



בבית הדין הצבאי לערעורים

בפני :

תא"ל דורון פיילס - המשנה לנשיא

אל"ם ארז פורת - שופט

אל"ם יריב ניר - שופט

בעניין :

ח/XXX טור' א' ד' – המערער (ע"י ב"כ, עו"ד דוד בן חיים)

נגד

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

ערעור על פסק דין של בית הדין הצבאי המחוזי במחוז שיפוטי הדרום שניתן בתיק מחוזי (דרום) 389/15 (אל"ם נועה זומר – הנשיאה) ביום 7.1.2016. הערעור (הכרעת הדין וחומרת העונש) נדחה.

פסק-דין

1. המערער משיג על הרשתו ולחילופין על העונש שנגזר לו.
 2. כנגד המערער הוגש כתב אישום, בו יוחסו לו עבירות שעניינן שימוש בסם מסוכן, לפי סעיף 7(א) ו-7(ג) סיפא לפקודת הסמים המסוכנים [נוסח חדש], התשל"ג-1973 והחזקת כלים, לפי סעיף 10 סיפא לפקודת הסמים המסוכנים.
 על-פי הנטען, השתמש המערער בסם מסוכן מסוג קנביס, בשבע הזדמנויות שונות, בנסיבות אזרחיות, בין החודשים מאי ועד יולי 2015. כן נטען, כי ביום 30.11.2015 השתמש בסם מסוג L.S.D, במסיבת טבע. עוד נטען כי המערער החזיק בחדר מגוריו, בבית אמו, בקריית מלאכי, שני בקבוקי פלסטיק, ששימשו לצריכת סמים. המערער כפר במיחוס לו וטען כי הודייתו בחקירה "נלקחה בתרמית ובתנאים מאד קשים",

אחר לילה ללא שינה. נוכח כפירתו באישומים, באה בפני הערכאה קמא פרשת הראיות.

3. במהלך חקירתו במשטרה הצבאית מסר המערער הודאה, בה הודה במעשים שיוחסו לו בכתב האישום. בחיפוש שערכו חוקרי המשטרה הצבאית בבית אמו של המערער, בקרית מלאכי, נמצאו, בחדרו, שני בקבוקי פלסטיק, עליהם נמצאו שרידי סמים מסוכנים מסוג קנביס. במסגרת פרשת התביעה העיד חוקר מצ"ח, שגבה את הודיית החוץ של המערער, וכן החוקרים שערכו חיפוש בבית אמו של המערער ובמכשירו הסלולארי. פרשת ההגנה כללה את עדויות המערער, הוריו וכן בן זוגה הנוכחי של אמו, המתגורר בשכנות לאם.

4. בפני הערכאה קמא טען המערער, כי הודיית החוץ שמסר אינה קבילה כראיה: היא נמסרה אחר שעות חקירה ממושכות, זמן רב אחרי שהסתיים שלב עיכובו, שעה שהיה שרוי במצב של עייפות כבדה, שכן לא ישן בלילה שלפני החקירה, על רקע צורכי תפקידו הצבאי. נטען, כי ההודיה נגבתה בניגוד להוראת קמצ"ר העוסקת בחקירות לילה, שכן מבחינת המערער, נוכח עייפותו הכבדה, יש לראות בחקירתו כחקירת לילה. עוד נטען, כי הודייתו נמסרה בשל שימוש בתחבולה פסולה, שכן החוקר מסר לו שנחקר אחר הפלילו, עובדה שלא הייתה נכונה. טענה נוספת של המערער נגעה לפגיעה בזכות ההיוועצות בעורך דין במהלך החקירה. נטען, כי המערער ביקש לשוחח עם אביו במהלך החקירה כדי שזה ישכור עבורו עורך דין ומשהחוקרים מנעו ממנו שיחה זו, סיכלו, הלכה למעשה, את יכולתו להיוועץ בסנגור, על-פי בחירתו.

5. בא-כוח המערער הוסיף, כי אף אם טענותיו באשר לקבילות ההודיה יידחו, לא באה בפני הערכאה קמא ראיית תוספת מסוג "דבר מה נוסף", שהיא ראייה חיצונית לאימרה עצמה, הנדרשת לצורך ביסוס הרשעתו. הוטעם, כי הימצאות הכלים לשימוש בסמים בחדרו אינה יכולה להוות "דבר מה נוסף", שכן המערער עומת עם תפיסת הכלים הללו בחקירתו, והתייחס אליהם בהודייתו. על-כן, סבור המערער, אין הם מהווים עוד ראייה חיצונית לאימרה עצמה.

כן נטען, כי מכלול הראיות שבאו בפני הערכאה קמא מצביע על כך שהכלים שנמצאו שייכים לבן זוגה של האם, שצורך סמים בקביעות, ולא למערער, שלא התגורר בבית האם מאז שהיה בן שתים-עשרה. אף מטעם זה, כך נטען, אין לראות בהם כ"דבר מה נוסף" להודיית המערער.

6. המערער עתר כי אף אם יידחה הערעור בעניין הרשעתו, יוקל עונשו. נטען, כי חולשת הראיות מצדיקה, לכל הפחות, הקלה בעונש המאסר, כך שמישכו לא יעלה על שישים ימים, וזאת גם בכדי שלא ייזקף לחובת המערער רישום פלילי מלא, שיפגע בו למעלה מהדרוש. לעניין זה היפנה המערער אף למצבו הרפואי של האב,

שהוא נכה מאה אחוז על רקע לבבי, שהמערער מתגורר עימו ומסייע לו. כן התבקשנו להקל במישכה של פסילת הרישיונות, עד כדי העמדתה על מחצית התקופה שנגזרה.

7. התביעה הצבאית עתרה לדחיית הערעור, על כל חלקיו, כשהיא סומכת ידיה על ההנמקות והאסמכתאות שפורטו בפסק דינה של הערכאה קמא. נטען, כי הענישה שהוטלה אינה חורגת מרמת הענישה הנוהגת ואינה מקימה עילה להתערבות ערכאת הערעור.

8. נידרש תחילה לערעור הנוגע להרשעת המערער ובשים לב לתוצאותיו, ובמידת הצורך, נדון בערעור הנוגע למידת העונש.

הכרעת דינה של הערכאה קמא

9. בית הדין קמא מצא להעדיף את גרסת חוקר המשטרה הצבאית שגבה את אימרתו של המערער, לפיה במהלך החקירה היה המערער ערני ומרוכז ולא טען כלל לעייפות. בית הדין סבר, כי גרסת החוקר נתמכת בכך ש"אימרת ההודאה עצמה (וציר השימושים ששרטט במהלכה) מתאפיינים בריבוי פרטים, הבעה חוזרת של חרטה על המעשים, הכחשת עבירות אחרות ושמירה על זכות השתיקה ביחס לשאלות מסוימות". בית הדין ציין כי קצינת החקירות, שעצרה את המערער בתום חקירתו, העידה כי לו היה מתלונן בפניה על עייפות, הייתה מתעדת זאת ופועלת בעניין. מנגד, נקבע, כי גרסת המערער עוררה חוסר אמון, שכן הוא העלה טענות עובדתיות סותרות: באימרה נוספת שמסר בחקירה טען כי הודה קודם לכך בשל עייפותו. מנגד, בעדותו בבית הדין טען כי לא הודה כלל בחקירתו וכי תוכן האימרה נכתב על ידי החוקר, כראות עיניו. בית הדין קמא ציין כי גירסה אחרונה זו כלל לא הוטחה בגובה האימרה, בעת שהעיד ונחקר על-ידי בא-כוח המערער. צוין עוד, כי המערער אף לא הביא כל ראיה לתמיכה בטענתו, כי עובר לחקירתו היה בפעילות במהלך כל הלילה, על אף שזהו עניין שמפקדיו יכלו להעיד עליו. לפיכך, קבעה הערכאה קמא כי "גרסתו של הנאשם בין ביחס לחקירה ובין ביחס לעצם הכחשת המיוחס לו איננה מהימנה".

10. בהתייחס לטענת המערער בעניין זכות ההיוועצות בעורך דין, צוין כי התאפשר לו לשוחח עם עורך דין, ומניעת השיחה בינו לבין אביו, על רקע חששם של החוקרים לשיבוש הליכי החקירה, לא כרסמה בזכות ההיוועצות. בית הדין ציין כי התחבולה בה נקט החוקר, בציינו באזני המערער כי חברו "פתח עליו", הייתה אקט חקירתי לגיטימי, אשר בנסיבות העניין לא פגם ביכולתו של המערער לשקול באופן חופשי אם להודות במיוחס לו.

נקבע, כי המערער החל להודות בפני החוקר עוד בטרם חלפו שלוש שעות ממועד העיכוב, באופן שהתנתק כל קשר בין מתן ההודיה לבין התמשכות החקירה. הוטעם, כי חריגה ממשך העיכוב המותר אינה מביאה, כשלעצמה, לפסילת האימרה שנגבתה במהלכה. נוכח האמור קבע בית הדין קמא, כי הודית החוץ שמסר המערער בחקירתו מהווה ראיה קבילה.

לעניין משקלה של ההודיה נקבע כי "משקלה רב", וזאת נוכח "ריבוי הפרטים, הכחשתן של עבירות נוספות או אחרות באופיין, ההודאה החוזרת והבעת החרטה". לעניין משקל האימרה אף ניתנה הדעת לדינאמיקה החקירתית, שהתאפיינה ב"נטילת אחריות הדרגתית" של הנאשם על ה"באנגים" שנמצאו בחדרו, בבית אמו: תחילה מסר בחקירתו כי בחדרו מצויים "באנגים" השייכים לבן זוגה של האם, לאחר מכן משנשאל אם הוא בטוח בכך, השיב כי הם שייכים לו. בהמשך, ידע למסור כי המדובר בשני "באנגים", זאת בטרם הוצג לו כי הם נתפסו, אך טען שלא עשה בהם שימוש. רק לאחר שהוצג לו אחד ה"באנגים", שינה שוב את גרסתו והודה בשימוש בסמים באמצעות אחד מהם.

ראיית תוספת של "דבר מה נוסף" להודאת החוץ שמסר המערער מצא בית הדין קמא ב"באנגים" שנמצאו בחדרו של המערער בבית אמו ונקבע כי זו תוספת ראייתית מספקת, שכן המערער הודה כי אחד ה"באנגים" אף שימש אותו לצריכת סמים במקרה אחד, בו הודה. בית הדין דחה את עדותו של בן זוגה של אם המערער, לפיה ה"באנגים" שנמצאו שייכים לו. בית הדין ציין כי עדותו של בן הזוג הייתה כללית ונסמכה על דברי האם, שאמרה שאלה "באנגים" של בן זוגה, בלא שניתן הסבר מדוע היה צריך בן הזוג להשאיר "באנגים" בחדרו של המערער, אם, כדבריו, אינו נכנס לשם. הוטעם, כי ה"באנגים" לא הוצגו לבן הזוג בחקירתו בבית הדין, כדי שיזהה אם אלו אכן ה"באנגים" שלו. הודגש, כי אף לדברי העד בבית הדין הוא למד כי המדובר ב"באנגים" שלו, מאימו של המערער (עמוד 46 לפרוטוקול, שורות 18-25).

עוד צויין, כי שקרי המערער, שטען כי לא ישן בדירת אימו, שם נמצאו ה"באנגים", מאז היותו ילד קטן, לעומת עדויות הוריו, מהן עלה כי ישן בדירת האם גם אחרי שהתגייס לצבא, יכולים אף הם לעלות כדי ראיית "דבר מה" מספקת, בנסיבות העניין, בהיותם נוגעים לעניין מהותי הקשור לאישומים. מטעמים אלה, הרשיע בית הדין קמא את המערער באישומים שיוחסו לו.

11. בית הדין קמא סבר כי מכלול האישומים שיוחסו מהווה "אירוע אחד" לעניין קביעת מתחם הענישה, וזאת בשים לב לזיקה הפנימית ביניהם ולסמיכות מועדי ביצועם. בקביעת מתחם הענישה בעניינו של המערער, ניתנה הדעת לשימוש החוזר והנשנה של המערער בסם מסוכן, לרבות שימוש אחד בסם "קשה ורב עוצמה" כאמור, וכן לסיכון הנשקף מצריכת הסם על-ידי המערער, נוכח תפקידו הצבאי כנהג משא.

צוין, כי יש במעשים גם פגיעה במשמעת הצבאית. בנסיבות העניין נקבע מתחם ענישה הולם, הנע בין תשעים ועד מאה שלושים וחמישה ימי מאסר בפועל, לצד פסילת רישיונות נהיגה, לתקופה שבין עשרה ועד ארבעה עשר חודשים, בפועל. בגזירת העונש שקל בית הדין את מצבו הרפואי המורכב של אבי המערער, והשלכת עונש המאסר על יכולת המערער לסייע לאביו. בנסיבות האמורות נגזרו למערער מאה ימי מאסר בפועל, לצד עונש מאסר על-תנאי וכן שנים עשר חודשי פסילת רישיונות נהיגה בפועל.

הטיעונים בערעור

12. בערעורו שב המערער על הטיעונים שנטענו על-ידו בערכאה קמא. נטען, כי אימרתו של המערער נגבתה כשהוא במצב עייפות כבדה, אחרי לילה ללא שינה, בחקירה ארוכה, שנועדה להתישו. בנסיבות אלה סבור המערער, כי אימרתו אינה קבילה, שכן ניתנה שלא מרצון טוב וחופשי. עוד נטען כי שלא כקביעתו העובדתית של בית הדין קמא, החוקר השתמש בתחבולה פסולה עת הציג למערער מסמך, הנחזה להיות אימרה של נחקר אחר ואמר למערער שהוא הפלילו, עובדה שלא הייתה נכונה. טענה נוספת נוגעת למישכו של העיכוב. נטען כי המערער עוכב כשבע שעות מעל משך העיכוב המותר – שלוש שעות, ואף עניין זה צריך להביא לפסילת הודייתו.

13. עוד טען המערער לפגיעה בזכות ההיוועצות בעורך דין. נטען, כי מימוש זכות ההיוועצות מחייב כי הנחקר יוכל להיפגש פרונטאלית עם עורך דין ואין די במתן זכות להתייעצות טלפונית, שכן תמיד עולה חשש "שמא מעבר לקו מצוי אחד החוקרים המעמיד פנים כסנגור". נטען, כי משלא התאפשר למערער לשוחח עם אביו במהלך החקירה, כפי שביקש, כדי שיעמיד לו עורך דין, הדבר רוקן מתוכן את זכות ההיוועצות.

14. אף אם תתקבל אימרתו של המערער כראיה, סבור המערער כי אין בחומר הראיות כל ראייה מסוג "דבר מה נוסף", הנדרשת לביסוס הרשעתו. נטען, כי מציאת כלי העישון ("באנגים") אינה יכולה לעלות כדי "דבר מה", משום שלא ניתן, על-פי מסכת הראיות שנפרשה, לייחס את הכלים למערער, כי אם לבן זוגה של אימו, שהעיד שהכלים שנמצאו הם שלו ונועדו לשימוש. עוד נטען, כי מאחר שהמערער נשאל בחקירתו על אודות ה"באנגים" והתייחס אליהם באימרתו, הרי שאין זו עוד ראייה חיצונית לאימרה, ולפיכך אינה יכולה להוות "דבר מה נוסף" לאמרה עצמה.

דין והכרעה

15. עיקר טיעוניו של המערער בערעור כווננו כלפי ממצאי מהימנות ועובדה שקבעה הערכאה קמא. הלכה מושרשת היא כי:

"בית משפט שלערעור ימעט להתערב בקביעות עובדתיות ובממצאי מהימנות שקבעה הערכאה הדיונית, שבידיה הופקדה מלאכת ההתרשמות הבלתי-אמצעית מן העדים וקביעת מהימנותם... בהתאם להלכה זו, אך במקרים חריגים, בהם נראה כי הערכאה הדיונית שגתה בהערכת המהימנות באופן בולט, התעלמה מגורמים שהיה מקום לייחס להם משקל, או שיש סתירה בולטת בין הגרסה העובדתית עליה השתיתה את הכרעת דינה לבין יתר הראיות, מוצדקת תהיה התערבות ערכאת הערעור בממצאים אלו... לעניין זה על הטוען נגד ממצאי הערכאה הדיונית להראות עובדות ממשיות שאינן מאפשרות את קביעת הממצאים שנקבעו ולא די בהעלאת תמיהות באשר לממצאים אלו" (ע"פ 1645/08 פלוני נ' מדינת ישראל (טרם פורסם, 3.9.2009)).

בית הדין קמא ראה לאמץ את עדות חוקר המשטרה הצבאית החוקרת ואת תיאורו באשר למהלך החקירה, ולדחות אגב-כך, את גרסת המערער. על-פי גרסת החוקר, היה המערער ערני ומרוכז במהלך חקירתו, ולא העלה כל טענה בדבר עייפות בפני החוקר ואף לא בפני קצינת החקירות. אלה הם ממצאים שברגיל אין ערכאת הערעור מתערבת בהם. בנסיבות העניין, בית הדין קמא נימק וביסס היטב את ממצאיו, באופן שאין כל עילה להתערב בהם. יצוין, כי המערער אף לא העלה בפניו כל סיבה שבעטייה עולה צורך להשקפתו, להתערב בממצאים שקבע בית הדין קמא, בעניין זה. על-כן, מסקנת הערכאה קמא, כי "אוטונומיית הרצון של הנאשם במסירת הודאתו לא נפגעה" מבוססת כדבעי ולא קמה כל עילה להתערבותנו בכך.

16. אף באשר לתחבולה שנטען כי ננקטה על-ידי החוקר, קבעה הערכאה קמא כי מדובר בתחבולה לגיטימית, שכן החוקר, כקביעת הערכאה קמא, אישר בעל-פה, לשאלתו של המערער, כי הנחקר האחר הפלילו, ולא הציג למערער ראיה בדויה. נוכח קביעה זו, ולפי ההלכה הפסוקה, הייתה זו תחבולה לגיטימית (השוו ע/57/15 טורי' לייזרוביץ נ' התובע הצבאי הראשי (2015)). בית הדין קמא אף בחן, למעלה מהדרוש, אם התחבולה הלגיטימית שננקטה, כאמור, הביאה לפגיעה קונקרטיית ביכולתו של המערער לבחור אם להודות במיוחס לו. מסקנתו כי יכולת הבחירה של המערער אם להודות לא נפגעה, חרף אותה תחבולה, מבוססת ומעוגנת היטב בראיות שבאו בפני בית הדין.

17. הערכאה קמא נדרשה לטענות בעניין הפגיעה בזכות ההיוועצות של המערער וקבעה, כי זכות ההיוועצות הודעה למערער עם תחילת חקירתו ואף התאפשר לו לממשה, אלא שהוא בחר להימנע מכך. קביעה זו, הנשענת אף היא על ממצאי

מהימנות שקבע בית הדין קמא, לא מעלה כל עילה להתערבות. בדין נקבע כי השיחה עם אביו אינה חלק מזכות ההיוועצות שעמדה למערער.

טענות המערער לעניין חובת הרשות החוקרת לדאוג לנוכחות עורך דין סמוך למתחם החקירות, נדחו בצדק. כחלק מזכות ההיוועצות בסגור מחויבת הרשות החוקרת ליידע את החשוד על זכותו להיוועץ בעורך דין, ומשמתיימת ודאות קרובה לוודאי שייעצר, אף לפגוש בעורך דין (ראו סעיף 1א227 לחוק השיפוט הצבאי).

"מן הזכות היסודית של העצור להיפגש עם עורך דין, נגזרות ומשתמעות הזכות לקבל הודעה על קיומה של זכות זו והחובה המוטלת על הרשויות להודיע על כך לעצור" (בג"ץ 3412/91 סופיאן נ' מפקד כוחות צה"ל באיזור חבל עזה, פ"ד מז(2), 843 (1993) וכן, ע"פ 5121/98 יששכרוב נ' התובע הצבאי הראשי, פ"ד סא(1) 461 (2006), בפס' 16).

מנגד, טענת המערער כי על הרשות החוקרת חובה לזמן מטעמה עורך דין למקום החקירה, איננה מנויה בחוק והיא אף מנוגדת לכלל, לפיו בחירת עורך דין מסורה לבחירת העצור לפי שיקול דעתו.

18. ראינו לדחות את טענת המערער, לפיה הימצאות כלי העישון בבית אימו אינה יכולה להוות "דבר מה" להודיית החוץ שמסר, רק בשל כך שנחקר על אודות מציאתם, במסגרת חקירתו והדברים פורטו בהודייתו. על פי ההלכה הפסוקה –

"אין הידבר מה' צריך להצביע על אשמת הנאשם, אלא די בראיה ישירה או נסיבתית מחוץ לדברי הנאשם בהודאתו, שיש בה עדי לאשר במידת מה את תוכן ההודאה ולהצביע על אמיתותה" (ע"פ 6613/99 סמירק נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(3) 529, 542 (2002)).

מציאת כלים לצריכת סמים מאותו סוג שלגביו הודה המערער כי צרך, מהווה בנסיבות העניין, ראיה חפצית נפרדת וחיצונית להודיית המערער, שיש בה בכדי לאמתה. התייחסות המערער בחקירתו לאותם הכלים, שעה שהתבקש להתייחס אליהם, אינה מכרסמת באופייה "החיצוני" של הראיה, ואינה הופכת את מציאת הכלים לחלק פנימי של הודיית החוץ עצמה. ראיות חפציות התומכות בהודיית חוץ, ומאמתות אותה, הוכרו כ"דבר מה", גם בנסיבות בהן התבקשה התייחסות לגביהן בהודיית החוץ עצמה (יעקב קדמי, על הראיות חלק ראשון 145 (מהדורה משולבת ומעודכנת תש"ע-2009) וכן ע"פ 6613/99 הנ"ל, פסקה 16).

19. יצוין, כי בית הדין קמא קבע כי אף שקרים פוזיטיביים של המערער בעניינים מהותיים כפי שהוכחו בעדויות הוריו, יכולים, בנסיבות העניין, להוות "דבר מה" נוסף, עניין שהמערער לא חלק עליו.

20. מהטעמים האמורים ראינו לדחות את הערעור בכל הנוגע להרשעת המערער, המבוססת כדבעי בראיות שבאו בפני הערכאה קמא.

הערעור לעניין העונש

21. הלכה היא כי ערכאת הערעור לא תתערב בעונש שגזרה הערכאה הדיונית אלא במקרים של

"סטייה קיצונית ממדיניות הענישה במקרים דומים, או כאשר מדובר בטעות מהותית שנפלה בגזר הדין" (ע"פ 1630/14 אבו שנדי נ' מדינת ישראל (טרם פורסם, 4.12.2014)).

בגזירת העונש שקל בית הדין המחוזי את מכלול השיקולים הצריכים לעניין, לרבות הנסיבות שהעלה המערער בערעורו. ניתנה הדעת להיקף מעשי השימוש בסם מסוכן, וסוגי הסם שצרך וכן לתפקידו הצבאי של המערער, כנהג משא. מנגד שקל בית הדין קמא את השלכת הענישה על אביו של המערער, שאינו בקו הבריאות ואת העובדה שהמערער מסייע בידו, וכן את הרישום הפלילי שילווה להרשעת המערער. בחינת שיקולים אלה הביאה למיתון הענישה והעמדתה בחלקו התחתון של מתחם הענישה שנקבע. הענישה שהוטלה עולה בקנה אחד עם מדיניות הענישה הנוהגת ואין לומר כי היא נוטה לצד המחמיר (השוו ע/82/14 סמל עמוסי נ' התובע הצבאי הראשי (2014); ע/50/14 התובע הצבאי הראשי נ' רב"ט שמחוני (2014)). בנסיבות אלה לא ראינו כל הצדקה להקלה נוספת עם המערער, ואנו דוחים את הערעור על כל חלקיו.

ניתן והודע היום, י"א באדר ב' התשע"ו, 21 במארס 2016, בפומבי ובמעמד הצדדים.

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