**ה ח ל ט ה**

לפניי בקשת ההגנה לקבלת חומר חקירה לפי סעיף 74 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982 (להלן - **חוק סדר הדין הפלילי**), טעמיה יפורטו להלן.

הרקע לבקשה ומהותה

1. ביום 4.11.2019 הוגש כנגד המבקש - לוחם בגדוד 90 (להלן –**המבקש**), כתב אישום המייחס לו עבֵרות של הטרדה מינית והתנכלות בצוותא; מעשה מגונה; והתנהגות שאינה הולמת. כתב האישום סב על שורת מעשים בעלי אופי מיני שעשה, לכאורה, המבקש בסמ"ר ד' ק' - לוחם אחר המשרת עמו בגדוד (להלן – **נפגע העברה**), בעת ששהו השניים בחדר משותף במוצב.

מפרט האישום **הראשון** עולה, כי בתקופה שבין חודש דצמבר 2018 לפברואר 2019, בעת ששהו במוצב "תפוח" לנו המבקש וסמ"ר ד' ק' בחדר משותף. במהלך שהותם המשותפת בחדר, נהג המבקש, כנטען, בהזדמנויות רבות, לכל הפחות אחת לשבוע, להכות באמצעות ידו את סמ"ר ד' ק' באיבר מינו מעל לבגדיו. בכל פעם התנגד סמ"ר ד' ק' למעשים והביע התנגדות זו באופן מילולי, אך המבקש שב וחזר על המעשים. לעיתים עשה זאת בצוותא עם סמ"ר אברמוב.

מפרט האישום **השני** עולה, כי במהלך חודש פברואר 2019 בבסיס "אל פארן" ברמת הגולן, בעת ששכב סמ"ר ד' ק' על מיטתו ועסק במכשירו הסלולארי, בחדר המשותף שבו שהה עם המבקש, התקרב המבקש אל מיטתו של סמ"ר ד' ק', נעמד בסמוך לראשו והציע לו לבצע בו מין אוראלי. לאחר מכן, הוריד המבקש את מכנסיו ואת תחתוניו, הפנה את איבר מינו הזקור לעבר פניו של סמ"ר ד' ק' ושב על הצעתו. בתגובה אמר סמ"ר ד' ק' למבקש "די" והפנה את גופו לכיוון קיר החדר.

מפרט האישום **השלישי** עולה, כי במהלך חודש מארס 2019 בעת שנחקר המבקש בחשד לביצוע העברות המנויות לעיל, נחקר גם סמ"ר אברמוב בחשד לביצוע המעשים המתוארים בפרט האישום הראשון. לאחר החקירות התקשר המבקש אל סמ"ר ד' ק' והוא לא ענה לו. לפיכך, התקשר סמ"ר אברמוב לסמ"ר ד' ק' ושאלו האם יוכל לבטל את תלונתו במצ"ח. סמ"ר אברמוב ביקש את סליחתו של סמ"ר ד' ק' והציע לו "לסגור" את הדברים ביניהם. עם סיום השיחה, שוחח סמ"ר אברמוב עם המבקש הציע לו להתנצל בפני סמ"ר ד' ק' על מנת שיבטל את תלונתו. המבקש הסכים וסמ"ר אברמוב צירף לשיחה את סמ"ר ד' ק', אז התנצלו השניים בפניו וביקשו ממנו לבטל את התלונה נגדם. ביוני 2019, שלח המבקש לסמ"ר ד' ק' מסרון ושאלו האם ביטל את התלונה שמסר במצ"ח נגדו.

1. בבקשתה, עמדה ההגנה על כך שבמסגרת חקירת האירועים שבכתב האישום, נחקרו פרט למבקש, גם **סמ"ר אברמוב** וחייל נוסף בשם **סמ"ר רושני**, בחשד לביצוע מעשים "דומים" כלפי נפגע העברה. מעשיו של סמ"ר אברמוב משתקפים בכתב האישום שהוגש כנגד המבקש ופורטו לעיל. מעשיו של סמ"ר רושני, כעולה מחומר הראיות, נעוצים באירוע אשר במהלכו בעת שעמד נפגע העבירה בתור לשק"ם נטל סמ"ר רושני מקל מטאטא, ודחף אותו לעבר ישבנו של נפגע העבירה מעל לבגדיו, ובהמשך אף שוחח עם נפגע העבירה וניסה להניא אותו מהגשת התלונה במצ"ח. טענה ההגנה כי בעוד ששני האחרונים נשפטו בגין מעורבותם במעשיהם בדין משמעתי, ביחס למבקש הוחלט להגיש כתב אישום. עתירת המבקש מהתביעה הצבאית לקבלת פרוטוקולי ההליכים המשמעתיים שנוהלו ביחס לשני המעורבים האחרים, נענתה, להשקפתו, באורח חלקי בלבד. הוטעם, כי הועברו לעיונו החלטת הקש"ב ופרוטוקול ההליך המשמעתי שנוהל בעניינו של סמ"ר אברמוב בלבד. בעניינו של סמ"ר רושני, נמסר לו מהתביעה, כי אין המדובר בחומר חקירה.

עתירת ההגנה היא, אפוא, לקבל את **פרוטוקול ההליך המשמעתי** בצירוף החלטת קצין השיפוט הבכיר בעניינו של **סמ"ר רושני**.

# עמדות הצדדים

1. שלושה נימוקים הציגה ההגנה לכך שהחומר המבוקש "נחוץ ואף הכרחי" להגנת המבקש. **האחד**, לצורך ביסוס טענת הגנה מן הצדק שטעמיה **אכיפה בררנית**; השני, **ייתכן** שבטיעונים שהעלה סמ"ר רושני במסגרת ההליך המשמעתי תהיה תועלת להגנת המבקש; **השלישי**, החומר נחוץ לצורך הצגת "התמונה המלאה" בפני התצ"ר במסגרת **השגה** שמבקשת ההגנה להגיש על דחיית בקשתה לביטול כתב האישום.
2. עמדת התביעה הצבאית, היא שאין מדובר בחומר חקירה, שכן האירועים שבגינם הועמד סמ"ר רושני לדין משמעתי **מנותקים עובדתית** מאלה המיוחסים למבקש בכתב האישום. נטען, כי לרשות הסנגור הועמדו כלל חומרי החקירה בנוגע לסמ"ר רושני; וכי, לפנים משורת הדין, הועברו גם נתונים בנוגע להליך המשמעתי, וכי אלה במקובץ מכילים את כל המידע הרלוונטי להעלאת טענת אכיפה בררנית. בהתייחס לנימוק השלישי, נטען כי אין הצדקה לבקשת חומר חקירה בהליך הפלילי, שיש כוונה לעשות בו שימוש באפיק המנהלי.

דיון והכרעה

1. בקשת ההגנה לקבלת פרוטוקול הדין המשמעתי בצירוף החלטת קצין השיפוט במסגרת אותו הליך שנוהל כלפי סמ"ר רושני, מבוססת בעיקרה, על כוונתה להעלות טענה של אכיפה בררנית, במסגרת טענה מקדמית של הגנה מן הצדק (סעיף 351(ב)(6) לחוק השיפוט הצבאי) בפתח ההליך **הפלילי** ובמסגרת השגה על דחיית בקשת ביטול כתב האישום באפיק המנהלי.
2. כעולה מבקשת ההגנה, מדובר בטענת אכיפה בררנית **קונקרטית** הנוגעת **להחלטת הרשות להעמיד לדין**, המבוססת על טענה של נקיטת יחס שונה, לכאורה, של הרשות כלפי מעורבים באותה פרשה (לסוגי אכיפה בררנית ראו בש"פ 7148/12 **כנאנה נ' מדינת ישראל**, בפס' 13-11 (14.10.2012)). לטענת ההגנה, המבקש וסמ"ר רושני משתייכים **לאותה יחידה**, והם חשודים בביצוע מעשים שלהם מסכת עובדתית **דומה** שבוצעו לכאורה **בתוך** היחידה **בזמנים** חופפים, לפיכך, נטען כי נגועה החלטת הרשות להסתפק בהליך שמעתי ביחס לסמ"ר רושני ולהעמיד לדין פלילי את המבקש בפגם.
3. ככלל, הפסיקה הכירה במידע שעשוי לסייע להגנה לביסוס טענת אכיפה בררנית, **כחומר חקירה**, ובלבד שהצביעה ההגנה על תשתית לכאורית ראשונית שיש בה לתמוך בטענה זו (עלב"ש 49/12 **פוזיילוב נ' התובע הצבאי הראשי** (2012)). בחלוף הזמן, נקבע בפסיקת בית המשפט העליון כי המיקום ה"גיאומטרי" של בקשה לקבל נתונים לביסוס טענת אכיפה בררנית היא אכן בדל"ת אמות ההליך הפלילי (עע"ם 2668/15 **מדינת ישראל – משרד המשפטים נ' פרופ' וייס** (18.11.2015)). בענין **מזרחי** התבקשו נתוני אכיפה סטטיסטיים בשלוש השנים האחרונות לשם ביסוס טענת הגנה מן הצדק. נקבע כי הדרך הראויה לדיון בבקשה היא בהליך העיקרי במסגרת העלאת הטענה המקדמית של הגנה מן הצדק בצירוף סעיף 108 לחוק סדר הדין הפלילי, המאפשר להגנה לקבל מסמכים שאינם מצויים בידה (בש"פ 2242/16 **מדינת ישראל נ' מזרחי** (31.3.2016)). באותו עניין נקבע כי גם אם בית המשפט נכון לנקוט בגישה "ליברלית" להכרה בבקשה מעין זו במסגרת סעיף 74, על החומר המבוקש להיות קשור **לתשתית הראייתית** שעליה **מבוסס** כתב האישום (עניין **מזרחי** לעיל, בפס' 6).
4. עיון בבקשת ההגנה מעלה כי מעורבותו של סמ"ר רושני **אינה** נוגעת לתשתית הראייתית שעליה מבוסס כתב האישום. למעשה שמו של רושני כלל אינו מצוין בכתב האישום (להבדיל מסמ"ר אברמוב שמעשיו שלובים בפרטי האישום הראשון והשלישי ומכאן האבחנה שערכה התביעה הצבאית בין העניינים). לפיכך, אף נקיטת גישה "מרחיבה" המוכנה להכיר במישור העקרוני בדיון בבקשה מעין זו במסגרת בקשה לפי סעיף 74, אינה מתיישבת עם נסיבות המקרה דנן.
5. עיון בחומר הראיות שעל יסודו הוגש כתב האישום, כפי שיבואר להלן, **מחזק** את הדברים.
6. אכיפה בררנית מתרחשת במקרים שבהם הדין נאכף כלפי אדם אחד ולא כלפי אדם אחר, ללא **טעם טוב** לאבחנה ביניהם (ע"פ 6328/12 **מדינת ישראל נ' פרץ**, בפס' 23 (טרם פורסם, 10.9.2013)). במקרים שבהם זוהו **הבדלים רלוונטיים ומשמעותיים** במידת המעורבות של נאשמים אל מול אחרים שאינם הואשמו בפלילים, נדחו טענות בדבר אכיפה בררנית, החלטת רשויות התביעה נמצאה סבירה ונקבע כי אינה פוגעת באופן מהותי בשוויון באופן העולה כדי אכיפה בררנית (למשל: ע"פ 4603/17 **אדרי נ' מדינת ישראל**, בפס' 41 (טרם פורסם, 16.7.2019)).
7. ומן ההלכה לעניינינו, בעוד שביחס למבקש קיימים שני פרטי אישוםהנושאים **אופי מיני**, **האחד**, מתאר מעשים **חוזרים ונשנים** בתדירות קבועה של הכאת איבר מינו של נפגע העבירה **והאחר** מתאר חשיפת איבר מינו בצירוף הצעהבעלת אופי מיני לנפגע העבירה בעת ששהו השניים לבדם בחדר המשותף; ביחס לסמ"ר רושני דובר על אירוע נקודתי **אחד** של דחיפת מקל לעבר ישבנו של נפגע העבירה במקום ציבורי וגלוי. קשה להבין את טענת ההגנה כי המעשה שבו נחשד סמ"ר רושני ואשר עליו נשפט בדין משמעתי חמור מהמעשים המיוחסים למבקש. הנמקת הטענה בכך שמעשה סמ"ר רושני כולל נגיעה פיזית בעוד שמעשיו של המבקש לא, אינה נכונה עובדתית (פרט האישום הראשון) ואינה מניחה את הדעת (בהשוואה לחומרה המשתקפת מפרט האישום השני). עצם ההצבעה על כך שמדובר באירועים "דומים" שהתרחשו ב"אותו גדוד" ובאותה "מסגרת זמנים", כהשקפת ההגנה **אינה** מבססת את אותו מכנה משותף מהותי הדרוש לשם ביסוס טענה זו, כאשר קיים לכאורה **הבדל מהותי** בין התשתית העובדתית הניצבת בבסיס המעשה של סמ"ר רושני לבין המעשים שבהם מואשם המבקש. השוני נעוץ **בתדירות** המעשים, **במהותם ובאופיים** והם העיקר, לא נסיבות רקע למעשים שעניינם התקופה, היחידה או המקום שבו הם לכאורה בוצעו (גם מקריאת אמרת נפגע העבירה במצ"ח ניתן להתרשם שמדובר באירועים שנתפסו בעיניו אחרת, מעשי המבקש וסמ"ר אברמוב –בעמ' 3-2, 6,7,9, לאמרה מיום 27.2.2019 לעומת תיאור האירוע עם סמ"ר רושני בעמ' 4 ש' 80-77). לא זהו המקום להעמיק בצדקת הטיעון בדבר אכיפה בררנית, אך, ניתן לקבוע, כבר עתה, כי **לא** עלה בידי הסנגור להצביע על אותה "תשתית לכאורית ראשונית" התומכת בהעלאת הטענה בדבר אכיפה בררנית.
8. על אף האמור, נאותה התביעה באורח ראוי ובהגינות להביא לידיעת ההגנה את **תיאור המעשים** אשר עמדו בבסיס ההחלטה על העמדתו של סמ"ר רושני לדין משמעתי, ולפנים משורת הדין, הוסיפה כי תעדכן **בתוצאות** ההליך המשמעתי שינוהל בעניינו של סמ"ר רושני.

אתמול נמסר עדכון התביעה הצבאית, כי הועברה לסנגור פרפרזה מן ההליך המשמעתי שנוהל ביחס לסמ"ר רושני ביום 26.1.2020. נמסר להגנה כי סמ"ר רושני הורשע "בגין המעשה בשק"ם" והוטל עליו עונש מחבוש על תנאי, וכי גם במעשה "הניסיון לגרום לנפגע העבירה לחזור בו מתלונתו" הוא נמצא אשם, בהליך המשמעתי, והוטל עליו עונש של נזיפה.

בנסיבות האמורות, הדין עם התביעה הצבאית בעמדתה כי בכך התגבש **מלוא** המסד העובדתי הדרוש לסנגור לטענת אכיפה בררנית.

1. בבסיס טענה שכזו ניצבת, כזכור, בחינת **סבירות** החלטת הרשות על **עצם** העמדה לדין של פלוני לעומת אלמוני. לפרוטוקול ההליך המשמעתי גופו, אין, אפוא, רלוונטיות לביסוס טענה הנוגעת לנקיטת יחס שונה של הרשות. תיאור המעשים שבגינם הועמד לדין משמעתי, העובדה שנוהל בעניינו דין משמעתי ותוצאת ההליך המשמעתי, מגבשים במקובץ את כלל המידע הנחוץ לסנגור לביסוס טענת האכיפה הבררנית.
2. הקביעה כי כבר עתה נתונה בידי ההגנה ה"תמונה המלאה" לצורך ביסוס טענת האכיפה הבררנית, כוחה יפה אף ביחס להנמקת הסנגור כי המידע נחוץ לו לשם הגשת השגה לתצ"ר על החלטת הרשות שלא לבטל את כתב האישום בשל אכיפה בררנית. טעמים אחרים לעיון בפרוטוקול ההליך המשמעתי לגופו לצורך קידומו של הליך זה במישור **המנהלי**, הוכרו כטעמים שאינם מצדיקים כשלעצמם את הרחבת המונח "חומר חקירה" במסגרת בקשה המוגשת בהליך **הפלילי** שעניינה בקבלת חומר הרלוונטי להגנת המבקש במשפטו (בג"ץ 620/02 **התובע הצבאי הראשי נ' בית הדין הצבאי לערעורים**, פ"ד נ"ז(4) 625, 640 (2003)).
3. אף בטעמו של הסנגור לקבלת פרוטוקול ההליך המשמעתי, כי "ייתכן" ובטיעוניו של סמ"ר רושני בפני קצין השיפוט יהיה כדי להועיל להגנת המבקש, אין כל ממש. בפסיקה כבר נקבע כי המבחן המכריע לבחינת הבקשה הוא מבחן הרלוונטיות לאישום. רלוונטיות החומר נבחנת בראי **זיקת** החומר המבוקש לאישום ולנאשם; ובראי השאלה האם יש אפשרות סבירה כי תהיה בחומר **תועלת להגנת הנאשם** (בש"פ 6507/09 **קצב נ' מדינת ישראל** (13.9.2009)). הובהר לא פעם כי בקשות הנסמכות על אפשרויות ערטילאיות שאינן נראות לעין, לא תתקבלנה, ואף לא מסעות דיג לגילוי ראיות (בג"ץ 620/02 **התובע הצבאי הראשי נ' בית הדין הצבאי לערעורים**, פ"ד נ"ז(4) 625, 635 (2003)). השערת הסנגור או תקוותו שמא בחומר יהיה אמצעי עזר להגנת המבקש, **אינה** מהווה טעם המצדיק העברת החומר להגנה.
4. לכך יש להוסיף את העובדה כי פרוטוקול ההליך המשמעתי, **אינו** **פומבי**. פ"מ 33.0302 שעניינה "הדין המשמעתי", קובעת כי הליך משמעתי ינוהל במקום "שיאפשר שמירה על פרטיות הנידון והעדים במהלך הדיון" (סעיף 62). עוד נקבע בפקודה הכלל בדבר אי פומביות הדיון והגורמים שיהיו נוכחים בו (סעיף 70). הפקודה מפרטת גם לאן יועבר טופס 630 המתעד את ההליך המשמעתי בתום הדיון (סעיפים 207-203). בחיי המעשה כידוע חושפים, לא אחת, נידונים בהליכים משמעתיים פרטים אישיים הנוגעים לנסיבות חייהם, לבני משפחתם ולנושאים שמטעמי צנעת הפרט לא היו רוצים שיינתן להם ביטוי פומבי. לפיכך, בעת בחינת בקשה לעיון בפרוטוקול הליך משמעתי, יש לתת את הדעת, לצד בחינת התרומה שיש לתוכן הפרוטוקול להגנת הנאשם, גם לפגיעה שעשויה להיות לעיון, כאמור, **בפרטיותו** של **הנידון** ושל **צדדים שלישיים** שעדותם נשמעת במסגרתו.
5. במהלך הדיון **בעל פה**, במענה לשאלה מה התועלת בעיון **בפרוטוקול** ההליך המשמעתי שנוהל בעניינו של סמ"ר רושני לגוף העניין, העלה הסנגור מקבץ טיעונים נוסף על אלה שפורטו בבקשה בכתב. נטען, כי ענין לו בתגובה של סמ"ר רושני לתלונה של נפגע העבירה, כפי שנשמעה בהליך המשמעתי; בהתנהגותו של נפגע העבירה כפי שהתרשם ממנה סמ"ר רושני ועליה העיד בהליך המשמעתי; בהקשר זה ביקש הסנגור לדעת האם במהלך ההליך המשמעתי טען סמ"ר רושני כי גם נפגע העבירה עשה כלפיו מעשים בעלי אופי מיני או הטריד מינית אותו או חיילים אחרים ביחידה. נטען כי "אם כל החיילים אומרים שהמתלונן מתלונן על דברים שהוא בעצמו עושה אותם וכולם אומרים שזה באווירה של צחוק, יש לזה משמעות" (עמ' 3 ש' 7-6).
6. בחנתי את הטיעונים האמורים בראי התועלת שעשויה להיות להם להגנת המבקש. מצאתי כי היבטים הנוגעים **למהימנות נפגע העבירה או התלונה שהגיש**, אם ימצאו ביטוי בפרוטוקול ההליך המשמעתי, מצדיקים את העובדה כי **אעיין** בפרוטוקול ההליך המשמעתי טרם מתן החלטה. בפסיקה נקבע "כי חומר הנוגע למהימנותו של עד מרכזי עשוי להיות רלבנטי להגנת הנאשם", ויחד עם זאת "החיפוש אחר חומר כזה אינו יכול להיות מסע דיג מתוך תקווה שאינה מעוגנת בעובדות, כי בסוף המסע אכן יימצא חומר כזה" (בש"פ 3603/19 **קידר נ' מדינת ישראל** (טרם פורסם, 10.7.2019))
7. ביום 28.1.2020 העבירה התביעה לעיוני את הפרוטוקול. לאחר עיון בו והשוואתו עם חומר החקירה שנאסף בתיק זה, מצאתי כי יש להעביר לעיון ההגנה מתוך טופס התלונה (אל"ם דרור שפיגל מיום 26.1.2020) את שתי השורות האחרונות מתגובת הנידון שבפרק ה' לטופס התלונה, מהמילה "לא" עד המילה "שהוצג". פרט לכך, אין בפרוטוקול ההליך המשמעתי פרטי מידע חדשים שנשמעו מפי סמ"ר רושני, שעשויים להיות רלוונטיים, מעבר לפרטי מידע שכבר מצויים בחומר הראיות והועברו לעיון ההגנה לאחר שנשמעו מפי סמ"ר רושני באמרתו במצ"ח (למשל: עמ' 2 ש' 7; עמ' 3 ש' 13-7; עמ' 4 ש' 7; עמ' 5 ש' 22, לאמרת רושני במצ"ח מיום 6.3.2019).
8. חלק אחר מהטיעונים שהעלה הסנגור כטעמים המצדיקים את העיון בפרוטוקול, **אינם** מוצאים **כל ביטוי** בפרוטוקול ההליך המשמעתי, והם בהחלט מתאימים כשאלות, שפתוחה הדרך בפני הסנגור להציגן לסמ"ר רושני, במסגרת חקירתו בעת ניהול ההוכחות בהליך העיקרי, אם ימצא נכון לזמנו כעד הגנה במשפט (סמ"ר רושני אינו נמנה עם עדי התביעה).
9. מפרוטוקול ההליך המשמעתי עולה, כי נשמעה במסגרתו גם עדות נפגע העבירה. תיעוד לעדות זו **לא** צורף לחומר שנמסר לעיוני. במענה לשאלתי, בהקשר זה, השיבה התביעה הצבאית, כי "אין תיעוד כתוב לעדות נפגע העבירה מלבד זה המפורט על גבי טופס התלונה" (תגובה בכתב מיום 29.1.2020). לפיכך, תעביר התביעה הצבאית לעיון ההגנה גם את האמור בפרק ד' לטופס התלונה מהמילה "העד" עד המילה "המעשה". כמו כן, להשלמת התמונה יועברו ס"ק (1) ו – (2) לסעיף 5 – הכרעה באשמה של טופס התלונה. פרטי מידע אלה במקובץ, הנוגעים להיבטים שונים של **מהימנות נפגע העבירה** בנוגע לתלונה שהגיש כנגד סמ"ר רושני, עשויים להשליך על מהימנות נפגע העבירה, הניצבת בגרעין כתב האישום שהוגש כלפי המבקש, ומשכך עשויים להיות רלוונטיים להגנתו.
10. סוף דבר הוא שבכפוף לאמור בסעיפים 19 ו- 21 בקשת ההגנה נדחית.

**ניתנה בלשכה היום 29.1.2020 ותועבר לצדדים על ידי מזכירות בית הדין.**

**זכות ערר כחוק.**

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

מיכל שחר, סא"ל

שופטת

\*נוסח זה כפוף לתיקוני הגהה ועריכה