המבחן – מבחן אמריקאי, 11 שאלות, ציון עובר – לא עובר, ללא חומר עזר, חצי שעה.

יחסי הצבא ובית המשפט

נושא ייחודי לישראל. התערבות של מערכת שיפוטית בנושאים הגרעיניים של הצבא היא תופעה ייחודית לישראל.

עד שנות ה-90, מערכת המשפט נמנעה מלהתערב בשני תחומים – צבא ופוליטיקה. הטענה היא לא שבית המשפט אינו מוסמך, אלא שהנושא **אינו שפיט** – ביהמ"ש לא רוצה לעסוק בו.

מבחינת הסמכות, סעיף הסעד למען הצדק מאפשר לבית המשפט להתערב גם בנושאים צבאיים. הסעיף שבו בית המשפט עושה שימוש הוא אחר – הסעיף המסמיך את בית המשפט העליון לתת צווים נגד גופים ציבוריים. בפועל עד, שנות ה-90 בית המשפט לא עשה שימוש גם בסעיף זה.

פסק הדין שביטא תפיסה זו היה פס"ד מוטי אשכנזי משנת 75' – בתגובה לדרישת מוטי אשכנזי לחייב את הצבא לאמץ את דו"ח אגרנט. בית המשפט ניצל את העתירה כדי להודיע שאינו רואה את התחום כשפיט – החלטות בדבר הצטיידות, מינויים, מבנה – כל אלה אינם שפיטים. הנושא היחידי שהינו כן שפיט, הנו מה שקיים לגביו חוק קונקרטי – למשל, הפרה של חוק שירות ביטחון, או חוק השיפוט הצבאי.

השינוי החל בשנות ה-90. אלה השנים שבהם נשבר הטאבו בדבר הנושאים הלא שפיטים. בשנים אלה נחקקו חוקי היסוד העוסקים בזכויות וכבוד האדם – ועימם חלק המהפכה החוקתית. השאלה שנוצרה היא האם חוקי היסוד מייצרים לבית המשפט דריסת רגל גם בתוך הצבא – והתשובה היא שכן.

הנושא הראשון שנדון היה תיק מ-1992 – פרשת ויכסלבאום. אימו של ערן ויכסלבאום, שנפל בשירותו הצבאי, ביקשה לשנות את הנוסח הרגיל הכתוב על מצבות הנופלים, ולהוסיף את המילים "אח של...". משרד הביטחון דחה את הבקשה, בשם עקרון האחידות. האם הגישה עתירה לבג"ץ נגד משרד הביטחון.

טענת המשפחה היתה שמול עקרון האחידות עומד עיקרון כבוד האדם – ונדרש איזון בין השניים. העתירה נדחתה ברוב של שניים מול אחד. דעת המיעוט היתה של השופט ברק, והנושא עבר לדיון נוסף בהרכב של חמישה שופטים, שהפך את ההחלטה, וקבע שמותר לתת ביטוי אישי – לצד המצבה האחידה.

למרות שהנושא הוא שולי לעיסוק הצבאי, והגוף מולו היתה העתירה היה משרד הביטחון ולא הצבא, ניתן לראות את ההחלטה כסדק הראשון.

הנושא הבא שנדון היה חקירת תאונות צבאיות. בית המשפט הראה נכונות לדון בעתירות של משפחות שטענו שהצבא לא חקר כראוי תאונות. העתירות נדחו – אבל בית המשפט התערב – וביקש לראות שהחקירה נעשתה כראוי. הפתח הזה אפשר, מאז, עתירות רבות שכן נדונו, אודות תהליכי התחקיר והפקת הלקחים בצבא, במהלכן בית המשפט יורד לעומק האירועים ולעומק התחקיר. בית המשפט בודק את סבירות ההחלטה, ואם מדובר בחוסר סבירות קיצונית, הוא רואה זכות לעצמו להתערב. יחד עם זאת, גם אם בית המשפט לא בוחר להתערב, הוא קובע שהצבא חייב לשמוע את עמדת המשפחות.

התפיסה שברקע השינוי – מניעת חללים שחורים ללא ביקורת ופיקוח. חוקי היסוד, כאשר הם קובעים נורמות כלליות, חייבים לפי גישה זו, לחול על כל תחומי החיים.

דוגמא לגבולות ההתערבות – מאז עסקת ג'יבריל ב-85' ועד היום, כל העתירות בנושא שחרור מחבלים הגיעו לבג"ץ – וכולן נדחו, אבל נדונו. בין אם המסר הוא שיש פיקוח, או שבית המשפט מראה שיש במה למשפחות, העובדה מסמנת שבית המשפט נמצא שם, אבל מגביל את עצמו בהחלטותיו.

פרשת אליס מילר (94') – עוסק בנושא ליבה – המיון והגיוס לצבא. מילר טענה שזכותה להתקבל לקורס טייס. הצבא טען, כטענה מקדמית, שאין להתערב בהחלטות מסוג זה. שנית, טען שלהחלטה יש משמעות כלכלית (עלות ההכשרה אל מול זמן השירות הצפוי של אשה) – וגם כאן, לא נכון שבית המשפט יתערב. בית המשפט קבע שהצבא כפוף לנורמות השוויון המחייבות בכל המדינה, ושהעלות הכלכלית מוצדקת לאור מימוש זכויות האדם. הפסיקה שינתה את מדיניות הצבא בנושא מקצה לקצה.

השלב הבא היה התערבות בהחלטות מבצעיות. מה שמסמן את השינוי בתחום זה היה האינתפדה השנייה – אוקטובר 2000. מה שקדם לכך הוא פסק הדין לגבי חקירות השב"כ (ה"טלטולים"), שנקבע בשנת 1999, בעקבות עתירה שהוגשה ב-95'. פסק הדין קבע שעינויים אסורים באופן מוחלט, ולכן חייבים לשנות את שיטות החקירה. פסק הדין מתאר את כל שיטות החקירה וקובע אם הן מותרות או אסורות. מדובר בפס"ד קשה – כפי שגם נאמר בנוסח פסק הדין (כמו בכל פס"ד שאוסר על הצבא לעשות משהו).

האנתפדה השנייה הביאה לצעדים צבאיים רבים שזכו לביקורת. ארגוני זכויות אדם וארגונים פלסטיניים החלו לפנות לבג"ץ כדי שיבחן את הצעדים הללו. אחד הביטויים לשינוי היה פרסום, באתר בית המשפט העליון, של פסקי דין באנגלית, העוסקים ב"מלחמה בטרור". בית המשפט מעביר כך את המסר שהתנהלות הצבא נמצאת תחת ביקורת של בית המשפט – ולכן אין מקום להתערבות נוספת של גופי משפט בינלאומיים, תחת "עקרון המשלימות".

פסקי הדין בנושא העינויים, תוואי הגדר, הסנקציה של הריסת בתים וסיכולים ממוקדים – כולם אוסרים ככלל צורות פעילות הפוגעות באופן לא סביר בזכויות האדם, אך משאירות פתח לחריגים, ויוצרים הגנה למי שעושה שימוש מוצדק בפתח הזה.

בית המשפט מפעיל ביחס להחלטות הביטחוניות את אותו הכלל – החלטות אסור שיהיו גורפות ופוגעות בזכויות האדם באופן שאינו מידתי. ההחלטה בנוגע לזכות הפלסטינים לנסיעה בכביש 443 התקבלה בגלל שמבחינת בית המשפט האיסור היה גורפת מידי – ולכן אינו מידתי.

**פסק דין צ'יקו תמיר** – תיק צבאי ולא בג"ץ. החשיבות – בנסיון לשפיע על הנורמות של הקצונה הגבוהה בצבא.

לב האירוע – בדו"ח תאונת הדרכים, שמולא על ידי הנהג וחתום על ידי צ'יקו, לא צויין כי מי שנהג ברכב הריינג'ר היה הבן ולא צ'יקו.

העונש המקורי שקיבל צ'יקו תמיר היה הורדה בדרגה. הוא הובא לבית הדין הצבאי לערעורים.

פסק הדין מראה כיצד הדרישות הנורמטיביות המוצבות בפני אנשי הצבא ומערכת הבטחון בכללה עולות – בעוד שהדרישות הנורמטיביות בפני נבחרי הציבור רק יורדות.

קישור לפסק הדין הראשון:

<http://www.cal.org.il/index.php?option=com_content&view=article&id=235&catid=115&Itemid=113>

הדרישות הנורמטיביות הנקבעות בפסק הדין –

"על המפקד להוות מופת ודוגמא", להיות בעל "חוט שדרה ערכי", "חוסן מוסרי".

לגבי הקצונה הבכירה, נקבע, כי "כרום הדרגה כך גודל הציפיה" – הדרישה המוסרית והערכית עולה ככל שעולים בסולם הדרגות, ולכן כשלון של קצין בכיר נושא עימו חומרה יתרה.

בית המשפט מתייחס לסוגיית ההורדה בדרגה. הוא קובע כי דרגה, כמשהו שנרכש בעבודה קשה, הופכת להיות קניינו של הקצין. המטרה בכך היא להכניס את עקרון המידתיות לבחינת הפגיעה בדרגה – האם נעשתה לתכלית ראויה ובאופן מידתי.

לכן, צריך להיות מתאם בין מידת הכשלון לבין מידת הענישה – הכנסת תורת המידתיות לנורמות של הענישה הצבאית.

בית המשפט קובע כי תמיר חטא בהפרת **נורמות יסוד** – האמינות, הדוגמא האישית והמשמעת. זו הפרה של "תעודת הזהות הערכית" של הצבא, הפרה של "רוח צה"ל".

בבחינת המידתיות, קובע בית המשפט שיש להבחין בין פגיעה בדרגה לעיכוב קידום – הורדה בדרגה היא סנקציה חמורה, הנושאת "קלון חיצוני", ופגיעה בקניינו של אדם – ויש לה משמעות של השפלה (ולכן – פגיעה בכבוד האדם). לכן, בית המשפט מבטל את עונש ההורדה בדרגה.

פסק דין זה אינו פסק דין של בג"צ – אבל הוא מאמץ את הנורמות של בג"צ ומכניס אותן לתוך הדין הצבאי.

**אקטואליה משפטית**

פסק הדין האמריקאי בנושא רישום מקום הלידה

הממשל האמריקאי אינו מכיר בירושלים כבירת ישראל, וזאת עקב הרעיון שהכרה כזו תלויה בהסדר מדיני שיקבע את הסטטוס של ירושלים. הדבר חל על כל העיר, לא רק על חלקה המזרחי.

לפי החוקה האמריקאית, הכרה במדינות חדשות היא בסמכות הנשיא. הקונגרס אישר חוק, המאשר לפקיד הרישום לרשום בדרכונו של מי שנולד בירושלים שהוא יליד ישראל. זהו חוק שנתפר ישירות לסוגייה זו – והתוצאה שלו היא כרסום של המחוקק בסמכות הנשיא.

סוגיה דומה – חוק יגאל עמיר, המונע מהנשיא מתן חנינה לרוצח ראש ממשלה – חוק שלא עמד במבחן בג"ץ .

הפסיקה של בית המשפט העליון האמריקאי היתה שכרסום כזה אינו חוקתי, ופסל את החוק. כלומר – הנושא הוא אינו יחסי ישראל – ארה"ב, אלא יחסי הרשויות בארה"ב.

היבטים חוקיים בהרכבת הממשלה

הרכבת הממשלה הנוכחית סובלת מפגמים חוקתיים רבים מאוד.

תוצאות הבחירות עצמן הן תעודת בגרות לדמוקרטיה הישראלית – השיטה הצליחה:

* עליה בשיעור ההשתתפות בבחירות
* עליה בכוחן של המפלגות הגדולות
* העלאת אחוז החסימה לא מנעה ייצוג ממפלגות המייצגות סקטורים משמעותיים

עם זאת, תהליך הרכבת הממשלה חשף הרבה פגמים:

עוד לפני הרכבת הממשלה שונה חוק יסוד, על חודו של קול, על ידי הכנסת החדשה. שינוי של חוק יסוד בישראל משמעו הוא שינוי החוקה. כאשר ארדואן ביקש לשנות את החוקה בתורכיה, הוא היה צריך לגייס 2/3 של הקולות בפרלמנט – ולא הצליח בכך. אצלנו, בניצול של הרוב המינימלי של הקואליציה, נעשה שינוי כזה, על מנת להגדיל את מספר השרים.

בדרך כלל, תהליך של שינוי חוק יסוד מחייב דיון של ועדת חוקה, חוק ומשפט והתייחסות ציבורית, כולל שמיעת עמדת האקדמיה – שום דבר מזה לא נעשה.

בית המשפט דחה עתירה למניעת ההצבעה – בטענה שבית המשפט לעולם לא ימנע מהכנסת להצביע. אם יתערב, זה יהיה בהחלטה, ולא בזכות הכנסת להחליט.

סגן שר במעמד שר – בשלושה משרדים נקבעו סגני שרים העומדים בראשם. ליצמן במשרד הבריאות, איוב קרא במשרד לפיתוח אזורי, וחוטבלי (שלא הוגדרה כבעלת מעמד שר) במשרד החוץ.

מעמד כזה פשוט אינו קיים בחוק. עצם תפקידו של סגן שר – שאינו אחראי חוקתית לכלום, הוגדר כ"אנדרוגינוס חוקתי".

הצהרת האמונים – ח"כ מצהיר אמונים למדינת ישראל, שר מצהיר אמונים למדינת ישראל ולחוקיה, ומתחייב לכבד את החלטות הכנסת. הצהרה כזו מעמידה את חוקי המדינה מעל סמכות הדת – ולכן יהדות התורה אינה ממנה שרים.

בשנת 2009 בית המשפט הוציא לממשלה "התראת בטלות" ביחס למעמד של סגן שר במעמד שר – בעתירה נגד מינויו הקודם של ליצמן לתפקיד. עתה הוגשה שוב עתירה – ויתכן מאוד שבית המשפט יבטל את המינוי.

"שר במשרד התקשורת" – לא ניתן למנות שר שאין לו אחריות משרדית, אלא אם מדובר כשר בלי תיק.

מעמד "המשנה לראש הממשלה" – זהו מעמד שאינו קיים מבחינה חוקתית. בחוק היסוד נקבעים שני תפקידים – ממלא מקום וסגן. בשנת 2004 נתנו את התואר של מ"מ לאולמרט. תואר המשנה הומצא כפתרון למתן כיבוד לפרס – אבל כאשר שרון חלה והוגדר כ"נבצר", מי שמונה לממלא מקומו הוא מי שהחזיק בתואר זה, ולא "המשנה", שאינו מוגדר בחוק.

בממשלה הנוכחית יש משנה ויש סגנים – אך אין ממלא מקום.

עתירות בנושא

הוגשו שלוש עתירת כנגד הרכבת הממשלה:

עתירה נגד מינוי גלנט – הפגם בהתנהלות גלנט נקבע בדו"ח של מבקר המדינה – שעד היום עוד לא פורסם. העתירה היא שגלנט לא יכול להיות שר במשרד השיכון – בוודאי אם התנהלותו הפסולה נוגעת לדיני התכנון והבניה.

לעתירה זו אין בסיס – שכן הפגם שדבק בגלנט הוא פגם הרלבנטי למי שמועמד להיות רמטכ"ל, ומבוסס על הסטנדרט הגבוהה מאוד הנדרש מקציני צבא בכירים – אבל לא כזה שרלבנטי למינוי שר.

עתירה כנגד ההסכמים הקואליציוניים – הטענה היא שבהסכם יש התחייבויות לא חוקיות. בית המשפט כבר קבע שהסכמים קואליציוניים הם שפיטים.

עתירה נגד מינוי דרעי – מבוססת על ההבחנה בין בכירים ממונים (שר, מפכ"ל, אלוף, רמטכ"ל וכו') לבין מי שנבחר על ידי הציבור – חברי כנסת וראשי ערים. **במקרה של נבחר ציבור בוחנים סמכות בלבד** – האם על פי החוק המינוי עומד בכללים. האם הנבחר עומד בתבחינים של מי שראוי לפי החוק להיות מועמד, והאם תהליך הבחירה תקין.

**במקרה של ממונים בודקים כשירות ושיקול דעת** – כשירות חוקית וסבירות. פס"ד בעניין יוסי גינוסר יצר חובה לבדוק עבר פלילי של כל מועמד לתפקיד בכיר. כאשר בודקים עבר פלילי יש חובה לבדוק את סוג העבירה ונסיבותיה. הנסיבות קובעות את משקל העבירה. בנוסף, יש לשקול גם את סוג התפקיד – לפי עקרון של כרום הדרגה כך גודל הדרישה לנקיון כפיים.

דרעי הוא עבריין מורשע והיה מעורב בפרשיות נוספות שעליהן לא הועמד לדין. דרעי גם מעולם לא הביע חרטה. לפי החוק, דרעי זכאי להתמודד על תפקיד חבר כנסת, ועל כך אין חולק. השאלה התקדימית היא האם הוא יכול להיות שר. שר אינו תפקיד נבחר אלא תפקיד ממלכתי וייצוגי, ההכלל הוא ש"הממשלה היא נאמן הציבור, המחוייבת לנורמות ראויות".

**מבחינה חוקית, דרעי יכול להתמנות לשר** – שכן עברו שבע שנים מאז ריצה את עונשו. **השאלה היא האם המינוי סביר**. בתגובה לעתירה, כתב היועץ המשפטי לממשלה חוות דעת. בחוו"ד יש פירוט מלא המציג את התנהלותו של דרעי בעבר - ולמה המינוי לא סביר. בסיכום, כתב היועץ שאמנם יתקשה להגן על המינוי – אבל הוא יעשה זאת.

עתירה נוספת שאולי תוגש – נגד החזקת ראש הממשלה במשרדים רבים. הכלל אומר שראש ממשלה זו משרה מלאה, ונראה שיתכן שבית המשפט יקבע שלמרות התקדים של ראש ממשלה ושר ביטחון, במקרה הנוכחי יש הגזמה.

לעיתים יועצים משפטיים נדרשים לקבל החלטות משנות היסטוריה – כך אהרון ברק בנושא חשבון הדולרים של לאה רבין, וכך יוסף חריש בתיק דרעי הראשון (כאשר רבין ביקש למנותו לשר). במקרה הנוכחי, היועץ לא מקבל החלטה כזו – ולכן הנושא מגיע לבג"ץ.

התערבות בג"ץ, במקרה כזה, משמעה כנראה הפלה של הממשלה – ולכן לא ברור אם בג"ץ יבחור להתערב בהחלטה הפוליטית במקרה הזה. אי התערבות משמעה תקדים קשה – מתן כרטיס כניסה לתפקידים שלטוניים לכל עבריין לאחר שריצה את עונשו.