

בלמ"ס



בית הדין הצבאי המחוזי

מחוז שיפוט דרום

בפני השופטת : סא"ל מאיה גולדשמידט

בעניין : התובע הצבאי (סגן בת אל טגביה)

נגד

הנאשם : רב"ט ר.ש (ע"י ב"כ, עו"ד מתי אביב)

הכרעת-דין

א. מבוא

1. כתב האישום שהוגש ביום 23/12/2015 מייחס לנאשם, רב"ט ר.ש, שתי עבירות. בפרט האישום הראשון מיוחסת לו עבירה של ניסיון לשימוש בסם מסוכן, לפי [סעיף 7\(א\) + \(ג\)](#) סיפא [לפקודת הסמים המסוכנים](#) [נוסח חדש], תשל"ג-1973 (להלן: "פקודת הסמים") בצירוף [סעיף 25 לחוק העונשין](#), תשל"ז-1977 (להלן: "חוק העונשין"). זאת בגין אירוע מחודש מרץ 2015, בו על פי הנטען, השתמש הנאשם בחומר שטיבו אינו בידיעת התביעה באמצעות כלי מאולתר לשימוש בסמים ("באנג") ביחד עם אחרים, בסוברו כי מדובר בסם מסוג קנאביס ובכוונה להשתמש בו.

בפרט האישום השני מיוחסת לו עבירה של שימוש בסם מסוכן, לפי [סעיף 7\(א\)+\(ג\)](#) לפקודת הסמים, בגין אירוע מחודש אפריל 2015, בו לפי הנטען השתמש הנאשם בגפו בקנאביס שרכש מאזרח בשם ולנטין ולרי, באמצעות סיגריה מגולגלת ("ג'וינט").

2. הראיות עליהן מבוסס כתב האישום הן אמרת הודאה של הנאשם שניתנה ביום 7/9/2015 במצ"ח; בצירוף הודעות מפלילות שנמצאו לפי הנטען במכשיר הטלפון הסלולארי שלו.

3. ביום 24/1/2016 הודיע הנאשם על כפירה באשמה. הנאשם ביקש לטעון טענות בנוגע לקבילות ומשקל אמרתו, בשים לב לכך שנאמר לו, לפי הנטען, כי ככל שיודה בעבירות המיוחסות לו התיק ייסגר ויוכל להשתחרר לביתו, ואם לא יודה יוותר במעצר. כן נטען כי דגימת שתן שלילית שניטלה מהנאשם מחזקת את גרסתו. במסגרת גדר הכפירה לא התייחסה ההגנה לסוגיית ממצאי החיפוש בטלפון הסלולארי, אולם במהלך שמיעת הראיות התנגדה לקבילות ממצאים אלה. כמו כן ביום 17/2/2016 הגישה ההגנה לבית הדין "בקשה דחופה לביטול כתב האישום" שבה טענות מסוג "הגנה מן הצדק" אשר מהותית עסקה בטענות רבות כנגד התנהלות גורמי החקירה בפרשה וכנגד העדר תשתית ראייתית להגשת כתב האישום. לפיכך, נקבע בהחלטתי מיום 21/2/2016 (שניתנה עם פתיחת משפטו של הנאשם) כי ההכרעה בבקשת ההגנה תתקבל לאחר שמיעת כלל העדים, באופן שיאפשר לבחון את הטענות העובדתיות שהועלו במסגרתה.

4. במהלך משפטו של הנאשם העידו מטעם התביעה גובה האמרה, אשר גם ניהל את החקירה בתיק, החוקר רב"ט יאיר מגן דוד (להלן: "החוקר") ועורך החיפוש בטלפון הסלולארי, רב"ט דן קזקוב. מטעם ההגנה העיד הנאשם בלבד.
5. להלן תפורט התשתית העובדתית העומדת ביסוד כתב האישום ולאחר מכן יסקרו טענות הצדדים ביחס לתשתית העובדתית כמו גם בנוגע לסוגיות המשפטיות שבנדון.

ב. התשתית הראייתית

ראיות התביעה

6. מיומן החקירות בתיק (ת/13) ומעדות החוקר, עלה כי החקירה בפרשה זו החלה בראשית אוגוסט 2015, נוכח קבלת מידע מודיעיני הנוגע לטורי דור חביב, חברו של הנאשם, המשרת כטבח בפד"ס. במהלך חקירתו של טורי חביב נערך חיפוש במכשיר הטלפון הסלולארי שלו (ר' ת/1 – ת/3, ת/5, ת/8 ות/9). במסגרת עיון שנערך בפלטי המכשיר נמצאה הודעה (ת/10) שנכתבה על ידי הנאשם במסגרת קבוצת "ווטסאפ" המשותפת לו ולאחרים, בה כתב הנאשם בין השאר: "'מצחיק אותי שעשיתם את לב (אחד המשתתפים בקבוצה – ביה"ד) איזה ברון סמים מקצת ירוק, אחרי שכולם פה עשו סמים באיזה נקודה מסוימת...". עוד עלה מעדות החוקר, כי טורי חביב מסר באמרתו, שישנן שמועות לפיהן הנאשם ולב משתמשים ב"ירוק".
7. לאור האמור נקרא הנאשם לחקירת מצ"ח וזו נקבעה ליום 30/8/2015, בשעות הבוקר. באותו היום התייצב הנאשם לחקירה ונגבתה אמרתו, ת/11, בין השעות 59:10-39:08. במסגרת חקירה זו גם מסר דגימת שתן שנמצאה שלילית לתוצרי סם מסוכן. הנאשם לא היה מעוכב או עצור במהלך החקירה, והחוקר הגדיר את מעמדו כ"סטאטוס של נחקר".
8. לדברי החוקר, הציג לנאשם בפתח גביית האמרה את זכות ההיוועצות בעו"ד (צבאי או אזרחי) וזכות השתיקה, הנאשם בחר שלא להיוועץ בעו"ד בטענה שהוא בטוח בעצמו. האווירה במסגרת החקירה היתה נעימה, לא היה תשאול בעל פה ולא היה בה כל דבר חריג. באמרה זו הכחיש הנאשם כל שימוש בסמים בעת שירותו הצבאי (אם כי ציין שהשתמש בסם מסוג קנאביס פעמיים בעת שהיה תלמיד בכיתה י"ב). ביחס לטורי חביב וחברים אחרים מקבוצת ה"ווטסאפ" המשותפת, ציין כי הוא מכיר אותם מביה"ס והבהיר כי הם אינם מעורבים בשימוש בסמים במהלך שירותם הצבאי. את דבריו של טורי חביב בחקירתו (אשר לא הובאו כראיה מעבר לדברי החוקר – ביה"ד) הכחיש באומרו: "אנחנו לא מעשנים סמים, לא יודע על מה הוא מדבר" (עמ' 7, שורה 4 לת/11).
9. בהתייחסו להודעת ה"ווטסאפ" נשוא ת/10, מסר הנאשם באמרתו, ת/11, כי מכל משתתפי הקבוצה, היה ניסיון קודם בשימוש בסם רק לו וללב, וכי "תמיד בחבורה צוחקים עלינו שהיינו מעשנים ובכלל שלב היה בשנת שירות ועבד עם נוער בסיכון אז ירדו עליו כאילו איך אתה אומר לאנשים לא לעשן אותה מעשן בעצמך..." (עמ' 5 לת/11, שורות 10-12).

10. כעולה מת/12, שכותרתו: "הסכמה/אי הסכמה לתפיסה, לביצוע חיפוש ולחדירה נמשכת לחומר מחשב" תפס החוקר את מכשיר הטלפון הסלולארי של הנאשם בשעה 9:54, תוך שסימן את הרובריקות המעידות על כך שהנאשם הסכים לחיפוש בטלפון לאחר שהוסברה לו גם זכותו לסרב לחיפוש וגם לחזור בו מהסכמתו בכל עת. לעניין זה הבהיר החוקר, כי הוא נוהג לשאול את הנחקר האם הוא מסכים לחיפוש בטלפון הסלולארי, תוך מתן הסבר, כי אינו חייב להסכים וכי הוא יכול לסרב בכל שלב. עוד הוא נוהג להסביר שאין עדים לחיפוש וכי החיפוש נערך על ידי אנשי מקצוע המחפשים רק מידע הנוגע לחשדות כלפיו. רק במקרה שבו נחקר מתנגד לחיפוש, הוא נוהג להרחיב את ההסבר לגבי אפשרות להוצאת צו שיפוטי, ובמקרה כזה - הוא גם נוהג להבהיר כי בית המשפט יכול להיעתר לבקשה להוצאת צו או לסרב לה.

11. עוד מסר החוקר, כי הנאשם הסכים לחיפוש, ולפיכך מילאו הוא והנאשם ביחד את כל הפרטים על גבי הטופס, ת/12; אך משהגיש לו את הטופס לחתימה, כתב הנאשם את כל פרטיו בסעיף 10 לטופס, במקום המיועד לחתימה, מלבד החתימה עצמה. החוקר הבחין בכך רק כשהגיע להפקיד את הטלפון במעבדת היאח"ה לשם עריכת החיפוש. על כן פנה אל הנאשם ושלח לו את הדף עם חתימתו כשהוא סרוק במחשב על מנת שיחתום ויחזיר לו אותו- וזאת כעולה מיומן החקירות, ת/13.

12. כעולה מטופס העברת מוצגים (ת/4) וטופס חיפוש במכשיר הסלולארי (ת/6) - מכשירו של הנאשם הועבר לבדיקת יאח"ה וביום 2/9/2015 נערך על ידי חוקר עבירות המחשב, רב"ט דן קזקוב, ניסיון לערוך חיפוש במכשיר (ת/6). עם זאת, הנסיון להעתיק את תוכן המכשיר באמצעות חיבורו למערכת הנמצאת בשימוש מצ"ח (Ufed Cellebrite) נכשל, ולכן ערך רב"ט קזקוב חיפוש ידני בטלפון ומצא מספר הודעות שהוגדרו כ"חשודות" ומצריכות בדיקה נוספת. לפי ת/6 הוא צילם את הממצאים וצרב אותם לדיסק (אשר הוגש וסומן כת/7).

13. בעדותו של רב"ט קזקוב, הוסבר כי מכשיר ה-Ufed Cellebrite מתחבר למכשיר הטלפון על נמת להעתיק את המידע האצור בו. לעיתים מתרחש כשל בזיהוי מכשיר הטלפון, אשר אינו מאפשר את העתקת התוכן ועריכת החיפוש, כפי שקרה כאן. לכן הוא ביצע חיפוש ידני, באמצעות הקשת מילות מפתח בתוכנת ה"ווטסאפ", עיון בתמונות, סרטונים, הודעות טקסט ו"פייסבוק". מילות המפתח המקובלות במקרים של חיפוש ידני בתוכנת ה"ווטסאפ" הן "ירוק", "בוף", "קססה", "באנג", אך לא זכור לו אילו מילים מדוייקות חיפש במקרה זה. את הממצאים צילם באמצעות מכשיר הטלפון הפרטי שלו, ולאחר שהעביר אותן לדיסק (כפי שתיעד על גבי ת/6) הוא מחק אותן ממכשירו הפרטי. לדבריו זאת שיטת הפעולה שלו במקרים דומים, ומיד כשהוא מסיים את החיפוש הוא צורב את הדיסק. רב"ט קזקוב אישר, לשאלות ההגנה, כי על גבי ת/6 מופיע גם משפט שהוא חלק מהפורמט הקבוע במקרים של חיפוש בטלפון והיה צריך להימחק (משפט המציין כי נדרש לבצע עיון מעמיק בתוצרי המערכת על ידי חוקר בעל היכרות עם החקירה); אך לטענתו מעבר לכך, כל האמור בת/6 נוגע לחיפוש שנערך במכשירו של הנאשם.

14. בעדות החוקר נמסר, כי לאחר קבלת הדיסק מרב"ט קזקוב, הוא הדפיס את תוכנו, דהיינו הפלטים, המתעדים את השיחות הרלוונטיות שנמצאו בחיפוש (ת/14). כיוון שהפלטים ממכשירו הסלולארי של הנאשם חיזקו את החשדות נגדו, הוא זומן לחקירה נוספת. למיטב

זכרונו הנאשם זומן לחקירה על ידי פניה אל מפקד המחנה ביחידתו. עם זאת, מיומן החקירות עלה, כי ביום 3/9/2015 מסר החוקר, למפקדת הנאשם, סגן ליהי בראון, כי הנאשם יכול להגיע למצ"ח ביום 7/9/2015 על מנת על מנת לקבל לידי בחזרה את מכשירו הסלולארי; וכי בשיחה נוספת של החוקר עם סגן בראון, נקבע שהנאשם יגיע לבסיס מצ"ח לחקירה ביום 7/9/2015 בשעה 9:00.

15. ביום 7/9/2015 בשעות הבוקר אכן הגיע הנאשם למצ"ח, ובשעה 10:16 החלה גביית אמרתו, ת/16. לדברי החוקר, גם במהלך חקירה זו הנאשם לא עוכב ולא נעצר, אך אם היה מבקש ללכת, הרי שהיה נעצר, בשים לב לכך שמתקיים חשד נגדו, המצריך לקיים את החקירה. הוא אמנם לא הסביר זאת לנאשם, אך אם הנאשם היה מבקש לקום וללכת, היה מציין בפניו שבסמכותו לעצור אותו. לדברי החוקר, זהו נוהל הפעולה הקבוע (דהיינו אי עיכובם של חשודים) מקום בו מגיעים חשודים לחקירה באופן עצמאי, מבלי שעוכבו קודם לכן במקום אחר.

16. מיד לאחר שהוזהר הנאשם החל החוקר בתשאול בעל פה (שנערך בין השעות 10:18 - 11:38 ותועד בזכ"ד מהלך חקירה, ת/15). לדברי החוקר, הוא החליט לערוך תשאול בעל פה, בשל הערכתו שהכחשת הנאשם את השימוש בסמים היא שקרית; וזאת בשים לב לממצאי הפלטים שהופקו ממכשירו הסלולארי.

17. בזכ"ד, ת/15, צוין, כי החוקר שוחח עם הנאשם על משמעות העבירה ועל כך ש"כדאי לו לספר לי עכשיו את האמת מכיוון שיש בידינו ראיות מפלילות ועל מנת שלא יוציא לעצמו שם של שקרן בטובתו שהאמת תצא לאור ממנו". הנאשם סיפר במהלך התשאול על מצבו הנפשי בשעה ששירת בתפקיד לחימה בגדוד, ועל כך שבעבר אף היה בעל מחשבות אובדניות עד שהצליח לעבור לתפקיד אחר כמדריך קרב מגע. הנאשם הודה לקראת סוף החקירה, ששיקר בחקירתו הקודמת בנוגע לשימוש בסמים בשירותו הצבאי, משום שחשש לפגוע בשמו הטוב ובתפקידו וכן חשש לרצות עונש מאסר. הנאשם גם סירב בתחילה למסור את שמו של האדם ממנו קנה את הסם, נוכח חששו מההשלכות שיהיו לכך אך לבסוף לאחר שכנועים רבים של החוקר, שאמר לו כי זהו המעשה הנכון, מסר את שמו.

18. החוקר מסר בעדותו, כי אמר לנאשם במהלך התשאול שיש נגדו ראיות, אך לא ציין את טיבן. כמו כן אמר לו שעדיף לו "לבוא ולספר את האמת על מנת שלא יצא שקרן בבית משפט" (עמ' 15 לפרוטוקול מיום 21/2/2016, שורות 2-1), מבלי לחשוב על התוצאות לכך, תוך שנתן לו דוגמאות להשלכות שיש לאמירת שקר. לאחר שהנאשם סיפר לו על מצבו הנפשי במהלך שירותו, אמר לו החוקר, כי ניתן להבין את הנסיבות שהובילו אותו להשתמש בסמים. עם זאת, דחה את טענת ההגנה, לפיה אמר לנאשם כי מצבו הנפשי עשוי להביא להקלה בעונשו.

19. השיחה האמורה הובילה את הנאשם להודות בשימושים בסמים, ואז החל החוקר ברישום האמרה. לטענת החוקר, הזכ"ד ת/15 מכיל את כל כלל הנושאים עליהם שוחח עם הנאשם במהלך התשאול. גם אם לא רשם את הדברים במהלך שיחת התשאול, זכר אותם והעלה אותם על הכתב מיד לאחר מכן. החוקר ציין, כי הנאשם שיתף פעולה במהלך החקירה, חתם על כל דפי האמרה והתיקונים שנערכו בה, ונראה היה כי הוא הבין את טעותו ומוכן לשאת בתוצאות.

20. החוקר הכחיש את טענת הנאשם לפיה אמר לו שאם יודה יאפשר לו ללכת לביתו ואם לא יודה - ייעצר. לדבריו: "באף חקירה אני לא אגיד דבר כזה, חד וחלק לא אמרתי לו את זה" (עמ' 15 לפרוטוקול מיום 21/2/2016, שורה 34). כן הכחיש, בהתייחסו לסעיף 6 בת/15, כי גרם לנאשם לחשוב שבשל הודאתו לא ירצה עונש מאסר. בחקירתו הנגדית, אישר כי זכור לו שקם ועמד במהלך התשאול בעל פה; וכי לעיתים הוא מרים את הקול במהלך חקירות, אך לא זכור לו שהתפרץ או צעק על הנאשם. כמו כן לא אירעו במהלך החקירה דברים חריגים, כגון התפרצויות כעס. עם זאת לא ידע לשלול בתשובה לשאלות ההגנה, האם יתכן שהתקרב פיזית לנאשם עד שהאחרון ביקש ממנו לשבת.

21. עוד דחה החוקר את טענת ההגנה לפיה יצא ונכנס עשרות פעמים מחדר החקירות. לדבריו, יתכן שיצא פעם או פעמיים להתייעץ בנוגע לחקירה או ליטול כוס מים. בתגובה לטענה נוספת, לפיה ישב עם הנאשם ביום חם ללא הדלקת מזגן, ציין, כי לרוב המזגן דולק בחודשי הקיץ בחדרי החקירות; ובהמשך הבהיר, כי אין סיבה שלא להפעיל את המזגן, שהרי גם הוא יושב עם הנחקר בחדר החקירות. כן מסר החוקר לשאלות ההגנה, כי לא סבר שעליו לבדוק את סוגיית מצבו הנפשי של הנאשם בעת החקירה, מפני שהנאשם לא הרחיב בנושא, ואף הבהיר כי מצבו השתפר משמעותית לאחר שעבר לתפקיד שממנו הוא מרוצה.

22. על גבי האמרה, ת/16, שגבייתה הסתיימה בשעה 13:28, מסר הנאשם כי השתמש בסם מסוג קנאביס בשתי הזדמנויות שונות, בנסיבות אזוריות, במהלך שירותו הצבאי, תוך שהכחיש שימוש בנסיבות צבאיות, או שימושים נוספים בסמים מעבר לאלה בהם הודה.

23. בנוגע לשימוש הראשון בסם (לגביו כאמור יוחס לו, בסופם של דברים **נסיון** להשתמש בסם בפרט האישום הראשון) סיפר הנאשם, כי באחד מסופי השבוע בחודש מרץ (הובהר כי מדובר במרץ 2015, שכן הנאשם התגייס לצה"ל פחות משנה קודם לכן - ביה"ד) - השתתף הנאשם עם בת זוגו, שיר, במסיבת יום הולדת של חברתה. חברה אחרת שעמדה להסיע אותם בחזרה מהמסיבה שאלה אם הם ירצו "לשבת" איתה. שיר שכנעה אותו לשבת עם אותה חברה, על אף שהשעה היתה מאוחרת, ואז החברה הוציאה "באנג" ועישנה. בתחילה הוא לא השתתף, אך אותה חברה הציעה לו לנסות. בתחילה סירב, ולבסוף נטל שתי שאיפות מה"באנג" בעוד אותה חברה המשיכה לעשן, ולאחר מכן הסיעה אותם לביתה של שיר. כן מסר, כי על אף שלא ידוע לו איזה חומר היה בכלי לשימוש בסמים, הוא הניח כי מדובר ב"קנאביס כלשהו". עוד פירט, כי החברה הוציאה תערובת, שנראתה כמו "טבק של נייר גלגול", אותה הניחה אותה בכלי מפלסטיק שבו היו מים. לדבריו כתוצאה מהשימוש "הייתי גם חצי מסטול והרגשתי את אותה ההרגשה" (עמ' 2, שורה 11 לאמרה). חברתו לא עישנה עימו. בהמשך פירט לשאלות החוקר, כי השתמש ב"באנג" כיוון שכבר היה "מסטול" מהמסיבה וכי שיר וחברתה ניסו לשכנע אותו לעשות זאת, שכן חשבו שזה יהיה "מצחיק".

24. בפני הנאשם הוצגה תכתובת ממכשיר הטלפון הסלולארי שלו (ת/14) עם אשת הקשר "שיר אופק", מיום 13/5/2015, בה כתב הנאשם: "חחחחח איך בא לי באנג ליום הולדת כאילו לא משלי לעשן באנג". בתגובה השיבה לו שיר: "חחח נבקש מגלצה". הנאשם אישר על גבי אמרתו, כי "גלצה" היא האזרחית בשם גל שליבקוביץ, חברתה של שיר, והיא החברה שהציעה להם את השימוש ב"באנג" לאחר המסיבה במרץ; וכי הסיבה לתכתובת היא כי הוא "התלהב" מאותו שימוש בסם.

25. בנוגע לשימוש השני בסם (נשוא פרט האישום השני) סיפר הנאשם באמרתו, כי הוא אירע בחודש אפריל, כשהיה בדיכאון בגלל "כל הבלאגן בגדוד" כך כלשונו. הוא לא ידע מה לעשות, וניסיונותיו להיפגש עם חברים לא צלחו. בדרך כלל כשהוא בדיכאון הוא נוהג ברכבו, וכך גם עשה הפעם; עד שלבסוף שלח הודעה לולרי ולנטיין ושאל אותו אם "יש עליו משהו", כך שוב כלשון הנאשם. את ולרי הכיר כשהיה בכיתה י"ב, כאשר ולרי השתתף במפגש של הנאשם עם מספר חברים, והעביר בין הנאשם וחבריו סיגריה עם קנאביס. ולרי אינו משרת בצה"ל ולא ידוע לו על כך שולרי סוחר בסמים. הנאשם פירט עוד באמרתו, כי ולרי השיב בחיוב לפנייתו אליו, והוא ביקש ממנו "משהו קטן". ולרי השיב לו שיש לו ב-50 ₪. לפיכך נסע אליו וקנה ממנו "קובייה" חומה, בה השתמש רק שבוע לאחר מכן, מפני שלא היה מי שיכין לו את הסם לשימוש באותו רגע.

26. הנאשם אישר כי תכתובת במכשיר הטלפון הסלולארי שלו (ת/14) עם איש הקשר "אור נקאש", במסגרתה דובר על "להכין הקססה" ועל כך ש"יש לי בוף" התייחסה לכך שחיפש באותו היום מישוהו ש"יגלגל" עבורו את הסם. הוא פנה לשם כך לאור, אך הנ"ל לא היה פנוי לעשות זאת באותו יום, ולא זכור לו מי לבסוף הכין עבורו את הסם. כך או כך, הנאשם תיאר את אופן הכנת הסם, וציין כי עישן אותו כשישב עם חברתו, שיר, בפארק בשכונת "רמות". הוא עישן רק חצי מהסיגריה, ו"היה לי מגעיל" לדבריו, ולכן הפסיק והשליך את מחציתה השניה. כן ציין כי לא חש כל השפעה מיוחדת כתוצאה מהשימוש בסם, שכן הוא ושיר החלו אז לריב ביניהם, באופן שהעכיר את האווירה.

27. עוד הרחיב הנאשם בתשובה לשאלות החוקר, כי היה בדיכאון כיוון ששירת באותה עת בתפקיד שלא היה מעוניין בו, הוא היה בודד בגדוד שובץ לתורנויות ושמירות רבות באופן שאף עורר בו מחשבות אובדניות. בקשותיו לפגוש בקב"ן לא נענו במשך תקופה ארוכה, ובקשותיו לעבור לתפקיד של מדריך קרב מגע נענו בשלילה על ידי המג"ד.

28. הנאשם התייחס במסגרת גביית אמרתו לתכתובת שניטלה, לפי הנטען ממכשיר הטלפון הסלולארי שלו (והוגשה במסגרת ת/14) ובה התכתבות במסגרת קבוצת "ווטסאפ" המכונה Rip Sohel. במסגרת תכתובת זו, שבה השתתפו אנשי הקשר "לב גורביץ" ו"אור נקש", כתב האחרון: "תהנה.. בזמן שאתה מגלגל לך איזה ג'וינט.. ביחד עם ולרי מנסה לרדת עלי ואתה בכלל המשתמש הגדול" ולב הוסיף: "אסידדד קרטון" (כך נכתב במקור - ביה"ד). לאחר מכן כתב אור נקש: "ש. אתה בא להתארגן? אני מת לעשן". הנאשם הסביר בתגובה, כי מדובר בקבוצת "ווטסאפ" שמנהלת שיחה של "ירידות" אחד על השני, וכי "ולרי" המוזכר שם, הוא זה שמכר לו את הסם, בו השתמש בפעם השניה, ושמו גם שמור ברשימת אנשי הקשר שלו, במכשירו הסלולארי.

29. לצד האמור הכחיש הנאשם כי חבריו השתמשו בסם מסוג קנאביס או סחרו בו במהלך שירותם הצבאי. כן ביקש לציין בסיום אמרתו (עמ' 9, שורות 19-24) כי: "אני מזמן לא נוגע בזה, בתקופה שנגעתי בזה זאת היתה תקופה קשה שהיתה לי בגדוד ומשם אני מה מאמין שזה נבע... ואני בעמדה הכי מושלמת שבה אני יכול להיות מבחינתי במצב שבו אין שום סיכוי שאני אגע בדברים האלה ומאז שעברתי לבא"ח לא נגעתי, כל מה שאני רוצה להמשיך לשרת בבא"ח באותו תפקיד מבלי לפגוע בשמי הטוב ובשם המשפחה שלי". עוד מסר בתגובה

לשאלות החוקר, כי באמרתו הקודמת לא הודה בשימוש בסם מכיוון שלא רצה לפגוע בשמו הטוב ובשמה של משפחתו וכן לא רצה לאבד את תפקידו.

30. כעולה מת/17, טופס "החזרת מכשיר סלולארי לבעליו", ביום 7/9/2015, בשעה 13:37 הוחזר מכשיר הטלפון הסלולארי של הנאשם לידי. לדברי החוקר, הנאשם לא העלה כל טענה ביחס לכך.

31. עוד מסר החוקר, בהמשך לזכ"ד "אי קיום חיפוש בבית" (ת/18) כי לא נערך חיפוש בביתו של הנאשם, וזאת בהנחיית מפקד בסיס החקירות; שכן לא היה טעם בכך לאחר שהנאשם כבר נחקר, הודה ואף שוחרר לביתו, באופן שיכול היה לאפשר לו "להעלים" ממצאים מפלילים מביתו עד למועד עריכת החיפוש. כן ציין החוקר, כי האזרח ולרי ששמו הוזכר על ידי הנאשם לא נחקר כיוון שהוא היה אזרח, אך הוא העביר את המידע אודותיו למשטרת ישראל וזכ"ד בנושא זה אף הועבר לתביעה (יוער עם זאת, כי לדברי ההגנה לא ניתן לה כל חומר חקירה בנושא - ביה"ד).

ראיות ההגנה

32. מטעם ההגנה לא הוגשו כל ראיות, מלבד עדות הנאשם, אשר מסר כי החל את שירותו כלוחם. כשהחל הכנה לקורס מ"כים הורד הפרופיל הרפואי שלו והוא שובץ כסמב"ץ במפקדת הגדוד. הוא היה מעוניין לשרת בתפקיד של מדריך כושר קרבי במפקדת החטיבה, אך המג"ד שלו התנגד לכך. עם זאת באפריל 2015 נשלח לבסוף לקורס ועבר לשרת בבסיס האימונים החטיבתי כמדריך קרב מגע.

33. ביחס לחקירתו הראשונה, מיום 30/8/2015, מסר הנאשם כי לא נאמר לו מראש מדוע הוא נקרא לחקירה. בראשית החקירה ויתר על זכותו לייעוץ עם עו"ד כיוון שהיה בטוח בעצמו, שיתף פעולה ומסר דגימת שתן שנמצאה שלילית. בין השאר סיפר בחקירה כי בעת שלמד בתיכון, היה מפגש בו השתתף עם חברים, שהעבירו ביניהם סיגריה מגולגלת, שלהנחתו הכילה סם ואף הוא שאף ממנה. הוא סיפר על כך משום שלא רצה להסתיר דבר. מעבר לכך יש לו ידע כללי בנוגע לסמים, אליו נחשף מאמצעי המדיה השונים. כאשר הוצגה לו במהלך החקירה אמרתו של טור' דור חביב, בה מסר האחרון כי הוא חושד שהנאשם משתמש בסמים, הכחיש הנאשם את הדברים באמרתו, שכן "דברים שלא עשיתי אני לא אגיד" (עמ' 6 לפרוטוקול מיום 12/4/2016, שורה 18). לטענתו, גם לא נלחץ מהצגת דבריו של טור' חביב בפניו, שכן לא סבר שיש בכך כדי להפליל אותו בדבר מה.

34. באשר לסוגיית הסכמתו לחיפוש בטלפון - לדברי הנאשם, הוא זוכר היטב מה אמר לו החוקר לעניין זה, ולא הוסבר לו דבר, מעבר לכך שנאמר לו שהחיפוש ייעשה על ידי חוקר מוסמך. כך למשל, לא נאמר לו שהוא יכול לסרב לחיפוש, לא הוסבר לו על הליך הוצאת הצו ולא על השלכות הסירוב. לדבריו החוקר ישב מולו עם טופס ההסכמה (ת/12) ודיבר אליו. כשנשאל באופן מפורש האם יתכן שהחוקר הקריא לו רק מספרי סעיפים מסוימים בטופס ו"דילג" על אחרים, ציין כי: "אני לא יודע אם הוא הקריא או לא, אני לא יודע אם הוא עובר סעיף סעיף, אני לא יודע מה הוא אמר לי או לא" (עמ' 10, שורות 27-28). כך או כך, הוא נעתר באופן מיידי לבקשת החוקר למסור לו את מכשיר הטלפון, כחלק מהלך הרוח שלו בחקירה - לשתף

פעולה עם כל הנדרש. בדיעבד, אם היו נאמרים לו פרטים רלוונטיים יתכן שהיה נוהג אחרת. כך למשל, אם היה יודע שהחיפוש יכול להימשך מספר ימים; וזאת שכן במסגרת החקירה נאמר לו שהטלפון יוחזר לו לאחר יום או יומיים ורק בסיומה אמר לו החוקר שהבדיקה עשויה להתארך זמן רב יותר.

35. בסופם של דברים לא חתם הנאשם על הטופס, ת/12 באותו היום. הטופס נשלח אל מפקדתו, סגן בראון, מספר ימים לאחר מכן, לצורך חתימתו, והוא הבין ממנה כי אם לא יחתום עליו לא ניתן יהיה לערוך את החיפוש ועל כן גם תתעכב החזרת הטלפון שלו. בפועל רק שבוע לאחר מכן מסרה לו סגן בראון כי הוא נדרש להגיע למצ"ח לאסוף את מכשיר הטלפון שלו, ולא נאמר לו שהוא נקרא לחקירה נוספת. על כן כשהגיע למצ"ח ביום 7/9/2015 לא חשב כי יידרש להתעכב שם. הוא הגיע למקום ברכב פרטי, אותו נדרש להחזיר לאימו. כמו כן הוא גם נדרש לשוב ליחידתו על מנת להשתתף בטקס עם משפחות שכולות. בפועל, כשהגיע בשעה 8:30 לבסיס מצ"ח ב"ש, המתין זמן רב, ורק לאחר כשעה ומחצה הגיע למקום החוקר, וביקש ממנו להתלוות לחקירה נוספת.

36. הנאשם מסר כי בתחילת החקירה שנערכה ביום 7/9/2015 הוסברו לו זכויותיו, אך הוא החליט שוב לוותר על עו"ד כיוון שהיה בטוח בעצמו. בתחילה שאל אותו החוקר שאלות כלליות בנושא שימוש בסמים; ומשהשיב בשלילה, הגיב החוקר בכעס, סגר את התיק שהיה מונח לפניו בפתאומיות, החל לצעוק עליו ונעמד בסמוך אליו. הנאשם, שנבהל מהתנהגות החוקר, ביקש ממנו לשבת שכן המעמד מלחיץ אותו; אך החוקר המשיך לצעוק עליו שהוא משקר, והטיח בו כי כל מה שאמר בחקירתו הקודמת הוא שקר, וכי יש ראיות מספיקות להפליל אותו בקלות, כך שאין טעם לשקר "כי כך או כך אני אואשם", כך כלשונו. כששאל הנאשם את החוקר מהן הראיות האמורות, לא הציג אותו החוקר בפניו, אלא אמר לו שכל עוד ימשיך לשקר, ולא יודה, הוא יחמיר את מצבו, ושיש לו (לחוקר) זמן - באופן שגרם לנאשם להבין, כי לא יצא מחדר החקירות עד שיוודה. גם לא נאמר לו הסטטוס בו הוא מצוי - מעוכב או עצור.

37. הנאשם ציין, כי בנוסף לכך גם היה חס מאוד בחדר החקירות. הוא ביקש מהחוקר מספר פעמים להפעיל את המזגן, אך החוקר כיבה אותו פעם אחר פעם, בטענה כי קר לו. בהמשך אישר הנאשם, כי לא זכור לו שהיתה בעיה בהפעלת המזגן בחקירתו הראשונה מיום 30/8/2015, אך לטענתו, הוא גם אינו זוכר פרטים רבים מאותה חקירה שכן היא נעשתה באוויר נינוחה; וכן זכור לו כי הוא רב עם החוקר מספר פעמים בחקירתו השנייה, נוכח סירובו של האחרון להפעיל את המזגן.

38. כן טען הנאשם, כי במשך השעתיים בהן נמשכה החקירה, גם יצא החוקר מדי פעם לפרקי זמן ארוכים של כרבע שעה עד עשרים דקות, בזמן שהוא נותר, כשהוא נתון בלחץ רב, בחדר החקירות, וחש כי הזמן מתארך "כמו נצח", כך כלשונו. הוא חש שלא בטוב, ועל אף שהוצע לו לשתות ולאכול לא רצה דבר, אלא רק לסיים את החקירה במהירות האפשרית.

39. עוד מסר הנאשם, כי במהלך החקירה סיפר לחוקר, לבקשת האחרון, על התקופה בה שירת בגדוד, ובין השאר על מצבו הנפשי הקשה באותה תקופה. החוקר בתגובה אמר לו שזה "מעולה" וכי זוהי נסיבה מקלה לכך שהשתמש בסמים באותו מועד. כן אמר לו החוקר, כי אם יודה בעבירה קלה, של שימוש בסם פעם אחת, ולאור נסיבותיו הנפשיות כאמור, יהא בכך כדי

להביא להתחשבות של בית הדין במצבו, ולגזירת עונש מקל כגון ריתוק או קנס. החוקר לא הציע לו כל עזרה נפשית ולא שאל בנוגע למצבו היום.

40. הנאשם נימק את הודיית השווא שמסר בכך שישב מפוחד ומבוהל (ובלשונו: "במצב נפשי רדוד") אל מול איומי החוקר אשר הבהיר לו שלא יוכל לצאת לביתו או ליחידתו עד שלא יודה, וכן הטיח בו כי נוכח קיומן של ראיות מפלילות, הרי שבכל מקרה יהיה צפוי לעונשים חמורים בשל חוסר שיתוף פעולה, ובהעדר הודאה יוחמר מצבו – בעוד שהודאה תביא להקלה בעונשו. כמו כן החוקר שכנע אותו ו"הכווין" אותו כלשונו, לכך שאם יודה, יביא הדבר להתחשבות בנסיבות המקלות של השימוש בסם, ולסיום החקירה. הוא חש כי לא נותרה לו ברירה אחרת, ובחר לבדות מליבו סיטואציות שאינן נכונות בנוגע לשימוש בסם. הנאשם אישר כי אמנם ידע לערוך הבחנה בין שימושים בסם בנסיבות אזרחיות וצבאיות, אך זאת לטענתו משום שהחוקר "הכווין" אותו במהלך התשאול להודות בשימוש בסם בנסיבות אזרחיות, תוך שהסביר לו כי הדבר יוביל לענישה קלה יותר. כמו כן הודה בשני שימושים בסם בלבד, שכן לאחר שתיאר את השימוש השני בסם החוקר הפסיק לשאול אותו על כך.

41. עוד טען הנאשם כי אמרתו לא הוקראה לו, וכי כשהתבקש לחתום עליה לא קרא אותה ו"חתמתי כדי לזרז את העניינים", כך לטענתו. זאת שכן השעה היתה מאוחרת, הוא היה צריך להשיב את הרכב עימו הגיע לאימו ולא היתה לו גם דרך להתקשר למפקדתו להודיע שהוא מתעכב (על אף שאישר, לשאלת בית הדין, כי ביקש מהחוקר להתקשר אליה).

42. ביחס לפרטי הודאתו באמרתו, ת/16, אישר הנאשם כי היתה לו בעבר בת זוג ששמה שיר אופק, וכי הם נהגו להשתתף במסיבות שונות. כן אישר, כי חברתה של שיר, ששמה גל, השתתפה איתם במסיבות. עם זאת, דבריו באמרה ביחס לשימוש הראשון בסם נאמרו בתגובה לכך שהחוקר "הכווין" אותו בשאלותיו - כך למשל שאל אותו החוקר האם היה במסיבה, האם שתה במהלכה ואילו "אני סוג של השלמתי את הפערים כדי להגיע לזה" (עמ' 12 לפרוטוקול מיום 12/4/2016, שורות 13-14). הוא לא חשש להפליל את גל בשימוש בסמים, שכן ידוע לו שהיחס לשימוש בסמים שונה במערכת האזרחית לעומת המערכת הצבאית. בפועל כלל לא ידוע לו אם גל משתמשת בסמים, ולא היה נוכח בשום אירוע שבו היא השתמשה בסם והציעה לו לחבור אליו. הוא הזכיר את שמה, משום שזה השם הראשון שעליו חשב, כיוון שהיא החברה הכי טובה של שיר.

43. באשר להודאתו על קניית הסמים לשימוש השני מולרי ולנטיין דווקא, הרי שהיא נמסרה לאור התעקשות החוקר על כך שהוא חייב למסור לו את שמו של האדם שממנו קנה את הסמים. החוקר אמר לו ש"בלי שם אנחנו לא ממשיכים" ולכן: "פשוט זרקתי את השם הראשון שעלה לי לראש" (עמ' 4, שורות 36-37). על תשובה זו עמד, גם כשנשאל כיצד יכול היה להפליל אדם שאינו מעורב בדבר, בעבירה חמורה שעניינה סחר בסמים.

44. ביחס לתכתובות בטלפון הסלולארי שלו, ת/14, טען הנאשם כי ככל שמדובר בקבוצות "ווטאסאפ" הוא כלל אינו משוכנע שהוא חבר בהן; וביחס להתכתבויות עם אנשי קשר ספציפיים, הרי שאינו זוכר אותן ואם הוא זה שכתב ושלח את ההודעות האמורות. הוא לא אמר זאת בחקירתו, שכן: "אני לא יודע מה בדיוק אמרתי או לא, המצב היה כנוע הייתי יס מן" (עמ' 17 לפרוטוקול מיום 12/4/2016, שורה 28). הוא אמנם התייחס בחקירתו לתוכן

ההודעות לגופן, אך זאת בשל רצונו לסיים את החקירה מהר ככל האפשר וגם להמציא "משהו שישמע אמיץ", כך כלשונו.

ג. הערכת הראיות

טענות ההגנה

45. בפי ההגנה מספר טענות. בפתח דבריה טענה כי כתב האישום מנוסח באופן כללי שאינו מאפשר להתגונן מפניו ולטעון טענת "אליב". עם זאת את עיקר טענותיה כיוונה, מטבע הדברים, ביחס לאופן התנהלות החקירה, ולאי קבילות אמרת הנאשם, ולחילופין – להפחתה משמעותית של משקלה.

46. לצד האמור נטען, כי נוכח תוצאות דגימת השתן השליליות, ומשלא נתפס כל סם ברשות הנאשם, לא נערך חיפוש בביתו, וגם לא נערך ניסיון לאתר את מוכר הסם, ולרי ולנטיין, הרי שאין **בנמצא כל דבר מה נוסף לאימות האמרה, ואף נגרם לנאשם נזק ראייתי בשל אי מיצוי** החקירה. ההגנה התנגדה גם לקבלת ממצאי החיפוש בטלפון הסלולארי של הנאשם (ועניין זה יפורט בהמשך).

48. טענותיה של ההגנה כנגד קבילות אמרת הנאשם הן כדלקמן:

א. היעדר תיעוד מספק של שלב התשאול, שבמהלכו חזר בו הנאשם מהכחשתו והודה בשימוש בסמים.

ב. החוקר נקט כלפי הנאשם באמצעים פסולים שהשפיעו על רצונו החופשי ועל שיקול הדעת שלו. זאת בכך שחקר אותו בחדר נטול מזגן ביום חם, תוך שהרים את קולו, הציג לו ראיות שאינן קיימות, הציג בפניו מצג כוזב בדבר העונש הצפוי לו ואיים עליו במעצר ככל שלא יודה במיוחס לו. באופן זה ניצל החוקר את מצוקתו הנפשית של הנאשם וחוסר הבנתו את התהליך.

ג. הנאשם לא היה במהלך חקירתו בסטאטוס של עצור או מעוכב, ולפיכך לא הייתה כל סמכות להחזיקו בחדר החקירות. אף אם היה מתקיים עיכוב במקרה זה, הרי שהוא חרג מפרק הזמן של שלוש שעות המותר על פי חוק. למרות האמור הוא הוחזק בחדר החקירות מבלי שהובהר לו הסטאטוס שלו ומבלי שניתנה לו האפשרות לעזבו.

49. כפי שפורט לעיל, בקשתה הכתובה של ההגנה לביטול כתב האישום מטעמי הגנה מן הצדק נסמכת מהבחינה העובדתית, על אותן טענות הנוגעות לאי קבילות אמרתו של הנאשם והיעדר תוספת ראייתית. לפיכך לצורך הכרעה בה יש לבחון את התשתית העובדתית הקיימת.

דיון והכרעה – בנוגע לטענת ההגנה כנגד ניסוח כתב האישום

50. טענה זו שנטענה רק בשלב הסיכומים בעל פה, עוסקת למעשה בקיומו של פגם או פסול בכתב האישום, ולפיכך היא מסוג הטענות המקדמיות שיש להעלותן לאחר הקראת כתב האישום ולא בשלב הסיכומים (ר' [סעיף 351\(ב\)](#) [לחוק השיפוט הצבאי](#), תשט"ו-1955 (להלן:

"החש"צ"); וזאת אלא אם ניתנה רשות של בית הדין לטעון אותה בשלב אחר של המשפט (ר' [סעיף 351\(ג\)](#) לחש"צ; ולמותר לציין כי זהו הכלל שנקבע גם [בסעיפים 149\(3\)](#) ו-[151 לחוק סדר הדין הפלילי](#) [נוסח משולב], התשמ"ב-1982 (להלן: "התסד"פ")). ההגנה לא ביקשה את רשות בית הדין לטעון טענה זו באיחור, ודי בכך לשם דחיית הטענה על הסף; אך למעלה מן הצורך, יובהר כי דין טענה זו להידחות גם לגופו של עניין, כפי שיפורט להלן.

51. על פי [סעיף 304\(4\)](#) לחש"צ נדרש כי כתב האישום יכיל "פרטים הדרושים כדי להעמיד על טיב האשמה" (וזאת במקביל [לסעיף 85\(4\)](#) לחסד"פ, בו נדרש כי כתב האישום יכיל את "תיאור העובדות המהוות את העבירה, בציון המקום והזמן במידה שאפשר לבררם"). כתב האישום אכן מנוסח באופן לקוני למדי (על אף שמחומר החקירה עולה, שבידי התביעה היו מספיק פרטים הנוגעים לביצוע העבירה שניתן היה לכלול, בעיקר במסגרת ניסוח פרט האישום הראשון); בפסיקה נקבע כי פרישת העובדות בכתב האישום נועדה להגשים מספר תכליות ובעיקר - להגדיר מה מתחם המחלוקת במשפט, להבהיר לנאשם מה העובדות עליהן נשען האישום נגדו ולתחם את הדיון הפלילי (ר' [ע"פ 5102/03 מדינת ישראל נ' דני קליין](#) (2007)).

52. עם זאת, המבחן הבסיסי ביחס לבקשה לביטול כתב אישום של קיומו של פגם בניסוחו, הוא בשאלה - האם נגרם לנאשם בעטיו של הפגם עיוות דין והאם קופחה ההגנה בשל קיומו (ר' ספרו של י' קדמי [על סדר הדין בפלילים](#) חלק שני, הליכים שלאחר כתב אישום (א) הדין בראי הפסיקה, מהדורה מעודכנת, תשס"ט – 2009, עמ' 1290); וככלל נקבע כי גם מקום בו לא פורטו בכתב האישום עובדות המהוות את העבירה, ניתן להרשיעו על פיהן, בתנאי שניתנה לו הזדמנות סבירה להתגונן (ר' [ע"פ 2760/14 עדן אוהיון נ' מדינת ישראל](#) (2015) בפסקה 42 לפסק הדין)).

53. כאמור, הנאשם הודה באמרתו בשני אירועים של שימוש בסמים, וביחס לראשון שבהם יוחסה לו עבירה של ניסיון לשימוש בסמים, משום שהנאשם לא ידע להצביע באופן ברור על טיב החומר שהיה ב"באנג" בו השתמש. כתב האישום מבוסס כולו על שני האירועים שאותם תיאר הנאשם באופן מפורט באמרתו. לפיכך ניתן לקבוע כי התקיימה התכלית עליה עמד בית המשפט העליון בעניין [קליין](#), דהיינו, לא קופחה הגנת הנאשם, אשר יכול היה להבין בנקל כי עליו להתגונן מפני כתב האישום המבוסס על הדברים שמסר באמרתו, וניתנה לו ההזדמנות המלאה לנהל את הגנתו, לרבות בדרך של העלאת טענת אליבי. כך למשל, לצורך העלאת טענה כזו, יכול היה הנאשם לבקש את העדתם של שיר אופק, וולרי ולנטיין, כולם אנשים המוכרים לו, על מנת שיאשרו את גרסתו כי אף אחד מהאירועים המוזכרים בכתב האישום לא התרחש (המשמעות הראייתית הנובעת לאי הבאתם לעדות תיבחן עוד בהמשך). משכאן כאמור, נדחות טענות ההגנה לעניין זה גם לגופן.

דיון והכרעה – בנוגע לטענת ההגנה כנגד קבילות האמרה ומשקלה

54. בהתאם [לסעיף 12 לפקודת הראיות](#) [נוסח חדש], התשל"א-1971 (להלן: "פקודת הראיות"), כשרה אמרת נאשם מחוץ לכותלי בית המשפט כראיה, באם הוכח כי ניתנה מרצונו הטוב והחופשי ומבלי שהופעלו אמצעים פסולים שהביאו למתן ההודאה. עם זאת, מעבר לתנאי הקבילות שנקבע [בסעיף 12 לפקודת הראיות](#), הכירה הפסיקה גם בכך שיתכנו

גם מניעים אפשריים למסירת הודאות שווא, אף מקום בו לא הופעלו לחצים חיצוניים על הנחקר. מכאן שבעת בחינת אמרה שניתנה מחוץ לכתלי בית המשפט, לא די לבדוק האם התקבלה באופן חופשי ומרצון, אלא יש לבחון את משקלה.

55. לעניין זה נקבע (ר' ע/88/07 [התצ"ר נ' סמל מייקל זרעי](#) (2008)) כי משקל הודיה נבחן על פי הצטברותם של שני מבחנים - פנימי וחיצוני. המבחן הפנימי, עניינו הערכת משקלה של ההודאה גופה, לאור סימני האמת המתגלים ממנה, הגיונם של הדברים האמורים בה והשתלבותם זה בזה. המבחן החיצוני עניינו אימות ההודאה על ידי בחינת סימני האמת החיצוניים לה דהיינו, על ידי "דבר מה נוסף" - ולעניין זה ארחיב עוד בהמשך בפרק שיוקדש לדיון בסוגיית קיומה של תוספת ראייתית לאמרת הנאשם.

56. לצד האמור, מאז מתן פסק הדין בע"פ 5121/98 [יששכרוב נ' התובע הצבאי הראשי, פ"ד ס"א](#) (1) 461 (2006) התפתחה דוקטרינת הפסלות הפסיקתית, המבוססת על מודל מניעת, ומכוחה מוקנה לבית המשפט שיקול דעת לפסול קבילותה של ראיה, כאשר זו הושגה שלא כדין, וקבלתה תפגע מהותית בזכותו של הנאשם להליך הוגן, בניגוד לפסקת ההגבלה (דהיינו – לתכלית שאינה ראויה ובמידה העולה על הנדרש). נקבע עם זאת, כי בבואו של בית המשפט להכריע האם בדבר פסילת קבילותה של ראיה במסגרת דוקטרינת הפסילה הפסיקתית, עליו לבחון מגוון שיקולים, וביניהם: אופייה וחומרתה של אי החוקיות הכרוכים בהשגת הראיה; מידת ההשפעה של האמצעי הפסול על הראיה שהושגה והנזק מול התועלת החברתיים הכרוכים בהשגתה.

57. טענות ההגנה בנוגע לפגמים שנפלו באופן גביית האמרה ייבחנו, איפוא, בהתאם לשני המסלולים שנמנו לעיל. אולם לשם כך נדרשת תחילה קביעת ממצאי מהימנות בנוגע לעדותם של החוקר, רב"ט מגן והנאשם (באשר לעדותו של רב"ט קזקוב, שהתפקיד שמילא הוא טכני יותר לא נטענו ככלל טענות הנוגעות למהימנותו).

58. כידוע הערכת מהימנות העדים היא פרי בחינת מכלול העדויות והראיות שהתקבלו במהלך ניהול המשפט, הן לאור ההתרשמות הישירה מאופן עדותם של העדים במשפט, והן לאור בחינת השתלבות העדויות והראיות זו בזו והשוואתן. [סעיף 53 לפקודת הראיות](#) מורה כי על בית המשפט להחליט בנוגע למהימנות העדות בהתאם להתנהגות העדים, נסיבות העניין ואותות האמת המתגלים במהלך המשפט; והפסיקה שפירשה את הסעיף קבעה כי קביעה בדבר אותות האמת, תתבסס במידה רבה על תהליך ההשוואה של דברים שהושמעו על ידי העד עם ראיות אחרות, או בחינתן על פי ההגיון ונסיון החיים [\(ע"פ 949/80 שוהמי נ' מדינת ישראל, פ"ד לה\(4\), 62, 70-71\)](#). ראוי עוד כי ההכרעה בדבר מהימנות תתקבל לאחר שמיעת כל העדים, שכן לעדויות עדים שונים, עשויה להיות השלכה ביחס למהימנותם של עדים אחרים [\(ע"פ 406/78 בשירי נ' מדינת ישראל, פ"ד לד\(3\) 393\)](#).

59. לאחר בחינת התשתית הראייתית שהונחה בפניי, מצאתי לקבוע, כי עדות החוקר הותירה רושם מהימן ומשכנע; ומצאתי להעדיפה על פני עדות הנאשם, אשר בה התקשיתי לתת אמון (וזאת בלשון המעטה). אמנם החוקר לא היה בעל ותק רב בעת החקירה, ולא ניתן לומר כי התנהלותו היתה חפה לגמרי מפגמים (עניין שיפורט בהמשך), אך אין מקום לקבלת טענות ההגנה לפיהן לקתה כל התנהלותו בחוסר מקצועיות וחוסר הבנה של תפקידו. החוקר יידע את הנאשם בדבר כלל זכויותיו כחשוד, בשתי החקירות שאותן ערך; את שיחת התשאול עם

הנאשם תיעד על גבי זכ"ד מתאים; וכן הבהיר בעדותו כיצד הוא מסביר לנחקרים את עניין מתן ההסכמה ביחס לחיפוש בטלפון. החוקר לא ניסה להסתיר בעדותו גם דברים שהיו פחות נוחים לו. כך אישר כי יש מקרים שבהם הוא מרים את הקול על נחקרים; וכי טעה כשלא ווידא שהנאשם חתם על טופס ההסכמה לחיפוש בטלפון, ת/12 (מעבר למילוי פרטיו האישיים).

60. עדות הנאשם לעומת זאת הותירה רושם עגום; והוא נחזה כמי שמנסה להיצמד לגרסה מוכנה מראש, ולחזור עליה כמנטרה, גם כשדבריו לא עלו בקנה אחד עם ההיגיון והשכל הישר ועמדו בסתירה לראיות שהוצגו בפניו. הדבר בלט במיוחד בהתייחסותו לתכתובות ממכשיר הטלפון הסלולארי שלו (ת/14), כאשר טען כי יתכן שלא הוא זה שכתב את ההודעות; וזאת כאשר דובר בהתכתבות שאותרה במכשיר הטלפון שלו, עם אנשי קשר המוכרים לו היטב (בת זוגו דאז שיר אופק וחברו אור נקאש). לא למותר לציין, כי במהלך עדותו שבו והתערבו באי כוחו בדבריו, תוך שהם מפנים לדברים שאמר הנאשם קודם לכן (מטבע הדברים, לא בכל פעם מצאו הדברים ביטוי מלא בפרוטוקול הדיון, אך ניתן להצביע על מספר דוגמאות בפרוטוקול מיום 12/4/2016 - עמ' 6, שורות 19-27; עמ' 7, שורות 16-19; עמ' 8, שורות 12-14; עמ' 12, שורות 16-24; עמ' 12, שורות 32-36; עמ' 13, שורות 3-6; עמ' 13, שורות 30-35; עמ' 14, שורות 22-25; עמ' 16, שורות 3-5).

61. טענות הנאשם בנוגע ללחצים שהופעלו עליו, על ידי החוקר, במהלך גביית אמרתו לא עוררו אמון רב; וזאת לא רק לאור העדפת עדות החוקר, אלא גם מתוך בחינת הגיונה הפנימי של גרסת ההודאה. האמרה נגבתה במשך כשלוש שעות כשהנאשם הודה במיוחס לו כבר בשלב התשאול, בראשיתה; עיון באמרת הנאשם, ת/16, מצביע על כך שהנאשם ידע היטב לעמוד על שלו ולהכחיש דברים שאותם לא רצה לאשר. כך למשל הכחיש כי השתמש בסם בנסיבות צבאיות (עמ' 2, שורות 22-23 לת/16); הכחיש שימושים נוספים בסם וכי ידוע לו שחיילים נוספים משתמשים בסם (עמ' 6, שורות 7-11 לת/16); כן דחה טענות על כך שחברו אור נקש השתמש בסם מסוכן או סוחר בו, גם לאחר הוצגו לו התכתובות המפלילות עימו (עמ' 8 לת/16, שורות 11-14). התנהלות זו אינה עולה בקנה אחד עם התנהגותו של אדם המצוי בלחץ כה גדול עד שינסה לרצות את החוקר בכל דרך שהיא על מנת לסיים את חקירתו; ולהתרשמותי הנאשם הגזים והעצים באופן משמעותי את התיאורים בנוגע ללחץ הנפשי שחש במהלך החקירה, תוך שנטל פרטים נכונים מתוכן השיחה שניהל עם החוקר (כך למשל באשר למצבו הנפשי בעת השימוש בסם) והוסיף לה פרטים רבים שאינם נכונים על מנת לתמוך בגרסתו הנוכחית.

62. אין מקום גם לקבל את טענת הנאשם לפיה היה נתון בלחץ רב, עקב אמירתו הסתמית של החוקר לפיה יש ראיות נגדו - כאשר אלה כלל לא הוצגו לו; זאת בעוד שבעת גביית אמרתו שבוע קודם לכן, כשהוצגה לו ראיה קונקרטית יותר (חשדות שצוינו על ידי טורי חביב, וכן הודעת הטלפון שניטלה ממכשירו הסלולארי של האחרון) ידע היטב לעמוד על שלו ולא הודה בדבר.

63. גם גרסת הנאשם ביחס לנסיבות הסכמתו לחיפוש במכשיר הטלפון שלו לא היתה אחידה וניכרו בה בקיעים: מחד גיסא אישר כי החוקר ישב מולו עם הטופס הרלוונטי, ת/12, תוך שציין דברים האמורים בו; מאידך גיסא טען באופן נחרץ, כי החוקר לא נתן לו פרטים דווקא

בדבר זכותו לסרב לחיפוש. כמו כן מסר פרטים סותרים באשר למידת הזיכרון שלו את ההתרחשויות בחקירה הראשונה – בעוד שטען, ככלל, כי לא זכור לו מה אירע במהלכה, עמד על הטענה לפיה הוא זוכר היטב מה נאמר (ובעיקר מה לא נאמר) לו על ידי החוקר בנוגע לחיפוש במכשיר הטלפון.

64. מכאן שמצאתי, כאמור, לדחות את גרסת הנאשם ולהעדיף את גרסת החוקר, מקום בו נפלו מחלוקות עובדתיות ביניהם בנוגע להתרחשויות בחדר החקירות. לפיכך גם נדחת טענת הנאשם לפיה נאמר לו כי ככל שלא יודה במיוחס לו ייעצר, ובאם יודה ישוחרר לביתו; או כי נאמר לו שתינתן לו הקלה בעונשו, בשל מצבו הנפשי בעת השימוש בסם. אמנם לא מן הנמנע - כפי שגם אישר החוקר - כי הוא הרים את קולו על הנאשם (ומעניין זה ראוי היה להימנע, כמובן); אך לא הוכח בכל אופן שהוא כי מעבר לאותה הרמת קול הוא דיבר אל הנאשם באופן מאיים או מטיל אימה, או שהופעל כל אמצעי פסול אחר שיש בו כדי לפסול את קבילות האמרה.

65. אשר לבחינת משקלה הפנימי של האמרה, ת/16 – אני סבורה כי מדובר באמרה בעלת משקל פנימי משמעותי וגבוה ביותר. לעניין זה יצוין, בראשית הדברים, כי מדובר באמרה מפורטת מאוד. הנאשם תיאר בה שני אירועים נפרדים של שימוש בסם, שלגבי כל אחד מהם פירט בדבר המועד המשוער, תיאר את הרקע לשימוש, את הנוכחים (תוך שצוינו שמותיהם של מספר משתתפים רלוונטיים - שיר אופק, גל, ולרי), והסביר כיצד ההודעות שנמצאו במכשיר הטלפון שלו קשורות לאותם שימושים בסם. טענות הנאשם על כך שהחוקר הציע לו לקשור בין השימושים בסם לבין מצבו הנפשי, אינן עולות בקנה אחד עם תיאור האירוע בפרט האישום הראשון, שהתרחש לאחר מסיבה דווקא ובנסיבות חברתיות.

66. גם הטענה על כך שהחוקר "שתל" בפיו של הנאשם סיטואציות מסוימות שאותן מילא בפרטים, כגון עצם קיומה של מסיבה, אינה עולה בקנה אחד עם רמת הפירוט באמרה. כך למשל התיאור לפיו בעת האירוע הראשון, הציעה גל, חברתה של שיר, להשתמש בסם אחרי שהמסיבה כבר נגמרה ובטרם הסעתם לביתה; עצם הזכרת שמה של גל, שהנאשם אישר, כי היתה חברתה של שיר; תיאור הסיבה לכך שנעתר לשימוש בסם באותו אירוע; התיאור של הנאשם ביחס לשימוש השני לפיו בשעת דיכאון היה נוהג להסתובב ברכבו ללא מעש (עניין שאותו גם אישר בעדותו) ועוד.

67. בעצם ריבוי הפרטים באמרה, הכחשתן של עבירות נוספות כמפורט לעיל (כגון שימושים בסם בנסיבות צבאיות) ולבסוף גם הבעת חרטה של הנאשם בסיום אמרתו תוך מתן הסבר לנסיבות השימושים בסם - בכל אלה יש כדי להקנות משקל רב לאמרת הנאשם ולהביא למסקנה כי לא מדובר בתשובות שניתנו מתוך לחץ חיצוני או פנימי (ר' לעניין זה עניין **דרעי** שאוזכר לעיל); ויוער כי גם בדחיית גרסת הנאשם בעדותו כבלתי מהימנה יש כדי לתרום למשקלה הפנימי של אמרתו - ר' ע/157/03 **רב"ט פרייסלר נ' התצ"ר** (2005).

68. אף טענות ההגנה בדבר העדר תיעוד מספיק לשלב התשאול, דינן להידחות. כידוע, על פי **סעיף 4** לחוק חקירת חשודים, התשס"ב-2002 (להלן: "חוק חקירת חשודים" – חוק אשר הוחל גם על בתי הדין הצבאיים בצו סדר הדין הפלילי (חקירת חשודים) (חקירת חשודים לפי **חוק השיפוט הצבאי**), התשע"ד – 2014), נדרש כי תיעוד החקירה יתבצע בכל מהלכה של החקירה מראשיתה ועד סופה, תוך שיכלול את **עיקר** חילופי הדברים וכן את התגובות או תנועות הגוף

שהן תחליף לחילופי דברים, באופן שישקף נכונה את המתרחש בחקירה מראשיתה ועד סופה (ההדגשה אינה במקור – ביה"ד).

69. אמנם זכ"ד מהלך החקירה, ת/15, הוא תמציתי באופן יחסי; ואני סבורה כי מקום בו אין חובה לעריכת תיעוד ויזואלי של החקירה, הרי שראוי, לצורך קבלת תמונה מקיפה ככל הניתן של המתרחש בחדר החקירות, שגם זכ"ד מהלך החקירה יהיה ארוך ומפורט, בעיקר ביחס לשינויים בגרסת החשוד ומה שהוביל לשינויים אלה. אף פסיקת בית הדין הצבאי לערעורים עמדה על כך שהיעדר תיעוד מדויק ומלא של התשואול מקשה על בחינת טענת הנחקר בדבר אמצעים בלתי חוקיים שננקטו נגדו בעת החקירה (ר' ע/16/14 **טור' ליהי כהן נ' התצ"ר** (2016) בפסקה 48).

70. עם זאת, זכ"ד מהלך החקירה אינו נטול פירוט והוא מסביר את הרקע לשינוי הגרסה; ואף החוקר בעדותו הוסיף הבהיר את הרקע לשינוי גרסת הנאשם מהכחשה להודיה. בעניין **ליהי כהן** הובהר על ידי בית הדין הצבאי לערעורים כי גם תיעוד לקוני יחסית של החקירה (שבאותו מקרה גם נערך באיחור) אינו מביא בהכרח לפסילת הראיה, שכן יש לבחון את מהות הפערים שבין החוקר לחשוד שעל פי הטענה לא תועדו. בענייננו מצאתי לדחות כאמור את טענות הנאשם כי החוקר איים לעוצרו באם לא יודה במיוחס לו וכי הובטח לו שהודאה תביא להתחשבות במצבו הנפשי. מעבר לכך הנאשם אינו טוען כי דברים שאמר בשלב התשואול לא תועדו. טענתו העיקרית של הנאשם היא בדבר הלחץ **הפנימי** שחש עקב רצונו לסיים את החקירה; והוא אינו מכחיש ככלל שאמר את הדברים שנכתבו על גבי האמרה, אלא מספק הסבר לכך שאמר דברים שאינם נכונים, הנעוץ בחלקו הגדול בתחושותיו הפנימיות בעת החקירה. מכאן שלא סברתי כי קיים חוסר בזכ"ד מהלך החקירה, באופן שיש בו לפגוע במשקל האמרה (ור' הניתוח שנעשה על ידי בית הדין הצבאי לערעורים בסוגיה זו ממש בעניין **ליהי כהן** - פסקאות 49-50 לפסק הדין).

71. עוד יש להוסיף, כי הנאשם גם אינו נחזה כמי שנמנה על אחת מאותן "קבוצות סיכון" למתן הודאת שווא, כגון אנשים אשר אינם מבדילים בין אמת לדמיון, או בעלי נטייה להרס עצמי (ר' הסיווג שנערך דו"ח הועדה לעניין הרשעה על סמך הודאה בלבד ולעניין העילות למשפט חוזר ("ועדת גולדברג") מדצמבר 1994, אשר אומץ גם בפסיקת בית המשפט העליון - [רע"פ 4142/04 סמל איתי מילשטיין נ' התצ"ר](#) (2006)). אמנם בעברו, כך העיד, עברו בו מחשבות אובדניות והוא חווה קושי נפשי; אך הובהר על ידו, כי מדובר במצב זמני בו היה נתון עקב הקושי להתמודד עם תפקידו הצבאי, וחלף מאז עם סיום אותו תפקיד. מעבר לכך, לא הוצגה כל אינדיקציה מצד ההגנה לקיומם של קשיים נפשיים כאלה ואחרים נכון לעת הנוכחית; וגם מאופן עדותו של הנאשם בפניי, ניתן היה להתרשם כי מדובר באדם בעל תובנה ודעת, היודע לעמוד על שלו ולהתעקש על תשובותיו. כאמור, גם במהלך האמרה ידע לעשות זאת, כאשר השיב בשלילה בנוגע לחלק מהשאלות שהופנו אליו בנוגע לשימוש בסמים.

72. לא ראיתי קושי גם בכך שבפני הנאשם הוצג מצג לפיו קיימות נגדו ראיות מפלילות; שהרי אכן היו בידי החוקר ראיות מחשידות מאוד שניטלו ממכשיר הטלפון של הנאשם, באופן שהצדיק את חקירתו ביחס אליהם (אף אם אין בהן כשלעצמן להוות משום ראיה עצמאית). בפסיקה נקבע איסור על **הצגת** ראיות בדויות בפני הנחקר, על מנת שלא לפגוע בזכות השתיקה שלו, אך ההנחה היא כי מותר לחוקרים להטעותו ולהציג בפניו מצגי שווא בעל פה,

ובמצב זה עדיין נשמרת יכולתו של הנחקר, אשר יודע את המציאות לאשורה, לקבל החלטה חופשית אם להודות, כשביכולתו להציג את גרסתו שלו (ר' [ע"פ 7939/10 רומן זדורוב נ' מדינת ישראל](#) [פורסם בנבו, 23/12/15], בסעיף 57 לפסק דינו של השופט דנציגר, והאסמכתאות שם (2015); ע/57/15 טור' רן לייזרוביץ נ' התצ"ר, בסעיף 13 לפסק הדין (2015)); ע/7/16 טור' אוראל דנינו נ' התצ"ר בסעיף 16 לפסק הדין (2016)). מקל וחומר ניתן ללמוד כי אין כל קושי בכך שהחוקר מסר לנאשם שקיימות בידיו ראיות מפלילות, כשזה אכן היה מצב הדברים, מבלי שפירט את טיבן; ולא התרשמתי כלל כי היה בכך כדי לפגוע ברצונו החופשי של הנאשם.

73. כאמור טענה נוספת של ההגנה נוגעת לכך שהסטאטוס של הנאשם במהלך החקירה לא הובהר: מחד גיסא הוא לא עוכב או נעצר. מאידך גיסא הוא הוחזק בחדר חקירות, מבלי שניתנה לו האפשרות ללכת מהמקום או שניתן לו הסבר בדבר מעמדו.

74. לעניין זה ראוי לציין, כי סוגיית זימונו ומעמדו של נחקר, אשר אינו נתון במעצר או בעיכוב, אינה מוסדרת כלל בחקיקה. הפרשנות המקובלת בספרות, היא כי יש סמכות לזמן אדם לחקירת משטרה, כחלק מסמכות העיכוב שנקבעה [בחוק סדר הדין הפלילי \(סמכויות אכיפה – מעצרים\)](#), התשנ"ו-1996 (להלן: "[חוק המעצרים](#)") (ר' מאמרו של פרופ' אורן גזל "עיכוב לחקירה" ספר יצחק זמיר על משפט, ממשל וחברה 353 (יואב דותן ואריאל בנדור עורכים, 2005)).

75. [בסעיף 67\(א\) לחוק המעצרים](#) נקבע כי מקום בו יש לשוטר חשד סביר שאדם עבר עבירה, הוא רשאי לעכבו לצרכי חקירה; ובהתאם [לסעיף 67\(ב\)](#) לחוק המעצרים, ניתן גם לזמן אדם לתחנת המשטרה מקום בו יש יסוד סביר לחשד שעבר עבירה. בהתאם [לסעיף 73 לחוק המעצרים](#) מוגבלת סמכות העיכוב לשלוש שעות (או שש שעות במקרה של חקירה רבת משתתפים ובאישור בכתב של קצין משטרה). בפקודות פנימיות של משטרת ישראל (פקודת המטא"ר 14.01.34, סעיף 3.ג. (4)(ג)) נקבע כי חקירה בתחנת המשטרה אינה נלקחת בחשבון, לצורך חישוב זמן העיכוב, שכן היא אינה חלק מזמן העיכוב שנקבע בחוק; אך פרשנות זו של המשטרה לא התקבלה בפסיקת בתי המשפט, לפחות ככל שהדבר נגע לערכאות דיוניות (טרם ניתנה בעניין זה הכרעת בית המשפט העליון). כך ר' למשל [ת"מ \(שלום ירושלים\) 7908/03 מדינת ישראל נ' קויפמן](#) (2003); [ב"ש \(מחוזי ירושלים\) 4288/03 צוקרמן נועם נ' אגף המכס והמע"מ](#) (2003). בע/97/00 [התצ"ר נ' גיא עמר](#) (2001), הותיר בית הדין הצבאי לערעורים בצריך עיון את השאלה מה דינה של חקירה הממשיכה לאחר שהסתיים זמן העיכוב; ובע/161/08 [טור' שי פרג'ון נ' התצ"ר](#) (2008) מתח בית הדין הצבאי לערעורים ביקורת על כך שלאחר סיום העיכוב לא ניתנה לנחקר הודעה על כך שהעיכוב הסתיים וכי הוא רשאי ללכת באם יחפוץ בכך (מבלי שדן באופן ישיר בשאלה האם זמן החקירה נכלל בזמן העיכוב). כן ר' את הסתייגות בית הדין הצבאי לערעורים מפרשנות זו של משטרת ישראל בנוגע לחישוב זמן העיכוב [בע"מ 55/09 סמל לב הכטר נ' התצ"ר](#) (2009). ראוי עם זאת לציין, כי בפסיקה נשמעו גם קולות אחרים. כך למשל, [בתא \(שלום ירושלים\) 35744-12-12 חנמאל דורפמן נ' מדינת ישראל - משטרת ישראל, שירות בתי הסוהר](#) (2015) הובעה הדעה לפיה, מקום בו מדובר בחקירה שנערכת בתוך פרק זמן סביר לא יהיה זה נכון למנות את משך החקירה במניין זמן העיכוב (ר' פסקה 19). כן ר' [ת"פ \(שלום תל אביב\) 8073/06 מדינת ישראל נ' סרוסי ואח'](#)

(2010) שם עמד בית המשפט על הקושי הקיים בקביעת פרק זמן של שלוש או שש שעות, כעניין שלא ניתן לסטות ממנו, כפרק זמן מקסימאלי המותר לחקירה, שעה שגורמי החקירה מבקשים לקיים חקירה אפקטיבית.

76. הסוגיה האמורה מעוררת לא מעט קשיים, שכן היא מחדדת את המתח המובנה שבין הרצון לשמור על זכויותיו של החשוד וחופש התנועה שלו לבין הצורך לקיים חקירות לשם שמירה על שלטון החוק והסדר הציבורי. אני סבורה כי קיים קושי בעריכת קישור אוטומטי בין סמכות העיכוב לבין סמכות החקירה. כך למשל, במקרה כגון זה שלפנינו, מקום בו לא התבקש אדם להתלוות אל שוטר לתחנת המשטרה, במקום האירוע, באופן הפוגע בחירותו, אלא נקבע עימו מועד להתייצבות בתחנת המשטרה, והוא מגיע לשם באופן עצמאי, נשאלת השאלה מדוע נדרש להפעיל במקרה זה את סמכות העיכוב ומה נפקותה, שהרי במקרה כזה ידוע לנחקר כי הוא דרוש לחקירה וכי יידרש להשקיע לשם כך זמן. זאת בניגוד לסיטואציה בה עוסק [סעיף 67 לחוק המעצרים](#), הנוגעת למקרה בו מתבקש אדם להתלוות לשוטר באופן מפתיע, תוך שלילת חירותו (ואע"פ, כי אמנם הנאשם טען בעדותו שלא ידע כי הוא נקרא לחקירה, אך לאור ההתרשמות הכללית מעדותו יקשה להאמין גם לטענה זו, מה גם שמיומן החקירות עולה שהחוקר זימן אותו לחקירה באמצעות המפקדת שלו; וזו לא הובאה לעדות מטעם הנאשם על מנת לאשר את טענתו).

77. שאלה נוספת שעשויה להתעורר היא ביחס לזמן הנדרש לחקירה (כאשר ידוע כי חקירה היא עניין דינאמי, אשר עשוי להימשך לעיתים יותר משלוש שעות) אל מול האפשרות (הסבירה במקרים רבים) לפיה החקירה תסתיים מבלי שתידרש הגבלת חירות נוספת של הנחקר. כך למשל, מקום בו יש חשד סביר לביצוע עבירה, אך לא מדובר בעבירה בת מעצר, ואין גם צרכי חקירה שבגינם ראוי לעכב או לעצור את החשוד.

78. מנגד קיים קושי בכך שאדם המצוי בחקירה, ואינו מעורה בכללי המשפט, אף אם אינו בסטאטוס של מעוכב או עצור, סבור בתום לב כי אינו יכול לקום וללכת, שכן גורמי החקירה עשויים לנצל את חוסר הבנתו ואינם מיידיעים אותו על כך שאין חובה שבדין המחייבת אותו להישאר (ור' את הביקורת שנמתחה על כך במאמרו של פרופ' גזל שאוזכר לעיל). הקושי האמור עשוי להתקיים גם במקרים שבהם הופעלה סמכות העיכוב אולם היא הסתיימה, מבלי שהנחקר נעצר, ותוך שחפציו האישיים, כגון תעודה מזהה ומכשיר הטלפון שלו, עדיין מצויים בידי גורמי החקירה, באופן שבו בפועל הוא אינו יכול לעזוב את בסיס החקירות (ר' את הערות בית הדין הצבאי לערעורים בעניין זה בפסקאות 56-59 בעניין **ליהי כהן**).

79. בית המשפט העליון הביע בעבר עמדתו לפיה ראוי כי שאלות מורכבות רבות הנוגעות לזכויות החשודים בחקירה יוסדרו במקור חקיקתי מתאים (ר' [ע"פ 9956/05 אסף שי נ' מדינת ישראל](#), פ"ד סג(2) 742, 763 (2009), שם דובר על נושא זכות ההיוועצות); אך לאחרונה חזר כב' השופט דנציגר על הערה דומה, בנוגע לצורך לבצע תיקוני חקיקה ביחס לעניין זה ממש, הנוגע לסמכויות עיכוב של חשודים והמגבלות החלות על סמכות זו (ר' [רע"א 4672/14 גליק נ' מדינת ישראל](#) (2015)). כן ר' את הערות בית המשפט המחוזי לנוער בנצרת ([ענ"פ 3966-09-15 פלוני נ' מדינת ישראל](#) (2016)); על אף האמור, הנושא טרם הוסדר בחקיקה וכאמור גם במסגרת פסיקה מחייבת.

80. כשלעצמי, אני סבורה, במבט של "המשפט הרצוי" כי מקום בו נקרא חשוד לחקירה, בזימון מראש, לא יהיה זה נכון להגביל את משך החקירה באמצעות כלים של עיכוב או מעצר - וזאת כדי להביא לידי ביטוי את הרציונל הקיים בעצם הקריאה לחקירה, שעניינה שמירה על שלטון החוק והסדר הציבורי. מצבו של מי שזומן לחקירה מבעוד מועד שונה ממי שמגיע אליה באופן מפתיע לאור עיכובו או מעצרו. כך למשל ניתנת לו האפשרות להיוועץ מבעוד מועד עם עורך דין ולקבל מידע מקיף יותר בדבר זכויותיו כנחקר וכחשוד.

81. עם זאת, באמור, אין כדי לתת "כרטיס פתוח" לגורמי החקירה והם נדרשים, כמו כל גוף מנהלי, לבצע את תפקידם באופן סביר ומידתי. יש לוודא כי זכויותיו של הנחקר (ודאי כאשר מדובר בחשוד) יינתנו לו וביניהן הזכות להימנע מהפללה עצמית, זכות השתיקה וכמובן זכות ההיוועצות בעו"ד; יש להבהיר לנחקר כי אינו מצוי בסטאטוס שבו מוגבלת חירותו, אולם הוא נדרש לחקירה ויכול לבחור האם להישאר בה או לא (בדרך זו, באם יבחר לעזוב את המקום, יצטרכו גורמי החקירה להחליט האם יש הצדקה לעיכובו או למעצרו לשם קיום החקירה); במהלך החקירה, ודאי כשנדרש לה פרק זמן ממושך, יש לוודא כי יינתנו לנחקר הפסקות להתרעננות, הפסקות לקבלת אוכל ומשקה, יציאה לשירותים וכיו"ב. כמו כן, מקום בו מתברר כבר בראשיתה של החקירה, כי נראה שהיא תוביל למעצרו של הנחקר (למשל כאשר הוא מודה בעבירת בת מעצר או שישנם צרכי חקירה הדורשים את מעצרו) ראוי כי עצם הליך המעצר יתבצע בהקדם האפשרי, על מנת להבטיח כי הותרת החשוד במקום לא תמשך מעבר לנדרש, וכן על מנת שהבאתו בפני שופט להארכה של המעצר מעבר ל-24 שעות (ככל שתידרש) תיעשה מוקדם ככל האפשר. לבסוף, יש לוודא כמובן, כי החקירה מתבצעת באופן אפקטיבי ככל הניתן על מנת שהנחקר לא ישהה במתקן החקירות במשך שעות ארוכות כשהדבר אינו נדרש.

82. על כל פנים, כיוון שכאמור הדין היום אינו מסדיר את סוגיית מעמדו של הנחקר, מעבר להוראות [חוק המעצרים](#), אבחון, לשם הזהירות, את עניינו של הנאשם בהנחה שנפל פגם בהתנהלות גורמי החקירה, בכך שלא נערך לו עיכוב בפועל. אמנם, בניגוד לסיטואציה שעליה נמתח ביקורת בעניין [ליהי כהן](#), שם אמרה החוקרת לנאשמת כי ככל שתבחר ללכת היא תיעצר, עוד בטרם הודתה הנאשמת בחשדות המיוחסים לה, הרי שבענייננו עלה מעדות החוקר כי כלל לא היתה שיחה בינו לבין הנאשם בנושא זה (על אף שהחוקר ציין כי באם היה הנאשם מבקש ללכת היה נוהג באותו אופן – אך כאמור בסופם של דברים הנושא לא עלה). ואולם, בשים לב לכך שהנאשם שהה בחדר החקירות, כשמכשיר הטלפון שלו טרם הוחזר לו, ומעמדו לא הובהר בפניו באופן ברור - הרי שיש בכך טעם לפגם, והדבר אף עשוי להביא להפחתה במשקל אמרתו, בהתאם לכללים שנקבעו בעניין [פרג'ון וליהי כהן](#).

83. עם זאת, לצד האמור, אני סבורה כי גם בחינה כזו של מהלך הדברים אינה משנה באופן דרמטי את המסקנה בנוגע למשקל אמרתו של הנאשם. יובהר, כי לנאשם ניתנו כל זכויותיו, כפי שהן ניתנות למי שנעצר או למי שיש אפשרות קרובה לוודאי שייעצר (ר' [סעיף 1א227](#) לחש"צ). כך, הובהרו לו זכותו להיוועץ בעו"ד, זכות השתיקה והזכות לאי הפללה עצמית. כמו כן מעדות החוקר עלה (וגם הנאשם לא טען אחרת) כי הוצע לו לאכול ולשתות במהלך החקירה, והיו גם הפסקות במהלכה.

84. מעבר לכך הנאשם הגיע באופן עצמאי לבסיס החקירות בשעה 8:30; הוא נכנס לראשית חקירה בשעה 10:16, והודה במיוחס לו כבר בשלב התשאול שהסתיים בשעה 11:38. גביית האמרה הסתיימה בשעה 13:28. מכאן שאף אם נניח לטובת הנאשם כי שלב ה"עיוכ" החל כבר בשעה 8:30 הרי **שהודאתו ניתנה בתוך שלוש השעות של העיוכ**; כל חקירתו נמשכה כשלוש שעות; ובכל מקרה כל שהותו של הנאשם בבסיס החקירות לא עלתה על חמש שעות, ומדובר בנסיבות העניין בפרק זמן סביר ומדוד. כיוון שניתנו לו כאמור כל זכויותיו, וכיוון שכפי שפורט לעיל, עצם **קיומה** של חקירה נוספת היה מוצדק (בשים לב לתוצרי החיפוש במכשיר הטלפון) - לא הצביעה ההגנה כיצד היה בכך שהנאשם לא עוכב או נעצר כדי לפגוע בזכויותיו כנחקר במסגרת מתן ההודאה. מכאן שגם אם יש מקום לפגיעה מסוימת במשקל האמרה, הרי שהיא מינורית, ואין בה כדי לשנות באופן משמעותי את התמונה הראייתית.

85. כזכור גם על פי דוקטרינת הפסילה הפסיקתית שנקבעה בעניין **יששכרוב** נקבע, כי מקום בו נפל פגם באופן השגת הראיה, נתון לבית הדין שיקול הדעת בנוגע לקבלתה, תוך שיש לשקול מגוון שיקולים, כגון - אופיה וחומרתה של אי החוקיות הכרוכים בהשגת הראיה ומידת ההשפעה של האמצעי הפסול על הראיה שהושגה. בראי מבחנים אלה, ובשים לב למערכת הנסיבות העובדתית כפי שפורטה לעיל, לא סברתי כי יש גם ביישום הדוקטרינה האמורה כדי להביא לפסילת אמרתו של הנאשם.

טענות ההגנה בדבר העדרה של תוספת ראייתית

86. כמפורט לעיל, מעבר לבחינת קבילותה ומשקלה הפנימי של אמרת ההודאה, יש לבחון האם נמצא לה אימות חיצוני - "דבר מה נוסף". מטרתו של מבחן זה, היא להסיר את החשש שמא, על אף שההודאה נמצאה מהימנה, נטל על עצמו המודה אחריות למעשה שלא עשאו. על כן נדרש, באמצעות מבחן זה, להעמיד את הראיה במבחן חיצוני שמטרתו היא להציג כי הנאשם לא בדה את הסיפור מליבו. עם זאת מדובר בתוספת ראייתית מאמתת שתאשר "במידת מה" את תוכן ההודאה, ולא בתוספת מסובכת, בדמותו וברמתו של סיוע - ר' [ע"פ 1094/07 דדון נ' מדינת ישראל](#) (2008), פסקה כ"ו. הפסיקה קבעה כי קיימת זיקת גומלין בין המשקל הסגולי שניתן להודאה עצמה, לבין משקלו של ה"דבר מה" שנדרש לאימות תוכנה - ככל שמשקלה הפנימי של ההודאה גבוה יותר, כך פוחת הנטל בגדרו של המבחן החיצוני, ולהיפך (ר' [ע"פ 10477/09 מוחמד מובארק נ' מדינת ישראל](#) (2013) פסקה 13).

87. הראיה העיקרית שהציגה התביעה כ"דבר מה נוסף" עניינה באותן תכתובות שאותרו במכשיר הטלפון של הנאשם. ההגנה העלתה מספר טענות כנגד ראיה זו, אשר ידונו להלן.

טענות על כך שלא הועבר להגנה חומר חקירה רלוונטי

88. התנגדותה הראשונית של ההגנה לראיה, נבעה מכך שלטענתה מדובר בחומר חקירה שלא הועבר לה. טענה זו נדחתה על ידי מספר פעמים במהלך שמיעת הראיות; וגם כעת דינה להידחות. כפי שצוין, התכתובות ממכשיר הטלפון של הנאשם תועדו על גבי הדיסק, ת/7,

שממנו הופק הפלט ת/14. יובהר, כי ת/7 ות/14 הן שתי ראיות **זהות**. כיוון שלא צלח החיפוש במכשירו של הנאשם, מעבר לחיפוש ידני, הרי שכל תוכנו של ת/7 הוא ארבעה צילומי מסך של הודעות; ואילו ת/14 הוא הפלט המודפס של צילומי המסך המופיעים בת/7 (יוער כי אמנם ת/7 מכיל דיסק נוסף, אך מדובר במידע ממכשיר הטלפון של טור' חביב, שכלל לא עמד בבסיס שמיעת הראיות).

89. בפתח שמיעת הראיות, ביום 21/2/2016 טענה ההגנה כי התביעה לא העמידה לרשותה את הדיסק נשוא ת/7, ולפיכך נערכה הפסקה בדיון על מנת שההגנה תעיין בו (וזאת על אף שכאמור אין בו כל ערך מוסף מעבר למידע שמצוי על גבי ת/14). בעת מתן עדות החוקר הוגש **בהסכמה** פלט התכתובות המודפס, ת/14; ולמרבה הפליאה רק בעת שמיעת הסיכומים נטענה לראשונה טענת ההגנה לפיה לרשות ההגנה לא הועמד גם הפלט ת/14! מעבר לכך שמדובר בראיה שהוגשה בהסכמה, יוער כי התביעה עמדה על כך שהעבירה להגנה את כל חומר החקירה **הכתוב** שהיה ברשותה; וגם מסעיף כד למסמכי "תוכן התיק" שהעבירה התביעה, עולה כי להגנה נמסרו 12 עמודים שכותרתם: "מסמכי חיפוש במכשיר סלולארי - רב"ט ר.ש".

90. למעלה מן הצורך אציין, כי אף אם ניתן היה לסבור שלא הועברו לידיעת ההגנה ת/7 ות/14 מבעוד מועד (וכאמור, אני סבורה כי לא ניתן להניח כך, ודאי שלא לגבי ת/14), הרי שמדובר בראיות שהוגשו לתיק בית הדין ביום 21/2/2016; כשהדיון שלאחר מכן התקיים ביום 12/4/2016. מכאן שלהגנה ניתנה האפשרות המלאה לעיין בהן בזמן שחלף. לכך יש להוסיף, כי ההודעות נשוא ת/14 הוצגו לנאשם כבר במסגרת אמרתו, ת/16, והוא הגיב עליהן לגופן. מכאן שאין מקום לכל טענה בנוגע לחוסר היכולת להסתמך על ראיה שהפתיעה את ההגנה או לא הועברה לרשותה מבעוד מועד.

טענות ההגנה בדבר אי חוקיות עריכת החיפוש במכשיר הטלפון

91. לטענת ההגנה, עריכת החיפוש במכשיר הטלפון הסלולארי של הנאשם נעשתה באופן שאינו חוקי, משום שהסתמכות על הסכמתו מנוגדת להוראת [סעיף 23 לפקודת סדר הדין הפלילי \(מעצר וחיפוש\)](#) [נוסח חדש], התשכ"ט-1969 (להלן: "הפסד"פ") שם נקבע כי חדירה לחומר מחשב מחייבת צו של שופט.

92. הסוגיה שעניינה עריכת חיפוש במכשיר סלולארי, ללא צו שיפוטי ותוך הסתמכות על הסכמת בעל המידע, נדונה בבתי הדין הצבאיים מספר פעמים בשנים האחרונות. בבית הדין הצבאי לערעורים נפסק בע/78/14 **טור' שניר פלח נ' התצ"ר** (2015), כי בדומה לעקרונות שנקבעו ברע"פ 10141/09 **בן חיים נ' מדינת ישראל** (2012), ניתן לקבוע שהסכמת המחזיק בטלפון לעריכת חיפוש בו יכולה להקנות סמכות לחוקרי מצי"ח לעריכת חיפוש במכשיר, אף ללא הוצאת צו שיפוטי מתאים. זאת שכן יש בכך כדי להביא לידי ביטוי את עיקרון האוטונומיה של הפרט להסכים לפגיעה בזכויותיו (ור' הניתוח המשפטי שנערך שם בסוגיה זו, בסעיפים 19-25 לפסק הדין. כן ר' לעניין זה את הנמקתי בפסק דין שניתן בעניין זה ממש - תיק מר/112/13 **התובע הצבאי נ' רב"ט ליאור לילו** (2014)).

93. הפסיקה בעניין **פלח** עסקה, עם זאת, רק בחיפוש שנערך על ידי חוקר, במעמד הנחקר ובאמצעותו; ובית הדין הצבאי לערעורים הותיר בצריך עיון את הסוגיה שעניינה קבילות ממצאי חיפוש שנערך במעבדה ולא בנוכחות הנחקר. עניין זה מצוי על המדוכה ונדון בימים אלה בבית הדין הצבאי לערעורים במסגרת [ע/24/15](#), שם ערערה ההגנה על הכרעת בית הדין הצבאי במ"ש עורף בתיק ער/36/13 **התובע הצבאי נ' רב"ט ברק סיגאווי**. בעניין **סיגאווי** פסק בית הדין הצבאי המחוזי, כי ההלכה שנפסקה בעניין **פלח** ישימה גם למקרים בהם החיפוש שלא נעשה במעמד הנחקר, משום שאותם רציונלים שחלים על הסכמה לחיפוש במעמד הנחקר, נכונים גם לחיפוש שנערך שלא בפניו.

94. כאמור, טרם ניתנה הכרעת בית הדין הצבאי לערעורים בנושא, אך אני מצטרפת בכל הכבוד לעמדת בית הדין המחוזי בעניין **סיגאווי**, בשים לב להנמקה שפורטה בסעיפים 21-22 לפסק הדין; ואני סבורה כי משנקבע העיקרון המרכזי לפיו יש בעצם הסכמת הנחקר לחיפוש כדי להחליף את הצורך בצו שיפוטי, אין מקום לסייג את יכולתו של הנחקר להסכים לפגיעה שכזו רק בנוכחותו.

95. יובהר עם זאת, כי בעצם הקביעה לפיה ניתן לראות בהסכמה כחליף לצו שיפוטי אין די; שכן יש לקבוע כי מדובר בהסכמה מדעת, בהתאם לתנאים שנקבעו בעניין **פלח** (ר' סעיפים 26-29 לפסק הדין):

א. יש להבהיר לנחקר כי נתונה לו הזכות לסרב לביצוע החיפוש וכי הסירוב לא יפעל לחובתו (לעניין זה צוין, כי אין מניעה גם שהחוקר יציין בפני הנחקר, כי ככל שיסרב לחיפוש ניתן יהיה לפנות לבית משפט בבקשה למתן צו שופט שיתיר את עריכת החיפוש - תוך הבהרה כי הדבר מצוי בשיקול הדעת של בית המשפט).

ב. יש לערוך רישום מפורט בדבר ההסכמה, באופן שיבהיר כי מדובר בהסכמה חד משמעית, אחרי שהובהרו לנחקר משמעות הסכמתו וזכותו לסרב לעריכת החיפוש.

ג. יש לאפשר לנחקר, בכל עת, לסייג או לבטל את הסכמתו לעריכת החיפוש.

96. בעקבות ההערות בעניין **פלח** תוקן מספר פעמים הטופס שבשימוש מצ"ח לעניין זה. עיון בטופס, ת/12, מצביע על כך שבמסגרתו אכן הובהרה זכותו של הנחקר להסכים לחיפוש או לסרב לו; צוין בו כי גם בעת מתן הסכמה יכול הנחקר לסייגה לסוג מסוים של חומר מחשב; וכן ניתנה הבהרה בדבר זכותו של הנחקר לחזור בו מהסכמתו בכל עת בטרם ביצוע החיפוש. מבחינה זו, מקום בו תוכן הטופס אכן מובא לידיעת הנחקר, הרי שיש בכך כדי לעמוד בכללים שנקבעו למתן הסכמה מדעת.

97. כזכור טענה ההגנה גם כי הסכמת הנאשם לחיפוש במכשיר הטלפון שלו, ניתנה שלא כדין, בשים לב לגרסת הנאשם על כך שלא ניתן לו הסבר מלא ומפורט בדבר זכויותיו בהליך זה; אך גרסת הנאשם לא זכתה לאמוני, והדברים אמורים אף בנוגע לטענותיו בנוגע להסברים שניתנו לו בנוגע לחיפוש בטלפון (כפי שפורט בסעיף 62 לעיל). מעבר לכך, עיון בטופס מצביע על כך שמולאו בו כלל הרובריקות בדבר מתן הסכמה, וכן פרטי הנאשם (אף אם חתימתו ניתנה מאוחר יותר, בשל עניין טכני). מצאתי איפוא להעדיף גם בעניין זה את עדות החוקר, לפיה הסביר לנאשם את האמור בטופס, לרבות בדבר הזכות לסרב לחיפוש. בנסיבות אלה, ניתן לקבוע כי ניתנה הסכמתו מדעת של הנאשם לחיפוש במכשיר הטלפון שלו.

טענות ההגנה בדבר חוסר מהימנות של התכתובות ממכשיר הטלפון.

98. טענה נוספת של ההגנה היא בנוגע לחוסר מהימנות של התכתובות, נשוא ת/14, בשים לב לפגיעה ב"שרשרת" המוצג - שכן רב"ט קזקוב צילם את התכתובות, כך לפי עדותו, במכשיר הטלפון הפרטי שלו ומשם צרב אותן לדיסק, אך התמונות במכשיר הטלפון שלו נמחקו על ידו לאחר מכן. עוד נטען, כי לא ידוע באילו מילות חיפוש השתמש לאיתור התכתובות, כי לא הוצגו כל התכתובות הרלוונטיות ולא הוצגה הראיה הטובה ביותר - מכשיר הטלפון עצמו.

99. אכן בהתאם לכלל הראיה הטובה ביותר, יש להעדיף את הצגת ראית המקור על פני העתקים לה; עם זאת, כידוע, מגמת הפסיקה היא להקל על הצגת העתקים מהמקור, מקום בו אין תשתית ראיתית נאותה לחשש שמא ההעתק אינו מדויק, ולעבור מכללי קבילות לכללי משקל (ר' ספרו של יעקב קדמי **על הראיות**, חלק שני (מהדורה משולבת ומעודכנת, תשס"ע-2009), עמ' 680). בענייננו על מנת להציג את ראית המקור נדרש היה להותיר את מכשיר הטלפון של הנאשם בידי גורמי החקירה כל העת עד לקיומו של המשפט. מדובר בדרישה שהיא בלתי סבירה נוכח אופיו ומרכזיותו של מכשיר הטלפון בחיי הפרט כיום (ר' הערות בית הדין הצבאי לערעורים בעניין זה בסעיף 55 לפסק הדין בעניין **ליהי כהן**); מדובר בדרישה שאינה מתחייבת בנסיבות העניין נוכח היכולת לייצר העתקים למקור (כפי שיפורט להלן) ומובן כי עיקר פגיעתה הוא בנאשם עצמו - אשר העיד עד כמה חשוב היה לו לקבל את מכשיר הטלפון שלו בחזרה לחזקתו בהקדם האפשרי.

100. מעבר לכך, אני סבורה כי הוכח שההעתקים שהוצגו למקור הם אמיתיים ומהימנים בנסיבות העניין. עיון במסמכים הנוגעים לחיפוש בטלפון מעידים כי החוקר החריס מהנאשם מכשיר מסוג "אייפון 6+", שפורט כי צבעו לבן והוא בעל מגן שחור, וכי הוא סומן כ"מ. (01) מתאריך 30/8/2015" (ר' ת/12); ממזכרו של רב"ט קזקוב, ת/2 עלה כי ביום 1/9/2015 קיבל מידיו של החוקר טלפון מאותו סוג, סימון וצבע, אותו הכניס לכספת המוצגים; מת/6, מזכרו של רב"ט קזקוב מיום 2/9/2015 עולה כי הטלפון שבו ניסה לערוך את החיפוש (אך נכשל) הוא המכשיר בעל אותם מאפיינים בדיוק, אותו הוציא מהכספת. רב"ט קזקוב נתן הסבר שנשמע סביר בנסיבות העניין בנוגע להימצאו של משפט אחד מיותר במסגרת ת/6 (כפי שפורט לעיל), ועיון בכלל סעיפי המזכר מלמד כי הם נוגעים ישירות לפעולות שעשה ביחס לאותו מכשיר, ולא מדובר בטופס "גנרי" וכללי. כך למשל, הבהיר כי הפעולה נכשלה, ופירט כי ערך חיפוש ידני וכן כי צילם וצרב את התמונות. עניין זה מופיע במזכר שנכתב בזמן אמת, ולכן לא סברתי כי יש פגם בכך שאותו "צילום ביניים" שנעשה לצורך העברת התמונות לדיסק לא הוצג כחלק מחומר הראיות.

101. אך מעבר לכל המפורט לעיל, הרי שהנאשם עצמו לא טען במסגרת אמרתו, ת/16 (שלה כזכור ניתן משקל משמעותי) כי התכתובות האמורות אינן שייכות לו; אלא ההיפך הוא הנכון - הנאשם נתן הסבר לאמור בתכתובות אלה, מבלי להעלות כל טענה בנושא. מכאן שהוכח כנדרש שההעתקים המופיעים במסגרת הדיסק, ת/7 והפלט ת/14 אכן נלקחו ממכשיר הטלפון של הנאשם.

102. לא מצאתי ממש גם בטענות ההגנה בנוגע לכך שמדובר בראיה חלקית, שכן לא הוצגו כל תוצרי החיפוש. ברי אמנם כי תפקידה של הרשות החוקרת הוא לחפש את כלל הראיות הרלוונטיות על מנת להגיע לחקר האמת, אולם במקרה זה הוסבר כי מכשול טכני מנע עריכת חיפוש מקיף יותר; החוקר הסביר מהן מילות החיפוש המקובלות בדרך כלל בחקירות דומות, כגון "באנג", "בוף", "ג'וינט" ואכן מעיון בתכתובות עולה כי מילים אלה הודגשו באופן המעיד כי אלו היו מילות החיפוש; ומעבר לכל אלה, הרי שבידי הנאשם מצויה הראיה הטובה ביותר - מכשיר הטלפון עצמו. לפיכך ככל שסבר כי בתכתובות יש כדי להציג תמונה חלקית ומטעה, יכול היה בנקל להפריך את הדברים על ידי הצגת ראיות אחרות ממכשיר הטלפון שלו.

בחינת התכתובות לגופן

103. בעניין פלח נקבע, כי ניתן לראות בממצאי החיפוש במכשיר טלפון סלולארי כראיית "דבר מה נוסף" (עוד ר' לעניין זה אך לאחרונה את ע"מ/62/16 טור' בר שטר נ' התצ"ר (2016)). יוער, כי על אף שהתכתובות הן, לפחות בחלקן, מפי הנאשם, הרי שלא סברתי כי יש בכך כדי למנוע את ההכרה בהן כאימות חיצוני לאמרה. לעניין זה כבר נפסק כי הרציונל העומד מאחורי דרישת ה"דבר מה" נועד לאפשר יציאה מהמציאות הסובייקטיבית העומדת מאחורי ההודאה, אל המציאות האובייקטיבית - ומבחינה זו, גם אם במובן מסוים הנאשם הוא המקור ל"דבר מה נוסף", הרי שכוחה של התוספת נובע מכך שהאמרה הסובייקטיבית נתמכת בפרט אובייקטיבי (ר' ע"פ 6296/13 אדריס נ' מדינת ישראל (2015) בפסקה 8).

104. עיון בתכתובות שאותרו במכשיר הטלפון של הנאשם, ת/14, מצביע על כך ששתיים מהן בעלות אופי מפליל מאוד, לא רק בנוגע לשימוש בסמים באופן כללי, אלא במובן זה שיש בהן כדי לאמת את הסיטואציות הספציפיות בהן הודה הנאשם. כך למשל באשר לאותה תכתובת עם שיר אופק, בת זוגו של הנאשם דאז, שבה כתב לה הנאשם כי הוא מעוניין לעשן "באנג" ביום הולדתו (ויוער כי התכתובת היא מ-13/5, בעוד שהנאשם אישר בעדותו כי יום הולדתו הוא בשלהי חודש מאי). בתגובה כזכור כתבה שיר כי הם יבקשו זאת מ"גלצ'ה" - שלגביה אישר הנאשם באמרתו כי מדובר באותה גל, חברה של שיר, שהציעה לו להשתמש ב"באנג" במסגרת ניסיון השימוש בסם אותו תיאר. באשר לתכתובת עם אור נקאש, חברו של הנאשם - הרי שהיא עוסקת בהכנת סם, והנאשם קישר אותה באמרתו אל אותו שימוש שני בסם, בו הודה. הדברים משתלבים גם מבחינת מועד השימוש בסם בו נקב הנאשם, שכן התכתובת היא מתאריך 1/4.

105. תכתובת נוספת הוצגה ביחס לקבוצת "ווטסאפ" Rip sohel. כזכור הנאשם טען כי לא ניתן לדעת שהוא חלק מהקבוצה, אך עיון בתכתובת מצביע על כך שהשיחה נסבה בדבר שימוש בסמים; מזכירה את שמו של **ולרי** כאחד המשתתפים; ולבסוף כותב בה אור נקאש: "ש. אתה בא להתארגן? אני מת לעשן"; ונראה כי הדברים מדברים בעד עצמם.

106. לאור האמור לעיל, טענת הנאשם במסגרת עדותו לפיה הוא כלל אינו בטוח שכתב את ההודעות האמורות או שהיה חבר בקבוצת "ווטסאפ" שבה היתה התכתובת, אינה מעוררת

אמון; ויש בה משום סתירה חזיתית לכך שמדובר בהודעות שנלקחו ממכשיר הטלפון שלו, כמו גם לקישור שערך באמרתו בין הודעות אלה לבין השימוש בסמים. לכך יש להוסיף כי בפני הנאשם עמדה האפשרות להביא לעדות את אנשי הקשר שהתכתבו עימו, על מנת לחזק את טענותיו כי לא מדובר בתכתובת הנוגעת אליו, אך הוא נמנע לעשות כן. הנאשם אף לא זימן לעדות את חברתו דאז שיר, כדי להפריך את הדברים שמסר באימרת ההודאה, לפיה נכחה לצידו בשני האירועים המתוארים באמרתו; וכידוע הימנעות צד לדיון מהבאת ראיה מצויה ורלוונטית עשויה להוליך את בית המשפט למסקנה שאילו הובאה הייתה פועלת לרעת אותו צד שנמנע מהגשתה (ר' ע"פ 10586/05 ערן בן אברהם נ' מדינת ישראל (2009)).

107. כן יש לציין, כי הנאשם אישר גם בעדותו בבית הדין פרטים מהותיים שנמסרו באמרתו וקשורים לנסיבות השימוש בסם. כך למשל, לגבי מצבו הנפשי שהוביל לשימוש בסם המתואר בפרט האישום השני ונוהגו להתמודד עימו על ידי נסיעה ברכבו. בפסיקה נקבע כי גם בכך יש כדי להוות "דבר מה נוסף" (ר' ע/203/99 סמל משה עזרא נ' התצ"ר (1999)).

108. טענות נוספות של ההגנה עסקו במשמעות הראייתית שיש ליתן להימנעות מפעולות חקירה רלוונטיות, כגון – עריכת חיפוש בבית הנאשם ואיתורו של "ולרי"; וכן נטען כי התשתית הראייתית נחלשת לאור דגימת שתן שלילית לסם שמסר הנאשם. בחנתי אף טענות אלה, אולם לא סברתי כי יש בהן כדי לפגום בתשתית הראייתית שהונחה בפני. כזכור הודה הנאשם בשימוש בסם שנערך מספר חודשים טרם גביית אמרתו, תוך שהבהיר כי הוא מתחרט על כך והפסיק את השימוש בסם ביוזמתו. בנסיבות אלה, אין תימה כי דגימת השתן שניטלה ממנו נמצאה שלילית לתוצרי סם מסוכן, ואין בכך משום "דבר מה חסר" (דוגמת המונח שטבע כב' השופט ניל הנדל בע"פ 4179/09 מדינת ישראל נ' אלכסנדר וולקוב (2010)). מעבר לכך, חשיבות ממצא פורנוגרפי, כידוע, היא בהימצאותו ובכוחו הפוזיטיבי בלבד, ולא בהיעדרו - ר' ע"פ 8279/11 טל מור נ' מדינת ישראל (2013) בפסקה 95.

109. גם ההחלטה להימנע מחיפוש בבית היא סבירה בנסיבות העניין, בשים לב לנסיבות שפורטו בת/18 ולאור הזמן שחלף מאז השימוש בסם. אשר לאי איתורו של ולרי, טען החוקר כי מידע על כך הועבר למשטרת ישראל, שכן מדובר באזרח. כך או כך, כזכור, נקבע בפסיקה לא אחת, כי התביעה אינה חייבת להציג בבית המשפט את הראיה המקסימאלית, אלא עליה להוכיח את המוטל עליה בראיה מספקת, גם אם היה בידה להשיג ראיה טובה יותר; וגם אם יכלה התביעה להשיג ראיות טובות יותר, אין הדבר מוביל לזיכוי, אם בראיות שהוצגו יש די להרשעה מעבר לספק סביר (ר' ע"פ 5002/09 מדינת ישראל נ' ז'אנו (2010)).

110. אשר לטענות ההגנה בבקשתה הכתובה לביטול כתב האישום מטעמי "הגנה מן הצדק" – בקשה זו מבוססת כל כולה על טענות הנוגעות למשקל הראיות, אשר נדחו במסגרת הכרעת הדין; ומכאן שגם הדיון בבקשה זו מתייתר מאליו.

111. סופם של דברים – הונחה בפניי אמרת הנאשם שלה ניתן משקל משמעותי; לאמרה זו קיימת תוספת ראייתית בעלת משקל משמעותי כשלעצמה, בדמות תכתובות הטלפון, הקושרות את הנאשם לשימוש בסם, ומתייחסות לעבירה עצמה כך שהן עולות כדי סיוע; על כל פנים, בוודאי שיש בהן כדי להוות "דבר מה נוסף" להודאה, כדרישת הפסיקה. על כן מצאתי לקבוע כי הוכחה אשמת הנאשם מעבר לספק סביר, והוא מורשע בעבירות שיוחסו לו בכתב האישום.

ניתנה והודעה היום, 19/6/2016, בפומבי בנוכחות הנאשם והצדדים.

בשים לב להערותיי בנוגע לצורך בהסדרת התנהלות רשויות החקירה בעת עריכת חקירות בהן הנחקר אינו במעמד של מעוכב או של עצור, וכן בנוגע לצורך לתייעוד מקיף ומפורט יותר של מהלכי החקירה בחקירות בהן לא נדרש תיעוד ויזואלי - יועבר עותק מהכרעת הדין לעיונה של התובעת הצבאית הראשית וליועמ"ש מצ"ח

(-)

שופטת

גזר דין

רקע

1. הנאשם, רב"ט ר.ש, הורשע לאחר שמיעת ראיות, בעבירה של שימוש בסם וניסיון לשימוש בסם. נסיבות ההרשעה פורטו בהרחבה בהכרעת הדין, ולפיכך יצויין על קצה המזלג, כי עסקינן בשני אירועים, שאירעו בנסיבות אזרחיות, במהלך מרץ ואפריל 2015. באירוע הראשון השתמש הנאשם ב"באנג" שהכיל חומר שהוא סבר כי הוא קנאביס, על אף שלא ידע את טיבו המדויק. באירוע השני, השתמש הנאשם בסם מסוג קנאביס. ההרשעה מבוססת על הודאת הנאשם במצ"ח (לאחר שטענות שהועלו ביחס לקבילות ומשקל האמרה נדחו) בצירוף ממצאי החיפוש במכשיר הטלפון הסלולארי של הנאשם (לאחר שאף טענות שהועלו אף ביחס לקבילות ראיה זו נדחו).
2. מתדפיסו האישי של הנאשם עלה, כי התגייס לצה"ל לפני שנתיים. את שירותו החל כלוחם בחטיבת גבעתי, אולם בהמשך לעבר לתפקיד של מדריך כושר קרבי, בו הוא עוסק גם היום. הנאשם נעדר עבר פלילי ומשמעתי וחוות דעת מפקדיו (ס/1) חיוביות מאוד. עלה מהן, כי הנאשם מבצע את המוטל עליו, כמדריך אימון גופני וקרב מגע, על הצד הטוב ביותר, וכי הוא חייל ממושמע, אחראי ובעל מוטיבציה ויכולת. הנאשם הוא בעל רקע ב"קרב מגע" עוד מהתקופה שקדמה לגיוסו, ומדריכו מאותה תקופה שיבח אף הוא את יכולותיו (ר' ס/2).

טיעוני הצדדים

3. התביעה עתרה להשתת עונש מאסר בפועל בכליאה ממשית, ההולם את העבירות שביצע הנאשם, בהתאם למדיניות הענישה שנקבעה בפסיקת בית הדין הצבאי לערעורים, לצד מאסר מותנה והורדה לדרגת טוראי. בטיעוניה הדגישה כי כעולה מהממצאים במכשיר הטלפון שלו, הנאשם היה מעורב בעולם הסמים וכן עירב חייל נוסף בהכנת הסם באירוע השני בו הורשע. כן נטען, כי הנאשם לא נטל אחריות על מעשיו, באופן המעורר סיכון כי ישוב עליהם.
4. מנגד עתרה ההגנה להטלת עונש מאסר מותנה בלבד, תוך הימנעות ממאסר בפועל ופגיעה בדרגת הנאשם. ההגנה טענה כי מדובר בכישלון חד פעמי, נושן, שאירע בנסיבות אזרחיות. הנאשם משרת על הצד הטוב ביותר, בעל מוטיבציה ורצון לשירות, ואין מקום לגזור עליו עונש

שירחיק אותו מיחידתו ויפגע בהמשך שירותו. לחילופין עתרה התביעה כי ככל שיושת עונש מאסר, הוא ירוצה בדרך של עבודה צבאית.

דיון והכרעה

קביעת מתחם ענישה

5. כידוע, לאור הוראות תיקון 113 לחוק העונשין, נדרש בית הדין לקבוע את העונש המתאים לנאשם, במסגרת מנגנון מובנה (ר' ע"פ 8641/12 מוחמד סעד נ' מדינת ישראל (2013)), במסגרתו יש לבחון האם הנאשם הורשע בכמה עבירות או בעבירה יחידה. מקום בו מדובר באירוע אחד, יקבע בית הדין מתחם ענישה כולל לאירוע, ויגזור עונש כולל לכל העבירות הקשורות לאירוע זה. סעיף 40ג(א) לחוק העונשין, תשל"ז-1977 (להלן: "חוק העונשין") קובע כי בעת קביעת מתחם העונש, על בית הדין להתחשב בערך החברתי שנפגע מביצוע העבירה, במידת הפגיעה בו, במדיניות הענישה הנהוגה ובנסיבות הקשורות בביצוע העבירה, המפורטות בסעיף 40ט' לחוק העונשין, כאשר העיקרון המרכזי העומד בבסיס קביעת מתחם הענישה הוא עיקרון ההלימה.

6. ייאמר מיד, כי מצאתי לקבוע מתחם ענישה אחד ביחס לשני האירועים בגינם הורשע הנאשם נוכח אופיים הדומה וקרבת הזמנים ביניהם. בעת קביעת גבולות מתחם הענישה, שקלתי את מדיניות הענישה כפי שנקבעה בפסיקת בית הדין הצבאי לערעורים; בפסיקה זו נקבע לא אחת, כי יש לראות בחומרה כל שימוש בסם, כאשר עסקינן בחיילי צה"ל - בשים לב לערכים המוגנים שעניינם שמירה על כשירותו של צה"ל וכשירות המשרתים בו; שכן השימוש בסם עשוי לפגוע במשמעת הצבא ובכוננות היחידה. מכאן שנקבע כי יש להטיל עונשי מאסר בפועל, גם כאשר מדובר באירוע חד פעמי של שימוש בסם ובנסיבות "אזרחיות" (ר' למשל - ע/40/11 **רב"ט גל ימיני נ' התובע הצבאי הראשי** (2011); ע/80/12 **התצ"ר נ' סמ"ר טקלה גטהון** (2012)). מכאן שאין מקום לקבל את עתירת ההגנה לקביעת מתחם ענישה שעניינו מאסר מותנה בלבד.

7. עם זאת, מצאתי להתחשב בעת קביעת מתחם הענישה בנסיבות האירועים שאינן מחמירות. זאת שכן הנאשם לא השתמש בסם עם חיילים אחרים; השימוש בסם נערך כאמור בנסיבות "אזרחיות" ולא השפיע בפועל על אופן שירותו של הנאשם; ביחס לאירוע הראשון בו היה הנאשם מעורב היה זה **נסיון** לשימוש בסם, שכן לא ידוע טיבו המדויק של החומר המדובר, ואילו באירוע השני, תיאור הנאשם כי הרקע לשימוש בסם נובע מדיכאון שחש באותה עת, עקב קשיים בשירותו, אשר אף הובילו אותו למחשבות אובדניות. בנסיבות אלה, סברתי כי ניתן לקבוע מתחם ענישה הנע בין 20 ל-40 ימי מאסר, בין אם בכליאה ממשית או בדרך של עבודות צבאיות.

קביעת העונש בתוך מתחם הענישה

8. בשלב זה נדרש בית הדין להתחשב בכלל הנסיבות שאינן קשורות לביצוע העבירה ולקבוע עונש המצוי בתוך מתחם הענישה (אלא אם יש נסיבות חריגות המצדיקות לחרוג מכך). התביעה הדגישה כי הנאשם לא נטל אחריות ולא התחרט על מעשיו. לעניין זה יוער, כי בעוד ששיתוף פעולה של הנאשם עם רשויות אכיפת החוק עשוי להוות שיקול לקולא, הרי שכפירה באשמה וניהול משפט הוכחות לא ייזקפו לחובתו (ר' [סעיף 40א\(6\) לחוק העונשין](#)). עם זאת נפסק לא אחת, כי "מי שחזר בו מהודאתו וניהל משפט הוכחות אינו זכאי ליהנות מהטבה שעשויה היתה לעמוד לו עת נטל אחריות למעשיו והודה בביצועם במסגרת הסדר טיעון" ([ע"פ 9919/07 פלוני נ' מדינת ישראל](#) בסעיף 19 לפסק הדין (2010)). כן ר' ע/132/00 [טור' סרגיי קומפל נ' התובע הצבאי הראשי](#) (2000) ואת [ע/15,16/11 טור' ברק יששכר נ' התובע הצבאי הראשי וערעור שכנגד](#) (2011), שם נקבע כי:

"אכן, זכותו החוקתית של נאשם היא לכפור באשמה ולדרוש, כי אשמתו תוכח בראיות מעבר לכל ספק סביר. עם זאת, מי שבוחר לכפור באשמה, ולבסוף מורשע בדינו, איננו זכאי להקלה, שלה זוכה מי שנוטל אחריות על מעשיו בבחינת "מודה ועוזב – ירוחם".

9. עם זאת, ולצד האמור, יש לציין, כי הנאשם נעדר עבר פלילי או משמעותי וכאמור באירועים בהם הורשע אין משום חומרה ייחודית; הנאשם משרת באופן מיטבי בצה"ל מזה תקופה ממושכת; כן ראוי לציין, כי הנאשם הבהיר כבר בחקירתו כי האירועים נשוא כתב האישום אירעו על רקע מצב נפשי לא פשוט בו היה נתון באותה עת, וכי החליט לחדול מהשימוש בסם ביוזמתו (והצהרה זו נתמכת גם בתוצרי דגימת השתן השלילית שנתן הנאשם במהלך חקירתו, בשלהי חודש אוגוסט 2015). כן יצוין, כי מדובר באירועים נושנים למדי. אמנם את פרק הזמן שחלף מאז האירועים לא ניתן לזקוף לטובת הנאשם, שכן כתב האישום הוגש בתוך פרק זמן סביר לאחר סיום החקירה, והתמשכות ההליכים נבעה מכפירת הנאשם באשמה שהובילה לשמיעת ראיות; עם זאת, כאמור, מדובר בתקופה משמעותית, במהלכה ניתן להתרשם כי הנאשם אכן הפסיק את השימוש בסם ביוזמתו.

10. בנסיבות אלה, סברתי כי אין מקום למצות עם הנאשם את הדין, ועל אף שראוי להטיל עליו עונש מאסר שישקף את שיקולי ההלימה וההרתעה, ניתן לנקוט בדרך מידתית ומחמירה פחות כך שהמאסר ירוצה בדרך של עבודה צבאית. מדובר אמנם בענישה מקלה, אך אפשרית בהתאם לפסיקת בית הדין הצבאי לערעורים (ר' ע/27/08 [התצ"ר נ' סמל נדב שחר](#) (2008); [ע/188/08 סמל אלה פדורצ'וק נ' התצ"ר](#) (2008)). אמנם, מדובר בדרך ענישה הננקטת בדרך כלל בעניינם של מי שכבר שוחררו משירות, ובחינת שיקולי הרתעת היחיד והרבים ביחס אליהם היא שונה; אך הובהר כאמור, כי על אף שהנאשם עודנו מצוי בשירות, האירועים בגינם הורשע אירעו בראשית שירותו, ונוכח נסיבות אותם אירועים וחלופ הזמן מאז, ניתן ללמוד על שינוי באופן התנהלותו. במקרים מעין אלה הכירה הפסיקה בכך שניתן גם להטיל מאסר שירוצה בדרך של עבודה צבאית, אף כאשר עסקין בחיילים המצויים בשירות צבאי (ר' למשל ע/88/14 [טור' אופיר קסוקר נ' התצ"ר](#) (2014)). על כן סברתי כי ראוי לנקוט עם הנאשם בדרך שבה יוטל עליו עונש מאסר לפרק זמן ממושך יותר מאשר אילו היה מוטל עליו עונש של

כליאה ממשית, ולקבוע כי ירוצה בדרך של עבודה צבאית. אציין כי גם בדרך זו יש משום ענישה משמעותית, שכן התקופה של ריצוי עונש המאסר אינה נמנית בתקופת שירותו של הנאשם, המלצת רמ"ד שיקום במקמצי"ר היא כי ירצה את העונש ביחידה **סגורה** והנאשם מתנתק במהלך תקופה זו מתפקידו ומיחידתו.

11. אשר לדרגתו של הנאשם, הרי שפסיקת בית הדין הצבאי לערעורים הבהירה לא אחת, כי יש מקום להורדה בדרגה של חיילים הנכשלים בעבירות סמים (ר' ע/67/09 **סמ"ר אלון שרעבי נ' התצ"ר** (2009)). יש לקוות כי ככל שימשיך הנאשם בשירות טוב ומועיל, ולא יסתבך בעבירות נוספות, יהא בכך כדי לסייע לו ברכישת דרגותיו מחדש.

על הנאשם יושתו איפוא העונשים הבאים :

1. שלושים (30) ימי מאסר בפועל שירוצו בדרך של עבודה צבאית, בהתאם לתנאים שנקבעו בחוות דעתה של רמ"ד שיקום במקמצי"ר. הנאשם יתייצב לריצוי עונש המאסר ביום 01/08/2016 עד השעה 10:30.
2. שלושה (3) חודשי מאסר מותנים למשך שלוש (3) שנים לבל יעבור הנאשם כל עבירה המנויה ב**פקודת הסמים המסוכנים** [נוסח חדש], התשל"ג - 1973 או עבירה לפי **חוק המאבק בתופעת השימוש בחומרים מסכנים**, התשע"ג - 2013.
3. חודשיים (2) מותנים למשך שנתיים (2) לבל יעבור הנאשם עבירה שעניינה סירוב להיבדק לשם גילוי שימוש בסמים מסוכנים לפי **סעיף 127א'** לחש"צ או עבירה של אי קיום הוראות לפי **סעיף 133** לחש"צ שעניינה אי קיום הוראות פ"מ 33.0220 (למעט שתיית משקה משכר).
4. הורדה לדרגת טוראי.

ניתן והודע היום, 27/7/2016, בפומבי ובנוכחות הצדדים והנאשם. זכות ערעור תוך 15 ימים.

(-)

שופטת

העתק נכון מן המקור
עו"ד יונתן רדה, סרן
ע. משפטי לנשיאת ביה"ד
חתימת המגיה
נערך על ידי א.מ.

תאריך הדפסה: 27/07/2016

בעניין עריכה ושינויים במסמכי פסיקה, חקיקה ועוד באתר נבו – הקש כאן

מאיה גולדשמידט 407/15-54678313
נוסח מסמך זה כפוף לשינויי ניסוח ועריכה