

חוק יסוד הצבא –

ידוע כי צבא הוא הארגון החזק ביותר במדינה, המאורגן ביותר, במידה ופועל שלא כדין הוא יכול להשתלט על מדינה בקלות די רבה. ולכן נוצר סיכון תיאורטי. היחסים בין צבא למדינה צריכים להיות מוסדרים היטב שברור בדיוק מה מותר לצבא לעשות, מי שולט על מי וכיצד הצבא צריך לפעול. לכן האבות המייסדים של המדינה כבר ב-1948 שחוקקה הפקודה הראשונה במדינת ישראל, מועצת המדינה הזמנית זה מה שלימים תהפוך לאסיפה המכוננת והכנסת.

בין השאר, נקבע בס' 18 בפקודת סדרי שלטון ומשפט שהממשלה הזמנית רשאית להקים כוחות מזוינים ביבשה, בים ובאוויר אשר יהיו מורשים לעשות את כל הפעולות הנדרשות והחוקיות לשם הגנת מדינה. ראויה לציון העובדה כי ב'48 שהמדינה בחיתוליה ועדיין לא ברור מה יוליד יום, מקימים את הצבא ואומרים לו בפקודה של הממשלה הזמנית כי הצבא רשאי לעשות את הפעולות הדרושות והחוקיות להגנת המדינה. כבר אז, האבות המייסדים ראו לנכון צבא שפועל לפי שלטון החוק בצורה ראויה. אכן, זמן קצר לאחר חקיקת פקודת סדרי שלטון ומשפט, כבר ב'31.5.48 פרסמה הממשלה הזמנית את **פקודת צה"ל**. בפקודה הזו נקבע בין השאר מורדם צבא ההגנה לישראל המורכב מחיל האוויר, הים והיבשה.

ס' נוסף דיבר על כך שכל אדם המשרת בצה"ל חייב להישבע שבועת אמונים למדינת ישראל, לחוקתה ולשלטונותיה המוסמכים. הס' זה מצביע בפירוש על מה שרצה להשיג המחוקק וזה המהות האזרחית על הצבא.

עוד קבעה פקודת צה"ל שאסור להקים ולקיים כוח מזוין מחוץ לצה"ל, גם זה כתוצאה מארגונים הקיימים במדינה בזמן החקיקה.

התעוררה בעיה מעניינת והיא הממשלה הזמנית הייתה מוסמכת להקים את צה"ל אך היא לא הייתה מוסמכת לחוקק את השאר (שבועת חובת אמונים) כי היא לא הכנסת / מועצת המדינה הזמנית. עלו על הטעות מהר מאוד ומועצת המדינה הזמנית תיקנה את החוק וקבעה כי כל מה שנקבע התקבל ע"י מועצת המדינה הזמנית.

פקודת צה"ל הפכה לחוקתית עקב הני"ל, **התעוררו בעיות מהותיות**, הפקודה לא קובעת שום דבר בנושא סמכות הממשלה / שר הביטחון כלפי הצבא. חלפו ועברו השנים עד למלחמת יום הכיפורים ולא היה צריך את ההוראות החוקיות כי הכל התנהל על פי בן גוריון.

וועדת אגרנט -

מלחמת יום כיפור הייתה סוג של כישלון מהסיבה שהיא הביאה להקמת וועדת חקירה, וועדת אגרנט אשר המליצה המלצות שונות ובעקבותיהן הרמטכ"ל נאלץ להתפטר.

ועדה זו עסקה בשאלה האם שר הביטחון צריך לתת את הדין או רק הרמטכ"ל ? הוועדה קבעה כי אין לו אחריות אישית.

באשר לשאלה **אם יש לו אחריות מיניסטרואלית**, השר האחראי על הצבא / הרמטכ"ל ? לכן הועדה אמרה כי לא מתפקידה להיכנס לנושא זה. הוועדה ציינה כי הדין בישראל דל בסוגיות אילו שאפילו אין קביעה מי ממנה את הרמטכ"ל. בסוף הדוח המליצה להדגיש בחוק את סמכויות הנפשות הפועלות. **על דוח זה נמתחה ביקורת קשה**, יש סוברים כי שר הביטחון היה בעל אחריות לא רק מיניסטרואלית אלא אחראי גם על גיוס מילואים.

לקח מוועדת אגרנט – הממשלה בכנסת יישמה לכאורה את וועדת אגרנט, ב-1977 חוקק **חוק יסוד הצבא**.

זהו חוק יסוד אך הוא לא משוריין ולכן ניתן לשנות אותו בחוק יסוד רגיל, משהו בולט בחוק זה שחסרה אישיות מסוימת. משום מה, למרות שוועדת אגרנט אמרה כי יש להסדיר את יחסי ראש הממשלה הוא נעלם מהחוק הזה. **המרצה סובר** כי בעקבות מלחמת יום הכיפורים היה משבר פוליטי גדול מאוד ולא היה רצון לסבך את כל האישים הגדולים והמכובדים הללו מפני שהדבר עלול היה לגרום להפסקת תפקידם.

דיני צבא - זוהר פרג' אוליננקו

היחסים בין רבין לפרס היו מאוד מורכבים ולכן לא הכניסו את ראש הממשלה, אך זה לא פוטר אותנו מלדון בשאלה האם לראש הממשלה בגלל שהוא נעדר מהחוק יש סמכות להורות לצבא לתת הוראות ?

הדעה המקובלת היא שיש לו סמכות שנובעת מכמה סיבות :

- א. יש נוהג במדינת ישראל שראש הממשלה אכן נותן הוראות והצבא מקיים. למשל, במלחמת יום הכיפורים הייתה מחלוקת גדולה, הרמטכ"ל חשב שצריך לגייס את כוחות המילואים ובזמנו שר הביטחון דיין התנגד. במחלוקת זו הכריעה גולדה מאיר ראש הממשלה.
- ב. לפי חוק הממשלה, ראש הממשלה הוא יו"ר וועדת השרים לענייני ביטחון, כל שר אחראי בפניו על ביצוע תפקידו וראש הממשלה רשאי לפטרו. ניתן ללמוד כי רוה"מ רשאי לפטר שר שלא מציית לו ואין ספק שמעמדו המרכזי בענייני ביטחון צריך להקנות לו מעמד של מתן הוראות לרמטכ"ל.
- ג. יש לזכור את העובדה כי רוה"מ בארץ ממונה על השב"כ, המוסד ושני הגופים הללו עובדים וצריכים לעבוד בתיאום ממשי ומשמעותי עם הצבא. ולא יכול להיות שלא תהיה דמות מרכזית אחת שתוכל ליצור את התיאום הזה ותכריע במחלוקות.

סעיפי החוק - מה החוק פתר באופן מעשי ?

ניתן לראות בחוק כי **ידוע איך מתמנה הרמטכ"ל** -

3. (א) הדרג הפיקודי העליון בצבא הוא ראש המטה הכללי.

(ב) ראש המטה הכללי נתון למרות הממשלה וכפוף לשר הביטחון.

(ג) ראש המטה הכללי יתמנה בידי הממשלה לפי המלצת שר הביטחון. - ס' זה בעל חשיבות רבה כי לפי המשפט המנהלי מי שמוסמך למנות הוא גם מי שמוסמך לפטר וזה סעיף המקנה סמכות לממשלה לפטר את הרמטכ"ל וזה מצביע פעם נוספת על המרות של הממשלה על הצבא.

בס' 3 א' נקבע שהדרג הפיקודי העליון בצבא הוא ראש המטה הכללי.

כאורה יכולה לעלות השאלה, **בשביל מה היה צריך לקבוע בחוק יסוד שדרג פיקודי עליון בצבא הוא רמטכ"ל ?**, הרי הדבר ברור (בעל הדרגה הגבוה ביותר, לפי חוק השיפוט הצבאי מוסמך להוציא פקודות מטכ"ל, מוסמך לתת פקודות בעל פה).

מפקד מוגדר בחוק השיפוט הצבאי, מי שהוא הגבוה בדרגה / מי שלפי הנוהג רשאי לתת פקודות. יש לכך 3 הסברים :

- א. רצו להדגיש שהרמטכ"ל הוא הדרג הפיקודי העליון בצבא ולא מחוצה לו.
- ב. הרמטכ"ל הוא הדרג הפיקודי העליון בצבא אז אף אחד לא יכול לתת פקודות לצבא שלא עוברות דרך הרמטכ"ל. רוה"מ / שר הביטחון וכו' לא יכולים להורות לאלוף מסוים לבצע פעולה מסוימת.
- ג. תעלה בהמשך השנה (מופיעה בעמוד 6).
- ס' 2 א' - "הצבא נתון למרות הממשלה".
- ס' 3 ב' - הצבא נתון למרות הממשלה והרמטכ"ל כפוף לשר הביטחון.

האם מרות שונה מכפיפות ? האם מה שמותר לממשלה לא מותר לשר הביטחון ? כאשר דנים על סוגי מרות או כפיפות ניתן בגדול לראות כי ישנם **2 סוגים** :

מרות אסטרטגית : מרות לכל אותם עניינים שהמכנה המשותף שלהם שהם גדולים, מדיניים, כרוכים בחיי אדם בסדר גודל עצום. לדוג' להפציץ כפר בלבנון או מחנה פליטים עם מאות הרוגים. מצב זה יכול להביא להשלכות שליליות וחמורות. ההחלטה להגיע למו"מ עם מחבלים או שמא לגרום להרג של מחבלים, מדובר בשאלה אסטרטגית.

לעומת זאת, יש **מרות טקטיות / אופרטיביות** : שחרור בני ערובה זו החלטה אסטרטגית אך האם ברגע הפעילות להשתמש בסיירת מטכ"ל / גולני / צנחנים ובאיזה נשק להשתמש זוהי החלטה טקטית ולא אסטרטגית. הדבר לא מעמיד את מ"י בבעיה מדינית גדולה, יש לזכור כי לכל החלטה כזו יכולה להיות השלכה גדולה.

עולה השאלה שהצבא נתון למרות הממשלה, האם הממשלה יכולה להורות לו החלטות אסטרטגיות ? כן ! זו המומחיות של הממשלה ויודעת מה יקרה במידה ונבצע פעילות צבאית בקרב העולם. מבחינה מוסרית בפירוש זה תחום המומחיות של הממשלה.

השאלה היא האם הממשלה יכולה להורות לבצע באמצעות הרמטכ"ל איך לפעול מבחינה טקטית ?

המצדדים יגידו שהממשלה היא הכל, הרי מדובר במדינה דמוקרטית.

המתנגדים לפרשנות הזו יכולים לומר כי זה לא בתחום המומחיות של הממשלה. את ההוראות הללו יש להשאיר לרמטכ"ל, בגלל זה הוא הדרג הפיקודי העליון.

כיום, **הדעה המקובלת** היא שהממשלה מוסמכת להורות לצבא הכל כי זו מהות הדמוקרטיה !!! הממשלה לא תמיד מבינה בכל העניינים הללו אך צריך לתת לה את הקרדיט כי אם היא לא תבין בתחום מסוים היא לא תקבל הוא החלטות.

לגישה זו יש חשיבות ערכית חינוכית, לפעמים ההבחנה בין טקטי לאסטרטגי היא לא ברורה. השאלה היא האם לתת סיוע ארטילרי היא שאלה טקטי אך יכולה להתפתח לאסטרטגית.

הממשלה רשאית להורות בשני התחומים, איך היא תפעיל את שיקול דעתה ? אין לה מומחים בכל התחומים. ב'91 תוקן חוק יסוד הממשלה ונקבע בו שלממשלה יהיה צוות שיקים וירכיב רה"מ ליעוץ מקצועי קבוע בתחומי הביטחון הלאומי וראש הממשלה רשאי להטיל על הצוות תחומי ייעוץ נוספים.

בשנת 2008 עשו הממשלה והכנסת דבר חכם והקימו את **חוק המטה לביטחון לאומי** ולכן הוקם מטה לביטחון לאומי. נאמר בו כי לממשלה יהיה מטה לביטחון לאומי אשר הוא ישמש גף מטה לראש הממשלה ולממשלה.

החוק מגדיר את תפקידי המטה לביטחון הלאומי : הוא אמור לרכז את עבודות המטה, מקבל את החומר הרלוונטי המועבר לרה"מ, להכין דיוני ממשלה, בחוק קבוע מי יהיה ראש המטה, ראש המטה יזומן על דרך קבע לכל ישיבת ממשלה ושל ועדת שרים לענייני ביטחון. המטה בעל חשיבות, יושבים בו אנשים בעלי ניסיון היכולים להמליץ לממשלה מה לעשות. חשיבות נוספת היא שהממשלה ביחסי ביטחון יכולה לשמוע את הממשלה וגם גוף אחר המתנגד לקווי הצבא. הרעיון בקבלת החלטות הוא סיעור מוחות, לשמוע את כל הצדדים וכל הדעות. אם ממנים אדם שיש לו חובת נאמנות לצבא ואף שואף להיות רמטכ"ל עלול להיווצר מצב של ניגוד עניינים.

בג"ץ 6777/00 – בג"ץ דחה את העתירה ונקבע שלא מדובר במודל אופטימלי אבל אין להוציא את מודל זה ממתחם הסבירות.

ס' 4 – החובה לשרת בצבא והגיוס לצבא יהיו כפי שנקבע בחוק או מכוחו.

חובה לשרת בצבא והגיוס לצבא יהיו כפי שנקבע בחוק או מכוחו. פקודת צה"ל בהתאם לפקודת סדרי שלטון ומשפט קבעה שיוקם צבא לשם הגנת המדינה. לכאורה הדברים ברורים אך אין ניתן להסביר את זה כי ישנם חיילים המשרתים במשרד

דיני צבא - זוהר פרג' אולינקו

הביטחון, השב"כ ובמשרדי ממשלה אחרים? איך זה מתיישב עם זה שזה לא צבא? בשנת '95 התעוררה השאלה ובאמת המחוקק תיקן את החוק והוסיף אחר הגנת המדינה "לשם השגת יעדיה הביטחוניים לאומיים" ועוד תיקנה הכנסת את חוק שירות הביטחון וקבעה בס' 26 א' כי שר הביטחון רשאי להורות על שירות מוכר במשרד הביטחון ובמשרד רוה"מ ותחומי הביטחון וביחידות צבאיות במסגרת משרד ממשלתי שתכליתו להשיג יעד בטחוני לאומי בתחומי עליה וקליטה, חינוך, בריאות, הגנת העורף וכו'. לכאורה פתרו את הבעיה.

אנו יודעים לפי ס' 2 א' שהצבא נתון למרות הממשלה ולפי ס' 3 ב' שהוא כפוף לשר הביטחון.

מה קורה שיש מחלוקת בין הממשלה לשר הביטחון? מצב זה התעורר בפרשת אלון מורה שהצבא חשבה שיש צורך בטחוני להקים התנחלות ושר הביטחון התנגד לכך. הוגש בג"ץ וברוב של 2 דעות הוחלט כי ברור הממשלה היא המכריעה בכל מקרה של מחלוקת משום שלפי ס' 2 ב' לחוק השר הממונה מטעם הממשלה הוא שר הביטחון, אם הוא חולק על הממשלה יש לבצע את מה שהממשלה אומרת ולא את מה ששר הביטחון אומר.

לפי ס' 33 א' לחוק יסוד הממשלה, היא רשאית לאצול את סמכויותיה לשר אחר. **האם הממשלה יכולה לבוא ולהחליט שהיא אוצלת את סמכויות המרות שלה על הצבא לשר התחבורה?** – אין פסיקה של בג"ץ אך הפרשנות הנכונה היא שבשום פנים ואופן לא משום שס' 33 ה' לחוק יסוד הממשלה קובע כי האצלת סמכויות אפשרית רק אם אין כוונה אחרת משתמעת. **לדעת המרצה** חוק יסוד הצבא הוא חוק מיוחד אשר גובר על חוק כללי.

קיימת בעיה נוספת, **מה סמכויותיו של שר הביטחון כלפי הצבא?** הרמטכ"ל כפוף לשר הביטחון ועל כן יש לציית לו. נשאלת השאלה **איזה סוג של כפיפות יש לרמטכ"ל ששר הביטחון נותן לו הוראות?** עד היום לא הוכרעה לחלוטין גישה מקובלת בין 3 גישות אפשריות:

א. **כפיפות מוחלטת** – כאשר פקוד כפוף למפקד. המגבלות היחידות שחלות על השר היא כל עוד הממשלה לא החליטה אחרת. בנוסף, כל הוראה למעט חריגים תינתן ע"י הרמטכ"ל. המצדדים בגישה זו אומרים שהיא מתיישבת עם האחריות של השר ואומרים כי שר יכול להסתבך בגלל פעולות הצבא עד כדי פיטוריו ואם יש סיכון כזה אז יש לתת לו סמכות שירה בהכל. בנוסף, הם מסתמכים על מה שאמר שר המשפטים שהביא את חוק יסוד הצבא לאישור הכנסת. 3 ח"כים אמרו כי יש חוסר בהירות, למה הכוונה בכפוף? השר אמר כי הכפיפות היא מוחלטת בכל תחום, לכל דבר ובעל עניין.

ב. **כפיפות בעניינים אסטרטגיים ולא בעניינים טקטיים** - אחרים טוענים כי לשר יש סמכות להורות הוראות רק במישור האסטרטגי ולא במישור הטקטי. הם אומרים כי קודם כל יש לעשות הבחנה שהחוק עושה בין מרות לכפיפות, הרמטכ"ל רק כפוף לשר הביטחון, השוני הלשוני צריך להוביל לגישה שונה בעניין הסמכות. מעבר לזה, ניתן לטעון כי שר הביטחון לא בהכרח מבין בעניינים טקטיים אופרטיביים. עוד אומרים, לתת לאדם אחד להורות לצבא בכל התחומים זהו סיכון, הוא איש פוליטי ויש אפשרות שתהיה לו חשיבה פוליטית בהוראות.

ג. **גישת ביניים** – שר הביטחון בנושאים האסטרטגיים רשאי להורות הכל, בנושאים הטקטיים הוא לא יכול להורות אלא לומר לרמטכ"ל שיקבל החלטה במישור זה אך יש להביא אותה לאישורו של שר הביטחון. זו הגישה החלשה ביותר.

בין 2 הגישות אין הכרעה וזה עלול לבוא לביטוי במלחמה ולא יהיה מי שיפרש זאת. היו ניסיונות להגיע להסכמה אך ללא הצלחה.

האם שר הביטחון יכול להורות לצבא לפתוח במלחמה ? אין תשובה חד משמעית לשאלה, אך ס' 40 א' לחוק יסוד הממשלה אומר כי –

(א) המדינה לא תפתח במלחמה אלא מכוח החלטת הממשלה.

(ב) אין בסעיף זה כדי למנוע פעולות צבאיות הנדרשות למטרת הגנה על המדינה וביטחון הציבור.

(ג) הודעה על החלטת הממשלה לפתוח במלחמה לפי סעיף קטן (א) תימסר לועדת החוץ והביטחון של הכנסת בהקדם האפשרי; ראש הממשלה ימסור את ההודעה בהקדם האפשרי גם במליאת הכנסת; הודעה על פעולות צבאיות כאמור בסעיף קטן (ב) תימסר לועדת החוץ והביטחון של הכנסת בהקדם האפשרי.

הסעיף קובע כי מדינה לא תפתח במלחמה אלא מכוח החלטת הממשלה. **בסעיף ב'** נאמר אין בס' זה כדי למנוע פעולות צבאיות הנדרשות למטרת הגנה על המדינה וביטחון הציבור.

במילים אחרות, אם מחר האויב מפתיע ופותח במלחמה או במתקפה שכדי לסקל אותה יש לפתוח מיד במלחמה ואין זמן לחכות להחלטת הקבינט, לכן לפעולת מגננה לא צריך החלטת ממשלה. מה קורה שיוצאים למבצע שהשר או חלק מהשרים יודעים שהיא תפתח למלחמה? לכאורה לא צריך החלטת ממשלה כי זה מבצע. כיצד מבחינים בין מבצע למלחמה היא שאלה חשובה אך אין לה תשובה, שאלה זו זהה לשאלה איך מבחינים בין מס' פרות לעדר פרות?

אחת השאלות הקשות שגם לה אין פתרון מוחלט ביחסי שר הביטחון רמטכ"ל היא הבעיה שאנו נתקלים בה למקרא ס' 34 **לחוק יסוד הממשלה –**

"שר הממונה על ביצועו של חוק רשאי ליטול לעצמו כל סמכות, למעט סמכות בעלת אופי שיפוטי, הנתונה על פי אותו חוק לעובד המדינה, אם אין כוונה אחרת משתמעת מן החוק; השר רשאי לעשות כאמור לעניין מסוים או לתקופה מסוימת".

ס' זה קובע כי שר הממונה על ביצועו של חוק רשאי ליטול לעצמו כל סמכות למעט סמכות בעלת אופי שיפוטי הנתונה על פי אותו חוק לעובד מדינה אם אין כוונה אחרת משתמעת מהחוק. עולה על הפרק השאלה **האם שר הביטחון רשאי ליטול סמכויות של הרמטכ"ל ?** לצורך זה יש לדעת כי שר הביטחון ממונה על שיפוטו של חוק שיפוט צבאי, שר הממונה על חוק זה הוא יכול ליטול על עצמו סמכויות של עובד מדינה.

כל שר רשאי ליטול על עצמו סמכויות של עובד מדינה, **האם איש צבא קבע (רמטכ"ל) הוא עובד מדינה ?** לפי פסיקה מסורתית של העליון בבג"ץ **אילן עובד** התעוררה השאלה האם חייל יכול לפנות לבית הדין לעבודה? **נקבע כי חייל הוא סטטוס מיוחד שנוצר לפי פקודות הצבא ולא עובד מדינה – לצורך דיני עבודה.**

לעניין חיקוקים מסוימים הוא כן יכול להיחשב כעובד מדינה, הפרשנות של חוקי יסוד היא רחבה. לפני הרבה שנים, היה מקרה בו סא"ל בצבא אשר פינה כדין מתנחלים מקבר יוסף, הם טענו כי היה שימוש בכוח לא סביר ולכן נקטו בקובלנה פלילית פרטית (= בסעיפים מסוימים יכול אזרח להיכנס לנעלי התביעה ולהגיש קובלנה, מעין כתב אישום, כנגד אדם מסוים בעילות מסוימות המצויות בחוק בניהן תקיפה). חוק סדר הדין הפלילי מסדיר את הפרוצדורה הזו ובו נאמר כי לא תוגש קובלנה פלילית פרטית כנגד עובד מדינה על מעשה שעשה במילוי תפקידו אלא באישור היועמ"ש. הרציונל של הדבר הוא כי אנשי הממסד יפחדו למלא את תפקידם. **התעוררה השאלה האם הסא"ל עובד מדינה ?** המרצה פנה ליועמ"ש וביקש שיתערב בהליך כי לדעתו חייל הוא עובד מדינה, ההשקפה הרגילה הייתה שחייל הוא אינו עובד מדינה. המרצה דאז הסנגור הצבאי הראשי העלה את הטענה ומחק את הקובלנה הפלילית הפרטית והקובלים הגישו ערעור לבית משפט המחוזי בתל אביב – שם, בתחילת הדיון הציע לקובלים למחוק את הערעור משום שניתן לפנות למשטרה ולא צריך להגיש קובלנה פלילית פרטית. אך זו הייתה טענתם כי חייל הוא לא עובד מדינה. בית משפט אמר שהם יכולים לטעון אך ניתן לדחות את הערעור ולהטיל עליהם הוצאות.

אין הלכה אך יש תקדים מחייב של בית משפט השלום שלצורך קובלנה פלילית פרטית חייל הוא עובד מדינה .

בבג"ץ קהלני העליון השאיר בצריך עיון את השאלה האם חייל עובד מדינה?

תעלה השאלה האם כוונה אחרת משתמעת ? הסמכות ליטול את סמכויות הרמטכ"ל זה רק אם לא משתמעת כוונה אחרת

למה חוק יסוד הצבא מצא לנכון לציין שהרמטכ"ל הוא הדרג הפיקודי העליון בצבא (דבר ברור מחוק השיפוט הצבאי) :

הסיבה השלישית, משתמעת כוונה אחרת, אם הרמטכ"ל הוא הדרג הפיקודי העליון בצבע ושר הביטחון רשאי ליטול את סמכויותיו אזי מי שהופך לדרג הפיקודי העליון בצבע זהו השר. לכן, **לדעת המרצה** משתמעת כוונה כי הרמטכ"ל הוא הדרג העליון הבכיר. דבר זה מאוד בעייתי כי אישיות פוליטית רשאית ליטול סמכויות וזה עלול להגיע לצעדים הפוגעים קשות בדמוי. יש לשים לב כי לא כתוב בחוק יסוד הצבא ששר הביטחון ממונה על ביצועו של חוק יסוד הצבא ולכן בחוק יסוד שיפוט צבאי רשום מפורשות שהשר ממונה על ביצועו. יכולה גם להיטען הטענה, לדעת המרצה היא לא נכונה, שר הביטחון בעצם ממונה גם לפחות בעקיפין על ביצועו של חוק יסוד הצבא שהרי כתוב **ס' 2 ב' לחוק יסוד הצבא** שהשר הממונה מטעם הממשלה על הצבא הוא שר הביטחון. יכולה להיטען הטענה כי בעצם שר הביטחון ממונה גם על חוק יסוד הצבא ואז הוא יכול גם לכאורה ליטול את סמכותו של הרמטכ"ל להיות הדרג הפיקודי העליון הצבא.

האצלת סמכויות -

סעיף 33 ב' לחוק יסוד הממשלה אשר קובע ש"סמכות הנתונה לאחד השרים על פי חוק למעט סמכות להתקין תקנות רשאי השר לאצול לעובד ציבור. "

האם לאור הסעיף הזה יכול השר להאציל את סמכויותיו למנכ"ל משרד הביטחון ? אין כאן הכרעה אף יש לקבל את הגישה שהוא לא יכול כי החוק עצמו קבע שחקנים בלעדיים שמשחקים או מתגוששים במגרש הזה ומדובר בממשלה, שר הביטחון, רמטכ"ל וכלל הנראה גם ראש הממשלה. לכן, ככל הנראה שר אינו רשאי משום שכוונה אחרת משתמעת.

סעיף 25 ב' לחוק יסוד הממשלה קובע כי " סגן שר יפעל בכנסת ובמשרד שנתמנה לו בשם חבר הממשלה שמינה אותו ובמסגרת העניינים שמסר לו. "

האם השר יכול להסמיך את סגנו לתת הוראות לרמטכ"ל ? לדעת המרצה, אותה תשובה ראוייה גם לשאלה הזו. חוק יסוד הצבא יצר מציאות מיוחדת עם שחקנים ראשיים בלי שחקני משנה, שלא נדבר על כך שיש מקרה שסעיף 25 ב' להתווכח על השאלה האם הצבא זה משרד שאותו שר מתמנה בו? לגבי משרד הביטחון אין נפקא מינה שהוא יכול להאציל סמכויות על סגנו כי כתוב מפורשות שהוא רשאי להאציל סמכות לחבר הממשלה. אך האם גם הצבא הוא משרד שסגן שר מתמנה להיות בו או לטפל בענייניו? גם זה מחזק את הטענה שלא ניתן להאציל סמכות לסגן השר.

לסיכום חוק יסוד הצבא,

1. לממשלה יש מרות מלאה על הצבא בכל התחומים, גם האסטרטגי וגם האופרטיבי.
2. הרמטכ"ל הוא הדרג הפיקודי העליון בצבא, לכן כל הוראה של השר או רוה"מ חייבת להיעשות ככלל דרך הרמטכ"ל ורק במקרים חריגים הממשלה או השר רשאים להורות ישירות לדרג שכפוף לרמטכ"ל.
3. עד היום, טרם הוכרעה השאלה האם לשר הביטחון יש סמכויות גם בתחום הטקטי אופרטיבי, אבל לפחות לפי "אדריכלי החוק- שר המשפטים, יו"ר הוועדה- הסמכויות הן בכל התחומים. לא תמיד השר ישתמש בהן, לא תמיד זה יהיה סביר שהוא ישתמש בהן, ברם ככל הנראה יש לו סמכויות רחבות.
4. במקרה של חילוקי דעות בין הממשלה לשר הביטחון דעת הממשלה היא הקובעת שכן שר ממונה מטעם הממשלה (יונק את סמכויותיו מהממשלה), לכן בכל מחלוקת דעת הממשלה היא הקובעת.
5. אולי נשארה אי בהירות לגבי סמכויות ראש הממשלה אבל הדעת נותנת שגם לראש הממשלה יש סמכויות כמו לשר הביטחון כלפי הצבא.
6. נמנה מפורשות איך מתמנה רמטכ"ל ע"י שר הביטחון והמשמעות החשובה יותר היא שגם ההחלטה להעביר אותו מתפקידו צריכה על פי כללי המשפט המנהלי צריכה להיות באותה דרך. כלומר, כדי להדיח את הרמטכ"ל הממשלה בהמלצת שר הביטחון יכולים להדיח אותו. **רק הממשלה ולא שר- חשוב מאוד !!!**
7. ניתן להתווכח על סמכויות שגן השר בהנחה שהשר מאציל לו סמכויות אבל ככל הנראה לפי דעת המרצה אין לו סמכויות.

8. אם יש מחלוקת בין השר לבין הרמטכ"ל, הרמטכ"ל רשאי להביא אותה להחלטת הממשלה.
9. ככל הנראה השר לא יכול לאצול את סמכויותיו לעובד ציבור.
10. ככל הנראה אין השר יכול ליטול א סמכויות הרמטכ"ל.

שר הביטחון רשאי להורות בנושאים מסוימים לרמטכ"ל. **מה קורה אם הרמטכ"ל עובר עבירה שהוא לא מקיים את ההוראה של השר ?** בחוק השיפוט הצבאי קיימת עבירה של אי קיום פקודה, אבל **מתי יש לעבירה זו תחולה ?** שחייל לא מקיים הוראה של המפקד שלו. שר הביטחון הוא לא מפקד, הוא לא בהיררכיה הצבאית. ככל הנראה, מכיוון שזה בלתי נתפס שרמטכ"ל לא ימלא הוראות של שר, יהיה אפשר להעמיד את הרמטכ"ל לדין על עבירה של התנהגות שאינה הולמת. זו עבירה החלה בדרגת סמ"ל ומעלה. עבירה נוספת שהיא עבירת סל בחוק השיפוט הצבאי היא עבירה של פגיעה במשמעת, מדובר בעבירה שאין לה מקום בקודקס פלילי. הרציונל הוא שהצבא צריך להיות ממושמע, במידה ולא יהיה כזה הוא סכנה לדמו'. אי אפשר להגדיר בפקודות הצבא את כלל הפעולות הפוגעות במשמעת. אם הרמטכ"ל מסרב לקיים פקודה של השר ניתן להעמיד אותו לדין גם בגין פגיעה במשמעת.

מה קורה אם מפקד צבאי מקבל הוראה סותרת משר הביטחון / הממשלה מצד אחד ומרמטכ"ל מצד שני ? לכאורה על פי החוק חייב גם אם הוא לא מקיים את הוראת הרמטכ"ל, יש לו סירוב שזו עבירה פלילית צבאית, ואם הוא לא מקיים את הוראת הממשלה / השר אז הוא לכאורה עובד עבירה של התנהגות שאינה הולמת או פגיעה במשמעת. אז מה ודרך מי הוא צריך ללכת ? – **לדעת המרצה**, בממשלה דמוקרטית זה בלתי נסבל שלא מקיימים הוראה של ממשלה או שר, במקרה שבו המשטר הדמוקרטי מחייב את הוראות הדרג המדיני. מה שמצופה מאלוף הפיקוד הוא להגיד לרמטכ"ל כי הוראה מהשר היא סותרת, יש לחייב את הוראת השר אלא אם כן אתה מביא זאת לערעור בפני הממשלה. לכן, יש לקיים את הוראת הדרג המדיני.

חוק שירות הביטחון הכללי - דומה מאוד לחוק יסוד הצבא שגם כאן יכולות להתעורר בעיות דומות.

חוק השיפוט הצבאי – חש"צ

מדובר בחוק שחוקק ע"י הכנסת בשנת 1955, חלק גדול ממנו שאוב מהמסורת הבריטית. חלק נכבד מחוק זה עוסק במשפט הפלילי. מקים את בית הדין הצבאי על כל ערכאותיו, קובע את זכות הערעור ובמקרים מיוחדים יש סמכות ערעור לבית המשפט העליון. חלק גדול ונכבד מסוגיות משפטיות ברומו של העולם המשפטי התחילו בבית דין צבאי. מנגנון הסנגוריה הצבאית.

כאשר דנים בחוק פלילי בחוק השיפוט הצבאי **מתעוררת השאלה מהי התחולה של חוק השיפוט הצבאי ועל מי חל חוק השיפוט הצבאי ?** כאשר מדובר על תחולה נשאלת השאלה מהי התחולה הפרסונלית? כאשר זה חל על חייל מהי ההגדרה של חייל ? – **הגדרת חייל מופיע בס' 1 לחש"צ** והוא מוגדר כאדם שנמנה עם הכוחות הסדירים של הצבא, חייל בשירות סדיר (=שירות קבע וחובה). התוספת להגדרת חייל היא אדם שנמנה עם כוחות המילואים של הצבא כשהוא בשירות. במילים אחרות, חייל הוא אדם בשירות קבע, חובה ובשירות מילואים פעיל.

מה קורה שמישהו גויס בטעות ? חוק שירות ביטחון קובע את מי ניתן לגייס. נניח כי א' בעל פרופיל נמוך ואין לגייסו ולמרות זאת גייסו אותו בטעות. **האם גיוס בטעות ניתן להחיל את בטלו מעיקרו כי אין סמכות לגייס שלא בהתנדבות? סעיף 4 לחוק השיפוט הצבאי** קובע "שמי שנתקבל כדין או דימו בתום לב שנתקבל כדין לכוחות הסדירים של הצבא או לשירות בכוחות המילואים ... יחול עליו חוק זה כל עוד לא קיבל שחרור מן הכוחות הסדירים או מאותו שירות מילואים". **ס' 16 קובע** " מי שאינו חייל כהגדרתו בסעיף 1 וחוק זה חל עליו, יהיה דינו לעניין חוק זה כדין חייל וכל מקום שמדובר בחוק זה על חייל גם אדם כאמור במשמע ולו כשאין הוראה אחרת ".

במילים אחרות, אמרו מעתה של מקום שחוק השיפוט הצבאי חל על אדם מסוים אז הוא נחשב לחייל. לדוגמא – אדם שזומן שלא כדין לשירות מילואים. אם בתום לב הוא זומן שלא כדין, החוק חל עליו. מדובר בטכניקה משפטית של עובדה שלא קיימת. צריך להיות היגיון / רציונל בדבר כזה שבו מפקדים חושבים בתום לב שהם חיילים על כל המשתמע מכך.

דיני צבא - זוהר פרג' אוליננקו

ע' 20/78 – ע' 52/96 – נאמר שם שהסעיפים הללו נועדו למנוע סייג דין עצמי של חייל וזה נכון גם למקרים בהם החייל לא התריע שגייסו אותו בטעות וגם למקרים שהתריע אבל המפקדים חשבו בתו"ל שהגיוס שלהם היה כדון.

השאלה השנייה שיש לדון בה היא **תחולה מבחינת הזמן** – אם מישו עבר עבירה בהיותו חייל, כמה זמן חל עליו חוק השיפוט הצבאי? האם ניתן להעמיד לדין אחרי השחרור? מהו תאריך השחרור שנחשב לצורך העניין? כמוכן נשאלת השאלה של **התחולה הטריטוריאלית**, האם כאשר הוא מבצע עבירה בלבנון או בפריז האם אפשר ובאילו תנאים מעמידים אותו לדין? וישנה **תחולה מבחינת עבירות**, ישנן עבירות לפי חוק השיפוט הצבאי שניתן לייחס אותם לאזרחים.

שיעור 3 – 12.11.2017

תכולה פרסונלית וחיילים במנוח הצר -

גיוס בניגוד לפקודת הצבא קובע כי הייתה התרשלות, נקבע בערעור 159/60 כי גם התרשלות לא שוללת את תום הלב של המפקדים ולכן הוא נחשב כחייל.

לאחר מכן שונה החוק, תוקן המצב ע"י **חוק שירות המילואים שקובע בס' 11**: "אם איש מילואים זומן שלא לפי הכללים והדבר הובא לידיעת המפקדים, לידיעת הגורם שנקבע לכך בפקודות הצבא אזי הוא חייב לבטל את הצו או לתקן אותו. אם איש המילואים לא קיבל תשובה על פנייתו, כלומר הצו לא תוקן או בוטל אזי הוא חייב להתייצב לשירות ומי שעשה כך, לא ישרת שירות מילואים אלא אם כן תוקן הצו לשירות המילואים או נמסר לו שהגורם המוסמך החליט שקריאתו נעשתה כדון לפי הכללים." "

יש לשים לב :

- א. איש מילואים שקיבל צו שלא כדון- יכול לפנות לגורם המוסמך שיבטל/ יתקן את הצו.
- ב. אם לא קיבל את הצו, עליו להתייצב אך לא ישרת אם הצו לא תוקן או בוטל.

הס' הנ"ל שהוא סעיף מאוחר לחש"צ (חוק השיפוט הצבאי- ס' 16 שקובע כי מי שאינו חייל חוק זה חל עליו- לדוגמא מי שדימו שגויס בתום לב כדון- נחשב חייל).

מצד אחד ניתן לומר כי נניח שאיש מילואים פונה ולא מקבל תשובה והמפקדים מדמים בתום לב שהוא אכן חייל וגויס כדון. מצד שני כתוב בס' 11 בחוק המילואים שהוא לא ישרת אלא אם כן מתקנים את הצו או שהצו תקף.

מה גובר על מה? הכלל הוא שחוק מאוחר גובר על חוק מוקדם אלא אם כן יש חוק ספציפי. מצד אחד ניתן לטעון כי הרציונל שמי שגויס בתום לב **שהחש"צ** מחיל את עצמו עליו ונחשב לחייל היא המשמעת הצבאית, לכן צרכי המשמעת הצבאית חייבו כלל מיוחד כזה. מצד שני, ניתן לומר כי מדובר באיש מילואים איש שהוא אזרח לכן ראו צורך להחיל חוק מיוחד.

שתי הדעות הנ"ל לגיטימיות, ברם אין עדיין הכרעה.

לדעת המרצה, מצב זה קורה לעיתים רבות במילואים שחושבים שהמפקדים סוברים בתום לב שהוא חייל והאיש המילואים טרם קיבל תשובה לצו שלו.

חובת ההוכחה של תו"ל היא על התביעה.

שאלה נוספת העולה בנושא **התחולה בפרסונלית**, מה קורה כאשר חייל מתגייס במרמה? לדוג', החייל מגיע ללשכת גיוס ומזייף את הבדיקות הרפואיות שלו (צריך להיות פטור משירות) וכך גיוסו במרמה. ניתן לראות כי בעת ביצוע הזיוף, בלשכת הגיוס הוא לא חייל.

המחוקק רצה לתת לצבא סמכות לטפל בנושא זה ולכן קבע את ס' 96 לחש"צ – עבירה של התגייסות במרמה "מי שהתקבל לכוחו הסדירים או לכוחות המילואים ולפני שנתקבל לכוחות אלה, השתמש בטענות שווא, העלים פרטים חשובים או השתמש באמצעי הונאה אחרים לגבי כשורות להתקבל כאמור, רואים אותו כחייל משעת העבירה ודינו מאסר שנה".

במילים אחרות, מי שרימה באשר לכושרו רואים אותו כחייל משעת העבירה, אם אדם היה בלשכת גיוס ב-1.1 ורימה בעניין הבדיקות הרפואיות, מאוחר יותר ב-1.8 בזמן הגיוס ניתן לשפוט אותו על העבירה אך ניתן גם לפני זה, בעת גילוי התרמית רואים אותו כחייל משעת ביצוע העבירה ולכן יש את הסמכות. ב-2.2 האדם מתייצב בלשכת גיוס להמשך ההליך ואז הוא תוקף את מפקד לשכת הגיוס שהוא חייל. הוא מועמד לדין במסגרת הצבא על אלימות כלפי חייל ממלא תפקיד.

האם ניתן להעמיד אותו לדין לגבי עבירת התקיפה בצבא ? – אין תשובה בחוק, **דעת המרצה** היא שלא ניתן לשפוט אותו על עבירת התקיפה וזאת למרות שבלשון החוק נכתב כי אכן ישנה אפשרות לשפוט אותו לפני טרם היותו חייל. אך הרציונל של ס' 96 הוא לאפשר לצבא לאפשר בכל אותם מזייפים ומרמים ולכן "רואים אותו כחייל" מופיע בס' זה ולא בס' אחרים העוסקים בתחולה. במילים אחרות, המרצה סובר כי יש לפרש את החוק באופן צר אך ורק לגבי עבירות מרמה ולא מעבר.

ממתי עד מתי נחשב אדם לחייל ומשמעותו בחש"צ ? – נניח שאיש מילואים זומן למילואים ב-1.1 אך הוא לא התייצב, הוא נתפס מאוחר יותר ומואשם בעבירת נפקדות / עריקה. איש המילואים טוען כי הוא לא הפך לחייל ועל כן אין להאשימו בנפקדות. התשובה היא שאפשר להאשימו גם בנפקדות ובכל עבירה אחרת שהוא מבצע לאחר המועד בו אמור היה להתייצב כדין וזה נובע מס' 13 בחוק המילואים "חייל מילואים החייב להתייצב לשירות מילואים רואים אותו לעניין חוק השיפוט הצבאי כאילו היה בשירות מן הזמן שנקבע להתייצבותו או בקריאה לפי חוק זה, לא התייצב בלא צידוק מספיק רואים אותו כאילו באותו זמן עזב את השירות שלא ברשות". במילים אחרות, החייל נחשב כחייל מהיום בו היה צריך להתייצב.

נניח שחייל החובה / המילואים היה צריך להתייצב ב-1.1 ולא התייצבו, ב-2.1 הגיע שוטר צבאי לעצור אותו ורואה אותו צורך סם. החייל מועמד לדין על נפקדות ובנוסף על שימוש בסם. **האם ניתן להעמיד אותו לדין על השימוש בסם ?** – לכאורה אם שמים את הדגש על הרישאה של הס' אזי אפשרי כי רואים אותו כחייל אך יש גם סיפא, אזי ניתן לנסות לטעון כי הס' חל רק על עבירת הנפקדות (גם חייל שלא התייצב לשירות ולכאורה לא חויל אזי עובר עבירת נפקדות).

ע' 56/86 – אדם שלא התייצב במועד ונתפס בבית בעת צריכת סמים. הסניגור טען כי אין סמכות לבית הדין הצבאי לשפוט אותו כי הס' התכוון ליצור תחולה רק לגבי נפקדים או עריקים ולא לגבי מבצעי עבירות אחרות. בית הדין הצבאי המחוזי אימץ את טיעון הסניגור **ובית הדין הצבאי לערעורים הפך את ההלכה וקבע כי הסמכות היא לגבי כל העבירות משום שהס' מדבר על שינוי מעמדו של האדם מאזרח לחייל על כל המשתמע מכך**. הסיפא של הס' נועדה להסיר ספק שמה יטען סנגור שהחש"צ חל עליו אך לא בנושא נפקדות כי הוא לא יכול לבצע עריקות במידה ולא חויל.

מה קורה שאיש מילואים זומן ב-1.1 והצו הוא למשך 10 ימים / חייל חובה לא התייצב ב-1.1, זומן למשך 3 שנים ונתפס כעבור 4 שנים ואת איש המילואים תפסו כעבור חודש .

כמה זמן חל עליהם החוק והאם ניתן להעמידם לדין ? ס' 4 לחש"צ – "מי שנתקבל כדין או דימו בתו"ל שהתקבל כדין לכוחות הסדירים של הצבא או לשירות בכוחות המילואים של הצבא יחול עליו חוק זה כל עוד לא קיבל שחרור מן הכוחות הסדירים או מאותו שירות מילואים". כלומר, מהרגע שהיה צריך להתייצב ועד קץ כל הדורות אם לא קיבל שחרור הוא עדיין נחשב לחייל בעניין התחולה ולכן ניתן להעמיד אותו לדין ולייחס לו את כלל התקופה (מרגע ההתייצבות ועד הרגע בו נתפס) כתקופת נפקדות. ניתן יהיה לייחס עבירות שונות אם קשורות לצבא (אלימות כלפי שוטר צבאי).

הלכה נוספת שנקבעה ע' 151/90 – חייל עתיד להשתחרר בתאריך מסוים ונחשד בשימוש בסמים, המפקד לא שחרר אותו באותו תאריך כי חשב שיש צורך שישאר בצבא לצורך החקירה. אותו חייל ביצע עבירה נוספת וטען כי אין לשפוט אותו בגינה כי זה מעבר לתאריך השחרור שלו. **בית הדין דחה את הטענה בקבעו כי הליך השחרור הפורמלי הוא תנאי לפקיעת תחולת החש"צ**.

דיני צבא - זוהר פרג' אוליננקו

כל ההלכות הללו שמאוד מרחיבות, לעיתים מעבר הכתוב בחוק, הן הלכות שנקבעו לפני שנים ויכול להיות כי כיום בעידן חוק יסוד כבוד האדם וחירותו ניתן לנסות לצמצם אותן ולהפעיל לגביהן את תורת הבטלות היחסית.

מה קורה שחייל מגויס כדין אך הצבא מפר הוראה שקשורה בהמשך שירותו ? לפי חוק שירות ביטחון חייל לפני השירות צריך לעבור בדיקות רפואיות. הרבה חיילים התחמקו מהן ולכאורה לא ניתן לגייסם, לכן נקבע בחוק שניתן לגייס גם מישהו שלא עבר בדיקה רפואית ובלבד שאחרי שגייסו אותו יעבור את הבדיקה תוך 30 יום ובמקרים חריגים ניתן להאריך את התקופה הזו.

רשות ערעור פלילי 3080/10 – חייל לא עבר בדיקות רפואיות, גיוס לצה"ל, לא עבר את הבדיקות תוך 30 יום ובהתאם לחוק אסור לו להתחיל אימון לפני שעובר את הבדיקות. אותו חייל נפקד לתקופה ארוכה, נתפס והועמד לדין. החייל טען כי המשך שירותו היה שלא כדין מהסיבה שלא עבר בדיקות ועל כן הצבא הפר את הדין והחלטה על המשך שירותו הינה בטלה. התיק הגיע לעליון בו הצדדים הגיעו להסדר טיעון והסכימו להפחתת העונש ולכן אין הלכה לגופו של עניין. העליון לא הסתפק בהסכמת הצדדים והביע את דעתו באמרת אגב האומרת שייכתנו מצבים שתחול בהם תורת הבטלות היחסית, הכל תלוי בנסיבות אשר העליון פירט נסיבות שבהן יתחשב ובעקבות זאת יוחלט האם להפעיל או לא את תורת הבטלות היחסית:

- א. האם התקיפה ישרה או עקיפה ? – האם החייל טען את הטענה רק כאשר נתפס בנפקדותו או לפני כן ?
- ב. למה לא נערכו הבדיקות, האם בגלל רשלנות הצבא או בגלל השתמטות החייל מהן ?
- ג. האם החייל דרש להיבדק או שלא אמר על כך כלום ?
- ד. האם בעת ההגעה לבית המשפט נערכה בדיקה רפואית או לא ? במידה ולא, בכמה זמן של עיכוב מדובר ?

בהתחשב בשכלול הנסיבות יחליט בית המשפט האם אין לגביו סמכות ? האם יש סמכות ? האם רק צריך להתחשב בכלל הנסיבות לעניין העונש ?

רשות ערעור פלילי 2524/01 – נדון עניין של עולה חדש אשר לפי חוק שירות ביטחון יש לגייסם תוך שנתיים מיום קבלת האזרחות הישראלית. אותו עולה גויס לאחר שנתיים ובנוסף ביצע עבירות אשר העומד לדין עליהן. בית המשפט קבע כי לא גויס תוך שנתיים בגלל התנהגותו הרעה ולכן דחו את טענותיו נ' הגיוס והתחולה. השופט ברק הביע ספק בשאלה אם בכלל אפשר להפעיל את תורת הבטלות היחסית במקרה של אי חוקיות גיוס כיוון שבחוקיות גיוס עומדת על הפרק פגיעה חמורה בחירויות הפרט. בלשונו של הנשיא הברק "כשלעצמי איני משוכנע כי בהקשר של גיוס חובה שיש פה פגיעה בחירויות הפרט, ראוי להחיל כלל יחסי של בטלות במקרה של אי חוקיות צו הגיוס". במשך השנים לא חוזרים לאמירה זו.

רשות ערעור פלילי 1057/99 – עלתה לדיון השאלה של דחייה מעבר לשנתיים. העליון קבע כי גם אם הדחייה היא כדין (לא התייצב לבדיקות / משך את זה) אזי בית המשפט יצטרך לשאול את עצמו האם הדחייה הייתה מידתית וסבירה. העליון אומר כי לעיתים דחייה לא סבירה ולא מידתית תביא לבטלות הצו. ניתן לראות כי כנראה לא נאמרה המילה האחרונה בנוגע להחלטות הצבא והבטלות היחסית. **חשוב !!!**

על איזה סוגי אנשים עוד חל החש"צ ? – על מי שחל החוק דינו כדין חייל למעט הקבוע בחוק.

לפי **סעיף 7 א' לחש"צ** – " מי שנמסר לו נשק מטעם הצבא כדי להחזיקו לפי תעודת הרשאה ועשה בו (בנשק) או לגביו מעשה מהווה עבירה על סעיפים שמנויים בסעיף 7 א' "

מסירת נשק לאויב, השמדת נשק, גניבת נשק, שימוש לא חוקי בנשק. **אלה האנשים שנמסר להם נשק להחזיק אותו לפי תעודת הרשאה – תעודה מיוחדת גם על פי חוק לירייה וגם בפקודות הצבא יש הוראות לגבי החזק נשק.** העבירה היא לגבי אותו נשק או בנשק, אם מישהו שנמסר לו נשק לפי תעודת הרשאה הרביץ לשוטר צבאי אי אפשר להעמידו לדין כי זה לא קשור לנשק או לגביו אך אם הוא ירה לאותו שוטר צבאי באותו הנשק אז כמובן שיהיה ניתן להעמידו לדין כי זה נעשה בנשק.

מה קורה כאשר התכוונו שמישהו יחזיק בנשק לפי תעודת הרשאה אבל בטעות לא חתמו / מסרו את תעודת ההרשאה ? – הנושא עלה לדין בע' 288/95 – נמסר נשק ללא תעודת הרשאה למרות שהייתה כוונה למסור תעודה זו. התביעה טענה כי לא צריך את המסירה הפיזית של תעודת ההרשאה כי כתוב בחוק שתחולת חש"צ חלה לגבי מי שנמסר לו נשק מטעם הצבא כדי להחזיקו לפי תעודת הרשאה, אין לדעת הצבא דרישה של מסירה פיזית של התעודה. בית הדין הצבאי לערעורים אמר כי אין סמכות, אין תחולת חש"צ, אין די בכוונה למסור את הנשק לפי תעודת הרשאה אלא יש צורך במסירה פיזית.

בית הדין הסתמך על 2 דברים עיקריים :

א. צריכה להיות הרמוניה בין חש"צ לבין חוק לירייה המתיר החזקת נשק על פי תעודת הרשאה (לא מספיקה הכוונה אלא יש צורך בתעודה).

ב. ס' זה הוא בעל חשיבות כי הוא יוצר תחולה של חוק על אדם ולכן ישנה חשיבות לקיום ההליך הפורמלי ע"פ המטרה החקיקתית. חשוב שיהיה הליך רציני, מסודר ומבוקר עם תעודה ולא עם כוונות.

בפס"ד התעוררה באמרת אגב השאלה **מה קורה כאשר מישהו קיבל נשק עם תעודת הרשאה כדין והוא החזיק בנשק גם כאשר פג תוקפה של תעודת ההרשאה ?** – הקביעה שחייבת להיות תעודת הרשאה פיזית אינה מחייבת בהכרח קביעה כי התעודה צריכה להיות בת תוקף. נושא זה הושאר בצריך עיון. **לדעת המרצה**, אותו הגיון שמחייב קיומה של תעודה פיזית כתנאי לתחולה מחייב גם שהתעודה תהיה בתוקף.

אוכ' נוספת שהחוק חל עליה היא מי שנמצא כדין במשמורת הצבא, כלומר לא מדברים על חיילים במובן הצר (אזרחים שנכללים תחת צה"ל). לדוגמא, חייל שמרצה עונש מאסר ותוך כדי המאסר משוחרר מהצבא / עצורים ביטחוניים / אנשי מג"ב – לפי הסדר מיוחד הם מרצים את עונשי המאסר בכלא צבאי. ישנם מקרים שלצבא מותר לעצור אזרחים (כאלו המפריעים לפעולת הצבא, אזרח אשר עושה מהומות).

מה קורה לא כאשר הכלוא מכה שוטר צבאי אלא שהשוטר הצבאי מכה את הכלוא (המתבל) ? האם אפשר לייחס לשוטר הצבאי עבירה של אלימות כלפי חייל ? כל הקשור לתחולה אקטיבית כאשר הכלוא פועל נגד מישהו אחר (מכה, גונב וכו') ברור מה יקרה. האם יש תחולה פסיבית ? בעיה זו עוד לא נדונה, לכאורה ניתן לבסס טיעונים לטובת 2 התזות, **מצד אחד** ניתן לומר כי יש רק תחולה אקטיבית (ס' 8 לחש"צ) שהעבירה מתבצעת כלפי חייל אמיתי, מחבל שנמצא כדין במשמורת הצבא ומכה חייל שהוא שוטר צבאי, ניתן לייחס עבירה של חייל מכה חייל אחר. הרציונל שבה נועד להגן על המסגרת הצבאית, המשמעות היא שכל מי שנמצא בתוך המסגרת הצבאית ומבצע עבירה כלפי הצבא או חייליו יהיה ניתן לשפוט אותו. לכן, החש"צ הרחיב את התחולה של חוק השיפוט הצבאי וכלל בתוכו גם בני אדם שהם לא חיילים במובן הצר (מחבל כלוא). **מצד שני**, ניתן לומר כי החש"צ מתכוון להגן על כל מי שנמצא באחריותו ובמסגרתו ולכן גם מי שמבצע עבירה כלפי אותו כלוא (מחבל) בעצם מבצע עבירה כלפי חייל. בעיה זו אינה נדונה ופתוחה לדין.

ע' 73/83 - המרצה היה סגור צבאי ראשי ונתקל במקרה בו איש משמר הגבול ריצה עונש מכבוס בכלא צבאי והוא ברח מהכלא. ייחסו לו 2 עבירות, האחת – לא הייתה מחלוקת עליה והיא בריחה ממשמורת חוקית. השנייה – עבירה של נפקדות אשר מוגדרת בס' 94 לחש"צ כעבירה של מישהו שנעדר מהשירות הצבאי או מהמקום בו היה צריך להימצא כדין.

נשאלה השאלה האם איש משמר הגבול ביצע גם עבירה של נפקדות כאשר ברח מהכלא ? בית הדין נטה לא לקבל את טיעוני המרצה כסגור – המקום קשור לשירות ואין להפריד בניהם. אם איש משמר הגבול יכול לבצע עבירת נפקדות כמשמעותה בחש"צ המשמעות היא שגם שבוי מלחמה וגם מחבל יכולים להיחשב כנפקדים מצה"ל אם הם בורחים מהמשמורת החוקית בה הם נמצאים. איש משמר הגבול זוכה מהנפקדות.

פרשנות מסוימת עלולה להביא לאבסורדים אזי יש לפרש פרשנות נכונה למקרה. המטרה החשובה יותר היא תמיד לחשוב כי ברגע שרוצים לסקל את הפרשנות של הצד השני יש לחשוב על דוגמאות אשר יגדילו את הסיכוי לזכייה בתיק.

אוכ' נוספת שחוק השיפוט הצבאי חל עליה היא עובד בשירות הצבא – ע"צ.

לפי ס' (2)8 לחש"צ "העובד בשירות הצבא או העובד במפעל המשרת את הצבא ושר הביטחון קבע אותו בצו כשירות צבאי לעניין זה נחשב כחייל".

במילים אחרות, מי **שעובד ויש יחסי עובד – מעביד בינו לבין הצבא** או אוכ' אחרת ומיוחדת עליהם הכריז שר הביטחון נחשב לעניין חוק השיפוט הצבאי הם נחשבים כחייל.

ישנה מגבלה בהתאם לסעיפים 13 ב' ו-13 ג' לחש"צ באשר לעבירות שניצן להעמיד את אותם ע"צים לדין במסגרת הצבא. לדוג' אי אפשר להעמיד ע"צ לדין על עבירת התעללות, נפקדות או עריקות (ניתן להעמיד לדין רק אם בוצע בתקופה לחימה). **מה היא תקופה לחימה?** מדובר על דבר מצומצם ממלחמה, אינטיפדה / מבצע בעזה. הרעיון הוא שיש יחסי עובד מעביד העובד יותר מוגן, אי אפשר להחמיר כמו שמחמירים עם חייל אך בתקופת לחימה כאשר הצבא נותן כתף אזי ניתן לדרוש מהע"צים משמעת גבוה יותר ולייחס להם עבירות לגבי עובד צה"ל בזמן רגיל אי אפשר לייחס.

כאשר עובד לא מגיע שבועיים לעבודה לא מדובר על עבירה פלילית אלא ניתן להעמידו לדין משמעתי כי העובדים מוגנים בדר"כ, אותו הדבר עובדי צה"ל להבדיל ממצב לחימה שניתן לייחס להם יותר עבירות.

לגבי עובד צבא חשוב לציין כי **בס' 15 לחש"צ** נקבע כי אם רוצים לייחס לעובד צבא עבירה אזרחית (רצח, שוד) אזי ניתן לעשות זאת במסגרת הצבאית רק אם העבירה נעשתה במסגרת הצבא או עקב השתייכותו לצבא.

השתייכות לצבא = קשר סיבתי בין השירות כעובד צבא לבין ביצוע העבירה, עבירת הריגול / גילוי ידיעות : עובד צבא פיתח מערכות צבאיות ומכר את זה לאויב, יש קשר בין ביצוע העבירה לכך שאותו אדם עובד צבא).

במסגרת הצבא = אם זה בוצע בבסיס צבאי, יכולה להיות עבירה שלא בוצעה בבסיס כמו עבירה באימון מחוץ לכותלי הבסיס.

האם כל עבירה שבוצעה בבסיס צבאי פירושה שהעבירה בוצעה במסגרת הצבא? לא! עובד צבא עובר עבירת קשר עם חייל אחר / אזרח בתוך בסיס צבאי, קושרים קשר לשדוד מפעל – נכון שעבירת הקשר נעברה בצבא אך מדובר בזיקה מלאכותית וטכנית וזה לא הופך את זה לעבירה צבאית.

פס"ד ע/181/98 – נעשה ניסיון של התביעה להרחיב את הפרשנות של תחולת חש"צ על ע"צים. היה מקרה של ע"צ שעישן סמים במסגרת אזרחית. כאשר מדובר בחייל שצורך סמים במסגרת אזרחית הצבא מעמיד אותו לדין מתוך הנחה כי החייל עלול להיקרא לשירות מביתו ואם יהיה מסומם עקב צריכת הסם בביתו זה יפגום בשירותיו, על כן הצבא נלחם בחיילים צורכי סמים ומעמיד אותם לדין במסגרת הצבא. בעניין עובדי צה"ל יש הגבלה שהעבירה צריכה להיות מבוצעת עקב השתייכותו לצבא, התביעה טענה כי גם ע"צ יכול להיקרא מיידית ליחידתו ולכן גם שהוא בחופשה בבית ומעשן זה משליך על מסגרת הצבא ומכאן הסמכות. בית הדין הצבאי במחוזי + ערעור דחה את הטענה הזו של התביעה וקבע כי מסגרת השירות דורשת זיקה בין השירות לעבירה או לנסיבותיה וכאן לא הייתה זיקה.

יתר על כן בית הדין הצבאי הפנה לבג"צ 3/73 – בג"ץ כהנוף – כאשר מדובר על סמכות לבית דין או לערכאה שיפוטית שהיא מחוץ למערכת השפיטה האזרחית, תמיד הפרשנות תטה לפירוש מצמצם באשר לסמכות של בית הדין או הערכאה השיפוטית שהיא מחוץ למערכת השפיטה הרגילה. בית הדין הצבאי לערעורים חזר על ההלכות והוסיף נימוקים משלו גם בע' 401/81.

אוכ' נוספת היא עובדים בשליחות הצבא – ס' (3)8 לחש"צ.

לא מדובר על עובדים ביחסי עובד – מעביד אלא בפועלים בשליחות הצבא. ישנם אנשים שיש להם הסכמים הדדיים עם הצבא, הסכמה של שני הצדדים (הצבא והשלוח) ונוצרים יחסי שליחות, למשל רבש"צים עליהם חלות אותן מגבלות כמו על

דיני צבא - זוהר פרג' אוליננקו

עובדי צבא. יתכנו מקרים שאדם ימצא בשליחות הצבא לא משום שהוא אישית הסכים לכך (שוטרי מגב שהם תחת פיקוד הצבא במחסום).

אוכ' נוספת היא שבויי מלחמה – ס' 10 לחש"צ "חוק זה יחול על שבויי מלחמה בהתחשב עם כל הוראה שנקבעה בתקנות שהותקנו ע"י שר הביטחון בהסכמת שר המשפטים לשם התאמת חוק זה עם האמנות הבינלאומיות שישראל התקשרה בהם".

במילים אחרות, **שבוי מלחמה נחשב כחייל** וכל מקום שכתוב בחוק "חייל" זה כולל שבוי מלחמה, הכל כפוף לתקנות ולמשפט הבינלאומי שבא לידי ביטוי בתקנות שהתקין שר הביטחון.

בתקנות כתוב בין היתר :

- א. אסור לשפוט שבוי על בריחה מוצלחת מהשבי, לא בבית דין צבאי ולא בביהמ"ש אזרחי.
- ב. מה קורה אם שבוי מלחמה ניסה לברוח ונלכד? – ניתן להעמידו לדין אך רק בדין משמעתי.
- ג. מה קורה אם שבוי מלחמה עבר עבירה תוך כדי ניסיון הבריחה (שבר את הגדר – השמדת רכוש)? – אם העבירה היא רק עבירת רכוש אזי ניתן לשפוט אותו רק בדין משמעתי. אם העבירה היא עבירת גוף (הרג, פצע אדם אחר) אזי ניתן לשפוט אותו בבית דין.

אוכ' נוספת היא אנשי מילואים שאינם בשירות – ס' 11 (א) לחש"צ. מדובר על חלק גדול מהמדינה אשר החוק חל עליהם גם שאינם בשירות.

החוק מונה אילו הן העבירות שחוק השיפוט הצבאי יפרוש את כנפיו לגבי אנשים מילואים שאינם בשירות, בין היתר :

- א. עבירה של גילוי ידיעות – ידיעות מסווגות שמגלים לאנשים אחרים כאשר אנו לא בשירות.
- ב. פטור משירות ביטחון במרמה – אדם מזייף תעודות רפואיות ומודיע לצבא כי הוא חולה וכתוצאה מכך מורידים לו פרופיל.
- ג. הטלת מום – היו אנשים אשר יורים לעצמם ברגל על מנת לקבל פטור משירות.
- ד. התחלות – אדם אשר נקרא למילואים (עוד לא בשירות) והוא עושה עצמו חולה.
- ה. אלימות כלפי מפקד / איום ועלבונות כלפי מפקד באשר הוא מפקדו או היה מפקדו – אם אדם מכה את מי שהיה מפקדו חוק השיפוט הצבאי חל עליו.
- ו. שימוש בלתי חוקי בנשק אשר קיבל אותו מהצבא – יש אנשי מילואים המקבלים נשק להחזקה בבית גם כאשר הם לא בשירות מילואים, אם השתמש לרעה בנשק הזה (לציד / להרוג מישהו וכו') זהו שימוש בלתי חוקי בנשק וניתן לשפוט אותו בבית דין צבאי.

לפי ס' 11 (א) (6) ניתן לשפוט איש מילואים על מעשה שביצע שלא בשירות אם עבר עבירה לפי תקנות שהתקין שר הביטחון לפי חוק שירות ביטחון או לפי חוק שירות המילואים שמטילות חובות על אנשים מילואים שלא בשירות.

בין היתר מהתקנות אותן התקין שר הביטחון :

- א. אם איש מילואים שאינו בשירות נמצא בחו"ל ומקבל פקודה להתייצב לבצע חייב לעשות זאת, ואם לא עשה כן יש סמכות צבאית.
- ב. אישור על קבלת צו מילואים.
- ג. איבוד קשר עם היחידה.
- ד. יש למלא אחרי פקודה למסור פקודה לאיש מילואים אחר.

מה קורה עם עבירות המתקיימות מחוץ לגבולות המדינה? חייל מעשן סמים בחו"ל. החוק הפלילי הוא טריטוריאלי למעט חריגים של אותה המדינה. על פי ס' 13 א' וסעיף 14 א' לחש"צ גם בעבירות צבאיות וגם בעבירות אזרחיות הסמכות היא אקסטרטריטוריאלית.

ככלל, לבית דין צבאי ולבית משפט אזרחי יש סמכות מקבילה על עבירות אזרחיות. כאשר אדם רוצח את אשתו בנשק צבאי, איפה הוא יישפט? המקובל כיום, כאשר יש זיקה לצבא אזי החייל יועמד לדין במערכת הצבאית וכאשר אין זיקה יועמד לדין במערכת האזרחית.

מה יכול לקרות כאשר הפרקליט הצבאי מעמיד לדין חייל על עבירה ללא זיקה בינה לבין הצבא? – ניתן לעשות זאת מאחר ומדובר ב"חייל". חוק השיפוט הצבאי קבע בס' 14 כי "אם היה היועץ המשפטי לממשלה סבור שהעבירה לא נעברה במסגרת הצבא או עקב השתייכותו של הנאשם לצבא, רשאי הוא בכל עת עד להחלטה בדבר הרשעה או זיכוי לצוות כי דינו יתברר בבית משפט אחר".

במילים אחרות, ניתן שיקול דעת ליועמ"ש עד שלב הכרעת הדין להעביר את הדין מבית דין צבאי לבית משפט אזרחי.

יש חריג אחד שבו מקובל גם על היועמ"ש וגם על הפרקליט הצבאי הראשי שגם אם אין זיקה לכאורה לצבא בכל זאת החייל יועמד לדין בבית דין צבאי / משמעתי וזה בנושא סמים !

נניח כי חייל צורך סמים בחו"ל והוא הועמד לדין בבית דין צבאי ומשום מה היועמ"ש מעביר את הדין לבית משפט אזרחי. האם בגלל שזה רק העברת דיון בית המשפט האזרחי קונה סמכות אקסטרטוריאלית שמלכתחילה לא הייתה לו אם היה מועמד ישירות בבית משפט אזרחי? יש 2 דעות בעניין זה,

1. פרופ' פלר טען כי כל הרציונל של קבלת סמכות אקסטרטוריאלית ע"י הרשויות הצבאיות הוא כאשר יש זיקה בין העבירה לבין הצבא.
2. פרופ' קרמיצר טען כי זו רק העברה מבית דין צבאי לבית משפט אזרחי ולכן יש סמכות אקסטרטוריאלית גם לבית המשפט האזרחי.

בג"צ 5000/95 - חייל המשתמש בסמים בחופשה, מעמידים אותו לדין בבית דין צבאי. הסנגוריה הצבאית הגישה עתירה לבג"צ בטענה כי ישנה אפליה, אם אזרח מעשן סמים בביתו בדר"כ לא יועמד לדין ואם כן יועמד לדין אזי הרבה פעמים יהיה אפשרי לסיים זאת בשל"צ ללא הרשעה. לעומת זאת, חייל שלקח סמים בנסיבות אזרחיות יועמד לדין. הטענה נדחתה ונקבע כי יש הצדקה מיוחדת של הצבא על אף שהמדיניות שונה מזו של היועמ"ש.

בע' 28/78 - לעניין הסמכות האקסטרטוריאלית נקבע באמרת אגב כי לבית המשפט האזרחי תהיה סמכות לדון בעבירות שבוצעו בחוץ לארץ והועברו לבית משפט אזרחי על ידי היועמ"ש. תהיה סמכות גם אם מלכתחילה לא הייתה לבית משפט אזרחי סמכות אקסטרטוריאלית בנושא זה.

עד מתי יחול חוק השיפוט הצבאי על חייל?

נקבע בס' 6(ב) כי ככלל ניתן להעמיד חייל לדין עד 180 יום מיום שחרורו או לפי ס' 6(ג) עד שנה מיום שחרורו על עבירה צבאית שהעונש הקבוע לצידה הוא שנתיים ומעלה ועל עבירה אזרחית שהיא פשע.

ישנו חריג נוסף – ס' 6(ד) קובע "כי כאשר בוצעה עבירה בידי חיילים שהיו צדדים לעבירה, כל זמן שחוק זה חל על אחד מהם הוא יחול על כולם". למשל – תאונת אימונים והוחלט כי מפקד המחלקה, המ"פ והמח"ט יועמדו לדין על התרשלות. מסתבר כי המ"מ השתחרר לפני שנתיים מהצבא ואין עליו תחולת חש"צ אז בר הס' וקובע כי אם יש תחולה לגבי המח"ט והמ"פ לצורך הדוגמא, אזי יש תחולה לצורך אותו מ"מ אשר השתחרר וזאת כי הם שותפים וצדדים לעבירה. אין לזה תאריך תפוגה. הרציונל הוא שלא יצטרכו להעמיד כל אחד מהנאשמים בבית דין צבאי/ בית משפט אזרחי, הדבר גורם לאי ניצול משאבים כראוי.

מה קורה כאשר המח"ט בתחולה והמ"מ לא בתחולה ושניהם מועמדים לדין בבית דין צבאי ונניח כי המח"ט מזוכה, האם ניתן להמשיך בדיון לגבי המ"מ? – הדבר עוד לא נדון, התשובה צריכה להיות ברורה – כאשר המחוקק מדבר על כך שבוצעה עבירה על ידי שותפים לעבירה, מדובר על בוצעה לכאורה ולכן הניסוח אולי לא מוצלח, גם מבחינת

דיני צבא - זוהר פרג' אוליננקו

הרציונל החקיקתי לחסוך משאבי ציבור וכו' צריך לפרש זאת כלא בוצעה ממש עבירה אלא הועמד לדין שותף אחד וניתן להעמיד שותף אחר גם אם יצא מתחולת החש"צ.

מעבר לעובדה שלהעביר לבית משפט אזרחי יצריך התחלת המשפט מחדש, ניתן יהא לטעון באם יעבירו אותו לבית משפט אזרחי עומדת לו טענת הסיכון הכפול, ס' 5 לחסד"פ - "העמידו אותי בסכנה של סיכון וכעת שוב מעמידים אותו בסיכון של הרשעה."

אם היו מעבירים בנסיבות שתוארו לעיל, הייתה יכולה להיטען טענה זו.

כאשר מדברים על תחולת חוק השיפוט הצבאי, החוק חל בנסיבות מיוחדות גם על אזרחים רגילים, לפי עבירות שמנויות בס' 514-519 לחוק (סירוב להעיד בבית דין צבאי, הפרעה בבית דין צבאי, מתחזה כחייל ועוד).

היחסים בין היועמ"ש לבין הפרקליט הצבאי הראשי :

סוגיה זו נדונה בפס"ד אביבית עטיה - חיילת הועמדה לדין על שימוש בסמים. החיילת הייתה מרפאה צבאית וכשהמתינה לרופא סיפרה שהשתמשה בסמים. נפתחה חקירת מצ"ח והועמדה לדין בבית דין צבאי.

ס' המאפשר לפצ"ר (פרקליט צבאי ראשי) לבטל כתב אישום הוא ס' 308 לחש"צ. הפצ"ר סירב לבטל את כתב האישום, הסנגוריה פנתה ליועץ המשפטי לממשלה וטענה כי יש לו סמכות לעכב הליכים בבית דין צבאי. הטיעון היה כי לפצ"ר יש סמכות רק לבטל כתב אישום ולא לעכב הליכים.

לפי ס' 2 לחסד"פ, סד"פ יהיה לפי חוק זה זולת אם נקבע בחוק אחר או על פיו סדר דין שונה לעניין הנדון". במילים אחרות, נקבע כי אם חוק אחר שותק בעניין סדר דין אזי יחול החסד"פ. טעון הסנגור של החייל, אין בחש"צ סמכות לעכב הליכים אלא לבטל כתב אישום. לכן, חל החסד"פ וכתוצאה מכך ליועת המשפטי לממשלה יש סמכות לעכב הליכים בבית דין צבאי ולא רק בבית משפט אזרי (כי אין הסדר של עיכוב הליכים בחש"צ). יועמ"ש דחה את הבקשה. הסנגוריה עתרה לבג"ץ אשר קבע ברוב דעות כי ההסדר שקיים בחש"צ הוא הסדר הטומן גם ביטול כתב אישום וגם עיכוב הליכים. לכן, לא מדובר בעיכוב סתם אלא רק ראש המערכת מוסמך לבצע (בדיוק כמו עיכוב הליכים). כלומר, יש הסדר בחש"צ ואין סמכות ליועמ"ש לבטל / לעכב כתב אישום בבית דין צבאי. באמרת אגב, אמר ביהמ"ש העליון כי היועמ"ש הוא למעשה המנחה המרכזי של הפצ"ר והוא אחראי על כל התביעה במ"י ובעניינים חריגים שיש להם השלכות ציבוריות רציניות / השלכות רוחב של מדיניות, הפצ"ר צריך לציית / לקבל את עמדתו של היועמ"ש. השופט ברק היה בדעת מיעוט וחשב כי יש סמכות ליועמ"ש לעכב הליכים.

המרצה חולק על היחסים בין הפצ"ר ליועמ"ש מכיוון שנאמרו רק באמרת אגב בפס"ד ולכן זו לא הלכה מחייבת. הביקורת העיקרית נובעת מכך שהחש"צ יוצר מערכת משפטית – שיפוטית עצמאית לחלוטין ומקנה את הסמכויות לפצ"ר ולבית הדין הצבאי ולמעט במקרים מיוחדים אשר נקובים בחוק אין ליועמ"ש כל סמכות על החלטות הפצ"ר. הדבר לא אומר כי הפצ"ר לא ראוי להתייעצות ואף מתחייב לפעמים במקרים מסוימים, אך אין חובה כזו. כשהחש"צ רצה לתת סמכויות ליועמ"ש הוא כתב זאת מפורשות.

עבירות מין –

עבירות המין מתחלקות לעבירות קלות של הטרדות מיניות ועד העבירה הקשה ביותר שהיא אינוס.

עבירת האינוס –

מוגדרת בס' 345 א' לחוק העונשין ולכאורה זו העבירה הפשוטה ביותר. "הבועל אישה שלא בהסכמתה החופשית עובר עבירת אונס".

"שלא בהסכמתה החופשית" – אישה לא צריכה להתנגד בסממנים חיצוניים (לצעוק / להגיד "לא" / להתנגד לו), מספיק שזה היה שלא בהסכמתה החופשית כדי שזה יהיה אינוס.

הגדרת בועל מופיעה בס' 344 ג' לחוק העונשין "מחדיר איבר מאברי הגוף / חפץ לאיבר המין של האישה". במילים אחרות, צריכה להיות חדירה ממשית של איבר המין / איבר גוף אחר / חפץ מסוים.

מה קורה כאשר גבר בועל מישהי בהסכמתה ותוך כדי הבעילה היא אומרת "לא" והוא לא מפסיק ? האם זה אונס ?

ניתן לטעון מחד, אקט החדירה תבצע ולכן אין אינוס. מאידך, כדי להגן על האוטונומיה של האישה זו מתחילה להיות עבירה נמשכת. כך קבעה הפסיקה של בית המשפט העליון, כי מדובר באונס. למרות שאם מפעילים את כללי הניתוח הרגילים של האלמנטים של העבירה, כל עוד הגבר ביצע חדירה לא מדובר באונס. אך, ההלכה קובעת כי מדובר באינוס.

הגדרת אישה, עד שנת 1980 ההגדרה הייתה "בועל אישה שאינה אשתו", כלומר אם מדובר בזוג נשוי מותר לבעול אך כיום הדבר השתנה.

מה קורה לגבי מי ששינה את מינו ? - עדין אין תשובה לשאלה. הרציונל הוא להגן על כבודה של האישה וברגע שהיא רואה עצמה כאישה ועברה את הניתוחים המתאימים היא תחשב לכזאת.

שאלה נוספת היא מה קורה שהחדירה (בעילה) היא במרמה ? – פורץ באמצע בלילה נכנס למיטה והאישה חושבת שזה בעלה.

יש כאן בעילה במרמה לגבי מיהות העושה (לדוג' גנב) או מהות המעשה = אינוס.

מהות המעשה – היא הסכימה כי חשבה שזה בעלה.

מה קורה כאשר מדובר בילדה מתחת לגיל 14 ? – המחוקק יוצא מנקודת הנחה שאם היא מתחת לגיל 14, גם היא מסכימה לא מדובר בהסכמה. לכן, אם שוכבים עם מישהי מתחת לגיל 14 מדובר באונס.

ס' 353 לחוק העונשין קובע כי אם הפרש בגילאים בין הבחורה אשר היא בין הגילאים 14-16 לבין הגבר הוא עד 3 שנים וזה בוצע תוך יחסי רעות אז זו לא עבירה. לא נקבע מה מגדיר יחסי רעות, בדר"כ מדובר ביחסים עמוקים יותר מחברות וידידות.

האם יכולה להיות עבירה של גרימת אינוס ? – ע"פ 1288/17 - גבר בן 20 מכיר בחורה ותוך כדי כך מכיר את אחותה בת ה-13. אותו גבר מתכתב איתה ובשלב מסוים מבקש ממנה תמונה ללא חזייה והיא שולחת, לאחר מכן תמונה של איבר המין שלה. הוא מבקש ממנה שתכניס אצבע לאיבר מינה וכך היא מבצעת. אותו גבר הואשם באינוס מהסיבה שגם היא הסכימה היא הייתה מתחת לגיל 14 ובנוסף, הרכיבו על עבירת האינוס את ס' 350 אשר קובע כי "אחת היא אם העושה עשה את המעשה או גרם שהמעשה ייעשה בו או באדם אחר". במילים אחרות, כל מה שאתה גורם למישהו לעשות בעצמו מעשה אזי מדובר באינוס. מדובר על אינוס בשלט רחוק, הוא לא נגע בה והיא עשתה לעצמה את המעשה אך ניתן לראות כי אונס יכול להתבצע גם כך !

מקרה דומה יכול להיות במעשים מגונים, ע"פ 8071/17 – מדובר על מודעות של רפואה אלטרנטיבית, מישהי רצתה להעביר שיעורים פרטיים בפסיכולוגיה. צלצל אליה והציג עצמו כפסיכולוג ושהוא רוצה לשלוח אליה מישהו שהוא קורבן של פגיעה מינית בצעירותו, נתן לה שיטת טיפול – שיטת ההצפה (לגרום לו להציף את הבעיות בדרך מסוימת, ע"י לחישות). מי שהציג כפסיכולוג היה המטופל עצמו, כמו שהוא ביקש היא ביצעה את שיטת ההצפה אשר בעקבות כך הוא ביקש ממנה להתפשט ולאונן מולו וכך היא עשתה. הוא הורשע במעשים מגונים למרות שלא הוא ביצע אותם, היא עצמה קורבן העבירה ביצעה את המעשה.

הבעיה המרכזית בעבירות מין היא למי להאמין שיש מחלוקת עובדתית? בעבירה רגילה הרבה פעמים יש עדים, בעבירת אינוס אין עדים. בהרבה פעמים, בית משפט בודק האם יש סתירות בעדויות (משטרה / חברים / בית משפט) במידה וכן זה פוגע קשות בנאמנות. הדבר בעייתי בעבירות מין כי הרבה פעמים נשים לא רוצות להתלונן אף לאחר זמן ממושך הן מחליטות להתלונן (בעבירות מין במשפ' נתקלים לא מעט שילדה לא מתלוננת אך ברגע שהיא שומעת כי הכל נעשה באחות הקטנה היא מתלוננת). עדות כבושה היא לא סיבה לא להאמין למתלוננת. באנוס עוברים טראומה נפשית קשה מאוד אשר הגוף מתנתק מהנפש, גם שמציפים את הבעיה אזי לא בהכרח נזכרים בכל הפרטים ונזכרים בהמשכים ויוצא מצב שלכל גורם מספרים דבר אחר. הרבה פעמים קורבן עבירה מתנהג בצורה לא הגיונית והגרסה לא תמיד מתיישבת עם גרסאות קודמות בגלל הטראומה.

יש לקחת בחשבון כי הכלים הרגילים לקביעת נאמנות הם לא פשוטים בעבירת מין.

אם לא די בכך, **ישנה בעיה קשה מאוד בכל הנושא הפסיכולוגי של זיכרון מודחק**. הבעיה עלתה בפסיקה 8203/11, 2218/10 – מדובר על נשים נזכרו שנים לאחר האירוע שהאב עשה בהן עבירות מין. אחת נזכרה כי חלמה על זה פתאום והאחרת נזכרה כי מרצה באוני' הטריד אותה מינית והעניין עם אביה צף. ישנה תופעה שנשים מדחיקות וזה נמחק מהזיכרון ולאחר מכן, בעקבות אירוע מסוים הכל צף מחדש. עולה השאלה האם צף זיכרון מודחק מהעבר או שזה באמת היה? ישנן מחלוקות גדולות מאוד בין פסיכולוגים האם אפשר לסמוך על זה.

קיימת בעיה קשה נוספת והיא **בורות האנשים**. באחד המקרים אישה הייתה מוכה ובמשך 4 שנים הוציאה צווי הרחקה מבעלה בעקבות אלימות. לאחר 4 שנים היא התלוננה שאנס אותה, קו הסנגוריה היה כי זו אישה שמוכנה להתלונן והלכה למשטרה אז למה חיכתה ולא התלוננה על האנוס? בית המשפט קבע כי האמינו לה שלא ידעה שלבעל אסור "לאנוס" את אשתו. מדובר במשפחה ערבייה וידוע כי גם אם האישה לא מסכימה הגבר יכול לבצע כרצונו וזו לא עבירה.

הרחבת החזית: הרבה גברים שמקיימים יחסי מין בין בהסכמת האישה ובין תוך ניצול יחסי מרות כאשר באים אליהם ומטיחים בהם את האשמה הזו אזי התגובה הראשונה היא לא היה ולא נברא. הרבה פעמים זה קורה משום שהגבר פוחד מהמשטרה לא פחות מאשר פוחד אשתו ומתגובת האנשים ברחוב. ככל שמרחיבים את החזית ומכחישים הכל יותר קל לתביעה.

איך ניתן לקבוע בין גרסאות? בתחילת החקירה יש למשטרה את הפולגרף אשר נותן אינדיקציה חקירתית אך לא משפטית. בחלק מהמקרים שמציגים לחשוד פולגרף זה גורם להודאה במידה וביצעו זאת. הרבה פעמים עושים עימותים, בדרי"כ מי שמגיע זה פושעים מיומנים / מודרכים ע"י עו"ד לפני העימות. לעיתים קורה כי לגבי אנשים נורמטיביים שאין להם עבר פלילי ולא הספיקו לתדרך אותם, המשטרה עושה תרגילים (הנפוץ ביותר – השוטר מקבל טלפון ויוצא החוצה והמתעמתים נשארים לבד, הם לא זוכרים כי הם מצולמים בכל עת). דבר נוסף, שיחות טלפון – חוקר חכם לא מזמן את החשוד ישר לעימות אלא אומר למתלוננת שבאה למשטרה לצלצל לחשוד ולהטיח בו בפניו את האשמות.

רופא כירורג נאשם במעשה סדום. ביום של שביתת אחיות בחורה הגיעה לטיפול להסרת נקי' חן בגב (בדרי"כ מבוצע בנוכחות אחות אך לא הייתה). הרופא נתן לה זריקת טשטוש על מנת לבצע את ההליך ושהתעוררה התלוננה שכשהתעוררה הרגישה שאיבר המין שלו בתוך הפה שלה. המשטרה עשתה עבודה רצינית ולא נמצא שום דבר, היה מדובר בעדות מול עדות. המתלוננת עשתה רושם מצוין כי היא דוברת אמת. עדי הסנגוריה אמרו כי זריקת הטשטוש שקיבלה על מנת לבצע את ההליך גורמת לא רק להרדמה אלא גם להזיות מיניות, רופא הכירורג אפילו לא ידע על כך. כמובן שהרופא זוכה, ברור כי היא אומרת את האמת אך לא ניתן לשלול את האפשרות כי מדובר בהזיה מינית.

בעיות נוספות אשר עלולות להתעורר :

א. (טענת הגנה) טעות במצב דברים : נדרש שהטעות תהא כנה והנאשם יהיה מזוכה. אם הקורבן מתחת לגיל 14, הנאשם מבצע עבירת אונס. אך אם הקורבן אומרת כי היא בת 17 ונראית ככזאת, לנאשם קיימת הגנה של טעות במצב דברים. אך גם אם הקורבן אומרת שהיא בת 17 אפילו אם לא נראת כך, ייתכן ותעמוד לנאשם ההגנה מאחר והטעות שלו הייתה כנה.

הסבירות של הטעות היא מכשיר כדי להגיע אם הטעות הייתה כנה או לא. בעבר נדרש היה שהטעות תהא הגיונית, אך כיום הטעות נדרשת להיות כנה. אולם, יש הטעות לא תהיה הגיונית אזי היא גם לא תהיה כנה, וההגנה של טעות במצב דברים לא תעמוד לנאשם. כדי שטעות במצב דברים תתקבל היא חייבת להיות טעות כנה (אני באמת חשבתי שהיא בת 17). בעבר הטעות הייתה צריכה להיות גם הגיונית. אך, פעמים רבות השאלה היא האם הטעות הגיונית או לא, עוזרת למשטרה ולבית המשפט להגיע למסקנה האם הטעות כנה או לא.

ב. תיאורית עצימת העיניים : תיאוריה זו חלה פעמים רבות בעבירות מין. אם הנאשם חשד שזו לא הסכמתה החופשית של הקורבן, אך לא שאל הוא למעשה עצם את עיניו.

בעילה אסורה בהסכמה יכולה לבוא לביטוי בס' 346 ו-347 לחוק העונשין.

סעיף 346 א' " הבוועל קטינה שמלאו לה ארבע עשרה שנים וטרם מלאו לה שש עשרה שנים, והיא אינה נשואה לו, או הבוועל קטינה שמלאו לה שש עשרה שנים וטרם מלאו לה שמונה עשרה שנים, תוך ניצול יחסי תלות, מרות, חינוך או השגחה, או תוך הבטחת שווא לנישואין, דינו – מאסר חמש שנים;"

מדבר על מקרים פשוטים, מי שמלאו לה 14 שנים ולא 16 שנים או מי שבועל קטינה שמלאו לה 16 שנים אך לא מלאו לה 18 שנים תוך ניצול יחסי מרות או חינוך, השגה או תוך הבטחת שווא לנישואין גם הוא עובר עבירה של בעילה אסורה בהסכמה.

המשותף הוא שהבעילה נעשתה שאין בשלות להסכמה או שנעשה מתוך ניצול במרמה. לא מתעוררת לכאורה בעיה כי ברור שזהו ניצול של חוסר בשלות מלאה ויחסים מסוג מסוים או מרמה.

הס' הבעייתי יותר הוא ס' 346 ב' "הבוועל אישה שמלאו לה שמונה עשרה שנים תוך ניצול מרות ביחסי עבודה או בשירות או עקב הבטחת שווא לנישואין תוך התחזות כפגוע למרות היותו נשוי, דינו – מאסר שלוש שנים."

השאלה הגדולה היא **למה המחוקק מתערב ביחסים בין בגירים ?** הרי מדובר על מישהי שמלאו לה 18 שנים. התשובה לכך נעוצה למעשה בכך שלא מדובר בהסכמה אמיתית אלא בהסכמה פגומה וטכנית. הרעיון הוא שאם זהו ניצול יחסי מרות או תלות אזי זה לא הסכמה טהורה אלא פגומה שהושגה בגין יחסי המרות או התלות (הדבר נקבע ב ע"פ 10489/06).

מה זו מרות ? המקרה הקלאסי הוא צבא, משטרה (המפקד יכול להשפיע בכל תחומי החיים על הפקודה שלו).

מה זה יחסי תלות ? מדובר ביחסים המתקיימים גם שאין תלות פורמלית. מטפלת מחו"ל אשר יש לה תלות בבני המשפחה המארכת אותה.

על מנת להוכיח שהיה ניצול של יחסי תלות או מרות המחוקק דורש להוכיח לא רק את יחסי המרות והתלות אלא גם את הניצול של היחסים האלה.

איך מוכיחים שהיה ניצול יחסי מרות בייחוד שהכל היה בהסכמה ולא היו דחיות מצד האישה ? הפסיקה קבעה כי הניצול מוכח כחזקה משפטית עובדתית (=חזקה המבוססת על סמך ניסיון החיים, חזקה שאם מוצאים בחצר סמים והחצר היא שלי אזי החזקה שהכל בידעתי ונטל ההוכחה עובר עלי). חזקה עובדתית ניתנת לסתירה, כלומר הנטל עובר לנאשם אך הוא יכול להביא ראיות שיצרו ספק סביר ואז נטל הבאת הראיות עובר חזקה לתביעה.

דיני צבא - זוהר פרג' אוליננקו

חזקות משפטיות חלוטות היוצרות חזקה שלא ניתנת לסתירה אלא במצבים מסוימים (רכב שנראה / צולם מבצע עבירה של מעבר באור אדום ישנה חזקה שמי שרשום כבעלי הרכב הוא מי שנהג ברכב בעת ביצוע העבירה ורק אם יבוא ויגיד מי נהג ברכב בזמן ביצוע העבירה נסתרת החזקה החלוטה – לא יעזור אם יוכיח כי היה בחו"ל, יש להצהיר מי נהג ברכב וכך יזוכה).

בנושא ניצול יחסי מרות, ע"פ 10489/06 יצרו חזקה עובדתית שמי שמקיים יחסי מין עם מישהי שכפופה למרותו / שיש בניהם תלות ישנה חזקה עובדתית שזה קרה תוך ניצול יחסי המרות והתלות. לא התביעה צריכה להביא הוכחות שזה היה ניצול יחי מרות אלא הנאשם צריך להוכיח כי לא היה ניצול. **החזקה מתחזקת ככל שהתלות גדולה יותר, ככל שהפרש הגילאים גדול יותר, ככל שפער הדרגות הגדול יותר וככל שהגבר הוא היוזם.**

איך ניתן להפריך את החזקה שזה קרה תוך ניצול יחסי מרות / תלות ? חזקה עובדתית ניתנת לסתירה, הנטל עובר לנאשם. אם מוכח כי הבחורה עבדה עד 1.1 אך היחסים נמשכו לפני תחילת העבודה או לאחר סיום העבודה אזי ניתן להבין כי זה ללא קשר ליחסי המרות / התלות. במידה והיחסים גלויים לכל ולא בסתר אזי בנסיבות כאלה סביר כי תופרח החזקה. מרים שבהם הופעלה החזקה העובדתית זה למשל במקרים שמייבאים פרוצות מחו"ל : נוצרת תלול בין הסרסור לאזרחית שהגיע מחו"ל ואם הוא מקיים יחסי מין אזי יכול להתקיים מצב של בעילה אסורה בהסכמה.

מה קורה כאשר יש יחסי תלות והאישה היא זו שיוזמת את היחסים ? נדון בע"פ 9256/94 – דובר על מנהל מטבח שנוצר קשר מיני בינו לבין אחת העובדות במטבח, פער הגילאים היה 24 שנים, עובדת ארעית, האישה הייתה אם חד הורית ויזמה את הקשר. מצד אחד, ניתן לומר כי מדובר על מרות קלאסית (אם חד הורית, עובדת ארעית עובדת מטבח קשת יום, יצרה את יחסי המין לקדם את עצמה בעבודה). מצד שני, המשפט הפלילי לא מתערב בדר"כ בין יחסים בין בגירים ומכבד את אוטונומיית האישה בבחירת עם מי לקבל יחסי מין, למעט מקרים חריגים בהם האישה עומדת לפני פיטורים).

לא הייתה אחידות דעים במשפט זה. העליון בדעת רוב, זיכה את מנהל המטבח, בקבעו את אותם דברים כי המשפט הפלילי לא צריך להתערב בדברים הללו למעט החריגים שצוינו.

דעת מיעוט של השופטת עדנה ארבל קבעה שאם המנהל ידע שהעובדת יזמה כי לבצר את מעמדה בעבודה כיוון שאילו הם פני הדברים אזי היה מנצל את המרות שלו. במצבים דומים כאשר מוגשת תביעה אזרחית בנושאים דומים לא יהיה מדובר באותו פתרון.

סוגיה דומה יכולה להסתיים בהרשעה פלילית אם היה מדובר לא במטבח במקום מסוים אלא ביחסים שבין עובד ציבור לבין הכפופה לו. נניח שהמנהל במשרד הממשלתי היה יודע שמישהי יוזמת מגעים מיניים איתו כדי לקבל קידום בעבודה היה ניתן לכאורה להאשימו בקבלת שוחד עקב תפקידו. מנגד, אותה היה ניתן להאשים במתן שוחד (אך הדבר לא קרה עדין).

בעניין יחסים בין מנהל לכפופה לו, יש לציין כי בצבא גם רומן אמיתי בין מפקד לפקודה שלו זה יכול להסתיים בהרשעה בהתנהגות שאינה הולמת לפי ס' 130 לח"צ (אם לא יישפט על פי ניצול יחסי מרות).

בג"צ תת אלוף גליל - דובר על חיילת אשר הגישה תלונה נ' תת אלוף בטענה שאנס אותה. לאחר חקירה, הפרקליט הצבאי הראשי דאז הגיע למסקנה שדובר ברומן ושכב איתה בהסכמה. לכן, נקט אמצעי משמעתי על הרומן האסור אך לא הגיש כתב אישום על אונס. עברה תקופה קצרה והופיע כי אותו תת אלוף עומד להיות מקודם לאלוף. אותה חיילת עתרה לבג"צ בטענה שאנס אותה ואיך ניתן לקדם אותו.

בג"צ קבע כי הוא לא מתערב בהחלטת הפצ"ר שלא היה אונס אבל העתירה הייתה נ' הקידום שלו ובג"צ קבע כי מפקד שמקיים יחסים עם הפקודה שלו, בייחוד שהפרש הגילאים והדרגות כ"כ גדול, מדובר בהתנהגות שאינה הולמת וההחלטה לקדמו לא לקחה בחשבון את הפגיעה במוסר של הצבא ולכן, בג"צ קבע כי לא ניתן להעניק לו דרגת אלוף אבל נקבע כי ניתן לתת לו את התפקיד של האלוף אך לא את הדרגה עצמה.

דיני צבא - זוהר פרג' אולינקו

בג"צ 4869/01 : דובר על רופא קצין אשר נאשם בגין מעשים מגונים בדוקטורנטית לביולוגיה שעשתה עבודה אצלו במכון (יחסי כפיפות בניהם). הרופא טען כי היה מדובר ברומן ובהסכמה מלאה. הבחורה יצאה דוברת אמת כי לא שכבה איתו, הוא יצא דובר שקר. הרופא טען כי היא ביקשה ממנו להשתמש בקונדום ספציפי לפני המגע המיני וכל זה כי באותה תקופה היא לא לקחה גלולות. הבחורה הביאה אישור רפואי כי היא אלרגית לאותו חומר ספציפי ממנו עשוי הקונדום ובנוסף כי באותה תקופה לקחה גלולות.

הפצ"ר האשים את הרופא במעשים מגונים ודחה את טענות החקירה שלו. במהלך המשפט הסתבר ע"י הסנגוריה כי כל האישורים הרפואיים שהביאה הבחורה ניתנו לה כי היא אמרה זאת לרופא שלה ולא כי הרופא ערך בדיקה. הבחורה הסתבכה בשקרים נוספים והפצ"ר החליט לבטל את כתב האישום.

הבחורה הגישה בג"צ על ביטול כתב האישום. בג"צ לא התערב בהחלטת הפצ"ר על כך שהסתבר שאין תשתית ראיתית למעשים מגונים ולכן העתירה בעניין זה נדחתה. אך, הרופא מודה כי הוא קיים איתה יחסים בהסכמה שזה בפני עצמו עבירה פלילית כי מדובר בצבא. בג"צ מפנה להלכה הקודמת (בג"ץ גלילי) ומחייב את הפצ"ר להמשיך בהליך שהפעם סעיף האישום הוא התנהגות שאינה הולמת – ס' 130 לחש"צ.

מעשים מגונים :

ס' 348 ו' לחוק העונשין " מעשה מגונה" – מעשה לשם גירוי, סיפוק או ביזוי מיניים.

מה זה לשם ביזוי מיני ? בחורות שמפשיטות אישה / גבר על מנת להביך אותם.

מה קורה כאשר יש אדם מסוים מוזר שמגיע לגירוי / סיפוק מיני שהוא חולץ נעל של אישה / נוגע לה בכף הרגל ? האם זה מעשה מגונה ? בארה"ב התשובה הייתה לא ! צריך להיות מעשה שמבחינה אובייקטיבית מגיעים לגירוי מיני – זו לא הייתה כוונת המחוקק.

מה קורה כאשר רופא מטפל בפציינטית ובעקבות זאת מגיע לסיפוק / גירוי מיני ? מבחינה משפטית העבירה היא מעשה לשם סיפוק / גירוי מיני – המעשה נעשה בתו"ל, באמת הייתה צריך לבדוק אותה.

בעבירות מניע יש להוכיח את המניע !

לפי הפסיקה של העליון גם מעשה לכאורה תמים עלול להתפרש כמעשה מיני ומגונה.

רע"פ 5603/15 : נדון מקרה של אדם הנסע ברכבו ולקח טרמפ ילד בן 10 בטענת שווא שהוא חוק ממשרד החינוך. לקח את הילד לפרדס, הורה לו לכבות את הנייד ולשמור על דבר הפגיעה בסוד. החל לשאול אותו שאלות על איברי גופו. במהלך השיחה הנאשם נגע בראש, בשכם ובחזהו של הילד. לכאורה, לא נגיעות אינטימיות, הבחור הועמד לדין על מעשה מגונה.

העליון הרשיע אותו בקבעו כי גם מעשה שנראה לכאורה תמים שמתלווה אליו מטרה של גירוי או סיפוק מיני עלול להיחשב כמעשה מגונה וכדי להרשיע בעבירה כזו אין צורך להוכיח התנהגות מינית. העליון יצא מנקודת הנחה כי היה מניע והסיק אותו מדברים העלולים להיות שנויים במחלוקת, אם עשה את זה משום שחסר לו מגע עם ילדים ורוצה קשר חום ואהבה. **לדעת המרצה** ניתן לחלוק על פסי"ד כי אין התייחסות מפורשת למעשה שצריך מבחינה אובייקטיבית להיראות כמיני.

העליון התבסס על תקדים של ערעור שירות המדינה 6737/02 : העליון אמר כי גם מעשה תמים עלול להיחשב כהטרדה מינית, הכל תלוי נסיבות. דובר על נהג שתפס ביד של עובדת אשר התנגדה והוא אחז בצוואר שלה וניסה לנשק אותה. לכאורה, הייתה ראייה כי הדבר קשור ליחסי מין.

יש לזכור כי גם מעשה מגונה באדם יכול להתבצע בלי נגיעה (רע"פ 8071/17 – דובר על התחזות לפציינט, הסבר למעלה).

הטרדות מיניות :

החל משנת 1998 ישנו חוק למניעת הטרדות מיניות. חוק זה כדברי הפתיחה שלו נועד להגן על כבוד האדם, חירותו ופרטיותו.

חוק זה כולל מס' עבירות :

- סחיטה באיומים בענייני מין.
- עבירות של מעשים מגונים.
- מקרים נוספים אשר יכולים להיות קלים ולהסתיים בדין משמעתי ויכולים להיות חמורים יותר.

דוגמאות להטרדה מינית :

מפורט בס' 3(א)3 –

גבר שאמר לכפופה לו ביחסי העבודה תוך התייחסות לחזה הגדול שלה "בטח נוח לבעלך בלילה איפה לשים את הראש שלו". אותו גבר הורשע מהסיבה שזו אמירה בעלת אופי מיני מובהק תוך התייחסות לאיבר אינטימי של האישה תוך ביזוי והשפלה של אותה אישה.

החוק הישראלי וההבאה לדין היא מאוד נרחבת בתחום זה.

הטרדה מינית יכולה להיות הטרדה מינית סביבתית (בדיחות גסות על רקע מיני, תמונות פורנוגרפיות במקום העבודה). ישנם מקרים בהם הורשע מרצה שניבל את פיו במהלך הרצאות. מנהל במשרד הבריאות נהג לספר בדיחות גסות על ענייני מין לכפופות לו.

מה קורה כאשר הנפגע לא חש שמדובר בהטרדה מינית ? נקבע כי המבחן הוא אובייקטיבי ולא חשוב האם האדם נפגע מזה או לא .

סוג נוסף של הטרדה מינית " הצעות חוזרות בעלות אופי מיני המופנות לאדם אשר הראה למטריד כי אינו מעוניין בהצעות".

במילים אחרות, אם גבר מציע לבחורה הצעות מיניות והיא מסרבת לכך. ההצעה לא חייבת להיות ישירה – בואי לשכב איתי, אלא הצעות עקיפות – בואי איתי למלון, משמעות האמירות הללו הן לבצע מעשה מיני, במידה וחוזר על כך מס' פעמים חרף אי רצונה מדובר על הטרדה מינית.

ע"פ 5146/06/17 (מחוזי בחיפה) : דובר על מקר של מנהל מחלקה בסופרמרקט, עובדת חדשה. במשך השבועיים הוא אמר לה אמירות שהתפרשו כעבירות על רקע מיני. " אני דלוק עליך ", " את מוסיפה יופי למחלקה ". ההבדל בין השניים היה 20 שנה. העובדת טענה שהיא אמרה שזה מטריד אותה והוא הורשע בעבירה מינית. לפי החוק כאשר זה במקום עבודה ויש יחסי מרות, היא לא צריכה להגיד לו שזה מטריד אותה כדי שזה יהווה הטרדה. מספיק שהוא מציע הצעות מסר פעמים או פעמים חוזרות זה מהווה הטרדה.

הביקורת לגבי החוק הזה, זה מונע יחסים רומנטיים במקומות עבודה. נכתב במאמר שכך דרכו של העולם, שכאשר מחזרים אחרי אישה ישנם הערות כאלה ולעיתים היא נעתרת לכך ולעיתים לא. הטענה השנייה היא שהופכים זוטי דברים לעבירות פליליות באופן שגורם לגמד את העבירות האמיתיות. התשובה לכך, בחברה שוביניסטית ראוי שתהיה הגנה יתר לנשים במקומות עבודה.

כאשר מדובר במסגרת עבודה, מה זה אומר ? – בע"ע של בית הדין הארצי 49900/08/15 נקבע שגם שכן של מטופלת סיעודית על ידי מטפלת זרה מטריד את המטפלת למרות שהוא לא המעסיק שלה, זה עדיין מסגרת יחסי עבודה. המעניין יותר הוא כי החוק יוצר גם עוולה אזרחית של הטרדה מינית. כלומר ף מי שמוטרד מינית יכול להגיש תביעת נזיקין (אשר

דיני צבא - זוהר פרג' אולינקו

צריך להוכיח נזק), החוק יוצר את החרוג שניתן לקבל עד 120 אלף שקל גם אם לא הוכח נזק. החוק יוצר חובות על מעביד לטפל ביעילות על תלונות של הטרדה מינית.

מה קורה כאשר העובדת במקום העבודה היא זו שמתחילה עם הבוס שלה? – בתחום העוולה האזרחית: מקרה של מהנדסת שעבדה במקום עבודה והיא יזמה יחסי מין עם הממונה עליה. לאחר זמן מסוים הם גמרו עם הרומן, הבחור התחיל עם מישהי אחרת בעבודה והם התחתנו. אחרי שנתיים שהיא הסתכסכה עם הבחורה השנייה הלכה והגישה תביעה על זה שהוא קיים איתה יחסים למרות שהוא ממונה עליה וזו הטרדה מינית. **בית המשפט היה צריך להתגבר על שני מכשולים:**

1. האם מגע מיני זה הטרדה מינית? בית הדין הארצי לעבודה קבע זה הטרדה מינית מקל וחומר כי מעשים מגונים זה הטרדה מינית אז לשכב עם מישהי זה יכול להיות הטרדה מינית.

2. אם היא יזמה את היחסים המיניים אז בפס"ד פלילי נקבע שזה לא בעילה אסורה בהסכמה אז מה פתאום זה יהיה הטרדה מיני. בית הדין הארצי לעבודה אמר כי הפלילי הוא שונה והעוולה האזרחית היא שונה. בפלילי – צריך להוכיח תנאי מעל לכל ספק סביר שזה היה מרות ובאזרחי – מספיק מאזן הסתברויות. וכיוון שזה לא היה רומן אמיתי, בית המשפט אמר כי הם עשו זאת בסתר ולא יצאו ונפגשו עם אנשים. להבדיל מה שקרה עם האישה השנייה שהוא כן דיווח עליה, יצא איתה והתחתן איתה. בית המשפט אומר כי זה מבחינתם מספיק כדי לקבוע שהיה ניצול יחסי מרות והוא חייב אותו בפיצוי. מעביד צריך להישמר.

אחריות מפקדים בצבא:

השאלה הראשונה העולה בעניין היא **מי הוא מפקד?** מוגדר בס' 1 לחש"צ כמי שגבוה בדרגה או מי שלפי פקודות הצבא או לפי הנהוג רשאי לתת פקודות.

למה צריך כללים מיוחדים בדיון על אחריות מפקדים? במה המפקד שונה ממנכ"ל / ראש אגף בכיר בארגון

ציבורי אחר שיש בו היררכיה? למפקד יש ייחוד המחייב קביעת כללים מיוחדים וזאת מהסיבה שעוסק בביטחון המדינה וכל כשל בפעילותו עלול להיות אסון. מפקד גם עוסק בחיי אדם, בחומרים מסוכנים ועל כן צריך לגביו כללים מיוחדים שגם יקבעו ויגרמו לכך שיהיה מתאים לתפקידו וגם יהיה אחראי מספיק לקבל החלטות ולהפעיל שיקול דעת.

למפקד יש סמכויות מיוחדות ונרחבות: במקרים מסוימים רשאי לעצור חייל, רשאי לשפוט אותו בדיון משמעתית ולשלוח אותו לכלא, לרתק אותו, להשעות אותו וכו'. שימוש לרעה בסמכויות אלה עלול לגרום נזק לארגון או ליחידה עליה מופקד החייל וגם לגבי הייחוד הזה צריך שיהיו כללים מיוחדים וטובים יותר, בעלי ש"ד ואחריות.

מאפיין נוסף של הצבא אשר משפיע על זהות ואופי מפקדיו הוא העובדה **שחייל בניגוד לכל עובד אחר לא יכול להתפטר ולא יכול לעבור למקום עבודה אחר**, לא יכול שלא להופיע לעבודה. לכן, קיימת חשיבות גדולה למוטיבציה של החיילים אשר מושפעת מדמותו של המפקד.

יתר על כן, **החוסן הצבאי של הצבא מושפע מחוסנו המוסרי** – צבא מושחת / צבא שפועל בניגוד לחוק בסופו של דבר יורה בחוסנו הצבאי. צבא צריך לקבוע סולם ערכים גבוה ולדאוג לתואר המידות בתוכו. העובדה שמפקד בצבא הולך במדים ובדרגות, **הציבור מזהה את איש המדים והדרגות עם הצבא** עצמו וכל חריגה והתנהגות לא נאותה של איש המדים נחשבת בצדק או שלא בצדק לכתם או לבעיה של הצבא עצמו.

הייחוד הזה הביא גם לסט של ערכים והחלטות אשר נוגעות לאנשי הצבא בכלל ולפקדים בפרט:

השאיפה מאז קום המדינה והצבא הייתה שהאנשים הטובים הם שיישארו בשירות הקבע ויהפכו למפקדים ובייחוד מפקדים בכירים.

מאפיין נוסף של אנשי הקבע הוא העובדה **שאנשי הקבע לא נחשבים כעובדים אלא כסטטוס** הנובע מהחקיקה ומפקודות הצבא. היחס אליהם הוא לא כאל עובדים ולכן אין ועד עובדים / שביתות וכו'. ניתן "לפטור" ביתר קלות איש קבע, ניתן לקדם / לא לקדם דרגה ביתר קלות איש קבע. לכן, ניתן לדאוג שהטובים ביותר יישארו בלי שיקולים של ועד עובדים.

כדי שהיחידה תמלא את ייעודה ותהיה בעלת משמעות וכללים שצריכים לעמוד בהם, **נתנו למפקד סמכויות מאוד נרחבות וכגודל הסמכות כך גודל האחריות**. ניתן ואכן דורשים יותר מאשר ממנהל רגיל. דרישה זו ליתר אחריות הביאה לחקיקה מיוחדת האופיינית לחוק השיפוט הצבאי ופחות אופיינית לחקיקה הנקראת אזרחית. כך למשל, בצבא יש עבירה לפי **ס' 124 לחש"צ** הנקראת התרשלות במילוי תפקיד. חייל שהתרשל יכול לתת את הדין על כך גם בדין משמעתי וגם בדין פלילי, גם כאשר אין תוצאה להתרשלות. באימונים כאשר משהו כמעט הרג אחר אך לא קרא שום דבר ניתן להעמידו לדין על התרשלות, המשפט הפלילי בדרי"כ לא עוסק בעבירות שאין להן תוצאה. יש לזה חריג, **ס' 338 לחוק העונשין** הקובע עבירה של מעשה פזיזות ורשלנות שיש בהם כדי לסכן חיי אדם או שלמותו הגופנית. ס' זה חל רק במקרים ספציפיים כמו למשל טיפול בחומרי נפץ / רעל / טיפול בכלי רכב.

ס' נוסף בגינו ניתן להעמיד לדין משמעתי ולדין פלילי זו עבירה לפי **ס' 130 לחש"צ** התנהגות שאינה הולמת – מדובר על עבירה עם רקמה פתוחה, אין לה גבולות ברורים. הרעיון הוא שהרמה המוסרית הנדרשת מאנשי צבא תהיה גבוה יותר, רמה מוסרית דומה ניתן לדרוש מבעלי מקצועות מסוימים (רופאים, עו"ד, עובדי מדינה וכו') אך בדין המשמעתי יש עבירה כזו. לעומת זאת, בצבא אותו עניין שייגמר כפיטורים או הורדה בדרגה באזרחות ייגמר בצבא בעונש מחבוש.

מה היא התנהגות שאינה הולמת ? ברור שכל עבירה שיש בה קלון או פסול מוסרי היא עבירה שאינה הולמת. אפשר להרשיע גם בעבירה הזאת כאלה שלא עברו עבירה פלילית אחרת כמו לדוגמה קצין צהל במדים שהשתכר במקום ציבורי, גם אם לא יבצע עבירות ורק יראה מוזנח ויקיא וכל זאת בהיותו במדים מדובר על התנהגות שאינה הולמת ועל כן יועמד לדין משמעתי. מהפסיקה ישנה דוגמה של מפקד בדרגת סמל ומעלה שיעבור ליד תאונת דרכים עם נפגעים שהם חיילים והוא לא יעצור להעניק עזרה יכול לעבור על התנהגות שאינה הולמת. חוק השומרוני הטוב / לא תעמוד על דם רעך : כל אזרח שעובד ליד תאונה עם נפגעים צריך לדווח על כך.

ע' 42/88 : אירוע שאירע בשנת 1987, מחבל שרכוש על גלשן חדר מלבנון לישראל, ירה, הרג קצין ופצע חיילת. אותו מחבל התקדם למחנה גיבור, חדר למחנה זרק רימונים, הרג 5 חיילים ופצע 8 מהם. אחד הדברים שהקל על כניסתו למחנה הייתה העובדה שהשג. ברח, ראה שאין לו סיכוי מול המחבל ונטש את משמרתו. אותו חייל הועמד לדין. **ש.ג טען להגנת הצורך**, **ס' 34 יא' לחוק העונשין** – יוצר סייג לאחריות פלילית וקובע "לא יישא אדם באחריות פלילית למעשה שהיה דרוש באופן מידי להצלת חיו, חירותו, גופו, רכושו שלו או של זולתו מסכנה מוחשית ולא הייתה לו דרך אחרת אלא לעשותו".

זו דוגמה לדרישה מיוחדת לחיילים ולווא דווקא ממפקדים, **ס' 19 לחש"צ** – **החוק מצמצם את ההגנות במשפט הפלילי שמדובר בחיילים**. ס' זה קובע "חייל שעבר עבירה כדי להגן על חיו או גופו או על חייו או גופו של אדם אחר או על ערך כלשהו לא ישמש הדבר על אף האמור בכל דין אחר עילה לפתור מאחריות פלילית או למחילת העונש אם לפי הנסיבות שבהן נעברה העבירה הוא היה חייב להקריב את החיים, הגוף או הדרך". במילים אחרות, אם לפי הנסיבות החייל היה צריך להקריב את עצמו אזי לא תעמוד לו ההגנת הצורך. הש.ג גם אם העריך כי הוא מסכן את חייו לפי הנסיבות בהיותו מופקד על שער הכניסה היה צריך להילחם ולא להימלט. המחוקק מצא לנכון לצמצם את ההגנת הצורך או הכוח. זה חל לגבי על החיילים אבל בתרבות הנהוגה בצבא של אחריי בה המפקדים מסתערים קדימה, הדרישה הזו היא קדומה ביתר סט לגבי מפקדים.

מה קורה כאשר חייל עובר ברחוב ורואה מחבל עם נשק אוטומטי ויורה בעוברי אורח ? האם החייל חייב בנסיבות אלה בעניין הפלילי הצבאי האם ניתן לבוא אליו בטענות משפטיות? ניתן לבוא ולהגיד שהוא חייל והוא נדרש להגן על אזרחי המדינה. ניתן להעמיד לדין אך מצד שני הוא יכול לטעון כי הוא בתוך המדינה והתפקיד של הצבא הוא להגן על הגבולות, מי שמטפל בתוך המדינה זה המשטרה, וגם שהנסיבות שיש לחייל אקדח ולמחבל יש נשק אוטומטי. לא קיימת על כך פסיקה. **המרצה** מכיר כי ישנם חיילים שכן נוקטים צעדים נגד מפקדים מזירה כזו אך הוא לא יודע אם הם עמדו מול מצב של נשק אוטומטי. ניתן גם לדון לגבי התנהגות שאינה הולמת כלפי כל מצב לגופו.

ע' 42/88 : מפקד בדרגת רס"ר עבר במקום, ראה חיילים בדרגה נמוכה ממנו, הם לא היו פקודיו והוא ראה שהחיילים מכסים פלסטיניים בחול. הוא לא ניסה להפסיק אותם והוא הורשע בהתנהגות שאינה הולמת, לא יכול להיות שמפקד מתעלם ממעשה כזה מכפיר של חיילים.

מה היא האחריות של מפקדים במישור הבטיחותי ?

בדר"כ באימונים חיילים נהרגים ונפצעים. בשנים הראשונות של צה"ל, הרבה יותר מאשר היום, חלק גדול מהפסיקה עוסק בתאונות של לפני שנים. בשנים האחרונות חלה ירידה משמעותית בנפגעים כי הטוה המובילה היום גם של המפקדים וגם של הפסיקה הצבאית ששמירה על חיי אדם באימונים עדיפה על פני ביצוע משימה (הדבר נקבע בע' 77/79 + ע' 107/76 נאמר כי נושא הבטיחות הוא עניין מרכזי בכל הכרוך באימונים צבאיים בצד החובה לבצע את האימונים עומדת החובה להבטיח ככל שיכולתו של אדם מגעת כי לא ייווצרו סיכונים מיותרים. אם מתעורר ספק כלשהו בשאלה הנוגעת לבטיחות נוהגים לצד החומרה – באימונים לא לוקחים סיכונים, גם אם מתעורר ספק !!!).

חיי אדם ושלמותו הגופנית זהו הנושא המרכזי ולא לוקחים בו סיכונים !!!

חובת הזהירות חלה לא רק באימונים, בע' 19/58 נקבע שכל מקום שבו קיימת באופן סביר תוך כדי פעילות שהיא במסגרת צבאית סכנה לשלומם של החיילים אזי המפקד חב חובת זהירות נוספת והיא לנקוט בצעדים סבירים על מנת למנוע את אותה סכנה.

הדוגמא הקלאסית לעניין זה, ע' 55/76 סגן דוארי הלך בבסיס שלו וראה רב"ט מסתובב עם נפל טיל לאו. ספק הורה לו ספק ייעץ לו להיפטר מזה כי זה מסוכן. החייל לא התייחס לדבריו והלך לחדר וניסה לעשות מהטיל מאפרה, הטיל התפוצץ והחייל נהרג. הקצין הועמד לדין וטען 2 טענות : 1. הוא לא פקוד שלי ואני לא חב לו חובת זהירות. 2. אמרתי לו להיפטר מזה כי זה מסוכן אך הוא לא עשה זאת.

בית הדין הצבאי הרשיע אותו, ביחס לכפיפות אמר בית הדין "הלכה פסוקה היא שמכוח היחסים המיוחדים בין מפקד לפקוד שהראשון הוא בעל סמכות לצוות והאחרון חייב לציית לו, מוטלת חובת זהירות מיוחדת ונוספת על המפקד בכל הנוגע לאירועים הקשורים למסגרת צבאית. ולעניין זה, אין הבדל אם אינו מפקדו הישיר של החייל שכן החייל חייב לציית לא רק למפקדו אלא לכל מי שגבוה ממנו בדרגה. מכאן, מקום שקיימים יחסי משמעת צבאית מוטלת על המפקד חובת זהירות כלפי הנמוכים ממנו בדרגה, כאשר מדובר במעשה העלול לסכן חיי אדם או בריאותו וקשור בפעילות הנעשית במסגרת צבאית ונובעת ממנה."

משמע מהציטוט הנ"ל הוא כי מוטלת חובת זהירות מושגית על המפקד כאשר יש יחסי פקוד מפקד במובן הרחב והדבר נעשה במסגרת צבאית או קשורה לה שמתקיימים יחסי משמעת צבאית (סגן ורב"ט).

מוסיף ואומר בית הדין, במקרה שיש סכנה גדולה זה לא מספיק שהמפקד אמר לו תיפטר מזה כי זה מסוכן - הוא לא יוצר לידי חובתו אמירה כזו. **בסיכון גדול יש לוודא ביצוע.**

ע' 83/75 : 2 מחלקות בילו במחנה נופש צבאי ולאחר שעות הפעילות ירדו חיילים להתרחץ בים בלילה. מ"מ של מחלקת אבטחה עם החיילים שלו וחיילי מחלקה נוספת עם המ"מ שלהם שהיה סמ"ר. אותו סמ"ר תבע למוות.

המפקד של מחלקת האבטחה הועמד לדין בטענה כי היית המפקד הבכיר בדרגה, רחצה לילית ללא מציל אסורה.

בית הדין זיכה אותו בקבעו כי הדבר קרה לאחר שעות הפעילות ומחוץ למסגרת הצבאית. למפקד מחלקת האבטחה לא היה חלק מהיוזמה של החיילים להתרחץ בים.

המדיניות של העמדה לדין על התרשלות שגורמות לפגיעה בחיי אדם בצבא היא מדיניות מתמירה, בדר"כ שיש הרואים והרבה פעמים גם שיש פצועים באימונים מעמידים לדין במסגרת בית דין צבאי. הדבר המעניין הוא שלמרות

דיני צבא - זוהר פרג' אוליננקו

המדיניות המחמירה של הצבא יש לא מעט טענות של הורים שכולים אשר טוענים כי הצבא מקל בתאונות אימונים גם בהעמדה לדין וגם בענישה. לעומת זאת, לא מעט מפקדים טוענים הפוך, שיותר מדי חוקרים ומעמידים לדין.

באחד מפסי"ד בבית הדין הצבאי המיוחד (דן במקרים שאחד הקצינים לפחות בדרגת סא"ל ומעלה, דן במקרים שהעונש הצפוי הוא מוות) נדונה השאלה הזו של מדיניות הצבא בקשר לתאונות אימונים. ההרכב בבית הדין הצבאי שדן באירוע זה היה הרכב מיוחד וכלל את נשיאת בית הדין המיוחד באותו זמן, קצין בכיר מחילות השדה (אלוף משנה), פרופ' קרמיצר.

בהרכב זה התייחסו לתאונות אימונים שבה יחידה צבאית פלוגה של בית הספר למי"כים פשטה באימון על בית, טעתה בזיהוי הבית והייתה באזור באר פעורה ללא גידור וחייל נפל ונהרג. הועמדו לדין מג"ד, מ"פ, מ"מ ומ"כ.

בסוף פס"ד, התייחס בית הדין הצבאי המיוחד למדיניות העמדה לדין ומציע לשנות אותה באופן שיועתק מרכז הכובד מהתחום הפלילי לאפיק הפיקודי. במילים אחרות, במקום לפתוח בחקירת מצ"ח ולהעמיד לדין / לסגור את התיק יבוצע תחקיר שבראש המתחקרים יעמדו שופט בית משפט עליון בדימוס וקצין בדרגת אלוף או רב אלוף במיל' – יהיו מוסמכים להורות על צעדים מנהליים פיקודיים (הרחקה מתפקיד, עיכוב קידום, סיום שירות הקבע והורדה בדרגה). כמו כן, במקרים החמורים הם יהיו מוסמכים להורות על חקירת מצ"ח ואז יישקל מצב של העמדה לדין פלילי.

לדעתם, **היתרונות** בשיטה זו שבתחקיר כזה האנשים לא צפויים לדין פלילי יש יותר סיכוי להגיע לחקר האמת. בנוסף, ימנע החיזיון הנפוץ שכל אחד זורק את האחריות על משהו אחר ולא לוקח אחריות על עצמו. עוד יתרון, המפקדים לא יועמדו בסיכון סטיגמה של הרשעה פלילית. בתחקיר כ"כ בכיר גם ישודר מסר של מרכזיות וחשיבות הטיפול בתאונות אימונים ויחזר אמון הציבור במערכת המשפטית – שיפוטית.

הדיון הגיע לבית הדין הצבאי לערעורים ע' 193/94: ההרכב היה על טהרת המשפטנים, הרכב זה ביקר את ההתייחסות של בית הדין המיוחד, קבע שבית הדין חרג מהמסגרת הראויה תוך התייחסות לנושא שהוא לא לו. הנושא שאליו התייחס בית הדין המיוחד פנים רבות לו וראוי הוא כי בית הדין לא יכניס את ראשו לנושא שהוא חוץ משפטי. לאחר ביקורת זו, כל הנושא של הטיפול הציבורי בנושא זה דעך.

לימים הייתה **פרשת צאלים**, חיילים מסיירת מטכ"ל נהרגו בתרגיל מודל (לפני חיסולו של סדאם חוסן), הייתה חקירה והעמדה לדין של רס"ן וסרן והם הורשעו. התעורר ויכוח ציבורי של המשפחות השקולות שהיה צריך להעמיד לדין גם מפקדים בכירים יותר. הנושא הועבר למבקר המדינה אשר הדו"ח דחה את כל הטענות שהושמעו. כמבקר המדינה מפנה לפס"ד מיוחד אחר ואומר כי הנושא של איך יטפלו בתאונות אימונים ראוי להיבדק בצבא ובפורומים ממלכתיים אחרים – כשופט אומר לא עניין של בית משפט להתעסק אך כמבקר המדינה אומר אחרת לחלוטין.

מה קורה בהתרשלות בפעילות מבצעית? (=פעילות שונה מאימונים, מתנהלת בסביבה מסוכנת ומלאת מותח, הרבה מאוד דברים לא צפויים ולהבדיל מאימון בפעילות מבצעית מפקד צריך להיות דבק במשימה).

לפי הסדר עתיק בין הפרקליטות הצבאית ליועמ"ש כאשר נסגר תיק שהפצ"ר מקבל החלטה על העמדה לדין בעניין התרשלות מפקדים **יש מעין סמכות ערר למש' השכולה ליועמ"ש**. זהו הסדר שאינו קבוע בחוק ובסופו של דבר יש לו עיגון מסוים באמרת אגב של העליון בפס"ד אביבית עטיה אשר קובע כי היועמ"ש הוא ראש התביעה הכללית במ"י ובמקרים מיוחדים וחריגים בעלי השלכה רוחבית מאפשר את התערבות היועמ"ש בהחלטות הפצ"ר. **המרצה חולק על גישה זו**.

פעם הראשונה **שבית הדין הצבאי לערעורים** נכנס לסוגיה של מה הכללים המיוחדים, אם בכלל, של העמדה לדין להתרשלות בפעילות מבצעית היה בפס"ד **סגן מקמל ע' 177/79**: דובר על מקרה טראגי אשר בו חיילים בפיקודו של ס' מקמל הציגו מארב בלבנון, שהתקפלו מהמארב אזי היה ירי דו"צ, חיילנו ירו על חיילנו ו-2 חיילים נהרגו.

בית הדין הצבאי לערעורים היה ברשות האלוף נדל, עוד נכחו במשפט אלוף משנה פריש ושופט במיל' של המחוזי. נקבע כי בהתייחסות להתרשלות / אי התרשלות בפעילות מבצעית קנה המידה הם שונים כי המפקד נמצא בלחץ גדול ועומס אחריות גדול, יש לו סמכויות החלטה מכריעות לחיי אדם ויש להחליט אותן תוך התנהלות בפעילות המבצעית. **באימונים בראש סדר העדיפויות יש להעמיד את הבטיחות ואילו בפעילות המבצעית בכל דרך אפשרית עלולים לצוץ סיכונים (לא עושים**

דיני צבא - זוהר פרג' אוליננקו

משוואה הפוכה). לכן, המסקנה המתבקשת מאמירות אילו שצריכה להיות גמישות של בית הדין בקנה המידה של קביעת רשלנות. השטח האפור בין רשלנות לאי רשלנות יהיה גדול יותר.

בכל משפט על רשלנות הסגור / המייצג את הרופא המתרשל מנסה להוכיח כי לא הייתה רשלנות ולחילופין שזו הייתה טעות בשיקול דעת. הכוונה לטעות בשיקול דעת היא כי ישנן מס' שיטות לבצע ניתוח ולהשיג את אותה מטרה, יש מס' סוגים לגיטימיים ומקובלים בעולם הרפואה גם אם יוכח שיש ניתוח הכי טוב והרופא לא נקט בו זה לא אומר שזה רשלנות.

עוד אמר בין הדין הצבאי, היעדר מיומנות של המפקד לא תיזקף לחובתו. אם זו הפעילות הראשונה / השנייה לא יאמרו כי זו רשלנות. בנוסף, לא כל פעילות מבצעית היא יוצרת חסינות מפני תביעה של רשלנות או העמדה לדין, במקרה זה בית הדין הצבאי מאשר את ההרשעה – מדובר בפעילות צבאית אך בשטח שהיה בידי כוחותינו, השטח היה מוכר ולא היה לחץ בפעילות ועל כן הפעילות הצבאית לא הייתה סיבה מספקת כדי לזכות אותו מהטעויות הרשלניות שלו.

פרשת ישע: פעילות של כוחותינו ללכידת מבוקש בכפר ברטע, הייתה פעילות לילית. כוח אחד הגיע לשטח, כוח שני היה בדרך כולל מפקד היחידה. תוך כדי התמקמות של חלק מהכוחות בשטח הגיע למפקד הכוח ידיעה כי המבוקש עומד לצאת מהמסגד בו שהה. בעקבות הידיעה שהמבוקש עומד לצאת ומלוא הכוחות עדיין לא היו בשטח, המפקד הורה לשנות את מיקום הכוחות שכבר הגיעו (לא בהתאם לתכנון המקורי). ישע התמקם במקום מסוים ובינתיים הגיע כוח שלא שמע בקשר את ההוראה על שינוי המיקום. הכוח ראה אדם חשוד (ישע) חשבו שהוא מחבל ירו בו והרגו אותו.

עלתה השאלה האם המפקד, סא"ל, התרשל או לא? – הקביעה הייתה כי התבצעה התרשלות בהכנת הכוח ברמה נמוכה. המרצה פנה לרמטכ"ל והתלבט עמו האם להעמידו לדין? לטענתו היה לא להעמידו לדין אך ביקש לנקוט פעולה פיקודית נגדו (לא יקודם בצבא ולא יפקד על פקודים). משפ' המנוח לא קיבלה את המסקנה הזו ונחלמה קשות בעניין.

בסוף ההליך המשפחה פנתה לבג"צ אשר דחה את העתירה תוך כדי אימוץ כל נימוקי הפרקליטות הצבאית מדוע התייחסות להתרשלות מסוג זה צריכה להיות התייחסות מעדיפה על הצד הפיקודי, **להלן הנימוקים:**

1. התרשלות לא הייתה גבוה.
2. נקבע בזמנו כי שיש ראיות לכאורה על גרימת מוות ראוי להגיש כתב אישום אלא אם כן אין אינטרס ציבורי להעמדה לדין פלילי ולעיתים מאפיינים של פעילות מבצעית מביאים לידי מסקנה שאין אינטרס ציבורי בהעמדה לדין. המקרים יהיו פחות או יותר עם שיקולים כאלו כמו במקרה זה.
3. איש הצבא צריך להיות בפעילות מבצעית ודבק במשימה, אי אפשר לדרוש ממנו שכאשר הנפקד מקבל ידיעה כי המחבל עומד לצאת מהמסגד ועדיין הכוחות לא הגיעו לבטל את המשימה ואז לא היו תופסים אותו.
4. איש הצבא ממילא מסכן את חייו בפעילות המבצעית, אם יתווסף על הסיכון הזה גם סיכון של העמדה לדין אזי בסופו של דבר זה יפגע בצבא כי אנשים טובים עלולים לא לרצות להישאר בצבא קבע או לקחת אחריות נוספת.
5. בהתרשלות בפעילות מבצעית אין טעם בנימוק ההרתעה כדי להרתיע. אם נוקט צד פיקודי נ' האלוף הזה אז אין דרך להרתיע אותו יותר. הנימוקים הרגילים של הרתעה לא בדיוק חלים במקרים אילו.

בג"צ קבע כי שיקולי הפרקליטות היו סבירים ובוודאי אין לומר עליהם כי היו בלתי סבירים באופן המצדיק את התערבות בג"צ. לא היינו מתערבים גם אם ההחלטה של הפצ"ר הייתה להעמידה לדין, כלומר נתנו לכאורה שיקול דעת רחב מאוד לפצ"ר להעמיד לדין או להסתפק בצעדים פיקודיים כפי שקרה בפרשה זו.

שיקול הדעת הרחב לכאורה מתבטא בשני מישורים:

- א. אם הפצ"ר החליט כל פעם החלטה אחרת אזי יכולה להתקיים טענה של הגנה מן הצדק.
- ב. היועמ"ש שיש לו זכות לדון בערר של מש/ שכולה יכול לחשוב אחרת מהפצ"ר אך עדיין להחלטת בג"צ בפרשת ישע יש חשיבות רבה מאוד.

פרשת שדיאל (דנו בה לפני פרשת ישע): דובר על קצין זוטור אשר הוביל 12 חיילים למערב בלבנון בתקופה שהמקום היה מוצף מחבלים, מז"א היה חורפי – ערפילי והובלת הכוחות נעשה בוואדי סבוך צמחייה. בשלב מסוים, תוך כדי הובלת הכוחות רצה לתצפת על השטח והחל לטפס במעלה הוואדי כאשר החיילים הולכים בעקבותיו. החייל השני בתור עלה אחריו

דיני צבא - זוהר פרג' אולינקו

החייל השלישי איבד קשר עין ולא ראה כי מטפסים במעלה הוואדי אך לבסוף גילה והמשיך בעקבותיהם. החייל הרביעי לא ראה אותו בבירור חשב שזה מחבל והרג את אותו חייל (כאשר סחבו אותו על האלונקה לא קשרו אותו). נפתחה חקירת מצ"ח, המרצה קבע כי הוא פעל לפי הנוהל ולא התרשל כלל. כיוון שתמיד יש סיכון בנתק בין הכוחות כאשר מדובר בלילה, היו הוראות קודמות לפתיחת אש ולא ישר לפתוח באש אך הדבר לא התבצע במקרה זה – לגבי אותו חייל יורה לא היה ספק האם להעמידו לדין כי עמד תחת לחץ וחשש לחייו.

השאלה התמקדה בסג"ם האם היה צריך להודיע לכוח כי ישנו שינוי במסלול ? לאחר התייעצות עם מפקדים בצבא המרצה (הפצ"ר) החליט כי אין לעצור ולהודיע הודעות אלא לפסוע בעקבות הסג"ם ועל כן אין להעמידו לדין.

משפחת המנוח ערערה ליועמ"ש אשר נטה להעמיד אותו לדין, המרצה ביקש לחכות להחלטת בג"ץ בפרשת ישע וכך היה. החליט היועמ"ש שראוי להעמיד לדין את שדיאל לא על גרימת מוות אלא על התרשלות ערטילאית, לא היה בפעילות המבצעית עצמה אלא בדרך לפעילות ולא ננקט שום צעד פיקודי נ' סג"ם שדיאל והוא כן היה צריך להודיע על הסטייה. בנוסף התרשל שלא הורה לקשור את המנוח לאלונקה.

המרצה לא הסכים עם כך וכתב מכתב ליועמ"ש איך יש לו את הסמכות להעמיד לדין בניגוד לדעתו ? – בכל מקרה הפצ"ר העמיד אותו לדין, הסנגור טען כי היועמ"ש לא הסכים עם זה ואחד שופטים קיבל זאת וביטל את כתב האישום.

לדוג': אם הכנסת תקבל חוק המתקן את חוק עונש המוות באופן שבית המשפט האזרחי יוכל להטיל עונש מוות עדיין שר הביטחון לא יכולים להורות ליועמ"ש להנחות את התביעה שבמקרים מסוימים יתנו עונש מוות, הפצ"ר יצטרך להורות לתובעים הצבאיים ולא הממשלה !!!

לדעת המרצה הבעיה החמורה בהעמדה את שדיאל לדין היא שגם היועמ"ש לא ראה כי יש קשר סיבתי למוות.

בשלב מסוים, בפסיקת בית הדין הצבאי לערעורים חלה התפתחות בסוגיה הזו. ע' 232/95 סגן קאופמן : קצין משטרה צבאית בבית סוהר צבאי שאכלס מחבלים. אחד המחבלים רץ לעבר השוטרים הצבאים וסגן קאופמן היה משוכנע כי הוא מתכנן לפגוע בהם על כן הרים את הנשק ושחרר כדור, הרג חייל ופצע חייל אחר. אותו סגן הועמד לדין הורשע וקיבל עונש.

התביעה הצבאית ערערה על העונש (קל מדי), בית הדין הצבאי החליט לתת פס"ד עקרוני בכל ההתייחסות להתרשלויות בפעילות מבצעית. בית הדין הרחיב את השקפתו לשאלה מה זה פעילות מבצעית ואמר כי מדובר בכל פעולה שבה אופי הפעילות יוצר סיכון פיזי לחיילי צה"ל בדרכי ממקור חיצוני ולעניין זה אין חשיבות אם הפעילות היא בתוך המדינה או מחוצה לה.

עוד אומר בית הדין, **כאשר דנים בהתרשלות בפעילות מבצעית יש להתייחס לשלוש סוגיות :**

1. נושא האחריות הפלילית – מתי יקבע שיש התרשלות ומתי לא ?
2. שאלת העמדה לדין – מתי יחליטו להעמיד לדין ומתי לא ?
3. שאלת העונש.

לנושא האחריות הפלילית, בית הדין חוזר על הלכות הפרשות לעיל ונותן להם גיבוי. עוד מוסיף בית הדין מציין כי באחריות פלילית מדובר רק על מקרים בהם עומדת השאלה האם הייתה התרשלות או לא ? לא מדובר על כוונה.

למרצה ישנה ביקורת על כך : השאלה יכולה לצוץ במקרים של פזיזות. המפקד היה פזיז ולכן יועמד לדין, בגלל המאפיינים המיוחדים של הפעילות המבצעית "נייחס" רק עבירה של התרשלות.

לנושא העמדה לדין, ישנו חידוש האומר כי כדי שהפרקליטות תעמיד לדין צריכים להיות 2 תנאים מצטברים :

1. התרשלות רבתית.
2. נהרג / נפצע בן אדם.

דיני צבא - זוהר פרג' אוליננקו

מתחבא בין השורות הטרסה נגד יועמ"ש אשר סבר כי יש להעמיד לדין את שדיאל למרות שלא יוחס קשר סיבתי בין ההתרשלות אשר קבע שקיימת לבין המוות.

לנושא העונש, בין הדין אומר כי גם לעניין העונש יש צורך להתחשב בעובדה שזה היה בפעילות מבצעית.

בהקשר לכל מה שנאמר, **מתייחסים בעיקר להתרשלויות של מפקדים בפעילות המבצעית ולא להתרשלות החיילים**. המרצה חולק גם על מסקנה זו, חושב שיש להתחשב התחשבות יתר במפקדים אך גם חיילים עומדים לעיתים בלחץ אטומי בפעילות מבצעית ולכן הכללים אשר גובשו לגבי מפקדים יכולים לחול על חיילים במקרים מסוימים.

בג"ץ 5960/98 אסון המסוקים: נהרגו 73 חיילים. הפצ"ר החליט לא להעמיד לדין, קבע כי אין קשר סיבתי להתרשלות שהתגלה לבין המוות.

משפחות ההרוגים עתרו לבג"ץ אשר קבע כי מדובר בהחלטה סבירה בהתחשב בנסיבות המקרה. המעניין זה שהוא הסתפק באמירה שזו החלטה סבירה ולא הפנה להלכת ישע.

בג"ץ 7953/15: דובר על מקרה בו אדם חלף על פני מחסום והאיץ את המהירות שלו, לאחר שנמסר לכוח שרכב פגיו לבן הוא של מבוקש. לא הועמד לדין מי שירה והרג אותו.

הייתה עתירה לבג"ץ אשר קבע כי "לא ניתן לומר כי בנסיבות אילו הירי... נעשה ברשלנות כזו המחייבת העמדתו של המשיב לדין פלילי ובוודאי שלא זה המקרה הקיצוני הנדיר המצדיק התערבות בשיקול דעתם של המשיבים".

מדיניות דומה לזו של הצבא הוחלה גם ע"י פרקליט המדינה במקרה של שוטר שניסה לעצור רוכב אופנוע שנמלט מהמשטרה עם לוחית זיהוי מוסתרת. השוטר זרק קרש לעבר האופנוע, פרקליט המדינה קבע כי אכן הייתה התרשלות אך אין קשר סיבתי למוות. כלומר, החיל את הלכת ישע על מקרה זה.

בג"ץ לא התערב בקבעו כי קצין המשטרה פעל בלחץ מתוך מניע חיובי למען אבטחת ביטחונם של המשתמשים בדרך. עוד קבע, כי המעשה לא חורג באופן קיצוני ממתחם הסבירות.

החלה מפורשת של הלכות צבאיות על המשטרה הייתה בבג"ץ 143/12: דובר על מקרה ששוטר ירה בראש באדם חשוד כמחבל אשר דרס קודם לכן שוטר, כאשר הוא שכב הוא הזיז יד והיה חשש לפגיעה. העליון דחה את ההחלטה של פרקליט המדינה לסגור את התיק וקבע "אל לנו לבחון את פעולותיהם של אנשי הביטחון במצבי לחימה באופן תלוש מהסיטואציה בה הם פעלו". בהמשך מפנה העליון לדברי הנשיא ברק בע"א 5604/94 חמד. עוד קובע העליון, במצבים מורכבים כאלו יש להביא בחשבון את גילם הצעיר של החיילים והשוטרים אשר צריכים לפעול בתנאים קשים ומורכבים אשר גם אדם בוגר ומנוסה היה מתקשה בהם.

פס"ד זה הוא בעל חשיבות משתי סיבות עיקריות:

1. מחיל את אותן הלכות על שוטרים.
2. דעת המרצה בעניין קאופמן מתבטאת פה, השוטר פעל על דעת עצמו ללא פיקוד מסוים.

בג"ץ 5817/08: דובר על פיזור הפרות סדר בשטחים, הכוח פיזר בגז מדמיע וכדורי גומי. דובר בכוח מג"ב אשר אחד מהם ירה בניגוד להוראות וילדה נהרגה. הוחלט לא להעמיד לדין, קשה היה לקבוע קשר סיבתי.

המשפחה של אותה ילדה עתרה לבג"ץ. תוך התנהלות העתירה הוגשה תביעה אזרחית וזכו בה.

בג"ץ קבע שהחקירה התנהלה ברשלנות, אומר העליון מפי השופטת בייניש שבמקרים דומים ניתן יהיה לחשוב על העמדה לדין לפי סי' 338 לחוק העונשין שזהו הסעיף של התרשלות ערטילאית. נקבע כי **במקרים מיוחדים ניתן בפעילות מבצעית להעמיד לדין רק על התרשלות ללא קשר סיבתי למוות**.

אין לראות זאת כסטייה מההלכות הרגילות אשר הועלו קודם לכן. מדובר באמרת אגב. בנוסף, דובר על מקרה מיוחד שהמדינה חויבה בתביעת נזיקין אשר אמרה כי החייל התרשל, נהרגה ילדה וזהו דבר ההופך זאת לרגיש יותר.

מה קורה כאשר ההתרשלות של היורה בפעילות מבצעית היא גם מנוגדת להוראות הפתיחה באש של צה"ל ?

סוגיה זו נדונה בע' 60/04 סרן קורצקי : דובר על מקרה שהוטל עוצר אשר הופר, היו זריקות אבנים ופעילות מבצעית בשטח. קורצקי נתן הוראה לירות תחת חלון של בית, כצפוי הירי פוספס וכדור נורה לעבר החלון וצעיר שהיה בבית נהרג.

נקבע שהוא חרג מהוראות הפתיחה באש ונדונה השאלה אם התרשל ? בית הדין הצבאי דחה את טענות הסנגוריה בקבעו שהוראות הפתיחה באש של צה"ל משכללות בעצם את המצב המיוחד של פעילות מצבעית ולכן, אי אפשר לשכלל זאת פעמיים (גם בהוראות הפתיחה באש וגם בפרשנות השאלה האם התרשל).

פעילות מבצעית זו לא מילת קסם שיוצרת חסינות מפני העמדה לדין, פעילות מבצעית יכולה להיות בקרב, בשטח אויב או לא, תחת אש או לא, עם סיכון לכוחותינו או לא, תלויה בשאלה כמה כוחות מפעיל המפקד, עד כמה מסובכת הפעולה והאם ההתרשלות נעשתה בפעילות עצמה או בהכנות לפעילות.

השאלה הזאת נדונה בבג"ץ 2702/97 : היה מארב של כוחות צה"ל, הייתה התרשלות בהכנה למארב וכתוצאה מזה ירו שלא לצורך ונהרג בן אדם.

הפצ"ר דאז החליט להעמיד 2 קצינים לדין כאשר הנחת היסוד הייתה שזו פעילות מבצעית אבל ההתרשלות הייתה בהכנות למבצע.

כמה אלופי צה"ל שהחלטה לא מצאה חן בעיניהם, עתרו לבג"ץ נגד הפצ"ר. בג"ץ נתן גיבוי מלא לפצ"ר והוא לא נכנס לסיווגים בין סוגי הפעילות המבצעית, רק ציין את העובדה כי ההתרשלות הייתה בשלב ההכנות.

יש להתייחס לכל מקרה לגופו !!!

נשאלת השאלה מה קורה כאשר יש תביעת נזיקין בעקבות מוות או פגיעה של אזרח בפעילות מבצעית ? –

דוג' : פיזור הפגנות ע"י חיילים. מתעוררת שאלה של התרשלות.

ע"א 5604/94 : מצד אחד ניתן לטעון כי אין הבדל בין המסקנות בדין הפלילי לבין המסקנות בדין האזרחי כי הרציונל של הדין השונה מעבירות רגילות של התרשלות באימונים מנסיבות מיוחדות.

מצד שני ניתן לטעון כי אחד השיקולים שממעיט מאחריות פלילית של חיילים בפעילות מצבעית זה הנימוק שלא רוצים להוסיף לכל הסיכונים שבהם נמצא מפקד / חייל בפעילות מבצעית. סיכון נוסף של הרשעה בפלילים. בתביעת נזיקין אין סטיגמה.

העליון אמר כי יש לשכלל את הנסיבות המיוחדות גם בדין האזרחי הנוזקי להבדיל מהפלילי כי מפקד או חייל שנמצא בפעילות מבצעית חייב לקבל החלטות מהירות באופן שהוא לא יכול לשקול את כל החלופות והרבה פעמים לא יכול להתכונן לכך מראש. עוד אומר העליון כי שמנתחי את התנהגות החיילים אין להעתיק את התנהגותם לתנאי מעבדה. הדבר החשוב שהעליון מציין הוא שההלכה הזו חלה גם בדיכוי מהומות בשטחים. **כאשר מדברים על פעילות מבצעית ועל ניתוח הרשלנות ההלכות שדובר עליהן חלות גם בפעילות "שיטורית" בשטחים.**

שאלה נוספת היא מה קורה כאשר חייל מבצע פעולה שהיא גם כשל ערכי (פעולה מכוונת) ?

שאלה זו נדונה בבג"ץ 7195/08 : דובר על התפרעות של פלסטינאים בשטחים, כוחותינו עצרו פלסטינאי, כיסו את עיניו והפקד בדרגת סא"ל רצה להפחיד אותו ואמר אמירה מוזרה לפקוד שלו שירה בו כדור גומי, הוא לא התכוון שאכן ירה בו אלא התכוון להרתיע את הפלסטינאי אך הפקוד הבין זאת כפקודה ולכן עשה זאת. העניין הובא לחקירת מצ"ח שבסיומה

החליט הפצ"ר להעביר את המג"ד מתפקידו ובנוסף להעמיד אותו לבית דין על עבירה של התנהגות שאינה הולמת (ס' 130 לחש"צ).

הוגשה עתירה לבג"צ שנושא העתירה היה מדוע הסתפק הפצ"ר בעבירה של 130 לחש"צ שהיא עבירה שלא נרשמת במרשם הפלילי ומדוע לא יוחסה למג"ד עבירה חמורה יותר מחוק העונשין ? התשובה של המערכת הצבאית הייתה כי נקטו בפעילות פיקודית, המג"ד הועבר מתפקידו ועל כן ניתן להסתפק בסעיף עבירה קל יותר. בית הדין הגבוה לצדק קיבל את העתירה ופסק פה אחד כי יש לשנות את סעיף האישום, בין השאר אמר "בנסיבות של כשל ערכי מוסרי החורג באופן כולל מההקשר המערכתי – משמעותי, אין מקום להיתן לצעדים הפיקודיים משקל מכריע בבחירת סעיף האשמה הראוי בהליך הפלילי". במילים אחרות, במקרים שהכשל הוא בולט – ערכי ומוסרי, זה שהצבא נקט צעד פיקודי לא נותן לו הנחה בבחירת סעיף האישום ואי אפשר לייחס לו סעיף קל יחסית בגלל שהעבירו אותו מתפקידו.

שאלה נוספת, **מה קורה באימון מודל (=אימון אשר נועד להכין כוח לקראת ביצוע אמיתי של פעילות מבצעית) ?**

צאלים ב' היה תרגיל מודל, לפי פרסומים זרים היה מיועד לדמות פעילות מבצעית של חיסולו של סדאם חוסן. סיירת מטכ"ל ביצעה את התרגיל שבמהלכו נורה טיל בשלב לא נכון אשר הרג מס' לוחמים. הפצ"ר העמיד רס"ן וסרן לדין, העונש שהוטל עליהם לא היה כבד כי אכן היה צריך להתחשב בנסיבות (קיבלו הורדה בדרגה ומעצר על תנאי), התובע הצבאי לא הגיש ערעור על גזר דין.

משפחות שכולות הגישו תביעה נ' התובע הארצי והפצ"ר. בג"ץ מתח ביקורת על בית הדין הצבאי המיוחד כיוון כשהטיל את העונש, בית הדין קבע שענישה מחמירה בנסיבות העניין עלולה לרפות את ידי הלוחמים בסוג כזה של פעילות. בעקבות אמירה זאת רצה אחד השופטים בדעת מיעוט לקבל את העתירה. בג"ץ קבע שתרגיל מודל הוא אימון רגיל ובראש מעייניו של כל מפקד בתרגיל צריך להיות הבטיחות וחיי הלוחמים. למעשה בג"ץ השווה את ההתייחסות לתרגילי מודל כאל תרגיל אימון רגיל. **המרצה** נוטה לדעה שתרגיל מודל זהו מצד ביניים בין תרגיל רגיל לפעילות מבצעית.

האם תביעה צריכה להגיש ערעור על ערכאת עונש ? בג"ץ מתערב רק כאשר פרקליט צבאי חרג באופן קיצוני משיקול הדעת שלו. נניח בג"ץ היה מתערב במקרה צאלים ואומר כי העונש קל באופן קיצוני, התובע הצבאי הראשי מגיש ערעור לפי הוראת בג"ץ. איזה סיכוי יש לנאשמים לאחר שבג"ץ קבע כי העונש קל מאוד - סיכוי שואף לאפס. **שיקול צדק** לא כתוב בשום מקום אך יש לטעון אותו רק במקרים מאוד מאוד חריגים !!! . המשמעות היא שבג"ץ רק במקרים חריגים צריך להורות לתביעה להגיש ערעור על קלות עונש.

לסיכום,

ישנו יחס מיוחד גם במשפט הפלילי וגם במשפט האזרחי לטעויות של מפקדים ולדעת המרצה גם של החיילים שאינם מפקדים בפעילות מבצעית. הן בשאלת קביעת הרשלנות או אי הרשלנות, הן השאלת העמדה לדין והן לעניין העונש. אבל, "פעילות מצבאית" אינו ביטוי קסם ולעיתים למתחשבים בשאלה איזה סוג פעילות מבצעית – האם זה היה בדרך או לא ? מה מידת הסיכון / הלחץ ? האם היה קרב וכו'.

ההנחיה של התקדימים של בית הדין הצבאי לערעורים היא שהעמדה לדין בבית דין צבאי בגין התרשלנות בפעילות מצבאית תעשה ככלל בהתקיים 2 תנאים מצטברים :

- א. רשלנות גבוהה / רבתי – ככלל לא תלויה בתוצאה, יכול להיות רשלן נוראי ולא לפגוע באף אחד ויכול להיות רשלן מזערי ולפגוע בצורה הרסנית.
- ב. פגיעה בבני אדם.

שאלה שהפסיקה אינה דנה בה היא מה קורה אם הרשלנות היא לא גבוה אבל נהרגו 10 אנשים ? האם תשתנה המדיניות ? הרשלנות לא הייתה רבתי אלא קלה אך התוצאה הרסנית. הנזק לא מעיד על חומרת הרשלנות אך דעת השופט תושפע מהתוצאה.

דיני צבא - זוהר פרג' אוליננקו

עוד חשוב לדעת, שיש כשל ערכי אז כמובן אין הנחות על פעילות מבצעית. מי שירה שלא לצורך בפעילות מצבועית אין לו הגנה בגלל הפעילות המבצעית כי זו הייתה פעולה מכוונת.

דין אחד לדין הפלילי והאזרחי אבל בשניהם הפעילות המבצעית זו לא מילת קסם, תלוי בסוג הפעילות המבצעית – יכול להיות שיועמד לדין.

לפי פסיקת העליון אין הבדל בין תרגיל מודל לתרגיל רגיל, בשניהם הבטיחות אמורה להיות בראש מעיניו של המפקד.

קיום / סירוב פקודות של מפקד :

מתי פקוד חייב למלא / חייב לסרב למלא את פקודות הממונים עליו ? מדובר על תחום אשר מתבטא במספר תחומים : מה קורה כאשר שר אומר לנהג שלו תיסע 100 קמ"ש כי הוא ממהר ומותר רק 80 קמ"ש ? מה קורה שמנהל בית ספר אומר לאב הבית לזרוק את הזבל בחוף וזה בניגוד לחוק עזר עירוני ?

מה קורה כאשר כפוף בהיררכיה מקבל הוראה בלתי חוקית ? יכולים להיות 3 פתרונות תיאורטיים אפשריים :

1. **הגנה מוחלטת :** בכל היררכיה יש חשיבות גדולה למשמעת, בלי משמעת אין היררכיה. חייבת להיות משמעת ברזל, פקוד לא צריך לערער אחר מצוות מפקדו ולעיתים גם לא יודע האם הפקודה חוקית או לא, לא יודע את ההבדל בין בלתי חוקי לבלתי חוקי בעליל. לכן, כדי שתתקבל משמעת והארגון בפרט הצבא חייב לתפקד, פקוד חייב לקיים כל פקודה ויש לו הגנה מוחלטת במידה והוא מבצע אותה. מי שייתן את הדין על ביצוע העבירה זה המפקד, נותן הפקודה ולא הפקוד. זו הייתה הגישה הנאצית. היו מספר אנשים אשר טענו כי היה צריך לקבל את הגישה הזו. יש הטוענים כי אין לגבש הגנה משפטית לפי ההגנה והטענה של הנאצים. **לפי המרצה**, גם כאשר חוקקו את חוק השיפוט הצבאי, היו שסברו כי יש לאמץ את הגישה של ההגנה המוחלטת כדי להשיג צבא ממושמע.

2. **הקביעה שיש אחריות מוחלטת :** הגישה אנגלית האומרת במדינה שיש שלטון חוק אף אחד לא יכול לעבור על החוק, אם המפקד נותן פקודה בלתי חוקית אין לו סמכות לעשות זאת, הפקודה הזאת בטלה במישור העיוני – משפטי והיא בחוסר סמכות, לכן לא יכולה להיות הגנה למבצע פקודה בטלה. המשמעות היא שאם פקוד מקיים פקודה בלתי חוקית / בלתי חוקית בעליל הוא עובר עבירה כי הוא חייב לסרב לבצע אותה.

גישה זו, אולי מבחינה עיונית נכונה, מדובר בגישה בעייתית מאוד ביחוד לארגון כמו צבא כי חייל לא תמיד יודע מה חוקי ומה לא, אם נותנים לחייל את האופציה לסרב פקודה יש צורך לתת לו שירות עו"ד להתייעצות לפי ביצוע הסירוב, הדבר יביא לפגיעה קשה במשמעת וזה מביא את החיילים למצב קשה.

3. **בארץ הומצאה דוקטרינה אי חוקיות בעליל :** 31 מעין גישת ביניים בין 2 הגישות הנ"ל. לפי גישה זאת חייל חייב לקיים כל פקודה זולת אם המדובר בפקודה בלתי חוקית בעליל. במילים אחרות, אם הפקודה היא "רק" בלתי חוקית החייל צריך לבצע ומי שייתן את הדין הוא מפקדו. לעומת זאת, אם הפקודה היא בלתי חוקית בעליל חייל חייב לסרב לבצעה ואם הוא מבצע גם הוא וגם מפקדו ייתנו את הדין.

גישה זו מבוססת על שילוב של שני סעיפי חוק, ס' 34 יג' לחוק העונשין :

"לא יישא אדם באחריות פלילית למעשה שעשה באחד מאלה :

(1) הוא היה חייב או מוסמך, לפי דין, לעשותו ;

(2) עשהו על-פי צו של רשות מוסמכת שהיה חייב לפי דין לציית לה, זולת אם הצו הוא בעליל שלא כדין"

במילים אחרות, אם יש צו / הוראה / פקודה שהמבצע חייב לציית לו אז הוא צריך לעשות כך אך הוא לא צריך לציית אם הצו הוא בעליל שלא כדין. זוהי הגנה למי שמציית לפקודה בלתי חוקית.

דיני צבא - זוהר פרג' אוליננקו

יש אשר יטענו כי בצבא יש חוק האומר שחייל חייב לבצע פקודה של המפקד שלו, לכן יש את ס' 125 לחש"צ :

"לא יישא חייל באחריות פלילית לפי הסעיפים 122, 123 ו-124 אם ברור וגלוי שהפקודה שניתנה לו היא לא חוקית."

השילוב של 2 הסעיפים נותן הגנה גם למבצע פקודה בלתי חוקית וגם למי שלא מבצע פקודה בלתי חוקית בעליל.

מה היא פקודה בלתי חוקית בעליל ואיך מבחינים בינה לבין פקודה שהיא "רק" בלתי חוקית ?

ע' 279-283/58 **כפר קאסם** : בית הדין הצבאי אומר כי פקודה בלתי חוקית בעליל היא פקודה שאי החוקיות שבה בולטת לעיני האדם הסביר, היא כמו כתובת אזהרה שאומרת "אסור", כמו דגל שחור והיא דוקרת את העין ומקוממת את הלב אלא אם כן העין עיוורת והלב הוא אטום או מושחת. ברור כי **לא מדובר במבחן טכני** האם האיש ידע או לא שזה בלתי חוקי, **מדובר במבחן של האדם הסביר**. מדובר על מבחן אובייקטיבי.

יש מקרים שהם בשטח האפור והם בעייתיים להחלטה האם מדובר במקרה בלתי חוקי / בלתי חוקי בעליל ?

ע' 139/75 : **מקרה הכרמל** - בצה"ל לקצינים היה רכב מסוג מסוים, כל רכב שיגיע לתאריך מסוים וק"מ מסוים יוחלף הרכב. קצין הגיע למסקנה כי לא יגיש לק"מ הרצויים ונתן לחייל פקודה לנסוע נסיעות סרק. החייל טען כי קיבל הוראה וביצע אותה (בזבוז דלק) – לא מדובר בדגל שחור, מנגד ישנה פגיעה ביחסי אמון בין מפקדים לצבא – דגל שחור.

ע' 169/81 : באחת מסדנאות השריון של צה"ל הייתה למכונאים המון עבודה ואף אחד לא עזר להם, המפקדים שלהם לפי טענתם קיבלו הוראה לחבל בגומיות המנועים באופן שמתגלית התקלה הזו אמורים להעביר את הטנקים לסדנא אחרת המתמחה בסוג זה של תיקונים. הדבר התגלה "נותני הפקודה" וגם מקבלי הפקודה הועמדו לדין.

מקבלי הפקודה טענו כי זאת הפקודה שקיבלו ובסה"כ נעשה נזק לרכוש ולכן זה היה "רק" בלתי חוקי והיו חייבים למלא את הפקודה.

בית הדין הצבאי לערעורים עשה אבחנה ברורה בין מקרה הכרמל לבין מקרה הטנקים בקבעו שהטנקים זה לא סתם רכוש אלא מדובר בנשק יום הדין, נשק חשוב מאוד. על כן, יש להתייחס להוראה כזו בחומרה יתרה או במילים אחרות יש לראות בפקודה זו דגל שחור ואסור היה לבצעה.

אילו דוגמאות שלכאורה ניתן להשוות בניהן ובכל זאת בית הדין הגיע למסקנות שונות לחלוטין.

בפסיקה הצבאית יש סימני זניחה של מבחן הדגל השחור :

ע' 264/84 : דובר במ"פ אשר הורה לנהגו להצטרף אליו לנסיעה לבונקר תחמושת כדי "לסחוב" תחמושת לצורך הפלוגה. שניהם הועמדו לדין, הנהג טען כי זו פקודה מהמ"פ. בית הדין הרשיע אותו שההנמקה הייתה כי הוא ידע שהם סוחבים תחמושת שלא כדין.

מ"ר (מחוזי מרכז) 85/86 : בראש ההרכב ישבו פרוי עמנואל גרוס. דובר על סגן אשר טען כי קיבל פקודה לירות על צמיגי רכב אשר מפר עוצר. נדונה השלה של הדגל השחור. בית הדין אמר כי מבחן זה הוא מבחן של סיסמאות ססגוניות. וספק אם ניתן להגדיר מראש מה היא פקודה בלתי חוקית בעליל. בית הדין הרשיע את המ"פ כי קבע שמדובר בפגיעה בטוהר הנשק. לכן, מדובר בפקודה בלתי חוקית בעליל.

הנושא עלה לערעור לבית הדין הצבאי לערעורים בע' 90/86 : בת הדין הצבאי לערעורים החזיר את המבחן של הדגל השחור . בסופו של דבר, למרות סימני הזניחה המבחן הקובע הוא מבחן הדגל השחור. (ההחלטה נשארה אך בתוספת נימוק של הדגל השחור).

שאלה נוספת בתחום פקודה בלתי חוקית היא מה קורה כאשר הפקודה היא רשלנית באופן אשר מסכן חי אדם או את שלמותו הגופנית ?

דוג' : מפקד שרוצה שחייליו יהיו מיומנים אל קרב ומורה במהלך הסתערות בתרגיל לירות מעל ראשי החיילים. מצד אחד מדובר על סיכון חיי אדם, צד שני ניתן לומר כי עם כל האי חוקיות זהו לא הדגל השחור כי כוונת המפקדים היא כוונה טובה, רוצים שהחיילים יהיו מוכנים לקרב בצורה הטובה ביותר ולכן המניע הוא זה שצריך להשפיע על המסקנה.

הפסיקה קבעה כי כל פקודה המסכנת חיי אדם או את שלמותו הגופנית אזי היא בלתי חוקית בעליל .

קביעה זו מתיישבת עם הקביעות שדיברנו בתאונות אימונים או על רשלנות מבצעית כי גם שם נאמר כי עיקר מעייניו של המפקד צריכים להיות נתונים לנשוא הבטיחות של חייליו באימונים בשונה מפעילות מבצעית, וכאשר יש ספק אין ספק.

דוג' : כדורי סרק או חסרי קליע- אם יש בכך סכנה אז הפקודה היא בלתי חוקית בעליל. אולם הכל תלוי בנסיבות.

ישנם 2 חריגים :

1. בפעילות מצבעית גם אם הפקודה היא רשלנית זה יכול להוות הגנה מפני היית צריך לסרב כאשר חייל עייף וקיבל פקודה להמשיך לנהוג למרות העייפות והייתה תאונה קטלנית, הוא זוכה כי בפעילות מבצעית ניתן לקחת סיכונים. ע' 172/69

2. **כאשר החריגה מהוראות הבטיחות היא שולית :** ע' 182/61 : דובר על מסע רגלי של חיילים כאשר לפי הוראות הבטיחות צריך היה לעשות הפסקה במסע כל 50 דק'. מישהו קיבל פקודה לעשות את ההפסקה כל 60 דק'. דובר במסע קצר יחסית ובתנאי מז"א נוחים. בית הדין זיכה את המפקד שקיבל את הפקודה בקבעו שבחריגה כ"כ שולית זה לא דגל שחור בהתגלמותו.

2 זרמים :

1. שלטון החוק : כולם כפופים לחוק ולכן אף אחד לא רשאי לסטות מהחוק גם אם מקבל פקודה כזו.
2. צורכי המשמעת המיוחדים של ארגונים עם היררכיה שבה המשטר והמשמעת חשובים מאוד.

המחוקק יצר את הפשרה הזו, כל אחד כפוף לחוק אך מצד שני בלי משמעת אין צבא ולכן יצרו את הפתרון המידתי שמצד אחד יש לבצע כל פקודה ומצב שני לסרב לבצע אם הינה בלתי חוקית בעליל.

מלומד בשם דייסי אמר כי החייל הוא מסכן בעקבות 2 הזרמים הללו. מצד אחד אם מבצע פקודה עלול למצוא את עצמו מול חבל התלייה ומצד שני אם הוא לא מבצע הוא עלול למצוא את עצמו מול דין צבאי בכיתת יורים (התבטאות ציורית).

מה קורה כאשר ישנה התנגשות אחרת ופחות חזיתית ? מה קורה במשפחה שהורה מורה לילד הקטין (מעל הגיל לאחריות פלילית) ללכת לגנוב והילד עושה כך ? האם ניתן להעמיד את הילד לדין ?

ס' 34 (יג) (2) לחוק העונשין "עשהו על-פי צו של רשות מוסמכת שהיה חייב לפי דין לציית לה, זולת אם הצו הוא בעליל שלא כדין";

האם הורים זוהי רשות מוסמכת והאם מה שההורים אומרים זה באמת צו ? כדי שתהיה הגנה יש להכיר בכך שהיה מקור חוקי אשר חייב אותו לציית "צו של רשות מוסמכת".

ניתן לומר כי אין לו הגנה כי ההורים זוהי לא רשות מוסמכת ומה שהם אומרים לו זה לא צו, לא לזה התכוון הסעיף. ניתן לנסות לבסס טיעון שיש לילד הגנה, הסיכוי שזה יתקבל קטן אך זהו רעיון טוב.

במקרה כזה, יש להפנות לס' 16 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות אשר שם נקבע "הקטין חייב תוך כיבוד אב ואם, לציית להוריו בכל עניין הנתון לאפוטרופסתם."

"לציית" : ישנה חובת ציות ובנוסף, מבחינת הקטין זוהי רשות מוסמכת אשר נותנת צו ופקודה .

דיני צבא - זוהר פרג' אוליננקו

"בכל עניין הנוגע לאפוטרופסות על הילדים" : ההמשך של הסעיף מאפשר טיעון נגדי כי מצוין שרק בעניין אפוטרופסות !!!
נניח שיש להם מעט אוכל בבית ואמרים לילד לגנוב מהסופר , האם אז זה כן נוגע לאפוטרופסות ? כי הם חייבים לספק את צרכי היום יום.

בארה"ב אין הגנה לילד אשר מציית להוריו אלא אם כן הופעלה כפייה על הילד.

מה קורה במקום עבודה פרטי כאשר עובד מציית למנכ"ל ואין לו הגנה ? אין צו ואין רשות מוסמכת לתת פקודות. מלומדים בארה"ב מתחו ביקורת – אי ציות עלול להוביל לאובדן פרנסה ויש להתחשב בכך. גם בישראל אין הגנה לעובד במקום עבודה פרטי אשר מציית לממונה עליו.

מה קורה במקום עבודה ממשלתי ? ישנה היררכיה , האם יש הגנה למציית לממונה עליו ?

בעיה זו נדודנה במס' פס"ד , אחד החשובים הוא ער"ם (ערעור רשות מקומית) 1/82 : עריית ת"א נ' רובין : דובר על מציל בים אשר סירב לקיים את הוראת הממונים עליו להעביר את סוכת הציל שלו למקום אחר.

התעוררה השאלה האם חייב לקיים את הוראה זו ? העליון מפי הנשיא שמגר קבע "השירות של רשות מקומית כדוגמת שירות המדינה הוא שירות בעל מבנה היררכי ... המשמעת היא מרכיב יסודי בשירות הציבורי כאמור ובלעדיו לא יכון השירות ולא יוכל לקיים את המוטל עליו ... חובת המשמעת חלה על קיום אותן הוראות שאינן בלתי חוקיות באופן ברור וגלוי".

במילים אחרות , הקביעה של הנשיא שמגר (בעברו פצ"ר) היא כי חייב לבצע גם פקודה בלתי חוקית וחייב לסרב לבצע פקודה בלתי חוקית בעליל גם אם מדובר בשירות המדינה או הרשויות המקומיות – כמו בצבא !!!

הלכה דומה נקבעה בער"ם 3/85 + 2/87 ובעש"ם (ערעור שירות מדינה) 1+2/86 : מדובר על הלכה מושרשת של העליון כי אותם כללים של הצבא חלים לכאורה גם לגבי רשויות מקומיות וגם לגבי שירות המדינה.

יכול להיות שמסתמנת גישה שונה כפי שנפסק בעש"ם 318/04 : מנוס נ' נציב שירות המדינה : דובר על עובד שסירב להוראת ממונה עליו וטען כי ההוראות ניתנה בחוסר סמכות. הוא ניסה לעשות הבחנה בין שירות המדינה לבין הצבא בצטטו את פס"ד רובין בו נאמר כי אם הפקודה היא בלתי חוקית באופן ברור וגלוי אז צריך לסרב לבצעה. להבדיל ממצב כזה הוא טען כי הצו הוא בעליל שלא כדין. סי' 34 יג' כתוב כי ישנה הגנה למבצע צו של רשות מוסמכת שהיה חייב לפי דין לציית לה זולת אם הצו הוא בעליל שלא כדין. במילים אחרות , **סף הסירוב בשירות המדינה הוא נמוך יותר מהכתוב בחוק העונשין ומשקורה בצבא.** במקרה זה , היה ברור וגלוי כי הפקודה היא בלתי חוקית. לדעת המרצה ההבחנה בין ברור וגלוי לבין בלתי חוקית בעליל היא מלאכותית (המשמעות של בלתי חוקית בעליל זה ברור וגלוי).

הפסיקה משתמשת בשני הביטויים הללו לחילופין : בעליל = ברור וגלוי שהוא בלתי חוקי !

העליון , לפי הנשיאה ביניש , מתייחסת לטיעון של הסנגור בפס"ד מנוס ואינה מכריע לחלוטין בסוגיה הזו האם יש הבחנה בין ברור לגלוי לבין בלתי חוקית בעליל.

העליון מצוין דברים והיפוכם , מצד אחד אומרת ביניש כי ספק אם יש הבדל בין בלתי חוקי בעליל לבין ברור ובגלוי שהיא בלתי חוקית . שאומר זאת העליון מפנה לערר 2/87 (שמגר מדבר על כך שניתן לסרב רק אם הפקודה היא בלתי חוקית בעליל). **מצד שני אומרת ביניש "מוכנה אני לקבוע כי כאשר מדובר במשמעת בשירות המדינה להבדיל למשל מהצבא , ניתן להסתפק באי ציות שמדובר בהוראה בלתי חוקית באופן ברור וגלוי ... מוכנה אני גם להניח (לא לקבוע) כי הרף לעניין זה עשוי בנסיבות מסוימות להיות נמוך מהרף בהוראה בלתי חוקית בעליל".**

לדעת המרצה בשירות המדינה וברשויות לא חייבים לציית להוראה בלתי חוקית. ניגוד לפסיקה של בית משפט העליון המרצה טוען שלפי המקורות בסעיף 34 י"ג 2 – מתי יש הגנה לעובד? – רק כאשר הוא עשה את מה שהוא עשה / עבירה על פי צו של רשות מוסמכת שהיה חייב לפי דין לציית לה. כדי להוכיח שעובד מדינה חייב לציית לפקודה בלתי חוקית , צריכה

דיני צבא - זוהר פרג' אוליננקו

התביעה להוכיח שהמעשה שהוא עשה על פי צו של רשות מוסמכת שהוא חייב לציית לה. לגבי חיילים, הם חייבים לציית להוראות המפקדים כי אחרת זו עבירה פלילית לכן זה צו של המפקד שהם חייבים לציית לו אחרת זו עבירה פלילית. כלומר, כדי להסביר שעובד מדינה או רשות מקומית חייב לציית גם להוראה בלתי חוקית צריך להראות שהרשות המוסמכת רשאית לבצע הוראה בלתי חוקית.

לאיזה הוראות חייב עובד מדינה לציית ?

ס' 17 לחוק שירות המדינה משמעת :

עובד מדינה שעשה בישראל או בחוץ לארץ אחת מאלה אשם בעבירת משמעת :

- (1) עשה מעשה, או התנהג, באופן שפגע במשמעת שירות המדינה ;
- (2) לא קיים את המוטל עליו כעובד המדינה על פי נוהג, חוק או תקנה, או הוראה כללית או מיוחדת שניתנו לו כדין, או התרשל בקיום המוטל עליו כאמור ;
- (3) התנהג התנהגות שאינה הולמת את תפקידו כעובד המדינה או התנהג התנהגות העלולה לפגוע בתדמיתו או בשמו הטוב של שירות המדינה ;
- (4) התנהג התנהגות בלתי הוגנת במילוי תפקידו או בקשר אתו ;
- (5) השיג את מינויו בשירות המדינה במסירת ידיעה כוזבת או בהעלמת עובדה הנוגעת לעניין, או בשימוש באיומים או בכוח או באמצעים פסולים אחרים ;
- (6) הורשע על עבירה שיש עמה קלון.

ס' 9 לחוק הרשויות המקומיות משמעת :

עובד רשות מקומית שעשה אחת מאלה אשם בעבירת משמעת :

- (1) עשה מעשה או התנהג באופן שפגע במשמעת עובדי הרשות המקומית ;
- (2) לא קיים את המוטל עליו כעובד הרשות המקומית על פי חוק, תקנה, נוהג, הוראה כללית או הוראה מיוחדת שניתנה לו כדין, או התרשל בקיום המוטל עליו כאמור ;
- (3) התנהג התנהגות שאינה הולמת את תפקידו כעובד הרשות המקומית או התנהג התנהגות העלולה לפגוע בתדמיתה או בשמה הטוב של הרשות המקומית ;
- (4) התנהג התנהגות בלתי הוגנת במילוי תפקידו או בקשר אתו ;
- (5) השיג את מינויו כעובד הרשות המקומית במסירת ידיעה כוזבת או בהעלמת עובדה הנוגעת לעניין, או בשימוש באיומים או בכוח או באמצעים פסולים אחרים ;
- (6) הורשע על עבירה שיש עמה קלון.

(7) עובד שדרגתו אחת מארבע הדרגות הגבוהות בדירוג שאליו הוא שייך – היה חייב חוב סופי בשל ארנונה או אספקת מים בעד שישה חודשים, ולא שילם אותו ממועד התשלום של חלקו האחרון של החוב ובמשך תקופה העולה על שנה ; לעניין זה, "חוב סופי" – כהגדרתו בסעיף 120(10) לפקודת העיריות ; הוראות פסקה זו לא יחולו לגבי חוב כאמור שלא שולם בתקופה בה לא שילמה הרשות המקומית לעובד את שכרו ;

דיני צבא - זוהר פרג' אולינקו

(8) ערך חיפוש, ביצע עיכוב או נכנס לרשות היחיד, שלא כדין או שלא בתום לב, או השתמש בכוח כלפי אדם, במסגרת מילוי תפקידו, בלא סמכות כדין ובלא הצדק סביר, מעבר למידה הנדרשת או בניגוד להנחיות שקיבל ממשטרת ישראל או לכל הוראה אחרת שניתנה כדין ;

(9) הפר את חובתו לפי חוק שירות הציבור (הצהרת הון), התשע"ז-2016.

עובד מדינה או עובד רשות מקומית על פי החוק חייב לקיים רק הוראה או פקודה שניתנה לו כדין. **השאלה היא מה היא הוראה הניתנת כדין ?** ניתן להתחכם ולומר כי מדובר שהוראה שניתנה ע"י הממונה עליו ולא ע"י הכפוף לו. לכן, הדרך היחידה לפרש את המינוחים שניתנה לו כדין זה לומר כי עובד מדינה ברשות מקומית חייב לקיים רק פקודה חוקית. המשמעות היא שאין לו הגנה אם הוא מבצע הוראה בלתי חוקית. זאת אחת הסיבות שהמרצה חולק על העליון .

הצירוף בין ס' 34 יג' (2) לבין חוק שירות המדינה משמעת יוצר הגנה רק לציות להוראות חוקיות ואם אין לו הגנה לציות להוראות בלתי חוקיות אז הוא לא חייב לבצע פקודה בלתי חוקית.

לדעת המרצה הרציונל של הפתרון שמקנה החוק וגם החקיקה עצמה לא מאפשרת לעובד מדינה לבצע פקודה בלתי חוקית, אין לו הגנה ועל כן אין לבוא אליו בטענות במידה ולא ביצע פקודה בלתי חוקית של הממונה עליו. זאת בניגוד לדעת בימ"ש העליון.

ס' 34 לחוק העונשין מדבר על הגנה של מי שציית לצו של רשות מוסמכת.

השאלה היא מזה צו ? – האם כאשר הממונה מסכים או מאשר למישהו לבצע עבירה, האם למבצע העבירה ישנה הגנה ? נושא זה נדון ב145/600 147/00 וב145/600 בו חייל הבעיר תנור באוהל ופרצה שריפה והוא הועמד לדין וטען שהמפקד שלו ידע מבעיר תנור ושתק, משמע לשתיקה היא הסכמה, הסכמה משמע צו. דהיינו, היה על דעת המפקד ולכן ישנה הגנה.

ב147/000 – דובר על מקרה בו קצינה בשם יפית עזרן קיבלה לטענתה אישור לטרטר חיילים. הועמדה לדין על התעללות וטענה שקיבלה אישור – צו של המפקד שלה. בתי הדין דחו את הטענות של הנאשמים בקובעם שהרציונל למתן הגנה למציית לפקודה הוא הרציונל של משמעת. אם הרציונל הוא באמת השגת משמעת, הרי שאי קיום אישור להבדיל מפקודה זה לא פוגע במשמעת. שום משמעת לא נפגעת כאשר אני מבצע פקודה שהמפקד שלי אישר, אם אני לא אבצע את זה לא תהיה בעיה במשמעת.

ההלכה היא לכאורה לגמרי ברורה אלא שב245/58 – בפעילות מבצעית המפקד התיר לנער עייף לנהוג ואז נקבע כי זו לא עבירה משום שמדובר בפעילות מבצעית. (היחס בפעילות מבצעית של בתי הדין יותר סלחנים כי מדובר בפעילות מבצעית). על כן, הוא זוכה. **אבל** ב111/67 חייל קיבל רשות להכניס אום בוער לאוהל ואז מה שקרה כתוצאה מכך התפוצץ רימון וחייל נהרג. החייל שהכניס את האום טען שזה היה בהסכמת מפקדו, הוא הורשה אבל הוסיף בית הדין הצבאי שיתכנו נסיבות מסוימות שבהם מן רשות יהיה בו / בה משום צו. המרצה חולק על כך, בית הדין לא פירט את הנסיבות שבהם רשות זה יהיה שווי ערך לצו, אלא אם כן בית הדין יתקבל בנסיבות מבצעיות שאז אין מחלוקת.

איזו פקודה צריכה להיות כדי שלמבצע תהיה הגנה ? הנושא הועלה בפס"ד 15/65 : דובר על שני חיילים בדרגה זוטרה אשר הובילו אספקה מבסיס לבסיס אחר. בין השאר היו כיכרות לחם. משום מה, מפקד ההסעה נתן הוראה לפקוד שלו לזרוק כיכרות לחם מהמשאית החוצה. בעוד המשאית עוברת בחוצות חיפה, אזרח ראה את כיכרות הלחם עפות מהמשאית אל המדרכה והגיש תלונה לגבי המשאית. העמידו את שני החיילים לדין ומקבל הפקודה טען כי הוא קיבל פקודה והיא לא הייתה בלתי חוקית בעליל והיה חייב לבצע אותה. בית הדין פסק שכדי שתהיה הגנה למקבל הפקודה, הפקודה צריכה להיות בקשר לענייני הצבא. לזרוק לחם זה לא קשור לצבא. לפעמים ההבחנה בין בלתי חוקית לבלתי חוקית בעליל היא לא פשוטה בייחוד במקרים שהם בשטח האפור.

השאלה איך מנתחים את המקרים שהם בשטח האפור ? לצורך זה יצרה הפסיקה הצבאית מבחני עזר אשר טובים רק למקרים שהם בשטח האפור ולא למקרים בולטים. מבחני עזר הם בעיקר שלושה.

1. הפרש הדרגות בין מקבל הפקודה לנותן הפקודה : ככל שהפרש הדרגות יהיה יותר גדול , כך כפות המאזניים יטו לכיוון של רק בלתי חוקית. הנחת היסוד היא מעין חזקה שכאשר הפרש הדרגות הוא גדול אז למקבל הפקודה יש יסוד להניח שהמפקד שלו יודע מה הוא אומר ולמה הוא מורה לו לעשות כך, אולי יש לו מידע נוסף לגבי הפקודה .

2. מבחן השהות / זמן שצריך לחלוף בין מתן הפקודה ועד ביצועה : ככל שהפקודה היא לביצוע מידי, כך במקרים שבהם בשטח האפור כפות המאזניים יטו לכיוון של רק בלתי חוקית. אין דומה פקודה של לבצע מיד לבין תוך שבוע לבצע אותה. עניין הזמן למקבל הפקודה יש אפשרות לבדוק ולהתייעץ לגבי הפקודה וזה עניין שניתן להפעיל לגביו שיקול דעת מושכל , מה שלא אפשרי כאשר הפקודה היא לביצוע מידי.

3. המצב שבו ניתנת הפקודה (חרום / מבצע / מלחמה / שגרה) : נניח כי מדובר במבצע בעזה והמפקד קורא לכיתת חיילים ואומר להם שהם צריכים לשגב בציר מסוים והטנדר הירוק שיחלוף בציר יש לחסל אותו. החיילים מבצעים את הפקודה ולבסוף מסתבר שזה טנדר שהוביל ילדים. בגלל מצב החירום והמקום שבו מתבצעת הפעילות יש לחיילים יסוד להניח כי מדובר בפקודה לגיטימית וכי המפקד יודע מה הוא אומר ולמה הוא נותן את הפקודה הזו. נניח מצב אחר לאותה פקודה, לבסיס בקריה מגיע מפקד בכיר ואומר לכיתת המשמר שהם צריכים לצאת לרח' סמוך לקריה והטנדר הירוק הראשון שעובר יש לחסל אותו. יש הבדל עצום בין שני המקומות למרות שישנה אותה פקודה.

לעיתים קשה להבחין בין בלתי חוקי לבלתי חוקי בעליל , אבל ישנה בעיה נוספת שהיא הפן הפסיכולוגי של ציות לפקודות. מניסויים פסיכולוגיים ומהמציאות אנו יודעים שאנשים בהיררכיות נוטים לבצע הוראות של הממונים עליהם למרות שאם חושבים על כך בהיגיון היינו מצפים שהכפופים יסרבו לבצע.

ניסויי מילגם : עשה ניסוי באוניברסיטאות והוא חילק סטודנטים לשתי קבוצות. הקבוצה הראשונה הייתה קבוצת התלמידים וקבוצה שניה הייתה קבוצת המורים. הקבוצה הראשונה היו משתפי פעולה עם הפרופסור ולקבוצת התלמידים חיברו כבלים חשמליים והמורים שאלו אותם שאלות לפי שאלון שהם קיבלו. המורים קיבלו הוראה שכל פעם שהתלמידים טועים בתשובה , הם צריכים להבהיר להם זרם חשמלי כל פעם בתדירות גבוהה יותר. ההוראה של המרצים הייתה להעלות כל פעם בתהיות עד 450 וולט. במישור האמת , התלמידים היו כאילו מחוברים לכבלים חשמליים , הם לא ספגו שום זרם חשמלי אבל נתבקשו להעמיד פנים כי הם באמת חוטפים את מכות החשמל. ב 75 וולט היו צריכים לקרוא קריאות כאב , ב 150 וולט הם ביקשו להפסיק את הזרם ולא לחשמל אותם , ב 300 וולט הם התחילו לדפוק על מחיצת הזכוכית שחצצה בין המרצים לתלמידים, ב 730 וולט הם הפסיקו להגיב. מנהלי הניסוי אמרו למורים שגם אם התלמיד לא מגיב זה כאילו שהוא נתן תשובה לא נכונה ואז להמשיך להכות בזרמים יותר גבוהים. לפני הניסוי שאלו פסיכיאטרים עד כמה המורים יגיעו ל 450 וולט אם כל קריאות הכאב , הפסיכיאטרים נתבקשו לנבא כמה מהמורים יגיעו ל 450 וולט. התשובה הרווחת הייתה 1 מתוך אלף. 62 אחוז מהמורים הגיעו ל 450 וולט. לפני כמה שנים ביצעו ניסוי דומה בתכנית ריאליטי. בתכנית הגיעו 80 אחוז ל 450 וולט העליון. אגב , התלמידים היו צריכים להעמיד פנים שהייתה להם בעיית לב . ואז רק 40 אחוז הגיעו לוולט העליון. כאשר הורידו את המחיצה בין המורים לתלמידים רק 40 אחוז הגיעו לוולט העליון , מה שמלמד שהרבה יותר קשה לעשות עוולות כשאתה פנים מול פנים עם האדם. לא היה הבדל בין גברים לנשים. המורים נכנסו ללחץ נפשי גדול אבל ביצעו את הפקודה. מצב זה מראה את הבעייתיות המיוחדת שבהם נמצאים אנשים בהיררכיה , בייחוד בצבא, כאשר הם מקבלים פקודה בין שהיא בלתי חוקית לבין בלתי חוקית בעליל.

פרשת יהודה מאיר : היה אלף משנה. בשלב מסוים קורא לקצין בדרגת סגן ומורה לו לתת פקודה לחייליו להוציא פלסטינאים לפי רשימות שסיפק השב"כ אשר היו מעורבים באירועים , להוציא אותם מבתיים בלילה ולהכות אותם מכות באלות. מדובר בפקודה בלתי חוקית בעליל (רק לבית משפט יש סמכות לתת עונשים). הסגן מתקומם וטוען כי זה לא מוסרי. יודה מאיר טוען כי זו הפקודה וחייב לבצע אותה. הסגן לא מסתפק בתשובה ומבקש לערער בפני מפקד האוגדה. כאשר הוא מתייצב אצל מפקד האוגדה טוען כי הפקודה היא לא מוסרית. לפי תוצאות החקירה היה דו שיח של חירשים כי מפקד האוגדה מבין שהוא מדבר איתו בפיזור של כוח בהפגנות. אך הסגן מבין שהערר שלו נדחה ואז הוא אוסף את החיילים ואומר להם שזו הפקודה, יש לשמור על צלם אנוש והוא עצמו בזמן הביצוע עומד בצד כי הוא לא מסוגל לבצע את

דיני צבא - זוהר פרג' אוליננקו

זה. בעקבות האירוע, לפני שהפרשה מתפוצצת בתקשורת, הוא מחליט לעזוב את הצבא. בסופו של דבר הוא ביצע את הפקודה כי כך הוא הורה לחייליו. דוגמא זו מראה כי גם אנשים נורמטיביים מסוגלים להסתבך בפן הפסיכולוגי / משפטי ולבצע פקודות שהם בלתי חוקיות בעליל. יש להבין לעניין העונש האם מעמידים אותו גם לדין ולעניין שיקול הדעת האם ומתי להעמיד את מבצע הפקודה לדין. במקרה הזה, הפצ"ר החליט לא להעמיד את הסגן לדין ובצדק. מי שמבין את הקושי הפסיכולוגי בהבנת המקרים, הסגן לא ידע וחשב שזה לא מוסרי.

הבחנה בין מסרב הפקודה לבין סרבן מצפון :

מסרב פקודה הוא עובר עבירה כי בדרך כלל הוא לא רוצה לבצע, סרבן המצפון מסרב לפקודה ועובר עבירה לא כי הוא לא רוצה אלא כי הוא לא יכול מצפונית לבצע את הפקודה. הסרבן יודע שהוא עובר עבירה, הוא מוכן לשלם את המחיר ובלבד שהוא לא יבצע את הפקודה. הגיעו כמה סרבנים לבית הדין שסירבו לשרת בשטחים מבחינה מצפונית. הם הורשעו וקיבלו עונשים כי מי שהוא סרבן מצפון הוא עובר עבירה והוא מוכן לשלם את המחיר. לגבי סרבנות מצפון – הצבא בעיקרון מכיר בסרבנות מצפון, לגבי נשים באופן מוחלט – מי שמצהירה שהיא לא יכולה לשרת בצבא מטעמי מצפון היא תשוחרר. לעומת זאת לגבי גברים אין בחוק פטור לסרבני מצפון אבל במקרים שבהם הצבא משתכנע שהטעמים של הגבר הם אכן טעמים מצפוניים, אז הצבא משחרר או מתחשב בשיבוץ. אם הסרבנות שלו היא סלקטיבית (הם לא מסכימים על שטחים או לבנון), יש לו בעיה עם המדיניות של הצבא לכן הוא סרבן סלקטיבי. היא לא מוכרת בארצות הברית. אלה שהגיעו לבית דין צבאי היו סרבנים סלקטיביים, מדינת ישראל מכירה אם מדובר בסרבן שהוא מגיל צעיר לא מעוניין להתגייס מטעמים מסוימים אך לא סרבנים סלקטיביים.

הבחנה נוספת היא בן סרבן מצפון לבין מורד אזרחי :

מורד אזרחי הוא אחד שעובר עבירה אבל הוא עובר את העבירה כדי לשנות את המדיניות של הממשלה. בד"כ לא מכירים בזה כטענת הגנה. אלה שלא מעוניינים לשרת בשטחים הם מורדים אזרחיים, הם עושים זאת כדי שהממשלה תשנה את מדיניותה, זה לא שהם לא מסוגלים.

עד מדינה : " אדם ששותף לאותה עבירה שמעיד מטעם התביעה לאחר שניתנה לו או הובטחה לו טוב הנאה. "

בעבר, הייתה גישה יותר מצמצמת לעד מדינה. בגישה המסורתית, היה אדם שהיה שותף לאותה עבירה אבל כתוצאה או טובת ההנאה שהוא קיבל היה ביטול כתב האישום או אי הגשת כתב האישום.

היום, עד מדינה בגישה המרחיבה זה גם עד מדינה שהובטח שלא יוגש נגדו כתב אישום או בוטל וגם אדם שכתוצאה מהיותו עד מדינה האשימו אותו בסעיפים פחות חמורים או ביטלו חלק מהסעיפים, הבטחה לעונש קל יותר. מדובר בעברייך שהחלק שלו בעבירה הוא קטן יותר.

עדותו של עד מדינה לפי סעיף 54 א (א) לפקודת הראיות טוענה סיוע :

1. לעד מדינה יש אינטרס מובהק לא לחזור בו מעדותו גם אם הוא משקר, כי אם הוא יחזור בו מעדותו המדינה תבטל את ההסכם שלה.

2. לעד מדינה יש אינטרס להרשיע את מבצע העבירה, התמורה היא טובת הנאה.

במשך השנים הפסיקה והנחיות היועץ המשפטי לממשלה הוציאו הנחיות / הוראות על מגבלות שחלות על המשטרה והתביעה לפני שחותמים הסדר או הסכם עד מדינה. הנחיות אלה נועדו באמת להתגבר על החשש הזה שעד מדינה משקר. לפעמים החניות של היועמ"ש יכולות להיות עילה טובה להגנה מן הצדק / עתירה לבג"צ נגד חתימת הסדר עד מדינה.

ישנן מספר מגבלות החלות על התביעה כאשר חותמים עם עד מדינה :

1. אסור למשטרה או לתביעה להתנות את הסכם עד מדינה בכך שעד מינה יספק ראיות או גרסה מספקת להגשת כתב אישום. לא ניתן לומד לעד מדינה " אנחנו לא נגיש נגדך כתב אישום או נבקש רק 3 שנות מאסר" רק אם תביא לנו ראיות לגבי עבריו ב'.

2. לא לחתום הסדר עד מדינה עם מישהו שהוא בעייתי מאוד מבחינת המהימנות שלו. בד"כ עד מדינה הוא לא תלית שקולת תכלת לכן יש לספק במהימנות שלו. אבל אם יש עוד סיבות נוספת לפקפק במהימנות שלו לא לחתום איתו הסדר.

3. לא לחתום הסדר עד מדינה אם אין לך סיוע. אין טעם לחתום הסכם כאשר ממילא ההבטחה לא ממומשת.

הסדר עד מדינה ככל לא יכול להיות בתחילת החקירה אלא בשלבים מוקדמים יותר של החקירה כי צריך לברר לגבי הסיוע. או שמא ישיגו ראיות אחרות ולא יצטרכו את עד המדינה. יהיו מקרים שבהם יצטרכו לחתום על הסדר עד מדינה כמו למשל שיש סכנה לחיי אדם. הסכמי מדינה בד"כ הם רק על עבירות חמורות, אך לעיתים אין ברירה וצריך לחתום גם עם מבצע עיקרי כמו למשל – כאשר הוא מפליל כמה עבריינים מבצעים עיקריים כמו בארגון פשיעה.

בד"כ ההנחיות אומרות שלא צריך לתחום על אותה פרשייה הסכם עם יותר מעד מדינה אחד, אך יהיו מקרים שהתביעה תביע למסקנה שכדי לבסס את האשמה נגד העבריין העיקרי צריך יותר מעד מדינה אחד. לפי ההנחיות גם המינה / המשטרה / הפרקליטות צריכים לשקול מהי טובת ההנאה, היא צריכה להיות מידתית, צריך להשתדל שעד המדינה לא יצא נקי לגמרי.

לעיתים המדינה תחתום הסכם עם עבריין שהוא בין העיקריים וזה במקרים בהם הוא מסכים אותו עד מדינה לבצע פעולה אקטיבית למשל כמו להקליט את העבריינים העיקריים האחרים. בג"צ קבע כי שיקול המדינה הוא רחב ולכן אי אפשר לחייב את המדינה לבטל את הסכם עד המדינה. אם אותו עד מדינה מסתך אחר כך בעבירה של עדות שקר, שם יש הנחיה מפורשת למדינה לא לחתום עם כאלה על הסכמים.

יעדי ענישה :

כאשר מדובר על מטרות הענישה בפלילים עם אנשים לא מקצועיים אזי **המטרה הראשונה שמדובר עליה היא הרתעה.**
ישנם 2 סוגים להרתעה :

1. **הרתעת כללית / הרתעת הרבים :** למען יראו ויראו. כל מי ששומע שהוטל עונש חמור לא יעז לחשוב על ביצוע אותה עבירה.

ישנה בעיה בתחום המוסרי, מבחינת הצדק הרי אדם עבריין צריך לתת את הדין ולהיענש על מה שהוא עשה ולא להשתמש בו כמכשיר לגרום לכך שאחרים לא יעשו. אי אפשר להשתמש באדם כאינסטרומנט כדי שאחרים לא יבצעו עבירה.

2. **הרתעה אישית :** הנאשם עצמו ילמד את הלקח ולא יחזור לסורו.

במאה ה-18 חי פילוסוף בשם בנטהם והוא היה מאבי אבות הפילוסופיה התועלתנית ולדעתו **הסיבה המוסרית המוצדקת היחידה לענישה היא שזה מרתיע מלבצע פשעים**, לדעתו ברגע שמי ששוקל לעבור עבירה יודע שהנזק שהוא יספוג או עלול לספוג כתוצאה משפטיטו יעלה על התועלת שהוא עשוי להפיק כתוצאה מביצוע העבירה אזי בהיותו אדם רציונלי הוא לא יבצע את העבירה.

השקפה זו בעייתית כי הוא יוצא מנקודת הנחה שאדם יודע לחשב ומחשב לפני ביצוע עבירה נזק ותועלת. זאת בעוד שחלק גדול מהעבירות מבוצעות מתוך החלטה רגעית של זעם / רגש / השפעת אלכוהול וכו'.

השאלה של יעילות ההרתעה עלתה במשך שנים כמחשבה רציונלית והיו כאלו שטענו כי ההרתעה אינה עוזרת, כל אחד השתמש במחקרים לא כ"כ רציוניים האם ההרתעה אכן יעילה או לא.

הקרימינולוגיים מחלקים את העבירות לשני חלקים עיקריים :

1. **עבירות אינסטרומנטליות :** עבירה כמכשיר להשיג משהו. לדוג' עבירת השוד – עושים אותה כי יש רצון בכסף.
2. **עבירות אקספרסיביות :** עבירה שמבוצעת בגלל שאותו עבריין מביע את עצמו באמצעות העבירה , עבירות המבוצעות מתוך רגש ויצר. לדוג' עבריין עצבני על משהו ולכן דוקר אותו.

האם אכיפה וענישה באמת מרתיעות ומשפיעות על ביצוע העבירות ?

בשנת 1944 השלטון הנאצי החליט לאסוף את היהודים בדנמרק ולהוציאם להורג במחנות השמדה. המחותרת הדנית נחלצה כדי להגן על יהודי דנמרק ולהבריחם לשוודיה וכך יהודים רבים ניצלו בפעילות זו. המשטר הנאצי עלה על זה והם עצרו רבים מאוד מחברי המחותרת (משטרה). תקופה ממושכת של 9 חודשים המשטרה בדנמרק לא תפקדה , לאחר מכן זו הייתה קרקע פורייה להשוואה מה קורה כאשר יש אכיפה אל מול מה קורה כאשר אין אכיפה. עבירות עלו בצורה משמעותית , אבל כשפילחו את זה לעבירות אינסטרומנטליות ולעבירות אקספרסיביות , מסתבר כי כמות העבירות אינסטרומנטליות אכן עלתה באופן ניכר. אך לעומת זאת לא היה שוני במספר העבירות אקספרסיביות.

כלל ראשוני : אכיפה וענישה אכן משפיעים אבל בעיקר בעבירות אינסטרומנטליות.

עונש מוות :

עד שנת 1954 היה עונש מוות בישראל , בשנה זו בוטל עונש המוות למעט עבירות של הנאצים , השמדת עם , בגידה ועבירות לפי תקנות ההגנה שעת חירום 1945 אשר חוקקו ע"י הבריטים במנדט הבריטי בישראל ונועדו להילחם במחתרות בארץ , למעשה תקנות אילו מאפשרות הטלת עונש מוות על שימוש בכלי ירייה ובחומר נפץ / בחומר מבעיר (בקבוק תבערה).

ניתן להטיל עונש מוות לפי תקנות ההגנה אלא שבימי"ש הצבאי שפועל לפי תקנות ההגנה לשעת חירום נסגר מנהלית. בימי"ש אזרחי גם רשאי לשפוט לפי תקנות ההגנה למעט בתקנה 58 האומרת כי בגינה ניתן להטיל עונש מוות , אך תיאורטית ומעשית ניתן לפתוח את בימי"ש זה מחדש (בהחלטת הגורמים הממשלתיים).

ישנה מגבלה נוספת באפשרות להטיל עונש מוות על בימי"ש הצבאי הפועל לפי תקנות ההגנה (אם יפתח מחדש) והיא העובדה כי העבירה מדוברת בכלי ירייה בחומר נפץ / בחומר מבעיר , המשמעות היא שאם אדם רוצח באמצעות סכין או מדרדר אוטובוס אז היא אפשר לפי תקנות ההגנה להטיל עונש מוות.

באיו"ש יש בימי"ש צבאי וגם שם ניתן להטיל עונש מוות לפי הדין הקיים באזור , בבימי"ש זה אין הגבלה על כלי ירייה / חומר נפץ / מבעיר , כך שגם על דקירה בסכין ניתן להטיל עונש מוות.

מדוע רוצים להנהיג את עונש המוות בישראל ?

בעיקר מהסיבה שדקירת סכין תיכנס לאפשרויות אשר בגינן ניתן להטיל עונש זה. באופן אבסורדי , דווקא חקיקת חוק חדש המאפשר הטלת עונש מוות פוגע באפשרות שיוטל עונש מוות בישראל וזאת מהסיבה כי יכולה להיטען הטענה כי חוק זה הוא פגיעה בזכות האדם וחירותו (ערך החיים הוא ערך עליון) ובנוסף שחוק זה לא מידתי (ניתן להשיג את אותה מטרה בעונש קל יותר , לדוג' מאסר עולם). החוק הקיים מוגן בתוכנו ע"י שמירת הדינים.

השיקולים התועלתניים לעונש המוות :

למה בוטל עונש המוות במדינת ישראל וכך גם ברוב מדינות העולם ? הבעיות הן במישור החוקתי ובוויכוחים מוסריים.

למה התביעה הצבאית לא מבקשת הטלת עונש מוות כאשר בימ"ש צבאי יכול להטיל זאת ?

כל גורמי הביטחון לדורותיהם (שב"כ, רמטכ"ל, ראש אדף המודיעין) היו נגד עונש מוות מהסיבות הבאות :

- א. סיבה עיקרית כי אין הוכחה שעונש מוות מרתייע. אם מדובר על מחבלים אזי ניתן להסיק כי זה לא ירתיע כי חלק גדול מהמחבלים יודעים שהם מבצעים את הפיגוע יש להם סיכוי גבוה להיהרג.
- ב. תמיד ישנו חשש כי מחבלים יהפכו לגיבורים בעיני עמם ולמודל לחיקוי (ברגע שהם נהרגים), כאשר הם לא נהרגים הם לא יהפכו למודל לחיקוי וכך כמות הפיגועים תרד.
- ג. בקרב עם מחבלים, לדוג' ג'ינין – מעניקים למחבלים סיבה טובה יותר להילחם עד הכדור האחרון, גם אם יש להם סיכוי למות בקרב זה תמיד יראה כמעשה גבורה מאשר להילכד ולהיות מוצאים להורג. חלק מן המחבלים נכנעים ולא נלחמים עד הכדור האחרון.
- ד. כאשר מוציאים להורג ישנו יצר נקמה אשר כתוצאה ממנו יש סיכון שישראלים / יהודים בעולם ייהרגו כנקמה.
- ה. כאשר מחבל אמור להיות מוצא להורג זה מהווה תמריץ יתר לחטוף ישראלים כדי למנוע את ההוצאה להורג.
- ו. לפי המשפט הבינלאומי מרגע שיש החלטה על הוצאה להורג יש לחכות 6 חודשים עד לרגע הביצוע, מדובר בהמון זמן ובפועל יעמדו לרשותם של המחבלים הרבה יותר (ההליך המשפטי לוקח המון זמן) וכך הם יוכלו למנוע את מניעת ההוצאה להורג.
- ז. מאסר עולם זהו עונש מרתייע מאוד, ישנו חשש כי בזמן הטלת מאסר עולם זה יהווה תמריץ לחטוף ישראלים כדי לשחרר את אותו מחבל מעונש מאסר העולם. גם אם יוטל עונש מוות עדיין יש המון מחבלים שנדונו למאסר עולם והתמריץ הזה יישאר.
- ח. תדמית מ"י, באירופה ביטלו את עונש המוות וזה נחשב לדבר נוראי וכך נאבד את הציבור הליברלי ואת תמיכת העולם במ"י.

הנימוקים נגד עולה על הנימוקים בעד ועל כן התביעה הצבאית אינה מבקשת עונש מוות.

בשנת 1967 הייתה החלטת ממשלה אשר קבעה לא לבקש עונש מוות. בשנת 1988 הייתה החלטה שבמקרים של רצח אכזרי ונוראי הפרקליט הצבאי הראשי יתייעץ עם וועדת שרים שכללה את שר הביטחון, החוץ, המשפטים והיועמ"ש לפני שהוא מתבקש עונש מוות (זו הייתה החלטה שפנתה לכיוון רגשי הציבור).

כאשר מדברים על הרתעה, כדי לתת תמונה מלאה האם ההרתעה עוזרת צריך לפלח זאת לפי עבירות, עבר פלילי, סוגי הענישה שמטילים ולראות מה מרתייע ומה לא.

באנגליה נערך מחקר על גנבים שם שקללו את עבירת הגניבה, את גיל העבריין ואת מספר העבירות הקודמות שלו. הם בדקו כאלה שקיבלו עונש מאסר לעומת כאלו שקיבלו רק עונש קנס. ההפתעה הייתה שאלה שקיבלו רק עונש קנס ברוב המקרים פילחו זאת מעבירה אחת קודמת עד חמש ויותר ופילחו את זה מגיל מסוים, ברוב המקרים אלה שקיבלו רק קנס היו פחות רצידיביסטים לעומת אלה שקיבלו מאסר.

השלב הבא היה כאשר פילחו עוד יותר ובחנו מה קורה כאשר העיון בעונש הוא יותר גדול. בחנו זאת על ידי כך שהיה במדינת פנסילבניה אונס אכזרי בו האנס נדון לעונש המקסימלי שהיה קבוע בחוק שהיה 15 שנות מאסר. כל המדינה התרגשה מהאירוע והלחץ על המחוקק נשא פרי והעונש המקסימלי במקרי אונס הומר למאסר עולם והעונש המינימלי הועמד על 15 שנות מאסר. לפי מחקר קרימינולוגי לא היה הבדל בין שיעור האונס בין לפני ואחרי תיקון החוק. מה

שמלמד שעיון בעונש חמור לא משפיע לפחות לא על עבירות אקספרסיביות.

איך משפיע אורך המאסר בפועל על העבריין מבחינת ההרתעה ?

בשנת 1967 הרבה מאוד עבריינים שנדונו למאסרים זכו לחנינה בעקבות הניצחון במלחמת ששת הימים. הקרימינולוגים בדקו מה היה שיעור הריצידיביזם בקרב אילו שקוצרה להם תקופת המאסר בעקבות החנינה לעומת כאלו שסיימו לרצות

דיני צבא - זוהר פרג' אוליננקו

את העונש לפני החנינה ושאלו היו ממשיכים לרצות את העונש לאחר החנינה היו גם זוכים לחנינה. לא היה הבדל בין אילו שקוצרה להם תקופת המאסר לבין אילו שלא קוצרה להם תקופת המאסר, אפילו היה אחוז קטן של הפרש לטובת אילו שקוצרה להם תקופת המאסר. גם אורך המאסר אינו משפיע והקרימינולוגיים הסבירו זאת בכך שאמרו שהכי משפיע על האסיר זו תקופת המאסר הראשונה (מהפך מחיי החופש לחיי כליאה), עוברים תקופת התכלאות ומתרגלים לתנאי הכלא, הדבר הופך לפחות נורא ועל כן אין הבדל בין 5 שנות מאסר ל-3 שנות מאסר.

מה קורה שיש עונשים כבדים? האם מרתיעים מפני קיום מעשים דומים בעתיד?

לדוג' באנגליה מכה של מקרי שוד והחליטו לתת עונשים חמורים מאוד (נער בן 16 הוטלו 20 שנות מאסר). הדבר לא השפיע על שיעור מקרה השוד לאחר מקרה זה.

בישראל, לאחר מדינות רבות בעולם, הוקמה בשנת 2011 **וועדת דורנר** אשר המסקנות פורסמו בשנת 2015 והממשלה אימצה את המסקנות בשנת 2016.

הוועדה קובעת כי אין טעם לקדם הרתעה באמצעות הרחבה של השימוש במאסרים או בהחמרתם. יש להעדיף שיקום מחוץ לכותלי בית הכלא. המאסר יכול לעודד עבריינים לחזור על מעשיהם. עוד קובעת כי מאסר יכול להיות יעיל כאשר מדובר על עבריינים מסוכנים כאמצעי להרחקתם מהציבור.

המלצות הוועדה:

- א. להימנע מהחמרה בחקיקה העונשית.
- ב. להימנע מקביעת עונשי מינימום בחוק.
- ג. לאפשר לוועדת שחרורים להעביר שנה לפני השחרור המוקדם (בניקוי שלישי) להעביר את האסירים להוסטלים שבו יעברו הליך שיקום.
- ד. לאפשר הטלת עונש של עבודת שירות עד 9 חודשי מאסר כדי להוציא כמה שיותר אנשים מהכלא.
- ה. הוועדה קובעת כי כל אסיר במ"י עולה למדינה 10,000 ש"ח כל חודש. בתקציב זה ניתן לממן טיפול ע"י שירות המבחן ל-20 אנשים המועמדים להיות אסירים, דבר אשר יהיה יעיל יותר מאשר לכלוא אסירים. ישראל אחרי ארה"ב היא אחת המדינות הכי מחמירות בעולם בענישה).

ככל שוודאות הלכידה של העבריין תעלה כך יש סיכוי שזה יהווה יותר הרתעה. יש צורך בלפחות 30% סיכוי לכידה כדי שתהיה יותר הרתעה.

חקיקה במ"י ביחס להרתעה:

תיקון 113 ס' 40 (1): "מצא בימ"ש כי יש צורך בהרתעת הנאשם (היחיד) מפני ביצוע עבירה נוספת וכי יש סיכוי של ממש שהתלת עונש מסוים תביא להרתעתו, רשאי הוא להתחשב בסיכוי זה..."

לגבי הרתעת הרבים:

ס' 40 (2): "מצא בימ"ש כי יש צורך בהרתעת הרבים מפני ביצוע עבירה מסוג העבירה שביצע הנאשם וכי יש סיכוי של ממש שהחברה בעונשו של הנאשם תביא להרתעת הרבים..."

מה צריכה התביעה להוכיח כדי שבימ"ש יטיל עונש שירתיע? – סיכוי של ממש כדי שהחמרה תשפיע! אין אפשרות להוכיח דבר שכזה לפי דעת המרצה.

הסיבה העיקרית להחמרה בעונשים זה ההלימה והגמול כדי להביע את שעת הנפש של החברה במעשה ולא הרתעה.