

”סמכות שיפוט או תחולת חוק או שניהם גם יחד?” – דעה אחרת

א. פתח דבר. ב. בדיקת טיעוניו של פרופ' פלר. ג. התפיסה העקרונית של החוק. ד. המשתמע מסעיפים 13 ו-15 לחוק. ה. הפונקציה הכפולה של סעיף 15 – המהותית והדיונית. ו. העדר קשר בין סוג הפריבונל ובין שאלת התחולה. ז. העברת הדיון עליירי היועץ המשפטי אינה קריטריון הולם לסוגיית התחולה. ח. זיקת העבירה לצבא מתקיימת כאשר מתקיימת ההיפותיזה של סעיף 15. ט. יתרון הגרשה המוצעת: מניעת אכסורדים ותוצאות המלתנות במקריות. י. זיקתה לצבא של עבירה שעבר חייל – מעצם היותו חייל – הגרשה והצדקתה. יא. סוג הפריבונל הרן איננו קריטריון לשאלת התחולה. יב. סיכום

מאת

ד"ר מרדכי קרמניצר*

א. פתח דבר

סעיף 14 לחוק השיפוט הצבאי, תשט"ו–1955, שימש לאחרונה נושא לפרשנות הן בפסיקה הצבאית¹ והן בספרות המשפטית². הדיון בסעיף 14 לחוק השיפוט הצבאי גלש, בצדק, מעבר לסעיף עצמו והשתרע גם על סעיפים 13 ו-15 שבו. מטרת הרשימה לבחון שוב את הסוגיה כולה, מתוך התייחסות לניתוח הבעיה בידי פרופ' פלר. וזו לשונו של סעיף 14:

”בית דין צבאי מוסמך לדון חייל, פרט למי שחוק זה חל עליו על פי סעיף (2)8 ו-(3), שעבר בין במדינה ובין מחוצה לה עבירה כל שהיא שאיננה

* מרצה לדיני עונשין בפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית.

1 תיק מס' 27/78 בבית הדין הצבאי המחוזי במחוז שיפוט הדרום.
2 ראה מאמרו של פרופ' שיז פלר, ”סמכות שיפוט או תחולת חוק או שניהם גם יחד?” משפטים יא (תשמ"א) 92. דעה אחרת הביע א' קמר, ”גבול מקום לסמכות השיפוט בפלילים” הר המשפט (1957), 279, 284, 292.

עבירה צבאית, אולם אם היה היועץ המשפטי לממשלה סבור שהעבירה לא נעברה במסגרת הצבא או עקב השתייכותו של הנאשם לצבא, רשאי הוא בכל עת, עד להחלטה בדבר הרשעה או זיכוי (להלן הכרעת הדין), לצוות כי דינו יתברר בבית משפט אחר".

בית הדין הצבאי בתיק מס' 28/78 קבע שכאשר חייל מבצע בחוץ-לארץ עבירה פלילית רגילה — שאיננה עבירה צבאית וגם לא נעברה במסגרת הצבא או עקב השתייכותו של הנאשם לצבא — בית הדין הצבאי מוסמך לדון עליה, גם בהעדר תחולה של דיני העונשין של המדינה מכוח העקרונות של התחולה האקסטר-טריטוריאלי של שבחוק העונשין, וזאת מכוח הוראתו של סעיף 14 לחוק העונשין שבו נאמר: "שעבר... מחוצה לה". בית הדין גם חיווה את דעתו אגב אורחא שאם היה היועץ המשפטי לממשלה עושה שימוש בסמכות הנתונה לו על-פי חלקו השני של סעיף 14 ומצווה שדינו של החייל יתברר בבית משפט אחר, היתה לבית המשפט האזרחי אותה סמכות הנתונה לבית הדין הצבאי.

מאמרו של פרופ' פלר מתייחס ברובו לקביעה השנייה, האגבית, של בית הדין המחוזי והוא חולק עליה. לדעתו, במקרה כזה מתערטל הנאשם ממעמדו כחייל ויש להתייחס אליו כאל פרט רגיל. ומכאן, כאשר העניין לא נכנס לגדר אף אחד מעקרונות התחולה האקסטר-טריטוריאלי הרגילים, ואין אפוא עבירה שניתן ליחסה לאזרח, לא ניתן ליחס עבירה גם לחייל.

התיזה של פרופ' פלר מובאת בסיכום מאמרו וזו לשונה:

"(ב) הרעיון המרכזי העומד מאחורי הוראות חוק השיפוט הצבאי בנוגע לתחולתו — כולל תחולתו המקומית — הוא כי במידה שיש בה משום הרחבה בהשוואה להוראות המקבילות שבדיני העונשין הרגילים, היא צמודה לזיקה האורגאנית של העבירה לצבא או של עושה העבירה לצבא, או של שילוב שתי הזיקות לפי תנאים מדויקים הקבועים בחוק.

(ג) באותו רגע שזיקה כאמור נעדרת או נפסקת, נעלם, יחד עמה, העניין שעבירות כאלה תהיינה בטיפולן של הערכאות השיפוטיות הצבאיות, ובין השאר נעלם גם העניין שיחולו על העבירה ההוראות החורגות בנוגע לעבירות-חוק.

(ד) לכן, עם העברת הטיפול בעבירות לערכאות השיפוטיות האזרחיות יחולו עליהן דיני העונשין הרגילים, על כל המשתמע מכך גם לגבי תחולתם על עבירות-חוק, ללא כל הרחבה הנובעת מן ההעברה. זהו הסיכום של עיקר דבריו במידה שניתן לסכם דברים הגיוניים בנוגע להוראות שבהן לא תמיד בא ההיגיון לידי ביטוי".

דעתנו שונה. אנו גורסים שמשמעותו הראשונה של סעיף 14 היא מהותית ועניינה תחולת העבירות שאינן צבאיות מבחינת המקום על בעל מעמד מיוחד — חייל. הסעיף קובע תחולה אקסטר-טריטוריאלי גורפת של האסורים הפליליים (למעט העבירות

הצבאות שלגביהן נקבע הסדר דומה בסעיף 13 לחוק), כאשר עושה העבירה הוא חייל. העבירה הפלילית שעובר חייל היא אקסטרה-טריטוריאלית ומימד או מאפיין זה שלה אינו תלוי בסוג הטריבונול שהחייל מובא בפניו לבירור אשמתו (צבאי או אזרחי) והיא צמודה לעבירה גם כאשר היועץ המשפטי לממשלה מצווה שדינו של החייל יתברר בבית משפט אזרחי.

בעוד שהאמור בסעיף (ב) בסיכומו של פרופ' פלר מקובל עלינו ללא סייג, אנו חולקים על האמור בסעיף (ד) שם. אנו בדעה, שכאשר מדובר בחייל במשמעות הצרה יותר של הביטוי, דהיינו פרט לעובדים בשירות הצבא ובשליחות הצבא, לפנינו זיקה אורגאנית של עושה העבירה לצבא המצדיקה הרחבה של תחולת העבירות בהשוואה להוראות המקבילות שבדיני העונשין הרגילים. ההצדקה לכך נעוצה בפגיעות המיוחדות לעבירה שעובר חייל, הכרוכות במעמדו של העושה כחייל: פגיעה בשמו הטוב של הצבא ובשמה הטוב של המדינה ופגיעה במשמעת הצבאית. מבחינה עקרונית ההצדקה לתחולת הנורמה העונשית מחוץ למדינה, כאשר העושה הוא חייל, מתקיימת בכל מקום והיא אינה קשורה או תלויה בסוג הטריבונול שהעבירה מתבררת בפניו. זיקה זו ממשיכה להתקיים גם כאשר הטיפול בעבירה הועבר לבית משפט אזרחי, או בלשון אחרת, הפוכה: העברת בירור הדין לבית משפט אזרחי איננה מפסיקה או מסלקת את הזיקה האורגאנית הזו. ומכוח קיומה של אותה זיקה מתקיימת התחולה האקסטרה-טריטוריאלית של האיסור הפלילי גם על חייל שדינו מתברר בבית משפט אזרחי. זהו ההסדר המתחייב ממהותה המיוחדת של עבירה שעובר חייל, ולדעתנו, לשונו של חוק השיפוט הצבאי מאפשרת לתת לו ביטוי במסגרת הדין המצוי.

לפני שניכנס לעובי הקורה נציין את הנפקות המעשית של המחלוקת. לפי פרופ' פלר, כאשר דינו של חייל מועבר לבירור בפני בית משפט אזרחי חלות ההוראות הרגילות של חוק העונשין המסדירות את תחולת הנורמות הפליליות במקום, וביתר פירוט – ההוראה העיקרית המסדירה את התחולה הפרסונאלית-אקטיבית של העבירה שעובר אזרח ישראלי או תושב ישראל (סעיף 7(א) לחוק העונשין⁴). לפי שיטתנו, גם במקרה זה חל ההסדר המיוחד שבהוראת סעיף 14 לחוק השיפוט הצבאי. ההבדל בין ההוראה הרגילה ובין זו המיוחדת מתייחס בעיקר לעונות וכן לחטאים. בעוד שעל-פי סעיף 7 א לחוק העונשין התחולה הפרסונאלית האקטיבית מתייחסת, ככלל, רק לעבירות מסוג פשע⁵ ולמספר עבירות מסוג עוון⁶, סעיף 14 לחוק השיפוט הצבאי מייחס את התחולה הפרסונאלית האקטיבית לכל העבירות ובכללן העונות והחטאים ללא כל הבחנה או סייג. יוצא אפוא, שכל העונות שאין לגביהם תחולה פרסונאלית אקטיבית

4 סעיף זה, שמקורו בחוק לתיקון דיני עבירות חוק, חשליה-1978. הכניס שינוי מהותי במצב המשפט בשיטתנו. לפני שהוחק הסעיף, היתה התחולה הפרסונאלית-אקטיבית אצלנו מצומצמת ביותר. ראה סעיפים 6 ו-8, כאשר סעיף 6 איננו משקף תחולה פרסונאלית אקטיבית טהורה אלא עירוב של תחולה פרסונאלית אקטיבית עם תחולה פרוטקטיבית.
5 למעט מספר פשעים המפורטים בתוספת לחוק ההסגרה, השי"ד-1954. סה"ח השי"ד 163, 174. סעיף 2(א).
6 ראה התוספת לחוק ההסגרה. סעיף 2(ב).

רגילה, וכן כל החטאים שעשה חייל מחוץ למדינה, הם בני עונשין בפני בית משפט אזרחי לפי שיטתנו, אך לא על-פי גישתו של פרופ' פלר.⁷

ב. בדיקת טיעוניו של פרופ' פלר

פרופ' פלר מגיע לפרשנות סעיף 14 לאחר שהגיע למסקנה שתפיסתו העקרונית של החוק היא של צמצום היקף תחולתו⁸ ובמהלך התקדמות מן האגפים — סעיפים 13 ו-15, שמהם הוא שואב השראה פרשנית לצורך הנושא העומד במרכז הדיון — הפירוש הראוי לסעיף 14. נלך גם אנו באותה דרך, אך תחילה נעמוד על תחום ההסדרה של כל אחת מהוראות חוק השיפוט הצבאי שנתייחס אליהן בהמשך: סעיף 13 דן⁹ בחיילים במשמעת הרחבה של המושג, הכולל גם עובדים ושלוחים של הצבא, ובעבירות צבאיות בלבד. עבירה צבאית מוגדרת בסעיף 1 לחוק השיפוט הצבאי כעבירה לפי חלק ב' של אותו חוק. סעיפים 14¹⁰ ו-15¹¹ דנים בעבירות שאינן צבאיות. סעיף 14 עוסק בחיילים במשמעות הצרה של המושג (פרט לעובדים ושלוחים של הצבא) ואילו סעיף 15 מטפל בעובדי הצבא לשלוחיו. בעוד שסעיף 14 דן בכלל העבירות שאינן עבירות צבאיות, סעיף 15 מתמקד בעבירות שאינן צבאיות אשר נעברו במסגרת הצבא או עקב השתייכותו של העושה לצבא.

ג. התפיסה העקרונית של החוק

האם עולה מן החוק תפיסה עקרונית של צמצום היקף תחולתו? לדעתנו לא ניתן להשיב על שאלה זו תשובה חיובית פסקנית או חד-משמעית. פרופ' פלר הראה על מחציתה הריקה של הכוס, אך באותה מידה ניתן להצביע גם על מחציתה המלאה. העובדה, שפרופ' פלר מציינה, שהיקף התחולה של החוק מוגבל מבחינת מעמדו האישי של העושה אינה ביטוי של מגמת צמצום אלא נובעת מטבע הדברים מתחום ההסדרה של החוק, שהוא שיפוט צבאי. עובדה היא, שבנוסף לחיילים החוק חל גם על אדם הנמצא כדין במשמורת הצבא (סעיף 18(1) לחוק השיפוט הצבאי), עובד בשירות הצבא (סעיף 18(2) לחוק זה¹²), עובד בשליחות הצבא (סעיף 18(3)), שבוי מלחמה

- 7 בהנחה שלא מתקיים ביחס אליהם עיקרון אחר של תחולה אקסטררה-טריטוריאלית.
- 8 שם, עמ' 100, 106.
- 9 במתכוון נמנענו מלהגדיר את הנושא כתחולה, סמכות שיפוט או שניהם, משום שזהו עניין שנוי במחלוקת.
- 10 ראה גוסס הסעיף שהובא לעיל, בתחילת המאמר.
- 11 וזו לשון סעיף 15 לחוק השיפוט הצבאי: "בית דין צבאי מוסמך לדון אדם שחוק זה חל עליו לפי סעיף 18(2) ו-18(3) ושעבר, בין במדינה ובין מחוצה לה, במסגרת הצבא או עקב השתייכותו לצבא, עבירה כלשהי שאיננה עבירה צבאית, אולם רשאי היועץ המשפטי לממשלה בכל עת עד להכרעת הדין לצוות, כי דינו של האדם יתברר בבית משפט אחר".
- 12 ביחס אליו יש הגבלה בתחום העבירות הצבאיות.

(סעיף 10) ובצורה מוגבלת גם על מי שנמסר לו נשק מטעם הצבא (סעיף 7) ועל איש מילואים שאינו בשירות (סעיף 11 לחוק זה).

פרופ' פלר מצביע על העובדה, שלפי סעיף 6(ב) ו-1(ג) לחוק השיפוט הצבאי אם לא הוגש נגד חייל כתב אישום לבית דין צבאי על עבירה שעבר בהיותו חייל (ההוראה חלה גם על חייל מכוח הקשה, למעט איש מילואים שאינו בשירות, שלגבי נקבע הסדר אחר בסעיף 11(ב) לחוק השיפוט הצבאי), למעט ארבע עבירות צבאיות, תוך מאה ושמונים יום או שנה (לפי העונש שנקצב לעבירה) מהיום שבו חדל להיות חייל, יחדל חוק השיפוט הצבאי לחול עליו, כביטוי מובהק של צמצום היקף התחולה. ואולם, אין זו מסקנה מחויבת. השיפוט הצבאי מיועד, מטבעו, למי שמשתייכים לצבא, לבעלי מעמד של חיילים או מעין חיילים. באנלוגיה לדברים שאמר בית המשפט העליון על השיפוט המשמעתית — "שיפוט זה צמוד למסגרת ארגונית מסוימת, ואין לו עניין אלא במי ששייך השתייכות אישית אל אותה מסגרת"¹³ — ניתן לגרוס שהשיפוט הצבאי שהוא בעל אופי מעורב, פלילי ומשמעתי, צמוד למסגרת ארגונית מסוימת, ואין לו עניין אלא במי ששייך השתייכות אישית לאותה מסגרת. ניתן לראות באתריות הפלילית בגין עבירה צבאית מעין חוב שנוצר עקב השתייכותו של העושה לאותה מסגרת. ומכאן ההשקפה, שמי שניתק מאותה מסגרת ואינו משתייך אליה עוד זכאי לכך שאותו חוב, שהוא, כאמור, בעל רקע ועיגון באותה השתייכות שהסתיימה, לא יוסף לרבוץ עליו זמן רב מדי. גם מבחינת האינטרס הציבורי ההינתקות מן המסגרת מפחיתה את העניין במימוש האחריות הפלילית, שכן לסנקציה במקרה זה אין כמעט פונקציה של הרתעת הפרט מפני חזרה על אותו מעשה, שכן מי שאיננו משתייך למסגרת הצבאית אינו יכול לעבור עבירה צבאית; ופונקציה זו היא שיקול מרכזי וראשון במעלה בענישה. ואילו מבחינת ההרתעה מראש מפני ביצוע עבירה צבאית — ספק אם קיימת סכנה ממשית שחיילים יבצעו עבירות, ולו גם לקראת סוף תקופת השירות שלהם, תוך הסתמכות על כך שלא יוגש נגדם כתב אישום במשך מאה ושמונים יום מן היום שיחדלו להיות חיילים. אין אנו גורסים שההסדר הקיים בחוק שלנו בעניין זה הוא מחויב או אפילו רצוי, ביחוד בהתחשב במשקל הנכבד שיש לשירות המילואים במציאות הישראלית. אולם, לדעתנו ניתן להבין את ההסדר הקיים על רקע השיקולים שהוזכרו לעיל ואין לראות בו, בהכרח, ביטוי לתפיסה בסיסית הדוגלת במצצום היקף תחולתו של החוק. ולא למותר להזכיר, שניתן לגרוס, כפי שגורסים בארצות הברית¹⁴ וכפי שקבעו אצלנו בחוקת השיפוט הצבאי¹⁵, כי עם ביטול המעמד של חייל או מעין חייל, עם ההינתקות מן המסגרת הצבאית, מתבטל לא לתר השיפוט הצבאי על אותו אדם.

13 הרברים נאמרו כנגד 100/57, 103/57 ויום, מילר, ג' המפקח הכללי של המשטרה, ש"ד יב(1), 179, 191.

14 ראה: Manual for Courts-Martial United States 1969 (Revised edition Washington, 1969) 4-2, A2-3; D. A. Schlueter, "Court-Martial Jurisdiction: An Expansion of the Least Possible Power" 73 *Journal of Criminal Law and Criminology* (1982) 74, 83-86; J. W. Bishop, *Justice Under Fire* (New York, 1974) 60-62; והוא הדין בפליטנים. ראה: C. C. Gloari, *Philippine Military Law Annotated* (Quezon City, 1956) 11.

15 בג"צ 1/48 נימנ ג' המושל הצבאי בשטח המוחזק של ירושלים ואח', פ"ד א, 50, 55-57.

מן הניתוח דלעיל עולה גם שאין לראות בהוראת סעיף 6(ב) דוגמה להסדר מהותי ההולך אחרי ובעקבות הסדר דיוני. השיקולים שביסוד סעיף 6(ב) הם מהותיים, כפי שהוסבר לעיל, וההסדר המהותי הוא המכתיב את ההסדר הדיוני. משום שאין עניין לציבור בהבאתו לדין על עבירה צבאית של מי שחדל מלהיות חייל זמן רב לאחר שסיים הלה את שירותו, לא ניתן להביאו לדין בגינה, בכל מקרה — בין אם העבירה נעברה בישראל ובין אם נעברה מחוצה לה, בפני ערכאת שיפוט מכל סוג — צבאית או אזרחית.

כדוגמה נוספת להוכחת טענתו בדבר מגמת הצמצום שבחוק מצביע פרופ' פלר על סעיף 13(ב) לחוק השיפוט הצבאי לפיו עובד בשירות הצבא "לא ישפט בבית דין צבאי" על מספר גדול של עבירות צבאיות. לדעתו, כוונת המחוקק היא שחוק השיפוט הצבאי איננו חל על עובד בשירות הצבא ביחס לאותן עבירות. אין אנו משוכנעים שזו דוגמה טובה להוכחת הטענה, שכן לדעתנו, הסייג לגבי סוג זה של מעין-חיילים מתייחס, כפי שזכרנו, רק לשפיטתם בבתי הדין הצבאיים ולא לתחולת חוק השיפוט הצבאי עליהם מבחינת היבטיה האחרים של תחולה זו, ובכללם התחולה האקסטררה-טריטוריאלית של העבירות, גם אלה שסמכות השיפוט בהן ניטלה מבית הדין הצבאי. אין זה מתקבל על הדעת שניסוח ההוראה בלשון של שפיטות הוא מקרי בעוד שהכוונה היא לתחולת החוק. מסקנה זו מתחזקת כאשר משווים את הלשון שנקט המחוקק כאן (בסעיף 13(ב)) לעומת הלשון שנקט בסעיפים 6(ב) ו-11(ב) לחוק השיפוט הצבאי. קשה להניח, שאזרח בשירות הצבא שעבר עבירה של הפרעה לשוטר צבאי לפי סעיף 125 לחוק השיפוט הצבאי אינו נושא באחריות פלילית עליה. גם אין זה סביר שהמחוקק קבע העדר תחולה פרסונאלית ביחס לעבירות שהן ככלל בעלות זיקה אורגאנית מובהקת, וליתר דיוק: הזיקה האורגאנית בהא הידיעה, דהיינו עבירות צבאיות, כאשר קבע תחולה לגבי עבירות שזיקתן לצבא היא פחות אורגאנית: עבירות אזרחיות שנעברו במסגרת הצבא או עקב השתייכותו של העושה לצבא (סעיף 15 לחוק). מדובר אפוא, על-פי הבחנת יסוד שהיא נר לרגליו של פרופ' פלר¹⁶, בסייג פרוצדוראלי מובהק, שעניינו: סוג הערכאה השיפוטית אשר בפניה על העושה ליתן את הדין בגין עבירה שעבר.

זאת ועוד, בצד המלא של הכוס אנו מוצאים את העובדים בשליחות הצבא, שלגביהם אין כל סייג, גם לא פרוצדוראלי, לתחולת השיפוט הצבאי עליהם בכל הקשור לעבירות צבאיות, והוא הדין בכל אדם הנמצא כדין במשמורת הצבא שדינו כדין חייל ממש — הן לעניין עבירות צבאיות והן לעניין עבירות אזרחיות, ובשבווי מלחמה (למעט עבירות של בריחה, ניסיון בריחה ועבירות הכרוכות בבריחה). ניתן גם לשאול האם החלת השיפוט הצבאי על מי שאינם חיילים ממש בנוגע לעבירות צבאיות (בהיקף מלא או חלקי), בנוגע לכל שאר העבירות ללא הגבלה (כאשר מדובר במי שנמצא במשמורת הצבא) ובנוגע לכל עבירה שאינה צבאית הנעברת במסגרת הצבא או עקב השתייכותו של העושה לצבא (כאשר מדובר בעובדים בשירות הצבא, ובכללם עובדים במפעלים המשרתים את הצבא, ובאזרחים בשליחות הצבא) אמנם מתיישבת עם תפיסה עקרונית

16 ראה, למשל, במאמרו בעמ' 104.

של צמצום היקף התחולה של השיפוט הצבאי¹⁷? במשמעותו של סעיף 14, בקשר לתפיסה שהוא מגלם, עוד גרדון להלן.

ד. המשתמע מסעיפים 13 ו-15 לחוק

אם לשיטתו של פרופ' פלר "כשמדובר בחייל, לרבות חייל מתוך הקשה על פי חוק, ובעבירה צבאית תחולת החוק היא, עקרונית, גם אקס טרה-טריטוריאלי (סעיף 13(א)¹⁸", יוצא אפוא, שהנוסח: "בי"ד צבאי מוסמך לדון חייל..." סומן בחובו משמעות מהותית, של הסדר תחולת גורמת מבחינת המקום. ברור גם שבמלים אלה של החוק מצוי הבסיס לסמכות השיפוט של בית הדין הצבאי (ההיבט הפרוצדוראלי). השאלה הנשאלת היא, האם אין להסיק מכאן שזו משמעותו של אותו נוסח גם בסעיפים השכנים — 14 ו-15 לחוק.

ה. הפונקציה הכפולה של סעיף 15 — המהותית וחדינונית

סעיף 15 מתייחס לעובדים בשירות הצבא ולעובדים בשליחות הצבא ולעבירות שאינן צבאיות. הוא מעניק סמכות לבית דין צבאי לדון מי שנמנה עם הקטגוריות האמורות בגין עבירה שאיננה צבאית שנעברה במסגרת הצבא או עקב השתייכותו לצבא. עם זאת, מוענק שיקול דעת ליועץ המשפטי לממשלה לצוות שדינו של האדם יתברר בבית משפט אחר, בכל עת עד להכרעת הדין. וכך כותב פרופ' פלר:

"... במידה שהמעשה מהווה עבירה פלילית רגילה¹⁹ הם יתנו את הדין עליה על-פי דיני העונשין הרגילים, כולל הקבוע בהם בנוגע לענישה בשל עבירות חוץ. מקל וחומר, הוא הדין כאשר המדובר בעבירה כל שהיא שאינה עבירה צבאית, כאמור בסעיף 15, למרות שבוצעה במסגרת הצבא או עקב השתייכותו [של העושה] לצבא, אך כאשר היועץ המשפטי הוציא צו העברה של בירור הדין בבית משפט אזרחי. כי השיקולים להעברה הם מהותיים ופונקציונליים, כאלה שהיו מחייבים שהעניין לא יעסיק כלל את המוסדות המשפטיים הצבאיים, בשל כך שזיקת העבירה לצבא היא פורמאלית בלבד ולא עניינית; אין זה עניין של שרירות לב. במקרה כזה יחולו על העניין דיני העונשין הרגילים, כולל הוראותיהם בנוגע להיקף תחולתם *ratione loci*"²⁰.

17 בארצות הברית. למשל, אין לבתי הדין הצבאיים סמכות לשפוט אזרחים בתקופת שלום, ועדיין לא הוכרע אם יש להם סמכות לדון אזרחים המלווים את הכוחות המזוינים בעת מלחמה. ראה שלויטר (לעיל, הערה 14) 75; בישופ (לעיל, הערה 14) 56. קשה להשתכנע שהקביעה בדבר תחולת השיפוט הצבאי על עובדי הצבא ושלוחיו בגין עבירות רגילות שעברו במסגרת הצבא היא מחויבת המציאות.

18 שם, עמ' 101.

19 הכוונה לעבירה פלילית שלא נעברה במסגרת הצבא או עקב השתייכות העושה לצבא.

20 שם, עמ' 103.

לפני שאנו באים אל המקרה היוצא מן הכלל, שבו מפעיל היועץ המשפטי את סמכותו, מן הראוי לבחון את הכלל שבו פותח הסעיף. בדומה לאופן התייחסותו של פרופ' פלר לסעיף 13(א), ניתן לקבוע שכאשר העבירה נעברה במסגרת הצבא או עקב השתייכותו של העושה לצבא, תחולת החוק היא אקסטררה-טריטוריאלית. אין היגיון בסברה הפוכה, לפיה ביקש המחוקק להסדיר רק את ההיבט הפרוצדוראלי בהתחשב בכך שבעת שהחוק חוק השיפוט הצבאי היתה התחולה הפרסונאלית-אקטיבית הרגילה מוגבלת לעבירה של ריבוי נישואין. לעומת זאת, יש טעם בהחלת הנורמות הפליליות על עובדי הצבא ושלוחיו, כאשר הם עוברים מחוץ למדינה עבירה במסגרת הצבא או עקב השתייכותם לצבא, שכן אחרת היה נוצר חלל ריק, שאין הדעת טובלתו, מבחינת מרות החוק והמשמעת על מי שמשתייכים למסגרת ארגונית²¹, והם היו חסגים מפני מתן הדין בישראל על עבירות כגון המתת מפקד או ממונה או גרימת חבלה לו מתוך זיקה להשתייכותם לצבא.

הדעה שעניינו של סעיף 15 הוא בתחולה אקסטררה-טריטוריאלית של עבירות משתמעת מגישת בית המשפט העליון בעניין וויס²² וגם פרופ' פלר החזיק בה במפורש במקום אחר²³, דומה שהוא אינו חולק עליה גם במאמרו הנזכר כאן אף-על-פי שאינו מביע אותה בגלוי.

בסעיף 15 הזיקה לצבא היא כפולה — הן זיקתו האישית של העושה והן זיקתה העניינית של העבירה — ובלשון אחרת: הזיקה הפרסונאלית כשלעצמה אינה בעלת עוצמה מספקת. לפיכך, מצרפים אליה גם את זיקתה העניינית של העבירה לצבא וההצטברות של שתיהן יוצרת זיקה מספקת. לסעיף 15 יש אפוא תפקיד כפול: הוא קובע הן הוראה שבמהות ביחס לתחולתן האקסטררה-טריטוריאלית של הנורמות מושא דיונו (העבירות שאינן צבאיות ושנסיבות ביצוען יוצרות זיקה ביניהן ובין הצבא) על קבוצות האנשים שבהן הוא דן (אזרחים עובדי צבא ושלוחי הצבא), וכן הוראה שבסדרי הדין, בתחום הסדרתו של חוק השיפוט הצבאי. דהיינו, הוא מעניק סמכות שיפוט לבית הדין הצבאי, כסמכות מקבילה נוספת לסמכותם של בתי המשפט האזרחיים²⁴.

להלן נבקש להראות שאין קשר הכרחי בין סוג הטריבוטל הדין בעניין ובין עוצמת הזיקה של העניין לצבא, כלומר לשאלת התחולה של הנורמה — וזאת הן בשלב הגשת האישום והן בשלב העברת הדין על-ידי היועץ המשפטי לממשלה מבית דין צבאי לבית משפט אזרחי; וכן שהשקפת המחוקק היא, שזיקת העניין לצבא מתקיימת מכוח עצם התקיימות ההיפותיזה שבסעיף 15 וזיקה זו מצדיקה את תחולת הנורמות מחוץ לישראל. המסקנה המתבקשת היא פיצול הפונקציה של סעיף 15, באופן שמשמעותה המהותית (תחולת הנורמות מחוץ לישראל) תחול גם על עבירה המתבררת בפני בית

21 בפאראפראזה על דברי בית המשפט העליון בפרשת וויס (לעיל, הערה 13), בעמ' 191, 192.
22 בהיקש מן הדברים שנאמרו בעניין וויס (לעיל, הערה 13) בעמ' 189, על סעיפים 13 ו-14 לחוק השיפוט הצבאי.

23 ראה: ש"ן פלר, "בחינות אחדות של עקרון החוקיות בפלילים" משפטים א (תשכ"ח) 19, 48.
24 חוק השיפוט הצבאי אינו מתיימר כנראה להסדיר ואינו מסדיר את סמכות השיפוט של בתי המשפט האזרחיים ביחס לעבירות מכל המינים שעוברים חיילים מכל הסוגים. סמכותם הכללית של אלה, המתפרשת גם על עבירות חיילים, הוסדרה בחוק בתי המשפט, תשי"ז-1957.

משפט אזרחי, שאם לא כן, פליליות המעשה ותוצאות הדיון מותנות בנתון מקרי של סוג הטריבונול הדין בו.

1. העדר קשר בין סוג הטריבונול ובין שאלת התחולה

בהחלט ייתכן שעבירה פלילית שעבר אדם העובד בשירות הצבא במסגרת הצבא, תגיע מלכתחילה לבירור בפני בית משפט אזרחי, משום שבית המשפט האזרחי הוא הפורום ההולם לבירורה, כגון שלעושה מיוחסות עבירות גוספות באותה מסכת של פעילות עבריינית שהן נטולות זיקה לצבא והן דווקא הדומיננטיות או שיש עניין לדון בכולן בפני טריבונול אחד. רק בית משפט אזרחי בא בחשבון כאשר שותפיו של העושה הם אזרחים ומן הראוי לברר את עניינם במשותף²⁵. מקרים אחרים העשויים להיות מובאים בפני בית משפט אזרחי הם: אורח שחדל לעבוד בצבא לפני חמישה חודשים, כאשר כל העדים לעבירה שנעשתה מתגוררים במקום שבו מצוי בית משפט אזרחי אך המרוחק ממקום שבתו של בית דין צבאי (למשל, אילת); דרך הטיפול המתבקשת בעושה אינה פתוחה בבית דין צבאי, כגון שירות לתועלת הציבור לפי סימן ד 1 לחוק העונשין או החזקה במוסד סגור, לפי סימן ז' לחוק העונשין וכיו"ב. בכל המקרים האלה זיקת המעשה לצבא אפשר שהיא הדוקה ואיתנה ביותר, ואף אמיצה יותר מן הזיקה לצבא של עבירות מסוג זה הנידונות בפני בית דין צבאי. במקרים אלה, כאשר זיקת המעשה לצבא היא אמיצה, מתקיימת במלואה ההצדקה המהותית להרחבת התחולה ואין תוקף לטענה שיש לצמצמה בגלל סוג הפורום שבפניו מובא העניין לבירור. ברור, שאם בחירת הטריבונול נעשית או עשויה להיעשות משיקולים שאין ביניהם ובין שאלת העוצמה של הזיקה לצבא (אותה זיקה המצדיקה את הרחבת התחולה) ולא כלום, אין מקום לקשר בין סוג הטריבונול המברר את האשמה ובין שאלת תחולת הנורמות מחוץ למדינה (השאלה אם נעברה עבירה, אם לאו).

ובל ניתפס לכלל טעות. אין מדובר בחלוקת סמכויות בין בית הדין הצבאי ובין בית המשפט האזרחי, שלכל אחד מהם תחום עבירות שהוא ייחודי לו. לבית המשפט האזרחי סמכות מקבילה ומלאה, על-פי חוק בתי המשפט, לשיפוט קבוצות אלה של מעין-חיילים. סמכותו של בית המשפט האזרחי, ככל שהיא נוגעת לעניינים, משתרעת הן על עבירות נטולות זיקה לצבא והן על עבירות בעלות זיקה לצבא. בהבדל מהשיפוט הצבאי שהוא מוגבל רק לאחד משני סוגי העבירות (העבירות שיש להן זיקה לצבא) וקיים ביחס אליו צינור להעברה אל המערכת האזרחית, הרי סמכותו של בית המשפט האזרחי היא מלאה ואין לגביו צינור להעברת עבירה שהיא בעלת זיקה לצבא לבית דין צבאי. יוצא אפוא, שבעובדה ששלוח הצבא או עובד הצבא נידון בפני בית משפט אזרחי אין כדי ללמד על העדר זיקה בין העבירה ובין הצבא, ולכן אין מקום לקביעה שכאשר העבירה מתבררת בפני בית משפט אזרחי אין תחולה אקסטר-טריטוריאלית לגורמה, ולפיכך לא נעברה עבירה. כאשר גורמים אחרת, דהיינו

25. או שמדובר בגרימת מוות ברשלנות שהיו מעורבים בה כמה גורמים — חלקם אנשי צבא וחלקם אזרחים.

שאינו לפצל בין הפונקציה המהותית ובין הפונקציה הפרוצדוראלית של סעיף 15, ולכן הרחבת התחולה האקסטרה-טריטוריאלית מצטמצמת לעבירה המובאת לבית הדין הצבאי בלבד, מתנים את פליליות המעשה בסוג הטריבונול שבפניו הוא מתברר, וזהו נתון מקרי מבחינה זו שאין לו זיקה לסוגיית התחולה; התוצאות המתקבלות, עקב כך, הן בהכרח בלתי הגיוניות ושרירותיות. המחוקק עלול ליצור באורה מפורש וחד-משמעי הבדלים של מהות הנובעים מהבדלים בפורום הדין; וכאשר הוא עושה כן, למשל בסוגיית העונשים שמטילים בית דין צבאי ובית משפט אזרחי בגין עבירה שאיננה צבאית, אין לנו אלא לכוף ראש נוכח מצוות החוק, כל עוד לא שונה. אולם, מקום שניתן לנקוט עמדה פרשנית שאינה מובילה לתוצאה מעין זו, יש לאמץ אותה, שכן הסדרים שבתוק מועמדים בחזקתם כהסדרים הגיוניים ולא כהסדרים אבסורדיים.

ז. העברת הדיון על-ידי היועץ המשפטי אינה קריטריון הולם לסוגיית התחולה

אשר למקרה האחר, של עבירה המובאת מלכתחילה לדיון בבית דין צבאי ומועברת לבית משפט אזרחי על-ידי היועץ המשפטי לממשלה, יש להסכים עם פרופ' פלר שהיועץ המשפטי מוחזק כמי שמפעיל שיקול דעת ענייני ולא כמי שפועל מתוך שרירות לב. ואולם, הענייניות אינה מצטמצמת רק לעוצמת הזיקה של העבירה לצבא והיא מקיפה גם את השיקולים שהבאנו לעיל מבלי להתיימר למצות את המכלול, והוא עשוי אפוא להעביר לבית המשפט האזרחי גם עבירה שזיקתה לצבא איתנה. היועץ המשפטי רשאי לשקול גם את העיתוי של הבאת הבקשה לפניו מבחינת השלב שכבר הגיע אליו הדיון בבית הדין הצבאי והדבר עשוי לשנות את החלטתו, כגון כשמדובר בבקשה שהובאה לעיונו כאשר הדיון בבית הדין טרם החל לעומת בקשה המוגשת לאחר שלב הסיכומים. זו גם הסיבה לכך שהמחוקק מסר את שאלת ההעברה להחלטתו של היועץ המשפטי לממשלה. אילו היה מדובר רק בעוצמת הזיקה לצבא, היה טבעי יותר וגם יעיל יותר להקנות סמכות בעניין זה לבית הדין הצבאי גופו תוך הגדרת מבחן מהותי בחוק. ואולם, בשל האופי המורכב, ולעיתים המשולב, של השיקולים, מצא המחוקק לנכון להפקיד את הסמכות בידי "סדרן" או "נווט" המצוי מחוץ למערכת הצבאית והמסוגל לראות את מלוא ההיקף והמגוון של השיקולים שהם רלוונטיים להכרעה בין השארת העניין לדיון בבית הדין הצבאי ובין העברתו ממנו אל בית המשפט האזרחי.

זאת ועוד, שאלת הזיקה של העבירה לצבא במקרה שהעבירה נעברה במסגרת הצבא או עקב השתייכותו, וזו ההיפותיזה הבסיסית של סעיף 15 (הפנייה ליועץ המשפטי באה במקרה שבו נתונה סמכות לבית הדין הצבאי, וסמכות בית הדין קמה, במקרה כאמור, רק כאשר קיימת זיקה בין העבירה ובין הצבא) איננה עניין של פורמאליות מול ענייניות, בבחינת שחור לעומת לבן, אלא של גווני ביניים של אפור. האם סביר שהכרעה מאוחרת בשאלה של מידה ודרגה (בתחום גווני האפור) תקבע את מעמדו של מעשה כעבירה או כמעשה מותר, כאשר הן שיקולים שבעיקרון והן שיקולים

תועלתניים מחייבים קביעה כזו בטרם מעשה? לפי עקרון החוקיות יש להביא לידיעת האזרח מראש את תוכן הנורמה האוסרת, וכהיבט לא-ברי-הפרדה ממנו את תחום תחולתה וכך יש לעשות גם אם מבקשים שהחוק ימלא את הפונקציה המונעת שלו. מתבקש שהמסר המובא לידיעת האזרח – הן באשר לתוכן האיסור והן באשר לתחולתו – יהיה ברור וחד משמעי ככל האפשר²⁶. קשה לומר שעל-פי גישת פרופ' פלר, המסר על תחולת הנורמה הוא אמנם כזה. עובד הצבא או שלוח הצבא הנמצא בחוץ-לארץ במסגרת תפקידו, והשואל את עצמו או אחר האם הנורמות של דיני העונשין חלות עליו שם, יתקשה להשיב או לקבל תשובה ברורה ומובנת על השאלה. גם אילו ניתן היה להשיב על השאלה, כלומר כאשר קיימת זיקה אמיצה של העבירה לצבא (עבירה הנעברת במסגרת הצבא או עקב השתייכותו של העושה לצבא) – חל עליו איסור העבירה, ואילו כאשר הזיקה בין העבירה (מאותו סוג) ובין הצבא אינה אמיצה – איסור העבירה אינו חל עליו – היה בכך כדי להביך את המבקש לדעת, אף-על-פי שמן הראוי היה לכלול קריטריון מהותי זה בחוק. אולם, תשובה זו היא תשובה חלקית ומטעה שכן, כפי שראינו, תחום שיקוליו של היועץ המשפטי לממשלה מקיף שיקולים נוספים על עוצמת הזיקה של העבירה לצבא, ולכן אין היא תשובה הולמת. זאת ועוד, האזרח השומע על מקרה או מקרים שבהם עקב העברת הדיון לבית משפט אזרחי נשללת פליליות המעשה – עלול להסיק מכך מסקנה כללית יותר ומוטעית, לפיה לא חלות עליו הנורמות של דיני העונשין בחוץ-לארץ.

ח. זיקת העבירה לצבא מתקיימת כאשר מתקיימת

ההיפותיזה של סעיף 15

לדעתנו, גם במקרה שבו היועץ המשפטי לממשלה מעביר את העניין לבית משפט אזרחי, זיקת העבירה לצבא מכוח העובדה שהיא נעברה במסגרת הצבא או עקב השירות אינה נעלמת או מתפוגגת; לפי תפיסתו של המחוקק, שילוב הזיקות – הפרסונאלית והמטריאלית – כפי שבא לידי ביטוי בהיפותיזה של סעיף 15 יוצר זיקה אורגאנית של העניין לצבא. שילוב זה מצדיק הרחבת התחולה בהשוואה להוראות

26 אנו ערים לכך שניתן לטעון שאין כאן פגיעה ממשית בעקרון החוקיות. לאור העובדה שהעושה מזהר מראש על "המקסימום" שהוא צפוי לו: שפיטה בפני בית דין צבאי ותחולה אקסטרטריטוריאליה של הנורמות. ואולם פגיעת-מה בעקרון החוקיות נגרמת גם כאשר המחוקק יוצר שתי עבירות זהות בתוכנן וקובע עונשים שונים בגינן, משום שגם אז ניתן לומר שהעושה מזהר מראש על המקסימום, כדברי בית המשפט העליון בעניין חרד: "...ובעיני יש בה, כביכול, פגיעה בכלל גדול של דיני עונשין: nulla poena sine lege כי ריבוי חוקים עונשיים עם זכות ברירה לתביעה הכללית, כמותו כאפס חוק מסויים ומוגדר". ע"פ 117/30 חרד נ' י. ב., פ"ד ה, 1413, 1426. בייחוד נפגע לדעתנו עקרון החוקיות כאשר גורסים שהעברת הדיון לבית משפט אזרחי נעשית רק על-פי קריטריון מהותי של העדר זיקה עניינית לצבא. אם זהו הקריטריון להעדר תחולה אקסטרטריטוריאליה של הנורמות, האזרח זכאי לדעת זאת (גם אם משמעות המסר הזה מוגבלת למדי), ולכן יש לקבוע זאת בחוק במפורש.

התחולה הרגילות. לדעתנו, גישת החוק בנושא התחולה חייבת להיות על דרך הכלליות וההכללה כשם שהיא חייבת להיות ברורה וחד-משמעית ולא ניתן לרדת אל הרמה של בדיקת המקרה הפרטי במאזניים עדינים.²⁷ ההכרעה חייבת להיות במושגים איכוניים ולא כמותיים. במקרה זה הכריע המחוקק שכאשר קיימת זיקה בין העבירה ובין הצבא יש מקום להרחבת תחולת הנורמות הרגילות בנושא התחולה. ניתן, אולי, לתאר זאת כפרוזומפציה חלוטה של זיקה, כאשר מתקיימים התנאים שבסעיף.

הכרעה זו יפה הן למקרה שבו בדיקה כוללת של הנסיבות מראה על זיקה אינסטינטיבית לצבא והן למקרה שבו עולה מן הבדיקה שהזיקה לצבא איננה הדוקה, שכן גם זיקה כזו היא זיקה קיימת וקו הגבול שהמחוקק התווה חוצה בין העדר זיקה לקומה, ולא בין זיקה איננה לזיקה רופפת. על דרכו המכלילה של המחוקק ניתן ללמוד מסעיף 13. גם בתחום העבירות הצבאיות ניתן להצביע על עבירות שזיקתן לצבא בולטת ומובהקת, כגון היעדרות מן השירות שלא ברשות, עריקה, אי קיום פקודה או סירוב פקודה²⁸ ועוד. ולעומתן ניתן להצביע על עבירות שזיקתן לצבא מודגשת פחות, כגון העבירה של אלימות כלפי חייל, לפי סעיף 61 לחוק השיפוט הצבאי שניתן לעשותה גם מחוץ למסגרת הצבא, כאשר הן העברייני והן קורבנו נמצאים בחופשה²⁹ ואין ביניהם כל קשר עקב השירות הצבאי והרקע לתקרית הוא "אזרחי" מובהק, העבירה של מעצר שלא כדון, לפי סעיף 114 לחוק השיפוט הצבאי, שעניינה מעצר בלתי חוקי שמבצע חייל וקורבנו הוא אזרח, או העבירה של אינוס לפי סעיף 75 לחוק השיפוט הצבאי, המחמירה את דינו של חייל שעבר עבירה של אינוס בהשוואה למי שאינו חייל (עשרים שנות מאסר לעומת ארבע-עשרה), כאשר האלמנט הצבאי המיוחד היחיד בעבירה זו הוא מעמדו "החילי" של העושה³⁰; ועובדה היא, שכאשר המחוקק ניגש לקביעת תחולת העבירות הצבאיות במקום הוא נמנע ממיון משני או מהבחנות פנימיות בתוכו, אלא התייחס אל כולן כאל מקשה אחת. ניתן לשאול האם אין יתר הצדקה לתחלת דיני העונשין של המדינה על עובד בשליחות הצבא העובר מחוץ למדינה עבירה של רצח שזיקתה העניינית לצבא קיימת אך רופפת, מאשר להתלתם על עובד בשליחות הצבא העובר מחוץ למדינה עבירה אינוס שאין לה זיקה עניינית כלשהי לצבא.

27 ולא ניתן לקבוע כלל שלא ניתן יהיה לטעון כלפיו שבמקרה זה או אחר הנופל בגדר תחולת החוק אין טעם בהבאת העושה לדין. גם בעבירות פנים, לא תמיד מה שממלא אחר כל יסודות העבירה גם פוגע באינטרס הציבורי ומצדיק הטלת אחריות פלילית.

28 סעיפים 92, 94, 122 ו-123 לחוק השיפוט הצבאי.

29 העושה יכול שיהיה לבוש אזרחי, ואילו הקורבן יהיה קרוב לוודאי, לבוש מדים, שאם לא כן לא יהיה העושה, על-פי הנתונים של הדוגמה, ער לכך שהוא חייל, בתנחה שאין ביניהם היכרות אישית, ולא תפקיים המחשבה הפלילית הדרושה לשם התהוות העבירה.

30 החוק הצבאי השווייצרי מקיף במסגרת העבירות הצבאיות כמעט את כל העבירות הפליליות הרגילות; : *Militärstrafgesetz vom 13 Juni 1927* סעיפים 86-179. בתי הדין הצבאיים באנגליה מוסמכים לדון חייל בגין עבירות אזרחיות: סעיף 70 ב- *Army Act, 1955* (3&4 Eliz 2 Ch. 18) במחקר השוואתי שנערך בגרמניה, במסגרת עבודת דוקטורט, בסוגיית ההיקף הענייני והאישי של השיפוט הצבאי נקבע שככלל נתונה לערכאת השיפוט הצבאית סמכות שיפוט על העבירות האזרחיות. ראה *H. D. Schwind Umfang und Träger der Wehrstrafgerichtsbarkeit* (Hamburg, 1966) 99 וראה גם: *P. J. Doll, Analyse et Commentaire du Code de Justice Militaire* (Paris, 1966) 76

ט. יתרון הגישה המוצעת: מניעת אבסורדים ותוצאות המותנות במקריות

פרופ' פלר מסכים, שכאשר היועץ המשפטי לממשלה איננו נוקט יוזמה להעביר את הדיון לטריבונל אזרחי בית הדין הצבאי הייב להמשיך ולסיים את הברור, גם כאשר זיקת העבירה לצבא רופפת, ויחד עם זה הוא גורס שתוצאה זו היא בגדר אבסורד, שכן בית הדין הצבאי ירשיע במקום אשר בית משפט אזרחי היה מוכה; יתר על-כן, הרשעתו של בית הדין הצבאי מבוססת על תחולה אקסטרה-טריטוריאלית שאין לה כל הצדקה עניינית. כאשר שיטה פרשנית שתכליתה להוציא את הכתוב מכלל אבסורד היא גופה מובילה לאבסורד, יש לראות בכך אות שיש לחפש גישה אחרת. קשה להניח שהמחוקק היה קצר רואי עד כדי כך שלא הבחין באפשרות כזו. ולכן — כך מתבקש להניח — גישתו הבסיסית הייתה שונה ולפייה עצם התקיימות ההיפותיזה של סעיף 15 יוצרת זיקה לצבא ומצדיקה את התחולה האקסטרה-טריטוריאלית ללא קשר לסוג הטריבונל הדין בעניין. גישה זו אינה נחקלת באבסורד העולה מגישת פרופ' פלר.

זאת ועוד, כאשר העניין מובא, מלכתחילה, בפני בית משפט אזרחי וזיקתו לצבא איתנה, קיימת מלוא ההצדקה העניינית, לפי כל הדעות, לתחולה האקסטרה-טריטוריאלית של הנורמה, והתנכרות לשיקול הענייני רק בגלל "אזרחיותו" של הפורום היא בעינינו גטולת הצדקה ובלתי הגיונית. אם גורסים תחולה אקסטרה-טריטוריאלית של הנורמה במקרה זה, המקור לכך הוא סעיף 15 והטכניקה היא הפרדה בין שתי הפונקציות — המהותית והדייונית — של סעיף 15 והיזקקות לזו המהותית בלבד, כאשר את סמכות השיפוט שואב בית המשפט האזרחי מחוק בתי המשפט. ומכאן מתבקש גם צעד נוסף: אם גורסים שהפונקציה של סעיף 15 ניתנת להפרדה במקרה זה, אין יסוד לטענה שהיא אינה ניתנת להפרדה במקרה המובא מלכתחילה בפני בית משפט אזרחי שזיקתו לצבא רופפת. וכאמור, גם במקרה זה חלה הנורמה העונשית בחוץ-לארץ לאור עמדת המחוקק שעצם קיום זיקה של עבירה לצבא, ולא עוצמה מיוחדת של אותה זיקה, מביאה להרחבת תחולת הנורמות מבחינת המקום. המצב במקרה זה אינו שונה מן המצב שבו מובא בפני בית דין צבאי עניין שזיקתו לצבא רופפת והיועץ המשפטי לממשלה איננו מעביר את הדיון לבית משפט אזרחי, והכל מסכימים שעל בית הדין להמשיך בדיון ולהרשיע את הנאשם, כאשר במקרה המובא בפני בית משפט אזרחי אין כלל דרך או מנגנון העשויים להביא להפסקת טיפולו בעניין. אם מניחים שהמחוקק לא רצה בכך, יש ליחס לו עיוורון גם ביחס לאפשרות זו. האם לא סבירה יותר המסקנה שגישת החוק שונה: התחולה האקסטרה-טריטוריאלית, שהיא מטבעה צמודת לנורמה, מלווה אותה בדרכה לכל מקום ולכל טריבונל. גישה זו מונעת אבסורדים, וזאת בלי שיהיה צורך להזקק לרעיון של הרחבת תחולה מכוח צו של היועץ המשפטי לממשלה, שפרופ' פלר דוחה אותו, ובצדק.

י. זיקתה לצבא של עבירה שעבר חייל —
מעצם היותו חייל — הגישה והצדקתה

והנה, סוף סוף, עומדות רגלינו בשעריך, סעיף 14. לפי השקפתו של פרופ' פלר:

"... החוק נועד ככל האפשר לאנשי צבא ולגבי עבירות אשר יש לצבא עניין בענישתן... אמנם לשם ביטוי מלא ומקפיד של גישה כללית זו, היה צורך שסעיף 14 לחוק השיפוט הצבאי יהיה מנוסח בסגנון סעיף 15 לחוק זה. ואילו סעיף 14 פותח דווקא בנוסח גורף בקבעו כי חייל שפיט לפני בית דין צבאי על כל עבירה שאיננה צבאית, ללא כל סייג, ורק בסיפא מוענקת סמכות ליועץ המשפטי לממשלה להעביר את הדיון בה לפני בית משפט אזרחי, אם היא לא נעברה במסגרת הצבא או עקב השתייכות החייל לצבא. אבל, הגימה העקרונית הטמונה במבנה הכללי של הסעיף היא זו שעליה עמדנו לעיל: כאשר אין לצבא עניין בעבירה אין טעם שיחול עליה חוק השיפוט הצבאי"³².

ועוד כותב פרופ' פלר:

"המדובר בעבירות נטולות כל זיקה עניינית לצבא — אין הן מסוג העבירות הצבאיות, הן לא נעברו במסגרת הצבא או עקב השתייכות לצבא והיועץ המשפטי אף העריך כי אין הן ראויות לטיפול במסגרת הצבא. מה ההבדל בין גיתוק מאוחר של זיקת עושה העבירה לצבא ובין העדר זיקה עניינית, של העבירה עצמה, לצבא, ואף מלכתחילה?"³³

לדעתנו, השקפת פרופ' פלר, כפי שהתבטאה במובאה הראשונה, אינה עולה בקנה אחד עם דבר המחוקק. כדי להבין את הסעיף יש להתחיל בראשו, ורק אחר-כך לעבור לסופו. בראש הסעיף נקבעו הן תחולה אקסטר-טריטוריאלית של הנורמות העונשיות האזרחיות והן מתן סמכות שיפוט לבית הדין הצבאי על הפרת אותן נורמות, הכל — כאשר העושה הוא חייל. כדברי פרופ' פלר בסיכומו, הרחבת התחולה עשויה להיות "צמודה לזיקה האורגאנית של העבירה לצבא או של עושה העבירה לצבא (ההדגשה שלי. מ"ק.) או של שילוב שתי הזיקות...". במקרה זה, גרס המחוקק, שכאשר מדובר בחייל במשמעות הצרה של הביטוי, להבדיל ממי שעובד בשירות הצבא או בשליחותו, חלות עליו (מן הבחינה המהותית) כל הנורמות האוסרות, יהיה מקום הימצאו אשר יהיה, הן כאשר העבירה נעשתה במסגרת הצבא או עקב השירות והן כאשר אין זיקה כזו של העבירה לצבא. הטעם לכך נעוץ בזיקה הפרסונאלית העוה בין העושה לצבא, כאשר מדובר בחייל. בעוד שכאשר מדובר בבעלי זיקה פחות אינטנסיבית, החולת הנורמות מותנית, בנוסף לאותה זיקה, גם בזיקה עניינית של

32 ש.ט. עמ' 101.

33 ש.ט. עמ' 104.

העבירה לצבא, הרי כשמדובר בחייל, אין מקום להתנאה זו, ודי בכך כדי להחיל עליו אותן נורמות.³⁴

העולה מן החוק הוא, שהמחוקק ייחס חשיבות גדולה יותר למעמדו של העושה מאשר לטיבה העצמאי של העבירה. בעוד שזיקה עניינית של העבירה לצבא, כשלעצמה, איננה מצמיחה תחולה של השיפוט הצבאי, מעמדו של העושה מקרין על העבירה ועל טיבה, כך שמכות מעמדו של העושה כחייל בלבד נוצרת זיקה בין העבירה ובין הצבא. משום כך אין זה מדויק להתייחס ל"העדר זיקה עניינית של העבירה עצמה, לצבא, ואף מלכתחילה". כאשר מדובר בחייל, כל עבירה שעובר חייל היא מעין עבירה צבאית מכוח מעמדו. אם היה המחוקק בדעה שעבירה שנעברה שלא במסגרת הצבא ושלא עקב השתייכות העושה לצבא היא נטולת זיקה לצבא, חוקה עליו שלא היה מנסח את סעיף 14 כפי שניסח, בייחוד כאשר הנוסח המשקף עמדה זו היה לנגד עיניו, שכן נעשה בו שימוש בסעיף 15 לחוק.

תפיסה זו היא מוצדקת מן הבחינה העקרונית בכך שעבירה שחייל עובר פוגמת בשמו הטוב של הצבא ובשמה הטוב של המדינה, שהחייל משרת, מייצג ואף מסמל. מדינות לא מעטות רואות באורח ובתושב מעין "כרטיס ביקור" שלהן, ולכן הן מצמידות אליו את הנורמות הפליליות שלהן — בהיקף מלא או חלקי — באשר יילך³⁵, ואף המשפט הישראלי החל צועד בשנת 1978 בכיוון זה. קל וחומר שהחייל הוא "כרטיס ביקור" מובהק עוד יותר. אמנם ניתן להבחין כאן בדרגות שונות של פגיעה בשמו הטוב של הצבא, כאשר החמורה ביותר היא עבירה שחייל עושה בשטח כבוש (כאשר הסכנה היא שהצבא ייהפך לאספסוף של פורעי חוק³⁶; דרגת הביניים היא זו של עבירות שעושה חייל השוהה מחוץ למדינה מכוח תפקיד (ביקור, השתלמות וכו'); הקלה שבהן והפחות טיפוסית היא זו של עבירה שעושה חייל הנמצא בחוץ-לארץ בחופשה³⁷. לדעתנו, ברור שביצוע עבירה בידי חייל — רצח, אינוס, שוד ואף תקיפה, גניבה, הברחה וכו' — בכל אחד מן המצבים האמורים גורם נזק לשמה של המדינה; כל מצב ומידת הפגיעה המאפיינת אותו.

34 עמדה דומה נקוטה בדיון הצבא הסובייטי. ראה: H. J. Berman & M. Kerner, *Soviet Military Law and Administration* (Cambridge, 1955) 106. רש בה בכל מקרה, וגם ביחס לחייל במובן הצר של המונח, שהעבירה תהיה בעלת זיקה או קשר לשירות. ואולם הרקע לעמדה זו הוא מיוחד למשפט האמריקני, ועושה אותה, לדעתנו, בלתי רלוונטית כבסיס להשוואה. מקורה של עמדה זו הוא ביחס של אי אמון כללי כלפי השיפוט הצבאי, הבא לידי ביטוי באמירה, לפיה היחס בין המשפט הצבאי ובין משפט הוא כיחס שבין מוסיקה צבאית ובין מוסיקה, ומקורו בהסתייגות ממנו בשל הבדלים בפרוצדורה בינו ובין השיפוט האזרחי ובחשש שהשופטים הצבאיים לא ישכילו להתמודד כהלכה עם סוגיות תחיקתיות. ראה שליטר (לעיל, הערה 14) 87.

35 ראה פלד (לעיל, הערה 23) 14, 45.

36 בדיון הצבאי הצרפתי ניתן למצוא ביטוי להבחנה בתחום התחולה בין עבירות הנעברות בתקופת מלחמה ובין עבירות הנעברות בימי שלום. ראה: דול (לעיל, הערה 30) 77.

37 זה האחרון הוא מקרה גבול, אולם ניתן לגרוס שגם חייל בחופשה הוא חייל, לעומת חייל מילואים שאינו בשירות. ניתן להקיש לכאן מעמדת פרופ' פלד במקום אחר, לפיה הסטטוס של "המשמורת" שבת נתון אדם שהוא אסור מתקיים גם כאשר האסיר נמצא בחופשה. ראה: ש"ז פלד, "בריחה ממשמורת חוקית, במחולל? עיוני משפט ט (תשמ"ב) 632-633.

הצורך בהטלת אחריות פלילית על חייל גם בגין התנהגותו מחוץ למדינה נובע גם מתיוגותה של המשמעת ליכולת התפקוד של הצבא מחד גיסא ולהבטחת הציות של הצבא לרשויותיה המוסמכות של המדינה מאידך גיסא ומן הקשר ההדוק בין שמירת החוק ובין קיומה של המשמעת. פריקת עול הבא לידי ביטוי בביצוע עבירות על חוקי המדינה מחוצה לה שאינה זוכה לטיפול עלולה לתת את אותותיה בהתנהגותו של אותו חייל גם בתוך המדינה, ועלולה להיות לכך השפעה גם על התנהגותם של אחרים. מכאן הרעיון של שיפוט פרסונאלי, שביטוי הצירוי הוא נשיאת חוקי המדינה בתרמילו או על גבו של מי שנתון לשיפוט כזה.³⁸ האינטרס במשמעת הצבא איננו אינטרס של הצבא בלבד. זהו אינטרס כלל-חברתי, שכן המשמעת היא תנאי ליכולת התפקוד והפעולה של הצבא, ובלעדי אותה יכולת הצבא אינו יכול למלא את תפקידו, שהוא להגן על המדינה. לפיכך, התרמיל הוא אותו תרמיל — בין שהחייל עומד לדין בפני בית דין צבאי ובין שדינו מתברר בפני ערכאת שיפוט אזרחית.

ואכן, כאשר בחייל עסקינן עניינו של הצבא אינו יכול להיות מוגבל לעבירות הנעברות במסגרת הצבא או עקב השירות בצבא — הן בתוך המדינה והן מחוצה לה. למשל, כאשר חייל משתמש בסם מסוכן מחוץ למסגרת הצבא יש בכך עניין לצבא, שכן הדבר עלול לפגוע בכושרו וביכולת התפקוד שלו.³⁹ וכן כאשר חייל מבצע עבירות בעלות אופי אזרחי תוך הסתייעות במעמדו כחייל: המדים שהוא לובש ותעודת החייל שלו (בעזרתם הוא משיג רשות להיכנס למקום כלשהו, או שהוא מעורר

38 ע/תצ"ר נ' סג"מ פרחי, פסקי דין נבחרים של בית הדין הצבאי לערעורים, שנת 1969, עמ' 206.

39 בארצות הברית מוכירה הגישה לסוגיה זו תנועת מטוטלת: תחילתה בעמדה לפיה יש זיקה בין עבירות סמים של חיילים, גם כשהן נעברות מחוץ למסגרת השירות, ובין השירות ולכן נתונה לבתי הדין הצבאיים הסמכות לדון את עושיהן. (ראה *U. S. v. Becker* 18 C. M. A. (1969) 563, 40, C. M. R. 275); המשכה בגישה לפיה לעבירות של סמים אין מעמד מיוחד בסוגיה של זיקת העבירה לשירות, ויש לבחון את שאלת התקיימותה של הזיקה על-פי המבחנים הרגילים, כגון האם נעברה עבירה בתחומי מחנה צבאי אם לאו, האם היה העושה בתפקיד בעת עשיית העבירה אם לאו. ראה: *U. S. v. Hedlund* 2 M. J. II, 14 (C. M. A. 1976); *States v. McCarthy* 2 M. J. 26, 29 (C. M. A. 1976); *U. S. v. Conn* 6 M. J. 351 (C. M. A. 1979); N.G. Cooper, "O'Callahan Revisited: Severing the Service Connection" 76 *Mil. L. Rev.* (1977) 165, 172-182. עניין *Conn* ניכרה שיבה בהדרגה אל העמדה הראשונה, לפיה, ככלל, עבירת סמים של חייל היא "Service connected" ראה: (C. M. A.) *U. S. v. Strangstalién*, 7 M. J. 225 (1979); *U. S. v. Trotter* 7 M. J. 24 (C. M. A. 1979); *U. S. v. Chambers* 7 M. J. 337, 343, 350-352 (C. M. A. 1980) 9 Mj. שם נקבע, שרק גישה כזו תאפשר למכונת המלחמה הלאומית למלא את תפקידה התחוקתי להילחם — ולחיות מוכנה באורח מלא להילחם — ולהגן על האינטרסים הלאומיים של המדינה (שם, עמ' 352). גם אם אין סוברים שכל עבירה של שימוש בסם מסוכן שעושה חייל היא מעניינה על הצבא קשה, לדעתנו, לחלוק על קיומם של זיקה ועניין לצבא כאשר חייל גוסל חלק בעסקה הקשורה בסם מסוכן מתוך ידיעה שהסם יופץ בתוך מחנה צבאי או בין חיילים (ראה פסק דין: *U. S. v. Chambers*) או כאשר מפקד משתמש בסמים מסוכנים לעיני פיקודיו, ולו גם מחוץ לשעות התפקוד (ראה פסק הדין *U. S. v. Conn*).

אצל זולתו אמון כלפיו⁴⁰), או כאשר קרבן עבירה של גרימת מוות או חבלה הוא חייל או שהעבירה מכוונת כלפי רכוש צבאי⁴¹. יתר-על-כן, עבירות שונות שהחייל עובר, שאין להן כל קשר לצבא, אינן מתיישבות עם מעמדו כחייל ועם הדרישות והציפיות ממנו בתור שכזה, כפי שהדבר בא לידי ביטוי, למשל, בעבירות הצבאיות של התנהגות מבישה והתנהגות שאינה הולמת, לפי סעיפים 129 ו-130 לחוק השיפוט הצבאי ובעונשים, המיוחדים לשיפוט הצבאי, של הורדה בדרגה וגירוש מהצבא⁴². אפילו המקרה הקיצוני שמביא פרופ' פלר, לפיו "חייל שהשתמש מתשלום מסים על עסקיו אינו מעניין את הצבא"⁴³, איננו נקי מספיקות, שכן מעשה זה יכול שיהווה התנהגות שאינה הולמת, וייתכן אף שאיננו מתיישב כלל עם מעמדו ודרגתו בצבא, וממילא יש לצבא עניין בו⁴⁴.

40 לדעתנו, אין לומר על עבירה שבה מסתייע העושה במעמדו כחייל שהיא נעברה עקב השתייכותו של הנאשם לצבא. כאשר חייל עושה שימוש בנשק שהגיע לידי עקב השתייכותו לצבא לשם ביצוע רצח — הרצח לא בוצע עקב השתייכותו של הנאשם לצבא. והוא הדין בדוגמאות שהובאו בגוף המאמר. רק כאשר קיים קשר סיבתי, במובן של *causa sine qua non* בין ההשתייכות לצבא ובין ביצוע העבירה, כלומר שאילמלא אותה השתייכות לא היתה העבירה נעברה, העבירה נעברה עקב השתייכות הנאשם לצבא. כאשר ההשתייכות לצבא רק סייעה לעושה לעבור את העבירה, הוויקה האורגנית של העבירה לצבא, המתבטאת בביצוע עקב השתייכות העושה לצבא, נעדרת.

41 בארצות הברית נקבע שאלה הם נתונים היוצרים ויקה של העבירה לצבא. ראה בישופ (לעיל, הערה 12) 93, 96.

42 לעבירה האזרחית במקרה זה יש אופי כפול או שתי פנים: הפן הפלילי הרגיל והפן של פגיעה במשמעת או בחובות שההשתייכות למסגרת הצבאית מטילה. ראה בישופ (לעיל, הערה 12) 83. חובות אלה אינן מצטמצמות רק ל"ד" אמותיו של המחנה הצבאי ולשעות מילוי התפקיד אלא משתרעות גם מעבר לכך בהיותן נובעות מן הסוטאליות שבסטטוס של "חייל".

אין ספק, שהתנהגות בלתי הולמת של מפקד, מחוץ למסגרת התפקיד, לעיני פיקודיו פוגעת במשמעת הצבאית. בתדמיתו של אותו מפקד בעיני פיקודיו ובעצם יכולתו לפקד ולאכוף עליהם משמעת במסגרת השירות. ברור שכל חייל, ומפקד בצבא באופן מיוחד, בהיותו חלק וסמל של הצבא בעיני כלל החברה, נתבע להתנהגות נאותה שאין בה כדי להטיל דופי בגוף שהוא משרתיך אליו ושאותו הוא מייצג או לפגוע באמון, בהערכה ובחביבה שרוחש כלל הציבור כלפי צבאו; וזאת — גם מחוץ לתחום המחנה הצבאי ומעבר לשעות הפעילות. לכן נפסק אצלנו שגם התנהגות בלתי הולמת שאינה קשורה למילוי תפקידו של העושה, היא כגדר העבירה של התנהגות שאינה הולמת. לפי סעיף 130 לחוק השיפוט הצבאי. ראה, למשל: ע/5/73. ראה גם: P. J. Rice, "O'Callahan v. Parker: Court-Martial Jurisdiction, 'Service-Confusion', Confusion and the Serviceman" 51 *Mil. L. Rev.* (1971) 41, 59 ומכאן גם הסמכות שהוענקה בחוק השיפוט הצבאי לכל קצין לעצור ללא פקודת מעצר כל חייל, אפילו הוא גבוה ממנו בדרגה, המשתתף במריבה, בקטטה או בהפרעת סדר (סעיף 229 לחוק השיפוט הצבאי) והשתתפות כאמור איננה מוגבלת למסגרת הצבאית. זו גם העמדה שביסוד סעיף 134 לחוק השיפוט הצבאי האמריקני. הרואה כעבריינית התנהגות המביאה *discredit* לצבא. ראה: שלויטר (לעיל, הערה 14) 86 הערה 81. ולכן חל השיפוט הצבאי האמריקני גם על גמלאי הצבא, הנחשבים קשורים לצבא וכמייצגים אותו. ראה לעניין זה בישופ (לעיל, הערה 12) 68-79.

43 ראה מאמרו הנ"ל, עמ' 101.

44 לא פחות מאשר זיוף "אזרחי" או הכנת דו"ח הכנסה כוזב הנעשים בתוך מחנה צבאי.

יש לזכור, שהמסגרת הצבאית תובעת מהמשתייכים אליה את הדרגה העילאית ביותר של הקרבה בעת פקודה — הקרבת החיים (וראה סעיף 19 לחוק השיפוט הצבאי) והיא מטילה עליהם אחריות שאין כבדה ממנה לחיי אנשים אחרים (הכפופים להם) ולשלמוחם הגופנית לרכוש יקר ערך ולסודות המדינה הכמוסים ביותר. כגודל הדרישות והציפיות, כן מידת ההקפדה על רמת התנהגותם של המשתייכים למסגרת והיא מתבטאת בעוצמה ובטוטאליות של העניין מבחינת השתרעותו על התנהגות בתוך המסגרת ומחוצה לה.

יא. סוג הטריבוטל הדן איננו קריטריון לשאלת התחולה

הסמכות הניתנת ליועץ המשפטי לממשלה איננה סמכות שבחובה, לפיה עליו להעביר לבית המשפט האזרחי כל עניין שאין לו זיקה עניינית-פורמאלית לצבא (אילו זו הייתה כוונת המחוקק, לא היה מסמך את היועץ המשפטי, אלא מגביל את סמכות בית הדין הצבאי לגבי חיילים, כפי שעשה ביחס לסמכות בית הדין לשיפוט עובדים ושלוחים של הצבא); אלא זוהי סמכות שבשיקול דעת העשויה להיות מופעלת ביחס לעבירות שהן נטולות זיקה פורמאלית לצבא (שנעברו שלא במסגרת הצבא) ולא עקב שירותו של העושה בצבא). כאמור, לא כל עבירה כזו תועבר על-ידי היועץ המשפטי לבית משפט אזרחי. ויתר-על-כן, הכלל גם ביחס לעבירות אלה הוא השיפוט הצבאי⁴⁵. גם בהפעלת שיקול דעת זה השיקולים הם שונים ומגוונים וכוללים הן את מידת ההשפעה הקונקרטית של העבירה על הצבא (כאשר הנחתו הכללית של המחוקק היא, כאמור, שמידה כלשהי של נגיעה לצבא קיימת בשל עצם מעמדו של העושה, כך שהיועץ המשפטי איננו בוחן אם יש נגיעה לצבא אלא מה מידת עוצמתה וחשיבותה)⁴⁶ והן שיקולים מן הסוג שהצבענו עליו בעת הדיון בסעיף 15 לחוק⁴⁷. יוצא אפוא, שהערכת היועץ המשפטי שהעבירה ראויה לטיפול במסגרת האזרחית אין בה משום הכרעה שאין למעשה זיקה לצבא או שזיקתה לצבא היא בעלת אופי

בשעות התפקיד, כלומר "במסגרת הצבא". עובדת היא, שהצבא אינו שווה נפש גם כלפי עבירות של חיילים שהם נידונים עליהן בפני ערכאות השיפוט האזרחיות והוא בוחן, על-פי הסדר הקבוע בהוראות הפיקוד העליון, את ההשלכות של הרשעה כזו על שירותו הצבאי של המורשע.

45 על-פי לשונו של סעיף 14 לחוק השיפוט הצבאי וההבדל הבולט שבין נוסח סעיף 14 לנוסח סעיף 15.

46 כלומר, גם כאן מדובר בהכרעה של מידה, שאיננה מסוג ההכרעות החדות והחד-משמעיות, כאשר באותו מקרה הן הכרעה להעביר והן הכרעה לא להעביר עשויות להיות סבירות ומצדקות. ראה שלויטר (לעיל, הערה 14) 88, 89 והערה 88 שם. ולשינויים שחלו בגישה בארצות הברית — ראה שם, בעמ' 89–92.

47 שאלה מעניינת היא אם לגיטימית היא העברה שתכליתה להבטיח שיחול על העבירה עונש חובה בצדה, שכן פרט לעבירות לפי חיקוקים הנוגעים לתעבורה בית הדין הצבאי רשאי לסטות מעונשי חובה הקבועים בחיקוק (סעיף 25 לחוק השיפוט הצבאי) או העברה שתכליתה להבטיח שעניינו של הנאשם יתברר בפני הרכב שופטים על טהרת המקצועיות (על-פי חוק השיפוט הצבאי ההרכב הוא מעורב — מקצועי ולא-מקצועי).

פורמאלי גרידא ואין לצבא עניין בה. העבירה המועברת עשויה להיות צריכת סמים מסוכנים או אפילו פגיעה ברכוש לפי סעיף 108 לחוק העונשין, שעניינה גרימת נזק ברשלנות לרכוש בשימוש הצבא שלא היתה לעושה אחריות עליו⁴⁸, בין שנעברה בתוך המדינה ובין מחוצה לה, וסיבת העברת הדיון לבית המשפט האזרחי נעוצה בשיקולים דיוניים של בחירת הפורום המתאים לשיפוט. היועץ המשפטי עשוי היה להעביר, לפני שהחוק החוק לתיקון דיני עבירות חוץ ב-3.1.78, עבירת שוד או המתת אדם שעשה חייל מחוץ למדינה, מבלי שתהיה לה זיקה מיוחדת נוספת לצבא. העברה כזו לא ביטלה את הנזק שגרמה העבירה לשמו הטוב של הצבא ולכבודה וליוקרתה של המדינה, ולכן לא היה בה כדי לשלול את ההצדקה להרחבת התחולה ואת הטעם שבענישות המעשה.

אמור מעתה: העובדה שהשיפוט המקביל בדרך כלל של המערכת השיפוטית האזרחית הופך להיות, מכוח הכרעה של היועץ המשפטי לממשלה, שיפוט ייחודי אינה מעידה בהכרח על העדר הצדקה להרחבת תחולת האיסורים מבחינת המקום. אין גם להתעלם מן העובדה, שלבית המשפט האזרחי נתונה, מלכתחילה, סמכות לדון בעבירות פליליות רגילות שעבר חייל, מכוח חוק בתי המשפט. סמכות דיונית זו מצטרפת להרחבת התחולה של עבירות אלה מבחינת המקום, מכוח ההיבט המהותי של סעיף 14 לחוק השיפוט הצבאי. כאשר העניין מובא מלכתחילה בפני בית משפט אזרחי אין יסוד להבחנה בין סוגים שונים של עבירות פליליות ולא ניתן לטעון שרק חלק מהן ענישות. ואם כך אין זה הגיוני לגרוס שאותו מעשה חדל להיות עבירה מכוח הפעלת שיקול הדעת של היועץ המשפטי אם הובא בתחילה בפני בית דין צבאי, אולם הוא ממשיך להיות עבירה כאשר הובא מלכתחילה בפני בית משפט אזרחי. הכל מודים שלא הגיונית היא התוצאה לפיה כאשר היועץ המשפטי נמנע מהעברת הדיון במקום שבו מתבקשת העברה כזו, הופך מעשה שאיננו ראוי לענישות להיות בר-ענישה⁴⁹. גם כאן אין זה סביר ואין זה מגשים בצורה מלאה את עקרון החוקיות ואת מטרת המניעה של החוק שהכרעה מאוחרת בשאלה של מידה ודרגה תקבע את מעמדו של מעשה כעבירה או כמעשה מותר.

אשר ללקח שפרופ' פלר מבקש להפיק לענייננו מהשפעתו של הניתוק המאוחר של זיקת עושה העבירה לצבא (אי הגשת אישום במשך 180 יום לאחר שחרורו של העושה מהצבא מפסיקה את תחולת חוק השיפוט הצבאי עליו)⁵⁰, כבר עמדנו על הנימוקים שביסוד הפסקת התחולה אם לא הוחל הליך משפטי במשך תקופה קצרה לאחר השחרור. לדעתנו, מתבקשת הבחנה בין התנאים לתחולה פרסונאלית של הנורמות ובין מהותה של אותה תחולה. השקפת המחוקק היא שהתנאים לתחולה פרסונאלית של הנורמות הם עקרונית, ובכפוף להרחבה מסיימת, מעמדו של העושה כחייל בעת ביצוע

48 גם בחוק השיפוט הצבאי מצויה עבירה שעניינה התרשלות בשמירת רכוש צבאי, אולם עבירה זו מותנית בקיום זיקה בין העושה ובין אותו רכוש (סעיף 80). כאשר חייל גורם ברשלנות נזק לרכוש צבאי, בהעדר זיקה כזו, אין המעשה נתפס בגדר סעיף 80 לחוק השיפוט הצבאי, אלא רק בגדר העבירה לפי סעיף 108 לחוק העונשין.

49 כמו ביחס לסעיף 15 לחוק השיפוט הצבאי.

50 ראה המובאה השנייה שהבאנו מדברי פרופ' פלר.

העבירה ומעמדו כחייל בעת בירור משפטו. בהתקיים התנאים, מעמדו של העושה כחייל כשלעצמו הופך את העבירה לבעלת זיקה עניינית לצבא, ובתור שכזו, חל איסור העבירה על החייל, יהיה מקום עשיית העבירה אשר יהיה, ויהא הטריבונול הדן בה צבאי או אזרחי.

יב. סיכום

בהצגת הדעה האחרת נלך בדרך של מענה במישרין ובצורה מסודרת לשאלות שהציב פרופ' פלר ברשימתו⁵¹ ונתייחס לשלושת הסעיפים המסדירים את הסוגיה, שכן, לדעתנו, דין פרשני אחד לשלושתם:

1. האם הפונקציה של סעיפים 13, 14, 15 היא דיונית בלבד, וכדי להביא נאשם לדין על-פי כל אחת מהן בפני בית דין צבאי נזקקים, בנוסף לאמור בהם, להוראה מהותית, הקובעת תחולה אקסטרה-טריטוריאלית של העבירה הנדונה? התשובה לשאלה זו היא שלילית. יש לראות את ההוראות כקובעות תחולה אקסטרה-טריטוריאלית.
 2. האם הפונקציה של הסעיפים הנ"ל היא מהותית בלבד? גם התשובה לשאלה זו היא שלילית. הוראת הסעיפים כפולה: מהותית כאמור, ובנוסף לכך, דיונית: הענקת סמכות שיפוט לבתי הדין הצבאיים, וזאת על בסיס קיום שיפוט מקביל לבתי המשפט האזרחיים, מכוח חוק בתי המשפט ומחוץ לתחום ההסדרה של חוק השיפוט הצבאי.
 3. האם הפונקציה הכפולה היא בלתי ניתנת להפרדה — כלומר מותנית בשפיטה לפני בית דין צבאי או בת פירוק, כך שהמימד המהותי שלה עומד ברשות עצמו, גם בשיפוט בפני בית משפט אזרחי? על כך אנו משיבים, שההיבט הדיוני של ההוראות בא להוסיף בלבד ואין הוא בא לגרוע כמלוא הנימה ממשמעותן המהותית. הקביעה שבסעיפים האמורים לפיה נעברה עבירה גם כאשר המעשה נעשה מחוץ לישראל היא בעלת חיות עצמאית ונבדלת והיא עומדת במלוא תוקפה ומשמעותה גם כאשר הנאשם מובא בגין המעשה לדין בפני טריבונול אזרחי. על-פי גישה זו ניתן להביא לדין בפני בית משפט אזרחי בגין עבירות שעברו מחוץ לישראל חיילים במשמעות הרחבה של המושג מכוח האמור בסעיפים 13, 14, 15 לחוק השיפוט הצבאי (הפן המהותי⁵²) ובית המשפט האזרחי ידון בהן מכוח סמכותו הכללית על-פי חוק בתי המשפט.
- אלה הם פני הדברים הן כאשר מוגש כתב האישום מלכתחילה לבית משפט אזרחי

51 ראה מאמרו הנ"ל, עמ' 99.

52 את הסיפה של סעיף 13(א) — "אין הוראה זו גורעת מסמכותו של כל בית משפט אחר במדינה לשיפוט את החייל על אותו מעשה אם הוא מהווה עבירה לפי דין אחר" (ההדגשה שלי, מ"ק.) — אין להבין כמגבילה את סמכותו של בית משפט אחר לשיפוט חייל על אותו מעשה רק אם הוא מהווה עבירה לפי דין אחר. לדעתנו, תכליתה לקבוע, כחריג לכלל לפיו ההוראה המיוחדת דוחה את ההוראה הרגילה, שבית משפט אזרחי מוסמך לדון חייל גם על העבירה האזרחית ולא רק על העבירה הצבאית; וזאת כאשר העבירה הצבאית היא בבחינת הוראה מיוחדת לעומת עבירה אזרחית שהיא הוראה רגילה. ראה: צ' הדר, "סמכות בתי המשפט האזרחיים לדון בעבירות צבאיות" הפרקליט יח (תשכ"ב), 344.

הן כאשר הדיון מועבר אליו על-פי צו של היועץ המשפטי, כאמור בסעיפים 14 ו-15 לחוק השיפוט הצבאי; והצו עצמו אינו מרחיב את תחולתם של דיני העונשין ratione loci. אין זהות בין העובדה שבירור העניין נעשה בפני טריבונל אזרחי ובין העדר זיקה לצבא, הן כאשר הדיון מתחיל בבית המשפט האזרחי והן כאשר הוא מועבר אליו. הגשת האישום מלכתחילה בפני בית משפט אזרחי והוצאת העניין מידי ערכאת השיפוט הצבאית והעברתה לערכאה אזרחית מבטאות שיקולים של בחירת הפורום המתאים לשיפוט, ואין בהן משום קביעה בדבר העדר עניין לצבא או בדבר התבטלות השיקולים שהצדיקו מלכתחילה הטלת אחריות פלילית בגין המעשה, אם כי נעשה מחוץ לגבולות המדינה. כשם שאין לקבל שצו העברה של היועץ המשפטי לממשלה יוצר העבירה, כך אין גם לראות בצו העברה מטעם היועץ המשפטי לממשלה אקט מטהר, ההופך התנהגות ענישה להתנהגות מותרת.

על-פי גישה זו, שהיא מוצדקת מבחינה עניינית ואינה כרוכה בהרחבת-יתר של תחולת נורמות מבחינת המקום, מוענקת משמעות אחידה, הן מהותית והן דיונית, לביטוי "מוסמך" בסעיפים 13, 14 ו-15 לחוק השיפוט הצבאי, ומוענקת משמעות להבדל בין לשון סעיפים 6(ב) ו-11(ב) — "יחדל חוק זה לחול עליו" — המתייחסים לתחולת החוק ובין לשון סעיפים 13(ב), 14 ו-15 — "לא ישפט בבית דין צבאי" — לצוות כי דינו יתברר" — שעניינה קביעת טריבונל לבירור הדין. כן מיוחסת משמעות להבדל היסודי בנוסח סעיף 14 לחוק השיפוט הצבאי לעומת נוסח סעיף 15 בו. לפי גישה זו, הנושא המהותי של תחולת הנורמות מבחינת המקום איננו מותנה בשיקול דעת מאוחר. הוא קבוע מראש ובצורה ברורה; והוא, לכן, עניין של ברי ולא של שמא. מתכונת זו של הסדרת התחולה עולה בקנה אחד עם עקרון התוקיות ושיקולי מניעה. הגישה מובילה להסדר אחיד, עקיב והגיוני, שאיננו מושפע מנתון בלתי רלוונטי לעניין, כמו סוג הטריבונל שבפניו מתבררת האשמה, ואין היא כרוכה באבסורדים המאפיינים את הגישה האחרת.