו ולבעז שדלצקי. רשימה זו מוקדשת באהבה לאדם מיוחד, חבר ובן משפחה, עורך דין רמי שרון.

1 א' פרוקצ'יה "בועות משפט: הרצאה לפתיחת שנת הלימודים" משפטים כ (תש"ן-נ"א) 9, 10. כן ראו גיליונות שלמים של כתבי עת שיוחדו לנושא בין-תחומי מסוים, למשל מחקרי משפט יח (תשס"ב) (משפט וספרות), המשפט 13 (2002) (משפט ותרבות) ופלילים ז (תשנ"ט) (אותו הנושא) ופלילים ט (תשס"א) (משפט, צבא וחברה).

נעיר כי העיסוק הבין-תחומי אינו מקובל על הכול ומקים עליו מתנגדים חריפים הדוגלים בגישה כי תפקידו של המשפטן לעסוק בדין, ולא בתחומים אחרים, וכי כל מי שעוסק באותם התחומים האחרים כבכלי עזר בלבד על מנת להאיר באמצעותם את תחום המשפט, עלול להיתפס לכלל שטחיות, חובבנות ואפילו שרלטנות (השוו' י' טירקל "הרהורים על הומניזם ועל דמותו של המשפטן" הפרקליט מא (תשנ"ג-נ"ד) 458, 461 ופרוקצ'יה, לעיל, בע' 10-11).

2 ראו ע' זלצברגר "על הפן הנורמטיבי של הגישה הכלכלית למשפט" משפטים כב (תשנ"ג-נ"ד) 261 ולאחרונה ע' אייל "רטוריקה כלכלית: כלכלה וספרות בנינוח המשפט" מחקרי משפט יח (תשס"ב) 263.

א' פורת "השתקפות המשפט בראי הקולנוע - תמונתו

של עורך דין" משפט וצבא 16 (התשס"ג) 691

הפילוסופית למשפט³, הגישה הפמיניסטית למשפט⁴, הגישה הפסיכולוגית למשפט⁵ ועוד. שאלות מעניינות הן שאלת הגורם או המניע שהביא לתופעה זו, ושאלת התרומה של העיסוק הבין-תחומי הלכה למעשה. שאלות אלה חורגות ממטרת רשימה קצרה זו⁶. אשר על כן ניתן להסתפק בשניים: ההנחה כי העיסוק הבין-תחומי מפרה את המשפטן ומפתח בו תכונות חשובות כגון פתיחות, ביקורתיות, חדות ובהירות⁷, ודבריו הקולעים של השופט י' טירקל ברשימתו על "משפט והומניזם":

משפט אנושי אמיתי, שאינו מושתת רק על מידע המופק ממאגר חסר רגשות, אין לו חיים בלי משפטנים שזכו בעולם של ערכים, בחוסן מוסרי, בחכמת לב, בלב שומע ואוהב. כאן מקור חיותו ומכאן נשאבות התשובות לשאלות הקשות. עלינו לעשות כל שביכולתנו כדי שלפחות מקצת היושבים על קתדרות המורים באוניברסיטאות, על ספסלי עורכי-הדין ועל דוכני השופטים בבתי-המשפט יהיו גם בעתיד אנשים כאלה, בני-אדם בעלי לב, תרבות וערכים, שראייתם מגעת מעבר לאופק המשפטי הצר ומקיפה עולמות שלמים, כאלה שהם עשירים בדעת ולא רק בידע מקצועי.⁸

בשולי העיסוקים הבין-תחומיים המקובלים מופיעים חדשות לבקרים עיסוקים בין-תחומיים נוספים, ביניהם העיסוק ב"משפט וספרות" (Law and Literature),

3 ראו קובץ המאמרים עיוני משפט יח (2) (התשנ"ד) (בע' 305-482).

לקשר שבין הפילוסופיה למשפט ולהשפעות ההדדיות בין שני התחומים ניתן להביא כדוגמה את כתביו של הפילוסוף ניטשה, אשר במספר לא קטן של אמירות ערכיות הנוגעות למשפט ולחברה חדר לתודעה המשפטית. ראו, למשל, פ' ניטשה דמדומי שחר (י' אלדד מתרגם, תשכ"ח) פסקה 152 (על תפיסת החוק), פ' ניטשה הרצון לעוצמה (י' אלדד מתרגם, תשל"ט) פסקה 740 (על הפשע) ופ' ניטשה שקיעת האלילים (י' אלדד מתרגם, תשל"ג) "סיורים של איש שלא בעיתו", פסקה 45 (על הפושע).

4 ראו א' מ' פיסס "מהו פמיניזם" עיוני משפט יח (תשנ"ד) 5.

5 ראו DANIEL N. ADAM GEAREY, LAW AND AESTHETICS (John Gardner gen. ed., 2001) ו- ROBINSON, PSYCHOLOGY AND LAW: CAN JUSTICE SURVIVE THE SOCIAL SCIENCES? (1980).

6 לדיון בשאלת הגורם שהביא לתופעה ראו מ' מאוטנר "הפקולטה למשפטים: בין האוניברסיטה, לשכת עורכי-הדין ובתי-המשפט" ספר השנה של המשפט בישראל תשנ"ב-תשנ"ג (א' רוזן-צבי עורך, תשנ"ד) 1.

7 השוו טירקל, לעיל הערה 1, בע' 458, י' א' ב' טירקל "תיקון הלב" הפרקליט מ (תשנ"א-ג) 34, בייחוד בע' 42-41 (סעיף 7), פרוקציה, לעיל הערה 1, בע' 10 ור' א' שפירא "המקצוענות של החינוך המשפטי" מחקרי משפט יז (תשס"ב) 263, 289-292.

8 טירקל, לעיל הערה 1, בע' 462. ראו גם דבריו של שופט בית המשפט העליון האמריקאי, פליקס פרנקפורטר, שהובאו שם, בע' 458. לשאלת החינוך המשפטי בכלל ראו חוברת עיוני משפט כה(2) (התשס"ב) (ע' 575-243), שיוחדה לנושא זה.

המתפצל לכיוונים שונים ולתחומי משנה שונים ומגוונים. סיווג מקובל מבחין בין "משפט כספרות" (Law as Literature) - תחום המבקש ליישם טכניקות של ביקורת הספרות על טקסטים משפטיים - לבין "משפט בספרות" (Law in Literature) - תחום הבוחן את הרלוונטיות האפשרית של טקסטים ספרותיים למדע המשפט, ובייחוד אלה הבאים לספר סיפור משפטי, קרי: האם "הזר" של קאמי או "החטא ועונשו" של דוסטויבסקי, למשל, עשויים ללמדנו דבר מה אודות המשפט¹⁰.

לאחרונה ניתן לדבר, בעיקר בארצות הברית ובאנגליה, על הופעתו של עיסוק בין-תחומי חדש לצד העיסוק במשפט וספרות. אותו עיסוק מכונה בלעז Law and Popular Culture או Popular Legal Culture¹¹. למיטב ידיעתי, העיסוק ב-Law and Popular Culture טרם זכה להתייחסות מעמיקה כענף מחקר עצמאי במקומותינו¹². לפיכך הרשיתי לעצמי לכנותו בשם הכולל המתבקש "משפט וקולנוע" (Law and Films, בתרגום חופשי) שעניינו בתוצרים של מפגש עולמות הקולנוע והמשפט¹³.

-
- 9 C.R.B Dunlop, *Literature Studies in Law Schools*, III CARDOZO STUD. L. & LITERATURE 63 (1991). ראו גם ש' אלמוג משפט וספרות (2000) 11-24.
- 10 ש' אלמוג "משפט וספרות, הלכה ואגדה" מחקרי משפט יג (תשנ"ו-נ"ז) 413, 416. ראו גם המקום שבו אנו צודקים: השתקפות המשפט בספרות, בשירה ובמחזאות של ישראל (א' לדרמן ומ' מאוטנר עורכים, תשס"א) וא' וטרמן רבי מושג האשמה בכתיבתו הספרותית של אלבר קאמי: ניתוח פילוסופי-פסיכואנליטי (עבודת גמר לתואר מוסמך במשפטים, 2000).
- 11 ראו THE LAWYER AND POPULAR CULTURE - PROCEEDING OF A CONFERENCE, JANUARY 7-8, 1992, TARLTON LAW LIBRARY, THE UNIVERSITY OF TEXAS SCHOOL OF LAW, AUSTIN TEXAS (David L. Gunn ed., 1993) (hereinafter THE LAWYER AND POPULAR CULTURE).
- 12 ראוי לציין כי כתיבה שעסקה באופן ספציפי בקשר שבין סרט מסוים למשפט כבר קיימת במקומותינו. ראו ל' בילסקי "העלמה והמוות: בית-המשפט ותהליכי פיוס" סוציולוגיה ישראלית ג (תשס"א) 343 ול' שלף "בין רשימת שינדלר לבין הרכבת של קסטנר - על מציאות היסטורית, מיתוסים תקשורתיים ואמת משפטית" בתוך משפט והיסטוריה (ד' גוטוויין ומ' מאוטנר עורכים, תשנ"ט) 339. השו"ש בידרמן "הסביר, השונה, ומה שביניהם: משפט ותרבות פופולרית בסדרה "סינפליד" המשפט 13 (2002) 78. עוד אציין כי לקראת אמצע שנת 2003 צפויה חוברת מיוחדת של כתב העת "מחקרי משפט" המוקדשת לנושא "משפט וקולנוע" בעריכת ד"ר שולמית אלמוג, איתי ליפשיץ וד"ר שחר ליפשיץ.
- 13 אציין כי הקרבה בין הספרות לבין הקולנוע מקורה בכך שבבסיס שניהם מצוי הממד הנרטיבי, הממד העלילתי או הסיפורי של היצירה, והוא אשר מאפשר התייחסות ראשונית זהה לשניהם. לכתיבה אודות הנרטיב והמשפט ראו א' רחון-צבי "סובייקט, קהילה ופולורליזם משפטי (בעקבות בג"צ 3269/95 כץ נ' בית-הדין הרבני האזורי בירושלים)" עיוני משפט כג (תש"ס) 539, 541 ואילך). לקשר שבין קולנוע לספרות ראו י' בורשטיין ספרות, סרט ומלחמות האזרחים של התרבות (התשנ"ח).
- ראוי לציין כי הן בארץ והן בארצות הברית מקובל עיסוק בין-תחומי בקשר שבין קולנוע להיסטוריה. ראו ש' זנד הקולנוע בהיסטוריה - לדמיין ולביים את המאה העשרים (תשס"ב), זמנים - רבעון להיסטוריה 75 (2001) (קובץ מיוחד שעניינו קולנוע והיסטוריה בארצות הים התיכון) ו-KENNETH M. CAMERON, AMERICA ON FILM: HOLLYWOOD AND AMERICAN HISTORY (1997). אעיר כי הקשר בין קולנוע, היסטוריה ומשפט מוצא ביטוי באותם סרטים המציגים מציאות משפטית היסטורית, למשל סרטו של סטיבן ספילברג, "אמיסטד": AMISTAD (Dream Woks SKG 1997).

משפט וקולנוע

ברשימה זו ננסה, כאמור במבוא, למזג בין שני תחומים רחבי יריעה: משפט וקולנוע¹⁴. צפייה במאות "דרמות בית משפט" או "סרטי משפט" (Legal Movies)¹⁵ ועיון בהם מלמדים כי הקולנוע יודע הרבה על המשפט. אולם עד כמה מכיר המשפט את הקולנוע? דומה שמעט מאוד. מטרתנו ברשימה זו היא לנסות ולסייע להרחיב את מעגלי האור הנפרצים בתחום המשפט והקולנוע. בחרנו להקדיש את הרשימה בעיקר להיבט אחד, הנובע מן המפגש שבין אולם המשפט או הספרייה המשפטית לאולם הקולנוע או ספריית הוידאו וה-DVD. היבט זה הוא "השתקפות המשפט בקולנוע" (היבט מקביל לתחום המשפט בספרות). מדובר בהיבט רחב עד מאוד שכן הקולנוע משחר נעוריו עוסק במשפט¹⁶. עיסוק זה מציג את המשפט ומשקף אותו באופנים רבים ומגוונים, שתקצר היריעה מלפרטם אף בספר עב כרס, כל שכן ברשימה קצרה. לפיכך בחרתי להתמקד בזווית אחת של אותה ההשתקפות: תרומתו של הקולנוע לביקורת המשפט, וביתר מיקוד: תרומתו לביקורת על המשפטן. ואם נתמקד אף יותר - תמונתו של עורך הדין¹⁷ כפי שהיא משתקפת בקולנוע האמריקני של שנות ה-90¹⁸.

14 לשאלה הבסיסית, מהו קולנוע, ולסקירת התפתחותו ראו א' אבישר אמנות הסרט - הטכניקה והפואטיקה של המבצע הקולנועי (תשנ"ה) 7-15 ול' ד' ג'אנטי להבין סרטים (ד' דאור מתרגם, תשס"א).

15 אציין כי קיימים חילוקי דעות בכתיבה הקולנועית-משפטית בארצות הברית בדבר השאלה איך מגדירים סרט כ"סרט משפט". שאלה אופיינית בהקשר זה היא כמה "משפט" נדרש להכיל סרט על מנת שנאפיין אותו כ"סרט משפטי". ראו Mark Past Imperfect: History According to the Movies (C. Carnes gen. ed., 1995).

16 ראו, לדוגמה, הסרטים, M LA PASSION DE JEANNE D'ARC (Société Générale des Films 1928) ו-1 Patric M. Verrone, *The 12 Best Trial Movies*, 76 (Nero-Film AG 1931), שתמציתם נמצאת אצל A.B.A. J. 96, 96-97 (Nov. 1989).

עד כמה שידוע לי, סרט משפטי ישראלי טרם הופק בארץ, למרבה הצער, אולם הן סדרת הטלוויזיה "סיטון", אשר הופקה על ידי רשות השידור ושודרה בטלוויזיה הישראלית באמצע שנות התשעים, והן מחזהו של מוטי לרנר, "משפט קסטנר", אשר הופק אף הוא על ידי רשות השידור ושודר בטלוויזיה הישראלית כדוקודרמה בת שלושה פרקים בשנת 1994, הן הפקות מקור ישראליות שבמרכזן עולם המשפט, כפי שמצא ביטוי במדינת ישראל. מעניין לציין כי שידורן של שתי הסדרות גרר הליכים משפטיים של ממש. ראו ע"א (י-ם) 6437/99 סיטון נ' רשות השידור ואח' (לא פורסם) ובג"ץ 6126/94 ג' סנש ואח' נ' רשות השידור ואח'; מטר ואח' נ' רשות השידור ואח', פ"ד נג (3) 817.

17 לתמונתו "המציאיתית" של עורך הדין בדין הישראלי, בבחינת דין רצוי שאינו תמיד מצוי, ראו ג' קלינג אתיקה בעריכת דין (תשס"א), בעיקר בע' 32, 78, 119, 124, 163, 443, 489, א' וינשל "מעמד עורך-הדין במדינה ובציבור" אברהם וינשל - לקט כתבים לזכרו (נ' ליפשיץ, י' גנון ור' הכט עורכים, 1977) 11 ונ' זיו "עריכת דין למען מטרה ציבורית - מיהו הציבור? מהי המטרה? דילמות אתיות בייצוג משפטי של קבוצות-מיעוט בישראל" משפט וממשל ו (תשס"א) 129. השוו א' יעקב "רשלנות בין כותלי בית-המשפט: לשאלת אחריותם המקצועית של עורכי-דין במסגרת הדין המשפטי" עיוני משפט כו (תשס"ב-ס"ג) 5.

בנקודה זו ראוי להעיר כי הקולנוע אמנם מרבה לעסוק בדמויות של עורכי דין אולם לצד עיסוק זה קיים גם עיסוק קולנועי כלל לא מבוטל בבעלי מקצועות אחרים, כמו שוטרים, רופאים, פסיכולוגים, פוליטיקאים וכיוצא באלה דמויות הנדרשים בדרך כלל לשקילת שיקולי מוסר וחברה.

תרומת העיסוק במשפט וקולנוע לעולם המשפט

בטרם נצפה בתמונת עורך הדין כפי שהיא מצטיירת על מסך הקולנוע, נשאל מה תרומתה לעולם המשפט של בחינה כזו של הקולנוע כמשקף משפט. Osborn ו-Greenfield גורסים כי תפקידו העיקרי של סרט שנושאו משפטי, לשמש כמכשיר המפתח פרספקטיבות ביקורתיות אצל הצופה כלפי נושאים משפטיים וסוציו-משפטיים המועלים בסרט¹⁹. בין הפרספקטיבות הביקורתיות מדגישים המחברים את הביקורת העצמית של עורך הדין ואת החשיבות שבהטלת ספק מתמדת בדימוי עורך הדין המקובל ובעצמות מקובלות²⁰. בהמשך מציינים המחברים את תרומתו של המדיום הקולנועי לחשיפת נושאים משפטיים חבויים²¹. עניין זה מודגש אף ברשימתו של פרופ' Meyer, שמסביר כי סרטי המשפט מאפשרים נקודות תצפית פנימיות (קרי: מתוך) אל תחומים ועניינים אשר בדרך כלל נעלמים מעין הרוב, ובכך מביאים לדין בשאלה, מה עומד מאחורי התמונה²². המחבר מדגיש אף את הממד המעשי שבקולנוע, שמאפשר צפייה מהירה וקליטה מהירה, בייחוד בהשוואה לספרות²³. ד"ר אונגר מסביר שבזכות "הקולנוע הפילוסופי"²⁴ מגיעה הפילוסופיה לחצי מיליארד אנשים, שספק רב אם היו רוצים לקרוא כתבים פילוסופיים או יכולים

18 של המאה העשרים. התייחסויות לעשורים מסוימים בהמשך המאמר, כוונתן אף היא לאותם עשורים במאה העשרים.

19 Steve Greenfield & Guy Osborn, *The Living Law: Popular Film as Legal Text*, 29 LAW TCHR. 33 (1995).

20 שם, בע' 39. השו"ג ס' מיל על החירות (א' סימן מתרגם, תש"ז) 37.

21 Greenfield & Osborn, *supra* note, at p. 3519.

22 Philip N. Meyer, *Law Students Go to the Movies*, 24 CONN. L. REV. 893, 909 (1992).

23 שם, בע' 898.

24 "קולנוע פילוסופי" הוא סרטים המעוגנים ברעיון פילוסופי מוגדר ומצליחים לתרגמו לשפת הקולנוע (ה' אונגר קולנוע ופילוסופיה (תשנ"ב) 10).

לעשות זאת. יותר מכך, הטיעון הפילוסופי זוכה באמצעות הקולנוע לא רק לתפוצה המונית, אלא אף להשפעה ישירה שכן באמצעות הסרט תגיע הפילוסופיה לקהל דרך הלב - החוש - ולא דרך השכל, ולמרבית האנשים החוש הוא חוט אריאדנה יחיד במבוכיה של החשיבה המופשטת²⁵. כמו לפילוסופיה, כך למשפט מובטח קהל באמצעות "הקולנוע המשפטי". בעניין זה אדגיש כי בהיותו המדיום הרלוונטי ביותר לתקופתנו נעשה הקולנוע לאמצעי הביטוי המודרני העיקרי²⁶. הוא כלי ביטוי הורס מחיצות המגשר בנקל על פני מחסומי לשון, השכלה ותרבות²⁷. Browne מסביר כי הקולנוע והטלוויזיה מגיעים לכתשעים ושמונה אחוזים מהחברה האמריקנית ובעצם, יוצרים את התרבות שבה הכול חיים, ויותר מכך - שולטים בכול, ולכן על המשפט לנסות להבין את יחסי הגומלין שבין הקולנוע לבין הכוחות שמעצבים את פני החברה²⁸. אכן, פרופ' Denvir רואה באותם "סרטי משפט" כלי המסביר איך החוק פועל בחברה אשר בה החוק, כמו "סרטי המשפט", הוא סוג של מיתוס הנוגע בכולם. מובן שלעיתים אף יסביר הסרט כיצד אסור שהחוק יפעל²⁹.

דוגמה יפה לדברים האמורים היא סרטו של רוב ריינר, "בחורים טובים"³⁰. הסרט עוסק בעורך דין צבאי צעיר ומבריק, סגן קאפי (המגולם על ידי טום קרוז), המנסה להגיע לחקר האמת לגבי מקרה רצח של חייל תוך כדי ניהול הגנתם של שני חיילי מארינס המואשמים באותו הרצח. למול הסנגור עומד מפקד כוחות המארינס במפרץ קובה, שהוא מפקד הבסיס הצבאי שבו אירע האירוע הטרגי, הקולונל נתן ג'ספ (ג'ק ניקולסון). שאינו רוצה שהסיפור האמיתי יתגלה ויסופר. המאבק שבין הסנגור קאפי, המסמל בסרט את מערכת המשפט, לבין הקצין הבכיר עטור האותות והשבחים, המסמל את הפיקוד הצבאי, מדגים את המורכבות שביחסי צבא-משפט, בכלל, ואת הבעייתיות שבחובת הציות לפקודות, בפרט. יותר מכך, ניתן לומר כי הסרט מעורר

25 שם, בע' 33-35.

26 עולם בדים - אנתולוגיה לאמנות הקולנוע (ה' קלר עורכת, הדפסה שביעית, 2000) 8.

27 ד' רייזמן "המילה המדוברת, המילה הכתובה ותמונת הקולנוע" בתוך עולם בדים, לעיל הערה 26, 347.

28 Ray B. Browne, *Why Should Lawyers Study Popular Culture?*, in *THE LAWYER AND POPULAR CULTURE*, supra note, at 71.

29 JOHN DENVIR, *LEGAL REELISM: MOVIES AS LEGAL TEXTS* (1996).

30 A FEW GOOD Men (Columbia Pictures 1992). הסרט מבוסס על מחזהו של Aaron Sorkin.

במלוא חריפותו את אותו העימות שבין הצבא למשפט בכך שאיש מהנאשמים ומהאשמים אינו מבין את האשמה שבמעשיו, בייחוד לא נותן הפקודה הבלתי חוקית בעליל, הקולונל ג'ספ, אשר אינו מפסיק לנאום בדבר החובה שחבה האומה ומערכת המשפט לבניה שומרי חומותיה, ואף מגדיל לעשות בסברו כי כל שעשתה מערכת המשפט בפרשה זו, הוא החלשת האומה. באמצעות סרט זה ניתן להציג לצופים את העמדות השונות של הצדדים ולהמחיש להם את הבעייתיות שבשפיטתה של פעילות צבאית מבצעית, תוך הדגשת התוצאה הראויה בשים לב למחיר שבצדה³¹.

דוגמה נוספת השונה מקודמתה בהיותה מבוססת על סיפור אמיתי, היא סרטו של נורמן ג'ואיסון, "הוריקן"³². הסרט מבוסס על סיפורו האמיתי של המתאגרף השחור, רובין קרט, שזכה לכינוי "הוריקן" (דנזל וושינגטון). קרטור הורשע ברצח שמעולם לא ביצע, ריצה מאסר ארוך ורק בעזרתם של מספר אנשים, שסיפורו נגע ללבם, והם נלחמו למענו, זוכה בסופו של דבר.

מעבר לכל ויכוח היסטורי על נאמנות להתרחשות האירועים במציאות במדויק, מדגיש הסרט "הוריקן", מחד גיסא, את הסוגיה המזעזעת של הרשעת חפים מפשע ושליחתם למאסר ארוך, ומאידך גיסא, את אומץ הלב של אלה הפועלים למען החלשים ושל שופטים בודדים היוצאים נגד המערכת המשפטית ומזכים את מי שהורשע כבר בדין. מכאן גם חשיבותו הרבה של הסרט כאמצעי מחנך וכאות אזהרה למערכת המשפט לבל תהא ידה קלה על ההדק בתחילתו של הליך, כמו גם בסופו, עת נדרשים פתיחות ואומץ לבחינה מחודשת של הרשעתם של מי שטוענים כי נעשה להם עוול משווע. הסרט אמנם עוסק בשיטת המשפט האמריקאית, הפועלת באמצעות חבר מושבעים, אולם ההדגשים הנלמדים מן הסרט אינם מיוחדים לשיטה זו דווקא. הדגשים אלה מחייבים תשומת לב רבה גם בשיטת המשפט הייחודית של

31 לבעיית שפיטתה של פעילות מבצעית צבאית בבתי המשפט ראו א' פורת בעיית השפיטות של הפעילות המבצעית (עתיד לראות אור בקרוב).

סרטים נוספים שעסקו בקשר שבין משפט לצבא הם "נתיבי תהילה" (PATHS OF GLORY (Bryna Productions 1957)) הקלאסי בבימויו של סטנלי קובריק, "אומץ תחת אש" (COURAGE UNDER FIRE (Fox 2000 Pictures 1996)) בבימויו של אדוארד ז'ויק, "פקודה לא חוקית" (RULES OF ENGAGEMENT (Paramount Pictures 2000)) בבימויו של ויליאם פריידקין, "בחירתו של הארט" (HART'S WAR (Metro-Goldwin-Mayer 2002)) בבימויו של גרגורי הובליט ו"זהות שאולה" (HIGH CRIMES (Regency Enterprises 2002)) בבימויו של קרל פרנקלין.

32 THE HURRICANE (Universal Pictures 1999)

מדינת ישראל. הרשעות שלא בצדק, ומנגד - זיכויים אמיצים, מצאנו בשיטתנו ועוד נמצא בה בעתיד. אשר על כן המסר החינוכי של הסרט הוא כי יש להתייחס לכל נאשם או מערער, בקשה או פנייה במלוא הרצינות והרגישות תוך שהדגל האדום של מקרהו של ה"הוריקן" מונף כאות אזהרה לעוסקים במלאכת התביעה והשפיטה.

תמונתו של עורך הדין בקולנוע של שנות ה-90'

Osborn ו-Greenfield ברשימה נוספת מפרי עטם מנסים לאפיין את המשפט והמשפטן בקולנוע האמריקני משנות ה-30' המאוחרות ועד שנות ה-90' המוקדמות שכן, לגישתם, הליכים משפטיים היו מאז ומתמיד נושא פופולרי עבור יוצרי הסרטים.³³ לטענתם, עורכי הדין מוצגים כשליחי הצדק, "אבירים בשריון זוהר"³⁴, אשר כל שחקן מוביל ("כוכב") חפץ לגלמם. לגישתי, מבלי להתעמת עם מסקנתם של המחברים המלומדים³⁵, התמונה אולי משתנה שכן הקולנוע של שנות ה-90', או לכל הפחות חלקו, מציג תמונה הפוכה של עורכי דין - עגומה³⁶.

בכוונתי להדגים את האמור באמצעות דיון קצר בקשר שבין הכותרת (Title), שם היצירה, לבין תוכנה בנוגע לארבעה סרטי קולנוע משנות ה-90'. יודגש כי הדיון מתבסס על הנחת מוצא כי מאחורי סרטים עומד רעיון, כפי שניסיתי להראות בדיון בנוגע לסרט "בחורים טובים". ד"ר אונגר מחזיק בדעה כי שמו של סרט קשור קשר אמיץ לרעיון החבוי בו³⁷.

כך, למשל, סרטו של ג'ונתן דמי, "פילדלפיה"³⁸, מציג תמונה עגומה של עורכי דין שכן כאשר עורכי הדין במשרד היוקרתי מגלים כי אחד מעורכי הדין המובילים

33 Steve Greenfield & Guy Osborn, *Where Cultures Collide: Characterization of Law and Lawyers in Film*, 23 INT'L J. SOC. L. 107, 108 (1995).

34 שם, בע' 113.

35 יצוין כי מסקנה זו מתבססת על השקפתם הסובייקטיבית של המחברים, שמקורה לעתים בניתוח של דמות חיובית אחת במנותק מסביבתה השלילית, כך שניתן לחלוק על מסקנה זו.

36 תמיכה בעמדה זו נמצאת אצל Michael Asimow, *Bad Lawyers in the Movies*, 24 NOVA L. REV. 531 (2000). ראו והשוו: William H. Simon, *Moral Pluck: Legal Ethics in Popular Culture*, 101 COLUM. L. REV. 421 (2001).

37 אונגר, לעיל הערה 24, בע' 10.

38 PHILADELPHIA (TriStar Pictures 1993).

שלהם, אנדרו בקט (טום הנקס), הוא הומוסקסואל שחלה באיידס, הם מפטרים אותו מייד באמתלה שקרית. לטענתם, הוא פשוט לא היה מספיק טוב³⁹. ועת בקט מבקש לתבוע את אותו משרד עורכי הדין, הוא אינו מוצא עורך דין שייצג אותו. תשעה עורכי דין מסרבים. רק לאחר שבקט מתחיל לטפל בתביעתו בעצמו, ניאות לטפל במקרה עורך דין אחר, עורך הדין העשירי שאליו פנה בקט, אשר סירב קודם לכן לייצגו, ג'ו מילר (דנזל ושינגטון).

הסרט, כשמו, מתרחש בפילדלפיה ואף נפתח במעין צילום סוקר של העיר על אתריה. פילדלפיה, "עיר אחוות האחים", היא מן הגדולות והמפורסמות בערי ארצות הברית. בה אושרה הכרזת העצמאות האמריקאית (1776), ובה נחתמה חוקת ארצות הברית (1787). הבחירה בשם "פילדלפיה" ומיקום אתר ההתרחשות שם אינם מקריים. משמעות השם והמיקום היא כפולה: מחד גיסא, מדובר באחת הערים המייצגות בצורה הטובה ביותר את "האמריקאיות" בכלל ואת ארצות הברית של ימינו בפרט, ומאידך גיסא, מדובר בעיר בעלת ייחוס היסטורי ייחודי המסמלת חופש וחוקה, ומעניין כי דווקא באותה "עיר חוקתית" נרמס כבודו של אדם ש"נורק" מעבודתו יום בהיר אחד כשהוא חולה מאוד, בשל מחלתו ובשל נטייתו המינית דווקא כשמקום עבודתו נראה כה חשוב עבורו⁴⁰.

סרטו האלגורי של טיילור הקפורד משנת 1997 המבוסס על ספרו של אנדרו ניידרמן⁴¹, הוצג בארץ תחת השם "מלכודת לפרקליט", אך במקור הוא נקרא "The Devil's Advocate"⁴², כלומר "פרקליט השטן". מכאן שהצופה דובר האנגלית "מצויד" למסע המזומן לו טוב יותר מן הצופה הישראלי. על מנת "להחזיר עטרה ליושנה" אדון בשמו המקורי של הסרט. הסרט מספר את סיפורו של קווין טיילור, עורך דין צעיר ומבטיח (קיאנו ריבס), המצטרף לאחד ממשרדי עורכי הדין הגדולים והמצליחים במנהטן וזוכה מיד בדירת פאר ובמשכורת עתק. בראש אותו משרד

39 את האמת ניתן למצוא באמירה של השותף הבכיר בחברה אל שאר השותפים: "Andy brought aids to our office".

40 שאלה טובה היא מדוע בחרו דווקא בדמותו של עורך דין על מנת להציג את יחסה של החברה אל מחלת האיידס ואל החולים בה.

41 א' ניידרמן מלכודת לפרקליט (1998).

42 THE DEVIL'S ADVOCATE (Warner Bros. 1997).

עומד עורך דין ותיק העונה לשם ג'ון מילטון (אל פצ'ינו). שמה של הדמות סמלי באשר זהו גם שמו של משורר אנגלי, יוצר "גן העדן האבוד"⁴³, יצירה הנשענת על ידע פילוסופי ותיאולוגי מעמיק, שבה השטן הוא המפתה את חוה, ולא הנחש⁴⁴. ג'ון מילטון הקולנועי הוא השטן בכבודו ובעצמו, כך מתברר במהלך הסרט, וקווין טיילור הצעיר הופך לפרקליטו המצליח של השטן, "מוכר נפשו לשטן" ואף מתגלה בהמשך כבנו. השטן, על פי הברית החדשה, הוא הכוח המנסה לסכל את עצת האלוהים, יסוד כל רע המדיח את האדם, מסית אותו ומכשיל אותו. במקרא הפועל "שטן" מציין שנאה והתנגדות, ובאופן כללי, מעין קטגור בבית דין של מעלה. על פי האסלאם, הוא זה שפיתה את הזוג הראשון לאכול מפרי עץ הדעת, גורש ופועל כמי שמנסה להביא את בני האדם לידי ניסיון⁴⁵. על פי שלושת המקורות של שלוש הדתות, מדובר ביסוד שלילי ורע. הרעיון להקביל בין עורך הדין לבין אותו יסוד שלילי ורע - השטן, הוא בעל אופי סטירי ונועד, לגישתי, לבקר את ציבור עורכי הדין ולפגוע בו על מנת לעוררו ולתקנו.

ספרו של ג'ון גרישם, "מוריד הגשם"⁴⁶, הפך בשנת 1997 לסרט קולנוע בעל שם זהה בבימויו של פרנסיס פורד קופולה, שאף כתב את התסריט⁴⁷. הסרט הוא דרמת בית משפט ביקורתית שמתעניינת פחות בעולם המשפט עצמו ויותר בטבעת האנושית המקימה אותו ומעניקה לו את אופיו. משמעות השם, כפי שמסביר רובי ביילור, הגיבור, בקריינות המלווה את הסרט, היא "עריכת דין כמכונה המורידה גשם ירוק, קרי: דולרים". מדובר בסרט שהוא כתב האשמה חריף כנגד קהילת עורכי הדין, המתוארים ככרישים, עשירים, נוכלים, בעלי דפוסי התנהגות פלילית, חסרי מצפון הנעדרים כל אכפתיות לקורה סביבם כשזה לא קשור בכסף. הסיפור הוא סיפורו של עורך דין צעיר עם חלומות גדולים (מאט דיימון) המתקבל לעבודה במשרד קיקיוני המנוהל על ידי ברזר סטון, עורך דין נוכל שידו בפלילים, אשר נחקר ואף נעצר

43 JOHN MILTON, PARADISE LOST: A POEM IN TEN BOOKS (S. Simmons 1669)

44 ראו האנציקלופדיה העברית כג (יהושע פראוור, עורך ראשי, תשל"ט) 201-199.

45 ראו האנציקלופדיה העברית לא (יהושע פראוור, עורך ראשי, תשל"ט) 761-759.

46 JOHN GRISHAM, THE RAINMAKER (1995) (בעברית: ג' גרישם מוריד הגשם (ע' לוטם מתרגם, תשנ"ו) (להלן: גרישם)). לסקירת יצירותיו הקולנועיות של ג'ון גרישם ראו Terry K. Diggs, *Through A Glass*

Darkly, 82 A.B.A. J. (Oct. 1996) 72, 72-74, 76

47 THE RAINMAKER (Paramount 1997)

במהלך הסרט (מיקי רורק). מדריכו של עורך דין ביילור הצעיר הוא דק (דני דה ויטו), טיפוס ממולח ונטול תעודות, "מאעבר", שמעולם לא צלח במבחני הלשכה, והוא עברייך אתי ה"צד" לקוחות ומופיע באולמות המשפט ללא רישיון.

אין זה מקרי שבמשרד זה מוצב אקווריום שבו שטים כרישים אמיתיים, שכן על מנת שהגיבור ישרוד, יהיה עליו ללמוד לשחות עם הכרישים - עורכי הדין. ברם השחיתות במשרד מתגמדת מול זו המתגלה בחברת ביטוח גדולה, "גרייט בנפיט" (Great Benefit), שכשמה הסמלי, עושה רווחיה ממבוטחים עניים ותמימים ונעזרת לשם כך בסוללת עורכי דין עשירים וחסרי מצפון (אשר את העומד בראשם מגלם ג'ון וויטו). עורך הדין הצעיר נלחם את מלחמתו של דוני ריי בלאק (ג'וני וויטוורת'), צעיר חולה בסרטן הדם המגיש תביעה נגד חברת הביטוח, שמסרבת לשלם בעבור ריפוי. במקביל יוצר עורך הדין קשר עם קשישה בודדה (תרזה רייט) שאצלה הוא מתגורר, ועם צעירה הזוכה לנחת זרועו של בעלה (קלייר דיינס). הגיבור, שמתגלה במהלך הסרט - ואף מעיד על עצמו כך - כמי שרוצה לתקן את העולם ולהציל את חסרי הישע ומשתדל כל הזמן להיות נאמן לעצמו ולא לחצות את הקווים, כלשונו, הוא הניגוד לכרישים - קהילת עורכי הדין, המבוקרת קשות בסרט (גם באמצעות הומור - בדיחות על עורכי דין), ולרגע נראה כי אולי "הדם הצעיר" של עורך דין ביילור הוא שיציל את כבוד המקצוע האבוד או, ליתר דיוק, את כבוד האדם שעדיין מצוי, אולי, אף בעורך הדין תאב הבצע. אולם, למרבה הצער, בסופו של הסרט למרות ניצחונו הסוחף במשפט נגד חברת הביטוח אובדת התקווה שכן הגיבור מגלה שהעולם האמיתי שונה מהעולם של האידיאלים שלו, ושהכול מסתכם בכסף ובעוד כסף, או אז הוא מחליט כי קצה נפשו במקצוע שבחר, והוא מבקש לפרוש להוראה: "לעולם לא אשוב מרצון להציג כף רגל באולם משפט"⁴⁸. כך שאף שביב התקווה אבד לא לפני שביילור היה שותף לעברה פלילית - הריגה תוך הגנה עצמית - והעלים עובדה זו מידיעת השלטונות⁴⁹.

48 גרישם, לעיל הערה 46, בע' 486.

49 סרטים נוספים, אשר קצרה היריעה מלפרטם ברשימה מעין זו, ואשר ממשיכים בקו שתואר, קרי: מציגים תמונה עגומה של עורכי דין, הם "בחזקת חף מפשע" (PRESUMED INNOCENT (Warner Bros.) (1990) בבימויו של אלן ג' פקולה, "הפירמה" (THE FIRM (Paramount Pictures 1993) בבימויו של סידני פולק, "סליפרס" (SLEEPERS (Warner Bros. 1996) בבימויו של בארי לינסון, "פחד ראשוני"

תביעה אזרחית היא ההליך הנפוץ ביותר שמביא בעל דין לפני בית משפט אזרחי⁵⁰. זהו גם שם סרטו של סטיבן זייליאן משנת 1999 המבוסס על סיפור אמיתי אשר קרה במדינת מסצ'וסטס שבארצות הברית⁵¹. שמו של הסרט, שם פשוט ושכיח, הוא סמלי שכן הוא מטעה בפשטותו, בדיוק כפי שהגיבור בסרט יטעה בפירוש התביעה האזרחית האחרונה שלקח על עצמו⁵².

ג'אן שליכטמן (ג'ון טרבולטה) הוא עורך דין מפורסם המעדיף לטפל בתיקים בטוחים, שניתן בקלות להגיע בהם לפשרה מחוץ לאולם בית המשפט ו"לגזור קופון שמן". על אף שגם המקרה האחרון שבו בחר לטפל נראה, לכאורה, כמקרה בטוח, בדיוק כמו שמו הפשטני לכאורה של הסרט, מוצא עצמו עורך דין שליכטמן נגרר לתוך מערבולת משפטית סבוכה המביאה בעקבותיה הפסדי ענק כלכליים. עסקינן במאבק שמנהל עורך הדין בשם מספר משפחות שכולות מעיירה קטנה במסצ'וסטס נגד שני תאגידי ענק, שנטען כי זיהמו את מי השתייה בעיירה וכך הביאו, לטענת אותן המשפחות, למחלות קשות שגרמו למותם של מספר מילדי העיירה. למען מאבק זה יהיה בסופו של דבר ג'אן שליכטמן מוכן לצאת כנגד המדיניות העסקית שבה נהג לנקוט, וכנגד אותם התאגידים והרשויות, המכחישים, כמובן, את שנטען כנגדם, וכפועל יוצא, לסכן את הקריירה שלו, את המוניטין שצבר, ואת כל רכושו. אמרתי "בסופו של דבר" שכן הסרט בוחר לפתוח בפניית המשפחות למשרד עורכי הדין של שליכטמן, שמומחיותו בתחום תביעות נזקי הגוף. בתחילה שליכטמן מסרב לטפל בתיק, אשר מוערך בעלות גבוהה מאוד, ואין בו ראיות שתצבענה על הקשר בין התאגידים לבין גרם הנזק. אולם לאחר ששליכטמן תאב הבעע נוסע במכונית ה"פורשה" שלו על הגשר שעובר מעל הנהר הסמוך לעיירה ומבחין בזווית

THE (PRIMAL FEAR (Paramount Pictures 1996)) בבימויו של גרגורי הובליט ו"גינג'רברד" (GINGERBREAD MAN (Island Pictures 1998)) בבימויו של רוברט אלטמן.

50 ראו והשוו פרק ג' (תקנות 2007-) לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984.

51 JONATHAN A CIVIL ACTION (Paramount Pictures 1998). התסריט של הסרט מבוסס על הספר, HARR, A CIVIL ACTION (1st Vintage Books ed. 1996). כמו כן, שמות הדמויות בסרט הם השמות האמיתיים של גיבורי הפרשה האמיתית.

לא ניתן שלא להזכיר בנקודה זו סרט נוסף שנעשה שנה מאוחר יותר, מבוסס על מקרה אמיתי דומה ומתאר מאבק של משרד עורכי דין קטן המייצג עיירה קטנה כנגד תאגיד ענק: סרטו של סטיבן סודרברג "ארין ברוקוביץ" (ERIN BROCKOVICH (Universal Pictures 2000)) בכיכובם של ג'וליה רוברטס ואלברט פיני.

52 השוו לשמו הפשוט, לכאורה, של ספרו של פרנץ קפקא, המשפט (א' כרמל מתרגם, תשנ"ב).

עינו בקצף עכור על גדות הנהר, הוא עוצר את רכבו בבת אחת. כשהוא מגלה כי המפעל הקטן שבעיירה החשוד בגרימת המפגעים האקולוגיים קשור לתאגידי הענק עתירי הממון, הוא מוכן לקבל על עצמו את ניהול התיק מתוך תקווה שיש לתביעה סיכוי טוב להעשיר אותו. תוך זמן קצר המשרד נכנס להוצאות אדירות. כמו כן, במקום להיסגר בפרשה, מגיעה הפרשה לבית המשפט למול סוללת עורכי דין מיומנים. במהלך ניהולה הקשה של התביעה נראה את השינוי שיחול באישיותו של עורך דין שליכטמן, מעורך דין יהיר שכל עניינו בכסף, לאדם מוסרי ומצפוני המוכן להפסיד את כל כספו למען עקרונות הצדק והאמת.⁵³

סוף דבר

רשימה זו, מקורה, כאמור, בקהיליית העיסוקים הבין-תחומיים של "משפט ו...". העיסוק במשפט וספרות הביאונו לעיסוק במשפט וקולנוע - תחום חדש ומרתק שאינו מוכר עדיין דיו בישראל. כל שניסיתי ברשימה זו, היה לערוך היכרות עמו ולהציג, ולו בקליפת האגוז, זווית מהעיסוק בו; ובל נשכח כי הקולנוע עצמו הוא אמנות בין-תחומית.⁵⁴ דיון בשילוב בין תחומים כה רחוקים עד כי שילובם עשוי להיראות לא רלוונטי, מחייב הצגת טיעונים התומכים במחקר שכזה והמדברים בתרומת העיסוק האמור לעולם המשפט. ניסיונו להביא, ולו בקליפת האגוז, טיעונים שכאלה מפרי עטם של מלומדים אנגליים ואמריקניים, שעיסוקם חקר המשפט והקולנוע. בהמשך ניסיתי להדגים את התרומה שיכול לתרום "הסרט המשפטי" לצופים, ולהציג באופן ביקורתי את תמונתם של עורכי הדין בקולנוע האמריקני של שנות ה-90.

53 סרטים נוספים המציגים מגמה זוה של שינוי חיובי שחל באופיו של עורך הדין במהלך הסרט בעקבות מקרה משפטי הם סרטו של ג'סי נלסון, "קוראים לי סם" (I AM SAM (New Line Cinema 2001)) בכיכובם של מישל פייפר כעורכת הדין ושון פן בלקוח המוגבל שלה, וסרטו של רוג'ר מיצ'ל, "משנים כיוון" (CHANGING LANES (Paramount Pictures 2002)) בכיכובם של בן אפלק כעורך הדין וסמואל ל' ג'קסון כמעין לקוח. כן ראו סרטו של מייק ניקולאס, "בנוגע להנרי" (REGARDING HENRY (Paramount Pictures 1991)) בכיכובם של הריסון פורד ואנט בנינג, המתאר את השינוי אשר עובר הנרי טרנר (פורד), פרקליט מצליח המרוכז בעצמו, שזכרונו אובר כתוצאה מתאונת ירי.

54 ע' פרמינגר מסך קסם - כרונולוגיה של קולנוע ותחביב (תשנ"ה) 24.

המאוחרות⁵⁵ באמצעות ניתוח הקשר שבין שם היצירה (הסרט) לתוכנה. תקוותי שהצלחתי לעורר עניין בתחום מופלא זה. אם כן, בכך שכרי.

55 שאלה מעניינת לדיון ברשימה נפרדת ונוספת היא שאלת דמותו של השופט בקולנוע. בעניין זה ראוי יהיה לבחון ולדון, בין השאר, בסרטו של נורמן גיאויסון, " ... וצדק לכל" (AND JUSTICE FOR ALL ... (Columbia Pictures 1979)), המציג בצורה ישירה את הווי בית המשפט ושופטיו, תוך כדי הצגת מקרהו של שופט מושחת שנאשם באונס. עוד לעניין דמות השופט בקולנוע ראו Francis M. Nevins, *Tony Richardson's The Penalty Phase: Judging The Judge*, 48 UCLA L. REV. 1557 (2001).

המשפט בתקופת לחימה

מנחם פינקלשטיין*

על השנויות (דואליות) בפעולתה של הפרקליטות הצבאית

אכיפת הדין בצה"ל

הייעוץ המשפטי

הסנגוריה הצבאית

בתי המשפט הצבאיים באיו"ש ובאזח"ע

הדרג המשפטי והדרג הפיקודי

הדין המשמעתי

הפרקליטות הצבאית בתקופת לחימה

הגדרת המצב המשפטי

מדיניות החקירה וההעמדה לדין

על הסרבנות הסלקטיבית

על "טוהר הנשק"

דברי סיום

* דברים שנישאו ביום הפרקליטות הצבאית, 28.2.2002. הפרק האחרון הוא הרחבה של אחד הנושאים.

** אלוף, הפרקליט הצבאי הראשי. ברצוני להודות לרס"ן יפעת תומר על סיועה הרב בהכנת הדברים ובהעלאתם על הכתב.

נשיא בית המשפט העליון, פרופ' אהרן ברק, פרקליטים צבאיים ראשיים לשעבר, שופטים צבאיים, אנשי הפרקליטות הצבאית, מוריי ורבותיי. אני מתכבד לפתוח כנס זה של יום הפרקליטות הצבאית.

דבריי בפניכם יחולקו לשניים: אפתח בכמה הערות - מהותיות וארגוניות - הנוגעות לתחומי עיסוקה של הפרקליטות הצבאית לאחר סיום תקופה בת שנתיים בתפקיד הפרקליט הצבאי הראשי. בחלק השני של הדברים אתייחס להיבטים בעבודתה של הפרקליטות הצבאית בתקופת הלחימה.

על השניות (דואליות) בפעולתה של הפרקליטות הצבאית

תחומי העיסוק המשפטי המקצועי בצה"ל מסורים כולם לפרקליטות הצבאית, למעט שיפוט חיילים בבתי הדין הצבאיים² והיבטים משפטיים בעבודתו של נציב קבילות החיילים³.

הפרקליטות הצבאית מופקדת הן על אכיפת הדין והן על הייעוץ המשפטי. הפצ"ר מחליט על העמדה לדין, והחלטתו היא עצמאית. בד בבד, חוות דעתו המשפטית מחייבת את רשויות הצבא. הוא הדין לגבי הפרקליטים הצבאיים בפיקודים ובזרועות.

מצב דברים זה אינו מובן מאליו. אכן, שניות זו קיימת גם בעבודתו של היועץ המשפטי לממשלה, ובעבר הושמעו הצעות המצדדות בהפרדה

1 ראו סעיף 178 לחוק השיפוט הצבאי, התשט"ו-1955 (להלן: החש"ץ).
 2 שפעולתם מוסדרת בפרק השני לחלק ד' (סעיפים 183-224) לחש"ץ.
 3 שפעולתו מוסדרת בחלק י"א (סעיפים 542-558) לחש"ץ.

בין סמכויותיו של היועץ המשפטי לממשלה⁴. על מדוכה זו, בין היתר, ישבה ועדת משפטים בראשות נשיא בית המשפט העליון בדימוס, השופט מאיר שמגר⁵. ועדה זו דחתה פה אחד את אפשרות הפיצול, ונראה לי כי ניתן להקיש ממסקנתה זו גם ביחס לעבודתם של הפרקליטים הצבאיים. יחד עם זאת, דומני שאצדק אם אומר שקיום שתי הפונקציות יחדיו קשה יותר - עקרונית ומעשית - בגוף הירארכי כמו הצבא. אנו סבורים כי יש להתמודד עם בעיה זו באחת משתי דרכים: האחת - שינוי ארגוני בפרקליטות הצבאית ויצירת הפרדה בין המסלול הייעוצי למסלול אכיפת הדין, למעט לגבי הפצ"ר, אשר ימשיך למלא את שתי הפונקציות, בדומה ליועץ המשפטי לממשלה. דרך אפשרית שנייה היא המשך המצב הקיים תוך חיזוק מעמדם של הפרקליטים הצבאיים.

אכיפת הדין בצה"ל

האבות המייסדים של המשפט בצבא קבעו בחש"ץ כי ככלל, אכיפת הדין כלפי חיילי צה"ל תהיה פנים צבאית. על כן הופקדו סמכויות החקירה, סמכויות אכיפת הדין וסמכויות השיפוט בידיהן של רשויות צבאיות. אכן, החש"ץ נועד להוות קודקס מקיף אשר יסדיר באופן מלא וממצה את נושא השיפוט הצבאי על כל שלוחותיו⁶. הדבר נובע מהכרתו

4 בהקשר זה יוטעם כי בעוד שבמערכת האזרחית מונח "הכובע הכפול" של אכיפת דין וייעוץ משפטי על ראשו של היועץ המשפטי לממשלה בלבד, הרי שבמערכת המשפט הצבאית כך הדבר גם לגבי הפרקליטים הצבאיים; עובדה זו מוסיפה, מטבע הדברים, על הקושי.

5 ראו דו"ח הוועדה הציבורית לבחינת דרכי המינוי של היועץ המשפטי לממשלה ונושאים הקשורים בכהונתו (התשנ"ט).

6 ראו ד"נ 13/75 מפקד משטרה צבאית חוקרת ואח' נ' פלוני, פ"ד ל(3) 617, בעמ' 622-623.

של המחוקק בהווייה הצבאית המיוחדת, בחובת השמירה על המשמעת, ובריבוי חובות העשה הקיימות במערכת הצבאית לעומת המערכת האזרחית.

הנה כי כן, המערכת המשפטית והשיפוטית **הצבאית** מקבילה למערכת המשפטית הפלילית **האזרחית**, והיא הגוף היחידי במדינה שנתונות לו סמכויות פליליות מקבילות. לעת הזאת נשמר הדבר חרף קולות שונים שקראו לשינוי המצב ביחס לכל אחד ממרכיבי ה"שילוש האכיפתי" - קרי: חקירה, העמדה לדין ושיפוט. אטעים בעניין זה בקליפת אגוז כי במבט-על עדים אנו לשתי תופעות המתרחשות כיום במערכת המשפט הצבאית:

התופעה האחת היא הרחבת הזיקה בין גופי אכיפת הדין הצבאיים לבין גופי אכיפת הדין האזרחיים. כך, בשנת 1988 תוקן החש"ץ ולראשונה הוענקה סמכות ערעור, אמנם ברשות, לבית המשפט העליון לגבי פסקי דין של בית הדין הצבאי לערעורים⁷. נקודת מפנה נוספת היא פסק דינו של בית המשפט העליון בעניין אביבית עטייה⁸, שבו נקבעה זיקתו של הפצ"ר ליועץ המשפטי לממשלה על פי אמות המידה שצוינו שם. עוד אוכיר בהקשר זה כי קיימת אפשרות השגה ליועץ המשפטי לממשלה כנגד חוות דעת של הפרקליטות הצבאית בתיקי חקירה העוסקים בנסיבות מותם של חיילים.

7 ראו בעניין זה את דברי הנשיא שמגר בע"א 503/87 שפק נ' "אגד" אגודה שיתופית לתחבורה בישראל בע"מ, פ"ד מב(1) 162, 164.

8 סעיף 440 לחש"ץ.

9 בג"ץ 4723/96 עטייה נ' היועץ המשפטי לממשלה ואח', פ"ד נא(3) 714.

התופעה השנייה היא התמעטות מעורבותם של הדרגים הפיקודיים בהליכים משפטיים לפי החש"ץ. בעניין זה יש לציין את תזכיר הצעת החוק שהוגש לאחרונה, ולפיו תבוטלנה סמכויות רבות הנתונות כיום לראשי המחוזות השיפוטיים, כגון הסמכות להורות לתובע הצבאי הראשי להגיש ערעור, הסמכות לבטל כתב אישום (בהסכמת פרקליט צבאי) והסמכות לאשר גזרי דין. ליוזמה זו ניתנה הסכמתם של הרמטכ"ל ושל האלופים עצמם.

הייעוץ המשפטי

חלק מרכזי מעיסוקה של הפרקליטות הצבאית הוא הייעוץ המשפטי, הניתן לגבי "דיני הצבא" במובנם הרחב. במסגרת זו פועלים גם גופי הייעוץ ביהודה, שומרון ועזה, העוסקים בקשת שלמה של נושאי המשפט האזרחי. עוד מטפלים אנשי הייעוץ והחקיקה ביוזמות חקיקה (הן חקיקת כנסת והן חקיקה פנים צבאית). בנוסף מטפלת הפרקליטות הצבאית בעתירות לבג"ץ המוגשות כנגד רשויות הצבא השונות¹⁰.

הסנגוריה הצבאית

הסנגוריה הצבאית ממוקמת אף היא בתוך הפרקליטות הצבאית. הדבר אינו מובן מאליו. לאמיתו של דבר, קודמיי בתפקיד היו מוכנים לשקול הפרדה ארגונית כך שהסנגוריה הצבאית תוצא מן הפרקליטות הצבאית; ואולם בסופו של דבר היו אלה הסנגורים הצבאיים הראשיים אשר תמכו בהמשך המצב הקיים. כך גם המליצה ועדה בהרכב תא"ל צבי

10 כיום תלויות ועומדות 190 עתירות המטופלות על ידי הפרקליטות הצבאית.

ענבר, הפצ"ר לשעבר, ואל"ם יצחק (איז"ו) אקסל ז"ל, אשר שימש בעבר כסנגור צבאי ראשי. הסנגוריה הצבאית היא עצם מעצמה של הפרקליטות, ואין הדבר סותר את חובתם של הסנגורים הצבאיים לפעול לטובת מרשיהם מתוך עצמאות מקצועית מלאה.

בתי המשפט הצבאיים באיו"ש ובאזח"ע

מאז שנת 1967 פועלים בשטחים המוחזקים ביהודה ושומרון ובחבל עזה בתי משפט צבאיים, בהתאם לצו בדבר הוראות בטחון, התש"ל-1970. בתי משפט אלה פועלים תחת כנפיה של הפרקליטות הצבאית. לפני כחמש עשרה שנים בעקבות עתירה שהוגשה לבית המשפט הגבוה לצדק בעניין ארג'וב¹¹, הונהגה גם זכות ערעור לערכאת ערעור שיפוטית על פסקי הדין של בתי המשפט הצבאיים, והוקם בית המשפט הצבאי לערעורים. יחד עם זאת, מצב ארגוני זה גם הוא אינו פשוט כלל ועיקר, ויש לשקול את שינויו כך שבתי המשפט הצבאיים יהיו כפופים ליחידת בתי הדין הצבאיים. מכל מקום, לאחרונה החלטנו כי מן הראוי שגם שופטי הצד בשטחים יהיו משפטנים. הליך זה נמצא בשלבי ביצוע ועתיד להסתיים בעוד כשנה.

כשנכנסתי לתפקידי לפני שנתיים, הייתה הערכה שעם גיבושו של הסדר מדיני קרוב יפסיקו בתי המשפט לפעול. ואולם בשנה וחצי האחרונות בעקבות פרוץ אירועי הלחימה עדים אנו לתופעה הפוכה - מספר המעצרים ומספר התיקים הנדונים בבתי המשפט בשטחים המוחזקים, עלה מאוד¹².

11 בג"ץ 87/85 ג' ארג'וב ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון ואח', פ"ד מב(ו) 353.

12 הדברים נכונים ביתר שאת לאחר מבצעי "חומת מגן" ו"דרך נחושה", ולכך יש לצרף את המספר הרב של המעצרים המנהליים.

אני מבקש לנצל הזדמנות זו ולומר מלה טובה לאנשי בתי המשפט על עבודתם הקשה וכן לתובעים הצבאיים בשטחים העמלים בתנאים קשים. אזכיר רק כי במספר הזדמנויות פעלו בתי המשפט הצבאיים תחת אש (וגם הנסיעה לבית המשפט ממוגנת היא); אין ספק שזו היא תופעה ייחודית.

בשולי הדברים אזכיר כי עד לפני זמן לא רב פעל גם בית המשפט

הצבאי בלוד מכוחן של תקנות ההגנה (שעת חירום), 1945, והוא דן בעניינם של מי שהואשמו בפעילות נגד ביטחון מדינת ישראל. בניגוד לבתי המשפט הצבאיים בשטחים המוחזקים, היה בית המשפט הצבאי בלוד חלק מיחידת בתי הדין הצבאיים, הנפרדת מיחידת הפרקליטות הצבאית. שאלה היא האם ניתן יהיה להמשיך במדיניות זו של אי הפעלתו של בית המשפט הצבאי בלוד לנוכח התגברות אירועי הטרור.

הדרג המשפטי והדרג הפיקודי

אבן היסוד שעליה מושתתת פעולתה של הפרקליטות הצבאית, היא

כי מדובר בגוף צבאי הפועל לשם הגשמת יעדיו של הצבא. כך כשאנו עוסקים באכיפת החוק, וכך גם כשאנו נותנים ייעוץ משפטי. הפרקליטות הצבאית איננה משרד עורכי דין חיצוני הנותן שירותי משפט לצבא. יחד עם זאת, מפעילים אנו סמכויות עצמאיות לפי חוק, ובעשותנו זאת איננו כפופים לאיש הגם שאנחנו גוף צבאי. בכך ייחודנו.

מפקדי צה"ל מכירים באופן עמוק בערך של שלטון החוק, החל גם על פעולות הצבא ושיקולי מפקדיו. הם מכירים בחשיבותה של הפרקליטות הצבאית, במעמדה המיוחד ובתרומתה לצבא. צירופו של הפצ"ר למטה הכללי של צה"ל בוודאי מעיד על כך.

דעתי היא כי חייב להישמר כל הזמן הדושיח בינינו לבין המפקדים בכל הרמות. הדבר מסיר אי הבנות ומועיל לשני הצדדים.

הדין המשמעתי

בין תפקידיו אחראי הפצ"ר לפקח על הדין המשמעתי בצבא¹³. הליך משמעתי הוא הליך משפטי המתנהל בפני מפקד, המשמש כקצין שיפוט ומוסמך להכריע בדבר אשמתו של הנידון, ובמקרה שמצאו אשם - לגזור את דינו בהתאם לסמכויות המוקנות לו בחוק¹⁴. הדין המשמעתי בצבא הוא חלק מהשיגרה הצבאית. מדי יום ביומו מתקיימים בצבא מאות דיונים כאלה¹⁵.

בכינוס מיוחד שהתקיים זה לא מכבר בבית הספר למשפט צבאי בנושא הדין המשמעתי, הבעתי את דעתי על הצורך ברפורמה בדין המשמעתי בצבא. אכן, המונחים "דין משמעתי" ו"קצין שיפוט", מעידים על אופיו הכפול של מוסד זה - פיקודי מצד אחד ושיפוטי מצד שני. עמד על כך השופט (כתוארו אז) ברק בפרשת מדו'ינסקי¹⁶. ואולם האפשרות שקצין השיפוט ישלח חייל, לרבות איש מילואים, לחודש או לחודשיים כליאה בפועל בהליך משמעתי קצר טעונה מחשבה חדשה ובכיוון מצמצם.

13 ראו סעיף 178(3) לחש"ץ.

14 ראו חלק ג' לחש"ץ (סעיפים 136-176). העונשים שקציני השיפוט מוסמכים להטיל, הם מחבוס (עד שלושים וחמישה ימים); ריתוק; קנס; נזיפה; אתראה והורדה בדרגה (ראו סעיפים 152-153 לחש"ץ).

15 כך, למשל, בשנת 2000 התקיימו כמאתיים אלף הליכים משמעתיים ביחידות צה"ל השונות.

16 ראו בג"ץ 243/80 מדו'ינסקי נ' בית הדין הצבאי לערעורים ואח', פ"ד לה(1) 67, 72.

גם המערכת הפיקודית הכירה בכך, וכעת יש התקדמות רבה בטיפול לשינוי המצב.

לאחרונה איתרנו בעיה נוספת בדין המשמעתי אגב טיפולנו בנושא ההטרדות המיניות (הגם שהבעיה היא כללית יותר). כוונתי למקרים שבהם מועמדים חיילים לדין משמעתי בהוראת פרקליט צבאי בעקבות חקירה פלילית שמבצעת המשטרה הצבאית החוקרת (להבדיל מן הדין המשמעתי שיוזם המפקד בעקבות הפרת משמעת בתוך היחידה). במקרים אלה קיימת בעייתיות בעובדה כי הבירור המשמעתי נעשה על ידי מפקד שאינו משפטן. אנו מטפלים בקושי זה באמצעות הצעת חוק שיזמנו, שבמסגרתה מבקשים אנו לערוך שינויים מסויימים בסדרי הדין המשמעתי. בנוסף תוקנו לאחרונה פקודות הצבא ונקבע כי הליך משמעתי שעניינו מעשה בעל גוון מיני, ייערך בפני קצין שיפוט שהוא משפטן או עבר הכשרה מיוחדת.

יחד עם זאת, סבורני כי דרך נכונה להתמודדות עם סוגיה זו היא

בקבלת ההשקפה - ובפיתוחה - שבית הדין הצבאי אינו משמש רק כערכאה פלילית, אלא גם כערכאה משמעתי. כך ניתן להגיש לבתי הדין הצבאיים כתב אישום בעברה שאיננה נושאת רישום פלילי, כגון התנהגות שאינה הולמת, לפי סעיף 130 לחש"ץ; בתי הדין מוסמכים להטיל עונשים משמעתיים באופיים, כגון הורדה בדרגה או ריתוק למחנה. יתרה מכך, בהרכב בתי הדין משולבים מפקדים שאינם שופטים מקצועיים; ואולי גם בכך ייחודו של בית הדין הצבאי.

הפרקליטות הצבאית בתקופת לחימה

במוקד פעילותם של צה"ל כולו ושל הפרקליטות הצבאית עמדו בשנה וחצי האחרונות אירועי "גאות ושפל". אירועים קשים אלה גבו את חייהם של רבים. עד כה נרשמו כ-11,300 פגיעים, שבהם נהרגו 288 ישראלים, ונפצעו 2900 נוספים. מספר האבדות אצל הפלסטינים גדול יותר (כ-915 - הרוגים וכעשרת אלפים פצועים)¹⁷. מטבע הדברים הייתה לאירועים אלה השפעה גדולה על פעילותה של הפרקליטות הצבאית.

מספרים על המצביא הרומי מריוס כי בעת שפיקד על לגיונות רומי שלחמו בקימברים (בשנת 101 לפנה"ס), העניק אזרחות רומית לשתי פלוגות של חיילים בני העיר קמארינום, שהצטיינו בגבורתם - הגם שמעשה זה היה בניגוד לחוק. כשנשאל כיצד עשה כן, השיב: "בתוך שאון כלי הנשק, לא יכולתי לשמוע את קול החוק האזרחי".

קיקרו הביע זאת בקיצור באמרה *inter arma silent leges* (בתוך שאון כלי הנשק, שותקים החוקים)¹⁸.

אלא שבאלפיים השנים האחרונות חלו תמורות, ובין העמים התפתחו ומתפתחים דיני המלחמה. וכך, בדברים שנשא הנשיא ברק לפני כשנה וחצי, הוא הצר על אימרה זו של קיקרו והטעים כי דווקא בזמן מלחמה זקוקים אנו לחוקים:

17 הנתונים נכונים ליום 27.2.2002. מאז, למרבה הצער, גדל מאוד מספר הנפגעים בפעולות האיבה.

18 זהו מקור האמרה, "כשהתותחים רועמים, המוחות שותקות".

כוחה של חברה לעמוד נגד אויביה מבוסס על הכרתה, כי היא נלחמת על ערכים ראויים להגנה. שלטון החוק הוא אחד מערכים אלה.¹⁹

לחימת צה"ל נעשית במסגרת החוק, "בתוך החוק". דווקא בתקופה זו שבה "רועמים התותחים", רואה אני חשיבות עליונה בפעילותה האינטנסיובית של הפרקליטות הצבאית. כך רואה זאת גם ראש המטה הכללי. בפורום של המטה הכללי שהוקדש לנושא הלחימה והמשפט, סיכם הרמטכ"ל כדלקמן:

לפרקליטות הצבאית ייעוד כפול - מתן ייעוץ משפטי לגורמי הצבא וכן שמירה על שלטון החוק בצה"ל (לרבות ע"י אכיפת הדין). הרמטכ"ל אינו רואה סתירה בין ייעודיה אלו של הפרקליטות הצבאית, לבין ההובלה הפיקודית המתבקשת במקרים מסויימים. הרמטכ"ל מזהה צורך להתייעצות מפקדים עם פרקליטיהם הצבאיים. התשתית המשפטית מאפשרת למפקדים קבלת ייעוץ שיאפשר קבלת החלטות נכונות, וכן יאפשר ליחידות

19 לאחרונה חזר הנשיא ברק על דברים אלה בבג"ץ 3451/02 אלמדני ואח' נ' שר הביטחון ואח', פ"ד נו(3) 30, בעניין כנסיית המולד בבית לחם. באותו מקרה התבקש בית המשפט העליון להורות כי יותר לצוותים רפואיים ולנציגי הצלב האדום להיכנס למתחם כנסיית המולד, שבו התבצרו בין שלושים לארבעים מבוקשים פלסטיניים חמושים. בפסק דינו ציין הנשיא ברק כי אמירתו של קיקרו שבעת מלחמה מחרישים החוקים, אינה משקפת את המציאות המודרנית. וכלשונו: "הטעם המונח ביסוד גישה זו אינו רק פרגמטי... הוא עמוק הרבה יותר. הוא ביטוי לשוני שבין מדינה דמוקרטית הנלחמת על נפשה לבין לחימתם של טרוריסטים הקמים עליה. המדינה נלחמת בשם החוק ולשם שמירתו. הטרוריסטים נלחמים כנגד החוק ותוך הפרתו. ... אך מעבר לכך, מדינת ישראל היא מדינה שערכיה יהודיים ודמוקרטיים. הקמנו כאן מדינה שומרת חוק, המגשימה את יעדיה הלאומיים ואת חזון הדורות, והעושה כך תוך הכרה בזכויות האדם, בכלל, וכבוד האדם, בפרט והגשמתם. בין שני אלה יש הרמוניה והתאמה, ולא ניגוד וניכור" (בעמ' 34-35).

בשטח לפעול על פי החוק. התשתית המשפטית המוצקה מאפשרת, גם במצב של לחימה, מילוי נכון של המשימות, ומתן ביטחון לאוכלוסייה האזרחית והגנה על חיי החיילים.

כמו כן, לפני כשבועיים נערכה ישיבה של המטה הכללי, שבה נטל חלק גם היועץ המשפטי לממשלה, ובה נידונו היבטים משפטיים של תקופת הלחימה.

ויודגש: גם אם לגבי פעולות לחימה מסוימות קבע בית המשפט העליון כי אין הן עניין לבית המשפט לדון בו (וכך נפסק לאחרונה בעניין עתירתו של חבר הכנסת מוחמד ברכה ביחס לסיכול הממוקד²⁰) - אין הדבר אומר, חלילה, שהצבא אינו פועל במסגרת החוק. אדרבה, הדבר מוסיף לאחריותם של מפקדי הצבא ולאחריות שבה נושאים אנו בייעוץ המשפטי שאנו מעניקים.

הגדרת המצב המשפטי

במבט לאחור ניתן לומר כי הפרקליטות הצבאית הייתה חלוצת ההתמודדות המשפטית עם אירועי "גאות ושפל". טבענו את ההגדרה המשפטית של המצב שבו אנו מצויים - "עימות מזוין שאינו עולה כדי מלחמה" (Armed Conflict Short of War). מהגדרה זו נגזרות משמעויות משפטיות רבות. ביניהן ניתן למנות עריכת התאמות ושינויים שנדרשו, בכללי הפתיחה באש; את מדיניות החקירה וההעמדה לדין; את העיגון המשפטי של הפעלת סמכויות ביהודה, שומרון וחבל עזה כלפי אנשים

20 בג"ץ 5872/01 ברכה נ' ראש הממשלה ואח', פ"ד נו(3) 1.

וכלפי רכוש (לרבות גיבושו של נוהל חדש שמטרתו הסדרת נקיטת אמצעי ביטחון ופעולות תשתית, ובמסגרתו נכללת חובת היוועצות בגורמי הפרקליטות הצבאית); את גיבוש החקיקה שנועדה לסייע בידי המדינה להתמודד עם תביעות נזיקיות המוגשות ביחס לאירועי הלחימה²¹; את הסוגיה הקשה של שפיטותן של עתירות לבג"ץ הנוגעות לפעולות הלחימה של צה"ל באיו"ש ובאזח"ע; והרשימה היא ארוכה.

מדיניות החקירה וההעמדה לדין

מדיניות החקירה וההעמדה לדין נגזרת אף היא מהגדרת המצב. על רקע האופי הלחימתי של האירועים נקבעה על ידינו מדיניות שלפיה, הבירור העובדתי של אירועים חריגים ייעשה בעיקרו באמצעות תחקירים מבצעיים, שהמפקדים מחויבים לקיים. חומר התחקיר המבצעי מועבר לעיוננו, ואם סבורים אנו כי חומר זה מעלה חשד המצדיק פתיחה בחקירה פלילית, מונחית מצ"ח לפתוח בחקירה לבירור נסיבות האירוע. דרך זו גם עולה מתיקון שנתקבל לפני מספר שנים בחוק השיפוט הצבאי ביחס לקיומה של חקירה פלילית בעקבות תחקיר מבצעי²².

מן הראוי להדגיש: בכל הנוגע לתלונות שעניינן אלימות או פגיעה מכוונת באזרחים או ברכוש - לא חל כל שינוי במדיניות החקירה. הווה

21 מדובר בשתי הצעות חוק שיזמה הפרקליטות הצבאית: הראשונה עניינה תביעות כדוגמת התביעות שהוגשו בגין תקופת האינתיפאדה; הצעה זו התקבלה על ידי הכנסת: חוק הנזיקין האזרחיים (אחריות המדינה) (תיקון מס' 4), התשס"ב 2002. ההצעה השנייה נועדה להתמודד עם תביעות בגין נזקים שאירעו במהלך תקופת "גאות ושפל", ועל פיה, תוענק למדינה הגנה מהותית מפני תביעות נזיקיות; אנו מצויים כיום בשלבי אישורה של ההצעה כהצעת חוק ממשלתית.

22 ראו סעיף 539 לחש"ץ.

אומר: כאשר עולה חשד לעברה פלילית מעין זו, מונחים גורמי החקירה לחקור את נסיבות המקרה.

במסגרת יישום המדיניות האמורה נפתחו עד כה במסגרת אירועי "גאות ושפל" למעלה ממאה חקירות פליליות, והוגשו כתבי אישום לבתי הדין הצבאיים. יצוין כי בשל המצב הביטחוני הקשה נתקלים גורמי המשטרה הצבאית בקשיים לא מבוטלים בכל הנוגע לקיום חקירות בשטחי יהודה, שומרון ועזה. ואולם חרף קשיים אלה מתקיימות, כאמור, חקירות לא מעטות.

אכן, נתקלים אנו בטענות מנוגדות. מצד אחד, מועלות נגדנו טענות בדבר מייעוט החקירות; מצד שני, יש הטוענים כנגד עצם קיומן של חקירות מצ"ח לגבי פעילות מבצעית. ערים אנו לכך שטענות אלה עלולות לפגוע במעמדה של הפרקליטות הצבאית; אולם עלינו למלא חובתנו לפי מיטב שיפוטנו תוך עריכת איזון ראוי בין ערך הביטחון ב"דמוקרטיה מתגוננת" לבין ערך כבוד האדם.

על הסרבנות הסלקטיבית

לאחרונה התפרסם "מכתב הסרבנים", שעליו חתמו אנשי מילואים אשר הכריזו כי אין בכוונתם לשרת ביהודה, שומרון וחבל עזה. יש לגנות מאוד את התופעה של סרבנות סלקטיבית (קרי: סירוב אידיאולוגי לשרת במקום מסוים או במשימות מסוימות, להבדיל מסרבנות מצפון כללית, כגון סירוב כללי לשאת נשק או ללבוש מדים). כבר בתחילת שנות השמונים פסק בית המשפט העליון בפרשת שינין²³ כי סרבנות סלקטיבית היא בלתי

23 בג"ץ 734/83 שיין ואח' נ' שר הביטחון ואח', פ"ד לח(3) 393.

חוקית, ואין להכיר בה. נפסק כי תופעה זו פוגעת בתקינות ההליך הדמוקרטי של המערכת השלטונית וגורמת לאפליה בתחום הגיוס הצבאי. הדברים אמורים במיוחד לאור צרכיה הביטחוניים המיוחדים של מדינת ישראל. יחד עם זאת ברור כי כל טענה קונקרטית בדבר מעשים בלתי חוקיים צריכה להיבדק לגופה.

לגבי דרך הטיפול בתופעה צריך להבחין בין צעדים משפטיים לבין צעדים פיקודיים. כנגד הסרבנים ננקטו צעדים פיקודיים, כגון הדחתם מתפקידים פיקודיים; אשר לצעדים המשפטיים, יש להפריד בין חלקה של המערכת המשפטית הצבאית לבין חלקה של המערכת המשפטית האזרחית. איש מילואים שאינו מצוי בשירות מילואים פעיל, הקורא לאחרים לסרב לשרת במקום מסוים, מבצע, לכאורה, עברה של הסתה להשתמטות או עברה של הסתה לאי ציות²⁴. ואולם עניין זה מצוי "מחוץ למגרשה" של הפרקליטות הצבאית שכן הקריאה לסירוב אינה מתבצעת תוך כדי שירות מילואים, ועל כן החש"ץ אינו חל על מעשים אלה. ההחלטה בעניין זה מסורה למערכת המשפט האזרחית. אשר למערכת המשפט הצבאית, כאשר אדם נקרא לשירות מסוים, והוא מסרב לעשות כן, הוא עובר, לכאורה, עברה צבאית שבגינה יועמד, ככל הנראה, לדין משמעותי.

24 ראו סעיפים 109-110 לחוק העונשין, התשל"ז-1977.

על "טוהר הנשק"

אחד הערכים הבסיסיים שצה"ל מחנך להם, הוא הערך של "טוהר הנשק". ב"רוח צה"ל" (חלק מהקודר האתי החדש) הוגדר לאחרונה ערך זה כך:

החייל ישתמש בנשקו ובכוחו לביצוע המשימה בלבד, אך ורק במידה הנדרשת לכך, וישמור על צלם אנוש אף בלחימה. החייל לא ישתמש בנשקו ובכוחו כדי לפגוע בבני אדם שאינם לוחמים ובשבויים, ויעשה כל שביכולתו למנוע פגיעה בחייהם, בגופם, בכבודם וברכושם.

באחד מפסקי הדין הצבאיים המפורסמים של האינתיפאדה לגבי שימוש באליםמות שלא כדין בשכם בפברואר 1988 הזכיר בית הדין הצבאי לערעורים כי "טוב ארך אפים מגבור, ומשל ברוחו מלכד עיר" (משלי טז, לב)²⁵.

25 ע"פ 52/88 רב"ט הרפז נ' התצ"ר וערעור שכנגד, פד"צ 1988 417, 425:

כל חייל, כשם שהוא מלמד עצמו קשת חייב ללמוד לשלוט ברוחו, לקיים את הפקודות שנתנות לו ולשמור על צלם החייל וצלם האדם מכל משמר. "טוב ארך אפים מגיבור ומושל ברוחו מלכד עיר" (משלי ט"ז 32) זו חכמת חיים, זה ציווי שהחיילים צריכים לחנך עצמם ולהתחנך לאורו. אם לא כן כסדום נהיה.

בית דין זה כבר פסק כי החזית של אזרחות, של חינוך של כיבוד חוק ושמירה על כבודו של אדם היא חזית שאיננה נופלת בחשיבותה מן העימות הישיר עם האויב ...

נראה כי האיסור המעשי החשוב ביותר הנוגע לדיני הלחימה הוא האיסור לפגוע באזרחים שאינם נוטלים חלק ישיר בלחימה עצמה - איסור שההיסטוריה מראה כי מרביתם שלא לקיימו בין בודון, בין ברשלנות ולעיתים אף בהעדר שניהם²⁶.

הרשו לי לחזור כשלושת אלפים ושלוש מאות שנה אחורה לאותה עיר, שכם, ולהזכיר אירוע ידוע שהתרחש שם, וניתן למצוא בו גינוי לפגיעה בחפים מפשע. יעקב אבינו מגנה את בניו, שמעון ולוי, על כך שהרגו כל זכר בעיר שכם בעקבות מעשה שכם ודינה: "בסדם אל תבא נפשי, בקהלם אל תחד כבדי כי באפם הרגו איש..."²⁷.

פרשנים רבים ניסו לבאר את המעשה²⁸, אך מפורסמת ביותר מחלוקת הרמב"ם והרמב"ן בנושא זה. הרמב"ן מציין:

ורבים ישאלו: ואיך עשו בני יעקב הצדיקים המעשה הזה לשפוך דם נקי.²⁹

26 וכדברי נתן אלתרמן בשירי מכות מצריים (תשי"ז), 11:

צדיק בדינו השלח
אך תמיד, בעברו שותת
הוא משאיר כמו טעם המלח
את דמעת החפים מחטא

27 בראשית, מט, ב.

28 ראו, למשל, פירושי אור החיים ואברבנאל לבראשית, לד מצד אחד, והעמק דבר ורש"ר הירש מצד שני.

29 רמב"ן לבראשית, לד, יג.

הרמב"ם ביקש להסביר כי הרבים התחייבו בעונש - במסגרת שבע מצוות בני נוח - משום שלא דנו את שכמם³⁰, ואולם הרמב"ן שולל הסבר זה לחלוטין ומסביר כי יעקב גינה את בניו על כך שהרגו כאלה ש"לא הרעו להם כלל"³¹:

ועוד חרה לו, שלא יאמרו כי בעצתו נעשה
הדבר ויהיה חילול השם שיעשה הנביא חמס
ושוד, וזה טעם בסדם אל תבוא נפשי...³²

אכן, מאז כישלוננו של מרד בר כוכבא לפני כאלפיים שנה ועד חידוש ההתיישבות היהודית בארץ ישראל לא עסקו היהודים באופן מעשי בשאלות הכרוכות במלחמה, וממילא מיעטו להגות בדילמות המוסריות העומדות בפני מי שחייב להשתמש בכוח כדי להגן על עצמו.

חידוש ההתיישבות ולאחר מכן תקומתה של מדינת ישראל והקמת כוח יהודי הציבו גם שאלות חדשות של מוסר יהודי. לא אכנס כאן לפירוט היסטורי, ואסתפק בכך שאפנה את שימת הלב לכך ששאלה זו עלתה במלוא עוצה בתקופת "המאורעות" בארץ ישראל בשנות השלושים של

30 רמב"ם, מלכים, ט, י: "ומפני זה נתחייבו כל בעלי שכמ הריגה, שהרי שכמ גול והם ראו וידעו ולא דנוהו".

31 רמב"ן, לעיל, הערה 29.

32 רמב"ן לבראשית, מט, ה. הרב שלמה גורן בספרו, משיב מלחמה (תשמ"ג, כרך א) מטעים כי בלחימה המודרנית חל איסור לפגוע באויב: "אפי' בשעת מלחמה, אלא בזמן שקיים הכרח להגנה עצמית לצורך כיבוש ולנצחון, ולא לפגוע באוכלוסייה בלתי לוחמת ובודאי שאסור לפגוע בנשים וילדים שאינם משתתפים במלחמה" (ע' יד). את המחלוקת הזכרת בין הרמב"ם לבין הרמב"ן לגבי מעשה שכמ מבקש הרב גורן ליישב בדרך מחודשת המבקשת להבחין בין הצדק מבחינה הלכתית (דברי הרמב"ם) לבין הצדק מבחינה מוסרית (דברי הרמב"ן). ההצדק המוסרי הוא בנושא זה בבחינת "הלכת על" ולפיה צריך לנהוג (בע' כה-כט).

המאה העשרים, כאשר היה צריך להחליט כיצד להגיב על מעשי ההתקפה חסרי הרסן של הערבים כנגד היהודים. באותה תקופה גם הוטבע המונח החדש, "טוהר הנשק", שנלקח, כפי הנראה, מדברי ברל כצנלסון כי אין להשתמש בנשק אלא במצבים שהדבר הכרחי ובלתי נמנע: "איננו רוצים שנשקנו יוכתם בדם נקיים".

באותה תקופה נכתב ונאמר הרבה גם על ידי רבנים לביסוסו של עיקרון זה במוסר היהודי. הבולטים שבהם - הרב הרצוג והרב עמיאל - הדגישו לא אחת כי אין להבליג, וחובה להילחם כנגד האויב, אלא שיש בכל תוקף להתנגד לפגיעה בחפים מפשע. הרב עמיאל הטעים כי מבחינת מוסר היהדות הסיבה העיקרית לכך איננה תועלתנית, אלא מהותית, ויסודה, למעשה, הוא כבוד האדם במוסר היהודי:

אנחנו מביטים על נפש האדם לא כעל אמצעי לתכלית ידועה, לא כעל פרט שלא נברא אלא בשביל הכלל, וכפי מידת שימושו לכלל כן ערכו. אלא אנו מביטים על כל יחיד ויחיד כעל עולם מלא בפני עצמו.³³

וכך, במחקר שיצא לאחרונה, טוען אהוד לוז כי בשנות השלושים עלתה בפעם הראשונה לדיון ציבורי מקיף ונוקב סוגיית הזיקה בין מדיניות למוסר הלחימה היהודי:

"מוסר היהדות" הוא מוטיב החוזר בדבריהם של רוב הדוברים, חילוניים ודתיים כאחד.

33 א' דון יחיא "דת וטרור פוליטי, היהדות הדתית ופעולות הגמול בתקופת "המאורעות" הצינונות יז (1993) 155, 165. וראו גם א' שפירא "בין הבלגה לטרור: הכינוס היישובי באוג' 1938" הצינונות ו (תשמ"א) 411-413.

הפולמוס קבע למעשה את קווי המתאר של העמדות השונות בסוגיה זו בחברה הישראלית עד לזמננו. מתוכו נולד גם עקרון "טוהר הנשק", שהטביע את חותמו על מוסר הלחימה הישראלי. אפשר לומר בפשטות: עקרון "טוהר הנשק" נולד מתוך "מוסר היהדות".³⁴

זהו המוסר היהודי שניתן לתמצתו בדברי המדרש המובאים ברש"י על הפסוק, "ויירא יעקב מאד ויצר לו (בראשית לב, ח):

ויירא - שמא יִהָרַג; ויצר לו - אם יִהָרַג הוא את אחרים.

דברי סיום

כל העבודה הקשה שתיארתי, מונחת על כתפיהם של כמאתיים ושלושים קצינים משפטנים בשירות חובה ובשירות קבע, שאליהם מצטרפים קצינים ונגדים שאינם משפטנים ועוד מאות אנשי מילואים. לכולכם תרומה למוניטין של הפרקליטות הצבאית, וברצוני להודות לכולכם על עבודתכם הקשה והמסורה.

34 א' לוח מאבק בנחל יבוק: ערצמה, מוסר וזהות יהודית (תשנ"ט) 351.

על ביטחון וזכויות אדם בימי לחימה בטרור*

אליקים רובינשטיין**

פתח דבר

ביטחון וזכויות - היש סתירה ביניהם?
על המחסומים ואוכלוסייה אזרחית פלסטינית
מקצת על הזווית ההיסטורית
על מלאכת המשפט בענייני ביטחון
האכיפה הפלילית הבינלאומית
על כללי משפט בעת לחימה
העברת בני משפחה לעזה
סיכול ממוקד
מעצרים מנהליים
ברגותי
על המדרון החלקלק
סיכום

פתח דבר

לא זכיתי להכיר את חיים אביטל, עליו השלום, שנפל בקרב במלחמת יום הכיפורים, אך זכיתי לעבוד במערכת הביטחון בקרבת אביו, סם אביטל, ייבדל לחיים ארוכים, פעיל עליה מרכזי בארץ הולדתו, מרוקו, עובד מסור של משרד הביטחון לאורך עשרות שנים כסגן ראש אגף השיקום ומי שסייע לחיילים משוחררים רבים להתחיל את דרכם האזרחית. יישר כוח ההורים והמשפחה וכוחה של האוניברסיטה

* נוסח מורחב של דברים בערב עיון לזכר חיים אביטל המנוח, שנפל במלחמת יום הכיפורים, שנישאו באוניברסיטת תל אביב ביום י"ג בתשרי התשס"ג (19.9.2002).

** היועץ המשפטי לממשלה.

המחבר מודה למתמחה במשפטים, נמרוד אסיף, על סיועו הטוב.

על הנצחת זכרו של חיים המנוח בדרך זו, על ההתמדה ועל החומר העשיר שבו זיכו את הרבים בהרצאות שפורסמו.

סם אביטל פעל באגף השיקום. עיניו ראו מה שחזו עיניו של כל העוסק בנושא אנושי, רגיש ומורכב זה, השכול, לאורך השנים: דאבון הלב והיגון שאין להם קץ ואין להם מזור, כובד משא האבל שאינו פוחת, אלא מכביד והולך. הוא נחשף לכך, אבוי, גם בביתו שלו. גם בעבודתי בגלגולים לא מעטים וגם במשפחתי נפגשתי עם עגמת הנפש, עם השאלות המציקות ועם תחושות הכבדות של השכול, ועודני נפגש עמם. חכמינו אמרו: "[כל המצטער עם הצבור זוכה ורואה בנחמת צבור]". אך צער השכול הוא, בסופו של יום, יותר מכל היגון האישי של ההורים ובני המשפחה הקרובים, הנותרים עמו כשזרם החיים שוטף הלאה. חובתנו לאורך הדרך היא כלפיהם לסייע בכל הניתן והאפשרי.

עם השנים הצטרפו אל חללי צה"ל חללי הלחימה בטרור, שהוסיפו מצבות קורעות לב לשורות היגון הארוכות, וגם בני משפחותיהם זקוקים ליד מסייעת, ללב פתוח ולנחמה.

ועוד אזכיר כי מלחמת יום הכיפורים, שבה נפל חיים אביטל ע"ה, באה עלינו בעיצומו של היום הקדוש בשנה לעם היהודי. חשבון הנפש של תום שנה וראשיתה מצדיק עיון בסוגיה שאליה אנו נדרשים היום, ביטחון וזכויות בימי לחימה בטרור, מתוך שאם גם עקרונותיה הם בני קיימא, פרטיה מתחדשים לבקרים.

ביטחון וזכויות - היש סתירה ביניהם?

הצמד, ביטחון וזכויות, נתפס בתודעה הציבורית והמשפטית כזוג שאינו דר בהרמוניה. בדימוי השגור ובהגדרות השגורות, לכאורה, אין אמירה זו מופרכת כליל, אך התמונה המהותית מורכבת מאוד. היא מורכבת כי תמונת זכויות וחובות לעולם אינה חד צדדית. חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, התשתית החוקתית דהאידינא, קבע זכויות יסוד אך לצדן גם פסקת הגבלה, אשר קובעת מתי ניתן לפגוע בהן, וכיצד. אכן, בית המשפט העליון חזר לא אחת על האמירה כי זכויות אינן בלתי מוגבלות,

1 ילקוט שמעוני, בשלח, רמז רסה.

כשם שהביטחון איננו יסוד להגבלה בלתי מבוקרת של זכויות. בשכבר הימים - בראשית המדינה - היה הביטחון נעלה מכל נעלה. זכויות אדם לא היו חלק מהשיח הציבורי-משפטי כפי שהן כיום. כבר נודמן לי להעיד כיצד שרתה קדושה, כביכול, על צה"ל ועל השב"כ בשנות צעירותי במערכת הביטחון, וכיצד חלו בהדרגה התמורות, שהיו שילוב של סדקים באמון הספציפי במערכות הללו - בצה"ל בגלל מלחמת יום הכיפורים ובשב"כ בגלל פרשיות שנות השמונים - עם תהליכים חברתיים בחברה הישראלית, מן הקולקטיביזם אל האינדיבידואליזם. חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו שיקף את אלה. המתח שבין ביטחון לזכויות הוא בן לוויה קבוע לנו. ב-1996 נשאתי הרצאה ובפתחה אמרתי כך:

היחס בין שאלות בנושאי זכויות האדם לבין האתגר הבטחוני והצורך הבטחוני עתיד להישאר לאורך ימים על סדר-יומם של החברה הישראלית ובתי-המשפט בישראל. המשא-ומתן לשלום שישראל נתונה בו מצוי בעיצומו, אך גם האופטימיים ביותר אינם צופים כי היא תבוא אל המנוחה ואל הנחלה במישור הבטחוני בטווח הנראה לעין. יימשך איפוא המתח הטבוע שבין הביטחון לנושאי זכויות האדם, וימצא את ביטויו המשפטי המרכזי בפרשנות חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו; יימשך הדיון בשאלות מתי נסוגות הזכויות מפני הביטחון ומהו האיזון בין שמירת הקיום לשמירת צלם האדם - ניטוח המחדד את הדילמה עד תום. נמשיך להתלבט בשאלה מהו המרווח שבין הציווי "ונשמרתם מאד לנפשותיכם" במובנו הקבוצתי ובין "כי בצלם אלקים עשה את האדם"³ ו"גדול כבוד הבריות שדוחה את לא תעשה שבתורה"⁴. בית-המשפט יבקש את האיזון שבין הביטחון לזכויות, כך שלא יינשא שמו של הביטחון לשוא, אך הביטחון גם לא יופקר.⁵

דברים שנאמרו אז, יפה כוחם בוודאי היום נוכח הנסיבות שבהן מצאה עצמה מדינת ישראל מאז ראש השנה התשס"א, ובמיוחד נוכח תופעת פיגועי ההתאבדות.

2 דברים, ד, טו.

3 בראשית, ט, ו.

4 ברכות, יט, עב.

5 ראו מאמרי, "על חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ומערכת הביטחון" עיוני משפט כא (התשנ"ח) 21, בע' 22. ראו גם מאמרי, "הביטחון והמשפט: מגמות" הפרקליט מד (תשנ"ח-תש"ס) 409.

תקופות קשות מטלטלות את המטוטלת הנעה בין ביטחון לזכויות אישיות, והיא אינה מוצאת לה מנוח. היא מעסיקה ממשלות, מערכות ביטחון, יועצים משפטיים ואף את בית המשפט העליון. היא מחדדת באורח מכאיב שאלות קשות. מהי נקודת האיזון הראויה שבין ביטחון לזכויות? וזכויות, הלא אינן רק של הציבור הפלסטיני אלא גם של הציבור הישראלי, קרבן הטרור, הזכאי לחיים, הזכאי להגנה עצמית, הזכאי לביטחון כי מה בצע בשמירת זכויות הזולת אם חייך שלך תלויים לך מנגד. מתבקשת דרך הוגנת שתדאג לביטחון ותכבד זכויות. התקופה שבה אנו חיים, מחדדת את השאלות ומתאפיינת בחיפוש דרך זו. הדיאלוג בין צה"ל ומערכת הביטחון לאנשי המשפט מתמיד, אינטנסיבי ולא תמיד קל.

אינני פטור מהערה מקדימה נוספת.

ביחס לנושאי ביטחון ישראל מול זכויות אדם של הפלסטינים אפשר לזהות בציבור הישראלי סכמתית שלוש קבוצות - שני קצוות ומה שביניהם. הקצה האחד הוא מי שבעיניהם הביטחון הוא חזות הכל, וזכויות אדם של הפלסטינים נדחות מפניו. הקצה האחר הוא מי שבעיניהם זכויות הפלסטינים הן חזות הכל, והביטחון נדחה בפועל מפניהן. אלה ואלה בקצוות יטענו כי לא כך הדבר, אך התוצאה המעשית, להבדיל ממס שפתיים, היא התמקדות בצד אחד בלבד של המשוואה. בשני הקצוות ניתן לזהות, אמנם לא באופן מוחלט, קרבה לצד פלוני של המערכת הפוליטית, אך לא בכך ענייננו. אלה כאלה משתמשים בלשון בוטה, אלה כאלה אינם מדקדקים בעובדות, אלה כאלה מתקרבים לגבולות החוק ולעתים עוברים אותם. אין לי כל טענה כלפי ביקורת המושמעת כלפינו. אדרבה, אנו מקבלים אותה בכבוד ובהבנה. אך אין לי כל כבוד למותחים ביקורת בלא לדעת את העובדות, בלא לשאול, תוך הפרחת מלים וגלגולי לשון שכל כולה לשון הרע, תוך שבי בקונספציות, בבורות ולפעמים ביותר מקורטוב של שנאה. לעתים עדיף להיות מן הנעלבים ואינם עולבים, שומעים חרפתם ואינם משיבים, שעליהם הכתוב אומר: "ואהביו כצאת השמש בגברתו".

דומה שברור כיום לכול כי מתקפת פיגועי ההתאבדות הובילה את ישראל למציאות מסוג חדש, מציאות קשה כשאל שאין לה אח ורע בעולם. סדרת הפיגועים

במרס השנה גדשה סאה שכבר קרבה להתמלא לפני כן. הוברר במהלך התקופה כי האויב העיקרי שבו אנו נלחמים - ארגוני המחבלים למיניהם, ללא הבדל בין "חמאס", "ג'יהאד אסלאמי", "חללי אל-אקצא" ו"תנזים" ואף מנגנוני הרשות הפלסטינית - אינו מחשיב כלל את ערך החיים של אזרחינו ושל אנשיו. המחבל המתאבד הוא כפצצה אנושית מונחית בעלת יכולות רצחניות מרביות, בהיותה מסוגלת לתזמן באופן מדויק את מקום הפיצוץ ואת מועדו. אותם מפגעים מתאבדים אינם פועלים בגפם, והם תוצר של מערכת מסועפת ומאורגנת של מנהיגים ומפקדים המובילים פעילות נוראה זו, שהזולת מ ישראל ומבני עמם שלהם, ולא הם ישלם את מחירה, והכשל המוסרי בכך ברור וחד. החברה הישראלית נדרשת לתעצמות נפש כי מציאות זו נכפתה עליה.

אכן, ביקשנו להסדיר את מערכת היחסים עם שכנינו בדרכי שלום מתוך כוונה להגיע לזו קיום אחרי שנים של סכסוך. הייתי עד לניסיונות אלה. לכן התפתחויות השנתיים האחרונות אינן בבחינת "מחד גיסא ומאידך גיסא" כי יש כתובת ברורה לקטסטרופה. וגם אם נעשו שגיאות בצד הישראלי, לזו הכוונת וההצעות היה ברור ולא הצדיק כהוא זה נקיטת אלימות. בשל הנהגת הרשות הפלסטינית, שעל ראשה ועל ראש מנהיגה עטרת קוצים של פשעי מלחמה כבדים, הובלו ישראל והפלסטינים ל"סיבוב נוסף" של אלימות, חריף ונורא מקודמיו.

שנים ציינתי בפני ממשלות ישראל כי ברשות הפלסטינית אין בפועל מערכת משפט. בדיונים הייתי מציג את הדברים תוך הבעת תקווה לשיפור כדי שלא נישד בהתנשאות על הזולת, ומתוך הנחה של מחלות ילדות בגוף שזה לא כבר קם. אמת, ישנם ברשות מוסדות הקרויים "בתי משפט" ו"תביעה כללית", אך אלה מסגרות וכותרות בעלות תוכן מועט. שלטון החוק הוא וירטואלי. מכאן התופעות של מעצרי דמה של מחבלים, של אי העברתם של מבוקשים אלינו כמתחייב לפי ההסכמים ושל משפטי ראווה שבהם מוצאים להורג אנשים תוך שעות אחדות. כל ארגון "ביטחוני" ברשות קיים אוטונומיה לעצמו. אין מנוס, אפוא, מהגדרת מציאות זו כג'ונגל משפטי. התרעתי רבות בפני הדרג המדיני כי קיומה של מערכת משפט פלסטינית ראויה הוא הכרח, ויש לעמוד על כך במסגרת הדיאלוג. בשונה ממצבנו מול מדינות שכנות כמו ירדן ומצרים, אנו והפלסטינים שלובים אלה בתוך אלה בהקשרים רבים, והעדר

מערכת משפטית ראויה לשמה הוא מכשול אמיתי במערכת היחסים. מעבר לשאיפה טבעית שלנו כי תיבנה בשכנות אלינו חברה בעלת מנגנוני ממשל תקינים, העדר שלטון חוק ברשות הפלסטינית יוצר מציאות עצובה שבה אין בידינו לסמוך על מלה כתובה בהסכם עם הצד הפלסטיני אין ערך של ממש להסדר משפטי. בהעדר מרותו של המשפט הפלסטיני על אנשי הטרור ברשות ואדרבה, כשהפושעים זוכים לעידוד הרשות, אנו נאלצים להגביר את פעילותנו שלנו להגנה עצמית. לא לכך פיללנו, אך מחובתנו להכיר במציאות.

מציאות זו הציבה בפני המשפט הישראלי אתגר. זו תקופת מבחן לנו, משפטני השירות הציבורי, כנאמנים של ערכי מדינת ישראל ושל המשפט הציבורי בה. יש השואלים אם הכללים המשפטיים הקיימים רלוונטיים כאשר מדינה נאלצת להילחם בתופעה בלתי אנושית של מחבלים מתאבדים. אך היש אמת בטענה הנשמעת מפי גורמים שונים כי המציאות השתנתה, ולכן גם על המשפט להשתנות? ארצות הברית, כפי שנראה להלן, נוקטת במידה מסוימת בדרך זו. אני מאמין כי אצלנו העקרונות הם בני קיימה ומייצגים רעיון מתמיד של צדק, ואולם ביישומם אסור להתעלם מהשינויים בפניה של המציאות.

זו שעת מבחן גם משום שלצדנו חיה אוכלוסייה פלסטינית גדולה שאנו חפצים בשלומה ומבקשים להמעיט ככל הניתן את הסבל שבו היא מצויה, גם אם לא בצווארנו תלוי קולר צרותיה, וככל שבידינו רצוננו לעשות לביטחון ישראל בלי לפגוע בה. אוכלוסייה זו ברובה נקלעה למציאות הקשה שלא ברצונה ושלא לטובתה. כך למשל, תושבים פלסטינים רבים עוברים במחסומים; רצונם הוא לפרנס את משפחתם. מה היחס אליהם? עיכובם במחסום נובע מהחשש שבתוכם מסתתר אדם המבקש לפגע בישראל, אך תושבים שאינם קשורים בטרור נפגעים. יש צורך בפעולה מתמדת כדי להקל על המצוקה הנוצרת בחיכוך הבלתי נמנע בין אוכלוסייה אזרחית לבין צה"ל. החיכוך קשה משום שמחד גיסא, המדובר באוכלוסייה גדולה, ומאידך גיסא, החיילים שרויים בעומס רב לצד המתח הנובע ממחויבותם לבצע את תפקידם, מחשש פיגוע בהם ומחובתם למנוע חדירתו של מפגע. בידוקם של האנשים ושל הרכבים צריך להיעשות תוך שמירה מרבית על כבודם של העוברים במחסומים. זו משימה שהחינוך לה את היחידות הסדירות ואת יחידות המילואים צריך להיות

מתמיד. לדעתי, בסופו של יום אין סתירה ערכית אמיתית בין זכויות לביטחון. כבוד האדם וערכי מדינת ישראל הוא שילובם. אין האחד בלא האחר, ואין קיום ערכי למדינה בלא שניהם באמת ובתמים, ולא כמס שפתיים. זו אחריותנו, וזה האתגר.

על המחסומים ואוכלוסייה אזרחית פלסטינית

בשבוע הראשון של אוגוסט 2002 שירתי במילואים במחסום רמה (קלנדיה). ביקשתי לשרת גם כדי להזדהות עם צה"ל וגם כדי לעמוד מקרוב, לא בביקור רשמי קצרצר, על הנעשה במחסומים. נושאי המחסומים והטיפול באוכלוסייה הפלסטינית האזרחית בהם עולים תדיר בפניות אלינו. הייתי בין אלה שסברו עוד בעבר, כי בכל מחסום יש צורך באנשי מילואים מבוגרים לצד אנשי החובה המאיישים אותו אם מצה"ל ואם ממג"ב, מאחר שניסיון חייהם של הראשונים מאפשר להם - מבלי לפגוע בחיילים הצעירים - להתמודד עם נושאים אזרחיים והומניטריים המתעוררים בכל רגע. גם פניתי בעניין זה לצה"ל. אכן, לא הייתי, מן הסתם, יחיד בחשיבה זו; הוקמה יחידת המתנדבים, "התקווה" שמה, אשר מציבה אנשי מילואים מתנדבים, שביניהם קצינים רבים ומתנדבים מחו"ל, במשימות שונות, לרבות מחסומים. לדעתי, יש לכך חשיבות רבה, מבלי לפגוע, חלילה, במאמץ הכוחות הסדירים המבצעים משימה קשה וחשובה בתנאים קשים. זכאים למלה טובה וליישר כוח כל מי שנתנו כתף למאמץ זה ונותנים לו כתף. ראיתי את מסירותם הבלתי שגרתית לנושא ואת תרומתם בשטח.

במהלך השירות בנוסף לעמידה בשעות היום הארוכות כאחד החיילים הבודקים במחסום קלנדיה ביקרתי גם במחסומי א-רם ובית לחם וסיירתי ברמאללה ובביתוניה בעת העוצר עם מג"ב וצה"ל. שוחחתי עם מח"ט בנימין, עם ראש מפקדת הקישור והתיאום ברמאללה ועם סגן ראש מפקדת הקישור בבית לחם. כמו כן, הגיעו למחסום קלנדיה בעקבות שיחה שקיימתי עם ראש העיר ירושלים, המשנה למנכ"ל עיריית ירושלים ואנשיו בקשר לשיפורים במקום. ביוזמת מפקדיהם נודמן לי לשוחח עם קבוצת חיילים, הן המופקדים על הבידוק והן המופקדים על האבטחה. היו, כמובן, שיחות אישיות רבות.

החיכוך עם אוכלוסייה אזרחית גדולה של פלסטינים, שרובם הגדול, כמובן, אנשים רגילים המחפשים פרנסה, אך ברור שיש גם חשש להסתננות מפגעים, הוא, ללא ספק, קשה מאוד להתמודדות מבחינת החיילים, ודאי כשהמדובר בחיילי חובה. לדעתי - והשתדלתי להציג בפני הדרג המפקד - יש צורך בהדרכה ראויה מוגברת לחיילים באשר לרקע הסכסוך, לסביבה, לאופי האוכלוסייה, לדרך לתקשר עמה (כולל שיחון קצר לשיחה פשוטה בערבית). אכן, קשה לחיילים לעמוד שעות על שעות בשמש הקופחת עם שכפוד, קסדה ונשק, והאוכלוסייה לא תמיד קלה, ולעתים יש צורך לנשוך שפתיים, אך יכולת תקשורת סבירה עשויה לסייע מאוד להפגת מתחים. לשם כך, ולשם כיבוד האדם באשר הוא אדם, יש צורך בחינוך מתמיד ובהדרכה מתמדת.

בעניין קרוב - יש חשיבות לשמירת תנאים ראויים, ולוא מזעריים, במחסומים עצמם, הן לחיילים שבמחסום והן לאוכלוסייה האזרחית העוברת באלפים מדי יום. השמש קופחת כמעט ללא מחסי צל, והדברים יפה כוחם, כמובן, גם לעונת הגשמים. תנאים אנושיים כוללים גם מי שתייה ותאורה ראויה בחשכה. נושאים אלה אין קושי רב לפתור בעלות לא גבוהה. יש גם חשיבות לנוכחות משטרתית של משטרה "כחולה" בשטח בריבונות מדינת ישראל וכ"תחושה אזרחית", דבר שאינו מתקיים תדיר.

בעניין אחר, יש לחקור עברות לכאורה על ידי חיילי צה"ל, לרבות חשד פגיעה באוכלוסייה האזרחית או ברכושה, ללא פשרות, על ידי מצ"ח, ומובן שלבסוף תיתכן גם העמדה לדין. כידוע לי, זו מדיניות צה"ל והפרקליטות הצבאית הראשית.

מקצת על הזווית ההיסטורית

הוצבו בפנינו החל מראשית הסכסוך בשלבו הנוכחי דילמות משפטיות קשות. חלקן היו מוכרות לנו מן העבר בשינויים שונים, חלקן היו חדשות. נוסחת האיזון בין צורכי הביטחון לבין זכויות האדם עמדה שוב למבחן. בטרם אפרט מספר סוגיות שאליהן נדרש המשפט הישראלי לאחרונה, אנסה להעמיד אותן בהקשר היסטורי מסוים. בדיון בדילמות אלה חשוב לעיין בתולדותיהן של דמוקרטיות אחרות שמשפטן נדרש להכריע בסוגיות דומות או לערוך איזונים דומים. מובן כי ההיסטוריה

לא תפיק פתרונות לדילמות הנוכחיות, אך דומה שביכולתו של עיון כזה להעשיר את הדיון הנוכחי.

ארצות הברית, הדמוקרטיה שקידשה את זכויות הפרט והטיפה בעולם לשמירה על ערכים אנושיים, ניצבה במספר צמתים בתולדותיה מול צורך לבצע איזון בין צורכי ביטחון לבין זכויות האדם. הגם שמערכת המשפט האמריקאית גילתה, ככלל, מחויבות לשמירתן של זכויות הפרט גם בתקופות משבר, נרשמו בתולדותיה מספר פרקים שבדיעבד, בוודאי, נראים כאפלים.

כך היה, למשל, כאשר בית המשפט העליון בארצות הברית נמנע מלאסור את הפרת זכויותיהם של אמריקנים ממוצא יפני במהלך מלחמת העולם השנייה. שבועות מספר אחרי המתקפה היפנית על פרל הרבור גברה בארצות הברית העוינות כנגד התושבים ממוצא יפני בחוף המערבי. נוצרה תחושה ציבורית, אולי היסטוריה, שתושבים אלה יהיו גיס חמישי ויכינו את הקרקע לפלישה של הצבא היפני. החששות והבהלה גברו על רקע הערכות של גורמי צבא כי לצי היפני עליונות צבאית באוקיינוס השקט, ועל רקע חשש אמיתי מפלישה.

הממשל האמריקאי הגדיר את רצועת החוף המערבי כשטח צבאי ואסר על אמריקנים ממוצא יפני להתגורר שם. כ-120,000 אנשים, מתוכם כ-70,000 אזרחי ארצות הברית, הורחקו מבתיהם ומעבודותיהם והועברו למחנות שבהם הוחזקו עד ארבע שנים. משפחות יפניות נאלצו למכור את רכושן תוך ימים ספורים טרם הפינוי וכך ספגו הפסדים כלכליים. אקט זה, שהוגדר כ"מיקום מחדש", לא חייב כל ראייה המצביעה באופן פרטני על חוסר נאמנות של האדם. מספר תיקים הגיעו לבית המשפט העליון, אך הוא נמנע מדיון בסוגיה בכללותה ומאסור על מדיניות זו. בפרשת קורמטסו (Korematsu) אישר בית המשפט העליון ברוב דעות צו צבאי להרחקת כל האנשים ממוצא יפני - קריטריון גזעני ברור - מאזורים מסוימים בחוף המערבי של ארצות הברית. דעת הרוב, מפי השופט הוגו בלאק (Black), שראשיתו פוליטיקאי שמרן ולימים שופט מן הליברליים בדורו ושוחר חירויות - אישרה עילה של צורך ציבורי "דוחק" כיסוד לצוי. הרשעת קורמטסו בוטלה ב-1984 - בשל מידע לא

7 GERALD GUNTHER & KATHLEEN M. SULLIVAN, וראו Korematsu v. U.S., 323 U.S. 214 (1944) 7
CONSTITUTIONAL LAW 664-67 (13th ed.)

נכון שהובא בפני בית המשפט בשנות הארבעים. פרשה זו נחשבת בהיסטוריה המשפטית האמריקאית להפרה הבוטה ביותר של זכויות האדם, ולימים הודו חלק משופטי בית המשפט העליון בטעותם בעניין זה. ברם, החלטותיהם יישארו חקוקות לעד בספרי המשפט.

מספר שנים אחר כך עמדה שוב הדמוקרטיה האמריקאית במבחן. היותה של ברית המועצות מעצמה אשר מציבה איום גרעיני על ארצות הברית, הטילה על ארצות הברית "חרדה אדומה" (ביטוי זה ראשיתו, אגב, עוד בתקופה שלאחר מלחמת העולם הראשונה, עם ההשתלטות הקומוניסטית ברוסיה). מספר כישלונות צבאיים של ארצות הברית בניסיונות למגר את ההתפשטות הקומוניסטית באסיה העצימו חששות אלה. נוצרה קרקע פורייה לצמיחתן של האשמות כלפי מאות אזרחים בארצות הברית בגין חתרנות וחוסר נאמנות. הוקמו ועדות של הקונגרס במטרה לחקור עובדי ממשל ולנסות לגלות יסודות חתרניים המאיימים על ביטחון המדינה. בפעולת ועדות אלה הייתה פגיעה חמורה בזכויות. הוועדה הידועה ביותר הייתה בראשותו של הסנטור ג'וזף מקארתי ממדינת ויסקונסין, ששמו הילך אימים על אזרחים רבים. עצם הזמנתו של אדם לחקירה בפני הוועדה פגעה בו קשות, הובילה לפגיעה בשמו הטוב ולעתים גם לפיטורין מעבודתו. אמריקה נגררה לעידן של רשימות שחורות ושל חשדות איש נגד רעהו. ועדת מקארתי פעלה במשך שנים בלא שמנגנוני המשפט יכלו לעצרה. הגם שאף לא נגד עובד אחד הצליחה הוועדה לגבש ראיות שיצדיקו העמדתו לדין פלילי, הנוק והפגיעה בזכויות הפרט היו, אולי, בלתי הפיכים.

בהמשך תקופת המקארתיזם נחקקו חוקים בדבר קשירת קשר לעודד את הפלת המשטר בארצות הברית. חוקים אלה היוו סכנה לחופש הביטוי, כיוון שחייבו בחינתן של אמירות שהושמעו על ידי אישים פוליטיים. בית המשפט העליון ניצב בפני הדילמה אם להתמיד באמת המידה שנקבעה לפני כן לסוגיית האיזון בין חופש הביטוי לערכים אחרים, כי פגיעה כזו בחירות הביטוי תיעשה רק ככל שיש בדברים הנאמרים "סכנה ברורה ומיידית" (clear and present danger) לביטחון המדינה.

באחת הפרשיות המרכזיות - פרשת דניס (Dennis) - אישר בית המשפט העליון של ארצות הברית את הרשעתו של מנהיג פוליטי בגין ביטויים שהשמיע, למרות

שעל פי מרבית ההערכות, ביטוייו לא הגיעו לכדי "סכנה ברורה ומיידית"⁸. זכורה אמירתו של השופט בלאק, שהיה בדעת מיעוט וחלק על ההרשעה, "יש תקווה שבימים רגועים יותר ומשישכבו הלחצים, הרגשות והפחדים, ישיב בית המשפט, זה או מאוחר ממנו, את חירויות התיקון הראשון [לחוקה, ובו חופש הביטוי - א"ר] אל מקומן הגבוה הראוי בחברה חופשית".⁹

לאחרונה ציינה ארצות הברית שנה להתקפת הטרור בניו יורק ובוושינגטון, שכוונה נגד סמלים מרכזיים של ארצות הברית - לב עולמה הכלכלי ולב מערכת הביטחון שלה, הפנטגון. מדינה של חירות וסובלנות מצאה עצמה ניצבת מול גופים של רשע שניצלו את תמימותה ואת פתיחותה, וכך התעוררה המומה לתוך ההבנה שבתוך שטחה פועלים תאים של ארגון הטרור אל קעידה, אשר ביכולתם, אולי, לשוב ולזרוע הרס וחורבן. ארצות הברית החליטה לנקוט בצעדים מרחיקי לכת. בצעדים כאלה יש, כמובן, פוטנציאל ממשי של פגיעה בזכויות האדם. במהלכם נעצרו אנשים רבים והוחזקו ללא משפט. מאות אנשים החשודים במעורבות בארגוני של בן לאדן מוחזקים במחנה גוואנטנמו זמן רב. הוויכוח בנושא זה עודו בעיצומו. נטען, בין היתר, כי לעצורים לא ניתן מעמד של שבויי מלחמה, שהמעצר הוא המוני ושרירותי, ושלעצורים לא ניתנת זכות הטיעון הבסיסית. האם הושגו שם האיזונים המתחייבים?

נזכיר עוד דוגמה אקטואלית. בספרד, אשר נלחמת מזה שנים בארגון הטרור הברדלני הבסקי, הועבר לאחרונה חוק המאפשר את פסילתה של תנועה פוליטית המסרבת לגנות פעילות אלימה של תנועת טרור. כך החלו, למעשה, המהלכים החוקתיים להוצאתה מחוץ לחוק של מפלגת "באטאסונה", הנחשבת לזרוע הפוליטית של ארגון הטרור "ETA". גם כאן מדינה דמוקרטית המוצאת עצמה

⁸ שם, בע' 1061, 1065. וראו גם *Dennis v. United States*, 341 U.S. 494 (1951).

⁹

There is hope, however, that in calmer times, when present pressures, passions and fears subside, this or some later Court will restore the First Amendment liberties to the high preferred place where they belong in a free society.

Dennis, 341 U.S. 581 (1951)

נלחמת בטרור ברחובותיה, נאלצת לנקוט צעדים הפוגעים במקרה זה בזכויות פוליטיות של אזרחיה.

אין מקרה אחד דומה בהכרח למשנהו. ישראל אינה ארצות הברית, אף אינה ספרד. אני מזכיר זאת כדי לומר שהדילמות שישראל מתמודדת אתן, ואליהן אדרש בהמשך, מטרידות גם מדינות דמוקרטיות אחרות בהתמודדותן. אוכל לומר כי ישראל נאבקת במצב שהוא, אולי, הקשה ביותר; היא משתדלת לעשות זאת כמיטב יכולתה גם אם עשייתה אינה מושלמת, ובקרה נחוצה תדיר.

על מלאכת המשפט בענייני ביטחון

למשפט תפקיד חשוב בעתות שבהן נדרשת החרפה של האמצעים הצבאיים כדי למגר פעילות עוינת. אכן, המשפטנים אינם מקבלי ההחלטות. הם מייעצים למקבלי ההחלטות איזו החלטה תעמוד במבחן משפטי, ואיזו עלולה להיפסל. הם עלולים שלא להגן על החלטה מול עתירה בבג"ץ. העתירות הן חלק מובנה בשיח הציבורי מאז נפתחו לרווחה שערי העמידה בבג"ץ, והורחבה השפיטות. משפטני הפרקליטות יעלו בבית המשפט טענת אי שפיטות במקרים מסוימים, אך יסבירו למקבלי ההחלטות את הסיכויים לגביה.

מטבע הדברים מצויות רבות מן הדילמות הביטחוניות על השולחן המשפטי, אם של הייעוץ המשפטי, אם בפרקליטות המדינה ובפרקליטות הצבאית ואם בבית המשפט, ובדרך זו הן מתורגמות אל תוך השיח המשפטי. בכך יש חשיבות רבה. בשיח זה, שכופה החלתן של דוקטרינות משפטיות, קיים תהליך מובנה של שיכוך הלהט הרגשי האופף דיון בדילמות קשות. תהליך כזה מתקיים בדיונים בנושאי ביטחון. גורמים ביטחוניים בכירים בצה"ל ובמערכת הביטחון מעלים בפני היועץ המשפטי צורך לשנות הסדר משפטי פלוני ולהחריף אותו נוכח המציאות הביטחונית החדשה. הם מעלים טיעונים אמיתיים ומציגים צורך כן וחשוב להפעיל אמצעי שונה, חריף יותר, מתוך ראיית חובתם לפעול למען ביטחונם של אזרחי ישראל. אך בדיון עם משפטנים, כשהדילמה מתורגמת לסעיפי חוק ולעקרונות משפט, מודגשים, מטבע הדברים, עקרונות של זכויות אדם אל מול הצורך הביטחוני. המדובר בדו שיח כואב אך הכרחי. עמדתם של גורמי הביטחון - כשאנו המשפטנים, ככל אזרח

במדינה, חווים את מציאות הטרור הנוראה, את תמונות הזוועה, ואת השכול - נבחנת במשקפיים משפטיים המביטים על ערכי זכויות האדם, בוודאי של חפים מפשע. לעתים אנו נעתרים למבוקש על ידי גורמי הביטחון במשורה, בזהירות; לעתים איננו נעתרים. ואדגיש, גם אם איננו מסכימים לבקשת גורמי הביטחון להחריף אמצעי קיים, והדבר קורה, אנו עושים כך מתוך ניתוח המצב המשפטי ומתוך אמונה שצה"ל וגורמי הביטחון צריכים במילוי שליחותם וחובתם להגן על ביטחון ישראל ואזרחיה לפעול על פי חוק, והחוק אינו מאפשר את המבוקש. אמנם, אין המשפט קופא על שמריו נוכח המציאות המשתנה ולעתים מפתיעה. אנו מחויבים בגישה פרשנית שיש בה ערנות וקשב להתרחשויות. ספק אם מנסחיו של כלל כלשהו בדיני המלחמה לפני עשרות שנים ראו לנגד עיניהם את הצורך להרתיע בני אדם חיים, שמרצונם יהפכו עצמם לפצצות חיות מתוך כוונה להביא להרג ולהרס. זוהי חובתנו, למזוג בין צרכי השעה לבין הערכים האנושיים שעליהם הופקדנו כנאמנים. זהו, אם תרצו, האתוס המשפטי, אשר נצרף, כמובן, בכור בית המשפט.

פנינו כמשפטנים מופנים תדיר פנימה והחוצה: **פנימה**, במאמץ להנחיל את התודעה של שמירת החוק על ידי צה"ל ומערכת הביטחון ושל טיפול ראוי באוכלוסייה אזרחית, **והחוצה** - בהגנה על צה"ל ועל מערכת הביטחון מטענות שקריות בעניין פשעי מלחמה.

האכיפה הפלילית הבינלאומית

היבט נוסף וחדש לדילמות המשפטיות הוא נושא האכיפה הפלילית הבינלאומית. נושא זה מכניס ממד נוסף למלאכת האיזונים שקיימנו עד כה. אם בעבר נדרשנו לאזן בין זכויות אדם לצורכי ביטחון במסגרת המשפט הפנימי (לרבות ביו"ש ובעזה) והמשפט הבינלאומי, ככל שנקלט לתוכו, כיום ייתכנו לכל פעולה צבאית השלכות אכיפתיות גם במישור הבינלאומי גופו. אכיפה זו תיתכן בשני מישורים. ראשית, ישנן מדינות, דוגמת בלגיה, שחוקקו חוקים או סעיפים בחוקים המקנים להם סמכות שיפוט אוניברסלית, החלה על כל באי עולם, ללא כל דרישה לזיקת טריטוריה או אזרחות. פשיטא כי במובן העיוני אם מתבצעים פשעי מלחמה

במקום כלשהו, ואין אכיפה לגביהם, יש חובה לאכוף. אך המציאות העגומה היא סכנת הפוליטיזציה הרובצת במוחש לפתח, ופרשת בלגיה תוכיח.

המישור השני הוא התגבשותו של בית הדין הבינלאומי בהאג. באחד ביולי 2002 החל בית הדין לרשום תלונות. קיומה של ערכאה כזו מציב סיכון נוסף לישראל לטפילת האשמות בגין פשעי מלחמה. המערכת המשפטית מצויה במצב שעליה לעשות ככל הניתן כדי להימנע מהאשמת אזרחי ישראל בפשעים על פי הדין הבינלאומי. זו חובתנו כלפי חיילי צה"ל ואנשי כוחות הביטחון, ובה נעמוד. עוברי עברות יועמדו לדין על ידינו, על ידי מדינת ישראל, וכידוע, הסמכות הבינלאומית היא אך סמכות משלימה.

אדגיש, מדינת ישראל, והמערכת המשפטית בפרט, ראתה עצמה תומכת ברעיון קיומה של ערכאה שיפוטית בינלאומית שתקדם את המאבק בפשעי מלחמה ובפשעים נגד האנושות. העם היהודי הוא שסבל יותר מכל עם אחר מפשעים מסוג זה. עם זאת, כאשר הסתמן בעליל בהקשר בית הדין החשש ללחצים פוליטיים של מדינות שעוניות את ישראל, לפוליטיזציה מלכתחילה, ברור היה שמדינת ישראל לא תיתן לכך יד, ומכאן עמדתנו כלפי בית הדין.

מדינת ישראל הודיעה לא מכבר כי אין בדעתה לאשרר את חוקת בית הדין. היא עלינו לעקוב אחר המתרחש בתחום זה גם בהמשך.

על כללי משפט בעת לחימה

גם בשעה שהיא נדרשת לפעול בתקיפות נגד הטרור, מחויבת מדינת ישראל לעקרונות המשפט הבינלאומי והמשפט הפנימי, להגינות ולאנושיות. צה"ל הוא צבא מוסרי. ייתכן שבמהלך פעולה נעשות טעויות, ייתכן שלא תמיד מופעל במקרה פלוני שיקול הדעת הנכון, אך כצבא צה"ל פועל לפי חוק, כמאמר השופט חשין, "גם בהריע שופרות המלחמה ישמיע שלטון החוק את קולו"¹⁰. אני מאמין כי זהו צלמו של פיקוד צה"ל לדורותיו וגם כיום. אם נעשות טעויות, עליהן להילמד. אם נעברות עברות - יש שנעברות עברות - יש להעמיד את העבריינים לדין צבאי ולהעניש אותם בכל

10 בג"ץ 1730/96 ואח' סביח ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה והשומרון ואח', פ"ד (1) 353, 369.

חומר הדין, אבל טענות שחיילי צה"ל ביצעו פשעי מלחמה, על כל המשתמע, הן טענות שקריות וחסרות בסיס, והן הופצו על ידי חורשי רעתה של מדינת ישראל כדי לקדם אינטרסים פוליטיים, ולא מתוך צדק.

במבצע חומת מגן, שנועד להילחם בארגוני הטרור הרצחניים ונפתח מיד לאחר הטבח בנתניה בליל הסדר, נדרשו כוחות צה"ל לפעול בעיר ג'נין, שנתנה מחסה לטרוריסטים והכילה מעבדות נפץ רבות. יצוין כי מרבית פעולות הטרור מאזור יהודה ושומרון נעשו מן השומרון או נסתייעו משם. לשם תפישת המחבלים נלחמו חיילי צה"ל מבית לבית, ולא על ידי הפצצות מן האוויר, כדי להימנע מפגיעה מסיבית באזרחים חפים מפשע. במחנה הפליטים בעיר - שהוא אחוז קטן מתוכה - הייתה תשתית ענפה של טרור, רבים מהבתים היו ממולכדים, ורבים מהתושבים היו חמושים. הייתה לחימה קשה שבמהלכה נהרגו 23 מחיילינו. נפגעו בתים - אחוז קטן של המחנה עצמו, בניגוד לפרסומים. נטען מפי גורמים בעולם ואף בארץ כי אירע טבח - לא פחות - בג'נין, והועלתה הצעה למנות ועדת חקירה בינלאומית לבדיקת האירועים. אכן, הלחימה הייתה קשה, והיו נפגעים פלסטינים, אך טבח לא היה ואף לא דבר המתקרב לטבח: "טבח הוא דבר אחד. קרב קשה הוא דבר אחר", אמר בית המשפט העליון. לדעתי, ידעו זאת היטב הפלסטינים ולכן חדלו בשלב מסוים ממאבק על ועדת החקירה.

בגין פרשה זו הוגשה במהלך מבצע חומת מגן עתירה לבג"ץ להורות לצה"ל להימנע מלפנות את הגופות על מנת שהפלסטינים יוכלו להוכיח לעולם כי, כביכול, אירע טבח בג'נין. בתיווכו של בית המשפט הגיעו הצדדים להסדר המאפשר את קבורתן של הגופות באופן מכובד. מניין הגופות ובדיקת האירועים הוכיחו בבירור כי טבח לא אירע בג'נין.

עוד בעניין ג'נין, הוגשה עתירה לבג"ץ להורות לצה"ל להימנע מלהפעיל נשק כבד בעת הלחימה בעיר. בית המשפט דחה עתירה זאת בגישה של אי שפיטות מוסדית, קרי אי התערבות בהחלטות של צה"ל ובפעולותיו בעת לחימה. עוד הוסיף בית המשפט כי גם לגופו של עניין יש לדחות את העתירה כיוון שצה"ל עושה

11 בג"ץ 3116-4/02 ברכה נ' שר הביטחון ואח'; טיבי נ' ראש הממשלה ואח'; עדאלה - המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל באזור הגדה המערבית, פ"ד נו(3) 11, 16.

מאמצים כדי למזער את הפגיעה באזרחים וכך עומד בחובה לפעול במידתיות ולהפעיל במידת האפשר אמצעי שהוא פוגעני פחות. אכן, בעת לחימה למשפט יכולת מוגבלת להורות לכוחות באיזו דרך לפעול. עם זאת, כללי המשפט חלים תמיד, ועל הפרקליטות הצבאית הראשית להנחות בלא לאות.

אזכיר מקצת מן הסוגיות שהעסיקו אותנו בתקופה האחרונה, ואחר כך אדרש בקצרה לאחדות מהן: העברת בני משפחה של מפגעים מיהודה ושומרון לעזה; מעצר מנהלי וכללי; סיכול ממוקד; הריסת בתיהם של מפגעים ששימשו לטרור; מכשול קו התפר; חקירות שב"כ; התנהגות כלפי אוכלוסייה אזרחית במחסומים בעת לחימה ובעת כניסה לערים; סרבנות; מכתבי אזהרה בדבר "פשעי מלחמה" לקציני צה"ל; העמדה לדין של אנשי טרור; "נוהל שכן"; תנאים בכלא עופר ובכלא קציעות; החוק ברשות הפלסטינית ועוד.

העברת בני משפחה לעזה

העברת בני משפחות של מחבלים מיהודה ושומרון לחבל עזה היא אמצעי שגורמי הביטחון ראו כנחוץ ויעיל לשם המלחמה בטרור המתאבדים, ואשר חייב אותנו כמשפטנים לבחון האם אין הדבר חורג מגבולות החוקיות. אין הדבר פשוט כלל ועיקר. המציאות יצרה זן חדש של פושעים, אלה שלא ניתן להרתיעם באופן אישי כיוון שהם מוכנים להקריב את הערך שבעיני בני אנוש ככלל נחשב ליקר ביותר - את חייהם. כוחות הביטחון חיפשו סנקציה שתרתיע או, למצער, תפחית את נכונותם הגוברת של צעירים פלסטינים לבצע פיגועי התאבדות. הסברה שהועלתה, הייתה שההרתעה תופעל דרך סנקציה כלפי המשפחה, ונדונה ההצעה להעביר משפחות מתאבדים לעזה.

אדגיש כי לא נדרשתי כל עיקר לרעיונות של גירוש, אמצעי שנקט בעבר, מטעמים משפטיים ואחרים, פנימיים ובינלאומיים. באשר להעברת משפחות מתאבדים לעזה סברתי - חרף פניות דרגים מדיניים, צבאיים וביטחוניים - כי אין מקום להידרש, אלא למי שיש לו מעורבות בסיוע לטרור.

אכן, אמצעי המופנה כלפי בני משפחותיהם של מתאבדים שלא היו מעורבים בעצמם בטרור, ומטרתו להרתיע את המחבלים, הוא ביסודו קשה מאוד מבחינה

משפטית כיוון שהוא טומן בחובו מרכיב של עונש קולקטיבי, המופעל כלפי אדם שלא חטא בעצמו. "לא-יומתו אבות על-בנים ובנים לא-יומתו על-אבות, איש בחטאו יומתו"¹². הדבר מנוגד לעקרונות היסודיים ביותר בשיטתנו המשפטית וגם למשפט הבינלאומי. לפיכך גם נוכח סיכויי ההרתעה באמצעי זה, שהוצגו בפניי על ידי גורמי הביטחון, הבעתי דעתי כי אין לפעול אלא כלפי מי שמעורב בעצמו בטרור. הנחיתי, אפוא, את כוחות הביטחון שלא לנקוט אמצעי זה של העברה מיהודה ושומרון לעזה, אלא לגבי אותם בני משפחה אשר לגביהם קיימות ראיות המצביעות על מעורבות ישירה בפעילות הטרור. בהתקיים זיקה אישית לא נפרץ הקו האדום שמעברו מצויה הסנקציה הקולקטיבית. כידוע, הדין בישראל מאפשר הפעלת אמצעים מנהליים, שהם במהותם מניעתיים ואינם במסגרת הדין העונשי, כאשר האמצעי מופעל כלפי אדם המהווה סיכון ועל מנת למנוע סיכון זה. כדי להטיל סנקציה מניעתית נדרשת רמה ראייתית מתחום המשפט המנהלי, שונה מהרמה המתחייבת במשפט פלילי אף שגם היא עומדת לבחינת ועדות ערר ובג"ץ. בנוסף, ייתכן שיהיו במקרים מסוימים ראיות, כגון חומר מודיעיני, שחשיפתן במשפט הפלילי תסכן מקורות ואת ביטחון המדינה וחייליה, ולכן אף אם קיימת תשתית ראייתית המבססת אשמה מעבר לספק סביר, אין אפשרות למשפט פלילי. מערכת הביטחון ראתה, מכל מקום, בהעברת בני המשפחות המעורבים גם ערך הרתעתי. סברנו, חבריי ואנוכי, כי הדבר אפשרי במקרים שבהם מתקיים הצורך במניעת סיכון אישי, קרי שילוב בין מניעה להרתעה.

בג"ץ קיבל עמדה זו בבסיסה וקבע: "...כאשר בשל מסוכנותו של אדם תיחום המגורים מוצדק הוא, והשאלה היא אך אם לעשות שימוש בסמכות זו, אין כל פגם בכך שהמפקד הצבאי ישקול גם שיקולים של הרתעת הרבים". והוסיף בית המשפט כי גישה זו "מחויבת המציאות הקשה שנתונים בה מדינת ישראל והאזור, אשר נחשפים לתופעה בלתי אנושית של "פצצות אדם" אשר שוטפות את האזור"¹³. זו מלאכת האיזונים בין צרכי הביטחון לזכויות הפרט. זוהי דרך הביניים שסימן המשפט הישראלי.

12 דברים, כד, טז.

13 בג"ץ 7019, 7015/02 עג'ורי ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית; עג'ורי ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד נו(6) 352, 374.

באשר לעותרים בבית המשפט כנגד העברתם לרצועת עזה: שניים מהעותרים הם אחיו ואחותו של אדם שהיה אחראי לשיגורם של מספר מחבלים מתאבדים ובין היתר, לפיגוע ההתאבדות הכפול שבוצע בליל תשעה באב התשס"ב באזור התחנה המרכזית הישנה בתל אביב, שבו נהרגו חמישה אנשים, ונפצעו רבים. אחד מהאחים היה מעורב בכך שבין היתר, שימש כתצפיתן בעת שאחיו וחולייתו העבירו מטעני חבלה, על מנת להזהירם מפני סכנה, לצד מודעות לתכנון פיגועים קונקרטיים, לרבות נוכחות בצילום אדם שנערך לקראת ביצוע פיגוע התאבדות. האחות השנייה הייתה מעורבת בכך שסייעה לאחיה בפעילותו החבלנית, ובין היתר תפרה לצרכיו חגורות נפץ. בג"ץ אישר את הפעלת הסנקציה כנגד שניהם. לגבי העותר השלישי סבר בית המשפט כי לא הוכחה מסוכנותו, ועל כן אין מקום להפעיל מולו את הסנקציה המניעתית. אציין כי ניסיונם של כוחות הביטחון מאז הוכיח כי סיוע מעטפתי זה שניתן למחבלים על ידי משפחתם ועל ידי סביבתם, חיוני להצלחת פעולותיהם, ומניעתו והרתעה לגבי חיוניות אף הן. לדברי מערכת הביטחון, לאמצעי זה, כמו גם בהריסת בתיהם של מפגעים במקרים מסוימים, יעילות מוכחת.

יצוין כי האמצעי שהופעל, אינו בבחינת גירוש - שכאמור, לא הבאתו לדין - כי אם "ייחוד מקום מגורים", המותר על פי הדין הבינלאומי ומהווה הגבלת התנועה של אדם. ולבסוף, אין כל נחת בעיסוק בכגון אלה; זהו ההכרח העצוב, ובהיותו הכרח - בל יגונה.

סיכול ממוקד

נטענו טענות נגד אמצעי זה, קרי פגיעה במפגעים ושולחיהם במקום הימצאם. במישור המשפטי אנו מאמינים בחוקיותו של האמצעי כל עוד נשמרות ההנחיות. בית המשפט העליון בגלגול ראשון דחה עתירה בנושא וקיבל טענת העדר שפיטות. עתירה שנייה ממתונה להידון. מכל מקום, למבצע פשעי מלחמה גם כשאינו לובש מדים, אין חסינות מפני פעילות לחימתית נגדו; ואולם גישתנו היא - חזו גישה משפטית וגם ביטחונית - כי האמצעי הנכון הוא מעצרים של חשודים, ורק במקרים שהדבר אינו אפשרי ופשעי המלחמה נמשכים, יש מקום לסיכול. כעובדה, מאז מבצע חומת מגן וכניסת צה"ל לשטחי A מרבית המבוקשים נעצרו.

אדגיש את הקשר בין סוגיה זו לסוגיית המערכת המשפטית ברשות הפלסטינית, כפי שתוארה לעיל. מובן כי ככל שנמשכת אזלת ידה של מערכת המשפט ברשות בהטלת מרותה על טרוריסטים בשטחי הרשות, לרבות אי העברת מבוקשים כמתחייב מההסכמים המדיניים, הדבר **מאלץ** את גורמי הביטחון שלנו לפנות לאמצעים אחרים, לרבות סיכול ממוקד.

על סיכול ממוקד להיות ממוקד, כשמו, תוך מאמץ עילאי שלא לפגוע בחפים מפשע ותוך בדיקה עצמית לאחר מעשה במקרים שבהם, חלילה, נפגעו חפים מפשע, תוצאה שאין אדם אנושי ואיש חוק הרוצה בה.

מעצרים מנהלים

נדרשנו לפעולת איזון מורכבת גם בסוגיית המעצרים המנהליים בהקשר מבצע חומת מגן. במבצע נכנס צה"ל לערי הפלסטינים מתוך כוונה לפגוע ככל הניתן בתשתית הטרור. בשל העלייה התלולה במספרם של המעורבים בפעילות טרור נעצרו בפעולה זו פלסטינים רבים. כוחות הביטחון עמדו מול קושי רב לחקור את הכמות הגדולה של העצורים במסגרת הזמן שהחוק מאפשר להחזיק אדם במעצר מנהלי. נוצרו קשיים מעשיים נוספים. ביקרתי בכלאי עופר וקציעות כדי לעמוד על התנאים בהם. מערכת הביטחון ביקשה שינויים והקלות בנושאים אלה כדי לעמוד בעומס. חלק ניכר מהמשאלות לא התקבל על דעתי. הסכמתי לשינויים במשורה בלבד ובנושאים משניים כדי שעקרונות היסוד יישמרו ולא ייפגעו¹⁴.

העמדתו לדין של מרואן ברגותי

עולות מדי פעם שאלות שעיקרן מדוע הועמד לדין מרואן ברגותי בבית המשפט המחוזי. למותר לציין שלא אדרש ולו במילה לעצם המשפט המתנהל בבית המשפט המחוזי בתל אביב. ואולם ההחלטה על העמדה לדין של ראשי המרצחים ושולחיהם המובילים את הטרור בבתי משפט אזרחיים בישראל הייתה החלטה שנתקבלה על

14 ראו לעניין זה בג"ץ 3278/02 המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר ואח' נ' מפקד כוחות צבא הגנה לישראל באזור הגדה המערבית (טרם פורסם) ובג"ץ 5591/02 יאסין ואח' נ' מפקד מחנה צבאי קציעות - מתקן כליאה קציעות (טרם פורסם).

ידיי. אלה אנשים שעל פי תוצאות מעשיהם, האזרחים שנרצחו ונפצעו מכוחם, יש זיקה הדוקה בין פשעיהם למדינת ישראל. ברגותי הוא מי שעמד - על פי הראיות - בראש התנזים וגדודי חללי אל אקצה באזור יהודה ושומרון והיה שותף מרכזי ומוביל בקבלת החלטות בארגונים שביצעו טרור מתמשך, עשרות פיגועים, ניהל ומימן פעולות טרור על ידי אנשי טרור מרכזיים ופעל בעברות של רצח וטרור. מדובר באדם שגם אם החל כפעיל פוליטי, הפך להיות מנהיג טרור. הדרך הנכונה והראויה להעמיד לדין את האחראי כמנהיג של ארגון שרצח אזרחים ישראליים, אחינו ואחיותינו, הייתה משפט אזרחי. כך הייתה נוהגת כל מדינה הגונה, וגם אם יצעק פלוני "אני איש פוליטי", יש להזכיר את העובדות כי אולי היה איש פוליטי, אך הפך למנהיג רצח, ועל כך הוא עומד לדין, והראיות יובאו לבית המשפט. אין איש חסין מהעמדה לדין על פשעיו. אסור לטשטש את הדברים וליפול שבי לצעקות שאינן אמת.

על המדרון החלקלק

כשאנו מחווים דעה בנושא פלוני או אלמוני הקשור בביטחון, בהפעלת אמצעים כאלה או אחרים אם בצה"ל, אם בשב"כ ואם גם במשטרה, עלינו לתת דעתנו - וזהו דבר שלמדתי לאורך השנים בתפקידים שונים, אך במיוחד בתפקיד הנוכחי - לחשש המדרון החלקלק. כמובן, אין, ככלל, במערכות הרלוונטיות, בוודאי לא בפיקוד הבכיר, אנשי זדון; ברור כי הפקודות הבאות ממעל, מן הרמטכ"ל, מאלוף הפיקוד, ממפקד האוגדה, ממפקד החטיבה, ממפקדי הגדוד, הפלוגה ואף המחלקה, לא יכללו, ככלל, פגיעות בזכויות; אך בלהט הפעילות המבצעית, ולעתים נוכח הרגזה ופרובוקציה, ייתכנו חריגות, והן קורות. כשהחריגות מגיעות לכלל עברה פלילית, עליהן להישפט - לא בפורום בינלאומי, אלא בבית דין צבאי ישראלי, שיש לו כל הכלים לעשות זאת. המשפט הבינלאומי - גם לפי תפיסת האג ותפיסת הסמכות האוניברסלית - נכנס לתמונה כשאין אכיפה פנימית, ואצלנו יש, תהיה וצריכה להיות אכיפה פלילית פנימית, ובמקרים של עברות קלות יותר יש צורך באכיפה משמעתית. ומעבר לאכיפה, ישנה שאלת החינוך, ההדרכה המתמדת לחיילים ולמפקדים באשר לחוק, לנורמות ולזכויות. פניתי בעניין זה פעמים לא מעטות אל

המטה הכללי ואל הפרקליט הצבאי הראשי מתוך הנחת יסוד שאין לי ספק כי היא מקובלת גם על צה"ל, שאין סטטיות; הצרכים המבצעים דינמיים, החיילים מתחלפים, וחובת צה"ל היא להשקיע תדיר בחינוך החיילים והמפקדים באשר לנורמות כי אין היום דומה לאתמול, ומחר יהיה שונה מהיום וכך הלאה. זו בקשתי המתמדת מגורמי צה"ל.

כבר אירע לי שציטטתי משיריו של נתן אלתרמן, שעוד בשנות החמישים, בימי ביטחוניזם רב ושיח זכויות מועט, כתב מספר שירי הטור השביעי שעסקו בדיוק בנושא שבו אנו עוסקים. הוא הוכיח בעליל כי יכול אדם להיות איש לאומי, פטריוט, ועם זאת חרד לזכויות הזולת. באחד השירים - דומה שנכתב ב-1953 - ביקר אמירה של ממלא מקום שר הביטחון בכנסת כי "לא האכזריות המדומה של העוצר צריכה להסעיר את הרוחות, אלא העובדה שמטוס ישראלי נורה בשטח ישראל".

הנה קטע משירו:

העבדה שנורו יריות שלוחות
אל מטוס יהודי, היא עבדה חשובה -
אך אסור לה אולי "להסעיר רוחות",
ביחוד לא רוחם של שרים וצבא...
ביחוד לא רוחם של שומרי בטחון,
בימים מועדים למפגע ונוק.
העבדה צריכה לעורר (כך נכון)
אמצעים נמרצים, -
בלי צרוף של חם-מזג.
אבל דוקא דברים (ואפילו שמועות)
הנוגעים, למשל, לסריקה מבצעת,
צריכים (ופעמים צריכים עד מאד)
להסעיר את רוחו של צבור בר-דעת.

כך בכל השטחים. כך תמיד. מי מנחות
 במקרים כגון זה הם אגם דלוח.
 וככל שתגדל סערת הרוחות
 כן נדע שאנחנו בריאים ברוח.¹⁵

בשינויים המחויבים אפשר לקרוא את השיר במשקפי זמננו.

סיכום

נדרשנו למבט היסטורי שבו נזכרנו בדרך שבה התמודדה ארצות הברית עם איומים על שלומה. הובאו דבריו של השופט הוגו בלאק, אשר הביע תקווה בתקופת המקארתיזם שכאשר תשכך הסערה, ויטורו הלחצים והפחדים, יושבו חירויות הביטוי אל מקומן הראוי. אכן, דמוקרטיה נאלצה להתמודד עם איומים ביטחוניים וקיומיים. לעתים הסתבר בדיעבד שהאיומים לא הצדיקו פגיעה בזכויות. ההיסטוריה שפטה את המשפטנים לעתים בחיוב, לעתים בביקורת. עלינו לפשפש במעשינו תמיד, בחודש תשרי ובכל ימות השנה, בשאלות הנוקבות - האם בקביעותינו אנו מאזנים נכונה בין ביטחון ישראל ומוסר הקיום ובין זכויות כל אדם שנברא בצלם. התמודדותה של מדינת ישראל קשה היא, אולי, משל כל אומה ולשון אחרים.

אביא מדברי הנשיא ברק בתארו את תפקיד המשפט בעתות חירום: "עושים אנו ככל יכולתנו לאזן כראוי בין זכויות האדם לבין ביטחון האזור. באיזון זה, זכויות האדם אינן יכולות לקבל את מלוא ההגנה, כאילו אין טרור, וביטחון המדינה אינו יכול לקבל את מלוא ההגנה, כאילו אין זכויות אדם. נדרש איזון עדין ורגיש. זהו מחיר הדמוקרטיה. זהו מחיר יקר, אשר כדאי לשלמו. הוא מחזק את כוחה של המדינה. הוא נותן טעם למאבקה"¹⁶.

אני מקווה שאנו מקיימים את חובות הנאמנות שלנו. לעניות דעתי, ציבור המשפטנים בגופי הביטחון, בפרקליטות ובמשרד המשפטים עושה את מלאכתו מתוך מחויבות לעקרונות מדינת ישראל, "כי באמונה הם עושים"¹⁷.

15 נ' אלטרמן "ישן וגם חדש" בתוך הטור השביעי (תשי"ד, ספר שני) 285, 287-288.

16 עניין עגורי, לעיל הערה 13, בע' 383.

17 מלכים ב, כב, ז.

הדין המשמעתי הצבאי כ"הליך הוגן" - התייחסות למאמרה של השופטת דורנר

שרון ריבלין אחאי*

במאמרה, "היבטים חוקתיים של הדין המשמעתי"¹, מתייחסת השופטת ד' דורנר להליך הדין המשמעתי הצבאי מתוך נקודת מוצא כי הדין המשמעתי הוא כלי הולם להשגת תכלית של השלטת משמעת בצבא, שהיא תכלית ראויה ובעלת משקל סגולי רב.

יחד עם זאת, מותחת השופטת דורנר ביקורת על מידת ה"מידתיות" של ההליך המשמעתי בצבא ומטעימה כי על מנת שכלי זה יהיה "מידתי" על פי תנאי "פסקת ההגבלה הצבאית"², יש לקבוע הסדרים המקרבים את הדין ככל האפשר ל"שיפוט של ממש", מבלי לפגוע בהשגת תכליתו.

לדידה, ניתן להשיג מטרה זו, ראשית, באמצעות שיפוט על ידי קצין שיפוט שהוא עצמו אינו מעורב בעניין, ושנית, באמצעות ניהול הוגן של הדיון, קרי: הקפדה על סדרי הדין, לרבות זכות העיון בתיק החקירה אם קיים כזה, הנמקת הפסק במקרה שהנאשם כפר באשמה, ומתן זכות לחייל להופיע בהליך הערר.

מנגד, לטעמה של השופטת דורנר, שלילת זכות הייצוג בהליך הדין המשמעתי היא בדרך כלל מידתית, אם כי במקרים מיוחדים ייתכן שניתן לסטות ממנה.

לטעמי, הדין המשמעתי הצבאי מדגים בצורה הטובה ביותר ניסיון של חברה דמוקרטית השוקדת על טיפוח זכויות הפרט למצוא איזון ראוי בהתנגשות הבלתי נמנעת בין שירות צבאי (אשר עבור מרבית החיילים הוא שירות חובה) במסגרת

* סרן, ראש מדור הדין המשמעתי בענף הפיקוח המשפטי במפקדת הפרקליט הצבאי הראשי.

1 ד' דורנר "היבטים חוקתיים של הדין המשמעתי" משפט וצבא 16 (התשס"ג) 463.

2 ראו סעיף 9 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

הנשענת על משמעת ללא סייג, מחד, לבין הרצון לשמור על זכויותיהם הבסיסיות של החיילים, מאידך.

מנקודת ראות זו, גם לטעמי, הדין המשמעתי הוא, מחד גיסא, כלי יעיל להשלטת משמעת בצבא (הליך מהיר מטבעו שבו נשפט חייל על ידי מפקדו ללא מתן זכות ייצוג וללא כפיפות לדיני הראיות), ומאידך גיסא, הוא כלי המקנה לחייל העומד לדין זכויות בסיסיות אשר ספק אם היו עומדות לו אילו היה משתמש המפקד בכלי פיקודי אחר כתגובה לחריגה משמעטית, כגון שלילת חופשה או תרגול נוסף.³

אלו זכויותיו העיקריות של הנאשם בדין משמעתי:⁴

א. לחייל זכות להיות נוכח בדיון, לעיין בכל חומר ראיות הקיים בפני קצין השיפוט, לזמן עדים רלוונטיים, לחקור עדים ולטעון הן לעניין האשמה והן לעניין העונש.
ב. לחייל זכות לבקש להעביר את הדיון למפקדו של קצין השיפוט ובמקרים מסוימים לבקש כי הדיון יועבר לבית הדין הצבאי (ואז יועבר עניינו להחלטת הפרקליט הצבאי).

ג. לחייל זכות להגיש ערר הן על עצם ההרשעה והן לעניין העונש. כן באפשרותו להגיש בקשת הקלה בעונש לאלוף הפיקוד.

ד. אף כי נקבע בעניין גרינשטיין⁵, שאותו מזכירה השופטת דורנר במאמרה, כי זכות הייצוג אינה קיימת, הרי שכיום במקרים שבהם עומד חייל לדין משמעתי על פי חוות דעת פרקליט צבאי, מונחים קציני השיפוט לאפשר לו להביא חוות דעת נגדית שערך סגור מטעמו.

ה. בנוסף, כפי שהזכירה השופטת דורנר, ההליך המשמעתי נתון לפיקוח הפרקליטות הצבאית מכוח סעיף 168 לחש"ץ⁶, המאפשר בהתקיים עילות מסוימות שבהן נפל פגם בחוקיות ההליך, ביטול פסקים משמעתיים על ידי הפרקליט הצבאי הראשי וסגנו, וכן המרת גזרי דין משמעתי על ידי הפרקליט הצבאי הראשי, על ידי סגנו ועל ידי פרקליטים צבאיים. לדברי השופטת דורנר, יש לעשות שימוש בסעיף זה על מנת לפרש את ההוראות בדבר סמכות קצין השיפוט בדווקנות.

3 להרחבה ראו הפ"ע 6.0301 תגובה פיקודית - מניעת חופשה והפ"ע 5.0904 משמעת - תרגול נוסף.

4 להרחבה ראו פ"מ 33.0302 דין משמעתי.

5 בג"ץ 118/80 גרינשטיין נ' הפרקליט הצבאי הראשי, פ"ד לה (1) 239.

6 חוק השיפוט הצבאי, התשט"ו 1955 - (להלן: החש"ץ).

למעשה, הפרקליטות הצבאית עושה שימוש רב בסעיף זה (היא מתערבת בכ-10000 פסקי דין משמעתיים בשנה) תוך הקפדה על קיום האיזון הראוי בין הקפדה על חוקיות ההליכים לבין הרצון שלא לפגוע בסמכויות המפקדים ובמשמעת היחידה.

בכל הנוגע לפסקים שניתנו על ידי קציני שיפוט שלא היו מוסמכים לדון את הנאשם, למשל בשל העדר כפיפות פיקודית בין קצין השיפוט לנאשם, או שלא היו מוסמכים לדון בעברה, למשל בשל קיומה של חובת חקירת מצ"ח בעברה, הרי שהגישה היא בלתי מתפשרת, וככלל, יבוטלו פסקים כאלו.

חרף כל האמור לעיל, צה"ל, והפרקליטות הצבאית בפרט, מודעים בכל עת למתח הבלתי נמנע בין הצורך לשמור על היעילות של הדיון המשמעתי לבין הצורך לשמור על זכויות החייל בהליך זה.

יודגש כי אין צה"ל שוקט על שמריו, והנושא נבחן באופן עתי, בפרט בעת האחרונה, לאור חקיקת היסוד והעלייה העצומה במודעות החיילים ומשפחותיהם לזכויותיהם.

לפיכך נערכת עבודה של שכתוב פקודות הצבא העוסקות בדין המשמעתי כך שייקבעו בהן במפורש הזכויות הבאות:

א. הטלת חובה על קצין השיפוט לוודא כי תוכן התלונה יובא לידיעת הנאשם מיד עם הקבע מועד הדיון, וליידע את הנאשם עם הקבע הדיון ועם תחילת הדיון על זכותו לזמן עדים מטעמו.

ב. החתמת הנאשם על גבי טופס התלונה והדיון אם הסכים להישפט בפני קצין השיפוט, ועם סיום ההליך ומסירת העתק מהטופס לחייל לפי בקשתו.

ג. קביעה כי אם מצא קצין השיפוט את הנאשם אשם, יעיין ככל האפשר לפני קביעת העונש בגיליון ההתנהגות שלו.

ד. חיוב קצין השיפוט להודיע לנאשם שהורשע, על זכותו להגיש לגורם המוסמך ערר ובקשה להקלה בעונש.

7 ראו בג"ץ 69/85 פרומר נ' בית הדין הצבאי לערעורים ואח', פ"ד מ(2) 617 וע"ע 113/999 / טור' חדר נ' התובע הצבאי הראשי, פד"צ 1999 234.

ה. קביעה מפורשת כי אין לנקוט בתגובה פיקודית, למעט הוצאת פקודת מעצר בעת הצורך, כלפי מי שביקש להעביר דינו לבית דין צבאי.
 ו. קביעת חובה לדון בכל ערר בפני הנאשם, כפי שהציעה השופטת דורנר במאמרה.
 ז. קביעת סד זמן של 72 שעות לטיפול בבקשות הקלה בעונש.

בנוסף יזמה הפרקליטות הצבאית הצעה לתיקון סעיף 168 לחש"ץ כך שתתווסף סמכות לפרקליט הצבאי הראשי, לסגנו ולפרקליטים הצבאיים לעכב ביצועו של עונש בדין משמעתי לשם בירור הנסיבות המצריכות התערבות בפסקים מכוח סמכותם לפי סעיף זה. ההצעה אושרה על ידי ועדת השרים לענייני חקיקה, והיא עומדת לפני הצבעה בקריאה ראשונה.⁸

תיקון נוסף שהציעה הפרקליטות הצבאית לסעיף 168 הנ"ל, הוא שינוי ס"ק א, הקובע כי הפרקליט הצבאי הראשי "יבטל פסק שניתן בדין משמעתי, אם נוכח שהמעשה או המחדל, שהנאשם הורשע בו, אינו עבירה", כך שייקבע כי הפרקליט הצבאי הראשי יבטל פסק "אם נוכח שהנאשם אשר הורשע בו אינו נושא באחריות לעבירה". באמצעות שינוי זה תוסר העמימות מהמשפט "המעשה או המחדל... אינו עבירה", ויובהר כי לפצ"ר ולסגנו סמכות לבטל פסק בהתקיים סייג מאחריות פלילית. בנוסף, הוצע לשנות גם את ס"ק ב, הקובע כי "הפרקליט הצבאי הראשי רשאי לבטל פסק שניתן בדין משמעתי אם הדיון המשמעתי התנהל באופן הפוגע בסדרי הדין שנקבעו בחוק זה או בהוראה על פיו", כך שייקבע כי לפרקליט הצבאי הראשי סמכות לבטל פסק "אם ראה כי קיים חשש של ממש לגרימת עיוות דין לרבות כתוצאה מפגיעה בסדרי הדין שנקבעו בחוק זה או לפיו". כך, למעשה, תיווסף סמכות לפצ"ר ולסגנו להתערב גם במקרים שלא נפל פגם בסדרי הדין דווקא, אולם קיים חשש ממשי לגרימת עיוות דין בהליך.⁹

באשר לאובייקטיביות הנדרשת מקצין השיפוט, אליבא דשופטת דורנר, הרי שבמקרים שחייל עומד לדין משמעתי על פי חוות דעת פרקליט, לפרקליט סמכות

8 ראו סעיף 47(4) להצעת חוק השיפוט הצבאי (תיקון מס' 42) (הוראות לענין הדין המשמעתי), התשס"ג-2002, ה"ח הממשלה 240, 243.

9 למבחן עיוות הדין ראו עניין גרינשטיין, לעיל, הערה 5.

להורות על זהות קצין השיפוט, וחזקה על הפרקליט שהוא עושה שימוש מושכל בסמכותו זו, כאשר פעמים רבות יורה על שיפוט החייל מחוץ ליחידתו. גם במקרים שתלונה מגיעה לעיון הפרקליט עקב בקשת הנאשם להעביר את הדיון לבית הדין הצבאי, והפרקליט מחליט בסופו של דבר כי התלונה נתונה לדיון משמעתי וראויה להידון בו, הרי שבמקרים שעולה חשש לחוסר אובייקטיביות של קצין השיפוט, יורה הפרקליט פעמים רבות על חידוש הדיון בפני קצין שיפוט מחוץ ליחידת החייל מכוח סמכותו לפי סעיף 151 לחש"ץ.

עם זאת, במקרים שמדובר בתלונה בעלת אופי משמעתי מובהק אין כיום מניעה להעמיד חייל לדיון בפני קצין שהיה מעורב באירוע שבגיניו הוגשה התלונה, אם כעד ואם כקובל, למעט בשני המקרים הבאים:

א. כאשר נשפט החייל בגין עבירה של אלימות, עלבונות או איומים, מנוע מי שהאלימות, העלבונות או האיומים כוונו כלפיו, לדון בתלונה.

ב. כאשר נשפט החייל בגין עבירת תנועה, מנוע מי שהיה ברכב בעת ביצוע העבירה, לדון בתלונה.

לטעמי, ספק אם יש מקום לשנות מצב משפטי זה ולקיים את הדיון המשמעתי אך ורק בפני קצינים המרוחקים מן האירוע, שכן הרציונל הבסיסי העומד מאחורי ההליך הוא ששיפוט חיילים בפני מפקדיהם, המכירים בצורה הטובה ביותר את החייל ואת הלך הרוח ביחידה, הוא הדרך היעילה לשמור על המשמעת ביחידה.

אני סבורה כי הקפדה על זכויות הנאשם בדיון המשמעתי, ובפרט הזכות להעביר את הדיון וזכות העיון והטיעון, בנוסף להקפדה על מיצוי זכות הערר ובקשת המחילה, מצמצמים עד מאוד את החשש להטיית הדיון בעקבות השפעה לא הוגנת של ההיכרות המוקדמת של קצין השיפוט את הנאשם ואת האירוע נשוא התלונה מבלי לפגוע ביעילות ההליך ככלי מהיר ויעיל בידי המפקד.

גם כאשר לשמירה על סדרי הדיון נוהגים הפרקליט הצבאי הראשי וסגנו בהקפדה יתרה, בפרט בכל הנוגע לקיום זכות העיון בכל חומר הראיות. במקרה שניתן להצביע על חשש לעיוות דין שנגרם לנאשם כתוצאה מחריגה מסדרי הדיון הקבועים בחוק או בפקודות הצבא, מבוטל הפסק המשמעתי לאלתר. כאמור, הפרקליטות סבורה כי יש להרחיב את סמכות הפרקליט הצבאי הראשי וסגנו אף

למקרים שקיים חשש לעיוות דין שנגרם לנאשם, לאו דווקא כתוצאה מפגיעה בסדרי הדין.

השופטת דורנר מציעה גם חובה לנמק פסק משמעתי בכל מקרה שבו כפר הנאשם באשמה. בסוגיה זו התלבטה הפרקליטות הצבאית רבות. על פי הנתונים שבידינו, מתקיימים מדי שנה מאות אלפי הליכים משמעתיים בצה"ל. רובם המכריע מתנהלים בפני קציני שיפוט שאינם משפטנים, וכל ההליכים אינם כפופים לדיני הראיות. לפיכך דומה כי הטלת חובת הנמקה בכל המקרים שבהם הייתה כפירה באשמה, היא דרישה שיקשה על קציני השיפוט לעמוד בה, וספק עד כמה ניתן יהיה ללמוד מהנמקה של קצין שיפוט שאינו משפטן.

יצוין כי כחלק בלתי נפרד מהבירור שעורך מדור הדין המשמעתי לצורך הפעלת סמכויותיהם של הפרקליט הצבאי הראשי וסגנו לפי סעיף 168 לחש"ן, מתבקשים קציני השיפוט פעמים רבות להסביר את הטעמים שעמדו בבסיס ההרשעה.

בטרם אסכם דבריי, אבקש להזכיר שתי סוגיות נוספות הנשקלות כיום בצה"ל ובפרקליטות הצבאית, המבקשים להיטיב להתמודד עם האתגר של התאמת הדין המשמעתי לרוח חוק היסוד כאמור לעיל.

סוגיה אחת היא שאלת צמצום סמכויות הענישה של קציני השיפוט בכל הנוגע להטלת עונשי מחבוש. בהקשר זה יצוין כי נעשית עבודת מטה בראשות ראש אכ"א, שמטרתה העיקרית החזרתם של חיילים שנכלאו בבתי כלא צבאיים, לשירות תקין. במסגרת עבודה זו נדונה, בין היתר, שאלת צמצום הסמכות להטיל עונשי מחבוש לריצוי בפועל. ההצעה מתמקדת בשלילת הסמכות מקצינים זוטרים, פרט להריגים, וקביעת מדרגיות מסוימת ביחס לסמכות הטלת המחבוש לפי חומרת העברה.

הפרקליטות הצבאית שותפה לעבודת מטה זו והביעה דעתה כי יש מקום לצמצם את סמכויות הענישה כאמור, וכי, בנוסף, קיים צורך לצמצם את מספר ימי המחבוש שמוסמכים כלל קציני השיפוט להטיל.

בסוגיה זו טרם נאמרה המילה האחרונה.

סוגיה נכבדת שנייה שבה מתלבטת הפרקליטות הצבאית, היא שאלת הערכאה הראויה לדון בתיקים שבהם חומר הראיות סבוך, אולם העברות ראויות לטיפול משמעתי.

בסוגיה זו נחלקות הדעות האם הערכאה הראויה היא בתי הדין הצבאיים, שבהם ניתן לנהל הליך משפטי ראוי, ובסמכותם של שופטי בתי הדין הצבאיים גם להטיל עונשים משמעתיים מובהקים, כגון נזיפה או התראה, או שמא יש לנהל הליך משמעתי מקובל בפני קצין שיפוט אף אם אינו קצר ופשוט, אלא לעתים מורכב וסבוך, באמצעות מתן הכשרה מיוחדת לקציני השיפוט (כגון זו הנערכת כיום לקציני שיפוט בכירים הדנים בעברות של הטרדה מינית).

לסיכום, מכל האמור לעיל עולה כי סוגיית הדין המשמעתי הצבאי מעסיקה רבות את הצבא, בכלל, ואת הפרקליטות הצבאית, בפרט.

יצוין כי בשנים האחרונות אנו עדים לגידול עצום במספר הפניות לפרקליטות הצבאית בבקשה להתערב בפסקים משמעתיים, המעיד על גידול במודעות החיילים לזכויותיהם והתערבות הולכת וגוברת של משפחות ושל באי כוחם בנעשה בצבא. תקוותנו כי אנו אכן עומדים באתגר ותורמים ליצירת איזון ראוי באופן השימוש בכלי ייחודי וחשוב זה.

ביקורת על פעילותן של רשויות המדינה בהקשר הביטחוני

ראם שגב

מבוא

הגבלות על דיון ביקורתי בנושאים צבאיים ובתפקודו של הצבא
נקודת המוצא: חופש הביטוי נגד רשויות המדינה
חשיבות הביקורת על הכרעות ביטחוניות ועל פעולות צבאיות
ניתוח הטעמים בזכות הגבלת ביקורת על רשויות המדינה בנושאים
ביטחוניים וצבאיים

סיכום

מבוא

סוגיית חופש הביטוי ביחס לנושאים הנוגעים לביטחון המדינה ולתפקודו של הצבא מעלה את השאלה, מהו היחס בין שתי תפיסות הנראות, לכאורה, מנוגדות: מצד אחד, ביטויים שעוסקים בהכרעות ציבוריות ופוליטיות, ובמיוחד ביקורת על רשויות המדינה, על החלטותיהן ועל תפקודן, שייכים לגרעין הקשה של חופש הביטוי, אשר לגביו האינטרס בהתרת ביטויים הוא החזק ביותר. מצד שני, טעמי ביטחון נחשבו תמיד כטעמים טובים - ואף כטעמים המובהקים ביותר - להצדקת הגבלה של חופש הביטוי, בייחוד בעתות משבר.² מוקד הדיון במסגרת סוגייה זו הוא

1 לחשיבות המיוחדת של ביטויים מסוג זה ולפירוט הנימוקים המצדיקים חופש ביטוי מוחלט בתחום זה באופן כללי ראו ר' שגב חופש הביטוי נגד רשויות המדינה: הצעה לביטול האיסורים על ביטויים הפוגעים במעמדם של שופטים ועובדי ציבור (בהנחיית מ' קרמניצר, 2001) בעיקר בע' 127-83, 414-373 (להלן: חופש הביטוי נגד רשויות המדינה).

2 לתפיסה זאת ניתן ביטוי הן במישור המדינתי והן במישור הבינלאומי. במסגרת המשפט הבינלאומי הפומבי ניתן ביטוי לתפיסה זאת במספר מסמכים חשובים אשר מעגנים את הזכות לחופש ביטוי, אך קובעים כי טעמים של ביטחון המדינה ("national security") עשויים להצדיק הגבלה שלה בהתקיים תנאים מסוימים (בעיקר עיגון ההגבלה בחוק, היותה מיועדת להגן על אינטרס ביטחוני לגיטימי, היותה

ר' שגב "ביקורת על פעילותן של רשויות המדינה בהקשר הביטחוני" משפט וצבא 16 (התשס"ג) 909

דרושה במדינה דמוקרטית לשם השגת מטרה זאת ואולי גם היותה מידתית). ראו, למשל, סעיף 19 לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, כ"א 31, ע' 269, The European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Nov. 4, 1950, art. 10. ראו גם: Sandra Coliver, *Commentary on the Johannesburg Principles on National Security, Freedom of Expression and Access to Information*, in *SECURITY AND LIBERTY: NATIONAL SECURITY, FREEDOM OF EXPRESSION AND ACCESS TO INFORMATION* 11, 23, 25 (Sandra Coliver, Paul Hoffman, Joan Fitzpatrick & Stephen Bowen eds., 1999) (hereinafter *SECURITY AND LIBERTY*); Elizabeth Evatt, *The International Covenant on Civil and Political Rights: Freedom of Expression and State Security*, in *SECURITY AND LIBERTY*, *supra*, 83, 86-89. להתחשבות במסמכים בינלאומיים ובמוסדות בינלאומיים בקיומו של מצב חירום כהצדקה לנקיטת אמות מידה גמישות יותר בכל הנוגע להגנה על חופש הביטוי (כמו גם על זכויות אחרות) ראו 99-101, *Evatt, id.*, at 32-34; *Coliver, id.*, at 32-34.

בישראל ניתן ביטוי בולט להתנגשות בין חופש הביטוי ושיקולי ביטחון על ידי השופט אגרנט בפסק הדין בבג"ץ 73/53, 87 חברת "קול העם" בע"מ נ' שר-הפנים; עתון "אל אתיחאד" נ' שר-הפנים, פ"ד ז 871 (להלן: עניין קול העם). נקודת המוצא של פסק הדין הייתה כי הן חופש הביטוי והן ביטחון המדינה הם אינטרסים בעלי חשיבות מרכזית ("... קיימת כאן התחרות בין שני סוגים של אינטרסים [חופש הביטוי וביטחון המדינה - ר' ש']. אשר כל אחד מהם הוא בעל חשיבות מדינית-חברתית ממדרגה ראשונה" (בע' 880)). נקבע כי האינטרס החשוב ביותר אשר עשוי להצדיק הגבלה של חופש הביטוי הוא זה "הנכלל בכותרת: "בטחון המדינה" (בע' 879), וכי "היום הכל מודים, כי בתקופה הרת-עולם - למשל, כאשר המדינה נתונה במצב מלחמה או עובר עליה משבר לאומי ממין אחר - יש להכריע את הכף - לפי מסיבותיו המיוחדות של כל מקרה ומקרה - לטובת בטחון המדינה" (בע' 880). יחד עם זאת, השופט אגרנט מזהיר באותה נשימה מפני הסכנה של שימוש לרעה בטעמי ביטחון לשם הגבלת חופש הביטוי בעתות חירום: "אכן, הדאגה של שמירה על בטחון המדינה בשעת-חירום עלולה להעיב על כל השיקולים האחרים, עד כדי כך, שהשלטונות יהיו נוטים, בשל אותה דאגה, להטיל איסור או להעניש על אמירת דברים או פרסומם בכתב גם בשעה שאין בהם כדי לסכן את שלום המדינה או האומה" (בע' 880).

בארצות הברית נטען כי ההנחה של מעצבי החוקה הפדראלית הייתה שטעמים של ביטחון לאומי עשויים להצדיק הגבלה של חופש הביטוי, בייחוד בזמן מלחמה. ראו CRAIG R. SMITH, *FREEDOM OF EXPRESSION AND PARTISAN POLITICS* 3 (1989) (hereinafter *SMITH, FREEDOM OF EXPRESSION*).

התפיסה כי בעת מלחמה יש הצדקה להגבלת ביטויים ביקורתיים כלפי השלטון בנושאים הקשורים לפעולות צבאיות, לרבות ביטויים שלא היתה הצדקה להגבלתם בזמן אחר, קיבלה ביטוי גם בפסיקה של בית המשפט העליון בארצות הברית. ברוח זאת כותב השופט Holmes:

When a nation is at war many things that might be said in time of peace are such a hindrance to its effort that their utterance will not be endured so long as men fight and that no Court could regard them as protected by any constitutional right.

Schenck v. United States, 249 U.S. 47, 52 (1919)

רעיון דומה הביע השופט הולמס גם בדעת מיעוט שניתנה מספר חודשים מאוחר יותר, ובה קבע, בין היתר, כי התיקון הראשון לחוקת ארצות הברית שולל (במשמעה) את תוקפן של הגבלות על חופש הביטוי השייכות לקטגוריה של "sedition", שנועדו להגביל ביקורת על רשויות השלטון, כדי להגן על מעמדן: Abrams v. United States, 250 U.S. 616, 627-28, 630 (1919). לניתוח מפורט של החלטה זו, לרבות היחס שלה לפסקי דין קודמים (ובכללם פסקי דין שהולמס היה שותף להם), כמו עניין *Schenck*, ראו Vincent Blasi, *Misleading Metaphor: Holmes and the Marketplace of Ideas* (unpublished manuscript) (on file with the author).

בשני פסקי הדין האמורים ובפסקי דין נוספים הורשעו בארצות הברית אנשים שמתחו ביקורת על פעולות צבאיות. אמנם, ברוב המקרים הללו התבססה ההרשעה הפורמלית לא על עצם הביקורת, אלא על עברות כגון הסתה לחוסר נאמנות, הסתה לאי ציות בצבא והפרעה למאמץ המלחמתי ובפרט לגיוס לצבא, אולם, למעשה (כפי שעולה גם מדעת המיעוט של השופט הולמס בעניין *Abrams*, לעיל, בע' 628-631), התמצו מעשיהם של המורשעים בכל המקרים הללו בהפצת דברי ביקורת על ההחלטה

לרוב ההצדקה להגבלת פרסום של מידע עובדתי מטעמי ביטחון³. בעמודים הבאים אבחן היבט אחר של סוגייה זאת: האינטרס בקיומו של **דיון ביקורתי** פומבי בנוגע להחלטות הממשלה בהקשר הביטחוני ולגבי תפקוד הצבא ורשויות אחרות העוסקות בהגנה על ביטחון המדינה, והשאלה אם טעמי ביטחון מצדיקים הגבלה של ביטויים **ביקורתיים** מסוג זה. לאור המסקנה שאין הצדקה להגבלה **כללית** כזאת של ביטויים ביקורתיים כלפי רשויות המדינה בכלל, תיבחן בפרט השאלה אם יש הצדקה לגישה שונה במישור זה בכל הנוגע לדיון ביקורתי בנושאים ביטחוניים ובתפקודו של הצבא, שהוא הגוף המבצע העיקרי במישור הביטחוני, בהשוואה לנושאים אחרים ולרשויות אחרות של המדינה. מכיוון שעיקר המגבלות המשפטיות על חופש הביטוי נוגעות למידע עובדתי, ולא לביקורת נורמטיבית, בחינה של ההצדקה להגבלת סוג הביטויים האחרון היא חשובה לא רק ביחס למישור הפורמלי-משפטי, אלא גם, ואולי אף בעיקר, ביחס למישור הלא פורמלי, כלומר בכל הנוגע להגבלות וולונטריות על ביקורת כלפי הצבא, לפחות במובן שהן אינן מכוח דין. במישור זה השאלה היא אם - או באיזו מידה - צריכים הציבור, ובפרט כלי התקשורת, לפקח על תפקודן של הרשויות העוסקות בהגנה על ביטחון המדינה, ראשית, בבירור המידע העובדתי הרלוונטי, ולאחר מכן, **בהערכת** תפקוד זה לאורו.

בחינה של חופש הביטוי בנושאי ביטחון וצבא היא בעלת חשיבות מעשית מיוחדת לאור הטענה כי קיימת נטייה להגבלה בלתי מוצדקת - הן כפויה והן מרצון - של חופש הביטוי (כמו גם של חירויות אחרות) בהתבסס על טעמי ביטחון, במיוחד

לצאת למלחמה שלא היו בנסיבות העניין בגדר איום של ממש - ולו רחוק - על "המאמץ המלחמתי".
לפסקי דין דומים שבהם הורשעו אנשים בגין מעשים דומים באותה תקופה, ראו *Frohwerk v. United States*, 249 U.S. 204 (1919); *Debs v. United States*, 249 U.S. 211 (1919).

למחקר היסטורי שמסקנתו היא כי בית המשפט העליון של ארצות הברית נטה יותר להטיל הגבלות על חירות, ובפרט על חופש הביטוי, בעתות מלחמה, ראו *Craig Smith & Stephanie Makela, Lincoln and Habeas Corpus, in SILENCING THE OPPOSITION: GOVERNMENT STRATEGIES OF SUPPRESSION OF FREEDOM OF EXPRESSION 25* (Craig R. Smith ed., 1996) (hereinafter *SILENCING THE OPPOSITION*).

3 גם במסגרת נושא זה, כמו בהקשרים רבים אחרים, נדרשות הבחנות דקות יותר כתנאי לבחינה רצינית של ההצדקה להגבלת חופש הביטוי מטעמים של ביטחון המדינה. לצורך הבחנות מורכבות ועדינות יותר מאלה המקובלות, כמו גם בנתונים אמפיריים מבוססים יותר, בהיבט שלישי של הסוגייה - סיקור תקשורתי של פעולות טרור - ראו *John E. Finn, Media Coverage of Political Terrorism and the First Amendment: Reconciling the Public's Right to Know with Public Order, in TERRORISM & THE MEDIA - DILEMMAS FOR GOVERNMENT, JOURNALISTS & THE PUBLIC 47-56* (Yonah Alexander & Richard Latter eds., 1990).

בעתות משבר שבהן יש תחושה של איום על ביטחון המדינה⁴. סוגייה זאת חשובה במיוחד בישראל בשל המקום המרכזי שיש לשיקולים ביטחוניים בשיח הציבורי עקב הצורך הקבוע יחסית להתמודד עם סכנות ביטחוניות ממשיות וקונקרטיות. בפרט בעת האחרונה, שבה איום הטרור יוצר אצל רבים תחושה של שעת חירום, הועלו גם בישראל טענות ברוח דומה - כמו הטענה שנכללה בדוח שנתי של האגודה לזכויות האזרח בישראל - כי גוברת הנטייה להגביל את חופש הביטוי בכלל, ובנוגע לביטויים ביקורתיים כלפי פעולות צבאיות בפרט⁵. גישה ברוח זאת, השוללת את הלגיטימיות של ביקורת על הממשלה והצבא, עולה גם מסקר שנערך בישראל בשנה האחרונה והעלה כי רבים בקרב הציבור מאמינים כי ביקורת על מדיניות הממשלה ופעולות הצבא פוגעת בביטחון המדינה, וכי יש למנוע ביקורת כזאת⁶.

המטרה העיקרית של המאמר היא לעמוד על השיקולים המרכזיים בסוגיה זאת ולנמק את המסקנה כי אין מקום להגבלה של ביטויים ביקורתיים (גם בנושאי ביטחון. כפי שנראה, עשויים להיות אמנם טעמים מיוחדים בזכות הגבלת ביקורת בנושאים ביטחוניים וצבאיים. אולם, ראשית, טעמים אלה הם פחות מכריעים מכפי שהם מוצגים בדרך כלל; ושנית, יש גם טעמים מיוחדים בזכות התרת ביטויים ביקורתיים העוסקים בנושאים ביטחוניים ובתפקודו של הצבא (במישור המשפטי), וחשוב אולי עוד יותר בהקשר זה, אף בזכות עידוד של השמעת ביטויים כאלה.

4 להערכה כי ממשלות רבות נושאות את שם הביטחון הלאומי לשווא ועושות שימוש לרעה בטעמי ביטחון כדי להסתיר מידע בעל חשיבות ציבורית שאין להן עניין בפרסומו מטעמים שאינם נוגעים לביטחון, וכדי למנוע ביקורת על תפקודן, ראו Frances D'Souza, *Foreword to SECRECY AND LIBERTY*, *supra* note 2, ix; Joan Fitzpatrick, *Introduction to SECRECY AND LIBERTY*, *supra* note 2, xiv.

לטענה כזו ביחס לארצות הברית, המלווה בסקירה היסטורית קצרה של הגבלת חופש הביטוי (וחירויות אחרות) שם בעתות משבר מטעמים ביטחוניים, ראו William J. Brennan, *The American Experience: Free Speech and National Security*, in *FREE SPEECH AND NATIONAL SECURITY* 10-19 (Shimon Shetreet ed., 1991).

ראו גם Lawrence K. Grossman, *Reflections on Leaks in the 21st Century*, *supra* note 2, at 12-13; United States: *The Media Perspective*, in *FREE SPEECH AND NATIONAL SECURITY*, *supra*, 78, 83; Itzhak Zamir, *Reporting Military Activities by the Media: Legal Analysis of the Israeli Case*, in *FREE SPEECH AND NATIONAL SECURITY*, *supra*, 160, 162.

5 נ' ישובי זכויות האדם בישראל - תמונת מצב: 2002 (האגודה לזכויות האזרח בישראל, 2002). דוח זה פורסם באתר האינטרנט של האגודה לזכויות האזרח בישראל (נקרא בספטמבר 2002): <http://www.acri.org.il/hebrew-acri/engine/story.asp?id=456>.

6 סקר כזה, שנערך בחלק הראשון של שנת 2002 (ופורסם במקור בעיתון "מעריב"), מוזכר בי' קליין "הורס את המסיבה" מוסף הארץ 17.10.2002, ע' 50, 52.

הטעם המרכזי בהקשר זה הוא, לדעתי, החיוניות של שיח ציבורי ביקורתי בנושאי ביטחון כאמצעי לפיקוח על דרך הפעלת הכוח הציבורי החזק ביותר המופקד בידי הממשלה ובידי זרועות שלטוניות שונות.

בחלק הראשון של המאמר אציין את המגבלות הקיימות - הפורמליות והלא פורמליות - על השיח הביקורתי בנוגע להכרעות בנושאי ביטחון ולפעולות צבאיות. לאחר מכן אציג בקצרה את הטעמים הכלליים אשר לאורם ראוי, לדעתי, לאמץ כלל של חופש ביטוי (מוחלט) בכל הנוגע לדיון בדרך תפקודן של רשויות המדינה. על רקע זה אבחן את הטעמים המיוחדים בעד ונגד חופש ביטוי - ובפרט ביטוי ביקורתי - בהקשר זה.

הגבלות על דיון ביקורתי בנושאים צבאיים ובתפקודו של הצבא

כאשר בוחנים את השיח הביקורתי בנושאים ביטחוניים בישראל, ובפרט בנוגע לפעולות של הצבא ולתפקודו, הרושם הוא שיחסית לנושאים אחרים ולרשויות אחרות של המדינה, הדיון הביקורתי בנושאים אלה הוא מוגבל יותר (אף אם היקף הביקורת גדול יותר מבעבר).⁷ הערכה גסה זאת אמנם אינה מבחינה בין נושאים שיתכן שיש ביניהם הבדלים, כמו דיון ביקורתי בהצדקה לפעולות צבאיות ודיון ביקורתי בנושא של בטיחות באימונים, אך דומה שהיא תקפה באופן כללי.⁸ בסעיף זה אנסה להצביע על מספר הסברים אפשריים לתופעה זאת.

באופן כללי, ניתן להבחין בין סוגים שונים של הגבלות על ביטויים בכלל, ועל ביטויים ביקורתיים בפרט, במספר מישורים. אחת ההבחנות, שיש לה חשיבות מיוחדת בהקשר הנדון, היא בין הגבלות משפטיות פורמליות להגבלות לא פורמליות - שאנשים וגופים שונים מקבלים על עצמם מרצון. ההגבלות הבולטות ביותר על חופש הביטוי הן הגבלות משפטיות, שיש להן מעמד פורמלי. אולם הגבלות אלה אינן

7 אחת מנקודות המפנה שנהוג לזהותן בכל הנוגע לשיח הציבורי הביקורתי בנושאי ביטחון היא התקופה שלאחר מלחמת ששת הימים 1967- ומלחמת יום כיפור 1973-1973. ראו MENAHEM HOFNUNG, DEMOCRACY, LAW AND NATIONAL SECURITY IN ISRAEL 140-141, 191-192 (1996).

8 השוו לניתוח של הדיון הציבורי בנושא תקלות באימונים צבאיים: ג' דורון וא' לבל "ארגון מתגונן - מערכת הביטחון נגד הורים שכולים" בתוך צבא חברה ומשפט (ד' ברק-ארוז עורכת, תשס"ב) 369-373, 372 (הספר יצא במקור כחוברת פלילים ט (תשס"א).

בהכרח המשמעותיות ביותר. להגבלות לא פורמליות עשויה להיות חשיבות רבה לא פחות, ולעתים אף יותר, בעיצוב אופיו של השיח הציבורי. לפיכך בהערכת התמונה הכוללת חשוב להתחשב בשני סוגי ההגבלות.

כרקע להגבלות המשפטיות על ביטויים ביקורתיים נגד רשויות המדינה חשוב לזכור את קיומן של הגבלות משפטיות אחרות, הנוגעות לעצם הפרסום של מידע עובדתי בנושאים הקשורים לביטחון המדינה. הגבלות אלה אמנם נוגעות להיבט אחר של חופש הביטוי, אך יש להן קשר הדוק לסוגיית הביקורת על רשויות המדינה מכיוון שמידע הוא תנאי מקדמי לדיון ביקורתי מעשי. יתר על כן, ההבחנה בין מידע וביקורת אינה חדה מבחינה מעשית מכיוון שבהינתן הנחות ותפיסות מקובלות מסוימות, עצם פרסומו של מידע פירושו הערכה חיובית או שלילית. מגבלות אלה לובשות צורות שונות, החל מהגבלות מנהליות ועברות פליליות האוסרות על עובדי ציבור למסור מידע שקיבלו במסגרת תפקידם, עבור דרך עברות פליליות האוסרות גילוי של סוגים שונים של מידע בנושאים ביטחוניים (על ידי כל אדם), וכלה בסמכות הצנזור הצבאי (מכוח תקנות ההגנה (שעת חירום), 1945) למנוע פרסום מידע הנוגע לביטחון ובמוסד הצנזורה ה"וולונטרית", שנוצר בצלה של סמכות זאת במסגרת הסכם של חלק מכלי התקשורת הגדולים במדינה עם הצבא.

במסגרת הקטגוריה הראשונה (הגבלות פורמליות ישירות על ביטויים ביקורתיים נגד רשויות המדינה) קיימות בישראל⁹ שתי הגבלות משפטיות-פליליות, החלות גם ביחס לצבא. ההגבלה הראשונה על ביקורת כלפי רשויות המדינה כלולה בעברת ההמרדה. עברה זו אוסרת, בין השאר, על עשיית פרסום אשר "יש בו כדי להמריד"¹⁰. הגדרת המונח "להמריד" כוללת, בין השאר, את החלופה של "להביא לידי שנאה בוז

9 לסקירה מפורטת של הגבלות משפטיות אלה ואחרות על פרסום מידע בנושאים ביטחוניים ראו , at 128-39, 147-48; Ze'ev Segal, *Security Censorship: Prior Restraint 7HOFNUNG*, supra note , 207, 209-4 (After the Schnitzer Decision), in FREE SPEECH AND NATIONAL SECURITY, supra note 17; Mordechai Kremnitzer, *Free Speech and the Criminal Code Provisions for the Protection of* , 86, 88-4 *State Security: The Israeli Case*, in FREE SPEECH AND NATIONAL SECURITY, supra note .89

10 לסקירה של הגבלות שונות הנכללות בקטגוריה זו במדינות אחרות ראו חופש הביטוי נגד רשויות המדינה, לעיל הערה 1, בע' 31-35, 386-389, 399-414.

11 סעיף 134(א) לחוק העונשין, התשל"ז1977 - (להלן: חוק העונשין).

או אי נאמנות למדינה או לרשויות השלטון... שלה שהוקמו כדין¹². החוק קובע במפורש כי אמת אינה הגנה בפני עברה זוי¹³, אך הוא כולל סייג כי פרסום אינו "המרדה" אם מגמתו היא רק "להוכיח שהממשלה הוטעתה או טעתה במעשה שעשתה"¹⁴, או "להוקיע טעויות או פגמים בדיני המדינה או בסדריה, או במוסד ממוסדותיה שהוקמו כדין... כדי להביא לידי תיקון הטעויות או הפגמים"¹⁵. ההגבלה המשפטית השנייה היא העברה של העלבת עובד ציבור בעת שהוא ממלא את תפקידו או בנוגע למילוי תפקידו¹⁶, אשר חלה - לאור הגדרת המונח "עובד ציבור"¹⁷ - גם על חיילים¹⁸.

קשה להעריך את השפעתן של ההגבלות המשפטיות הללו על השיח הציבורי בכלל, ובנושאי ביטחון וצבא בפרט. יחד עם זאת, לאור העובדה שלא נעשה שימוש נרחב בהן לשם הגבלת ביקורת בנושאים ביטחוניים ועל תפקודו של הצבא, ומכיוון שלא ברורה מידת המודעות להגבלות אלה בקרב הציבור הרחב ובקרב הפועלים במסגרת כלי התקשורת, ספק אם הן ממלאות תפקיד בלעדי, ואף מרכזי, בכל הנוגע לאופיו של השיח הציבורי בנושאים של ביטחון וצבא. נראה כי גורם חשוב המשפיע על אופיו של השיח הציבורי בנושאים אלה הוא לא פורמלי, כלומר נובע מתחושה של רבים או מאווירה ציבורית שאין מקום לערוך דיונים ביקורתיים בנושאים הללו¹⁹.

12 סעיף 136(1) לחוק העונשין.

13 סעיף 137 לחוק העונשין.

14 סעיף 138(1) לחוק העונשין.

15 סעיף 138(2) לחוק העונשין.

16 סעיף 288 לחוק העונשין.

17 ראו סעיף 34כב לחוק העונשין (הגדרת "עובד ציבור").

18 להרשעה בגין (ניסיון לביצוע של) העלבת עובד ציבור עקב ביקורת על שופטים צבאיים ראו רע"פ 3207/90 ספירו נ' מדינת ישראל (לא פורסם).

בנוסף לעברות הכלליות הללו ישנן גם עברות צבאיות החלות רק על חיילים, אשר עשויות לאסור, בין השאר, על ביקורת על הצבא מצד חיילים. ראו סעיפים 46-55 לחוק השיפוט הצבאי, התשט"ו 1955. מאמר זה אינו עוסק בעברות אלה.

19 דוגמה לזיכרון ציבורי על לגיטימיות של ביקורת על פעולות צבאיות היא הביקורת בקרב חלקים מהציבור בישראל על עריכת הפגנות נגד מלחמת לבנון בעת ניהולה (בהקשר זה הועלו על הפרק גם הצעות לאסור על הפגנות בעת מלחמה), אשר מוזכרת אצל Ruth Gavison, *National Security, Freedom of Expression and Access to Information: The Israeli Situation*, in *SECRECY AND LIBERTY*, 333, 339 (hereinafter Gavison, *National Security*)²supra note

הערכה מקבילה ברוח דומה נעשתה ביחס לגורמים שהשפיעו על אופי הסיקור של כלי התקשורת בבריטניה של נושאים שהממשלה רצתה להגביל את הדיון בהם, כמו הקונפליקט בצפון אירלנד. לפי הערכה זו, אופיו של הדיון הציבורי במצבים אלה הושפע יותר מגורמים כמו עמדה מוטית של כלי

(המצב המשפטי ומידת הלגיטימיות של שיח ציבורי ביקורתי בנושאי ביטחון משפיעים, כמובן, זה על זה). ניתן להצביע על מספר גורמים אשר מוליכים במשולב להגבלת השיח, ובפרט השיח הביקורתי, בנושאים ביטחוניים וצבאיים:

הגורם הראשון הוא **הקושי להשיג מידע** בנוגע לנושאים ביטחוניים ובעיקר על פעולותיו של הצבא. מידע הוא תנאי מקדמי לדיון ביקורתי בנושאים אלה. קושי זה בולט במיוחד כאשר מדובר בפעולות צבאיות בלתי שגרתיות, כמו לחימה, אך הוא קיים גם בכל הנוגע לתפקודו הרגיל של הצבא, למשל אימונים שוטפים או פעילות מבצעית קבועה. קושי זה הוא אף גדול יותר בהשוואה לקושי בהשגת מידע על פעולותיהן של רשויות אחרות של המדינה, וזאת ממספר סיבות:

גורם מוחשי אחד הוא שבניגוד לרשויות אחרות של המדינה, אשר פועלות בקרב אזרחי המדינה ותושביה ותוך מגע עמם, הצבא פועל באופן טיפוסי באזורים אשר הגישה אליהם אינה קלה או חופשית (אבחנה זאת נכונה למרות השינוי הגדול שחל מבחינה זאת עם התפתחות כלי התקשורת ואמצעי השגת מידע, כגון לווייני תקשורת)²⁰. אבחנה זו נכונה גם ביחס לפעילות שוטפת כמו הכנה למלחמה, לרבות אימונים, והיא תקפה במיוחד ביחס למצב של לחימה. יחד עם זאת, בהקשר זה יש מקום להבחין בין שתי נקודות מוצא שונות של כלי התקשורת, בהתאם לטיב העניין העומד על הפרק. כאשר מדובר בסיקור שוטף, שנועד לספק מידע כללי על היבטים שונים של תפקודו של הצבא - שזהו המצב הטיפוסי ביחס לסיקור של הכנה ללחימה, כמו אימון צבאי - השאלה העומדת בפני עורכי כלי התקשורת היא אם

התקשורת, צנורה עצמית ולחצים פוליטיים לא רשמיים מאשר מהגבלות משפטיות ישירות על כלי התקשורת. ראו Laurence Lustgarten, *Freedom of Expression, Dissent, and National Security in the United Kingdom*, in *SECRECY AND LIBERTY*, supra note 457, 458, 472-732.

השוו לטענה המקבילה כי השיח הביקורתי בנוגע לתפקודם של בתי המשפט במדינות שונות הוגבל בעיקר באופן בלתי פורמלי: Barend Van Niekerk, *The Unclustering of the Virtue: Freedom of Speech and the Administration of Justice - A Comparative Review*, 95 S. AFR. L.J. 362, 363, 369-83, 389, 554-70 (1978); Robert Martin, *Criticising the judges*, 28 MCGILL L.J. (1982) 1, 3, 10-13; Michael K. Addo, *Are Judges Beyond Criticism Under Article 10 of the European Convention on Human Rights?*, 47 INT'L & COMP. L. Q. (1998) 425, 426; BRIAN ABEL-SMITH & ROBERT STEVENS, *LAWYERS AND THE COURTS: A SOCIOLOGICAL STUDY OF THE ENGLISH LEGAL SYSTEM 1750-1965* (1967) 464; LOUIS P. GOLDBERG & ELEANORE LEVENSON, *LAWLESS JUDGES* (1935) 7, 230-31, 241-42; DAVID PANNICK, *JUDGES* (1987) 121.

20 ראו Yoel Cohen, *Information, Policy and the Falklands Conflict*, in *FREE SPEECH AND NATIONAL SECURITY*, supra note 143; Norman Redlich, *Can a "Free" Press Cover War?*, in *FREE SPEECH AND NATIONAL SECURITY*, supra note 155, 158.

ליזום בדיקה המחייבת השקעה רבה יותר מאשר תחקיר עיתונאי רגיל. כאשר מדובר בנושא שיש בו עניין ציבורי ראשון במעלה - כמו מלחמה (או לחימה בהיקף כזה או אחר) - השאלה היא אם (או, ליתר דיוק, באיזו מידה) לערוך בדיקה עצמאית של העובדות או לקבל את נתוני הממשלה או הצבא (ולעתים את הנתונים - הסותרים לפעמים - של שני הצדדים ללחימה). המשותף לשני סוגי המצבים הוא שהשגת מידע אמין ממקור עצמאי על דרך תפקודו של הצבא מחייבת לעתים השקעה רבה יחסית מצד כלי התקשורת, ולא תמיד יש נכונות לעשותה. קל הרבה יותר לנציגי כלי התקשורת לקבל מידע מטעם הצבא מבלי לבדוק אותו באופן עצמאי, ולפיכך יש פיתוי חזק לעשות כן. מבחינה עניינית נתפסת לעתים השקעה זאת (בצדק או שלא בצדק) כבלתי משתלמת מפני שהיא באה לרוב במידה מסוימת על חשבון השקעה בסיקור תחומים אחרים. המשמעות של נקודות אלה מתחזקת לאור העובדה שלרוב אין אנשים אחרים שיכולים להפריך את טענות הצבא באופן יעיל. כאשר מדובר בלחימה, לעתים קרובות היחידים שיכולים לסתור את המידע שמוסר הצבא, הם מי שהצבא פועל נגדם, והנגישות שלהם לכלי התקשורת היא לרוב מוגבלת הן מבחינה פיזית והן מבחינת הנכונות של כלי התקשורת לתת במה לטענותיהם. טענות של הנפגעים מפעולות הצבא חשודות לעתים כבלתי אמינות, בעיקר מצד כלי התקשורת המדינתיים (להבדיל מכלי תקשורת בינלאומיים), התופסים לעתים קרובות את הנפגעים כאויב שאין לסמוך על דבריו, או שאין מקום לתת לו במה תקשורתית (לפעמים - אף אם טענותיו נתפסות כנכונות).

גורם שני המשפיע על היקף הביקורת בנושאים הנוגעים לצבא, נגזר מכך שלצבא, כמו לכל גוף אחר, יש אינטרס להסתיר מידע לא מחמיא בנוגע לתפקודו. ייחודו של הצבא הוא בכך שכוחו להסתיר מידע הוא רב יותר משל רשויות אחרות. בצורתו הבוטה והמוחשית ביותר כוח זה נגזר לא רק מהסמכות המשפטית של הממשלה או של הצבא לסגור אזורים מסוימים בפני אזרחים בכלל, ובפני התקשורת בפרט, אלא גם מהכוח המעשי הנתון בידי הממשלה (באמצעות הצבא) או בידי הצבא עצמו למנוע את הגישה למקומות שבהם מתנהלת פעילות צבאית, או

21 דורון ולבל, לעיל הערה 8, בע' 372-373, 375-377, 388.

להקשות עליה²². אף כאשר הצבא אינו אוסר כניסה של אזרחים לשטח מסוים, ואף אם אינו יוצר קושי פיזי בפני הרוצים לעשות כן, הוא יכול לצמצם את נוכחות נציגי כלי תקשורת בשטח מסוים באמצעות אזהרה מפני כניסה לשטח, למשל בנימוק שהדבר מסוכן. לעתים יהיו נציגי כלי תקשורת שיהיו מוכנים להסתכן (או שיראו את האזהרה כניסיון לא אמיתי להרחיקם מהשטח מסיבות אחרות), אך אזהרה כזאת צפויה להרתיע מספר לא מבוטל של נציגי כלי תקשורת וכך לצמצם את מידת הפיקוח על פעילות הצבא בשטח זה. התוצאה של שילוב הגורמים הללו בכל הנוגע למידע הקיים על פעילות הצבא, היא שכלי התקשורת, ובעקבותיהם הציבור, ניוונים בעיקר ממידע מטעם רשויות הצבא, בייחוד בשלבים הראשונים של פעילות צבאית יוצאת דופן.

הערכת משמעותם של קשיים אלה בהשגת מידע בנושאים ביטחוניים צריכה, כמובן, להיעשות על רקע קיומן של המגבלות המשפטיות הפורמליות שכבר הוזכרו, על גילוי מידע בנושאי ביטחון, מגבלות שהן רבות וחמורות יותר בהשוואה למגבלות מקבילות בתחומים אחרים.

חשוב לא פחות, ואולי אף יותר: יכולתו של הצבא (ויכולתה של הממשלה באמצעות הצבא) להסתיר מידע אינה נגזרת רק מאמצעים משפטיים פורמליים ומאמצעים גסים כמו מניעה פיזית של כניסה לשטח מסוים, אלא גם מאמצעים מורכבים יותר. המשותף לאמצעים אלה הוא ההישענות על המעמד המיוחד שיש בישראל לשיקולי ביטחון ולצבא מטעמים שיוזכרו מייד, אשר מאפשרים למופקדים על הביטחון לעשות שימוש באמצעים שונים בזירה הציבורית, הפוליטית והמשפטית

22 שימוש בכוח המשפטי והמעשי של הממשלה והצבא בישראל למנוע כניסה של נציגי כלי התקשורת לאזורים שונים או להגביל אותה, לרבות כאשר לא נערכו פעולות צבאיות באותם אזורים, נעשה בעיקר בעת מלחמת לבנון ובשטחים המוחזקים. ראו HOFNUNG, *supra* note 145-7, at 129, 141-42, 145-7; Gavison, *National Security*, *supra* note 1946, at 339-40. דוגמאות להחלטות של ממשלות זרות להגביל סיקור של פעולות צבאיות הן בנוגע לפעולה של בריטניה בפוקלנד ובנוגע לפעולה של ארצות הברית בגרנדה. הייחוד של שני המקרים האלה, שהעניק כוח מיוחד לממשלה להגביל את כלי התקשורת, היה אופיה כפעולה חד פעמית מחוץ לגבולות המדינה. לתיאור הגבלות שהוטלו על כלי התקשורת במקרים אלה ראו Cohen, *supra* note 20, at 143-48; Diane L. Zimmerman, "Private" War: The Problem of Access, in *FREE SPEECH AND NATIONAL SECURITY*, *supra* note 181, 182-834.

כדי להגביל את זרימת המידע הנוגע לצבא ולתפקודו בהתאם להערכתם את דרישות הביטחון.²³

שליטת הצבא על המידע בנושאים ביטחוניים - שבשל הטעמים האמורים היא חזקה יותר מהשליטה של גופים אחרים על מידע הנוגע לפעילותם - עשויה להגביל את הביקורת עליו לא רק מפני שבהעדר מידע חסרה תשתית החיונית לדיון ביקורתי, אלא גם מפני שהסיקור של כלי התקשורת עשוי להיות אוהד יותר אם מקור המידע שלהם הוא (נציג של) הגוף שהמידע נוגע אליו. סיבה אחת לכך עשויה להיות החשש של כלי התקשורת שסיקור לא אוהד יוליך לכך שבעתיד הם לא יקבלו מידע מאותו גוף.²⁴ בישראל יש לציין בהקשר זה את ההסדר של מסירת מידע על ידי נציג המדינה ל"וועדת העורכים" בתנאי שמידע זה לא יפורסם גם אם הוא יגיע לכלי התקשורת גם ממקור אחר.²⁵ ואת הדרישה שהציב לעתים דובר צה"ל, למסירת ידיעות לאישורו לפני פרסומן כתנאי לקבלת מידע בדרכים שונות, כגון השתתפות ב"תדרוכים" שונים מטעם הצבא או עריכת ריאיונות עם חיילים.²⁶ סיבה אחרת לכך שסיקור תקשורתי של מידע שהתקבל מגוף מעוניין, עשוי לתאום יותר את תפיסתו של אותו גוף בהשוואה לסיקור המבוסס על מידע שהגיע ממקור אחר, ובמיוחד לסיקור פעולתם של גופים שאינם מקור מידע קבוע לכלי התקשורת המסקר (אף אם אינם מקור המידע במקרה המסוים), היא שהגוף המציג את המידע בוחר איזה מידע לחשוף, למי למסור את המידע, וכיצד לעשות זאת, וכך הוא יכול להשפיע על אופן הצגת המידע גם כאשר המידע עובר את המסננת של כלי התקשורת.²⁷

23 דורון ולבל, לעיל הערה 8.

24 ראו שם, בע' 398-399 (התייחסות לחשש מפני אובדן ספק המידע הבלעדי שלכאורה, אינו קיים כאשר יש מקורות מידע נוספים). אולם חשש כזה יכול להיות קיים גם אם ישנם מספר מקורות מידע, מפני שלא תמיד כל מקורות המידע הם חופפים, ומפני שיש לכלי התקשורת אינטרס (ואף חובה אתית) לבדוק מידע במספר מקורות בלתי תלויים כאשר הדבר אפשרי. לכן העובדה שכלי התקשורת החלו לקבל, למשל, מידע על תאונות בצבא מהורים שכולים כך שהצבא הפסיק להיות מקור המידע הבלעדי בנושא זה, לא הפכה את הצבא למקור מידע לא רלוונטי. יתר על כן, כאשר המדובר בצבא, יש לו חשיבות רבה כמקור מידע אף כאשר קיימים מקורות מידע אחרים, מפני שמהסיבות שהוזכרו למעלה, ישנם נושאים רבים שבהם חלק משמעותי מהמידע מצוי בידי הצבא בלבד.

25 *Id.*, at 139-42Hofnung, *supra* note

26 *Id.*, at 142-44

27 לאינטרס ההדדי של כלי התקשורת ושל הממשלה בישראל בקיום "ועדת העורכים", אשר במסגרתו יקבלו עיתונאים מידע שוטף מהממשלה תוך מתן אפשרות לממשלה להשיג את תמיכת העיתונאים

אפשרויות אלה קיימות - אם כי במידה פחותה - אף אם מדובר בסיקור חשדני וביקורתי. אולם עצם הקשר בין נציגי המדינה, ובפרט של האחראים על הביטחון ושל זרועות הביטחון, ושל נציגי כלי התקשורת עשוי להשפיע אף על אופיו של הסיקור ועל נקודת המוצא של כלי התקשורת. השפעה זאת נגרמת מפני ששיתופם של נציגי התקשורת במידע תוך הפיכתם ל"שותפי סוד" עלול להשפיע באופן מורכב יותר על תפיסת עולמם של האחרונים כך שהיא תתאם יותר את של האחראים על ביטחון המדינה. בעוד שיש הרואים את הפן החיובי של תופעה זאת - פיתוח גישה "אחראית" מצד כלי התקשורת - יש לה גם פן שלילי - חשש לפגיעה בעצמאות של כלי התקשורת. ברוח זאת נטען כי נכונותם של כלי התקשורת הגדולים בישראל לקבל הסדרים דוגמת של "ועדת העורכים" פגעה בניתוקם מן הממסד ובאופן שמילאו כלי התקשורת האמורים את תפקידם בכל הנוגע לפיקוח על תפקודן של רשויות המדינה בנושאי ביטחון²⁸.

מעבר לכך, מעמדם המיוחד של טעמי ביטחון ומעמדו המיוחד של הצבא מוליכים לכך שהציבור בכללותו, וכלי התקשורת המדינתיים בפרט, נוטים לקבל את עמדותיהן של רשויות המדינה בנושאים ביטחוניים באופן פחות ביקורתי בהשוואה לנושאים אחרים. אמנם נטייה זו לרוב אינה קיימת בכלי תקשורת בינלאומיים, אך היא משמעותית מכיוון שלכלי תקשורת מקומיים יש לרוב נגישות רבה יותר למידע מאשר לכלי תקשורת בינלאומיים (אם כי, כאמור, גם נגישותם של כלי התקשורת המקומיים היא מוגבלת), כמו גם עניין רב יותר בנושא בדרך כלל.

נראה כי מעמדו המיוחד של הצבא, כמו גם של נושאים ביטחוניים בכלל, נובע

מן השילוב של מספר גורמים:

במדיניותה, ראו Dina Goren, *Beyond Censorship: Informal Methods of Directing Media Coverage*, 195, 197-98 *on Security Matters*, in *FREE SPEECH AND NATIONAL SECURITY*, *supra* note 28. האינטרס של הצבא בקיום יחסים שוטפים טובים עם כלי התקשורת בא לידי ביטוי בציטוט הבא של דבריו של קצין בכיר בצה"ל: "We recognize that if the press cannot get the information it needs from us, it will seek it elsewhere. Good relations with the press are in our practical interest, Ephraim Lapid, *The Army*, ראו "as they allow us to present our point of view to the world", 204, 206 *The Press and State Security*, in *FREE SPEECH AND NATIONAL SECURITY*, *supra* note

28 Hofnung, *supra* note at 141-42, 1447.

השוו לתיאור של הסדר וולונטרי אחר בבריטניה: HELSINKI WATCH AND THE FUND FOR FREE EXPRESSION, *RESTRICTED SUBJECTS: FREEDOM OF EXPRESSION IN THE UNITED KINGDOM* 11 (1991) (hereinafter *RESTRICTED SUBJECTS*).

נקודת המוצא היא התפיסה כי הצבא ממלא תפקיד חיוני, ואף את התפקיד החשוב ביותר: הגנה על עצם קיומה של המדינה ועל ביטחון תושביה, ולפיכך יש להימנע מלהחלישו בכל דרך, לרבות באמצעות ביקורת (השאלה אם יש הצדקה לתפיסה זאת, תיבחן בהמשך).

מעבר לכך, פעילות הצבא נעשית לרוב כנגד מי שנתפסים כ"אויב" המאיים על החברה מבחוץ. לפיכך יש נטייה פחותה לבקר את הפעלתו של כוח צבאי נגדם, וכאמור, קיימת נטייה שלא לקבל את טענותיהם של הנפגעים מפעולות הצבא כאמינות או כראויות להשמעה. מאותה סיבה קיים חשש, במיוחד בעתות משבר, כי מי שיבקר את החלטות הממשלה בנושאים ביטחוניים, ובמיוחד את פעילות הצבא, ייתפס כלא פטריוט או אף כתומך באויב, ולא כמי שתורם לדיון הציבורי הלגיטימי (בניגוד לביקורת על רשויות המדינה בתחומים אחרים, שנויים במחלוקת ככל שיהיו).

ולבסוף, הנטייה להימנע מביקורת על הצבא היא בעלת ממד מיוחד בישראל, שבה הצבא נתפס כ"צבא העם", ולא כרשות שלטונית שראוי לפקח עליה בקפדנות כדי לבחון אם היא אכן פועלת כראוי למען הציבור.²⁹

מאפיינים אלה עשויים להסביר מדוע הצבא הוא הגוף המדינתי הזוכה בעקביות לרמת האמון הגבוהה ביותר מצד אזרחי המדינה. אמון זה מאפשר לצבא להשפיע על הדיון הציבורי בתפקודו. כפי שמסכמים ג' דורון וא' לבל, שמנתחים את הדיון הציבורי בנושא תאונות האימונים בצבא:

כל המרחב הציבורי בישראל - התקשורת, המשפטי והפוליטי, ולעתים אף האקדמי - מגויס בדרך-כלל לסייע בשימורה של הזירה הצבאית ככזאת, תוך הימנעות מחשיפה פומבית של כשליה ומביקורת או ערעור על מקצועיות אנשיה. סוציולוגים נוטים לייחס את התופעה ל"קשר האליטות", המכילות, רובן ככולן, את הבכירים במערכת הביטחון. אחרים מדגישים את האתוס הביטחוני המונע קולות חתרניים מלעלות. שתי הטיות-

29 להתייחסות אל צה"ל בתקופה האחרונה כ"צבא העם" אשר ביקורת עליו אינה לגיטימית, ראו, למשל, המכתב שהופץ בציבור מטעם מרדכי ניסן (פברואר 2002), "הצעה דחופה: לפעילות ציבורית שנועדה להביע תמיכה ואהבה בחיילי צה"ל", פורסם ב- http://www.philosophia.org/who/Nissan/letter_for_zahal.htm.

יחס אלה משמרות בפועל את העיסוק המעשי בביטחון הלאומי כתחום הגמוני העומד מעל למחלוקות השוטפות, והמשמר את מעמדה הייחודי של הפרופסיה הצבאית כבעלת מונופול בתחום הצבאיות, שאינו חשוף לבקרה חוץ-ארגונית. במצבים כאלה הממסד הביטחוני הנהנה מאווירה אוהדת ומאמון ציבורי עיוור כמעט.³⁰

מכל מקום, תהיינה אשר תהיינה הסיבות שבגללן הביקורת על תפקוד הצבא בישראל היא מעטה יחסית, ראוי לבחון את ההצדקה למצב זה, כלומר את המידה הראויה של חופש הביטוי ביחס לפעילות הצבא. כרקע לדיון זה אצביע בקצרה בסעיף הבא על הנימוקים העיקריים שבגללם יש חשיבות מיוחדת לחופש הביטוי והביקורת ביחס לתפקודן של רשויות המדינה בכלל, ועל הטעמים שבגללם אין, לדעתי, הצדקה להגבלה - משפטית או וולונטרית - על חופש הביטוי בנושאים אלה.

נקודת המוצא: חופש הביטוי נגד רשויות המדינה³¹

הגבלות על ביטויים ביקורתיים המכוונים כלפי רשויות המדינה, בעיקר הגבלות משפטיות דוגמת אלה שנסקרו בסעיף הקודם, לשם הגנה על מעמדן של הרשויות נראות כבר במבט ראשון כנטע זר במשטר הרואה באדם את תכליתו, ובפרט במשטר דמוקרטי. זכותו של כל אדם לגבש את עמדתו בנושאים שונים, ובמיוחד את דעתו על תפקודן של רשויות המדינה, באופן עצמאי ובלתי מופרע היא אחד ממרכיביה של התפיסה הדמוקרטית. תנאי הכרחי להגשמת תפיסה זו הוא לא רק חופש מידע בנוגע לתפקודן של רשויות המדינה (בכפוף לחריגים שיש להם הצדקה מיוחדת), אלא גם חופש להעריך מידע זה באופן ביקורתי. המעמד המיוחד של הביטוי נגד רשויות המדינה נובע גם מחשיבותו הרבה לשם פיקוח על תפקודן של רשויות המדינה, אשר הציבור מפקיד בידיהן כוח עצום. טעמים מרכזיים אלה (אשר מתווספים אליהם

30 דורון ולבל, לעיל הערה 8, בע' 379-380.

31 סעיף זה מתאר בקצרה את עיקר המסקנות של הספר, חופש הביטוי נגד רשויות המדינה, לעיל הערה 1, שבו נערך ניתוח מורכב ומפורט יותר של הנימוקים המוזכרים כאן, בצד נימוקים נוספים, בעיקר בפרק 1. הטיעון התמציתי בסעיף זה נועד להצביע רק על הטעמים העיקריים בזכות נקודת מוצא של חופש ביטוי בנוגע לתפקודן של רשויות המדינה, ולא למצות את הדיון ולשקף את כל ההיבטים המורכבים יותר של הסוגיה.

טעמים נוספים הנוגעים לחשיבות של התרת ביטויים ביקורתיים) יוצרים אינטרס חזק במיוחד בהתרת ביטויים ביקורתיים ביחס לתפקודן של רשויות המדינה. לפיכך מתבקש לבחון בקפדנות את ההצדקה להגבלות על ביקורת כלפי רשויות המדינה, במיוחד - אך לא רק - כאשר הן לובשות את הצורה החמורה ביותר של הסדרה שלטונית: איסור פלילי. מחקר השוואתי במדינות דמוקרטיות מחזק את הספקות לגבי הנחיצות וההצדקה של הגבלות על ביקורת כלפי רשויות המדינה. יש מדינות שבהן אין כלל איסורים על ביקורת כלפי רשויות המדינה, בעוד שבמדינות שבהן קיימים איסורים כאלה, הם כמעט תמיד שריד של זמנים עברו, ולא תוצאה של חקיקה מודרנית. יתר על כן, אף במדינות אלה לרוב לא נותרו האיסורים במתכונתם המקורית. כך, למשל, בתי המשפט בארצות הברית ובקנדה, כמו גם בית הדין האירופי לזכויות אדם, הטילו מגבלות חוקתיות שמשמעותן המעשית הייתה מחיקתן מספר החוקים של עברות מסוג זה. במדינות אחרות, כמו אנגליה, איסורים כאלה אינם נאכפים כלל מזה שנים רבות.³²

החשד כלפי הגבלות אלה גובר כאשר בוחנים את מקורן ההיסטורי: עברות אלה נקלטו בישראל, כמו במדינות רבות אחרות, מן המשפט המקובל האנגלי, שבו הן נתפסו כחלק מההגנה על כבודו של המלך (כאשר רשויות המדינה ונושאי המשרות מטעם המדינה נתפסו כנציגיו). הגנה כזאת שיקפה תפיסה פסולה של השליט כריבון אשר המדינה נועדה לקדם את האינטרסים שלו.³³ עצם מקורן של ההגבלות האמורות מעלה, אפוא, סימן שאלה רציני לגבי ההצדקה להן. כיצד מנסים, אם כן, להצדיק את ההגבלות המיועדות להגן על מעמדן של רשויות המדינה ושל נושאי המשרות בהן כיום? ראשית, לא תמיד טורחים לעשות זאת; לעתים פשוט מתעלמים מהשאלה מהי מטרת האיסורים הללו, והאם היא לגיטימית. כאשר נעשה ניסיון כזה, הוא מבוסס בדרך כלל על "הסבת" המטרה

32 לפירוט ראו חופש הביטוי נגד רשויות המדינה, לעיל הערה 1, בע' 386-389, 399-414.

33 לתפישה שעמדה בבסיס האיסורים, ראו JAMES F. STEPHEN, A HISTORY OF THE CRIMINAL LAW OF ENGLAND 299-300 (London, MacMillan 1883).

שלהם מהגנה על מעמדו של השליט כמטרה עצמאית להגנה על אמון הציבור ברשויות המדינה כאמצעי לשיפור תפקודן הנאות למען הפרטים³⁴. תפיסה מודרנית זו של העברות האמורות נראית כניסיון מלאכותי ומסורבל להעניק לגיטימציה לאיסורים שזמנם עבר, בעיקר מפני שהניסיון להתאים איסורים

34 שיפור יעילות תפקודן של רשויות המדינה היא המטרה העיקרית המוזכרת כרציונל של ההגבלות מהסוג הנדון על חופש הביטוי (ראו חופש הביטוי נגד רשויות המדינה, לעיל הערה 1, בע' 150-152). לאמון הציבור ברשות של המדינה עשויה להיות חשיבות מסיבות נוספות. היבט חשוב נוסף אחד הוא שעצם התחושה של חוסר אמון במוסד שאמור למלא תפקיד מסוים למען תושבי המדינה, פוגעת ברווחתם של התושבים החשים כך, בייחוד כאשר מדובר בתפקיד חשוב. יתר על כן, תחושה זאת עלולה לגרום לאנשים להגביל את פעילותם בתחומים הרלוונטיים לתפקודו של אותו מוסד, בהשוואה למצב שבו הם נותנים אמון במוסד זה. תחושה כזאת עלולה גם להוליד אנשים להימנע מלהזיק לשירותיו של אותו גוף ולעתים אף לחפש לו תחליפים - שתי תופעות שעלולות להיות להן תוצאות לואי שליליות חמורות. היבט אחר נוגע לנכונות של אנשים להצטרף למוסד, וכך לשפר בעקיפין את תפקודו, אשר תלויה, בין השאר, ברמת האמון שלהם בו. להשלכות השליליות, אלה ואחרות, של העדר אמון ברשות ציבורית ולחובה הנגזרת מכך ומוטלת על הרשות לפעול לשמירה על רמה מסוימת של אמון מצד האזרחים ברשות (באופן כללי ובפרט בהקשר של הצבא) ראו א' כשר "האמון הציבורי בצבא" בתוך צבא חברה ומשפט, לעיל הערה 8, 257, 264-268. לדיון בהשלכות העיקריות הרלוונטיות לגבי הרשות השופטת ראו גם: חופש הביטוי נגד רשויות המדינה, לעיל הערה 1, בע' 187-212. דיון במשמעות של ההשלכות הרלוונטיות לגבי הצבא ייערך בהמשך.

השלכה שלילית נוספת של העדר אמון ברשות שלטונית, שמוכיר כשר, מעלה מורכבות מיוחדת, בעיקר בהקשר של הצבא: העדר אמון בגוף מקצועי עלול להוליד לכך שמה שהוא מכנה "הבקרה המקצועית" על הגוף - כלומר, הערכת תפקודו לאור אמות מידה של הפעילות המקצועית המתנהלת במסגרתו, להבדיל מאמות מידה "חיצוניות", כגון אלה המגדירות את מטרותיו - תופקד בידי אנשים בלתי מקצועיים, וכך עלולה להיפגע רמתה של הביקורת. ראו כשר, לעיל, בע' 267-266. בהקשר זה מתעורר קושי בכל הנוגע לגופים שבמסגרתם נמצא הרוב המכריע - כמעט כל - המומחים לאותו נושא, מפני שבגופים אלה היבט זה של הביקורת נעשה על ידי אנשים אשר שייכים ארגונית לגוף המבוקר. ביקורת כזאת מעוררת קושי מפני שקיים חשש שאנשים המבקרים ארגון שהם חלק ממנו, יושפעו מכך בצורות שונות (קושי זה קיים - אם כי במידה פחותה - גם כאשר הביקורת נעשית על ידי אנשים שהיו שייכים בעבר לגוף המבוקר. ראו דורון ולבל, לעיל הערה 8, בע' 388-389). כשר דוחה חשש זה בטענה שאין ניגוד אינטרסים בעצם העובדה שחבר אחד של ארגון יחקור חבר אחר של אותו ארגון, כשר, לעיל, בע' 276. טענה זו אינה בגדר תשובה מספקת לקושי האמור משתי סיבות. הסיבה הראשונה היא שטענה זאת אינה תמיד נכונה. לאדם שהוא חלק מארגון מסוים, עשוי לעתים להיות למשל, אינטרס שלא ייחשף כישלון של אותו גוף, ולו מפני שכפי שמציין כשר במקום אחר (שם, בע' 273), לעתים אנשים מסיקים מכישלון נקודתי מסקנות כוללניות (לגבי תפקודם של כל או רוב האנשים בגוף שבו נתגלה הכישלון), וכך חשיפת כישלון של אחד עלולה להוליד לפגיעה באנשים אחרים בארגון, לרבות אלה המעורבים בחקירה, אף אם אין להם כל קשר לכישלון. דוגמא אחרת לאינטרס שמנוגד לאינטרס לחקור אירוע ללא משוא פנים, מבוססת על כך שחוקר שהוא חלק מהארגון הנחקר, עשוי לנקוט אמת מידה מקלה (יתר על המידה) מתוך תקווה שאחרים באותו ארגון ינקטו אמת מידה דומה ביחס אליו אם ייקלע בעתיד למעמד של מי שתפקודו נחקר. שנית, אף כאשר אין לחוקר ניגוד אינטרסים, חברותו בארגון שתפקודו נחקר, עלולה להשפיע עליו באופן לא רציונלי, למשל, מפני שהוא חש "תחושת נאמנות" לחבריו לארגון. קושי זה אינו מוליד למסקנה שאין מקום לבדיקה פנימית מסוג זה - בוודאי כאשר אין לה תחליף מעשי - שכן לבדיקה כזאת יש חשיבות רבה, אך אין להתעלם מן הבעייתיות הכרוכה בה, בין השאר, מפני שמודעות לבעייתיות זאת יכולה לסייע בהתמודדות עמה. הצבא הוא, כמובן, הדוגמה המובהקת לגוף מהסוג האמור - אשר קשה למצוא אנשים מקצועיים שלא משרתים במסגרתו או שירתו בו בעבר - מפני שבמדינות מתוקנות קיים הן להלכה (מכוח דין) והן למעשה רק כוח צבאי אחד, ולפיכך פעילות במסגרת כוח כזה היא כמעט הדרך היחידה, לפחות מבחינה מעשית, לרכוש מומחיות בתחום הצבאי. השוו לניתוח השיקולים בנוגע לשאלה, מהו הגוף הראוי לחקור את תפקודם של חיילים. ע' מודריק "אחריות מפקדים - היבט דיוני" בתוך צבא חברה ומשפט, לעיל הערה 8, 285.

אלה לתפיסה מודרנית לא קיבל ביטוי אמיתי, שכן לא נעשו השינויים המתחייבים ממנו לגבי תפיסת האיסורים, תוכנם ודרך אכיפתם. הדבר בא לידי ביטוי בשני מישורים: ראשית, אופיים המיוחד של האיסורים האמורים אינו מופנם מספיק על ידי הציבור בכלל, ואף לא על ידי רשויות אכיפת החוק. לכן לעתים קרובות לא נערכת הבחנה נאותה בין הגבלות על ביטויים שליליים נגד רשויות המדינה באופן כללי, שמטרתן היא הגנה על מעמדן של רשויות המדינה וממלאי התפקידים בהן בעיני הציבור, ובין הגבלות ספציפיות יותר על ביטויים - שמטרתן שונה. כך, למשל, לא תמיד מבחינים בין ביטויים ביקורתיים כלפי עובדי ציבור ורשויות של המדינה ובין הסתה לאלמות, לשון הרע על אנשים פרטיים (להבדיל מלשון הרע על עובדי ציבור במסגרת תפקידם), ביטויים שעלולים להפריע באופן פיזי לתפקודם של עובדי ציבור, ועוד.

חוסר ההפנמה של המטרה המוצהרת של האיסורים בימינו בא לידי ביטוי גם בכך שלא תמיד הוסקו המסקנות המתבקשות מכך לגבי יסודותיהם. מרכיב פשוט יחסית הוא דרישת הפרסום: הגעת הביטוי השלילי לחלק משמעותי של הציבור היא, כמובן, תנאי הכרחי לפגיעה באמונו של ציבור זה ברשות המבוקרת. אולם למרות זאת תנאי זה לא מופיע בכל האיסורים, ולעתים קרובות הם נאכפים ביחס לביטויים שכלל לא זכו לפרסום.³⁵

היבט מורכב יותר הוא הצורך להגביל את האיסורים לביקורת שקרית על מוסדות המדינה. בעוד שקיים אינטרס לגיטימי בהגנה על האמון המוצדק במוסדות המדינה - המבוסס על האמת בנוגע לתפקודן הנאות - אין, ככלל, הצדקה להגן על אמון שהוא חסר בסיס או מבוסס על טעות. הגבלה על פרסום אמת בנוגע לתפקודן של רשויות המדינה פירושה הגנה בלתי לגיטימית על אמון ברשות שאינה מתפקדת כהלכה.³⁶ המשמעות של הגבלת האיסורים הרלוונטיים לביטויים שקריים היא ברורה

35 חופש הביטוי נגד רשויות המדינה, לעיל הערה 1, בע' 225-230.

36 יש לסייג מסקנה זאת לאור אופיו המורכב של אמון ציבורי ברשות של המדינה. הגנה על אמון בלתי מבוסס עשויה להיות לגיטימית כאשר היא נעשית לאור ההערכה שפגיעה באמון הציבור ברשות, אף אם היא מוצדקת בכל הנוגע להיבט אחד של פעולת הרשות, תשל"ך גם על היבטים אחרים של פעילות הרשות שבהם היא מתפקדת כהלכה, מכיוון שהערכה של גופים (כמו גם של אנשים) אינה מבחינה תמיד (בצדק או שלא בצדק) בין היבטים שונים של תפקודם. כאשר תפקוד הרשות בתחום שבו היא פועלת כהלכה, הוא חשוב מספיק, השיקול של הגנה עליו עשוי לגבור על האינטרס בחשיפת האמת בנוגע לתפקודה של הרשות בהיבט האחר ובערעור האמון ביחס להיבט זה. סייג זה עשוי להיות

לגבי עובדות קונקרטיות אשר יש הסכמה רחבה על הקריטריונים והאמצעים לקביעת אמיתותן או שקריותן. אולם למרות זאת האיסורים הקיימים בישראל ובמדינות אחרות לרוב אינם מוגבלים לביקורת שקרית בלבד אף במישור זה³⁷.

המשמעות של הגבלת האיסורים לביטויים שגויים היא מורכבת יותר לגבי הערכות עובדתיות כלליות ולגבי טענות נורמטיביות (כגון ביקורת המשלבת הערכה עובדתית כללית וטענה נורמטיבית כי רשויות המדינה מפלות באופן כללי - להבדיל מאשר בהקשר ספציפי - קבוצות מסוימות). הסיבה לכך היא שהקריטריונים לזיהוי האמת בנוגע לסוגי ביטויים אלה הם מורכבים יותר ושנויים יותר במחלוקת. בשל כך מערכת אכיפת החוק הפלילי אינה המסגרת שהולמת הכרעה לגבי נכונותם של סוגי ביטויים אלה. איסור פלילי הוא כלי גס מדי למשימה כזאת, והוא יעניק לרשויות אכיפת החוק שיקול דעת רחב, שעלול להיות מופעל שלא כהלכה, אף בתום לב. לכן מכיוון שאין אפשרות להגביל ביטויים שעשויים להיות אמיתיים (או סבירים) - יש להתירם לגמרי. מסקנה זאת מתחזקת לאור האינטרס החזק הקיים בפרסום דעות נורמטיביות והערכות עובדתיות כלליות, בייחוד לגבי תפקודן של רשויות המדינה.

לפיכך איסור לגיטימי על ביקורת כלפי רשויות המדינה יכול להקיף, לכל היותר, פרסום שקרי של עובדות קונקרטיות, תוך מודעות להיותן שקריות. האם יש מקום לקבוע איסור צר כזה? לדעתי, התשובה לשאלה זו צריכה להיות שלילית בשל מספר סיבות: ראשית, השימוש במשפט הפלילי צריך להיות מוגבל להגנה על אינטרסים חשובים שאין אפשרות להגן עליהם בדרך אחרת. ההגנה על אמון הציבור ברשויות המדינה אינה שייכת לקטגוריה זאת; ככלל, זהו איננו אינטרס חיוני, ולרוב אפשר להתמודד עם ביקורת, ואף ביתר יעילות, באמצעות תגובה עניינית מילולית, ולא באמצעות העמדה לדין של מותחי הביקורת.

שנית, יעילותו של איסור כזה מוטלת בספק רב: הרעיון שהעמדה לדין והרשעה של המבקרים את רשויות המדינה יתרמו לחיזוק אמון הציבור בהן ובפקידיהן (וכך לתפקודן הנאות), כאשר תגובה מילולית לא תהיה תשובה מספקת - נראה מופרך על פניו. יתר על כן, קיימת סכנה של ממש שהגבלת הביקורת כלפי רשויות המדינה

רלוונטי במיוחד לגבי ביקורת על הצבא שכן תפקוד הצבא עשוי להיות בעל חשיבות רבה. נושא זה יידון בהמשך.

37 חופש הביטוי נגד רשויות המדינה, לעיל הערה 1, בע' 180-186, 239-247.

תוך שימוש באמצעים משפטיים תוליך דווקא לתופעה הפוכה, של יצירת חשד וחסר אמון בהן.

שלישית, השימוש במשפט הפלילי בתחום זה פוגע באיכותו של הדיון הציבורי החשוב בנושאים הנוגעים לתפקודן של רשויות המדינה. לדיון כזה יש ערך אף כאשר הביטוי עצמו אינו יכול לתרום ישירות לשיפור התפקוד, כמו במקרה של הטחת עלבונות ואף שקר מודע, מפני שביטויים כאלה עשויים להצביע על תחושות שליליות של חלקים מהציבור, שחשוב להיות מודעים להם, ולשמש אמצעי לא אלים לפורקן תחושות שליליות. שימוש במשפט הפלילי מונע דיון ציבורי כזה בתוכן הביטוי ובמשמעותו מפני שהוא מסיט את מוקד העניין מנושאים אלה למישור הפלילי בלבד ולתוצאותיו. כמו כן, זיכוי במקרים כאלה עלול להיתפס כאישור תוכנה של הביקורת (להבדיל משלילת פליליותה בלבד) למרות שאין זאת בהכרח מטרתו. רביעית, הניסיון במדינות שבהן קיימים איסורים על ביקורת כלפי רשויות המדינה, לרבות ישראל, מלמד על סכנה חמורה במיוחד של שימוש לא מוצדק בהם, ולעתים אף של שימוש לרעה³⁸.

ולבסוף, יש ערך סמלי בחופש ביטוי מוחלט בתחום של ביקורת על רשויות המדינה. לערך זה יש חשיבות מעשית לאור חוסר ההפנמה בישראל של הלגיטימיות של ביקורת כלפי רשויות הממשל, אף כאשר היא קשה ונראית בלתי מבוססת. המסקנה היא, אפוא, שאין הצדקה להגבלה כללית של ביטויים נגד רשויות המדינה. השאלה היא, כאמור, האם ההקשר הצבאי הוא מיוחד מבחינה זו באופן המצדיק הגבלה מיוחדת של הביקורת על הצבא. כרקע לבחינתה של שאלה זו ראוי לבחון את חשיבותו של חופש הביטוי בנושאים הנוגעים לצבא ולפעילותו. בחינה כזאת תאפשר להעריך את המשמעות של הגבלה כזאת ואת מחירה, ולאורה אפשר יהיה לבחון אם יש לה הצדקה.

38 שם, בע' 367-372.

חשיבות הביקורת על הכרעות ביטחוניות ועל פעולות צבאיות

חופש ביטוי מוצג לעתים קרובות כאחד האינטרסים החשובים ביותר, אם כי כאינטרס שעשוי להידחות לעתים בפני אינטרסים חשובים אחרים.³⁹ טענה זו משקפת גרעין חשוב של אמת⁴⁰. אולם האופי הכללי והבלתי מנומק שהיא לובשת לעתים, המשקף אולי תפיסה כי חשיבותו היחסית של אינטרס היא מובנת מאליה, הוא בעייתי במספר מובנים⁴¹:

מוקד הקשיים נובע מכך שהטעמים העומדים בבסיס חופש הביטוי הם בחלקם מופשטים, מגוונים ומורכבים, ולכן, בניגוד לאינטרסים מוחשיים אחרים, הם אינם מובנים מאליהם. אחד ההיבטים של מורכבות זאת הוא שלמרות שחלק מהטעמים שבגללם יש חשיבות לחופש הביטוי הם כלליים ונוגעים לכל (או לפחות לרוב) סוגי הביטויים⁴², יש טעמים מסוימים שחלים רק לגבי סוגים מסוימים של ביטויים. טעמים אחרים חלים בעוצמה שונה על סוגים שונים של ביטויים. לכן לעתים יש מקום להבחנות בין ביטויים שונים כאשר מעריכים את עוצמת האינטרס בחופש ביטוי לגביהם. הביטוי הנוגע לאופן תפקודה של רשות שלטונית הוא דוגמה בולטת לכך. כפי שכבר ציינתי, סוג זה של ביטוי הוא בעל חשיבות רבה במיוחד בשל טעמים שרלוונטיים רק - או בעיקר - לגביו⁴³.

שנית, הצבעה כללית וסתמית על חשיבותו (היחסית) של חופש ביטוי היא בעייתית לאור מורכבותו של האינטרס הקיים בהתרה של השמעה (ושמיעה) חופשית של ביטויים בכל הנוגע ליחס בין חופש הביטוי לאינטרסים אחרים. בעוד שחופש ביטוי רחב יחסית נתפס כהכרחי למשטר דמוקרטי (קשה לחשוב על האפשרות של משטר דמוקרטי אמיתי שאין במסגרתו חופש ביטוי בהיקף נרחב, כשם שמידת חופש הביטוי משפיעה על ההערכה של אופיים של משטרים קיימים מבחינה

39 ראו, למשל, עניין קול העם, לעיל הערה 2, בע' 880.

40 לניתוח הסיבות שבגללן יש חשיבות לחופש הביטוי, חשיבותו ומגבלותיהן, בפרט בהקשר של ביקורת כלפי גופים ציבוריים, ראו חופש הביטוי נגד רשויות המדינה, לעיל הערה 1, פרק 1.

41 אחד ההיבטים הבעייתיים של טענה זאת - האופי העמום של החלק העוסק באינטרסים הנגדיים - ייבחן בסעיף הבא ביחס לאינטרס הביטחוני.

42 השאלה, כיצד ראוי להגדיר את המונח "ביטוי", היא שאלה מורכבת שתלויה, לפי הגדרות מסוימות, בין השאר, בתחולת הטעמים העומדים בבסיס חופש הביטוי על סוגים שונים של התנהגויות.

43 ראו לעיל, בע' 923.

זאת), קיימת סכנה שתפיסה גורפת ובלתי מנומקת שלו תוליך לכך שכאשר (נדמה כי) יש התנגשות בין חופש ביטוי ובין אינטרס משמעותי אחר, שנראה (לא בהכרח בצדק!) מוחשי וקונקרטי יותר, כמו "ביטחון המדינה", תהיה נטייה להעדיף את האינטרס האחר⁴⁴. הסיבה העיקרית לכך היא, כנראה, שהנימוקים העומדים בבסיס חופש הביטוי נראים כלליים וערטילאיים, ולכן הפגיעה בו נתפסת כלא חמורה, שהרי ההגבלה אינה על כל התבטאות, אלא רק על סוגים מסוימים של ביטויים. תפיסה כזאת יכולה להוליך לעתים למסקנות ראויות שכן לעתים אכן ראוי להעדיף אינטרסים אחרים על האינטרס שבמתן חופש להשמיע סוג מסוים של ביטויים, אך אימוץ בלתי ביקורתי שלה עלול להוליך להגבלה בלתי מוצדקת של ביטויים שיש להם חשיבות רבה.

לפיכך חשוב להצביע על הנימוקים שבגללם יש חשיבות - מיוחדת - לסוגים העיקריים של הביטויים הרלוונטיים לענייננו, דהיינו הביטויים הביקורתיים כלפי הצבא. הקטגוריות שאצביע עליהן, תהיינה כלליות, יחסיות, וחופפות בחלקן. המטרה של הדיון הקצר שייערך בסעיף זה, אינה להציע פירוט מלא ומדויק של סוגי הביטויים הביקורתיים כלפי הצבא, אלא רק להבהיר את החשיבות המיוחדת של ביטויים שונים הנוגעים לנושאים ביטחוניים ולתפקודו של הצבא המוציא לפועל (ובמידה מסוימת גם מעצב) את המדיניות בנושאים אלה.

הרעיון המרכזי העומד בבסיס רוב הנימוקים שיוזכרו בהמשך הסעיף בדבר חשיבותו של שיח ציבורי ביקורתי בנושאים ביטחוניים, הוא החשיבות העצומה שיש לפיקוח ציבורי על דרך הפעלתו של הכוח השלטוני בנושאים ביטחוניים - בעיקר התאמתו לעקרונות מוסר, לכללים משפטיים ולכללי מנהל תקין ואתיקה ציבורית - וחיוניותו של דיון ביקורתי פומבי כאמצעי מרכזי של פיקוח כזה. הסיבות לחשיבות הרבה שיש לפיקוח ציבורי על רשויות המדינה, נובעות מייחודו של הכוח הציבורי (בהשוואה לכוחות פרטיים שכידוע, עשויים להיות משמעותיים מאוד): הכוח של רשויות המדינה הוא הכוח המאורגן הרחב ביותר, המגוון ביותר והחזק ביותר, ובהתאם, השפעתו על חייהם של אנשים היא מקיפה ורבה. בפרט, למדינה יש

44 השוו לטענה ברוח זו כלפי ההכרעות שנתקבלו בבריטניה במצבים שהאינטרס בחופש ביטוי עמד מול אינטרסים אחרים: *at 5928 RESTRICTED SUBJECTS, supra note*.

מונופול על השימוש החוקי בכוח פיזי, אשר עלול לגרום לפגיעות הקשות ביותר בפרטים. שימוש לא נכון בכוחן של רשויות המדינה, שימוש פסול בו ושימוש לרעה בו הם גם הפרת האמון שניתן על ידי הפרטים במדינה לפקידי הציבור (היבט שאינו קיים כאשר נעשה שימוש פסול בכוח פרטי טהור). חשיבות הפיקוח על דרך הפעלתו של הכוח הציבורי באמצעות דיון ציבורי ביקורתי מתמשך וקבוע נובעת מהמגבלות של דרכי בקרה אחרות, בעיקר במסגרת גופים אחרים של המדינה שיש להם תפקיד של בקרה (כמו הכנסת, בתי המשפט ומשרד מבקר המדינה)⁴⁵, וארגונים חוץ-מדינתיים, וגם מכך שדיון כאמור הוא לעתים קרובות מרכיב חשוב - ולפעמים אף תנאי - לקיומו של פיקוח מוסדי וחוץ-מוסדי כזה ולהפעלתו היעילה⁴⁶. בחינה מתמדת של פעילות רשויות המדינה באמצעות דיון ציבורי חופשי ורציני דרושה גם מכיוון שלממשלה ולמוסדות המדינה בכלל יש גישה לבמה הציבורית ודרכים שונות להציג את עמדתם ולהשפיע על דעת הקהל, כמו גם להגביל את יכולתם של מתנגדיהם לעשות כן, ומכאן מתחייבת בקרה ממשית כדי לאזן כוח זה וליצור תמונה שלמה⁴⁷. וכשם שפיקוח ציבורי על פעילותן של רשויות המדינה הוא הגרעין הקשה של חופש הביטוי⁴⁸, כך פיקוח על פעילותן של רשויות המדינה בתחום הביטחוני הוא ההיבט החשוב ביותר של בקרה כזאת. הסיבות העיקריות לכך הן עוצמתו האדירה של הכוח הצבאי, שהיא מעל ומעבר לכל כוח אחר, חשיבותו של האינטרס המוגן באמצעות כוח זה, המחיר שגובה הצורך בקיומה של מערכת צבאית (במישורים שונים), ומעטה הסודיות האופף את המערכת הביטחונית, שאין מנוס מחלקו (אבל לעתים קרובות מאוד הוא חורג מהחלק המוצדק). מאפיינים אלה מסבירים את הקושי בקיום פיקוח יעיל בנושאי ביטחון⁴⁹. בהקשר זה יש חשיבות מיוחדת לכלי התקשורת - שבאופן כללי הם כלי חיוני להעברת מסרים בספירה הציבורית, ובפרט

45 לניתוח הפיקוח של מוסדות אלה על נושאי ביטחון בישראל ראו *supra* note at 200-087HOFNUNG, .

46 לטיעון מפורט בזכות חשיבותו של רציונל הפיקוח על הכוח הציבורי במסגרת תפיסה ראוייה של חופש הביטוי ראו Vincent Blasi, *The Checking Value in First Amendment Theory*, 3 AM. BAR FOUNDATION RESEARCH J. 521-649, esp. 538-42 (1977) (hereinafter Blasi, *The Checking Value*).

47 ראו Craig Smith, *Conclusion*, to SILENCING THE OPPOSITION, *supra* note 2, 229, 233-34 (hereinafter Smith, *Conclusion*).

48 חופש הביטוי נגד רשויות המדינה, לעיל הערה 1, פרק 1.

49 ראו המסקנות לגבי הפיקוח הציבורי בנושאי ביטחון בישראל: *supra* note at 187-210HOFNUNG, .

פחות בשיקולים אחרים⁵⁵. בישראל קיימת תמימות דעים בין חוקרים כי לדרג המדיני יש מעורבות חסר בתחום האסטרטגי, אשר לצבא יש בו השפעה מכרעת⁵⁶. לאחרונה נטען אף כי "מבנה השלטון בישראל מעניק לצבא עדיפות מוחלטת בעיצוב מדיניות הביטחון", וכי בשל כך מתמצית סמכות הדרג המדיני באמירת "כן או לא" להצעות הצבא, והתוצאה היא ש"הממשלה נוטה לפתרונות צבאיים וכלל לא חושבת על חלופות מדיניות"⁵⁷. השאלה באיזו מידה השפעה כזאת היא חוקית או ראויה (והשאלה הקשורה, עד כמה היא בגדר הנמנע) היא מורכבת⁵⁸, אך אין ספק כי יש אינטרס ציבורי בבירורה.

מישור אחר של דיון בהחלטות מדיניות בנושאים ביטחוניים נוגע לתוכן ההחלטות ולאיכותן. במסגרת זאת יכולות לעלות שאלות בנושאים שונים, כמו גודל התקציב שראוי להקצות לשם הגנה על ביטחון המדינה, שמשפיע, כמובן, על גודל ההשקעה הציבורית בתחומים אחרים, כיצד ראוי לחלק תקציב זה, האם החלטה על ביצוע - או הימנעות מביצוע - של פעולה צבאית היא נכונה, ועוד⁵⁹.

חשיבותו של דיון ציבורי בנוגע להחלטות המדיניות המתקבלות בנושאים ביטחוניים היא רבה מטעמים מובנים. סיבה אחת היא חשיבותה של ההגנה על ביטחון תושבי המדינה, אשר בגללה חשוב להקפיד כי משימה זאת מבוצעת על ידי הרשויות המופקדות על כך בצורה הטובה ביותר. דיון מושכל בטיבו של האינטרס הביטחוני העומד על הפרק ובדרכים להגן עליו, הוא מרכיב חשוב בקבלת הכרעות נכונות בהקשר זה. לכן הימנעות מדיון ביקורתי בנושאי ביטחון או הגבלה של דיון

55 השוו 'א' בנדור "אוירת-צבא בביקורת שיפוטית - בין שפיטות לפופולריות: בעקבות בג"צ 3959/99 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הוועדה לעיון בעושה" בתוך צבא חברה ומשפט, לעיל הערה 8, 413, 435.

56 קרמניצר ובנדור, לעיל הערה 53, בע' 51-52.

57 א' בן "הצבא מכתוב, הדרג המדיני מקבל" הארץ 8.8.2002, ע' 10. ראו גם ע' בנוימן "מי מזלזל במועצה לביטחון לאומי" הארץ 25.8.2002, ע' 10.

58 ראו קרמניצר ובנדור, לעיל הערה 53, בע' 27.

59 במסגרת זאת נופלת גם השאלה אם יש לישראל נשק גרעיני, ואם ראוי שהיא תחזיק בו (או תפתח אותו). להבחנה בין שני מישורי הדיון הללו (המצב הקיים והמצב הראוי) מבחינת ההצדקה להגבלת הדיון בהן ראו Gavison, *Atomic Secrets*, supra note 57-58, at 57-58. ,
לדיון הציבורי (או להעדרו) בשאלות אלה ראו גם Hofnung, supra note 197-2007, at 197-2007.

כזה עלולה לפגוע באינטרס הביטחוני⁶⁰. סיבה אחרת שבגללה יש חשיבות רבה לדיון ציבורי בהכרעות בנוגע לנושאי ביטחון, היא המשמעות מרחיקת הלכת של החלטות ציבוריות בנושאים ביטחוניים, ראשית, לאור הכוח הרב המופקד בידי הצבא (ובידי רשויות מבצעות אחרות המופקדות על הוצאה לפועל של החלטות בנושאים ביטחוניים), אשר עלול להוליך לפגיעה החמורה ביותר באינטרסים החשובים ביותר, ושנית, בשל הנטל הכבד שמטיל השירות הצבאי על אזרחי המדינה, אשר נושאים בו.

ביקורת קשורה כוללת טענות כי פעולות המבוצעות על ידי הצבא או במסגרתו (או על ידי גופים אחרים המופקדים על הגנת ביטחון המדינה) בהתאם להוראות הממשלה, הן לא מוסריות, לא חוקיות, לא יעילות או בלתי ראויות מסיבה אחרת (או שילוב של חלק מן הטענות הללו או של כולן). במסגרת קטגוריה זאת יכולות להיכלל טענות מגוונות במישורים שונים, למשל טענות כי פעולות צבאיות פוגעות בחפים מפשע, טענות כי בתחום הביטחוני נעשה שימוש בלתי יעיל ובזבזני בכספי ציבור, או ביקורת כי חייהם של חיילים מועמדים בסכנות בלתי נחוצות. מעבר לחשיבות הכללית של ביטויים העוסקים בדרך תפקודה של רשות שלטונית, חשיבותן של טענות מסוג זה נובעת ממספר גורמים שכבר הוזכרו, ובראשם הכוח העצום המופקד בידי הצבא ובידי הממשלה, המוסמכת להפעילו. אחת הדרכים החשובות ביותר לשם פיקוח על כוח זה, המאפשר לצבא ולממשלה לגרום את הפגיעות החמורות ביותר לאינטרסים החשובים ביותר של אנשים, היא דיון פומבי, ובפרט דיון ביקורתי, בפעילות הצבא⁶¹. דיון כזה הוא אמצעי פיקוח נחוץ במיוחד בהקשר הנדון בשל שיקול הדעת הרחב שיש לממשלה ולצבא בעת הפעלת כוח צבאי⁶². כך, למשל, טענה כי מטרה של משימה צבאית מסוימת אינה ראויה, או

60 ראו Gavison, *Atomic Secrets*, *supra* note 52 Coliver, *supra* note 52 Hofnung, 2, at 58; Hofnung, 2, at 11-12; *supra* note 40-139.

61 להנחה שביקורת ציבורית על הפעלת כוח צבאי עשויה להיות יעילה, כלומר למנוע שימוש בלתי מוצדק או לפחות לצמצם אותו (תוך הבאת דוגמאות כמו המלחמה שניהלה ארצות הברית בויאטנם) ראו Blasi, *The Checking Value*, *supra* note 46, at 527.

62 ראו Zimmerman, *supra* note 22, at 185. ראו גם הטענה כי בישראל נעשה שימוש בכוח להסתיר מידע בשלביה הראשונים של מלחמת לבנון במטרה למנוע דיון ביקורתי בסוגייה Goren, *supra* note 27, at 200.

טענה נפוצה יותר כי אמצעי שבו נעשה שימוש לשם השגתה של מטרה ראויה, הוא פסול, הן בעלות חשיבות מרכזית בשל כוחו של הצבא ובשל חומרתם של האמצעים שבהם הוא עושה שימוש. לביקורת מסוג זה יש חשיבות רבה במיוחד לאור הנטייה לתת עדיפות לשיקול הביטחוני - לעתים קרובות אף אם הוא עמום או מוטל בספק - על פני סוגים אחרים של שיקולים, כגון שיקולים של מוסר ומשפט, בייחוד בעתות משבר.⁶³

בנוסף, גם בכל הנוגע לדרך הפעלתו של הצבא ולאופן תפקודו (כמו לגבי שלב קבלת ההחלטות המדיניות בנושאים ביטחוניים) חשוב לקיים דיון ביקורתי כאמצעי לפיקוח על כך שהתפקיד של הגנה על ביטחון תושבי המדינה מבוצע על הצד הטוב ביותר.

כאשר הטענה היא כי הפעלת הצבא על ידי הממשלה או פעולתו בהוראת מפקדיו הישירים מנוגדות לחוק או לאמות מידה מוסריות בסיסיות, מתווספת חשיבות מיוחדת לדיון הביקורתי בנושא שכן אז מדובר (על פי הטענה) בפעולה שלא רק כרוכה בפגיעה קשה, אלא גם בלתי חוקית או בלתי מוצדקת, ולכן מהווה שימוש לרעה בסמכויות שהופקדו בידי הממשלה והצבא על ידי הציבור, והפרת אמונו.

ביקורת מסוג נוסף על הצבא כוללת טענות כי הוא פועל באופן שאינו תואם את הוראות הממשלה, שהיא, כאמור, המוסמכת להורות לצבא כיצד לפעול. ביקורת כזאת היא בעלת חשיבות מיוחדת מעבר לנימוקים שכבר הזכרתי בדבר חשיבות הביקורת על דרך תפקודו של הצבא, שכן פעולה עצמאית של הצבא מערערת באופן בוטה ומסוכן על אחד מעיקריו של המשטר הדמוקרטי - כפיפותו של הצבא לדרג האזרחי הנבחר. במקרים קיצוניים עלול דבר זה להוליך אף להתמוטטות של המשטר הדמוקרטי.

פעולה של הצבא שלא בהתאם להוראות הדרג האזרחי יכולה להתבטא במספר מישורים: במישור אחד אפשר להבחין בין החלטה עצמאית של רשויות הצבא על ביצוע פעולה שהיא כולה מחוץ לסמכות הצבא, ובין חריגה מהוראות הממשלה בנוגע לדרך הביצוע של פעולה שאושרה על ידי הממשלה. סוג אחד של חריגה יכול

63 דוגמה בולטת לטענה מסוג זה היא הביקורת כי ברחבי העולם כולו, ובעיקר בארצות הברית, ניתנה עדיפות יתר לשיקולי ביטחון על פני שיקולים של חירות בעקבות התקפת הטרור בניו יורק בספטמבר 2001. ראו אקונומיסט "העולם הרבה פחות חופשי" הארץ 11.9.2002, ע' 4ב.

להתבטא בביצוע של החלטה שנתקבלה על ידי הדרג המדיני, באופן שמסכל את מטרתה⁶⁴. במישור אחר אפשר להבחין בין פעולה בניגוד להוראה מפורשת של הממשלה ובין פעולה (שהיא בסמכות של הדרג האזרחי, ולא פעולה פנימית שאינה מחייבת אישור שלו) שלא זכתה לאישור ממשלתי, אך גם לא נאסרה במפורש. פעולה כזאת יכולה להוליך להוראה מפורשת של הממשלה בנושא או להעדר תגובה. העדר תגובה יכול להיחשב כאישור, אך יכול להיתפס גם כשולל את המשך ביצוע הפעולה לאור הכלל שאסור לרשות שלטונית לפעול בהעדר סמכות מפורשת. מכל מקום, אין ספק שזוהי קטגוריית משנה חשובה, שכן בפועל מבוצעים מעשים רבים על ידי הצבא במסגרת שיקול דעתם הרחב של מפקדיו, שאינו עובר דרך המסגרת של הדרג האזרחי. מעבר לכך ייתכנו, כמובן, מספר רב של גווני ביניים בכל הנוגע למערכת היחסים בין ראשי הצבא לממשלה. ככלל, ככל שהפעולה הנדונה היא מקיפה יותר, וככל שחוסר ההתאמה הוא בוטה יותר, כך יש חשיבות רבה יותר לביקורת על הצבא מטעם זה (של פעולה שלא בהתאם להוראות הממשלה).

בשל המקום המרכזי שניתן בחברה הישראלית לשיקולי ביטחון, ועקב כך - לצבא⁶⁵, בישראל הנימוקים הכלליים האמורים בדבר חשיבות הדיון הביקורתי בנושאים ביטחוניים וצבאיים מקבלים משנה תוקף, ומתווספים להם מספר נימוקים מיוחדים. הדומיננטיות של שיקולי ביטחון בישראל נובעת, ראשית כל, מכך שהמדינה נתונה באיום ביטחוני ממשי מתמשך (או לפחות נתפסת כנתונה באיום כזה). בשל כך יש, כמובן, חשיבות מיוחדת לדיון ציבורי בנושאי ביטחון ובפרט לפיקוח על אופן תפקודו של הצבא, בעיקר בכל הנוגע להיערכותו להתמודדות עם איום זה⁶⁶. כמו כן, בשל מרכזיות שיקולי הביטחון בישראל נטען כי, יחסית לדמוקרטיות אחרות, הרשות המבצעת היא חזקה יותר באופן משמעותי משאר רשויות המדינה (הכנסת ובתי המשפט)⁶⁷, וכך ניתן משנה תוקף לחשיבות הפיקוח על

64 ראו דורון ולבל, לעיל הערה 8, בע' 389 ("לזירה הבירוקרטית יש יכולת למנוע ביצוע מדיניות, גם אם זאת עוצבה בזירה הפוליטית ואושררה בזירה המשפטית").

65 למקום המרכזי שיש לשיקולי ביטחון ולצבא בישראל ראו ד' ברק-ארו "הקדמה: צבא, חברה ומשפט" בתוך צבא חברה ומשפט, לעיל הערה 8, 5, 6-5. לחשיבות המיוחדת של פיקוח על נושאי ביטחון עקב כך ראו at 2107HOFNUNG, *supra* note .,

66 ., at 1604Zamir, *supra* note

67 ., at 2987HOFNUNG, *supra* note

הכרעות הרשות המבצעת בכלל, ובנושאים ביטחוניים בפרט. מאפיין מיוחד נוסף וקשור הקיים בישראל הוא חובת הגיוס הכללית (פחות או יותר) המוטלת על אזרחי המדינה. בשל כך אזרחים רבים אינם רק "מקבלי שירות" מהצבא, כמו מרשויות אחרות של המדינה, אלא גם ממלאים בו תפקידים שונים. השירות בצבא מטיל על החיילים נטל כבד - הוא מכפיף אותם למערכת נורמטיבית מחמירה מאוד (הן מבחינת הדרישות שהיא מציבה והן מבחינת אופייה של מערכת השיפוט הצבאית)⁶⁸ ודורש מהם דרישות מרחיקות לכת בכל הנוגע להגבלת חירותם ולהקרבה של אינטרסים אישיים, אשר לעתים מגיעות עד כדי נטילת חלק בפעולות אשר כרוכות בסיכון משמעותי של החיים ושל הגוף. הטלת נטל כזה מכוח דין מחייבת בחינה קפדנית של ההצדקה לכך הן בנוגע לעצם החובה לשרת בצבא והן לגבי טיבה והיקפה. ולבסוף, יש לציין את הרחבת תפקידי הצבא בישראל מעבר לתפקיד המרכזי של הגנה על ביטחון המדינה. החוק בישראל מעניק לצבא סמכויות לפעול בתחומים רחבים ומגוונים⁶⁹. כך, למשל, שר הביטחון מוסמך לקבוע כי חיילים ישרתו במסגרת משרד ממשלתי שתכליתו היא השגת "יעד ביטחוני-לאומי" בתחומים כמו עלייה וקליטה, חינוך ובריאות⁷⁰ או ביחידות שונות של משטרת ישראל⁷¹, או יעסקו בהכשרה חקלאית או הכשרה "חלוצית" אחרת⁷². כן חויב הצבא להקנות השכלה לחיילים שאין להם השכלה יסודית⁷³. הרחבת קשת פעולותיו של הצבא לתחומים "אזרחיים" אלה מרחיבה בהתאם את האינטרס בפיקוח על תפקודו. יתר על כן, הרחבת סמכויותיו של הצבא מחזקת את מעמדו - החזק, כאמור, גם מסיבות אחרות - בחברה הישראלית, וכך ניתן משנה תוקף לאינטרס בחופש המידע לגביו ולחשיבות הפיקוח עליו.

68 לנורמות החמורות המוטלות במסגרת המערכת הצבאית יש אף גיבוי חוקתי בישראל בסעיף 9 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, אשר קובע "פסקת הגבלה" מיוחדת, שבה תנאים מקלים יותר לשם הגבלת זכויות של חיילים בצבא (בהשוואה לתנאים הנוגעים להגבלת זכויות של כלל האזרחים, המנויים בסעיף 8 לחוק היסוד). סעיף 9 קובע כי הגבלת זכויות של חיילים צריכה להיעשות רק "לפי חוק ובמידה שאינה עולה על הנדרש ממהותו ומאופיו של השירות".

69 להיסטוריה החקיקתית בנושא ראו קרמניצר ובנדור, לעיל הערה 53, בע' 37-38, 40-41, 71-73. לפעילות המגוונת של הצבא בישראל בתחומים "אזרחיים" ראו גם ברק-ארוז, לעיל הערה 65, בע' 5.

70 סעיף 26 לחוק שירות ביטחון [נוסח משולב], התשמ"ו-1986 (להלן: חש"ב).

71 סעיפים 24-241 א לחש"ב.

72 סעיף 21 לחש"ב.

73 סעיף 23 לחש"ב.

לסיכום, דיון ביקורתי בנושאים ביטחוניים וצבאיים הוא בעל חשיבות רבה במספר מישורים, בעיקר ככלי לפיקוח על פעילותן של רשויות המדינה בתחום זה. בצד מסקנה זאת חשוב לציין גורם נוסף שבגללו יש אינטרס מיוחד בעידוד השיח הביקורתי בנוגע לדרך תפקודו של הצבא, והוא המגבלות הלא פורמליות המשמעותיות על שיח זה בישראל⁷⁴. מגבלות אלה הן סיבה נוספת לעידוד דיון כזה לאור חשיבותו, לפחות בדרך של הימנעות מהטלת מגבלות פורמליות עליו.

ניתוח הטעמים בזכות הגבלת ביקורת על רשויות המדינה בנושאים ביטחוניים וצבאיים

לפני שנפנה ישירות לשאלה אם טעמי ביטחון מצדיקים הגבלה של חופש הביקורת על הממשלה והצבא, ראוי להעיר מספר הערות כלליות על טיבם של טעמים אלה. הסיבה העיקרית לכך שטעמי ביטחון נתפסים על ידי רבים כהצדקה המובהקת והחזקה ביותר להגבלת חופש הביטוי (כמו גם לדחייה של אינטרסים אחרים) היא תדמיתם כמשקפים את האינטרס בהגנה על עצם קיומה של המדינה - כמסגרת חברתית המאפשרת חיים של כל תושביה. תדמית זאת מאפשרת לתרגם ביקורת על הצבא לאיום על הביטחון הקיומי, וכך מקלה על הצבא לשמור על מעמדו הייחודי בחברה הישראלית כגוף אשר ביקורת עליו נתפסת לרוב כלא לגיטימית⁷⁵. התפיסה האמורה - המזהה כל טעם ביטחוני וכל היבט של פעילות הצבא עם עצם הקיום וכך מוליכה באופן טבעי להענקת עדיפות לטעמי ביטחון על פני כל טעם אחר, ובפרט על פני חופש הביטוי - משקפת אמנם את תפקידו הבסיסי של כל צבא, אך היא מטעה בשל השילוב של שני גורמים:

הנקודה הראשונה היא שהמונח "ביטחון", ומונחים דומים כמו "צורכי ביטחון" או שיקולי ביטחון, כוללים בשימוש הרווח מספר אינטרסים שמידת חשיבותם שונה, ולא כולם חיוניים לשם הגנה על עצם קיומה של המדינה, כמו גם מספר סוגים של סכנות לאינטרסים השונים הללו מבחינת חומרת הסכנה הצפויה, הסתברותה, המועד שבו היא צפויה להתממש (באופן מיידני - מונח עמום לכשעצמו - תוך פרק

74 לעיל, סעיף שני.

75 דורון ולבל, לעיל הערה 8, בע' 373.

זמן מוגדר אחר או במועד בלתי מוגדר בעתיד), הדרך שבה עלול הביטחון להיפגע (באופן ישיר או עקיף, כלומר עקב ההשלכות של פגיעה באינטרס אחר) ועוד.⁷⁶ יתר על כן, אף המונח שנראה כגרעין הקשה של שיקולי ביטחון - "הגנה על עצם קיומה של המדינה" - משמש לעתים לביטוי של מספר אינטרסים נבדלים. יש להבחין, למשל, בין התגוננות מפני סכנה של כיבוש כוחני שמטרתו היא הריגה של רבים מתושבי המדינה או שעבוד שלהם, ובין שינוי של סדרי המשטר שלה או דיניה, שיכול להיעשות הן תוך שימוש באלימות והן בדרכים לא אלימות, לרבות באופן דמוקרטי (במובן הצר של המונח, הכרעת רוב). בהקשרים מסוימים עשוי להיות מקום להבחנות דקות יותר. כך, למשל, בכל הנוגע לשינוי אופיים של החיים החברתיים יש להבחין, לדוגמה, בין שינוי המשטר מדמוקרטי לאחר ובין שינוי אופייה של המדינה במובנים המגדירים אותה כ"מדינה יהודית" (אם להתייחס למאפייניה הרשמיים של המדינה, כפי שקיבלו ביטוי בחוקי היסוד).⁷⁷

הבעיה נוצרת עקב כך שלא תמיד נערכת הבחנה נאותה בין המובנים השונים של המונח "ביטחון המדינה" ושל טיבן של הסכנות הצפויות לו, ולא תמיד ברור מן ההקשר מהו המובן הרלוונטי.⁷⁸ קושי זה מחמיר עקב כך שלעתים קרובות לא מפרטים מה עומד מאחורי "טעמי הביטחון", בין השאר בנימוק שעצם גילוי הפרטים יפגע בביטחון (נימוק שגם הוא צריך, כמובן, להיבחן לגופו). התוצאה היא, בייחוד לאור העובדה שקיימת נטייה לקבל טענות כאלה בדבר סודיות המידע בנושאים ביטחוניים יותר מאשר בנושאים אחרים, שלעתים קרובות השאלה מה בדיוק עומד

76 לניתוח המונח "צרכי ביטחון", תוך הצבעה על עמימותו, ראו *HOFNUNG*, *supra* note 11-177, at 11. דורון ולבל, לעיל הערה 8, מזכירים בע' 400 כדוגמה ליחסיות המושג "ביטחון" את העובדה שלעתים נהג הצבא לחשוף מידע שהסתיר בעבר בנימוק של ביטחון, כאשר הדבר משרת את צרכיו. הופנונג מצביע על קיומו של סטנדרט כפול: על כלי התקשורת נאסר לפרסם מידע ביטחוני כאשר מידע מסוג זה מודלף להם על ידי פוליטיקאים ואנשי הרשות המבצעת, מבלי שיוטלו על המדלפים סנקציות כלשהן. ראו *HOFNUNG*, *supra* note 1517, at 1517.

77 חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק-יסוד: חופש העיסוק.

78 המונח "ביטחון המדינה" הוא עמום ובלתי מוגדר גם במישור הבינלאומי. לכך שמסמכים בינלאומיים שונים שמכירים בחשיבות חופש הביטוי, אך גם בהצדקה להגבלתה מטעמי "ביטחון", אינם מבהירים מהי משמעותו של המונח האחרון, ראו *Coliver*, *supra* note 172, at 172. לניסיון להציע פרשנות למונח, כלומר תשובה לשאלה אילו סכנות מצדיקות הגבלה של חופש הביטוי, תוך התחשבות בהתממשות הסכנה של שימוש לרעה בטעמי ביטחון על ידי ממשלות רבות, ראו שם, בע' 21-18.

בבסיס טענות כי פגיעה באינטרסים אחרים, לרבות הגבלת חירויות כמו חירות הביטוי, דרושה מטעמי ביטחון, אינה זוכה לדיון של ממש.

ההשלכה של עמימותו של המונח "ביטחון המדינה" היא התעלמות מההבחנה בין סוגים שונים של סכנות, אשר עשויים להיות בינם הבדלים משמעותיים מאוד, בכל הנוגע לחשיבות האינטרס הנתון בסכנה, לסיכוי של התממשות הסכנה ולמידת המוחשיות והקונקרטיות שלה.

דומה כי המשקל הגדול המיוחס לעתים לטעמי ביטחון נובע במידה רבה מכך שהם נתפסים לרוב במונח החזק ביותר שלהם - כאילו מה שעומד מאחוריהם, הוא סכנה של ממש של פגיעה ישירה וקרובה בחייהם של רבים מתושבי המדינה - בעוד שלרוב זה איננו המצב⁷⁹. בשל כך קיימת סכנה של הגזמה ואף של שימוש לרעה כאשר מועלות טענות כי ביטחון המדינה מחייב הגבלת חירויות, לרבות חופש הביטוי⁸⁰.

79 at 162-634Zamir, *supra* note

80 לטענה כי הגדרה רחבה יתר על המידה של המונח, "ביטחון המדינה", משמשת ממשלות להסתרת מידע בעל חשיבות ציבורית שאין להן עניין בפרסומו מטעמים שאינם נוגעים לביטחון ולמניעת ביקורת על תפקודן, ראו at ix4D'Souza, *supra* note. השוו למסקנה כי טענות רבות שהועלו בארצות הברית (במיוחד בעתות משבר) כהצדקה להגבלת חופש הביטוי וחירויות אחרות מטעמים ביטחוניים, התבררו כחוסרות בסיס עובדתי וכמוגזמות, ולפיכך ראוי לנקוט ביחס חשדני כלפי טענות מסוג זה: at 16-184Brennan, *supra* note. ברנן מעריך כי אחת הסיבות לתופעה האמורה בארצות הברית הייתה העובדה שהתקופות שבהן ארצות הברית הייתה נתונה (או נתפשה כנתונה) תחת איום ביטחוני היו קצרות ומבודדות, ובשל כך לא התגבשה מערכת שמסוגלת להתמודד באופן רציני עם הסוגייה של ההצדקה להגבלת חירויות בעתות משבר, ובפרט להעריך מתי קיימת סכנה ביטחונית אמיתית, ומתי לא. מסיבה זאת הוא מציין שישראל עשויה להיות במצב טוב יותר דווקא מפני שהיא נתונה באיום ביטחוני מתמשך, אשר עשוי להוליך להתמודדות רצינית יותר עם הסוגייה האמורה: שם, בע' 18-19. יחד עם זאת, אין ספק שהחשש של קבלה בלתי ביקורתית של טענות ביטחוניות, שעלולות להיות חסרות בסיס או מוגזמות, קיימת גם בישראל. להערכות ברוח דומה (לרבות של אנשים שמילאו תפקידים הן בממשל והן בתקשורת בארצות הברית) כי לעתים קרובות טענות סודיות של מידע מטעמי ביטחון הן רחבות מדי, פעמים רבות משיקולים זרים, ראו Abraham D. Sofaer, *National Security and Leaks: the Government's Power to Discipline Itself*, in FREE SPEECH AND NATIONAL SECURITY, at 879, at 80, 83; Kremnitzer, *supra* note 4, 67; Grossman, *supra* note 4

להסתמכות בלתי מוצדקת על טעמי ביטחון לשם הגבלת חופש הביטוי וחירויות אחרות בארצות הברית החל מהשנים הראשונות לאחר הכרות העצמאות במאה השמונה עשרה ועד למאה העשרים ראו 1-2Craig R. Smith, *The Hamiltonian Federalists*, in SILENCING THE OPPOSITION, *supra* note , at 230-31, 237-39; SMITH, FREEDOM OF EXPRESSION, *supra* 4723; Smith, *Conclusion*, *supra* note , at 61-682note

לטענה של עשיית שימוש לרעה בטעמי ביטחון בבריטניה ראו 28RESTRICTED SUBJECTS, *supra* note at 1-12

הסכנה של שימוש בלתי מוצדק בטעמי ביטחון לשם הגבלת חופש הביטוי בישראל הוזכרה בעניין קול העם, לעיל הערה 2, בע' 880-881. לנטייה לעשות שימוש בישראל במסגרת של הגנה על מידע צבאי

הסכנה המיוחדת של שימוש בלתי מוצדק בטעמי ביטחון - עקב המגוון הרחב של האינטרסים הנכללים תחת הכותרת "ביטחון המדינה", בשל הנטייה שלא לערוך הבחנה ברורה ביניהם, ולאור העובדה שלעתים קרובות אין מידע מדויק בנוגע לטיבו של האינטרס הביטחוני העומד על הפרק, כמו גם בנוגע לטיב הסכנה הצפויה לו ולמידתה - מחייבת לבחון בקפידה אם אכן יש הצדקה אמיתית להגבלה של ביטויים מטעמי ביטחון.

בעיה אחרת, הנובעת גם היא מהשימוש הבלתי מובחן במונחים כמו "צורכי הביטחון" מבלי להגדירם באופן מדויק, היא שלעתים נחפזים מדי להגיע למסקנה ששיקולים מעין אלה עומדים בסתירה לאינטרסים אחרים, לרבות חופש הביטוי. כפי שאציין בהמשך הסעיף, אין בהכרח סתירה בין דיון ביקורתי חופשי ובין כל אינטרס שנכלל לעתים תחת המסגרת הרחבה של "שיקולי ביטחון". העדר הבחנה בין מובנים שונים של מושג זה מקשה על בירור השאלה המקדמית אם יש אכן סתירה - ואם כן, באיזו מידה - בין חופש הביטוי וטעמי ביטחון.

כאמור, האינטרס הכללי אשר נטען לרוב כבסיס להצדקה של הגבלות על ביטויים ביקורתיים כלפי רשויות המדינה, הוא ההגנה על אמון הציבור ברשות. הנימוק המרכזי המוזכר כהצדקה להגבלות חופש הביטוי הביקורתי כלפי רשויות ציבוריות הוא חשיבותו של אמון ציבורי ברשות כאמצעי לשיפור תפקודה למען האינטרסים של הפרטים. כבר הזכרתי את המגבלות של אינטרס זה - בכל הנוגע ללגיטימיות שלו, לחשיבותו וליעילות ההגנה עליו באמצעות הגבלה של חופש הביטוי - ומדוע, לדעתי, הוא אינו בסיס מוצק להגבלה של חופש הביטוי נגד רשויות המדינה. השאלה היא אם יש לצבא מאפיינים מיוחדים המשפיעים על השיקולים הרלוונטיים בהקשר זה.

הנקודה הראשונה שיש לבחון, היא מידת חשיבותו של האינטרס של אמון הציבור ברשויות המדינה בהקשר הביטחוני כאמצעי לשם שיפור תפקודם. אין ספק שמידה מזערית של אמון מצד הציבור ברשויות המדינה בכלל היא תנאי הכרחי במשטר דמוקרטי (להבדיל ממשטר הנשען על שימוש בכוחו גם נגד אזרחי המדינה).

לשם מטרות אחרות שאינן מצדיקות הגבלה דומה על חופש הביטוי, ראו גם *Gavison, National Security, supra note 19*, at 149-507, at 341; *HOFNUNG, supra note 19*.

אולם אין להסיק מאבחנה נכונה זאת שכל פגיעה באמון הציבור מוליכה למצב כזה; ניתן להניח כי משבר אמון כה קיצוני יכול להתרחש רק במצבים קיצוניים ונדירים עקב אירועים שלא רק פוגעים ביציבותו של המשטר, אלא אף מטילים צל כבד על ההצדקה לקיומו. במצבים אחרים, לרבות כאשר קיימות סכנות חיצוניות ופנימיות חמורות, ענייננו בפגיעות באמון הציבור שמשמעותן - חמורה ככל שתהיה - אין פירושה אבדן המסגרת החברתית הקיימת. ניתן להניח גם שכל פגיעה באמון הציבור ברשויות המדינה, ובפרט אלה המופקדות על הביטחון, לרבות עקב ביקורת עליהן, תגרום נחת לאלה השואפים לפגוע במסגרת החברתית הקיימת⁸¹. אולם עובדה זאת כשלעצמה אינה מצדיקה הגבלה של חופש הביטוי. השאלה שיש, אפוא, לבחון ביתר זהירות, היא באילו דרכים עלול אמון הציבור ברשויות המדינה בהקשר הביטחוני להיפגע, ומהי משמעות הפגיעה. בהקשר זה השאלה העיקרית נוגעת לאמון הציבור בכך שהצבא וגופים מבצעים אחרים במישור הביטחוני מופעלים כראוי על ידי המופקדים עליהם, ובכך שגופים אלה מתפקדים באופן נכון במילוי משימותיהם. מבלי להתיימר לתת תשובה ממצה לשאלה זאת, אתייחס בשורות הבאות למספר היבטים שלה.

מהו, אפוא, הקשר בין אמון הציבור ותפקודן של רשויות המדינה בתחום הביטחוני? לכאורה, דומה כי אינטרס זה אינו רלוונטי ביחס לצבא עצמו בכל הנוגע למטרתו הבסיסית - הגנה על ביטחון המדינה. בניגוד לרשויות אחרות, שאמון מצד הציבור עשוי להיות מרכיב במילוי יעיל של תפקידיהן (במידה שונה לגבי רשויות שונות ולגבי תפקידים שונים), הרי שלפחות ביחס לתפקידו העיקרי של הצבא - הגנה על ביטחון המדינה (להבדיל מתפקידים "אזרחיים" כמו אלה שממלא הצבא בישראל) - אמון הוא, לכאורה, לא רלוונטי מכיוון שתפקיד זה אינו כרוך באופן טיפוסי בפעולה בקרב תושבי המדינה, שמהם יש מקום לציפיה לאמון. התפקיד הצבאי הבולט ביותר הוא הפעלת כוח נגד התנגדות, כלומר הוא מבוסס על הנחה של העדר אמון. יחד עם זאת, בחינה מדוקדקת יותר מוליכה למסקנה שאמון ציבורי

81 להזכרת אפשרות זאת כסיבה להימנעות מביקורת (או מפרסומה) ראו John Hermon, *The Police, the* 37, 403 *Media, and the Reporting of Terrorism, in TERRORISM & THE MEDIA, supra note*

בצבא ובממשלה, אשר מופקדת על הפעלתו, עשוי להיות חשוב לתפקוד הצבא במספר מובנים:

ראשית, אמון מצד הציבור הרחב בכך שהצבא מופעל כראוי ופועל כראוי, עשוי לעזור לצבא למלא בהצלחה את תפקידיו - בעיקר אלה הנוגעים להגנה שוטפת על הביטחון, להבדיל מניהול של מלחמה ממש - בכך שהוא יגרום לציבור לסייע לצבא ולשתף עמו פעולה, למשל באמצעות מסירת מידע או על ידי ציות להוראות של חיילים במצבי חירום. שיתוף פעולה כזה הוא חשוב מאוד בכל הנוגע לשירותי החירום וההצלחה הניתנים במסגרת הקהילה כמו משטרה, מכבי אש, מגן דוד אדום וכדומה⁸². לעומת זאת, שיתוף פעולה עם הצבא הוא פחות חשוב בדרך כלל, משום שהצבא פועל באופן טיפוסי שלא בקרב האזרחים. יחד עם זאת, יש לציין כי המצב השורר בישראל הוא שונה מבחינה זאת שכן אחד מתפקידיו המרכזיים של הצבא בישראל, בייחוד בשנים האחרונות, הוא להתמודד עם איומי טרור, התמודדות שנעשית, בין השאר, באמצעות פעילות אינטנסיבית - הדומה באופייה יותר לפעילות משטרתית מאשר לפעילות צבאית - בקרב האוכלוסייה. חלק ניכר מפעילות זאת נעשית בשטחים המוחזקים, שבהם ממילא אין אמון ציבורי בצבא, אך חלקה מבוצע בגבולות ישראל. בהקשר זה רלוונטי בעיקר האמון הכללי של הציבור בדרך הפעלתו ותפקודו של הצבא, להבדיל מאמון בכך שפעולה מסוימת היא מוצדקת (אם כי, כמובן, גם אמון מהסוג האחרון עשוי להיות רלוונטי בכל הנוגע לפעולה זאת). ניתן להניח כי מידת האמון הדרושה כדי להשיג את המטרה האמורה לא צריכה להיות גבוהה, אלא די בכך שנשמרת רמת אמון מזערית, כלומר רוב התושבים מעריכים כי הצבא מופעל להשגת המטרה של הגנה על ביטחון המדינה ופועל לשם כך, תהא הערכתם למידת הצלחתו אשר תהא. בהינתן הערכה כזאת, נראה כי רוב האנשים ישתפו פעולה עם רשויות הצבא ואף יסייעו לו באופן פעיל, לפחות במצבי חירום שבהם הדבר חשוב במיוחד, מפני שבמצב כזה יש לתושבים אינטרס חזק לסייע לצבא ללא תלות בשיקולים אחרים. לפיכך לרוב לא יהיה צורך בהגנה מיוחדת על היבט זה של אמון הציבור בממשלה ובצבא.

82 דוגמאות לחשיבות שיתוף הפעולה של האזרחים עם רשויות אלה מוזכרות אצל כשר, לעיל הערה 34, בע' 265.

התנאי האמור לא יתקיים רק במצב קיצוני שבו מספר משמעותי של תושבים חושדים כי הצבא כלל לא ממלא בפועל את המטרה המוצהרת של הגנה על ביטחונם, אלא, למשל, משמש כלי שרת לשם השגת מטרות פסולות של מפקדיו או של הדרג המדיני. במצב כזה לאור החשיבות העליונה של חופש ביטוי בנוגע לשאלה זאת ובהתחשב בקושי להשיג מידע בנוגע אליה, ראוי, לדעתי, להעדיף את האינטרס החזק בהתרת כל ביטוי בהקשר זה על פני האינטרס הכללי בסיוע של האזרחים לצבא, אשר למרות שאין להמעיט בחשיבותו, אינו כה חיוני. לפיכך דומה כי סוג זה של אמון אינו מצדיק הגבלה של חופש הביטוי הביקורתי בנוגע לתפקודו של הצבא, בייחוד לאור חשיבותו של סוג זה של ביטוי.

הסוג השני של אמון בצבא שעשויה להיות לו חשיבות לשם מילוי יעיל של תפקידו, הוא אמון מצד ממלאי תפקידים בצבא ומצד אנשים שהם מועמדים אפשריים למלא בו תפקיד, בכך שהוא מופעל על ידי הממשלה למען מטרות ראויות, ובכך שהוא מתפקד כראוי בחתירתו להשגת מטרות אלה, כלומר פועל בהתאם להנחיות הממשלה תוך הפעלת אמצעים לגיטימיים באופן יעיל ובלי לעשות שימוש לרעה בכוחו או להשתמש בכוח העולה על הנדרש. סוג זה של אמון הוא חשוב מפני שהוא עשוי להשפיע על אופן תפקודו של הצבא במספר מישורים. היבט אחד נגזר מכך שחוסר אמון כללי בהצדקה לפעולותיו של צבא עלול לפגוע בנכונותם של אנשים לשרת בו, וכך יפגע היצע המועמדים למלא תפקידים שונים. דבר זה צפוי להוליך להסתמכות על אנשים בעלי כישורים פחותים, וכך לפגוע בתפקודו של הצבא. סכנה זאת קיימת לא רק לגבי אנשים שלגביהם השירות בצבא אינו בגדר חובה חוקית (כגון אנשי הקבע בישראל), שכן גם כאשר קיימת חובה לשרת בצבא, משפיעה הנכונות לשרת - באופן מכריע - על אופן מילוי התפקיד ועל מידת ההתנדבות לתפקידים מיוחדים הכרוכים לרוב בהשקעה מיוחדת (כמו שירות ביחידות לוחמות ושירות בתפקידי פיקוד). דבר זה נכון במיוחד בנוגע לשירות מילואים בצבא, שהוא תובעני במיוחד בישראל.⁸³

83 להיבט זה של האמון הציבורי בצבא ראו שם, בע' 266 (מניית "תשע" תחנות מוטיבציה", שבכל אחת מהן יכול מצב של אי אמון חברתי בצבא לפגוע באופן משמעותי ביכולתו לעמוד במשימה של בניין הכוח הדרוש להגנה צבאית על כלל האזרחים ועל מדינתם ולהפעיל אותו כראוי נוכח כל סכנה צבאית").

חוסר אמון של חיילים המשרתים בצבא בהקשרים מסוימים - למשל לגבי נחיצותה של משימה מסוימת או לגבי כשירותו של ממלא תפקיד מסוים בצבא - עלול לגרום להם לסרב לביצוע משימות מסוימות או למלא אותן בצורה לא יעילה. כך, למשל, חייל עשוי לסרב לבצע משימה או לא למלא בהתאם ליעדיה אם הוא מאמין שאין לה הצדקה, בין משום שהיא כרוכה בפגיעות באנשים או ברכוש ללא סיבה טובה, ובין משום שבשל אופייה או בשל כישוריהם של מפקדיו או של שאר החיילים, היא מסכנת אותו או חיילים אחרים לשווא או יתר על המידה. בהקשר זה דרוש אמון ברמה גבוהה יותר (בהשוואה לסוג הראשון של אמון מצד הציבור בכללותו), ואין די רק ברמה מזערית של אמון. ככל שהייל מאמין כי המשימה שהוא מבצע היא חשובה יותר, כי האמצעי הוא ראוי, וכי לו ולחבריו יש הכישורים הדרושים על מנת להשלים את המשימה בהצלחה - כך יהיו סיכוייו לבצע את המשימה בצורה טובה גבוהים יותר. אבחנה זאת - שיש לה תוקף כללי - היא חשובה במיוחד במסגרת צבאית, שבה נדרשת לעתים נכונות גבוהה במיוחד לציית לפקודות בשל אופי המשימות אשר הצבא נדרש למלא (או להיות מוכן למלא בעת הצורך), ובשל הדרך שבה הוא עושה כן.

בהקשר זה חשוב להדגיש כי למרות חשיבותה של המשמעת בצבא יש לזכור שראוי לשאוף למשמעת שאינה מוליכה לאמון עיוור של חיילים זה בזה, במפקדיהם ובמערכת הצבאית בכלל ולנאמנות עיוורת שלהם לכל אלה, מפני שבצד מילוי נאמן של המשימה הצבאית, חשוב גם שחיילים יתריעו - במסגרת הממסד הצבאי ומחוצה לו - על פגמים שהם נחשפים אליהם בהפעלת הכוח הצבאי, ובמיוחד על שימוש לרעה בו⁸⁴. לגישה כזאת מצד חיילים יש חשיבות רבה שכן לעתים קרובות הם יהיו בין היחידים שיכולים לזהות שימוש פסול כזה בכוח הצבאי.

בהערכת חשיבותו של סוג זה של אמון (של חיילים בנוגע לפעילות צבאית) יש להבחין בין מספר קטגוריות משנה. סוג אחד של אמון שיש לו חשיבות רבה הוא אמונם של חיילים אשר עשויים להידרש למלא משימה בעלת חשיבות. בהקשר זה רלוונטי בעיקר אמון בהקשרים מסוימים - ביחס למשימה מסוימת או ביחס

84 לטענה ברוח זאת, הקוראת גם לחופש ביטוי רב יותר במסגרת הצבא כתנאי ליכולת של חיילים לפקח על דרך הפעלת הכוח הצבאי, ראו *Blasi, The Checking Value, supra note*, at 643-4446.

לכישוריהם של חיילים ביחידה מסוימת וכדומה. במדינה כמו ישראל, שבה השירות בצבא הוא בגדר חובה כללית (למרות שהיא אינה מוטלת על כל אזרח), ישנה חשיבות רבה - ובטווח הארוך אולי אף חשיבות רבה עוד יותר - גם לאמון הכללי שרוחשת כלל האוכלוסייה לרשויות המדינה בהקשר הביטחוני, ובפרט לצבא. כאמור, בהעדר אמון בגופים אלה מצד האנשים הנדרשים לשרת בצבא ניתן להניח כי תרומתם במסגרתו תהיה קטנה יותר בהשוואה למצב שבו הם מאמינים כי הצבא משמש להשגת מטרות חשובות ולגיטימיות וממלא כהלכה את תפקידיו. מעבר לכך, במישור האחרון יש חשיבות רבה ליחס הכללי כלפי רשויות המדינה והצבא - לרבות מצד אנשים שאינם משרתים בו - שכן מידת ההערכה הציבורית הכללית לתפקודן של רשויות המדינה בהקשר הביטחוני משפיעה - לרוב בצורה מכריעה - על הערכתם של אלה הנדרשים לשרת בצבא. אבחנה זאת, שתקפה באופן כללי, נכונה במיוחד כאשר - כפי שקורה כמעט תמיד - מי שמשרת בצבא הוא בגיל צעיר, שבו העמדה של הפרט מושפעת באופן מכריע מהחינוך שהוא מקבל ומהסביבה הקרובה לו. בשל כך יש חשיבות רבה בעקיפין למידת האמון שרוחש כלל הציבור לממשלה ולצבא.

מעבר לכך יש לזכור כי לאמון הציבורי ברשויות המופקדות על ביטחון המדינה (בדומה לאמון הציבורי ברשויות ציבוריות אחרות) יש חשיבות מסיבות נוספות, מעבר להיבט של שיפור יעילות תפקודן (שכאמור, הוא זה המוזכר בדרך כלל כהצדקה להגבלה של חופש הביטוי בהקשר הנדון). היבט חשוב אחד נגזר מכך שתפקידן של רשויות אלה - ההגנה על ביטחון המדינה - נתפס כחיוני, ולכן תחושת הביטחון של האזרחים, שהיא מרכיב מרכזי ברווחתם, עלולה להיפגע כאשר מידת האמון ברשויות, הן בדרג המדיני והן ברשויות הצבא, נפגעת.

המסקנה היא, אפוא, שמהטעמים האמורים יש חשיבות לאמון הציבור בצבא, כמו גם לאמון הציבור ברשויות אחרות המופקדות על הגנת ביטחון המדינה, בכל הנוגע להכרעותיהן ולפעילותן בתחום הביטחוני. השאלה הבאה נוגעת להגנה על אמון זה. בכל הנוגע להיקף ההגנה על אמון הציבור ברשויות אלה יש לזכור כי, כאמור, ככלל לגיטימי להגן רק על אמון אשר מבוסס על נתוני אמת, ולכן יש מקום להגביל רק ביקורת שקרית. יחד עם זאת, לכלל כי אין הצדקה לאסור באופן כללי על

השמעת ביקורת אמיתית, עשוי להיות חריג כאשר רמה מזערית של אמון היא הכרחית לשם ביצוע יעיל של משימה מסוימת שיש לה הצדקה, בעיקר כאשר מדובר במשימה שחשיבותה רבה. במצב כזה עשויה הגבלה של חופש הביטוי להיות מוצדקת ללא קשר לנכונות הביקורת ואף אם ברור כי הביקורת היא נכונה, משום שהתרתה תוליך לפגיעה באמון ברשות של המדינה, ובעיקר בצבא, באופן שיכשיל משימה חיונית. כך, למשל, כאשר כישלון המשימה פירושו פגיעה בחיי אדם או סיכון חמור שלהם, עשוי להיות מקום להעדיף אינטרס זה על פני האינטרס בהתרת ביקורת אמיתית. סייג זה עשוי להיות רלוונטי במיוחד לצבא שכן תפקוד יעיל שלו במצבי חירום עשוי להיות חיוני לשם הגנה על האינטרסים החשובים ביותר, כמו חיי אדם, אף כאשר יש הצדקה לביקורת עליו בהקשרים אחרים, לרבות כאלה שנוגעים לפעילות העומדת על הפרק.

השאלה היא, אפוא, אם מתיחת ביקורת על תפקודן של רשויות המדינה בהקשר הביטחוני עלולה לפגוע באמון - של הציבור או של חיילים בצבא - באחד מההיבטים האמורים. אין אפשרות לתת תשובה מבוססת לשאלה זאת בהעדר בחינה אמפירית מקיפה (שלא פשוט לערוך בשל הקושי בזיהוי הגורמים המעצבים את יחסו של אדם אל גופים שונים, בייחוד גופים שממלאים תפקיד מרכזי בחברה שבה הוא חי, כמו הממשלה והצבא בישראל, אשר היחס לגביהם הוא רב-ממדי ומורכב). יתר על כן, ניתן להניח כי התשובה לשאלה זאת תשתנה בין אנשים שונים. יחד עם זאת, דומה כי ניתן להסתמך על מספר הערכות זהירות.

נקודת המוצא היא שביקורת עשויה להשפיע על חיילים, כמו גם על אנשים בכלל. אולם ביקורת ציבורית - שהיא סוג הביקורת הרלוונטית בעיקר לענייננו שכן ביקורת הנמתחת בחוגים פרטיים לרוב אינה נתונה להגבלה משפטית - אינה מקור ההשפעה היחיד. דבר זה נכון במיוחד ביחס לאנשים שיש להם מידע רב יותר על האדם המבוקר או על הגוף המבוקר, כמו אנשים העובדים יחד עם אדם זה או במסגרת המוסד הרלוונטי, ובכלל זה חיילים. כמו כל אדם שיש לו היכרות קרובה יותר עם מושא הביקורת, כך גם יחסם של חיילים כלפי הצבא מושפע, כך נראה, במידה רבה מניסיונם האישי⁸⁵. הערכה של משקלם היחסי של הגורמים השונים

85 ראו כשר, לעיל הערה 34, בע' 257.

המשפיעים על יחסו של אדם לגוף כמו הצבא היא קשה, אך נראה כי ההתנסות האישית עשויה להיות בעלת משקל ניכר כאשר היא קיימת. הסיבה העיקרית לכך היא, כנראה, התחושה (שיש לה הצדקה במקרים רבים) כי המידע של מי שקרוב לעניין מסוים, הוא לגביו לרוב מדויק יותר מן המידע שמתפרסם - בדרך כלל באופן חד-פעמי - במסגרת ציבורית על הנושא, או מקיף יותר ממנו. כך, למשל, ביקורת כי חייל, בייחוד חייל הנמצא בעמדת פיקוד, התרשל במילוי תפקידו בעבר, עלולה לערער את אמונם של חיילים אחרים בכישוריו וכך לפגוע בנכונותם לבצע משימה יחד עמו. אולם נראה כי לרוב יהיה לחיילים הנמצאים ביחידה מסוימת מידע רב יותר מכלי ראשון, כמו גם מכלי שני או שלישי, על דרך תפקודם של חיילים אחרים באותה יחידה, וכי מידע זה ישפיע לא פחות - אם לא יותר - מאשר ביקורת ציבורית בנושא. עם זאת, יש לזכור כי לא תמיד יהיה מידע אישי רלוונטי מסוג זה. כך, למשל, טענה כי משימה צבאית מתוכננת אינה מוצדקת, אינה נוגעת במקרים רבים לידע אישי של חיילים.

השאלה הבאה היא אם - ובאילו מקרים - קיימת התנגשות בין האינטרס בהגנה על אמון הציבור והחיילים ברשויות המדינה, ובפרט בצבא, ובין האינטרס בהתרת ביקורת עליהן, וכיצד יש להכריע בה כשהיא קיימת. לעתים קרובות מתעלמים מחלקה הראשון של השאלה כאשר מניחים כמובן מאליו כי אינטרסים שונים הם סותרים. חשוב להדגיש כי אין מקום להניח ללא בדיקה שזהו אכן המצב; בדיקה מדוקדקת יותר תוליך לעתים לא נדירות למסקנות זהירות יותר. כאמור, חלק מהבעיה בהקשר הנדון נובע מכך שלא תמיד מוגדר האינטרס "הביטחוני" באופן חד מספיק כדי לברר את היחס בינו ובין חופש ביטוי מסוג מסוים בהקשר מסוים. כך, למשל, הטענה כי הבעת התנגדות למלחמה מטעמים של "טובת החברה" ("the good of society"), עלולה ("might very well") להפוך לנבואה המגשימה את עצמה אם מלחמה כזאת אכן תפרוץ, והציבור יהיה פחות מוכן להצטרף למאמץ המלחמתי עקב הביקורת נגד המלחמה⁸⁶ - היא נחפזת וגורפת מדי, ולמצער בלתי מנומקת, ככל שהיא מרמזת שאפשרות זאת עלולה להתממש במקרים רבים. ההנחה שביקורת על מלחמה כמנוגדת לטובת החברה יכולה להוליך אנשים להתנגד למלחמה ולהימנע

86 *supra* note 1267HOFNUNG, at 1267.

מלתרום למאמץ המלחמתי אם היא תפרוץ, למרות שניצחון במלחמה הוא חשוב לטובת החברה, אינה מובנת מאליה. ביקורת על ההצדקה למלחמה (או לפעולה צבאית בהיקף מוגבל יותר), בייחוד כאשר הטענה היא שמלחמה זאת מנוגדת לטובת החברה, נעשית לרוב כלפי מלחמות שאינן בגדר הכרח לשם הגנה על האינטרסים הכלולים בגרעין הקשה של "ביטחון המדינה" מפני סכנה שהסתברותה גבוהה, או לפחות לגבי מלחמות שקיימת מחלוקת ציבורית אם הן אכן עומדות בתנאי זה. יתר על כן, ביקורת כזאת צפויה יותר להתקבל על דעת חלק משמעותי של הציבור רק אם אכן יש לה, לפחות על פניה, בסיס שאינו מופרך לחלוטין. אם ההנחה היא שהביקורת עלולה להוליך אנשים שלא לתרום למאמץ המלחמתי - למרות שהיו תורמים לו לזי הנחתם הייתה שהמלחמה נחוצה למען טובת החברה - אזי נראה כי הספק לגבי השאלה האמורה יהיה לרוב משמעותי. בהינתן מצב כזה אין מקום להניח כהגנה גורפת ומובנת מאליה כי כל הימנעות מתרומה למאמץ המלחמתי אכן מנוגדת ל"טובת החברה". מבלי לשלול את האפשרות הזאת במצבים מסוימים, בהינתן הגדרה חדה יותר של "טובת החברה" (כמו גם של מרכיבים אחרים של הטענה) נראה כי הסיכוי של ביקורת כזאת לפגוע פגיעה של ממש באינטרס ביטחוני חשוב אינו גבוה בעוד שעשויה להיות לה תרומה רבה לבחינה מדוקדקת יותר של השאלה אם אכן יש מקום לצאת למלחמה, בחינה שאין ערוך לחשיבותה למען טובת החברה (ובפרט חבריה אשר יישאו בנטלי המלחמה), כמו גם למען טובת אנשים מחוץ לחברה (ובפרט האנשים העלולים להיפגע במלחמה כזאת). אפשר לחשוב בהקשר זה על הויכוח המתנהל בימים אלה בארצות הברית בנוגע לתבונה בפתיחת מלחמה בעירק: למרות שהסכנה אשר עמה נועדה מלחמה כזאת להתמודד אינה מיידית, ולמרות קיומה של ביקורת על המלחמה ספק אם הייתה לביקורת השפעה משמעותית על רוב הציבור בארצות הברית, וספק אם ביקורת זאת עלולה לפגוע ב"מאמץ המלחמתי" אם אכן יוחלט לפתוח במלחמה. לעומת זאת, ייתכן שעצם הדיון הביקורתי בשאלה זאת תרם לליבון יסודי יותר שלה, כמו גם לבחינה של חלופות אחרות ולעיצוב אופי המלחמה בצורה שתשרת את האינטרסים הלגיטימיים של האנשים (והמדינות) אשר עלולים להיות מושפעים ממנה.

דוגמה אחרת לכך שאין בהכרח התנגשות חזיתית בין שני האינטרסים - התרת דיון ביקורתי והאינטרס הביטחוני - היא של טענות העוסקות בשאלה אם חייל מסוים התרשל בעבר במסגרת פעילות צבאית. בכל הנוגע להגנה על האמון בצבא יש להבחין במישור זה בין האמון של כלל האזרחים לזה של חיילים באותה יחידה (אשר אמונם בכשירות היחידה לפעול עלול להיפגע עקב כך). בכל הנוגע לאחרונים, כאמור, ניתן להניח שהשפעתן של טענות כאלה לא תהיה רבה. לעומת זאת, בכל הנוגע לכלל האזרחים קיימת סכנה ממשית שטענות כאלה תפגענה באמון בצבא. אולם יש לזכור גם כי לחופש ביטוי, לרבות ביקורת מסוג זה, יש חשיבות רבה באופן כללי לא רק משום שהוא מתמרץ את הגוף המבוקר - כמו הצבא בהקשר הנדון - לערוך בחינה של הסוגיה, אשר עשויה להיות לה חשיבות לשם הפקת לקחים, אלא גם מפני שתהליך הבדיקה עצמו - אם הוא נערך ברצינות ומקבל ביטוי ראוי במישור הציבורי⁸⁷ - עשוי לתרום תרומה משמעותית גם לשם שיקום האמון הציבורי בגוף המבוקר. חשיבותה של ביקורת מסוימת מסוג זה תלויה בנסיבותיו של כל מקרה. ככלל, הביקורת היא בעלת חשיבות רבה כאשר לא ננקטים צעדים לבחינת הבעיה, ובמקרה הצורך - לשם התמודדות עם הבעיה כאשר יש סכנה שהיא תחזור על עצמה. לעומת זאת, כאשר בדיקה כזאת נערכת ממילא, מידת חשיבותה של ביקורת מסוימת כזאת (להבדיל מהידיעה כי קיים פיקוח חיצוני על הגוף המבוקר) אינה כה רבה.

לדברים אלה יש להוסיף כי המסקנה בנוגע ליחס בין שני האינטרסים האמורים בהקשר הנדון היא מורכבת מפני שיש להתחשב גם בכך שביקורת המעוררת חשד וביקורת כלפי דרך תפקודם של חיילים עשויות להיות רצויות גם במישור הצבאי הצר. למרות חשיבות המשמעת בצבא יש גם יתרון, ולא רק מחיר, לכך שחיילים אינם סומכים בצורה עיוורת על עמיתיהם ואף על מפקדיהם. במצבים מעין אלה, שבהם ההתנגשות בין שני האינטרסים אינה חזקה, אין הצדקה להגבלה של חופש הביטוי העוסק בדרך תפקודה של רשות של המדינה, במיוחד כאשר מדובר בצבא,

87 להדגשת הנקודה האחרונה - הקשר בין שקיפות ואמון ציבורי - ביחס לצבא ראו כשר, לעיל הערה 34, בע' 281-278.

שלגביו יש, כאמור, שיקולים כלליים חזקים בזכות התרתה של ביקורת מסוג זה גם כאשר לביטוי העומד על הפרק אין ערך מוסף עצמאי.

לעומת זאת, במצבים אחרים עלולה להיווצר התנגשות אמיתית בין שני האינטרסים העומדים על הפרק: יעילות תפקודו של הצבא בתחום חשוב ודיון ביקורתי ביחס למשימותיו ולאופן ביצוען. כאמור, ביקורת על דרך הפעלתו של הצבא ועל תפקודו עשויה להיות בעלת חשיבות רבה. כבר ציינתי כי יש חשיבות ראשונה במעלה לביקורת כי לא ראוי לחתור להשגתה של מטרה מסוימת באמצעים צבאיים, כמו גם לביקורת כי אמצעי צבאי מסוים אינו מוצדק. מצד שני, ביקורת כזאת עלולה לפגוע בנכונותם של אנשים לפעול במסגרת הצבא. כך, למשל, ביקורת כי מטרה של פעולה צבאית או אמצעי שבו נעשה שימוש על ידי הצבא, הם לא מוסריים, עשויה לפגוע בנכונות של חיילים לבצע משימה זאת, אך יש לה חשיבות ראשונה במעלה לשם פיקוח על דרך הפעלתו של הצבא ופעולתו. דוגמה של טענה כזאת שהועלתה לאחרונה בישראל, היא הביקורת כי פעולותיו של הצבא הישראלי בשטחי יהודה ושומרון בעקבות פיגועים קטלניים שביצעו פלסטינים בישראל, היו בלתי מוצדקות משום שמצד אחד, הן פגעו באופן חמור באנשים חפים מפשע, ומצד שני, הן לא היו יעילות - או היו יעילות רק בטווח המיידי - במסגרת התמודדות עם הטרור. לכאורה, ההתנגשות - לפחות ביחס לדוגמה זאת - היא מדומה בלבד, והדרך לפתרון הבעיה היא בחינת הביסוס של ביקורת כזאת: אם היא נכונה, הרי שאין אינטרס אמיתי בביצוע הפעולה, בעוד שאם היא שגויה, אין אינטרס חזק בהשמעתה (אין זאת אומרת שאין כל אינטרס בהתרת ביקורת בלתי מבוססת - לעתים עשויה להיות חשיבות בלתי מבוטלת לבחינת ביקורת כזאת במישור הציבורי - אלא שלגבי ביקורת כזאת לא קיים האינטרס הרלוונטי לביקורת אמיתית). אולם מכיוון שלרוב אין אפשרות מעשית לברר את מידת הביסוס של טענות כגון אלה באופן מוסכם ובזמן אמת, הרי שפתרון זה אינו ישים למעשה.

לדעתי, ההכרעה במצבים כגון אלה - שבהם יש, לפחות לכאורה, התנגשות אמיתית בין שני האינטרסים (או, ליתר דיוק, אין אפשרות לברר אם יש התנגשות כזאת) - צריכה להיות לטובת חופש הביטוי. הסיבה העיקרית לכך היא שטענות מסוג זה שייכות לסוג החשוב ביותר של דיון ציבורי, ולכן איסור על השמעתן יפגע באופן

קשה בגרעין של חופש הביטוי ובעקיפין גם באינטרסים אחרים שיש להם חשיבות עליונה, כמו זהירות בהפעלת כוח צבאי והימנעות מכך, למעט במצבים שבהם (יש ראיות מוצדקות כי) יש הכרח מוחלט בדבר. כאמור, שימוש בכוח צבאי עלול לגרום לפגיעות החמורות ביותר, ולכן האינטרס במניעת שימוש בלתי מוצדק בכוח צבאי הוא חזק ביותר. אמנם שימוש בכוח עשוי להיות חיוני לשם הגנה על אינטרסים בעלי חשיבות דומה, אך דומה כי הניסיון מלמד שהנטייה לעשות שימוש באמצעים צבאיים חסרי הצדקה היא נפוצה הרבה יותר מן הנטייה לבקר ללא הצדקה שימוש מוצדק באמצעים כאלה ומן האפשרות שביקורת כזאת תמנע פעולות צבאיות חיוניות⁸⁸, ובפרט תשפיע על חיילים⁸⁹. לפיכך למרות שביקורת על ההצדקה לפעולות צבאיות עלולה לכרסם במידת האמון שרוחשים אזרחים וחיילים לצבא, ראוי, לדעתי, להתירה⁹⁰.

ולבסוף, יש לבחון את יעילות האמצעי המיועד להשיג את המטרה של הגנה על האינטרס הביטחוני, כלומר עד כמה הגבלה של דיון ביקורתי - במיוחד הגבלה משפטית - אכן תוליך להשגת המטרה העומדת על הפרק. שאלה זו היא בעלת חשיבות מרכזית בענייננו - ההצדקה להגבלת ביקורת על רשויות המדינה, לרבות הצבא, לשם הגנה על אמון הציבור בהן, להבדיל מההצדקה להגבלות אחרות על ביטויים מטעמים ביטחוניים - מפני שהתשובה לה היא מורכבת יותר מהתשובה

88 לאחרונה נטען בארצות הברית בעקבות הסמכת הנשיא על ידי הקונגרס לבצע פעולות צבאיות לשם הגנה על ביטחון ארצות הברית מפני האיום מצד עירק כי בחינה היסטורית מעלה שאישור מסוג זה ניתן באופן עקבי בארצות הברית לנשיא, כך שההכרעה אם המדינה נתונה בסכנה מוחשית, היא, למעשה, שלו בלבד: R. W. Apple Jr., *In Deference to the Chief*, N. Y. TIMES, Oct. 12, 2002, at A1.

89 מעניין לציין בהקשר זה את העמדה השלילית של מפקד חיל האוויר בישראל כלפי ביקורת שנמתחה על ההצדקה להפצצות מן האוויר במסגרת העימות עם הפלסטינים, ואת הקריאה שלו לטייסים להתעלם מהביקורת. ראו ר' לוי-ברזילי "יפי נפש, נמאסתם" *מוסף הארץ* 23.8.2002, ע' 16.

90 המסקנה הכללית של סעיף זה כי אין מקום להגביל מטעמים של ביטחון המדינה ביטויים ביקורתיים כלפי הממשלה וכלפי שאר רשויות המדינה, תואמת את העקרונות שהוצעו בוועידה בינלאומית בנושא, כי טעמי ביטחון אינם מצדיקים הגבלה של ביטויים ביקורתיים כלפי רשויות השלטון, לרבות קריאה להחלפת הממשלה באופן שאינו אליים, ביקורת על עימות מסוים, הבעת התנגדות לשימוש בכוח (או לאיום בשימוש בכוח) לשם יישוב מחלוקת בינלאומית וביקורת על גיוס לצבא, כל עוד הביקורת אינה יוצרת סכנה להצתת אלימות. ראו *The Johannesburg Principles on National Security*, at 5-6 *Freedom of Expression and Access to Information*, in *SECRECY AND LIBERTY*, *supra* note (principle 7).

עיקרון אחר המוצע שם הוא חובתה של המדינה למנוע הפרעה בלתי חוקית של צדדים שלישיים (כלומר לא של רשויות המדינה) להפעלת חופש הביטוי אף כאשר מדובר בביקורת על הממשלה: שם, בע' 6 (עיקרון 10).

לשאלות מקבילות ביחס לאינטרסים ביטחוניים אחרים. לדוגמה, ברור למדי כי מניעת פרסום של מידע עשויה לשרת את המטרה של שמירה על סודיות המידע בהתקיים תנאים מסוימים, כגון שהמידע לא פורסם כבר ממילא בבמה מרכזית (בהנחה שיש הצדקה עניינית להגדיר את המידע הרלוונטי כסודי - תנאי שלא בהכרח מתקיים ביחס לכל מידע שמוגדר כסודי על ידי רשויות הצבא או רשויות אחרות). לעומת זאת, אין זה מובן מאליו שמניעת ביקורת על רשויות המדינה, ובפרט על הצבא, או הגבלתה ישרתו את המטרה של הגנה על אמון הציבור בהן בהקשרים ביטחוניים⁹¹. כבר הזכרתי את הספק לגבי יעילותו של אמצעי זה באופן כללי ואת הסכנה שהגבלת חופש הביטוי תוליך לתוצאה ההפוכה - אבדן האמון בגוף שמגבילים את חופש הביקורת לגביו. ספק זה קיים גם בהקשר הנדון. ייתכן שיש מבחינה זאת ייחוד למישור הצבאי, מפני שיש פחות חשד כלפי הגבלות על חופש הביטוי משום שבמישור זה יש לאנשים רבים תחושה (מוצדקת או לא מוצדקת) כי יש הצדקה עניינית למגבלות כאלה, ולכן הן אינן מעוררות תגובות שליליות במידה המתעוררת בהקשרים אחרים. אולם גם בהקשר זה דומה כי יש מקום להבחין בין סוגים שונים של הגבלות על חופש הביטוי, למשל בין טענה כי מידע מסוים הוא סודי, שעשויה לזכות באהדה, ובין טענה כי אין לתת במה לביקורת על הממשלה והצבא בנושאים שונים, שדומה כי תזכה לאהדה פחותה. ייתכן אמנם כי בהעדר ביקורת (או בהינתן מידה קטנה של ביקורת) על הממשלה קל לה יותר ליצור אווירה של תמיכה ציבורית רחבה במדיניותה. דבר זה עלול לרפות את ידיהם של מתנגדיה, וכך אולי אף למנוע ביקורת נוספת. אולם בהינתן משטר דמוקרטי, שבו קיים שיח ציבורי חופשי באופן כללי, הגבלה של ביקורת - בייחוד תוך שימוש באמצעים משפטיים - עשויה להוליך לתוצאה ההפוכה⁹². דרך מתוחכמת יותר למנוע דיון ביקורתי היא באמצעות הסתרת מידע המהווה בסיס לדיון כזה. בדרך זאת אין צורך למנוע ביקורת באופן ישיר, ומכיוון שכאמור, יש נטייה מובנת לקבל טענות של

91 השו: "National security requires national dedication, the support of the entire population." Chaim Herzog, *Introductory* "This cannot be secured by suppression of opinions... Remarks: Public Interest and Free Speech, in FREE SPEECH AND NATIONAL SECURITY, *supra* note 34.", 34

92 לכן ספק אם איסור על הפגנות ועל ביקורת על הרשות המבצעת יכול ליצור רושם של אומה מאוחדת מאחורי השלטון, כפי שהופנוג מוכן להניח: at 167 HOFNUNG, *supra* note

סודיות בהקשרים ביטחוניים, האפשרות של הסתרת מידע עשויה להיראות עדיפה משיקולים של יעילות. אולם כאשר הסתרת המידע נעשית לא מפני שהמידע עצמו הוא סודי, אלא כאמצעי להגבלת דיון ביקורתי, קיים סיכוי רב יותר שהמידע יתגלה (במוקדם או במאוחר), ושעקב כך ייחשף הניסיון למנוע ביקורת, דבר שיפגע פגיעה קשה באמון הציבור ברשויות הביטחון. לפיכך - אף במישור של יעילות האמצעי בלבד - ספק אם הניסיון של הגופים המופקדים על ביטחון המדינה להסתיר מידע ולמנוע ביקורת כלפיהם בדרכים שונות תורם לחיזוק אמון הציבור בהם⁹³.

סיכום

ההכרעה בנוגע לאופי הראוי של השיח הביקורתי בנושאים ביטחוניים ובתפקודו של הצבא תלויה, מעבר לשיקולים שנדונו ברשימה זאת, גם בגישה הכללית בנוגע לשאלה מתי יש הצדקה לעשות שימוש בכוח צבאי, אשר מורכבת מהשאלה המהותית באילו נסיבות (אם בכלל) יש הצדקה לעשות שימוש בכוח צבאי (או השאלות המהותיות באילו נסיבות יש הצדקה לעשות שימוש בכוח צבאי מכל סוג), ומשאלות אמפיריות כגון באיזו שכיחות מתממשות נסיבות אלה במציאות, ומיהי חומרת הסכנה שיעשה שימוש לרעה בכוח צבאי. ככל שהנסיבות המהותיות המצדיקות שימוש בכוח הן רבות יותר ונפוצות יותר, כך יש חשיבות רבה יותר לכך שהגופים המופקדים על ביטחון המדינה, ובראשם הצבא, יפעלו באופן יעיל וללא הפרעה והגבלה, ויש פחות מקום לפיקוח קפדני על אופן הפעלתם של גופים אלה. לעומת זאת, ככל שהנסיבות המצדיקות שימוש בכוח הן נדירות יותר, וסכנת השימוש הפסול בכוח צבאי היא מוחשית יותר, כך יש חשיבות רבה יותר לפיקוח דקדקני על דרך הפעלת הצבא אף אם יש לכך מחיר במונחים של יעילות תפקודו. המסקנות בשאלות אלה משפיעות על מידת חופש הביטוי הראויה בנוגע לפעולות צבאיות שכן אחד הכלים החשובים ביותר לשם פיקוח על הצבא ועל דרך הפעלתו הוא הימנעות מהגבלות משפטיות ואחרות על חופש הביטוי בתחום זה והענקת לגיטימציה ציבורית לביקורת על הצבא. ההכרעה בשאלות מהותיות ואמפיריות

93 השוו לניתוח של דורון ולבל ולמסקנותיהם, לעיל הערה 8, בעיקר בע' 409-411.

אלה היא מעבר לתחומה של רשימה זאת. לכן אסתפק בציון לא מנומק של ההנחה, אשר דומה כי, לפחות להלכה, היא מקובלת על רבים: שימוש בכוח צבאי עשוי להיות מוצדק רק בנסיבות מעטות, וסכנת השימוש הפסול בו היא משמעותית ומחייבת פיקוח קפדני במיוחד. עמדה זאת, כי יש חשיבות רבה לחופש ביטוי בנוגע לתחום הצבאי, נתמכת במסקנות העיקריות העולות מהניתוח של היחס בין ההגנה על אמון הציבור ברשויות המדינה בהקשר הביטחוני כאמצעי לשם תפקוד יעיל שלהן ובין חופש הדיון הביקורתי בתפקודן של רשויות אלה.

המסקנה העיקרית בכל הנוגע לאינטרס בהגבלת הביקורת על רשויות המדינה, ובפרט על הצבא, בנושאים ביטחוניים היא שאינטרס זה הוא פחות חיוני מכפי שהוא מוצג לעתים, הן משום שהאינטרס הביטחוני שהגבלה זאת נועדה לשרת אינו תמיד בעל חשיבות עליונה, והן משום שלא תמיד הגבלת חופש הביטוי אכן תשרת אינטרס זה, יהא אשר יהא. מצד שני, יש אינטרס חזק מאוד בקיומו של שיח ביקורתי חופשי בכל הנוגע להכרעות של רשויות המדינה בנושאים ביטחוניים, בעיקר כאמצעי לפיקוח על דרך הפעלתו של הכוח הצבאי. לפיכך אין הצדקה להגבלה כללית של ביטויים ביקורתיים בנושאים אלה, ובמיוחד לא להגבלות משפטיות. להפך, לאור הקשיים המעשיים הניצבים ממילא בפני המבקשים לערוך ניתוח פומבי ביקורתי של פעילותן של רשויות המדינה, לרבות הצבא, בתחום הביטחוני, חשוב להדגיש במיוחד את חשיבות הבקרה הציבורית על פעולות הממשלה וזרועות הביטחון בתחום זה, אשר במסגרתה יש תפקיד מרכזי לכלי התקשורת ולאנשים וגופים אחרים בעלי ידע ויכולת השפעה. פיקוח אמיתי על החלטות הממשלה ביחס להפעלת הצבא, על החלטות של הצבא ועל פעולותיו יכול למנוע שימוש בלתי מוצדק בכוח צבאי, על ההשלכות החמורות שיש לכך, כמו גם לתרום להפעלה נבונה ומושכלת שלו, שהיא חיונית לשם הגנה על ביטחון המדינה ותושביה.