



מחוז שיפוט דרום

סא"ל רונן שור - סגן הנשיא

בפני:

(ע"י ב"כ, רס"ן ליאור עייש)

המבקש: התובע הצבאי

נגד

(ע"י ב"כ, רס"ן עומר קנובלר)

המשיב: ח/XXX רס"ל ג' י'

### הכרעת - דין

1. מה דינו של נגד בשירות קבע שהשתמש בסם מסוכן מסוג קנאביס במספר הזדמנויות מועט בנסיבות אזרחיות, ואשר אך ורק נוכח מעמדו לא נחתם עמו "הסדר מותנה"? האם עליו להיות מורשע בעבירה של שימוש בסם מסוכן, או שמא עומדת לו טענה של "הגנה מן הצדק" ועל-כן ראוי להרשיעו בעבירה שאינה נושאת רישום פלילי? בשאלות הללו תעסוק הכרעת הדין שבפנינו.

### רקע

2. הנאשם שירת ביחידתו כנגד לוגיסטיקה. הוא הודה בחקירתו במצ"ח בשימוש בסם מסוכן מסוג קנאביס בשלוש הזדמנויות שונות, בנסיבות אזרחיות, בצוותא עם אזרחים. אחת מן הפעמים התרחשה בחו"ל, במהלך חופשה, והשתיים האחרות בארץ. האירועים נפרשו על פני תקופה בת מספר חודשים.

3. נגד הנאשם הוגש כתב אישום המייחס לו עבירה של שימוש בסם מסוכן, בהתאם לתשתית העובדתית לעיל; ועבירה נגזרת של התנהגות שאינה הולמת, נוכח דרגתו ועמדתו בצבא. בשים לב להיקף ולנסיבות השימושים בסם מסוכן, היה ברגיל נחתם עם הנאשם "הסדר מותנה", בהתאם להנחית התביעה הצבאית הראשית מס' 3.07, העוסקת ב"הסדרים מותנים והסדרי הקפאה". עם זאת, תנאי הסף לתחולת ההסדר קובעים, בין היתר, כי ההנחיה לא תחול על משרתי קבע וקצינים בשירות חובה. כיוון שהנאשם הוא משרת קבע, סירבה התביעה לחתום עמו על הסדר מותנה.

4. הנאשם הודה בפני בית הדין בעובדות כתב האישום, אך טען כי הרשעתו בעבירה של שימוש בסם מסוכן תהווה "אפליה חריפה" אל מול עמיתיו לשירות שאינם משרתי קבע שביצעו מעשים דומים, ועל-כן תוביל ל"פגיעה בתחושת הצדק". ההגנה אינה יוצאת חוצץ, בהליך הנוכחי, כנגד ההחלטה להעמיד לדין את הנאשם בפני בית-דין צבאי – בשונה מעניינם של חיילים העומדים בתנאי הסף של ההנחיה בדבר הסדר מותנה – ואינה סבורה כי אין מקום להרשיעו ולהשית עליו עונש מתאים. עם זאת, היא סבורה כי אותה אפליה ופגיעה בתחושת הצדק צריכות להוביל להרשעה בעבירה הנגזרת של התנהגות שאינה הולמת, עבירה שאינה נושאת עמה, כידוע, רישום פלילי (אף לא מופחת).

5. התביעה, מצדה, עומדת על הרשעתו של הנאשם בעבירה של שימוש בסם מסוכן ועמדה על הטעמים המבדילים, לשיטתה, בין חיילי חובה לבין משרתי קבע אף באשר למדיניות ההעמדה לדין ולהרשעה בפלילים, בעבירות כגון דא.

### דיון והכרעה

6. סדר הדיון בטענה המורכבת והחדשנית של ההגנה יהיה כדלקמן: תחילה, תובא המסגרת המשפטית העוטפת את הטענה, קרי "הגנה מן הצדק", על ההתפתחויות שידעה בשנים האחרונות והעקרונות שנקבעו לבחינתה של הסוגיה. לאחר מכן, נדון בשינויים במדיניות אכיפת הדין בעבירות של שימוש בסם מסוכן בכלל ובצה"ל בפרט. לאור האמור, נלבן את הטעמים שהובילו את התביעה להימנעות מהיקשרות ב"הסדר מותנה" עם הנאשם, על רקע מעמדו ועמדתו בצבא. לבסוף, נבחן את הקשר בין מדיניות ההעמדה לדין של נאשם בעבירה של שימוש בסם מסוכן מחד גיסא לבין התוצאה של הרשעה בבית הדין והרישום הפלילי מאידך גיסא. בהתאם לעקרונות שנקבעו, נגיע למסקנה האם אכן עומדת לנאשם הטענה של "הגנה מן הצדק"; ואם התשובה לכך תהא חיובית נעמוד על הסעד שעל בית הדין להעניק לנאשם כתרופה לפגמים הנטענים בהחלטת התביעה.

### הגנה מן הצדק

7. האכסניה המשפטית לבחינת טענותיה של ההגנה היא דוקטרינת "ההגנה מן הצדק", אשר מקורה במשפט המקובל, בהמשך נקלטה בפסיקת בית המשפט העליון (ראו: ע"פ 2910/94 יפת נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(2) 221 (1996)) ולבסוף עוגנה בחקיקה (ראו: סעיף 149(10) לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב – 1982, וסעיף 351(ב)(6) לחוק השיפוט הצבאי, התשט"ו – 1955).

8. הדוקטרינה של "הגנה מן הצדק" התפתחה ועוצבה בפסיקה, באופן שהרחיב את גבולותיה של ההגנה וריכך את התנאים לקבלתה (ראו: ע"פ 4855/02 **מדינת ישראל נ' בורוביץ**, פ"ד נט(6) 776 (2005)). הטענה ל"אכיפה בררנית" היא, למעשה, נגזרת של הדוקטרינה, שזכתה לפרשנות ענפה בפסיקתן של ערכאות השיפוט השונות.

9. בית הדין הצבאי לערעורים עמד על התפיסה המשפטית-הערכית, העומדת ביסוד הדוקטרינה, בהטעימו כי היא "משתרעת על כל מקרה שבו קיומו של ההליך הפלילי פוגע באופן ממשי בתחושת הצדק וההגינות, כפי שזו נתפסת בעיניו של בית המשפט. בבסיסה – האינטרס הציבורי להבטיח הליך פלילי הוגן ותכליתה – 'לעשות צדק עם הנאשם'" (ע/35,37/16 **התובע הצבאי הראשי נ' סמ"ר חמוס** (2017), בפסקה 39). במקום אחר פסק בית הדין לערעורים כי "הבריח התיכון בהגנה מן הצדק הוא קיומו של הליך פלילי ראוי, צודק והוגן" (ע/85/16 **רב"ט בקל נ' התובע הצבאי הראשי** (2017), בפסקה 23, ההדגשה במקור; ע/81/16 **רב"ט דתנר נ' התובע הצבאי הראשי** (2017), בפסקה 40).

10. ברבות השנים, הורחבה תחולתה של ההגנה מן הצדק והוגמשו המבחנים ליישומה. עמד על כך בית המשפט העליון בעת דונו ב"פרשת הרבנים":

"עם השנים, התרככה הדוקטרינה של הגנה מן הצדק והפכה – בנוסף להיותה אמצעי פיקוח על שיקול דעתן של רשויות התביעה על עצם הגשת כתב האישום – לכלי בידי בית המשפט המאפשר לאזן את ההליך עם ערכי הצדק וההגינות של המשפט הפלילי. ההגנה, באופייה החדש, מרחיבה את העדשה דרכה בוחן בית המשפט את מעשה העבירה ואת ההליך המשפטי, ומאפשרת לבית המשפט – אף במקרים בהם הוכחו כל יסודות העבירה – להביט אל עבר הרגע שלפני ביצוע העבירה ואף אל התנהלות ההליך הפלילי הנמצא בעתידו של מעשה העבירה" (ע"פ 7621/14 **גוטסדינר נ' מדינת ישראל** (2017), בפסקה 44 לפסק-דינו של השופט הנדל)

11. באותה פרשה, שם השופט הנדל דגש על הפגיעה בתחושת הצדק וההגינות המשפטית בנסיבות בהן הוגש כתב האישום, אף מקום שבו לא נפל פגם משמעותי בהתנהלות התביעה. השופט עמית, לעומתו, הזהיר מפני הרחבה בלתי מבוקרת של דוקטרינת ההגנה מן הצדק, במיוחד מקום בו הטענה מבוססת על הפליה תוצאתית (בפסקה 59 לחוות-דעתו). השופטת ברק-ארז הציעה גישת ביניים, ולפיה "יש להצביע על פגם בהחלטת הרשות, אלא שפגם זה עשוי להיות גם הפליה שאינה מכוונת, ובלבד

שהיא הפליה משמעותית" (בפסקה 48 לחוות-דעת), זאת בהמשך לעמדתה כי עילת ההפליה "אינה מחייבת הוכחת מניע פסול, אלא מסתפקת בהוכחת תוצאה מפלה" (ע"פ 8551/11 סלכגי נ' מדינת ישראל (2012), בפסקה 21; ראו גם: ע"פ 6833/14 נפאע נ' מדינת ישראל (2015), בפסקה ע"ג; ע"א 6132/16 פרדקין נ' מדינת ישראל – יחידת המפקח על המכרות (2018), בפסקה 34).

12. אך לאחרונה, הרחיב בית המשפט העליון את עקרון ההגנה מן הצדק גם למקרים בהם ההפליה היא פרי מעשה רשלנות, או טעות בשיקול הדעת מצד הרשות, דהיינו מקרים של אכיפה מפלה שלא מתוך כוונת זדון. עם זאת, הוטעם כי הפעלת הדוקטרינה במקרים בהם אין מדובר בכוונת זדון תיעשה רק במקרים חריגים שבהם עסקינן בהפליה משמעותית, הפוגעת בעקרונות של צדק והגינות משפטית (רע"פ 1611/16 ורדי נ' מדינת ישראל (2018), בפסקאות 79, 87-88 ו-99 לפסק-דינו של המשנה לנשיאה מלצר).

13. החלת הדוקטרינה של הגנה מן הצדק נעשית בשלושה שלבים. בשלב הראשון, בוחן בית הדין את הפגמים בהליך ועצמתם; בשלב השני בוחן בית הדין האם לנוכח עצמת הפגמים קיום ההליך פוגע בתחושת הצדק וההגינות; ובשלב השלישי מעניק בית הדין את הסעד ההולם המאזן כראוי בין הפגמים שנתגלו בהליך לאינטרסים נוספים עליהם מגן המשפט הפלילי. הודגש בפסיקה, כי "מלאכת האיזון חייבת להביא בחשבון לא רק את ענייניו של הנאשם ותיקון העוול שנגרם לו מדרך ניהול ההליך, אלא גם את האינטרס הציבורי הרחב בהרשעת עבריינים. לצורך כך נדרש איזון עדין בין תכליותיו השונות של המשפט הפלילי" (עניין גוטסדינר לעיל, בפסקה 44 לפסק-דינו של השופט הנדל). גם בית הדין הצבאי לערעורים הטעים, כי "ההכרעה בשאלת קיומה של ההגנה מן הצדק ואף ההכרעה בסוגיית הסעד שיש להושיט בעקבותיה, הן פרי של איזון בין 'מכלול הערכים, העקרונות והאינטרסים השונים הכרוכים בקיומו של ההליך הפלילי'..." (עניין חמוס לעיל, בפסקה 39).

14. גם כאשר שוכנע בית המשפט כי קיומו או ניהולו של ההליך הפלילי הקונקרטי כרוך בפגיעה חריפה בתחושת הצדק וההגינות, יש לבחון מהו הסעד ההולם, שירפא את הפגמים שהתגלו. בצד הסעדים הקלאסיים של ביטול כתב האישום, פסילת ראיות או הקלה בעונש, נקבע כי בית המשפט עשוי להורות על תיקון כתב האישום, על דרך המרת סעיף האישום המצוין בכתב האישום לסעיף אישום מקל. במערכת השיפוט הצבאית הוכרה האפשרות להמרת סעיף האישום לסעיף הנושא עמו רישום פלילי "מופחת" (בהתאם להסדר הקבוע בסעיף 404א לחוק השיפוט הצבאי) או לסעיף שאינו נושא עמו רישום פלילי כלל (ראו: עניין בקל לעיל, בפסקה 36 והפסיקה המאוזכרת במסגרתו).

15. במקרה דנן, בצד הטענה לפגיעה בתחושת הצדק וההגינות בייחוס סעיף עבירה הנושא עמו רישום פלילי, הוצגה בחזית אף הטענה לאכיפה מפלה (בררנית). כידוע, על הרשות המנהלית מוטלת חובה לפעול בשוויון ובהגינות כלפי הציבור, ועל-כן אכיפה מפלה ובררנית של הדין מהווה פגיעה קשה באמון הציבור בשלטון החוק והיא הוכרה כפסולה בשורת פסקי-דין (ראו: עניין **סלכגי** לעיל, בפסקה 13).

16. הטענה לאכיפה מפלה היא מופע מרכזי במסגרת דוקטרינת ההגנה מן הצדק, ומהווה נדבך חשוב ומשמעותי בפיתוחה של ההלכה וביישומה. נוכח האמור, האכסניה הראויה לדין בטענה לאכיפה מפלה היא המסגרת העיונית והדיונית של ההגנה מן הצדק, בהתאם לאמות המידה שנקבעו ליישומה. על-פי הפסיקה, יש לבחון את "טיבו ואופיו של הקשר בין הנאשם לבין קבוצת הייחוס, שלעומתה נטענת טענת האפליה" (עניין **בקל** לעיל, בפסקה 28). בצד ההחלה התלת-שלבית של דוקטרינת ההגנה מן הצדק, את טענת האכיפה המפלה יש לבחון במספר היבטים, העומדים בזיקה הדוקה האחד לשני: הראשון, קבוצת השוויון שעמה נמנה מי שמעלה את הטענה. השני, הבחנה בין אכיפה בררנית פסולה ובין אכיפה חלקית מטעמים של מגבלת משאבים וסדרי עדיפויות. השלישי, הנטל הראייתי המוטל על מי שמעלה את הטענה (עניין **סלכגי** לעיל, בפסקה 14). אשר להיבט השלישי על אודות נטל הראיה, ברגיל "על הטוען כנגד חוקיות פעולתם של גורמי האכיפה להראות כי נערכה, לכאורה, הבחנה לא ראויה בין מי שנתונהם הרלוונטיים שווים" (עניין **בקל** לעיל, בפסקה 29).

17. במקרה דנן, הנאשם אינו טוען לאפליה בררנית בינו לבין אחרים בקבוצת השוויון המידית עליה הוא נמנה – קרי, אנשי קבע או קצינים בחובה שהשתמשו, לכאורה, בסם מסוכן מסוג קנאביס, במספר הזדמנויות בודדות בנסיבות אזרחיות. משמע, הנאשם לא הצביע כי ננקטת מדיניות של איפה ואיפה בינו לבין עמיתיו לשירות הקבע, באכיפת הדין בעבירות סמים. בד בבד, טענת האפליה אף אינה מופנית כלפי מדיניותה, הכתובה עלי ספר, של התביעה שלא להיקשר עם אנשי קבע, שנכשלו בעבירות סמים בהיקף דומה, ב"הסדר מותנה". כזכור, ההגנה אינה יוצאת חוצץ, לצורך הטיעון בתיק הנוכחי, כנגד ההחלטה להעמיד את הנאשם לדין פלילי בבית-דין צבאי בגין עבירות הסמים שביצע, לכאורה. הנאשם מפנה את חיצו כנגד מדיניות התביעה לייחס לו, בנסיבות האמורות, עבירה של שימוש בסם מסוכן (כפועל יוצא של אי-עמידתו בתנאי הסף להיקשרות ב"הסדר מותנה" ושל הנחיית התביעה הצבאית הראשית מס' 2.05 העוסקת בעבירות סמים). בהתאם, עותר הנאשם כי בית הדין ירשיעו בעבירה שאינה נושאת עמה רישום פלילי, בכדי לרפא את הפגם שנוצר, לכאורה, כתוצאה ישירה ממדיניות התביעה. נוכח האמור, נייחד מספר מילים לשיקול הדעת של התביעה בסוגיית העמדה לדין פלילי.

18. החלטות התביעה אינן חסינות מביקורת שיפוטית, לרבות החלטות מנהליות המתקבלות במסגרת ניהול ההליך הפלילי, ואשר עליהן לעמוד בכללי המשפט המנהלי (ראו: בג"ץ 8066/18 **משיח נ' פרקליטות המדינה** (2019), בפסקה 8; עניין **בקל** לעיל, בפסקה 30). ברם, הלכה עמנו מימים ימימה, כי "שיקול הדעת המסור לרשויות התביעה בסוגיית העמדה לדין פלילי הוא רחב ביותר. בית משפט זה יתערב בשיקול דעתן של רשויות התביעה בהחלטותיהן הנוגעות לפתיחה בחקירה פלילית והעמדה לדין רק במקרים חריגים ביותר, בהם לוקה ההחלטה בחוסר סבירות קיצוני" (בג"ץ 1516/18 **ורקשטל נ' היועץ המשפטי לממשלה** (2018), בפסקה 13). בפסיקה אף נקבע, כי "כפועל יוצא של מרחב שיקול הדעת המוקנה לתביעה הכללית בעניין העמדה לדין, הרי שהחלטה אם לערוך הסדר מותנה מצויה במתחם שיקול הדעת ובית המשפט לא יתערב בה אלא במקרים החריגים כאמור לעיל" (בג"ץ 3070/17 **פלוגי נ' היועץ המשפטי לממשלה** (2018), בפסקה 31; ראו גם: עפ"ג (חי') 47817-04-18 **רייבי נ' מדינת ישראל** (2018), בפסקאות 31-36).

19. בד בבד, אך לאחרונה הדגיש בית המשפט הגבוה לצדק, כי "מדיניות אינה מילת קסם הפוטרת את הרשות המבצעת מהחובה לנהוג בשוויון או לבחון טענות רציניות בדבר השלכה שלילית של החלטתה על זכויות..." (בג"ץ 4862/18 **המיזם הרב מגזרי למיגור העישון נ' שר האוצר** (2019), בפסקה 17).

20. במאמר מוסגר אוסיף, כי במסגרת הכרעת הדין הנוכחית לא נדון בגבולותיה וגדריה של דוקטרינת הביקורת המינהלית בפלילים, כמו גם ביחסה לעקרון ההגנה מן הצדק ויחסי הגומלין ביניהן. מעבר לעובדה כי הצדדים לא הרחיבו בסוגיה, הרי שבית המשפט העליון פסק, לא מכבר, כי "כאשר מדובר בעילות הנוגעות לפגמים קשים, אשר יש בהם כדי לפגוע פגיעה ממשית בתחושת הצדק, ובוודאי במקרים של אכיפה מפלה דוגמת אלה שבענייננו – תיסוג הביקורת המינהלית בפלילים מפני עקרון ההגנה מן הצדק, כך שניתן יהיה להשיג על פגמים אלה מכוח עקרון ההגנה מן הצדק בלבד, ולא במסגרת הביקורת המינהלית בפלילים" (עניין **ורדי** לעיל, בפסקה 98).

21. בראי העקרונות שפורטו לעיל, ובהתאם למידת התערבותו המצומצמת של בית הדין בשיקול הדעת המסור לתביעה הצבאית בסוגיית העמדה לדין פלילי בכלל ובבחירת סעיף האישום בפרט, נבחן את מדיניות התביעה הצבאית הנוגעת להעמדתם לדין של אנשי קבע בעבירות סמים.

22. תחילה נדון בהנחיית התביעה הצבאית לעניין היקשרות בהסדר מותנה בעבירות סמים. עם זאת, בראי השינוי במדיניות האכיפה של עבירות הסמים בצה"ל, במוקד הבחינה תעמוד השאלה האם ההחלטה להעמיד את הנאשם לדין פלילי מחייבת,

מינייה וביה, אף את הרשעתו בעבירה הנושא עמה ברישום פלילי. בהקשר זה נבחן את מדיניות התביעה והטעמים העומדים ביסודה, אף בהתאם לסעיף 9 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, לפיו הגבלת או התניית זכויות של המשרתים בצה"ל צריכה להיעשות "במידה שאינה עולה על הנדרש ממהותו ומאופיו של השירות".

#### השינויים באכיפת הדין בעבירות הסמים בצה"ל

23. כידוע, המערכת הצבאית היא ארגון הירארכי המשליט בתוכו אמות מידה נוקשות להתנהגות, המהוות תנאי לעמידה במשימות הביטחון, שעליהן מופקד הצבא. נוכח האמור, צה"ל מגיב בחומרה על סטייה מאותן אמות מידה. פעם אחר פעם הובהר, הן בפסיקתו של בית המשפט הגבוה לצדק והן בפסיקת בתי הדין הצבאיים, כי שימוש בסם על-ידי חיילים לא יכול להתיישב עם שירות בצבא. זאת נוכח הפגיעה במוכנות הצבא, בחוסנו, בכשירותו ובצלילות הדעת הנדרשת מכל חייל אף כאשר אינו מצוי ביחידתו, שכן הוא עשוי להיקרא או לשוב אליה בתום החופשה בהיותו עדיין תחת השפעת הסם (ראו, לדוגמא, לאחרונה: ע/4/19 **התובע הצבאי הראשי נ' רב"ט גרינברג** (2019), בפסקה 19).

24. התפיסה שקנתה לה שבייתה – ואומצה על-ידי בג"ץ בעתירה כנגד מדיניות האכיפה של עבירות סמים "קלים" בצה"ל – הייתה כי שימוש בסם על ידי חייל בנסיבות אזרחיות הינו אך כפסע לשימוש בסם על-ידי אותו חייל גם במסגרת השירות עצמו. נוכח האמור, אפיוניה המיוחדים של המערכת הצבאית מביאים לחוסר שוויון רלוונטי מול החברה האזרחית במלחמה בנגע הסמים; ולאור זאת הוסברו והוצדקו צעדי אכיפה נמרצים ואף מכבידים, שאינם מתחייבים תמיד בחברה האזרחית (בג"ץ 5000/95 **טור' ברטלה נ' הפרקליט הצבאי הראשי** (1995), פ"ד מ"ט(5) 64; וכן ראו את פסיקת בית הדין הצבאי לערעורים מן השבוע החולף: ע/8/19 **התובע הצבאי הראשי נ' סגן טופולנסקי** (2019)).

25. לאורך השנים, חלו תמורות באכיפת החוק בצה"ל, הן בהיבטי המעצר והן בהיבטי הרישום הפלילי, בעניינם של חיילים, שהשתמשו בסמים מסוכנים בנסיבות אזרחיות, בהיקף מוגבל.

26. שינוי משמעותי במדיניות האכיפה בעבירות הסמים בצה"ל חל בשנת 2017. בהתאם להנחית התביעה הצבאית הראשית מס' 3.07, כאשר מדובר בחשד ל-4-5 שימושים בסם מסוכן מסוג קנאביס ונסיבות השימוש מצדיקות לעתור למעצרו הפתוח של החשוד – ניתן לערוך עמו "הסדר מותנה". במסגרתו, החשוד מודה בביצוע העובדות המהוות עבירה ומתחייב לקיים תנאים שפורטו בהסדר – לרבות מתן דגימת

שתן עתיות – וזאת כנגד התחייבות לסגור את התיק שנפתח כנגד החשוד. עם הגשת כתב האישום ישוחרר הנאשם ממעצרו בתנאים הקבועים בהסכם. השינוי במדיניות האכיפה נעשה מתוך התחשבות במגמות ובתמורות שחלו במערכת האזרחית ותוך בחינת צורכי הצבא<sup>1</sup>, בראי עילות המעצר ותוך פגיעה בנתיבים שנחרשו בהלכה הפסוקה (ראו: ע"מ/58/17 רב"ט יפימנקו נ' התובע הצבאי הראשי (2017), בפסקה 45).

27. המטרה העומדת בבסיס ההסדר המותנה, ברוח תיקון דומה שחל במערכת המשפט הכללית, היא הצורך "להעשיר את ארגז הכלים העומד לרשות התביעה עת היא בוחנת את האינטרס הציבורי שבהעמדת אדם לדין אל מול שיקומו והשבתו אל החברה" (סעיף 5 להנחיה); כך שההסדר המותנה "מעמיד בידי התביעה כלי אכיפה מידתי המאפשר הלימה טובה יותר בין חומרת העבירה וכלל נסיבותיה, לבין התגובה החברתית הננקטת כלפי העבריין" (סעיף 6 להנחיה). ההסדר המותנה מאפשר, אם כן, במקרים ההולמים, "הטלת סנקציה מתאימה ללא ניהול הליך בבית דין צבאי, על כל המשמעויות הנלוות לכך ובכלל זה כתם של הרשעה פלילית. הדברים מקבלים משנה תוקף כאשר מדובר בנאשמים ובחשודים שהם חיילי צה"ל, אשר על הפגיעה בהם – לרבות בדרך של נקיטת אמצעי אכיפה כלפיהם – להיות אך במידה הנדרשת 'ממהותו ואופיו של השירות'" (סעיף 7 להנחיה).

28. עניינו הרואות, מטרתו המרכזית של ההסדר המותנה בעניינם של חיילים שנכשלו בביצוע עבירות מסוימות – היא בחירת אמצעי אכיפה הולם, תוך הטלת סנקציות מתאימות, באופן אשר ימנע את תיוגם הפלילי. מטבע הדברים, וכפי שהטעים בית הדין הצבאי לערעורים, "למאפייניה הייחודיים של המסגרת הצבאית, לנוכח צורכי הביטחון והמוכנות, על היבטי המשמעת הנגזרים מהם – השפעה ישירה על היקפו

<sup>1</sup> ראו, בין היתר: דו"ח סיכום של צוות לבחינת מדיניות האכיפה כלפי משתמשי קנאביס בישראל מיום 26.1.2017; החלטת ממשלה מס' 2474 מיום 5.3.2017; הצעת חוק הסמים המסוכנים (עבירת קנס מיוחדת – הוראת שעה), התשע"ח – 2018. בהתאם לתיקון בפקודת הסמים המסוכנים [נוסח חדש], התשל"ג – 1973, אשר נכנס לתוקפו ביום 1.4.2019, עבירה של החזקה או שימוש בקנאביס לצריכה עצמית בפעם הראשונה או השנייה תוביל להודעת תשלום קנס, חלף נקיטה בהליכים פליליים. אימוץ המדיניות המתוארת ועיגונה בחקיקה נועדו אמנם "להביא לאכיפה יעילה יותר של האיסור על שימוש והחזקה בקנבוס, אך זאת מתוך הבנה שמעידה חד-פעמית או חוזרת, המבוצעת בידי אדם נורמטיבי שאינו מנהל אורח חיים עבריין, ניתן לאוכפה באופן שהולם את חומרת המעשה, בלי להכתים את גיליונו של האדם ברישום פלילי שעלול להשפיע על עתידו" (מתוך דברי ההסבר להצעת החוק). חשוב להדגיש, כי ההסדר אינו חל על חיילים, וזאת "לאור מאפייני השירות הצבאי בישראל, שמהם נגזרת מדיניות אכיפה מיוחדת שאותה נוקט צבא ההגנה לישראל, בכל הנוגע לצריכה ולאחזקה של סמים" (שם).



ויישומו של מנגנון ההסדר המותנה בצבא" (ע/64/17 התובע הצבאי הראשי נ' רב"ט רחמים (2017), בפסקה 36).

29. מאפייניה הייחודיים של המסגרת הצבאית, כמפורט לעיל, באים לידי ביטוי אף בתנאי הסף לתחולת ההסדר המותנה. עיקרם של התנאים והסייגים כרוכים במהותו של ההסדר המותנה ונגזרים מן התכליות העומדות בבסיסו. כך, לדוגמה, ההסדר לא יחול כאשר לחשוד הרשעה קודמת בפלילים, הרשעה קודמת בדין משמעתי הדומה במאפייניה לביצוע העבירות נושא ההסדר, כאשר תלוי ועומד כנגד החשוד הליך פלילי או קיימת חקירה פלילית פתוחה בעניינו וכיו"ב. הגיונם של הדברים ברור ונהיר, שכן מטרתו של ההסדר המותנה היא להעניק הזדמנות נוספת לחיילים, אשר נכשלו בפעם הראשונה בעבירות שהן קלות יחסית או שהיקפן אינו רב, באופן שימנע את הכתמתם ברישום פלילי. המאפיין את תנאי הסף הללו, והחוט השזור ביניהם, הם התנהגותו ומעשיו של החשוד, בבחינת "מעשיך יקרבוך ומעשיך ירחיקוך" (מסכת עדויות, פרק ה' משנה ז').

30. בצד האמור, מוצאים אנו כחלק מתנאי הסף, כי ההנחיה לא תחול על משרתי קבע וקצינים בשירות חובה (סעיף 12 להנחיה). היינו, מעמדו של החשוד בצבא – ללא קשר למעשיו, להתנהגותו ולאורחות חייו – מרחיקות את המועמד הפוטנציאלי מן ההסדר המותנה, באופן מובנה וללא סייג.

31. נזכיר, כי ההגנה אינה תוקפת, באופן ישיר במקרה דנן, את היקף ההנחיה ואת התנאים ליישומה. עם זאת, ההחלטה לסייג את ההנחיה ולהחריג ממנה חשודים אך בשל מעמדם בצבא, לכאורה אינה עולה בקנה אחד עם התכלית המרכזית, כפי שפורטה לעיל, העומדת ביסוד קיומו של הסדר מותנה במערכת הצבאית.

32. חרף האמור, חלק מן המאפיינים הייחודיים של המסגרת הצבאית מובילים למסקנה כי מדיניות התביעה, שלא להיקשר בהסדר מותנה עם חשוד שהוא משרת קבע, שהשתמש בסמים מסוכנים במספר הזדמנויות בנסיבות אזוריות – אינה לוקה בחוסר סבירות קיצוני ואינה נגועה בעיוות מהותי. לצורך ליבון הסוגיה ובחינת הטעמים העומדים ביסוד מדיניות התביעה ולשם נימוק מושכל של המסקנה, נזכיר מושכלות יסוד בדבר הציפיות הניבטות ממשרתי הקבע והחובות הנורמטיביות המוטלות עליהם.

#### על מעמדו של משרת הקבע בצה"ל

33. משרתי קבע נושאים דרגה ולהם מעמד מיוחד בצבא בפרט ובעיני הציבור בכלל. בית הדין הצבאי לערעורים הדגיש, כי "על המפקד להיות סמל ומופת לפקודיו

בהילוכו, בנורמות ההתנהגות שלו, במקצועיותו, בכל אשר יפנה ויעשה" (ע/144/06 **התובע הצבאי הראשי נ' סרן בוטביה** (2008), בפסקה 9; ההדגשה במקור). בהקשר אחר נפסק, כי "מנגד בצה"ל מצופה להוות "שומר סף" ודוגמא לפקודיו" (ע/19/05 **התובע הצבאי הראשי נ' רס"ר בוכריס** (2005), בפסקה 3). עוד הוטעם, כי "הדרישה לשמר 'רמת התנהגות ראויה' מצד המפקדים בצה"ל, היא בעלת **שני פנים משלימים**. ה'פנימי', שעניינו 'החוסן הערכי והנורמות הנדרשות ממפקדי צה"ל מתוקף "שליחותם כמפקדים"; וה'חיצוני' שתכליתו טיפוח ושימור אמון הציבור בצה"ל ובמפקדיו" (ע/88,89/11 **התובע הצבאי הראשי נ' אל"ם מור חיים** (2012), בפסקה 12, ההדגשה במקור; עניין **טופולנסקי** לעיל, בפסקה 21).

34. בית הדין הצבאי לערעורים אף פסק, כי "דרגה צבאית, גם אם היא זוטרה, מקנה לנושאה את הזכות והחובה להימנות על שורות המפקדים בצה"ל" (ע/107/03 **סמ"ר קראדי נ' התובע הצבאי הראשי** (2003), בפסקה ט'). שהרי משרת הקבע – נגד או קצין, תהא דרגתו אשר תהא – מהווה חלק מן השלד הפיקודי בצה"ל (ראו: סעיף 1 להפ"ע 3.0501 שירות הקבע בצה"ל). בראי האמור בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ניתן לקבוע כי מהותו ואופיו של שירות הקבע שונים ממהותו ואופיו של שירות החובה. נוכח האמור, משרת הקבע אינו כפוף רק לחוק ולהוראות המחייבות בצבא, כמו גם לשמירה קפדנית על משמעת הצבא ומשטרו – אלא חלות עליו, בתוקף מעמדו, נורמות התנהגות מיוחדות וגבוהות יותר מחייל המצוי בשירות חובה.

35. ודוק: מעמדו של משרת הקבע אינו ניתן לחלוקה. נורמות ההתנהגות המצופות ממשרתי הקבע אינן משתנות אם מדובר במשרת קבע שהינו קצין או נגד, והם נושאים אותן בצקלונם בין אם הם מצויים במסגרת הצבאית ובין אם מחוצה לה.

36. המאפיינים הייחודיים של שירות הקבע, על נורמות ההתנהגות המיוחדות המצופות מן הנמנים על שורותיו, באים לידי ביטוי אף בקשת המקרים המאפשרים התרת התחייבות של משרת הקבע, ביוזמת הצבא. אחד המקרים המובהקים עניינו במשרת קבע, שהתנהג באופן החורג מאמות המידה הנדרשות מחייל בשירות קבע בדרגתו או במעמדו בצבא, בין אם יש בהתנהגותו משום עבירה על החוק ובין אם לאו (ראו: סעיף 45 להפ"ע 3.0501).

37. אין ספק, כי שימוש בסם מסוכן על-ידי משרת קבע, קצין או נגד, תהא דרגתו אשר תהא – מהווה פגיעה בתנאים הייחודיים של המסגרת הצבאית ובערכי היסוד המצופים ממפקד בצה"ל. מעורבות בעולם הסמים אינה מתיישבת עם מעמדו של משרת הקבע ומהווה כישלון פיקודי של ממש. נוכח היבטי המשמעת בצבא ונורמות ההתנהגות המיוחדות המוטלות על משרתי הקבע בצה"ל, אין תמה כי מדיניות אכיפת הדין בעניינם, בעבירות כגון דא, עשויה להיות קפדנית ומחמירה מאשר זו הנקטת

ביחס לחיילים בשירות חובה. בראי העקרונות שפורטו לעיל, אין זה בלתי סביר כי מעמדו הצבאי של מי שערב עצמו בעולם הסמים יהווה שיקול של ממש, ואף מכריע, בהחלטת התביעה הצבאית אם להיקשר עמו בהסדר מותנה אם לאו. יוצא אפוא, כי ההחלטה המנהלית **העקרונית**, לפיה כנגד חשוד שהוא משרת קבע, ואשר קיימות בעניינו ראיות לכאורה לשימוש בסם מסוכן בנסיבות אזרחיות בהיקף מועט, יוגש כתב אישום לבית-דין צבאי – **אינה החלטה בלתי סבירה כלל ועיקר**.

38. עם זאת, הדרא קושיא לדוכתא – האם הנתונים הרלוונטיים של משרתי הקבע מחד גיסא ושל חיילי החובה מאידך גיסא שונים בכל צומת החלטה בהליך הפלילי? האם עצם ההחלטה לנקוט באמצעי אכיפה חמור יותר מן המקובל מוליכה, מיניה וביה, אף להכרעה מובנית ביחס להשלכותיו העתידיות של אמצעי האכיפה שנבחר? והאם נורמות ההתנהגות המיוחדות המצופות ממשרת הקבע עשויות אף להצדיק, באופן אוטומטי, את הכתמתו של משרת הקבע בעבירה הנושאת עמה רישום פלילי? בשאלה מכריעה זו ניגש לדון עתה.

#### על המשמעות של הרישום הפלילי

39. המרשם הפלילי מנוהל בידי משטרת ישראל ומוסדר בחקיקה (חוק המרשם הפלילי ותקנת השבים, התשמ"א – 1981, אותו החליף לאחרונה חוק המידע הפלילי ותקנת השבים, התשע"ט – 2019, שטרם נכנס לתוקפו). החוק מאזן בין העקרונות המנוגדים הגלומים בו – המרשם הפלילי אל מול תקנת השבים. כפי שנקבע בדברי ההסבר להצעת חוק המידע הפלילי ותקנת השבים, התשע"ז – 2016:

**"המרשם הפלילי**, משמעו תיעוד מלא של ההיסטוריה הפלילית של אדם ושל החברה בכללותה וניהול מידע פלילי ומסירתו לגורמים שונים, לצורך הגנה על אינטרסים ציבוריים. **תקנת השבים**, עניינה אינטרס השיקום, קרי עידוד שיקומו של בעל רישום פלילי והשתלבותו המלאה בחברה ובשוק העבודה, כך שחטאו לא ייזכר לו כל ימיו ויתאפשר לו לפתוח דף חדש בחייו"

40. ראוי לציין, כי הצעת חוק המידע הפלילי ותקנת השבים, בהמשך להמלצות הוועדה הציבורית שהיוו בסיס לשינוי בחקיקה, שמה דגש על הטיית הכף לטובת אינטרס השיקום ועל חשיבות שילובו של בעל הרישום הפלילי בשוק התעסוקה, בשל הקשר בין תעסוקה לשיקום.

41. עד שנת 2011 הרשעותיהם של חיילים בבתי הדין הצבאיים לוו, ככלל, ברישום פלילי מלא (למעט הרשעות בעבירות קלות, אשר הוגדרו בתקנות). מצב דברים זה זכה לביקורת נוקבת, נוכח העובדה כי מרבית הנאשמים הבאים בשערי בתי הדין הצבאיים הינם צעירים נטולי עבר פלילי, העומדים בפתח דרכם האזרחית; ומשכך הכתמתם ברישום פלילי, במנותק מסוג העבירה ונסיבותיה, יצרה לעתים רבות תחושה של חוסר צדק (ראו, לדוגמא: בג"ץ 5000/95 **ברטלה נ' הפרקליט הצבאי הראשי**, פ"ד מט(1) 64, 73 (1995); בג"ץ 7442/96 **רס"ן אורנשטיין-זהבי נ' הפרקליט הצבאי הראשי** (1999); אבי לוי, "הרהור נוסף אחר מדיניות צה"ל לטיפול בעבירות של שימוש בסמים", **משפט וצבא** 18 (תשס"ו) 141; איתי הרמלין, "כבודו של החייל – על הרישום הפלילי בבתי-הדין הצבאיים", **הפרקליט** מה (תש"ס-תשס"א) 365; אייל טולדנו, "הרישום הפלילי בצה"ל", **משפט וצבא** 15 (תשס"א) 17).

42. נוכח הקריאות הרבות לשינוי החוק הקיים, נועד תיקון מס' 63 לחוק השיפוט הצבאי להעניק מזור, ולו חלקי, לבעיה הכרוכה בהכתמתם של חיילים רבים ברישום פלילי לשנים ארוכות. התיקון נועד "להתמודד עם החלטיות תוצאות ההרשעה בעבירות סמים הנעברות על ידי חיילים בצבא; הוא נועד לאפשר, במקרים המתאימים, את **מיתונה** של הפגיעה בעתידם של חיילים חיוביים ביסודם, אשר הסתבכו במעשי שימוש בסם במהלך שירותם הצבאי" (ע/64,65/12 **התובע הצבאי הראשי נ' סמל בכר** (2012), בעמ' 5; ההדגשה במקור).

43. ביאור לתיקון מופיע בדברי ההסבר להצעת החוק:

"הקושי במצב הקיים נעוץ בהשפעתו של הרישום הפלילי על יכולתם של חיילים שהורשעו בבתי דין צבאיים, להשתלב במקומות עבודה אזרחיים. מדובר באנשים צעירים בראשית דרכם הבוגרת, אשר כל חייהם עוד לפנייהם והכתמתם ברישום פלילי רב שנים בשלב זה של חייהם, צפויה לשבש באופן קשה, ולעתים אף בלתי הפיך, את מהלך חייהם. אף שהצורך באכיפת משמעת קפדנית בצבא מחייב החמרה של ממש במדיניות ההעמדה לדין והענישה, אל מול הצרכים שבמערכת המשפט האזרחית, הרי שאין בטעמים אלה, כשלעצמם, כדי להצדיק את התיוג הפלילי הממושך של חייל, במיוחד ככל שהדבר נוגע לחייו האזרחיים. כפועל יוצא מכך, חיילים צעירים עומדים לדין, מורשעים ונענשים בשל עבירות שהמערכת האזרחית כלל אינה עוסקת בהן (לדוגמא: עבירות של העדר מן השירות שלא ברשות), או שאינה ממצה את מלוא חומרת הדין בהן, כל שכן בהיבט של

הרישום הפלילי (לדוגמא: עבירות של שימוש עצמי בסם מסוכן).  
 עד כמה שאכן קיימת הצדקה לאבחנה בין חייל לבין אזרח בכל  
 הנוגע למדיניות ההעמדה לדין והענישה, אין כן הדבר באשר  
 לתיוגו הפלילי של החייל על ההשלכות הנגזרות מכך ליכולתו  
 להשתלב מאוחר יותר בחיים האזרחיים" (דברי הסבר להצעת  
 חוק השיפוט הצבאי (תיקון מס' 61) (הגבלה על מסירת מידע  
 מהמרשם הפלילי וקיצור תקופת הרישום), התש"ע-2010)

44. מכל מקום ראוי להזכיר, כי "הרישום הפלילי המוגבל הוא רישום פלילי לכל דבר  
 ועניין; אף כי השלכותיו העתידיות יהיו מוגבלות הן בזמן והן באופי לעומת רישום  
 פלילי מלא, חותמה של ההרשעה ירדוף את החייל המשוחרר שנים רבות לאחר  
 ההרשעה וסיום השירות הצבאי" (לוי לעיל, בעמ' 176; ההדגשה במקור). עמד על כך  
 בית הדין הצבאי לערעורים, כי "לעתים, תוצאות הלוואי של הרישום הפלילי חמורות  
 יותר, מבחינתו של הנאשם, מהעונש אשר יוטל עליו" (ע/43/01 התובע הצבאי הראשי  
 נ' סמל אטדגי (2011), בפסקה 8). נזכיר, כי חוק המרשם הפלילי מאפשר למסור מידע  
 בדבר הרשעה בדין לשורה ארוכה של גורמים במגזר הציבורי. יתרה מזאת, "נוהג  
 מקובל בשוק העבודה הוא להציב כתנאי לקבלה למקום עבודה אישור על היעדר  
 רישום פלילי – ובלית ברירה מועמדים רבים מאפשרים לכל אותם מעסיקים  
 פוטנציאליים לעיין במרשם הפלילי בעניינם" (בג"ץ 6213/14 ארגמן נ' משטרת ישראל  
 (2016), בפסקה 9). מטבע הדברים, מסירת המידע מסבה פגיעה לשמו הטוב ולפרנסתו  
 של האדם, כמו גם לאורחות חייו לאחר שחרורו מן הצבא. כמילותיו של המשורר דוד  
 אבידן, שהובאו בעניין ארגמן לעיל: "אם כך ואם כך, הכתם נשאר על הקיר" ("הכתם  
 נשאר על הקיר", מתוך ספר השירים ברזים ערופי שפתיים (1954)).

### הכרעה בשאלה השנויה במחלוקת

45. לא בכדי, כפי שבואר לעיל, מטרתו המרכזית של ההסדר המותנה בעניינם של  
 חיילים שנכשלו בביצוע עבירות מסוימות – היא בחירת אמצעי אכיפה הולם, תוך  
 הטלת סנקציות מתאימות, באופן אשר ימנע, ולא אך יסייג, את תיוגם הפלילי. בד  
 בלב, צרכיה הייחודיים של המערכת הצבאית אכן עשויים להצדיק הבאתו של משרת  
 קבע, שנכשל בעבירות סמים בהיקף מוגבל ובנסיבות קלות, בפני בית-דין צבאי;  
 ובמידת הצורך להענישו בצורה נאותה בהתאם לעקרון ההלימה. אולם, האם מטרות  
 ראויות אלה – אף בהינתן צרכיה הייחודיים של המערכת הצבאית מחד גיסא ובשים  
 לב לתכלית העומדת ביסוד הרישום הפלילי מאידך גיסא – מצדיקות את תיוגו  
 האוטומטי של משרת הקבע והכתמתו בפלילים?

46. כידוע, השינוי במדיניות האכיפה של עבירות הסמים בצה"ל הוביל את בית הדין הצבאי לערעורים לבחון מחדש את נקודת האיזון בין האינטרסים החברתיים השונים, תוך עיצוב היקפן של עילות המעצר הייחודיות בצבא בעבירות סמים, כמו גם האפשרות לנקוט חלופת מעצר (ע"מ/58/17 רב"ט יפמנקו נ' התובע הצבאי הראשי (2017)). עוד נפסק, כי טעמים של שוויון ומידתיות, נוכח השינוי במדיניות האכיפה הצבאית, עשויים להשפיע אף על סוגיית העונש (עניין רחמים לעיל). להשלכות המשמעותיות על הרישום הפלילי, בגין הפער שנוצר באופן הטיפול המשפטי בעניינם של חיילים בשירות חובה לעניינם של משרתי קבע, כאשר נסיבות ביצוע העבירה הן דומות – צריכות להיות, לשיטתי, השפעה גם בשאלת **סיווג ההרשעה**.

47. על רקע התכלית העומדת ביסוד השינוי במדיניות האכיפה של עבירות הסמים בצבא, ואף נוכח הצרכים הייחודיים של המערכת הצבאית, התוצאה של העמדת משרת קבע לדין, בעבירה הנושאת עמה רישום פלילי – והרשעתו בעבירה האמורה – במנותק מנסיבות ביצוע העבירה; מקום בו חיילים בשירות חובה, בנסיבות דומות, לא יועמדו כלל לדין פלילי – היא **תוצאה מפלה**.

48. לא ניתן לבסס את הפער בין **השלכותיו** ארוכות הטווח של ההליך הפלילי על משרת הקבע לבין אי-העמדה לדין של חייל בשירות חובה, אך ורק על רקע **מעמדו** של משרת הקבע. לטעמי, הרשעתו של משרת קבע, שביצע שימוש בסם מסוכן בנסיבות אזרחיות בהיקף מועט, בעבירה הנושאת עמה רישום פלילי, אינה עונה על התכליות העומדות ביסודו של המשפט הפלילי – בוודאי אינטרס השיקום, אך גם ההגנה על האינטרסים הציבוריים. זאת כיוון שמערכת המשפט הצבאית אינה צריכה להזהיר, באופן מיוחד, את החברה האזרחית מפני מי שהפר נורמות מחייבות אך בשל מעמדו כמשרת קבע בצבא, במנותק מנסיבות ביצוע העבירה, בעוד עמיתו החייל ייצא פטור בלא כל רישום פלילי (השוו: טולדנו לעיל, בעמ' 39). אם כן, הרשעתו של משרת הקבע בפלילים, בעבירה הנושאת רישום פלילי, אף אם מופחת, לעומת אי-העמדתו לדין של חייל החובה – כאשר נסיבות ביצוע העבירה הן דומות – **פוגעת פגיעה קשה בתחושת הצדק וההגינות**, ועל-כן לא ניתן להותירה על כנה (השוו: עניין בקל לעיל, בפסקה 32).

49. הדברים מקבלים משנה תוקף לנוכח השינוי שחל לאחרונה במדיניות האכיפה ביחס לעבירה של סירוב להיבדק לשם גילוי שימוש בסמים מסוכנים, שנועדו לצמצם את הפער בין משרתי קבע לבין חיילים בשירות חובה, בכל הנוגע לתוצאות ההרשעה בפלילים (ראו: עניין **טופולנסקי** לעיל, בפסקה 28).

50. ודוק: צמתי ההחלטה בהליך הפלילי הם מגוונים ושוניים. תחנת המוצא של ההליך הפלילי אינה, בהכרח, תחנת הסיום. לבית הדין הצבאי קנויה הסמכות לבחון את

ההליך המשפטי באמצעות עדשה מרחיבה של ההגנה מן הצדק, המביטה אף אל עתידו של הנאשם לאחר ביצוע מעשה העבירה ואף לאחר העונש שיוטל בגינה. דוקטרינה זאת מהווה כלי בידי בית הדין, המאפשר לאזן את ההליך עם ערכי הצדק וההגינות של המשפט הפלילי.

51. על-כן קם צורך ממשי בהתאמת אמצעי האכיפה שננקט, ולמצער בסיווג ההרשעה בבית הדין הצבאי, לתכליות העומדות בבסיסו של המרשם הפלילי. יתרה מכך, יש להימנע ממצב בו תחושת הצדק וההגינות תיפגע בצורה ממשית, לו תתקבל תוצאה מפלה באכיפת הדין בעניינם של מי שנתוניהם הרלוונטיים אינם שונים בשאלת הרישום הפלילי (בהבדל משוני בנתונים בצומת ההחלטה על עצם הנקיטה בהליך פלילי בבית הדין).

52. ודוק: גם המלחמה המוצדקת בנגע הסמים בצה"ל אינה יכולה להצדיק, מיניה וביה, כל אמצעי משפטי הננקט במסגרתה. המאבק החיוני והנחוש בשימוש בסמים על-ידי משרתי הקבע אינו יכול להוליך לתוצאה שאינה צודקת ואינה הוגנת באשר לעתידם של משרתי הקבע לאחר תום תקופת השירות הצבאי, באופן שאינו עולה בקנה אחד עם התכליות העומדות ביסוד הרישום הפלילי (ראו: עניין **אורנשטיין-זהבי** לעיל). על כן, "עשויה ההשלכה של הרישום הפלילי על הנאשם להקים לו הגנה מן הצדק, שפתרונה בסעד מידתי והולם" (עניין **בקל** לעיל, בפסקה 33; ראו גם גישה בספרות המשפטית, לפיה סירוב של גורמי התביעה לשקול חלופה של סגירת תיק בהסדר עשוי להוביל את הערכאה הדיונית לקבוע כי מדובר בפגם ולקבוע את הסעד הראוי, לרבות הימנעות מהרשעה: אורן גזל-אייל, "התפתחויות במשפט הפלילי הדיוני והמהותי – 2012 – 2014", **דין ודברים** ט (תשע"ו) 517, 538).

53. לא למותר לציין, כי עצם העמדתו לדין של משרת קבע בבית-דין צבאי, אינה עניין קל ערך. יתרה מכך, הרשעתו בעבירה והטלת ענישה – הכוללת, לא אחת, רכיבים של מאסר בפועל, מאסר מותנה ופגיעה בדרגה – הן בעלות משמעות של ממש, הן בפן הפלילי והן בפן המנהלי, נוכח הצפי לסיום שירותו הצבאי עקב ההרשעה (ראו: הפ"ע 3.0501 לעיל). לפיכך, הרשעה בעבירה שאינה נושאת עמה רישום פלילי אינה בגדר הטבה לה זוכה משרת הקבע לעומת חייל בשירות חובה, שכן האחרון אמנם יצטרך לעמוד בשורה של תנאים מנהליים, בכדי להבטיח את עמידתו בהסדר מותנה – אולם אלו אינן מהוות סנקציות פליליות, על כל המשתמע מכך. ממילא, אין ההסדר המותנה מטרתו לענות אחר מכלול התכליות העומדות ביסוד הענישה (על תכלית ואופי הענישה, ראו בהרחבה: חגית לרנאו **עבריינות ואכיפת החוק** (תשע"ו, הוצאת פרדס)).

54. אבהיר, מבלי לטעת מסמרות בסוגיה, כי ייתכנו מקרים בהם מצבור הנסיבות הקשורות הן בעושה והן בעיקר במעשה, יובילו את בית הדין לקבוע, באופן חריג, כי

תחושת הצדק וההגינות בעניינינו של משרת קבע ספציפי לא תיפגע בצורה חמורה, אם יורשע בעבירה הנושאת רישום פלילי. את המבחנים והשיקולים אליהם יידרש בית הדין בכגון דא, ניתן להשאיר לעת מצוא, תוך פיתוחה ההדרגתי של ההלכה המשפטית. 55. עם זאת, המקרה הנוכחי עוסק בנגד בשירות קבע, בדרגה זוטרה ואשר תפקידו אינו רגיש (באופן יחסי) במסגרת הצבאית. הנאשם השתמש בסם מסוכן מסוג קנאביס, בנסיבות אזרחיות, בשלוש הזדמנויות שונות. השימוש בסם בוצע עם אזרחים, ויתרה מזאת אחד השימושים בוצע בחו"ל, במהלך חופשה. אין ראייה, כי הנאשם הוא שסיפק את הסם בפעמים שבוצע השימוש בסם. נוסף, כי הנאשם נוטל אחריות על ביצוע העבירה.

56. בחינת כלל נסיבות המקרה מעלה, כי במקרה דנן ראוי לרפא את הפגם הממשי שנוצר בתחושת הצדק וההגינות בהליך הפלילי, על-ידי המרת סעיף האישום, לכזה שהולם מחד גיסא את מעשיו של הנאשם, ומאידיך גיסא מצמצם במידה משמעותית את הפער בינו לבין עמיתיו חיילי החובה, במישור תוצאות ההליך (השוו: עניין בקל לעיל, בפסקה 38).

57. באופן מעשי, כיוון שכתב האישום, מלכתחילה, ייחס לנאשם שתי עבירות – האחת, שימוש בסם מסוכן; והשנייה, התנהגות שאינה הולמת, כנגזרת של פרט האישום הראשון – **אני מורה על הרשעתו של הנאשם בעבירה אחת של התנהגות שאינה הולמת, חלף העבירה של שימוש בסם מסוכן.**

**ניתנה היום, י' בסיוון התשע"ט, 10.6.2019, והודעה בפומבי ובמעמד הצדדים.**

---

סגן הנשיאה