



בבית הדין הצבאי לערעורים

בפני :

אלוף דורון פיילס - הנשיא
 תא"ל אורלי מרקמן - המשנה לנשיא
 אל"ם מתן כהנא - שופט

בעניין :

ח/XXX רב"ט ש' ד' – המערער (ע"י ב"כ, סרן חגי בן דב; סגן שיר איתן)

נגד

התובע הצבאי הראשי – המשיב (ע"י ב"כ, רס"ן מתן פורשט; סגן שחף חיטמן-
 אפיני)

ערעור על פסק דין של בית הדין הצבאי המחוזי במחוז שיפוטי המטכ"ל שניתן בתיק מטכ"ל (מחוזי) 484/16 (רס"ן מאיר ויגיסר – אב"ד; רס"ן אמיר ווקנין – שופט; סרן ענבל עידו – שופטת) ביום 25.10.2016. הערעור (הכרעת הדין וחומרת העונש) נדחה.

פסק - דין

פתח דבר

1. כנגד רב"ט ש' ד', המערער, הוגש כתב אישום, שבמסגרתו יוחסו לו שתי עבירות: עבירה של סחר בסם מסוכן, לפי סעיפים 13 ו-19א לפקודת הסמים המסוכנים [נוסח חדש], התשל"ג-1973, ועבירה של סירוב להיבדק לשם גילוי שימוש בסמים מסוכנים, לפי סעיפים 127א ו-250א לחוק השיפוט הצבאי, התשט"ו-1955. המערער הורשע, על-פי הודאתו, בעבירה של סירוב להיבדק לשם גילוי שימוש בסמים מסוכנים. אשר לפרט האישום שעניינו סחר בסם מסוכן, המערער אישר את העובדות שנכללו בו, אך העלה טענות משפטיות כנגד הרשעתו

בעבירה. בית הדין קמא דחה את טענות ההגנה והרשיע את המערער בשתי העבירות, כאמור.

בית הדין קמא השית על המערער 65 ימי מאסר בפועל, שהם כמניין ימי מעצרו, עונשי מאסר מותנה, 89 ימי פסילה בפועל של רישיון הנהיגה והורדה לדרגת טוראי. ההגנה לא השלימה עם הרשעתו של המערער בפרט אישום של סחר בסם מסוכן ומכאן הערעור שלפנינו.

השתלשלות העניינים בבית הדין קמא

2. כתב האישום בעניינו של המערער הוגש ביום 29.6.2016. נטען, כי במהלך החודשים אפריל-מאי 2016, פנה החייל, רב"ט חן, אל המערער, באמצעות יישומון ה"ווטסאפ" ושאל אותו אם יש לו "תפוח" למכירה, תוך שהוא מתכוון לסם מסוכן מסוג קנאביס. המערער השיב בחיוב והשניים נדברו להיפגש בשוק מחנה יהודה. בשוק, העביר המערער לידי רב"ט חן, קנאביס במשקל גרם, תמורת 100 ש"ח. כמו כן, ביום 13.6.2016, סירב המערער למסור דגימת שתן לשם גילוי שימוש בסמים מסוכנים, חרף צו שחייבו לעשות כן.

3. רב"ט חן הועמד לדין ביום 27.6.2016. הוא הואשם בעבירה אחת של שימוש בסם מסוכן. פרט האישום מנה ארבעה מעשי שימוש בסם מסוכן מסוג קנאביס, בנסיבות אזרחיות, בין החודשים נובמבר 2015 ומאי 2016 וכן קבלת סם מסוכן מידי המערער. בעניין זה נכתב, כי –

"במועד כלשהו בחודשים אפריל-מאי 2016... בשוק מחנה יהודה בירושלים... נטל גרם חשיש מרב"ט ש' ד' והעביר אותו לטור' בן לוי, לבקשתו של טור' לוי" (מתוך כתב האישום בתיק ח"א (מחוזי) 269/16 התובע הצבאי נ' רב"ט חן (2016)).

4. רב"ט חן הורשע, במסגרת הסדר טיעון, בעבירה שיוחסה לו בכתב האישום, כמפורט לעיל. בהציגה את עמדתם המשותפת של הצדדים לעונש, פירטה התביעה בעניינו, כי התחשבה ב"טיב המעשים, בכך שהעביר סם באופן חד פעמי ללא תמורה, בנסיבותיו האישיות החריגות ובחיסכון בזמן שיפוטי". בהתאם להסכמת הצדדים, הוטלו על רב"ט חן 50 ימי מאסר בפועל, לצד רכיבי ענישה נוספים, כך שבסופו של הליך, בהתאם לסעיף 404א(ב) לחוק השיפוט הצבאי (תיקון מספר 63), נשאה הרשעתו רישום פלילי "מופחת".

5. בבית הדין קמא, עתר המערער להמיר את סעיף האישום של סחר בסם מסוכן בסעיף של עבירה מסוג עוון. נטען, כי החלטת התביעה לייחס למערער עבירה מסוג

פשע, בגין האירוע של מסירת הסם לידי רב"ט חן, מפלה, אינה עומדת במבחן הסבירות של החלטה מנהלית ואף מקימה למערער הגנה מן הצדק.

6. תחילה, הגישה ההגנה לעיון בית הדין קמא פסקי-דין בעניינם של אחרים, שהואשמו מלכתחילה או הורשעו בדיעבד בגין העברת סמים לידי אדם אחר, בעבירה מסוג עוון. בתגובה, פרטה התביעה בפני בית הדין קמא את השיקולים שעמדו לנגד עיניה בעת שקיבלה את החלטה שלא לשנות את סעיף האישום נגד המערער. התביעה ביקשה להציג לעיון בית הדין קמא את מלוא חומר החקירה שנאסף בעניינו של המערער ואשר עמד לנגד עיני הפרקליט במסגרת קבלת החלטה בעניין, אך ההגנה סירבה לכך. בהמשך הדיון, לאחר שההגנה ביקשה לטעון כנגד הנימוקים, אשר עמדו בבסיס החלטת הפרקליט שלא לשנות את סעיף האישום – עתרה ההגנה להגיש לבית הדין קמא את הראיות, שעמדו בבסיס החלטתו של הפרקליט. הראיות הוגשו והצדדים התייחסו אליהן בטיעוניהם.

7. הוסכם על הצדדים, כי קיימת לבית הדין סמכות להמיר סעיף אישום מטעמים של צדק, או חוסר סבירות של החלטה מנהלית, וכי האכסניה לדיון בכל טענות ההגנה היא ההליך הפלילי בעניינו של המערער.

8. ההגנה אף עתרה, בהתאם לסעיף 108 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982, לעיין בנתונים על מדיניות ההעמדה לדין במקרים דומים, שבהם העביר נאשם לאדם אחר כמות קטנה של סם, בתמורה שהיא "החזר הוצאות" או ללא תמורה. בעקבות הערות בית הדין קמא, נאותה התביעה לערוך בדיקה של מקרים שבהם הוגש כתב אישום בנסיבות דומות ובהמשך, עדכנה כי איתרה פסקי-דין שניתנו בתקופה האחרונה במקרים של מכירת או העברת סם מסוכן בכמות קטנה.

9. בשלב זה של הדיון, על דעתה של ההגנה, עיין בית הדין קמא בראיות מתוך תיק החקירה, אשר עמדו בבסיס החלטת הפרקליט, שלא להמיר את סעיף האישום – תכתובות שהוחלפו בין המערער לבין אחרים (ביניהן, עם מישהו בשם זקין), ברשתות החברתיות. בסמוך לאחר מכן, הודיעה ההגנה, כי היא מבקשת לסייג את עמדתה בעניין. בואר, כי ההגנה מתנגדת להצגת הראיות שהתווספו לתיק החקירה לאחר הגשת כתב האישום, מאחר שלא עמדו לנגד עיני הפרקליט בעת החלטה להגיש את כתב האישום (תכתובות נוספות ברשתות החברתיות, ביניהן עם מישהי בשם אדווה).

עיקרי הכרעת הדין

10. בפתח הדברים קבע בית הדין קמא, כי "קיימת זהות רבה" בין טענת ההגנה מן הצדק, מסוג של אכיפה בררנית ובין הטענות נגד אופן הפעלת שיקול הדעת של הרשות, שהעלתה ההגנה במקרה דנן, אף על-פי, שככלל, על-פי פסיקת בית המשפט העליון, "אין חובה שתהיה זיקה בין המבחנים שנקבעו בגדרה של ההגנה מן הצדק למבחני הביקורת המנהלית". בית הדין הפנה בעניין זה לפסק הדין בעניין **פולדי פרץ** (ע"פ 6328/12 **מדינת ישראל נ' פרץ** (טרם פורסם, 10.9.2013)).

11. בכל הנוגע להיקף הביקורת המנהלית בהליך הפלילי, ציין בית הדין קמא כי אף "הפסיקה העדכנית של בית המשפט העליון... קובעת כי בית המשפט אינו מחליף את שיקול דעתה של הרשות המוסמכת ואינו שם תחתיו את שיקול דעתו שלו, אלא אם ההחלטה נגועה בחוסר סבירות קיצונית או בפגם דומה" (בית הדין הפנה אל החלטתו של כב' הנשיא (כתוארו אז), גרוניס, בבג"ץ 10242/03 **מילובלובסקי נ' המועצה הארצית לתכנון ולבנייה פ"ד נח(6) 673, 679 (2004)**). בואר גם, כי קיימים תחומים שבהם ממילא, נוקט בית המשפט מדיניות מצומצמת יחסית של התערבות וכי "כך הוא הדבר בנוגע להתערבות בשיקול דעת התביעה, היועץ המשפטי לממשלה והפצ"ר בהחלטות על העמדה לדין פלילי... כיום הן נתונות לביקורת גם מבחינת עמידתן באמת המידה הכללית של סבירות. אך עדיין, הגשת כתב האישום ובחירת סעיפי האישום נותרה פרוגטיבה של התביעה ומדיניות ההתערבות בהחלטות אלה נותרה מצומצמת ביותר" (בעניין זה הפנה בית הדין להחלטה בבג"ץ 7195/08 **אבו רחמה נ' הפרקליט הצבאי הראשי** (טרם פורסם, 1.7.2009)).

12. עוד נקבע, כי בבואה להחליט האם לייחס למערער סעיף אישום מסוג פשע, מוסמכת התביעה, "לבסס את החלטתה על ראיות מנהליות, שהן בעלות מידת שכנוע. היא אינה חייבת להתבסס רק על ראיות משפטיות".

13. לגופו של עניין, פירט בית הדין קמא את קביעותיו כדלהלן:

"לאחר שהעמקנו בבדיקת הראיות המנהליות, מצאנו כי השיחות שהוגשו לעיוננו ואף עמדו לנגד עיני הפרקליט בעת שהחליט על הגשת כתב האישום, אכן מלמדות על מעורבות הנאשם בעולם הסמים ועל כך שהוא סיפק סמים לזקין... הקשר הדברים ברור ואין צורך בהכרות מעמיקה עם עולם הסמים כדי להבין שהנאשם, שמכר לחן גרם סם מסוג קנאביס תמורת 100 ₪, משוחח גם עם זקין על סמים... נמצאנו למדים שהוצגו ראיות מנהליות, שרשות מנהלית סבירה רשאית להסתמך עליהן לביסוס החלטתה הראשונית (במעמד הגשת כתב האישום), כי הנאשם מעורב בעולם הסמים באופן עמוק מהמיוחס לו בכתב האישום. זאת ועוד, בראייתנו, הראיות המנהליות שנאספו, כשהן נבחנות יחד עם

הראיות המשפטיות - הקבילות במשפט הפלילי, עומדות ברף המחמיר יותר, הנדרש כאשר ההחלטה פוגעת בזכויות אדם מוגנות. כלומר, צרוף הראיות המשפטיות והמנהליות, מצביע על מסקנה ברורה, חד משמעית ומשכנעת - במישור המנהלי כמובן - בדבר מעורבותו של הנאשם באירועים נוספים של העברת סמים לאחרים... למעלה מן הצורך, נבהיר כי סברנו שכאשר פוסעים במישור הראיות המנהליות, התביעה רשאית לבסס את החלטתה, שלא להמיר את סעיף האישום, גם על ראיות מנהליות שהתקבלו לאחר הגשת כתב האישום... הפרקליט, שקיבל החלטה מבוססת להגיש כתב אישום בעבירה של סחר בסם מסוכן, יכול היה לשקול לאחר מכן - כאשר התבקש לשנות את סעיף האישום - גם את הראיות המנהליות הנוספות שנאספו אצלו. כיוון שההגנה סייגה את הסכמתה וסירבה להגשת הראיות המנהליות שהצטברו לאחר הגשת כתב האישום לעיון בית הדין, הרי שלא נתייחס ונבחן בעצמנו את הראיות המנהליות הגולמיות הללו. עם זאת, מקובלת עלינו טענת התביעה, אשר לא נסתרה, כי מהראיות המנהליות הנוספות שנאספו, עולה כי הנאשם סיכם גם עם אדווה כי ימכור לה סם מסוכן".

14. לאחר כל אלה, נקבע, כי החלטת התביעה שלא להמיר את סעיף האישום על בסיס הראיות המנהליות שהוצגו לה – סבירה ואין להתערב בה. עוד נקבע, כי מידת המעורבות של המערער בעולם הסמים רלוונטית להבחנה בינו לבין רב"ט חן וכי עמדת התביעה, שלפיה חומרת מעשיו של המערער עולה על חומרת מעשיו של הלה ומבססת הבחנה עניינית ביניהם, "מצויה במתחם הסבירות ואינה מצדיקה את התערבותנו".

15. בסופו של דבר, פסק בית הדין קמא, כי:

"אומנם ההגנה העלתה שתי טענות משפטיות שונות, אך ניתן לקיים את הדיון בהן במאוחד, מהטעם שבנסיבות המקרה שבפנינו, קיימת זיקה משפטית ועניינית בין הטענות... מעבר לטענות האכיפה הבררנית, ההגנה לא העלתה טענות משמעותיות העוסקות בשיקולי צדק אינדיווידואלי ייחודיים לנאשם. ואכן, טיעוני הצדדים לא הבחינו בין מישורי המשפט השונים וגם אנו איננו רואים צורך להבדיל ביניהם. בכל אחת מן הטענות בנפרד וגם בהצטרפותן, הגענו למסקנה דומה. בסופו של דיון, סברנו כי ככל שקיימים פגמים בהתנהלות התביעה, עוצמתם אינה כזו המצדיקה את הסעד המבוקש. ניתן היה לתת להן משקל במסגרת הענישה".

טענות ההגנה בערעור

16. ההגנה העלתה שלוש טענות משפטיות. תחילה נטען, כי יש להורות על המרת סעיף האישום לעבירה של עוון, מאחר שהחלטתה של התביעה הצבאית בעניין אינה עומדת באמות המידה של המשפט המנהלי. בהמשך נטען, כי למערער עומדת הגנה מן הצדק, נוכח אכיפה בררנית וכי אף מטעם זה יש להורות על המרת סעיף האישום, כאמור. ולבסוף נטען, כי בשים-לב לנסיבות ביצוע העבירה, שיקולי צדק שעניינם בהשלכות הרישום הפלילי על המערער, מצביעים על כך שהרשעתו בכתב האישום המקורי עומדת ב"סתירה מהותית לעקרונות של צדק והגינות משפטית" ומצדיקה נקיטת סעד של המרת סעיף האישום כאמור.

17. לדידה של ההגנה, לא היה מקום לבחון את התכתובות הטלפוניות המצויות בתיק החקירה ("הראיות המנהליות"), במסגרת הדיון בשאלות של הגנה מן הצדק. לשיטתה, ראוי היה לשקול את אותן ראיות, אך ורק במסגרת הדיון במישור המנהלי (הטענה הראשונה) ואילו הדיון בטענה של הגנה מן הצדק צריך היה להיעשות בנפרד, בכלים מן המשפט הפלילי ובאמצעות ראיות קבילות בלבד.

18. טענה נוספת שנטענה על-ידי ההגנה בהקשר זה, עניינה בפרשנות העולה מן התכתובות הטלפוניות בין המערער לבין אחד בשם זקין. נטען, כי תכתובות אלה, אינן אלא, "מילים עלומות, אשר הקשרן ושיוכן הנושאי אינו ברור" וכי לא ניתן היה להיעזר ב"ידיעה שיפוטית" על מנת לקשור בינן לבין עולם הסמים דווקא. נטען גם, כי משגורמי החקירה נמנעו מלחקור את זקין, הרי שמדובר במחדל חקירה, שבדאי אין לזקוף את השלכותיו לחובתו של המערער. בכל מקרה, נטען, כי הראיות המנהליות מצביעות, לכל היותר, על חשד למעורבות נוספת של המערער בעבירות דומות, ואין בהן כדי לבסס את סבירותה של ההחלטה לייחס למערער עבירה מסוג פשע.

19. בהתאם, משעה שלדידה של ההגנה, אין לייחס משקל לתכתובות הטלפוניות, סברה ההגנה, כי אין בנמצא תשתית מתאימה להבחנה בין המערער לבין רב"ט חן והעמדתו לדין בעבירה של עוון, לעומת העמדתו של המערער לדין בעבירה של פשע, מהווה אפליה פסולה.

20. בהמשך נטען, כי המרת סעיף האישום לסעיף של עוון אף עולה בקנה אחד עם הנחיית התביעה הצבאית הראשית בעניין (הנחייה מספר 2.05). בהקשר זה, הדגישו הסנגורים, כי בנסיבות דנן, ניתן להניח לטובתו של המערער, כי הסם הועבר שלא ביוזמתו, אלא לאחר פנייתו של רב"ט חן אליו; כי העברת הסם בוצעה תמורת

"החזר הוצאות" (מאחר שבית הדין קמא קבע כי טענה זו לא נשללה על-ידי התביעה); וכי יש להניח כי התכוון שמעשה השימוש בסם יתבצע בנסיבות אזרחיות. לצד זאת, לביסוס טענותיה, הציגה ההגנה גזרי-דין וכתבי אישום, אשר לשיטתה, מלמדים כי בפועל, נוהגת התביעה הצבאית לייחס עבירה מסוג עוון גם במקרים חמורים יותר מזה של המערער וכי באותם מקרים הושתו עונשים המובילים לרישום פלילי "מופחת". ההגנה הוסיפה, כי בכל אותם מקרים, לא ניתן לדעת האם היו ראיות מנהליות, שהצביעו על חשד למעורבות רחבה יותר של הנאשמים בעולם הסמים.

21. בסופו של יום, בנפרד ובמצטבר, טענו הסנגורים, כי נוכח נסיבותיו המינוריות של המקרה, אשר בבסיס הרשעתו של המערער, ראוי היה, מטעמים של צדק ונוכח השלכותיו של הרישום הפלילי, לנקוט סעד מידתי של המרת סעיף האישום לעבירת עוון.

תשובת התביעה

22. התביעה עתרה לדחות את ערעור ההגנה ולהימנע מלהתערב בפסק-דינה של הערכאה קמא. הודגש, כי היקף ההתערבות בשיקול הדעת של התביעה בסוגיית ההעמדה לדין בכלל ובבחירת סעיף האישום בפרט, מצומצם מאד. זאת ועוד, נטען, כי שיקולי התביעה במקרה דנן היו כולם ענייניים ורלוונטיים ודי בכך, כדי לדחות את טענות ההגנה.

23. עוד נטען, כי הראיות שהוצגו לעיון בית הדין קמא, בהסכמת ההגנה ואף לבקשתה, מלמדות על סבירותה של ההחלטה לייחס למערער סעיף עבירה של סחר בסמים. בהתאם, מאחר שההגנה לא הצביעה על פגם בהתנהלותה של התביעה ובהתחשב בחזקת תקינות המנהל – אין לקבל את טענותיה במישור הסבירות המנהלית ואף לא במישור ההגנה מן הצדק.

24. הוטעם, כי אין לאפשר להגנה להעלות טענות כנגד שיקול דעתה של התביעה ואופן הפעלתו, מבלי שיתאפשר לתביעה להציג את הנתונים (הראיות מנהליות), אשר עמדו בבסיס הפעלת שיקול דעתה. כמו כן, נטען, כי במקרה דנן, יש חפיפה בין הטענות במישור המנהלי לבין טענות ההגנה מן הצדק וראוי כי הדיון בטענות ייערך במאוחד.

25. לדידה של התביעה, התכתובות הטלפוניות כוללות ביטויים מובהקים מתחום הסחר בסמים ואין כל אפשרות לפרשן בדרך אחרת. זאת ועוד, נטען, כי ההגנה אף לא ביקשה לסתור אותן, למשל על דרך העדתו של זקין, ששמו נקשר באותן

השיחות, ואף לכך יש משמעות ראייתית. בהתאם, נטען, כי התכתובות הטלפוניות, אשר ביססו מעורבות רחבה של המערער בעולם הסמים והסחר בהם, מבחינות, בצדק, בינו לבין רב"ט חן ובהתאם, יש לקבוע, כי יחוס סעיף אישום שונה, בהקשר זה, מבוסס על אבחנה ראויה ועניינית ואינו מהווה אפליה פסולה.

בחינת הדברים

מסגרת הדיון:

26. נקודת המוצא לדיון שלפנינו, היא כי יסודות העבירה הוכחו וכי המערער אכן עבר עבירה של סחר בסם מסוכן.

27. ההגנה אינה מלינה כנגד עצם העמדתו של המערער לדין פלילי ואף לא כנגד חומרת העונש שהוטל עליו. ההגנה ממקדת את ערעורה בהשלכות שיש להרשעת המערער בסעיף האישום שנבחר, של עבירה מסוג **פשע**, על הרישום הפלילי בעניינו. טענת ההגנה נסמכת על הוראת סעיף 404א(ב) לחוק השיפוט הצבאי, המאפשרת, במקרה של הרשעה בעבירה מסוג עוון, רישום פלילי "מופחת", ובלבד שהעונש אינו עולה על שני חודשי מאסר בפועל (בהקשר זה, עתרה ההגנה להקל מעט בעונש המאסר בפועל, בן 65 ימים, הגם שהמערער סיים זה מכבר לרצותו, ולהעמידו על חודשיים).

28. הנחיית התביעה הצבאית הראשית, העוסקת בעבירות סמים ומבטאת את מדיניות התביעה הצבאית הראשית בעניין (הנחיה 2.05), קובעת בסעיף 10 כדלהלן:

"בהתקיים ראיות לכאורה לביצוע עבירות של הספקת סם מסוכן, סחר בסם מסוכן, יבוא, תיווך וכד', יוגש, ככלל, כתב אישום לפי סעיף 13 או 14 + 19א לפקודת הסמים. עם זאת, במקרים של הספקת סם שלא ביוזמת החייל אלא לפי בקשת המקבל וללא תמורה או תמורת 'החזר הוצאות', ועת האספקה היא לשימוש בסם בנסיבות אזרחיות, ניתן לשקול לאור מכלול הנסיבות שלא לייחס לחייל עבירה של סחר בסמים או הספקת סמים. במקרה כזה, תיוחס לאותו חייל החזקת סם שלא לצריכה עצמית, וזאת גם אם הכמות שבידו נופלת מן הכמות המופיעה בחזקה".

ההגנה אינה מסתייגת מתוכן ההנחיה ומהיקפה. אלא שלטעמה, יישומה, במקרה דנן, ראוי כי יוביל להקלה כאמור.

29. בחינת מדיניות התביעה הצבאית, כמפורט בהנחיה כאמור, מלמדת, על-פני הדברים, כי ההחלטה להעמיד לדין פלילי בעבירה של סחר בסמים, במקרה דנן, עולה בקנה אחד עם מדיניות התביעה הצבאית. ברם, ההגנה מוסיפה וטוענת, כי

התביעה לא עמדה בנטל להוכיח כי התשלום שקיבל המערער תמורת הסם אינו אלא, "החזר הוצאות" ולשיטתה, יש להניח לזכותו, גם את העובדה, כי הסם יועד לשימוש בנסיבות אזרחיות. דא עקא, ששיקול הדעת של התביעה, אף בהתקיים אותם נתונים עובדתיים, אינו מתמצה בכך והוא נסמך אף על בחינה מלאה והערכה של "מכלול הנסיבות". זאת ועוד, יישום ההנחיה לטובת החייל, מוביל לאפשרות לייחס לו עבירה של החזקת סם שלא לצריכה עצמית, שאף היא, כידוע, עבירה מסוג פשע.

30. ממשיכה ההגנה וטוענת, כי בנסיבות העניין יש לבחון כיצד נוהגת התביעה, הלכה למעשה, ומפנה לעמדתה של התביעה הצבאית, כפי שהובאה בפני בית הדין קמא, שלפיה היא אכן נוהגת ללכת לקראת החיילים כברת דרך נוספת, ובמקרים המתאימים, אף מייחסת לחיילים החשודים בעבירות כאמור, עבירה של החזקה סם מסוכן לצריכה עצמית, לפי סעיף 7(א) ו-7(ג) סיפא לפקודת הסמים המסוכנים, שהיא עבירה מסוג עוון. בואר, כי מקרים אלה עניינם בהעברת סם יחידה, שבוצעה על "רקע יחסי חברות קרובים", וככל שמדובר במי ש"אינו מהווה חולייה ממשית בשרשרת הפצת הסם" (ראו דברי התביעה בפרוטוקול הדיון בפני בית הדין קמא, ביום 27/09/16, בעמ' 4). ברם, כאמור, לשיטת התביעה, לא זה המקרה שלפנינו.

31. נוכח טענות ההגנה, התבקשה התביעה לפרוס את השיקולים שעמדו בבסיס החלטתה להעמיד לדין בפלילי בעבירה של סחר בסמים. לפיכך, פרטה התביעה, כי במקרה דנן, היה לפניו מסד ראייתי מתאים, המלמד על מעורבות עמוקה של המערער בעולם הסמים בכלל ובתחום הסחר בסמים בפרט, ולפיכך, לא ראוי היה לייחס למערער סעיף אישום של עוון. נטען גם, כי מסד ראייתי זה הוא גם הבסיס לאבחנה בין המערער לבין רב"ט חן, המעורב האחר בפרשה. בהמשך, לבקשת ההגנה, הציגה התביעה לבית הדין, את הראיות, שעמדו בבסיס החלטתה כאמור.

32. להלן, נבחן, אפוא, את עמדת התביעה במקרה דנן, על-פי אמות המידה המקובלות לביקורת על החלטתה – בחירת סעיף האישום, נוכח השלכותיו על הרישום הפלילי בעניינו של המערער.

כללי

הביקורת המנהלית – היקפה ומיקומה

33. החלטתה של התביעה להגיש כתב אישום כנגד נאשם או להימנע מהגשתו ואף ההחלטה באיזה סעיף עבירה יואשם הנאשם, היא החלטה של המאשימה אשר כרשות מנהלית, במסגרת הפעלת שיקול דעת מנהלי, נתונה לביקורת שיפוטית. ההלכה המסורתית צמצמה את הביקורת השיפוטית על החלטות בתחום ההעמדה

לדין למצבים של פעולה בחוסר תום לב או בשרירות (ראו ספרה של (השופטת) פרופ' ברק-ארוז, **משפט מנהלי**, כרך ב', עמודים 750-757 (2010)). ברבות השנים, התפתחה בפסיקה ההלכה, כי החלטות מנהליות, ובהן החלטות התביעה, נתונות לביקורת שיפוטית גם בהיבט של עמידתן באמת מידה כללית של סבירות (להלן: **הבחינה המנהלית**) –

"הלכה היא, כי בית המשפט איננו מכניס עצמו בנעליה של הרשות המינהלית, ואינו שואל האם ההחלטה שהתקבלה היא ההחלטה הטובה ביותר בנסיבות העניין, אלא בוחן את ההחלטה על-פי אמות המידה שנקבעו בכללי המשפט המינהלי. התערבות בהחלטתה של הרשות המינהלית, תיעשה רק כאשר שוכנע בית המשפט בקיומה של עילה לכך, כגון: חריגה מסמכות; שיקולים זרים; שרירותיות; הפליה; או חריגה ממתחם הסבירות" (בג"ץ 6410/14 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' פרקליט המדינה**, פס' 67 (טרם פורסם, 4.2.2015); וראו גם: פסק הדין המרכזי בסוגיה – בג"ץ 935/89 **גנור נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד מד(2) 485 (1990)).

34. אף כיום, במסגרת הבחינה המנהלית, ניתן משקל ניכר למעמדה ולמקצועיותה של התביעה, ונראה, כי היקף ההתערבות השיפוטית בהחלטותיה מצומצם (ראו: בג"ץ 2559/17 **ד"ר בן ארי נ' היועץ המשפטי לממשלה** (טרם פורסם, 26.3.2017); בג"ץ 10682/06 **אטרש נ' הפרקליט הצבאי הראשי** (טרם פורסם, 18.6.2007); בג"ץ 5675/04 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד נט(1) 199 (2004)). מרבית המקרים של התערבות שיפוטית בהחלטותיהם של הגורמים האמונים על אכיפת הדין, עסקו בהימנעות מהעמדה לדין ואף זאת, בעיקר, נוכח טענות במישור הערכי-נורמטיבי, בכל הנוגע ל"אינטרס הציבור" בהעמדה לדין, ולא בתחום הראייתי (ראו למשל: בג"ץ 425/89 **צופאן נ' הפרקליט הצבאי הראשי**, פ"ד מג(4) 718 (1989)). עם זאת, ואף ששיקול דעתן של רשויות התביעה רחב, הוא איננו יכול לחרוג מגדרי מטרותיו של ההליך פלילי ועליו להלום את עיקרון המידתיות, החל על הליך קבלת החלטות הפוגעות בזכויות הפרט (ראו הסקירה המצויה במאמרו של (השופט) רון שפירא "**מאכיפה פלילית לאכיפה מנהלית**" הסניגור 205, 4, 6-7 (2014)).

35. אשר לשאלה אלו החלטות של התביעה נתונות לביקורת שיפוטית, נקבע כי החלטות התביעה נדרשות לעמוד באמות המידה המנהליות לכל אורך ניהול ההליך, ואף קודם לפתיחתו –

"ההליך הפלילי משובץ צמתים, בהן פתוחות בפני התביעה מספר דרכים שהיא רשאית לצעוד בהן, כאשר

הבחירה נתונה בידיה, ובלבד שהחלטה עומדת בכללי המשפט המינהלי (החל בהחלטה לפתוח בחקירה, דרך החלטה על הגשת כתב אישום והגדרת סעיפי העבירה, וכלה בהחלטה להגיש או לא להגיש ערעור) (בג"ץ 6410/14 "אומץ" – אזרחים למען מנהל תקין וצדק חברתי ומשפטי; פרקליט המדינה, פסקה 69 (4.2.2015)).

36. בהתאם, נפסק, כי ההחלטה בדבר בחירת סעיף האישום נתונה אף היא לביקורת שיפוטית –

"שיקול דעת ראש התביעה ביחס להליך הפלילי הוא אכן רחב מאוד, על כל שלביו, ובכלל זה גם באשר לבחירת סעיף האשמה ההולם את עובדות העבירה ונסיבותיה, אולם הוא אינו מוחלט. בתחום ההעמדה לדין, על השלכותיה השונות, יתכן שוני במרחב ההתערבות השיפוטית בהיבטים שונים הקשורים בהליך זה. כך למשל, מרחב ההתערבות בפן הראייתי הקשור בהעמדה לדין הוא צר במיוחד. פן זה נתון לידיעתה המיוחדת של התביעה, שאיננה הופכת נחלתו של בית המשפט, וממילא היקף התערבותו בהיבט זה הוא מינימלי ביותר. לא כך הוא בפן הערכי הקשור בהעמדה לדין, הנוגע בהיבט האינטרס הציבורי הכרוך בכך, עליו נמנית גם הבחירה בסעיף האשמה לצורך ההגדרה הנורמטיבית של פרשת העובדות המתוארת בכתב האישום" (עניין לעיל).

37. בואר, כי בבוא בית המשפט לבחון את סבירות החלטתה של התביעה בבחירת סעיף האישום, עליה "להקפיד על קיום קורלציה ישירה בין תיאור העובדות בכתב האישום לבין אופי וסוג העבירות בהן יואשם הנאשם. תכלית כתב האישום היא להגדיר את העובדות ולברור את סעיפי העבירות שייכללו בכתב האישום, באופן שישקף בצורה ההולמת ביותר את ליבת מעשיו של הנאשם, כעולה מחומר הראיות הלכאורי הקיים נגדו, ויתאר נכונה, בסעיף אישום מתאים, את אופיים של המעשים במישור הנורמטיבי" (עניין **אבו רחמה** לעיל; וראו גם: בג"ץ 5699/07 **פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה** (טרם פורסם, 26.02.08)).

38. אשר למיקום הדיון בבחינה המנהלית של החלטות התביעה והאכסניה המתאימה לו, בבג"ץ 9131/05 **ניר עם כהן ירקות אגודה שיתופית חקלאית בע"מ נ' מדינת ישראל** (טרם פורסם, 6.2.2006), נקבעה ההלכה, שלפיה ההליך המתאים לבירור טענות כנגד שיקול הדעת המנהלי המופעל על-ידי התביעה בהגשת כתב אישום וביחס לפגמים שנפלו בהגשת כתב אישום – הוא, ככלל, ההליך הפלילי (ראו גם: עניין **פרץ**, לעיל, פסקה 30 לפסק-דינו של כב' השופט פוגלמן; בג"ץ 2654/08 **ז'ורבין נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פסקה 3 (טרם פורסם, 10.6.2008); וכן

מאמרו של רענן גלעדי "דוקטרינת הביקורת המינהלית בפלילי" ספר אליהו מצא 529 (2015).

39. עולה מן המקובץ, כי יש לבחון את חוקיות ההחלטה לייחס למערער סעיף אישום של סחר בסמים מסוכנים, בהתאם לאמות המידה של המשפט המנהלי, כמפורט לעיל, במסגרתו של ההליך הפלילי בעניינו של המערער.

דוקטרינת ההגנה מן הצדק – טיבה והיקפה

40. מושכלות יסוד הן, כי הבריה התיכון של דוקטרינת "ההגנה מן הצדק" מצוי באינטרס הציבור להבטיח קיומו של הליך פלילי ראוי, צודק והוגן (ראו: ע"פ 4855/02 מדינת ישראל נ' ד"ר בורוביץ, פ"ד נט(6), 776, בעמ' 806-807). למעשה, באופן עקרוני, משתרעת הדוקטרינה על כל מקרה שבו קיומו של ההליך הפלילי פוגע באופן ממשי בתחושת הצדק וההגינות, כפי שזו נתפסת בעיניו של בית המשפט, וכבר נפסק, כי "מטרת החלטה של ההגנה היא לעשות צדק עם הנאשם" (עניין בורוביץ לעיל, פסקה 21). בצד זאת, הוטעם, כי:

"ההכרעה בשאלה, אם המקרה שלפני בית-המשפט מצדיק את החלטה של הגנה מן הצדק, אמורה לשקף איזון נאות בין מכלול הערכים, העקרונות והאינטרסים השונים הכרוכים בקיומו של ההליך הפלילי. מן העבר האחד, ניצבים האינטרסים התומכים בהמשך קיומו של ההליך, ובהם: העמדת עבריינים לדין ומיצוי הדין עימהם; הוצאת האמת לאור; קיומם של מנגנוני גמול, הרתעה, וענישה; שמירה על ביטחון הציבור; והגנה על זכויותיו של הקורבן הנפגע. ומן העבר השני, ניצבים האינטרסים השוללים, במקרה הקונקרטי, את המשך קיומו של ההליך, ובהם: הגנה על זכויות היסוד של הנאשם; פסילת מהלכיה הנפסדים של הרשות והרתעתה מפני נקיטת מהלכים דומים בעתיד; שמירה על טוהר ההליך השיפוטי; ושמירת אמון הציבור בבית-המשפט" (שם, עניין בורוביץ לעיל).

41. לשם כך, נקבע בפסיקה מנגנון בחינה תלת שלבי, שלפיו "בשלב הראשון על בית-המשפט לזהות את הפגמים שנפלו בהליכים שנקטו בעניינו של הנאשם ולעמוד על עוצמתם, וזאת, במנותק משאלת אשמתו או חפותו. בשלב השני על בית-המשפט לבחון אם בקיומו של ההליך הפלילי חרף הפגמים יש משום פגיעה חריפה בתחושת הצדק וההגינות... בשלב 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" (שם, פסקה 21).

42. לאחרונה אף הודגש, כי ברבות השנים, חל "שינוי דוקטרינרי" בנושא, וכי תחולתה של ההגנה מן הצדק הורחבה –

"עם השנים, התרככה הדוקטרינה של הגנה מן הצדק והפכה – בנוסף להיותה אמצעי פיקוח על שיקול דעתן של רשויות התביעה על עצם הגשת כתב האישום – לכלי בידי בית המשפט המאפשר לאזן את ההליך עם ערכי הצדק וההגינות של המשפט הפלילי. ההגנה, באופייה החדש, מרחיבה את העדשה דרכה בוחן בית המשפט את מעשה העבירה ואת ההליך המשפטי, ומאפשרת לבית המשפט – אף במקרים בהם הוכחו כל יסודות העבירה – להביט אל עבר הרגע שלפני ביצוע העבירה ואף אל התנהלות ההליך הפלילי הנמצא בעתידו של מעשה העבירה" (ע"פ 7621/14 **גוטסדינר נ' מדינת ישראל**, פסקה 44 לפסק-דינו של השופט הנדל, (טרם פורסם, 1.3.2017)).

באותו עניין, נקבע על-ידי השופט הנדל, כי "יש לבדוק האם, ככלות הכול, בנסיבות בהן הוגש כתב האישום נפגעה תחושת הצדק וההגינות", וכי אף מקום בו לא נפל פגם משמעותי בהתנהלות התביעה (בהתאם לשלב הראשון במבחן התלת שלבי שנקבע בעניין **בורוביץ'** לעיל) – "אין להיעצר בשלב הראשון של המבחנים שנקבעו בעניין **בורוביץ'**, וכי יש לבחון אף את השלב השני: 'האם נפגעה תחושת הצדק וההגינות המשפטית?' (עניין **גוטסדינר** לעיל, פסקה 44). דעה שונה במקצת מצויה בפסק-דינה של השופטת ברק-ארז, אשר סברה, כי במקרה של טענה לאכיפה בררנית, "על-פי המבחן שנקבע ב... עניין **בורוביץ'**... יש להצביע על פגם בהחלטת הרשות, אלא שפגם זה עשוי להיות גם הפליה שאינה מכוונת, ובלבד שהיא הפליה משמעותית". השופט עמית, שנמנע מלהכריע בסוגיה, הוסיף וביאר, כי לדידו "יש להיזהר מפני הרחבה בלתי מבוקרת של דוקטרינת ההגנה מן הצדק... ובמיוחד טענה המבוססת על הפליה תוצאתית, כמקימה הגנה מן הצדק בדין הפלילי. ככלל, אני סבור כי אין זה נכון לתקן 'טעות בטעות ועוול בעוול'" (שם, פסקה 59 לפסק-דינו של השופט עמית).

43. בין יתר הטענות, אשר חוסות תחת דוקטרינת "ההגנה מן הצדק", ניתן מקום מרכזי לטענה של "אכיפה בררנית" ונקבע, כי זו תיבחן במשקפיה של "דוקטרינה ההגנה מן הצדק" ועל-פי אמות המידה שנקבעו ליישומה (ראו: ע"פ 8551/11 **סלכגי נ' מדינת ישראל**, בפסקה 13 לפסק-דינה של השופטת ד' ברק-ארז (טרם פורסם, 12.8.2012); רע"פ 4562/11 **מוחתסב נ' מדינת ישראל** (טרם פורסם, 7.3.2013)).

44. בהתאם, נקבע, כי טענה לאכיפה בררנית, תיבחן על-פי המתווה, כמפורט להלן:

"באופן עקרוני, את טענת האכיפה הבררנית יש לבחון תוך התייחסות לשלוש שאלות: השאלה הראשונה היא מהי קבוצת השוויון שעמה נמנה מי שמעלה את טענת האכיפה הבררנית... השאלה השנייה היא - באותם מקרים שבהם אכן הרשויות לא אוכפות או לא אוכפות באותה מידה כלפי כל מי שנמנה עם אותה קבוצת שוויון - כיצד יש לאבחן מצבים של אכיפה בררנית פסולה ממצבים רגילים ולגיטימיים של אכיפה חלקית מטעמים של מגבלת משאבים וסדרי עדיפויות. השאלה השלישית היא מהו הנטל הראייתי המוטל על מי שמעלה טענה של אכיפה בררנית - באופן כללי, ובמשפט פלילי בפרט. יודגש, כי שלוש השאלות שהוצגו הן נפרדות, אך בחינתן צריכה להתקיים בזיקה הדוקה זו לזו" (עניין סלכגי לעיל).

45. אשר לנטל ההוכחה המוטל על הטוען לאכיפה בררנית – כידוע, לרשות המינהלית עומדת חזקת התקינות המינהלית, שלפיה מוחזקת היא כמי שפעלה כדין – כל עוד לא הוכח אחרת (בג"ץ 8756/07 עמותת "מבוי סתום" נ' הוועדה למינוי דיינים, פסקה 43 (טרם פורסם, 3.6.2008)). בהתאם, על הטוען כנגד חוקיות הפעולה מנהלית להראות כי נערכה, לכאורה, הבחנה לא ראויה בין מי שנתוניהם הרלוונטיים שווים. משעה שהוצג בסיס ראייתי כאמור, מתערערת חזקת התקינות והנטל יעבור אל כתפי הרשות המינהלית, אשר תתבקש להוכיח כי האכיפה – אף שהיא נחזית בררנית על-פני הדברים – התבססה על שיקולים עניינים וסבירים (ראו: עניין פרץ לעיל). נקבע, "כי על הנאשם להראות, כי לאורך זמן ובאופן שיטתי (או קרוב לכך) קיבלו הרשויות המינהליות במקרים דומים החלטות שונות מאלה שנתקבלו במקרה שלו" (שם, פסקה 4 לפסק-דינו של הנשיא (כתוארו אז) גרוניס, שאליו הצטרף גם השופט גיובראן; וראו גם פסקה 59 לפסק-דינה של השופטת ברק-ארז בעניין גוטסדינר לעיל).

על היחס בין דוקטרינת "ההגנה מן הצדק" לבין הבחינה המנהלית

46. כאמור, נקבע, כי "משהוחלט כי הפורום המתאים לדון בטענותיו של נאשם כנגד שיקול הדעת של התביעה בהגשת כתב אישום הוא ההליך הפלילי – יש לוודא כי ערוץ זה יהיה פתוח לכל הטענות שניתן היה להעלות בעבר בעניין זה בהליכי ביקורת שיפוטית בבג"ץ" (פסקה 58 לפסק-דינה של השופטת ברק-ארז בעניין גוטסדינר לעיל). ואמנם, נפסק, כי נפתח "אפיק נוסף" לבחינת טענות בעניין פגמים שנפלו בהגשת כתב האישום, וכי הדיון בנושא אינו מוגבל עוד לשאלת תחולתה של דוקטרינת ההגנה מן הצדק, ולצידה יש להעמיד את ההחלטה המינהלית בדבר

הגשת כתב אישום לביקורת שיפוטית בהליך הפלילי (ראו פסק-דינו של השופט פוגלמן בעניין פרץ לעיל).

47. לכל אחת מהדוקטרינות מיקוד שונה. במרכז הביקורת המנהלית מצוי האינטרס הציבורי הרחב בקיומו של מנהל תקין, בעוד שבמרכזה של דוקטרינת ההגנה מן הצדק, נמצאים הצדק האינדיווידואלי ושיקולי ההגינות (ראו: מאמרו של רענן גלעדי, בעמוד 535). כך, בעוד שהשאלה המרכזית על-פי כללי הביקורת המנהלית עניינה בהיקף הפרת הדין הכרוכה בפעולתה המנהלית של התביעה והאם ראוי שבית המשפט הפלילי ישלים עם הפרה זו, השאלה המרכזית במסגרת בחינת ההגנה מן הצדק, בוחנת, כאמור, האם בנסיבות שבהן הוגש כתב האישום, נפגעה תחושת הצדק וההגינות. יש לציין, כי עיקר ההתייחסות בפסיקה להבדלים בין הדוקטרינות, עוסקת בהשוואה בין המבחנים של ההגנה מן הצדק, הנחשבים מחמירים יותר, לעומת שוליה הרחבים יותר של עילת הסבירות, במסגרת הביקורת המנהלית (ראו: פסק-דינו של השופט פוגלמן בעניין פרץ לעיל). עם זאת, מקובלת עלינו קביעתו של בית הדין קמא, כי ככל שהשגותיה של ההגנה על החלטת התביעה, מתמקדות בטענה של "אכיפה ברחיקנית" שנקטה התביעה, הרי שהמרחק בין הדוקטרינות ותוצאות יישומן, אינו יכול להיות רב. נזכיר גם, כי כבר נפסק בעניין דומה, כי אף "במסגרת דיונית זו [של ההגנה מן הצדק] תיבחן הפעלת שיקול הדעת של הרשות, והשאלה אם נפל פגם במעשיה, בהתאם לאמות המידה של המשפט המינהלי" (מתוך פסק-דינו של השופט פוגלמן בעניין פרץ לעיל).

48. ולעניינו, שתי השאלות גם יחד עוסקות בבחינת שיקולי התביעה במסגרת החלטתה על בחירת סעיף האישום. בשתייהן יש להידרש לסוגיית סבירותה של ההחלטה, בראי מכלול הנתונים הנחוצים לעניין. שאלת הסבירות של ההחלטה, ממילא קשורה בטבורה אל שאלת המידתיות וההגינות בהליך הפלילי בעניינו של המערער, ויש בה כדי להשפיע השפעה מכרעת על מלאכת האיזונים בין מכלול האינטרסים החברתיים הנוגעים בעניין, במסגרת יישומה של דוקטרינת ההגנה מן הצדק. זאת ועוד, כפי שנראה להלן, סוגיית הסעד במקרה של חריגה במישור המנהלי, כמו גם סוגיית הסעד במקרה של פגיעה בתחושת הצדק וההגינות – שתייהן, על-פי עיקרון המידתיות, מובילות ליישומו של מבחן ה"תוצאה יחסית", אשר נועד להלום את המתח וההתמודדות בין האינטרסים החברתיים השונים (ראו: עניין בורוביץ לעיל, עמ' 807-808 ופסק-דינו של השופט פוגלמן בעניין פרץ לעיל).

49. כמו כן, חשוב להדגיש, כי "משמעות הטענה הכפולה [הבחינה המנהלית בפלילים ודוקטרינת ההגנה מן הצדק] איננה ניהול הליך כפול לשם בירורה. הסגור

יגיש, למשל, בקשה לביטול כתב האישום, ובמסגרת אותה בקשה יעלה טענות משתי הדוקטרינות, אשר בית המשפט יכריע בהן במאוחד, במסגרת החלטה אחת" (ראו מאמרו של **רענן גלעדי**, לעיל, בעמוד 549).

אופיו של הדיון בהליך הפלילי בטענות כנגד החלטה מנהלית

50. השינוי שהוביל פסק הדין בעניין **ניר עם כהן**, עניינו במתן אפשרות לקיים דיון בעל אופי "בג"צ" במסגרת ההליך הפלילי (עניין **ניר עם כהן** לעיל, בפסקה 4, וראו מאמרו של **רענן גלעדי**, לעיל, בעמוד 532). מכאן, מתבקשת המסקנה, כי מקום שבו, במסגרת טענות כנגד חוקיותה של החלטה מנהלית, בוודאי, כאשר ההגנה מבקשת לתקוף את סבירות או הגינות החלטה של התביעה על עצם ההעמדה לדיון, או על בחירת סעיף האישום – על התביעה לפרוס שיקוליה ונימוקיה להחלטתה. שאם לא כן, כיצד ניתן יהיה לקיים ביקורת שיפוטית על סבירותה או על הגינותה.

51. בבש"פ 7955/13 **פלוני נ' מדינת ישראל** (טרם פורסם, 26.11.2013), עתרה ההגנה לקבל את נימוקיו של הגורם המאשר בתביעה, להעמיד לדיון מי שביצע עבירות בהיות קטיין, חרף חלוף יותר משנה (סעיף 14 לחוק הנוער (שפיטה), ענישה ודרכי טיפול), התשל"א-1971), במסגרת הדיון בבקשה לחומר חקירה, לפי סעיף 74 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982. בית המשפט העליון הבהיר, כי ככלל, סעיף 62 לחוק סדר הדין הפלילי, המסמיך תובע להגיש כתב אישום, אינו כולל חובה לנמק החלטה להגיש כתב אישום. בואר, כי במקרים בהם המחוקק אינו דורש הנמקה, ניתן להסתפק בהנמקה פנימית שאינה מועברת לידי ההגנה, ודי בכך שהתקיים תהליך בחינה מושכל של כלל הנתונים הרלוונטיים. בד בבד נקבע, כי כאשר נאשם מעלה טענה כי שיקול הדעת שהופעל אינו סביר, **במסגרת הגנה מן הצדק**, יש לוודא, כי פרושים בפניו כל חומר החקירה, נתונו המלאים של הנאשם והנחיות התביעה להעמדה לדיון, כל אלה מהווים ה"התשתית העובדתית המלאה שעל בסיסה התקבלה החלטה" (שם, בפסקה 27). נקבע, כי:

"העורר חשוף לרוב המידע שעמד בפני המשנה לפרקליט המדינה בעת קבלת החלטה ועל-כן הוא יכול לטעון בצורה אפקטיבית כנגד שיקול הדעת שהפעיל באישור העמדה לדיון. **יתר על כן, במהלך הדיון בטענת הגנה מן הצדק, ממילא תיזרש המשיבה להגן על החלטתה בדבר העמדתו לדיון של הנאשם ובתוך כך היא בהכרח תחשוף את שיקוליה שבנדון**" (הדגשות אינן במקור, שם, בפסקה 27).

52. עולה מן המקובץ, כי הן במסגרת הדיון בסבירות ההחלטה המנהלית, בהתאם לאמות המידה של הביקורת המנהלית, והן במסגרת בחינת הגינותה של ההחלטה והשלכותיה על תחושת הצדק, כחלק מדוקטרינת ההגנה מן הצדק – על מנת לקיים דיון ענייני ומושכל – יש לוודא כי כלל החומר הרלוונטי מצוי בידי ההגנה ובהמשך, יש לאפשר לתביעה להציג את מלוא נימוקיה להחלטתה ואת השיקולים אשר בבסיסה. במהלך הדיון, ככלל "הרשות המנהלית אמנם נהנית מחזקת התקינות, אך חזקה זו אינה עומדת לה תמיד... הדרישה להציג בבית המשפט את התשתית העובדתית של ההחלטה מתחזקת, כאשר ההחלטה המנהלית נסבה על פגיעה בזכות יסוד" (פרופ' ברק-ארז, **משפט מנהלי**, כרך ב', בעמוד 459).

53. אשר לבחינת התשתית העובדתית במסגרת הביקורת השיפוטית, תחילה, יש לציין, כי כמקובל, על התביעה לבסס החלטתה על תשתית עובדתית מלאה ורלוונטית, אשר בבסיסה "ראיות מנהליות" משכנעות, אם כי לאו דווקא כאלו, שהיו קבילות במסגרת הליך פלילי. יפים לכאן דבריו של בית המשפט העליון, שלפיהם:

"הפעלת סמכות מינהלית מצריכה בראש וראשונה קיומה של תשתית עובדתית עליה מבססת הרשות המינהלית את שיקול דעתה בבואה לקבל החלטה. החלטה מינהלית המצריכה הפעלת שיקול דעת מתבססת דרך כלל על ראיות מינהליות הפורשות את תשתית העובדות הנדרשת. כמותן ועוצמתן של הראיות המינהליות נדרשת במידה הראויה לצורך ביסוס החלטה סבירה של הרשות המינהלית... ההחלטה המינהלית עומדת לביקורת שיפוטית, בין היתר, מבחינת סבירותה, וסבירות זו נבחנת, בין השאר, על פי השאלה האם התשתית העובדתית עליה נסמכת ההחלטה בנויה על ראיות מינהליות המספקות, בנסיבות העניין, בסיס סביר לאותה החלטה. קביעת העובדות לצורך קבלת החלטת הרשות המינהלית נתון לרשות עצמה, והיא זו שעליה לקיים את הליך בירור העובדות וקביעתן... טיבן של הראיות המינהליות הנדרשות, כמותן ואיכותן נגזרים מאופיו של העניין העומד לדיון, וממשמעות ההחלטה המינהלית המתקבלת. אין דומה עוצמת הראיות הנדרשת לצורך החלטה שלה השלכה ישירה על זכויות היסוד של הפרט, והיא עלולה לפגוע בזכויות אדם כעניין שמשמעותו שולית לאינטרס הפרט ואינטרס הציבור. ישנה קורלציה ישירה בין נושא ההחלטה והשלכותיה על הפרט ועל הכלל לבין מידת הביסוס הראייתי הנדרש לגיבוש התשתית העובדתית עליה היא נשענת... **מידת ביסוסן וסבירותן של הראיות המינהליות וההחלטה המתקבלת על יסודן הם ענין תלוי-נסיבות, שיש לבחון אותו בכל מקרה לגופו, תוך שקילת משמעויותיה והשלכותיה של ההחלטה**

המינהלית במקרה הנתון. יש, עם זאת, להדגיש, כי לצורך קבלת החלטה מינהלית אנו מדברים בראיות מינהליות בעלות מידת שכנוע, ואין אנו נדרשים לראיות משפטיות, או כטענת המבקש, 'ראיות לכאורה' במשמעות מושג זה על פי הדין לצרכים שונים של ההליך הפלילי. הרשות המינהלית מסמיכה החלטתה על ראיות מינהליות, ולא דוקא על ראיות משפטיות" (הדגשות אינן במקור, רע"ב 426/06 חווא נ' שירות בתי הסוהר (טרם פורסם, 12.3.2006); וראו גם: בש"פ 1988/17 גנגינה נ' מדינת ישראל (טרם פורסם, 27.3.2017); להידרשות למבחן של ראיות "ברורות, חד משמעיות ומשכנעות", כאשר נפגעות זכויות אדם ראו גם בג"ץ 1227/98 מלבסקי נ' שר הפנים, פ"ד נב(4) 690, 714 (1998)).

כללים אלה רלוונטיים, אף מקום שבו ההחלטה המנהלית נבחנת אגב דיון בהליך הפלילי, בתקיפה עקיפה או ישירה –

"נקבע, כי גם בהליך פלילי חלה חזקת החוקיות של החלטה מנהלית, וגם בהליך פלילי רשאי בית המשפט לבדוק את החוקיות של החלטה מנהלית, ככל שחוקיות ההחלטה היא אחד מיסודות העברה, בדרך של תקיפה עקיפה, על פי העילות של המשפט הציבורי... בפסיקה נקבע כי סבירות החלטה מנהלית תיבחן באמצעות ארבעה מבחנים: האחד, איסוף נתונים, דהיינו על הרשות לאסוף את הנתונים הנדרשים לקבלת החלטה, באופן סביר, לפי מהות הסמכות, מיהות הרשות ונסיבות המקרה; המבחן השני, הוא מבחן השייכות לעניין. כלומר על הרשות המנהלית לדאוג שכל העובדות והנתונים הנוגעים לעניין יהיו לפניו, ולדחות מעל פניה את כל העובדות והנתונים שאינם נוגעים לעניין; המבחן השלישי הוא מבחן אמינות הנתונים, על פי מבחן זה, כדי שהרשות תוכל להתבסס על נתון, צריך שהנתון יעמוד במבחן הראיה המנהלית. זהו מבחן גמיש. הוא מאפשר לרשות המנהלית לקחת בחשבון גם ראיות שאינן קבילות בבית משפט (כגון עדות שמיעה) אך אדם סביר היה סומך עליהן לצורך קבלת החלטה בעניין העומד על הפרק; המבחן הרביעי, מדבר בראיות מהותיות. על פי ההלכה, התשתית צריכה להיות מוצקה במידה מספקת כדי לתמוך בהחלטה. היינו, תשתית העובדות צריכה להיות כזאת שרשות סבירה הייתה מסתמכת עליה לצורך קבלת ההחלטה הנדונה" (ע/111/07 טור' סמורגונסקי נ' התובע הצבאי הראשי (2010)).

54. בדומה, בספרה הנ"ל, מסבירה פרופ' ברק-ארז, כי הגם שבמסגרת הביקורת השיפוטית, מחוייבים בתי המשפט לדיני הראיות הרגילים, עשויים דיני הראיות

המנהליים להשפיע על הדיון המשפטי, בין היתר, מקום שבו נדרש בית המשפט להעריך את "תקינותה של החלטה המנהלית במסגרת הביקורת השיפוטית" (שם, עמודים 458-459).

55. ברוח זו, עת נדרש בית המשפט העליון לפרשנות תקנה העוסקת בערעור על החלטת מנהל מס ערך מוסף בהשגה של נישום על שומה, נקבע כדלהלן:

"קביעת השומה על ידי רשות המס היא הליך מינהלי. בהליך זה, לא כפופה הרשות המינהלית לדיני הראיות החלים בבתי המשפט... המבחן המהותי בו צריכות לעמוד הראיות עליהן מתבססת הרשות הוא מבחן הראיה המינהלית. מבחן זה מתמקד בערך ההוכחתי של הראיה, ולא בקבילותה בבית המשפט... בהליך הערעור, בו חלה תקנה 10א, על בית המשפט להכריע בדבר תוקפה של החלטה המינהלית של רשות המס... מכך עולה, כי **חיוני שבפני בית המשפט הבוחן את החלטה המינהלית תעמוד אותה תשתית עובדתית שעמדה בפני רשות המס... לומר אחרת פירושו למדר את בית המשפט מחלק מן החומר, אשר עשוי להיות רלוונטי וחשוב להכרעה על פי העקרונות עליהם עמדתו**. בשל כך, עלולה להיפרש בפני בית המשפט תמונה מקוטעת, אשר אינה משקפת את מכלול הראיות אשר רשות המס היתה רשאית, וחייבת, להישען עליו על פי הדין" (הדגשות אינן במקור, ע"א 5709/95 **יעקב בן שלמה נ' מנהל מס ערך מוסף ירושלים** פ"ד נב(4) 241, עמ' 252-253 (1998); וראו גם: בג"ץ 4400/98 **ברהם נ' שופט משפטאי**, פ"ד נב(5) 337 (1998); ע"פ 6659/06 **פלוני נ' מדינת ישראל** (טרם פורסם, 11.6.2008)).

השלכותיו של פגם בהחלטה – מבחן ה"תוצאה היחסית"

56. ככל שנפל פגם במעשה המנהלי עשוי הסעד להשתנות על-פי הנסיבות ובהתאם לדוקטרינת הבטלות (או התוצאה) היחסית –

"כאשר הרשות אוכפת את החוק באופן מפלה - החלטתה פגומה. לפיכך, במצב מעין זה יש לומר כי נפל פגם בהחלטה המנהלית. ברם, עוצמתו וחומרתו של פגם זה אינה זהה ממקרה למקרה... שוני אפשרי זה בעוצמתו וחומרתו של הפגם, משמיע כי גם במקרה בו יימצא כי נפל פגם במעשה המנהלי עשוי הסעד להשתנות על-פי הנסיבות, בגדרה של דוקטרינת הבטלות היחסית (או התוצאה המתאימה)" (פסק-דינו של השופט **פוגלמן** בעניין פרץ לעיל).

57. בדומה, נפסק ביחס ליישומה של דוקטרינת ההגנה מן הצדק –

"אכן, מקורו של עקרון הבטלות היחסית הוא במשפט המינהלי, אך כבר היו דברים מעולם, והעיקרון הוחל גם במסגרתם של הליכים פליליים... מקל וחומר ניתן

לכאורה להחיל את עקרון הבטלות היחסית על החלטה בתחום הפלילי שלפי מהותה היא בגדר החלטה מינהלית" (עניין **בורוביץ** לעיל, בעמ' 834).

58. אחת השאלות, שהתעוררו בהקשר זה בפסיקה, עניינה בסוגיית סמכותו של בית המשפט, בגדר אותם אמצעים מתונים יותר מביטול כתב אישום, להמיר את סעיף אישום המופיע בכתב האישום לסעיף אישום אחר (ראו: פסק-דין של כב' השופטת ברק-ארז בע"פ 5975/14 **אגבריה נ' מדינת ישראל** פסקה 22 (טרם פורסם, 31.12.2015); רע"פ 6091/11 **פלוני נ' התובע הצבאי הראשי**, פסקה 9 (טרם פורסם, 27.2.2012); ע/16/14 **טור' כהן נ' התובע הצבאי הראשי** (2016); ע/124/10 **סמ"ר אסמאעיל נ' התובע הצבאי הראשי** (2011)).

59. כמו כן, נפסק, כי כאשר המסקנה היא, כי אף שנפל פגם במעשה הרשות, הפגיעה בנאשם מצויה ברף הנמוך ובשולי האינטרסים המוגנים על-ידי טענת האכיפה הבררנית, הרי שהסעד הראוי – אם בכלל – יבוא לידי-ביטוי בהקלה מסוימת בעונש (ראו למשל: עניין **גוטסדינר** לעיל; ע/70,72/16 **רב"ט סויד נ' התובע הצבאי הראשי** (2016)).

מן הכלל אל הפרט

הבחינה המנהלית – המסד הראייתי

60. נקודת המוצא בחלק זה של הדיון היא כי כל חומר החקירה הועמד לרשות ההגנה ובהקשר זה, הועברו גם הנחיות התביעה וכל ביטוי אחר למדיניות ההעמדה לדין בנושא. עמדת התביעה היא כי כלל הראיות שנאספו בתיק החקירה הצביעו על מסקנה ברורה, שלפיה, המערער מצוי היטב בעולם הסמים המסוכנים והוא מעורה בסחר בסמים מסוכנים. לדידה של התביעה, מסקנתה הנ"ל מבוססת היטב, מעוגנת בראיות מנהליות מתאימות (תדפיסי שיחות שערך המערער ברשתות החברתיות), ועומדת ברף המחמיר הנדרש מרשות מנהלית, בבואה ליתן החלטה, אשר כרוכה בפגיעה מובהקת בזכויות הפרט, כמו במקרה של העמדתו לדין פלילי בעבירה חמורה.

61. טענתה הראשונה של ההגנה בהקשר זה, היא כי תוכנם של התדפיסים אינו מצביע דווקא על מעורבותו של המערער בסחר בסמים מסוכנים, ואין הם מבססים את המסקנה האמורה ברף הנדרש. דא עקא שלבית הדין קמא הוצגה, על דעתה של ההגנה, שורה של התכתבויות ברשתות החברתיות, בין המערער לבין אחרים ובהם אדם בשם זקין, שעמו סיכם המערער כי ימכור לו סם מסוכן מסוג קנאביס במועדים שונים. בחינת התכתובות מצביעה על שימוש בעגה השגורה מעולם

הסמים ועל מונחים זהים לאלה המופיעים בפרטי האישום, שבהם כאמור הודה המערער, ובהם: מקום מכירה, מחיר הסם, משקלה של יחידת סם, כינוייה ועוד. באחת השיחות שהתקיימה ביום 14.4.2016 שואל המערער את זקין, ש"רוצה להיות רגוע", בנוגע לאותו "דבר" נושא השיחה, "למה הוא לא טוב". זקין משיב: "דווקא בגלל שהוא טוב... אבל ביחד הוא עושה לי קצת לחץ בחזה ותסמיני גמילה קלים". בתגובה, המערער מניח את דעתו של זקין ומוסר: "וואלה לא יודע... הרבה אנשים מעשנים אותו והכל סבבה". ביום 4.5.2016 נשאל המערער האם יש לו "משהו נעים וטעים" והוא משיב: "כמה צריך אחינו?". בהמשך, מבקש ממנו זקין שיביא לו חמישה, "עדיף מהדחוס ההוא אם יש" והמערער מסכים. לאחר מכן מוסר המערער לזקין: "אני אישית שקלתי לך היה 5.3" וזקין שואל: "הוא לא מזיף אולי אחי". המערער משיב: "בדקתי אותו... הוא מדויק... שקלת עם השקית" ובהמשך מוסר: "אני בכל אופן אקנה משקל חדש" ועוד הוסיף: "בלי השקית אחי". דומה, כי הדברים מדברים בעד עצמם.

62. ההגנה טענה, כי לפנינו מילים עלומות, שלא ניתן ליצוק להן תוכן ופרשנות, וכי אין להיעזר, בנסיבות העניין, בידיעה שיפוטית לשם כך. אין בידינו לקבל את הטענה. עיון בשיחות הכתובות מציג תמונה ברורה ומשכנעת, **כנדרש ברף המחמיר של הביקורת המנהלית**, של מי שהוא מעורה היטב בעולם הסחר בסמים, בקיא במונחיו ומעורב בו. מושגים רבים מתוך התכתובות, כאמור, מופיעים גם בתיאור הקיים בכתב האישום, שבו, כאמור, הודה המערער ויותר מכך – **השיחות הכתובות מצטברות אל התשתית הראייתית, אשר בבסיס כתב האישום ומשתלבות בה** (הן בנוגע לפרט האישום העוסק במכירת הסם לרבי"ט חן והן בנוגע לפרט האישום שעניינו סירוב להיבדק לשם גילוי שימוש בסמים מסוכנים).

63. עולה מן המקובץ, כי החלטת התביעה נסמכה על מסד ראייתי, שרשות מנהלית סבירה רשאית להסתמך עליו לביסוס החלטתה באשר לבחירת סעיף האישום בהליך הפלילי, וכי על-פי תצרף הראיות, ניתן היה לבסס את מסקנת התביעה, במישור המנהלי, כי המערער היה מעורב בעולם הסמים באופן עמוק מהמיוחס לו בכתב האישום. יש לקבוע, כי הראיות המנהליות שנאספו, כשהן נבחנות בצוותא עם הראיות הקבילות במשפט הפלילי, עומדות ברף המחמיר, הנדרש, כאשר ההחלטה פוגעת בזכויות אדם מוגנות וכי צבר הראיות המשפטיות והמנהליות, מצביע על מסקנה ברורה, חד משמעית ומשכנעת – במישור המנהלי כמובן – בדבר מעורבותו של המערער באירועים נוספים של העברת סמים לאחרים.

דוקטרינת ההגנה מן הצדק – המסד הראייתי

64. בעניין זה נטען, כי היה על בית הדין קמא להתעלם מן הראיות המנהליות, ולבחון את טענות ההגנה כנגד חוקיותה והגינותה של החלטת התביעה להאשים את המערער בעבירה של סחר בסמים, במנותק מהן ועל בסיס המסד העובדתי, שבו הודה המערער בבית הדין בלבד. אין בידינו לקבל עמדה זו, העלולה להביא להטעיית בית הדין ולהצגת מצג חלקי ואף מגמתי לפניו. יפים לעניין זה דבריו המפורסמים של הנשיא (בדימוס) מ' זמורה, בערעור הפלילי הראשון במדינת ישראל, ע"פ 1/48 סילוסטר נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד א(1) 5 (1949):

"הפרוצידורה הפלילית על דיניה מכילה לטובת הנאשם תריס בפני עיוות-דין. רוצים לתת לנאשם את מלוא ההגנה ההוגנת. אבל אסור לסלף את הרעיון הבריא הזה על-ידי הפרזה בפורמליות. פרוצידורה פלילית טובה צריכה בוודאי לתת לנאשם את מלוא ההגנה, כדי למנוע עיוות-דין, אבל הדיון הפלילי אינו צריך לקבל צורת משחק אשקוקי שבו מהלך אחד בלתי נכון קובע את גורל המשחק. תפקיד הדיון הפלילי - להוציא כאור משפט" (ראו גם: ע"פ 8422/14 מוגאהד נ' מדינת ישראל (טרם פורסם, 10.5.2015); ע"פ 7702/10 כהן נ' מדינת ישראל (טרם פורסם, 29.5.2014)).

65. ההגנה ביקשה לטעון בעניין זה, כי בחינת הראיות המנהליות במקרה דנן, מובילה לכך שבית הדין נחשף, הלכה למעשה, לרקע מפליל ומסבך של המערער, שאינו קביל והוא מנוגד לדין. בהקשר זה, ביקשה ההגנה להסתמך על החלטתו של בית-דין זה בעניין **דוידוב**. באותו מקרה, במסגרת הדיון בטענת ההגנה להגנה של זוטי דברים, עתרה התביעה בדיעבד, בשלב הערעור, להסתמך על ראיות שהוגשו בשלב העונש בערכאה קמא והצביעו על עבירה משמעתית דומה. ערכאת הערעור הסתייגה מאפשרות זו אך נמנעה מלהכריע בסוגיה (ע/13,16/16 בח"ג דוידוב נ' התובע הצבאי הראשי, פסקאות 22-23, (2016)), עם זאת, יש לציין, כי מוכרת הדעה, שלפיה במסגרת הגנה של זוטי דברים, עשוי בית המשפט להידרש לנסיבות אישיות, לבר משפטיות (ראו: ע"פ 7829/03 מדינת ישראל נ' אריאל הנדסת חשמל ובקרה בע"מ, פ"ד ס(2) 120 (2005)). ברם, וזה העיקר, אין דומה אותו עניין לנידון דידן. לפנינו כאמור, תקיפה של החלטה מנהלית, בין אם במשקפי הסבירות ובין אם במשקפי הצדק. היעלה על הדעת, להידרש לסוגיות שהועלו על-ידי ההגנה, של הגינות ותחושות של צדק, מבלי שתוצג לבית הדין התמונה המלאה! ודוקו: דווקא אופייה האינדיווידואלי של דוקטרינת ההגנה מן הצדק, אשר חורג מתחום הברור המשפטי של יסודות העבירה וגולש למחוזות נוספים, לפני ואחרי ההליך הפלילי, בנוגע לחקירה או ביחס לתוצאות ההליך הפלילי והשלכותיו –

מחייב כי יוצגו בפני בית הדין כלל הנתונים הדרושים לעניין. האינטרס הציבורי המצוי בבסיסה של הזכות להליך הוגן ושיקולי הצדק, לצד האינטרס הציבורי לבירור האמת ולאכיפת הדין, הם אלה המחייבים, כי בית הדין לא יתהלך כסומא וכי יקבל את החלטותיו באופן מושכל, על סמך תמונה מלאה ועניינית. הדברים אף מתחדדים לאור העובדה, כי כפי שצויין כבר לעיל, ההבדל המעשי בין הביקורת המנהלית לבין יישומה של ההגנה מן הצדק, כאשר מדובר בטענה לאכיפה בררנית, אינו רב ממילא.

66. זאת ועוד, משההגנה לא הסתייגה מהגשת התכתובת כראיה לבחינת תוקפה של החלטת התביעה ואף יזמה אותה, רואים אותה כמי שהסכימה לבחינתה באופן מלא שאינו מסוייג (יעקב קדמי, **על הראיות** (חלק רביעי), עמוד 1821 (2009)). נדגיש, כי אין לומר במקרה דנן, שהסכמתה המלאה של ההגנה נבעה מ"היסח דעת", שהרי בשלב מאוחר יותר בהליך, ידעה ההגנה היטב להביע את הסתייגותה ביחס לעיון בחלק מן התכתובות (אלה שהתייחסו למועדים, המאוחרים למועד הגשת כתב האישום). "בנסיבות אלו, ועל פי הלכה פסוקה ברורה ומושרשת, מושתק הסנגור מלטעון בשלב הסיכומים או בשלב הערעור לאי קבילות הראיה" (ע/48/11 טור' **ציפרפל נ' התובע הצבאי הראשי** (2012)).

67. עולה מן המקובץ, כי המסד הראייתי אשר עמד בבסיס הבחינה המנהלית, הוא שייבחן גם במסגרת הדיון בדוקטרינת ההגנה מן הצדק.

החלטת התביעה – מבחן ערכי-נורמטיבי

68. כפי שנראה להלן, כל טענות ההגנה בנושא זה, שלובות זו בזו. למעשה, כולן מבקשות להשיג על החלטת התביעה להעמיד את המערער לדין בעבירה של סחר בסם ולתקוף את חוקיותה, כאשר כל אחת מהן ממקדת את הדיון בפן אחר של אותה סוגיה. לפיכך, אף ההכרעה בסוגיה ראוי כי תיעשה במאוחד, באופן כולל ומקיף. עם זאת, בהתאם למתווה הדיון, מצאנו להתייחס אל הטענות בנפרד ועל-פי סדר הדברים כמפורט לעיל.

א. סבירות ההחלטה

69. כאמור, לא היה חולק כי מעשיו של המערער עולים כדי עבירה של סחר בסמים מסוכנים. על האינטרס החברתי באכיפת הדין במקרים אלה והחשיבות שמקנה החברה למיגור התופעה, אין צורך להכביר מילים. בית המשפט העליון ואף בית-דין זה, שבו והדגישו את היותו של נגע הסמים בגדר חידק מדבק, אשר פגיעתו רעה וחמורה, שבגינה, ככלל, אף השותפים הזוטרים במערך הפצתו של הסם המסוכן

ראויים לענישה מחמירה, ונסיבותיהם האישיות נדחקות מפני שיקול ההגנה על שלום הציבור ושיקול ההרתעה (ראו: ע"פ 10173/16 **מדינת ישראל נ' טאהא** (טרם פורסם, 30.1.2017); ע"פ 3820/09 **מדינת ישראל נ' אוחיון** (טרם פורסם, 6.9.2009); ע/22/13 **טור' סולמאני נ' התובע הצבאי הראשי** (2013); ע/84/11 **התובע הצבאי הראשי נ' רב"ט פרג'ון** (2011); ע/103/09 **טוראי אילדטוב נ' התובע הצבאי הראשי** (2009)). משנה חומרה יש לייחס לדברים, מקום שבו הסחר בסמים המסוכנים מתבצע בין שני חיילים, שהכירו במהלך השירות הצבאי, במסגרת השירות הצבאי (ראו והשוו: ע"מ/33/14 **טור' דון נ' התובע הצבאי הראשי** (2014)).

70. כפי שבואר לעיל, התשתית הראייתית המלאה, אשר נפרסה בפני התביעה, שהיא הגורם המוסמך לנסח את כתב האישום ולהגישו לבית הדין, הצביעה על מעורבותו של המערער במערך הפצת הסמים המסוכנים, באופן שאינו מקרי ובודד, ובדרך שאין בה משום "אספקה חברתית" גרידא. נתונים המצביעים על רקע פלילי רלוונטי, הם שיקול מוכר וידוע, במסגרת ההחלטה על העמדה לדין (ראו למשל: סעיף 17 להנחיה 2.04 להנחיות התביעה הצבאית הראשית, בכל הנוגע להעמדה לדין בעבירות מין; הנחיה מספר 2.15 להנחיות פרקליט המדינה בעניין מדיניות האכיפה של מעסיקים, מסיעים ומלינים של שוהים בלתי חוקיים בישראל). הפסיקה מכירה באפשרות לייחס לאדם רקע פלילי רלוונטי – לצורך אכיפה מנהלית – אף ללא הרשעה פלילית פורמאלית, בהסתמך על ראיות מנהליות "רגילות" (ראו ספרה של פרופ' ברק-ארז, עמ' 450-456). למעשה, נקבע גם, כי הרשות המנהלית רשאית לייחס "עבר פלילי" אף למי שזוכה מאשמה (כאשר מקורו של הזיכוי בפגמים בתקינות ההליך, ראו: ע"מ/9993/03 **חמדאן נ' ממשלת ישראל**, פ"ד נט(4) 134 (2005); וראו גם: עניין **מלבסקי** לעיל; בג"ץ 1029/06 **נודלמן נ' שר הפנים** (טרם פורסם, 14.5.2008)). עולה אם כן, שהתביעה רשאית לייחס משקל לראיות המנהליות, המלמדות על מעורבות עמוקה יותר של נאשם בעולם הסמים, גם אם אותו נאשם לא הועמד לדין בגין.

71. אשר על כן, בהתאם למדיניות ההעמדה לדין ועל רקע הערכים המוגנים, אשר בבסיס העבירה של סחר בסמים מסוכנים – החלטתה של התביעה הצבאית כאמור, היא החלטה עניינית, מושכלת וסבירה.

ב. טענה של אכיפה בררנית

72. ההבחנה שערכה התביעה בין עניינו של המערער לבין מקרים אחרים, שהציגה ההגנה כמקרים של הפצת סם, שבגינה הוגש כתב אישום בעבירה של עוון, או הומר סעיף אישום לסעיף של עוון (תיק מרכזי (מחוזי) 320/16 **התובע הצבאי נ' רב"ט**

יהודה (2016); תיק ח"י (מחוזי) 7/15 התובע הצבאי נ' סמל אוזן (2015); תיק ז"י (מחוזי) 386/14 התובע הצבאי נ' טור' זללו (2014); תיק דרום (מחוזי) 33/16 התובע הצבאי נ' סמ"ר יעקובי (2016)) – נעוצה בראיות, אשר, כאמור, הצביעו במידה משכנעת וברורה על אופי מעורבותו של המערער במערך הפצת הסמים המסוכנים ועל היקפה. המקרים האחרים שהוצגו על-ידי ההגנה עסקו בהעברת סם, לעיתים ללא כל תמורה, ועל רקע חברתי. זאת ועוד, באף אחד מן המקרים שהציגה ההגנה, לא נטען ולא הייתה אינדיקציה לכך, שלנאשם הייתה מעורבות רחבה יותר בעולם הסמים המסוכנים בכלל ובהפצתם בפרט, החורגת מן האמור בכתב האישום. נבהיר, כי טענות ההגנה, כי לא ניתן לדעת האם גם במקרים האחרים, שהוזכרו על-ידיה, התקיימו נסיבות דומות של רקע פלילי, לא יכולות להיטען בעלמא, שהרי התביעה, כרשות מנהלית, מוחזקת כמי שפעלה כדין ונטל הראייה בעניין מוטל על כתפי ההגנה (ראו פסקה 43 לעיל). יש לקבוע אפוא, כי על-פי המסד הראייתי הקיים, אין עסקינן בהשוואה בין מקרים דומים, ואין מדובר בקבוצת השוויון הרלוונטית (ראו והשוו: עניין סלכגי לעיל).

73. בדומה, יש לקבוע, כי אף ההבחנה שערכה התביעה בין המערער לבין רב"ט חן, היא בבחינת הבחנה בין שונים ולא אפליה בין שווים. נשוב ונפנה לעניין זה לנימוקיו של בית הדין קמא בעניין. בית הדין קמא הצביע על שני טעמים, להבחנה בין השניים. תחילה, ציין, כי :

"[על-פי] חומר הראיות שעמד בפניה [בפני התביעה]. הראשון, טיב ההיכרות בין המעורבים בהעברת הסם. חן [רב"ט חן] העביר את הסם ללוי - חברו מילדות, במהלך מפגש חברי שכלל חברים נוספים. הסם הועבר ללא תמורה. לעומת זאת, הנאשם העביר את הסם תמורת 100 ש"ח לחן - אותו הכיר בטירונות שמשכה חודש ומאז ניתק ביניהם הקשר למשך מספר חודשים. בתאריך 12/04/16 פנה חן אל הנאשם באמצעות רשת הפייסבוק כדי לבקש ממנו את מספר הטלפון שלו ומכאן למדה התביעה כי השניים כלל לא היו בקשר עד אז. לאחר מכן, השניים שוחחו במשך דקה עד דקה וחצי. הקשר הבא ביניהם, הוא ההתכתבות המפורטת בכתב האישום."

בהמשך, כנימוק המרכזי, הצביע בית הדין קמא, על אותו מסד של ראיות מנהליות, אשר כאמור, מלמד על "עומק המעורבות [של המערער] בעולם הסמים" והוסיף, כי "בשונה מחן, נגד הנאשם הצטברו גם ראיות מנהליות הקושרות אותו לעולם הסמים".

74. אין זאת אלא, כי אף במסגרת הדיון בטענה להגנה מן הצדק, מטעמים של "אכיפה בררנית", יש לקבוע, כי חזקת תקינות המנהל לא נסתרה במקרה דנן וכי

עמדתה השונה של התביעה במקרה דנן, לעומת מקרים אחרים שהציגה ההגנה ולעומת עניינו של רב"ט חן, נעוצה באבחנה עניינית, סבירה, שאינה פוגעת בתחושת ההגינות או הצדק.

ג. השלכותיו של הרישום הפלילי

75. טענה נוספת של ההגנה, עניינה, כאמור, בהשלכותיו של הרישום הפלילי, הנלווה לעבירה של סחר בסם מסוכן, על אודות המערער. נטען, כי בנסיבות העניין, נוכח הרשעתו של המערער באירוע יחיד, ביחס לכמות קטנה של סם מסוג קנאביס ואף בשים-לב לסכום הנמוך שהתקבל בתמורה, אין זה צודק להכתימו ברישום פלילי "מלא".

76. אף טענה זו אין בדינו לקבל. בתיקון מספר 63 לחוק השיפוט הצבאי (סעיף 404א), בחן המחוקק את סוגיית הרישום הפלילי הנלווה להרשעתם של חיילי צה"ל בעבירות פליליות בבתי הדין הצבאיים, "בהתאם לגישה האובייקטיבית שבבסיס חוק המרשם הפלילי", והתנה את ההקלה הניתנת במסגרת רישום פלילי "מופחת" ב"סוג העבירה" (ראו דברי ההסבר להצעת חוק השיפוט הצבאי (תיקון מספר 61) (הגבלה על מסירת מידע מהמרשם הפלילי וקיצור תקופת הרישום), התש"ע-2010, עמוד 229; וראו גם: ע/97/11 רב"ט ווקנין נ' התובע הצבאי הראשי (2012)). ברוח זו נפסק, כי "מעשה חקיקה זה נועד לתת פתרון ביניים מידתי לעבירות שאינן חמורות" (הדגשות אינן במקור, ע/56/13 התובע הצבאי הראשי נ' סמל ברמן, פסקה 11 (2013)). לא ניתן לקבוע כי מעשה של סחר בסם מסוכן, ככלל, וזה הנעשה על-ידי חייל המוכר סם לחייל אחר, בפרט – הוא בבחינת עבירה שאינה חמורה.

77. ודוקו: הגם שהרישום הפלילי אינו מסווג כעונש ואינו נזכר בגזר הדין, מקובל עלינו, כי "לעתים, תוצאות הלוואי של הרישום הפלילי חמורות יותר, מבחינתו של הנאשם, מהעונש אשר יוטל עליו" (ע/43/01 התובע הצבאי הראשי נ' סמל אטדגי (2001)) ובמקרים המתאימים, עשויה ההשלכה הרישומית אף להקים הגנה מן הצדק, שפתרונה בסעד מידתי והולם (ראו והשוו: ע/74,75/16 רב"ט אלי-מלך נ' התובע הצבאי הראשי (2016)). אולם, בחינת מכלול הנתונים במקרה דנן, מעלה כי עניינו של המערער אינו נכנס בשערי קטגוריה זו. כאמור, במסגרת ההגנה מן הצדק, יש לבחון את התמונה המלאה והכוללת, לרבות חומרת העבירות והאינטרס הציבורי הכרוך במיגורן; טיבם של הפגמים בהליך והיקפם; הפגיעה בזכויות

המערער ובעיקר – יכולתו לנהל הליך הוגן. כמו כן, יש ליתן את הדעת על טענות לאפליה; היקף הנזק שנגרם ועוד. לאחר כל אלה, יש לבחון מהו האיזון הראוי בין כלל השיקולים ובהתאם מהו הסעד ההולם. בענייננו, כמפורט לעיל, אין כל מקום לקבוע כי ניהול ההליך או תוצאותיו סותרים עקרונות של צדק והגינות משפטיות. כתב האישום הוגש בהתאם לעקרונות המקובלים; ההחלטה באילו סעיפים יואשם המערער התקבלה על-פי המדיניות הקיימת, לאחר שקלול סביר של כל הנתונים הרלוונטיים ובאופן הוגן; ההליך המשפטי התנהל באורח תקין ובסופו נגזר למערער עונש מתון, אשר במסגרתו התחשב בית הדין המחוזי בכל השיקולים הצריכים לדבר. בסופו של יום, המערער, אשר סחר בסם מסוכן, נותן את הדין על העבירה שביצע, ובהתאם, ראוי שיישא באחריות למעשיו, על כל המשתמע מכך, ולרבות הרישום הפלילי הנלווה להרשעתו.

78. לפיכך, אין לומר כי נפל פגם כלשהו בפסק-דינה של הערכאה הראשונה גם בהיבט זה.

79. סוף דבר, ערעור ההגנה נדחה, אפוא.

ניתן והודע, כ"ב בניסן התשע"ז, 18 באפריל 2017, בפומבי ובמעמד הצדדים.

	שופט	המשנה לנשיא	הנשיא
חתימת המגיה:	נאמן	העתק	_____
	מכני	סגן	
תאריך:	הדין	קצינת	_____
	בית		