



בבית הדין הצבאי המחוזי

במחוז שיפוטי מרכז

בפני:

סא"ל רונן שור – אב"ד

סרן מיכאל ביבי – שופט

סרן רמי יעקב – שופט

בעניין: התובע הצבאי

(ע"י ב"כ, סרן שרון גידלביץ')

נגד

ר/XXX רב"ט ת' ס'

(ע"י ב"כ, סרן ליאור עייש וסרן תמר גטה)

הכרעת דין

רקע

1. כתב האישום מייחס לנאשם, רב"ט ת' ס', כי הוציא בחודש מאי 2016 מרשות הצבא רימון הלם וארבע מחסניות ייעודיות לנשק מסוג XXX טעונות בכדורים (להלן – המחסניות) במטרה להעבירם לידי אזרח אחר; וכן כי הוציא בחודש ינואר 2016 X מחסניות דומות והעבירן לידי אחר.

2. בעוד הנאשם טען בגדר הכפירה המעודכן, כי לא הוציא כלל את עשר המחסניות באירוע השני (אך המוקדם כרונולוגית), אישר כי הוציא את הציוד באירוע הראשון. הוא כפר כי התכוון להעבירו לידי אחר; ולטענתו הוצאת הרכוש נעשתה לצורכי נוי ומניע תמים. לשיטתו, נוכח מדיניות התביעה הצבאית היה מקום להעמידו לדין משמעתי ולכלל היותר להרשיעו בעבירה חלופית של נטילת ציוד ואספקה או עיכובם שלא כדין.

3. בנוסף, העלה הנאשם טענות זוטא ביחס לאמרתו השנייה, בשל העובדה כי גורמי הרשות (הן מפקדיו והן חוקר מצ"ח) השתמשו בשיטות תחקור בלתי הוגנות, כי החוקר יצר לחץ נפשי בלתי הוגן בקרב הנאשם, כי השתמש בתחבולות בלתי הוגנות על-מנת לחלץ הודיה מפי הנאשם וכי החוקר נהג בדרך של פיתוי והשאה. לחלופין, טען הנאשם כי יש לפסול את האמרה השנייה לפי כלל הפסילה הפסיקתית, נוכח הפגיעות הרבות לכאורה בזכויותיו.

התשתית הראייתית

4. אין מחלוקת כי ביום 19.5.16 נתפס הנאשם בתחנת הרכבת במודיעין, בדרכו מהבסיס לביתו, כשבתיקו ציוד ובו רימון הלם וכן ארבע מחסניות (ראו גם: ת/12, ת/16, ס/2). הנאשם מסר לשוטר שהוזעק למקום, רס"ב ברנרד אייזש, כי אינו יודע כיצד הגיע הציוד לתיקו (ת/15, עמ' 4 לפרוטוקול ש' 19-21). מתחנת המשטרה הובא הנאשם לבסיס על-ידי סגן זיו קידר וסגן שרה חננייב. לאחר תחקור ראשוני הביאו השניים את הנאשם למצ"ח ולאחר מכן החזירוהו לבסיס, שם תחקר הנאשם על-ידי הסמג"ד רס"ן רועי יתח. הנאשם יצא לביתו וביום ראשון 22.5.16 נחקר בשנית וזו האמרה השנויה במחלוקת.

5. סגן קידר וסגן חננייב אינם מפקדיו הישירים של הנאשם (עמ' 32 ש' 31-32, עמ' 35 ש' 9-12, עמ' 46 ש' 35-36). בדרכם לבסיס, עובר לחקירה הצפויה במצ"ח, ללא הנחייה, שאלו את הנאשם בשטחיות לגבי האירוע וכיצד הגיע לידיו הרימון, מתוך רצון כמפקדים **"לא להשאיר את זה באוויר ולהבין מה קרה ביחידה"** (עמ' 33 ש' 28) ובשל תפקידה של סגן חננייב כקצינת לוגיסטיקה (עמ' 47 ש' 9-10). הנאשם, שהיה מופנם כרגיל, מסר כי מצא את הרימון בשיחים ליד המגורים ולבקשתם הצביע על המקום. הנאשם לא הגיב כשנשאל לסיבה לנטילת הרימון. במקביל החזירו את המחסניות לנאשם, שכן הוא חתום עליהן.

6. לפי הנחיית הסמג"ד, שביקש **"להבין איפה מסתובב האמל"ח ביחידה שלנו במטרה למנוע את האירוע הבא של הוצאת תחמושת מהיחידה"** (עמ' 38 ש' 23-24), ביצע בבסיס סגן קידר תחקור ראשוני וקצר לנאשם. האחרון מסר כי

מצא את הרימון בקופסה בשיח מול המגורים, במהלך מסדר הבוקר. סגן קידר לא הזהיר את הנאשם אך הכחיש כי הבטיח לו "אל תדאג הכל יהיה בסדר". יצוין, כי סגן קידר וסגן חנייב נחקרו במצ"ח בשל תחקורם את הנאשם טרם הגעתו למצ"ח (בשונה מן הסמג"ד, שביצע את התחקור לאחר החקירה).

7. מספר שעות לאחר חזרתו מצ"ח, השתתף הנאשם בתחקיר שארך כ- 40 דקות אצל הסמג"ד, יחד עם סגן קידר. רס"ן יתח הבהיר כי בשל היקף החיילים בגדוד, הממשק שלו עם כל אחד מהם הוא בסיסי. רס"ן יתח הבחין בין החקירה הפלילית לתחקיר, שמטרתו הייתה פיקודית. הוא נדרש לוודא הימצאותו של אמל"ח לא מפוקח ולמנוע אירוע דומה, במיוחד על רקע גרסתו של הנאשם, ובכדי להגיע לחקר האמת. התחקיר התרכז ברימון בשל רגישותו של הפריט.

8. הנאשם עמד על גרסתו ביחס למקום מציאת הרימון והוצאת המחסניות בכדי שלא ייגנבו במהלך סוף השבוע. הסמג"ד מצא כי הגרסה אינה סבירה ואינה אמינה (בין היתר, לאור העובדה כי האפוד שהוא יקר ערך לא הוצא מהיחידה) ותהה על המטרה האמיתית בהוצאת האמל"ח. 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 ("אני נותן לך הזדמנות לחשוב ולספר לי בדיוק מה היה" – עמ' 39 ש' -23). לאחר שתיקה קצרה, ביקש הנאשם להבטיח כי לא יידעו כי מסר את מקור הרימון. הסמג"ד נענה לבקשתו והחליט כי סגן קידר יוודא את נכונות הגרסה. סגן קידר 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 מצא לפי הכוונת הנאשם "ברוס" ובו אמל"ח, שהושאר בניגוד לנהלים בחדר מגורים; ולאחר מכן נעלו בחדרו, כאשר שאר דייריו לא נכחו במקום, עד שהעבירו לקצינת הלוגיסטיקה.

9. סגן קידר אישר כי בתחקיר הנאשם לא היה מותש באופן ייחודי שכן נח קודם לכן, וכי הסמג"ד דיבר בסמכותיות ואמר לנאשם כי חווה חיילים מכל העדות. הסמג"ד חידד, כי תיאר את ניסיונו הרב בצבא "ואני מכיר וראיתי כבר הכל" (עמ' 43 ש' 38). ביחס לטענה כי הסמג"ד מסר לנאשם שאם יודה הטיפול יישאר ביחידה ללא מעורבות מצ"ח מסר סגן קידר כך: **"אני חושב שהייתה איזושהי אמירה בסגנון הזה. אגב מה שבטוח לא בטון של הבטחה יכול להיות שאמר את זה כרצון שלו לעשות את זה במסגרת היחידה...הוא לא הביא את זה לדעתי כעובדה אלא כרצון ואינטרס שלו לשמוע דברי אמינות ולטפל בענייני היחידה שלו בתוך היחידה בעצמו אפשר להגיד"** (עמ' 37 ש' 33-29) ואישר כי נאמר נוסח דומה ל"אם תודה אני אשתדל לטפל בנושא ביחידה" (שם, ש' 35-34). רס"ן יתח הכחיש את הטענה, ולאחר מכן הוסיף כי אינו זוכר אמירה מעין זו. סגן קידר הבהיר, כי האיסור להוצאת המחסניות הביתה הוא מובן מאליו והגיונו בצידו, הגם שהאיסור לא נאמר בתדריך היציאה לחיילים. נוכח רגישות הנושא עדכן הסמג"ד את מצ"ח בממצאי התחקיר ולבקשתם זה הועבר אליהם.

10. מעדותו של **רב"ט פריאל צ'רקסקי** – שהינו חוקר ותיק במצ"ח – עלה, כי בחקירתו הראשונה במצ"ח הוזהר הנאשם כדין, היה מעט לחוץ וטען כי המחסניות הוצאו בכדי שלא תיגנבנה בבסיס והרימון הוצא בכדי שישמש לנוי בחדרו. הנאשם הסכים לחיפוש במכשיר הטלפון הנייד (ראו: ת/3), והחוקר עיין במכשיר לפי מילות מפתח. בסיום החקירה שוחרר הנאשם חזרה ליחידתו וקיבל לרשותו את מכשירו הנייד. נוכח ממצאי התחקיר, לפיהם הרימון לא נמצא מחוץ למגורים אלא נלקח מ"ברוס" בחדר, זומן הנאשם לחקירה נוספת בחשד כי גנב את הפריט.

11. לדברי החוקר, הסביר לנאשם את נוסח האזהרה **"במילים יותר ברורות ולא בשפה הגבוהה בה הוא כתוב"** (עמ' 16 ש' 23-22), וזאת בשל סברתו והבנתו מהנאשם כי לא יבין שפה משפטית אלא פשוטה (עמ' 18 ש' 30 – עמ' 19 ש' 18). בחקירה הראשונה אמר לנאשם כי יוכל לשוחח עם עו"ד רק פעם אחת, וכי אינו חייב להתייעץ בתחילת החקירה אלא גם בהמשכה או בסופה. 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. החוקר הכחיש כי ביקש להטעות את הנאשם, שכן החליט לכל אורך החקירה ואף בשלב המעצר שלא לממש את זכותו להיוועצות בעו"ד (הנאשם מסר בשלב המעצר "נראה מה יהיה מחר", כשלטענת ההגנה כוונתו הייתה לדיון המעצר בו יוכל להיפגש בעו"ד).

12. 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 בתשאל במסגרתו מסר הנאשם כי התכוון להחביא את הרימון ביער בכפרו, אך הכחיש כי תכנן להעביר או למכור את הרימון לאחר.

13. לאחר תיעוד הדברים באמרה וכיוון שהחוקר הטיל ספק בגרסתו של הנאשם בדבר המניע להוצאת הרימון החל תשאל שני. החוקר היה דומיננטי, הטיח בנאשם כי הוא משקר ושינה גרסאותיו. הוא עמד על החומרה בעבירה וטווח הענישה בגינה, הנתונים להחלטת שופט. החוקר ביקש להפריד בין שאלת העונש לאמינותו של הנאשם בפני השופט. בכדי לערער את הנאשם, הסביר לו החוקר על אודות החוויה במתקן הכליאה. החוקר הכחיש כי הנאשם הודה בשל פחדו מן הדברים שהציג בפניו החוקר, הגם שמבחינה כרונולוגית לאחר הסברו של החוקר דמע הנאשם והתוודה.

14. 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. ככל הנראה, המשיכה שיחה אף באשר לאמינות הנאשם בפני שופט והשפעתה על הענישה.

החוקר ביקש אף **"לגרום לו שיסמוך עלי וירגיש בנוח לדבר איתי"** (עמ' 27 ש' 26-27). יצוין, כי בזכ"ד מהלך החקירה נרשם כי הדברים, שהועלו במסגרת תשאול שלישי, נועדו בכדי להבין האם הנאשם העביר ציוד נוסף לאזרח.

15. החוקר סיפר, כי במהלך התשאול הנאשם הגיב בשקט ולא הרבה במילים. החוקר הכחיש כי חקר בצורה מתישה או בשאלות חוזרות ונשנות את הנאשם. החוקר סבור, כי מה שהוביל את הנאשם להתוודות במניע להוצאת הרימון והעברתו לאזרח הוא **"שהסברתי לו שלא משנה מה הוא יאמר בסופו של דבר אני אראה את האמת, לא משנה מה הוא יגיד"** (עמ' 24 ש' 37-38). להתרשמותו הנאשם **"הבין שהוא נקלע לבעיה שבסופו של דבר האמת תתגלה אז הוא היה בדילמות עם עצמו האם להודות בזה עכשיו או לנסות לצאת מזה או לשקר"** (עמ' 27 ש' 33-35). הוא גאה בחקירה המוצלחת, לשיטתו, שכן הנאשם סיפר דברים שהחוקר לא ידע עליהם.

16. הנאשם התוודה לבסוף הן בתכנון למסור את הרימון והמחסניות לאזרח והן מיוזמתו בהעברת כ-X מחסניות טעונות בכדורים בעבר במספר לא ידוע של הזדמנויות. החוקר לא שלל את האפשרות, כי לאחר **"ששאלתי אותו האם העביר משהו נוסף בזמן שהוא חושב אמרתי האם עוד רימונים, מחסניות, כדורים ואז הוא אמר לי: כן, מחסניות"** (עמ' 29 ש' 7-8). מכל מקום, החוקר שאל את הנאשם כמה מחסניות העביר, הנאשם חשב ומלמל ולאחר שאלה נוספת השיב כי מדובר **"בערך X"**.

17. כאשר הגיע הנאשם לחקירה השנייה הפקיד את מכשיר הטלפון הנייד בידי מצ"ח. בסיום החקירה, ולאור אי-חזרתו של הנאשם מן ההסכמה שמסר בעבר לחיפוש, הוחרם המכשיר, מתוך הנחה שהסכמה זאת עודנה בתוקפה. החיפוש נדרש בשל החשד לגניבת הרימון והעיון הראשוני בלבד שבוצע בעבר במכשיר וקיבל את אישור מפקדיו. החוקר עמד על השוני בין חיפוש בטלפון נייד ובין חיפוש שנערך בבית, שכן בחיפוש הראשון קיימת אפשרות של חדירה נמשכת. כך, המימוש של החיפוש במכשיר הנייד יכול להיעשות בהדרגה (הגם שככלל המדובר במקרה בו המכשיר נותר בידי מצ"ח, בשונה

מן המקרה דנן). לשיטתו, חיפוש שנערך בהסכמה הוא משמעותי מחיפוש שנערך על-פי צו שיפוטי.

18. בחקירה השלישית, שנכתבה בכתב-ידו של הנאשם ותועדה חזותית, הוצגו ממצאים ממכשיר הטלפון הנייד. הנאשם הגיב, לשיטת החוקר, בחוסר ביטחון ביחס לגרסתו. אזי טען הנאשם כי הוציא את הרימון והמחסניות מארונות בחדר מגורים בבסיס במטרה להראות להוריו. החוקר מסר, כי הנאשם לא היה עייף חרף השעה בה נוהל חלקה המתקדם של החקירה.

19. **הנאשם** העיד בשני פרקים נפרדים – תחילה במשפט הזוטא ולאחר מכן במשפט העיקרי. במשפט הזוטא סיפר, כי בעת שחזר מהמטרה לבסיס טען בפני הקצינים שאספוהו כי לקח את האמל"ח ללא סיבה ("**לא אמרתי משהו רציני, אמרתי להם סתם לקחתי את זה**", עמ' 49 ש' 33), ולאחר מכן ביחידה מסר לסגן קידר כי מצא את הרימון בשיחים מחוץ למגורים.

20. בחקירתו הראשונה במצ"ח, בה מסר כי הוציא את הרימון מתוך התלהבות, הובהר לו על-ידי החוקר כי יוכל להיוועץ בעו"ד רק פעם אחת והנאשם הבין ממנו כי עדיף שיממש את זכותו בהמשך. הנאשם לא נועץ לאחר מכן בעו"ד, שכן סבר כי בשל חזרתו ליחידה אין צורך בהיוועצות. הנאשם אישר את הדברים שמסר במצ"ח, הגם שטען ביחס למשפט "**חשבתי שאם אני אתפס אני אחזיר אותו**" (ת/2 עמ' 3 ש' 26), כי לא אמר את המילה "אתפס".

21. הסמג"ד מסר בתחקיר כי אינו מאמין לגרסתו בדבר מקום מציאת הרימון ולכן התוודה הנאשם כי נטל את הרימון מחדר מגורים. לשאלת הסמג"ד מה תכנן לעשות עם רימון השיב כי הוציאו מתוך התלהבות ללא תכנון ספציפי. הסמג"ד המשיך להטיח בו כי אינו מאמין לו וכי "**אם אתה מודה במשהו אני יכול לדבר עם מצ"ח להגיד להם הבן אדם הודה ולסגור את הסיפור, אני אטפל בזה...הוא יכול לסגור את הסיפור הזה בתוך היחידה**" (עמ' 50 ש' 20-21, ש' 33-35). חרף האמור, המשיך הנאשם לעמוד על גרסתו (יצוין, כי ההגנה מסרה שהגרסה בפני המפקד היא קבילה, וטענותיה מופנות אך

לאמרתו השנייה במצ"ח). בסיום התחקיר התבקש הנאשם לחשוב על סיפור "הגיוני" ולבקשת הסמג"ד הצביע בפני סגן קידר על החדר ממנו נטל את הרימון.

22. הנאשם הבין כי הגעתו לחקירה נוספת במצ"ח אינה שגרתית (עמ' 57 ש' 10-16, 22-23). לטענתו, בחקירה השנייה הבהיר לו החוקר שוב כי יוכל להיוועץ בעו"ד רק פעם אחת, כך שהנאשם הבין שעדיף לממש את זכותו בהמשך. הנאשם ניסה להסביר מדוע לא שוחח עם עו"ד בתחילת החקירה, חרף ההתרחשויות בחקירה הקודמת, בטענה כי הבין **"שאם אני אדבר עכשיו אולי זה לא יעזור לי אולי בהמשך אני אצטרך לדבר עם עורך דין... שאם זה יגיע לעניין של בית דין אז עדיף לי לראות את זה בבית דין... חשבתי אם זה יגיע למצב"** (עמ' 57 ש' 26-29), הגם שלאחר מכן סייג את סברתו. במהלך החקירה לא חשב על מימוש זכות ההיוועצות **"לא נזכרתי בזה בכלל"** (עמ' 58 ש' 4).

23. הנאשם התוודה בתחילת החקירה כי לא מסר בחקירתו הראשונה את כל האמת וכי מצא במקרה את הרימון בחדר מגורים בבסיס. הנאשם מסר לחוקר כי טעה כששיקר והבין שעליו לומר את האמת. הוא עמד על גרסתו כי לא תכנן דבר ביחס לרימון ורק **"רציתי להחביא את זה אצלי"** (עמ' 52 ש' 4). הוא מסר כי רצה להחביא את הרימונים ביער כי הוריו נמצאים בבית. בחקירתו הנגדית אישר הנאשם כי שינה מגרסתו הקודמת (החזקת הרימון בבית למטרות נוי), וזאת עוד קודם לתשואל.

24. בתשואולים החוקר היה דומיננטי ודיבר ארוכות, נראה קשוח ועצבני, צעק לעתים והטיח בו פעם אחר פעם כי הוא משקר ביחס למניע להוצאת הרימון. החוקר מסר כי **"עדיף לך להגיד גרסה אחרת כי אם אתה תמשיך להגיד את זה השופט יראה שאתה משקר וזה יכול להגיע לשנה וחצי בכלא. אבל אם אתה תגיד גרסה הגיונית יותר השופט יראה שאתה בן אדם טוב ואתה יכול גם להגיע בסוף להישפט ביחידה"** (עמ' 52 ש' 14-12, עמ' 53 ש' 26-28, עמ' 54 ש' 2-3). בתשואול השלישי יחסו של החוקר החמיר. הוא מסר לנאשם כי **"אני יודע מנחקרים שלי שממש רע בכלא ואתה אם אתה תמשיך להגיד את מה שאתה אומר אתה תכנס לאגף הבודדים ושם יהיה לך ממש רע. האוכל**

שם מגעיל, אתה יושב כל היום מול קיר אין לך מה לעשות. אמר לי גם תחשוב על ההורים שלך תחשוב על אמא שלך שהיא כל יום קמה וחשבה שהבן שלה יושב מול קיר" (עמ' 52 ש' 21-24). הנאשם הבין כי הוא עומד לשבת בכלא לפחות כשמונה חודשים וכי רק שינוי גרסתו **"שהחוקר יראה אותה שזו גרסה טובה והגיונית"** (עמ' 52 ש' 29) יסייע בעדו כך שיוכל להישפט ביחידה. מדברי החוקר הסיק כי הוא מבקש שהנאשם יתוודה שביקש להביא את הרימון לאחר. לכן, לאחר התשאול השלישי מסר שתכנן להעביר את האמל"ח לחברו מהכפר **"כי זה אני נזכרתי בהודעה שהייתה בנינו לגבי מחסנית"** (עמ' 52 ש' 34). הנאשם הצביע על שוני בין החקירה הראשונה לזו השנייה – הנובע מדברי החוקר בדבר עונשו הצפוי ושהייתו בכלא, אם לא יגיד את המצופה ממנו – שהובילו להתוודות חלף דבקות בגרסה שהביאה לשחרורו בעבר. בד בבד, טען כי גם בחקירה הראשונה היה בלחץ, בדומה לתחושתו בעת שנתפס על-ידי המשטרה ובמהלך התחקיר; הגם שהלחץ שהופעל בחקירה השנייה היה המשמעותי.

25. את הנכתב באמרה לפיה **"הצטערתי על כול מה שקרה וידעתי שצריך להגיד את האמת"** (ת/6 עמ' 4 ש' 37) כסיבה להתוודותו, הסביר הנאשם בחקירה הנגדית בהבנתו **"שהוא מבחינתו זו האמת. וכי הבנתי שזה מה שהולך להוציא אותי מהכלא, אז אמרתי את זה בידיעה שאני הולך לצאת עכשיו ולא ללכת לכלא, לחזור להישפט ביחידה"** (עמ' 59 ש' 34-35). הנאשם עומת עם פרוטוקול הדיון בהארכת מעצרו, שנערך למחרת החקירה השנייה, ובה לא מצוינות טענותיו כנגד התנהלות החקירה וגרס כי **"לא ידעתי שצריך להגיד את זה בדיון הראשון"** (עמ' 61 ש' 30); כאשר חידד בחקירה הנגדית כי כוונתו הייתה ליכולתו להגיד את הדברים לשופט.

26. החוקר שאל אם העביר לאזרח מחסניות מעבר לרימון. הנאשם הכחיש תחילה, ונשאל בשנית אם רצה להביא לאזרח דברים נוספים. נוכח פרק הזמן הארוך בו התנהלה החקירה, שהוביל לכאבי גב חזקים, והבנתו כי אם יתמיד בהכחשתו לא תסתיים החקירה – התוודה גם בהעברת עשר מחסניות לאזרח. בחקירה הנגדית הוסיף הנאשם, כי החוקר צעק עליו ואמר **"אם העברת משהו תגיד כי עדיף לך עכשיו להגיד את זה"** (עמ' 60 ש' 6-7). גם כשהודעה לו הזכות להיוועץ בעו"ד בעת מעצרו, לא מימשה כי **"רציתי**

לשמור את הזכות לבית הדין, הוא אמר לי שאם אתה מדבר עכשיו... אני יכול לשמור את זה למחר לפגוש את העורך דין מולי" (עמ' 60 ש' 12-13).

27. בחקירתו השלישית מסר הנאשם כי נטל את ארבע המחסניות מהארון בו מצא את הרימון (ת/9 עמ' 2 ש' 10-14), אף שבחקירה השנייה טען שאינו זוכר את מקורן (ת/6 עמ' 5 ש' 24-25). הוא אישר בחקירתו הנגדית את הפער בין שתי הגרסאות. בדומה אישר שמסר בחקירתו השלישית כי ביקש להראות את המחסניות והרימון להוריו ולהחזירם למקומם המקורי (ת/9 עמ' 2 ש' 20-23), וזאת בניגוד לגרסאותיו הקודמות. הנאשם אישר שאחיו שימש בעבר כקצין בצבא ויצא לביתם עם נשק.

28. במשפט העיקרי מסר הנאשם גרסה קצרה ביותר בחקירה הראשית באשר למניע בהוצאת האמל"ח נשוא פרט האישום הראשון. לגרסתו, ביקש להראות את הציוד להוריו ולאחיו ולהחזירם לבסיס. הוא הכחיש כי העביר ציוד מלחמתי כלשהו לאזרח.

29. בחקירה הנגדית אישר כי הוא מצוי בקשרים טובים עם חלק מהחיילים ביחידה ובמידת הצורך הם עוזרים האחד לשני. בשגרה אינו מסתובב עם נשק, המופקד בנשקייה והמחסניות נעולות בארונות בחדר, כאשר המפתח משותף לחבר נוסף. מאז נעילת הארונות מזה קרוב לשנה לא נגנבו לו מחסניות. אלו שביקש לקחת לביתו הן מחסניות אחרות שמצא בסמוך לרימון, שסבר כי הן שייכות לנהגים, אך טען כי ביקש להחזירן. אחיו הבכור שירת כקצין הפרות סדר בצבא, והנאשם לא שלל כי באירועים מסוג זה נעשה שימוש ברימוני הלם; בנוסף יצא האח לביתו במהלך שירותו עם נשק ומחסנית.

30. הנאשם הודה שמסר מספר גרסאות בחקירה. הוא אישר כי גרסתו הנוכחית, לפיה ביקש להראות את האמל"ח למשפחתו ולהחזירם לבסיס אינה תואמת לגרסה המצויה בגדר הכפירה, לפיה ביקש להוציא את הציוד לצרכי נוי. הנאשם שינה מגרסאותיו פעם אחר פעם ביחס לבני המשפחה אליהם התכוון; והתקשה להסביר מדוע הפריטים נאים בעיניו, מדוע אם כן נטל מספר מחסניות ולמה נדרש להציגן למשפחתו נוכח שירותו הצבאי של האח.

הנאשם העלה גרסה חדשה ("לא ראיתי שיש לזה חשיבות" – עמ' 97 ש' 3), לפיה המחסניות הלכו אחר הרימון, שכן ביקש לשים את הרימון בשקית בה היו מחסניות.

31. בעת שנתפס על-ידי המשטרה נכנס להלם ולכן שיקר ביחס למודעותו לצידוד שנמצא ברשותו. גם בתחקיר ובחקירה הראשוניים שיקר, כי לא רצה "לדפוק" את החיילים שמתגוררים בחדר ממנו נטל את הרימון ומתוך מחשבה כי ישיב את המחסניות, הגם שלא חשב על האפשרות כי מי מהחיילים יזדקק לצידוד במהלך סוף השבוע. לסמג"ד סיפר כי המחסניות שלו, גם מתוך סברה כי הוא עתיד להשיבן, תוך שעמד בלחצו של המפקד. בתחקיר שינה מגרסתו ביחס לרימון שכן הסמג"ד "לא יודע, אם הוא הבטיח, לא הבטיח, אמר לי כמו הבטחה שהוא יכול לשפוט אותי ביחידה" והבין כי לא יסיים את התחקיר לפני שהנאשם יאמר מהיכן נטל את הרימון (עמ' 97 ש' 35-37). בחקירה השנייה במצ"ח לחץ החוקר "על הכל" בצורה שווה, ולטענתו נשאל תחילה על הרימון ובהמשך על המחסניות, הגם שלא התוודה על הוצאת נשק כי "זה משהו אחר" (עמ' 103 ש' 15). הנאשם נזכר בהתכתבותו עם האזרח, מחודש דצמבר 2015 (ת/10), ולכן מסר את שמו לחוקר, הגם שההתכתבות הוצגה בפניו רק בחקירה השלישית ולכאורה מבלי שזכר את תוכנה של ההודעה. מסירת השם נעשתה חרף חברותם הקרובה, וזאת בשל הלחץ בו היה שרוי בחקירה.

32. וורד מוהנא הוא חברו מילדות והוא נוהג לאסוף את הנאשם לביתו ולפגשו כמעט בכל סופשבוע שהאחרון יוצא לביתו. גם במועד שנתפס עם אמצעי הלחימה, השניים דיברו לצורך איסופו את הנאשם. נוכח עיכובו על-ידי המשטרה כתב לו בכדי שלא יבוא לאספו. הנאשם טען, כי התכתבותו עם האזרח על מחסניות מחודש דצמבר 2015 נעשתה "סתם בצחוק" הגם שלא השכיל לבאר את הדברים ומדוע שיספר לאזרח בדבר הזדכות על מחסניות עם חייל אחר; ואף לא את העילה להחלפת המחסניות עם אותו חייל (כאשר בחקירה, ת/9 עמ' 6, הציג סיבה רק לאחר היוועצות בסגור). ביחס להתכתבות מחודש נובמבר 2015 בה שוחח עם האזרח על העברת פריטים הנוגעים אף ל"כוננות למקרה שיצאו עלי" (ת/17, עמ' 2), לא ידע הנאשם להסבירה וטען שאינו זוכרה (יצוין, כי הנאשם לא עומת עם התכתובת הזו

במצ"ח). בדומה, התקשה הנאשם לזכור ולהבהיר מהותן של התכתבויות בין השניים, הנוגעות להעברת חפצים ואוכל.

33. הנאשם אישר כי הסכים לחיפוש במכשיר הטלפון הנייד והבין את משמעותו, הגם שלא נתן דעתו על תוכן החיפוש ואינו זוכר מה קרא מתוך מסמך ההסכמה (ת/3). הוא לא ידע אם תוכן המכשיר הועתק כבר בחקירתו הראשונה ("אז חשבת שהעתיקו אותנו כבר? אפשר להגיד שכן, לא יודע מה הוא עשה שם" – עמ' 89 ש' 36-37). גם בחקירתו השנייה לא הרבה בשאלת החיפוש במכשיר ("חשבתי על זה שיש מצב שהם העתיקו, אבל לא אמרתי שאני יודע שהם העתיקו" – עמ' 90 ש' 9). הגם שתחילה טען הנאשם כי שאלת החיפוש הייתה בעלת ערך עבורו בחקירתו השנייה, לא הצליח להסביר את עמדתו ("לא עשיתי כלום, לא ידעתי שיעתיקו לי את הפלאפון"). גם בחקירה השלישית, משהוצגו לו התכתובות ממכשירו, לא הלך על ביצוע החיפוש ("לא חשבתי על זה... לא נזכרתי בכלל בטלפון ובחיפוש...לא שאלתי ולא אמרתי כלום, כי הוא לקח את הטלפון ביום ראשון... וחשבתי שחיפשו ביום ראשון בטלפון" – עמ' 93 ש' 13-19).

34. **מר וורד מוהנא** העיד לטובת הנאשם. העד נחקר במשטרה בגין חשד להחזקת נשק שלא כדין, בחיפוש בביתו לא נמצא דבר ותיקו נסגר על-ידי פרקליטות מחוז חיפה בהיעדר ראיות מספיקות להעמידו לדין (ס/3, ס/4). העד הכחיש כי קיבל אמל"ח מן הנאשם או כי שוחח עמו בנושא. העד מסר כי הנאשם הוא חברו מילדות ומשכך "אני הראשון שעולה לו בראש תמיד" (עמ' 105 ש' 38) ובשל לחץ בחקירה, כפי שהבין מאביו של הנאשם, מסר את שמו. העד עומת עם אמרתו במשטרה, לפיה אינו מצוי בקשר של ממש עם הנאשם ואינו נפגש עמו לבד, ואישר כי שיקר וניסה להרחיק עצמו מהנאשם, לדבריו כיוון שנלחץ בחקירה. העד גרס כי אינו זוכר שהתכתב עם הנאשם על מחסניות וציוד כוננות ומשעומת עם ההודעות טען כי אינו זוכר מדוע אלו נשלחו, "יכול להיות שסתם בצחוק" (עמ' 108 ש' 36, ביחס להודעה על מחסניות).

מהימנות ומשקל העדויות

35. התרשמנו באופן בלתי אמצעי מרצינותו של חוקר מצ"ח, **רב"ט צ'רקסקי**, ומתשובותיו הסדורות והענייניות במהלך עדותו בבית הדין. העד התמודד עם סוגיות שעלו מאופן ניהול החקירה ומתיעודה בזיכרון הדברים שכתב, והיה בבחינת "משיח לפי תומו". העד אישר התרחשויות שונות בחקירה, לרבות כאלו המעוררות אי-נוחות, הן בטרמינולוגיה שנקט והן בהשפעה האפשרית של תוכן התשואול על התפתחות גרסתו של הנאשם. עם זאת, דווקא גילוי הלב של החוקר, שהעלה את השתלשלות העניינים בתשואולים על הכתב בזמן אמת והודה בטעויות מסוימות בניהול החקירה – מלמד כי ניתן להסתמך על תיאורו את הדינאמיקה שהתפתחה בחקירה. למעשה, לא קיימים פערים משמעותיים בין גרסת הנאשם לגרסת החוקר באשר להתרחשויות בחקירה השנייה, וההבדל נעוץ ב"עוצמת" החקירה ובמשמעות המשפטית שיש להסיק ממהלכה. בנסיבות הללו, הגם שקיימת בעייתיות באופן תיעודם של התשואולים בחקירתו השנייה של הנאשם, כפי שנראה בהמשך, מצאנו לתת אמון בעדותו של החוקר ולהעניק משקל של ממש גרסתו.

36. **סגן קידר** השיב בצורה ישירה וברורה לשאלות, ואף מסר דברים העשויים לעמוד ל"זכותו" של הנאשם בכל הנוגע לתוכנו של התחקיר. התרשמות חיובית הייתה לנו אף **מסגן חנניב**. הסמג"ד, רס"ן יתח, מסר את עדותו בצורה סמכותית והסביר בצורה בהירה את המניע לעריכת התחקיר והתרשמותו מן הנאשם במסגרתו. אכן, ביחס לסוגיה מסוימת הנוגעת להבטחה כביכול שמסר הסמג"ד לנאשם במהלך התחקיר, קיימת לכאורה אי-התאמה בין עדותו של הסמג"ד לבין עדותו של סגן קידר. אולם, בשים לב לקביעות העובדתיות והמשפטיות בהמשך הכרעת הדין, לא מצאנו כי יש בעובדה זאת כשלעצמה כדי להביא למסקנה כי לא ניתן להסתמך על עדותו של רס"ן יתח.

37. **הנאשם** העיד בפנינו פעמיים. במשפט הזוטא העיד בצורה שוטפת גם אם ללא ליטוש בשפתו. מבטו היה מושפל ואופיו המופנם בלט. בחקירה הנגדית עלה, כי לא ידע להשיב כהלכה לשאלות מורכבות ועשה כן בקצרה ובקול

נמוך. במשפט העיקרי ניכר היה כי הנאשם נע בחוסר נוחות במהלך החקירה הנגדית והשיב בצורה רפה, תוך התחמקות ולחלופין השתהות ממתן מענה. בסופו של יום, התרשמותנו הבלתי-אמצעית מן הנאשם הייתה שלילית, הן בשל אופן מסירת עדותו והן בעיקר בשל הסתירות שנתגלו בה, ואשר תפורטנה בהמשך, לרבות הפער בין גרסתו בבית הדין לבין גדר הכפירה. הנאשם התקשה להסביר, פעם אחר פעם, רבדים שונים בגרסאותיו, הן ביחס להתנהלות החקירה במצ"ח, הן במניעיו להוצאת הרימון והמחסניות והן באשר לקשריו עם מוהנא. למעשה, מכלול אמרותיו ועדויותיו מלמד, כי הנאשם מלהטט בין גרסאות שונות, מאמץ לקרבו אחת; ותוך זמן קצר הוא זונחה לטובת רעותה הטובה ממנה ומעלה את הגרסה הנוחה עבורו אותה עת. משכך, איננו יכולים להעניק משקל של ממש לעדותו של הנאשם, כל עוד זו אינה נתמכת בראיה חיצונית.

38. בדומה, לא נוכל לבסס ממצאים עובדתיים על עדותו של מוהנא. האחרון מסר גרסה שונה במשטרה ובבית הדין באשר לטיב קשריו עם הנאשם, כאשר ניכר היה כי בתחילה במשטרה ביקש להרחיק עצמו מן החשד שהונח לפתחו ובבית הדין חפץ להגן על חברו משכבר הימים. אף העד התקשה לזכור ולהבהיר את תוכן של ההתכתבויות בין השניים. משכך, ונוכח התרשמותנו הבלתי-אמצעית מן העד, שהוא מעורב לכאורה בעבירה שבה נחשד הנאשם, מצאנו שלא נוכל להעניק לה משקל.

דין והכרעה

39. למעשה, נוכח גדר הכפירה המעודכן, הסוגיות העובדתיות והמשפטיות בהן עלינו להכריע הן מצומצמות. תחילה, נדון בטענות כנגד קבילותה של אמרתו השנייה של הנאשם, הן בשים לב לטענות הזוטא והן לאור כלל הפסילה הפסיקתית. לאחר מכן נבחן את משקלה של האמרה ואת הראיות התומכות בה, לרבות השאלה בדבר חוקיות החיפוש בטלפון הנייד של הנאשם. לבסוף נכריע האם התביעה הציגה די ראיות להוכחת האשמה ביחס לשני פרטי האישום והאם יש מקום להרשיע את הנאשם בעבירות המקוריות בהן הואשם.

קבילות האמרה השנייה

40. טענתו של הנאשם במשפט הזוטא הייתה, כי האמרה השנייה שמסר במצ"ח לא נמסרה באורח חופשי ומתוך רצון כן להודות, וכי בנסיבות שנוצרו לא הייתה לנאשם "יכולת בחירה" אם למסור הודיה אם לאו. תוכנה של האמרה, נוכח התנאים והנסיבות בה נגבתה, אינו אמת לשיטת ההגנה.

41. קבילותה של הודאה נבחנת, כידוע, על פי מבחן כפול: האחד, המבחן הסטטוטורי המעוגן בסעיף 12(א) לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"ג – 1973, לפיו הודאה תהא קבילה אם הוכח כי הייתה "חופשית ומרצון"; והשני מעוגן בדוקטרינת הפסילה הפסיקתית. כפי שנקבע לא אחת, 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... דוקטרינת הפסילה הפסיקתית לעומת זאת, בוחנת את השאלה האם ההודאה הושגה שלא כדין עד כי קבלתה כראיה במשפט יש בה כדי לפגוע באופן מהותי בזכות להליך הוגן" (ע"פ 3237/15 יהודה נ' מדינת ישראל (2016), בפסקה 4 לפסק-דינה של השופטת חיות; ראו גם: ע"פ 7090/15 ח'ליפה נ' מדינת ישראל (2016), בפסקה 51)

42. לשם בחינת טענותיו השונות של הנאשם, יש לקבוע תחילה את התשתית העובדתית ולבחון את הקשר הדברים. לאחר מכן נכריע האם לטענות שהועלו יש בסיס בחומר הראיות והאם גורמי הרשות נקטו באמצעים פסולים בכדי להביא את הנאשם, בסופו של יום, להודיה בדברים שאינם אמת.

(1) התחקיר ביחידה

43. בתחילת הדרך ניסה הנאשם להרחיק עצמו מן האמל"ח שנתפס ברשותו. לאחר מכן, מסר למפקדיו כי מצא את הרימון בשיחים בתוככי הבסיס. התחקור שבוצע על-ידי המפקדים, אף שהיה מקום להימנע ממנו נוכח

העובדה כי הנאשם היה בדרכו לחקירת מצ"ח, היה קצר ושטחי ונעשה מתוך רצון להתחקות אחר הגעתו של פריט לחימה רגיש לידי הנאשם, שאף הוציאו מתחומי הבסיס. מן העדויות השונות עלה, כי בשים לב לגרסתו של הנאשם בדבר מקום מציאת הרימון, 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.

44. היחס בין תחקיר שמבצע מפקד לבין חקירת מצ"ח נדון לא פעם בפסיקה (ראו: ע'6,8/09 **התובע הצבאי הראשי נ' רב"ט אדרי** (2009), בעמ' 16-18; ע'41/11 **רב"ט טדגי נ' התובע הצבאי הראשי** (2011), בעמ' 21; מרכז (מחוזי) 211/13 **התובע הצבאי נ' סמ"ר בן שטרית** (2015)). אכן, מעשיו של הנאשם גיבשו פגם במישור הערכי-נורמטיבי, אך בד בבד היו בעלי השלכות מבצעיות. המדובר בפריט לחימה רגיש, רימון הלם, שנמצא לטענת הנאשם (באותה עת) במקום פרוץ ביחידה והוצא אל מחוץ לבסיס. בנסיבות הללו, ניתן להבין את הצורך של הסמג"ד לבחון מהו היקף הסיכון המבצעי והאם יש חשש כי אמצעי לחימה מופקרים ביחידה המצויה בשטחי איו"ש. מטרתו של הבירור הייתה, אם כן, פיקודית ונפרדת מן ההליך הפלילי. דחיפותה של הבדיקה מול הנאשם, כמי שמצוי בידיו מידע אפשרי באשר לאמל"ח נוסף מופקר (קרי, לא רק הפריטים שהוציא מן היחידה) – ברורה. המדובר בסיטואציה, שהקימה צורך מבצעי מובהק לבירור נסיבות האירוע בזמן אמת, בכדי ללמד על היתכנות התופעה והיקפה. הנאשם כבר הועמד על זכויותיו ומסר גרסה במצ"ח עובר לבירור הפיקודי. במהלך הבירור, הנאשם אכן התוודה באשר למקור הרימון – מטרתו המוצהרת של עריכת הבירור ביחידה – ואף שעמד על גרסתו באשר למניע בהוצאת האמל"ח ובאשר למקור המחסניות, הסתיים הבירור הפיקודי ולא נמשך. בנסיבות הללו, ומאחר שההגנה אינה יוצאת חוץ כנגד קבילות הבירור הפיקודי כשלעצמו, לא מצאנו פגם בעצם עריכתו. למותר לציין, כי אין בעובדת תחקורו של הנאשם על-ידי מפקדיו בכדי ללמד, כשלעצמה, כי היא מהווה שיטת תחקור בלתי הוגנת.

45. באשר לאופן עריכת ותוכן התחקיר על-ידי הסמג"ד. המדובר בבירור שנערך בפרק זמן שאינו ארוך על-ידי הסמג"ד, שאין לו היכרות מוקדמת או ממשק ישיר עם הנאשם, קל וחומר שאין בין השניים קשר אישי. אכן, ניתן להניח כי הסמג"ד דיבר בסמכותיות, ולא ראינו כל פסול באינטונציה מסוג זה במסגרת תחקיר פיקודי. כך, בדומה, העובדה כי הסמג"ד הטיח בנאשם כי הוא משקר ואינו מאמין לגרסתו – אין בה כל פסול. כזכור, הבירור הפיקודי נועד לבחון את האפשרות כי אמל"ח ביחידה מבצעת המצויה בשטחי איו"ש עלול להיות מופקר ו"לזלוג" לידי גורמים שאינם מורשים להחזיקו. גרסתו של הנאשם לא הייתה סבירה או אמינה בעיני הסמג"ד, ולמותר לציין כי אף הנאשם היום אינו עומד מאחוריה. אכן, התעקשותו של הסמג"ד היא שהובילה את הנאשם להודות באמת, לפיה מצא את הרימון ב"ברוס" המצוי בחדר מגורים ומשם נטלו. אולם, אין בהתעקשות האמורה ובסגנון שנקט הסמג"ד כדי ללמד כי עסקינן בשיטת תחקור בלתי הוגנת. מכל מקום, התחקור הפיקודי הסמכותי שבוצע לא הוביל את הנאשם למסור גרסה שונה באשר למטרה האמיתית בהוצאת הרימון מן היחידה (בהבדל מן המקום בו נמצא). דבריו של המפקד במהלך התחקיר אף לא הניעוהו לשנות מטענתו לעניין מקור המחסניות, הוא דבק בגרסתו הראשונית ומשכך הבירור הפיקודי מוצה. היינו, לא ניתן להסיק כי בנסיבות הללו הסמג"ד השתמש בשיטת תחקור בלתי הוגנת.

46. יצוין, כי ההגנה לא העלתה טענה מפורשת בגדר הכפירה ובטענות הזוטא, לפיהן הסמג"ד הבטיח לנאשם במהלך התחקיר כי אם יודה הטיפול יישאר ביחידה ללא מעורבות מצ"ח. מכל מקום, ואף לגופו של עניין, לא מצאנו כי טענה זו הוכחה כדבעי. העדים מסרו, כי הנאשם ביקש להבטיח כי החיילים לא יידעו שהוא המבוע לממצא והוא שמסר את מקור מציאת הרימון; ובקשתו נענתה על-ידי הסמג"ד. גם אי ההתאמה לכאורה בין עדויות המפקדים בהקשר הנוכחי, אין בה ממש בסופו של יום. הסמג"ד אינו מאשר כי הבטיח לנאשם כי הטיפול יישאר ביחידה (מעבר להבטחה לעיל בדבר הסתרתו כמקור המידע). סגן קידר אף הוא לא אישר במפורש כי הסמג"ד הבטיח זאת לנאשם. גם האחרון שינה מגרסתו בסוגיה, שכן בעדותו השנייה בבית הדין סייג את נחרצות טענתו בדבר הבטחה מצד הסמג"ד (עמ' 97). נדמה כי אף כאן, וכפי שנראה בהמשך, טענותיו של הנאשם בדבר לחץ

שהופעל כלפיו, הועצמו על-ידו. מכל מקום, אף לשיטת הנאשם הוא דבק בגרסתו ולא טען למניע שונה בהוצאת אמל"ח כמו גם באשר למקור המחסניות. כלומר, גם לו הייתה הבטחה מצד המפקד, הרי זו לא השפיעה על הנאשם באשר לשאלה השנויה במחלוקת בין הצדדים ואשר עומדת במוקד המשפט. נזכיר, כי ההגנה מפנה את חיציה כלפי החקירה השנייה במצ"ח, שם מסר הנאשם גרסה אחרת בדבר מטרת הוצאת האמל"ח, ובגינה הוא עומד לדין פלילי.

47. נוסף, כי התחקיר בוצע לאחר החקירה הראשונה במצ"ח ומספר ימים לפני החקירה השנייה. הנאשם מיוזמתו בתחילת החקירה השנייה הודה כי מצא את הרימון בארון בחדר מגורים בבסיס. הסוגיה העומדת במרכז המשפט – המניע להוצאת האמל"ח – נובעת מהמשך החקירה במצ"ח, ובה נדון בסמוך. מכל מקום, נוצר חיץ בין התחקיר 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 (וזאת בשונה מעניינו של סמ"ר ב' ש' לעיל; ראו: ע"פ 4988/08 פרחי נ' מדינת ישראל (2011), בפסקה 20 לפסק-דינו של השופט לוי). לפיכך, אין בתחקיר שביצע הסמג"ד לנאשם כדי להשפיע או להשליך על קבילותה של האמרה השנייה בכל הנוגע לשאלה השנויה במחלוקת.

(2) האמרה השנייה במצ"ח

48. נעבור עתה לשאלה המרכזית והיא – קבילותה של האמרה השנייה נוכח התנהגותו של החוקר במהלכה. הנחת המוצא בדיוננו, כי יש מקום לתת משקל של ממש לעדותו של חוקר מצ"ח באשר להשתלשלות העניינים בחקירה, וזאת בשים לב לממצאי המהימנות והמשקל שקבענו לעיל. לטעמנו, הנאשם העצים והקצין לא פעם את הטענות ביחס להתנהגות החוקר ולא השכיל להסביר את התנהגותו שלו בחקירה.

א. אזהרה וזכות ההיוועצות

49. מעדותו של החוקר עלה, כי הסביר לנאשם את נוסח האזהרה וזכויותיו כחשוד בתחילת החקירה, שלא בנוסח הרשמי והכתוב (על ההבחנה בין נוסח

האזהרה לבין זכות ההיוועצות ראו: ע"פ 10049/08 **אבו עזא נ' מדינת ישראל** (2012), בפסקאות 117-188 לפסק-דין של השופט דנציגר). לטעמנו, מדובר בפגם בהתנהלותו של החוקר. חובה מוטלת על החוקרים להקריא למי שחשודים בביצוע עבירה את נוסח האזהרה כלשונו וכהלכתו. חריגה מן הנוסח הרשמי עלולה ליצור פתח לתקלות, באופן שיביא לטעות בהבנת הדברים ופועל יוצא כי הנחקר לא יהיה ער באופן אמיתי לזכויותיו בעת חקירתו. אכן, החוקר התרשם כי בכדי שהנאשם יבין את זכויותיו כדבעי עליו להסביר לו את נוסח האזהרה ב"לשון בני אדם" ולא בנוסחם המשפטי. אמנם, לאחר הקראת הנוסח המחייב, אם החשוד מוסר כי אינו מבין הלכה למעשה את הלשון הרשמית או אם מתעורר אצל החוקר חשד כי הנחקר לא יכול היה להבין את ההודעה שנמסרה לו בדבר זכות ההיוועצות, עליו לוודא כי החשוד הבין את זכותו להיוועץ בעורך דין (ראו: ענין **אבו עזא**, בפסקה 120 לפסק-דין של השופט דנציגר). אך לא ניתן להקדים אחרית לראשית ולוותר על הקראה סדורה הן של האזהרה והן של זכות ההיוועצות. גם אם כוונתו של החוקר הייתה רצויה, מעשיו לא היו רצויים.

50. בנוסף, נפל פגם בהתנהלותו של החוקר כאשר מסר לנאשם בחקירתו הראשונה על זכותו המוגבלת להיוועץ בעו"ד. עם זאת, בשים לב לממצאי המהימנות שקבענו לעיל, מצאנו שלא לקבל את טענתו של הנאשם, כי אף בחקירה השנייה – שהיא העומדת במוקד הדיון – חזר החוקר בצורה פוזיטיבית על הדברים תוך סיוג זכות ההיוועצות או כי ביקש להטעות את הנאשם בדבר מועד מימושה של זכות ההיוועצות. לא מצאנו אף רגליים לסברה לפיה החוקר אמר לנאשם כי עדיף לו להיוועץ בסגור דווקא בסופה של החקירה ולא בתחילתה. לדברי החוקר, להם מצאנו לתת משקל, בתחילת החקירה השנייה, נוכח היסוסיו של הנאשם במימוש זכות ההיוועצות, מסר לו כי יוכל לממש את הזכות בכל שלב של החקירה ולא דווקא באותה עת. על פניו, החוקר לא הגביל את זכות ההיוועצות של הנאשם ולא הציג מצג מטעה לפיו עדיף שלא יעשה שימוש בזכותו להיוועץ בעו"ד בתחילת החקירה; תוך מניעה הלכה למעשה את אפשרותו לבחור אם לממש את זכותו אותה עת אם לאו.

51. אכן, לא מן הנמנע כי בשים לב לסיוג זכות ההיוועצות בחקירה הקודמת, דבריו של החוקר בחקירה השנייה בדבר מימוש זכות ההיוועצות לאו דווקא בתחילתה והעובדה כי החוקר הסביר לנאשם את נוסח האזהרה שלא במילותיה המפורשות – עשוי היה הנאשם להבין אחרת. עם זאת, בכך לא סגי. שהרי אין מחלוקת, כי זכות ההיוועצות כן ניתנה לנאשם והוא יכול היה לממשה בכל שלב של החקירה. גם אם יכול היה הנאשם להבין מהחוקר כי קיימת לו זכות להיוועץ פעם אחת בעו"ד וכי לפיכך ביקש לממשה רק בהמשך החקירה, הרי שלא ברור מדוע לא עשה כן. הנאשם לא השכיל להסביר מדוע לא ניצל את זכותו להיוועץ בעו"ד בהמשך החקירה השנייה, כפי שאף מסר לחוקר שבכוונתו לעשות בעת שהעמידו על זכויותיו. הנאשם כלל לא פנה לחוקר בבקשה להיוועץ בעו"ד, גם כאשר התרחשו מספר הפסקות בחקירה והתנהלו תשאולים. עוד יש לזכור, כי אין המדובר בחקירתו הראשונה של הנאשם והוא היה למוד ניסיון בדבר זכות ההיוועצות ומועד מימושה (השוו: עניין **יהודה** לעיל, בפסקה 29 לפסק-דינו של השופט מזוז; פסקה 7 לפסק-דינה של השופטת חיות; בקשה לדיון נוסף נדחתה לאחרונה: דנ"פ 6064/16 **יהודה נ' מדינת ישראל** (2016); עניין **ח'ליפה** לעיל, בפסקה 53).

52. כפי שנראה בהמשך הדברים, 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. לא ניתן לקבל את הטענה כי המדובר ב"שכחה" גרידא מצדו של הנאשם. גם בסיום החקירה, כאשר הועמד הנאשם פעם נוספת על זכותו להיוועץ בעו"ד נוכח מעצרו – הוא לא מימש את זכותו, אלא מסר "נראה מה יהיה מחר" (ייתכן בכוונתו לדיון הארכת המעצר); ולדברי החוקר מסר לנאשם באותו מעמד שאינו יכול לייעץ עבורו האם לשוחח עם סנגור אם לאו (ראו גם: ת/13). כלומר, גם כאשר ניתנה שוב ההזדמנות לנאשם להיוועץ בעו"ד, במעמד מעצרו, הוא בחר שלא לממשה. לטעמנו, לא ניתן לקבל את הסבריו של הנאשם בנושא 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 (השוו: עניין יהודה לעיל, בפסקה 2 לפסק-דינו של השופט ג'ובראן).

53. בנסיבות הללו, לא מצאנו כי הונחה תשתית ראייתית מספקת לטענות הנאשם בדבר יצירת לחץ נפשי בלתי הוגן או על שימוש בתחבולה בלתי הוגנת על מנת לחלץ ממנו הודיה, בכל הנוגע לשאלת מימושה של זכות ההיוועצות. אכן, נפלו פגמים בהתנהלות החוקר בחקירה הראשונה ואף בהקראת נוסח האזהרה והזכויות בחקירה השנייה. אולם, כפי שפורט לעיל, אין בדברים כדי להוכיח את המבוקש על-ידי ההגנה.

ב. התנהגות החוקר ודבריו בחקירה

54. עיקר החיצים במשפט הזוטא הופנו כלפי התנהלותו של החוקר במהלך החקירה. החוקר היה גלוי לב הן במהלך עדותו והן בזיכרון הדברים שתיעד את החקירה. ליבת טענותיו של הנאשם נסמכת, למעשה, על הדינאמיקה בחקירה, כפי שנחשפה מפיו של החוקר עצמו. עם זאת, התרשמנו כי הנאשם ביקש להעצים ולהקצין את אופן ניהול החקירה ולאפוף אותה בנוף דרמטי יתר על המידה. בשולי הדברים נצין, כי בעת הדיון הראשון בהארכת מעצרו לא הועלו טענות ביחס להתנהלות החקירה (מעבר לסוגיית ההיוועצות), הגם שלא על כך יקום או ייפול דבר.

55. נבחן, אם כן, את התשתית העובדתית שבפנינו. כבר בתחילה נציין, כי זכ"ד מהלך החקירה אינו מבחין בצורה מדויקת בין התשאלים השונים ומשכך אף החוקר בעדותו עירב ביניהם. עובדה זאת הקשתה בתחילה על הבנת הדינאמיקה המדויקת של החקירה ומה נאמר לנאשם בכל תשאל ותשאל. עם זאת, קריאה זהירה וצמודה של האמרה והזכ"ד מאפשרת להבין, בסופו של יום, את השתלשלות העניינים ומהלך הדברים.

56. אין ספק, כי זימונו של הנאשם לחקירה נוספת לא היה שגרתי עבורו והוא היה נתון בלחץ בגינה. כבר בתחילת החקירה אישר הנאשם, באופן מיידי, כי שיקר בחקירתו הקודמת בדבר מקום מציאת הרימון. הנאשם מסר את הטעם שהניעו למסור כעת את האמת. נוכח האמור, ביקש החוקר באופן

טבעי לעמוד עם הנאשם על המניע להוצאת הרימון. הנאשם שינה מגרסתו הקודמת בדבר המטרה בהוצאת הרימון וטען, כי ביקש להחביאו ביער בסמוך למקום מגוריו. אכן, אף בעיני הקורא החיצוני גרסתו המחודשת 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 התרשמותנו הבלתי אמצעית מן הנאשם במהלך עדויותיו בפנינו.

57. החוקר עמד בתשאול על החומרה בעבירה וטווח הענישה בגינה (בשים לב לסברתו בחקירה הראשונה, כי הגרסה המיטיבה עם הנאשם עשויה להובילו לשיפוט בדין משמעותי). בעדותו ביקש החוקר להפריד בין הדברים שמסר לנאשם על העונש האפשרי בגין העבירה לבין אמינותו של הנאשם בפני השופט. מזכ"ד מהלך החקירה ניתן להבין כי החוקר כן קשר בין השניים (בהמשך לשאלת העונש נכתב: **"מסרתי לו כי מי שיקבע זאת זה שופט ואני מוסר את זה רק מהניסיון שלי, ולכן כדי שהוא יצא טוב מול השופט ולא שקרן, עליו למסור לי את כול האמת ורק האמת"** – ההדגשות של בית הדין). 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.

58. 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. ממכלול הראיות עולה, אם כן, כי הודייתו של הנאשם ברצונו להעביר את הרימון לידי האזרח – כמו גם הודייתו בהוצאת מחסניות נוספות – התקבלה במסגרת התשאול השלישי, כפי שעולה מן האמרה. כך או כך, נדמה כי דבריו של החוקר במסגרת התשאולים הובילו לבסוף את הנאשם להתוודות באשר למניע בהוצאת האמל"ח וכן בהוצאה קודמת של מחסניות לידי האזרח.

59. השאלה המונחת לפתחנו, היא האם התנהלות החוקר והמהלכים שנקט בחקירה עולים כדי אמצעים פסולים כהגדרתם בפסיקה? אנו סבורים כי התשובה לכך שלילית וכי אין המדובר במניפולציות לא הוגנות או לא חוקיות.

60. כפי שכבר נקבע בעבר, "חקירה יעילה, מעצם טבעה 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" (י' קדמי **על הראיות** (חלק ראשון, תש"ע) 62). יש להבחין בין "שיטת תחקור 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' 63-62). תשאול וחקירה, גם כשהם מכבידים ולוחצים, אין הם פסולים כל עוד הם מצויים בגדר הסביר לקיומה של חקירה עניינית.

61. בענייננו 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. בהחלטתו של החוקר להמשיך ולשאול את הנאשם על המניע להוצאת הרימון חרף גרסתו

הראשונית, לא נפל כל פסול או פגם (השוו: ע"פ 7758/04 אל קאדר נ' מדינת ישראל (2007), בעמ' 25). מבחינה עובדתית, אין 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" (ע"פ 10049/08 אבו עזא נ' מדינת ישראל (2012), בפסקה 91 לפסק-דין של השופט דנציגר). במקרה דנן, אופן החקירה לא הגיע לכדי מונולוג סוגסטיבי, שהביא להתשת הנאשם ומסירת הודיה בדבר המניע בהוצאת הרימון.

62. מכל מקום, גם בהינתן דבריו של החוקר, הנאשם יכול היה לשוב על גרסתו בחקירה הראשונה, ולא ניתן לטעון כי רק משהרחיב את גרסתו נפסק תשאולו. גם כאשר דבק בעמדתו במופעים הקודמים (בחקירה הראשונה ובתחקיר הפיקודי) ואף כאשר שינה את גרסאותיו – הסתיים הבירור והנאשם שוחרר לדרכו.

63. 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 חושיו" – רחוקה הדרך. נזכיר, כי הנאשם עצמו מסר שהיה נתון בלחץ בכל סיטואציה חקירתית (הן בעת שנתפס בכף, הן בבירור הפיקודי, הן בחקירותיו השונות, גם אלו בהן הכחיש כי העביר את הרימון לידי אחר). הטענה כי הלחץ שהופעל כלפיו בחקירה השנייה הובילו למסירת גרסה שקרית, אינה מתיישבת עם ריבוי ושינוי הגרסאות שמסר בשלבים האחרים בפרשה.

64. כפי שקבענו לעיל, לא הוכח כי החוקר גרם לנאשם לסבור כי בתמורה להודיה שימסור ובזכותה, עניינו יידון במסגרת משמעתית בלבד לעומת חלופה בדמות מאסר ממושך. בדומה, לא נמצאה ראיה לפיה הכווין החוקר את הנאשם להודיה בדבר העברת הרימון לידי אחר. בעניין יהודה נקבע כי אמירה של חוקר משטרה לנחקר לפיו אם "יהודה וייקח אחריות על מעשיו, ישנה אפשרות שבית המשפט יתחשב בו וישית עליו עונש שאינו כולל מאסר מאחורי סורג ובריח" – אינה מצדיקה את פסילת הודעתו. הוטעם, כי

חרף העובדה כי לא היה מקום לטעת בליבו של הנחקר תקוות שווא כזו, הרי ש"אין באמירות אלו משום פיתוי והשאה והן אינן כוללות הבטחה לעידן כי בתמורה למתן הודעתו תינתן לו טובת הנאה ממשית ומוחשית" (שם, בפסקה 6 לפסק-דינה של השופטת חיות). נדמה כי הדברים הללו מתאימים ככפפה ליד לענייננו.

65. הגידוף שהפנה החוקר כלפי הנאשם, הגם שאינו ראוי, לא היווה שיטת חקירה; ולא נטען מפי הנאשם כי התוודה בשל "התחברות" החוקר עמו. מכל מקום, דבריו של החוקר שקשר בין העונש שיוטל על הנאשם ובין אמירת האמת, התנאים הירודים בכלא, השפה והסגנון שנקט בכדי להשיג שיתוף פעולה מצדו ביחס למטרה האמיתית בהוצאת הרימון – אינם מהווים בנסיבות העניין מניפולציות לא הוגנות, שהובילו ליצירת לחץ נפשי בלתי הוגן, אלא תחבולות לגיטימיות. כפי שנקבע לא מכבר: **"מאבק אפקטיבי ונחוש בפשיעה מחייב שימוש בתחבולות שונות שהן בבחינת 'הכרח בל יגונה'"** (עניין יהודה לעיל, בפסקה 5 לפסק-דינה של השופטת חיות). בל נשכח, כי המדובר בחקירת נאשם שגנב רימון מתוך בסיס צבאי, יחד עם מחסניות, והוציאם אל מחוץ למחנה בדרכו לביתו, כאשר המניע למעשיו היה בגדר תעלומה. בנסיבות הללו, המדובר ב"כלי חקירה יעיל וחשוב ב'מאבק המוחות' המתנהל לעתים קרובות בחדר החקירות בין החוקר לנחקר ושאינה חוצה את גבול המותר" (שם; ראו גם עניין ח'ליפה לעיל, בפסקאות 57, 61). ודוק: **"לא תמיד נוחה הדעת היפה מתחבולות חקירה כאלה ואחרות, אך כל עוד לא משתכנע בית המשפט כי לא פגעו לאמיתן בזכויות הנאשם, אין הן יכולות להיות בסיס לפסילת המהלכים להיתר התחבולות"** (ע"פ 8702/12 זאוי נ' מדינת ישראל (2013), בפסקה כ"ו לפסק-דינו של השופט (כתוארו אז) רובינשטיין).

66. סיכומם של דברים, מצאנו לדחות את הטענות הנוגעות לקבילות של האמרה השנייה על-פי המבחן הסטטוטורי, שכן לטעמנו היא נמסרה באורח חופשי ומרצון.

67. בכל הנוגע לדוקטרינת הפסילה הפסיקתית. כאמור, לא מצאנו כי ההודאה הושגה שלא כדין. ממילא, לא ניתן לפסוק כי קבלתה כראיה במשפט יש בה כדי לפגוע באופן מהותי בזכות להליך הוגן. קבענו כי לא הופעלו תחבולות בלתי הוגנות על הנאשם והחוקר לא יצר לחץ נפשי בלתי הוגן בקרבו. דחינו אף הטענה לשיטת תחקור בלתי הוגנת ואת הטענה לפיתוי והשאה. באשר להבנתו של הנאשם בדבר מועד מימושה של זכות ההיוועצות, מצאנו לדחות את הטענה כי החוקר סייג אף הפעם באופן פוזיטיבי את זכות ההיוועצות של הנאשם. קבענו כי גם אם עשוי היה הנאשם להבין את הדברים בצורה שונה, הרי שהייתה נתונה לו האפשרות להיוועץ בסנגור לכל אורך החקירה השנייה; ואף בסיומה בחר שלא לעשות שימוש בזכות האמורה.

68. בפסיקה נקבעו מבחנים שעל בית המשפט לבחון, בין היתר, **"את אופיה וחומריתה של אי החוקיות שהייתה כרוכה בהשגת ההודאה, את מידת ההשפעה שהייתה לאי החוקיות על מהימנותה של ההודאה, ואת הנזק שייגרם מפסילת ההודאה לעומת התועלת שתצמח מכך"** (עניין יהודה לעיל, בפסקה 4 לפסק-דינה של השופטת חיות; ראו גם: ע"פ 5121/98 **יששכרוב נ' התובע הצבאי הראשי** (2006)). חשוב להדגיש, כי דוקטרינת הפסילה הפסיקתית היא דוקטרינה של **"בטלות יחסית"** ומשכך **"לא כל סטיה מכללי החקירה ולא כל אמצעי שהופעל בחקירה, גם אינם מקובלים על בית המשפט, יביא לפסילת הראיה"** (עניין **יששכרוב** לעיל, בעמ' 563).

69. בעניינו, 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. קרי, אין המדובר בהודאה שהושגה שלא כדין. על כן, אין הפגם האמור מצדיק לגישתנו את פסילת אמרתו השנייה של הנאשם. 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"** (עניין **יהודה** לעיל, בפסקה 8 לפסק-דינה של השופטת חיות; ראו גם לאחרונה: ע"פ 7679/14 **זהאדה נ' מדינת ישראל**

(2016), בפסקאות 49-51; השוו: ע' 57/15 טור' לייזרוביץ נ' התובע הצבאי הראשי (2015).

70. אכן, במצב הדברים הרגיל, חקירתו השנייה (כמו גם הראשונה) של הנאשם הייתה צריכה להיות מתועדת בתיעוד חזותי, בשים לב לחשד שרביץ לפתחו של הנאשם, הוצאת נשק מרשות הצבא. תיעוד כאמור אף עשוי היה לייתר את הדיון הנרחב בשאלת קבילותה של ההודאה. עם זאת, אנו מקבלים את דברי החוקר, כי טעה בייחוס העבירה (לא רק בחקירה שהובילה להודאה אלא גם בחקירה הראשונה), ומשכך החקירה לא תועדה.

71. כידוע, אף אם המדובר כאן במחדל חקירתי הרי שמשקלו והשפעתו "נבחנים לא רק בהתייחס למחדל החקירתי, כשהוא לעצמו, אלא בשים לב למכלול הראיות שהונחו בפני בית המשפט" (ע' 31,33/15 סמ"ר סויסה נ' התובע הצבאי הראשי (2016), בפסקה 53). על פי ההלכה הפסוקה, "נפקותו של מחדל חקירתי נבחנת לאור נסיבות המקרה ומידת חומרתו של המחדל... 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 (2015), בפסקה 48 לפסק-דינו של השופט שהם; ע"פ 6761/14 מדינת ישראל נ' רכאב (2015), בפסקה י"א; ע' 11/15 רב"ט עטייה נ' התובע הצבאי הראשי (2015), בפסקה 11).

72. בנסיבות העניין, מצאנו כי היעדר התיעוד החזותי לא הוביל לעיוות דין בעניינו של הנאשם. למעשה, זכ"ד מהלך החקירה – גם אם לא הבחין בין התשאולים השונים – תיעד בצורה מפורטת את עיקרי הדברים שהתרחשו בחקירה. הזכ"ד נכתב בגילוי לב ומופיעים בו אף תחבולות ונקיטה באמצעים המעוררים אי-נוחות. למעשה, הטענות כנגד קבילות ההודאה נסמכות במידה רבה על התיעוד הכתוב. הפערים בין הדברים שהועלו על הכתב בזמן אמת בזיכרון הדברים לבין גרסת הנאשם אינם משמעותיים (הגם שמצאנו כי הנאשם הקצין את ההתרחשויות). 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.

משקלה הפנימי והחיצוני של האמרה השנייה

73. לטעמנו, יש להעניק משקל של ממש לאמרה השנייה שמסר הנאשם במצ"ח, לרבות בסוגיות השנויות במחלוקת בין הצדדים. 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. כלומר, הנאשם הודה בקשר עם האזרח ללא קשר לראיות שנמצאו בדיעבד במכשיר הטלפון הנייד שברשותו (השוו: ע/16/14 טור' כהן נ' התובע הצבאי הראשי (2016), בפסקה 82). יתרה מכך, המדובר בפרט מוכמן שלא היה בידיעת מצ"ח באותה עת (מה שעשוי להוות, כשלעצמו, "דבר מה נוסף" – ראו: ע"פ 690/10 אבו תיאה נ' מדינת ישראל (2013), בפסקה 14). הנאשם עצמו אישר בעדותו כי ציין את שמו של האזרח כיוון שהשניים התכתבו בעבר באשר למחסניות 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 בין לבין הרימון ומדגיש כי "אני לא לוקח את זה לפשע או משהו" (ת/6, עמ' 6 ש' 35). הוא לא ידע לומר מדוע האזרח ביקש כי יעביר לו מחסניות טעונות בכדורים, אך נמנע מלאשר כי במניע פלילי עסקינן. הנאשם אף הכחיש כי האזרח מסר תמורה עבור אמצעי הלחימה. הוא לא הפריז 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 (ראו עניין ח'ליפה לעיל, בפסקה 65). עסקינן, אם כן, באמרה עשירה בפרטים, הגיונית, סדורה ועקיבה. לאמרה ישנו משקל פנימי ניכר וברור. אמרת ההודאה של הנאשם

אף משתלבת במציאות, כפי שנראה בסמוך, ונתמכת בידיעת פרטים מהותיים (בכל הנוגע למעורבותו של האזרח בפרשה).

74. בהתאם לפסיקה, 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 ראיה 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 (2008), בפסקה כ"ו לפסק הדין).

75. כידוע, קיימת "זיקת גומלין שבין המשקל הסגולי שמעניק בית המשפט להודאה עצמה, לבין משקלו של ה"דבר מה" הדרוש לאימות תוכנה, כאשר ככל שמשקלה הפנימי של ההודאה גבוה יותר, כך פוחת הנטל בגדרו של המבחן החיצוני, ולהיפך" (ע"פ 10477/09 מובארק נ' מדינת ישראל (2013), בפסקה 7). משקלה של ההודאה במקרה דנן הוא משמעותי.

76. כפי שצוין לא פעם, על הראיה המאמתת לעמוד באחד מן המבחנים הבאים (שאינם בגדר רשימה ממצה): מבחן הפרטים המוכמנים (ידיעת פרטי הביצוע של העבירה); מבחן ההזדמנות - השאלה האם לנאשם נקרתה ההזדמנות המיוחדת לבצע את המיוחס לו, מבחינת הזמן והמקום; ומבחן ההשתלבות במציאות – האם גרסתו של הנאשם משתלבת במסכת האירועים כפי שהתרחשו במציאות (קדמי על הראיות, בעמ' 152-158).

77. בענייננו, התביעה נסמכת בעיקר על ממצאי החיפוש במכשיר הטלפון הסלולארי של הנאשם. ההגנה סבורה, כי החיפוש שבוצע אינו חוקי ועל-כן יש לפסול את תוצריו. נבחן, אם כן, תחילה את שאלת חוקיות החיפוש במכשיר הנייד.

חוקיות החיפוש בטלפון הנייד

78. בחקירה הראשונה הסכים הנאשם לביצוע חיפוש ולחדירה נמשכת לחומר מחשב. הוא מסר הסכמה מלאה ולא מסויגת והוזהר לו כי באפשרותו לחזור בו מהסכמתו בכל עת בטרם ביצוע החיפוש. עוד הסכים הנאשם כי החיפוש ייערך ללא נוכחותו וללא נוכחות עדים שאינם שוטרים צבאיים. א ין מחלוקת כי הנאשם הבין את משמעות החיפוש. החוקר עיין בתכתובות במכשירו הנייד מהן לא עלה דבר. בסיום החקירה הוחזר לנאשם מכשירו הנייד, מבלי שהועבר לחיפוש מעמיק על-ידי גורם מוסמך (בהתאם להנחיות מצ"ח).

79. בחקירה השנייה נלקח מכשירו הנייד של הנאשם. הן החוקר והן הנאשם לא דנו באפשרות כי ייערך חיפוש נוסף במכשיר הנייד, והנאשם לא הרהר בדבר או באפשרות כי נערך בעבר חיפוש במכשיר, הגם שלא הוציא זאת מכלל אפשרות. נדמה, כי היה אדיש לנושא. מחיפוש שנערך במכשיר על-ידי גורם מוסמך, לאחר שהמכשיר הועבר ליאח"ה באישור מפקדיו של החוקר, עלו ממצאים הקושרים את הנאשם לעבירות המיוחסות לו, בדמות התכתבויות שערך עם האזרח מוהנא. הנאשם עומת עמן ואף הפעם לא הלן על ביצוע החיפוש. מעדותו אף לא ניתן להסיק, כי אכן עצם ביצוע החיפוש היה בעל משמעות עבורו. השאלה בה עלינו להכריע, האם בנסיבות האמורות החיפוש המעמיק שנערך במכשיר נעשה כדין והאם תוצריו עשויים להוות ראיה כשרה?

80. בפסיקת בית הדין הצבאי לערעורים נקבע, כי הסכמת בעל מכשיר טלפון נייד לעריכת חיפוש בו – הסכמה שניתנה מדעת, קרי הסכמה אמיתית ורצונית – מקנה סמכות לעריכת חיפוש, אף מבלי שיוצא צו שיפוטי המתיר את עריכת החיפוש (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, בפסקה 27).

81. במקרה דנן, לא הייתה מחלוקת, כי הנאשם הסכים – הסכמה מדעת – לחיפוש שנערך במכשירו הסלולארי בחקירה הראשונה, גם אם לא נתן דעתו על תוכן החיפוש שנערך במכשירו, על-ידי החוקר, בנוכחותו. הנאשם הסכים שמצ"ח תבצע חדירה לחומר המחשב, לרבות חדירה נמשכת, לצורך עיון, הפקת פלטים "וכל פעולה אחרת שתיראה לנכון לצורך גילוי ראיה בהליך פלילי או משמעותי, הנוגעת לעבירה שבבסיס החקירה המתנהלת או לעבירות אחרות/נוספות שיעלה חשד לגביהן במהלך החיפוש". אכן, לנאשם הובהר כי באפשרותו לחזור בו מהסכמתו בכל עת טרם ביצוע החיפוש וכי החיפוש ייערך ללא נוכחותו. השאלה היא, אם בנסיבות העניין הייתה מוטלת חובה על הרשות החוקרת לשוב ולבקש את הסכמת הנאשם לביצוע חיפוש בחקירתו השנייה? לטעמנו, יש להשיב על שאלה זאת בחיוב.

82. הסכמה של נחקר לביצוע חיפוש ולחדירה נמשכת לחומר מחשב אינה הסכמה גורפת מעתה ועד עולם. השמירה על האוטונומיה של הנחקר ועל פרטיותו מחייבת להגביל ולגדר את סמכותה של הרשות לפגוע בערכי היסוד הללו. תחימת הסמכות עשויה להתבטא במספר דרכים, הן מנקודת המבט של הפרט והן מנקודת מבטה של הרשות.

83. לדוגמא, לנחקר שמורה הזכות לחזור בו מהסכמתו בכל עת טרם ביצוע החיפוש. גורמי החקירה נדרשים להתאים עצמם לעמדתו המעודכנת של הנחקר, בשים לב לשלב בו מצוי מהלך החיפוש. אם טרם בוצעה כל פעולת חדירה וחיפוש בטלפון הסלולארי, קרי תוכנו טרם הועתק במפלג עבירות מחשב, הרי שיש להצטייד בצו שיפוטי לצורך ביצוע החיפוש. אם בוצעו חדירה וחיפוש על-ידי חוקר מיומן עבירות מחשב, ובטרם תחילת ביצוע החדירה במפלג עבירות מחשב חזר בו הנחקר מההסכמה, הרי שלצורך ביצוע חדירה וחיפוש במפלג עבירות מחשב, יש להצטייד בצו שיפוטי (ראו: הנחיית מפקד מצ"ח בנושא חיפושים בחומרי מחשב (עודכן 17/3/2016), בסעיף 26). כלומר, ניתן לבדד חדירה וחיפוש אחד ממשנהו, תלוי בזמן, במקום ובהקשר.

84. ככלל, מקום בו המדובר בחקירה בו מחזיק הטלפון הסלולארי הביע הסכמה מדעת לביצוע חיפוש וחדירה נמשכת לחומר המצוי במכשיר – הסכמה זאת תמשיך ו"תתפוס" כל עוד לא חזר בו הנחקר מהסכמתו לביצוע החיפוש **וכל עוד מכשיר הטלפון הסלולארי מצוי ברשות היחידה החוקרת מאז ההסכמה ועד לביצוע החיפוש**. 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).

85. אולם, הדברים שונים כאשר החקירה מסתיימת ומכשיר הטלפון הסלולארי **מוחזר** לנחקר. במצב דברים זה, הנחת המוצא היא, כי גורמי החקירה אינם זקוקים למכשיר הטלפון הנייד **ומיצו** בנקודת הזמן הנוכחית את ההיתר לביצוע החיפוש במכשיר וחדירה לתוכנו (בין אם מימשו, הלכה למעשה, את הסכמת הנחקר וערכו חיפוש במכשיר, כבמקרה דנן, ובין אם לאו). בנוסף, ומן הבחינה המעשית, כאשר המכשיר מוחזר לרשות הנחקר, הרי שביכולתו לבצע שינויים במכשיר, לגרוע מן המידע שהיה אצור בו עד אותה עת ולהוסיף אליו מידע.

86. 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. אף מן הבחינה המעשית, עיון וחיפוש מחודשים בטלפון הנייד עשויים לשנות את התפוס, ומכל מקום אין לעשותם בלא היתר לחדירה אליהם – בין אם ההיתר נסמך על הסכמתו של מחזיק המכשיר ובין אם ההסתמכות היא על צו שיפוטי. להבדיל ממתן היתר להאזנת סתר, שהיא מעצם טיבה מעקב ממושך אחר חשוד בלא ידיעתו, הרי שהיתר לחיפוש וחדירה לחומר מחשב – בין אם בדמות צו שיפוטי ובין אם בדמות הסכמה מדעת של המחזיק – הוא **חד-פעמי** (גם אם נמשך, מקום בו המכשיר מצוי ברשות גורמי החקירה ברצף מאז קבלת ההיתר). **לא ניתן לבצע חיפוש חוזר**

ונשנה (בשונה מחדירה נמשכת) במכשיר טלפון נייד מכוח אותו היתר ראשוני, כאשר המכשיר הוחזר לבעליו.

87. כפי שקבע בית המשפט המחוזי בהקשר דומה:

"הפרשנות המוצעת על ידי המשיבה לפיה ניתן לבצע חיפוש חוזר ונשנה מכוח אותו צו חיפוש- זאת כאשר מדובר בחבילת סמים, וגם כאשר מדובר בהודעות דוא"ל העתידות להגיע למחשב הספק, פרשנות זו שגויה ביסודה, ומעוותת את הוראת החוק. לא בכדי העלה המחוקק את רף הדרישות והתנאים בהם צריכה הרשות החוקרת לעמוד בבואה לבקש היתר להאזנת סתר למול רף נמוך בהרבה כאשר מבוקש היתר לחיפוש; **בכל הנוגע לחיפוש הצו הוא חד פעמי ורשויות החקירה רשאיות להשתמש בו בהזדמנות אחת בלבד, כל חיפוש מעבר לכך דורש צו נפרד ומפורש.** החיפוש הוא נקודתי ובידיעת החשוד ומתבצע בחשוד וחפציו ואינו משליך לרוב על צדדים שלישיים. מנגד, האזנת סתר מהווה חדירה בוטה בהרבה לאוטונומית הפרט הן בשל משך המעקב הממושך אחר החשוד שלא בידיעתו, הן בשל אופי הפגיעה והיקפה..." (ת"פ (ת"א) 40206/05 **מדינת ישראל נ' פילוסוף** (2007), בעמ' 25; ההדגשה של בית הדין).

88. בנסיבות הללו, מצאנו כי נפל **פגם** בהתנהלותו של חוקר מצ"ח, עת הסתמך על הסכמתו הקודמת של הנאשם לחיפוש במכשיר הטלפון הסלולארי, ואף שהמכשיר הוחזר לרשות הנאשם לאחר ביצוע החיפוש, הוא שוחרר מחקירה וחלפו מספר ימים עד לנטילתו של המכשיר בשנית. השאלה היא, מה נפקותו של הפגם האמור והשפעתו על קבילות הראיות שנתפסו באותו חיפוש?

89. דוקטרינת הפסילה הפסיקתית, על-פי פיתוחה בפסיקה עקב בצד אגודל, אינה מגבילה עצמה לראיה בדמות הודאה בלבד אלא חלה אף ביחס לראיה חפצית. ככלל, **"ראיה תפסל מלשמש במשפט, אם יוכח כי קבלתה תוביל לפגיעה מהותית בזכויות יסוד מוגנות"** (עניין פרחי לעיל, בפסקה 8 לפסק-דין של השופט לוי). דוקטרינת הפסילה הפסיקתית "משקפת נקודת איזון עקרונית בין הערכים המתחרים בדיני קבילות הראיות במשפט הפלילי" (שם, בפסקה 18 לפסק-דין של השופט לוי). מכל מקום, לבית המשפט מוקנה שיקול דעת באשר לפסילת ראיות שהושגו שלא כדין, שכן המדובר **"בדוקטרינת פסילה יחסית וגמישה, שנועדה למנוע פגיעה מהותית בזכותו 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 הדין בהליך הפלילי בהתאם לנסיבותיו הפרטניות של כל מקרה ומקרה" (רע"פ 10141/09 חיים נ' מדינת ישראל (2012), בפסקה 34 לפסק-דין של הנשיאה בייניש).

90. כפי שצוין לעיל, 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.

91. במקרה דנן, המדובר בחיפוש במכשיר טלפון סלולארי השייך לנאשם, לאחר שמסר בחקירה קודמת הסכמה מלאה ומודעת לקיום החיפוש במכשיר. הפגם שנפל בהתנהלות גורמי החקירה הוא באי-פנייה מחודשת לנאשם, לאחר שמכשירו הסלולארי הוחזר לרשותו והוא שוחרר מן החקירה, בכדי לקבל את הסכמתו לעריכת חיפוש נוסף במכשיר. אכן, אין המדובר בהפרה טכנית של כלל או באי-קיום נוהל זה או אחר, אלא בעניין הנוגע לסמכות החיפוש ואשר מערב פגיעה בזכות החוקתית לפרטיות. אולם, נוכח העובדה כי החוקר הסתמך בתום-לב על הסכמתו הקודמת של הנאשם, כי ההלכה היוצאת מלפנינו לעניין גדריה של הסכמת נחקר לחיפוש במכשיר לא הייתה בבחינת "דבר המדבר בעד עצמו" וכי אין המדובר באי-חוקיות גלויה על פניה – אנו סבורים כי השיקולים של הפגם הכרוך בהשגת הראיה אינם מטים את הכף לפסילת הראיה.

92. לא ניתן להתעלם מכך, כי בחקירה הקודמת – שהתנהלה אך שלושה ימים עובר לחקירה בה נתפס בשנית מכשירו הסלולארי של הנאשם – הסכים האחרון, הסכמה מלאה ומודעת לעריכת חיפוש במכשירו הנייד. הנאשם הועמד הן בחקירתו הקודמת והן בחקירתו השנייה על זכותו להיוועץ בעורך-דין והוא בחר שלא לממש את זכותו האמורה. הוא לא חזר בו מהסכמתו הראשונית כי יבוצע חיפוש במכשירו. מנקודת מבטו של הנאשם, הוא לא הרבה אחר קיומו של חיפוש במכשירו הסלולארי ולקח עובדה זאת כמובנת מאליה. אף לשיטתו, זהותו של האזרח לו התכוון למסור את האמל"ח נבעה מהתכתבות שערך עמו במכשיר הטלפון הסלולארי, לה באותו שלב לא היו מודעים החוקרים; ואף הודה שיצר עמו קשר באמצעות המכשיר ביום

תפיסתו. קרי, הנאשם עצמו ביצע את הקישור בין חקירתו לבין מכשירו. הוא הבין היטב בחקירה השנייה, כי המכשיר שמסר בשנית למצ"ח עשוי יהיה לשמש כראיה ולא מיחה בידם. הוא לא הופתע כאשר עומת עם ההתכתבויות שנמצאו במכשיר הטלפון הנייד, בחקירתו השלישית, וזאת לאחר שכבר נועץ בעו"ד; ולא מיחה בידו של חוקר מצ"ח באשר לביצוע החיפוש. בשולי הדברים נוסיף, כי החוקר מסר בעדותו שהעביר את המכשיר ליאח"ה לפי הנחיות מפקדיו, ועל-כן עמד בהנחיות מצ"ח.

93. לא למותר לציין, כי הראיות שבהן עסקינן הן ראיות חפציות שאמינותן אינה שנויה במחלוקת והן בעלות קיום עצמאי ונפרד מהפגם שהיה כרוך בהשגתן. העבירות המיוחסות לנאשם נמנות על העבירות החמורות בחוק השיפוט הצבאי, ועניינן הוצאת נשק מרשות הצבא, גם אם היקפו במקרה דנן לא היה רב. בעניין **יהודה** לעיל נקבע ביחס לאי-אמירה מפורשת בחקירה השנייה על זכותו של נחקר להיוועץ בעו"ד – כי אין המדובר בפגם חמור היורד לשורשו של עניין. לטעמנו, בנסיבות העניין, אף העדר פנייה מחודשת לנאשם בכדי לבקש את הסכמתו לעריכת חיפוש במכשירו הסלולארי – אינה מהווה פגם משמעותי שצריך להוביל, בנסיבות העניין, לפסילת הראיה שהושגה עקב החיפוש (השוו: ע"פ (ת"א) 61187-06-14 **קורס נ' מדינת ישראל** (2015), בפסקה 12; ת"פ (חיפה) 30287-08-13 **מדינת ישראל נ' עוזיאל** (2014), בפסקה 43).

94. **סיכומם של דברים**, נוכח העובדה כי הפגם שנפל בפעולת החוקר לא היה חמור בנסיבות העניין ולאור הפגיעה המשמעותית באינטרס הציבורי שתגרום כתוצאה מאי-קבלתן של הראיות שהופקו כתוצאה מהחיפוש במכשיר הטלפון הסלולארי של הנאשם – מצאנו שלא להורות על פסילת החיפוש שנערך במכשירו של הנאשם ולקבל את תוצרי החיפוש כראיה במשפט.

95. מעיון בתוצרי החיפוש המכשיר (ת/10) עולה, כי הנאשם התכתב עם חיילים אחרים באשר למחסניות, בין היתר בימים 26-27.12.15. **מייך** לאחר מכן, כתב הנאשם למוהנא (בתרגום לעברית, ת/14): "בגלל שאיחרת לבוא נשאר רק שתיים, אני היום בבית ומחר אני חוזר" וכי "אני נותן את זה למישהו שעשה לי טובה". בחלוף מספר שעות כתב 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".

96. בהתכתבות נוספת שהוגשה לבית הדין (ת/17) נשאל הנאשם על-ידי מוהנא "הבאת?", ומשיב "הבאתי אבל לא הרבה". מוהנא שואל: "ויש לך שלוש לא?" ונענה על-ידי הנאשם: "יותר אבל אני רוצה כוננות למקרה שיצאו עליי". מוהנא כותב: "טוב אקח 5 או 6, כמה אתה נותן לי?" ונענה על-ידי הנאשם "אין לי מושג כמה יש". ישנן התכתבויות נוספות מחודשים אחרים בשנת 2016 על דברים, שלא מזוהים בשם, המועברים בין השניים. בנוסף, ישנן התכתבויות על איסופו של הנאשם על-ידי מוהנא מתחנות תחבורה ציבורית, לרבות ביום שנתפס עם האמל"ח ברשותו.

97. הסבריו של הנאשם באשר לפרשנות ההודעות – לא התקבלו על-ידינו. כזכור, הנאשם עצמו העיד כי נזכר בחקירתו השנייה בהתכתבות עם מוהנא ביחס למחסניות ומשום כך מסר את שמו כמי שתכנן להעביר עבורו את האמל"ח. טענתו כי המדובר בהתכתבות שנעשתה "בצחוק" אינה עולה בקנה אחד עם תוכנה ואינה מתיישבת עם רצף ההודעות והקשרן. בדומה, גם יתרת ההתכתבויות הנוגעות למחסניות ול"כוננות" במועדים הרלוונטיים – מדברות בעד עצמן, במיוחד כאשר הנאשם מתכתב עם מי שכלל לא שירת בצבא. אף ההתכתבות בין השניים במועד בו יצא הנאשם מן הבסיס כשברשותו הרימון וארבע המחסניות, עשויה לתמוך בגרסת ההודאה. נדגיש, כי הנאשם אישר, כי לא הודיע מראש לאזרח שבכוונתו להביא לו את האמל"ח, וכי לא תכנן להביא לו את הרימון אלא "ראיתי את הרימון הלם וישר חשבתי להביא לו אותו" (ת/6, עמ' 6 ש' 12). נוסף, כי עדותו של האזרח לא סייעה כלל ועיקר לנאשם. האזרח ביקש להרחיק עצמו בחקירתו במשטרה מן הנאשם, ובדומה ניסה לתמוך בגרסת הנאשם בעת עדותו בבית הדין, אך ללא הועיל. השניים התקשו להסביר את תוכן של ההתכתבויות ביניהם, העוסקות בהקשרים צבאיים, לרבות ביחס למחסניות. בשולי הדברים נוסף, כי לא מצאנו לייחס משקל להתכתבויות שפירושן והקשרן אינו ברור (לרבות ביחס ל"כנאפה"). סיכומם של דברים, מצאנו, כי אכן קיימת בענייננו תוספת ראייתית ממשית לאמרת ההודאה, שכן

ההתכתבויות בין הנאשם למוהנא מצביעות על הקשר ההדוק ביניהם בכלל והתקיים ביניהם שיח ביחס להעברת מחסניות בפרט.

98. מכל מקום נציין, כי הנאשם הודה בעדותו בבית הדין בקשריו עם מוהנא וביצירת הקשר עמו בעבר וביום האירוע. כלומר, תמיכה מסוימת בהודאתו כי תכנן להעביר את אמצעי הלחימה למוהנא וכי עשה כן בעבר – מצויה בעדותו בבית הדין ובכך עשויה לשמש כתוספת ראייתית בפני עצמה (ע/1/04/ התובע הצבאי הראשי נ' רב"ט פריגין (2004), בפסקה 19).

הכרעה בפרטי האישום

99. באשר לפרט האישום הראשון, אין מחלוקת כי הנאשם אכן הוציא רימון וארבע מחסניות וכי הוא נתפס על-ידי משטרת ישראל בתחנת הרכבת, לאחר שהוציאם מחוץ ליחידה. ככלל, כאשר חייל מוציא אמצעי לחימה מחוץ למקומו, במיוחד כאשר הוא נוטל בהיחבא ושלא כדין את הפריטים הרגישים אל מחוץ ליחידה, ובהעדר ראיה לסתור, קמה חזקה כי המעשה בוצע שלא ממניע תמים או כשר (ראו: ע/170/03/ התובע הצבאי הראשי נ' סמל אל דין (2003), בפסקה 5).

100. בכל הנוגע למחסניות, עלה מן העדויות השונות ואף מפיו של הנאשם עצמו, כי החיילים אינם מורשים להוציאן אל מחוץ לבסיס ואף בתחומי היחידה הם אינם נוהגים להסתובב עמן שלא לצורך. טענותיו של הנאשם, כי ביקש לקחת עמו את המחסניות עליהן הוא חתום בכדי לשמור עליהן – אין בהן ממש, שכן הנאשם עצמו מציין כי ביחידה מצויה ברשותו ארונית נעולה בה הוא שומר את המחסניות. טענה זאת אף עומדת בסתירה לגרסאות אחרות שמסר הנאשם (לדוגמה, כי אין המדובר כלל במחסניות השייכות לו, כי אם במחסניות אותן מצא בסמוך לרימון, כפי שמסר בחקירתו השלישית במצ"ח).

101. אף להוצאת הרימון לא סיפק הנאשם טעם סביר, מלבד המניע עליו התוודה בחקירתו השנייה במצ"ח. הנאשם מסר שלל גרסאות סותרות ופתלתלות באשר למטרתו בנטילת הרימון והוצאתו לביתו, לרבות בעת עדותו בבית

הדין. חוסר מהימנותו של הנאשם עשוי לשמש תוספת ראייתית מחזקת לגרסת התביעה (ראו: עניין ח'ליפה לעיל, בפסקה 49). רוב רובן של הגרסאות אף אינן עומדות במבחן הביקורת והשכל הישר וסבירותן קלושה – הן ביחס לטענה כי ביקש לשמור את הרימון כפריט נוי, הן ביחס לטענה כי ביקש להחביאו ביער והן ביחס לטענה כי ביקש להראותו לבני המשפחה (כאשר אחיו הבכור של הנאשם שירת כקצין בצבא ונהג לצאת עם נשק ומחסניות לביתו). כל נשכח, כי הנאשם אף הכחיש בעת שנתפס בכף את מודעותו לאמל"ח שנמצא ברשותו (השוו: ע/13,15/15 סמל טבאש נ' התובע הצבאי הראשי (2015), בפסקה 17).

102. במקרה דנן, איננו צריכים להעלות השערות ולבחון מהו המניע העלום שהוביל את הנאשם להוציא את פריטי הלחימה, שכן פיו ענה בו בחקירה השנייה והוא מסר את ההסבר לביצוע המעשה: העברתם לידי חברו האזרח, כפי שעשה בעבר עם מחסניות נוספות, אף אם אינו מודע לכוונתו של האזרח בקבלת האמל"ח ולגורלם העתידי של הפריטים.

103. כאמור, מצאנו להעניק משקל של ממש לאמרת ההודאה וקיימת תוספת ראייתית מספקת לנקודה השנויה במחלוקת – כי הרימון וארבע המחסניות הוצאו על-ידי הנאשם במטרה להעבירם לאדם אחר. לא הייתה מחלוקת, כי הנאשם ביצע את העבירה תוך מודעות מלאה; וכי אמצעי הלחימה שהוציא הנאשם הם בבחינת "נשק" והנאשם ידע כי המדובר בסוג של נשק. משכך, הוכחו יסודות העבירה של הוצאת נשק מרשות הצבא.

104. באשר לפרט האישום השני – הנאשם הודה כי הוציא מחסניות בעבר והעבירן לידי האזרח. מצאנו להעניק משקל משמעותי לאמרת ההודאה וקיימות התכתבויות בין השניים בעניין מחסניות והעברתן לידי האזרח. הנאשם עצמו אישר, כי שמו של האזרח הועלה על-ידו בחקירה דווקא בשל אותן התכתבויות בין השניים ביחס למחסניות, שנעשו במועדים רלוונטיים לפרט האישום. העובדה שלא נמצא דבר בחיפוש שנערך בביתו של האזרח, אינה מעלה ואינה מורידה, שכן עסקינן במספר מחסניות שהועברו לידי האזרח חודשים מספר עובר לחיפוש. כידוע, אמצעי לחימה טבעם להתגלגל מגורם אחד למשנהו ועל-כן אי-מציאתן של המחסניות הבודדות בביתו של האזרח,

אינה מלמדת כי הנאשם לא העבירן בעבר לידיו. הלכך, אף כאן הוכחו יסודות העבירה.

105. נוכח העובדה, כי גרסת הנאשם לפיה ביקש להוציא את אמצעי הלחימה ממניע תמים נדחתה, אין צורך בדיון בשאלת מדיניות התביעה בהעמדה לדיון בעבירה מסוג זה ונגזרותיה של אותה מדיניות. הנאשם גנב רימון הלם ומספר מחסניות מחדר ביחידה, אותם תכנן להעביר לידיו של אזרח, והוציא בעבר מרשות הצבא מחסניות במספר הזדמנויות, אותן העביר לידי האזרח. משכך, אין ספק כי היה מקום להגיש כתב-אישום במקרה דנן (ראו: הנחיות התביעה הצבאית הראשית, הנחיה מס' 2.10 הוצאת נשק מרשות הצבא).

106. לא מצאנו פגם בתחקור שביצע הסמג"ד לנאשם. גם בשים לב לפגמים המסוימים שנמצאו לעיל בהתנהלותו של חוקר מצ"ח – העדר אזהרה בנוסח המחייב, אי-פנייה לנאשם בבקשה לקבלת הסכמה נוספת לחיפוש במכשירו הנייד ומשפט בוטה שהפנה לנאשם בחקירה – איננו סבורים כי המדובר **"בהתנהלות הפוגעת בהגינותו ובטוהרו של ההליך הפלילי" או כזו "שהיה בה לפגוע בעשיית הצדק במובנו הרחב ובאמון הציבור במערכת אכיפת החוק"** (עניין כהן לעיל, בפסקה 84). לא מצאנו כי "רשויות החקירה התנהלו בסתירה לעקרונות של צדק והגינות" (שם, בפסקה 85). בהקשר זה התחשבנו בחומרת העבירה המיוחסת לנאשם, בעוצמתן הגבוהה של הראיות המבססות את אשמתו, בנסיבותיו האישיות של הנאשם, במידת הפגיעה ביכולתו של הנאשם להתגונן, בחומרת הפגיעה בזכויות הנאשם ולנסיבות שהביאו לגרימתה, במידת האשם הרובץ על כתפי הרשות ובכך שהרשות פעלה בתום-לב. לפיכך, איננו סבורים כי יש מקום לבטל את האישומים או להמיר את סעיפי האישום.

107. סופו של דבר, החלטנו **להרשיע** את הנאשם בעבירות המיוחסות לו בכתב האישום.

108. **העתק מהכרעת הדין יועבר לתובעת הצבאית הראשית ולמפקד מצ"ח.**

גזר דיןכללי

1. הנאשם הורשע לאחר ניהול משפט הוכחות בשתי עבירות של הוצאת נשק מרשות הצבא. הנאשם הוציא מספר מחסניות ומסרן לחברו האזרח וכן הוציא רימון הלם ומספר מחסניות, אותם תכנן להעביר לאזרח, אך נתפס כשהאמל"ח ברשותו.

ראיות וטענות לעונש

2. הנאשם התגייס לצה"ל בחודש נובמבר 2014 ושירת במערך החימוש בגדוד XXX, ולמעט עבירת משמעת אחת שירותו הוא תקין. הן מן הראיות שהוגשו לבית הדין והן מן העדויות שנשמעו בפנינו, עלה כי הנאשם משתייך למשפחה נורמטיבית וערכית, התורמת למדינה ולביטחונה. הנאשם עצמו הוא שקט וממושמע וממלא את המוטל עליו. כל העדים מסרו כי היו בהלם בעת ששמעו על הסתבכותו של הנאשם באירוע והם סבורים כי המדובר במעשה שטות ללא מניע פלילי. אביו של הנאשם תיאר, בדברים היוצאים מן הלב ונכנסים אל הלב, את עוגמת הנפש שנגרמה למשפחה עקב האירוע; סיפר על מצבו הרפואי המאתגר; וביקש כי בית הדין ירחם על הנאשם ומשפחתו ויסתפק בעונש הצופה פני עתיד.

3. **התביעה הצבאית** עתרה להטיל על הנאשם עונש מאסר בפועל ממושך ומרתיע, מאסר על תנאי והורדה לדרגת טוראי. התביעה עמדה על החומרה במעשי הנאשם והסיכון שנוצר בעצם הוצאת אמצעי לחימה והעברתם לידי גורמים לא מורשים, כמו גם על ההתייחסות המכבידה של בתי המשפט לעבירות בנשק. התביעה פרטה אודות מידת הפגיעה האפשרית במעשי הנאשם, העדר נטילת אחריות של ממש או חיסכון בזמן שיפוטי, כמו גם העדרן של נסיבות אישיות מיוחדות.

4. **ההגנה**, לעומתה, סברה כי הנאשם – אדם נורמטיבי שמשרת בגדוד קרבי במשך שנתיים – תרם למדינה. המדובר בהוצאה ספונטנית ולא מתוכננת של אמצעי לחימה, שהיקפם קטן ופוטנציאל הנזק בהם נמוך.

5. **הנאשם** בדברו האחרון מסר, כי הוא מצטער על מעשיו, ולו היה יודע כי מדובר בנשק "בחיים לא הייתי עושה דבר כזה". הוא מבקש לסיים את שירותו הצבאי לאחר ריצוי העונש.

מתחם העונש ההולם

6. יצוין, כי הנאשם הורשע בשתי עבירות של הוצאת נשק מרשות הצבא. הצדדים לא התייחסו לסוגיה, האם יש לראות בעבירות כ"אירוע אחד" אם לאו, בשים לב להוראות החוק (סעיף 40 יג לחוק העונשין, התשל"ז – 1977).

7. בפסיקה אומץ "מבחן הקשר ההדוק" לצורך הכרעה בשאלה אימתי מספר מעשים או עבירות ייחשבו ל"אירוע אחד" לצורך קביעת העונש ההולם. כך, הוטעם, כי עבירות שבוצעו בסמיכות זמנים או שהן חלק מתכנית עבריינית אחת גם אם בוצעו לאורך תקופת זמן שאינה קצרה ואף כאשר ניתן היה להפריד ביניהן ולחדול לאחר ביצוע כל אחת מהן – ייחשבו כ"אירוע אחד", אשר ביחס אליו ייקבע מתחם עונש הולם אחד (הגם שהעובדה שהאירוע כולל כמה מעשים יכולה לשוות לו מידה נוספת של חומרה בעת קביעת מתחם העונש ההולם). גם פעולות עברייניות שבוצעו על פני רצף זמן וכללו מעשים שונים ובמקומות שונים ייכללו ב"אירוע אחד", כל עוד הן מהוות מסכת עבריינית אחת. כלומר, נבחנת עוצמת הקשר בין העבירות (ראו: ע"פ 4910/13 ג'אבר נ' מדינת ישראל (2014), פסקי-דינם של השופטים ברק-ארז ופוגלמן; רע"פ 4760/14 קיסלמן נ' מדינת ישראל (2015), בפסקה 20; ראו לאחרונה: ע"פ 5668/13 מזרחי נ' מדינת ישראל (2016)).

8. נוכח העובדה, כי הנאשם העביר את המחסניות באירוע הראשון (גם אם התרחש במספר הזדמנויות) לחברו האזרח; ואף באירוע השני הוציא את רימון ההלם והמחסניות במטרה למסרן לאותו אזרח – מצאנו כי קיים קשר הדוק בין העבירות. משכך, נתייחס למכלול העבירות כאל "אירוע אחד".

9. הפסיקה עמדה לא פעם על החומרה היתרה והמשמעותית הטמונה בעבירות של הוצאת נשק ואמצעי לחימה. החשש המרכזי הוא כי אמצעי הלחימה יגיעו בסופו של יום לידי גורמים עוינים, בין אם ביטחוניים ובין אם פליליים "גרידא". אין ספק, כי האיום

הממשי לחיי אדם ולביטחון הציבור, הגלום בעבירות מעין אלו, הינו רב עד מאוד (ראו: ע"פ 5814/14 **עספור נ' מדינת ישראל** (2015), בפסקה 6).

10. בית הדין הצבאי לערעורים הטעים בהקשר זה באחת הפרשות, כי:

"עבירות בנשק, בין הוצאה בלתי מורשית של נשק ובין סחר בנשק, הן עבירות מופלגות בחומרתן, נוכח החשש הנובע מניסיון החיים, כי כלי הנשק יגיע, לידיים בלתי מורשות, עוינות או פליליות. בכך טמון איום ואף סיכון ממשי לחיי אדם...

נפסק, אפוא, שלפי שהמדובר בעבירה, שבעקבותיה קמה סכנה לחיי אדם, פשוטו כמשמעו – 'כל החוטא בעבירות מסוג זה עלול להידרש לשלם מחיר יקר, ואף באובדן חירותו לתקופה ממושכת' (ראו למשל ע"פ 5833/07 **ח'ורי נ' מדינת ישראל** (טרם פורסם, 18.11.2007)). יתר על כן, נוכח התרבות התופעה של סחר בנשק, המהווה סכנה ממשית לחברה – נדרש בית המשפט העליון להחמרת קו הענישה... על רקע האמור, אף בפסיקת בית דין זה ניכרת **מגמת החמרה** בענישה בעבירות מסוג זה... אין צריך להכביר מלים על כי מעורבות **חייל** בעבירות מסוג זה היא בעלת חומרה יתרה בשל פגיעה בערכי יסוד תוך מעילה באמון" (ע/77,87/12) **התובע הצבאי הראשי נ' רב"ט סקר** (2013), בפסקה 7, ההדגשות במקור; ראו גם: ע/5/14 **רב"ט בבייב נ' התובע הצבאי הראשי** (2014), בפסקה 12; ע/31/12 **רב"ט עאמר נ' התובע הצבאי הראשי** (2013); ע"פ 3401/11 **שלאעטה נ' מדינת ישראל** (2012), בפסקה 20; ע"פ 7268/11 **גרבאן נ' מדינת ישראל** (2012), בפסקה 7).

11. מגמת ההחמרה בעבירות נשק עוברת כחוט השני בפסיקתו של בית המשפט העליון, וזאת בשים לב לחומרתן המיוחדת והסכנות הצפויות מעבירות כאלה, אשר גורמות לפעילות עבריינית ומאיימות על שלום הציבור כולו (ראו אך לאחרונה: ע"פ 1397/16 **מדינת ישראל נ' חמאיל** (2016), בפסקה 12; ע"פ 2422/14 **ח'דר נ' מדינת ישראל** (2014), בפסקה 10; ע"פ 1768/14 **גנאיים נ' מדינת ישראל** (2014)).

12. באחת הפרשות ציין בית המשפט העליון ביחס לשימוש ברימוני הלם, כי

"רימונים אלה, **כאשר הם מצויים בידי כוחות אכיפת החוק**, משמשים לפיזור הפגנות אולם אין זה נכון לומר **שהו ייעודם**... כאשר הרימונים מצויים בידי שלטונות אכיפת החוק – משמשים הם, בדומה לכלי נשק אחרים, לשם אכיפת חוק ככלל ולשם פיזור הפגנות בפרט. 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 לדמיון אלו 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** (2007), בפסקה 11; ההדגשה במקור)

13. 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. יצוין, כי הסכנה הטמונה ברימון הלם אינה משתווה לזו של כלי נשק אחרים דוגמת רימון רסס, אולם בתי המשפט עמדו על כוח ההיזק הטמון בו (ראו: ע"פ 1323/13 **חסן נ' מדינת ישראל** (2013), בפסקאות 10, 12; ע"פ 7386/13 **עווד נ' מדינת ישראל** (2014), בפסקה 12).

14. בענייננו 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 (ראו: ע/31,33/15 **סמ"ר סויסה נ' התובע הצבאי הראשי** (2016)). עם זאת, הסיכון הטמון במקרה דנן נבע לא רק בהוצאת אמצעי הלחימה, אלא במניע למעשה, שאינו תמים – העברתם לידי חברו האזרח של הנאשם, שאינו מוסמך לשאת או להחזיק נשק ואף לא שירת בצבא. זאת גם אם אין תמורה כספית בצידה של העברת האמל"ח לרשותו של האזרח. הנאשם שב ושנה על מעשיו, שמקורם ביוזמתו שלו ולא תוך השפעה של אחרים, והוציא פעם אחר פעם מחסניות שהועברו לידי האזרח. גורלן של אותן מחסניות, שהועברו בפעמים

הקודמות, והשימוש הפוטנציאלי בהן אינו ידוע. עם זאת, דעת לנבון נקל כי מחסניות הטענות בכדורים עשויות, ככלל, לשמש למטרה פלילית מסוג זה או אחר.

15. הנאשם אף מעל באמון שניתן בו כחייל בצה"ל, תוך שהוא מנצל את גישתו לאמצעי לחימה המצויים בבסיס המצוי באזור יהודה ושומרון, ומרהיב עוז ליטול רימון הלם ומחסניות שהונחו בתוך חדר מגורים ביחידה ולהוציאם מרשות הצבא. באופן מובנה, פגע הנאשם בכוננות הצבא ואף בחבריו ליחידה, מהם נטל את אמצעי הלחימה (ויצוין, כי הנאשם חתום על מחסניות משל עצמו). אין ראיה לפיה איתור הרימון והוצאתו אל מחוץ לבסיס היו בגדר מעשה מתוכנן או נעשה בצורה מתוככמת, אלא עסקינן באירוע ספונטני, כאשר נתקל ברימון ובמחסניות והחליט בו במקום להוציאם מרשות הצבא ולהעבירם לידי האזרח. אין ראיה גם כי האזרח היה מודע לכוננות הנאשם להעביר לרשותו רימון. למרבה המזל, הן הרימון והן המחסניות שהוצאו זו הפעם נתפסו בעת שהנאשם הגיע לרכבת והושבו לרשות הצבא. כלומר, הנזק שנגרם ממעשי הנאשם במקרה הנוכחי מוגבל; גם אם פוטנציאל הנזק, לו היה זממו של הנאשם עולה בידו, אינו מועט. הנאשם ניסה תחילה להרחיק עצמו מן הפריטים שנתפסו ברשותו; ולאחר מכן העלה גרסאות שונות ומשונות באשר למקורם של אמצעי הלחימה והמניע להוצאתם.

16. בחנו אף את רמת הענישה הנוהגת בעבירות כגון דא. מטבע הדברים, ישנו מנעד רחב בעבירות אלו, והענישה תלויה במשתנים מגוונים כסוג הנשק, היקף הפריטים, הסחר באמצעי הלחימה וגורלם, נסיבות אישיות, הודאה בביצוע העבירה וכיו"ב. נביא להלן מספר דוגמאות לענישה ברימוני הלם:

א. עניין **חסן** לעיל – מכירת (ולא אך החזקת) רימון הלם צה"לי לסוכן משטרתי סמוי, כאשר המערער הודה וחסך בזמן שיפוטי. עם זאת, למערער עבר פלילי מכביד ומגוון. המערער נדון ל-24 חודשי מאסר בפועל ולקנס בסך 6,000 ₪.

ב. עניין **עוז** לעיל – מעורב אחר בפרשה שנדונה בעניין **חסן**. המערער הורשע על-פי הודאתו בהחזקת רימון הלם ובעשיית עסקה ברימון זה. המערער נידון ל-18 חודשי מאסר בפועל.

ג. ע"פ 7124/06 **זרורי נ' מדינת ישראל** (2007) – המערער הורשע ברכישת X כדורי אקדח, X רימוני הלם וX רימוני גז מדמיע, ובעבירה של סיוע לסחר בכדורי אקדח. נגזרו עליו 6 חודשי מאסר בפועל.

ד. ע"פ 8075/05 **חסן נ' מדינת ישראל** (2006) – המערער החזיק X רימוני הלם (שפוצצם בסמוך לביתו), X רימוני גז, X פצצות תאורה ותרמילי פצצות תאורה. המערער, בעל עבר פלילי, נדון ל-4 שנות מאסר בפועל.

ה. עניין **סויסה** לעיל – המערער הורשע בהוצאת X רימוני הלם מרשות הצבא ובמכירת X רימוני הלם לסוכן סמוי. המערער זוכה בערכאת הערעור מעבירות אחרות ועונשו הועמד על שנתיים מאסר בפועל.

ו. ע/80,81/14 **סמ"ר סרצ'ה נ' התובע הצבאי הראשי** (2014) – המערער הורשע בהוצאת X רימונים הלם תוך שהטמינם בתיקו של חייל אחר ומכרם, עבור תמורה כספית. אחד הרימונים הוחזר לידי הצבא ואילו הרימון השני לא אותר. בית הדין כיבד את הסדר הטיעון והשית על המערער 7.5 חודשי מאסר בפועל.

17. לאחר ששקלנו את הערך החברתי שנפגע מביצוע העבירות, מידת הפגיעה בו, הנסיבות הקשורות בביצוע העבירות ורמת הענישה הנהוגה, מצאנו לקבוע כי מתחם העונש ההולם **נע בין 3-7 חודשי מאסר בפועל**, מאסר מותנה והורדה בדרגה.

גזירת העונש בתוך מתחם העונש ההולם

18. כבר בתחילה נציין, כי לא סברנו שיש מקום לחרוג ממתחם העונש ההולם, משיקולי הגנה על שלום הציבור או משיקולי שיקום. לטעמנו, ניתן להלוך בין חומרת מעשה העבירה בנסיבותיו ומידת אשמו של הנאשם ובין סוג ומידת העונש המוטל עליו, באמצעות גזירת העונש בתוך מתחם הענישה שנקבע.

19. הנאשם משמש כחייל בגדוד איסוף קרבי במשך תקופה משמעותית, תוך שהוא תורם לביטחון המדינה ומבצע את עבודתו נאמנה, לשביעות רצון מפקדיו, וכמעט שללא עבירות משמעות. הנאשם נעדר עבר פלילי. התרשמנו, כי לא מניע עברייני עמד ביסוד

מעשיו של הנאשם, שלא ביצע את העבירות בצורה מתוככמת יתר על המידה; וכי העבירות עליהן הוא נותן את הדין אינן מאפיינות את דרכו החיובית של הנאשם, שחונך בצורה ערכית ונורמטיבית. אין ספק כי פגיעה של עונש מאסר בנאשם ובמשפחתו, בנסיבות הללו, אינה קלה. עם זאת, נבהיר כי לא הובאה בפנינו ראיה לכך שהייתה לנסיבות חייו של הנאשם השפעה על ביצוע מעשי העבירה, אלא נדמה כי המדובר בחריגה מדרך הישר.

20. מכל מקום, בעבירות כגון דא לא ניתן להסתפק בעונש הצופה פני עתיד או בעונש מקל. בעבירות נשק ישנם טעמים משמעותיים המחייבים לבכר את שיקולי ההרתעה והגמול על שיקולי השיקום, לרבות גילו הצעיר של הנאשם. גם בית הדין הצבאי לערעורים הדגיש, לא פעם, כי **"בעברות מסוג זה נדחקות נסיבותיו האישיות של הנאשם לקרן זווית, וכי יש לבכר לגביהן את שיקולי ביטחון הרבים... עבירה מסוג זה מצדיקה, בדרך כלל, עונש מאסר כבד, כואב ומרתיע"** (ע/28,30/11 התובע הצבאי הראשי נ' סמל שחאדה (2012), בפסקה 53). בד בבד, הענישה היא לעולם אינדיווידואלית ותלויה בנסיבות העושה והמעשה.

21. שיתוף הפעולה של הנאשם עם רשויות אכיפת החוק היה חלקי, שכן הוא מסר גרסאות מגרסאות שונות באשר להיקף מעשיו ולמניע שעמד ביסודם. כפירתו של הנאשם באשמה וניהול משפט על-ידו אינם נזקפים לחובתו, אך מנגד גם אינם יכולים לשמש לזכותו ולהקלה בעונשו, כבמקרים אחרים; הגם שהמחלוקת בין הצדדים הייתה מצומצמת ומוגדרת. הנאשם נטל אחריות מוגבלת ביחס למעשיו, הן ביחס להיקפם והן ביחס לתכלית בביצועם. עם זאת, נתנו משקל מסוים להבעת החרטה של הנאשם בדברו האחרון.

22. מצאנו אף לתת משקל להתנהגות רשויות אכיפת החוק. אמנם דחינו את רוב הטענות של הנאשם באשר להתנהלות החקירה בכלל וביחס להתנהגות החוקר בפרט. אולם, מצאנו כי החוקר הזהיר את הנאשם שלא בנוסח המחייב, הגביל את זכות ההיוועצות של הנאשם בחקירה הראשונה (ראו אף לאחרונה: ע"מ/107/16 סמל תוהמי נ' התובע הצבאי הראשי (2016), בפסקאות 22-24), לא תיעד בצורה חזותית את רוב החקירות (גם אם בשל טעות בהגדרת העבירה) וביצע חיפוש שלא כדין במכשיר הטלפון הסלולארי של הנאשם בחקירה השנייה (אף הפעם בתום לב). אכן, התנהגות רשויות

אכיפת החוק לא השליכה באופן ישיר על תוצאתה של הכרעת הדין המרשיעה. משכך, המחוקק סבר כי בעת גזירת הדין יש מקום לקחת בחשבון את התנהגות רשויות אכיפת החוק, שאף אם לא הובילה לתוצאה שונה באשר לשאלת אשמתו של הנאשם, עדיין צריכה לקבל ביטוי כנסיבה שאינה קשורה בביצוע העבירה (ראו בהקשר אחר: ע/129/03 טור' שרואני נ' התובע הצבאי הראשי (2013)). לפיכך, מצאנו לתת ביטוי מסוים בגזירת העונש בתוך מתחם העונש ההולם לכשלים שפורטו לעיל בהתנהגות רשויות אכיפת החוק.

23. לא התעלמנו אף מהתקופה הממושכת בה שהה הנאשם במעצר פתוח. עם זאת, נזכיר כי המדובר בחייל המשרת ביחידה סגורה, אשר ממילא אינו יוצא מדי יום ביומו לביתו. בנוסף, הנאשם זכה לחופשות מן המעצר הפתוח במספר הזדמנויות. לפיכך, המשקל שיש לתת להגבלת חירותו הממושכת של הנאשם, הינו מוגבל.

24. סיכומם של דברים, לאחר ששקלנו את כל הנסיבות לחומרא ולקולא, החלטנו להטיל על הנאשם את העונשים הבאים:

א. ארבעה (4) חודשי מאסר לריצוי בפועל, בניכוי עשרים ושישה (26) ימי מעצרו הסגור.

ב. שמונה (8) חודשי מאסר על תנאי למשך שלוש (3) שנים, והתנאי הוא שלא יעבור הנאשם עבירה של הוצאת נשק או עבירות בנשק.

ג. הורדה לדרגת טוראי.

• זכות ערעור כחוק

- ניתן והודע היום, 28/09/2016, כ"ה באלול התשע"ו, במעמד הנאשם והצדדים.

שופט

אב"ד

שופט

העתק נכון מהמקור
רס"ן איריס קלי
ק' בית הדין

נערך על ידי: שקד וייס
בתאריך: 28/09/2016
חתימת המגיה: א' ב'