

פסיקה צבאית

מאת

מרדכי קרמניצר

אלימות כלפי מפקד, לפי סעיף 59 לחש"צ; שימוש בכוח לשם מניעת עבירה של נפקדות — חוקיותו
(241/84/ע ש"ע נ' התיצ"ר)

על המערער הוטל עונש של ריתוק מחנה. הוא נטל את חפציו והחליט להסתלק מן הבסיס. משהתברר הדבר לשניים ממפקדיו, רדפו אחריו להשיגו, והדבר עלה בידם. בתחילה פנה אחד מהם אל המערער והבהיר לו כי הוא מבצע מעשה בלתי-חוקי, ולפיכך ייטיב לנהוג אם יחזור מיד ליחידתו. משלא שעה המערער להפצרות, אחזו בו השניים וגררוהו בכוח אל מכוניתם במגמה להסיעו חזרה לבסיס. המערער התנגד, ואגב כך פגע בשני הנגדים וחבל בהם קלות. כלפי אחד מהם אף השמיע איום: "אני אפוצץ אותך". הוא הואשם בעבירות של אלימות כלפי מפקד (סעיף 59 לחש"צ) ואיום ועלבונות (סעיף 62 לחש"צ). להגנתו טען, כי לא היה למפקדיו הצדק חוקי להשתמש כלפיו בכוח; ומשעשו כן, היה רשאי להתגונן מפניהם תוך הפעלת כוח סביר.

בית-הדין המחוזי דחה את הטענה בקובעו, כי "...מפקד בצה"ל... רשאי למנוע, תוך כדי הפעלת כוח סביר מחייל שלו לבצע מעשה עבירה או להמשיך בביצוע עבירה בנוכחותו...". בית-הדין לערעורים בהן אם יש מקור בדין ל"רשות" זו, שהיא במהותה זכות במובן חירות (liberty). נבדקו שלושה מקורות אפשריים לביסוס חירות זו: שימוש בכוח לשם מילוי תפקיד, שימוש בכוח אגב מעצר ושימוש בכוח למניעת בריחה ממש-מורת, ונמצא כי אף אחד מהם לא התקיים בנסיבות העניין. לעניין שימוש בכוח לשם מילוי תפקיד, קבע בית-הדין כי רשות זו נתונה לחייל רק בתחום עניינים מוגדר, המוסדר בהוראות הפיקוד העליון (הפ"ע) 5.0221 (לשם מניעת פשע, מעצר עבריינים, ליווי כלואים, שמירת מיתקן כליאה, שמירה על מיתקן צבאי) ואין רשות כללית כזו. "ואכן היעלה על הדעת שמפקד הנוקם, אף בדחיפות, לשירות הדפסה או נהיגה וכיו"ב רשאי לכפות בכוח את הדבר על הכתבנית או הנהג הסרבנים?" שימוש בכוח למימוש מעצר מותר בתנאים מסוימים, ואולם מפקדיו של המערער לא עצרוהו ולא התכוונו לעצרו, אף כי היו רשאים לעשות כן. בית-הדין ראה בעונש של ריתוק למחנה משום משמורת, אולם קבע כי בכך אין די כדי להקנות סמכות לשימוש בכוח, שכן "עבירה של 'בריחה ממשמורת' איננה אלא עוון אשר אין עליו חובת מניעה", ואילו הסמכויות

המוגדרות בהפ"ע 5.0221 בעניין מניעת בריחת כלואים אינן הלוח על מרותקי מחנה. לפיכך סיכם בית-הדין, כי משגמנעו מפקדיו של המערער מלנקוט הסמכות שהיתה בידם לעוצרו, לא היתה להם רשות להפעיל נגדו כוח. משהשתמשו כלפיו בכוח שלא כדין, היה זכאי המערער להתגונן בכוח מפניהם.

סעיף 304 לחוק העונשין ; חובת וידוא ; קשר סיבתי

(ע/357/84 פרישמן נ' התוצ"ר)

המערער הורשע בבית-הדין הצבאי המחוזי בעבירה של גרימת מוות ברשלנות, לפי סעיף 304 לחוק העונשין, תשל"ו—1977, ועירער על הרשעתו. המערער שימש מפקד הפלוגה שאליה השתייכה המחלקה בפיקודו של נאשם מס' 2. במהלך תרגיל באש חיה, בפיקודו של המערער, נגרם מותו של אחד מחיילי הגדוד אשר נפגע בגבו בכדור שעה שישב במאהל. הכדור נורה על-ידי כיתה בפיקודו של נאשם מס' 2. בית-הדין קמא קבע, כי נאשם מס' 2 לא קיים את הוראתו של המערער בכל הנוגע לנקודת-ההתחלה של התרגיל, ובאופן זה קטנה זווית-הירי של היורים לעבר המטרות שהוצבו על אחד הרכסים ביהם למיקומו של המאהל. כך נקבע, כי אילו קיים נאשם מס' 2 את הוראת המערער, קרוב לוודאי שהאסון היה נמנע. אף-על-פי-כן יוחסה גם למערער עבירה לפי סעיף 304 לחוק העונשין. אמר בית-הדין הצבאי לערעורים:

"את עיקר האחריות רואים אנו בכך, כי לא וידא עובר לתרגיל כי אכן הובנו הוראותיו כאשר לאופן ביצועו של התרגיל כראוי. הא ראייה, כי נאשם 2 לא פעל על-פי הוראות אלה וזאת לא מתוך הפרתן ביודעין אלא עקב חוסר-מודעות והבנת הוראות אלה. החטא הקדמון נעוץ בהעדרו של תיק תרגיל בהתאם להוראות נספח 2 לפקודות מטכ"ל. אין אנו מתייחסים לצד הפורמלי גרידא, שבא-י-קיום הוראה זו, אלא שקיומה של ההוראה לא בא אלא להבטיח דרך נאותה וברורה של ביצוע אימון מסוג כלשהו העלול לסכן חיי אדם ורכוש, באופן שלא תישמט ולא תישכח שום הוראה או תדריך הבאים להשיג מטרה זו. משלא קוימה ההוראה אין תימה, שבכך הוכשרה הקרקע לאי-ביצוע נאות של התרגיל על-ידי נאשם מס' 2."

הערה: בשל הלקוניות של הנמקת פסק-הדין לא ברור די הצורך מה דופי מצא בית-הדין במערער בכך שלא וידא כי הוראותיו הובנו. לדעתנו, כאשר הוראה רגילה ניתנת בלשון ברורה ובנסיבות שאינן מעוררות חשש לאי-הבנתה על-ידי מקבל ההוראה, אין מקום לנקוט אמצעים מיוחדים כדי לוודא שההוראה תובנה, בייחוד כאשר מקבל ההוראה הוא קצין. במקרה כזה נותן ההוראה רשאי, ככלל, להניח שמקבל ההוראה יציג שאלות ויבקש הבהרות אם יתקשה בהבנת הוראה שקיבל. אנו סבורים, כי דרישת וידוא במקרה מעין זה חורגת מן המקובל והיא מציבה דרישה בלתי-מציאותית להתנהגות שאינה טבעית.

אשר להעדרו של תיק תרגיל בניגוד לפקודות הצבא – ניתן לזהות אם מתקיים קשר סיבתי בין מחדל זה לבין התוצאה הקטלנית. התקיימות קשר סיבתי במקרה של התנהגות מחדלית נבדקת על-ידי המרת המחדל בהתנהגות אקטיבית – בקיום החובה בדין שהמחדל היווה הפרה שלה, והצגת הסאלה: האם קיום החובה היה מונע את התוצאה האסורה? האם קיום תיק תרגיל היה מונע את התוצאה הקטלנית? רק אם התשובה לשאלה הינה חיובית, רואים את התוצאה כנובעת מן המחדל. יש להביא בחשבון את האופי ההשערת של התשובה על שאלה זו, ועקב כך – את העובדה שהודאות של התשובה הנחוצה לשם כריכת התוצאה במחדל איננה הודאות המלאה, המאפיינת יסודות אחרים הדרושים להתהוותה של אחריות פלילית. אף בהתחשב בכך קשה להשתכנע, כי במקרה הנדון ניתן לקבוע במידה של ודאות ממשית (ההולמת את דרישות ההוכחה הקפדניות והחמורות של אשמה פלילית), כי קיום תיק תרגיל היה מונע את האסון. מנין הביטחון כי מי שפעל בניגוד להוראה מפורשת שניתנה לו בעל-פה, היה נוהג אחרת אם להוראה היה גם ביטוי בכתובים?

סייג הצידוק, לפי סעיף 24(א)(2) לחוק העונשין

(ע/264/84 אלרי"ג ב' התוצ"ר)

המערער שירת כנהג. באחד הלילות נתבקש על-ידי מפקד-הפלוגה לקרוא לרב-הסמל הפלוגתי (רס"פ) להביא תחמושת. נתקבצו ובאו ארבעה ממלאי תפקידים (המ"פ וקצין נוסף, הרס"פ והמערער), אשר יצאו לדרך בשני כלי-רכב. כאשר הגיעו כלי-הרכב אל נוכח אוהל התחמושת של יחידה צבאית אחרת (סלא היתה בסיס-האם של יחידת הנאשם), הורה המ"פ למערער להחנות את רכבו כשחזיתו אל עבר היציאה בלי לדומם את המנוע. המערער הבין אז – לפי הודאתו – "שהמ"פ רוצה לגנוב את התחמושת". לפי פניית המ"פ: "חבריה בואו להעמיס", גטל המערער חלק בהעמסת התחמושת ואחרי-כן עזב עם הרכב את המקום, כשהוא חומק משומרי היחידה. המערער הובא לדין על עבירה של גטילת ציוד ועיכובו שלא כדון, לפי סעיף 82 לחש"צ. הוא טען לסייג הצידוק. בית-הדין המחוזי דחה את טענתו, בקובעו כי המערער "השתתף ... במעשה שאי-חוקיותו ואופיו הפלילי המובהק היו נהירים לו עצמו היטב". בית-הדין הצבאי לערעורים דחה את ערעורו של המערער, באשרו את קביעתו של בית-הדין הצבאי המחוזי. בית-הדין הצבאי לערעורים קבע, כי בפרשה הנדונה אין צורך להיזקק למב-חנים שנקבעו במרשח כפרי-קאסם.

"הטעם לכך הוא, שפיו של המערער ענה בו כי ידוע ידע ... שמפקדו משתף אותו במעשה בלתי-חוקי. כיוון שנתוודע לדבר ולמשמעותו ... היה עליו למשוך ידיו ממנו ... אין לנו יסוד לחשוב שהמערער פעל כפי שפעל מחמת שאי-חוקיות הפעולה לא היתה נהירה לו או משום שסבר כי טעמים נסתרים מצדיקים אותה. לפיכך כל מבחן חיצוני אינו נחוץ ובהודיית בעל-הדין סג".

בית-הדין לערעורים הוסיף:

"שקלנו את משמעות העובדה שהמערער סבר, כי מתבצעת עבירת גניבה בעוד שהלכה למעשה היתה זו עבירה של נטילת ציוד שלא כדין (סעיף 82 לחש"צ). לא מצאנו כי יש בכך כדי להסיר גטל האחריות מעם כתפי המערער. אין בין גניבה לבין נטילת ציוד שלא כדין דבר מבחינת הסיווג העקרוני של עבירות (זו וזו עבירות רכוש; זו כמו זו עבירה מסוג עוון) ואין בין הא לרא דבר מבחינת הפגיעה בתשתית המוסרית ובסדרי הצבא. יתר-על-כן: על-פי מבחן אחד — חומרת העונש — עבירת גניבה חמורה מנטילת ציוד שלא כדין. מכאן שלתודעת המערער חדרה ההכרה, כי מתבצע מעשה חמור אף מכפי שהסתבר להיות במציאות. וקל-והומר שהיה עליו להימנע מלשתף עצמו בכך".

הערה: השאלה העולה מגישת בית-הדין לערעורים בע/264/84 היא, האם נתחדשה כאן הלכה כללית, שלפיה בכל מקרה אשר בו העושה מודע לאופייה הבלתי-חוקי של הפקודה, אין סייג הצידוק עומד לו. אם אכן מדובר בהלכה כזו, והו חידוש משמעותי, המקרב את הדין הישראלי בנושא זה לעמדה שלפיה סייג הצידוק אינו חל בשני המקרים: כאשר העושה עצמו מודע לאופייה הבלתי-חוקי של הפקודה או כאשר כל אדם בר-דעת במקומו היה יכול וצריך להיות מודע לאופייה הבלתי-חוקי של הפקודה. האם חידוש כאמור הוא רצוי? לא בהכרח, משום שספק אם הוא נותן ביטוי מספיק לצורכי הצבא. ניתן להעלות על הדעת מקרים שבהם העושה מודע לאופייה הבלתי-חוקי של הפקודה, והאינטרס החברתי מחייב דווקא את ביצועה (תוך עשיית העבירה הכרוכה בכך) ולא את ההימנעות מן הביצוע. לדוגמא: פעולה צבאית חיונית ודחופה עשויה לחייב נסיעה במהירות העולה בהרבה על המותר או בתשיכה ללא אורות או פגיעה ברכושו של אזרח (היוק או נטילה) ואף ביצוע עבירה לפי סעיף 82 לחש"צ. בשל שיקול של סודיות או בשל חוסר-זמן לא ניתן להסביר למקבלי הפקודה את המשמעות המלאה של מעשיהם, ולכן הללו בטוחים כי מדובר במעשים בעלי אופי בלתי-חוקי ברור. השאלות היותר מהותיות הן: האם "העלילות" (של אי-החוקיות) היא בעצם מבחן ראייתי למודעותו בפועל או בכוח של העושה (כפי שמשמע מפסק-הדין), או שמא תכליתה להצביע על אופי מיוחד, מהותי, של אי-החוקיות. אם מדובר באפיון מהותי, מהו אותו אפיון של אי-החוקיות ("העלילות"), שבשלו מוסר סייג הצידוק: אנטי-חוקיות פורמלית או אנטי-מוסרית? האם מה שקובע הוא אופייה הכולט לעין, הברור והגלוי של אי-החוקיות, והאופי הבלתי-מוסרי של המעשה הוא אינדיקציה בלבד לכך; או שמא הקובע הוא אופיו האנטי-מוסרי של המעשה, ואי-חוקיות פורמלית בולטת משמשת אינדיקציה לכך?

על התייחסותו של בית-הדין הצבאי לערעורים לעובדה שהמערער סבר כי מתבצעת עבירת גניבה, בעוד שלמעשה היתה זו עבירה של נטילת ציוד שלא כדין, יש להעיר: ראשית, אין זה בטוח שמדבריו של המערער בהודאתו, שבהם השתמש בביטוי "גניבה" עולה כי סבר שמדובר בגניבה כמשמעותה בחוק. שנית, אין זה מדויק כי אין בין הגניבה לבין נטילת הציוד שלא כדין מבחינת האינטרס המוגן ומבחינת התשתית המוסרית. בעוד שאיסור הגניבה נועד להגן על הרכוש, ולייתר דיוק: על הבעלות וההח-

זקה, תכליתו של סעיף 82 לחש"צ היא להגן על יכולת השליטה של הצבא בציווד ובאספקה שלו, לשם שמירה על הסדר התקין בצבא ויכולת התפקוד שלו. בעוד שהעבירה לפי סעיף 82 איננה מותנית בכוונה לשלול שליטת קבע, עבירת הגניבה מותנית בכוונה כזו, המבטאת מוטיבציה אגואיסטית לוקרטיבית הנעדרת, ככלל, מן העבירה לפי סעיף 82. לכן, פגיעתה של הגניבה הכזרה יותר (בגניבת ציוד מן הצבא הציוד מוצא כליל מן הצבא כמסגרת כוללת, ואילו בעבירה לפי סעיף 82 הציוד נשאר בתוך המסגרת הצבאית, אף כי לא במקום שיועד לו). לגניבה אופי בלתי-מוסרי בולט יותר, כפי שהדבר מתבטא גם בעונש החמור יותר הקבוע לצדה. שלישית, אין זה מובן מאליו כי ראוי תמיד לבחון את משמעות הפקודה באספקלריה הסובייקטיבית של העושה. למשל, כאשר מדובר בפקודה לביצוע עבירה טכנית קלה, ומקבל הפקודה סובר, ואין סבירות בסברתו, כי מדובר בעבירה המורה ונמנע אפוא מביצוע הפקודה. ראויות לציון שתי הערות-אגב של בית-הדין:

לפי האחת, לשם קביעת העלילות של אי-החוקיות יש להשתמש כאמת-עזר, בנסיבות מסוימות, בהבחנה בין פקודה המתייחסת לפעולה כלשהי בתוככי המסגרת הצבאית ולמטרה הנראית כמטרה צבאית, לבין פקודה אחרת. לפי השנייה, אפשר שהאמירה "חבר'ה בואו להעמיס" המושמעת על-ידי מפקד שלא בשעות הפעילות של היחידה (לאחר חזרה מבילוי) איננה כלל בגדר "פקודה".