



בבית הדין הצבאי המחוזי  
במחוז שיפוטי מטכ"ל  
בפני:

סא"ל מיכל שחר-אמברם - שופטת

בעניין: התובע הצבאי (ע"י ב"כ, סרן אבישי שדה; קמ"ש יעל אלמו)

נגד

ח/XXX טוראי א' ד' (ע"י ב"כ, סרן יעלה צפלאוי; סרן אנסטסיה סורז'נקו)

### הכרעת - דין

#### כתב האישום

1. ביום 17.6.2018 הוגש כנגד טוראי א' ד' (להלן – הנאשם), כתב אישום בגין שתי עבירות שעניינן שימוש בסם מסוכן, לפי סעיפים 7(א) ו- (ג) סיפא לפקודת הסמים המסוכנים [נוסח חדש], התשל"ג-1973. כנטען בפרט האישום הראשון, בשתי הזדמנויות שונות, ביום 6.6.2018 ובמהלך חודש אפריל 2018 או במועדים סמוכים, השתמש הנאשם, בהיותו חייל, בסם מסוג קנאביס באמצעות סיגריה מגולגלת, בסמוך למחנה גלילות ומיד לאחר מכן שב ליחידתו שבמחנה גלילות. מפרט האישום השני עולה, כי החל מחודש פברואר 2018 ועד לחודש יוני 2018 או במועדים סמוכים, השתמש הנאשם, בהיותו חייל, בסם מסוג קנאביס, בתדירות של פעמיים בחודש, בביתו שברחוב XXX בעיר חיפה ובמקומות נוספים שאינם בידעת התביעה.

2. כתב האישום נסמך בעיקרו על הודאה שמסר הנאשם בעת חקירתו במצ"ח. פרט להודאה זו, הצביעה התביעה הצבאית על ראיות נוספות שיש בכוחן, להשקפתה, להוות תוספת ראייתית מסוג "דבר מה" המאמתות פרטים שונים בהודאת החוץ שמסר הנאשם. בהינתן התמונה הראייתית הכוללת טענה התביעה כי יש להרשיע את הנאשם במיוחס לו בכתב האישום.

גדר הכפירה

3. הנאשם **כפר** במיוחס לו. הוא הודה כי ביום 6.6.2018 אכן שהה בבסיס מחנה גלילות ובחלק מהזמן אף מחוצה לו, אך הכחיש **כל** שימוש בסם בכל אחד מן הפרטים שבכתב האישום. ההגנה טענה כי יש להורות על זיכוי של הנאשם מכל אשמה. עמדת ההגנה נשענה הן על טענות ראייתיות, שעיקרן **קבילות הודאת** הנאשם בחקירה; הן על טענת **הגנה מן הצדק** הכרוכה בהתנהלות הרשות, ובכלל זה בהתנהלות של מפקדי הנאשם ושל הגוף החוקר.

התשתית הראייתית

4. במסגרת **פרשת התביעה** נשמעו בבית הדין עדויותיהם של חוקרת מצ"ח - טוראי ש' ב' ע'; מפקדתו של הנאשם - סמ"ר א' ק'; מפקדו של הנאשם - רס"ר ש' ח'; מפקדו של הנאשם - רני"ג ס' ד'. התביעה הצבאית הגישה את אמרת הנאשם במצ"ח מיום 10.6.2018 (ת/1); כן, הוגשו בהסכמת ההגנה מסמכי מעצרו של הנאשם מיום 10.6.2018 (ת/2); ואמרתו של רני"ג ד' במצ"ח מיום 10.6.2018 (ת/3).

עוד נמסר מפי התביעה הצבאית כעובדה מוסכמת כי דגימת השתן שניטלה מן הנאשם במהלך חקירתו ביום 10.6.2018 נמצאה שלילית לתוצרי חילוף חומרים המצביעים על שימוש בסם מסוכן, בבדיקת המעבדה לתרעולה וכי לא נמצא טעם לאימות חריג. עובדה מוסכמת נוספת שהוצהר עליה מפי התובע היא שכלל החיפושים שבוצעו ביחס לנאשם ולא תועדו ביומן החקירות, תועדו במסמך תוכן תיק שהועבר להגנה ובחומרי החקירה.

5. במסגרת **פרשת ההגנה** נשמעה עדות **הנאשם**. כמו כן, הוגשו פרוטוקול דיון מעצרו של הנאשם מיום 11.6.2018 (ס/1); יומן החקירות (ס/2); זכ"ד חיפוש במקום ציבורי מיום 12.6.2018 (ס/3); זכ"ד ודוח חיפוש ביחידה מיום 12.6.2018 (ס/4); זכ"ד הבהרה באשר לאי עריכת חיפוש בבית הנאשם מיום 13.6.2018 (ס/5); אמרתו של רס"ר ח' בחקירת מצ"ח לצורך ביסוס הטיעון בדבר הגנה מן הצדק (ס/6).

הערכת הראיותעדויות המפקדים

6. עיון בחומר הראיות מעלה, כי ראשית הפרשה בחשד שהתעורר בקרבה של סמ"ר א' ק' (להלן - **סמ"ר ל'**) כי הנאשם השתמש בסמים.

בעדותה בבית הדין מסרה **סמ"ר ל'** כי לה ולנאשם יחסים די קרובים, שכן יושבים ביחד באותו משרד מדי יום (עמ' 19 לפרוטוקול הדיון מיום 26.6.18 בש' 21-22). סמ"ר

ל' מסרה כי ביום המקרה (יום שני או שלישי בשבוע הראשון של חודש יוני) נשארה לישון בבסיס כי הייתה תורנית; כי היא וחיילים נוספים התכנסו במשרד על מנת לאכול ביחד ארוחת ערב. בשלב מסוים, בעודם אוכלים, נכנס הנאשם והתיישב לאכול עימם, והיא הבחינה בכך "שמשהו לא ברור לי פה" (עמ' 19 ש' 35), בהמשך ציינה "ראיתי עיניים אדומות ופשוט... חשבתי שמשהו לא תקין פה" (עמ' 20 ש' 2), כאשר נדרשה לבאר, השיבה "שבן אדם שהולך לישון אחרי עבודה או משהו כזה לא יכול לקום עם עיניים כזה אדומות ואני יודעת מה זה סימנים של אדם תחת השפעת סמים, חששתי ודיברתי על זה עם המפקד" (עמ' 20 ש' 4-5). בהמשך ציינה העדה כי פרט לעיניים לא הבחינה בסימנים נוספים (עמ' 20 ש' 23), אך כי חשה צורך לדווח למפקדים כי הוא חייל שלה וככזה היא "אחראית עליו" (עמ' 20 ש' 16) וחששה כי "זה באמת סמים" (עמ' 20 ש' 14).

בעדותה הותירה סמ"ר ל' רושם של מי שאכן קרובה אל הנאשם ודואגת לו. התרשמתי כי, השתדלה למסור **גרסת אמת** ביחס לשאלות שנשאלה, אם כי בנקודה מסוימת בעדותה, קשה היה שלא להיווכח בכך שחשה אי נוחות כאשר תיארה את ה**סימנים** שראתה בנאשם. התרשמתי כי בנקודה זו ניסתה העדה **לצמצם** את הגרסה שמסרה בבית הדין, לכזו שתהיה **מה שפחות מפלילה ביחס לנאשם**. בפתח העדות ציינה כי זיהתה אצל הנאשם "משהו לא ברור", בהמשך כשנדרשה לסימנים ציינה כי ה**עיניים בלבד** הם שעוררו את חשדה (ראו למשל בעמ' 21 ש' 23), וכי **לא** הבחינה בסימנים חשודים נוספים (עמ' 21 ש' 7). העדה עומתה עם גרסתה בחקירת מצ"ח שם מסרה כי-

**"כשהוא הגיע שמת לי לב שיש משהו מוזר בעיניים שלו חששתי שזה סמים... אני יודעת איך נראה בן אדם שעישן סמים, ולפי כל שאר הסימנים הבנתי שהוא מעשן סמים, לשאלתך מאנצ'ים דודא למתוק כל מיני דברים... זה פשוט הסימנים שאני מכירה לא שזה 100%, ואז ש' קרא לא' ד', החייל שלדעתי עישן סמים..."** (ראו עמ' 1 ש' 4-7 באמרתה של העדה שהוגשה כחלק מ-ת/1).

בתגובה לכך ציינה העדה בעדותה בבית הדין כי בחקירה תיארה "איך נראה בן אדם בהשפעת סמים... באופן כללי לא רק לגביו" (עמ' 21 ש' 20-21). בהמשך העדות, טענה כי פרט לעיניים לא הבחינה בסימנים נוספים או בתאבון חריג (עמ' 20 ש' 29; עמ' 21 ש' 23). בהמשך מסרה ביחס לעיניו כי היו "מוזרות" (ראו חקירה נגדית בעמ' 23 ש' 28-20). בהמשך, השיבה כי העיניים היו מוזרות שכן היו אדומות (עמ' 24 ש' 8-9), וכאשר

נשאלה על כך אישרה כי יכולות להיות סיבות אחרות לצבע עיניו, כגון עבודה ממושכת מול המחשב (עמ' 24, ש' 18, 20-21).

מצאתי, אפוא, לקבוע כי במישור הכללי מסרה העדה **גרסת אמת רציפה שתיארה דברים כהווייתם**, אם כי בנקודה שבה נדרשה לתאר את הסימנים שזיהתה בקרב הנאשם טרם העברת הדיווח למפקדים, ניסתה **לצמצם** במידה מסוימת את הגרסה שמסרה בחקירה ולומר כי תיארה סימנים כלליים בלבד, הגם שאין ספק למקרא הדברים שמסרה בחקירת מצ"ח שזיהתה אצלו משהו מוזר בעיניו האדומות ובצירוף הסימנים שמכירה הבינה "שהוא מעשן סמים". מצאתי לקבוע כי החשד שהתעורר אצל העדה היה חשד של ממש לשימוש בסמים ("חייל שלדעתי עישן סמים"), להבדיל מחשד קל או חשד בעלמא שניסתה להציג בעדותה בבית הדין.

עוד מסרה העדה, ומצאתי לתת אמון בדברים, כי לאור החשש כי מדובר בסמים ועל רקע קשייו מבית, דיווחה העדה על החשד, **למחרת היום**, למפקדה – סמ"ר ש' ח'. העדה ציינה כי ביום המחרת, המתינה מחוץ לחדרו של סמ"ר ח', כי האחרון שוחח עם הנאשם ובהמשך יצא החוצה "ונתן לי סימן שזה ככה, שהוא כן עישן סמים". העדה ציינה כי בהמשך רני"ג ד' עשה שיחה לכל אנשי הקבע ביחידה ומסר להם כי בכל מקרה שכזה חלה חובת דיווח. בהמשך "היו שיחות של ארבעתנו, ש', ס', א' ואני" וכי העניין הועבר הלאה. העדה מסרה כי ביום חמישי בערב עדכן אותה רני"ג ד' כי הם נדרשים להגיע למצ"ח. ביום ראשון בבוקר סיפרה העדה כי הגיעה למצ"ח ביחד עם הנאשם ועם רני"ג ד'. העדה ציינה, כי היא ורני"ג ד' נחקרו, בהמשך נכנס הנאשם לחקירה, כי היא ורני"ג ד' יצאו לאכול והמתינו לנאשם מחוץ לחדר החקירות עד הערב, אז נמסר להם כי הוא "נכנס למעצר" (עמ' 21 ש' 28-35).

7. **רס"ר ש' ח'** – מפקדו של הנאשם, המצוי בשרשרת הפיקוד מעל סמ"ר ל', העיד אף הוא בבית הדין. העד מסר כי יחסיו עם הנאשם קרובים וטובים (עמ' 33 ש' 21-23). העד סיפר כי ביום ד' בבוקר 7.6.18, פנתה אליו סמ"ר ל' ועדכנה כי "ראתה את הנאשם עם עיניים אדומות". בעקבות זאת, העיד רס"ר ח', כי קרא לנאשם אליו ושאל אותו "אם הוא עישן סמים". הנאשם השיב לו שכן. העד ציין כי תיאר לעצמו למה הגיע הנאשם למצב כזה וכי אף הנאשם מסר לו שזה על רקע המצב בבית. בהמשך, העיד רס"ר ח' כי עדכן את מפקדו, רני"ג ד', בדבר. העניין דווח הלאה בשרשרת הפיקוד לקצינים הממונים עד שזומנו לחקירת מצ"ח. תחילה זומנו למתן עדות במצ"ח סמ"ר ל' ורני"ג ד' ובהמשך אף הוא (עמ' 33 ש' 25-30).

בהמשך העדות, הוסיף וציין רס"ר ח' כי ביום חמישי באותו שבוע, יצא הנאשם לביתו כשמצב רוחו ירוד. לאור זאת, ומתוך רצון של רס"ר ח' כמפקד "לעזור לו", העיד רס"ר ח' כי יצר קשר עם שלישת כלא XXX, על מנת לברר "מה יכול לקרות במצב כזה".

הוא ציין כי האחרונה סיפרה לו על האפשרות של הסדר מותנה. העד ציין כי התקשר לנאשם שיתף אותו בדברים שנמסרו לו בשיחה זו והבהיר לנאשם שיהיה אתו וייתן לו כל עזרה שהוא צריך אחרי שהנושא יסתיים. העד מסר כי הנאשם לא ציין בפניו בשיחה מה בכוונתו להגיד בחקירה וכי בסיום השיחה הודה לו הנאשם שהיה נתון בסערת רגשות והיה מבולבל. בדומה לגרסה שמסרה סמ"ר ל', אישר העד, בחקירתו הנגדית, כי רנ"ג ד' אסף אותו, את סמ"ר ל' ואת הנאשם לחדרו ושוחח עמם על האירוע. העד הותיר רושם **מהימן**. ניכר היה שהשתדל למסור גרסה **מלאה ומדויקת** על אודות התרחשות האירועים, אף כאשר הדבר גרם לו להצטייר באור שאינו בהכרח חיובי (ראו למשל, השיחה עם שלישת כלא XXX והשיחה שערך עם הנאשם בעקבותיה; העובדה שבשיחה שערך עם הנאשם לא הביא לידיעתו את זכויותיו בעמ' 37 ש' 29-31, בעמ' 38 ש' 1; וכן לא הסתיר את העובדה כי מטרתו הייתה שהכל יסתיים במישור הפיקודי בעמ' 38 ש' 22-25). מצאתי כי ניתן לסמוך ממצאים על עדות זו.

8. **רנ"ג ס' ד'**, המצוי בשרשרת הפיקוד מעל רס"ר ח', העיד אף הוא מטעם התביעה. ייאמר מיד כי עדותו משתלבת עם עדויותיהם של רס"ר ח' וסמ"ר ל'. העד סיפר כי ביום רביעי 7.6.2018 פנה אליו רס"ר ח' ועדכן אותו שהנאשם הודה בפניו שהוא מעשן סמים. רנ"ג ד' מסר כי דיווח על כך בהודעה לסגן מפקד המרכז שהעביר זאת לרמ"ט היחידה ומשם לקצין האג"ם, שהעביר את הדיווח למצ"ח. העד ציין כי בבוקר יום חמישי 8.6.2018 קרא לנאשם לחדרו ושאל אותו "האם הוא יודע שאסור לעשן סמים בצבא". העד ציין כי הנאשם השיב לו שכן הוא יודע ופרץ בבכי. בהמשך, ציין העד כי אמר לו שעליו להיות מודע למשמעות של הדבר, וכי אם רצונו להמשיך לעשן, יש לכך שתי משמעויות: ועדת אי התאמה או טיפול ברה"ני. העד מסר כי הנאשם הסכים ללכת לטיפול ברה"ן, ובזאת הסתיימה השיחה (עמ' 27 ש' 19-25). לשאלת התובע ציין העד כי תכלית השיחה שערך עם הנאשם הייתה "להבין מדוע הוא עשה דברים אסורים" (עמ' 27 ש' 27). כשנדרש לפרט עוד על תוכן השיחה מסר שהשיחה הסתכמה בדברים שצוינו לעיל והפנה גם לאמרתו במצ"ח (עמ' 27 ש' 29). העד הכחיש כי הנאשם סיפר לו דבר מה בעניין השימוש בסמים באותה שיחה (עמ' 27 ש' 31), אך מיד לאחר מכן אישר כי הנאשם סיפר לו היכן השתמש בסמים וכי עשה זאת "מחוץ לבסיס בזמן שהוא בשירות" (עמ' 27 ש' 33). העד נשאל, אם כן, בשנית האם מסר לו הנאשם דברים על-אודות השימושים וציין כי אינו זוכר (עמ' 28 ש' 1; ראו בהמשך עמ' 29 ש' 24-26; עמ' 30 ש' 12). בנסיבות אלה רוענן זכרונו של העד והוא אישר כי הדברים שמסר במצ"ח הם הדברים שמהימנים כי אז היה זכרונו "טרי" (עמ' 28 ש' 6). אמרת העד במצ"ח הוגשה אפוא **בהסכמה** (ת/3) מכוח כלל הקפאת הזכירה שבעבר (עמ' 30 ש' 5).

13). במצ"ח מסר העד גרסה זהה בעניין השיחה שניהל עם הנאשם לזו שנמסרה בבית הדין. אך במהלך החקירה מסר העד גם שהנאשם ציין בפניו באותה שיחה כי עישן מחוץ לבסיס (ת/3 עמ' 2 ש' 12) ובהמשך החקירה מסר כי הנאשם ציין בפניו כי עשה זאת "כדי לברוח מהבעיות בבית" (ת/3 עמ' 3 ש' 19-20). מצאתי כי מסגרת הדברים שהתנהלו בשיחה בין רנ"ג ד' לנאשם הייתה כפי עדותו בבית הדין, אולם כי יש להשלים פרטים ממנה בהסתמך על מה שמסר העד בחקירתו במצ"ח, כי אף בפניו הודה הנאשם שהשתמש בסם באותו ערב שבו התעורר חשדה של ל', ועשה כן לנוכח רקעו המשפחתי. העד ציין כי עמד במחויבותו הצבאית לדווח על האירוע לממונים עליו ולמצ"ח ואף מילא את חובתו הצבאית בפן הפיקודי, בכך ששוחח עם הנאשם (עמ' 29 ש' 28-30). העד לא כיחד כי לא הביא לידיעת הנאשם את דבר זכותו להיוועץ בעו"ד או לשמור על זכות השתיקה בעת ששוחח עמו (עמ' 30 ש' 1-2). העד אישר כי הן סמ"ר ל' הן רס"ר ח' נכחו בחדרו בעת ששוחח עם הנאשם (עמ' 30 ש' 20-21), כי השיחה התקיימה טרם העברת הדיווח למצ"ח, כי תכליתה הייתה פיקודית, אם כי לא הייתה כוונה לטפל באירוע רק פיקודית (עמ' 30 ש' 22-23). בהמשך ציין העד, כי הודיע לנאשם על חובתו להתייצב במצ"ח ביום ראשון שלאחר מכן, וכן כי סיכם עם הנאשם שיאסוף אותו מתחנת הרכבת ויסיעו לבסיס מצ"ח (עמ' 31 ש' 1). העד אישר כי נסע ביחד עם הנאשם ועם סמ"ר ל' לבסיס מצ"ח, כי שהה עם הנאשם מחוץ לחדר החקירות כאשר המתין לעדותו, כי השניים לא שוחחו על עניינים הנוגעים לחקירה ולמתן העדות, וכי הרגיע אותו (עמ' 31 ש' 15-18). בהמשך אישר העד כי שהה בבסיס החקירות גם לאחר שהסתיימה גביית עדותו, כי יצא לאכול עם סמ"ר ל' וכי השניים הביאו לנאשם אוכל לבסיס החקירה. עוד הוסיף העד כי המתינו עד סוף היום תוך תקווה שישחררו את הנאשם והם יצאו יחד (עמ' 31 ש' 20-21). העד אישר גם כי שמר על קשר רציף עם אמו של הנאשם לנוכח המצב המשפחתי המורכב של בני הבית וכי מוכן לעשות כל שנדרש על מנת שהנאשם ישתחרר מהכלא (עמ' 32 ש' 1-3).

העד הותיר רושם **מהימן**. ניכר היה עליו שנקרע בין חובתו כקצין וכמפקד בצבא לדווח על כל אירוע חריג לגוף החוקר הממונה על הדברים, לבין רגשותיו האבהיים והחובה שחש כמפקד לחיילים לדאוג לכל מחסורם ולצורך להיות לצדם בעת צרה. על מתח זה אעמוד בהמשך הכרעת הדין. מכל מקום, מצאתי כי עד זה מסר עדות **בוטחת**, התרשמתי כי דבריו בעדות **דברי אמת** הם, וכי הגם שצמצם את הגרסה ביחס לשיחה "הפיקודית" שערך עם הנאשם, הפנה לאמרתו במצ"ח, אז היה זכרונו טרי ובכך הושלמה התמונה העובדתית בנוגע לשיחה זו.

9. ככלות הכל, שלוש מפקדיו של הנאשם נמצאו בעיני **מהימנים**. העדים כולם הותירו רושם של מפקדים החשים מחויבים לנאשם, חשים צער על נסיבותיו המשפחתיות,

שפורטו מפי כל אחד מהם בעדות. ניכר היה שהמפקדים כולם, ניסו לעזור לנאשם, הגם שהבינו את חובתם לדווח לרשויות על הדברים ולמסור עדות מלאה ומהימנה בבית הדין. עדים אלה מסרו גרסה מלאה וניכר היה שהפנימו את חובתם למסור את כל אשר ידעו ביחס לאירועים נשוא כתב האישום בבית הדין. הם עשו כן גם כאשר הפרטים שנמסרו ביחס למעורבות הנאשם בעולם הסמים לא קידמו את הגנת הנאשם (בכפוף לאמור בסעיף 6 לעיל בעניין עדותה של סמ"ר ל'). עדויותיהם השתלבו זו בזו ויצרו תמונה עובדתית אחידה בנוגע ללזו השתלשלות האירועים, עובר לפתיחת חקירת מצ"ח. העדויות עולות אף בקנה אחד עם המידע שמסר הנאשם בעדותו בנוגע לאירועים שקדמו לחקירת מצ"ח, כך שניתן על סמך עדויות אלה לקבוע ממצאים שבעובדה.

### חקירת הנאשם במצ"ח

10. הנאשם הובא לחקירת מצ"ח ביום 10.6.2018. חוקרת מצ"ח **טור' ש' ב' ע'** היא שחקרה את הנאשם והייתה אחראית על תיק החקירה. החוקרת העידה בבית הדין. היא מסרה שהחקירה החלה בשאלה כללית – "ספר על השתלשלות האירועים" וכי הנאשם הודה בשימוש בסמים מסוכנים. העדה ציינה כי השיח היה "נעים" הנאשם שיתף פעולה. העדה ציינה כי החקירה כללה גם תשאולים בעל פה, שבהם נשאל הנאשם בעיקר "שאלות כלליות על המשפחה שלו ופחות על העבירה עצמה" וכי באמרה הכתובה הוא נשאל שאלות על העברות שביצע והודה בשני שימושים בנסיבות צבאיות ובשמונה שימושים בנסיבות אזרחיות (עמ' 1 ש' 35-37, עמ' 2 ש' 1-2). העדה ציינה כי הוקראו לנאשם זכויותיו והוסברו לו, וכן כי הנאשם בחר שלא להיוועץ בעו"ד, כשנשאל למה השיב "שהוא רק רוצה לסיים את זה" (עמ' 2 ש' 4-10). צוין כי רוב החקירה תועדה באמרה הכתובה וכי התשאולים בעל פה היו לא רבים ונעשו במהלך הפסקות סיגריה (עמ' 2 ש' 12-13).

העדה אישרה באופן שמתיישב עם עדויות המפקדים כי הוא הובא לחקירה על ידי מפקדיו שחיכו לו בבסיס החקירות בעת שנחקר וכי הביאו לו ארוחת צהרים (עמ' 4 ש' 8-3). בהמשך אישרה העדה כי היא חקרה גם את רס"ר ח', אשר סיפר לה על השיחה שערך עם השלישה בכלא XXX ועל שיחתו עם הנאשם בעקבותיה. העדה אישרה שלאחר התייעצות עם מפקדיה הוחלט שלא לחקור את הנאשם בחקירה נוספת וכי הנאשם לא עומת בחקירתו עם אותה "עצה" שנתן לו רס"ר ח', פרט למה שמסר בעניין זה בחקירה שלו שהייתה טרם גביית האמרה של רס"ר ח' (עמ' 7 ש' 24-30). בחקירה הנגדית, נשאלה החוקרת שאלות רבות בנוגע למהלך החקירה, לתנאי החקירה, לתיעוד

שערכה בהפסקות שהתבצעו ובנוגע לפעולות חקירה שנעשו ושלא נעשו (ראו למשל - העדר שרטוט ציר שימושים - עמ' 7; העדר עריכת חיפוש בבית - עמ' 8; העדר ניסיון לאתר את שמו של מתווך הסמים שסיפק לנאשם לכאורה את הסם, פרט לחיפוש במערכת הצבאית "תיק אישי" - עמ' 9; העדר חקירת שמות החברים שעמם השתמש בסמים - עמ' 10; העדר תיעוד שמות הבלשים ששהו עמו בחדר החקירות במהלך הפסקות- עמ' 11; העדר תיעוד הפסקות הסיגריה על גבי האמרה - עמ' 12). החוקרת השיבה לכלל השאלות **בגילוי לב**, ועשתה מאמץ ניכר להיזכר בכל הפרטים. התרשמתי **ממהימנות** הגרסה שמסרה העדה בבית הדין. העדה לא הסתירה את העדר ניסיונה בחקירות שבהן נמסרת הודאה, את העובדה שיצאה במהלך החקירה מספר פעמים על מנת להתייעץ עם הממונים, את היעדר זמינות הממונים במועד החקירה (לאור קיומו של מסדר זיהוי בתיק אחר שבו היו עסוקים הממונים בבסיס מצ"ח דן באותו זמן). מדובר בגרסה **מהימנה ובוטחת שניתן לסמוך עליה ממצאים**. גם את ניסיון ההגנה לקעקע את מהימנות העדה, שציננה כי אין לה ניסיון בחקירה שבה נאשם מודה בפניה, יש לדחות. בהקשר זה, הוצג לה תיק אחר שנוהל במצ"ח דן באותה תקופה, שאותו לא היא חקרה ולאחר שהובאו בפניה מלוא הפרטים ציננה העדה בכנות שטעתה כשלא נזכרה בתיק זה (ראו עמ' 16-17). אין בכך כדי לגרוע מאמינותה, שהרי אין ניתן להעלות על הדעת שהעדה כחוקרת צעירה תזכור את כל התיקים שהתנהלו בבסיס מצ"ח דן ולא היא חקרה, שבהם הודו נאשמים. מצאתי **לתת אמון** בלתי מסויג בעדות החוקרת.

11. עיון **באמרת הנאשם במצ"ח** העלה כי אכן, כדברי החוקרת, **בפתח** החקירה כשנדרש הנאשם לספר על השתלשלות האירועים סיפר **מיד ומיוזמתו** על אירוע השימוש בסם שהוביל לפתיחת החקירה, וכך מסר -

"יצאתי מחוץ לבסיס... נראה לי ברביעי או בשלישי ועישנתי סמים מריחואנה ואז חזרתי לבסיס והלכתי למשרד, זה היה בערב והנגדת שלי ראתה אותי שם... לי ק', והיא ראתה שאני מסטול. היא שאלה אותי אם ישנתי אמרתי לה שכן כי באמת ישנתי לפני, אבל היא קלטה שהייתי מסטול" (ת/1 עמ' 2 ש' 4-1).

בהמשך, נשאל הנאשם האם זה קרה פעמים נוספות קודם לכן והשיב - "קרה עוד פעם אחת... לא זוכר מתי נראה לי לפני חודשיים" (ת/1, עמ' 2 ש' 8). בהמשך לכך נשאל הנאשם מה המצב בבית והשיב כי המצב "לא טוב" ופירט על אודות פטירת אביו והקושי המשפחתי בהתמודדות עם האובדן (עמ' 2 ש' 9-13). אז נשאל הנאשם האם



עישן סמים מסוכנים לפני גיוסו לצה"ל והשיב בחיוב. בהמשך נשאל האם עישן סמים בנסיבות צבאיות והשיב – "הייתי בתוך הבסיס מסטול, כן. לשאלתך לא עישנתי אף פעם בתוך הבסיס" (עמ' 2 ש' 17). בהמשך נשאל האם מעשן סמים בנסיבות אזרחיות, והשיב "כן, פעם בשבועיים" (עמ' 2 ש' 19). בהמשך לתשובה זו נרשמה הערת החוקרת כי "נעשה ציר זמנים של עישון סמים בנסיבות אזרחיות", הנאשם נשאל כמה זמן הוא בצבא, השיב חצי שנה, והחוקרת ציינה בפניו שעל פי החישוב עשה שימוש בסם ב- 12 הזדמנויות שונות בנסיבות אזרחיות. בהמשך לכך נשאל הנאשם כמה פעמים עישנת בנסיבות אזרחיות והשיב: "אני לא יודע להגיד באופן חד משמעי. לא השתמשתי בחודשיים הראשונים לאחר הגיוס שלי. רק אחרי זה עישנתי פעמיים בחודש בערך" (עמ' 2 ש' 25, עמ' 3 ש' 1). לאור תשובה זו נערך חישוב נוסף והוא שב ונשאל כמה שימושים בנסיבות אזרחיות היו לו בסך הכל מאז הגיוס, הנאשם השיב "8 שימושים" (עמ' 3 ש' 6). בהמשך, לשאלה כמה שימושים בנסיבות צבאיות היו לו השיב "2 שימושים" (עמ' 3 ש' 13). בהמשך מסר הנאשם אף פרטים בנוגע לשאלה מדוע עשה שימוש בסמים. לשאלה כיצד השיג את הסמים השיב הנאשם, "אף פעם לא קניתי, תמיד הייתי מביא כסף לחברים והם היו קונים לי". הוא אישר כי אינו יודע מה מקור הסמים וכי לא העביר לאחר סם בתמורה או שלא בתמורה (עמ' 5 ש' 20-25). לשאלה למי העביר את הכסף, תחילה מסר הנאשם את שמו הפרטי בלבד ("א") וסירב למסור את שם המשפחה, בהמשך מסר את שמו המלא ("א' פ'"), עמ' 6 ש' 3, 11). אשר לסמים שבהם עשה שימוש בבסיס ציין הנאשם –

"לא הכנסתי אותם לתוך הבסיס... היה בחוץ שמתי בחוץ, הסתרתי את זה בבנק אוצר החייל, יש שם מקום כזה שאף אחד לא נכנס אליו אז זרקתי את זה לשם... יצאתי מהבסיס מהש.ג. יצאתי לשם. היה לי שם הכל שאני הייתי צריך. לקחתי את זה הכנתי פייסל, יש פרדס כזה ליד הבסיס, עישנתי את זה וחזרתי לבסיס" (עמ' 6 ש' 18-25; בהמשך החקירה ראו שוב גרסתו שבה שב בדיוק על אותם פרטים בעמ' 9 ש' 12-14).

לשאלה איזו הרגשה זה עשה לו, השיב "פשוט הייתי רגוע לא חשבתני על כלום" (עמ' 7 ש' 1). לשאלה האם הסתיר את הסמים שם פעמים נוספות, השיב בחיוב "פעם אחת לפני חודשיים, אותו קרה שכבר סיפרתי לך" (עמ' 7 ש' 6. כך במקור). הנאשם אישר כי בביתו עישן סמים עם אנשים נוספים (עמ' 7 ש' 8-9). לשאלה מדוע חברו רכש עבורו את הסמים השיב "לא יודע לא רציתי להתעסק בזה, לא רציתי אשכרה לקחת את זה... לא רציתי להיות בסיטואציה. אני גם לא כל כך מכיר. אין לי

ממי לקנות, ידעתי שהוא יודע" (עמ' 8 ש' 1-3). לשאלה באילו **תדירות** רוכש סמים, השיב "החברים שלי קונים, אז אני מביא להם כסף... פעם בשבועיים בערך" (עמ' 8 ש' 5-6). בהמשך הוסיף "אני מביא 50 שקל ואז כל אחד מוסיף ואז זה יוצא 2 גרם לכולם... אנחנו תמיד יושבים וגומרים את זה... בערך 4 קונים בכל פעם ומסיימים את ה – 2 גרם ביחד, ואז נשאר אז משאירים את זה לפעם הבאה" (עמ' 8 ש' 8-11). בהמשך, לשאלה איפה משתמש בסמים, השיב הנאשם "לפעמים יושבים בבית שלי לפעמים בבית של חבר" (עמ' 8 ש' 12-13), אשר לשימושים בצבא ציין כי עישן סמים "בחוף, בפרדס" (עמ' 8 ש' 17). הנאשם אישר כי לא ניסה להכניס סמים לבסיס, ולשאלה כיצד מצא את המקום שבו החביא את הסמים השיב "בפעם הראשונה שעשיתי את זה לפני חודשיים, אז כשבאתי ביום ראשון לבסיס לפני שנכנסתי הסתובבתי כדי לראות איפה אני יכול להחביא את זה" (עמ' 8 ש' 18-23). באמרתו מסר הנאשם פרטים על אודות אותו ערב שבו התנהגותו עוררה את חשדה של סמ"ר ל', הוא תיאר את יציאתו לפרדס, כיון שהרגיש רע, הגיע לבנק אוצר החייל למקום שבו הטמין את הסם, הכין פייסל עישן אותו ואז נכנס חזרה לבסיס ואישר כי התנהג מוזר, צחק ונראה כמי שנתון תחת השפעת סם (עמ' 9 ש' 12-16). בחקירתו עומת גם עם חקירותיהם של רנ"ג ד' ושל סמ"ר ל' ואישר את תוכן (עמ' 7 ש' 15-24 "היא ראתה אותי עם עיניים אדומות, היא שאלה אותי אם ישנתי, מעבר לזה הכל נכון"). בהמשך חקירתו אישר הנאשם כי בפני סמ"ר ל' הוא לא הודה בעישון סמים, אלא בפני המפקד האישי. הוא נשאל האם הודה מרצונו הטוב והחופשי בפני מפקדו והשיב –

"באותו זמן הייתי אמור להיכנס איתו לשיחה אחרת, כשהוא קרא לי יום למחרת אז אמרתי לו שכן... אני לא ממש זוכר, הוא שאל אותי אם עישנתי אתמול סמים ואמרתי לו שכן... זה היה שיחה בין מפקד לחייל, לא בטון מאיים ולא בטון עצבני. הוא דאג לי למצב שלי" (עמ' 10 ש' 5-7).

הנאשם אישר שלא הופעל עליו לחץ כלשהו להודות בפני מפקדו. לשאלה מדוע הודה במצ"ח כי עשה שימוש בסמים, השיב –

"כי אני לא רוצה להסתבך גם ככה עם המצב בבית שלי אני לא רוצה שסתם יהיה עכשיו עוד בעיות. אני יודע שמה שעשיתי לא בסדר. לאמא שלי יש מספיק דברים להתמודד איתם ולהוסיף את זה, זה לא יעשה לה טוב. אני גם לא רוצה להיות דוגמא רעה לאחים שלי" (עמ' 10 ש' 10-13).

בהמשך כשנשאל האם יש לו משהו להוסיף, השיב – "אני יודע שעשיתי משהו לא בסדר, אני לא מתכוון להמשיך עם זה, אני אלך לקב"ן ואראה איך זה מתקדם", ואישר כי כל שמסר בחקירה אמת הוא (עמ' 10 ש' 15-18).

### עדות הנאשם בבית הדין

12. בעדות בבית הדין הכחיש הנאשם כל שימוש בסם ("אני שיקרתי בהכל בחקירה לא באמת עישנתי סמים" עמ' 45 ש' 6).

הוא אישר כי בערבו של יום שלישי או רביעי, הבחינה בו סמ"ר ל' "עם עיניים אדומות" וכי למחרת לקח אותו המפקד שלו רס"ר ח' לשיחה. הנאשם אישר, כי באותה שיחה, שאל אותו רס"ר ח' האם עישן סמים והוא השיב שכן. הוא ציין כי רס"ר ח' שאל אותו למה והוא השיב "בגלל המצב בבית". בהמשך שאל אותו רס"ר ח' האם רוצה טיפול בעזרת קב"ן (עמ' 42 ש' 1-10). הנאשם ציין, כחוט השני, לכל אורך עדותו כי הסיבה שבגינה הודה בפני רס"ר ח' בסמים היא כי חשב שבדרך זו יוכל "להשיג עזרה מקב"ן" (עמ' 42 ש' 11). הנאשם ציין כי בשיחות עם מפקדיו (הן בשיחה עם רס"ר ח' הן בשיחה עם רנ"ג ד' שבה היו נוכחים גם רס"ר ח' וסמ"ר ל') היה מאוד לחוץ. כאשר נשאל מדוע, השיב –

"כי לא באמת עישנתי סמים אמרתי שכן כי חשבתי שזה יגרור עזרה מקב"ן והתביישתי להגיד שאני רוצה עזרה מקב"ן. אבל אז כבר הכל נהיה יותר משמעותי ונקלעתי לסיטואציה שלא כל כך ידעתי מה לעשות. לא רציתי להגיד ששיקרתי כי כבר ראיתי שזה התגלגל לאוזני כולם וגם חשבתי שזה יישאר ברמה פיקודית לא ידעתי שזה יסתבך ככה" (עמ' 42 ש' 21-24)

בהמשך ציין כי בשיחות עם מפקדיו הבין שהעניין הועבר הלאה למצ"ח והדבר הוביל אותו להיות לחוץ. בעקבות מצבו, סיפר הנאשם כי רס"ר ח' מפקדו דאג לו, וכך פירט –

"חזרתי לבית וביום חמישי בגלל שהוא דאג לי הוא ניסה לברר ולעזור לי והתקשר לחברה של אשתו שהיא שלישה בכלא XXX והתקשר ואמר לי מה שהיא אמרה לו שאם אני אודה במספר שימושים מועט, אז אני אצא עם הסדר מותנה ונורא שמחתי על זה. לא היה לי שום סיבה לפקפק במה שהוא אומר, הוא כל הזמן היה שם בשבילי שהייתי צריך אותו אז נורא

סמכתי עליו ויום ראשון הייתה החקירה. הלכתי לשם עם ס' ולי והם נכנסו לפניי לתת עדות. שאני נכנסתי לחקירה, כבר ראיתי שהם נכנסו לפניי לעדות ואמרתי אם אני אחזור בי זה יראה כאילו שהם משקרים ולא רציתי להסתבך בזה. לשאלת בית הדין, הם נתנו עדות לפניי, ושנכנסתי לחקירה ידעתי שהם אמרו כנראה את מה שהתנהל בשיחה והכל ולא רציתי לחזור בי כי חשבתי שזה יסבך אותי אם אתן עדות אחרת ממה שהם אמרו." (עמ' 43 ש' 1-9)

הוא נדרש להסביר מדוע חשב שאם ייתן עדות אחרת ממה שהם נתנו, זה יסבך אותו והשיב -

**"לא רציתי לשקר בחקירה של מצ"ח ולא רציתי שיצא מצב שהם נתנו עדות אחת ואני אחרת ויחשבו שאני משקר.**  
**אב"ד : לטענתך בפועל אבל כן שיקרת.**  
**נ : כי חשבתי שאני אצא מזה עם ההסדר המותנה והמשכתי עם הסיפור הזה כדי שייראה אמין." (עמ' 43 ש' 11-14)**

בהמשך מסר הנאשם כי נשאל האם מעוניין בסנגור והשיב בשלילה כי **"סמכתי על מה ש' אמר אם אודה במספר שימושים מועט אז יתקבל ההסדר המותנה ולא רציתי להיכנס לכלא אז אמרתי שאני אודה וזה ייגמר"** (עמ' 43 ש' 16-18).  
 על החקירה מסר שלא חש בחקירה, שיצא להפסקות סיגריה ושחח עם החוקרת באופן חופשי על חייו ועל חייה שלה (עמ' 43 ש' 18-21). אשר לגרסת ההודאה בחקירה שבה מסר פרטים בנוגע לשימושים בסמים בהזדמנויות שונות, השיב הנאשם –  
**"בהתחלה עניתי לה תשובות של הדברים שהיא רצתה לשמוע, ושהגענו לשאלה של כמה שימושים עניתי לה פעם בשבועיים לאחר שהיא שאלה בתדירות ועם החישוב שהיא עשתה היא אמרה 12 וששמעתי את זה, זה היה נשמע יותר מדי, ולפי מה ש' אמר עם ההסדר המותנה צריך מספר מועט אז תיקנתי אותה ואמרתי בחודשיים הראשונים לא עישנתי כדי שיצא מספר קטן יותר"** (עמ' 43 ש' 23-26).

הוא נשאל כמה שימושים חשב שיענו על הדרישה של **"מספר מועט"** והשיב כי חשב ש"10 זה יהיה מספיק. מקסימום" (עמ' 43 ש' 28). אשר לפרטים הנוספים שמסר

בהודאת החוץ שלו, למשל שמו של "א' פ'", השיב הנאשם, כי זהו השם הראשון שבא לו לראש, שכן ידע שהוא אזרח ולא חייל ולכן זה לא יסבך אותו (עמ' 44 ש' 3-4). הוא הוסיף כי לא רצה לספר שרכש בעצמו כי רס"ר ח' "דיבר איתי רק על שימושים, חשבתי שאם אני אגיד שגם קניתי את הסמים זה יהיה גרוע יותר" (עמ' 44 ש' 6-7). בהמשך פירט הנאשם על אודות מצבו מבית –

"המצב קשה, אבא שלי נפטר חודש לפני שהתגייסתי ולאחי הקטן יש מחלות נפשיות. המצב בבית קשה... אחי גר בבית, יש לי עוד שני אחים ואחות, אנחנו ארבעה בסך הכל. אחרי שאבא שלי נפטר המצב בבית נורא הדרדר... יש לי אח בן 17, אחות בת 15 ואחי הקטן בן 11. אבל, אני אמרתי לעצמי שאני צריך להיות עכשיו בגלל שאני הבכור, אני צריך להיות אחראי ורציתי להתמודד עם המצב הזה והצלחתי להתמודד איתו והמצב קשה אבל אתמודד איתו" (עמ' 44 ש' 25-29).

אשר לסיבות לשימוש בסם ציין הנאשם כי בחקירה "כל פעם נתתי לה סיבה אחרת, שונה כדי לראות מה היא רוצה לשמוע, שהסיפור יהיה אמין" (עמ' 44 ש' 31). בהמשך חקירתו הנגדית, הוא שב ונשאל על הסיבות שבעטיין בהודאת החוץ שלו, הודה בעוד ועוד שימושים פרט לשימוש שלגביו הודה בפני רס"ר ח', והטעים זאת בכך שרצה שזה "יישמע אמין" ו"כדי לקבל את ההסדר המותנה" (ראו למשל בעמ' 58 ש' 9).

### קבילות הודאת החוץ

13. ההגנה טענה כי אין לקבל את הודאת החוץ של הנאשם במצ"ח. נטען כי **בירור המפקדים** שנערך בפני רס"ר ח' ובפני רני"ג ד' לנאשם השליכו על הגרסה שמסר הנאשם במצ"ח. נטען, כי משעה שתוחקר בפני מפקדיו והודה בפניהם בשימוש בסם, ובהמשך ליוו אותו מפקדיו גם לחקירת מצ"ח, נשללה ממנו האפשרות שלא להודות בחקירה, והודאתו לא הייתה "חופשית ומרצון". זאת ועוד, לתחקור המפקדים ולליווים נלוותה "עצה משפטית" שקיבל הנאשם מרס"ר ח'. להבנת הנאשם, מפקדו שעליו סמך, נועץ עם גורם הנתפס בעיני הנאשם כחלק מרשויות אכיפת החוק (שלישת כלא XXX) והיא מסרה למפקדו "הבטחה" שניתן להסתמך עליה כי הנאשם יקבל הסדר מותנה. לנוכח הבטחה זו, שבעיניו של "חייל פשוט" מבוססת על עצה של גורם בר סמכא, ויתר הנאשם על זכותו להיוועץ בעורך דין, הוא "תומרץ" להודות ואף ענין זה השליך על כך שלא הייתה זו הודאה "חופשית ומרצון". נטען, אפוא, כי יש לפסול

הודאה זו, שכן קבלתה כראיה במשפט תניב **פגיעה מהותית בזכותו להליך הוגן**. עוד נטען בהקשר זה, כי לנאשם לא ניתנה הזדמנות בחקירה למסור את גרסתו בעניין ההבטחה שקיבל מרס"ר ח' כי אם יודה בעשרה שימושים ישולב בהסדר מותנה, שכן לא נגבתה אמרה נוספת מן הנאשם לאחר שרס"ר ח' נחקר ומסר פרטים על אודות אותה עצה שנתן לנאשם. ההגנה הצביעה על שורת פגמים נוספים בחקירה שהניבו להשקפתה פגיעה בזכויותיו של הנאשם.

14. בית המשפט העליון שב ועמד בפסיקותיו על **המסגרת הנורמטיבית** לבחינת קבילות הודאת חוץ של נאשם (ע"פ 4109/15 מירז נ' **מדינת ישראל** בפס' 23 (טרם פורסם, 9.7.2017); ע"פ 9808/06 **סנקר נ' מדינת ישראל**, בפס' 11-12 לפסק דינו של כב' השופט (טרם פורסם, 29.7.2010); ע"פ 10049/08 **אבו עזא נ' מדינת ישראל**, בפס' 74-75 לפסק דינו של כב' השופט דנציגר (טרם פורסם, 23.8.2012)).

לאחר עיגונה של הלכה בעניין י' (ע"פ 5121/98 י' נ' **התובע הצבאי הראשי**, פ"ד סא(1) 461 (2006). להלן – **עניין י'**), הותוו שני אפיקים לבחינת קבילותה של הודאת נאשם: **האחד - המבחן הסטטוטורי** המעוגן בהוראת **סעיף 12** לפקודת הראיות, שלפיו הודאת חוץ של נאשם תהא קבילה רק מקום בו הוכח שההודאה הייתה "חופשית ומרצון", וזאת במטרה להגן, בעיקר, על זכותו של הנחקר לשלמות הגוף והנפש כמו גם על זכותו לאוטונומיה של הרצון החופשי (עניין י', עמ' 517). בפסיקה בואר כי לא כל פגיעה בזכויות שהוזכרו תביא לשלילת קבילות ההודאה, נדרשת בחינת כל מקרה לגופו - האם אמצעי החקירה הפסולים שננקטו הביאו בפועל לפגיעה "משמעותית וחמורה" באוטונומיית רצונו ובחופש בחירתו של הנחקר במסירת הודאתו (עניין י', עמ' 522-520).

**האחר - דוקטרינת הפסילה הפסיקתית** שעוגנה בהלכת י', במסגרתה נתון לבית המשפט שיקול דעת לקבוע כי הודאה אינה קבילה מקום בו הגיע למסקנה כי זו הושגה שלא כדין וכי קבלתה כראיה במשפט תגרום לפגיעה מהותית בזכותו של הנאשם להליך הוגן (עניין י', עמ' 569-570). נקבע כי –

"מדובר בנוסחת איזון עקרונית השואפת להשגת פשרה ראויה בין מכלול הזכויות והאינטרסים הרלוונטיים לשאלת קבילותן של ראיות שהושגו שלא כדין, ובהם: חשיפת האמת העובדתית, הלחימה בעבריינות וכן ההגנה על שלום הציבור ועל זכויות נפגעי העבירה מחד גיסא; אל מול ההגנה על זכויות הנאשם ועל הגינות ההליך הפלילי וטוהרו מאידך גיסא" (עניין י', עמ' 569).

בהקשר זה נקבע, כי, בין השיקולים, ייבחנו אופייה וחומרתה של אי-החוקיות שהייתה כרוכה בהשגת ההודאה; מידת ההשפעה שהייתה לאמצעי החקירה שאינו חוקי על אמינות ההודאה שהושגה; והנזק והתועלת החברתיים הכרוכים בפסילת ההודאה (עניין י', עמ' 562-567). בפסיקה הודגש כי יש להראות קשר סיבתי עובדתי ומשפטי בין הפגם או הפסול לבין הראיה שהושגה וכי "הצדקה לפסילת ראיה נגזרת תקום רק באותם מקרים בהם קיים קשר סיבתי בין קיומה של הראיה הראשית לבין אפשרות השגתה של הראיה הנגזרת" (ע"פ 4988/08 פרחי נ' מדינת ישראל, פ"ד סה(1) 626 (2011). להלן- עניין פרחי; דנ"פ 5956/11 פרחי נ' מדינת ישראל (טרם פורסם, 31.5.2012); בפסיקה הצבאית ראו למשל ע/35,37/16 התובע הצבאי הראשי נ' סמ"ר ח' (2017). להלן- עניין ח').

עוד נקבע כי מדובר בדוקטרינת פסילה "יחסית", כך ש"לא כל סטייה מכללי החקירה ולא כל אמצעי שהופעל בחקירה, גם אם אינם מקובלים על בית המשפט, יביא לפסילת הראיה" (עניין י', עמ' 563).

אפנה תחילה לבחינת הפגמים שעליהם הצביעה ההגנה ולשאלה האם עלה בידיה להוכיח כי קיימת זיקה מהותית בין הפסול שנפל בהם להודאת החוץ של הנאשם באופן המשליך על קבילותה.

### בירור המפקדים

15. חשדה של סמ"ר לי כי הנאשם עשה שימוש בסם (ראו פסקה 6 לעיל) הניב, כזכור, פנייה למפקדה - רס"ר ח', והוא החליט לקרוא את הנאשם לשיחה בחדרו. בהמשך נערכה שיחה בין רנ"ג ד' לנאשם בנוכחות שני המפקדים האחרים. שיחות אלה נערכו **טרם** העברת הדיווח למצ"ח שהוביל לפתיחת החקירה.

פקודות הצבא מורות כי "כאשר קיים יסוד לחשוד" כי נעברה עברה על פקודת הסמים המסוכנים, לא ימנה קצין שיפוט בכיר קצין בודק ולא יערוך את הבדיקה בעצמו, אלא **יעביר את התלונה ואת יתר החומר שבידו לעריכת בדיקה ליחידת מצ"ח**, אשר בתחומה נעברה העברה (סעיף 62ב לפקודת מטכ"ל 33.0304 "בדיקה וחקירת מצ"ח"). פקודות הצבא אוסרות אפוא על עריכת תחקור יחידה או בירור מעמיק ביחס לטיב החשדות שהתעוררו. אם כי, הדעת נותנת שהאיסור אינו חל על בירור ראשוני, שתכליתו לבחון את אותו "יסוד" הניצב בבסיס החשד, על מנת שלא כל חשד בעלמא יופנה בלא הצדקה אל גורמי החקירה.

עמד על כך בית הדין הצבאי לערעורים בעניין ט', שם בואר "שהמפקדים המופקדים על המתרחש ביחידותיהם רשאים לברר בירור ראשוני של פרטי תלונה אשר הגיעה לידיעתם ולטיפולם. דא עקא, שמקום בו מוגשת תלונה, המייחסת לחייל מעשה עברה

פלילית, תלונה, העלולה להצמיח הליכים פליליים, צריך שתגבר רתיעתם של המפקדים מעריכת תחקיר גלוי ופתוח" (ע/41/11 רב"ט ט' נ' התובע הצבאי הראשי (2011)).

בעניין א' הכיר בית הדין הצבאי לערעורים בצורך –

"לאפשר מרחב פעולה מסוים למפקדים לערוך בירור ראשוני, שכאמור, מטרתו העיקרית היא לעמוד על קיומו של ממש בחשד שהועלה עוד טרם הפניית בדיקת הנושא לחקירת מצ"ח: האם החשד מבוסס; מה טיבן המדויק של ההתרחשויות; והאם לפי מהותן הן מחייבות פתיחת חקירת מצ"ח".

בעת שנדרש לאיזון שבין אותו צורך בבירור ראשוני לבין ההקפדה בזכויות חשודים, אבחן בפסיקותיו, בית הדין הצבאי לערעורים הנכבד, בין אירועים מבצעיים המעוררים חשד שלו השלכות ביטחוניות – מבצעיות, ומטבעם מצדיקים הותרת מרחב פעולה רב יותר במישור הפיקודי, לבין חשד לביצוע מעשה עברה פלילי שמקורו בפגם ערכי – נורמטיבי. כך נקבע –

"ככל שמסתמן בעיני המפקדים המבררים כי קיים חשד ממשי לפגם במישור הערכי-נורמטיבי בפעילות החיילים, וככל שמסתמן שהיקף הסיכון המבצעי הוברר וניתן לו מענה מיידי מספק, כך מצטמצם מרחב התמרון הפיקודי, וכך גובר המרחב החקירתי-פלילי, המחייב הפניית העניין אל גורם בודק על פי דין (קצין בודק או חקירת מצ"ח). בנקודה זו נוטלות זכויות החשוד את מקום הבכורה והן דוחקות לקרן זוית את צורכי היחידה" (ההדגשות במקור, ע/6/09 התובע הצבאי הראשי נ' רב"ט א' (2009)).

בית הדין הצבאי לערעורים הוסיף וקבע כי על מנת לקבוע מסמרות בשאלת קבילות אותם תוצרים יש מקום, ראשית, לקבוע קביעות ברורות ביחס לחוקיות הבירור (בהתחשב בהיקפו ובעומקו), שנית, לקבוע קביעות ביחס להצדקה העניינית לעריכת בירור שכזה שלא בהתאם לכללים החלים על חקירה פלילית של חשודים, ושלישית, לערוך איזון בין הצורך המבצעי לבין היקף הבירור ומידת פגיעתו בזכויות (עניין א' לעיל). ומכאן לענייננו.

16. השיחה עם רס"ר ח'. כך תיאר בעדותו רס"ר ח' את השיחה שערך עם הנאשם –



"הגעתי יום רביעי בבוקר, 07/06 ליחידה. במהלך הבוקר נכנסה אלי הנגדת שלי לי ק', עדכנה אותי שהיא ראתה את א' לילה לפני עם עיניים אדומות. לאחר מכן הכנסתי את א' אלי ושאלתי אותו אם הוא עישן סמים. הוא אמר שכן. תיארתי לעצמי למה הוא הגיע למצב כזה והוא גם אמר לי שזה בגלל כל המצב שעובר עליו בבית. אני לא רוצה לפרט בגלל כל המצב. זהו לאחר מכן, עדכנתי את המפקד שלי סי ד' על המקרה וכך המשיך שהוא עדכן את המפקד שלו וכך הלאה עד שזומנו לעדות במצח בהתחלה הם, לי וסי', ולאחר מכן הזמינו גם אותי" (עמ' 33 ש' 25-30).

בחקירה הראשית במענה לשאלות התובע, ציין רס"ר ח' כי באותו מעמד הנאשם לא מסר לו פרטים ביחס לכמה פעמים הוא השתמש בסמים ("לא וגם לא שאלתי"); באיזו צורה; ואיפה, וכי באותה שיחה הנאשם מסר לו שהסיבה שהוא השתמש בסמים היא המצב בבית והעובדה שהוטלה עליו אחריות רבה בטיפול באחיו (עמ' 34 ש' 1-28). אף בחקירה הנגדית אישר רס"ר ח' שפרט לשימוש בערב שקדם לשיחה הוא לא שאל ולא קיבל מידע מן הנאשם על שימושים נוספים (עמ' 37 ש' 24). העד ציין כי הוא לא הביא לידיעת הנאשם את זכותו להיוועץ בעורך דין או את זכותו לשמור על שתיקה כי "לא ידעתי" (עמ' 37 ש' 30-31, עמ' 38 ש' 1) כי השיחה התנהלה באווירה נינוחה וכי מבחינתו דובר היה בטעות שניתן לסגור "ברמה הפיקודית". בעדותו בבית הדין מסר הנאשם דברים דומים לדברים שמסר העד רס"ר ח'. הוא העיד כי רס"ר ח' שאל אותו האם הוא מעשן סמים, איך המצב בבית והאם רוצה טיפול בעזרת קב"ן (עמ' 42 ש' 7-8). בהמשך החקירה הנגדית מסר הנאשם את הדברים הבאים-

ת: ש' לא שאל אותך איך אתה משתמש בסמים?

נ: לא.

ת: הוא גם לא שאל באיזה תדירות אתה משתמש בסמים?

נ: נכון

ת: אתה סיפרת לו שעישנת מחוץ לבסיס ואז חזרת?

נ: נכון

ת: אמרת לשי שזה בגלל המצב שלך בבית?

נ: נכון

ת: חוץ מזה לא דיברתם על פעמים אחרות שהשתמשת בסמים  
כי זה לא קרה?

נ: נכון

ת: אמרת לשי' שעישנת רק פעם אחת, זה אומר שזה היה שקר?

....

ת: אז שיקרת לשי'.

נ: נכון" (עמ' 49 ש' 17-3)

17. השיחה עם רנ"ג ד'. בהמשך, זימן אף רנ"ג ד' את הנאשם לשיחת בירור. בפסקה 8 לעיל, עמדתי על תוכנה. רנ"ג ד' מסר כי כל ששאל את הנאשם "האם הוא יודע שאסור לעשן סמים בצבא" ובתגובה פרץ הנאשם בבכי. בהמשך, ציין רנ"ג ד' שאמר לנאשם שעליו להיות מודע למשמעות של הדבר, וכי אם רצונו להמשיך לעשן, יש לכך שתי משמעויות: ועדת אי התאמה או טיפול ברה"ני. העד מסר כי הנאשם הסכים ללכת לטיפול ברה"ן, ובזאת הסתיימה השיחה (עמ' 27 ש' 19-25). מעדות העד בבית הדין ומחקירת העד במצ"ח עולה גם כי הנאשם ציין בפני רנ"ג ד' באותה שיחה כי עישן מחוץ לבסיס (עמ' 27 ש' 32-33; ת/3 עמ' 2 ש' 12) ובהמשך החקירה מסר רנ"ג ד' כי הנאשם עשה זאת "כדי לברוח מהבעיות בבית" (ת/3, עמ' 2 ש' 13). אף בפתח השיחה עם רנ"ג ד' לא הובא לידיעת הנאשם דבר זכויותיו.

בחקירתו הנגדית מסר **הנאשם** במענה לשאלות התובעת את הדברים הבאים -

"ת: ס' רק שאל אותך אם אתה יודע שלהשתמש בסמים בצבא

זה אסור?

נ: נכון

ת: אתה יודע שלהשתמש בסמים בצבא זה אסור?

נ: נכון

ת: ובגלל זה גם אמרת לסי' שאתה יודע ומיד התחלת לבכות?

נ: כן

ת: בכית כי השתמשת בסמים?

נ: לא

ת: בכית כי הרגשת שאתה מאכזב את המפקד שלך?

נ: היה שם איזה מקום שכן אני מרגיש שהסתבך ממש ויצא

טעות והתחרטתי על זה.

...

ת: אז מה כן היה בשיחה עם סי'?

...

נ: בשיחה הם באו, ישבתי איתם, הם שאלו אם אני צריך עזרה, קב"ן, אמרתי להם שכן. ס' אמר שהוא חייב להעביר את זה הלאה ונורא.. הבנתי שהעניינים התחילו להסתבך אבל לא רציתי להגיד ששיקרתי מולם.

ת: שאתה אומר הם אתה מתכוון כולם, כולם אמרו לך וחשבו שאתה צריך עזרה.

נ: כל אחד מהם אמר ושאל אם אני צריך עזרה.

ת: שס' היה כאן ואמר שהוא היחיד שדיבר בכל השיחה, אז ס' משקר.

נ: לא הם ישבו שלושתם. זו הייתה שיחה, ס' דיבר וכל אחד גם הוסיף דברים ואמר כמה דברים.

ת: ...אז הם כן שאלו שאלות או לא.

נ: הם לא שאלו שאלות אבל הוסיפו דברים בקטנה אבל אחרי זה אמרו לי שאני צריך עזרה.

ת: גם בשיחה הזאת אמרת לס' שהשתמשת בסמים?

נ: לא זוכר שאמרתי.

ת: אמרת לו אם עישנת מחוץ לבסיס?

נ: לא זוכר מה אמרתי לו בשיחה. לא דיברתי הרבה בשיחה הזו.

ת: מה אתה כן זוכר?

נ: אני זוכר שס' אמר שהוא מעביר את זה הלאה ודיברו איתי על המצב בבית. לא כל כך דיברתי בשיחה הזאת.

ת: אבל כן אמרת לס' שעישנת כדי לברוח מהבעיות בבית והמצב שאמרתי.

נ: נראה לי שכן.

ת: אז גם לס' כמו שראינו עכשיו אמרת שעישנת מחוץ לבסיס.

נ: נכון חשבתי שאם אגיד שעישנתי מחוץ לבסיס זה יישמע פחות נורא.

אב"ד: פחות נורא ממה?

...

ת: לא דיברתם על פעמים נוספות שעישנת בהם סמים?

נ: נכון

ת: ס' גם לא שאל אותך איך השתמשת בסמים?

נ: נכון

ת: ס' לא שאל אותך באיזה תדירות אתה משתמש בסמים?

נ: נכון" (עמ' 51-53).

18. יש לקבוע אפוא כי הן בשיחה עם רס"ר ח' הן בשיחה עם רני"ג ד' הנאשם לא הוזהר ולא הודעו לו זכויותיו, הוא התוודה בפניהם על שימוש אחד, **מחוץ** ליחידה בערב שקדם לשיחות, פרט לכך לא נשאל אף שאלה נוספת הנוגעת לשימושו בסמים, תדירותם, היקפם וכו', ולא **פירט דבר** על אודות שימושו בסם שנזכרו בחקירת מצ"ח. 19. טוענת ההגנה, כי שיחות אלה שבמסגרתן הודה באותו מעשה שימוש, "כבלו" את הרצון החופשי של הנאשם בחקירת מצ"ח, ודאי כאשר המפקדים מלווים אותו, ממתניים לו מחוץ לחדר החקירות, ומנעו בעדו למסור **גרסת אמת** שלפיה כלל לא השתמש בסמים.

לאחר ששבתני ועיינתי בראיות, מצאתי כי דין הטענה **להידחות**.

אף אם דבק פגם כלשהו בפעולת המפקדים, שמצאו לערוך בירור **בשתי** הזדמנויות שונות, בפני שני המפקדים, ולפחות באחד מהבירורים נשאל הנאשם האם משתמש בסמים מבלי שהוזהר תחילה על ידי מי מהמפקדים כי יש לו זכות לשמור על שתיקה ולהיוועץ בסגור, הרי שאין בפגם זה כדי לכרסם, כהוא זה, **בקבילות** אמרת ההודאה שמסר הנאשם במצ"ח מספר ימים לאחר מכן.

אמרתו במצ"ח נגבתה **כדין** תוך שהוא הועמד על זכויותיו, ויתר על זכות ההיוועצות עם סגור בהטעימו "אין לי כוח לזה בא לי לסיים עם זה" ובהמשך מסר כי מבין את זכויותיו (ת/1 עמ' 1 ש' 1-24). הנאשם הודה **מיוזמתו** באורח ספונטני **מיד** לאחר שהועמד על זכויותיו, בפתח החקירה, בשני שימושים בנסיבות הצבאיות ובשימושים בנסיבות אזרחיות בתדירות של אחת לשבועיים. בהמשך, רצופה האמרה בתיאור מלא, קוהרנטי ומעורר אמון של פרטים שלא בא זכרם בשיחות שנערכו עם המפקדים, כך שלמעשה הטענה כי השיחה עם המפקדים כבלה אותו לגרסה שמסר במצ"ח, אינה קונה לה **כל** אחיזה בחומר הראיות. השוואה בין תוכן ההודאה השטחית הקצרה והסתמית שנמסרה בפני מפקדיו על-אודות החשד לשימוש שהתעורר בלילה שקדם לשיחה, נעדרת כל זיקה או קשר סיבתי לתיאור ההודאה בדבר מעשי שימוש בסם רבים יותר על נסיבותיהם. מתקיים אפוא **חיץ ברור ומובהק** בין תוכן הדברים שהועלו בשיחה עם המפקדים, לבין הגרסה המלאה והכשרה שנמסרה בחקירה. בהקשר זה כבר נקבע בפסיקת בית המשפט העליון כי –

"בבואו לקבוע אם הודאה ניתנה מרצון ואם קבילה היא, רשאי

השופט לבחון אם ההודאה הינה קוהרנטית, רצופה וסדורה,

כפי שעשה השופט בענייננו. זאת, מאחר שיש בבחינה זו כדי לשפוך אור על השאלה אם הדברים נאמרו תחת כפיה, אם לא... 'והוא הדין בכפל הלשון, בצורה הסדורה של הצגת הדברים ובתוכנה של ההודיה: ככל שהתוכן סביר ומתקבל על הדעת יותר, וככל שיש בו, כשלעצמו, כדי להצביע על אמיתותו - כן ייטה בית-המשפט לסלק חששות שמא ההודיה כוזבת מחמת נקיטה באמצעים הפסולים להם טוען הנאשם; וככל שלשונה שוטפת וסדורה - כך ייטה בית-המשפט לדחות טענות בדבר נקיטה באמצעים פסולים, שעל-פי טיבם לא יכלו שלא להותיר את רישומם על מבנה ההודיה ורצף לשונה...' (ע"פ 3405/07 **כהן נ' מדינת ישראל**, בפס' 3 (טרם פורסם, 13.5.2007))

#### ה"עצה המשפטית"

20. ההגנה הוסיפה לטעון, כזכור, כי המידע שהעביר רס"ר ח' לנאשם, לאחר שנועץ בגורם המזוהה על-ידי הנאשם כמי שהוא חלק ממערכת אכיפת החוק בצה"ל לכך שישולב בהסדר מותנה, היא כאמצעי פיתוי והשאה פסול המופנה כלפי נחקר להודות. נטען כי על יסוד המידע, ויתר הנאשם על הזכות להיוועץ בעורך דין וגמר אומר בדעתו, מבעוד מועד, להודות בשימושים אחדים בסם בחקירת מצ"ח, בהתאם למצג שהוצג לו במסגרת אותה עצה שקיבל ממפקדו.

21. בפסיקה בואר כי אמצעי פיתוי והשאה המופעלים על נחקר, עד כדי שבירת הנפש ופגיעה ברצון החופשי, עלולים להשליך על קבילותה של הודאה שנמסרה בחקירה. שיטות חקירה שכללו שכנוע משמעותי והצגת אמצעי פיתוי להודות בחקירה, הוכרו כאמצעים נפסדים (ראו למשל ע"פ 10049/08 **אבו עזא נ' מדינת ישראל**, בפס' 91 (טרם פורסם, 23.8.2012)). עוד נקבע כי "הבטחה העולה כדי פיתוי המשבש את יכולת הבחירה של נחקר, צריכה להיות **ממשית ומוחשית** ואין די **בהבטחה בעלמא** כדי להביא לפסילת הראיה", באותו עניין, נמצא כי אין באמירות כלליות או ערטילאיות שנמסרו לאדם במהלך חקירה משום הבטחה קונקרטיה וממשית (ע"פ 9808/06 **סנקר נ' מדינת ישראל**, בפס' 13 (טרם פורסם, 29.7.2013)).

22. נתמקד, אפוא, במידע שמסר רס"ר ח' לנאשם עובר לחקירתו. כך מצאו הדברים ביטוי בחקירת העד בבית הדין –

"ביום חמישי א' יצא הביתה, נראה שהוא היה ממש במצב רוח ירוד, ואני בתור מפקד רציתי לראות ולברר איך אני יכול לעזור לו, להרגיע אותו. עם אשתי לומדת שלישה של כלא XXX, התקשרתי אליה ושאלתי אותה מה יכול לקרות במצב כזה. הסבירה לי שיש אפשרות של הסדר מותנה שבו חייל מודה במספר שימושים מועט ואז מזמינים אותו כל תקופת זמן למתן שתן למשך תקופת זמן ואם הכל בסדר אז אין רישום פלילי וזה בסדר. לאחר מכן, התקשרתי לא' ואמרתי לו שדיברתי עם חברה של אשתי והבהרתי לו מה שיכול לקרות במקרה כזה" (עמ' 34-35).

בהמשך ציין העד כי אמר לנאשם יהיה איתו "בכל מה שהוא צריך" ו"לכל עזרה שהוא יצטרך אחרי שהנושא יסתיים". רס"ר ח' נדרש להסביר מה בדיוק אמר לנאשם בעניין ההסדרים המותנים וכך השיב: "מה שאמרתי, שיש דבר כזה הסדר מותנה שאם הוא מודה במספר שימושים מועט אז אפשר להגיע להסדר שאומר שצריך לתת שתן תקופת זמן כל שהיא ואם השתן יהיה נקי הכל בסדר" (עמ' 35 ש' 11-12). אז נשאל העד מה אמר לו הנאשם בעקבות המידע הזה, והשיב "אמר לי תודה על זה שעדכנתי אותו ולא הוסיף יותר מדי. היה קצת מבולבל" (עמ' 35 ש' 14). בהמשך הוסיף רס"ר ח' כי עשה את הדברים כמפקד ומשום שחש "חובה לנסות להרגיע אותו" (עמ' 36 ש' 12).  
הדברים מצאו ביטוי אף בחקירת הנאשם בבית הדין –

"חזרתי לבית וביום חמישי... התקשר ואמר לי מה שהיא אמרה לו שאם אני אודה במספר שימושים מועט, אז אני אצא עם הסדר מותנה ונורא שמחתי על זה. לא היה לי שום סיבה לפקפק במה שהוא אומר, הוא כל הזמן היה שם בשבילי שהייתי צריך אותו אז נורא סמכתי עליו".

בהמשך חקירתו שב הנאשם וציין בהזדמנויות שונות, עד כמה **סמך** על רס"ר ח', בעניין ההסדרים המותנים כמניע לגרסה שמסר בחקירה ("הגעתי לחקירה, היא שאלה אותי אם אני רוצה סגורית, אמרתי שלא כי סמכתי על מה שש' אמר אם אודה במספר שימושים מועט אז יתקבל ההסדר מותנה ולא רציתי להיכנס לכלא אז אמרתי שאני אודה וזה ייגמר" עמ' 43 ש' 16-18). בהמשך התבקש להשיב מדוע מסר עשרה שימושים בחקירה, ומה בדיוק אמר לו רס"ר ח' על ההבדלים בין השימושים, והשיב

"הוא לא באמת סיפר לי על הבדלים בשימושים סך הכל אמר **מספר שימושים מועט אולי יפנה אותי להסדר מותנה**" (עמ' 43 ש' 30-31; ראו שוב גרסה דומה בעמ' 44).

23. מצאתי כי **אין** לקבל את טענת הנאשם שלפיה הטעם להודאתו בחקירה היה רצונו להשתלב בהסדר מותנה, וזאת משלושה נימוקים.

**ראשית**, בעדותו של רס"ר ח', שנמצאה מהימנה, צוין כי הציג לנאשם **מידע ראשוני** בדבר קיומו של הסדר מותנה "שבו חייל מודה במספר שימושים". דובר **באפשרות תיאורטית**, שהוצגה לנאשם, להסדר החל בצבא ביחס למי שמודה במספר שימושים **מועט**. הסבר זה הוצג, באורח ערטילאי, בלא שצוינו מספר השימושים שמתאימים להסדר מותנה, נסיבותיהם של שימושים אלה, ובלא שהעד שאל את הנאשם מה גרסתו, או כמה פעמים עשה שימוש בסם בצבא. הדברים מוצאים ביטוי אף בעדות הנאשם בבית הדין שאישר כי רס"ר ח' "לא באמת סיפר לי על ההבדלים בשימושים סך הכל אמר מספר שימושים מועט אולי יפנה אותי להסדר מותנה" (עמ' 43 ש' 31-30). מצב דברים שכזה יש לאבחן, **מהבטחה קונקרטי** של אדם בעל השפעה או שנתפס כבעל השפעה, אשר בחן את עניינו הקונקרטי של הנאשם והבטיח כי הנאשם אכן ישולב בהסדר שכזה או כי קיים סיכוי לגביו שאם יודה במספר שימושים מסוים יותאם לו הסדר כאמור (והשוו, למשל, לעניין ח' לעיל, שם דובר במ"פ שהבטיח לחייליו הכפופים לו, בשלבי הבירור המוקדמים, כי אם יתוודו בפניו בביצוע עברת ביזה ויעבירו לידיו את הכסף שנלקח, לא יאונה להם כל רע (בפס' 46 לפסק הדין)).

בנסיבותיו של מקרה זה, הצגת ההסדר המותנה **כאפשרות** בלבד, בלא שהנאשם הציג לרס"ר ח' גרסה **כלשהי** בנוגע לשימושים בסם שבכוונתו להעלות בחקירה, תוך שרס"ר ח' עשה שימוש ברטוריקה מעורפלת של "**מספר שימושים מועט**" ש"**אולי**" תניב שילוב בהסדר מותנה, **אין הדבר** יכול לשמש מסד ראייתי איתן, על מנת לבסס טענה, כי הנאשם אכן סמך על כך או כי מאן דהוא הבטיח לו או יעץ לו להודות במספר שימושים מועט על מנת להשתלב בהסדר מותנה.

**שנית**, בחקירתו במצ"ח כאשר נשאל הנאשם מדוע בחר להודות השיב "אני לא רוצה להסתבך, גם ככה עם המצב בבית שלי אני לא רוצה שסתם יהיה עכשיו עוד בעיות. אני יודע שמה שעשיתי לא בסדר. לאמא שלי יש מספיק דברים להתמודד איתם ולהוסיף את זה, זה לא יעשה לה טוב. אני גם לא רוצה להיות דוגמא רעה לאחים שלי" (עמ' 10-13). הנאשם מסר תשובה אותנטית שמתיישבת עם מצבו מבית, הנאשם **לא** העלה את עניין ההסדרים המותנים. אף בתום החקירה, כאשר נעצר והבין כי פניו לא להסדר מותנה, הוא החל לבכות, וכאשר התבקשה תגובתו נמנע מלציין זאת או לבקש שילוב בהסדר מותנה (ראו מסמכי מעצרו – ת/2). בעדותו בבית הדין אישר את הדברים ולא סיפק הסבר מתקבל על הדעת מדוע לא העלה זאת גם כאשר נעצר והבין

שפניו למעצר ולא לשילוב בהסדר מותנה (עמ' 55 ש' 27-33). לראשונה בעדות בבית הדין, לאחר שנועץ בסנגור, שב ותלה את הסברו להודאה במצ"ח באותם הסדרים מותנים. כשנשאל בבית הדין, מדוע כבש את הגרסה הנוגעת להסדרים המותנים במהלך החקירה ובשלב המעצר, בעוד שגרסה זו מוצאת מקום מרכזי לראשונה בעדות, לא מסר תשובה קוהרנטית, אלא סיכם זאת בכך שסבר שאין צורך שיאמר זאת, ולא מצא לנכון לבקש זאת, כי היה בטוח שיקבל את זה (ראו למשל בעמ' 55 ש' 8 ו-22).

**יתרה מכך**, גרסת הנאשם כי בחר להודות בעשרה שימושים על מנת לעמוד בדרישה של "מספר שימושים מועט" ולא לומר את ה"אמת" שלו, שלפיה **כלל לא** השתמש בסמים, על רקע ה"עצה המשפטית" להשתלב בהסדר מותנה, עומדת בניגוד גמור **להגיון ולשכל הישר**. טענה ההגנה, בהקשר זה, כי יש לאמץ את משקפי ההיגיון והשכל הישר של חייל צעיר, בראשית דרכו, שרוחש למפקדו יראת כבוד ומתייחס לדברי מפקדו כאל דברים שראוי לתת להם משקל מלא. אלא שאף באימוץ גישה זו, הסברו של הנאשם משולל כל הגיון ואין לקבלו. אבאר הדברים.

לו במועד פתיחת החקירה היו רובצים לפתחו של הנאשם חשדות בדבר מעשי שימוש מרובים בסם מסוג קנאביס או שהיו ראיות הקושרות אותו למספר רב של שימושים כאמור, כי אז, ככל שהיה עולה בידיו להוכיח שניתנה לו עצה משפטית "לתקן" את גרסתו ולהסתפק בהודאה במספר מועט של שימושים על מנת להשתלב בהסדר מותנה, ניתן היה להבין את הגיונו של הטיעון כי פעל על סמך אותה עצה ונטל על עצמו אחריות מופחתת ביחס לחשדות הקיימים בעניינו. דא עקא, שבעניין דנן נפתחה החקירה בעקבות חשד קונקרטי למעשה שימוש **אחד בלבד** ביחידה, בערב שקדם לשיחה עם מפקדיו. הנאשם ואף מפקדיו – רס"ר ח' ורנ"ג ד' – שבו ומסרו בעדויותיהם כי הנאשם לא הודה בפניהם, אלא בשימוש **אחד** באותו ערב שלאחריו שב עם "עיניים אדומות". אדרבא, הנאשם טען **לחפותו המלאה** ובעדותו בבית הדין אף הכחיש את אותו שימוש בסם שעל יסודו התעורר, לכאורה, החשד. במצב דברים שכזה, קיים קושי להבין את הגיונה של הגרסה שמסר הנאשם בחקירה הנגדית, כאשר שב ונשאל מדוע נטל על עצמו אחריות לעשרה שימושים שונים בסם, אם לא עשה מעולם שימוש כלשהו בסם מסוג קנאביס, ואף בפני מפקדיו התעורר חשד לשימוש אחד בלבד. תהיות אלה הוצגו לנאשם בחקירתו הנגדית. הוא נשאל "למה שתמציא עוד שימושים" והשיב, רציתי להגיע "למספר שימושים" (עמ' 57 ש' 38). כאשר נשאל מדוע השקיע כל כך בבניית סיפור שלם רווי פרטים בחקירת מצ"ח ולא הסתפק בהודאה בשימוש אחד, שכל בר דעת מבין, שתוצאתה חמורה פחות מהודאה בעשרה שימושים, השיב הנאשם שרצה שהסיפור יהיה "אמיץ" (עמ' 58 ש' 39). בהמשך אף כששב ונשאל מדוע בכל זאת, חידד שהשימושים בנסיבות האזרחיות היו שמונה ולא שנים עשר כמו שחישבה



תחילה החוקרת, תוך ציון העובדה שבחודשיים הראשונים לאחר גיוסו לא עשה שימוש בסמים, לעומת ארבעת החודשים שאחריהם; ובנוגע לשימושים הצבאיים, הדגיש כי השימושים נעשו מחוץ ליחידה ולא בתוכה, וכן כאשר נדרש לבאר מניין ריבוי הפרטים שמסר בחקירה בנוגע למקורות הסם, לנסיבות השימוש ועוד, **התקשה הוא לספק תשובות הולמות ומעוררות אמון**, וכל שמסר הוא ש"רצה להגיע למספר עשר" על מנת להשתלב בהסדר מותנה וכדי שהסיפור יהיה "אמין" (ראו למשל בעמ' 59-62). אלא שהגם שהודה בחקירתו בעשרה שימושים בסם, ציין בעדותו כי בתיאור ההסדרים המותננים רס"ר ח' **מעולם לא נקב במספר עשר**, כמספר שעל יסודו ישתלב בהסדר מותנה.

הדברים מעוררים **קושי של ממש**. כנגד הסבר מוקשה זה, כי סמך לכאורה על אותה "עצה משפטית" ולכך שכל שראה לנגד עיניו בחקירת מצ"ח היה רצונו לסיימה ולהשתלב בהסדר מותנה, ניצבת גרסת הודאה שכעולה מפס' 11 לעיל, שוטחת גרסה מלאה ומפורטת. לנוכח מכלול שיקולים אלה, מצאתי לדחות את הטענה שהייתה זו ה"עצה המשפטית" שבעטיה הודה.

24. בנסיבות האמורות, כעולה מן המכלול ובראי האיזון הפסיקטי שהותווה בהלכת י' מצאתי לקבוע כי בירור המפקדים והמידע שמסר רס"ר ח' לנאשם בדבר ההסדרים המותננים **אינם מצויים בזיקה מהותית להודאת הנאשם**, מידת ההשפעה שהייתה לפגמים אלה על הודאת החוץ שמסר הנאשם בחקירתו במצ"ח נמוכה מאוד עד אפסית, ומשכך הודאת החוץ של הנאשם הודאה **קבילה** היא.

#### משקל ההודאה

25. כידוע, אף אם עברה ההודאה את מבחן הקבילות, נדרש בית המשפט לבחון האם ההודאה היא בעלת **משקל** ראייתי מספיק כדי לבסס את הרשעת הנאשם. בואר כי מטרתה של בחינה זו היא להפיג את החשש מפני הודאה שהינה הודאת שווא (ע"פ 4179/09 **מדינת ישראל נ' וולקוב**, בפס' 22 לפסק דינו של כב' השופט (כתארו אז) גרוניס (טרם פורסם, 18.10.2010)). בפסיקה התפתחו שני **מבחנים מצטברים** להערכת **משקלה** של הודאת חוץ: מבחן **פנימי** הבוחן את ההודאה מתוכה ומתוכנה, תוך ניסיון להתחקות אחר הגיונה הפנימי; מבחן **חיצוני** הבוחן את ההודאה באמצעות איתור תימוכין ראייתיים חיצוניים מסוג "דבר מה נוסף". נקבע כי מבחנים אלה, הפנימי והחיצוני, מקיימים ביניהם יחס של "מקבילית כוחות", ככל שמשקלה ה"פנימי" של ההודאה גדול יותר, ניתן יהיה להסתפק ב"דבר מה נוסף" בעל משקל פחות, ולהיפך (ע"פ 8589/13 **רמילאת נ' מדינת ישראל**, בפס' 24-27 (טרם פורסם, 27.1.2015)). בעניין **וולקוב** הוצע מבחן **משולש** לבחינתה של הודאת חוץ, ככלי עזר ליישום המבחן הפנימי

והחיצוני. על פי מבחנים אלו משקלה של הודאת חוץ ייקבע באמצעות בחינתם של שלושה מאפיינים: "מי אמר", "מה אמר" ו-"דבר מה נוסף" (ע"פ 7532/12 איטל נ' **מדינת ישראל**, בפס' 141 (טרם פורסם, 11.12.2016)). בואר כי –

"ההיבט הראשון עניינו זהותו של הנאשם. מי הוא הנאשם אשר הודה? האם, למשל, שייך הנאשם לאחת מהקבוצות אשר לחבריה נשקף סיכון גדול יותר למסירת הודאת שווא?... ההיבט השני הוא, כאמור, ה'מה'. בדיקת נושא זה דורשת התמודדות חזיתית עם פרטי ההודאה - הגיונה הפנימי, סבירותה, רציפותה, מידת הקוהרנטיות שבה וכיו"ב. כן יש חשיבות לשלב במהלך החקירה בו הודה הנאשם. בהקשר האחרון, המטרה היא להתחקות אחר הדינאמיקה החקירתית, לאו דווקא אחר נקודת זמן טכנית. היבט זה דומה למבחן הפנימי, אך הדגש הוא על כניסה לעובי הקורה של סיפור המעשה ועלילות החקירה. לא האמרה הבודדת במסגרתה הודה, אלא התמונה הרחבה יותר - הן מבחינת תוכן הדברים והן מבחינת עיתויים והקשרם.

ההיבט השלישי הוא כאמור 'דבר מה'. ברם, הכוונה אינה רק בדיקת קיומו של דבר מה נוסף - דרישה ראייתית הכרחית לצורך קבלת ההודאה. אומנם, בלא דבר מה נוסף לא ניתן להרשיע. עם זאת, מילוי אחר הדרישה הראייתית מקנה לבית המשפט שיקול דעת אם להרשיע אם לאו, אך אינו מחייב כמובן את תוצאת ההרשעה. לשם הפעלתו של שיקול דעת מעין זה, יש לעשות שימוש במבחן החיצוני במובן הבא: האם קיימים גם 'דבר מה חסר' או 'דבר מה סותר'..." (עניין וולקוב לעיל, בפס' 4 לפסק דינו של כב' השופט הנדל)

26. אשר לאפשרות כי הנאשם הודה הודאת שווא, חרף גילוי של הנאשם והעדר ניסיונו בחקירות כאמור, לנוכח האווירה בחקירה, כעולה מדברי החוקרת ומעדות הנאשם, מצאתי כי לא התעורר חשש, בנסיבות המקרה דנן, למסירת הודאת שווא, חרף טיעונו במישור זה של הנאשם בעדותו בבית הדין, כי רצה לבנות סיפור שישמע "אמין" (עמ' 44 ש' 31) ורצה להשמיע לחוקרת מה ש"רצתה לשמוע" (עמ' 43 ש' 23). בעדותה בבית הדין מסרה החוקרת מצ"ח כי בחקירה "השיח היה נעים הוא נשאל שאלות ושיתף פעולה". בהמשך הוסיפה ומסרה כי לצד שיתוף הפעולה והמענה לכל

השאלות, המצב היה "נוח" והוא ביקש ויצא להפסקות סיגריה כאוות נפשו (עמ' 3 ש' 2-1). החוקרת העידה כי במהלך הפסקות הסיגריה נוצרו יחסים קרובים עם הנאשם "רציתי להגיע למקום שירגיש יותר בנוח לשתף אותי מאחר ואם הוא משתף אותי יותר פשוט לו לספר את האמת" (עמ' 15 ש' 8-13). אף הנאשם בחקירתו מסר כי "החקירה עצמה לא הרגישה לי כל כך כמו חקירה, החוקרת יצאה כל הזמן לדבר בטלפון, סידרה עניינים, יצאה איתי להפסקות סיגריה ודיברה איתי על החיים שלה ועל החיים שלי ולא הרגיש לי כל כך שאני בחקירה וחשבתי שכל העניין ייגמר בקרוב" (עמ' 43 ש' 18-21). ניתן לקבוע כי מצב דברים זה אינו מעורר חשש כי הנאשם נמנה עם קבוצת סיכון מוגברת למסירת הודאת שווא.

27. עיון בהודאה מלמד כי **משקלה הפנימי הוא רב**. בפס' 11 לעיל עמדתי בפירוט על תוכן הדברים שמסר הנאשם באמרתו במצ"ח. אציין אך בתמצית, כי כבר **בתחילת החקירה** פתח הנאשם בפני החוקרת את סגור לבו והודה בשימוש בסם מחוץ ליחידה שלאחריו, שב ליחידה ומפקדתו סמ"ר ל' זיהתה אותו "מסטול" בעקבותיו (עמ' 2 ש' 4-1). הנאשם תיאר בגילוי לב את מצבו בבית (עמ' 2 ש' 9-13). בהמשך מסר הנאשם לחוקרת את **תדירות השימושים האזרחיים**. כשהציגה לו את השאלה האם מדובר בשנים-עשר שימושים, תיקן, כזכור, את הגרסה וחיידד כי בחודשיים הראשונים לגיוס, נמנע משימוש בסמים ולכן כי מדובר בשמונה שימושים. בהמשך הודה בשימוש נוסף בנסיבות צבאיות פרט לשימוש שבעטיו נפתחה החקירה. הוא מסר פרטים רבים על האופן שבו החביא את הסם באזור בנק אוצר החייל מחוץ ליחידה, מסר כי עישן את הסם בפרדס הסמוך, וחזר ליחידה "מסטול". אף בנוגע לשימושים האזרחיים מסר פרטים, על תדירות השימושים, על אופן רכישת הסם, על עלותו, על הטעם שבגיני לא הוא רכש את הסם אלא חברו, על השימוש בצוותא עם חבריו ועל המקומות שבהם השתמש. הגרסה שנמסרה בחקירה בנוגע לשימושים הייתה גרסה **רצופה, קוהרנטית, הגיונית ובעלת סימני אמת**. כך למשל, מסר הנאשם באורח גלוי ומעורר אמון תיאור בדבר השפעת השימוש בסם על מצב רוחו "זה עזר לי זה נתן לי שקט בראש" (ת/1 עמ' 4 ש' 13) וכאשר נשאל מדוע צריך שקט ועשה שימוש בסם, תלה את הדברים בכך ש"קשה לי. אני תקוע במצב.. לא יכול להתמודד עם מה שקורה" (עמ' 4 ש' 15). בהמשך מסר הנאשם כי המצב הכלכלי בבית "בסדר" אך שהשימוש בסם מהווה "בריחה" (עמ' 4 ש' 25). הוא נשאל שוב מדוע עשה שימוש בשבוע שעבר והשיב "הרגשתי חרא... תקוע בשגרה, בכל מה שקורה עם החיים שלי" (ת/1 עמ' 5 ש' 9). בהמשך הוסיף כי לאחר השימוש בסם מחוץ ליחידה "הייתי רגוע לא חשבתי על כלום" ולשאלה מה היה המניע לשימוש השיב "פשוט לא הייתי שקט. הפסקתי לחשוב על אבא שלי והכל והייתי בלחץ מזה שאמא שלי התאשפזה" (ת/1 עמ' 7 ש' 3-4). בהמשך

מסר כי חש לחץ וקושי להתמודד עם המצב (עמ' 9 ש' 7). בהודאה נמסרו גם פרטים על אודות השיחה עם מפקדיו טרם הגיע לחקירת מצ"ח. באמרה **סימני אמת** נוספים שנעוצים בטעם שעמד בבסיס ההחלטה להתוודות בחקירת מצ"ח (חוסר רצונו להסתבך, מצבה של אמו, רצונו לשמש דוגמא לאחיו); בתחושת החרטה וההבנה שעשה מעשה שהוא "לא בסדר" (עמ' 10 ש' 15-18). מכלול הפרטים האמורים מלמד כי הודאה זו לא נמסרה מתוך קיומו של לחץ פנימי או חיצוני כלשהו ויש לתת לתוכנה, כאמור, משקל רב (לקביעה זהה, מטעמים דומים, ראו למשל ע/88/07 **התובע הצבאי הראשי נ' סמל ד'** (2008)).

28. אשר **לתוספת הראייתית להודאה**. בפסיקה נקבע כי "דבר מה נוסף" היא תוספת ראייתית מאמתת ולא מסבכת, כך שדי "בראייה ישירה או נסיבתית, חיצונית להודאת הנאשם, אשר יש בה כדי לאשר במידת מה את תוכן ההודאה ולהצביע על אמיתותה, ואין צורך להידרש לראייה שמצביעה על אשמתו של הנאשם" (עניין **איטל** לעיל בפס' 158 והאסמכתאות שם). עמדתי לעיל על כך שמשקלה הסגולי של ראיית ה"דבר מה" משתנה ותלויה במשקל שניתן לאמרת ההודאה. עוד קבעתי כי משקל ההודאה בנסיבות המקרה שלפניי הוא רב.

לפיכך, מצאתי לדחות את טענת ההגנה כי מקרה זה מחייב הצבעה על ראייה מסבכת, וסברתי כי ניתן להסתפק בראייה חיצונית להודאה שהיא **מאמתת** ואינה **פרי הודאתו** (ע"פ 6296/13 **אדריס נ' מדינת ישראל** (טרם פורסם, 22.3.2015)).

**ראשונה**, היא **עדותה של סמ"ר ל'** שסיפרה שעובדת עם הנאשם מדי יום, ויחסייהם די קרובים, אשר הבחינה במשהו "מוזר" **בעיניו** של הנאשם שהיו "אדומות". העדה מסרה בחקירתה במצ"ח כי יודעת איך נראה אדם שעישן סמים, **ולפי כל שאר הסימנים התעורר** חשדה כי זה מקרוב עשה הנאשם שימוש בסם (ראו דיוני בפס' 6). דומה כי מדובר בראייה חיצונית שמאמתת פרט מהותי בהודאת החוץ של הנאשם שבמסגרתה הודה בשימוש בסם מחוץ ליחידה באותו ערב. אף בעדותו בבית הדין לא הכחיש הנאשם כי עיניו היו אדומות (עמ' 45 ש' 22-25). בהודאתו מסר הנאשם, כזכור, בנוגע לאותו ערב כי נכנס למשרד וסמ"ר ל' "ראתה שאני מסטול... התנהגתי מוזר צחקתי וזה, נראיתי תחת השפעה" (ת/1 עמ' 9 ש' 12-16). סברתי כי עדותה של ל' בדבר החשד על פרטיה והבאת אותו חשד לידיעת רס"ר ח', מהווה ראייה מאמתת משמעותית, חיצונית להודאה שמתיישבת היטב עם גרסת ההודאה. לנוכח המכנה המשותף בין פרטי האישום המיוחסים לנאשם בכתב האישום, יכולה תוספת ראייתית זו - עדותה של סמ"ר ל' - המאמתת את מעשה השימוש בסם ביום 6.6.2018 מחוץ ליחידה, לשמש תוספת ראייתית להודאה כולה.

**שנית**, בהודאתו במצ"ח קשר הנאשם את השימושים בקנאביס לנסיבותיו מבית ולקשיים שחווה במישור המשפחתי מאז פטירת אביו, מצבה הנפשי של אמו, והאחריות הכבדה שהונחה על כתפיו עם אחיו. הדברים קונים אחיזה במציאות, ומצאו ביטוי בעדות הנאשם בבית הדין (עמ' 44 ש' 25-29) וכן בעדויותיהם של שלושת מפקדיו של הנאשם (סמ"ר ל' – עמ' 22 ש' 5-7; רס"ר ח' – עמ' 34 ש' 15-17; רני"ג ד' – עמ' 28 ש' 12-14). בפסיקה הוכר קיומו של מניע אישי לביצוע העברה כתוספת ראייתית מסוג "דבר מה" (ע"פ 531/88 **רדעי נ' מדינת ישראל** (לא פורסם, 16.10.1990)).

**זאת ועוד**, טעם רב מצאתי בטיעון התביעה כי הודאת הנאשם בשימוש בסם מתיישבת עם **מבחן ההזדמנות**, שכן דובר, בין היתר, בשני שימושים בסם בשעת ערב, זמן פנוי שבו רשאים חיילי היחידה לצאת מהיחידה ולשוב אליה (ראו עדות הנאשם בעמ' 41 ש' 31).

29. לא מן הנמנע לציין כי, לא נעלם מעיני ה"אין הראייתי". כך למשל, הראיות שהוגשו בדבר **העדר ממצאים** שנמצאו לחובת הנאשם במסגרת החיפוש שנערך במקום ציבורי – הסמוך ליחידת הנאשם (ס/3), החיפוש שנערך ביחידה (ס/4) והעדר עריכת חיפוש בביתו, שלגביו יש להניח לטובת הנאשם כי אילו היה נערך חיפוש שכזה לא היה מעלה הוא ממצאים לחובתו. כמו כן, נתתי דעתי לכך שאף עיון ידני במכשירו הסלולרי של הנאשם בחקירה לא העלה ממצאים לחובתו. התביעה הצבאית הצהירה כעובדה מוסכמת כי "מהנאשם נטלה דגימת שתן ביום 10/06/2018 אשר מבדיקתה במעבדה לתרעולה לא נמצאו שרידי סמים מסוכנים וכן לא נמצא טעם לאימות חריג" (עמ' 41 ש' 13-14). אלא שכידוע אין ראייתי, אינו בהכרח מכרסם בראיות שעלה בידי התביעה להוכיח. בפסיקת בית המשפט העליון כבר נקבע כי ממצא פורנזי שלילי "אינו תומך בהכרח בגרסת המערער ומכרסם בראיות התביעה" (ע"פ 8641/12 **סעד נ' מדינת ישראל**, פס 15 (טרם פורסם, 5.8.2013); ע"פ 2957/10 **אלאטרש נ' מדינת ישראל**, פסקה י"ט לפסק דינו של כב' הש' רובינשטיין (טרם פורסם, 30.5.2012); והשוו לכלל הראייתי "לא ראינו אינה ראייה", למשל ב - ע/308 ו' **נ' התובע הצבאי הראשי**, פס' 18 (2008)).

30. אל מול הודאת הנאשם והתוספות המאמתות לה, ניצבת **עדות הנאשם בבית הדין**. מצאתי כי אין ניתן לקבל את גרסת ההכחשה שהציג הנאשם בעדותו בבית הדין. גרסת הנאשם בעדותו בבית הדין אינה מתיישבת עם **חומר הראיות** ועומדת בניגוד גמור **להגיון ולשכל הישר**.

בבוא הנאשם להכחיש בבית הדין את השימושים בקנאביס, הוא נדרש למעשה לספק הסבר **כפול**. ראשית, מדוע שיקר למפקדיו – רס"ר ח' ורני"ג ד' בשיחות שעשו עמו,

כאשר השיב להם בחיוב לשאלה האם עישן סמים, למחרת אותו ערב שבו ענינו האדומות עוררו את חשדה של המפקדת שלו. שנית, מדוע המשיך באותו קו ומסר גרסה מלאה ומפורטת על אודות שימושים נוספים פרט לאותו שימוש בערב שקדם לשיחה עם המפקדים, אף במצ"ח, אם לא היו הדברים מעולם.

הנאשם **נכשל** בניסיונו לספק הסברים, כאמור, לכל אחת מן השאלות המשמעותיות הללו. באופן שלא מותיר מקום לספק, כי יש לדחות את גרסת ההכחשה שנמסרה בעדותו. אבאר זאת להלן.

31. הנאשם אישר בעדותו בבית הדין כי הודה בפני רס"ר ח' ובהמשך אף בפני רני"ג ד' כי עשה שימוש בסמים וציין כי עשה זאת על מנת לקבל **עזרה מקב"ן** ולנוכח מבוכתו לבקש מהם הפנייה לעזרה נפשית כאמור. אולם, לנוכח התמונה הראייתית המצטיירת בדבר טיב היחסים בין הנאשם למפקדיו, אין מנוס מדחיית טענה זו.

שני המפקדים של הנאשם כאחד מסרו בחקירתם כי יחסיהם עם הנאשם, הם יחסים קרובים, אבהיים וחמים. בעדותו בבית הדין ציין רס"ר ח' כי "אוהב אותו מאוד כמו כל החיילים, משתדל שיהיה לו טוב בשירות" וכי יחסיהם "טובים" ו"קרובים", כי הוא מכיר את הרקע המשפחתי שלו ו"שהוא מדבר איתי על הכל חופשי" (עמ' 33 ש' 17-23). אף רני"ג ד' אישר בחקירתו הנגדית כי יחסיו עם הנאשם "מאוד קרובים" והוא משמש לו כאבא (עמ' 28 ש' 23-26). בעדותו רני"ג ד' למשל הפגין מעורבות בפרטים אישיים, רבים הנוגעים לנאשם ולבני משפחתו לאחר פטירת האב, חלק מהפרטים ביקש שלא לחשוף בפני בית הדין מטעמי צנעת הפרט (עמ' 28 ש' 12). הדברים מתיישבים אף עם עדות הנאשם בבית הדין (אשר ליחסיו עם רס"ר ח', ציין למשל כי "היחסים טובים ממש, אני ממש סומך עליו, הוא רק מנסה לעזור לי ושיהיה לי טוב, ממש כמו אבא" (עמ' 42 ש' 13-14)).

היעלה על הדעת שעל רקע קיומם של יחסים קרובים וחמים בין הנאשם לבין מפקדיו, מפקדים המכירים את מצוקותיו מבית, שאיתם "מדבר על הכל חופשי", שמלווים אותו לחקירת מצ"ח, נשארים שם ודואגים להסעה ולאוכל, יגרמו לא לחוש לא בנוח בעת רצונו לפנות לקב"ן? התמונה ראייתית המתקבלת בדבר מערכת היחסים ששררה בין המעורבים מעלה כי יש להשיב על שאלה זו בשלילה.

זאת ועוד, הנאשם אישר כי ההתוודות בפני מפקדיו בשימוש בסמים הייתה כרוכה בלחץ ובמבוכה מצדו. הוא חש שאכזב אותם. אין זה מתקבל על הדעת כי ביכר ליטול אחריות על שימוש בסמים, מעשה פלילי אסור שיש בו אלמנט של מעילה באמון המפקדים, חלף בקשה ישירה כי יופנה לקב"ן. הנאשם עומת עם קשיים אלה. הוא נדרש בחקירה הנגדית לספק הסברים ביחס לשאלה מדוע היה כה לחוץ בשיחה עם רס"ר ח' ונטל אחריות על שימוש בסם שאותו לא ביצע ותשובותיו **לא היו הגיוניות**

והותירו **רושם שלילי**. אף ביחס לשאלה כיצד ייתכן שהיה מוכן לאכזב את המפקדים ולמסור גרסת שקר שלפיה משתמש בסם חלף בקשה ישירה לקב"ן, לא סיפק הנאשם בעדות כל הסבר הגיוני (ראו עמ' 49-51). ולבסוף אף אילו ניתן היה לקבל הסבר זה, כי שיקר למפקדים כדי לזכות בקב"ן, הרי שבתום השיחה עם רס"ר ח' ואף עם רנ"ג ד', אישרו העדים ואף אישר הנאשם בעדותו, כי הוסכם שיופנה לקב"ן. אם כך, הנאשם קיבל את מבוקשו, מדוע ביקש לדבוק בשקר, להמשיך בו ואף להרחיב ולפתח אותו לכלל שימושים רבים נוספים בחקירת מצ"ח, חלף אמירת ה"אמת". שאלות נוקבות אלה שהוצגו לנאשם בבית הדין, לא זכו, כאמור, למענה מצד הנאשם (עמ' 66 ש' 31-26), והם מערערות באופן מהותי את יכולתי לתת אמון בגרסת הנאשם, כי שיקר בפני המפקדים כשהודה הודאה כללית כי עשה שימוש בסם.

32. זאת ועוד, מכלל העדויות שנשמעו לפני עולה שהנאשם לא מסר גרסה מפורטת בפני רס"ר ח' או בפני רנ"ג ד' באשר לשאלה מתי השתמש בסמים, באיזה תדירות, היכן ועם מי. רנ"ג ד' בעדותו בבית הדין (ראו פסקה 8 לעיל) הכחיש שכלל שאל את הנאשם שאלות במישור זה, אך אימוץ חלק זה באמרתו במצ"ח מלמד כי הנאשם הודה בפניו שעשה שימוש אחד מחוץ לבסיס על רקע הקשיים מבית. רס"ר ח', הודה כי הנאשם אישר בפניו שעשה שימוש בסם, אך לא מסר לו דבר בנוגע לשימושים, תדירותם או פרטיהם. במובן זה אף לאחר השיח עם המפקדים, לא היה הנאשם כבול בגרסה כלשהי פרט להודאה כללית כי מעורב במעשה שימוש אחד באותו ערב שבו עיניו היו אדומות. מדוע אם כן, מסר הנאשם גרסה כה מלאה ומפורטת במצ"ח למעשים שכלל לא ביצע? מדוע התאמץ למסור סיפור שכולו שקר עמוס בפרטים וליטול על עצמו אחריות למעשי שימוש בסם שאותם לא ביצע? התשובה שסיפק הנאשם בעדותו בבית הדין אינה מניחה את הדעת.

הנאשם השיב, כי לאחר שהודה בפני המפקדים לא יכול היה לחזור בו מגרסה זו. דא עקא שהגרסה כלל לא נמסרה כלל בפני המפקדים. זאת ועוד ההסבר כי רצה לעמוד בתנאי ההסדר המותנה ולהגיע לעשרה שימושים, אף היא אינה עולה בקנה אחד עם חומר הראיות (עמ' 43 ש' 5-14). בעדותו בבית הדין אישר הנאשם כי כל שרס"ר ח' צין בפניו הוא שהסדר מותנה ניתן "במספר מועט של שימושים" ואף אחד לא נקב בפניו ב"עשרה שימושים". הוא נשאל מדוע לא הסתפק בהודאה בשימוש אחד, אותו שימוש שבו נחשד כשנתפס בעיניים אדומות ובו לכאורה הודה במפני מפקדיו, הסברו "כדי לעמוד בהסדר המותנה" נטול כל הגיון או אחיזה במציאות. יש לדחותו.

33. לנוכח התמונה הראייתית המתקבלת שעליה עמדתי לעיל, מצאתי **לדחות** אף את טענת הנאשם כי יש לדחות את הגרסה שמסר בחקירה ולבכר על פניה את עדותו בבית הדין, כי "הצליח להתמודד" עם מצבו מבית, ואף בחקירה, הוא לא תלה את

השימושים שבהם הודה במצב זה, אלא מסר לחוקרת בכל פעם סיבה "שונה" (עמ' 44 ש' 29 ו-31). חומר הראיות מלמדת על קושי ממשי מבית, שאליו היו ערים מפקדיו. קושי זה, כעולה מדבריו בחקירה, השליך על מצבו הנפשי ועמד בבסיס מעשי השימוש בסם שבהם הודה. עיון בהודאתו בחקירה, מעלה כי הגם שעשה שימוש בניסוחים אחרים, בכל פעם שנשאל מדוע השתמש בסם, **המכנה המשותף לכלל תשובותיו היה זהה**, והוא כי הסיבה המרכזית שניצבה בבסיס השימושים היה העומס הנפשי שחוהו, בשים לב לקושי המשפחתי (ראו בהרחבה פס' 27 לעיל).

#### פגמים ומחדלי חקירה

34. מישור טיעון נוסף שאליו נדרשה ההגנה נגע לאופן התנהלות החקירה ולמחדלי חקירה. מישור טיעון זה הועלה, אמנם, במסגרת טיעוניה של ההגנה בדבר קיומה של הגנה מן הצדק, אלא שמצאתי להידרש ללב הטיעון כבר **עתה במישור הראייתי**; וזאת, על מנת לבחון האם היה בכוחם של המחדלים הנטענים או בפגמים שנפלו בהליך החקירה, להשקפת ההגנה, כדי להשליך על הראיות שנאספו בעניינו של הנאשם ועל הוכחת אשמתו או חפותו. בחינה זו נעשית **במובחן** מהיבטיה הייחודיים של טענת ההגנה מן הצדק, שאליהם אדרש בפסקה 45 להלן.

35. ההגנה טענה כי חוקרת מצ"ח טור' ב' ע' העידה בבית הדין כי הייתה זו החקירה הראשונה שבה הודה בפניה נחקר, וחרף זאת לא הסתייעה או התייעצה עם חוקרים מנוסים יותר, כך שפעולות חקירה חיוניות על מנת להגיע לחקר האמת, לא ננקטו, באופן שהשליך על הגנת הנאשם ועל אמרת ההודאה שחולצה מפיו. נטען, כי התרשלות החוקרת מצאה ביטוי בהעדר שרטוט ותיעוד לציר שימושים; העדר תיעוד של הפסקות הסיגריה שהתפתחו לתשאולים בעל-פה, וכי אלה לא מצאו ביטוי בזכ"די מהלך החקירה. נטען, כי גם ביומן החקירות לא תועדו כלל הפעולות שבוצעו וחלקן תועדו באופן שגוי. כך למשל, ביומן החקירות כפי שהוגש לבית הדין נרשם, כי רנ"ג ד' הוא זה שמסר את הדיווח למצ"ח, בעוד רנ"ג ד' ציין בעדותו כי לא הוא מסר את הדיווח אלא קצין האג"ם.

אשר לגרסה שמסר הנאשם בחקירה, נטען כי מספר השימושים חושב על ידי החוקרת ולא הוצהר מפיו של הנאשם; כי המניע לשימושים היה מסקנה של החוקרת ולא דברים שנשמעו מפי הנאשם.

פרט לכך טענה הסנגורית כי לא הועמקו **פרטים מהותיים** בגרסת ההודאה של הנאשם בנוגע לשימושים השונים. כך למשל, הוא לא נשאל האם היו שבועות וחודשים בהם הוא לא השתמש; מה זהות החברים שאיתם השתמש באופן קבוע שיטתי והיכן גרים; לא נבדק דו"ח הנוכחות ביחידה (דו"ח 1) והאם הייתה לו הזדמנות לעשן אחת



לשבועיים בביתו, או שמא היה תורן סופ"ש בבסיס. זאת ועוד, לא נעשה דבר על מנת לאתר בסיוע גורמי משטרת ישראל את מתווך הסמים שאת שמו מסר הנאשם בחקירתו, לחקור אותו או לאתרו במכשירו הסלולרי של הנאשם; לא נבדק קיומן של מצלמות אבטחה באזור בנק אוצר החייל, סמוך למקום שבו הצהיר הנאשם כי הסתיר את הסמים, וכן קיום מצלמות שמקיפות את הבסיס.

עוד הלינה ההגנה על כך, שלאחר חקירתו הראשונה של הנאשם במצ"ח, נחקר רס"ר ח' ומסר גרסתו בדבר ה"עצה המשפטית" שנתן לנאשם. על אף שמדובר במידע עובדתי חדש שלא היה ידוע לגורמי החקירה בעת שנחקר הנאשם בחקירה הראשונה, לא מצאו לנכון גורמי החקירה לערוך לנאשם חקירה נוספת ולעמת אותו עם המידע האמור. נטען כי חקירה נוספת, שהתבקשה במהלך דיון המעצר בבית הדין, לאחר שנועץ בסנגור, יכולה הייתה לזרות אור על חקר האמת.

36. בעת בחינתן של טענות הגנה בדבר מחדלי חקירה, נקבע כי –

"בית המשפט צריך לשאול עצמו האם המחדלים האמורים כה חמורים עד שיש לחשוש כי קופחה הגנתו של הנאשם, כיוון שנתקשה להתמודד כראוי עם חומר הראיות העומד נגדו או להוכיח את גרסתו שלו... על פי אמת מידה זו, על בית המשפט להכריע מה המשקל שיש לתת למחדל לא רק כשהוא עומד לעצמו, אלא גם בראיית מכלול הראיות" (ע"פ 5386/05 אלחורטי נ' מדינת ישראל, בפס' ז' (טרם פורסם, 18.5.2006))

יש להידרש אפוא לנפקות העדרה של כל ראיה, שמקורה בחקירת המשטרה, ולבחון האם יש לזקוף זאת לחובת התביעה בעת שיישקל המכלול הראייתי, והאם יכולה הייתה הראיה לסייע לנאשם בהוכחת ספק סביר (ע"פ 4384/93 מליקר נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 25.5.1994)).

37. ייאמר מיד, כי בהתאם לקביעותיי בפס' 10 לעיל, אין לקבל את השקפת ההגנה כי חוסר ניסיונה של החוקרת מצא ביטוי בדרך ניהול החקירה. נהפוך הוא, התרשמתי כאמור לעיל, כי החוקרת לא היססה לספר שהייתה זו חקירה ראשונה שבה הודה בפניה נחקר, שהיא הפסיקה את החקירה על מנת להתייעץ עם חוקרים ותיקים ומנוסים ממנה וכי ההחלטות לגבי המשך החקירה התקבלו על ידי מפקדיה של החוקרת, תוך בחינה מושכלת של הדברים (ראו למשל עמ' 9 ש' 39).

38. אשר לטיעוני ההגנה בדבר היעדר תיעוד עניינים שונים בחקירה, אין חולק כי "תיעוד מלא ומדויק הוא שמאפשר לבית המשפט להתרשם מנסיבות מסירתן של הודאות, ומפרקטיקות החקירה הנוהגות. התיעוד הוא בבחינת חרך הצצה של הערכאות אל הנעשה בחדרי החקירות... ומכאן חשיבותו הרבה" (ע"פ 5954/06

**סרנצ'וקוב נ' מדינת ישראל**, בפס' 16 (טרם פורסם, 13.10.2010), אלא שהעדר תיעוד אינו משליך בהכרח על פסילת הראיות או ההליך, וראוי לו שייבחן באורח מהותי ובראי המכלול. בנסיבות המקרה דנן, אין מדובר בחסר שהשליך על המסד הראייתי שנאסף בעניינו של הנאשם. כך למשל, בעניין **ציר השימושים**, מסרה העדה בגילוי לב, שלא הבינה "עד הסוף את העניין שזה צריך להיות באופן חזותי", אולם הוא נשאל על תדירות שימושיו ו"ציר השימושים נעשה בשיח בחדר והוא כתוב על גבי האמרה" (ראו עמ' 2 ש' 21-22). עיון באמרה מעלה כי הדברים תועדו על גביה, באופן מילולי אף אם לא מצאו ביטוי בשרטוט כמקובל וזכו אף לתיקון מפי הנאשם (משנים-עשר לשמונה שימושים), כפי שיבואר להלן (ת/1 עמ' 2-3). אף היעדר תיעוד **להפסקות הסיגריה** שהתפתחו **לתשאולים בעל פה** ולא תועדו בזכ"ד מהלך חקירה, אינו מהווה חסר מהותי, באשר אין כל טענה כי הודאת הנאשם בחקירה הייתה תולדה של תשאול כאמור, וממילא לא נזקפו לחובת הנאשם מעשי שימוש שנשמעו לראשונה בתשאול בעל פה או כתוצאה מתשאול כאמור (ראו דברי חוקרת מצ"ח בתחילת החקירה כי בתשאולים "הוא נשאל שאלות כלליות על המשפחה שלו ופחות על העבירה עצמה" עמ' 1 ש' 37 ועמ' 2 ש' 1). זאת ועוד, הנאשם הודה במרב השימושים בתחילת החקירה ובהמשך אף אם מסר עוד פרטים לגביהם לא הורחבה "מסגרת ההודאה" אלא רק הפרטים השונים ביחס לשימושים הללו. לא נטענה, אפוא, כל טענה מצד ההגנה כי איזו מן הראיות הייתה תולדה של תשאול כאמור שלא תועד. הוא הדין אף בעניין **יומן החקירות**. הוא הוגש לעיוני (2/ס) והוצבע, למשל, על טעות שנפלה בזהות הגורם שמסר את הדיווח מיחידת הנאשם. מצאתי לתת אמון בגרסתו של רני"ג ד' בעדות בבית הדין, כי לא הוא המדווח, כפי שתועד ביומן החקירות, אלא קצין האג"ס. אף אשר לפעולות החקירה והטענה כי לא כולן תועדו ביומן החקירות, מצאתי לקבל את הצהרת התובע שהוגשה כעובדה מוסכמת כי "כלל החיפושים שלא תועדו ביומני"ח, תועדו גם בתוכן התיק וגם בחומרי החקירה" ומכאן שלא היה בהעדר התיעוד האמור כדי להשליך על הגנת הנאשם או להוות נזק ראייתי (עמ' 41 ש' 21-22).

אף טענות ההגנה כי מספר השימושים חושב על ידי החוקרת ולא הוצהר מפיו של הנאשם, אינן מוצאות ביטוי בחומר הראיות, בחקירתו אישר הנאשם את מספר השימושים. הא ראייה לכך היא העובדה שכאשר ערכה החוקרת את החישוב הראשוני והעמידה אותו על שנים-עשר שימושים בנסיבות אזרחיות, לא קיבל זאת הנאשם כ"כזה ראה וקדש", אלא תיקן אותה וציין שלא עשה שימוש בסם לכל אורך התקופה. הגרסה ה"מתוקנת" היא שמצאה את מקומה בכתב האישום ולפיה עשה שימוש בתדירות של פעמיים בחודש, החל מהחודש השלישי לשירותו הצבאי ועד למועד מעצרו. אף בבית הדין אישר הנאשם את הגרסה שמסר בחקירה כי הודה בעשרה

שימושים בסך הכל. לא מצאתי אף ביסוס ראייתי לטענה כי החוקרת היא שהסיקה מה היו מניעיו של הנאשם לשימוש בקנאביס. נהפוך בדיוני בפס' 27 לעיל, מסרתי כי הנאשם פירט בהזדמנויות שונות בחקירה מה היו מניעיו לשימוש בסם, וכי לא היה זה מניע שנשמע מפי החוקרת.

מצאתי לדחות אף את הטענה בנוגע לשלל פעולות החקירה, שעליהן הצביעה ההגנה כפעולות חקירה מתחייבות ולא נעשו, כגון: בירור זהות החברים שאיתם השתמש באופן קבוע; איתור זהות מתווך הסמים; איתור קיומן של מצלמות אבטחה באזור בנק אוצר החייל ובבסיס היחידה. נקודת המוצא לבחינת טענות בדבר פעולות חקירה נוספות היא הבחינה הראייתית, כלומר מהו המסד הראייתי הקיים בתיק. בנסיבות מקרה זה בהינתן הודאת הנאשם וראיות נוספות, נמצא כי אין בחסר האמור כדי להשליך על המכלול. כידוע, התביעה אינה חייבת להציג בפני בית המשפט את 'הראיה המקסימאלית', אלא "על התביעה להוכיח את המוטל עליה ב'ראיה מספקת', "ואין נפקא מינה אם היה לאל ידה להשיג טובה הימנה" (עניין **מליקר** לעיל), "אף אם יכלה התביעה להשיג ראיות טובות יותר, אין הדבר מוביל לזיכוי הנאשם, אם בראיות שהוצגו יש די להרשעה מעבר לספק סביר". מידע על אודות חבריו של הנאשם, על מתווך הסמים לא היה משליך על טיב האישומים כלפיו. אף להיעדר תיעוד במצלמות האבטחה לא הייתה כל נפקות (עניין **אלחורטי** לעיל).

אשר לבחינת המועדים שבהם השתמש, ובדיקת היתכנותם אל מול דו"ח הנוכחות ביחידה (דו"ח 1) בשים לב לאפשרויות שבהן שובץ כתורן, פרט האישום האמור מבוסס על הודאת הנאשם בחקירה, החוקרת שאלה את הנאשם האם מאשר את מספר השימושים וזה השיב בחיוב, תוך שידע לצמצם את השימושים בחודשיים הראשונים. ככל שסברה ההגנה כי בכוחה לצמצם את מספר השימושים, מוטל היה עליה הנטל לבחון זאת באמצעות דוח הנוכחות היחידתי. משנמנעה מהבאת ראיה כאמור, לא עלה בידיה לכרסם בראיה שעליה מבססת התביעה את פרט האישום האמור.

39. בחנתי אף את טענת ההגנה כי ראוי היה לחקור את הנאשם פעם נוספת, לאחר חקירת רס"ר ח' ומסירת גרסתו בדבר ה"עצה המשפטית". חרף העובדה שמדובר במידע עובדתי חדש שלא היה ידוע לחוקרת בעת חקירתו הראשונה של הנאשם, סברתי כי אין בכך כדי להשליך על המסד הראייתי או לפגוע בהגנת הנאשם. ראשית, משום שבחקירה הראשונה ניתנה לו הזדמנות להתייחס לשאלה מדוע הודה. הוא נשאל באורח ישיר מה גרם לו להודות עתה במצ"ח בכך שהשתמש בסמים והוא השיב שהטעם לכך נעוץ בעובדה שאינו רוצה להסתבך, לאור מצבו מבית ומצב אמו וחוסר הנכונות שלו להוות דוגמא רעה לאחיו. הנאשם לא העלה את עניין ההסדרים המותנים. כשנשאל על כך בבית הדין, השיב כי לא סבר שיש בכך צורך (ראו דיוני בפס')

23 לעיל). יתרה מכך, ניתנה לנאשם הזדמנות מלאה להציג את מלוא טיעונו ביחס להסדרים המותנים **בעדותו בבית הדין**. הוא שב וציין בחקירה הנגדית כי הטעם להודאה היה אותו מידע שמסר לו רס"ר ח' בדבר הסדרים מותנים. הסבר זה מצאתי כאמור לעיל לדחות (פס' 23 לעיל). משכך, אף אם היה נחקר בשנית במצ"ח לאחר שנועץ בעו"ד ומוסר גרסה זו כבר בחקירה נוספת במצ"ח, לא הייתה לכך השלכה על אופן בחינת ההסבר האמור ועל הטעמים שבעטיים מצאתי לדחות הסבר זה, בשים לב לגרסה הראשונה שמסר בחקירה, לראיות הקיימות ולעובדה שההסבר אינו עולה בקנה אחד עם ההיגיון, כאמור בפס' 23 לעיל.

### התמונה הראייתית המתקבלת

40. לנוכח קביעותיי לעיל, כי יש לקבל כמהימנה את גרסת ההודאה של הנאשם בחקירת מצ"ח ולדחות את עדותו בבית הדין. ניתן לקבוע, בהתאם להודאת הנאשם בחקירתו, כי כחודשיים לאחר מועד גיוסו לצה"ל, החל מחודש פברואר 2018 עד לחודש יוני 2018, עשה שימוש בסם מסוג קנאביס, בתדירות של פעמיים בחודש, בסופ"ש בביתו או בבית חבריו. כמו כן כי בשתי הזדמנויות שונות, במהלך חודש אפריל 2018 וביום 6.6.2018 עשה הנאשם שימוש בסם מסוג קנאביס מחוץ לבסיס יחידתו. את הסם הטמין מבעוד מועד באזור בנק אוצר החייל, שמחוץ ליחידה. בתום יום העבודה, יצא לשם הכין סיגריה מגולגלת ("פייסל") עישן את הסם בפרדס סמוך, ובהמשך שב למשרדו ביחידה. ביום 6.6.2018 עם שובו ליחידה כשהוא נתון תחת השפעת סם, הצטרף לארוחת ערב משותפת שבה נכחו כמה חיילים מיחידתו, וביניהם, גם מפקדתו סמ"ר ל'.  
**הגנה מן הצדק**

41. בפתח סיכומיה, העלתה ההגנה טענת הגנה מן הצדק. טענה זו תמכה ההגנה בשלושה אדנים. **ראשית**, כיוונה ההגנה טיעונה כלפי בירור המפקדים **שנית**, נטען כנגד ה"עצה משפטית" של רס"ר ח', **לבסוף**, הועלו טענות כלפי דרך ניהול חקירת מצ"ח, שהייתה כרוכה, כנטען, במחדלים רבים, ונעדרה פעולות חקירה חיוניות שהשליכו על היכולת להגיע לחקר האמת.

להשקפת ההגנה כל אחד מהאדנים הללו, מקים כשלעצמו טענת הגנה מן הצדק, וכוחן המצטבר של שלושתן כאחד מצדיק את ביטולו של כתב האישום.

42. בהכרעת הדין בחנתי **כל אחד מטיעוניהם** אלה לעומקם בעת ניתוח הראיות, ובחינת נפקותם של הטיעונים בדבר הפגמים האמורים על הוכחת האשמה. אף-על-פי-כן, היבט נפרד ומשלים של הדברים הוא הגנה מן הצדק.

43. הגנה מן הצדק היא כידוע טענה **מקדמית** לביטול כתב האישום כאשר "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). בעניין **בורוביץ**, אומץ הליך בחינה תלת-שלבי לטענת הגנה מן הצדק –

"בשלב הראשון על בית-המשפט **לזהות את הפגמים** שנפלו בהליכים שננקטו 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, מששוכנע 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).

44. בעניין **גוטסדינר** בואר כי ערכי הצדק וההגינות בהליך המשפטי שהם אבני הבניין של טענת ההגנה מן הצדק, מאפשרים לבית המשפט "להרחיב את העדשה" דרכה נבחנים מעשי 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)). במסגרת טענת הגנה מן הצדק יכול נאשם להצביע על כך שתוך כדי הליך איסוף הראיות הפרה הרשות את חובות האמון וההגינות המוטלות עליה ופגעה בזכויות היסוד שלו, במידה **כה גדולה**, עד שיש בכך כדי לגבור על האינטרס שבהעמדתו לדין (ישגב נקדימון **הגנה מן הצדק** מהדורה שניה 425-426 (2009)).

ברוח זו, קיבלו בתי הדין הצבאיים בעבר טענות של הגנה מן הצדק שנטענו על רקע התנהלותן הנפסדת של הרשויות עובר לחקירה ובמהלכה, בעת הליך איסוף הראיות, תוך המרת סעיף האישום שבו הורשעו לבסוף אותם נאשמים (ראו למשל: עניין ח' לעיל; ע/124/10 **סמ"ר א' נ' התובע הצבאי הראשי** (2011); ע/16/14 **טור' ל' כ' נ' התובע הצבאי הראשי** (2016)).

בית הדין נדרש לשאול עצמו, האם **ככלות הכל**, 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

לקבוע כי נפגעה תחושת הצדק וההגינות המצדיקים **ביטולו** של כתב האישום או נקיטת **אמצעים מתונים יותר**.

45. אפתח בראש הטיעון השלישי שהציגה ההגנה בהקשר זה, שעניינו, הפגמים הנטענים בחקירה ומחדליה. בפסיקה נקבע כי ניתן, כאמור, להפעיל ביקורת שיפוטית על הגינות **דרכי איסופן** של ראיות והשלכתן על **ההליך המשפטי** שעתיד להתקיים על יסודן, במסגרת טענת הגנה מן הצדק. שתכליתה "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" (בג"ץ 1563/96 **כץ נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד נה(1) 529, 544 (1997)).

בפס' 34-39 לעיל מצאתי כי **לא ניתן** להצביע על פגם מהותי בהתנהלות הגוף החוקר בפרשה. לנוכח קביעותיי לעיל, יש לקבוע כי לא עלה בידי ההגנה להוכיח ולו את המשוכה הראשונה שהציבה הפסיקה להחלת דוקטרינת ההגנה מן הצדק – זיהויו של פגם בהליך ובחינת עוצמתו. לא מצאתי כי הגוף החוקר הפר את חובת האמון המוטלת עליו בחקירתו של הנאשם שלפניי ומשכך ובשים לב למבחנים שהתווה הדין, סברתי כי דין הטענה להידחות.

46. אשר לטענת ההגנה מן הצדק בנוגע לבירור המפקדים וה"עצה המשפטית", בדיוני בפסקאות 16-22 לעיל, בחנתי הן את בירור המפקדים ביחידה והן את הטענה כי הנאשם קיבל עצה משפטית מרס"ר ח' שהשליכו על הודאתו בחקירתה, בהתאם לדוקטרינת הפסילה הפסיקתית שנקבעה בעניין י'. מצאתי כי **לא היה** במעשים האמורים כדי להשליך על קבילות ההודאה שמסר הנאשם בהמשך בחקירת מצ"ח. קיימת זיקה, כידוע, בין בחינת הטענה בדבר הגנה מן הצדק לבחינת הדברים בהתאם לדוקטרינת הפסילה הפסיקתית (ראו, למשל, ע"פ 1292/06 **תורק נ' מדינת ישראל**, בפס' 6 (טרם פורסם, 20.7.2009). אלא שבמוקד דוקטרינת ההגנה מן הצדק נבחנת, במובחן משאלת האשמה או החפות, **התנהלות הרשות** והאם הפרה בהתנהגותה את האמון שניתן בה עד כדי פגיעה בתחושת הצדק וההגינות.

בהינתן קביעותיי בפסקאות האמורות לעניין דוקטרינת הפסילה הפסיקתית, מצאתי לקבוע כי אף אם עלה בידי ההגנה להצביע על פגם מסוים, בנוגע לכל אחד מראשי הטיעון הללו, **אין הוא עולה**, כדי התנהגות שיש בה פגיעה חריפה בתחושת ההגינות והצדק. זאת, הן לגבי כל אחת מהטענות כשלעצמה והן ביחס לכוחן המצטבר של הטענות האמורות.

47. אשר **לביור המפקדים**, ניכר היה ששני המפקדים, לנוכח היכרותם עם החייל **ותפיסתם הפיקודית** חשו שהם מחויבים לברר עמו את פשר הדברים, טרם העברת הדיווח למצ"ח. בעדותו ציין רנ"ג ד' ביחס לשאלה מדוע זימנת אותו לשיחה "הוא חייל שלי, אני צריך להבין מדוע הוא עושה דברים שאסורים" (עמ' 27 ש' 27). בהמשך ציין העד "המחויבות שלי בצבא זה לדווח על אירוע לא חוקי. דיווחתי במצ"ח... אני את חובתי הצבאית עשיתי גם בפן הפיקודי משני הצדדים". לאחר מכן הוסיף, "יש מפקדים שלא היו קוראים לחייל, היו מתקשרים למצ"ח והיו באים לקחת אותו באותה שנייה. לא שהתלבטתי אם לדווח או לא. דיווחתי באותו רגע" (עמ' 29 ש' 33-28).

רס"ר ח' אף הגדיל לעשות ופרט לביור כללי ראשוני, פנה מתוך רצון להושיט לו עזרה **לברר עבורו** פרטים נוספים ("נראה שהוא היה ממש במצב רוח ירוד אני בתור מפקד רציתי לראות ולברר איך אני יכול לעזור לו, להרגיע אותו", עמ' 34 ש' 32-33). בעדותו בבית הדין ציין העד שעשה זאת לנוכח התפיסה הפיקודית שלו שכמפקד נקט באמצעי שתכליתו להרגיע את החייל שכן הוא חשוד בביצועה של עברה פלילית ("בתור מפקד שלו הרגשתי חובה לנסות להרגיע אותו איך שהוא וחשבתי שאחרי השיחה עם אותה נגדת זה ירגיע אותו" עמ' 36 ש' 12-13).

ניתן היה להתרשם מעדויות המפקדים ואף מעדות הנאשם כי מדובר במערכת יחסים חמה וקרובה וכי מדובר במפקדים המעורבים בצרכי החיילים. הנאשם זכה לליווי של שניים ממפקדיו לחקירת מצ"ח, רנ"ג ד' הסיעו לבסיס החקירה, דאג לארוחת צהריים עבורו, הרגיע אותו בעת שהמתין לעדות (עמ' 31 ש' 16-17), עמד בקשר שוטף עם אמו. אף בשתי ישיבות בית הדין נכח רנ"ג ד'. הן רנ"ג ד' הן רס"ר ח' מסרו בעדותם בבית הדין כי בכוננתם לדאוג לנאשם ולתמוך בו גם בעתיד.

48. זה מכבר קבע דוד בן גוריון: "תדע כל אם עבריה שמסרה גורל בניה בידי מפקדים הראויים לכך" (דוד בן גוריון **יחוד ויעוד** 734-733 (1971)). בית הדין הצבאי לערעורים שב ועמד בפסיקותיו, בהקשרים שונים, על דמות המפקד בצה"ל, על הצורך של המפקד להקפיד בכבוד פקודיו ובדאגה לרווחתם ועל חובת האמון שחב המפקד כלפי חייליו, כלפי משפחותיהם וכלפי הציבור בכללותו (ראו, למשל, בהקשר אחר ע/87/05 **סמל ס' נ' התובע הצבאי הראשי**, בפס' 55 (2006)). המפקדים שהעידו לפני התגלו כמפקדים אנושיים ומסורים שדואגים לנאשם וחשים כי תפקידם הפיקודי מחייב אותם לעמוד לצדו, כל זאת באופן ראוי להערכה.

אלא שבמישור **העקרוני**, יש לקבוע **קו הפרדה ברור ובלוט** בין אהבת החייל והרצון להיות לצדו בשעת צרה, לבין מעשים שיש בהם משום טשטוש הגבולות שבין המרחב

הפיקודי הלגיטימי לבין מרחב אכיפתן של נורמות במישור הפלילי בצה"ל, שיש להותירו בידיהם של הגורמים האמונים על כך.

זאת ועוד, אל להם למפקדים להיכנס לאותו מרחב חקירתי פלילי, גם אם כוונתם חיובית היא. עמדתי לעיל על כך שכניסה למרחב זה, עשויה למצוא ביטוי "בבירור או תחקור פיקודי" שאופן עריכתו עשוי להביא לפגיעה שלא כדין בזכויות; או בניסיון לנצל היכרות זו או אחרת של מי מהמפקדים עם בעל תפקיד שלו זיקה לרשויות אכיפת החוק. אותו "בירור" מול "גורמים מוסמכים" בצה"ל ונתנית עצות חבריות ברוח המידע שהתקבל, שאף אם בבסיסן ניצב רצון טוב ודאגה לחייל, עלולות, בסופו של יום ל"זהם" את ההליך החקירתי והפלילי, לפגום בפעילות התקינה והראויה של רשויות אכיפת החוק ולפגוע בזכויות החייל. מעבר לכך טמון בה גם מסר בלתי ראוי לחיילים, כי אף מי שחשוד בהפרת הנורמות הפליליות, יש וניתן לסיים את עניינו במסגרת הפיקודית או לתת לו עצות שיחלצו אותו מניהול הליך חקירה והליך פלילי כמתחייב, ולא כך היא.

49. חרף קביעות עקרוניות אלה, במישור **הקונקרטי**, בפס' 18 מצאתי לקבוע כי אף אם בשיחה עם רס"ר ח' ועם רני"ג ד' הנאשם לא הוזהר ולא הודעו לו זכויותיו, בחינתן מעלה כי דובר בבירור ראשוני שבו הוא התוודה בפניהם על שימוש אחד, **מחוץ** ליחידה בערב שקדם לשיחות. פרט לכך לא נשאל אף שאלה נוספת הנוגעת לשימושיו בסמים, תדירותם, היקפם וכו', ולא **פירט דבר** על אודות שימושיו בסם שנזכרו בחקירת מצ"ח. בהינתן קביעות אלה, אף אם ניתן היה לערוך בירור פיקודי **מצומצם** יותר, בפני גורם פיקודי **אחד** (חלף הבירור שנעשה בפני כל אחד מהמפקדים בנפרד), אין מדובר בפגם שעוצמתו מביאה לפגיעה **חריפה בתחושת הצדק וההגינות**.

50. אשר לאותה שיחה שערך רס"ר ח' עם הנאשם בה מסר לו מידע על-אודות ההסדרים המותנים, עובר לקיומה של חקירה פלילית, מדובר במעשה **בלתי ראוי**. אף-על-פי-כן, בפס' 23 לעיל קבעתי, כי משמדובר בשיחה שהתמצתה בהצגת ההסדר המותנה **כאפשרות** בלבד, בלא שהנאשם הציג לרס"ר ח' גרסה **כלשהי** בנוגע לשימושים בסם שבכוונתו להעלות בחקירה, תוך שרס"ר ח' עשה שימוש ברטוריקה מעורפלת של "**מספר שימושים מועט**" ש"**אולי**" תניב שילוב בהסדר מותנה, וזאת להבדיל ממצב שבו ניתנה הבטחה קונקרטית שהוצגה לנאשם או עצה כיצד עליו לנהוג בחקירה, בשים לב לנסיבותיו שלו, מצאתי לקבוע כי אין הדבר מהווה פגם שעוצמתו פוגעת פגיעה חריפה בתחושת הצדק וההגינות.

51. המעשים שנעשו על ידי המפקדים, במקרה דנן, לא באו ממניעים פסולים. ממצאי בירור המפקדים לא נזקפו לחובת הנאשם בהליך הפלילי, הבירור לא הביא לפגיעה בחקירתו בהמשך ואף המידע שמסר רס"ר ח' לנאשם לא השליך על חקירתו במצ"ח.



הטעמים המלאים לכך פורטו בפס' 16-23 לעיל ואין לי אלא לשוב ולהפנות לקביעותיי שם. מבחניה של דוקטרינת ההגנה מן הצדק מחמירים יותר מאלה הנוהגים בדוקטרינת הפסילה הפסיקתית שמתאפיינת ב"גמישות" (עניין פרחי לעיל). בנסיבות האמורות, דין הטענה בדבר קיומה של הגנה מן הצדק, להידחות.

### סוף דבר

52. כעולה מקביעותיי בפס' 40 לעיל מצאתי להרשיע את הנאשם בשתי העברות שיוחסו לו בכתב האישום.

ניתנה היום, 5.7.2018, בפומבי ובמעמד הנאשם והצדדים.

---

שופטת



בבית הדין הצבאי המחוזי  
במחוז שיפוטי מטכ"ל  
בפני:

סא"ל מיכל שחר-אמברס - שופטת

בעניין: התובע הצבאי (ע"י ב"כ, סרן אבישי שדה; קמ"ש יעל אלמו)

נגד

ח/XXX טוראי א' ד' (ע"י ב"כ, סרן יעלה צפלאוי; סרן אנסטסיה סורז'נקו)

### ג ז ר - ד י נ

1. ביום 5.7.2018 הורשע הנאשם, טוראי א' ד', **לאחר שמיעת ראיות**, בשתי עברות שעניינן שימוש בסם מסוכן מסוג קנאביס, לפי סעיפים 7(א) ו-7(ג) סיפא לפקודת הסמים המסוכנים [נוסח חדש] התשל"ג-1973 (להלן: **פקודת הסמים המסוכנים**), וזאת בגין מעשי שימוש בסם מסוג קנאביס במהלך תקופה בת ארבעה חודשים, בתדירות של פעמיים בחודש בסופי-שבוע, בנסיבות אזרחיות. עוד הורשע הנאשם בשני מעשי שימוש בסם מסוג קנאביס, בשתי הזדמנויות שונות בחודשים אפריל ויוני 2018, מחוץ לבסיס יחידתו במחנה גלילות, כאשר לאחריהם, שב ונכנס ליחידה, לאחר שעות הפעילות.

2. הנאשם החל את שירותו הצבאי בחודש דצמבר 2017 ביחידת מודיעין במחנה גלילות, בתפקיד מש"ק ציוד ייעודי. כעולה מהכרעת הדין, חקירתו נפתחה, לאחר שבערבו של יום 6.6.2018 או במועד סמוך לכך, הבחינה סמ"ר ק' מפקדתו הישירה, בעיניו האדומות של הנאשם ובסימנים שעוררו את חשדה, כי זה מקרוב עשה שימוש בסם. היא דיווחה על כך למפקדה – רס"ר ש' ח', שזימן את הנאשם למחרת היום, לשיחת בירור. בהמשך אותו יום, נערכה שיחת בירור נוספת לנאשם עם גורם בכיר יותר בשרשרת הפיקוד – רנ"ג ס' ד'. בהמשך הועבר דיווח למצ"ח. בחקירתו הודה הנאשם במעשים אשר יוחסו לו בכתב האישום: הן בשימושים בנסיבות האזרחיות, הן בשימושים בנסיבות צבאיות ומסר פרטים על-אודות נסיבות שימושים אלה. בתום

החקירה ביום 10.6.2018 הודע לנאשם דבר מעצרו ומאז הוא נתון במעצר ממשי (ת/2).

3. ביום 10.7.2018 נשמעו טיעוני הצדדים לעניין עונשו של הנאשם. מטעם התביעה הוגש תדפיסו האישי של הנאשם (ת/4). מטעם ההגנה העידו **מר פ' ד'** – בן דודו של הנאשם; **רנ"ג ס' ד'** – מפקדו של הנאשם; **גב' א' ד'** – אִם הנאשם. כמו כן, הוגשו תעודת הפטירה של אבי הנאשם – **מר נ' י' ז"ל (ס/7)**; מסמכים רפואיים המצביעים על מחלת האב (ס/8); מסמכי ברה"ן בנוגע לאחות הנאשם (ס/9); מסמכים רפואיים – ברה"נים בנוגע לאחי הנאשם (ס/10).

#### עמדות הצדדים

4. התובעת הצבאית ציינה כי שני פרטי האישום אשר יוחסו לנאשם מהווים "אירוע אחד" שיש לקבוע מתחם ענישה אחד בעניינו, וזאת לאור העובדה שבשתי העברות מדובר באותו סוג סם, שנעשה בו שימוש על פני אותה תקופה. התובעת הדגישה את עמדת הפסיקה הצבאית, לנקיטת ענישה משמעותית בעברות סמים של חיילים לאורך השירות הצבאי, בפרט כאשר נעשים המעשים סמוך ליחידה הצבאית. כמו כן, הודגשו היבטי חומרה הנוגעים לנסיבות מעשי השימוש בסם. התביעה הצבאית לא חלקה על נסיבות החיים הקשות והמורכבות שעמדו ברקע העברות המיוחסות לנאשם, וסברה כי ראוי לתת להן משקל בעת קביעת מתחם העונש ההולם. נטען, כי מתחם העונש ההולם ראוי כי ינוע בין 60 ל-120 ימי מאסר לריצוי בפועל בכליאה ממשית, לצד עונש פסילת רנצ"א, שמשכו שלושה עד שבעה חודשים ועונש מאסר על תנאי. בהתחשב במכלול השיקולים הראויים להיבחן בתוך מתחם העונש ההולם, עתרה התביעה להשית על הנאשם עונש מצוי בלב המתחם שאליו עתרה, שמשמעותו רישום פלילי מלא.

5. הסנגורית הצבאית הדגישה בטיעוניה את נסיבות חייו הקשות והמורכבות של הנאשם, העומדות בזיקה ישירה למעשים שבהם הורשע הנאשם. נטען, כי נסיבות אלה ראויות למשקל ממשי בעת קביעת מתחם העונש ההולם. עוד טענה ההגנה כי הגם שהמקרה לא בא בגדרה של מדיניות התביעה הצבאית בהעמדה לדין בדבר הסדרים מותנים והסדרי הקפאה, ראוי כי תהיה לה השלכה על רמות הענישה הנוהגות. לנוכח שיקולים אלה, טענה ההגנה כי ראוי שמתחם העונש ההולם ינוע בין הסתפקות בימי מעצרו – כחודש ימים (במועד הדיון), לבין עונש מאסר לריצוי בפועל בכליאה ממשית שמשכו 60 ימים. נטען, כי הגם שהנאשם לא הודה בפני בית הדין במעשיו, הוא נכון לעשות כל שיידרש ממנו במישור הטיפולי, הברה"ני ובאפיק שיתוף הפעולה עם מפקדיו על מנת לשוב ולהשתלב בשירות הצבאי. בתוך מתחם העונש ההולם, עתרה

ההגנה לכך שיינתן משקל לאופק השיקומי של הנאשם, לנזק שנגרם וצפוי להיגרם לנאשם ולבני משפחתו כתוצאה מכליאתו הממושכת ולטענות ההגנה מן הצדק, שהגם שנדחו לעניין הכרעת הדין, ראויות הן לקבל ביטוי במישור העונש, לאור האמור בהכרעת הדין, כי פעולות המפקדים לקו בפגם.

### דיון והכרעה

6. עקרון האינדיווידואליות היה ונותר קו מנחה במלאכת גזירת הדין (ע"פ 1903/13 **עיאשה נ' מדינת ישראל** (טרם פורסם, 14.7.2013); ע"פ 291/81 **פלוני נ' מדינת ישראל**, לה(4) 438, 442 (1981)). המחוקק התווה מהלך דו שלבי לקביעת עונשם של נאשמים שהורשעו (חוק העונשין (תיקון מס' 113), התשע"ב-2013). בית המשפט העליון קבע, כי אין במהלך זה כדי לגרוע מהצביון האינדיווידואלי בענישה, הן בשלב עיצוב מתחם העונש ההולם, במסגרתו ניתן ביטוי לנסיבות ביצוע העברה ולמידת אשמו של הנאשם, הן בקביעת העונש בתוך המתחם האמור (למשל בע"פ 1323/13 **חסן נ' מדינת ישראל**, בפס' 7 (טרם פורסם, 5.6.2013)). **נסיבות המעשה ונסיבותיו של העושה**, מוצאות את ביטוין, אפוא, במקרים המתאימים לכך, בקביעת מתחם הענישה, תוך שקלולן ברגישות ובזהירות המתחייבים עם הערכים החברתיים המוגנים ועם מדיניות הענישה הנוהגת (ראו סעיף 40ג(א) ו-40ט(א) לחוק העונשין, התשל"ז-1977; ראו למשל - ע/518/7 **טור' ג' נ' התובע הצבאי הראשי**, פס' 29 (2018)).

7. אשר לערכים החברתיים המוגנים, "נקודת המוצא היא, מימים ימימה, כי טיבה ואופייה של המסגרת הצבאית, צורכי הביטחון, הדרישה למוכנות והיבטי המשמעת הכרוכים בהם, מחייבים להרחיק את נגע הסמים מבין שורות הצבא" (ע/64/17 **התובע הצבאי הראשי נ' רב"ט ר'**, בפס' 24 (2017); בג"ץ 5000/95 **ב' נ' הפרקליט הצבאי הראשי**, פ"ד מ"ט (5) 64, 71-73 (1995)). בבסיס האיסור החמור לשימוש בסמים, אף "קלים" בצה"ל, ניצבים החשש לפגיעה במשמעת, בכוננות הצבאית ובתפקודם של החיילים. בחזית ובעורף "חייל הוא חייל" ועליו להיות דרוך וערני לבצע את המשימות המוטלות עליו (ע/57/12 **רב"ט ד' נ' התובע הצבאי ראשי** (2012)). מדיניות האכיפה הנמרצת בצה"ל האוסרת כל שימוש בסם, כרוכה אף בהיבטי חינוך והרתעה, שכן שימוש בסם על ידי חייל אחד עלול לגרור אחריו גם את חבריו ולהפוך ל"חיידק מדבק ומתפתח" (עניין **ברטלה לעיל**; ע/58/15 **התובע הצבאי הראשי נ' סמל ז'** (2015)).

8. מדיניות הענישה הנוהגת במחוזותינו כלפי חיילים שהורשעו במעשי שימוש בסם מסוג קנאביס, מחייבת, על דרך הכלל, השתת רכיב של מאסר לריצוי בפועל **בכליאה ממשית**, לצד עונש מאסר מותנה, **פסילת רישיונות נהיגה והורדה בדרגה** (ראו, למשל, ע/51,52/12 **התובע הצבאי הראשי נ' רב"ט פ'** (2012) והאסמכתאות שם). בד בבד

נקבע, כי יש לבחון את נסיבותיו הקונקרטיות של כל מקרה וכבר נמצא, כי במקרים **חריגים**, ניתן להלום את מידת האשם והפגיעה בערך החברתי, באמצעות עונשי מאסר קצרים ואף באמצעות עונשי מאסר בפועל בדרך של **עבודה צבאית** (ראו, למשל, עניין ר' לעיל בפס' 31 והאסמכתאות שם).

אשר להשלכות השינוי במדיניות התביעה הצבאית בהעמדה לדין בעבירות סמים ובאפשרות לערוך הסדרים מותנים והסדרי הקפאה (הנחיה 3.07 להנחיות התביעה הצבאית הראשית), עסקינן בשינוי שנועד לחול על מקרים **קלים בלבד**. בעניין י', נמצא כי לא ניתן להתעלם ממיקומו השונה של הרף שהוצב בעקבות מדיניות התביעה החדשה, כך שקיימת הצדקה לערוך "חשיבה נוספת ובחינה חדשה" של הלכות המעצר המקובלות. מטעמים של "שוויון ומידתיות", הוספה מדרגה חדשה, לבחינת האפשרות לנקוט **חלופת מעצר** במקרים המתאימים, בתווך שבין המקרים שנכללו במדיניות לאותם מקרים שלא באים בגדרה של מדיניות זו, על מנת "למתן את הפערים" (ע"מ 58/17 רב"ט י' נ' **התובע הצבאי הראשי**, בפס' 40, 46-47 (2017)). בעניין ר', נקבע כי "טעמים של שוויון ומידתיות עשויים להשפיע אף על סוגיית העונש", כך שראוי לבחון **"כל מקרה לגופו** ועל מתחם העונש ההולם ליטול בחשבון את הנסיבות הקונקרטיות של המעשה ואת מידת הפגיעה בערכים החברתיים הכרוכה בו" (שם, בפס' 29-30). בפרשה אחרת, ביחס לטיעונים ברוח זו, הובהר כי השינוי במדיניות התביעה הצבאית **לא** נועד לחול או להשפיע על מעשי שימוש בסם מסוכן, במקרים **החמורים** (ע/17/94 **התובע הצבאי הראשי נ' סמל ח'**, בפס' 24 (2017)). באותו עניין הורשע הנאשם במעשה שימוש בקנאביס בעמדת שמירה במוצב, בסמוך למחסום ארז, בצוותא חדא עם חייל אחר, וכן בשימוש בסם מסוג קנאביס "בעשרות בודדות של הזדמנויות" בנסיבות אזרחיות. נקבע בגין השימוש ה"צבאי" עונש מאסר לריצוי בפועל בן 60 ימים; בגין מעשי השימוש בנסיבות אזרחיות, נקבע מתחם ענישה הנע בין 75 ל- 120 ימים תוך הטלת עונש בן 90 ימי מאסר לריצוי בפועל בגין רכיב זה, בסך הכל נקבעה חפיפה חלקית בין רכיבי הענישה השונים והוטל עליו עונש כולל בן 120 ימי מאסר לריצוי בפועל (עניין ח' לעיל). בעניין ש' בגין שימוש בסם מסוג קנאביס בחמש הזדמנויות בנסיבות צבאיות, ושימוש בקנאביס ב"מספר רב של הזדמנויות" בנסיבות אזרחיות, בשים לב לנסיבות אישיות "סבוכות", הוטל עונש מאסר לריצוי בפועל בן 90 ימים (ע/13/76 **התובע הצבאי הראשי נ' סמ"ר ש'** (2013)). בעניין ח', בגין שימוש בקנאביס במספר "לא מועט של הזדמנויות", נגזרו שלושה חודשי מאסר לריצוי בפועל, לצד רכיבי ענישה נוספים (ע/17/19 **טור' ח' נ' התובע הצבאי הראשי** (2017)). בעניין ב', בגין שימוש בסם מסוג קנאביס בכחמש-עשרה הזדמנויות שונות בנסיבות אזרחיות, הוטלו 92 ימי מאסר לריצוי בפועל (ע/13/56 **התובע הצבאי הראשי נ' סמל ב'** (2013)). בעניין

נ', בגין מעשי שימוש בסם מסוג קנאביס בכעשרים הזדמנויות בנסיבות אזרחיות הוטלו 75 ימי מאסר לריצוי בפועל (ע/55/13 התובע הצבאי הראשי נ' סמל נ' (2013)). בעניין א', בגין שני שימושים בסם מסוג קנאביס שנעשו בתוך היחידה בצוותא עם חיילים אחרים, ובאחד מהם הביא סמל א' את הסם ליחידה והכינו לשימוש המשותף עם החיילים, הוטלו 60 ימי מאסר לריצוי בפועל (ע/1/13 התובע הצבאי הראשי נ' סמל א (2013); לרמת ענישה דומה בגין שלושה שימושים בקנאביס בנסיבות צבאיות בצוותא עם אחר, ראו גם ע/57/12 רב"ט ד' נ' התובע הצבא הראשי (2012)). בעניין פ', לנוכח הודאת הנאשם ונטילת האחריות, ולאחר שהובהר כי מדובר בהסכמה חריגה ביותר, שאינה מהווה תקדים ואשר נובעת מהנסיבות הייחודיות של אותו מקרה הוטל עונש מאסר לריצוי בפועל בן 60 ימים מיום מתן גזר הדין (לאחר ששהה במעצר ממשי 58 ימים), בגין שני שימושים בסם בנסיבות צבאיות, ושימושים בקנאביס ב"עשרות הזדמנויות" לבדו ובצוותא עם חבריו בנסיבות אזרחיות (ע/86/17 רב"ט פ' נ' התובע הצבאי הראשי (2017)).

9. על נסיבות ביצוען של העבירות במקרה זה, עמדתי בהרחבה בהכרעת הדין. כך בוארו הדברים בתמצית:

"כחודשיים לאחר מועד גיוסו לצה"ל, החל מחודש פברואר 2018 עד לחודש יוני 2018, עשה שימוש בסם מסוג קנאביס, בתדירות של פעמיים בחודש, בסופ"ש בביתו או בבית חבריו. כמו כן כי בשתי הזדמנויות שונות, במהלך חודש אפריל 2018 וביום 6.6.2018 עשה הנאשם שימוש בסם מסוג קנאביס מחוץ לבסיס יחידתו. את הסם הטמין מבעוד מועד באזור בנק אוצר החייל, שמחוץ ליחידה. בתום יום העבודה, יצא לשם הכין סיגריה מגולגלת ("פייסלי") עישן את הסם בפרדס סמוך, ובהמשך שב למשרדו ביחידה. ביום 6.6.2018 עם שובו ליחידה כשהוא נתון תחת השפעת סם, הצטרף לארוחת ערב משותפת שבה נכחו כמה חיילים מיחידתו, וביניהם, גם מפקדתו סמ"ר ל".

מצאתי לאמץ את עמדת הצדדים, כי אכן ניתן להשקיף על מכלול מעשי השימוש בסם, בנסיבות המקרה דנן, כעל "אירוע" אחד לעניין קביעת מתחם העונש ההולם, וזאת על פי מבחן ה"קשר ההדוק" והמאפיינים שצינו בפסיקת בית המשפט העליון, וביניהם: קיומה של מסכת עבריינית אחת, סמיכות בזמן ובמקום, קיומם של אינטרסים חברתיים מוגנים זהים ועוד (ראו למשל ע"פ 5668/13 מזרחי נ' מדינת ישראל, בפס'

28-23 (טרם פורסם, 17.3.2016) והאסמכתאות (ס). מדובר בשורת שימושים בסם **מאותו** סוג, שהשתרעו על פני **אותה** תקופה שראשיתה בחודש פברואר ואחריתה, עובר למעצרו של הנאשם, בראשית חודש יוני. במהלכה, עשה הנאשם שימוש בקנאביס **בכעשר** הזדמנויות שונות. תחילה, במהלך סופי השבוע, בכשמונה הזדמנויות בביתו או בבית חבריו, כאשר הוא מעביר סכום כסף לאחד החברים, לצורך רכישה בצוותא של הסם ושימוש בו. בחלוף חודשיים, **הסלים דפוס השימוש שאומץ כנוהג בסופי השבוע**, וכלל שימוש בקנאביס באותה תקופה בשתי הזדמנויות, באפריל ובראשית חודש יוני, באמצע השבוע, בסמוך ליחידה אך **מחוצה** לה.

אכן, כעמדת ההגנה, אין מדובר במי שהרהיב עוז להכניס את הסם לתוך היחידה הצבאית, או במי שעשה שימוש בסם בצוותא עם חבריו ליחידה או בנוכחותם, במהלך שעות הפעילות. בשתי ההזדמנויות שבהן הורשע, עישן הנאשם את הסם **לבדו**, לאחר שעות הפעילות ביחידה, בשעות שבהן הורשה לצאת אל מחוץ ליחידה ולא נדרש למלא אחר משימות צבאיות. יש בכך כדי לאבחן לקולה את עניינו, מעניינם של אחרים שהורשעו בשימוש בסם בנסיבות צבאיות מובהקות בצוותא עם אחרים. מנגד, אין להתעלם מה**חומרה** הטמונה במעשים. עצם הבאת הסם לאזור המחנה, הטמנתו מבעוד מועד בקרבת מקום – מהלך שכלל תכנון מקדים, וכן השימוש בסם סמוך לאזור המחנה **והחזרה ליחידה** כשהוא **נתון תחת השפעת סם** ובעיניו ניכרו סימני השפעה זו, מלמדים על "עזות מצח, תוך חריגה ממושכלות יסוד של מהות המערכת הצבאית והכללים המתחייבים בה". מדובר בפגיעה חריפה בכוננות הצבאית ובמשמעת הצבאית, בפרט עת עסקינן במי שממלא תפקיד ביחידת מודיעין (עניין פ' לעיל; ע/197/02 **התובע הצבאי הראשי נ' טור' ח'**, בפס' 5 (2002)). אף אין להתעלם מכך שמעשיו פסקו רק עם מעצרו, לאחר שנתפס בכפו.

10. במסגרת נסיבות ביצוע העברה, יש לתת את הדעת אף ל**סיבות** שהביאו את הנאשם לבצע את העברה (סעיף 40ט(א)(5) לחוק העונשין). על סיבות אלה והזיקה בין לבין מעשי העברות עמדתי בהכרעת הדין.

המקרה שלפניי אינו שגרתי ו**ייחודי** בנסיבותיו.

נסיבותיו המשפחתיות של הנאשם קשות ומצערות והונחה תשתית ראייתית מספקת, המצביעה על **זיקה ישירה** בין אותן נסיבות משפחתיות מורכבות לשימוש שעשה הנאשם בסם מסוג קנאביס בתקופה האמורה. השימושים בסם נעשו סמוך לאחר פטירת אבי הנאשם ובעת שהייתה המשפחה נתונה בצלו של משבר חריף.

אביו של הנאשם נפטר בחודש נובמבר 2017 - כחודש לפני שגויס הנאשם לצה"ל (ס/7).

בחקירתו במצ"ח ציין הנאשם, כי על אף הסמיכות בין אירוע הפטירה למועד הגיוס לצה"ל, כחודש לאחר מכן – בדצמבר 2017, בחר שלא לדחות את הגיוס, מתוך רצון שלא "להישאר בבית" (ת/1 עמ' 1 ש' 13).

קדמה לפטירת האב, מחלתו ממארת שלוותה בקשיים ובלחצים ניכרים (8/ס) שהשליכו על מצבם הנפשי של כל בני הבית. עם פטירת האב חוותה המשפחה משבר כבד (ראו למשל עדות הנאשם בעמ' 44 ש' 25-28). הדברים מצאו ביטוי אף בעדות אָם הנאשם – הגב' א' ד'. עדותה לפניי שיקפה את הכאב והקושי הרב שחוותה כמו גם הצער שמסב לה משפטו של הנאשם. הנאשם הוא הבן הבכור מבין ארבעה ילדים. האם העידה על הקשיים הניכרים ועל הצורך בנוכחותו של בנה בבית על מנת לתמוך בה ובילדיה ולסייע למשפחה במתן תמיכה נפשית ובסיוע (עמ' 4-5 לפרוטוקול מיום 10.7.2018). הוצגו מסמכים רפואיים שעל-אודותיהם לא יפורט מטעמי צנעת הפרט, המצביעים על מצוקה ממשית של שניים מאחיו של הנאשם. במהלך חודש ינואר 2018 אושפזה אחות הנאשם לתקופה בת כשלושה שבועות על רקע מצוקה ברה"נית (9/ס); עמ' 5 ש' 11 לפרוטוקול מיום 10.7.2018). האח הצעיר של הנאשם הוא בעל צרכים מיוחדים, המוצאים ביטוי בקשיים התפתחותיים, בנטילת תרופות קבועות, באופן המחייב השגחה צמודה (ראו ס/10 וכן עדות האם בעמ' 5 ש' 12-13 לפרוטוקול מיום 10.7.2018). בחקירתו במצ"ח העיד הנאשם כי אמו אושפזה על רקע הדרדרות במצבה הנפשית לאחר התמוטטות שחוותה עם פטירת האב והדברים מצאו ביטוי בעדויות שנשמעו לפניי, אף כי לא הוצגו מסמכים (ת/1 עמ' 7; ראו עדות מר פ' ד'; רנ"ג ד').

אף מפקדיו של הנאשם בעדויותיהם, עמדו על הקשיים הניכרים שפקדו את הנאשם כתוצאה כך שעול הטיפול בבני הבית נישא, מאז פטירת האב, על כתפיו (ראו עדות רנ"ג ד' בעמ' 28 ש' 10-12; עדות רס"ר ח' עמ' 34 ש' 15-17, 27-28). בחקירת מצ"ח מסר הנאשם כי השימוש בסם הקל עליו את ההתמודדות עם הלחצים מבית והיווה מקור לבריחה מהקשיים שעמם נאלץ להתמודד (ראו למשל: "זה עזר לי זה נתן לי שקט בראש" (ת/1 עמ' 4 ש' 13) ובהמשך "הפסקתי לחשוב על אבא שלי והכל והייתי בלחץ מזה שאמא שלי התאשפזה" (ת/1 עמ' 7 ש' 3-4)). במסגרת מתחם העונש ההולם, מצאתי לשקלל, אפוא, אף את המצב המשפחתי הייחודי על רקע הזיקה שבין מצוקת הנאשם למעשי השימוש בקנאביס.

11. באיזון מכלול השיקולים המנויים לעיל: הערכים החברתיים המוגנים; מדיניות הענישה הנוהגת; המניע למעשי השימוש בסם, בראי אובדן האב ונסיבות המשפחה הקשות, בצירוף טיבם ואופיים של מעשי השימוש בנסיבות אזוריות, לצד מאפייני שני השימושים שנעשו סמוך ליחידה הצבאית, מצאתי לקבוע כי מתחם העונש ההולם את המקרה ראוי שינוע בין 75 ל-130 ימי מאסר לריצוי בפועל בכליאה ממשית, או בשילוב



כליאה ממשית עם עבודה צבאית; ובצדו עונש פסילת רנצ"א שמשכו **שלושה עד שבעה חודשים**.

12. בתוך מתחם העונש ההולם, נתתי דעתי לשורת שיקולים.

**ראשית**, למצבו המשפחתי של הנאשם ולנזק שנגרם וצפוי להיגרם למשפחת הנאשם מהיות הנאשם נתון בכליאה. בעדותה עמדה גם הנאשם על הקושי הרב שעמו נאלצת להתמודד בימים אלה כאשר הנאשם, שהוא האח הבכור ויד ימינה, נעדר מן הבית ואינו יכול לסייע לה בטיפול באחים הקטנים. אכן, הנאשם משרת בתנאי יחידה סגורה. אך האם העידה בכאב על הקושי מכך שהנאשם נעדר מן הקידוש בערבי שבת, על הקושי שהיא מוצאת בכך שאינה יכולה להתייעץ עמו ולהסתייע בו ועל העובדה שניהול משק הבית והטיפול באחים מוטל על שכמה בלבד. האם העידה, כי לו זו בלבד שנאלצת המשפחה להתמודד עם אובדנו הטרי של האב, העדרו של הנאשם מהבית מחייבת אותם בהתמודדות קשה נוספת. אף הנאשם בעדותו עמד על הקושי להיות רחוק מאמו ומאחיו על רקע אובדן אבי המשפחה. בחקירתו במצ"ח אף ציין את הקושי בכך שביקש להוות מודל לאחיו הקטנים.

**שנית**, נתתי דעתי לאופק השיקומי של הנאשם. אמנם, בנסיבות מקרה זה לא הוצגה כל תכנית שיקומית קונקרטי, אך ניתן היה להתרשם מקיומו של פוטנציאל שיקום. הנאשם נעדר כל עבר פלילי או משמעותי וזו לו מעידתו הראשונה. בהקשר זה העידו לפניי, בן דודו של הנאשם – פי' ד', שסיפר על ההכרות הקרובה עם המשפחה והיותו כאח בכור לנאשם. הוא העיד על ערכי הנתניה, התרומה והרצון לשרת שירות צבאי משמעותי, שמאפיין את המשפחה. העד מסר כי שירת בצה"ל כעשר שנים ובשנתיים האחרונות הוא ממלא תפקיד ביחידה לאבטחת אישים במשרד הביטחון. העד ציין כי בעקבות האירוע, בכוונתו להיות מעורב בחייו של הנאשם, לכוון אותו, לעמוד בקשר רציף ותדיר עמו ולהבטיח כי יחזור למסלול חיים תקין ומועיל. העד הוסיף לציין כי עם פטירת האב, רתם הנאשם את המשפחה כולה לצורך סיועה; וכי ההליך הפלילי והשהות בבסיס הכליאה גרמו לנאשם להבין את פוטנציאל הנזק המשמעותי שיש לעניין כולו על עתידו, על משפחתו ועל היכולת שלו לסייע בבית (עמ' 3 לפרוטוקול הדיון מיום 10.7.2018). אף רנ"ג ד' – מפקדו של הנאשם, שב והעיד במסגרת טיעוני ההגנה לעונש. העד מסר כי בכוונתו לתמוך בנאשם ב"אופן מלא", "בכל ההיבטים", כי ידאג לליווי אישי של הנאשם ובני המשפחה, לרבות מעבר לשעות הפעילות. העד הוסיף לציין כי בכוונתו לפנות למערך הת"ש, החינוך ולגורמי ברה"ן על מנת שכל אחד מהמערכים הללו יעמיד לרשות הנאשם את האמצעים שביכולתו על מנת להבטיח את עתידו של הנאשם ומשפחתו ואת שיקומו (לשיקולי שיקום בתוך מתחם העונש ההולם, ראו למשל ע"פ 2894/13 **מדינת ישראל נ' טגבה**, בפס' 14 (טרם פורסם, 13.8.2013)).

אשר לנאשם, אכן, אין לזקוף לחובתו את כפירתו באשמה ואת ניהולו של הליך ההוכחות. אולם לא נשמעה מפיו של הנאשם בבית הדין כל הודאה, נטילת אחריות או חרטה על מעשיו. הסנגורית ציינה כי יש לנאשם נכונות מלאה להשתקם ולהסתייע בגורמי הצבא השונים. בהעדר הודאה וחרטה כאמור, מצאתי כי אין ניתן לקבוע לנאשם עונש המצוי בספו התחתון של מתחם העונש ההולם. יחד עם זאת, בדברו האחרון הביע הנאשם נכונות לסיים את שירותו הצבאי בכבוד, הוא ציין "אני לא נוגע בסמים ולא אגע בסמים" וביקש שיינתן משקל לעתידו ולרצונו להשתלב בעבודה שיש בה תרומה למדינה. משקל מסוים נתתי אף לדבריו בחקירת מצ"ח ("אני יודע שעשיתי משהו לא בסדר, אני לא מתכוון להמשיך עם זה אני אלך לקב"ן...") ת/1 עמ' 10 ש' 15). לנוכח שיקולים אלה ומששוכנעתי בקיומה של מעטפת שלמה של גורמי משפחה ופיקוד שילוו את הנאשם בדרכו, נחה דעתי שגורמים אלה יסייעו לנאשם ויספקו מערך תמיכה עבורו, כך שניתן יהיה להעלות את הנאשם על דרך חדשה וחיובית.

13. שיקולים אלה במקובץ הביאוני לכלל דעה, כי בנסיבות העניין יש להטיל על הנאשם 90 ימי מאסר לריצוי בפועל. בשים לב למכלול היבטי הקולה שצוינו לעיל, בדגש על נסיבות חייו המורכבות, מצאתי כי ניתן להלום את מידת האשם ואת הפגיעה בערך החברתי המוגן, בכך שחלק מתקופת הכליאה תרוצה בדרך של עבודה צבאית. לנוכח קיומו של אופק שיאפשר לו להשתקם ולבנות עתיד חיובי, מצאתי לבכר, בנסיבותיו הייחודיות של מקרה זה, ענישה הצופה פני עתיד.

### סוף דבר

14. על הנאשם יוטלו העונשים הבאים:

א. **שישים (60)** ימי מאסר לריצוי בפועל, שמנינם מיום מעצרו.

ב. **שלושים (30)** ימי מאסר לריצוי בפועל בדרך של עבודה צבאית. כעולה מחווי"ד של רמ"ד שיקום, ירצה הנאשם את עונשו בתנאי יחידה סגורה, ישהה ביחידה מיום א' בשעה 10:00 עד ליום ה' בשעה 14:00, בסופי שבוע ישהה בביתו. יחידת השיבוץ הצפויה – **בצ"ת ח"י** – **חיפה**.

לתחילת ריצוי עונשו בדרך של עבודה צבאית, יתייצב הנאשם יום למחרת מועד סיום ריצוי עונש המאסר בפועל עד השעה 10:00 במשרדה של רמ"ד שיקום (ככל שיסיים הנאשם את ריצוי עונשו ביום ה' בשבוע, יתייצב במשרדה של רמ"ד שיקום ביום א' שלאחריו).

ג. עונש מאסר מותנה בן **תשעים (90) ימים** למשך **שלוש שנים**, שלא יעבור כל עברה לפי פקודת הסמים המסוכנים או עברה לפי חוק המאבק בתופעת השימוש בחומרים מסכנים, התשע"ג-2013.

ד. עונש מאסר מותנה בן **שישים (60)** למשך שנתיים, שלא יעבור עברה שעניינה סירוב להיבדק לשם גילוי שימוש בסמים מסוכנים לפי סעיף 127א לחוק השיפוט הצבאי, התשט"ו-1955, או עברה של אי קיום הוראות לפי סעיף 133 לחוק השיפוט הצבאי אם יעבור עברה לפי פקודת מטכ"ל 33.0220 למעט בגין שתיית משקה משכר.

ה. פסילה בפועל מלקבל או מלהחזיק רישיון נהיגה אזרחי וצבאי מכל סוג שהוא, למשך **חמישה (5) חודשים**, שמניינה מיום סיום ריצוי עונש המאסר בדרך של עבודה צבאית.

**זכות ערעור כחוק.**

**ניתן והודע היום 17.7.2018, בפומבי, במעמד הנאשם והצדדים.**

---

**שופטת**