**בבית הדין הצבאי לערעורים**

בפני:

**אלוף דורון פיילס -** הנשיא

**תא"ל אורלי מרקמן -** המשנה לנשיא

**אל"ם נועה זומר -** שופטת

בעניין:

**מ/\*\*\*\*\*\*\* סגן ו' ש' –** המערער (ע"י ב"כ, רס"ן (מיל') עדי אייזנר; סרן איתי המר)

**נ ג ד**

**התובע הצבאי הראשי –** המשיב (ע"י ב"כ, רס"ן מאשה יודשקין; סרן עינב אוראל כהן)

ערעור על פסק דין של בית הדין הצבאי המחוזי במחוז שיפוטי חיל האוויר שניתן בתיק ח"א (מחוזי) 120/19 (סא"ל שחר גרינברג – סגן הנשיא) ביום 30.4.2020. הערעור (הכרעת הדין) נדחה.

**פ ס ק - ד י ן**

**רקע**

1. המערער, סגן ו' ש' , שירת כמפקד מחלקת כוננות ואבטחה וכמפקד פלגת אבטחה בבסיסים של חיל האוויר. בחודש אפריל 2019 הוגש נגדו כתב אישום בגין עבירה של שימוש בסם מסוכן, לפי סעיפים 7(א) ו-(ג) סיפה לפקודת הסמים המסוכנים [נוסח חדש], התשל"ג–1973. נטען, כי המערער ביצע שלושה מעשי שימוש בסם המסוכן, בנסיבות אזרחיות, האחד במהלך שנת 2016, השני בחודש ינואר 2017, והשלישי בחודש פברואר 2019.
2. המערער כפר באשמה ומשפטו החל מתנהל. לאחר שמיעת הראיות וטיעוני הצדדים, הורשע המערער בעבירה שיוחסה לו. בית הדין קמא השית עליו עונש של מאסר על תנאי, לצד קנס בסך 1,000 ש"ח והורדה לדרגת טוראי.
3. ההגנה לא השלימה עם הרשעתו של המערער בעבירה שיוחסה לו בכתב האישום ומכאן הערעור שלפנינו.

**השתלשלות ההליכים בבית הדין קמא**

1. עובר לשמיעת הראיות, פרטה ההגנה בכתב, כי "טענות של הגנה מן הצדק מצדיקות את המרת סעיף האישום לסעיף שאינו נושא רישום פלילי". נטען, כי "חוקרי מצ"ח פגעו בזכויותיו באופן המצדיק אף את פסילתן של כלל הראיות. **אולם הנאשם מבקש לקחת אחריות על מעשיו ולכן לא מתבקשת פסילת הראיות אלא סעד בדמות המרת סעיף האישום**" (הדגשות הוספו). כמו כן, נטען, כי "לאור מדיניות ההעמדה לדין החדשה של התביעה הצבאית, העבירות המיוחסות לנאשם מצדיקות, לכל היותר, היקשרות בהסדר הקפאה עם הנאשם חלף הרשעתו בדין. נוכח הפער שנוצר בין החיילים לקצינים יש מקום להמיר את סעיף האישום לסעיף שאינו נושא רישום פלילי". בפתח ישיבת ההוכחות הראשונה, מסרה ההגנה שוב, כי "**כפי שציינו, הנאשם לוקח אחריות על מעשיו והוא לא מכחיש מעורבותו בדברים**, אלא, ההגנה תטען שלנאשם קמה טענה של הגנה מן הצדק הנשענת על שני פגמים, כאשר לטעמנו כל פגם יכול וצריך להוביל לסעד של המרת סעיף האישום לכזה שאינו גורר רישום פלילי..." (הדגשות הוספו). נטען, כי הפגם הראשון עולה מחקירתו של המערער במצ"ח – "הוצג לנאשם צו בית משפט ... המאפשר לגורמי החקירה לערוך חדירה אל המכשיר הסלולארי. בעת הצגת הצו נאמר לנאשם כי הצו מחייב אותו לאפשר לגורמי החקירה לערוך עיון במכשיר ורק בשל ההצגה המוטעית ... נמסרה סיסמתו למכשיר הסלולארי ורק בשל הצגת הצו והצגה שהצו מחייב הוא הסכים לעיון ידני". לעניין הפגם השני, שבה ההגנה על טענת ההפליה בעקבות השוני בין מדיניות ההעמדה לדין של חיילים בשירות חובה לעומת קצינים ומשרתי קבע, שאינם קצינים, בעבירות סמים.
2. לאחר האמור, במסגרת פרשת התביעה, נשמעו עדויותיהן של שתי החוקרות אשר גבו את הודייתו של המערער בעבירה שיוחסה לו. בפרשת ההגנה נשמעה עדותו של המערער, אשר, בין היתר, שב על דבריו בחקירה והודה במעשים שיוחסו לו בכתב האישום. במהלך שמיעת הראיות הוצגו לבית הדין, בין היתר, אמרתו של המערער במצ"ח ומזכרים המתעדים את מהלך החקירה, "ציר שימושים" שהמערער ערך במהלך החקירה, צילומי מסך של שיחות שניהל המערער באמצעות יישומון whatsApp ממכשיר הטלפון הנייד שלו, צו שיפוטי המתיר חדירה למכשיר זה וכן טופס, שעל גביו הביע המערער סירוב לעיון במכשיר הטלפון הנייד שלו (מיום 14.4.2019, שעה 14:15) וטופס שבו הביע הסכמה לעיון במכשיר (מיום 14.4.2019, שעה 14:35).

**עיקרי הכרעת הדין**

1. בית הדין קמא הנכבד עמד בהרחבה על מסד הראיות לכאורה וסקר את טענות הצדדים. לאחר האמור, קבע, כי "עדויות חוקרת מצ"ח וקצינת מצ"ח **הותירו עלי רושם מהימן ומשכנע. מצאתי להעדיפן על פני עדות הנאשם**, בכל הנוגע לטענות הנאשם החלופיות אשר נגעו להתנהלות החקירה: החיפוש שנערך במכשיר הטלפון שלו, והלחץ שהופעל עליו לכאורה, באופן שלטענתו הוביל למסירת הודאתו" (הדגשות הוספו).
2. לאור ממצאי המהימנות, נקבע כי הוכחו העובדות הבאות:

"בית הדין מצא כיהנאשם **מסר את הדברים בחקירתו מרצונו הטוב והחופשי, לאחר שהבין את זכויותיו, ומדובר בהודאה קבילה בעלת משקל מלא**...

בית הדין מצא לדחות את גרסת הנאשם לפיה לא מסר את סיסמתו לחוקרת מצ"ח בטרם הוצג לו הצו השיפוטי המתיר עריכת חיפוש במכשיר הטלפון שלו. קריאת אמרת הנאשם מצביעה על כך כי בשעה 14:07 נשאל הנאשם למספר הטלפון שלו, **מסר את מספר הטלפון**, בהמשך נשאל הנאשם מהו סוג מכשיר הטלפון, הנאשם **מסר את סוג מכשיר הטלפון**, ולאחר מכן נשאל 'האם למכשירך יש סיסמה? אם כן מהי?' ועל פי הרשום באמרה, השיב הנאשם '**כן**' ו**מסר את סיסמתו**. בהמשך, נשאל הנאשם למי יש גישה למכשירו הסלולרי, והשיב '**רק לי'**, ולאחר מכן כשנשאל האם הינו נוהג לתת לאנשים זרים גישה למכשירו הסלולרי, השיב הנאשם '**לא'**... עדותה של חוקרת מצ"ח, רב"ט חדד, הותירה רושם חיובי ומשכנע על בית הדין, והחוקרת מסרה כי היא 'נוהגת לשאול שאלות כלליות לגבי מכשיר טלפון סלולארי של חשוד בטרם העיון הידני, על מנת להבין האם המכשיר אכן שייך לחשוד'. ואכן, לאחר ששאלה החוקרת את הנאשם את השאלות האמורות בנוגע למכשיר הטלפון הנייד, פנתה לברר את הסכמתו לעריכת עיון ידני... הנני קובע כי הנאשם מסר לחוקרת את הסיסמה לטלפון הנייד שלו באותו שלב...

לאחר שסירב הנאשם לערוך חיפוש ידני במכשיר הטלפון הנייד שלו 'מסיבות אישיות', נכנסה לחדר החקירות סגן שיאון, שהציגה לנאשם צו בית משפט (**ת/12**) המתיר לחוקרי מצ"ח לבצע חדירה לחומר מחשב כולל טלפון סלולרי, לצורך הפקת פלטים לטובת איתור ראיות ומיצוי החקירה. תגובת הנאשם הייתה '**קיבלתי, אני מסכים לעיון**'. יצוין, כי בשלב זה הופסקה האמרה לצורך מילוי **טופס הסכמה** של הנאשם לעריכת עיון במכשיר הטלפון שלו (**ת/8**), לאחר שקודם לכן חתם על **טופס אי הסכמה** (**ת/7**) משסירב לעיון ידני. טענת הנאשם, לפיה לא קרא את הטפסים האמורים, וחתם עליהם רק לבקשת החוקרת, אינה יכולה להתקבל כטענה רצינית משהיא נאמרת על ידי **קצין,** שבעדותו בבית הדין הותיר רושם של אדם נבון, משכיל ואינטליגנטי, שחזקה עליו כי חתם על מסמכים רק לאחר שקרא אותם והבין את משמעותם, וזאת בהתאם להלכה הפסוקה לפיה חתימה על מסמך מקימה חזקה שבעובדה ש'אדם יודע את תוכן המסמך שעליו הוא חותם' (ע/17/19 **רס"ל יפרח נ' התובע הצבאי הראשי**, פסקה 28 (2019)). הנאשם לא הצליח לעורר ספק סביר שיש בו כדי לכרסם בחזקה האמורה" (הדגשות במקור).

1. לאחר מכן, נדרש בית הדין קמא לשאלות המשפטיות שעוררה ההגנה. תחילה, דן בית הדין בשאלה "האם הצגת צו בית משפט המתיר חדירה לטלפון נייד של נחקר באופן המביא את הנחקר להסכים לעריכת חיפוש ידני במכשיר הטלפון שלו מהווה חיפוש לא חוקי, המביא לפסילת הראיות שנמצאו בחיפוש?" וקבע כדלקמן:

"לטעמי, בנסיבות שעלו בתיק זה, התשובה לכך היא שלילית. אקדים מסקנה להסבר - הצגת צו שיפוטי לנחקר, המאיר בפניו את המצב המשפטי לאשורו, לפיו גורמי החקירה פנו לבית משפט לשם קבלת צו חיפוש במכשיר הטלפון הנייד של הנאשם, אינה עולה כדי תחבולה או הטעיית הנאשם ... נהפוך הוא. מקובלת עלי עמדת גורמי החקירה לפיה הצגת הצו השיפוטי המתיר חיפוש מעמיק במכשיר הטלפון הנייד של הנאשם, טרם יערך בו חיפוש כאמור, מטרתה לאפשר לנאשם להימנע מחיפוש מעמיק שכזה, ולהסתפק בחיפוש באמצעותו ובנוכחותו... בפסיקה נקבע כי אף בטרם הוצאת הצו '**אין מניעה, כי החוקר יציין בפני הנחקר כי אם יסרב לחיפוש, צפויים החוקרים לפנות לבית המשפט המוסמך בבקשה למתן צו שופט, שיתיר את עריכת החיפוש**' (עניין **פלח**, פסקה 27). מקל וחומר, אם נמצא כי ראוי שגורמי החקירה יסבירו לנחקר שבסמכותם לפנות לבית משפט לשם קבלת צו חיפוש, הרי שעה שכבר יש בידם צו כאמור, הרי שבהצגתו לנחקר, בטרם עריכת החיפוש המבוקש, אין כל פסול, אלא דווקא שקיפות ואף 'גילוי נאות' כלפי הנחקר" (הדגשות במקור).

1. כמו כן, נקבע, כי "לאחר שקבעתי כי **הנאשם היה מודע והבין את תוכן המסמכים עליהם חתם**, הרי שאין לקבל את טענת הנאשם לפיה לא ידע כי אינו חייב להסכים לעריכת החיפוש, שזכותו לסרב, להפסיק את החיפוש בכל עת עד להשלמתו, ושסירובו לא ישמש לחובתו, שעה שחתם **פעמיים** על מסמכים שפירטו את זכויותיו האמורות... (**ת/7**, **ת/8**), קל וחומר כאשר לפי **ת/7** **סירב** לעריכת עיון, ולפי **ת/8 הסכים** לעריכת עיון (הדגשות במקור).זאת ועוד, נמצא כי גורמי החקירה **פעלו בהתאם להוראות קמצ"ר**. לפי **הוראה מס' 5008 להוראות קמצ"ר – חיפוש בחומרי מחשב -**  'לאחר הוצאת צו חדירה לחומר מחשב, **יש להציגו לחשוד**, ולהבהיר לו כי עליו לאפשר למצ"ח לקיים את הצו השיפוטי – בין אם ימסור מרצונו את הסיסמה למכשירו הסלולארי ובין אם ימסור את המכשיר לידי מצ"ח כשהוא 'פתוח לשימוש' ללא צורך בסיסמה'" (הדגשות במקור).
2. אף בנוגע לטענת ההגנה, שלפיה לא היה מקום לבקש מן המערער את הסיסמה למכשיר הטלפון שלו, ובכך לפגוע בזכותו לאי הפללה עצמית, אלא אם מצוין הדבר בצו שניתן על ידי בית המשפט – צוין, כי "משקבעתי כאמור כי הנאשם מסר את הסיסמה למכשיר הטלפון הנייד שלו מרצונו הטוב והחופשי, אין כל נפקות לטענה שהעלתה ההגנה בנוגע לכך שצו החיפוש שהתבקש מבית המשפט לא כלל הוראה לחייב את החשוד למסור את הסיסמה למכשיר הטלפון שלו". בית הדין שב והבהיר, כי "עדותה של קצינת החקירות נמצאה אמינה ומהימנה בעיני. הקצינה העידה עדות מפורטת ורצינית, שהצביעה עליה כקצינה מקצועית ומנוסה המקפידה על נהלי החקירה של המשטרה הצבאית לצד שמירת זכויות הנחקרים, תוך שחזרה והדגישה כי הצגת צו החיפוש לנחקר נועדה כדי לאפשר לו להביע הסכמתו לעריכת עיון ידני במכשיר הטלפון הנייד, באופן שעשוי לאיין את הצורך בשליחת מכשיר הטלפון לחיפוש מעמיק במעבדה, שהוא חיפוש הפוגע בפרטיות במידה רבה יותר". בהתאם, סיכם בית הדין את הטענות בהקשר זה והבהיר, כי לא נמצא פגם בחוקיות החיפוש שנערך במכשיר הטלפון הנייד של המערער.
3. מטעמים דומים דחה בית הדין גם טענה נוספת של ההגנה, שלפיה הודאת המערער נמסרה בעקבות "לחץ" וקבע, כי לפני בית הדין הוצגה תשתית ראיות מתאימה להוכחת האשמה. כך, בין היתר, ציין בית הדין כי המערער חזר בו במהלך החקירה, מדבריו בנוגע לשימוש בפטריות הזיה, אך התמיד, לכל אורך החקירה, בהודאתו במעשי השימוש בסם מסוכן מסוג קנאביס ומסר בעניינם פרטים מסודרים וקוהרנטיים -

"מדברי הנאשם, הן באמרתו במצ"ח, הן בעדותו בבית הדין, **מוסר החשש כי מדובר בהודאת שווא**. ממילא, על פי סעיף 358(ב) לחוק השיפוט הצבאי, התשט"ו-1955... משתשובת הנאשם לאשמה בבית הדין היא כי הוא מודה באשמה, '*רואים את האשמה כמוכחת ובית הדין ירשיע את הנאשם על פי הודאתו' ...* מעבר לכך, פירוט הנסיבות בהן עשה הנאשם שימוש בסם מסוכן מסוג קנאביס, בשלוש הזדמנויות אזרחיות, מגלה כי מדובר בהודאה בעלת סימני אמת, נוכח הגיונם של הדברים והשתלבותם זה בזה... **חזרתו של הנאשם מהודאתו בשימוש בפטרייה, וממנה בלבד**, כאשר הסביר כי באותו זמן בו חשב שעשה שימוש בפטרייה, היה שיכור, ועל כן לא בטוח בדברים ... **מחזקת את אמיתות הפרטים האחרים מהם לא חזר, הודה בהם שוב, לרבות לאחר שהתייעץ עם עורך דין, כאשר אף הסביר מה היו הסיבות לשימוש בסמים...** בנוסף, התכתובות שנמצאו במכשיר הטלפון הנייד של הנאשם ... מהן ניתן ללמוד על הקשר של הנאשם לעולם הסמים ('**תקשיב אני שוקל ברצינות לקנות ירוק ולעשן בבית**'; '**אני פשוט שונא לעשן אבל אחרי כמה פעמים אני מתרגל'**; '**אני הולך להביא לך כסף בקבוע ותעזור לי לקנות מהבחור שלך**'), עונות על המבחן החיצוני של משקל הודאת הנאשם, בהיותן סימני אמת חיצוניים לה, המהווים תוספת ראייתית מסוג 'דבר מה נוסף'...

**על בסיס הודאת הנאשם, אותה מסר במצ"ח, עליה חזר בעדותו בבית הדין, הודאה אותה מצאתי קבילה ובעלת משקל מלא, לה נמצאה תוספת ראייתית בדמות תכתובות שעלו ממכשיר הטלפון הנייד של הנאשם, הנני קובע כי הוכח מעל לכל ספק סביר כי הנאשם עשה שימוש בסם מסוכן מסוג קנאביס באמצעות סיגריה מגולגלת (ג'וינט) בשלוש הזדמנויות בנסיבות אזרחיות: בשנת 2016, בחודש ינואר 2017 ובחודש פברואר 2019**" (הדגשות במקור).

1. אשר לטענת ההפליה וההגנה מן הצדק, נקבע, כי "נוכח **מעמדם המיוחד** של קצינים ומשרתי הקבע... הרי שבחינת מדיניות התביעה הצבאית הראשית, בכל הנוגע ל**העמדה לדין בעבירה של שימוש בסם מסוכן**, בשים לב לאינטרס הציבורי המובהק במיגור נגע הסמים מבין שורות הצבא, והפגיעה במשמעת הצבא ובכוננותו, הכרוכים בעבירות של שימוש בסמים מסוכנים, מובילה למסקנה לפיה **אין מתקיימת פגיעה בתחושת הצדק וההגינות באופן המקים לנאשם סעד של הגנה מן הצדק** ..." (הדגשות במקור). לפיכך, נקבע כי יש להרשיע את המערער במיוחס לו.

**טענות ההגנה בערעור**

1. בערעור ההגנה נטען, **לראשונה**, כי יש לבטל כליל את הרשעתו של המערער ולהורות על זיכויו מאשמה. כך, **בניגוד** לעמדת ההגנה בערכאה קמא, נטען, כי אין די ב"מארג הראיות" הקיים כדי להביא להרשעתו של המערער. נטען, כי לא הוצגה תוספת ראייתית מסוג דבר מה, כנדרש לאימות ההודיה. ההגנה סבורה, כי תיעוד השיחות בין המערער לחברו, מתוך הטלפון הנייד של המערער, אינו יכול לשמש דבר מה נוסף כאמור, מאחר שתוכן הדברים באותן שיחות, אינו, אלא, "העתק מדוייק" של ההודיה שמסר המערער במצ"ח. לפיכך, נטען כי לפנינו הודיה נוספת של המערער, אף אם לפני אחר, שאינה יכולה להיחשב מקור חיצוני לאימות דבריו בחקירה. בעניין זה, הפנתה ההגנה לפסיקת בית המשפט העליון בע"פ 6296/13 **אדריס נ' מדינת ישראל** (טרם פורסם, 22.3.2015).
2. כמו כן נטען, כי נוכח האמור, בהתאם להנחיה 4.01.02 של התביעה הצבאית הראשית, שלפיה "הגשת כתבי אישום כאשר אין בחומר הראיות 'דבר מה נוסף' תיעשה במקרים חריגים בלבד ובאישור התצ"ר" (סעיף 3 להנחיה) – היה על התביעה להימנע מלהגיש כתב אישום בעניינו של המערער. משלא עשתה כן, לדידה של ההגנה, מתקיימת בעניינו של המערער הגנה מן הצדק, המצדיקה סעד של ביטול כתב האישום או, לחלופין, של המרת סעיף האישום לכזה שאינו נושא רישום פלילי כלל.
3. טיעון נוסף של ההגנה, עסק בקבילות הראיות שהוצגו בבית הדין קמא. נטען, כי המערער הסכים לעיון ידני במכשיר הטלפון הנייד, אך ורק משום שהניח, כי החיפוש ייערך ממילא, נוכח הצו השיפוטי שהוצג לו. על כן, לשיטת ההגנה, הסכמתו של המערער לעיון כאמור, אינה מרצון חופשי. עוד נטען, **שוב - לראשונה**, כי גורמי החקירה לא היו רשאים לשאול את המערער על אודות הקוד הסודי לפתיחת מכשיר הטלפון הנייד שלו, לפני שהאחרון הביע הסכמתו לעיון בו. ההגנה סבורה, כי הבקשה שהציגה החוקרת למערער בנוגע לקוד סודי של מכשיר הטלפון הנייד שלו, צריכה הייתה להיות מופנית אליו במסגרת בירור הסכמתו לחיפוש בטלפון הנייד, ולא קודם לכן, בנפרד.

נטען כי הפגמים בחקירה מבססים, בנפרד ובמצטבר, הגנה מן הצדק, שהסעד הראוי לה הוא ביטול כתב האישום או, למצער, המרת סעיף האישום לכזה שאינו נושא רישום פלילי.

1. ולבסוף, נטען על ידי ההגנה, כי נוכח השינוי שחל במדיניות ההעמדה לדין של הפרקליטות הצבאית, בנוגע לעבירות של שימוש בסם מסוכן מסוג קנאביס שביצעו חיילים בשירות חובה, מחוץ למסגרת הצבאית – שינוי שבעקבותיו, בנסיבות הדומות לאלה המנויות בכתב האישום, בכפוף לנטילת האחריות, ניתן להיקשר עם החייל בהסדר מותנה – העמדתו של המערער, שהוא קצין, לדין פלילי, בעבירה לפי פקודת הסמים המסוכנים, היא בבחינת הפליה פסולה. נטען, כי הפליה זו, נוכח השלכות הרישום הפלילי הנלווה להרשעה, אף היא מקימה למערער הגנה מן הצדק, שהמענה לה הוא המרת סעיף האישום לכזה שאינו נושא רישום פלילי.
2. בשולי הדברים, ציינה ההגנה את נסיבותיו האישיות של המערער, את תרומתו במסגרת השירות הצבאי ואת ההערכה שלה זכה ממפקדיו. ההגנה טענה, כי הרישום הפלילי הנלווה להרשעתו בבית הדין קמא, יקשה עליו להשתלב בשנים הקרובות בתפקידי אבטחה, שאליהם הוכשר בצבא, במסגרת שירות המדינה, כפי שקיווה לעשות.

**תשובת התביעה**

1. התביעה עתרה לפנינו לדחות את ערעור ההגנה ולהותיר את הרשעתו של המערער על כנה.
2. תחילה נטען, כי ההגנה מעלה בערעורה טענות חדשות, שטרם התבררו בערכאה הדיונית, וחלקן אף סותרות את עמדת ההגנה ואת גרסת המערער, כפי שהוצגו בבית הדין המחוזי. כך, נטען, כי בקשתו החדשה של המערער להורות על זיכויו, אינה אלא, חזרה מהודאה שניתנה בבית הדין. בעניין זה הפנתה התביעה לע"פ 6952/10 **בשימוב נ' מדינת ישראל** (טרם פורסם, 13.1.2011). התביעה הדגישה כי לכל אורך ההליך בבית הדין קמא טען המערער, כי הוא נוטל אחריו למעשיו ואינו חוזר בו מדבריו בחקירה. המערער אף לא טען לכרסום במשקל ההודיה שמסר במצ"ח וכן לא טען להיעדר תוספת ראייתית מתאימה. טענותיו בבית הדין המחוזי נסבו על אודות פגמים, שנפלו לשיטתו, בחקירה ועל השלכותיהם במישור ההגנה מן הצדק, במסגרת בקשתו להמיר את סעיף האישום בעניינו, לצד הטענה להגנה מן הצדק מטעמים של הפליה.
3. נטען עוד, כי טענות ההגנה על דיות הראיות ועל הפגיעה ברצון החופשי של המערער, כגון הטענה החדשה כי לא היה מקום לבקש מן המערער את הקוד הסודי למכשיר הטלפון הנייד שלו קודם לבירור הסכמתו בעניין - מחייבות היו ליבון משפטי ואף **בירור עובדתי** לפני הערכאה הדיונית. משלא הועלו בהליך הדיוני – אין להידרש אליהן בהיעדר קביעות בעניין של בית הדין קמא.
4. לגוף הטענה כנגד דיות הראיות, נטען, כי התיעוד של השיחה בין המערער לחברו, כעולה מן העיון הידני במכשיר הטלפון הנייד שלו, הוא בבחינת ראיה חיצונית, אשר יש בה כדי לאמת כדבעי את דבריו של המערער בחקירה. התביעה הצביעה על דבריו של המערער באותה שיחה, המלמדים על מעורבותו ובקיאותו בעולם הסמים המסוכנים וכן על התייחסותם של הדוברים באותה שיחה לאירועים שהתרחשו בעבר, שהם האירועים שהזכיר המערער בהודיה בחקירה, כסיטואציות שבמהלכן עשה שימוש בסם מסוכן.
5. לדידה של התביעה, בהתאם לממצאי המהימנות שנקבעו בבית הדין קמא ועל פי הקביעות העובדתיות שבהכרעת הדין – יש לדחות את טענות ההגנה בכל הנוגע לפגיעה ברצונו החופשי של המערער. נטען, כי ההודיה שמסר המערער בחקירתו במצ"ח מפורטת והגיונית, וכי די בתיעוד שנמצא במכשיר הטלפון הנייד שלו, על מנת לאמת את ההודיה ולבסס את הרשעתו בעבירה שיוחסה לו.
6. אשר לטענת ההפליה, התביעה הפנתה לפסק הדין בעניין **רס"ל יעקב** (ע/32/19 **התובע הצבאי הראשי נ' רס"ל יעקב** (2020)), שלפיו קיימת הבחנה עניינית בין קבוצת חיילי החובה לבין קבוצת הקצינים ומשרתי הקבע שאינם קצינים, בכל הנוגע למדיניות האכיפה בעבירות סמים. על פי פסק הדין, מדיניות התביעה הצבאית בנושא זה סבירה ומידתית, תוך שנקבע שם כי ככלל, אין להתערב בשיקול הדעת של התביעה בבחירת סעיף האישום המיוחס לנאשמים.

**דיון והכרעה**

**המסגרת העובדתית לבחינת טענות ההגנה**

1. הלכה ידועה ורבת שנים היא, כי לא בנקל תתערב ערכאת הערעור בממצאי מהימנות וקביעות עובדתיות שקבעה הערכאה הדיונית, שבפניה נשמעו העדים. הוטעם, כי:

"נקודת המוצא לדיון שלפנינו מצויה בכלל, שלפיו אין זו דרכה של ערכאת הערעור להתערב בממצאי מהימנות ובממצאים עובדתיים שקבעה הערכאה קמא. בבסיסו של כלל זה יתרונה הדיוני הבולט של הערכאה הדיונית, השומעת את העדים ומתרשמת מדבריהם, משפת גופם ומאותות האמת" (ע/22/13 **טור' סולמאני נ' התובע הצבאי הראשי** (2013); ראו גם: ע"פ 193/14 **נסראללה נ' מדינת ישראל** (26.10.2014); ע/132/07 **טור' מועלם נ' התובע הצבאי הראשי**, פס' 11 (2008); ע/45/03 **רס"ב אלקובי נ' התובע הצבאי הראשי**, פס' 7 (2003)).

1. בחינת כלל העדויות והראיות שהוצגו בבית הדין קמא, בשים לב לטיעוני הצדדים, מלמדת על כי קביעותיו העובדתיות של בית הדין נומקו כדבעי בממצאי מהימנות שעוגנו בהתרשמותו הישירה מן העדים, בניתוח הדברים שמסרו והתנהגותם, ובהתאם לכללי ההיגיון והשכל הישר. בית הדין קמא בחן ביסודיות את סוגיית מהימנותם של העדים ומסקנותיו בנושא נומקו היטב.
2. אשר על כן, נקודת המוצא לדיון בטענות ההגנה בערעור שלפנינו, היא המסגרת העובדתית, כפי שנקבעה בהכרעת הדין של בית הדין קמא. להלן, אפוא, נבחן את טענות ההגנה כסדרן, בראי הממצאים שבעובדה.

**מהלך החקירה**

1. כאמור, נטען על ידי ההגנה, כי המערער הסכים לעיון ידני במכשיר הטלפון הנייד, אך ורק משום שהניח כי החיפוש ייערך בין כה וכה, נוכח הצו השיפוטי שהוצג לו, וכי בכך, נשלל רצונו החופשי והסכמתו לעיון ידני במכשיר, לאו הסכמה היא. בעניין זה יש לומר, התקשינו לרדת לסוף דעתה של ההגנה. שהרי ממה נפשך, לו היה המערער מתמיד בסירובו לאפשר חיפוש במכשיר הטלפון הנייד שלו (כפי שנהג בתחילת החקירה), ממילא ניתן היה לערוך את החיפוש על פי הצו השיפוטי, שהוצא בעניינו ולעיין בתוצריו. אדרבא, בעובדה, כי החיפוש בתכתובות המצויות במכשיר הטלפון הפרטי של המערער נעשה על דעתו ובנוכחותו, יש כדי **למתן** את הפגיעה בפרטיותו ובכבודו (על הפגיעה בכבוד האדם ובפרטיות הכרוכה בחיפוש בטלפון נייד ראו: ע/24/15 **רב"ט סיגאוי נ' התובע הצבאי הראשי**, פסקה 23 (2016)).
2. ברוח זו, יש לדחות את טענות ההגנה כי לפנינו תחבולה פסולה או אמצעי חקירה נפסד. הצגת הצו השיפוטי נעשתה על פי נהלי המשטרה הצבאית המקובלים. ודוקו, הוראת קמצ"ר 5008 אוסרת, בסעיף 14, על חיפוש ידני, גם אם בהסכמת הנחקר, לאחר שבקשה להוצאת צו חיפוש **נדחתה** על ידי בית המשפט. ממילא, אין איסור כזה לאחר שבקשה להוצאת צו **נתקבלה**. בכך אין אלא, כדי לשקף את המצב המשפטי לאשורו. יש לקבוע, אפוא, כי בדברי החוקרות למערער לא נכלל כל מצג שווא (ראו והשוו: ע/57/15 **טור' לייזרוביץ נ' התובע הצבאי הראשי** (2015); ע/78/14 **טור' פלח נ' התובע הצבאי הראשי**, פסקה 27 (2015)).
3. מכל מקום, נחה דעתנו כי **קביעותיו העובדתיות** של בית הדין קמא הנכבד, שלפיהן, המערער הבין כי אינו חייב להסכים לעריכת החיפוש, כי זכותו לסרב, או להפסיק את החיפוש בכל עת עד להשלמתו, וכי סירובו בעניין לא ישמש לחובתו - נסמכו על ממצאי מהימנות שנומקו כנדרש, בוססו כדבעי ואין להתערב בהן. בדומה, מצאנו כי קביעתו **העובדתית** של בית הדין, שלפיה בהצגת הצו השיפוטי למערער לא היה כדי לפגוע ביכולת הבחירה שלו אם להודות באשמה שיוחסה לו – בדין יסודה, ואין להתערב בה.
4. טענה נוספת של ההגנה בהקשר זה עסקה בפניית החוקרת אל המערער בשאלה מהם פרטי הקוד הסודי לפתיחת מכשיר הטלפון הנייד שלו. נטען, כי בקשה לפרטי הקוד הסודי ראוי שתוצג לנחקר במסגרת השאלה האם הוא מסכים לחיפוש במכשיר הטלפון הנייד שלו, וכי הפרדתה של בקשה זו משאלת ההסכמה והצגתה בשלב **מוקדם** יותר של החקירה – מסכלת את יכולתו להימנע מלמסור את פרטי הקוד, **לאחר** שמוצג לו צו שיפוטי המאפשר חיפוש במכשיר הטלפון הנייד.
5. על פי הוראת קמצ"ר בנושא (סעיפים 13-12 להוראה מס' 5008 הנ"ל): "לאחר הוצאת צו חדירה לחומר מחשב, יש להציגו לחשוד, ולהבהיר לו כי עליו לאפשר למצ"ח לקיים את הצו השיפוטי – בין אם ימסור מרצונו את הסיסמה למכשירו הסלולארי ובין אם ימסור את המכשיר לידי מצ"ח כשהוא 'פתוח לשימוש' ללא צורך בסיסמה. אם החשוד סירב לאפשר למצ"ח גישה למכשיר גם לאחר שהוצג לו צו בית המשפט, ובכך סיכל את ביצוע הצו, יש להזהירו ולחקרו בחשד לביצוע עבירות של הפרעה לשוטר צבאי, לפי סעיף 126 לחוק השיפוט הצבאי, ושיבוש מהלכי משפט". לפיכך, על פי סדר הדברים, ככל שהחוקרים היו מבקשים לערוך את החיפוש מכוח הצו - נכון היה לבקש את הסיסמה למכשיר **לאחר** הצגת הצו השיפוטי (או לאחר קבלת ההסכמה לחיפוש). כך או כך, בענייננו, כפי שקבע בית הדין קמא, זכויותיו של המערער בחקירה הובהרו לו היטב בראשיתה והוא הבינן לאשורן. כמו כן, השאלה על אודות פרטי הקוד הסודי, שולבה בסדרה של שאלות הנוגעות לפרטי מכשיר הטלפון הנייד של המערער ולאחריה, באותו שלב בחקירה, הביע המערער את סירובו לחיפוש במכשיר (עוד קודם להצגת הצו השיפוטי). לפיכך, אין מקום להתערבות בקביעתו **העובדתית** של בית הדין קמא, שלפיהן המערער "מסר את הסיסמה למכשיר הטלפון הנייד שלו מרצונו הטוב והחופשי". מכל מקום, אין בסדר הצגת השאלות, בראי התמונה הכוללת של החקירה ונוכח התרשמות בית הדין מן העדים השונים – כדי לכרסם במשקלה של ההודיה או כדי לפגום בקבילות התיעוד שהופק בעקבות החיפוש במכשיר הטלפון הנייד. לא למותר להזכיר עוד, כי אליבא דגרסתו של המערער אשר נדחתה בבית הדין קמא, הוא התבקש למסור את פרטי הקוד הסודי, **לאחר** שהוצג לו הצו השיפוטי.
6. עולה מן המקובץ, כי לא נפל פגם בחוקיות החיפוש שנערך במכשיר הטלפון הנייד של המערער וכפי שקבע בית הדין קמא הנכבד, רצונו החופשי להודות במיוחס לו – לא נפגע. בהתאם, כפי שנפרט להלן, אין להתערב במסקנותיו של בית הדין על אודות המשקל הרב שיש לייחס להודיה של המערער בחקירה ועל מעמדו של תיעוד השיחה מתוך מכשיר הטלפון הנייד של המערער, כראיה מאמתת שדי בא כדי לחזק ולבסס את אמינות ההודיה.

**דיות הראיות**

1. כידוע, על מנת לבסס הרשעה בפלילים על הודיה של נאשם, יש לבחון את ההודיה באמצעות **המבחן הפנימי** שלה (מבחן "המשקל העצמי") ובאמצעות **המבחן החיצוני** (דבר מה נוסף).
2. תפקידו של המבחן הפנימי לוודא, שההודיה לא נמסרה בעקבות לחץ פנימי של המודה ולפיכך, יש לבדוק את ההודיה "על פי סימני האמת העולים מתוכה, כגון הגיונה או חוסר הגיונה הפנימי, סידורם או בלבולם של הפרטים הנמסרים בה וכיוצא בהם סימנים של שכל ישר המביאים אדם בר דעת להתייחס לדברי זולתו באמון" (ע"פ 715,744/78 **לוי נ' מדינת ישראל**, פ"ד ל"ג, 228, 234 (1979)).
3. לצד זאת, במסגרת המבחן החיצוני יש להראות "ראיה הקרויה 'דבר מה נוסף', שתכליתה להציג כי הנאשם לא בדה את הסיפור מליבו" (ע"פ 1094/07 **דדון נ' מדינת ישראל**, פסקה כ"ו (טרם פורסם, 3.7.2008); ראו גם עניין **אדריס** לעיל). כך, הוטעם, כי "מטרתו של המבחן החיצוני היא להסיר את החשש כי על אף שעדות הנאשם נמצאה מהימנה, הנאשם לקח על עצמו, מסיבה כלשהי שאינה ידועה, ביצועה של עבירה שהוא אינו אחראי לה או שאינו אחראי לה באופן מלא... על כן הוגדר המבחן החיצוני כ'שסתום הביטחון' של שאר המבחנים לבחינת אמיתותה של ההודאה" (ע"פ 6679/04 **סטקלר נ' מדינת ישראל** (טרם פורסם, 11.5.2006)). בואר, כי מדובר בתוספת ראייתית מאמתת, 'שדי שתאשר במידת מה את תוכן ההודאה... ולא בתוספת מסבכת בדמותו וברמתו של סיוע" (עניין **דדון** לעיל, פסקה כ"ו).
4. הלכה פסוקה היא כי קיימת "זיקת גומלין שבין המשקל הסגולי שמעניק בית המשפט להודאה עצמה, לבין משקלו של ה'דבר מה' הדרוש לאימות תוכנה, כאשר ככל שמשקלה הפנימי של ההודאה גבוה יותר, כך פוחת הנטל בגדרו של המבחן החיצוני, ולהיפך" (ע"פ 10477/09 **מובארק נ' מדינת ישראל**, פסקה 7 (טרם פורסם, 10.4.2013); ראו גם: ע/88/07 **התובע הצבאי הראשי נ' סמל דרעי** (2008)). יפים לכאן אף הדברים הבאים:

"**'דבר מה נוסף' הוא דרישה ראייתית שתפקידה מתמצה בהפרכת החשש כי בדה הנאשם את גרסתו, מסיבותיו שלו ... דרישת 'דבר מה נוסף' באה במסגרת מבחן חיצוני להודיית נאשם ...** ועל כן היא אף אינה נבחנת לבדה, אלא ביחס למשקל שניתן לתוכן ההודיה... מקום שהגיונה הפנימי של ההודיה רב וניתן לו משקל גדול, קטן כובד משקלה הנדרש של דרישת 'דבר מה נוסף'"(ע"פ 3370/09 **אלעמור נ' מדינת ישראל**, פסקאות י'-יא' (2011), הדגשות הוספו).

1. עולה, אפוא, כי על הראיה המאמתת לחזק את אמינות ההודיה. ברוח תכלית זו, בנוגע לפרטים אשר עשויים לשמש כראיה מסוג דבר מה להודיה, נפסק, כי ניתן להפנות אל פרטים מוכמנים; אל פרטים המלמדים על ההזדמנות לביצוע העבירה; פרטים המלמדים על השתלבות התכנים שבהודיה במציאות; ואף פרטים המאמתים את המניע לביצוע העבירה, כפי שתואר בהודיה (ראו: ע"פ 531/88 **רדעי נ' מדינת ישראל**, פ"ד מד (4), 559 (1990); ע"מ/36/20 **רס"ל אלמושנינו נ' התובע הצבאי הראשי** (2020); ע"מ/127/16 **התובע הצבאי הראשי נ' רב"ט גורלנד** (2016)).
2. תיעוד של מסרונים מתוך טלפון נייד של נאשם, **עשוי** לענות על הדרישה לאימות ועשוי להוות הנדבך החסר להוכחת אמינות ההודיה שנגבתה בחקירה (ראו והשוו: בש"פ 7689/15 **מדינת ישראל נ' אבו צבייח** (טרם פורסם, 13.11.2015); ע/79/16 **טור' פנחס נ' התובע הצבאי הראשי** (2017); עניין **פלח** לעיל). ככלל, מדובר בממצאים אשר קיימים בפני עצמם **ומנותקים מן החקירה**, שבמסגרתה נגבית ההודיה, בזמן ובהקשר. ודוקו: מקור הראיה של "דבר מה" אינו, **בהכרח**, חיצוני למודֶה, להבדיל מחיצוני להודיה (ראו עניין **סטקלר** לעיל, פסקה 23 וראו גם פסקה 30 לפסק הדין, ביחס לשחזור שערך נאשם, כדבר מה נוסף להודייתו). יש לבחון **כל מקרה לגופו, בהתאם לנסיבות הקונקרטיות ובראי התמונה הכוללת**. כך, בעניין **אדריס** הנ"ל, **להבדיל** מן המקרה שלפנינו, נדחתה עמדת התביעה כי יש להרשיע את המערער על בסיס הודיה בחקירה ודברים שמסר לאחר. באותה פרשה התקיימו נסיבות שהעידו על לחץ פנימי ניכר, שבו היה שרוי המערער בחקירתו (בשב"כ); המערער כפר בעקביות באשמות שיוחסו לו ועמד על חפותו לכל אורך ההליך; המערער אף טען, שוב ושוב, כי הדברים שמסר לחברו (הראייה המאמתת), נבעו מרצונו להתרברב לפניו. יתרה מזאת, פרטים שמסר בהודיה, נסתרו בעובדות חיצוניות ולפיכך, בראי התמונה **הקונקרטית, הכוללת** באותו עניין – לא היה מקום להרשיעו על פי ההודיה שמסר בחקירה והדברים שמסר לאחר.
3. אשר למקרה דנן, המערער שלפנינו הוא קצין, שבית הדין התרשם באופן בלתי אמצעי מהיותו "אדם נבון, משכיל ואינטליגנטי". נקבע, כממצא שבעובדה, כי כלל הזכויות הוסברו לו בפתח החקירה וכי המערער חתם על מסמכים שונים במהלך החקירה, "רק לאחר שקרא אותם והבין את משמעותם". כמו כן, בהמשך להתרשמות בית הדין המחוזי מן המערער והממצאים ביחס למהלך החקירה בעניינו, בואר, כמפורט לעיל, כי "... פירוט הנסיבות בהן עשה הנאשם שימוש בסם מסוכן מסוג קנאביס, בשלוש הזדמנויות אזרחיות, מגלה כי מדובר בהודאה בעלת סימני אמת, נוכח הגיונם של הדברים והשתלבותם זה בזה".
4. אין זאת אלא, כי על פי המבחן הפנימי, יש לייחס להודיה שמסר המערער בחקירה משקל ניכר. בהתאם, נוכח מעמדה ומשקלה של ההודיה, הנטל שהוטל על כתפי התביעה להצביע על ראייה מאמתת – אינו רב.
5. בחינת תוכנה של השיחה שנערכה בין המערער לבין חברו גיא, כפי שאותרה בחיפוש שנערך במכשיר הטלפון הנייד של המערער, מלמדת על היכרותו של המערער עם עולם הסמים, על בקיאותו בתחום ועל יחסו אליו ("**תקשיב אני שוקל ברצינות לקנות ירוק ולעשן בבית**"; "**אני פשוט שונא לעשן אבל אחרי כמה פעמים אני מתרגל**"; "**אני הולך להביא לך כסף בקבוע ותעזור לי לקנות מהבחור שלך**").
6. מהלך השיחה המתועדת ותוכנה **חורגים** מדבריו של המערער בהודיה וכן, וזה העיקר - יש בהם כדי להצביע על **השתלבות** הפרטים שמסר המערער בהודיה, בכל הנוגע למעשי השימוש בסמים, **עם פרטי אירועים (שמות המעורבים בהם, הזמנים, המקומות והרקע להם), שהתרחשו במציאות, לפי אישורו של החבר** (ראו והשוו: עניין **סטקלר** לעיל, פסקה 26). כך למשל, המערער וחברו גיא מציינים את שמו של חבר שלישי, שבביתו נערך שימוש בסם מסוכן, ומזכירים גם מעשה שימוש בסם מסוכן, בסמוך למועד שבו נפרד המערער מחברתו, שיר (על קבילות דבריו של חברו של המערער בשיחה, לאחר שתיעוד השיחה התקבל בהסכמת ההגנה והמערער אישר את התקיימותה, ראו השוו: ע"פ 6411/09 **מנבר נ' מדינת ישראל** (טרם פורסם, 5.12.2000)).
7. אך מעבר לכל האמור, כאמור, **בשונה** מעניין **אדריס** לעיל, המערער, לכל אורך ההליך בבית הדין קמא (בהודעות של באי כוחו שנמסרו בהזדמנויות שונות, בעדותו בפרשת ההגנה ואף בדברו האחרון) – ביקש ליטול אחריות על מעשיו והודה בהם בבית הדין. רק בשלב הערעור נטען, לראשונה, כי אין להרשיעו. למעשה, גם עתה, בשלב הערעור, המערער אינו מבקש **במפורש** לחזור בו מן ההודאה, אלא, עוטף את דבריו בטענות משפטיות כאלו ואחרות, שבהן אף הטענה להפליה, אשר בבסיסה בקשתו להשוות בקירוב את מצבו למצבם של חיילים שזכו להסדר מותנה, **לאחר שהודו באשמה** ונטלו אחריות למעשיהם. במצב דברים זה, ניתן לבסס את הרשעתו של המערער על ההודאה שמסר במהלך משפטו **כראייה יחידה, ללא צורך בתוספת ראייתית כלשהי** (ראו סעיף 154 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב – 1982; סעיף 358(ב) לחוק השיפוט הצבאי, התשט"ו – 1955; רע"פ 4142/04 **מילשטיין נ' התובע הצבאי הראשי**, פסקה 13 לפסק דינו של השופט לוי (טרם פורסם, 14.12.2006)).
8. לא לחינם, חזרה מהודאה שנמסרה בבית משפט מותנית בהיתר של בית המשפט (סעיף 153 לחוק סדר הדין הפלילי; וראו גם: סעיף 357 לחוק השיפוט הצבאי בנוגע לחזרה מהודאה ברשות בית הדין, עד לשלב הכרעת הדין). הוטעם בהלכה הפסוקה, כי במסגרת שיקול הדעת של בית המשפט בשאלה אימתי להתיר לנאשם לחזור בו מן ההודאה, קיימת חשיבות רבה לשאלת השלב הדיוני, שבו מוגשת בקשה כאמור. נקבע, כי בקשת נאשם לחזור בו מהודאתו לאחר מתן גזר הדין בעניינו "תתקבל רק במקרים חריגים, כאשר מכלול הנסיבות מעורר חשש ממשי שהנאשם הודה באשמה בניגוד לרצונו החופשי, או תוך שהוא אינו מבין את משמעות הודייתו... או בנסיבות של כשל בייצוג ..." (ע"פ 5735/18 **גודובסקי נ' מדינת ישראל** (טרם פורסם, 19.12.2019); וראו גם: ע"פ 5401/18 **פלוני נ' מדינת ישראל** (טרם פורסם, 5.2.2019)). ברי, כי במקרה שלפנינו לא עולה כל חשש כי המערער הודה באשמה בבית הדין בניגוד לרצונו החופשי, או תוך שאינו מבין את משמעות דבריו, או בנסיבות של כשל בייצוג – וטענות אלה אף לא נטענו מפי ההגנה.

**התנהלות התביעה**

1. בפתח חלק זה של הדיון יש להבהיר, כי אין בידינו לקבל את טענתה **החדשה** של ההגנה, על פגם שנפל לכאורה בהתנהלות התביעה, נוכח הגשת כתב האישום, מבלי שנמצא בחומר הראיות דבר מה נוסף לאימות ההודיה שמסר המערער בחקירה. משקבענו, כאמור, כי קיים גם קיים בחומר הראיות דבר מה נוסף, מתאים, לביסוס אמינותה של ההודיה – יש לדחות את הטענה.
2. נציין עוד, כי הודאתו של המערער במעשים שיוחסו לו, אשר נמסרה בבית הדין קמא במספר הזדמנויות, בשים לב לכך שהמערער היה מיוצג על ידי סנגור כבר משלב החקירה ולכל אורך ההליך - אף היא מצביעה על הקושי הכרוך בטענת ההגנה הנ"ל, בוודאי לנוכח העלאתה בשלב הערעור בלבד.
3. כמפורט לעיל, ההגנה טענה עוד כי המערער הופלה לרעה נוכח העמדתו לדין בעבירה של שימוש בסם מסוכן לפי פקודת הסמים המסוכנים לעומת חיילים בשירות חובה, אשר בנסיבות דומות, על פי מדיניות האכיפה של התביעה הצבאית, יכולים להיקשר עם התביעה בהסדר מותנה שבסיומו, בחלוף תקופת תנאי של כשנה, אם לא נכשלו בעבירות נוספות - יבוטל כתב האישום בעניינם (הנחיית התביעה הצבאית הראשית 3.07, בעניין "הסדרים מותנים והסדרי הקפאה"). לדידה של ההגנה המדובר בהפליה פסולה ומשום כך קמה בעניינו של המערער הגנה מן הצדק, שהסעד ההולם בגינה, הוא המרת סעיף האישום לכזה שאינו נושא רישום פלילי.
4. טענה זו נדונה לאחרונה, בהרחבה בעניין **רס"ל יעקב** לעיל. באותו מקרה, לאחר בחינת פסקי הדין המרכזיים בנושא, סוכמה ההלכה בנוגע להתערבות בהחלטות התביעה, לרבות בסוגית בחירת סעיף האישום, כדלקמן:

"... 'הלכה ותיקה עמנו כי בית משפט זה אינו נוטה להתערב בהחלטות רשויות התביעה בנושא העמדה לדין, אלא במשורה, במקרים חריגים, **מקום בו ההחלטה בלתי סבירה באופן קיצוני או עלולה לגרום עיוות דין מהותי'** (עניין **ג'בר** לעיל, פסקה 5, הדגשות הוספו; ראו גם: בג"ץ 8814/18 **אמסלם שלו נ' מדינת ישראל-פרקליטות מחוז תל אביב** (27.1.2019)). אשר על כן, **נקודת המוצא** לדיון שלפנינו היא, כי כל עוד החלטתה של התביעה הצבאית נמצאת במתחם הסבירות ואינה לוקה בפגם משמעותי, בית הדין הצבאי לא יחליף את שיקול דעתה של התביעה בשיקול דעתו שלו (ראו: ע/16/19 **התובע הצבאי הראשי נ' סמל ארגואטי** (2019)). ולעניינו, לנוכח טענת ההגנה לאכיפה בררנית - היקף ההתערבות של בית הדין נותר מצומצם ומוגבל לאותם מקרים חריגים, שבהם הצביעה ההגנה על מדיניות אכיפה של התביעה שהובילה להפליה פסולה, הפליה שתוצאתה פגיעה ממשית בתחושת הצדק" (עניין **יעקב** לעיל, פסקה 30, הדגשות במקור).

1. אשר לטיב ההבחנה בין חיילים בשירות חובה לקצינים בשירות חובה ולמשרתי הקבע, הוטעם, כי:

"... משרתי הקבע, אשר **בחרו** לשרת בצבא, שהוא ארגון היררכי נורמטיבי, שהמשמעת בו היא אבן היסוד להגשמת ייעודו – ההגנה על בטחון המדינה - **מקבלים על עצמם**, לכל אורך השירות, את התנאים הקפדנים והדרישות הייחודיות של המערכת הצבאית...

המגבלות וההשלכות הנלוות למעמד המפקד, ובכלל זה – משרת הקבע, קשורות במישרין לאופיו הייחודי של צה"ל - צבאה של המדינה. כאמור, הצבא הוא ארגון היררכי, הנושא באחריות לביטחון המדינה ולשלום תושביה, ומתגייסים אליו, מכוח חוק, אזרחי המדינה בגילים המתאימים. תפקידו ומעמדו של המפקד נגזרים מייעודו של הצבא ומן הדרישה שאין להתפשר בה - להקפיד על דריכות מבצעית וכוננות מלאה, לאורך זמן...

צה"ל הוא צבא העם. חיילנו משרתים בו מכוח חובה שבחוק. על רקע זה קיימת חשיבות מיוחדת להטמעת ערך האמון בין החיילים למפקדים ובין המפקדים לציבור הרחב. **אמון זה הוא הבסיס לציות החיילים למפקדיהם והוא שיבטיח כי ביום פקודה יפעל הצבא כגוף אחד הנחוש לבצע את משימותיו**" (עניין **אל"ם מור חיים** לעיל, הדגשות הוספו)...

לא יכולה להיות מחלוקת כי למפקדים בצה"ל, לא כל שכן, לאלה שאינם זוטרים והם בשירות קבע, **מעמד שונה**, הן ביחס לאזרחים אחרים במדינה והן ביחס לחיילים בשירות חובה בצבא. ויפים לכאן הדברים הבאים:

'על המפקדים מוטלים הרבה תפקידים: לאמן חיילים, להקנות להם סדר ומשמעת, ללמדם הלכות קרבות, לדאוג לרווחתם ולצרכיהם. כל אלה הם הכרחיים וחיוניים, אבל המפקד לא יהיה ראוי לשמו ולשליחותו אם לא יהיה יותר מזה. **מפקד אמיתי הוא רק מי שמסוגל להיות אדם למופת.**.. אדם מחנך לא בהסברה ולא בפקודות – ואי אפשר לצבא גם בלי אלה, אבל אלה אינם מספיקים: **מחנכת הדוגמה החיה, דוגמת חיים של האדם למופת**... '(דוד בן גוריון, **בהילחם ישראל**, (מהדורת 2018), עמ' 303)

המדובר, אפוא, **בקבוצה ייחודית**, החבה במידת **אמון מוגברת** כלפי הפקודים, כלפי מפקדי הצבא וכלפי הציבור כולו. קבוצה **שתקינות פעולותיהם וטוהר המידות של החברים בה, הם תנאי הכרחי לקיומו ולחוסנו של צה"ל כצבא הגנה לישראל"** (שם, פסקאות 39-36, הדגשות במקור).

1. בהמשך, נפנה בית דין זה לבחון את מדיניות האכיפה של התביעה הצבאית בעבירות סמים, בראי מאפייניה הייחודיים של קבוצת המפקדים (קצינים בחובה ומשרתי קבע). בואר, כי "המערכת הצבאית היא מסגרת היררכית שההקפדה על המשמעת והדריכות בה היא מנשמת אפה... שיקולי בטחון מובהקים והצורך להגן על שלומם של תושבי המדינה הם שמבססים את האינטרס הציבורי לחזק ולבצר את כללי המשמעת הנוקשים בצבא, המהווים תנאי לדריכותו, לכוננותו, ולעמידתו האיתנה במשימות הביטחון, שעליהן הוא מופקד..." (עניין **יעקב** לעיל, פסקה 43). בהתאם, שב בית הדין על הלכה המושרשת שלפיה "שימוש בסם מסוכן **אינו** יכול להתיישב עם ייעודו של הצבא. יש בו משום פגיעה קשה בחוסנו של הצבא וביכולתו להיות ערוך ומוכן לביצוע תפקידו – להגן על ביטחון המדינה ותושביה, במציאות הביטחונית השוררת במדינת ישראל לאורך שנות קיומה" (שם, פסקה 44). בואר עוד, כי:

"... הדברים מקבלים **משנה חומרה** עת עסקינן באוכלוסיית **המפקדים** בצבא. במקרים אלה נלווה למעשים כישלון פיקודי מובהק והם אינם יכולים להתיישב עם מעמדו של המפקד ביחידה ועם הציפיה כי ישמש דוגמה אישית. מפקד המשתמש בסם מסוכן פוגע פגיעה קשה באמון חייליו. הוא מכרסם בתדמיתו ובמרותו כלפיהם, ובתוך כך - ביכולתו להניעם ולהובילם לביצוע המשימות, שהוטלו על היחידה. בד בבד, יש במעשיו משום עידוד של החיילים להשתמש בסם מסוכן וכרסום ניכר בהרתעה הנדרשת... הנזק למלחמתו של צה"ל בנגע הסמים, הפגיעה בחינוך ובהסברה, בהקפדה על כללי המשמעת בצבא, הכרוכים בכישלון מעין זה של מפקד – הם רחבי היקף, והדברים מדברים בעד עצמם!" (עניין **יעקב** לעיל, פסקה 45).

1. בית הדין עמד על כך שבשנים האחרונות, חרף החומרה הנלווית למעשי שימוש בסם מסוכן של חיילים, הקלה התביעה הצבאית את מדיניות האכיפה של עבירות הסמים בצה"ל בנוגע לחיילים בשירות חובה. בד בבד, סויגה המדיניות החדשה כך שלא תחול על משרתי קבע וקצינים בשירות חובה. לאור האמור, נדרש בית הדין בעניין **יעקב** הנ"ל לשאלה שעוררה ההגנה אף במקרה דנן - האם, בעקבות אותם שינויים ותמורות, היחס השונה כלפי קצינים בשירות חובה ומשרתי הקבע, היינו, העמדתם לדין בעבירה של שימוש בסם מסוכן – יוצר הפליה פסולה ומחייב את התערבותה של הערכאה השיפוטית בשיקול הדעת של התביעה בבחירת סעיף האישום אשר בכתב האישום.
2. במסגרת הדיון בשאלה, ערך בית הדין השוואה בין תוצאות ההליך הפלילי בעניינו של קצין (או מפקד בשירות קבע שאיננו קצין), לבין מצבו של חייל בשירות חובה שביצע עבירות דומות. לשם כך, נבחנו ההשלכות הנלוות להרשעה בעבירה של שימוש בסם מסוכן, בנסיבות המאפשרות לחייל בשירות חובה להיקשר בהסדר מותנה. בואר, כי במקרה הדומה בנסיבותיו, הרישום הפלילי הצפוי לחול בעניינו של הקצין עם הרשעתו, הוא רישום פלילי "מופחת". השפעתו של רישום פלילי "מופחת" על חייו ועתידו של נאשם מורשע, לעומת רישום פלילי "מלא", מצומצמת, והשלכותיו הן כהשלכות של הימנעות מהרשעה (ראו סעיף 404א לחוק השיפוט הצבאי, המפנה, בנסיבות הדומות לעניינו של המערער, לסעיפים 13 ו-16 לחוק המרשם הפלילי ותקנת השבים, התשמ"א-1982, העוסקים במקרים של צו מבחן, התחייבות להימנע מעבירה וצו שירות לתועלת הציבור, שניתנו **ללא הרשעה**). לאור האמור, נקבע כי:

"... בחינת **מלוא התמונה** ושקילת **כלל השיקולים** הנוגעים בעניין מובילים למסקנה ברורה, **שונה** מזו שאליה הגיע בית הדין קמא. מכלול הנתונים, בוודאי בראי טיבה והיקפה של הביקורת השיפוטית על ההחלטה המנהלית, כמפורט לעיל, מלמדים כי עסקינן **בקבוצות נפרדות בעלות מאפיינים שונים**, וזאת, על רקע של אינטרס חברתי מובהק, שעניינו הגנה על שלום המדינה ותושביה, וההשוואה ביניהן מלמדת על **הבחנה עניינית, מנומקת ומבוססת**, ולא על הפליה פסולה.

חשוב להדגיש, כי **נקודת המוצא, 'דרך המלך', במקרה של מעשי שימוש בסם מסוכן היא העמדה לדין פלילי בעבירה המתאימה, הייעודית, קרי: עבירה של שימוש בסם מסוכן לפי פקודת הסמים המסוכנים**... אכן, המחוקק הלך כברת דרך לטובת אלה שאינם משרתים בצבא, שביצעו מעשה שימוש מזדמן בסם מסוג קנאביס, וכהוראת שעה, אפשר למי שנכשל בעבירה זו בפעם הראשונה ואף בפעם השנייה, לשלם קנס חלף נקיטת הליך פלילי, על כל המשתמע הימנו. עם זאת, כאמור, **נוכח טיבה של המסגרת הצבאית ומאפייניה הייחודיים**, סֽייג המחוקק את תחולת ההסדר המקל וקבע כי אין להחילו על חיילים. בצד זאת, ברוח השינויים בחקיקה, כאמצעי **מידתי** ועל מנת לצמצם את המרחק בין מעמדם של חיילים **צעירים**, המשרתים בצבא **מכוח חוק, בשירות חובה**, לבין אלה שאינם בשירות צבאי - מאפשרת הפרקליטות הצבאית לחיילים בשירות חובה, אשר נוטלים אחריות על מעשיהם, להיקשר בהסדר הקפאה, ועם עמידתם בתנאים, בתום תקופת מבחן בת כשנה, מבטלת את כתב האישום בעניינם. מדיניות זו אינה מלמדת על הצורך לנקוט צעד נוסף גם בעניינם של משרתי הקבע, המפקדים. כפי שפירטנו בהרחבה, לאוכלוסיית אנשי הקבע, מפקדים שבחרו לקשור את עתידם בשירות הצבאי, **חובת אמון מוגברת ורף ההתנהגות המצופה מהם גבוה במיוחד**, וזאת, כמתחייב מטיבה ומאופייה של המסגרת הצבאית, ומייעודו של צה"ל, שהוא צבא העם. הפרת החוק כשלעצמה, על ידי מפקד, היא בעלת משמעות שונה, מחמירה, וביצוע עבירה של שימוש בסם מסוכן על ידי מפקד, כמפורט לעיל, גורר אחריו השלכות מרחיקות לכת ונזק רב. בהתאם, יש לקבוע כי ההבחנה שנקטה התביעה בסוגיית העמדתם לדין של קצינים בשירות חובה ושל משרתי הקבע, בעבירות מעין אלו, היא **הבחנה עניינית ששורשיה נטועים עמוק בהוויה הצבאית ובאינטרסים חברתיים מובהקים של מדינת ישראל, שהם האינטרס הציבורי באכיפת החוק, ובעיקר – האינטרס הציבורי של השמירה על ביטחון המדינה ותושביה**.

הדברים האמורים ביתר שאת, נוכח השלכותיו **המצומצמות ממילא של הרישום הפלילי 'המופחת'**, אשר כאמור, אינן חורגות מהשלכות של הימנעות מהרשעה" (עניין **יעקב** לעיל, פסקאות 54-53, הדגשות במקור).

1. עולה מן המקובץ, כי במישור העקרוני, הכללי, אין לקבוע כי לפנינו הפליה פסולה, בין קצינים בחובה ומשרתי הקבע לבין חיילים בשירות חובה, ויש לדחות את טענת ההגנה בהקשר זה.
2. אף במישור הפרטני לא מצאנו כי יש בנסיבותיו הקונקרטיות של המערער ובנסיבות העבירה כדי ללמד על עיוות דין מהותי, אשר יש בו כדי לבסס הגנה מן הצדק (על המבחנים לקיומה של הגנה מן הצדק ראו: רע"פ 5861/19 **פלוני נ' מדינת ישראל** (טרם פורסם, 2.1.2020); רע"פ 7052/18 **מדינת ישראל נ' רותם** (טרם פורסם, 5.5.2020)).
3. המערער שימש כמפקד מחלקת כוננות ואבטחה בבסיס שדה דב, ובהמשך כמפקד פלגת אבטחה בבסיס רמת דוד. מתוקף תפקידיו, פיקד המערער על חיילים במערך של ההגנה הקרקעית של הבסיסים והיה אחראי על דריכותם ועל כשירותם המבצעית. המערער נכשל במעשי שימוש בסם מסוכן מסוג קנאביס, בשלוש הזדמנויות שונות ולאורך תקופה ארוכה. עולה, אפוא, כי אין המדובר במעידה חד פעמית, אלא במי שעל אף מעמדו והחובות שנטל על עצמו כמפקד בשירות חובה ובשירות קבע, בתפקידי אבטחה, הפר את החוק פעם אחר פעם. בהתנהגותו כאמור, מעל המערער באמון הציבור, באמון מפקדיו ובאמון החיילים הנתונים לפיקודו ולאחריותו.
4. בהתאם, אין לקבוע כי החלטת התביעה להעמידו לדין בעבירה המתאימה, של שימוש בסם מסוכן לפי פקודת הסמים המסוכנים, עולה כדי אכיפה בררנית אל מול חייל בשירות חובה, שיכול ובעניינו הייתה התביעה נקשרת בהסדר מותנה. בדומה לקביעת בית הדין בעניין **יעקב** לעיל, "בהתחשב בכלל השיקולים העומדים בבסיס העמדתו של המערער לדין פלילי, באינטרסים החברתיים המשמשים בסוגיה, נוכח מעמדו כמפקד בשירות קבע – **אין לקבוע** כי החלטת התביעה, המעוגנת במדיניות כתובה, ידועה וברורה, מביאה ל**עיוות דין מהותי** בעניינו ואין להתערב בה מטעמים של הגנה מן הצדק" (פסקה 58).
5. סוף דבר, מצאנו כי אין להורות על זיכויו של המערער או להתערב בשיקול הדעת של התביעה בבחירת סעיף האישום. משכך, יש לדחות את ערעור ההגנה על הכרעת הדין, על כל מרכיביו.

ניתן והודע, י"ט באב התש"ף, 9 באוגוסט 2020, בפומבי ובמעמד הצדדים.

**\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_ \_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_ \_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_**

**הנשיא המשנה לנשיא שופט**

**חתימת המגיה: \_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_ העתק נאמן למקור  
 סמ"ר עדי לביא   
תאריך: \_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_ קצינת בית הדין**