



בבית הדין הצבאי לערעורים

בפני :

אלוף דורון פיילס - הנשיא
תא"ל אורלי מרקמן - שופטת
אל"ם דוד סלומון - שופט

בעניין :

ר/XXX רב"ט ת' ס' – המערער (ע"י ב"כ, רס"ן (במיל') עדי אייזנר ; סרן ליאור
(עייש)

נגד

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

ובעניין :

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

נגד

ר/XXX רב"ט ת' ס' – המשיב (ע"י ב"כ, רס"ן (במיל') עדי אייזנר ; סרן ליאור (עייש)

ערעורים על פסק דין של בית הדין הצבאי המחוזי במחוז שיפוט המרכז שניתן
בתיק מרכז (מחוזי) 244/16 (סא"ל רונן שור – אב"ד ; סרן מיכאל ביבי – שופט ; סרן
רמי יעקב – שופט) ביום 28.9.2016. ערעור ההגנה (הכרעת הדין) וערעור התביעה
(קולת העונש) נדחו. ערעור ההגנה (חומרת העונש) התקבל.

פ ס ק - ד י ןמסגרת ההליכים

1. רב"ט ת' ס', **המערער**, הורשע לאחר שמיעת ראיות בשתי עבירות של הוצאת נשק מרשות הצבא, לפי סעיף 78 לחוק השיפוט הצבאי, התשט"ו-1955. ההרשעה נסבה על כך, שבמהלך חודש ינואר 2016 הוציא המערער מיחידתו X מחסניות לנשק מסוג M-16, טעונות בכדורים, והעבירן לידי אזרח אחר, וביום 19.5.2016, הוציא מיחידתו רימון הלם וX מחסניות לנשק מסוג M-16 טעונות בכדורים, במטרה להעבירם לידי האזרח.

בית הדין קמא השית על המערער ארבעה (4) חודשי מאסר לריצוי בפועל, מאסר מותנה והורדה לדרגת טוראי.

שני הצדדים לא השלימו עם פסק הדין. ההגנה ערערה הן כנגד **הכרעת הדין** והן כנגד **חומרת העונש**, ואילו התביעה ערערה כנגד **קולת העונש**. נדון תחילה בערעור ההגנה על הכרעת הדין.

הדיון בערעור ההגנה על הכרעת הדיןהשתלשלות העניינים ומהלך החקירה

2. להלן נסקור את הרקע לפתיחת החקירה ומהלכה, שלמעשה, לא היו שנויים במחלוקת –

א. ביום 19.5.16 נתפס המערער בתחנת הרכבת במודיעין, בדרכו מהבסיס לביתו, כשבתיקו רימון הלם וכן X מחסניות. המערער מסר לשוטר שהוזעק למקום, כי אינו יודע כיצד הגיעו הדברים לתיקו ולאחר תחקור ראשוני הובא למצ"ח.

ב. בחקירתו הראשונה במצ"ח, מסר המערער לסמל צ'רקסקי, **החוקר**, כי המחסניות הוצאו בכדי שלא תיגנבנה בבסיס וכי מצא את הרימון, באקראי, בחצר היחידה, בסמוך למגורי החיילים והוציאו בכדי שישמש לנוי בחדרו. המערער הסכים לחיפוש במכשיר הטלפון הנייד וחתם על טופס סטנדרטי, שלפיו הוא מסכים "שמצ"ח תבצע חדירה לחומר המחשב, לרבות חדירה נמשכת, לצורך עיון, הפקת פלטים... 'לצורך גילוי ראיה

בהליך פלילי". החוקר עיין במכשיר לפי מילות מפתח והחיפוש הסתיים ללא תוצאות.

ג. אשר למהלך החקירה הראשונה, ציין בית הדין קמא, כי מאחר שהחוקר סבר שאין מדובר בחשד להוצאת נשק, הוא נמנע מלתעד את החקירה בווידיאו. בית הדין פירט, כי:

"לדברי החוקר, הסביר לנאשם את נוסח האזהרה 'במילים יותר ברורות ולא בשפה הגבוהה בה הוא כתוב' ... וזאת בשל סברתו והבנתו מהנאשם כי לא יבין שפה משפטית אלא פשוטה... בחקירה הראשונה אמר לנאשם כי יוכל לשוחח עם עו"ד רק פעם אחת, וכי אינו חייב להתייעץ בתחילת החקירה אלא גם בהמשכה או בסופה".

ד. בסיום החקירה שוחרר המערער חזרה ליחידתו וקיבל לרשותו את מכשירו הנייד.

ה. מספר שעות לאחר ששב ליחידתו מהחקירה במצ"ח, תוחקר המערער על-ידי סגן מפקד הגדוד (להלן: הסמג"ד), שביקש לאתר "אמל"ח לא מפקח ולמנוע אירוע דומה, במיוחד על רקע גרסתו של הנאשם" (פסקה 7 להכרעת הדין). כעולה מהכרעת הדין בבית הדין קמא:

"הסמג"ד מצא כי הגרסה [של המערער] אינה סבירה ואינה אמינה... הוא מסר לנאשם כי בכוונתו לחפש אחר אמל"ח מופקר ביחידה וכי עדיף לטובתו שיאמר את האמת, גם בהיבט חומרת האירוע וגם בהיבט הענישה אם יסתבר כי שיקר... לאחר שתיקה קצרה, ביקש הנאשם להבטיח כי לא יידעו כי מסר את מקור הרימון. הסמג"ד נענה לבקשתו... סגן קידר [קצין נוסף מן היחידה] מסר, כי הנאשם חשש מעט במהלך התחקיר ונוכח התעקשותו של הסמג"ד שינה את גרסתו ביחס למקום מציאת הרימון ('ברוס' באחד החדרים). בשל דבקותו של הנאשם במניע להוצאת המחסניות, מוצה התחקיר ללא צעד פיקודי... סגן קידר... אישר כי נאמר נוסח דומה ל'אם תודה אני אשתדל לטפל בנושא ביחידה'".

ו. המערער שוחרר לביתו לחופשת סוף שבוע.

ז. בהמשך, ביום א', נקרא שוב להתייצב לחקירה. מעדותו של חוקר מצ"ח, עלה כי נוכח ממצאי התחקיר, שלפיהם הרימון לא נמצא מחוץ למגורים, אלא נלקח מ"ברוס" בחדר, זומן המערער לחקירה נוספת, בחשד כי גנב את

הפריט. ביחס לחקירתו השנייה של המערער במצ"ח, פירט בית הדין קמא את הדברים הבאים:

"בתחילת החקירה השנייה, הנאשם היסס באשר למימוש זכות ההיוועצות והחוקר מסר בפניו כי יוכל לממש את הזכות בכל שלב בחקירה ולא דווקא באותה עת, מבלי לכאורה שהגביל את זכותו להיוועצות באופן חד-פעמי. הנאשם הגיב כי יממשה 'בהמשך'. במעמד המעצר הודעה לנאשם שוב זכות ההיוועצות, הוא התלבט אם לשוחח עם עו"ד אם לאו והחוקר השיב כי זו החלטתו הבלעדית של הנאשם...

בחקירה השנייה – שלא תועדה באופן חזותי אף היא בשל טעותו של החוקר בהגדרת העבירה בנוסח האזהרה – נראה תחילה הנאשם מפוחד בשל חזרתו לחקירה, במהלכה החל לדמוע ובסופה נרגע. הנאשם מסר כי נטל את הרימון מ'ברוס' שהיה בחדר מגורים בבסיס, שכן 'הבנתי שעדיף לי להגיד את האמת כי זה יותר מקל וקל לי ובסוף יעלו על זה אז עדיף להגיד את זה' (ת/6 עמ' 2 ש' 4) וכי טעה בעת ששיקר בחקירתו הקודמת. לאחר שנשאל הנאשם מה תכנן לעשות עם הרימון החל החוקר בתשאול במסגרתו מסר הנאשם כי התכוון להחביא את הרימון ביער בכפרו, אך הכחיש כי תכנן להעביר או למכור את הרימון לאחר.

לאחר תיעוד הדברים באמרה וכיוון שהחוקר הטיל ספק בגרסתו של הנאשם בדבר המניע להוצאת הרימון החל תשאול שני. החוקר היה דומיננטי, הטיח בנאשם כי הוא משקר ושינה גרסאותיו... בכדי לערער את הנאשם, הסביר לו החוקר על אודות החוויה במתקן הכליאה... החוקר ביקש לברר כי הנאשם עקבי בגרסתו ובכדי להשיג שיתוף פעולה מצדו ביחס למטרה האמיתית בהוצאת הרימון, נקט בשפה בוטה ו'עממית' ומסר לו כי עד כה יצא הנאשם 'גבר' עמו; בנוסח המעיד על ערך הכבוד, שהוא לשיטת החוקר בעל ערך ממשי בעדתו של הנאשם...

הנאשם התוודה לבסוף הן בתכנון למסור את הרימון והמחשניות לאזרח והן מיוזמתו בהעברת כ-X מחשניות".

ח. כאשר הגיע המערער לחקירה השנייה הפקיד את מכשיר הטלפון הנייד בידי מצ"ח. כעולה מעדות החוקר ומתעודת עובד ציבור שהוגשה לבית הדין קמא, בסיום החקירה, לאור אי-חזרתו של המערער מן ההסכמה שמסר בעבר לחיפוש, הוחרם המכשיר, מתוך הנחה שהסכמה זאת עונדת בתוקפה. החיפוש נדרש בשל החשד לגניבת הרימון.

ט. בחקירה השלישית, שנערכה לאחר דיון בשאלת מעצר של המערער בבית הדין, נכתבה בכתב-ידו של המערער ותועדה חזותית, הוצגו למערער

ממצאים ממכשיר הטלפון הנייד. באותה חקירה טען המערער, כי הוציא את הרימון והמחסניות מארונות בחדר מגורים בבסיס על מנת להראותם להוריו.

י. מעיון בתוצרי החיפוש במכשיר הטלפון הנייד עולה, כי המערער התכתב עם חיילים אחרים אשר למחסניות (בימים 15.12.27-26), ולאחר מכן, כתב לאזרח בשם וורד מוהנא: "בגלל שאיחרת לבוא נשאר רק שתיים, אני היום בבית ומחר אני חוזר" וכי "אני נותן את זה למישהו שעשה לי טובה" (תרגום מערבית). בחלוף מספר שעות כתב המערער למוהנא: "המחסנית הזאת הוא היה נותן לי אותה אבל אני פשוט לא רציתי להחזיר לו ונטשתי את העניין ואמרתי אני לא מחזיר לו אני אתן לך אותה היום תעשה לי עוד טובה ותחזיר לי את הנשק לבסיס מבסיס אחר במקום שאני אסתבך ואעשה את זה ולא אגיע הביתה" ולאחר מכן: "אמרתי אני אחזיר לו למסכן", "אבל אני מתחנן שתבוא לקחת אתה לא רוצה".

יא. מהתכתבות נוספת עלה, כי המערער נשאל על-ידי מוהנא "הבאת?", והשיב "הבאתי אבל לא הרבה". מוהנא שואל: "ויש לך שלוש לא?" ונענה על-ידי המערער: "יותר אבל אני רוצה כוננות למקרה שיצאו עליי". מוהנא כותב: "טוב אקח 5 או 6, כמה אתה נותן לי?" ונענה על-ידי המערער "אין לי מושג כמה יש". בנוסף, ישנן התכתבויות על כך שמוהנא ייאסוף את המערער מתחנת תחבורה ציבורית, לרבות ביום שהמערער נתפס עם האמל"ח ברשותו.

עיקרי הכרעת הדין

3. ככלל, בית הדין קמא התרשם ממהימנותם של עדי התביעה ובהם החוקר והקצינים מן היחידה. בניגוד לכך, הסתייג בית הדין קמא הנכבד מעדותו של המערער, אשר טען בחקירה ראשית, כי ביקש להראות את אמצעי הלחימה להוריו ולאחיו ולהחזירם לבסיס, וקבע כי אין ליתן משקל לדבריו בבית הדין וכי בדומה, אין ליתן משקל לעדותו של מר מוהנא, עד ההגנה, אשר הכחיש קשר לאמל"ח שהוצא על-ידי המערער עובר למעצרו ובכלל.

4. בהמשך, נדרש בית הדין בהרחבה וביסודיות לטענות ההגנה כנגד קבילות האמרה השנייה ולמעשה, גם השלישית, וכנגד קבילות ממצאי החיפוש בטלפון הנייד. להלן נציג את עיקרי קביעותיו של בית הדין קמא ביחס לטענות המשפטיות שהעלתה ההגנה.

א. **התחקיר** – ההגנה לא חלקה על קבילותו של התחקיר, אך נטען על-ידיה, כי התחקיר פגם ברצונו החופשי של המערער, עובר לחקירה השנייה ובמהלכה. בית הדין קמא הנכבד קבע ביחס לתחקיר, כי "היה רצון אמיתי וכן מצד הסמג"ד להבין היכן 'מסתובב' אמל"ח ביחידה במטרה למנוע הוצאה נוספת של פריטים רגישים מתוככי הצבא. הבירור הפיקודי נערך לאחר שהנאשם כבר נחקר תחת אזהרה במצ"ח ושוחרר מן החקירה". אשר לטענות הקבילות בנוגע לחקירה השנייה במצ"ח, נפסק תחילה כי המערער שב על דבריו בחקירה הראשונה במצ"ח ביחס למניע להוצאת האמל"ח (השינוי בגרסת המערער בהקשר זה נעשה במהלך החקירה השנייה), וכי ההבדל בין דבריו של המערער בתחקיר לעומת דבריו בחקירה הראשונה, התמצה במקום ממנו נלקח רימון ההלם. עוד נקבע, כי:

"מכל מקום, נוצר חיץ בין התחקור שבוצע לנאשם לבין התוודותו בחקירה השנייה בדבר רצונו להעביר את האמל"ח לידי מוהנא. לא קיים קשר סיבתי ישיר וברור בין ההודאה בפני המפקד לבין ההודאה במצ"ח לפיה הוציא הנאשם את האמל"ח במטרה להעבירו לאזרח או באשר להוצאת תחמושת נוספת מרשות הצבא... לפיכך, אין בתחקיר שביצע הסמג"ד לנאשם כדי להשפיע או להשליך על קבילותה של האמרה השנייה בכל הנוגע לשאלה השנויה במחלוקת".

ב. **פגמים בחקירה הראשונה** והשפעתם על קבילותה ומשקלה של האמרה בחקירה השנייה – בית הדין קמא הנכבד קיבל את טענות ההגנה, שלפיה, היה על החוקר להזהיר את המערער בפתח החקירה הראשונה על-פי הנוסח הרשמי והמקובל וכן קיבל את טענת ההגנה, שלפיה לא היה מקום למסור למערער מראש כי קיימת לו זכות להיוועץ בסגור, אך זו מוגבלת להזדמנות אחת. בד בבד הוטעם, כי בפתח החקירה השנייה הוזהר המערער כנדרש וכי החוקר לא שב על דבריו, שלפיהם זכותו להיוועץ בסגור מוגבלת להזדמנות אחת. הוטעם, כי:

"זכות ההיוועצות כן ניתנה לנאשם והוא יכול היה לממש בכל שלב של החקירה. גם אם יכול היה הנאשם להבין מהחוקר כי קיימת לו זכות להיוועץ פעם אחת בעו"ד וכי לפיכך ביקש לממש רק בהמשך החקירה, הרי שלא ברור מדוע לא עשה כן... הודייתו של הנאשם בנקודה השנויה במחלוקת – הרצון להעביר את האמל"ח לידי האזרח – נולדה רק בשלב מתקדם של החקירה, והנאשם בחר שלא להיוועץ בעו"ד בכל שלב משלבי החקירה... וגם אם בחר לשוחח עם עו"ד רק בדיון הארכת המעצר בבית הדין, הרי שאין

במועד מימושה המאוחר של זכות ההיוועצות כדי ללמד על פסול מצדו של החוקר. גם נוסח האזהרה בחקירה השנייה היה כזה אשר הותיר לנאשם את האוטונומיה לבחור שלא לשתף פעולה עם החוקר בכלל וביחס לשאלת המניע להוצאת הרימון בפרט".

ג. **התנהלות החוקר במהלך החקירה השנייה** – בית הדין קמא הנכבד, קבע כממצאים שבעובדה, כי החוקר היה דומיננטי במהלך החקירה והטיח במערער כי הוא משקר. עוד נקבע, כי החוקר עמד בתשאול על החומרה הכרוכה בעבירה של הוצאת הציוד ועל טווח הענישה בגינה. בשלב מסוים בחקירה, תיאר החוקר למערער את החוויה בכלא ואף נקט שפה בוטה כלפי המערער. בעקבות דברים אלו, טענה ההגנה כי הסגנון שנקט החוקר היה בוטה ודורסני, וכי היה בו כדי לפגוע ברצונו החופשי של המערער בחקירה. בית הדין קמא הנכבד, לאחר שבחן את מכלול הדברים, בשים לב לממצאי המהימנות שנקבעו על-ידיו, ציין, כי:

"המדובר בחקירה אליה הגיע הנאשם מביתו ביום ראשון. החקירה החלה בשעה 12:50 ולאחר כארבעים דקות החל התשאול הראשון, בו נדונה שאלת המניע להוצאת הרימון. התשאול האחרון, שהוא המרכזי ובעל המשמעות, ארך כשעה והסתיים בשעה 16:00 לערך, אז התוודה הנאשם כי ביקש להעביר את הרימון לידי אזרח. פרק הזמן של החקירה היה, אם כן, קצר באופן יחסי. גם אם החוקר היה דומיננטי בחקירה והטיח בו בתחילה כי הוא משקר, ואף אם עיקר השיח נעשה מצידו של החוקר – לא ניתן להסיק כי המדובר בשיטת תחקור בלתי הוגנת... אכן, סביר להניח כי הנאשם היה נתון בלחץ עקב הגעתו לחקירה וכי החוקר הכביד על הנאשם במהלכה. אולם, מכאן ועד 'שבירת רוחו של הנחקר' ו'טמטום חושי' – רחוקה הדרך".

ד. **דוקטרינת הפסילה הפסיקתית** – לאחר כל אלה, נפנה בית הדין קמא הנכבד לבחון את טענת ההגנה, שלפיה אין לקבל את דבריו של המערער בחקירה השנייה אף מכוח דוקטרינת הפסילה הפסיקתית. בהקשר זה בחן בית הדין קמא את הפגמים בחקירה הראשונה, את הטענות ביחס להתנהלות החוקר בחקירה השנייה ואף את **היעדר התייעוד החזותי** לחקירות, חרף המתחייב על-פי דין (חוק סדר הדין הפלילי (חקירת חשודים), התשס"ב-2002).

ה. בית הדין קמא מצא לדחות את טענות ההגנה בהקשר זה, בהטעימו כי:

"הפגם שנפל באזהרתו של הנאשם בפתח החקירה השנייה, כמו גם האמירה הבוטה שהפנה החוקר לנאשם

– אין בהם משום סטייה חמורה מכללי החקירה או פגיעה מהותית בזכותו של הנאשם להליך הוגן וביכולתו לבחור שלא למסור את ההודיה לעניין קשריו עם האזרח בנושא האמל"ח... חקירתו של הנאשם אינה חפה מפגמים, אך להשקפתנו 'פגמים אלו, גם בהצטברם, אינם יורדים לשורשו של עניין על פי המבחן הכפול הנוהג לעניין קבילות ההודעה ואינם מצדיקים את פסילתה'... בנסיבות העניין, מצאנו כי היעדר התייעוד החזותי לא הוביל לעיוות דין בעניינו של הנאשם... האמרה משקפת היטב את אופן התפתחות החקירה והשתלשלות העניינים במהלכה. לא נטען, כי הדברים שנרשמו באמרה עצמה אינם משקפים את גרסת הנאשם, אלא החיצים הופנו כלפי הסיבה למסירתה".

ו. לאור האמור, מצא בית הדין קמא לייחס משקל של ממש לאמרתו של המערער בחקירה השנייה, תוך שהוא מפרט את הדברים הבאים:

"יש להעניק משקל של ממש לאמרה השנייה שמסר הנאשם במצ"ח... התוודותו של הנאשם הן ביחס למטרה בהוצאת האמל"ח והן ביחס להוצאת המחסניות בהזדמנות קודמת, ניתנה לאחר ובעקבות תשאולים שנערכו לנאשם ואשר בחוקיותם דנו לעיל. הנאשם מסר פרטים מדויקים באשר לאזרח, חברו מילדות, הקשור לאמצעי הלחימה. ודוק: הנאשם מסר את פרטיו של האזרח עוד קודם שהיו בידי גורמי החקירה ההתכתבויות ממכשיר הטלפון הנייד של הנאשם, שלימדו על הקשר בין השניים... יתרה מכך, המדובר בפרט מוכמן שלא היה בידיעת מצ"ח באותה עת... ולא ברור מדוע יפליל הנאשם הפללת שווא דווקא את חברו הטוב. הנאשם סיפר, כי עמד בקשר עם האזרח ביום בו נתפס בכף עם אמצעי הלחימה וכי השיחה נסובה סביב הבאת המחסניות, תוך שהנאשם מבחין בינן לבין הרימון ... [ו]נמנע מלאשר כי במניע פלילי עסקין. הנאשם אף הכחיש כי האזרח מסר תמורה עבור אמצעי הלחימה. הוא לא הפרז בדבריו באשר להוצאתם של אמצעי הלחימה והיקפם ותחם את הודאתו באשר לסוג האמל"ח, היקפו ומועדיו. בנוסף, תיאר כיצד איתר בעבר את המחסניות, אותן העביר בסופו של יום לאזרח. לא למותר לציין, כי הנאשם הביע צער על ביצוע העבירה וכי הביע בחקירה מחוות גופניות המלמדות על כי ההודאה אותנטית וכנה... עסקין, אם כן, באמרה עשירה בפרטים, הגיונית, סדורה ועקיבה".

ז. בהמשך, נדרש בית הדין קמא לסוגיית התוספת הראייתית המאמתת, כנדרש על-פי הדין. במסגרת בחינה זו, פנה בית הדין לדון בטענות ההגנה כנגד **אי חוקיות החיפוש בטלפון הנייד והטענה לאי חוקיות ממצאי החיפוש**. כאמור, בחקירה הראשונה הסכים המערער לביצוע חיפוש

ולחדירה נמשכת לחומר מחשב. נקבע, כי "מסר הסכמה מלאה ולא מסויגת והובהר לו כי באפשרותו לחזור בו מהסכמתו בכל עת בטרם ביצוע החיפוש", וכי "החיפוש ייערך ללא נוכחותו וללא נוכחות עדים שאינם שוטרים צבאיים". החוקר עיין בתכתובות במכשירו הנייד (מרביתן בשפה הערבית), מהן לא עלה דבר ובסיום החקירה הוחזר למערער מכשיר הטלפון הנייד. בחקירה השנייה נלקח שוב מכשיר הטלפון הנייד של המערער. נקבע, כי החוקר לא דן עם המערער באפשרות כי ייערך חיפוש נוסף במכשיר. מחיפוש שנערך במכשיר, עלו ממצאים הקושרים את המערער לעבירות המיוחסות לו, בדמות התכתבויות שערך עם האזרח מוהנא.

ח. בית הדין קמא קיבל את טענות ההגנה ביחס לאי חוקיות החיפוש במכשיר הטלפון הנייד, תוך שהוא מטעים את הדברים הבאים:

"הסכמה לחדירה לחומר מחשב, לרבות חדירה נמשכת, משמעה היא כי כאשר המכשיר מצוי ברשות גורמי החקירה, לאחר שהמחזיק הביע הסכמה מדעת לחיפוש בו, ביכולתם לבחור את העיתוי המדויק בו יבצעו את החיפוש. החדירה הנמשכת פירושה, כי החדירה יכולה להתחיל בעת מסוימת ולהימשך בעת אחרת, כל עוד ההסכמה עומדת בתוקפה (או ניתן צו שיפוטי מתאים). אולם, הדברים שונים כאשר החקירה מסתיימת ומכשיר הטלפון הסלולארי מוחזר לנחקר... לשיטתנו, **היתר לעריכת חיפוש הוא קצוב ותוקפו פג כאשר חל אירוע מנתק**. מקום בו המכשיר הנייד הוחזר לבעליו, חלף פרק-זמן והיחידה החוקרת מבקשת **לשוב ולתפוס את המכשיר הנייד**, לערוך בו חיפוש ולחדור לחומר האצור בקרבו – עליה **לשוב ולבקש** את הסכמת המחזיק או לפנות לקבלת צו שיפוטי" (הדגשות במקור).

ט. אשר לנפקות הפגם שנפל בחיפוש במכשיר הטלפון הנייד על ממצאי החיפוש, לאחר שבית הדין קמא עמד על המבחנים לפסילת הראייה במסגרת דוקטרינת הפסילה הפסיקתית, נקבע, כי מאחר שהפגם בפעולות החוקר לא היה חמור בנסיבות העניין ולאור "הפגיעה המשמעותית באינטרס הציבורי שתיגרם כתוצאה מאי-קבלתן של הראיות שהופקו כתוצאה מהחיפוש במכשיר הטלפון הסלולארי של הנאשם" – אין להורות על פסילת החיפוש שנערך במכשירו של המערער ויש לקבל את תוצרי החיפוש כראיה במשפט. בית הדין קמא הדגיש, כי מדובר בחיפוש, שנערך לאחר שהמערער מסר בחקירה קודמת הסכמה מלאה ומודעת לקיום החיפוש במכשיר, בתום חופשה בביתו וכי המערער לא חזר בו, בשום שלב, מהסכמתו. עוד נקבע, כי החוקר הסתמך בתום-לב על הסכמתו הקודמת

של המערער וכי המערער עצמו, עוד בחקירה השנייה, קישר בין החשדות בעניינו לבין מכשיר הטלפון הנייד. בית הדין אף ציין, כי עסקין בראיות חפציות, "שאמינותן אינה שנויה במחלוקת והן בעלות קיום עצמאי ונפרד מהפגם שהיה כרוך בהשגתן", משכך, ונוכח חומרת העבירות המיוחסות למערער, יש לקבוע כי "אין המדובר בפגם חמור היורד לשורשו של עניין".

י. בהתאם, ונוכח התרשמותו השלילית מן ההסברים שסיפקו המערער והאזרח, מר מוהנא, להתכתבויות שנמצאו במכשיר הטלפון הנייד, מצא בית הדין כי אלה מהוות ראיה מאמתת, כנדרש, לאמרתו השנייה של המערער בחקירה. בית הדין קמא הנכבד הפנה גם לדבריו של המערער בעדותו בבית הדין, שם אישר את קשריו עם מר מוהנא ואף מסר כי יצר עמו קשר בעבר וביום האירוע. אף בכך מצא בית הדין תמיכה להודאה, שלפיה תכנן להעביר את אמצעי הלחימה למר מוהנא ועשה כן גם בעבר.

ערעור ההגנה

5. בערעורה כנגד הכרעת הדין, שבה ההגנה על טענותיה כנגד קבילות אמרתו של המערער בחקירה השנייה ואף כנגד משקלה. בתמצית נציין, כי נטען, שהפגמים בחקירה הראשונה והשנייה, ובהם: היעדר התייעוד החזותי; נוסח האזהרה הלקוי בחקירה הראשונה; ההודעה שניתנה בחקירה הראשונה, ולפיה זכות ההיוועצות מוגבלת לפעם אחת; השלכות התחקיר ביחידה; והתנהגות החוקר בחקירה השנייה – בכל אלה יש כדי להוביל לפסילת האמרה השנייה כראייה.
6. עוד נטען, לראשונה, כי עובר לחקירתו הראשונה, המערער עוכב למשך פרק זמן החורג מן המותר ואף לכך משמעות ראייתית בהקשר זה.
7. ההגנה שבה על עמדתה, שלפיה החיפוש במכשיר הטלפון הנייד של המערער פסול והפנתה בעניין זה לפסק הדין של בית הדין הצבאי לערעורים מן העת האחרונה, בעניינו של **רב"ט סיגאווי** (ע/24/15 **רב"ט סיגאווי נ' התובע הצבאי הראשי** (2016)). נטען גם, כי נוכח טיבו של הפגם ואף במצטבר לליקויים אחרים, יש לפסול את ממצאי החיפוש במכשיר הטלפון הנייד כראייה.
8. בהתאם, עתרה ההגנה לזכות את המערער מהאשמות ולחילופין, להרשיעו בעבירה אחרת, שאינה גוררת "רישום פלילי מלא".

עמדת התביעה

9. התביעה סמכה ידיה על קביעותיו של בית הדין קמא ועתרה להותיר את פסק הדין על כנו. התביעה לא חלקה על הקביעה, כי אכן נפלו פגמים בחיפוש במכשיר הטלפון הנייד, או מן הפגם שנפל בנוסח האזהרה ובאופן ההודעה על היקף הזכות להיוועץ בסנגור בחקירה הראשונה. בדומה, אף התביעה סברה כי, בנסיבות המקרה ונוכח הכללים המקובלים, לא היה מקום לערוך תחקיר ביחידה.

10. עם זאת, נטען כי בהתאם להלכה הפסוקה, אין מקום לשלול את קבילות ההודיה, שנגבתה מן המערער בחקירה השנייה. הוטעם, כי על-פי ממצאי המהימנות שקבע בית הדין קמא – הוכח, במידה הנדרשת, כי ההודיה ניתנה באופן חופשי ומרצון וכי אף התנאים לתחולתו של כלל הפסילה הפסיקתית לא התקיימו. התביעה טענה כי יש לבחון את התמונה הכוללת, את חומרת העבירות שיוחסו למערער, את מעמדו של אינטרס הציבור ואת התנהלותו של המערער בחקירה וכי מכלול הנתונים מחייב לדחות את עתירת ההגנה.

11. בנוגע לתחקיר, שבה התביעה והפנתה לפרק הזמן שחלף בינו לבין החקירה הראשונה ואף הדגישה, כי המערער אמנם הצביע בתחקיר על מקום אחר, ממנו לקח את רימון ההלם, אך לא פירט באותו השלב על מסירת האמל"ח לאזרח ואף לא על ההזדמנויות הקודמות שבהן הוציא אמל"ח מן היחידה. בדומה נטען, כי המערער הזכיר בעצמו ומבלי שהדבר היה ידוע לגורמי החקירה, כי שוחח עם האזרח, מר מוהנא, באמצעות מכשיר הטלפון הנייד, עוד בטרם נערך החיפוש במכשיר. אשר לזכות ההיוועצות ולנוסח האזהרה, התביעה שבה והדגישה כי המערער הגיע לחקירה מביתו ומכל מקום, נטען, כי בפתח החקירה השנייה הועמד המערער על נוסח האזהרה המקובל ובמסגרתו הובהרה לו שוב זכותו להיוועץ בסנגור, בכל שלב בחקירה. נטען גם כי להיעדר התייעוד אין נפקות של ממש, בין היתר, נוכח העובדה, כי ההגנה לא טענה לפערים בין מהלך החקירה בפועל, לבין תיעוד החקירה באמרה ובמסמך שערך החוקר בנושא. כמו כן, אף להתנהלות החוקר בחקירה, אין ליתן משקל של ממש וכי חקירה פלילית, מעצם טיבה, נועדה לעמת את הנחקר ולהקשות עליו. התביעה אף ציינה, כי אין מקום לבחון את טענות ההגנה כנגד פרק הזמן שבו היה המערער מעוכב לחקירה, מאחר שאלה לא נטענו במהלך המשפט וממילא לא התבררו דיין.

12. בסופו של דיון, נטען, כי לדידה של התביעה, יש להותיר את הרשעתו של המערער על כנה וכי אף ללא ממצאי החיפוש במכשיר הטלפון הנייד, נוכח משקלה של ההודיה, דבריו של המערער בעדות וההתרשמות השלילית מהם, כמו גם עצם עיכובו בתחנת הרכבת, כשבכליו רימון הלם ומחסניות, מבלי שהיה לו היתר לשאת

אותם ובוודאי לא להוציאם אל מחוץ ליחידה – קיימת תשתית ראייתית מתאימה להרשעתו במיוחס לו.

בחינת הדברים

כללי

קבילותה של הודיה – המבחן הסטטוטורי

13. כידוע, קבילותה של הודאה נבחנת על פי מבחן כפול: האחד, **המבחן הסטטוטורי** המעוגן בסעיף 12(א) לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"ג – 1973, שלפיו הודאה תהא קבילה אם הוכח כי הייתה "חופשית ומרצון"; והשני, המכונה **דוקטרינת הפסילה הפסיקתית**. נקבע, לאורך שנים, כי המבחן הסטטוטורי –

"שם את הדגש על נסיבות מתן ההודאה ועל השאלה האם הפגיעה בזכויותיו של נותן ההודאה בחקירה גרמה בפועל לפגיעה מהותית וחמורה באוטונומיה שלו וביכולתו לבחור שלא להודות" (ע"פ 3237/15 **יהודה נ' מדינת ישראל** (טרם פורסם, 1.6.2016), להלן: עניין יהודה; ראו גם: ע"פ 7090/15 **ח'ליפה נ' מדינת ישראל** (טרם פורסם, 25.8.2016); ע"פ 10477/09 **מובארק נ' מדינת ישראל** (טרם פורסם, 10.4.2013)).

הוטעם, כי:

"לא כל פגיעה בזכות מוגנת של הנחקר תוביל לפסילת קבילות הודאתו מכוחו של סעיף 12 לפקודה, אלא רק כזו שגרמה בפועל לפגיעה חמורה בחופש הבחירה ובאוטונומיית הרצון שלו, הכול בהתאם לנסיבותיו של כל מקרה לגופו... עוד יובהר כי סעיף 12 לפקודה עוסק בפסילת הודאה עקב לחצים חיצוניים שהופעלו על הנחקר והשפיעו על חופשיות רצונו, בשונה מלחצים פנימיים שבנפשו שעשויים היו להוביל למסירת הודאת שווא, אשר נבחנים במישור משקל ההודאה" (ע"פ 7939/10 **זדורוב נ' מדינת ישראל**, פסקה 48 (טרם פורסם, 23.12.2015)).

קבילותה של הודיה – המבחן הפסיקתי

14. בצד המבחן הסטטוטורי התפתחה דוקטרינת הפסילה הפסיקתית, שמקורה בהלכת יששכרוב (ע"פ 5121/98 **יששכרוב נ' התובע הצבאי הראשי** פ"ד סא(1) 461 (2006)). דוקטרינה זו אינה מוגבלת לבחינת קבילותה של הודיה, והיא מהווה אמת

מידה לבחינת קבילותן של כלל הראיות שהושגו במהלך החקירה. אשר לטיבה והיקפה של הדוקטרינה, נקבע כי:

"מדובר בעילת פסילה שבשיקול דעת בית המשפט, אשר תופעל כאשר מגיע בית המשפט למסקנה שההודאה נגבתה שלא כדין וקבלתה במשפט תיצור פגיעה מהותית בזכותו של הנאשם להליך פלילי הוגן החורגת מגדריה של פסקת ההגבלה... התנאים לתחולת דוקטרינת הפסילה החוקתית הם שהראיה הושגה שלא כדין (באמצעי חקירה המנוגדים להוראה הקבועה בחקיקה או בנוהלים מחייבים, באמצעי חקירה בלתי הוגנים או באמצעי חקירה הפוגעים שלא כדין בזכות-יסוד מוגנת) - ושקבלתה במשפט תפגע משמעותית בזכותו של הנאשם להליך הוגן שלא על-פי גדריה של פסקת ההגבלה... קווים מנחים להפעלת שיקול הדעת לפי דוקטרינת הפסילה הפסיקתית הם, בין השאר אופייה וחומרתה של אי החוקיות שהיתה כרוכה בהשגת הראיה... מידת ההשפעה של אמצעי החקירה על הראיה שהושגה... ובחינת הנזק מול התועלת החברתית הכרוכים בפסילת הראיה" (עניין **מובארק** הנ"ל, בפסקה 39).

15. בבסיסה של דוקטרינת הפסילה הפסיקתית של הראייה – מצוי "המודל המניעתי", שלפיו תכליתה של פסילת הראיה היא למנוע פגיעה שלא כדין בזכות להליך הוגן, עקב קבלת הראיה במשפט (ראו עניין **יששכרוב**, בעמ' 75-76). בהתאם, בואר, כי:

"כלל הפסילה שגובש בפרשת **יששכרוב** אינו נשען על 'המודל המתקן' (שעניינו בגישה ההרתעתית-חינוכית, ולפיו פסילת הראיה מהווה סעד מתקן בגין פגיעה שלא כדין בזכות מוגנת של הנאשם, שהתרחשה בעת השגת הראיה). עניינו הוא הימנעות מקבלת ראיה שהושגה באמצעים בלתי חוקיים, בלתי הוגנים, או באמצעים הפוגעים שלא כדין בזכות יסוד מוגנת של הנחקר, באופן הפוגע בזכותו להליך הוגן. **בהיעדר זיקה** בין הודאת המערערת לבין הפגם שנפל בחיפוש, אין תחולה לכלל הפסילה הפסיקתית" (ע/16/14 **טור' כהן נ' התובע הצבאי הראשי** (2016), בפסקה 82).

16. אשר לזיקה בין הפגם שנפל ("אי החוקיות") לבין זכותו של נאשם להליך הוגן, נקבע בהלכה הפסוקה, כי יש להראות **קשר סיבתי, עובדתי ומשפטי**, בין הפסול לבין הראייה שהושגה. יפים לכאן דבריו של בית המשפט העליון **בהלכת פרחי**:

"דוקטרינת פירות העץ המורעל לא אומצה בשיטתו המשפטית, ומשכך נקודת המוצא היא כי, ככלל, ראייה נגזרת תהא קבילה במשפט. לצד זאת, נקבע בפסיקה כי ראיות נגזרות לא תהינה חסינות מפני פסילה, אלא בית

המשפט יפעיל את שיקול דעתו בכל מקרה לגופו על פי נסיבותיו. כך, שבאותם מקרים בהם קבלת הראייה הנגזרת תוביל לפגיעה בלתי מידתית בזכות הנאשם להליך הוגן, יורה בית המשפט על פסילתה... בהמשך ישיר לכך, נקבע בפסק הדין נשוא העתירה כי **הצדקה לפסילת ראייה נגזרת תקום רק באותם מקרים בהם קיים קשר סיבתי בין קיומה של הראייה הראשית לבין אפשרות השגתה של הראייה הנגזרת. בנוסף, פסלות הראייה הנגזרת תישקל בשים לב לקיומה של סיבתיות משפטית. קרי, זיקה מהותית בין הפסול שנפל בראייה הראשית לבין הראייה הנגזרת.** בהקשר זה צוין, כי יש להבחין בין שני סוגי תרחישים: מקרה אופייני לסוג המקרים הראשון, הוא מקרה בו במסגרת חיפוש בלתי חוקי נמצא כלי נשק, ובעקבות זאת מוזמן החשוד לחקירה שבמסגרתה הוא מוסר הודאה באופן חופשי ומרצון. מקרה אופייני לסוג המקרים השני, הוא מקרה בו במסגרת חיפוש בלתי חוקי נתפס מסמך מפליל. חלף הגשתו של אותו מסמך כראייה בוחרת המשטרה לצלם אותו ולהגיש את ההעתק לבית המשפט. בית המשפט הסביר כי במקרה הראשון ניתק הקשר הסיבתי בין החיפוש הבלתי חוקי לבין ההודאה שהיא בעלת מאפיינים עצמאיים ונמסרה מרצונו החופשי של החשוד. לעומת זאת, במקרה השני, הפסול שנפל בראייה הראשית מכתים את הראייה הנגזרת עד לשורשה ומצדיק את פסילתה" (דנ"פ 5956/11 **פרחי נ' מדינת ישראל** (טרם פורסם, 31.5.2012); וראו גם: ע"פ 4988/08 **פרחי נ' מדינת ישראל**, פ"ד סה(1) 626 (2011)).

17. ודוקו: אף אם נמצא כי הראייה הושגה שלא כדין וקיימת זיקה עובדתית ומשפטית בין הפגם לבין הראייה, אין בכך כדי להביא לפסילת הראייה מניה וביה, ועל בית המשפט להמשיך ולבחון מהי נפקות הפגם שנפל. הוטעם, כי דוקטרינת הפסילה הפסיקתית היא דוקטרינה של "בטלות יחסית" ומשכך "לא כל סטיה מכללי החקירה ולא כל אמצעי שהופעל בחקירה, גם אם אינם מקובלים על בית המשפט, יביא לפסילת הראייה" (עניין **יששכרוב** לעיל, בעמ' 563). בהתאם, נקבע, כי "נוסחת האיזון העקרונית... מחייבת כי ראייה שהושגה שלא כדין תיפסל רק אם נוכח בית-המשפט לדעת כי **קבלתה במשפט תוביל לפגיעה משמעותית בזכות להליך פלילי הוגן**" (ראו עניין **כהן** לעיל, בפסקה 68). בהקשר זה יש לבחון את אופייה וחומרתה של אי החוקיות שהייתה כרוכה בהשגת הראייה, את מידת ההשפעה שהייתה לאי החוקיות על אמינותה של הראייה, ואת הנזק שייגרם מפסילת ההודאה לעומת התועלת שתצמח מכך (עניין **יהודה** לעיל, בפסקה 4 לפסק-דינה של השופטת חיות).

בחינת הפגמים בחקירה והשלכותיהם במסגרת דוקטרינת ה"הגנה מן הצדק"

18. כידוע, לצד ובנפרד ממבחני הפסילה, כמפורט לעיל, יש לבחון את נפיקותו של הפסול אף במשקפיה של "דוקטרינת ההגנה מן הצדק" (ראו עניין **מובארק** לעיל, בפסקה 153), שבבסיסה האינטרס החברתי להבטיח קיומו של הליך פלילי הוגן, ותכליתה ליתן סעד הולם מקום שבו "נגרמה פגיעה חריפה או ממשית בתחושת הצדק וההגינות" (ראו סעיף 351(ב)(6) לחוק השיפוט הצבאי, תשט"ו-1956 וסעיף 149(10) לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982).

19. בפסק הדין המרכזי בנושא, בעניין **בורוביץ**, נקבע מבחן תלת שלבי להחלת יישומה של ההגנה מן הצדק:

"שאלת החלטה של הגנה מן הצדק על מקרה נתון טעונה **בחינה בת שלושה שלבים: בשלב הראשון על בית-המשפט לזהות את הפגמים שנפלו בהליכים שננקטו בעניינו של הנאשם ולעמוד על עוצמתם, וזאת, במנותק משאלת אשמתו או חפותו. בשלב השני על בית-המשפט לבחון אם בקיומו של ההליך הפלילי חרף הפגמים יש משום פגיעה חריפה בתחושת הצדק וההגינות.** בשלב זה, נדרש בית-המשפט לאזן בין האינטרסים השונים... תוך שהוא נותן דעתו לנסיבותיו הקונקרטיות של ההליך שבפניו. בתוך כך עשוי בית-המשפט לייחס משקל, בין היתר, לחומרת העבירה המיוחסת לנאשם; לעוצמת הראיות (הלכאוריות או המוכחות) המבססות את אשמתו; לנסיבותיהם האישיות של הנאשם ושל קורבן העבירה; למידת הפגיעה ביכולתו של הנאשם להתגונן; לחומרת הפגיעה בזכויות הנאשם ולנסיבות שהביאו לגרימתה; למידת האשם הרובץ על כתפי הרשות שפגעה בהליך או בנאשם, וכן לשאלה אם הרשות פעלה בזדון או בתום-לב. ברי כי בגיבוש האיזון בין השיקולים הנגדיים ייחס בית-המשפט לכל אחד מהשיקולים את המשקל היחסי הראוי לו בנסיבותיו הקונקרטיות של המקרה הנתון. כך, למשל, ככל שמעשה העבירה חמור יותר, יגבר משקלו של האינטרס הציבורי שבהעמדה לדין; וככל שמעשה הרשות שערורייתי יותר ופגיעתו בנאשם ובזכויותיו חמורה יותר, יגבר משקלו של האינטרס הציבורי שבשמירת זכויותיו של הנאשם ובריסון כוחה של הרשות.

בשלב השלישי, מששוכנע בית-המשפט כי קיומו של ההליך אכן כרוך בפגיעה חריפה בתחושת הצדק וההגינות, עליו לבחון האם לא ניתן לרפא את הפגמים שנתגלו באמצעים יותר מתונים ומידתיים מאשר ביטולו של כתב-האישום... בין היתר, עשוי בית-המשפט לקבוע, כי הפגיעה שנגרמה לנאשם, אף שאינה מצדיקה את ביטול כתב-האישום שהוגש נגדו, מצדיקה היא את ביטולם של אישומים ספציפיים, או תהא

ראויה להישקל לטובתו בקביעת עונשו, אם יורשע" (ע"פ 4855/02 **מדינת ישראל נ' בורוביץ**, פ"ד נט(6) 776 (2005) ההדגשות הוספו, וראו עניין **מובארק** לעיל ועניין **כהן**, פסקאות 86-90).

20. הוטעם, בעניין הסעד הראוי בעקבות תחולתה של הגנה מן הצדק, כי מששוכנע בית המשפט שקיומו של ההליך אכן כרוך בפגיעה חריפה בתחושת הצדק וההגינות, עליו לבחון אם לא ניתן לרפא את הפגמים שנתגלו באמצעים מתונים ומידתיים יותר מאשר ביטולו של כתב האישום. כך למשל נקבע, כי:

"בין היתר, עשוי בית המשפט לקבוע כי הפגיעה שנגרמה לנאשם, אף שאינה מצדיקה את ביטול כתב-האישום שהוגש נגדו, מצדיקה היא את **ביטולם של אישומים ספציפיים**, או תהא ראויה **להישקל לטובתו בקביעת עונשו**, אם יורשע. כן עשוי בית-המשפט לקבוע כי תיקון הפגיעה יכול שיעשה במסגרת בירורו של המשפט, כגון **בבירור שאלת קבילותה של ראיה שהושגה תוך שימוש באמצעים פסולים**" (עניין **בורוביץ**, עמ' 808-807, ההדגשות הוספו; ראו גם: ע"פ 1292/06 **תורק נ' מדינת ישראל** (טרם פורסם, 20.7.2009)).

21. שאלה נוספת שנדונה בפסיקה עניינה באפשרות, כי במסגרת הגנה מן הצדק, מוסמך בית המשפט, בגדר אותם אמצעים מתונים יותר מביטול כתב אישום, אף להמיר סעיף אישום המופיע בכתב האישום לסעיף אישום אחר (ראו: חוות דעתה של כב' השופטת ברק-ארז בע"פ 5975/14 **אגבריה נ' מדינת ישראל** פסקה 22 (טרם פורסם, 31.12.2015); רע"פ 6091/11 **פלוני נ' התובע הצבאי הראשי**, פסקה 9 (טרם פורסם, 27.2.2012); עניין **מובארק** לעיל, פסקה 155; ע/124/10 **סמ"ר אסמאעיל נ' התובע הצבאי הראשי** (2011)).

22. נפנה, אפוא, לבחון את טענות ההגנה ועמדת התביעה, בראי המבחנים והכללים, כפי שהותוו בהלכה הפסוקה.

מן הכלל אל הפרט

23. בטרם נפנה לבחון את הפגמים, שעליהם הצביעה ההגנה, נזכיר, כי אין דרכה של ערכאת הערעור להתערב בממצאי מהימנות אשר נקבעו על-ידי הערכאה הדיונית, וזאת, נוכח העדיפות הברורה המסורה לערכאה זו כמי שהתרשמה באופן בלתי אמצעי מן העדים שבאו בפניה (ע"פ 437/13 **אלחיאני נ' מדינת ישראל** (טרם פורסם, 24.8.2015); ע"פ 2177/13 **פלוני נ' מדינת ישראל** (טרם פורסם, 9.7.2015)). למעשה,

במקרה דנן, ההגנה לא חלקה על ממצאי המהימנות והתשתית העובדתית שנקבעה בעקבותיהם ואף אנו, לאחר בחינת הדברים, לא מצאנו יסוד להתערב בממצאי העובדה שקבעה הערכאה קמא.

קבילות ההודיה בחקירה השנייה

א. חריגה מפרק הזמן לעיכוב ביום 19.5.2016

24. לא ניתן לקבל את טענות ההגנה בנושא ולו מן הטעם שטענה זו, אשר הועלתה לראשונה בערעור, לא התבררה בפני הערכאה הדיונית. למעשה, בהתאם לגדר הכפירה שמסר המערער, לא הובאו כל העדים הרלוונטיים לבירור בנושא לעדות, ואף אלה שמסרו עדויותיהם לא נחקרו בעניין. משכך, אין בידינו להידרש לטענה (ראו: ע"פ 747/86 אייזנמן נ' מדינת ישראל, פ"ד מב(3) 447 (1988), ע"פ 2869/09 זינאתי נ' מדינת ישראל (טרם פורסם, 9.11.2011)).

25. עוד יש לציין, כי המערער נתפס נושא אמל"ח ללא רשות בתחנת הרכבת במודיעין, שם המתין עד להגעתם של נציגים מן היחידה, שמטבע הדברים, לא נערכו לכך מראש, על מנת שילוו אותו חזרה ליחידה ולאחר מכן, בתיאום מול מצ"ח, אל גורמי החקירה.

ב. נוסח האזהרה שונה

26. כאמור, נקבע כי עובר לפתיחת החקירה הראשונה, הסביר החוקר למערער את נוסח האזהרה "במילים יותר ברורות ולא בשפה הגבוהה בה הוא כתוב" (פסקה 11 להכרעת הדין). כידוע, "האזהרה אינה אלא כלי לוודא שהחשוד מודע לזכותו לשתוק" (ע"פ 1382/99 בלחניס נ' מדינת ישראל (טרם פורסם, 1.11.1999)). בהתאם נפסק, כי:

"מזכות השתיקה נגזרת חובת החוקר להבהיר לחשוד טרם שימסור גירסתו, כי אין הוא חייב לומר דבר, וזאת על מנת לוודא כי הוא ער לזכותו הבסיסית לשתוק, וכן על מנת לוודא כי ויתר במודע ומתוך רצון חופשי על זכות זו בעת מסירת אימרתו" (ע"פ 10049/08 אבו עזא נ' מדינת ישראל, פסקה 113 (טרם פורסם, 23.8.2012)).

27. יש לקבוע, כי אכן ראוי היה להציג למערער את נוסח האזהרה הפורמלי, המקובל ולאחריו, תוך שהוא מוודא כי המערער מבין את זכויותיו, לבאר את הדברים. עם זאת, בנסיבות העניין ונוכח ממצאי העובדה, שקבעה הערכאה קמא, המערער היה ער לזכות השתיקה ואף לזכותו להיוועץ בעורך דין, אין לקבוע כי

לפנינו פגם, שפגע ברצונו החופשי, ואף לא פגם שכרסם בזכותו להליך הוגן. זאת ועוד, מאחר שטענות ההגנה כווננו נגד דבריו של המערער בחקירה השנייה, אשר ניתנה בחלוף סוף השבוע ולאחר אזהרה בנוסח הרשמי והמקובל – ממילא אין קשר סיבתי עובדתי או משפטי בין הפגם הנטען לבין ההודיה בחקירה השנייה.

ג. הגבלת הזכות להיוועץ בעורך דין

28. בפתח הדברים נטעים, כי לא היה ראוי להודיע למערער, מראש, כי זכותו להיוועץ בסגור בחקירה הראשונה מוגבלת להזדמנות יחידה ואף התביעה לא חלקה על כך.

29. כידוע, סעיף 34 לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים), התשנ"ו-1996, מסדיר את זכותו של עצור להיפגש עם עורך-דין ולהיוועץ בו. בית המשפט העליון עמד בהרחבה על חשיבותה ועל מעמדה הרם של זכות היוועצות בסגור והטעים כי תכליתה להעמיד את העצור על זכויותיו בחקירה, ובראשן על זכות השתיקה (ראו עניין **יששכרוב הנ"ל**, בפסקה 14, ע"פ 9956/05 **שי נ' מדינת ישראל**, פ"ד סג(2) 742 (2009)), וכי כאשר החשוד מבקש להיוועץ בסגור או כאשר סגור מודיע כי הוא בדרכו לייעץ לחשוד, מן הראוי להפסיק את החקירה ולהמתין פרק זמן סביר עד לקיום ההיוועצות (ראו עניין **שי הנ"ל** עניין **יהודה הנ"ל**; וכן עניין **כהן**, עמודים 24-25).

30. השאלה "מהי תדירות המפגשים שרשויות החקירה צריכות לאפשר לנחקר עם עורך-דינו", הותרה ללא הכרעה מפורשת (ראו עניין **שי הנ"ל** וכן ע"פ 1301/06 **עזבון המנוח אלזם ז"ל נ' מדינת ישראל**, פ"ד סג(2) 177, פסקאות 9 ו-22 לפסק-דינו של השופט לוי ופסקאות 10-11 לפסק-דינה של השופטת חיות (2009)), ברם, עצם ההודעה **מראש**, בתחילת החקירה, כי ניתן לעשות שימוש יחיד בזכות ההיוועצות עם עורך-דין, עשויה להקשות על הנחקר לעשות שימוש בזכות ויש בה כדי לכרסם בה.

31. עם זאת, במקרה שלפנינו, כפי שפירט בית הדין קמא הנכבד, בתום החקירה הראשונה, לאחר שהמערער שהה במשך מספר שעות ביחידה, הוא שוחרר לחופשת סוף שבוע בביתו ולא היה מוגבל באפשרות להיוועץ עם סגור או כל גורם אחר. יתרה מזאת, בפתח החקירה השנייה הועמד המערער על זכויותיו כנדרש, על-פי הנוסח הפורמלי המקובל. יש לציין גם, כי המערער **לא** ביקש להיוועץ בסגור במהלך כל החקירה ואף לא בהמשך, על אף שהוסברו לו **שוב** זכויותיו במהלך השימוע שנערך לו לקראת מעצרו. למעשה המערער **בחר** לשוחח עם סגור רק לקראת דיון המעצר הראשון בבית הדין (על ההבחנה בין פגם, שנפל באופן היידוע של נחקר על זכות

היוועצות והיקפה, שלא השליך על קבילות האמרה, לעומת פגם שעניינו **מניעת** היוועצות בסגור, שהוביל לפסילת האמרה, ראו ע"פ 9956/05 **שי נ' מדינת ישראל** פ"ד סג(2) 742, בפסקאות 12-16, (2009)). עוד יש להזכיר, את קביעתה של הערכאה הדיונית, שלפיה החוקר פעל בתום לב ואת הקביעה, כי דבריו של המערער על אודות המניע להוצאת האמל"ח, היקף האירועים וזהותו של מקבל האמל"ח, נמסרו בשלב מתקדם מאד של החקירה ולאחר מספר הפסקות. עולה מן המקובץ, כי כפי שהתרשם בית הדין קמא, לאחר שבחן את עדותו של החוקר ועדותו של המערער – לא היה בפגם זה מן החקירה הראשונה, כדי לכרסם ברצונו החופשי של המערער להימנע מלשתף פעולה עם החוקר במהלך גביית האמרה השנייה. כמו כן, צבר הנתונים מלמד על היעדר קשר סיבתי עובדתי ומשפטי, בין פגם זה לבין ההודיה בחקירה השנייה (ראו והשוו: עניין **יהודה** לעיל, בפסקה 29 לפסק-דינו של השופט מזוז ופסקה 7 לפסק-דינה של השופטת חיות; וכן עניין **ח'ליפה** לעיל, בפסקה 53).

ד. טענות כנגד אופן החקירה

32. נפנה בעניין זה לממצאי העובדה, כפי שפורטו בהכרעת הדין –

"הנאשם שינה מגרסתו הקודמת בדבר המטרה בהוצאת הרימון וטען, כי ביקש להחביאו ביער בסמוך למקום מגוריו. אכן, אף בעיני הקורא החיצוני גרסתו המחדשת של הנאשם עשויה להיות נתונה בספק. משכך, אין רבותא כי החוקר ביקש להעמיק חקר ולבחון את תקפותה של הגרסה וסבירותה. אין מחלוקת, כי החוקר היה דומיננטי במהלך החקירה בכלל ובזמן התשאולים בפרט, וכי הטיח תחילה בנאשם כי הוא משקר. טענתו של הנאשם במהלך העדות כי החוקר המשיך להטיח בו פעם אחר פעם כי הוא משקר אינה עולה בקנה אחד עם טענות הזוטא. הנאשם מצידו הגיב לדברים שהופנו אליו על-ידי החוקר, גם אם בצורה שקטה ללא שהרבה במילים – באופן התואם אף את התרשמותו הבלתי אמצעית מן הנאשם במהלך עדויותיו בפנינו.

החוקר עמד בתשאול על החומרה בעבירה וטווח הענישה בגינה... עם זאת, יש לזכור כי הנאשם הודה כבר מיוזמתו בביצוע העבירה – גניבת הרימון והוצאתו אל מחוץ לבסיס. באותה עת, החקירה התמקדה בשאלת המניע למעשה. לא ניתן להסיק, כי החוקר ביקש להכווין את הנאשם דווקא להתוודות במניע מסוים של העברת הרימון לידי אדם אחר ובהעברת אמל"ח נוסף או לקשור בין העונש הצפוי לעבירה ואמינותו בפני השופט לבין המניע האמור.

החוקר הוסיף ותיאר לנאשם את החוויה במתקן הכליאה, לדבריו בכדי לערערו ולהביא כי ימסור לו את האמת. אף כי החוקר הכחיש כי הנאשם הודה בשל פחדו

מתיאוריו, הרי שמבחינה כרונולוגית, כעולה מזכ"ד מהלך החקירה, הנאשם דמע והתוודה כי ביקש להעביר את הרימון לחברו האזרח. החוקר אף דיבר על ליבו של הנאשם תוך נקיטה בשפה בוטה, שלטעמנו לא היה לה מקום".

33. עולה מן המקובץ, כי החקירה השנייה בעניינו של המערער לא הייתה קלה עבורו. עם זאת נזכר, כי "חקירה יעילה, מעצם טיבעה כרוכה בחדירה מעמיקה אל תוך רשות הפרט, בהעמדה במצבים מביכים, ביצירת מורת רוח ועגמת נפש ובהתמודדות פיזית ונפשית עם חוקר המבקש לחשוף את האמת, גם אם הדבר כרוך בהכבדה על הפרט הנחקר" (יעקב קדמי **על הראיות** חלק ראשון, 62 (2009)). יש להבחין בין "שיטת תיחקור הוגנת וסבירה המכוונת עניינית לגילוי האמת – אשר עם כל הסבל לנחקר, אין מנוס מלקיימה – לבין זו המכוונת לשבירת רוחו של הנחקר ולטמטום חושיו, במטרה ליטול ממנו את כושרו לשקול ולהשיב על-פי בחירתו" (שם, בעמ' 62-63).

34. ההגנה טענה, כי אופן חקירתו של המערער במקרה דנן עלה כדי "מונולוג סוגסטיבי". אמצעי חקירה זה נדון בהרחבה בעניין **אבו עצא הנ"ל**. הוטעם, כי

"שיטת 'המונולוג הסוגסטיבי' היא שיטת חקירה פסיכולוגית אשר במסגרתה ננקט מהלך שכנוע חוזר ונשנה משך פרק זמן ממושך, ללא הפסקה, על מנת להשפיע על כוח התנגדותו של הנחקר. תכליתה של שיטה זו היא 'לשבור' את כוח התנגדותו של הנחקר על מנת להניעו למסירת הודאה מבלי שיוכל לעשות שימוש רצוני ומושכל בזכות השתיקה העומדת לו. משכך, לטעמי, שיטת חקירה זו פסולה מיסודה שכן היא סותרת עקרון יסוד במשפט הפלילי - הזכות מפני הפללה עצמית - באמצעות שחיקת או אף ביטול רצונו החופשי של הנחקר" (שם, בפסקה 90).

35. בנסיבות המקרה דנן, נוכח ממצאי העובדה שקבעה הערכאה הדיונית ביחס למהלך החקירה השנייה, אין לקבוע כי עסקינן בשיטת תחקור בלתי הוגנת, ובוודאי שאין המדובר במקרה בו "באמצעות חזרה בלתי פוסקת של החוקר, מהלך פרק זמן ממושך, על משפטים בעלי מבנה ותוכן דומים מבקש החוקר לשכנע את הנחקר כי אין לפניו כל מוצא אחר זולת מסירת הודאה מפלילה וכי אין תועלת מבחינתו בעשיית שימוש בזכותו לאי הפללה עצמית" (שם, בפסקה 91).

36. עולה מן המקובץ, כי אין לקבוע שנפל פגם באופן החקירה וממילא אין בכך כדי לכרסם באוטונומיה של המערער לבחור האם לשתף פעולה בחקירה, או בזכותו להליך הוגן.

ה. השלכות התחקיר שנערך ביחידה

37. כאמור, אף התביעה לא חלקה על הפסול שבתחקיר, בנסיבות העניין (מנגד, ההגנה לא חלקה על קבילותו). עצם תשאולו של המערער, עוד בטרם נסגר תיק החקירה, על-ידי גורם מרות, מבלי שהועמד על זכויותיו – מהווה פגם ואינו ראוי. בית-דין זה שנה בפסיקתו, כי "מקום בו מוגשת תלונה, המייחסת לחייל מעשה עברה פלילית, תלונה, העלולה להצמיח הליכים פליליים, צריך שתגבר רתיעתם של המפקדים מעריכת תחקיר גלוי ופתוח" (ע/41/11 רב"ט טדגי נ' התובע הצבאי הראשי (2011)). הוטעם, כי:

"ככל שמסתמן בעיני המפקדים המבררים כי קיים חשד ממשי לפגם במישור הערכי-נורמטיבי בפעילות החיילים, וככל שמסתמן שהיקף הסיכון המבצעי הוברר וניתן לו מענה מיידי מספק, כך מצטמצם מרחב התמרון הפיקודי, וכך גובר המרחב החקירתי-פלילי, המחייב הפניית העניין אל גורם בודק על פי דין (קצין בודק או חקירת מצ"ח). בנקודה זו נוטלות זכויות החשוד את מקום הבכורה והן דוחקות לקרן זווית את צורכי היחידה" (ההדגשות במקור, ע/6/09 התובע הצבאי הראשי נ' רב"ט אדרי (2009)).

עם זאת, בנסיבות הייחודיות של המקרה, נוכח טיבו ומהלכו של התחקיר, כעולה ממצאי הערכאה הדיונית, נוכח הפער המתון בין דבריו של המערער בחקירה הראשונה לבין דבריו בתחקיר (פער הנוגע למקום שבו נמצא רימון ההלם, עובר להוצאתו מן היחידה), ובשים לב לפרק הזמן המשמעותי שחלף מאז התחקיר ועד לחקירה השנייה, פרק זמן שבמהלכו שהה המערער בביתו – יש לקבל את מסקנתו של בית הדין קמא הנכבד, שלפיו, התחקיר לא פגע ברצונו החופשי של המערער למסור את גרסתו בחקירה השנייה. כזכור, בחקירה השנייה, בשלב מתקדם בה, מסר המערער לראשונה, על מניע אחר להוצאת האמל"ח וציין, לראשונה, פרטים שלא היו ידועים לחוקר, על אודות זהותו של האזרח, מקבל האמל"ח, על היקף הקשרים ביניהם ואף על יצירת הקשר עימו באמצעות הטלפון הנייד. פרטים שכלל לא נמסרו על-ידיו בתחקיר ביחידה.

38. בדומה, בראי מבחני הקשר הסיבתי העובדתי והמשפטי, יש לקבוע כי נותק הקשר בין הפסול שדבק בתחקיר לבין דבריו של המערער בחקירה השנייה. הזיקה העובדתית נחלשה במידה רבה, עקב פרק הזמן שחלף, כאמור, והעובדה כי המערער שהה בסביבה מוכרת, ביתית, בחופשת סוף שבוע; ואילו הזיקה המשפטית נותקה נוכח הפרטים האחרים, המורחבים ויש לומר אף מוכמנים, שמסר המערער לחוקר.

ואמנם, כפי שקובע כב' הש' דנציגר בפרשת פרחי הנ"ל, "אמרותיו המפלילות של המערער ניתקו את הקשר הסיבתי המשפטי ביחס להשוואה האסורה [הראיה הפסולה באותו מקרה – ביה"ד]. אכן, אילו לא ההשוואה האסורה לא היה מובא המערער לחקירה ולא היו נמסרות אמרותיו המפלילות, אולם משאלו נמסרו מרצונו החופשי ולאחר שהוסברו לו מלוא זכויותיו כי אז בהתאם למבחן 'הרצון החופשי' הגשת אמרותיו במשפט אין בה כשלעצמה כדי לפגוע בהוגנות ההליך" (עניין פרחי הנ"ל, בעמ' 2291). אף דבריו של כב' השופט לוי באותו עניין, בנסיבות העניין, יפים לענייננו, ככפפה ליד:

"כאשר חרף קיומה של סיבתיות עובדתית, התקיים נתק מהותי בין הפסול שנפל בראיה הראשית ובין הראיה הנגזרת, תקטן הנטייה לפסול את הראיה הנגזרת. טלו למשל מקרה שבו המשטרה מבצעת חיפוש לא חוקי בביתו של אדם, ובחיפוש נמצא נשק שעל פי החשד שימש לביצוע עבירה. בעל הנשק מובל לחקירה, ושם - לאחר שהוזהר כדין - מודה בביצוע העבירה. האם נאמר כי הודאתו - שנגבתה כדין - פסולה אך מהטעם שיש קשר סיבתי עובדתי בין החיפוש הבלתי חוקי לגביית ההודאה? לכך יש להשיב בשלילה. אי-החוקיות שדבקה בכלי הנשק אינה פוגמת בהודאה, שכן מדובר בראיה בעלת אופי שונה, שתוכנה לא ניתן להסקה מקיומו של כלי הנשק, ושנמסרה באופן חופשי ומרצון כאשר באותה עת עמדו לחשוד כל זכויותיו והגנותיו. באלה יש לנתק את הקשר הסיבתי בין אי-החוקיות שבהגת הנשק להודאה" (עניין פרחי הנ"ל, בעמוד 2283. ההדגשה הוספה).

ו. תיעוד החקירה

39. כאמור, בניגוד להוראות חוק סדר הדין הפלילי (חקירת חשודים), התשס"ב-2002, על אף שעבירת הוצאת נשק מרשות הצבא, מחייבת כי החקירה תתועד באופן חזותי, נמנע החוקר מלתעד בווידיאו את החקירה הראשונה והשנייה (ראו גם צו סדר הדין הפלילי (חקירת חשודים) (חקירת חשודים לפי חוק השיפוט הצבאי), התשע"ד-2014). על החובה הכללית לתעד חקירה וחשיבותה, נפסק לאמור:

"חקירת אדם לפרק זמן ממושך מבלי שהדברים מתועדים בעת אמירתם היא טכניקה חקירתית אשר אינה מתיישבת עם חובת הרישום של עיקר חילופי הדברים 'בו זמנית עם חקירת החשוד'. סגנון הדברים, פרטים שונים והאותנטיות של אמירתם משתנים כשרישומם נעשה לאחר זמן. זאת ועוד, היעדר תיעוד מדויק ומלא של התשאול, מקשה על בחינת טענת הנחקר בדבר אמצעים בלתי חוקיים שננקטו נגדו, באותו פרק זמן של חקירה. ואכן, בית דין זה הצביע בעבר על הפגמים שברישום לקוי שנערך, וקבע כי מדובר בפגם

הפוגע במשקל הראיות" (עניין כהן בפסקאות 47-48, וראו גם: ע"פ 1361/10 **מדינת ישראל נ' זגורי** (טרם פורסם, 2.6.2011), ו-ע/34/03 **סמל קגן נ' התובע הצבאי הראשי** (2005)).

40. עם זאת, בכל הנוגע לבחינתו של הפגם והשלכותיו, בראי יישומה של דוקטרינת הפסילה הפסיקתית, נוכח ממצאיה של הערכאה הדיונית, שלפיהם, כעולה מעדויותיהם של החוקר והמערער, התיעוד הקיים באמרה ובזיכרון הדברים שערך החוקר בסמוך לאחריה, משקפים היטב את מהלך החקירה – אין קשר סיבתי, עובדתי או משפטי, בין הפגם הנטען לבין זכותו של המערער להליך הוגן. נדגיש, כי ההגנה לא טענה, בשום שלב, כי התיעוד הקיים בכתב אינו משקף את מהלך החקירה וכי קיים פער בעניין.

41. נזכיר עוד את ההלכה הפסוקה, שלפיה "הנפקות המשפטית של מחדלי חקירה נקבעת לעולם על פי מידת פגיעתם ביכולתו של הנאשם להתגונן, ובתשובה לשאלה אם אותם מחדלים מעוררים ספק סביר באשמה" (ע/99/11 **טור' בובליל נ' התובע הצבאי הראשי** (2012), בעמ' 19-20; ראו גם: ע"פ 5373/12 **אבורמד נ' מדינת ישראל** (טרם פורסם, 15.4.2015), בפסקה 48 לפסק-דינו של השופט שהם; ע"פ 6761/14 **מדינת ישראל נ' רכאב** (טרם פורסם, 8.2.2015), בפסקה י"א; ע/11/15 **רב"ט עטייה נ' התובע הצבאי הראשי** (2015), בפסקה 11; ע/31,33/15 **סמ"ר סויסה נ' התובע הצבאי הראשי** (2016), בפסקה 53).

ז. סיכום ביניים

42. עולה מן המקובץ, כי ההודיה שמסר המערער בחקירתו השנייה קבילה. מצאנו כי אוטונומיית הרצון של המערער במסירת הודאתו לא נפגעה, ואף לא נפלו בחקירה פגמים היורדים לשורש הגינותו של ההליך – כך שאין לפסול את ההודיה לא מכוח סעיף 12 לפקודת הראיות ואף לא לפי דוקטרינת הפסלות הפסיקתית. בחינת תוכן הדברים שמסר המערער בחקירה – כחלק מן המבחן העוסק "בשאלת הגיונה הפנימי של ההודאה, היגיון הנלמד מתוכן ההודאה ומסימני האמת הניכרים בה" (ע"פ 1507/10 **אבו סנינה נ' מדינת ישראל**, פסקה 23, (טרם פורסם, 12.6.2014)), והבדיקה של "סדר הרצאת הדברים, מידת פירוטם, סבירותם הפנימית והגיונם הפנימי" (עניין **מובארק הנ"ל**, פסקה 7) – מעלה כי יש לקבל את מסקנתו של בית הדין קמא, על משקלה הרב. אמרתו של המערער בחקירה השנייה עשירה בפרטים,

הגיונית, סדורה וקוהרנטית. דבריו של המערער משתלבים במציאות וכוללים פרטים מהותיים, שלא היו ידועים לגורמי החקירה באותה העת.

המבחן החיצוני – ראייה מאמתת

43. כידוע, אין די במהימנותה ובמשקלה הפנימי המשמעותי של אמרת ההודאה, אלא יש לבחון האם קיימת לה תוספת ראייתית מסוג "דבר מה נוסף":

"מטרתו של המבחן החיצוני בהידרשות להודאה היא להסיר את החשש שמא אף שהודאה נמצאה מהימנה, המודה בביצועה של עבירה נטל על עצמו אחריות למעשה שלא עשאו. המבחן החיצוני דורש קיומה של ראייה הקרויה 'דבר מה נוסף', שתכליתה להציג כי הנאשם לא בדה את הסיפור מליבו. הפסיקה קבעה כי מדובר בתוספת ראייתית מאמתת, 'שדי שתאשר במידת מה את תוכן ההודאה'... ולא בתוספת מסבכת בדמותו וברמתו של סיוע" (ע"פ 1094/07 דדון נ' מדינת ישראל, פסקה כ"ו (טרם פורסם, 3.7.2008)).

44. הראיה המרכזית שעליה הצביעה התביעה לאימות דבריו של המערער בחקירה, עניינו בהתכתבויות בין המערער לחברו, האזרח וורד מוהנא, שנמצאו על-ידי חוקרי מצ"ח במכשיר הטלפון הנייד, אשר ברשות המערער.

45. בית הדין קמא הנכבד קבע בהכרעת הדין, כי המערער חתם על טופס, שבו הסכים לחיפוש במכשיר הטלפון הנייד בפתח החקירה הראשונה בעניינו, דהיינו: במהלך יום חמישי, 19.5.2016. כאמור, חיפוש ידני שערך החוקר במכשיר, לא הניב ממצאים רלוונטיים. בהמשך, ביום ראשון, 22.5.2016, עת הגיע המערער לחקירה נוספת, נלקח ממנו שוב מכשיר הטלפון הנייד. המערער לא נשאל פעם נוספת על הסכמתו לחיפוש במכשיר הטלפון הנייד והמכשיר הועבר לחיפוש במעבדה ביאח"ה. בעקבות החיפוש במעבדה נמצאו התכתובות, כאמור. בשום שלב לא התבקש צו שיפוטי לחיפוש במכשיר הטלפון הנייד.

46. ההגנה טענה כי החיפוש במכשיר הטלפון הנייד נערך ללא מקור חוקי לכך. לדידם של הסנגורים, הסכמתו של המערער לחיפוש במכשיר הטלפון הנייד, שניתן בתאריך מוקדם יותר, אינה מהווה תחליף להסכמה לחיפוש שנערך ביום החקירה השנייה, ומכל מקום, בהתאם להלכת **סיגאווי**, אין בה משום הסכמה מדעת לחיפוש במעבדה.

47. בפתח הדברים נבהיר, כי אף התביעה לא חלקה על אי חוקיותו של החיפוש במכשיר הטלפון הנייד ולו מן הטעם, שבהתאם להלכת **סיגאווי**, בנסיבות שהובאו

לידיעתו של המערער עובר לחתימתו על טופס הסכמה לחיפוש במכשיר הטלפון הנייד, לא ניתן לקבוע כי נתן הסכמה מדעת לחיפוש במעבדה.

48. כפי שפסק בית-דין זה, הסכמה מדעת, הסכמה אמיתית ורצונית, שנתן נחקר לחיפוש במכשיר הטלפון הנייד, אשר ברשותו, אף מבלי שיוצא צו שיפוטי המתיר את עריכת החיפוש – מסמיכה את הגוף החוקר לערוך חיפוש במכשיר (ע/78/14 **פלח נ' התובע הצבאי הראשי** (2015), בפסקאות 21, 30; עניין **כהן** לעיל, בפסקה 76). הוטעם, כי "עת עסקינן בקבלת הסכמה של נחקר לחיפוש במחשבו במהלך חקירה משטרתית שאיננה מטבעה, סיטואציה נוחה לנחקר, שומה על הרשות החוקרת להקפיד כי תוצג לנחקר התמונה העובדתית הברורה לפיה אין הוא מחויב ליתן את הסכמתו לחיפוש המבוקש, ולהבהיר לו במפורש כי סירובו לחיפוש לא יפעל לחובתו, בכל אופן שהוא" (עניין **פלח** לעיל, בפסקה 27). בהמשך לכך, נפסק לאחרונה, כי נוכח מורכבותו של החיפוש במעבדה, ובשים לב להיקף הרב של הפגיעה בפרטיות הכרוכה בחיפוש במכשיר טלפון נייד במעבדה – יש להצטייד בצו שיפוטי לשם החיפוש בו (ראו עניין **סיגאווי** הנ"ל, בפסקה 66).

49. ניתן, אפוא, לקבוע, ואף מבלי להידרש לשאלה האם ההפסקה בין החקירות ופרק הזמן שחלף, מחייבים את גורמי החקירה לשאול שוב להסכמתו של הנחקר לחיפוש בטלפון הנייד – כי בחיפוש במקרה דנן דבקה אי-חוקיות.

50. כידוע, דוקטרינת הפסילה הפסיקתית חלה אף ביחס לראיה חפצית ולמעשה, "ראיה תפסל מלשמש במשפט, אם יוכח כי קבלתה תוביל לפגיעה מהותית בזכויות יסוד מוגנות" (עניין **פרחי** לעיל, בפסקה 8 לפסק-דינו של השופט לוי). כאמור, לבית המשפט שיקול דעת אשר לפסילת ראיות שהושגו שלא כדין, שכן, המדובר "בדוקטרינת פסילה יחסית וגמישה, שנועדה למנוע פגיעה מהותית בזכות החוקתית של הנאשם להליך הוגן" ואשר "מבטאת איזון בין הערכים המתנגשים בבואנו לבחון את שאלת פסילתן של ראיות שהושגו שלא כדין. איזון זה נעשה על ידי בית המשפט הדן בהליך הפלילי בהתאם לנסיבותיו הפרטניות של כל מקרה ומקרה" (רע"פ 10141/09 **בן חיים נ' מדינת ישראל** (טרם פורסם, 6.3.2012), בפסקה 34 לפסק-דינה של הנשיאה בייניש).

51. במסגרת הבחינה היחסית, שומה על בית המשפט לבחון את אופייה וחומריתה של אי החוקיות שהייתה כרוכה בהשגת הראיה, את מידת ההשפעה שהייתה לאי החוקיות על מהימנותה של הראיה ואת הנזק שייגרם מפסילת הראיה לעומת התועלת שתצמח מכך. בהקשר זה התחבטה הפסיקה בשאלה, האם יש לשקול אף את חומרת העבירה במניין השיקולים (ראו דעתו של כב' השופט דנציגר בעניין **אבו עצא** הנ"ל, ודעתה של כב' השופטת ברק ארז בעניין **אגבריה** הנ"ל, בפסקה 16;

לעמדה שונה ראו דעתו של כב' השופט עמית בע"פ 5417/07 **בונר נ' מדינת ישראל** (טרם פורסם, 30.5.2013), בפסקה 21). נראה כי בחינת הנושא טרם מוצתה, אך חומרת העבירה כשלעצמה היא שיקול בין מכלול השיקולים ואינה מהווה מחסום לפסילת הראייה.

52. במקרה שלפנינו עסקינן בפגם אשר יש בו כדי לפגוע בזכות רבת משקל, הזכות לפרטיות ובהתאם, בפגם היורד לשורש סמכותו של הגוף החוקר לגבות את הראיה. עם זאת, הגם שהחיפוש אינו חוקי, אין המדובר בפסילה אוטומטית של תוצאותיו. כך למשל, אין להתעלם מכך שההודיה של המערער נמסרה עוד בטרם נפל הפגם וכי המערער עצמו, במהלך החקירה ועוד **בטרם** נערך החיפוש במכשיר הטלפון הנייד, פירט על הקשר הטלפוני בינו לבין מר מוהנא, הקונה, ועל הזיקה בין קשר טלפוני זה לבין ביצוע העבירות. זאת ועוד, עסקינן בראייה חפצית, אשר הושגה על-ידי הגורם המקצועי, שהוכשר לכך ואמינותה אינה שנויה במחלוקת.

53. דומה, כי במאזן הכולל, נוכח היקף אי החוקיות וטיבה, ועל אף חומרת העבירה והאינטרס הציבורי הגלום בה, לא היה מקום **לקבל** את תדפיסי הטלפון הנייד כראייה. עם זאת, כפי שנראה להלן, נוכח קיומן של ראיות מאמתות נוספות, ובשים-לב למשקלה של ההודיה שמסר המערער בחקירה השנייה – לא נדרשת הכרעה בעניין זה במקרה דנן.

54. תחילה יש להפנות אל נסיבות עיכובו של המערער בתחנת הרכבת. כאמור, המערער נתפס על-ידי המאבטחים בתחנת הרכבת כשברשותו רימון הלם X מחסניות לנשק, מלאות בכדורים. המערער משרת בתפקיד של תומך לחימה ואינו נושא נשק. מכאן, שהמערער נתפס כשברשותו אמל"ח שלא היה מוסמך לשאת ביחידה ובוודאי לא מחוצה לה ומבלי שיהיה ברשותו הסבר מתאים. לא למותר להזכיר את קביעותיה של הערכאה הדיונית, שלפיהן ההסברים שמסר המערער בחקירה הראשונה ואף בבית הדין נמצאו בלתי משכנעים בעליל. בכך, לבד יש כדי להוות ראייה מאמתת לדבריו של המערער בחקירה.

55. נזכיר, כי "הכלל הנוהג עתה הוא, דוגמת דרישת הסיוע: במקום שמדובר בסדרת עבירות הקשורות אחת ברעותה עד כדי היותן 'מסכת אחת', די ב'דבר מה' לאחת מן העבירות; והכל בהתאם לטיבו של ה'דבר מה' ובהתחשב בנסיבות העניין" (ספרו של המלומד יעקב קדמי **על הראיות**, חלק ראשון, 170 (2009); וראו גם: ע"פ 3370/09 **אלעמור נ' מדינת ישראל**, פסקאות י"א (טרם פורסם, 26.12.2011); וע"פ 378/03 **פלוגי נ' מדינת ישראל** (טרם פורסם, 21.4.2005)).

56. בנסיבות העניין, נוכח המשקל שיש לייחס להודיה, ובהיות תיאור הדברים מסכת עובדתית רצופה וכוללת, המתייחסת לאותו הקונה, אמל"ח דומה, שנמצא באותה היחידה – די היה באימות שנמצא ביחס למקרה המאוחר (פרט האישום הראשון), שיוחס למערער, על מנת לחזק את אמינות ההודיה, בכללותה.

57. זאת ועוד, בית הדין קמא הנכבד הפנה אל עדותו של המערער בבית הדין, אשר במהלכה, שב המערער והודה בבית הדין בקשריו עם מוהנא וביצירת הקשר עמו בעבר **וביום האירוע**. דבריו אלה של המערער מהווים אף הם תמיכה להודאתו, כי תכנן להעביר את אמצעי הלחימה למוהנא וכי עשה כן בעבר (ראו: ע"פ 312/73 **מצרוה נ' מדינת ישראל**, פ"ד כח(2) 805, עמ' 809-810 (1974); ע"פ 3577/12 **פריח נ' מדינת ישראל** (טרם פורסם, 23.7.2014); ע/203/99 **סמל עזרא נ' התובע הצבאי הראשי** (1999); וע/1/04 **התובע הצבאי הראשי נ' רב"ט פריגין** (2004), בפסקה 19).

58. עולה מן המקובץ, כי יש במסד הראייתי שהוכח ה"דבר מה" הנדרש. בהתאם, יש לקבוע כי הרשעתו של המערער בעבירות שיוחסו לו מבוססת היטב והיא נשענת על תשתית ראייתית מתאימה.

יישומה של דוקטרינת "ההגנה מן הצדק"

59. כפי שפירטנו לעיל, פגמים בחקירה עשויים להיבחן אף במשקפיה של דוקטרינת ה"הגנה מן הצדק", וכבר נפסק כי:

"אכן, קיימות זיקות גומלין בין דוקטרינת הפסילה הפסיקתית לפי פסק דין יששכרוב לבין הגנה מן הצדק, והתכלית של הוגנות ההליך משמשת להם מכנה משותף... פגמים בהתנהלות חוקרים בחקירה פלילית, המעלים את סוגיית דוקטרינת הפסילה הפסיקתית לפי הלכת יששכרוב, עשויים לשמש בסיס אף לטענת הגנה מן הצדק" (עניין **מובראק הנ"ל**, בפסקה 153).

60. כפי שפירטנו לעיל, על-פי הדוקטרינה של "הגנה מן הצדק" מוסמך בית המשפט ליתן סעד מתאים, מקום שבו ניהול המשפט גרם ל"פגיעה חריפה בתחושת הצדק וההגינות" (סעיף 351(ב)(6) לחוק השיפוט הצבאי, וסעיף 149(10) לחוק סדר הדין הפלילי). לדוקטרינה תחולה מצומצמת ועל בית המשפט, בראי האינטרס החברתי לבירור האמת ולאכיפת הדין, לנקוט סעד מידתי והולם (ראו דעתה של כב' השופטת ברון בעניין **אגבריה** לעיל, פסקה 5; וראו דעתו של כב' השופט מלצר בע"פ 10715/08 **ולס נ' מדינת ישראל**, בפסקה 3 (טרם פורסם, 1.9.2009)).

61. בשלב זה של הדיון יש לבחון את התמונה המלאה והכוללת, לרבות חומרת העבירות והאינטרס הציבורי הכרוך במיגורן; טיבם של הפגמים בהליך והיקפם;

הרקע להתנהלותם של החוקרים; הפגיעה בזכויות המערער ובעיקר – יכולתו לנהל הליך הוגן. כמו כן, יש ליתן את הדעת על טענות לאפליה; היקף הנזק שנגרם ועוד.

62. בנסיבות המקרה דנן, יש לייחס משקל רב לחומרת המעשים שביצע המערער. בית המשפט העליון ובית-דין זה עמדו לא פעם על החומרה היתרה הטמונה בעבירות של הוצאת נשק ואמצעי לחימה מרשות הצבא. החשש המרכזי הוא כי אמצעי הלחימה יגיעו בסופו של יום לידי גורמים עוינים, בין אם ביטחוניים ובין אם פליליים, והאיום לחיי אדם ולביטחון הציבור, הגלום בעבירות אלו – ממשי וחמור (ראו: ע"פ 5814/14 **עספור נ' מדינת ישראל** (טרם פורסם, 14.6.2015); ע/77,87/12/14; **התובע הצבאי הראשי נ' רב"ט סקר** (2013); ראו גם: ע/5/14 **רב"ט בביב נ' התובע הצבאי הראשי** (2014)). אף ביחס לרימוני הלם, ציין בית המשפט העליון את הדברים הבאים:

"רימונים אלה, כאשר הם מצויים בידי כוחות אכיפת החוק, משמשים לפיזור הפגנות... אולם, שוב בדומה לכלי נשק אחרים, לא כך הדבר כאשר מצויים הרימונים בידי גורמים עבריינים המבקשים לרתום אותם למטרותיהם. כך, על דרך הדוגמא בלבד, נקל לדמיין אילו נזקים יכולים רימונים אלה לחולל לו הושלכו... לתוך בית-קפה, לתוך סניף בנק או לעבר מחסום של המשטרה... **אין ספק שברימונים ישנו פוטנציאל משמעותי לפגיעה בסדרי המשטר והחברה**" (ע"פ 7124/06 **דרורי נ' מדינת ישראל** (טרם פורסם, 9.5.2007), בפסקה 11; ההדגשה אינה במקור).

63. עוד יש ליתן משקל לקביעה העובדתית של הערכאה הדיונית, אשר לפיה, לכל אורך החקירה ואף כאשר פעל באופן שגוי, נהג החוקר בתום לב.

64. מנגד, יש ליתן משקל לקולה, לאופי הפגיעה במערער, אגב החיפוש הפסול במכשיר הטלפון הנייד, אם כי, נשוב ונדגיש, כי בסופו של יום, נוכח התשתית הראייתית הכוללת, **לא** היה בה כדי לפגוע בזכותו של המערער להליך הוגן. בדומה, נוכח קביעותינו ביחס להיותה של ההודיה בחקירה השנייה חופשית ומרצון, טיבם של הפגמים באותה חקירה והיעדר זיקה משפטית בינם לבין ההודיה – סברנו כי, במכלול הנתונים ובאיזון בין כלל השיקולים, אין לפנינו "פגיעה חריפה בתחושת הצדק וההגינות", אשר ראוי כי תוביל לזיכוי של המערער מן האשמות שיוחסו לו.

65. עם זאת, כפי שנראה להלן, נוכח הפגמים שנפלו בחקירה בעניין התחקיר, השפה הבוטה של החוקר בחקירה השנייה, נוסח האזהרה בחקירה הראשונה, היעדר התיעוד בוודיאו והפגמים שנפלו בחיפוש בטלפון – סברנו כי ראוי ליתן ביטוי **נוסף** לאותם הפגמים, במסגרת העונש. נתון נוסף, שהובא לידיעתנו במהלך הערעור ולפיו

תיק החקירה בעניינו של האזרח, וורד מוהנא, נסגר מ"חוסר אשמה", אף בו היה כדי לתמוך במסקנתנו, כמפורט להלן.

הדיון בערעורים על גזר הדין

גזר דינה של הערכאה קמא

66. כאמור, הן ההגנה והן התביעה לא השלימו עם מידת העונש. בית הדין קמא הנכבד עמד בהרחבה על חומרת העבירות בהן הורשע המערער ועל האינטרס הציבורי לנקוט ביחס להן ענישה מכבידה. בד בבד, הוטעם כי:

"מתחם העונש ההולם בעבירות המבוצעות בנשק צריך שייקבע בהתאם לסוג הנשק בו מדובר. סוג הנשק מהווה נסיבה הקשורה בביצוע העבירה הקובעת, בין היתר, את פוטנציאל הנזק הכרוך במעשה העבירה... בעניינו שלנו, המדובר בהוצאה של רימון הלם אחד ושל כ- X מחסניות, כאשר כ-X מחסניות הוצאו במספר הזדמנויות, טיפין טיפין. סוגי אמצעי הלחימה שהוצאו והיקפם המוגבל ממתנים את מידת החומרה במעשי הנאשם".

67. כנסיבות לחומרה נשקל אף המניע למעשה – העברתם של אמצעי הלחימה לידי אזרח, שאינו מוסמך לשאת או להחזיק נשק, הגם שלא הוכח כי ניתנה בעד האמל"ח תמורה כספית; העובדה כי אין מדובר במקרה בודד; העובדה כי גורלן של המחסניות, שהועברו בפעמים הקודמות אינו ידוע; ואף המעילה באמון המפקדים וחבריו של המערער ליחידה, הכרוכה במעשיו. בצד זאת ציין בית הדין קמא, כי "למרבה המזל, הן הרימון והן המחסניות שהוצאו זו הפעם נתפסו בעת שהנאשם הגיע לרכבת והושבו לרשות הצבא".

68. בהמשך, לאחר שבית הדין בחן את מדיניות הענישה הנוהגת, נקבע כי מתחם העונש ההולם נע בין שלושה לשבעה חודשי מאסר בפועל, לצד מאסר מותנה והורדה בדרגה.

69. בתוך מתחם העונש ההולם, מצא בית הדין קמא ליתן משקל לעברו התקין של המערער ולתרומתו בשירות הצבאי, כמו גם לתקופה בה היה נתון במעצר פתוח ואף לפגמים שנפלו בחקירתו. כאמור, עונשו של המערער הועמד על ארבעה חודשים לצד מאסר מותנה והורדה לדרגת טוראי.

טיעוני הצדדים

70. בהמשך לטיעוניה כנגד הכרעת הדין, עתרה ההגנה להקל בעונשו של המערער, נוכח צבר הפגמים שאליהם הפנתה ואף בשים-לב להחלטה על סגירת תיק החקירה בעניינו של האזרח, וורד מוהנא.

71. התביעה, לעומת זאת, עתרה להחמיר בעונשו של המערער. נטען, כי מעשיו לאורך זמן מלמדים על רצידיביזם והסלמה, וכי יש ליתן משקל לחומרה אף למיקומה של יחידתו, באזור יהודה ושומרון. הוטעם, כי בהיעדר הסבר משכנע להוצאת האמל"ח, יש להניח לחובתו של המערער, כי המניע להוצאתו היה פלילי.

דיון והכרעה

72. כפי שפירטנו לעיל, עבירות של הוצאת נשק מחייבות ענישה מחמירה. וכבר נפסק, כי:

"בתי הדין הצבאיים נוקטים קו עונשי מחמיר ביחס לעבירות בנשק. קו זה מגלם את הסיכון לשלום הציבור ולביטחונו, הטמון בעבירות האמורות, ואת מגמת ההחמרה בענישה, שמצאה ביטוייה בפסיקת בית המשפט העליון, על רקע שיקולי ההלימה וההרתעה, העומדים בבסיסה. בנוסף, מייצגת הפסיקה המחמירה את ההיבטים הערכיים המחמירים הייחודיים למערכת הצבאית, שעיקריה רכיב המעילה של החיילים העבריינים באמון המערכת הצבאית, והפגיעה הקשה והחמורה בצה"ל ובערכי האמינות והמשמעת. בסופו של יום נמדד עונשם של מי שהורשעו בעבירות בנשק בבתי הדין הצבאיים (הוצאת נשק מרשות הצבא או סחר בנשק), בתקופות מאסר ארוכות וממושכות של מספר שנים מאחורי סורג ובריח" (ע/31/12 רב"ט עמאר נ' התובע הצבאי הראשי (2013)).

73. אף לשאלת המניע שעמד מאחורי מעשיו של המערער השפעה על שיקולי ההלימה וחומרת המעשים. בעניין זה נפנה פסיקתו של בית-דין זה, שלפיה, אף כאשר לא הוכח קיומה של עסקה קונקרטית שלשמה הוצא הנשק, בהיעדר הסבר מקל משכנע, יש להניח לחובתו של החייל, כי מדובר במעשה בעל רקע עברייני –

"חזקה... כי נשק אשר מוחזק באורח בלתי-חוקי ישמש למטרה בלתי-חוקית. זו חייבת להיות נקודת המוצא בשלב הענישה" (ע/137/08 התובע הצבאי הראשי נ' רב"ט דינין (2008); וראו גם: ע/99/13 סמ"ר שמאי נ' התובע הצבאי הראשי (2014)).

זאת ועוד, נפסק כי:

"מעשה הוצאת כלי נשק מרשות הצבא, אף בלא קשר למניע העומד בבסיס מעשה הגניבה, ראוי הוא לענישה מחמירה. ענישה קפדנית זו מתחייבת הן בשל החשש כי הנשק יתגלגל לידיים בלתי מוסמכות, פליליות או עוינות, והן בשל הפגיעה של הוצאת הנשק ביכולתה של היחידה הצבאית לתפקד ולמלא משימותיה (ראה ע/6/12/12) טור' עביד נ' התובע הצבאי הראשי (2012)"
ע/58,101/12/12 התובע הצבאי הראשי נ' טור' חלבי (2013)
 , הדגשות אינן במקור).

74. בצד זאת, על אף החומרה הרבה שיש ליחס למעשי העבירות, יש ליתן משקל מה לטיב אמצעי הלחימה שהוצאו על-ידי המערער (ראו: ע/31,33/15/15 סמ"ר סוויסה נ' התובע הצבאי הראשי (2016)), להיקפם, ואף לעובדה כי חלק מהם, רימון הלם וX מחסניות עם כדורים, נתפס והושב לרשות הצבא. משקל לקולה יש ליתן גם להחלטה על סגירת תיק החקירה של המעורב האחר בפרשה, מר מוהנא, בעילה של "חוסר אשמה" (ראו סעיף 40ט(א)(2) לחוק העונשין).

75. בהתאם ועל-פי מדיניות הענישה הקיימת, סברנו כי מתחם העונש ההולם, שנקבע על-ידי בית הדין קמא, המתייחס למאסר בפועל בכליאה ממשית, למשך חודשים ארוכים – ראוי והולם (ראו למשל: ע/143/07/07 התובע הצבאי הראש נ' רב"ט הייב (2007) וע/123/05/05 סמל בלאל נ' התובע הצבאי הראשי (2005)).

76. בתוך מתחם העונש ההולם, בנוסף להתחשבות בנסיבות האישיות, המנויות בגזר דינו של בית הדין קמא הנכבד, יש ליתן משקל של ממש לצבר הפגמים בחקירה (ראו סעיף 40יא(9) לחוק העונשין). כפי שפירטנו לעיל, לא מצאנו כי בראי התמונה הכוללת ובאיזון בין השיקולים השונים, היה בפגמים בחקירה כדי להביא לזיכויו של המערער מן האשמות שיוחסו לו. ברם, לטעמנו, צבר הפגמים בחקירה אכן ראוי שישפיע על גזר דינו של המערער והסעד ההולם, בנסיבות המקרה, עניינו בהקלה נוספת בעונש (למקרים נוספים שבהם נמצא כי מוצדק להקל במידת מה בעונש נוכח פגמים שנפלו בהתנהלות הרשויות ראו ע/67/15/15 רס"ם כהן נ' התובע הצבאי הראשי, בפסקה 25 והפסיקה המנויה שם (2016)).

77. אשר על כן, עונשו של המערער יוקל ויועמד על מאה (100) ימי מאסר בפועל, בניכוי ימי מעצרו הממשי.

78. ערעור ההגנה על הכרעת הדין נדחה, אפוא. ערעור התביעה על קולת העונש נדחה אף הוא ואילו ערעור ההגנה על חומרת העונש מתקבל. יתר רכיבי הענישה כקביעת בית הדין קמא.

ניתן והודע היום, י"א בכסלו התשע"ז, 11 בדצמבר 2016, בפומבי ובמעמד הצדדים.

שופט		שופטת	הנשיא
למקור	נאמן	העתק	חתימת המגיה: _____
מכני	קורל	סגן	
הדין	בית	קצינת	תאריך: _____