

מאמרים

פיקוח בית המשפט העליון על הלכות מערכת השיפוט הצבאי **פסק הדין בעניין נאפסו – הראשון מסוגו, האם גם תקדים במהותו?**

מאת

ש"ז פלר

א. יעד התיקון. ב. יישום ראשון של התיקון. ג. חובת ההגדרה של השאלה ותפקידה. ד. הכוח המונח של העילה. ה. מהות העילה להליכים בעניין נאפסו? ו. פסק דין של בית משפט או אקט גיבוי להסכם פרטי? ז. עילה למשפט חוזר ולא לערעור נוסף. ח. שמא בכל זאת שאלה משפטית? ט. משפט נאפסו או שמא משפט הישביכ"ז?

א. יעד התיקון

פשיטא, שהתשתית העקרונית והעיונית של דיני העונשין היא אחת ויחידה, ללא הברל מערכת השיפוט הנקראת להפעילם, אף כאשר תחום סמכותה מחייב הברלי מין אתרים. אחדות ההלכה ביישום דינים אלה על-ידי שתי מערכות השיפוט, האזרחית והצבאית, היא פועל יוצא הכרחי של מציאות זו, והגשמת האחדות עשויה להיות מותנית, בין השאר, בריכוז בידי ערכאה שיפוטית עליונה, משותפת, של הסמכות לומר את דברה הסופי בשאלות משפטיות שיכולות להתעורר אגב הליכי היישום של דיני העונשין גם על-ידי מערכת השיפוט הצבאי, ולחרוץ את הדין בהתאם להלכה הנראית לה, ולא רק אגב יישום דינים אלה על-ידי מערכת השיפוט האזרחי. כמובן, ערכאה שיפוטית זו אינה יכולה להיות אלא בית המשפט העליון.

אחת מהמלצות ועדת שמגר¹ לתיקון חוק השיפוט הצבאי, תשט"ו – 1955², הנותנת ביטוי לדאגה לאחדות ההלכה הפסוקה בתחום דיני העונשין, היתה לאפשר ערעור לבית המשפט העליון נגד פסק-דין של בית דין צבאי. והרי השיקולים שהביאו את הוועדה להמלצה זו:

1 בתורש מאי 1977 מינו שר המשפטים ושר הבטחון ועדה בראשות נשיא בית המשפט העליון דהיום, השופט מאיר שמגר, לכרוך בעיות שונות שהתעוררו במערכת השיפוט הצבאי ולהמליץ על פתרונות להן.

2 ס"ח 189.

בית הדין הצבאי לערעורים הוא כיום הערכאה השיפוטית העליונה במערכת בתי הדין. למען אחידותה של ההלכה המשפטית רצוי לשקול אם אין לקבוע כי ניתן יהיה להגיש ערעור נוסף לבית המשפט העליון, על פי רשות שניתנה מאת נשיא בית המשפט העליון, אם סבור הנשיא כי יש מקום לערעור נוסף כאמור בשל חשיבותה או חידושה של ההלכה שנפסקה. יש בהסדר כאמור כדי לתרום לאחידותה של ההלכה המשפטית ולאפשר פיקוח שיפוטי עליון על ידי הערכאה השיפוטית הגבוהה ביותר במדינה³.

על המלצה זו סמכה ידיה גם הוועדה לבדיקת המבנה והסמכויות של בתי המשפט, בראשותו של נשיא בית המשפט העליון דאז, השופט משה לנרתי⁴. במשך הזמן, אומצה ההמלצה על-ידי המחוקק בחוק לתיקון חוק השיפוט הצבאי מחודש יוני 1986⁵. שולב בחוק זה סעיף 440 ט, המאפשר ערעור כאמור, במספר תנאים: שהעניין נדון במערכת השיפוט הצבאי גם בערכאת הערעור, שהערעור לבית המשפט העליון יהיה ברשות בלבד, שהשאלה מושא הערעור תהיה שאלה משפטית, וששאלה זו תהיה גם בעלת משקל סגולי מסויים. תנאים אלה מצאו את ביטויים בהוראות שני הסעיפים הקטנים הראשונים – (א) ו-(ב) – של סעיף ט האמור⁶.

התיקון מתבטא אפוא בהנהגת ערעור נוסף על פסקי דין של בית דין צבאי לערעורים לבית המשפט העליון, בשאלות משפטיות כבדות משקל בלבד, המצריכות בחינה על-ידי הערכאה השיפוטית העליונה, כדי לקבוע קרימנחה מחייב אחיד למערכות השיפוט כולן, שבמדינה, אפילו נעשה הדבר תוך סטייה כלשהי מכלל סופיות פסקי-הדין במסגרת כל מערכת שיפוט בנפרד. אם אגב חריצת הדין בערעור נוסף זה מתבקש גם תיקון דינו של הנאשם, כפי שנחרץ בבית הדין הצבאי, מובן כי שומה על בית המשפט העליון שלא להשאיר עיוות דין על כנו; אך לא זה העיקר. אם השאלה המשפטית המועלית בבקשה למתן רשות לערער איננה מצריכה נקיטת עמדה הלכתית במסגרת דרך תקיפה מיוחדת זו, אין מקום להרשות את השימוש בה; ולבסוף, אין מקום לדרך תקיפה זו נוכח שאלה שעניינה בעובדות ולא במשפט, שכן דרכה של ערכאת ערעור, אף בערעורים רגילים, הוא להתנזר מהתערבות בהערכת עובדות מבחינת המשקל ההוכחתי של חומר הראיות ומהימנותו, עליו מושתתות העובדות, לסמוך, בנושא זה, על הערכאה הראשונה, כפי שהיא קלטה אותן עקב התרשמות בלתי אמצעית במהלך גביית הראיות, ולראות את עיקר תפקידה בהעברת המסקנות שהסיקה מהן ערכאה זו,

3 פסקה 21 (ה) של דו"ח הביניים מיום 21 ביולי 1977, בעמ' 10.

4 דין וחשבון הוועדה – ירושלים, חשון תשמ"א – אוקטובר 1980, בעמ' 41, פסקה 76.

5 חוק לתיקון חוק השיפוט הצבאי, תשט"ו-1955 (תיקון מס' 17), ס"ח 1183.

6 והרי לשונם:

440 ט (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 לערער אלא בשאלה משפטית שיש בה חשיבות, קשיות או חידוש.

במבחן דרישות ההלכה, החקוקה והפסוקה כאחת. לא כל שכן, כשמדובר בערעור נוסף ומיוחד, שמטרתו המוצהרת היא לאפשר הבטחת אחידות בהלכה, בכל מערכות השיפוט. אשר למקרים שפוטם, שבהם מתחייבת פתיחה מחדש של הליכים בשל עילה שעניינה בעובדות, נועד להם המוסד הפרוצידורלי של "משפט חוזר", המוסדר, על תנאיו הקפידים, בסעיפים 445–457 לחוק השיפוט הצבאי.

היעד המוצהר והמובהק של תיקון חוק השיפוט הצבאי תוך שילוב בו של הוראות סעיף 440 ס' הוא, אם כן, לאפשר פיקוח, מן הבחינה ההלכתית, של בית המשפט העליון על פסיקת בתי הדין הצבאיים לשם הבטחת אחדות ההלכה המשפטית בתחום הפלילי, בכל מערכות השיפוט של המדינה.

ב. יישום ראשון של התיקון

הוראות האמורות הופעלו לראשונה בעניין נאפסו⁷, ונדמה לנו כי התנסות ראשונה זו ראויה לסיקור ועיון כדי לבדוק באיזו מידה יש בה כדי לשמש תקדים מנחה, אף לבית המשפט העליון עצמו, לעניין יישום הוראות אלה. הנושא מחייב ליבון, במיוחד כדי לברר מהו תחום תחולתן של הוראות סעיף 440 ס' לחוק השיפוט הצבאי וכדי למנוע שימוש בהן במקרים שלהם לא נועדו.

לדעתנו, חשובה במיוחד היא הוראת סעיף 440 ט(ב). היא מגדירה בלשון מקפידה את העילה הקבילה לדרך תקיפה זו, נוספת ובלתי רגילה לעומת הערעור הבסיסי והרגיל מבית דין צבאי בדרגה ראשונה לבית דין צבאי לערעורים. העילה צריכה להתבטא ב"שאלה משפטית שיש בה חשיבות, קשיות או חידוש"; ואם אין עילה כאמור "לא תינתן רשות לערער", כאשר, לפי הוראת סעיף 440 ט(א), ניתן לערער רק "אם נתקבלה רשות לכך". העילה מותנית, אפוא, בתנאי כפול – לא רק שאלה בעלת משקל סגולי מסויים, אלא גם שאלה שהיא, ראשית לכול, במהותה שאלה "משפטית", ולא שאלה עובדתית. מכאן, גם הצורך להתנות את הגשת ערעור נוסף, מיוחד זה, בהליך מוקדם של בדיקת התקיימות, בכל מקרה כנפרד, של עילה שמתמלאים בה שני התנאים הנורמטיביים האמורים, הליך זה מצריך גם קביעת ערכאה מוסמכת לערוך את הבדיקה וליתן את הרשות לערער רק בהתקיים התנאים האמורים; כי בהעדרם, נבצר ממנה ליתן את הרשות – "לא תינתן רשות לערער" מצווה, בלשון של איסור, הוראת סעיף 440 ט(ב). החוק רצה להגביל את הפיקוח של בית המשפט העליון על פסיקת בתי הדין הצבאיים, רק מבחינת עיגונה בדין, ולא גם בעובדות. בכך, נתן ביטוי התיקון המובא לחוק השיפוט הצבאי למטרה הבסיסית של המלצת ועדת שמגר – "לתרום לאחידותה של ההלכה המשפטית", ולא גם להפוך את בית המשפט העליון לערכאה נוספת, המפקדת גם על בדיקת התשתית העובדתית של פסקי הדין שהוצאו לפניה. ואף כשמדובר בתשתית הלכתית, מוגבל הפיקוח לשאלות כבדות משקל, שיש בהן "חשיבות, קשיות או חידוש" כאמור, ולא גם לשאלות בעלות משקל תפל, ולו אף משפטיות גם הן. בהוראות סעיף

7 ע"פ 124/87 ע' נאפסו נ' התובע הצבאי הראשי, עדיין לא פורסם; צוטט בכינוי "עניין נאפסו".

440 ט(א) לחוק השיפוט הצבאי נקבע כי הערכאות שמוסמכות ליתן רשות לערער על פסק דין של בית דין צבאי לערעורים, הן רק בית דין זה בפסק הדין עצמו, נשיא בית המשפט העליון או משנהו. נוצר אפוא הליך והוסמכו אפוא ערכאות, כדי לממש את השלב המוקדם, של סינון הבקשות לערעור נוסף בהתאם לסעיף 440 ט לחוק השיפוט הצבאי, לשם שמירה על גבולות הערעור ואופיו המיוחד; והכל כדי לא לחרוג בערעור נוסף זה מעבר ליעדו של תיקון החוק – לתרום כאמור לאחידותה של ההלכה.

ג. חובת ההגדרה של השאלה ותפקידה

האמור לעיל מחייב, כבר בשלב המקדמי של מתן הרשות לערער בהתאם לסעיף 440 ט לחוק השיפוט הצבאי, לפחות להגדיר את השאלה המשפטית, עליידי נותן הרשות, האמורה להיות עילת הערעור, תוך המחשת תנאיה לגופו של העניין הספציפי, אם לא גם בליווי הנמקה תמציתית של ההיענות לבקשה לרשות לערער, צמודה לשני התנאים הנורמאטיביים בהם מותנית עילה כאמור.

דרישה מינימאלית זו היא בעלת תפקיד כפול. האחד, לשמש תשתית לעצם נתינת הרשות לערער, שכן, בהיעדר עילה מוגדרת כאמור אסור, בתכלית האיסור, מתן הרשות – "לא תינתן רשות לערער אלא..." קובע החוק בסעיף 440 ט(ב). התפקיד האחר של הגדרת עילת הערעור הוא להגביל ולתחום, בהקפדה יתירה, את מושא הערעור, שבר' אמותיו בלבד יהיו מוסמכים הצדדים לטעון ובית המשפט לדון ולהחליט. בקיצור, עילה כאמור משמשת מקור ענייני של הסמכות למתן הרשות לערער, וקובעת, בעת ובעונה אחת, את ההיקף הייחודי של הערעור עצמו. בדונו בערעור, מנוע בית המשפט העליון מלחרוג מעבר לגבולות של עילת הערעור, כפי שהוגדרה עליידי הגורם שהוסמך בחוק לתת רשות לערער אגב הדיון בבקשה לקבל רשות זו; לא כל שכן, אין כל סמכות לבית משפט זה להרחיק את ד' אמותיו של מושא הערעור לשאלה שעניינה בעובדות. בערעור נוסף לפי סעיף 440 ט לחוק השיפוט הצבאי, כבול בית המשפט העליון לדיון בשאלה משפטית בלבד, ובאותה שאלה בלבד, שנותן הרשות לערער מצא אותה ראוייה לשמש עילה לפתיחת הליך מיוחד זה. לכן, טעונה העילה הגדרה מוחשית ספציפית מלכתחילה. אם לא כן, הרשות לערער, אם הוענקה, ניתנה תוך חריגה מסמכות, והערעור עצמו הוא נטול מושא ברין.

אבל, נניח כי בית המשפט העליון, בשיבתו כערכאה לערעורים, מוצא עצמו בפני פתיחת דיון בערעור שהוגש על סמך סעיף 440 ט לחוק השיפוט הצבאי, ללא הגדרה עניינית מוקדמת, של "השאלה המשפטית שיש בה חשיבות, קשיות או חידוש", כמותנה בהוראות סעיף זה, אגב מתן הרשות. מה דינו של ההליך במקרה זה? התשובה הנראית לנו היא – החזרת העניין לערכאה המוסמכת ליתן את הרשות, לשם עיון חוזר בבקשת הרשות לערער והגדרת השאלה על תוכנה המוחשי לגופו של העניין הספציפי ובהתאם לתנאיה הנורמאטיביים. תשובה זו מתחייבת גם מכך שייתכן שבמותב היזשב בדין על הערעור אף לא ימצא שופט מוסמך לדון בבקשות למתן רשות ערעור בהתאם להוראות האמורות.

אפילו ייאמר כי, במקרה המיוחד שבו משתתף במוכתב נשיא בית המשפט העליון או משנהו, אין צורך פורמאלי להחזיר את העניין כאמור, וכי בית המשפט, על דעת הנשיא או, בהעדרו, על דעת משנהו, מוסמך להשלים את החסר ולהגדיר קודם את מושא הערעור בו הוא עומד לדון, גם בהנחה זו, אין סמכותו של בית המשפט שונה מזו של הנשיא או משנהו, כאשר הם, ביחידות, רגילים בבקשה לקבלת רשות לערער, שמבוססת על סעיף 440 ט לחוק השיפוט הצבאי: דהיינו, להיעתר לבקשה רק כאשר העילה היא שאלה שבדין, ולא גם שאלה שבעובדות, ואף לא שאלה משפטית כלשהי, אלא שאלה משפטית "שיש בהן חשיבות, קשיות או חידוש". כתוצאה מכך, אם אין לאל ידו של בית המשפט לאתר ולהגדיר כמובן שאלה משפטית כאמור, ההליך שהיה נעדר תשתית חוקית כדי להחל בו, מן הדין שיופסק אף אם הוחל בו, כאילו לא הוחל בו מלכתחילה.

ד. הכוח המותנה של העילה

אמת היא שאם, לאחר מתן רשות לערער תוך הגדרת העילה כאמור, לא הוגש הערעור במועד הקצוב בחוק, לא יתקיים דיון, למרות שלדעת הערכאה שנתנה את הרשות, היה מקום שהשאלה המשפטית עילת הערעור תוכרע בבית המשפט העליון. גרוע מכך – אף לאחר שהוגש הערעור, במועד כמובן ועקב קבלת רשות בשל התקיימות עילה ראויה לדיון בערעור נוסף, רשאי המערער לחזור בו מן הערעור, מרצונו השרירותי בלבד, כל עוד לא נסתיימו טענות בעלי הדין, כאמור בסעיף 206 לחוק סדר הדין הפלילי ונוסח משולב, תשמ"ב-1982.⁸ גם במקרה זה, יישאר המצב על כנו, למרות שבית דין צבאי לערעורים, נשיא בית המשפט העליון או משנהו, סבר כי קיימת עילה משפטית מוגדרת, על תוכנה המוחשי הספציפי, ראויה לדיון ושההכרעה בה עשויה לשנות את פני הדברים כפי שנחרצו בפסקי הדין של הערכאות הצבאיות שדנו בעניין לפני כן. כלומר, התקיימות עילה ראויה לערעור, הענקה רשות לערער עקב כך, אינן אלא פותחות את הדרך לדיון נוסף; האופציה של השימוש בדרך זו נתונה עדיין בידי המערער בכוח, עד להגשת הערעור, או בפועל, עד לסיום שלב הטענות של בעלי הדין, למרות התקיימות עילה שעשויה היתה להביא לשינוי פני הדברים.

הרהורים אלה מוליכים למסקנה, שבהנהיגו את הערעור הנוסף מערכאת ערעור צבאית לבית המשפט העליון, פני המחוקק היו מופנות לשתי נקודות יעד בלבד – או שינוי החלטת הערכאה הצבאית עקב העילה, או הישרדות המצב הנתון; פתרון שלישי אין – *tertium non datur*. בזה הכוח המותנה של עילה לערעור נוסף מסוג זה. השורה התחתונה היא כי, כשם שה-*status quo ante* צריך להישאר על כנו אף אם הוחל בהליכי הדיון בערעור הנוסף, למרות העדר עילה מוגדרת כדין לערעור כזה, כך גם הדיון בערעור מותנה, עד לשלב מסוים, בהתמדת בעל הדין, למרות התקיימות עילה כדין להגיש את הערעור ולהמשיך בהליכי הדיון בו. פתיחה בהליכים והתמדה בהם אינן פוטרות מן הצורך בעילה כדין כתשתית לכך; ועילה כזאת יכולה להיות, שוב ראוי להטעים, שאלה משפטית בלבד, ולא גם שאלה שבעובדות.

ה. מהות העילה להליכים בעניין נאפסו

תוך ראיית הדברים באספקלריה דלעיל, ציפינו למצוא, כנדרש, בפתח הדיון, בפסק הדין, את נוסח השאלה המשפטית, שנשיא בית המשפט העליון, כערכאה מוסמכת ליתן רשות לערער, ראה בה עילה מוגדרת, הכרחית ומספקת, לערעור נוסף, התוחמת בעת ובעונה אחת, גם את מושא הדיון וההכרעה בהליכי הערעור עצמו. במקום זאת, מצוי בפסק הדין המשפט "המערער ביקש וקיבל רשות לערער לבית משפט זה, וזאת על פי הוראותיו ותנאיו של סעיף 440 ט לחוק השיפוט הצבאי". כלומר, הפניה פורמאלית וכללית בלבד, לתנאים הערטילאים הקבועים בחוק, ללא כל המחשבה ספציפית לגופו של העניין. הפניה כזאת אין בה ולא כלום כדי לבטא באורח קונקרטי את העילה שמצדיקה מתן רשות לערער, ולהגביל באורח ספציפי את מושא הערעור. כלליותה שוללת ממנה את התוכן הנדרש למילוי התפקיד הכפול האמור. ציפינו למצוא, לפחות בהמשך, בגוף פסק הדין של בית המשפט העליון, מנוסחת, בצורה כלשהי, השאלה המשפטית הקונקרטית שטעונה הכרעה בערעור הנוסף, ושעל פי הכרעה זו ייחרץ גם הדין בנידון. "ציפינו" – למרות שמן הדין היה שתיחום השאלה ייעשה, כאמור, בהחלטה המוקדמת על הבקשה לקבלת הרשות לערער עקב מלאכת הסינון המוחשי של הערכאה למתן הרשות, ולא בשלב מאוחר יותר, של הדיון בפסק הדין על הערעור עצמו; שאם לא כן, מתן הרשות נטולה תשתית כדין, והערעור עצמו נעדר מושא מוגדר, ועל כך כבר דנו. בכל זאת, "ציפינו" להגדרה לפחות בגוף פסק הדין, שעשויה, אולי, להבשיר את ההחלטה הלקויה על הבקשה, רק משום שבמותב בית המשפט העליון, שזן בערעור, השתתף גם נשיא בית המשפט העליון, המוסמך ליתן רשות לערער. "ציפינו", אם כן, עד סוף הדרך – והעלינו חרס בדינו – עד לקטע בו בית המשפט העליון חרץ את הדין בעניין, ועד בכלל, באלה המלים:

על כן, החלטנו לבטל את ההרשעה בדין ואת העונש של בית המשפט הצבאי המיוחד ולהרשיע את המערער במקום זאת בעבירה על סעיף 73 רישא של חוק השיפוט הצבאי, התשס"ו-1955 בהתאם לעובדות שפורטו בהוראה הכתובה הנ"ל.

בוטלו, בדרך זו, ההרשעות של הקצין בצה"ל, נאפסו, בעבירות של ריגול, בגידה והעברת אמצעי לחימה מלבנון לגורמים עויינים בישראל, והעונש של שמונה עשרה שנים מאסר, שהוטל עליו בגין עבירות אלה בבית דין צבאי, ובמקום אלה הורשע המערער בעבירה של "חריגה מסמכות עד כדי סיכון בטחון המדינה", לפי סעיף 73 רישא לחוק השיפוט הצבאי, שבגינה גזר בית המשפט העליון את העונש של שנתיים מאסר. עד לקטע המסכם והמכריע דלעיל, ועד בכלל, אין אפוא שמץ של שאלה משפטית שהערכאות השיפוטיות הקודמות, הצבאיות, נקטו לגביה עמדה נתונה, והראיה לדיון נוסף בשל היותה שנויה במחלוקת ורלוואנטית לחריצת הדין בעניינו של המערער נאפסו. אולם, אין זאת אומרת שהמפנה החד בדינו של המערער נטול תשתית כלשהי

בפסק הדין. המפנה הוסב, כפי שמתבטא בית המשפט העליון עצמו באותו קטע, עלידי שאלה שב"עובדות" נתונות, מנויות "בהודאה כתובה" מסוימת, אשר שינו, בעיני בית המשפט העליון, את פני הדברים והביאוהו למסקנה אליה הגיע. ואלה הם השינויים שחלו במסכת העובדות בהשוואה למסכת העובדות שבפניה עמדו הערכאות השיפוטיות הצבאיות, לדרגותיהן, שרנו בעניין נאפסו, כפי שתוארה בפסק הדין של בית המשפט העליון בע"פ 124/87:

(א) לנגד עיני בית הדין הצבאי המיוחד נמצאו הודאותיו המלאות, בכתב ידו של נאפסו, בביצוע המעשים מושא ההאשמתו בעבירות האמורות לעיל, הודאות שנמסרו לחוקרי שירות הבטחון הכללי, ואשר בית הדין מצא להן גם "דבר מה נוסף" כנדרש לשם השלמת משקלן הדרוש להרשעה. אמנם, לפני בית הדין התכחש נאפסו להודאותיו בשלב החקירה, וטענתו היתה כי הן נמסרו עקב הפעלת אמצעי לחץ פסולים עליו, עלידי חוקריו. כהודאות שלא ניתנו מרצונו הטוב של הנחקר, כנדרש לפי הוראת סעיף 477 לחוק השיפוט הצבאי, אין הן קבילות כראיות במשפט. כנגד טענה זו של הנאשם, קיבל בית הדין כאמינות את עדויותיהם של החוקרים, בהן הם התכחשו לטענת הנאשם לגבי הדרך בה הושגו הודאותיו, וטענו כי הן ניתנו מרצונו הטוב של הנחקר, ללא שימוש לשם קבלתן באמצעים פסולים נגדו.

כלומר, ובתכלית הפשטות, שתי גירסאות, אשר המבדיל שביניהן הוא עניין שבעובדות – לפי גירסת הנאשם, ניתנו ההודאות עליבורחו; לפי גירסת החוקרים ניתנו ההודאות מרצונו הטוב של הנאשם; לפי גירסת הנאשם הוסעלו נגדו אמצעי לחץ פסולים כדי לאלצו להודות בביצוע המעשים בהם הואשם; לפי גירסת החוקרים לא לוות מתן ההודאות בשימוש באמצעים כאלה; לפי גירסת הנאשם עדויות החוקרים בשקר יסודן: לפי גירסת החוקרים עדויותיהן מביעות את האמת דווקא. קיום רצון או היעדרו; הפעלת אמצעי לחץ אגב חקירה, או חקירה נקיה מאמצעים כאלה; שקר או אמת לאמיתו; כל אלה הם עניין שבעובדה גרידא, ללא שמץ של משפטיות. זה שעובדה עשויה להיות בעלת משמעות משפטית, הוא עניין נפרד, ובית הדין השתכנע באמיתות עדויות החוקרים דווקא, וקבע, כעניין שבעובדה, כי ההודאות ניתנו מרצונו הטוב של הנחקר.

(ב) בבית הדין הצבאי לערעורים, חזר הנאשם על אותה טענה, שהודאותיו נמסרו עלידי בניגוד לרצונו עקב שימוש באלימות שכללה משיכה בשערותיו, טלטולים, הפלה ארצה, בעיטות, סטירות, איומים בצעדים נגד אשתו ואמו, וכן באמצעים פסולים אחרים. אולם, בית משפט זה לא ראה מקום להתערב ולקבוע כי אין ממש במסכת העובדות שהיתה אמינה על בית הדין קמא, ולהחליף בה את העובדה כי ההודאות ניתנו מרצונו הטוב של הנחקר, בעובדה שהן ניתנו עליבורחו.

אילו, בניגוד להודאה המפורשת שבסעיף 477 לחוק השיפוט הצבאי¹⁰, גרסה אחת מבין שתי הערכאות השיפוטיות הצבאיות האמורות, או שתיהן, כי ההודאות עשויות

10 שזו לשונה :

הודאת נאשם מרצונו הטוב

477. לא יקבל בית דין צבאי הודאת נאשם כראיה, אלא אם שוכנע, מרצונו הטוב כי ניתנה

עלידי הנאשם מרצונו הטוב.

להיות קבילות מן הטעם כלבד שהן מביעות את האמת האובייקטיבית לגבי המעשים בהם הואשם נאפסו, ללא כל תלות בכך שניתנו מרצונו הטוב או עלי-כורחו, היתה זו שאלה משפטית. גם השאלה מהי המשמעות של הצירוף "מרצונו הטוב" של הנאשם, בו משתמשת הוראה זו, עשויה ליפול בגדר שאלה משפטית. אבל, על אלה לא היה כל וויכוח. הוויכוח התחולל לגבי עובדות כלבד – אם הופעל לחץ כאמור על הנחקר בשעת מתן הודאותיו, אם לאו, אם הן ניתנו מרצונו הטוב, אם לאו, ואם עדויות החוקרים באמת יסודן, אם לאו. אפילו נפלו חילוקי דעות בין שני בתי הדין הצבאיים לגבי מסכת עובדות אלה, היתה הפלוגתא לגבי שאלה שבועודה, ולא לגבי שאלה משפטית.

(ג) מכאן, לשלב הבא, של מתן רשות לערעור נוסף על יסוד הוראות סעיף 440 ט לחוק השיפוט הצבאי, ולערעור עצמו. לנוכח תמונת מצב כמתואר לעיל, לא היה, לא לגבי האמירות, ולא לבית המשפט העליון כערכאה מוסמכת ליתן רשות לערעור בהתאם להוראות בהתאם להוראות אלה, מניין לשאוב שאלה משפטיות, כעילה טובה לפיהן, למתן רשות לערעור וכמושא לערעור לאחר קבלת הרשות. אולם, מסופר בפסק הדין של בית המשפט העליון כי:

עם היפתח הדיון בפני בית משפט זה הודיע באי-כוחה המלומד של המדינה, הפרקליט הצבאי הראשי... כי לקראת שמיעתו של הערעור נערכה בשירות הבטחון הכללי וגם עליידיו בדיקה של הטענות הנ"ל של המערער ונתגלו עתה ראיות ועובדות חדשות לפיהן יש אמת במרבית טענותיו של המערער בקשר ללחצים שהופעלו עליו בעניין הודאותיו ואשר פגעו, לטענתו, ברצונו הטוב והחופשי¹¹.

לממצאים אלה היתוספה עסקת טיעון, בצורת "הסכם"¹², בין התביעה לבין המערער בה מתוארת מסכת מוסכמת על הצדדים של עובדות המקרה, בית המשפט העליון הפך מסכת עובדות זו לעילת הערעור, והגיע למסקנה אליה הגיע, כפי שצוטטה בתחילת שורות אלה¹³. ועתה ניתן להתייחס לעניין מהות עילה זו – כלום היא צופנת בתוכה שאלה משפטית כלשהי, או שמא היא בעלת מבנה עובדתי גרידא? ניתן להציג שאלה זו גם בדרך אחרת – מהי השאלה המשפטית בה נקט עמדה הלכתית בית המשפט העליון כשהגיע למסקנותיו בנידון? או שמא הוא הפך את פסקי הדין של ערכאות השיפוט הצבאי בנידון רק עקב הצטיירות בעיניו של מסכת עובדות שונה, מזו ששימשה, בשעתה, תשתית עובדתית לפסקי הדין של הערכאות הצבאיות שדנו בעניין?

בקיצור ולסיכום, העילה להליכים לפני בית המשפט העליון בעניין נאפסו היתה על טהרת המהות העובדתית. בכך, לדעתנו, הרשות לערעור ניתנה והערעור עצמו התברר, ללא כל סמכות, כפי שהוקמה, הוגדרה והוסדרה בסעיף 440 ט לחוק השיפוט הצבאי; הכל התנהל בניגוד ליעד שלמען הגשמתו שולבו הוראות סעיף זה בחוק זה.

11 עניין נאפסו, הקטע הראשון שבפסקה 5 של פסק הדין.
 12 שם, ראה את תוכן ה"הסכם" בגוף פסקה 5 של פסק הדין.
 13 ראה את הציטוט שמסתיים בהפניה להערת השוליים מס' 9.

ו. פסק דין של בית משפט או אקט גיבוי להסכם פרטי?

ניתוח פסק הדין של בית המשפט העליון בעניין נאפסו מוביל למסקנה הברורה והפשוטה כי בסיס פסק הדין הוא ההסכם שבין הצדדים לגבי מסכת העובדות המתייחסות למעשים בהם הואשם נאפסו. אילו הגישו הצדדים לאישור בית המשפט עסקת סיעון שונה, היה צריך גם פסק הדין להיות שונה. לאמיתו של דבר פסק הדין אינו אלא הבטאה של ההסכם בין הפרקליט הצבאי הראשי בעצה אחת עם היועץ המשפטי של הממשלה, לבין המערער ופרקליטיו, המאושר עלידי בית המשפט, ללא כל תשתית עצמאית. ההסכם עצמו נערך עקב בדיקה של שירותי הבטחון הכללי ושל הפרקליט הצבאי הראשי עצמו, מחוץ לכתלי מערכת השיפוט, והם הם אלה שהגיעו – ולא בית המשפט – למסקנה כי העובדות הן שונות מאלה עליהן בתי הדין הצבאיים השתיתו את פסקי הדין שלהם בעניין, וכי פסק הדין, הפעם של בית המשפט העליון, צריך להיות, ואמנם הוא, זה שניתן עלידו. הלא נאמר בפירוש בפסק הדין כי הפרקליט הצבאי הראשי "הודיע" לבית המשפט כי הגיע –

באישור היועץ המשפטי לממשלה להסדר המוסכם הבא עם המערער ועם פרקליטיו המלומדים אשר נוסחו המלא מובא להלן ואשר אישורו נתבקש מידינו:

'הסכם'

הצדדים מבקשים להודיע לבית משפט נכבד זה כי הגיעו לכלל הסכם באשר לנשוא הערעור דנן כדלקמן:

1. התביעה מסכימה לביטול פסק דינו של בית הדין הצבאי לערעורים בתיק ע/202/82 ופסק דינו של בית הדין הצבאי המיוחד בתיק 3/80, נושא הערעור דנן.

2. המערער מודה בעבירה של חריגה מסמכות עד כדי סיכון בטחון המדינה לפי סעיף 73, רישא, לחוק השיפוט הצבאי, התשט"ו-1955, שפרטיה הם כדלקמן: המערער בהיותו חייל בצה"ל, בתפקיד קצין תפקידים מיוחדים במפקדת אזור דרום לבנון, חרג מסמכותו ובמעשהו זה עלול היה לפגוע בבטחון המדינה או בפעולות הצבא, על פי העובדות דלקמן:

(1) בתוקף תפקידו כקצין תפקידים מיוחדים באזור דרום לבנון סייר המערער במשותף עם כוחות הנוצרים בכפר שובא שבאזור דרום לבנון בתאריך כלתי ידוע בשנת 1979.

באחת הפעמים בהן ביקר בכפר הוא נתבקש עלידי מודיע של אר"ל (שיכונה כאן אלמוני – השם המלא מצויין בהסכם – מ.ש.), לסור לביתו ולפגוש שם אדם הקשור לפת"ח ומוכן למסור לשלטונות צה"ל מידע חשוב. המערער הלך עם אלמוני לביתו ושם פגש באדם זה שהציג עצמו כמי שקשור עם המחבלים ויכול למסור מידע אודות פעילותם בגזרה המזרחית של אר"ל. סוכם שייפגשו בהמשך בביתו של אלמוני. הור הציג עצמו בשם פלמוני (השם המלא מצויין בהסכם – מ.ש.).

(2) בפגישה שניה כעבור חדשים בבית אלמוני הנ"ל, סיפר פלמוני הנ"ל למערער, כי הוא מפקד בכיר בפת"ח ופגישתם הקודמת צולמה בחשאי. פלמוני הנ"ל תבע מהמערער לשתף פעולה עימו ולהעביר לו מידע אודות פעילות צה"ל בגזרה. אם לא יסכים יציג את התמונות שברשותו למודיעין הישראלי. לאחר חילופי דברים ביניהם קם המערער ועזב את המקום.

(3) המערער לא דיווח לאיש על מפגשים אלה.

3. המערער והתביעה יהיו חופשים לטעון לעניין העונש ככל שימצאו לנכון על יסוד עובדות אלה בלבד. התביעה תטען, כי עונש של גירוש מהצבא אינו הולם את גסיבות העניין¹⁴.

והי עיסקת הטיעון שבית המשפט העליון נתבקש לשים, ואכן שם, עליו את חתימתו והפך אותו, הלכה למעשה, לפסק דין. אין אנו מתמצאים ברזי הסוגיה של עיסקות טיעון, על היקפן המקובל והמותר, בהליכים פליליים רגילים, כולל הליכים בשלב הערעור הרגיל לפני בית דין צבאי לערעורים. אבל ברור לנו כי אין להעלות על הדעת, עקרונית ומעשית, עיסקת טיעון לגבי שאלה משפטיות, ועוד בהליכי הערעור המיוחד לפני בית המשפט העליון על פסקי דין של מערכת השיפוט הצבאי, בהתאם לסעיף 440 ט לחוק השיפוט הצבאי. הלא ערעור נוסף זה נועד, באורח בלבד, לבירור שאלות משפטיות עלידי בית המשפט העליון, ולא עלידי בעליהדין, שכל תפקידם הוא לפנות לשם כך לערכאה השיפוטית הגבוהה ביותר במדינה, ובשום פנים ואופן לא להכתיב לה את הפתרון עצמו. יתירה מזו, אף הפנייה בלבד אין די בה. כפי שראינו, קיימת ערכאה מיוחדת מופקדת על סינון פניות אלה, כדי להגביל את הערעור הנוסף המיוחד לבירור שאלות משפטיות כבדות משקל בלבד, תוך כדי הגדרתן המדויקת מראש, ובכך תוך כדי תיחום מראש של מושא הערעור עצמו. האם מתיישב הליך כזה, שנועד לאפשר לבית המשפט העליון לקבוע הלכות אחדות שמחייבות את כל מערכות השיפוט במדינה, להפוך את ערכאת שיפוט עליונה זו לשכורה בידי הצדדים עלידי עיסקות טיעון?

לתמיחות והשגות אלה ניתן להשיב כי, בערעור לפני בית המשפט העליון בעניין נאפסו, לא הועלתה כלל שאלה משפטית כלשהי, וגם פסק דינו של בית משפט זה בעניין נאפסו לא פתר שאלה מסוג זה: כל מהותה של השאלה היתה עניין שבעובדה. אם זוהי התשובה, והיא נכונה לחלוטין, אזי, כפי שכבר ציינו, בית המשפט העליון ערך את ההליך ללא סמכות!

ז. עילה למשפט חוזר ולא לערעור נוסף

כאשר מדובר בפסק דין מרשיע, חלוט, של בית דין צבאי, והתגלתה מסכת עובדות שלא

14 הקטע השני שבפסקה 5 של פסק הדין בעניין נאפסו; הציטוט המלא של ה"הסכם" ישמש הפניה בדיוננו גם בהמשך.

היו ידועות לבית דין זה בשעת חריצת הדין, שיש בה כדי להעמיד בספק את התשתית העובדתית של ההרשעה, דרך התקיפה של פסק דין כאמור היא זו של משפט חוזר. במקרה כגון זה דאג חוק השיפוט הצבאי, בסעיף 445, לפרט ולהגדיר את דפוסי העילות למשפט חוזר, שכן, לא כל מסכת עובדות ראויה לשמש סיבה טובה לסטייה מעקרון סופיות פסק דין חלוט של רשות שופטת. יחד עם זאת, יש לציין כי בין העילות המוגדרות שם, אין כל זכר לשאלות משפטיות, כעילה למשפט חוזר. שכן הליך זה נועד לאפשר תיקון טעות שיפוטית ולא תיקון של טעות משפטית; משפט חוזר ניתן לבקש ולערוך רק לטובת הנידון; החוק קובע סדרי דין מיוחדים למשפט חוזר; והסמכות לטפל במשפט חוזר נשארת בתוך מערכת השיפוט הצבאי. ההסדרים שנוגעים למשפט חוזר מבטיחים בדיקה שיפוטית בלתי אמצעית של מסכת העובדות החדשות והתמודדות עניינית עם מכלול הראיות, על כל מרכיביו – זה הקודם וזה החדש – לפני ביטול פסק הדין שניתן בסיבוב הראשון, ויכויו של הנידון מן ההרשעה בסיבוב זה. על פסק דין במשפט חוזר ניתן גם לערער לפני בית הדין הצבאי לערעורים.

אמנם, ניתן להציג את השאלה – כלום במהלך משפט חוזר מנועים הצדדים מלערוך ביניהם עיסקות טיעון? ואם כן, הרי שוב אותה אפשרות להבטיח לרשות השופטת סמכות מוגבלת לדון ולהכריע את הדין לפי כל מכלול עובדות המקרה. כתוצאה מכך, מה שקרה לפני בית המשפט העליון בעניין נאספו, כערכאת ערעור, יכול היה לקרות לפני כל ערכאה שיפוטית היושבת בדין במסגרת משפט חוזר; ויחד עם זאת, יורדת לסמיון כל השגתנו לפיה המסגרת של משפט חוזר היתה מונעת את המחזה של "הסכם" בין הצדדים, שניתק את הערכאה השיפוטית מן המירקם העובדתי המלא של עובדות המקרה. ובכל זאת, יורשה לנו להתמיד בדעתנו. על אף הגישה, לעתים אף המבוססת על הוראות חוק מפורשות, לפיה משפט חוזר נערך, בדרך כלל, לפי דפוסי ההליכים הרגילים, ומה שאפשרי בהליכים רגילים, יש גם במשפט חוזר, אין גישה זו תופסת לגבי עיסקות טיעון. המשפט התחור מהווה חריג בדרכי עשיית הצדק; הוא נפתח רק על בסיס עילות ספורות, נבחרות, קבועות מראש בחוק על כל פרטיהן; פתיחתו מותנית ברשות מיוחדת מטעם ערכאה שיפוטית מיוחדת; הוא קביל לטובתו של הנידון בלבד; הוא מותנה בסיכויו להביא לשינוי איכותי-קוטבי של דין הנידון – ממורשע לתף מפשע. כל ההגבלות הללו נובעות מן הדאגה שלא לפגוע בעקרון סופיות מעשיית-דין חלוטים, אלא במקרים נדירים במיוחד, בהם הטעות השיפוטית זועקת לתיקון ולעשיית צדק, אפילו לאחר פסירתו של הנידון.

מתכונת יוצאת דופן כזאת, המחייבת פריצת המחסום של סופיות גורדין חלוט, איננה יכולה להתיישב עם מסירת היכולת לצדדים לקבוע לפי טעמם ושיקוליהם את גבולות סמכות הערכאה השיפוטית לדון בעניין, על כל היבטיו, על-ידי עיסקות טיעון. אם כבר נפרצה הדרך, אין הצדדים מורשים עוד לחסום אותה, או להצר אותה כהוא זה לעומת העילה שאיפשרה את פתיחת הליכי המשפט. ייחודיות המשפט החוזר, לתקן טעות שיפוטית, עומדת בפרץ. אולי לא למותר להביא עוד דוגמה של הליך שאין להעלותו על הדעת במסגרת משפט חוזר, למרות שהחוק מחייב אותו אגב הליכים רגילים. לפי סעיף 39 לחוק העונשין, רשאי בית משפט להרשיע את הנאשם ולגזור את דינו גם בשל עבירות אחרות שהוא הודה שעבר אותן, מלבד העבירה שהואשם והורשע בה. כלום,

קביל הליך כזה גם אגב הליכי משפט חוזר? המשפט החוזר אינו יכול לשמש הזדמנות לנידון לפרוק מעצמו כל מיני אשמות שמעיקות עליו. המשפט החוזר מתמקד באורח בלעדי סביב לאתגר ליתן תשובה לעילות הגבחות, שבמבחן צריכה לעמוד הכרעת הדין החדשה. ייחודיות המשפט החוזר עשויה לרחות אפוא גם הליכים אחרים, מקובלים במסגרת הליכים רגילים; וזאת, אף בהעדר הוראות מפורשות לכך.

בין כל אלה לבין מה שהתרחש לפני בית המשפט העליון בעניין נאפסו אין כל דמיון, משום שבית משפט זה השתמש במסגרת שיפוטית שאינה הולמת את הנושא בו הוא טיפל. מסגרת שנועדה לברור שאלות משפטיות בלבד, איננה הולמת מסגרת שמתפקידה לברר עובדות.

לפי המהות העובדתית של העילה, היה מקום לפנות לנתיב המשפט החוזר, ואילו קבעו כי אכן יש בעובדות ובראיות החדשות, כדי להוות אחת מן העילות למשפט לעריכת משפט חוזר ונאפסו היה יוצא זכאי בדינו עקב המשפט עצמו, היינו באמת משוכנעים כי תוקנה טעות שיפוטית וחפתו מפשע יצאה לאור, לקורת הרוח ושבועות הרצון של כולם. לא היו מתעוררות תמיהות ולא היו מציקים לנו ספקות, כאלה שנובעים מפסק דין שנתן ביטוי לפשרה בין הצדדים, אותו הוציא בית המשפט העליון בדרך לא דרך.

למשל: מדובר באמת או שקר בשני מישורים. האחד הוא – אם הודאותיו של נאפסו לפני חוקריו ניתנו מרצונו הטוב, אם לאו, באין נפקא מינה אם מה שנאמר בהן הוא אמת או שקר. אם פוסלים – והוראת סעיף 473 לחוק השיפוט הצבאי מצווה על כך – את פסקי הדין של בתי הדין הצבאיים מן הטעם שהם בוססו על הודאות שניתנו עלידי הנחקר בעליכורחו כפי שהוא טוען ולא מרצונו הטוב כפי שטענו החוקרים, נשאלת השאלה כיצד ניתן להפלות, מבחינה זו, בין החלק מן ההודאות שמתייחס להאשמות בעבירות של ריגול, בגידה והעברת אמצעי לחימה לגורמים עוינים, לבין החלק שמצמיח את העבירה הקלה יותר של "חריגה מסמכות עד כדי סיכון בטחון המדינה"? למעשה, הורכבה עבירה זו, לראשונה, בבית המשפט העליון, תוך צירוף פירושים מגופן של העבירות החמורות האמורות, וכיצד יכולה היתה להיות ההודאה בפרטים אלה מרצון הטוב, לעומת ההודאה בגוף כולו, כולל הפרטים, שלא מרצון הטוב? אמנם, בית המשפט העליון הרגיש בצורך לברר את פשר הסתירה בעמדותיו של נאפסו – לפני בתי הדין הצבאיים הוא טען שכל הודאותיו, כולל אפוא אלה בעובדות שמהן הורכבה העבירה לפי סעיף 73 לחוק השיפוט הצבאי, נסחטו ממנו בעליכורחו, ועתה, לפני בית המשפט העליון הוא, לפתע, שוב מודה בהן. כלום אין גם הודאה זו בגדר כניעה ללחץ הסיכוי להישאר כלוא עד תום הנשיאה בעונש שהוטל עליו עלידי בתי הדין הצבאיים, אם לא יסכים להודות לפחות בביצוע עבירה קלה זו? אם כך הדבר שוב לא תהיה אף בהודאה זו ראייה קבילה כדי להשתית עליה הרשעה כלשהי. אך נאפסו חיזק את רוחו של בית המשפט העליון, ונוכח שאלתו המיוחדת בעניין זה של בית המשפט הוא –

עמד על דעתו כי העובדות המפורטות בהסכם מתארות את האמת לאמיתה, היינו הן, כדבריו, תיאור של מה שאירע, לא פחות ולא יותר... [וכן] שקל את העניין ושמע

הסבריו של הסניגור והודאתו איננה בגדר כניעה ללחץ המאסר אלא, כאמור, תיאור של מה שאירע¹⁵.

אך כאן ניתן להבחין כי, בעוד שהשאלה ניצבת במישור של אמת או שקר לגבי התנאים בהם ניתנה ההודאה, "מן הרצון הטוב" של המודה או "בעל-כורחו", התשובה ממוקדת במישור האחר, של אמיתות תוכן ההודאה – אם היא ב"אמת" או ב"שקר" יסודה. ויש דברים בגו; הלא, בהתעלם מנוסח השאלה שהוצגה עלידי בית המשפט העליון, רלוואנטית היתה התשובה רק במישור אמיתות ההודאה שבהסכם. שכן, כל הפשרה בין המערער ופרקליטיו, לבין הפרקליט הצבאי הראשי בעצה אחת עם היועץ המשפטי לממשלה, שהוגשה לאישור בית המשפט העליון בנוכחות המערער, היתה מחוץ לכל הגדרה מקובלת של המושג "כניעה מכורח". אלמלא התייחס נאפסו לאמיתות ההודאה, והיה מצהיר קבל עם ועדה כי היא נקיה מכל לחץ, המשמעות העניינית של ההצהרה היתה שוב במישור אמיתות ההודאה; והעיקר, אלמלא התייחס לאמיתות ההודאה והיה, פתאם, חוזר בו ומצהיר שנתן אותה עקב כניעה ללחץ, שוב משמעות ההצהרה, האמיתית, היתה כי ההודאה בשקר יסודה. אך בית המשפט העליון היה בוודאי מעמיד בספק רב את אמיתות ההצהרה, ולא את אמיתות ההודאה שבהסכם; זאת, נדמה לנו, משני שיקולים: האחד, של היגיון, שהתמדה בגרסה המקורית שההודאות שניתנו בשלב החקירה נסחטו, על כל תוכנו, באמצעים פסולים, יכולה היתה רק לנקות את נאפסו מכל עבירה, כפי שניקתה אותו מן העבירות החמורות שיוחסו לו; השיקול האחר, שההצהרה החדשה בשקר יסודה, שכן כשהצדדים הגיעו לשלב המכריע של החתימה על ההסכם שהוגש לבית המשפט העליון, אין לרבר, בשום פנים ואופן, על שימוש באמצעי פסול כלשהו כדי לאלץ את נאפסו לסמוך את ידו על ההסכם ולשתף פעולה בדבר הגשתו לבית המשפט. ביחוד, כאמור, כאשר הניקוי מן העבירות הכבדות היה כבר בכיסו לאחר ההודעה של הפרקליט הצבאי הראשי בפני בית המשפט, וכל "צעקה" שבמקור, ההודאות של נאפסו, על כל היקפן, ניתנו על-ידו לחוקרי שירות הבטחון הכללי שלא מרצונו הטוב, היתה יכולה להביא לזיכויו גם מן העבירה לפי סעיף 73 רישא לחוק השיפוט הצבאי.

המעניין והמזוז בכל הליך זהו הוא גם מה שהתרחש מיד לאחר מתן פסק-הדין עלידי בית המשפט העליון, כמעט בטרם הספיקה הדין שכחתימת השופטים עליו להתייבש. נאפסו הופיע בכלי התקשורת למיניהם, ושוב חזר לגירסתו המקורית, המתייחסת לגוף העניין ולא לדרך בה הושגו ממנו ההודאות, דהיינו שהוא חף מכל פשע, כולל העבירה האמורה לפי סעיף 73 לחוק השיפוט הצבאי.

ואם מדובר באמיתות ההודאות המקוריות של נאפסו, מה הביא את בית המשפט העליון להסכים להודעת הפרקליט הצבאי הראשי בה הוא –

הודיע כי הוא מוותר גם על הטענות לפיו ניתן להשתית את ההרשעה בקשר למסירת הדיעות לאויב על ראיות אחרות פרט להודאות בפני חוקרי שירות הבטחון הכללי,

15 הקטע שלפני האחרון שבפסקה 5 של פסק הדין בעניין נאפסו.

העולות, לדבריו, מן החומר שלפנינו. יוער כאן כי לאור עמדתה האמורה של התביעה הכללית לא ראינו מקום לכחינתן כאמור של הראיות האחרות, ביוזמת בית המשפט¹⁶.

ערכאה שיפוטית, שהיתה דנה בעניין, במסגרת הליכים של משפט חוזר, לא היתה יכולה להתנכר לצירוף גם של ראיות אלה, ואולי בייחוד של ראיות אלה, למכלול החומר הראיתי הנוגע לעניין, כדי לשחזר את התמונה העובדתית הריאלית שלפניה היא נמצאת, ולחרוץ את הדין תוך ביסוסו על האמת האובייקטיבית ולא על "אמיתות" מוסכמות תלושות, אולי, מן המציאות.

ההרגשה היא קשה גם לנוכח ההרשעה של נאפסו בעבירה של "חריגה מסמכות עד כדי סיכון בטחון המדינה" לפי הוראות סעיף 73 רישא לחוק השיפוט הצבאי¹⁷. כדי להבין את המיוחד שברישא של הוראות אלה יש לקרוא קודם את הסיפא הקצר אך הרלוואנטי שלהן, שקובעת כי אם חייל "עשה את המעשה ביוזעין", דינו הוא כפול. עולה מכאן כי תחולת הרישא מותנית בעשיית המעשה שלא ביוזעין, בהיסח הדעת. ועתה נחזור לקטע שב"הסכם", בו נאפסו הודה בעבירה זו. היכן עובדות המעשה בהן הודה, שלגביהן נאפסו לא היה מודע? הרי הכל נעשה, לפי דבריו הוא, ביוזעין שביוזעין: לסיב התנהגותו – שהוא מקיים פגישה ופגישה חוזרת עם מישהו, למיחות האדם עמו נפגש – איש קשור עם מחבלים, למטרת המפגשים – השגת מידע בטחוני, להיות המבצע על דעת עצמו – אירדיווה, הן לפני המפגשים והן אחריהם, למזונים. הנתון היחיד בו מותנית העבירה, שאין זה ברור אם נאפסו פעל ביוזעין לגביו, הוא היות התנהגותו עלולה לפגוע בבטחון המדינה. אין לנו כל כוונה להידרש לנושא זה כאן, אך אין לנו כל ספק שאילו היה נערך הדיון במסגרת משפט חוזר והערכאה השיפוטית היתה מגיעה, במסקנותיה, אל שער העבירה לפי סעיף 73 לחוק השיפוט הצבאי, היא היתה מצווה לנתח את התנהגותו העבריינית של נאפסו גם לאור הדרישה של מודעות לסכנה הטמונה בה, או חוסר המודעות לכך.

אולם, בית המשפט העליון, בשיבתו בעניין נאפסו מכוח ערעור נוסף לפי סעיף 440 ט לחוק השיפוט הצבאי, ראה עצמו מעין שותף מצטרף או מצורף ל"הסכם" שבין התביעה והמעורר, וקיבל כמות שהם את תנאי ההסכם, ביניהם שהדפוס הנורמאטיבי בו יש לשבח את התנהגותו העבריינית של נאפסו הוא סעיף 73 לחוק השיפוט הצבאי, "רישא" דווקא (ראה פסקה 2 ל"הסכם"), והעונש צריך להיגזר על יסוד דפוס זה בלבד (ראה פסקה 3 ל"הסכם"). ואם חס וחלילה יעלה על דעת בית המשפט העליון כי בספק אם נאפסו ראוי עוד לשמש חייל בצבאה של מדינת ישראל, הרי הוסכם מראש "כי עונש של גירוש מהצבא אינו הולם את נסיבות העניין": ואילו pacta sunt servanda. לסיכום בנקודה זו –

16 הקטע השני שבפסקה 5 של פסק הדין בעניין נאפסו.

17 והרי לשון הוראות הסעיף, כולו:

חריגה מסמכות עד כדי סיכון בטחון המדינה

73. חייל שחרג מסמכותו ובמעשהו זה פגע, או עלול היה לפגוע, בבטחון המדינה או בפעולות הצבא, או בפעולותיהם של כוחות מווייגים הפועלים בשיתוף עם הצבא, דינו – מאסר חמש שנים; עשה את המעשה ביוזעין, דינו – מאסר עשר שנים.

(א) כל עוד בית המשפט העליון דן בעניין נאפסו בחוסר סמכות;
 (ב) כל עוד הדין נערך על יסוד עובדות שסוכמו בין בעלי הדין, ללא כל התמודדות עם מכלול חומר הראיות, על כל מרכיביו;
 (ג) כל עוד פסק הדין של בית המשפט העליון אינו אלא בבואה של ה"הסכם" שבין הצדדים, בו נקבעו מראש עיקרי פסק הדין, ואשר אישורו עלידי בית המשפט חייב אותו לפסוק עלי-פיו;
 (ד) וכל עוד נאפסו עצמו התכחש, ללא כל כפייה או לחץ עליו, לפני שתי ערכאות שיפוטיות צבאיות, להודאותיו על כל תוכנן בפני חוקריו, הודה לפני בית המשפט העליון, כי, בחלקה, התכחשות זו בשקר יסודה, ובצאתו מאולם בית משפט זה, מיד לאחר מתן פסק דינו, חזר שוב לגירסת ההתכחשות הטוטאלית –
 לנו קשה לשלול גירסה המעמידה בספק את אשמתו של נאפסו בעבירה שבה, בכל זאת, הורשע בבית המשפט העליון, כשם שקשה לנו לגרוס כי טיהורו מן העבירות הנותרות, בהן הורשע בבתי הדין הצבאיים, נותן ביטוי לחפותו מפשע לגביהן, ויכול לשמש לו תעודה של קורבן לטעות שיפוטית ובוודאי של קדוש מעונה, אשר היה מוכן לשלם ואף שילם בשנים רבות של כליאה בבית סוהר, למען ניצחון האמת. הרגשתנו, הקשה בוודאי, היא שבעניין נאפסו גברה הפשרה על האמת והחוק. מסקנה זו איננה, נדמה לנו, נחלה של בודד בלבד.
 הדרך לא דרך בה נקטו הרשויות בעניין נאפסו היא זו שהובילה למבוי סתום זה. היה בידי היועץ המשפטי לממשלה יסוד משפטי שלא להיגרר להליכה בדרך זו, ובוודאי היה בידי בית המשפט העליון לחסום אותה.

ח. שמא בכל זאת שאלה משפטיות?

שורש המבוי הסתום אליו הגיעה פרשת נאפסו, נעוץ, כפי שצינו פעמים מספר, בכך שבית המשפט העליון פתח את האפשרות לרון בשאלה שבעובדות גרידא, בדרך שנועדה לפסוק בסוגיות שבדין גרידא. וכך, מתחילת הדרך, מן השלב המקומי של ההליך, כשאף לא נברק אם מתקיימת שאלה משפטית, שטעונה הכרעה מטעם הערכאה השיפוטית העליונה של המדינה, כתנאי נורמאטיבי מפורש לשם שימוש בהליך שהונהג בסעיף 440 ט לחוק השיפוט הצבאי; לא נחזור שוב על מה שאמרנו כבר בנושא זה.
 אולם, הסתננה בכל זאת בפסק הדין של בית המשפט העליון התייחסות לשאלה שעצם עניין סיווגה כשאלה משפטית או כשאלה שבעובדה, ניתן היה להיחשב כשאלה משפטית. מה גם שסיווגה כשאלה משפטית דחוקא, היתה יכולה להשליך על תריצת הדין במשפט נאפסו; כלומר, לא סתם שאלה משפטית, אלא גם שאלה שבדין כבודת משקל, כנדרש לפי סעיף 440 ט(ב) לחוק השיפוט הצבאי. אך, יחד עם זאת, שומה עלינו שלא לפסוח על מיקום ההתייחסות האמורה בפסק הדין – לאחר שבית המשפט הציג את כל נימוקי החלטתו, וסיכם את המתחייב מהם, ממש במלים, "על כן החלטנו..."¹⁸

18 כפי שפותח הקטע האחרון של פסקה 5 של פסק הדין בעניין נאפסו: ראה את הקטע, כולו, שעלידי ההפניה להערה 9.

בחלק נוסף זה של פסק הדין "מזכיר" בית המשפט העליון כי כבר בבית הדין הצבאי המיוחד, שישב כערכאה ראשונה בעניין נאספו –

נתברר שחוקרי שירות הבטחון הכללי אשר ניהלו את חקירתו של המערער לא שמרו את התרשומות ואת רישומי העור האחרים אותם ערכו במהלך החקירה ומחקו הקלטות של שלבי החקירה השונים, כאשר נסתיימה לדעתם החקירה שנוהלה על-ידם¹⁹.

אמנם, פעולות כגון אלה עלולות לפגוע בזכות הנאשם וברשות התביעה לחקור את העדים שנקראו להעיד במשפט, גם לאור תוכן התרשומות שהושמדו וההקלטות שנמחקו, או להשתמש בהן בטיעוניהם לפני הערכאות השיפוטיות. בית המשפט העליון לא נדרש כלל לעניין סיווגה של שאלה זו, כשאלה משפטית או כשאלה שבעובדה. אם זו שאלה משפטית, הרי פרקטיקה כזאת פוסלת מניה וביה, כעניין שבהלכה, את האישום כולו, כמבוסס על חומר ראיתי שלוקה בחסר, בהתעלם מן הערך ההוכחתי של הקיים והחסר, בנפרד או במקובץ; האישום טעון ביטול אף אם אין בהעדר החומר החסר כדי לסגור במהימנותו ובמשקלו של החומר הקיים. לעומת זאת, אם זו שאלה שבעובדה, הרי יש לבדוק בכל מקרה בנפרד, אם ובאיזו מידה יש בהעדר החומר שהושמד או נמחק כדי לגרוע ממשקלו ומהימנותו של הבסיס הראיתי של האישום; אם זהו הסיווג של השאלה, הרי היא אינה נושא לדיון בערעור נוסף מיוחד לפי סעיף 440ט לחוק השיפוט הצבאי²⁰. אך בית המשפט לא נדרש לנושא השמדת התרשומות ומחיקת ההקלטות, על-ידי חוקרי שירות הבטחון הכללי בעניין נאספו, כנושא שטעון סיווג או כנושא שלדעתו הוא עניין שכדין דווקא. כל התייחסותו לנושא הסתכמה בהפניית תשומת הלב של היועץ המשפטי לממשלה לכך, שמן הראוי לשוב ולברוק את ההוראות בנידון, לפיהן נוהגת המשטרה במלאכת חקירותיה, וכי דינו של שירות הבטחון הכללי לא צריך להיות שונה. לא נאמרה מלה וחצי מלה על השלכות מבחינה הלכתית של הפרת הוראות כאלה, על כתב אישום מבוסס על ראיות "מנופות" כאמור. לא נאמר – ראשית כל, משום שבית המשפט התייחס לנושא זה לאחר שהחליט כבר בעניין נאספו, ופירט את נימוקיו להחלטה זו; לא נאמר, משום, שלהנחתו, גם בית המשפט ראה בו עניין שבעובדה, אשר המקום והשעה להידון בו היה בבית הדין הצבאי המיוחד, ואכן נדון בו שם וטענת הפגם בכתב האישום נדחתה. לסיכום, בשאלה, שמא, בכל זאת, שאב או יכול היה לשאוב בית המשפט העליון את סמכותו לדון בעניין נאספו, מהתייחסותו לנושא העדר התרשומות שהושמדו וההקלטות שנמחקו בחומר שעליו בוסס כתב האישום, כל תשובה חיובית מופרכת מעיקרה על-ידי עצם הצורה והמיקום של ההתייחסות.

19 שם, תחילת פסקה 7.

20 ראה בג"צ 780/80 נאספו נ' נשיא ואב"ד בית הדין הצבאי המיוחד (לא פורסם).

ט. משפט נאפסו או שמא משפט ה"שב"כ?

עיון בפסק הדין של בית המשפט העליון בעניין נאפסו עשוי לעורר את השאלה שמא "סוף מעשה במחשבה תחילה"? בסוף פסק הדין, לאחר הכרעת הדין בערעורו של נאפסו, מיוזמות שתי פסקות, 6 ו-7, לשיטות הפסולות שנהוגות על-ידי חוקרי שירות הבטחון הכללי בחקירות שמוליכות להליכים שיפוטיים, לעדויות הכוזבות של החוקרים לפני הערכאות השיפוטיות בדבר תקינות חקירותיהם, להטעיה בכך של ערכאות אלה הבאתן לעיוותי דין לגבי הנחקרים, וכן לגושא הניפוי המגמתי של החומר הראיתי שנאסף, לשם ביסוס עליו של כתבי אישום. בית המשפט העליון משתמש, לעניין זה, בלשון חריפה ובוטה למדי ומפנה את תשומת הלב של היועץ המשפטי לממשלה על עיוותים אלה בפעילות שירותי הבטחון הכללי ועל הצורך לנקוט צעדים דרסטיים בנידון. לאחר שהוקיע את האלימות ואמצעי הלחץ האחרים, הפסולים, בהם השתמשו חוקרי שירות הבטחון הכללי כדי להשיג מנאפסו הודאות בעלי-כוחו, קובע בית המשפט, שהם –

הוסיפו חטא על פשע בכך שבהעידם בבית הדין הצבאי המיוחד על חקירתו של המערער שיקרו בהכחישם את עיקר טענותיו של המערער בקשר לשיטות החקירה.

אין להפחית בחומרתה של מסקנה זו המצביעה על התכחשותם של העדים הנ"ל לחובה לומר את האמת בפני ערכאה שיפוטית. מעשים אלו נושאים בחובם פגיעה מרחיקת לכת באמינותם של שליחיה של הזרוע הממלכתית האמורה. ניטלה בכך מבית הדין היכולת להכריע בעניינו של המערער על יסוד נתוני אמת ונפגמו מעמדו וכוחו של בית הדין אשר הולך שולל על-ידי דבריהם של החוקרים.

המעשה החמור שנתגלה... מחייב נקיטתם של צעדים החלטתיים כדי לשרש תופעה כגון זו, ואנו מסנים לכך תשומת ליב של היועץ המשפטי לממשלה²¹.
(ההדגשה הוספה)

ולעניין השמדת התרשומות למחיקת ההקלטות, שנערכו בשלב החקירה המודיעינית, למרות שחוקרי השירות ידעו שהיא מוליכה להליכים משפטיים, שוב מפנה בית המשפט העליון את תשומת ליבו של היועץ המשפטי לממשלה על הצורך לבדוק את העניין ולדאוג שיונהגו סדרי חקירה תקינים²².

עם כל הכבוד, אנו לומדים מפסק דינו של בית המשפט העליון בעניין נאפסו כי מה אשר בית משפט זה מנע מעשות עקב הכשרת החנינה של אנשי שירות הבטחון הכללי שהיו מעורבים בפרשת המתת המחבלים באירוע החטיפה של "אוטובוס 300", בע"פ 428/86²³, גרם שייעשה, כתוצאה מפסיקתו בעניין נאפסו, בבחינת סוף מעשה

21 עניין נאפסו, פסקה 6.

22 שם, פסקה 7.

23 ע"פ 428/86 ברזילי ואח' נ' ממשלת ישראל ואח', פ"ד מ(3) 505.

במחשבה תחילה. שם חסמה החנינה את הדרך לבדיקה יסודית של נושא הולכת השולל של ערכאות שיפוטיות ומעין שיפוטיות של המדינה, עליידי אנשי שירות הבטחון הכללי, כשהם נקראים להעיד לפנייה; זאת, כדי להסתיר שיטות פעולה פסולות של השירות. אילו נתקבלה באותה פרשה דעת המיעוט – פסק הדין ניתן בדעת רוב בלבד – שהחנינה איננה תקפה, בוודאי שהיתה חקירה ראוייה ומקיפה, בין השאר, גם של הנושא האמור. באה ההודמנות, בעניין נאספו, לגרום לחקירת הנושא הכבד והחשוב, של שיטות הפעולה של שירות בטחון המדינה בעניינים שעשויים להוליך להליכים פליליים, ובית המשפט העליון עשה, ולפי הרגשתנו אף בבחינת סוף מעשה במחשבה תחילה, כאן את מה שמנע שם. יורשה לנו להודות על כך, כי תוך קריאת פסק הדין של בית המשפט העליון, התרשמנו, משלב די מוקדם, כי זה פסק דין ב"משפט" של שירות הבטחון הכללי, ולא במשפט של אחר מן הנחקרים עליידי חוקריו. אם אכן ישנה אחיזה להתרשמות זו, הרי אין היא יכולה להיות זרה לרוח הכתוב, ממנו היא שאבה, ורוח זו איננה אלא רוחו של כותב הדברים.

אין לנו ספק כל שהוא שיש רק לברך על תוצאה זו, ולו אף בשעה מאוחרת זו, של דיון בית המשפט העליון בעניין נאספו; אך תוך הסתייגות אחת – לדעתנו, המסגרת בה נעשה הדבר – השימוש בערעור הגוסף, המיוחד, לפי הוראות סעיף 440 ט לחוק השיפוט הצבאי – איננה זו שהולמת את העניין.

היות שזוהי הפעם הראשונה בה הופעלו הוראות אלה, סברנו כי העלאה לדיון מקצועי של הנושא של תנאי הפעלת הוראות אלה, עשויה לתרום לגיבוש גישה עקרונית לעניין השימוש בערעור הגוסף שהונהג בהוראות האמורות, כדרך להבטחת אחידות בהלכה הפסוקה, בתחום הפלילי, בכל מערכות השיפוט שבמדינה.