

פסיקה צבאית

מאת

מרדכי קרמניצר

גרם מוות ברשלנות - קשר סיבתי

(ע/170/84 אלי"מ שוקן ואלי"מ מזור נ' התוצ"ר)

שני המערערים שימשו מפקדיי-חטיבות. במהלך סיור שערכו השניים יחד עם אנשיהם, באיזור שמתקיימת בו פעילות אויב, הובילו את הכוח המסייר לדרך-יעפר שלא נבדקה לפני-כן ולא אושרה לתנועה. תוך כדי הנסיעה בדרך-העפר, עלה אחד מכלי-הרכב על מוקש וכתוצאה מההתפוצצות נהרגו שלושה ממשתתפי הסיור ושניים נפצעו.

בערכאה הראשונה: מערער 1 שקורבנות הפיצוץ היו פיקודיו, הורשע בגרם מוות ברשלנות בכך שהחליט להיכנס לדרך-העפר מבלי לוודא ולבדוק אם הציר נפתח והתנועה בו בטוחה. מערער 2 זופה מעבירה של גרם מוות ברשלנות, משום שקורבנות הפיצוץ לא נמנו על פיקודיו, ולכן הוא לא חב להם חובת זהירות. הוא הורשע בעבירה של התרשלנות, לפי סעיף 124 לחש"צ, תשט"ז-1955.

בד"צ לערעורים קבע, כי היה אסור להיכנס לדרך-העפר מבלי לוודא קודם-לכן שאותה דרך נבדקה ונמצאה בטוחה לתנועה. איסור זה נעוץ בראשי-זבראשונה בהוראות כתובות מפורשות שהוצאו מטעם הפיקוד; והוא מתחייב גם מחובת הזהירות הכללית. אשר לשאלת אחריותו של מערער 2 לגרם מותם של פיקודיו של מערער 1, קבע בית-הדין:

כל עוד נושאת המעורבות אופי של "שותפות להחלטה" – באופן שההחלטה היתה בסופו של דבר "משותפת" לשניהם – ייראה מערער 2 כמי שנטל על עצמו חובת זהירות גם כלפי פיקודיו של מערער 1. במקרה שלפנינו מלמד חומר הראיה כי אכן ההחלטה היתה "החלטה משותפת" כאמור; ומכוחה יש לראות את שני המערערים כאחד כאחראים במשותף – אחריות ישירה של "מבצעים עיקריים" – להפרת חובת הזהירות שחבו שניהם יחד ל"קבוצה משותפת" של פקודיהם... שהאסון נגרם עקב ההפרה בצוותא חדא של חובת הזהירות המשותפת שחבו השניים לכלל פיקודיהם.

בית-הדין הוסיף:

אף שמקובל עלינו כי כל מערער נשאר "המפקד" של יחידתו הוא, עדיין אפשר ששניהם נושאים יחד בחובת זהירות משותפת כלפי הנמנים על "שתי היחידות".

בשאלת הקשר הסיבתי, אמר בר"צ לערעורים:

(1) ...לא נעלמה מאיתנו הטענה שאילו פנו המערערים למפקדת החטיבה שבשטח, קרוב לוודאי שהיו נענים שדרך העפר "נפתחה"; ועל כן יש בכך כדי לשלול את אחריותם לאסון, שאמצעי הזהירות שהייתבם היו לנקוט ולא נקטו – לא היה בכוחו למנעו. אין אנו מקבלים טענה זו. הדין הוא שדי בכך שהיה סיכוי לקידום פני האסון – או להקטנת ממדיו והיקפו – כדי שישמר הקשר הסיבתי שכין אי נקיטה באמצעי הזהירות לבין הנזק; ובמקרה דגן – סיכוי כאמור היה גם היה, שיש להניח שאילו פנו המערערים למפקדת החטיבה, היה הענין נבדק ענינית לפני שהיה ניתן אור ירוק לכניסה לדרך העפר ונותן התשובה לא היה מסתפק בתשובה מיכנית על-פי רישום סתמי.

(2) הוא הדין לענין הטענה שלנכח מיקומו יש מקום לאפשרות שהמוקש לא היה מתגלה אפילו היתה דרך העפר "נפתחת".

הערה: אשר לשאלה הראשונה – השקפת בר"צ לערעורים שלפיה שאלת חובת הזהירות ושאלת הפיקוד על הכוח הן שאלות נפרדות (ועקב כך מערער 2 חב חובת זהירות כלפי מי שלא היו פיקודיו), היא בעייתית (מוקשה) בעינינו. אם מערער 2 לא היה רשאי להורות לפיקודיו של מערער 1 מה לעשות, והללו לא היו חייבים לעשות כמצוותו, כיצד ניתן לראות בו בנסיבות העניין כמי שחב להם חובת זהירות. שאלה זו של קיום חובת זהירות משליכה גם על השאלה של ייחוס התוצאה הקטלנית למערער 2. אם הפיקוד של כל אחד מהמערערים היה רק על פיקודיו, כי אז יש לפצל בין שניהם את כניסתם של הפיקודים לדרך העפר – כל אחד מהם אחראי לכניסת פיקודיו שלו בלבד. האם גרם מערער 2 למות פיקודיו של מערער 1, כאשר לא ניתן לייחס לו את בנייתם לדרך העפר? אם אלו הם פני הדברים, המקרה הנדון דומה לשני מפקדי-יחידות המתייעצים כיצד לנהוג בעניין מסויים ומגבשים יחד דרך פעולה רשלנית. כל אחד מהם חוזר ליחידתו ומגשים בה אותה דרך פעולה. האם ניתן לראות בכל אחד מהם כמי שחב חובת זהירות כלפי חייליו של האחר וכי גרם למות פיקודו של חברו (כאשר מוות כזה נגרם כתוצאה מאותה עשייה רשלנית). כידוע, אין שידול עניש לעבירה של רשלנות ואין שידול לעבירה אלא תוך מודעות לכל יסודותיה, וספק אם ניתן לייחס למי שיעץ או שידל אחר לעשייה רשלנית (או מסוכנת) – מבלי שהוא מודע לטיבה הפסול של העשייה – אחריות לתוצאה בתור מבצע (בעקיפין), כמי שגרם לה (משום שללא שידולו או עצתו, האחר לא היה פועל). היה ניתן לבחון את אחריותו של מערער 2 במסגרת סעיף 28 לחוק העונשין, אך בית-הדין לא עשה כן. אפשר גם שהיה מוצדק לראות בנסיבות העניין את שני המערערים כמפקדים בצוותא של כל הכוח שנכנס אתם לדרך העפר, עם כל חריגותה של תפיסה כזו.

לעניין הקשר הסיבתי – יסוד זה הוא יסוד מיסודות העבירה, ויש להוכיחו כשם שמוכיחים את יסודותיה האחרים מבחינת נטל השכנוע המוטל על התביעה להוכיח את כל יסודות העבירה, באופן שאינו מותר ספק סביר שמא אין הם (או אחד מהם) מתקיימים. כאשר לעושה מיוחס מתדל, נבחן הקשר הסיבתי על-פי מבחן ההמרה: אילו עשה התדל את מה שהיה עליו לעשות, האם התוצאה היתה נמנעת? רק תשובה חיובית, קרובה מאוד

לוודאי (מעבר לספק סביר) – אמנם מבוססת על הערכה – לשאלה זו מאפשרת לקבוע את קיומו של קשר סיבתי, אם נכונה עובדתית הטענה כי פנייה של המערערים למפקדת החטיבה היתה קרוב לוודאי נענית בכך שהדרך "נפתחה" – לא הוכח במידה הנדרשת בפלילים קיומו של קשר סיבתי בין מתחל זה לבין התוצאה.

לתוצאה שונה ניתן להגיע אם רואים את התנהגותם של המערערים כהתנהגות אקטיבית, שהתבטאה בכניסה לדרך העפר, שמשמעותה יצירת סיכון בלתי-סביר. אלמלא נכנסו לדרך העפר, לא היתה התוצאה הקטלנית מתרחשת.

בדיקות לגילוי שימוש בסם מסוכן (חשיש) - ראיות (הוכחה שיטה מדעית; חזקה עובדתית; הוכחה מעל לספק סביר)

(ע/84/232 בוטיבסקי ואח' נ' התוציר)

המערערים נתבקשו למסור דגימות שתן ונזול טבילת אצבעות לבחינתה של המעבדה הצבאית, במגמה לאתר שימוש בסמים מסוכנים (בעיקר חשיש). הבקשה לא נתקלה בסירוב. אצל כל אחד מן השישה נתקבל ממצא חיובי לגבי דגימת השתן, ואילו לגבי נזול טבילת האצבעות היה הממצא שלילי. לבר ממצאי המעבדה לא הובאה בפני בית-הדין קמא כל ראיה אחרת כנגד המערערים. ששת המערערים הורשעו בדין וערערו על הרשעתם.

טענתם הראשונה בערעור היתה, כי השיטה המדעית שעליה נסמך ממצא המעבדה טרם זכתה להכרה כללית בקרב הקהילה המדעית (General Scientific Acceptance). וממילא אינה יכולה להוות – עליפי מבחן פריי (Fry) – ראיה בת-משקל בהליך משפטי. קבע בר"צ לערעורים:

נראה לנו כי המבחן הגמיש והדחסי אשר מוזכר – אם גם לא נחרץ – בפסיקת בית-המשפט העליון שלנו, מתאים לענייננו ונכון יותר.

"אין ספק" – מצוטט כב' השופט ש' לוינ מפי כב' השופט ברק – "ששערי בתי-המשפט אסור להם שיהיו נעולים בפני חרושי המרע ובלבר שהוכחה אמינותם" והוא ממשיך ואומר: "על התביעה הכללית להוכיח את אמינותם של האמצעים המדעיים החדשים עליהם היא סומכת; הייתי אומר שכמות ההוכחה הדרושה להוכחת אמינות זו עולה ביחס ישר לחרוש שבשימוש באמצעי זה או אחר" (ע"פ 889/79 חמו נ' מ"י, פד"י לו(4) 479, 494).

אמת המבחן המוצעת כאן הינה: "הוכחת אמינות" הראייה באמצעי הוכחה רגילים, כמשפט גופו ואילו יסוד 'ההסכמה הכללית' נעדר הימנה. הוא נזכר רק בעקיפין, כבסיס להשקפה שהכרה כללית יוצרת "ידיעה שיפוטית" אשר אינה טעונה הוכחה כלל ועיקר (השווה דברי כב' השופט זילברג בע"א 313/68 פלוני נ' פלוני, פד"י כב(2) 1020, 1026, לאמור:

"תורה מדעית שנתפרסמה ברחבי תבל כתורת אמת, אינה ידיעה חיצונית המובאת לבית-משפט באמצעות "עד מומחה" אלא הינה היא גופה חלק של ידיעת

בית-המשפט (ההרגשה במקור). זוהי גם השקפתם של MacCromick ואחרים. ראה Giannelli עמ' 4202, הערה 28).

ההנחה המוצעת על-ידי בית-המשפט העליון לאימוצו של חידוש מדעי אינה מתנה אותו ב"ספירת ראשים" של תומכי החידוש והמתנגדים לו. היא מניחה חלף זאת שני יסודות: (א) הוכחת אמינות השיטה המדעית על-ידי התביעה; (ב) משקל ההוכחה עומד ביחס ישיר למירת החידוש.

כאשר באים לברר את תוכן ההוכחה הנחוצה לאמינות השיטה המדעית ניתן למנות בה את המרכיבים הבאים: (א) כושרם ומיומנותם של אנשי המדע העומדים מאחורי פיתוח השיטה; (ב) ערכן ורצינותן של הטכניקות המדעיות שיושמו בשיטה החדשה; (ג) דגשים שהושמו בשיטה למניעת שימוש בלתי-ראוי (Abuse) וליצירת "סף ביטחון" מתאים; (ד) השוואת השיטה לשיטות מקובלות אחרות; (ה) סיכויי טעות פוטנציאלית.

הטענה השנייה היתה, כי לא ניתן לקבוע, על-סמך הממצא המעבדתי, כי "מי שנמצא בקרביו תוצר חילוף חומרים של חשיש כדי שיעור של מאה חלקי מיליון הגרם בכל אלפית הליטר של הדגימה שמסר, השתמש במודע בסם מסוכן". שכן היתה אפשרות סבירה כי חשיש בכמות זעירה שכזו חדר אל גופו של האדם פנימה מבלי שהיה מודע לכך. ואם קיימת אפשרות כזו, אין מקום לחייב את הנאשם להצביע על כך; התביעה חייבת להוכיח כי הנאשם היה מודע לשימוש שעשה בסם מסוכן.

בעניין זה נחלקו דעות השופטים: מחלוקת זו משתרעת גם על תיאור האפשרות שהחשיש המתגלה בבדיקה חדר אל גופו של האדם מבלי שזה היה מודע לכך. בעוד שעל-פי שופטי הרוב, האפשרויות הסבירות הייחודיות שחשיש יחדור לקרביו של אדם בלא שהוא מודע לכך הן שהייה ממושכת בתא קטן ובלתי-מאוורר, שבו נערך שימוש חוזר ונשנה בחשיש והטעיית משתמש תמים על-ידי ערבוך במכוון של חשיש בחומר אחר שיטול ממנו את מראהו וטעמו (אפשרות החוקה, לאור מחירו של הסם והעובדה שאין מפזרים אותו לריק). לעומת זאת, שופט המיעוט מוסיף את האפשרות הבאה: "...שפלוגי השתמש בכלי של אלמוני בלי לדעת שכלי זה 'נגוע' בסם מחמת שימוש חוזר, או שפרורי סם או חתיכת סם בכמות מסויימת, שאינה רבה במיוחד, נשמטו מידי המחזיק בהם, בלי משיג, וחדרו אל תוך כלי אכילה או מזון שמשתמש בו פלוגי", בייחוד בתנאי המחיה והתפקוד של החיילים במתנותיהם שבמוצביהם.

דעת הרוב היתה כי:

...בדרך כלל אי אפשר לו לאדם להשתמש בכמות של חשיש, בגדר המינימום המביא לממצא מעבדתי פוזיטיבי, מבלי שיתוש בכך... אין זה אומר כי לעולם אין הדבר אפשרי אולם על פי רוב אין הוא מתקיים... לפיכך ניתן, לדעתנו, לאמץ את המסקנה העולה מחוות-דעת המומחים ולבסס, מכוחה, "חוקה שבעובדה" החלה על סוג העניינים בו עסקינן.

כן קבע הרוב כי, "סתירה של חוקה כזו באפשרות סבירה העולה מן העובדות איננה יכולה להיות טענה תאורטית גרידא".

והוסיפו שופטי הרוב:

...לכאורה, מה מאיתנו יהלוך לקבוע נורמה ראייתית המעמידה את התביעה על החובה להוסיף לממצא המעבדה עוד ראייה, אפילו קלה, להוכחת היסוד הנפשי. אין ספק כי בכך יעלה "סף הביטחון" המשמש למניעת אפשרות הרשעת החף מכל אשמה. ברור גם כי בכך תונע המערכת החוקרת ליתר מאמץ בחקירה, לאיתור ראיות, לביסוס האשמה.

ברם, מחשבה כזאת מתעלמת מן הפרובלמטיקה של עבירות הסמים בצבא מהרסנותה הרבה שאין לה שיעור ואין לה מידה. טבע הדברים הוא שעבירות סמים – במיוחד אלה של צריכה עצמית קטנת-היקף – מתבצעות במסתרים, לעתים מחוץ למחנה או במקומות מוצנעים בו. לעיתים קרובות המשתמש בסם, אינו משאיר אחריו שריד ופליט גלוי לעין. רק מכשירי המעבדה המשוכללים עשויים לגלות שרידים כאלה בגוף החייל עצמו. הפועל המצטבר של השיקולים הללו הוא המטה את הכף בזכות אימוצה של "מדיניות ראייתית", המעמידה בראש סולם העדיפויות את הערך החברתי המוגן על-ידי הסנקציה העונשית, מבלי לחסום את דרכו של הפרט ולאבד את זכויותיו כליל. דיני הראיות מכירים מצב דברים כזה בנסיבות של עבריינות בולטת גם בתחומים אחרים (זה היה הבסיס לחקיקת סעיף 10א לפקודת הראיות, ועל-פי מחשבה זו התפתחה הפסיקה הנוגעת לו). המחוקק הכיר בבעייתיות המיוחדת של סוגיית הסמים בצבא וראה להבדילה מזו המתקיימת בחברה האזרחית על-ידי שקבע את החובה למתן דגימות הסמים בהוראת חוק. וכך הוסבר הדבר:

בשנים האחרונות החמירה התופעה של שימוש בסמים במדינת ישראל, וכתוצאה מכך גם בקרב חיילי צה"ל, ונוצר צורך לנקוט אמצעים נמרצים יותר כדי להילחם בתופעה זו. ... השימוש בסמים בצבא מסוכן במיוחד לכושרו ולכוננותו, וסכנות אלה הן ממילא סכנות לאומיות (הצ"ח 1601 מ'21 אוק' 1983).

שמא על כגון דא כתב פעם מלומד אחד:

"כאשר יש הכרח לנקוט כללי חריצת דין מסויימים וכאשר יש לקבע אמות מידה מסויימות של מהימנות במגמה לקדם פני עבירות מסויימות אשר פשטו בציבור – שומה על בתי-המשפט שלא להרתע מפני יישום כללים אלה, רק מן החשש או האפשרות הסתמית של הרשעת אדם תמים. חלף זאת עליהם להכיר בכך כי זה הנופל מחמת פסק דין מוטעה יחשב בנופלים למען מדינתו".

(Paley, *Principles of Moral and Political Philosophy* (1817), Vol. VI, 428)

מצוטט ב-

G. Williams, *The Proof of Guilt* (Stevens, 2nd ed., 1958) 155
זוהי דרך ההפלגה ועלינו להישמר מפניה. אולם גישתנו – כך אנו סבורים – מאזנת בין האינטרסים השונים ולצד הבטחת המשך הפעילות כנגד עבריינות סמים בצבא היא גם משמרת זכויות יסוד של הנאשם.

לפיכך אישרו שופטי הרוב את הרשעת המערערים בדין. שופט המיעוט עמד על כך, כי סם עשוי להתגלות בגופו של נבדק גם אם נקלט לתוכו שנעה או עשרה ימים לפני הבדיקה, ולכן "אפשר שנאשם ימצא עצמו קורבן לא מפני מעשה עבריינות שביצע, אלא מחמת זאת שלא עמד לו זכרונו לשחזר ולתאר מה בדיוק עשה והיכן היה במרוצת עשרת הימים האחרונים".

בן קבע שופט המיעוט:

כיוון שמדובר בחידוש מהפכני שלא הוכיח עצמו בנסוי בתנאי המציאות לאורך תקופה סבירה, ומאחר שקיים הקושי בהוכחת היסוד הנפשי או סתירתו, נראה לי כראוי ודרוש שלפי שעה לא נאמץ את הדעה כי די בממצא המעבדתי כשלעצמו להרשעתו של נאשם בעבירת סמים.

לדעתי, יש לדרוש לצד הראיה האמורה, שהיא ללא ספק כבדת משקל, משוה נוסף שיתן חיזוק מה למשקלה של אותה ראיה עד שניתן יהיה לומר, בהעדר ראיה לסתור, כי האשמה הוכחה על שני מרכיביה מעבר לספק סביר.

מבחינת עקרון היסוד שאדם הוא בחזקת זכאי כל עוד לא הוכחה אשמתו מעבר לספק סביר, מבחינת חרותו של האדם, מבחינת העקרונות המנחים כל שיטת משפט נאורה, האפיל החשש שמא אדם התף מכל אשמה יורשע לשווא בפלילים על האפשרות שעקב זהירות יתר ימצאו אשם או אשמים מהלכים חופשי.

והוסיף:

אומרים חברי, כי בצה"ל – שאני התופעה של שימוש בסמים במסגרת הצבא היא מסוכנת ומסכנת לאין ערוך ויש לעשות להדברתה. אם הצליחו מומחי מעבדת התרעולה להגיע לכלל שיטה כה רצינית וכה מדוייקת, מצווה עלינו למען הדברת נגע זה בקרב חיילי צה"ל, לנהוג לפני משורת דיני הראיות המקובלים.

אין דעתי כדעתם. כמותם לפחות, חרד אני לכוחו המוסרי ולרמתו התפקודית של צה"ל. ברור גם לי כי נגע הסמים עלול לפגוע פגיעה קשה ביכולת התפקוד של החיילים, במיוחד בעת פקודה. אולם, עם כל החרדה לכך, חרד אני גם מפגיעה בעקרונות יסוד של חרות האזרח, ומפגיעה ביסודות הזהירים והמגובשים של דיני הראיות בפלילים.

הערה: אם תיאורו של שופט המיעוט משקף אל-נכון את האפשרויות של חדירת סם לגופו של חייל מבלי שזה היה מודע לכך או אף היה יכול להיות מודע לכך (בנסיבות שבהן ניתן גם לפקפק אם היה שימושי בסם מסוכן), יש לראות את התוצאה שאליה מובילה דעת הרוב כמדאיגה ביותר, שלא לומר מקוממת. נוכח קיומה של אפשרות סבירה כזו: הצירוף של חזקה עובדתית בדבר התקיימות היסוד הנפשי, העדר יכולת של הנאשם לספק הסבר – שכן אין הוא מודע לאופן שבו חדר הסם לגופו – והקביעה כי סתירת החזקה איננה יכולה להיות טענה תיאורטית גרידא – עלול להוביל להרשעתו של חייל תף ממשע בעבירה חמורה. שום תופעה עבריינית ושום "מדיניות ראייתית" אינה מצדיקה תוצאה כזו. בשום מקרה אין להשלים עם ויתור או נסיגה כלשהם מן העיקרון הגדול שהספק פועל לטובת הנאשם. המובאה שמצאו שופטי הרוב להביא מרברי Paley מעוררת

צמרמורת. הרעיון המבוטא בהם אינו רק הגזמה מסוכנת, כפי שציינו שופטי הרוב; הוא פסול מעיקרו, כשם שפסול "אימוצה של 'מדיניות ראייתית', המעמידה, בראש סולם העדיפויות את הערך החברתי המוגן על-ידי הסנקציה העונשית, ואת מבלי לחסום רכבו של הפרט ולאבד זכויותיו כליל". ההשוואה שערכו שופטי הרוב בין הסוגיא שנדונה לבין הוראותיו המיוחדות של חוק השיפוט הצבאי לעניין בדיקות לגילוי סמים אינה משכנעת, שכן בקיום הוראות אלה כשלעצמן אין סכנה כלשהי להרשעתו של חף. אשר למלחמה המחויבת בנגע הסמים המסוכנים בשורות הצבא – דומה כי בדיקות תכופות לאיתור שימוש בסמים שניתן לעורכן לשם בדיקת מצב כוונותו של הצבא וצעדים מנהליים ומשמעתיים בעקבותיהם, עשויים להוות דרך נאותה יותר, ואולי אף יעילה יותר, של התמודדות בתופעה.

דיני ראיות - אמרת נאשם כראיה נגד נאשמים אחרים

(ע/85/100 התוצי"ד נ' רבי"ט שמאי)

הערכאה הראשונה נתבקשה לקבל אמרה של נאשם אחר באותה פרשה כראיה נגד המשיב מכוחו של סעיף 10א לפקודת הראיות. הבקשה נדחתה, תוך הסתמכות על סעיף 479 לח"צ, שלפיו "אמרת נאשם אחר אינה כשרה כראיה נגד נאשמים אחרים". לפיכך זוכה המשיב מן האשמה שיוחסה לו. התובע הצבאי הראשי ערער על הזיכוי, והשאלה שעמדה בפני בר"צ לערעורים היא שאלת היחס בין סעיף 10א לפקודת הראיות (לפי ההלכה הפסוקה, ניתן להחיל את הוראות סעיף 10א גם לגבי עדותו של עד במשפט שהוא עצמו נאשם באותו עניין) לבין סעיף 479 לחש"צ.

בית-הדין קבע:

כי ההלכה הפסוקה בבתי המשפט הרגילים היתה וזה להוראות סעיף 479 לחש"צ. סעיף זה בשום פנים ואופן אינו חריג לדיני הראיות הכלליים ומשמעותו אינה ייחודית למערכת המשפט הצבאית. חוק השיפוט הצבאי, המקיף והיסודי, בסעיף 479 שבו בא רק לשקף ולאמץ בכתובים, כדרכו גם נושאים אחרים, את שנקבע בדיני הראיות הכלליים החלים בבתי המשפט הרגילים, בענין זה הדין זהה לנאשם העומד לדין בבית דין צבאי ולנאשם הנשפט בבית משפט רגיל.

והוסיף:

סעיף 476 לחש"צ קובע לאמור:

"דיני הראיות המחייבים בענינים פליליים בבתי המשפט של המדינה מחייבים בבית דין צבאי ולפני שופט חוקר, והוא כשאין הוראה אחרת בחוק זה". מכאן שהכללים שןברנו עליהם לעיל, שהם חלק מדיני הראיות המחייבים בענינים פליליים בבתי המשפט של המדינה צריכים לחול גם על בתי דין צבאיים, אם אין הוראה אחרת בחש"צ.

טוען, כאמור, הסניגור הצבאי הראשי כי אכן קיימת הוראה אחרת בחש"צ והיא זו המצויה בסעיף 479 הנ"ל. טענה זו אינה מקובלת עלינו, שהרי כבר הראינו לעיל שסעיף זה אין בו יותר מאשר העלאה בכתובים של כלל מושרש ומקובל שכדיני

הראיות הכלליים. אין מדובר, אפוא, בהוראה אחרת, אלא באותה הוראה עצמה בלבד שונה...

ביקש הסניגור הצבאי הראשי לטעון כי דווקא יש הגיון בכך שבבתי-הדין הצבאיים הדנים בענינו של נאשם, המורכבים ממותב שיש בו משפטים אך יש בו לא משפטים, יישמר הכלל שבסעיף 479 במלוא עוצמתו. העדפת אמרה שניתנה מחוץ לכתלי בית-המשפט על עדות המושמעת בבית-המשפט היא עניין עדין ורגיש וגם יוצא דופן, ועליכן ראוי להשאיר את הכחינה ואת ההכרעה אם להרשות הערפה כוו לשופטים מקצועיים בלבד. עליכן, בכתי המשפט של המדינה, בהם ההכרעה מסורה לשופטים מקצועיים, ניתן להפעיל את הכלל העולה מהלכת אבו חצירא. בבתי-דין צבאיים שאני.

טענה זו אין לקבלה שהרי לית מאן דפליג כי כאשר מדובר באמרה שניתנה על ידי עד שאינו נאשם מותר גם מותר לעשות שימוש בסעיף 10א, על כל מורכבותו ורגישותו, גם בבתי-הדין הצבאיים. זה שמדובר בעד שהוא נאשם מוסיף אמנם נופך כלשהו לבעייתיות של ההכרעה, אך לא כמשקל כבד ומכריע. לכן כשם שניתן לסמוך על מותב בבית דין צבאי שידע לקבל את ההכרעה הנכונה אם לעשות שימוש בסעיף 10א לפקודת הראיות ולהעדיף אמרתו של עד על עדותו בבית-המשפט כשהעד אינו נאשם כך ניתן לסמוך עליו במקרה המורכב יותר כשהעד גם הוא עצמו נאשם.

לפיכך נקבע כי היה מקום לקבל אותה אמרה, והמשיב הורשע בעבירה שיוחסה לו בהסתמך עליה.

הערה: היבט אחד שלא נבחן עליירי בית-הדין הצבאי לערעורים ומן הראוי היה להתייחס אליו, הוא היחס בין שני הוראות החוק כ-*lex specialis* (סעיף 497 לחש"צ), לעומת *lex generalis* (סעיף 10א לפקודת הראיות). ניתן לטעון כי זהו היחס בין שתי הנורמות האלה ואף כי ניתן לחלוק על כך. שכן סעיף 10א מתייחס רק לאמרת נאשם שהוא עד. אם זהו היחס ביניהן, כי אז עדיפה הנורמה המיוחדת על-פני הנורמה הרגילה (*specialia generalibus derogant*) ותיקון הרגילה אינו גורע מתוקפה של המיוחדת (*generalia specialibus non derogant*). ההלכה הפסוקה לפיה הוראות סעיף 10א לפקודת הראיות חלות גם על עדותו של עדי-נאשם, אינה סותרת בהכרח גישה זו, שכן עשוי להיות הברל לעניין זה בין נורמות חקוקות (סעיף 10א לפקודת הראיות וסעיף 497 לחש"צ) לבין נורמה חקוקה (סעיף 10א) הבאה על רקע של הלכה פסוקה (הכלל שלפיו אמרת נאשם אחד אינה כשרה כראיה כנגד נאשם אחר), וסעיף 476 לחש"צ יוכיח.

הגנה פרטית - הכנסה עצמית למצב

(200/85/י רב"ט שמואלביץ נ' התוציר)

קבוצת אזרחים יצאה לבלות את זמנה בשעת לילה על כרייהדשא בגני יהושע. אותו זמן הגיעה לשם קבוצת צעירים שאחד מתוכה הוא שוטר משמרה-גבול, אחר – חייל, הוא המערער, וכמה אזרחים. בין אנשי הקבוצה הראשונה לבין מי מאנשי הקבוצה השנייה התפתח דיף-ודברים ללא אלימות על רקע חבלה בברדמים שחבלו האחרונים כמעט לנגד עיני הראשונים. קבוצת הצעירים עזבה את המקום, אך שבה כעבור דקות אחדות. חמישה

או שישה אנשים הגיחו ממכונית פרטית, ואחד מהם פנה אל אנשי הקבוצה השנייה וביקש לדעת מי קילל את חבריו קודם-לכן. אחד האורחים הודה שהוא פתח בדין-דברים על רקע מעשה החבלה כברו. השוטר משך את אותו אדם מן המקום, תוך שהוא אומר לו כי הינו שוטר. עוד הם מדברים וכבר תקף מי מחבריו של השוטר באלומות את האדם הנוכח. חבריו של הנתקף חשו לעזרתו והפילו את השוטר ארצה. אזי פנה השוטר בקריאה לעבר המערער לירות מנשקו באוויר. זה נענה מיד, הלך אל המכונית, הוציא את נשקו האישי וירה יריה אחת באוויר. בעקבות היריה נפסקה הקטטה. מבחינתו הסובייקטיבית של המערער, מגמת המפגש המחודש בין שתי הקבוצות, לאחר שקודם-לכן נפרדה החבילה, היתה לגרום לדין-דברים נוסף ("התקרנו עם המכונית אליהם. באו לכוון. אמרתי שהם באו ואמרו שאיימו עם סכינים. הגענו לכיוון בחזרה ואיתן שאל את תמיד איפה הבחור. פתאום ראינו, ותמיד הצביע על הבן אדם. הבנתי שמישהו רצה להרכיב להם. באנו לברר מי זה שאיים קודם. לא רצינו לעצור אותו ולהביא אותו למשטרה גם לא לריב. רצינו להגיד למה נטפלתם" (ההרגשה שלי - מ"ק, עמ' 13 לפרוטוקול).

המערער הורשע בדין באשמת שימוש בלתי-חוקי בנשק - עבירה לפי סעיף 85 לחש"צ, והתנהגות פרועה - עבירה לפי סעיף 128 לחוק.

בארכוחו של המערער טען בערעור, בין היתר, כי עומד לשולחו סייג הצורך. על כך אמר בר"צ לערעורים:

פטורים אנו מן הצורך להדרש לטיבה של הגנה זו והיקף תחולתה, מטעם אחד הכרוך בנסיבות שבעטיין נקלע המערער אלי שימוש בנשק. הלכה פסוקה היא, כי הגנת הצורך אינה פרושה על מי שהביא עצמו ביודעין ושלא כדין אל מצב שגרם להתקפה עליו, או על זולתו שבהגנתו הוא חב (ע"פ 61/83, 88/83 שוקרון נ' מ"י, פד"י לח(2), 617 והאסמכתאות הנזכרות שם). כבר אמרנו, כי המערער שיתף עצמו בהשתלשלות העניינים שהגיעה לכדי תיגרה, מרצון ובידיעה, או מתוך ציפיה כי עתיד להתבצע "סידור חשבון" פרטי. כיון שהמערער בחר ליטול חלק - אמנם פסיבי כלשהו - במהלך הדברים ובכך אף לחזק ידי הפועלים בו באופן אקטיבי, לא תשמע טענתו כי בתהליך שהוא היה שותף לו נוצר מצב שקייב מצידו הפרת דין. לפיכך נופלת גם הגנה זו ועמה הערעור כנגד הכרעת הדין.

הערה: לא ברור עליסמך מה קבע בית-הדין, כי "המערער שיתף עצמו בהשתלשלות העניינים שהגיעה לכדי תגרה, מרצון ובידיעה, או מתוך ציפיה כי עתיד להתבצע "סידור חשבון" פרטי וכי בחר לחזק את ידי הפועלים באופן אקטיבי. גרסת המערער, כפי שהובאה בפסקי-הדין, אינה תומכת בקביעות אלה. אם כל חפצו של המערער היה - כדבריו - לבוא חשבון מילולי עם מי מבני הקבוצה השנייה, אין לראות בו - לדעתנו - "מי שהכניס ראשו ביודעין ושלא כדין אל תוך המצב שגרם להתקפה עליו (על חברו השוטר)". ועוד שאלה - במטרה להעמיד במבחן את גישת בית-הדין - בהנחה שחיו של השוטר היו מועמדים בסכנה מיידית (שלא עקב מעשה של התגוננות), והמערער היה נחלץ להצלתו על-ידי יריה באוויר - האם הרשעתו על מעשה הירי מתיישבת עם תחושת הצדק וההיגיון המשפטי? לא זו אף זו, בהנחה שקורבן ההתקפה היה אדם שהמערער אחראי לגורלו - למשל, פקוד שלו - האם הימנעותו מלהיחלץ לעזרתו לא היתה נחשבת לו לעוון?

דיני ראיות בבית־משפט צבאי לפי תקנות ההגנה (שעת חרום), 1945

(עמ"צ 8/84 י"ג נ' התיצ"ר)

השאלה שנדונה בערעור זה היתה, האם ניתן להפעיל בכית־משפט צבאי לפי תקנות ההגנה (שעת חרום), 1945 את סעיף 10א לפקודת הראיות. זאת, לאור תקנה 20 לאותן תקנות, שלפיה ינהג בית־משפט צבאי ביחס לעדות "לפי החוק האנגלי ולפי נוהגם של בתי־המשפט המשמשים בשיפוט פלילי באנגליה"; כאשר החוק האנגלי ונוהגם של בתי־המשפט באנגליה אינם כוללים הסדר דומה לזה הקבוע בסעיף 10א. כד"צ לערעורים פסק ברוב דעות, כי

(1) ...יש לקרא את התקנה 20 הנ"ל בכפוף להוראות סעיף 11 לפקודת סדרי השלטון והמשפט, תש"ח-1948 (להלן: הפקודה), כדלקמן: במקום "החוק האנגלי" – יש לקרוא "החוק החל בישראל", ובמקום "בתי המשפט המשמשים בשיפוט פלילי באנגליה" – יש לקרוא "בתי המשפט המשמשים בשיפוט פלילי בישראל".
 (2) לא נעלמה מעינינו הקביעה בבג"צ 5/48 (פד"י א, 58, 68) לפיה: "הכוונה בסעיף 16 (= כיום סעיף 11 לפקודה) הינה, ואינה יכולה להיות אחרת מאשר הכוונה לשינויים טכניים".

ברם, לדעתנו, "השינויים" המוצעים על ידינו בתקנה 20 הנ"ל הינם אכן שינויים "טכניים" במשמעות האמורה. כוונת המחוקק בתקנה 20 הנ"ל היתה בשעתו להבטיח שבית־משפט צבאי המורכב מקציני הצבא האנגלי, יפעל על־פי דיני הראיות המחייבים באנגליה; שאך טבעי ומוכן כאליו הוא שערכאה שיפוטית, שהיא למעשה ערכאה "אנגלית"; אף שהיא פועלת מחוץ לגבולותיה של אנגליה ועל־פי דבר חקיקה מנדטורי, תדון על־פי דיני הראיות המחייבים בארצה שלה. והנה, עם הקמת המדינה, הפך בית־המשפט הצבאי הפועל מכח התקנות לבית־משפט צבאי המורכב מקציני צה"ל; ואך טבעי ומתחייב מעצמו הוא, שערכאה שיפוטית כזאת תדון על־פי דיני הראיות המחייבים בארצה שלה. ההוראה שנקבעה בתקנה 20 הנ"ל בדבר החלת דיני הראיות הנוהגים באנגליה היתה פועל יוצא "טכני־פורמלי" גרידא.
 (3) וראויים לציטוט בהקשר זה הדברים שנאמרו בבג"צ 222/68, פד"י כד(2) 141, 158: "לכל חוק וחוק יש מציאות מסוימת, ועם השתנותה היסודית, משתנה מאליו גם החוק"; עם הקמת מדינת ישראל נשתנתה המציאות בארץ ישראל. אין לנו קשר עוד עם מזכירי המדינה של ממשלת הוד מלכותו, ועוד פחות מזה עם מועצת חבר הלאומים. בהקבלה לנאמר בקטע הנ"ל רשאים אנו לומר בהקשר הנדון כאן: עם השתנותה היסודית של המציאות – על־ידי הקמת המדינה – משתנה מאליו גם ההסדר הקבוע בתקנה 20 הנ"ל; שוב אין לבית המשפט הצבאי הפועל מכח התקנות קשר עם קציני צבא אנגליים, ודי בכך כדי להשמיט את הבסיס מתחת להפניה לדין האנגלי בכל הקשור לדיני הראיות. ההגיון שעמד בשעתו בבסיס ההפניה אל הדין האנגלי – נעוץ בכך שבית־המשפט הצבאי היה מבחינה "טכנית", בית־משפט אנגלי; ומשהפך בית־המשפט הצבאי לישראלי – אותו הגיון "טכני" גופו מחייב התאמת ההסדר.

כל השופטים היו בדעה, כי

- (1) ...בנסיבות המיוחדות למקרה הנוכחי רשאי היה בית-המשפט קמא לסטות מן הדין האנגלי ולנהוג על פי הוראות סעיף 10א לפקודת הראיות, קרי: לקבל את אמרות העדים... שניתנו מחוץ לכתלי בית המשפט כראיה לאמיתות תוכנו – לאחר שנוכח לדעת "שמענין הצדק לעשות כן".
- (2) "מענין הצדק" בהקשר הנדון כאן משמעו לעניין "עשיית הצדק", דהיינו: לצורך חריצת דין אמת; ומשהגיע בית המשפט קמא לכלל מסקנה כי עשיית דין אמת מצדיק העדפת תוכן אמרות החוץ של העדים הנ"ל על פני עדותם בבית-המשפט – אין לבוא אליו בטרוניה על הכשרתן כראיה לאמיתות תוכנו.
- (3) דעתנו היא, איפוא, כי בית-משפט הפועל מכח התקנות יוכל לסטות מדיני הראיות האנגליים אם לדעתו מן הראוי לעשות כן כדי להגיע לחקר האמת. אשר על כן, כאשר משתכנע בית-המשפט – ויש לו יסוד והנמקה להשתכנע בכך – שדברי העד בעת חקירתו הם המשקפים את האמת ואילו חזרתו מהם בעדותו בבית-המשפט לא באה אלא לכסות על האמת, עומדת לו הסיפא של תקנה 20 – המאפשרת פתח רחב לטטייה מן הדין האנגלי – ומתירה לו להסתמך על דברי הודעת העד שניתנה מחוץ לכתלי בית-המשפט.

הערה: ספק בעינינו, אם ניתן לראות בשינויים האמורים שינויים טכניים. הנמקת בד"צ לערעורים היא משכנעת מאוד לעניין הצרפת השינויים והיוניותם. אולם לא ברור ממנה מהו הקריטריון המבדיל בין שינויים טכניים ובין שינויים אחרים, ומדוע השינויים המשמעותיים הגדולים הם טכניים.

תקנה 22(א) לתקנות התעבורה - דינו של תמרור מוסתר שלא ניתן לראותו

(ע"פ 103/85 טגן קידש נ' התוציר)

מהירות נסיעתו של המערער בשטח עירוני נמדדה על-ידי ציוד מדירה ונקבעה להיות 81 קמ"ש (31 קמ"ש יותר מן המותר). המערער טען כי לא ידע שהוא נוהג בתחום שטח עירוני כיוון שהתמרור נסתר מעיניו. לתמיכת טענתו הוצגו בפני בית-הדין צילומים המראים כי תמרור מסוג ב"24 (דרך עירונית) מוצב באורח בולט לימין הדרך (ככוון נסיעת המערער), ואילו בצד שמאל של הדרך מוצב תמרור שזהותו אינה ברורה, משום שלוח התמרור מוסתר על-ידי ענפי העצים. אמר בית-הדין הצבאי לערעורים:

אשתדל לברר את הטענות כסדרן, ואפתח בשאלת היסוד העובדתי. לית מאן דפליג כי בהעדר אחד משני התמרורים הנחוצים לשני צדי הדרך אין זו "דרך עירונית". ואולם מה הדין כאשר אחד התמרורים מוסתר? כלום אפשר לו לנאשם להתגונן בדרך הקבועה בתקנה 22(א) לת"ת ("עובר דרך חייב לקיים את ההוראות הניתנות בתמרור אולם תהיה זו הגנה טובה לנאשם אם יוכיח שהתמרור הוצב, סומן או נקבע שלא כד"ר")?

תתכנה, לכאורה, שתי אפשרויות: (א) התמרור הוצב מלכתחילה באופן שעצם כלשהו (כגון ענפי עצים) מסתיר אותו; (ב) התמרור הוצב כהלכה אך מחמת נסיבות משתנות נוצר מצב דברים שבו התמרור מוסתר.

לגבי הסיטואציה הראשונה תחול, לדעתי, ההגנה הנזכרת ואילו לגבי הסיטואציה השנייה – לעיתים כן ולעיתים לא. אבאר דברי.

דין הצבת תמרורים קבוע בהודעת התעבורה (קביעת תמרורים), תשל"ל-1970, חז אינה משמיעה אלא זאת:

"דוגמאות התמרורים, סוגיהם, צבעם, צורתם, סימונם ואופן הצבתם יהיו כמפורט בתוספת" (סעיף 2 להודעה). התוספת אינה מתיחסת לשאלה של שדה הראיה אל התמרור. אף על פי כן מעצם טיבו והגדרתו של המושג "תמרור" ניתן ללמוד כי תמרור המוצב מעיקרו באופן שלא ניתן לראות או להבחין במהותו – אינו בגדר תמרור שהוצב כדין.

הגדרת "תמרור" בסעיף 1 לת"ת משמיעה:

"כל סימן או אות או איתות... שקבעה רשות התמרור המרכזית ואשר הוצב או סומן... כדי להסדיר את התנועה בדרכים או כדי להזהיר או כדי להדריך עוברי דרך" (ההדגשה שלי ע"מ). לאמור, תמרור שהוצב באופן שאין בו כדי להסדיר את התנועה או להדריך עוברי דרך אין דינו כדין תמרור (השווה ע"פ 281/69 בר שלום נ' מ"י, פד"י כג(2) 85).

כיוצא בזה, כך נראה לי, יש לפרש מצב דברים שבו חלו בתמרור שנויים הנוטלים הימנו את כוחו כתמרור (כגון שהתמרור נעקר ממקומו, הוסט לצדדים או לאחור או שהלוח נשחק עד אין זהות). תמרור כזה אמנם הוצב מעיקרו כדין, אך בהנשל כוחו כתמרור – משום עצמו – שוב אין מתקיימת הדרושה של המצא תמרור במקום הספציפי על פני הדרך.

לא כן, לדעתי, כאשר שינויי הנסיבות הם חצוניים לתמרור, אף כי משפיעים על היכולת לזהותו. במצב דברים אחרון זה אין לומר כי הצבת התמרור לא היתה כדי שישמש לצורך הסדרת התנועה ואף עול השימור והאחזקה התקינה של התמרור, המוטל על הרשות, מתקיים התמרור כשלעצמו, לכן, קיים ומורה את אשר הוא מכון להורות ואילו הפועל היוצא של עובדת היותו מוסתר אין מקומו לכאן.

מנין שבענין הקונקרטי בו עסקינן חלו שנויי נסיבות? שמא מתחילה הציבה רשות התמרור את התמרור הרלבנטי באופן שהוסתר על-ידי ענפי עצים?

על כך יש להשיב כי נטל הבאת הראיה (כדי השעור המוטל על תובע במשפט אזרחי) הוסב אל שכמו של המערער (הנאשם בערכאה הראשונה) שכן תקנה 22 לת"ת מטילה עליו להוכיח את אי חוקיות ההצבה של התמרור.

הצלומים שהגיש לבית-הדין כוחם לעורר ספק בשאלה זו אך בספק בלבד לא סגי. עולה מן המקובץ שאין לקבל את טענת המערער כאילו בנסיבות דגן "חסר" תמרור ומכאן שלא נפגם היסוד העובדתי של העבירה שיוחסה לו.

הערה: לא ברורה לנו ההבחנה בין שינויים שחלו בתמרור עצמו לבין שינויי נסיבות החיצוניים לתמרור, אך מונעים יכולת לזהותו. היה ניתן לפרש את ההגנה באופן צר כחלה רק על ליקוי בתמרור בשעת הצבתו. משהלך בית-הדין בדרך המרחיבה את ההגנה גם

על מקרים שבהם חלו בתמרוך לאחר הצבתו שינויים הנוטלים ממנו את כחו כתמרוך – ויש לכרוך על כך – ספק אם מוצדקת ההכחנה שנקטו: שכן מבחינה הגיונית אין כל הבדל בין תמרוך הנעקר ממקומו, מוסט לצדדים או שהסימון עליו נשחק עד בלי הכר, לבין תמרוך המוסתר על-ידי ענפי עצים או גורם אחר. מה שצריך לקבוע הוא, האם התמרוך מסוגל למלא את יעודו: ומצב שהיה פוסל אותו מלכתחילה (משעת התקנתו), מן הראוי שיפסול אותו גם אם נוצר לאחר-מכן.

פירוש כזה מתחייב במיוחד אם רואים באיסור זה איסור מוחלט (שאלה זו טרם הוכרעה). אם נתאר לעצמנו מצב דברים שבו שני התמרוכים מוסתרים על-ידי עצים או גופים אחרים, העוול שבהרשעה בולט לעין.