

על סעיף 440 לחוק השיפוט הצבאי וביקורת בג"צ על החלטות בית־הדין הצבאי לערעורים

מאת

בנימין רוטנברג*

א. מבוא. ב. פיקוח בג"צ קודם לתיקון. ג. הטעם בהבחנה בין בית־הדין הצבאי לערעורים לבין טריבונלים אחרים; 1. שיפוט פלילי; 2. פירוש הקודקס הפלילי; 3. מומחיות; 4. מסקנה; 5. ובכל־זאת – הסתייגות. ד. השפעת סעיף 440 על המצב המשפטי לעומת זה שקדם לו; 1. כללי; 2. מהות התיקון; (א) התיקון לעומת הגישות השונות בנוגע לתפקיד בג"צ; (ב) האם סעיף 440 בא במקום בג"צ או נוסף עליו? 3. סיכום־ביניים; 4. פתרון על דרך הפרשנות – האם אפשרי? 5. יישום התיקון בפסיקה. ה. סיכום והמלצה לשינוי

א. מבוא

במסגרת התיקון משנת תשמ"ו לחוק השיפוט הצבאי, התשט"ו 1955 (להלן: החש"צ) נתווסף לחוק סעיף 440, המאפשר ערעור ברשות בפני בית־המשפט העליון על פסק־דין בערעור של בית־הדין הצבאי לערעורים, כאשר התנאים לקבלת הרשות לערעור מוגדרים בסעיף עצמו¹ (להלן: התיקון).

בית־המשפט העליון העביר תחת שבט־ביקורתו פסקי־דין של בית־הדין הצבאי לערעורים גם לפני חקיקת התיקון, וזאת בשבתו כבית־משפט גבוה לצדק. בג"צ שמע עתירות אלה כשם שהוא שומע עתירות התוקפות החלטות של טריבונלים אחרים הפועלים במערכת המשפטית שלנו, וזאת מתוקף תפקידו וסמכויותיו על־פי סעיף 15(ג) לחוק יסוד: השפיטה.

* מתרגל, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים.
1 (א) פסק דין של בית הדין הצבאי לערעורים שניתן בערעור על פסק דין של בית דין צבאי, ניתן לערעור לפני בית המשפט העליון, אם נתקבלה רשות לכך בפסק הדין, או מאת נשיא בית המשפט העליון או מאת משנהו;
(ב) לא תינתן רשות לערעור אלא בשאלה משפטית שיש בה חשיבות, קשיות או חידוש...

התיקון מוציא, אם כן, את כית-הדין הצבאי לערעורים מכלל הטריבונלים ככל הנוגע לדרך הפיקוח על החלטותיו.

ברשימה זו אנו מבקשים לבחון את הטעם בהפרדה שבין כלל הטריבונלים לבין בית-הדין הצבאי לערעורים. כמורכב נבדוק במה, אם בכלל, שינה סעיף 440ט מן המצב המשפטי ששרר קודם לחקיקתו, וזאת בשים לב לאפשרויות הפרשניות השונות שניתן להציע בדרך יישומו של התיקון.

כבר עתה נציין, כי המסקנה שאליה אנו מגיעים ברשימה זו היא, שבעוד שבהתרשמות ראשונה ניתן להגיע למסקנה שיש בתיקון כדי להדק את הפיקוח של בית-המשפט העליון על החלטות בית-הדין הצבאי לערעורים, הרי שלאמתו של דבר ייתכן שיש בתיקון כדי לצמצם את היקף הביקורת דווקא או לכל היותר שלא לשנות דבר מהותי מן המצב שקדם לתיקון. מכאן, שאם מטרת התיקון היתה להדק את הפיקוח על החלטות בתי-הדין הצבאיים, הרי שמטרה זו לא הושגה.

ג. פיקוח בג"צ קודם לתיקון

הפיקוח של בג"צ על החלטות בית הדין הצבאי לערעורים נעשה במסגרת ההלכה שנתגבשה בבג"צ, שלפיה אין להשאיר את מערכות בתי-הדין השונים, הפועלים במדינה² ומקיימים הליך שיפוטי או מעין-שיפוטי, מחוץ לעין המפקחת של מערכת בתי-המשפט הרגילה. הטעם לכך הוא, כי מבחינה ציבורית וחוקתית ראוי שכל גוף הממלא תפקיד שיפוטי או מעין-שיפוטי, וככזה מכריע בזכויותיהם ובחובותיהם של האזרחים, יהיה כפוף לעינו הפקוחה והמבקרת של הגוף השיפוטי הגבוה במדינה ויוודא שההליך השיפוטי מתנהל שם באופן תקין.

על כך עמד השופט ברנזון בבג"צ אלכורדי נ' בית הדין הארצי לעבודה ואח'³:

חשיבות חוקתית וציבורית ממדרגה ראשונה נודעת לכך ששום גוף או איש במדינה, הממלא תפקיד שיפוטי או מנהלי על פי דין, לא יעשה שבת לעצמו ולא יהיה פטור מבקורת שיפוטית עליונה על פעולותיו ומחדליו האפשריים... בית משפט זה (בג"צ — ב' ר') מופקד על שמירת חוקיות ותקינות וסבירות פעולתן של הרשויות הציבוריות במדינה ולתפקיד זה חשיבות חוקתית וציבורית ממדרגה ראשונה. פגיעה כלשהיא בו עשויה לערער אחד היסודות של שלטון החוק בחיים הציבוריים של המדינה ולפגוע בציפור נפשה של הזרוע השיפוטית במדינה.

ואולם במקביל לקביעה עקרונית זו המחייבת את עצם הפיקוח על הטריבונלים השונים, נקבעה גישה המחייבת הגבלת היקף הפיקוח הזה, וזאת, בעיקר, תוך התחשבות

2 על מהותם ותפקידם של טריבונלים כאלה ראה ד' לוי, טריבונלים שיפוטיים במדינת ישראל (אבוקה, תשכ"ט) 18; דו"ח הוועדה לעניני רשויות מעין שיפוטיות בראשות נשיא בית המשפט העליון לשעבר מ' לנדוי (ירושלים, תשל"ה) 5 ואילך; Hood Philips, *Constitutional and Administrative Law* (London, 6th ed., 1978) 577-578; H.W.R. Wade, *Administrative Law* (Oxford, 5th ed., 1982) 776; Thornton, *Legislative Drafting* (London, 2nd ed., 1979) 234-236; R.E. Wraith and P.G. Hutchesson, *Administrative Tribunals* (London, 1973) 17-22; א' כרק, שיקול דעת שיפוטי (פפירוס, תשמ"ז) 248; י' זמיר, "הרכב חסר בבתי דין מנהליים" משפטים ד (תשל"ג) 32; 585; 32 *Frankfurter, Of Law and Men* (New York, 1956) 32.

3 בג"צ אלכורדי נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד כו(2), 66, 72-73.

בשיקולים המצדיקים הוצאת השיפוט בעניינים מסוימים לטריבונלים שמחוץ למערכת בתי-המשפט הרגילה⁴; וכן בשל חוסר הטעם הענייני לנהל הליכים שיפוטיים מחוץ למערכת בתי-המשפט הרגילה, אם בסופו של דבר הם יישמעו שוב בהרחבה יתירה בפני בית-המשפט המבקר⁵.

גישה מרסנת זו איננה רלבנטית כאשר עילת התקיפה של החלטת הטריבונל היא חריגה מסמכות⁶ או ניהול הליך שיפוטי תוך פגיעה בכלל הצדק הטבעי⁷. ואולם כאשר עילת התקיפה היא טעות שנפלה בפסק-הדין עצמו, ביטוייה של הגישה המרסנת היא בעיקר בהלכה מבוססת וארוכת-שנים, כי אין בג"צ יושב כערכאה ערעורית על החלטות הטריבונל.

למרות עמדה עקרונית זו, בג"צ מתערב גם בטעויות שנפלו בהחלטות הטריבונל המבוקר, כאשר היקף ההתערבות הלך והתרחב עם השנים. תחילה הוגבלה ההתערבות רק למקרים שבהם הטעות "גלויה על פני הפסק" (error on the face of the record)⁸, ואולם כבר ב-1963 בוטלה מגבלה זו. עתה ההלכה קובעת כי בג"צ יתערב רק כאשר נפלה "טעות מהותית" בהחלטה המבוקרת ויש טעמים של צדק המחייבים התערבות כזו⁹.

4 נהוג להצדיק הוצאת עניינים מסוימים או מגזרי אוכלוסייה מסוימים ממערכת-המשפט הכללית ולהעבירם לטריבונלים נפרדים מכמה טעמים, ואלו עיקרם:

ראשית – יש עניינים הדורשים מומחיות מיוחדת שאינה נתונה לשופטים מקצועיים רגילים. שנית – יש עניינים שבהם ראוי לשתף בהליך השפיטה אנשים מן הציבור כדי שיטלו חלק בעיצוב הנורמות הנוגעות לעניין, מחד גיסא, וכדי שיביאו מנסיונם המעשי מחיי היומיום בשטח, מאידך גיסא, וזאת במקום שופט, העשוי להיות מרוחק מחיי המעשה. הרלבנטיים למגזר שיפוטי מסוים. שלישית – יש סיכוי שהליך שיפוט מחוץ למערכת בתי-המשפט הכבולה בסדר-דין מורכבים והעמוסה לעיפה, יהיה יעיל ומהיר יותר. ואכן, התופעה של טריבונלים שיפוטיים נפוצה מאוד בארץ ובעולם. כך, למשל, ניתן למנות בארץ למעלה מ-200 בתי-דין מנהליים.

5 בג"צ 184/79 ההסתדרות הכללית, הארגון הארצי של עובדי צה"ל נ' ביה"ד הארצי לעבודה ואח', פ"ד (לד) 687; בג"צ 682/81 שידלוצר נ' ביה"ד הארצי לעבודה ואח', פ"ד (ל) 604; בג"צ 115/77 הסתדרות מכבי בישראל, קופ"ח מכבי נ' ביה"ד הארצי לעבודה ואח', פ"ד (לב) 214 (1) 222.

6 בג"צ 69/85 פרומר נ' ביה"ד הצבאי לערעורים ואח', פ"ד מ(2) 617, 621. הרחבה בעניין זה ראה צ' הדר, "התערבות בית המשפט העליון כפסקי דין של בית הדין הצבאי לערעורים" משפט וצבא 1 (התשמ"ח) 17, 21 ואילך והאסמכתאות המובאות שם.

7 בג"צ 86/58 בוגנים נ' הרמטכ"ל ואח', פ"ד יב 1653, 1659; *R. v. Nordumberland Compensation*; 1659, 1653; *Appeal Tribunal Exporte Sdaw* (1952) All E.R. 122.

8 א' רובינשטיין, צעד נוסף להרחבת סמכות הבג"צ, הפרקליט כ (תשכ"ד) 197, 203; בג"צ 5/53 זרובבל נ' ועדת הערעור לפי חוק משפחות חיילים שנספו במערכה ואח', פ"ד ז 182, 183:

... מאחר שאין בית המשפט ממלא תפקיד ערעורי, אין הוא מוסמך לחקור ולדרוש מה הניע את הטריבונל הנמנך לפסוק כאשר פסק, כלומר, להציץ אל מעבר לפרגוד הצר של הטריבונל, אלא רק להתבונן לראות אם-הצו כשר על פניו.

וראה עוד ע"א 69/55 בולוס נ' שר הפיתוח ואח', פ"ד י 673; בג"צ 2,1/50 גרוסמן נ' הפרקליט הצבאי הראשי, צה"ל ואח', פ"ד ד 63.

9 בג"צ 76/63, 77/63, 79/63 טרודלר ואח' נ' פקידי הבחירות לצורך הרכבת ועדות קלאיות למועצות המקומיות רמת השרון, פ"ד יז 2503; בבג"צ 525/84 חטיב ואח' נ' ביה"ד הארצי לעבודה ואח', פ"ד מ(1) 673, 694, נימק הנשיא שמגר את ביטול התנאי בדברים הבאים: קשה להשתכנע בסבירותה של אמת מידה התרה אך ורק אחרי הגלוי והמוכנה להתעלם

לאור התפתחות ההלכה, הועמדה בספק הקביעה כאילו יש הכדל מהותי בתוכנו של הליך הטעות המתבצע במסגרת ערעור על פסק-דין של בית-משפט נמוך יותר, לעומת הליך טעות במסגרת עתירה לבג"צ שבה מוחקף פסק-דין של טריבונל¹⁰. מכל-מקום, גם בפסק-דין חדשים מושמעת לעתים גם הגישה הקובעת, כי אין בג"צ הבוחן החלטת טריבונל כבית-משפט היושב בערעור על החלטת בית-משפט דלמטה¹¹.

העיסות בין שתי גישות אלו מחייב דיון נרחב וחורג ממסגרת רשימה זו. מכל-מקום, לדעתנו, אין לומר, שאין כל הבדל בין ערכאת-הערעור ביושבה בביקורת על ערכאה נמוכה באותה מערכת לבין בג"צ המבקר החלטת טריבונל נמוך¹². ההבדל קיים והוא נעוץ בהבדל הפונקציונלי בין המוסדות המבוקרים, כל גוף והמאפיינים אותו: הרי קיים הבדל בסוג העניינים הנדונים בהם, בדרך הדיון, ובהכשרת השופטים המכהנים במוסדות אלו; והעיקר: ההצדקות העומדות ביסוד קיום כל אחד מהם¹³. לדעתנו, נכונה היא הגישה הקובעת, כי היקף ההתערבות של הגוף המבקר ראוי שיהלום את תפקיד

מטעות מהותית היורדת לשורשו של ענין, אך ורק בשל כך שהיא מתגלית אחרי בחינתו של כל החומר של המשפט, כפי שהוא נפרש לפני בית המשפט. הווה אומר, ההגבלה לטעות הגלויה על פני הפסק מייצגת תפיסה צרה ופורמלית.

בג"צ 682/81 שידלובר נ' ביה"ד הארצי לעבודה ואח', פ"ד לו(4) 604; בג"צ 338/83 הטלי נ' ביה"ד הארצי לעבודה ואח', פ"ד לו(4) 645; בג"צ 663/78 מנהלת קרית ארבע ואח' נ' ביה"ד הארצי לעבודה ואח', פ"ד לג(2) 404, 398; בג"צ 115/77 הסתדרות מכבי ישראל קופ"ח מכבי נ' בית הדין הארצי לעבודה ואח', פ"ד לב(1) 214, 218-219, 222. עוד על מרכיב ה"צדק" בבג"צ, ראה י' זמיר, "על הצדק בבית המשפט הגבוה לצדק" הפרקליט כו (תשל"ל) 212; בג"צ 101/74, 102/74 בינוי ופיקוח בנגב בע"מ נ' שר הביטחון ואח', פ"ד כח(2) 449, 455; בג"צ 83/70 אוהנה נ' ביה"ד הצבאי לערעורים ואח', פ"ד כד(1) 771. ש' לוי, "עתירה לבג"צ כהליך תקיפה ערעורי" משפטים ג (תשל"א) 16; י' זמיר, "מה בין ערעור לבין עתירה לבג"צ?" הפרקליט כ (תשכ"ד) 205.

בג"צ 886/78 מנהיים נ' ביה"ד הארצי לעבודה, פ"ד לג(2) 676, 679. בג"צ 739/79 פלמורס בע"מ נ' ביה"ד הארצי לעבודה ואח', פ"ד לד(3) 122, 128; בג"צ 123/81 אלקטרה (ישראל) בע"מ נ' בית הדין הארצי לעבודה ואח' פ"ד לו(1) 423, 429, שם ציין הנשיא לנדוי כי "בית משפט זה שומר לעצמו את סמכות הפיקוח... אבל הוא ייטיב לעשות אם לא יעשה עצמו בית משפט כללי לערעורים על גבי בית הדין הארצי". ובנוגע לביקורת בג"צ על החלטה של בית-הדין הצבאי לערעורים, ציין הנשיא כהן המנוח בבג"צ 42/77 (לא פורסם), כי "מן הראוי להדגיש שאין אנו יושבים בבית משפט לערעורים על פסקי הדין של בית הדין הצבאי לערעורים..." כרוח זו גם נקבע בבג"צ 463/81 (לא פורסם), שנסוב אף הוא על החלטה של בית-הדין הצבאי לערעורים, וכך לאחרונה גם בבג"צ 144/86 הלוי ואח' נ' ביה"ד הצבאי לערעורים ואח', פ"ד מ(2) 309.

וראה עמדתו של פרופ' אהרון ברק על גישה זו ברשימתו: "ביקורת שיפוטית ואחריות ממלכתית — היקף הביקורת של בית המשפט העליון על פסיקתו של בית הדין הארצי לעבודה". הפרקליט לח (תשמ"ט), 245; ע"א 165/63 הרפו (פייברג) נ' הממונה על גביית השכר, פ"ד יז 2581, 2585, שם השופט זוסמן מצייין: "אמנם מודים הכל שההכרלים בין שתי סמכויות אלו של בית משפט לערעורים ובית משפט הבדוק החלטתו של בית דין "נמוך" מטושטשים הם..."

למשל: לאחרונה בבג"צ 105/87 האוניברסיטה העברית בירושלים נ' בית הדין הארצי לעבודה בירושלים ואח', פ"ד מב(3) 556, 567. השופט ח' אריאל ציין, כי לדעתו, יש לצמצם היקף התערבות בג"צ בהחלטת בית-הדין הארצי לעבודה, בהתחשב בעיקר בכך "שעל בתי הדין לעבודה לפתח בעצמם את הדינים הספציפיים הקשורים ביחסי עבודה". השווה: מ' גולדברג, "על היקף הביקורת של בית המשפט העליון על פסיקתו של בית הדין הארצי לעבודה" הפרקליט לח (תשמ"ט), 263, 267.

הגוף המבוקר ואופן תפקודו. מהבדלים אלו ממילא ייגזר ההבדל בשיטה ובהיקף הביקורת שתופעל על אותו גוף. אשר לעניין רשימה זו, חשוב לציין, כי בג"צ גזר גזירה שווה בין כלל הטריבונלים לבין בית-הדין הצבאי לערעורים בכל הקשור לאופן הפיקוח של בג"צ על בית-דין זה. לדעתנו, גזירה שווה כזו חשובה לביקורת, כפי שנפרט להלן.

ג. הטעם בהבחנה בין בית-הדין הצבאי לערעורים לבין טריבונלים אחרים

בפתח רשימה זו ציינו, כי המחוקק ביקש, באמצעות התיקון, להבדיל בין בית-הדין הצבאי לערעורים לבין שאר הטריבונלים בכך שלגבי בית-הדין הצבאי לערעורים קבע דרך-ערעור מיוחדת. נשאלת השאלה, במה בית-הדין הצבאי לערעורים שונה משאר טריבונלים כמו בית-הדין הארצי לעבודה, למשל, המצדיק קביעת שיטת-ערעור שונה; ואם יש הבדלים המצדיקים הבחנה כזו, כיצד הם צריכים להשפיע על שיטת הביקורת על החלטותיו של בית-הדין הצבאי.

נאמר מיד: אנו סבורים כי בנוגע לבית-הדין הצבאי לערעורים אכן יש מקום לקבוע שיטת-ערעור מיוחדת לו, כאשר השיטה השונה אמורה להבטיח פיקוח הדוק ואינטנסיבי יותר של בית-המשפט העליון על החלטות בית-הדין הצבאי לערעורים, וזאת בשל תכונות אחדות המאפיינות אותו והמבדילות בינו לבין רוב הטריבונלים. להלן נצביע על כמה מהן.

1. שיפוט פלילי

בית-הדין הצבאי דן בעניינים פליליים ובידו סמכות ענישה פלילית כמו מאסר בפועל. בהקשר זה ראוי להיזכר שוב בדבריו של השופט ברנזון בפרשת אלכורדי¹⁴, כי יש חשיבות חוקתית ציבורית ממדרגה ראשונה שבג"צ יפקח על תקינות פעילותם של הטריבונלים. קל-יחומר כך כאשר מדובר בכוחה של הרשות לשפוט בפלילים ולענוש בדרך שלילת חירות-הפרט.

בהקשר אחר, אך קרוב, אף המחוקק סבר כך. בחוק בית הדין לעבודה, התשכ"ט – 1969, סעיף 24 לחוק מקנה לבית-הדין סמכות לדון בחיקוקים פליליים מסוימים. בהקשר זה קבע המחוקק בסעיף 26(ג) לחוק בית הדין לעבודה, כי פסק-דין של בית-הדין הארצי לעבודה בעניין פלילי כזה ניתן לערעור ברשות בפני בית-המשפט העליון ולא הסתפק בהסדר הכללי שבחוק המעניק לבג"צ סמכויות ביקורת, כמפורט לעיל.

2. פירוש הקודקס הפלילי

בית-הדין הצבאי דן גם בחקיקה המיושמת על-ידי בתי-המשפט הכלליים שלנו. אם כך, הרי יש למנוע מצב שבו עבירה מסוימת תזכה ליישום אחד בבית-הדין הצבאי וליישום אחר בבית-המשפט הכללי. בסיטואציה כזו בולט תפקידו של בית-המשפט העליון

14 לעיל, הערה 3.

כמגבש וכמעצב הלכה אחידה. לפיכך, בעוד שבדיני עבודה, למשל, הדין מתגבש בעיקרו במערכת אחת, והיא מערכת בתי-הדין לעבודה, הרי שבענייננו יש חפיפה מסוימת בדין המיושם בשני המוסדות ולכן יש ליתן לבית-המשפט העליון את הבכורה בפיקוח על גיבוש ההלכה¹⁵.

למעשה, היקף ההתערבות של בג"צ צריך להיות דומה לזה הנוהג בשבתו של בית-המשפט העליון בערעור על החלטה בתחום הפלילי של בית-המשפט המחוזי, במובן זה שבשני המקרים על בית-המשפט העליון להיות חרד לאחידות ההלכה. לכן, כשמדובר בפיקוח בג"צ על בתי-דין צבאיים, היינו מצפים להתערבות אינטנסיבית יותר כאשר מדובר בטעות ביישום הדין הפלילי הכללי על-ידי בית-הדין הצבאי.

חשיבות הרבר נעוצה בחשש מפני מצב שבו אדם יזוכה או יורשע בעבירה מסוימת רק משום סוג הערכאה שבפניה יועמד לדין. יש למנוע מצב שבו אדם המואשם ב"חבלה חמורה", למשל, יזוכה מביצוע העבירה אם יישפט בבית-הדין הצבאי, משום שבית-הדין הצבאי נוקט פרשנות מסוימת של אחד מיסודות העבירה, ועל-פי פרשנותו זו בנאשם לא נתקיים אותו יסוד; אך אם יישפט בבית-משפט רגיל, הגישה הפרשנית הנוהגת בו תוביל לקביעה שהיסוד המסוים הזה נתקיים, והנאשם יורשע¹⁶.

3. מומחיות

אחד הטעמים המצדיקים ריסון של בג"צ בהתערבותו בהחלטות הטריבונלים הנמוכים הוא, שבטריבונלים יושבים מומחים שיש להניח להם לעצב את הנורמות שכתחום מומחיותם. ואולם האם שיקול זה קיים בענייננו כשמדובר בבית-הדין הצבאי המיישם את המשפט הפלילי שבו עוסקת גם מערכת-המשפט הכללית?

גם כשמדובר בעבירות צבאיות מסוימות, המאטריה היא אותה מאטריה פלילית שבתיה-המשפט הכלליים אמונים עליה. לפיכך, משקל נימוק המומחיות של הטריבונל הנמוך כהצדקה לריסון שעל בג"צ לגלות נופל שעה שמדובר בבתי-הדין הצבאיים, ולפיכך גם מטעם זה אין מקום לזיהוי בין טריבונל זה ואחרים — כפי שנעשה בפסיקה בין בתי-הדין לעבודה, שם יושבים מומחים לתחום — לבין בתי-הדין הצבאיים.

15 לדעתנו, בהקשר של בית-הדין הצבאי לערעורים, אין לכן מקום להנמקה המצדיקה ריסון ההתערבות של בית-המשפט העליון בהחלטות בית-הדין הארצי לעבודה, כפי שפרופ' א' ברק מציין במאמרו "בית המשפט הגבוה לצדק ובית הדין לעבודה — הארה מנקודת מבטה של תורת המשפט" ספר בריניב (רמות, תשמ"ז) 103, 220.

בית הדין הארצי לעבודה הינו ערכאה שיפוטית, שהמחוקק הקים במיוחד כדי לפתח את דיני העבודה ולהפעילם וזו ערכאה מיוחדת המתמחה בדיני העבודה. על כן שוקל בית המשפט הגבוה לצדק בכובד ראש את עמדתו של בית הדין לעבודה בעניני עבודה...

16 השווה א' ברק, שיקול דעת שיפוטי (פפירוס, התשמ"ז) 373, 374. כדי להבטיח אתידות ההלכה גם בהתייחס לבית הדין לעבודה סבור השופט ברק כי יש ליתן לבית המשפט העליון מעמד בכורה, ובהיקף רחב: א. ברק, (לעיל, הערה 11) 251.

... אין זה מתקבל על הדעת כי יהיו לנו מספר דיני חוזים, ונויקין, וקנין, ועונשין ומנהלי, כמספר בתי-המשפט והטריבונלים המפתחים אותם, והבוחרים כל אחד לפי גישתו שלו הפירוש החוקי הנראה לו. חוצאתה של גישה זו תהיה דיסהרמוניה במערכת הנורמטיבית. עלינו לשאוף לדין חוזים אחד, ודין נזיקין אחד, ודין קנין ועונשין ומנהלי — אחד, יהיו בתי המשפט והטריבונלים המפתחים אותם רבים ככל שיהיו.

לדברים אלו ברצוננו לצרף הסתייגות: אמנם אנו סבורים כי אין לשופטי בית-הדין הצבאי עדיפות של מומחיות, אך כוונתנו רק למישור המשפטי. לא כזה הוא המצב כשמדובר במישור העובדתי. ייתכן לומר, כי בתחום העובדתי נהנים שופטי בית-הדין הצבאי מיתרון, שכן עשויות להיות סיטואציות מסוימות שהן אופייניות למציאות הצבאית שלה קרובים שופטי בית-הדין הצבאי, כמו, למשל, סיטואציות של מלחמה או אימונים צבאיים.

ואולם יש לציין בהקשר זה, שגם בהליך הערעורי רגיל הלכה פסוקה היא שאין בית-המשפט שלערעור מתערב, בדרך-כלל, בממצאים העובדתיים של הערכאה דלמטה. ואם כך, אין בהסתייגות שהכאנו לעיל דבר החורג מן הדין הרגיל של דיני הערעור הכלליים. לפיכך בהחלט יש מקום לקבוע, כי גם בביקורת על החלטותיו של בית-הדין הצבאי לערעורים ראוי לו לבית-המשפט העליון שלא יתערב בדרך-כלל בממצאים העובדתיים שקבע בית-הדין הצבאי, לא רק משום שהוא זה ששמע את העדים והתרשם מהראיות במישורן, אלא גם משום שיש לו "מומחיות" בתחום זה בשל קרבת השופטים — ובעיקר שופטי הצד — למציאות הצבאית היומיומית.

4. מסקנה

המסקנה שאנו מגיעים אליה בשלב זה היא כפולה — טכנית ומהותית: טכנית. אין מקום ליישם ללא התאמה את ההלכות המתגבשות כנוגע לבתי-דין ולטריבונלים נמוכים שונים לעניין הביקורת על בתי-הדין הצבאיים. לבתי-הדין הצבאיים התכונות המיוחדות להם ולפיכך השיקולים לגבי היקף ההתערבות בהחלטותיהם שונים.

מהותית. אנו סבורים כי בשל המאפיינים המיוחדים של בתי-הדין הצבאיים ראוי שהביקורת עליהם תהיה מרוסנת פחות מזו הנקטה ביחס לבתי-דין וטריבונלים אחרים. ככל אופן, לדידם של אלו המבחינים בין הליך ערעורי רגיל לבין ביקורת כג"צ, הרי שבמקרה של פיקוח על בתי-הדין הצבאיים הביקורת צריכה להיות דומה להליך ערעורי רגיל בהיקפו, וזאת מן הטעמים שהצבענו עליהם בסמוך.

5. ובכל-זאת — הסתייגות

בכל-זאת בהקשר של בתי-הדין הצבאיים אנו מוצאים תחום שבו יש הבדל חשוב בין ההליך הערעורי הרגיל לבין ההיקף הרצוי של פיקוח בית-המשפט העליון על החלטותיו של בית-הדין הצבאי לערעורים: כוונתנו לנורמות של הענישה. אחד הטעמים המצדיקים את קיומו של טריבונל עצמאי בתוך המערכת הצבאית, הוא ההכרה בצורך של גוף היררכי סגור כמו צבא בקביעת נורמות שונות ומיוחדות לו. כך, למשל, המשמעת ההדוקה היא מאפיין חשוב של מערכת צבאית ולכן יש מקום שונורמות-הענישה יגובשו על-ידי הצבא לעצמו והן תהיינה שונות מאלו המקובלות בתחום האזרחי. לכן אנו סבורים, כי בית-המשפט העליון אינו צריך בדרך-כלל להתערב בענישה כפי שנגורה בבתי-הדין הצבאיים, וזאת להבדיל מערעור פלילי רגיל שבו נשמעים גם ערעורים על חומרת הענישה או קולתה. שם יש לבית-המשפט העליון תפקיד של גיבוש הנורמות של הענישה.

ד. השפעת סעיף 440ט על המצב המשפטי לעומת זה שקדם לו

1. כללי

מאחר שהוועדה שכדקה את מערכת השיפוט הצבאית הידועה בשמה "ועדת שמגר" החליטה להמליץ על התוויות דרך הערעור על פסקי-הדין של בית-הדין הצבאי לערעורים בהוראה מיוחדת בחש"צ עצמו, היה ניתן לחשוב כי הוועדה הגיעה למסקנה שהמאפיינים של בית-הדין הצבאי מחייבים ליתן את הדעת על דרך הפיקוח על החלטותיו ולא להסתפק בהסדר הכללי הקיים ביחס לטריבונלים הגמוכים השונים, וזאת משום שלדעתה אין בסמכויות בג"צ הכלליות כדי להניח את הדעת כשמדובר בצורך הפיקוח על החלטות בית-הדין הצבאי דווקא.

על-פי עמדה זו היינו מצפים, כי הוועדה תמליץ על דרך של ערעור לבית-המשפט העליון שתאפשר פיקוח אינטנסיבי מזה הקיים ממילא באמצעות בג"צ; שאם לא כן, לשם מה טרחת התיקון¹⁷? ואולם כפי שנראה להלן, אין בלשונו של התיקון כדי להרחיב את היקף הפיקוח על החלטות בית-הדין הצבאי לערעורים ולהעמיקו.

נוסחו של סעיף 440ט מזכיר מאוד את נוסחו של סעיף 30 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984, שעניינו דיון נוסף והקובע, כי תיענה בקשה של בעל-דין לדיון נוסף רק כאשר "ההלכה שנפסקה בבית המשפט העליון עומדת בסתירה להלכה קודמת של בית המשפט העליון, או שמפאת חשיבותה, קשיותה או חידושה של הלכה שנפסקה בעניין, יש לדעתם מקום לדיון נוסף" (ההדגשה לא במקור — ב' ר').

אם כך, לכאורה אין התיקון מציע לנו הליך טעות ערעורי בהיקפו הרגיל, אלא הליך מוגבל ומצומצם של דיון נוסף¹⁸. הנשיא שמגר קבע בע"פ 25/87 הבר נ' התובע הצבאי הראשי לצה"ל¹⁹, כי למרות הדמיון בניסוח בין לשון התיקון ובין לשון סעיף 30 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984, אין התיקון קרוב מבחינת ההקשר המשפטי לדיון נוסף אלא לבקשת רשות לערער על-פי הוראות חוק בתי-המשפט. מכל-מקום, גם הליך של רשות-ערעור הוא מצומצם מזה של ערעור בזכות, וכשם שהנשיא שמגר מציין בפרשת הבר²⁰:

התאורים של תכונות הלוואי של השאלה המצדיקה מתן רשות ערעור במובא בסעיף 440ט(ב) הנ"ל, אמנם זהים בחלקם הגדול (אם כי לא באופן מלא) לאלו שבסעיף 30 הנ"ל אך ההקשר המשפטי שונה²¹.

17 אולי הכוונה היתה דווקא לצמצום היקף הפיקוח של בג"צ על בית-הדין הצבאי לערעורים. אם זו היתה הכוונה, הרי שאין היא משתמעת מדברי ההסבר לתיקון, ומכל-מקום, גישה מצמצמת כזו אינה במקומה לאור הצורך הקיים — לדעתנו — בפיקוח אינטנסיבי על החלטות בית-הדין הצבאי לערעורים כמפורט לעיל.

18 לאופיו של דיון נוסף ראה ד"ר 21/84 רוזנברג ואח' נ' רובינשטיין ואח', פ"ד לח(3) 689; ד"ר 16/83 גולדברג נ' בסה ואח', פ"ד לז(4) 153; ד"ר 6/82 ינאי נ' ראש ההוצאה לפועל ואח' פ"ד לז(3) 99. ד"ר 8/79 מדינת ישראל נ' לוי, פ"ד לד(3) 259.

19 פ"ד מב(1) 45.

20 (לעיל, הערה 19), 46.

21 הנשיא שמגר איננו מציין, אם כוונתו לרשות ערעור על החלטות-ביניים או רשות ערעור הדרושה בערעור על פסק-דין שנתן בית-המשפט המחוזי בערעור על פסק-דין של בית-משפט השלום, מכוח סעיף 41(ב) לחוק בתי-המשפט. חשוב לדקדק בעניין זה, שכן הפסיקה בשאלה מתי יש ליתן

והנה, במקום שסברנו כי יש מקום להוראה מיוחדת המתייחסת לביקורת על פסקי דין רק אם ההוראה הזו תעמיק את היקף הפיקוח לעומת המצב הקיים ממילא גם בלי התיקון, אנו מוצאים תיקון שלשונו מעמידה בפנינו שאלה, האם יש בו משום דריכה במקום או אפילו נסיגה לעומת המצב הקיים.

2. מהות התיקון

העמידה על השלכותיו של התיקון בכל הנוגע להיקף הביקורת של בית-המשפט העליון על החלטות בית-הדין הצבאי לערעורים לעומת המצב שקדם לתיקון, תלוייה בשניים: האחד — בעמדה שלנו לגבי היקף ביקורת בג"צ לפני התיקון, קרי: האם בג"צ המפקח על בתי-משפט נמוכים קרוב יותר להליך ערעורי רגיל או שמא להליך מוגבל יותר של מעין דיון נוסף או רשות ערעור על החלטות בתי-משפט נמוכים בפני בית-המשפט העליון.

השני — במענה לשאלה, האם התיקון בא במקום כל מה שקדם לו בכל הנוגע לדרכים לתקיפת החלטותיו של בית-הדין הצבאי או שמא הוא בא להוסיף על המצב הקיים בבחינת עוד מסלול פיקוח על החלטות בית-הדין הצבאי. רק בחינת שני המישורים הללו תוכל להובילנו למסקנות בנוגע להשפעת התיקון על המצב שקדם לו. להלן נבחן את הדברים בשני המישורים הנ"ל בנפרד כסדרם, הגם שהמסקנה הסופית, ככל שתהיה כזו, חייבת להתבסס על שילוב והצלבה ביניהם.

(א) התיקון לעומת הגישות השונות בנוגע לתפקיד בג"צ

לדידם של אלו הסוברים, כי ביקורת בג"צ קרובה בעיקרה להליך טעות ערעורי רגיל, הרי יש בתיקון משום צמצום ונסיגה בהגבילו את התערבות בית-המשפט העליון למקרים כמו אלו שעל-פי ההלכה הפסוקה תינתן רשות לערער²². אך לדידם של אלו המצמצמים את היקף הביקורת של בג"צ על טריבונלים לטעויות משפטיות מהותיות שיש חשיבות ציבורית לתקנן, הרי שקשה הרבה יותר לעמוד על ההבדלים המהותיים בין ניסוח זה של ההלכה לבין לשון התיקון; וכבר עמדנו על כך, שיש שופטים שהביעו עמדה בכל הנוגע להיקף הביקורת של בג"צ על טריבונלים נמוכים כמוכירה את מוסד הדיון הנוסף או רשות לערער²³.

אך גם לדידם של אלו האחרונים, יש בתיקון משום צמצום ונסיגה: על-פי התיקון, בפני המבקש לתקוף את החלטת בית-הדין הצבאי הוצב מחסום נוסף של בקשת רשות לערער לעומת האפשרות להגיע במישרין לדיון בטענות התקיפה שלו בפני בג"צ. לא זו אף זו: על-פי התיקון, תלוי המבקש בשיקול-דעתו של דן יחיד, בעוד שבפני בג"צ מתייצב העותר בפני שלושה שופטים ככל שיש לראות בכך צמצום בהיקפה של זכות

רשות ערעור נתגבשה בנפרד, בהתייחס לשתי קבוצות אלו של בקשת רשות ערעור וייתכנו שיקולים שונים הנבדלים אלו מאלו. אך על-פי ההקשר ועל-פי הפסיקה שאליה הנשיא שמגר מפנה, ברור כי כוונתו להשוות בין התיקון לבין רשות ערעור הנדרשת במקרה של ערעור על פסקי דין בערעור של בית-המשפט המחוזי.

22 ר"ע 103/82 חנין חיפה בע"מ נ' נצה אור (הדר חיפה) בע"מ, פ"ד לו(3) 123.

23 לעיל, הערה 18; וראה פרשת הבר (לעיל, הערה 19).

הערעור של הנפגע מההחלטה המותקפת²⁴. הבדל נוסף: על-פי התיקון למי שבקשתו לרשות ערעור מנשיא בית-המשפט העליון נדחתה אין כל דרך לערער על החלטתו. לעומת זאת, אם בג"צ דחה את עתירת העותר, עדיין הוא יכול לבקש דיון נוסף על-פי סעיף 30 לחוק בתי המשפט (נוסח משולב), התשמ"ד-1984.

(ב) האם סעיף 440ט בא במקום בג"צ או נוסף עליו?

אין תשובה כחש"צ עצמו לשאלה, אם התיקון אמור לגרוע מן המצב הקיים או להוסיף עליו. אף בחוק יסוד: השפיטה, סעיפים 15(ב) ו-15(ד), אין תשובה לשאלת היחס בין סמכות בג"צ על-פי סעיף זה לבין חיקוקים אחרים המקנים סמכות לבית-המשפט העליון לפקח על טריבונלים שונים.

תשובה חלקית לשאלה מצויה בפסיקה. נקבע, כי כל-אימת שבחיקוק המסדיר את קיומו ותפקודו של הטריבונל קיים הסדר לתקיפת החלטותיו, הרי שיש לדאוג בכך הסדר ספציפי ובג"צ לא יעסוק בביקורת כזו במקביל; והנימוק לכך הוא כדרך-כלל קיומו של סעד חלופי²⁵. ואולם כאשר מדובר בפגיעה בכללי הצדק הטבעי או חריגה מסמכות, יהיו מקרים חריגים שבהם בג"צ יאות בכל-זאת להתערב²⁶.

לדעתנו, יש לדחות הצעה פרשנית שלפיה יהיה ניתן לתקוף בבג"צ טעות שנפלה בהחלטה של בית-הדין הצבאי, כאשר אין זו טעות שמעוררת "שאלה משפטית שיש בה קשיות או חידוש", כאילו טעות כזו אינה מטופלת בסעיף 440ט לחש"צ ולכן סמכות בג"צ בנוגע לטעויות כאלה, ככל שהיא נתונה לו, שרירה וקיימת גם לאחר התיקון²⁷. פרשנות כזו עושה פלסטר את התיקון לחוק ואת עקרון הסעד החלופי שנקבע בפסיקה. הנמקה פורמלית לגישתנו היא, כי התיקון מהווה הוראת חוק ספציפית בכל הנוגע לתקיפת החלטה של בית-דין צבאי לערעורים בפני בית-המשפט העליון בטענה שנפלה בו טעות, ולפיכך הוראה ספציפית זו דוחה את השימוש בהוראה הכללית בחוק יסוד: השפיטה, המקנה סמכויות לבג"צ להתערב בהחלטות בתי-דין שונים. הטעם המהותי לגישתנו נעוץ בקושי להצביע על תכלית חקיקתית שהביאה את המחוקק להבדיל בין סוגי טעות באופן שטעות בשאלה משפטית שיש בה קשיות או חידוש תבורר בפי בית-המשפט העליון באמצעות סעיף 440ט לחש"צ, בעוד שכל טעות משפטית אחרת תגיע לכירור כפני בית-המשפט העליון בדרך של בג"צ דווקא. לדעתנו, הפרשנות הלגיטימית וההגיונית מחייבת לקבוע, כי כל-אימת שמדובר בתקיפה של פסק-דין בגלל טעות שנפלה בו, ההסדר של סעיף 440ט לחש"צ הוא קונקלוסיבי וניתן לפעול על-פיו בלבד.

אם כך, האם סיים בג"צ את תפקידו בביקורת על בתי-הדין הצבאיים? דרך אחת להשיב על שאלה זו היא לומר, שסעיף 440ט מתייחס רק להליכי פיקוח על טעות שנפלה בפסק-הדין המבוקר; והרי עילת טעות היא רק אחת משלושת סוגי העילות

24 בג"צ 583/87 הלפרין נ' סגן נשיא בית המשפט המחוזי בירושלים, פ"ד מא(4) 683, 706.

25 ראה ד' לוי, טריבונלים שיפוטיים במדינת ישראל (לעיל, הערה 2), 52.

26 בג"צ 125/50 קואופ' נ' ביה"ד לספסרות חיפה, פ"ד ה 127; בג"צ 359/61 קרדה נ' ועדה רפואית לערעורים ליד הביטוח הלאומי, פ"ד טז(2) 828; בג"צ 302/63 המוסד לביטוח לאומי נ' בית הדין לביטוח לאומי, פ"ד ה(1) 718.

27 בכך אנו חולקים על דעה אחרת שהובעה באותו עניין. ראה מאמרו של צ' הדר (לעיל, הערה 6).

שבגינן ניתן לתקוף החלטת טריבונל נמוך. אם כך עלינו לומר, כי בג"צ ימשיך בתפקידו כל-אימת שנשענת טענת חוסר-סמכות או טענה של פגיעה בכללי הצדק הטבעי. דרך אחרת להשיב על השאלה היא לומר, כי עניין זה דומה במידה רבה לחלקו של בג"צ בפיקוח על מערכת-המשפט, הגם שהסמכות נובעת מסעיף שונה בחוק יסוד: השפיטה (סעיף 15(ג) ו-1(ד)) לחוק היסוד בנוגע לבתי המשפט, לעומת 15(ד)(3) בנוגע לבית הדין הצבאי. דהיינו: בג"צ יתערב בפעילות בתי-הדין הצבאיים בכל אותם סוגי עניינים שבהם יתערב בג"צ בנוגע למערכת בתי-המשפט הרגילים²⁸. הטעם להשוואה הזו הוא, שבשני המקרים קבע המחוקק את דרך הפיקוח והביקורת: בבתי-המשפט קיים הערעור עד בית-המשפט העליון ובנוגע לבית-הדין הצבאי גם סעיף 440 לחש"צ מתווה דרך עד בית-המשפט העליון.

מאחר שאנו סבורים, כי ראוי להדק ולהרחיב את ביקורת בית-המשפט העליון על החלטות בית-הדין הצבאי, ולאור הפסיקה החדשה בעניין צמצום היקף התערבותו של בג"צ בענייני בתי-המשפט הרגילים²⁹ — אנו מעדיפים את התשובה הראשונה לעיל, קרי: שבג"צ מוסיף לשמש לתקיפת החלטות בית-הדין הצבאי לערעורים בעילה של חוסר-סמכות או פגיעה בכללי הצדק הטבעי. אנו מתחזקים בדעתנו זו לאור הספק שיש לנו אם ניתן לומר, כי כל-אימת שמתעוררת שאלה של חריגה מסמכות או של פגיעה בכללי הצדק הטבעי, תהיה כרוכה בכך שאלה משפטית קשה או חדשה שרק בגינה נפתח המסלול של סעיף 440 לחש"צ עד לבית-המשפט העליון. החלטה תוך חריגה מסמכות או תוך פגיעה בכללי הצדק הטבעי נגועה בפגמים קיצוניים וחמורים מכדי שנציב בפני תיקונם מסגרת מן הסוג של סעיף 440 לחש"צ, מה עוד שמתוך ניסוחו ניתן ללמוד שהתיקון בא לפתור שאלות של טעויות בפסק המבוקר להבדיל מפגמים אחרים. יתר על כן: התיקון מאפשר תקיפה של פסקי-דין בלבד. אולם כאשר מדובר בפגם של חריגה מסמכות או פגיעה בכללי הצדק הטבעי (כולל פסלות שופט), אין להמתין לסיום ההליך הנגוע בפגמים, כאמור, עד למתן פסק-הדין ויש להביא את שאלת קיומם של פגמים כאלו לביורור מיד עם היחשפם. במקרה כזה, שבו טרם ניתן פסק-דין על-ידי בית-הדין הצבאי לערעורים, אין התיקון מאפשר פנייה לבית-המשפט העליון, ומכאן שרק מסלול בג"צ יוכל לשמש את הנפגע.

נוסף על כך, גישה זו הולמת את גישת הפסיקה בהקשרים דומים, שלפיה הוראת חוק הקובעת מסלול ערעור מסוים על החלטת טריבונל אין בה כדי לחסום הפניה לבג"צ בטענה של חריגה מסמכות או סטייה מכללי הצדק הטבעי³⁰.

3. סיכום-ביניים

אמת, גישתנו תחייב לסווג את סוג הטענה נגד ההחלטה המותקפת לפני שבוחרים במסלול התקיפה שבו יש ללכת. ואולם מעשה סיווג זה נעשה גם לפני סעיף 440 לחוק,

28 בג"צ 63/74 מסעוד נ' בית המשפט המחוזי פ"ד כח(2) 37; בג"צ 541/81 בוזי נ' שופט בית המשפט המחוזי בתל-אביב כר דבורין ואח', פ"ד לה(4) 807; בג"צ 691/81 דוד נ' שירות בתי הסוהר, פ"ד לו(3) 246; בג"צ 398/83 אביטן ואח' נ' הרכב 3 שופטים ואח', פ"ד לו(3) 467; בג"צ 658/84 הולנד נ' שופט בית משפט השלום לתעבורה בתל-אביב יפו, פ"ד לט(2) 524; בג"צ 558/81 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד לו(2) 551.

29 בג"צ 583/87 יהושע הלפרין נ' סגן נשיא בית המשפט המחוזי בירושלים (לעיל, הערה 24).

30 לעיל, הערה 26.

במסגרת התקיפה בג"צ, שהרי הלכות ההתערבות בבג"צ שונות כשמדובר בטענת טעות, שם נהוגה גישה מרסנת, לעומת טענה של חוסר-סמכות או פגיעה בכללי הצדק הטבעי³¹.

ככל שהתיקון בא להחליף את בג"צ בפיקוח על בית-הדין הצבאי לערעורים, הרי שעל-פי כל גישה ביחס להיקף הביקורת של בג"צ יש בתיקון משום צמצום היקף הביקורת על בתי-הדין הצבאיים. לדידם של המרחיבים בסמכות בג"צ, הצמצום הוא מופלג ומהותי. לדידם של אלו הנוקטים גישה מגבילה ומרסנת ביחס לסמכות בג"צ, הנסיגה שיש בתיקון היא יותר טכנית.

תוצאה זו תמוהה בעינינו: אם ביקשה ועדת-שמגר להסדיר במיוחד את שיטת הפיקוח והביקורת על בית-הדין הצבאי ולייחדה משיטת הפיקוח על שאר הטריבונלים, הרי שרצחה לעשות כן בשל המאפיינים המיוחדים את בית-הדין הצבאי לעומת שאר הטריבונלים. המאפיינים הללו צריכים להוביל — לדעתנו — להידוק הפיקוח של בית-המשפט העליון על בתי-הדין הצבאיים, בעיקר משום עיסוקם בפלילים וכדיני נפשות. והנה, בעקבות המלצות הוועדה הוציא המחוקק תחת ידו הסדר שדווקא מצמצם את היקף הביקורת במקום להרחיבו, או לפחות שלא לשנותו.

4. פתרון על דרך הפרשנות — האם אפשרי?

הדברים שהבאנו לעיל בכל הנוגע להיקף השימוש בסעיף 440ט, ובכלל זה גם ההשוואה שעשינו בין לשון סעיף זה לבין הדין הנוסף, מבוססים על פרשנות לשונית גרידא. כפי שצינו, תוצאות פרשנות זו מכיאות אותנו לתוצאות מוקשות בעינינו על-דקע המצב המשפטי שקדם לתיקון ועל-דקע הטעמים הקיימים — לדעתנו — בהקשר של בית-הדין הצבאי, המחייבים פיקוח אינטנסיבי של בית-המשפט העליון על החלטותיו של בית-הדין, ולא צמצום היקף הפיקוח, כפי שעולה מנוסחו של סעיף 440ט לחש"צ. מכאן יש אולי מקום למשוך ידנו מן "הפרשנות המילולית" ולפרש את סעיף 440ט לחש"צ בהתאם להקשר החקיקתי שלו, להיסטוריה המשפטית שקדמה לו ולציפיות מתכלית התיקון שנועד לאפשר ערעור על החלטות בית-הדין הצבאי המכריע כדיני נפשות. במסגרת פעולה פרשנית כזו מוצע להתחשב במצב המשפטי שקדם לתיקון, שעל-פיו במסגרת בג"צ היה ניתן לתקוף החלטות של בית-הדין הצבאי, כאשר יש הסוברים שהדבר נעשה כבכל הליך טעות רגיל בערעור. כמורכב יש להתחשב בשיקולים שאת עיקרם מנינו לעיל, המצדיקים פיקוח מתערב יותר מזה המחויב בנוגע לטריבונלים אחרים.

ואולם ספק בעינינו אם מאמץ פרשנות זה יכול להועיל הרבה, וזאת לא רק לאור לשון הסעיף עצמו, אלא גם בשל הדמיון הרב בין לשונו לבין מוסד הדין הנוסף. קושי ידוע קיים בפרשנות אותה לשון עצמה בצורה מרחיבה בהקשר של חש"צ, לעומת פרשנות צרה ומוגבלת מאוד של הדין הנוסף בחוק יסוד: השפיטה; הגם שיכולה להישמע ההצדקה כי למרות הזהות בלשון ובניסוח קיים הבדל בהקשר, בהיסטוריה החקיקתית

31 למשל: בג"צ 144/863 הלוי נ' בית הדין הצבאי לערעורים, פ"ד מ(2) 309, שם סיווג השופט מלך את השאלה כשאלת-טעות וסירב להתערב בהחלטת בית-הדין הצבאי לערעורים; ולעומתו השופט בייסקי סיווג את השאלה כשאלת חריגה מכללי הצדק הטבעי (פסלות שופט) והיה מוכן להתערב.

ובפונקציה שיש לייחס לכל אחד משני המכשירים הללו. ואכן, כפי שכבר הזכרנו לעיל, הנשיא שמגר התייחס להבדלים אלו בפרשת הבר נ' התובע הצבאי הראשי³², ולמרות הדמיון בנוסח הלשון, קבע בפרשה זו שהתיקון מקביל דווקא למוסד רשות הערעור. נשאלת השאלה, האם בהבחנה שהבחין הנשיא שמגר בין מוסד הדין הנוסף לבין התיקון עשויה להכתיב את היקף הפיקוח על בית-הדין הצבאי לערעורים לאור הפסיקה שנתגבשה בנוגע למקרים שבהם יש ליתן רשות ערעור וכן לאור הדמיון הקיים בין השיקולים המצדיקים דיון נוסף על אלו המצדיקים מתן רשות ערעור — דמיון שעליו הנשיא שמגר עומד בפרשת הבר. לכך נתייחס בהמשך.

5. יישום התיקון בפסיקה

החלטה שפורסמה בנוגע לסעיף 440ט לחוק השיפוט הצבאי היא זו שנתקבלה בפרשת נאפסו³³. השאלה שעמדה לדין בפרשה זו היא אמיתות ההודאות שמסר נאפסו לחוקריו, וזאת לאור טענותיו כי ההודאות נגבו באמצעים פסולים. טענותיו אלו של נאפסו נדחו על-ידי בית-המשפט הצבאי לערעורים. נשיא בית-המשפט העליון השופט שמגר נעתר לבקשת נאפסו במסגרת סמכותו על-פי סעיף 440ט לחש"צ ונתן לו רשות לערער על פסק-דינו של בית-הדין הצבאי לערעורים, וכך נתאפשר דיון בערעור (שאינו לענייננו כאן). פרופ' פלר מותח ביקורת על החלטת הנשיא ליתן רשות לערער³⁴, וזאת משום שלדעתו, סעיף 440ט לחש"צ נועד לאפשר פיקוח מן הבחינה ההלכתית "של בית המשפט העליון על פסיקת בתי הדין הצבאיים לשם הבטחת אחידות ההלכה המשפטית בתחום הפלילי ובכל מערכות השיפוט של המדינה"³⁵, בעוד שהשאלה שעמדה על הפרק בפרשת נאפסו היא — לדעתו — עובדתית גרידא³⁶. לדעתו של פרופ' פלר, טעה אפוא הנשיא שמגר שעה שנתן רשות ערעור במקרה דנן ולמעשה חרג מסמכותו, כפי שהוקנתה לו בסעיף 440ט לחש"צ.

אנו סבורים, כי אם בודקים את לשון סעיף 440ט לחש"צ כשלעצמה, יש, בכל הכבוד, מקום לביקורתו של פרופ' פלר. ברם, אם אנו מעמיקים חקור בהיסטוריה החקיקתית, בהלכות בג"צ שקדמו לתיקון ואף במיקומו ובתפקידו של בית-הדין הצבאי במערכת המשפט, ייתכן שיש מקום דווקא לדרכו של הנשיא שמגר בפרשת נאפסו. לדעתנו, וכפי שפירטנו לעיל, ההלכה הפסוקה שקדמה לתיקון ראתה בתקיפת החלטות הטריבוונל הליך הקרוב מאוד להליך ערעורי רגיל (בכפופות למחלוקת האמתית או המדומה שבין שתי הגישות הקיימות בסוגיא זו); ואם זוהי ההלכה ביחס לכלל הטריבוונלים הנמוכים, ודאי שכך, אם לא למעלה מזה — ביחס לבית-הדין הצבאי הדין בפלילים.

לפיכך, לדעתנו, מצב רצוי הוא שהכרעות הדין של בית-הדין הצבאי לערעורים יהיו ניתנות לערעור בפני בית-המשפט העליון, ואם קיים מחסום של בקשת רשות ערעור — יש לנהוג במתן הרשות בהרחבה; וכאשר דנים בערעור עצמו, יש לנהוג כפי שבית-

32 לעיל, הערה 19.

33 ע"א 127/87, פ"ד מא(2) 631.

34 ש' ז' פלר, "פיקוח בית-המשפט העליון על הלכות מערכת-השיפוט הצבאי, פסק-הדין בעניין נאפסו — הראשון מסוגו. האם גם תקדים במהותו?" משפטים יז (תשמ"ז) 53.

35 (לעיל, הערה 34), 55.

36 (לעיל, הערה 34), 59.

המשפט העליון נוהג בשבתו כבית־משפט לערעורים פליליים. גישתו של הנשיא שמגר בפרשת נאפסו, כפי שזו באה לידי ביטוי בפרשה זו, מתיישבת עם הגישה המומלצת כאן על־ידנו; אך האם היא מתיישבת עם גישתו של הנשיא שמגר בפרשת הבר, שבאה לאחר פרשת נאפסו המוזכרת לעיל?

בפרשת הבר דחה, כאמור, הנשיא שמגר את ההשוואה בין התיקון לבין מוסד הדיון הנוסף, וזאת למרות הדמיון שבנוסח שני הסעיפים. ואכן, פרשנותו זו מנעה יישום מצמצם מאוד של התיקון. לעומת זאת, ההשוואה למוסד הרשות לערער פותחת פתח ליישום גמיש יותר של ההלכות שנתגבשו בנוגע לשיקולים המנחים את בית־המשפט הנותן רשות לערער, וזאת לאור ריבוי ההלכות בנושא זה ולאור ההכרל ביישום כללים אלו לפי העניין הנדון. ואכן, ניסוח המבחן שאליו הנשיא שמגר מפנה בפרשת הבר, אם ליתן רשות ערעור, שונה בניסוחו מזה שבהקשר של דיון נוסף ואף מזה שבלשון התיקון. הנשיא מפנה להמ' 648/78 (לא פורסם), שם הנשיא זוסמן מגדיר את המבחן למתן רשות ערעור בקיומה של "שאלה בעלת חשיבות ציבורית או עקרונית המצדיקה הכרעה בבית משפט זה".

מבחן זה שונה מן המבחן "שאלה משפטית עקרונית שיש בה קשיות או חידוש", כפי שמנוסח בתיקון.

האין פער מהותי בין שני המבחנים מעבר לפער סימנטי? לא נוכל להיכנס, אגב רשימה זו, להשוואה בין השיקולים למתן רשות ערעור לעומת אלו שנשקלים במסגרת דיון נוסף והשוואת אלו לשיקולים הנשקלים במסגרת הליך ערעורי רגיל. אך מכל־מקום, לדעתנו, פרשת נאפסו היא דוגמה למקרה שבו התעוררה שאלה "בעלת חשיבות ציבורית" הגם שלא התעוררה שם "שאלה משפטית שיש בה קשיות או חידוש".

מן הניסיון הקצר מאוד ביישומו של התיקון עולה, כי הנשיא שמגר בחר להפעיל את סמכותו ליתן רשות לערער על־פי סעיף 440ט בצורה רחבה מזו שבה מופעל מוסד הדיון הנוסף. אין אנו יכולים לעמוד על השיקולים שהנחו את הנשיא בעניין נאפסו, שכן החלטתו של הנשיא ליתן לנאפסו רשות לערער לא נומקה נימוק מהותי, ואף בפרשת הבר הסתפק הנשיא בפרשנות לשונית גרידא של התיקון. הגם שהפרשנות הרחבה מאוד שניתנה לסעיף 440ט, כפי שהיא באה לידי ביטוי מעשי בפרשת נאפסו הולמת — לדעתנו — את הרצוי. יש ספק אם פרשנות כה רחבה לסעיף מצויה במתחם הלגיטימיות הפרשנית, וזאת לאור לשונו החד־משמעית של סעיף 440ט לחש"צ. והראיה; למרות מאמציו הפרשניים של הנשיא שמגר בפרשת הבר, הרי שעדיין כל שעשה שם הנשיא הוא להשוות את התיקון עם בקשות למתן רשות ערעור; ואף הוא מודה, כי השיקולים במתן רשות ערעור זהים "בחלקם הגדול" לאלו הנשקלים בהחלטה לקיים דיון נוסף.

ה. סיכום והמלצה לשינוי

היקפו של פיקוח בג"צ על החלטות בתי־משפט נמוכים שונים במערכת־המשפט שלנו מושפע מן המאפיינים של הטריבונלים המחייבים ריסון ההתערבות של בית־המשפט העליון בהחלטותיהם. בין המאפיינים הללו בולטים המומחיות של שופטי הטריבונל בנושאים הנדונים בפניו, התפקיד שנתן להם המחוקק לגבש את הדין בתחומי שיפוטו של הטריבונל ומתן זכות הערעור בפני ערכאות־ערעור במסגרת הטריבונל עצמו. ככל שמדובר במערכת בתי־הדין הצבאיים, קיומם של חלק מן המאפיינים הנ"ל אינו

משמעותי, אם בכלל. יישום המשפט הפלילי אינו תחום שבו ניתן לייחס לבתי-הדין הצבאיים מומחיות טובה מזו הקיימת במערכת בתי-המשפט הרגילה. הדאגה לגיבוש הלכות אחידות במשפט הפלילי חייבת להימסר לבית-המשפט העליון דווקא בהיות הדין הפלילי מיושם הן בבית-הדין הצבאי הן במערכת-המשפט הכללית.

למעלה מכך: ההצדקה הכללית המחייבת פיקוח בית-המשפט העליון על כל טריבונל הממלא תפקיד שיפוטי כדי ש"לא יעשה שבת לעצמו", כולטת במיוחד כשמדובר בבתי-הדין הצבאיים באשר הם דנים בדיני נפשות ובסמכותם לנקוט ענישה השוללת חירותו של אדם.

לפיכך יש מקום לקבוע מסלול פיקוח על פסקי-דין של בית-הדין הצבאי לערעורים, הנבדל מזה שנוקט ביחס לטריבונלים אחרים במסגרת כג"צ. ואולם הצפייה, כי סעיף 440 לחש"צ יאפשר העמקת הפיקוח של בית-המשפט העליון על פסקי-הדין של בית-הדין הצבאי לערעורים, נכזבת למקרא לשונו של התיקון. לטעמנו, המחוקק היה צריך לאפשר ערעור בזכות לבית-המשפט העליון על פסקי-דין של בית-הדין הצבאי לערעורים לעניין הכרעות הדין. להבדיל מגזרי-הדין שבהם אין — לדעתנו — בדרך-כלל מקום להתערב.

