



בבית הדין הצבאי לערעורים

בפני :

אלוף דורון פיילס - הנשיא
תא"ל אורלי מרקמן - המשנה לנשיא
אל"ם מאיה הלר - שופטת

בעניין :

התובע הצבאי הראשי – המערער (ע"י ב"כ, רס"ן מתן פורשט ; סרן שחף חיטמן-אפיני)

נ ג ד

ב/XXX סמל מ' א' – המשיב (ע"י ב"כ, אל"ם רן כהן ; רס"ן אורן ליבר)

ערעור על פסק דין של בית הדין הצבאי המחוזי במחוז שיפוטי המטכ"ל שניתן בתיק מטכ"ל (מחוזי) 392/15 (סא"ל רונן שור – אב"ד ; סא"ל הילה עמנואל גלון – שופטת ; סא"ל אברהם זדה – שופט) ביום 19.9.2017. הערעור (הכרעת הדין) התקבל.

פ ס ק - ד י נ

רקע

1. ביום 25.5.2015, הוגש כנגד המשיב, סמל מ' א', כתב אישום בעבירה של ביזה, לפי סעיף 74 חוק השיפוט הצבאי, התשט"ו-1955. בכתב האישום נטען, כי במהלך חודש יולי 2013, נכנס המשיב יחד עם קצין וחייל לביתו של פלסטיני בכפר עידנא, לשם ביצוע חיפוש, וכי המשיב עלה לבדו לקומה השנייה בבית ונטל, שלא כדין, שרשרת זהב בשווי של כ-16,000 ש"ח וכסף מזומן בסך 70 ש"ח, מתוך מגירה באחד החדרים בבית.

2. בפתח המשפט העלתה ההגנה טענה מקדמית, שלפיה, משלא נערך שימוע עובר להגשת כתב האישום, כנדרש על-פי החוק – דינו של כתב האישום בעניינו של המשיב להתבטל. מנגד, טענה התביעה, כי נהגה בעניין השימוע כדין ועל-פי ההנחיות המנהליות המקובלות. נטען גם, כי אף אם נפלה שגיאה בהליך הגשת כתב האישום בעניינו של

המשיב, אין עסקינן בפגם המצדיק לבטל את כתב האישום, ולכל היותר, יש לקיים שימוע בדיעבד.

3. ביום 19.9.2017, קיבל בית הדין קמא הנכבד את טענות ההגנה והורה לבטל את כתב האישום בעניינו של המשיב.

4. התביעה לא השלימה עם החלטה זו ומכאן הערעור שלפנינו.

השתלשלות העניינים

5. עיון במסמכים שהציגו הצדדים לפני בית הדין קמא, ובהם יומן החקירות, מעלה את הפרטים הבאים:

א. חקירת מצ"ח בפרשה נפתחה במהלך חודש יולי 2013, בעקבות תלונתו של תושב הכפר על גניבת הפריטים דלעיל. במהלך החקירה, נגבו גרסאות המעורבים, לרבות זו של המשיב. באמרתו, מסר המשיב את שם היישוב שבו התגורר. לא הופיע פירוט של כתובת מדויקת או מספר טלפון.

ב. בהמשך, במהלך חודש ספטמבר 2013, מסר מפקדו של המשיב למצ"ח, מספר טלפון של המשיב.

ג. המשיב נחקר פעם נוספת בחודש נובמבר 2013. כתובתו לא הופיעה על-גבי האמרה, אך צוין בה מספר טלפון נייד (שונה מזה שנמסר על-ידי מפקדו).

ד. כשנה לאחר מכן, במהלך חודש ספטמבר 2014, התבקשו החוקרים לקיים השלמת חקירה. בין היתר, היה על החוקרים לגבות מן המשיב אמרה נוספת. באותה עת היה המשיב כבר משוחרר משירות צבאי (המשיב סיים שירות צבאי ביום 23.9.2014). החוקרים פעלו לקבל כתובת ומספר טלפון עדכניים של המשיב. בד בבד, לא צלחו ניסיונותיהם לאתרו במספר הטלפון שמסר בחקירה הקודמת ובמספר הנוסף שמסר מפקדו. גם שיחות טלפון שנערכו עם אחיו של המשיב לא סייעו. על-פי הרישומים, **האח מסר, כי אין למשיב טלפון וכי הוא אינו מוכן לשוחח עם מצ"ח**. החוקרים אף פנו לעזרת משטרת ישראל, לשם זימונו של המשיב. קצין חקירות במשטרת ישראל מסר, כי **משיחה שערכו עם קרוב משפחה של המשיב, עלה, כי האחרון אינו מוכן לשותף פעולה**. ביום 30.10.2014, נרשם בתיק החקירה, כי נשלחו לביתו של המשיב מספר זימונים שלא נענו וכי אין בידי החוקרים לעשות דבר בנוגע לכך. נכתב עוד, כי ניסיונות נוספים ליצור קשר עם המשיב באמצעות פנייה למשטרת ישראל – לא הועילו.

ה. ביום 31.3.2015, שלחה התביעה הצבאית, באמצעות דואר רשום, שני מכתבים שכותרתם "יידוע לפני הגשת כתב אישום". המכתבים יועדו אל המשיב ומוענו, האחד אל "א' מ' בכפר חורה" והשני אל "א' מ' ב-XXX" (הכתובת הרשומה בתדפיסו האישי של המשיב). במכתבים צוין כי תיק החקירה שבו נחקר המשיב כחשוד הועבר

לעיון הפרקליטות הצבאית וכי קיימת אפשרות כי יוחלט להגיש נגדו כתב אישום בעניין זה. כמו כן, נכתב, כי המשיב רשאי, בתוך 21 ימים מיום קבלת ההודעה, לפנות בכתב, בבקשה מנומקת "מדוע להימנע מהגשת כתב אישום".

ו. ההגנה הציגה לעיון בית הדין קמא רישום ממוחשב שכותרתו "מעקב משלוחים של דואר ישראל", מתוך האתר של דואר ישראל. על-פי אותו מסמך, ביום 22.4.2015, הגיעו המכתבים לדואר נע בבאר שבע, אך הנמען לא היה ידוע במען ולכן הוחזר לשולח. עולה גם, כי ביום 5.5.2015, הגיעו המכתבים חזרה לסניף הקריה של הדואר לשם החזרתו לשולח והושארה הודעה לשולח. ביום 17.5.2015, הוחזרו דברי הדואר לשולח. כאמור, ביום 25.5.2015 הוגש כתב האישום בתיק.

ז. להשלמת התמונה נציין, כי לאחר הגשת כתב האישום, לא הצליחה מזכירות בית הדין המחוזי לאתר את המשיב. שיחת טלפון אל המספר הרשום בתדפיסו האישי לא נענתה. אל המשיב נשלח גם זימון בדואר רשום לכתובתו הרשומה בתדפיס. על-פי רישומי המעקב, דבר הדואר הגיע ליחידת הדואר המרכזית בבאר שבע ביום 25.6.2015 וצוין כי יועבר ליחידת הדואר הקרובה לנמען לצורך מסירתו שם. לאחר מכן, משהמשיב לא התייצב לדיון שאליו זומן, הורה בית הדין המחוזי לזמן את המשיב באמצעות המשטרה הצבאית למועד נדחה. חרף האמור, לאורך זמן ועל אף ביקורת חוזרת ונשנית מצד בית הדין, לא נעשה דבר על-ידי המשטרה הצבאית כדי לזמן את המשיב. בחודש ינואר 2017, ככל הנראה בשל שגגה, נחתמה פקודת מעצר כנגד המשיב. לאחר מכן, בחלוף קרוב לשנתיים מאז ההחלטה לזמנו באמצעות המשטרה הצבאית, הגיעו השוטרים לבית אחיו של המשיב בכפר, ובעקבות כך, התייצב המשיב במשטרת העיריות ושם נעצר. המשיב טען כי לא ידע על זימונו לבית הדין. המשיב שוחרר ממעצר במהלך הדיון בבית הדין המחוזי, ביום 30.5.2017. באותו הדיון מסר פרטי התקשרות ופרטי מגורים. מאז, כעולה מהחלטת בית הדין קמא, התייצב המשיב לכל הדיונים המשפטיים בעניינו.

עיקרי החלטתו של בית הדין המחוזי

6. לאחר שסקר את היבטיה המשפטיים של הסוגיה, את הכללים והפסיקה הנוהגת, הגיע בית הדין למסקנה, כי בנסיבות המקרה דן, היה על התביעה ליידע את המשיב על הכוונה להגיש בעניינו כתב אישום בעבירה של פשע. בהמשך, נדרש בית הדין לשאלה, האם הופרה החובה כאמור ולשם כך סבר, כי יש "להסתכל במבט כולל על התפתחות החקירה" בעניינו של המשיב. לאחר מכן, פירט בית הדין את הדברים הבאים:

"נקודת המוצא באותה עת [עם העברת תיק החקירה לפרקליטות הצבאית], היא כי התביעה הצבאית הייתה מודעת לקושי של ממש באיתורו של הנאשם – הן בשל העדר פרטים מספקים (כדוגמת כתובת

מדויקת ומספר טלפון עדכני); והן בשל קשיים בממשק מול משטרת ישראל שהתבקשה לזמנו לחקירה".

7. נקבע גם, כי:

"התביעה שלחה את מכתב היידוע לנאשם בחודש מרץ 2015, לכתובת הרשומה של הנאשם בהתאם לתדפיס האישי, באמצעות דואר רשום. בכך, לכאורה, מילאה התביעה אחר חובתה הפורמלית, שכן הנחיית התצ"ר קובעת כי דרך משלוח ההודעה לחשוד שאינו חייל בשירות סדיר היא שליחת ההודעה לכתובתו המדווחת ברישומי צה"ל באמצעות דואר רשום. עם זאת, בשונה מחשוד שהינו חייל בשירות סדיר בה מפורטת דרך מדוקדקת למעקב אחר קבלת ההודעה, לא קיימת בהנחיית התצ"ר דרך כל שהיא למעקב אחר הגעתה וקבלתה של ההודעה לחשוד שהשתחרר משירות סדיר. גם השוואה לדרך המעקב אחר אופן שליחת מכתב היידוע, על-פי הנחיות פרקליט המדינה, מלמדת על חוסר ופער לא ברור הטמונים בהנחית התצ"ר... החיילים – אלו שאינם בשירות סדיר – דומ[ים], בהקשר הנתון, לאזרחים מן המניין, אשר הנחיית פרקליט המדינה חלה לגביהם. גם הרציונל העומד מאחורי חובת היידוע והצורך במימוש השימוע עובר להחלטה על הגשת כתב אישום, אינם משתנים מקום בו עסקינן בחשודים שאינם בשירות סדיר, קרי מי שלא ניתן לאתרם בדרך צבאית-פנימית. לא קיימים שיקולים צבאיים ייחודיים, אשר צריכים למנוע דרך מעקב דומה ביחס למי שאינם מצויים במסגרת פעילה של הצבא...

בהתאם, הנחיית פרקליט המדינה קובעת, כי 'היה ומכתב היידוע חזר תוך 30 יום למשרדי התביעה עם חיווי 'לא ידוע' או 'עזב', על התובע לשקוד שקידה סבירה על מנת שמכתב היידוע יימסר לתעודתו'...

בענייננו, מכתב היידוע לפני הגשת כתב אישום, נשלח לנאשם לשתי כתובות אפשריות בחודש מרץ 2015. דא עקא, שני המכתבים הוחזרו **בפועל לשולח** לאחר כחודש ומחצה... בשל העובדה כי **הנמען אינו ידוע במען**. אם כן, אותות האזהרה שנצנצו עוד בטרם משלוח המכתב לנאשם, בכל הקשור לקושי האפשרי בהגעת המכתב ליעדו – קיבלו תוקף ממשי עם החזרת המכתבים לידי התביעה הצבאית; ופעמוני האזהרה – המזהירים את הרשות המנהלית כי בפניה נאשם שאינו מודע לזכותו לשכנעה להימנע מהגשת כתב אישום כנגדו בעבירה חמורה – השמיעו קולם במלוא עוזם" (הדגשות במקור).

8. לאחר בחינת השתלשלות העניינים, מצא בית הדין המחוזי, כי לא ניתן להראות שהתביעה פעלה בשקידה סבירה, כנדרש בהנחיית פרקליט המדינה במקרים דומים. בית הדין הוסיף וציין, כי:

"בחלוף ימים ספורים לאחר השבת מכתב היידוע לתביעה הצבאית בשל העובדה כי הנמען אינו ידוע במען – קרי, שהמכתב לא הגיע ליעדו ולא מילא אחר תכליתו – הגישה התביעה את כתב האישום לבית הדין. משמע, גם אם פעלה התביעה הצבאית בדרך כל שהיא על מנת שמכתב היידוע יימסר לתעודתו, לאחר שנודע לה שהמכתב המקורי הוחזר לשולח – וודאי שלא הספיקה לעשות כן בימים הספורים שחלפו עד להגשת כתב האישום".

9. הוטעם גם, כי "גם אם הנאשם היה מודע לעובדה כי נדרש לגורמי החקירה כמה חודשים קודם לכן, התנהלותו אינה מלמדת כי היה מודע להעברת תיק החקירה לידי

התביעה או ביחס לשקילת האפשרות כי תגיש כתב אישום... עסקינן בחובה עצמאית המוטלת על הרשות המנהלית ליידע את החשוד בדבר זכויותיו כמי שהתגבשו בעניינו ראיות לביצועה של עבירת פשע, קל וחומר פשע חמור כבמקרה דנן".

10. לאור זאת, קבע בית הדין המחוזי, כי:

"התביעה הצבאית לא פעלה בצורה סבירה בעת שהגישה את כתב האישום במקרה דנן, ביודעה כי הנאשם לא היה מודע לזכותו לשימוע לפני הגשת כתב האישום. לפיכך, אנו קובעים כי **נפל פגם** בדמות הפרת חובת השימוע המוטלת על כתפי התביעה הצבאית".

11. אשר לסוגיית נפקותו של הפגם שנפל בהתנהלות התביעה, בית הדין עמד על דוקטרינת הבטלות היחסית בנוגע לפגם משפטי בפעולת הרשות והמבחנים להחלטה. בהמשך, על רקע נסיבותיו הפרטניות של המקרה דנן, ציין את הדברים הבאים:

"בנסיבות הללו, נדמה כי מחדלו של הנאשם לשתף פעולה עם מצ"ח בעת החקירה אינו עומד שווה בשווה מול מחדלן המובהק של רשויות המדינה באיתורו של הנאשם ובהבאה לידיעתו של הכוונה להעמידו לדין בעבירה חמורה. מבט כולל על התיק שבפנינו מלמד, כי חלף פרק-זמן משמעותי מאז פתיחת החקירה ועד הגשת כתב האישום, כאשר רק את מיעוט התקופה ניתן לזקוף לחובתו של הנאשם... מצויים אנו בשלב הראשוני של ההליך השיפוטי וההגנה העלתה את הטענה בהזדמנות הראשונה ממש, בטרם ניתנה תשובת הנאשם לאשמה וכאשר שלב ההוכחות טרם החל...

שימוע מראש הוא דרך המלך ואילו שימוע בדיעבד ייעשה בנסיבות חריגות... אמנם, קיים אינטרס ציבורי בבירורה של עבירה חמורה ומכוערת, כדוגמת עבירת הביזה, בערכאה השיפוטית הצבאית, המוסמכת לדון בעבירה האמורה. נוכח העובדה, כי הנאשם השתחרר משירות סדיר לפני כשלוש שנים, ביטולו של כתב האישום ימנע את בירור הדין בפני בית הדין הצבאי, ככל שתחליט התביעה לקיים כיום שימוע לנאשם ולהגיש מחדש את כתב האישום – אך אינו מונע דיון בדברים, גם אם תחת כותרת שונה של עבירה, בערכאות האזרחיות (ראו סעיף 9(א)(3) לחוק סדר הדין הפלילי... אם המדינה אינה ממלאת כדבעי את תפקידה כמי שממונה על אכיפת החוק ואינה חותרת למיצוי הדין עם נאשם בעבירה חמורה – לא ניתן לקבל, כפשוטה, את טענתה בדבר החשיבות בבירור המשפטי בערכאה פלילית צבאית דווקא, חרף הפגם שנפל במעשיה ובהתנהלותה... חלוף הזמן רובץ במידה רבה לפתחה של התביעה".

12. נוכח האמור, מצא בית הדין קמא הנכבד, כי "בנסיבות הכוללות, ככל שהתביעה מוכנה לקיים שימוע לנאשם בדבר הנקיטה בהליכים משפטיים כנגדו בגין התלונה, עליה למלא את חובתה כאשר הצדדים מצויים בפני 'דף חלק'... ככל שהתביעה תסבור שיש מקום לנקוט בהליך פלילי כנגד הנאשם, לאחר שמיעת טענותיו, פתוחה בפניה הדרך להגיש כתב אישום בעבירה המתאימה (לדוגמה, גניבה, לפי חוק העונשין, התשל"ז – 1977), בפני ערכאה שיפוטית אזרחית".

13. בואר גם, כי מסקנה זו אף עולה בקנה אחד עם "הצורך בהגנה על הזכות להליך פלילי הוגן ובראייה רחבה המתבססת על שיקולים כלליים של הגינות, צדק ומניעת עיוות דין". בעניין זה, הדגיש בית הדין כי "נוכח הפרתה של זכות השימוע; הגשת כתב האישום חרף ידיעתה של התביעה, בזמן אמת, כי מכתב היידוע שנשלח לנאשם לא הגיע לתעודתו, כך שלא נתנה חשיבות ראויה לזכות השימוע במקרה זה; פעולתן של התביעה ומצ"ח בעת החקירה ועובר להחלטה על הגשת כתב אישום; מחדליה של המדינה באיתורו של הנאשם גם לאחר האישום; ואף הצורך בהליך הוגן, במראית פני הצדק ובחיזוק אמון הציבור במערכת אכיפת החוק" – יש לקבל את הטענה המקדמית של ההגנה.

14. בהתאם, הורה בית הדין על ביטול כתב האישום כמפורט לעיל.

ערעור התביעה

15. תחילה, טענה התביעה, כי לא נפל פגם בהתנהלותה. התביעה ציינה, כי פעלה בהתאם להנחיות התביעה הצבאית הראשית בעניין ולדידה, "שקדה שקידה סבירה" על-מנת ליידע את המשיב על זכותו לשימוע. משלא אותר המשיב, לאחר בחינת הדברים ותוך הפעלת שיקול דעת, הגישה התביעה את כתב האישום.

16. לחלופין, נטען, כי אף אם נפל פגם בהתנהלות התביעה, הרי שהסעד ההולם אינו ביטול כתב האישום, אלא קיומו של שימוע בדיעבד.

17. לשיטת התביעה, זכות הטיעון בטרם יוגש כתב אישום בעבירות פשע, המעוגנת בהוראת סעיף 60א לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982, אינה זהה לזכות הטיעון אשר יונקת את מקורה מכללי הצדק הטבעיים. זכות הטיעון בהקשר שלפנינו באה לידי ביטוי באמצעות **חובת היידוע** של החשוד על הכוונה להגיש בעניינו כתב אישום בעבירה של פשע, ובאמצעות מתן **אפשרות לשימוע**. נטען גם, כי בעוד שזכות הטיעון ה"קלאסית" נועדה להבטיח שהרשות המנהלית תקבל את החלטותיה על בסיס של תשתית עובדתית נאותה ותוך התחשבות במכלול השיקולים הרלוונטיים לעניין, הרי שהשיקול המרכזי המצוי בבסיסו של סעיף 60א הנ"ל, עניינו בשאיפה ליצור שוויון – "שלא רק יחידי סגולה יזכו להשמיע את דברם בפני הרשות", בטרם תקבל החלטה על הגשת כתב אישום. נטען עוד, כי מטעמים של יעילות, הוגבלה תחולת ההסדר לעבירות פשע. התביעה הפנתה בהקשר זה לדיונים בהצעת החוק בנושא (פרוטוקול מספר 50 משיבתה של ועדת חוקה חוק ומשפט, ה' בטבת התש"ס, 14.12.1999, ופרוטוקול מספר 148, משיבת הוועדה, ב' בתמוז התש"ס, 5.7.2000), ואף לפסיקת בית המשפט העליון בעניין (בג"ץ 3495/06 **הרב מצגר נ' היועץ המשפטי לממשלה** (טרם פורסם, 30.7.2007)).

נטען גם, כי "בחינת נפקויותיו של אותו פגם בזכות הטיעון בהליך הפלילי – חייבת להיות הרמונית וסימביוטית למסגרת ההליך הפלילי, וכן לאינטרסים הראשונים במעלה, אותם אוכף ההליך הפלילי".

18. בואר, כי הוראת סעיף 60א הנ"ל, הוטמעה בהנחיית התביעה הצבאית הראשית, המאמצת, בשינויים המחויבים, את ההסדר הקיים בנושא.

19. עוד נטען, כי ההחלטה בדבר העמדה לדין פלילי, מצויה "בליבת שיקול הדעת המקצועי של התביעה", וכי "לא בכדי נוטה בית המשפט העליון להדיר רגליו ולהימנע מהתערבות בשיקול דעת גורמי התביעה בכגון דא, כל עוד החלטתם מצויה במתחם הסבירות" (בעניין זה, הפנתה התביעה, בין היתר, לע/81/16 רב"ט דתנר נ' התובע הצבאי הראשי (2017)). לשיטת התביעה, ביטול כתב האישום, אף אם נתגלו פגמים בהתנהלות הרשות, פוגע פגיעה קשה בציבור.

20. התביעה סבורה, כי נפלה שגגה מעם בית הדין קמא הנכבד, אשר לשיטתה, נמנע מלבחון האם ניתן לרפא את הפגם שנפל בדרך שהיא מידתית יותר מההחלטה לבטל כתב אישום וכי בנסיבות הקיימות, לנוכח תכליתה של זכות הטיעון כמפורט לעיל, יחסיותה והאינטרס הציבורי רב המשקל הכרוך בבירור האמת ובמיצוי הדין עם העבריין בכלל ובעבירת ביזה בפרט – לא היה מקום לנקוט סעד של ביטול כתב האישום. נטען, כי המזור במקרה של פגם שעניינו אי-קיום חובת היידוע ואי-מתן זכות השימוע, על-פי סעיף 60א לחוק סדר הדין הפלילי, מצוי במתן שימוע בדיעבד, וכי "חזקה על הרשות המנהלית, כי תקיים את השימוע בלב חפץ ובאזן קשובה".

21. לגופו של עניין, נטען, כי בבחינת מכלול הנתונים הרלוונטיים, במסגרת הערכת מימדי הפגם שנפל ובעת קביעת הסעד ההולם אותו, יש ליתן משקל לחוסר שיתוף הפעולה של המשיב עם גורמי החקירה במהלך הניסיון לגבות ממנו אמרה נוספת במסגרת השלמת החקירה, כפי שהשתקף מדברי אחיו; למשלוח המכתב בדואר רשום לשתי כתובות שעודכנו במצ"ח ובתדפיס האישי ולעובדה כי התביעה המתונה כחודשיים לאחר שליחת המכתבים, בטרם הגישה את כתב האישום.

22. לדידה של התביעה, השתלשלות העניינים מלמדת על כך שהמשיב עצמו הקשה על הרשויות לאתרו ולפיכך, יש להסתייג מקביעת בית הדין קמא, כי בניגוד להנחיית פרקליט המדינה, התביעה הצבאית לא "שקדה שקידה סבירה" על-מנת לוודא שהמכתב יגיע לייעדו – שהרי, במועד שליחת המכתב, כבר היה ידוע לתביעה שהמשיב סירב לשתף פעולה עם גורמי החקירה.

23. עוד נטען, כי במסגרת השיקולים השונים בעת קביעת הסעד, מן הראוי היה לשקול את מגבלת הזמן להגשת כתב האישום בעבירה של ביזה, לבית-דין צבאי (ובכלל), נוכח העובדה, כי המשיב סיים את השירות הצבאי כשמונה חודשים קודם לכן. בהקשר זה אף נטען, כי ראוי היה ליתן משקל של ממש לחומרת העבירה ולנסיבותיה המבצעיות הייחודיות. התביעה ציינה, כי ביטול כתב האישום במקרה דנן, משמעו כי לא ניתן יהיה להעמיד את המשיב לדין בעבירה של ביזה ולא ניתן יהיה לקיים את ההליך בעניינו בבית-דין צבאי, שהוא הערכאה המתאימה לבירור המקרה.

24. לאור זאת, עתרה התביעה להתערב בהחלטת בית הדין קמא, להותיר את כתב האישום על כנו ולאפשר למשיב לקיים שימוע מאוחר, בדיעבד, ככל שיחפוץ בכך.

תשובת ההגנה

25. ההגנה ביקשה לדחות את ערעור התביעה ולהימנע מלהתערב בהחלטתו של בית הדין קמא. נטען, כי ההחלטה מפורטת ומאוזנת, וכי ניתנה ביישוב דעת, לאחר שבית הדין המחוזי בחן את מלוא הנתונים הנדרשים ואף עיין בתיק החקירה.

26. הסנגורים עמדו בהרחבה על מעמדה וחשיבותה של הזכות לשימוע במשפט הישראלי, ועל הצורך ליישם באופן דווקני את הכללים בנושא. נטען, כי הפרתה של זכות זו, בהקשר המדובר, מן הראוי כי תוביל, ככלל, לביטול כתב האישום.

27. לדידם של הסנגורים, העובדות הרלוונטיות מצביעות באופן ברור, על פגם בולט וחמור בהתנהלותה של התביעה, המחייב סעד מהותי, בין היתר, נוכח האינטרס הציבורי לחינוך הרשות. בהקשר זה, סברו הסנגורים, כי דווקא המידע שהיה ברשות התביעה על אודות הקושי של גורמי החקירה לאתר את המשיב, מחדד את רשלנותה בנושא ומדגיש את מחדלה. כך למשל, נטען, כי במצב שנוצר, היה על התביעה לנסות לאתר את המשיב בדרכים נוספות כגון פניה למשרד הפנים או למשרדי הביטוח הלאומי. נטען גם, כי לא הוצג מסמך המלמד על כך שהתביעה ידעה שהמכתבים אשר שלחה לא הגיעו ליעדם, עובר להגשת כתב האישום וכי אין כל אינדיקציה למאמציה לעקוב אחריהם. כמו כן, נטען, כי לא הוצג מסמך, המפרט מה היו שיקוליה של התביעה, כשהגישה את כתב האישום מבלי לוודא שמכתבי היידוע אכן הגיעו ליעדם.

28. עוד נטען, כי יש ליתן משקל להתנדבותו של המשיב לשרת בצבא. אליבא דהגנה, ביטול כתב האישום אינו פוגם באינטרס הציבור לאכוף את הדין ואינו מונע את העמדתו של המשיב לדין פלילי, בעבירה דומה, כגון גניבה בידי עובד ציבור (סעיף 390 לחוק העונשין), בערכאת שיפוט אזרחית. מכל מקום, נטען, כי ככל שקיימת חשיבות ציבורית להעמדתו של המשיב לדין פלילי בעבירה של ביזה בערכאה שיפוטית-צבאית, הרי שהיה על התביעה וגורמי החקירה לנקוט מאמצים רבים יותר לקידום ההליך המשפטי בעניינו של המשיב.

29. כמו כן, לדידה של ההגנה, במסגרת בחינת השלכותיו של הפגם במקרה דנן, יש ליתן משקל אף לעוצמת הראיות לכאורה, כפי שנאספו בחומר החקירה; השתלשלות העניינים אשר הובילה להימשכותו של ההליך השיפוטי בעניינו של המשיב; ואף לשהותו במעצר במשך לילה. הודגש, כי פרק הזמן שחלף מקשה מאד על המשיב להתחקות אחר ראיות שעשויות לשמש לטובתו.

30. בהתאם, עתרה ההגנה לדחות את ערעור התביעה.

דיון והכרעה**הזכות לשימוע של חשוד בעבירות פשע – כללי**

31. זכותו של הפרט להציג את טיעוניו לפני הרשות המנהלית בטרם תתקבל החלטה המשליכה על זכויותיו, זכות השימוע, קנתה שביתה בכל ענפיו של המשפט המנהלי. כמקובל, אל לה לרשות המנהלית לפגוע באדם, קודם שניתנה לו הזדמנות נאותה להשמיע את טענותיו בפניה (ראו י' זמיר, **הסמכות המנהלית**, כרך ב', תשנ"ו-1996, בעמ' 793-794). הזכות הוכרה כאחת מן הזכויות היסודיות במשפטנו (ראו: בג"ץ 554/05 **רס"ר אשכנזי נ' מפכ"ל המשטרה** (טרם פורסם, 8.9.2005). הוטעם, זה מכבר, כי:

"זכות יסוד של האדם בישראל היא, כי רשות ציבורית, הפוגעת במעמדו של אדם, לא תעשה כן, בטרם תעניק לאותו אדם את ההזדמנות להשמיע את דעתו. לעניין זכות יסוד זו, אין נפקא מינה, אם הרשות הציבורית פועלת מכוח חיקוק או מכוח הנחיה פנימית או מכוח הסכם. אין גם כל חשיבות לשאלה, אם הסמכות המופעלת היא שיפוטית, כעין שיפוטית או מינהלית, ואם שיקול הדעת, הניתן לאותה רשות, הוא רחב או צר. בכל מקרה, בו רשות ציבורית מבקשת לשנות את מעמדו של אדם, עליה לפעול כלפיו בהגינות, וחובה זו מטילה על הרשות את החובה להעניק לאותו אדם את ההזדמנות להשמיע את דעתו" (בג"ץ 654/78 **גינגולד נ' בית הדין הארצי לעבודה**, פד"י לה(2) 649 (1979); וראו גם: ע/217/00 **התובע הצבאי הראשי נ' טור' קלצקי** (2001)).

32. עם זאת, לעניין ההליך המינהלי במישור הפלילי, דהיינו: בדיקה, חקירה והגשת כתב אישום, הדברים אינם מובנים מאליהם ובפסיקה שקדמה לחקיקת סעיף 60א, נקבע כי "לא עומדת לחשוד הזכות לטעון טענותיו כנגד הגשת אישום פלילי נגדו בטרם יחליט התובע אם להגיש נגדו כתב אישום אם לאו. הכרה בזכות זו נוגדת את המבנה הפנימי של הליכי הבדיקה, החקירה והאישום כפי שהם קבועים בסדרי הדין הפלילי" (בג"ץ 3406/91 **בבלי נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד מה(5) 1, 9-10 (1991)). בבסיס ההלכה הפסוקה עמדה ההנחה, כי החלטה בדבר הגשת כתב אישום היא שלב מוקדם לדיון העיקרי המתקיים בערכאה השיפוטית, שבה יוכל הנאשם להשמיע את טענותיו, ומשום כך אין הוא זכאי לטיעון בטרם הגשת כתב אישום נגדו. מטעם זה נפסק, כי "זכות הטיעון הקבועה כיום בסעיף 60א לחוק סדר הדין הפלילי אינה מעוגנת בעיקרי הצדק הטבעי ובעקרונות היסוד של הליך מנהלי תקין, והיא קמה רק מכוח הוראתו המפורשת של המחוקק" (בג"ץ 3495/06 **הרב הראשי לישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פסקה 18 (טרם פורסם, 30.7.2007)). יש לבחון, אפוא, מהי תכליתו של סעיף 60א לחוק סדר הדין הפלילי הנ"ל.

33. הסעיף, שכותרתו "יידוע על העברת חומר חקירה לתובע בעבירת פשע", קובע לאמור:

"(א) רשות התביעה שאליה הועבר חומר חקירה הנוגע לעבירת פשע תשלח לחשוד הודעה על כך לפי הכתובת הידועה לה, אלא אם כן החליט פרקליט מחוז או ראש יחידת התביעות, לפי העניין, כי קיימת מניעה לכך.
(ב) בהודעה תצוין כתובתה של רשות התביעה שאליה ניתן לפנות בכתב לבירורים ולהצגת טיעונים.
(ג) נשלחה הודעה לפי סעיף זה בדואר רשום, רואים אותה כאילו הומצאה כדן גם בלא חתימה על אישור מסירה.
(ד) חשוד ראשי, בתוך 30 ימים מיום קבלת ההודעה, לפנות בכתב לרשות התביעה כאמור בסעיף קטן (ב), בבקשה מנומקת, להימנע מהגשת כתב אישום, או מהגשת כתב אישום בעבירה פלוגית; פרקליט המדינה, פרקליט המחוז, ראש יחידת התביעות או מי שהם הסמיכו לכך, לפי העניין, רשאים להאריך את המועד האמור.
(ה) החליט פרקליט מחוז או ראש יחידת התביעות, לפי העניין, מטעמים שיירשמו, כי הנסיבות מצדיקות זאת, רשאי הוא להגיש כתב אישום, בטרם חלפו 30 הימים ואף בטרם פנה החשוד כאמור בסעיף קטן (ד).
(ו) אין בהוראות סעיף זה כדי לשנות מהוראות סעיף 74.
(ז) הוראות סעיף קטן (א) לא יחולו על מי שבעת העברת חומר החקירה היה נתון במעצר, והוגש נגדו כתב אישום בתקופת מעצרו.
(ח) הוראות החוק לתיקון סדרי המנהל (החלטות והנמקות), התשי"ט-1958, לא יחולו לעניין סעיף זה, ואולם תינתן לחשוד הודעה בכתב על החלטת רשות התביעה בהקדם האפשרי ורשאית רשות התביעה להזמין את החשוד להציג בפניה את טיעונו בעל פה.
(ט) שר המשפטים, באישור ועדת החוקה חוק ומשפט של הכנסת, רשאי לקבוע סוגי פשעים שלגביהם לא יחולו הוראות סעיף קטן (א)".

34. בית המשפט העליון, בעמדו על תכליתו של סעיף 60א הנ"ל, פירט את הדברים הבאים:

"השימוע נועד לאפשר לחשוד בעבירה מסוג פשע לשטוח את טענותיו לפני הרשות המוסמכת קודם שתחליט אם יש מקום להעמידו לדין. זכות השימוע מגנה על זכויות חשודים, ועשויה לייעל את מלאכת התביעה. ככל שיהא ביד החשוד לשכנע את התביעה שאין להעמידו לדין, תיחסך ממנו הפגיעה האינהרנטית הנלווית לאישום פלילי בעבירה חמורה. כך גם ייחסכו משאבי תביעה ושיפוט הכרוכים בניהולו של הליך פלילי. השימוע עשוי לחדד את המחלוקות בין הנאשם לתביעה ולייעל את ניהול ההליך; הוא אף עשוי לעודד הידברות בין התביעה להגנה בניסיון לגבש עסקת טיעון. מנגד, השימוע עלול לסרב את עבודת התביעה ולדחות את פתיחתו של ההליך הפלילי. כדי שיגשים את תכליותיו באופן מיטבי, יש לקיים את השימוע מראש. זהו הכלל, וככל שאין טעמים לסתור, מן הראוי להקפיד עליו" (ע"פ 1053/13 הייכל נ' מדינת ישראל, בפסקה 9 (טרם פורסם, 23.6.2013)).

בואר, כי:

"למעשה, סעיף 60א נחקק כדי ליצור הסדר אחיד בנוגע למתן זכות טיעון לחשודים בפלילים טרם הגשת כתבי אישום נגדם, מהטעם שבעבר היה נהוג לאפשר רק לחלק מהחשודים לטעון בטרם החלטה בדבר העמדה

לדין, בהתאם לשיקול דעתה של התביעה ולצרכיה, וחוסר האחידות והשוויון עורר ביקורת. סעיף 60א נחקק כדי לאזן בין הצורך לשמור על עקרון השוויון מחד גיסא, לבין האינטרס הציבורי בהגנה על יעילות עבודת רשויות התביעה מאידך גיסא" (עניין **הייכל** לעיל; וראו גם דבריו של בית המשפט העליון קודם לתיקון סעיף 6-א הנ"ל: בג"ץ 47/91 **ניימן נ' פרקליטת המדינה** פ"ד מה(2), 872, בעמ' 876-877 (1991)).

בדומה, נקבע, כי:

"חובת השימוע לפי סעיף 60א לחסד"פ הוגבלה לעבירות מסוג פשע משום חומרתן ולאור הרצון לקיים הליך ראוי, שיאפשר לרשות לקבל החלטה מושכלת במסגרת הליך שאינו מורכב ומסורבל, תוך הבטחת תפקודה השוטף והתקיין" (בג"ץ 93/06 **ד.נ. כל גדר בע"מ נ' שר התעשייה, המסחר והתעסוקה** (טרם פורסם, 2.8.2011); ראו גם: בג"ץ 5577/13 **לחיאני נ' היועץ המשפטי לממשלה** (טרם פורסם, 22.8.2013)).

35. ואולם, חשיבותה של הזכות לשימוע, אשר כאמור, הוסדרה בסעיף 60א הנ"ל, על מנת לאפשר לרשות לקבל החלטה מושכלת, בדרך שוויונית, מצויה אף במתן הזדמנות אמיתית לחשוד בעבירה חמורה, למנוע את הגשת כתב האישום נגדו, נוכח **ההשלכות הכרוכות בעצם ההעמדה לדין פלילי**. כך למשל, בואר בדברי ההסבר להצעת חוק סדר הדין הפלילי (תיקון מס' 26) (זכות השימוע) התשנ"ט-1999:

"ההחלטה להעמיד אדם לדין, ובעיקר לגבי עבירות חמורות היא **החלטה רבת משמעות**. בחברה שאנו חיים בה, די בכתב אישום, לבטח בעבירות חמורות, כדי לפגוע פגיעה קשה בנאשם. מסיבה זו מוצע להעניק את זכות השימוע למי שמרגע ההכרעה בעניינו ישתנה מעמדו בציבור" (ההדגשה הוספה; ראו גם: בג"ץ 4175/06 **הרב אלבז נ' היועץ המשפטי לממשלה** (טרם פורסם, 6.6.2006)).

36. ברוח זו, פותחת הנחיית היועץ המשפטי לממשלה 4.3001, "טיעון לפני הגשת כתב אישום פלילי", אשר נתנה בעקבות חקיקתו של סעיף 60א הנ"ל, בדברים הבאים:

"הגם שכל נאשם מוחזק בחזקת חף מכל עבירה, ואף יהיה לו 'יומו בבית המשפט' להתגונן כלפי האשמה המיוחסת לו, אין להתעלם מכך כי הליכי המשפט דרכם להתמשך ולהסתעף, ולא אחת אף להתפרסם, ויש עמם, לא אחת גם משום עינוי דין" (ראו גם סעיף 1 להנחיית פרקליט המדינה 14.21 וסעיף 1 להנחיית התביעה הצבאית הראשית 3.01).

37. חובת היידוע המוטלת על התביעה היא האמצעי להבטיח, כי החשוד ער לזכותו לשימוע וכי קיימת לו אפשרות מעשית לממשה. אשר לאופן היידוע על אודות הזכות לשימוע, נקבע בהנחיית פרקליט המדינה דלעיל, שכותרתה "הליכי יידוע ושימוע בהליכים פליליים", כי בסמוך להעברת חומר החקירה לרשות התביעה, ישלח לחשוד בעבירת פשע "מכתב יידוע ראשון", הכולל הודעה, כי הנמען רשאי לפנות בכתב ליחידת התביעה תוך 30 יום מיום קבלת המכתב, "בבקשה מנומקת מדוע יש להימנע מהגשת כתב אישום נגדו". לאחר מכן, ישלח "מכתב יידוע שני", שמטרתו לידע את החשוד, כי

"לאחר לימוד חומר החקירה הוחלט לשקול הגשת כתב אישום בעניינו, בכפוף לשימוע". ההנחיה מוסיפה וקובעת כי הודעת היידוע תישלח בדואר רשום לכתובת החשוד, כפי שהיא מופיעה ברישומי משרד הפנים ובמערכת המחשוב של הפרקליטות, וכי "היה והמכתב חזר תוך 30 יום למשרדי התביעה עם חיווי 'לא ידוע' או 'עזב', על התובע לשקוד שקידה סבירה על מנת שמכתב היידוע יימסר לתעודתו" (הדגשות אינן במקור, סעיף 28). נקבע גם, כי על-פי הוראת סעיף 60א(ה) לחוק סדר הדין הפלילי, לפרקליט המחוז או לראש יחידת התביעה לפי העניין, סמכות להגיש כתב אישום אף בטרם חלפו 30 הימים, "מטעמים שיירשמו" (סעיפים 50-51 להנחיה). סעיף 56 להנחיה מציין, כי "יתכנו מקרים חריגים שבהם תמצא הצדקה לקיים שימוע אף לאחר הגשת כתב אישום. כך לדוגמה, כאשר לא קוים שימוע בשל תקלה". שימוע לאחר הגשת כתב אישום יש לקיים "בנפש חפצה ומתוך פתיחות לשקול טענות הנאשם ואף לחזור מכתב אישום".

38. הגם שסעיף 60א לחוק סדר הדין הפלילי אינו חל במישרין על התביעה הצבאית, עיגנה התביעה הצבאית הראשית בהנחיותיה את הזכות לשימוע ביחס לחשודים בעבירות מסוג פשע וגיבשה, כנדרש, חובת יידוע (הנחיה מס' 3.01 לעיל, "שימוע לפני הגשת כתב אישום"). בואר בהנחיה, כי תכליתה "לקבוע הסדרים דומים לאלה המתקיימים במערכת האזרחית, בהתאמות הנדרשות לאור ייחודיותו של השיפוט הצבאי" (סעיף 3).

39. על-פי ההנחיה, על חולית התביעה צבאית, שאליה הועבר חומר חקירה הנוגע לעבירת פשע, לשלוח הודעה על כך, עם התגבשותה של אפשרות סבירה להגשת כתב אישום כנגד החשוד. אשר לדרך משלוח ההודעה והמעקב, נקבע, לגבי חשוד שהוא חייל בשירות סדיר, כי ההודעה תשלח אל מפקדו, ואילו בכל הנוגע לחשוד שאינו חייל בשירות סדיר, נקבע, כי תישלח ההודעה "באמצעות דואר רשום אל כתובתו המדווחת ברישומי צה"ל" (סעיף 5). החשוד רשאי לפנות "בתוך עשרים ואחד ימים מיום משלוח ההודעה", בבקשה מנומקת להימנע מהגשת כתב אישום (סעיף 6). החלטת הפרקליט להגיש כתב אישום בטרם חלפו עשרים ואחד ימים צריכה להיות מנומקת ומטעמים שיירשמו (סעיף 7).

כבר בשלב זה, מן הראוי לציין, כי שותפים אנו להשקפה שהובעה בהחלטתו של בית הדין קמא הנכבד, ולפיה, לא קיים שוני מהותי בכל הנוגע ליישום חובות היידוע והשימוע, בין חשודים ב"מערכת האזרחית" לבין חשודים שסיימו זה מכבר את השירות הצבאי, הגם שנקטים לגביהם הליכים לפי חוק השיפוט הצבאי. אף לטעמנו, בהיבט זה, אין מתקיים בעניין זה שוני הנדרש ממהותו ומאופיו של השירות הצבאי (לדיון נרחב ועקרוני בנושא זה ראו: עלב"ש 134/08 סא"ל בוחבוט נ' התובע הצבאי הראשי (2010)). לפיכך, נציע לבחון מחדש את ההסדר שנקבע בנושא זה בהנחיית התביעה הצבאית הראשית ולערוך בו את ההתאמות הנדרשות.

40. עולה מן המקובץ, כי סעיף 60א לחוק סדר הדין הפלילי עיגן, באופן סטטוטורי, זכות לשימוע לפני הגשת כתב אישום בעבירה של פשע. חשיבותה של הזכות לשימוע, המקנה הזדמנות נאותה לחשוד להציג טענות כנגד חומר הראיות שנאסף בעניינו או כנגד העניין הציבורי בהעמדתו לדין, בשלב מוקדם – מתחדדת לנוכח ההשלכות המשמעותיות הנלוות לעצם ההעמדה לדין פלילי. הסדרת הליך השימוע בחוק נועדה ליצור מנגנון אחיד ושוויוני ביחס לכלל החשודים בעבירות פשע ובמקביל, להגן על האינטרס הציבורי להתנהלות יעילה של רשויות התביעה. הסעיף אינו חל במישרין על התביעה הצבאית ואולם, מטעמים של הרמוניה חקיקתית והקפדה על זכויותיו של החשוד, עוגן הסדר דומה בהנחיות התביעה הצבאית הראשית, בהתאמות הנדרשות לנוכח מאפייניה הייחודיים של המסגרת הצבאית.

הזכות לשימוע – מן הכלל אל הפרט

41. כעולה מפירוט העובדות דלעיל, התביעה הצבאית שלחה את מכתב היידוע אל המערער, אשר נחשד בביצוע עבירת פשע, באמצעות דואר רשום, לכתובת שדווחה ברישומי צה"ל, כנדרש בהנחיית התביעה הצבאית הראשית. זאת ועוד, המכתב נשלח ביום 31.3.2015 ואילו כתב האישום הוגש ביום 25.5.2015, משמע בחלוף 55 ימים, כאשר לפי ההנחיה, ניתן היה להגישו כבר בחלוף 25 ימים. מכאן, שעל פני הדברים, בהיבט זה, לא נפל פגם בהתנהלות התביעה וזו פעלה בהתאם להנחיות.

42. יש לציין גם, כי על-פי רישומי המעקב של הדואר, שהוצגו על-ידי ההגנה, דבר הדואר הוחזר לתביעה רק ביום 17.5.2015 והודעה בעניין, אם אמנם נמסרה, הועברה לשולח, לכל המוקדם, ביום 5.5.2015. משמע, חלפו למעלה מ-30 ימים ממועד משלוח המכתב ומכאן, שאף ביחס להוראת פרקליט המדינה, כמפורט לעיל – לא נפל, בהיבט זה, פגם בהתנהלות התביעה.

43. עם זאת, סברנו, כי בנסיבות המקרה דנן, מפאת חשיבותה של הזכות לשימוע כמפורט לעיל, היה על התביעה לנקוט צעדים נוספים על-מנת ליידע את המשיב בעניין. במה דברים אמורים? התביעה ציינה בין נימוקי הערעור, כי חוסר שיתוף הפעולה של המשיב בשלב השלמת החקירה, העיד כבר אז על הכבדה מכוונת מצדו על האפשרות של גורמי אכיפת החוק לאתרו וליצור עמו קשר. לפיכך, לשיטת התביעה, למשיב מידה בלתי מבוטלת של אחריות לקושי לאתרו ואף לאי-הגעת מכתבי היידוע לרשותו. דא עקא, שמטעמי זהירות, **בהתחשב בטיבה ובחשיבותה של זכות השימוע**, דווקא לנוכח המידע שהיה ברשות התביעה ולפיו, גורמי החקירה לא הצליחו ליצור עם המשיב קשר ולא השכילו לאתרו על-פי הנתונים שהיו בידיהם (מספרי טלפון וכתובת מגורים) – מן הראוי היה לנקוט צעדים נוספים על-מנת ליידע את המשיב על הכוונה להגיש בעניינו כתב אישום בעבירת פשע ולאפשר לו שימוע בעניין. כך למשל, ניתן היה לערוך בירור נוסף בכל

הנוגע לפרטיו המעודכנים במשרד הפנים או אף במשרדי מוסד לביטוח לאומי. נזכיר, כי המשיב פוטר משירות צבאי, ולא חלה עליו החובה לעדכן את צה"ל בפרטיו העדכניים. לכל הפחות, ראוי היה לעקוב אחר משלוח מכתב היידוע ולבחון לעומק את משמעות אי-הגעתו ליעד.

44. לפיכך, מצאנו כי, בהיבט המהותי, נפל פגם בהתנהלות התביעה במקרה דנן ויש לבחון מה משמעותו ומה נפקותו.

נפקותו של הפגם – דוקטרינה הבטלות היחסית

45. גם את נפקותו של פגם שנפל בהחלטה המנהלית להגיש כתב אישום ללא שימוע, בדומה לפגמים אחרים בהחלטות מנהליות שונות, יש לבחון במשקפיה של דוקטרינת הבטלות היחסית (המכונה גם מבחן "התוצאה היחסית"). יפים לכאן, הדברים הבאים:

"החלטת התובע על העמדת המערער לדין היא החלטה מינהלית. בהחלטה זו נפל פגם שכן שימוע לא נערך קודם להגשת כתב אישום. אולם כלל ידוע הוא כי יש להבחין בין פגם בהליך לבין תוצאת הפגם. פגם משפטי מאותו סוג עשוי להוביל במקרים שונים לתוצאות שונות, לפי הנסיבות של כל מקרה ומקרה. מטבע הדברים, החלטת דוקטרינת הבטלות היחסית בנוגע לפגם משפטי בפעולת הרשות נעשית תמיד על רקע נסיבותיו הפרטניות של המקרה. דוקטרינה זו הוחלה גם בהליך הפלילי... כזו היא החלטת תובע בדבר העמדה לדין" (עניין **הייכל** לעיל, פסקה 10).

46. הוטעם, כי ככל שנפל פגם במעשה המנהלי עשוי הסעד להשתנות על-פי הנסיבות ובהתאם לדוקטרינת הבטלות (או התוצאה) היחסית (ראו עניין **דתנר** לעיל, פסקאות 59-56 והפסיקה המנויה שם). דוקטרינת הבטלות היחסית מעניקה לבית הדין שיקול דעת באשר לתוצאות הפגם, תוך התחשבות במכלול הנסיבות של ההפרה והתמקדות בשאלה מהו העוול שנגרם כתוצאה ממנה. נקבע, כי "תורת 'הבטלות היחסית' מתייחסת למיוחדות של המקרה, מפרידה בין הפגם לבין הסעד הניתן בגינו, ומתאימה את התרופה הראויה לא רק בהתייחס לפגם, אלא גם בשים לב לכלל הנסיבות האחרות של המקרה" (בש"פ 984/10 **פלוני נ' מדינת ישראל** (טרם פורסם, 25.2.2010)). בהתאם, תוצאות הפגם המנהלי אינן קבועות מראש, אלא משתנות ויחסיות (ראו: רע"פ 2413/99 **טוראי גיספן נ' התובע הצבאי הראשי**, פ"ד נה (4) 673 (2001)).

47. לפיכך, שומה עלינו לבחון מהי המשמעות שנודעת לקיומו של הפגם שנפל, בנסיבות המקרה דנן, בהגשת כתב האישום, מבלי שנערך שימוע ומהי השפעתו על תוקפה של ההחלטה המנהלית, להגיש את כתב האישום. בין היתר, יש לבחון את טיבו של הפגם והיקפו וכן את השלכותיו של הסעד המבוקש בראי השיקולים השונים ובאיוון בין האינטרס הציבורי לאכיפה ולמיצוי הדין בעבירות פשע לבין האינטרס הציבורי בהקפדה

על זכויות החשוד ואף בחינוך הרשות. נקודת המוצא בפסיקה היא כי שימוע מראש הוא דרך המלך ואילו שימוע בדיעבד ייעשה בנסיבות מיוחדות (עניין הייכל לעיל, פסקה 9).

יישום הדין וההלכה על ענייננו

48. כפי שפירטנו לעיל, על פני הדברים, בכל הנוגע לעיתוי הגשת כתב האישום ביחס למועד משלוח המכתב, לא חרגה התנהלותה של התביעה הצבאית מהנחיות התביעה הצבאית הראשית בעניין ולמעשה, התנהלותה עולה בקנה אחד אף עם ההנחיות המקבילות של פרקליט המדינה. עם זאת, בנסיבות המקרה, דווקא לאור השתלשלות העניינים במהלך הניסיון לאתר את המשיב לצורכי השלמת חקירה, נוכח מעמדה של הזכות לשימוע וחשיבותה, ראוי היה לנקוט מאמץ נוסף על מנת לאתר את המשיב וליידע אותו בדבר זכותו לשימוע.

49. כאמור, בית הדין קמא הורה, בעקבות הפגם שנפל, לבטל את כתב האישום. על-מנת להעריך את מידת התאמתו של הסעד לפגם שנמצא, עלינו לבחון את העוול שנגרם למשיב וכן לאמוד את השלכותיו של הסעד והשפעתו על האינטרס הציבורי בהעמדת המשיב לדין.

50. לפנינו אישום חמור בעבירה של ביזה. 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); ראו גם ע/35,37/16 **סמ"ר חמוס נ' התובע הצבאי הראשי** (2017)).

51. עבירת הביזה היא בעלת מאפיינים צבאיים בולטים וקיים אינטרס ציבורי משמעותי לאכוף אותה. נוכח מאפייניה והקשר המובהק בינה לבין המסגרת הצבאית, מנויה העבירה בחוק השיפוט הצבאי ואין לה מקבילה בחוק העונשין הכללי. לפיכך, לא ניתן להעמיד לדין פלילי בגין ביזה בערכאות אזרחיות. מעבר לכך, נודעת חשיבות לשפיטתו

של נאשם בעבירת ביזה דווקא בערכאת שפיטה צבאית, אשר לה הבקאות והמומחיות בשיקולים הייחודיים למסגרת הצבאית (ראו הדיון בעלב"ש 111/17 **טור' עדרי נ' התובע צבאי הראשי**, פסקה 32 והאסמכתאות המנויות שם (2017)).

52. הוראה על ביטול כתב האישום בעניינו של המשיב משמעה, כי לא ניתן יהיה להעמידו עוד לדין בעבירת הביזה, ולמעשה, כלל לא ניתן יהיה להעמידו לדין בבית דין צבאי. כאמור, המשיב סיים את השירות הצבאי ביום 23.9.2014 ובהתאם לסעיף 6 לחוק השיפוט הצבאי, משחלפה למעלה משנה מן המועד שבו חדל להיות חייל, אין עוד תחולה לחוק השיפוט הצבאי לגביו ולא ניתן עוד להגיש כתב אישום לבית דין צבאי בגין עבירות שעבר בתקופת השירות הצבאי. עולה, אפוא, כי השלכותיה של הוראה לביטול כתב האישום בעניינו של המשיב על אינטרס הציבור בהעמדה לדין בנסיבות המקרה, מרחיקות לכת.

53. באיזון בין טיב הפגם ומידתו, כמפורט לעיל, בהתחשב בפגיעה הפוטנציאלית במשיב ואף באינטרס לחינוך הרשות; לבין הפגיעה המשמעותית באינטרס הציבורי למצות את הדין עם העבריין המפר את החוק בכלל, ועם מי שמבצע עבירה של ביזה בפרט – יש לקבוע, כי הסעד שנקבע, ביטול כתב האישום, אינו הולם ואינו מידתי. בחינת מכלול השיקולים הנוגעים בעניין והתמונה המלאה מלמדת על כי הסעד הראוי במקרה דנן, הוא מתן אפשרות הוגנת וראויה לשימוע בדיעבד, תוך הפעלת שיקול דעת ענייני ומלא (ראו והשוו: רע"פ 9543/16 **מוחמד נ' מדינת ישראל** (טרם פורסם, 12.3.2017)).

54. ודוק: אין זה המקרה שבו יש מקום לנקיטת צעד כה משמעותי, בדבר ביטול כתב האישום, אך בשל תכלית "הרתעתית-חינוכית" (למשקלה המוגבל של התכלית "ההרתעתית החינוכית" בין השיקולים הנבחנים במסגרת דוקטרינת "הבטלות היחסית", ראו, בהשאלה, ע"פ 5121/98 **טור' יששכרוב נ' התובע הצבאי הראשי**, פסקה 61 (טרם פורסם, 4.5.2006)). נוכח פועלה של התביעה הצבאית בנסיבות המקרה הקונקרטיים, אין בתכלית שעניינה "חינוך הרשות", להצדיק סעד של ביטול כתב האישום. תוצאה כזו, בהתחשב בנסיבות ההפרה ובהשלכות התוצאה, לא תהווה סעד מתאים או הולם להפרה.

55. נבהיר עוד, כי אף התמשכות ההליכים בעניינו של המשיב והשתלשלות העניינים בערכאה קמא, אשר אף הן נבעו מן הקושי לאתרו ובמידה רבה אף מאוזלת ידה של המשטרה הצבאית, אשר התמהמהה ולא מימשה את הוראת בית הדין המחוזי לזמן את המשיב לדיונים בבית הדין, הגם שמוטב היה בלעדיהן – אין בהן, בנסיבות העניין, בהתחשב באינטרס הציבורי בדבר ניהול ההליך המשפטי בפני בית דין צבאי דווקא, גם במצטבר לפגם כמפורט לעיל – כדי לבסס מתן סעד קיצוני של ביטול כתב האישום מטעמים של צדק. בעתיד, ככל שלא יבוטל כתב האישום לאחר שימוע, ניתן יהיה לבחון

את המענה לקשיים שהתעוררו באמצעות סעד מידתי ומתאים יותר (ראו והשוו: עניין חמוס לעיל, פסקה 78 ואילך).

56. התביעה הצבאית מסרה, כי היא מוכנה לקיים שימוע בדיעבד למשיב. ברי, כי אם תבקש ההגנה לקיים הליך של שימוע כזה, על "הגורם המחליט להאזין לדברים בנפש חפצה, ומתוך נכונות להשתכנע ככל שבדברים יש ממש" (עניין אלבז לעיל, פסקה 5; עניין אשכנזי לעיל; בג"ץ 1400/06 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ממלא מקום ראש הממשלה, (טרם פורסם, 6.3.2006)). כמו כן, לטעמנו, על רשות התביעה לשקול עריכת שימוע כאמור, אם יתבקש על-ידי ההגנה, על-ידי פרקליט אחר מזה שהורה על הגשתו של כתב האישום. נפנה בעניין זה אף להוראת סעיף 308(א)(6) לחוק השיפוט הצבאי, שלפיה, הסמכות להורות על ביטול כתב אישום בעבירה כגון זו שבה הואשם המשיב, נתונה לפרקליט הצבאי הראשי.

57. עולה מן המקובץ, כי בראי התמונה הכוללת, לאחר בחינת טיבו של הפגם שנפל במקרה דנן והיקפו ומנגד, בחינת השלכותיו מרחיקות הלכת של ביטול כתב האישום – כל אלה מלמדים, כי נקיטת סעד של ביטול כתב אישום אינו הולם את נסיבות המקרה. אשר על כן, מצאנו לקבל את ערעור התביעה ולהורות על ביטול החלטתו של בית הדין קמא לבטל את כתב האישום.

58. ההגנה תוכל לפנות אל הפרקליט המתאים בבקשה לקיום שימוע בדיעבד, וחזקה כי טענותיה ייבחנו וישקלו לעומק, ביסודיות ובנפש חפצה.

59. בשולי ההחלטה, נוכח דברינו בנוגע לעדכון הנחיית התביעה הצבאית הראשית (פסקה 39 לעיל) והצעתנו כי השימוע, ככל שיתבקש, ייערך לפני פרקליט אחר (פסקה 56 לעיל) – יופנה העתק מפסק הדין אל התובעת הצבאית הראשית. כמו כן, נוכח הערותינו ביחס להתנהלות המשטרה הצבאית, כמפורט בפסקה 55 לעיל, יופנה העתק מפסק הדין אל מפקד חיל המשטרה הצבאית.

ניתן היום, כ"א בשבט התשע"ח, 6 בפברואר 2018, בלשכה, ויועבר לצדדים באמצעות מזכירות בית הדין הצבאי לערעורים.

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