



בית הדין הצבאי המחוזי

מחוז שיפוטי דרום

בפני: סא"ל מאיר ויגיסר – שופט

בעניין: התובע הצבאי (ע"י ב"כ, סרן אליסף מלמד וסרן מיכאל יגר)

נגד

הנאשם: ח/XXX טוראי ד' ג' (ע"י ב"כ, סרן עומר קנובלר וסרן רותם כהן)

הכרעת-דיןפתח דבר

- נגד הנאשם, טורי ד' ג', הוגש כתב אישום המייחס לו עבירה שעניינה סירוב להיבדק לשם גילוי שימוש בסמים מסוכנים, לפי סעיפים 127א+250א לחוק השיפוט הצבאי, התשט"ו-1955. נטען בכתב האישום, כי ביום 25/11/2015 סירב הנאשם להיבדק בדיקות הדרושות לשם גילוי שימוש בסמים מסוכנים, אף לאחר שנצטווה לעשות כן ע"י קצין שיפוט בכיר במשטרה צבאית, רס"ן גלעד בדין (להלן גם: "הקש"ב"), אשר סבר כי בדיקה שכזו דרושה לצורך גילוי שימוש בסמים על ידי הנאשם.
- הנאשם כפר באשמה. לטענת ההגנה, הנאשם אומנם סרב פיזית למסור את דגימת השתן, אך נפלו פגמים מהותיים בשיקול הדעת שהפעיל הקש"ב בעת הוצאת הצו, אשר צריכים להוביל לפסילת הצו ולזיכוי הנאשם. על כן, במהלך פרשת התביעה, העידו חוקר מצ"ח - סמל דניאל לואיג'י, והקש"ב - מפקד מצ"ח דן, רס"ן גלעד בדין, והוגשו אמרות הנאשם ומסמכים נוספים בהם מתועדת החקירה. הנאשם לא העיד להגנתו.
- השאלות שבמחלוקת מחייבות דיון באופן הפעלת שיקול הדעת של הקש"ב בנסיבות שבפנינו. אקדים ואומר, שלאחר שבחנתי את טענות ההגנה, לא מצאתי שיש בפגמים שעליהם הצביעה כדי להביא לבטלותו של צו הקש"ב. משנדחו טענות ההגנה נגד

תקפותו של הצו, החלטתי להרשיע את הנאשם בעבירה המיוחסת לו בכתב האישום. להלן יפורטו נימוקי הכרעת הדין.

דיון והכרעה

4. טענת ההגנה כי יש להורות על בטלותו של צו הקש"ב מתבססת על שלושה נדבכים עיקריים: **הראשון**, שהתשתית העובדתית שעמדה בבסיס החלטת הקש"ב היתה חסרה ולקויה, כיוון שלא הובאו בפני הקש"ב כל הפרטים הרלוונטיים להחלטתו; **השני**, שהחלטת הקש"ב היתה בלתי מיידית ובלתי סבירה; **והשלישי**, שהקש"ב לא עמד בחובת ההנמקה המוטלת עליו בדין. לשם בחינת טענות ההגנה, אפרט תחילה את השתלשלות ההליכים בחקירת הנאשם, ובהמשך אדון ואכריע בטענות ההגנה לפי סדרן, תוך התייחסות לפסיקות בית המשפט העליון והערכאות הצבאיות.

השתלשלות ההליכים

5. ביום 25/11/2015 זומן הנאשם לחקירה בעקבות חשד לשימוש בסמים, אשר עלה ממידע מודיעיני שהתקבל בדיוק חודש לפני כן. בפרפראזה של הידיעה המודיעינית שהוגשה לבית הדין נכתב כך: **"חייל בשם דורון גחלון המשרת בתותחנים והמתגורר בבאר שבע משתמש בסמים מסוג גראס במהלך שירותו הצבאי. דורון משתמש בירוק באופן קבוע, בדרך כלל הוא לא מארגן חומר אבל הוא מעשן כל הזמן כי כל הזמן שהוא יושב עם חברים שלו אז הוא מעשן איתם"** (ת/7).

6. הצדדים הסכימו כי הנאשם זומן לחקירה מבס"כ XXX, שם הוא היה כלוא באותה העת. בעת שזומן לחקירה, כבר היה כלוא במשך 17 ימים. הנאשם נחקר תחילה, בשעות הצהריים (14:16-15:17), על ידי סמל לואיג'י (ת/1), ולאחר מכן, בשעות הערב, על ידי רב"ט פסטיגר (21:21-21:47) (ת/5), אשר לא זומנה לעדות והאמרה שערכה הוגשה בהסכמת ההגנה. אין חולק, כי בכל שלבי ההליך, הועמד הנאשם על זכויותיו: זכות השתיקה, הזכות לאי-הפללה עצמית והזכות להיוועץ בסנגור, לרבות בסנגור צבאי בחינם, והוא בחר שלא להיוועץ בעורך דין (ת/4). הנאשם הוזהר בחשד לשימוש והחזקה בסמים וכן בחשד לסירוב להיבדק בדיקות נדרשות לשם גילוי שימוש בסמים, והכחיש כי השתמש בסמים.

7. כבר בתחילת החקירה, בשעה 14:25, לאחר הסברת הזכויות ולאחר שהנאשם סרב למסור דגימת שתן מרצונו החופשי, נערך לנאשם **שימוע** במהלכו הוסבר לו, כי הטענות שיעלה בשימוע יועברו לעיון הקש"ב, שעשוי להוציא נגדו צו המחייב אותו לתת דגימת שתן. הנאשם הבין את משמעות הדברים וחתם על טופס השימוע.

במסגרת אותו שימוע הנאשם מסר כדלקמן: **"אני מתבייש ואני רוצה לראות קב"ן, אצל הקב"ן אני אפרט. עברתי טראומה בילדות" (ת/2).**

8. יש לציין, כי בזכ"ד החקירה, שערך החוקר סמל לואיגיי רק למחרת היום, ואשר לא הוצג בפני הקש"ב, הוא פרט שהנאשם סיפר לו כי **"עבר טראומה בילדות שצילמו אותו בזמן שמתקלח" (ת/3).** הצדדים ניסו לרענן את זכרונו של החוקר, כדי לברר מדוע נערך הזכ"ד רק למחרת היום, אך החוקר לא זכר את פרטי החקירה. אין חולק, כי הקש"ב לא ידע על כך שהנאשם צולם כאמור בילדותו.

9. הנה כי כן, הנאשם בחר שלא לפרט פרטים על הטרומה בשימוע שנערך לו, אך מסר את הדברים בעל פה לחוקר מצ"ח. פרטים אלו, אשר לא הובאו בפני הקש"ב טרם הוציא את הצו, הם שעומדים בבסיס טענת ההגנה, כי לא כל המידע הרלוונטי הובא בפני הקש"ב. לפי טענתה הראשונה והמרכזית של ההגנה, החוקר היה צריך להביא את הפרטים הללו לידיעת הקש"ב, ומשלא הביא אותם, יש להורות על בטלותו של הצו.

10. בעקבות התשאול בעל פה, סמוך לאחר הליך השימוע, בשעה 14:35 לערך, נשאל הנאשם בחקירתו על שימושים בסם ועל סירובו לתת דגימת שתן. כמענה לאחת השאלות שהחוקר שאל אותו, השיב הנאשם שהוא מסרב למסור דגימת שתן **"מסיבות אישיות שאותן אפרט לקב"ן".** החוקר אמר לו: **"הסברת בפניי את הסיבות ולכן אבקש שתסביר אותן שוב"** והנאשם השיב: **"גם את זה אני אגיד לקב"ן".** החוקר הסביר כי הדגימה ניתנת באופן השומר על פרטיותו, כאשר הדלת חצי פתוחה וכאשר המלווה מוודא שלא מתבצע שיבוש הליכי חקירה בלבד, אך הנאשם סרב בטענה כי מבחינתו ההליך אינו שומר על פרטיותו. אמרה זו הועברה לקש"ב.

11. בשעה 19:50 החליט הקש"ב להוציא את הצו, לפי סעיף 250 לחוק השיפוט הצבאי, המחייב את הנאשם למסור דגימת שתן. בנימוקיו, ציין הקש"ב את הדברים הבאים: **"הוצג בפני מידע מודיעיני שסומן ג.ב.1 25/11/15, שימוע שנערך לחשוד לעניין סירובו למסור דגימת שתן ואימרתו של החשוד. מחומרי החקירה עולה חשד משמעותי לשימוש והחזקה בסמים מסוכנים וסיבת סירובו אינה עולה בקנה אחד למול החשד..." (ת/6).** בשעה 21:20 הוצג בפני הנאשם צו הקש"ב והוא עמד על סירובו. הוא נחקר בשנית וחזר על הנימוק כי הליך מסירת הדגימה פוגע בפרטיותו.

12. זוהי אם כן, בתמצית, השתלשלות העניינים בחקירתו של הנאשם. כעת ניתן לעבור לבחינת שלוש הטענות המרכזיות שהעלתה ההגנה.

התשתית העובדתית

13. הטענה הראשונה שהעלתה ההגנה, היא כי התשתית העובדתית שעמדה בבסיס ההחלטה היתה חסרה ולקויה. כידוע, הרשות המינהלית חייבת לאסוף מידע רלוונטי בטרם קבלת החלטתה ולבסס את החלטתה על ראיות מספיקות. היא חייבת להפעיל את סמכויותיה על סמך תשתית עובדתית מבוססת ובדוקה (בג"ץ 987/94 יורונט קווי זהב (1992) בע"מ נ' שרת התקשורת, פ"ד מח(5) 412, בעמ' 426-423). וכפי שנקבע לאחרונה בפרשת עדרי :

"39. החובה המוטלת על הרשות לבסס החלטתה על תשתית עובדתית מלאה ורלוונטית, היא גם הבסיס המרכזי לדרישה, שלפיה על הרשות לקבל את התייחסותו המלאה והמסודרת של הנפגע, ובמקרה זה, האסיר, לנסיבות המקרה, בטרם תתקבל החלטתה. הלכה ידועה, רבת שנים, היא כי "על מנת שרשות ציבורית תמלא תפקידה כהלכה עליה לדאוג תחילה שכל העובדות והנתונים הנוגעים לעניין יהיו בפניה. באין תשתית עובדתית הולמת, לא כל החשוב ודרוש להכרעה בעניין יהיו לנגד עיניה של הרשות" (בג"ץ 2013/91 עיריית רמלה נ' שר הפנים, פ"ד מו(1) 271, 279 (1991); ע/217/00 התובע הצבאי הראשי נ' טור' קלצקי (2001); "זמיר הסמכות המנהלית כרך ב, עמ' 738 (תשנ"ו))." (ראו עלב"ש 111/17 טור' עדרי נגד התצ"ר (04/07/17)).

14. בספרה של פרופ' דפנה ברק-ארז היא מסבירה כי הרשות יכולה לאסוף ראיות בדרכים שונות, לרבות באמצעות איסוף נתונים ועיבודם על ידי אנשי מקצוע (דפנה ברק-ארז, משפט מינהלי (התש"ע-2010), כרך א', עמ' 442, פסקה 14.3; להלן: משפט מינהלי). ברק-ארז מבהירה כי "השאלה אם הרשות עמדה בחובתה לאסוף את הראיות הרלוונטיות להחלטתה תיבחן, כמו שאר ההיבטים של חוקיות פעילותה של הרשות, בהתייחס לנתונים שיכלו להיות בפניה במועד שבו התקבלה ההחלטה". יש לאפשר לנפגע "הזדמנות הוגנת להשמעת הגנתו בפני הפגיעה

העתידית. היקף החובה וצורת ההזדמנות תלויים יהיו, כמובן, בנסיבות הקונקרטיות של העניין הנדון" (**משפט מינהלי**, פרק 15.3).

15. הטענה לאי הבאת התשתית הראייתית המלאה בפני הקש"ב אינה טענה חדשה והיא נבחנה במקרים רבים בעבר בפסיקת בתי הדין הצבאיים. ההכרעה בטענה היא תלויה נסיבות. נסקור בקצרה את ההלכות המרכזיות בנושא:

16. בפרשת **קלצקי** הבהיר בית הדין הצבאי לערעורים כי הטעם לסירוב הוא **נתון מרכזי** בשאלת ההצדקה להוצאת הצו. וכך הוטעם שם:

"הסמכות נשוא סעיף 250א לחוק השיפוט הצבאי פוגעת בכבוד האדם. היא נוגסת בפרטיותו. שימוש בסמכות זו צריך להיעשות, אפוא, בזהירות ובקפדנות. תנאי ראשון להפעלה הראויה של שיקול הדעת המנהלי הוא בקבלת נתונים רלוונטיים... יכול שהיעדר נתונים עיקריים יוליך לבטלות ההחלטה המנהלית. במקרים אחרים, אפשר שחסר בנתונים לא יפגע בתוקפה של ההחלטה. ביסודו של דבר, מדובר בשאלה מורכבת..."

(ע/217/00 **התובע הצבאי הראשי נגד טוראי אנטון קלצקי**,

(2001))

באותה פרשה, התברר כי לא הובאה לידיעת הקש"ב, טרם הוצאת הצו, העובדה כי ניטלה מהנאשם דגימת שתן כחודש עובר לחקירה ונמצאה שלילית. כיוון שבעדותו מסר הקש"ב כי אינו יודע לומר כעת האם היה מקום למתן הצו באם היתה עובדה זו מובאת בפניו מבעוד מועד, החליט בית הדין המחוזי לזכות את הנאשם ובית הדין לערעורים דחה את ערעור התביעה על הכרעת הדין.

ההלכה שנקבעה בפרשת **קלצקי**, בפני הרכב מורחב של חמישה שופטים ובדעת רוב, היא כי שיקול הדעת של הקש"ב נבחן על פי מבחן **סובייקטיבי**. יחד עם זאת, הובהר שם, כי הפער בין המבחן האובייקטיבי למבחן הסובייקטיבי, בבחינת מעשי ידי הרשות, הצטמצם במהלך השנים, שכן עילת הסבירות קנתה לה מקום מרכזי בבחינת מעשי המנהל, והחלטה מנהלית עשויה להיפסל אם היא לוקה בחוסר סבירות מהותי או קיצוני (ראו גם ע/80/03 **סמל אילן וייסברג נ' התובע הצבאי הראשי** (2004), פסקה 17).

17. בפרשת **לסרי** (תיק (מחוזי) מט/159/03 **התובע הצבאי נגד רב"ט יסמין לסרי**, (31/3/04)), נטען כי לא הובאו בפני קצין השיפוט הבכיר שתי עובדות חשובות לעניין הסירוב; האחת, כי הנאשמת הייתה מצויה באותה העת במחזור ובשל כך הובכה נוכח הדרישה למסור בדיקת שתן; והשנייה, כי חברה לשעבר של הנאשמת העליל עליה כי היא עושה שימוש בסמים וזאת בתגובה לכך שראה אותה בסביבת ידידה. בעניין העובדה הראשונה, ציין בית הדין, בין היתר, כי קצין השיפוט טען לקיומה של הנחייה המאפשרת בדיקת נאשמת בתקופת מחזור, אך לא הצביע על הנחיה כזו; קצין השיפוט העיד כי במצבי קיצון נושא המחזור עשוי להיות רלוונטי וכי היה רוצה לדעת פרט זה בטרם יקבל את החלטתו לעניין הצו. בעניין העובדה השנייה, נקבע כי לא ניתן לסווג טענה מפורטת, המסבירה את הבסיס לקיומה של החקירה ולדרישת דגימת השתן, כבלתי רלוונטית. בשל כך, בית הדין קבע כי שתי העובדות רלוונטיות והיו צריכות לבוא במכלול הנתונים העומדים בפני קצין השיפוט בטרם הוציא את הצו ועל כן זיכה את הנאשמת.

בענייננו, בשונה מפרשת **קלצקי** ופרשת **לסרי**, **הקש"ב לא אישר כי הנתון שלא הובא בפניו הוא נתון נדרש**, אשר היה בכוחו כדי להביא לשינוי החלטתו. ההפך הוא הנכון, הקש"ב העיד כי גם לו ידע על מהותה של אותה טראומת ילדות, כפי שפורטה במספר מילים בזכ"ד, עדיין לא היה משנה מהחלטתו להוציא את הצו.

18. בפרשת **עטון** (ע/21/08 **התובע הצבאי נגד סמל יניב עטון**, (31/5/10)) נטען כי לא הוצגה בפני הקש"ב הצהרת הנאשם בפני חוקריו, בשימוע לעצור, כי הוא מטופל בתרופות למניעת לחץ דם חריג ומצוי בהליך בדיקה לקיומם של אבנים בכליות ומחלת הנשיקה. נקבע, כי "הנתונים הרפואיים שמסר המערער לא הובאו כלל בפני קצין השיפוט הבכיר, וממילא האחרון לא לקחם בחשבון מסגרת שיקוליו בהחלטתו להוציא את הצו". הקש"ב העיד, כי עובדות אלה אינן רלוונטיות להליך הוצאת הצו אלא להליך המעצר. לצד זאת, מסר הקש"ב כי כשחשוד הבא בפניו מצביע על עילה רפואית לסירוב הוא נוהג להפנותו לגורם רפואי ולא מבקש ממנו דגימה וכי חשוב לו לקבל לידיו את כלל הנתונים הרלוונטיים. בית הדין קבע, כי נתונים בדבר מצבו הרפואי של החשוד הינם מהותיים להליך הוצאת הצו ובשל כך שלא הובאו בפני קצין השיפוט - הצו בטל, ועל כן זיכה את הנאשם.

19. דומה, כי המקרה הדומה ביותר לענייננו הוא פרשת **אומסי** (ע/63/09 **התובע הצבאי נגד סמל אורי אומסי** (24/12/09)). באותה פרשה, נטען כי לא הוצגה בפני הקש"ב הטענה לטראומה נפשית של הנאשם, אשר נובעת מהליך בדיקה דומה שעבר במשטרת ישראל. הנאשם זוכה בבית הדין הצבאי המחוזי. בית הדין לערעורים קבע

כי עיקרי הטענה הועברו לידיעת הקש"ב ובנוסף לכך, האחרון ערך שימוע למשיב בטרם הוציא את הצו והמשיב נמנע מלהעלות את הטיעון בעת השימוע.

על כן, נקבע ש"מקום בו נערך לאדם שימוע והוא "שוכח" להעלות חלק מטענותיו נגד הוצאת הצו, לפני הרשות המוסמכת, אין לו להלין על עצמו" (עמ' 13 להחלטה וראו את האסמכתאות שם).

בהמשך נקבע כי "טענתו של המשיב לפני חוקרו, כי עבר "טראומה" עת מסר שתן, מספר שנים לפני האירועים נשוא תיק זה, במשטרת ישראל, הועברה, לפחות בעיקרה, לידיעת קצין השיפוט הבכיר. קביעה זו, כשלעצמה, שומטת את הקרקע מתחת לרגלי הטענה, אשר הביאה לבסוף לזיכוי המשיב מאשמה". היה על המשיב "להביא את טענתו במלוא היקפה ובמרב עוצמתה לידיעת בעל-הסמכות". זיכוי של הנאשם בוטל והוא הורשע בעבירה של סירוב להיבדק לשם שימוש בסמים.

20. מובן, כי ההלכה בפרשת **אומסי** מנחה ומחייבת אותנו. ביישום לענייננו, **הנאשם בחר שלא להביא את טענתו במלוא היקפה ובמרב עוצמתה לידיעת הקש"ב.** בכך שונים הם הדברים מפרשת **עטון**. עטון הביא את מלוא טענותיו הרפואיות בשימוע לעצור, אך החוקרים לא הביאו את כולן ואף לא את מקצתן לידיעת הקש"ב. משלא הובא המידע בכלל, ובהיותו מהותי לצורך קבלת ההחלטה, נקבע בפרשת עטון שיש לבטל את הצו.

21. אף אם נבחן את דעת שופט המיעוט בפרשת **אומסי**, נראה כי חוות דעתו נסמכה על כך שהמושג **טראומה** כלל לא הובא בפני הקש"ב בטרם נתן את החלטתו. ואולם, בענייננו, הקש"ב התייחס לאותה 'טראומת ילדות' שהעלה הנאשם, אך בהיעדר כל אסמכתא או התרשמות מכך שמדובר בטיעון מהימן בעל תוכן ממשי, הוא לא סבר שניתן לקבלו. בהפעילו את שיקול דעתו באופן סובייקטיבי, לא חרג, לטעמי, הקש"ב ממתחם הסבירות המוקנה לו. **הקש"ב הבהיר כי מדובר בטענה המועלית באופן תדיר. לו יתאפשר לכל נחקר להיוועץ בקב"ן בטרם הוצאת הצו, תרוקן הוראת החוק מכל תוכן.** כאן המקום להזכיר כי ברקע הצעת החוק הקובעת את העבירה של סירוב להיבדק עמד הרצון להקנות למצ"ח כלי "לחייב חיילים להיבדק בבדיקות האמורות, מיד כשמתקבל מידע בעניין זה. בדיקות כאלה יסייעו לאיתור חשודים באופן מיידי, וכתוצאה מכך - לבלימת ההפצה והשימוש בסמים בצבא" (ההדגשה שלי; חוק השיפוט הצבאי (תיקון מס' 16), התשמ"ג-1983, ס"ח 44).

22. בפרשת **קרמר** הבהיר כבוד הנשיא שמגר כי:

"יש לזכור כי המדובר על בדיקה אשר לעיתים קרובות חיונית היא לצורכי הכוננות הצבאית ולבדיקת כשירות החיילים למילוי תפקידם, הכרוכה בכך. זו הסיבה שבעטיה נוצרה ההוראה הסטטוטורית הספציפית האמורה בחוק הצבאי, ואין לפרשה באופן ההופך אותה לבלתי שמישה או לבלתי ישימה" (רע"פ 2105/92 קרמר נ' התובע הצבאי הראשי, פ"ד מו(3) 383, 385 (1992)).

23. לא למותר לציין את ההלכה הפסוקה הקובעת כי "קצין שיפוט בכיר המוציא צו המחייב חשוד למסור דגימת שתן לבדיקת חשד לשימוש בסמים מסוכנים, הוא רשות מנהלית הפועלת על פי דין. בבחינת פעולתו אין בית הדין שם את שיקול דעתו במקום שיקול דעתו של הקש"ב. הצו שמוצא על ידי הרשות נהנה מחזקת תקינות המעשה המנהלי" (ע/21/08 סגן דור עוזיאל נ' התובע הצבאי הראשי (2008), בעמ' 29-30).

24. **כעת יש להכריע בשאלה - מהי הנפקות של אי העברת המידע בדבר טראומת הילדות של הנאשם לידיעת הקש"ב?**

25. הקש"ב, אשר שימש בתקופת החקירה כמפקד מצ"ח דן, העיד שבמסגרת תפקידו הוציא עשרות רבות של צווים. טרם הוצאת הצו בעניינו של הנאשם הוא בדק את המידע המודיעיני, מועד קבלתו במצ"ח, תאריך ביצוע העבירה, מהימנותו ועוצמתו והשווה אותו אל טענות הנאשם והטעמים בגינם סירב למסור דגימת שתן, כפי שהם מופיעים בשימוע שנערך לו ובאמרתו.

26. לדברי הקש"ב, בהליך השימוע יכול היה הנאשם להעלות את טענותיו באופן חופשי, אך הנאשם ביקש להימנע מלפרט את הטענות בדבר קשיים נפשיים המונעים ממנו למסור דגימת שתן. הקש"ב סבר כי סיבת הסירוב שנמסרה לו - טראומת הילדות של הנאשם - אינה מצדיקה את הימנעות הנאשם מלמסור דגימת שתן.

27. בבחינה בדיעבד של הנימוק שמסר הנאשם בחקירה ונרשם בזכ"ד - הצילום במקלחת בהיותו ילד - מצא הקש"ב שגם אם היה יודע על כך לא היה בכך כדי להשפיע על החלטתו להוציא את הצו. הקש"ב הסביר כי נתן משקל לכך שלא הוכח שהאירוע השפיע על הנחקר. בהיעדר אינדיקציה לטיפול נפשי כלשהו עובר לחקירה, הקש"ב הסיק כי הנאשם לא פגש בקב"ן בעבר. לטעמו, הואיל והנאשם לא ויתר על הסודיות הרפואית הוא אינו רשאי לתשאל את הנאשם על נסיבות אותה טראומה.

בשים לב לפגיעה בפרטיות שכרוכה בחשיפת עברו הנפשי של הנאשם ללא קבלת הסכמה מצדו, הקש"ב לא ראה לנכון לפנות באופן עצמאי אל קב"ן לקבלת חוות דעתו בנוגע למסירת דגימת השתן. עוד מסר הקש"ב, כי לנחקר אין זכות מוקנית להיפגש עם קב"ן במסגרת חקירתו, אלא אם מדובר באירוע נפשי חריג. לשיטתו של הקש"ב, הקב"ן אינו חלק מהליך מסירת הדגימה. הקש"ב הוסיף וציין, כי מדובר בטענה שעולה באופן תדיר על ידי נחקרים והוא אינו חושב שהיא אמורה להשפיע על שיקול דעתו.

28. הפסיקה קובעת, כי יש לבחון כיצד הרשות הייתה מחליטה אילו ידעה על המידע החסר מראש (ראו למשל ע"מ 1975/01 **הוועדה המקומית לתכנון ולבניה, כרמיאל נ' רובינשטיין**, פ"ד נו(6) 638 (2002)). הכלל שנקבע בפסיקה הוא שלא כל פגם בהליך המנהלי - תוצאתו ביטול ההחלטה. לעיתים, תוצאת הפגם עשויות להיות בטלותה של ההחלטה ולעיתים תוצאת הפגם עשויה להיות בטלות יחסית בלבד. על פי הדוקטרינה יש לאזן בין השיקולים הנוגעים בעניין, על רקע נסיבות המקרה הספציפיות, על-מנת לבחון מהי התוצאה הראויה. יש לבחון את משמעות הפגם ואת מידת השפעתו על ההחלטה המינהלית. כבר נפסק כי "בכל מקרה שבו נפל פגם משפטי, אם בפסק דין של בית המשפט ואם בהחלטה של רשות מינהלית, בגדר הסמכות או מחוץ לסמכות, יש לבדוק את נסיבות המקרה, בראש ובראשונה את מהות הפגם, ולהתאים את הסעד שיינתן על ידי בית המשפט לכל הנסיבות" (ראו לאחרונה בהקשר של הפעלת דוקטרינת התוצאה היחסית במקרה של אי מתן זכות השימוע את פרשת **עדרי**; וכן רע"פ 2143/99 **גיספן נ' התובע הצבאי הראשי**, פ"ד נה(4) 673 (2001), בעמ' 685; פרשת **וייסברג**, בפסקה 18 והאסמכתאות המופיעות שם; פרשת **עוזיאל**, פסקאות 45-46 (2008); וראו גם רע"פ 7112/08 **טור' שרעבי נ' התובע הצבאי הראשי** (טרם פורסם, 6.9.2009)).

29. אין חולק, כי הקש"ב צבר ניסיון רב כקצין במשטרה הצבאית. הוא נחקר ארוכות ועדותו הייתה **סדורה, קוהרנטית ומהימנה**. תשובותיו עמדו במבחני השכל הישר וההיגיון הבריא. הוא לא התחמק מלהשיב על שאלות והבהיר כיצד הפעיל את שיקול הדעת, אשר עמד בבסיס הוצאת הצו. לא מצאתי לנכון לפקפק בעדותו לפיה, גם לו היה מוצג בפניו מלוא המידע, הוא לא היה משנה את החלטתו להוציא את הצו.

30. יתר על כן, **מקובלת עליי טענת הקש"ב**, כי כאשר הנחקר עומד על דעתו כי אינו מעוניין לפרט את הדברים, אלא בפני הקב"ן, הוא אינו רשאי לתשאל אותו על כך ואף אינו רשאי 'להזמין' חוות דעת מקב"ן בהיעדר ויתור על סודיות מטעם הנחקר.

מושכלות יסוד הן, כי לנחקר עומדת הזכות לחיסיון רפואי ונפשי גם בעת החקירה. הוא רשאי לוותר עליה, כדי להימנע מהוצאת צו הקש"ב, אך הוא אינו מחויב לכך והדברים תלויים ברצונו. עם זאת, **משלא ויתר הנאשם על חסיונו ואף ביקש להגן על החיסיון בעת החקירה, כאשר סרב לפרט את הדברים באמרתו הכתובה, אין הוא יכול להיאחז במקל משני קצותיו**. מחד גיסא, לטעון כי טעמים נפשיים חסויים, שאותם הוא אינו מעוניין לפרט, מנעו ממנו לתת דגימת שתן; ומאידך גיסא, לקבול על כך שהקש"ב לא בירר בעצמו את אותם טעמים נפשיים, לא שלח אותו לבדיקת קב"ן ולא דרש מהקב"ן לחשוף את חוות הדעת הנפשית. לכך יש להוסיף גם שהנאשם לא הציג, במועד מאוחר יותר, חוות דעת כלשהי של גורם בריאות הנפש בפני הקש"ב, ואף לא העיד על כך בפני בית הדין או הציג מסמכים מטעם גורמי בריאות הנפש התומכים בטענתו.

לסיכום הדיון בטענה זו, נמצאנו למדים, **כי הפגם האמור אינו משמעותי ואינו יורד לשורשו של עניין**. אומנם, ראוי היה לתעד את התשאול בזכ"ד במועד סמוך לעריכתו, כלומר באותו היום ממש ולא למחרת היום, ולהביא את המידע כך שלגד עיני הקש"ב תיפרש מלוא היריעה של המידע הרלוונטי בעת קבלת ההחלטה. עם זאת, אין במחדל חקירתי זה, הנבחן על רקע מכלול הנסיבות בתיק, כדי להשפיע על בירור אשמתו של הנאשם וזאת מהטעמים המצטברים הבאים: **ראשית**, משום שהקש"ב העיד כי גם לו היה יודע על מהותה של הטראומה לא היה משנה את דעתו, ושיקול דעתו נבחן על פי המבחן הסובייקטיבי בכלים אובייקטיביים; **שנית**, עיקר המידע הובא בפני הקש"ב - והוא קיומה של טראומת ילדות והוא שקל זאת במניין שיקוליו; **שלישית**, הקש"ב התרשם, בכלים שהיו בפניו, כי הטראומה לא השפיעה על הנאשם באופן ממשי, כי הנאשם לא טופל בגינה בעבר; **רביעית**, הנאשם יכול היה להביא את המידע לידיעת הקש"ב בשימוע או באמרתו, אך בחר שלא לעשות זאת; **חמישית**, מקובלים עליי הסבריו של הקש"ב, כי הוא אינו רשאי לפגוע בחסיונו הרפואי/נפשי של הנאשם. על כן, בראייתי, דוקטרינת התוצאה היחסית עשויה להביא למתן משקל לפגם האמור בעת שקילת עונשו של הנאשם (ר' סעיף 40 לחוק העונשין), אך אין בה כדי להביא לביטול הצו.

מידתיות וסבירות ההחלטה

31. הטענה השנייה שהועלתה על ידי ההגנה, היא שלא היה זה מידתי להוציא צו למסירת דגימת שתן נגד הנאשם - צו אשר פוגע בכבודו - וזאת כאשר ממילא אין טעם בהוצאת הצו, כיוון שהנאשם שהה באותה העת 17 ימים בכליאה. לפי הלך

הטיעון, נוכח משך תקופת הכליאה, אין זה סביר להניח שימצאו בשתן של הנאשם תוצרי חילוף חומרים המעידים על שימוש בסמים.

32. בעדותו, התייחס הקש"ב לטענה זו ומסר כי, בסבירות גבוהה, ידע שהנאשם כלוא והתחשב בכך בעת קבלת החלטתו. על פי ניסיונו של הקש"ב, שהוא כאמור קצין מצ"ח מנוסה ביותר, כאשר מדובר בשימוש קבוע, ניתן למצוא שרידים של סם מסוכן בשתן גם לאחר תקופה של 17 ימים ללא שימוש.

33. זאת ועוד, להשקפתו של הקש"ב, בהינתן חשד לשימוש קבוע העולה מהמידע שהבוא בפניו, יש חשש, כי הנאשם יבצע שימוש בסם גם בתקופת כליאתו, במהלך השהייה במתקן הכליאה או במסגרת חופשה קצרה שקיבל. לאור כל זאת, סבר הקש"ב כי יש מקום להוצאת הצו.

34. טעמיו של הקש"ב הם **סבירים והגיוניים**. **בהיעדר אסמכתאות** לטיעוני ההגנה בהקשר זה, לא נסתרות הנמקותיו של הקש"ב והחלטתו נהנית **מחזקת תקינות המנהל**. לא מצאתי כל פגם בדרך פעולתו.

חובת ההנמקה

35. הטענה השלישית של ההגנה, עניינה באופן הנימוק שניתן בצו הקש"ב. ההגנה טענה, כי צו הקש"ב אינו מתייחס לעניינו של הנאשם עצמו וכי הוא תבנית. לפי הטענה, הקש"ב לא התייחס לטענות הנאשם ולא פרט כנדרש את הראיות שהובאו בפניו.

36. אכן, רשות מנהלית מחויבת לנמק את החלטותיה. פרופסור דפנה ברק ארז, בספרה **המשפט המינהלי** (עמ' 423-424), מבהירה כי חובת ההנמקה, נגזרת מחובת ההגיונות בהליך מינהלי, היא מסייעת בקבלת החלטה רציונאלית ולא שרירותית ומחייבת את הרשות לבסס את החלטתה על תהליך מסודר שבו נשקלים טעמיה. ההנמקה אף מספקת תשתית עובדתית לביקורת על פעולתה של הרשות. בנוסף, ההחלטה מבטאת יחס אנושי ומכבד לפרט שהחלטה המנהלית עוסקת בו והיא חשובה לביסוס אמון הציבור בשלטון. ההחלטה חייבת להיות מפורטת ולהימנע מניסוחים כלליים וסתמיים.

37. הקש"ב העיד כי הוא לא נוהג לפרט מה מכיל המידע המודיעיני שגורם לחשד המשמעותי לשימוש בסם, ולכן לא חשב ואינו חושב כעת כי צריך לפרט שעל פי המידע מדובר בשימוש קבוע. השיקולים והטענות הנוספות על כך שניתן לבצע שימוש בתוך הכלא ועל מספר הימים שבהם ניתן למצוא שרידים לא מהווים, בעיניו, נימוק אותו נדרש לפרט.

38. לטעמי, ראוי היה כי הקש"ב יביא בקצרה בנימוקיו פראפרזה מקוצרת של המידע המודיעיני. בנוסף, ראוי היה שיתייחס לטענות הנאשם ולו במשפט קצר אחד ויתמודד איתן. החוסר בהתייחסות לטענות הנאשם עלול להעלות את החשש, כי הקש"ב התעלם מהן. כאמור, החלטות המנומקות בקיצור נמרץ, עשויות להביא לפגיעה באמון הציבור בפעולת הקש"ב ולגרום לחשש לזילות בכבודו של החייל המתבקש למסור דגימת שתן.

39. עם זאת, אינני סבור כי מדובר בפגם היורד לשורשו של עניין ואשר צריך להביא לבטלות ההחלטה. הקש"ב העיד בפניי ופירט את נימוקיו באריכות והם כאמור נראים לי נכונים, מידתיים והגונים. מובן, כי צו הקש"ב ניתן במהירות ובלחץ הזמנים הנגזר מחקירתו ומעצרו של הנאשם. בפסיקה נקבע, כי פעמים רבות שקילת הבקשות להוצאת צו אינה בהכרח מורכבת והטיפול עשוי להיות ממוקד ולהימשך דקות אחדות בלבד (ראו ע/89/07 טור' שרעבי נ' התובע הצבאי הראשי (2008) בפסקה 12, וכן פרשת עוזיאל, בעמ' 22). בנוסף לכך, יש להתחשב בכך שהקש"ב, במסגרת נימוקיו, נזהר מלכלול את המידע המודיעיני בשל חיסיון המידע. מששוכנעתי כי הקש"ב אכן בחן את המידע המודיעיני שהובא בפניו ושקל את הטענות שהעלה הנאשם בנוגע לטראומת הילדות, לא סברתי כי יש בפגם האמור כדי להביא לבטלות ההחלטה. הסעד, כפי שפורט לעיל, יכול שיינתן במסגרת גזר הדין.

סיכום

40. הנאשם סירב להיבדק בדיקות הנדרשות לשם גילוי שימוש בסמים מסוכנים ובכך הפר את צו הקש"ב שהוצא בעניינו. שני הפגמים הקלים שנפלו בהליך הוצאת הצו אינם מביאים לבטלות הצו, אלא לכל היותר, לתוצאה יחסית, שעניינה התחשבות בעונשו של הנאשם. על כן, החלטתי להורות על הרשעת הנאשם במיוחס לו בכתב האישום.

ניתנה היום, ג' אב תשע"ז, 26/7/2017, בפומבי ובמעמד הנאשם והצדדים.

(-)

שופט

גזר דין

1. הנאשם הורשע, לאחר שמיעת הראיות, בעבירה של סירוב להיבדק לשם גילוי שימוש בסמים מסוכנים, לפי סעיפים 127א +250א לחוק השיפוט הצבאי, התשט"ו-1955. על פי כתב האישום, ביום 25/11/15, בבסיס מצ"ח דן, סירב הנאשם להיבדק בדיקות הדרושות לגילוי שימוש בסמים מסוכנים.
2. ההגנה כפרה באישומים וטענה כי יש להורות על בטלותו של צו הקש"ב בשל שלוש טענות משפטיות שהעלתה: ראשית, התשתית העובדתית הייתה חסרה ולקויה; שנית, החלטתו של הקש"ב הינה בלתי מיידית ובלתי סבירה - לאור העובדה כי הנאשם שהה במעצר 17 ימים עובר לחקירה; ושלישית כי החלטת הקש"ב אינה מנומקת.
3. ביום 26/7/17 ניתנה הכרעת הדין המרשיעה בעניינו של הנאשם, אשר דחתה את כל טענות ההגנה. באשר לטענה הראשונה, נקבע, כי על אף שהתשתית העובדתית שעמדה בפני הקש"ב הייתה חסרה, החסר לא היה מהותי, ועמדה לנאשם ההזדמנות לפרט את טענותיו אך הוא נמנע מלעשות כן. זאת ועוד, בעדותו של הקש"ב בפני בית הדין, הוא הבהיר כי הוא היה מחליט על הוצאת הצו גם אם המידע המלא היה מובא בפניו. על כן, נקבע כי אין מדובר בפגם משמעותי היורד לשורשו של עניין.

בכל הנוגע לטענה השנייה, נקבע כי החלטתו של הקש"ב הינה מיידית וסבירה. הקש"ב הינו קצין מצ"ח מנוסה, והוא מסר כי גם לאחר תקופה של 17 ימים ללא שימוש בסמים, ניתן לעיתים למצוא שרידי סם מסוכן בדגימת השתן. למול טענה זו, ההגנה לא הציגה תימוכין הסותרים אותה.

גם הטענה השלישית נדחתה. אומנם, נמצא כי הקש"ב לא נימק כראוי את החלטתו והיה עליו להתייחס, ולו בקצרה, לטענות הנאשם ולהתמודד עמן. ואולם, הפגם שנפל בעניין זה אינו משמעותי ואינו יורד לשורשו של עניין. על כן, הורשע הנאשם במיחוס לו בכתב האישום.

טיעוני הצדדים

4. בסיכומיה, טענה התביעה כי לחובת הנאשם שתי הרשעות קודמות בבית דין זה, בגין היעדרויות מן השירות, וכן עבר משמעותי בעל מספר לא מבוטל של עבירות שונות. כמו כן צוין כי זהו התיק השני בו מורשע הנאשם בעבירה של סירוב להיבדק בדיקות הדרושות לגילוי שימוש בסמים מסוכנים. לאור זאת, טענה התביעה כי יש להשית

על הנאשם עונש מאסר ממשי לריצוי בפועל, המצוי ברף העליון של מתחם העונש ההולם.

התביעה הסתמכה, בין היתר, על פס"ד בע/63/12 סמ"ר עדן סאסי נגד התובע הצבאי הראשי (08/08/12) (להלן: פרשת סאסי), שם נקבע מתחם ענישה הולמת לעבירת הסירוב להיבדק, אשר נע בין 14 לבין 35 ימי מאסר לריצוי בפועל.

5. מנגד, טענה ההגנה, כי יש להביא בחשבון גזירת העונש, את הפגמים שעלו בהליכי חקירתו של הנאשם והחלטת הקש"ב על הוצאת הצו. נטען, כי מחדלי החקירה בכך שלא הוצגה התמונה המלאה בפני הקש"ב והצו לא נומק כראוי מחייבים הפחתה משמעותית בעונש. כמו כן, הצביעה ההגנה על שיהוי משמעותי הנעוץ בהגשה מאוחרת של כתב האישום - שבעה חודשים לאחר ביצוע העבירה. עוד צוין, כי הגשת כתב האישום על ידי התביעה, נעשתה לאחר שהנאשם סיים לרצות עונש מאסר בגין עבירה של היעדר מן השירות ולאחר שנגזר דינו בתיק הקודם שבו סירב להיבדק, וכך נמנעה מן הנאשם האפשרות לסיים מספר תיקים יחדיו, בעודו במאסר.

ההגנה הפנתה, בין היתר, לפסה"ד בתיק ח"א/443/15 התובע הצבאי הראשי נגד טוראי דוד רוזנגרטן (19/5/16), שם הושת על הנאשם עונש של מאסר על תנאי וקנס בלבד. היה זה, בין היתר, מהטעם שהתביעה בחרה להגיש כתבי אישום נפרדים בעבירות של סירוב להיבדק למרות שהיה באפשרותה להגיש אותם יחדיו. בנוסף על כך, ציינה ההגנה כי הנאשם משוחרר מן השירות מזה תקופה ארוכה; אביו מכור לסמים ואינו מסייע בכלכלת הבית; אמו החד הורית היא המפרנסת של המשפחה, בסיוע הנאשם בלבד, ומצבם הכלכלי הוא קשה.

6. בדברו האחרון, מסר הנאשם כי הוא משוחרר מצה"ל כבר תקופה וכי הוא מסייע לאמו לכלכל את הבית ומתמודד עם חובות לבנק העומדים על עשרות אלפי שקלים.

דיון והכרעה

7. בפרשת סאסי, נקבע כי הערך החברתי, אשר נפגע כתוצאה מאופי מעשה העבירה הוא "הצורך למגר את נגע הסמים והחשיבות בהבטחת שיתוף פעולתם של חיילים, החשודים בשימוש בסמים על ידי חיובם לציית להוראות חוקיות של קציני שיפוט על מנת לאתר עבירות סמים". ואכן, אחד מהכלים של צה"ל במלחמתו בנגע הסמים מצוי בנטילת בדיקות שתן מחיילים, כאשר מתעורר חשד לשימוש בסמים על ידם. עבירת הסירוב להיבדק בדיקות הדרושות לגילוי שימוש בסמים מסוכנים פוגעת בערך המוגן הזה. במילים אחרות, היעדר שיתוף הפעולה של חייל, הנדרש למסור בדיקות שתן על פי צו, מקשה על מאמצי מיגור תופעת השימוש בסמים ומשבש את

יכולותיו של צה"ל להוקיעה. תופעת השימוש בסמים בצה"ל פוגעת ביכולתו של צה"ל לשמור על כוננותו ומוכנותו לקרב.

8. לצד מתחם העונש ההולם, שנקבע כאמור בפרשת **סאסי**, נקבעו בשני מקרים אחרים עונשי מאסר שירוצו בדרך של עבודה צבאית. כך היה בע/98/14 **סמ"ר גייזלר נגד התובע הצבאי הראשי** (16/8/15), שם הומר עונשו של הנאשם, בהסכמת התביעה, מ-20 ימי מאסר בכליאה ממשית ל-20 ימי מאסר שירוצה בדרך של עבודה צבאית. ובאופן דומה, גם בע/59/13 **התובע הצבאי הראשי נגד טוראי גפן** (04/8/13), נקבע עונש של 20 ימי מאסר שירוצה בעבודה צבאית. נוכח האמור, סברתי כי מתחם העונש ההולם צריך לנוע בנסיבות המקרה שבפנינו בין עונש של מאסר על תנאי וקנס בלבד לעונש של 35 ימי מאסר בפועל. חלף המאסר בפועל, ניתן להטיל גם עונש של מאסר בדרך של עבודה צבאית. המדובר במתחם ענישה רחב ולתוכו ניתן להכניס מגוון רחב של שיקולים.

9. כאן המקום לציין, כי לא מצאתי לנכון לסטות ממתחם העונש ההולם משיקולי הרתעה או שיקום. כעת יש למקם את עונשו של הנאשם במתחם העונש ההולם שנקבע לעיל. לשם כך, יש לבחון את הנסיבות שאינן קשורות בביצוע העבירה.

10. לחובתו של הנאשם, הצטברו מספר לא מבוטל של נסיבות לחומרה. ראשית, מדובר **בהרשעתו השנייה בעבירה של סירוב להיבדק**, ולכך יש לייחס חומרה יתרה. סירובו הכפול של הנאשם לציית להוראות הקש"ב מלמד על כך שלא הורתע מהרשעתו הקודמת וכי המסר, שניסה בית הדין להעביר אליו בתיקו הקודם לא הופנם. הישנות העבירה מחייבת הסקת מסקנות באשר להשפעת העונש על הנאשם ומכאן גם על עוצמתו ומידתו של העונש הראוי במקרה זה. זאת ועוד, לא ניתן לומר לזכותו של הנאשם כי שיתף פעולה עם גורמי אכיפת החוק בכלל, ועם ההליכים המשפטיים בעניינו בפרט. כמו כן, עברו המשמעותי והפלילי של הנאשם (הכולל גם הרשעות בעבירות של היעדר מן השירות שלא ברשות) הם בעלי נפח ומשקל. ואכן, קשה למצוא מילים טובות כדי לתאר את שירותו הצבאי של הנאשם. נסיבות אלה, מחזקות את הצורך בהרתעה אפקטיבית וממשית שתשאיר חותם על הנאשם לבל ישוב ויבצע עבירות מתחום הסמים. על כן, העונש צריך להיות בחלק העליון של מתחם הענישה שנקבע.

11. מנגד, קיימות נסיבות מקלות, אשר יש להביאן בחשבון שקילת העונש. כאמור לעיל, מצאתי כי נפלו **פגמים קלים** בהליך הפלילי עובר להגשת כתב האישום, פגמים אשר אינם יורדים לשורש העניין, אך יש בהם כדי להשפיע במידת מה על עונשו של הנאשם - והם הנמקה חסרה של החלטת הקש"ב ואי הבאת מלוא המידע לידיעת

הקש"ב טרם מתן החלטתו. אין להתעלם מנושנות העבירה ומן העובדה כי בתקופה שחלפה מאז ביצוע העבירה שוחרר הנאשם מן השירות (ביום 27/3/17). אומנם, חלק הארי של השיהוי נובע מהתנהלותו של הנאשם, אשר נעדר במשך תקופה ארוכה מן השירות. ואולם, כיום, לאחר שפוטר משירות ביטחון כאמור, הנאשם הינו אזרח - חייל משוחרר - ומפלס את דרכו בחברה כאזרח. לכן, מתווספות נסיבותיו האישיות, כמפורט בחוות דעת רמ"ד שיקום. נוכח האמור, ניתן להסתפק בעונש של מאסר שירוצה בדרך של עבודה צבאית.

סוף דבר

12. על הנאשם יוטלו העונשים הבאים:

- א. שלושים (30) ימי מאסר לריצוי בדרך של עבודה צבאית. הנאשם יתייצב לשם תחילת ריצוי עונשו ביום 3/9/2017 אצל רמ"ד שיקום במקמצ"ר.
- ב. שלושה (3) חודשי מאסר על תנאי למשך שלוש (3) שנים, והתנאי הוא שהנאשם לא יעבור כל עבירה על פקודת הסמים המסוכנים.

זכות ערעור תוך 15 יום.

ניתן והודע היום, י"ח באב התשע"ז, 10/8/2017, בפומבי ובמעמד הנאשמת והצדדים.

(-)

שופט

העתק נכון מן המקור

עו"ד יונתן רדה, סרן

ע. משפטי לנשיאת ביה"ד

חתימת המגיה

נערך ע"י א.ט

תאריך הדפסה: 11/09/2017