



בפני:

סא"ל מיכל שחר - אב"ד

בעניין:

**התובע הצבאי**

(באמצעות ב"כ רס"ן דיאן טייכר ישי וסרן שמעון אוחנה)

נגד

ח/\*\*\*\* רב"ט \*\*\*\*

(באמצעות ב"כ [REDACTED] סגן ליאור אטקין)

**הכרעת דין**

אני מורה על זיכוי הנאשם, מחמת הספק, מהמיוחס לו בסעיף ב' לכתב האישום.

**פתח דבר**

1. במהלך חיפוש שערכו רשויות מצ"ח בחדרו ביחידה של הנאשם, רב"ט \*\*\*\* (להלן – הנאשם), נמצאו בתיקו ארבעה ניירות מקופלים ועליהם שרידי החומר החשוד כסם מסוג קנאביס, שקית ניילון ובה 2.54 גרם של סם מסוג קנאביס וכן כלי החשוד לשימוש בסם ("מקסה"). הנאשם נעצר ובחקירתו הודה במעשי שימוש בסם מסוג קנאביס בנסיבות אזרחיות. לנוכח פגמים שנפלו בהליך החיפוש, בין הצדדים לא קמה מחלוקת על כך, שאין לייחס לנאשם את ממצאי החיפוש במישור הפלילי. אף-על-פי-כן, מחלוקת נתגלעה ביחס לשאלה האם ראוי היה לתת לממצאים הללו משקל בעת קבלת ההחלטה שלא לכלול את הנאשם במסלול ההסדרים המותנים, והאם חורגת החלטת רשויות התביעה הצבאית להגיש כנגד הנאשם כתב אישום בגין מעשי השימוש בסם בנסיבות אזרחיות, ממתחם הסבירות או מקימה טענת הגנה מן הצדק. כל זאת כפי שיבואר להלן.

**כתב האישום**

2. כנגד הנאשם הוגש ביום 10.1.2018, כתב אישום המייחס לו עברה שעניינה שימוש בסם מסוכן, לפי סעיפים 7(א) ו-7(ג) סיפא לפקודת הסמים המסוכנים [נוסח חדש], התשל"ג-1973. נטען כי בתקופה שראשיתה ביום 29.11.2016 ואחריתה ביום 30.12.2017 השתמש הנאשם בסם מסוג קנאביס בהזדמנויות הבאות:

- א. בין 24.12.2017 ל – 25.12.2017 במהלך אירוע משפחתי בפתח תקווה השתמש בסם סוג קנאביס באמצעות סיגריה מגולגלת.
- ב. לפני השימוש המפורט לעיל עשה הנאשם שימוש בסם מסוג קנאביס בשתי הזדמנויות שונות בנסיבות שאינן בידיעת התביעה.
3. הנאשם כפר באורח חלקי במיוחס לו. הוא הודה בשימוש חד פעמי בסם מסוג קנאביס כמפורט בסעיף א' לכתב האישום וכפר בכך שעשה שימוש ביודעין בסם מסוג קנאביס במהלך שירותו הצבאי כמפורט בסעיף ב'.
- לב טיעון ההגנה בתיק זה נגע, כאמור, לטענת ההגנה **מן הצדק**, שטעמיה אכיפה בררנית. נטען כי ההחלטה המנהלית שלא להיקשר עם ההגנה בהסדר הקפאה נשענה על ראיות **בלתי חוקיות** והיא חורגת מהמדיניות שהונהגה בתיקים אחרים. משכך, מדובר בהחלטה מנהלית פסולה המצדיקה ביטול כתב האישום.
4. הכרעת דין זו מחייבת, אפוא, בחינת טענות ההגנה **בשני** מישורים. תחילה, אבחן האם הוכחו לפניי מעל לכל ספק סביר יסודותיה של עברת השימוש בסם מסוכן המיוחסת לנאשם בכתב האישום על שני סעיפיה. בהמשך, אפנה לבחון את טעמי ההגנה בעתירה המקדמית לביטולו של כתב האישום בראי טענת ההגנה מן הצדק.

#### עברת השימוש בסם

5. מטעם **התביעה** הוגשו, בלא התנגדות ההגנה, ארבעת אמרות הנאשם במצ"ח (ת/1 – ת/4), תוך שהוסכם בין הצדדים כי בגוף האמרות סומנו שורות שאין להסתמך על תוכן כראיות קבילות בהליך הפלילי. הוגשו בהסכמה זיכרונות הדברים השונים של מהלך החקירה או חלקים מהם (ת/5 – ת/9, ת/11, ת/13 ו – ת/14). הוגש דו"ח המעבדה בדבר תוצאות דגימת השתן שניטלה מן הנאשם (ת/10), כמו כן הוגשו מסמכי מעצרו של הנאשם (ת/8).
- במסגרת פרשת התביעה נשמעו בבית הדין עדויותיהן של שתי חוקרות מצ"ח: **טוראי טל צברי**, החוקרת המטפלת, שחקרה את הנאשם בתיק זה ו**טוראי צליל לוי** שנכחה בחלק מן החקירה ובהיותה חוקרת חדשה התלוותה לחוקרת המטפלת בתיק. התביעה ויתרה על העדתם של עדי התביעה האחרים שנמנו בכתב האישום.
- מטעם ההגנה נשמעה עדות **הנאשם**.
6. בחקירתו הראשית הודה הנאשם **בפני בית הדין** במעשה שימוש אחד מודע בסם מסוג קנאביס וציין כי היה זה "שבוע לפני החקירה, שהייתי ברגילה באירוע משפחתי" (עמ' 19 ש' 27-25). בחקירה הנגדית הוסיף, כי מדובר במעשה שימוש אחד בסם מסוג קנאביס של סם "שהעבירו אותו" ושהוא שאף "שאכטה אחת בלחץ" (עמ' 20 ש' 23), בעת ששהה ברחבת החניה, מחוץ לאולם אירועים בפתח תקווה, באירוע "בריתה" של המשפחה (עמ' 21). הודאה זו, בבית הדין, די בה לצורך הרשעת הנאשם בסעיף א' לכתב האישום.
- למעלה מן הצורך**, יצוין כי זו עולה בקנה אחד עם מירב הפרטים שמסר במהלך חקירתו במצ"ח בנוגע לשימוש זה בסם במהלך אירוע משפחתי מחוץ לאולם האירועים בפתח תקווה מספר ימים לפני שנחקר (ראו ת/1 עמ' 3-4, שם אמנם מסר כי שאף "כמה שאכטות", אך יתר הפרטים הנוגעים לנסיבות ביצוע העברה, דומים באמרה ובעדות, כי היה זה מחוץ לאולם האירועים, ברחבת החניה, ליד כלי רכב שאותו זכר כי היה "אוטו טוב", בצוותא עם חבריו האזרחים. באמרתו השלישית, לאחר שנועץ בסגור, מסר כי באותה פעם שאף "אולי שאכטה

אחת שתיים" בלבד, באופן שמתיישב עם עדותו בבית הדין – ת/עמ' 2 ש' 24 עמ' 3 ש' 1). הודאתו בחקירה שהיא מפורטת קוהרנטית ושלמה, הן ביחס לרכיב העובדתי הן ביחס למודעות כי עשה שימוש בסם מסוג קנאביס, נתמכת בתוספת ראייתית של "דבר מה" שהיא דגימת השתן שניטלה מן הנאשם במהלך החקירה, שנמצאה החיובית לתוצרי חילוף חומרים המעידים על שימוש בסם מסוג קנאביס, ימים אחדים לאחר מכן (ת/10). אף זכ"ד מהלך החקירה המפרט את דברי מפקדתו של הנאשם שמסרה כי שהה בחופשה באותו מועד (ת/5), מחזקת את הדברים במישור "מבחן ההזדמנות".

בנסיבות אלה, יש לקבוע כי הנאשם עשה שימוש בסם מסוג קנאביס באמצעות סיגריה מגולגלת, במהלך אירוע משפחתי, במועד המנוי בפרט א' שבכתב האישום, מספר ימים טרם נעצר, בשעת צהריים, בצוותא עם חבריו האזרחים (להלן – **אירוע הבריתה**).

7. שונים הם פני הדברים בכל הנוגע לשאלה האם הוכחו מעל לכל ספק סביר יסודות עברת השימוש בסם בשתי הזדמנויות שונות שאינן בידיעת התביעה הצבאית (סעיף ב') בתקופה המנויה בכתב האישום. בנוגע לפרט זה, בעדותו בבית הדין **הכחיש** הנאשם שימושים **מודעים** נוספים בסם מסוג קנאביס, פרט לאירוע הבריתה. התביעה טענה שאין לתת אמון בגרסה זו, בהפנותה לאמרות הנאשם במצ"ח, שבהן הודה בהזדמנויות נוספות בשימושים בסם מסוג קנאביס.

חקירת הנאשם הראשונה במצ"ח מיום 30.12.2017 התנהלה **במהלך הלילה**. היא החלה בשעה 1:44 ונמשכה עד השעה 4:17. בחקירה זו, תחילה הכחיש הנאשם שימושים בסם בנסיבות כלשהן, בהמשך, לאחר שני תשאולים בעל-פה, נשאל האם עשה שימוש בסם בנסיבות אזרחיות והשיב "באזרחות". הוא נשאל מתי הפעם **האחרונה** והשיב "שבוע בערך, חמישה, שישה ימים" ב"ירוק" (ת/1 עמ' 2 ש' 10-16). בהמשך, ניטלה ממנו דגימת שתן, והוא שב ונשאל על שימושים בנסיבות צבאיות והשיב בשלילה. אז נשאל שוב, מתי הפעם **האחרונה** שבה השתמש בקנאביס, ופירט על-אודות אותו שימוש באירוע הבריתה (ת/1 עמ' 3 ש' 1-4) כמפורט בסעיף 6 לעיל.

בהמשך, נשאל "כמה פעמים השתמשת בסמים מסוכנים במהלך שירותך הצבאי", השיב:

"תשובה: **שלוש, ארבע גג חמש**, לשאלתך בנסיבות אזרחות  
שאלה: האם אתה זוכר בוודאות את כל הפעמים מתי התרחשו?  
תשובה: זה היה בהפסקות של חודשים, **אני לא יודע להגיד לך**  
**שאלה: לא יודע חופשים שאני מעשן בבית, עכשיו ספציפית השבוע**  
**זה היה באירוע**  
**שאלה: חוץ מהשבוע, האם אתה זוכר את הפעמים הנוספות מתי**  
**התרחשו?**  
תשובה: **לא"**  
(ת/1 עמ' 4 ש' 8-15. הדגשות כאן ולהלן הוספו. טעויות הן במקור).

באמרה השלישית, שנגבתה למחרת היום – 31.12.2017 בשעת אחר הצהריים, נתבקש הנאשם למסור תגובתו לאמרתו של חייל אחר, שהוטחה בפניו, אך מסר את הדברים הבאים:

"קודם כל לפני התגובה שלי, לפני כל השאלות... הפעמים שעישנתי שאמרתי לכם שזה היה לפני שבוע זה היה אולי שאכטה אחת שתיים וכל שאר הפע[מ]ים זה הבדלים של חודשים ואולי זה היה רק פעם פעמיים ושהייתי שיכור ולא ידעתי מה אני עושה" (ת/3 עמ' 1 ש' 25-23, עמ' 2 ש' 1-2).

8. כאשר נשאל בעדותו בבית הדין מדוע הודה בחקירת מצ"ח בשימושים אלה, חרף הכחשתו כעת, השיב: "ביקשו מספר לזרוק, לא חשבתי, זרקתי מספר, לא חשבתי שזה כזה משמעותי" (עמ' 19 ש' 30). בהמשך הוסיף כי לא הבין את מלוא המשמעות והחשיבות של הדברים שמסר בחקירה שבה היה מצוי וסבר כי הוא נתון ב"עוד בירור של קצין שלנו, לא משפט בבית דין" (עמ' 20 ש' 7). בחקירה הנגדית שב והדגיש כי הודאתו מתמצית במעשה שימוש אחד בסם מסוג קנאביס (עמ' 20 ש' 13, 15) ושב לציין כי לא הבין את המעמד שבו היה נתון, הגם שנעצר והוסברו לו זכויותיו, בהטעימו כי "חשבתי שאני יחקר ויחזור לבסיס למשימות כרגיל" ולכן גם בחר שלא להיוועץ בעו"ד ולא הודיע לבני משפחתו (ראו עמ' 24 לפרוטוקול).

9. הוא עומת עם גרסתו במצ"ח בנוגע לשימושים ב"שלוש ארבע גג חמש" הזדמנויות והשיב:

"היא אמרה לי לזרוק מספר, שיערתי לא בטוח, הגעתי הביתה, הרגשתי לא טוב, יכול להיות ששתייתי יותר מדי וודקה ושיערתי יכול להיות זה בגלל זה... היא ביקשה מספר ניסיתי להעלות בראש שלי כמה סיטואציות שחזרתי הביתה והרגשתי לא טוב, שיערתי שזה אולי זה אבל לא בטוח שזה זה בכללי" (עמ' 25 ש' 6-10).

בהמשך שכנדרש להבהרות מצד בית הדין, השיב כי נוהג לעשן "סיגריות מגולגלות, טבק, ריזלה" וכי כשעישן בעבר "העליתי בראש שאולי זה זה, אולי הייתי שיכור, הגעתי הביתה הרגשתי סחרחורת משהו מוזר, משהו לא רגיל לאחר ששותים וודקה. שיערתי לא בוודאות שזה זה, זה סתם השערות. היא ביקשה מספר אז העליתי דברים בראש" (עמ' 25 ש' 12-15).

10. התביעה טענה כי הסברו של הנאשם בבית הדין אינו אמין ומהווה גרסה כבושה שאין לתת לה משקל כלשהו. אכן, הנאשם לא ציין בחקירה הראשונה שבה הודה "בשלוש ארבע גג חמש" כי היה זה, במהלך מסיבה או בעת שהיה שיכור. אך מנגד, חוקרת מצ"ח לא העמיקה את חקירת הנאשם בנקודה זו בניסיון ללמוד על נסיבות התרחשות השימושים האמורים. הוא נשאל האם אתה זוכר בוודאות את כל הפעמים, והשיב "זה היה בהפסקות של חודשים, אני לא יודע להגיד לך", ובהמשך לכך נשאל "האם אתה זוכר את הפעמים הנוספות שהתרחשו והשיב "לא" (ת/1 עמ' 4). במהלך החקירה, לא היה ניסיון להבין לעומק מתי בדיוק התרחשו השימושים, האם נעשו לבד או בחברת אחרים, מה היה סוג הסם שבו נעשה שימוש, באיזה אופן עישן אותו, מה היתה תדירות השימושים, הוא לא התבקש לשרטט ציר שימושים, או לנסות לשחזר באורח מדויק מועדים שבהם השתמש בסם ביחס למועד שבו גויס לצה"ל, ולא נדרש לתאר את השפעת הסמים לאחר אותם שימושים עלומים בנסיבות "אזרחות".

לא ניתן לשלול את העובדה, כי לו היתה החוקרת מעמיקה חקר בשאלותיה, בנקודה זו ומבקשת מהנאשם כבר בחקירה הראשונה לתת הסבר בנוגע לנסיבות מעשי השימוש הללו, כי אז יכול והיה הנאשם כבר בחקירה הראשונה מוסר הסבר דומה להסבר שמסר למחרת היום, בחקירתו השלישית. בחקירה זו, לאחר שנועץ בסנגור, מסר, גרסה דומה לזו שנמסרה בבית הדין (ראו פס' 7 לעיל, "אולי פעם פעמיים... ושהייתי שיכור").

ההסבר בבית הדין אינו מהווה, אפוא, גרסה כבושה.

אשר להתרשמותי מהנאשם במהלך עדותו, נראה היה שהוא לחוץ, אופן דיבורו היה מהיר ולא תמיד ברור. מן ההסבר שנתן להודאה בשימושים נוספים בחקירת מצ"ח, לא ניתן היה לחלץ גרסה ברורה והוא היה מבולבל. באורח בלתי אמצעי, ניתן היה להתרשם כי הנאשם חש



אי-נוחות משמעותית בעת שנדרש להסביר מדוע מסר פרטים בדבר "שלוש ארבע גג חמש". אי-נוחות זו יכולה להתיישב היטב עם מי שמבקש להסתיר דבר מה, אולם, **אין לשלול לחלוטין**, אף את האפשרות כי מדובר במי שעצם המעמד היה קשה ומכביד עבורו והוא שהביא אותו למסור גרסה מבולבלת ומוקשית. בחקירה הנגדית, שב התובע ושאל את הנאשם על הגרסה שמסר בחקירה בנוגע לשימושים קודמים, והנאשם השיב שמדובר בהשערה, בעניין לא בטוח, ובפרטים שמסר במהלך חקירת לילה, **מתוך חוסר הבנה של המעמד שבו הוא נתון** (ראו למשל עמ' 28 ש' 3-1; ראו גם - "לא תיארתי לעצמי שכל דבר קטן שאני אגיד ייתפסו אליו" עמ' 28 ש' 19-20; הסבר זה שב ומעלה הנאשם שוב לכל אורך החקירה הנגדית, למשל, בעמ' 29 ש' 8-9, בעמ' 32 ש' 21-22, בעמ' 33 ש' 6-10).

בנקודה זו מצאתי **שלא** לתת אמון בטענת הנאשם כי סבר שאינו נתון בחקירת מצ"ח אלא בבירור מפקד. בפתח החקירה הודעו לו זכויותיו, הובא לידיעתו דבר זכותו להיוועץ בסגור והוא הוזהר כחוק. אף בעדותו כאשר נשאל על ההודעה לאמו ולחברתו, לאחר שנעצר, ציין כי נמנע מלהודיע כי לא רצה להלחיץ אותן, אין זה מתיישב עם מי שלא מבין את המעמד שבו הוא נתון (ראו בהקשר זה אף את חתימתו על גבי האמרה, לאחר האזהרה וזכות ההיוועצות וכן חתימה על כל אחד מעמודיה – 1/ת, כן ראו מסמכי המעצר שלו – 12/ת). הנאשם הבין היכן הוא מצוי (עמ' 22 ש' 26; עמ' 23 ש' 6). אף-על-פי-כן, הנאשם מסר כי היתה זו לו חקירתו הראשונה באזהרה, ולכן, **אין לשלול את הסברו כי לא הבין את מלוא ההשלכות של הדברים שמסר באותו מעמד** ("גרמו לי להבין שזו סתם חקירה, זו החקירה הראשונה שלי, אין לי מושג, חשבתי שזה בירור ידברו איתי ואני חוזר לבסיס לא הבנתי את ההשלכות של הדברים" עמ' 19, ש' 16-18). הסבר זה שלפיו סבר כי עם תום החקירה ישוב לבסיס ולא הבין את **מלוא משמעות השלכות המעמד והפרטים שהוא מוסר**, הגם שהבין שהוא עצור, הושמע מפי הנאשם בעדותו בבית הדין באופן עקבי והוא חוזר עליו לכל אורך עדותו (עמ' 20 ש' 4-5; עמ' 22 ש' 17-18; עמ' 23 ש' 15-16; ע' 24 ש' 9; עמ' 24 ש' 24). **מצאתי לתת אמון בהסבר זה**. בנסיבות אלה יכול ואכן, התשובה הראשונית שמסר בחקירה (שלושה ארבעה גג חמישה שימושים), נענתה בלא שהנאשם דק בהכרח בפרטיה. פרט לפרטים הכלליים והמעורפלים שמסר על אודות שימושים אלה, הגוף החוקר לא העמיק חקר בפרטי השימושים ולא הוברה לנאשם חשיבות מסירת הפרטים.

11. יתרה מכך, אף לו מצאתי לשלול כליל את הסברו של הנאשם בבית הדין לגרסה שמסר בחקירת מצ"ח, ולאמץ תחתיו את הודאת החוץ של הנאשם באמרתו בחקירת מצ"ח (סעיף 12א) (לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א – 1971), לא היה בכך די על מנת להרשיעו מעל לכל ספק סביר במעשי השימוש האמורים בנסיבות אזרחיות. הטעם לכך נעוץ הן באופי ההודאה ובמשקלה הפנימי והחיצוני, הן בנסיבות גבייתה ואופן תיעודה על ידי החוקרות.

בפס' 7 לעיל, הובא ציטוט הודאת החוץ של הנאשם (ת/1 עמ' 4 ש' 8-15). הודאה זו, שמסבכת אותו לכאורה בשלושה עד חמישה שימושים. היא הודאה כללית ולקונית, למעשים שהתרחשו לכאורה ב"חופשים" לאחר "הפסקות של חודשים". כאשר גם השורה באמרה שעליה מתבסס פרט אישום זה, **רצופה אי בהירויות וטעויות סופר**. התשובה רשומה לכאורה כשאלה, לכן לא ברור מפי מי היא נשאלה ומפי מי נרשמה התשובה וגם פרטיה כלליים ומעורפלים, לפני "חודשים", ב"חופשים". תוכנה הקצר של ההודאה מסבך את הנאשם אמנם בשימושים

אחדים קודמים בנסיבות אזרחיות, אך אין בה פירוט, היא כללית ומעורפלת, כעולה מדיוני בפס' 10 החוקרת לא עשתה די על מנת להבהיר הודאה זו.

12. לא נעלם מעיני, שאף הגרסה המפורטת שמסר בנוגע לעישון באירוע הבריתה כמענה לשאלה מתי היתה הפעם האחרונה שבה עישנת, מחזקת את החשד כי היו לכאורה מעשי שימוש קודמים למעשה זה, ולא היתה זו הפעם הראשונה או היחידה שבה עישן סמים (ראו חקירה נגדית עמ' 32 ש' 4-1, עמ' 32 ש' 18-16; שאלת בית הדין, בעמ' 33 ש' 18-20). אף בחקירת מצ"ח כשנשאל על פעמים קודמות שבהן עישן לא תיקן את החוקר וציין כי מדובר בפעם אחת ויחידה בלבד (ת/1 עמ' 4 ש' 8), יש בכך כדי להצביע לכאורה על מעורבות קודמת של הנאשם בעולם הסמים. אולם מעורבות זו לא נבחנה לעומקה, החוקרת לא עשתה מאמץ לרדת לשורשה ולבררה. פרט לחשד כללי, לא נמסרו בחקירה פרטים המחזקים את אותה הודאה כללית בנוגע לשימושים אלה.

זאת ועוד, גרסתו הראשונה של הנאשם בחקירה נמסרה, כאמור, במהלך חקירת לילה. החוקרת המטפלת, טורי' טל צברי, נתבקשה להעיד על-אודות החקירה ועל נסיבות מסירת הודאת הנאשם בפניה. ניכר היה שבעת מסירת העדות בבית הדין עשתה מאמץ למסור גרסת אמיתית ומדויקת. דא עקא, שהיא לא זכרה כמעט דבר מתוכן השיחה שהתנהלה בינה לבין הנאשם במהלך התשאול בעל-פה (עמ' 5 ש' 30). היא לא זכרה באיזה סוג סם הודה בפניה הנאשם שהשתמש וכמה פעמים (עמ' 6). חוקרת מצ"ח, טוראי צליל לוי שבאותה חקירה לא נטלה חלק פעיל אלא רק הקשיבה, זכרה כי הנאשם הודה במהלך תשאול בעל פה חמש פעמים בשימוש בסם בנסיבות אזרחיות, אך פרט לזיכרון כללי, לא ידעה למסור במדויק את הפרטים (ראו עמ' 15 ש' 6-15). הסגור אמנם לא חלק על תוכן הדברים שמסר הנאשם ב – ת/1 (האמרה הוגשה כאמור בהסכמה), אולם לנוכח העדר זיכרונה של החוקרת טורי' טל צברי במהלך העדות, לזכ"די מהלך החקירה חשיבות מכרעת על מנת ללמוד על נסיבות מסירת הדברים בחקירה ועל מידת הדיוק בתיעוד הדברים.

זכ"ד מהלך החקירה שבו תועדה חקירתו הראשונה של הנאשם, הוגש בהסכמה לעצם כתיבת הדברים אך לא כראיה לאמיתות תוכנו, בכפוף להשחרת חלקים ניכרים ממנו (ת/14, ראו עמ' 13 ש' 21). זכ"דים נוספים שהוגשו, מלמדים כי הגם שהחוקרת טל צברי העידה שלא חשה עייפה ובלתי כשירה לערוך את החקירה בשעות הלילה, בכל זאת, נפלו בו טעויות באופן תיעוד הדברים. כך למשל, העובדה שצוין שנועץ, לכאורה, בתחילת החקירה בסגור, בעוד שבפועל בחר שלא לממש זכות זו (ראו ת/7), העובדה שהשעה שבה הסתיימה החקירה בשל "טעות אנוש" לא נרשמה על גבי האמרה (ראו בהקשר זה ת/13); ראו גם טעות סופר נוספת שעליה עמד הסגור בחקירתו הנגדית, בנוגע לתיעוד שעת גביית האמרה (טעות סופר בשעת תיעוד העמוד השני לחקירתו הראשונה של הנאשם (ת/1 עמ' 2), בעמ' 9 ש' 29-34 לפרוטוקול הדיון מיום 18.3.2018).

מדובר אמנם בטעויות סופר הנוגעות לעניינים צדדיים. לוי היתה הודאת החוץ על פרטיה כמו גם עדות החוקרת מפורטת כך שניתן לסמוך ממצאים על יסודה, דומה כי לא היה בכוחן של טעויות אלה כדי לכרסם באורח ממשי במשקלה. אולם, משאין לשלול את הסברו של הנאשם בבית הדין כי לא הבין את מלוא משמעות וחשיבות הדברים שמסר בעת חקירתו הראשונה במצ"ח שנעשתה במהלך הלילה. ולכך יש להוסיף, שמדובר בהודאה כללית וקצרה, שנפלו טעויות סופר בתיעודה והגוף החוקר לא העמיק חקר בפרטיה; וזאת כשהחוקרת טל צברי

התקשטה לזכור אותה ולהעיד על אודותיה, ואף זיכרונה של החוקרת צליל מתמצה בכך שהוא הודה בחמש הזדמנויות בנסיבות אזרחיות (ראו זכ"ד מהלך חקירה בחתימתה) בלא תיאור עובדתי נוסף, מצאתי כי משקלה הפנימי של הודאת החוץ שמסר הנאשם במצ"ח הוא **נמוך**. אף הודאתו בחקירה השלישית ("פעם פעמיים" כשהיה שיכור ולא הבין מה עושה – ת/3 עמ' 2-1) היא קצרה, שטחית, בלתי מפורטת והחוקרת נמנעה מלחקור אותו על-אודותיה. הודאה זו אינה מחזקת את משקלה הפנימי של הגרסה בדבר מעשי שימוש קודמים בסם ולו בהזדמנות אחת או שתיים.

13. לפנינו הודאה **כללית בלתי מפורטת** שניטלה מאדם, הנעדרת כל פירוט עובדתי בדבר נסיבות השימוש. חָסֵר זה אף משליך על היכולת לקבוע כי היתה, לכאורה, **מודעות** לכך שנעשה שימוש בסם, באורח מלא או באמצעות דוקטרינת עצימת העיניים. דין הוא כי הערכת משקלה של הודאת חוץ נעשית בראי שני מבחנים-

"המבחן הפנימי (משקל עצמי) בודק את ההודאה על-פי סימני האמת העולים מתוכה, כגון הגיונה או חוסר הגיונה הפנימי, סידורם או בלבולם של הפרטים הנמסרים בה וכיוצא בהם סימנים של שכל ישר המביאים אדם בר דעת להתייחס לדברי זולתו באימון. המבחן החיצוני ('דבר-מה') בודק את ההודאה על-פי סימני אמת שהם חיצוניים להודאה ואשר יש בהם, לפי מבחני השכל הישר, כדי להשליך אור על אמיתותה. בין שני מבחנים אלה קיימים קשרי גומלין. כך, למשל, ככל שמשקלה העצמי של ההודאה הוא גדול יותר, כן קטן הצורך להיזקק למבחן החיצוני של ה'דבר מה'. לעומת זאת, ככל שמשקלה העצמי של ההודאה הוא קטן יותר, כן גדול הצורך להיזקק לאמת מידה חיצונית לבחינת האמת שבהודאה." ע"פ 715,774/78 לוי נ' מדינת ישראל, פ"ד לג(3) 228, 234-235 (1979)

במקרה שלפנינו להודאת החוץ של הנאשם כאמור משקל פנימי נמוך. בשים לב ליחסי הגומלין המתקיימים בין משקלה הפנימי של ההודאה לתוספת הראייתית הנדרשת לה, מתחייב בנסיבות העניין דנן "דבר מה" **ממשי ומשמעותי** הנוגע לגזרת המחלוקת (ראו למשל: ע/18/06 **התובע הצבאי הראשי נ' טור' אייזנשטיין**, בפס' 14 (2006)).

תוספת ראייתית שכזו בחומר הראיות אין.

בהקשר זה, מצאתי **לדחות** את עמדת התביעה הצבאית כי יש לראות בהודאה בשימוש באירוע הבריתה ובהודאות בשימושים נוספים בקנאביס שקדמו לה **כמקשה אחת**, אשר דגימת השתן מהווה תוספת ראייתית לשתייהן. ישנו **חיץ ברור** בין הפירוט הרב למעשה השימוש האחרון, הנתמך בתיאור מדויק של המקום, הזמן, אופן השימוש ובנוכחות מי, לבין ההודאה הלקונית והמעורפלת המלמדת על שימוש קודם בקנאביס, לפני חודשים, בהזדמנויות אחדות בנסיבות אזרחיות.

14. אכן, חומר הראיות מקים חשד הרובץ לפתחו של הנאשם כי השימוש בקנאביס באירוע הבריתה, שהוכח מעל לכל ספק סביר בפלילים, אינו התנסותו הראשונה של הנאשם בעולם הסמים. חרף החשד האמור, הגעתי לכלל מסקנה כי אין די בראיות הקיימות ביחס לחשד זה כדי לבסס הרשעה בפלילים. לפיכך, מצאתי להורות על **הרשעת** הנאשם במעשה השימוש בסם מסוג קנאביס שבסעיף א' לכתב האישום ועל **זיכוי** הנאשם משני מעשי השימוש הנוספים המיוחסים לו בסעיף ב' לכתב האישום.



הגנה מן הצדק

15. ההגנה טענה כי יש להורות על ביטול כתב האישום מטעמי **הגנה מן הצדק**. שני ראשים לטיעון זה. האחד, כי הגוף החוקר ערך **חיפוש בלתי חוקי**, וכי בנסיבות אלה, לנוכח הפסול הטמון במעשי הרשות, לא ראוי היה לתת משקל לממצאי חיפוש זה, אף לא במישור המנהלי, כאשר ברור שאלמלא ממצאים אלה היתה התביעה הצבאית נקשרת עם הנאשם בהסדר הקפאה. האחר, עניינו **אכיפה בררנית**. נטען, במקרים דומים אחרים, הגם שנמצאו ראיות ראשוניות למעשי שימוש או החזקה בנסיבות צבאיות, משלא הבשילו חשדות אלה לכדי אישום פלילי, מצאו רשויות התביעה הצבאית להיקשר בהסדרי הקפאה. טענת ההגנה היא כי הימנעות התביעה הצבאית מלכלול את הנאשם שלפנינו בהסדר הקפאה מהווה אכיפה בררנית של הדין - שבעטיה ובהינתן התנהלותה הכוללת של הרשות, יש הצדקה להורות על ביטולו של כתב האישום.

**הגנה מן הצדק - אופי הדיון היבטים ראייתיים ודיוניים**

16. טרם בחינת הטיעונים לגופם, אדרש בקצרה לסוגיות ראייתיות ודיוניות שעלו במהלך ניהול ההליך בעת בירור טענת ההגנה מן הצדק. בפתח ההליך עתרה ההגנה, בלא התנגדות התביעה, לכך כי טענת ההגנה מן הצדק תישמע ברצף עם **סיכומי הצדדים**. בפסיקה בואר כי הגם שמדובר בטענה **מקדמית** המועלית בפתח המשפט **אין** המדובר בכלל בל יעבור (ראו למשל, בג"ץ 1607/97 **בר טוב נ' הפרקליט הצבאי הראשי** (לא פורסם, 12.3.1997)). אם מצא בית-המשפט כי בירורה של הטענה מצריך שמיעת ראיות, עשוי הוא להשהות את הכרעתו בטענה עד לסיומו של המשפט (ע"פ 4855/02 **מדינת ישראל נ' בורוביץ**, פ"ד נט(6) 776, 808-809 (2005). להלן – **עניין בורוביץ**). נקבע כי קיימת **הצדקה** במקרים מסוימים, שבהם נבחנת שאלת הגינות הגשת כתב האישום כשלעצמה, להישמע **לאחר** שמיעת הראיות, כדי להגיע להחלטה מושכלת בשאלה האם אכן ננקט יחס שונה כלפי שווים. נמצא כי במקרים אלה לקבלת תמונה ראייתית עובדתית ברורה משקל חשוב בהכרעה בטענת ההגנה מן הצדק המחייבת איזון בין השיקולים השונים (ישגב נקדימון **הגנה מן הצדק** מהדורה שניה 477 (2009). להלן - **נקדימון**; בג"ץ 1563/96 **כץ נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד נה(1) 529, 544 (1997). להלן – **עניין כץ**; כן ראו ת"פ (ירושלים) 3148/07 **מדינת ישראל נ' לוזון** (טרם פורסם, 31.3.2008)).

בתום פרשת התביעה, הוכרו "אלו עדיי". עם תום פרשת ההגנה, ביקשה התביעה הצבאית להגיש אסופת מסמכים נוספת "במישור המנהלי", לקראת הדיון בטענת ההגנה מן הצדק. ההגנה התנגדה לכך. נטען, כי אין התביעה הצבאית יכולה **עתה** להגיש ראיות נוספות, אף ראיות הנוגעות לטענותיה בדבר הגנה מן הצדק, בלא שמיעת העדים בהתאם, אף אם אלה מוגשות כמענה לטענות ההגנה (ראו עמ' 33 ש' 30-31 עמ' 34 ש' 1-4 לפרוטוקול מיום 18.3.2018). התובעת הצבאית טענה כי מדובר בשורת המסמכים שעל יסודם הפעילה התביעה הצבאית את שיקול דעתה שלא להיקשר עם הנאשם בהסדר הקפאה (בכללם: דוחות החיפוש שנערך ביחידת הנאשם, דוח השתלשלות האירועים, ממצאי החיפוש וכו'), כי מדובר במסמכים רלוונטיים ומהותיים לבחינת סבירות החלטת הפרקליטה שלא להיקשר בהסדר הקפאה וכי יש להגישם ללא שמיעת העדים עורכיהם. נטען כי טענת ההגנה מן הצדק היא "הליך מעין בג"ץ בתוך ההליך הפלילי" ולכן התביעה מחויבת בהגשת הראיות הללו לצורך



- ביסוס חזקת תקינות המנהל, מבלי שיישמעו העדים (ראו עמ' 34 ש' 5-13 לפרוטוקול הדין מיום 18.3.2018).
17. לנוכח הערותיי ובשים לב לחשיבות המסמכים הללו לליבון הסוגיות שבמחלוקת, בפתח הדין מיום 12.4.2018 הוגשו **בהסכמה חלק הארי** של המסמכים מתיק החקירה אשר עמד לנגד עיני הרשות בבואה להכריע בשאלת ההליך הפלילי בעניינו של הנאשם ואי שילובו במדיניות ההסדרים המותנים. במעמד זה הוגשו דוחות המעבדה (ת/15-17/ת), דוח החיפוש ודוח זכ"ד חיפוש (ת/18-19/ת), אמרתו של סא"ל עידו סעד – מג"ד (ת/20); אמרתו של רב"ט בלייכר אלירן (ת/21).
18. מחלוקת בין הצדדים נתגלעה אשר להגשת זכ"ד השתלשלות האירועים בנוגע לחיפוש שנערך בחדרו של הנאשם ביחידה (חיפוש שהניב, כזכור, ממצאים לחובת הנאשם). ההגנה **התנגדה** להגשתו, בלא לחקור את עורך המסמך טוראי עומר אזולאי. בעמדה בכתב שהוגשה מטעם ההגנה ביום 22.3.2018 בואר, כי כל ראיה שמבקשת התביעה להגיש במסגרת ההליך הפלילי, לרבות בעת בחינת טענה בדבר הגנה מן הצדק, יש להגיש במועדה, דהיינו, במסגרת פרשת התביעה, על פי דיני הראיות ובאמצעות עדים מתאימים. יחד עם זאת, הוטעם כי ההגנה מוכנה היתה "לבוא בדברים עם התביעה כדי לבחון את האפשרות כי מסמכים רלוונטיים לשאלת שיקול דעת התביעה יוגשו בשלב מאוחר זה". בואר כי במישור המהותי, יש להגנה שאלות רלוונטיות להוכחת אי חוקיות החיפוש שברצונה להציג לעד ומשמצויים אנו בגדרו של ההליך הפלילי פשיטא שיש בידיה סמכות שכזו.
- התביעה הצבאית התנגדה לזימון העד. בתגובתה בכתב מיום 20.3.2018 נטען, כי בחינת סבירות פעולת רשויות התביעה הצבאית נבחנת בדרך של תקיפה עקיפה בהליך הפלילי ויש לראות הליך זה כ"בבואה של ההליך המנהלי כפי שמתקיים בבג"ץ". במסגרת זו לא נשמעים עדים אלא מוצגים מסמכים בלבד. נטען כי ל"ניהול משפט על הראיות מנהליות שעמדו בפני התביעה טרם הגשת כתב האישום... אין אח ורע במשפט הפלילי". עוד נטען כי לנוכח הסוגיה שבמחלוקת, ראוי להציג לבית הדין את המסמכים שעמדו לנגד עיני הגורם המוסמך בהחליטו שלא לכלול את הנאשם במדיניות הסדרי ההקפאה, וכי אין כל רלוונטיות לשמיעת העדות של עורך זכ"ד החיפוש, משעדות זו לא היתה חלק ממערך השיקולים של התביעה הצבאית.
- אחר שקילת עמדות הצדדים, ביום 25.3.2018 הוריתי על **זימון העד** לשיבה שבה יישמעו טיעוני הצדדים בטענת ההגנה מן הצדק. אבאר טעמי להלן.
19. תחילה למושכלות ראשוניים. דין הוא כי **כלל** ראיות התביעה צריכות להיות מוגשות במסגרת **פרשת התביעה כמקשה אחת** (יעקב קדמי **על סדר הדין הפלילים** חלק שני 1424 (2009)). להלן- **קדמי**). תכלית הכלל ברורה ועניינה בהקפדה על סדרי הדין הקבועים ועל ניהול ההליך הפלילי באופן יעיל ויציב. בצד זאת, קיימת גם תכלית מהותית, שעיקרה בהקפדה על זכויות הצדדים בהליך, ובפרט זכות הנאשם לניהול הגנתו כראוי, תוך שהוא נערך במסגרת הגנתו למכלול הראיות שמבקשת התביעה להציג, כנגזרת מהזכות להליך הוגן, ועל מנת להוציא לאור משפט צדק.
- הלכה למעשה, מכיר הדין **בחריגים** לכלל זה. בחיי המעשה, התירו בתי המשפט לתביעה להביא ראיות **לאחר** תום פרשת התביעה (ראו למשל ע"א 189/68 ששון נ' "קדמה" בע"מ, פ"ד כ(3) 477, 479 (1968); ע"א 579/90 רוזין נ' בן נון, פ"ד מו(3) 738, 743-742 (1992)); הותרה **לתביעה** הבאת ראיות "משלימות" שנשתכחו בתום פרשת התביעה וטרם הוחל

בשמיעת הסיכומים (קדמי לעיל 1429 וההפניות שם; וזאת בצד הסמכות שבחוק להבאת ראיות הזמה שלא ניתן לצפותן מראש, ראו, סעיף 369 לחוק השיפוט הצבאי וסעיף 165 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב -1982. להלן – חוק סדר הדין הפלילי). בית המשפט העליון הכיר באפשרות להתיר הגשת ראיה במהלך הסיכומים או אף לאחר הסיכומים ולפני מתן פסק הדין (ע"פ 951/80 קניר נ' מדינת ישראל, פ"ד לה(3) 505, 509-510 (1981)). בואר כי ראוי שהכללים עצמם ייתנו לבית המשפט סמכות ושיקול-דעת לרדת לחקר האמת, על מנת לעשות צדק ולמניעת עיוות דין (ראו גם דני"פ 5189/05 איילון חברה לביטוח בע"מ נ' מדינת ישראל, בפס" 17 (טרם פורסם, 20.4.2006)). כידוע -

"הפרוצדורה היא מסגרת רחבה וגמישה למדי המכוונת לתת לבעל-דין את מלוא האפשרות להציג ולפתח את ענינו בצורה מלאה ושלמה. היא חייבת להישאר כך גם כאשר קורית תקלה או כשבעל-דין עושה שגיאה במהלך המשפט הניתנת לתיקון בלי לגרום עוול לבעל-הדין האחר, ועל בית המשפט להרשות תיקון כזה בנדיבות וברחבות" (ע"א 189/68 ששון נ' "קדמה" בע"מ, פ"ד כ(3) 477, 479 (1968))

בעניינה של טענת ההגנה מן הצדק, ככל שעסקינן בטענה הנשמעת בפתח ההליך, מקובלת הדעה כי זו ראוי שתתברר כמעין "משפט זוטא" שבמסגרתו יוצגו טיעונים, יישמעו עדים, סיכומים והכרעה (נקדימון לעיל 480). מקום שנדחת שמיעת הטענה לשלב אחר בהליך המתברר, ראוי שהראיות או מסמכים הנוגעים לטענת ההגנה מן הצדק, יוגשו עם כלל ראיות התביעה במסגרת פרשת התביעה. בהקשר זה, אין נפקא מינה אם עניין לנו בראיות שנוגעות במישרין לשאלת בירור אשמתו או חפותו של נאשם או בראיות הנוגעות להליך המנהלי או להליך הפלילי הלב-שיפוטי הכרוך בעצם ההחלטה על העמדה לדין, שעוברת תחת שבת הביקורת של בית הדין במסגרת ההליך הפלילי. יתרה מכך, גדר הכפירה ובכללו טענת הגנה מן הצדק, פורט כבר בפתח ההליך. הידרשות התביעה, אפוא, להצגת שיקולי הרשות בהחליטה להימנע מהיקשרות בהסדר הקפאה, היתה ברורה לה. אף הראיות ה"מנהליות" העולות מאמרות הנאשם במצ"ח, הוגשו על ידי התביעה בפתח פרשת התביעה וכמוהן צריכות היו כלל ראיות התביעה להיות מוגשות באותו שלב. יחד עם זאת, משפוסעים אנו בתלם שאינו חרוש, ומשבתום שמיעת הראיות בשאלת בירור האשמה, פתחה ההגנה בטעמיה לטענת הגנה מן הצדק, לא נפל, בנסיבות המקרה דנן, כל פגם דיוני, המשליך על יכולת ההגנה להיערך לטענתה, בהגשת הראיות דווקא בשלב שבו הן הוגשו. לפיכך, מצאתי לאפשר הגשת הראיות אף בעת העלאת טענת ההגנה מן הצדק בשלב הסיכומים.

20. אשר לשמיעת העד עורך החיפוש (ת/22), התביעה הצבאית, כאמור, התנגדה לכך, בהטעימה,

כי אין מקום במסגרת דיון בטענת הגנה מן הצדק לאפשר שמיעת עדים.

מצאתי לדחות את עמדת התביעה הן בהיבט הדיוני הן בהיבט המהותי.

במישור הדיוני, כידוע הסכמה בין הצדדים להגשת ראיות מכשירה את קבלתן בבית הדין (ראו, למשל, סעיף 10ב לפקודת הראיות, אולם כלל זה נכון ביחס לכל ראיה שמבקשים הצדדים להגיש בהסכמה, ראו קדמי לעיל 1428 והאסמכתאות שם). בהיעדר הסכמה, הדין מורה כי הגשת המסמך תעשה באמצעות עורכו, בכפוף לשמיעת עדותו ולצורך העמדתו בחקירה נגדית (יעקב קדמי על הראיות חלק שני 909 (2009); ע"פ 347/88 דמיאניוק נ' מדינת ישראל, בפס" 6 (החלטה מיום 23.11.1988)).

אלה הם הכללים הנוהגים בדיני הראיות, הם המחייבים את ערכאות השפיטה הפליליות. בספרה של כב' השופטת ברק ארז נכתב כי בתי המשפט שדנים בעניינים מנהליים מחויבים **לדיני הראיות הרגילים**, ולא לדיני הראיות המנהליים. עם זאת, נמצא כי דיני הראיות המנהליים **עשויים להשפיע** על הדיון המשפטי כאשר נדרש בית המשפט להעריך, למשל, את "תקינותה של ההחלטה המנהלית במסגרת הביקורת השיפוטית" על יסוד **התשתית העובדתית** של ההחלטה (דפנה ברק ארז **משפט מינהלי** 459-458 (2010). להלן – **ברק ארז**). טיבה ומהותה של "השפעה" זו של דיני הראיות המנהליים על דיני הראיות החלים במשפט הפלילי, **טרם** בוארה בפסיקה.

21. דוקטרינת ההגנה מן הצדק מעניקה בידי בתי המשפט הדנים **בפלילים** סמכות להפעלת ביקורת שיפוטית אחר רשויות התביעה והחקירה כאשר העמדה לדין עולה כדי סתירה מהותית לעקרונות של **הגינות וצדק**.

בחינת פעולת הרשות השלטונית – במקרה זה רשויות התביעה - בהחלטה להעמיד לדין פלילי, נתונה לפיקוח שיפוטי של בית המשפט הגבוה לצדק על פי כללי המשפט המנהלי. עם זאת, משעה שפעולת הרשות הובילה לפתיחת הליך הפלילי והוגש כתב אישום, הקנה המחוקק סמכות להפעיל ביקורת שיפוטית **במישור המנהלי** על ההליכים האמורים גם בידי ערכאת השפיטה הפלילית. כך נקבע בבג"ץ **ניר עם** –

"לא מן הנמנע כי במסגרת הליך פלילי תידרש אף הערכאה הפלילית לבקר את חוקיות פעולותיהן של רשויות האכיפה בעת העמדה לדין פלילי. זאת, בפרט כאשר הנאשם עותר לביטולו של כתב האישום, בין אם בשל היעדר סמכות להגיש את כתב האישום, בין אם מחמת פגם שנפל בהליך החקירה או הגשת כתב האישום, בין אם בשל פסול בשיקול הדעת ובין אם משום שעומדת לו 'הגנה מן הצדק' ... בית הדין, בדונו בהליך הפלילי, וככל בית משפט פלילי, רשאי ומוסמך לדון לא רק בטענות המכוונות ישירות כנגד האישום הפלילי, אלא אף בהשגות על התנהלותן של רשויות המינהל טרם הגשתו של כתב האישום. כוללים אנו במסגרת זו **הן את שלב החקירה והן את ההתנהלות של התביעה עד להגשתו של כתב האישום**". (בג"ץ 9131/05 **ניר עם כהן ירקות** אגודה שיתופית חקלאית בע"מ נ' מדינת ישראל/משרד התעשייה המסחר והתעסוקה, בפס' 4-5 (טרם פורסם, 6.2.2006). להלן – **עניין ניר עם**).

22. בצד הקניית הסמכות לביקורת שיפוטית בידי ערכאות השפיטה הפליליות, בספרות ובפסיקה אף הוכר השוני **במוקד** הבחינה "המנהלית" אל מול מוקד הבחינה ה"פלילית" (רענן גלעדי "דוקטרינת הביקורת המנהלית בפלילים" **ספר אליהו מצא** 529, 535 (2015). להלן- **גלעדי**). הוטעם, כי בעוד שבהליך המנהלי תתקיים ביקורת שיפוטית על מעשה הרשות, בראי עילות הביקורת המקובלות במשפט המנהלי, שהתפתחו בפסיקת בית המשפט העליון, ובכלל זה חובת הרשות לנהוג בהגינות ובתום לב, עילת השיקולים הזרים, עילת ההפליה, עילת הסבירות ועילת המידתיות (**ברק ארז** 619, 629); הבחינה הפלילית **שונה** היא ומחייבת בחינה **מהותית** של השאלה האם יש הצדקה לניהולו של ההליך הפלילי בעניינו של הנאשם, בראי הבטחת קיומו של הליך פלילי ראוי, צודק והוגן. נקבע כי "הדגש בתורת ההגנה מן הצדק איננו, בהכרח, על בחינת התנהגותה של הרשות, כי אם דווקא, ובעיקר, על מצבו של הנאשם; לכן, אף אם פעלה התביעה בתום לב גמור, לא יהא בכך כדי לחסום את דרכו של הנאשם המעלה טענה מבוססת של הגנה מן הצדק"... (עניין **בורוביץ**, 806-805; ב' אוקון וע' שחם "הליך ראוי ועיכוב הליכים שיפוטיים" **המשפט** ג 265 (התשנ"ו-1996)). נקבע כי -



"בעיקרון עשויה אפוא ההגנה לחול בכל מקרה שבו קיומו של ההליך הפלילי פוגע באופן ממשי בתחושת הצדק וההגינות כפי שזו נתפסת בעיניו של בית-המשפט. מטרת החלטה של ההגנה היא לעשות צדק עם הנאשם, ולא לבוא חשבון עם רשויות האכיפה על מעשיהן הנפסדים." (עניין בורוביץ לעיל).

23. בית המשפט העליון קבע כי "דרך המלך" להעלאת טענות בדבר פגמים בכתב האישום, לרבות בשלב החקירה, היא במסגרת ההליך הפלילי, חלף הפניה לבג"ץ לשם הפעלת ביקורת שיפוטית על פעולת רשויות התביעה, בשל מספר טעמים -

"ראשית, בדרך זו יימנע הצורך מפיצול הדיון ומניהול שני הליכים נפרדים סביב סוגיות קרובות... שנית, לעיתים קרובות כרוכה השאלה המתעוררת באשר לחוקיות או לסבירות ההחלטה להגיש כתב אישום במחלוקות עובדתיות שונות. לערכאה הדיונית הכלים המתאימים לביורור שאלות עובדתיות ומהיבט זה עדיפה היא על פני בית המשפט הגבוה לצדק. שלישית, יש לזכור כי לרשות הערכאה הדיונית עומד מגוון של אמצעים לטפל בפגמים שנפלו בהגשת כתב האישום. בית המשפט יכול לעשות שימוש בסעדים מתונים ומידתיים שאינם מגיעים כדי ביטולו של כתב האישום." (עניין ניר עם לעיל בפסי 5; ראו גם רע"פ 4562/11 מוחתסב נ' מדינת ישראל, בפסי 3 (ב) לפסק דינו של כב' השי' עמית (טרם פורסם, 7.3.2013))

אכן, בספרות ובפסיקה נקבע כי אבחנה זו בין קיומה של ביקורת שיפוטית על מעשה הרשות במסגרת ההליך המנהלי בבית המשפט הגבוה לצדק, לבין בחינתה של טענת הגנה מן הצדק במסגרת ההליך הפלילי אינה אך תיאורטית, אלא מוצאת ביטוי מעשי. ייתכנו מצבים שהבחינה המנהלית בבית המשפט הגבוה לצדק, תניב החלטה שבעקבותיה יועמד אדם לדין פלילי, אולם בית המשפט הפלילי ידון לאחר מכן בטענת הנאשם כי עומדת לו "הגנה מן הצדק" המחייבת את ביטול כתב האישום. שוני זה נעוץ נובע מכך -

ש"בבית המשפט הפלילי יוכל הנאשם לפרוס תשתית עובדתית מפורטת לטענתו הנתמכת בראיות ובחקירת עדים - כלי דיוני שנית המשפט הגבוה לצדק אינו נוהג לעשות בו שימוש. שוני ראיתי זה עשוי להביא לשינוי בתוצאה" (נקדימון 160 ה"ש 90)

24. במישור הדיוני, אין מצויים אנו אפוא בגדרו של הליך מנהלי, אלא בעיצומו של הליך פלילי שבו נבחנת השלכת התנהלות הרשות על עניינו של הנאשם, במצב דברים זה, במישור הדיוני, אין הצדקה אפריורית לסגירת השער בפני הצדדים לחקור עדים שיש בכוחם להשליך על התמונה הראייתית הכוללת, הנוגעת לטענה הגנה מן הצדק. כשם שבטענות מקדמיות אחרות העולות בפלילים ניתן להתיר הבאת ראיות ושמיעת עדים (רע"פ 603/92 ברוך נ' מדינת ישראל, פ"ד מו(2) 114, 117-118 (1992); ע"פ 896/80 יוקר נ' מדינת ישראל, פ"ד ל"ה (3) 160, 162 (1981)), גם בדיון בטענת הגנה מן הצדק, אין מניעה לשמוע עדים ולהביא ראיות (נקדימון לעיל 480).

25. אף במישור המהותי, מצאתי כי נסיבותיו של מקרה זה מצדיקות להיעתר לבקשת ההגנה לשמיעת העד. הגם שקיים דמיון בין אופי בחינת שיקול הדעת של רשויות התביעה במסגרת הבחינה המנהלית, לבין ההכרעה בטענת הגנה מן הצדק בהליך הפלילי, אין זהות בין השניים. כך למשל, טענות פוטנציאליות הכרוכות בחוקיות החיפוש שנקשרות בקשר הדוק בהקפדה על זכויותיו המהותיות של חשוד, שלימים הפך נאשם, מחייבת ליבון עובדתי לנוכח אופיו של ההליך הפלילי כמו גם תכליותיו המצדיק שמיעת עדויות.



בעניין **דתנר**, עמד בית הדין הצבאי לערעורים על חשיבות קיומו של דיון ענייני ומושכל, ולפיכך על מידת החשיבות כי "כלל החומר הרלוונטי המצוי בידי ההגנה" ייחשף בפני בית הדין (ע/81/16 רב"ט **דתנר נ' התובע הצבאי הראשי**, בפס' 52 (2017). להלן – עניין **דתנר**).

26. בנסיבות המקרה דנן, **מתחדדת** השאלה, שכן עתירת ההגנה להעיד את עורך החיפוש עשויה לחשוף בפני בית הדין מידע **נוסף**, החורג מן המידע שעמד לנגד עיני הרשות המוסמכת בבואה להכריע בשאלת חוקיות החיפוש והשלכת ממצאיו על שאלת שילובו של הנאשם במסלול ההסדרים המותנים. בכך ניתן לטעון כי ייחשף בית הדין לחומר ראיות שאינו רלוונטי להליך ה"בחינה המנהלי" שאליו מוגבל הטיעון בדבר הגנה מן הצדק שלא לצורך. אין לשלול באופן גורף טענה זו.

אדרבא, ביני לביני סברתי כי לו היתה טענת ההגנה מתמצית בטיעון האכיפה הבררנית, כי אז ספק רב אם היתה הצדקה **מהותית** לשמוע את עדותו של עורך החיפוש, שהרי עדות זו תחרוג מאותה תשתית עובדתית שבאה בפני הרשות בקבלת ההחלטה ואינה נחוצה לבית הדין על מנת לבחון את החלטת הרשות הן בראי עילות הביקורת המסורתיות של המשפט המנהלי הן בראי מבחינה של דוקטרינת ההגנה מן הצדק. כך למשך, בעניין **דתנר** נקבע כי ככל שהשגותיה של ההגנה על החלטת רשויות התביעה מתמקדת בטענת "**אכיפה בררנית**", המרחק בין הדוקטרינות ותוצאות יישומן **אינו** יכול להיות רב, שכן שתי השאלות גם יחד עוסקות בבחינת שיקולי התביעה, בשתייהן תיבחן **סוגית הסבירות בראי מכלול הנתונים הרלוונטיים**. נקבע ששאלת סבירות ההחלטה קשורה בטבורה לשאלת המידתיות וההגינות בהליך הפלילי וכי אף במישור הסעד, בשתייהן יכריע מבחן "התוצאה היחסית", שנועד להלוס את האיזון בין מכלול האינטרסים החברתיים (עניין **דתנר** בפס' 47-48).

אף על פי כן, בנסיבות המקרה שלפניי, טענת ההגנה הופנתה לא רק כלפי שיקול הדעת שהפעילו רשויות התביעה על רקע אכיפה בלתי אחידה של הדין כלפי הנאשם לעומת אחרים שנסייבותיהן דומות, אלא **הורחבה הטענה**, לעבר **התנהלות הגוף החוקר בעת עריכת החיפוש**, **עובר** להגשת כתב האישום.

טענת הגנה מן הצדק הנשמעת בבית המשפט הפלילי שבידיו הכלים הדיוניים והראייתיים הנדרשים לבחינת המכלול העובדתי הכרוך בה תאפשר לצדדים "להביא ראיות בכתב ובעל פה ולחקור איש את רעהו בחקירה נגדית" (**נקדימון** לעיל 483 והאסמכתאות שם). בשורת פסקי דין, אכן נשמעו עדים בפני ערכאות השפיטה הפליליות במסגרת טענות בדבר הגנה מן הצדק (ראו, למשל: ע"פ (ירושלים) 40223/07 **גוטליב נ' מדינת ישראל**, בפס' 16 (טרם פורסם, 30.12.2007); ע"פ (ירושלים) 9847/05 **מדינת ישראל נ' אורה מושב עובדים להתיישבות**, בפס' 4 (טרם פורסם, 9.3.2006)).

27. במצב דברים זה, הגם שמכוון הדין, במסגרת העלאת טענות הגנה מן הצדק, לקיים ביקורת שיפוטית מנהלית בעל "אופי בג"צ"י על החלטות הרשות (**גלעדי** לעיל 532), לא מן הנמנע להרחיב את היריעה במקרים המתאימים לכך, בהינתן **המסגרת הדיונית הפלילית** ולשמוע עדויות שיש בכוחן להשליך על הוכחת אותו פגם שנפל בהתנהלות הרשות. במקרה דנן, על מנת שתיחשף **מלוא התמונה הראייתית** בפני בית הדין ותלובן במישור העובדתי התנהלות הגוף החוקר במהלך הליך החיפוש לעומקה, מצאתי לאפשר להגנה להשמיע את עדותו של עורך החיפוש, לצורך הכרעה בשאלת **מידת הפסול** שנפל בהליך החיפוש המשליכה על טיב ממצאיו והמשמעות שניתן לייחס להם כמו גם על התנהלותה הכללית של הרשות.

28. לאחר שנשמעה בבית הדין עדות עורך החיפוש, עתרה ההגנה להגיש אמרה נוספת של חייל מן הגדוד של הנאשם אשר נחקר במצ"ח במסגרת אותה פרשה. נטען כי אמרה זו היא חלק כותיק החקירה ויש להגיש. תחילה התנגדה לכך התביעה הצבאית בהטעימה כי הגשה זו חורגת מן ההסכמות שאליהן הגיעו הצדדים. בעניין דתנר נקבע כי –

" דווקא אופייה האינדיווידואלי של דוקטרינת ההגנה מן הצדק, אשר חורג מתחום הברור המשפטי של יסודות העבירה וגולש למחוזות נוספים, לפני ואחרי ההליך הפלילי, בנוגע לחקירה או ביחס לתוצאות ההליך הפלילי והשלכותיו – מחייב כי יוצגו בפני בית הדין כלל הנתונים הדרושים לעניין. האינטרס הציבורי המצוי בבסיסה של הזכות להליך הוגן ושיקולי הצדק, לצד האינטרס הציבורי לברור האמת ולאכיפת הדין, הם אלה המחייבים, כי בית הדין לא יתהלך כסומא וכי יקבל את החלטותיו באופן מושכל, על סמך תמונה מלאה ועניינית." (עניין דתנר לעיל בפס' 65)

נקבע שם כי לנוכח הדמיון בין הביקורת המנהלית ליישומה של טענת ההגנה מן הצדק כאשר מדובר באכיפה בררנית, יש לוודא כי התשתית העובדתית המלאה שבאה בפני הרשות המוסמכת היא זו שתובא בפני ההגנה ובפני בית הדין. לאור הערותיי, בראי הדין הנוהג, הוגש, לבסוף, בהסכמה תיק החקירה בשלמותו (ת/23).

#### הגנה מן הצדק – בחינה מהותית

29. שורשיה של דוקטרינת ההגנה מן הצדק במשפט האנגלי. מקורה בהליך המנהלי. היא אומצה בפסיקת בית המשפט העליון הישראלי בהליך הפלילי ולימים עוגנה בחקיקה, כטענה מקדמית לביטול כתב האישום מקום ש"הגשת כתב האישום או ניהול ההליך הפלילי עומדים בסתירה מהותית לעקרונות של צדק והגינות משפטית" (סעיף 351(א)(6) לחוק השיפוט הצבאי, התשט"ו – 1955; סעיף 149(10) לחוק סדר הדין הפלילי). בפסיקת בית המשפט העליון בעניין יפת נבחנה הדוקטרינה לעומקה, תוך קביעת אמת מידה ביחס למעשה הרשות של "התנהגות שערורייתית, שיש בה משום רדיפה, דיכוי והתעמרות בנאשם" (ע"פ 2910/94 יפת נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(2) 221, 370 (1996)). ברבות השנים, ניכרת מגמת ריכוך מבחינה של הדוקטרינה לעבר אימוץ מבחן גמיש המציב עקרונות של צדק והגינות הבוחנים את מעשה הרשות ואת איזונם עם "מכלול הערכים, העקרונות והאינטרסים השונים הכרוכים בקיומו של ההליך הפלילי (עניין בורוביץ לעיל 807). פיתוח הדוקטרינה והגמשתה מצא ביטוי, עם אימוצה של בחינה תלת שלבית, שראשיתה בזיהוי הפגם, המשכה באיזונו עם מכלול הערכים ונסיבות העניין ואחריתה בבחינת הסעד הראוי :

"בשלב הראשון על בית-המשפט לזהות את הפגמים שנפלו בהליכים שנקטו בעניינו של הנאשם ולעמוד על עוצמתם, וזאת, במנותק משאלת אשמתו או חפותו. בשלב השני על בית-המשפט לבחון אם בקיומו של ההליך הפלילי חרף הפגמים יש משום פגיעה חריפה בתחושת הצדק וההגינות. בשלב זה, נדרש בית-המשפט לאזן בין האינטרסים השונים... תוך שהוא נותן דעתו לנסיבותיו הקונקרטיות של ההליך שבפניו... בשלב השלישי, משוכנע בית-המשפט כי קיומו של ההליך אכן כרוך בפגיעה חריפה בתחושת הצדק וההגינות, עליו לבחון האם לא ניתן לרפא את הפגמים שנתגלו באמצעים יותר מתונים ומידתיים מאשר ביטולו של כתב-האישום" (עניין בורוביץ לעיל, 807-808).

ערכי הצדק וההגינות בהליך המשפטי, המעוגנים ביסודות ההגנה מן הצדק, אפשרו אפוא לבית המשפט "להרחיב את העדשה" דרכה נבחן מעשה העברה וההליך המשפטי לעבר "הרגע שלפני ביצוע העבירה ואף אל התנהלות ההליך הפלילי הנמצא בעתידו של מעשה העבירה" (ע"פ 7621/14 גוטסדינר נ' מדינת ישראל, בפס' 44 (טרם פורסם, 1.3.2017). להלן – עניין גוטסדינר).

30. התנהגותה הפסולה של הרשות אינה חייבת להתבטא, אך בעצם ההחלטה על ההעמדה לדין, והיא עשויה להתייחס גם להתנהלות נפסדת של המשטרה או הפרקליטות בניהול החקירה או המשפט. במובן זה, טענת הגנה מן הצדק היא "טענת סל", שתחתיה, יכול ותישמענה טענות בדבר חקירה פסולה, שיהוי בלתי סביר בהגשת כתב אישום ועוד (זאב סגל ואבי זמיר "הגנות מן הצדק כיסוד לביטול אישום – על קו התפר בין המשפט הפלילי למשפט הציבורי" הפרקליט מז' 42 72 (2003)). הליך החקירה הפלילית, הערכת ממצאיה והאישום הפלילי הם הליכים מנהליים, לבר-שיפוטיים הכפופים לכללי המשפט המנהלי. נמצא כי "עם הגשת כתב האישום חוצות ההחלטות השלטוניות האמורות את מפתנו של בית המשפט הפלילי והופכות לבנות שפיטה על ידיו, במסגרתה של טענה מקדמית שמעלה הנאשם במשפטו הפלילי" (נקדימון לעיל 160).

נפנה עתה לבחינת טענת ההגנה בדבר פגמים בחוקיות החיפוש שבוצע.

#### חוקיות החיפוש

31. ההגנה טענה כי עניין לנו בחיפוש פלילי שנערך "ללא סמכות וללא עילה", המחייב את המסקנה כי לא ראוי היה לגורמי התביעה הצבאית, כרשות מנהלית הגונה, להסתמך, אף לא במישור המנהלי על ממצאיו. בטיעוניה הצביעה ההגנה על שורת פגמים בחיפוש אשר להשקפתה, מחייבים את המסקנה כי יש לפסול את קבילות הראיות שהתקבלו על יסודו, ולא לתת להם שום משקל אף לא ברמה המנהלית.

32. התביעה טענה כי טרם קבלת ההחלטה שלא לשלב את הנאשם בהסדר מותנה, חלה עליה חובה להסתמך על ממצאי החיפוש שנערך ביחידת הנאשם כראיות מנהליות. להשקפת התביעה, אף ראיה שהושגה בדרך לא חוקית כשירה לשמש כראיה מנהלית, ולכן אף תוצריו של חיפוש שנערך בלא סמכות עשויים לשמש את הרשות במישור המנהלי. מעבר לכך, נטען שאין חולק כי מפקד רשאי לערוך חיפוש לחיילים הנתונים למרותו, ואם ימצא סמים, רשאי על יסודם לקבל החלטה במישור המנהלי ולהדיח את החייל מן היחידה, וזאת להבדיל מן המישור הפלילי. אשר לאי חוקיות החיפוש, נטען כי לא הוכח שעניין לנו באי חוקיות "זועקת" ומשמבקשת ההגנה לטעון כנגד חוקיות החיפוש נטל הבאת הראיות הוטל עליה. ההגנה הסתפקה בהקשר זה בהבאת חוקר מצ"ח ונמנעה מלזמן לעדות את מפקד היחידה – סא"ל עידו סעד או את הגורם הרלבנטי במצ"ח שמולו תואמה פעולת החיפוש – סרן חן שרעבי. משכך, לא הונח מסד ראייתי התומך בטענה כי החיפוש היה בלתי חוקי מלבד השערות. מכל מקום, כך נטען, נקטו רשויות התביעה בנסיבות המקרה דנן, משנה זהירות כמצוות הדין, ונמנעו ממתן משקל לממצאי החיפוש במישור הפלילי.

33. נקודת המוצא לבחינת סוגיה זו היא כי "טענות נגד פגמים שנפלו במהלך ניהול החקירה וההליך הפלילי הינו במסגרת ההליך הפלילי" (ראו למשל בג"ץ 5429/12 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה (טרם פורסם, 11.7.2012)). ניתן, כאמור, להפעיל ביקורת שיפוטית על



הגינות **דרכי איסופן** של ראיות והשלכתן על **ההליך המשפטי** שעתיד להתקיים על יסודן, במסגרת טענת הגנה מן הצדק (**עניין כץ** לעיל). על הרעיון הניצב בבסיס הדברים עמד כב' השי' קדמי באותו עניין –

"הגנה-מן-הצדק' הצומחת מהתנהגות 'בלתי נסבלת' של הרשות, מבטאת את נקיעת הנפש הציבורית מפני הנקיטה באותו קו של התנהגות; כאשר נקיעת הנפש משקפת לא רק סלידה מאותה התנהגות, אלא גם חשש מפני הפיכתה לנורמה. ההגנה מכוונת, לא רק להוקיע את ההתנהגות הפסולה של הרשות ולחנך ולרסן את העושים במלאכת אכיפת החוק, שלא לפגוע בזכויות היסוד של הפרט לחקירה ולמשפט הוגנים; אלא גם להתריע מפני הסכנות הכרוכות באותו קו התנהגות לזכויות היסוד של הפרט במקרים אחרים, ולהשמיע באזני הרשות התראה חמורה מפני חזרה על אותה התנהגות בעתיד (**עניין כץ**, 546-545)

34. טוענת התביעה, כי בנסיבותיו של מקרה זה לא אבחנה ההגנה כנדרש בין ממצא שהוא תולדה של הליך חקירה נפסד, המשמש ראיה במישור **המנהלי** ופסול מלשמש כראיה בהליך **הפלילי**. להשקפת התביעה, לא זו בלבד, שלא היתה מניעה לתת משקל לממצאי החיפוש שנערך באורח בלתי חוקי במישור המנהלי, וזאת להבדיל מן המישור הפלילי; אלא שלנוכח הנחיות התביעה הצבאית הראשית חלה עליה חובה לעשות כן (ראו סעיף 9 להנחיית תצ"ר 3.07 כי בכלל נסיבות החומרה הקשורות בחשוד או העבירה, רשאי פרקליט לשקול ראיות מנהליות). הראיה המנהלית אכן הוכרה כראיה "גמישה". בעת קבלת החלטה במישור המנהלי אין הרשות כבולה בכבליהם של דיני הראיות הרגילים. ברוח זו, זוהו בדין מצבים שבהם האבחנה בין ההליך המנהלי לעקרונות המשפט הפלילי הניבה **פער** שאפשר הסתמכות על הראיה במישור האחד בלא שתהווה ראיה במישור האחר. כך למשל כאשר דובר במי שבישור המנהלי ראוהו כחייל לכל דבר ועניין (הועמד לדין משמעותי), אך במישור הפלילי הוא נחשב כמי שטרם גויס כדין (ע"מ 35/12 **התובע הצבאי הראשי נ' טור' חיון** (2012)). בעניין **סמורגונסקי**, עמד בית הדין הצבאי לערעורים על האבחנה הקיימת בדין בין הרף הראייתי הדרוש לבחינת סבירותה של החלטה **מנהלית**, לבין הרף הראייתי שעל התביעה לעמוד בו, בכדי להרשיע אדם **בפלילים**.

באותו הקשר בואר כי סבירות ההחלטה המנהלית תיבחן באמצעות **ארבעה מבחנים**:

"**האחד**, איסוף נתונים, דהיינו על הרשות לאסוף את הנתונים הנדרשים לקבלת החלטה, באופן סביר, לפי מהות הסמכות, מיהות הרשות ונסיבות המקרה; **המבחן השני**, הוא מבחן השייכות לעניין. כלומר על הרשות המנהלית לדאוג שכל העובדות והנתונים הנוגעים לעניין יהיו לפנייה, ולדחות מעל פניה את כל העובדות והנתונים שאינם נוגעים לעניין; **המבחן השלישי** הוא מבחן אמינות הנתונים, על פי מבחן זה, כדי שהרשות תוכל להתבסס על נתון, צריך שהנתון יעמוד במבחן הראיה המנהלית. זהו מבחן גמיש. הוא מאפשר לרשות המנהלית לקחת בחשבון גם ראיות שאינן קבילות בבית משפט (כגון עדות שמיעה) אך אדם סביר היה סומך עליהן לצורך קבלת החלטה בעניין העומד על הפרק; **המבחן הרביעי**, מדבר בראיות מהותיות. על פי ההלכה, התשתית צריכה להיות מוצקה במידה מספקת כדי לתמוך בהחלטה. היינו, תשתית העובדות צריכה להיות כזאת שרשות סבירה הייתה מסתמכת עליה לצורך קבלת החלטה הנדונה" (ע/111/07 **טור' סמורגונסקי נ' התובע הצבאי הראשי**, בפס"י 15 (2010))

עוד בואר באותו עניין כי עסקינן באמת מידה **גמישה ויעילה** המחייבת את המנהל הציבורי בהגינות ובסבירות -



"ארבעת מבחנים אלה אינם כללים נוקשים, ואין הם מחייבים את הרשות המינהלית לנהוג על פי כל מבחן ומבחן בצורה קפדנית בכל מקרה ומקרה, כאילו הייתה בית משפט. המינהל הציבורי חייב לפעול בדרך כלל באופן **גמיש ויעיל, תוך שהוא שומר על ההגינות והסבירות**. הסבירות מחייבת גם מידה של זהירות ורצינות בהליך של קביעת העובדות, בהתאם לנסיבות של כל מקרה, ... אם הרשות תנהג בסבירות, במובן זה, היא תצא ידי חובתה. המבחנים לא באו להחמיר עם הרשות המינהלית... הם נועדו רק להבהיר מה מתחייב ממידת הסבירות בכל הנוגע לקביעת העובדות המשמשות את הרשות המינהלית כבסיס להחלטה, ולהתריע כי סטייה מהותית של הרשות מאחד המבחנים עלולה לערער את תשתית העובדות עד כדי כך שהחלטת הרשות תתמוטט" (שם, שם; בג"ץ 987/94 יורונט קווי זהב (1992) בע"מ נ' שרת התקשורת, פ"ד מח(5) 412, 424-425 (1994)).

35. במהלך הדיון ציינה התובעת הצבאית, כי לכל אורך ההליך היתה עמדת התביעה ש"נפל פגם בחוקיות החיפוש" וכי "התביעה הצהירה שלא העמידה את הבדיקה לעניין אותו פגם והחליטה שלא לייחס אותו במישור הפלילי" (עמ' 11 ש' 22-23, לשיבת הסיכומים מיום 15.4.2018). בהמשך הוסיפה התובעת "בתיק הזה לא ידוע לנו מה היה טיבו של החיפוש, ייתכן שהיה חיפוש לחלוטין לא חוקי, ייתכן שהיה חיפוש תקין, ייתכן שהיה פה חיפוש שהוא מעט בעייתי **אנו לא יודעים**..." (עמ' 12 ש' 19-20, לשיבת הסיכומים מיום 15.4.2018. הדגשות הוספו). בהמשך, הפנתה התובעת לשלוש אינדיקציות בתיק החקירה (יומן החקירות, זכ"ד מהלך חקירה של טורי עומר אזולאי ואמרת המג"ד – סא"ל סעד), שאין ניתן להסיק מהן, להשקפתה, על השאלה על ידי מי התבקשה הביקורת של מצי"ח ביחידה שבמסגרתה נערך החיפוש או האם נתבקשה הביקורת על סמך חשד שהתעורר ביחידה לשימוש בסמים. בהמשך, ציינה התובעת כי "ההגנה מבקשת לבסס את הטענות שלה על אי חוקיות החיפוש" ולכן "הנטל להוכיח את אי חוקיות החיפוש במקרה זה רובץ לפתחה" (עמ' 12 ש' 25-27, לשיבת הסיכומים מיום 15.4.2018).

36. השקפת התביעה העקרונית, בהקשר זה, הינה **מוקשית**.

עם זיהוי פגם בהליך החיפוש, הוחלט על-ידי רשויות התביעה שלא לייחס לנאשם שלפנינו את תוצרי החיפוש במסגרת האישום הפלילי, אך להכשיר את ממצאיו במישור המנהלי. הפער בין אמת המידה הפלילית למנהלית, כעולה מפס' 34 לעיל, אכן עשוי להניב כאמור תוצאות שונות במישורים השונים, כפי שנהגה התביעה הצבאית בנסיבות מקרה זה, אולם **אין משמעו הכשרת כל ראיה במישור המנהלי**. הצהרות התובעת כי לא נבחנו **טיבם** של הפגמים בחיפוש טרם קבלת החלטה לייחס לממצאיו משקל במישור המנהלי **אינה** עולה בקנה אחד עם מצוות הדין.

"מבחן הראיה המנהלית" מבוסס על גמישות ויעילות, והוא מוותר על דרישת הסף של **קבילות**, ויתור זה נעשה, תוך התמקדות בסוגיית המשקל שיש לתת לראיות על מנת שניתן יהיה לבסס עליהן החלטה מנהלית (**ברק ארז** לעיל 445). מבחן זה מבוסס על עקרונות של הגינות וסבירות והוא מחייב כי **כל** המידע הרלבנטי שנאסף, **ייבחן ויישקל** טרם קבלת החלטה המנהלית. יישומו של מבחן הסבירות מכוון לשתי שאלות: האחת, האם כל אחת מהראיות שנאספו היא ראיה שניתן לסמוך עליה; האחרת, מה המשקל שיש לתת לכל ראיה והאם המשקל המצטבר של כלל הראיות תומך באופן סביר בהחלטה שהתקבלה (**ברק ארז** לעיל 446). עולה אפוא, כי אף במישור המנהלי, היה על התביעה **לבחון את מכלול הנתונים**

**שבאו לפניו**, להעריך את מהות הפגם שנפל בהליך החיפוש ולגבש את ההחלטה המנהלית על יסוד המשקל שמצאה לתת לתוצרי החיפוש בראי הפגם האמור.

זאת ועוד, להחלטת גורמי התביעה לתת משקל לתוצרי החיפוש במישור המנהלי, השלכה מכרעת בעניינו של הנאשם אף במישור הפלילי. התובעת הצבאית בעצמה הצהירה כי "השיקול העיקרי שהוביל אותה שלא להיקשר בהסדר במקרה שלנו הוא לא שלושה שימושים לעומת שימוש בודד, אלא אותן ראיות מנהליות" (עמ' 13 ש' 6-7, לשיבת הסיכומים מיום 15.4.2018).

מכאן שהחלטה זו, הגם שהתקבלה במישור המנהלי ויש לבחנה על בסיס אמות המידה המנהליות, משליכה על היבטים פליליים מובהקים הנוגעים לעניינו של הנאשם ומחייבת זהירות מיוחדת (ע/3/18 טור' דאנה נ' התובע הצבאי הראשי, בפס' 45 (2018)). להלן – עניין דאנה). בעניינה של החלטה מינהלית שיש לה השלכה ישירה על אופי ההליך הפלילי שיינקט, אומצה בפסיקה אמת מידה ראייתית מחמירה, בשל החשש לפגיעה בזכויות יסוד של הפרט ובזכות להליך הוגן. בואר, כי במצב דברים זה מחייבת ההחלטה המנהלית הסתמכות על ראיות "ברורות, חד משמעיות ומשכנעות" כך ש"כגודל הזכות העלולה להיפגע כן גודלה ועצמתה של הראיה הנדרשת" (בג"ץ 3379/03 מוסטקי נ' פרקליטות המדינה, פ"ד נ"ח(3) 865, 899 (2004); ברק ארז לעיל 447-448).

37. הנה כי כן, לא די היה בכך שהתביעה תזהה קיומם של פגמים בחיפוש מבלי לעמוד על טיבם, כהצהרת התובעת. ראוי היה שהתביעה תבחן את מהות הפגם, במשקפי מבחן הראיה המנהלית, תוך נקיטת אמת מדה ראייתית הולמת, משמדובר בהחלטה מינהלית שבכוחה להשליך על הליך פלילי. הנטל בהיבט זה היה בראש ובראשונה עליה לבחון את כלל הנתונים שנמצאים בפניה, תוך מתן התייחסות מספקת אליהם (ברק ארז לעיל 442).

עם העלאת טענת ההגנה מן הצדק שעניינה התנהלות הרשות בעריכת החיפוש, מתוקף מעמדן הציבורי של רשויות התביעה וחובת האמון וההגינות המוטלת עליהן, נדרשה התביעה, להניח בפני בית הדין את מלוא התשתית העובדתית הצריכה לעניין החיפוש (נקדימון לעיל 484). בהמשך, ככל שביקשה ההגנה לבסס טענת הגנה מן הצדק, כותב המלומד נקדימון, כי ניתן לאמץ את הכלל הנוהג, החל על חלק מן ה"הגנות" בפלילים - שכנוע ברמת הטיית מאזן הסתברויות, או לאמץ את רמת ההוכחה הנוהגת החלה על סייגים לאחריות פלילית, כך שעל ההגנה לעורר ספק שמא הסייג קיים, לא הוסר הספק על ידי רשויות התביעה, יחול הסייג (נקדימון לעיל 490-489).

38. בחינת התשתית הראייתית שבתיק החקירה בנוגע לחיפוש שנערך בחדרו של הנאשם ביחידה במישור המנהלי מעלה את הדברים הבאים:

א. ביום 29.12.2017 בשעה 22:04 יצא צוות בלשי מצ"ח לסייע בביקורת פתע בגדוד חי"ר – קל 33 (ראו סעיף 3 בזכ"ד השתלשלות אירועים – ת/22).

ב. צוות בלשי מצ"ח נשלח בעקבות שיחה שהתקיימה יום קודם לכן בשעות אחה"צ (28.12.2017 בשעה 16:29) בין סרן חן שרעבי (מ"מ מבי"ס מ"צ ב"ש) לבין סא"ל רועי ארז – קצין הלוגיסטיקה האוגדתי של אוגמ"ר 80, שבה ביקש סא"ל ארז מסרן שרעבי "סיוע בביקורת אותה הם מעוניינים לבצע ביחידתו בהנחיית, סא"ל עידו סעד" (ראו סעיף 2 בזכ"ד השתלשלות אירועים – ת/22). אף ביומן החקירות צוין כי מדובר בפעולת מנע (יומנ"ח 30.12.2017, רב"ט שיר אוחיון – ת/23).

ג. צוות מצ"ח הכולל את חוקר מצ"ח טוראי עומר אזולאי ובלש מצ"ח טוראי יעקב רומנוב הגיעו ביום 30.12.2017 דקות אחדות לאחר **חצות** לגדוד 33.

ד. במסמכי החיפוש נכתב (על פי הפורמט הקבוע בדוח) כי החיפוש נעשה ביחידתו של הנאשם לנוכח קיומו של חשד ליישמוש ואחזקה בסמים מסוכנים" וכי בהגיעם של נציגי מצ"ח לגדוד הזדהו בפני סמ"ר קורל לוי והציגו צו חיפוש המתיר עריכת חיפוש ביחידה (ראו דו"חות זכ"ד חיפוש שערכו טורי אזולאי וטורי רומנוב – ת/19). יחד עם זאת, בחומר הראיות, לא קם חולק, כי **אין צו חיפוש ואין כל אינדיקציה אחרת המצביעה על קיומו של חשד סביר** כאמור לשימוש ואחזקה בסמים מסוכנים, ביחס לנאשם או למאן שהוא אחר מן הגדוד.

ה. מדוח החיפוש עולה כי בשעה 03:00 נערך חיפוש **בחדרו** של הנאשם ביחידה, כאשר לחיפוש התלווה סא"ל רועי ארז (מג"ד). האחראי על החיפוש היה טורי אזולאי (חוקר מצ"ח), השתתף בחיפוש טורי רומנוב (בלש מצ"ח), היתה נוכחת בחיפוש סמ"ר קורל לוי מגדוד 33 - הסרס"פית. עם כניסת נציגי מצ"ח לחדרו של הנאשם הציגו עצמם. במהלך החיפוש בחדרו של הנאשם נמצאו בתיקו האישי שבחדר ארבעה דפים מקופלים ובהם דף החשוד כמכיל סם מסוכן; שקית ניילון ובה חומר החשוד כסם מסוכן; מקססה בצבע כסף ועליה ציור צבעוני (דוח החיפוש – ת/18; סעיפים 5-6 לזכ"ד השתלשלות אירועים - ת/22).

ו. במהלך החיפוש מסר הנאשם כי המיטה שייכת לו וכך גם יתר חפציו. כשנמצאו המוצגים החל הנאשם לנשום בכבדות, "הראה סימני לחץ מאוד גדולים" וביקש מספר פעמים לצאת מן החדר "כי אינו יכול לראות את זה". סא"ל סעד ציין בפניו כי "הוא צריך להישאר בחדר ולראות את ביצוע החיפוש". עוד ציין סא"ל סעד בפני הנאשם כי "הוא מאוכזב ממנו אישית", החשוד היה נבוך בתגובתו, הוריד את ראשו, ועיניו נהיו אדומות. כשהפנה טורי אזולאי את החשוד למוצגים ושאלו האם שייכים לו, הכחיש כי שייכים לו והוסיף כי "עבר עליו שבוע קשה". הנאשם אישר בפני טורי אזולאי כי הוא שסידר את התיק שבו נמצאו המוצגים (סעיפים 7-11 לזכ"ד השתלשלות אירועים - ת/22).

ז. כלל המוצגים שנתפסו נמצאו בבדיקות המעבדה לתרעולה חיוביים לקנאביס (ת/15-ת/17). ח. אמרה שנגבתה מסא"ל עידו סעד, למחרת מועד החיפוש, בנוגע להשתלשלות האירועים מעלה כי ביום 29.12.2017 בשעה 23:00 התקשר אליו קצין הלוגיסטיקה האוגדתי – סא"ל רועי ארז ועדכן אותו שהביקורת של מצ"ח בדרך (ובלשונו של סא"ל סעד כפי שמסר לחוקר מצ"ח "הביקורת שלכם בדרך אלי"). בהמשך, עם הגעת הבלשים, התלוו המג"ד, הקלאויג ומפקד נוסף מהגדוד רס"ן הלל אליהם ונערך **חיפוש בפלוגות השונות ביחידה** (החיפוש נערך בנחל רביב; בפלוגה החדשה – אוג' 2017; בקרב הנהגים; בפלוגה המסייעת; במחזור נוב' 2015; אחרונה נבדקה הפלוגה המבצעית של נוב' 2016 אליה שייך הנאשם). בהמשך תיאר המג"ד את מציאת הסמים בתיקו של הנאשם, לשאלת החוקר השיב, כי החיפוש נערך על ידי "בחור ממצ"ח" (עמ' 1 לאמרה- ת/20). בהמשך, פירט סא"ל סעד על המוצגים שנתפסו, על תגובתו של הנאשם (בכה, ציין כי עוברת עליו תקופה קשה, ביקש לצאת מן החדר חשש שיעזיבו אותו מהגדוד והוא יישלח לכלא). כנשאל סא"ל סעד בנוגע לתפקידו בחיפוש ציין כי תפקידו היה "**לצפות ולוודא שהכל כשורה**". כאשר נשאל האם טרם הביקורת הסבירו לו מדוע היא נעשית, השיב "**פחות או יותר כן**, אני מאוד שמח לזה מבחינתי תבואו כל שבוע" (עמ' 2 לאמרה – ת/20). אמרה נוספת שנגבתה מחייל ביחידה – רב"ט בלייכר אלירן, מעלה כי חדרו של הנאשם פתוח לכניסה ויציאה של רבים, כי החיפוש נערך "בכל התיקים" (עמ' 2 ש' 19



33, 43 ל – ת/21). כי בתיק השייך לנאשם נמצאו המוצגים, וכי לא היו פרט למוצגים אלה כל אינדיקציות הקושרות את הנאשם לעולם הסמים (עמ' 3-5 ל – ת/21). דברים ברוח דומה בדבר העובדה ש"לכל הבסיס יש גישה לתיק שלו" וכי ממצאי הסמים בתיקו של הנאשם אינו מתיישב עם אופיו של הנאשם וכי "אולי אנשים מסתובבים אולי מישהו רב איתו" עלו מעדות חייל נוסף שצורפה לחומר החקירה (ראו בעמ' 2 ש' 21 ; עמ' 3 ש' 46, 48, 69 לאמרתו של סמ"ר ראש סער – ת/23; על דבר הגישה החופשית לחדר ועל אופיו של הנאשם אשר אינו מתיישב עם שימוש בסם, ראו גם אמרת הסרס"פית סמ"ר קורל לוי: עמ' 2 ש' 41; עמ' 3 ש' 54-56 – ת/22). מאמרתה של סמ"ר לוי גם כן עולה כי דובר "בבדיקה שגרתית של מצ"ח על כל הגדוד" (עמ' 2 ש' 6; עמ' 4 ש' 100 ת/23).

ט. בחקירתו במצ"ח, אישר הנאשם כי התיק הוא תיקו האישי, אך הכחיש כי הממצאים שנתפסו בתוכו שייכים לו. הוא הוסיף כי התיק נמצא בחדר שלחיילים רבים גישה אליו. אשר למקססה אישר כי לפני כשנתיים בעת ששהה בחו"ל רכש אותה, הכחיש כי עשה שימוש בסם בבסיס וציין כי יכול ונשארה בתיק מאז נרכשה בחו"ל (ת/1 עמ' 6-10). בחקירתו השניה ציין כי יכול וחבריו מהבית השאירו את הסם שנתפס בתיקו האישי בתוכו, והוא בחוסר משים, הביאו ליחידה. כנשאל מדוע נלחץ בעת החיפוש, וביקש לצאת מהחדר בטענה שאינו יכול לראות את זה, השיב כי נתקף במיגרנה וחש שעומד להתעלף ולכן ביקש לצאת מהחדר (ת/2).

39. התמונה המצטיירת, אפוא, היא כי נערך חיפוש פלילי לכל דבר ועניין. החיפוש נערך על ידי גורמי מצ"ח, בלא שהוצא צו חיפוש כדיון, ובלא שהיה חשד סביר המצדיק קיומו של חיפוש כאמור בחפציו של הנאשם או של כל חייל אחר בגדוד. החיפוש נערך, כעולה מהראיות, במסגרת פעולת מנע - בדיקה של גורמי מצ"ח, שהיתה יוזמה פיקודית מניעתית.

40. הסנגור שביקש להוכיח את ההתנהלות של הגוף החוקר בעריכת חיפוש פלילי נעדר סמכות, חקר את העד - אחראי החיפוש, טורי עומר אזולאי בבית הדין. לאחר שזומן עורך החיפוש לעדות בבית הדין, מצאתי לקבוע כי עלה בידי ההגנה להעמיק את הפגמים הללו. כך למשל, במסגרת החקירה הנגדית אישר העד, טוראי עומר אזולאי, כי דובר בחיפוש פלילי לכל דבר ועניין, אשר ממצאיו עשויים להניב פתיחתה של חקירה פלילית (עמ' 4 ש' 17-20, עמ' 5 ש' 11-10 לפרוטוקול מיום 12.4.2018). העד אישר כי דובר בפעולת מנע ביוזמת מפקדי היחידה שמצ"ח נעתר לעריכתה, אם כי לא יכול היה למסור פרטים על אודות זהות הגורם הפיקודי ביחידה שזים את הפנייה למצ"ח (עמ' 5 ש' 15-21 לפרוטוקול מיום 12.4.2018). העד לא נתן הסבר ביחס לשאלה מדוע ביקש סא"ל סעד הסברים על הפעולה אם הוא זים אותה לצורך עריכת הביקורת (עמ' 5 ש' 22-23), אך עמד על כך שדובר בביקורת לפי בקשת "מפקדי היחידה" (עמ' 5 ש' 25). העד אישר כי החיפוש לא נעשה מכוח צו (עמ' 5 ש' 15). העד אישר כי מבין את חשיבות האזהרה של חשוד לפני שהוא נשאל שאלות (עמ' 6 ש' 18-19). תחילה הכחיש העד כי שאל את הנאשם שאלות כלשהן במהלך החיפוש, פרט לוודוא כי המיטה והחפצים שעליה אכן שלו (עמ' 6 ש' 21-22). בהמשך כאשר עומת העד עם הכתוב בזכ"ד השתלשלות האירועים (סעיף 10 ל – ת/22) שם כתב כי שאל את הנאשם האם המוצגים שייכים לו, והנאשם השיב לו "שלא, אך עבר עליו שבוע קשה", אישר העד בבית הדין כי ניתן להסתמך על הכתוב בזכ"ד (עמ' 7 ש' 1-2). בהמשך ציין העד כי כאשר נכנס לחדר שאל בנימוס את יושביו האם "אפשר לעשות חיפוש ואם הם יכולים לקום ממקומם" (עמ' 7 ש' 18-19). הוא נשאל מדוע שאלת ההסכמה לחיפוש לא מצאה את מקומה בזכ"ד השתלשלות האירועים



והשיב כי העניין "לא רלוונטי לדוח", וכי הנאשם לא צריך היה להסכים לעריכת החיפוש, וכי השאלה שהופנתה לנאשם היתה מ"נימוס בלבד" (עמ' 7 ש' 23-26). כאשר נשאל האם הנאשם יכול היה באמת לסרב לחיפוש הזה, השיב העד כי זה "לא רלוונטי" (עמ' 8 ש' 5-6).

41. חוק השיפוט הצבאי כידוע מכפיף את החיפוש הנערכים במערכת הצבאית להוראותיו של חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – חיפוש בגוף ונטילת אמצעי זיהוי), התשנ"ו (1996) ולעקרונות החיפוש שבדין הכללי (רע"פ 6091/11 פלוני נ' התובע הצבאי הראשי, בפס" 5 (טרם פורסם, 27.2.2012)). בפסיקת בית המשפט העליון נקבעו עקרונות היסוד לעריכת חיפוש בהעדר צו שיפוטי. נקבע כי דרישת הסף הראייתית של חשד סביר עוברת כחוט השני בהוראות החקיקה השונות וכי אף הסכמה של האדם שהוא עצמו מושא החיפוש או שבביתו מבקשת המשטרה לערוך חיפוש, שהיא הסכמה מדעת, עשויה להכשיר חיפוש שאין לו מקור סמכות אחר בדין (רע"פ 10141/09 בן חיים נ' מדינת ישראל, בפס" 16 ו – 21 לפסק דינה של כב' הנשיאה ביניש (טרם פורסם, 6.3.2012). להלן – עניין בן חיים).

בנסיבות מקרה זה, צו - אין, חשד סביר - אין והסכמה מדעת - אין. "חיפוש שבוצע בהיעדר הסכמה בחוק, מהווה הפרה חמורה ביותר של הזכות להליך הוגן באופן שלאחר שקלולם של הנתונים הצריכים לעניין דוקטרינת הפסלות הפסיקתית, התוצאה היא כי הכף נוטה לפסילת הראיות שהושגו בעקבותיו" (עניין בן חיים לעיל, בפס" 1 לפסק דינו של כב' השי' דנציגר).

42. חוק השיפוט הצבאי אכן מעניק בידי מפקד "באשר הוא מפקד, לחפש אצל חייל מפקודיו או במקום שבפיקודו על מנת להבטיח קיום פקודה חוקית" (סעיף 245(ד) לחוק השיפוט הצבאי). אלא שבמקרה זה לא ערך המפקד את החיפוש. חיפוש שנערך על ידי גורמי מצ"ח אינו יכול להסתיים בסנקציה פיקודית המוקנית בידי מפקד העורך חיפוש בקרב חייליו, אלא יש לה משמעויות מרחיקות לכת, במישור הפלילי. לא בכדי הוגבלה הסמכות הניצבת בבסיס עריכת חיפוש שכזה להוצאת צו, לקיומו של חשד סביר או לקבלת הסכמה מדעת של החייל.

בעניין דנן פעל הגוף החוקר כעושה דברם של מפקדי היחידה. נערך חיפוש פלילי מקיף בחפציהם של כלל החיילים בפלוגות שבגדוד, על ידי גורמי מצ"ח, באופן החורג אף מפקודות הצבא (ראו הפ"ע 6.0202 בסעיפים 25-27 הקובעים בדומה לדין הכללי את מסגרת הסמכות של שוטר צבאי לעריכת חיפוש באמצעות צו או בשל קיום יסוד סביר לחשד; ראו אף פ"מ 33.0304 שלפיו רשאי מפקד לפנות גורמי מצ"ח כאשר קיים יסוד סביר לחשוד כי נעברה עברה בניגוד לפקודת הסמים המסוכנים (סעיף 62ב) או ביוזמת מצ"ח (סעיף 68)). מדובר בפגם מהותי היורד לשורש העניין.

תפקיד הגוף החוקר הוא לחתור לחקר האמת ולהקפיד על זכויות הנחקרים. בפקודת משטרת ישראל של המפקח הכללי נקבע כי ייעודה של המשטרה הוא "לאכוף את החוקים של מדינת ישראל... כל זאת על פי סמכויות שבדין ומתוך כיבוד זכויות האדם בישראל" (פקודה 2.01.01 לפקודת משטרת ישראל). אף בית הדין הצבאי לערעורים עמד על "מעמדו של הגוף החוקר כגוף אובייקטיבי שתפקידו לרדת לשורש האמת ולחקור באורח מקצועי ונטול פניות" (ע/35,37/16 התובע הצבאי הראשי נ' סמ"ר חמוס (2017). להלן – עניין חמוס).

בנסיבות האמורות מצאתי לקבוע כי חזקת התקינות המנהלית אינה יכולה להכשיר את הפגמים המהותיים שנפלו בחיפוש האמור. פרט לפגמים שעולים ומזדקרים מהראיות המנהליות שבאו בפני הרשות, שמקורם בסמכות לעריכת חיפוש בהעדר טעם המצדיק את

עריכתו באמצעות גורמי מצ"ח, הוסיף והעמיק הסנגור בחקירתו הנגדית את הפגמים הקיימים ואף הצביע על קושי נוסף, שלפיו במהלך החיפוש הוצגו לנאשם שאלות על הממצאים מיד עם תפיסתם על ידי חוקר מצ"ח מבלי שהוא הוזהר תחילה בדבר זכויותיו (על חשיבות אזהרה ומתן אפשרות להתגונן ראו ע"פ 5121/98 טור' יששכרוב נ' התובע הצבאי הראשי, פ"ד סא(1) 461 (2006). להלן – עניין יששכרוב).

43. חרף קביעותיי אלה בדבר פגמים מהותיים שנפלו בהליך עריכת החיפוש שבוצע בהוראת מפקדי היחידה, סברתי כי ראוי להבחין בין הפגם שנפל בעצם הליך עריכת החיפוש שעשוי להקים טענת הגנה מן הצדק לנוכח הפגיעה בזכויות היסוד של הנאשם הכרוכה בפגיעה בתחושת ההגינות והצדק; לבין תוצריו של חיפוש זה - סם שנמצא בתיקו האישי של הנאשם ביחידה.

44. בפלילים, במסגרת אימוצו של כלל הפסלות היחסית, נקבע כי פגיעה בזכויות הנחקר, לרבות הזכות להליך הוגן, אינה שוללת מניה וביה את משקל הממצאים שנתפסו כתוצאה ממעשה החקירה הפגום. את הפגיעה האמורה בזכויות יש לאזן, כידוע, עם האינטרס הציבורי ועם מכלול נסיבות העניין. באורח קונקרטי בואר, כי עת עסקינן בראיות חפציות, כגון סם, משקלם של השיקולים המצדדים בקבלתן של ראיות חפציות הוא בדרך-כלל רב, שכן יהיו הן "בעלות קיום עצמאי ונפרד מאי החוקיות שהיתה כרוכה בהשגתן, ובדרך כלל לא יהא באי החוקיות האמורה כדי לפגום באמינותן של ראיות אלה" (עניין יששכרוב לעיל).

בעניין אסמאעיל קבע בית הדין הצבאי לערעורים בדעת הרוב, כי הגם שנפל פגם בהליך החיפוש שבמסגרתו ניטלה דגימת השתן, הרי שהדגימה עצמה היא "ראיה חפצית, אשר ערכה ההוכחתי נעלה מספק. איננו מזלזלים בטענה, שלפיה האמור בראיה שמקורה בגופו של החשוד; עם זאת, פסילת הראיה תגרום בהכרח לדחיקת האמת העובדתית לקרן זוית ולמניעת הוצאתה לאור" (ע/124/10 טור' אסמאעיל נ' התובע הצבאי הראשי (2011). להלן – עניין אסמאעיל. הדגשות הן במקור). כך הוא בפלילים, קל וחומר כי הראיה החפצית שנתפסה, בנסיבות המקרה שלפנינו, ראויה היא למשקל במישור המנהלי.

45. כללו של דבר, במישור העקרוני, פגמים שזוהו בהליכי חקירה, שנמצא שלא להסתמך על תוצריהם במישור הפלילי, אינם ראויים אוטומטית למשקל מלא במישור המנהלי. על הרשות המבקשת לסמוך ממצאיה בהחלטה המנהלית על תוצרי ממצאים אלה, לעמוד על טיבם ומהותם של הפגמים ולגלמם במשקל שיינתן לממצאים אלה גם ברמה המינהלית. בנסיבותיו הקונקרטיים של מקרה זה, חרף הפגמים שהעלה החיפוש, בעת בחינת התשתית הראייתית הכוללת, בדין ניתן משקל לממצא זה במישור המנהלי. מדובר בסם ובכלי שנמצאו בתיקו האישי של הנאשם ביחידה, תגובותיו הספונטניות במהלך החיפוש ואף בחקירה ביחס לממצא, בצירוף משקלה העצמאי של הראיה החפצית, הצדיק מתן משקל מסוים לסם שנתפס ברמה המנהלית, חלף התעלמות כליל ממנו. מצאתי לקבוע, כי החלטת התביעה הצבאית לא חרגה ממתחם סבירות שיקול הדעת בעת מתן משקל לראיה זו בפן המינהלי.

#### אכיפה בררנית

46. לצורך ביסוס טיעונה המשפטי בדבר אכיפה בררנית, עתרה ההגנה בפתח ההליך, בבקשה לפי סעיף 108 לחוק סדר הדין הפלילי, לקבל לידיה את פירוט התיקים (כתבי אישום וחומרי חקירה) בהם נקשרה התביעה הצבאית בהסדרים מותניים, חרף קיומן של ראיות גלויות

כלשהו המצביעות על שימוש או החזקה בנסיבות צבאיות. תחילה, התנגדה התביעה להעברת החומרים, מן הטעם "שההגנה לא הרימה את הנטל הראשוני המוטל עליה לצורך היענות לבקשה" (פרוטוקול הדיון מיום 18.3.2018 בעמ' 1-2). אחר שמיעת עמדות הצדדים, הוצע מתווה **מוסכם** שלפיו תערוך התביעה הצבאית בירור בכל מחוזות השיפוט "להציג נתונים בדבר תיקים שהסתיימו בהסדר הקפאה, שבהם היו כאמור 'אינדיקציות', אף כאלה שלא עמדו ב'רף המנהלי' לכך שנעשה שימוש או החזקה של סם מסוכן ביחידה". הוריתי כי הבדיקה תבוצע על בסיס "הזיכרון הארגוני הקיים והתרשומות שערכו גורמי התביעה במחוזות השונים" וכי הנתונים יועברו להגנה באותו יום (החלטה מיום 18.3.2018). בהמשך, התעוררו קשיים בהעברת החומר לעיון ההגנה. ביום 20.3.2018 הגישה ההגנה "בקשה לקיום דיון נוסף", שכן הבירור שערכה התביעה הצבאית לטענתה אינו מעמיק דיו, כי החומרים שעליהם הצהירה התביעה הצבאית לא הועברו עד המועד הנקוב בהחלטה וכי הועברו כתבי האישום בלבד ללא חומר החקירה בתיק. התביעה הצבאית התנגדה לקיום "דיון נוסף". בהחלטתי מיום 22.3.2018 דחיתי את הבקשה לקיים דיון המשך, תוך שבואר, למען הסר ספק, כי תיערך על ידי גורמי התביעה הצבאית בדיקה "חוזרת יסודית ומקיפה ככל שניתן" שתתבסס על "ניסיונם, זיכרונם ורישומיהם" של התובעים הצבאיים (עלב"ש 121/13 טור' **עוזרי נ' התובע הצבאי הראשי** (2014)). הוריתי כי בכל אחד מהתיקים יועבר כתב האישום, הסדר ההקפאה/מותנה ואותה "אינדיקציה בחומר הראיות אשר הצביעה על שימוש או החזקה בסם בנסיבות צבאיות" וכי כלל החומר יועבר להגנה עד ליום 25.3.2018. בדיון ביום 26.3.2018 טען הסנגור כי לא עלה בידיו להיערך לטיעון ההגנה מן הצדק, לנוכח העובדה שהתביעה הצבאית לא מילאה את החלטת בית הדין והסתפקה בהעברת טבלה תמציתית שגם בה "אי דיוקים משמעותיים", שהועברה תוך חריגה מסד הזמנים שנקבע. מטעם התביעה הצבאית נטען, כי בשל "אי הבנה" לא הועבר החומר גופו וכי התביעה הצבאית נכונה להעביר להגנה, לנוכח החלטת בית הדין, את מלוא החומר הרלוונטי אף ביחס לתיקים שלא עלו בחיפוש שערכה התביעה הצבאית ואותרו על ידי ההגנה. לא היה מנוס, אפוא, מדחיית מועד שמיעת הטיעונים עד להעברת מלוא החומר לעיון ההגנה ביום 28.3.2018. ההגנה טענה כי התנהלות זו מהווה נדבך נוסף המצטרף להתנהלות הכללית של התביעה הצבאית בעניינו של הנאשם ומצטרפת לפגמים שעליהם הצביעה, המצדיקים לקבל את טענתה בדבר ביטול כתב האישום מטעמי הגנה מן הצדק.

ברור לכל, והדברים אינם טעונים הבהרה, כי החלטות בית הדין אינן בגדר המלצה ויש לקיימן ככתבן וכלשונו. יחד עם זאת, בנסיבות המקרה דן מצאתי להסתמך על הצהרת גורמי התביעה הצבאית כי אי העברת החומרים להגנה נעשתה בשוגג, בשל "אי הבנה" ולנוכח קושי אובייקטיבי לאתר את המסמכים המבוקשים מגורמי התביעה הצבאית במחוזות השונים במועד. פרט לכך **לא** מצאתי כי יש בסיס משפטי המצדיק זקיפת התנהלות התביעה הצבאית לחובתה, ודאי שאין הדברים עולים כדי פגיעה בתחושת הצדק וההגינות כלפי הנאשם. מכאן לטענת האכיפה הבררנית **לגופה**.

47. החל בחודש ינואר 2017 נכנסה לתוקפה מדיניות אימוצם של הסדרים מותנים והסדרי הקפאה (הנחיית תצ"ר 3.07 "הסדרים מותנים והסדרי הקפאה" (פברואר 2017)). מדיניות זו אומצה ברוח תיקון 66 לחוק סדר הדין הפלילי ותכליתה "להעשיר את ארגז הכלים העומד לרשות התביעה עת היא בוחנת את האינטרס הציבורי שבהעמדת אדם לדין אל מול שיקומו



והשבתו לחברה" (הצעת חוק סדר הדין הפלילי (תיקון מספר 61) (הסדר לסגירת תיק מותנית), התשס"ט – 2008, הצ"ח ממשלה 41, 4 (2008); סעיף 5 להנחיית תצ"ר 3.07). משמעות ההסדר המותנה היא מתן אפשרות בידי התביעה לחתום על הסכם עם החשוד, אשר במסגרתו יודה החשוד בביצוע העובדות המהוות עברה, ואשר בגינן נחקר, וכנגד הודאה זו והתחייבות לקיים את התנאים שפורטו בהסדר, מתחייב התובע לסגור את התיק שנפתח כנגד החשוד (סעיף 1 להנחייה 3.07).

48. ההגנה הציגה **שלושה-עשר** מקרים שבהם, כך נטען, חרף קיומן של ראיות ברמה המנהלית ובחלקם אף ברמה הפלילית, שהצביעו על שימוש או החזקת סם בנסיבות צבאיות, הוחלט לשלבם במדיניות ההסדרים המותנים. בואר, כי אותם מקרים, הן מבחינת כמותם המצטברת הן מבחינת האיכות, מבססים תשתית ראייתית ראשונית לכך שנקט יחס שונה כלפי שוויים או דומים, המצדיק קבלת הטענה בדבר הגנה מן הצדק בעניינו של הנאשם. בבואי לסקור את המקרים הללו, הסתמכתי על טבלה שערכה התביעה הצבאית והוגשה במסגרת הסיכומים, שבה פורטו שיקולי התביעה הצבאית בכל אחד מן המקרים; וכן על החומרים שהועברו לעיון ההגנה, במסגרת הבקשה לפי סעיף 108 לחוק סדר הדין הפלילי, ובכלל זה: חומרי חקירה שונים, כתבי האישום וההסדרים המותנים שנחתמו.

א. **עניין אוחנה** – מפקד דיווח על כך שבחיפוש שערך נמצא חומר החשוד כסם מסוג קנאביס במשקל 0.19 גרם, מתחת למיטה שעליה ישן החייל בכלי שיט מסוג "דבורה". בתיקו האישי של החייל, מצא המפקד כלי החשוד כמשמש לצריכת סם ("מקססה"). בסיום החקירה התברר כי על ה"מקססה" לא היו שרידי סם ואת הסם שנתפס לא ניתן היה לייחס לחייל, משום שהמיטה כבר לא היתה שלו. בכתב האישום יוחס לו שימוש אחד בסם מסוג קנאביס בנסיבות אזרחיות, על סמך הודאתו בחקירה. נחתם עמו הסדר הקפאה. בין שיקולי התביעה הצבאית (מ"ש צפון), צוינו העדר שרידי סם על הכלי והקושי אף במישור המנהלי, לייחס למאן דהוא את הסם שנתפס ביחידה. שיקולים אלה, בצירוף הראיות בדבר שימוש יחיד בקנאביס בנסיבות אזרחיות, הביאו להחלטה לחתום עמו על הסדר מותנה (ראו ההסדר המותנה, כתב האישום, הפרטים הנוספים, ואמרת החייל בחקירת מצ"ח מיום 10.10.2016).

ב. **עניין כהן** – במהלך ביקורת פתע של מפקדים ביחידה שכללה חיפוש (בלתי חוקי בלשון התביעה) בחפצי החיילים, נתפסה קופסת גפרורים עם שלושה גושי חומר של סם מסוג קנאביס במשקל 1.15 גרם, וכן הפנייה רפואית הנושאת את שמו של החייל, בזיקט שהיה על מיטתו ושימש אותו. בחקירתו במצ"ח הודה בשלושה שימושים בסם מסוג קנאביס בנסיבות אזרחיות. הכחיש כי המוצג שנתפס בזיקט שייך לו וציין כי הזיקט שייך לאחר. בכתב האישום יוחסו שלושה שימושים בקנאביס בנסיבות אזרחיות. נחתם עמו הסדר הקפאה. שיקולי התביעה (מ"ש המרכז) להתקשרות בהסדר היו הקושי ב"רמה המנהלית לקשור את הסם שנמצא בחיפוש" לחייל (ראו, ההסדר המותנה, כתב האישום, אמרותיהם במצ"ח של המעורבים השונים בפרשה, דו"ח המעבדה ודיון מעצר מיום 10.1.2018).

ג. **עניין צ'ונה** – בחיפוש שנערך על ידי שוטרי מצ"ח בחדרו של החייל ביחידה, נמצאו בתוך תיק בארון "באנג" ומספריים "מחוממות", על שניהם שרידי סם מסוג

קנאביס. מעל ה"פלורסנט" של מיטתו נתפס נייר מקופל ובו שרידי סם מסוג קנאביס במשקל 0.78 גרם (ראו דוח החיפוש מיום 24.7.2017 ואמרתו במצ"ח מיום 24.7.2017, עמ' 5-7). קופסת סיגריות נוספת ובה סם מסוג קנאביס נמצאה מסביב לבניין המגורים. בחיפוש שנערך בחדרו בביתו נמצאו מוצגים נוספים והוא יחסם לתקופה שטרם התגייס לצה"ל (עמ' 12 לאמרה). בחקירתו סירב למסור דגימת שתן. בכתב האישום יוחסו לו שני שימושים בקנאביס בנסיבות אזרחיות וסירוב להיבדק. נחתם הסדר הקפאה. שיקולי התביעה (מ"ש ח"א) היו הקושי לייחס את ההחזקה בשל קושי לשייך את המוצגים אליו שכן היה חדש בחדר באותה נקודת זמן ולא ברור היה למי שייך התיק.

ד. עניין בן יעקב – שייך לאותה פרשה של קודמו. בחיפוש שוטרי מצ"ח בחדרו ביחידה נמצאו נייר מקופל ובו שרידי חומר החשוד כסם (במעבדה נמצא שלילי לקנאביס) וכן נרתיק משקפיים ובו שרידי סם מסוג קנאביס. שני המוצגים נמצאו בתוך הארונות שלו (ראו דוח החיפוש מיום 24.7.2017 ודוח המעבדה). הוא אישר שנרתיק המשקפיים שייך לו, אך הכחיש קשר לסמים (אמרתו במצ"ח מיום 24.7.2017 בעמ' 4-5). בכתב האישום יוחסו שלושה שימושים בסם מסוג קנאביס בנסיבות אזרחיות. נחתם הסדר הקפאה. שיקולי התביעה (מ"ש ח"א) היו "קושי ממשי לייחס לחייל את המוצג ברמה המנהלית" שכן דובר בארונות משותפת לדיירי החדר.

התביעה הצבאית טענה כי ארבעת המקרים האמורים, אינם דומים למקרה שלפנינו, שכן הם משתייכים כולם לקטגוריה של מקרים שלא עלו מהם ראיות כלל, אף לא ברמה המנהלית, המצביעות על החזקה או שימוש בנסיבות צבאיות, שכן בכולם התעורר קושי ראיתי לייחס את הסם שנתפס לחשודים והתעורר ספק בשאלה האם הסם שנתפס אכן היה שייך להם. בצד קטגוריה זו של מקרים, הציגה ההגנה שלושה מקרים שבהם, חרף קיומן של ראיות לשימוש או החזקת סם בנסיבות צבאיות במישור הפלילי, החליטה התביעה הצבאית להתקשר בהסדרי הקפאה, ולכן כוחם יפה, על דרך קל וחומר, שכן בעניינו של הנאשם אין חולק כי הממצא החשוד לא היה קביל בפלילים :

ה. עניין קלינצוק - במסגרת חיפוש חוקי בתיקו האישי ביחידתו בצאלים, נמצאו שתי קופסאות ובהן "מקססות" ועליהן שרידי סם מסוג קנאביס, כמו כן נמצאו קופסת שחורה ובה פירורים מעטים של קנאביס וגרזן (ראו דוח פעולת חיפוש מיום 15.8.2017 וכן דוחות המעבדה). בחקירתו הכחיש החייל קשר למוצגים, פרט לגרזן ששימש "ליופיי" ול"מקססה" שבה השתמש לטענתו לעישון טבק. הוא הודה בארבעה שימושי בנסיבות אזרחיות (אמרתו במצ"ח מיום 15.8.2017). בכתב האישום יוחסו לו ארבעה שימושים בנסיבות אזרחיות וכן החזקת כלים לשימוש בסם ביחידה, בגין החזקת שתי ה"מקססות" ביחידה בלבד. נחתם עמו הסדר הקפאה. לא עלה בידי התביעה הצבאית (מ"ש הדרום) להתחקות אחר השיקולים שבעטיים נחתם הסדר ההקפאה.

ו. עניין ישראלי - במסגרת חיפוש שנערך ביחידתה נמצאו מספריים מחוממים וסיגריה מגולגלת החשודה כמכילה חומר שהוא סם. בבדיקת המעבדה, החומר בסיגריה נמצא שלילי ועל המספריים נמצאו שרידי קנאביס (ראו דוח המעבדה

ושרשרת תוך מעבדתית). בחקירתה במצ"ח הודתה בשימוש אחד בנסיבות אזרחיות (אמרתה מיום 3.2.2016 עמ' 10). בכתב האישום יוחס לה שימוש אחד בסם מסוג קנאביס והחזקת מספריים ועליהם שרידי סם ביחידה. נחתם עמה הסדר הקפאה. הובהר כי היה זה עם כניסתה לתוקף של המדיניות החדשה בדבר הסדרים מותנים (ספטמבר 2016) צוין כי יש קושי לדעת "מה עמד בבסיס השיקולים להקשר בהסדר", אך ניתן משקל לנסיבות אישיות קשות, חריגות ויוצאות דופן, שלא יפורטו מטעמי צנעת הפרט, שעמדו ברקע הדברים.

ז. עניין רייזנברג – החייל נתפס כאשר הוא מחזיק בצוותא עם חייל אחר ביחידה סיגריה המכילה קנאביס במשקל 0.7 גרם ובחקירתו ציין כי היתה לו כוונה להשתמש בסם ביחד החייל האחר בבסיסו. הוא התחרט ומיד לאחר מכן נתפסו השניים על ידי מפקדם. במהלך החקירה הודה בשני שימושים בנסיבות אזרחיות מספר ימים לפני כן. צוין כי מעשי השימוש בנסיבות אזרחיות נעשו במהלך ה"שבעה" של אמו, עקב קושי להתמודד עם הסיטואציה הקשה והטרטורית. בכתב האישום יוחסו לו מעשי השימוש בנסיבות אזרחיות והחזקת הסם בבסיסו בצוותא עם אחר. נחתם הסדר הקפאה. בין שיקולי התביעה הצבאית (מ"ש הדרום) הרקע הטרטורי והחריג למעשי השימוש בנסיבות אזרחיות, החלטתו שלא לעשות לבסוף שימוש בסם בנסיבות צבאיות ו"משך הזמן הקצר של ההחזקה".

קבוצת המקרים הנוספת שהוצגה, כללה מקרים שבהם חרף קיומן של ראיות מנהליות המצביעות על שימוש או החזקה בנסיבות צבאיות, הוחלט להיקשר בהסדרי הקפאה. קבוצה זו להשקפת התביעה, זהה לקבוצת הייחוס עמה נמנה עניינו של הנאשם, אם כי להשקפת התביעה יש לאבחן את העניינים הללו מענייניו של הנאשם והדברים יבוארו להלן –

ח. עניין חורי, במהלך חיפוש שגרתי בתא עצורים במחבוש, נמצאה ברשותו מבחנה חשודה מוטמנת בגרביים. בעקבות הממצא הועבר החיפוש לחדר האוכל, אז נמשך ונמצאה "מקססה" שהוטמנה בתוך הגרביים (אמרת סרן זגורי מגל ואמרת סמל צירי נדב מיום 9.9.2017). בחקירתו אישר כי הדברים נמצאו ולא סיפק הסבר מדוע (אמרת החייל מיום 9.9.2017). בהמשך, הודה בארבעה שימושים בנסיבות אזרחיות ונטל אחריות על המוצגים, תוך שציין שהשתמש בהם במסגרת אזרחית ושכחם בין חפציו (אמרת החייל מיום 10.9.2017 בעמ' 8). בכתב האישום יוחסו לו ארבעה שימושים בסם מסוג קנאביס בנסיבות אזרחיות בלא שנכללו המוצגים שנתפסו בחזקתו במחבוש. הוחלט להיקשר עמו בהסדר הקפאה. בין שיקולי התביעה (מ"ש הדרום) ניתן משקל לעובדה שעל המקססה בלבד נמצאו שרידי סם (לא נמצאו תוצאות המעבדה ביחס למבחנה שנתפסה) וניתן משקל להסברו של החייל ש"שכח את המוצגים כי החביא אותם מפני אחיו הקטנים" בלא כוונה לשימוש ביחידה.

ט. עניין תמיר ועניין אביטבול ראשית הפרשה בחשד שהתעורר ביחידה בעקבות ריח שעלה מחדרם של השניים. נערך תחקור מפקדים בלתי חוקי, אשר במהלכו הודה החייל אביטבול בעישון משותף עם תמיר. בחקירת מצ"ח הודה תחילה אביטבול בכחמישה עשר שימושים בקנאביס, בהמשך, באמרה נוספת צומצמה הגרסה לארבעה שימושים בקנאביס בנסיבות אזרחיות (אמרת אביטבול מיום



22.8.2017), אשר מוצאים את מקומם בכתב האישום. בהמשך נחתם עמו הסדר הקפאה. טעמי התביעה (מ"ש הדרום) היו תחקור המפקדים הבלתי חוקי ביחידה והשימוש שנעשה בו בחקירת מצ"ח, באופן שהקשה על "ייצירת חיץ" וכן "טענות ראייתיות שונות בקשר לשעות החקירה ולפגיעה בזכויות". בעניינו של **תמיר**, הוא הופלל בחקירה על ידי אביטבול, אולם דבק בהכחשתו וסירב למסור דגימת שתן. בכתב האישום שהוגש בעניינו של תמיר יוחס לו תחילה שימוש בסם מסוג קנאביס בצוותא עם חברו בנסיבות צבאיות וסירוב להיבדק. בהמשך, לאחר ששוכנעו רשויות התביעה, כי אמרת ההפללה של אביטבול נמסרה בעקבות תחקיר המפקדים הבלתי חוקי, ולא ראוי היה להשתמש בהודאה ובהפללה זו "תוך רמיסת זכויותיו של הנחקר – גם לא כראיה מנהלית נגדו", תוקן כתב האישום של תמיר לעברת סירוב להיבדק בלבד. נטען כי לנוכח המצב המשפטי כי עברת סירוב להיבדק אינה נושאת בצידה רישום פלילי, היקשרות עמו בהסדר הקפאה "מהווה עליית מדרגה".

ג. **עניין חבטמו** - החקירה נפתחה לאחר שרס"ר היחידה ראה את החייל עם אחר מהיחידה בתא שירותים, כאשר מן התא נשמע רעש של מצת וריח של ספריי שעורר את חשדו כי נועד להסוות ריח של סם. נערך חיפוש מפקדים בתיקו של החייל האחר, נמצא ממצא והוזעקו גורמי מצ"ח. במסגרת חיפוש שנערך לחבטמו בתיקו נמצאו סיגריה מגולגלת ונייר מקופל ובו שרידי קנאביס (זכ"ד חיפוש מיום 4.12.2017 ודוחות מעבדה). בחקירתו במצ"ח הכחיש את השימוש בנסיבות צבאיות, אך הודה במספר שימושים בנסיבות אזרחיות. טיטוט כתב האישום בעניינו כללה שימוש בסם מסוג קנאביס עובר ובסמוך למועד חקירתו במצ"ח. נחתם עמו הסדר מותנה. הטעמים שפורטו על ידי רשויות התביעה (מ"ש מרכז וח"א) היו, בין היתר, שהוא "טרם הספיק להיקלט ביחידה והיה זה יומו הראשון ועל כן לא דובר על החזקה מובהקת ביחידה" (הוגש תדפיס אישי), לכך הצטרפו משך ההחזקה הקצר, העובדה שנערך חיפוש מפקדים ועוד.

יא. **עניין גפני** - במהלך נופש יחידתי, הודיע המפקד כי בכוונתו לערוך חיפוש, בעקבות זאת ראה את החייל מוציא קופסה מהתיק ומכניס אותה לכיס. לאחר ששכנע את החייל להוציא את הקופסה, התוודה בפניו החייל כי החומר בקופסה הוא קנאביס (דוח המעבדה) שייך לו ונשאר אצלו מסוף השבוע. החייל מסר הסבר לכך שהחומר בתיקו, וציין כי לא רצה שאמו תראה זאת. ציין כי לא היתה לו כוונה לעשות שימוש במסגרת הצבאית (אמרת רס"ר איאד חלבי 12.11.17). בחקירתו הודה בשימושים בסם מסוג קנאביס בנסיבות אזרחיות. בכתב האישום יוחסו ארבעה שימושים בקנאביס בנסיבות אזרחיות. נחתם הסדר הקפאה. שיקולי התביעה הצבאית (מ"ש הצפון): לא היה ברור אם עסקינן בשימושים "נפרדים או מתמשכים"; התעורר קושי בעריכת החיפוש ובתחקור שנערך בעקבותיו; עוד ניתן משקל להסבריו של החייל בנוגע להימצאות החומר בחזקתו במהלך נופש צבאי וכן להערות בית הדין.

יב. **עניין ימין** - במהלך חיפוש שערך מפקדו של החייל אחר קת הנשק שלו, מצא בחפציו שקית ובה סם מסוג קנאביס במשקל 0.75 גרם (דוח המעבדה). בחקירתו

הכחיש החייל קשר למוצג, סירב למסור דגימת שתן והודה בשימוש חד פעמי בסם בנסיבות אזרחיות. נחתם הסדר מותנה, טעמי התביעה הצבאית (מ"ש מרכז) היו הכחשת החייל את החזקת הסם כך שלא ניתן היה לקשור אותו לסם שנמצא.

49. בפסיקה נקבע כי טענת האכיפה הבררנית היא מטבעה כזו היורדת לשורשם של ממצאי עובדה. בהתאם לכך, נקבע כי על הטוען אותה מוטל ה**נטל** לתמוך את טיעונו בתשתית עובדתית מספקת, אשר יש בה כדי להפריך את חזקת החוקיות החלה, כי נערכה לכאורה הבחנה לא ראויה בין מי שנתוניהם הרלוונטיים שווים (ע"פ 6328/12 **מדינת ישראל נ' פולדי פּרץ**, בפס' 4 לפסק דינו של כב' הנשיא גרוניס (טרם פורסם, 10.9.2013). להלן – **עניין פולדי פּרץ**), וכי מכאן יופנה ה**נטל** לרשות המנהלית שתידרש להוכיח כי האכיפה התבססה על שיקולים ענייניים וסבירים (עניין **שטרימר לעיל**, עניין **דתנר לעיל** בפס' 45). בנסיבות מקרה זה עלה בידי ההגנה לקבל לידיה את **מלוא** המידע שניתן היה לקבל, לרבות התחקות אחר שיקולי התביעה הצבאית בבואה להיקשר בהסדרי הקפאה או בהסדרים מותנים עם חיילים במחוזות השיפוט השונים, מאז נכנסה מדיניות הסדרים אלה לתוקף, לצורך ביסוס טיעונה בדבר אכיפה בררנית. אף על פי כן, בסופה של בחינה מקיפה זו, מצאתי לקבוע כי דינה של טענת ההגנה, להגנה מן הצדק המבוססת על אדני אכיפה בררנית, **להידחות**.

50. במישור ה**כללי**, ההכרעה האם לערוך הסדר מותנה אם לאו, היא נדבך בהחלטת התביעה הצבאית האם להעמיד לדין חשוד או להימנע מכך. מדובר בהכרעה הנושאת עמה אחריות כבדה והיא בעלת משמעות ניכרת כלפי הפרט שעניינו נבחן. התביעה **כבעלת הסמכות** בעניין זה, היא הנושאת באחריות הנגזרת מהחלטה זו. יתר על כן, **מהותה** של החלטה על העמדה לדין, המחייבת בחירה בין דרכי פעולה שונות ואיזון עדין המשקלל **מגוון רב** של שיקולים, אינטרסים וערכים כלליים, ציבוריים וקונקרטיים, המצריכים מומחיות, ניסיון ומקצועיות מצדיקים הקניית מרחב שיקול דעת **עצמאי ורחב** בידי רשויות התביעה הצבאית ונקיטת מדיניות מרוסנת בשאלת היקף הביקורת השיפוטית על אופן יישומה של מדיניות זו. הצדקה נוספת לקיומה של ביקורת שיפוטית מצומצמת על החלטת הרשות תשמר בידי רשויות התביעה קיומו של מנגנון קבלת החלטות אוטונומי, ענייני ובלתי תלוי במערכות שלטוניות אחרות, כחלק **מעקרון הפרדת הרשויות** (יניב ואקי מרחב שיקול הדעת בהחלטה על העמדה לדין **משפט מפתח** 1, 23 (2013)).

51. בפסיקת בית המשפט העליון נקבע כי מרחב ההתערבות של בג"ץ בסבירות שיקול הדעת של התביעה, אף בהינתן פגמים הינו **מצומצם** (ראו למשל, בג"ץ 8049/16 **אלון נ' פרקליטות המדינה**, בפס' 7 (6.3.2017); ראו דעת הרוב בבג"ץ 5699/07 **פלונית (א') נ' היועץ המשפטי לממשלה** (טרם פורסם, 26.2.2008)). הלכה למעשה, צומצמה הביקורת השיפוטית **המנהלית** להתערבות במקרים חריגים של חוסר סבירות **קיצוני** (ראו למשל בג"ץ 7195/08 **אבו רחמה נ' הפרקליט הצבאי הראשי** (טרם פורסם, 1.7.2009)).

על אף הותרת מרחב שיקול הדעת של התביעה במישור ההעמדה לדין, הוכר האיסור על **אכיפה בררנית** שהיא אכיפה חלקית המבוססת על מטרות פסולות, שקולים זרים או שרירותיות (בג"ץ 6396/96 **זקין נ' ראש עיריית באר שבע**, פ"ד נג(3) 289 (1999)). במישור **הפלילי**, נקבע, כי אמות המידה לבחינת טענה בדבר אכיפה בררנית תעשנה בראי דוקטרינת

ההגנה מן הצדק (רע"פ 4562/11 מוחסתב נ' מדינת ישראל (טרם פורסם, 7.3.2013)). התפיסה המקובלת בפסיקת בית המשפט העליון כיום היא כי **די בתוצאה המפלה** כדי להקים טענת אכיפה בררנית ואין צורך בהוכחת מניע או כוונה פסולים בכדי להעביר לרשות את נטל ההוכחה כי פעלה מטעמים ענייניים וסבירים (ראו לאחרונה ע"א 6132/16 פרדקין נ' מדינת ישראל – **משרד התשתיות**, בפס' 34 (טרם פורסם, 10.4.2018) והאסמכתאות שם). בעניין **סלכגי** נמנה הליך בחינה **תלת** שלבי –

"השאלה הראשונה היא מהי קבוצת השוויון שעמה נמנה מי שמעלה את טענת האכיפה הבררנית... השאלה השנייה היא - באותם מקרים שבהם אכן הרשויות לא אוכפות או לא אוכפות באותה מידה כלפי כל מי שנמנה עם אותה קבוצת שוויון - כיצד יש לאבחן מצבים של אכיפה בררנית פסולה ממצבים רגילים ולגיטימיים של אכיפה חלקית מטעמים של מגבלת משאבים וסדרי עדיפויות. השאלה השלישית היא מהו הנטל הראייתי המוטל על מי שמעלה טענה של אכיפה בררנית - באופן כללי, ובמשפט פלילי בפרט. יודגש, כי שלוש השאלות שהוצגו הן נפרדות, אך בחינתן צריכה להתקיים בזיקה הדוקה זו לזו" ע"פ 8551/11 **סלכגי נ' מדינת ישראל** (טרם פורסם, 12.8.2012)

52. עיון בשורת המקרים שאותם הציגה ההגנה מעלה כי, **אין** בכוחם לבסס קיומה של אכיפה בררנית בענייניו של הנאשם. הגם שבמקרים שהוצגו, חרף קיומן של ראיות מנהליות הוחלט להיקשר בהסדר הקפאה, וזו אכן קבוצת השוויון הרלוונטית לנאשם, הרי שלא עלה בידי ההגנה להצביע על מדיניות שיטתית וממושכת שבה "לאורך זמן או באופן שיטתי (או קרוב לכך) קיבלו הרשויות המינהליות במקרים דומים החלטות שונות מאלה שנתקבלו במקרה שלו" (עניין **פולדי פרץ**, בפס' 4 לפסק דינו של הנשיא (בדימי) גרוניס). אלא הוצבע על שורת החלטות **פריטניות** שהתקבלו על יסוד מכלול ההיבטים הקונקרטיים, שעלו בכל אחד מן המקרים ועל יסוד טעמים **ענייניים**. בפסיקה נקבע כי אכיפה בררנית שמורה רק למקרים **מובהקים וחריגים** ויש לקבלה **בזהירות ובמשורה** (ע"פ 8057/16 **שטרימר נ' מדינת ישראל** (טרם פורסם, 9.8.2017)). זאת ועוד, מדיניות ההסדרים המותנים עודנה **חדשה**, הרשות המוסמכת מעצבת את גבולותיה ואת אופן יישומה, בראי הנחיות התביעה הצבאית הראשית ובהתאם לשיקול הדעת של הגורמים האמונים על יישומה של המדיניות במחוזות השיפוט השונים. הדעת נותנת כי היקף ההתערבות השיפוטית, במצב דברים זה, טרם גובשה מדיניות שיטתית וקבועה, בראי טענת אכיפה בררנית, יהיה מתון וזהיר אף יותר.

53. בעניין דנן, ציינה התובעת כי מאז נכנסה לתוקפה מדיניות הסדרי ההקפאה וההסדרים המותנים, הוכנסו כ – 221 תיקים בגדרה של מדיניות זו. ההגנה הצביעה על שלושה עשר מקרים. בכל אחד מן המקרים הללו, כעולה מפסקה 48 חברו שורת שיקולים ונסיבות ייחודיות להחלטה להיקשר בהסדר הקפאה או בהסדר מותנה. בחלק מן המקרים היה זה המסד הראייתי שעורר קושי בשיוך המוצג שנתפס לאותו חשוד, כאשר ברקע הדברים כמות סם **קטנה** שנתפסה או שאריות סם (למשל עניין **אוחנה**, עניין **כהן**, עניין **צ'ונה**, עניין **בן יעקב**, עניין **ימין**); בחלק מהמקרים התעורר קושי להוכיח החזקה בנסיבות צבאיות מובהקות או כוונה להחזיק או לעשות שימוש בנסיבות צבאיות מובהקות (למשל עניין **חורי**, עניין **חבטמו**, עניין **גפני**). במקרים אחרים היה הסדר ההקפאה תולדה של נסיבות אישיות או משפחתיות קשות, חריגות ויוצאות דופן שהשליכו על מעשי השימוש בסם והביאו את הרשות להחליט על



אימוצו של הסדר הקפאה (למשל עניין **ישראלי ועניין רייזנברג**). בעניין **אביטבול** נכונה היתה התביעה הצבאית לתת משקל לפגמים שעלו במהלך עריכת תחקור מפקדים בלתי חוקי, אשר השליכו על גרסאות ההודאה והפללה שנגבו במצ"ח, כך שאף במישור המנהלי מצאו ביטוי פגמים אלה והשליכו על החלטת התביעה הצבאית להיקשר בהסדר הקפאה. במקרים אלה הפגם בחוקיות הליך גביית הראיות השליכה על משקל הראיות, אף במישור המינהלי, לא דובר שם בראיות חפציות, כי אם בעדויות (אמרת הודאה ואמרת הפללה) שנמסרו במהלך החקירה והפגמים בהליך החקירה השליכו באורח ממשי על משקלם. עניין **קלינצ'וק** שבו במסגרת חיפוש חוקי נמצאו ממצאים לחובתו ביחידה והוא הודה בארבעה שימושים בנסיבות אזרחיות, מוקשה, לכאורה, בהשוואה לעניינו. אולם במקרה דנן ייחסה התביעה הצבאית מלכתחילה שלושה שימושים בנסיבות אזרחיות לנאשם, והראיה החפצית שהיתה אמנם תוצר חיפוש בלתי חוקי, היתה במשקל משמעותי ביחס למקססות ולשרידי הסם שנתפסו בעניינו של קלינצ'וק. מכל מקום, דעת הפסיקה אף בהיתן מקרה אחד שבו שגתה הרשות היא כי "אין לסגור בפני גורמי האכיפה השער להגשת כתבי אישום במקרים דומים" (פולדי פרץ לעיל בפס' 35). אין המדובר בצָבָר מקרים העולה כדי מדיניות "מבוררת" **מגובשת** וסדורה, שאך בעניינו של הנאשם הוחלט לסטות ממנה. "פרשות נבדלות זו מזו במאפייניהן ובנסיבותיהן והדין וההלכה הפסוקה מתירים לרשויות מרחב תמרון נכבד בהיבטים הנוגעים לאכיפה הפלילית, בכפוף לכך שהתובע קיבל החלטתו תוך שקילת השיקולים הרלוונטים .. ושפעל בתום לב, בהגיונות, ללא הפליה ובסבירות" (עניין **פולדי פרץ** לעיל בפס' 29).

התביעה הציגה אף שני מקרים שבהן הראיות המנהליות עמדו בבסיס החלטת הרשות שלא לכלול נאשמים במדינות הסדרי ההקפאה וההסדרים המותנים. כך, תיק מרכז (מחוזי) 122/18 **התובע הצבאי נ' מויאל** (2018), שבו הוגש כתב אישום בגין שני שימושים בסם מסוג קנאביס, וזאת על רקע ראיות במישור המנהלי המבססות חשד **לסחר בסמים**; דרום (מחוזי) 53/17 **התובע הצבאי נ' לוי** (2018), שבו הוגש כתב אישום בגין ארבעה שימושים בסם מסוג קנאביס וסירוב להבדק לשם גילוי שימוש בסם, ברקע הדברים עמדו ראיות מנהליות לנהיגה בשכרות שבעקבות הסירוב לא ניתן היה לייחסו לאותו חייל, ועובדה זו נשקלה בבוא התביעה להכריע בשאלה האם יש להיקשר עמו בהסדר הקפאה.

54. סעיף 9 להנחיית התובע הצבאי הראשי קובעת כי –

"פרקליט צבאי רשאי שלא להציע לחשוד או לנאשם הסדר מותנה ולהגיש נגדו כתב אישום או להמשיך בניהול ההליכים בכתב האישום שכבר הוגש (כתלות בסוג המעשים וטיבם). זאת, כאשר סבר כי מתקיימות **נסיבות חומרה הקשורות בחשוד או בעבירה**, המצדיקות נקיטת הליכים כאמור, והכל בהתאם **לסוג העבירה**, ולמאפייניה. בכלל מקרים אלו, יבואו מצבים בהם קיימות **ראיות מנהליות** לחובת החשוד או הנאשם, כגון מידע מודיעיני, או תיקי חקירה קודמים במצ"ח שנסגרו **מחמת התנהלות לא חוקית של גורמי החקירה**" (סעיף 9 להנחיית תצ"ר 3.07)

בתיקו האישי של הנאשם **בחדרו ביחידה** נתפסו מספר מוצגים ובכללם סם מסוג קנאביס במשקל כ – 2.5 גרם. הסם נתפס בידי מי שמשרת כלוחם, נושא נשק וחולק את חדרו עם חיילים לוחמים נוספים. בשל פגמים שזוהו בנוגע לחוקיות החיפוש שנערך, מצאו רשויות התביעה הצבאית להימנע מלייחס ממצאים אלה ביחס לנאשם במישור הפלילי. בהכרעת הדין עמדתי על הפגמים המהותיים שנפלו בעריכת החיפוש, ומצאתי לקבוע כי אלה השליכו במידת

מה אף על המשקל שניתן היה לייחס לתוצריו. יחד עם זאת, משנתפסה ראייה חפצית ממשית והרשות נמנעה מלזקפה לחובת הנאשם בפלילים, מצאתי כי לא נפל פגם במתן משקל לראיה זו במישור המנהלי. עולה אפוא כי נסיבותיו הקונקרטיות של מקרה זה, שונות מן המקרים האחרים שהוצגו, ולכן שיקול האכיפה הבררנית **כשלעצמו**, אינו יכול היה לבסס טענת הגנה מן הצדק שטעמיה אכיפה בררנית.

דין טענת ההגנה **בהיבט זה** להידחות.

### הסעד הראוי

55. הגם שלא מצאתי כי נפל פגם בשיקול הדעת של התביעה הצבאית, שהופעל באורח קונקרטי בעניינו של הנאשם, יכול נאשם במסגרת טענת הגנה מן הצדק לטעון "שתוך כדי איסוף הראיות הפרה הרשות את חובות האמון וההגינות המוטלות עליה ופגעה בזכויות היסוד שלו, במידה כה גדולה, עד שיש בכך כדי לגבור על האינטרס בהעמדתו לדין" (נקדימון לעיל 426-425). טענה זו מציבה במוקד הבחינה את הגינות פועלה של הרשות בעת ניהול הליך החקירה, וזאת במנותק מממצאיה של החקירה ומשיקול הדעת שהפעילו רשויות התביעה הצבאית בעת קבלת ההחלטה לנקוט הליכים פליליים בעניינו של נאשם.
- עמדתי בהרחבה לעיל על הפגמים שעמדו בהתנהלות גורמי הפיקוד והגוף החוקר בפרשה זו. ראשית, נערך חיפוש פלילי בלתי חוקי ונעדר סמכות, בלא צו ובלא חשד סביר. שנית, החיפוש נערך ביוזמת גורמי הפיקוד, שלא ערכו בעצמם, אלא הפעילו את מצי"ח שפעלו כזרועם הארוכה של המפקדים. שלישית, בעת עריכת החיפוש, לא הבהיר עורך החיפוש לנאשם את משמעויותיו, לא קיבל הסכמה מדעת לעריכתו, במהלך החיפוש תושאל הנאשם בלא שהוזהר תחילה והודעו לו זכויותיו. בנוסף, לא הובהרה לו המשמעות המשפטית של ממצאי החיפוש שנתפסו וכי עשויים לשמש כראיה לחובתו. מכאן, הועבר הנאשם לחקירת מצי"ח שהחלה באישון ליל ונמשכה שלוש שעות, במהלכה מסר גרסת הודאה כללית שהפלילה אותו, שלא העמיקו בה חקר ולא נעשה ניסיון לעמוד על פרטיה וטיבה.
56. בפסיקה נקבע כי ההכרעה בשאלה, האם המקרה מצדיק את החלטה של הגנה מן הצדק, אמורה לשקף איזון נאות בין מכלול השיקולים הנוגעים לנסיבותיו של המקרה והאם הביאו לפגיעה חריפה בתחושת הצדק.

"מן העבר האחד, ניצבים האינטרסים התומכים בהמשך קיומו של ההליך, ובהם: העמדת עבריינים לדין ומיצוי הדין עימם; הוצאת האמת לאור; קיומם של מנגנוני גמול, הרתעה, וענישה; שמירה על ביטחון הציבור; והגנה על זכויותיו של הקורבן הנפגע. ומן העבר השני, ניצבים האינטרסים השוללים, במקרה הקונקרטי, את המשך קיומו של ההליך, ובהם: הגנה על זכויות היסוד של הנאשם; פסילת מהלכיה הנפסדים של הרשות והרתעתה מפני נקיטת מהלכים דומים בעתיד; שמירה על טוהר ההליך השיפוטי; ושמירת אמון הציבור בבית-המשפט" (עניין בורוביץ, 807-808)

57. בית הדין נדרש לשאול עצמו, האם **ככלות הכול**, בהינתן העבירה שבה הורשע הנאשם והאינטרס הציבורי שבאכיפתה, אל מול הפגמים שבהתנהלות הרשות והאינטרס הציבורי שבהקפדה על זכויות היסוד של נאשם להליכי חקירה ומשפט הוגנים, יש מקום לקבוע כי נפגעה תחושת הצדק וההגינות המצדיקים ביטולו של כתב האישום או נקיטת אמצעים

מתונים יותר. נתתי דעתי לטיב העברה שבה נמצא אשם בדינו, מעשה שימוש אחד בלבד בסם מסוג קנאביס, בנסיבות אזרחיות, במהלך חופשה. עוד נתתי דעתי לנסיבותיו האישיות של הנאשם. מדובר בלוחם, הנאשם העיד כי חרף פציעה בברך נלחם להעלות את הפרופיל הרפואי שלו, ומתמיד בשירות צבאי מועיל, על אף נסיבות קשות מבית. אמו בעלת נכות מלאה ואביו נאלץ לתמוך בה (עמ' 19 ש' 6-14 לפרוטוקול מיום 18.3.2018). מנגד, ניצבים פגמים אשר פגעו בזכויות היסוד של הנאשם בעת שנאספו הראיות בעניינו ובאופן ניהול חקירתו. מכלול שיקולים אלה בראי מהות הפגם ובמשקפי הגינות וצדק מצדיקים את הקביעה כי הרשעתו של הנאשם בעברה המיוחסת לו תפגע בתחושת ההגינות והצדק. משקלו של האינטרס הציבורי בדבר שמירת זכויותיו של הנאשם בהליך הפלילי ובריסון כוחה של הרשות, מטים את הכף, לקבלת הטענה בדבר הגנה מן הצדק.

בצד בחינת התנהלות הרשות בראי דוקטרינת ההגנה מן הצדק אומצה בפסיקת בית המשפט העליון גישה שלפיה אפיק נוסף לבחינת טענות בדבר פגמים בהתנהלות הרשות הוא האפיק המנהלי (עניין פולדי פרץ לעיל בפס' 31; ראו גוטסדינק לעיל 535). אפיק זה תכליתו להבטיח העלאת כל הטענות שניתן היה להעלות בעבר בבג"ץ בעת בחינת שיקול דעת רשויות התביעה בהעמדה לדין (עניין גוטסדינר לעיל, בפס' 58 לפסק דינה של כב' השי ברק ארז). הפגמים שהועלו בנקיטת הפעולות הפסולות של הגוף החוקר, במשקפי דוקטרינת התוצאה היחסית, הנוהגת במשפט המינהלי ואיזונים עם האינטרס הציבורי שבאכיפת הדין, מביאים אף הם לתוצאה דומה, שלפיה אמת המידה של סבירות ושל מידתיות מחייבת, בהינתן מכלול השיקולים, לאמץ אמצעי שפגיעתו פחותה ביחס לנאשם מאשר הותרת סעיף האישום בעברה של שימוש בסם מסוכן על כנו.

58. תוצאת קבלת טענה בדבר הגנה מן הצדק, כידוע, אינה מחייבת את ביטולו של כתב האישום. לאחרונה עמד בית הדין הצבאי לערעורים על נפקותו של פגם בהתנהלות הרשות והסעד הראוי לנוכח מכלול הנסיבות העולות מן המקרה, במשקפי תורת התוצאה היחסית (עניין דאנה, בפס' 51).

בהתאם, נקבע בסעיף 353 לחוק השיפוט הצבאי, כי אם קיבל בית הדין טענה בדבר הגנה מן הצדק, רשאי לצוות על תיקון כתב האישום או על ביטולו. בעניין אסמאעיל נקבע כי -

"מקום בו התרשם בית-הדין, כי גורמי החקירה נהגו שלא כחוק בנאשם, פגעו בזכויותיו החוקתיות במהלך ביצוע פעולות החקירה והשיגו ראיות מפלילות תוך התעלמות מזכויות אלו, הוא עשוי להיזקק לדוקטרינת ההגנה מן הצדק. לאחר שישקול את כל השיקולים הנדרשים לדבר, הוא עשוי להחליט, תוך הפעלת הדוקטרינה האמורה, להימנע מהרשעת הנאשם שלפניו בסעיף אישום, אשר פגיעתו בו חמורה מדי, ולהסתפק בהרשעתו בסעיף אישום אחר, חלופי" (עניין אסמאעיל לעיל)

נסיבותיו הכוללות של מקרה זה, ובכללם: טיב העברה, המגלמת בסופו של דבר כישלון חד פעמי בנסיבות אזרחיות, הכרוכות באופי הפגמים ובאיזונים עם מכלול השיקולים האחרים, בצירוף העובדה שמנגד, נמצא בחפציו ביחידה סם, שלא נזקף לחובתו במישור הפלילי, הביאוני למסקנה כי אין הצדקה להורות על ביטולו של כתב האישום, אלא ראוי לאמץ סעד מדתי ומתון יותר, בדמות המרת סעיף האישום, מעברה של שימוש בסם מסוכן לעברה של התנהגות מבישה לפי סעיף 129 לחוק השיפוט הצבאי. סעיף זה מגלם הרשעה בפלילים, ובצידה, חומרה פחותה של אישום והוא מניב הימנעות כליל מהכתמת הנאשם ברישום פלילי,



חלף סיוג השלכות הרישום הפלילי (ראו למשל, עניין דאנה לעיל; ע/70,72/16 רב"ט סויד נ' התובע הצבאי הראשי (2016); עניין דתנר לעיל בפס' 58; עניין חמוס לעיל; ע/16/14 טורי ל' כ' נ' התובע הצבאי הראשי (2016)).

### סוף דבר

59. הנאשם זוכה, מחמת הספק, מהמיוחס לו בסעיף ב' לכתב האישום. בגין המעשה המתואר בסעיף א' בכתב האישום, חלף הרשעתו בעברה של שימוש בסם מסוכן לפי סעיפים 7(א) ו – (ג) סיפא לפקודת הסמים המסוכנים [נוסח חדש], התשל"ג – 1973, יורשע הנאשם בעברה של התנהגות מבישה לפי סעיף 129 לחוק השיפוט הצבאי.

• ניתנה היום, 9/5/2018, בפומבי ובמעמד הצדדים.

---

אב"ד