

פלוני

נגד

1. מפקד משטרה צבאית חוקרת, אל"מ צבי אלמוג, צה"ל
2. סגן מפקד משטרה צבאית חוקרת, סא"ל דב כהן, צה"ל
3. הפרקליט הצבאי הראשי, צה"ל

בבית-המשפט העליון בשבתו כבית-משפט גבוה לצדק

[3.2.75, 24.3.75, 6.4.75]

לפני מ"מ הנשיא (זוסמן), והשופטים ויתקון, עציוני

י' מ' חצרוני — בשם העותר ; י' עדיאל, סגן בכיר לפרקליט המדינה — בשם המשיבים

פסקי-דין, כרך כט, חלק שני, תשל"ה/תשל"ו-1975

השופט ויתקון: העותר משרת כקצין בכיר בשירות קבע בצה"ל. הוגשה נגדו תלונה, שבה הואשם שבשנת 1973 אנס שתי חיילות, שהיו מפקודותיו. הוא מכחיש את האשמה מכל וכל וטוען בעתירתו שזוהי עלילה שטפל עליו אדם שהיה פקודו בצבא ושבא אליו בדרישות סחטניות, דרישות שהוא דחה. נפתחו נגדו הליכי בדיקה לפי חלק ה', פרק ראשון, סימן ב' לחוק השיפוט הצבאי, תשט"ו-1955. המשיבים מס' 1 ו-2 הם, כסדרם, מפקד וסגן מפקד משטרה צבאית חוקרת והם מוסמכים לפי הסעיף 252 (א) (3) לחוק זה לשמש בתפקיד של קצין בודק. העותר הוזמן והתייצב לפני המשיב מס' 2 וזה קיבל ממנו אמרה, לאחר שהזהיר והאשים אותו בביצוע העבירות האמורות. כן קרא המשיב מס' 2 לפני העותר את עדויותיהם של חמישה עדים שהעידו לחובתו במהלך הבדיקה.

סעיף 264 לחוק השיפוט הצבאי מורה וזה לשונו: "רשאי הנאשם, בין אם הודעה לו האשמה ובין אם לאו, לדרוש מאת הקצין הבודק לשמוע אותו ולהזמין ולשמוע עדים להגנתו, וכן לתת לו אפשרות לחקור חקירה שכנגד כל עד שהעיד לחובתו, אלא אם כן נגבתה העדות בפני הנאשם וניתנה לו אפשרות לחקור חקירה שכנגד". העותר הביע את רצונו לחקור את העדים שהעידו לחובתו ולזה אין התנגדות. אך אחרי התייעצות הוסיף העותר וביקש לחקור את העדים באמצעות עורך-דין, ואת הבקשה הזו דחו המשיבים מס' 1 ו-2, וגם המשיב מס' 3, שאליו הופנה העותר, אישר את עמדתם. אכן, זוהי השאלה העומדת לפנינו להכרעה: האם זכותו של נאשם לחקור את העדים שהעידו לחובתו לפני קצין בודק כוללת גם את הרשות לערוך חקירה זו על-ידי פרקליטו?

טענתם הראשונה של המשיבים היתה שהבדיקה לפי חוק השיפוט הצבאי מקבילה לחקירה המשטרתית המתנהלת כרגיל בכל תלונה על עבירה פלילית. בחקירה כזאת — כך טען מר עדיאל בשם המשיבים — לא יעלה על הדעת שיורשה לפרקליטו של החשוד לחקור עדים שמסרו הודעות לחובתו. כמובן, אין מר עדיאל מתעלם מהעובדה שבחקירה משטרתית רגילה כלל אין החשוד רשאי לחקור עדים, אך טענתו היא שעריכת החקירה על-ידי עורך-דין סופה להפוך את הליך הבדיקה למשפט ממש, וזה נוגד את אופי הליך הבדיקה שהוא הליך הקודם למשפט עצמו. אין בידי לקבל טענה זו. מה שאולי עלול להפוך חקירה למשפט של ממש הוא הזכות לחקור עדים, שסעיף 264 לחוק השיפוט הצבאי מעניק לנאשם בבדיקה לפי חוק זה. זכות זו אין לה אחר ורע בחקירה משטרתית רגילה ויתכן שהיא מכבידה על מהלכה היעיל והתקין של הבדיקה. אך אין לומר כי חקירת עדים על-ידי עורך-דין דוקא היא שבעטיה משתנה צביון הבדיקה.

זכות הייצוג על-ידי עורך-דין שהעותר טוען לה, לא רק בעיקרי המשפט והצדק הכלליים מעוגנת היא כי אם גם בהוראה מפורשת של החוק. הרי לפי הסעיף 22 לחוק לשכת עורכי הדין, תשכ"א-1961: "אדם שייפה כוחו של עורך דין זכאי להיות מיוצג על

ידיו בפני כל רשויות המדינה, רשויות מקומיות וגופים ואנשים אחרים הממלאים תפקידים ציבוריים על פי דין; אין בהוראה זו כדי לגרוע מכל סמכות לדרוש נוכחותו או פעולה אישית של האדם המיוצג, ואין בה כדי לפגוע בחיקוק המסדיר את הייצוג בפני רשות, גוף או איש כאמור". אין ספק שהמדובר כאן בייצוג בפני רשות מרשויות המדינה. הסעיף הוא ה"מגנה קרטה" של מקצוע עריכת-הדין. אין בו סייג זולת הסייג שבסיפא. אכן, טענתם העיקרית של המשיבים היתה שחוק השיפוט הצבאי הוא חיקוק המסדיר את הייצוג על-ידי עורך-דין בפני הרשויות שחוק זה דן בהן ושהוא מסדיר אותו בדרך השוללת את הייצוג על-ידי עורך-דין בשלב הבדיקה שחלק ה', פרק ראשון, סימן ב' שלחוק דן בה.

לקריאת הסיפא לסעיף 22 מתעוררים בלבי כמה הרהורים. הראשון: כלום יש לומר ש"חיקוק המסדיר", אף "חיקוק השולל" או "האוסר" במשמע? ראה Municipal Corporation of the City of Toronto v. Virgo, (1896) (7) ; ביגון נגד עיריית לוד, בג"צ 144/58, (1); הורה נגד ראש עיריית תל-אביב-יפו, בג"צ 278/73, (2). שנית, מה היא בעצם כוונת הסייג שבסיפא? האם כוונתו היא לשמור על חיקוק אחר הבא לשלול או לצמצם את הזכות להיות מיוצג על-ידי עורך-דין או שמא אין כוונתו אלא לשמור על חיקוק אחר הבא להעניק זכות להיות מיוצג גם על-ידי מי שאיננו עורך-דין, כמו למשל פקודת מס הכנסה, סעיף 236, חוק סוכני המכס, תשכ"ה-1964, סעיף 3, וחוק הפטנטים, תשכ"ז-1967, סעיף 154? הרי מקומו של הסעיף 22 בפרק השלישי לחוק לשכת עורכי הדין מעיד על מטרותיו. שם הפרק הוא "תחום המקצוע וייחודו", ובדברי ההסבר להצעת חוק זו (הצעות חוק, תשי"ט, בע' 382) נאמר: "פרק זה מציין את שטחי הפעולה של מקצוע עריכת הדין ומייחד פעולות מסויימות לעורכי דין בלבד...." הדגש על ייחוד. והדיבור "חיקוק המסדיר את הייצוג בפני רשות, גוף או איש כאמור" ודאי שהוא מתכוון לייצוגים מייצוגים שונים ולא דוקא לייצוג על-ידי עורך-דין.

ושלישית, גם בהנחה שכוונת הסיפא היא לחיקוק אחר השולל, אוסר או מצמצם ייצוג על-ידי עורך-דין, עדיין אפשר לתהות, באיזה חיקוק מדבר הכתוב. האם הכוונה היא לחקיקת-משנה או גם לחוק של הכנסת, אשר בלא-הכי הסמכות בידיה לחוקק כל חוק המסדיר את הייצוג על-ידי עורך-דין, בין אם ההסדר עולה בקנה אחד עם הסעיף 22 ובין אם לאו. סעיף זה ודאי שאינו מעשה חקיקה עליונה ואין לו מעמד של חוקה. משמעותו פשוטה: הגם שהוא בחינת "חיקוק מיוחד", חיקוק אחר השולל את זכות הייצוג עדיף. ומה בכל זאת רבותא בכל הסעיף הזה? שחיקוק אחר הבא לשלול או לצמצם את זכות הייצוג על-ידי עורך-דין חייב לעשות זאת בצורה שאינה משתמעת לשתי פנים. הבה נראה עתה, אם חוק השיפוט הצבאי הוא חיקוק כזה.

צדק מר עדיאל באמרו שבחוק זה לא נשאר מקומו של עורך-דין נפקד. חלק ה', פרק שני, סימן ב' דן בסוגיה הקרויה "סניגוריה", ואין ספק כי הוראות הסימן הזה מתייחסות אך ורק לדיון לפני בית-דין צבאי ולפי סעיף 323 גם לחקירה מוקדמת בפני שופט-חוקר. שמע מינה — כך טענת המשיבים — שהזכות הניתנת לנאשם בסעיף 316

לנהל את הגנתו בעצמו או לבחור לו סניגור אינה עומדת לו בתליך הבדיקה. מכלל הן אתה שומע לאו. הא לך, כך טענו המשיבים, השובר שבצדו של השטר שבסעיף 22 לחוק לשכת עורכי הדין. ההסדר שבסעיפים 316—323 לחוק השיפוט הצבאי לענין הסניגוריה הוא הסדר ממצה, הצופה כל מה שניתן להסדיר בסוגיה זו בתחום השיפוט הצבאי. מכלל לא הוא מסדיר גם את זכות הייצוג על-ידי עורך-דין בפני הקצין הבודק והוא מסדיר אותו לשלילה.

טענה זו של המשיבים, נדמה לי שהיא חרב פיפיות. היא חלשה וחזקה גם יחד, אם כך מותר להגיד. היא חלשה, מכיון שההסדר שנקבע בסעיפים 316—323 לחוק השיפוט הצבאי לענין לימוד סניגוריה בפני בית-דין צבאי ושופט-חוקר לא בא בעצם להעניק לנאשם זכות ייצוג על-ידי עורך-דין בהליכים מסויימים (ולא אחרים) במסגרת השיפוט הצבאי. כוונתן של הראות אלו היא לצמצם את חוג הסניגורים הרשאים לשמש בתור שכאלה במסגרת זו. מתקבל כסניגור רק מי שאושר על-ידי ועדה מיוחדת לאישור עורכי-דין (סעיף 317) או „כל חייל שהסכים לשמש סניגורו“ של הנאשם. עינינו הראות שלא בייצוג על-ידי עורך-דין מדבר הכתוב אלא בכשירותיו המיוחדות של מי שהנאשם רשאי לבחור לו לסניגור. ההסדר מצמצם וגם מרחיב, לא כל עורך-דין, אך גם לא רק עורך-דין, רשאי להיות סניגור. כאמור, זהו הסדר שלפי הסיפא לסעיף 22 לחוק לשכת עורכי-דין אין הסעיף בא לפגוע בו. אך הדגש מושם על כשירות הנציג ולא על עצם הזכות להיות מיוצג.

מאידך גיסא, טענת המשיבים היא חזקה, שכן אם נקבל את טענת העותר, יוצא שבפני בית-דין צבאי וחוקר צבאי אין זכות ייצוג אלא על-ידי בעל כשירות מיוחדת ואילו בשלב של בדיקה מותר להיות מיוצג על-ידי כל עורך-דין, לרבות עורך-דין שלא השיג את אישור הוועדה האמורה. גם אני רואה בשוני זה דבר שאינו מניח את הדעת, וקשה לי לקבל את טענת מר הצרוני, בשם העותר, שאמנם דוקא לכך התכוון המחוקק. אך מר הצרוני השכיל להקהות כלשהו את חוד הטענה בדרך אחרת. הוא הצביע על הליכים אחרים הקשורים לשיפוט הצבאי, שגם לגביהם אין הוראה בחוק המרשה ייצוג על-ידי עורך-דין, ואף-על-פי-כן דבר שבשיגרה היום-יומית הוא שעורכי-דין מייצגים חיילים בהליכים אלה. כך, למשל, לענין אישור גזרי-דין (סעיף 442 לחוק השיפוט הצבאי). גם ההוראות הדנות בוועדות חקירה (סעיפים 537—539) אינן מדברות על ייצוג. אך מר הצרוני הפנה את תשומת לבנו להוראות הפיקוד העליון — שאמנם אין להן מעמד של „דין“ — 5.0201 פסקה ח', סעיף-משנה 7 ו-9. שם נתונה זכות ייצוג על-ידי עורך-דין במפורש, ועורך-דין כזה לאו דוקא צריך להיות עורך-דין מאושר על-ידי הוועדה לפי הסעיף 317. אם כך לפני ועדת חקירה, מדוע לא לפני קצין בודק?

נמצא שיש פנים לכאן ולכאן ושבסופו של דבר עלינו להחליט, מה במאזן השיקולים עדיף. לדעתי, אין בהוראות חלק ה', פרק שני, סימן ב' לחוק השיפוט הצבאי, הדין בסניגוריה בפני בית-דין צבאי ושופט חוקר, אינדיקציה מספקת שבהליכים אחרים לפי אותו חוק אסור לנאשם להיות מיוצג על-ידי עורך-דין. הדבר לא נאמר לא במפורש ולא ברמז

וגם מכללא אין איסור כזה משתמע בהכרח. אין כאן חיקוק אחר הגובר על העקרון המונח ביסודו של הסעיף 22 לחוק לשכת עורכי הדין. אוסיף אף זאת, שבכפוף לסייגים מסויימים וחשובים, אין אני חושש מהתערבות עורכי-דין בהליכים משפטיים או קדם-משפטיים. חשש כזה נפוץ למדי בציבורנו, ואילו אני אין אני מוכן לפקוד עוונם של יחידים על המקצוע כולו. עורך-דין הממלא את תפקידו בנאמנות הן כלפי שולחו והן כלפי המוסד שלפניו הוא מופיע, אינו "גורם מפריע". מלאכת חקירת עדים דורשת בקיאות וגם אותה מידה של חוסר מעורבות נפשית שלרוב אין לצפות לו מהנאשם עצמו, אך יש לדרוש אותו בתוקף מפרקליטו המקצועי. יש גם נאשמים, שהם פחות מסוגלים מנאשמים אחרים לחקור עדים, ואחד שאינו יודע לשאול, על שום מה יגרע חלקו ולא יינתן לו להיזקק לשירותו של עורך-דין?

הן מבחינת פרשנות החוק והן מבחינת השיקול הציבורי רואה אני את טענת העותר מטענת המשיבים. אשר-על-כן הצבעתי ביום התשובה בעד עשיית הצו-על-תנאי לצו מוחלט.

השופט עציוני: גם אני, כחברי הנכבד, השופט ויתקון, הייתי בדעה ביום שמיעת התשובה כי יש לעשות את הצו-על-תנאי לצו מוחלט מהטעמים המפורטים בפסק-דינו. בעשותי זאת יוצא אני מתוך העקרון שכל אדם רשאי לעסוק במקצועו או בכל עיסוק אחר כל זמן שהדבר לא נאסר עליו על-ידי המחוקק. עקרון זה חל ביתר תוקף לדעתי בהתייחס למקצוע החפשי של עריכת-דין. את האסמכתה החוקית לעקרון הנ"ל מוצאים אנו בסעיף 22 של חוק לשכת עורכי הדין, תשכ"א-1961, שצוטט על-ידי השופט ויתקון, ועיקרו הוא שכל אדם רשאי להיות מיוצג בפני כל רשויות המדינה על-ידי עורך-דין, אלא אם נקבע במפורש אחרת.

במדינה המודרנית המפותחת כאשר החקיקה מתערבת בפעולותיו היומיומיות של האדם מיום לידתו ועד יום מותו, עולה חיוניותו וחשיבותו של תפקיד עריכת-הדין הן לטובת האזרח והן לטובת המדינה; על אחת כמה וכמה כשהמדובר הוא בחוק הפלילי העוסק בדיני נפשות. לא פלא הוא שהמחוקק לא הסתפק בהיתר לייצוג על-ידי עורך-דין במשפטים פליליים, אלא שבמקרים רציניים המפורטים בסעיף 13 לחוק סדר הדין הפלילי, תשכ"ה-1965, חייב את בתי-המשפט למנות סניגור לנאשם ואפילו נגד רצונו.

ב"ע"פ 307/72, (3), דנו בהרכב מורחב במהותה של החובה הזו. שם אמרתי:

"המחוקק יוצא מתוך הנחה, הנחה שיש לה יסוד איתן במציאות המשפ-טית שלנו, כי בעבירות רציניות כשהעונש עליהן הוא מוות או מאסר עשר שנים או יותר, עורך-דין שהוכשר לכך, שיודע דת ודין, ושמלאכתו בכך, מוכשר יותר להגן על הנאשם מאשר הנאשם עצמו. בשיטה האקונוטרית בדיון הפלילי אצלנו, כמו בארצות אנגלו-סכסיות, כאשר תפקידו של השופט

מצומצם, וניהול החקירה מופקד בעיקר בידי הצדדים, יש חשיבות עליונה, חשיבות שבה כאמור הכיר המחוקק, לנוכחות סניגור בקיא ברזי המשפט והלכותיו. והרי גם בתי-המשפט עצמם מעוניינים בכך שעורכי-הדין יתרמו חלקם הם לעשיית הצדק ולא לשוא נקראים הם "Officers of the Court" (שם, (3), ע' 634—633).

(ראה גם מאמרה המאלף של פרופ' הלן סילבינג The Morality of Advocacy שפורסם בקובץ Law and Man בעריכת פרופ' שהם שהוקדש לחברנו השופט חיים כהן). דברים אלה חלים לדעתי גם על המקרה שלנו. שותף אני לגישתו של השופט ויתקון כי אין לראות בעורך-הדין גורם המפריע לעשיית הצדק, אלא להיפך, כפי שהסברתי מקודם. תפקידו של עורך-הדין הוא לעזור למוסדות משפטיים להגיע לחקר האמת, יהיו אלה בתי-משפט או מוסדות חקיקה קדם-משפטיים. מכאן גם החובה המוטלת על המשטרה לאפשר לעציר להתקשר עם עורך-דין בהקדם האפשרי, כדי לקבל ממנו עזרה משפטית (ראה ע"פ 307/60, (4), בע' 1570, ו-ע"פ 96/66, (5), בע' 546, 548).

אחד האמצעים הבדוקים להגיע לחקר האמת היא חקירת שתי-וערב, וכל בר-בירב יודע שבחקירה מסוג זה נדרשת מיומנות מקצועית ונסיון שלא כל אדם רגיל ניחן בהם. המחוקק נתן לחייל שמובא בפני קצין בודק לפני העמדתו לדין צבאי, לפי סעיף 264 לחוק השיפוט הצבאי, רשות להשמיע את דבריו, להזמין עדים להגנתו וכן אפשרות לחקור חקירה נגדית כל עד שהעיד נגדו. מה טעם לאחר הענקת כל הזכויות האלה לשלול מאותו אדם את העזרה המקצועית של עורך-הדין המוכשר לכך ושמלאכתו בכך, עזרה שהיא כאמור חיונית ביותר לניהול החקירה שכנגד.

לכשעצמי לא אוכל להעלות על הדעת שאמנם התכוון המחוקק לשלול עזרה זו מהחשוד.

אסמכתה לכך שאין לשלול את זכות הייצוג על-ידי עורך-דין אלא באמירה מפורשת של המחוקק אפשר גם למצוא בדבריו של השופט לנדוי ב-בג"צ 193/67, (6). באותו מקרה התעוררה השאלה אם מוסמך היה נציב בתי-הסוהר לאסור על עורך-דין להיפגש עם עציר העצור לפי תקנה 111 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945. בהתייחסו לזכות הייצוג על-ידי עורך-דין אומר השופט לנדוי:

„זכות הייצוג של האזרח על-ידי עורך-דין בפני רשויות המדינה היא לכל הדעות זכות חשובה.... זכות זו מובטחת אצלנו בסעיף 22 של חוק לשכת עורכי הדין, תשכ"א-1961....“ (שם, ע' 184).

והוא ממשיך ואומר:

„עצם זכות הביקור של עורך-דין אצל מרשו (כולל זכות הביקור לשם קבלת יפוי-כוח מאת המרשה) חיונית לשם הגשמת הזכות העיקרית, שניתנה

בסעיף 22 של חוק לשכת עורכי הדין, דהיינו זכות הייצוג, כי אין ייצוג יעיל ללא התייעצות מוקדמת בין עורך-דין למרשו.

„זכות ההופעה של כל עורך-דין בפני הוועדה המייעצת, שהוקמה לפי תקנה 111 (4), או בפני איזו רשות אחרת, בענין מעצרו של אדם לפי תקנה 111, לא הוגבלה על-ידי שום חיקוק, ונאמר לנו שבפועל מופיעים בפני הוועדה גם עורכי-דין שלא הורשו לשמש סניגורים בפני בתי-דין צבאיים, לפי סעיף 318 של חוק השיפוט הצבאי“ (שס, ע' 185).

ולסיכום הוא אומר :

„אבל איסור גמור של גישת עורך-הדין עומדת בסתירה לסעיף 22, רישא, ולכן אפשר להכשירה רק בתוקף חיקוק המאפשר את איסור הייצוג על-ידי עורך-דין פלוני או על-ידי סוג מסויים של עורכי-דין, במובן סעיף 22, סיפא, של חוק לשכת עורכי הדין“ (שס, ע' 185).

אמנם במקרה של הופעת עורך-דין בפני קצין בודק בייצוג את החשוד לא חלה ההגבלה שבסעיפים 316—318 לחוק השיפוט הצבאי לפיו רק מי שהוסמך על-ידי ועדה מיוחדת לשמש כסניגור צבאי רשאי להופיע בבתי-דין צבאיים ובפני שופט חוקר בחקירה מוקדמת, ומכאן יוצא שכל עורך-דין ללא כל הגבלה יוכל להופיע בפני קצין בודק, אך אינני רואה בתוצאה זו דבר שבגללו אפשר לשלול את זכות ייצוג החשוד בפני קצין בודק, גם מתוך פסק-דינו של השופט לנדוי ב"בג"צ הנ"ל עולה שעורכי-דין שלא הוסמכו כאמור הופיעו בפני הוועדה המייעצת לפי תקנה 111 (4) הנ"ל.

בכל אופן כל זמן שאין איסור מפורש על הזכות להיות מיוצג על-ידי עורך-דין בהליכי כים לפני קצין בודק, ואיסור כזה לא מצאתי בחוק השיפוט הצבאי, הנני בדעה כי זכות זו עומדת לו לחשוד בחקירה בפני קצין בודק.

מ"מ הנשיא (זוסמן) : העותר משרת בצבא-ההגנה לישראל בדרגת סגן אלוף. הוגשה נגדו תלונה בשל עבירה על סעיף 75 לחוק השיפוט הצבאי, תשט"ו-1955 (להלן — החוק), ועל-פי סעיף 251 לחוק נערכת בדיקה. במהלך הבדיקה התייצב העותר ומסר אמרה, לאחר אוזרה. באותו מעמד קרא הקצין הבודק באזניו של העותר עדויותיהם של חמישה עדים שנגבו על-ידי. אחר התייעצות עם פרקליטו, ביקש העותר לחקור את העדים האמורים שתייערבו, באמצעות הפרקליט. בקשה זו סמך העותר על סעיף 264 לחוק, וזה לשונו :

„רשאי הנאשם, בין אם הודעה לו האשמה ובין אם לאו, לדרוש מאת הקצין הבודק לשמוע אותו ולהזמין ולשמוע עדים להגנתו, וכן לתת לו אפ-שרות לחקור חקירה שכנגד כל עד שהעיד לחובתו, אלא אם כן נגבתה העדות בפני הנאשם וניתנה לו אפשרות לחקור חקירה שכנגד.“

2. הקצין הבודק מוכן להרשות לעותר חקירת שתי-וערב כבקשתו, ובלבד שיחקור הוא בעצמו, ואילו לחקירה באמצעות פרקליט הוא מתנגד בטענה שהשתתפותו של עורך-דין בהליך הבדיקה מקומה לא יכירנה בחוק הנ"ל. השאלה העומדת לפנינו היא חדה וחלקה: הרשאי עורך-דין ליטול חלק בהליך הבדיקה או לא?

כדי להשיב על השאלה האמורה, עלינו להתבונן בהלכות סדרי הדין שבחוק. על-פי החוק, דרכי הדיון בעבירה צבאית הן שתיים, דהיינו, דין משמעתי ודיון בפני אחד מבתי-הדין הצבאיים האמורים בסעיף 183 (1) לחוק.

3. בדין משמעתי יכול שתתברר תלונה על חייל שדרגתו למטה מדרגת סגן-אלוף אשר הואשם בעבירה צבאית שענשה אינו עולה על שלוש שנים (סעיף 136). הדיון יכול שיתקיים בפני קצין שיפוט זוט או קצין שיפוט בכיר, ובהתאם לכך משתנית סמכות הענישה כאמור בסעיפים 152 ו-153 לחוק. סעיף 150 לחוק נותן לחייל הנאשם, במקרים מסויימים, ברירה לדרוש העברת הדיון לבית-דין צבאי. הוראות אחרות בחוק הנ"ל מעידות על כך שהמחוקק לא השווה לפסק-דין בדין משמעתי אופי של מעשה-שפיטה ממש, ראה סעיף 171 (ב) לחוק המגביל מעשה-בית-דין עקב דין משמעתי. "הליכי שפיטה" ככותרתו של חלק ה' לחוק הם הליכים בפני בית-דין צבאי בלבד.

משהגענו לחלק ה' לחוק, נוכל מיד לפנות לפרק השני, הדין ב"שופטים, סניגוריה ופומביות". לענין הסניגוריה מורה סעיף 316 שבסימן ב' לחוק לאמור:

"נאשם לפני בית דין צבאי רשאי לנהל את הגנתו בעצמו או לבחור לו לסניגור אדם שאושר לשמש סניגור לפני בתי הדין הצבאיים לפי סעיף 318 ושילם באותה שנה את האגרה שנקבעה, או כל חייל שהסכים לשמש סניגורו; אולם אם היה בית הדין סבור כי הדיון לפניו עלול להביא לגילוי סודות צבאיים לא יוכל לשמש כסניגור חייל כאמור, אלא אם אושר על ידי בית הדין."

למקרא הסעיף 316 נמצא אתה למד שלושה, דהיינו:

ראשית, אין חייל נאשם רשאי לבחור לו סניגור אלא בהליך בפני בית-דין צבאי, להבדילו מדיון משמעתי.

שנית, אין עורך-דין רשאי להתייצב כסניגור בפני בית-דין צבאי אלא אם אושר לכך על-ידי הוועדה שנתמנתה מכוח סעיף 318 לחוק.

ושלישית, חייל שאינו עורך-דין רשאי אף הוא ללמד זכות על נאשם בפני בית-דין צבאי, ללא אישור, זולת אם בית-הדין היה סבור שהדיון עלול להביא לגילוי סודות צבאיים, כאמור בסעיף 316, סיפא.

במקרים מסויימים ממנים סניגור צבאי לחייל נאשם שלא בחר לו סניגור משלו, כמצוות סעיף 321. סניגור צבאי כזה אינו צריך אישור הוועדה בה מדובר בסעיף 318 לחוק, אלא הוא מתמנה על-ידי הרמטכ"ל, בהתאם לסעיף 182 לחוק, שגם בו נאמר כי הסניגור ישמש "בבתי הדין הצבאיים", להבדיל מקצין שיפוט בדין משמעתי.

4. נעזוב עכשיו הלכות הסניגוריה ונראה כיצד מגיע אישום בתלונה אל בית-דין צבאי. על-פי סעיף 251 לחוק, אין להעמיד אדם לדין בפני בית-דין צבאי, אלא אם קדמה לכך או בדיקת עבירה או חקירה מוקדמת. מאי נפקא מינה בין זו לזו? שהבדיקה מתנהלת על-ידי קצין בודק, לרבות שוטר צבאי שהוסמך לכך, ואילו חקירה מוקדמת היא בידי שופט חוקר צבאי. הברירה, אם לבדוק או לחקור, היא בידי הפרקליט הצבאי הראשי, שכן על-פי סעיף 283 אין פותחים בחקירה מוקדמת אלא לפי הוראתו. בין אם היתה בדיקה ובין אם נעשתה חקירה, ההחלטה בדבר הגשת כתב-האישום היא תמיד בידי הפרקליט הצבאי, ראה סעיפים 281 ו-299 לחוק. ניתן לומר כי בדיקה היא משולה לחקירת המשטרה הקודמת להגשת כתב-אישום על-פי חוק סדר הדין הפלילי, תשכ"ה-1965, ואילו חקירה מוקדמת משולה לחקירה מוקדמת על-ידי השופט שהיתה נוהגת על-פי פקודת הפרוצידורה הפלילית (שפיטה על-פי כתב-אישום).

5. ועכשיו מן הראוי להפנות אל סעיף 323 לחוק, האומר כי הלכות הסניגוריה שבחוק הנ"ל יחולו גם בחקירה מוקדמת. פירושו של דבר, גם בחקירה מוקדמת אין דריסת רגל לעורך-דין שלא אושר על-פי סעיף 318 לחוק, וחייל שאינו עורך-דין יכול שיוזקק לאישור כאמור בסעיף 316, סיפא. בחקירה מוקדמת נאמר, בבדיקה לא נאמר. מה יוצא לנו מזה לענין השאלה העומדת לפנינו, דהיינו, אם רשאי עורך-דין — כל עורך-דין, ולא רק עורך-דין שאושר לכך על-פי סעיף 318 — ליטול חלק בבדיקה? אי אתה יכול להשיב תשובה נאמנה על שאלה זו אלא אם חשפת את המטרה התחקיתית הגלומה בסעיף 318 לחוק. פרשנות של חיקוק, ללא גילוי המטרה התחקיתית, היא המכונה גם "כוונת המחוקק", עלולה להביא אותך לתוצאה שהדעת אינה סובלתה.

לענין הגבלת הייצוג על-ידי עורך-דין, כקבוע בסעיף 316 לחוק, אין טעם להבדיל בין זכותו של עורך-דין לעסוק במקצועו לבין זכותו של נאשם לבחור לו סניגור כרצונו; ההגבלה תופסת בשתייהן כאחד. אבל הרעיון המונח ביסוד אותה ההגבלה לא היה, כי השתתפותו של עורך-דין בהליכים לפי החוק עלולה לסבך או להפריע. אפשר להעמיד את המחוקק בחזקה, כי לא נעלם ממנו שעורך-דין מוכשר כפרקליט העותר שהתייצב לפנינו עשוי להרים תרומה נכבדה למלאכת השיפוט ולסייע בהוצאת אמת לאור. ההוראה המגבילה שבסעיף 316 לא באה כדי לדחוק רגלו של עורך-דין מהיכלו של בית-דין צבאי, אלא באה היא לשם שמירה על צרכי בטחון, מפאת טיב הענינים הבאים לבירור בפני בית-דין צבאי. שמא תאמר שגם בבית-משפט אזרחי יכול שיתברר ענין העלול להביא לגילוי סודות צבאיים, אף אני אשיב לך, שסעיף 38 לחוק דיני העונשין (בטחון המדינה, יחסי חוץ וסודות רשמיים), תשי"ז-1957, קובע לצורך כך הוראה הרבה יותר מרחיקה לכת.

6. הוועדה שהוקמה מכוח סעיף 318 מצטמצמת בבדיקת המהימנות הבטחונית של עורך-הדין. אם אין לגבי מבקש-אישור ספק, שמא עיסוקו בבית-דין צבאי יביא לשימוש לרעה בסודות שנתגלו, הוועדה מאשרת עורך-דין כדבר שבשיגרה. הכלל הנקוט בידי הוועדה הוא, שבכפוף לבדיקה הבטחונית שהיא, כאמור, המטרה שלמענה הוחקה הוראת סעיף 316, כל מי שהוסמך לעסוק במקצוע הפרקליטות, רשאי גם לעשות מלאכתו בפני בית-דין צבאי. בתי-הדין הצבאיים אינם יוצאי-דופן לעומת בתי-משפט אחרים, פרט לענין אחד, והוא שאין הם פותחים שעריהם בפני עורך-דין זולת לאחר שעבר בדיקה בטחונית.

ובעוד שעורך-דין צריך אישור כאמור בסעיף 318 לחוק, נוהג כלפי חייל שהסכים לשמש סניגור הכלל ההפוך. חייל כזה אינו זקוק לאישור, אלא אם קבע בית-הדין כי הדיון עלול לגרום גילוי סודות צבאיים. הטעם לאבחנה זו, שבין עורך-דין וחייל הוא, שחייל אינו משמש דרך קבע סניגור, ובהיותו חייל, אירועים שבצבא ממילא ידועים לו, אשר-על-כן אין צידוק לבדוק מהימנותו הבטחונית, כל עוד לא יעמדו סודות צבאיים לדיון.

7. אומר העותר, שמשלא נקבעה לענין ייצוגו של נאשם בבדיקה הוראה דומה לזו שבסעיף 323 לחוק, הרשות בידו לשכור לו עורך-דין שיחקור מטעמו את העדים שהעידו בהליך הבדיקה. הטענה היא, כי רשות זו נובעת מן ההוראה הכללית שבסעיף 22 לחוק לשכת עורכי הדין, תשכ"א-1961. והעותר מרחיק לכת וטוען, שגם עורך-דין שלא אושר על-פי סעיף 318 לחוק רשאי להתייצב לפני קצין בודק, מכוח היתר העיסוק הכללי שבסעיף 22 לחוק הנ"ל.

טול מקרהו של פלוני שביקש להתאשר לצורך סניגוריה בבית-דין צבאי ובקשתו נדחתה. ישנם עורכי-דין כאלה, אם כי מספרם אינו גדול. פירושו של סירוב האישור הוא, שקיימים כלפי פלוני ספקות רציניים לגבי מהימנותו הבטחונית, ולכן אין מתירים לו לא לבוא בפני בית-דין צבאי, כאמור בסעיף 316 לחוק ואף לא בפני שופט חוקר כאמור בסעיף 323 שבו. האם לא יהא זה שיא הגיחוך, שפלוני שנפסל לשמש סניגור, מפאת החשש שיתגלו לו בשעת הדיון סודות צבאיים שלגביהם אין הוא נאמן, יוכל ללמוד כל אותן העובדות החסויות במהלך הבדיקה? השיקול של שמירה על צרכי הבטחון, אשר בגללו אין מתירים כניסתו של אותו עורך-דין לא לבית-דין צבאי ולא ללשכתו של שופט חוקר, הסובל הוא השתתפותו בהליך הבדיקה, שבו עלול להתגלות לו ממש אותו חומר הצריך סודיות?

8. דעתי היא, שבסימן ב' לפרק שני בחלק ה' לחוק נתקבצו באורח בלעדי הלכות הסניגוריה בבית-דין צבאי, ומפאת ייחודן הן גוברות על ההוראה הכללית שבסעיף 22 לחוק לשכת עורכי הדין בחינת דין מיוחד דוחה דין כללי. ראינו כי בסעיף 323 לחוק קבע המחוקק דין סניגור בחקירה מוקדמת, בהשוותו לסניגור בבית-הדין גופו. חזקה על

המחוקק שלא נעלם מעיניו שתחת חקירה מוקדמת יכול שתיערך בדיקה. אין זה מתקבל על הדעת שהתכוון להתיר בבדיקה מה שאסר בחקירה. פשוט אין נימוק הגיוני לאבחנה זו. המסקנה המתבקשת היא, שבהליך בפני בית-דין צבאי (לרבות ההליכים הקודמים לדיון עצמו) אין סניגוריה אלא על-פי הלכת סימן ב' הנ"ל.

9. אני מסכים לטענה כי לסעיף 22 לחוק לשכת עורכי הדין נמסר מעין "שיפוט עודף" (residuary jurisdiction), דהיינו, כל מקום שאין בחיקוק הוראה אחרת, עורך-דין רשאי לייצג אדם. אך לא ידעתי מדוע הוראה אחרת כזאת צריכה להיות מפורשת. מקום ששני דברי חקיקה מכחישים זה את זה, מתפקידו של השופט, על-פי כללי הפרשנות המקובלים, ליישב ביניהם. לכאורה, תהא הנטייה תמיד לטובת הכלל שבסעיף 22 הנ"ל, מפאת "השיפוט העודף". אבל הוראה אחרת יכולה גם להשתמע מחיקוק אחר, מה גם כאשר אותו חיקוק אחר קדם לחוק לשכת עורכי הדין. משעלה בידנו לגלות את המטרה התחקיתית הגלומה בסעיפים 316 ו-323 לחוק, אין זה מן הראוי לשבש הלכה על-ידי סיכול אותה מטרה. כלל הפרשנות הידוע "דין מיוחד דוחה דין כללי" מיועד למנוע תוצאה שכזאת, והוא חייב להדריך אותנו בענין דגן.

10. השאלה אם באות הוראות סימן ב' הנ"ל בגדר "חיקוק המסדיר את הייצוג בפני רשות" כאמור בסעיף 22 לחוק לשכת עורכי הדין לא הטרידה אותי. שאלה זו יכול שתת-עורר מקום שחוק עלאי מרשה מחוקק-משנה "להסדיר" ענין, וזה האחרון, במסווה של הסדר, מתיימר לאסור לחלוטין, אך כאן דנים אנו בשני חיקוקים שווי-ערך, ולמסקנתו הגעתי בדרך הפרשנות לשם יישוב בין השניים כמו שנתבאר.

לא מן הנמנע שעורכי-דין ייצגו שולחיהם בפני רשות צבאית בעניני מעצר ואישור גזרי-דין וכיוצא באלה ענינים אחרים. ואולם אין זה לא מן המפורסמות — ואף לא בגדר ידיעתי האישית — שגם עורכי-דין שלא אושרו מכוח סעיף 318 לחוק הנ"ל עושים כן. ואם אושר עורך-דין כאמור, הרי כל הפעולות האלה באות ממילא בגדר סניגוריה בה הוא רשאי לשמש. אין אני רואה לחוות דעה על כך, מה דינו של סניגור שלא אושר בהליכים האמורים; יהא אשר יהא דינו, אין ללמוד מכאן דבר לעומת ההסדר הבלעדי והממצה שבסימן ב' הנ"ל. כן אין ערך לעובדה שהוראות הפיקוד העליון מרשות חייל להיות מיוצג בוועדת חקירה על-ידי עורך-דין. הוראה דומה לא נקבעה לענין בדיקת עבירה ברת דיון בבית-דין צבאי, ונוכח ההוראות שבסימן ב' אף נבצר מהפיקוד העליון לקבעה.

11. לא נותר לי אלא להוסיף שהגעתי למסקנתי בלי צער. איש לא יחלוק על חשיבותה הרבה של הזכות לחקור שתי-וערב, המשמש אחת מאבני היסוד של דיון משפטי הוגן. במה דברים אמורים? בדיון גופו. ואילו חקירה משטרית היא לפי טבעה הליך אינקביי-זיטורי. חוששני שכדרך ששוטר אזרחי לא יוכל לגלות עבירה כדבעי אם ייאלץ במהלך החקירה לאפשר לחשוד לחקור את העדים שתי-וערב, כך ייכשל גם קצין בודק במילוי

תפקידו. הוראת הסעיף 264 לחוק הנ"ל כבודה במקומו מונח, וגם לי אין ספק שפרקליט מנוסה יוכל להיטיב משולחו לחקור. אך בצדה של הוראה זו קיימת שלילת זכות הסניגוריה בהליך הבדיקה, ומי שמוטרד על-ידי קיפוח אפשרי של הנאשם, שלא יידע לנצל בעצמו הוראה שאין לה אח ורע בסדרי דין רגילים, יתנחם בכך שמלוא זכות הסניגוריה נתונה לנאשם בשעת הדיון.

מן הטעמים האמורים כסבור הייתי שדין העתירה להידחות, ואולם הואיל וחברי הנכבדים סברו אחרת, החלטנו בזמנו לעשות את הצו-על-תנאי למוחלט.

ניתן היום, כ"ה בניסן תשל"ה (6.4.1975).