

על הזכות לייצוג משפטי בהליכי משמעת – המקרה המיוחד של הדין המשמעתי בצבא

אסף פורת*

"חובת ההגינות של הרשות כלפי הפרט היא מקור עיקרי לזכותו – המעוגנת בכללי הצדק הטבעי – להשמיע טענותיו בפניה עובר לפגיעתה בו"
פרופ' ברוך ברכה ז"ל**

הליכים משמעתיים מעסיקים חלק ניכר מן הציבור במדינת-ישראל הכפוף לדין משמעתי מסוגים שונים – למשל, עובדי מדינה, חיילי צה"ל, שוטרים, סוהרים, רופאים, עורכי-דין, רואי-חשבון, סטודנטים באוניברסיטות ובמכללות, ועוד. מאמר זה מבקש להתייחס לתחום מיוחד של ההליך המשמעתי – הדין המשמעתי הצבאי. במסגרת זו המאמר מבקש לבחון את שאלת זכותו של נאשם לייצוג על-ידי עורך-דין בהליכים משמעתיים בצבא, בהינתן שהליכים אלה נערכים לפני קצין שיפוט שאינו בעל הכשרה משפטית. נכון להיום הפרקטיקה הנוהגת למן הקמתו של צה"ל היא שבדין משמעתי אין לאפשר ייצוג על-ידי עורך-דין או על-ידי כל אדם אחר. המאמר מבקש להשיג על צדקתה של הפרקטיקה הנוהגת לנוכח מעמדה של

* דוקטור למשפטים ועורך-דין, מרצה וחבר סגל ההוראה הקבוע בפקולטה למשפטים של המרכז האקדמי כרמל בחיפה, ומרצה מן החוץ במרכז הבינתחומי הרצליה ובפקולטה למשפטים באוניברסיטת תל-אביב.

הריני מבקש להודות לעו"ד מתן גוטמן, לעו"ד יעקב גורנשטיין, לעוזרת-המחקר המסורה קרין דיאמנט ולמשתתפי הסמינר המחלקתי במרכז האקדמי כרמל בחיפה, ובמיוחד לפרופ' רות קנאי, לד"ר גרשון גונטובניק, לד"ר אורי ניר, לד"ר רוני רוזנברג ולד"ר נעם שר. תודה מיוחדת גם למערכת כתב-העת **משפט ועסקים** – לעורכת קרן להד, שסייעה לי מאוד, ולחברי המערכת נגה סלומון ואלכס פלדשר – לשלושתם התודה על הערות יוצאות-מן-הכלל. האחיות לכל טעות שנפלה במסגרת הרשימה – עליי בלבד.

המאמר מוקדש בהערכה רבה לפרופ' ברוך ברכה ז"ל, אשר זכיתי לשמש לו עוזר-הוראה במשך כחמש שנים באוניברסיטת תל-אביב ובמרכז הבינתחומי הרצליה במסגרת הקורס משפט מנהלי.

** ברוך ברכה "לקראת פתיחות בהליכי התקנת תקנות?" **ספר שמגר – מאמרים** חלק א 127, 133 (אהרן ברק ואח' ועדה מייעצת, 2003).

הזכות לייצוג בעידן החוקתי. לשם כך המאמר עומד על חשיבותן של זכות הטיעון בכלל ושל הזכות לייצוג משפטי בפרט. בהמשכו המאמר מציג את הדין המשמעותי בכלל ובצבא בפרט, תוך בחינה של שאלת הייצוג במסגרות אלה. עיקרו של המאמר בהצגת הצורך בייצוג במסגרת הדין המשמעותי בצבא, תוך הצגת טיעונים בעד ונגד וניסיון להציע פתרון מאוזן לאורם של מבחני המידתיות.

מבוא

- פרק א: כלל השימוע – חובת השימוע וזכות הטיעון
- פרק ב: הזכות לייצוג משפטי
- פרק ג: הדין המשמעותי
- פרק ד: שאלת הייצוג בהליכים משמעותיים
- פרק ה: הדין המשמעותי בצבא
- פרק ו: שלילת זכות הייצוג במסגרת הליכים משמעותיים בצבא – מבט פוזיטיבי
- פרק ז: המאבק בשאלת הצורך בייצוג במסגרת הליכים משמעותיים בצבא
1. הצדקות השוללות ייצוג משפטי בדין המשמעותי בצבא
- (א) הטיעון המערכתי המרכזי: סרבול ההליכים והתמשכותם
- (ב) הטיעון המערכתי בדבר חוסר האיזון שבייצוג
- (ג) הטיעון המערכתי בדבר הפגיעה באוטונומיה של הפיקוד
- (ד) הטיעון בדבר הרתעת המפקדים
- (ה) הטיעון הכלכלי: הגידול בהוצאות
- (ו) הטיעון החוקי בדבר שתיקת המחוקק
- (ז) הטיעון המעשי
2. תשובות להצדקות השוללות ייצוג משפטי בדין המשמעותי בצבא
- (א) תשובה לטיעון המערכתי המרכזי בדבר סרבול ההליכים והתמשכותם
- (ב) תשובה לטיעון המערכתי בדבר הפגיעה באיזון
- (ג) תשובה לטיעון המערכתי בדבר הפגיעה ב"אוטונומיה הפיקודית"
- (ד) תשובה לטיעון בדבר הרתעת המפקדים
- (ה) תשובה לטיעון הכלכלי בדבר הגידול בהוצאות
- (ו) תשובה לטיעון החוקי בדבר שתיקת המחוקק
- (ז) תשובה לטיעון המעשי
3. הצדקות התומכות בייצוג משפטי בדין המשמעותי בצבא
- (א) הטיעון החוקתי
- (ב) טיעון ה"מקצועיות"
- (ג) הטיעון בדבר אופיו של ההליך המשמעותי
- (ד) הטיעון ה"השוואתי"

4. סיכום ביניים

פרק ח: הצעת פתרון מאוזן

1. אי-ייצוג בדין משמעתי בראי מבחני המידתיות

2. הפתרון המוצע

סיכום

מבוא

סוגיית הדין המשמעתי מעסיקה רבות את בתי-הדין למיניהם ואת בתי-המשפט במדינת-ישראל. במאמר זה נתייחס לתחום מיוחד של ההליך המשמעתי – הדין המשמעתי הצבאי. במסגרת זו נבקש לבחון את שאלת זכותו של נאשם לייצוג על-ידי עורך-דין בהליכים משמעתיים בצבא, בהינתן שהליכים אלה נערכים לפני קצין שיפוט שאינו בעל הכשרה משפטית.¹ נכון להיום הפרקטיקה הנוהגת למן הקמתו של צה"ל היא שבדין משמעתי אין לאפשר ייצוג על-ידי עורך-דין או כל אדם אחר.² המאמר יבקש לבחון את צדקתה של הפרקטיקה הנוהגת לנוכח מעמדה של הזכות לייצוג בעידן החוקתי. לשם כך יעמוד תחילה המאמר על זכות הטיעון בכלל ועל הזכות לייצוג משפטי בפרט, שהרי "זכותו של אדם להיות מיוצג לפני רשות שלטונית על-ידי פרקליט מעוגנת 'בעיקרי המשפט והצדק הכלליים'... יש לראות בה אחד מכללי הצדק הטבעי".³ בהמשך יציג המאמר את הדין המשמעתי בכלל ואת הדין המשמעתי בצבא בפרט, תוך בחינה של שאלת הייצוג במסגרות אלה. עיקרו של המאמר בהצגת הצורך בייצוג במסגרת הדין המשמעתי בצבא, תוך הצגת טיעונים בעד ונגד וניסיון להציע פתרון מאוזן. המאמר ימשיך ויציע בחינה נוספת של צדקת הייצוג המשפטי בהליכי המשמעת בצבא לאורם של מבחני המידתיות.

1 יש לציין כי ניתן לכנות את מי שעומד לדין משמעתי גם במונחים "נילון" ו"נקבל", אולם במאמרי זה אשתמש במונח "נאשם", שהינו המונח השכיח יותר בחוק השיפוט הצבאי, התשט"ו-1955, ס"ח 171 (להלן: חוק השיפוט הצבאי) (לשימוש במונח "נאשם" ראו, למשל, ס' 136(א), 151(א), 151(א) ו-153(א) לחוק השיפוט הצבאי; לשימוש במונח "נידון" ראו ס' 152(3) ו-153(3) לחוק השיפוט הצבאי). יצוין כי אין שימוש במונח "נקבל" במסגרת חוק השיפוט הצבאי. להגדרת המונחים "קצין שיפוט" ו"בעל הכשרה משפטית" ראו ס' 1 לחוק השיפוט הצבאי.

2 כשרותו של אדם לשמש עורך-דין בישראל קבועה בס' 24 לחוק לשכת עורכי הדין, התשכ"א-1961, ס"ח 178 (להלן: חוק לשכת עורכי-הדין). יודגש כי בכל הנוגע בייצוג בבתי-הדין הצבאיים נדרש כי עורך-הדין יעבור את אישורה של הוועדה לאישור סנגורים לפי ס' 317-318 לחוק השיפוט הצבאי.

3 בג"ץ 1843/93 פנחסי נ' כנסת ישראל, פ"ד מט(1) 661, 717, פס' 67 לפסק-דינו של השופט ברק (1995).

כבר בשנות השבעים של המאה הקודמת הביע השופט חיים כהן את דעתו כי "שורש הרע הוא שהנאשם אינו מיוצג: הבה נאחוז את השור בקרנו ונדאג לייצוגו".⁴ נקדים ונבהיר: זכות הייצוג, במובנה הרחב, כוללת שתי זכויות – הזכות לייצוג מקצועי של עורך-דין (זכות ההיוועצות)⁵ והזכות לייצוג משפטי בהליך על-פי בחירתו של בעל הזכות.⁶ במאמר זה ענייננו בזכות השנייה, שהינה מרכזית עד כדי כך שלעיתים החוק מטיל חובה למנות עורך-דין.⁷ עוד נבהיר כי כל אחד משני ההיבטים של זכות הייצוג – היבט ההיוועצות והיבט הייצוג – כולל שתי חובות: האחת, חובה סבילה (פסיבית), בעלת מובן שלילי, שביטוייה הוא הימנעות מהפרעה למימוש הזכות ואיסור פגיעה בה; והאחרת, חובה פעילה (אקטיבית), בעלת מובן חיובי, שביטוייה הוא פעולה להגשמתה של הזכות ולהגנה עליה.⁸ החובה הראשונה מבקשת ליישם את חופש הפרט להיעזר בעורך-דין על-פי בחירתו,⁹ ואילו החובה השנייה מבקשת לדאוג לייצוג במימון המדינה למחוסרי האמצעים החפצים בכך.¹⁰ כוונתי במאמר זה לחובה הראשונה, דהיינו, לזכות

- 4 חיים כהן "על זכויות הנאשם" הפרקליט כו 42, 49 (1970). השופט כהן ממשיך ואומר כי "בעולם משפטי כשלנו, שכל ההליכים מתנהלים בו לפי סדרי דין נוקשים ובשפת המסתורין של החוק והפרוצדורה, זכותו הראשונית והיסודית של כל נאשם היא, או צריכה להיות, שיהא מיוצג על ידי מי שיודע את רזי התורה ומדבר לשון הסתר" (שם).
- 5 לעניין זכות ההיוועצות ראו ע"פ 5121/98 יששכרוב נ' התובע הצבאי הראשי, פ"ד סא(1) 461, 495–498, 503–505, פס" 14–16, 20 לפסק-דינה של השופטת ביניש (2006); בג"ץ 7071/11 כהן נ' הפרקליט הצבאי הראשי, פס" 8 לפסק-דינה של המשנה לנשיא נאור (פורסם בנבו, 21.11.2012); רינת קיטאי סנג'רו המעצר: שלילת החירות בטרם הכרעת הדין 411–423, 434–436 (2011); עמנואל גרוס "הזכויות הדיוניות של החשוד או הנאשם על-פי חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו" מחקרי משפט יג 155, 166–169 (1996); דליה צמריון "עיוותי דין בחקירה בהקשר למניעת זכויות הנחקר" הרשעות שווא – היבטים פילוסופיים, פסיכולוגיים וארגוניים 243, 253–255 (רונית פלד-לסקוב ואח' עורכים, 2012).
- 6 השו"ע פ" 816/10 גולד נ' מדינת ישראל, פס" 11 לפסק-דינו של הנשיא גרוניס (פורסם בנבו, 3.9.2012).
- 7 עניין פנחסי, לעיל ה"ש 3, בעמ' 717, פס" 67 לפסק-דינו של השופט ברק.
- 8 השו"ע איתן מגן "הזכות לייצוג בפלילים" הפרקליט מד 243 (1999); ה"פ (מחוזי ים) 339/98 חיים נ' "אגד" אגודה שיתופית לתחבורה בישראל בע"מ, פ"מ התשנ"ט(2) 913, 930–931, פס" 15–16 לפסק-דינו של השופט גל (1999); בג"ץ 2557/05 מטה הרוב נ' משטרת ישראל, פ"ד סב(1) 200, 218–219, פס" 14 לפסק-דינו של הנשיא ברק (2006). להבחנה בין החובה הסבילה (המובן השלילי) לבין החובה הפעילה (המובן החיובי) ראו אהרן ברק מידתיות במשפט – הפגיעה בזכות החוקתית והגבלותיה 513 (2010) (להלן: ברק מידתיות במשפט).
- 9 הכוונה היא ל"זכות הפסיבית של אדם להעמיד לעצמו מייצג על חשבונו, [על-מנת] להגן כראוי על האינטרסים שלו, בעיקר כאשר מדובר בהגנה על עניינים ראשונים במעלה, ועוד יותר מכך בהליכים פליליים ודומיהם" (עניין חיים, שם, בעמ' 930–931).
- 10 שם, בעמ' 931. לשם כך חוקקו חוק הסניגוריה הציבורית, התשנ"ו-1995, ס"ח 8, אשר מטפל (יחד עם התקנות שהותקנו על-פיו) בייצוג נאשמים מחוסרי אמצעים או חסרי כושר התגוננות, כגון חולי נפש וקטינים, בהליכים פליליים; וחוק הסיוע המשפטי, התשל"ב-1972, ס"ח 95, אשר מטפל (יחד עם התקנות שהותקנו על-פיו – תקנות הסיוע המשפטי, התשל"ג-1973, ק"ת 2048) בייצוג חדלי

הייצוג במובן הסביל – זכותו של חייל או קצין להיות מיוצג על-ידי עורך-דין על-פי בחירתו ולשאת באופן אישי בשכרו.¹¹
 כל דיון בזכות הייצוג יש לפתוח בהכרת הברית התיכון של זכות זו – הלא הוא חובת השימוע וזכות הטיעון – ובבחינת הקשר בין הזכויות.

פרק א: כלל השימוע – חובת השימוע וזכות הטיעון

כלל השימוע מטיל **חובת שימוע** על הרשות המנהלית, ומקנה, מן העבר האחר, **זכות טיעון** למי שעלול להיפגע על-ידי ההחלטה המנהלית. חובת השימוע וזכות הטיעון הן אם כן שני צדדים של כלל השימוע,¹² אשר נגזר מעקרונן ההגינות המנהלית.¹³ כלל זה

אמצעים בהליכים אזרחיים. השופט גל מציין (בעניין **חיים**, שם) כי היקף הייצוג על-פי חוק הסיוע המשפטי מצומצם עדיין למדי, ואילו ד"ר שלמה לויין מעורר את השאלה אם אכן די בהוראות אלה או שמא מן הראוי – לאור חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ס"ח התשנ"ב 150 (להלן: חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו) – לקבוע את סמכותו של בית-המשפט למנות עורך-דין בהליכים אזרחיים גם מעבר להוראות החוק החרות. שלמה לויין **תורת הפרוצדורה האזרחית – מבוא ועקרונות יסוד** 51 (מהדורה שנייה מורחבת, מעודכנת ומתוקנת, 2008) (להלן: לויין **תורת הפרוצדורה האזרחית**).

גם בית-המשפט העליון בארצות-הברית הכיר בזכותו החוקתית של נאשם בפשע שהינו חסר אמצעים לייצוג על-ידי עורך-דין על חשבון המדינה. *Gideon v. Wainwright*, 372 U.S. 335 (1963). עם זאת, טרם התקבלה בארצות-הברית הלכה מקבילה בהליכים אזרחיים. ראו לויין **תורת הפרוצדורה האזרחית**, לעיל, בעמ' 458.

11 להבדיל מהמובן הפעיל של החובה הארגונית-המוסדית למנות עורך-דין לחייל או לקצין ולשאת בשכרו כאשר הנסיבות מלמדות שאם הצבא לא יעמיד לרשותם את הכלים להגנה, זכויותיהם הבסיסיות עלולות להיפגע באופן מהותי. השו עניין **חיים**, לעיל ה"ש 8, בעמ' 931. יצוין כי השאלה בדבר חובת המינוי הפעילה הינה שאלה מסדר שני, אשר יכול שתתעורר בעתיד לכשתוכר – אם תוכר – הזכות הסבילה לייצוג שבה אני מבקש לדון במאמר זה.

12 יצחק זמיר **הסמכות המנהלית** כרך ב – ההליך המנהלי 1147 (מהדורה שנייה מורחבת, 2011) (להלן: זמיר **ההליך המנהלי**). לטעמים התומכים בכלל השימוע ראו שם, בעמ' 1148. תחולת הכלל מותנית בשלושה מבחנים: פגיעה; באינטרס מוגן; באופן ישיר וממשי (שם, בעמ' 1152). לסקירה היסטורית קצרה בדבר מקורה של זכות הטיעון באנגליה, בארצות-הברית ובישראל ראו מרגית כהן "זכות טיעון לאחר מעשה" **משפט וממשל** ד 95, 97–95 (1997).

13 זמיר **ההליך המנהלי**, שם, בעמ' 1147. אכן, "השמירה על כללי הצדק הטבעי, ובכלל זה – זכות השימוע, היא מרכיב חשוב בהליך המנהלי. היא נגזרת מחובת ההגינות הכללית, שכל רשות שלטונית חבה בה, ומתפיסת הרשות כנאמן הציבור". בג"ץ 4776/03 **מלון רגנסי ירושלים בע"מ נ' שר הפנים**, פס' 17 לפסק-דינו של השופט ריבלין (פורסם בנבו, 9.5.2005). כן ראו ברוך ברכה "לקראת פתיחות בהליכי התקנת תקנות?" **ספר שמגר – מאמרים** חלק א 127, 133 (אהרן ברק ואח' ועדה מייעצת, 2003).

הינו אחד משני כללי-יסוד המכונים "כללי הצדק הטבעי"¹⁴ כללים אלה מבטאים את דרישות-הסף של ההגנות הפרוצדורלית,¹⁵ ומטרתם למנוע "קיפוח" של צד להליך או לדיון.¹⁶ הכלל האחר הוא איסור משוא-פנים.¹⁷ כלל השימוע קובע כי רשות מנהלית לא תפעיל סמכות באופן שיש בו כדי לפגוע באדם לפני שנתנה לאותו אדם הזדמנות נאותה להשמיע לפניו את טענותיו.¹⁸ בלשונו של השופט זילברג בעניין ברמן:

"לא יורשה גוף אדמיניסטרטיבי – אפילו אדמיניסטרטיבי טהור (לא מעין שיפוטי) לפגוע באזרח פגיעת גוף, רכוש, מקצוע, מעמד וכיוצא בזה, אלא אם כן ניתנת לנפגע הזדמנות הוגנת להשמעת הגנתו מפני הפגיעה העתידה."¹⁹

הלכת ברמן עומדת בתוקפה מאז ניתנה, לפני יותר מחמישים שנה, ועד היום.²⁰ ביסודו של כלל השימוע עומדת חובתה של הרשות להתייחס אל הפרט בהגנות, תוך

14 "המשפט המקובל האנגלי, ובעקבותיו המשפט הישראלי, הכירו בקיומם של כללי צדק טבעי (natural justice). אלה הם כללים של הגנות דיונית." אהרן ברק פרשנות במשפט כרך שני – פרשנות החקיקה 508 (1993) (להלן: ברק פרשנות החקיקה). כן ראו כהן, לעיל ה"ש 12, בעמ' 96.

15 דפנה ברק-ארוז משפט מינהלי כרך א 461 (2010) (להלן: ברק-ארוז משפט מינהלי א); דפנה ברק-ארוז "זכות הטיעון – בין צדק פרוצדורלי ויעילות" ספר אור 817, 818 (2013) (להלן: ברק-ארוז "זכות הטיעון").

16 ברק פרשנות החקיקה, לעיל ה"ש 14, בעמ' 508. כללים אלה של צדק טבעי נתפסים כחלק מהמשפט הטבעי, ומשקפים הן את תחושת הצדק של המשפטן הישראלי והן את חוש ההגנות שלו (שם, בעמ' 509).

17 לעניין איסור משוא-פנים ראו ברק-ארוז משפט מינהלי א, לעיל ה"ש 15, בעמ' 529–564. כן ראו בג"ץ 531/79 סיעת הליכוד בעיריית פתח תקווה נ' מועצת עיריית פתח תקווה, פ"ד (2) 566 (1980) (להלן: עניין סיעת הליכוד). יש להדגיש כי שני הכללים שלעיל אינם ממצים את מלוא תוכנם של כללי הצדק הטבעי. כך, למשל, מקובל לכלול במסגרת כללי הצדק הטבעי את חובת ההנמקה ואת החובה לא להימצא בסיטואציה של ניגוד עניינים. ברק פרשנות החקיקה, לעיל ה"ש 14, בעמ' 508–509.

18 זמיר ההליך המנהלי, לעיל ה"ש 12, בעמ' 1147; בג"ץ 358/88 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' אלוף פיקוד המרכז, פ"ד (2) 529, 540, פס' 8 לפסק-הדין (1989); בג"ץ 3379/03 מוסטקי נ' פרקליטות המדינה, פ"ד (3) 865, 889, פס' 27 לפסק-הדין (2004). ויודגש, ככלל, על השימוע להיערך לפני ההחלטה (שם, בעמ' 891).

19 בג"ץ 3/58 ברמן נ' שר הפנים, פ"ד יב 1493, 1508 (1958). יודגש כי רשימת הפגיעות אינה אמורה להיות רשימה סגורה. זמיר ההליך המנהלי, לעיל ה"ש 12, בעמ' 1155; בג"ץ 654/78 גינגולד נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד (2) 649, 655 (1979). הכלל הוותיק של השופט זילברג בעניין ברמן מוכר כ"מבחן הפגיעה", ובמהלך השנים הורחבה תחולתו אף למי שאינו אזרח. ראו ע"ם 1038/08 מדינת ישראל נ' געאביץ, פס' יט לפסק-דינו של השופט רובינשטיין (פורסם בנבו, 11.8.2009) (להלן: עניין געאביץ).

20 זמיר ההליך המנהלי, לעיל ה"ש 20, בעמ' 1150; עניין מוסטקי, לעיל ה"ש 18, בעמ' 890. השופט

התחשבות במכלול העובדות והשיקולים הרלוונטיים למתן ההחלטה, כך שהצדק ייעשה וגם ייראה.²¹ זכותו של אדם שקולו יישמע בטרם ייפגע בגופו או ברכושו היא זכות-יסוד.²² בתי-המשפט כבר שברו קולמוסים רבים בתארים את חשיבותה של זכות זו.²³ נאמר כי פגיעה באדם מבלי לשמוע אותו פוגעת בכבודו כאדם,²⁴ וכי "הערך המוגן של כבוד האדם, בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, אף הוא מחייב את המסקנה כי גם פגיעה בכבוד האדם לתכלית ראויה, לא ראוי לה שתיעשה קודם שמיצה, מי שכבודו עלול להיפגע, את זכות הטיעון, במובן של קבלת חומר הראיות בשלמותו והזדמנות להגיב עליו, זכות שהיא 'חגורת ביטחון' כנגד פגיעה 'העולה על הנדרש'".²⁵ אולם גם זכות הטיעון, ככל זכות אחרת, הינה זכות יחסית.²⁶ יש לה יוצאים-מן-הכלל,²⁷ ומימושה יכול ללבוש צורות שונות ומשתנות על-פי הנסיבות.²⁸ עם זאת, ככל שהפגיעה הצפויה בפרט חמורה יותר, זכותו להשמיע את טענותיו לפני הרשות הנוגעת

- מלצר מציין בעניין **געאביץ** (לעיל ה"ש 19, פס' 3 לפסק-דינו) כי יש הרואים בעניין **ברמן** את "פסק הדין שעיגן את זכות הטיעון המודרנית במשפט ארצנו".
- 21 בג"ץ 549/75 **חברת סרטי נח בע"מ נ' המועצה לבקורת סרטי קולנוע**, פ"ד (1) 757, 766–767 (1976); בג"ץ 2911/94 **באקי נ' מנכ"ל משרד הפנים**, פ"ד מח(5) 291, 303–304 (1994). יצוין כי דיברתי לעיל בחובת השימוע של **הרשות הציבורית**, אולם כלל השימוע המנהלי, אשר החל את דרכו במשפט הציבורי בלבד, חל כיום גם מחוץ לספֶרה הציבורית. כך, למשל, חובת השימוע משתרעת כיום על כל מקומות העבודה ועל כל סוגי המעבידים, כולל מעבידים פרטיים. חיים ברנזון "היקף חובת ההשמעה וזכות העיון בהליך שימוע מנהלי הוגן ביחסי עבודה" **ספר אליקה ברק-אוסוסקין** 327, 331 (סטפן אדלר ואח' עורכים, 2012); רעות שמר בגס "צדק פרוצדוראלי וכבוד העובד בהליך הפיטורים – עיונים בהלכת השימוע" **עבודה, חברה ומשפט** יג 175, 186–190 (2012).
- 22 בג"ץ 6696/02 **עאמר נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית**, פ"ד נו(6) 110, 114, פס' 4 לפסק-הדין (2002); ע/ע 217/00 (ערעורים צה"ל) **התובע הצבאי הראשי נ' קלצקי**, פד"צ 2000(ב) 529, 550 (2001). בשל מעמדה הרם של חובת השימוע אף אין הכרח בהוראה מיוחדת כדין על-מנת להקימה. עניין **גינגולד**, לעיל ה"ש 19, בעמ' 658. באופן עקרוני, כללי הצדק הטבעי שואבים את תוקפם המחייב מן הפסיקה, ואינם חבים את עובדת קיומם לחקיקה. ברק-ארו **משפט מינהלי א**, לעיל ה"ש 15, בעמ' 462.
- 23 ראו את האסמכתות הרבות שמציג הנשיא ברק בפסק-דינו בעניין **עאמר**, שם, בעמ' 114.
- 24 אהרן ברק "כבוד האדם כזכות חוקתית" **הפרקליט** מא 271, 281 (1994).
- 25 דבריו של השופט גולדברג בבג"ץ 4914/94 **טרנר נ' מבקרת המדינה**, פ"ד מט(3) 771, 790, פס' 4 לפסק-הדין (1995). לשאלת ההכרה במעמדם החוקתי של כללי הצדק הטבעי ראו ברק-ארו **משפט מינהלי א**, לעיל ה"ש 15, בעמ' 495–497.
- 26 עניין **געאביץ**, לעיל ה"ש 19, פס' כג לפסק-דינו של השופט רובינשטיין.
- 27 זמיר **ההליך המנהלי**, לעיל ה"ש 12, בעמ' 1163–1169.
- 28 "דרכי השמיעה רבות הן ומגוונות ומשתנות על-פי הנסיבות." בג"ץ 161/84 **חברת ווינדמיל הוטל בע"מ נ' שר הפנים**, פ"ד מב(1) 793, 796 (1984). כך, למשל, יש שהשמיעה היא בכתב, ויש שהשמיעה היא בעל-פה. עניין **געאביץ**, לעיל ה"ש 19, פס' ל לפסק-דינו של השופט רובינשטיין. כן ראו דפנה ברק-ארו **אורח-נתיני-צרכן – משפט ושלטון במדינה משתנה** 181 (2012); והשוו בג"ץ 963/04 **לויפר נ' ממשלת ישראל**, פ"ד נח(3) 326, 334–335 (2004).

בדבר רחבה יותר.²⁹ בסופו של דבר, על זכות הטיעון להיות הוגנת בהתחשב במכלול נסיבות העניין.³⁰

מבין המרכיבים העיקריים של חובת השימוע, אשר מידתם וצורתם עשויות להשתנות ממקרה למקרה, המרכיב המהותי לענייננו הוא כי "לנפגע מן ההחלטה נתונה זכות להשמיע את טיעונו בעצמו או באמצעות נציגו".³¹ כמו בבית-המשפט, כך אף לפני הרשות המנהלית, אדם זכאי להציג את ענייניו באופן אישי או על-ידי בא-כוח מטעמו. הייצוג האישי, על-ידי האדם עצמו, הוא עניין שבעיקרון, אך לעיתים הוא חשוב גם למעשה.³² ברם, טיעון אישי הוא רק זכות, ובדרך-כלל אינו חובה. מי שיש לו זכות טיעון עשוי להיות מעוניין, מטעם זה או אחר, להשמיע את טענותיו לפני הרשות באמצעות אדם אחר, ו"על-פי רוב אין טעם בפי הרשות להתנגד לכך. לעתים קרובות אדם שיש לו עניין עם רשות מנהלית, ובכלל זה שימוע, מבקש להיות מיוצג על-ידי עורך-דין. אף זאת זכות: **זכות הייצוג**".³³

לעניות דעתי, על-מנת להביא לידי מימושה המרבי של זכות הטיעון, בנסיבות שבהן הפגיעה בפרט עלולה להיות חמורה יש לאפשר את קיומה גם באמצעות בא-כוח – עורך-דין – על-פי בחירת הפרט.³⁴ גישה זו עולה בקנה אחד עם עמדתו של בית-המשפט העליון בעניין **וילנצ'יק**.³⁵ באותו עניין הדגיש הנשיא ברק כי זכות הטיעון כוללת בחובה, במקרים המתאימים, ייצוג של הפרט על-ידי פרקליטו,³⁶ שכן "בלי עזרת

29 בג"ץ 7805/00 אלוני נ' מבקרת עיריית ירושלים, פ"ד נז(4) 577, 599 (2003). ברק-ארז **משפט מינהלי א**, לעיל ה"ש 15, בעמ' 522.

30 בג"ץ 5999/10 זיק דינור בע"מ נ' שר התעשייה, המסחר והתעסוקה, פס' 37 לפסק-דינו של השופט פוגלמן (פורסם בנבו, 29.11.2011); עניין **אלוני**, שם, בעמ' 598.

31 זמיר **ההליך המנהלי**, לעיל ה"ש 12, בעמ' 1173 (ההדגשה הוספה).

32 שם, בעמ' 1181. ראו, לדוגמה, בג"ץ 5973/92 **האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' שר הביטחון**, פ"ד מז(1) 267, 286, פס' 11(ג) לפסק-הדין (1993). עוד ראו ברק-ארז "זכות הטיעון", לעיל ה"ש 15, בעמ' 875.

33 זמיר **ההליך המנהלי**, לעיל ה"ש 12, בעמ' 1182 (ההדגשה הוספה). בלשונו של השופט אור: "זכות שימוע אין פירושה שחובה לשמוע את העלול להיפגע אישית. טיעונו יכול להישמע על-ידי נציג מטעמו, עורך דין או נציג של הציבור שאליו הוא משתייך." עניין **מוסטקי**, לעיל ה"ש 18, בעמ' 891, פס' 28 לפסק-הדין.

34 השוו לדבריו של השופט רובינשטיין בעניין **געאביץ**, לעיל ה"ש 19, פס' ל לפסק-דינו. כן ראו את דבריו המסכמים של השופט רובינשטיין באותו עניין, שלפיהם "הענקת זכות הטיעון חשובה היא; אך במסגרתה חשוב הצורך להבטיח, כי השימוע יהא ממשי, ולא יהפוך להליך פורמאלי ריק מתוכן" (שם, פס' לד לפסק-הדין). לצורך זה נדרש לעיתים, לעניות דעתי, ייצוג משפטי. כן ראו והשוו עניין **פנחסי**, לעיל ה"ש 3, בעמ' 717, פס' 67 לפסק-דינו של השופט ברק.

35 רע"פ 2060/97 **וילנצ'יק נ' הפסיכיאטר המתוזי – תל-אביב**, פ"ד נב(1) 697 (1998).

36 שם, בעמ' 714, פס' 20 לפסק-דינו של הנשיא ברק. כן ראו ע"א 8077/08 **אוניברסיטת חיפה נ' בן הרוש** (פורסם בנבו, 30.12.2012). באותו עניין ציין השופט רובינשטיין כי "ניתן לגזור את זכות הייצוג גם מתוך זכות הטיעון" (שם, פס' כב לפסק-הדין). עוד ראו את דבריהם של אילוטוביץ-סגל ובוקשפן: "...בצד חשיבותה של זכות הגישה לערכאות ובהתאם לאותו רציונל, הוכרה בדין גם חשיבותה של הזכות לקבלת ייעוץ וייצוג משפטי מעורך-דין לפני ערכאות ורשויות, כחלק מכללי

סנגור, אין ערך רב לזכות הנאשם להיות נוכח ולהישמע בזמן המשפט.³⁷ אכן, ייצוג מקצועי על-ידי עורך-דין מהווה ערובה להבטחתו של הליך שיפוטי הוגן. להלן נפנה לדון בזכות הייצוג.

פרק ב: הזכות לייצוג משפטי

למונח "זכות ייצוג" יש כאמור כמה מובנים.³⁸ במערכת המשפט הישראלית מקובל כי לכל צד להליך יש זכות כללית להיוועץ עם עורך-דין על-פי בחירתו ולהיות מיוצג על-ידי. הזכות הדיונית לבחור בייצוג משפטי על-ידי עורך-דין מוצאת את ביטויה החוקי בסעיף 22 לחוק לשכת עורכי-הדין: "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." הסעיף בא להבטיח את זכויותיו של כל אדם בבואו במגע עם הרשויות.³⁹ יודגש: מדובר לא רק בזכות ייצוג על-ידי עורך-דין כלשהו, אלא בזכות ייצוג על-ידי עורך-דין לפי בחירת המרשה דווקא, בהתחשב ביחסי האמון שצריכים

הצדק הטבעי." איריס אילוטוביץ-סגל ועלי בוקשפן "ייצוג משפטי על-ידי סטודנטים בקליניקות אקדמיות בראי זכות הגישה למשפט והחינוך לאחריות חברתית" **משפט ועסקים** ב 434, 427 (2005).
 37 אליהו הרנון "הגנה משפטית לנאשמים ולחשודים" **משפטים** ד 567, 568 (1973).
 38 ראו דיון במבוא. מינוח וסיווג שונים מעט מציעים ד"ר לימור זר-גוטמן וד"ר יואב ספיר. זר-גוטמן סבורה כי מזכות הייצוג נובעות הזכות לייצוג הולם, הזכות לבחור עורך-דין בהתאם לרצונו של הנאשם, הזכות להתכונן למשפט עם עורך-דין והזכות להיוועץ עם עורך-דין. לימור זר-גוטמן "השפעת זכויות הנאשם על חובותיו האחריות של הסנגור הפלילי" **מחקרי משפט** כ 45, 46 (2003).
 ספיר מחלק את זכות הייצוג לשלוש תת-קטגוריות אנליטיות: חובת ייצוג – מצב שבו הדין מחייב ייצוג משפטי על-מנת שההליך יהיה תקף; זכאות לייצוג – מצב שבו קיימת זכות לייצוג אך אין חובה לספקו אלא אם כן מתבקש ייצוג; וזכות התלויה בשיקול-דעת שיפוטי – מצב שבו הדין מעניק שיקול-דעת לגורם הממנה למנות עורך-דין גם אם לא מתקיימים התנאים המקימים חובה או זכאות לייצוג. ספיר מדגיש כי חלוקה זו אינה חדה וברורה תמיד, וכי לעיתים גבולותיה מטושטשים. יואב ספיר "אשליות של קדמה: הזכות לייצוג בישראל מתקופת המנדט ועד לשנות השמונים" **מגמות בדיני ראיות ובסדר הדין הפלילי – אסופת מאמרים לכבודו של פרופסור אליהו הרנון** 397, 411–412 (ענת הורוויץ ומרדכי קרמניצר עורכים, 2009) (להלן: ספיר "אשליות של קדמה"). כן ראו קנת מן "אפליית נאשמים לרעה על רקע חוסר ביצוע החקירה שכנגד" **הפרקליט** לח 466, 471 (1989) (להלן: מן "אפליית נאשמים לרעה"); ברק-ארו **משפט מינהלי א**, לעיל ה"ש 15, בעמ' 523.
 39 גבריאאל קלינג **אתיקה בעריכת דין** 319 (2001) (להלן: קלינג **אתיקה בעריכת דין**). לגישתו של השופט בדימוס ד"ר קלינג, לזכות לייצוג על-ידי עורך-דין יש מעמד חוקתי לאור חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו (שם).

לשרור בין עורך-דין לבין מרשו.⁴⁰ זכות זו הינה לכלל-הדעות זכות חשובה,⁴¹ והיא זכות-יסוד מוכרת במשפטנו⁴² – "עקרון יסוד בשיטת המשפט הישראלית", בלשונו של הנשיא גרוניס בעניין גולד.⁴³ מטרתה המרכזית של זכות הייצוג היא להבטיח את קיומן ומימושן של זכויות בסיסיות אחרות (כגון זכות הטיעון, הזכות לחיסיון מפני הפללה עצמית ועוד) – הן במסגרת הליכים פליליים והן במסגרת הליכים אחרים שבהם נידונות ומוכרעות זכויותיו של אדם.⁴⁴ הייצוג דרוש על-מנת להבטיח כי הפגיעה באותן זכויות – אם תיעשה – לא תיעשה אלא לאחר קיומו של הליך הוגן ועל-פי הדין.⁴⁵ במקרים רבים העדר ייצוג הולם עלול אף לשלול לחלוטין את האפשרות למשפט צדק.⁴⁶ כפועל יוצא מכך הכירה הפסיקה בחשיבותה של זכות הייצוג כחלק מהמסד להליך הוגן.⁴⁷

40 עניין פנחסי, לעיל ה"ש 3, בעמ' 717, פס' 67 לפסק-דינו של השופט ברק: "...חירותו של כל אדם – פרי האוטונומיה של הרצון הפרטי – היא למנות לעצמו שלוח כרצונו. חירות זו היא בעלת חשיבות כאשר השלוח הוא עורך-דין." עוד ראו בג"ץ 4330/93 גאנם נ' ועד מחוז תל-אביב של לשכת עורכי הדין, פ"ד (4) 221, 233–234, פס' 14 לפסק-דינו של הנשיא ברק (1996); בש"פ 5136/98 מנבר נ' מדינת ישראל, פס' 5 להחלטתו של הנשיא ברק (פורסם בנבו, 26.8.1998).

41 בג"ץ 193/67 קהוגי נ' נציב בתי הסוהר, פ"ד כא(2) 184, 183 (1967). בלשונו של השופט לנדוי: "זכות הייצוג של האזרח על-ידי עורך-דין בפני רשויות המדינה היא לכלל הדעות זכות חשובה." כן ראו אהרן ברק פרשנות במשפט כרך שלישי – פרשנות חוקתית 432 (1994) (להלן: ברק פרשנות חוקתית).

42 בג"ץ 1437/02 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' השר לביטחון פנים, פ"ד נח(2) 746, 761, פס' 2 לפסק-דינה של השופטת חיות, 764–763, פס' 2 לפסק-דינו של השופט ריבלין (2004) (להלן: עניין האגודה לזכויות האזרח); ע"א 11/56 "אגוד" (א.ש.ד.) בע"מ נ' ספיר, פ"ד יב 739, 751 (1958); עניין אוניברסיטת חיפה, לעיל ה"ש 36, פס' 6 לפסק-דינו של השופט דנציגר.

43 עניין גולד, לעיל ה"ש 6, פס' 11 לפסק-דינו של הנשיא גרוניס.

44 ראו אודה אלאב ונטע זיו "טענת 'כשל בייצוג' בערעורים פליליים – דימוי מול מציאות" ספר דיויד וינר – על משפט פלילי ואתיקה 45, 48 (דורר ארד-איילון, יורם רבין ויניב ואקי עורכים, 2009) (להלן: אלאב וזיו "טענת 'כשל בייצוג' בערעורים פליליים"). כן השוו לדבריו של השופט חיים כהן: "אם כל נאשם בפלילים... יהיה מיוצג, כי אז רוב הזכויות הדיוניות, המדומות והממשיות, שיש בידיו כיום, יהיו מיותרות" (כהן, לעיל ה"ש 4, בעמ' 49). עוד השוו יאיר תירוש "הזכות לייצוג משפטי בחקירה" – כללי הצייד במבחן המשפט המשווה "משפט וצבא" 14, 91, 94 (2000).

45 רון שפירא "הליך מינהלי כקובע את גבולותיה ומסגרתה של הענישה הפלילית" המשפט – ספר עדי אזור ז"ל יב 485, 490 (2007). לעקרון ההליך ההוגן ראו ע"פ 4596/05 רוזנשטיין נ' מדינת ישראל, פ"ד (3) 353, 424–425 (2005); בג"ץ 11339/05 מדינת ישראל נ' בית המשפט המחוזי בבאר-שבע, פ"ד סא(3) 93, פס' 24–26 לפסק-דינו של השופט א' לוי (2006); וכן אסף פורת "הגנה מן הצדק בעידן החוקתי" קרית המשפט א 381, 384–386 (2001).

46 אילוטוביץ-סגל ובוקשפן, לעיל ה"ש 36, בעמ' 434.

47 הדר דנציג-רוזנברג, יורם רבין ויריב נבון "התפתחויות במשפט הפלילי: חקיקה ושפיטה – סתירה או השלמה?" דין ודברים ו 201, 221 (2011); עניין אוניברסיטת חיפה, לעיל ה"ש 36, פס' כט–ל לפסק-דינו של השופט רובינשטיין ופס' 1 לפסק-דינו של השופט דנציגר; עב' (אזורי ת"א) 5829/08 מרקוזון נ' מדינת ישראל – משרד החינוך (פורסם בנבו, 12.5.2009).

זכות הייצוג זכתה במעמד בכיר, אולי אף עד כדי זכות חוקתית, בעניין האגודה לזכויות האזרח:

"זכותו של אדם לקבלת שירותים משפטיים, ובכללה הזכות להיפגש עם עורך-דין והזכות להיות מיוצג על-ידיו, היא זכות יסוד, המגשימה את החירות המוקנית לו למנות לעצמו שלוח כרצונו וכן את זכותו להליך הוגן... אכן, כאשר עומדת על הפרק פגיעה בזכותו של אדם לקבלת שירותים משפטיים, המיתחם שבו נבחנת הפגיעה הוא מיתחם זכויות היסוד, ואמות המידה הפועלות במתחם זה הינן אמות מידה חוקתיות."⁴⁸

בהליך הפלילי זכות הייצוג על-ידי עורך-דין הינה זכות חשובה ויסודית,⁴⁹ אף שהיא אינה מנויה באופן מפורש בחוקי-היסוד.⁵⁰ חשיבותה של הזכות מצויה בשני רבדים. **הרובד האחד** הוא זכויותיהם של נאשמים וחשודים.⁵¹ כאמור, מקובל לראות את הזכות ככוללת הן את זכות ההיוועצות והן את הזכות להיות מיוצג במסגרת ההליך הפלילי.⁵² "ברי, כי בטרם תישלל חירותו של נאשם או חשוד, יש להבטיח כי התקיים הליך הוגן, באמצעות ייצוג מקצועי ומסור שישימע את קולו של הנאשם בצורה הטובה ביותר."⁵³

- 48 עניין **האגודה לזכויות האזרח**, לעיל ה"ש 42, בעמ' 761, פס' 2 לפסק-דינה של השופטת חיות. כן ראו בהקשר זה שחר אלדר "הזכות לסוס בלי מושכות: על הקשר בין הזכות לייצוג על ידי עורך דין לבין מעמדה המונופוליסטי של לשכת עורכי הדין בישראל" **קריית המשפט** ו 441, 442–444 (2006).
- 49 ע"פ 134/89 **אברגיל נ' מדינת ישראל**, פ"ד מד(4) 203, 207 (1990): חשיבותה של זכות הייצוג עולה "על אחת כמה וכמה כשמדובר בנאשם, שאם יורשע בדין עלול הוא לאבד את חירותו האישית, אם לתקופה מוגבלת ואם לתקופה ארוכה". אכן, "נהוג לומר על הזכות לייצוג שהיא החשובה בזכויות הנאשם, מכיוון שרק באמצעותה יכול הנאשם לממש את כל זכויותיו האחרות בשיטתנו האדברסרית, שבה האמת אמורה להתגלות דרך טיעונים והבאת ראיות משני עברי המתרס" (אלאב וזיו "טענת 'כשל בייצוג' בערעורים פליליים", לעיל ה"ש 44, בעמ' 48). כן ראו את דבריו של השופט עציוני בע"פ 307/72 **עמיאל נ' מדינת ישראל**, פ"ד כח(1) 622, 633–634 (1974).
- 50 זאת, להבדיל מארצות-הברית, שם התיקון השישי לחוקה האמריקאית ("מגילת זכויות האזרח") מבטיח את זכותו של הנאשם לייצוג על-ידי עורך-דין במסגרת הבטחת הליכי משפט נוספים (ראו הסיפא של התיקון השישי). גם התיקון הארבעה-עשר לחוקה האמריקאית מתייחס לזכות הייצוג. ראו קנת מן "ביקורת שיפוטית וערכי-יסוד בהליך הפלילי: זכות הייצוג במשפט האמריקני ופיתוח המשפט הישראלי" **עיוני משפט** יג 557, 572–598 (1988).
- 51 עניין **גולד**, לעיל ה"ש 6, פס' 11 לפסק-דינו של הנשיא גרוניס. יישומה של הזכות מעוגן בכמה חוקים מרכזיים: חוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982, ס"ח 43; חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים), התשנ"ו-1996, ס"ח 338 (להלן: חוק סדר הדין הפלילי (מעצרים)); חוק הסניגוריה הציבורית; חוק טיפול בחולי נפש, התשנ"א-1991, ס"ח 58; חוק הנוער (שפיטה), ענישה ודרכי טיפול, התשל"א-1971, ס"ח 134; וחוק הליכי חקירה והעדה (התאמה לאנשים עם מוגבלות שכלית או נפשית), התשס"ו-2005, ס"ח 42.
- 52 השוו עניין **יששכרוב**, לעיל ה"ש 5, בעמ' 495–498, 503–505, פס' 14–16, 20 לפסק-דינה של השופטת ביניש.
- 53 עניין **גולד**, לעיל ה"ש 6, פס' 11 לפסק-דינו של הנשיא גרוניס.

אכן, זכות הייצוג בפלילים נועדה להבטיח שהנאשם יזכה במשפט הוגן ויוכל לנהל את הגנתו כראוי ולממש את זכויותיו העומדות לו על-פי דין.⁵⁴ הזכות מהווה את אחת הערובות המרכזיות שהדין מציע למניעת הרשעתם של חפים מפשע. אשר על-כן, אי-אפשר להמעיט בחשיבותו של הייצוג על-ידי עורך-דין במסגרת ההליך הפלילי – הן בהליכי החקירה והן בהליכי המשפט.⁵⁵ *הדוכד האחד* של זכות הייצוג בפלילים עניינו עשיית צדק.⁵⁶ ייצוג חשודים ונאשמים על-ידי סנגורים מקצועיים אינו רק אינטרס של הנאשם, אלא גם אינטרס ציבורי של שיטת המשפט בכללותה, באשר הוא מסייע לבית-המשפט בניהול ההליך ובעיקר בבירור האמת.⁵⁷

שני הרבדים של הזכות מהווים אינטרס ציבורי רם-מעלה. עם זאת, על-אף חשיבותו של הייצוג המקצועי על שני רבדיו, הסוגיה של הכללת זכות הייצוג בפלילים בגדר הזכות החוקתית לכבוד האדם ולחירותו, ושאלת היקף ההגנה החוקתית שתיתן לזכות זו אם יוחלט להכלילה, טרם הוכרעה, ועודנה שאלה פתוחה:⁵⁸ יש המבקשים לקבוע כי

54 כדברי השופטת ביניש בע"פ 7335/05 *הסנגוריה הציבורית, מחוז נצרת והצפון נ' מדינת ישראל*, פ"ד ס(2) 346, 354 (2005) (להלן: עניין *הסנגוריה הציבורית*). כן ראו עמי קובו *נאשמים בלתי-עקביים בבית המשפט – מודים בבית המשפט וטוענים לחפותם* 119 (2009).

היטיב לעמוד על חשיבות הייצוג פרופ' קרמניצר: "תפקידו הציבורי של הסניגור הוא לשמש שומר עקרונות השיטה המשפטית. הוא מופקד על חומותיו של המשפט: עקרונות המשפט הפלילי המהותי, עקרונות ההליך ההוגן, וכל מה שנגזר מכבוד האדם של החשוד, הנאשם והעברייני, ובמיוחד על שמירת הצדק לפרט ועל מניעת הפיכתו לאמצעי... הסניגור הוא מי שאמור לתבוע מן השיטה המשפטית לפרוע את השטרות עליהם היא חותמת בדיבור פה או במעשה חקיקה] חרות. כזוה הוא מי שניצב במערכה הגדולה והקשה אל מול ההטיות הטבעיות – שכוון רב – והן מאיימות לסחוף את הגשרים האמורים להוביל לחשיפת האמת ולעשיית צדק." מרדכי קרמניצר "תפקידו של הסניגור בפלילים" *הסניגור* 148, 4, 5 (2009).

55 ראו דן ביי "זכותו של חשוד הנתון במעצר לסניגור בהליכי החקירה – לקראת פתרונות של 'פרשה'" *הפריקליט* לט 108, 109–112 (1989); דורון מנשה "זכות הייצוג של חשוד בהליכי מסדר" *עלי משפט* ה 29, 29 (2006). עוד ראו, בהקשר של ייצוג במסדרי-זיהוי, ע"פ 4514/10 *דיבה נ' מדינת ישראל*, פס' 44–49 לפסק-דינו של השופט ג'ובראן (פורסם בנבו, 3.9.2012). כן ראו עופר גוט *עיוות דין בהליך הפלילי* 36 (2008), שם דן המחבר במושג "עיוות דין", המשמש לעיתים קרובות אבן-בוחן לבדיקת שיעור הפגיעה בזכויות הנאשם. המחבר מסביר כי הפסיקה בודקת אם נגרם לנאשם עיוות דין עקב פגיעה בזכויות דיוניות שונות הנתונות לו, ביניהן הזכות לייצוג על-ידי עורך-דין.

56 עניין *גולד*, לעיל ה"ש 6, פס' 12 לפסק-דינו של הנשיא גרוניס.

57 השוו שם. כך, למשל, הימנעות ממינוי סנגור מקשה על בית-המשפט הדיוני, אשר נאלץ להתמודד עם נאשם המנהל את הגנתו לבדו. מקרים כאלה מטילים על בית-המשפט חובות מוגברות לשמירה על זכויותיו המהותיות והדיוניות של הנאשם. בג"ץ 6245/11 *אשד נ' בית המשפט המחוזי בתל-אביב*, פס' ו לפסק-דינו של השופט רובינשטיין (פורסם בנבו, 5.10.2011).

58 עניין *הסנגוריה הציבורית*, לעיל ה"ש 54, בעמ' 358–359, פס' 9 לפסק-דינה של השופטת ביניש. כן ראו את דבריו של הנשיא גרוניס בעניין *גולד*, לעיל ה"ש 6, שלפיהם "מדובר בזכות שניתן לעגנה בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, אף שקיימות מחלוקות האם יש לראות את מקורה בזכות לחירות, בזכות לכבוד או בזכות לשוויון" (שם, פס' 11 לפסק-הדין). עוד ראו ספיר "אשליות של קדמה",

ההגנה על כבודו של אדם כוללת את ההגנה מפני אישום פלילי;⁵⁹ ויש המבקשים להותיר את ההכרעה לימים שיבואו.⁶⁰ אולם הכל מכירים בכך שזכות הייצוג של נאשם בהליכים פליליים הינה זכות-יסוד חשובה ומרכזית בשיטתנו.⁶¹

בהליך האזרחי זכות הייצוג הינה זכות בלתי-מנויה, קרי, זכות שאינה קבועה במפורש בחוק-היסוד המרכזי העוסק בזכויות האדם, הוא חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. כמו-כן, עד כה לא נערך כל דיון בזכות בהקשרה ה"אזרחי".⁶² עם זאת, ד"ר שלמה לויין הביע את דעתו כי עם חקיקת חוק-היסוד עלה ערכה של הזכות לייצוג במשפט לכדי זכות-יסוד, המהווה חלק מזכות הקניין של האזרח;⁶³ ואילו השופט יעקב טירקל הגדיל לעמוד על חשיבותה של הזכות במסגרתם של הליכים אזרחיים בענייני משפחה, באומרו:

-
- לעיל ה"ש 38, בעמ' 412, ה"ש 36; אביגדור קלגסבלד **ועדות חקירה ממלכתיות** 397 (2001) (להלן: קלגסבלד **ועדות חקירה ממלכתיות**).
- 59 דברי השופט רובינשטיין בעניין **הסנגוריה הציבורית**, לעיל ה"ש 54, בעמ' 361, פס"ב לפסק-דינו, ובעמ' 368, פס"ח לפסק-דינו. כך, למשל, לגישתו של פרופ' אהרן ברק, "מכבודו של אדם ניתן להסיק את זכותו לעורך-דין ואת זכותו למשפט הוגן ולמניעת עינוי דין". ראו ברק **פרשנות חוקתית**, לעיל ה"ש 41, בעמ' 432.
- 60 דברי השופטת ביניש בעניין **הסנגוריה הציבורית**, לעיל ה"ש 54, בעמ' 358–359, פס"ט לפסק-דינה.
- 61 שם. כן ראו בש"פ 353/87 **מדינת ישראל נ' אפרגן**, פ"ד מא(4) 147, 150, פס"ט לפסק-דינו של השופט גולדברג (1987): "...זכות הנאשם להתגונן במשפט ולהיעזר לשם כך בסניגור היא אחת מזכויות היסוד." עוד ראו עניין **אוניברסיטת חיפה**, לעיל ה"ש 36, שם מדגיש השופט רובינשטיין בנוגע לזכות הייצוג (שם, בפס"כ לפסק-דינו) כי "זכות יסודית זו באה לביטוי העילאי בהליך הפלילי, שבו עומד אדם בפני השלטון תוך חשש מעונש העלול להגיע לכלל שלילת החרות".
- 62 יורם רבין "הזכות לייצוג וסיוע משפטי בהליך האזרחי – בעקבות רע"א 6810/97 בן שושן נ' בן שושן" **המשפט** ו 225, 225 (2001) (להלן: רבין "הזכות לייצוג וסיוע משפטי בהליך האזרחי"). יצוין כי בהקשר האזרחי זכות הייצוג נוגעת בעיקר בבעיית נגישותם של שירותים משפטיים. בעיה זו קיימת בכל הרבדים של המערכת השלטונית והמערכת המשפטית, אולם היא זכתה בתשומת-לב רבה יותר בהקשר של הליכים משפטיים שמעורבים בהם אנשים שאין ידם משגת לשכור עורך-דין. ראו ברק-ארז **משפט מינהלי א**, לעיל ה"ש 15, בעמ' 525–526.
- יש להעיר, לעניין זכויות דיוניות בכלל, כי גם במשפט האמריקאי הושם הדגש בעיקר באופיין החוקתי של הזכויות הדיוניות בדין הפלילי והמנהלי, וההתייחסות לדיון האזרחי בהקשר זה הייתה דלה. שלמה לויין "חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו וסדרי הדין האזרחיים" **הפרקליט** מב 451, 453 (1996) (להלן: לויין "חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו וסדרי הדין האזרחיים").
- 63 שלמה לויין **פרוצדורה אזרחית – סדרי דין מיוחדים בבתי המשפט** 54 (2003) (להלן: לויין **סדרי דין מיוחדים**). לקשר שבין זכות הייצוג לבין זכות הפנייה לבית-המשפט במשפט האמריקאי ראו לויין "חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו וסדרי הדין האזרחיים", לעיל ה"ש 62, בעמ' 455; ואילו לקשר שבין הזכויות במשפט הישראלי ראו רבין "הזכות לייצוג וסיוע משפטי בהליך האזרחי", לעיל ה"ש 62, בעמ' 243; יורם רבין "זכות הגישה לערכאות" **כזכות חוקתית** 186 (1998); אהרן ברק "זכות הגישה למערכת השיפוטית" **ספר שלמה לויין** 31, 32–33 (אשר גרוניס, אליעזר ריבלין ומיכאל קרייני עורכים, 2013).

"בישראל הכיר המחוקק בזכותו של נאשם להיות מיוצג על-ידי עורך-דין במקרים מסוימים ובהליכים מסוימים. לדעתי יש הצדקה לכך שתוכר גם זכותו של בעל-דין בסכסוך בענייני משפחה להיות מיוצג... סבורני שעל בתי-המשפט לייחס משקל רב יותר מבעבר לחשיבות הייצוג על-ידי עורך-דין בהליכים בענייני משפחה, ואולי גם בהליכים אחרים, על כל המשתמע מכך לעניין הבירור לפנייהם."⁶⁴

עניינו הרואות, זכות הייצוג בהליך האזרחי "חלשה" מזו שבהליך הפלילי. בכל מקרה, בשני ההליכים זכות הייצוג, כמו אחותה הבכורה זכות הטיעון, אינה זכות מוחלטת, אלא זכות יחסית.⁶⁵ ככזו נדרש לעיתים לאזנה עם זכויות ואינטרסים מתחרים.⁶⁶ כך, יש שהזכות נשללת מן הפרט בשל נסיבות מיוחדות;⁶⁷ יש שהיא נשללת מכוח הוראת חוק מפורשת האוסרת ייצוג;⁶⁸ יש שהיא נשללת בהעדר הוראת חוק

- 64 רע"א 6810/97 **בן שושן נ' בן שושן**, פ"ד נא(5) 375, 378-379, פס' 5 לפסק-דינו של השופט טירקל (1997). באותו עניין היה רק אחד מבעלי-הדין – יריבה של המבקשת – מיוצג בבית-המשפט לענייני משפחה. ראו גם לוין **תורת הפרוצדורה האזרחית**, לעיל ה"ש 10, בעמ' 54. כן ראו והשוו בע"מ 4562/06 **פלוגי נ' פלוגי**, פס' ה לפסק-דינו של השופט רובינשטיין (פורסם בנבו, 13.9.2006); ע"ש (מחוזי ים) 1076/02 **יהודה נ' ראש לשכת הסיוע המשפטי, מחוז ירושלים והדרום**, פס' 8-13 לפסק-דינה של השופטת שידלובסקי-אור (פורסם בנבו, 2.3.2003).
- 65 כך, למשל, בישראל בתחום הפלילי אין זכות לנוכחות של סנגור בעת החקירה עצמה (זכות שקיימת בארצות-הברית ובאנגליה). ראו צמריון-חלק, לעיל ה"ש 5, בעמ' 255; קיטאי סנגור, לעיל ה"ש 5, בעמ' 416-418; גבריאלי הלוי **תורת הדיון הפלילי** כרך א 491 (2011) (להלן: הלוי **תורת הדיון הפלילי**). כן ראו והשוו פסק-דינו של בית-הדין לעבודה: עב' (אזורי ת"א) 5685/04 **נשר נ' שגב ציוד משרדי ומכשירי כתיבה בע"מ**, פס' 33-34 לפסק-דינו של השופט לובוצקי (פורסם בנבו, 24.12.2006).
- 66 ראו עניין **אוניברסיטת חיפה**, לעיל ה"ש 36, פס' לא לפסק-דינו של השופט רובינשטיין ופס' 2 לפסק-דינו של השופט דנציגר; והשוו עניין **יששכרוב**, לעיל ה"ש 5, בעמ' 498, פס' 15 לפסק-דינה של השופטת ביניש.
- 67 כך, למשל, בעניין **פנחסי**, לעיל ה"ש 3, נקבע כי חבר-כנסת אינו זכאי לייצוג על-ידי עורך-דין בדיונים של מליאת הכנסת הנוגעים בהליכי הסרת חסינותו. כן ראו רבין "הזכות לייצוג וסיוע משפטי בהליך האזרחי", לעיל ה"ש 3, בעמ' 235.
- 68 כך, למשל, ס' 63 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984, ס"ח 198, קובע כי ייצוג בעל-דין בבית-משפט לתביעות קטנות על-ידי עורך-דין יהיה רק ברשות בית-המשפט ומטעמים מיוחדים שיירשמו. ראו בהקשר זה רע"א 5711/08 **פרטוק נ' סול טורג'מן בע"מ**, פס' 8-13 (פורסם בנבו, 17.3.2009). באופן דומה, ס' 72(ב) לחוק המשטרה, התשס"ו-2006, ס"ח 130, קובע כי שוטר שהוא נאשם או עורר בדיון משמעתי לפני דן יחיד אינו רשאי להיות מיוצג. יש להבהיר כי בעת פרסומו של חוק המשטרה היה שמו "חוק המשטרה (דין משמעתי, בירור קבילות שוטרים והוראות שונות), התשס"ו-2006, ס"ח 130", וזה שונה בשנת 2011. ראו ס' 1(1) לחוק דין משמעתי במשטרת ישראל ובשירות בתי הסוהר (תיקוני חקיקה), התשע"א-2011, ס"ח 948.

מפורשת המתירה ייצוג;⁶⁹ ולעיתים היא אף נשללת בשל הסכמתו של המצטרף לארגון לקבל עליו את כללי הארגון (לרוב תקנון הארגון).⁷⁰ מקרה מיוחד של שלילת זכות הייצוג בהעדר הוראת חוק מפורשת המכירה בזכות הייצוג הוא בתחומי הדין המשמעת. על-כן נפנה כעת לעמוד על מהותו של אותו דין משמעתי ועל שאלת הייצוג במסגרתו.

פרק ג: הדין המשמעתי

אחריות משמעתית מוטלת במסגרת מערכת יחסים מדרגית (הייררכית) כלפי הממונים על נושא-התפקיד. היא מבוססת על חובת המשמעת, כרוכה בסנקציות משמעתיות (בעיקר התראה, נזיפה, קנס, העברה מתפקיד, הורדה בדרגה או פיטורים⁷¹), ומוטלת במסגרת שיפוט משמעתית.⁷² הליך זה מוכר הן בתחומים אזרחיים-מקצועיים בהקשרים מקצועיים וארגוניים רבים⁷³ והן בתחום

69 כך, למשל, בעת חקירה אצל רשות חקירה אין לנחקר הזכות להיות מיוצג, והוא נדרש לשאת פעולה עם חוקריו באופן ישיר וללא תיווך (אם כי ברי כי אין בכך כדי למנוע היועצות לאחר החקירה). ראו צמירין-חלק, לעיל ה"ש 5, בעמ' 255; קיטאי סנג'ור, לעיל ה"ש 5, בעמ' 416–418; הלוי תורת הדין הפלילי, לעיל ה"ש 65, בעמ' 491. עוד ראו גיל גרשוני "זכותו של החשוד להיות מיוצג על ידי עורך דין" משפט וצבא 9, 161 (1989). במאמרו זה עומד המחבר, בין היתר, על זכות הייצוג של חשוד בהליכי חקירה בצבא.

70 ראו, למשל, הליכי בוררות במסגרת בורסת היהלומים הישראלית בע"מ, האוסרים ייצוג על-ידי עורך-דין העוסק בעריכת-דין באופן פעיל (ע"א 468/89 קידרון נ' בורסת היהלומים הישראלית בע"מ, פ"ד מה(5) 177 (1991); ה"פ (מחוזי ת"א) 771/97 טיליוף נ' בורסת היהלומים הישראלית בע"מ (פורסם בדינים ועוד, 24.7.1997)). עוד ראו הלל סומר "אין דין (או הסכם) אך יש דיין? שפיטה לא-הסכמית בידי גופים פרטיים" משפט וממשל ז 53, 90–91 (2004) (להלן: סומר "אין דין (או הסכם) אך יש דיין?"). במאמרו זה מבקר ד"ר סומר, בין היתר, את הכלל האוסר על עורכי-דין לייצג במסגרת הליכי משמעת של מועצת העיתונות אלא אם כן הסכים הרכב הדיינים לייצוג לבקשת מי מהצדדים. בפועל מתאפשר כיום ייצוג לבקשת אחד הצדדים, אולם מכיוון שהייצוג כפוף להסכמת ההרכב, הוא אינו בגדר זכות. שם, בעמ' 91.

71 יש להדגיש כי למעט במקרה של דין משמעתי בצבא, אין הדין בדין המשמעתי מוסמך להטיל עונש שיש בו כדי לפגוע בחירותו של אדם.

72 בנימין אקצין עיקרי המינהל הציבורי 32 (התשי"ב); יאיר הורביץ "הסדרי משמעת בעבודה" משפטים ט 477, 478–477 (1979) (להלן: הורביץ "הסדרי משמעת בעבודה"). אחריות משמעתית נוגעת בשאלות של ערכים – "בהיבט הערכי-נורמטיבי", בלשונו של בית-המשפט העליון בבג"ץ 4646/08 לביא נ' ראש הממשלה, פס' 11–16 לפסק-דינה של הנשיאה ביניש (פורסם בנבו, 12.10.2008).

73 ראו, למשל, חוק שירות המדינה (משמעת), התשכ"ג-1963, ס"ח 50, שהינו המקור העיקרי של המשפט המשמעתי בשירות הציבורי; חוק הרשויות המקומיות (משמעת), התשל"ח-1978, ס"ח 153, שהינו המקור השני בחשיבותו של המשפט המשמעתי הציבורי. כן ראו ס' 15 לחוק חוקרים פרטיים ושירותי שמירה, התשל"ב-1972, ס"ח 90, העוסק באחריות משמעתית של חוקרים פרטיים;

הצבאי.⁷⁴ הליכים משמעתיים מתקיימים במקרה הרגיל לפני בית-דין המורכב ממשפטנים או מאנשי-מקצוע בתחום הרלוונטי,⁷⁵ להוציא את המקרה המיוחד של הדין המשמעתני בצבא, שבו השיפוט מתקיים לפני מפקד – קצין שיפוט.⁷⁶ בתי-הדין הללו אמונים על בירור העובדות, על ההכרעה אם התנהגות פלונית מהווה הפרה של חובות וכללי התנהגות, קרי עבֶרת משמעת, ועל קביעת הסנקציה המתאימה בגין הפרה כאמור.⁷⁷ היסוד הנפשי הנדרש בדרך-כלל בעבֶרות משמעת הוא יסוד של מודעות לטיב המעשה, ובנסיבות מסוימות אף יסוד של רשלנות יספק דרישה זו. רמת ההוכחה הנדרשת עולה על זו הנוהגת בדין האזרחי אך שונה מן הסטנדרט הפלילי.⁷⁸

האחריות המשמעתית מהווה שדרוג של האחריות האתית מאחריות מוסרית גרידא לאחריות משפטית.⁷⁹ מבחינת המהות, הדין המשמעתני מהווה עדיין קובץ כללי אתיקה

תקנות שירותי הכבאות (משמעת), התש"ם-1980, ק"ת 2181, העוסקות באחריות משמעתית של כבאים; פנחס יחזקאלי **מבוא ללימודי משטרה ושיטור – היבטים היסטוריים, סוציולוגיים, פסיכולוגיים וארגוניים בעבודת המשטרה** 111 (2004), המתיחס לאחריות משמעתית של שוטרים.

74 ראו, למשל, בג"ץ 266/05 פילנט נ' סגן הפרקליט הצבאי הראשי, פ"ד נט(4) 707 (2005); בג"ץ 9003/05 ברגר נ' סגן הפרקליט הצבאי הראשי (פורסם בנבו, 27.9.2005). וכן ראו: J.W. RANT, COURTS-MARTIAL HANDBOOK – PRACTICE AND PROCEDURE 6–7 (1998) (להלן: RANT).

75 צבי כהן **שיפוט המשמעת** 19–21 (חיבור לשם קבלת התואר "דוקטור למשפטים", האוניברסיטה העברית בירושלים – הפקולטה למשפטים, 1973). דוגמות לבתי-דין כאלה הם בתי-הדין למשמעת של לשכת עורכי-הדין ובתי-הדין למשמעת של עובדי המדינה. יצוין כי בתי-הדין המשמעתיים משוחררים מדיני הראיות הרגילים ומסדרי הדין הנהוגים בבתי-המשפט, וזאת למרות קרבתם להליך הפלילי. עש"ם 3725/91 בכרך נ' מדינת ישראל, פ"ד מה(5) 401, 407 (1991).

76 יצוין כי גם במשטרת ישראל, לצד שפיטה משמעתית לפני בית-דין של ממש, קיימת אפשרות של שפיטה משמעתית המתקיימת לפני דן יחיד, בדומה לשפיטה המשמעתית בצבא. ראו ס' 1 ו-6 לחוק המשטרה, וכן ס"ב בפרק ב לאותו חוק, שכותרתו "דן יחיד".

77 רענן הר-זהב וברק מדינה **דיני השכלה גבוהה** 413 (פרק 17 – "שיפוט משמעתית במוסדות להשכלה גבוהה") (1999) (להלן: הר-זהב ומדינה **דיני השכלה גבוהה**).

78 ראו עש"ם 3275/07 ציילר נ' נציבות שירות המדינה, פס' 35 לפסק-הדין (פורסם בנבו, 26.4.2009) וכל ההפניות שם. יש להדגיש כי בבית-המשפט העליון הובעו במהלך השנים דעות שונות בשאלת רמת ההוכחה הנדרשת בעבֶרות משמעת. ראו בהקשר זה בג"ץ 1299/05 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה, פס' 17 לפסק-דינה של השופטת פרוקצ'יה ופסק-דינו של השופט רובינשטיין (פורסם בנבו, 23.1.2007).

79 יצחק זמיר **הסמכות המינהלית** כרך א – המינהל הציבורי 616 (מהדורה שנייה, 2010) (להלן: זמיר **המינהל הציבורי**). יצוין כי הפסיקה האזרחית יצרה מדרג ברור בנוגע לטיפול הראוי במי שסטה מן השורה מבחינה נורמטיבית: בתחתית מצוי הרף האתי, מעליו הרף המשמעתני, ובראש – הרף הפלילי. ע/123/02 (ערעורים צה"ל) **ישי נ' התובע הצבאי הראשי**, פס' 22 לפסק-הדין (פורסם בפדאור, 17.3.2004).

של מקצוע או ארגון, אך מבחינת המעמד, לפנינו כללי משפט מכוח חוק או תקנה. השדרוג מכללי אתיקה לכללי משפט נבע מן הצורך לחזק את הכללים באמצעות גושפנקה רשמית, להבהיר אותם, ובעיקר להתגבר על חולשתו של הכלל האתי, הניתן לאכיפה רק באמצעות עיצומים חברתיים.⁸⁰

הדין המשמעתי, כשמו כן הוא, נועד להבטיח משמעת. כפועל יוצא מכך, חובת הציות – הקובעת כי כל עובד חייב, בסייגים מסוימים, לציית להוראות הממונה עליו בנוגע לביצוע העבודה – מהווה את סימן-ההיכר המובהק של מערך המשמעת.⁸¹ חובה זו מהווה ביטוי מוחשי של רעיון מרכזי בדיני המשמעת – קבלת המרות על-מנת לקיים פעילות מקצועית או ארגונית תקינה. אולם פגיעה בדיני המשמעת אינה לובשת בהכרח לבוש של המריית פיו של מי שמוסמך להורות. יכול שהפגיעה תתבטא בדרך אחרת, כגון התנהגות שאינה הולמת את התפקיד או קיום חובה באופן רשלני.⁸²

הדין המשמעתי חל כאמור על קטגוריות שונות של בעלי-מקצוע או בעלי-תפקידים, דוגמת רופאים,⁸³ שופטים,⁸⁴ עורכי-דין⁸⁵ ועוד. נוסף על כך הוא נוהג בשירות הציבורי,⁸⁶ ובכלל זה במערכות ציבוריות-בטחוניות.⁸⁷

הדין המשמעתי מאפשר להטיל עונש בגין התנהגות פסולה. כמו דיני העונשין, גם הדין המשמעתי בא להבטיח את טוהר השירות והשורות.⁸⁸ לכאורה הוא מהווה סוג של

80 השוו זמיר המינהל הציבורי, שם, בעמ' 616. לעניין תחום האתיקה מסביר פרופ' זמיר כי האתיקה, כמו המשפט, מהווה מערכת של כללי התנהגות, אולם להבדיל מן המשפט, כללי האתיקה אינם נקבעים מטעם המדינה, אלא על-ידי ציבור, כגון ארגון חברתי, מקצועי או עסקי, אשר לא הוענקה לו סמכות רשמית לקבוע כללים מחייבים. לפיכך אין לאותם כללים תוקף משפטי, אלא תוקף חברתי בלבד, ואי-אפשר לאוכפם באמצעות מוסדות המדינה, דוגמת בתי-המשפט, אלא רק באמצעים חברתיים, כגון גינוי או נידוי. שם, בעמ' 607.

81 השוו שם, בעמ' 604. כן ראו עש"ם 318/04 מנוס ג' נציב שירות המדינה, פ"ד נח(3) 470, 477-478 (2004).

82 ראו זמיר המינהל הציבורי, לעיל ה"ש 79, בעמ' 619-627.

83 ראו ס' 41 ו-44 לפקודת הרופאים [נוסח חדש], התשל"ז-1976, נ"ח 594. פקודת הרופאים היא שמסדירה את מקצוע הרפואה בישראל, ובכלל זה נקיטת אמצעי משמעת. כן ראו לוין סדרי דין מיוחדים, לעיל ה"ש 63, בעמ' 335-336.

84 ראו ס' 13 לחוק-יסוד: השפיטה, התשמ"ד-1984, ס"ח 78; דפנה אבניאלי "מי יבקר את השופטים וכיצד?" משפט וממשל ט 387, 400 (2006); JOHN KLEINIG, ETHICS AND CRIMINAL JUSTICE: AN INTRODUCTION 172-173 (2008); מרדכי בן-דרור התנהגות שופטים (2005); טובה שטרסברג-כהן ומורן סבוראי "ביקורת שופטים במישור האתי-המשמעתי" משפט וממשל ט 371, 376-377 (2006); בד"ם 2461/05 שרת המשפטים נ' כהן, פ"ד ס(1) 457 (2005).

85 ראו, למשל, על"ע 3467/00 הוועד המחוזי של לשכת עורכי-הדין בתל-אביב-יפו נ' צלטנר, פ"ד נו(2) 895, 901 (2002), שם מדגישה השופטת פרוקצ'יה כי לדין המשמעתי החל על עורכי-דין יש היבט ייחודי בהשוואה למערכות משמעת אחרות, שמקורו בתפיסה כי עורך-הדין מייצג את שלטון החוק.

86 ראו זמיר המינהל הציבורי, לעיל ה"ש 79, בעמ' 603-607, 616-617.

87 השוו הורביץ "הסדרי משמעת בעבודה", לעיל ה"ש 72, בעמ' 478.

88 בג"ץ 7074/93 סויסא נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מח(2) 749, 778 (1994).

דיני עונשין, שהרי גם הדין המשמעתי קובע צורות של התנהגות פסולה ומעניש בגינן, אך למעשה הוא שונה מדיני העונשין באופן מהותי:⁸⁹ בעוד התכלית העיקרית של דיני העונשין היא טובת הציבור כולו, תכליתו של הדין המשמעתי היא טובתו של ציבור מסוים (במקצוע או בארגון) אשר הדין המשמעתי חל עליו.⁹⁰ כפועל יוצא מכך, אמצעי המשמעת נועד לשרת תכלית שונה מן התכלית של עונש פלילי. אמצעי המשמעת אמור לשמש במידה רבה אמצעי מניעה, שנועד להבטיח משמעת וסדר טוב ולקיים פעילות תקינה, עד כדי הרחקתם של אלה שאינם ראויים לשירות, ולא רק אמצעי ענישה.⁹¹ אכן, תכלית מרכזית של אמצעי המשמעת היא "הגנתית" – מניעת פגיעה משמעותית בתפקודה או בתדמיתה של המערכת המקצועית הנוגעת בדבר.⁹² אולם אף אם תכליתו העיקרית של הדין המשמעתי היא להגן על תדמיתו הראויה ועל תפקודו הנאות של השירות המקצועי, יש לזכור כי גם מאחוריו ניצב אדם העומד למשפט ונתון לביקורתו של גוף שיפוטי. אדם זה עלול להיפגע מעצם ההליך המשמעתי ומן העונש העלול להיות מושת עליו. לפיכך גם אדם זה זכאי להליך שיפוטי תקין והוגן בעניינו.⁹³ שאלה היא מה אותו הליך שיפוטי תקין והוגן כולל, ואם זכות הייצוג על-ידי עורך-דין באה בגדרו. לעניין זה נידרש להלן.

89 זמיר המינהל הציבורי, לעיל ה"ש 79, בעמ' 617.

90 השו"ש.

91 ע"מ 356/96 פלוני נ' נציבות שירות המדינה, פ"ד 5 לפסק-דין של השופט זמיר (פורסם בפדאור, 4.3.1996) (להלן: עניין נציבות שירות המדינה); עניין סויסא, לעיל ה"ש 88, בעמ' 778; ע"פ 4148/96 מדינת ישראל נ' גנות, פ"ד נ(5) 367, 390 (1996); ע"מ 5282/98 מדינת ישראל נ' כתב, פ"ד נב(5) 87, 93, פ"ד 7 לפסק-הדין (1998) (להלן: עניין כתב). כן ראו את דבריו של ממלא-מקום הנשיא שניאור חשין בפסק-הדין הבסיסי בסוגיה – בג"ץ 13/57 צמוקין נ' בית הדין המשמעתי לעובדי המדינה, פ"ד יא 856, 861 (1957): "לא הרי הליך פלילי כהרי דיון משמעתי. התביעה הפלילית נועדה לקבוע אם הנאשם עבר על החוק ואם הוא ראוי כי יטילו עליו את העונש הקבוע בחוק, ואילו הדיון המשמעתי לא נועד להעניש את ה'עברייני', כי אם לקבוע, בראש ובראשונה, אם הוא עורנו ראוי לאמון אשר רחשו לו השלטונות והציבור לפני שנמתח עליו קו של חשד."

92 עניין כתב, שם, בעמ' 93; עניין סויסא, לעיל ה"ש 88, בעמ' 778. הדין המשמעתי הוא המאפשר לבחון אם מי שכשל משמעתי ראוי עדיין להמשיך למלא את תפקידו בארגון. עניין נציבות שירות המדינה, שם, פסק-דין של השופט זמיר.

93 על"ע 2531/01 חרמון נ' הוועד המחוזי של לשכת עורכי-הדין בתל-אביב-יפו, פ"ד נח(4) 55, 74, פ"ד 15 לפסק-דינה של השופטת פרוקצ'יה (2004).

פרק ד: שאלת הייצוג בהליכים משמעתיים

באופן עקרוני, בשל החשש מ"משפטיציה" של הדין המשמעתי, זכות הייצוג מוגבלת בכל הנוגע בדין המשמעתי. קיימים תחומים במסגרת ההליכים המשמעתיים שבהם הזכות לייצוג משפטי מוכרת באופן מלא,⁹⁴ תחומים אחרים שבהם הזכות מוכרת באופן חלקי בלבד,⁹⁵ ותחומים שבהם הזכות אינה מוכרת באופן גורף.⁹⁶

רוב ההתדיינויות המשפטיות שהתקיימו בבתי המשפט המחוזיים ובבית המשפט העליון בנוגע לשאלת הייצוג בדין משמעתי עסקו בעיקר בשני תחומים שבהם נמנעה הזכות במסגרת תקנונית. כוונתי להליכים משמעתיים המתקיימים לפני רשויות המשמעת במוסדות להשכלה גבוהה ולהליכים משמעתיים המתקיימים לפני מוסדות השיפוט הפנימיים של אגודות שיתופיות ושל תאגידי ספורט.

בכל הנוגע בהליכים משמעתיים המתקיימים לפני רשויות המשמעת במוסדות להשכלה גבוהה, נהגו בתי המשפט המחוזיים להעניק תוקף מלא להוראות בתקנון המשמעת של אותם מוסדות, אשר שללו את זכות הייצוג על-ידי עורך-דין במסגרת הדין המשמעתי.⁹⁷ זאת, לרוב, תוך הישענות על ההלכה בדבר היקף הביקורת המצומצם עד-

94 כך, למשל, בכל הנוגע בהליכים משמעתיים הננקטים על-ידי לשכת עורכי-הדין נקבע כי מינוי סגור לעורך-דין הנאשם בהליך משמעתי כמוהו כמינוי סגור לנאשם בהליכים פליליים, ונועד לקדם את זכותו למשפט הוגן ולמנוע עיוות דין. על"ע (מחוזי י"ם) 7010/09 ארבל נ' הועד המחוזי של לשכת עורכי הדין בתל-אביב, פ"ס 13 לפסק-דינו של השופט סובל (פורסם בנבו, 18.3.2012).

95 כך, למשל, בכל הנוגע בהליכי המשמעת בשירות המדינה קיימת זכות מלאה לייצוג משפטי לפני בית-הדין המשמעתי של עובדי המדינה (כולל אפשרות של פנייה לאב בית-הדין המשמעתי על-מנת שזה ימנה עורך-דין על חשבון קופת המדינה). ראו ס' 37 לחוק שירות המדינה (משמעת) וכן נחמיה בן-תור דיני משמעת בשירות הציבורי 380–381, 385 (מהדורה שנייה, 2011). אולם אין כל התייחסות לייצוג משפטי לפני ועדות המשמעת של עובדי המדינה. ראו ס' 19–30 לחוק הנ"ל. במסגרת הדין המשמעתי במשטרת ישראל, הליכים שמתבררים לפני בית-דין מקנים זכות ייצוג (ס' 72א) לחוק המשטרה), אולם הליכים שמתנהלים לפני דן יחיד אינם מקנים זכות ייצוג (ס' 72ב) לחוק המשטרה). בבית-הדין לאתיקה של מועצת העיתונות, בדיון בתלונה בערכאה ראשונה אסור לעורכי-דין לייצג את המתלונן ואת הנאשם, אם כי המתב רשאי לשנות זאת, ואילו בערעור מותר למתדיינים להיות מיוצגים על-ידי עורכי-דין. משה רונן (רייניש) אתיקה עיתונאית כרך ב 698–699 (1998); סומר "אין דין (או הסכם) אך יש דיין?", לעיל ה"ש 70, בעמ' 90–91.

96 כך, למשל, בתחום הדין המשמעתי בצבא, מושא המאמר, קבעה הפסיקה כי העדר הוראה בדבר זכות ייצוג בדין משמעתי משמעו שלילת זכות הייצוג בהליכים אלה. אירנה פיין המשפט הפלילי בצה"ל 720 (2006).

97 ראו ת"א (מחוזי י"ם) 86/78 בן בסת נ' האוניברסיטה העברית בירושלים, פ"מ התשל"ט(2) 364, 372–374 (1979) (שעניינו בנאשם מרצה); ה"פ (מחוזי י"ם) 2758/89 עזאם נ' האוניברסיטה העברית, פ"מ התשנ"א(2) 129 (1990) (שעניינו בנאשם סטודנט). עוד ראו ה"פ (מחוזי י"ם) 130/98 מחול נ' הממונה על המשמעת באוניברסיטה העברית בירושלים, פ"ס 5 לפסק-דינה של השופטת פרוקצ'יה (פורסם בנבו, 9.9.1998). יצוין כי באותו עניין לא ראתה השופטת פרוקצ'יה לנכון להתערב בהחלטותיהן של רשויות המשמעת מן ההיבט של הגבלת זכות הייצוג של המבקש לבחור

מאוד על תוכנו של תקנון פנימי.⁹⁸ אולם בשנת 2008 שונתה ההלכה, כאשר השופט עודד גרשון, מבית-המשפט המחוזי בחיפה, הכיר בזכותו של סטודנט המועמד לדין בהליך משמעותי לפני רשויות האוניברסיטה להיות מיוצג על-ידי עורך-דין חיצוני. זאת, אף שזכות זו אינה מוסדרת בחוק.⁹⁹ עם זאת, על פסק-הדין הוגש ערעור מטעם אוניברסיטת חיפה, ולאחרונה קיבל בית-המשפט העליון, ברוב דעות, את הערעור.¹⁰⁰ כפועל יוצא מכך, תחת ההלכה המחייבת מוסדות להשכלה גבוהה לאפשר באופן גורף ייצוג לסטודנטים באמצעות עורכי-דין חיצוניים, נקבע על-ידי שופט הרוב, השופט רובינשטיין, כי יש לאפשר ייצוג בארבעה מקרים בלבד: מקום שקיימת מגבלה משמעותית ביכולתו של הסטודנט לייצג את עצמו; מקום שקיים חשש לסנקציות משמעותיות חמורות, שעלולות להיות משמעותיות ביותר מבחינת הסטודנט; מקום שהדין המשמעותי התיר ייצוג על-פי שיקול-דעתו, לבקשת הסטודנט או מיוזמתו שלו; ומקום שהמוסד המאשים עצמו מיוצג על-ידי עורך-דין.¹⁰¹

לו עורך-דין כחפצו שאינו בהכרח "תלמיד חבר", משנחה דעתה כי מתכונת הייצוג כפי שניתנה למבקש – "תלמיד חבר" שהיה במקרה גם עורך-דין – הקנתה לו את ההגנה הראויה בשתי הערכאות, ועניינו יוצג כהלכה בשתייהן על-פי כל אמת-מידה. ראו גם ה"פ (מחוזי חי') 185/04 **איסקוב נ' הטכניון – מכון טכנולוגי לישראל**, פס' כד לפסק-דינו של השופט גריל (פורסם בנבו, 16.11.2004).

98 בלשונה של השופטת פרוקצ'יה בעניין **מחול**, שם, פס' 5 (ב) תחת "שלילת הייצוג המשפטי": "...ראוי להדגיש כי התערבות שיפוטית באופי הדיונים טריבונולים פנימיים קבעו לעצמם היא נדירה וחריגה במיוחד, ובכלל זה באשר להסדרים השוללים זכות ייצוג של עורך-דין." להלכת הביקורת המצומצמת ראו הר-זהב ומדינה **דיני השכלה גבוהה**, לעיל ה"ש 77, בעמ' 420. כן ראו ה"פ (מחוזי ב"ש) 4063/04 **ברגמן נ' אוניברסיטת בן גוריון, באר שבע**, פס' 2 לפסק-דינה של השופטת ברקאי תחת "התערבות בהחלטה של טריבונול משמעותי פנימי" (פורסם בנבו, 16.3.2005). יצוין כי תחומי ההתערבות המסורתיים של בתי-המשפט בהחלטות של טריבונולים פנימיים הוגבלו בדרך-כלל לעילות של חריגה מסמכות ופגיעה בעיקרי הצדק הטבעי. ראו עניין **מחול**, לעיל ה"ש 97, פס' 5 (א) לפסק-דינה של השופטת פרוקצ'יה תחת "היקף התערבות בית המשפט".

99 ת"א (מחוזי חי') 576/06 **בן הרוש נ' אוניברסיטת חיפה** (פורסם בנבו, 29.6.2008). השופט גרשון נימק את קביעתו בכך שתוצאותיו של הליך משמעותי המתקיים לפני רשויות המשמעת של האוניברסיטה עלולות להיות חמורות ומרחיקות-לכת מבחינת הסטודנט העומד לדין. זאת, משום שעתידי האקדמי וכתוצאה מכך גם עתידו התעסוקתי מונחים על הכף (שם, פס' 1 תחת ס' 5 – "דיון"). יצוין כי השופט גרשון סבור כי הזכות לייצוג על-ידי עורך-דין נגזרת מחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו (שם, פס' טז תחת ס' 5 – "דיון").

100 עניין **אוניברסיטת חיפה**, לעיל ה"ש 36. פסק-הדין המוביל נכתב על-ידי השופט רובינשטיין, בהסכמת הנשיא גרוניס, כנגד דעת המיעוט של השופט דנציגר, שביקש לדחות את הערעור ולאשר את קביעותיו של בית-המשפט המחוזי בחיפה. לגישתו של שופט המיעוט, יש לקבוע "כי לכל סטודנט המצוי בהליך משמעותי מוקנית הזכות להיות מיוצג על ידי עורך דין לפי בחירתו" (שם, פס' 5 לפסק-דינו של השופט דנציגר).

101 שם, פס' מא לפסק-דינו של השופט רובינשטיין. השופט רובינשטיין ביסס את הזכות העקרונית להיות מיוצג בהליכי משמעת במוסדות להשכלה גבוהה על שלושה אדנים: הזכות הכללית של אדם לייצוג לפי בחירתו; זכות הייצוג כנגזרת של זכות הטיעון, המעוגנת בכללי הצדק הטבעי; וחובתו

באשר להליכים משמעתיים המתקיימים לפני מוסדותיה של אגודה שיתופית, אין הכרעה ישירה בנושא זה בבית-המשפט העליון, אשר ראה לנכון להותיר סוגיה זו בצריך עיון בעניין **אגד**.¹⁰² ואילו בעניין **שטרן**¹⁰³ ראה בית-המשפט לנכון להביע את דעתו אגב אורחא. כך, במסגרת פסק-דינו באותו עניין, הביע השופט דנציגר את דעתו כי מן הראוי לאפשר ייצוג באמצעות עורך-דין במסגרת מוסדות השיפוט המשמעתית הפנימיים של האגודה השיתופית "אגד" (הליך המכונה "משפט חברים") במקרים שבהם מדובר באישומים מעין-פליליים, אשר תוצאותיהם עלולות להיות חמורות עד כדי פיטוריו של אדם ממקום עבודתו. זאת, אף ש"ההליכים המשמעתיים בפני משפט החברים אינם בגדר הליך פלילי, ואף אינם נכנסים בגדר סעיף 22 לחוק לשכת עורכי הדין, התשכ"א-1961".¹⁰⁴ דעתו של השופט דנציגר בעניין הענקת אפשרות הייצוג התקבלה גם על-ידי השופט רובינשטיין באותו עניין, אשר העיר כי "האופי המעין-פלילי של ההליכים ותוצאותיהם האפשריות מחייב אפשרות ייצוג".¹⁰⁵

גישתם של השופטים דנציגר ורובינשטיין בעניין **שטרן** עולה בקנה אחד עם כמה פסקי-דין של בתי-המשפט המחוזיים שניתנו למן שנות התשעים של המאה הקודמת.¹⁰⁶ כך, למשל, בעניין **אבירם**¹⁰⁷ קיבלה השופטת קובל את עתירת המבקש להתיר לו להיות

של המוסד להעניק לסטודנטים הלומדים בו הליך הוגן (ראו פס' כב-כה לפסק-דינו של השופט רובינשטיין).

102 ע"א 3437/93 **אגד, אגודה שיתופית לתחבורה בישראל בע"מ נ' אדלר**, פ"ד נד(1) 817 (1998). בלשונו של השופט מצא (שם, בעמ' 833): "...אניח בצריך עיון את השאלה, אימתי עומדת לחבר אגודה שיתופית זכות לייצוג על-ידי עורך-דין בתוך מוסדותיה של האגודה. שאלה זו, לבר מהיותה שנויה במחלוקת בענייננו, הריהי שאלה סבוכה ומורכבת." יצוין כי לפני כן העיר השופט מצא כי "כשלעצמי, אני נוטה לקבל שהשופט המלומד צדק גם בקביעה כי סירוב אגד לאפשר לאדלר [המשיב] להיעזר בעורך-דין, שייצגו לפני אספת המורשים, היה שלא כדין, וזאת לפחות לנוכח כובד השאלה (שמבחינת אדלר הייתה בעלת חשיבות גורלית) שהכרעתה הופקדה בידי אספת המורשים" (שם).

103 ע"א 7162/06 **שטרן נ' אגד אגודה שיתופית לתחבורה בישראל בע"מ** (פורסם בנבו, 17.2.2008).

104 שם, פס' 27 לפסק-דינו של השופט דנציגר.

105 שם, פס' ג לפסק-דינו של השופט רובינשטיין.

106 יצוין כי ההלכה הנוהגת בבתי-המשפט המחוזיים עד לתחילת שנות התשעים של המאה הקודמת **מנעה ייצוג** במסגרת הליכי המשמעת המתקיימים לפני מוסדות המשמעת של האגודות השיתופיות. ראו ת"א (מחוזי ת"א) 2899+2838/69 **בן-יעקב נ' "אגד" אגודה שיתופית לתחבורה בישראל בע"מ**, פ"מ ע"א 344, 357-359, פס' 7 לפסק-דינו של השופט אשר (1970); ת"א (מחוזי ת"א) 1624/91 **סודק נ' "אגד" אגודה שיתופית לתחבורה בישראל בע"מ**, פ"מ התשנ"ב(3) 207, 219 (1992). במקרה האחרון אימץ הנשיא אליהו וינוגרד בהסכמה את דבריו של השופט אשר בעניין **בן-יעקב**.

107 ה"פ (מחוזי י"ם) 305/93 **אבירם נ' "אגד" – אגודה שיתופית לתחבורה בישראל בע"מ** (לא פורסם, 5.10.1994).

מיוצג בהליך של משפט חברים; 108 ובעניין **חיים** 109 קבע השופט גל כי "כל אימת שהמדובר בנושאים בעלי דפוסים פליליים עם השלכות משמעותיות – הן מבחינת שמו וקלוננו של האדם והן מבחינת החשש לגדיעת מקור הפרנסה – יד זכות העמדת המייצג על העליונה. לא כן לגבי כל יתר עבירות המשמעת".¹¹⁰

גישה שונה עולה מפסק-דינו של בית-המשפט המחוזי בעניין **בן-יעקב**. באותו מקרה דחה השופט אשר את טענות התובעים נגד סעיף 69 לתקנון של "אגד", אשר התיר לנאשם להיות מיוצג לפני מוסד "משפט החברים" באמצעות חבר "אגד" בלבד, ושלל בדרך זו למעשה את ייצוגו על-ידי עורך-דין. בלשונו של השופט אשר: "מתקני תקנות האגודה מצאו לנכון להגביל את חוג הטוענים הרשאים להופיע בפני משפט החברים לחברי האגודה ואינני רואה אי-חוקיות בהוראה זו המחייבת את בתי המשפט".¹¹¹ גישה שונה עולה גם מפסק-דינו של בית-המשפט המחוזי בעניין **חזון**.¹¹² באותו מקרה הסתמך המבקש על פסק-דינו של השופט גל בעניין **חיים**,¹¹³ אולם השופטת חיות חלקה בפסק-דינה על דעתו של השופט גל.¹¹⁴ לדעתה של השופטת חיות, אין בהוראת התקנון

108 יש לציין כי פסק-הדין אינו מצוי בשום מאגר, והדברים נסמכים על דבריו של השופט גל בעניין **חיים**, לעיל ה"ש 8, פס' 33. יש להדגיש כי במקרה זה דובר בהליכים משמעותיים בגין עברות משמעותיות חמורות. בערעור שהגישה "אגד" לבית-המשפט העליון בוטל אומנם פסק-הדין המחוזי בהסכמת הצדדים, למעט נושא ההוצאות שכבר שולמו, אך זאת מבלי שבית-המשפט העליון חיוה את דעתו לגופו של פסק-הדין. יתר על כן, הסדר הפרשה בין הצדדים כלל היתר מיוחד לבא-כוחו של אבירם לייצגו באותו הליך משמעותי. ע"א 6702/94 "אגד" – אגודה שיתופית לתחבורה בישראל בע"מ נ' אבירם (פורסם בנבו, 11.12.1994).

109 עניין **חיים**, לעיל ה"ש 8, בעמ' 945–947, פס' 38–41 לפסק-הדין. עוד ראו ת"א (מחוזי חי') 389/01 קרסנר נ' אגד – אגודה שיתופית לתחבורה בישראל בע"מ (פורסם בנבו, 28.9.2004); ת"א (מחוזי חי') 624/01 שטרן נ' "אגד" אגודה שיתופית לתחבורה בישראל בע"מ, פס' 67 לפסק-דינו של השופט עמית (פורסם בנבו, 29.5.2006) (להלן: עניין שטרן המחוזי). במקרה האחרון אימץ השופט עמית בהסכמה (שם, פס' 67 לפסק-דינו) את דבריו של השופט גל בעניין **חיים**. יש לציין כי על פסק-הדין בעניין שטרן המחוזי הוגש כאמור ערעור, אך בית-המשפט העליון דחה אותו ואישר את פסק-דינו של השופט עמית. ראו עניין שטרן, לעיל ה"ש 103.

110 עניין **חיים**, לעיל ה"ש 8, בעמ' 944, פס' 38 לפסק-הדין. "אגד" לא ערערה על פסק-הדין לבית-המשפט העליון, ובעקבותיו קבעה כי בכל המשפטים שייפתחו לאחר אמצע שנת 1999 (מועד מתן פסק-דינו של השופט גל) יותר לנאשמים להיות מיוצגים על-ידי עורכי-דין, אף אם אלה אינם חברי "אגד". ראו את דבריה של השופטת שטמיר בעניין קרסנר, לעיל ה"ש 109, פס' 24 לפסק-דינה; ואת דבריו של השופט עמית בעניין שטרן המחוזי, לעיל ה"ש 109, פס' 60 לפסק-דינו.

111 עניין **בן-יעקב**, לעיל ה"ש 106, בעמ' 358. כן ראו עניין סודק, לעיל ה"ש 106, בעמ' 219.

112 ה"פ (מחוזי ת"א) 274/01 חזון נ' "דין" אגודה שיתופית לתחבורה ציבורית בע"מ (פורסם בדינים ועוד, 5.8.2001).

113 עניין **חיים**, לעיל ה"ש 8.

114 עניין **חזון**, לעיל ה"ש 112, פס' 6 לפסק-דינה של השופטת חיות: "עיינתי בחוות דעתו המקיפה והמאלפת של כב' השופט גל בפרשת טוביה חיים הנ"ל, ובכל הכבוד, דעתי שונה".

של "דן", אשר שללה ייצוג על-ידי עורך-דין, כדי להוות פגיעה בעקרי הצדק הטבעי.¹¹⁵ בלשונה של השופטת: "...אינני סבורה כי הוראת סעיף 102 לתקנון המשיבה, יש בה משום פגיעה מובנית בעיקרי הצדק הטבעי. אדרבא, עיון במכלול הוראות התקנון הנוגעות למשפט החברים מלמד כי מדובר בהליך, אשר שמו – 'משפט החברים' – מלמד עליו כי נועד להיות הליך משמעת פנימי, המתנהל בין החברים ועל ידי החברים."¹¹⁶

לעניין תאגידי ספורט לסוגיהם, חוק הספורט, התשמ"ח-1988 (להלן: חוק הספורט) קובע כי אלה יתקינו תקנונים, אשר יסדירו, בין היתר, את ענייני המשמעת.¹¹⁷ חוק הספורט אינו אומר דבר לגבי ייצוג הנאשמים לפני מוסדות המשמעת הללו.¹¹⁸ השאלה התעוררה בעניין מועדון עירוני להתעמלות חולון.¹¹⁹ באותו מקרה נדרש בית-המשפט המחוזי בתל-אביב לפסוק אם ספורטאי המועמד לדין משמעת לפני ועדת המשמעת של איגוד מקצועי רשאי להיות מיוצג על-ידי עורך-דין. בית-המשפט השיב בחיוב, בקובעו כי הסעיף הרלוונטי בתקנון של ועדת המשמעת ובתקנון של בית-הדין העליון של ההתאחדות לספורט בישראל, השולל מנאשמים את הזכות לייצוג לפני ועדת המשמעת של ההתאחדות לספורט,¹²⁰ נוגד את כללי הצדק הטבעי ופוגע בגיעה בלתי-מידתית בזכותם של חברי ההתאחדות לספורט.¹²¹

עניינו הרואות, עד לאחרונה נקטה הפסיקה גישה לא-אחידה בנוגע לתנאים בתקנוני המשמעת ששללו ייצוג על-ידי עורך-דין. על-פירוב לא נפסלו תנאים כאלה מעיקרם, ובתי-המשפט העניקו להם תוקף, אלא אם כן דובר באישומים משמעתיים חמורים,

115 שם, פס' 8-9 לפסק-דינה של השופטת חיות. יוער כי נראה שזו אף העמדה העולה מהחלטתה של השופטת חיות ברע"א 5661/10 דבורניצ'נקו נ' עמותת איגוד ההתעמלות בישראל (פורסם בנבו, 29.7.2010).

116 עניין חזון, לעיל ה"ש 112, פס' 8 לפסק-הדין (ההדגשה במקור). כן ראו את דברי השופטת חיות בפס' 9 לפסק-הדין: "אני סבורה כי יש לראות בהגבלה הקבועה בסעיף 102 לתקנון שבנדון הגבלה סבירה המיועדת לשמור על אופיו וצביונו של ההליך כ'משפט חברים'".

117 ראו ס' 10-11 לחוק הספורט, התשמ"ח-1988, ס"ח 122, אל מול סעיף ההגדרות – ס' 1 לחוק.

118 גם ד"ר פלפל, בספרה על ספורט ומשפט, אינה מתייחסת כלל לשאלת הייצוג בהליכי משמעת בתחום הספורט אגב דיונה בפיקוחם של בתי-המשפט על החלטות של איגודי ספורט. דרורה פלפל **הספורט בראי המשפט** 149-161 (1994).

119 ה"פ (מחוזי ת"א) 1667/09 מועדון עירוני להתעמלות, חולון נ' עמותת איגוד ההתעמלות בע"מ (פורסם בנבו, 9.2.2012) (להלן: עניין מועדון עירוני להתעמלות חולון).

120 ס' 6 לתקנון ועדת המשמעת ולתקנון בית-הדין העליון של ההתאחדות לספורט בישראל קובע כי "על הנאשם להופיע אישית בפני ועדת המשמעת ואין הוא זכאי למנות טוען אחר אשר יופיע איתו או במקומו, אלא באם הנאשם משרת בשרות כוחות הבטחון ועקב שרותו זה נמנע ממנו להופיע אישית". שם, פס' ב לפסק-דינה של השופטת אבניאלי (בחלק ב – "טענות המבקשות").

121 שם, פס' ו לפסק-דינה של השופטת אבניאלי (בחלק ו – "סיכום"): "לאחר שעמדתי בהרחבה על הצורך בייצוג, בהליכים משמעתיים, הגעתי למסקנה כי הסעיף בתקנון השולל מנאשמים את זכות הייצוג בפני ועדת המשמעת של ההתאחדות לספורט, נוגד את כללי הצדק הטבעי ופוגע בגיעה בלתי מידתית בזכותם של חברי ההתאחדות."

פליליים או מעין-פליליים במהותם, שאז מצאו בתי-המשפט לנכון לקבוע כי ראוי לאפשר לאותם נאשמים ייצוג על-ידי עורכי-דין חרף התנאים בתקנון השוללים זאת. אולם בהשפעת העידן החוקתי חל שינוי מסוים בגישתה של הפסיקה בכל הנוגע בשלילה מוחלטת של זכות הייצוג על-ידי עורך-דין.¹²² בהקשר זה ראוי לציין את דבריו של השופט אנגלרד בעניין **קרן גימלאות של חברי אגד בע"מ**, שלפיהם "עקרונית, הליכי משמעת במסגרות פרטיות דורשים משנה זהירות לבל ייפגעו זכויות יסוד של הפרט, ובית המשפט יקפיד על שמירתן של זכויות אלה ברוח חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו".¹²³

אכן, לנוכח פסק-הדין בעניין **אוניברסיטת חיפה**¹²⁴ ניתן לקבוע ברמת ודאות גבוהה כי שלילה מוחלטת של זכות הייצוג על-ידי עורך-דין לא תותר, ותוביל להתערבות שיפוטית. שינוי זה מוסבר בפסק-דינו של השופט רובינשטיין בכך ש"לא הרי הנורמות החלות בהליכים משמעתיים בשנות האלפיים, כהרי הנורמות שחלו באלף הקודם, וזאת יש להטעים. תמורות חברתיות ומשפטיות הניעו את המטוטלת, בגדרי עידן הזכויות, לכיוונים חדשים, שהייצוג הוא אחד מהם".¹²⁵ עד כאן לעניין הדין המשמעתי ה"אזרחי", ומכאן לשאלה שבבסיס המאמר – שאלת הייצוג על-ידי עורך-דין בהליך המשמעתי בצבא. לצורך כך יש לעמוד על מאפייניו של ההליך המשמעתי בצבא, ולכך נפנה כעת.

פרק ה: הדין המשמעתי בצבא

בצבא ההליך המשמעתי הוא הליך משפטי המתנהל לפני מפקד, אשר משמש קצין שיפוט ומוסמך להכריע בדבר אשמתו של הנאשם, ובמקרה שמצאו אשם – לגזור את דינו בהתאם לסמכויות המוקנות לו בחוק השיפוט הצבאי (להלן: החוק).¹²⁶ יודגש: לקצין השיפוט יש הכוח אף לשלול את חירותו של הנאשם ולשולחו למחבוש לתקופה

122 תימוכין לכך נמצא לרוב בעניין **אוניברסיטת חיפה**, לעיל ה"ש 36, הן בפסק-דינו של שופט הרוב (פס' מא-מז לפסק-דינו של השופט רובינשטיין) והן בפסק-דינו של שופט המיעוט (פס' 1-5 לפסק-דינו של השופט הנציג). שתי העמדות ושני השופטים מכירים בקיומה של זכות ייצוג מסוימת בהליכי משמעת. אומנם, שופט הרוב מצמצם את תחולתה ואילו שופט המיעוט מרחיב אותה, אולם שניהם כאחד לא יתירו שלילה מוחלטת של הזכות.

123 ע"א 1795/93 **קרן הגימלאות של חברי אגד בע"מ נ' יעקב**, פ"ד נא(5) 433, 453 (1997).

124 עניין **אוניברסיטת חיפה**, לעיל ה"ש 36.

125 שם, פס' לט לפסק-דינו של השופט רובינשטיין.

126 ראו מנחם פינקלשטיין "המשפט בתקופת לחימה" **משפט וצבא** 16, 15, 22 (2002) (להלן: פינקלשטיין "המשפט בתקופת לחימה").

ניכרת.¹²⁷ המפקד הוא השולט בהליכי הדין המשמעתי בצבא.¹²⁸ המונחים, "דין משמעתי" ו"קצין שיפוט" מעידים על אופיו הכפול של ההליך המשמעתי – פיקודי מצד אחד ושיפוטי מצד אחר.¹²⁹ ההליך מוסדר בפרק ג לחוק (סעיפים 136–176),¹³⁰ וחל על כל חייל שדרגתו נמוכה מדרגת רב־אלוף (דרגת הרמטכ"ל).¹³¹

ההליך המשמעתי בצבא שונה מזה המוכר מחוץ לו (בתחום ה"אזרחי"), ואינו דומה אף לשיפוט בבית־דין צבאי או בבית־משפט רגיל.¹³² כך, למשל, בשיפוט המשמעתי הצבאי עשויים לחול שיקולים מיוחדים שיש בהם כדי לצמצם את תחולתו של הכלל בדבר משוא־פנים.¹³³ יש שהדיין הפוסק בדין המשמעתי היה עד, הוא עצמו, לביצוע העברה על־ידי חייל מפקודיו, וייתכן שהוא עצמו אף יזם את הבאת החייל לפניו לדין. אפילו ערוב כזה של תפקידי העד והדיין הפוסק אינו פוסל את הדין, שכן בחיי המחנה המפקד אינו יכול תמיד לשמור על ריחוק אישי מן האירוע שעליו הוא מבקש לשפוט את החייל.¹³⁴

תכליתו של הדין המשמעתי בצבא, כגוף מדרגי, היא בראש ובראשונה השלטת סדר ומשמעת.¹³⁵ המערכת הצבאית מושתתת על משמעת. אחד הכלים לביסוסה של המשמעת הוא קיום הליכים של דין משמעתי לפני מפקד – קצין שיפוט – המוסמך להטיל עונש על החייל.¹³⁶ אכן, בראשית הדרך, העברות שנידונו במסגרת הדין

127 דליה דורנר "היבטים חוקתיים של הדין המשמעתי" **משפט וצבא** 16, 463, 464 (2003) (להלן: דורנר "היבטים חוקתיים של הדין המשמעתי").

128 ע/113/99 (ערעורים צה"ל) **חדד נ' התובע הצבאי הראשי**, פד"צ 1999, 234, 256 (1999). השיפוט המשמעתי נתפס בצבא כחלק משלים של התפקיד הפיקודי של המפקד. עניין **ישי**, לעיל ה"ש 79, פס' 23 לפסק־הדין.

129 פינקלשטיין "המשפט בתקופת לחימה", לעיל ה"ש 126, בעמ' 22.

130 הליכי הדין המשמעתי בצה"ל מוסדרים גם בהוראות הפיקוד העליון – הפ"ע 5.0301 "סמכויות קציני שיפוט וסייגים לסמכויות קציני שיפוט" – וכן בפ"מ 33.0302 "דין משמעתי" (להלן: פ"מ 33.0302) ובפ"מ 33.0327 ("קצינים בכירים – הליכי דין משמעתי").

131 ראו, למשל, בג"ץ 8487/06 **לויסון נ' הפרקליט הצבאי הראשי** (פורסם בנבו, 24.10.2006).

132 בג"ץ 118/80 **גרינשטיין נ' הפרקליט הצבאי הראשי**, פ"ד לה (1) 239, 243 (1980).

133 עניין **סיעת הליכוד**, לעיל ה"ש 17, בעמ' 575.

134 עניין **גרינשטיין**, לעיל ה"ש 132, בעמ' 243.

135 ראו עניין **ישי**, לעיל ה"ש 79, פס' 23 לפסק־הדין. בלשונו של בית־הדין הצבאי בעניין ע/63/06 **חיימוביץ נ' התובע הצבאי הראשי**, פס' 16 לפסק־הדין (פורסם בפדאור, 19.6.2007): "בצבא, נועד ההליך המשמעתי לשמור על הכללים הנוהגים והמחייבים, ועל הסדר הטוב והמשמעת הנגזרים מן המסגרת הצבאית. זאת, על־ידי נקיטת סנקציות פיקודיות כנגד חייל שחרג מפקודות הצבא, הפר את כללי המשמעת, המרה את פי מפקדו וכדומה." יצוין כי תכליתו של הדין המשמעתי בצבא הינה צנועה ביחס לדין המשמעתי מחוץ לצבא, אשר תכליתו, כאמור, היא הגנה על השירות הציבורי. עניין **ישי**, לעיל ה"ש 79, פס' 23 לפסק־הדין.

136 ע/130/03 (ערעורים צה"ל) **דוד נ' התובע הצבאי הראשי**, פס' 17 לפסק־הדין (פורסם בנבו, 4.12.2003). כן ראו ע/49/76 (ערעורים צה"ל) **ראובן נ' התובע הצבאי הראשי**, פד"צ 1976, 131, 140 (1976), שם מציין בית־הדין הצבאי לערעורים, לעניין הדין המשמעתי, כי "בצבא הוא משמש

המשמעתית בצבא נשאו אופי משמעתית. אולם במשך השנים שינה הדין המשמעתית בצבא את אופיו האמור, והוחל לעשות בו שימוש אף לגבי עבירות שאינן נושאות אופי משמעתית גרידא, עד כדי הפיכתו, בנסיבות המתאימות, להליך חלופי לדין הפלילי בכלל ולבחינת אחריותם של מפקדים בפרט.¹³⁷

כאמור, הדין המשמעתית חל על כל חייל שדרגתו נמוכה מדרגת הרמטכ"ל. עם זאת, תחולה זו מוגבלת בעיקר לעבירות צבאיות שעונשן אינו עולה על שלוש שנות מאסר (סעיף 136 לחוק). דיני הראיות הרגילים אינם חלים בדין המשמעתית (סעיף 161 לחוק), אולם מוקנית אפשרות ערר (סעיף 163 לחוק) וחלים דיני התיישנות של שלוש שנים (סעיף 170 לחוק). כן נקבע כי שפיטה בערכאה שיפוטית מבטלת פסק משמעתית (סעיף 172 לחוק).¹³⁸ סעיפים 173–176 לחוק קובעים הסדרים מיוחדים לחייל סדיר שהשתחרר ולחיילי המילואים.

אומנם, אין דין הרשעה בדין משמעתית כדין הרשעה בבית-דין או בבית-משפט, אולם המחוקק העניק כאמור למפקד הצבאי, אף במסגרתו של הדין המשמעתית, סמכויות ענישה לא-מבוטלות, עד כדי פגיעה של ממש בחירות.¹³⁹ הרשעה בדין משמעתית, גם מקום שהיא אינה גוררת סנקציה עונשית של ממש, הינה רבת משמעות מבחינת החייל או המפקד המורשעים, ועלולה אף להשפיע על המשך קידומם.¹⁴⁰ זהו אחד הביטויים

כלי בידי המפקד להשליט ביחידתו משמעת צבאית על-ידי שהוא מסמיך אותו להטיל עונשים משמעתיים על אלה מבין פקודיו המפריים אותה.

137 שפיטה משמעתית אינה יכולה להתקיים לצד הליך פלילי "אלא על פי הוראה בכתב של הפרקליט הצבאי הראשי". ס' 171 (ב) לחוק השיפוט הצבאי. עוד ראו ס' 172 לחוק השיפוט הצבאי; ע/167/01 (ערעורים זה"ל) **ניסימוב נ' התובע הצבאי הראשי**, פד"צ 2001, 354, 368 (2002). כן ראו עניין **ישי**, לעיל ה"ש 79, פס' 23, שם מסביר בית-הדין הצבאי כי מאפיין זה של הדין המשמעתית הצבאי – היותו חלופי לדין הפלילי – מבדיל בינו לבין הדין המשמעתית מחוץ לצבא, היכול להתווסף על העמדה לדין פלילי. ראו, למשל, ס' 61 לחוק שירות המדינה (משמעת).

138 זאת, להבדיל מהדין הנוהג לגבי עובדי ציבור, אשר ניתן להעמידם לדין פלילי אף אם נמצאו אשמים או זכאים, בשל אותו מעשה או מחדל, בדין משמעתית. ראו ס' 61 לחוק שירות המדינה (משמעת) וכן זמיר **המינהל הציבורי**, לעיל ה"ש 79, בעמ' 617–618.

139 ס' 152 לחוק מלמד על סמכויות הענישה בדין משמעתית של קצין שיפוט **זוטר**, אשר ראשי לגזור את העונשים הבאים: (1) התראה; (2) ריתוק למחנה או לאונייה עד שבעה ימים; (3) קנס; (4) נזיפה; (5) מחבוש עד שבעה ימים. ואילו ס' 153 (א) לחוק מלמד על סמכויות הענישה של קצין שיפוט **בכיר**, אשר ראשי לגזור את העונשים הבאים: (1) התראה; (2) ריתוק למחנה או לאונייה עד שלושים וחמישה יום; (3) קנס; (4) נזיפה; (5) נזיפה חמורה; (6) מחבוש עד שלושים וחמישה יום; (7) הורדה בדרגה אחת, בתנאי שדרגת הנאשם אינה גבוהה מדרגת סמל ראשון.

140 השוו בג"ץ 4550/94 **אישה נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד מט(5) 859, 874 (1995). בנוגע לנפקותה של הרשעה בדין משמעתית יש להדגיש כי ס' 136 (ב)(1) לחוק מאפשר העמדה לדין משמעתית על-פי החוק למניעת הטרדה מינית, התשנ"ח-1998, ס"ח 1661 (להלן: החוק למניעת הטרדה מינית), והרשעה בעברה זו כרוכה לרוב באות-קלון של עברייני מין שיוטבע בנאשם. יצוין כי העמדה לדין משמעתית בגין הטרדה מינית מחייבת הוראת פרקליט, וההליך מתקיים לפני קצין שיפוט בכיר, בדרגת אלוף-משנה לפחות, אשר רכש הכשרה משפטית או עבר הכשרה מיוחדת. ראו בית

המובהקים להבדל בין ההליך המשמעתי לבין ההליך המנהלי, אשר אינו כרוך לרוב בסנקציות דוגמת אלה.¹⁴¹ הליכי הדין המשמעתי בצבא כפופים בעיקר לפיקוחה של הפרקליטות הצבאית, וזאת בהתחשב בכך שדין משמעתי צבאי מנוהל בדרך-כלל על-ידי קצינים חסרי הכשרה משפטית.¹⁴² בפועל, הדין המשמעתי הצבאי חשוף כיום יותר מבעבר גם לביקורת שיפוטית וציבורית הולכת וגוברת.¹⁴³ כמו-כן, ביום 1.1.2009 נכנסה לתוקף פקודת מטכ"ל 33.0302 החדשה ("דין משמעתי"), המסדירה רפורמה בדין המשמעתי בצה"ל.¹⁴⁴ מטרת הרפורמה הייתה לפשט ככל האפשר את הליכי הדין המשמעתי, ולהתאימם לצורכי המשמעת, לעידן החוקתי ולדרישות הדין והפסיקה.¹⁴⁵ בהמשך עוד נידרש לעניין זה.

הדין המשמעתי הצבאי מוכר גם בשיטות משפט אחרות. ההליך המקביל לדין המשמעתי בצבא האנגלי הוא ה-Summary Justice, שבמסגרתו מפקד יכול לדון חייל בגין עבירות לא-חמורות (minor offences). גם בהליך זה אין תחולה לכללי הראיות,

הספר למשפט צבאי השיפוט בדין המשמעתי 13–14 (2011) www.law.idf.il/207-he/Patzar.aspx (להלן: השיפוט בדין המשמעתי). כן ראו פ"מ 33.0145 ("איסור פגיעה על רקע מיני"), ס' 38 (נוהל שיפוט נאשם בדין משמעתי). בהמשך עוד נתייחס לכך.

141 להליך מנהלי בכלל ראו זמיר המינהל הציבורי, לעיל ה"ש 79, בעמ' 611–616; להליך מנהלי בצבא, המכונה "הליך פיקודי", ראו בג"ץ 6466/10 ימר נ' הרמטכ"ל (פורסם בנבו, 30.6.2011).

142 פיקוחה של הפרקליטות הצבאית נעשה באמצעות מדור הדין המשמעתי, אשר עוסק ביומיום בפיקוח על הדין המשמעתי בצבא, ומסייע לפרקליט הצבאי הראשי ולסגנו בהפעלת סמכותם לפי חוק השיפוט הצבאי לבטל או לשנות פסקים משמעתיים שנפלו בהם פגמים. מפקדת הפרקליט הצבאי הראשי דוח פעילות לשנת העבודה התשס"ו–התשס"ז 117 (2006). כן ראו בג"ץ 442/87 שאול נ' הפרקליט הצבאי הראשי, פ"ד מב(2) 749, 754 (1988). נחזור ונדגיש כי הליכים משמעתיים במסגרות אזרחיות – ובכלל זה בלשכת עורכי-הדין, בשירות הציבורי ועוד – מתנהלים לפני בית-דין משמעתי של ממש. ראו זמיר המינהל הציבורי, לעיל ה"ש 79, בעמ' 616–617.

143 ראו בש"פ 3513/95 שרגאי נ' התובע הצבאי, פרקליטות חיל-האוויר, פ"ד נא(2) 686 (1997), שממנו אנו למדים כי החוקתיזציה שהביא עימו חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו לא פסחה על הדין הצבאי בפרט ועל מערכת השיפוט הצבאית בכלל. כן ראו כבוד האדם בצה"ל 10–13, 79–81 (ליאורה הרציג עורכת, 2001). עוד ראו ע"מ/מ 14/97 (ערעורים צה"ל) סטמק נ' התובע הצבאי הראשי, פ"ד צ 1997, 182 (1997); ע"מ/מ 23/00 (ערעורים צה"ל) התובע הצבאי הראשי נ' זוהר, פד"צ 2000, 753 (2000).

144 בתום עבודת מטה מקיפה נכנסה לתוקף הרפורמה בדין המשמעתי, שבמסגרתה תוקנה פקודת מטכ"ל 33.0302, כך שכיום הפקודה החדשה מאגדת בתוכה את כל עשרים הפקודות שעסקו בדין המשמעתי. כמו-כן הוכנסו בפקודה, במסגרת הרפורמה, כמה שינויים מהותיים, והיא נערכה מחדש על-פי סדר כרונולוגי – מתחילת ההליך ועד סופו. ראו "מידעון בית הספר למשפט צבאי – מדור הדין המשמעתי" אתר הפרקליטות הצבאית www.law.idf.il/sip_storage/FILES/3/453.pdf.

145 שם. כן ראו את דבריו של השופט רובינשטיין הן בעניין פילנט, לעיל ה"ש לעיל ה"ש 74, בעמ' 715, פס' 3 לפסק-דינו, והן בעניין לויסון, לעיל ה"ש 131, פס' ד(4) לפסק-הדין.

בכפוף לשמירה על זכויות-יסוד של העומד לדין.¹⁴⁶ ההליך המקביל לדין המשמעתי **בצבא האמריקאי** הוא ה־Non-Judicial Punishment (NJP). הליך זה מוסדר בסעיף 15 לחוק השיפוט הצבאי האמריקאי (Uniform Code of Military Justice – UCMJ). לציוד מוכרים אמצעים נוספים – non-punitive measures – במתכונת של הערות שליליות הנעדרות פן עונשי. גם בארצות-הברית השימוש בדין המשמעתי מוגבל בדרך-כלל לעבירות קלות יחסית (minor offenses), דהיינו, עבירות שהעונש הקבוע בציוד אינו עולה על שנת מאסר או אינו כולל שחרור בקלון (dishonorable discharge). עם זאת, לפני המפקד עומדות אפשרויות רבות של אמצעים משמעתיים אחרים.¹⁴⁷ לאחר שהתוודענו לדין המשמעתי הצבאי, נידרש לשאלה בדבר עמדתו בכל הנוגע בייצוג על-ידי עורכי-דין במסגרת הליכים משמעתיים בצבא.

פרק ו: שלילת זכות הייצוג במסגרת הליכים משמעתיים בצבא – מבט פוזיטיבי

זכות הייצוג שאנו מדברים בה מתייחסת לזכות להיות מיוצג על-ידי עורך-דין, לפי בחירת הנאשם, לפני המפקד הצבאי הנוגע בדבר במסגרת ההליך המשמעתי.¹⁴⁸ המצב כיום אינו מאפשר זכות ייצוג במסגרת הליכים משמעתיים בצבא. זו הפרקטיקה הנוהגת בהליכי הדין המשמעתי בצה"ל.¹⁴⁹ ברי כי אין בכך כדי למנוע היוועצות עם עורך-דין ממי שאינו מצוי בריתוק במחנה או במעצר במתקן כליאה כזה או אחר ולכן אינו מוגבל לפנות לקבלת שירות מקצועי משפטי אצל עורך-דין, אשר יכינו להליך המשמעתי.¹⁵⁰

146 RANT, לעיל ה"ש 74, בעמ' 6.

147 EDWARD M. BYRNE, MILITARY LAW 188 (3rd ed. 1981).

148 יובהר כי אין כוונתי לזכות ייצוג פעילה, במובן של חובת מינוי עורך-דין לבקשת בעל הזכות, כפי שזו קיימת, למשל, בס' 316 ו-323 לחוק השיפוט הצבאי; בס' 15 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב] או בס' 18 לחוק הסניגוריה הציבורית. לעניין זה ראו רינת קיטאי סנג'ור "חובת המדינה למנות סניגור ציבורי לכל נאשם בפלילים" **מחקרי משפט** כג 195 (2006). שאלה זו, כפי שכבר הדגשתי במבוא, הינה שאלה מסדר שני, אשר ימים יגידו אם תתעורר.

149 ראו עניין **אוניברסיטת חיפה**, לעיל ה"ש 36. באותו עניין מצייין השופט רובינשטיין כי "...לא למותר לציין כי בחלק הדין המשמעתי (חלק ג') בחוק השיפוט הצבאי, תשט"ו-1955 אין הסדרת ייצוג; סעיף 159 לאותו חוק, הקובע את סדרי הדין המשמעתי, מאפשר לנידון להשמיע את דברו, אך אין התייחסות לייצוג" (שם, פס' כד לפסק-הדין). ניכר כי זו הפרקטיקה הנוהגת אף ברוב ההליכים הפיקודיים-המנהליים. בכל מקרה, העניין לא הוסדר בחקיקה או בפקודות הצבא, ונראה כי מעולם לא נידון באופן מפורש בפסיקה. זאת, אף שאין חולק כי עניינו של מושא ההליך הפיקודי יוכל להיות מיוצג באופן אפקטיבי יותר על-ידי עורך-דין בעל מיומנות מקצועית מתאימה. בנקודה זו לא ניתן להאריך במאמר זה, אולם ראוי לדעתי לחשוב מחדש גם בעניין זה.

150 ככלל הליך משפטי, קיימת חשיבות גדולה בקבלת ייעוץ משפטי מעורך-דין הבקיא בתחום הנוגע באישום, כלומר, בעניינו – מעורך-דין פלילי הבקיא בדין המשמעתי בצבא, אשר יוכל, למשל,

ככל הידוע לי, בהסתמכי על בדיקה בכלל המאגרים המשפטיים ועל בירור עם כמה פרקליטים צבאיים ראשיים, שאלת הייצוג בדין משמעתי מעולם לא הועלתה באופן פרונטלי בערכאות.¹⁵¹ אולם הפרקטיקה השוללת אפשרות לייצוג בהליכים משמעתיים עולה בקנה אחד עם גישת הפסיקה בעניין פלוני,¹⁵² אשר התייחסה לשאלה זו אגב דיון בשאלת קיומה של הזכות לייצוג במסגרת הליכי בדיקה. בעניין פלוני עתר קצין בכיר בצה"ל, שנחשד בעברות של אינוס, בבקשה להיות מיוצג על-ידי עורך-דין בעת חקירת העדים בעניינו, במסגרת הליכי בדיקה לפני קצין בודק המתקיימים לפי חוק השיפוט הצבאי. אגב שלילת זכות הייצוג בהליכי הבדיקה, קבע השופט זוסמן, כנגד דעתם החולקת של השופטים ויתקון ועציוני, כי "אין חייל נאשם רשאי לבחור לו סניגור אלא בהליך בפני בית דין צבאי, להבדילו מדין משמעתי".¹⁵³ קביעה זו אומנם נאמרה במסגרת דעת מיעוט, אולם זו נהפכה לדעת הרוב בדיון הנוסף בעניין פלוני.¹⁵⁴ בדיון הנוסף חזר השופט י' כהן על שלילתה של הזכות הן בהליכי בדיקה והן בהליכים משמעתיים:

להצביע על הבעיות הראייתיות בחומר החקירה, להעלות טענות נגד חוקיות ההליך, ולאפשר לנאשם להגיע להליך המשמעתי באופן עצמאי עדיין אך מוכן טוב יותר. יש מקום להניח כי הכנה באמצעות עורך-דין תשפר את קו ההגנה של הנאשם בהליך המשמעתי.

151 יש לציין בהקשר זה כי בד"נ 13/75 **מפקד משטרה צבאית חוקרת נ' פלוני**, פ"ד (3) 617, 623-624 (1976) (להלן: ד"נ פלוני), העיר השופט י' כהן כי "לא נטען בפנינו שנאשמים בדין משמעתי זכאים לייצוג על-ידי עורכי-דין, וכנראה ששאלה זו לא התעוררה עד כה, הואיל והיה מקובל על כל אחד, שלאור מהותו ומטרתו המיוחדת של דין משמעתי במסגרת חיי הצבא, לא יעלה על הדעת שבהליכים אלה ייוצג חייל נאשם על-ידי עורך-דין" (ההדגשה הוספה). בבג"ץ 6621/05 **ביבר נ' סגן הפרקליט הצבאי הראשי** (פורסם בנבו, 20.7.2005) נידון עניינו של עותר אשר הועמד לדין משמעתי בגין סרבנות, איומים ועלבונות כלפי מפקדו בעת משימת פינוי בגוש קטיף. בעתירתו לבג"ץ טען העותר, בין היתר, כי הוא מבקש להיות מיוצג על-ידי עורך-דין במסגרת הליך הדין המשמעתי. אף שהפרקליטות, בתשובתה לעתירה, הגיבה על הנטען באופן מנומק, ושללה מכל וכל את בקשתו של העותר, בית-המשפט העליון, מפי המשנה לנשיא חשין, דחה את העתירה בפסק-דין קצרצר מבלי להתייחס כלל לעניין הייצוג. בלשונו של השופט חשין (שם, בעמ' 2): "...לא נמצא לנו כי עלה בידי העותר להצביע לפנינו על פגם או על חסר מהותיים שנפלו בהליכי המשמעת שנוהלו בעניינו. נהפוך הוא: דעתנו היא, כי הליכי משמעת אלה נוהלו כהלכה, תוך שמירה ראויה על כללי הצדק הטבעי, והמימצאים שנקבעו בהחלטה מימצאים הם המעוגנים כהלכה בחומר הראיות. בהחליטנו כפי שאנו מחליטים, נתנו דעתנו לשני עיקרי-יסוד אלה בהליכי משמעת צבא: האחד, הצורך בזירוז ההליכים להשגת יעדי משפט המשמעת, והאחר, שמירה מירבית על זכויותיו של הנאשם. שני יעדים אלה קויימו כהלכה בעניינו." כן ראו יובל יועז "המדינה: לא היה צריך לתת לביבר להיוועץ בעו"ד" **הארץ** 17.7.2005 17.7.2005 www.haaretz.co.il/misc/1.1027745.

152 בג"ץ 515/74 **פלוני נ' מפקד משטרה צבאית חוקרת**, פ"ד כט(2) 169 (1975).

153 שם, בעמ' 177. יצוין כי כאשר ניתנת לנאשם בהליך צבאי הזכות לבחור סניגור, הוא רשאי לבחור עורך-דין (סניגור צבאי או אזרחי במגבלות מסוימות) או חייל אחר שיסנגר עליו, כאמור בס' 316 לחוק השיפוט הצבאי. עניין אחרון זה מחייב התייחסות ביקורתית נפרדת.

154 ד"נ פלוני, לעיל ה"ש 151. מעניין שבדיון הנוסף לא ישב השופט ויתקון, אשר כתב את פסק-הדין המרכזי של עמדת הרוב בעניין פלוני, לעיל ה"ש 152.

"העדר כל הוראה בדבר זכות סנגוריה בדין משמעתי צבאי חייב להתפרש כשלילת זכות ייצוג בהליכים אלה, אם כי אלה הם הליכים פליליים, העלולים לגרום אחריהם עונשים בלתי מבוטלים ובכללם שלילת חופש של הנאשם על-ידי מחבוש עד 35 יום והורדה בדרגה (סעיף 153). לא נטען בפנינו שנאשמים בדין משמעתי זכאים לייצוג על-ידי עורכי-דין, וכנראה ששאלה זו לא התעוררה עד כה, הואיל והיה מקובל על כל אחד, שלאור מהותו ומטרתו המיוחדת של דין משמעתי במסגרת חיי הצבא, לא יעלה על הדעת שבהליכים אלה ייוצג חייל נאשם על-ידי עורך-דין."¹⁵⁵

דבריו של השופט י' כהן אומצו על-ידי השופט ברק בפסק-דינו בעניין **מדוינסקי**,¹⁵⁶ שדן בהטלת עונש מחבוש בדין משמעתי תוך חריגה מסמכות. באותו עניין העיר השופט ברק כדלקמן:

"...קצין השיפוט שתי פנים לו, שהרי הוא קצין האחראי על אכיפת המשמעת על פיקודיו ושופט המכריע בדינו של חייל. מעמד 'כפול' זה של קצין ושופט, של מפקד המשליט משמעת והעושה כן בדרך של שפיטה וענישה, מחייב התאמה ואיזון בין הפן הצבאי לבין הפן השיפוטי. **איזון זה עשוי להצדיק, לעתים, סטיית מה ממספר כללים מקובלים, כגון: זכות הייצוג על-ידי עורך-דין ואיסור קפדני על ניגוד עניינים...**"¹⁵⁷

לשם תמיכה בדבריו הפנה השופט ברק לד"נ **פלוני**,¹⁵⁸ כאמור, וכן להחלטה נוספת שעסקה בהליך משמעתי – עניין **בר-עד**.¹⁵⁹ במקרה זה טען העותר, שנשפט בדין משמעתי, כי ההליך השיפוטי שננקט נגדו היה מנוגד לכללי הצדק הטבעי, שכן השופט בעניינו אחז בעת ובעונה אחת הן בתפקיד המאשים והן בתפקיד השופט, ובכך, סבר

155 ד"נ **פלוני**, לעיל ה"ש 151, בעמ' 623–624. פסקה זו עולה בקנה אחד עם החלטתו של הנשיא שמגר ברע"פ 2105/92 **קרמר נ' התובע הצבאי הראשי**, פ"ד מו(3) 383, 384–385 (1992). באותו מקרה, אגב דחייה של בקשת רשות ערעור על פסק-דינו של בית-הדין הצבאי לערעורים, נידונה, בין היתר, השאלה אם חייל שקיבל הוראה להיבדק לשם גילוי החזקה או שימוש בסמים מסוכנים לפי ס' 250א לחוק השיפוט הצבאי זכאי שעורך-דין יהיה נוכח בעת הבדיקה. על כך השיב הנשיא כי "המקבל הוראה לפי סעיף 250א אינו רשאי להתנות את קיום ההוראה בנוכחות פרקליט מטעמו. הבדיקה בה דן סעיף 250א היא הליך חקירתי, ואין בחוק הכללי או בחוק החרות, שעניינו השיפוט הצבאי, הוראה המתירה התניית תנאי כאמור. החובה להיענות להוראה היא מוחלטת במובן זה שאינה כרוכה בזימונו של פרקליט".

156 בג"ץ 243/80 **מדוינסקי נ' בית הדין הצבאי לערעורים**, פ"ד לה(1) 67 (1980).

157 שם, בעמ' 72, פס" 4 לפסק-הדין (ההדגשה הוספה).

158 ד"נ **פלוני**, לעיל ה"ש 151.

159 בג"ץ 405/74 **בר-עד נ' מדר**, פ"ד כט(1) 54 (1974).

העותר, יש משום פגיעה בעקרונות הצדק הטבעי.¹⁶⁰ על כך השיב השופט עציוני, אשר דחה את העתירה:

"אין ספק שלו היה קורה כדבר הזה בבית-משפט רגיל, היה יסוד לטענתו זו של העותר, אך אינו דומה השיפוט בבית-משפט רגיל לדין משמעתי צבאי. קצין השיפוט הבכיר, במקרה זה כממקרים רבים אחרים, הוא מפקדו של החייל העומד לדין, והוא האחראי על אכיפת המשמעת על פיקודיו. אחת מן הדרכים לאכוף משמעת זו היא להעניש את מפרי המשמעת. בחיי המחנה אין המפקד יכול לשמור ואין לדרוש ממנו לשמור על מעמד מורם מעם של שופט. הוא מעורב עם אנשיו וזכותו להביע דעות על הפרות המשמעת גם לפני המשפט."¹⁶¹

עינינו הרואות, הפסיקה לא מצאה לנכון להקנות זכות ייצוג על-ידי עורך-דין במסגרת הליכים משמעתיים בצבא, ואף ניכר כי סייגה במידת-מה את תחולתם של כללי הצדק הטבעי בהליכים אלה. עם זאת, ראוי להדגיש כי אגב הרפורמה שנעשתה במסגרת הסדרת הדין המשמעתי ברוח חוקי-היסוד, כפי שצוין קודם לכן, נקבע בפקודת מטכ"ל 33.0302 החדשה כי בכל הנוגע בהליכי דין משמעתי הנערכים בהוראת פרקליט צבאי, "נידון (נאשם) יהיה רשאי להגיש לקצין השיפוט חוות-דעת מטעמו, בקשר להוראת הפרקליט, לרבות חוות-דעת שהוכנה בידי סגור צבאי או בידי עורך-דין שאושר לשמש סגור לפני בתי-הדין הצבאיים".¹⁶² בקשה של נאשם להגשת חוות-דעת כאמור מטעמו מאפשרת עיכוב של הדיון עד שבעה ימים.¹⁶³ היה אם הוגשה חוות-דעת מטעמו של הנאשם לקצין השיפוט, יש להעבירה לעיונו של פרקליט צבאי, וזה רשאי להגיש לקצין השיפוט את התייחסותו, עם העתק לנאשם. בתגובה הנאשם רשאי להגיש התייחסות נוספת מטעמו, "לרבות התייחסות שהוכנה בידי סגור, בקשר להבהרת עניין שהתעורר בהתייחסות הפרקליט הצבאי. העתק מההתייחסות... יועבר לפרקליט".¹⁶⁴ יש לציין כי מכל המקובץ אנו למדים כי הסגור אינו רשאי לייצג או לטעון לפני קצין השיפוט, וכי הזכות להגיש חוות-דעת מטעם עורך-דין אינה קיימת במקרה שבו ההליך

160 שם, בעמ' 56.

161 שם.

162 ס' 277 לפ"מ 33.0302, לעיל ה"ש 130. יובהר: הליכי דין משמעתי בהוראת פרקליט צבאי נערכים מקום שפרקליט צבאי קיבל תלונה לבקשתו ללא עריכת בדיקה על-ידי קצין בודק או תוך כדי בדיקתה והתלונה אינה בסמכותו של בית-דין מיוחד. במצב כזה הוא רשאי, בין היתר, "להורות כי התלונה תידון בדיון משמעתי לפני קצין שיפוט בכיר שקבע" (ס' 278–280 לחוק השיפוט הצבאי). גם מקום שפרקליט צבאי קיבל תלונה בצירוף חומר בדיקה, וזו אינה בסמכותו של בית-דין מיוחד, הוא רשאי, בין היתר, "להורות כי התלונה תידון בדיון משמעתי לפני קצין שיפוט בכיר שקבע" (ס' 277, 281 לחוק השיפוט הצבאי). הסמכות מוקנית גם לפרקליט הצבאי הראשי בהתאם לס' 282 לחוק השיפוט הצבאי.

163 ס' 278 לפ"מ 33.0302, לעיל ה"ש 130.

164 שם, ס' 279.

המשמעותי החל במקור לא בהוראת פרקליט, וזו באה רק בעקבות בקשת הנאשם להישפט.

בצבא האנגלי הליך הדין המשמעותי (Summary Justice) מוסדר בחקיקה (Army and Air Force Acts 1955), וגם במסגרתו, כמו בצה"ל, אסורה הופעתם של עורכי-דין.¹⁶⁵ זאת, אף שלחשוד אשר עתיד לעמוד לדין משמעותי יש זכות בסיסית לסרב לעמוד לדין משמעותי ולדרוש העמדה לדין פלילי לפני בית-דין צבאי (זכות המכונה Right of Election).¹⁶⁶ החקיקה האנגלית מחייבת שקצין השיפוט יסביר לחשוד את זכויותיו, ביניהן את הזכות לבחור לעמוד למשפט צבאי, על סיכוייה מבחינתו (בעיקר, אפשרות להחמרה באישומים ובעונש). לאחר-מכן עליו לשאול את החשוד: "Do you accept my award or do you elect trial by court-martial?" החקיקה מחייבת את קצין השיפוט להעניק לחשוד שהות של עשרים וארבע שעות על-מנת להחליט בעניין הבחירה בין ההליכים.¹⁶⁷ ייתכן שלצורך ההחלטה, בשים לב לפרק-הזמן שבידי החשוד ובהנחה שהוא אינו מרותק או עצור, הוא יכול לפנות לעורך-דין ולהיוועץ עימו.¹⁶⁸

בצבא האמריקאי הליך הדין המשמעותי (Non-Judicial Punishment – NJP) מוסדר, כאמור, בסעיף 15 לחוק השיפוט הצבאי האמריקאי (UCMJ). הסעיף מאפשר לחשוד אשר עתיד לעמוד לדין משמעותי לבחור, בדיוק כמו באנגליה, בין הסכמה להליך משמעותי לפני קצין שיפוט לבין דרישה להליך פלילי לפני בית-דין צבאי.¹⁶⁹ לצורך ההכרעה בין שתי האפשרויות, המפקד מעניק לחשוד פרק-זמן סביר, של ארבעים ושמונה שעות לכל-הפחות, וכן את האפשרות להיוועץ עם עורך-דין.¹⁷⁰ בהקשר זה יש להבהיר כי לנוכח קביעה מקדמית שלפיה הדין המשמעותי בצבא האמריקאי אינו נחשב הליך פלילי, אין במסגרתו זכות חוקתית לייצוג על-ידי עורך-דין. אולם קיימת אפשרות לבחור דובר (spokesperson) או בא-כוח אישי אחר (personal representative) שיציג את החשוד, כאשר זה יכול שאינו מכיר את סדרי ההליך ומצוי במתח רב בשל עצם ההליך.¹⁷¹ כמו-כן, הזכות לייצוג על-ידי עורך-דין אינה מוזכרת בסעיף 15 לחוק השיפוט האמריקאי עצמו, ומוענקת מכוח הנחיות פנימיות רק לשלב המקדמי של בחירה בין שני ההליכים האפשריים.¹⁷² כאמור, בהליך המשמעותי עצמו אין זכות (חיובית)

165 RANT, לעיל ה"ש 74, בעמ' 6.

166 שם, בעמ' 72, 82–83.

167 שם, בעמ' 82.

168 יש לציין כי לא מצאתי כל התייחסות לעניין זה בחקיקה האנגלית או בספרות המשפטית האנגלית (וזאת להבדיל מן ההסדרה המפורשת במשפט הצבאי האמריקאי, כפי שנראה מייד). עוד נציין כי האפשרות האוטונומית להיוועץ עם עורך-דין, בפרק-הזמן שבין הסברת הזכות לבין מימושה, קיימת כאמור אך ורק אם החשוד אינו בריתוק או במעצר. אם החשוד מרותק או עצור, נראה כי מימושה של זכות ההיוועצות תלוי בגורמי הפיקוד והמשפט הצבאי.

169 MICHAEL J. DAVIDSON, A GUIDE TO MILITARY CRIMINAL LAW 42–43 (1999).

170 שם, בעמ' 43.

171 שם, בעמ' 44.

172 שם, בעמ' 43.

לייצוג, אך גם אין הוראה האוסרת ייצוג, ולכן קצין השיפוט רשאי לאשר הופעה של עורך-דין מטעמו של הנאשם גם בהליך המשמעתי עצמו.¹⁷³ לאחר סקירת ההליכים המשמעתיים בצבא האנגלי ובצבא האמריקאי, וכן בצה"ל ומחוץ לו ("באזרחות"), ולנוכח הקביעה השוללת את הזכות לייצוג בדין המשמעתי בצה"ל, ראוי לעמוד על קשת השיקולים בסוגיה, בניסיון למצוא פתרון מאוזן וחוקתי.

פרק ז: המאבק בשאלת הצורך בייצוג במסגרת הליכים משמעתיים בצבא

להלן נבקש להציג את שלל הטיעונים בסוגיית הייצוג על-ידי עורכי-דין בדין המשמעתי בצבא. נתחיל בטיעונים התומכים בגישה הקיימת, השוללת באופן מוחלט כל אפשרות לייצוג משפטי בהליך המשמעתי. בהמשך ננסה להשיב על הטיעונים התומכים בגישה הקיימת, ולאחר-מכן נציג טיעונים המבקשים לפעול לשינוי עקרוני בגישה הקיימת ולהכרה מסוימת בזכות הייצוג בהליך המשמעתי.

1. הצדקות השוללות ייצוג משפטי בדין המשמעתי בצבא

(א) הטיעון המערכתי המרכזי: סרבול ההליכים והתמשכותם

מקובל לומר כי לנוכח העובדה שענייני הצבא דורשים הסדרים מיוחדים, ולנוכח אופיו המיוחד של השירות הצבאי ומטרתו המיוחדת של הדין המשמעתי במסגרת חיי הצבא, אי-אפשר להתיר ייצוג במסגרתו. הטענה היא כי ייצוג על-ידי עורך-דין בהליכים משמעתיים בצבא עלול לגרום ברוב המקרים לקשיים, לסרבול ובעיקר להתמשכות ההליכים.¹⁷⁴ כל אלה יפגעו ביעילות ההליך ובתגובה המיידית הדרושה לשם השלטת משמעת בצבא, שהיא האינטרס המרכזי של הדין המשמעתי הצבאי.¹⁷⁵ זוהי הצדקה המתבססת על שיקולים מערכתיים, ומשקלה ניכר. בהקשר זה יש להדגיש גם את ההכרה בכך שזכות הייצוג הינה זכות יחסית, אשר מימושה מחייב התחשבות באינטרסים נוגדים הראויים אף הם להגנה, ובמרכזם האינטרס של השלטת משמעת בצבא, האינטרס של שמירה על תקינותו, מהירותו ויעילותו של הדיון המשמעתי, וכן אינטרסים נוספים שנעמד עליהם מייד.

173 שם, בעמ' 44.

174 השוו לדבריה של ד"ר קיטאי סנג'ור, לעיל ה"ש 5, בעמ' 319, שלפיהם כאשר נאשם בהליך פלילי מיוצג על-ידי סנגור, זמן הטיעון מתארך בצורה משמעותית. כן ראו RANT, לעיל ה"ש 74, בעמ' 6.
175 השוו ד"נ פלוני, לעיל ה"ש 151, בעמ' 623-624; דורנר "היבטים חוקתיים של הדין המשמעתי", לעיל ה"ש 127, בעמ' 469. יצוין כי כל פגיעה באינטרס מערכתי מייצרת פגיעה באינטרס הציבורי.

(ב) הטיעון המערכתי בדבר חוסר האיזון שבייצוג

הצדקה מערכתית נוספת נוגעת בחוסר האיזון הגלום באפשרות של הכנסת גורם נוסף להליך המשמעותי בדמותו של עורך-דין מייצג. הדבר יביא לידי כך שהנאשם יהיה מיוצג על-ידי משפטן על-פי בחירתו, לעומת קצין השיפוט – הדיין המשמעותי – שאינו מיוצג ושהינו הדיוט בענייני דין ומשפט (בהנחה שברוב המקרים היושב בדין אינו משפטן או עורך-דין). אי-אפשר להתעלם מן ההשפעה הפסיכולוגית השלילית שעלולה להיות מנת-חלקו של קצין שיפוט, שאינו מדבר את שפת המשפט, כאשר הנאשם שמולו מיוצג על-ידי עורך-דין הטוען טענות של דין ומשפט. ניתן לטעון כי במצב דברים זה, במאזן הכוחות בין שני הצדדים, לפחות מבחינת זכות הייצוג, יצא הדיין וידו על התחזונה.¹⁷⁶ הנה כי כן, דווקא בהתרת הייצוג יהיה כדי ליצור חוסר איזון בלתי-רצוי.¹⁷⁷ מאפייני הדין המשמעותי אמורים אומנם להקהות את החששות הללו, אך הייצוג המקצועי עלול בכל-זאת להשפיע על קצין השיפוט, מה-גם שנראה כי כאשר צד אחד מיוצג והצד האחר אינו מיוצג, הייצוג אמור להגביר את סיכויי הזכייה של הצד המיוצג.¹⁷⁸

(ג) הטיעון המערכתי בדבר הפגיעה באוטונומיה של הפיקוד

קיימת הצדקה נוספת, אשר בבסיסה שיקול מערכתי נוסף. הצדקה זו קשורה לאחד הרעיונות העומדים מאחורי ההליך המשמעותי – האוטונומיה של הפיקוד כפרופסיה. לפי רעיון זה, שיפוט חיילים לפני מפקדיהם, שמכירים בצורה הטובה ביותר את החייל ואת הלך-הרוח ביחידה, ואשר יש להם ידע ומומחיות בתחום המשמעותי, צריך להיעשות ללא התערבות של גורם חיצוני,¹⁷⁹ מה-גם שאותו גורם חיצוני – עורך-הדין – עלול לא להבין את צורכי הצבא ואת הדינמיקה של היחידה, ועלול אף לייעץ לנאשם עצות שגויות. יתר על כן, התדיינות של הפיקוד המיוצג באמצעות עורך-דין אל מול מפקדו, שאינו מיוצג, אינה ראויה ברוב המקרים, ועלולה אף לכרסם במדרג הפיקודי שבין השניים. על כל אלה יש להוסיף את העבודה הרבה הנעשית על-ידי הפיקוד הצבאי והפרקליטות הצבאית בניסיון להכשיר את קציני השיפוט ולחנכם להקפיד על זכויות הנאשם העומד לדין לפנייהם. ההנחה היא כי המפקד השופט את החייל רוצה בסופו של דבר בטובתו, לצד טובת היחידה והצבא, והכל בשם ערכי המשמעת והרעות.

176 השוו עניין מחול, לעיל ה"ש 97, פס' 5 (ב) לפסק-דינה של השופטת פרוקצ'יה.

177 השוו עניין חזון, לעיל ה"ש 112, פס' 9 לפסק-דינה של השופטת חיות. באותו עניין קבעה השופטת חיות כי שלילת זכותו של המבקש להיות מיוצג על-ידי עורך-דין במשפט חברים אינה יוצרת חוסר סימטריה או עוול כלשהו מבחינתו, וזאת לנוכח העובדה שגם כל יתר הגורמים המעורבים בהליך הנידון אינם משפטנים.

178 המלומד האנגלי רנט גורס כי ייצוג על-ידי סגור בהליך המשמעותי יחייב, לצורך האיזון, הוספת פונקציה של תובע, שיהיה עורך-דין, וכן פונקציה של יועץ משפטי בעבור המפקד היושב בדין. כל אלה יובילו למשפט מלא של ההליך ולפגיעה באפקטיביות שלו. RANT, לעיל ה"ש 74, בעמ' 6.

179 מבחינה רעיונית ניתן להקביל רעיון זה לעמדתם של בתי-המשפט הגורסת כי אין להתערב במנגנוני השיפוט של ארגונים וולונטריים המצוידים בידע ובמומחיות בתחום. ראו, למשל, ע"א 575/70 תגיד נ' ההתאחדות לכדורגל בישראל, פ"ד כד(2) 499, 501 (1970). כן ראו לעיל ה"ש 97-98.

(ד) הטיעון בדבר הרתעת המפקדים

יש לציין כי ההצדקות שנסקרו עד כה עלולות להביא גם לידי כך שמפקדים יירתעו מלהעמיד קצינים וחיילים לדין משמעתי, ויעדיפו לעשות שימוש בחלופות. לעיתים החלופות יהיו חמורות פחות, כגון שיחת מפקד-פקוד¹⁸⁰ או סנקציות פיקודיות,¹⁸¹ אך לעיתים הן עלולות להיות חמורות יותר, לרוב בדמות הפניית העניין לדין פלילי לפני בית דין צבאי.

על פני הדברים נראה כי השימוש בחלופות חמורות פחות עולה בקנה אחד עם האינטרס של החייל הצפוי לסנקציה, וכי הוא אף חסכוני יותר למערכת הצבאית מבחינה כלכלית, אולם הוא עלול לפגוע באינטרס ההרתעה ובצורך הפיקודי במניעת הישנותן של העברות. באשר לשימוש בחלופות חמורות יותר, בדמות העמדה לדין פלילי, שימוש זה אינו עולה בקנה אחד עם האינטרס של החייל, הצפוי לסנקציה חמורה יותר ולאות-הקלון הטבוע בעצם ההעמדה לדין פלילי. נוסף על כך, ניהולו של משפט פלילי יגדיל את העלויות הכלכליות של ההליך לכל הצדדים. מעבר לכל הטיעונים שהוצגו לעיל, כל בחירה בחלופה – חמורה יותר או חמורה פחות – מעורר חשש לפגיעה בעקרון המידתיות, המחייב יחס הולם בין עצם ההתנהגות לבין הסנקציה, כפי שנראה בהמשך.

(ה) הטיעון הכלכלי: הגידול בהוצאות

הצדקה כלכלית תבקש להדגיש את העובדה שייצוג על-ידי עורכי-דין יביא לידי ייקור משמעותי של ההליך המשמעתי, שכן המשמעות המתבקשת מייצוג היא גידול בהוצאות לכל הצדדים. הגידול בהוצאות מבחינת הצבא יהיה פועל יוצא מהתמשכות ההליכים ומן הצורך, לכל-הפחות, להכשיר את קציני השיפוט או להעמיד לרשותם ייעוץ משפטי לפני ההליך או במקביל לו.¹⁸² הגידול בהוצאות מבחינת הנאשם ינבע מן הצורך לשאת בשכר-הטרחה של עורך-דין פרטי. באותו הקשר יש להוסיף כי אפשרות הייצוג על-ידי עורכי-דין פרטיים לחיילים הניצבים בפני הליכים משמעתיים עלולה ליצור פער על רקע חברתי-כלכלי: חיילים בעלי אמצעים, מרקע חברתי-כלכלי גבוה, יוכלו לשאת בשכר-טרחתו של עורך-דין פרטי ולכן יזכו בייצוג; ואילו חיילים חסרי אמצעים, מרקע חברתי-כלכלי נמוך, לא יוכלו לשאת בשכר-הטרחה ולכן לא יזכו בייצוג כלל.

(ו) הטיעון החוקי בדבר שתיקת המחוקק

הצדקה המתמקדת בדין הקיים תתבסס על בחינה מדוקדקת של החוק הרלוונטי – חוק השיפוט הצבאי, המובילה למסקנה כי אין מקור חוקי לזכות הייצוג בהליכים משמעתיים

180 מטרת השיחה היא להעמיד את החייל על התנהגותו השלילית ולמנוע את הישנותה.

181 סנקציות פיקודיות אפשריות הן נזיפה פיקודית בהתאם לפ"מ 33.0333, מניעת חופשה בהתאם להפ"ע 6.0301, תרגול נוסף בהתאם להפ"ע 6.0303 ועוד.

182 בכל הנוגע בהעמדת ייעוץ משפטי למפקדים באמצעות פרקליטים מהפרקליטות הצבאית, מספר המקרים הנידונים בדין משמעתי אינו מאפשר זאת. ראו בעניין זה RANT, לעיל ה"ש 74, בעמ' 6.

בצבא.¹⁸³ אכן, עיון בחוק השיפוט הצבאי מלמד כי המחוקק לא שיווה לפסק-דין בהליכים משמעתיים אופי של מעשה שפיטה של ממש.¹⁸⁴ "הליכי שפיטה" הם הליכים לפני בית-דין צבאי בלבד, ובמסגרת זו הנאשם רשאי לבחור לו סנגור או לנהל את הגנתו בעצמו.¹⁸⁵ העדרה של הוראה בדבר ייצוג על-ידי עורך-דין בהליך המשמעתי תואמת את תכליתו של הדין המשמעתי, ה"מקדש" את היעילות והמשמעת. יוצא כי שתיקת המחוקק בנוגע לייצוג בדין משמעתי מהווה "הסדר שלילי",¹⁸⁶ ולכן יש להותיר למחוקק את מלאכת תיקונו של הדין, אם ימצא לנכון לתקנו.¹⁸⁷

(ז) הטיעון המעשי

הצדקה מעשית תבקש לטעון כי הצורך בייצוג נחלש לנוכח הסדר מיוחד שנקבע בחוק השיפוט הצבאי לצורך פיקוח על הליכי הדין המשמעתי בצבא. במסגרת הסדר זה, סעיף 168 לחוק השיפוט הצבאי מסמיך את הפרקליטות הצבאית לבטל פסקים משמעתיים ולהמיר גזרי-דין משמעתיים בהתקיים עילות שונות שעניינן פגמים בחוקיותם של ההליכים המשמעתיים.¹⁸⁸ גורמים בפרקליטות הצבאית מציינים כי הפרקליטות אכן

183 ראו את דבריו של שופט המיעוט השופט זוסמן בעניין **פלוגי**, לעיל ה"ש 152, בעמ' 177: "אין חייל נאשם רשאי לבחור לו סניגור אלא בהליך בפני בית דין צבאי, להבדילו מדין משמעתי." כן ראו את עמדת הרוב בד"נ **פלוגי**, לעיל ה"ש 151, בעמ' 624.

184 ראו את דבריו של השופט זוסמן בעניין **פלוגי**, לעיל ה"ש 152, בעמ' 177.

185 שם. כן ראו ס' 316 לחוק השיפוט הצבאי, שלפיו הסנגור יכול שיהיה סנגור צבאי (ס' 316(א)(1)), סנגור אזרחי (ס' 316(א)(2)) או חייל שהסכים לשמש כסנגורו של הנאשם (ס' 316(א)(3)).

186 השווה על"ע 2/72 **וינברג נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד כז(2) 314, 319–317 (1973). ראו גם על"ע 6045/02 **בינשטוק נ' ועד מחוז תל-אביב, לשכת עורכי-הדין**, פ"ד נח(2) 1, 5–6 (2003). הסדר שלילי מתקיים מקום ששתיקת החוק היא שתיקה מדעת, וזו מתקיימת מקום שהגשמת תכלית החוק מחייבת הכרה בהסדר השלילי (שם).

187 עניין **בינשטוק**, שם, בעמ' 6.

188 ראו שרון ריבלין אחאי "הדין המשמעתי הצבאי כ'הליך הוגן' – התייחסות למאמרה של השופטת דורנר" **משפט וצבא** 16, 471, 472 (2003). מכוח ס' 168 הנ"ל, מוסמכים גורמי הפרקליטות הצבאית, על-פי שיקול-דעתם, לבטל פסק משמעתי, לרבות בערר (ס' 168(א)), בהתקיים אחת או יותר מן העילות הבאות: הנאשם אינו נושא באחריות לעברה שבה הורשע (ס' 168(א)); קיים חשש כי נגרם לנאשם עיוות דין מסיבות שונות (לרבות בשל כך שהדיון המשמעתי התנהל באופן הפוגע בסדרי הדין שנקבעו בדין) (ס' 168(ב)); קצין השיפוט לא היה מוסמך לדון בעברה או לא היה מוסמך לדון את הנאשם (ס' 168(ג)). כמו-כן, הפרקליט הצבאי שביטל את הפסק המשמעתי רשאי, על-פי שיקול-דעתו, להורות על דיון משמעתי חוזר. זאת, כחריג לכלל שאין שיפוט כפול בגין אותו מעשה (ס' 168(ח)). נוסף על כך הוא רשאי, על-פי שיקול-דעתו, להמיר עונש או חיוב בפיצויים, שהוטלו לא במסגרת סמכותו של קצין השיפוט, בעונש חוקי אחר; לבטל עונש בלתי-חוקי ולהחזיר את הדיון לקצין השיפוט לצורך שקילה מחדש או לצורך תיקון תקופת תנאי בלתי-חוקית, או לצוות על הפעלת תנאי כאשר זה לא הופעל אך הייתה חובה להפעילו; להורות על פיצוי הנאשם בחופשה מיוחדת בתשלום, אם ריצה, לא כדין, עונש ריתוק או מחבוש (ס' 168(ד)–(ה)); וכן לעכב עונשים (למעט עונשים על-תנאי) לתקופה קצרה, לשם בירור הנסיבות הדרושות להפעלת סמכויותיו לפי ס'

עושה שימוש רב בסמכות הפיקוח, ומתערבת במספר לא-מבוטל של פסקים.¹⁸⁹ הדבר מפחית, על-פי הטענה, את הצורך בעורך-דין מייצג, אשר ידאג לפקח גם על ניהול הדיון על-ידי קצין שיפוט שאינו משפטן. עד כאן כמה הצדקות מרכזיות השוללות ייצוג על-ידי עורכי-דין בהליכים משמעתיים בצבא ומבכרות את המצב הנוכחי.

2. תשובות להצדקות השוללות ייצוג משפטי בדין המשמעתי בצבא

ניכר כי לרוב הטיעונים שהוצגו בעד שלילת זכות הייצוג בהליכים משמעתיים בצבא יש על מה לסמוך, אך אין להפריז בחומרתם, ואפשר לנסות ליתן להם תשובות. נוסף על כך, חרף הטיעונים שהוצגו לעיל, נבקש להראות כי אין להמעיט בחשיבותו של ייצוג משפטי על-ידי עורך-דין בהליכים משמעתיים שיש להם השלכות משמעותיות עד כדי סכנה לפגיעה בחירותו האישית של הנאשם. יודגש: לעולם קיימת סתירה בין הצורך בהגנה על זכויות נאשמים לבין האינטרס של יעילות ההליך. ננסה כעת לספק תשובות להצדקות השוללות ייצוג.

168 (ס' 168(11)). יודגש: הפרקליט הצבאי רשאי לשמוע את החייל שנידון, את קצין השיפוט וכן כל אדם אחר בטרם יחליט החלטה לפי ס' 168 הנ"ל (ס' 168(1)).

189 ראו את דבריה של שרון ריבלין אחאי, שכינה כראש מדור הדין המשמעתי בענף פיקוח משפטי במפקדת הפרקליט הצבאי הראשי, במאמרה שם, בעמ' 473. אכן, עיון בדוחות הפעילות של מפקדת הפרקליט הצבאי הראשי לשנים 2004–2008 מחזק את הדברים: בשנת 2004, מתוך 1,428 פניות שנבדקו באותה שנה על-ידי מדור הדין המשמעתי (להלן: המדור), התקבלו החלטות משפטיות על-ידי סגן הפרקליט הצבאי הראשי (לרבות ביטול או המרה של הפסק או העונש) לגבי 1,022 הליכים משמעתיים (ראו מפקדת הפרקליט הצבאי הראשי **דוח פעילות לשנת העבודה התשס"ד–התשס"ה** 103 (2006)); בשנת 2005, מתוך 2,432 הליכים משמעתיים שנבדקו על-ידי המדור, התקבלו החלטות משפטיות על-ידי סגן הפרקליט הצבאי הראשי (לרבות ביטול או המרה של הפסק או העונש) לגבי 1,748 הליכים משמעתיים (ראו מפקדת הפרקליט הצבאי הראשי **דוח פעילות לשנת העבודה התשס"ה–התשס"ו** 129 (2005)); בשנת 2006, מתוך 2,087 הליכים משמעתיים שנבדקו על-ידי המדור, החליטו הפרקליט הצבאי הראשי וסגנו להתערב (לרבות על-דרך ביטול או המרה של הפסק או העונש), ב-1,430 מן הפסקים המשמעתיים (ראו מפקדת הפרקליט הצבאי הראשי **דוח פעילות לשנת העבודה התשס"ו–התשס"ז** 117 (2006)); בשנת 2007 התקבלו במדור 1,879 בקשות לבדיקת חוקיותם של הליכים משמעתיים, וב-1,110 מהם החליטו הפרקליט הצבאי הראשי או סגנו להתערב בפסקים – ב-757 מן הפסקים הוחלט להמיר את העונש שהוטל, ואילו ב-353 מהפסקים הוחלט על מתן הוראות ביטול (ראו מפקדת הפרקליט הצבאי הראשי **דוח פעילות לשנת העבודה התשס"ז–התשס"ח** 128 (2007)); לבסוף, בשנת 2008 טיפל מדור הדין המשמעתי ב-1,824 בקשות לבדיקת חוקיותם של הליכים משמעתיים – ב-446 מהפניות הוחלט על ביטול הפסק, ב-628 מהפניות הוחלט להמיר את העונש, ואילו ב-750 הפניות הנותרות הוחלט לא להתערב (ראו מפקדת הפרקליט הצבאי הראשי **דוח פעילות לשנת העבודה התשס"ח–התשס"ט** 114 (2008)).

(א) תשובה לטיעון המערכתי המרכזי בדבר סרבול ההליכים והתמשכותם

ההצדקה המרכזית ובעלת המשקל הניכר ביותר לשלילת ייצוג מתבססת על שיקולים מערכתיים, שבבסיסם הצורך בהשלטת משמעת בצבא. הטענה היא כי ייצוג יוביל לסרבול ולהתמשכותם של ההליכים, ועלול לפגוע ביעילותו של ההליך המשמעתי, וכפועל יוצא מכך – בהשלטת המשמעת. לעניות דעתי, ייצוג על-ידי עורך-דין אינו מוביל בהכרח להארכת ההליך, לסרבול ולפגיעה ביעילותו.¹⁹⁰ דווקא עורך-דין, אשר ממלא את תפקידו בנאמנות וכפוף למערכת של כללים אתיים ועונשיים, לא יסרב את הדיון ולא יגרום להארכתו, אלא יסייע בניהולו התקין.¹⁹¹ זאת ועוד, ניתן להניח כי נאשם העומד לדין משמעתי בצבא יבחר לעצמו עורך-דין הבקיא בענייני צבא ומשמעת, ולכן הענקת זכות הייצוג לא תגרום לסרבול הדיון המשמעתי ולהארכתו.¹⁹²

מצד החיוב, לנוכח הזכויות המוקנות לנאשם במסגרת ההליך המשמעתי – להיות נוכח בדיון, לעיין בכל חומר ראיות הקיים בתיק, לזמן עדים, לחקור עדים ולטעון (הן לעניין האשמה והן לעניין העונש) – נראה כי סיוע של עורך-דין הינו דווקא הכרח המציאות. עורך-דין יוכל למלא תפקיד חשוב בהכנתה של פרשת ההגנה לקראת הדיון ובניהול ההגנה במהלכו. הצורך במעורבות של עורך-דין בולט לכל-הפחות בנוגע לחקירת העדים ולטיעון בעל-פה.¹⁹³ עורך-הדין הוא המומחה בחקירת עדים, והוא יכול לשמש פה לנאשם, אשר שרוי לרוב במתח ובלחץ בשל טיבו של ההליך,¹⁹⁴ ולעיתים אף אינו מבין את טיבם של האישומים ואינו ער למשמעות ההליך ולהשלכותיו. לעורך-הדין יש גם היכולת להעלות טענות שונות של מהות ופרוצדורה אשר הנאשם אינו יכול להעלותן או אינו מודע לאפשרותן לעשות כן. במסגרת זו עורך-הדין יכול לשמש גורם שיאזן את חוסר נסיונו של הנאשם בהליכים ממין זה ואת הלחץ שהוא שרוי בו, אשר משפיעים לרעה על הגנתו. נדגיש: החמצה, פגם או ליקוי מצד הנאשם בניהול הגנתו בדיון המשמעתי יהיה קשה מאוד לתקן במסגרת הערעור, בשל אופיו של הליך זה. מטעמים אלה עורך-דין ממלא תפקיד ייחודי וללא תחליף בהגנה על הזכות הבסיסית להליך משמעתי הוגן.

190 השוו עניין **אוניברסיטת חיפה**, לעיל ה"ש 36, פס' לו לפסק-דינו של השופט רובינשטיין.

191 עניין **פלוגי**, לעיל ה"ש 152, בעמ' 171. פרופ' ברק-ארז מסכימה כי הזכות להיות מיוצג עלולה לגרום לסרבול של הליך הטיעון. עם זאת, לדעתה, אין להפריז במשקלו של חשש זה. ברק-ארז **משפט מינהלי א**, לעיל ה"ש 15, בעמ' 524.

192 גישה דומה התקבלה על-ידי השופטת אבניאלי בעניין **מועדון עירוני להתעמלות חולון**, לעיל ה"ש 119, פס' 4 לפסק-הדין: "איני סבורה כי המשמעות הישירה של מתן זכות ייצוג פירושה הארכת משך הדיונים בפני ועדת המשמעת וסרבולם. אם תתאפשר זכות הייצוג, יש להניח כי הנאשם ישכור שירותיו של עורך דין מיומן, הבקיא בדיני המשמעת באיגודי הספורט. במצב דברים זה, הדיון אשר יתנהל יהיה קצר ותכליתי. כבר שנינו לא אחת, כי תרומתו של עורך דין לחשיפת האמת ולעשיית צדק בניהול הליך משפטי (ובכלל זה הליך משמעתי), חשובה ביותר..."

193 לעניין מרכזיות הייצוג בחקירת עדים ראו מן "אפליית נאשמים לרעה", לעיל ה"ש 38, בעמ' 473–475.

194 מידת הלחץ של הנאשם שונה כמובן ממקרה למקרה, אך יש להניח כי הוא קיים ברמה מסוימת אצל רוב הנאשמים, מעצם טיבה של הסיטואציה.

עוד בהקשרה של ההצדקה השוללת המערכתית, נראה כי הקביעה בסעיף 161 לחוק השיפוט הצבאי, שלפיה הדיון המשמעתי אינו קשור לדיני הראיות החלים בבתי-המשפט, יש בה כדי להפיג את החשש שעורך-דין יהפוך את ההליך לפורמלי יתר על המידה. זאת ועוד, התרת ייצוג משפטי על-ידי עורך-דין אין פירושה שחובה על הנאשם להיזקק לשירותיו של עורך-דין. מקום שהדיון אינו מהותי או חשוב דיו לנאשם, ואין בו סכנה לפגיעה בחירותו או בעתידו, הצורך שלו בשכירת עורך-דין פוחת. נוסף על כך, אין להתעלם מכך שבחלק מן המקרים עורכי-דין עשויים אף להקל את ניהול ההליך,¹⁹⁵ בוודאי לנוכח נטייתם של חלק מעורכי-הדין להודיות ולהסדרי-טיעון – פרקטיקה שעשויה דווקא לתרום לקיצור ההליך המשמעתי.¹⁹⁶

לסיכום דבריי בנוגע להצדקה שבבסיסה שיקולים מערכתיים, יפים דבריו הבאים של ד"ר קלינג: "גישה הרואה בעורך הדין מטרד, המונע דיון יעיל, הייתה צריכה להרחיק את עורכי הדין גם מאולמות בתי המשפט. תחת זאת המדינה היא שממנת מינויים של עורכי דין לאלה שידם אינה משגת, הן בהליך אזרחי והן בהליך הפלילי."¹⁹⁷ יתר על כן, לעיתים החוק אף מחייב ייצוג. יוצא כי ייצוג על-ידי עורך-דין חיוני לעשיית הצדק ולדיון יעיל גם בדיון המשמעתי.

(ב) תשובה לטיעון המערכתי בדבר הפגיעה באיזון

לעניין ההצדקה השוללת ייצוג בגין הסכנה הטמונה בו לאיזון שבין קצין השיפוט לבין הנאשם, טענתי היא כי הצדקה זו יוצאת מנקודת מוצא שלפיה קיים שוויון בין השניים, ולא היא. לטענתי, מלכתחילה קיים פער לרעתו של הנאשם בהליך המשמעתי הצבאי, והייצוג בא לתקנו. עורך-הדין דווקא מקטין את פערי הכוחות בין הנאשם לבין קצין השיפוט בהליך המשמעתי, אשר יש להודות כי אינו הליך אדוורסרי ואינו ניטרלי, ולכן הוא מוטה מלכתחילה לרעת הנאשם. תפקידו של עורך-הדין הוא דווקא להפחית אותה הטיה לרעה. בהקשר זה מעורבותו מהווה אפקט בולם ומאזן, ובשום אופן לא אפקט הפוגע באיזון. נוסף על כך, עורך-הדין יכול גם לחזק את רוחו של הנאשם, אשר מצוי כאמור בסיטואציה נפשית מתוחה וכלל לא קלה בלשון המעטה.

195 פרופ' ברק-ארוז מציינת כי עריכת טיעון תוך הסתייעות בעורך-דין אינה מכבידה בהכרח על הרשות, ועשויה אף להקל עליה בחלק מן המקרים. ברק-ארוז **משפט מינהלי א**, לעיל ה"ש 15, בעמ' 524.

196 יש להעיר כי טיבו של הטיעון תלוי בהשקפה על מוסד הסדרי-הטיעון. הדברים כאן נאמרים בהתבסס על העמדה השלטת כיום בפסיקה, הנלמדת מפסק-דינו של בית-המשפט העליון בע"פ 1958/98 פלוני נ' **מדינת ישראל**, פ"ד נז(1) 577, 587–594 (2002), שהתקבל בהרכב מורחב של תשעה שופטים. עמדה זו, כפי שהוצגה על-ידי השופטת ביניש, רואה בהסדרי-טיעון מוסד שיש אינטרס ציבורי בקיומו, ואשר יש לו הצדקה רעיונית כחלק מהשיטה האדוורסרית. לגישתו של בית-המשפט, מוסד הסדרי-הטיעון מהווה חלק אינטגרלי וראוי של שיטתנו המשפטית, ואינו מעורר בעיות מיוחדות בפרקטיקה. ראו שם, פס' 4–7 לפסק-דינה.

197 קלינג **אתיקה בעריכת דין**, לעיל ה"ש 39, בעמ' 330.

(ג) תשובה לטיעון המערכתי בדבר הפגיעה ב"אוטונומיה הפיקודית"

לעניות דעתי, גם ההצדקה המערכתית המבקשת לבודד את הזירה המשמעתית מגורמים חיצוניים בשם "ההגמוניה הפיקודית" נסתרת מניה וביה. בהצדקה זו יש כדי לפגוע בערכי הביקורת והשקיפות. אין לקבל טענה של פרופסיה כי היא חסינה מכל התערבות חיצונית. נהיר כי אחד מתפקידיו של עורך-הדין בכל הליך הוא תפקיד ביקורתי, למען התקינות ולמען השקיפות. חשיבותה של הביקורת ה"חיצונית" מצד עורכי-הדין אף מתחזקת לנוכח נתוני הפרקליטות הצבאית עצמה, בדבר ריבוי המקרים של אי-תקינות בהליכי המשמעת הנבדקים על-ידיה.

(ד) תשובה לטיעון בדבר הרתעת המפקדים

באשר לחשש מפני הרתעת-יתר של מפקדים והבאתם לידי בחירה בחלופות לדין המשמעתי, טיעון זה ספקולטיבי ואינו עולה בקנה אחד עם ערכי הפיקוד בצבא. על-כן לא סביר שמפקדים בצבא יחששו מן השינוי הגלום בייצוג. אך מעבר לכך, אפילו יחששו ויפנו לחלופות, אין בכך כל רע. את המקרים החמורים יחסית, אשר מלכתחילה לא היה אפשר להביא לפני בית-דין צבאי, לא יהיה אפשר להביא גם בעת המאוחרת, ואילו את המקרים הקלים יחסית עדיף בהחלט לסיים בחלופות מהירות אף יותר מן ההליך המשמעתי.

(ה) תשובה לטיעון הכלכלי בדבר הגידול בהוצאות

באשר להצדקה שבבסיסה הטיעון כי מעורבותו של עורך-דין תייקר את ההליך: ראשית, יש להוכיח את הטיעון, ככל טענה עובדתית, ואף להוכיח את גובה הייקור בהוצאות;¹⁹⁸ שנית, אף אם נניח כי יהיה ייקור מסוים בעלויותיהם של ההליכים המשמעתיים בצבא, ייקור זה ראוי, לטענתי, ומתבקש בשם הצדקות חזקות שנעמוד עליהן מיד. זאת ועוד, בכל הנוגע בנאשם, הייקור מבחינתו אופציונלי בלבד: ירצה הנאשם – ישכור את שירותיו של עורך-דין; לא ירצה – לא ישכור.

(ו) תשובה לטיעון החוקי בדבר שתיקת המחוקק

הצדקה חזקה השוללת ייצוג בדין המשמעתי בצבא התמקדה בהעדרו של כל מקור חוקי לזכות הייצוג במסגרתו. אין ספק, כאמור, שחוק השיפוט הצבאי אכן שותק בסוגיית הייצוג בדין המשמעתי, ושאינן בנמצא מקור חוקי אחר לזכות.¹⁹⁹ אולם לעניות דעתי, אין

198 השוו עניין **אוניברסיטת חיפה**, לעיל ה"ש 36, פס' 6 (א) לפסק-דינו של השופט דנציגר.
199 יש לציין כי גם בתזכיר חוק שיפוט המשמעת במקצועות מוסדרים על פי דין, התשס"ח-2008, אין כל התייחסות מפורשת לזכות לייצוג על-ידי עורך-דין במסגרת הדין לפני ועדת משמעת. ראו, למשל, ס' 1 ("הגדרות") וס' 16 ("זכות טיעון לנקבל"). אולם עיון בסעיפי החוק מלמד על הכרה משתמעת בזכות הייצוג בשני סעיפים בחוק: בס' 12(א), הנוגע בזכות העיון, נאמר כי "הוגשה קובלנה, רשאים הנקבל וסניגורו לעיין, בכל זמן סביר, בחומר הבירור" (וראו גם ס' 12(1)); ובס' 14(א), הנוגע בדרכי הדין בוועדת המשמעת, נאמר כי "רשאית ועדת משמעת לנהל דיון שלא בנוכחות נקבל אם סניגורו מתייצב במקומו".

לפרש את שתיקת המחוקק לגבי זכות הייצוג בחוק השיפוט הצבאי כ"הסדר שלילי".²⁰⁰ להבנתו, שתיקת המחוקק הינה חֶסֶר שיש למלאו בקביעה המתירה ייצוג בדין המשמעתי בצבא. הנה כי כן, יש לעשות לשינוי הדין ולתיקון החֶסֶר על-ידי המחוקק, ורצוי שהדבר ייעשה בעידודה של הפרקליטות הצבאית. יובהר: עמדתו היא כי התיקון האמור צריך להיעשות אפילו אם מפרשים את שתיקת המחוקק כשתיקה מדעת, כעמדת השוללים את הזכות לייצוג בדין המשמעתי.

בהקשר זה יודגש כי אף בחוק זכויות הסטודנט, התשס"ז-2007, לא כלולה זכות מפורשת לייצוג משפטי, ולמרות זאת מצא לנכון בית-המשפט העליון, בעניין **אוניברסיטת חיפה**, לאפשר לסטודנטים ייצוג משפטי, אף אם מוגבל.²⁰¹

(ז) תשובה לטיעון המעשי

לעניין ההצדקה המעשית, המתבססת על הסדר הפיקוח של הפרקליטות הצבאית על הליכי הדין המשמעתי, עיון בנתונים בדבר אי-תקינותם של הליכי הדין המשמעתי די בו לדחותה מכל וכל.²⁰² ברם, אין בכך כדי לטעון כי הביקורת הנעשית באופן תדיר ומקיף על-ידי הפרקליטות הצבאית אינה חשובה. נהפוך הוא, אין חולק על חשיבותה ועל התועלת הגלומה בה, אולם אין בה די, בעיקר לנוכח העובדה שהיא רטרואקטיבית ולכן במצבים רבים מאוד לא יהיה בה, למרבה הצער, כדי להואיל לפרט שכבר נשפט ונענש. זאת, כמובן, להבדיל ממצב שבו עורך-דין מנהל את הגנתו של הנאשם ויכול למנוע תקלות על תוצאותיהן בזמן-אמת.

עד כאן לגבי ההצדקות השוללות ייצוג בדין משמעתי בצבא והניסיון להשיב עליהן. כעת נעבור להצדקות התומכות בייצוג במסגרת הדין המשמעתי הצבאי.

200 כן, למשל, על-דרך ההיקש, לגישתו של פרופ' ברק "אין לומר מראש כמסקנה פרשנית א-פירורית, כי שתיקה חוקתית היא לעולם הסדר שלילי. כל שתיקה ומובנה שלה". ברק **פרשנות חוקתית**, לעיל ה"ש 41, בעמ' 139. כן ראו והשוו אהרן ברק **פרשנות במשפט** כרך רביעי – פרשנות החוזה 133–134 (2001).

201 ראו עניין **אוניברסיטת חיפה**, לעיל ה"ש 36, פס' ל ר-מא לפסק-דינו של השופט רובינשטיין. בלשונו של השופט רובינשטיין (שם, פס' ל): "לדידי, מעבר לאינדיקציה מסוימת באשר להיקף הזכות לא ניתן אפוא לראות בסעיף זה משום הסדר שלילי לגביה". יובהר כי השופט מתייחס בדבריו אלה לס' 19(ב) לחוק זכויות הסטודנט, התשס"ז-2007, ס"ח 191, המדבר בזכות הטיעון ובזכות הערעור של הסטודנט.

202 ראו את הנתונים שהוצגו לעיל בה"ש 189. יתר על כן, עיון בדוח השנתי של מבקר המדינה (מינורא 2010) – אשר עסק, בין היתר, בבדיקת הטיפול בכלואים בצה"ל (בחודשים אפריל 2008 – מרס 2009) – מלמד כי בשנת 2008 החליט מדור הדין המשמעתי בפרקליטות הצבאית לבטל פסקים משמעתיים בתשעה מקרים שבהם כבר סיימו הכלואים לשאת את עונשם. זאת, נוסף על כ-570 מקרים שבהם החליט המדור לבטל את הפסקים המשמעתיים או להמתיק את העונש. המדור הורה אומנם לפצות את החיילים הללו על הימים שבהם ישבו במחבוש בפועל בגין ליקוי בהליך המשמעתי, אך העיר כי מדובר במקרים חמורים, בשל שלילת החירות לא כדין, וכי המקרים מחייבים בדיקה ותחקור על-מנת למנוע את הישנותם. מבקר המדינה **דוח שנתי 60 א** 61, 62 ("מעריך הכליאה בצה"ל") (2010) (להלן: **דוח מבקר המדינה 60 א**).

3. הצדקות התומכות בייצוג משפטי בדין המשמעתי בצבא

לעניות דעתי, קיימות הצדקות נכבדות להכרה בייצוג משפטי בדין המשמעתי בצבא. להלן נעמוד על המרכזיות שביניהן.

(א) הטיעון החוקתי

כפי שראינו, מזכות הטיעון נגזרת חובתה של הרשות להבטיח כי הפרט הנוגע בדבר יוכל לטעון לפנייה.²⁰³ טיעון כדבעי מחייב ייצוג על-ידי עורך-דין, כל-שכן לנוכח הוראותיו של חוק לשכת עורכי-הדין המייחדות את הייצוג המשפטי, במקרה הרגיל, אך ורק לעורכי-דין.²⁰⁴ כאמור, זכות הייצוג נובעת מכללי הצדק הטבעי עצמם,²⁰⁵ והיא חלק מהמסד להליך הוגן.²⁰⁶ חשיבותה העליונה מתבטאת בייצוג חשוד או נאשם בהליכים פליליים.²⁰⁷ הליך משמעתי בצבא מתאפיין בקרבה רבה ביותר להליך פלילי. הוא אינו הליך חקירתי, אלא לכל-הפחות הליך מעין-שיפוטי. בהקשר זה הזכות לייצוג דרושה לנאשם בהליך המשמעתי על-מנת להבטיח את מכלול זכויותיו האחרות, ביניהן, בראש ובראשונה, זכותו לחירות ולכבוד, המעוגנות בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.²⁰⁸ לנוכח העקרונות והזכויות הללו, עמדתי היא כי מתחייבת הכרה מסוימת בזכות לייצוג משפטי בהליך המשמעתי בצבא, כל-שכן בעידן החוקתי. זאת, בהעדר אינטרס נגדי חזק דיו היכול לדחוק את רגליה של זכות הייצוג. לעניות דעתי, אין באינטרסים שנסקרו לעיל, ובראשם ערך המשמעת הצבאית, כדי לעמוד אל מול זכותו של נאשם בהליך משמעתי מעין-שיפוטי בצבא למנות לעצמו שלוח כרצונו. יתר על כן, לטענתי, כפי שנראה בהמשך, ההסדר הקיים כיום, השולל ייצוג, הוא בלתי-חוקתי בעליל.

(ב) טיעון ה"מקצועיות"

לעניות דעתי, מעורבותו של עורך-דין בהליך המשמעתי חשובה במיוחד, שכן היא הערובה הטובה ביותר להבטחת תקינותם והגינותם של ההליכים המשמעתיים ולשמירה על זכויות הנאשם. מעבר לשיקולים של תקינות, הגינות וזכויות אדם, יש להכיר בכך שלנאשם יכול שיהיה קושי מנטלי ואף מעשי באיתור ראיות ועדים אשר רלוונטיים לקו

203 ברק-ארז **משפט מינהלי א**, לעיל ה"ש 15, בעמ' 528. הדברים נאמרו בהקשרה של הלכת **וילנצ'יק**, לעיל ה"ש 35, שלפיה במקרים קיצוניים, שבהם אדם אינו מסוגל לייצג את עצמו, מוטלת על הרשות חובה לדאוג לייצוגו המשפטי לפנייה (באותו עניין דובר בהליך של אשפוז פסיכיאטרי כפוי). פרופ' ברק-ארז סבורה כי להלכה זו עשויה להיות נפקות רבה לגבי מצבים נוספים שלא זכו בהסדר חקיקתי. שם, בעמ' 527–528.

204 ס' 20–21 לחוק לשכת עורכי-הדין; ברק-ארז **משפט מינהלי א**, לעיל ה"ש 15, בעמ' 526.

205 עניין **פלונזי**, לעיל ה"ש 152, בעמ' 171; ברק-ארז **משפט מינהלי א**, לעיל ה"ש 15, בעמ' 524.

206 עניין **אוניברסיטת חיפה**, לעיל ה"ש 36, פס' כט–ל לפסק-דינו של השופט רובינשטיין ופס' 1 לפסק-דינו של השופט דנציגר.

207 עניין **האגודה לזכויות האזרח**, לעיל ה"ש 42, בעמ' 764, פס' 2 לפסק-דינו של השופט ריבלין.

208 השוו שם.

ההגנה שלו. כן ייחזק שלא יעלה בידו, הן מסיבות מנטליות והן בשל חוסר ידע, לטעון טענות הרלוונטיות להגנתו. בכל אלה רק עורך-דין יכול לסייע לו. נוסף על כך, במעורבותו של עורך-דין יש כדי לאזן את הלחץ אצל הנאשם הנובע מעצם טיבו של ההליך. לפיכך ראוי למצוא דרך להבטיח ייצוג בהליכים אלה. בכך יהיה גם כדי לחסוך טענות נגד הליכים משמעתיים ולהפחית את הצורך של הפרקליטות הצבאית להתערב בדעיבת בכמות עצומה של הליכים על-ידי ביטול פסקים משמעתיים, המרת גזר-דין ולעיתים אף תשלום פיצויים לחיילים שישבו במחבוש לשוב בגין ליקוי בהליך המשמעתי.²⁰⁹

(ג) הטיעון בדבר אופיו של ההליך המשמעתי

שליטת זכות הייצוג בהליכים משמעתיים – שיש בהם פוטנציאל לסנקציות חמורות ביותר, עד כדי פגיעה בחירות האישית באמצעות הטלת מחבוש לתקופה של עד שלושים וחמישה ימים²¹⁰ – סותרת את הוראת סעיף 22 לחוק לשכת עורכי-הדין. למעשה, יש בה משום קיפוח זכותו הטבעית והבסיסית של כל אדם לייצוג משפטי, כל-שכן בהינתן שבפרקטיקה הנוהגת הענישה המשמעתיית כוללת רכיב בלתי-מבוטל של מאסרים בפועל.²¹¹ עם כל הכבוד, מסופקני אם ההצדקות העומדות בבסיס המדיניות של שליטת זכות הייצוג מקצינים ומחיילים המועמדים להליך משמעתי בגין מחדלים, כשלים

209 ראו, למשל, **דוח מבקר המדינה 60א**, לעיל ה"ש 202, בעמ' 62. לגבי נתוני ההתערבות הגבוהים בדין המשמעתי בצבא ראו לעיל ה"ש 189, ואילו לעניין סמכויות ההתערבות של הפרקליטות הצבאית ראו ס' 168 לחוק השיפוט הצבאי וכן לעיל ה"ש 188.

210 ס' 153(א)(6) לחוק השיפוט הצבאי.

211 הדברים נתמכים בריבוי דיווחים בעיתונות היומית על הטלת עונשי מחבוש בפועל במסגרת הדין המשמעתי בצבא. ראו, למשל, רן רימון "מקרי התעללות חמורים בטקס הקבלה לקורס בחיל האוויר" **גלובס** 6.8.2009 www.globes.co.il/news/article.aspx?did=1000487909. באותה ידיעה דווח כי בעקבות טקסי קבלה אלימים בקורס בקרים בחיל-האוויר נשפטו חמישה קצינים בדין משמעתי ונידונו לשבעה עד שלושים ואחד ימי מחבוש בפועל. ראו גם יואב זיתון "15 ימי מחבוש לחיילים שבילו עם נערת ליווי ביוון" **ynet** 14.8.2012 www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-4268185,00.html; קובי דוד "קצין איבד חומר מסווג ונשפט לשבעה ימי מחבוש" **וואלה! חדשות** 16.4.2012 news.walla.co.il/?w=/2689/2525240; יהושע בריינר "20 ימי מחבוש לחייל שסירב להשתתף בפניו מאחז" **וואלה! חדשות** 23.8.2011 news.walla.co.il/?w=/2689/1853532. דברים אלה נתמכים בנתונים הנלמדים מעיון בפסיקה הצבאית. ראו, למשל, עניין **חיימוביץ**, לעיל ה"ש 135, אשר דן במקרה שבו נשפט המערער בדין משמעתי לעשרים ושמונה ימי מחבוש בפועל; בג"ץ 2320/03 **בן ארצי נ' הפרקליט הצבאי הראשי**, פ"ד נז(3) 913 (2003), שבו צוין כי לאחר שהעותר נשפט שוב ושוב בדין משמעתי, הוא ישב עד למועד הדיון בערעורו פרק-זמן מצטבר של מאתיים ימים במחבוש; דר/30/00 (צבאי דרום) **התובע הצבאי נ' אלגרובלי** (פורסם בנבו, 19.11.2001), שבו נשפטו שני חיילים בדין משמעתי ונידונו לארבעה-עשר ימי מחבוש כל אחד – האחד בגין היעדרות בת יומיים והאחר בגין נפקדות בת שעתיים (ראו שם, פס' 13 לפסק-הדין); בג"ץ 2383/04 **מילוא נ' שר הביטחון**, פ"ד נט(1) 166 (2004), שבו צוין כי החיילת-העותרת נשפטה בדין משמעתי ונידונה לארבעה-עשר ימי מחבוש. לעניין עונשי מאסר בפועל הדברים מקבלים משנה תוקף בהקשר של חיילי מילואים, שלגביהם תקופת המאסר מתקיימת בפרק-זמן אזרחי.

ועברות – הן ההצדקות שהוצגו והן הצדקות אחרות – חזקות דיין לשם כך. הדברים אמורים בעיקר באותם מקרים שבהם הנאשמים צפויים לסנקציה משמעתית בעלת השלכות חמורות.²¹² בהקשר זה נזכיר מושכלות ראשונים שעל-פיהם ככל שאופיו של ההליך שיפוטי יותר וככל שהפגיעה הצפויה בפרט חמורה יותר, כן מתכונת הטיעון חייבת להיות מלאה יותר על-מנת להבטיח אפשרות להתגונן כראוי.²¹³ מהלכה זו אבקש ללמוד על חובה לאפשר ייצוג למי שמועמד לדין משמעתי בגין חשד חמור שעלול לחשוף אותו לסנקציות קשות.

(ד) הטיעון ה"השוואתי"

חיזוק לצורך להעניק זכות ייצוג לנאשם בדין המשמעתי בצבא ניתן למצוא במגמתם של החוק והפסיקה בישראל להעניק זכות טיעון רחבה – לרוב אף באמצעות עורכי-דין – לפני גופים ורשויות שונות. כך הדבר, למשל, בתחומן של ועדות החקירה הממלכתיות המוקמות בהחלטת ממשלה לפי חוק ועדות חקירה, התשכ"ט-1968 (להלן: חוק ועדות חקירה), לצורך חקירת עניין בעל חשיבות ציבורית ומסירת דין-וחשבון לממשלה.²¹⁴ סעיף 15(א) לחוק ועדות חקירה מעניק זכות טיעון רחבה לכל אדם או תאגיד שעלול להיפגע מן החקירה, ואילו סעיף 15(ב) ממשיך וקובע כי "אדם שהודע לו כאמור בסעיף קטן (א) רשאי להתייצב לפני הועדה, אם בעצמו ואם על ידי עורך דין, ולהשמיע דברו ולחקור עדים". הפרופסורים רובינשטיין ומדינה מציינים בספרם²¹⁵ כי ועדת אגרנט לחקירת המחבל של מלחמת יום-הכיפורים²¹⁶ פירשה את הוראת סעיף 15 הנ"ל בצמצום.²¹⁷ על גישה זו נמתחה ביקורת רבה על-ידי

212 כוונתי, למשל, לעברות של גנבה ואלימות (ס' 84 וס' 61 לחוק השיפוט הצבאי, בהתאמה); לעברות שבבסיסן כשל חיילי-מקצועי – שימוש בלתי-חוקי בנשק והתרשלות (ס' 85 וס' 124 לחוק השיפוט הצבאי, בהתאמה); ובעיקר לעברות חמורות שניתנות לשיפוט משמעתי אך ורק באישור פרקליט צבאי (התעללות (ס' 65 לחוק השיפוט הצבאי), שררה כלפי פקודים (ס' 67 לחוק השיפוט הצבאי), עברות מין ועוד). יצוין כי הצורך באישור פרקליט מקורו בפ"מ 33.0302, לעיל ה"ש 130, נספח ג.

213 ראו עניין אלוני, לעיל ה"ש 29, בעמ' 599; ברק-ארז **משפט מינהלי א**, לעיל ה"ש 15, בעמ' 522.

214 ראו ס' 1 לחוק ועדות חקירה, התשכ"ט-1968, ס"ח 548.

215 אמנון רובינשטיין וברק מדינה **המשפט החוקתי של מדינת ישראל** כרך ב – רשויות השלטון ואזרחות 1042 (מהדורה שישית, 2005) (להלן: רובינשטיין ומדינה **המשפט החוקתי**).

216 בשמה הרשמי: "ועדת החקירה לבדיקת המידע שקדם למלחמת יום-הכיפורים, ההערכות וההחלטות של הגורמים הצבאיים והאזרחיים בקשר אליו והערכות צה"ל למלחמה" (התשל"ד).

217 זו גם גישתו של קלגסבלד **ועדות חקירה ממלכתיות**, לעיל ה"ש 58, המציין כי ועדת אגרנט קבעה כי "הזכאות לפי סעיף 15 אינה קמה במקרה שבו 'עדותו של פלוני כמות שהיא הביאה לידי הסקת מסקנות לחובתו (מעין הודאת בעל דין) או כאשר מסקנה כזאת נבעה ממסמך שהוא היה צד לו או מזיכרון דברים או מפרוטוקול של דיונים שבהם השתתף'" (שם, בעמ' 289). כן ראו רובינשטיין ומדינה **המשפט החוקתי**, לעיל ה"ש 215, בעמ' 1042; הצעת חוק ועדות חקירה (תיקון מס' 2), התשל"ט-1979, ס"ח 1383; וכן את דבריו של ע"ד ד"ר אמנון גולדנברג, אשר שימש, יחד עם עורכי-דין נוספים, בא-כוחו של רמטכ"ל מלחמת יום-הכיפורים, רא"ל דוד אלעזר, לפני ועדת

האקדמיה, 218 וכיום היא אינה מקובלת עוד. 219 התפיסה כיום מכוח סעיף 15 הנ"ל, אשר אף תוקן בהמשך, 220 כמו גם מכוח עקרונות יסוד של המשפט המנהלי, הינה תפיסה רחבה שלפיה כל אדם העלול להיפגע מממצאיה של ועדת חקירה זכאי להופיע לפניו ולהציג את טיעונו – אם בעצמו ואם על-ידי עורך-דין, ואף אם כבר הופיע לפניו – וכן לקבל לידיו את מלוא חומר הראיות שנאסף על-ידי הוועדה, ואף לזמן עדים שכבר הופיעו לפני הוועדה לשם עריכת "חקירה נגדית". 221

מגמה זו של חיזוק זכות הטיעון באה לידי ביטוי גם בכל הנוגע בייצוג משפטי של חולים לפני ועדות פסיכיאטריות – תחילה מכוח ההלכה הפסוקה בעניין **וילנצ'יק**, 222 ובהמשך מכוח אמירה מפורשת של המחוקק. 223 גם בתחום סדר הדין הפלילי נמצא חיזוק למגמה האמורה. 224 בהקשר זה ראוי להדגיש את תיקון מס' 28 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], אשר הקים, יש מאין, חובת יידוע של חשוד בדבר העברת חומר חקירה בעניינו לתביעה, הכוללת בחובת זכות טיעון לחשוד. 225 חיזוק נוסף למגמה ניתן למצוא בתחום הביקורת של מבקר המדינה. בהקשר אחרון זה ראוי להדגיש את עמדת

- אגרנט. הדברים נאמרו ביום-עיון לזכרו של דוד אלעזר ז"ל, ופורסמו בדפי **אלעזר** 2 – עומק אסטרטגי במלחמה מודרנית, 12–15 (1981) (להלן: גולדנברג).
- 218 ראו רות גביון "על פירושו הנכון של סעיף 15 לחוק ועדות חקירה, תשכ"ט-1968, ועל התערבותו של בית המשפט הגבוה לצדק" **משפטים** 1 ו-548 (1975); גדעון גינת "התערבות בג"צ בדיני ועדות חקירה" **הפרקליט** ל 185 (1975). כן ראו גולדנברג, לעיל ה"ש 217, בעמ' 12–15.
- 219 רובינשטיין ומדינה **המשפט החוקתי**, לעיל ה"ש 215, בעמ' 1042.
- 220 ראו ס' 15 לחוק ועדות חקירה (תיקון מס' 2), התשל"ט-1979, ס"ח 932. עוד ראו גולדנברג, לעיל ה"ש 217, בעמ' 14–15.
- 221 רובינשטיין ומדינה **המשפט החוקתי**, לעיל ה"ש 215, בעמ' 1042.
- 222 עניין **וילנצ'יק**, לעיל ה"ש 35. עוד ראו אמנון כרמי **בריאות ומשפט** כרך א 896–897 (2003). יובהר כי ספרו של פרופ' כרמי נכתב בטרם התקבל תיקון מס' 5 לחוק טיפול בחולי נפש, אשר יוזכר מיד.
- 223 כוונתי לחוק טיפול בחולי נפש (תיקון מס' 5), התשס"ד-2004, ס"ח 1931. על-פי תיקון זה הוסף ס' 29 לחוק טיפול בחולי נפש, שכותרתו "זכות ייצוג", הקובע את זכותו של החולה להיות מיוצג באמצעות עורך-דין לפני הוועדה הפסיכיאטרית (כולל בדין בערעור על החלטותיה). כן ראו בהקשר זה ע"א 7476/09 **פלוגי נ' מדינת ישראל, משרד הבריאות**, פס' 20 לפסק-דינו של השופט מלצר (פורסם בנבו, 22.8.2012); מרדכי (מוטי) מרק "מבט מבעד לעדשה של תורת המשפט הטיפולי על אשפוז פסיכיאטרי בכפייה בישראל" **קרית המשפט** ט 83, 158–160 (2011).
- 224 ראו, למשל, את ההכרה בזכות השימוע המוצאת את ביטויה בחובה לקיים שימוע למי שנעצר ללא צו, לפני שיוצא נגדו צו מעצר, הן על-פי ס' 28(א) לחוק סדר הדין הפלילי (מעצרים) והן על-פי ס' 1א237 לחוק השיפוט הצבאי; את ההכרה בחובת הקצין הממונה לשמוע את סגורו של החשוד – אם הוא נוכח בתחנת המשטרה וביקש זאת – לפני מתן החלטתו, וזאת על-פי ס' 28(א) לחוק הנ"ל; את ההכרה בחובה לקיים שימוע בטרם ייתן קצין משטרה אישור בכתב לעריכת חיפוש "חיצוני", לרבות שימוש בכוח סביר לעריכת החיפוש, וזאת על-פי ס' 3(ד) לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – חיפוש בגוף ונטילת אמצעי זיהוי), התשנ"ו-1996, ס"ח 1573; ואת ההכרה בחובה החלה על קצין משטרה לערוך שימוע לנהג בטרם יפסול את רשיונו בפסילה מנהלית, וזאת על-פי ס' 47(ג)1(1) לפקודת התעבורה [נוסח חדש] (תיקון מס' 41), התשנ"ז-1997, ס"ח 1619.
- 225 ראו ס' 60 לחוק סדר הדין הפלילי (תיקון מס' 28), התש"ס-2000, ס"ח 1747.

הרוב בבית-המשפט העליון בעניין טרנר שלפיה "כל אימת שברור הוא כי קביעת מבקר המדינה, בה נפגע כבודו של אדם, היא סופית ומוחלטת, ואין אחריה ולא כלום (דוגמת המקרה שלפנינו). או אז, חייבים שיקולי יעילות להידחות מפני ההגנה על כבוד הנפגע", ויש להעניק לנפגע-המבוקר זכות טיעון רחבה.²²⁶ כלל הדברים מדברים בעד עצמם. כל שנבקש הוא להמשיך מגמה חשובה זו גם בכל הנוגע בדין המשמעתי הצבאי.

4. סיכום-ביניים

אני ער לחשש כי גישתי זו עלולה להביא לידי פגיעה מסוימת בסדרי הדין המשמעתי, לנוכח מעורבותו של "השחקן המשפטי" בהליך, כפי שנטען במסגרת ההצדקות השוללות ייצוג. אלא שזהו פועל יוצא מן האיזון המתבקש בין האינטרסים השונים, כפי שיתואר בהמשך.²²⁷ יתר על כן, הדבר מתחייב מטענתי, שתוצג בפרק הבא, שלפיה ההסדר הקיים כיום הוא בלתי-חוקתי בעליל. בהקשר זה יודגש כי המחוקק הראשי מעולם לא מצא לנכון לשלול את זכות הייצוג במסגרת חוק השיפוט הצבאי. עם זאת, בשולי הדברים יש להודות כי ייתכן שיהיה צורך להתארגן באופן מיוחד לאותם דיונים משמעתיים חמורים שבהם יתאפשר ייצוג מקום שהוא מתבקש. להלן אבקש להציג עמדה משלי, שיש בה כדי לאזן בעיניי בין ההצדקות המתחרות על הבכורה, ואשר עולה לדעתי בקנה אחד עם עקרון המידתיות, כפי שנראה מייד.

פרק ח: הצעת פתרון מאוזן

כעת נבקש לערוך איזון בין כלל הטיעונים לאורו של עקרון המידתיות, תוך ניסיון לנסח פתרון מאוזן לסוגיית הייצוג באותם מקרים שבהם הייצוג מתבקש לעניות דעתי. נפתח בבחינת הדין הנוהג לאור מבחני המידתיות.

²²⁶ ראו עניין טרנר, לעיל ה"ש 25, בעמ' 791. לנוכח העובדה שלמבוקר (טרנר) לא הוענקה זכות טיעון כנדרש, ראו ארבעת שופטי הרוב לנכון לקבוע כי אין תוקף למסקנות שבחוות-דעתה של מבקרת המדינה השופטת מרים בן-פורת (שם, בעמ' 791–792). יצוין כי שופט המיעוט הנשיא שמגר הציע בשולי הדברים (שם, בעמ' 789) לשקול לתקן את חוק מבקר המדינה [נוסח משולב], התשי"ח-1958, ס"ח 248, בקשר ליישום אפשרי של ס' 15 לחוק ועדות חקירה. כן ראו עניין אלוני, לעיל ה"ש 29, שבו נקבע, בהתייחס לדוח ביקורת של מבקר פנים של רשות מקומית, כי ככלל יש לאפשר זכות טיעון בעלת היקף רחב למי שעלול להיפגע מממצאיה של הביקורת (שם, בעמ' 599). השור גם בג"ץ 4870/10 בלום-דוד נ' מבקר המדינה, פס' 23 לפסק-דינה של השופטת נאור (פורסם בנבו, 23.6.2011). עוד ראו בעניין זה רובינשטיין ומדינה המשפט החוקתי, לעיל ה"ש 215, בעמ' 752–753.

²²⁷ השור עניין חיים, לעיל ה"ש 8, בעמ' 945; עניין טרנר, לעיל ה"ש 25, בעמ' 791; עניין אלוני, לעיל ה"ש 29, בעמ' 601.

1. אי-ייצוג בדין משמעתי בראי מבחני המידתיות

עילת המידתיות הינה עילת הביקורת המאוחרת ביותר של המשפט המנהלי הישראלי. העילה עומדת במוקד ההגנה על זכויות האדם במדינת-ישראל למן חקיקתם של חוקי-היסוד החדשים.²²⁸ העילה מהווה המשך רעיוני ישיר של עילת הסבירות, המתמקדת באיזון בין השיקולים שביסוד ההחלטה המנהלית.²²⁹ המידתיות בוחנת את היחס בין התכלית (המטרה) לבין הפגיעה בזכות החוקתית.²³⁰ חשיבותה העיקרית של התכלית היא בבחינת האמצעים הראויים להגשמתה ויחסם לפגיעה בזכות החוקתית.²³¹ בענייננו ניכר כי קיימת תכלית ראויה ובעלת משקל סגולי רב לקיומו של הדין המשמעתי בצבא במתכונתו הנוכחית – הצורך ביעילות ובהשלטת משמעת בצבא.²³² אולם יש לבחון אם האמצעים הינם ראויים, קרי מידתיים, שהרי גם הצבא, כחלק מהרשות המבצעת, נדרש להפעיל את סמכויותיו הפוגעות בזכויות חוקתיות לאור מבחני המידתיות.²³³ הטעם להתמקדות בעילת המידתיות הוא שעילה זו עוסקת בשאלת האיזון בין השיקולים שביסוד ההחלטה, והרי זו בדיוק השאלה שלפנינו: האם האיזון שנערך במסגרת ההחלטה הפוגענית לא להתיר ייצוג משפטי בדין המשמעתי בצבא הינו מידתי?²³⁴ עם חקיקתם של חוקי-היסוד החדשים זכתה עילת המידתיות במעמד חוקתי בפסקת ההגבלה שבחוקי-היסוד.²³⁵ התיבות "במידה שאינה עולה על הנדרש" הן המשקפות את עילת המידתיות.²³⁶ בצד המרכיב של התכלית הראויה מונח המרכיב של האמצעים

228 אריאל בנדור וטל סלע "על המידתיות של המידתיות – בעקבות ספרו של אהרן ברק, מידתיות במשפט – הפגיעה בזכות החוקתית והגבלותיה" **משפטים** מב 1097, 1098 (2012) (להלן: בנדור וסלע "על המידתיות של המידתיות").

229 דפנה ברק-ארוז **משפט מינהלי** כרך ב 771 (2010) (להלן: ברק-ארוז **משפט מינהלי ב**). כן ראו בג"ץ 5510/92 **תורקמאן נ' שר הביטחון**, פ"ד מח(1) 217, 219–220 (1993); בג"ץ 3477/95 **בן-עטייה נ' שר החינוך, התרבות והספורט**, פ"ד מט(5) 1, 13–14 (1996).

230 אהרן ברק "מבחן המידתיות במובנו הערכי" **ספר מישאל חשין** 201, 204 (אהרן ברק, יצחק זמיר ויגאל מרזל עורכים, 2009) (להלן: ברק "מבחן המידתיות"); ברק **מידתיות במשפט**, לעיל ה"ש 8, בעמ' 297.

231 ברק "מבחן המידתיות", שם, בעמ' 204.

232 ראו דורנר "היבטים חוקתיים של הדין המשמעתי", לעיל ה"ש 127, בעמ' 468.

233 השוו בנדור וסלע "על המידתיות של המידתיות", לעיל ה"ש 228, בעמ' 1098.

234 ברק-ארוז **משפט מינהלי ב**, לעיל ה"ש 229, בעמ' 771.

235 ראו ס' 4 לחוק-יסוד: חופש העיסוק, ס"ח התשנ"ד 90; ס' 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. כן ראו ס' 9 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, שעניינו "סייג לגבי כוחות הביטחון", ולפיו "אין מגבילים זכויות שלפי חוק-יסוד זה של המשרתים בצבא-הגנה לישראל, במשרתת ישראל, בשירות בתי הסוהר ובארגוני הביטחון האחרים של המדינה, ואין מתנים על זכויות אלה, אלא לפי חוק ובמידה שאינה עולה על הנדרש ממהותו ומאופיו של השירות".

236 עניין **בן-עטייה**, לעיל ה"ש 229; בג"ץ 4541/94 **מילר נ' שר הביטחון**, פ"ד מט(4) 94, 139–141, פס' 11–14 לפסק-דינה של השופטת דורנר (1995).

הראויים.²³⁷ האמצעים ראויים אם מתקיימים שלושה יסודות המרכיבים את עקרון המידתיות:²³⁸ היסוד הראשון קובע כי האמצעי הפוגע בזכות אדם חוקתית הינו ראוי אם הוא מתאים להגשמת המטרה; היסוד השני קובע כי האמצעי הפוגע בזכות אדם חוקתית הינו ראוי אם אי-אפשר להשיג את המטרה על-ידי אמצעי אחר אשר פגיעתו בזכות האדם פחותה; והיסוד השלישי קובע כי צריך להתקיים יחס ראוי בין התועלת הצומחת מהגשמת מטרתו של האמצעי לבין פגיעתו בזכויות האדם החוקתיות. בלשונה של השופטת דורנר, "המידתיות מתבטאת בהתאמת האמצעי להשגת התכלית (מבחן ההתאמה), בבחירת האמצעי שמידת פגיעתו בזכות-היסוד היא הפחותה (מבחן הפגיעה הפחותה), ובפגיעה בזכות רק אם קיים יחס סביר בין התועלת של ההחלטה הפוגענית לבין הפגיעה שהיא גורמת (מבחן היחסיות)".²³⁹ יוצא אם כן שעל-פי היסוד השלישי (המכונה גם "המידתיות במובן הצר"), שהינו היסוד ה"ערכי", על היחס בין האמצעי לבין המטרה להיות פרופורציונלי.²⁴⁰

במסגרת המתח הבלתי-נמנע בין הצורך לשמור על יעילותם של ההליכים המשמעותיים ועל השלטת המשמעת בצבא, מחד גיסא, לבין הצורך לשמור על ניהולו של הליך הוגן ועל שמירה על זכויותיהם של אלה העומדים לדין משמעתי בגין הפרות משמעת שונות, מאידך גיסא, אין להעניק בכורה דווקא לשיקולים שעניינם יעילות ההליך המשמעתי והשלטת המשמעת. קביעה אפריורית כי יעילותו של הליך הכולל סנקציות שפגיעתן קשה עולה על זכותו של נאשם להליך הוגן, ובכלל זה לייצוג באמצעות עורך-דין, נושאת אופי לא-מידתי, והיא אינה חוקתית. אכן, הליכים משמעתיים הינם אפיק הולם להשגת תכליות שונות של הצבא, כך שמבחן ההתאמה בין המטרה הראויה לבין האמצעים מתקיים.²⁴¹ אולם לעניות דעתי, מבחני-המשנה בדבר

237 ברק "מבחן המידתיות", לעיל ה"ש 230, בעמ' 204.

238 עניין מילר, לעיל ה"ש 236, בעמ' 138, פס' 9 לפסק-דינה של השופטת דורנר; בג"ץ 7957/04 מראעבה נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד ס (2) 477, 506-507 (2005); בג"ץ 88/10 שוורץ נ' היועץ המשפטי לממשלה, פס' 18 לפסק-דינו של השופט ג'ובראן (פורסם בנבו, 12.7.2010); ברק "מבחן המידתיות", לעיל ה"ש 230, בעמ' 204-207.

239 בג"ץ 4644/00 יפאורה תבורי בע"מ נ' הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו, פ"ד נד (4) 178, 184 (2000). השוו לפסק-דינה בעניין מילר, לעיל ה"ש 236, בעמ' 138, פס' 9 לפסק-דינה. כן ראו פסק-דינו של השופט חשין בבג"ץ 3648/97 סטמקה נ' שר הפנים, פ"ד נג (2) 728, 776 (1999), אשר מדבר גם הוא במבחן המשולש שעל כל מעשיה של רשות שלטונית, כולל צה"ל, לעמוד בו, ומתארו כמורכב משלוש אונות: אונת ההתאמה הרציונלית בין האמצעי לבין המטרה, אונת האמצעי שפגיעתו פחותה ואונת היחס שבין התועלת לבין הנזק. עוד ראו בג"ץ 3969/06 ראש מועצת הכפר דיר סאמט נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פס' 22 לפסק-דינה של הנשיאה ביניש (פורסם בנבו, 22.10.2009); בש"פ 7057/09 פלונית נ' אלמוני, פס' 18 (א)-20 לפסק-דינו של השופט מלצר (פורסם בנבו, 13.12.2010).

240 עניין מילר, לעיל ה"ש 236, בעמ' 138, פס' 9 לפסק-דינה של השופטת דורנר. כן ראו יצחק זמיר "המשפט המינהלי של ישראל בהשוואה למשפט המינהלי של גרמניה" משפט וממשל ב 109, 131 (1994).

241 לדין ממצה במבחן-המשנה הראשון ראו ברק מידתיות במשפט, לעיל ה"ש 8, בעמ' 373-389.

בחירת האמצעי שפגיעתו פחותה²⁴² ובדבר המידתיות במוכן הצר (היחסיות)²⁴³ מחייבים קביעת הסדר שיאפשר ייצוג על-ידי עורך-דין במקרים של דיון בהפרות משמעת בעלות מאפיינים מעין-פליליים או פליליים.²⁴⁴ כאמור, לעניות דעתי, ההסדר הקיים כיום הוא בלתי-חוקתי בעליל.

יצוין כי זו אף עמדתו של ד"ר קלינג, הסבור כי ראוי להכיר באורח חד-משמעי בזכות להיות מיוצג על-ידי עורך-דין לפני גופים משמעתיים.²⁴⁵ כך הדבר במיוחד לנוכח ההשלכות שיש בדרך-כלל לדיון המשמעי על עיסוקו של אדם במישור האזרחי, וכך הדבר על אחת כמה וכמה לנוכח ההשלכות שיכולות להיות לדיון המשמעי על חירותו של אדם במישור הצבאי. בעידן חוקי-היסוד – חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק-יסוד: חופש העיסוק – יש להיזהר מפגיעה כזו אם היא אינה לתכלית ראויה או אינה מידתית.²⁴⁶ יתר על כן, ד"ר קלינג סבור כי על-מנת להבטיח את זכויותיו של אדם שנאשם בדין משמעי, ראוי אף להעמידו על זכותו להיות מיוצג על-ידי עורך-דין.²⁴⁷

2. הפתרון המוצע

סיכומם של דברים עד כאן, שלילה מוחלטת של הזכות לייצוג משפטי בהליך המשמעי בצבא, שבמסגרתו ניתן לשלול את חירותו של חייל, סותרת את הזכות הכללית לייצוג משפטי שבסעיף 22 לחוק לשכת עורכי-הדין. כמו-כן, היא אינה עולה בקנה אחד עם הלכת **אוניברסיטת חיפה**,²⁴⁸ המלמדת על התפתחות בפסיקה בהתאם לשינויי העיתים ולעידן החוקתי.²⁴⁹ מעבר לכך, כפי שניסיתי להראות, יש בשלילה מוחלטת של זכות הייצוג כדי לפגוע בזכות להליך הוגן ובזכות הטיעון, והיא אינה מידתית.

242 לדיון ממצה במבחן-המשנה השני ראו שם, בעמ' 391–417.

243 לדיון ממצה במבחן-המשנה השלישי ראו שם, בעמ' 419–454. עוד ראו עניין **שוורץ**, לעיל ה"ש 238, פס' 18 לפסק-דינו של השופט ג'ובראן.

244 יש לציין כי לדעתה של השופטת דורנר במאמרה "היבטים חוקתיים של הדין המשמעי", לעיל ה"ש 127, שלילת זכות הייצוג בדין משמעי אינה "בדרך כלל מידתית, אם כי במקרים מיוחדים ייתכן כי ניתן לסטות ממנה" (שם, בעמ' 468). דבריה של השופטת אינם חד-משמעיים, אך להבנתי הם אינם סותרים את טענתי כי שלילה מוחלטת של זכות הייצוג בהליך המשמעי אינה מידתית, וכי יש להכיר במקרים מסוימים בדין המשמעי כמחייבים ייצוג.

245 קלינג **אתיקה בעריכת דין**, לעיל ה"ש 39, בעמ' 334.

246 יובהר: ד"ר קלינג מתייחס בדבריו אך ורק לחוק-יסוד: חופש העיסוק (שם). עוד יש להבהיר כי אני מסכים עם עמדתו של ד"ר קלינג שלפיה התכלית אינה ראויה. עמדתי היא, כאמור, שהתכלית ראויה אולם הפגיעה אינה מידתית.

247 שם.

248 עניין **אוניברסיטת חיפה**, לעיל ה"ש 36.

249 שם, פס' לט לפסק-דינו של שופט הרוב השופט רובינשטיין ופס' 6 (ג) לפסק-דינו של שופט המיעוט השופט דנציגר.

לנוכח כל אלה, ובשים לב להלכת **אוניברסיטת חיפה**²⁵⁰ ולפסק-דינו של השופט גל בעניין **חיים**,²⁵¹ נראה לי כי האיזון הנכון והראוי בין ההצדקות המנוגדות אינו צריך להניב כלל אחד לכל המקרים, בבחינת "הכל או לא-כלום", כפי שעולה מעמדת הצבא כיום.²⁵² להשקפתי, ניתן ליצור קו גבול בין שתי ההצדקות המרכזיות העומדות לדין – שימוע הוגן ואמיתי באמצעות ייצוג משפטי לפי בחירת הנאשם, מצד אחד, אל מול ערך המשמעת ושיקולי היעילות והשכל הישר, מן הצד האחר. כידוע, זכות הייצוג על-ידי עורך-דין בדין משמעתי יכולה להתבטא בכמה צורות, שכל אחת מהן מתאפיינת ברמת אינטנסיביות שונה: זכות ייצוג מלאה בכל הליך משמעתי, ללא כל הבחנה; זכות ייצוג מוגבלת על-פי מהות האישום – סוג האישום וחומרתו; וזכות ייצוג מוגבלת לפי מהות הנאשם – חייל בחובה או בקבע, חייל בסדיר או במילואים, דרגת הנאשם, תפקידו הצבאי וכדומה. עמדתי היא כי על הפתרון המאוזן להכיר בקיומה של זכות ייצוג יחסית, בדמותה של זכות ייצוג המוגבלת בעיקר על-פי מהות האישום. אמרתי "מוגבלת בעיקר", שכן לעניות דעתי יש להעניק לקציני השיפוט שיקול-דעת להתיר ייצוג על-ידי עורך-דין אף באותם מקרים שבהם מהות האישום אינה קוראת לייצוג²⁵³ – מקרים שבהם לשיטתם של קציני השיפוט הייצוג נחוץ על-מנת להגן על האינטרסים של הנאשם במובנם הרחב.²⁵⁴ כך, למשל, מקום שהחייל-הנאשם לוקה במוגבלות רטורית, שכלית או אחרת.²⁵⁵

כידוע, הרף התחתון לכניסה אל המרחב המשמעתי בצבא הינו נמוך באופן משמעותי מהרף התחתון מחוץ לצבא. בהקשר זה ה"משמעת" שהפרתה "מניעה את גלגלי ההליך המשמעתי בצבא" מתפרשת במוכנה הצר, ופרשנות זו פותחת פתח רחב להכלת הפרות משמעת "זוטרות" יחסית במרחב השיפוט המשמעתי.²⁵⁶ יוצא כי ניתן להעמיד לדין משמעתי חייל או קצין אף בגין אישומים קלים ביותר, כגון איחור למסדר, אי-חבישת

250 שם, פס' מא-מז לפסק-דינו של השופט רובינשטיין, וביתר שאת בפסק-דינו של שופט המיעוט השופט דנציגר.

251 עניין **חיים**, לעיל ה"ש 8, בעמ' 944. יצוין כי גישה מאוזנת זו נלמדת גם מפסק-דינו של השופט גולדברג בעניין **טרנר**, לעיל ה"ש 25, בעמ' 791, ומפסק-דינה של השופטת פרוקצ'יה בעניין **אלוני**, לעיל ה"ש 29, בעמ' 601.

252 לעמדת הצבא כיום ראו **השיפוט בדין המשמעתי**, לעיל ה"ש 140, בעמ' 25, ס' 5.5, שכותרתו "אין זכות ייצוג סגור בהליך משמעתי", ולפיו "בהליכי הדין המשמעתי החייל הנאשם אינו זכאי לייצוג משפטי. לאמור, סגור **אינו** רשאי לייצג את החייל במשפט עצמו או לטעון בפני קצין השיפוט" (ההדגשה במקור).

253 הצעתי היא כי הדבר יוסדר בהנחיה, בנוהל או בפקודה של רשויות צה"ל. יודגש: הרעיון בדבר מעין "הוראת-סל", אשר תעניק שיקול-דעת לדיין המשמעתי, מקורו בדבריו של השופט רובינשטיין בעניין **אוניברסיטת חיפה**, לעיל ה"ש 36, פס' מב-מד לפסק-דינו.

254 ראו שם, פס' מב לפסק-דינו של השופט רובינשטיין.

255 יובהר: דוגמה זו נוגעת בשיקולים של **מיהות הנאשם**, ולפיכך היא מהווה חריג לעמדתי, הקוראת לפתרון הנוגע **במהות האישום** (חומרתו).

256 עניין **ישי**, לעיל ה"ש 79, פס' 23 לפסק-הדין.

כומתה, הופעה מרושלת ועוד.²⁵⁷ זאת, לצד העמדה לדין משמעתי בגין אישומים שבבסיסם עברות בדרגת חומרה בינונית, כגון הפקרת שמירה, חריגה מסמכות, איבוד ציוד צבאי, שימוש בלתי-חוקי בנשק, נפקדות, התחלפות, התחצפות ועוד.²⁵⁸ במקרים כאלה, שבמסגרתם האישום נושא אופי משמעתי מובהק, טענתי היא כי אין כל הצדקה אמיתית לייצוג על-ידי עורך-דין, וזאת הן לנוכח האשמה, שאינה חמורה; הן לנוכח הענישה הצפויה, שאינה כה חמורה; והן לנוכח השלכותיה הקלות של הרשעה, ובפרט העובדה שלא נלווה אליה תיוג שלילי משמעתי.²⁵⁹

לא כן לגבי אישומים משמעתיים חמורים, שאינם ממיין אלה, ואשר נושאים אופי מעין-פלילי (כגון גילוי סודות, סירוב פקודה, התרשלות ועוד)²⁶⁰ או אופי פלילי של ממש (כגון אלימות כלפי חייל או מפקד, איום כלפי מפקד, התעללות, גנבה, הטרדה מינית ועוד).²⁶¹ להרשעה בעברות אלה יש השלכות משמעטיות, ולרוב אף נלווה אליה

257 ש.ם.

258 ראו חוק השיפוט הצבאי, ס' 58 ("נטישת משמרת"), 68 ("חריגה מסמכות"), 70 ("גרימת נזק לרכוש על ידי חריגה מסמכות"), 80 ("אי שמירתו של רכוש צבאי"), 85 ("שימוש בלתי חוקי בנשק"), 94 ("העדר מן השירות שלא ברשות"), 94 ("איבוד קשר עם היחידה"), 101 ("התחלפות"), 128 ("התנהגות פרועה"), 132 ("פגיעה במשמעת") ו-133 ("אי קיום הוראות המחייבות בצבא").

259 חשוב להבהיר כי חלק מן העברות הצבאיות שחומרתן בינונית ואשר ניתן להעמיד בגינן לדין משמעתי כוללות מדרג חומרה (ראו ס' 58, 80 סיפא ו-85 סיפא לחוק השיפוט הצבאי). לפיכך בכל מקום שבו ההעמדה לדין הינה בגין הרף העליון של החומרה שבסעיף, האישום יוצא מגדרה של הקטגוריה ה"בינונית", ויחייב ייצוג במסגרת הקטגוריות ה"חמורות" על-פי העניין.

260 ראו חוק השיפוט הצבאי, ס' 57 ("גילוי ידיעות"), 122 ("סירוב לקיים פקודה"), 123 ("אי קיום פקודה") ו-124 ("התרשלות").

261 ראו חוק השיפוט הצבאי, ס' 59 ("אלימות כלפי מפקד"), 61 ("אלימות כלפי חייל"), 62 ("איום ועלבונות כלפי מפקד"), 65 ("התעללות"), 84 ("גניבה מחייל") ו-136(ב) ("תחולת הדין המשמעתי"). על-פי הסעיף האחרון, דין עברה על החוק למניעת הטרדה מינית, למשל, כדין עברה צבאית לעניין תחולת הדין המשמעתי. יש לציין כי עברות על רקע מיני מחייבות שהדיון המשמעתי יתקיים לפני קצין שיפוט בדרגת אלוף-משנה לכל-הפחות שהינו משפטן בהשכלתו או שעבר הכשרה מיוחדת. ראו ס' 38 ("נוהל שיפוט נאשם בדין משמעתי") לפ"מ 33.0145 ("איסור פגיעה על רקע מיני").

יש להדגיש כי אין לשפוט בדין משמעתי ללא אישור מפורש מאת פרקליט צבאי בעברות הבאות: אלימות כלפי מפקד, התעללות, אי-שמירתו של נשק צבאי וכן עברות מין, כולל עברות של הטרדה מינית. ראו נספח ג לפ"מ 33.0302, לעיל ה"ש 130; השיפוט בדין המשמעתי, לעיל ה"ש 140, בעמ' 9-12. אם ניתן אישור כזה, באפשרותו של הנאשם להגיש לקצין השיפוט חוות-דעת של סנגור מטעמו, בהתאם לנהלים הקבועים בפקודות הצבא. ראו ס' 159 לחוק השיפוט הצבאי; פ"מ 33.0302, לעיל ה"ש 130, פרק יז ("דין משמעתי בהוראת פרקליט צבאי"); וכן אתר הפרקליטות הצבאית – www.law.idf.il/219-he/Patzar.aspx. נוסף על כך יש לציין כי הסנגוריה הצבאית מעניקה לנאשמים ייעוץ משפטי במקרים שבהם הם משרתים בקבע וקיים חשש שהרשעתם בדין המשמעתי תגרור דיון בעניינם בוועדה להתרת התחייבויות. ראו אתר הפרקליטות הצבאית, שם. יובהר כי הן האפשרות להגיש חוות-דעת של סנגור והן האפשרות לזכות בליווייה של הסנגוריה

תיוג שלילי. לכן עמדתי היא כי לגבי אישומים מסוג זה, הנושאים סממנים מעין-פליליים או פליליים (להבדיל מן האישומים הקודמים, הנושאים אופי משמעתי מובהק), יותר לנאשם להעמיד מייצג מטעמו.²⁶² הווי אומר: באותם אישומים משמעתיים חמורים יהיה הנאשם רשאי להעמיד לעצמו ועל חשבונו מייצג שהינו עורך-דין,²⁶³ ואילו ביתר עברות המשמעת (שניתן להניח כי הן רוב העברות) לא יותר ייצוג. הרעיון בפשטות הוא שבכל הנוגע באישומים משמעתיים חמורים זכות הייצוג גוברת על שיקולי היעילות, ואילו בכל הנוגע באישומים משמעתיים קלים או בדרגת חומרה בינונית שיקולי היעילות גוברים. הבחנה זו, הנובעת מטיבו של ההליך המשמעתי הקונקרטי ומחומרת הענישה הצפויה, הינה פועל יוצא מן הצורך לערוך איזון בשים לב למידת הפגיעה האפשרית בכבוד האדם של הנאשם.²⁶⁴

הדברים עולים בקנה אחד עם עמדתו של בית-המשפט העליון בעניין **פלונית**.²⁶⁵ באותו מקרה הדגיש הנשיא ברק כי אומנם אין לדין הפלילי תחולה ישירה על ההליך המשמעתי, אולם יש מקרים שבהם הדין הפלילי מקרין על הדין המשמעתי ומשליך על שיקול-הדעת שהדיין המשמעתי מפעיל. באותם מקרים יש לפרש את הדין המשמעתי בהרמוניה עם הדין הפלילי, אם התכלית העומדת ביסוד החקיקה היא מאתו עניין.²⁶⁶ זה הדין בענייננו. הדברים מתחזקים לאורה של עילת המידתיות, כפי שניסיתי להראות.

יש להדגיש כי הפתרון המוצע, בדמות מתן אפשרות ייצוג במקרים חמורים, מתבקש לנוכח תוצאות המצב הקיים, שבו – משכלל הליכי הדין המשמעתי בצה"ל נעדרים ייצוג – מתקבלות החלטות שגויות רבות, המחייבות, כפי שראינו, את התערבותה של

הצבאית אינן מאפשרות ייצוג של ממש בהליך המשמעתי, ולכן אין בהן פתרון אמיתי לבעיה המוצגת במאמר זה.

²⁶² יובהר כי אין זו רשימה סגורה של כל סוגי האישומים המשמעתיים, וניתן לחשוב על סוגים נוספים, כל-שכן על רשימות אחרות.

²⁶³ אך מובן כי על-מנת לאפשר ייצוג אפקטיבי בהליך המשמעתי, יש לאפשר לנאשם ולבא-כוחו להיוועץ ביחידות פרק-זמן סביר לפני הדין. השוו קיטאי סג'רו, לעיל ה"ש 5, בעמ' 319.

²⁶⁴ עמדה דומה הביעה השופטת פרוקצ'יה בעניין **אלוני**, לעיל ה"ש 29, אשר דן כאמור בתחום הביקורת המוניציפלית. בלשונה (שם, בעמ' 601): "היקף הזכויות [של המבוקר – א' פ'] ייקבע על-פי מערכת איזונים הבנויה על צורכי מערכת הביקורת, מן הצד האחד, אל מול עניינו של הפרט העלול להיפגע, מן הצד האחר. באיזון זה ניתן משקל מיוחד לעניינו של הפרט במסגרת ההגנה על כבודו ושמו הטוב, ורק צרכים מערכתיים בעלי משקל מיוחד יצדיקו את הצרת זכותו. עם זאת, מקום שהפגיעה הצפויה בפרט אינה חמורה, יינתן משקל רב יותר לגורמי היעילות של מנגנון הביקורת תוך הצרת זכות הפרט לטיעון ועיון בעניינו. מקום שהפגיעה הצפויה חמורה, והחלטתה של רשות עלולה לפגוע בכבוד האדם ובשמו הטוב, תורחב זכות הטיעון והעיון גם במחיר דחיקת שיקולי יעילות המערכת בפני הגנה על כבוד הנפגע..."

²⁶⁵ בג"ץ 1435/03 **פלונית נ' בית-הדין למשמעת של עובדי המדינה בחיפה**, פ"ד נח(1) 529 (2003).

²⁶⁶ שם, בעמ' 535–536, פס' 8 לפסק-הדין.

הפרקליטות הצבאית²⁶⁷ ולעיתים אף את התערבותם של גורמים נוספים (כגון בג"ץ, מבקר המדינה או נציב קבילות החיילים).²⁶⁸

סיכום

זכות הייצוג על-ידי עורך-דין הינה זכות חיונית להגשמתו של אחד הערכים החשובים ביותר בכל שיטת משפט – עקרון ההליך ההוגן. ההנחה היא כי עניינו של הפרט יוכל להיות מיוצג באופן אפקטיבי יותר על-ידי אדם שיש לו ידע נוסף או מיומנות מקצועית מתאימה.²⁶⁹ עם זאת, זכות הייצוג מעולם לא הוכרה בהליכים משמעתיים בצבא.²⁷⁰ יתר על כן, על-אף ריבוי ההליכים המשמעתיים בצבא וסיקורם הנרחב בעיתונות הכתובה והאלקטרונית, שאלת הייצוג המשפטי במסגרת הדין המשמעתי בצבא טרם נבחנה בצורה פרונטלית בפסיקה. למרבה הפלא, השאלה גם טרם זכתה בכל התייחסות ממצה בכתיבה האקדמית, והיא אף נעדרת מן הדין הציבורי.

לעניות דעתי, הגיעה העת לעורר את שאלת הייצוג המשפטי בהליכי המשמעת בצבא בצורה פרונטלית, וזאת הייתה מטרת מאמר זה. ביקשתי לטעון כי גם כאשר מוצדק לדחות את זכות הייצוג על-ידי עורך-דין בשל אינטרסים חשובים אחרים, אין לפטור את ההליך המשמעתי מן החובה להעניק לנאשם את זכות הייצוג מקום שהאישום המשמעתי אינו נושא אופי משמעתי מובהק, וטומן בחובו סכנה לפגיעה בכבודו של הנאשם, בשמו הטוב ובמהלך חייו המקצועיים והאישיים בעתיד. גישה זו מבקשת להכיר בזכות ייצוג באמצעות עורך-דין, לפי בחירת הנאשם, בהליך המשמעתי בצבא. אולם היא מסייגת את

267 ראו ה"ש 188–189.

268 ראו, למשל, עניין **פילנט**, לעיל ה"ש 74, וכן עניין **גרינשטיין**, לעיל ה"ש 132. יצוין כי בעניין **גרינשטיין** אומנם נדחתה בסופו של דבר העתירה, אולם בית-המשפט ביקר את התנהלות ההליכים המשמעתיים בעניינו של העותר, ואף הורה על דחיית העתירה בכפוף לביטול הדיון בערר, שעליו כבר הורה הפרקליט הצבאי הראשי (שם, בעמ' 248). עוד ראו, למשל, **דוח מבקר המדינה 60א**, לעיל ה"ש 202. כן ראו שתי החלטות של נציב קבילות החיילים שפורסמו האחת במסגרת **דוח שנתי 35 התשס"ז-2006** 100–99 (2007) (קבילה 252674/7 – "מתן פקודה בלתי-חוקית וענישה בגין סירוב לבצעה") והאחרת במסגרת **דוח שנתי 36 התשס"ח-2007** 106–104 (2008) (קבילה 259940/5 – "התנהלות מפקדים כלפי לוחם שהודח מקורס מקצועי").

269 ברק-ארו **משפט מינהלי א**, לעיל ה"ש 15, בעמ' 523.

270 יש לציין כי אף בהצעת חוק השיפוט הצבאי (תיקון – הקמת בית דין למשמעת), התשע"ב-2012, פ/4093/18 (שיזמו חברי-הכנסת מירי רגב ואריה ביבי, ואשר הונחה על שולחן הכנסת השמונה-עשרה ביום ד' באדר התשע"ב – 27.2.2012), אין כל התייחסות לזכות הייצוג על-ידי עורך-דין לפני בית-דין צבאי למשמעת, אם וכאשר זה יוקם. לעניות דעתי, ראוי כי הצעה כה מפורטת וממצה תכיר בזכות הייצוג האמורה (בדיוק כפי שזו מוכרת במסגרת ס' 37 לחוק שירות המדינה (משמעת)).

הזכות אך ורק לאותם מקרים הראויים לה על-פי מדדים ברורים של חומרה. טענתי היא כי בגישתי זו יש כדי להבטיח את המינימום הנדרש אשר מתחתיו אין לרדת.²⁷¹ ראינו כי הזכות לייצוג משפטי בדין המשמעתי אינה מעוגנת בחוק השיפוט הצבאי. כפי שכבר נאמר, נראה כי הגיעה השעה לעשות לתיקון המצב הנוכחי ולעיגונה של הזכות.²⁷² הדבר אף מתחייב, כאמור, לאורו של עקרון המידתיות. אולם גם בהעדר חוק מפורש המעגן את הזכות לייצוג, הפרקליטות הצבאית יכולה להכיר בקיומה ולהוביל להליך משמעתי הוגן יותר. עלינו לזכור תמיד כי ההליך ההוגן הוא נשמת-אפו של המשפט. הזכות לייצוג משפטי מהווה, לעניות דעתי, מרכיב בסיסי בעקרון ההליך ההוגן, כל-שכן מקום שאופיו של ההליך המשמעתי נושא סממנים פליליים מובהקים או אף מעין-פליליים. יש לזכור: "לעתים, הטוען נשמע, אך למעשה לא נשמע."²⁷³

271 השוו עניין **אוניברסיטת חיפה**, לעיל ה"ש 36, פס' לח לפסק-דינו של השופט רובינשטיין.
 272 בהמשך לכך אבקש להציע עוד כי פ"מ 33.0302, לעיל ה"ש 130, בעניין הדין המשמעתי בצה"ל, תתוקן כך שנאשם המבקש להופיע בהליך של ערר יוכל לעשות כן. זו אף עמדתה של השופטת דורנר במאמרה "היבטים חוקתיים של הדין המשמעתי", לעיל ה"ש 127, בעמ' 469. נכון להיום, הדיון בערר יכול שיתקיים בנוכחות העורר או לא בנוכחותו, ובלבד שלא יוחמר עונשו אם לא ניתנה לו זכות הטיעון. ס' 220 לפ"מ 33.0302, לעיל ה"ש 130, קובע בהקשר זה כי "הקש"ב [קצין השיפוט הבכיר] הממונה רשאי לדון בערר בנוכחות העורר, או שלא בנוכחותו, ובלבד שלא יחמיר בעונש, כל עוד לא נתן לגידון להשמיע את דברו לפניו". הנוכחות מתבקשת הן על-מנת שהקצין הדין בערר ישמע את העורר עצמו ותהיה לו אפשרות לשואלו שאלות, אם ירצה בכך, והן על-מנת שתהיה לעורר היכולת להציג את עמדתו בצורה הטובה ביותר. נוסף על כך אני קורא להתיר לעורר ייצוג באמצעות עורך-דין גם במסגרת הליך הערר, על-פי אותם מדדים של ההליך המשמעתי הדיוני.
 273 ברק-ארוז **משפט מינהלי א**, לעיל ה"ש 15, בעמ' 523.