



### בבית הדין הצבאי לערעורים

בפני :

תא"ל אורלי מרקמן - המשנה לנשיא  
אל"ם מאיה הלר - שופטת  
אל"ם גור עמיבר - שופט

בעניין :

מ/XXX טוראי ר' מ' – המערער (ע"י ב"כ, סרן נתנאל יעקב-חי)

נגד

התובע הצבאי הראשי – המשיב (ע"י ב"כ, רס"ן מתן פורשט)

ערעור על פסק דין של בית הדין הצבאי המחוזי במחוז שיפוטי המטכ"ל שניתן בתיק מטכ"ל (מחוזי) 967/16 (סא"ל סיגל טורג'מן-חזן – שופטת) ביום 30.4.2018. הערעור (הכרעת הדין וחומרת העונש) נדחה.

### פסק-דין

#### פתח דבר

1. ביום 14.12.2016, הוגש כנגד טורי ר' מ', המערער, כתב אישום, שבמסגרתו הואשם בעבירה של סירוב להיבדק לשם גילוי שימוש בסמים מסוכנים, לפי סעיפים 127א ו-250א לחוק השיפוט הצבאי, תשט"ו-1955. נטען, כי ביום 15.6.2016, סירב המערער למסור דגימת שתן לשם גילוי שימוש בסמים מסוכנים, חרף צו שחייבו לעשות כן. המערער כפר באשמות שיוחסו לו וטען כי הצו שהוצא נגדו אינו חוקי. לחלופין, טען כי יש להורות על ביטולו של כתב האישום נגדו, או למצער, על המרת סעיף האישום לכזה שאינו נושא רישום פלילי, בשל הגנה מן הצדק. בית הדין קמא דחה את טענות ההגנה והרשיע את המערער במיוחס לו. לאחר מכן, גזר עליו קנס בסך 1,500 ש"ח, והורה על הארכת עונש מאסר מותנה שהוטל על

המערער בעבר (תיק מטכ"ל (מחוזי) 1055/15 **התובע הצבאי נ' טור' ר' מ' (2015)**), למשך שנתיים.

ההגנה לא השלימה עם הרשעתו של המערער ומכאן הערעור שלפנינו.

### עיקרי הכרעת הדין והשתלשלות העניינים בחקירה

2. במסגרת פרשת התביעה, העידו לפני בית הדין קמא רס"ן גלעד בדין, מפקד ימ"ר מצ"ח דרום, ששמש בעת החקירה כמפקד מצ"ח דן והיה מי שהורה למערער, בצו, למסור דגימת שתן; וסמל מוריה בוגורד, מי שחקרה את המערער במצ"ח. מטעם ההגנה, העידו המערער ומפקדו הישיר, רס"ל יקיר ז'אן.

3. אף שבית הדין דן בהרחבה בעדויות השונות והתייחס לכלל המסמכים שהוצגו לו, הוא נמנע מלקבוע ממצאי מהימנות מפורשים ביחס לעדי התביעה ולעד ההגנה – מפקדו של המערער. נבהיר כבר עתה, כי אף שמוטב היה לקבוע ממצאים אלה **מפורשות**, הרי שמעיון מדוקדק בהכרעת הדין ולאחר בחינת כלל הקביעות העובדתיות וההתייחסות המפורטת לעדויות השונות, כמו גם ההשוואה ביניהן – ניתן ללמוד, כי בית הדין התרשם באורח חיובי מעדויות אלה. לעומת זאת, נמצא, כי עדותו של המערער היתה **"עדות מגמתית, מניפולטיבית ובלתי אמינה**. לא רק בהתנהגותו נהג הנאשם בדרך זו, אלא גם בעדותו לפניו". בהתאם, נקבע באופן שאינו משתמע לשניים, כי גרסתו של המערער, כפי שהוצגה בבית הדין קמא, שלפיה קיים קשר "בין הטראומה שלכאורה עבר לבין פגיעה בפרטיותו בפני החוקרת במהלך החקירה" (כנימוק לסירובו למסור דגימת שתן), אינה, אלא, **"גרסה כבושה, מזגזגת ומשתנה"**.

4. התמונה הכוללת – ממצאי המהימנות ביחס לעדות המערער, העדויות והמסמכים שהובאו לפני בית הדין קמא, והקביעות העובדתיות בהכרעת הדין – מצביעה על השתלשלות העניינים, כדלקמן:

א. ביום 15.6.2016, בעקבות מידע מודיעיני, שלפיו המערער ושלושה חיילים נוספים השתמשו בסם מסוכן מסוג "חשיש", בנסיבות צבאיות – נחקרו המערער וסמל זרו בבסיס מצ"ח דן. למחרת, נחקר גם סמל דאמיטו, שאף הוא הוזכר במידע המודיעיני הנ"ל. בעניינם של סמל זרו וסמל דאמיטו, אשר הכחישו את החשדות בעניינם, מסרו דגימות שתן, שנמצאו נקיות מסם וחיפוש שנערך ביחידתם ובביתם, לא העלה דבר – לא הוגש כתב אישום. חייל רביעי שהוזכר במידע המודיעיני, טור' ביקיה, לא נחקר מאחר שסיים את השירות הצבאי ביום שבו נפתחה החקירה הגלויה (15.6.2016).

ב. סמל זרו מסר בחקירתו, כי המערער נוהג להשתמש בסמים ופירט, כי לפני כשנה וחמישה חודשים, הבחין במערער יושב עם טור' ביקיה "בפרגולה", ועושה שימוש בסם מסוכן ביחידה, באמצעות "בקבוק" ו"ריבוע חום קטן". כמו כן, הבחין בו צורך מן הסם האמור, באמצעות "באנג", בשירותים ביחידה. גם מקרה זה ארע "לפני בערך שנה ומשהו, לא רחוק מהזמן שתפסו אותו". סמל זרו ציין אף מקרה נוסף, שבו הבחין במערער ובטור' ביקיה, צורכים סם מסוכן מ"באנג", במועדון היחידה, "ממזמן".

ג. אשר למהלך חקירתו של המערער במצ"ח, מפאת חשיבותם של הדברים, לנוכח טענות ההגנה בערעור, נפרט בעניין זה בהרחבה – חקירתו של המערער החלה בשעה 9:25 לערך. בפתח החקירה, שוחח המערער עם סגורו. בהמשך, התבקש המערער למסור דגימת שתן. הוא סירב לעשות כן ומשנשאל על הסיבה לכך, השיב כי:

ת: בגלל כל מה שעברתי בעבר מאותו מקרה שנתתי שתן קיבלתי טראומות בכלא וזה אחד הדברים שגרמו לי להתאשפז במחלקה הפסיכיאטרית.  
 ש: מה זה קשור לשתן שלך?  
 ת: לא יודע מה ייצא, כי אני יושב הרבה ליד אנשים שמעשנים. מפחד שיפלו עלי. לא רוצה להיכנס לזה שוב פעם.  
 ש: האם אתה מבין שבמעבדה לתרעולה יש סף מסוים לדגימת השתן על מנת שיימצאו שרידי סם?  
 ת: לא יודע, לא מכיר את הדברים האלה, לא מוכן לאכול עוד מחלקה פסיכיאטרית בשביל זה".

ד. לאחר מכן הוסבר למערער על האפשרות כי יוצא בעניינו צו, המחייבו למסור דגימת שתן, ועל ההשלכות הנלוות לסירוב לצו. המערער עמד על סירובו ולפיכך, נערך לו שימוע, שבמהלכו מסר, כי הוא אינו מוכן למסור דגימת שתן, "כי הייתי מאושפז במחלקה פסיכיאטרית בגלל שמסרתי שתן פעם שעברה, קיבלתי טראומות". במסמך שתיעד את מהלך החקירה, ציינה החוקרת, כי המערער מסר ש"היה בכלא, קיבל טראומות מהצעקות ושעות השינה בכלא, ובעקבות כך חזר ליחידתו והיה לו קשה לישון... ולקחו אותו בכוח לאשפוז במחלקה פסיכיאטרית". המערער אף ציין בחקירתו, כי נשפט על מקרה קודם של שימוש בסם מסוכן וציין, כי אינו מעוניין למסור דגימת שתן "מפחד לצאת חיובי בשתן לסמים ובעקבות זה להיכנס שוב לכלא ולקבל טראומות מחדש ולהגיע שוב למחלקה פסיכיאטרית". דברים דומים, מסרה החוקרת בעדותה בבית הדין.

ה. לאחר מכן הוצגה למערער הפללתו של סמל זרו, כמפורט לעיל. המערער, בתגובה, השיב: "לא היה ולא נברא", והבהיר: "אין לי שמץ של מושג", על מה

סמל זרו מדבר. המערער הכחיש את קיומן של הסיטואציות שתיאר סמל זרו באמרתו.

ו. זמן קצר לאחר מכן, נעצר המערער ושוחח שוב עם סנגורו. בהמשך, מסר לחוקרת, כי צרך מן הסם המסוכן במהלך השירות הצבאי "רק בפעם שתפסו אותי" (הדגשה הוספה).

ז. בשעה 19:00 לערך, התבקש המערער לחתום על כתב ויתור על סודיות רפואית, לשם בירור טענותיו בנוגע ל"טראומות" מהמקרה הקודם. המערער סירב לחתום ובמקביל, ביקש להיוועץ בסנגורו בפעם השלישית. הובהר למערער, כי מאחר ששוחח עם סנגורו פעמיים, לא יתאפשר לו לשוחח עמו פעם נוספת. המערער עמד בסירובו שלא לחתום על כתב ויתור על סודיות רפואית.

ח. בשלב זה, בשעה 19:38, הוצא כנגד המערער צו המורה אותו למסור דגימת שתן לשם גילוי שימוש בסמים מסוכנים. קצין השיפוט הבכיר, רס"ן בדין, פירט בין נימוקיו, כי החלטתו לחייב את המערער, כאמור, נסמכה על מידע מודיעיני, השימוע שנערך לו, אמרת ההפללה של סמל זרו ודבריו של המערער בחקירה. בואר, כי:

"מחומרי החקירה הנ"ל עולה חשד משמעותי לשימוש והחזקה בסמים מסוכנים ע"י החשוד – הן בכמות גדולה מכמות השימושים בה הורשע בבית הדין וכן המידע שהתקבל עוסק בתקופה לאחר חקירתו הקודמת. חרף סירובו ולאור סירובו להסיר את חסיונו הרפואי ולאפשר את בדיקת טענותיו החלטתי להורות על טור' ר' מ' למסור דגימת שתן".

ט. לאחר מכן הוצג למערער צו מאת קצין השיפוט הבכיר, שלפיו עליו למסור דגימת שתן לשם גילוי שימוש בסמים מסוכנים. המערער הוזהר בחשד לעבירה נוספת של סירוב להיבדק לשם גילוי שימוש בסמים מסוכנים, ובהתאם, ניתנה לו האפשרות להיוועץ בסנגורו. לאחר ששוחח עם סנגורו, מסר המערער, כי הוא מוכן לחתום על כתב ויתור על סודיות רפואית ולאפשר עיון במסמכים הרפואיים מן המחלקה הפסיכיאטרית בבית החולים תל השומר. בד בבד, הוסיף המערער לעמוד על סירובו למסור דגימת שתן.

י. ביום 22.6.2016 עיין קצין השיפוט הבכיר במסמכים הרפואיים. מטעמים של צנעת הפרט, נציין בתמצית, כי על-פי אותם מסמכים, עולה שהמערער התאשפז **בהסכמה**, לצורך הסתכלות. במהלך הבדיקות, משנשאל לפשר חיוכיו, מסר המערער לגורמים המטפלים במחלקה: "הצלחתי. תכננתי להתאשפז כדי לצאת מהצבא וזה אכן קרה". בעת שחרורו מבית החולים, נקבע, כי המערער "ללא עדות למחלה נפשית כלשהי, ככל הנראה קיימים קווי אישיות מצבר B, ללא מסוכנות

כלשהי". הפסיכיאטר התרשם, מ"חייל אשר מבקש להשתחרר מהצבא או לקבל הקלה בתנאי שירות". נציין עוד, כי ההגנה הציגה לעיון בית הדין מסמכים שערכו גורמי בריאות הנפש בצבא, ולפיהם, לאחר הבדיקות בבית החולים הפסיכיאטרי, הותאם למערער פרופיל 64 בעקבות "הפרעה הסתגלותית", עם המלצה להקלה בתנאי השירות.

יא. לאחר מכן, פירט קצין השיפוט הבכיר, בכתב, כי "לאחר שעיינתי במסמכים הרפואיים החלטתי שהצו יעמוד בתוקף, מאחר שמעיון במסמכים לא ראיתי מניעה מהחשוד מלמסור דגימת שתן לאור מצבו הנפשי ועברו". בשימוע נוסף שנערך למערער באותו היום, עמד האחרון על סירובו למסור דגימת שתן ונימקו בכך ש"עדיין מהסיבה של הטראומות, יש לי עדיין טראומות מהכלא והכל".

יב. באותו היום, נחקר המערער פעם נוספת. במהלך החקירה הוצגו למערער תמונות מחשירות שנמצאו במכשיר הטלפון הנייד שברשותו. המערער מסר, כי התמונות הועברו אליו בקבוצת "ווטסאפ". לאחר מכן, הוצג למערער המסמך שעליו חתום קצין השיפוט הבכיר ולפיו, אף לאחר עיון במסמכים הרפואיים, הוא מורה לו למסור דגימת שתן לשם גילוי שימוש בסמים מסוכנים. המערער השיב, כי הוא עומד בסירובו למסור דגימת שתן, הגם שהוא ער לכך שסירובו מהווה עבירה ועשוי אף לחזק את הראיות לחובתו, בחשד לשימוש בסם מסוכן.

יג. להשלמת התמונה, נציין, כי בהסכמת ההגנה, הוצג לבית הדין קמא פסק הדין הקודם בעניינו של המערער, ולפיו, המערער הורשע, על-פי הודאתו בכתב אישום מתוקן, בכך שביום 12.12.2015, עשה שימוש בסם מסוכן מסוג קנאביס, ביחידתו, בצוותא עם טור' ביקיה והחזיק ביחידה שרידים של הסם האמור.

יד. כמו כן, במסגרת פרשת ההגנה, הוצגו לבית הדין קמא גם פסק הדין בעניינו של טור' ביקיה, אשר הורשע בעבר בעבירה של שימוש בסם מסוכן מסוג קנאביס, ביחידה, ביום 12.12.2015, בצוותא עם המערער, וכן בעבירה של סירוב להיבדק לשם גילוי שימוש בסמים מסוכנים.

טו. עוד הוגשו, מטעם ההגנה, חוות-דעת של מפקדיו של המערער שלפיהן, המערער, אשר משרת כטבח ביחידתו, מצוי במגמה של שיפור, ומפקדיו התרשמו מן האופן המסור והאחראי, שבו הוא ממלא את משימותיו. דברים דומים מסר עד ההגנה, רס"ל ז'אן, אשר תיאר אף את קשייו של המערער מבית.

טז. אשר לעדותו של קצין השיפוט הבכיר בכל הנוגע לאופן הפעלת שיקול דעתו, עובר להוצאת הצו האמור, פירט בית הדין קמא את הדברים הבאים:

"בעדותו בפני בית הדין, לא זכר קצין השיפוט הבכיר את חקירת הנאשם, עד אשר רוענן זכרונו, אז נזכר בפרטים מהחקירה. הוא מסר,

כי הסתמך על המסמכים שציין בצו לצורך הפעלת שקול דעתו. הוא ציין ששקל כל אחד מהם בנפרד ואת הצירוף שלהם יחד. הוא הדגיש, שההפללה התייחסה אמנם לשימושים ישנים, אך הנאשם לא הורשע במרביתם כיוון שזכר שהורשע רק בשימוש אחד. המידע המודיעיני, ציין, היה מפורט, מהימן ועדכני לאחר הרשעתו בתיק הקודם. **בחקירתו הנגדית ציין, כי אילו עמד לפניו המידע המודיעיני לבדו היה מוציא את הצו רק על בסיסו; אבל אילו עמדה ההפללה לבדה, הרי שנוכח חלוף הזמן, ניתן להניח שבסבירות גבוהה לא היה מוציא. כשנשאל אם ההפללה הנוכחית היתה זהה לכתב האישום הקודם שהוגש בעניינו, השיב שיתכן שלא היה מוציא צו, אבל במקרה זה לא עמדה ההפללה לבדה וגם בלעדיה היה מוציא צו על סמך המידע המודיעיני. אשר למופללים הנוספים שהופיעו במידע, ציין, כי אמנם מעניין אותו אם אחד מהם לא נחקר אבל אין בכך להשפיע על שקול דעתו. הוא אישר, כי נתונים לגביהם רלוונטיים עבורו, אבל חלקם ברמה נמוכה. קצין השיפוט הבכיר הסביר כי לא אפשר לחשוד להיוועץ שוב בסגור לאחר שהתייעץ פעמיים, כאשר לא בהכרח היה נועץ בו שוב אם לא היה מסרב למסור דגימה. עוד ציין כי לא הבין את משמעות המונחים הרפואיים שהופיעו במסמכים, אך ידע לקרוא את סיכום הביקור. קצין השיפוט הבכיר אישר כי בדרך כלל מוודא שמוסבר לנחקר ההליך, במקרה זה לא זכר, אך ציין שדובר ב"לקוח חוזר" [הדגשות הוספו].**

5. מסד עובדתי זה הוא שישמש אותנו בהמשך, בעת בחינת טענות ההגנה בערעור.

### טענות ההגנה בערעור

6. תחילה, נטען על-ידי ההגנה, כי אין בראיות התביעה כדי להוכיח, במידה הנדרשת, כי הוסבר למערער בחקירה, כיצד צפוי להתבצע ההליך של נטילת דגימת השתן. מכאן, למדה ההגנה כי יש להניח לטובת המערער, שגורמי החקירה הסתמכו על היותו "לקוח חוזר" ונמנעו מלעשות כן. לדידה של ההגנה, אי-מתן הסבר כאמור, פגם ביכולתו של המערער לקבל החלטה מושכלת בעניין ולפיכך, משלא התקבלה עמדתו המודעת של המערער, על בסיס נתונים מתאים, יש לקבוע כי נפל פגם באופן הפעלת שיקול הדעת של קצין השיפוט הבכיר, אשר בחן, בין היתר, את עמדת המערער בעניין.

7. עוד נטען, כי שיקול הדעת של קצין השיפוט הבכיר לקוי, מאחר שלא בחן את מלוא המידע הרלוונטי בטרם התקבלה החלטתו להורות למערער למסור דגימת שתן. בהקשר זה, הפנתה ההגנה לתשובותיו של קצין השיפוט הבכיר בחקירה נגדית, כמפורט להלן:

"ע: אני מניח שידעתי את מרבית הפרטים, אני לא יודע מה בוודאות. מאחר ומדובר בחקירה שהתנהלה בבסיס תחת פיקודי...  
 ס: תתייחס לכל אחד מהנתונים שאמרתי קודם, האם הם רלוונטיים לצורך קבלת החלטה להוציא צו קצין השיפוט הבכיר בעניינו של הנאשם.

ע: דגימות השתן השליליות של שני המוזכרים הנוספים במידע – רלוונטי אבל במשקל נמוך. אני לא יודע אם היה קיים ואם זה היה קיים בפני. חיפוש בבית של השניים – רלוונטי ברמה אפסית. חיפוש בביתו של הנאשם – רלוונטי. חיפוש ביחידה שלילי – רלוונטי. חיפוש על הגוף אצל כולם – רלוונטי ברמה נמוכה. אבקש להבהיר, כי גם אם פרטים רבים שפורטו לעיל אכן היו שליליים, אין [בכך] בכדי להעיד כי המידע המודיעיני שהיה ברשותי אינו נכון".

8. כמו כן, לדידה של ההגנה, משאישר קצין השיפוט הבכיר כי סירובו של המערער לחתום על כתב ויתור על סודיות רפואיות, נשקל אף הוא על-ידי, בטרם הורה לו למסור דגימת שתן – יש בכך כדי ללמד על חשיבותו ומרכזיותו של המידע הרפואי בעניינו של המערער, במסגרת הפעלת שיקול הדעת של קצין השיפוט הבכיר. משום כך, נטען, מאחר שהמידע הרפואי לא היה ברשות קצין השיפוט הבכיר עובר להוצאת הצו, אך בשל כך שבקשת המערער להיוועץ בסגור בטרם יוותר על סודיות המידע הרפואי בעניינו, לא נענתה – יש לקבוע, כי נפל פגם מהותי בשיקול הדעת המנהלי של קצין השיפוט הבכיר. נטען עוד, כי לא היה מקום למנוע מן המערער להיוועץ בסגור באותה עת, ולו מן הטעם, שממילא, זמן קצר לאחר מכן, לאחר שסירב לצו והוזהר בנוגע לעבירה של סירוב להיבדק לשם גילוי שימוש בסמים מסוכנים – התאפשר למערער להיוועץ בסגור. לדידה של ההגנה, התנהלות זו בחקירה, מצביעה על כך שניתן היה לאפשר למערער להיוועץ בסגור עוד טרם הוצאת הצו, פעולה שהיתה מובילה לחתימתו על ויתורו על סודיות רפואית, באופן שהיה מאפשר עיון במידע הרפואי של המערער, עובר להוצאת הצו, בנקל, ומבלי שהדבר היה כרוך במאמץ רב.

9. בהקשר זה, נטען גם, כי הבחינה המחודשת, המאוחרת, שערך קצין השיפוט הבכיר בשאלת נחיצותו של הצו האמור, בעקבות בחינת המידע הרפואי שהתקבל ברשותו – אינה מרפאת את הפגם שנפל בצו המקורי, אשר הוא הוא שעומד בבסיס כתב האישום בעניינו של המערער. כמו כן, סבורה ההגנה, כי בשלב העיון מחדש היה על קצין השיפוט הבכיר להידרש לראיות שנוספו במסגרת החקירה והתקדמותה מאז הורה למערער למסור דגימת שתן, לרבות תוצרי חקירה ביחס לחשודים האחרים, שנוספו לתיק החקירה.

10. עוד נטען, כי קצין השיפוט הבכיר שקל מידע שגוי, משייחס משקל לאמרתו המפלילה של סמל זרו. לשיטת ההגנה, דבריו המפלילים של סמל זרו מתייחסים לאירועים שעמדו בבסיס כתב האישום המקורי, הקודם, בעניינו של המערער ולכן, לא היה מקום ליתן להם משקל בחקירה הנוכחית.

11. ולבסוף, נטען על-ידי ההגנה, כי הימנעות מחקירת מצ"ח בעניינו של טור' ביקיה, אשר כאמור, אף הוא הוזכר במידע המודיעיני, לנוכח עברו, כמפורט לעיל – היא

בבחינת אפליה פסולה לעומת העמדתו של המערער לדין. ההגנה סבורה כי האפליה כאמור, ראוי שתוביל לביטול כתב האישום בעניינו של המערער או, לכל הפחות, להמרת סעיף האישום בסעיף שאינו נושא רישום פלילי. נטען, כי מסקנה זו מתבקשת אף לנוכח השינוי במדיניות התביעה הצבאית, בכל הנוגע להעמדה לדין בעבירות של סירוב להיבדק לשם גילוי שימוש בסמים מסוכנים ואף בהתחשב בהשתלבותו של המערער בשירות הצבאי, כעולה מעדות מפקדו ומחוות הדעת בעניין.

### תשובת התביעה

12. התביעה עתרה לדחות את ערעור ההגנה ולהימנע מלהתערב בפסק הדין של בית הדין קמא. נטען, כי טענותיה המשפטיות של ההגנה בנוגע לאופן הפעלת שיקול הדעת של קצין השיפוט הבכיר, אינן מעוגנות במסד העובדתי שהוכח ואין הן, אלא, ניסיון להתערב בממצאי מהימנות שנקבעו ביחס למערער. התביעה הפנתה בהקשר זה, לקביעת בית הדין קמא, כי גרסתו של המערער, שלפיה סירב למסור דגימת שתן נוכח טראומה, שחוה בעקבות הליך קודם של מסירת דגימת שתן – אינה אלה גרסה כבושה ובלתי מהימנה. בהתאם, נטען, כי לא נמצא ביסוס עובדתי לטענת ההגנה, כי נפל פגם בחקירה ובשיקול הדעת של קצין השיפוט הבכיר, עובר להוצאת הצו.

13. זאת ועוד, לדידה של התביעה, משנמצא, כי לאחר שהמסמכים הרפואיים הגיעו לידיעתו, עיין קצין השיפוט הבכיר מחדש בנחיצות הצו והתרשם, כי מוסיף להתקיים חשד למעורבות המערער בעבירות סמים. משכך, מאחר שהמערער המשיך לעמוד בסירובו למסור דגימת שתן, אין עוד להידרש לטענת ההגנה כנגד חוקיות הצו, בהקשר זה.

14. נטען גם, כי בהתאם למבחנים המקובלים בפסיקה, אין להתערב בשיקול הדעת של קצין השיפוט הבכיר, וכי האחרון בחן את המידע הרלוונטי והפעיל את שיקול דעתו כנדרש.

15. כמו כן, ציינה התביעה, כי המערער אשר מסר דגימת שתן בחקירה קודמת היה בקיא בנהלים והכיר את הפרוצדורה למסירת הדגימה. לפיכך, נטען, כי אין לקבל את טענות ההגנה באשר להיעדר מידע רלוונטי, עת סירב המערער למסור דגימת שתן.

16. ולבסוף, נטען, כי ההגנה לא הניחה תשתית ראייתית מתאימה להוכחת טענה של "אכיפה בררנית", בכל הנוגע לעניינו של טור' ביקיה. לדידה של התביעה, אין די להראות כי טור' ביקיה לא הועמד לדין. מכל מקום, שחרורו מצה"ל, במועד



החקירה, הוא בבחינת נתון רלוונטי המצדיק את ההבחנה בינו לבין המערער. הוטעם גם, כי השינוי במדיניות התביעה בכל הנוגע להעמדה לדין בעבירה של סירוב להיבדק לשם גילוי שימוש בסמים מסוכנים, אינו רלוונטי למקרה דנן, לנוכח עברו של המערער והעובדה כי קיים לחובתו מאסר מותנה בעבירה זו.

### דיון והכרעה

#### **המסגרת העובדתית**

#### מהלך החקירה

17. כידוע, הלכה רבת שנים היא, כי לא בנקל תתערב ערכאת הערעור בממצאי עובדה ומהימנות שקבעה הערכאה הדיונית, שבפניה נשמעו העדים. בואר, 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 (טרם פורסם, 26.10.2014); ע"פ 1645/08 פלוני נ' מדינת ישראל (טרם פורסם, 3.9.2009); ע/79/16 טור' פנחס נ' התובע הצבאי הראשי (2017)).

18. כמפורט לעיל, הגם שמוטב היה כי בית הדין קמא יקבע מפורשות ממצאי מהימנות ביחס לעדי התביעה, קצין השיפוט הבכיר והחוקרת; ואף ביחס לעד ההגנה, מפקדו של המערער – ניתן ללמוד מן התמונה הכוללת ובהשוואה לממצאי המהימנות המפורשים, השליליים, בנוגע למערער, כי בית הדין קמא מצא לייחס משקל רב לעדויות אלה.

19. מנגד, בכל הנוגע למערער, נקבע, כאמור, כי גרסתו החדשה, שלפיה סירב למסור דגימת שתן מחשש פן תתעורר אצלו טראומה בדומה לזו שעוררה בו הבדיקה בעבר – אינה, אלא גרסה כבושה, מגמתית ובלתי מהימנה בעליל. קביעות אלה, הנסמכות על התרשמותו הבלתי אמצעית של בית הדין קמא מן המערער, משתלבות היטב בדבריו בחקירה, כעולה מאמרתו הספונטנית במצ"ח, ממסמך סיכום מהלך החקירה, מעדותה של החוקרת, ואף מהמסמכים על מצבו הרפואי-נפשי. כל אלה מלמדים, כי המערער התאשפז בעבר במחלקה פסיכיאטרית, בהסכמה (בניגוד לנטען על-ידיו, כי התאשפז בכפייה ("בכוח")), בגין התנהגות חריגה ביחידה, שתכליתה הייתה (כך לפי התרשמות הגורמים המקצועיים), להביא לשחרורו משירות צבאי או להקלה בתנאי השירות על רקע נפשי. התמונה שהוצגה מעלה, כי המערער לא נקלע

בעבר למצוקה נפשית בגין הליך נטילת דגימת השתן בחקירה קודמת. בדומה להתנהלותו במחלקה הפסיכיאטרית, גם הפעם נקט המערער גישה אינסטרומנטלית עת טען בחקירה, כי שהותו בכלא, בעבר, גרמה לו למשבר נפשי וניתן להניח, במידה הנדרשת, כי דבריו נועדו לסייע בידיו להתחמק מלמסור דגימת שתן. מכל מקום, טענתו של המערער בחקירה, כי האפשרות שישהה שוב בכלא (עקב ממצא חיובי לסם בדגימת שתן), היא היא שעשויה לעורר בו "טראומה" – אינה עולה בקנה אחד עם גרסתו המאוחרת, בעדותו בבית הדין, שלפיה הפרוצדורה של מתן דגימת שתן במצ"ח, היא שעוררה אצלו בעבר טראומה נפשית. זאת ועוד, כאשר נשאל המערער על-ידי החוקרת במצ"ח, ישירות ובאופן מפורש, על אודות טיבו של הקשר בין מסירת הדגימה לבין טענותיו על טראומה שחווה בעבר, המערער כלל לא הזכיר את ההליך של מסירת הדגימה בחקירה הקודמת, אלא קשר בין טענותיו לקיומה של טראומה לעצם שהותו בכלא, בעבר. בהתאם, נכון היה לקבוע, כי גרסתו של המערער בעניין זה, אשר הושמעה, לראשונה, בבית הדין המחוזי אינה, אלא, גרסה כבושה ובלתי מהימנה, ואין להתערב בממצאי בית הדין בעניין זה.

20. בדומה, יש לקבוע, כי טענת ההגנה שלפיה, יש להניח כי המערער, עובר לגיבוש עמדתו הסופית בעניין סירובו למסור דגימת שתן, לא הכיר את מהלך הבדיקה והאופן שבו היא מתבצעת – אינה מעוגנת בעובדות שהוכחו. אמנם, בחומר הראיות שהובא לפני בית הדין קמא, אין תיעוד לכך שהחוקרת הסבירה למערער כיצד נערכת הבדיקה ובאיזה אופן הוא נדרש למסור דגימת שתן, ואולם, המערער עצמו ציין לפניו, כבר בחקירתו הראשונה, כי מסר בעבר דגימת שתן בחקירת מצ"ח על עבירות סמים. נציין עוד, כי גרסתו המאוחרת של המערער, שכאמור, נדחתה, ולפיה הפרוצדורה למסירת הדגימה היא היא שעוררה אצלו בעבר טראומה – אינה מתיישבת עם טענת ההגנה, שלפיה לא היה בקיא בפרוצדורה למסירת דגימת שתן בחקירה. ניתן, אפוא, לקבוע, כי המערער הכיר את אופן ביצוע הבדיקה, כמקובל במצ"ח, והיה ברשותו המידע הנדרש, עובר לסירובו למסור דגימה, כאמור. בצד זאת נעיר, כי על הגורמים האחראיים במצ"ח להקפיד על קיום ההוראות בנושא ולוודא, כי הנחקר בקיא בפרטים, בטרם יישאל על נכונותו למסור דגימת שתן בחקירה.

#### שיקול הדעת של קצין השיפוט הבכיר

21. כעולה מעדותו של קצין השיפוט הבכיר והמסמכים שהוצגו, כמפורט לעיל, שקל האחרון, עובר להוצאת הצו המדובר, את המידע המודיעיני בעניינו של המערער, את הפללתו בידי סמל זרו, את דבריו של המערער בשימוע וכן את סירובו לחתום על כתב ויתור על סודיות רפואית ונימוקו בהקשר זה. קצין השיפוט הבכיר הבהיר, כי

המידע המודיעיני היה מפורט, מהימן ועדכני (ממועד מאוחר להרשעתו של המערער בתיק הקודם). כמו כן ציין, כי אף אילו עמד לפניו המידע המודיעיני לבדו, היה מורה למערער למסור דגימת שתן. בד בבד, פירט, כי לו עמדה ההפללה של סמל זרו לבדה, נוכח חלוף הזמן, ניתן להניח, בסבירות גבוהה, כי לא היה מצווה כאמור.

22. קצין השיפוט הבכיר מסר בעדותו, בעת שנשאל על בחינת ממצאי החקירה בעניינם של חיילים נוספים שהוזכרו במידע המודיעיני, כי חלקים מהם היו רלוונטיים ועשויים היו לעניין אותו, ואולם, לא היה בכך כדי להשפיע באופן ניכר על שיקול דעתו. נציין עוד, כי על-פי מסד העובדות, כמפורט לעיל, מבין שלושת החיילים שנמנו בצוותא עם המערער במידע המודיעיני, סמל זרו שנחקר במקביל לו, הכחיש את החשדות אך הפליל את המערער, סמל דאמיטו נחקר למחרת ואילו טורי ביקיה, לא זומן לחקירה מאחר שסיים את השירות הצבאי באותו מועד.

23. עוד יש לציין, כי קצין השיפוט הבכיר אישר בעדותו, כי הוא נוהג לוודא, שהוסבר לנחקר כיצד יהיה עליו למסור דגימת שתן. במקרה דנן, לא זכר האם נעשה כך, אך ציין, כי מדובר ב"לקוח חוזר".

#### המסגרת הנורמטיבית

24. בע/217/00 **התובע הצבאי הראשי נ' טור' קלצקי** (2001), נדונה בהרחבה (לפני הרכב מורחב של חמישה שופטים), השאלה אם יש צורך בחשד סביר (אובייקטיבי), כתנאי להוצאת צו לפי סעיף 250 לחוק השיפוט הצבאי, או שמא די בחשד סובייקטיבי מצד קצין השיפוט הבכיר. בדעת רוב הוחלט, כי אין הצדקה לשנות את ההלכה שנקבעה לפניו, באשר למבחן הסובייקטיבי כמבחן החל לעניין הפעלת שיקול הדעת של קצין השיפוט הבכיר, בנוגע לסמכותו לצוות על מתן דגימת שתן. עם זאת, הובהר, כי הפער בין המבחן האובייקטיבי למבחן הסובייקטיבי, בעת בחינת החלטתה של הרשות, שהיא רשות מנהלית, 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" (ע/80/03 **סמל ויסברג נ' התובע הצבאי הראשי** (2004)).

25. כמו כן, נקבע שאף אם יימצא כי נפל פגם בשיקול דעתו של קצין השיפוט הבכיר, יש להוסיף ולדון בשאלה האם הפגם גורר אחריו את בטלות הצו, בשים לב גם לכך שמדובר בתקיפה עקיפה ולא בתקיפה ישירה של הצו. כידוע, לא כל פגם שנפל בהחלטה מנהלית גורר בהכרח את בטלותה, ובהתאם למודל "התוצאה היחסית" (הידוע גם בכינוי "הבטלות היחסית"), המקובל בפסיקה, אף בהתקיים פגם כאמור, יש להבחין בין עצם הפגם לבין תוצאותיו, ויש לבחון את מהותו של הפגם על רקע

כלל נסיבות המקרה, על-מנת להחליט מהו הסעד ההולם אותו (ראו: ע"פ 4855/02 **מדינת ישראל נ' ד"ר בורוביץ**, פ"ד נט(6) 776, בעמ' 806-807 (2005); ע"פ 6328/12 **מדינת ישראל נ' פרץ** (טרם פורסם, 10.9.2013); רע"פ 2413/99 **טור' גיספן נ' התובע הצבאי הראשי**, פ"ד נה(4) 673 (2001); ע/81/16 **רב"ט דתנר נ' התובע הצבאי הראשי** (2017); ע/21/08 **סגן עוזיאל נ' התובע הצבאי הראשי** (2008)).

### מן הכלל אל הפרט

26. מכלול השיקולים אשר עמד לנגד עיני קצין השיפוט הבכיר: הידיעה המודיעינית "הטרייה", הפללתו של סמל זרו, נימוקיו של המערער בשימוע וסירובו לוותר על סודיות רפואית באותה עת – כל אלו הצדיקו, בעיני קצין השיפוט הבכיר, את הוצאת הצו. כפי שנפרט להלן, לא מצאנו טעם טוב להתערב בקביעתו, ואין לומר כי החלטתו לקתה בחוסר סבירות קיצונית או מהותית (ראו והשוו: רע"פ 7112/08 **שרעבי נ' התובע הצבאי הראשי** (טרם פורסם, 6.9.2009)).

27. תחילה נבהיר, כי כמפורט לעיל, על-פי התמונה הראייתית שנפרסה בבית הדין קמא, ניתן לקבוע במידת הוודאות הדרושה בפלילים, כי המערער הכיר את ההליך של מסירת הדגימה בחקירת מצ"ח, לאור כך שמסר דגימת שתן לגילוי שימוש בסמים מסוכנים בחקירתו הקודמת, כפי שציין בדבריו לפני החוקרת, כבר בתחילתה של החקירה הנוכחית. בהתאם, קצין השיפוט הבכיר יכול היה להניח, כי סירובו של המערער למסור דגימת שתן, בא לאחר שהאחרון הבין והכיר את הפרוצדורה בעניין.

28. עוד ניתן לקבוע, כי הפללתו של סמל זרו, אשר הוכחה כליל על-ידי המערער בחקירתו, הצביעה על חשד למעורבותו במעשי שימוש **נוספים** בסם מסוכן, **שונים** מאלה שנלמדו מחקירתו בעבר. המערער שלל את קיומן של הסיטואציות אשר תוארו באמרתו המפלילה של סמל זרו מכל וכל, ולפיכך, ניתן היה להניח, כי אין חפיפה בין המקרים. מכל מקום, קצין השיפוט הבכיר הבהיר בעדותו, כי המשקל העיקרי ניתן לידיעה המודיעינית, שכללה אזכור של מקרים מאוחרים וטריים יותר ומסר, כי היה מורה על הוצאת הצו למסירת הדגימה, אף ללא ההפללה שמסר סמל זרו.

29. בדומה, אין בידינו לקבל את טענת ההגנה שלפיה אי-בירור הקשר בין מצבו הנפשי של המערער בעבר לבין סירובו למסור דגימת שתן בחקירה הנוכחית, פגם בשיקול הדעת של קצין השיפוט הבכיר. כפי שפירטנו לעיל, המערער טען בחקירתו כי ה"טריגר" למשבר הנפשי שאליו נקלע בעבר היה נעוץ בעצם שהותו בכלא ולא בהליך של מתן דגימת השתן. דבריו הובאו לפני קצין השיפוט הבכיר והיו ידועים לו.

30. בדומה, אף לטענת ההגנה כי ניתן היה לקבל את הסכמת המערער לויתור על סודיות רפואית, עובר להוצאת הצו, אילו רק היו מאפשרים לו להיוועץ פעם נוספת בסנגור – אין ליתן משקל של ממש. זאת ועוד, כאמור, לאחר שהתקבל המידע הרפואי ברשות קצין השיפוט הבכיר, בחן האחרון **שוב** את שאלת קיומו של החשד בעניינו של המערער ואת סוגיית חשיבותו ונחיצותו של הצו, המורה למערער למסור דגימת שתן (ראו והשוו: ע/3/09 סמל עטון נ' **התובע הצבאי הראשי** (2010)). לא מצאנו כל פגם בהליך זה של קבלת ההחלטות, נהפוך הוא! כידוע, "בהענקת הסמכות לרשות לפעול כרוכה חובה מתמדת לשקול את הצורך בהפעלתה. מן החובה להפעיל את שיקול הדעת נגזרת גם חובתה של הרשות לחזור ולבחון את החלטותיה" (רע"א 2063/16 **הרב גליק נ' משטרת ישראל** (טרם פורסם, 19.1.2017); וראו גם: בג"ץ 986/05 **פלד נ' עיריית תל אביב-יפו** (טרם פורסם, 13.4.2005); וספרה של פרופ' ברק ארז, **משפט מנהלי**, כרך א, עמ' 206). בחינה מחודשת זו, לאחר קבלת המידע הרפואי האמור, מלמדת על הפעלת שיקול דעת באופן מושכל וענייני, במסגרת הצו הקיים, ולא על הוצאת צו חדש. כמו כן, משהתמיד המערער בסירובו, אפשר לו קצין השיפוט הבכיר, **כראוי**, לנמק את עמדתו ואף תשובתו של המערער נשקלה על-ידיו. אין זאת, אלא, שקצין השיפוט הבכיר פעל ביסודיות ותוך הפעלת שיקול דעת מלא.

31. אף את טענת ההגנה בדבר אי-בחינת ממצאי החקירה בנוגע למעורבים נוספים, יש לדחות. קצין השיפוט הבכיר הבהיר, כי עמד בראש בסיס החקירות שבו נחקרה הפרשה והכיר את הנעשה בה. בשלב הרלוונטי, נחקר סמל זרו בלבד ודבריו אכן הובאו לפני קצין השיפוט הבכיר. מכל מקום, בעדותו, הבהיר קצין השיפוט הבכיר, כי הגם שיש עניין בממצאי החיפוש ביחידה ובביתם של הנחקרים בפרשה וכן, בהמשך, בהשתלשלות החקירה בעניינם של שני המעורבים האחרים – משקלם של ממצאים אלה, ביום הראשון לחקירה ואף בהמשך, לנוכח המידע המודיעיני **לבדו**, ואף **במצטבר** להפללתו של סמל זרו ולהתנהלותו של המערער בחקירה – היה **זניח**. נעיר בהקשר זה, כי עסקינן במסד הנתונים הנדרש לשם הפעלת שיקול דעת מנהלי, **בראשיתה** של החקירה, שהוא, כידוע, מצומצם מזה הנדרש במעלה הדרך ובוודאי מזה הנדרש בהליך הפלילי (ראו: עניין **דתנר** לעיל, פסקה 53).

32. עולה, אפוא, כי התמונה הכוללת, בהתחשב במשקל שניתן למידע המודיעיני, מהימנותו ועדכניותו, בראי הפללתו של סמל זרו (לנוכח דבריו של המערער בחקירה) והתנהלותו של המערער בחקירה – מצביעה על שיקול דעת ראוי ומאוזן, בהיבט הסובייקטיבי ואף במשקפי המבחן האובייקטיבי.

33. למעלה מן הצורך, נבהיר, כי אף **אילו** מצאנו, שנפל פגם בשיקול-דעתו של קצין השיפוט הבכיר – כאמור, עדיין היה מקום לדון בשאלה אם הפגם גורר **בטלות** הצו

דווקא. בנסיבות המקרה דנן, ובהן, העובדה, כי המערער היה נתון בעבר בסיטואציה דומה ואף היה מודע לעונש מאסר מותנה שקיים לחובתו; והעובדה, כי ניתנה לו הזדמנות נוספת למסור דגימת שתן, בחלוף מספר ימים ולאחר שנועץ שוב בסניגור – אין לקבוע, כי לפנינו פגם מהותי, המחייב את ביטולו של כתב האישום או למצער, את המרת סעיף האישום לסעיף שאינו גורר אחריו רישום פלילי. אכן, גם אילו נפל פגם בהתנהלותו של קצין השיפוט הבכיר במקרה שלפנינו, אין האמור בפגם היוורד לשורשם של דברים.

34. עולה מן המקובץ, כי יסודות העבירה שיוחסה למערער הוכחו כדבעי ויש לקבוע, כי המערער עבר עבירה של סירוב להיבדק לשם גילוי שימוש בסמים מסוכנים.

### הגנה מן הצדק

#### כללי

35. כידוע, בבסיסה של ההגנה מן הצדק מצוי האינטרס החברתי 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' 807-806 (2005); ע/16/85 רב"ט בקל נ' התובע הצבאי הראשי (2017)). נקבע, כי "דוקטרינת ההגנה מן הצדק משתרעת על כל מקרה שבו קיומו של ההליך הפלילי פוגע באופן ממשי בתחושת הצדק וההגינות, כפי שזו נתפסת בעיניו של בית-המשפט ובבסיסה האינטרס הציבורי להבטיח הליך פלילי הוגן ותכליתית ילעשות צדק עם הנאשם" (עניין בורוביץ לעיל, פסקה 21) " (עניין בקל לעיל, פסקה 23).

36. בדומה למבחן התוצאה היחסית, בכל הנוגע להשלכותיו של פגם בהחלטה מנהלית, אף בהיבט זה, ההכרעה בשאלת קיומה של ההגנה מן הצדק וההכרעה בנוגע לסעד המתאים, הן פרי של איזון בין "מכלול הערכים, העקרונות והאינטרסים השונים הכרוכים בקיומו של ההליך הפלילי" (עניין בורוביץ לעיל, וראו גם: עניין דתנר לעיל). מתווה הדיון בסוגיה, כפי שנקבע בפסיקה, הוא מתווה 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" (עניין בורוביץ לעיל, פסקה 21).

37. הטענה לאכיפה בררנית היא חלק מן הדיון בהגנה מן הצדק ועל כן היא נבחנת על-פי אמות המידה שנקבעו ליישומה של ההגנה מן הצדק (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)). הוטעם, כי השאלה אם העמדתו לדין של נאשם בפלילים היא בבחינת אכיפה בררנית ופסולה, תיבחן על-פי המסקנות שיתקבלו לאחר ההשוואה בינו לבין קבוצת הייחוס, שלעומתה נטענת טענת האפליה (עניין **סלכגי** לעיל; עניין **פרץ** לעיל).

38. בהתאם, נקבע, כי:

"החלטת רשויות התביעה להעמיד לדין פלוני ולהימנע מהגשת כתב אישום נגד אלמוני, החשוד במעורבות באותה פרשה, אינה מלמדת, בהכרח, על קיומה של אכיפה בררנית. על הטוען לכך להראות כי ההבחנה בין החשודים המעורבים באותו אירוע מבוססת על שיקולים זרים, גישה שרירותית, מטרה פסולה, וכיוצא באלה דברים... ודוק: הטוען לאכיפה בררנית אינו חייב להצביע על מניע פסול, העומד ביסוד החלטתה של הרשות בנושא ההעמדה לדין, וגם אם הרשות התנהלה בתום לב, עשויה התנהלות מעין זו להיות נגועה באפליה פסולה... יחד עם זאת, יש לזכור כי שיקול דעתה של התביעה בשאלת ההעמדה לדין הוא רחב, גם אם עליה להפעילו בצורה שוויונית ככל הניתן" (ע"פ 7659/15 **הרוש נ' מדינת ישראל** (טרם פורסם, 20.4.2016)).

39. אשר לסוגיית נטל הראייה, בואר בפסיקה, כי נוכח חזקת התקינות המנהלית, העומדת לזכותה של הרשות המנהלית – נטל ההוכחה להראות כי עסקינן באפליה פסולה, מוטל על הטוען לאכיפה בררנית. לפיכך, על הטוען כנגד חוקיות פעולתם של גורמי האכיפה להראות כי נערכה, לכאורה, הבחנה לא ראויה בין מי שנתוניהם הרלוונטיים שווים (עניין **הרוש** לעיל, פסקה 35; בג"ץ 8756/07 **עמותת "מבוי סתום" נ' הוועדה למינוי דיינים**, פסקה 43 (טרם פורסם, 3.6.2008), עניין **בקל** לעיל). כמו כן, לאחר שהוצג בסיס ראייתי כאמור, יעבור הנטל אל כתפי הרשות המנהלית להוכיח כי האכיפה – אף שהיא נחזית בררנית על-פני הדברים – התבססה על שיקולים עניינים וסבירים (ראו: עניין **פרץ** לעיל).

#### יישום העקרונות והכללים

40. כאמור, הנתונים שעמדו לרשות קצין השיפוט הבכיר ביססו את החשד הנדרש כנגד המערער, מבחינה סובייקטיבית ואף מבחינה אובייקטיבית. לפיכך, יש לקבוע, כי הצו שהורה למערער למסור דגימת שתן היה תקין וחוקי, וכי הסירוב לו הקים עבירה לפי סעיף 127א לחוק השיפוט הצבאי.

41. כפי שהובהר, לחובתו של המערער עמדה הרשעה בעבירת סמים ועונש מאסר מותנה בר הפעלה. הנחיית התביעה הצבאית הראשית מספר 2.06 ("סירוב להיבדק"), קובעת כי חייל אשר סירב למסור דגימת שתן לאחר שהוצא צו מאת קצין שיפוט בכיר בעניינו, יועמד לדין משמעתי ביחידתו, בהתקיים מספר תנאים מצטברים ובהם, התנאי שלפיו "אין לחובת החייל הרשעה קודמת בעבירות מעולם הסמים (בין אם בפלילים או בדין משמעתי), לרבות עבירה של סירוב להיבדק". עיננו הרואות, אפוא, כי נוכח עברו של המערער, העמדתו לדין בבית-דין צבאי, עולה בקנה אחד עם הנחיות התביעה והגשת כתב האישום נעשתה בהתאם להן.

42. אשר לטענה כי העמדתו לדין של המערער לעומת אי-העמדתו לדין של סמל ביקיה, היא בבחינת אפליה פסולה, אף בעניין זה אין לקבל את טענת ההגנה. כידוע, שיקול הדעת המסור לרשויות התביעה בסוגיית העמדה לדין פלילי רחב ביותר (ראו: בג"ץ 1516/18 ורקשטל נ' היועץ המשפטי לממשלה (טרם פורסם, 26.6.2018)). במקרה שלפנינו, הגם שהשניים הוזכרו בידיעה המודיעינית ולחובתם עבר דומה, לא ניתן לקבוע כי עמדת גורמי האכיפה להימנע מלחקור ומלהגיש כתב אישום בעניינו של סמל ביקיה, אשר נסמכה על כך שהאחרון סיים שירות צבאי ביום פתיחת החקירה, כמפורט לעיל – אינה סבירה או אינה עניינית.

43. נציין בהקשר זה, כי אף הפסיקה הכירה בהבדל בין מי שמצוי במסגרת הצבאית למי שאיננו מצוי בה (ראו: ע/96/17 רב"ט הייב נ' התובע הצבאי הראשי (2018), פסקה 21; עניין בקל לעיל, פסקה 31 והפסיקה המנויה שם). בדומה, בהתאם להנחיות התביעה הצבאית הראשית (הנחיה 1.04.02 בעניין "מעצרים" וסעיף 33 להנחיה 2.05 בעניין "עבירות סמים"), הנסמכות על עמדת המדינה כפי שהוצגה בבג"ץ 5666/97 טור' (מיל') לוי נ' מפקד בס"כ 394 – קיימת הבחנה בין מעצרים של חיילים בשירות צבאי לבין אלה שפשטו את מדיהם וסיימו את השירות הצבאי (ראו גם: ע"מ/39/00 התובע הצבאי הראשי נ' סמ"ר קרומבה (2000); ע"מ/49/02 התובע הצבאי הראשי נ' רב"ט סואעד (2002); ע"מ/35/03 רב"ט סלזבסקי נ' התובע הצבאי הראשי (2003)). הבחנה מסוימת קיימת אף בכל הנוגע למדיניות הענישה ביחס לחייל משוחרר לעומת מי שמצוי בשירות (ראו למשל: רע"פ 536/16 בניזרי נ' התובע הצבאי הראשי (טרם פורסם, 1.2.2016); ע/51/15 סמל בניזרי נ' התובע הצבאי הראשי (2016)).

44. מכל מקום, בנסיבות המקרה דנן, ומשלא בואר מה עמד ברקע שחרורו של סמל ביקיה מן השירות הצבאי, אין לקבוע כי החלטת התביעה פסולה וחורגת ממתחם הסבירות.



45. ודוקו: הגם שתוצאות העמדתו לדין של המערער, אשר בעברו הרשעה דומה, מובילות לרישום פלילי "מלא", בעוד שלהרשעתו של סמל ביקיה (ס/4), נלווה רישום פלילי "מופחת" – אין בכך כדי להצביע על פער **המחייב סעד** בדמות ביטול כתב אישום או אף המרת סעיף האישום לכזה שכלל אינו נושא רישום פלילי. חקירתו של המערער העלתה, כי עבר עבירה של סירוב להיבדק לגילוי שימוש בסמים מסוכנים. המערער עמד על סירובו לכל אורך החקירה, הגם שהיה ער לכך שלחובתו הרשעה קודמת בעבירת סמים וכן מאסר על תנאי בר הפעלה. על רקע זה, מלמד **כישלונו החוזר**, על פגיעה באינטרסים חברתיים מובהקים, אשר בהתאם להוראת 404א(ו) לחוק השיפוט הצבאי, מחייבת רישום פלילי "מלא".

46. בשולי הדברים ולהשלמת התמונה, נציין כי טענות ההגנה בהקשר זה ואף נסיבותיו האישיות של המערער זכו **להתחשבות מלאה** במסגרת גזר הדין בעניינו, ובהתאם, הוארך עונש המאסר המותנה, שהושת על המערער בעבר, לצד הטלת עונש של קנס.

47. ערעור ההגנה נדחה, אפוא.

48. **נוכח הערתנו, כמפורט בפסקה 20 לעיל, יועבר העתק מפסק הדין לעיונו של מפקד מצ"ח.**

ניתן והודע היום, י"א באב התשע"ח, 23 ביולי 2018, בפומבי ובמעמד בעלי הדין.

| שופט  | שופטת | המשנה לנשיא        |
|-------|-------|--------------------|
| למקור | נאמן  | חתימת המגיה: _____ |
| מכני  | קורל  | סרן                |
| הדין  | בית   | תאריך: _____ קצינת |