

ביקורת ספרים

אריאל בן-נון: חוק החוזים האחידים, התשמ"ג-1982
(פירוש לחוקי החוזים בעריכת ג' טדסקי)

מאת

גבריאלה שלו

תופעת החוזים האחידים אפיינית למשפט המערבי המודרני. חוזים אחידים הם המקבילה המשפטית לסטנדרטיזציה בהליכי הייצור וההפצה של מצרכים ושירותים. אין ספק כי חוזים אחידים הם מתוייבי המציאות הכלכלית והחברתית המודרנית. עם זאת הם מעוררים בעיות קשות, מעשיות ועיוניות. הבעיות המעשיות נובעות מן הצורך לאזן את עניינם של הצדדים לחוזה אחד – הספק הלקוח, אשר נכנסים לחוזה אחד מעמדות מיקוח שונות בתכלית. הבעיות התיאורטיות נובעות מן הניסיון לרהוק את מושג החוזה האחד אל תוך התבנית המוכרת של חוזה: אולם בעוד שחוזה רגיל מאופיין בחופש הרצון האינדיבידואלי ובחירות ההסכמה, מאופיין חוזה אחד דווקא באחידות ההצעה ובהכפפת רצון צד אחד (הלקוח) לרצון משנהו (הספק).

חקיקה המסדירה חוזים אחידים ומפקחת עליהם מיועדת לגשר על הפערים בעמדות המיקוח של הספק הלקוח ולפתור חלק מהבעיות שמעוררים חוזים כאלה. המחוקק הישראלי פועל באורח נמרץ לריסוק השימוש בחוזים אחידים ולאיוון האינטרסים של הצדדים לחוזים כאלה.

בראשית היה חוק החוזים האחידים, תשכ"ד-1964. חוק זה היווה בשעתו "חידוש משפטי בעל חשיבות בקנה מידה עולמי". היה זה החוק הראשון בעולם המערבי שניסה לפעול לאיוון חוסר השוויון הטבעי ביחסי צרכן וספק, הן מבחינת המיזמנות והמידע הן מבחינת עמדות המיקוח. חוק החוזים האחידים משנת תשכ"ד הקים מנגנון ביקורת כפול: שיפוטי ומינהלי. הביקורת השיפוטית נועדה בעיקר לסייע ללקוח המרגיש עצמו מקופת, והביקורת המינהלית נועדה בעיקר לסייע לספק הרוצה להקנות יציבות להתקשרויותיו החוזיות.

אולם ניסיון מקורי ונועז זה של המחוקק הישראלי לתקוף את בעיית החוזים האחידים, לא הביא לתוצאות המקוות. גם לאחר תיקוני החוק, בשנת תשכ"ט ובשנת תשל"ז, תיקונים

1 ר' פרידמן, "סוגיות בתחום החוזים האחידים", עיוני משפט ו' (תשל"ט) 490.

שנועדו לצייד את החוק ב"שיניים", כמעט ולא הורגש החוק בשטח. מספר הפניות למועצה שהוקמה עליפי החוק היה קטן, ובמעט משפטים העלו טענות שבסיסן בהוראות החוק, כתוצאה מכך היו גם נדירים אותם פסקי דין שהרצו את הדין עליפי חוק החוזים האחדים. מצב עניינים זה, הצורך לתת תשובות מעשיות לשאלות הכרוכות בחוזים אחדים והביקורת האקדמית שנמתחה על החוק², הביאו לידי שינוי תחיקתי וחיקתו מחדש של חוק החוזים האחדים. חוק החוזים האחדים, תשמ"ג-1982, מבטל (בסעיף 26) את חוק החוזים האחדים, תשכ"ד-1964.

יש לברך על ררך אלגנטית זו של חקיקה מחדשת של חוק, במקום הדרך של הטלת טלאים ותיקונים בחוק הישן.

באורח כללי ניתן לומר כי החוק החדש שומר על רווחו, תוכנו ומבנהו של החוק הישן. חלק גדול מהוראותיו המהותיות של החוק הישן נשאר על תילו, כמו גם השילוב של מנגנוני הביקורת הכפולה. נשמרת גם האידיאולוגיה שהיתה בתשתית החוק הישן, ולפיה חוזה אחיד הוא חוזה, אם גם חוזה מסוג מיוחד, אשר חל עליו דין החוזים הכללי, ובנוסף לו עילת ביטול מטריאלית, הקבועה בסעיף 24 לחוק. סעיף זה, המכונה "שמירת דינים", מתוזה נתיב להחלת דין החוזים הכללי על חוזה אחד.

לפירוש הנדון של החוק החוזים האחדים, התשמ"ג-1982, מפרי עטו של ד"ר אריאל ברנר, קדם תוכיר מקיף ומפורט, שחובר עלידי עובדות בכירות במשרד המשפטים, טנה שפנין וורדה לוסטוויץ.

לחיבור זה כמו לפירוש שבפנינו, תרומה חשובה ליידוע קהיליית המשפטים בארץ לקיומו של חוק החוזים האחדים, להוראותיו ולהפעלתו.

ואכן, נראה לי כי יש לייחס חשיבות עליונה לעצם העלאת חוק החוזים האחדים אל סף התודעה של קהיליית המשפטים בארץ. דומה כי חלק מכשלונו של החוק הקודם אינו רובץ רק לפתחם של בתי-המשפט, שלא השכילו לעשות שימוש בהוראות חוק החוזים האחדים³, אלא גם לפתחם של עורכי הדין.

במקרים רבים הוניחו עורכי דין את החרבות שהעניק להם חוק החוזים האחדים וריכוז את טענותיהם - גם כשהיה מדובר בחוזה אחד - בתוכם דיני החוזים הכלליים. אולם זהו מותר הצד התוקף חוזה אחד על פני הצד התוקף חוזה רגיל; שחוזה אחד ניתן לביטול (ואף לשינוי) מחמת עילת הקיפוח, ואילו חוזה רגיל אינו ניתן לביטול באשר הוא מקפח (אלא כאשר מגיע הקיפוח לדרגה של עושק).

כך בבית-המשפט, בו מקנה החוק עילה נוספת ללקוח האינדיבידואלי הטוען כלפי חוזה אחד בו התקשר. מנגד מקנה החוק לספק אפשרות לאשר מראש את חוזיו בבית-הדין שהקים חוק החוזים האחדים. אולם גם סמכות האישור של בית-הדין מופעלת בעקבות בקשה של ספק. מניסיון העבר למדנו כי ספקים רבים, ונציגיהם המשפטיים, אינם מודעים

2 ראה דברי הסבר להצעת חוק החוזים האחדים, תשמ"ג-1981, ד"ח 28.

3 חוק החוזים האחדים, התשמ"ג-1982, דברי הסבר (הוצאת משרד המשפטים התשמ"ד).

4 ראה ס' דויטש, "חוק החוזים האחדים: כשלון ולקחים לעתיד", מחקר משפט א (תשמ"א) 62; ד' פירמן, סוגיות בתוכם החוזים האחדים, עיוני משפט 1 (תשל"ט) 490.

לאפשרות שמקנה להם החוק לחסן את החוזים המונפקים עליהם מפני התערבות שיפוטית.

המפתח להפעלתו הנכונה והיעילה של חוק החוזים האחדים נתון אפוא בידי המקצוע המשפטי, הן בידי עורכי הדין המייצגים לקוחות מקופחים, או מקופחים לכאורה, בבת-משפט, והן בידי עורכי הדין המייצגים לספקים, בעלי חוזים אחדים.

הספר שבפנינו, פירושו של ר"ר אריאל בְּרִנּוֹן לחוק החוזים האחדים, התשמ"ג-1982, נכתב על-ידי ברסמכא בנושא החוזים האחדים. ר"ר בְּרִנּוֹן היה חבר בוועדת משפטים בראשות פרופ' טרסקי, שמונתה על-ידי שר המשפטים בשנת 1958, לשם יעוץ בנוגע לחקיקה אפשרית לפתרון הבעיות הכרוכות בתחום האחדים. כתוצאה מעבודת ועדה זו נחקק חוק החוזים האחדים הקודם. יחד עם פרופ' טרסקי חיבר ר"ר בְּרִנּוֹן (הכט) את דו"ח הוועדה⁵, ומאז כתב מספר מאמרים בנושא החוזים האחדים⁶.

חיבור כתוב בצורתו הקלסית של הקומנטרי: לאחר פרק מבוא קצר, ובו סקירת הרקע של החוק, מופיע ניתוח וביאור שיטתי של כל אחד מעשרים ושבעה סעיפי חוק החוק.

מצאתי בפירושו של ר"ר בְּרִנּוֹן לחוק החוזים האחדים יתרונות רבים. הוא כתוב באורח בהיר ותמציתי, ומסכם בצורה יפה את החומר הפסיקטי שהתגבש בנושא. בפירושו מוצעים חידושים מהותיים, הארות חוויות ראייה מעניינות, ולצד שאלות ובעיות שמעורר החוק וחושף המחבר, מוצעים אף פתרונות מאוזנים. גישת המחבר בכללותה מאוזנת אתראית ואמינה.

חידוש מצאתי, למשל, בדברי המחבר שלפיהם מוגבל שינוי תנאי מקפח על-ידי בית-המשפט או בית-הדין כמסגרת הביטול: "תוצאותיו של הביטול מהוות את המירב המותר לשם שיפור במעמדם החוזי של הלקוחות ולשם הכבדה על מעמד הספק" (עמ' 134).

מעניינת גם הצגת ההסדר הסטטוטורי שבסעיף 4 של החוק, הקובע רשימה של תנאים מקפחים לכאורה, כהסדר מיוחד בענייני ראיות, המצוי בתחום המהותי של חוזים אחדים (עמ' 36).

לעומת זאת, אין אני שותפה להשקפתו של המחבר כי האפשרות שכל אחד מחברי הרכב בית-הדין לחוזים אחדים ישיב על שאלה המונחת בפניו על-פי גישתו הוא, שכיהן יותר בבית-דין זה מאשר בבית-משפט רגיל. ר"ר בְּרִנּוֹן מנמק השקפתו כך: "הרי לא מדובר בתביעה אזרחית שהבחירה היא לדחותה או לקבלה, כולה או חלקית; מדובר בעניין ביקורת ציבורית, בהתערבות בנוסח של חוזה לשם הגנה על לקוחות" (עמ' 56-57). ובהמשך: "גם מעמדם המיוחד (של חברי בית-הדין) עשוי להניע אותם לרבוך בתפישתם האישית..." (עמ' 57) אתמהה. האם "מודעות לאחריות ממלכתית כביכול" (שם) מאפיינת דווקא בית-דין זה אולם כחברת בית-הדין אינני יכולה להרחיב בנקודה זו.

שאלה חשובה אחרת שמציג ר"ר בְּרִנּוֹן נוגעת לפירוש סעיף 14 לחוק 77 שלפיו אישור תווה אחיד על-ידי בית-הדין מונע טענה שבחוזה "שנכרת לפי אותו חוזה" יש תנאי מקפח.

5 טרסקי והכט, "בעית החוזים הסטטוטוריים", הרקלים טז (תש"ך) 133.

6 בְּרִנּוֹן, "שירות מערכת בדין החוזים האחדים", משפטים יב (תשמ"ג) 627; Hecht, "The Israel Law :627 (תשמ"ג) on Standard Contracts", 3(1968) Is.L. Rev. 586.

השאלה היא מהו "אותו חוזה": האם ההחלטה של בית-הדין מתייחסת אך ורק לחוזה שנחתם על גבי אותו טופס ואשר אותו ספק צד לזו היכן הגבול בין סגנון ומחזה? המחבר מציג את הגישות האפשריות השונות – הדקדקנית והמתירנית, ואף משיב תשובה המונחית על-פי כוונת המחוקק ומשקפת גישה קפדנית שלפיה "אותו חוזה" הוא "אותו חוזה בדיוק" (עמ' 80).

במספר נקודות, תיאורטיות בעיקרן, מצאתי עצמי חלוקה על המחבר, ויורשה לי להציג שתיים מהן. האחת נוגעת לעניין מהותו – הכופה או המתירה – של החוק הנרח. האחרת נוגעת להפעלת סעיף 12 לחוק החוזים הכללי.

המחבר מביע דעתו, אגב דיון בסעיף המטרה (סעיף 1 לחוק) ועל-פי סעיף זה, כי חוק החוזים האחדים הוא דין כופה (קוגנטי): "אין החוק מסוגל להשיג את מטרתו המוצהרת אם לצדדים מותר להתנות על הוראותיו ותחולתו תלויה ברצונם או, ליתר דיוק, ברצון הספק" (עמ' 111).

דעה גורפת זו מוקשית בעיני. אמנם, גם במשרד המשפטים רואים המופקדים על הפעלת חוק החוזים האחדים את החוק כחוק צרכני⁷, ובכך תמיכה מסוימת לראייתו כחוק קוגנטי.

עם זאת יש להעיר כי חוזה אחד, על-פי השקפת המחוקק הישראלי, הוא חוזה, אם כי חוזה מסוג מיוחד. אשר על כן חל עליו עקרון חופש החוזים. חלק מעיקרון זה בא לידי ביטוי בסעיף 24 לחוק החוזים, סעיף אשר חל, ככל דיני החוזים, גם על חוזה אחד (סעיף 24 לחוק החוזים האחדים). יתר על כן: חוק החוזים האחדים הוא חוק בעל מטרה כלכלית⁸ והוראותיו נסבות על תנאים שבממוץ. התנאות כאלה, בעיקרון, קיימות.

הוראות חוק החוזים האחדים, כמו הוראות חוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973, וכמו הוראות חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א-1970, אינן גוזרות כולן מעור אחד. חלק מהן אכן כופות (כמו ההוראות הנוגעות לסמכות בית-הדין) אך חלק אחר ניתן להתנאות. והדוגמא המובהקת להוראות דיספוזיטיביות מצויה בין שורותיו וסעיפיו הקטנים של סעיף 4. סעיף זה קובע את רשימת התנאים עליהם חלה חוקת הקיפוח וברבים מסעיפיו הקטנים טמונים שסתומי אוורור, המובעים במונחי סבירות. הוראות אלה מאפשרות לספק – מנסח החוזים – מרחב תמרון מסויים חופש התנאה מסויים.

הסתייגותי האחרת נוגעת להפעלת סעיף 12 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973 לגבי ספק המתעלם מהחלטת בית-הדין, ומוסיף להחתים לקחות על חוזה אחד, שתנאי מתנאיו בוטל או שונה. לדעת ד"ר בדנן ספק המתעלם מהחלטת בית-הדין עלול להפר את חובתו לנהוג לקראת כריתת חוזה בדרך מקובלת ובתום לב, כמצוות סעיף 12 לחוק החוזים ולשאת בתוצאות החוקיות מהתנהגותו (עמ' 93).

נכון כי גם סעיף 12 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973, חל עקרונית לגבי חוזים אחדים (מכוח סעיף 24 לחוק החוזים האחדים). אמנם חוזים אחדים מאופיינים, מעצם

7 חוק החוזים האחדים, התשמ"ג-1982, דברי הסבר (משרד המשפטים, ירושלים, תשמ"ד) 13.
8 השווה: דברי השופטת בך-פורת 764/76 שמועזני נ' רכב אשדוד, פ"ד לא(3) 113, 122.
9 השווה: דברי השופט ח' כהן בע"א 158/76 גרנד הוטל יתאודור הרצל נ' דקלה, פ"ד לא(1) 228.

טיבם, עלידי העדר משא ומתן לקראת כריתתו של חוזה. אולם סעיף 12 חל גם כאשר נכרת חוזה¹⁰. סעיף 12 מתאים למצב בו הכליל ספק בחוזה תניה מקפוחת, החוזה עומד לביקורת בפני בית-הדין, אשר מוסמך לבדוק מראש נוסח של חוזה אחיד. ניתן לפיכך לראות בסעיף 12 מכשיר אלטרנטיבי ונוסף לפיקוח על תנאים מקפחים בחוזה אחיד, כאשר פיקוח זה מופעל בדרך כלל מראש, עלידי בית-הדין. מאידך, ספק אם אכן מתאים סעיף 12, על תוצאותיו המוגבלות האמורות בסעיף 12(ב), להחזרת ספקים סוטים לתלם שקבע בית-הדין. אמנם, בר"נ 7/81 פינדר נ' קסטרו¹¹, הודחבה תחולתו של סעיף 12 מעבר לצדדים המיידים למשא ומתן אל עבר כל מי שנטל חלק במשא ומתן גם אם לא הפך צד לחוזה. אולם החובה עדיין חלה רק כלפי מי שהשתתף במשא ומתן. קשה לראות כיצד ספק המתעלם מהחלטת בית-הדין מפר בכך את חובתו המעוגנת בסעיף 12 כלפי הלקוח. אין בהערות שלעיל כדי לפגום בהערכת הרבה לערכו המדעי והמעשי של הפירוש לחוק החוזים האחידים בו זיכה אותנו הר"ר ברנן.

10 השווה דברי הנשיא שמגר בר"נ 7/81 פינדר נ' קסטרו, פ"ד לו(4) 673, 697.

11 פ"ד לו(4) 673.

פסיקה צבאית

מאת

מרדכי קרמניצר*

ראיות – "דבר מה נוסף", עונשין – ניסיון כשל (בלתי צליח)

(ע/33/87 תוצ"ר נ' טורי גורדין)

המשיב הודה באמרה שמסר לחוקר מצ"ח כי עישן פעמיים חשיש, ביחד עם אחרים. בית דין קמא זיכה את המשיב מאחת האשמות משום שלא נמצא "דבר מה נוסף" להודאתו באותו פרט (ה"דבר מה נוסף" התייחס לפרט האישום השני). מן האשמה השנייה, זוכה המשיב משום שלפי הראיות שהובאו בפני בית הדין עישן המשיב למעשה טבק בדואי בסוברו בטעות כי מדובר בחשיש. התוצ"ר ערער על זיכוי של המשיב.

בית דין צבאי לערעורים קבע לענין הזיכוי מחמת העדר "דבר מה נוסף" כי

ביה"ד דלמטה העניק לאימרת המשיב משקל ומהימנות מלאים. ניכרים בה, באימרה, סימני אמת רבים ויש בה הגיון פנימי רב. האזהרה היתה כללית ותגובתו היתה מפורטת, כאשר הוא מוסר פרטים מלאים על מקרים בהם עמד בפני הפיתוי ולא עישן חשיש שהוצע לו, ועל המקרים האחרים, לפני גיוסו ופעמיים לאחריו, בהם כן התפתה. גם בהם ראג להפחית מאחריותו ומאשמתו ע"י הרגשה שאחר סיפק את הסם ובכמות קטנה. אין הגיון בטענתו, כי המציא את שני המקרים בהם הודה, כדי לרצות את החוקר. אפילו לפי גירסתו של המשיב, נראה שלצורך כך היה מספיק שיודה בשימוש חדיפעמי בזמן השירות.

לשם תמיכה באימרה זו, בוודאי שניתן להסתפק "בדבר מה" קל שבקלים.

בית הדין קבע כי תמיכה זו מצויה מעבר לנדרש.

את האירוע הראשון העלה המשיב מתהום הנשיה, כי התרחש כ-10 חודשים לפני ההתוודות... ושם פגש באותו שמעון... לפי תאורו הציע לו (שמעון – תוספת שלנו – מ' ק') לעשן ביחד בשירותי היחידה ואילרדהא – המשיב – מחשש להתגלות,

* מרצה בכיר, הפקולטה למשפטים, האיניברסיטה העברית, ירושלים.

הציע לרחות את העישון ולקיימו בגן ציבורי ליד רכבת צפון, וכך עשו. בעדותו בביה"ד אישר המשיב בין היתר פרטים אלה, חוץ מעצם ההצעה והעישון, כשם שאישר פרטים רבים נוספים מהאימרה. אישור זה כשלעצמו יכול לשמש "כדבר מה נוסף" (ע.פ. 312/73 מצרופה נ' מ"י, פר"י כח 2, עמ' 805, בעמ' 809) כשם שפרטי הסיפור יכולים לשמש דוגמא "למבחן ההודמנות", המספיק גם הוא "כדבר מה נוסף".

אשר לשאלה אם נדרש "דבר מה נוסף" לכל אחד מפרטי האישום או די ב"דבר מה נוסף" לאחד מהם כדי לבסס הרשעה בכלם, החליט בית דין צבאי לערעורים, בעקבות ע/76/79 כי בדרך כלל תספיק ראיה לחזות "דבר מה נוסף" להודאה בכללותה על כל הפרטים שבה, גם כשהיא מתייחסת רק לאחד מהם. ורק במקרים חריגים, ממתן שיקולים ענייניים שבהיגיון ותובנה יודש "דבר מה" נפרד ושונה לגבי נושאים שונים שנכללו באמרה אחת.

את המקרה שבפניו שיבץ בית הדין למקרים הרגילים, לאור השיקול הבא:

בעדותו בביה"ד טען (המשיב - תוספת שלנו - מ' ק') שאותה הודיה כפולה הגה בדויה מעיקרה, מאחר והוא מתרחק כליל משימוש בסם, כדבריו: "בחיים לא נגעתי בסמים. יש לי דוד גוסס מזה"... משנמצא "דברמה" הסותר טענה זו ומצביע על כך שהמשיב לא מתגורר מכך, "והפחד בשל גסיסת הדוד" אינו מונע ממנו להצטרף למעשני חשיש... מספיק הרבר להסיר כל חשש שמא שהמשיב ברה את דבר זיקתו לעישון חשיש, בשני המועדים המוזכרים באימרתו.

לפיכך, הרשע המשיב בפרט האישום שלהודאתו בו לא נצא "דבר מה נוסף" התומך בה במישרין.

לענין הדיכוי מחמת אי התקיימות הנסיבה של "סם מסוכן", החליט בית הדין בעקבות הלכת גרציאנו (ע"פ 867/85 פ"ד מ(3), 763), כי יש לבדוק את מעשה העישון של המשיב "באספקלריה של טעותו, כאילו הסיגריה שעישן הכילה חשיש, כפי שהיא רימה", ולפיכך, הרשע את המשיב בניסיון לעבור עבירה של שימוש בסם מסוכן.

ענישה - סעיף 51ב(א) לחוק העונשין

(ע/171/87 רכ"ט בוני נ' התוציר)

המערער מצא בכיס חולצה שקיבל מחברו המחאה והשאירה ברשותו במשך חודש. בהיותו בחופשה רכש באמצעות המחאה שאת התימת בעליה זיף, גלגלים לרכב. המערער הרשע בעבירות של גניבה מחייל, לפי סעיף 84 לחש"צ תשט"ו-1955, וזוף, לפי סעיף 418 לחוק העונשין וקבלת דבר במרמה, לפי סעיף 415 לחוק העונשין. בית הדין המחוזי שקל, מחד גיסא, את תומרתן היחסית של העבירות ופגיעתן ביחסי האמון שבין חיילים, ומאידך גיסא, את עברו הנקי של המערער ואת שירותו המסודר. בית הדין גזר למערער שישה חודשי מאסר מהם שלושה לריצוי בפועל.

לעניין נשיאת העונש קבע בית-הדין:

כמו כן סוג זה של מקרים שיש בהן קלון, אינו מצדיק הטלת עבודות שרות ויש להשתמש במוסד חדש זה רק במקרים נדירים ובעבירות מיוחדות כגון רשלנות ולא להפוך אותן למוסד שיש בו שימוש שגרתי.

המערער ביקש מבית-הדין הצבאי להורות כי עונש המאסר ירוצה בדרך של "עבודת שירות", לפי סעיף 51ב(א) לחוק העונשין.

בית-הדין הצבאי לערעורים עמד על מטרותיו של תיקן מס' 21 לחוק העונשין תשל"ז-1977 (ס"ח 1272 מיום 9 אפריל 1987), לאמר:

הנחות היסוד הדין: (א) הצורך להקטין את הצפיפות בבתי הסוהר. (ב) מניעת מגרעותיו והרסניות של מאסר. (ג) שימוש בדרך זו לגבי אנשים שאינם מעורים בחיי הפשע ושניתן להניח כי לגביהם אפשר להשיג את מטרותיו העונשיות של המאסר בדרך של עבודה מחוץ לכתלי הכלא באופן שימנע את הנזק הכרוך במאסר ממשי וישמור עם זאת כלפי העבריין את התיוג של "אסיר".

מכאן הסיק בית-הדין הצבאי לערעורים שמטרת התיקון איננה העברת מרכז המכר למטרה עונשית מסוימת, או במלים אחרות שאין מדובר בהדגשת יתר של "התכלית השיקומית".

אשר ליישום החוק בצבא, ציין בית-הדין תחילה את הקושי: "מהו היחס בין עבודת שירות צבאית כאמצעי עונשי, לבין עצם השירות הצבאי? האם אין סתירה פנימית בשימוש בעבודת שירות צבאית לשם ענישה?". שאלה זו הושארה ללא מענה, שכן ריונו של בית-הדין נערך בתוך דלת אמותיו של החוק, המחיל במפורש, את ההסדר על מערכת השיטה הצבאית.

בגדר הנחייה כוללת, שאינה אמורה להוות מתאר כולל שיהיה יפה לכל מקרה ולכל נסיבה, ושאינו בה משום קביעה נוקשה וקבועה לתמיד קבע בית-הדין:

ראשית נראה לנו כי אין מקום להציב סייג כללי גורף ומחלט המונע החלת ההסדר הנ"ל כלפי עבירה או סוג עבירה מסויים. כך, אין לומר מראש - בנגוד לסברת בית הדין המחוזי - שעבירות שיש עמן קלון אינן באות בגדר ההסדר הנזכר. בחומה לזה הננו סבורים כי אין לקבוע מראש באופן כללי וגורף כי סוג מסויים של עבירות לעולם יבוא בגדר ההסדר. כך אי אפשר לקבוע באופן נחרץ בנגוד לסברת בית הדין המחוזי - שנשיאם מאסר בעבודת שרות יאה לעבירות התרשלנות דווקא.

שנית, בית הדין הצבאי השוקל את התחליף העונשי חייב להביא בחשבון את טעמי עונש המאסר, במיוחד אלה המיוחדים לצבא הנהגים בעבירה שבאה לפניו לדין ואם יש לו יסוד לחשוש שבשל שכחות העבירה, קשיי גילוייה השפעתה המיוחדת על תפקוד חיילים ומערכות צבאיות או בשל טעמים אחרים תהיה בהקלה הפיזית הנתונה למרצה עונש בעבודת שרות משום פגיעה במערכת לבעור תופעות עברייניות מסוימות - יהיה על בית הדין להמנע מנקיטת דרך זו.

שלישית, לשימוש בעבודות שרות כלכל כלי עונש יש אספקט אינריוודואלי בולט. הדבר צריך להבדק לפי נסיבות ארוע ונסיבות העברייני גם יחד. כך, אין לשלול אפשרות שגם בהקשר לענישת מעשה עברייני, שנדרך כלל איננו מתאים לדרך עונשית זו – יהיה בכל זאת מקום להשתמש בה כאשר נסיבות אישיות מיוחדות מצדיקות זאת. יתר על כן בדרך כלל שימוש בדרך זו של רצוי ענש מאטר מותנה בקיומן של נסיבות רקע מתאימות (כגון שמדובר בכשלון חד פעמי ובתצפית להתנהגות עתידית חיובית).

רביעית, נוכח העיקרים הנזכרים אין מקום לקביעת "מדיניות ענישה" של שימוש נזיר או תדיר בעבודת שרות. הקף השמוש בכלי זה יזכתב על ידי הנסיבות ומדת הדבי או הצמצום שבתופעות עברייניות שונות.

אשר לעבירה של גניבה מחייל, נחלקו רעות השופטים בבית הדין הצבאי לערעורים. רוב השופטים סברו כי

בדרך כלל בעבירה זו אין מקום להשתמש בכלי של עבודת שרות וזא מפני שטעמי עונש המאטר הנגזר בעבירה זו, באופן עקבי, על ידי הערכאות הצבאיות מושתתים על ההנחה שרק כליאה ממשית עשויה להיות גורם מרתיע המצמצם את היקפה של תופעה עבריינית זו. התיזג (סטיגמה) הנערך ברצוי פיזי של ענש כליאה במצורף לשלילת חרות ממשית עשויים להגיא דחוקא אוכלוסיות בעלי רקע כולל חיובי, הנעדרים עבר פלילי, מפני ביצוע עבירות כאלה. גורמים אלה עשויים להיות משקל נגד אל מול הפתוי הנובע מנגישות קלה אל רכוש הפרט וביכולתם למנוע "כשלון חד פעמי". מאידך עבודת שרות שכלל שהתאור "מאטר" נלווה לה – יש בה לא רק הקלה פיזית אלא גם יצירת תחושה של העדר ענישה ממשית ומכאן שאין היא יכולה לשרת את מטרת ההרתעה הנזכרת.

אך מוכן עם זאת שנתן למצוא גם בעבירה זו מקרים הראויים לדרך רצוי העונש הנזכרת.

השופט שבמיעוט חיזה דעתו כי:

בנקודת המוצא הנני מבקש לקבוע כי בתי הדין הצבאיים – בין שיעודם העיוני זהה לזה של בתי משפט פליליים ובין שהוא שונה מהם אינם מהווים עוד: "A rough form of justice, emphasizing summary procedures, speedy convictions and stern penalties" (*Reid v. Covert* 354 u.s 1,35-36 (1957) (per j. H. Black)

כלומר גם בתי הדין הצבאיים בעוסקם בענישה מעיינם באיתור ענש מתאים לכל מקרה קונקרטי ענש שיש בו מינימום ההענשה הדרוש כדי להשיג את תכליתו. מבחינה זו ודאי זהה הפונקציה שבתי הדין הצבאיים ממלאים לזו של בתי המשפט העוסקים בעניינים פליליים. כמוכן שתוכן שיקול הדעת של בתי הדין הצבאיים, לעניין עונש בעבירות שונות איננו זהה לזה של ערכאות אזרחיות משום שהוא מביא בחשבון את הנסיבות המיוחדות לצבא.

לפיכך מוכנת ומקובלת מדיניות הענישה הצבאית העיקבית הגורסת הטלת ענשי מאסר לעבירה של גניבה מחייל. מדיניות זו שונה באופן חד משמעי מזו של ערכאות אזרחיות אשר אינן נוהגות לגור מאסר ממשי בעבירות גניבה קלות יחסית. בהנחה שעקרון גזירת מאסר בעבירה הנ"ל נותר בעינו האם נשיאתו בעבודת שרות עשוייה לסכל את התועלת הגלומה בענש זה? דומה שמי שאיננו גורס הכבדת ענש לשמה צריך להכיר בכך שישנה גם בצבא אוכלוסיה שבעצם הוכחת כשלונה על פניה בצרוף ענש של מאסר על משמעויותיו השונות בתחומי הרשום הפלילי, תקופת שרות בלתי גמנית, תיוג חברתי, מגיעת קודם צבאי, לרבות עצם החובה לבצע פעילות מסויימת בענש – עשויים לשמש כלפיה אמצעים מרתיעים. ההרתעה כקבוצה זו עשוייה לפעול לא רק כלפי היחיד, מבצע העבירה, שלא יחזור לסורו, אלא גם כלפי אחרים שרקעם דומה והם מועמדים בכח לכשלוך. כך, דווקא בעבירת רכוש קלה יחסית שחייל נכשל בה לראשונה בהיותו בצבא (במיוחד כאשר כבר שירת תקופה נכבדה שרות תקין), עקב פתוי מסויים, נתן להגיה שתגובה עונשית מן הסוג המתואר לעיל תמנע אותו מכשלוך נוסף ותשמש אות אזהרה לרבים אחרים מסוגו. אכן אין מקום אף להנחה כזו כאשר מדובר בעברייני רכוש שחזרו ושנו מעשיהם, שכשלונם איננו חד פעמי או שנסיבות בצוע העבירה כוללות יחומה פלילית מורכבת או נמשכת בזמן שאינה עולה בקנה אחד עם "כשלוך רגעי". עברייני הרכוש הראשונים צריכים לענישה המביאה בחשבון את נסיבותיהם ואין צורך להטיל על גבם של אלה שהם בעלי רקע טוב יותר את משא הרתעתם של האחרונים. לפיכך הנגי סבור שבתחום עבירות הגניבה מחייל (לסוגיהן, לרבות אלה הכרוכות בעבירות נלוות מסויימות שהן חלק ממסכת עבריינית אחת) יש, על פי אפיון הרגיל בצבא, כך נרחב לשמוש באמצעי העונשי הנרח.

בנסיבות המקרה הקונקרטי, הגיעו כל השופטים למסקנה, כי יש לדחות את הערעור,

שכן

מדובר בחייל שלא הרפה ממזימת הגניבה משך למעלה מחדש ימים ואשר זמם לשלוח ידו בכסף של חברו לשרות בסכום גבוה מאוד לגבי חייל בשרות חובה וכל זאת לצורך ענין שהוא בגדר מותרות, הצאת כסף ראווותנית, כספו של הזולת, שהושג בגניבה. הוא אף בצע עבירות נוספות להשלמת מזימתו. תחושת הלב היא שבעניין כזה מתבקש ענש שיש בו גם מדה של גמול, כבחינת להשיב לרשע כגמולו, ומכל מקום ענש מאסר ממשי נדרש כאן לצורך יסוד ההרתעה הן האישית והן הכללית.

הערה: לדעתנו, לא היה מקום להחיל את ההסדר של עבודת שירות על המסגרת הצבאית שהיא כולה שירות. התפקיד הקשה המוטל על מערכת השפיטה הצבאית הוא, אפוא, לצמצם את הנוק שבהסכם חקיקתי פגום, ביחוד יש להקפיד שלא יפגם העיקרון של אחידות בענישתם של מקרים שווים מן ההיבטים הרלבנטיים וכי לא יעשה שימוש בכלי זה לטובתם של "בני עליה". כן יש להיזהר מפני יצירת פער גדול בין ענישת חוגרים לבין ענישת נגדים וקצינים עליידי מתן משקל יתר לצד הזכות שבשירות מסור. אין אנו

שותפים להערכת בית-הדין הצבאי לערעורים לפיה התיקן לחוק אינו משקף הרגשה מיוחדת של "התכלית השיקומית" שבענישה. הן מדוברי ההסבר להצעת החוק, והן מטבעה של עבודת השירות עולה, כי יש כאן התמקדות והרגשה של מטרת הענישה המתמקדות בנענוש על-חשבון מטרת הענישה של הרתעת הרבים. לא נראית לנו דרכו של בית-הדין אשר פתח בקביעת הנחייה כללית (בלשון מאור ההרה ומסוייגת) וסיים למעשה באי הנחייה. גם אם מקבלים כי אין לקבוע מראש באופן כללי וגורף כי סוג מסויים של עבירות לעולם לא יבוא בגדר ההסדר, יש טעם רב בקביעה כי בסוג מסויים של עבירה או טיפוס של מעשה או עושה, יש ככלל, או אין בדרך כלל, מקום להשתמש בכלי של עבודת השירות, כפי ששופטי הרוב עצמם נהגו לגבי עבירה של גניבה מחייל. רק בדרך זו ניתן יהיה למנוע פערים גדולים ובלתי נסבלים בענישה ולהבטיח, לגבי סוגי עניינים אחדים, את האפקט המרתיע הכללי של העונש.

אשר להשקפת השופט שבמיעוט לעניין העבירה של גניבה מחייל – לא ברור כיצד ניתן, לפי שיטתו, להרתיע את כלל ציבור החיילים, את אלה שאינם מסוגו של המערער ואלה אינם מיעוט מבוטל, מפני ביצוע מעשים דומים על-ידי ענישה שלגבי חלק נכבד מהציבור – הן האזרחי והן הצבאי – נתפשת כהעדר ענישה ממשית. ברור שאם ייעשה שימוש נרחב באמצעי העונשי של עבודת שירות בתחום זה, ישלל, במידה מכרעת, האפקט המרתיע של העונש המושג כיום על-ידי הדיעה הברורה שהתגובה הקבועה על עבירה של גניבה מחייל היא מאסר בפועל. כל זאת, בהנחה ששופט המיעוט לא גרס כי עונש מאסר בפועל לחייל שעברו נקי ושירותו מסודר חורג מן ה"מגיע" על-יפי גישה גמולית, שכן אין להחמיר בעונשו של עושה מעבר לצדק הגמולי בשל שיקולי תועלת.