

פסיקה צבאית

"אוטומטיזם", עדויות מומחים, התערבות ערכאת-ערעור

(ע/231/87 התובע/ב' טורי גורי)

מאת

מרדכי קרמניצר

בליל ה-26.5.87 נקלעה חוליית-חיילים, שהמשיב נמנה עליה, למרכז העיר שכם. בתחילת הפרשה הותקפה החולייה במטר-אבנים מצד המון מתפרע של מאות תושבים מקומיים. החיילים נסוגו קמעה, נעצרו, ובמקום התייצבותם שוב הותקפו בדברי נאצה ובמטר-אבנים. בקבוק-תבערה שהושלך לעבר החיילים נפל והתנפץ לרגליו של המשיב. המשיב איבד את עשתונותו, אמר שהמקומיים רצו לפגוע בו, ואילו הוא יראה להם ויהרוג אותם, והחל לרוץ לעבר ההמון. ההמון החל לברוח, חבריו של המשיב הצטרפו אליו, והוא המשיך לרוץ לעבר המקומיים שזרקו את בקבוק-תבערה, וירה כדורים לעברם. לאחר שהתקדם כ-40 מטר, הבחין המשיב במונית "מרצדס" שחנתה בצד הדרך. הוא ניהל שיחה עם נהג-המונית והורה לו לעזוב את המקום. נהג-המונית התמהמה, המשיב ירה כדור או שניים וניפץ את השמשה האחורית של הרכב. הנהג הסתלק מן המקום עם מכוניתו. המשיב המשיך לרוץ וירה ארבעה כדורים בזווית של 45° ממרחק של 70 מטר הבחין המשיב במקומי (חלפן שעמד ליד חנות) שנפגע כתוצאה מן הירי, התמוטט ומת. לאחר ירי של צרור נוסף שמע המשיב פקודת "חדל אש". הוא נצר את אשו והצטרף אל חבריו בהמשך המרדף ובביצוע מעצרים. לדברי המשיב במצ"ח: "במהלך כל הירי והריצה המטורפת הייתי בהרגשת 'טראנס', תסכול, חשתי הרגשת שנאה להמונים שזרקו עלינו אבנים ובקבוק-תבערה אשר נפל בקרבתו". המערער הואשם בעבירה של הריגה (ובעבירות נוספות שאינן מענייננו). בפני בית-הדין הובאו שתי חוות-דעת פסיכיאטריות: האחת – מטעם ההגנה, והשנייה – מטעם הפסיכיאטר המחוזי שחוות-דעתו הוזמנה על-ידי התביעה וההגנה. לפי שתי חוות-הדעת פעל המשיב בשעת מעשה פעולה אוטומטית, מתוך "אמוק", תוך "יציאה ממצב הכרה", במצב שבו "לא ידע להבדיל בין טוב לרע במעשיו". הנימוקים העיקריים למסקנה זו היו: התנהגות המשיב היתה חסרת-היגיון (ריצה לקראת המון של מאות אנשים), מנוגדת לחינוכו ולמצפונו – מה שמגביר את יסוד חוסר-ההיגיון; המשיב סבל מחוסר-זיכרון ביחס לפרק-הזמן מאז נפילת בקבוק-תבערה לידו ועד פקודת מפקדו להדול לירות.

בית-הדין הצבאי המחוזי אימץ את חוות-הדעת של המומחים, שלפיהן פעל הנאשם במצב של "חוסר שליטה, חוסר מודעות, חוסר רצייה, דהיינו אוטומטיזם", וזיכה אותו מעבירת ההריגה משום שלא התקיים היסוד הנפשי של מודעות לעשיית המעשה. מכאן ערעורה של התביעה נגד הזיכוי.

בית-הדין הצבאי לערעורים סקר בפירוט את הספרות והפסיקה המתחייבת ל"אוטו-מטיזם", ובהמשך נפנה לניתוח הגיוני של חוות-הדעת המקצועיות שהוגשו לבית-הדין קמא.

בית-הדין קבע, כי אחד המומחים הסתמך רק על מידע שנמסר על-ידי המשיב וכי לא עיין בהודאות העדים, לרבות הודאות המשיב, במשטרה. בית-הדין קבע, כי הנמקתם של המומחים התבססה בחלקה על ממצאים עובדתיים שסופקו על-ידי המשיב, ועיקרם: העדר-זכירה של המתרחש למן רגע נפילת בקבוק-התבערה לרגליו, פרט לאירוע מכונית ה"מרצדס". בית-הדין קבע כי דיווח זה של המשיב היה בלתי-נכון מתחילתו ועד סופו, שכן המשיב זכר את כל שהתרחש באותו פרק-זמן ותיאר את הדברים לפני חוקריו במשטרה מיד לאחר האירוע.

בית-הדין הצבאי לערעורים קבע:

שומה היה על שופטי בית הדין קמא לבחון, בין היתר, אם המידע שסופק על ידי המשיב לפסיכיאטר היה נכון, וזאת מכוח התרשמותם ממכלול הראיות שהיו לפניהם. מקום שבית הדין מגיע לכלל מסקנה כי אין לסמוך על מידע, שסופק למומחה וששימשו בהוות הדעת, הרי שממילא נשמט בסיס חוות הדעת מתחתה.

אשר לגימוק שהעלו המומחים, שעניינו חוסר-ההיגיון בפעולות המשיב, קבע בית-הדין:

אנו תמימי דעים עם קביעה זו, אולם נסיונו לימדנו כי מעשיהם של רוב או של כל הנאשמים המובאים לדין לקויים במידה כזו או אחרת של חוסר הגיון, ואין באמת מידה זו כדי להצביע, ודאי שלא באופן ודאי, על המצב הנפשי שלהם או על בריאותם הנפשית. הוא הדין בקריטריון המוסרי-המצפוני...

לפיכך, ביטל בית-הדין הצבאי לערעורים את הזיכוי והרשיע את המשיב — בהתאם להסכם בין התביעה לבין ההגנה — בעבירה של גרימת מוות ברשלנות, לפי סעיף 304 לחוק העונשין.

עבודה צבאית — סעיף 541(3)(א)(1) לחוק השיפוט הצבאי, תשט"ו 1955 — פרשנות

(ע/199/87 סמל כרמלי נ' התוצ"ר) *

בית-הדין הצבאי המחוזי הרשיע את המערער בשתי עבירות של שימוש בלתי-חוקי בנשק, לפי סעיף 85 לחש"צ, וגזר עליו חודשיים מאסר על-תנאי ושלושים ימי מחבוש בפועל. משנגזר דינו, ביקש המערער כי עונש המחבוש ירוצה על-ידו בעבודה צבאית, כמשמעותה בסעיף 541(3)(א)(1) לחוק השיפוט הצבאי, תשט"ו—1955, כפי שתוקן בחוק העונשין (תיקון מס' 21), התשמ"ז—1987. בית-הדין קמא סירב להיענות לבקשה, מן הטעם שנסיונות העבירה אינן מצדיקות הטלת עבודת שירות, ומכאן הערעור. בית-הדין הצבאי לערעורים, בהרכב של חמישה שופטים, דן בשאלה אם בסמכותו של בית-הדין הגזר עונש של מחבוש לעשות שימוש באופציה הקבועה בסעיף 541(3) ולקבוע כי הנידון ישא את עונש המחבוש ב"עבודה צבאית". רוב השופטים השיב על כך בשלילה, בהסתמכו על כך שתיקון מס' 21 לחוק העונשין דן במי שנגזר עליו מאסר בפועל ואין בו זכר למחבוש בפועל. בא-כוח המערער טען, כי לענין זה דין אחד למאסר ולמחבוש, ואין להבחין ביניהם, הן מן הטעם שבמהות העונש והן מהטעמים שעמדו לפני המחוקק שעה שעשה את התיקון האמור בחוק העונשין.

על כך הגיבו שופטי-הרוב:

אין בידינו לקבל פרשנות מרחיבה זו של בא-כוח המערער. סעיף 21 לחוק השיפוט הצבאי, מבחין הבחן היטב בסולם העונשים שקבע, כשהוא הולך מן הקל אל החמור, בין מחבוש למאסר לתקופה קצובה. הבחנה זו לא באה לידי ביטוי בתיקונו של סעיף 541 לחוק השיפוט הצבאי, ואין להניח כי אך שגגה נפלה מלפני המחוקק כשייחד את "העבודה הצבאית" לפי התיקון לחוק רק למי שנדון למאסר בפועל.

בא-כוח המערער הדגיש רבות לפנינו את מטרת המחוקק, לצורך פרשנותו של סעיף 541 הנ"ל, אולם טרם שאנו באים לעמוד על מטרת המחוקק, עלינו להתייחס למלים גופן, שכן בכל מקרה חייב שיהיה לאופציה הפרשנית בית קיבול בלשון החוק, וה"פרשן אינו רשאי להגשים מטרה שאין לה עיגון לשוני בחוק" (ב"ש 67/84 פד"י לט(1), 667, 670).

הפירוש המרחיב שעל פיו עונש מאסר כולל עונש מחבוש, חורג, על כן, לדעתנו, ממסגרת פרשנות של חקיקה והופך לחקיקה של ממש. ההבחנה בין מאסר ומחבוש מצויה לכל אורכו של חוק השיפוט הצבאי, הן לדרך ריצויו של העונש (לדוגמא סעיף 496) והן ליתר ההוראות בדבר הפעלתו של עונש המחבוש בהבחנה מזה של המאסר (לדוגמאות סעיף 32(ג), סעיף 492(ב)).

לא מן המותר להוסיף, כי הפרשנות שמציע בא כוח המערער תביא לידי אבסורד, כשמחבוש שיוטל על ידי בית דין אפשר שירוצה בדרך של עבודה צבאית, בעוד שמחבוש שיוטל על ידי קצין שיפוט בכיר, לא ניתן יהיה לרצות בדרך זאת.

* הערת המערכת: בית המשפט העליון דחה ערעור על פסקי-הדין.

הננו להעיר עם זאת כי מן הראוי שהמחוקק ישקול אפשרות להרחיב את תחולת הוראת החש"צ גם על פסק דין שנגזר בו מחבוש.

מסקנתו של שופט-המיעוט היתה הפוכה, הו עיקר הנמקתו:

הסכנה שבכליאה הקונקרטיית מול הסיכוי הגלום בהשגת מטרת הענישה ביחס לאותו אדם גם בלי כליאה הם איפוא היסודות עליהם מושגת התיקון לחוק; הם "התכלית החקיקתית" שלו.

מבחינה זו מאי שנא עונש "מחבוש" מעונש "מאסר". הא ודא "כליאה" הם, ושניהם מתאפיינים בכך שהם מעמידים את החייל הכלוא בפני הסיכונים הגלומים בהושבתו בין עבריינים ופורעי חוק בו בזמן שאפשר אולי להשיג את מטרת הענישה גם בלי העמדתו בפני סיכון כזה...

בשוואתי לנגד עיני את המטרה שהמחוקק ביקש להשיג, אין לי אלא לקבוע שהוא כוון למאסר ומחבוש כאחד. במסקנתי זו אינני מעוות את לשון החוק, ואינני נוטל לידי את שרביט המחוקק. נהפוך הוא, מתוך כפיפות לרצון המחוקק הנני מקנה לביטוי "מאסר" שהמחוקק נקט בו – והוא לי "נקודת עיגון ארכימדית" בלשון החוק – את אותה משמעות המתיישבת עם התכלית החקיקתית.

דווקא הגישה הפרשנית המפרידה בענין דגן בין "מאסר" ל"מחבוש", איננה יכולה לדעתי, להתיישב עם התכלית החקיקתית, שכן היא משמיעה לנו שחייל שנגזר לו עונש של מחבוש, ואשר הוא מטבע העניין ראוי הרבה יותר מאשר חייל שנידון למאסר – להיכלל באוכלוסיה שלגביה מספקת ההרתעה שבעבודת שירות, איננו יכול להיכלל בהסדר זה.

התוצאה היא שגישה פרשנית אחרונה זו, מעמידה את עונש המחבוש בדרגת חומרה יחסית, הלכה למעשה, יותר מאשר עונש מאסר וזרי זה אבסורד העומד בסתירה ברורה ליחס שבין שני העונשים הקבוע בחוק.

הוצגה בפנינו הקושיה כיצד ניתן ליישב בין האפשרות להורות על עבודת שירות בגין מחבוש שגזר בית הדין, לבין חוסר אפשרות כזו לגבי מחבוש שגזר קצין שיפוט. היתכן כי קצין שיפוט הוא בעל סמכות החמרה עונשית גבוהה מן של בית דין צבאי? ומה התשובה לסכנות העקרוניות הגלומות בכליאה עקב מחבוש? תשובתי כפולה ומשולשת: ראשית אין מדובר בסמכות רחבה ומחמירה יותר המוקנית לקצין השיפוט. להיפך: סמכותו צרה יותר ואילו פער מעשי בעונש בין קצין שיפוט לבין בית דין צבאי אפשרי גם לפי המצב שקדם לתיקון בחוק. שנית – יש הבחנה ממשית בין מחבוש שנגזר בידי קצין שיפוט שאיננו כלול במירשם הפלילי ומשמעותו מבחינת התיוג החברתי פחותה בהרבה, לבין מחבוש שגזר בית דין, שלישית – זוהי גזירה מלפני המחוקק שאין להחיל את ההסדר על כליאה שלא על ידי בית משפט. לדידי, עדיפה פירכה לכאורה זו הניתנת ליישוב, על פני חוסר קוהרנטיות בסולם העונשין הצבאי, שיגרם על ידי העמדת עונש מחבוש בדרגת חומרה גבוהה מן של מאסר. ואין לך ראייה טובה מן להיעדר קוהרנטיות זו, מאשר הסיכוי הרב שמכאן ואילך, יקדימו נאשמים וסנגוריהם לבקש מבתי הדין שיגזרו להם עונשי מאסר במקום מחבוש, בשעה שעונש הכליאה מחויב הנסיבות.

שיפוט תעבורה בצבא — ניהול חקירה נגדית עליידי השופט

(ע"ת 19/88 מורי מרשי נ' התוציר)

המערער הובא לדין באשמת נהיגה במהירות העולה על המותר (סעיף 133 לחש"צ) ובאשמת עקיפה שלא כדין (תקנה 47(ב) לתקנות התעבורה). כתב-האישום התבסס על תלונת משקיף-תנועה צבאי, אשר עקב ברכבו אחר נהיגת המערער ומצא כי חרג במידה רבה מן המהירות המותרת ואף עקף בדרכו רכב מסוג סמי-טריילר, כשנתיבי-התנועה הנגדי איננו פנוי.

המערער העיד בחקירה עליידי המשטרה הצבאית, כי נסיבות העקיפה הנ"ל אינן זכורות לו וכי אם היתה עקיפה כזו אין זאת אלא שכדין היתה. בעניין מהירות הנסיעה אמר שכלל אין הוא חורג מהמותר. במשפט שינה המערער טעמו במובן זה, שנסיונות העקיפה הקונקרטיים הסתברו להיות זכורות לו וכי לדבריו, שעה שעקף היתה דרכו פנויה.

פרוטוקול המשפט נכתב בידי השופט הנכבד עצמו. עדות הנאשם משתרעת שם על-פני עמוד וכמה שורות. בעקבותיה באו שני עמודים ויותר שכונו "חקירה נגדית", שבהם "עימת" השופט (על דרך חקירה נגדית) את דברי הנאשם בפניו עם דבריו בחקירה המשטרית, הצביע בפניו על סתירות בין הא ל"דא, ביקש ל"ברר" באיזו הזדמנות כוח זכרונו (של המערער) היה אתו יותר וכן "השיג" מפיו חיזוקים שונים לאימות דברי המתלונן. רוב מניינה ובניינה של "החקירה הנגדית" התמקד בשאלת העקיפה הבלתי-חוקית, שכן לעניין המהירות המופרזת, ככל הנראה, כבר ניטעו ספקות בלב השופט למשמע דברי עדי-התביעה ולא היה לו עוד צורך להציל דברים מפיו המערער.

בית-הדין הצבאי לערעורים סקר תחילה את כללי התערבותו של השופט במשפט רגיל, כדלקמן:

- (א) בעקרון, אין השופט מחוייב בשתיקה מוחלטת ובנצירת פיו בלשונו עד למתן פסק הדין. הוא זכאי להגיב למתרחש בפניו אלא שאופי תגובתו והיקף התערבותו מוגבלים לפי טבע עניינם.
- (ב) השופט איננו רשאי ליטול את יוזמת ניהול המשפט בידי. דהיינו התערבות יתירה ומרובה ("מטייל ארוכות וקצרות בשדה המערכה") חורגת מאמות המידה של התפקיד השיפוטי.
- (ג) גם התערבות מעטה עלולה להיות פסולה אם יש בה משום "נקיטת עמדה" או אפילו "הבעת עמדה" לטובת צד מן הצדדים במשפט. "ירידה לזירת התגוששות".
- (ד) גם המטרה של "חקר האמת" איננה יכולה להצדיק התערבות יתירה של שופט בניהול המשפט כנגד הכללים המקובלים. זה טיבה ואופיה של שיטתנו המשפטית. היא מבוססת על סדרי דין וכללי ראייה המבטאים לעצמם את תהליך בירור האמת כפי שהוא נתפס בעיני השיטה המשפטית. אין מקום לכך שהשופט יערוך לו קובץ כללים משלו...

(ה) מעורבות של השופט שאיננה כדין עלולה, במקרים קיצוניים להביא לפסילת הדיון.

מכאן עבר בית-הדין לסדרי-הדין המיוחדים לכירור עבירות תעבורה בבתי-דין צבאיים, שעיקרם:

האפשרות— שהיא גם הפרקטיקה המקובלת— לקיים את המשפט בלי תובע וכלי סניגור, כאשר ברשות השופט חומר החקירה. עם זאת, התביעה והנאשם רשאים לדרוש כי עדים יתייצבו להשמיע את דברם במשפט; תובע רשאי מיוזמתו ליטול את רסן ניהול התביעה לידי ואלו הוא זקוק לרשות בית-הדין; הנאשם זכאי לחקור את עדי התביעה חקירה נגדית.

אשר לאופייה של השפיטה בבית-הדין הצבאי לעבירות תעבורה, אמר בית-הדין:

תשובתי היא שמן ההיבט העקרוני (קונספטואלי) אין תפקידו של שופט התערב בורה הצבאי שונה מזו של כל שופט אחר הדין בפלילים; אך מצד המעשה מוקנה לו מעט יותר חופש ביטוי בזמן קיום ההליך המתנהל בפניו. מנגד, סדרי הדיון המיוחדים מקנים, כפועל יוצא הגיוני ומחוייב, מעורבות גדולה יותר של השופט בהליך השיפוטי. העובדה שהמשפט מתנהל ללא סיוע של פרקליטים מותרים, מטבע הדברים, עניינים שונים סתומים וטעונים הבהרה. שופט המבקש ליצור לעצמו בסיס להכריע בין גירסאות נוגדות חייב לברר את הסתום על דרך של הצגת שאלות לעדים, לרבות לעיתים שאלות מדריכות ואף שאלות המעלות פירוכות על פני השטח.

מזו קו הגבול שבין שמירת העקרון לבין מידת הגמישות הנתונה לו? מהו התחום המותר את השופט על מושב השפיטה (Bench) ומונע פריצת המחסום (Bar) המפריד בינו לבין מקום בעלי הדיון?

במונחים כוללים מתאפיין קו הגבול כשתי אמות מידה הקשורות זו בזו: (א) מידת הגמישות לשופט איננה יכולה לחרוג מגדר הסביר והנהוג על פי ההגיון. אין היא יכולה להיות כה גורפת עד שתזעזע את אושיות בסיס השיטה האדברטרית.

(ב) מידת הגמישות מסתיימת במקום שבו הופך השופט את עצמו "לצד", במקום שבו ניתן לזהות את שאלותיו עם "מגמה", וכהטיית כובד משקלו לצד זה או אחר. חריגה של שופט מעבר ל"תחום ההתערבות הלגיטימי" או מתחת "תחום הלגיטימיות" הוא אל מעבר לסביר גורעות ואף מבטלות את ה"נאוטר-ליות" העומדת בבסיס ההפקיד השיפוטי.

בהפעילו כללים אלה על המקרה שבפניו, קבע בית-הדין:

דומה לי שבדרך טיפולו זו בענין חרג השופט למעלה מן המותר; מעבר לסביר ובמיוחד תוך יצירת מצב הנחזה כאילו העמיד עצמו השופט במקום התובע לנהל את התביעה כנגד המערער.

אלמלא קרא השופט לצרור השאלות שהציג למערער "חקירה נגדית" יתכן שהיה אפשר לראות פנים לכאן ולכאן בבחינת הדברים לגופם (אף על פי שכשלעצמי אני סבור שתוכן החקירה מצביע על אופיה כ"חקירה נגדית") ואולם

כיון שהשופט גילתה שחור על גבי לבן — את טיב החקירה שניהל נמצא שהעמיד עצמו "ואפילו רק במחשבותיו ובהרהוריו חלק בענינו של אחד הצדדים (ו) שהפך הוא למעשה לפרקליטו של צד (התביעה)" (ראה ע"א 116/66, לעיל). כסבור הייתי שבעשותו כן פגע השופט (בודאי שלא מתוך מדענות לכך) ב"גשמת אפו של התפקיד השיפוטי" — (כלשון הנשיא שמגר לעיל) וכיון שכך לא ראיתי אלא לבטל את פסק דינו ולזכות את המערער מבלי ששאלת אחריותו לעבירה שיוחסה לו נתבררה לגופה.

הערה: ללא קשר לשאלת תפקידו של השופט בדיון משפטי רגיל, מתבקשת הבחנה בין מצב שבו הדיון הצבאי לתעבורה מנוהל הלכה למעשה בידי השופט לבדו, לבין מצב דברים שבו הצדדים (בעיקר התביעה) נוטלים חלק פעיל בדיון. במקרה הראשון, אין — לדעתי — הצדקה והיגיון בתיוג ההליך כאדברסרי, שמשמעותו העיקרית כי השופט איננו רשאי ליטול לידי את יוזמת ניתול המשפט. כדי שהדיון יוכל להתקיים וכדי שהשופט יוכל להגיע לחקר האמת, הוא חייב — בהעדר ניהול על-ידי הצדדים — ליטול את הדיון לידי. ניהול הדיון חייב להיות מכוון לבירור האמת ומותאם לתכלית זו. במקרה כזה, שמירת אושיותה של השיטה האדברסרית איננה כלל לענין; ואם מבקשים לשומרו, מתחייב ריתור על היכולת לברר את הענין לאשורו וכהלכה, וזו תוצאה שהדעת אינה סובלת. אם השופט סבור שגרסה המועלית בפניו אינה מתיישבת עם גרסה קודמת של אותו עַד או עם ההיגיון, חובה עליו לקיים חקירה מבררת. היה זה משגה לכנות את החקירה "נגדית", אולם בעיני זהו משגה שמשמעותו מוגבלת, שאינו יורד לשורש הדברים, ושלא הצדיק את ביטול פסק-הדין.

התנהגות שאינה הולמת — סעיף 130 לחוק השיפוט הצבאי, תשט"ו—1955

(צ/86/227 רס"ר שנין, רס"ר גולן ב' התוציר)

שני הנגדים שירתו כנגדים בכירים בבסיס ציוד. נוכח משכורתם הזעומה, שלא היה בה כדי צורכן המינימלי של משפחותיהם, הגדילו המערערים את הכנסותיהם על-ידי עבודה פרטית של מלצרות או קבלנות שירות ("קיטרינג") בערבי-שמחה בשעות-הערב, בשעות שלאחר פעילות השגרה ביחידותיהם. לעתים, משהורשו לעשות שימוש ברכב צבאי ל"נסיעה פרטית", עשו דרכם בערבים למקומות עיסוקם ברכב כזה; ופעם אחת הובילו ברכב, כאמור, ציוד ששימש אותם לעיסוקם הפרטי. אחד מהם עשה בעבודה פרטית במשך ארבע שנים, והשני — שנה אחת. המערערים לא ביקשו ולא קיבלו היתר ל"עבודה פרטית", וזאת בניגוד לנדרש לפי פקודות הצבא.

המערערים הורשעו בעבירות של אי-קיום הוראות המחייבות בצבא, לפי סעיף 133 לחוק השיפוט הצבאי, תשט"ו—1955; שימוש ברכוש הצבא שלא למטרות הצבא, לפי

סעיף 79(א) לחוק השיפוט הצבאי, תשט"ו—1955; והתנהגות שאינה הולמת, לפי סעיף 130 לחוק השיפוט הצבאי, תשט"ו—1955. על ההרשעה בעבירה אחרונה זו נסב הערעור.

בית־הדין הצבאי לערעורים סקר את העבירה סקירה היסטורית והשוואתית. לאור סקירה זו, חיווה בית־הדין דעתו, כי

מקדמת דנא היתה העבירה של "התנהגות שאינה הולמת" קשורה במעמדו של מבצע העבירה, קו מקשר נמשך בין החובה התפקודית-חברתית של האביר הלוחם בימי הביניים לבין זו של הקצין הבריטי והאמריקאי, במידה רבה עד עצם היום הזה.

הסמכת התיבה Officer לתיבה Gentleman בהוראת הדין האמריקאית מלמדת, כשלעצמה, על הזיקה המתקיימת בין התדמית והמעמד החברתי של הקצין לבין, העבירה של "התנהגות בלתי הולמת". אומנם התיבה Gentleman נשמטה מנוסח ההוראה הבריטית אך ה"מדריך" הבריטי מעיר, בהקשר זה, כי ההתנהגות העשויה להיות בסיס לעבירה זו יכולה להיות בעלת אופי צבאי או בעלת אופי חברתי.

עבירה הנשענת על מעמד הקצין, על האינטראקציה החברתית שבין הצבא למסגרת האזרחית שבקרבה הוא פועל מחייבת גיבוש כללי התנהגות — אתיקה צבאית, חברתית ומוסרית — שהיא בבחינת Noblesse Oblige. קצין שאינו עומד בדרישותיה אינו ראוי לתוארו זה.

לעומת זאת, שונה אופייה של העבירה אצלנו:

מעיקרת קשה להלום שהדפוסים הישראליים של העבירה בה עסקינו יהיו דומים לאלה שבמשפט הצבאי האנגלי והאמריקאי.

"הצבא שלנו לא שוכן בקסרקטינים, אינו מרוחק מהעם; החיילים הם בני העם...". (ד' בן-גוריון, יחוד ויעוד, עמ' 350).

עניין ה"מעמד" הוא מן הצבא (לרבות נגדיו וקציניו) והלאה. לא זו בלבד שאין דמם של קצינים סמוק משל חוגרים והראשונים מתערבים באחרונים אלא שאף אין ריחוק (Distance) של ממש בין קצינים לחוגרים או בין הצבא (על מפקדיו הבכירים) לבין האזרחים. אלה כן אלה עם הארץ הם.

אכן הכרח לעוסק בעבירה של "התנהגות שאינה הולמת" לפי חוק השיפוט הצבאי לנקוט מטבעות לשון דומים לאלה הנקוטים בחקיקת עם זה, בפסיקתו ובקומנטארים השונים, כך ימצאו הביטויים "קלון הקצין בעיני הבריות" "פגיעה בכבוד קצין", במעמדו, "התנהגות בלתי מוסרית" וכיוצ"ב. אלא שדומה שהמטרה אשר ביטויים אלה באים לשרת שונה מזו שנתעצבה לעבירה דומה בצבאות זרים. לא התנהגות המשמיטה את הבסיס מתחת לפני המעמד החברתי של הקצין אלא התנהגות הפוגעת בדמות הקצין (או הנגד) בהתייחס לשליחותו כמפקד.

בית הדין לערעורים הצבאי קבע:

לשון אחר: אם "שליחות המפקד" תשמש כנקודת מוצא אוי ניתן להצביע על שני מישורים של מסגרת כללית לבחינת טיב ההתנהגות הפוגעת בשליחות זו:

(א) התנהגות פסולה במישור כללי. היינו התנהגות שיש בה דרגת פסול כה

גד פורקל
עוד-דין

בולטת עד שהיא מכתימה, פוגעת בדמותו המוסרית ובעיקרו של דבר ממיטה קלון על כל אדם. בנסיבות שבהן אחראי נגד או קצין להתנהגות כזו — לא זו בלבד שהיא מגלה קלונו אלא שגם, בד בבד, נפגעת שליחותו כמפקד כדמות מופת הצריכה לחנך בעצם הווייתה ובהליכותיה.

מכאן משמע שהתנהגות הבאה בעבירה אך איננה עשויה להגדר בד⁴ אמות אמת המבחן הנ"ל — אינה מהווה "התנהגות שאינה הולמת".

בגדון זה — ובתחום ה"מישור הכללי" הזה — ניתן להסכים עם הסניגור הצבאי הראשי המלומד שעבירה מטבע ברייתה (*Mala in se*) אשר טבעה הוא שהיא נתפסת בתודעת הציבור כולו כהפרה מסוכנת של סדרי החברה או כהפרה של עקרונות המוסר ההווה בסיס להטלת אחריות בעבירה לפי סעיף 130 לחש"צ. מאידך "עבירה בשל האיסור" (*Mala prohibita*) לא תשמש בסיס כזה.

(ב) התנהגות המשמיטה את היסוד מתחת לפני סמכותו הפיקודית של הנגד או הקצין. לצורך מישור בחינה זה אין חשיבות לדרגת הפסול שבהתנהגות — היינו האם היא "פסולה מטבע ברייתה" או רק בשל האיסור עצמו — ולאמיתו של דבר אין כלל חשיבות לשאלה האם ההתנהגות עולה כדי הפרת איסור ספציפי כלשהו. לזו הבחינה, על פי מישור זה, מוסב אל השאלה מהי ההשלכה שיש להתנהגות על מעמדו של הנגד או הקצין כמפקד או כבעל עמדה (תפקיד) בצבא. שעה שהתנהגות חותרת תחת הסמכות הפיקודית או התפקודית היא מהווה "התנהגות שאינה הולמת".

אך מובן הוא שבמישור זה של התנהגות ניתן להקנות חשיבות לנסיבות התרחשותה (כגון: ביצוע במדים, ביצוע בפומבי או ברשות הרבים, ביצוע בתוככי מחנה צבאי, ביצוע לנגד פקודים, ביצוע אגב תפקיד וכיו"ב).

בהידרשו למקרה שבפניו, הדגיש בית-הדין את גודל המצוקה הכלכלית אשר הניעה-ה דחפה את המערערים לעשות מה שעשו. בית-הדין בחן תחילה אם התנהגותם פסולה במישור כללי, והגיע למסקנה, בהסתמך על היסוד החיובי המכובד שבעבודה, כערך עתיק-יומין של עמנו, כי "עבודה פרטית" אינה מבזה את הבריות ואינה "בלתי-הולמת" את המשרת בצבא. בוודאי שאין בה פסול מוסרי כלשהו העלול להטיל סרה במבצע העבירה אם הוא נגד או קצין.

אחר-כך נפנה בית-הדין לבדוק "האם השמיטו המערערים, בהתנהגותם את הבסיס מתחת לפני סמכותם הפיקודית. האם יש 'לעבודה פרטית' השלכה על מעמדם כנגדים ביחידות, על האמון שחזקה שמפקדים ופקודים כאחד רחשו להם, על יכולתם להמשיך ולמלא שליחותם כמפקדים".

וכך השיב בית-דין על שאלה זו:

בהיבט כללי, כמדומה, אין זיקה של ממש בין התנהגות מן הסוג הנדון, הנעשית מחוץ לשעות הפעילות בצבא, בלי קשר אליו, "באין רואים" — מבחינת המערכת הצבאית — לבין המעמד או הסמכות הפיקודית. אולם ראוי להדרש גם אל הנסיבות הספציפיות העלולות לעיתים להוליך למסקנה שונה.

כך נטען מפי בא כוח התוצ"ר שרציפות ההפרה של פק' המטכ"ל, המשכרתה לאורך שנים, מתוך מודעות לאיסור ובלי נסיון פניה לגורם המוסמך להתיר

"עבודה פרטית" – משווים להתנהגות אופי של הפרת משמעת בולטת המהווה דוגמא שלילית מצד המפקד. מכאן הפגיעה בסמכות הפיקודית שהיא היסוד ה"בלתי הולם" של ההתנהגות.

גם לכך אין להסכים. אכן יש שהפרת משמעת רצופה תקנה מימד בוושה להתנהגות שהיא כשלעצמה איננה חותרת תחת אושיות סמכותו הפיקודית של מפקד (למשל: מפקד הנוהג לנבל פיו, או להלך פרוע מדים או שהוא מזלזל באופן מתמיד בכבוד פקדיו וכיוצ"ב). ברם בענין דגן הכל מסכימים כי התנהגות המערערים היתה פרי לחצן הכבד – ואולי הכבד מנשוא – של הנסיבות שלא היתה להם שליטה עליהן. הדבר היה לאורך כל השנים ויש בכך משום "איזון" מסויים כלפי אלמנט ההמשכיות והרציפות שבהתנהגות וכלפי המנעות המערערים מפניה אל גורם מוסמך להתיר להם את עסוקם הפרטי (פניה כזו היתה צפויה, אל נכון, לתשובה מסרבת).

נטען גם, לפחות במרומו, כי בידי המערערים היה מוצא פשוט מן המצב. היינו פרישה שהיא למעשה נטישת השרות. אכן אופציה כזו היתה בידי המערערים אך האם מוצדק להביאה בחשבון? הן בכך כמו באה מפי בא כוח הצבא הודאה בכשלונו של הצבא להעניק למשרתים די שכר כדי צורך מינימאלי וכי הברירה שבין שרות לבין פרישה היא כבחירה שבין דלות לקיום בכבוד.

כללו של דבר אמור מעתה: הגם שיגיעת כפיים שנעשתה תוך פגיעה ביראת הדין (פק' מטכ"ל) איננה ראוייה לשבח גדול (ועל כן הורשעו המערערים והם אינם חולקים על כך, בעבירה לפי סעיף 133 לחש"צ), על כל פנים גנות כה גדולה עד כדי "התנהגות שאינה הולמת" – אין בה. לפיכך זוכו המערערים מן העבירה של התנהגות שאינה הולמת.