



# מערכות



תשרי התשפ"ג | אוקטובר 2022



## מערכות משפט בסימן מורשתו של מאיר שמגר

**בגיליון:** מאיר שמגר - ארכיטקט המשפט הצבאי | מאיר שמגר - מייסד התפיסה המשפטית באזור יהודה והשומרון | תרומת מאיר שמגר ומורשתו לעיצוב חוק השיפוט הצבאי ולחיזוק מערכת המשפט הצבאית | זכויות חוקתיות של חיילים בצה"ל | המרכיב המשפטי בעשיית המפקד הצבאי | הגבול שבין אחריות פיקודית לביצוע חקירה: כלל פסלות הראיות במשפט הצבאי | פקודה בלתי חוקית בעליל - סוגיה סבוכה בעליל

# דבר הפרקליטה הצבאית הראשית

## קוראות וקוראים יקרים,

השנה תציין הפרקליטות הצבאית, יחד עם צה"ל כולו, 75 שנים להיווסדה. סיפורה של הפרקליטות הצבאית שזור בסיפורו של צה"ל ובסיפורה של המדינה כולה. האתגרים שעומדים התמודד צה"ל במרוצת השנים ואשר ניצבים בפניו כיום הם גם אתגריה.

במלאת יובל וחצי לפעילות היחידה, יוקדש גיליון מיוחד של **מערכות** למשפט הצבאי. במאמרים הנכללים בגיליון, אנו מבקשים לפתוח צוהר למורשתה של הפרקליטות הצבאית, ולהציג חלק קטן ממגוון עיסוקיה, ומן האתגרים העומדים כיום בפני עולם המשפט הצבאי.

מאמרי המורשת שבגיליון הוקדשו לפועלו ולעשייתו של נשיא בית המשפט העליון לשעבר מאיר שמגר ז"ל, שבימים אלה אנו מציינים שלוש שנים לפטירתו. עיון במאמרים מאפשר לעמוד על מקצת פועלו של שמגר, ולהתודע למורשת שהותיר בעולם המשפט הצבאי. שמגר, אשר בתפקידו האחרון בצה"ל שימש כפרקליט הצבאי הראשי, הניח רבים מן היסודות המבניים והמקצועיים אשר מלווים את הפרקליטות הצבאית ואת צה"ל עד היום. במונחים רבים הוא "ארכיטקט המשפט הצבאי".

תרומתו המכרעת של שמגר לחיזוק מעמדה ועצמאותה של מערכת השיפוט הצבאית, כפי שבה לידי ביטוי בחוק השיפוט הצבאי, מורגשת עד היום; והמסגרת המשפטית שביסס בנוגע למצב המשפטי באיו"ש, מלווה אותנו גם בחלוף 50 שנים ויותר. מעניין לציין, כי כבר ב-1962 הגה שמגר בשבתו כפצ"ר את רעיון שיתוף הפעולה עם **מערכות** להוצאת גיליון משפטי. שנים אחר כך קורם הרעיון עור וגידים בגיליון המוקדש לו ולפועלו.

חלק מן המאמרים בגיליון מתמקדים בעשייתה השוטפת של הפרקליטות הצבאית כיום. כך עוסק הגיליון, בין היתר, בערכו של המרכיב המשפטי במסגרת תפקידו של המפקד בצה"ל, בתרומתו של היועץ המשפטי לעשייה הצבאית, בגבול שבין תחקיר פיקודי לחקירה פלילית, ובהגנה על זכויות חיילים בראי חוקי יסוד: כבוד האדם וחירותו.

נוסף על כך מופיעה בגיליון ביקורת ספרותית על ספרו של ד"ר זיו בורה, איש מילואים של הפרקליטות הצבאית, **הגנת הציודק עקב ציות לפקודה בלתי חוקית**, העוסק באחד הנושאים המעניינים והרגישים בתחום המשפט הפלילי הצבאי: פקודה בלתי חוקית בעליל.

שופט בית המשפט העליון האמריקני בשנות ה-20 של המאה ה-20, ונדל הולמס, כתב באחד מפסקי דינו כי "דף של היסטוריה שקול כנגד כרך של היגיון". בגיליון הנוכחי ביקשנו להביא בפניכם "דף אחד" של היסטוריה, ולשלב עימו היגיון ועדכניות. אני בטוחה שתמצאו עניין רב במאמרים.

קריאה מהנה,

אלופה יפעת תומר ירושלמי

# מערכות

בית התוכן המקצועי של צה"ל לצבא ולביטחון לאומי  
נוסד בתרצ"ט 1939

גיליון מיוחד | תשרי התשפ"ג | אוקטובר 2022  
<http://maarachot.idf.il>



**מפקד מערכות:** ד"ר אמיר גילת

**עורך מערכות:** עדי לרנר

**עורך "מערכות משפט":** רס"ן רפי סלמה

**מערכת:** רס"ן יזהר יצחקי, סא"ל (מיל) יותם הר ציון

וד"ר ענת שטרן

**עיצוב ועריכה גרפית:** אבי ירמלובסקי, אייקון סטודיו לעיצוב

**איור:** טור' יואב שפירא

**רכזי מערכת:** סמל עידו גבריאל ורב"ט אריאל לרידו

ISSN 0464-2147

טלפון: 03-7607585

דוא"ל המערכת: [maarachot@idf.il](mailto:maarachot@idf.il)

כתובת למכתבים: ד"צ 02624 צה"ל

**הדעות והתפיסות המובעות במאמרים מבטאות**

**את דעתם האישית של הכותבים.**



לכניסה לאתר מערכות החדש  
סרקו את הקוד

לתכנים נוספים בנושאי צבא וביטחון לאומי  
הצטרפו לדף הפייסבוק של **מערכות**.



לעדכונים שוטפים הצטרפו לערוץ הטלגרם של **מערכות**.



לציזים שוטפים הצטרפו לטוויטר של **מערכות**.



**בשער:** איור המבוסס על דיוקנו של מאיר שמגר בחגיגות יום העצמאות במצעד צה"ל בחיפה 1966



## 4 | מאיר שמגר - ארכיטקט המשפט הצבאי

רס"ן יזהר יצחקי, רמ"ד החדשנות וניהול הידע בפרקליטות הצבאית  
סרן אפרת מזרע, עוזרת רמ"ד אופרטיבי, מחלקת הדין הבין לאומי

כל מי שזכו לנהל שיחות עם שמגר פגשו באדם דעתן, האוחז במשנה סדורה, אך לצד זאת כזה שמשקף בדבריו ובעצותיו ראייה מערכתית ייחודית שתכליתה שינוי והתפתחות מתמדת במשפט. שמגר, שזכה לכינוי "בן גוריון" של תחום המשפט בישראל, הבין היטב שהמשפט בכלל, והמשפט הצבאי בפרט, חייבים תמיד להתפתח ולהשתנות

## 12 | מאיר שמגר - מייסד התפיסה המשפטית באזור יהודה ושומרון

סא"ל צבי מינץ, ראש ענף ביטחון, מחלקת היועץ המשפטי לאזור יהודה ושומרון

סקירת הפרקליט הצבאי הראשי לוועדת חוק, חוקה של הכנסת בשנת 1967 חשיבותה של הסקירה שערך שמגר בכנסת ביולי 1967 חורגת בהרבה מן הערך ההיסטורי שלה. היא צוהר חשוב וייחודי לתפיסות הבסיסיות שהנחו את צה"ל עת נטל את האחריות לניהול כלל היבטי החיים באותם שטחים שנתפסו במלחמה. אותן התפיסות שהונחו אז נוכחות גם כיום בבסיס הנורמות המשפטיות המנחות את פעולתו של צה"ל באיו"ש



## 32 | המרכיב המשפטי בעשיית המפקד הצבאי

אלוף ערן ניב, ראש אגף התקשוב וההגנה בסב"ר  
אלי"ם אייל טולדנו, סגן הפרקליטה הצבאית הראשית

למרות שהמשפט והמקצוע הצבאי הם שתי דיסציפלינות נפרדות, יש דמיון בין העקרונות המשפטיים והמבצעיים המנחים את המפקדים. יישום ההמלצות במאמר יסייע בהשגת תכליתו הכפולה של המרכיב המשפטי בעשיית המפקד הצבאי: להבטיח כי יוכל למלא את משימתו בדרך חוקית, ולהבטיח את שלטון החוק בצה"ל ועל ידי כך גם את אמון הציבור בו



## 40 | הגבול שבין אחריות פיקודית לביצוע חקירה: כלל פסלות הראיות במשפט הצבאי

סרן מיכאל גל, סגן רת"ח דוברות, ביקורת וקש"ח, הפרקליטות הצבאית  
הליך הפלילי מחייב לעיתים פגיעה מסוימת בזכויות היסוד של האדם, לשם איכפתן של נורמות חברתיות ולשם קיומו של סדר ציבורי. דווקא בצה"ל, המערכת ממנה צמחו הלכות משפטיות כה מהותיות בכל הנוגע להגנה על זכויות חשודים ונחקרים, ראוי להקפיד ולאפשר לכל חייל ונחקר לקבל את זכויותיו

## 46 | סוגיה סבוכה בעליל

רס"ן (מיל') אורן ליבה, סגן הסנגורית הצבאית  
הראשית והסנגור המחוזי לשעבר

ספרו של ד"ר זיו בורר - "הגנת הצידיק עקב ציות לפקודה ופקודות בלתי חוקיות בעליל: הדין המצוי והראוי במשפט הישראלי" - הוא יצירה משפטית רחבת יריעה, המבקשת לסקור את כלל הסוגיות הנוגעות לשאלת הציות לפקודה בלתי חוקית, ולתת כלים לזיהוייה של פקודה כבלתי חוקית. אבל האם מדובר במשימה אפשרית?



## 18 | תרומת מאיר שמגר ומורשתו לעיצוב חוק השיפוט הצבאי ולחיזוק מערכת המשפט הצבאית

רס"ן שגב רום, סגן הפרקליט לעניינים מבצעיים, התביעה הצבאית  
רס"ן מאי ארבל, סנגורית פיקודית, הסנגוריה הצבאית

חוק השיפוט הצבאי שנחקק ב-1955 אימץ את הגישה לפיה מערכת המשפט הצבאית פועלת במנותק מהמערכת הכללית, ובנושאים מסוימים הוענקו למפקדים סמכויות שאפשרו להם להשפיע על ההליכים. בחלוף עשרות שנים מפעילות ועדת שמגר, ומקבלת תיקון 17 לחוק השיפוט הצבאי, ניתן לומר שהעקרונות שלאורם פעלה הוועדה היו חיוניים ותרמו להבטחת עצמאות מערכת המשפט הצבאית

## 24 | זכויות חוקתיות של חיילים בצה"ל - במלאת 30 שנה לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו

אלופה יפעת תומר ירושלמי, הפרקליטה הצבאית הראשית  
רס"ן ד"ר רונן פוליאק, רמ"ד מיסוי מוניציפלי (מקרקעין), אגף התכנון ובניין הכוח הרב צרועי

לפני 30 שנה נחקק חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. החוק רומם את מעמדן של זכויות האדם למעמד של זכויות בעלות מעמד חוקתי. בצד זאת, לשירות בצה"ל מאפיינים ייחודיים, המחייבים יחס שונה ונקודת איוון ייחודית בין זכות החיילים ובין המאפיינים הייחודיים של השירות הצבאי. במאמר זה נפרט על מלאכת האיוון המורכבת

## 50 | הערות שוליים

# מאיר שמגר

## ארכיטקט המשפט הצבאי

כל מי שזכו לנהל שיחות עם שמגר פגשו באדם דעתן, האוחז במשנה סדורה, אך לצד זאת כזה שמשקף בדבריו ובעצותיו ראייה מערכתית ייחודית שתכליתה שינוי והתפתחות מתמדת במשפט. שמגר, שזכה לכינוי "בן-גוריון" של תחום המשפט בישראל, הבין היטב שהמשפט בכלל, והמשפט הצבאי בפרט, חייבים תמיד להתפתח ולהשתנות.

שמגר אינו עוד דמות בהיסטוריה של הפרקליטות הצבאית ושל המשפט הצבאי - אלא מודל למנהיגות צבאית ומשפטית בתחומים רבים, ובפרט במחויבותו למקצועות המשפט, לאינטרס הציבורי-ביטחוני ולממלכתיות הישראלית. שמגר הטביע על המשפט הצבאי חותם בלתי-נשכח, ששינה את פני הפרקליטות הצבאית ואת מקומו של המשפט בצה"ל. במאמר זה, אנו מבקשים לסקור את עשייתו של שמגר ממעוף הציפור, ולהראות כי שמגר היה ארכיטקט של ממש ביחס למערכת המשפט הצבאית, כבר מימי הראשונים.


### הולדות שמגר עד לגיוסו לצה"ל

מאיר שמגר נולד בגרמניה, בשנת 1925, בעיר החופשית דנציג (היום גֶדְנֶסְק בפולין), תחת השם מאיר שטרנברג. הוא עלה לארץ עם משפחתו בשנת 1939, זמן קצר לפני פרוץ מלחמת העולם השנייה.<sup>2</sup>


### שמגר אינו עוד דמות בהיסטוריה של הפרקליטות הצבאית ושל המשפט הצבאי - אלא מודל למנהיגות צבאית ומשפטית בתחומים רבים, ובפרט במחויבותו למקצועות המשפט, לאינטרס הציבורי-ביטחוני ולממלכתיות הישראלית

בגיל צעיר הצטרף שמגר למחתרות היישוב העברי, תחילה לפלמ"ח ולאחר מכן כחבר באצ"ל. הוא סיפר שבהיותו נער הלך לשמוע בזמנו החופשי דיונים משפטיים בבית-המשפט המחוזי הבריטי בתל-אביב. מפגשו האישי עם החוק, וספציפית עם דיני הביטחון והחירות המנדטוריים, התרחש כאשר נתפס בידי הבריטים בקשר לעבירות ביטחון כלפי שלטונות המנדט בגין פעילותו באצ"ל. בחודש אוקטובר 1944 גורש שמגר עם אחרים שנחשדו כפעילי מחתרות, למעצר באריתריאה ובקניה שבאפריקה. הוא ישב עם חבריו במחנה המעצר כארבע שנים, במעין מעצר מנהלי. כאשר בכל שישה חודשים הוארך צו מעצרו. במחנה עצמו, מעבר להשתתפות בניסיונות בריחה, למד לימודים אקסטרניים למבחני בגרות ולימודי משפטים בהתכתבות לתואר מטעם אוניברסיטת לונדון.

רס"ן יזהר יצחקי, רמ"ד החדשנות וניהול הידע בפרקליטות הצבאית



סרן אפרת מזרע, עוזרת רמ"ד אופרטיבי, מחלקת הדין הבין-לאומי



"מיד לאחר מלחמת ששת הימים, ביוני 1967, לאור כיבושי צה"ל ברמת הגולן, יהודה ושומרון, רצועת עזה וחלק מחצי האי סיני, הוחלט להקים גוף מטה חדש במשרד הביטחון: "מתאם הפעולות בשטחים", שמטרתו הייתה תיאום פעילותן של המפקדות החדשות שקמו לאחר המלחמה בשטחים שנכבשו [...] עד מהרה הבנתי כי אינני יכול לעשות כמעט דבר ללא ייעוץ וגיבוי משפטי צמוד של הפרקליט הצבאי הראשי. באותם ימים התמנה מאיר שמגר לתפקיד הפרקליט הצבאי הראשי. הכרתי את מאיר עוד קודם לכן [...] אולם לא הזדמן לנו לעבוד זה לצד זה. והנה, מיום שהתמנתי אני למתאם הפעולות בשטחים, וכשהתחוויר לי כי אינני יכול לעשות דבר ללא גיבוי משפטי, הפך מאיר שמגר ליד ימיני. אם כן, שנינו נכנסנו בה בעת לתפקידינו החדשים. לשנינו לא היה ניסיון קודם ושנינו למדנו יחדיו להתמודד עם המשימה הבלתי מוכרת לנו [...] מאיר שמגר בא תמיד מוכן לדיונים, ומעולם לא ביקש שהות נוספת לצורך לימוד הנושא. בתקופת עבודתנו המשותפת, יכולתו היצירתית של מאיר שמגר הייתה לנו לעזר, ועד מהרה אף הפכנו לאוטוריטה בין-לאומית בנושא. בניגוד לניסיון הקשה במלחמת העולם, הוכחנו כי ניתן לקיים ממשל צבאי שהוא גם יעיל וגם אנושי".<sup>1</sup>

מאיר שמגר הלך לעולמו ביום י"ט בתשרי התש"פ, 18 באוקטובר 2019, כאשר את תפקידו האחרון בשירות סדיר בצה"ל, כפרקליט צבאי ראשי, סיים ב-1968.



שמגר בימי המעצר באפריקה (צילום: ארכיון אישי).

עם שובו ארצה בקיץ התש"ח, ביום 12 ביולי 1948, הגיע שמגר עם יתר גולי האצ"ל למדינה שהייתה מצויה בעיצומה של מלחמה. הוא התגייס לצה"ל, ובמקביל המשיך להקדיש זמן ללימודי המשפטים, ב-Jerusalem Law Classes (בית הספר המנדטורי הממשלתי למשפטים), שפעילותו חודשה בראשית ימיה של המדינה, בהיעדר פקולטה ישראלית ללימודי משפטים (כזאת הוקמה רק לאחר זמן, באוניברסיטה העברית).

עם תום המלחמה השלים את חובות לימודיו וב-1950 הצטרף לשורות הפרקליטות הצבאית, בתקופה שבה הפצ"ר היה אהרן חטר-ישי. שמגר קיבל דרגת סג"ם ללא צורך בקורס קצינים נוכח עברו במחתרת, ובסוף שנת 1952 הוסמך לעריכת דין בישראל. מספר הרישיון שלו הוא 1,691.

**פקודת עורכי הדין, 1938**  
**מתן תעודות רישום**

אלה נרשמו בפנקס עורכי הדין וקיבלו בטכס הסמיכה שהתקיים ביום כ"ט בתש"ח (17 בנובמבר 1952), תע"ד דות רישום המקנות להם זכות להופיע בפני בתי המשפט האזרחיים במדינת ישראל :

מספר סידורי בפנקס עורכי הדין	ה ש מ	סקום העבודה
1681	היים שמשוני	חיפה
1682	יצחק ליבר	חיפה
1683	צבי פפאו	חיפה
1684	ד"ר יוסף נוימן	חיפה
1685	כנימין גרינברג	חולון—תל אביב-יפו
1686	ינקו ליבר	חולון—תל אביב-יפו
1687	שמעון דניאלי	ירושלים
1688	ד"ר פנינה קרטס	ירושלים
1689	אלכסנדר צור	תל אביב-יפו
1690	ד"ר זאב שפסן קליין	חיפה
1691	מאיר שטרנברג	תל אביב-יפו
1692	פישל הרצברג	תל אביב-יפו
1693	שמעון הבר	תל אביב-יפו

292 יסקום הפרסומים 263, ט"ו בכסלו תשי"ג, 4.12.1952.

פרסום בדבר רישומו של שמגר בפנקס עורכי הדין בישראל (ילקוט הפרסומים, התשי"ג-1952).

## שמגר בפרקליטות הצבאית

את שירותו הצבאי החל כתובע צבאי בפרקליטות הצבאית של מחוז פיקוד הדרום. בתקופה זאת הופיע בתיקים רבים בפני בית הדין הצבאי במחנה קסטנה. כיתר התובעים הצעירים, טיפל שמגר בתיקים רבים של נפקדים ועריקים, אך במהרה התקדם וטיפל בתיקים מורכבים יותר.

אחד התיקים בהם הופיע שמגר, כתובע בדרגת סרן, היה פרשת "גנב השום" המפורסמת - פרשת בוגאנים.<sup>3</sup> שמגר הופיע בהליך כתובע במשפטו של חייל שהועמד לדין באשמת הריגה, לאחר שירה בילד ערבי שברח ובידו חבילת מצרכים. בתיק זה, מהחשובים ביותר שעסקו בכללי הפתיחה באש בצה"ל בעשור הראשון לקיומה של המדינה, הופיע שמגר כתובע צעיר מול הסניגור הצבאי הראשי דאז, סא"ל עוזר אדר.

עיון בפסק הדין מלמד על התרשמות השופטים מחשיבתו האנליטית והמאורגנת של התובע הצעיר, שביקש לתת סימנים ביסודות העבירה ולשרטט מבחנים מובנים וכלליים לבחינת אירועי שימוש בכוח שלא כדין.

בערכאה הראשונה הורשע החייל ונדון לשבע שנות מאסר. בערעור הומתק העונש לשנה וחצי של מאסר. לימים, כשופט עליון, כתב שמגר בשנת 1990 את אחד מפסקי הדין החשובים ביותר בכל הקשור לכללי השימוש בכוח ולהגנת הצידוק באכיפת הדין - פסק הדין בפרשת אנקונינה.<sup>4</sup>

ניתן למתוח קו ישיר בין הניתוח הסדור שערך שמגר בשנות ה-50 של המאה ה-20, ובין זה שערך לאחר קרוב לארבעה עשורים מאז שימש תובע צבאי בבית הדין הצבאי בקסטינה.

המערער, ששירת ביהדות ממל צבאי, מחוז התיכון, הוביל, בבקרו של יום 1.9.51, למסרת כרכור מכונית משא שנחמשה על ידו בלילה שקדם לאותו יום כשהיא טעונה שקי טוכר מוכרחים. בדרך נראה ילד ערבי כשהוא מושיט ידו ובה חבילת שום. המערער יצא מהמכונית והילד, לכשראהו, החל בורח מפניו. המערער נטל סטן והחל רודף אחרי הילד. המערער ירה מהסטן שלוש יריות, שלגבי כיוון שחיים מהן לא קבע ביה"ד המיוחד כל מימצא. היריה השלישית נורחה לעברו של הילד והרגתו.

בפני היופטים: אלוף א. אבישר - אב"ד  
אל"מ ש. אייל - שופט  
סא"ל מ. חרותי - שופט  
סא"ל ח. דבוריץ - שופט  
סא"ל י. בן-דוד - שופט

בענין: ט. גנן - המערער

נ ג ד -

התובע הצבאי הראשי - המשיב

ביהר פירוש הציג ב"כ התביעה את הבעיה לאור שקילת מבחנים אלה:

(א) מה היו מסיבות ביצוע העבירה?

(ב) מי היה עבריין?

(ג) איזוהי העבירה שבוצעה ומה מידת חומרתה במסיבות?

(ד) איזה אמצעים ננקטו למניעת הבריחה לפני השימוש באמצעי הדרסטי?

## 7. שנות מאסר לחייל שהרג את הילד הערבי

ליך שנת מאסר נידון אהמול ב. סקיף האכמה להריגה התחשב בוגנים, בן 22, חייל בצה"ל, שנאשם בעובדה כי הנאשם היה אהוב על ברצח ככוננה תחילה של נער ערבי הוטבי הכפר ובאסיו הטוב בסביבות אום'אליחם ב'1 לספטמבר הנאשם עלה ממרוקו ב'1949, ומסרת 1951. בית הדין הצבאי המיוחד החליף את כשנה בצה"ל. ביכ הנאשם סטר, כי יגיש ערעור.

טענו: למערער - סא"ל אדר;

למשיב - סרן שטרנברג.

14. טענותיו אלו של ב"כ התביעה נראות לנו, וכך נראה לנו ניתוחן על ידו לאור העדויות. בקשר לכל אחד מהשיקולים הללו אנו טביאים בחשבון לא רק את העובדות האוביקטיביות, ולא גם מה היו העובדות שהיו ידועות למערער ומה חשב, או יש מקום להניח שחשב, על עובדות אלו.

פרשת "גנב השום" - מתוך מסמכי פסקי-הדין ומן העיתונות (הכתבה מעיתון "דבר" מיום 11 בינואר 1952).

שמגר היה מעורב עמוקות בניסוח ובהטמעה של חוק השיפוט הצבאי, התשט"ו-1955, שהיה אחד החוקים המקיפים, המודרניים והחשובים שנחקקו בישראל בשנות ה-50, וכלל יותר מ-540 סעיפים - מה שהפך אותו לחוק המקיף ביותר שקיבלה הכנסת עד אז.

**שמגר פעל כדי לארגן, לסדר ולהבנות את העשייה; לשם המחשה, הוא ניסח 30 תבניות של כתבי אישום (סטנסילים) לשימוש כלל חוליות התביעה. תבניות אלה, בשינויים מסוימים, ממשיכות לשמש את התובעים הצבאיים גם בימינו**

שמגר הבהיר, שנים לאחר מכן, כי חוקת השיפוט הצבאי שהייתה בתוקף בין השנים 1948-1955, התאימה לימי המחתרות, וכי יצירת חוק השיפוט הצבאי החדש הייתה הכרח של ממש כדי להבהיר את החובות והזכויות, האיסורים והסמכויות שחלים בצה"ל<sup>6</sup>.

מתפקידו בפיקוד הדרום המשיך שמגר לתפקיד סגן התובע הצבאי הראשי, ובהמשך מונה לשמש בתפקיד קצין ההדרכה ביחידה. בתפקיד זה עסק בבניית תוכניות ההכשרה של הפרקליטות הצבאית, ביצירת מסמכי הדרכה ובהפקת חומרים שנועדו לבסס את הסטנדרטים האחידים בפעילות היחידה.

נראה, שהיה זה תפקיד המטה הראשון שבו עיצב את תפיסותיו הארגוניות ואת גישתו המתודולוגית ביחס למערכת המשפט הצבאית. שמגר פעל כדי לארגן, לסדר ולהבנות את העשייה; לשם המחשה, הוא ניסח 30 תבניות של כתבי אישום (סטנסילים) לשימוש כלל חוליות התביעה.<sup>5</sup> תבניות אלה, בשינויים מסוימים, ממשיכות לשמש את התובעים הצבאיים גם בימינו.

בשנת 1954 השתתף שמגר בקורס מג"דים. הוא היה הראשון משורות הפרקליטות הצבאית שעשה כן. הוא סיפר שביקש לצאת לקורס כדי לצאת מגדרי צורת החשיבה "הסטריילית" של אנשי המשפט, וכדי להתנסות במערך השיקולים, התחושות והצרכים של מפקדי השדה והחיילים בשטח. בשנת 1955 הועלה לדרגת סא"ל ומונה לעוזר הפצ"ר ליעוץ ולחקיקה - "רע"ן יעח"ק": תפקיד הייעוץ הבכיר ביותר בשורות הפרקליטות הצבאית באותה עת. בני התקופה תיארו את שמגר כמפקד, מנהל ומשפטן יוזם, מכווין ומעורב. כבר כרע"ן הייעוץ והחקיקה מילא שמגר בפועל את תפקיד סגן הפצ"ר ושימש מוקד ידע בעבור משפטנים ומפקדים, במטה וביחידות השטח גם יחד.



שמגר בדרגת סא"ל במשרדו במפקדה ביפו; לצידו קצין צעיר, צבי יהודה בלום, שהיה עוזרו ולימים כיהן כפרופסור למשפט בין לאומי ושגריר ישראל באו"ם (צילום: רס"ן (בדימוס) אברהם בן-נפתלי).

**חרות**

לשלמות המולדת-לקבוץ גלויות-לצדק סוציאלי-לחרות האדם

HERUT, TEL-AVIV, ISRAEL | תמונה: 15 | יום ראשון ה' מאי תשכ"א August 20, 1961 | מספר: 5087 | עיתון יומי תל-אביב

**סא"ל מאיר שטרנברג - פרקליט צבאי ראשי**

סא"ל מאיר שטרנברג, חבר הארגון הצבאי הלאומי לשעבר, אשר הוגלה ב-1944 מהארץ ע"י הבריטים, נתמנה לפרקליט צבאי ראשי.

**למעלה** - שמגר ורעייתו גאולה נווה בחגיגות יום העצמאות (ארכיון אישי); **למטה** - ידיעה מעיתון "חרות" בדבר מינויו של שמגר לפצ"ר (20 באוגוסט 1961).

לאחר אישור חוק השיפוט הצבאי בידי הכנסת השנייה, ולקראת כניסתו לתוקף ביום 1 בינואר 1956, פעלה הפרקליטות הצבאית במרץ להטמעתו בשורות הצבא. שמגר נטל על עצמו חלק ניכר במאמץ להטמעת החוק החדש. הנחלת החוק, שערך רפורמה של ממש במודל השיפוט הצבאי, הייתה לאתגר ממש. החוק החדש עדכן את הדין המהותי, קבע סעיפי עבירה חדשים, קבע דין פרוצדורלי חדש ומקיף, הסדיר מחדש את הדין המשמעתי ואת הארגון והמנגנון של מערכת המשפט הצבאית. פרקים בקשר לחוק זה התפרסמו באותן שנים, גם בכתב העת מערכות, במאמר מעטו של הפצ"ר אל"ם זוהר.<sup>7</sup>

ב-1961 מונה שמגר (אז עדיין שטרנברג) לפצ"ר, והועלה לדרגת אל"ם. הדיווחים בעיתונות סערו, בין היתר בשל העובדה ששמגר, הגם שראה עצמו כדמות ממלכתית והתרחק מהשתייכות מפלגתית כלשהי, נזכר כאיש אצ"ל לשעבר. באותם ימים, שבהם השלטון היה בידי מפא"י, לא היה המינוי לדבר מובן מאליו. ואולם, ראש הממשלה דאז דוד בן-גוריון האמין בשמגר, ודחה מגוון לחצים לא ענייניים, משום שראה בו האדם הנכון והמתאים ביותר. הייתה לו רק בקשה אחת משטרנברג - שיעברת את שמו, כמנהג הקצונה הבכירה דאז, וכך נולד השם שמגר. את השם שאב משמו של השופט השלישי ששפט את ישראל בתקופת השופטים, והוא ציין בראיונות שנערכו עימו בגאווה גלויה, כי לביתו הבכורה קרא ענת, וכך החייה (גם אם בהיפוך) את שם השופט התנ"כי, שִׁמְגָר בֶן-עֲנָת.

**ארכיטקט המשפט הצבאי**

שנות ה-60 התאפיינו בסימן בניין כוח בצה"ל. לצד מלאכתם של הדרגים הצבאיים ובראשם הרמטכ"ל רא"ל יצחק רבין, השתנתה והתבגרה גם מערכת המשפט הצבאית בהובלתו של שמגר כפצ"ר. בתקופה זאת באה לידי ביטוי תרומתו של שמגר כארכיטקט המשפט הצבאי, או במונחים צבאיים יותר - כבונה הכוח של המשפט הצבאי ושל הפרקליטות הצבאית.

בצה"ל נהוג לדבר על חמש אבנים (או לבנים) לבניין הכוח:<sup>8</sup> אמצעי לחימה (אמל"ח); תנ"ל; כוח אדם; הכשרה ואימון; תכנון וארגון. במבט מעמיק על מבנה הפרקליטות הצבאית, גם כיום, ניכר בבירור כי שמגר פעל באופן שיטתי לבניין כוחה של הפרקליטות הצבאית בהתאם לחמש האבנים הללו.

שמגר עשה כן בתחומים שנתפסים לעיתים כארגוניים, טכניים או מנהלתיים, אך זהו על-ידו כמנופים לעריכת רפורמות, שחלקן נמשכו מספר שנים. "אמצעי לחימה" מרכזי עבור הפרקליטות הצבאית הוא הוראות הדין. שמגר פעל לעיצוב הדין באופן שיאפשר לצה"ל כולו ולפרקליטות הצבאית בפרט, למלא את ייעודם ואת משימותיהם בצורה המיטבית, מבחינה משפטית. בכל מקום שבו נזכר שמו של שמגר בפרוטוקולים השלטוניים והצבאיים, מהכנסת ועד לדיונים פנימיים בפרקליטות הצבאית, בלטה דמותו כמי שהתייחס לחוק השיפוט הצבאי כאל קודש קודשים; יסוד קריטי שמעגן את עצמאותה של היחידה, את סמכויותיה ואת סדרי פעולתה.

ישיבה ר"ג, י"ב טבת תשכ"ב (8 ינואר 1963)  
 – חוק השיפוט הצבאי (תיקון מס' 3) (ב'אל"עור, פרס) –

ג. חוק השיפוט הצבאי (תיקון מס' 3), תשכ"ג – 1962 (קריאה ראשונה)

**מנחם בגין (תנועת החירות):**

אדוני היושב ראש. היתה לי הזכות להשתתף, במשך חודשים רבים, בעבודתה של הוועדה המשותפת לוועדת החוקה, חוק ומשפט וועדת החוץ והבטחון, שדנה בחוק השיפוט הצבאי והכינה אותו לקריאה שנייה ושלישית.

תרומה גדולה לחוק ההוא – ניתן לומר בלי היסוס, שהוא אחד החוקים הטובים שיצאו אי פעם מבית המחוקקים

של מדינת ישראל – תרמו חברי הכנסת רובין ז"ל, והפרק ליט הצבאי הראשי ז"ל, וייבול לחיים ארוכים מי שממלא את מקומו, אלוף משנה מאיר שטרנברג. כמו כן נתן רבות מידיעותיו המשפטיות המובהקות לעיבוד החוק החשוב הזה, יושב־ראש הוועדה, חבר הכנסת לשעבר יעקב שמשון שפירא.

פרוטוקול דיון בכנסת, בו ראש תנועת החרות דאז, חבר הכנסת מנחם בגין, ביקש לבדוק את שמגר על תומתו לגיבוש חוק השיפוט הצבאי (8 בינואר 1963).

מסוימת, עריכת הליכים משמעותיים או דוגמת הפעלת סמכויות לפי תקנות ההגנה (שעת חירום), 1945, ולפיהן פעלו כוחות צה"ל בשטחי הממשל הצבאי, לעיתים בנושאים כלליים הקשורים למשפט הצבאי.

שמגר לא היסס מלפנות למפקדים בשפתם. למשל, הוא הכווין את אנשיו לכתיבת חלק מהטקסטים המשפטיים למפקדים בשפה יום-יומית, בצורה של שאלות ותשובות.

גם אבן בנין הכוח הנוגעת לכוח האדם טופלה היטב בידי של שמגר, והוא וסגל הפיקוד שהיה כפוף לו עמלו רבות על קביעת סטנדרט גבוה למשפטים שייקלטו בשורות היחידה. למשל, ניכר עיסוק פרטני של שמגר בתהליכי קליטת עתודאים ללימודי משפטים ליחידה ולעריכת מבחני הסמכה בעבורם.

פקודיו מעידים, כי לא פחות משהיה משפטן מצוין, שמגר האמין בפיתוח כוח האדם שתחתיו, מהרמה הבכירה ועד לדרג הזוטר ביותר. לשמגר היה חשוב לשלב מעט לעת בשורות היחידה גם קצינים שרכשו הכשרה משפטית תוך כדי שירותם או לאחריו - מסורת שנשמרת עד ימינו.

כאמור, היה לשמגר חלק גדול בחקיקת חוק השיפוט הצבאי לפני שהתמנה לתפקיד הפצ"ה, והוא המשיך לקדמו גם בימיו בתפקיד וגם לאחר מכן.

מראשית כהונתו כפצ"ר ועד לשנת 1964 הוביל שמגר את הרפורמה המשמעותית הראשונה בחש"ף. ברפורמה זאת הוסדרו מוסדות חקירה, תוקנו עבירות ועונשים, תוקנו סדרי-דין ועוד. חלק מהסעיפים שנדונו אז נחשבים חדשניים וייחודיים גם כיום. לדוגמה, הותקן בחוק סעיף ייחודי שלא נקבע עד אז, בקשר לתנאי מתן טיפול רפואי כפוי לחיילים בשעת חירום.<sup>9</sup> זהו הסדר שלימד על הבנת הפרקליטות הצבאית בכלל, ועל הבנת האישיות של שמגר בפרט, את הצרכים המבצעיים ואת יכולתה של היחידה להוביל תיקוני חקיקה כדי להגשימם.

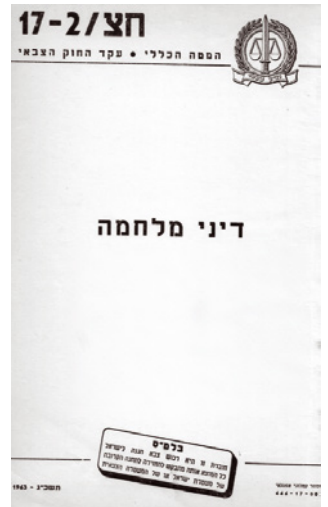
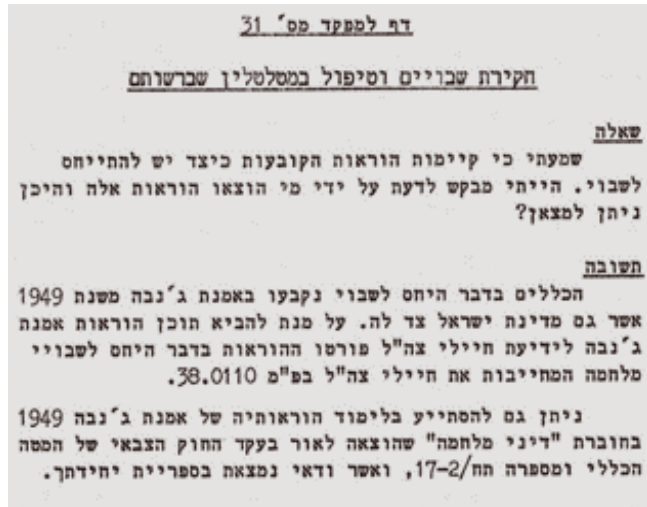
**בצה"ל נהוג לדבר על חמש אבנים (או לבנים) לבניין הכוח: אמצעי לחימה (אמל"ח); תו"ל; כוח אדם; הכשרה ואימון; תכנון וארגון. במבט מעמיק על מבנה הפרקליטות הצבאית, גם כיום, ניכר בבירור כי שמגר פעל באופן שיטתי לבניין כוחה של הפרקליטות הצבאית בהתאם לחמש האבנים הנ"ל**

גם בשנים שלאחר פרישתו מהיחידה השתתף שמגר בוועדות ובדיונים שעסקו בתיקון החש"ף, ובראשן הוועדה שהובילה לתיקון מספר 17 לחוק זה, שנערך בשנת 1985 ועניינו חיזוק העצמאות והמקצועיות במערכת המשפט הצבאי.<sup>10</sup> עיסוקו הרב של שמגר בביסוס הדין וביצירת האסדרה (רגולציה) הצבאית, תרם רבות ליציבותו ולתפקודו של צה"ל. לא אחת הדגיש שמגר את החובה ואת ההכרח, לעבור "מכללי המחתרת לחוקי הצבא".<sup>11</sup> בדבר תורת הלחימה, שמגר אחראי לכך שבתקופתו פורסמו מסמכים תורתיים ודוקטרינריים ודפי מידע רבים, הן למשפטני היחידה והן למפקדים בכלל צה"ל. שמגר הקפיד לפרסם לאנשי הפרקליטות הצבאית ולמפקדי צה"ל פרסומים שונים - לעיתים בקשר לתחום משפטי או להוראת דין



תרשים המתאר את עשייתו של שמגר בשנים 1961-1968, בראי אבני בניין הכוח בצה"ל.





**מימין** - חוברת דיני הלחימה הראשונה בצה"ל, בגרסתה משנת 1963; **במרכז** - דף מידע בצורת שאלות ותשובות שפורסם למפקדי צה"ל בקשר לטיפול בשבויי מלחמה; **משמאל** - שאלות ותשובות בשם "קובץ דפים למפקד", משנת 1964.

עיון בתיקי הארכיון מלמד על מאמץ נרחב שהוביל להעביר השתלמויות והכשרות בדיני הלחימה למאות רבות של קצינים מדי שנה, הן בקרב המשפטיים והן בקרב מערכים אחרים: מבצעים, ממשל, מודיעין ולוגיסטיקה. לדוגמה, בקורס הראשון שנערך במחנה שְׁנָלָר בירושלים, השתתף גם אלוף חיים הרצוג, ששימש בין היתר כראש אמ"ן ולימים היה לנשיא המדינה.

במעבר לאבן בניין הכוח האחרונה, כבר הודגשו יכולותיו של שמגר, אולם לחשיבות שייחס שמגר לארגון, לתכנון ולסדרי המנהל בפרקליטות הצבאית ובה"ל בכלל, הצטרפה גם תכונת ראיית הנולד - הבנה של המציאות וצפייה של התפתחויות אפשריות, לטווח הקרוב ולעיתיד הרחוק.

במובנים רבים, היה זה שמגר שראה את הצורך בהצבת משפטיים במפקדות בעת לחימה, ולפיכך ביסס והכשיר מעין "מערך ייעוץ משפטי מבצעי בצה"ל" - מנגנון שזכה לחיים חדשים כאשר הוקם המערך האופרטיבי של הפרקליטות הצבאית.<sup>13</sup>

הדוגמה המוכרת והידועה ביותר לתכנון זה, היא יצירת ארגון הפח המפורסמים, שהוכנו זמן רב לפני מלחמת ששת הימים.<sup>14</sup> היו אלה ארגונים שהוכנו ליום פקודה ולחימה, והונחו במשרדי חוליות הפרקליטות הצבאית וביחידות הממשל הצבאי.

הארגונים כללו סקירות משפטיות, דברי חקיקה, טיוטות צווים ומידע מודיעיני בקשר לגזרות הלחימה השונות, בדגש על מערכות המשפט באותן גזרות. המסמכים היו מפורטים ביותר. כך למשל, הם כללו את מלוא פרטיהם של השופטים ועורכי הדין באזורי הלחימה המרכזיים.

ראוי לציין, שההיערכות שהוביל שמגר הייתה פועל יוצא של לקחי הממשל הצבאי במלחמת סיני - אירוע שממנו הפיק שמגר לקחים רבים, ושאותם יישם בעשור שבין מלחמת סיני ומלחמת ששת הימים.<sup>15</sup> מורשת זו של שמגר המשיכה אף לאחר שסיים את כהונתו כפצ"ר, בפרסום מסמכים שונים שעניינם היערכות לחירום בפרקליטות הצבאית.

הארגונים היו כמובן נדבך אחד במערך ארגוני שלם, ששמגר ביקש לבנות, כפי שהבהיר בכתבה ובשיחות מאוחרות, גם כדי לתת שירות יעיל ליחידות הצבא, וגם כדי להבטיח פעולה חוקית כלפי האוכלוסייה עליה ישלוט צה"ל, תוך הגנה על זכויותיה.

קצינים אלה הביאו לתפקידיהם נופך מיוחד, מניסיונם בפיקוד ובלחימה משורות צה"ל. שמגר אף הקדיש מאמץ רב לבניית מערך מילואים איכותי לפרקליטות הצבאית, דבר ששירת את היחידה ואת צה"ל בכללו היטב, נוכח אתגרי מלחמת ששת הימים.

כפי שנהג בתחום כוח האדם, כך נהג גם בתחומיה של האבן הרביעית באבני בניין הכוח - ההכשרה והאימונים. שמגר הקפיד לקיים בפרקליטות הצבאית רעיון חשוב, שניסח סר ויליאם פרנסיס באטלר במאה ה-19, לפיו "אומה שמפרידה הפרדה גדולה בין לוחמיה למלומדיה עלולה למצוא שלחמתה נערכת בידי כסילים ומחשבתה ולימודיה בידי פחדנים"; ואם תרצו - שילב ספרא וסיפא.<sup>12</sup>

## היה זה שמגר שראה את הצורך בהצבת משפטיים במפקדות בעת לחימה, ולפיכך ביסס והכשיר מעין "מערך ייעוץ משפטי מבצעי בצה"ל" - מנגנון שזכה לחיים חדשים כאשר הוקם המערך האופרטיבי של הפרקליטות הצבאית

כך עשה שמגר כשבחר לצאת לקורס מפקדי גדודים (מג"דים); כך עשה גם כשהחליט בהיותו פצ"ר לשלב בהכשרות ובאימונים מפקדים ומשפטיים, ולקלוט כאמור לפרקליטות הצבאית קצינים ששירתו במערכים צבאיים אחרים; כך עשה גם בנאומיו ובמסריו הפיקודיים והמשפטיים.

שמגר הדגיש, כי יסוד קיומה של מערכת משפט צבאית והפעלתה של משפטיים בתוך הצבא, הוא בכך שהמשפטיים יכירו את עשיית המפקדים ויפעלו עימם מקרוב, ובכך שעל המפקדים להכיר את יסודות המשפט, שלאורו נדרשים לפעול כוחות צה"ל. כחלק מכך, הבין שנדרשה קפיצת מדרגה בהכשרות לקציני הפרקליטות הצבאית ולמפקדים.

**מימין - מתכניו של ארגון הפח האחרון שנשמר במשרדי הפרקליטות הצבאית**  
**משמאל - כותרת החוברת המרכזית שהונחה בכל ארגון: "מדריך לקצין**  
**הפרקליטות הצבאית בממשל צבאי בשטח כבוש" (צילום: רס"ן יזהר יצחקי).**



שבע שנים, עד שהתמנה למשרת השיפוט בבית המשפט העליון ב־1 ביולי 1975. כאשר נשאל על נכונותו לשרת בתפקידים אלה, ללא הפסקה או מנוחה, השיב כי כאשר אדם נקרא לשרת את מדינתו, הוא יכול לעשות כן, הרי שאין לו הרשות לפטור עצמו מכך.<sup>16</sup>

**הארגונים היו כמונח נדבך אחד במערך**  
**ארגוני שלם, ששמגר ביקש לבנות,**  
**כפי שהבהיר בכתיבה ובשיחות**  
**מאוחרות, גם כדי לתת שירות יעיל**  
**ליחידות הצבא, וגם כדי להבטיח**  
**פעולה חוקית כלפי האוכלוסייה עליה**  
**ישלוט צה"ל, תוך הגנה על זכויותיה**

גם בתפקידיו האזרחיים, המשיך שמגר להשפיע על מערכת המשפט הצבאית ועל צה"ל. ראשית, בקביעת המשפטיות ובהנחייתו המנהלית כיועמ"ש לממשלה, כי המדינה לא תטען לחוסר סמכות של בג"ץ לדון בעתירות של השטחים שהיו נתונים בתפיסה לוחמתית לבית המשפט העליון בשבתו כבג"ץ (בזמנו היה מדובר בשטח גדול פי כמה מזה שנתון בתפיסה לוחמתית כיום, שכלל את רמת הגולן, יר"ש, חבל עזה וחצי האי סיני);<sup>17</sup> שנית, בהחלטותיו כיועץ משפטי לממשלה וחשוב מכך, בפסיקותיו כשופט וכנשיא בית המשפט העליון לגבי מגוון עניינים שנוגעים לצה"ל. דומה שאין בנמצא סוגיה במשפט הצבאי, שלא זכתה להתייחסות של שמגר: מסוגיות מרכזיות בתחומי המשפט המנהלי ודיני שירות הביטחון, עבור דרך לתחומי המשפט הפלילי המהותי והפרוצדורלי, דוגמת פסק דינו הנזכר לעיל בפרשת אנקונינה שבו שב שמגר ובחן את כללי הפתיחה באש בצה"ל, וכלה בקביעות מרכזיות לגבי המשפט הבין-לאומי - ובמיוחד בנוגע לאופן יישומו באיר"ש.

תהליך בניין הכוח התממש והוכיח עצמו, כאשר צה"ל נכנס לרמת הגולן, לאיר"ש, לירושלים המזרחית, לסיני ולרצועת עזה, שאז נפרסו עימו עשרות משפטים מהפרקליטות הצבאית. משפטים אלה, רבים מהם אנשי מילואים, הקימו קרוב לעשר יחידות משנה משפטיות שליוו את פעילות הממשל הצבאי והפעילו מערכות ייעוץ משפטי ואכיפת דין. הכול על סמך הוראות דין, שיטות פעולה, גיוס כוח האדם מאומן ותוכניות שנבנו בשנים שקדמו לכך.

### **איש הממלכתיות במשפט**

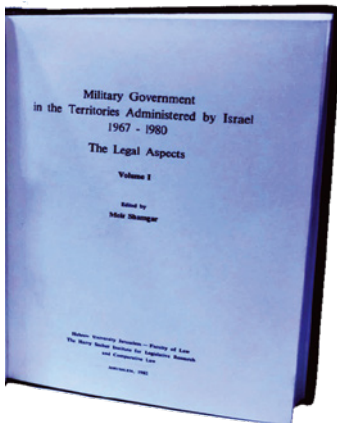
ב-1968 התבקש שמגר לשמש היועץ המשפטי למערכת הביטחון, במקביל להיותו פרקליט צבאי ראשי. כדי שיוכל לשהות בקרבה פיזית למשרד הביטחון, הועברו משרדי הפרקליטות הצבאית מהמבנה בו פעלה ביפו למבנה טמפלרי סמוך למחנה הקריה, מקום מושבם של שר הביטחון ושל הרמטכ"ל. לאחר זמן לא רב נקרא לשמש בתפקיד היועמ"ש לממשלה. את התפקיד מילא שמגר במשך



שמגר במעמד קבלת אות מלחמת ששת-הימים מידי הרמטכ"ל, רא"ל יצחק רבין ז"ל (קרדיט: דובר צה"ל).



מפגש רעים של בכירי הפרקליטות הצבאית בחודש אוקטובר 1997 - תשרי התשנ"ח; שמגר - שני מימין, בשורה הראשונה (צילום: הפרקליטות הצבאית).



כותרת ספר המאמרים בעריכת שמגר משנת 1982

בדבריו הדגיש שמגר את הצורך בניהול תהליכים סדורים להערכת מצב מערכת המשפט הצבאית, ולקבלת החלטות על שינויים שיידרשו בה: "כל נושא משפטי מהנושאים שאנו דנים בהם כאן, חייב להיבדק תקופתית מחדש [...] הנסיבות והתנאים משתנים, ומה שהיה טוב בחודש מאי 1948 איננו בהכרח טוב בערב המילניום החדש".<sup>20</sup>

אכן, כשמונה לפצ"ה, קיבל מאיר שמגר יחידה שעסקה בעיקר בניהול הליכים פליליים, והחליט לפתח את יכולותיה וכוחה בתחומי הייעוץ המשפטי; הוא לקח יחידה שעסקה בעיקר בדין שחל במדינת ישראל והרחיב אותו לשדות הדין הבין-לאומי ודיני התפיסה הלוחמתית. הכל, תוך פיתוח ידע ומקצועיות לשנים ארוכות קדימה. בשנים שלאחר מכן שמגר פעל בצורה דומה גם בביסוס ובמיסוד הייעוץ המשפטי לממשלה, ובהמשך - בבית המשפט העליון. בהספדים שנאמרו על שמגר עמדו רבים על טיבו כרפורמטור וכאיש חזון. למשל, תלמידו וממשיכו, נשיא בית המשפט העליון בדימוס פרופ' אהרן ברק, אמר עליו כי הוא אינו אלא "בן-גוריון" של תחום המשפט בישראל. כך היה בראשית ימיו ובשיאו של שמגר במערכת משפט הצבאית, כארכיטקט שעיצב את דמות הפרקליטות הצבאית, וכך היה באחריתו ככביר וזקן המשפטנים בישראל.

במובנים מסוימים, שמגר מעולם לא נפרד ממערכת המשפט הצבאית, והיא תמיד הייתה קרובה לליבו. הוא המשיך לעסוק בנושא המשפט הצבאי גם מעבר למה שהיה כרוך בהגדרת תפקידיו הרשמיים, ופרסם קובץ מאמרים בשפה האנגלית ב-1982.<sup>18</sup> נושא הספר היה הממשל הצבאי בשטחים. בכך, המשיך שמגר את מאמצי ההבנייה וההסברה שהוביל כבר בשנת 1967 ובראשית שנות ה-70, כאשר מסר סקירות לכנסת בקשר לממשל הצבאי וכתב מאמרים משפטיים להבהרת המסגרת המשפטית לפעילות צה"ל בשטחים.<sup>19</sup>

נוסף על כך, שמגר נתפס כאיש ממלכתי שהיה מקובל על גורמי השלטון בישראל. משום כך ובראי יכולותיו הניהוליות והמקצועיות הגבוהות, נקרא שמגר שוב ושוב להוביל ועדות חקירה ציבוריות. שמגר שימש כיושב-ראש של חמש ועדות ציבוריות בעניינים כבדי משקל, בהן ועדות החקירה לענייני הטבח במערת המכפלה, רצח רבין, מעמד היועמ"ש לממשלה (בעקבות פרשת בראון-חברון), פרשת הצלילות בנחל הקישון וכן בנושאי המו"מ להחזרת שבויים ונעדרים. במקביל הוא עסק רבות בסוגיות שנוגעות לאתיקה של חברי הממשלה. חרף סדר יומו העמוס, שמגר התעניין בצורה יוצאת דופן בפרקליטות הצבאית, הוסיף לפקוד אירועים של היחידה והקפיד להיפגש עם פצ"רים, לתמוך בהם ולהשיא להם עצות.

## בן גוריון של המשפט הצבאי

כל מי שזכו לנהל שיחות עם שמגר פגשו באדם דעתן, האוחז במשנה סדורה, אך לצד זאת כזה שמשקף בדבריו ובעצותיו ראייה מערכתית ייחודית שתכליתה שינוי והתפתחות מתמדת במשפט. שמגר הבין היטב שהמשפט בכלל, והמשפט הצבאי בפרט, חייבים תמיד להתפתח ולהשתנות. לדוגמה, בשנת 1999 השתתף בכנס שנערך במכון הישראלי לדמוקרטיה, תחת הכותרת "יובל למשפט הצבאי".



## מאיר שמגר

# מייסד התפיסה המשפטית באזור יהודה ושומרון

### סקירת הפרקליט הצבאי הראשי לוועדת חוק, חוקה של הכנסת בשנת 1967

חשיבותה של הסקירה שערך שמגר בכנסת ביולי 1967 חורגת בהרבה מן הערך ההיסטורי שלה. היא צוהר חשוב וייחודי לתפיסות הבסיסיות שהנחו את צה"ל עת נטל את האחריות לניהול כלל היבטי החיים באותם שטחים שנתפסו במלחמה. אותן התפיסות שהונחו אז נוכחות גם כיום בבסיס הנורמות המשפטיות המנחות את פעולתו של צה"ל באיו"ש



אל"ם מאיר שמגר, במפקדת כוחות צה"ל בגדה המערבית (מלון "אמבסדור") לאחר מלחמת ששת הימים, עם רס"ן (אז) דב שפי, סרן צבי טרלוז'ל, רס"ן (אז) רחמני וולפסון ז"ל, וסגן יהודה בלום (צילום: רס"ן אברהם בן נפתלי).

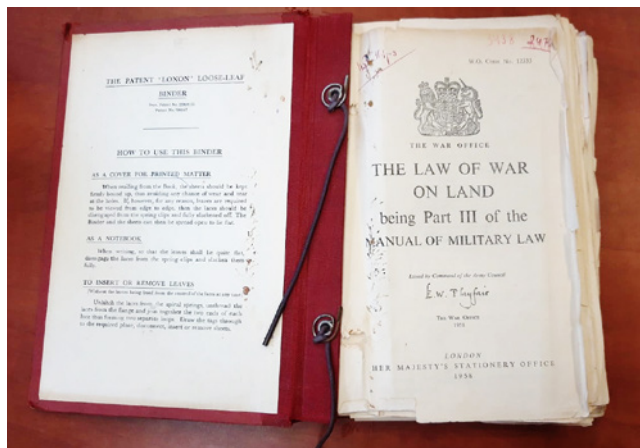
סא"ל צבי מינץ, ראש ענף ביטחון, מחלקת היועץ המשפטי לאזור יהודה ושומרון



ב-5 ביולי 1967, כחודש לאחר שצה"ל תפס את השליטה בשטחים נרחבים מעבר לגבולות מדינת ישראל באותם ימים, נקרא הפצ"ר דאז, אל"ם מאיר שמגר ז"ל, לסקור בפני ועדת חוק, חוקה ומשפט של כנסת ישראל את המצב המשפטי בשטחים אלה. סקירה זו, שכללה התייחסות מפורטת למסגרת המשפטית החלה בשטחים שנתפסו על-ידי צה"ל ומסדירה את פעילותו, סמכותו ואחריותו בהם, רלוונטית גם היום, למעלה מ-50 שנים מאז ניתנה.

מלחמת ששת הימים הסתיימה בניצחון צבאי מרשים של מדינת ישראל. ביום סיום המלחמה, 10 ביוני 1967, החזיקה ישראל בחצי האי סיני, באזור יהודה ושומרון, בחלקה המזרחי של ירושלים, ברצועת עזה וברמת הגולן. מצב זה לא הפתיע את הפרקליטות הצבאית וקציניה, שנערכו לאפשרות מבעוד מועד כחלק מתהליך בניין הכוח שעבר על צה"ל בראשית שנות ה-60. בהיערכות ללחימה ובמהלכה, הוצמדו קציני הפרקליטות הצבאית, בסדיר ובמילואים, ליחידות הממשל של צה"ל, שנערכו לתרחיש של הקמת ממשל צבאי בשטחים שהיה עתיד צה"ל לתפוס. כך למשל סיפר תא"ל (דימ') צבי ענבר ז"ל, מי שלימים מונה לפצ"ה, כי כבר במהלך תקופת ההמתנה, במאי 1967 נקרא למפקדת פיקוד הדרום בבאר שבע, "לשם איוש תפקידי היועצים המשפטיים בחוליות החלוץ של הממשל הצבאי שליד הכוחות הלוחמים".

במקביל פעלה הפרקליטות הצבאית להעמיק את ידיעותיה בדיני הלחימה של המשפט הבין-לאומי, ובאופן קונקרטי ב"דיני התפיסה הלוחמתית". במסגרת זו רכשה ספרות מקצועית רלוונטית, לרבות המדריך שנכתב בצבא הבריטי ב-1958 ובו נסקרו כל הכללים המשפטיים המסדירים את פעילותו של צבא בשטח שנתפס בקרב.<sup>8</sup> מדריך זה שימש למעשה נדבך מרכזי בגיבוש התפיסה המשפטית של הפרקליטות הצבאית ביחס לשטחים שנתפסו על ידי צה"ל, בשנים שלאחר מכן.



המדריך הבריטי לדיני לחימה ביבשה, משנת 1958, כפי ששמר עד היום במשרדי הפרקליטות הצבאית.

נוסף על כך עשתה הפרקליטות הצבאית מאמצים ניכרים כדי להכשיר את הקצינים שהיו צפויים לעסוק בתחומים אלה. ביוני 1963 נערך יום עיון לקציני הפרקליטות הצבאית שעסק בדיני הלחימה ובדיני התפיסה הלוחמתית, ובחודשים אוגוסט-ספטמבר של אותה שנה נערכה השתלמות לקציני ממשל בסדיר ובמילואים שבה הוקדש חלק נכבד לעיסוק במסגרת המשפטית.<sup>9</sup>

קציני הפרקליטות הצבאית, בניצוחו של שמגר, עסקו באותן שנים בהכנת סקירות משפטיות בנוגע למערכות המשפט של ירדן, מצרים וסוריה; באיסוף חומרים משפטיים רלוונטיים, לרבות דברי חקיקה עדכניים; ובהכנת "צווי מגירה" שיוכלו לשמש להסדרת שליטה צבאית על שטח שנתפס במלחמה. ב-1965 הופץ "המדריך לקצין הפרקליטות הצבאית בממשל צבאי בשטח כבוש", שכלל סקירות משפטיות בתחומים שונים, ובראשן דיני התפיסה הלוחמתית והנחיות למתן ייעוץ משפטי בתחומי הממשל הצבאי. מדריך זה, והחומרים שנלוו לו, כמו גם המדריך הבריטי לדיני לחימה וחומרים משפטיים נוספים, נאספו ונשמרו בארגזי פח במפקדת הפרקליטות הצבאית, לשימוש לעתיד לבוא (לימים כונו הארגזים בשם "ארגזי שמגר").<sup>10</sup> אותם ארגזי פח הוצאו מן המפקדה, וחולקו ליועצים המשפטיים השונים רגע לפני תחילת הקרבות של מלחמת ששת הימים.<sup>11</sup>

נוסף על כך, כבר בשלבי ההכנה לקראת היציאה למלחמת ששת הימים, הצטרפו קציני הפרקליטות הצבאית לכוחות הלוחמים בכלל החזיתות, מחזית סיני ועד לחזית רמת הגולן. שמגר סיפר בזיכרונו כי ראה חשיבות גדולה בצירוף יועצים משפטיים למפקדים בשטח, שכן: "מפקד רוצה את עצתו של מישהו שנוכח במקום, ולא לחפש אותו במרחקים".<sup>12</sup> בחלוף הימים, עם תפיסת שטחי יהודה ושומרון וחבל עזה, וכן שטחי סיני ורמת הגולן, פעלו קציני הפרקליטות הצבאית להסדרת המשטר המשפטי בהם, בהתאם לאותם "ארגזי שמגר" שהוכנו מבעוד מועד.

תא"ל (דימי) דב שפי, שמונה גם הוא לימים לתפקיד הפצ"ה, סיפר כיצד יומיים לאחר פרוץ המלחמה כבר נקרא להתייצב בפיקוד המרכז ולשמש כמפקד חוליית היועץ המשפטי לאזור יהודה ושומרון, שפעלה ממלון "אמבסדור" בירושלים - מקום מושבה של מפקדת הממשל הצבאי שהוקמה באותה העת.<sup>2</sup> בשוך הקרבות סיפר שפי, כי צוותי ייעוץ משפטי נשלחו לתפוס את מקומם בנפת שומרון ובנפת יהודה, כשבראש הייעוץ המשפטי בנפת שומרון הועמד אז עו"ד מיכה לינדנשטראוס, לימים מבקר המדינה, ואילו עו"ד גרשון אוריון, שנבחר לשמש כיועץ המשפטי בנפת יהודה.<sup>3</sup>

יכולתה של הפרקליטות הצבאית לספק את המענה הדרוש בזמן אמת, עוד במהלך הלחימה וביתר שאת מיד בסיימה, הייתה לעזר חשוב לצה"ל בבואו להתמודד עם האתגר המשמעותי שניצב בפניו - הסדרת השליטה בשטח רב היקף ורוויי אוכלוסייה אזרחית. כבר אז נוכחו כל העוסקים במלאכה, כי הפרקליטות הצבאית עמדה באתגר וליוותה את הסדרת התפיסה הצבאית בהצלחה. בראייה היסטורית לאחור, נשאלת השאלה - כיצד קרה הדבר שהפרקליטות הצבאית הייתה ערוכה מראש לאתגר זה?

## יכולתה של הפרקליטות הצבאית לספק את המענה הדרוש בזמן אמת, עוד במהלך הלחימה וביתר שאת מיד בסיימה, הייתה לעזר חשוב לצה"ל בבואו להתמודד עם האתגר המשמעותי שניצב בפניו - הסדרת השליטה בשטח רב היקף ורוויי אוכלוסייה אזרחית

### היערכות הפרקליטות הצבאית לתפיסת שטחים בידי צה"ל

בשנת 1963, על רקע התפתחויות מדיניות במדינות ערב הגובלות בישראל, החל צה"ל להיערך לאפשרות שתפרוץ מלחמה בין ישראל לשכנותיה. בהכנות אלה שולב אל"ם שמגר, שמונה לתפקיד הפצ"ר ב-1961.<sup>4</sup>

במחלקת הממשל במטכ"ל הוכנה באותה העת "תוכנית שחם", במטרה להכין את עבודת המטה הדרושה להקמת יחידות ממשל צבאי בחלוקה לנפות שונות. זאת בהתאם לשטחים שצה"ל נערך לאפשרות תפיסתם במלחמה, בהם גם שטחי יהודה ושומרון ורצועת עזה.<sup>5</sup>

העיסוק בנושא חייד אצל שמגר את התובנה, כי על הפרקליטות הצבאית להיערך לאפשרות שצה"ל יידרש לתפוס שטח, לנהל אותו, ובתוך כך לנהל את חייה של אוכלוסייה אזרחית.<sup>6</sup>

בהתאם לתובנה זו, ולפי העיקרון לפיו המשפט שחל טרם תפיסת השטח על-ידי הצבא ימשיך לחול, פעלו הפרקליטות הצבאית בשיתוף מחלקת הממשל במטכ"ל ואמ"ן באופן נרחב לתעד, לתרגם וללמוד את מערכות המשפט החלות בשטחים הגובלים בישראל של אותם הימים. עם שטחים אלה נמנו אזור יהודה ושומרון (שסופח עוד ב-1950 לירדן ונקרא "הגדה המערבית") ורצועת עזה (שלא סופחה למצרים, ונוהלה תחת משטר צבאי מצרי).<sup>7</sup>

לא בכדי ציין שר המשפטים דאז, יעקב שמשון שפירא, בנאומו בכנסת ביולי 1967, כי: "עבודת משרד המשפטים קלה באופן יחסי במידה שהדבר נוגע לחלקי ארץ ישראל האחרים [למעט חלקה המזרחי של ירושלים, צ"מ] אשר שוחררו על ידי צה"ל. השלטון הממשי שם הוא בידי כוחות הצבא והשאלות המשפטיות הכרוכות בכך מסורות לידי המנגנון המשפטי של צה"ל בראשותו של הפרקליט הצבאי הראשי. אנו מקיימים קשר הדוק איתם [...] ויכולני לומר [...] שהמנגנון המשפטי של הצבא עומד במשימה במידה שיכולה לשמש דוגמה לצבאות בעלי נסיון רב יותר, במדינות בעלות מסורת של שמירה קפדנית על יסודות החוק הבין-לאומי הפומבי".<sup>15</sup> לנוכח זאת, אך טבעי הוא כי הפצ"ר שמגר התבקש להציג בפני ועדת חוק, חוקה ומשפט, את המסגרת המשפטית הנוגעת להחזקתו של צה"ל בשטחים שנתפסו במלחמה.

### סקירת הפצ"ר בפני ועדת חוק, חוקה ומשפט בחודש יולי 1967

ב-5 ביולי 1967, בשעה 08:30 בבוקר, פחות מחודש מתום מלחמת ששת הימים, התייצב שמגר בפני חברי ועדת החוקה, החוק והמשפט של הכנסת, כדי למסור את "סקירת הפרקליט הצבאי הראשי על הבעיות המשפטיות והשיפוטיות בשטחי הממשל הצבאי".<sup>16</sup> תורת התפיסה הלוחמתית לא הייתה מוכרת אז בציבוריות הישראלית, ולפיכך נוכחות הגורמים המשפטיים בצה"ל, שפיתחו מומחיות בתחום זה, הייתה חשובה להבהרת אופן ניהולו של השטח, תחת סמכותו של המפקד הצבאי שמונה לכל אזור.

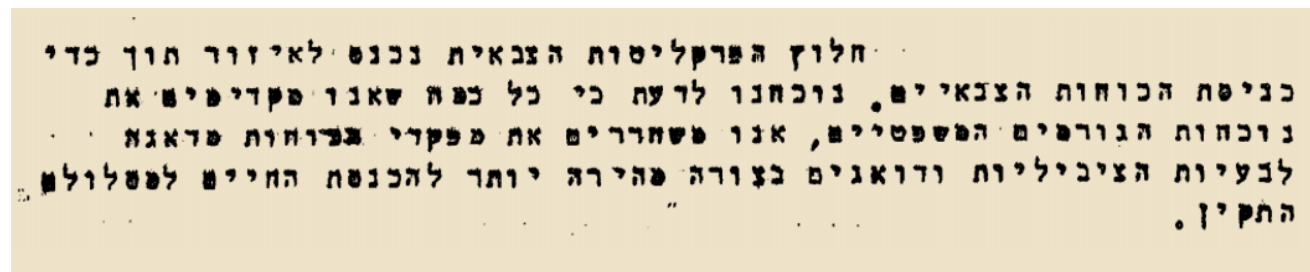
בהתאם, נועדה הסקירה כדי להתייחס לרבדים המשפטיים הנדרשים לצורך ניהול האזורים - הוראות המשפט הבין-לאומי הרלוונטיות, המשפט הקיים באותם שטחים, והסמכות לחוקק ולהוסיף על הקיים; וכן, לסקור פעולות משפטיות ומעשיות שונות הנדרשות לצורך השבת החיים למסלולם תוך שמירה על הביטחון והסדר הציבורי - הקמת בתי משפט, טיפול בבתי סוהר, פרסום צווים הנדרשים לצורך הענקת סמכויות לשמירה על הסדר, ואף פריסה של יועצים משפטיים שילוו את המפקדים בהתמודדות עם אתגר חדש זה. על כל אלה, ביקשה הכנסת לשמוע מפי הפצ"ר שמגר, במסגרת ישיבת ועדת חוק, חוקה ומשפט.

בישיבה נכחו גם היועץ המשפטי לממשלה משה בן-זאב, ונציגים נוספים ממשרד המשפטים ומטעם מערכת בתי המשפט. נוספו עליהם ח"כים שבאו לשמוע את סקירתו של שמגר. בראש הישיבה עמד יו"ר הוועדה, ח"כ משה אונא מהמפד"ל, ועימו ח"כים נוספים ובהם יצחק הנס קלינגהופר ממפלגת הליברלים, פרופסור למשפט חוקתי בהכשרתו; ח"כ מרדכי ביבי וח"כ ברוך אזני ממפלגת המערך; וכן ח"כ יוסף שופמן ממפלגת חרות. מעניין לציין כי מלבד ח"כ גבריאל כהן, שהיה איש מדעי הרוח, כל יתר חברי הכנסת שהשתתפו בישיבה היו בעלי השכלה משפטית.



"המדריך לקצין הפרקליטות הצבאית בממשל צבאי בשטח כבוש", 1965 - כריכה.

לימים, החומר שנשמר באותם ארגזים היה למעשה הבסיס המשפטי שעליו כוננו את הממשל הצבאי באי"ש וברצועת עזה. דוגמה מובהקת להסתמכותה של הפרקליטות הצבאית, ולמעשה של צה"ל כולו, על אותן ערכות חירום בארגזי הפח, ניתן למצוא במנשרים שנחתמו על-ידי מפקדי הצבא, סמוך לאחר השתלטות כוחות צה"ל על הגזרות השונות. מנשרים אלה, שהכריזו על שליטתו של צה"ל בשטח ועל נטילת הסמכויות החוקיות לידי המפקדים הצבאיים, נלקחו, כמעט ללא שינוי, מאותם ארגזי פח.<sup>13</sup> בשל ההיערכות מוקדמת לתרחיש של תפיסת שטחים תחת משטר משפטי של דיני המלחמה שבמשפט הבין-לאומי,<sup>14</sup> הייתה הפרקליטות הצבאית לגוף מוביל ומרכזי בכל הנוגע להסדרת המסגרת המשפטית לניהול שטחי יו"ש ורצועת עזה (וכן שטחי רמת הגולן וסיני) שנתפסו במלחמה.



מתוך פרוטוקול הישיבה.

את סקירתו פתח שמגר בנקודת המוצא הבסיסית - על פעולותיו של צה"ל בשטחים שנתפסו חלים הן עקרונות היסוד ("מגמות היסוד", כלשונו) לפיהן פועלת מדינת ישראל, והן כללי המשפט הבין-לאומי הפומבי. בנוגע לכללי המשפט הבין-לאומי, מדובר בכללים החלים על פעולתו של כוח צבאי המשתלט על שטח שהיה נתון לריבונותו של גורם זר (כללים שלימים כונו "דיני התפיסה הלוחמתית"). בדבריו התייחס שמגר לתקנה 43 לתקנות האג מ-1907,<sup>17</sup> הקובעת את חובתו של המפקד הצבאי להחזיר את הסדר והביטחון על כנם, וכן את העיקרון שאותו כינה שמגר "מעין רציפות או המשכיות של דינים" - הוא העיקרון שלפיו המשפט שחל ערב כניסת כוחות צה"ל לשטח, ימשך ככלל לחלו.

## בחלופי הימים, עם תפיסת שטחי יהודה ושומרון וחבל עזה, וכן שטחי סיני ורמת הגולן, פעלו קציני הפרקליטות הצבאית להסדרת המשטר המשפטי בהם, בהתאם לאותם "ארגזי שמגר" שהוכנו מבעוד מועד. לימים, החומר שנשמר באותם ארגזים היה למעשה הבסיס המשפטי שעליו כוננו את הממשל הצבאי באיו"ש וברצועת עזה.

שמגר ציין כי אמנם מדינת ישראל לה חתמה על תקנות האג, אך אלה משקפות כללים "המחייבים כל מדינה בעלת תרבות". שמגר עמד גם על הכללים הקבועים בסעיף 64 לאמנת ז'נווה הרביעית,<sup>18</sup> הקבועים אף הם כי המשפט הפלילי החל בשטח יישאר בתוקפו, אלא אם יש טעם לשנותו. בעניינה של אמנת ז'נווה הרביעית, ציין: "כבר הייתה לנו ההזדמנות גם לחתום וגם לאשרר לאחר מכן את הצטרפותנו".

משם, עבר שמגר לסקור את הכנותיה של הפרקליטות הצבאית לאפשרות של תפיסת השטחים, כפי שפורט לעיל. שמגר ציין, כי הפרקליטות הצבאית נערכה מבעוד מועד לאפשרות זו, עשתה מאמץ ללמוד את כללי המשפט הבין-לאומי הרלוונטיים ולהכשיר את אנשיה לפעול במסגרתם. עוד ציין שמגר, את המאמץ המיוחד שהוקדש ללימוד המשפט הפנימי באיו"ש.

בהמשך לכך, הציג שמגר את פועלה של הפרקליטות הצבאית גם בהשתלבות במערכי כוחות צה"ל שנכנסו לשטח, כמעין "חלוץ" משפטי המלווה את הכוחות. שמגר אף הדגיש את תפקידה של הפרקליטות הצבאית כמי שמשחררת את המפקדים מדאגה לבעיות האזרחיות ("הציביליות", בלשונו), ומסייעת להשבת החיים למסלולם התקין.

בהתייחס למסד החקיקה המקומית התקפה באותם שטחים, מסר שמגר כי איו"ש אמנם סופח ב-1950 לירדן, אך החלת החוק הירדני נעשתה בהדרגה ואט אט הוחלפה החקיקה המנדטורית בחקיקה ירדנית, שהצטרפה לחקיקה העות'מאנית, שנותרה בתוקף אף היא. לעומת איו"ש, רצועת עזה לא סופחה למצרים, ושמגר ציין כי החקיקה שחלה ברצועה נותרה מנדטורית בעיקרה.

שמגר הרחיב במיוחד על פרסומה של תחיקת הביטחון הביטחוני-פלילית מטעם המפקד הצבאי - הצו בדבר הוראות ביטחון, הוא מנשר מס' 3 - וציין את ההכרח שבקביעת חקיקה ביטחוניית ייחודית שתאפשר את השלטת הסדר באזורים אלו עוד לפני שתיבנה תמונה שלמה של הדין ושל מערכת המשפט בכל אזור. הוא גם עמד על הפעולות שנעשו על-ידי הפרקליטות הצבאית כדי לסייע למפקדים להשיב את החיים האזרחיים למסלולם, וכן על פעולותיהם של גורמים אחרים, כמו השופט ציון אלוף, שמונה על-ידי שר המשפטים, יעקב שמשון שפירא, לאיתור שופטים ומבני בתי משפט בשטחים, לקראת הפעלתם והשבת החיים למסלולם.

לכל אורכה נשזרו בסקירת שמגר נושאים משפטיים עיוניים החשובים ליצירת משטר משפטי אחיד ומתפקד, למשל היעדר חובת פרסום המנשר בדבר תפיסת השלטון כתנאי לתחולת התפיסה הלוחמתית, או הצורך בשינוי חקיקה לשם כינונה של ערכאה מתאימה שתחליף את בית המשפט הגבוה בעמאן, וכן נושאים מעשיים אחרים, החיוניים לתפקודה של מערכת משפט, כמו מצבם של מבני בתי המשפט או בתי הסוהר הקיימים.

לאחר מכן הציגו חברי הוועדה לפצ"ר שאלות על משמעותם של עניינים שונים שעלו מתוך סקירתו המשפטית.

אחת השאלות הייתה של ח"כ ברוך אזניה, יו"ר ועדת הכנסת, שעבד כעורך דין בעיר דנציג, עיר הולדתו של שמגר. אזניה הביע חשש מפני "שיפוט ליברלי" כלשונו, על-ידי שופטים ישראליים שימונו לשופטים צבאיים.

לכך השיב שמגר במילים הבאות: "אם אנו רגילים לנומרות משפטיות מסוימות, לא נוכל לשפוט במקום אחר לפי נורמות אחרות. זו אשליה לחשוב שעל-ידי הטפה או הסברה יכול משפטן לוותר על כללים שהוא סבור כי צריך לשמור עליהם".

בתשובתו זו, הדגיש שמגר כי יש כללים משפטיים בסיסיים, שהם חלק מכל מערכת משפט ראויה, ואשר עליהם ראוי להמשיך ולהקפיד גם בשטח התפוס על ידי הצבא.

מכחינת החוק הקיים, אתייחס בעיקר לגדה

הערבית ולאחר מכן לעזה ופחות לרמת הגולן, מכיון שלגביה הנושא

הוא עדיין די חדש ואף קשה יותר ללמוד את בעיותיה המשפטיות,

מכיון שנשארה בה אוכלוסייה דלה מאוד, לא נשארו שופטים, עורכי-דין,

או פקידות בכירה, נשארו בעיקר כפריים, וקשה ללמוד מהם על בעיות

חוק ומשפט.

שמגר אף הסביר בהמשך תשובתו, כי העמדה לדין פלילי איננה באה במקום הצורך לבצע את הפעולות הנדרשות לשם שמירה על הביטחון, אלא משלימה אותן. "השיפוט", בלשונו של שמגר, "אינו תחליף או פתרון לבעיות ביטחוניות מיידיות".

## על השיבותה וייחודה של סקירת הפצ"ר

סקירתו של שמגר בפני ועדת חוקה, חוק ומשפט של הכנסת, הייתה למעשה הפעם הראשונה שבה הוצגה באופן רשמי ופומבי, תפיסת מדינת ישראל בנוגע למשטר המשפטי החל בשטחים שנתפסו על ידי צה"ל. תפיסה זו עומדת בבסיס פעילות צה"ל באיו"ש גם כיום.

שמגר עמד על עקרונות היסוד בדיני התפיסה הלוחמתית, ובכלל זה הצורך בשימור הדין שהיה קיים באזור קודם כניסת כוחות צה"ל, יחד עם הסמכות המוקנית למפקד הצבאי השולט בשטח לבטל חקיקה ישנה או לחוקק חקיקה חדשה, אם מצא כי הדבר נדרש לשם הבטחת יכולתו לממש את סמכויותיו וחובותיו בשטח. בהתאם, עמד שמגר הן על הצורך בהקמה מחדש והפעלה סדירה של המערכת המשפטית עצמה, והן על הצורך בקביעת חקיקה ביטחונית חדשה מותאימה, ובהקמת בתי משפט צבאיים בשטח. זמן קצר לאחר כניסת כוחות צה"ל לאזור פרסם שמגר שני מאמרים קצרים האחד בעברית,<sup>19</sup> והשני באנגלית,<sup>20</sup> שהעלו על הכתב את העקרונות שסקר בפני הכנסת.

יוטעם כי בעוד סקירתו בכנסת התמקדה בהיבטים המעשיים הנוגעים לאופן ניהול השטח, מאמריו התעמקו במהות המשפטית. כך, הקדיש שמגר חלק ניכר מן המאמרים לסקירת חובתו של המפקד הצבאי כלפי השטח שאותו הוא תופס בקרב וכלפי האוכלוסייה המצויה בו. הוא עמד על כך שחובת המפקד הצבאי נובעת מן העובדה שהשלטון הקודם בשטח נסוג מפני הכוח הצבאי, ואינו יכול עוד לשלוט בשטח שנכבש. הוא הדגיש כי אין הדבר נובע מהסמכותו של המפקד הצבאי על-ידי המדינה ששלחה אותו, וכי המפקד הצבאי אינו יונק סמכותו ממקור משפטי כלשהו, אלא מעצם שליטתו בשטח - היא מעמדו של אותו השטח, מבחינת הריבונות בו, אשר היא.<sup>21</sup>

במאמרים קצרים אלה, הניח שמגר את התשתית הרעיונית הבסיסית ביותר, שעל-פיה אמור משפטן להתייחס לשאלת תפיסתו של שטח וניהולו בידי הצבא, תוך שהוא מניח את העקרונות היסודיים לעניין. בצד זאת, מעניין לראות כי שמגר בחר שלא לנתח במסגרת זו את השאלות הנוגעות לתחולת אמת ז'נווה הרביעית ותקנות האג, שהוזכרו לעיל.

הדבר עשוי היה להעלות שאלה, אך את התשובה לה אנו מוצאים בפרסום מאוחר יותר של שמגר. כך, ב-1971, במאמר נוסף שפרסם, הפעם בעת שכהן כיועם"ש לממשלה,<sup>22</sup> ניסח שמגר את תפיסתו המשפטית בנוגע לתחולת דיני התפיסה הלוחמתית שבמשפט הבין-לאומי, ולמעשה הציג בו את עמדתה הרשמית של ישראל. בהתאם לעמדה זאת, דיני התפיסה הלוחמתית נועדו לחול במצב שבו השלטון הצבאי הוציא ריבון קודם, ששלט בשטח באופן חוקי ולגיטימי, מכוח זכות.

משכך, לפחות ביחס לרצועת עזה ואיו"ש, ציין שמגר כי ישראל מעולם לא הכירה בריבונות ירדן ומצרים בשטחים אלה, ולכן - מבחינה משפטית - לא חלים דיני התפיסה הלוחמתית באותם שטחים.<sup>23</sup>

למעשה, שמגר עמד על כך שדיני התפיסה הלוחמתית במשפט הבין-לאומי אינם חלים באופן ישיר בשטחי יו"ש ורצועת עזה, משום שהשטח לא "נכבש" מידיו של ריבון חוקי כלשהו.

בצד זאת הבהיר כי ישראל החליטה (וזו עמדתה עד היום) להחיל בפועל את דיני התפיסה הלוחמתית ולפעול לפיהם, וזאת מטעמים מעשיים הנוגעים למצב הייחודי בשטחים שתחת שליטתו של צה"ל.<sup>24</sup> המאמר מ-1971, משקף לדעתי העמקה ודיוק של השאלה העיונית המשמעותית בנוגע לתחולת דיני התפיסה הלוחמתית בשטח, ובתוכה - השאלות המורכבות הנוגעות לאמנות עצמן, לתחולתן, ולמשמעות המעשית של הדברים. בצד זאת, בהסתכלות על המכלול השלם - מאמריו של שמגר שפורסמו סמוך לאחר מלחמת ששת הימים, וסקירתו בפני הוועדה בכנסת - ניכרת החשיבות שמייחס שמגר לניתוח התיאורטי ולדיוק וחיידוד העמדה המשפטית הטהורה, ובצידה גם גישתו המעשית ולפיה על כוחות צה"ל לפעול לפי הכללים ההומניטריים הרלוונטיים, הנובעים מן המצב המשפטי של תפיסת השטח ומאחריותם כלפי כל האוכלוסייה הנמצאת בשטח.

**"אם אנו רגילים לנורמות משפטיות מסוימות, לא נוכל לשפוט במקום אחר לפי נורמות אחרות. זו אשליה לחשוב שעל-ידי הטפה או הסברה יכול משפטן לוותר על כללים שהוא סבור כי צריך לשמור עליהם"**

## מאז ועד היום

לא מעט השתנה בשנים שחלפו מאותה סקירה. ברמת הגולן הוחל החוק הישראלי במלואו, ואין השטח מנוהל עוד על-ידי הצבא;<sup>25</sup> מרחב סיני הועבר בהסכם שלום למצרים, וברצועת עזה בוטל הממשל הצבאי ב-2005 עם יציאת כוחות צה"ל, ודיני התפיסה הלוחמתית אינם חלים בה עוד.<sup>26</sup> באיו"ש, לעומת זאת, המסגרת המשפטית שהניח שמגר בסקירתו עודנה רלוונטית.

גם כיום ממשיך מפקד כוחות צה"ל באזור - מפקד פיקוד המרכז להוציא תחת ידו צווים המהווים דברי חקיקה באיו"ש. צווים אלה מסדירים תחומי חיים רבים ומגוונים, החל בהיבטי הסמכויות הביטחוניות הנתונות לכוחות צה"ל, עבור דרך קביעת עבירות פליליות, וכלה בהסדרתם של נושאים אזרחיים מובהקים. בו בזמן, ממשיכים לחול גם החוקים שהיו בתוקף עוד בכניסתו של צה"ל לאזור ב-1967, ובהם חקיקה מנדטורית, ירדנית, ואפילו חקיקה מימי השלטון העות'מאני, כל עוד לא שינה או תיקן אותם מפקד כוחות צה"ל באזור.<sup>27</sup> ברוח זאת, נדרשים קציני הפרקליטות הצבאית גם כיום לחקיקה ישנה ומורכבת שעודנה חלה באזור, ולמשמעותן המשפטית של פעולות שנעשו עוד בתקופה הירדנית, ולעיתים אף לפני.<sup>28</sup>

בתי המשפט הצבאיים, שעל הקמתם עדיין שמגר את הוועדה בכנסת, פועלים עד היום. בכל שנה נדונים בפניהם תיקים פליליים רבים, בעבירות פליליות שבוצעו על ידי תושבי איו"ש, החל בעבירות ביטחוניות חמורות וכלה בעבירות פליליות בעלות אופי אזרחי. ב-1967 הוקמו בתי משפט צבאיים בנפות השונות בלי שכוונה ערכאת ערעור. ב-1990 הוקם בית המשפט הצבאי לערעורים, היושב כיום במחנה "עופר" ודן בערעורים על החלטות של בתי המשפט הצבאיים באיו"ש.





סיור קציני הפרקליטות הצבאית ברחבת הר הבית ובו הקצינים סא"ל שרגנהיים, רס"ן דודנר ורס"ן שפי, יוני 1967 (צילום: רס"ן אברהם בן נפתלי).

ביטוי נוסף למשנה זו ניתן למצוא גם בדברים שנכתבו ב"מדריך לקצין הפרקליטות הצבאית בממשל צבאי בשטח כבוש" מ-1965, שבו נכתב בין היתר כי: "יש לזכור כי היועץ המשפטי משמש עוזר לגורמים הצבאיים המבקשים דרך פעולה זו או אחרת", ועליו לסייע בידי הכוחות אם באפשרותו לעשות כן.<sup>30</sup>

## התפיסה העקרונית שהציג שמגר במאמרו מ-1971, ולפיה דיני התפיסה הלוחמתית אינם חלים באיו"ש מבחינה משפטית, אך מבחינה מעשית יש לפעול לנוכח העקרונות ההומניטריים הקבועים בהם, עודנה הגישה המשפטית לאורה פועלת מדינת ישראל כיום

נוסף על כך, שמגר עמד על החשיבות שבשמירה על נורמות משפטיות ראויות גם בסיטואציה מורכבת מבחינה ביטחונית - נושא אותו שב והדגיש גם במאמרו מ-1971, כיועמ"ש לממשלה.<sup>31</sup> האתוס האמור שהציב שמגר בפני הוועדה בכנסת כבר ביולי 1967, ראוי גם הוא להכרה, הן מבחינה היסטורית, והן - ואף בעיקר - לנוכח הרלוונטיות שלו גם לימים אלו.

לשמגר תרומה מכרעת גם לכינונה של ערכאת הערעור, שכן היא הוקמה בעקבות פסק דין שניתן על-ידו בעת שכיהן כנשיא בית המשפט העליון, ושבמסגרתו המליץ להקים ערכאת ערעור על בתי המשפט הצבאיים.<sup>29</sup> התפיסה העקרונית שהציג שמגר במאמרו מ-1971, ולפיה דיני התפיסה הלוחמתית אינם חלים באיו"ש מבחינה משפטית, אך מבחינה מעשית יש לפעול לנוכח העקרונות ההומניטריים הקבועים בהם, עודנה הגישה המשפטית לאורה פועלת מדינת ישראל כיום.

### סיכום

חשיבותה של הסקירה שערך שמגר בכנסת ביולי 1967 חורגת בהרבה מן הערך ההיסטורי שלה. היא צוהר חשוב וייחודי לתפיסות הבסיסיות שהנחו את צה"ל עת נטל את האחריות לניהול כלל היבטי החיים באותם שטחים שנתפסו במלחמה. אותן התפיסות שהנחו אז, ושעמדו בבסיס סקירת שמגר, נוכחות גם כיום בבסיס הנורמות המשפטיות המנחות את פעולתו של צה"ל באיו"ש. חשיבות נוספת של הסקירה, החורגת מההיבטים המשפטיים והמעשיים העולים ממנה, היא האתוס של הייעוץ המשפטי בעיני שמגר, כפי שהוא משתקף ממנה. אתוס השם דגש על גישה פרואקטיבית ועל מחויבות עמוקה לספק ייעוץ משפטי רלוונטי ומשמעותי, המבוסס על למידה והכנה מוקדמת ועל מקצועיות גבוהה, במטרה להתמודד עם אתגרי העתיד. כך גם שמגר פרש את משנתו ביחס לתפקיד הפרקליטות הצבאית שיעודה לסייע למפקדים.



# תרומת מאיר שמגר ומורשתו לעיצוב חוק השיפוט הצבאי ולחיזוק מערכת המשפט הצבאית

חוק השיפוט הצבאי שנחקק ב־1955 אימץ את הגישה לפיה מערכת המשפט הצבאית פועלת במנותק מהמערכת הכללית, ובנושאים מסוימים הוענקו למפקדים סמכויות שאפשרו להם להשפיע על ההליכים. בחלוף עשרות שנים מפעילות ועדת שמגר, ומקבלת תיקון 17 לחוק השיפוט הצבאי, ניתן לומר שהעקרונות שלאורם פעלה הוועדה היו חיוניים ותרמו להבטחת עצמאות מערכת המשפט הצבאית


## חוק השיפוט הצבאי

עם הקמתו ב־1948 על־ידי מועצת העם הזמנית, נשען צה"ל על התשתיות של ארגון "ההגנה", ובכלל זה על תשתיתו המשפטית - חוקת השיפוט של הארגון. ברוח זאת, פורסמו תקנות שעת חירום (חוקת השיפוט תש"ח), התש"ח-1948, כהסדר זמני עד לחקיקתו של חוק חדש להסדרת מערכת המשפט הצבאית. ב־1949 הונחה על שולחן הכנסת הצעת החוק הראשונה שנועדה להסדיר את פעילותו של צה"ל, ולקבוע את המסגרת לפעילותו במישור המשפטי.

ב־20 ביולי 1955 פורסם לראשונה חוק השיפוט הצבאי, התשט"ו-1955. החוק הסדיר את כלל ההיבטים המשפטיים הנוגעים למערכת המשפט הצבאית: החוק הפלילי הצבאי (העבירות הצבאיות), מבנה מנגנון המשפט הצבאי, סדרי הדין בבתי הדין הצבאיים והוראות ביחס לדין המשמעת

ואולם, ההצעה לא קודמה בטענה שעיקר עיסוקה היה בקביעת סעיפי עבירה וענישה, תוך שהיא נמנעת מלהדגיש את זכויות החייל הנפגע מהתעללות ומשררה, ואינה מתייחסת די הצורך לסדר ולמשמעת שבצה"ל או לחינוך המשרתים בו.

רס"ן שגב רום, סגן הפרקליט לעניינים מבצעיים, התביעה הצבאית



רס"ן מאי ארבל, סגנית פיקודית, הסגוריה הצבאית



מאיר שמגר, שכיהן בתפקידי פצ"ה, יועמ"ש לממשלה, שופט בית המשפט העליון ונשיאו, תרם תרומה משמעותית לפיתוח המשפט הצבאי ולחיזוק עצמאותה של מערכת המשפט הצבאית. במאמר זה נבקש להתמקד ברפורמה שנערכה בחוק השיפוט הצבאי במחצית הראשונה של שנות ה־80 (תיקון מספר 17 לחוק), על יסוד המלצות ועדה בראשותו של שמגר. רפורמה זו הבטיחה את מקצועיותה של מערכת המשפט הצבאית ואי תלותה במפקדים, במטרה להבטיח הן את קיומם של הליכים משפטיים הוגנים, והן את אמון הציבור במערכת המשפט הצבאית.

במהלך השנים מעורבות המפקדים במשפט הצבאי, מכוח הסמכויות שניתנו להם בחוק, עוררה קשיים שונים. לדוגמה, משפט פלילי של חייל-נאשם נערך לעיתים כשמפקדיו הם חלק מהרכב השופטים היושב בדין.

מעבר לכך, סמכויות שונות של ראשי מחוזות השיפוט - ראשי פיקודים, אגפים או זרועות - הקימו פוטנציאל להתערבות ולהשפעה על ההליכים המשפטיים, כמו: הסמכות לקבוע את הרכבי השופטים בהליכים, כולל השופטים שאינם משפטאים אלא קציני צבא מן המניין; הסמכות להורות על ביטול כתב אישום והעברת דיון בהליך פלילי להליך משמעותי; הסמכות להורות על עריכת משפט בדלתיים סגורות; חיוב התביעה הצבאית להגיש ערעור; והסמכות לאשר פסקי דין חלוטים כתנאי לביצוע גזר הדין.

המאפיינים הללו הביאו לביקורת ציבורית על מערכת המשפט הצבאית, ביחס ליכולתה לנהל הליך עצמאי הוגן ובלתי תלוי. לנוכח זאת, במאי 1977 מונתה בידי שרי הביטחון והמשפטים דאז, שמעון פרס וחיים צדוק, ועדה שתכליתה הייתה לבחון מחדש את חוק השיפוט הצבאי, בראי עשרים שנות ניסיון שהצטברו במערכת המשפט הצבאית, מאז חקיקתו. ליו"ר הוועדה מונה השופט (כתוארו דאז) מאיר שמגר, ומכאן כינויה - ועדת שמגר.

## מאיר שמגר

על תולדותיו של מאיר שמגר תוכלו לקרוא בהרחבה במאמרם של רס"ן יזהר יצחקי וסרן אפרת מזרע "מאיר שמגר: ארכיטקט המשפט הצבאי" בגיליון זה. ואולם, מצאנו לנכון להביא בפניכם חלקים נבחרים מתולדותיו, שסברנו כי יש בהם לשפוך אור אף על פועלו ביחס לתחיקה הצבאית.

מאיר שמגר שעלה ארצה בשנת 1939, התגייס כרבים מיושבי הארץ בתקופת המנדט הבריטי למחתרות. תחילה התגייס לפלמ"ח, ולאחר מכן עבר לפעול במסגרת ארגון האצ"ל.

בשל פעילותו זו, נשלח שמגר, בהיותו צעיר בן כ-20 שנים בלבד, על ידי רשויות המנדט הבריטי למעצר במחנה העצירים "גילגיל" באפריקה. מחנה, אליו נשלחו מאות החשודים בביצוע פעולות מחתרת כנגד הצבא הבריטי, ובו הושמו במשך תקופות ממושכות בלא משפט. מחנה זה היה ידוע בתנאיו הירודים, במעונות העצירים חסרי החלונות, בתעלות הביוב הפתוחות ובאקלים הקשה.

העצירים פתחו בפעולות מרי, עד שלבסוף הוכשר המחנה למגורי אדם. כבר אז, עסק שמגר במאבק למען זכויות העצירים, ולמען שחרורם, כנציג הגולים במחנה.



מחנה העצירים גילגיל באפריקה (מתוך אתר האצ"ל).

ב-1954, לאחר עבודת הכנה של צה"ל ומשרד המשפטים שארכה כשנה וחצי, הונחה הצעת חוק נוספת על שולחן הכנסת. הצעת החוק נדונה במשך כשנה בפני ועדה מיוחדת שמונתה על-ידי הכנסת, בראשות חבר הכנסת יעקב שמשון שפירא. הוועדה פעלה ליצירת איזון בין שני רכיביו של השיפוט הצבאי, כמתחייב משמו - **השיפוט והצבא**. כך אמר יו"ר הוועדה באחד הדיונים בהצעת החוק:

"הוועדה המיוחדת שהוקמה [...] העריכה היטב [...] ששתי המילים שמהן מורכב שם החוק - "שיפוט צבאי" מלמדות על רגל אחת את כל תורתו של החוק. כי החוק בא לשרת שתי מטרות כאחת: המילה "צבאי" באה לומר שיש לפנינו חוק הדואג לצבא, הדואג להבטיח את שלטון החוק בצבא, את שלטון המשמעת והסדר הטוב בתוך שורות הצבא ובפעולותיו להגנת העם והארץ; והמילה "שיפוט" באה לציין כי החוק אשר לפנינו מטרתו להבטיח לכל חייל וחייל הנאשם בעבירה כלשהי, בקלה כבחמורה, שהדיון בעניינו נעשה מתוך שיפוט ושיקול בכל הזהירות האפשרית לבני אדם, מתוך שמירה על העיקרון היסודי האומר שמוטב למדינה ואף לצבא עצמו שעברייני יתחמק מהעונש מאשר יורשע אדם חף מפשע."<sup>1</sup>

הצעת החוק זכתה לתמיכה נרחבת של חברי הכנסת וב-20 ביולי 1955 פורסם לראשונה חוק השיפוט הצבאי, התשט"ו-1955. החוק היה מותקדם מאוד לתקופתו. כבר אז היה החוק קודקס מקיף וכלל מאות רבות של סעיפי חוק (536 סעיפים למען הדיוק).

החוק הסדיר את כלל ההיבטים המשפטיים הנוגעים למערכת המשפט הצבאית: החוק הפלילי הצבאי (העבירות הצבאיות), מבנה מנגנון המשפט הצבאי, סדרי הדיון בבתי הדין הצבאיים והוראות ביחס לדין המשמעותי.

החוק למעשה יצר יש מאין את היסודות של מערכת השיפוט הצבאית ואכיפת הדין בצה"ל, והגדיר אותם בצורה נרחבת ומקיפה בחוק ישראלי חדש. זאת, בעוד שבאותה תקופה נושאים חשובים לא פחות, כמו דיני העונשין של מדינת ישראל, הוסדרו בדברי חקיקה מתקופת המנדט הבריטי.

בין ההוראות שנקבעו בחוק היו חידושים רבים, ובהם כמה נושאים חשובים שהוסדרו, שהיום דומה שהם חלק מחיי השגרה בצה"ל:

- קביעת מעמדו העצמאי של הפצ"ר כפרשן המוסמך של החוק בצה"ל, וכגורם המוסמך ליעץ לצה"ל בנושאי חוק ומשפט, ולפקח על התנהלותו בהקשרים אלו;
- הסדרת הליכי השיפוט המשמעותי בצה"ל - הן מבחינת טיב העבירות בגינן ניתן להעמיד חיילים לדין באופן זה, והן מבחינת הכללים לניהול ההליך המשמעותי. זאת, על-מנת לוודא קיומו של הליך משמעותי הוגן ולהבטיח הגנה על זכויות החיילים בהליכים הללו;
- הפרדת בתי הדין הצבאיים מיחידת הפרקליטות הצבאית, תוך הקמת שתי יחידות מקבילות, המהוות כל אחת ישות עצמאית - בבחינת "הפרדת רשויות".

בראשית ימי המדינה, תחת חוקת השיפוט, הנחת היסוד הייתה שהשפיטה הצבאית נתונה בידי המפקדים, כחלק מתפקידם לקיים משמעת בצבא.

חוק השיפוט הצבאי נועד לשנות מצב זה, אך בתי הדין הצבאיים נותרו, גם לאחר חקיקת החוק, בעלי זיקה פיקודית מובהקת. כך, בהשראת מנגנונים מקבילים בצבאות זרים, העניק החוק לדרג הפיקודי סמכויות שהשפיעו באופן ניכר על אופן ניהול ההליך השיפוטי.

נוסף על כך, במשך קרוב לארבעה עשורים לא הייתה לבתי הדין הצבאיים כפיפות מקצועית לאף ערכאה שיפוטית מחוץ לצה"ל - גם לא לבית המשפט העליון - והם התנהלו כמערכת מקבילה ונפרדת.

העובדה כי לגבי רובד מסוים של אוכלוסיית המדינה [...] הועברה סמכות שפיטה בפלילים לבתי הדין הצבאיים, מחייבת כי אלה יהיו בתי-דין בעלי כושר ובעלי רמה לא פחות מבתי המשפט הכלליים. אין אלה בתי דין משמעותיים בעל סמכות מוגבלת, אלא בתי דין אשר סמכויותיהם ודרכי פעולתם זהות בכל לבתי המשפט הכלליים הדנים בעניינים פלילים. מבחינת מהות תפקידם ובשים לב לאופי פעולתם, הרי בתי הדין הצבאיים הינם במידה רבה חלק ממערכת השיפוט הכללית, אשר בגלל צרכיה המיוחדים של המסגרת הצבאית פועלים מבחינה ארגונית כמערכת נפרדת.<sup>4</sup>

## בבסיס תפיסת עולמו של שמגר, שישב בראש הוועדה, שאותה החיל גם על המסגרת הצבאית, ניצב קידומן של זכויות הפרט ובהן הזכות לכבוד וחופש הביטוי שאותן פיתח ביתר שאת בשנותיו בבית המשפט העליון

בגיבוש המלצותיה פעלה הוועדה ליצירת איזון בין שני שיקולים מתחרים. הראשון, הייחוד הצבאי של מערכת השיפוט הצבאית, בהיותה חלק מובנה מצה"ל והיונקת את חיותה מהקשר ההדוק שלה לעשייה הצבאית ונועדה, בין היתר, להשלטת המשמעת הצבאית. כפי שכינה זאת ח"כ דוד ליבאי, לימים שר המשפטים, בעת הדיון בהצעות הוועדה במליאת הכנסת - "מזיגה של צבא ושל חוק".<sup>5</sup> השני, נעוץ בצורך להבטיח את זכויותיהם של החיילים העומדים לדין פלילי-צבאי. זאת, מתוך הבנה שבתי הדין הצבאיים עוסקים בדיני נפשות.

הוועדה פעלה גם להגשמת תכלית זאת, מתוך הבנה שהגנה על זכויות החיילים העומדים לדין מחייבת שעניינם יתברר בפני שופטים עצמאיים ומקצועיים. זאת, תוך הגבלת כוחם של המפקדים להתערב בהליכים המשפטיים.

בבסיס תפיסת עולמו של שמגר, שישב בראש הוועדה, שאותה החיל גם על המסגרת הצבאית, ניצב קידומן של זכויות הפרט ובהן הזכות לכבוד וחופש הביטוי שאותן פיתח ביתר שאת בשנותיו בבית המשפט העליון.

לימים, סיכם שמגר בספרו האוטוביוגרפי "תם ולא נשלם" את תמצית משנתו, שלפיה הוא "מאמין במדינת ישראל השמה לה למטרה להיות חברת מופת, מושתתת על עקרונות של זכויות האדם, הצדק, היושר, החירות ושוויון ההזדמנויות".<sup>6</sup>

מצוידת בעקרונות אלה, אפשרה הוועדה בראשותו למערכת השיפוט הצבאית לאזן בין הצורך בהבטחת סדרי המשפט ההוגן, ובין הצורך בהבטחת אכיפת הדין והמשמעת הצבאית ביעילות. המלצות הוועדה היו נושא לדיון ציבורי, בצה"ל ומחוצה לו, במשך כמה שנים, ורק ב-1985 הבשיל עיבודן של המלצות הוועדה לכדי תיקון מספר 17 לחוק השיפוט הצבאי.

תיקון זה לא היה בין הראשונים שנעשו בחוק, אך היה חלוצי ופורץ דרך בהתחשב בכך שכלל שינויים רבים, בנושאים מרכזיים ביותר. חברי הכנסת שדיברו בשבחו של החוק כאשר הובא לקריאה ראשונה, כינו אותו מתקדם וליברלי.

בחיי המקצועיים היה שמגר מחויב לעקרונות המשטר הדמוקרטי - הפרדת רשויות השלטון והגבלת כוחן, חיזוק עצמאות המערכת השיפוטית והבטחת זכויות הפרט.

ניתן להניח, כי עברו כעציר תחת ממשל צבאי בלתי דמוקרטי השפיע באופן ניכר על תפיסת עולמו בתחומים אלה. תפיסה זאת באה לידי ביטוי באופן פעולתו של שמגר בתפקידיו השונים בשירות הציבורי, החל בשירותו בפרקליטות הצבאית וכלה בכהונתו כנשיא בית המשפט העליון.

למשל, שמגר כתב בפסק דינו, בפרשת רסלר: "הפרדת הרשויות נוצרה כדי ליצור איזון בין הרשויות, שכן רק בדרך זו, היינו על ידי מניעת ריכוז היתר של הכוח באופן בלעדי בידי רשות אחת, מובטחת הדמוקרטיה, ונשמר חירותם של הפרט ושל הכלל".<sup>2</sup>

דברים דומים השמיע שמגר במסגרת ריאיון שנערך עימו: "הרעיון המנחה של הפרדת הרשויות הוא שלא יהיה מאגר כוח עודף בידי אחת הרשויות [...] האיזון בין הרשויות - העצמאות של המחוקק, של הרשות המבצעת ושל הרשות השופטת. יש לרשויות השונות תפקיד של ביקורת זו על זו. הביקורת ההדדית הזו יוצרת את הפיקוח ההדדי ואת האיזון".<sup>3</sup>

בד בבד, שמגר היה מחויב באותה מידה להכרה בצורכי הצבא ובמאפייניו המיוחדים, ולהכרח לאפשר לו לבצע את משימותיו בדרך חוקית.

למשל, בתפקידו כנצי"ר עיצב את התשתית המשפטית לכינונו של ממשל צבאי ביו"ש וברצועת עזה, ופועלו בתחום זה הוא אבן יסוד לפעילות הפרקליטות הצבאית עד ימינו.

נאמן לתפיסת עולם כפולה זו פעל שמגר במסגרת הוועדה האמורה, שעניינה תיקון חוק השיפוט הצבאי ומבנה מערכת המשפט הצבאית.

## בחיי המקצועיים היה שמגר מחויב לעקרונות המשטר הדמוקרטי - הפרדת רשויות השלטון והגבלת כוחן, חיזוק עצמאות המערכת השיפוטית והבטחת זכויות הפרט. ניתן להניח, כי עברו כעציר תחת ממשל צבאי בלתי דמוקרטי השפיע באופן ניכר על תפיסת עולמו בתחומים אלה

### המלצות ועדת שמגר והבשלתן

שנה לאחר כינונה המליצה הוועדה על שורת שינויים בתפיסות יסוד של מערכת המשפט הצבאית, שהיו באותה העת מרחיקי לכת. המלצות הוועדה נועדו לחזק את עצמאות מערכת המשפט הצבאית, ואת מעמדה כבעלת מקצועיות והכשרה ברמה גבוהה. חרף הקשר ההדוק בין מערכת המשפט הצבאית ובין הפעילות הצבאית, צה"ל הוא צבא העם וצבאה של מדינת ישראל הדמוקרטית. משכך, על אף ייחוד מערכת המשפט הצבאית, נדרש להבטיח כי היא תשמור על זיקת גומלין למערכת המשפט הכללית ולעקרונות המנחים אותה. בדוח הסיכום של הוועדה נכתב:

"בסיכומי של דבר מערכת בתי הדין הצבאיים הינה המסגרת השיפוטית היחידה מחוץ לבתי המשפט הכלליים שהחוק מעניק לה סמכות שיפוט פלילית מקבילה מלאה לזו האזרחית.

# תבוסת סמכות מפקד להקל בעונש חייל על עברות פליליות

ההסכם שהושג בין השרים ארנס ונסים להצעת תיקון בחוק יביא לשינוי היסודי ביותר במערכת השיפוט של צה"ל

באתר ישראל נדריס, 20 ביולי 1983

נס, שרד ושאר עבירות פליליות, אחריותו" לא יוכלו להימנע מהקל בעונשו. כמכור, נמחה בקורס חריפה על ה"רמטכ"ל הקודם, רביאלוף ר. איתן, שניצל את סמכותו להקל בעונש והחמיק את דינם של ישראל לרמן וסנן פינטו. לפי התיקון המוצע לא יוכל המפקד להקל בעונש במקרים מעין אלה והוא יוכל להקטין את סמכות ההקלה בעונש רק בעבירות האופייניות לצבא כ"ל: נזק, נזקקות, עריקה, ותנהגות שאיננה הולמת קצין.

את תקופת כהונתו, יש לציין, כי הצעת התיקון שהורכבה עליו איננה סאבאית את המצוות ועודת שגור בנין לנאן ועדת זו, שבידיה עמד כאלו שגור, כיום סמלאל מד קום נשיא בית המשפט העליון, יון המיוצג, בן היתר לנבל להלוטין את סמכות המפקד להקל בעונשים, הצעת התיקון היא אישאל בגודר סטרה בין תביעות ועדת שגור ליון ע"ז דה המיסוד הנבאי שהוגדר לתן, לדעת כששטנים, שעקבו אחרי המי"ם בין משרד ה" משטטים ומשרד הכטאון, וזו נעדרת מינויים

בשרד הכטאון ומשרד ה" משטטים הגיון להסמכת ב" עניין תיקון חוק השיפוט ה" צבאי, במקביל דר"ח ועדת שגור, משפטנים המקיאים ב" נושא זה אמרו, כי אישור ה" צעת התיקון כנכנסת יביא ל" שינוי היסודי ביותר במערכת השיפוט של צה"ל מאז נחקק חוק השיפוט הצבאי.

הצעת התיקון מתקבלת ל" המלצות ועדת שגור בשלושה עניינים העיוניים: צבאום סמ"י

עיתון "דבר", 20 ביולי 1983 הספרייה הלאומית לישראל.

זאת, בין היתר, כדי לשמור על איתנותם של השופטים במפקדים, ליצור מערכת משפט צבאית עצמאית ושקופה ולחזק את אמון הציבור בה. מסיבה זאת הוטמע בתיקון שינוי נוסף שלא הוצע על-ידי ועדת שמגר, שעניינו בקביעה שנשיא בית הדין הצבאי לערעורים יהיה בהכרח משפטן.

זאת, בשונה מהנהוג שהיה קיים עד אז, שלפיו קצין בכיר מבין גופי הצבא האחרים, ולא שופט צבאי בכיר שהוא משפטן, ממונה לעמוד בראש מערכת השיפוט הצבאית. כך נקבע גם בנוגע לנשיאי בתי דין צבאיים מחוזיים וסגניהם. בצד עדכון הכללים בנוגע למינוי השופטים המקצועיים, נותר על כנו מערך השופטים הצבאיים שאינם משפטנים, הממונים מבין קציני הצבא. אלה ממשיכים עד היום לתרום מניסיונם ומהבנתם את ההווי המיוחד של חיי הצבא, לכל הרכב של שופטי בית הדין הצבאי, שבראשו יושב שופט צבאי מקצועי.

## בצד עדכון הכללים בנוגע למינוי השופטים המקצועיים, נותר על כנו מערך השופטים הצבאיים שאינם משפטנים, הממונים מבין קציני הצבא. אלה ממשיכים עד היום לתרום מניסיונם ומהבנתם את ההווי המיוחד של חיי הצבא, לכל שבראשו יושב שופט צבאי מקצועי

האפשרות לערער על החלטות בית הדין הצבאי לערעורים לבית המשפט העליון, אחת ההמלצות החשובות של ועדת שמגר, שאומצה בחוק בהמשך, נגעה לאפשרות לפנות לבית המשפט העליון בערעור שני על פסק דין, תוך קבלת רשות לכך מבית המשפט העליון. על המלצה זו, שהתקבלה ואושרה, סמכה ידיה גם הוועדה לבדיקת המבנה והסמכויות של בתי המשפט בראשות נשיא בית המשפט העליון דאז משה לנדוי.

רבים ראו בתיקון זה שדרוג משמעותי והכרחי למערכת המשפט הצבאית, אף שחלק מההמלצות לא נכללו בנוסח הצעת החוק בסופו של יום, ולא נכללו בתיקון 17 שאותו אישרה הכנסת. בהקשר זה ראוי לציין, כי לפחות בחלק מההיבטים, נדחו הדרישות לאימוץ מרכיבים אזרחיים נוספים במערכת המשפט הצבאית, דווקא כדי לשמור על צביונו הצבאי הייחודי של המנגנון הקיים, ולא לכבול את ידי המערכת בהסדרים שאינם מתאימים למערכת המשפט הצבאית.

### עיקרי השינויים בחוק השיפוט הצבאי

**תקופת הניסיון המשפטי הדרוש לבעלי תפקידים שונים בפרקליטות הצבאית לפני מינויים.** התיקון מיסד תקופת ניסיון מינימלית כתנאי סף למינויים של בעלי תפקידים בכירים בפרקליטות הצבאית - הפצ"ר נדרש להיות בעל 7 שנות ניסיון, והתצ"ר והסצ"ר (התובע והסגור הצבאיים הראשיים בהתאמה) נדרשו ל-4 שנות ניסיון לפחות.

שינוי זה נועד להבטיח שהקצינים המתמנים לתפקידים אלה יהיו בעלי ניסיון משמעותי, כישורים ומיומנויות משפטיים נרחבים. עוד נועד השינוי, בין היתר, לסייע בחיזוק אמון הציבור במערכת המשפט הצבאית.

מובן, כי בחיי המעשה, ממונים לתפקידים אלה קצינים בעלי ניסיון משפטי רב שנים בהרבה מהרף המינימלי הנדרש בחוק. כיום, הפצ"ר הוא קצין בכיר שדרגתו תא"ל או אלוף, והתצ"ר והסצ"ר הם קצינים בכירים שדרגתם אל"ם, שצברו הרבה יותר מ-4 או מ-7 שנות ניסיון.

**מנגנון מינוי השופטים המקצועיים בבתי הדין הצבאיים, וקביעת תקופות ניסיון משפטי כתנאי למינויים.** התיקון החיל, בשינויים המחויבים, את שיטת המינוי של שופטים הנהוגה במערכת המשפט האזרחית על מינויים של השופטים המשפטאים הצבאיים.

כך נקבע שנשיא המדינה ימנה את השופטים הצבאיים המקצועיים בהתאם להמלצת ועדה למינוי שופטים צבאיים, הדומה בהרכבה לוועדה לבחירת שופטים למערכת השיפוט הכללית, ולא לפי המלצת הרמטכ"ל ונשיא בית הדין הצבאי לערעורים בלבד, כפי שנעשה עד אז.

עוד נקבע כי כתנאי למינויים, על השופטים להיות בעלי ניסיון משפטי רב יותר מכפי שדרש החוק עד אז. התיקון הבטיח מינוי קצינים מנוסים יותר לשופטים באופן בלתי תלוי על-ידי ועדה מקצועית.

מסמכים מזה הצעת חוק טענם המשטלה:

חוק השיפוט הצבאי (תיקון מס' 17), התשמ"ו-1985	
תיקון מס' 177	1. בסעיף 177 (ב) לחוק השיפוט הצבאי, התשמ"ו-1985 (להלן - החוק העיקרי), במקום "שש שנים" יבוא "שבע שנים" ובמקום "שתי שנים" יבוא "ארבע שנים".
תיקון מס' 178	2. בסעיף 178 לחוק העיקרי, בסיומו, במקום "הקצינים המשפטאים" יבוא "הקצינים בעלי הכשרה משפטית".
ביטול סעיף 180	3. סעיף 180 לחוק העיקרי - בטל.
תיקון מס' 181	4. בסעיף 181 (א) לחוק העיקרי, אחרי "קצינים" יבוא "בעלי הכשרה משפטית" ובמקום "שנתיים" יבוא "ארבע שנים".
תיקון מס' 182	5. בסעיף 182 לחוק העיקרי, במקום "קצינים משפטאים" יבוא "קצינים בעלי הכשרה משפטית" ובמקום "שנתיים" יבוא "ארבע שנים".

**דברי הסבר**

במאי 1977 מינו שר הבטחון ושר המשטטים ועדה בראשות נשיא בית המשפט העליון דהיום, כדי להשפיע שגור (להלן - ועדת שגור) לבדוק ולהמליץ בעניין פתרון בעיות האיוש של הפקודי השיפוטיים הצבאיים המשפטאים במערכת בתי הדין הצבאיים. הוועדה המליצה, בין היתר, על הכנסת שינויים למסלולי הפקודים במסודות המשפטיים בצבא.

מסלולים במערכת השיפוט הצבאי בכללותה, ומסלול צויתה היו נושא לדיון ציבורי במשך מספר שנים. לאחר עיון וביקורת תומכת לאמץ חלק מהמלצות של ועדת שגור, הוצעת חוקי המונגות בזה באה לתקן את חוק השיפוט הצבאי בהתאם להחלטות אלה. הצעת החוק כלוליה גם מינויים נוספים הנוגעים למסלולי הפקודים במסודות המשפטיים בצבא.

התיקון שינה את האיזון שהיה מתבצע במסגרת החלטות הוועדה עד לאותו שלב. עד אז, המשקל העיקרי, שלא לומר היחיד, היה מעמדו של פסק הדין שבבסיס ההרשעה. מאז, ניתן משקל מרכזי גם לאפשרות השיקום של האסיר. ההמלצה בנוגע לסמכות הוועדה אומצה בחלקה, והותירה בידי הוועדה לעיון בעונש סמכות להפחית עד מחצית מהעונש - סמכות רחבה יותר מהנהוג במדינה. זאת, מתוך הכרה בדאגה לחייל שמעיד, גם אם מעד באופן משמעותי והורשע בפלילים.

## במשך השנים התערבו הרמטכ"ל וראשי המחוזות השיפוטיים פחות ופחות בגזרי דין. בתיקון 42 לחוק השיפוט הצבאי, ב-2003, בוטל הצורך בהבאת כל פסק דין שניתן בבית דין צבאי לאישור "הרשות המאשרת". בצד זאת הוענקה סמכות לשר הבטחון, לרמטכ"ל ולאולופי הפיקודים ומפקדי הזרועות, לפי העניין, להקל בעונש לבקשת הנאשם שעמד לדין

### ביטול סמכויות ראשי מחוזות השיפוט

ועדת שמגר המליצה המלצות נוספות, הקשורות לסמכויות שנתן החוק בשעתו למפקדים בקשר לניהול ההליכים הפליליים בבתי הדין הצבאיים. העיקרית שבהן הייתה לבטל את החובה לאשר כל גזר דין בפני הרשות המאשרת (מפקד הפיקוד או מפקד הזרוע הרלוונטי, הרמטכ"ל או שר הביטחון).

מצד אחד, החוק חייב את בעל הסמכות המאשרת לקבל חוות דעת מטעם הפצ"ר או פרקליט צבאי לפני שיפעיל את סמכותו, והייתה ביקורת מסוימת על אופן הפעלת הסמכות.

מצד אחר, סמכות זו הכפיפה למעשה את החלטות בתי הדין הצבאיים לעניין העונש לאישור המפקדים הבכירים, ואפשרה להם להתערב בעונש שנגזר על-ידי בית הדין במסגרת ההליך הפלילי. עמדת צה"ל הייתה שאין לפגוע בסמכות זו, המוקנית למפקדים מאז חוקת השיפוט משנת תש"ח, וכן מוקנית גם למפקדים בצבאות מערביים אחרים, לרבות בארצות-הברית ובאנגליה. לכן, המלצות הוועדה בתחום זה לא נכללו בהצעת תיקון 17.

בעת שהובאה הצעה החוק לתיקון חוק השיפוט הצבאי לקריאה ראשונה בכנסת, התפלאו חלק מהח"כים על כך שההמלצה הושמטה מההצעה לתיקון החוק. לדבריהם, ביסוס מעמדם של בתי הדין הצבאיים ככלי עצמאי שאיננו תלוי אלא בדין ובעניין שעומד לפניו לדין, מחייב לצמצם את המעורבות של הרשויות שמחוץ לעולם המשפט. זאת, בייחוד לנוכח העובדה שרבים מן המקרים שבהם עוסקים בתי הדין הצבאיים נוגעים לפשיעה פלילית הדומה לזו המובאת בפני בתי המשפט האזרחיים, למעט העובדה שהמעשים נעשו על-ידי חיילי צה"ל בזיקה לשירותם.

הקביעה הסופית, לדבריהם, חייבת להיות של בית הדין הצבאי, שאחרת יהיה חשש שמא עצם קיום הרשות המאשרת תשפיע על שיקול דעת השופטים היושבים בדין.

עד לאותה תקופה, כאשר התנהל משפטו של חייל בבית דין צבאי, החייל או התביעה הצבאית רשאים היו לערער על פסק הדין לבית הדין הצבאי לערעורים בלבד.

תיקון החוק בהיבט זה הוביל לכך שפסיקת בית הדין הצבאי לערעורים אינה מהווה עוד "סוף פסוק", והיא כפופה כיום לביקורת של הערכאה השיפוטית הבכירה במערכת המשפט הישראלית. בצד זאת, נקבעו עילות מצומצמות יחסית להתערבות של בית המשפט העליון בפסיקת בתי הדין הצבאיים. ההתערבות יוחדה למצבים שבהם מתעוררות שאלות משפטיות מורכבות וכבדות משקל, הטומנות בחובן חידושים או חשיבות ציבורית רחבה. כל זאת, מתוך הכרה בעצמאות מערכת המשפט הצבאית.

הכפיפות לבית המשפט העליון תרמה ליצירת אחדות בין בתי הדין הצבאיים ובתי המשפט הכלליים במדינה. כך, סוגיות משפטיות מורכבות בתחום הפלילי שהגיעו ממערכת המשפט הצבאית לפתחו של בית המשפט העליון, הותירו חותמן על מערכת המשפט בישראל באופן כללי.

יחסי הגומלין בין מערכת המשפט הצבאית לזו הכללית, אפשרו הקפדה יתרה על זכויות החיילים המטופלים על-ידי מערכת האכיפה בצה"ל, בכל הקשור להליכי מעצה, חקירה, שיפוט וכדומה. נבהיר כי אף עוד לפני כן פעלו בתי הדין הצבאיים בהתאם לתקדימים של בית המשפט העליון, ולאורם פסקו בדין.

עם זאת, ועדת שמגר יצרה כלי לביקורת ישירה של בית המשפט העליון על פסקי דין של בתי הדין הצבאיים. פיקוח משפטי ממשי שכזה היה הכרחי לצורך יצירת כפיפות מקצועית-משפטית של בתי הדין הצבאיים לערכאה העליונה במדינה.

## בראש הוועדה יושב נשיא בית דין צבאי בדרגת אל"ם, או סגנו בדרגת סא"ל; נציג שר הביטחון, שהוא אדם בעל ניסיון בתחום הטיפול באסיר (מקביל לדרגת סא"ל לפחות); ונציג הרמטכ"ל - קצין או קצינה בדרגת סא"ל לפחות. התיקון שינה את האיזון שהיה מתבצע במסגרת החלטות הוועדה עד לאותו שלב

**שינוי הרכב הוועדה לעיון בעונש והגבלת סמכויותיה.** הוועדה הצבאית לעיון בעונש, המוקמת מכוח החוק, היא ועדה המוסמכת לקצר עונשו של אסיר, בדומה לוועדות השחרורים הפועלות בשירות בתי הסוהר ("ועדות שליש").

עד לתיקון 17, היו הפצ"ר או מי מטעמו יושבים בראש הוועדה, כשלצידם שני נציגי הרמטכ"ל. סמכות הוועדה להקל בעונשו של אסיר ("לעיין בו") הייתה בלתי מוגבלת.

ועדת שמגר המליצה תחילה, כי סמכויות הוועדות לעיון בעונש יושבו לוועדות השחרורים הפועלות ביחס לאסירים שנשפטו מחוץ לצה"ל, והוועדה לעיון בעונש תוסמך להפחית שליש בלבד מעונשו של אסיר. במסגרת התיקון שונה הרכב הוועדה כך שהיא תהיה ועדה מעין שיפוטית.

מאז ועד היום, בראש הוועדה יושב נשיא בית דין צבאי בדרגת אל"ם, או סגנו בדרגת סא"ל; נציג שר הביטחון, שהוא אדם בעל ניסיון בתחום הטיפול באסיר (מקביל לדרגת סא"ל לפחות); ונציג הרמטכ"ל - קצין או קצינה בדרגת סא"ל לפחות.



אולם בית הדין הצבאי, הקריה המשפטית "נווה צדק" (צילום: רס"ן יזהר יצחקי).

## סיכום

חוק השיפוט הצבאי, שנחקק בשנת 1955 ואשר היה מתקדם מאוד לתקופתו, אימץ במקור את הגישה שהייתה מקובלת בצבאות אחרים, לפיה מערכת המשפט הצבאית פועלת במנותק מהמערכת הכללית, ובנושאים מסוימים הוענקו למפקדים סמכויות שאפשרו להם להשפיע על ההליכים.

מאיר שמגר, נאמן לתפיסת עולמו שלפיה יש חשיבות כבירה להפרדה בין הרשויות לצורך שמירה על הגינות ההליכים והאמון הציבורי במערכת המשפט, תרם תרומה משמעותית לעיצוב חוק השיפוט הצבאי ולהבטחת עצמאותה של מערכת המשפט הצבאית. בתיקון המקיף שהוביל בחוק השיפוט הצבאי, הביא שמגר לרפורמה במערכת המשפט הצבאית כך שהמערכת תהיה עצמאית ובלתי תלויה, ותבטיח את שלטון החוק, את זכויות הנאשמים העומדים בה לדין, ועל-ידי כך גם את אמון הציבור במערכת.

בצד זאת, נתן שמגר משקל נכבד למאפיינים ולצרכים הייחודיים של מערכת המשפט הצבאית, המצדיקים את עצם קיומה. למעשה, בפועל בתקופה זו ובכלל, שמגר היה כוח מרכזי במתן האפשרות לצה"ל להגשים את ייעודו ולעמוד במשימותיו בהתאם לחוק. התשתית שהניח בתפקידו הציבוריים במהלך השנים, בשירותו הצבאי ולאחריו, היא רכיב מרכזי במסגרת החוקית לפועלו של צה"ל גם בעת הזו.

בחלוף עשרות שנים מפעילות ועדת שמגר, ומקבלת תיקון 17 לחוק השיפוט הצבאי, ניתן לומר שהעקרונות שלאורם פעלה הוועדה, היו חיוניים ותרמו להבטחת עצמאות מערכת המשפט הצבאית. התיקונים השונים לחוק, אלה שהתקבלו כתוצאה ישירה של המלצות הוועדה, ואלה שהתקבלו באופן עקיף שנים לאחר מכן, יצרו איזון עדין בין הצורך במערכת נטולת פניות המאופיינת בשקיפות, ביעילות וביסודיות ובין הצורך במתן מענה להיבטים המייחדים את מערכת המשפט הצבאית.

לעומתם, היו שטענו כי ההתנגדות נובעת מחוסר הבנת האופי המיוחד של המערכת הצבאית, שמצדיקה את הותרת הסמכויות האמורות על כן.

התומכים בעמדה זאת ציינו, כי העובדה שבועדת שמגר לא היה נציג "המערכת הצבאית הלא שיפוטית", ואף לא נציג הפרקליטות הצבאית, הן שהובילו את ועדת שמגר לגבש את ההמלצות האמורות בתחום סמכות המפקדים, באופן שאינו מתיישב עם המצב בשטח. בסופו של יום, תיקון 17 כפי שהתקבל בכנסת לא עסק בסוגיות אלו. במעמד אישור הצעת החוק בכנסת, הציעו כמה מחברי הכנסת לבחון את השפעת השינויים שכן התקבלו במשך שנים.

לדבריהם, רק לאחר מכן ניתן יהיה להחליט אם יש צורך לתקן את החוק בהקשר הסמכות המאשרת, ולאמץ את המלצת ועדת שמגר בעתיד, בזמנה ובמקומה.

ואכן, היסודות העקרוניים שהניח שמגר כאשר המליצה הוועדה בראשותו לבטל את סמכות "הרשות המאשרת", נתנו אותותיהם בחיי המעשה, ובהמשך בכנסת. בפועל, במשך השנים התערבו הרמטכ"ל וראשי המחוזות השיפוטיים פחות ופחות בגזרי דין. בתיקון 42 לחוק השיפוט הצבאי, ב-2003, בוטל הצורך בהבאת כל פסק דין שניתן בבית דין צבאי לאישור "הרשות המאשרת". בצד זאת הוענקה סמכות לשר הבטחון, לרמטכ"ל ולאלופי הפיקודים ומפקדי הזרועות, לפי העניין, להקל בעונש לבקשת הנאשם שעמד לדין.

במסגרת תיקון 17 בוטלו עוד מספר סמכויות, שבמערכת המשפט האזרחית מסורות לגורמים משפטיים בלבד - רשויות התביעה או בתי המשפט, לפי העניין. כך למשל, סמכות ראש מחוז השיפוט, שהיה מפקד צבאי, לבטל כתב אישום בהסכמת פרקליט צבאי, הועברה במלואה לפרקליט הצבאי; הסמכות להרכיב את הרכב בית הדין ולקבוע את זהות השופטים הועברה מהרמטכ"ל או מראש מחוז השיפוט, לפי העניין, לנשיא בית הדין, שהוא שופט צבאי מקצועי; הסמכות להורות על קיום דיון בדלתיים סגורות הועברה מראש מחוז השיפוט לבית הדין הצבאי; והסמכות לחייב את התביעה הצבאית להגיש ערעור, הועברה מראש מחוז השיפוט לפרקליט הצבאי הראשי.


# זכויות חוקתיות של חיילים בצה"ל - במלאת 30 שנה לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו

לפני 30 שנה נחקק חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. החוק רומם את מעמדן של זכויות האדם למעמד של זכויות בעלות מעמד חוקתי. בצד זאת, לשירות בצה"ל מאפיינים ייחודיים, המחייבים יחס שונה ונקודת איזון ייחודית בין זכות החיילים ובין המאפיינים הייחודיים של השירות הצבאי. במאמר זה נפרט על מלאכת האיזון המורכבת


החלטות הצבא אף נתונות לביקורת שיפוטית, ובמקרים חריגים מצא בית המשפט להתערב בהן, בהתבסס על אמות המידה של המשפט המנהלי. דוגמה ידועה לכך ניתן למצוא בפרשת ניר גלילי, שבה בוטלה החלטה להעניק לקצין דרגת אלוף בשל התנהגותו בעבר.<sup>3</sup> לאחרונה התערב בית המשפט בהחלטה להדיח קצין מצ"ח מתפקידו, בהתבסס על עילות במשפט המנהלי, ובעיקרן היעדר תשתית עובדתית מלאה לביסוס ההחלטה.<sup>4</sup>

כאמור, מדובר במקרים מועטים ביותר - אז, כמו היום, בתי המשפט רואים את ההתערבות בשיקול הדעת הצבאי כחריגה מאוד ושמורה למקרי קיצון. אולם חשוב להכיר כי ביקורת שיפוטית על החלטות הצבא התקיימה עוד לפני חקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, אשר הביא לעולם את "המהפכה החוקתית".

אלופה יפעת תומר ירושלמי,  
הפרקליטה הצבאית הראשית



רס"ן ד"ר רונן פוליאק,  
רמ"ד מיסוי מוניציפלי (מקרקעין),  
אגף התכנון ובניין הכוח הרבי-זרועי



**חוק יסוד: הצבא \***

1.	צבא-הגנה-לישראל הוא צבאה של המדינה.	מותח
2.	(א) הצבא נתון למרות הממשלה. (ב) חשר ממונה מטעם הממשלה על הצבא הוא שר הבטחון.	כסיונות לשירות האזרחות
3.	(א) הדרג הפיקודי העליון בצבא הוא ראש המטה הכללי. (ב) ראש המטה הכללי נתון למרות הממשלה וכפוף לשר הבטחון. (ג) ראש המטה הכללי יתמנה בידי הממשלה לפי המלצת שר הבטחון.	ראש המטה הכללי
4.	החובה לשרת בצבא הנוגסת בצבא יהיו כפי שנקבע בחוק או מכוחו.	חובה שירות וניס
5.	המסכות להוציא הוראות ופקודות המחייבות בצבא תיקבע בחוק או מכוחו.	הוראות ופקודות בצבא
6.	אין להקים או לקיים כוח מווזין מחוץ לצבא-הגנה-לישראל אלא על פי חוק.	כוחות מווזינים אחרים

יצחק רבין  
ראש הממשלה

אסירים קצרים  
בשיא המדינה

\* נתקבל בכנסת כיום כ"ט באדר ב' תשל"ו (31 במרץ 1976); תצעת חוקיו ודבריו הסבר פורסמו בה"ח 1197, תשל"ה, עמ' 418.

**"זכויות האדם המוגנות בחוק היסוד הן גם זכויותיו של החייל המדים אינם חוצצים בין החייל לבין זכויות האדם החוקתיות" (נשיא בית המשפט העליון אהרון ברק).<sup>1</sup>**

צה"ל, ככל גוף השייך לרשות המבצעת, הוא רשות מנהלית. הוא פועל מכוח חקיקה מפורשת, ובראשה חוק יסוד: הצבא, הוא נתון למרות הממשלה, ומוקנות לו סמכויות רחבות שמפקדיו רשאים להפעיל. ככל בעלי סמכות מנהלית, גם מפקדי צה"ל מחויבים לפעול בגדרי סמכותם, כשהם מונחים על-ידי שיקולים ענייניים באופן הגון ולא שרירותי.<sup>2</sup> בהתאם לכך, מערכת היחסים שבין צה"ל לחייליו הייתה כפופה תמיד לאמות מידה הנגזרות מתחום המשפט המנהלי, המסדיר את הכללים שלפיהם פועלים גופים שלטוניים.



אם כך, מהו השינוי שהביאה עימה אותה "מהפכה", וכיצד משפיע מצב הדברים הנוכחי על צה"ל ועל מפקדיו? טרם נפנה לשאלה זו, נזכיר כי "מהפכה חוקתית" היא מונח המשמש לתיאור השינוי שהתרחש בישראל, כתוצאה מחקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (בצד חוק יסוד: חופש העיסוק), ומההכרה המפורשת בסמכותם המפורשת של בתי המשפט להעביר תחת שבת ביקורתם את חקיקת הכנסת, כדי לבחון את התאמתה לחוקי היסוד.<sup>5</sup> כפי שנכתב בחוק היסוד עצמו, רשויות השלטון לא יכולות עוד לפגוע בזכויותיו של אדם, אלא "בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש" (סעיף 8 לחוק היסוד).

## מערכת היחסים שבין צה"ל לחייליו הייתה כפופה תמיד לאמות מידה הנגזרות מתחום המשפט המנהלי, המסדיר את הכללים שגופים שלטוניים פועלים לפיהם. החלטות הצבא אף נתונות לביקורת שיפוטית, ובמקרים חריגים מצא בית המשפט להתערב בהן, בהתבסס על אמות המידה של המשפט המנהלי

ביחס לצה"ל, נקבעה בחוק נקודת איזון שונה וייחודית. סעיף 9 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, קובע כי ניתן להגביל את זכויותיהם של חיילי צה"ל (ועובדים בארגוני הביטחון האחרים), רק "לפי חוק" ו"במידה שאינה עולה על הנדרש מאופיו ומהותו של השירות". כלומר, בשונה מאזרחים, הגבלת זכויות היסוד של חיילים לא חייבת להיעשות "בחוק" (או מכוח הסמכה מפורשת בו), אלא גם "לפי חוק" - קרי, בהתאם לסמכותם הכללית של מפקדי הצבא להתקין פקודות.

בצד זאת, הכיר חוק היסוד מפורשות בייחודו של הצבא, המצריך לעיתים גישה שונה בנוגע להגבלת זכויות החיילים, בהשוואה לאזרחים - כזו המותאמת ל"אופיו ומהותו של השירות". למעשה, יש כאן הכרה בשני רבדים של ייחודיות המסגרת הצבאית:

הרובד הראשון, הוא ההכרה בצורך הייחודי של המסגרת הצבאית ליצור נורמות מחייבות כלפי החיילים המשרתים בשורותיה, אשר מתבטא בסמכות מפקדים לפעול "כמעין מחוקקים" ולקבוע נורמות מחייבות בפקודות הצבא (בהתאם לחוק השיפוט הצבאי).<sup>6</sup> הרובד הנוסף, הוא ההכרה באיזון השונה הנובע מייחודיותו של הצבא. כך, בעוד סעיף 8 זכה לכינוי "פסקת ההגבלה", מוכר סעיף 9, בתור "פסקת ההגבלה הביטחונית". קיים דיון ער בין משפטנים, בשאלה האם "פסקת ההגבלה הביטחונית" עומדת בפני עצמה, או שאיננה אלא מקרה פרטני של פסקת ההגבלה העיקרית.<sup>7</sup> קצרה היריעה מלהקיף סוגיה עיונית זו במאמר קצר, אך מעניין יהיה להמשיך ולעקוב כיצד ישליך הדיון על התפתחות השפעתה של המהפכה החוקתית על צה"ל.

המשמעות המעשית של המהפכה החוקתית בצה"ל גלומה אפוא, בנדבך חדש המתווסף לסל הדרישות על-פיו נבדקת חוקיות הפגיעה בזכויות חיילים - הסטנדרט החוקתי. מגבלה זו הולידה את הפרשה הראשונה בישראל שבה ביטל בית המשפט העליון חקיקה ראשית, והוא עשה כן בהקשר של המשפט הפלילי הצבאי. בפרשת צמח,<sup>8</sup> נדון תיקון לחוק השיפוט הצבאי, אשר קבע כי שוטר צבאי יכול להורות על מעצרו של חייל החשוד בעברה לתקופה של 96 שעות, לפני הבאתו בפני שופט לבחינת הארכת מעצרו. תיקון זה קיצר למעשה את פרק הזמן שבו ניתן היה לעצור חייל - משמונה ימים לפני התיקון, לארבעה ימים. למרות שהתיקון היטיב את מצבם של חיילים, קבע בית המשפט העליון כי הפגיעה שבמעצר ממושך לפני הבאה בפני שופט איננה עומדת במבחן החוקתי, במיוחד כאשר הטעמים לתקופת המעצר הממושכת נגעו למשאבים העומדים לרשות הצבא, ולא דווקא לצורך ביטחוני מהותי. בהתאם, בשנת 2000 תוקן חוק השיפוט הצבאי, ופרק הזמן למעצרו של חייל לפני הבאתו בפני שופט הועמד על 48 שעות (ובהמשך התקצר יותר). סנונית ראשונה זו לימדה כי למגבלה החוקתית הקבועה בפסקת ההגבלה הביטחונית, נודעת חשיבות ממדרגה ראשונה לחיי המעשה בצבא. ברבות השנים הפכה פסקת ההגבלה הביטחונית לכור ההיתוך של נורמות משפטיות חדשות, שנקבעו בחקיקה ראשית ובפקודות הצבא, ושנוצרו בנקודת המפגש שבין ההגנה החוקתית על זכויותיהם של חיילי צה"ל, ובין צורכי הצבא, כפי שאלה מתחייבים מאופיו וממהותו.

## רבות השנים הפכה פסקת ההגבלה הביטחונית לכור ההיתוך של נורמות משפטיות חדשות, שנקבעו בחקיקה ראשית ובפקודות הצבא, ושנוצרו בנקודת המפגש שבין ההגנה החוקתית על זכויותיהם של חיילי צה"ל, ובין צורכי הצבא, כפי שאלה מתחייבים מאופיו וממהותו

### המשפט הפלילי והזכויות החוקתיות בצבא

אחד התחומים המרכזיים שבו ניכרת השפעתה של פסקת ההגבלה הביטחונית, ובו החשש מפגיעה בזכויותיהם של חיילים הוא המהותי ביותר הוא המשפט הפלילי. עליית קרנה של הזכות החוקתית להליך הוגן לא פסחה על מדיניות צה"ל והפרקליטות הצבאית, למשל, בכל הנוגע למעצר חיילים. בעקבות פרשת צמח, נקבעה בחוק השיפוט הצבאי תקופת מעצר מרבית של 48 שעות עד להבאה בפני שופט צבאי.<sup>9</sup> בשנת 2015 קיצר צה"ל ביוזמתו, וכעניין של מדיניות, את תקופת המעצר ל-24 שעות, למעט בעבירות של היעדרות מהשירות שלא ברשות או עריקה; ובשנת 2017 הוגשה עתירה לבג"ץ ובה דרישה להורות לצה"ל לקצר את תקופת המעצר גם ביחס לעבירות אלה.<sup>10</sup>



מעצר בכלא צבאי (קרדיט: דובר צה"ל).

דוגמה נוספת לנקודת האיזון החוקתית הייחודית בצבא אפשר למצוא במדיניות העדכנית של הפרקליטות הצבאית (משנת 2017) בעניין ההסדרים המותנים, שהתקבלה בהתחשב במגמות ובתמורות שחלו בנושא במערכת האזרחית, ותוך בחינת צורכי הצבא.

המדיניות עוגנה בהנחיית התביעה הצבאית הראשית מס' 3.07 "הסדרים מותנים והסדרי הקפאה", הקובעת מנגנון מנהלי ביחס לעבירות מסוימות: עבירות סמים בנסיבות אזרחיות, עבירות רכוש בתנאים מסוימים, התחלות או השתמטות מפעולה ועבירות במסמכים צבאיים. מנגנון זה מאפשר לחייל להשלים שירות צבאי תקין ותורם, תוך סגירת התיק לאחר שהחייל מילא אחר תנאי ההסדר שלהם התחייב.

על-פי ההנחיה, מטרת ההסדר לשמש "כלי אכיפתי מידתי המאפשר הלימה טובה יותר בין חומרת העבירה וכלל נסיבותיה, לבין התגובה החברתית הננקטת כלפי העבריין".<sup>14</sup>

פסיקת בתי הדין הצבאיים משקפת אף היא את חשיבות ערך ההגנה על זכויות חוקתיות של חיילים. כך, למשל, בנושא העילות המצדיקות את מעצרו של חייל לאחר שהוגש בעניינו כתב אישום וטרם הורשע בדין.

במערכת המשפט הצבאית פיתחו בתי הדין הצבאיים במהלך השנים עילות למעצר, אך אלה מעולם לא עוגנו במפורש בחוק השיפוט הצבאי. בצד עילות מעצר הדומות לאלה הקיימות באזרחות - המבוססות על החשש לשלום הציבור, או על החשש משיבוש ההליך המשפטי - נקבעו בצה"ל שתי עילות ייחודיות: הפגיעה במשמעת הצבא, וחומרת העבירה.

בשנת 1995, בהחלטה בעניין ויסאם,<sup>15</sup> שם דובר על עבירות של העברת תחמושת צבאית (רימוני רסס) לידי אזרח ללא כל הרשאה, עמד בית הדין הצבאי לערעורים על השפעתו של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו על הפרשנות והיישום של עילות המעצר הייחודיות לצבא. נקבע כי יש לפרש עילות אלה בצמצום, המתבטא בשני אופנים: ראשית, שתי העילות הייחודיות לצבא - חומרת העבירה, והפגיעה במשמעת הצבא - הן למעשה עילת מעצר אחת, הנבחנת לפי חומרתה של העבירה בהקשרה הצבאי; שנית, כי את העילה האחת יש לפרש בצמצום.

בעקבות העתירה, שנשמכה על נימוקים חוקתיים, נערכה בצה"ל עבודת מטה נרחבת, ובסופה התחייבה המערכת הצבאית כי לאחר השלמת המעבר לקריית המשפט האחדה ("נווה צדק"), תקוצר תקופת המעצר הראשוני ל-24 שעות גם ביחס לעבירות של היעדר מן השירות. על בסיס התחייבות זו נמחקה העתירה. ואכן משהושלם לאחרונה המעבר לקריה המשפטית החדשה, פועל צה"ל בהתאם להתחייבותו האמורה.

מדיניות זו, שצה"ל החיל על עצמו מעבר לחובתו על-פי החוק, היא דוגמה מובהקת להחלת הנורמות המתחייבות מהגנה חוקתית על זכויות החיילים במערכת המשפט הצבאית, בדמות בחירה באמצעי שפגיעתו בזכות החוקתית לחירות פחותה, גם אם הוא כרוך בהקצאת משאבים מצידו של הצבא.

במישור החקיקה ראוי לציין את תיקון מספר 63 לחוק השיפוט הצבאי משנת 2011,<sup>11</sup> שחולל רפורמה בכל הנוגע לרישום הפלילי של חיילים שהורשעו בבתי דין צבאיים.

עד לתיקון, מרבית ההרשעות בבתי הדין הצבאיים היו כרוכות ברישום פלילי מלא, שפגע בחיילים בבואם להשתלב באזרחות. בהתחשב בשיקולים הייחודיים לשירות הצבאי ולעבירות הנעברות במסגרתו, קבע התיקון הסדר ייחודי של רישום פלילי מופחת, בעבירות שאינן חמורות.<sup>12</sup>

התיקון, פרי יוזמה של הפרקליטות הצבאית בשיתוף עם גורמי צה"ל השונים, בא מתוך ההכרה כי ראוי לצמצם את הפגיעה הנמשכת בחיילים עקב הרשעתם בעבירות חמורות פחות, תוך מתן ביטוי לאופיו הייחודי של הצבא, ולצורכי אכיפת החוק הייחודים לו (לעבירות שביצוען בצבא מקנה להן חומרה מיוחדת, כמו עבירות סמים).

אם בעבר הובילה מלאכת איזון זו למסקנה כי בצה"ל יש הצדקה לשימור האפשרות לרישום פלילי מלא בגין הרשעה בעבירה,<sup>13</sup> הרי שאותה מלאכת איזון, כאשר היא נעשית בראי הזכויות החוקתיות, תוך התחשבות בהתפתחויות החברתיות ובמציאות הדינמית, הובילה למסקנה אחרת וליצירת כלים מותאמים שישמרו את ייחודו של הצבא, אך בה בעת יאפשרו הכרה משמעותית יותר בזכויות חיילים.

## הביקורת השיפוטית על פקודות הצבא ומדיניותו בראי חוק היסוד

השפעתה של פסקת ההגבלה הביטחונית רחבה הרבה יותר מהשפעה על תחום המשפט הפלילי לבדו. הפסקה מאפשרת פגיעה מסוימת בזכויותיהם של חיילי צה"ל, כאשר זו נעשית "לפי חוק", כלומר בהתאם לסמכותם הכללית של המפקדים לקבוע הוראות כפי שזו מוענקת להם בחוק. אולם, גם על פגיעה זו להיות מידתית, וזאת בהתאם למהותו ואופיו של השירות. עקרון זה קיבל ביטוי משמעותי בכמה מקרים שבהם הובאה מדיניות צה"ל, כפי שנקבעה בפקודות הצבא, לביקורת של ערכאות שיפוטיות.

המקרה הידוע ביותר הוא התערבותו של בית המשפט העליון בפרשת אליס מילה.<sup>19</sup> באותו מקרה עמד עקרון השוויון, שבית המשפט קבע כי ניתן לו מעמד רם יותר בעקבות חוקי היסוד, בבסיס החלטה שלפיה לא ניתן להבחין בין נשים לגברים לעניין שירותם הצבאי, אלא מטעמים ענייניים המצדיקים יחס מבחין ושונה.

בכל הנוגע לקורס הטיס נקבע, כי צה"ל לא הצליח להצביע על שוני רלוונטי. פסיקה זו של בית המשפט אף הובילה לתיקון החוק, כך שהמחויבות לשוויון הזדמנויות בשירות הצבאי עוגנה בחוק שירות ביטחון.<sup>20</sup>

בית הדין הכיר אמנם בפגיעה שיש בקיומה של עילה המבוססת על הרצון להרתיע את חיילי צה"ל, ולא דווקא על חשש הנובע מהעצור עצמו, אך עמד על העובדה שבצה"ל, גם לאחר "המהפכה החוקתית", עומדת ההצדקה שבקיומה של עילת מעצר הרתעתית עצמאית. בית הדין הסביר כי יש קושי ייחודי בצבא עם שחרורו של מי שנאשם בעבירה חמורה עד לגמר ההליכים בעניינו, כאשר חברו שנתפס בעבירה קלה יותר ועמד לדין משמעותי נשלח מיד למחבוש. גם בעניין בן חמו,<sup>16</sup> שם דובר על עבירות של שימוש בסמים על-ידי חייל, חזר בית הדין לערעורים על הקביעה כי ראוי לפרש בצמצום את עילת המעצר המבוססת על שיקולי הרתעה, וציין כי הצדקת קיומה לאחר חקיקת חוק היסוד אינה מובנת מאליה. הלכה זו שרירה וקיימת גם כיום.<sup>17</sup>

כך הכיר בית הדין בהשפעתו של חוק היסוד על עילות המעצר בצה"ל, וקבע כי החוק מחייב את צמצומן על דרך של איחוד שתי עילות לאחת ופרשנותה באופן מצמצם, ובד בבד הכיר בייחודו של צה"ל באופן המחייב שימורה של עילת מעצר שבצידה תכלית הרתעתית, ויישומה ביחס לעבירות שנודעת להן חומרה מיוחדת כאשר מבצעה הם חיילים.



טייסות בחיל האוויר (קרדיט: דובר צה"ל).

**פסיקת בתי הדין הצבאיים משקפת אף היא את חשיבות ערך ההגנה על זכויות חוקתיות של חיילים. כך, למשל, בנושא העילות המצדיקות את מעצרו של חייל לאחר שהוגש בעניינו כתב אישום וטרם הורשע בדין. במערכת המשפט הצבאית פיתחו בתי הדין הצבאיים במהלך השנים עילות למעצר, אך אלה מעולם לא עוגנו במפורש בחוק השיפוט הצבאי**

בתחום המשפט הפלילי אפשר להצביע על שורת התפתחויות, המעידות על נקודת האיזון החוקתית הייחודית לצבא. מצד אחד, הכרה שחיילים, כמו אזרחים, זכאים להגנה החוקתית שמעניק חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו; מצד אחר, הכרה שאופיו של הצבא ומהותו מחייבים יחס מותאם לסוגיות השונות העומדות בפניו, ונוגעות לזכויותיהם של חיילים.

ואכן, כאשר פורסמה לאחרונה הצעת חוק יסוד: זכויות בהליך הפלילי, שנועדה להעניק מעמד חוקתי לזכות הליך הוגן במשפט פלילי, באופן עצמאי ונפרד מחוקי היסוד הקיימים, צוין בדברי ההסבר כי "בכל הנוגע ליישום זכויות היסוד בהליך פלילי המתנהל במערכת השיפוט הצבאית, ברי כי יילקחו בחשבון בהקשרים המתאימים מאפיינים ייחודיים של מערכת זו וצרכיו המיוחדים של הצבא [...] ובכך תישמר ייחודיותה של המערכת הצבאית".<sup>18</sup>

## השפעתה של פסקת ההגבלה הביטחוניית רחבה יותר מההשפעה על תחום המשפט הפלילי לבדו. הפסקה מאפשרת פגיעה מסוימת בזכויותיהם של חיילי צה"ל, כאשר זו נעשית "לפי חוק", כלומר בהתאם לסמכותם של הכללית המפקדים לקבוע הוראות כפי שזו מוענקת להם בחוק. אולם גם על פגיעה זו להיות מידתית, וזאת בהתאם למהותו ואופיו של השירות

ההחלטה בדבר הדחת העותר התקבלה בהתאם לסמכות הקבועה בפ"מ (פקודת מטכ"ל) 31.1012 "הרחקת צוער מקורס קצונה - כללים, סמכויות ונהלים". היא לא נעשתה משום שהעותר התבטא בפומבי כחייל בנושאים מדיניים או צבאיים (נושא המוסדר בפ"מ 8.0105), אלא מכיוון שאמר דברים שאינם עולים בקנה אחד עם המצופה והנדרש מצוער בקורס קצינים. בית המשפט העליון דחה את העתירה וקבע, בין היתר, כי שיקול הדעת המוקנה לצה"ל בכל הנוגע להחלטות מקצועיות, ובפרט להחלטות שעניינן שיבוץ והכשרה של חיילים ומפקדים, הוא רחב, והיקף ההתערבות של בית המשפט בהן מצומצם.

מקרה נוסף הוא תיקון פקודות הצבא בנוגע לדמי קיום לחיילים בשירות חובה (הפ"ע 3.0521 ופ"מ 35.0201), בעקבות עתירתו של עו"ד לורך בנושא.<sup>26</sup> בעתירה נטען כי גובה דמי הקיום של חיילי החובה אינו סביר, ופוגע בזכות לקיום בכבוד. בעקבות העתירה נערכה בצה"ל עבודת מטה מקיפה ומעמיקה, בהובלת אכ"א ובהשתתפות קציני הפרקליטות הצבאית. בסופה, מחק בית המשפט העליון את העתירה, לאחר שמשדד הביטחון וצה"ל התחייבו להצמיד את דמי הקיום למדד המחירים לצרכן, לבחון אותם באופן עיתי ולקבוע קריטריונים לקביעתם בפקודות הצבא.

### עיצוב פקודות הצבא ברוח העקרונות החוקתיים

השפעתה של "המהפכה החוקתית" אינה מתמצית בביקורת שיפוטית חיצונית. צה"ל הפנים את הערכים הנוגעים להגנה על זכויותיהם של חיילי צה"ל, ואת הצורך לתור אחר נקודות איזון נכונות. דוגמה לכך היא תהליך התקנת פקודות הצבא. פקודות קובעות נורמות מחייבות החלות כלפי כל חיילי צה"ל - בבחינת "דין" ממש<sup>27</sup>; בד בבד הליך התקנתן ותיקונן מהיר ויעיל בהשוואה לחקיקה ראשית, ומאפשר להגיב באופן מהיר ואפקטיבי להשתנות העיתים. המחשה להתאמות ביחס למרחב המתעדכן כל העת, נוגעת למרחב הרשתי, המצריך עדכון תדיר של הנורמות החלות בו, לצורך מניעת החשש כי "כלי המשפט שבידינו לא יסכימו עוד לשימוש יעיל ביישומם על דרכי הטכנולוגיה החדשה".<sup>28</sup>

בשנת 2018 התפרסמה פ"מ 08.107 "שימוש חיילים במרחב הרשתי", במטרה להתמודד עם המציאות הטכנולוגית החדשה, שבה נעשה המרחב הרשתי למרחב מרכזי לביטוי, המשולל לכיכר העיר" החדשה. הפקודה הסדירה את כללי הביטוי של חיילים במרחב הרשתי, כדי לשמור על אופיו הממלכתי של הצבא - ערך שזכה ממש לאחרונה לעיגון ברוח צה"ל<sup>29</sup> - ועל ביטחון המדינה. בשל הרצון לצמצם את המגבלות על התבטאויות חיילים במרחב הרשתי, הבחינה הפקודה בין רשתות חברתיות לתוכנות להעברת מסרים מיידיים (כמו ווטסאפ), כך שעיקר המגבלות הוחלו על רשתות חברתיות, שהפעילות בהן היא, ככלל, בעלת אופי פומבי.

השפעתה של "המהפכה החוקתית"  
אינה מתמצית בביקורת שיפוטית  
חיצונית. צה"ל הפנים את הערכים  
הנוגעים להגנה על זכויותיהם של  
חיילי צה"ל, ואת הצורך לתור אחר  
נקודות איזון נכונות. דוגמה לכך היא  
תהליך התקנת פקודות הצבא

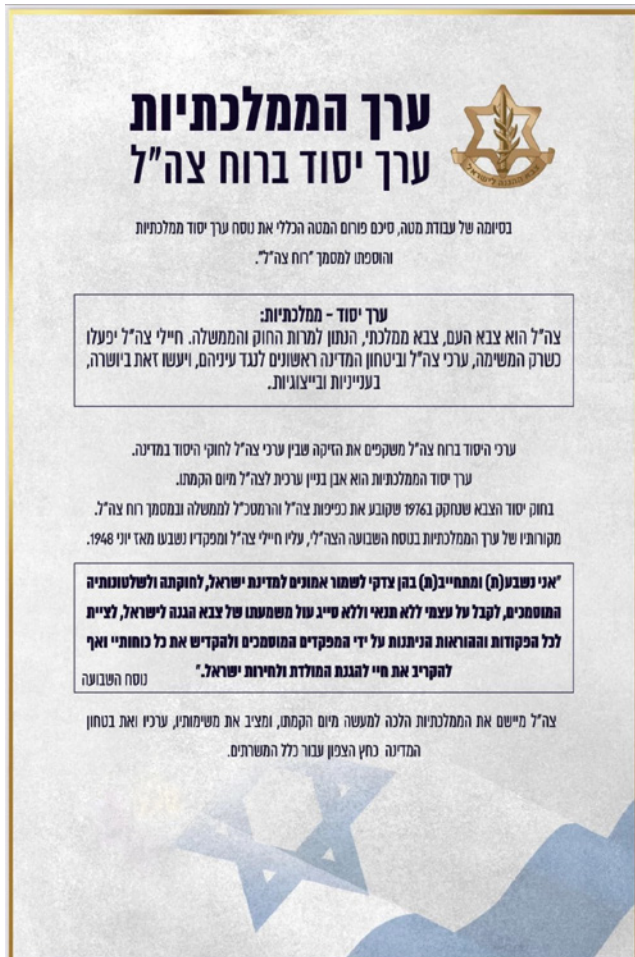
דוגמה מעניינת נוספת בהקשר זה, עניינה בעתירות שהוגשו נגד צה"ל בעניין הוראות אכ"א 01-05-33 "כללי ההופעה והלבוש" שנגעו בגידול זקן.

האיזון שאלי הגיעו רשויות הצבא, היה לתקן את הפקודה כך שתאסור על גידול זקן (או שפם), תוך מתן אפשרות לקבלת היתר חריג מטעמים אישיים או דתיים, כאשר גידול הזקן מהווה חלק מדמותו ומהווייתו של החייל, הן כשמדובר באדם דתי והן כשמדובר באדם חילוני.<sup>21</sup> איזון זה התבסס על פסיקה קודמת של בית המשפט העליון, שעסקה בחובת מערכת הביטחון להעמיד ערכות מגן מותאמות לבעלי זקן, וקבעה שזכות זו עומדת גם למי שאינה זקנה מטעמים אישיים שאינם דתיים דווקא.<sup>22</sup>

בצד המדיניות העקרונית, רשויות הצבא פעלו כדי להקנות זכות ערעור לחייל, בפני מפקד בכיר, על ההחלטה הפיקודית שלא להתיר גידול זקן, ועוגנו כללים פרוצדורליים נוספים במטרה להבטיח את תקינות ההליך. העתירות שהוגשו נגד ההסדר נמחקו בלא שניתנו פסקי דין עקרוניים,<sup>23</sup> כאשר בתגובות המדינה הוסבר כי המדיניות העדכנית ויישומה מגלמים מתן משקל ראוי הן לערך המשמעת בצה"ל, העומד ביסוד ההגבלות הללו, והן לאכויותיהם של חיילים; וכי בצה"ל יש מנגנוני בחינה ובקרה פנימיים נאותים להבטחת טיפול נכון בנושא.

בעניין אחר הנוגע לערך המשמעת בצה"ל קבע בית המשפט העליון, כי מדיניות צה"ל שמחייבת כלואים בבסיס כליאה צבאי ללבוש מדי כלואים בעת תפילה בבית הכנסת שבבסיס הכליאה, היא חוקית.<sup>24</sup> השופט סולברג כתב כי העותר: "לא אמר מילה על מה ולמה יצא הקצף על מדי צה"ל, מדוע הוא מסרב ללבשם. על פני הדברים, מסופקני אם נכון 'לקדש' מאבק עקרוני בעניין זה; רצון טוב ושכל ישר יוכל להביא לפתרון הולם".

עוד בזיקה לערך המשמעת בצה"ל ראוי לציון דחיית העתירה בעניין טל נגד מפקד בה"ד 1.<sup>25</sup> באותו מקרה, הודח העותר מקורס הקצינים, לאחר שבטקס לציון יום הזיכרון הממלכתי לרצח ראש הממשלה יצחק רבין ז"ל התבטא: "למה בטקס לזכר רבין צריך להזכיר את אלטלנה - אם הייתה סיטואציה שבה רבין היה צריך לאבד את חייו, זה תוך כדי שהוא אוחז בתותח ויורה על היהודים בספינה".



איגרת קצין חינוך ראשי בנושא ערך הממלכתיות ברוח צה"ל.

הוראה זו ביטאה את האיזון בין הזכות להיבחר לחובת השירות, ואפשרה למשרת הקבע לממש את זכותו החוקתית להשתתף בתהליך הדמוקרטי, תוך שמירה על צורכי הצבא, באופן שהפסקת השירות תביא לכך שלא ייחשב למשרת בתקופת הבחירות - אך גם לא יסיים את שירותו הצבאי לפני שהסתיימה תקופת התחייבותו לשירות קבע.

בתיקון הפקודה יישם צה"ל את הרעיון החוקתי של פשרה ואיזון בין שיקולים נוגדים, כדבריו של נשיא בית המשפט העליון, השופט אהרן ברק, בעניין מור שמגר: "ההסדר החוקתי אינו של 'הכל או לא כלום'; ההסדר החוקתי מבוסס על איזון ובקרה"<sup>33</sup>.

מתחם האפשרויות החוקתיות העומד בפני מקבלי החלטות בבואם לעצב את פקודות הצבא, ניכר גם בעבודת המטה שנערכה בשנים האחרונות לתיקון פ"מ 33.0207 "השירות המשותף".

עוד קודם לעדכונה בשנת 2017, עמדו הפקודה ויישומה במרכזו של הליך משפטי שנגע להדחתו של צוער מקורס קצינים עקב סירובו להשתתף בערב מורשת שבו שולבה שירת נשים.

בית המשפט העליון קבע כי אין מקום להתערב בהחלטת הצבא באותו מקרה.<sup>34</sup> בצד זאת, ולמרות אי ההתערבות במקרה הפרטני, מצאו רשויות הצבא לערוך עבודת מטה לעדכונה של הפקודה, שנועדה למלא את ייעודו המבצעי של צה"ל תוך שמירה על לכידות המסגרת הצבאית.

כמו כן, הפקודה יצרה הפרדה ברורה בין הגבלות החלות מטעמי שמירה על אופיו הממלכתי של הצבא, ובין הגבלות מטעמי ביטחון מידע שמטרתן למנוע דלף מידע במרחב הרשתי.

נוסח הפקודה, וההיגיון העומד בביססה, הותאמו לאתגרים שזוהו באותה העת - ואפשר שיצריכו בעתיד התאמות נוספות, בשם לב להתפתחויות הטכנולוגיות - אך במהותם מבטאים את האיזון החוקתי הייחודי לצה"ל.

דוגמה נוספת הקשורה אף היא לחופש הביטוי של חיילים, נוגעת לעדכונה של פ"מ 8.0105 "פעילות ציבורית של אנשי צבא, התבטאויות פומביות וקשר עם עיתונאים, עם הציבור ועם הדרג הממלכתי הבכיר".

ביחס לפקודה זו עלו טענות כי היא פוגעת שלא כדין בחופש האסיפה ובחופש ההתאגדות, כזכויות חוקתיות הנתונות גם לחיילי צה"ל. הנימוק העומד בביססה הגבלת חירויות אלה של חיילים, ביחס לאזרחים, הוא הצורך להבטיח כי הצבא ייוותר א־פוליטי. בצד זאת, נמצא כי ראוי לצמצם את הפגיעה בזכויות אלה.

כך, בעוד הפקודה המקורית אסרה באופן קטגורי על השתתפות של חייל בכל הפגנה, היא נושאה אשר היא, הפקודה, בנוסחה העדכני, שינתה את ברירת המחדל, וכעת הכלל הוא כי חייל רשאי להשתתף בכל הפגנה, כאשר הפקודה מונה נסיבות מסוימות שרק בהתקיימן נאסר על חייל להפגין.

כך הדין גם ביחס לזכות לבחור ולהיבחר לתפקידים ציבוריים. בשנת 1996 ניתן פסק דין מעניין בעניינה של מור שמגר.<sup>30</sup> העותרת הייתה מועמדת בבחירות המקדימות ("הפריימריז") לרשימת הליכוד, ועתרה לאפשר לחיילי צה"ל להשתתף בבחירות המקדימות במפלגות השונות.

הרמטכ"ל באותה העת, רא"ל אמנון ליפקין-שחק, סבר כי אמנם ראוי לאפשר לחיילים להצביע בבחירות מקדימות למפלגות, אך בצד זאת יש להבטיח כי דרך ההצבעה תהיה חשאית ותמנע כל זיהוי לשייכותו הפוליטית של חייל זה או אחר. זאת, מתוך רצון לאזן בין זכותו של חייל להצביע בבחירות מקדימות, ובין השמירה הקפדנית על צה"ל כצבא עם ממלכתי, ולהרחיקו מפוליטיקה מפלגתית.

בית המשפט העליון דחה את העתירה, וקבע כי ההוראות הקבועות בפקודות הצבא מצויות במתחם האפשרויות החוקתיות הנתונות לצה"ל בבואו לאזן בין השיקולים.

עוד הדגיש בית המשפט הן את חשיבותה של הזכות לבחור ולהיבחר במשטר דמוקרטי, והן את מהותו הייחודית של הצבא בהקשר זה, וציין כי האיזון שנקבע עולה בקנה אחד עם הוראות חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.<sup>31</sup>

שנים לאחר מכן התעורר הצורך לעסוק בדילמה אחרת שעלתה אגב זכויות אלה, הפעם בדגש על זכותם של משרתי קבע להיבחר למשרה ציבורית.

מצד אחד עמדה הזכות להיבחר למשרה ציבורית, הנתונה גם לאנשי קבע, שרשאים להיכלל ברשימות מועמדים בבחירות לרשות מקומית או אף בבחירות לכנסת - זכות חוקתית הנתונה לכל אזרח.<sup>32</sup> אולם למול זכות זו, עלה השיקול של שמירה על טוהר השירות, ומניעת ניצול של הזכות להיכלל ברשימות מועמדים במטרה להשתחרר מהתחייבות מוקדמת לשירות קבע שנטל על עצמו משרת הקבע.

בשנת 2017 הוליד הרצון לאזן בין שיקולים אלה תיקון להפ"ע 3.0501 "שירות קבע בצה"ל", ובו עוגנה האפשרות של "הפסקת שירות" למשך תקופה של עד שנתיים, אם נכלל משרת קבע ברשימת המועמדים בבחירות לכנסת או לרשות מקומית.



שירות משותף: תרגיל גדודי אריות הירדן (קרדיט: דובר צה"ל).

## הזכויות החוקתיות והמפקדים

חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, והבשורה שהביא עימו ביחס לזכויותיהם החוקתיות של חיילי צה"ל, אינם עניין למשפטנים בלבד. מפקדי צה"ל מחויבים אף הם לערוך העליון של כבוד האדם - ובו גם לכבודו של כל משרת. עקרון כבוד האדם מונחל בצה"ל גם כעקרון חינוכי ואתי. כך, כבוד האדם הוא ערך יסוד במסמך רוח צה"ל, הנלמד בהכשרות המפקדים. ברוח צה"ל נקבע כי "צה"ל וחייליו מחויבים לשמור על כבוד האדם. כל אדם הוא בעל ערך שאינו מותנה במוצא, בדת, בלאום, במין, במעמד ובתפקיד חיילי צה"ל ומפקד".

בהתאם, הייעוץ המשפטי שניתן למפקדים מבקש להעמיד מראש דרכי פעולה אפשריות, שעומדות באמות המידה החוקתיות. היועץ המשפטי איננו מחליף את שיקול דעתו של המפקד, אלא מסייע בידו להבין ולהכיר את גדרי סמכותו ואת משרעת האפשרויות העומדות בפניו. בצד זאת, היועץ המשפטי פועל כדי להטמיע, בתוך מנעד השיקולים הרלוונטיים, את השיקולים המשפטיים והחוקתיים הנוגעים לעולם התוכן שהמפקד עוסק בו. בכך מסייעים היועצים המשפטיים גם בשכלול ודיוק מנעד השיקולים ששוקל המפקד, ובחיאוק ההחלטה בפני ביקורת שיפוטית עתידית.

זאת, שכן "ככל שבית המשפט ישתכנע כי הצבא מתייחס אל החוק בכבוד ומקפיד על אכיפת החוק, כך תגדל הנכונות של בית המשפט, כשהוא מבקר את החלטות הצבא, לנהוג כלפי הצבא בהערכה, אמון ואיפוק".<sup>36</sup>

בפתח הפקודה שפורסמה בשנת 2017 נקבע כי: "מדיניות השירות המשותף מושתתת על היותו של צה"ל צבאה של מדינה יהודית ודמוקרטית, ועל תפיסת צבא העם ולפיה משרתים בצה"ל חיילים בני כל המינים, הדתות והעדויות ותרומתם של כולם, גברים כנשים, חיונית להצלחתו של הצבא במילוי משימותיו. המדיניות קמה מתוך תפיסה ממלכתית, שוויונית וסובלנית, המעוגנת בערכי כבוד האדם וברוח צה"ל". העיקרון הפרשני, המבטא בעצמו את האיזון שבין צורכי הצבא הייחודיים לזכויותיהם של חיילים, מאפשר לבחון לאורו את יישום הפקודה בכל מקרה לגופו.

ההגנה על זכויות חוקתיות של חיילים אינה מתבטאת רק בצמצום הפגיעה של פקודות קיימות בזכויות. היא מקבלת גם ביטוי אקטיבי באמצעות יוזמה של פקודות חדשות, שיעגנו זכויות וזכאויות של חיילים. לעיתים היוזמה מקורה בהליכים משפטיים, כפי שהיה בעניין דמי הקיום; ולעיתים תוצר של ייעוץ משפטי יוזם של הפרקליטות הצבאית, יוזמה של מפקדים וגורמים מקצועיים שונים, ולרוב - תוצאה של שיח שוטף ועבודה משותפת של כלל הגורמים.<sup>35</sup> על הייעוץ המשפטי להתאים עצמו, בין היתר, להתפתחויות המשפטיות בנושא ההגנה על זכויות חוקתיות ולהתרחבות ההכרה בזכויות חוקתיות שונות. בה בעת, עליו לשמר את היכרותו המעמיקה עם צרכיו הייחודיים העדכניים של הצבא, ועם המציאות המשנתה והדינמית, המכתיבה את המשמעות האמיתית של המונח "אופיו ומהותו של השירות".



אילוסטרציה: דין משמעתי בצה"ל (צילום ועיצוב: רס"ן יזהר יצחקי).

בנאום שנשא בשנת 2004 בפני הפרקליטות הצבאית, אמר כי: "השלטת המשפט בצבא אינה דבר שנכפה על הצבא בניגוד לרצוננו. רשויות הצבא עומדות בדרישות החוק מרצונן ומתוך מהות תפקידן, אבל דרושה הכוונה, הנחיה, סיוע, עזרה, ואת זאת חייבת הפרקליטות הצבאית להושיט".<sup>40</sup>

הטיפול בנושא הזכויות החוקתיות של חיילים - על רקע "המהפכה החוקתית" שהביאה חקיקתו של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו - יש בו כדי להמחיש את עליית קרנן של זכויות האדם בחברה הישראלית, ובכלל זאת גם בצה"ל, שאינו מנותק מכלל המערכת המשפטית. אך בה בעת, יש בו כדי ללמד על ייחודו של צה"ל, ועל אופיו ומהותו כמסגרת שונה, המחייבת התייחסות משפטית אחרת ומוותאמת - הצבת גבולות, תוך התחשבות בייחודה של המערכת. הצורך באיזון ייחודי המותאם למסגרת הצבאית, עולה הן בהקשרי המשפט הפלילי - שבן, באופן מסורתי, גדול במיוחד החשש מפגיעה בזכויותיהם של אלה העומדים בפני סיכון לשלילת חירותם; והן בהקשרים רחבים יותר, הנוגעים לפקודות הצבא וליישומן.

איזון זה מקבל ביטוי בפסיקת בית המשפט העליון, בשינויים הנערכים על רקע ביקורת שיפוטית ביחס לפעולות הצבא ובעבודה יזומה של הצבא ומפקדיו, בשיתוף הייעוץ המשפטי, מתוך תחושת מחויבות אמיתית ומלאה להוראות חוק היסוד ולערכים המגולמים בהן. כפי שכתב בית המשפט העליון: "המידים אינם חוצצים בין החייל לבין זכויות האדם החוקתיות".<sup>41</sup> לחייל מוענקות, אפוא, מלוא הזכויות - אך קיומה של זכות, אין משמעו כי לא ניתן לפגוע בה. וכך פסקת ההגבלה הביטחונית היא הקובעת את הנוסחה שלפיה נבחנת פגיעה בזכותם של חיילי צה"ל.

יישומה של נוסחה זו מצריך בחינה של כל נושא על-פי נסיבותיו הפרטניות, הנעשית בשיתוף של המפקדים והמשפטים. זאת, לשם קביעת נקודת איזון פרטנית, תוך היכרות קרובה עם צורכי הצבא והמפקדים מצד אחד, ועם דרישות הדין ביחס לזכויות חוקתיות מצד אחר.

שנים מספר לאחר חקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, פרסמה הפרקליטות הצבאית שתי חוברות בנושא כבוד האדם: הראשונה פורסמה בשנת 1999 ונקראה "כבוד האדם בצה"ל - זכויות הפרט כאדם וכחייל"<sup>37</sup>; וכשנה לאחר מכן, פורסמה חוברת נוספת - "כבוד האדם בצה"ל".<sup>38</sup> החוברות, שהופצו למפקדים, הציגו סקירה מקיפה של ההיבטים המשפטיים של חוק היסוד. לא בכדי הופצו החוברות למפקדים - להם מקום מרכזי וחשוב בגיבוש האיזון שבין זכויות החיילים לצרכיה הייחודיים של המערכת הצבאית. באיגרת שליוותה את הפצתה של החוברת הראשונה, כתב הרמטכ"ל דאז, רא"ל שאול מופז: "זכותו של החייל לשמירת כבודו, היא גם חובתך, המפקד, להעניקה".

## ההגנה על זכויות חוקתיות של חיילים אינה מתבטאת רק בצמצום הפגיעה של פקודות קיימות בזכויות. היא מקבלת גם ביטוי אקטיבי באמצעות יוזמה של פקודות חדשות, שיעגנו זכויות וזכאויות של חיילים

### סיכום

גיליון זה של כתב העת "מערכות", מוקדש לזכרו של מאיר שמגר ז"ל - הפרקליט הצבאי הראשי, היועץ המשפטי לממשלה, ונשיא בית המשפט העליון בעבר. שמגר קבע, כי "בצבא, מטבעם של דברים, שוררת תחושה של כוח, ודווקא משום כך צריך להציב גבולות".<sup>39</sup> שמגר האמין בכל ליבו בשיתוף פעולה מלא עם מקבלי ההחלטות - המפקדים - ובעיצוב הנורמות הנוגעות להתנהלותו של צה"ל במגוון רחב של זירות.



# המרכיב המשפטי בעשיית המפקד הצבאי

למרות שהמשפט והמקצוע הצבאי הם שתי דיסציפלינות נפרדות, יש דמיון בין העקרונות המשפטיים והמבצעיים המנחים את המפקדים. יישום ההמלצות במאמר יסייע בהשגת תכליתו הכפולה של הרכיב המשפטי בעשיית המפקד הצבאי: להבטיח כי יוכל למלא את משימתו בדרך חוקית, ולהבטיח את שלטון החוק בצה"ל ועל ידי כך גם את אמון הציבור בו

לטענתנו, המשפט מכיר במורכבות של תהליך קבלת ההחלטות במצבי לחימה נוכח אי הוודאות, הסיכון לחיי אדם והצורך להחליט לעיתים בתוך שברירי שניות. למורכבות זאת ניתן ביטוי מראש בעקרונות המשפטיים העוסקים בהפעלת הכוח, ואף בבחינה של אירועים מבצעיים בדיעבד. מקרה הבוחן שבמאמר זה נוגע בפעילותו של המפקד הצבאי באיו"ש לנוכח הממשק ההדוק שבין המפקד הצבאי ובין האוכלוסייה האזרחית, וההשפעה של החלטותיו הביטחוניות והאחרות על התושבים הישראלים והפלסטינים המתגוררים באזור.

**המשפט מכיר במורכבות של תהליך קבלת ההחלטות במצבי לחימה נוכח אי הוודאות, הסיכון לחיי אדם והצורך להחליט לעיתים בתוך שברירי שניות. למורכבות זאת ניתן ביטוי מראש בעקרונות המשפטיים העוסקים בהפעלת הכוח, ואף בבחינה של אירועים מבצעיים בדיעבד**

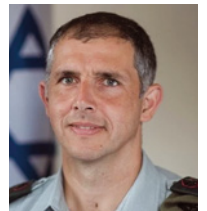
## המשפט הצבאי ומיקומו של הרכיב המשפטי בעשיית המפקדים

ימיו של המשפט הצבאי בישראל קודמים להקמתו של צה"ל. יסודותיו נוצקו עוד בתקופת פעילותו של ארגון "ההגנה", מתוך הכרה בחשיבותה של מערכת משפטית להשלטת החוק והמשמעת בארגון לוחם. עם הקמת צה"ל ב-1948, הותקנו תקנות שעת חירום שאימצו, בשינויים המחויבים, את חוקת השיפוט של ארגון "ההגנה" עד שהוחלפה ב-1955 בחוק השיפוט הצבאי.<sup>2</sup> עם חקיקת חוק השיפוט הצבאי, הוסדרה באופן מקיף מערכת המשפט הצבאית בנפרד ממערכת המשפט האזרחית של ישראל.<sup>3</sup>

אלוף ערן ניב, ראש אגף התקשוב וההגנה בסב"ר



אל"ם אייל טולדנו, סגן הפרקליטה הצבאית הראשית



במהלך השנים מושמעת לעיתים הטענה לפיה כל מפקד זקוק למשפטן צמוד. הטענה זאת מבקשים למתוח ביקורת על המעורבות, העמוקה מדי לטעמם, של המשפט בעשייתו של המפקד, ולטעון כי שיקול הדעת המשפטי מחליף ולעיתים מבטל את שיקול דעתם המקצועי, ואף מפריע להם לממש את משימתם.<sup>1</sup> ביקורת נוספת המושמעת לעיתים היא כי עקרונות המשפט מנוסחים ב"תנאי מעבדה", ולכן אינם יכולים להיות רלוונטיים להחלטות מבצעיות המתקבלות בשטח תחת לחץ וסיכון.

במאמר זה נבקש לטעון כי המשפט אכן תפקיד מהותי בתהליך קבלת ההחלטות של המפקד בצה"ל, ובפרט בכל הנוגע לממשק עם אוכלוסייה אזרחית, אולם בשונה מהביקורת המשפט אינו מחליף את שיקול דעתו של המפקד הצבאי, אלא מתווה עקרונות ואיזונים המסייעים למפקד בתהליך קבלת ההחלטות. יתרה מכך, הכללים והעקרונות המשפטיים אינם עומדים בסתירה להיגיון המבצעי ולערכי צה"ל לאורם פועל המפקד הצבאי, אלא תואמים אותם במידה רבה.





הרמטכ"ל רא"ל אביב כוכבי בסיור והערכת מצב בגזרת אוגדת עזה (קרדיט: דובר צה"ל).

## עליית משקלו של הרכיב המשפטי בעשיית המפקד

בעשורים האחרונים חלו תהליכים שונים, שהגדילו את עוצמת הפיקוח החיצוני על הצבא ומידת החשיפה שלו לביקורת ציבורית, תקשורתית ומשפטית. בתחום המשפטי ניתן למנות את עליית שיח זכויות האדם במדינה ובצה"ל לאחר חקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (1992); תהליכי "המשפטיזציה" בחברה הישראלית; הגידול במספר ההליכים המשפטיים נגד צה"ל; ועליית מעמדו של המשפט הבין-לאומי. תהליכים אלה משפיעים באופן ישיר על מידת המורכבות של תהליך קבלת ההחלטות שמפקדים נדרשים לקבל, ועל היקף השיקולים שעליהם לאזן בתהליך קבלת ההחלטות. בפרט הדברים אמורים כאשר מדובר בהחלטות המשפיעות על זכויותיה של אוכלוסייה אזרחית.

מפקדים, ובפרט בדרגים הבכירים, אינם יכולים לקבל החלטות דרך פריזמה ביטחונית צרה, ועליהם לאזן את השיקולים הביטחוניים עם שיקולים נוספים, בהם: צמצום הפגיעה בזכויות אזרחים; שיקולי לגיטימציה; שיקולים הנוגעים להבטחת אמון הציבור, ובהם גם היבטים תקשורתיים וכדומה. נוסף על כך, עליהם לוודא כי החלטתם מצויה בגבולות המותר על-פי החוק. לכך יש כמה טעמים: ראשית, המפקד כחלק מצה"ל והרשות המבצעת של ישראל מחויב לכבד את חוקי המדינה ואת מחויבויותיה הבין-לאומיות. עקרון שלטון החוק, מעקרונות היסוד של השיטה הדמוקרטית, מחייב כי כלל הגורמים השלטוניים יפעלו בהתאם לחוק.

כך, נקבעו עבירות פליליות ייחודיות, סדרי דין, הוקמו בתי דין צבאיים ומוסדה מערכת הדין המשמעתי ונקבעו האוכלוסיות שיוכפפו לשיפוט הצבאי.

כמו כן, החוק הסדיר את פעילותה, את תפקידיה ואת מעמדה של הפרקליטות הצבאית. החוק פירט את תפקידיה של הפצ"ה, ובהם: ייעוץ משפטי לרמטכ"ל ולשאר שלטונות צה"ל בכל ענייני חוק ומשפט; פיקוח על השלטת החוק והמשפט בצבא, ועל הדין המשמעתי. על-מנת להבטיח את עצמאותה המקצועית של הפרקליטות הצבאית קבע החוק, באופן ייחודי, כי הפצ"ר ימונה על-ידי שר הביטחון בהמלצת הרמטכ"ל.<sup>4</sup> בכך הכיר המחוקק הישראלי, כבר ב-1955, בחשיבותו של המשפט הצבאי כרכיב מרכזי בפעילותו של צה"ל, ובחשיבות תפקידו של הפצ"ר והקצינים הכפופים לו לעשייתם של הרמטכ"ל ושל המפקדים בצה"ל.

תפקידיה של הפצ"ר משלימים זה את זה, ולהם תכלית אחת משותפת - לסייע לצבא ולמפקדיו להגשים את ייעודו הביטחוני של הצבא בהתאם לדין. יפים לעניין זה דברים שנשא דוד בן-גוריון בכנסת ב-1953 בעת חקיקתו של חוק השיפוט הצבאי:

"אין איש, כמדומני, מתנגד שהחוק חייב להגן על ביטחון המדינה, אבל באותה המידה יש גם להגן על הסדר הטוב בצבא, כי בלי משמעת וסדר, אין צבא. משמעת בלבד לא מספיקה. לצבא דרושה נאמנות ומסירות. לצבא דרושה רוח חלוצית. לצבא דרוש רעיון מדריך ומחנך. אבל אין לסמוך על רעיון ורוח בלבד. הכרחית מסגרת של משמעת ברזל [...] בארגון צבאי זהו הכרחי וחוקל יעבור".<sup>5</sup>

## המפקד הצבאי באזור יהודה והשומרון כמקרה בוחן

מ-1967 מנוהל אזור יהודה והשומרון בפועל כשטח הנתון על-ידי כוחות צה"ל בתפיסה לוחמתית. באזור הוקם ממשל צבאי, ומפקד פיקוד המרכז - המשמש כמפקד כוחות צה"ל באזור - משמש למעשה כ"חליף הריבון" וכאחראי הן על שמירת הביטחון באזור והן על שגרת חייהם של התושבים המתגוררים באזור. את תחומי אחריותו ממלא המפקד הצבאי בין היתר באמצעות מאו"ג או"ש וראש המנהל האזרחי לאזור יהודה והשומרון. תפקידו של המאו"ג מורכב מאוד, ומעורר לא אחת דילמות ערכיות משמעותיות. עליו להבטיח את ביטחון התושבים הישראלים המתגוררים או נעים באזור, לסכל פיגועי טרור באזור או כאלה היוצאים מהאזור לישראל, וכן להבטיח את הסדר הציבורי ואת שלומם של התושבים הפלסטינים. בה בעת, עליו להבטיח את המשך החיים האזרחיים באזור, תוך צמצום ככל הניתן של השפעת הצעדים הביטחוניים על חייהם של תושבים בלתי מעורבים המתגוררים באזור. להלן כמה דוגמאות למקומו של המשפט והממשק עם הייעוץ המשפטי בעשייה המבצעית של המפקד הצבאי באו"ש. הדוגמאות המעשיות נועדו להמחיש את תפקידו הכפול של הייעוץ המשפטי ואת התאימות הכללית והדמיון בין העקרונות המבצעיים והערכיים המנחים את המפקד הצבאי לבין עקרונות המשפט.

**מפקדים, ובפרט בדרגים הנכירים, אינם יכולים לקבל החלטות דרך פריזמה ביטחונית צרה, ועליהם לאזן את השיקולים הביטחוניים עם שיקולים נוספים, בהם: צמצום הפגיעה בזכויות אזרחים; שיקולי גיטימציה; שיקולים הנוגעים להבטחת ארון הציבור, ובהם גם היבטים תקשורתיים וכדומה**

### הרכיב המשפטי במסגרת המערכות נגד הטרור

בשנים האחרונות, רבים ממעשי הטרור באו"ש ובישראל בוצעו בידי יחידים ולא בידי חוליות טרור מאורגנות. מאפיין זה הציב אתגר של ממש למפקד הצבאי, בכל הנוגע לסיכול ומניעה מוקדמת של פיגועים, בשל היעדר התרעה מודיעינית מקדימה.<sup>7</sup> נוכח זאת, התעורר הצורך למצוא דרכי התמודדות חדשות עם טרור היחידים. תחקור התופעה ולימודה הוליד כמה תובנות בנוגע לגורמים משפיעים, המעודדים את טרור היחידים. בהם: המחיר הזול של כלי נשק מייצור מקומי וזמינותם למפגעים פוטנציאליים; התמריץ הכלכלי (תשלום כספים על-ידי ארגוני טרור למפגעים או לבני משפחותיהם); וההסתה לאלומות בתחנות רדיו וברשתות החברתיות. בשיח משותף בין המפקד הצבאי וגורמי המודיעין לבין היועץ המשפטי לאזור, שוכללו ופותחו כלים משפטיים לטובת המערכות השונות בטרור: המערכה באמל"ח, המערכה בכספי הטרור, והמערכה בהסתה.

הדברים מקבלים משנה תוקף כאשר מדובר ברשויות הצבא שבידיהם הפקידה המדינה סמכויות רחבות היקף, משאבים רבים וכוח עצום לשם הגנה על ביטחונה.

שנית, בראייה תועלתנית, אי התחשבות בכלל השיקולים עשויה להוביל לכך שלהשגת התכלית הביטחונית יתלוו השלכות בלתי רצויות, שאותן ניתן היה למנוע או לצמצם. לדוגמה, הפעלת כוח רב מדי במשימות הבט"ש באו"ש עשויה להוביל לפגיעה בבלתי מעורבים ולהתססה של האזור שתחריף את המצב הביטחוני. שלישיית, הימנעות מביצוע האיזונים הנדרשים בין כלל השיקולים, עשויה להוביל לכך שהחלטתו של המפקד לא תעמוד בביקורת שיפוטית של הערכאות המשפטיות, ויישומה של החלטה יעוכב, ובמקרים מסוימים היא אף עשויה להתבטל.

רביעית, מפקד שמפעיל את סמכותו באופן בלתי חוקי, עשוי להיחשף לאחריות פלילית ולהעמדה לדין במערכת המשפט הצבאית, לצעדים פיקודיים שיינקטו כלפיו, ובמקרים קיצוניים לחשיפה בפני ערכאות זרות.

כפועל יוצא, בעת קבלת החלטות מורכבות נדרש המפקד, ובפרט המפקד הבכיר, להיועץ בקציני המטה הרלוונטיים ובהם היועץ משפטי, נציג דובר צה"ל ועוד - שיציגו בפניו את כלל השיקולים הרלוונטיים ויאפשרו לו לקבל החלטה מושכלת יותר.

לעיתים עשוי היועץ המשפטי לקבוע כי דרך פעולה מסוימת שאותה מבקש המפקד ליישם אינה חוקית, ועל כן אסורה לביצוע. עם זאת, במקרה כזה על היועץ המשפטי לשקף למפקד את המצב המשפטי הקיים, ולסייע לו למצוא דרכי פעולה אפשריות להשגת התכלית הביטחונית, אשר עולות בקנה אחד עם החוק.

יפים לעניין זה דבריו של נשיא בית המשפט בדימוס מאיר שמגר ז"ל: "על המשפטן הצבאי לחפש פתרון משפטי נכון, המשרת את המטרה הצבאית. אם ימצא - יצעד בו הצבא. [ו]אולם עיקרו של דבר, אם הפתרון לא ימצא ייתן המשפטן הצבאי מענה ברור השולל חלופות שאינן חוקיות".<sup>8</sup>

למרות שעל פניו, עקרונות המשפט שייכים לדיסציפלינה שונה ונפרדת מזאת הצבאית, עקרונות המשפט מבוססים במידה רבה על היגיון, שכל ישר וערכים הומניים, ותואמים במידה רבה את ההיגיון המבצעי ואת ערכי צה"ל המנחים את המפקד הצבאי.



ייעוץ משפטי אופרטיבי (קודיט: דובר צה"ל).



סגירת תחנות תקשורת בחברון (קרדיט: דובר צה"ל).

## מדיניות הפעלת הכוח

בעת שימוש כמאור"ג איז"ש, פרסם אחד מכותבי המאמר, אלון ערן ניב, מסמך שכותרתו "בגבורה בתבונה ובטהרה - מדיניות הפעלת הכוח באיז"ש"<sup>8</sup>. הרקע לפרסום המסמך היה מספר אירועים מבצעיים שחידדו את השאלה: מתי וכיצד יש להפעיל כוח על-ידי חיילים המשרתים באיז"ש כלפי אזרחים, המעורבים בהפרות סדר או בפגיעה בביטחון?

המסמך נוסח על בסיס העקרונות המבצעיים וערכי צה"ל שהנחו את המחבר כמפקד, כאשר יש מידה רבה של התאמה בינם ובין עקרונות דיני הלחימה במשפט הבינ-לאומי.

להלן שלושה עקרונות מותך המסמך, שאותם נשווה לערכי צה"ל במסמך רוח צה"ל ולעקרונות דיני הלחימה:

**עקרון הדבקות במשימה.** השימוש בכוח על-ידי חיילי צה"ל באיז"ש ייעשה אך ורק לצורך השגת המטרה הביטחונית.

**עקרון ההבדלה.** בעת הפעלת הכוח יש להבחין בין מעורבים בלחימה לבלתי מעורבים. עקרון זה מקפל בתוכו גם את הערך של טוהר הנשק הכלול במסמך רוח צה"ל.

**עקרון הדייק.** חיילי צה"ל נדרשים להפעיל את הכוח הצבאי באופן מדויק ובמידת העוצמה ההולמת את האיום הביטחוני. על-מנת לעמוד בדרישת הדייק, הכוח נדרש להיות מיומן ומקצועי, וככל שרמת מקצועיותו גבוהה יותר - כך יוכל לדייק יותר בהפעלת הכוח ובעוצמתו.

דרך נוספת להתבונן על עקרונות אלה, היא באמצעות השוואתם לעקרונות דיני הלחימה במשפט הבינ-לאומי ההומניטרי: עקרון הדבקות במשימה תואם את עקרון הצורך הצבאי, ולפיו הפעלת כוח היא לגיטימית אם היא מיועדת להשגת מטרה צבאית ביטחונית; עקרון ההבדלה חופף לעקרון ההבחנה ולפיו הצדדים לעימות מוזין נדרשים להבחין בכל עת בין אוכלוסייה אזרחית ובין לוחמים, ובין יעדים אזרחיים ליעדים צבאיים, ולכוון את הפעלת הכוח כלפי היעדים הצבאיים בלבד; עקרון הדייק מקביל במידה רבה לעקרון המידתיות ולפיו הכוח והאמצעים שבהם ייעשה שימוש בעימות מוזין, צריכים לקיים יחס סביר בין מידת התועלת הצבאית ובין מידת הנזק הנגרם לגורמים אזרחיים.

שקילת שיקולים אלה והיעוץ המשפטי הניתן למפקד הצבאי, לא זו בלבד שאינם פוגעים בתהליך קבלת ההחלטות ובמימוש המשימה, אלא שהם תואמים את הערכים והאינטרסים הצבאיים ונועדו לאפשר למפקד למלא את משימותיו בצורה חוקית.

כלים משפטיים אלה אפשרו לקיים הליך סדור של הוצאת צווים מנהליים של המפקד הצבאי לסגירת מקומות שימוש לייצור כלי נשק מאולתרים, ולתפיסת המחרטות והציוד באמצעותו יוצרו כלי הנשק ולהחרמתם. כתוצאה מפעילות המפקד הצבאי נגד המחרטות וסוחרי הנשק התייקר מחירם של כלי הנשק המאולתרים, וזמינותם למפגעים פוטנציאליים פחתה בצורה משמעותית.

מכוח כלים אלה הוחרמו כספים שארגוני טרור שילמו באמצעותם למפגעים ולבני משפחותיהם, בהיות העברה זו מנוגדת לדין באזור. כאשר שכללו גורמי הטרור את דפוסי פעילותם והחלו בהעברת רכוש במקום כספים, הותאמו גם הכלים המשפטיים כך שהתאפשר לתפוס רכוש השווה בערכו לכסף או לרכוש שהתקבל מארגון הטרור. באופן דומה, נעשה שימוש בכלים משפטיים על-מנת לסגור מנהלית ולתפוס ציוד של תחנות רדיו ובתי דפוס, אשר שימשו לצורך שידור הסתה או הפקת חומרי הסתה וחומרים הקוראים ל אלימות ולטרור.

הכלים המשפטיים שבהם נעשה שימוש, עוצבו לאחר שיח עם גורמי המודיעין ומאור"ג איז"ש. במסגרת השיח, לובנו מצד אחד הצרכים הביטחוניים, ומצד אחר המגבלות החוקיות ביחס לפגיעה בזכויות התושבים (כגון זכות הקניין), וגובשו כלים המשרתים בצורה יעילה את צורכי הביטחון ועומדים במבחן המשפטי והערכי.

## בשנים האחרונות, רבים ממעשי הטרור באיז"ש ובישראל בוצעו בידי יחידים ולא בידי חוליות טרור מאורגנות. מאפיין זה הציב אתגר של ממש למפקד הצבאי, בכל הנוגע לסיכול ומניעה מוקדמת של פיגועים, בשל היעדר התרעה מודיעינית מקדימה

שיח זה התקיים באופן שוטף גם בעת הפעלתם של הכלים השונים. בהקשר של מסגרות המשמשות לייצור נשק בלתי חוקי, עורר השימוש בכלים מתח בין הרצון למנוע ייצור כלי נשק, המשמשים לא אחת לפעילות טרור, ובין הרצון למנוע פגיעה בחופש העיסוק ובזכות הקניין של הפרט. למשל, התעוררה השאלה האם ניתן לתפוס ולהחרים ציוד של בית מלאכה, שקיים מידע כי יוצר בו נשק על-ידי עובד מסוים אך יש סימן שאלה האם הדבר נעשה בידיעתו של בעל בית המלאכה.

כדי לתת מענה לשאלה חודדו במסגרת השיח פרטים שונים שאליהם יש להתייחס בעת איסוף המודיעין, והאופן שבו יישקלו. כל זאת, על-מנת להבטיח כי השימוש בכלים ייעשה באופן מדוד ומדויק על בסיס ראיות מנהליות מספקות, ותוך הבטחת זכות הטיעון לפני שתתקבל החלטה סופית בנוגע להחרמת הרכוש. שיח זה כלל גם תחקור בדיעבד של השימוש בכלים, והפקת לקחים לצורך למידה ושיפור. שילוב הזרועות בעניין זה - המבצעית, המודיעינית והמשפטית - הוביל לכך שההחלטות שהתקבלו בסופו של תהליך על-ידי המפקד הצבאי, היו ענייניות והוגנות, ולמעט מספר מצומצם מאוד של מקרים שבהם נפלו תקלות נקודתיות, עמדו בפני ביקורת שיפוטית.



לוחמי גדוד צבר באימון (קרדיט: דובר צה"ל).

## שקילת שיקולים אלה והייעוץ המשפטי הניתן למפקד הצבאי, לא זו בלבד שאינם פוגעים בתהליך קבלת ההחלטות ובמימוש המשימה, אלא שהם תואמים את הערכים והאינטרסים הצבאיים ונועדו לאפשר למפקד למלא את משימותיו בצורה חוקית

לכאורה נראה כי מדובר בהבנה טריוויאלית, האין זה ברור שעם חלוף הזמן, הצטברות פרטים ועובדות, לימוד מעמיק של המציאות, ידיעות מ"הצד השני של הגבעה" - התובנות יהיו מזוקקות יותר? התשובה כמובן חיובית, אלא שהיא עומדת במתח מול המציאות המחייבת לקבל החלטות מהירות בזמן אמת, בהיעדר הפרייולוגיה להמתין עד שייאספו כלל הפרטים. יתרה מכך, תהליך גיבוש תמונת המצב ער למתח בין הידע לזמן, ואיכות ההחלטה לא נשפטה רק על פי חכמתה אלא גם על-פי העיתוי שבה נתקבלה. לדוגמה, התרעה על פיגוע הדורשת החלטה על שינוי מצבי הכוננות. המתנה ארוכה מדי לקבלת פרטים על האיום יכולה בסופו של דבר להחמיץ את העיתוי. אמנם נוכל לדייק טוב יותר מרחב או איום, אבל כבר לא יהיה בידינו לממש את ההערכות הרצויה.

במסגרת השיח המתקיים בין המפקד והייעוץ המשפטי, מוצגות למפקד המגבלות הקבועות בדין הבין-לאומי והמקומי, ומוצעות לו דרכי פעולה שיאפשרו להשיג את התכלית הביטחונית באופן מדויק ומידתי, תוך צמצום הפגיעה בזכויות התושבים. עיצובם של כלים אלה נעשה מראש בתהליך חשיבה משותף, שבו נקבעים גם הנהלים להפעלתם של הכלים השונים.

### בחינה בדיעבד של אירועים מבצעיים

ממשק נוסף בין המפקד הצבאי ובין גורמי הפרקליטות הצבאית נוגע לבחינה המשפטית של אירועים מבצעיים חריגים, לרוב בעקבות תוצאה קשה הנגרמת במסגרתם, כגון מותו של אדם. בשונה מהייעוץ המשפטי הניתן למפקד הצבאי מראש, ולעיתים אף בזמן אמת, בחינת אירועים אלה נעשית בדיעבד על יסוד הממצאים העובדתיים העולים מתחקיר מפקדים<sup>9</sup> או מחקירת מצ"ח. ביצוע בחינה בדיעבד של אירוע, בין אם מדובר בבחינה פיקודית ובין אם מדובר בבחינה משפטית, מעורר תדיר את השאלה: האם הדברים נבחנים דרך פריזמה הנותנת ביטוי לנסיבות הייחודיות של המקרה ולתמונת המצב שהייתה קיימת במועד האירוע, או שהבחינה נעשית על בסיס התמונה העדכנית ותוך שימוש ב"חוכמה שבדיעבד"?

הפילוסוף פרידריך הגל, כתב את המשפט "הינשוף של מינרווה עף רק כאשר צללי הלילה יורדים", בכווננו לכך שהחוכמה, שהאלה מינרווה אחראית עליה, באה לידי ביטוי רק בחלוף הזמן.

2. כאשר שיקול הדעת של מקבל ההחלטה חורג ממרחב הסבירות, כלומר נוטה באופן קיצוני מהסטנדרט המקצועי וללא הסבר מספק. למשל, הוצאת כוח לפעילות מבצעית עם אנטנות קשר ארוכות, באזור שבו ידוע שעובר קו חשמל בגובה נמוך ולמרות קיומה של סכנה ברורה להתחשמלות.

הדרישה למקצועיות בקבלת ההחלטות היא נחלת המפקדים בצה"ל, ועל כך הם מתאמנים לילות כימים. המציאות אינה דומה להחלטות בחיי היום-יום, וההחלטות נדרשות להתקבל בזמן קצר. המפקדים חייבים לסמוך על המערכת הפיקודית והשיפוטית, שכן גם אם התוצאה אינה רצויה וגם אם יגיעו לתחקיר בפני מפקדים או לחקירה ומשפט, ההחלטות יתקבלו מתוך הבנה עמוקה של המצב הקרבי שבו היו - שהוא שונה בתכלית השינוי ממצבים בשגרה.

## ההחלטה הסבירה היא לא זו שיבחר בה אדם מהשורה, אלא זאת שיבחר בה אדם בדרגת המחליט, בעל הכשרה דומה להכשרתו ואשר ביצע הכנות דומות להכנות שביצע המחליט. ברור שאם ירה לוחם בעמדה שלא לפי הנחיות הפתיחה באש, הרי שאלת הסבירות תבחן את כשירותו, ההכנות שעבר, אימונו באמל"ח, ההכנות למשימה ובקיאיותו בהנחיות.

עליהם לדעת כי הם יכולים לקבל החלטות על-פי ההכשרה המקצועית שלהם, ואם יפעלו בסבירות יזכו להגנת מפקדיהם גם אם התוצאות יהיו קשות. מצד אחר, עליהם לדעת כי הסמכות לשימוש בכוח הופקדה בידיהם וכי שימוש לרעה בכוח זה, משיקולים זרים שאינם מקצועיים, ייתקל בתגובה חמורה יותר מאשר במקרים רגילים, על-מנת לשמר את המערכת תחת סטנדרט מוסרי ומקצועי שאינו יודע פשרות.

בדומה לתחקור הפיקודי, גם הבחינה המשפטית של אירועים מבצעיים בידי הפרקליטות הצבאית נעשית דרך מסנן נוסף על הכללים הרגילים של המשפט הפלילי, שזכה לכינוי "מקדם המבצעיות".

הוא מיושם בעת שנבחנת השאלה: האם התנהגות של חייל בתנאי קרב היא רשלנית במידה המהווה עבירה? ככל שהתשובה לכך חיובית, בוחנים האם יש מקום להורות על העמדה לדין פלילי של החייל, או להסתפק בלנקוט צעדים פיקודיים או משמעתיים נגדו. בכל הנוגע לשאלת קיומה של עבירה, סבירות התנהגותו של החייל וסטנדרט ההתנהגות הנדרש מחייל במצבו נבחנים בשים לב למגבלות ולאילוצים של תנאי הקרב; ניתן משקל לתגובות אנושיות הנובעות מאופיו של החייל הספציפי; ומרחב ההתנהגות שתיחשב כסבירה יהיה רחב יותר מהרגיל.<sup>12</sup> הטעם לגישה זאת הוא ש: "ראוי להותיר לחיילים מרווח סביר של טעות היכולה להיגרם כתוצאה מתנאי המקום, השטח והזמן העומדים ברקע האירוע המבצעי שבמחלוקת והמחייבים החלטה מהירה ולא התייעצות משפטית על המותר והאסור באותו רגע".<sup>13</sup>

המתח הזה חריף יותר בלחימה עצמה, שבה הלוחם או המפקד צריכים לקבל החלטות בזמן קצר מאוד, לעיתים בשבריר שניה, ואין בידם להמתין ולשפר את תמונת המצב. כל מי שעשה מסלול לוחם מכיר את הפזצט"א (פול, זחל, צפה, טווח, אש). תרגולת זו המחייבת כל לוחם כברירת מחדל, לוקחת בחשבון שייתכן בדיעבד כי הייתה ברירה טובה יותר, אלא שברוב המקרים זה המעשה הנכון ואין זמן לבדוק את החלופות.

עקרונו של ההוגה הפרוסי קלאוזביץ - שדה הקרב הוא ממלכת אי הוודאות - נלמד כתובנה מרכזית בכל קורס מפקדים. המפקד יודע שתוכניות משתבשות, ושגם אם ישקיע מאמץ אדיר בתכנון ובהכנות - המציאות תהיה שונה. מדוע הדבר קורה? מכיוון שהמלחמה היא התנגשות רצונות, וכל צד מנסה להפגיע את יריבו. מדובר במערכת סבוכה עם אלפי גורמים משתנים, שיכולים להשפיע על התוצאה. קשה מאוד ממרחק להבין את המורכבות, הפחד, הלחץ ואת אופן קבלת ההחלטות. על כן ברור כי השיפוט של פעולת הלוחם והמפקד בשדה הקרב צריך להיות בראייה מפוכחת ככל הניתן על מצבו של המחליט, הידועות שהיו בפניו וההכשרה שניתנה לו. יתרה מכך, על הבחינה לא להתמקד בשאלה האם ההחלטה הייתה טובה או לא, אלא האם הייתה סבירה.

ההחלטה הסבירה היא לא זו שיבחר בה אדם מהשורה, אלא זאת שיבחר בה אדם בדרגת המחליט, בעל הכשרה דומה להכשרתו ואשר ביצע הכנות דומות להכנות שביצע המחליט. בהקשר זה ידועה אמרת חז"ל "אל תדון את חברך עד שתגיע למקומו".<sup>10</sup> ברור שאם ירה לוחם בעמדה שלא לפי הנחיות הפתיחה באש, הרי שאלת הסבירות תבחן את כשירותו, ההכנות שעבר, אימונו באמל"ח, ההכנות למשימה ובקיאיותו בהנחיות.

מתי המצב אינו סביר בראיית המפקד המתחקר את האירוע? כאשר היא חורגת מגבול הטעות לתחום התקלה. בשני מצבים תיחשב החלטה לתקלה ולא לטעות:<sup>11</sup>

1. כאשר מקבל ההחלטה הפר פקודות והוראות, חרג באופן ברור מסמכותו, או מההנחיות ומהציווי המקצועי באופן מודע וללא הסבר מספק. למשל, הוצאת פטרול לשטח בנוי ללא מכשיר קשר תקין, או ביצוע ירי על מי שאינו מהווה סכנה ברורה ומיידית.



לוחמי גדוד 13 באימון (קרדיט: דובר צה"ל).

## למרות התכלית השונה של התחקור הפיקודי לעומת הבדיקה המשפטית של אירועים מבצעיים, בשניהם המפקד המתחקר והפרקליט המטפל או בית הדין הצבאי מפעילים מסנן, הנותן משקל לתנאים הייחודיים של הפעילות המבצעית

דוגמה ליישום מקדם המבצעיות ניתן לראות בעניין אל-נבארי מ-2006. אל-נבארי צעד בשעת לילה בוואדי סמוך ליישוב נגוהות, זוהו כמחבל ונורה למוות בידי כוח צה"ל שביצע פעילות מבצעית. לאחר מכן הסתבר כי מדובר באזרח ישראלי שלא היה חמוש. עוד עלה מן החקירה, כי הוואדי שבו צעד נבארי נמצא בסמוך ליישוב נגוהות, ושימש כנתיב לביצוע פיגוע ביישוב כמה ימים קודם לכן, במהלכו נרצחו ילדה ואביה. באותו מועד התקבלה התרעה על כוונה לבצע פיגוע נוסף ביישוב באותו לילה; הכוח הצבאי שזיהה את הדמות קרא בקול רם ובערבית לעברה, ולאחר שלא הגיבה, פתח באש.

הפרקליט הצבאי הראשי דאז שבחן את תיק החקירה, החליט לסגור את התיק, וכנגד החלטתו הוגשה עתירה לבג"ץ. בג"ץ דחה את העתירה והחליט לא להתערב בהחלטה, לאחר שקבע כי מסקנת הפרקליטות ולפיה בעת ההיתקלות החיילים סברו כי הם נתונים בסכנת חיים, וכי פעלו באופן סביר, אינה חורגת ממתחם הסבירות.<sup>17</sup>

טעם נוסף נוגע למצב התודעתי הרגיש של חיילים הנתונים בפעילות מבצעית, השונה מזה שבשגרה. עמד על כך בית המשפט העליון בעניין ג'ילאני, שבו נדונה עתירת קרוביו של מנוח פלסטיני שנהרג במרדף של כוחות הביטחון, להגשת כתבי אישום נגדם: "...שומא עלינו להביא בחשבון את אווירת המתח, שבה היו נתונים בעת מעשה ולא לקבוע את הערכתנו רק על סמך העובדות היבשות, שנודעו לאחר המעשה, כאשר בידנו לשקול אותן באווירה שקטה".<sup>14</sup> הצדקה נוספת לגישה הייחודית ביחס לאירועים מבצעיים נעוזה ברצון למנוע השלכות שליליות על פעילות הצבא, ובפרט למנוע יצירת אפקט מצנן ו"הרתעת יתר" מפני יצירתיות, יוזמה ונטילת סיכונים מקום שבו הם ראויים ורצויים. מקדם המבצעיות מקבל משקל גם בעת קבלת ההחלטה האם להעמיד את מי שהתרשל לדין פלילי, או להסתפק בצעדים פיקודיים או משמעתיים.<sup>15</sup> כדברי בית המשפט העליון:

"נדמה אפוא, כי כשמדובר בפעילות צבאית מבצעית יש מקום לשקול, בכפוף לנסיבות המקרה ולחומרת ההתרשלות העולה ממנו, את השימוש בסנקציות פיקודיות גם במקרים מסוימים [ש]בהם היה מועמד המבצע לדין פלילי במידה והעבירה הייתה מבוצעת שלא כחלק מפעילות צבאית מבצעית".<sup>16</sup>

הנה כי כן, למרות התכלית השונה של התחקור הפיקודי לעומת הבדיקה המשפטית של אירועים מבצעיים, בשניהם המפקד המתחקר והפרקליט המטפל או בית הדין הצבאי מפעילים מסנן, הנותן משקל לתנאים הייחודיים של הפעילות המבצעית. זאת, מתוך ההבנה כי בנסיבות קרובות ראוי להותיר לחיילים מרווח רחב יותר של טעות היכולה להיגרם כתוצאה מתנאי המקום השטח והזמן, וכי לא נכון יהיה לבחון את המקרה בבחינת "חוכמה שבדיעבד", על בסיס העובדות היבשות ובמנותק מהקשרו.



הרמטכ"ל רא"ל אביב כוכבי בסיוור בגזרת עזה (קרדיט: דובר צה"ל).



לוחמי גבעתי באימון (קרדיט: דובר צה"ל).

המפקד הבכיר, בעזרת המטה המקצועי לרבות היועץ המשפטי, יפעל להבטיח תאימות ועקביות בין המשימה המבצעית ובין הנורמות המקצועיות, הנורמות המשפטיות, הכשרת המפקדים והחיילים וארגון הכוח. זאת על-מנת לייצר מערכת שתקל על הדרג הזוטר לפעול על-פי מה שלמד.

המפקד הזוטר ייצמד למשימה הצבאית שהוטלה עליו, ויבצע אותה בהתאם לנורמות המקצועיות הצבאיות ובהתאם לערכי צה"ל. כך יובטח כי יפעל במסגרת החוק. על-מנת לחדד את הנורמות גם ביחס למצבים עמומים, מומלץ כי המפקד הזוטר ירבה בסימולציות של מקרי קצה, שבהם מתעוררות דילמות תוך תרגול מה שלמד. היועץ המשפטי יגשר בין כללי המשפט לצרכים המבצעיים, הן כגורם מרכזי המבהיר את מגבלות החוק והן כגורם מאפשר המסייע בגיבוש כלים יעילים לביצוע המשימה הצבאית במצבים מורכבים ובהתאם לדין. לשם כך, נדרש היועץ המשפטי להימצא לצד המפקד, להבין את מאפייני הסביבה המבצעית ולסייע למפקד בגיבוש המדיניות והכלים, ובבניית סימולציות שתפקידן לפשט מציאות מורכבת לכללי אצבע מבצעיים.

בכל דרגי הפיקוד, אין להתעלם מאירועים של חריגה מהנורמות. יש לטפל באירועים אלה פיקודית, ובמקרים שבהם קיים חשד לביצוע עבירה פלילית, או שקיימת חובת חקירת מצ"ח - להעבירם לטיפול משפטי.

אנו מאמינים כי יישום ההמלצות האמורות, יסייע בהשגת תכליתו הכפולה של הרכיב המשפטי בעשיית המפקד הצבאי: להבטיח כי המפקד יוכל למלא את משימתו הביטחונית בדרך חוקית, ולהבטיח את שלטון החוק בצה"ל ועל ידי כך גם את אמון הציבור בצה"ל.

בחוכמה שבדיעבד, ברור כי לא היה מקום לפתוח באש על אזרחי ישראל שאינו חמוש ואשר לא יצר סיכון לחיי אדם אחר. אילו האירוע היה נבחן באופן "סטריילי" ובמנותק מההקשר של הזמן והמקום שבו התרחש, נראה כי המסקנה הייתה שיש לנקוט הליכים פליליים נגד המעורבים בו. ואולם כאשר מתבוננים באירוע דרך הפריזמה של מקדם המבצעיות ובהקשר הביטחוני-מבצעי של האירוע מצטיירת תמונה שונה, שאינה מצדיקה נקיטת הליכים פליליים נגד המעורבים.

## סיכום והמלצות

במאמר זה ביקשנו להציג את הרכיב המשפטי בעשיית המפקד הצבאי הן בשלב התכנון המקדים בו נועץ המפקד ביועץ המשפטי, והן בשלב הבחינה בדיעבד של אירועים מבצעיים חריגים.

למשפט תפקיד חשוב בעשיית המפקד בצה"ל, ותכליתו כפולה: לסייע למפקד הצבאי במימוש יעדיו הביטחוניים בדרך חוקית, ולאכוף את החוק והמשמעת בצה"ל.

למרות שהמשפט והמקצוע הצבאי הם שתי דיסציפלינות שונות ונפרדות, יש דמיון בין העקרונות המשפטיים ובין העקרונות המבצעיים וערכי צה"ל המנחים את המפקדים, ובמרבית המקרים תהיה הלימה ביניהם.

כמו כן, יש דמיון בין המשקל הניתן ל"ערפל הקרב" בתחקור המבצעי שעורכים מפקדים, ובין "מקדם המבצעיות" המיושם בעת הבחינה המשפטית של אירוע מבצעי חריג.

לנוכח התבוננות שעלו במאמר נבקש להמליץ למפקדים וליועצים המשפטיים:



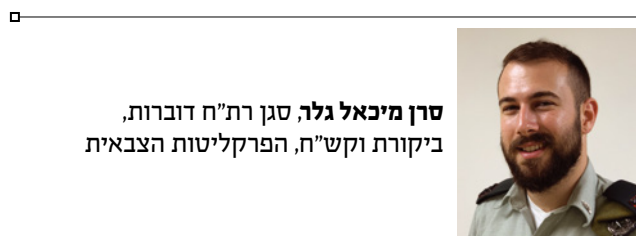
# הגבול שבין אחריות פיקודית לביצוע חקירה: כלל פסלות הראיות במשפט הצבאי

ההליך הפלילי מחייב לעיתים פגיעה מסוימת בזכויות היסוד של האדם, לשם אכיפתן של נורמות חברתיות ולשם קיומו של סדר ציבורי. דווקא בצה"ל, המערכת ממנה צמחו הלכות משפטיות כה מהותיות בכל הנוגע להגנה על זכויות חשודים ונחקרים, ראוי להקפיד ולאפשר לכל חייל ונחקר לקבל את זכויותיו

אחת הסוגיות הבולטות במשפט הפלילי שהושפעו רבות מפסיקות שהחלו את דרכן בבתי הדין הצבאיים היא כלל פסלות הראיות הפסיקתי, שמאפשר לבתי המשפט לפסול ראיות שהושגו בניגוד לחוק. כלומר אף שהן יכולות לסייע בהוכחת אשמתו של נאשם, ייפסלו הראיות מלשמש בהליך הפלילי או שיוענק להן משקל נמוך אם נאספו שלא כדין. לפי כלל זה, ערך גילוי האמת אינו ניצב לבדו, ועל המשפט הפלילי להבטיח שמירה על זכויות היסודיות של הנאשם בהליך ואת הגינות ההליך, לצד ההגעה לחקר האמת והשמירה על האינטרס הציבורי.<sup>2</sup>

אחת הסוגיות הבולטות במשפט הפלילי שהושפעו רבות מפסיקות שהחלו את דרכן בבתי הדין הצבאיים היא כלל פסלות הראיות הפסיקתי, שמאפשר לבתי המשפט לפסול ראיות שהושגו בניגוד לחוק. כלומר אף שהן יכולות לסייע בהוכחת אשמתו של נאשם, ייפסלו הראיות מלשמש בהליך הפלילי או שיוענק להן משקל נמוך אם נאספו שלא כדין

המחוקק הישראלי לא קבע כלל זה בחקיקה, ובמשך שנים רבות נמנעו בתי המשפט מלאמץ אותו בפסיקתם. פועל יוצא מכך, במשך שנים ראיות שהושגו באמצעים פסולים יכולות היו לשמש ראיה לגיטימית במשפט תוך שמשקלן נבחן בהתאם לחומרת הפגמים.



**"התכלית של הגנה על זכויות הנאשם והתכלית של חשיפת האמת העובדתית שתיהן כאחת משרתות את מטרת העל של המשפט שעניינה עשיית דין צדק ומניעת עיוות דין במונח הרחב"**  
המשפט הפלילי נועד להסדיר את חיי החברה ולהכווין את התנהגויות האזרחים בהתאם לנורמות הרצויות, באמצעות הפעלה של כלי אכיפה וענישה. המשפט הצבאי הפלילי מושפע מהתפתחות הערכים והתפיסות החברתיות הנהוגות בחברה הישראלית, שכן צה"ל מהווה מיקרוקוסמוס של החברה הישראלית והתהליכים החברתיים המתרחשים בה מוצאים ביטוי ישיר גם במערכת הצבאית. עם זאת, מערכת המשפט בצה"ל היא מקרה בוחן מעניין וייחודי שבו ההתנגשות והחיכוך המתמיד בין האינטרס החברתי והציבורי לזה הפרטי, בין שמירה על ביטחון המדינה והמשמעת בארגון הנדרשת לצורך הגשמת תכליתו, ובין אינטרס הפרט והזכויות של ציבור המשרתים בו, מגיעים לנקודת קיצון. בהתאם לכך, ההליכים המשפטיים בבתי הדין הצבאיים מזמנים מקרי מבחן שבהם המתח וההתנגשות בין אינטרס הכלל ובין זכויות הפרט מגיעים לשיאם, ומתקבלות בהם הכרעות ערכיות מורכבות הנוגעות לאיזון בין ערכים אלה.

לאיזונים שנערכים בפסיקת בתי הדין הצבאיים השפעה רחבת היקף, החורגת מגבולות הצבא ומשליכה גם על מערכת המשפט הפלילית הכללית בישראל. לא אחת, הלכה שנקבעה בבתי הדין הצבאיים סייעה בעיצוב הדין הפלילי אף מחוץ למערכת המשפט הצבאית.





אילוסטרציה: חקירת מצ"ח (קודיט: דובר צה"ל).

במאמר זה אסקור את התפתחות הכלל במשפט הישראלי, ואת ההשפעה המכרעת שהייתה למערכת המשפט הצבאית בתהליך.

### **קבלת כלל פסלות ראיות פסיקתי ישראלי במסגרת עניין יששכרוב**

ב-17 בדצמבר 1996 נקלט טוראי רפאל יששכרוב בבסיס כליאה "396" בעקבות היעדרות מן השירות. במהלך קליטתו התבקש להתפשט, וכשהפשיל את תחתוניו נפלה מהם חבילה קטנה עטופה בנייר. בתגובה אמר: "זה גראס, אני יכול להסביר". בעקבות האירוע, נחקר יששכרוב על-ידי חוקר מהמשטרה הצבאית בחשד לשימוש ולהחזקה בסמים מסוכנים.

**פסק הדין התקדימי ניתן על אף החלטות קודמות של בית המשפט העליון, שקבעו שאין די בכך שנחקר לא יודע על זכותו להיוועץ בעורך דין כדי לפסול את הראיה. בית הדין הצבאי קבע כי יישומו של חוק היסוד מביא למסקנה שיש להורות על פסילת ההודאה בשל פגיעה שלא כדין בזכותו החוקתית של החייל**

במצב דברים זה, שבו לא קיים כלל פסלות ראיות וניתן להסתמך לצורך הרשעה על ראיות שנגבו תוך הפרת החוק על ידי רשויות החקירה, נעדר גורם מרסן, שימנע מרשויות החקירה למצוא "קיצורי דרך", תוך הפרת החוק ופגיעה בזכויות הנחקרים, על-מנת להביא להרשעתם.

חשוב לציין כי בשלב החקירה הפלילית, יש פער רב בין כוחה של המדינה ובין כוחו של החשוד. בשלב זה המדינה מפעילה נגד האזרח סמכויות אדירות המובילות לשלילת חירויותיו, פרטיותו וקניינו, לדוגמה באמצעות מעצר או באמצעות הוצאת צווי חיפוש. אמצעים אלה מופעלים חרף זאת שלאזרח עומדת חזקת חפות, לפיה כל עוד לא הוכחה אשמתו מעבר לספק סביר הוא בגדר חף מפשע. כלל פסלות הראיות הוא אמצעי מרכזי בהגבלת כוחה של המדינה משימוש לא ראוי בסמכויותיה בכדי להוכיח את אשמתו של החשוד. כלל פסלות ראיות מעניק לרשות השופטת אמצעי הרתעה אפקטיבי נגד המשטרה ויתר רשויות האכיפה משימוש לא ראוי בסמכויותיהם. שכן, שוטרים שידעו שהפרת החוק על ידם תוביל לפסילת הראיה שאותה הם מבקשים להשיג, יימנעו מלנהוג כן. למשל, חוקר היודע כי אלימות בחקירה תוביל לפסילת הודאתו של הנחקר - יימנע מלהשתמש באמצעי זה.

השינוי בשיטת המשפט הישראלית בסוגיה זו החל בהליכים פליליים שנדונו בבתי הדין הצבאיים. תחילה, העניין נדון בעניינו של רב"ט משה ועקנין, חייל שהושקה בכפיה במי מלח על מנת לאתר חבילות סמים אותן בלע. שם, נבחן הצורך בעיגון הכלל במשפט הישראלי, כשהתבקשה פסילת הראיות שהושגו בחקירתו בכפייה. באותו מקרה הוחלט שלא לאמץ את כלל הפסלות הפסיקתי. בהמשך, אומץ כלל זה בעקבות הליך פלילי נוסף שהתקיים במערכת המשפט הצבאית, בעניינו של טוראי רפאל יששכרוב.



(קרדיט: דובר צה"ל).

ב־4 במאי 2006 קיבל בית המשפט העליון את הערעור, וקבע ברוב דעות כי יש לפסול את הודאתו של יששכרוב. בפסק הדין נקבע הכלל שלפיו בתי משפט רשאים לפסול ראייה מהטעם שהושגה "באמצעי חקירה המנוגדים להוראה הקבועה בחוק, בתקנה או בנוהל מחייב, או תוך פגיעה שלא כדין בזכות יסוד מוגנת". משכך, נקבע, כי הימנעות מהודעה לנאשם על זכות השתיקה שלו או על זכות ההיוועצות עם עורך דין, מהווה פגיעה בזכות יסוד מוגנת, שמובילה לפסילת הראייה.

בית המשפט קבע במפורש כי פסילת ראייה עשויה לבוא על חשבון "חקר האמת". כלומר, גם בהיעדר חשש שהפגם בחקירה פגם באמינות הראייה - היא עשויה להיפסל רק בשל הפגיעה בזכויות החשוד בה הייתה כרוכה השגתה.

פסק הדין זה אימץ, למעשה, את כלל פסלות הראיות אל המשפט הישראלי, ופתח צוהר לפסילת ראיות בגין פגם בדרך השגתן, בכפוף לשיקול דעת בית המשפט. כמו כן הוחלט כי הפעלת שיקול הדעת של בתי המשפט תיעשה באמצעות מבחן תלת-שלבי: ראשית, יבחן בית המשפט את אופייה וחומרתה של אי החוקיות, שהייתה כרוכה בהשגת הראייה. שנית, יבחן את מידת ההשפעה של אמצעי החקירה הפסול על הראייה שהושגה.

ולבסוף, יערוך בחינה של הנזק מול התועלת הכרוכים בפסילת הראייה, כלומר, בין הפגיעה שתיגרם לאינטרס החברתי של לחימה בפשיעה אם תיפסל הראייה, לבין הצורך להגן על זכויות החשוד והנאשם באמצעות פסילת הראייה.

החוקר הצבאי הודיע לו כי הוא נחקר תחת אזהרה וכי נתונה לו הזכות לשתוק, אך לא הודיע לו כי נתונה לו הזכות להיוועץ בעורך דין לפני החקירה. במהלך חקירתו הודה יששכרוב בשימוש בסם מסוג קנאביס במספר הזדמנויות ובהחזקתו במהלך שירותו.

בתום החקירה הודיע החוקר ליששכרוב כי הוא עצור, ורק בשלב זה העמיד אותו על זכותו להיוועץ בעורך דין. נגד יששכרוב הוגש כתב אישום המייחס לו שלושה אישומים של שימוש בסם ואישום נוסף של החזקת סם. בית הדין הצבאי המחוזי קבע, ברוב דעות, כי יש לפסול את הודאתו של יששכרוב, בשל העובדה שבמהלך חקירתו לא הובאה לידיעתו זכותו להיוועץ בעורך דין. בעקבות פסילת הראייה, זיכה בית הדין הצבאי את יששכרוב מהאישומים שיוחסו לו, שהסתמכו על הודאתו במהלך החקירה.

פסק הדין התקדימי ניתן על אף החלטות קודמות של בית המשפט העליון, שקבעו שאין די בכך שנחקר לא יודע על זכותו להיוועץ בעורך דין כדי לפסול את הראייה. ההחלטה יוצאת הדופן של בית הדין הצבאי התאפשרה לנוכח חקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, שנים ספורות קודם לכן. בית הדין הצבאי קבע כי יישומו של חוק היסוד מביא למסקנה שיש להורות על פסילת ההודאה בשל פגיעה שלא כדין בזכותו החוקתית של החייל.

התביעה הצבאית ערערה על פסק הדין לבית הדין הצבאי לערעורים, שקיבל את הערעור. בתגובה, הגישה הסניגוריה הצבאית, שייצגה את יששכרוב, בקשה לבית המשפט העליון לערער על פסק הדין של בית הדין הצבאי לערעורים.

## השפעת כלל פסלות ראיות על הרחב הפעולה באכיפת משמעת

בצבא מתקיימת מערכת יחסים מיוחדת בין מפקדים לפקודיהם. דמות המפקד אינה דומה לדמות "מעסיק" או "מדריך", אלא נושאת בחובה משמעויות ערכיות, לצד אחריות וסמכות רחבות ביותר מול הפקודים. אחריות המפקדים על הנעשה ביחידותיהם, לרבות השמירה על המשמעת וקיום הפקודות על ידי פקודיהם, מעוררת מתח בכל הנוגע לחלוקת האחריות והסמכות בין המפקדים ובין המשטרה הצבאית בכל הנוגע לשמירת הסדר והמשמעת בשורות הצבא. כידוע, תפקידה של מצ"ח הוא לחקור ביצוע עבירות שונות ביחידות צה"ל. ואולם, מה תפקיד המפקדים באירועים שבהם מתעורר חשד להפרת החוק על ידי חייליהם, לדוגמה, שימוש בסמים בתחומי המחנה?

לנוכח תפיסת הפיקוד והאחריות המרחיבה של מפקדים להתנהלות ביחידה והמשמעת בה, לעיתים הם סבורים כי באחריותם ובסמכותם לחקור ביצוע עבירות פליליות ביחידתם וחלקם אף מבצעים מעין פעולות חקירתיות שונות, כמו תחקור פקודיהם או חיפוש בחפציהם או על גופם בניסיון לאתר ראיות שונות. לא אחת, במסגרת בדיקות אלה מודים החיילים בפני המפקדים בביצוע עבירות פליליות או שמתגלות ראיות המפלילות את החיילים. זאת, מבלי ליידע אותם על זכויותיהם כחשודים בפלילים. הגם שהודאות אלה, כמו גם מוצגים שהמפקדים תופסים בחיפוש בכליהם של החיילים ועל גופם, מועברים למצ"ח, הלכה למעשה, התנהלות זו של המפקדים עלולה להוביל ל"איהום" חקירותיהם של החיילים ומדובר בשגגה חמורה. התנהלות זו פוגעת פגיעה כפולה: הן בזכויותיהם של

החיילים להימנע מהפללה עצמית, להיוועץ בסגור ולזכות בהליך הוגן ככל אזרח בישראל, והן באינטרס הציבורי למיגור עבירות, שכן פעולות אלה עלולות להוביל לפסילת ראיות, שהיו יכולות להוכיח את אשמתו של החייל ולסיכול המטרה שביקש המפקד לקדם מלכתחילה.

יתרה מכך, פעולות אלו מנוגדות לאמור בפקודת מטכ"ל 33.0304 "בדיקה וחקירת מצ"ח" האוסרת על המפקדים לקיים בדיקות ולתחקר חיילים כאשר עולה חשד לביצוע עבירות פליליות, ומורה כי יש להעביר את הנושא לחקירת מצ"ח.<sup>3</sup>

### בצבא מתקיימת מערכת יחסים מיוחדת בין מפקדים לפקודיהם. דמות המפקד אינה דומה לדמות "מעסיק" או "מדריך", אלא נושאת בחובה משמעויות ערכיות, לצד אחריות וסמכות רחבות ביותר מול הפקודים

סוגיה זו נבחנה בעניינו של רב"ט א' א' א' באותו מקרה חשדו מפקדים כי פקודיהם העומדים במחסום קיבלו שוחד, בתמורה להעברת פלסטינים במחסום, ללא בידוק ביטחוני וללא אישורים מתאימים. אחד המפקדים פנה לחייל שנחשד במעשים, וציין בפניו כי הוא יודע מה אירע במחסום.



(קורדיט: דובר צה"ל).

החייל הודה בפני המפקד והעלה גם את שמו של רב"ט א' א' כמעורב. על רקע דברים אלה תחקרו המפקדים את החיילים באופן מפורש בנוגע למעורבותם באירועים, זאת, בניגוד להוראות. מטבע הדברים, המפקדים לא עדכנו את החיילים על זכויותיהם לאי הפללה עצמית ולהיוועצות בסנגור. במסגרת התחקור הודו החיילים כי העבירו במחסום פלסטיניים ללא אישורים מתאימים תמורת תשלום, ואף מסרו חלק מן הכסף שהתקבל כשוחד.

מקרה זה הובא לפתחו של בית הדין הצבאי, שנדרש להכריע כיצד לנהוג בראיות שהושגו על ידי המפקדים לפני שהעבירו את האירוע לטיפול מצ"ח. לאחר שבחן את מעשיהם של המפקדים, קבע בית הדין כי נפל בהם פגם, מכיוון שיש פער בין בירור ראשוני שאותו יכול מפקד לערוך בטרם העברת האירוע למצ"ח, במטרה לבדוק אם מתעורר חשד לביצוע עבירה ותו לא, לבין ביצוע פעולות חקירתיות של ממש, החורג מסמכותו. עוד נקבע, כי בירור ראשוני על ידי המפקד יהיה מוצדק יותר ככל שמדובר באירוע מבצעי, שבו לבירור החשד השלכות מבצעיות מיוחדות, בשונה מאירוע בעל אופי פלילי בלבד.

סוגיה זו שבה והתעוררה בעניינו של רב"ט ב' ט' <sup>5</sup> במקרה זה הואשם החייל בעבירה של שימוש בלתי חוקי בנשק ואלומות כלפי חייל. המג"ד ערך תחקיר יחידתי שבמהלכו תושאלו כלל המעורבים יחדיו (דבר שגרם ל"זיהום" החקירה, שכן המעורבים יכלו לתאם את גרסאותיהם), בלא אזהרת המעורבים בנוגע לזכויותיהם ובלי שהבהיר להם כי התחקיר שנערך אינו תחקיר מבצעי והנאמר בו עשוי להגיע לידי מצ"ח.

## שלושת פסקי הדין שהובאו לעיל מדגימים את הדילמה המורכבת שבה מצויים מפקדים. מצד אחד, עומד רצונם לממש את אחריותם הפיקודית ולטפל באירועים, שמלבד היותם פליליים הם בעלי משמעות ערכית. מצד אחר, עומדות זכויותיהם של החיילים, וחובתם של המפקדים להגן על זכויות אלה

בית הדין העיר בפסק דינו כי התנהלות המג"ד לא הייתה ראויה, וחרגה מגבולות הבירור הראשוני, וכי לא היה ספק שהאירוע פלילי במהותו ולא מבצעי. עוד קבע בית הדין כי עריכת תחקיר ותשאול, כפי שפעל המג"ד, פוגעת בראיות שנאספו במהלך החקירה, ופוגעת בזכויותיהם הבסיסיות של החיילים החשודים, שנחקרו על ידי מפקדם ללא העמדה על זכויותיהם להימנע מהפללה עצמית ולהתייעץ עם עורך דין. עם זאת, בית הדין קבע כי לתחקיר לא הייתה השפעה על הראיות לגופן, ולכן ב' ט' הורשע בעבירות שיוחסו לו. ואולם, בית הדין העביר את ההחלטה לפצ"ה, על-מנת שיבהיר למפקדים את הכללים המדויקים בתחקירים מסוג זה.

סוגיית חקירת המפקדים נדונה שוב בעניינו של החייל סמ"ר ד' ח' <sup>6</sup>. במקרה זה חשד המ"פ כי בוצעה עבירת ביזה במהלך פעילות מבצעית במסגרת מערכת "צוק איתן", ולכן כינס את חיילי המחלקה, הורה להם להשיב את הכסף שנלקח והבטיח כי אם ישיבו את הכסף לא יאונה להם כל רע.

החיילים השיבו את הכסף למ"פ והודו בפניו בגניבה. בהמשך לכך זימן המג"ד כל חייל בנפרד לשיחה ותחקיר את החיילים. במהלך השיחות הודו החיילים, וביניהם גם ח', כי לקחו כספים מתושבים פלסטיניים ללא רשותם במסגרת פעילות מבצעית. רק לאחר שיחות תחקור אלה העביר המג"ד את המשך חקירת האירוע למצ"ח, ובמהלך חקירותיו שב ח' הודה במיוחס לו.

בית הדין קבע, כי התחקיר שערך המג"ד פגע בזכויותיהם של החיילים כחשודים. עוד נקבע, כי הפרטים שמסר החייל למ"פ בדבר מעורבותו בביזה, מבלי שהועמד על זכותו לאי-הפללה עצמית ועל זכותו להיוועץ בסנגור וכאשר ברקע מצויה אף הבטחת המפקד - פגעו בזכויותיו. בשל כך זיכה אותו בית הדין מן העבירה שיוחסה לו, והמירה בהרשעה בעבירה קלה יותר.

שלושת פסקי הדין שהובאו לעיל מדגימים את הדילמה המורכבת שבה מצויים מפקדים. מצד אחד, עומד רצונם לממש את אחריותם הפיקודית ולטפל באירועים, שמלבד היותם פליליים הם בעלי משמעות ערכית. מצד אחר, עומדות זכויותיהם של החיילים, וחובתם של המפקדים להגן על זכויות אלה.

ביחס לדילמה זאת קובע בית הדין הצבאי, כי חרף הרצון המובן של המפקדים לברר את הנעשה ביחידותיהם ולא לטמון את ראשם בחול, כאשר קיים חשד לפלילים, עליהם להישמר מחריגה מסמכותם מול מצ"ח. על אף האמור, עד עתה נזהר בית הדין מלנקוט צעדים דרסטיים של פסילת ראיות שהושגו בדרך זו, או לבטל כתבי אישום במקרים שבהם התעוררו פגמים בהתנהלות המפקדים שהובילה לפתיחה בחקירה. עם זאת, לא מן הנמנע כי כך ייעשה בעתיד וכי ההתפתחות בפסיקת בתי הדין הצבאיים תביא לזיכויים של חיילים אשר זכויותיהם נפגעו במהלך הליכים מעין חקירתיים שבוצעו על ידי מפקדיהם.

לצד ההתמודדות הזהירה של בתי הדין עם הסוגייה הרגישה, כבר כיום משפיעה דוקטרינה זאת על פסילת ראיות שמקורן בחיפושים לא תקינים של מפקדים. חקירות של חיילים, במקום בו התנהלות מפקדיהם הובילה לאיסוף ראיות באופן פסול, נסגרות בלי להעמיד לדין את החיילים.

במקרים אחרים בוחרת התביעה הצבאית להימנע מלהשתמש בראיות הפסולות, או להסתפק בעסקאות טיעון המתחשבות בפגמים שיצרו מפקדי החיילים בחקירותיהם, וכל זאת - מבלי לדעת כי במעשיהם פוגעים המפקדים באכיפת החוק. על המפקדים להכיר בכך שלהחלטות שמתקבלות על ידם בשטח בזמן אמת עשויות להיות השלכות על ההליך המשפטי, גם כאשר אין הדבר נעשה בכוננת מכוון.

בעקבות האירועים החוזרים, ובהמשך להערת בית הדין הצבאי לערעורים בפסק הדין בעניין ב' ט' לפיו על הפרקליט הצבאי הראשי לשרטט באופן ברור את גבולות האסור והמוותר בין בירור פיקודי לגיטימי להתערבות פסולה בחקירה פלילית, הפיצו התובע הצבאי הראשי וקמצ"ר בסוף שנת 2018, אגרת לכלל המפקדים בצה"ל העוסקת בסמכות המפקדים לעריכת חיפוש ביחידתם. באגרת זו הבהירו כי במקרה שבו מתעורר חשד לעבירה פלילית, הסמכויות לקיים הליכי חקירה נתונות אך ורק לחוקרי מצ"ח מיומנים המכירים את המגבלות החוקיות.

עוד הבהירו, כי תוצרי חיפוש או תשאול שאותם עורכים המפקדים עלולים להיפסל ולסכל את אכיפת החוק. זאת, בלי לגרוע מסמכותם של המפקדים לערוך מסדרים ביחידותיהם על-מנת לאכוף את כללי הסדר והמשמעת שביחידותיהם (ואף להסתייע בשוטרים צבאיים לצורך עריכת המסדר), אולם תוך שמירה על גבול ברור: בעת שקם חשד לביצוע עבירות פליליות (ועבירות שימוש בסמים



הרצאה של קצין מחקר והדרכה מטעם ביה"ס למשפט צבאי לקורס פיקודי לדרג הקצונה, במחנה קרית ההדרכה ע"ש אריאל שרון (צילום: רס"ן זיו יצחקי).

שמציבה כוח רב ואחריות רבה בידי המפקדים, האחראים גם על שמירה על המשמעת וטוהר המידות בצה"ל, שהם ערכי יסוד בארגון. מנגד, הפעלת כוח זה, שלא בהתאם לכללים, עלולה להוביל לפגיעה בזכויותיהם של החיילים וכתוצאה מכך גם לפגיעה במשמעת.

דווקא בצה"ל, המערכת ממנה צמחו הלכות משפטיות כה מהותיות בכל הנוגע להגנה על זכויות חשודים ונחקרים, ראוי להקפיד ולאפשר לכל חייל ונחקר לקבל את זכויותיו כחוק, גם כאשר הוא חשוד בכך שביצע עבירה. תפקידנו כמפקדים וקצינים בצה"ל לוודא כי הדבר אכן מתקיים. לא מן הנמנע כי הדרך שהחלה בפרשת ועקנין ונמשכה בפרשת יששכרוב, תוביל בהמשך להתערבות של הערכאות השיפוטיות ולביטול כתבי אישום כאשר מדובר בתחקורים או חיפושים פיקודיים שהובילו לפגיעה בזכויותיהם של חיילים במסגרת החקירה הפלילית.

במצב דברים זה, וכאשר מפקדים נוטלים לידיהם, בשגגה, סמכויות שאין הם אמונים על ביצוען, נפגעים האינטרס של השמירה על המשמעת הצבאית, ויחד עימם זכויותיהם הבסיסיות של החיילים, שעל המפקדים לשמור. נכון יהיה שהמפקדים בצה"ל יכירו את המסרים הנחרצים של בתי הדין הצבאיים ושל ראשי מערכת האכיפה הצבאית, ואת המגמה ההולכת ומתעצבת בכל הנוגע לחיפושים לא חוקיים שמתבצעים על-ידי הדרג הפיקודי במקום גורמי המשטרה הצבאית האמונים על ביצוע פעולות אלה.

הינן דוגמא מובהקת לעבירות מסוג זה), חל איסור על המפקדים לבצע כל פעולת חיפוש, תחקור או תשאול ועליהם לפנות למצ"ח, הגורם המוסמך לחקירת החשדות.

## סיכום ופנים לעתיד

ההליך הפלילי מחייב לעיתים פגיעה מסוימת בזכויות היסוד של האדם, לשם אכיפתן של נורמות חברתיות ולשם קיומו של סדר ציבורי. עם זאת, יש לוודא כי ההליך הפלילי יהיה הוגן והפגיעה בזכויות אלה תצומצם למינימום ההכרחי. מטעם זה נקבעו כללים העוסקים בהגנה על זכויותיהם של הנחקרים בפלילים, ויש לוודא שזכויות אלה לא נפגעות גם בהליכים החיצוניים להליכי החקירה המוסמכים.

נקיטת עמדה כלפי ראיות שהושגו שלא כדין, מעוררת לעתים קרובות שאלות שניצבות בבסיסה של כל שיטת משפט: מהו תפקידו של ההליך הפלילי בכל הנוגע להגנה על זכויותיהם של מי שחשודים בביצוע עבירות פליליות, וכיצד על בתי המשפט לנהוג באיזון שבין צרכי החברה לזכויות הפרט? האם בירור האמת והענישת העבריין הן מטרות כה חשובות שמקדשות את כל האמצעים?

שאלות אלה נכונות כפליים במערכת הצבאית, כאשר מלבד קיומו של גוף חוקר ומערכת משפט שתפקידה לאכוף את הדין הצבאי, שוררת מערכת יחסים ייחודית ורגישה בין מפקדים לפקודיהם



# סוגיה סבוכה בעליל

ספרו של ד"ר זיו בורר - "הגנת הצידוק עקב ציות לפקודה ופקודות בלתי חוקית בעליל: הדין המצוי והראוי במשפט הישראלי" - הוא יצירה משפטית רחבת יריעה, המבקשת לסקור את כלל הסוגיות הנוגעות לשאלת הציות לפקודה בלתי חוקית, ולתת כלים לזיהויה של פקודה כבלתי חוקית. אבל האם מדובר במשימה אפשרית?



עיתון "מעריב" מיום 12 באוקטובר 1958.



רס"ן (מיל') אורן ליבר, סגן הסנגורית הצבאית הראשית והסנגור המחוזי לשעבר

דילמה זו מתחדדת עוד יותר כאשר אנו מנסים לשים עצמנו בנעליו המאובקות של חייל בשדה הקרב. מצד אחד, החייל מחונך מראשית דרכו לציות ולמשמעת; בשדה הקרב אין בדרך כלל פנאי ומקום לערער על חוקיות הפקודה; החייל לרוב אינו בקי ברזי החוק. מצד אחר, אם יעשה החייל מעשים אסורים - הוא צפוי להיענש. אם כן, כיצד יידע איך עליו להתנהג? האם יש מבחן שלפיו יוכל להחליט מה מותר ומה אסור? החייל נמצא למעשה בין הפטיש לסדן, או כפי שאמרו זאת האנגלים בלשון ציורית: "מצבו של החייל קשה [...] צפו לו מוות בירייה על ידי בית משפט צבאי אם הוא מפר את הפקודה, או מוות בתלייה על ידי שופט וחבר מושבעים, אם הוא מציית לה".<sup>3</sup>

ד"ר זיו בורר נחשב כמומחה לשאלת הפקודה הבלתי חוקית בעליל. כעת, לאחר שנות מחקר רבות, הוא סוקר בספרו **הגנת הצידוק עקב ציות לפקודה בלתי חוקית בעליל: הדין המצוי והראוי במשפט הישראלי** (הוצאת מערכות, 2020), באופן מעמיק ונרחב את הסוגיות הרבות הנוגעות לשאלת הציות לפקודה בלתי חוקית, ומנסה לתת פתרון לדילמה שמתעוררת.

ההקשר הראשוני שעולה כאשר מדברים על פקודה בלתי חוקית בעליל, הוא פרשיית כפר קאסם שאירעה ביומה הראשון של מלחמת סיני - 29 באוקטובר 1956. באותו אירוע ניתנה הנחיה לירות בכל מי שיימצא מחוץ לביתו בשעות העוצר שהוכרז, ובעקבותיה נורו למוות על-ידי לוחמי מג"ב 43 אזרחים תושבי הכפר. פסק הדין בעניין זה טבע את מבחן "הדגל השחור" לבחינת פקודה בלתי חוקית בעליל, לה אין לציית, המוכר לכל מפקד וחייל.<sup>1</sup> ואולם לא צריך להרחיק לכת עד לפרשה זאת. מצב מעין זה יכול להתרחש בחיי היום-יום של כל אחד ממשרתי הצבא. לדוגמה, חייל הנוהג ברכב מקבל פקודה ממפקדו לנסוע מעל המהירות המותרת. החייל מסרב לעשות כן, ומועמד לדין בגין עבירה של אי ציות לפקודה. האם בהיות הפקודה "בלתי חוקית" (במובן זה שהיא מורה לחייל לעבור על החוק) תהיה לחייל הגנה? האם התוצאה תהיה שונה כאשר מדובר בנהג אמבולנס במשימת פינוי רפואי או במקרה שבו המפקד מצווה על החייל לעקוף במקום בו אין שדה ראייה כלל?



## הספר על קצה המזלג

בפתח הספר מציג בורר את הדילמה שהספר מבקש לעסוק בה - העימות שבין החובה לציית לפקודות והנחיצות של המשמעת לתפקודו התקין של צבא, ובין עקרון שלטון החוק - החובה לציית לחוק וקיומם של ערכים אוניברסליים כמו קדושת החיים.

**מצד אחד, החייל מחונך מראשית דרכו לציות ולמשמעת; בשדה הקרב אין בדרך כלל פנאי ומקום לערער על חוקיות הפקודה; החייל לרוב אינו בקי ברזי החוק. מצד אחר, אם יעשה החייל מעשים אסורים - הוא צפוי להיענש**

חייל אחר, במהלך תרגיל, מקבל הוראה לירות לעבר מטרה. החייל מתריע בפני מפקדו שהוא אינו רואה את המטרה, אולם מפקדו שב ומורה לו לירות לעברה. החייל יורה ופוצע חייל אחר.<sup>2</sup> האם היורה אחראי בפלילים לפציעתו של החייל? האם העובדה שמילא פקודה מקנה לו הגנה מאישום?

כך בית הדין ציין, כי בעת מתן הפקודה, לפני שפורסמו הדרגות בצה"ל, חיילים לא ידעו מהי דרגת המפקד. עוד ציין בית הדין, כי רק בסמוך לפני מתן פסק הדין פורסמו הדרגות ובכך הביאו לתיקון "המצב הבלתי נורמלי" הזה. יש כאן מעין חלון המאפשר להביט מעט על הצבא החדש שאך הוקם כצבא של מדינה מספר חודשים קודם, והיה צריך לקבוע את הדרגות של המשרתים במסגרתו ולהסדיר את המדרג ההיררכי בשורות הארגון הצעיר.

פסק דין נוסף מ-1984 הוא בעניין טור' אלקובי<sup>9</sup> - חייל ומפקד שנשעו במשאית צבאית ליחידה אחרת. כאשר הגיעו למקום הבין החייל שהמפקד מתכוון "להשלים ציוד" ולגנוב תחמושת מיחידה אחרת. המפקד הורה לחייל שלא לדומם את המנוע, ולאחר מכן, כאשר התעורר חשדם של השומרים - הורה לו להימלט. החייל הועמד לדין בגין חלקו בעבירה, וטענתו כי היה אנוס למלא את פקודת מפקדו לא התקבלה.

דוגמא נוספת בהקשר זה היא "פרשת הטנקים"<sup>10</sup>. באירוע זה קיבלו חיילים בסדנה לתיקון טנקים פקודה לחבל במנועי טנקים המגיעים לתיקון. זאת, במטרה שהטנקים יועברו לתיקון במקום אחר במקום לבצע טיפול שגרתי או תיקון קל, וכך יפחת העומס על הסדנה. המקרה התגלה למצ"ח על-ידי חיילי מילואים שעבדו בתיקון המנועים, ועונשי מאסר נגזרו על החיילים.

## הפתרון הנהוג במשפט הישראלי - מתן עדיפות לערך המשמעת הצבאית על-פני שלטון החוק, אלא אם מדובר בפקודה בלתי חוקית בעליל

חלק לא מבוטל מהאירועים המוזכרים הם מימי האינתיפאדה הראשונה (או בסמוך אליהם), ויש בהם בכדי להצביע על המתח שהיה קיים באותם שנים ועל ההתמודדות המורכבת עם הטרור הפלסטיני, ועל ההתאמות המתחייבות לאופיו של הצבא. אירועים רבים ומוזכרים מוזכרים שם - פרשת גבעתי א',<sup>11</sup> עניין סמל אנקונינה,<sup>12</sup> עניין סמל בן גיגי<sup>13</sup> ועוד - הידוע שבהם הוא ההעמדה לדין של אל"ם יהודה מאיר, שנתן פקודה להכות תושבים מקומיים שהשתתפו בהפרות סדר המוניות.<sup>14</sup>

יש גם אירועים מוכרים פחות. כך, למשל מוזכרת "פרשת גולני"<sup>15</sup> מתחילת 1988. במקרה זה, הבחינו חיילי הכוח בצעיר שיידה אבנים לעברם ונמלט לאחד הבתים. הכוח פרץ לבית ועצר את הצעיר. במהלך הבאתו למתקן המעצר הוכה הצעיר על-ידי קצין וחייל באמצעות אלות, ולהגנתם טענו הקצין והחייל כי פעלו בהתאם לפקודת המח"ט והמג"ד. בית הדין בחן את נסיבות המקרה וזיכה את השניים, מפאת צידוק, וזאת לאור הפקודה של המפקדים הבכירים. בספר מצויות פרשיות מפורסמות וחמורות יותר, כמו למשל "אסון אילת"<sup>16</sup> שאירע בינואר 1970. באותו מקרה, לאחר פשיטה על אי בשליטת מצרים, הפליגה ספינת חיל הים אח"י "בת-שבע" משארם א-שייח' לאילת כשעל סיפונה חיילים וציוד צבאי הקשורים למבצע. כאשר עגנה באילת הורדה ממנה משאית עמוסה מוקשים, ובעת פריקתה התפוצצו המוקשים. 24 חיילים ואזרחים עובדי צה"ל נהרגו, ורבים אחרים נפצעו. בעקבות זאת, חמישה חיילים הועמדו לדין. מן החקירה עלה, כי המוקשים חומשו (כלומר הוכנסו לתוכם נפצים) מבעוד מועד, וכך הועברו מהאי בדרכם אל הבסיס, בלי שנפרקו לפני העמסתם לספינה ולמשאית.

ההתנגשות בין אינטרסים אלה יכולה לבוא לידי ביטוי בשני מצבים: הראשון, כאשר חייל אינו מבצע פקודה ומועמד לדין בשל כך. במצב כזה, החייל יוכל לטעון להגנה משפטית ופטור מאחריות פלילית, אם "ברור וגלוי שהפקודה שניתנה לו היא בלתי חוקית".<sup>5</sup> השני, מקרה שבו החייל עובר עבירה פלילית עקב מילוי פקודה שקיבל. אם יועמד לדין על ביצוע העבירה, הרי שתחול הגנת הציודק והוא יזוכה בדין אם יוכח שהוא עשה את המעשה בהתאם לפקודה שהוא היה חייב לציית לה, למעט אם "הצו הוא בעליל שלא כדין".<sup>6</sup>

בהמשך מציג המחבר את הפתרון הנהוג במשפט הישראלי - מתן עדיפות לערך המשמעת הצבאית על-פני שלטון החוק, אלא אם מדובר בפקודה בלתי חוקית בעליל. כלומר אם חייל יסרב לבצע פקודה - הוא יהיה פטור מאשמה רק אם הפקודה היא בלתי חוקית בעליל. ומן הצד האחר, אם החייל ביצע עבירה פלילית בשל מילוי פקודה, הוא יהיה אשם בפלילים רק אם הפקודה שמיאל הייתה בלתי חוקית בעליל. כלומר הגנת "אני רק מילאתי פקודה" לא תחול במקרה בו הפקודה היא בעליל לא חוקית.<sup>7</sup> לאחר מכן, עובר ד"ר בורר לבחון לעומק את התנאים לקיומה של ההגנה המשפטית - הידועה במינוח המשפטי "הגנת הציודק", ומציע בחינה בת כמה שלבים הבוחנת אם מדובר בפקודה בלתי חוקית בעליל:

- א. האם מדובר בפקודה בכלל? לצורך כך, נבחנת השאלה מיהו מפקד, והאם ההוראה ניתנה במסגרת יחסי מפקד-פקוד;
- ב. קשר סיבתי. האם המעשה שעשה החייל נבע מהפקודה והפקודה הייתה רלוונטית אליו; והאם מדובר בפקודה שיש לצידה סנקציה בגין אי ציות לה;
- ג. האם הפקודה היא בלתי חוקית? למשל האם יש דבר חקיקה ישראלי או איסור בדין הבין-לאומי שאוסר את ביצוע המעשה שבפקודה;
- ד. האם הפקודה היא בלתי חוקית בעליל? זוהי, למעשה, השאלה המורכבת ביותר, שחלק גדול מן הספר עוסק בה. לשאלה זאת חשיבות מכרעת שכן בהתאם לה יוכרע אם חובה על החייל לקיים את הפקודה, והאם תיתן הגנה למי שעבר עבירה בקיומה.

### אוצר בלום היסטורי

לפני שנדון בדרכים לפתרון דילמת הציות לפקודה בלתי חוקית בעליל, מצאתי להקדיש מספר מילים על האוצר ההיסטורי, המצוי בסוף הספר, בנספחים - 31 פסקי דין מלאים מהשנים 1948-1990. פסקי הדין מגוללים סיפורים מעניינים ואירועים היסטוריים, הנותנים הצצה אל צה"ל ודרך עיצובו לאורך השנים.

הספר גדוש במקרים, תקריות ואירועים שונים שהתרחשו בצה"ל במהלך השנים, שלציבור אין נגישות אליהם או שהם אינם מוכרים. במובן זה, הספר כולל בתוכו אירועים היסטוריים מרתקים, אשר גם אם לא כולם הם אירועים בקנה מידה של "אירועי כפר קאסם", הרי שיש בהם כדי ללמד אותנו על התפיסות של הצבא במשך השנים, וכיצד התמודד עם אירועים שונים. הדוגמאות הרבות שמובאות בספר לא רק שאינן מייגעות, אלא שהן מוסיפות עניין לקריאה ואף ניתן לומר שהן מצדיקות עיון בספר כשלעצמן - לפחות מנקודת מבט של חובבי היסטוריה של צה"ל.

למשל מובא פסק הדין בעניינו של אפפל<sup>8</sup> מ-1948. מדובר בחייל שקיבל פקודות משני מפקדים, ולא ידע לאילו מהפקודות לציית - פקודת הרס"ל הגדודי או פקודת מפקד אחר שנתן לו הוראה סותרת. בית הדין הצבאי העליון זיכה את החייל, והעיר מספר הערות מהן ניתן ללמוד על צה"ל בראשית ימיו.



שלד המשאית שנותר לאחר הפיצוץ (באדיבות: ניר מאור, מוזיאון ההעפלה וחיל הים).

יש גישות משפטיות רבות, אולם אני כלל לא בטוח שלחייל הנמצא בשטח יש כלים ליישם אותן. בסופו של דבר, העניין החשוב הוא בהכוונת ההתנהגות של החייל ולא בבחינה בדיעבד של מעשים שכבר נעשו. אף המחבר מצייץ, ובצדק, כי כל אחת מהגישות השונות מעוררת קשיים כאלה שמטילים ספק ביכולתן לשמש כלי איזון מתאים בין עיקרון שלטון החוק ובין הצורך במשמעות.

לנוכח זאת הוא מנסה להציע גישה המשלבת את היתרונות שבכל אחת מהגישות. הגישה, המכונה "הגישה המשלבת", שמה דגש על חובת הבירור והדיווח של חייל, כלומר על החייל להעביר למפקדו את כלל הנסיבות והעובדות שמתקיימות, ועל בסיסן המפקד צריך לקבל החלטה ולתת פקודה.

המפקד צריך לוודא שהפקוד יבין את הרציונל שעומד מאחורי הפקודה, והכול מוביל להליך של בירור שבעקבותיו החייל יקבל פקודה ברורה ומובנת.

בשלב זה נותרנו עם שלוש אפשרויות: החייל סבור שהפקודה חוקית ואז עליו לציית לה; החייל חושד שהפקודה אינה חוקית; החייל יודע באופן פוזיטיבי שהפקודה אינה חוקית.

כאשר החייל חושד שהפקודה אינה חוקית, עליו, בהתאם לגישה זו, לציית לה אלא אם היא פוגעת בערכים חברתיים או עקרונות צבאיים חשובים, כמו: פקודה המורה לפגוע באזרחים; פקודות עונשיות שתוצאתן השפלה חמורה; פקודה המורה על ביצוע מעשה פלילי חמור וכדומה.

כלומר במקום שבו מתעורר חשד אצל החייל, והפקודה דורשת לעשות מעשה שפוגע בערכים משמעותיים, כמו פגיעה באזרחים, אזי עליו לסרב לבצע.

שניים מהנאשמים טענו כי טיפלו במוקשים באופן הזה בהתאם להוראת מפקדם. בית הדין הרשיע אותם, תוך שהוא דחה את טענותיהם וציין, כי גם אם אכן ניתנה פקודה כפי שהם טענו - הרי שמדובר בהוראה בלתי סבירה, בלתי שקולה ומסוכנת, והיה עליהם להפעיל את שיקול דעתם ולנהוג בהתאם למידת הזהירות המתחייבת.

## בלתי חוקי בעליל - איך החייל ידע?

השאלה העיקרית היא גם המסובכת ביותר - כיצד יוגדר מה הוא בעליל בלתי חוקי ומה לא? במילים אחרות, איך החייל הפשוט יודע אם ההוראה שהמפקד נתן לו היא בלתי חוקית בעליל, ושעליו להימנע מלציית לה?

הספר סוקר בהרחבה את הגישות השונות שעלו בפסיקה במהלך השנים. תחילה מוצגות שתי קצות הסקאלה: בקצה אחד, גישת המעדיפה את עיקרון המשמעות, ועל כן תעדיף את הציות לפקודה ותיתן הגנה מרחיבה למי שציית לפקודה גם אם תוכן הפקודה פוגע בשלטון החוק; בקצה אחר, גישה המבכרת את עיקרון שלטון החוק, ותעניק הגנה לחייל שלא מציית לפקודה שפוגעת באינטרס זה, ותשלול ממנו הגנה על מעשים לא חוקיים שביצע כשציית לפקודה. ניתן לחלק את הגישות לשתי קבוצות: האחת היא קבוצת הגישות הנורמטיביות, שלפיהן אין משמעות למה שהחייל סבר בכל הנוגע לחוקיות הפקודה, אלא מה שיכריע הוא חומרת המעשה או הפגיעה בערכים יסודיים; האחרת, קבוצת הגישות העובדתיות, המתמקדות בידיעתו של החייל אודות אי חוקיות הפקודה, לרבות אם חייל סביר במצבו היה צריך לדעת זאת.



בנו אלא שניים מהשופטים באחד היוונים, שנערכו בעקבות הסתה ובקשות שורחוני, למען קוראי "מערכות", את הזריות ביניהם. ולכן דברי שניים מהם: האחד – אליהם נגד הדר, הפקולטת הבאה הראשי – כי נוצר המסע המבואר בכלל תועלת לפקודת בנותן מן ההיסטוריונים, והאחר – טאל בנטינו שיש – מן ההיסטוריונים.

# פקודה בלתי חוקית

**האם חייב חייל לציית לכל פקודה הניתנת לו, או שמא קיימות פקודות לחן הוא רשאי, ואף חייב, שלא לציית?**

קובץ: חייל שבכדי לא קיים פקודה שניתנה לו מאת מפקד תוך מילוי תפי קידו, או סירוב לציית בהן בדיבור ובן בהתנהגות, דינו – מאסר שלוש שנים; עבר את הגבירה תוך פעולה קרובה של יחידות. דינו – מאסר שבע שנים. ואם עבר את הגבירה בפעולה קרובה נוח הארץ. דינו – מאסר חמש שנים. קובץ: סוף 123 – יא. קיום תקופה – קובץ: חייל שלא קיים פקודה שניתנה לו על-ידי מפקד, דינו – מאסר חמש שנים; עבר את הגבירה תוך פעולה קרובה של יחידות. דינו – מאסר שבע שנים. סוף 124 – הוראות – קובץ: חייל שקיים ברשלנות פקודה או הוראה שניתנה לו, או שהחריף במילוי הפקודה כאמור, דינו – מאסר שנתיים. הנוגד שניגוד מהותי אי-יכולי הפקודה ברור ומסול: א. הנוגד שניגוד בשל אי-ביצוע המשימה המוטלת בפקודה; ב. הנוגד הנגדם למשמעת המבצעת עבד כל גילוי של הפרת משמעת. בהחזיר הנבאים חוזר והדגיש כי הכלל הוא שחייב חייל לציית ללא היסוס, לכל פקודה הנראית חוקית; אין זה מתקבל על הדעת שחייל יפקוד כל פקודה שניתנה לו מטעם מפקדו ויחליט מרי סנס אם הוא חוקית או בלתי

אלוף-משנה צבי הדר, פרקליט צבאי ראשי

"מערכות" גיליון 225, ספטמבר 1972.

## סיכום

מדובר בספר רחב יריעה שמבקש להקיף את כל הסוגיות שעולות מהנושא המורכב של פקודה בלתי חוקית בעליל. הספר מנסה לנתח את כל תתי השאלות שעשויות לעלות בהקשר לשאלה זאת, תוך ניתוח מובנה ביותר שלהן. ככזה, מדובר בספר חובה שעל עורך דין ומשפטן לעיין בו כאשר הוא נתקל בשאלה הנוגעת לסוגיה זאת. מבנה הספר מסייע למסגור השאלה הספציפית שעולה מתוך הסוגייה, כמו היותו של המפקד מוסמך; האם מדובר בפקודה או בבקשה; האם הפקודה בכלל אינה חוקית ואיזה נורמה היא סותרת וכדומה.

עם זאת, לטעמי הספר לא מצליח לתת תשובה ברורה שיכולה לסייע לחייל הפשוט כאשר הוא נתקל בשאלה האם עליו לציית לפקודה שנראית לא בלתי חוקית. הניתוחים המשפטיים מתאימים יותר לבחינה בדיעבד, אבל אין בהם כדי לספק כלים חד-משמעיים לחייל. גם הגישה החדשנית של ד"ר בורר, אין בה, לטעמי, כדי לחלץ את החייל מבין הפטיש לסדן.

ואולי לא יכולה להיות תשובה חד-משמעית לכך. כפי שעולה מפסקי הדין הרבים שמובאים בספר, הרי שהפסיקה בישראל במהלך השנים והפסיקה הזרה מציגות גישות שונות, שמביאות במקרים מסוימים לתוצאות שונות. יש קושי בקביעת מבחן ברור לזיהוי פקודה בלתי חוקית בעליל, ומקבל הפקודה עלול להיות במצב שבו הוא לא יודע כיצד לפעול, וקושי זה יכול להביא לעשיית פעולות שאינן רצויות או מחדל מלבצע פעולות רצויות. עם זאת, נראה שבתי הדין מודעים לקושי זה בבואם להכריע את גורלו של החייל מקבל הפקודה (להבדיל מהמפקד נותן הפקודה), ונותנים לכך משקל בעת קבלת החלטה בעניינו.

זהו ספר חובה לעורך דין שסוגיית פקודה בלתי חוקית מובאת לפתחו, אך גם מפקדים, חיילים וחובבי היסטוריה צה"לית ימצאו בו עניין.

**ד"ר זיו בורר הוא קצין משפטים במילואים, אשר שירת בפרקליטות הצבאית בשירותו הסדיר ונמנה על מערך המילואים שלה.**

חייל היודע באופן פוזיטיבי שהפקודה שניתנה לו היא בלתי חוקית, צריך לסרב לציית לפקודה אם היא פוגעת בערכים חברתיים או עקרונות צבאיים חשובים, או שעניינה של הפקודה אינו בפעילות הרגילה שלו (למשל חייל שמקבל פקודה לצבוע את הבית של המפקד). מאפיינים ונסיבות אלה הם שהופכים אותה מפקודה בלתי חוקית "סתם", לפקודה בלתי חוקית בעליל.

הגישה המשלבת מנסה לשלב בין הרצון לשמור על שלטון החוק ולמנוע מעשים בלתי חוקיים, ובין חשיבות המשמעת וביצוע פקודות לתפקודו התקין של הצבא ולמילוי מטרותיו. לשם כך, הגישה נותנת משקל רב לנסיבות קבלת הפקודה, לרבות הבחנה בין נסיבות מבצעיות לנסיבות רגילות והבחנה בין תפקידי החיילים המקבלים את הפקודה.

המבחנים שמציב ד"ר בורר יכולים להביא לתוצאה "צודקת" יותר, שכן הם נותנים משקל רב להצדקה במעשים או בהימנעות מהמעשים של החייל, תוך שמירה על הערכים שציינו לעיל. כך, במקום שההצדקה למעשה, שמצווה הפקודה לעשות, היא פחותה, ייתן משקל גדול יותר לעיקרון שלטון החוק. גם שאלת הידיעה או החשד בנוגע לאי חוקיות הפקודה, תורמת לשיקולים המצדיקים פעולה של החייל ולהגנה עליה.

# הגישה המשלבת מנסה לשלב בין הרצון לשמור על שלטון החוק ולמנוע מעשים בלתי חוקיים, ובין חשיבות המשמעת וביצוע פקודות לתפקודו התקין של הצבא ולמילוי מטרותיו. לשם כך, הגישה נותנת משקל רב לנסיבות קבלת הפקודה, לרבות הבחנה בין נסיבות מבצעיות לנסיבות רגילות והבחנה בין תפקידי החיילים המקבלים את הפקודה.

אבל האם מבחן זה נותן מענה לחייל שנמצא בשטח ומקבל פקודה "חשודה", ושואל האם עליו למלא אותה? האם המבחן יעזור לו להרים דגל גם אם מלכתחילה הוא לא חושד שהפקודה לא חוקית? האם המבחן נותן כלים שיעזרו לחייל לדעת כיצד עליו לפעול? לטעמי, הגישה המשלבת, שמורכבת ממספר שלבי בחינה שונים וממספר שיקולים שיש לאזן - טיב הידיעה של החייל; סוג הפקודה; האם מדובר בפעילות שגרתית - עדיין לא מאפשרת בחינה מהירה של החייל ולא מציעה לו סימנים מספיק ברורים לקבלת החלטה חד-משמעית. אומנם, הגישה אכן מובילה לאיזונים טובים וצודקים יותר בשאלה האם זו פקודה שיש לבצע, אולם נראה שדווקא לחייל הפשוט יהיה קשה יותר לבצע איזונים אלה בשטח. את האיזון הנכון יוכל לעשות בית המשפט, בדיעבד. נראה, כי אף המחבר היה מודע לקושי זה. ד"ר בורר מציין, כי את המבחן שגישה זאת מציעה "אי אפשר לנסח במשפט אחד חד וקולע. היא דורשת הליך בחינה מפורט יותר הן ממקבל הפקודה בעת קבלתה והן מבית המשפט בדיעבד". במילים אחרות, הגישה האמורה מצריכה בחינה לא טריוויאלית של הדברים על-ידי החייל מקבל הפקודה, ולא בהכרח תיתן בידיו כלים מעשיים לפתור את השאלה הסבוכה האם הפקודה בלתי חוקית בעליל.



**מאיר שמגר: ארכיטקט המשפט הצבאי (עמ' 4)**

מאמר זה מבוסס על הרצאה שמסר הפצ"ר לשעבר, אלוף (מיל') שרון אפק, בצוותא עם רס"ן יזהר יצחקי, שכיהן כראש צוות המורשת דאז בפרקליטות הצבאית, בכנס שנערך ב־8 בינואר 2020 לקצונת הפרקליטות הצבאית, סמוך לפטירתו של שמגר.

1 שלמה גזית "פיתרון לכל בעיה - זיכרונות משנות עבודה משותפת עם מאיר שמגר ז"ל", *JokoPost.com*, 28 באוקטובר 2019.

2 הפרטים העובדתיים בפרק זה, כמו גם ביתר פרקיו של החיבור, מבוססים על דבריו של שמגר בראיונותיו ובכתיבה הביוגרפית והאוטוביוגרפית על קורותיו. בפרט, נשענו על המובא בספרם של אליחי שילה, אביחי יהוסף, יאיר טייטלבוים, יובל תמיה, נפתלי פורת, שירה זילכה, שירי ליברמן שלו ושלומי שורף ללא גלימה: שיחות עם שופטי בית המשפט העליון (ענת סרגוסטי עורכת 2017), וכן בספרו האוטוביוגרפי של מאיר שמגר תם ולא נשלם: פרקי חיים, משכל, 2015.

3 ע/52/22 (ערעורים צה"ל) טוראי בוגאנים נ' התובע הצבאי הראשי פד"ץ 1951-1953 (1954); עומרי גור-אפטר "1967 - על הדין החל בשטחים המוחזקים: מאמר הפרקליט הצבאי הראשי", מיזם שבעים שנות משפט צבאי, 2020.

4 ע"פ 486/88 סמל-ראשון דוד אנקונינה נ' התובע הצבאי הראשי פ"ד מד(2) 353 (1990); סגן רון שטאובר, "1987 - פרשת אנקונינה", מיזם שבעים שנות משפט צבאי, 2020.

5 התוספת הראשונה לחוק השיפוט הצבאי, התשט"ו-1955 ס"ח 189.

6 שמגר, תם ולא נשלם, 2015, עמ' 68-72.

7 אל"ם י' זהר, "מה חידש חוק השיפוט הצבאי - התשט"ו-1955", מערכות צ"ה (ספטמבר 1955), עמ' 26.

8 אל"ם אלון קלוס, "בניין הכוח של צה"ל - מעבר לתכנון יזום", מערכות 461 (יוני 2015), עמ' 17; וכן את הספרות התורתית בנושאי בניין הכוח, המתפרסמת מטעם חטיבת תוה"ד.

9 סרן ריבי דהאן, "1964 - תיקון החש"ץ: כפיית טיפול על חייל בעל כרחו", מיזם שבעים שנות משפט צבאי, 2018.

10 סגן דורין אלישע, "1985 - תיקון 17 לחוק השיפוט הצבאי: חיזוק עצמאות מערכת המשפט הצבאית", מיזם שבעים שנות משפט צבאי, 2018.

11 מאיר שמגר, "יובל למשפט הצבאי", משפט וצבא 14 (1999), עמ' 22-11.

12 האימרה מיוחסת באופן נרחב לתוקידידס היווני, בכתובים ובמרשתת - אך כנראה בשגגה. להרחבה, ראו את הציטוט המוכר והמתוקף יותר, כפי שמופיע בספר הביוגרפי שכתב סר ויליאם

פרנסיס באטלר על הגנרל הבריטי צ'רלס ג'ורג' גורדון - WILLIAM FRANCIS BUTLER, CHARLES GEORGE GORDON - ENGLISH MEN OF ACTION (1982) p. 85

13 סרן לידיה שבצוב, "2007 - הקמת מערך הייעוץ האופרטיבי בצה"ל", מיזם שבעים שנות משפט צבאי, 2018.

14 סגן אינה אברמוב, "1963 - להקדים משפט למכה בהיערכות לממשל צבאי: ארגזי הפח במפצ"ר", מיזם שבעים שנות משפט צבאי, 2018.

15 שרית משגב וד"ר טל משגב, "1956 - מבצע קדש: הממשל הצבאי הנשכח", מיזם שורשים במשפט, 2019.

16 רון דרוה, "הגל עדיין בעיצומו: ראיון עם נשיא בית המשפט העליון בדימוס מאיר שמגר", עורך הדין 1 (2008), עמ' 22.

17 שמגר, תם ולא נשלם, 2015, עמ' 82-89, 107-109.

18 MILITARY GOVERNMENT IN THE TERRITORIES ADMINISTERED BY ISRAEL 1967-1980: THE LEGAL ASPECTS (Meir Shamgar ed., 1982)

19 עומרי גור-אפטר "1967 - על הדין החל בשטחים המוחזקים: מאמר הפרקליט הצבאי הראשי" מיזם שבעים שנות משפט צבאי, 2020.

20 מאיר שמגר, "יובל למשפט הצבאי", משפט וצבא 14 (1999), עמ' 18.

**מאיר שמגר: מייסד התפיסה המשפטית באזור יהודה והשומרון (עמ' 12)**

1 צבי ענבר, "הפרקליטות הצבאית והשטחים המוחזקים", משפט וצבא 16 (תשס"ב) 149, בעמ' 156.

2 סא"ל ארז חסון ורס"ן טובי הארט, שיחה עם הפרקליט הצבאי לשעבר, תא"ל (מיל) דב שפי, אתר הפרקליטות הצבאית במרשתת, <https://www.idf.il/media/34472/%D7%A9%D7%A4%D7%99-%D7%A9%D7%A4%D7%99.pdf>

**שיחה עם דב שפי**

3 שמגר, תם ולא נשלם - פרקי חיים, משכל - ידיעות אחרונות, תל אביב, 2015, עמ' 78-79.

4 ענבר, "הפרקליטות הצבאית והשטחים המוחזקים", עמ' 151.

**מאיר שמגר, תם ולא נשלם, עמ' 78.**

5 ענבר, שם. עמ' 151-153.

6 **שיחה עם דב שפי**, ר' גם ענבר, "הפרקליטות הצבאית והשטחים המוחזקים", עמ' 156.

7 ענבר, "הפרקליטות הצבאית והשטחים המוחזקים", עמ' 154-153.

8 שמגר, תם ולא נשלם, עמ' 83-77. ר' גם: סגן אינה אברמוב, "1963



11	סעיף 404 לחוק השיפוט הצבאי, התשט"ו-1955. התיקון התקבל בכנסת ביום כ"ב באדר התשע"א (28 במרס 2011).
12	ככלל - עבירות מסוג עוון (קרי, שעונשן פחות מ-3 שנים), כאשר העונש שפסק בית הדין אינו עולה על שני חודשי מאסר בפועל, או שלושה חודשים שחלקם בעבודה צבאית, או ארבעה חודשים שכולם בעבודה צבאית (סעיף 404 לעיל, ס"ק (ב)).
13	בג"ץ 5000/95 <b>ברטלה נ' הפצ"ר</b> , פ"ד מט(5) 64 (1995). ראו גם: בג"ץ 7442/96 <b>אורנשטיין-זהבי נ' הפצ"ר</b> (פורסם באתר הרשות השופטת, 18.1.1999).
14	הנחיית התצ"ר מס' 3.07 "הסדרים מותנים והסדרי הקפאה", ס' 6.
15	ע"מ 33/95 <b>רב"ט אסעד ויסאם נ' התצ"ר</b> , פסק דינו של השופט תא"ל (כדרגתו אז) מנחם פינקלשטיין (פורסם במאגר "נבו", 6.12.95)
16	ע"מ 25/98 <b>בן חנו נ' התובע הצבאי הראשי</b> , פסק דינו של השופט תא"ל (כדרגתו אז) מנחם פינקלשטיין (פורסם במאגר "נבו", 7.6.1998).
17	ראו למשל, ע"מ/מ' 58/17 <b>יפמנקו נ' התובע הצבאי הראשי</b> , פס' 48 להחלטת המשנה לנשיא מרקמן (פורסם בנבו, 24.8.2017).
18	הצעת חוק יסוד: זכויות בהליך הפלילי, הצעות חוק הממשלה - 1523, כ"ט באדר א' התשפ"ב, 2.3.2022, עמ' 713.
19	בג"ץ 4541/94 <b>מילר נ' שר הביטחון</b> , פ"ד מט(4) 94 (1995).
20	חוק שירות ביטחון [נוסח משולב], תתשמ"ו-1986, סעיף 16א.
21	הפקודה מכירה גם בטעמים רפואיים ככאלה העשויים להצדיק מתן היתר לגידול זקן.
22	בג"ץ 205/94 <b>עקיבא נוף נ' מדינת ישראל - משרד הביטחון</b> , פ"ד נ(5) 449 (1997).
23	בג"ץ 5802/15 <b>אצ'ילדיבי נ' צה"ל</b> (פורסם באתר הרשות השופטת, 30.11.2015); בג"ץ 1597/16 <b>רונן נ' צה"ל</b> (פורסם באתר הרשות השופטת, 13.4.2016).
24	בג"ץ 6493/18 <b>רוט נ' מפקדת בס"כ 396 (כלא 6)</b> (פורסם באתר הרשות השופטת, 9.9.2018).
25	בג"ץ 598/16 <b>טל נ' מפקד זרוע היבשה - צה"ל</b> (פורסם באתר הרשות השופטת, 24.2.2016).
26	בג"ץ 5799/12 <b>לורך נ' משרד הביטחון</b> (פורסם באתר הרשות השופטת, 12.11.2015).
27	סעיף 3 לחוק השיפוט הצבאי, התשט"ו-1955.
28	הקדמה מאת השופט מישאל חשין, מתוך: נמרוד קוזלובסקי, <b>המחשב וההליך המשפטי: ראיות אלקטרוניות וסדרי דין</b> , (הוצאת לשכת עורכי הדין, 2000).
29	"ערך יסוד הממלכתיות יתווסף ל'רוח צה"ל", אתר צה"ל, 12.7.22.
30	בג"ץ 6601/95 <b>שמגר נ' ראש המטה הכללי</b> , פ"ד מט(5) 240 (1996).
31	פ"מ 8.0105 "פעילות ציבורית של אנשי צבא, התבטאויות פומביות וקשר עם עיתונאים, עם הציבור ועד הדרג הממלכתי הבכיר", סעיף 23 (בעבר, פ"מ 33.0116).
32	להרחבה ראו: בג"ץ 5744/16 <b>בן מאיר נ' הכנסת</b> (פורסם באתר הרשות השופטת, 27.5.2018).
33	שם, בעמ' 243.
34	בג"ץ 6556/11 <b>גליקמן נ' מפקד זרוע היבשה, צה"ל</b> (פורסם באתר הרשות השופטת, 5.10.2011).
35	מלצר, לעיל ה"ש 7, 353. ראו גם: חנן מלצר "התערבות בג"ץ בפעולות רשויות הצבא הפיקודיות והמנהליות לתקופותיה" <b>משפט וצבא</b> 11-12, 35 (1991).
36	ראו דברי פרופ' יצחק זמיר בסימפוזיון "היקף פיקוח בית המשפט העליון על רשויות הצבא", פורסם ב <b>משפט וצבא</b> 11-12, 1, בעמ' 7 (1991).
37	"כבוד האדם בצה"ל - זכויות הפרט כאדם וכחייל", בית הספר למשפט צבאי, 1999.
38	"כבוד האדם בצה"ל", ענף ייעוץ וחקיקה בפרקליטות הצבאית, דצמבר 2000.
39	מאיר שמגר, <b>תם ולא נשלם - פרקי חיים</b> , משכל - ידיעות אחרונות, תל אביב, 2015, עמ' 64.
40	מאיר שמגר, "על הלחימה בטרור ועל הפרקליט הצבאי הראשי" <b>ספר מנחם פינקלשטיין</b> (התשפ"א-2020), עמ' 278.
41	עניין <b>שרגאי</b> , לעיל ה"ש 1.

## **המרכיב המשפטי בעשיית המפקד הצבאי (עמ' 32)**

1	זיו בורר, "משפטנים בלחימה - מי צריך אותם בכלל", המכון למחקרי ביטחון לאומי (28 במרס 2014)
2	ניר קידה, "דוד בן גוריון וחוק השיפוט הצבאי" משפט וצבא 17 (התשס"ד-2004) עמ' 409.
3	עודד מודריק, <b>שפיטה צבאית</b> (תשנ"ג-1993) משרד הביטחון הוצאה לאור בעמ' 48.
4	סעיפים 177 ו-178 לחוק השיפוט הצבאי, התשט"ו-1955.
5	דוד בן גוריון, <b>יחוד ויעוד דברים על בטחון ישראל</b> , מערכות, תל-אביב, 1971, עמ' 187.
6	ספר שמגר סיפור חיים, ההוצאה לאור של לשכת עורכי הדין תשס"ג 2003 עמ' 161.

## סוגיה סבוכה בעליל (עמ' 46)

- 1 ע/279/58 עופר נ' התובע הצבאי הראשי (להלן - עניין עופר).
- 2 ע/131/60 התובע הצבאי הראשי נ' קוזוכוביץ (מזבא בנספח י"ז לספר)
- 3 The position of a soldier is in theory עניין עופר, לעיל. המקור: and may be in practice a difficult one. He may, as it has been well said, be liable to be shot by a court-martial if he disobeys an order and to be hanged by a judge and 'jury if he obeys it
- 4 למשל בגין עבירה של אי קיום פקודה לפי סעיף 123 לחוק השיפוט הצבאי, התשט"ו-1955.
- 5 סעיף 125 לחוק השיפוט הצבאי, התשט"ו-1955.
- 6 סעיף 34(ג2) לחוק העונשין.
- 7 כלומר כאשר מדובר בפקודה שהיא בלתי חוקית "סתם" (כלומר לא "בעליל") הרי שהחייל חייב לציית לה והוא לא יענש על ביצוע עברה בשל קיום הפקודה.
- 8 ע/138/48 אפפל נגד התובע הצבאי הראשי.
- 9 ע/264/84 טור' אלקובי נ' התובע הצבאי הראשי.
- 10 ע/169/81 אבי נ' התובע הצבאי הראשי.
- 11 דר/248/88 התובע הצבאי נ' סמ"ר אדלר.
- 12 ע"פ/486/88 אנקונינה נ' התצ"ר.
- 13 ע/218/90 בן גיגי נ' התובע הצבאי הראשי.
- 14 בג"ץ 425/89 צופאן נ' הפצ"ר.
- 15 ע/556/88 התובע הצבאי נ' אליהו שריקי.
- 16 ע/2/71 סגן שמואל נ' התובע הצבאי הראשי, שלושה מעורבים נוספים זוכו מכל אשמה.

- 7 אריק ברבינג (האריס) ואור גליק, "טרור הבוודים - השב"כ במערכת 'גודל השעה'", בין הקטבים 22-23 (אוקטובר 2019), עמ' 127.
- 8 ערן ניב, **בגבורה בתבונה ובטהרה - מדיניות הפעלת הכוח באיו"ש**, (אוגוסט 2019)
- 9 בהתאם לסעיף 539א לחוק השיפוט הצבאי, התשט"ו 1955, חומר תחקיר צבאי הינו חסוי ולא יתקבל כראיה במשפט. הפרקליט הצבאי הראשי רשאי לעיין בחומר תחקיר צבאי, ואם מצא כי הוא מגלה חשד לביצוע עבירה המצדיקה בדיקה או חקירה על ידי גוף חוקר, הוא רשאי, לאחר שנועץ בקצין שדרגתו אלוף לפחות, להורות בכתב לגוף החוקר לפתוח בחקירה. חומר התחקיר לא יימסר לגוף החוקר.
- 10 משנה, אבות ב ד.
- 11 מצפן הרמטכ"ל מס' 1 (יוני 2019), עמ' 23. ראו גם: [https://www.youtube.com/watch?v=\\_HgOlzrDSYQ](https://www.youtube.com/watch?v=_HgOlzrDSYQ)
- 12 ע/177/79 סגן אבי נ' התצ"ר
- 13 בג"ץ 143/12 גילאני נ' היועץ המשפטי לממשלה
- 14 שם, פסקה 24.
- 15 לסקירת השיקולים הרלבנטיים לשאלת הנקיטה בהליכים פלייליים או פיקודיים בגין התרשלות באירוע מבצעי ראה בג"ץ 4550/94 ניסים אישה נ' היועץ המשפטי לממשלה ואח', פ"ד מט(5) 859, בעמ' 871-869.
- 16 בג"ץ 10782/05 בן יוסף נ' השופט דוד מינץ.
- 17 בג"ץ 10682/06 אטרש נ' הפרקליט הצבאי הראשי (לא פורסם, 18.6.07)

## הגבול שבין אחריות פיקודית לביצוע חקירה: כלל פסלות הראיות במשפט הצבאי (עמ' 40)

- 1 ע"פ 5121/98 טור' רפאל יששכרוב נ' התובע הצבאי.
- 2 אהרון ברק "שיטת המשפט בישראל - מסורתה ותרבותה" הפרקליט מ (תשנ"ב) 197, 208.
- 3 פקודת מטכ"ל 33.0304 "בדיקה וחקירת מצ"ח", הקובעת שורת עבירות בהן יחידת מצ"ח היא המוסמכת לערוך בדיקה וחקירה ולא מפקדי החייל החשוד, בהן עבירות סמים.
- 4 ע/6/09 בעניין רב"ט א' א' נ' התצ"ר.
- 5 ע/41/11 רב"ט ב' ט' נ' התצ"ר.
- 6 ערעור 35,37/16 התצ"ר נ' ד' ח'.

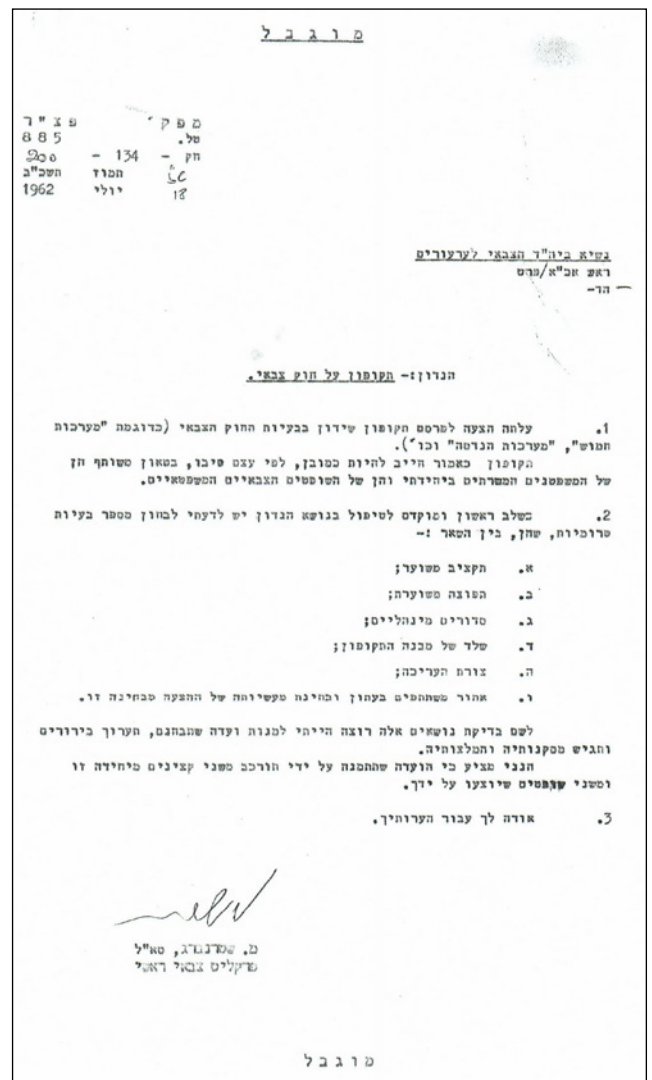
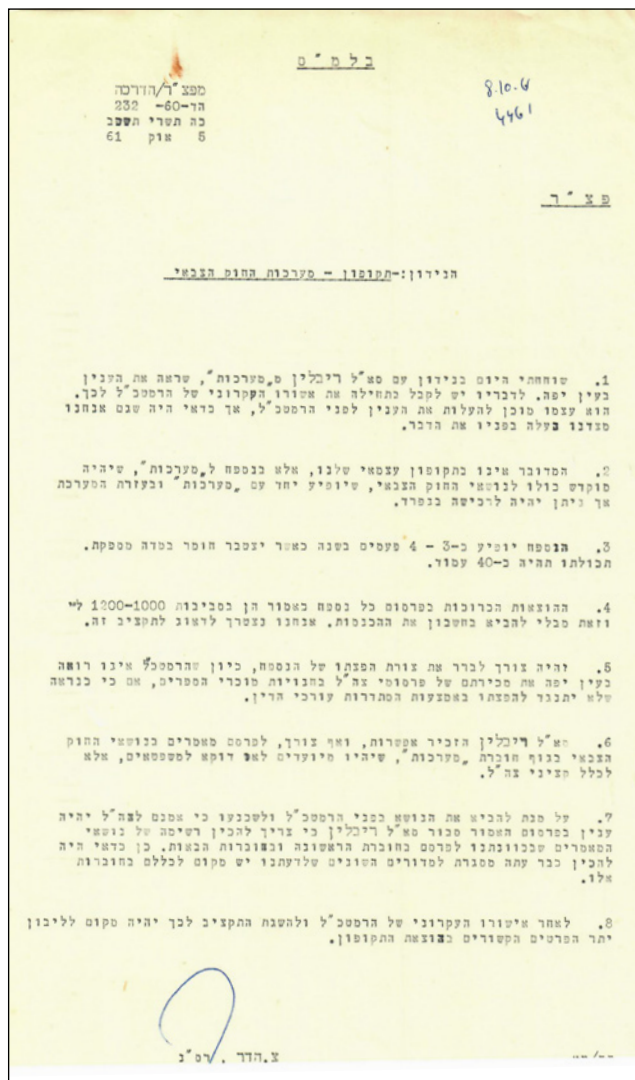
# מערכות משפט - יוזמה בת 60 שנים

להגשמת תכליתו ולמילוי משימתו בהתאם להוראות הדין. כך אנו מגשימים את אמרת חז"ל "ותן בלבנו בינה להבין ולהשפיל, לשמע ללמד וללמד, לשמור ולעשות, ולקיים". תקוותנו היא שגיליון זה יהיה לצורך נוסף לאותה העמקה ולמידה, שבה יש כדי להפרות את קידום המשפט בכלל ואת פיתוח המשפט הצבאי בפרט, על העוסקים בו באשר הם.

רס"ן רפי סלמה רס"ן יזהר יצחקי  
 עורך מערכות משפט רמ"ד החדשנות וניהול הידע

גיליון זה של כתב העת **מערכות** עוסק בסוגיות מרכזיות בעולמות המשפט הצבאי, והוא ראשון מסוגו. אולם הרעיון להפקת הגיליון, כפי שצוין בדבר הפרקליטה הצבאית הראשית, עלה לפני למעלה מ-60 שנים. בחילופי מכתבים של הפרקליט הצבאי הראשי (כדגרתם אז), סא"ל מאיר שמגר, ושל קצין ההדרכה בפרקליטות הצבאית באותה עת, רס"ן צבי הדר, שלימים מונה אף הוא לפרקליט הצבאי הראשי.

עיון במכתביהם של שמגר והדר, המובאים מטה ושאותרו ע"י צוות המורשת של הפרקליטות הצבאית, מלמד על מקומה המרכזי של הלמידה וההדרכה לצורך מימוש שלטון החוק בצה"ל, ולהובלתו





# מאגר מורשת מערכת המשפט הצבאית באתר צה"ל



מיזם השבעים - מורשת  
שמגר



מיזם השבעים - חלק ב'



מיזם השבעים - חלק א'



תמונות מורשת



שיחות עם בוגרי היחידה



מיזם השבעים - מפגש בין  
דורי



סרטון מורשת "דורות"



זרקורי מורשת



מפקדי היחידה בעבר



מיזם ראיונות מורשת -  
מפגש בין-דורי



נאום הפרקליטה הצבאית  
הראשית בטקס חוננת הקריה  
המשפטית



"סיפורו של מקום"



בשנת 2018 הוקם בפרקליטות הצבאית צוות מורשת, בו שותפים קצינות וקצינים בפרקליטות הצבאית מכלל היחידה, המחויבים למשימת שימור מורשת הפרקליטות הצבאית והנגשתה. הצוות הפיק סדרת פרסומים ובהם "מיזם שבעים שנות משפט צבאי", מאגר ראיונות מצולמים ומתומללים עם בוגרים היחידה, תיעוד היסטורי של חוליות התביעה הצבאית והסינגוריה הצבאית במקום מושבן המקורי וכן מאגר זרקורי מורשת ובהם מסמכים מקוריים וסקירות קצרות על נסיבות עריכתם ופרסומם. דברי ימי הפרקליטות הצבאית שזורים ושלוּבים בדברי ימיו של צה"ל והכרתם היא נכס, הן לחיילי צה"ל, הן לציבורים רחבים יותר. מאגר הפרסומים זמין באתר המורשת של הפרקליטות הצבאית ומתעדכן באופן תדיר.

כיצד השפיעה פרשת שדיאל על סמכויות הפצ"ר ביחס לסמכויות היועמ"ש לממשלה? מה היו תוצאותיה המשפטיות של פרשת "רולטת הרשת"? כיצד תרמה הפרקליטות הצבאית לביסוס מעמד הפקודות בצה"ל בשנות החמישים? כיצד הוקם מערך הייעוץ האופרטיבי של הפרקליטות הצבאית ומה היו ההיבטים המשפטיים של מבצע "קשת בענן" שנערך ברצועת עזה?



[www.maarachot.idf.il](http://www.maarachot.idf.il)

# מערכות גם בדיגיטל

[www.maarachot.idf.il](http://www.maarachot.idf.il)

**מערכות, בית התוכן המקצועי של צה"ל לצבא ולביטחון לאומי,  
הרחיב את פעילותו וזמין כיום גם בדיגיטל**

באתר **מערכות** תוכלו למצוא:

כל גליונות **מערכות** מ-1939 ועד היום

בין ה**מערכות** - מאמרים מקוונים המפורסמים באתר בלבד

**פודקסטים**

**סרטוני וידיאו**

כתבי עת חדשים וייעודיים:

**מערכות עורך**

**מערכות משפט**

**חברה, צבא וביטחון לאומי**

ועוד

אתם מוזמנים לכתוב, להגיב ולצי"ץ  
בדף הפייסבוק ובטוויטר של **מערכות**  
ולעקוב אחר ערוץ **מערכות** בטלגרם



הירשמו ל**מגזין סוף השבוע של מערכות**,  
וקבלו בדוא"ל או בווטסאפ עדכון שבועי  
על פרסומים בנושאי צבא וביטחון לאומי.

**לטופס ההרשמה סרקו את הברקוד** <



ISSN 0464-2147