

פסיקה צבאית

מאת

מרדכי קרמניצר

סעיף 32(ד) לחש"צ — תחילת תקופת התנאי בעונש מאסר מותנה

(פ"ד 116/84 ס"ר שפיר נ' התוצ"י)

סעיף 32(ד) לחש"צ, תשט"ו—1955, קובע:

"תקופת התנאי תתחיל מיום גזר הדין, ואם הנידון נושא אותו זמן עונש מאסר או מחבוש — מיום השחרור מן המאסר או המחבוש".

במשפט קודם הוטל על המערער עונש מאסר שחלקו בפועל וחלקו מותנה, כאשר התנאי כלל עבירה של העדר מן השירות שלא ברשות, לפי סעיף 94 לחש"צ. בעת סריצה את המאסר הממשי שהושת עליו ניתנה למערער חופשה מן המיתקן שבו היה כלוא. הוא לא חזר למיתקן בתום החופשה ונעדר מן השירות במשך 43 ימים. הוא הועמד לדין והורשע בעבירות של בריחה ממשמורת והעדר מן השירות שלא ברשות. בית-הדין הצבאי המחוזי הפעיל נגדו את עונש המאסר המותנה אשר הוטל במשפט הקודם, ומכאן הערעור. בא-כוח המערער טען, כי הפעלת העונש המותנה נגדה את הוראת סעיף 32(ד) לחש"צ, שכן ביום גזר-הדין נשא המערער עונש מאסר, ולכן תקופת התנאי לא החלה בעת ביצוע העבירה החדשה של נפקדות, והתנאי לא הופר. תקופת התנאי אמורה להתחיל רק ביום שחרורו של המערער מן המאסר, שהוטל עליו בתיק הקודם.

אמר בית-הדין הצבאי לערעורים:

3" (א) עמדתו האמורה של בא-כוח המערער עומדת בניגוד להלכה שנפסקה בשעתו בבי"ד זה ב-79/79, ושני בעלי-הדין כאחד עותרים עלינו להעמיד ההלכה על מכונה, כמוצע על-ידי בא-כוח המערער.

(ב) עמדת בעלי-הדין נראית לנו, ואלה עיקרי טעמינו:

(1) לשון החוק מתיישרת הגיונית עם הפירוש המוצע על-ידי בעלי-הדין, לאמור: שהמלים 'אותו זמן' מוסבות ליום גזר-הדין.

(2) הפירוש המוצע על-ידי בעלי-הדין מבטא את כוונתו הברורה של המחוקק, והיא, להתלות את העונש המותנה מעל לראשו של

הנידון כשהוא חופשי ולא בהיותו כלוא; ובלשון בית-המשפט העליון: 'שבדרך-כלל אין תועלת בכך שתקופת התנאי, שהיא מעין תקופת-מבחן שבה צריך לעמוד נאשם, תתחיל ותימשך בזמן שהנאשם נמצא בבית-סוהר' (ע"פ 691/78, לג' (2) 500, 501; וכן בג"צ 691/81, לו' (3) 246, 249).

(3) סעיף 32(ד) האמור קובע שני מועדים אפשריים לתחילת מירון תקופת התנאי: האחד — ביום מתן גזר-הדין, והשני — ביום השחרור מן המאסר שאותו נושא הנידון ביום מתן גזר-הדין, ואין הוא מותיר מקום למועד אחר, או לפיצול תקופת התנאי באופן שזו תהיה בתוקף בפרקי-זמן נפרדים, שבהם הנידון אינו מרצה בפועל עונש מאסר, כפי שאפשר לטעון על-פי ההלכה שנפסקה ב-ע"פ 79/79.

3 (א) ממסגרת הדיון ב-ע"פ 79/79 נעלמו, משום-מה, המלים 'אותו זמן', ומשום-כך, ככל הנראה, נטען שם כי המלים 'נושא' ... עונש מאסר או מחבוש' מוסבות למצב הדברים ביום שבו נעברה העבירה הנוספת, ולא למצב הדברים ביום מתן גזר-הדין.

(ב) יהיו הדברים כאשר יהיו, לנו נראה — כמוסבר לעיל — כי לשון הסעיף וכוונת המחוקק אינן מותירות מקום לספק כי 'אותו זמן' מפנה ליום מתן גזר-הדין וכך אנו פוסקים. לפיכך, נתקבל ערעורו של הנידון כנגד הפעלת המאסר המותנה ובוטלה החלטת ההפעלה.

סעיף 33(א) לחוק העונשין — תחילת הניסיון

(ע"פ 171/84 מ"ר שרזינגר נ' התוצ"ר)

המערער הורשע בבית-הדין הצבאי המחוזי בעבירה של נסיון הברחה לפי סעיפים 211(א)(1) לפקודת המכס ו-32 לחוק העונשין. העובדות שעליהן התבססה הרשעתו היו כדלקמן:

המערער שימש נהג-משאית ובמסגרת שירותו שהה בלבנון עם משאיתו. בדרכו חזרה לישראל רכש המערער את מכשירי-הווידאו האמורים ואביזרי שלט-רחוק לאותם מכשירים והניחם בארגז-משאיתו, כשהארגז מכוסה בכיסוי המסתיר מעין רואים את המצוי בו. המערער רכש את המכשירים ואביזריהם מתוך כוונה להבריחם לישראל ללא תשלום מכס. המכשירים ואביזריהם נתגלו בביקורת מודמנת, שנערכה על-ידי שוטרי צבאי במחסום-ביקורת במרחק של כ-30 ק"מ מנקודת מעבר הגבול הבינלאומי בין לבנון וישראל. המערער צריך היה לישון במיתקן צה"לי לפני מעבר הגבול לישראל; ולדבריו — שאותם קיבל בית-דין צבאי קמא כמהימנים — דחה את ההחלטה כיצד יברית את הפריטים הנ"ל ליום המחרת, סמוך ליציאה לנקודת-המעבר גופה.

בא־כוחו טען בערעור, כי התנהגותו של המערער, עובר לגילוי הפריטים בארגון משאיתו, לא חרגה ממסגרת של "מעשי הכנה" לקראת ההברחה, ועל־כן אין בה משום "מעשה גלוי לעין" המבטא התחלת ביצוע של הברחה, כאמור בהגדרתו של הניסיון הפלילי.

בית־הדין הצבאי לערעורים דחה את טענת המערער, ואלה עיקרי טעמיו:

(1) "אין אנו סבורים כי מבחן 'תחילת הביצוע' נדחה מפני המבחנים האחרים, כפי שטוען הסניגור; ולעניות דעתנו, מבחן זה שריר וקיים לצד המבחנים האחרים.

(2) המבחנים השונים שמציגה בפנינו ההלכה הפסוקה בסוגיא זו אינם אלא מבחני־משנה, כאשר מבחן־האב קובע בסופו־של־דבר אם ההתנהגות הנתונה חרגה ממעשה הכנה, אם לאו — היינו: מבחן השכל הישר; ובית־המשפט עושה שימוש במבחנים אלה בהתאם לאופייה של העבירה המושג למת שהניסיון לבצעה מהווה גושא לאישום ועל רקע הנסיבות המיוחדות של המקרה הנדון. יש שהמבחן ההולם הינו המבחן הצר של 'הקירבה המסוכנת' או 'המעשה האחרון'; ויש שהמבחן ההולם הינו המבחן הרחב של 'תחילת הביצוע'. כאשר מדובר בעבירה של הברחה, הדעת אינה סובלת נקיטת המבחן הצר.

(3) סיכומו של דבר, לדעתנו בדין נקט בית־דין קמא במקרה שלפנינו במבחן 'תחילת הביצוע'; שהדעת אינה סובלת שהעמסת המכשירים והאביזרים בארגון־משאית מכוסה וסגור, והסעתם בדרך אל גקודת מעבר הגבול בואכה ישראל, אגב מאמץ להעלימם משוטרי מחסום הביקורת — לא יבואו בגדר אותו 'מעשה גלוי' שיש בו משום תחילת ביצוע של עבירת ההברחה.

הערה

הקביעה, שלפיה "יש שהמבחן ההולם הינו המבחן הצר של 'הקירבה המסוכנת' או 'המעשה האחרון' אינה עולה בקנה־אחד עם ההלכה הפסוקה של בית־המשפט העליון אשר דחה את מבחן "המעשה האחרון" (ראה ע"פ 1/65 ש"ד נ' י.מ., פ"ד יט(1), 398, 400; ע"פ 50/65, 121/65 וייזנפלד נ' י.מ. וערעור נגדי פ"ד כ(1) 7, 13; ע"פ 115/77 לב ואח' נ' מ.י., פ"ד לב(2), 505, 522; ע"פ 180/83 סרור נ' מ.י., פ"ד לח(2), 444). לא ברור גם כיצד עשוי מבחן זה להתיישב עם הגדרת הניסיון בסעיף 33, המת־ייחסת לתחילת הביצוע.

בית־הדין קבע, כי "הדעת אינה סובלת נקיטה במבחן הצר" כאשר מדובר בעבירה של הברחה. קביעה זו אינה ברורה, שכן בית־הדין נמנע מפירוט קריטריונים להתאמת המבחן לאופייה של העבירה המושלמת. מכל־מקום, אם חומרתה של העבירה המושלמת היא אחד הקריטריונים האלה, קשה לומר על עבירת ההברחה, שעונשה שישה חודשי מאסר, שהיא עומדת בקריטריון זה.

כן קבע בית־הדין, כי "הדעת אינה סובלת שהעמסת המכשירים והאביזרים בארגון־משאית מכוסה וסגור, והסעתם בדרך אל גקודת מעבר הגבול בואכה ישראל, אגב מאמץ

להעלימם משוטרי מחסום הביקורת — לא יבואו בגדר אותו 'מעשה גלוי' שיש בו משום תחילת ביצוע של עבירת ההברחה". האם דברים אלה היו נאמרים גם אם המערער היה נתפס במרחק של 500 ק"מ מן הגבול או לאחר העמסת פריטים, מתוך כוונת הברחה, על אוניה או מטוס מעבר לים?

לדעתנו, השאלה שיש להכריע בה היא אמנם "אם ההתנהגות הנתונה חרגה ממעשה הכנה אם לאו" והמבחן הראוי הוא מבחן "תחילת הביצוע" כמבחן כללי. ואולם אין אנו בטוחים כי הפעלת מבחן זה על עובדות המקרה הנדון מובילות למסקנה שאליה הגיע בית-הדין הצבאי לערעורים. המרחק במקום, ובעיקר בזמן, מתחילת הביצוע של היסוד ההתנהגותי של הברחה משווה להתנהגותו של המערער אופי של "הכנה".

סעיף 13 לפקודת הסמים המסוכנים — "סחר" מהו?

(ע/217/84 מ"ד ד"ר נ' התצ"ד)

המערער הורשע על-ידי בית-הדין הצבאי המחוזי בשתי עבירות של סחר בסם, לפי סעיף 13 לפקודת הסמים המסוכנים. העובדות שעליהן התבססה ההרשעה היו פעולות של הסגת סם ומכירתו לסוכנת סמויה של מצ"ח (משטרה צבאית חוקרת), לפי בקשתה וללא הפקת רווח כספי מהסגת החשיש עבורה. טענת המערער היתה, כי המערער לא עבר עבירות של סחר בסמים אלא תיווך בלבד, משום שפעל כשלוחה של סוכנת מצ"ח ולא הפיק רווח כספי מן העסקה.

בית-הדין הצבאי לערעורים דחה את הטענה, בציינו כי "לשון סעיף 13 לפקודה הינה רחבה ביותר והיא כוללת לא רק 'סחר' אלא גם עשיית 'עסקה אחרת' כלשהי וגם 'אספקה' בדרך כלשהי 'בין בתמורה ובין שלא בתמורה'; ודי בכך כדי להשמיט את הבסיס מתחת להפיכתו של 'רווח כספי' כמאפיין הכרחי של התנהגות המגעת כדי סחר, לעניין העבירה הקבועה בסעיף 13 לפקודה.

כן קבע בית-הדין:

"קניית חשיש ומכירתו לאחר-מכן ללקוחה — ולו גם על-פי בקשתה — אינה יכולה לבוא בגדר 'תיווך'. 'תיווך' מתאפיין בהפגשתם של צדדים לביצועה של עסקה ביניהם, ואינו מערב את המתווך בביצוע של 'עסקות-ביניים', תחילה בינו לבין המוכר, ולאחר-מכן בינו לבין הקונה. מי שרוכש סם, ולאחר-מכן מוכרו לאחר — אינו מתווך בעסקת-סמים אלא סוחר בסמים".

סעיף 127 א ו-250א, לחש"צ —

התנאים להוצאת צו לפי סעיף 250א לחש"צ

(ע/217/84 רב"ט איזמטר נ' התצ"ד)

בעקבות תיקון לחש"צ משנת תשמ"ג, נקבע בסעיף 250א(א) לחש"צ:

"סבר קצין שיפוט בכיר, המשרת בחיל המשטרה הצבאית, כי בדיקות לפי סעיף זה דרושות כדי לגלות החזקה או שימוש על-ידי חייל בסם מסוכן כמשמעותו

בפקודת הסמים המסוכנים [נוסח חדש], התשל"ג—1973, רשאי הוא לצוות על כל חייל — בין בנקיבת שמו ובין בדרך אחרת — להיבדק בדיקות אלה".

ובסעיף 127א לחש"צ נאמר:

"חייל שנצטווה להיבדק לפי סעיף 250א וסירב להיבדק, דינו — מאסר שנתיים".

המערער הורשע בביה"ד הצבאי המחוזי בעבירה לפי סעיף 127א לחש"צ. לא היתה מחלוקת, שהמערער סירב למלא את הוראות הצו שהוצא על-ידי קש"ב (קצין שיפוט בכיר) מצ"ח, בהסתמך על הוראות סעיף 250א לחש"צ, שלפיו נצטווה המערער להיבדק בדיקות לצורך גילוי החזקה או שימוש בסם מסוכן. טענת הסניגוריה היתה שהצו הוצא שלא כדין, ולכן אינו תקף, והמערער לא היה חייב למלא אחריו.

הקש"ב הוציא את הצו לאחר ששמע מחוקר מצ"ח, כי קיים מידע המתייחס לחשדות נגד המערער בדבר מעורבותו בעבירות סמים. כן נמסר לקש"ב, שהמערער נתבקש למסור דגימות לבדיקה וסירב לכך.

בד"צ לערעורים קבע, כי בדרך-כלל, כשניתן הדבר להיעשות ואין קשיים מיוחדים בכך, עדיף ורצוי שהקש"ב יעיין לפני שיחליט אם להוציא צו בתיק החקירה או במידע בכתב נגד החייל, כאשר יש חומר כזה (ובמקרה הנדון היה חומר כזה). אך אין זה תנאי הכרחי. "קורה לעתים, שהוצאת הצו נחוצה בהקדם, כדי שלקחת דגימות ובדיקה לפי צו לפי סעיף 250א ייעשו בדחיפות, או אף מיידית, כדי שהבדיקות תוכלנה לשאת תוצאות. אף קורה שבמקרה כזה תיק החקירה עלול להימצא במקום מרוחק, ובאם ימתינו עד שכל חומר החקירה יגיע אל הקש"ב, לא תהיה הבדיקה שתיעשה לאחר מוצאת אפקטיבית עוד".

כן נקבע, כי לא כל אמירה של כל אדם או חייל ראוייה שעל-פיה יתבסס מתן צו לפי סעיף 250א. ואולם במקרה הנדון מי שמסר מידע לקש"ב היה חוקר מצ"ח, הבקי בענייני חקירה בכלל, ובחקירה הנוגעת למערער בפרט.

מסקנת בית-הדין היתה אפוא "שכשקימת אינפורמציה נגד אדם, שהוא חשוד בהחזקה או בשימוש בסמים, ומתלווה לכך גם סירוב מצדו ליתן דגימות מרצונו הטוב, יש בנסיבות אלה להחשיד את אותו אדם בעבירות של החזקה או שימוש בסם ובאם על סמך אינפורמציה זו סבר הקש"ב שמן הראוי להוציא את הצו האמור, אין לפסול שיקול-דעתו, והצו אשר הוציא, כדין הוציאו".

ועוד הוסיף בית-הדין:

"אך יש לזכור, שבהטילו זאת על הקש"ב מצ"ח, המחוקק לא היתנה את מתן הצו בקיום 'חשד סביר' דווקא, וראה לגכון לסמוך על שיקול-דעתו ונסיגונו של קש"ב מצ"ח, ועל-כן הסתפק בכך שזה 'סבר' סובייקטיבית שיש הצדקה למתן הצו על-פי התנאים הנזכרים בסעיף 250א, ובלבד שפעל מתוך שיקולים ענייניים וכתוב-לב".

לפיכך קבע בית-הדין, כי "הוכח בנסיבות המקרה, שנתמלאו דרישות סעיף 250א לחש"צ להוצאת הצו, כפי שהוצא על-ידי הקש"ב".

הערה

פסק־הדין מעורר את השאלות הבאות : האם צדק בית־הדין בקובעו, כי די בכך שהקש"ב סובר סובייקטיבית שיש הצדקה למתן הצו ; או שמא היה מקום לקבוע כי סברה זו חייבת להיות סבירה, כמקובל במקרים אחרים שבהם מוענקת לרשויות סמכות לשם אכיפת החוק הכרוכה בפגיעה בזכויות הפרט, כדוגמת סעיף 250(ב) לפקודת התעבורה [נוסח חדש], תשכ"א—1961, שעניינה בדיקת גוהג רכב החשוד כשיכור : האם לא היה מקום לפרש את סעיף 250 לחש"צ לאור העיקרון המשפטי של זכות הפרט לשליטה על גופו כמסמך את קצין השיפוט הבכיר לצוות על קיום בדיקה רק כאשר יש לכך הצדקה מינימלית של חשד סביר, כדוגמת גישתו של בית־המשפט העליון בפרשת קול העם (בג"צ 73/53, 87/53 יקול העם נ' שר־הפנים, פ"ד ז, 871, 884) : האם צדק בית־הדין בהתייחסו גם לסירוב מצדו של נחקר ליתן דגימות מרצונו הטוב (לפני שהוצא נגדו צו על־ידי קש"ב) כאחד הנתונים המצדיקים הוצאת צו, לפי סעיף 250א ; או שמא יש לראות בסירוב זה מימוש לגיטימי של חירות הפעולה של הפרט, מקום שאין היא מוגבלת על־ידי החוק, ואין ללמוד ממנו דבר לחובת הנחקר : האם המקרה הנדון השתייך עובדתית למקרה הרגיל שבו אין קושי מיוחד לעיין בחומר הכתוב הקיים נגד הנחקר או ליוצא־מן־הכלל שבו קיים קושי כזה : אם ניתן היה במקרה דידן לעיין בחומר הכתוב, מה המסקנה העולה מהימנעותו של הקש"ב לעשות כן : או במלים אחרות : האם לא היה מקום לקבוע, כי כאשר העיון בחומר הכתוב אפשרי מבלי שתסוכל המטרה של הוצאת הצו מוטלת חובה על הקש"ב לעיין בחומר :