



בבית הדין הצבאי לערעורים

בפני :

אלוף דורון פילס - הנשיא
תא"ל אורלי מרקמן - משנה לנשיא
אל"ם יהונתן יערי - שופט

בעניין :

התובע הצבאי הראשי – המערער (ע"י ב"כ, סרן שחף חיטמן-אפיני ; סרן קרן נחמן)

נ ג ד

מ/XXX סמ"ר ד' ח' – המשיב (ע"י ב"כ, עו"ד אלון ארז)

ובעניין :

מ/XXX סמ"ר ד' ח' – המערער (ע"י ב"כ, עו"ד אלון ארז)

נ ג ד

התובע הצבאי הראשי – המשיב (ע"י ב"כ, סרן שחף חיטמן-אפיני ; סרן קרן נחמן)

ערעור על פסק דין של בית הדין הצבאי המחוזי במחוז שיפוטי הצפון שניתן בתיק צפון (מחוזי) 172/15 (אל"ם אורלי ירון – נשיאה ; סרן גבריאל דיאמנט – שופט ; סרן גלעד סרור – שופט) ביום 5.4.16. ערעור התביעה (הכרעת הדין וקולת העונש) נדחה. ערעור ההגנה (הכרעת הדין) נדחה.

פסק - דין**פתח דבר**

1. חיילים נטלו כסף מבית של אזרחים בעזה במהלך פעילות מבצעית, שנערכה במסגרת מערכת "צוק איתן". עד להגשת כתב האישום, אירעו ליקויים שונים באיתור העבירה ומבצעה ואף בהליכי החקירה. בית הדין המחוזי שדן את אחד החיילים המעורבים, קבע כי נפגעו זכויותיו כחשוד וכי את הפגיעות שנגרמו הולמות שתי תרופות: המרת סעיף האישום העיקרי לסעיף אישום שיאפשר רישום פלילי "מופחת", והקלה בעונש, אשר תוביל לרישום פלילי "מופחת". עלינו להכריע אם בדין ובצדק עשה כן.

2. סמ"ר ד' ח', **המערער**, הואשם בעבירות ביזה, לפי סעיף 74 לחוק השיפוט הצבאי, התשט"ו-1955, שיבוש מהלכי משפט, לפי סעיפים 244 ו-29(ב) לחוק העונשין, התשל"ז-1977, והתנהגות שאינה הולמת, לפי סעיף 130 לחוק השיפוט הצבאי. בית הדין המחוזי הרשיע אותו בעבירת גנבה, לפי סעיף 384 לחוק העונשין, חלף עבירת הביזה, בשיבוש מהלכי משפט ובהתנהגות שאינה הולמת.

3. בית הדין המחוזי גזר על המערער בגין הגנבה ארבעה חודשי מאסר לריצוי בפועל בדרך של עבודה צבאית, חמישה חודשי מאסר על תנאי למשך שנתיים והורדה לדרגת טוראי. בגין העבירה של שיבוש מהלכי משפט, גזר בית הדין על המערער, 20 ימי מאסר לריצוי בפועל בדרך של עבודה צבאית, בחופף לעונש על הגנבה, חמישה חודשי מאסר על תנאי למשך שנתיים והורדה לדרגת טוראי.

4. שני הצדדים ערערו על פסק הדין. התביעה הצבאית השיגה על המרת סעיף האישום ועל קולת העונש. המערער השיג על הרשעתו.

רקע עובדתי

5. נתאר את עובדות המקרה והשתלשלות העניינים, על בסיס קביעותיו של בית הדין המחוזי. יש להבהיר, כי הצדדים לא חלקו על העובדות ומכל מקום, אלה נקבעו לאחר בחינה של ממצאי המהימנות ובעקבות התרשמותה הבלתי אמצעית של הערכאה הדיונית מן העדים השונים שעדויותיהם נשמעו לפניו.

6. המערער שירת כלוחם. במהלך מערכת "צוק איתן", ביום 20.7.2014, נכנסו המערער וחיילים נוספים ממחלקתו לבית בשכונת סג'עייה בעזה כדי לחפש אמצעי לחימה. המערער ולוחם אחר, סמ"ר הרוש, הזיזו ארון. מהארון נפלה קופסה. סמ"ר הרוש מצא בקופסה 2,420 ש"ח ונטל אותם לרשותו. כמה דקות לאחר מכן, ביקש המערער מסמ"ר הרוש את הכסף, וזה מסרו לידיה. נקבע, כי החיילים בבית החליטו

להשתמש בכסף לטובת ערב מחלקה. עוד בהיותם בבית העביר המערער את הכסף לסמ"ר זנדני, נהג רכב קרבי מסוג "נמר", כדי שיוציא את הכסף מרצועת עזה. סמ"ר זנדני נסע ב"נמר" לפנות פצועים והמערער נלווה אליו. הוא הוציא את הכסף מכליו של סמ"ר זנדני והעבירו לסמ"ר נגוסה, אשר נותר מחוץ לרצועה בשל תפקידו. לאחר מכן, שב המערער אל הרצועה. נקבע גם, כי הבית שבו נמצא הכסף היה מיועד להריסה ובסופו של יום, נשרף כתוצאה מפגיעת טיל.

7. בסמוך לכך, נפוצו שמועות במחלקה על מקרה של ביזה. המג"ד הורה לברר את העניין. מפקד המחלקה ביקש מחייליו להשיב את הכסף, אך פנייתו לא נענתה. כעבור מספר ימים, יצאה המחלקה מהרצועה ובסמוך לכך, נטל המערער את הכסף מסמ"ר נגוסה.

8. בהמשך, כינס מפקד הפלוגה את חיילי המחלקה. הוא הורה להם להשיב את שנלקח וציין, כי אם יעשו כך לא יאונה להם כל רע. החיילים החליטו להחזיר את הכסף והודו לפני המ"פ בגנבה בלי לומר מי היו המעורבים במעשה. אחר כך מסר אחד החיילים, סמ"ר אהרון חזן, את הכסף לידי המפקדים.

9. לאחר שהכסף הועבר ולאור העובדה שהחיילים הוזהרו כי יזמנו לשיחות אצל המג"ד, נדברו ביניהם חיילי המחלקה שאם יקרה משהו, כולם ייקחו אחריות על האירוע, והחליטו יחד לבדות גרסה, שלפיה כל אחד מהם לקח 180 ש"ח, וזאת משום שהתכוונו לעשות בכסף שימוש משותף.

10. המג"ד, לאחר ששמע שמע על מעורבותו של המערער בפרשה, זימן אותו לשיחה. המערער מסר לו, כי הוא וכמה חיילים נוספים לקחו כסף, והודה שהוא עצמו נטל 180 ש"ח.

11. בית הדין המחוזי קבע, כי "החזרת הכסף על ידי המחלקה, באמצעות סמ"ר חזן, 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... העובדה כי לא הודו במעשה בפני המ"פ טרם מתן ההבטחה תומכת באפשרות כי להבטחה היה משקל ממשי בהתפתחות". נקבע גם, כי "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". עוד נקבע, כי "בעת התחקיר שערך המג"ד היה הנאשם עדיין תחת הרושם כי הבטחת המ"פ עומדת בתוקף".

12. בד בבד, הודיע המג"ד למ"פ, כי הוא לא היה מוסמך להבטיח לחיילים שלא ייענשו וכי האירוע הועבר לחקירת מצ"ח. בעקבות כך, כינס המ"פ את החיילים

וסיפר להם על כך ועל הפנייה למצ"ח. החיילים הביעו את אכזבתם על שמפקד הפלוגה שיקר להם ופגע באמונם.

13. למחרת השיחה עם המג"ד, זומן המערער לחקירה. הוא הוזהר על החשדות נגדו והוקראו לו זכויותיו. בפתח חקירתו (ת/1), הציגה לו החוקרת את עדות המג"ד והוא אישר את הדברים המופיעים בה. המערער נחקר פעמיים נוספות וקיבל על עצמו אחריות מלאה לאירוע (ת/2, ת/3). הוא מסר, כי מצא את הכסף בבית ונטל אותו ממקומו. כמו כן ציין, כי הוציא את הכסף אל מחוץ לרצועת עזה וטען כי לא היו מעורבים נוספים באירוע. בדיעבד, לאחר החתימה על הסכם עד מדינה, כמפורט להלן, מסר, כי עשה כן על מנת לחפות על חבריו ואף ציין לפנייהם מה אמר בחקירה, על-מנת שישפרו גרסה דומה בחקירותיהם.

14. ביום 4.12.2014, בעקבות הליך של שימוע, חתם המערער על הסכם עד מדינה עם התביעה הצבאית (ס/1). הסכם זה הקנה למערער חסינות מפני העמדה לדין בעבירת הביזה ואף בעבירה של שיבוש מהלכי משפט. בהסכם נכתב, בין היתר, כי:

"הואיל והעד מצהיר כי אינו היוזם והמעורב העיקרי בביצוע עבירת הביזה, קרי, לא היה זה שמצא את הכסף, ולא נטל אותו ממקומו... הסכימו הצדדים ... תמורת ביצוע כל התחייבויותיו של העד על פי הסכם זה ובכפוף לכך... הפרקליטות הצבאית מתחייבת כי לא יוגש כתב האישום נגד העד בגין חלקו בפרשה וההשתלשלות שהובילה למסירת גרסאותיו הן מול מפקדיו והן מול גורמי החקירה, טרם חתימת הסכם זה, וכי לא יינקטו בעתיד כנגדו הליכים מכל סוג שהוא, ע"י גורם כלשהו, בין משמעתיים ובין פליליים בגין פרשה זו... למען הסר ספק, יובהר בזאת כי אם יתברר שהעד מעורב בביצוע עבירות ומעשים פליליים אחרים שאינם מפורטים בהסכם זה או שחלקו בפרשיות המתוארות בפתח להסכם זה נרחב יותר מהמתואר, תהא רשאיית הפרקליטות הצבאית, להעמידו לדין בגין אותם מעשים... אם מצ"ח או הפרקליטות ימצאו כי לאחר כריתתו של הסכם זה, בניגוד להצהרתו במבוא להסכם זה, שיקר העד בפרט מהותי או הטעה את מצ"ח או הפרקליטות הצבאית, או שחלקו בפרשה היה אחר ממה שמסר, תהא הפרקליטות משוחררת מהתחייבויותיה שפורט בסעיף 10 להסכם זה. ההסכם יבוטל, והפרקליטות הצבאית תהא חופשית להעמידו לדין את העד".

15. לאחר חתימת ההסכם, נגבתה אמרה נוספת מן המערער (ת/5). המערער מסר כי בהיותו בבית האמור, עם סמ"ר הרוש ואחרים, בעת ששניהם הזיזו ארון כדי לחסום חלון, נפלה ממנו קופסה. סמ"ר הרוש פתח את הקופסה ומצא בה כ-2400 ש"ח. הוא נטל את הכסף והניח אותו בכיסו. מספר דקות אחר כך, מסר סמ"ר הרוש את הכסף לידי המערער והוא הטמינו בכיס מכנסיו. זמן מה לאחר מכן, בהיותם עדיין בבית,

העביר המערער את הכסף לידי סמ"ר זנדני, נהג ה"נמר", על-מנת שיוציא את הכסף משטחי רצועת עזה, בעת יציאה לתדלוק. לאחר שעזבו את המקום, ובהיותם מחוץ לשטח של רצועת עזה, מסר המערער את הכסף לסמ"ר נגוסה. הכסף הועבר למפקדים בהמשך, לאחר הנחיית המ"פ, על-ידי החייל חזן. המערער ציין, כי על-פי רעיון שהועלה עוד בהיותם בבית בשטח עזה, הכסף נועד לשמש לערב מחלקה. כמו כן, מסר, כי כאשר יצאו חיילי המחלקה משטח רצועת עזה, סיכמו ביניהם, כי אם העניין יסתבך, ייטלו כולם אחריות למעשה, אולם בסופו של דבר, המערער נטל את האשמה על כתפיו בלבד. המערער פירט, כי תדרך את סמ"ר הרוש למסור בחקירתו כי לקח את הכסף ולאחר מכן השיבו לארון, הואיל וכך מסר הוא עצמו באמרתו הראשונה במצ"ח.

16. בעקבות דבריו של המערער באמרה המאוחרת (ת/5), ביטלה התביעה את הסכם עד המדינה. בואר, כי לדידה של התביעה, משנמצא, כי המערער, גם על-פי גרסתו האחרונה, הוא המעורב העיקרי בפרשה וכי, למעשה, חתם על ההסכם בודעו כי הוא המעורב העיקרי בעבירה – הרי שהטעה את גורמי הפרקליטות ואין לקיים עמו את ההסכם.

17. באמרה הבאה שנגבתה, הקפיד המערער לשמור על זכות השתיקה (ת/5).

ההליכים בבית הדין המחוזי

החלטה בטענה מקדמית

18. המערער העלה בבית הדין המחוזי טענה מקדמית של הגנה מן הצדק. נטען, כי ביטול ההסכם של עד המדינה, נעשה שלא כדין. בית הדין דחה את הטענה בהחלטה מנומקת. נקבע, כי המערער כרת את הסכם עד המדינה בידעו שאינו עומד בתנאיו ולפיכך, התביעה הצבאית הייתה רשאית לבטל את ההסכם. הוטעם, כי למעשה, המערער טען את טענתו בחוסר ניקיון כפיים.

עיקרי הכרעת הדין

19. בהכרעת הדין קבע בית הדין המחוזי את קביעות העובדה שתיארנו לעיל. לאחר מכן, נקבע, כי במהלך השתלשלות הדברים, עובר לחקירה ואף במהלכה, נפגעו זכויותיו של המערער כחשוד –

"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. 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. 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. 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... 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".

20. הוטעם, כי פגמים שנפלו, בירור המג"ד ותחילת החקירה במצ"ח, מצדיקים להעניק למערער סעד. בית הדין מצא שביטול כתב האישום הוא סעד קיצוני מדי שאינו הולם את נסיבות המעשים שביצע המערער וקבע, כי די בהרשעה בעבירה חלופית, כך שיתאפשר להטיל על המערער עונש שבצדו רישום פלילי "מופחת" בלבד. בית הדין הרשיע את המערער, כאמור, בעבירת גניבה, חלף עבירת ביזה, ובעבירות של שיבוש מהלכי משפט והתנהגות שאינה הולמת.

פרטי גזר הדין

21. בבואו לגזור עונש, ציין בית הדין המחוזי את חומרתה של עבירת הביזה בכלל ואת חומרת מעשיו של המערער בפרט. מולם הציב בית הדין בעיקר את הפרת ההבטחה שניתנה על-ידי המ"פ והוסיף לה את התמשכות ההליך המשפטי ואת שחרורו של המערער משירות סדיר. בית הדין המחוזי סבר כי הגם ש"מתחם הענישה ההולם עומד על חודשים מספר בכליאה ממשית", בנסיבות העניין, יש להעמיד את עונש המאסר בפועל, בגין הרשעתו של המערער בעבירה של גניבה, "בגבולו העליון של העונש שבצידו רישום פלילי מופחת" וגזר עליו ארבעה חודשי מאסר לריצוי בפועל בדרך של עבודה צבאית.

22. בהמשך, עמד בית הדין גם על חומרת המעשים שעשה המערער לשיבוש הליכי משפט. הוטעם, כי המערער מסר "עדות שקר בפני גורמי חקירה במספר הזדמנויות ואף בתיאום גרסאות עם חבריו ליחידה, הגם שלא עשה כן למען עצמו", וכי יש להשית עליו 20 ימי מאסר לריצוי בפועל בדרך של עבודה צבאית – בחופף לעונש על הגנבה. כמו כן, הוטלו על המערער עונשי מאסר על תנאי והורדה לדרגת טוראי.

ערעורי הצדדים

23. התביעה הצבאית ביקשה בערעורה להרשיע את המערער בעבירת ביזה. לטענתה, לא התקיימו התנאים להחיל הגנה מן הצדק על המערער ובכל מקרה, לא היה מקום להרשיעו בעבירה חלופית, קלה יותר. כמו כן, עתרה התביעה להחמיר בעונשו של המערער על דרך של הטלת עונש מאסר לריצוי בפועל בכליאה ממשית ולתקופה משמעותית.

24. המערער מצדו, ביקש בערעורו לזכות אותו מכל אשמה. ההגנה העלתה שלוש טענות עיקריות: לא היה מקום לבטל את הסכם עד המדינה; הפגיעה בזכויותיו של המערער הצדיקה לזכות אותו לחלוטין; בא-כוחו בבית הדין המחוזי כשל בייצוגו.

דין

כללי

25. "המקרה דנן הוא 'תאונת שרשרת' משפטית" (ע"א 8069/13 ג'באלי נ' ג'באלי, פס' 29 (טרם פורסם, 19.12.2016)). לפנינו עבירה חמורה ומכוערת – ביזה. האינטרס הציבורי הוא להביא לדין את מי שביצע אותה ולהכריע את דינו בהליך הוגן. משהוכח ביצוע העבירה במידת הוודאות הנדרשת בפלילים, מחייבים שיקולי ההלימה, ברגיל, להחמיר בעונשו של המבצע. ואולם, כידוע, הוגנות ההליך אינה מתחילה בשלב הגשת כתב האישום והיא נדרשת כבר במהלך החקירה ואף במסגרת הצעדים שננקטים בהמשך, כדי להחליט אם להעמיד לדין (ראו והשוו: דנ"פ 5956/11 פרחי נ' מדינת ישראל (טרם פורסם, 31.5.2012); ע"פ 4988/08 פרחי נ' מדינת ישראל, פ"ד סה(1) 626 (2011); ע/72/16, 70 רב"ט סוויד נ' התובע הצבאי הראשי (2016)). בהתאם, המשפט הפלילי מכיר בהשפעה אפשרית של פגיעה בהוגנות ההליך על מהלך ההליך הפלילי ועל תוצאותיו (ראו: ע"פ 10477/09 מובארק נ' מדינת ישראל (טרם פורסם, 10.4.2013); ע/85/16 רב"ט בקל נ' התובע הצבאי הראשי (2017)). מה באשר לעניינו של המערער?

26. תחילה נדון בטענות ההגנה בכל הנוגע לפגמים שנפלו בהליך ובעמדת התביעה בנושא. נבחן מה טיבו ומה עוצמתו של כל פגם שנפל, אם בכלל ובהמשך, ככל שנוזה פגמים בהוגנות ההליך ולאחר שנאמוד את היקפם, נבדוק מהי נפקותם ואיזה סעד יש לנקוט בגינם.

27. נקודת המוצא העובדתית לדיון שלפנינו, אשר למעשה, כאמור, לא הייתה שנויה במחלוקת, היא כי **המערער עשה את אשר בית הדין המחוזי קבע שהוא עשה** – המערער, בהיותו לוחם בצה"ל, במהלך פעילות מבצעית, נטל מתוך בית של אזרחים, בשטח שהיה נתון בשליטתו הצבאית של צה"ל, סכום כסף בסך 2,420 ש"ח. מעשיו ומודעותו להם ולנסיבות שליוו אותם, מבססים את עבירת הביזה. מעשיו בהמשך, לקראת החקירה ובמהלכה, מהווים שיבוש מהלכי משפט והתנהגותו כאמור, עונה על הגדרתה של "התנהגות שאינה הולמת", כאמור בסעיף 130 לחוק השיפוט הצבאי. המסד הראייתי שהוכח למעלה מכל ספק סביר, עשוי, אפוא, לבסס את הרשעת המערער בעבירות שיוחסו לו בכתב האישום.

28. במסגרת הדיון המשפטי, איש מן הצדדים לא חלק על כך שפגמים בהליך עשויים לשנות מן התוצאה המלאה של החלטת הדין הפלילי, למשל בפסילת ראיות, בהקלה בעונש ואף בהשפעה על ההרשעה – עד כדי זיכוי. הסוגיה השנויה במחלוקת עניינה בטיבם ובעוצמתם של הפגמים בשלביו השונים של ההליך במקרה הקונקרטי, ובסעד ההולם אותם.

29. נעבור, אפוא, להכרעה בטענותיהם השונות של הצדדים.

טענה לכשל בייצוג

30. המערער טען שנפלו שלושה פגמים בייצוגו במהלך החקירה ובערכאה הראשונה: החתימה על הסכם עד המדינה; ההסכמה להגיש במשפט את אמרותיו (ת/1-ת/4); ההסכמה להגיש את אמרותיו של סמ"ר הרוש (ת/6-ת/7) וההימנעות מחקירתו בבית הדין המחוזי.

31. על טענת כשל בייצוג, נקבע, כי "אינה טענה שבכל יום ויש להיזהר בה" (ע"פ 446/01 רודמן נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(5), 25 עמ' 43-44 (2002), וראו גם: ע"פ 2255/15 אגבריה נ' מדינת ישראל (טרם פורסם, 22.3.2016)). בואר, כי:

"כדי שכשל בייצוג ישמש עילה לבחינה מחודשת של ההליך, לא די בהצבעה על שאלה שלא נשאלה או על עד שלא זומן. צריך להצביע על כך שאילו לא היה כשל כזה, היתה תוצאת ההליך שונה... לכך הייתי מוסיף שיש

מקום להבחין בין כשל שענינו עובדתי לבין כשל שענינו משפטי. טענה של כשל בייצוג שומעים לה, כאשר ראה או עד שהיה בהם כדי להטות את התוצאות, לא הובאו לפני הערכאה הדיונית; אין שומעים לה כאשר מדובר בטענה משפטית שלא נטענה או בקו הגנה שלא הוצב. כידוע, 'אי אפשר לבית המדרש בלא חידוש' (חגיגה, ג, א) ואין עורך דין שלא יהיה בידיו להוסיף טענה על טענות קודמו ומכאן שאם ייפתח פתח לטענה של כשל בייצוג מחמת טענה משפטית שלא נטענה, הרי שאין לדבר סוף" (עניין רודמן לעיל).

32. ברוח זו, פסק בית המשפט העליון, כי "אין די בהצגת רשימה של טענות, שמות עדים או ראיות, בהם היה משתמש בא כוחו החדש של הטוען לכשל בייצוג, שכן איננו תרים אחר קו הגנה מיטבי, בו ניתן היה לנקוט. המדובר במבחן אובייקטיבי, שעניינו בשאלה 'האם קיים חשש סביר כי הפגיעה בזכויות הנאשם השפיעה על שיקול הדעת השיפוטי כך שגדלה הסבירות להרשעת שווא'" (ההדגשה אינה במקור, ע"פ 4498/14 גרידיש נ' מדינת ישראל (טרם פורסם, 13.5.2015)). למעשה, יש להראות "שאילו לא היה כשל כזה, הייתה תוצאת ההליך שונה" (עניין רודמן לעיל). בהתאם יש לבחון האם פעולה שונה של בא-כוחו דאז של המערער, באיזה מהעניינים האמורים או בשילובם – הייתה משנה את התוצאה.

33. אין בידנו לקבל את טענת ההגנה בדבר כשל בייצוג בכל הנוגע להסכמת ההגנה להגיש במשפט את אמרתיו של המערער ולהסכמת ההגנה להגיש את אמרתיו של סמ"ר הרוש. תחילה נדגיש, כי אף ללא ראיות אלו – קיים מסד ראיתי, אשר די בו להרשיע את המערער במיוחס לו (ניתן להפנות בעניין זה, למשל, לאמרתו של סמ"ר זנדני, ת/10 ולעדויות של סמ"ר נגוסה בבית הדין). זאת ועוד, ממילא אין המערער טוען לפנינו לחפותו מטעמים של העדר אשמה, ולפיכך, אין בנסיבות העניין חשש "להרשעת שווא" ויש לתהות מה יעלו ומה יורידו הטענות כנגד אותן הראיות.

34. בדומה, יש לדחות את טענת המערער על אודות כשל בייצוג שמקורו בחתימת המערער על הסכם עד מדינה. בקליפת אגוז, טוען בא-כוחו של המערער, כי התנהלותו של הסנגור הקודם שהביאה לכריתת הסכם עד המדינה שבוטל, הובילה ליצירת חיץ בין ההודאה המאוחרת של המערער, אשר ניתנה לאחר הסדר עד המדינה, לבין הפגמים בחקירה, באופן שהעמיד את המערער בסכנת הרשעה בפלילים. מטבע הדברים, אין בידנו התמונה העובדתית המלאה בכל הנוגע לשיקולים שהובילו את בא-כוחו הקודם של המערער לחתימה על הסכם עד מדינה ואף לא בכל הנוגע לחלקו ולמידת מעורבותו של המערער במשא ומתן בעניין. מכל מקום, במשקפי המבחנים המקובלים בפסיקה (ראו פסקאות 31-32 לעיל), לפנינו,

בעיקר, טענה כנגד קו הגנה שנקט הסנגור הקודם, כזה שאין לטעון לגביו, כי הגדיל את "הסבירות להרשעת שווא" (עניין גרידיש לעיל). וכבר נפסק בכגון דא, כי "מתוך כיבוד עקרון סופיות הדיון, אין לחזור ולדוש בהכרעותיו הקודמות של בית המשפט 'רק מפני שבא כוחו הנוכחי של הטוען אינו רואה עין בעין עם בא-כוחו הקודם את דרך הייצוג'" (שם, וראו גם: ע"פ 2950/11 חן נ' מדינת ישראל (טרם פורסם, 8.5.2014)).

פגמים בהליך והשפעתם על הגנת המערער

כללי

35. כאמור, בית הדין קמא הנכבד קבע, כי התחקיר שערך המג"ד פגע בזכויותיו של המערער כחשוד בחקירה במצ"ח. בואר, כי הפרטים שמסר המערער למג"ד בדבר מעורבותו בביזה (הגם שאינם אלא הודאה חלקית, אשר כללה פרטים כוזבים), מבלי שהועמד על זכותו לאי-הפללה עצמית ועל זכותו להיוועץ בסנגור וכאשר ברקע מצויה אף הבטחת המ"פ – פגעו בזכויותיו של המערער כחשוד. זאת ועוד, נוכח הסמיכות שבין האירועים, משהוצגו למערער הדברים שמסר למג"ד במהלך חקירתו הראשונה במצ"ח, הרי שקיימת זיקה בין הפגם שנפל בבירור שערך המג"ד לבין ההודאה שמסר המערער, באותו השלב, בחקירה במצ"ח. ההגנה סבורה, כי פגמים אלה ראוי שיובילו לביטול כתב האישום. כמו כן, לדידה, נפל פגם נוסף בהליך, שמקורו בביטול הסכם עד המדינה. נטען, כי לא היה מקום לבטל את הסכם עד המדינה שנכרת ואין לקבל את ההודאה שמסר המערער במצ"ח בעקבותיו. להלן, נבחן קביעות וטענות אלו, בראי הדין הקיים.

36. כידוע, קבילותה של הודאה נבחנת על-פי מבחן כפול: האחד, המבחן הסטטוטורי המעוגן בסעיף 12(א) לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"ג-1973, שלפיו הודאה תהא קבילה אם הוכח כי הייתה "חופשית ומרצון"; והשני, עניינו בדוקטרינת הפסילה הפסיקתית. בעוד שהמבחן הסטטוטורי "שם את הדגש על נסיבות מתן ההודאה ועל השאלה האם הפגיעה בזכויותיו של נותן ההודאה בחקירה גרמה בפועל לפגיעה מהותית וחמורה באוטונומיה שלו וביכולתו לבחור שלא להודות" (ע"פ 3237/15 יהודה נ' מדינת ישראל (טרם פורסם, 1.6.2016), ראו גם: ע"פ 7939/10 זדורוב נ' מדינת ישראל, פסקה 48 (טרם פורסם, 23.12.2015); ע"פ 7090/15 ח'ליפה נ' מדינת ישראל (טרם פורסם, 25.8.2016); ע"פ 10477/09 מובארק נ' מדינת ישראל (טרם פורסם, 10.4.2013); הרי שהפעלת דוקטרינת הפסילה הפסיקתית שמקורה בהלכת יששכרוב (ע"פ 5121/98 יששכרוב נ' התובע הצבאי

הראשי, פ"ד סא(1) 461 (2006)), נתונה לשיקול דעת בית המשפט ו"תופעל, כאשר מגיע בית המשפט למסקנה שההודאה נגבתה שלא כדין וקבלתה במשפט תיצור פגיעה מהותית בזכותו של הנאשם להליך פלילי הוגן" (עניין **מובארק** לעיל, בפסקה 39).

37. במסגרת הפעלת שיקול הדעת לפי דוקטרינת הפסילה הפסיקתית, נבחנים, בין השאר, "אופייה וחומרתה של אי החוקיות שהיתה כרוכה בהשגת הראיה... מידת ההשפעה של אמצעי החקירה על הראיה שהושגה... ובחינת הנזק מול התועלת החברתיים הכרוכים בפסילת הראיה" (שם). הוטעם, כי בבסיסה של דוקטרינת הפסילה הפסיקתית מצוי "המודל המניעתי", שלפיו תכליתה של פסילת הראיה היא למנוע פגיעה שלא כדין בזכות להליך הוגן, עקב קבלת הראיה במשפט (ראו עניין **יששכרוב** לעיל, בעמ' 75-76; ע/14/16 **טור' כהן נ' התובע הצבאי הראשי** (2016), בפסקה 82). בהתאם, קובעת ההלכה הפסוקה, כי יש להראות קשר סיבתי, עובדתי ומשפטי, בין הפסול לבין הראייה שהושגה וכי "הצדקה לפסילת ראייה נגזרת תקום רק באותם מקרים בהם קיים קשר סיבתי בין קיומה של הראייה הראשית לבין אפשרות השגתה של הראייה הנגזרת" (דנ"פ 5956/11 **פרחי נ' מדינת ישראל** (טרם פורסם, 31.5.2012); וראו גם: ע"פ 4988/08 **פרחי נ' מדינת ישראל**, פ"ד סה(1) 626 (2011)). יש להצביע על "זיקה מהותית בין הפסול שנפל בראייה הראשית לבין הראייה הנגזרת" (דנ"פ 5956/11 בעניין **פרחי** לעיל).

38. נבהיר עוד, כי דוקטרינת הפסילה הפסיקתית היא דוקטרינה של "בטלות יחסית" ומשכך "לא כל סטייה מכללי החקירה ולא כל אמצעי שהופעל בחקירה, גם אם אינם מקובלים על בית המשפט, יביאו לפסילת הראיה" (עניין **יששכרוב** לעיל, בעמ' 563). בואר, כי "נוסחת האיזון העקרונית... מחייבת כי ראיה שהושגה שלא כדין תיפסל רק אם נוכח בית-המשפט לדעת כי קבלתה במשפט תוביל לפגיעה משמעותית בזכות להליך פלילי הוגן" (ראו עניין **כהן** לעיל, בפסקה 68), וכי יש לבחון את "אופייה וחומרתה של אי החוקיות שהייתה כרוכה בהשגת הראיה, את מידת ההשפעה שהייתה לאי החוקיות על אמינותה של הראיה, ואת הנזק שייגרם מפסילת ההודאה לעומת התועלת שתצמח מכך" (עניין **יהודה** לעיל, בפסקה 4 לפסק-דינה של השופטת חיות).

39. נוסף על אלה, ניתן לבחון את נפקותו של הפסול בהליך החקירה אף במשקפיה של "דוקטרינת ההגנה מן הצדק" (על הזיקה שבין דוקטרינת הפסילה הפסיקתית לבין דוקטרינת ההגנה מן הצדק ראו ע"פ 1292/06 **תורק נ' מדינת ישראל** (טרם פורסם, 20.7.2009), פסקה 6 לפסק דינו של השופט מלצר; וראו עניין **מובארק** לעיל, בפסקה 153). הבריה התיכון בהגנה מן הצדק הוא **קיומו של הליך פלילי ראוי, צודק**

והוגן (ראו: ע"פ 4855/02 **מדינת ישראל נ' ד"ר בורוביץ**, פ"ד נט(6) 776, בעמ' 807-806 (2005)). בהתאם, דוקטרינת ההגנה מן הצדק משתרעת על כל מקרה שבו קיומו של ההליך הפלילי פוגע באופן ממשי בתחושת הצדק וההגינות, כפי שזו נתפסת בעיניו של בית המשפט. בבסיסה – האינטרס הציבורי להבטיח הליך פלילי הוגן ותכליתה – "לעשות צדק עם הנאשם" (עניין **בורוביץ** לעיל, פסקה 21; וראו סעיף 351(ב)(6) לחוק השיפוט הצבאי, התשט"ו-1955 וסעיף 149(10) לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982). ההכרעה בשאלת קיומה של ההגנה מן הצדק ואף ההכרעה בסוגיית הסעד שיש להושיט בעקבותיה, הן פרי של איזון בין "מכלול הערכים, העקרונות והאינטרסים השונים הכרוכים בקיומו של ההליך הפלילי" (עניין **בורוביץ** לעיל, וראו גם הדיון בע"פ 7621/14 **גוטסדינר נ' מדינת ישראל** (טרם פורסם, 1.3.2017); וע/81/16 **רב"ט דתנר נ' התובע הצבאי הראשי** (2017)).

40. ודוקו: בדומה לעיקרון היחסיות אשר בבסיס דוקטרינת הפסילה הפסיקתית, אף בכל הנוגע ליישומה של דוקטרינת ההגנה מן הצדק, מששוכנע בית המשפט כי קיומו של ההליך אכן כרוך בפגיעה חריפה בתחושת הצדק וההגינות, עליו להמשיך ולבחון האם לא ניתן לרפא את הפגמים שנתגלו באמצעים יותר מתונים ומידתיים מאשר ביטולו של כתב האישום (ראו: רע"פ 4550/17 **נאור נ' עיריית הרצליה** (טרם פורסם, 20.6.2017)). נקבע, כי:

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

41. בצד סעדים, כגון ביטול האישום, ביטול פרטי אישום, פסילת ראיות או הקלה בעונש, נדונה גם האפשרות, כי במסגרת ההגנה מן הצדק, יורה בית המשפט על **תיקון** כתב האישום, כאמצעי מתון ומידתי מביטול כתב אישום, על דרך של המרת סעיף אישום המופיע בכתב האישום לסעיף אישום אחר, קל יותר (ראו סעיף 150 לחוק סדר הדין הפלילי וסעיף 353 לחוק השיפוט הצבאי; וכן ראו: דנ"פ 426/16 **אגבריה נ' מדינת ישראל** (טרם פורסם, 29.5.2016); ע"פ 5975/14 **אגבריה נ' מדינת ישראל** (טרם פורסם, 31.12.2015); רע"פ 6091/11 **פלוגי נ' התובע הצבאי הראשי**, פסקה 9 (טרם פורסם, 27.2.2012); עניין **מובארק** לעיל, פסקה 155).

42. בית-דין זה פסק בסוגיה האמורה את הדברים הבאים:

"פעולתו של בית-הדין במסגרת סמכותו על-פי סעיף 353 'לתקן' את כתב האישום או 'לבטל' צריכה להעמיד את ההליך על כנו הצודק וההוגן. לעיתים, אי ההגינות או אי הצדק יגררו אחריהם ביטול כתב האישום כולו; לעיתים, יתחייב ביטול חלקו; לעיתים, יתחייב שינוי כתב האישום על-ידי המרת סעיף העבירה, הכלול בו" (ע/10/124 סמ"ר **אסמאעיל נ' התובע הצבאי הראשי** (2011); ראו גם: עניין **בקל** לעיל ועניין **כהן** לעיל, פסקה 90 ו-93).

43. כאמור, עיקר טענותיו של הסנגור בערעור נסבו על הפגמים שנפלו בהתנהלות המפקדים, החוקרים ואף התביעה, והפגיעה בזכותו של המערער להליך הוגן. לפיכך, נמקד את הדיון שלפנינו בשני המבחנים האחרונים, דוקטרינת הפסילה הפסיקתית ודוקטרינת ההגנה מן הצדק.

הפגמים בהליך בעניינו של המערער

44. בית הדין קמא זיהה בעניינו של המערער שלושה פגמים מרכזיים שנפלו בהליך הבירור והחקירה, וקבע כי אלה, במצטבר, פגעו פגיעה מהותית בזכותו של המערער להימנע מהפללה עצמית ובזכותו להיוועץ בסנגור. להלן, נבחן כל אחד מהם ונבדוק מהו טיבו ומהי עוצמתו.

45. **הבטחת המ"פ** – כאמור, המ"פ ביקש לברר האם הייתה ביזה ומי האחראים לה. במסגרת הבירור, הבטיח לחייליו ובהם המערער, כי אם ישיבו את הביזה, לא יינקטו נגדם הליכים פליליים. בדין נקבע, כי הבירור שנערך על-ידי המ"פ (ובהמשך על-ידי המג"ד), אינו "תחקיר צבאי", הואיל ותכליתו הייתה להתחקות אחר מעורבות החיילים באירוע שהסתמן כבעל מאפיינים פליליים, אף כי ארע במהלך פעילות מבצעית (ראה בג"ץ 2366/05 **אלנבארי נ' ראש המטה הכללי**, פסקה 6 (טרם פורסם, 29.6.2008)). למעשה, המפקדים פעלו בניגוד להוראות פקודת מטכ"ל 33.0304 שעניינה "**בדיקה וחקירת מצ"ח**", האוסרת על עריכת בדיקה מטעם המפקדים במקרים שקיימת חובה על פתיחה בחקירת מצ"ח. עבירת הביזה, המנויה בסעיף 62(19) לפקודה, נכללת בגדר אותם מקרים. יפים לכאן הדברים הבאים:

"שני אינטרסים מרכזיים שולטים כאן בכיפה. מחד גיסא, מובן הוא כי חקירה פלילית כפופה לכללים אשר נקבעו לעריכתה בדין. כללים אלו נועדים להגן על זכויות החשוד והנחקר ולהעמידם על זכותם להימנע מהפללה עצמית. זהו אדן מוסד של שיטתנו המשפטית. מאידך גיסא, יחידה צבאית באשר היא, ובפרט יחידה הנושאת בנטל מבצעי, חייבת להתנהל באורח תקין וראוי. חלק מהתנהלות זו כוללת הטלת אחריות על המפקדים בכל הנוגע לתפקוד היחידה וחייליה ומתן סמכויות בידי המפקדים לפעול לפי

הבנתם למימוש אחריותם זו... 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 זוית את צרכי היחידה". (ע/6,8/09 **התובע הצבאי הראשי נ' רב"ט אדרי** (2009) וראו גם: בע/41/11 **רב"ט טדגי נ' התובע הצבאי הראשי** (2011)).

46. הדברים מקבלים משנה תוקף, נוכח הבטחתו של המ"פ לחיילים הכפופים לו, שניתנה בשלבים המוקדמים של הבירור, ולפיה, אם יתוודו ויעבירו לידו את הכסף שנלקח, לא יאונה להם כל רע.

47. במסגרת בחינת הדוקטרינה של הפסילה הפסיקתית ואף במסגרת דוקטרינת ההגנה מן הצדק, יש לבדוק האם המערער הסתמך על הבטחת המ"פ, מה הייתה מידת הסתמכותו בעניין וכיצד זו השפיעה על התנהלותו בחקירה. למעשה, בשם אינטרס הציבור להליך הוגן, יש לבחון מהו טיב הזיקה בין ההבטחה שניתנה והשפעתה על המערער לבין יכולתו לממש את זכויותיו כנחקר. בהמשך, יש לאמוד את היחס בין הפגיעה באינטרס הציבור להליך הוגן לבין עוצמתו של אינטרס הציבורי במיצוי הדין עם העברייני, בהתחשב בחומרת העבירה ולאזן בין השניים.

48. התביעה עתרה לקבוע, כי המערער והחיילים האחרים לא הסתמכו על הבטחת המ"פ. עוד נטען, כי בחינת כלל ההיבטים של האינטרס הציבורי במקרה דנן, לרבות אינטרס הציבור בקיום הבטחות שלטוניות ואינטרס ההסתמכות של המשיב, מביאה לידי מסקנה, כי במקרה זה הייתה התביעה רשאית לסטות מהבטחתה.

49. בעניין זה, אין לנו אלא להפנות אל קביעתו העובדתית של בית הדין קמא הנכבד, שלפיה, המערער ושאר החיילים העבירו את הכסף לידי המפקדים לאחר ההבטחה ובהשפעתה. אין חולק כי הבטחתו של המ"פ ניתנה שלא בסמכות. ברם, וזה העיקר – המ"פ, מפקדם של החיילים, נחזה כבעל סמכות ולא למותר לציין את

יחסי האמון המיוחדים השוררים בין מפקד ללוחמיו, קל וחומר במהלך לחימה מסוכנת ומאומצת. אמנם, זמן קצר לאחר מכן, הובהר לחיילים כי המקרה ידווח למצ"ח; ועוד לפני כן, הניחו המערער וחבריו, כי המג"ד צפוי להעמיק את הבירור בעניין ולראיה אף תיאמו את גרסאותיהם לפני שנכנסו לשיחה עמו; המערער אף מסר למג"ד גרסה חלקית וכוזבת – עם זאת, אין להתעלם מהשפעתה של הבטחת המ"פ, אשר שמשה חוליה מרכזית בשרשרת האירועים שהובילו להחזרת הכסף ולחקירה במצ"ח ועמדה ברקע הדברים, לאורך החקירה.

50. **ההודאה לפני המג"ד** – כמפורט לעיל, הבירור שערך המג"ד אינו תחקיר מבצעי ולמעשה, חרג מן האיסור לקיים בדיקה בעניין שיש להפנות לחקירת מצ"ח (ס' 62(א)(19) לפ"מ 33.0304 "בדיקה וחקירת מצ"ח"). בפועל, משהתוודה המערער על נטילת הכסף, הגם שמסר הודאה חלקית וכוזבת, מבלי שהוסברו לו זכותו לאי-הפללה עצמית וזכותו להיוועץ בסגור, בזמן שהמערער אינו ער להשלכות האפשריות של דבריו למג"ד – עסקינן בפגיעה משמעותית בזכויותיו כנחקר.

51. **ההקפדה על זכויותיו של חשוד בחקירה** היא חלק אינהרנטי ומרכזי בהגינות המשפטית. כך, למשל, נפסק בעניין הזכות לחיסיון מפני הפללה עצמית, כי:

"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... 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" (עניין פרחי לעיל, פסקה 11).

52. אף הזכות להיוועץ בעורך דין מעוגנת בדין (ראו: סעיף 34 לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים), התשנ"ו-1996, המסדיר את זכותו של עצור להיפגש עם עורך-דין ולהיוועץ בו), ובית המשפט העליון עמד בהרחבה על חשיבותה ועל מעמדה הרם של זכות היועצות בסגור והטעים כי תכליתה להעמיד את החשוד, גם אם אינו במעמד של עצור, על זכויותיו בחקירה, ובראשן על זכות השתיקה (ראו: ע"פ 9956/05 שי נ' מדינת ישראל, פ"ד סג(2) 742, בפסקה 15 (2009); ע"פ 1301/06 עזבון המנוח יוני אלזם ז"ל נ' מדינת ישראל, פ"ד סג(2) 177 (2009)).

53. פגיעה בזכויות אלה עשויה להוביל, במסגרת דוקטרינת הפסילה הפסיקתית (ראו: עניין יששכרוב, בעמ' 495-497), ואף במסגרת דוקטרינת ההגנה מן הצדק

(ראו: עניין **בורוביץ** לעיל, עמ' 807-808), לפסילת ראיות שנגבו אגב הפגיעה בזכויות הנחקר, והיא אף עשויה להוביל, במקרים קיצוניים ומטעמים של צדק, לביטול כתב האישום.

54. בענייננו, כאמור, הגם שהמערער מסר למג"ד, בסופו של דבר, גרסה חלקית וכוזבת, שאף שהוכנה מראש, אין להתעלם ממעמדו של המג"ד כמפקד בכיר ומן העובדה, כי המערער לא הועמד על זכויותיו כחשוד בעבירה פלילית ולא הועמד על ההשלכות האפשריות לדבריו. חוליה זו, המצטרפת להבטחת המ"פ, פגעה אף היא בזכויותיו של המערער בהליך.

55. **פתיחת החקירה במצ"ח** – בפתח החקירה, הועמד המערער על החשדות נגדו והוסברו לו זכותו להימנע מהפללה עצמית וזכותו להיוועץ בסגור. המערער בחר באותה עת, שלא לממש את זכותו להיוועץ בסגור. כאמור, החקירה נפתחה בהצגת דבריו של המג"ד למערער. לאחר מכן, נשאל המערער האם תוכנם של הדברים אמת והשיב בחיוב. בכך, למעשה, עומת המערער עם הדברים שמסר במהלך בירור שלא נעשה כדין, מבלי שהועמד אז על זכויותיו כנחקר. לפיכך, הגם שאף במסגרת החקירה במצ"ח מסר המערער פרטים כוזבים ובלתי מדויקים, יש לקבוע, כי מהלך זה של החקירה, שבמהלכו מעומת המערער עם דבריו הקודמים, הגביל את מרחב שיקול הדעת שלו וצמצם את אפשרותו לממש את זכותו להימנע מהפללה עצמית. מהלך החקירה הוא בבחינת חולייה פגומה נוספת, משמעותית, בהשתלשלות העניינים בחקירה, המצטרפת לחוליות פגומות קודמות: הבטחת המ"פ ודבריו של המערער לפני המג"ד.

56. **ביטול הסכם עד המדינה** – טענתו המרכזית של המערער היא כי לא היה מקום לבטל את הסכם עד המדינה שנכרת עמו וכי משההסכם בוטל שלא כדין, יש לבטל את כתב האישום בעניינו מטעמים של צדק ובוודאי שאין להסתמך על האמרות שנגבו ממנו לאחר ההסכם. אין בידינו לקבל את טענות ההגנה.

57. סעיף 54 א(א) לפקודת הראיות [נוסח משולב] התשל"א-1971, קובע כי עד מדינה הוא: **"שותף לאותה עבירה המעיד מטעם התביעה לאחר שניתנה או שהובטחה לו טובת הנאה"**. פשיטא, כי מעצם הגדרתו של עד מדינה הרי שעסקינן בעבריו, אשר קיבל טובת הנאה בעד שיתוף פעולתו עם רשויות אכיפת החוק. באשר לנחיצות הסדר זה, קבע בית המשפט העליון זה מכבר, כי "הסדר עם עבריו המעורב בעבירה, שלפיו ישמש 'עד מדינה', הוא בבחינת **הכרח בל יגונה**. תכליתו לאפשר מיצוי הדין עם עבריינים שפשעו על-ידי עדות מי שחבר להם בביצוע העבירה" (ע"פ 5825/97 **שלום נ' מ"י**, פ"ד נה(2) 933, עמ' 947 (2001); ההדגשה הוספה; ראו גם: ע"פ 1361/10 **מ"י נ' זגורי** (טרם פורסם, 2.6.2011); וסעיף 1 להנחיית היועץ המשפטי

לממשלה 4.2201 (התשס"ה), העוסקת ב"עד מדינה". בהתאם, נקבע, כי השימוש בהסדר זה ייעשה "רק במקרים בהם יש להעדיף למען טובת הציבור הבאתו לדין של עבריו אחר – פעולה שהתביעה תתקשה לעשותה בלא שימוש בעד מדינה" (עניין **זגורי לעיל**).

58. ברוח עקרונות אלו, קובע סעיף 2(ד) **להנחיות היועץ המשפטי לממשלה הנ"ל**, כי "ככלל, לא ייחתם הסכם עד מדינה עם העבריו העיקרי בפרשה, או עם ראש הכנופיה העבריינית, מי שהוא בגדר 'מנהיג מובהק'". בדומה, הוטעם בפסיקת בית המשפט העליון, כי אל לתביעה להפוך לעד מדינה עבריו עיקרי ובואר, כי "הדבר נובע מתחושת הצדק, באשר קשה להלום כי העבריו העיקרי יצא פטור בלא כלום" (עניין **אגבריה לעיל**, פסקה 18 לפסק דינו של השופט עמית).

59. לפיכך, ובהתאם לאותם הכללים, נכתב בצורה שאינה משתמעת לשני פנים, כבר בפתח ההסכם, כי תנאי להסכם, הוא שהמערער **אינו המעורב העיקרי בעבירה** והמערער אף הצהיר "כי אינו היוזם והמעורב העיקרי בביצוע עבירת הביזה". אף בגוף ההסכם הובהר, כי:

"11. למען הסר ספק, יובהר בזאת כי אם יתברר... שחלקו [של המערער] בפרשיות המתוארות בפתח להסכם זה נרחב יותר מהמתואר, תהא רשאית הפרקליטות הצבאית, להעמידו לדין בגין אותם מעשים.
12. אם מצ"ח או הפרקליטות ימצאו... שחלקו [של המערער] בפרשה היה אחר ממה שמסר, תהא הפרקליטות הצבאית משוחררת מהתחייבויותיה".

60. פרטים אלה, מלמדים על הנחת המוצא של התביעה, עובר לכריתת ההסכם, שלפיה חלקו של המערער בביזה לא עלה כדי היותו מעורב עיקרי, כמפורט לעיל. בא-כוחו של המערער טען כי התביעה ביקשה להוליך שולל את המערער, וכי מראש העריכה כי הוא המעורב העיקרי בפרשה. לביסוס הטענה בדבר חוסר תום לב של התביעה, הפנה הסנגור לכך, שבניגוד למקובל, נמנעה התביעה מקבל לעיונה תקציר של גרסת המערער מבעוד מועד, ובטרם נחתם ההסכם. על כך השיבה התביעה את הדברים הבאים:

"בפנינו עמדה אמרתו בפני המג"ד שם נתן [כך במקור] 180 ש"ח, ויש גרסה מאוחרת שהוא לקח את כל האחריות על עצמו. במסגרת משא ומתן מגיע הסנגור ומציג אפשרות להגעה להסכם עד מדינה שכן יש בידו מידע שגם אחרים מעורבים. זה לא מופרך כי כך אמר בפני המג"ד, שהיו עוד מעורבים. הוא אמר שגם מעורבים מפקדים. אז ביקשנו תקציר של גרסתו שיעיד שלא היה המעורב העיקרי. לא עמדנו על כך והתירשלונו" (הדגשות שלנו – בית הדין הצבאי

לערעוירים, עמודים 6-7 לפרוטוקול הדיון בערער, מיום
21.7.2016).

61. לא מצאנו להטיל ספק בכנותו של ההסבר מצד התביעה, אשר השתלשלות העניינים כמפורט לעיל, עובר לעריכת ההסכם ולאחריו – מתיישבת עמו ותומכת בו.
62. לפיכך, משהסתבר, על-פי גרסתו המאוחרת של המערער, אשר נמסרה לאחר שהיה שותף מלא למשא ומתן לקראת הסכם עד המדינה ולאחר שחתם עליו, כי מעורבותו בפרשה היא העיקרית וכי הוא היוזם והמניע לנטילת הכסף ולהוצאתו מן הבית – נמצא כי המערער הפר את ההסכם הפרה מהותית ולא עמד בהתחייבויותיו. ודוקו: המונח "מעורב עיקרי", על משמעותו המקובלת במשפט הפלילי, מקרין על פרשנות ההסכם כולו. בהתאם, אף התיבה המצויה בהסכם, שלפיה המערער מצהיר, כי: "לא היה זה שמצא את הכסף, ולא נטל אותו ממקומו" (ראו פסקה 14 לעיל), קשורה בטקסט הצמוד לה ולפיו, המערער "אינו היוזם והמעורב העיקרי בביצוע עבירת הביזה", והיא מתפרשת לאורו.
63. כפי שפירט בית הדין קמא בהרחבה, המערער, באמצעות בא-כוחו, ניהל את המשא ומתן וחתם על ההסכם כאשר הוא אינו תם לב וידיו אינן נקיות. לעומת התביעה, למערער היה יתרון של ידע וברשותו היו כלל הפרטים בכל הנוגע להשתלשלות העניינים האמיתית בפרשה. משכך, משהסתיר את חלקו האמיתי בפרשה ולמעשה, יצר מצג, שלפיו הוא צפוי להפליל אחרים, בעלי מעורבות רבה יותר, עיקרית ומרכזית יותר בפרשה, בעוד שבפועל הוא היה הרוח החיה בה – יש לקבוע כי המערער פעל בחוסר תום לב והטעה את באי-כוח התביעה.
64. אין חולק כי על הרשות מוטלת חובה לקיים את ההסכמים שעליהם היא חותמת, והסכמי עד מדינה בכללם. כבר נפסק בעניין זה, כי:

"האינטרס הציבורי באמינותו של השלטון, ובקיום הבטחותיו... שלטון המקיים הבטחותיו הוא שלטון אמין. השתחררות השלטון מהבטחותיו עשויה לפגוע באמינות השלטון בעיני הנשלטים, ובכך לפגום במרקם החיים הציבוריים של המדינה... שלטון שאינו מקיים את הבטחותיו בתחום המשפט הפלילי, פוגם באמינותו של המערכת השלטונית המשליטה את המשפט הפלילי. שמירה על אמינות זו היא אינטרס ציבורי חשוב... לצד ההיבט התועלתני האמור, ישנו היבט נוסף לאינטרס הציבורי באמינות השלטון. עניינו של היבט זה בהגיונותו של השלטון. לא מדובר כאן באינטרס של הפרט שהשלטון ינהג בו בהגיונות, ויכבד את התחייבויותיו כלפיו... כאן מדובר על אינטרס חוקיות השלטון, המחייב שפעולות השלטון בהשלטת החוק ובאכיפתו יהיו לא רק אפקטיביות, אלא יעלו בקנה אחד עם עקרונות בסיסיים

של השיטה, ובהם העיקרון בדבר שלטון החוק... קיים, על כן, אינטרס ציבורי כי לא ייווצר הרושם כי אין גבולות לכוח פעולתו של השלטון, וכי כל האמצעים כשירים להשגת האינטרס הציבורי עליו הוא מופקד. כבר נפסק, כי 'קיום הבטחות עומד ביסוד חיינו, כחברה וכעם' (בג"ץ 5319/97 קוגן נ' הפרקליט הצבאי הראשי, פ"ד נא(5) 67 עמ' 84-85 (1997); וכן ראו והשוו לעניין ביטול הסדר טיעון עם נאשם: בג"ץ 492/11 טורק נ' פרקליט המדינה (טרם פורסם, 27.3.2011)).

65. ברם, חובת ההגינות ותום הלב משתרעת על שני הצדדים להסכם ובעניין זה נקבע, כי "מקום בו - במסגרת משא ומתן לקראת הסכם עד מדינה - משקר הנחקר ביודעין לחוקריו ומספר סיפורי בדים במטרה לזכות בטובות הנאה, משמיט הוא את הקרקע מתחת לעצם המשא ומתן ואין מקום 'לתגמל' אותו על התחבולה שנקט" (ע"פ 5825/97 שלום נ' מדינת ישראל, פ"ד נה(2) 933, עמ' 95-95 (2001)).

66. במצב דברים זה, בשים לב לאינטרס הציבורי אשר בבסיס אכיפת הדין הפלילי בכלל, ובהתחשב בחומרתה של עבירת הביזה, על נסיבותיה הקונקרטיות, בפרט – לא היה מקום לקיים את ההסכם, וליתן למערער ליהנות מאמצעי התחבולה וההטעיה שנקט (ראו והשוו: דבריה הנכוחים של השופטת ברק-ארז, בעניין **אגבריה** לעיל, פסקאות 6-8, שלפיהם, אינטרס הציבור מחייב את התביעה לבטל הסכם עד מדינה, מקום שהסתבר, כי עד המדינה הוא עבריין עיקרי בפרשה, שעליה הוא מעיד). בנסיבות אלה, וודאי שאין לקבל את טענות ההגנה על אודות ההסתמכות של המערער וציפיותיו מן ההסכם, ושיקולי הצדק אינם פועלים בעניין זה לזכותו. וכבר נפסק בכגון דא, כי: "על המבקש סעד מכוח הגנה מן הצדק חלה חובת ניקיון הכפיים" (עניין **בורוביץ** לעיל, בעמ' 823).

67. **ההודאה שנגבתה לאחר הסכם עד המדינה** – שאלה קשורה, אך נפרדת, היא מה דינה של ההודאה שנגבתה מעם המערער לאחר החתימה על הסכם עד המדינה ובטרם בוטל. שאלה מורכבת זו כרוכה הן בבחינת הקשר בין ההודאה לבין הפגמים הקודמים בחקירה, ובעיקר – בבחינת הזיקה בינה לבין הסכם עד המדינה שבוטל ומידת השפעתו של ההסכם על זכויותיו של המערער כנחקר ועל הגינות ההליך בעניינו.

68. בעניין **טורק** לעיל, בחן בית המשפט העליון את סוגיית קבילותן של הודאות שמסר מי שנחתם עמו הסכם עד מדינה, שבגדרו התחייב למסור הודעות מפורטות ולהעיד בבית המשפט נגד שותפיו, בתמורה לאי-העמדתו לדין בגין חלקו בעבירות שבוצעו. באותו מקרה, נמצא כי עד המדינה הפר תנאי מתנאי ההסכם ולפיכך, ההסכם בוטל והוא הועמד לדין. בית המשפט העליון נדרש לטענות המדינה, שלפיהן

ההודעות הנוספות שמסר עד המדינה לאחר ההסכם, שבהן הפליל את עצמו ואת שותפיו – קבילות כראיה בהליך המתנהל נגדו, ועמד בהרחבה על ההיבטים השונים בסוגיה, תוך סקירת משפט משווה רלוונטי. בסופו של דיון, נקבעו הדברים הבאים :

"איני סבור, כי בנסיבות בהן מוסר עד המדינה הודאות על יסוד הסכם שנחתם עמו ביוזמתן של רשויות החקירה, נגרמת בהכרח פגיעה חמורה ומשמעותית לאוטונומיה הרצון החופשי שלו. ברי, כי כל נאשם, ועד המדינה בכלל זה, רשאי לוותר על זכות השתיקה והזכות לחיסיון מפני הפללה עצמית הנתונות לו. זאת, בין היתר, על דרך של מסירת הודאה על בסיס הסכם עד מדינה עליו חתם. אין לשכוח, כי ויתור זה מהווה אף הוא, נדבך באוטונומיה של הרצון החופשי. ניתן אמנם להניח, כי הפיתוי לזכות בחסינות מפני העמדה לדין, כפועל יוצא של חתימה על ההסכם ועמידה בתנאיו, לא נמוג כליל. ברם, אין לומר - בשלב כה מתקדם של ההליך, לאחר שהעד-השותף שקל את האפשרויות העומדות בפניו ואת היתרונות והחסרונות שנושא בצדו ההסכם, והחליט לחתום על הסכם עד-המדינה - כי מסירת הודאה על בסיס ההסכם משמעה, מניה וביה, פגיעה משמעותית וחמורה באוטונומיה שלו ובחופש הבחירה במידה המביאה לפסילת ההודאה שמסר. במקרים רבים נושאת בצידה בחירתו של העד-השותף למסור הודאה בהתבסס על הסכם שנחתם עמו יתרונות בלתי מבוטלים מבחינתו... ההכרעה המתייחסת לקבילות ההודאה צריכה להיות פרי בחינה פרטנית... אין לומר, באופן קטגורי ומוחלט, כי ההבטחה פוגעת בחופשיות הרצון בכל מקרה שבו נמסרה הודאה ולאחר מכן ההסכם בוטל כדין" (שם).

אשר לטענות כנגד הגינות ההליך, שבו מוגשות ההודאות כראיות לחובתו של מי שחתם על הסכם מדינה שבוטל, נקבע, כי :

"שיקול ההגינות לובש אף הוא צביון שונה בשלב שלאחר החתימה על ההסכם... להשקפתי, בשלב שלאחר החתימה על ההסכם, תמונת המצב שונה בתכלית. 'כללי המשחק' המחייבים את הצדדים ברורים, ידועים ומוסכמים מראש. טובות ההנאה המובטחות לעד המדינה מעוגנות בהסכם, וכך גם המחויבויות אשר נטל על עצמו. זהו גם מצב הדברים באשר לזכויותיה וחובותיה של המדינה. **הדברים אמורים ביתר שאת מקום בו נכללה בהסכם הוראה מפורשת המתייחסת לשאלת השימוש בהודאות במקרה של הפרת ההסכם, ובגדרה נקבע כי במקרה של הפרה תוכלנה ההודאות שמסר הנחקר לשמש כראיה נגדו. ברור, כי נסיבות אלה אינן מקימות ציפייה של עד המדינה לכך שההודאות שנמסרו לא תוגשנה כראיה בהליך משפטי באם הסכם עד המדינה יבוטל כדין. נוכח הוראות ההסכם, הציפייה הנוצרת היא הפוכה בתכלית" (שם, הדגשות אינן במקור).**

69. אף במקרה שלפנינו, ניתן להניח, כי המערער היה מעורב במשא ומתן ובכריתת ההסכם, וכי, משהיה מיוצג לכל אורך ההליך, חתם על הסכם כשהוא בקיא בפרטיו, ער להשלכותיו ומודע לתנאיו. סעיף 12 להסכם שעליו חתום המערער קובע כהאי לישנא:

"אם מצ"ח או הפרקליטות ימצאו כי, לאחר כריתתו של הסכם זה, בניגוד להצהרתו במבוא להסכם זה, שיקר העד בפרט מהותי או הטעה את מצ"ח או את הפרקליטות הצבאית, או שחלקו בפרשה היה אחר ממה שמסר, תהא הפרקליטות הצבאית משוחררת מהתחייבויותיה שפורטו בסעיף 10 להסכם זה. ההסכם יבוטל, הפרקליטות הצבאית תהא חופשית להעמיד לדין את העד ולבקש את מעצרו בגין העבירות שביצע ובגין על עבירה נוספת שתתגלה כתוצאה מהעדויות שימסור או מראיות אחרות. **מובהר לעד כי במקרה כזה תהיה המדינה רשאית להשתמש בכל ראיה שנאספה לפני חתימת ההסכם או לאחריו, או כתוצאה ממנו ובכלל זה הודעות העד עצמו, כנגדו וכנגד אחרים, פרט להתכתבויות/שיחות/טיוטות/כל מסמך אחר שעניינם המו"מ שהביא לגיבושו של מסמך זה"** [הדגשות אינן במקור].

70. עולה, אפוא, כי המערער עצמו, בעת שהוא ער לכל זכויותיו כנחקר, **לאחר שיקול דעת, בחר** לחתום על ההסכם **ובחר** למסור את ההודאה, שניתנה לאחריו, תוך שהוא מודע להשלכות של הפרת ההסכם וער לתוצאות האפשריות, ובהן – הגשת ההודאה שמסר לאחר ההסכם, לחובתו במשפטו. לפיכך, יש לדחות את הטענה כי נפל פגם בהודאה, שמקורו בביטול הסכם עד המדינה ואין מקום לקבוע כי הסכם עד המדינה שבוטל פגם ברצונו החופשי של המערער או בהגיונותו של ההליך בעניינו.

71. בדומה, אין לקבוע כי הפגמים הקודמים, הבטחת המ"פ ודבריו של המערער לפני המג"ד, כפי שאף הוצגו לו במצ"ח, פגעו ברצונו החופשי למסור הודאה, לאחר כריתת הסכם עד המדינה. הודאה זו, כאמור, נמסרה מבחירה, לאחר שהמערער ובא כוחו באותה עת היו שותפים מלאים למשא ומתן לקראת ההסכם, לגיבושו ולניסוחו של ההסכם. עולה מן המקובץ, כי ההודאה, שמסר המערער לאחר ההסכם, ניתנה **לאחר שההגנה הייתה בקיאה בכל חומר החקירה שנאסף, בקשיים הטמונים בו ובפוטנציאל הראייתי שלו**. הודאתו המאוחרת של המערער נמסרה באופן מושכל, מתוך שיקול דעת והיא פרי בחירתו החופשית.

72. בד בבד, אין להתעלם מהשפעתן של החוליות הפגומות הקודמות בשרשרת, הבטחת המ"פ ודבריו של המערער בבירור שערך המג"ד, שהוצגו למערער בחקירה במצ"ח. כאמור, פגמים אלה פגעו בזכויותיו של המערער בחקירה לפני כריתתו של הסכם עד המדינה, ואולם, לא ניתן לנתק, בעיקר בהיבט העובדתי, בינם לבין

השתלשלות העניינים בהמשך והשלכותיהם לא פגו. ודוקו: אף אם נחלשה השפעתם של הפגמים על יכולתו של המערער לממש את זכויותיו כנחקר, בעת שמסר הודאתו, לאחר כריתת הסכם עד המדינה, לא ניתן להתעלם מהם ואין לבודד לחלוטין את חוליית ההודאה שלאחר הסכם עד המדינה מן החוליות הקודמות בשרשרת. צבר הפגמים והשתלשלות העניינים עובר לפתיחת החקירה במצ"ח ובתחילתה, קשורים בזיקה סיבתית עובדתית להליך כולו, והגם שהזיקה המשפטית ביניהם מועטה, יש בהם כדי לפגוע, במידה מסוימת, בתחושת הצדק וההגינות, בכל הנוגע לניהול ההליך בעניינו של המערער.

מידת הפגיעה בתחושת הצדק וההגינות והסעד ההולם אותה

73. בהתאם למבחן התלת שלבי ליישום דוקטרינת ההגנה מן הצדק (ראו עניין **בורוביץ** לעיל, בעמ' 776), ואף על-פי המבחנים ליישום דוקטרינת הפסילה הפסיקתית (ראו עניין **יהודה** לעיל, בפסקה 4 לפסק-דין של השופטת חיות, ועניין **כהן** לעיל, בפסקה 68) – משזיהינו את הפגמים שנפלו בהליך, עלינו לבחון האם **בקיומו של ההליך הפלילי חרף הפגמים יש משום פגיעה חריפה בתחושת הצדק וההגינות** וכן מהו **הסעד המידתי וההולם לרפא את הפגמים שנתגלו**. בהקשר זה, נשוב ונזכיר את ההלכה הפסוקה, שלפיה "ביטול של הליך פלילי מטעמי הגנה מן הצדק מהווה... מהלך קיצוני שבית המשפט אינו נזקק לו אלא במקרים חריגים ביותר" (עניין **בורוביץ** לעיל; וראו גם: רע"פ 959/15 **שלבי נ' מדינת ישראל** (טרם פורסם, 10.2.2015), ועניין **נאור** לעיל, פסקה 8).

74. בשלב זה של הבחינה, שומה עלינו לאזן בין השיקולים שצריכים לעניין, כפי שהם באים לידי ביטוי במקרה זה. כך נקבע בנוגע לשיקולים המשמשים בעת יישומה של דוקטרינת ההגנה מן הצדק:

"בתוך כך עשוי בית-המשפט לייחס משקל, בין היתר, לחומרת העבירה המיוחסת לנאשם; לעוצמת הראיות (הלכאוריות או המוכחות) המבססות את אשמתו; לנסיבותיהם האישיות של הנאשם ושל קורבן העבירה; למידת הפגיעה ביכולתו של הנאשם להתגונן; לחומרת הפגיעה בזכויות הנאשם ולנסיבות שהביאו לגרימתה; למידת האשם הרובץ על כתפי הרשות שפגעה בהליך או בנאשם וכן לשאלה אם הרשות פעלה בזדון או בתום-לב. ברי כי בגיבוש האיזון בין השיקולים הנגדיים ייחס בית-המשפט לכל אחד מהשיקולים את המשקל היחסי הראוי לו בנסיבותיו הקונקרטיות של המקרה הנתון. כך למשל ככל שמעשה העבירה חמור יותר, יגבר משקלו של האינטרס הציבורי שבהעמדה לדין, וככל שמעשה הרשות שערורייתי יותר, ופגיעתו בנאשם ובזכויותיו חמורה יותר,

יגבר משקלו של האינטרס הציבורי שבשמירת זכויותיו של הנאשם ובריסון כוחה של הרשות" (עניין **בורוביץ**, בעמ' 807-808).

וכך נקבע, בנוגע לדוקטרינת הפסילה הפסיקתית:

"קווים מנחים להפעלת שיקול הדעת לפי דוקטרינת הפסילה הפסיקתית הם, בין השאר אופייה וחומרתה של אי החוקיות שהיתה כרוכה בהשגת הראיה... מידת ההשפעה של אמצעי החקירה על הראיה שהושגה... ובחינת הנזק מול התועלת החברתיים הכרוכים בפסילת הראיה" (עניין **מובארק** לעיל, בפסקה 39).

75. נעמוד עתה על מאפייני עניינו של המערער, הנוגעים בעניין. על עצם הפגמים בפעולת הרשויות עמדנו לעיל. עסקינן בהתנהלות שגויה, בתום לב, של מפקדים, אשר חרגו מגדר הסמכויות שניתנו להם, ובהתנהלות לקויה ואולי אף רשלנית, של גורמי החקירה, אשר הציגו למערער את הדברים שמסר למג"ד, במהלך בירור לא תקין, כבר בפתח חקירתו הראשונה. פעולת הרשויות פגעה בזכויותיו של המערער כנחקר וצמצמה את יכולתו לממש את זכותו להימנע מהפללה עצמית ואת זכותו להיוועץ בסגור. כמו כן, פוגעים הפגמים בהליך באינטרסים ציבוריים מרכזיים נוספים, כגון, ביסוס יחסי האמון בין פקוד למפקדיו, וביצור מעמדו של המפקד בעיני פקודיו כגורם רציני שניתן להסתמך על דבריו, וכן חיזוק מעמדו של הגוף החוקר כגוף אובייקטיבי שתפקידו לרדת לשורש האמת ולחקור באורח מקצועי ונטול פניות.

76. עוצמתה של הפגיעה ניכרת, בעיקר, בפרק הזמן **שקדם** להסכם עד המדינה. בשלב זה ניתן להצביע על זיקה סיבתית ברורה בין הפגמים לבין דבריו של המערער בחקירה במצ"ח. אשר על כן, בכל הנוגע לאותה הודאה, יש לקבוע כי משקלם של הפגמים שנפלו רב ופגיעתם בתחושת הצדק וההגינות חריפה. צבר האינטרסים הציבוריים שנפגעו והיקף הפגיעה הכולל בהם, גובר על אינטרס הציבור באכיפת הדין, חרף חומרתה של עבירת הביזה.

77. עולה מן המקובץ, כי בדין מצא בית הדין קמא לפסול את הראייה ולא לקבל את הודאתו של המערער במצ"ח, בשלב החקירה, **לפני** החתימה על הסכם עד המדינה. לא ראוי היה לייחס לאותה הודאה משקל לחובת המערער.

78. שונה האיזון ושונה אף הסעד המתבקש, בכל הנוגע לדבריו של המערער בהודאה שמסר **לאחר** חתימת הסכם עד המדינה. כפי שפירטנו לעיל, הודאה זו נמסרה **לאחר** שההגנה **קיבלה לידיה את כל חומר החקירה, למדה אותו היטב והייתה בקיאה בכל פרטיו**. ההגנה הייתה ערה לקשיים המצויים בחומר החקירה ולפוטנציאל

הראיתי הגלום בו. זאת ועוד, פרטי המקרה של הביזה, כפי שהתרחשו בפועל, היו ידועים למערער ולא לתביעה. הודאתו בשלב זה, נמסרה לאחר שיקול דעת מושכל והיא, כאמור, פרי בחירתו. לפיכך, בהקשר זה, מעמדו של אינטרס הציבור למצות את הדין עם העברייני המפר את החוק בכלל, ועם מי שמבצע עבירה של ביזה בפרט – רב, והאיזון בינו לבין הפגמים שנפלו בחקירה והשלכותיהם על תחושת ההגינות והצדק, אינו מוביל לביטול כתב האישום ואף לא לפסילת הראיה.

79. בית-דין זה הדגיש, לאורך השנים, כי "עבירת הביזה בזויה היא" וכי היא "פוגע[ת] באושיות הצבא" (ע/62/03 **התובע הצבאי הראשי נ' סמל אילין** (2003)). הוטעם, כי:

"ביזה היא מן העבירות החמורות המנויות בחוק השיפוט הצבאי. האיסור על ביזה נועד להגן על זכויותיהם הקנייניות של אזרחים הנקלעים, על כורחם, למצב של לחימה, מפגיעתם של חיילים המצויים כלפיהם בעמדה של כוח. האיסור על ביזה מבקש להגן גם על הצבא פנימה - על טוהר מידות החיילים, שלא ינצלו מעמדם, נשקם ועוצמתם לרעה. כוחו של צה"ל, לא רק בנשקו אלא גם, ואולי בראש ובראשונה, בחוסנו המוסרי. מעשי ביזה הם מעשים מבישים, משחיתים, מחלישים את אותו חוסן מוסרי ועלולים הם להוסיף ולהתפשט ולפגוע פגיעה קשה בצבא. האיסור על הביזה מבקש למנוע גם פגיעה במדינה עצמה. מעשי הביזה, ממיתים קלון על הצבא כולו בעיני אזרחי המדינה ועל המדינה בעיני אומות העולם. תדמית המדינה בעיני אזרחיה ותדמיתה כלפי חוץ הם אבן יסוד בעוצמתה ובעוצמה זו עלולים מעשי הביזה לפגוע" (ע"מ/76/07 **סמל עזרא נ' התובע הצבאי הראשי**, פס' 7 (2007)).

80. בבחינת מכלול הנסיבות יש ליתן משקל מה לכך שהכסף הועבר לרשויות, כך שניתן להשיבו לבעליו. בד בבד, יש ליתן משקל לחומרה לעובדה כי המערער החטיא לוחמים אחרים ליטול חלק בביזה, לכך שהכסף הוחזר על-ידי חייל אחר ואף לכך שהמערער שיבש הליכים בחקירה והדיח גם אחרים למסור פרטים כוזבים ולהסתיר את האמת. אכן, מידת האנטי חברתיות הגלומה במעשיו של המערער אינה מבוטלת!

81. באיזון בין מכלול השיקולים הנוגעים בעניין, יש לקבוע כי עוצמת הפגמים ומידת השלכותיהם על ההודאה שמסר המערער לאחר הסכם עד המדינה, אינן רבות ואינן מאיינות את חומרת העבירה והאינטרס החברתי המצוי בבסיסה, נהפוך הוא. לפיכך, הסעד ההולם במקרה דנן אינו מצוי בביטול כתב האישום בעניינו של המערער ואף לא בפסילת ההודאה. כאמור, אין חולק כי המערער ביצע את המיוחס לו ולא התעוררה שאלה בנוגע לחפותו בעניין. הודאתו של המערער לאחר החתימה

על הסכם עד המדינה, מצטרפת אל עדויותיהם של המעורבים האחרים ואף אל סכום הכסף שהועבר לידי המפקדים. מסד הראיות שהוכח במידת הוודאות הנדרשת, בשים-לב לחומרה הגלומה בעבירות שביצע המערער ובהן, בעיקר, עבירת הביזה, מחייב להרשיעו בפלילים ומחייב אף להשית עונש ממשי והולם.

82. מנגד, אין להתעלם מצבר החוליות הפגומות וממידת פגיעתן בהגינות ההליך. השתלשלות האירועים עובר לחקירה ובמהלכה, מצביעה על פגיעה בתחושת ההגינות והצדק ומחייבת לנקוט סעד מידתי והולם, שיהיה בו כדי לרפא את הפגם. על האיזון בין מכלול השיקולים הנוגעים בעניין, לבטא, מחד גיסא, את מעמדו הרם של האינטרס החברתי להוקיע את מעשי הביזה ולהרתיע מפניהם, ולשקף, מאידך גיסא, את חשיבותו של האינטרס החברתי לאכוף את הדין בהליך הוגן, תוך הקפדה על זכויות החשוד והנאשם.

83. בסופו של דיון, נוכח הפגמים שנפלו בהליך החקירה ואף בהתחשב במידת הרשלנות של התביעה (ראו פסקה 60 לעיל), סברנו, כי התוצאה שאליה הגיע בית הדין קמא, הכוללת הרשעה בפלילים, שבצידה עונש מאסר בפועל בעבודה צבאית, לצד צמצום השלכותיו של הרישום הפלילי על המערער, היא תוצאה סבירה ומידתית, המאזנת כראוי בין מכלול השיקולים הנוגעים בעניין, ובוודאי שאין לומר עליה כי נפלה בה טעות מהותית, המחייבת את התערבותה של ערכאת הערעור.

84. סעיף 404א(ב)(4) לחוק השיפוט הצבאי קובע, כי במקרים של הרשעה בעבירה מסוג עוון, ככל שיושת עונש שאינו חורג מן הרף שנקבע בסעיף – עד ארבעה חודשי מאסר בפועל בעבודה צבאית – תגרור ההרשעה רישום פלילי "מופחת" שהשלכותיו מוגבלות ובין היתר, תכתים את עתידו של הנידון לתקופה קצרה יחסית בזמן. הנה כי כן, בהתחשב בכלל הפגמים בהליך, בשים-לב לגילו הצעיר של המערער, לנושנות האירועים, להתמשכות ההליכים ואף לעובדה שהמערער, מי ששירת כלוחם ונטל חלק משמעותי ותורם בפעילות מבצעית מסוכנת, סיים זה מכבר את השירות הצבאי והחל בלימודים אקדמיים – חרף חומרת העבירה – יש להרשיע את המערער בעבירה חלופית, קלה יותר ולהשית עליו עונש ממשי, בגבולות הרישום הפלילי "המופחת". נציין עוד, כי התוצאה הכוללת אף עולה בקנה אחד עם העונשים שנגזרו על מעורבים אחרים בפרשה. כך, סמ"ר זנדני, הורשע בעבירות של קבלת נכסים שהושגו בעוון והתנהגות שאינה הולמת ונדון ל-60 ימי מאסר לריצוי בעבודה צבאית (צפון (מחוז) 171/15 **התובע הצבאי נ' סמ"ר זנדני** (2015)); ואילו סמ"ר נגוסה נשפט בדין משמעתי והורד לדרגת סמל (עניינו של סמ"ר הרוש טרם הסתיים).

85. אכן, ברגיל, תוצאות ההליך בעניינו של המערער, **אינן הולמות** מקרה של ביזה והעונשים שהוטלו עליו **קלים בהרבה** מן הראוי ומן המקובל (ראו למשל: עניין **אילין**

לעיל, פסקה ה(6); ע/168/03 **התובע הצבאי הראשי נ' רב"ט בן ישי** (2003)), ואולם, השתלשלות העניינים במקרה דנן היא **ייחודית וחריגה**. צבר התקלות והפגמים שנפלו בהליך, כאמור, פוגע בתחושת הצדק וההגינות ומחייב לנקוט סעד הולם. בכך, **שונה** עניינו של המערער ממקרים קודמים. התוצאה שאליה הגיע בית הדין קמא היא תוצר של איזון בין שיקולים שונים ובנסיבות העניין, יש לקבוע כי היא מידתית וסבירה.

86. בדומה, לא מצאנו להתערב בעונש שהטיל בית הדין המחוזי על המערער בגין עבירה של שיבוש מהלכי משפט, 20 ימי מאסר לריצוי בפועל בדרך של עבודה צבאית, שירוצו בחופף לעונש על הגנבה. אף עונש זה מאזן נכונה בין כלל השיקולים שצריכים לעניין ולמעשה, יש לקבוע כי תמהיל הענישה כולו, מבטא כדבעי את כלל שיקולי הענישה, בנסיבות המקרה דנן. נזכיר עוד, כי המערער הורשע גם בעבירת התנהגות שאינה הולמת. אף שבית הדין המחוזי לא ציין עונש נפרד לה, הרי שבנסיבות המקרה ונוכח טיבה של העבירה – מגלם רכיב ההורדה בדרגה, את העונש הראוי בגינה.

סוף דבר

87. שני הערעורים, ערעור ההגנה על הכרעת הדין וערעור התביעה על הכרעת הדין ועל קולת העונש – נדחים.

88. על המערער להתייצב לריצוי עונש המאסר בפועל בעבודה צבאית במשרדה של הממונה על עבודה צבאית במקמצי"ר, ביום 3.9.2017, עד לשעה 11:00.

ניתן והודע היום, י"ב בתמוז התשע"ז, 6 ביולי 2017, בפומבי ובמעמד הצדדים.

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