



## בבית הדין הצבאי המחוזי

### במחוז שיפוט צפון

בפני:

אל"ם אורלי ירון - הנשיאה

סרן גבריאל דיאמנט - שופט

סרן גלעד סרור - שופט

בעניין: התובע הצבאי

(ע"י ב"כ, סרן תמר לג'לם)

נגד

מ/XXX סמ"ר ד' ח'

(ע"י ב"כ, עו"ד איתי פרג'ון)

### הכרעת - דין

1. כתב האישום אשר הוגש נגד הנאשם מייחס לו עבירת ביזה לפי סעיף 74 לחוק השיפוט הצבאי, התשט"ו – 1955 (להלן: "החש"צ"); עבירה שעניינה שיבוש מהלכי משפט לפי סעיף 244 לחוק העונשין, התשל"ז – 1977 וכן עבירת התנהגות שאינה הולמת, לפי סעיף 130 לחש"צ.

2. פרטי העבירות עניינם בנטילת סכום של 2,420 ש"ח מבית בשכונת שג'עיה, אליו נכנסו הנאשם ולוחמים נוספים מיחידתו, במהלך מבצע "צוק איתן" ובפנייתו של הנאשם לחייל אחר, על מנת שימסור בחקירתו פרטים שאינם נכונים אודות המעשים הללו.

3. הנאשם כפר באשמה, ומשכך נשמעו ראיות הצדדים.

4. גדר הכפירה היה מצומצם יחסית. מבחינה עובדתית, הנאשם כפר במציאת הכסף, וטען כי זה נמצא על ידי סמ"ר ה'. אשר לנטילתו, טען כי סמ"ר ה' העביר אותו לידיו מרצונו החופשי ושלא על פי בקשתו. עוד הוכחש כי הנאשם לקח מסמ"ר נ' את הכסף שמסר לו מספר ימים קודם לכן.

5. מבחינה משפטית, טען בא כוח הנאשם כי יש בניהול ההליך כנגד מרשו משום פגיעה חמורה בתחושת הצדק וההגינות, לאור הבטחה שניתנה לו ולשאר חיילי

הפלוגה על ידי מפקדם כי אם יחזירו את הכסף שנבזז לא יענשו ופרטי האירוע לא ידווחו למצ"ח. הבטחה זו הופרה סמוך לאחר שהכסף הועבר לידי המ"פ והנאשם הודה בביצוע העבירה בפני המג"ד.

6. הנאשם לא העיד במסגרת הראיות והעדויות שנשמעו לביסוס הטענה הטרומית ולאחר שמצאנו כי עדותו חשובה לצורך הכרעה בטענה, מצאנו לנכון לדחות את ההכרעה בה, על מנת לאפשר לו לעשות כן, אם יבחר.

7. כעת אנו נפנים לדון באשמה.

### סקירת הראיות:

8. בפתח הדברים נציין כי בשלבים השונים של ההליך הגישו הצדדים לעיונינו מסמכים שונים, שהיו דרושים לדעתם, לצורך אותו שלב בלבד. כך, הוגשו מספר עדויות ומסמכים לצורך דיון בטענה המקדמית בעניין הפרתו של הסכם עד מדינה או לפרישת הטענה בדבר הגנה מן הצדק. בסופו של ההליך, הבהירה התביעה מהן העדויות והמסמכים, עליהם היא מבקשת להסתמך לצורך ההכרעה בדיון, ואילו סומנו. עדויות ומסמכים אלה יסקרו להלן, והם שימשו אותנו לצורך ההכרעה בדיון.

9. **מפקד הגדוד, סא"ל י' פ',** העיד בפני ביה"ד כי שמע על אירוע הביזה לראשונה כאשר הגדוד היה בתוך שטח הלחימה בסג'עייה לאחר שקיבל דיווח מהמפקד יונה שלו, שעודכן בעניין על ידי מספר חיילים אשר שהו בבית בעת האירוע.

10. לאחר קבלת הדיווח, שוחח עם מפקד הפלוגה הרלוונטית, ד' א', וביקש ממנו לבצע תחקיר פיקודי. בהזדמנות זאת, ציין בפני המ"פ כי אם הכסף יוחזר למקומו בעוד הפלוגה נמצאת בסג'עייה, יסתיים האירוע בכך, ולא תעשה פנייה למצ"ח. הוא הניח כי המ"פ הבין שלא ינקטו גם הליכים משמעתיים.

11. העד הסביר כי לו היה הכסף מוחזר על ידי הלוחמים בתוך שטח הלחימה ניתן היה להשיבו לבעליו מבלי שאיש יבחין בחסרונו. החזרת הכסף לאחר היציאה מסג'עייה מנעה השבתו כאמור, ולפיכך חייבה מעורבות מצ"ח.

12. הואיל והמ"פ לא קיבל תשובה מיידית מן החיילים בתשאול הראשוני, הנחה אותו העד להמשיך בתחקיר לאחר היציאה מסג'עייה. בתחקיר זה הורה המ"פ לחיילים להחזיר את הכסף באופן מיידי. בסיום התחקיר מסר לו המ"פ כי מספר חיילים הודו במעשה והבטיחו להשיב לידיהם את הכסף, אשר לא היה בידיהם באותה עת. הכסף הוחזר פרק זמן מסוים לאחר מכן על ידי החייל א' ח', שסירב לגלות כיצד זה הגיע לידיהם.

13. בהמשך, וטרם העברת פרטי האירוע למצ"ח, תחקר אותו גם העד. הוא חקר את המפקדים, סמל המחלקה, אחד המכ"ים ואת הנאשם. בטרם השיחה עם הנאשם, הכסף כבר היה בידי העד, והוא ידע כי הפלוגה הודתה בלקיחתו. הואיל וידע על מעורבותו של הנאשם במעשה, זימן אותו לשיחה כדי להכיר לעומק את פרטי האירוע ולהבין האם היו מעורבים בו חיילים נוספים.

14. העד לא הודיע לנאשם בפתח השיחה כי יש לו זכות להימנע מהפללה עצמית, לשתוק או לקבל ייעוץ סגור. במהלך השיחה מסר לו הנאשם כי מספר חיילים לקחו את הכסף, כל אחד מהם סכום קטן, אולם סירב לחשוף את זהותם. הוא עצמו הודה בלקיחת 180 ש"ח בלבד. בסיום השיחה עדכן העד את הנאשם כי פרטי האירוע מועברים למצ"ח. העד לא שלל אפשרות כי במעמד זה ציין הנאשם את הבטחת המ"פ שלא לעשות כן.

15. העד אישר כי לאחר שהמ"פ החזיר לידיו את הכסף וסיפר לו על ההבטחה שנתן לחיילים בשיחה שנערכה מחוץ לשטח הלחימה, אמר למ"פ כי הדבר לא היה בסמכותו וכי לא זו הייתה כוונתו. למיטב ידיעתו, המ"פ שב אל החיילים והתנצל בפניהם באשר להבטחה שנתן להם.

16. לדבריו, החליט לדווח על האירוע למצ"ח כיוון שהכסף הוחזר רק לאחר היציאה מסג'יעיה באופן שמנע השבתו לבעליו. הוא נמנע מלדווח על האירוע כל עוד היה קיומו מבוסס על שמועות בלבד, ולכן המתין לעריכת תחקיר רציני. בנוסף, ראה לנכון לשוחח עם הנאשם טרם הדיווח במטרה לחקור את פרטי האירוע לעומקם.

17. בהוראת הפרקליט הצבאי שפט בהמשך את סמ"ר נ' בדין משמעתי והורה על הורדתו בדרגה. לו היה הדבר בסמכותו, היה שופט את כלל המעורבים בדין משמעתי, הואיל וכולם כמו סמ"ר נ', כשלו כשלון ערכי.

18. ד' א', מפקד הפלוגה, מסר בעדותו בפני בית הדין כי אירוע הביזה נודע לו לראשונה יומיים טרם היציאה מעזה ומספר ימים לאחר הכניסה לבית, מפי המג"ד, שעדכן אותו כי הגיעה שמועה לאוזניו לפיה מספר לוחמים מפלוגתו לקחו כסף מתוך בית בשכונת סג'יעיה. בשלב זה, כינס העד את המ"מ, הסמל, הרס"פ ונהג הנמר, עדכנם בדבר וביקש שיבדקו האם יש בסיס לשמועה. תחקיר זה, שבוצע בתוך שטח הלחימה, לא העלה דבר.

19. בשלב זה לא ייחס חשיבות להיבט הפלילי של המעשה, הואיל וכל מעייניו היו נתונים ללחימה בה היה נתון הכוח.

20. לאחר היציאה מעזה, עם הגעת החיילים לשטחי הכינוס, אסף העד את חיילי המחלקה, דיווח להם על השמועות שהגיעו לאוזניו, והורה להם לדווח לו עד הבוקר

למחרת את כל הפרטים בנוגע לאירוע ולהשיב לידי את הכסף. בבוקר המחרת שב ואסף את המחלקה בדרישה חוזרת לדווח את פרטי האירוע. בשיחה זאת הוא הבטיח להם כי אם יתוודו וישיבו לידי את הכסף, לא יאונה להם כל רע. למותר לציין כי הוא לא יידע את החיילים באותו מעמד ביחס לזכויותיהם כחשודים, לרבות הזכות להימנע מהפללה עצמית.

21. לאחר שהבטיח כאמור, הודתה המחלקה בביצוע המעשה. החיילים סיפרו כי לקחו 2420 ש"ח לטובת ערב מחלקה, אותו הוציאו מעזה בעת פינוי הפצועים. מדובר היה בהודאה כללית, ששם הנאשם לא ננקב בה ספציפית. הואיל והכסף לא היה בידי החיילים באותה עת, שיחרר העד בהמשך את אחד הלוחמים לביתו על מנת להביאו. העד שיער כי היה מדובר בא' ח'.

22. לדבריו, הוא נתן את ההבטחה על דעת עצמו ועל פי שיקול דעתו, בשעה שלא ידע כי אסור לו לעשות כן. בדיעבד הבין כי טעה במתן ההבטחה. עוד ציין כי הוא סמוך ובטוח כי הלוחמים סמכו עליו באופן מלא באותה עת, והאמינו "שכל מילה שלו היא ברזל" (עמ' 37 שורות 3-4). עם זאת העריך כי הלוחמים היו מודים בלקיחת הכסף אף אם לא היה הייתה ניתנת להם ההבטחה כתמריץ. לשאלות בית הדין, מסר כי אינו זוכר שהונחה על ידי המג"ד להבטיח כאמור.

23. לאחר שהכסף נמסר לידי, הוא העביר אותו אל המג"ד והסביר לו מה היו הצעדים שנקט לצורך חקירת האירוע, לרבות מתן ההבטחה. במעמד זה ביקר אותו המג"ד קשות על התנהלותו בתחקור האירוע, הסביר לו את המשמעות הפלילית העולה ממנו, וציין כי לא היה בסמכותו להבטיח לחיילים כי לא יאונה להם דבר.

24. בהנחיית המג"ד, כינס העד את כל המחלקה ועדכן את החיילים כי האירוע מועבר לחקירת מצ"ח. החיילים היו מאוכזבים מהתפנית ואמרו, בין היתר "איך זה קרה, איך יכול להיות ששיקרת לנו, אנחנו האמנו בך" (עמ' 38 שורות 24-25).

25. העד לא ידע מדוע המג"ד תחקר את הנאשם דווקא, למרות ששמו לא נמסר על ידו כמעורב.

26. סמ"ר א' ח', חייל בפלוגה, מסר בעדותו בפני ביה"ד כי היה חבר קרוב מאוד של הנאשם. לדבריו, הוא עצמו לא היה מעורב באירוע הביזה, ושמע עליו לראשונה מפי המ"פ, בשיחה שערך בעניין למחלקה, במהלכה אמר לחיילים כי אם הכסף יוחזר לא יקרה כלום לאיש (עמ' 41 שורה 33).

27. לאחר אותה שיחה, שוחחו ביניהם החיילים על הנושא. למיטב זכרוננו נכח הנאשם בשיחה זו. חיילי המחלקה הסכימו במהלך השיחה שהמעשה היה שגוי וכי יש להחזיר את הכסף. באותה עת לא היה ידוע מי הם המעורבים באירוע הביזה.

העד לקח, בשלב זה, על דעת עצמו את הכסף, שהיה מונח על אחד הכיסאות, מגולגל בגומייה, והשיבו למ"פ שעבר מחוץ לחדר. הוא עשה כן משום שחש כי יוכל להביא לסיום הפרשה, כיוון שאין לו קשר למעשה.

28. הצדדים לא ראו לנכון להשמיע בפנינו את עדותו של סמ"ר ה', הגם שזו היתה חשובה לליבון המחלוקות העובדתיות. הם הגישו, חלף זאת, בהסכמה, את שתי האמרות שמסר במצ"ח.

29. בעדות ראשונה במצ"ח מתאריך 5.8.14, ת/6, מסר סמ"ר ה' כי במהלך חיפוש אמל"ח בבית בשכונת סג'יעיה, הוא מצא קופסה בארון בחדר בקומת המגורים. כשפתח את הקופסא מצא בה שטרות מפוזרים בסך 2,420 ש"ח. תחילה, הוציא את הכסף מהקופסא, אולם לאחר מכן החזיר אותו אליה, ואת הקופסא השיב למקומה, וזאת כיוון שלא רצה לגנוב את הכסף. וכך מסר: "אני אדם דתי, יותר היה חשוב לי שנצא כולנו בריאים ושלמים מאשר הכסף וגם אני לא רציתי לגנוב" (ת/6 עמ' 2 ש. 5-7). בהמשך, נשרף הבית מירי טיל נ"ט והחיילים עזבו אותו. הוא עצמו פונה לבי"ח לאור כאבים ברגליו.

30. בעת שנעדר לאור מחלתו, ולאחר שהחיילים יצאו משטחי רצועת עזה, התקשרו אליו מהפלוגה. אז שמע לראשונה על גניבת הכסף, ונאמר לו כי הוא מעורב במעשה כיוון שמצא את הכסף ונגע בו. העד מסר כי גילה מדיבורים במחלקה שהגניבה בוצעה על ידי הנאשם, הוא אינו יודע ואף אינו רוצה לדעת אם היו מעורבים נוספים והוא "מתבייש בגדוד".

31. נודע לו כי לאחר האירוע המג"ד והמ"פ דיברו "בצורה מסריחה ובצורה גועל נפש" למחלקה (ת/6 עמ' 3 ש. 21). עוד ידוע לו כי הכסף הוחזר למ"פ במלואו.

32. לדבריו, לא היה מודע לעובדה כי גניבת כסף מבית פלסטיני היא עבירה פלילית. הוא אישר כי מצא בתוך הבית קופסא ובה עשרה שקלים, ולאחר שנגע בה מבלי כוונה לקחת, הונחה על ידי המ"פ להפסיק ולהחזיר את הכסף למקומו.

33. בעדותו השנייה במצ"ח מתאריך 30.12.14, ת/7, שניתנה לאחר שנחתם עם הנאשם הסכם עד המדינה ולאחר שנאמר לו כי החוקר יודע על מעורבותו בגניבת הכסף, שינה העד טעמו. הוא סיפר כי בעת חיפוש באחד הארונות בבית האמור, נפלה מתוכו שקית ובה היתה קופסה שהכילה כסף. העד לקח את הכסף בלהט הרגע ובלא מחשבה יתירה והניחו בכיסו. דקות מספר לאחר מכן, רצה להחזירו למקום, אולם מסר אותו לנאשם על פי בקשת האחרון.

34. לדבריו: "שמתי את הכסף בכיס ואז אחרי כמה דקות רציתי להחזיר ואז דיברתי עם ד' והבאתי לו את הכסף. אני לא החזרתי את הכסף כי הוא רצה אותו"

(ת/7, עמ' 2 ש. 15-17). בהמשך מסר: "אני וח' דיברנו שזה ילך למחלקה. אני לא זוכר אם דיברנו על זה בבית או בשטח הכינוס" (שם, עמ' 3 ש. 4-5).

35. העד הסביר כי גרסתו הראשונה ניתנה על פי הדרכתו של הנאשם לאחר שהאחרון נחקר במצ"ח, "לקח הכל על עצמו" ואמר לו מה להעיד, כך שגרסאותיהם תהיינה דומות.

36. העד אישר כי בוצע תדרוך על ידי המ"פ ואפשר שגם על ידי המג"ד, במהלכו צוין האיסור על לקיחת רכוש מבתים של פלסטינאים. הוא לא זכר האם הנאשם היה נוכח בתדרוך זה. לדבריו, ידע, איפוא, כי לקיחת הכסף אינה חוקית, ומטעם זה רצה להחזירו לאחר מספר דקות. הוא לא ידע להסביר מדוע, אם כך, מסר את הכסף לנאשם, הגם שידע כי בכוונתו להוציאו מחוץ לרצועה.

37. ד' ז', שעדותו במצ"ח מיום 5.1.14, ת/10, הוגשה בהסכמה, מסר במסגרתה את הדברים הבאים:

38. בשלב מסוים של השהות בבית בשכונת סג'עייה, בעת שישב עם הנאשם במסדרון הבית, הוציא האחרון ערימת שטרות, נתן לו אותה וביקשו להוציאה, בהיותו נהג נמר, אל מחוץ לרצועה לאדם שישמור עליה שם. לאחר שהסכים לכך, הכניס הנאשם את הכסף לכיס בווסט שלבש. העד אישר כי היה ברור לו כי מדובר בכסף גנוב. הוא לקח את הכסף בכל זאת "כי היה לחוץ, כי כשחבר מבקש ממך משהו במלחמה אתה לא רב איתו וגם תכננו לקחת את זה לערב מחלקה" (שם, עמ' 3 ש. 11-12). הוא לא זכר באיזה שלב שוחחו על השימוש שיעשו בכסף.

39. דקות ספורות לאחר מכן, נורה טיל נ"ט על הבית, והוא החל בפינוי פצועים ממנו אל מחוץ לרצועה באמצעות הנמר בו נהג. את הוסט ובו הכסף הניח בנמר ולבש במקומו שכפ"ץ. בהיותו מחוץ לרצועה וסמוך לפני שחזר אליה, אמר לו הנאשם שלקח את הכסף מן הוסט. הוא לא דרש בעניין כיוון שהיה נתון בלחץ פינוי הפצועים.

40. לאחר שהתגלתה הפרשה, התעקש הנאשם לקחת על עצמו את כל האחריות, והעד כעס על כך.

41. סמ"ר י' נ', חייל בפלוגה, מסר בעדותו כי בתוקף תפקידו כאחראי על הלוגיסטיקה, נשאר מחוץ לרצועה במהלך המבצע. לדבריו, באחד הימים, הגיע לנחל עוז בעקבות דיווח על פצועים בפלוגה ועל מנת לעזור לטפל בהם. למקום הגיע רכב מסוג נמר ובו הנאשם וכן חיילים פצועים. עם רדתו מהרכב, ניגש אליו הנאשם והכניס, ללא אומר, לכיסו ערימת שטרות כסף. העד מסר כי הבין כי הכסף גנוב, לאור הסכום בו דובר, וכי הוא אמור לשמור עליו, נוכח שהותו מחוץ לשטחי

הרצועה. לדבריו, הסכים לשמור עליו כיוון שהיה תחת לחץ של פינוי פצועים ולא ייחס לדבר חשיבות.

42. הכסף האמור נשאר בחזקתו למשך כשלושה ימים. עם יציאת המחלקה מעזה, אז הוא השיבו לידי הנאשם. משמועות נודע לו שהכסף היה אמור לשמש לערב מחלקתי.

43. בגין מעורבותו באירוע, הוא נשפט בדין משמעתי על ידי המג"ד והורד לדרגת סמל. חקירתו במצ"ח קויימה בעקבות עדותו של הנאשם על מעורבותו באירוע, ולאחר שנשפט כאמור.

44. הוגש טופס 630 לפיו נשפט סמ"ר נ' ביום 30/7/14 על ידי המג"ד בעבירה של התנהגות מבישה שעניינה החזקת סכום כסף שהוצא מתוך רצועת עזה בידיעה שהוא גנוב. החייל הודה באשמה, הורשע ונידון להורדה לדרגת סמל.

45. הנאשם מסר ארבע עדויות במצ"ח. שלוש מהן הוגשו באמצעות חוקרת המצ"ח שנכחה בגבייתם, ואחת במהלך חקירתו הנגדית ולאחר שאישר את האמור בה. בעדותו בפנינו לא טען כנגד האמור באותן אמרות.

46. חוקרת מצ"ח, מיכל חכם, שצוינה על גבי האמרות שמסר הנאשם ביום 30/7/14 כגובת אמרה, מסרה בעדותה כי בחקירות השתתפה גם החוקרת רז טלבי, הגם שהדבר לא תועד. על פי עדותה הסברת הזכויות לנאשם, עליהן חתמה, נעשתה על ידה או על ידי החוקרת טלבי בנוכחותה. החקירה בוצעה ללא תשאול מקדים בעל פה, ובמהלכה כתבה על גבי האמרה את כל שנאמר.

47. כך החלה חקירת הנאשם הראשונה מיום 30 ביולי 2014 (ת/1):

"חוקרת מצ"ח מציגה בפני עדותו של סא"ל י' פ' מתאריך 20

יולי 14' ולהלן תגובתי:

שאלה: האם עדותו של סא"ל י' פ' נכונה לגבי הדברים

שאמרת?

תשובה: אמת."

העדה לא ידעה לציין מדוע לא ביקשה מהנאשם למסור את גרסתו לאירוע, אלא עמته אותו מיד בתחילת החקירה עם עדות המג"ד.

48. בעדויותיו במצ"ח מתאריך 30.7.14 ת/1, ת/2, ת/3, ת/11 מסר הנאשם את הדברים הבאים: בעת שהותו בבית בשכונת סג'עייה, שהיה ריק ומיועד להריסה, ראה סכום של 2,420 ש"ח בתוך ארון ולקח אותו, כי "חבל להשאיר שם" (ת/1 עמ' 2

ש. 1. את הכסף הניח בתיקו האישי, שהיה בשטחי הכינוס, בעת שיצא לשם להביא ציוד ותחמושת. המעשה כולו בוצע על ידו ללא שהיו מעורבים בו אחרים, לרבות סמ"ר ה'. הנאשם עומת עם עדות המג"ד לפיה סמ"ר ה' גנב את הכסף, ומסר כי האחרון מצא אותו, אולם החזירו מיד לאחר מכן.

49. לדבריו, בעת שעשה כן פעל בפזיזות מבלי לחשוב על השלכות ולא ידע כי הוא אסור, הואיל ולא נכח בתדריכים שקדמו לפעולה. עם זאת אישר כי אין זה מעשה תקין. רק שבוע לאחר מכן, כאשר חזרו לשטח ישראל והמ"פ ערך שיחה לחיילים, הוא הבין שמדובר היה במעשה אסור, ואז החזיר באופן מיידי את הכסף, שכבר היה אז מחוץ לרצועת עזה.

50. הנאשם אישר כי לא החזיר את כסף בשיחה הראשונה עם המ"מ, שבוצעה בשטחי עזה, לדבריו הואיל והכסף לא היה נגיש לו שם. בערבו של יום ראשון מחוץ לרצועת עזה קיים המ"פ שיחה עם החיילים, במהלכה ביקש תשובה בעניין הכסף עד יום המחרת. הנאשם מסר כי התבייש להודות במעורבותו בגניבה ולכן טען שהכסף אינו אצלו באותה עת, למרות שהיה בידיו בפועל. בבוקר יום שלישי החליט לתת את הכסף לאהרון חזן על מנת שיחזיר אותו, כיוון שהתבייש במעשיו, ולא רצה שהמ"פ ידע שהוא שלקח את הכסף.

51. הוא נימק את החזרת הכסף כדלקמן: "הבנתי שזה מעשה לא נכון והתחרטתי וגם אחרי שאמרו לנו בעזה להחזיר כל מה שלקחנו. התביישתי במה שעשיתי וביקשו שנחזיר את כל מה שלקחנו" (ת/3 עמ' 4 ש. 14-15). הוא הביע חרטה מעומק הלב על מעשיו.

52. הנאשם מסר כי האירוע נודע למ"כ גרשי במועד כלשהו. אשר לגרסתו בפני מפקדיו, לפיה לקח רק 180 ש"ח טען כי חיילי המחלקה התכוונו לומר תחילה כי המעשה בוצע על ידי כולם, כיוון שכולם רצו להשתמש בכסף, אולם בהמשך החליט לקחת את האחריות במלואה בעצמו. בהמשך החקירה מסר כי הוא שתכנן כי הכסף יתחלק בין כולם וכך גם העונש.

53. הנאשם מסר עדות אחרונה במצ"ח בעדות שנייה במצ"ח מתאריך 5.8.14 לאחר שחתם על הסכם עד מדינה עם התביעה, במסגרתו הובטחה לו חסינות מהעמדה לדין בעבירת הביזה, ובלבד שאינו מעורב עיקרי בה.

54. בעדותו זו (ת/4) מסר הנאשם כי במהלך שהות הכוח בבית האמור משעת לילה ועד לפנות בוקר, הוא מצא במגירה 100 ש"ח. לדבריו, לקח את הכסף, אולם לאחר מכן התחרט והחזירו למקום.

55. בהמשך, בעת שהזיו יחד עם סמ"ר ה' ארון במטרה לחסום חלון ולמנוע ירי דרכו, נפלה מתוכו קופסא. סמ"ר ה' פתח את הקופסא ולקח מתוכה, לנגד עיני הנאשם, סכום של כ- 2,400 ש"ח. לאחר כעשר דקות, העביר לו סמ"ר ה' את הכסף, והנאשם הכניסו לכיסו. זמן מה לאחר מכן, הוא העביר את הכסף לד' ז', נהג "נמר", על מנת שיוציאו מחוץ לרצועה כאשר הוא יוצא לתדלק.
56. עוד בהיותם בבית, שוחחו החיילים על שימוש בכסף לערב מחלקה, אולם לא זכור לו מי העלה את הרעיון. מכל מקום, הוא לא התכוון לעשות בו שימושים לצרכיו האישיים.
57. לאחר שבוצע ירי נ"ט על הבית והפצועים פונו מתוכו לנחל עוז, הוא לקח את הכסף מז' והעבירו לנ', שהיה שם. לאחר מכן חזר לרצועה.
58. עוד בהיותם בתוך הרצועה, ביקש המ"פ מהחיילים להחזיר את הכסף, אבל זה כבר לא היה ברשותו. לאחר שיצאו מהרצועה, דרש מהם המ"פ להשיבו ואמר שאם יחזירו "לא יעשו לנו כלום" (ת/4 עמ' 2 ש. 7). הנאשם מסר כי גילה בחקירת מצ"ח כי א' ח' החזיר את הכסף למ"פ, והוא אינו יודע כיצד הכסף הגיע לידי.
59. לדבריו, ידע כי המעשה אסור וחמור, הגם שלא ידע כי הוא פלילי.
60. לאחר שיצאו מעזה ולאחר שהכסף הוחזר, נדברו ביניהם חיילי המחלקה והחליטו "שאם יקרה משהו אז כולם לוקחים אחריות" (עמ' 5 ש. 34). מטעם זה, אמר תחילה למג"ד שלקח 180 ש"ח בלבד. לאחר שנחקר במצ"ח וסיפר לחיילים שלקח את האחריות הבלעדית על האירוע, כעס עליו ז' שסטה מן ההסכמה. בין היתר שוחח הנאשם עם ה' ואמר לו להעיד כי מצא את הכסף והחזירו מיד לארון.
61. מבתיים אחרים בסג'עייה לקח כמה מסבחות ושתי כאפיות.
62. בעדות רביעית במצ"ח מתאריך 20.1.2015, ת/5, שנגבתה ממנו לאחר ביטול הסכם עד המדינה, הוצגו בפני הנאשם גרסאותיהם האחרונות של ה', נ' וז', לפיהן היה מעורב עיקרי וראשי, הוציא את הכסף מעזה על מנת שישמר מחוץ לרצועה ולקח אותו חזרה לרשותו. הנאשם שמר על זכות השתיקה.
63. בעדותו בפני בית הדין מסר הנאשם כי הבית ממנו בוצעה הגניבה היה הבית הראשון אליו נכנס הכוח בעזה, לצורך ביצוע סריקות וחיפוש של אמל"ח. בעת שהנאשם, סמ"ר ה' ומספר לוחמים נוספים הזיזו ארון גדול כדי לחסום נתיבי ירי אפשריים, נפלה ממנו קופסא. סמ"ר ה' הרים את הקופסא, פתח אותה, הוציא מתוכה את הכסף והכניסו לכיסו. לאחר מכן המשיכו החיילים בהזזת הארונות על מנת לחסום את החלונות.

64. בהמשך, לאחר שהנאשם תפס עמדתו בחדר אחר, הגיע אליו סמ"ר ה' ונתן לו את הכסף, מבלי למר דבר, למעט, אולי, המילה "קח" (עמ' 24 ש. 13). הנאשם הכחיש את טענת ה', לפיה הוא ביקש ממנו את הכסף, ועמד בדעתו כי לא נערכה ביניהם שיחה באותו מעמד.

65. שניות אח"כ החל ירי נ"ט אל עבר הבית. דקה או שתיים לפני שהחל ירי הטילים אל הבית, הוא (ח') העביר את הכסף לז', כדי שיוציאו מהרצועה ויעלים אותו.

66. אחרי שפגעו הטילים בבית, הוא החל לפנות פצועים ונכנס עימם ל"נמר" בו נהג ז'. לאחר שסיימו לפנות את הפצועים בנחל עוז, ולפני שחזר לתוך הרצועה, לקח את הכסף מז' והעביר אותו לנ', שהיה במקום, כיוון שהוא נשאר מחוץ לרצועה ולכן יש פחות סיכוי "שידפק מזה" (עמ' 23 ש. 31). הוא אישר כי ביקש בכך למנוע תפיסתם וענישתם.

67. לאחר מכן חזר ב"נמר" לאזור הלחימה ויצא לשטחי הכינוס רק לאחר שבוע. לדבריו, לא לקח את הכסף מנ' יומיים שלושה לאחר שנתן לו אותו, כגרסת האחרון, ויתכן שהחייל משקר כי כעס עליו שהפליל אותו.

68. בשלב מסוים, בהיותם בעזה פנה אחד המ"כים אל החיילים בטענה כי נפוצה שמועה, לפיה הם לקחו דברים מאחד הבתים וביקש שיחזירו אותם. המ"כ לא ציין כסף באופן ספציפי. הואיל ובאותה עת הכסף כבר לא היה בתוך שטחי הלחימה, הם לא יכלו להחזירו.

69. לאחר שבוע, כשיצאו משטח הלחימה, כינס המ"פ את כל המחלקה לשיחה במהלכה ציין כי הגיעה לאוזניו שמועה, לפיה סכום כסף נלקח בתוך הרצועה. הוא אמר שעליהם להחזיר אותו, ושאם יעשו כן לא יענשו ויוכלו לחזור לשגרה. לדבריו, עוד באותו רגע רצו החיילים להגיד למ"פ שהם מחזירים את הכסף, והמעשה נעשה באופן לא מתוכנן וללא מחשבה. אולם המ"פ ביקש כי יתנו לו תשובה בבוקר המחרת.

70. המחלקה החליטה שיש להחזיר את הכסף, מאחר ולקיחתו לא הייתה מתוכננת ונעשתה בלחץ הלחימה, וכיוון שהובטח להם כי לא יענשו. הוא טען כי לולא אותה הבטחה לא היו מחזירים את הכסף, ולא היה להם כל קושי לחמוק מעונש בטענה כי הכסף נשרף בבית.

71. למחרת הם ניגשו למ"פ, אמרו שברצונם להחזיר את הכסף, אך זה לא נמצא בידיהם באותה עת. לו היה הכסף בידו, היה כנראה מחזירו בעצמו. בשלב זה, כך הבין מעדותו של המ"פ, שלח האחרון חייל להביאו מחוץ לשטחי הכינוס, בהם היו

החיילים. בסופו של דבר א' ח' החזיר למ"פ את הכסף. הנאשם לא זכר את השיחה המחלקתית, בה לקח חזון את הכסף שהיה על כסא במקום, אולם העריך שנכח בה.

72. לאחר שהוחזר הכסף והחיילים הוזהרו על ידי המ"כים שהם יזומנו לשיחות בפני המג"ד, החליטה המחלקה שכלל החיילים יחלקו באחריות ללקיחת הכסף. המג"ד זימן אותו לשיחה וכן ביקש לשוחח עם סמ"ר ה', אולם הלה היה בחופשת מחלה.

73. בסופו של דבר, זומן הנאשם ראשון לשיחה. לפני השיחה ובמהלכה לא הוזהר בדבר זכויותיו ולא נאמר לו כי האירוע יועבר לטיפול מצ"ח. הוא הניח כי מטרת השיחה הינה בירור. בפתח השיחה אמר לו המג"ד כי סמ"ר ה' נראה מוסר לו את הכסף בהיותם בבית, ושאל אותה מה קרה עם הכסף. הנאשם אמר כי מצא 180 ש"ח בהתאם לגרסה שסוכמה קודם לכן על ידי חיילי המחלקה וכי כנראה חיילים נוספים מצאו אף הם כסף וכך הגיעו לסכום שהוחזר. המג"ד צעק עליו, הטיח בו האשמות ושאל למי העביר את הכסף ומה עשה איתו. בשלב זה, לאור צעקות המג"ד, המצב בו היה, בתום שבוע לא פשוט, וכדי שיניח לו, כמו גם לאור הבטחת המ"פ שהמעורבים לא יענשו, אמר למג"ד שהוא לקח את כל הכסף. וכך אמר: "כשהתחלתי עם המג"ד לא היתה לי שום חסינות והיו הוכחות רק עלי אז אם אני כבר הולך על זה אז לקחתי הכל עלי (פרוטוקול עמ' 19 ש. 26-27). כיוון שהכסף הועבר אליו מסמ"ר ה', היתה האחריות בעיקר עליו, לסברתו. בחקירתו הנגדית, מסר הנאשם כי לאור חלופ הזמן אין הוא משוכנע שהודה בפני המג"ד בלקיחת הסכום במלואו, ולא רק בגניבת 180 ש"ח, אולם הוא מאמין שכך עשה. בעקבות כך המג"ד סילק אותו מהגדוד והעביר אותו לשרת כעובד רס"ר. יום לאחר שיחה זו נפתחה חקירת מצ"ח.

74. למחרת אותה שיחה הוא נקרא למג"ד בשנית, וכשהגיע לחדרו היו שם חוקרות מצ"ח, שהחלו בחקירה סמוך לאחר מכן. טרם החלו בחקירה הוקראו לו זכויותיו. הוא מסר כי אינו מעוניין להיוועץ בסגור, הואיל ולא חשב שהדברים יגיעו לכדי העמדה לדין וכך אף שידרו לו החוקרות. לדבריו, הגם שהיה ברור לו באותה עת כי ההבטחה הופרה, היה עדיין בטוח שמדובר בבירור שבסופו יתקיים הליך משמעותי.

75. בפתח חקירתו במצ"ח הוצגה לו עדות המג"ד, והוא הבין ממנה כי הוא הודה בפניו במלוא המעשה. גם אז לא ביקש להיוועץ בסגור, הואיל ואינו מורגל בחקירות ולא חשב שהדברים יתגלגלו לכדי אישום. משהבין כי יש נגדו ראיות, העדיף לשאת באחריות לאירוע לבדו, ולא "להפיל" את כל יתר המעורבים איתו. אי לכך, תדרך את סמ"ר ה' להעיד שהוא החזיר את הכסף לארון. בעדויותיו הראשונות ניסה להיצמד, ככל הניתן, לאמת, מבלי להפיל את חבריו. מטעם זה, למשל, מסר כי הניח את הכסף בתיקו של סמ"ר נ', במקום למסור כי נתן אותו בידו.

76. לדבריו, לו היה יודע כי התחקיר בוצע על ידי המג"ד שלא כדין, היה מבקש להיוועץ בסנגור טרם מסירת גרסה או שומר על זכות השתיקה.

77. גם בחקירה נוספת עמד בגרסתו במטרה שלא לפגוע בחבריו למחלקה. בשלב זה עדיין קיווה, לדבריו, כי הגם שההבטחה הופרה, האירוע יסתיימו בנוק מצומצם: בהליכים משמעותיים בפני המג"ד.

78. לדבריו, הביע חרטה על המעשה בעת החקירה כיוון שאכן הצטער על מעשיו ומשום שהאמין כי יהיה בהבעת חרטה כדי לסייע לו. הוא נמנע מלהזכיר את הבטחת המ"פ הואיל ולא האמין כי יש בכך לעזור לו. הוא סיפר כי לא החזיר את הכסף כיוון שהתבייש ולא רצה להודות במעשה, על מנת להסביר את העיכוב בהחזרת הכסף מבלי להפליל מעורבים נוספים.

79. בהמשך, חתם על הסכם עד מדינה, מתוך אמונה כי עם מסירת גרסתו יינתן לו חיסיון מלא מפני העמדה לדין בגין האירוע. בעדות זאת מסר את האמת במלואה, בין היתר כיוון שידע שאי מסירת האמת עלולה להוביל לביטול החסינות.

### דיון והכרעה:

80. בטרם נדון בשאלות המשפטיות כבדות המשקל שהביא לפתחנו האישום כנגד הנאשם נשרטט את המסגרת העובדתית, שתהווה יסוד להכרעה.

81. בכל מקום שנמצאה סתירה בין הגרסאות נכריע על פי מיטב הבנתנו על פי "התנהגותם של העדים, נסיבות העניין ואותות האמת המתגלים במשך המשפט", כמצוות סעיף 53 לפקודת הראיות.

### ממצאי מהימנות:

82. בבחינת מהימנותו של הנאשם נתנו דעתנו לעובדה כי מסר במספר הזדמנויות גרסה שקרית למפקדיו ולחוקרי מצ"ח בדבר מעורבותו ומעורבות אחרים באירוע הביזה. מתוך רצון להגן על חבריו למחלקה, לא היסס הנאשם לזרות חול בעיני רשויות החקירה, אף לאחר שהוצגו לו שאלות ספציפיות אודות מעורבות אחרים במעשה. בנוסף, פעל לשיבוש הליכי חקירה, בכך שהודיע לחבריו את הגרסה שמסר ותדרך אותם בדבר תוכן העדות שימסרו במצ"ח.

83. מעשיו אלה מעידים כי הנאשם יכול ונכון להעיד דבר שקר, מקום שהוא סבור כי יש בכך יתרון, ומעוררים ספק בדבר מהימנות דבריו.

84. הנאשם עצמו, כך בעדותו בפנינו, אישר כי אין לסמוך באופן מלא על הדברים שמסר בחקירתו מיום 30/7/14, שהודרכו, כאמור, על ידי רצונו לחפות על חבריו.

משכך, ככל שנאמרו בעדות זו דברים ביחס לחלקם של אחרים באירוע, כגון סמ"ר ה', שעל פי הנטען בעדות החזיר את הכסף לארון או סמ"ר ז' שעל פי הנטען קיבל את הכסף מידי הנאשם – לא ראינו לנכון לסמוך עליהם.

85. אלא שגם על דבריו של הנאשם בת/4, ככל שהם נוגעים לשאלות השנויות במחלוקת, התקשינו לבסס ממצא. בעת שמסר את הדברים האמורים היה לנאשם אינטרס ברור להוציא את עצמו מכלל "מעורב עיקרי" בעבירה, על מנת לזכות בחסינות שבהסכם עד המדינה. משכך, הודרך באותה עת על ידי רצון לצמצם את מעורבותו באירועים, שאפשר כי השפיע על הגרסה שמסר. למותר לציין בהקשר זה, כי לאחר שהסתבר לנאשם שההסכם עימו בוטל, שמר על זכות השתיקה ולא הסכים להשיב על שאלות חוקריו שעיימתו אותו עם גרסאות מעורבים אחרים.

86. עוד התרשמנו כי בכלל אמרותיו, ביקש הנאשם לזכות להקלה בעונש ומתוך כך ולאור העובדה שאכן התחרט על מעשיו, הדגיש כי פעל על דעת עצמו ומתוך חרטה כנה על מנת להשיב את דמי הביזה. מטעם זה, להתרשמותנו, טען באמרותיו הראשונות כי מסר את הכסף לסמ"ר ח', למרות שבפועל לא כך היה הדבר, ומטעם זה לא הזכיר את הבטחת המ"פ עליה הסתמך בהחזרת הכסף, לבל ישתמע כי הבטחה זו ולא חרטה עמדה בבסיס מעשיו.

87. אשר לעדות הנאשם בפנינו, התרשמנו כי זו הודרכה במידה לא מבוטלת על ידי הרצון להציג תמונה הממעטת במידת מעורבותו באירוע הביזה, ומצמצמת את אפשרות הבחירה החופשית שהיתה לו בתחקור שנערך לאחריו.

88. לעניין מידת המעורבות בביזה, טענת הנאשם כי סמ"ר ה' הוא שמצא את הכסף, ולאחר מכן מסר לו אותו מיוזמתו ולא על פי בקשתו, וכן טענתו כי אינו יודע את קורות הכסף לאחר שנתן אותו לסמ"ר נ', מתיישבות עם האינטרס לצמצם את מידת מעורבותו במעשים.

89. לעניין הבחירה החופשית במסירת גרסה לגורמי פיקוד ומצ"ח, יצויין כי הנאשם טען, לראשונה בפני ביה"ד, לתשואל דורסני מצד המג"ד, שהוביל אותו לקחת את האחריות לאירוע כולו על עצמו.

90. לאור קביעתנו כי הנאשם אינו מהסס לסטות מן האמת מקום שהוא סבור שיש בכך יתרון, היססנו לקבל את גרסתו בפנינו, מקום שהיא עולה בקנה אחד עם אינטרס ממין זה ובייחוד מקום שהייתה כבושה.

91. משכך, העדפנו את גרסת המג"ד וגרסתו של סמ"ר נ' וסמ"ר ז' על פני גרסת הנאשם, מקום שהיה ביניהן סתירות.

92. אשר לגרסתו של סמ"ר ה', כאמור הצדדים בחרו שלא לזמנו לעדות בפנינו, הגם שעדותו נגעה מהותית לשאלה עובדתית השנויה במחלוקת. התביעה טענה כי משכלל אמרותיו הוגשו בהסכמה, הרי יש בכך משום הודאה של ההגנה בנכונות הדברים האמורים בהן. לרבות בעניין השנוי במחלוקת. ההגנה, מאידך, טענה כי הואיל ובעדויותיו מסר העד גרסאות שונות, לא ניתן לסמוך ממצא עובדתי על אף אחת מהן, ויש להעדיף את עדות הנאשם. בהקשר זה טענה ההגנה כי לא ראתה טעם בחקירתו הנגדית של העד, שהיה צפוי לגישה לחזור על גרסתו האחרונה במצ"ח. היא הדגישה כי סמ"ר ה' לא היסס מלאחוז בגרסה שקרית בחקירתו הראשונה על מנת לחמוק מעונש, לרבות תוך תיאום גרסה עם הנאשם.

93. מתעוררת, איפוא, השאלה כיצד יקבע בית הדין איזו גרסה משקפת את האמת, מקום שהצדדים הגישו את אמרות העד בהסכמה, חרף העובדה שהן סותרות זו את זו ואת גרסת הנאשם.

94. סוגיית הגשת עדויות בהסכמה מוסדרת בסעיף 10ב לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א-1971, הקובע כדלקמן: "אמרה בכתב שניתנה מחוץ לבית המשפט תהיה קבילה בהליך פלילי, אף אם נותנה אינו עד במשפט, אם שני הצדדים הסכימו לכך ותוכן האמרה לא היה שנוי במחלוקת, ובלבד שהנאשם היה מיוצג על-ידי עורך דין".

95. עולה איפוא כי על פי החוק הסכמת ההגנה להגשת עדויות של עדי תביעה משמעותה הצהרה כי תוכן האמרה אינו שנוי במחלוקת. "ניסיון החיים והשכל הישר מחייבים כי מקום בו תוכן האמרה שנוי במחלוקת, לא יוותר סנגור על הכלי החזק ביותר אשר ניתן בידיו לקעקע, או למצער להציב סימני שאלה על גרסת עדי התביעה – החקירה הנגדית" (עדי (אזח"ע) 114/01 **התוצ"ב נ' מאזן**).

96. בסוגיית דינן של עדויות סותרות אשר הוגשו כולן בהסכמה לבית הדין, ראינו לנכון לצטט בהסכמה את התוצאה אליה הגיע בית המשפט באותו עניין: "מבחינה עיונית, משהסכים הסנגור להגשת האמרות כולן, הרי שהסכים הוא אף להגשת האמרה המפלילה. אילו חלק הסנגור על האמור באמרה זו, יכול היה להסכים להגשת האמרות הנוחות לו בלבד. אמור מעתה, משהסכים הסנגור אף להגשת האמרה המפלילה, ומשויתר על זכותו לחקור את העד בחקירה נגדית, הרי שמנוע הוא מלטעון נגד אמיתות תוכנה".

97. ובענייננו, יש להעדיף את גרסתו המפלילה של סמ"ר ה' על פני עדות הנאשם בנקודות השנויות במחלוקת. בכך תומכת העובדה כי לנאשם היה אינטרס ברור

במסגרת אמרתו שניתנה לאחר הסכם עד המדינה שלא להביא עצמו בגדר מעורב עיקרי, דהינו מי שמצא את הכסף או הוציאו ממקומו.

98. בהתחשב בקביעות מהימנות אלה מצאנו לנכון לקבוע את התשתית העובדתית הבאה:

א. במהלך מבצע "צוק איתן" נכנסו בשעת לילה חיילים מן המחלקה עליה נמנה הנאשם אל בית בשכונת סג'עייה לצורך חיפוש אמל"ח. הבית האמור היה מיועד להריסה.

ב. טרם הכניסה לרצועה תוודך הכוח על ידי המג"ד בדבר איסור הוצאת רכוש מהרצועה. מחמת הספק אנו קובעים כי יתכן שהנאשם לא היה בתדריך. מכל מקום היה ידוע לו כי המעשה אסור, אף אם לא עמד על היבטיו הפליליים במלואם.

ג. בעת שהותם בבית האמור בשעת לילה, הזיזו הנאשם וסמ"ר ה' את אחד הארונות על מנת לחסום פתח חלון, לבל יחדור בעדו ירי. בעת הזזת הארון נפלה מתוכו קופסא. סמ"ר ה' הרים את הקופסא ופתח אותה. הוא מצא בתוכה סכום של 2,420 ש"ח והטמינו בכליו.

ד. מספר דקות לאחר מכן, נתן סמ"ר ה' את הכסף לנאשם על פי בקשת האחרון.

ה. עוד בהיותם בבית החליטו החיילים כי יעשו שימוש בכסף לערב מחלקה.

ו. הנאשם העביר את הכסף לד' ז', בהיותם בבית, ביודעו כי כנהג נמר הוא עתיד לצאת מן הרצועה לצורך תדלוק, ועל מנת שיוציא אותו עימו. ז' הבין מן הנסיבות כי מדובר בכסף גנוב.

ז. בסופו של דבר, עקב ירי שבוצע על הבית דקות ספורות לאחר מכן, יצא ז' לנסיעה בנמר לפינוי הפצועים. הנאשם, שהתלווה לנסיעה, נטל את הכסף שהיה מוטמן בווסט של ז' והכניס אותו לכיסו של סמ"ר נ', בעת שהאחרון היה עסוק בפינוי הפצועים. כיוון שידע כי בתוקף תפקידו נשאר אותו חייל מחוץ לרצועה ועל מנת שלא ייתפס. נ' הבין כי מדובר בכסף גנוב. לאחר מכן חזר הנאשם אל הרצועה.

ח. לאחר מכן ובעודם בעזה, בעקבות שמועות על אירוע ביזה, שהגיעו למג"ד והנחייתו לערוך בירור בעניין, כינס המ"פ את החיילים וביקש מהם להשיב את הכסף. הכסף לא הוחזר באותו מעמד ולא ניתנה הודאה. ימים ספורים לאחר מכן, לאחר שהמחלקה יצאה אל מחוץ לרצועה, נטל הנאשם מני את הכסף.

- ט. בעת שהיתה המחלקה בשטחי הכינוס כינס המ"פ את החיילים לאור הנחיית המג"ד להמשיך בתחקיר אף מחוץ לרצועה, הנחה אותם להשיב את דמי הביזה ואמר כי אם יעשו כן לא יאונה להם רע, דהיינו לא יענשו על המעשה. הוא הורה להם להשיב לו תשובה למחרת. הבטחה זו הייתה בניגוד להנחייתו הראשונית של המג"ד למ"פ, לפיה החזרת הכסף בעודם בשטחי עזה תמנע העמדה לדין, ומתוך כך שהמ"פ לא עמד על ההיבטים הפליליים של המעשה.
- י. בעקבות אותו כינוס נדברו חיילי המחלקה, לרבות הנאשם, ביניהם והחליטו בדעה אחת להחזיר את הכסף. בהמשך הודו חיילי המחלקה בפני המ"פ בגניבת הכסף, מבבלי שנקבו בשמות של מעורבים ספציפיים. הם מסרו כי התכוונו לעשות בכסף שימוש לערב מחלקה. סמ"ר ח' החזיר את הכסף למ"פ, הואיל ולא היה מעורב באירוע ועל מנת להביא את הפרשה לכדי סיום.
- יא. לאחר החזרת הכסף ולאור העובדה שהחיילים הוזהרו כי יזומנו לשיחות בפני המג"ד, נדברו ביניהם חיילי המחלקה שאם יקרה משהו, כולם ייקחו אחריות על האירוע, והחליטו יחד על גרסה לפיה כל אחד מהם לקח 180 ש"ח, וזאת לאור העובדה שהתכוונו לעשות בכסף שימוש משותף.
- יב. הנאשם זומן לשיחה בפני המג"ד, הואיל והלה ידע על מעורבותו במעשה משמועות. במהלך השיחה הודה הנאשם כי מספר חיילים, והוא ביניהם, לקחו סכום כסף קטן, והודה בגניבת 180 ש"ח בלבד. ביום שלאחר השיחה הועבר האירוע לחקירת מצ"ח.
- יג. בפתח החקירה הוזהר הנאשם כי חשוד בביצוע עבירת ביזת כסף ורכוש והתנהגות שאינה הולמת והוקראו לו זכויותיו. הוא מסר כי אינו זקוק לייעוץ סגור. בפתח החקירה הוצגה בפניו עדותו של המג"ד והוא אישר אותה. בחקירותיו הראשונות החליט להודות באירוע במלואו, הואיל וממילא ידועה מעורבותו בו ועל מנת לחפות על חבריו. לצורך כך, תדרך את חבריו בגרסה שמסר לאחר חקירתו על מנת שיתאימו גרסתם אליה.
- יד. לאחר שהמג"ד הבהיר למ"פ כי לא היה מוסמך להבטיח לחיילים כי לא ייענשו, הוא כינס את המחלקה ועדכן את החיילים בדבר הפניה למצ"ח. החיילים הביעו אכזבה מכך שהם האמינו לו והוא שיקר להם.
99. מעובדות אלו נובעות המסקנות העובדתיות הבאות:
- א. החזרת הכסף על ידי המחלקה, באמצעות סמ"ר ח', לידי המ"פ וההודעה הכללית בביצוע הביזה ניתנה לאחר הבטחת המ"פ שניתנה מחוץ לרצועה, לפיה לא יאונה להם רע אם יחזירו את הכסף, ובהסתמך עליה. אין לדעת

כיצד היו נוהגים החיילים לולי ניתנה הבטחה זו, האם היו מודים בלקיחת הכסף, כהערכת המ"פ, או מתנערים מאחריות לכך, כטענת הנאשם. העובדה כי לא הודו במעשה בפני המ"פ טרם מתן ההבטחה תומכת באפשרות כי להבטחה היה משקל ממשי בהתפתחות.

ב. החיילים צפו אפשרות כי הדברים לא יסתיימו בהחזרת הכסף, ויערך בירור בעניין האחריות לגניבה, גם אם זה לא יוביל להעמדה לדין. אי לכך, גיבשו גרסה מוסכמת לפיה הם נושאים באחריות משותפת לגניבה.

ג. בעת התחקיר שערך המג"ד היה הנאשם עדיין תחת הרושם כי הבטחת המ"פ עומדת בתוקף.

### **ההכרעה המשפטית:**

100. השתלשלות הדברים המתוארת מגלה מתוכה פגיעה בזכויות הנאשם. בהיותו חשוד במעורבות באירוע ביזה תוחקר על ידי מפקד הגדוד ונתקבלה מפיו הודאה בעבירה מבלי שהוזהר כמתחייב והועמד על זכויותיו להיוועץ בסגור ולשמור על זכות השתיקה. יתר על כן, בעת מתן הודאה זו סבר הנאשם כי הוא מוגן מפני חקירה פלילית מתוקף הבטחת המ"פ לחיילים, שקדמה לתחקיר, לפיה אם יוחזר הכסף לא יאונה לחיילים דבר.

101. נדון כעת בחומרת הפגיעה ובהשלכתה על הוגנות ההליכים המשפטיים המתנהלים כנגד הנאשם ועל תיקונה הראוי.

102. שתי דוקטרינות משפטיות קיימות בידנו על מנת לוודא את הוגנות ההליך המשפטי ומאפשרות ליתן סעד לפגיעה בזכויות נאשם: דוקטרינת ההגנה מן הצדק, שהורתה בפסיקת בית המשפט העליון ועוגנה בחוק בסעיף 149(10) לחסד"פ, ודוקטרינת הפסילה הפסיקתית, שראשיתה בפסק הדין בעניין יששכרוב (ע"פ 5212/98 **יששכרוב נ' התובע הצבאי הראשי** (פורסם בנבו)).

103. על היחס בין הדוקטרינות נאמרו בפסיקת בית המשפט העליון בעניין **פרחי** (ע"פ 4988/08 **איתן פרחי נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו)) הדברים הבאים:

"להגנה מן הצדק זיקות גומלין לדוקטרינת הפסילה הפסיקתית (ראו: זאב סגל ואבי זמיר "הגנה מן הצדק באור חוק סדר הדין הפלילי - סדר חדש של הגינות משפטית" ספר דיויד וינר על משפט פלילי ואתיקה 231, 257-258 (2009); ישגב נקדימון הגנה מן הצדק עמ' 101-102, 425-426

(מהדורה שנייה - 2009)). התכלית של הוגנות ההליך משמשת להם מכנה משותף. עם זאת, דוקטרינת ההגנה מן הצדק מהווה כלי חריף שבכוחו אף להביא למחיקת כתב-האישום. מטבע הדברים, המבחנים שנקבעו בפסיקה לתחולתה הינם מחמירים והשימוש בה נעשה במשורה (יפת, עמ' 359). לעומת זאת, דוקטרינת הפסילה הפסיקתית מאפשרת גמישות רבה יותר בהפעלת שיקול הדעת השיפוטי. המבחנים לתחולתה פחות מחמירים, והסעד המוענק בגדרה מידתי יותר".

104. זה המקום לציין כי ההגנה לא טענה כנגד קבילות הודאותיו של הנאשם, ואלו התקבלו בהסכמה. היא גרסה כי דין הפגיעה להירפא באמצעות ביטול האישומים, מכוח הדוקטרינה של הגנה מן הצדק. התביעה, מאידך, סברה כי העניין שבפנינו ראוי לדון במסגרת דוקטרינת הפסילה הפסיקתית, ובהתאם לה יש להימנע מהסתמכות על אמרותיו הראשונות של הנאשם במצ"ח. לדידה, קיומו של הסכם עד מדינה, שנחתם לאחר היוועצות הנאשם בסנגור, יוצר חיץ בין אותן עדויות ראשונות והמשך ההליך, ומשכך אין מניעה להסתמך עליהן לשם הרשעת הנאשם.

105. נדון ונכריע בדבר הוגנות ההליך המשפטי שהתקיים בעניין הנאשם על פי מיטב הבנתנו ומצפונינו בגדרן של דוקטרינות אלה. בהכרעתנו נבחן בנפרד ובמאוחד את סוגיית אי מתן הזכויות וסוגיית ההבטחה, ונעמוד גם על השלכת העובדה כי ההבטחה ניתנה שלא בסמכות.

### התחקיר הפיקודי:

106. דומה כי אין חולק, והצדדים אף לא טענו אחרת בפנינו, כי הבירור שנערך על ידי המ"פ והמג"ד אינו בא בגדר "תחקיר צבאי", החסוי על פי חוק, כך הואיל ומטרתו העיקרית לא הייתה להפיק לקחים אלא לברר אחריות חריגה נורמטיבית חמורה, שארעה במהלך פעילות מבצעית (ראה בג"ץ 2366/05 **אלנאברי נק ראש המטה הכללי**, פסקה 6 (2008)).

107. עם זאת, מעשיהם של גורמי הפיקוד שפעלו לתחקור האירוע נעשו בניגוד להוראות פקודת מטכ"ל 33.0304 שעניינה "**בדיקה וחקירת מצ"ח**", הקובעת איסור על עריכת בדיקה על ידי מפקדים או קצין בודק מקום שקיימת חובה על פתיחה בחקירת מצ"ח. למותר לציין כי עבירת הביזה, המצוינת בסעיף 62(19) לפקודה, נכללת בגדר אותם מקרים. וכך קובעת הפקודה:

"כאשר קיים יסוד לחשוד כי נעברה אחת מן העבירות המפורטות להלן, לא ימנה קצין שיפוט בכיר קצין בודק ולא יערוך את הבדיקה בעצמו, אלא יעביר את התלונה ואת יתר החומר שבידו לעריכת בדיקה, ליחידת מצ"ח, אשר בתחומה נעברה העבירה:

עבירות על-פי חוק השיפוט הצבאי, התשט"ו-1955 (להלן: "החוק") כמפורט להלן:

ביזה, לפי סעיף 74 בחוק".

108. בעניין **אדרי** (ע/6,8/09 **התצ"ר נ' רב"ט אדרי וערעור שכנגד**) דן בית הדין הצבאי לערעורים במרחב הפעולה הנתון למפקדים לערוך בירור בדבר חשד לביצוע עבירה פלילית טרם הפניית הנושא לחקירת מצ"ח. לאחר איתור האינטרסים, השולטים בכיפה, מחד, העובדה כי מדובר בחקירה פלילית הכפופה לכללים שנועדו להגן על זכויות החשוד והנחקר, ומאידך, מתן כלים ביד מפקדים למימוש אחריותם לתפקוד היחידה וחייליה, נקבע מבחן האיזון הבא:

"דומה שהאיזון בין שני האינטרסים הללו מחייב, מחד גיסא, לאפשר מרחב פעולה מסויים למפקדים לערוך בירור ראשוני, שכאמור, מטרתו העיקרית היא לעמוד על קיומו של ממש בחשד שהועלה עוד טרם הפניית בדיקת הנושא לחקירת מצ"ח. האם החשד מבוסס, מה טיבן המדויק של ההתרחשויות, והאם על פי מהותן הן מחייבות פתיחת חקירת מצ"ח. מרחב פעולה זה חייב להיות רב יותר ככל שעניין לנו בתקלה או באירוע שלו השלכות בטחוניות-מבצעיות. מרחב פעולה זה ראוי שיופנה בעיקר לתחום המבצעי ולבירור ההשלכות המבצעיות של האירוע.

ככל שמסתמן בעיני המפקדים המבררים כי קיים חשד ממש 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... בנקודה זו נוטלות זכויות החשוד את מקום הבכורה והן דוחקות לקרן זווית את צרכי היחידה".

109. בע/ 41/11 רב"ט טדגי נ' התצ"ר נאמרו בנוסף הדברים הבאים:

"עמדנו כבר בעבר על כך, שהמפקדים, המופקדים על המתרחש ביחידותיהם רשאים לברר ברור ראשוני של פרטי תלונה אשר הגיעה לידיעתם ולטיפולם. דא עקא, שמקום בו מוגשת תלונה, המייחסת לחייל מעשה עברה פלילית, תלונה, העלולה להצמיח הליכים פליליים, צריך שתגבר רתיעתם של המפקדים מעריכת תחקיר גלוי ופתוח ... עריכת תחקיר שכזה עלולה אכן לפגום בזיכרונם של העדים השונים, להביא לתיאום גרסאות ואף לעריכת שינוי בתום לב ולעיתים באורח בלתי מודע בגרסאות. במובן זה, עלולה עריכת התחקיר לשבש את עבודת הגורם הממונה על עריכת חקירות על פי דין ... אכן, מקום בו קיים חשד לביצוע עברה פלילית, עריכת תחקיר שכזה בלא להעמיד את החשודים, המשתתפים בו על זכויותיהם על פי דין פוגעת בזכויות חוקתיות (ראו סעיפים 266-272 לחוק השיפוט הצבאי, שעניינם חובתו של קצין בודק להזהיר חשוד טרם גביית אימרה ממנו). עריכת תחקיר בתנאים כאלו עלולה לעלות כדי פעולה תוך חריגה מסמכות; ראיות אשר נגבו במסגרתה (ואף כאלו אשר נגבו בעקבותיה) עלולות להיפסל מלשמש כראיות משפטיות מפאת שנגבו שלא כחוק... סברנו כי ראוי שהפרקליט הצבאי הראשי יבהיר למפקדים בצבא, בקול ברור ובהיר, את כללי המותר והאסור, הראוי והפסול כגון דא על מנת לסלק מכשול מדרכו של עיוור".

110. מצוידים בכללים אלה בחנו את הליכי הבירור שנערכו על ידי גורמי הפיקוד במקרה דנן.

111. מצאנו כי הבירור שנערך על ידי המ"מ בעת שהכוח היה בתחומי רצועת עזה ונועד לבחון עצם קיומו של האירוע, היה בגדרי המותר, הואיל ונועד לבדוק קיומו של ממש בחשד, שמטבע הדברים עלול להיות בעל השלכות מבצעיות ביחס לאופן ביצוע המשימה על ידי חיילי הכוח.

112. הבירור, שנערך על ידי המ"פ, רחוק יותר ממרחב הפעולה הלגיטימי, משבוצע מחוץ לשטחי הלחימה ונועד להשבת הראיה החפצית. עם זאת, היה עדיין בגדר המותר משטרם הוברר אם אכן היה בסיס לחשדות.

113. התחקיר של המג"ד, מאידך, שבוצע אף הוא מחוץ לתחומי הרצועה, לאחר שהתאמתו החשדות, ונועד להעמיק חקר בדבר זהות החיילים המעורבים והיקף מעשיהם, כבר חרג שלא כדין אל תוך המרחב החקירתי
114. תחקור הנאשם על ידי המג"ד, מבחינת היקפו ועומקו היה, איפוא, בלתי ראוי, משלא הייתה הצדקה עניינית או מבצעית דחופה לקיימו שלא בהתאם לכללים החלים על חקירה פלילית של חשודים.
115. מצאנו כי מדובר בפגם בעל עוצמה לא מבוטלת, העלול, במקרה המתאים, להוביל לפגיעה חריפה בתחושת הצדק וההגינות, לאור חשיבותה ומעמדה של הזכות להימנע מפני הפללה עצמית והזכות להיוועץ בעורך דין.
116. וכך נפסק בעניין הזכות לחיסיון מפני הפללה עצמית (ע"פ 4988/08 **איתן פרחי נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו)) :

"הזכות להליך הוגן באה לידי ביטוי גם בהסדר הנוגע לחיסיון מפני הפללה עצמית, הקבוע בסעיף 2(2) לפקודת הפרוצדורה הפלילית (עדות), 1927 ובסעיף 47 לפקודת הראיות [נוסח חדש], תשל"א-1971. משמעותו היא כי אין אדם חייב להשיב על שאלה, אם יש בתשובתו כדי להניח את היסוד להעמדתו לדין פלילי. מספר טעמים גלומים בקיומו של החיסיון (עמנואל גרוס "החיסיון מפני הפללה עצמית - האמנם ציון דרך במאבקו של האדם הנאור לקדמה?" מחקרי משפט ז' 167; רע"פ 8600/03 מדינת ישראל נ' גלעד שרון פ"ד נח(1) 748, 759 (2003)), ובהם החשש מפני הודאות שווא שיימסרו בעקבות הבלבול והלחץ שבו מצוי הנאשם; הרצון לאזן את פערי הכוחות בין גורמי האכיפה והנאשם, ולאפשר לאחרון להגן על עצמו באופן מיטבי; וכן - פרטיותו של האדם וחירותו להחליט על ענייניו (ראו: רע"פ 4142/04 **מילשטיין נ' התובע הצבאי**, פסקאות 7-8 (טרם פורסם, 14.12.2006))."

117. ובעניין הזכות להיוועצות נאמרו בע"פ 5121/98 **יששכרוב נ' התובע הצבאי הראשי**, (פורסם בנבו) הדברים הבאים :

"זכותו של עצור להיות מיוצג על ידי עורך דין ולהיוועץ בו הוכרה כזכות יסוד מרכזית בשיטתנו המשפטית עוד בימי

הבראשית של בית משפט זה... חשיבותה של זכות הפגישה והיוועצות עם סנגור בשלב החקירה נובעת מכך שככלל, חקירה על ידי אנשי מרות מהווה סיטואציה מורכבת ולוחצת עבור כחל מי שנחקר בתנאי מעצר כשהוא ניצב לבדו אל מול חוקריו. הדעה המקובלת היא כי זכות הייצוג וההיוועצות בעורך דין מסייעת לשמירה על זכויותיהם של נחקרים, להבטחת הגינותם של הליכי החקירה ולמניעת מניצול לרעה של פערי הכוחות המובנים בין העצור לאנשי המרות החוקרים אותו".

118. לזאת יש להוסיף, כי חקירת מצ"ח, משנפתחה, לא נעשתה, כפי שהיינו מצפים, תוך יצירת חיץ בין התחקור הפיקודי, שפגע בזכויות הנאשם ובין חקירתו במצ"ח. מיד בפתח אמרתו הראשונה הוצגו לנאשם הדברים שמסר בתחקיר המג"ד, והוא נשאל על אודותיו באופן שלא הותיר לו בחירה חופשית אמיתית בדבר הגרסה שימסור. בכך, הוכתם ההליך החקירתי למעלה מן הנדרש בנסיבות העניין בפגמים שקדמו לו. על ההשלכה של אי יצירת חיץ כאמור ראה ע"פ 6613/99 סמירק נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(3) 529, 552-553 (2002).

119. אילו היתה הפגיעה בנאשם ובהוגנות ההליך המשפטי מתמצית בכך, ולאור חומרת העבירה שביצע, ועל כך נרחיב בהמשך, היינו מסתפקים, כעתירת התביעה, בפסילת הראיות שנאספו מן הנאשם בעקבות אותה חקירה, בדגש על האמרות הראשונות שמסר במצ"ח, מכוח דוקטרינת הפסיקה החוקתית.

#### **הבטחה להימנע מנקיטת צעדים משפטיים:**

120. אלא, שכאמור, ההליך הפלילי שנולד בעקבות התחקיר הפיקודי החל מתגלגל, והראיות לביסוסו החלו נאספות בעקבות הבטחה של מפקד הפלוגה לחייליו, לרבות הנאשם, כי אם יתוודו וישיבו לידיו את הכסף, לא יאונה להם כל רע, דהיינו לא ינקטו כנגדם צעדים משפטיים כלשהם.

121. מצאנו כי יש בהתנהלות זו יש משום פגיעה בהוגנות ההליך המשפטי, שתרופתה הראויה במסגרת דוקטרינת ההגנה מן הצדק.

122. כידוע, "הגנה מן הצדק" קמה מקום בו "הגשת כתב-האישום או ניהול ההליך הפלילי עומדים בסתירה מהותית לעקרונות של צדק והגינות משפטית" (סעיף 351(ב)(6) לחש"ץ). בהלכת בורוביץ' נקבע מבחן משולש לתחולת ההגנה, אשר לפיו:

**"בשלב הראשון** על בית המשפט לזהות את הפגמים שנפלו בהליכים שננקטו בעניינו של הנאשם ולעמוד על עוצמתם במנותק משאלת אשמתו או חפותו; **בשלב השני** על בית המשפט לבחון אם בקיומו של ההליך הפלילי חרף הפגמים האמורים יש משום פגיעה חריפה בתחושת הצדק וההגינות. שלב זה עניינו איזון בין אינטרסים רלבנטיים שונים מתוך הסתכלות על נסיבותיו של המקרה הקונקרטי. במסגרת עריכתו של איזון זה, יש ליתן את הדעת, בין היתר: לחומרת העבירה המיוחסת לנאשם; לעוצמת הראיות המבססות את אשמתו; למידת הפגיעה ביכולתו של הנאשם להתגונן; למידת האשם הרובץ על כתפי הרשות שפגעה בהליך או בנאשם וכן לשאלה אם הרשות פעלה בזדון או בתום לב; **בשלב השלישי**, ולאחר ששוכנע בית המשפט כי קיומו 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" (ע"פ 4855/02 **מדינת ישראל נ' בורוביץ**, פ"ד נט(6) 776 (2005)) וכן ראו ע"פ 8994/08 **פלוני נ' מדינת ישראל** (טרם פורסם, 1.9.2009)).

123. לדידנו, בניהול ההליך הפלילי כנגד הנאשם לאחר שהובטח לו על ידי מפקדו כי לא יתקיים הליך כזה, ולאחר שזכויותיו כחשוד הופרו במהלך התחקיר הפיקודי מהווה פגם ממשי בהליך הפלילי, המוביל לפגיעה חריפה בתחושת הצדק וההגינות.
124. המלומד נקדימון הביע דעתו בספרו "הגנה מן הצדק" **נבו הוצאה לאור בע"מ, התשס"ט-2009**, כי קליטתה של ההגנה מן הצדק במשפט הישראלי ושינוי נקודת האיזון בין הפרט לכלל בעקבות חוק יסוד כבוד האדם וחירותו עשויים להביא להתייחסות נורמטיבית שונה להגשת כתב אישום תוך חזרה מהתחייבות, מצג או החלוטה בדבר אי העמדה לדין (שם עמ' 269 ואילך). לדידו, ניסיונה של הרשות להתנער מהתחייבות כזאת, מקום שלא התקיימו נסיבות חדשות הקוראות לשנוי ההחלטה, עלול לעלות כדי הפרה של חובות האמון וההגינות המוטלות עליה.
125. האינטרסים והערכים המתגוששים במקרה של הבטחת הפרת הבטחה כאמור אינם קלי ערך. מחד, האינטרס של הציבור בהבאת העברייני לדין, שהוא כבד משקל ככל שמדובר בעבירה חמורה יותר ומנגד, אינטרס הנאשם בקיום ההבטחה ואינטרס אמינות השלטון ככזה המקיים הבטחותיו בעיני הציבור בכלל.

126. לאלה גם אלה היבטים יחודיים מקום שעסקינן במסגרת הצבאית, עליהם נעמוד בהמשך, היבטים שהם לחם חוקנו מתוקף היותנו ערכאה צבאית, הכוללת שופטים שאינם משפטים ומכירה את ההווה הצבאית, צרכיה וערכיה.

127. לעתים קרובות עשויים השקולים הנזכרים להוביל לתוצאות שונות ונוגדות. במצב דברים זה, יש לתת לשיקולים השונים את משקלם הראוי, ולאזנם על פי משקלם. בין היתר יש לשקול את מידת ההסתמכות של הנאשם על ההבטחה, קיומו של שינוי בנסיבות לאחר מתן ההבטחה, מהותה של העבירה, ומידת חומרתה (ראה והשווה עניין פרחי).

ונפרט :

128. לציבור אינטרס מרכזי בהעמדתם לדין של נאשמים בכלל, ובעבירות החמורות בפרט, אינטרס "אשר סדרי החיים המודרניים תלויים בהגשמתו" (בג"צ 218/85 **תקוה ארביב נ' פרקליטות מחוז תל אביב** (פורסם בנבו)). כבר נפסק כי אמינות השלטון אינה רק בקיום הבטחותיו, אלא גם בקיום חובותיו השלטוניות" (ראה שם) לרבות בדרך של הגשמת מטרות המשפט הפלילי. משכך, הגשמת מטרות אלה, צריכה להילקח בחשבון, שעה שהשלטון מתחשב באינטרסים השונים הקשורים בהשתחררות מהבטחה.

129. זאת ועוד, אין לשכוח כי הגינות ההליך הנבחנת בגדרי ההגנה מן הצדק "אין משמעה רק הגינות כלפי הנאשם אלא גם כלפי נפגעי העבירה והציבור בכללותו הזכאים לקבלת הגנה מפני פגיעה בשלומם, בביטחונם או בכבודם כבני אדם" (כבוד השופט חיות בעניין פרחי). וכדבריו של השופט שמגר בעניין דרכי (דנ"פ 3750/94 **דרכי נ' מדינת ישראל**, פ"ד מח(4), 621, עמ' 631-630): "כבוד האדם הוא לא רק כבודו של הנאשם אלא גם כבודו של המתלונן, העד, הקרבן; ההגינות בהליך, אשר אחריה אנו תרים, היא לא רק הגינות כלפי הנאשם, אלא גם כלפי מי שמבקש עזרתה של החברה כדי שתסיק מסקנות מביזויו והשפלתו כאדם. כבוד האדם מקיף את כל יצורי האנוש: כפי שלצערי נשכח לא אחת".

130. אין חולק בדבר האינטרס המובהק שבניהול הליך פלילי כלפי מי שכשל בעבירת ביזה, לאור חומרתה ונזקה. מטעם זה, קובעות פקודות הצבא כי חשד בעבירה ממין זה יחקר על ידי מצ"ח ובתי המשפט מטילים ברגיל עונשי מאסר כבדים בגינה.

131. על מצרף השיקולים – של חוק, משמעת, מוסר ותועלתנות – הממחישים את פגיעתה של עבירת הביזה בחוק, במוסר באתיקה הצבאית וביכולתו המבצעית

והמקצועית של הארגון הצבאי כגוף לוחם, עמד בית הדין הצבאי לערעורים בעניין איילין (62/03) **התובע הצבאי נ' אלכסנדר אילין** (פורסם בנבו)). וכך נכתב שם:

"עבירת הביזה בזויה היא. מבצעה מבזים את עצמם, את יחידתם ואת צה"ל כולו... חייל קרבי הממהר "לשלל שלל ולבוז" (יחזקאל לח, יב, ישעיהו י"ו) לא רק עובר עבירה מבחינה משפטית וראוי לכל גינוי מבחינה מוסרית, אלא הוא גם פוגע בחבריו ובמילוי משימתו הצבאית, ולעיתים אף מסכלה. חייל העושה מעשים אסורים בשעת לחימה פוגע בכבוד האדם הנכבש, כמו גם בצלם האלוהים שלו, של המפגע, הכובש. הביזה וההתעמרות באויב הן חלק מתופעות מכוונות הנלוות, או עלולות להילוות, ללחימה עד כדי כך שלמסתכל מהצד הן עלולות להיראות כחלק בלתי נפרד ממנה. סביבת הלחימה, שאון הקרב, הלם המנוצחים וחולשתם, שכרון הכוח ותאוות הנקם של המנצחים – כמו גם, הפיתוי הרגשי והכלכלי הניצב בפניהם: לעשות במנוצחים ובכליהם כבתוך שלהם – כל אלה יוצרים מצע העלול להצמיח גידולי פרא והתנהגות עבריינית בין חיילים".

ועוד נאמר:

"חייל בוזז פוגע באושיות הצבא. הוא עובר על החוק ועל הפקודות, הוא מכתים את מוסר הלחימה והלוחמים והוא אף פוגע ביכולתו המבצעית – טקטית של צה"ל למלא את משימותיו...". חייל בוזז אינו יכול לבצע את תפקידיו המבצעיים כשהוא עוסק במחשבה ובמעשה במלאכתו הבזויה.

132. בהקשר זה הודאגנו לגלות כי הנאשם וחבריו עסקו בסידורים וארגונים הכרוכים בלקיחת הכסף והטמנתו תוך כדי הפעילות המבצעית ולאחר מכן במהלך פיצוי הפצועים ממש. מנגד נציין, כי בסיטואציה שנוצרה לא היתה בצד העבירה שביצע הנאשם פגיעה בבעלי הרכוש, הן משום שהבית נועד מלכתחילה להריסה, הן משום שבסופו של דבר נשרף על כלל תכולתו והן משום שהכספים הוחזרו.

133. בבוחננו את האינטרס הציבורי בניהול ההליך המשפטי כנגד הנאשם, לא התעלמנו, איפוא, מחומרת מעשיו ונזקם, בכל ההיבטים עליהם עמדנו.
134. מנגד, לנאשם אינטרס מובהק בקיום ההבטחה, הן אינטרס ציפייה והן אינטרס הסתמכות, וההגינות כלפיו מחייבת הגנה על אינטרסים אלה שלו, אשר השתחררות מההבטחה עשויה לקפח אותם.
135. "אינטרס הציפייה מתייחס לעינוי הדין שנגרם לנאשם, שציפה לכך שהבטחה שניתנה לו תקום, ועתה באה הרשות השלטונית ומתכחשת לה" (ע"פ 4988/08 **איתן פרחי נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו)). ככל שארוכה יותר התקופה במהלכה נתן השלטון לנאשם להאמין כי לא יועמד לדין, מתחזק אינטרס הציפייה שלו.
136. "אינטרס ההסתמכות מתייחס לאינטרס של הנאשם שההבטחה שנמסרה לו תקום גם נוכח שינוי מצבו בעקבותיה, למשל, כאשר היא גרמה לו למסור מידע או להודות בעובדות מפלילות שיוחסו לו (בג"ץ 218/85 **ארביב נ' פרקליטות מחוז תל-אביב**, פ"ד מ(2) 393, 403 (1986))."
137. לאינטרסים אלה יש להוסיף את האינטרס של הציבור בכלל בקיומו של שלטון אמין, המקיים את הבטחותיו. אין חולק כי ביסוד הכלל לפיו "הבטחות יש לקיים", עומדים עקרונות ההגינות והסבירות, והוא חל אף על הרשות (ע"פ 4988/08 **איתן פרחי נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו)). כבר נפסק כי :

"הפרת הבטחה הינה מעשה נפסד כשלעצמו. בתחום האזרחי הפרת הבטחה גוררת אחריה סעד של פיצוי (ע"א 416/91 **ממן נ' טריקי**, פ"ד מז(2) 652 (1993)). לעיתים תוביל הפרת הבטחה אף לביטולו של החוזה. בתחום הציבורי - הפרת הבטחה בנסיבות שהפרט הסתמך עליה, עשויה להוביל לחיובה של הרשות לקיים את דברה (ע"א 6971/93 **עיריית רמת-גן נ' קרשין**, פ"ד נ(5) 478, 483 (1997)). כאשר מדובר בהליך פלילי, כבר נפסק, כי הפרת הבטחה כלפי הנאשם עשויה בנסיבות מסוימות להוביל לפסילת הראיה הכרוכה בכך (ע"פ 175/80 **סמילה נ' מדינת ישראל**, פ"ד לה(3) 21, 25 (1981); ע"פ 1292/06 **יחיא תורק נ' מדינת ישראל**, פסקה 30 לדברי השופט ע' פוגלמן (טרם פורסם, 20.07.09)), ובנסיבות קיצוניות וחריגות אף לביטול כתב-האישום מעיקרו (בג"ץ 5319/97 **קוגן נ' הפרקליט הצבאי הראשי**, פ"ד נא(5) 67, 82

(1997)'' (ע"פ 4988/08 **פרחי נ' מדינת ישראל**, תק-על 2011(3), 2264, עמ' 2270).

138. השלמה עם התוצאה של הפרת ההבטחה, עלולה להוביל גם לפגיעה בהיבט הציבורי של הזכות להליך הוגן במובנה הרחב - באינטרס שבאמינות השלטון ובקיום הבטחותיו. יפים לעניין זה דברים שנאמרו בעניין ארביב (בג"צ 218/85 **ארביב נ' פרקליטות מחוז תל-אביב ואח'**, פ"ד מ(2), 393, עמ' 401-402):

"שלטון המקיים הבטחותיו הוא שלטון אמין. השתחררות השלטון מהבטחותיו עשויה לפגוע באמינות השלטון בעיני הנשלטים, ובכך לפגום במירקם החיים הציבוריים של המדינה... שלטון, שאינו מקיים את הבטחותיו בתחום המשפט הפלילי, פוגם באמינותה של המערכת השלטונית, המשליטה את המשפט הפלילי. שמירה על אמינות זו היא אינטרס ציבורי חשוב... אכן, שלטון שאינו מקיים הבטחות שנתן עשוי להתקשות במתן הבטחות בעתיד, שכן בני הציבור יסרבו להאמין להבטחות שמשתחררים מהן".

139. ענינו הרואות, האינטרס הציבורי שבאמינות השלטון הינו בעל שני היבטים, הראשון, ההיבט המוסרי לפיו על פעולות השלטון לעלות בקנה אחד עם ערכי הבסיסיים של השיטה, והשני, היבט תועלתני לפיו הפרת הבטחות עלולה להוביל לחוסר אמון של האזרחים ברשויות השלטון ולסירוב לשתף עמן פעולה.

140. על הקשיים הצפויים לשלטון החוזר בו מהבטחתו שלא להעמיד לדין פלילי עמד בית המשפט העליון בבג"ץ קוגן (בג"צ 5319/97 **קוגן נ' הפרקליט הצבאי הראשי** (פורסם בנבו)), שם לעניין המרד בבסיס כליאה. באותו מקרה ראה לנכון בית המשפט העליון לאשר את הפרת ההבטחה שלא להעמיד לדין בין היתר משום שניתנה בשעה שנשקף סיכון לחיי אנשי הסגל הנצורים, ושינוי הנסיבות שחל לאחר שניתנה בהקשר זה.

141. לקיום הבטחה שלטונית היבט ייחודי במסגרת הצבאית. בע/ 88,89/11 (ערר 88/11 **התובע הצבאי נ' אל"ם ח.מ.** (פורסם בנבו)) נאמרו, בהקשר אחר, הדברים הבאים, היפים גם לענייננו והם נר לרגלנו:

"צה"ל הוא צבא העם. חיילנו משרתים בו מכוח חובה שבחוק. על רקע זה קיימת חשיבות מיוחדת להטמעת ערך

האמון בין החיילים למפקדים ובין המפקדים לציבור הרחב. אמון זה הוא הבסיס לציות החיילים למפקדיהם והוא שיבטיח כי ביום פקודה יפעל הצבא כגוף אחד הנחוש לבצע את משימותיו".

142. ועוד הבהיר בית הדין הצבאי לערעורים שם את ההשלכה הדרמטית שחודדה בדין האמריקאי העלולה לנבוע מאובדן אמון הפקודים כלפי מפקדיהם ביחס לנכונותם לציית למפקדם, השלכה העלולה להוביל בדרך הטבע לערעור יסודות המערכת הצבאית. וכן את הזיקה שבין תפישת הציבור ביחס למפקד קונקרטי ותפיסתו את הצבא כולו.

143. למותר לציין, בהקשר זה, את פער הדרגות והמעמד שבין מפקד פלוגה לוחמת ובין חייליו, וודאי שכך בין מג"ד והחיילים אשר תחת פיקודו. אלה עושים מחד את ההבטחה של המ"פ ל"מילת ברזל", וראוי שכך יהיה, ומנגד, מותירים ביד הנאשם בחירה מועטה שלא להפליל את עצמו בעת שהוא מתוחקר על ידם.

144. בקביעת האיוון הראוי בין האינטרסים והשיקולים, מקום שעסקינן בהפרת הבטחה בדבר אי העמדה לדין, מציע המלומד נקדימון בספרו "הגנה מן הצדק" בעמ' 286 לבחון את העיקרים הבאים:

"ראשית, האם הנאשם הוכיח קיומם של ההתחייבות, המצג או החלטה מצד הרשות שלפיהם הוא לא יועמד לדין. שנית, האם היתה לנאשם ציפייה סבירה כי ההתחייבות, המצג או ההחלטה האמורים יקוימו, ואם הוא הסתמך עליהם ושינה את מצבו על יסודם. בהקשר זה יש לבחון אם מתקיים קשר סיבתי או בייקטיבי בין ההתחייבות, המצג או ההחלטה לבין שינוי מצבו של המסתמך באמצעות פעולה או הימנעות מפעולה. אם יוכח כי הנאשם היה נוהג באותו אופן ומשנה את מצבו גם בהיעדר ההתחייבות, המצג או ההחלטה, הרי שהשתק הפלילי מכוח דוקטרינת ה"הגנה מן הצדק" עשוי שלא לחול. שלישית, הסתמכותו של הנאשם על ההתחייבות, המצג או ההחלטה וציפייתו לקיומן צריכות לעמוד במבחנים של סבירות, כנדרש על פי תורת ההשתק".

145. כאמור לעיל, קבענו כי החזרת הכסף על ידי המחלקה, באמצעות סמ"ר ח', לידי המ"פ וההודאה הכללית בביצוע הביזה ניתנה לאחר הבטחת המ"פ שניתנה מחוץ לרצועה, לפיה לא יאונה להם רע אם יחזירו את הכסף, ובהסתמך עליה. אין לדעת כיצד היו נוהגים החיילים לולי ניתנה הבטחה זו, האם היו מודים בלקיחת הכסף, כהערכת המ"פ, או מתנערים מאחריות לכך, כטענת הנאשם. אין לנו אלא להניח לטובת הנאשם כי החיילים והוא בכללם הסתמכו באופן ממשי על ההתחייבות, ולראיה העובדה כי לא הודו במעשה בפני המ"מ טרם מתן ההבטחה.

146. עוד מצאנו כי לנאשם הייתה צפייה סבירה כי ההתחייבות תקויים. המ"פ עצמו סבר כי בסמכותו להבטיח כפי שהבטיח, ומקל וחומר שלא היתה לחיילים סיבה לסבור כי הוא פועל שלא בגדר סמכותו. לאלה יש להוסיף את עדותו של המ"פ עצמו לפיה הלוחמים סמכו עליו באופן מלא באותה עת, והאמינו "שכל מילה שלו היא ברזל".

147. אכן, בעת שזומן לתחקור בפני המג"ד, אפשר כי מידת בטחונו של הנאשם בהבטחה התערערה במידת מה, אולם התרשמנו כי עדיין האמין כי ההבטחה לא תופר, ובודאי שלא תוביל לחקירת מצ"ח ולהגשת כתב אישום. נוכח אותה הבטחה נפגעה זכות היסוד של הנאשם להימנע מהפללה עצמית. בסופו של דבר נטרפו הקלפים ומבחינתו והוא הבין כי ההבטחה לא תמומש עם הפתיחה בחקירה מצ"ח, מספר ימים לאחר מתן ההבטחה.

148. אשר למבחני הסבירות, בהן צריכות הסתמכותו של הנאשם וצפייתו לעמוד, מציע נקדימון מספר מבחני עזר. הראשון עניינו במיהות הרשות ומיהות בעל התפקיד בה שעשו את ההתחייבות או המצג, ובשאלה האם יש בהם כדי להקים באופן סביר בסיס להנחה כי הם מוסמכים לעשותה.

149. אין חולק כי המ"פ לא היה מוסמך להבטיח כפי שהבטיח, נוכח פקודות הצבא המחייבות העברת דיווח למצ"ח על אודות אירוע ביזה. אלא שעובדה זו לא הייתה ידועה למ"פ, אשר נתן את ההבטחה מתוך שהאמין בתום לב כי בסמכותו ובכוחו לממשה, או למג"ד, שהנחה אף הוא כי אם הכסף יוחזר בעוד שהפלוגה בסג"עיה יסתיים בכך האירוע ולא תעשה פניה למצ"ח. מקל וחומר שלא הייתה ידועה לחיילים, שהאמינו באמת ובתמים לדברי המ"פ.

150. בהקשר זה נציין כי ההגנה מן הצדק רחבה דיה, לדידנו, על מנת לכלול בגדריה אף אירועים של הבטחה שניתנה שלא בסמכות. דרכם של מושגים מסוג צדק והגינות שהם בעלי רקמה פתוחה, לתוכה יוצק בית המשפט תוכן ממקרה למקרה. הגדרתם הרחבה והעמומה משהו מאפשרת לבית המשפט להביא בגדרם את השקפתו

הערכית, מבלי שיוגבל על ידי מסגרות נוקשות בעלות כללים מוגדרים מראש. משכך, לא מצאנו לקבל את טענת התביעה, לפיה יש לדון בהבטחה שהופרה במסגרת הדוקטרינה של סמכות נחזית, ובמסגרתה בלבד.

151. דעה דומה הושמעה על ידי המלומד נקדימון בספרו (עמוד 286), תוך עיגונה בהלכת ארביב ובדין האנגלי:

"על פי הלכת ארביב אין חובה לכפוף התחייבויות של הרשות, הנוגעות לאי הפעלת סמכותה לנקוט הליכים פליליים, לדיני ההבטחה המנהלית. אפשר איפוא כי אי כיבוד של הבטחה בלתי מוסמכת שלא להעמיד לדין יביא כיום, במקרה המתאים, לתוצאה שונה מזו שנפסקה בפרשת דהאן נ' מ"י, וזאת על פי דוקטרינת ה"הגנה מן הצדק" המעניקה משקל נכבד להסתמכותו, ציפייתו ותום ליבו של הנאשם. כאן המקום לציין כי על פי הדין באנגליה גם כאשר מדובר בהתחייבות בלתי מוסמכת שלא להעמיד לדין עשויה דוקטרינת ה"הגנה מן הצדק"... לבוא לעזרת נאשם, אשר הסתמך על המצג השלטוני ושינה א תמצבו לרעה בעקבותיו".

152. וראה והשווה גם פסיקת בית משפט השלום בת"פ (שלום טב') 2309/04 מ"י נ' בכר, פורסם בנבו (8.6.05), שם נאות בית המשפט לתת סעד בגדרה של הגנה מן הצדק, כיון שלנאשם נמסר על ידי שלושה קציני משטרה כי אם ימסור אקדח שהיה ברשותו למשטרה ויסתבר כי זה לא שימש לביצוע פשע, לא יועמד לדין, וזאת על אף שלפי הנהלים הפנימיים היה על השוטרים לקבל הסכמת הפרקליטות להבטחה.

153. מבחני עזר נוספים, המוצעים על ידי המלומד נקדימון, עניינם בסוג המעשה השלטוני הגלום בהתחייבות, ולעניין זה אין דין התחייבות מפורשת שלא להעמיד לדין כדין מצג רפה יותר או מותנה בתנאי, ובתום ליבו הסובייקטיבי של הנאשם, שהסתמך על ההתחייבות מתוך אמונה כנה כי היא מחייבת ושינה מצבו לרעה טרם נודע לו על הפרתה. בשני עניינים אלה מצאנו כי ההגנה עמדה.

**הכרעה:**

154. לאחר שאמרנו ושקלנו את כל אלה, מצאנו כי עוצמתם של הפגמים שנפלו בהליכים שננקטו בעניין הנאשם כבדה, ויש בניהול ההליך בנסיבות אלה פגיעה חריפה בתחושת הצדק וההגינות, המצדיקה סעד לנאשם.

155. כל תוצאה אחרת יש בה, לדידנו, כדי לפגוע קשות באינטרס ההסתמכות של הנאשם, אשר הבטחת המ"פ, תחקיר המג"ד והאופן בו נוהלה חקירת מצ"ח פגעו בזכויותיו להימנע מהפללה עצמית ולהיוועץ בסנגור, ואשר בעקבותיהן שינה לרעה את מצבו, הודה באשמה ותרם לאיסוף ראיות לחובתו.

156. חשוב לא פחות, תוצאה אחרת תפגע באופן מהותי באמון שרוחשים חיילים למפקדיהם ולרשויות הצבא בכלל. היא תערער את יסודות המערכת הצבאית ואת נכונותם של החיילים לציית למפקדיהם, תוך סיכון חייהם במקרה המתאים, וסופה שתוביל לפגיעה בתפקודו של צה"ל.

157. לעניין זה ראינו לנכון להפנות לתגובה הקשה של חיילי הפלוגה להפרת ההבטחה, העולה מעדותו של המ"פ, לפיה אמרו החיילים "איך זה קרה, איך יכול להיות ששיקרת לנו, אנחנו האמנו בך" (עמ' 38 שורות 24-25). גם הנאשם העיד במצ"ח (ת/4 עמ' 7 שורות 1-4), כי לאחר שהועבר מתפקידו ומצ"ח הגיעה למקום "המחלקה עשתה מרד".

158. ערעור האמון במפקדים, תוצאתו פגיעה ערכית בצה"ל כצבא מוסרי. אין חולק כי הטלת המגבלות על הפעלת הכוח בעת לחימה מופקד בראש ובראשונה בידי מפקדי צה"ל. וכך נפסק (ע 146/03 **התובע הצבאי נ' רועי רוזנר** (פורסם בנבו)):

"מאז הקמתו נחשף צה"ל לתופעות מכוערות, הנלוות ללחימה, נלחם בהן ויכול להן. מלחמה זו, שעניינה הטלת מגבלות ערכיות ומוסריות על הפעלת הכוח, היא, בראש ובראשונה, חובתם, אומנותם ומלחמתם של המפקדים. עליהם לממשה מכוח מנהיגותם ובהסתמך על אמצעים חינוכיים, פיקודיים ובמידת הצורך משמעתיים ומשפטיים".

159. אמור מעתה, פגיעה זו באמון, שהיא בבסיסה של סמכות הפיקוד תסכל גם את יכולתם של המפקדים, מכוח מנהיגותם, להטיל מגבלות ערכיות ומוסריות על הפעלת כוח על ידי חייליהם, וסופה שתוביל גם לפגיעה באינטרסים שבבסיס ההליך הפלילי בעבירת הביזה ובעבירות בכלל.

160. אשר לסעד הראוי, מצאנו כי קיימת בדינו אפשרות לרפא את הפגמים שנתגלו באמצעים מתונים יותר מביטול כתב האישום ואף ראוי לעשות כך.
161. חומרתה של העבירה, בה כשל הנאשם, העובדה כי הרשות נתנה את ההבטחה בתום לב וחזרה בה ממנה זמן לא רב לאחר מכן כשגילתה את החריגה מסמכות, והתנהגותו של הנאשם עצמו בהמשך ההליך, לעניין היקשרות שלא בתום לב בהסכם עד המדינה – אינם מצדיקים את זיכויו.
162. גם העובדה כי כנגד סמ"ר נ', וסמ"ר ד' ז', שמעורבותם באירוע הייתה פחותה משל הנאשם, ננקטו הליכים משמעותיים או משפטיים, לפי העניין, אינן מתיישבות עם ביטול ההליך כליל כלפי מי שהיה מעורב עיקרי.
163. מצאנו, איפוא, כי בנסיבות המיוחדות עליהן עמדנו מן הראוי להסתפק בהרשעת הנאשם בעבירה שבצידה רישום פלילי מופחת.
164. בהחלטתנו זו נתנו משקל גם להתמשכות ההליכים המשפטיים בתיק, על עינוי הדין הכרוך בהם, מאז ביצוע העבירה בחודש יולי 2014, דרך הגשת כתב האישום בחודש אפריל 2015 וכלה בהחלטתנו זאת הניתנת היום, גם אם חלק מהם נזקף לחובת התנהלות ההגנה בעניין הסכם עד המדינה.
165. למותר לציין כי הרשעת אדם צעיר בעבירה הנושאת בצידה רישום פלילי מלא נושאת בחובה השלכות ארוכות טווח וכבדות המשקל. הרישום פלילי מגביל את החייל הצעיר בתחומים רבים ולמשך שנים ארוכות, בתקופה קריטית להתפתחותו האישית והמקצועית. הוא פוגע בזכויות היסוד שלו ובהשתלבותו בחברה (בבג"צ 5000/95 טור' ברטלה נ' הפרקליט הצבאי הראשי (פ"ד מט(5) 64, (1995)).
166. משכך, בהמרת סעיף האישום בכזה שיתיר לנו להטיל עונש בגדרי הרישום המופחת, יש משום סעד ממשי ובלתי מבוטל לפגיעה בזכויותיו.
167. סופם של דברים שהנאשם מורשע בעבירות של גניבה לפי סעיף 384 לחוק העונשין, התשל"ז-1977, שיבוש הליכי משפט לפי סעיף 244 לחוק העונשין, התשל"ז-1977 ובעבירה של התנהגות שאינה הולמת לפי סעיף 130 לחוק השיפוט הצבאי, התשט"ו-1955.

**ניתנה היום 3 במרץ 2016 והודעה בפומבי.**

---

שופט

---

הנשיאה

---

שופט

גזר - דין

ביום 3 במרץ 2016 הורשע הנאשם, סמ"ר ח' ד', לאחר שמיעת ראיות בעבירה של גניבה לפי סעיף 384 לחוק העונשין ובעבירה של שיבוש הליכי משפט לפי סעיף 244 לחוק העונשין, התשל"ז-1977.

נסיבות ביצוע העבירה פורטו בהרחבה בהכרעת הדין, ולכם יובאו כאן בקצירת האומר וככל הנדרש לצורך ההכרעה בדבר העונש בלבד.

פסקנו כי ביום 20 ביולי 2014, במהלך מבצע "צוק איתן", גנב הנאשם מבית בשכונת סג'יעה, שהיה מיועד להריסה ואשר אליו נכנסה מחלקתו לשם חיפוש אמל"ח, סכום של 2,420 ש"ח. מלכתחילה נמצא הכסף על ידי סמ"ר ה', אולם לבקשת הנאשם הוא מסר לו אותו. הנאשם העביר בהיותו בבית את הכסף לסמ"ר ז' על מנת שיוציא אותו מהרצועה. עוד בבית החליטו החיילים להשתמש בכסף לערב מחלקה. בהמשך, התלווה הנאשם אל ז' למשימת פינוי פצועים מהבית ובמהלכה לקח את הכסף מן הווסט של אותו חייל והכניסו לכיסו של נ', בעת שהיה האחרון נתון בפינוי פצועים. ימים מספר לאחר מכן הנאשם נטל מסמ"ר נ' את הכסף.

עוד פסקנו כי הכסף הוחזר לידי המ"פ לאחר שהבטיח לחיילים כי אם יעשו כן לא יאוונה להם רע. בהמשך, תחקר הנאשם על ידי המג"ד שלא כדין והודה כי מספר חיילים, והוא ביניהם, לקחו 180 ש"ח כל אחד. בעקבות הודאתו נפתחה חקירת מצ"ח, במהלכה הודה בגניבת מלוא הסכום לבדו ואף תדרך את חבריו בגרסתו זו על מנת שיתאימו את גרסתם אליה.

ביום 27 בנובמבר 2014 נחתם הסכם עד מדינה עם הנאשם, במסגרתו התחייב למסור את כל הידוע לו על אודות האירוע, והובטחה לו חסינות מפני העמדה לדין, ובלבד שאינו מעורב עיקרי בו. בעקבותיו, הפליל הנאשם את סמ"ר ה', סמ"ר ז' וסמ"ר נ' במעורבות באירוע, איש איש על פי חלקו. ההסכם בוטל סמוך לאחר מכן, ופסקנו כי בדין בוטל, לאחר שנמצא כי על פי אף על פי גרסתו המאוחרת היה הנאשם מעורב עיקרי בעבירה.

כתב האישום כנגד הנאשם הוגש ביום 19 אפריל 2015. כתבי אישום הוגש גם כנגד סמ"ר ה' וסמ"ר ז'. התביעה הצבאית הורתה על העמדת סמ"ר נ' לדין משמעתי.

סמ"ר ז' הורשע, על פי הודאתו, בעבירה של קבלת נכסים שהושגו בעוון, לפי סעיף 412 לחוק העונשין, לאחר שהתביעה תיקנה את כתב האישום בעניינו. הוא נידון ל-60 ימי מאסר לריצוי בדרך של עבודה צבאית, לעונש מאסר מותנה והורדה לדרגת טוראי. סמ"ר נ' נשפט ביום 4 במאי 2015 בדין משמעתי ונידון להורדה לדרגת סמל. עניינו של סמ"ר ה' עדיין תלוי ועומד בפני בית הדין.

**ראיות לעונש:**

מתדפיסו האישי של הנאשם עולה כי הוא גוייס לצה"ל בחודש נובמבר 2011 ושירת כלוחם. מאז יום 9 בדצמבר 2014 הוא נמנה על כוחות המילואים. מאז חודש אוקטובר 2015 הוא סטודנט להנדסאות בניין במכללת עמק הירדן. מפקדיו, שיבחו את תפקודו כלוחם הן בפן המקצועי והן בפן האישי. הם ציינו לטובה את היוזמה, והאחריות שהפגין, ואת כישוריו החברתיים. בדברו האחרון הביע הנאשם חרטה על מעשיו.

**טיעוני הצדדים לעונש:**

התביעה בטיעוניה ביקשה כי יוטל על הנאשם עונש מאסר משמעותי לתקופה ממושכת לאור חומרת העבירה בה כשל, ופגיעתה הקשה בצה"ל. היא הדגישה את מידת המעורבות של הנאשם באירוע והפנתה לרמת הענישה שנקבעה בפסיקת בתי הדין הצבאיים לאורך השנים. לעניין ההבטחה, שניתנה לו על ידי מפקדיו שלא יעמוד לדין, סברה כי די בהקלה לה זכה בהמרת סעיף האישום על ידי בית הדין והרשעתו בעבירה מסוג עוון. עוד טענה כי עבירת השיבוש מחייבת קביעת עונש נפרד בשים לב להתנהלותו הכוללת של הנאשם שלא נמנע מלזרות חול בעיני רשויות החקירה.

ההגנה, מאידך, הדגישה את העובדה כי היתה בניהול ההליך הפלילי, על פי פסיקתנו, פגיעה חריפה בתחושת הצדק וההגנות, וזאת נוכח ההבטחה שהופרה והתחקיר הפיקודי שנערך שלא כדין. לדידה, פגיעה זו צריכה למצוא תיקונה בדרך של הקלה משמעותית בעונש.

היא ביקשה כי נזקוף לזכות הנאשם גם את העובדה כי הוביל, משיקוליו הוא אמנם, לגילוי מעורבותם של שלושה מחבריו באירוע, ובעקבות כך להעמדתם לדין. ההגנה הביעה תרעומת ביחס לפער בטיפול המשפטי במעורבים השונים, שהגיע, לדידה, כדי "אכיפה בררנית". בהקשר זה ציינה את העובדה כי התביעה, שהורתה על הליך משמעותי כנגד סמ"ר נ', תיקנה את כתב האישום בעניין סמ"ר ז' ולא הרהרה אחר העונש שהוטל עליו, מבקשת הטלת מאסר ממושך על הנאשם כאן. לעניין עבירת השיבוש, טענה ההגנה כי זו בוצעה בנסיבות שאינן "קלאסיות", ונבעה מרצונו של הנאשם לחפות על חבריו ולא במטרה לחמוק מעונש. לבסוף, עמדה ההגנה על עינוי הדין שנגרם לנאשם כתוצאה מהעובדה שהוא נותן כיום את הדין בגין אירוע שהתרחש לפני קרוב לשנתיים ימים וזמן ניכר לאחר ששוחרר משירות סדיר.

**דיון והכרעה:****עבירת הגניבה:**

אין חולק בדבר חומרת מעשיו של הנאשם ופגיעתם הקשה בערכים מוגנים חשובים. עמדנו בהכרעת הדין על מצרף השיקולים- של חוק, משמעת, מוסר ותועלתנות- הממחישים את פגיעתה של עבירת הביזה בחוק, במוסר, באתיקה הצבאית וביכולתו המבצעית והמקצועית של הארגון הצבאי כגוף לוחם (ראה סעיף 131 להכרעת הדין).

עמדנו בהקשר זה על הפגם המוסרי החרף הכרוך בעבירה זו, במסגרתה עושה החייל שימוש בכוח שהופקד בידו, לביצוע מעשים אסורים, הפוגעים בכבוד האדם הנכבש ובצלם האלוהים שלו עצמו. מעשים ממין זה פוגעים בחוסנו המוסרי של צה"ל, ונלווית להם פגיעה תדמיתית קשה.

בנוסף הם פוגעים ביכולתו של החייל והצבא למלא את משימותיו. לוחם, שמעיניו נותנים למלאכת הביזה, אינו יכול למלא את תפקידיו המבצעיים כנדרש והתוצאות עלולות להיות הרוות אסון. בהקשר זה ציינו את הדאגה המתעוררת למראה התנהגות הנאשם וחבריו, שהיו עסוקים בסידורים הכרוכים בלקיחת הכסף והטמנתו, תוך כדי הפעילות המבצעית ובעת פינוי הפצועים ממש.

שיקולים אלה מוליכים, ברגיל, לקביעת מתחם ענישה ההולם העומד על חודשים מספר בכליאה ממשית, ולהטלת עונשים כאמור אף על מי שהשלימו שירות מצוין בתפקיד לחימה וחרף נסיבות אישיות (ראה והשווה ע/62/03 התצ"ר נ' סמל איילין, ע/163/03 התצ"ר נ' רב"ט בן ישי, ע/84/13 רב"ט ש.ל. נ' התצ"ר, דרום (מחוזי) ע/171/09 התוצ"ב נ' סמ"ר י.ל., דרום (מחוזי) 153/09 התוצ"ב נ' סמל א.ק.).

חרף זאת, לא מצאנו כי עתירת התביעה לעונש מאסר לתקופה ממושכת, הולמת את נסיבותיו הייחודיות של עניין זה, שהובילו אותנו, באופן חריג להמרת סעיף האישום.

הדברים אמורים בהבטחת המ"פ לחיילים, אשר הופרה סמוך לאחר השבת הכסף ובתחקיר הפיקודי שנערך על ידי המג"ד שלא כדן.

כבר מצאנו כי "עוצמתם של הפגמים שנפלו בהליכים שננקטו כנגד הנאשם כבדה ויש בניהול ההליך בנסיבות אלה פגיעה חריפה בתחושת הצדק וההגינות, המצדיקה מתן סעד לנאשם" (סעיף 154 להכרעת הדין).

במטרה להקהות את הפגיעה באינטרס ההסתמכות של הנאשם, שהייתה כרוכה בהתנהלות האמורה, וחשוב מכך את הפגיעה באמון החיילים כלפי מפקדיהם ורשויות הצבא, פגיעה שתוצאתה הפוטנציאלית הרסנית, ראינו להמיר את סעיף האישום באופן שיאפשר הטלת עונש שהוא בגדרי הרישום הפלילי המופחת.

מאותם טעמים ממש אנו רואים כעת להטיל עונש שבצידו רישום מופחת כאמור. לאחרונה פתח בית המשפט העליון (ע"פ 4456/14 **אביגדור קלנר ואח' נ' מ"י** (פורסם בנבו)) פתח צר לחריגה ממתחם העונש ההולם מטעמי צדק (שם נוכח נסיבות רפואיות ייחודיות של נאשם), הגם שהחוק אינו מונה בתיקון 113 חריג כאמור. באותו עניין נפסק מפי השופט פוגלמן כדלקמן (שם עמ' 624 ואילך):

"כפי שראינו להלן, כמעט בכל שיטות המשפט האחרות שאימצו הנחיות לענישה נקבע חריג כללי המאפשר להטיל עונשים מחוץ למתחם הענישה מטעמי צדק... קביעת חריג מטעמי צדק היא גם הפתרון הרצוי לטעמי...

ואמנם קביעת חריג מסוג זה נגזרת מחובתו של בית המשפט לשמור על מידתיות בענישה, חובה שהיא פועל יוצא מהשפעת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו על הוראות דיני העונשין... להשקפתי, עקרון המידתיות בענישה, שעקבותיו ניכרים לא אחת באופן שבו הותווה שיקול הדעת השיפוטי בקביעת העונש במסגרת התיקון, על השלבים השונים הקבועים בו, צריך להנחותנו גם באותם מקרים חריגים וקיצוניים, שבהם ראוי יהיה - בגדר הדין הקיים וכל עוד לא שונה - לחרוג ממתחם הענישה נוכח שיקולי צדק".

מצאנו כי המקרה שבפנינו הינו המקרה ההולם לעשות שימוש בחריג פסיקתי צר זה. לא התעלמנו מן העובדה כי הנאשם היה מעורב עיקרי באירוע, שנקט יוזמה וביצע פעולות מספר, תוך שהוא מחטיא חיילים אחרים, לשם הוצאת הכסף מן הבית והרחקתו משטח הרצועה, הכל תוך כדי פעילות מבצעית ופינוי פצועים.

אמנם, הניח כי הכסף צפוי לרדת לטמיון, הואיל והבית היה מיועד להריסה וסופו של דבר נשרף מפגיעת טיל, ועם זאת הבין בעת שעשה את המעשה את הפסול הכרוך בו.

מטעם זה סברנו כי יש להטיל עונש מאסר, שהוא בגבולו העליון של העונש שבצידו רישום פלילי מופחת.

אשר לאופן ריצוי העונש, שמענו את בקשת הנאשם לרצות את העונש בדרך של עבודה צבאית, כך שלא יקטעו לימודיו.

בהקשר זה שקלנו את התמשכות ההליכים המשפטיים, הגם שחלקה רובץ לפתחה של ההגנה. מאז האירוע שוחרר הנאשם בתום שירות סדיר וכיום הוא סטודנט העושה את ראשית צעדיו במסגרת האזרחית. וכבר נפסק כי "מקום שההליכים התארכו אין משמעם של דברים כי אינטרס ההרתעה שבענישה מאבד את כל

משקלו", ועם זאת כוחו נחלש. (ע"פ 2103/07 אביהו הורוביץ נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו), וראה גם רע"פ 223/13 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו)). בסופו של דבר, מצאנו להדריך את עצמנו ברמת הענישה שכבר נקבעה בפרשה זו, מבחינת סוג ההליכים והעונשים שהוטלו על מעורבים אחרים באירוע, ומבחינת אופן ביצועם, גם אם מעורבותם של אלה במעשים הייתה פחותה מזו של הנאשם. עבירת שיבוש הליכי משפט:

סעיף 244 לחוק העונשין קובע עבירה שבצידה שלוש שנות מאסר, אשר מטרתה הגנה על טוהר ההליך המשפטי, על כל שלביו, למען יוכל לממש את ייעודו בגילוי האמת ועשיית משפט צדק.

כבר נפסק כי "הנחת המחוקק הינה שהפגיעה באושיות המשפט על ידי מעשה שנעשה מתוך שאיפה לשיבוש הליכים היא כה חמורה ומסוכנת, עד כי אסר על כך בלי לדרוש שיתקיים שיבוש הליכים ממש" (רע"פ 7153/99 אלגז נ' מ"י, פ"ד נה (5) 729, 743).

בענייננו כשל הנאשם במתן עדות שקר בפני גורמי חקירה במספר הזדמנויות ואף בתיאום גרסאות עם חבריו ליחידה. הגם שלא עשה כן למען עצמו, חמורים מעשיו שהיה בהם פוטנציאל למנוע גילוי האמת ומיצוי הדין עם כלל המעורבים. נסיבות העניין הולידו אותנו מסקנה כי מתחם העונש ההולם אותו נע בין 20 ל-40 ימי מאסר לריצוי בדרך של כליאה ממשית או עבודה צבאית. למותר לציין כי שתי העבירות, ובמיוחד עבירת הגניבה, אינן עולות בקנה אחד עם נשיאת דרגה פיקודית כלשהי.

בנסיבות כוללות אלה ראינו לנכון לגזור על הנאשם את העונשים הבאים:  
בגין עבירת הגניבה:

1. ארבעה (4) חודשי מאסר לריצוי בפועל בדרך של עבודה צבאית במצל"ח XXX – צומת גולני.
2. חמישה (5) חודשי מאסר על תנאי למשך שנתיים (2) שלא יעבור עבירה שעניינה שליחת יד ברכוש הזולת.
3. הורדה לדרגת טוראי.

בגין עבירת שיבוש הליכי משפט:

1. עשרים (20) ימי מאסר לריצוי בפועל בדרך של עבודה צבאית במקום ובתנאים האמורים. עונש זה ירוצה בחופף לעונש המאסר בגין עבירת הגניבה.

2. חמישה (5) חודשי מאסר על תנאי למשך שנתיים (2) שלא יעבור עבירה

שעניינה פגיעה בסדרי שלטון וממשל.

3. הורדה לדרגת טוראי.

בהסכמת הצדדים, יחל הנאשם לרצות את העונש ביום 20/4/2016 ולשם כך יתייצב

אצל רמ"ד שיקום באותו יום עד השעה 11:00.

אם יוגש ערעור בפרק הזמן האמור, תוכל התביעה לפנות בבקשה לעיכוב ביצוע

העונש לבית הדין הצבאי לערעורים.

**ניתנה היום, 5 באפריל 2016 והודעה בפומבי.**

**זכות ערעור תוך 15 יום.**

| שופט                                                          | הנשיאה | שופט |
|---------------------------------------------------------------|--------|------|
| העתק<br>רס"ן<br>נכון<br>מהמקור<br>עמוס<br>הדין<br>רחלי<br>בית |        |      |

נערך על ידי ע.ס.  
בתאריך 14/04/2016  
חתימת המגיה: