



**בבית הדין הצבאי המחוזי
במחוז שיפוטי מטכ"ל
בפני:**

רס"ן מאיר ויגיסר - אב"ד

רס"ן אמיר ווקנין - שופט

סרן ענבל עידו - שופטת

(באמצעות ב"כ רס"ן ניר שני וסרן אבישי שדה)

התביעה הצבאית

נגד

(באמצעות ב"כ סרן חגי בן דוב וסגן שיר איתן)

הנאשם: XXX רב"ט ש' ד'

הכרעת דין

1. במועד לא ידוע במהלך חודש אפריל או חודש מאי בשנת 2016, פנה רב"ט בן חן אל הנאשם, באמצעות אפליקציית המסרים "ווטסאפ", ושאל אותו אם יש תפוח למכירה, תוך שהוא מתכוון לסם מסוכן מסוג קנאביס. הנאשם ענה בחיוב והשניים נפגשו בשוק מחנה יהודה, שם העביר הנאשם לחן קנאביס במשקל גרם וקיבל בתמורה 100 ₪. עובדות אלו אינן שנויות במחלוקת בין הצדדים.

2. השאלה שהונחה לפתחנו, היא האם יש מקום להרשיע את הנאשם בעבירה שיוחסה לו בכתב האישום - סחר בסם מסוכן, או שיש להורות על שינוי סעיף האישום לסעיף אישום מסוג עוון.

3. ההגנה התמקדה בשתי טענות: הראשונה - הגנה מן הצדק בשל אכיפה בררנית פסולה והשנייה - פגמים שנפלו בהחלטה המנהלית על בחירת סעיף האישום. כפי

שיובהר בהמשך, בנסיבות המקרה, שתי הטענות הן במידה רבה חופפות. ההגנה עמדה על כך שהנאשם מופלה לרעה ביחס לחן, אשר הועמד לדין בעבירה של עוון בלבד בגין העברת הסם לאדם שלישי. בנוסף, טענה כי הנאשם מופלה לרעה ביחס לנאשמים אחרים, אשר בנסיבות דומות, הועמדו לדין בעבירה מסוג עוון. לשיטת ההגנה, הסעד המתאים הוא החלטה על שינוי סעיף האישום לסעיף של עוון - החזקת סם מסוכן לצריכה עצמית.

4. מבחינת ההגנה, חשיבותו של שינוי סעיף האישום לעבירת עוון, היא משום שבהתאם להוראות סעיף 404א לחוק השיפוט הצבאי, התשט"ו-1955 (שהתווספו בתיקון מספר 63), סעיף אישום מסוג פשע מחייב ברישום פלילי מלא ואילו סעיף מסוג עוון גורר, בנסיבות מסוימות, רישום פלילי מופחת בלבד. ההגנה הסכימה שככל שתדחנה טענותיה המקדמיות יורשע הנאשם בכל כתב האישום המיוחס לו.

5. נקדים ונאמר, כי לאחר שבחנו לעומקן את טענות ההגנה, על רקע נסיבות המקרה הייחודיות שבפנינו, מצאנו כי לא הוצגה תשתית ראייתית מספקת לקיומה של אכיפה בררנית וכי הפגמים המנהליים שנפלו אינם בעוצמה המצדיקה את הסעד המבוקש. על כן, החלטנו שיש לדחות את טענות ההגנה ולהרשיע את הנאשם בכל המיוחס לו בכתב האישום.

6. וכעת לנימוקי ההחלטה. תחילה, נפרט את השתלשלות ההליכים ולאחר מכן נדון בטענות ההגנה. בתום סקירת הדין והפסיקה, נעבור ליישום הדין על נסיבות המקרה שבפנינו.

השתלשלות ההליכים

7. חקירת הנאשם הובילה לממצאים המפורטים בפסקה הראשונה. בתום החקירה, ביום 29/06/16, הוגש כתב האישום המייחס לנאשם עבירות של סחר בסם מסוכן לפי סעיפים 13א + 19 לפקודת הסמים המסוכנים [נוסח חדש], תשל"ג-1973 (להלן: "הפקודה") ושל סירוב להיבדק לשם גילוי שימוש בסמים מסוכנים, לפי סעיפים 127א + 250א לחש"פ.

8. יומיים לפני כן, ביום 27/06/16 הועמד לדין המעורב הנוסף בעבירה - רב"ט בן חן. לפי המפורט בכתב האישום של חן, האחרון השתמש בסם מסוכן מסוג קנאביס בארבע הזדמנויות שונות, בין החודשים נובמבר 2015 ומאי 2016. כל השימושים בסם נעשו בנסיבות אזרחיות באמצעות סיגריות מגולגלות. האירוע המתייחס לענייננו, מפורט בכתב האישום באופן הבא: "במועד כלשהו בחודשים אפריל-מאי 2016, או במועד סמוך לכך, בשוק מחנה יהודה בירושלים, או במקום סמוך לשם, נטל גרם חשיש מרב"ט ש' ד' והעביר אותו לטור' ב' ל', לבקשתו של טור' ל". חן הואשם והורשע בעבירה של שימוש בסם מסוכן והחזקתו, לפי סעיף 7 (א) ו-(ג) **סיפא** לפקודה, שהיא עבירה מסוג עוון. בסיכומי התביעה לעונש, בתיקו של חן, היא ציינה כי התחשבה ב"טיב המעשים, בכך שהעביר סם באופן חד פעמי ללא תמורה, בנסיבותיו האישיות החריגות ובחיסכון בזמן שיפוט". בהתאם להסכמת הצדדים, הוטל על חן עונש של 50 ימי מאסר לריצוי בפועל, לצד רכיבי ענישה נוספים. עונש המאסר שהוטל עליו מביא לכך, שבהתאם לתיקון 63 לחש"ץ תירשם הרשעתו של חן ברישום מופחת בלבד.

9. בדיון שהתקיים ביום 27/09/16, מסרה ההגנה כי הנאשם מודה בעבירה של סירוב להיבדק (פרט האישום השני) ובעובדות פרט האישום הראשון. ההגנה מיקדה את טענותיה נגד החלטת התביעה לייחס לנאשם עבירה מסוג פשע, בגין האירוע שבפרט האישום הראשון. ההגנה הגישה לעיוננו מספר מקרים שבהם הואשמו או הורשעו נאשמים, שהעבירו סמים לאדם אחר, בעבירות מסוג עוון. בתגובה, פרטה התביעה את השיקולים שעמדו לנגד עיניה בעת שקיבלה את ההחלטה שלא לשנות את סעיף האישום נגד הנאשם. ההגנה **סירבה** להצעת התביעה, **כי כל חומר הראיות יוגש בהסכמה** (עמ' 4 שו' 3-1 לפרוטוקול הדיון). ברם, בשלב מסוים בדיון ביקשה לסתור את הנימוקים שפרטה התביעה. בשלב הזה, **ביקשה** ההגנה כי יוגשו לעיוננו **הראיות המנהליות**. אלו אכן הוגשו והצדדים התייחסו אליהן (עמ' 4 שו' 32-36 לפרוטוקול הדיון) (באשר לסדר הדין בעת שמועלת טענה של אכיפה בררנית וטענות מנהליות נגד שיקול דעת התביעה ראו ע"פ 6328/12 **מדינת ישראל נגד פרץ** [פורסם בנבו; 10/09/13] - להלן: "פרשת פולדי פרץ"; בכל הנוגע לחובת התביעה לפרט את שיקוליה בהחלטה על העמדה לדין, כאשר מועלית טענה של הגנה מן הצדק, ראו ש"פ 7955/13 **פלוני נגד מדינת ישראל** [פורסם בנבו; 31/12/13] פסקה 27).

10. הצדדים הסכימו, כי דרך המלך להעלאת טענות נגד חוקיות פעולותיהן של רשויות האכיפה בעת העמדה לדין פלילי, בפרט כאשר הנאשם עותר להמרת סעיף האישום נגדו, הינה בפני הערכאה הדיונית, במסגרת ההליך הפלילי (ראו בג"ץ 9131/05 ניר עם ירקות אגודה שיתופית בע"מ נ' מדינת ישראל - משרד התעשייה המסחר והתעסוקה, [פורסם בנבו; 06/02/06] בפסקאות 4-5, בג"ץ 5299/12 איוב נ' היועץ המשפטי לממשלה [פורסם בנבו; 12/11/12]; בג"ץ 7731/12 י' ב' ורד הכרמל בע"מ נ' מדינת ישראל [פורסם בנבו; 14/01/13]; בג"ץ 6887/13 קניאס נ' היועמ"ש ואח' [פורסם בנבו; 12/01/14] וכן במאמרו של רענן גלעדי "דוקטרינת הביקורת המנהלית בפלילים", ספר אליהו מצא, עמ' 529 (להלן: "רענן גלעדי - הביקורת המנהלית בפלילים"), ולהשלמת התמונה ראו י' נקדימון הגנה מן הצדק [הוצאת נבו] (מהדורה שנייה, תשס"ט-2009), בעמ' 199-200 וכן האסמכתאות המובאות שם בהערת שוליים 8).

11. נראה, כי הצדדים אף לא חלקו על כך שלבית הדין קנויה הסמכות להורות על המרת סעיף האישום, ככל שהדבר יידרש כסעד מידתי מתאים בשל התקיימותה של הגנה מן הצדק. המחלוקת עסקה בשאלת ההצדקה להפעלת הסמכות (ראו בנושא הסמכות להמיר את סעיף האישום ולהתערב בתוכן כתב האישום את ע/124/10 סמ"ר אסמעיל נ' התובע הצבאי הראשי, ע/83,84/14 רס"ן משה נ' התובע הצבאי הראשי וכן ע/38,39,40/15 התובע הצבאי הראשי נ' סמל ש' [פורסם בנבו; 12/11/15]).

12. לשם ביסוס טענותיה ביקשה ההגנה לקבל מידי התביעה, בהתאם לסעיף 108 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], תשמ"ב-1982 (להלן: "החסד"פ"), נתונים על מדיניות ההעמדה לדין במקרים דומים, שבהם העביר נאשם לאדם אחר כמות קטנה של סם, בתמורה שהיא "החזר הוצאות" או ללא תמורה. בסופו של הדיון ובעקבות הערות בית הדין, הסכימה התביעה לערוך בדיקה של מקרים שבהם הוגש כתב אישום בנסיבות דומות לענייננו (לפסיקה שבה הותוותה האפשרות של קיום "בדיקה יסודית ומקיפה ככל שניתן בקרב התובעים הצבאיים אשר תתבסס על ניסיונם, זיכרונם ורישומיהם" ראו עלב"ש 121/13 טור' עוזרי נ' התובע הצבאי הראשי [פורסם בנבו; 21/08/14] בפסקה 22 וכן עלב"ש 107,109/14 טור' ק' נגד התובע

הצבאי הראשי [פורסם בתקדין; 14/04/15] בפסקה 18). על כן, נקבע דיון המשך בתיק.

13. במאמר מוסגר יצוין, כי לטעמנו גם בגדרי סעיף 108 לחסד"פ, ראוי שבקשה לקבלת נתוני אכיפה ונהלי אכיפה (לצורך ביסוס טענת הגנה מן הצדק של אכיפה בררנית או טענות מנהליות אחרות) תוגש לתביעה זמן סביר לפני הדיון ותהייה מפורטת ומנומקת. זאת, בדומה לבקשה לפי סעיף 74 לחסד"פ. כך תוכל התביעה להיערך מראש לדיון והדבר יחסוך עיכובים מיותרים בדיון, כפי שארע בענייננו. התביעה, תחויב להשיב לבקשה, מכוח החובות המוטלות עליה כרשות ציבורית ובהתאם לחוק חופש המידע. אנו סבורים כי תשובת התביעה צריכה להיות מנומקת (ראו סעיף 7 לחוק חופש המידע, תשנ"ח-1998 וראו מאמרו של רענן גלעדי "דוקטרינת חופש המידע בפלילים", **הסנגור 230**, עמ' 4, שם הוא מביע את הדעה כי חובת התביעה להשיב לבקשות אלו "נתמכת גם בטעמי יעילות, חיסכון בזמן שיפוטי וזכויות אדם, והיא נובעת למעשה אף ממושכלות יסוד של המשפט המינהלי בכל הנוגע למיצוי הליכים בטרם פנייה לבית המשפט"). ייתכן שבעקבות בקשת ההגנה לפי סעיף 108 לחסד"פ, התביעה אף תסכים להעביר מראש את החומר המבוקש לעיון ההגנה. ככל שיוותרו מחלוקות בין הצדדים, ראוי כי הבקשה תוגש **מבעוד מועד ובכתב** אל מותב בית הדין הדין **בתיק העיקרי**, כדי שאף המותב יוכל להיערך לדיון. ככל הידוע לנו, לא נקבעו כללים בנושא, אך מתווה דיוני זה הוא ראוי ויעיל בנסיבות של בקשות לפי סעיף 108 לחסד"פ, המופנות אל התביעה.

14. בדיון ההמשך, שהתקיים ביום 06/10/16, עדכנה התביעה כי חיפשה ואיתרה פסקי דין שניתנו בתקופה האחרונה במקרים דומים (של מכירת או העברת סם מסוכן בכמות קטנה). ההגנה הודיעה כי היא **מסייגת את הסכמתה** בנוגע להגשת הראיות המנהליות; היא ביקשה שלא לקבל את הראיות המנהליות שהתווספו לאחר הגשת כתב האישום, מהטעם שהן לא עמדו לנגד עיני הפרקליט בעת ההחלטה להגיש כתב אישום. בד בבד, הצדדים השלימו את סיכומיהם לעניין הכרעת הדיון. ללא שהות נוספת, נעבור לבחינת טענות ההגנה בדבר אכיפה בררנית ופגמים מנהליים שנפלו בעת קבלת ההחלטה. נדון בהן אחת אחת אחר השנייה.

אכיפה בררנית

15. סעיף 351 (ב) (6) לחש"ץ קובע כי ניתן לבטל כתב אישום שהגשתו או בירורו "עומדים בסתירה מהותית לעקרונות של צדק והגינות משפטית". בפסיקה נקבע כי טענת ההגנה מן הצדק היא "טענת סל". היא כוללת טענות שונות, כגון: טענה לחקירה פסולה, שיהוי בלתי סביר בהגשת כתב אישום, הפרת הבטחה שניתנה על ידי הרשות ואף אכיפה בררנית (ראו פרשת פולדי פרץ וכן זאב סגל ואבי זמיר "הגנות מן הצדק כיסוד לביטול אישום - על קו התפר בין המשפט הפלילי למשפט הציבורי", הפרקליט מז 42, 72 (2003)).

16. ככלל, אכיפה בררנית מתקיימת כאשר מקרים דומים זוכים ליחס אכיפתי שונה - באותה תקופת זמן - וללא הצדקה (ראו פרופ' דפנה ברק-ארז, "אכיפה בררנית מן הזכות לסעד", **הסנגור 200**, עמ' 14). ההלכות המנחות בנושא סוכמו בפרשת פולדי פרץ. אכיפה בררנית יכולה לקבל ביטוי באחד משני מופעים: הראשון, החלטה להעמיד לדין רק חלק מן המעורבים בפרשה נדונה; השני, החלטה להעמיד לדין בשעה שבפרשות אחרות שעניינן דומה לא הוגשו כתבי אישום. המשותף לשני פניה של הטענה הוא כי סמכות האכיפה הופעלה נגד אחד ולא נגד אחרים, ללא כל טעם טוב להבחנה ביניהם. יש לבדוק, אם כן, האם האכיפה מבדילה בין שווים או בין שונים והאם הרשות הבחינה ביניהם על יסוד שיקולים ענייניים (ראו בג"ץ 6396/96 **זקין נ' ראש עיריית באר שבע**, פ"ד נג(3) 289, 305 (1999)). ככל שנמצא כי שיקולים זרים, מטרה פסולה או שרירות גרידא עמדו בבסיס ההבחנה יש לקבל את הטענה. עוד יש להזכיר, שקבלת טענת הגנה מן הצדק שמורה למקרים חריגים ויוצאי דופן בלבד.

17. בפרשת בורוביץ נקבע גם כי בית המשפט עשוי לבטל כתב אישום שהוגש, כאשר ההחלטה להעמיד לדין פלוני ולא אלמוני חורגת בבירור ממתחם הסבירות (ע"פ 4855/02 **מדינת ישראל נ' בורוביץ**, פ"ד נט(6) 776 (2005) בעמ' 814-815, וראו גם בג"ץ 935/89 **גנור נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד מד(2) 485, 512 (1990)).

18. בע"פ 8551/11 **סלכגי נ' מדינת ישראל** [פורסם בנבו; 12/08/12] (להלן: "פרשת סלכגי") נקבע המתווה הבא לבחינת הטענה:

"באופן עקרוני, את טענת האכיפה הבררנית יש לבחון תוך התייחסות לשלוש שאלות: השאלה הראשונה היא מהי קבוצת השוויון שעמה נמנה מי שמעלה את טענת האכיפה הבררנית. בנסיבות העניין, יש לבחון בהקשר זה האם המערערים הם חלק מקבוצת השוויון של העיתוננים מצד אחד או של משרדי פרסום אחרים מצד אחר. השאלה השנייה היא - באותם מקרים שבהם אכן הרשויות לא אוכפות או לא אוכפות באותה מידה כלפי כל מי שנמנה עם אותה קבוצת שוויון - כיצד יש לאבחן מצבים של אכיפה בררנית פסולה ממצבים רגילים ולגיטימיים של אכיפה חלקית מטעמים של מגבלת משאבים וסדרי עדיפויות. השאלה השלישית היא מהו הנטל הראייתי המוטל על מי שמעלה טענה של אכיפה בררנית - באופן כללי, ובמשפט פלילי בפרט. יודגש, כי שלוש השאלות שהוצגו הן נפרדות, אך בחינתן צריכה להתקיים בזיקה הדוקה זו לזו. כך למשל, אי-בהירות עובדתית עלולה להקשות על שרטוטן של קבוצות השוויון. כמו כן, גם כאשר ניתן לקבוע שאנשים שונים נמנים על אותה קבוצת שוויון, הבדלים מסוימים בנסיבותיהם יכולים להשפיע על קביעת סדרי עדיפויות באכיפה במסגרת השלב השני של הבדיקה. הכרעה המתקבלת ביחס לאחת מהשאלות עשויה אפוא להשפיע על המשך הדיון". (ההדגשות שלנו)

19. **באשר לשאלה השלישית - שאלת נטל ההוכחה**, נקבע בפסיקה שלרשות המנהלית עומדת חזקת התקינות המנהלית, שלפיה מוחזקת היא כמי שפעלה כדין - כל עוד לא הוכח אחרת. על הנאשם הטוען לאכיפה בררנית להציג תשתית ראייתית מבוססת על מנת לערער אותה ואז יוכל להעביר את הנטל אל כתפי הרשות המנהלית. האחרונה תתבקש להוכיח כי האכיפה - אף שהיא נחזית כבררנית - התבססה על שיקולים ענייניים בלבד, שיש להם משקל מספיק כדי לבסס עליהם את החלטתה (ראו פרשת פולדי פרץ ופרשת זקין בעמ' 307-308). כב' השופט ע' פוגלמן בפרשת פולדי פרץ סבר כי בשלב של העברת הנטל אל התביעה, די יהא בהצבעה על מקרים ספורים ולעיתים אפילו על מקרה אחד בלבד, לצורך העברת הנטל לשכמה של הרשות. הוא הבהיר כי בשלב הראשוני הזה אין להכביד בדרישה. אולם בסוגיה זו, נותרה דעתו בגדר דעת מיעוט. מנגד, כב' הנשיא א' גרוניס וכב' השופט ס' ג'ובראן סברו כי "על הנאשם להראות, כי לאורך זמן ובאופן שיטתי (או קרוב לכך) קיבלו הרשויות המנהליות במקרים דומים החלטות שונות מאלה שנתקבלו במקרה שלו". ההלכה כדעת הרוב.

20. בהתאם להלכות סלכגי ופולדי פרץ, הרי שבהמשך, יהיה עלינו לבחון, מהי קבוצת השוויון הרלוונטית והאם הוכיחה ההגנה כי לאורך זמן ובאופן שיטתי (או קרוב לכך) הועמדו לדין נאשמים, שביצעו מעשים דומים, בעבירה של שימוש בסם מסוכן או החזקת סם לצריכה עצמית. כפי שצוין בפרשת סלכגי, אי בהירות עובדתית עלולה להקשות על שרטוטן של קבוצות השוויון. להבדלים בין המקרים השונים - בנסיבות העבירה ובנסיבות העבריינין - עשויים להיות משמעות בנוגע לבחירת סעיף האישום ומידת החמרה באכיפה.

21. בכל מקרה שבו נפל פגם בהחלטה המנהלית יש לבחון את עוצמתו ואת הסעד המתאים. פרשת פולדי פרץ דומה עד מאוד לענייננו ועל כן אוסיף ואתייחס לקביעות שניתנו שם, באשר לסעד שיינתן בהתאם לעוצמת הפגם:

"לא דין הגשת כתב אישום נגד אחד ולא נגד אחר ממניעים לא ענייניים, כדין מצב בו בפרשה דומה אחרת לא הועמדו המעורבים לדין מחמת שגגה שיצאה מלפני הרשות. לא דין מידת ההסתמכות של נאשם על מנהגי האכיפה של הרשות, שנלמדו מהתנהלות השיטתית לאורך השנים (דבר שיכול לעורר ציפייה כי הרשות תוסיף להתנהג כמנהגה) - כדין מצב שבו עסקינן במקרה בודד שבו נתקבלה החלטה אחרת, שאז ממילא לא ניתן להוציא מכלל אפשרות כי נסיבות אותו עניין היו שונות, או כי החלטת הרשות במקרה האחר היתה מוטעית.

שוני אפשרי זה בעוצמתו ובחומרתו של הפגם, משמיע כי גם במקרה בו יימצא כי נפל פגם במעשה המנהלי עשוי הסעד להשתנות על פי הנסיבות, בגדרה של דוקטרינת הבטלות היחסית (או התוצאה המתאימה)...

הסעד המושט לנאשם צריך, אפוא, לתאום את חומרת הפגם שנפל בהתנהלות הרשות המינהלית ואת המידה שבה הסלקטיביות שבאכיפה פגעה בנאשם הקונקרטי. מבלי לקבוע "רשימה סגורה" אציין כי בהקשר זה ניתן להביא בחשבון - בין היתר - את השיקולים הבאים: **מידת הפגיעה בשוויון שנגרמה כתוצאה מהעמדתו לדין של הנאשם; תום ליבה של הרשות בקבלת החלטה על ההעמדה לדין; היקף ההסתמכות של הנאשם, אם בכלל, על מנהגי האכיפה של התביעה; ושיקולים נוספים (ראו טמיר, בעמ' 372-350).**

בחלק מן המקרים תהא המסקנה כי אף שנפל פגם במעשה הרשות, הפגיעה בנאשם מצויה ברף הנמוך ובשולי האינטרסים

המוגנים על ידי טענת האכיפה הבררנית. להשקפתי, במצב כזה, אין להורות על ביטול כתב האישום. **הסעד אותו ניתן לשקול להושיט לנאשם - אם בכלל - יתבטא בהקלה מסוימת בעונש** (ראו והשוו: עניין בורוביץ, בעמ' 816; עניין תורג'מן, בעמ' 456). להבדיל מקטגוריה זו של מקרים, קבלת טענה מקדמית של נאשם שלפיה הגשת כתב אישום בעניינו מהווה סטייה ברורה ממדיניות נהגת של התביעה עשוייה, במקרים המתאימים, להביא לביטול כתב האישום". (ההדגשות שלנו)

22. בפרשת סלכגי, נקבע בהקשר זה:

"15. מעבר לכך, במקרים שבהם ימצא בית המשפט שהרשויות נקטו באכיפה בררנית, יש להוסיף ולבחון, מהו הסעד הראוי לתיקון המצב. אין דומה טענת אכיפה בררנית המועלית בהליך פלילי לטענת אכיפה בררנית המועלית בהליך מינהלי. **בהקשרו של הליך פלילי, יש להוסיף ולבחון האם האכיפה הבררנית מגיעה עד כדי הדרגה המקימה "הגנה מן הצדק" או שמא, חרף הפגם, התשובה המתאימה היא במישור הענישה.** בהקשרו של הליך מינהלי, תיתכנה אפשרויות נוספות, ובהן דרישה לנקיטת פעולות אכיפה כלפי גורמים נוספים (שאינה מועילה לאדם העומד לדין פלילי, אך יכולה להיות בעלת משמעות בהקשרים אחרים)". (ההדגשות שלנו)

23. עינינו הרואות, כי המבחנים שפורטו לעיל לבחינת טענת האכיפה הבררנית שאובים בעיקר מעולם המשפט המנהלי; בית המשפט בודק אם ההחלטה על האבחנה בין הנאשם לחברו אינה חורגת ממתחם הסבירות (בורוביץ). כמו כן, הוא בוחן אם שיקולים ענייניים עמדו לנגד עיני הרשות או שמא שיקולים זרים, מטרה פסולה או שרירות גרידא. הנה כי כן, קיימת זהות רבה בין טענת ההגנה מן הצדק, מסוג של אכיפה בררנית ובין הטענות נגד אופן הפעלת שיקול הדעת של הרשות, שהעלתה ההגנה במקרה דנן. עם זאת, כפי שנקבע בפרשת פולדי פרץ, אין חובה שתהיה זיקה בין המבחנים שנקבעו בגדרה של ההגנה מן הצדק למבחני הביקורת המנהלית. נעמוד כעת על הקביעות בפסיקה העוסקות בביקורת המנהלית בפלילים על מעשי הרשות.

הביקורת המנהלית בפלילים

24. בפרשת פולדי פרץ, קבע כבוד השופט ע' פוגלמן, כי אפיק נוסף להעלאת טענות בעניין פגמים שנפלו בהגשת כתב אישום הוא על דרך העמדת החלטה המנהלית בדבר הגשת כתב אישום לביקורת שיפוטית בהליך הפלילי. החלטה על הגשת כתב אישום, בדומה להחלטות אחרות שמקבלת הרשות המנהלית, צריכה לעמוד באמות המידה של המשפט המנהלי, שכן שיקול דעתו של תובע הוא שיקול דעת מנהלי. על הרשות לפעול בשוויון ולנקוט באמת מידה שווה של אכיפה כלפי שווים. דהיינו, אם פלוני ואלמוני ביצעו מעשים דומים אין מקום להחמיר בסעיף האישום של פלוני ולהקל בסעיף האישום של אלמוני, אלא אם יש טעם טוב המצדיק זאת (פרשת גנור). ניתן לבחון, אפוא, את פעולת התובע בכלי הביקורת של המשפט המנהלי, הגם שהאכסניה הדיונית היא ההליך הפלילי.

25. הגישה המסורתית היא שבית המשפט, בהפעילו ביקורת שיפוטית מנהלית, אינו קובע מה הוא היה עושה במקום הרשות המנהלית במקרה הנדון, אילו הופקד שיקול הדעת בידו. בית המשפט צריך לבחון את חוקיות החלטה להבדיל מתבונתה (ראו בג"ץ 311/60 י' מילר, מהנדס (סוכנות ויבוא) בע"מ נ' שר התחבורה, פ"ד טו 1989 (1961) וכן ד"נ 16/61 רשם החברות נ' כרדוש, פ"ד טז 1209 (1962), בעמ' 1218). הפסיקה העדכנית של בית המשפט העליון המשיכה באותו קו והיא קובעת כי בית המשפט אינו מחליף את שיקול דעתה של הרשות המוסמכת ואינו שם תחתיו את שיקול דעתו שלו, אלא אם החלטה נגועה בחוסר סבירות קיצונית או בפגם דומה (ראו החלטת כב' הנשיא א' גרוניס בבג"ץ 10242/03 מילובלובסקי נ' המועצה הארצית לתכנון ולבניה, פ"ד נח (6) 673, 679 (2004) וכן אסמכתאות נוספות במשפט המינהלי עמ' 621 ה"ש 7).

26. יתר על כן, קיימים תחומים שבהם בית המשפט נוקט באופן מסורתי מדיניות מצומצמת יחסית של התערבות. כך הוא הדבר בנוגע להתערבות בשיקול דעת התביעה, היועץ המשפטי לממשלה והפצ"ר בהחלטות על העמדה לדין פלילי. בעבר, נהג בית המשפט להתערב בהחלטות מסוג זה בצמצום רב, והתערבותו הוגבלה רק למצבים של פעולה בחוסר סמכות או בשרירות. הן היו כמעט חסינות מפני התערבות. לעומת זאת, כיום הן נתונות לביקורת גם מבחינת עמידתן באמת המידה

הכללית של סבירות. אך עדיין, הגשת כתב האישום ובחירת סעיפי האישום נותרה פרוגטיבה של התביעה ומדיניות ההתערבות בהחלטות אלה נותרה מצומצמת ביותר. בבג"ץ 7195/08 **אבו רחמה נ' הפרקליט הצבאי הראשי**, דינים עליון, צפ 881 (2009) (להלן: "פרשת אבו רחמה") חזר וסיכם כבוד בית המשפט העליון את ההלכה בנושא: "מידת ההתערבות השיפוטית היא צרה, ושמורה לנסיבות קיצוניות בהן נפל בהחלטה שהתקבלה **משגה מהותי** היורד **לשורשו של עניין**, או מקום שנתגלה בה **עיוות מהותי** המחייב תיקון" (ההדגשות שלנו).

27. עקרון **המידתיות** מהווה אף הוא שיקול במסגרת שיקולי "העניין לציבור" שמחויב התובע לשיקול (ראו רון שפירא "מאכיפה פלילית לאכיפה מנהלית" **הסנגור 205** עמ' 4, בעמודים 6-7 (2014)). כאן נבחנת השאלה האם אין להשיג את המטרה הראויה באמצעי שפגיעתו בזכויות החוקתיות של הנאשם פחותה.

28. **ומה הם ההבדלים שבין טענת האכיפה הבררנית והטענה נגד אופן הפעלת שיקול הדעת על ידי התביעה בבחירת סעיף האישום? כפי שכבר הבהרנו לעיל, אלו אינם משמעותיים. בעת העלאת טענת הגנה מן הצדק המיקוד הוא על הצדק האינדיווידואלי וההגינות כלפי הנאשם הספציפי ואילו בעת העלאת טענות מן המשפט המנהלי המיקוד הוא על האינטרס הציבורי במובנו הרחב (ראו רענן גלעדי - הביקורת המנהלית בפלילים, שם הוא מציין כי "חובתה המהותית של הרשות המנהלית - ובכלל זה התביעה הכללית - לנהוג בשוויון אינה נובעת כמובן מההגנה מן הצדק, אלא התפתחה שנים רבות לפניו במסגרת המשפט המינהלי והחוקתי הכללי").** המבחנים לבחינת שיקול הדעת המנהלי של התביעה הם אותם מבחנים המופעלים בבית המשפט הגבוה לצדק. האם האכיפה תהיה סבירה, מידתית ומועילה לחברה במבט רחב. בית המשפט יבחן האם התביעה מקיימת את מכלול חובותיה המנהליות והחוקתיות ובהן חובת השוויון (ראו מאמרו הנ"ל של רענן גלעדי וכן פרשת גנור, פסקאות 26 ו-31). יש לזכור כי המשפט המנהלי מפותח מההגנה מן הצדק וכולל סייגים וכללים רבים, שהתפתחו במהלך השנים.

מן הכלל אל הפרט

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

30. בהתאם למתווה שנקבע בעניין סלכגי, נבחן תחילה את **קבוצת השוויון**. ההגנה הטעימה, שגם מעשיו של חן מקיימים את יסודות העבירה של תיווך בסם מסוכן לפי סעיפים 13 + 14 לפקודה; חן רכש מהנאשם את הסם, במשקל גרם, והעבירו לטורי ל'. למרות הדמיון שבין מעשיהם, הנאשם מועמד לדין בעבירה מסוג פשע, הגוררת עמה רישום פלילי מלא, ואילו חן הורשע בעבירה הגוררת עמה רישום פלילי מופחת בלבד. על כך יצא קצפה של ההגנה. ההגנה טענה כי הנאשם מופלה לרעה אל מול חן; השניים ביצעו מעשה דומה, אך ננקטים נגדם אמצעי אכיפה שונים.

31. לטיעון האחרון השיבה התביעה, כי ההבחנה שערכה בין הנאשם וכן היא הבחנה בין שונים. התביעה ציינה שני טעמים להבחנה, בהתאם לחומר הראיות שעמד בפניה. **הראשון**, טיב ההיכרות בין המעורבים בהעברת הסם. חן העביר את הסם לל' - חברו מילדות, במהלך מפגש חברי שכלל חברים נוספים. הסם הועבר ללא תמורה. לעומת זאת, הנאשם העביר את הסם תמורת 100 ₪ לחן - אותו הכיר בטירונות שמשכה חודש ומאז ניתק ביניהם הקשר למשך מספר חודשים. בתאריך 12/04/16 פנה חן אל הנאשם באמצעות רשת "הפייסבוק" כדי לבקש ממנו את מספר הטלפון שלו ומכאן למדה התביעה כי השניים כלל לא היו בקשר עד אז. לאחר מכן, השניים שוחחו במשך דקה עד דקה וחצי. הקשר הבא ביניהם, הוא ההתכתבות המפורטת בכתב האישום. **השני**, עומק המעורבות בעולם הסמים. בשונה מחן, נגד הנאשם הצטברו גם ראיות מנהליות הקושרות אותו לעולם הסמים. בדיון, פרטה התביעה שורה של

התכתבויות ברשתות החברתיות בין הנאשם לבין שלושה אחרים. התביעה טענה כי התכתבויות אלו מחשידות את הנאשם במעורבות עמוקה בעולם הסמים, מעבר למיחוס לו בכתב האישום. התביעה פרטה טענה זו לפרוטות; עם אדם בשם זקין, סיכם הנאשם כי ימכור לו סם מסוכן מסוג קנאביס בימים 11/04/16, 30/04/16, 04/05/16, 22/05/16 ו- 06/06/16. מרבית מאותם מפגשים אכן יצאו אל הפועל. השפה שהשניים משתמשים בה היא סלנג השגור מעולם הסמים, כך נטען. עם אשת הקשר אדווה סיכם הנאשם כי ימכור לה סמים בימים 16/02/16, 28/02/16 ו- 02/03/16. ההתכתבויות אינן על רקע חברי והן עוסקות בסמים.

32. ההגנה השיבה בשתי טענות נגדיות; האחת - שאין לקבל את ההתכתבויות בין הנאשם לבין אדווה משום שהן לא עמדו לנגד עיני הפרקליט בעת שהורה על הגשת כתב האישום נגד הנאשם; הן התקבלו ונשקלו רק בשלב מאוחר יותר. והאחרת - שמהראיות המנהליות לא עולה חשד מבוסס לעסקאות בסמים מסוכנים. לפי הלך הטיעון של ההגנה, נושא ההתכתבויות לא נחקר לעומק והן נותרו עמומות ובלתי פתורות. כאמור, ההגנה סירבה להצעת התביעה, כי חומר הראיות **כולו** יועמד לעיונו של בית הדין.

33. נדון תחילה בשאלת הקבילות של הראיות המנהליות ולאחר מכן בשאלת הרלוונטיות שלהן. לבסוף, נבהיר מדוע לא נוכל לקבל את טענת ההגנה, שחן נמצא בקבוצת השוויון של הנאשם.

34. **האם רשאית הייתה התביעה להידרש לראיות מנהליות במסגרת החלטתה?** אין חולק, כי די בראיות המשפטיות הקבילות הקיימות בתיק החקירה, כדי להוכיח מעל לכל ספק סביר את אשמתו של הנאשם במיחוס לו בכתב האישום. במילים אחרות, הראיות המשפטיות עומדות באמות המידה המחמירות של המשפט הפלילי. השאלה הדורשת הכרעה מצויה במישור אחר - המישור המנהלי. כאן נבחנת החלטת התביעה לייחס לנאשם סעיף אישום מסוג פשע. הדיון עוסק בבקשת ההגנה להקל עם הנאשם ולייחס לו עבירת עוון. כיוון שמצויים אנו בגדרי המשפט המנהלי, יכולה הרשות, היא התביעה, לבסס את החלטתה על ראיות מנהליות, שהן בעלות מידת שכנוע. היא אינה חייבת להתבסס רק על ראיות משפטיות (ראו רע"ב 426/06 **חוא נ' שירות בתי**

הסוהר, דינים עליון ע"ו 777 (2006), בפסקה 15). מכאן שיש לבחון האם הוצגו ראיות מנהליות שרשות מנהלית סבירה רשאית להסתמך עליהן.

35. לאחר שהעמקנו בבדיקת הראיות המנהליות, מצאנו כי השיחות שהוגשו לעיוננו ואף עמדו לנגד עיני הפרקליט בעת שהחליט בעת שהחליט על הגשת כתב האישום, אכן מלמדות על מעורבות הנאשם בעולם הסמים ועל כך שהוא סיפק סמים לזקין. כך למשל, באחת השיחות שהתקיימה ביום 14/04/16 שואל הנאשם את זקין, ש"רוצה להיות רגוע" בנוגע לאותו 'דבר' נושא השיחה, "למה הוא לא טוב". זקין משיב: "דווקא בגלל שהוא טוב.. אבל בייחד הוא עושה לי קצת לחץ בחזה ותסמיני גמילה קלים". בתגובה, הנאשם מניח את דעתו של זקין ומוסר: "וואלה לא יודע.. הרבה אנשים מעשנים אותו והכל סבבה". מהשיחה עולה שמאפייני "הדבר" שהשניים משוחחים עליו הם: (1) "הוא טוב"; (2) עושה "תסמיני גמילה קלים" ו-(3) "מעשנים אותו והכל סבבה". ביום 04/05/16 נשאל הנאשם אם יש לו "משהו נעים וטעים". הנאשם משיב: "כמה צריך אחינו?". בהמשך, מבקש זקין מהנאשם שיביא לו 5 "עדיף מהדחוס ההוא עם יש". הנאשם מסכים. לאחר מכן מוסר הנאשם לזקין: "אני אישית שקלתי לך היה 5.3". זקין שואל: "הוא לא מזייף אולי אחי". הנאשם משיב: "בדקתי אותו.. הוא מדוייק.. שקלת עם השקית" ובהמשך מסר: "אני בכל אופן אקנה משקל חדש" ועוד הוסיף: "בלי השקית אחי". התביעה הוסיפה וטענה כי זקין שלח אל הנאשם קישור לאתר אינטרנט העוסק בזכויות של משתמשים בסמים. הקשר הדברים ברור ואין צורך בהכרות מעמיקה עם עולם הסמים כדי להבין שהנאשם, שמכר לחן גרם סם מסוג קנאביס תמורת 100 ₪, משוחח גם עם זקין על סמים. לנוכח האמור, אין ממש בטענת ההגנה כי לא ניתן ליצוק תוכן ופרשנות למילים עלומות.

36. נמצאנו למדים שהוצגו ראיות מנהליות, שרשות מנהלית סבירה רשאית להסתמך עליהן לביסוס החלטתה הראשונית (במעמד הגשת כתב האישום), כי הנאשם מעורב בעולם הסמים באופן עמוק מהמיוחס לו בכתב האישום. זאת ועוד, בראייתנו, הראיות המנהליות שנאספו, כשהן נבחנות יחד עם הראיות המשפטיות - הקבילות במשפט הפלילי, עומדות ברף המחמיר יותר, הנדרש כאשר ההחלטה פוגעת בזכויות אדם מוגנות. כלומר, צרוף הראיות המשפטיות והמנהליות, מצביע על מסקנה

ברורה, חד משמעית ומשכנעת - במישור המנהלי כמובן - בדבר מעורבותו של הנאשם באירועים נוספים של העברת סמים לאחרים (להידרשות למבחן של ראיות "ברורות, חד משמעיות ומשכנעות", כאשר נפגעות זכויות אדם ראו בג"ץ 1227/98 **מלבסקי נ' שר הפנים**, פ"ד נב(4) 690, 714 (1998)). לא למותר לציין, כי התביעה לא הסבירה מדוע הראיות המנהליות שנאספו אינן עומדות ברף הנדרש כדי להיות קבילות ומפילות במשפט הפלילי וגם ההגנה לא התייחסה לכך.

37. למעלה מן הצורך, נבהיר כי סברנו שכאשר פוסעים במישור הראיות המנהליות, התביעה רשאית לבסס את החלטתה, שלא להמיר את סעיף האישום, גם על ראיות מנהליות שהתקבלו לאחר הגשת כתב האישום. טול לדוגמא, מקרה שבו לאחר הגשת כתב האישום הסתבך הנאשם בעבירה נוספת. כתב האישום טרם הוגש, אך קיימות ראיות מנהליות המלמדות על חשדות כבדים שנאספו נגדו. האם שיקול זה אינו שיקול, שראוי שיישקל, כאשר התביעה מבקשת להיקשר עם הנאשם בעסקת טיעון? ודאי שיש לשקול אותו. האם התביעה צריכה להתעלם מכך? מובן שלא. הפרקליט, שקיבל החלטה מבוססת להגיש כתב אישום בעבירה של סחר בסם מסוכן, יכול היה לשקול לאחר מכן - כאשר התבקש לשנות את סעיף האישום - גם את הראיות המנהליות הנוספות שנאספו אצלו.

38. כיוון שההגנה סייגה את הסכמתה וסירבה להגשת הראיות המנהליות שהצטברו לאחר הגשת כתב האישום לעיון בית הדין, הרי שלא נתייחס ונבחן בעצמנו את הראיות המנהליות הגולמיות הללו. עם זאת, מקובלת עלינו טענת התביעה, אשר לא נסתרה, כי מהראיות המנהליות הנוספות שנאספו, עולה כי הנאשם סיכם גם עם אדווה כי ימכור לה סם מסוכן.

39. כלל ידוע הוא, שהחלטת רשויות התביעה להעמיד לדין פלוני ולהימנע מהגשת כתב אישום נגד אלמוני, החשוד במעורבות באותה פרשה, אינה מלמדת, בהכרח, על קיומה של אכיפה בררנית (ראו ע"פ 7659/15 **הרוש נגד מדינת ישראל** [פורסם בנבו; 20/04/16]). ברור, שצירוף הראיות המנהליות בנוגע לשיחה עם אדווה לראיות המנהליות המעידות על השיחה עם זקין ולראיות הקבילות באשר להעברת הסם לחן, מבסס את החלטת התביעה להבחין בין עניינו של הנאשם לבין עניינו של חן על

אדנים ראויים. ולמען הסר ספק, נבהיר כי החלטת התביעה היתה מבוססת דייה גם ללא הראיות המנהליות הנוגעות לאדווה.

40. לצורך העמקת הדיון בשאלת קבוצת השוויון, נפרט מעט על העובדות בפרשת סלכגי, שאליה התייחסנו לעיל. סיפור המעשה, הוא שבעליו של משרד פרסום והמשרד שבבעלותו פעלו כחלק ממערך של הפצת טבליות שנמכרו תוך הפרה של סימני מסחר, ואשר היו למעשה חיקויים לתרופות לטיפול באין-אונות. הועלו טענות אכיפה בררנית ביחס לעיתונאים שפרסמו את המודעות, אך בית המשפט קבע שהעיתונאים אינם נמנים עם קבוצת השוויון של המערערים. ההבחנה התמקדה **במידת המעורבות** שגילו המערערים במנגנון ההפצה של התרופות שנדון שם. באשר למערערים נקבע, כי "מידת מעורבותם במנגנון ההפצה של התרופות הייתה משמעותית לאין ערוך" וכן כי "מידת מעורבותם העמוקה במערך עברייני זה מעמידה אותם על "מדרגה" אחרת לגמרי, וזאת מבלי לגרוע מן ההסתייגות מהאופן שבו היו העיתונאים נכונים לשמש במה לפרסומים שתוארו" (ההדגשות שלנו).

41. כעת נחזור לשאלה, **האם מידת המעורבות של הנאשם בעולם הסמים רלוונטית להבחנה בינו לבין חן?** מפרשת סלכגי, ניתן ללמוד גם לענייננו, כי **עומק המעורבות בעולם הסמים** הוא אכן שיקול רלוונטי. אומנם, הנחית התצ"ר 2.05 אינה קובעת בסעיף 11 (נתייחס אל ההנחיה בהמשך) את שאלת מעורבותו של הנאשם בעולם הסמים, אולם ניתן למצוא מספר דוגמאות בהנחיות היועץ המשפטי לממשלה לאכיפה פלילית בעבירות של סמים ובעבירות של כניסה לישראל ללא היתר. מדיניות ההעמדה לדין בשתי העבירות האמורות, מלמדת שמעורבות קודמת של נאשם בעבירות דומות מהווה שיקול רלוונטי וענייני בהחלטה על העמדתו לדין.

42. בהמשך לכך, הפסיקה מאפשרת לייחס לאדם עבר פלילי - לצורך אכיפה מנהלית - אף ללא הרשעה פלילית פורמאלית או הודאה בעבירה, בהסתמך על ראיות מנהליות רגילות (ראו דפנה ברק ארז, **המשפט המינהלי**, ההוצאה לאור של לשכת עורכי הדין, התש"ע-2010 (להלן: "המשפט המינהלי"), עמ' 456-450). באופן עקרוני, הרשות המנהלית רשאית לייחס עבר פלילי, גם כאשר אדם זוכה מאשמה, בשל פגמים בתקינות ההליך (ראו עע"מ 9993/03 **חמדאן נ' ממשלת ישראל**, פ"ד נט (4)

134 (2005)). מקל וחומר שבענייננו, רשאית התביעה לייחס משקל לראיות המנהליות המלמדות על מעורבות עמוקה יותר של הנאשם בעולם הסמים, גם אם הנאשם לא הועמד לדין בגינן.

43. לסיכום האמור, נמצאנו למדים, כי טענת התביעה, שחומרת מעשיו של הנאשם עולה על חומרת מעשיו של חן ולכן מוצדקת ההבחנה ביניהם, מצויה במתחם הסבירות ואינה מצדיקה את התערבותנו.

44. כעת יש לבחון את המקרים האחרים שהוצגו - האם מצויים הם בקבוצת השוויון של הנאשם. אך עוד לפני כן, נתייחס להנחית תצ"ר 2.05 העוסקת בעבירות סמים ומעצבת את האופן שבו הפרקליטים צריכים לנהוג בעבירות סמים חמורות. ההנחיה קובעת בסעיף 11 כדלהלן:

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

45. על פני הדברים, מעשה העבירה המיוחס לנאשם מחייב העמדתו לדין בעבירה של סחר בסם מסוכן. ההגנה טענה כי מדובר בתמורת "החזר הוצאות" וטענה ראייתית זו לא נשללה על ידי התביעה. ברם, לשיטת התביעה, שיקול הדעת בעניין נתון לה, בהתאם להנחיה הקובעת כי "ניתן לשקול לאור מכלול הנסיבות שלא לייחס לחייל עבירה של סחר בסמים או הספקת סמים". התביעה טענה, כי בשל מעורבותו העמוקה של הנאשם בעולם הסמים - נסיבות אלו אינן מצדיקות לשנות את סעיף האישום.

46. בכל מקרה, הנחית תצ"ר 2.05 אינה מאפשרת להעמיד נאשם לדין בעבירה מסוג עוון, אם הוא העביר סם מסוכן לאדם אחר. ההגנה טענה כי על אף ההנחיה,

בנסיבות דומות, בדרך כלל, מתוקן סעיף האישום לעבירה מסוג עוון. בניסיון להוכיח טענה זו ולתקוף את אופן הפעלת שיקול הדעת על ידי התביעה, הגישה ההגנה לעיונו פסקי דין רבים בהם הומר סעיף האישום לסעיף מסוג עוון. התביעה הגישה פסקי דין אחרים.

47. נבחן תחילה את המקרים שבהם הורשעו נאשמים בעבירות של סחר, הספקה או תיווך בסם מסוכן. בהמשך, נסקור את המקרים שבהם תוקן סעיף העבירה לסעיף של החזקה שלא לצריכה עצמית ולבסוף נתייחס למקרים שבהם הורשעו הנאשמים בעבירות מסוג עוון בלבד.

48. בתיק ח"א (מחוזי) 328/16 **התביעה הצבאית נגד טור' וייסביין** [טרם פורסם; 27/07/16] - הורשע הנאשם בארבע עבירות שאחת מהן היא **סחר בסם מסוכן**. הנאשם פגש באזרח בפארק בכרמיאל והעביר לאזרח, לבקשת האחרון, סם מסוכן מסוג קנאביס במשקל גרם, תמורת 100 ₪. סעיף האישום בעניינו לא תוקן, על אף שמדובר היה בגרם בודד של סם. גזר הדין ניתן ביום 27/07/16.

49. בתיק מטכ"ל (מחוזי) 125/12 **התביעה הצבאית נגד טור' דנאור** [פורסם בנבו; 24/03/15] - הורשע הנאשם בעבירה של **הספקת סם מסוכן**. טור' דנאור סיפק לחייל אחר, בהזדמנות אחת, סם מסוכן מסוג קנאביס במשקל 1 גרם בתמורה ל 100-200 ₪. בפסק הדין הוסבר כי מדובר במקרה בודד של הספקה שבוצעה בנסיבות חבריות וללא תמורה כספית. השניים הכירו מילדות וקיימו יחסי חברות.

50. בתיק ז"י (מחוזי) 400/15 **התביעה הצבאית נגד סמל כהן** [פורסם בנבו; 18/01/16] - הורשע הנאשם בעבירה של **תיווך בסם מסוכן**, על כך שרכש עבור אזרח, לבקשת האחרון ובכספו של האחרון, 2 גרם סם מסוכן מסוג קנאביס. בנוסף, הורשע במספר רב של שימושים בסמים מסוכנים בצוותא עם אחרים, בנסיבות אזרחיות וכן בעבירה של שיבוש מהלכי משפט והתנהגות שאינה הולמת. בכתב האישום המקורי הוא הואשם בעבירה של סחר בסם מסוכן, אך במסגרת ההסדר תוקן סעיף האישום לעבירה של תיווך, כאמור. בגזר הדין פורט, שהנאשם נחקר ביחס לתכתובות

שנמצאו במכשיר הטלפון הסלולארי שלו, אשר קשרו אותו **למעורבות עמוקה בעולם הסמים**. גזר הדין ניתן ביום 18/01/16.

51. בתיק מטכ"ל (מחוזי) 783/15 **התביעה הצבאית נגד רב"ט ת' ח' (לא פורסם)** - **הואשם** האחרון בעבירה של סחר בסם מסוכן על העברת סם מסוכן מסוג קנאביס לחייל אחר תמורת 50-100 ₪. פסק הדין לא הוגש על ידי הצדדים, אך הם הסבירו שהתיק הסתיים בזיכוי. כך גם בתיק ח"א 234/16 **התביעה הצבאית נגד רב"ט ב' (לא פורסם)** - הצדדים לא הגישו את פסק הדין. רב"ט צ' **הואשם** בעבירה של סחר בסם מסוכן בצוותא בגין מכירה של 0.7 גרם תמורת 100 ₪. ההגנה טענה שכתב האישום נגדו בוטל.

52. בתיק דרום (מחוזי) 72/15 **התביעה הצבאית נגד טור' מתן יצחק** [פורסם בנבו; 14/05/15] - הורשע הנאשם בעבירה של **עסקה אחרת בסם** (עבירה מסוג פשע), שעניינה משא ומתן שניהל עם אזרח למכירת שלושה גרם קנאביס, במחיר של 120 ₪ לגרם. עוד הורשע הנאשם שם בעבירה של שימוש בסם מסוכן בגין עשרות שימושים בסם מסוכן מסוג קנאביס, בנסיבות שאינן ידועות.

53. בתיק מרכז (מחוזי) 419/15 **התביעה הצבאית נגד סמ"ר ראובן דלויה** [פורסם בנבו; 18/01/16], שונה סעיף האישום **להספקת סם מסוכן**. סמ"ר דלויה הסיע את חברו האזרח לספק סם בעיר פ"ת, שם רכש האחרון 300 גרם סם מסוכן מסוג קנאביס בתמורה ל 21,000 ₪. בהמשך תוארו עוד מעללים נוספים, אך כבר מהנסיבות המתוארות ניתן להבין כי **המקרה אינו מצוי בקבוצת השוויון של הנאשם**.

54. בתיק צפון (מחוזי) 140/13 **התביעה הצבאית נגד טור' שאדי עזאם** [פורסם בנבו; 09/04/13] - הואשם הנאשם בעבירה של סחר בסם מסוכן בגין מכירת קוביית סם מסוכן מסוג קנאביס ("חשיש") לחייל אחר וזאת לצד עבירות נוספות של שימוש בסם. המכירה התבצעה בשערי הבסיס בעת תורנות שמירה. כתב האישום תוקן והוא הורשע בהחזקת סם **שלא לצריכה עצמית** (עבירה מסוג פשע). בגזר הדין, ציין בית הדין כי הנאשם שיתף פעולה בחקירתו, פוטר לאחר שהותאם לו פרופיל 21 ושבתיק **"הוצגו קשיים ראייתיים מצד ההגנה"**. נוכח הצגת הקשיים הראייתיים,

המקרה לא יוכל לסייע לטענות ההגנה. לא זו אף זו, שעל אף הקשיים הראייתיים, נותר סעיף האישום מסוג פשע, **בהתאם** להנחית התצ"ר האמורה.

55. בתיק צפון (מחוזי) 255/15 **התביעה הצבאית נגד סמל סלימאן קויקס** [פורסם בנבו; 28/07/15] - הואשם הנאשם בעבירה של **הספקת סם מסוכן** בגין 3 אירועים שבהם סיפק סם מסוכן מסוג קנאביס ("חשישי") לחיילים אחרים במוצב נרקיס, תמורת 50 ₪ בכל הזדמנות, וזאת לצד עבירות נוספות של שימוש בסם. כתב האישום תוקן והוא הורשע בהחזקת סם **שלא לצריכה עצמית**. בטיעוניה לעונש, ציינה התביעה כי התחשבה בעובדה ש"הנאשם למעשה לא זכה לרווח כספי והעובדה כי בהזדמנויות אחרות החיילים האחרים הם אלו שהביאו את הסם שבו עשו החיילים יחד את השימוש". גם במקרה זה, המרת סעיף האישום **תואמת את רוח ההנחיה**.

56. הנה כי כן, הוצגו 4 מקרים בהם הורשעו נאשמים, שהעבירו לאחרים סם מסוכן בכמות קטנה של גרם או שניים, בעבירות של סחר בסם מסוכן, עסקה אחרת בסם מסוכן או הספקת סם מסוכן. בשני מקרים נוספים הועמדו הנאשמים לדין בעבירה של סחר בסם מסוכן, אך אחד זוכה ותיקו של השני בוטל. בשני מקרים אחרים, תוקן סעיף האישום, בהתאם להנחית התצ"ר, לסעיף אישום של החזקת סם מסוכן **שלא לצריכה עצמית. מקרים אלו, מחזקים את חזקת תקינות המנהל ואת טענות התביעה, כי החלטתה על בחירת סעיף האישום מצויה במתחם הסבירות ותואמת את הנחית התצ"ר.**

57. ודוקו, בכל 6 המקרים המפורטים, שהסתיימו בהרשעות, גררו ההרשעות עמן רישום פלילי מלא. כל העבירות שפורטו לעיל: סחר בסם מסוכן, תיווך, הספקה, עסקה אחרת ואף החזקה שלא לצריכה עצמית הן עבירות מסוג פשע; ולא "סתם" פשע, כי אם פשע חמור, כיוון שהוענש הנקוב בצידה של כל אחת מהן הוא 20 שנים. על רקע זה, אין לקבל את טענת ההגנה כי "למעשה לא היה אף מקרה בו הורשע חייל בגין מקרה סחר בודד בעבירה של סחר". לדידנו, מהבחינה הרישומית והמהותית של חומרת העבירה המשתקפת מכותרת הסעיף, הבדל בין הרשעה בעבירה של סחר בסם מסוכן לבין הרשעה בעבירות האחרות שפרטנו לעיל, אינו כה מהותי. בסופו של

יום, לצד כותרת הסעיף, ניתנת משמעות רבה לעובדות המפורטות בסעיף העבירה. על עובדות אלו אין מחלוקת.

58. עד כה, בחנו את המקרים שבהם הורשעו הנאשמים בעבירות מסוג פשע. כעת לבחינת המקרים שבהם הומר סעיף האישום לסעיף מסוג עוון, שאינו גורר עמו בהכרח רישום פלילי מלא.

59. ההגנה הגישה בדיון מספר לא מבוטל של מקרים, שבהם הואשמו נאשמים בעבירות של שימוש בסם מסוכן והחזקה בו, לפי סעיף 7(א)+(ג) לפקודה, שהוא סעיף מסוג עוון. מעיון בעובדות המפורטות בכתבי האישום ובפסקי הדין באותם מקרים, לא ניתן לשלול את טענת התביעה, לפיה הם אינם מצויים בקבוצת השוויון של הנאשם. טענת התביעה אינה נשללת, הן משום שהסמים הועברו ללא תמורה או בנסיבות של 'הספקה סוציאלית' והן משום שבמקרה של הנאשם התגלו ראיות הקושרות אותו למעורבות גבוהה יותר בעולם הסמים. כך היה בתיקי בית הדין המחוזי הבאים: מטכ"ל 271/04 התביעה הצבאית נגד רב"ט ג' (לא פורסם), דרום 33/16 התביעה הצבאית נגד סמ"ר א' י' [פורסם בנבו; 06/03/16], עורף 42/16 התביעה הצבאית נגד רב"ט א' (טרם פורסם) (פסק הדין לא הוגש אלא רק כתב האישום), ז"י 478/13 התביעה הצבאית נגד סמל פ' [פורסם בנבו; 23/12/13], צפון 131/13 התביעה הצבאית נגד סמ"ר מלכה [פורסם בנבו; 24/03/13], ח"י 18/16 התביעה הצבאית נגד רב"ט י' ר' [פורסם בנבו; 21/03/16] וח"א 765/13 התביעה הצבאית נגד טור' שתיווי [פורסם בנבו; 21/01/14].

60. בתיק מטכ"ל (מחוזי) 766/16 התביעה הצבאית נגד רב"ט ר' ע' (פסק הדין לא הוגש), טענה התביעה ששיקולים ראייתיים הנחו אותה בהחלטתה להמיר את סעיף האישום לעבירת עוון. באותו מקרה, בכתב האישום המתוקן יוחס לנאשם סעיף אישום של החזקה לצריכה עצמית בגין העברת סם מסוכן מסוג קנאביס במשקל 0.41 גרם לחייל אחר אשר שהה בריתוק, לבקשת החייל האחר. באשר להחלטות להמיר את סעיף האישום בשל קשיים ראייתיים, ידועה ההלכה כי שאלת דיות הראיות מצויה בלב ליבה של הסמכות המקצועית של רשויות התביעה ומתחם ההתערבות השיפוטית במקרים אלו הוא מצומצם ביותר (ראו בג"ץ 9733/11 בן ארי

ואח' נ' היועמ"ש ואח', [פורסם בנבו; 23/12/13] וכן בג"ץ 5699/07 פלונית (א') נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד סב(3) 550 (2008)). כך הם פני הדברים לגבי עתירות לבג"ץ שבהם מתבקש סעד להורות לתביעה הכללית להעמיד לדין וכך הם פני הדברים, כאשר מבוקש מהערכאה הדיונית, במסגרת טענות מקדמיות, לבחון את המקרים שבהם החליטה התביעה לשנות סעיף אישום מטעמים ראייתיים.

61. בערעור 71,81/13 סמל א' ג' ואח' נ' התובע הצבאי הראשי [פורסם בנבו; 22/07/13] הורשעו הנאשמים בעבירה של החזקת סם מסוכן שלא לצריכה עצמית, על כך שהחזיקו במוצב באיו"ש ארבעה שתילים של צמח הקנאביס. בית הדין הצבאי לערעורים ציין כי "השניים הורשעו בהחזקה של כמות קטנה של סם, שאותה לא הפיצו ובה לא השתמשו". הוסכם בפרטים הנוספים בעניינם כי הם מצאו את השתילים ליד גדר המוצב, העבירו אותם והחלו להשקות אותם בקביעות במשך שבועיים, עד שהדבר התגלה על ידי מפקדיהם. כמות הסם שהוחזקה על ידם הייתה קטנה במיוחד, הם לא גידלו את הסם באופן מקצועי ודגימות שתן שניטלו מהם נמצאו שליליות. הנה כי כן, מקרה זה אינו מצוי בקבוצת השוויון של הנאשם, משום שהוא אינו עוסק במי שהעביר את הסם לאדם אחר.

62. הוגשו לעיוננו גם התיקים ח"י (מחוזי) 7/15 התביעה הצבאית נגד התביעה נגד סמל ע' א' [פורסם בנבו; 10/02/15] ומרכז (מחוזי) 320/16 התביעה הצבאית נגד רב"ט ע' י' (לא פורסם) (הוגש רק כתב האישום), אך הם לא היו מפורטים דיים כדי שנוכל ללמוד מהם. משניהם עולה האפשרות שסעיף האישום הומר לאחר שהתקבלה הטענה לשימוש סוציאלי או שהסם הועבר ללא תמורה.

63. מקרה נוסף, שקיימת בו אי בהירות עובדתית, הוא תיק ז"י (מחוזי) 386/14 התביעה הצבאית נגד טור' ע. ז' [15/12/14; לא פורסם]. באותו מקרה, סרב הנאשם לבקשת חברו האזרח כי יספק לו סם מסוכן מסוג קנאביס או ניס גיא. חלף זאת, הפנה אותו אל אדם אחר. לאחר מספר ימים, קיבל הנאשם מהחבר 100 ג', בשתי הזדמנויות (ובסך הכל 200 ג'), בתמורה לתיווך בעסקאות הרכישה שהתבצעו. למרות האמור, הוא הורשע רק בעבירות של שימוש בסם מסוכן וניסיון לשימוש בסם מסוכן (עבירות מסוג עוון), בגין 9-11 שימושים בסמים מסוג קנאביס ו"ניס גיא" שביצע

בבסיסו. למעשה, מפסק הדין ניתן להבין שכל פרשת התיווך פורטה בפרטים הנוספים בלבד ולא יוחס בגינה כל פרט אישום. הצדדים לא התייחסו למקרה האמור בפרוט ולא הסבירו את טעמי התביעה בייחוס סעיפי האישום. ניתן להניח, כי הרקע לכך הוא קשיים עובדתיים ומשפטיים בהוכחת עבירת התיווך. בכל מקרה, בהתאם לדעת הרוב בפרשת פולדי פרץ לא סברנו כי די במקרה הבודד הזה, כדי לבסס את טענת ההגנה.

64. לסיכום האמור, ההגנה הצביעה על מספר רב של מקרים שבהם הומר סעיף האישום על ידי התביעה לסעיף מסוג עוון - של החזקה לצריכה עצמית, אך לא הצליחה להציג תשתית ראייתית מספקת, לביסוס הטענה כי מקרים אלו מצויים בקבוצת השוויון של הנאשם. בחלק מן המקרים, קיימת אי בהירות עובדתית, אשר כאמור בפרשת סלכגי, מקשה על ביסוסה של טענת ההגנה.

65. ההגנה לא הצליחה להראות, כי לאורך זמן ובאופן שיטתי (או קרוב לכך) קיבלו הרשויות המנהליות במקרים דומים החלטות שונות מאלה שנתקבלו במקרה של הנאשם. יחד עם זאת, ההגנה ביססה היטב את הטענה, שבכל אותם מקרים שהוצגו, הומר סעיף האישום בניגוד להנחיית התצ"ר, אשר אינה מאפשרת להמיר את סעיף האישום לסעיף של עוון.

66. לגישתנו, פעולת התביעה בניגוד להנחיית התצ"ר, מעבירה אליה את הנטל להוכיח את תקינות פעולתה בעניינו של הנאשם (ראו המשפט המינהלי, עמ' 244). בכל מקרה, יש לקבוע כי התביעה עמדה בנטל. התביעה הצליחה להצביע על מספר לא מבוטל של דוגמאות שבהן הוגשו כתבי אישום עם סעיפי אישום מחמירים, מסוג של פשע, נגד נאשמים שביצעו מעשים דומים, כלומר מסחר או הספקת סם בכמויות קטנות.

67. זאת ועוד, לא מצאנו כי ההגנה הציבה תשתית ראייתית לכך שהחלטה על סעיף האישום בעניינו של הנאשם, וזאת להבדיל מהמקרים האחרים שאינם מצויים בקבוצת השוויון שלו, מהווה סטייה ברורה ממדיניות נהגת של התביעה וזאת בשל הנסיבות המחמירות של המקרה. ההתכתבות בין הנאשם ורן עוסקת ב"שם קוד"

לסם "תפוח". הפגישה ביניהם איננה חברית והיא מתקיימת בשוק. לכך יש להוסיף שמועברת תמורה בסך 100 ₪ עבור הסם. מהראיות הקבילות שעמדו בפני התביעה עולה כי הנאשם וכן לא היו חברים ולא התכוונו להשתמש יחדיו בסם בנסיבות חברתיות. מהראיות המנהליות עולה, כי הנאשם מעורב בעולם הסמים וכי סיפק סמים לשניים אחרים במספר הזדמנויות אחרות.

68. לא למותר לציין, כי קשה להלום את טענת ההגנה, כי בית הדין צריך להורות על שינוי סעיף האישום, מסעיף אישום של סחר בסם - שיסודותיו מתאימים למעשיו של הנאשם לסעיף אישום של החזקת סם לצריכה עצמית - שיסודותיו כלל אינם מתאימים למעשיו של הנאשם. הרי הנאשם מכר את הסם לאדם אחר תמורת 100 ₪. כלומר, סחר בו. הנאשם לא החזיק בסם לצריכה עצמית. לא בכדי, המחוקק הבחין בין סוגי ההתנהגויות, מבחינת חומרתן. גם בחירה במתווה של סעיף אישום של סיוע להחזקה לצריכה עצמית, נראה מאולץ ומלאכותי בנסיבות המקרה. מכאן, שהתוצאה המבוקשת על ידי ההגנה אינה תואמת את מעשיו של הנאשם. ואכן, כפי שנקבע בפרשת אבו-רחמה :

"כלל יסוד בהכנת כתב אישום הוא כי מבין חלופות אפשריות של סעיפי עבירות, על התביעה לבחור באופציה הנורמטיבית-עונשית ההולמת ביותר את טיבו של הארוע הפלילי, כפי שהוא מתואר בפרשת העובדות בכתב האישום. וכך, פרשת עובדות המתארת ארוע חמור ביותר, המגולמת בסעיף אשמה המבטא נורמה פלילית מתונה וקלה, עשויה להצביע על חוסר מיתאם בין העובדות לבין סעיף האשמה, העלול להגיע כדי פגם מהותי בכתב האישום. מקום שמצויה נורמה פלילית חלופית ההולמת יותר את מערכת העובדות, המבטאת ביתר התאמה את מהות מעשה ההפרה הנטען, יש לבחור בה".

69. שוכנענו, אם כן, שלא נפל פגם מהותי בהחלטת התביעה הצבאית ושהיא נמצאת במתחם הסבירות. זאת, אף אם הוכחה חריגה מן המדיניות, במספר הזדמנויות, בקבוצת מקרים שנסיבותיהם קלות יותר מזה שבפנינו.

70. נותרה לדיון השאלה, מהי הנפקות של החריגה מהנחיות התצ"ר, שהתגלתה במקרים הרבים האחרים שהוצגו. קושי מסוים קיים, בהבחנה שנעשתה בין הנאשם לבין חן, בהיבט של הרישום הפלילי. בנוגע לחן, חרגה התביעה מהנחיותיה והלכה

כברת דרך לקראתו כדי שלא יוכתם ברישום פלילי מלא. ואילו אצל הנאשם, המעורב עם חן בביצוע העבירה, סירבה התביעה לחרוג "ולו במילימטר" מהנחיותיה. במילים אחרות, מהו הסעד הראוי לנאשם, כשהתגלה שבמקרה אחר בפרשה, השונה מעניינו, הייתה חריגה מהנחיות התצ"ר. כפי שהבהרנו לעיל, **הסעד צריך להיות מותאם לעוצמת הפגם שנתגלה**. נדון, אפוא, בעוצמת הפגם.

71. מדיניות של הרשות, ובוודאי מדיניות משלימה למדיניות הכתובה, אינה צריכה להיות תורה שבעל פה. הנחיות התצ"ר הן גלויות וככל שמופעלות הנחיות אחרות, שאינן בהכרח מתיישבות עמן, גם הן צריכות להיות מפורסמות, שאחרת חובת הפרסום אינה מגשימה את יעדיה (המשפט המינהלי, עמ' 239). אין להסכין עם מצב שבו הפרקטיקה בפועל חורגת מנוסחן של ההנחיות הכתובות. למותר לציין, כי התביעה אינה יכולה לסטות מהנחיותיה אלא אם קיימים טעמים סבירים לכך העומדים במבחן הביקורת האובייקטיבית (בג"ץ 47/91 ניימן נ' פרקליט המדינה, פ"ד מה(2) 872, 876 (1991)).

72. והנה, לדברי התביעה בדיון, יוחס לחן סעיף אישום מקל של שימוש והחזקה לצריכה עצמית בסם (מסוג עוון) על סמך "המדיניות הבלתי כתובה של התביעה". לדבריה, מדיניות זו ידועה לסנגורים (עמ' 6, שו' 5-6 לפרוטוקול הדיון מיום 27/09/16). אולם, האם היא ידועה גם לסנגור מזדמן שאינו נוהג לייצג נאשמים בבתי הדין הצבאיים? האם היא ידועה לאדם פרטי המעוניין להעמיד בביקורת ציבורית ומשפטית את החלטות התביעה? מובן שלא.

73. כאשר אמות המידה והכללים הנהוגים בפועל שונים מאלו הרשומים בהנחיות התצ"ר, עלולות החלטותיה של התביעה להמיר את סעיף האישום לפלוני ולא לאלמוני להיות נגועות בחוסר שוויון ולעיתים אף בשרירותיות (ראו רע"פ 3676/08 ז'נו נ' מדינת ישראל, דינים עליון צו, 314 (2009) בפסקה 37). כפי שנקבע בפרשת פולדי פרץ:

"משעה שקבעה הרשות מדיניות אכיפה בהתייחס להוראותיו של חוק מסוים, עליה לדבוק בה כל עוד לא התריעה שבכוונתה לשנותה. הפעלת החוק באורח אקראי - שלא על דרך מדיניות

קבועה, ברורה ומבוקרת מראש - משמיעה שרירות, ושרירות הינה אויבת שלטון החוק (עניין תורגימן, שם). סטייה מן המדיניות הנוהגת על דרך העמדתו לדין של אדם בניגוד לאותה מדיניות, יכולה לחייב - במקרה מתאים - השוואת מצבו של אותו אדם למצבם של מי שהמדיניות כן הוחלה עליה (נקדימון, בעמ' 397).

74. בחזרה לדיון הפרטי של הנאשם - ביישום התבחינים שנקבעו בפרשת פולדי פרץ, מידת הפגיעה בשוויון אינה רבה, לא הוכח חוסר תום לב, שיקולים לא ענייניים או שרירות מצד התביעה ובוודאי שלא ניתן לקבל טענה כי הנאשם הסתמך על מנהגי האכיפה של הרשות. איננו סבורים, אם כן, שנגרם לנאשם עוול אישי ממשי. הוא סייע לחן, אך לאחר שמצאנו שקיים ביניהם שוני רלוונטי, לא הוכח כי הנאשם הופלה לרעה ביחס לחן. **עוצמת הפגם אינה רבה**. לכן, ניתן להפעיל את דוקטרינת הבטלות היחסית או התוצאה היחסית ולהימנע מלהורות על בטלות ההחלטה (ראו ע"פ 1053/13 **הייכל נגד מדינת ישראל** [פורסם בנבו; 23/06/13], ע"פ 866/95 **סוסן נ' מדינת ישראל**, פ"ד נ(1) 793, 816 (1996); רע"פ 2413/99 **גיספן נ' התובע הצבאי הראשי**, פ"ד נה(4) 673, 684 (2001)). גם בהפעלת מבחני ההגנה מן הצדק, מגיעים אנו למסקנה דומה. החלטת התביעה שלא לחרוג מהנחיותיה לטובת הנאשם איננה "עומדת בסתירה מהותית לעקרונות של צדק והגינות משפטית". בראייתנו, בהתאם לדוקטרינת הבטלות היחסית ולכלל של אחידות הענישה, **הסעד הנכון עבור הנאשם, בנסיבות שבפנינו, הוא התחשבות בפגם שתואר במסגרת גזירת עונשו** (ראו את פרשת פולדי פרץ ופרשת סלכגי שצוטטו לעיל וכן את חוות דעתו של כבוד השופט מלצר בע"פ 10515/08 **ולס נגד מדינת ישראל** [פורסם בנבו; 01/09/09] ואת האסמכתאות המובאות שם).

75. טרם סיום, נציין כי לא מצאנו ממש בטיעוני ההגנה בדבר מחדלים ראייתיים שנפלו בתיק. חומר הראיות לא הוגש לעיונו ולא נשמעו עדויות בנושא. על כן, איננו יכולים להעריך האם אכן נפלו מחדלי חקירה.

סוף דבר

76. הנאשם מכר גרם של סם תמורת 100 ₪ לאדם אחר. מהראיות המנהליות עולה כי אין מדובר באירוע בודד וכי מכירת הסם לא הייתה על רקע חברי. במקרה זה

מתאימה האמירה - "דין פרוטה כדין מאה". הנאשם סחר בסם מסוכן, שהיא אחת מן העבירות החמורות שבספר החוקים. על כן, אין לו אלא להלין על עצמו, כאשר הוא מורשע בעבירה זו. לא מצאנו שהפגם האמור מצדיק התערבות בהחלטה המנהלית ולא הוצגה בפנינו תשתית ראייתית התומכת בטענת שרירות או הפלייה. בסופו של דבר, סברנו כי החלטת התביעה מצויה במתחם הסבירות והיא מידתית ולכן החלטנו לדחות את טענות ההגנה.

77. הנאשם מורשע, אפוא בכל המיוחס לו בכתב האישום.

זכות ערעור כחוק.

- ניתנה היום, 25/10/2016, כ"ג בתשרי התשע"ז, והודעה בפומבי ובמעמד הצדדים.

שופטת

אב"ד

שופט

העתק נכון מהמקור
רס"ן איריס קלי
ק' בית הדין

נערך על ידי: טלי זורע

בתאריך: 25/10/2016

חתימת המגיה: א' ב'