

בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 106/01

בפני: כבוד השופט מ' חשין
כבוד השופט א' ריבלין
כבוד השופטת מ' נאור

העותרות: 1. סג"מ דנה מועד
2. נעמת - תנועת נשים עובדות ומתנדבות

נ ג ד

המשיבים: 1. האלוף שי אביטל
2. הרמטכ"ל שאול מופז
3. סא"ל (מיל') יהודה שפר
4. הפרקליט הצבאי הראשי

עתירה למתן צו על-תנאי

תאריך הישיבה: י"ג בכסלו התשס"ב (28.11.2001)

בשם העותרת 1: עו"ד אורי קידר; עו"ד עמרי כבירי;
עו"ד סימה סלע

בשם העותרת 2: עו"ד מיכל ברון; עו"ד גלי עציון

בשם המשיבים 1-2, 4: עו"ד נאוה בן-אור

בשם המשיב 3: עו"ד דב וייסגלס

פסק-דין

השופטת מ' נאור:

התלונה והדין המשמעתי

1. העותרת, סג"מ דנה מועד (שתיקרא להלן בשמה - או העותרת או המתלוננת), היתה באוגוסט 2000 קצינת קישור בגדוד מסויים בפיקודו של המג"ד סא"ל (מיל') יהודה שפר (להלן - שפר). שפר הוא עורך דין במקצועו, בעל תפקיד בכיר בפרקליטות המדינה. בתחילת אותו חודש שב שפר משהות ארוכה בחו"ל כדי להשתתף

באימון גדודי. בעקבות ארוע מסויים, שפרטיו שנויים במחלוקת, הגישה העותרת תלונה על כך ששפר הטריד אותה מינית.

2. בעקבות התלונה - נפתחה חקירת מצ"ח. שפר כפר בהאשמות שהועלו נגדו, ומסר גרסה משלו לגבי הארוע נשוא התלונה. בתום חקירת מצ"ח הורה הפרקליט הצבאי הראשי להעמיד את שפר לדין משמעתי בפני קצין שיפוט בכיר, בגין עבירה לכאורה של התנהגות שאינה הולמת, לפי סעיף 130 לחוק השיפוט הצבאי, תשט"ו-1955. הפרקליט הצבאי הראשי מסר חוות דעת מפורטת בת 13 עמודים, בה סקר את הראיות וציין כי הגרסה שעליה יש להשתית את המסקנות לכאורה היא גרסתה של המתלוננת. את מסקנתו זו נימק. הוא המליץ בפני קצין השיפוט לשקול את התאמתו של סא"ל שפר להמשיך בתפקיד מפקד הגדוד.

3. בא-כוחה הקודם של סג"מ מועד, עו"ד ציפורי, פנה לפרקליט הצבאי הראשי וטען כי ראוי לדעתו להעמיד את שפר לדין בבית דין צבאי, ולא להסתפק בדין משמעתי, משום שמדובר בהטרדה מינית. בקשה זו נדחתה על ידי הפרקליט הצבאי הראשי.

4. הדיון המשמעתי התקיים בפני האלוף שי אביטל. האלוף אביטל קיים שתי ישיבות: ב-19.10.00 וב-26.10.00. הוא שמע את עדותה של המתלוננת ואת עדותו של שפר. הופיעו לפניו גם עדים אחרים, אך איש מהם לא היה עד ראיה לארוע נשוא ההליך המשמעתי, שנכחו בו רק שני המעורבים. האלוף קיבל כראיה ממצאי בדיקת פוליגרף פרטי שהגישה לו המתלוננת בפתח ההליך, וממצאי בדיקת פוליגרף פרטי שהגיש לו שפר בישיבה השניה. הוא שמע בישיבה זו את שפר פעם נוספת והודיע בסיומה של הישיבה, כפי שרשום בפרוטוקול שנוהל: "בתום התלבטות ארוכה החליט האלוף שי אביטל לזכות את הנאשם מחמת הספק".

5. ב-1.11.00 כתב קצין השיפוט לפרקליט הצבאי הראשי מכתב ובו נימק את הכרעתו. נביא את הדברים במלואם:

"הנדון: הכרעתי בעניינו של סא"ל (מיל) יהודה שפר"

1. בתאריך 26.10.00, החלטתי לזכות את סא"ל (מיל) יהודה שפר מהעבירה שיוחסה לו בחו"ד הפצ"ר, זאת, **מחמת הספק**.

אבקש להלן, להבהיר מדוע החלטתי את אשר החלטתי. אציין, כי הנני רואה בכך חובה מוסרית שלי הן כלפי המערכת הצבאית והן כלפי המתלוננת.

2. מונית על ידי הפצ"ר לדון בתיק שבנדון והסכמתי לקבל עלי את ניהול הדין המשמעותי אף שאיני מפקדו של הנאשם. איני מכיר אישית את התובעת ולא את הנאשם.
3. אציין, כי טרם ההליך, עיינתי בחומר החקירה ולמדתי אותו. ניגשתי לדיון בכובד ראש כשופט, כמפקד וכאדם.
4. ניהלתי את ההליך המשפטי על פי הדין ובליווי צמוד של סא"ל רועי גינות, רע"ן פיקוח משפטי במפצ"ר.
5. הופיעו בפניי, מלבד הנאשם, גם המתלוננת, אשר העידה באופן ממושך ביותר וככל אשר חפצה, וכן עדים נוספים, חלקם שביקשתי אני לזמן, וחלקם שביקש הנאשם להשמיע.
- יצוין עוד, כי הן המתלוננת והן הנאשם מסרו לי תוצאות של בדיקות פוליגרף אשר ביצעו באופן פרטי, ואלה הצביעו כי השניים דוברי אמת, איש איש ביחס לשאלות שנשאל.
6. הן המתלוננת והן הנאשם שטחו בפניי, בפרוטרוט, את גרסאותיהם (המתלוננת והעדים גם נחקרו כנדרש, ע"י הנאשם).
7. מהדברים שהעידה המתלוננת התרשמתי שהיא נוטה במידה מסוימת להגזמה. התרשמתי שעניין הנגיעה במפשעה, אם בכלל ארע, לא היה על רקע מיני או דומה. אשר להסתכלות במשקפת, אם בכלל היו נגיעות במסגרתה, הרי שנראה לי כי הן היו מקריות לחלוטין ללא כל הקשר מיני. כמו כן, התרשמתי כי סיפור "ההזמנה" לשינה בחדר, לא היה על רקע מיני.
8. למעשה, נתבקשתי להכריע במסכת של עובדות כשלמולי, בסופו של דבר, עמדו גרסה מול גרסה (עם חיזוקים ראייתיים לכאן ולכאן). ייתכן מאד שלכל אחד מהמעורבים **האמת הפנימית שלו** ואופן הסתכלותו על הארוע הנה מנקודת מבט אחרת לגמרי (אף אני, עד לשלב מאוד מאוחר של ההליך, נטייתי להאמין כי נעשו חלק מהמעשים שיוחסו לנאשם, אלו האמורים בסעיף 2 ו-ח בחו"ד הפצ"ר). אולם כאמור, לקראת סופו של הדיון, ולאחר ששמעתי שוב את הנאשם, השוויתי בין תוצאות בדיקות הפוליגרף (שהגישו לי הן המתלוננת והן הנאשם) ובין גרסאותיהם, סברתי שאיני יכול בלב שלם להרשיעו. יתכן שנאמרו דברים מסוימים על ידי הנאשם תוך כדי שיחה אך נראה לי שהמתלוננת ראתה את המציאות בדרכה שלה, הנסערת והרגישה, תוך שהיא מוציאה, כנראה, דברים מהקשרם ואולי רואה את הסיטואציה והדברים שנאמרו באופן שונה ממה שהיה בפועל.
9. לאור כל האמור לעיל, ולאחר שספק גדול התעורר בי ביחס לשאלה האם אכן ביצע הנאשם את כל מסכת המעשים כפי שיוחסה לו או אף את חלקה, החלטתי לאחר התלבטות קשה מאוד שלא אוכל בוודאות להטיל בו דופי מחמת אותו הספק וזיכיתי אותו בלב כבוד.
10. בשולי הדברים, אני מוצא לנכון לציין כי אף שדבר הזיכוי אינו קל עליי כלל וכלל, שכן בסוג כזה של מקרים רועדת היד עם ההכרעה, הרי שבמצב הדברים כפי שהוצג בפניי לא יכולתי להיות שלם עם עצמי אילו הייתי מרשיע את הנאשם וזאת בשל הספק שנתעורר בי כאמור.
- אדגיש שוב שהזיכוי נבע רק מחמת הספק שניכר לאורך עדותיהם של כל המעורבים. ברור לי כי **המדובר בשתי גרסאות אנושיות. אף צד לא שכנע אותי לחלוטין בכל הדברים שאמר**. השיקולים אינם בבחינת 'שחור או לבן', המדובר אחרי הכל בהליך אנושי על בסיס של התרשמות אישית מתמונת מצב שנתחווה לי בעיקר לקראת סופו של ההליך".

6. באי-כוחה דאז של העותרת פנו לפרקליט הצבאי הראשי פעמיים וביקשו ממנו לעשות שימוש בסמכותו לפי סעיף 168(ב) לחוק השיפוט הצבאי ולהורות על ביטול ההליך המשמעותי מחמת פגמים שונים שנפלו (לטענתם) בהליך. סעיף 168(ב) לחוק השיפוט הצבאי קובע:

"הפרקליט הצבאי הראשי רשאי לבטל פסק שניתן בדין משמעותי אם הדיון המשמעותי התנהל באופן הפוגע בסדרי הדין שנקבעו בחוק זה או בהוראה על פיו".

באי-כוח העותרת ביקשו כי לאחר ביטול החלטתו של האלוף אביטל יורה הפרקליט הצבאי הראשי על העמדתו של שפר לדין מחדש בפני האלוף אביטל, או בפני קצין שיפוט אחר, וכי אלו יוכלו להורות על העמדתו לדין בפני בית דין צבאי. את שתי הפניות דחה הפרקליט הצבאי הראשי בהחלטות מנומקות. הטענות בענין הליקויים, שלדעת העותרת נפלו בהליך המשמעותי, עומדות במרכז הדיון בעתירה שלפנינו.

העתירה

7. העתירה הוגשה ב-7.1.01 על ידי סג"מ מועד ועל ידי תנועת נעמת - תנועת נשים עובדות ומתנדבות. בעתירה שני חלקים. האחד נוגע להליך המשמעותי בעניינו של שפר. השני - "העתירה הציבורית" - נוגע לטענות שונות של נעמת בענין שורת ליקויים הקיימים, לטענתה, בדין המשמעותי בצה"ל. בשל ליקויים אלה, כך טענה נעמת, השיפוט המשמעותי הוא פורום לא נאות לשיפוט בענייני הטרדה מינית. בענין "העתירה הציבורית" טענה נעמת מה שטענה, המשיבים השיבו מה שהשיבו וביום שמיעת העתירה רשמנו בהחלטה שניתנה במהלך הדיון:

"על-פי עצתנו, הודיעתנו עורכת-דין נאוה בן-אור בשם הפרקליט הצבאי הראשי, כי יש נכונות מלאה מצידו ומצד העוזרים על-ידו להיפגש עם נציגי נעמת לדיון פתוח - בתום לב ובנפש חפצה - בהצעות שיש לנעמת בנושא השיפוט המשמעותי של עבירות הכרוכות בהטרדה מינית בתוככי הצבא ובנגזר מעבירות אלו. הפצ"ר והעוזרים על-ידו ייפגשו עם נציגי נעמת; הצדדים יחליפו דעות והשקפות בנושאים אלה ובנושאים קרובים להם; ונציגי הצבא יעשו כמיטבם כדי להביא לשיפור הליכי המשמעות, ככל שנדרשים הם לשיפור, והכל במטרה להגן כראוי וכנדרש על בנות המשרתות בצבא ואשר מידי פעם בפעם חשופות הן להטרדה מינית. הדיונים ייערכו בזמן הקרוב.

אשר לנו, לא נותר לנו אלא להביע תקווה כי בדיונים אלה יגיעו הצדדים להסכמה או, למיצער, לתוצאות המיטיביות שניתן להגיע אליהן.

בכפוף לאמור לעיל, הודיעתנו עורכת-דין ברון ועימה עורכת-דין עציון על מחיקת עתירתה של נעמת, תוך שמירת זכותה להוסיף ולעתור לבג"ץ אם יעלה הצורך בכך. למותר לומר שאף טיעוניה של המדינה שמורים לה בבוא היום, אם יבוא".

המחלוקות העומדות על הפרק

8. העתירה הציבורית אינה עומדת אפוא עוד על הפרק. הענין הטעון הכרעה נוגע לטענתה של העותרת כי יש לבטל את הדיון המשמעתי שהתקיים בפני האלוף אביטל בשל פגמים שנפלו בו, וכך לפתוח את הדרך להעמדתו של שפר מחדש לדיון. לעתירה המקורית לא צורף הפרקליט הצבאי הראשי כמשיב, גם לא התבקש סעד נגד סירובו לבטל את ההליך המשמעתי. לימים החליפה העותרת את פרקליטיה. באי-כוחה החדשים ביקשו לצרף את הפרקליט הצבאי הראשי כצד לעתירה, ולהורות לו ליתן טעם מדוע לא תבוטל החלטתו שלא לבטל את ההליך המשמעתי. התבקשו גם תיקונים נוספים בעתירה. בית משפט זה נעתר באופן חלקי לבקשה לתקן את העתירה, אך באי-כוח העותרת לא הגישו עתירה מתוקנת בגדרי הרשות לתיקון שניתנה להם. זהו ליקוי שבסדרי דין. היו גם ליקויים נוספים. לא אלאה את הקורא בפרטי הדברים. כל הצדדים שלפנינו ידעו ידוע היטב מה הן השאלות האמיתיות השנויות במחלוקת ביניהם. אמרנו אומר להתעלם מכל הפגמים שבסדרי הדין בהליכים שלפנינו ולדון בדברים לגופם. עיקרם של דברים הוא, שהעותרת מבקשת מאתנו לבטל את ההליך המשמעתי שהתקיים בעניינו של שפר, בשל ליקויים בהליך. כך מבקשת היא מאתנו לעשות, בין על ידי ביטול ישיר של החלטת האלוף ובין על ידי התערבות בהחלטתו של הפרקליט הצבאי הראשי אשר סרב לבטל את ההליך על פי סמכותו לפי סעיף 168 לחוק השיפוט הצבאי. אלה עיקרם של דברים ובכך נתמקד אף אנו.

9. לכאורה נראה לי כי הכלל צריך להיות שמי שמבקש להשיג על ענין הנוגע להליך משמעתי צריך, תחילה, למצות את סעדיו במסגרת הצבא ולפנות לפרקליט הצבאי הראשי. אם סרב הפרקליט הצבאי הראשי לפנייתו - יוכל לעתור לבית משפט זה נגד החלטת הפרקליט הצבאי הראשי. ואולם אם חרג קצין השיפוט מסמכותו ניתן לכאורה לפנות במישרין גם לבית משפט זה. במקרה של חוסר סמכות - כל דרכי התקיפה כשרות הן (בג"צ 243/80 ארקדי נ' בית הדין הצבאי לערעורים, פ"ד לה(1) 67 (להלן - ענין ארקדי)). כך נראה לי לכאורה, אך השאלה לא התחדדה בדיון, ולא אקבע מסמרות. לכן אדון בטענות העותרת לפיהן היו ליקויים בהליך בפני קצין השיפוט. טענותיה נגד הפרקליט הצבאי הראשי הן שלא הסיק את המסקנות הנדרשות מאותם ליקויים, כך שהדברים כרוכים ושלובים זה בזה. עד שאדון בליקויים הנטענים, אסיר תחילה מעל הפרק שאלה שאיננה עומדת לדיון.

בית דין צבאי או הליך משמעתי - שאלה שאיננה עומדת על הפרק

10. השאלה אם ראוי היה לכתחילה לנקוט בענין זה בהליך משמעתי או להעמיד את שפר לדין דווקא בפני בית דין צבאי, אינה עומדת על הפרק. כזכור, בתחילה ביקש בא-כוחה הקודם של העותרת מהפרקליט הצבאי הראשי להעמיד את שפר לדין בפני בית דין צבאי דווקא. בקשתו זו נדחתה. בא-כוח העותרת דאז סבר, בזמן אמת, שההחלטה היא במתחם הסבירות והוא לא נקט בשום צעד משפטי כדי לשנותה. המדובר אפוא במעשה עשוי. העותרת החמיצה את השעה להעלות טענות בשאלה אם ראוי היה לכתחילה להעמיד את סא"ל שפר בפני בית דין צבאי ולא בפני קצין שיפוט (השוו: בג"צ 5960/98 שלפוברסקי ואח' נ' שר הבטחון ואח' (לא פורסם), פיסקה 12 לפסק דינו של השופט זמיר).

הליקויים בהליך המשמעתי

11. באי-כוחה של העותרת טענו בשעתם לפני הפרקליט הצבאי הראשי, ועתה - בפנינו, שבהליך המשמעתי נפלו ליקויים רבים ועל כן ראוי לבטלו. הם העלו טענות בענין ליקויים דיוניים; טענות בעלות אופי "ערעורי" ולפיהן הממצאים שנקבעו הם בלתי סבירים; ועוד טענו שקצין השיפוט האמין למתלוננת, זימן את שפר למתן החלטה מרשיעה, לטענתם - אך בסופו של דבר חזר בו וזיכה את שפר מחמת הספק.

טענת הליקויים הדיוניים

12. עו"ד קידר קבל לפנינו על שקצין השיפוט אפשר לשפר לחקור את המתלוננת, ואף אפשר לו לחקור אותה על עברה המיני. עוד טען ששני עדים נכחו האחד במועד עדותו של חברו. היו בפיו טענות נוספות מסוג זה. לא מצאנו ממש בטענות בדבר ליקויים דיוניים. סעיף 161 לחוק השיפוט הצבאי מורה כי קצין שיפוט לא יהיה כפוף לדיני הראיות, ויפעל בדרך הנראית לו מועילה ביותר לביורר התלונה, והוא כשאינו בחוק או בפקודות הצבא הוראה אחרת. בבג"צ 118/80 גרינשטיין נ' הפרקליט הצבאי הראשי, פ"ד לה(1) 239, 243 (להלן - ענין גרינשטיין), עמד הנשיא לנדוי על כך שבהליך המשמעתי מותר לנהוג בסדר דין פחות פורמאלי מאשר בהליך פלילי. השאלה שיש לבחון היא, כך צוין שם, אם סדרי דין לא נאותים גרמו לעוות דין. באותו ענין היה זה נאשם שהורשע בדין משמעתי שטען כי סדרי דין לקויים גרמו לו עיוות דין. מוכנה אני להניח לצורך ענייננו כי ניתן לבחון אם ליקויים דיוניים, גרמו לעיוות דין לא רק מנקודת ראותו של הנאשם בהליך משמעתי, אלא גם

מנקודת ראותו של הציבור או מנקודת ראותו של המתלונן. (לענין "עיוות דין לציבור" השוו: ע"פ 834/79 **נוף נ' מדינת ישראל**, פ"ד לד(3) 141; דנ"פ 1/89 **אלבז נ' מדינת ישראל**, (לא פורסם)). חלק מ"הפגמים" להם טוענת העותרת אינם בגדר "פגמים" כלל ועיקר: לפי פקודות המטכ"ל מותר היה לשפר לחקור את המתלוננת על עדותה. בפרוטוקול הדיון לא מצאנו שהמתלוננת נחקרה בענין "עברה המיני". כל שנשאלה הוא אם יחסייה עם הסמג"ד היו יותר מיחסי ידידות סתם וכללו בדיחות, ליטופים ונגיעות. היא השיבה על כך בשלילה. בלי להיכנס לפרטי הדברים נבחר כי שאלה זו היתה רלבנטית לצורך אחד מקווי ההגנה שהעלה שפר, ומכל מקום אין זו חקירה על "עברה המיני" של המתלוננת. אשר לכך ששני עדים נכחו, זה במעמד עדותו של זה, אינה פוסלת את העדויות אפילו בבית משפט (סעיף 172 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], תשמ"ב 1982-); בין כך ובין כך, ניכר מהחלטתו של האלוף אביטל שעדותם של שני העדים (המח"ט והסמג"ד) האמורים לא עמדה בבסיס החלטתו, אלא הקושי להכריע בין עדויות שני המעורבים העיקריים - המתלוננת ושפר.

טענות בעלות אופי "ערעורי"

13. באי-כוח העותרת העלו טענות בעלות אופי "ערעורי". העותרת סבורה כי המסקנה העובדתית שהסיק האלוף אביטל מהראיות - הזיכוי מחמת הספק - היא מסקנה "בלתי סבירה באופן קיצוני". ואולם, אפילו היינו יושבים בהליך זה כערכאת ערעור על החלטות קצין השיפוט (ואין אנו יושבים כערכאה כזו) לא היה מקום להתערב בקביעותיו העובדתיות. גם כשבית משפט זה דן בערעור על הליך משמעותי (או אחר) אין הוא נוטה להתערב בהערכת העדויות ומידת האמון או אי-האמון שיש לתת בהן. כפי שנקבע (למשל) בעש"מ 3/75 **אלפונסו דבוש נ' נציבות שרות המדינה**, פ"ד ל(1) 231, 240, הערכת העדויות ומידת האמון או אי-האמון שיש לתת להן הם "דברים הנתונים לבית המשפט השומע את העדויות ובית המשפט הדן בערעור לא יתערב בהערכה, כאמור" (וראו גם: עש"מ 7686/00 **תעיזי נ' נציבות שירות המדינה**, (לא פורסם), פסקה 6 לפסק הדין והאסמכתאות בו; עש"מ 2168/01 **חמני נ' נציבות שירות המדינה**, (לא פורסם) פסקה 4 לפסק הדין; בג"צ 3676/95 **מוחסן נ' ועדת האתיקה של המהנדסים והאדריכלים**, (לא פורסם)). על אחת כמה וכמה כשבספק מדובר. הקביעה שנותר בלב ערכאת השיפוט "ספק", ובלשון קצין השיפוט בענייננו "ספק גדול", היא קביעה שאפילו ערכאת ערעור אינה נוטה להתערב בה, ומקל וחומר - בית המשפט הגבוה לצדק.

14. בענייננו, וכפי שציין האלוף אביטל, בעיקרו של דבר עמדו לפניו שתי גרסאות, גרסת המתלוננת וגרסת שפר. כמו כן היו לפניו ראיות מסייעות לכיוון זה או אחר, כגון שתי התוצאות של בדיקות הפוליגרף (שאינן לפנינו). גם שופטים מקצועיים היושבים על מדין בערכאות השיפוט ה"רגילות" בפלילים, לא תמיד יכולים להגיע

לכלל מסקנה בטוחה מעבר ל"ספק סביר". הדברים אמורים במיוחד כשעדות אחת סותרת את האחרת ויש להכריע ביניהן. ענין זה אופייני לרבות מעבירות המין המתבררות בבתי המשפט לדרגותיהם. בדרך כלל - שאף שאין זה כלל בל יעבור - כשיש בכגון דא ספק בליבה של הערכאה השומעת את העדויות - אפילו ערכאת ערעור לא תתערב בכך.

15. ככל שהדברים נוגעים לטענת העותרת שהיה על הפרקליט הצבאי הראשי לבטל את ההליך המשמעותי בשל הקביעות העובדתיות שנקבעו בו, ראוי להדגיש: כזכור, חוות דעתו של הפרקליט הצבאי הראשי בתחילת הדרך היתה שלכאורה יש להעדיף את גרסת המתלוננת. ואולם כשקבע קצין השיפוט הבכיר שדן בענין כי נותר בלבו "ספק גדול" - אין זה ראוי שהפרקליט הצבאי הראשי יעדיף את התרשמותו שלו מן הראיות שקרא על פני התרשמותה של ערכאת השיפוט ששמעה את העדים באופן בלתי אמצעי. בצדק כתב הפרקליט הצבאי הראשי במכתבו מיום 13.11.00 לבא-כוח העותרת דאז -

"אין הפצ"ר משמש כערכאת ערעור על החלטתו של קצין השיפוט, אין הוא שם עצמו בנעליו ואין הוא קובע ממצאים עובדתיים תחתיו. מסגרת פעולות של פצ"ר, כפי שהותוותה בסעיף 168(ב) לחש"ץ, מוגבלת לקיומם של פגמים היורדים לשורש ההליך ויש בהם כדי לגרום לעיוות דין".

על סמכותו של הפרקליט הצבאי הראשי לפי סעיף 168(ב) - עוד נרחיב את הדיבור. תחילה נפנה לטענתה הנוספת של העותרת.

הטענה: קצין השיפוט האמין למתלוננת אך חזר בו וזיכה את שפר

16. העותרת מבקשת לשכנע אותנו, על יסוד הפרוטוקולים של הדיון בפני קצין השיפוט, שקצין השיפוט האמין לעדותה (או לפחות לחלק ממנה); הוא זימן את שפר ביום 26.10.00 למתן החלטה מרשיעה; ובכל זאת זיכה אותו בסופו של דבר מחמת הספק. השינוי בעמדתו של האלוף, כך היא טוענת, מקורו בהסברים משפטיים בלתי נכונים שנתן לו שפר. בכך, לטענתה, הטעה שפר את האלוף, שאיננו משפטן. ועוד טענה העותרת, שהאלוף הושפע מטענתו של שפר כי הרשעתו בדין תהרוס את הקריירה שלו בצבא ובפרקליטות, ותהרוס גם את משפחתו.

17. הנחת **המוצא** של הטיעון האמור היא, שהאלוף הזמין את שפר ביום 26.10.00 לשימוע החלטתו המרשיעה, וכי לאחר מסע שכנועים - חזר בו. ואולם, הובהר על ידי המשיבים כי הנחת מוצא זו אינה נכונה. נבאר: הישיבה הראשונה מיום 19.10.00 הוקלטה באודיו, ומצוי גם פרוטוקול מודפס, שאינו מילולי. לגבי הישיבה השנייה מיום ה-26.10.00 קיבלו באי-כוחה של העותרת, ולא באותו מעמד, שני פרוטוקולים שונים שהזיקה ביניהם אינה ברורה על פניהם. הפרוטוקול הראשון מיום 26.10.00 הוא מודפס. הוא דומה חזותית לפרוטוקול הישיבה הראשונה, ומופיע ברצף לפרוטוקול זה (נספח ו לעתירה). בסופו של הפרוטוקול נאמר: "בתום התלבטות ארוכה החליט האלוף אביטל לזכות את הנאשם מחמת הספק". הפרוטוקול השני מ-26.10.00 הוא בכתב יד (נספח ח לעתירה). בתחילת הפרוטוקול **בכתב יד** רשום מפי האלוף בגוף ראשון: "התחבטתי זמן רב ואני מאמין לגרסתה לגבי סעיפים ו, ז, ח. התלבטתי קשות". אחר הדברים האלה נכנס שפר **ביוכוח** עם האלוף. שפר מדבר בגנות המתלוננת, מקשה כיצד ניתן להאמין למי שמנפחת דברים, מסביר שחיו נהרסו. עוד מזכיר הוא שדי בספק סביר כדי לזכותו, ועוד. אחר כך הוא חוזר לארוע נשוא ההליך ומוסר פרטים שונים. פרטים אלה מופיעים גם בגרסה המודפסת של הפרוטוקול.

18. המשיבים מסבירים כי נקודת המוצא של העותרת אינה נכונה. שפר לא זומן לשימוע החלטה מרשיעה, אלא מסר בישיבה זו את תוצאות בדיקת הפוליגרף. האלוף אמר לו שהוא נוטה לקבל חלקים מעדות המתלוננת. אחר כך העיד שפר פעם נוספת, וסופו של דבר, ולאחר לבטים, זיכה אותו האלוף. נחזור ונצטט חלקים מהחלטתו של האלוף מיום 1.11.00 המסבירים את שהתרחש:

"8. למעשה, נתבקשתי להכריע במסכת של עובדות כשלמולי, בסופו של דבר, עמדו גרסה מול גרסה (עם חיזוקים ראייתיים לכאן ולכאן). ייתכן מאד שלכל אחד מהמעורבים האמת הפנימית שלו ואופן הסתכלותו על הארוע הנה מנקודת מבט אחרת לגמרי (אף אני, עד לשלב מאוד מאוחר של ההליך, נטיתי להאמין כי נעשו חלק מהמעשים שיוחסו לנאשם, אלו האמורים בסעיף 2 ו-ח בחו"ד הפצ"ר). אולם כאמור, לקראת סופו של הדיון, ולאחר ששמעתי שוב את הנאשם, השווייתי בין תוצאות בדיקות הפוליגרף (שהגישו לי הן המתלוננת והן הנאשם) ובין גרסאותיהם, סברתי שאיני יכול בלב שלם להרשיעו. יתכן שנאמרו דברים מסוימים על ידי הנאשם תוך כדי שיחה אך נראה לי שהמתלוננת ראתה את המציאות בדרכה שלה, הנסערת והרגישה, תוך שהיא מוציאה, כנראה, דברים מהקשרם ואולי רואה את הסיטואציה והדברים שנאמרו באופן שונה ממה שהיה בפועל" (ההדגשות הוספו).

גם בסעיף 10 המסיים את ההחלטה מבהיר האלוף כי תמונת המצב נתחווה לו "בעיקר לקראת

סופו של ההליך".

בהחלטה מבהיר קצין השיפוט כי **נטה** לקבל חלקים מעדות המתלוננת, אך "בסופו של ההליך" ולאחר ששמע שוב את הנאשם, השווה את בדיקות הפוליגרף ובחן את הגרסאות, נותר בליבו ספק גדול ועל כן החליט לזכות את שפר מחמת הספק.

19. המשיבים מסבירים כי הפרוטוקול שבכתב יד הוא רישומים שנרשמו **בזמן אמת** על ידי ראש לשכתו של האלוף. ב-1.11.00 הוספו לפרוטוקול זה כמה קטעים המתעדים שיחות טלפון של האלוף עם הסניגור ועם הפרקליט הצבאי הראשי. קטעים אלה סומנו בכוכבית ובשולי המסמך נרשם "זכרון דברים שהוספנו ב-1.11.00 - למקרה ונשאל בעתיד לגבי מהלכי המשפט". לא נלאה בפרטים טכניים. שני הפרוטוקולים אכן מתארים אותה ישיבה; הפרוטוקול שנרשם על ידי ראש הלשכה של האלוף כולל, בתחילתו, חילופי דברים בין האלוף ושפר. חילופי דברים היו כאן, אך **החלטה** לא היתה כאן. אחר כך מופיעה בשני הפרוטוקולים העדות הנוספת שמסר שפר. הזיכוי מחמת הספק היה לאחר עדותו הנוספת של שפר. במהלך הישיבה שוחח האלוף עם הסניגור בענין בדיקת הפוליגרף של שפר וכן שוחח, בהעדרו של שפר, עם הפרקליט הצבאי הראשי והודיע לו כי הוא מתקשה להחליט.

20. לא אכחד: גם לאחר ההסברים שניתנו לפיהם האמור בחלק העליון של הרישום בכתב היד אינו בגדר "שימוע" של **החלטה**, מותרים אצלי קטעים מרישום זה תחושה של אי-נחת. מוטב היה אילו נמנע האלוף אביטל מלשתף את מי שהיה נאשם בפניו בנטייתו להאמין לקטעים מעדות המתלוננת לפני **שהכריע** את הדין. הליך של התלבטות בשאלת קביעת העובדות הליך טבעי ונכון הוא. גם השופט המקצועי אפשר שבמהלך המשפט ליבו נוטה להאמין לעדותו של עד זה או אחר (או לחלקה). ואולם, "נטיותיו להאמין" עשויות להשתנות שוב ושוב תוך כדי שמיעת הראיות. רק כשהשופט בא להכריע את הדין הוא מגבש באופן **סופי** את דעתו בענין מהימנות העדויות (ולעתים הוא עשוי לשנות את דעתו גם תוך כדי כתיבת הכרעת הדין). כך העובדות נקבעות, לרבות קביעות מחמת הספק. מי שסבור כי מידת האמון שבית המשפט מייחס לעד נקבעת מיד בסיום העדות - טועה בהבנת מלאכת השפיטה. על השופט היושב בדין מוטלת **החובה** לגלות פתיחות ולא להגיע למסקנות נחרצות - לכאן או לכאן - עד שראה את התמונה כולה ושקל את כל שראוי היה לשקול. זוהי מלאכת קביעת העובדות, ומלאכה מורכבת היא. ואולם, השופט המקצועי אינו משתף את בעלי הדין ב"התרשמויות הביניים" המתרוצצות בראשו, עד שישלים את מלאכתו ויכריע את הדין. את מחשבותיו ונטיותיו הוא שומר לעצמו. ממילא אין הוא נקלע לויכוח עם נאשם בענין נטייתו להאמין לעד זה או אחר. קשה שלא להעיר שמוטב היה אילו נמנע קצין השיפוט מלשתף את הנאשם שלפניו בנטייתו להאמין לקטעים מעדות המתלוננת כל עוד לא הכריע את

הדין, אף על פי שההליך המשמעתי הוא, כמוסבר, הרבה פחות פורמלי מההליך בבית משפט. מוטב היה גם שלא יאפשר לשפר להתווכח עמו.

21. התרשומת בכתב יד (נספח ח) כשלעצמה, בלא ההסברים הנוספים שניתנו, יצרה אצל העותרת את הרושם שהאלוף **קבע** שהוא מאמין למתלוננת בעניינים מסויימים, הכריע את הדין ושינה את דעתו, בעקבות "מסע השכנועים" של שפר. כשנמסרה לבאי-כוח העותרת התרשומת בכתב יד הם פנו בפעם השניה לפרקליט הצבאי הראשי וביקשוהו לבטל את ההליך. גם בקשתם זו נדחתה.

22. אף שהערתי מה שהערתי - אני סבורה שלא היה מקום לכך שהפרקליט הצבאי הראשי יבטל את ההליך המשמעתי (או שאנו נבטל אותו). השלמת התרשומת נספח ח בדיעבד, באמצעות ציון הכוכביות המתעדות כי הרישום בענין שיחות הטלפון נעשה לאחר מעשה, מצביעה בעיני דווקא על יושרו של האלוף שלא ביקש להסתיר דבר. כך גם עצם העברת התרשומת שנרשמה על ידי ראש הלשכה לידי בא-כוח העותרת בנוסף על העברת הפרוטוקול המודפס. בכך שיתף האלוף את העותרת בפרטי ההליך. הוא פעל בשקיפות מירבית. אולי פעל, כפי שציינתי, בשקיפות **מעל** הראוי בשתפו את שפר במהלך הדיון בנטייתו להאמין לקטעים מסויימים בעדותה של המתלוננת. בסופו של דבר - נותר בלבו ספק והוא זיכה את שפר. האלוף פעל ביושר, בלא משוא פנים, הוא נהג כבוד בעותרת, הוא עשה כמיטב יכולתו לקבוע ממצאים שבעובדה בענין שבו הכרעה עובדתית קשה היא. הוא התלבט עד הרגע האחרון. כפי שהעיד על עצמו, תמונת המצב התחווירה לו בעיקר "לקראת סופו של ההליך" (סעיף 10 להחלטה מיום 1.11.00). אחרי ככלות הכל גמר בדעתו לזכות את שפר מחמת הספק.

האלוף אביטל ניגש לדיון "בכובד ראש, כשופט, כמפקד וכאדם" (סעיף 3 להחלטה מיום 1.11.00). לפני קבלת החלטתו התלבט. למקרא החלטתו נראה שאפילו התייטר. הוא ביקש למנוע עצמו מן הדין, ועל כן טלפן לפרקליט הצבאי הראשי קודם מתן החלטתו ואמר לו שאין הוא מסוגל להחליט. הוא דאג לתעד, בתרשומת שנרשמה על ידי ראש הלשכה את שיחותיו הטלפוניות, תוך הבהרה שזוהי תוספת שלאחר מעשה לתרשומת המקורית. הוא אינו משפטן, אך הוא איש ישר שלווה ביעוץ משפטי צמוד. עולה מהמסמכים שלפנינו שהיה זה רע"ן פיקוח משפטי במפצ"ר שהסביר לאלוף את ענין הספק הסביר (סעיף 24 לנספח י לעתירה). הענין שנתברר לפני האלוף היה קשה להכרעה עובדתית. בעיקרו של דבר עמדה עדות מול עדות, והתרשמותו היתה ש"אף צד אינו משכנע בכל הדברים שאמר". כל מי שתפקידו מחייב אותו להכריע בעניינים שבעובדה במקרה כגון זה מבלי להימנע מן הדין - יכול להבין ללבטיו. בסופו של יום לפנינו ממצא שבעובדה.

אין אנו יושבים כערכאת ערעור על ממצא זה. ענין לנו רק בשאלה אם נפל בהליך המשמעותי פגם המצדיק את התערבותנו בשיקול דעתו של האלוף. פגם כזה לא מצאנו. בית משפט זה אינו ערכאת ערעור על קצין השיפוט, וגם הפרקליט הצבאי אינו יושב כערכאת ערעור עליו. לכך נפנה עתה, כשנדון בשאלת ההתערבות בשיקול דעתו על הפרקליט הצבאי הראשי.

התערבות בשיקול דעתו של הפרקליט הצבאי הראשי

23. כאמור, העתירה שלפנינו מופנית נגד החלטתו של האלוף אביטל לזכות את שפר ונגד החלטתו של הפרקליט הצבאי הראשי שסרב לעשות שימוש בסמכותו לפי סעיף 168(ב) לחוק השיפוט הצבאי. דנו עד כה בשני העניינים האמורים במשולב משום שהפגמים המיוחסים בעתירה להחלטת האלוף הם אותם פגמים המיוחסים גם לגבי החלטת הפרקליט הצבאי הראשי. עתה אבקש לייחד מלים מספר, בנפרד, לשאלת היקף התערבותנו בהחלטות הפרקליט הצבאי הראשי.

24. לבית משפט זה הזדמן לא אחת לדון בשאלת מעמדו של הפרקליט הצבאי הראשי ומידת ההתערבות בהחלטותיו. הפרקליט הצבאי הראשי הוא המפקח על השלטת המשפט בצבא. הוא משמש כיועצו של הרמטכ"ל ושאר שלטונות הצבא בכל ענייני חוק ומשפט. הוא מוסמך להורות לתובע צבאי להגיש כתב אישום. הוא נהנה מעצמאות משפטית (בג"צ 2702/97 פלונים נ' שר הבטחון, פ"ד נג(4) 97, 106). בהפעלת סמכויותיו בענייני העמדה לדין עליו לשקול קשת רחבה של שיקולים, ובהם: סיכויי הזיכוי או ההרשעה, השלטת המשפט בצבא, היבטים מבצעיים, מינהלתיים, משמעתיים ומוראליים, שיקולים הנוגעים לנורמות התנהגות ראויה של חיילים ומפקדים, מידת החומרה של העבירה ונסיבותיה. עליו לתת דעתו לשיקולים הקשורים לנאשם, אך גם לשיקולים הנוגעים לקרבן. שיקוליו מבוססים על הכרעות ערכיות. עליו להתחשב בשיקולים רלבנטיים ובהם בלבד. עליו לפעול בהגינות, ביושר ובתום לב, בסבירות ובמידתיות (שם, בעמ' 107).

25. בית משפט זה מפקח על חוקיות החלטותיו של הפרקליט הצבאי הראשי. בעשותו כן, אין בית המשפט זה משמש ערכאת ערעור עליו. שופטי בית משפט זה אינם שואלים את עצמם כיצד היו הם מחליטים אילו ניצבה בפניהם השאלה שבה הכריע הפרקליט הצבאי הראשי. הם שואלים עצמם אם פרקליט צבאי ראשי סביר רשאי היה להחליט כפי שהחליט במקרה שלפניהם. הם בוחנים אם החלטתו נופלת במתחם הסבירות. היקף הביקורת השיפוטית על החלטתו של הפרקליט הצבאי הראשי דומה להיקף הביקורת השיפוטית על החלטתו של היועץ המשפטי לממשלה. בית משפט זה לא יתערב בהחלטתו של פרקליט צבאי ראשי, אלא אם

נפל בה פגם כה חמור המצדיק התערבות (שם, בעמ' 107-108). דברים שנאמרו בבג"צ פלוניס נאמרו לענין החלטה שלא לבטל כתב אישום.

דברים דומים נקבעו בענין סמכויות נוספות של הפרקליט הצבאי הראשי: בענין הסמכות לעכב הליכים בפני בית דין צבאי (בג"צ 4723/96 עטייה אביבית נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נא(3) 714 והאסמכתאות בו); בענין ההחלטה אם להעמיד לדין (בג"צ 1868/00 יורם גולן ואח' נ' ראש המטה הכללי, רא"ל שאול מופז ואח', (לא פורסם)); בג"צ 4550/94 נסים אישה נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מט(5) 859 ואסמכתאות הנזכרות שם), ובהקשרים נוספים.

החלטת הפרקליט הצבאי הראשי שלא לבטל את ההליך המשמעתי

26. לפרקליט הצבאי הראשי קנויה סמכות בסעיף 168 לחוק השיפוט הצבאי לבטל פסקי דין שניתנו בדין משמעתי. הוא גם מוסמך לשנות עונש שנקבע בדין משמעתי. סמכות זו אינה נוגעת לענייננו.

הפרקליט הצבאי הראשי סרב לבקשת העותרת להפעיל את הסמכות הקנויה לו בסעיף 168(ב) לחוק השיפוט הצבאי. נחזור ונצטט את הסעיף:

"הפרקליט הצבאי הראשי רשאי לבטל פסק שניתן בדין משמעתי אם הדיון המשמעתי התנהל באופן הפוגע בסדרי הדין שנקבעו בחוק זה או בהוראה על פיו".

גם על ההתערבות בסמכות זו חלים העקרונות הכלליים בדבר היקף ההתערבות בהחלטות הפרקליט הצבאי הראשי.

בשאלת התערבותו של בית משפט זה בהחלטות הפרקליט הצבאי הראשי לפי סעיף 168 לחוק שיפוט צבאי דן בית משפט זה בכמה הקשרים. בענין גרינשטיין הנזכר הורשע העותר בפני קצין שיפוט. הוא פנה לפרקליט הצבאי הראשי בבקשה לבטל את ההליך כאמור בסעיף 168(ב). בקשתו נדחתה והוא הגיש עתירה נגד הפרקליט הצבאי (ונגדו בלבד). הנשיא לנדוי עמד על כך שסדרי הדין בהליך המשמעתי הם פחות פורמאליים מאשר בהליך פלילי רגיל. הוא העיר כי הראיות באותו ענין הן ראיות נסיבתיות "שמוטב היה כי

תתבררנה בהליך פלילי תקין לפני בית דין צבאי ולא בדיון משמעותי". כיוון שהעותר שהיה מיוצג בחר לעמוד דווקא בהליך משמעותי, ומטעמים נוספים - נדחתה העתירה.

בענין **ארקדי** עמד השופט ברק על מטרותיו של סעיף 168. מטרתו של הסעיף, כך קבע, היא לאפשר לפרקליט הצבאי הראשי בדרך היעילה ביותר לפקח פיקוח משפטי על הדין המשמעותי, כלומר, להבטיח את התקינות והחוקיות של הדין החוקתי בצבא. סעיף 168, כך הסביר, מעניק מכשיר **נוסף** להשלטת החוק בצבא בצד ההסדרים הקיימים. על כן, אם הטיל קצין שיפוט עונש שאין הוא **מוסמך** להטילו, החלטתו של קצין השיפוט **בטלה** גם אם העונש לא בוטל על ידי הפרקליט הצבאי הראשי.

בעתירות שהתבררו עד היום היה זה **הנאשם** בהליך המשמעותי שפנה בבקשה לפרקליט הצבאי הראשי, לפי סעיף 168. בענייננו הבקשה הופנתה על ידי המתלוננת.

בהלכות הכלליות בענין מידת התערבות של בית משפט זה בהחלטות הפרקליט הצבאי הראשי, די לדחות את העתירה ככל שהיא מופנית נגדו. ואולם, בענייננו ניתן לומר יותר מזה: הפרקליט הצבאי הראשי נתן דעתו מתוך כוונת ראש לכל הטענות שהועלו, והשיב עליהן תשובות מפורטות בכתובים. עולה מהן שהנחה אותו הכלל לפיו קביעת ממצאי מהימנות מסורה בידי קצין השיפוט בלבד. כשמסירים מההליך שלפנינו את רעשי הרקע העולים משיתוף שפר בנטיות ליבו של האלוף ומן הויכוח ביניהם, השאלה האמיתית המתעוררת היא אם יש מקום להתערב בממצאים שבעובדה. לפרקליט הצבאי הראשי קנויה סמכות לבטל הליך משמעותי. בדרך כלל, מי שהורשע בדין וסבור שנגרם לו עיוות דין הוא המבקש להפעיל סמכות זו. הפעם ביקשה המתלוננת להפעיל את סמכות ביטול ההליך, בטענה שתלונתה לא טופלה כהלכה. חוק השיפוט הצבאי מאפשר לנאשם שהורשע בדין משמעותי לערער על הרשעתו (סעיף 163). החוק אינו מקנה לתביעה הצבאית זכות ערעור על **זיכוי** בדין משמעותי. מהכתובים שלפנינו עולה כי נבחנת הצעה לשנות את החוק ולהקנות גם לתביעה זכות ערעור. אין אני יודעת אם הניח הזיכוי את דעתו של הפרקליט הצבאי הראשי. אינני באה לקבוע **שלעולם** לא יפעיל הפרקליט הצבאי את סמכותו לפי סעיף 168(ב) כדי לבטל **זיכוי**. כך, במקום בו מזכה קצין שיפוט חייל שעמד לפניו לדין בלא שעייין בחומר הראיות כלל, וגם לא שמע שום עדות, נראה, לכאורה, שהפרקליט הצבאי הראשי יוכל לעשות שימוש בסמכות האמורה. בדרך כלל אין זה מן הראוי לבטל זיכוי בדין משמעותי רק משום שאין הפרקליט הצבאי הראשי מרוצה מן העובדות שנקבעו. הפרקליט הצבאי הראשי ציין בתצהירו (סעיף 23) שאף אם היתה לו זכות ערעור הוא לא היה מגיש ערעור, נוכח נימוקי החלטתו של קצין השיפוט. בצדק כתב הפרקליט הצבאי הראשי, כפי שכבר צוטט:

"אין הפצ"ר משמש כערכאת ערעור על החלטתו של קצין השיפוט, אין הוא שם עצמו בנעליו ואין הוא קובע ממצאים עובדתיים תחתיו. מסגרת פעולות של פצ"ר, כפי שהותוותה בסעיף 168(ב) לחש"ץ, מוגבלת לקיומם של פגמים היורדים לשורש ההליך ויש בהם כדי לגרום לעיוות דין".

לסיכום

27. העותרת התלוננה על סא"ל (מיל") שפר והפרקליט הצבאי הראשי הורה להעמידו לדין משמעותי. העותרת סברה שראוי להעמידו לדין דווקא בפני בית דין צבאי. עמדתה זו נדחתה, והיא סברה וקיבלה. הדיון המשמעותי נערך בפני קצין שיפוט בכיר בדרגת אלוף, שהסתייע בייעוץ משפטי צמוד. נשמעו עדויות. בסופו של דבר לא היה קצין השיפוט הבכיר מוכן להשתית הרשעה על עדותה של המתלוננת, וזיכה את שפר מחמת הספק. לא נמצא לנו שעלה בידי העותרת להצביע על עילה המזכה אותנו להתערב בהחלטתו של הפרקליט הצבאי הראשי, או בהחלטתו של האלוף אביטל.

28. אשר על כן אציע לחברי לבטל את הצו על-תנאי ולדחות את העתירה, בלא צו להוצאות.

שׁוֹפֵט

השופט מ' חשין:

אני מסכים. אין לי לא להוסיף על דברי חברתי ולא לגרוע מהם.

שׁוֹפֵט

השופט א' ריבלין:

אני מסכים.

שׁוֹפֵט

הוחלט כאמור בפסק הדין של השופטת מ' נאור.

ניתן היום, כ' בכסלו התשס"ב (5.12.2001).

שופטת

שופט

שופט

העתק מתאים למקור C17.01001060 / צש
נוסח זה כפוף לשינויי עריכה וניסוח.
שמריהו כהן - מזכיר ראשי
בבית המשפט העליון פועל מרכז מידע, טל' 02-6750444