



### בבית הדין הצבאי לערעורים

בפני :

אלוף דורון פיילס - הנשיא  
 תא"ל אורלי מרקמן - המשנה לנשיא  
 אל"ם יואב כהן - שופט

בעניין :

ח/XXX רב"ט א' ש' – המערער (ע"י ב"כ, רס"ן אורן ליבר ; סרן אנסטסיה  
 סורז'ניקו)

נגד

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

ערעור על פסק דין של בית הדין הצבאי המחוזי במחוז שיפוטי המטכ"ל שניתן בתיק  
 מטכ"ל (מחוזי) 761/18 (סא"ל שחר גרינברג – סגן הנשיאה ; סרן עדי רוטשטיין –  
 שופטת ; סרן עדי גנגיאן – שופטת) ביום 31.5.2018. הערעור (חומרת העונש) התקבל.

### פסק-דין

#### פתח דבר

1. ביום 22.3.2018, הוגש כנגד המערער, רב"ט א' ש', כתב אישום, שבמסגרתו יוחסו  
 לו שלושה פרטי אישום : החזקה בצוותא של סם מסוכן, שלא לצריכה עצמית, לפי  
 סעיפים 7(א) ו-7(ג) רישא לפקודת הסמים המסוכנים [נוסח חדש], התשל"ג-1973  
 וסעיף 29 לחוק העונשין, התשל"ז-1977 ; שימוש בסם מסוכן, לפי סעיפים 7(א) ו-7(ג)  
 סיפה לפקודת הסמים המסוכנים וכן החזקת כלים, לפי סעיף 10 רישא לפקודת  
 הסמים המסוכנים.

על-פי הנטען בפרט האישום הראשון, ביום 8.3.2018, החזיק המערער בצוותא עם טורי רפאל, בקטנוע של טורי רפאל ובמקום מחבוא סמוך לכביש 461, בסם מסוכן מסוג קנאביס, במשקל 208 גרם. על-פי פרט האישום השני, מיום 15.9.2016 ועד לחודש פברואר 2018, השתמש המערער בסם מסוכן מסוג קנאביס, במספר הזדמנויות, בנסיבות אזרחיות. כעולה מפרט האישום השלישי, המערער החזיק בארון שנמצא בחדרו, בביתו, משקל אלקטרוני, המשמש לצריכת סם מסוכן, שעליו נמצאו שרידי סם מסוכן.

2. המערער כפר באשמות שיוחסו לו ובתום שמיעת הראיות, הורשע בכל המיוחס לו בכתב האישום. בעקבות בכך, גזר בית הדין קמא על המערער שמונה (8) חודשי מאסר בפועל, לצד עונשי מאסר על תנאי. כמו כן, הושתו על המערער אחד עשר (11) חודשי פסילה בפועל מלקבל או להחזיק רישיון נהיגה כלשהו והורדה לדרגת טוראי.

3. ההגנה לא השלימה עם הרשעתו של המערער בפרט האישום הראשון וכן, עתרה להרשיע את המערער, במסגרת פרט האישום השלישי, בהחזקת כלים לצריכה עצמית, לפי החלופה המקלה שבסעיף העבירה. נטען גם, כי יש להקל בעונש המאסר בפועל ובעונש הפסילה בפועל, שהוטלו על המערער. לאחר הדיון בערעור, בעקבות הערותינו, הודיעה ההגנה כי המערער חזר בו מהערעור על הרשעתו בפרט האישום הראשון.

4. נבחן, אפוא, תחילה את טענות ההגנה כנגד הרשעתו של המערער בחלופה של החזקת כלים לפי סעיף 10 רישה לפקודת הסמים המסוכנים, ובהמשך, נדון בטענות ההגנה כנגד חומרת העונש.

### **הערעור כנגד ההרשעה בהחזקת כלים לשימוש בסם שלא לצריכה עצמית**

5. כמפורט לעיל, המערער הואשם, במסגרת פרט האישום השלישי, בחלופה המחמירה של סעיף העבירה של החזקת כלים. דהיינו, בהחזקת המשקל "להכנת סם מסוכן או לצריכתו", ושלא "לשימוש בצריכתו העצמית בלבד" (סעיף 10 לפקודת הסמים המסוכנים).

6. בערכאה קמא, כפר המערער במיוחס לו בפרט אישום זה והכחיש כל קשר להימצאות המשקל ברשותו. לאחר שמיעת הראיות, נמצאה עדותו של המערער בבית הדין בלתי מהימנה וגרסתו בעניין זה נדחתה. בהכרעת הדין נקבע, כי:

"הנאשם החזיק בארון שבחדרו בביתו ביום 10/3/2018, משקל אלקטרוני המשמש לצריכת סם מסוכן, עליו נמצאו שרידי סם מסוכן מסוג קנאביס".

7. בערעור, שוב לא חלקה ההגנה על כך שהמשקל אכן נמצא ברשותו ושל המערער, אלא, מיקדה טענותיה בשאלת השימוש שנעשה בו. נטען, כי "לא עולה מראיות התביעה, כפי שעלו בבית הדין קמא, מדוע יש לייחס את החזקת הכלי שלא לצריכה עצמית, דווקא, להבדיל מהחזקה לצריכה עצמית". עוד נטען, כי אף התביעה בסיכומיה, לא נימקה את עמדתה בנושא, וכי לא הובאו ראיות להוכחת החלופה המחמירה בסעיף העבירה. לפיכך, סברה ההגנה, כי התביעה לא עמדה בנטל השכנוע וכי יש לזכות את המערער, מחמת הספק, מן החלופה המחמירה ולהרשיעו, תחתיה, בחלופה המקלה, של החזקת הכלי לצריכה עצמית. נטען גם, כי בית הדין קמא לא נימק הכרעתו בעניין זה.

8. התביעה מצידה, טענה, כי הרשעתו של המערער בעבירה של החזקת סם מסוכן, מאותו הסוג, שלא לצריכה עצמית, כאמור בפרט האישום הראשון, שיוחס לו ודחיית גרסתו בחקירה ובבית הדין – מבססים את הרשעתו בחלופה המחמירה בסעיף העבירה של החזקת כלים, כאמור בכתב האישום בעניינו. עוד נטען כי, משהמערער כפר בבית הדין המחוזי בעצם החזקת המשקל, וממילא לא טען לעניין אופן השימוש בו ומשנדחתה גרסתו כולה, יש להרשיעו על-פי הוראת החוק שיוחסה לו בכתב האישום.

### דיון והכרעה

9. אכן, מעיון בעדויות ובמסמכים השונים שהוצגו בבית הדין קמא, עולה, כי השאלה איזה שימוש נעשה במשקל האלקטרוני **לא נבחנה בערכאה קמא** ואף לא נדונה בסיכומי הצדדים. למעשה, גם בית הדין קמא לא התייחס בהכרעת הדין לסוגיה. לאחר שבית הדין דחה את עמדת ההגנה בכל הנוגע לטענה, כי המשקל לא היה שייך למערער, נקבע, כי "נוכח העובדה כי על המשקל נמצאו שרידי סם מסוכן מסוג קנאביס... הוכח הקשר בין המשקל לבין שימוש וצריכה של סמים... לפיכך, מצאנו כי הוכחו יסודות העבירה בפרט אישום זה".

10. בכל הנוגע להבחנה בין החלופות המנויות בסעיף העבירה, לא מצאנו כי אכן הוכח בראיות, במידה המספקת, הקשר בין המשקל שנמצא לבין שימוש בסם מסוכן, שלא לצריכה עצמית. בדומה להבחנה בין החלופות של החזקת סם מסוכן, המנויות בסעיפים 7(א) ו-7(ג) לפקודת הסמים המסוכנים, מקובל כי:

"על התביעה להתייחס אל כל אחת מחלופות העונש כאילו היתה יסוד מיסודות העבירה, ולציין בכתב האישום את החלופה שהיא טוענת לה, אם במסכת העובדות ואם בהוראות החיקוק... מבקשת התביעה להאשים לפי החלופה

המחמירה – עליה להוכיח כי לא מתקיימת התשתית ליישום החלופה המקלה... על הנאשם מוטלת בהקשר זה 'חובת התגובה' בלבד; ומקום שנוטר ספק – הנאשם ייהנה הימנו" (יעקב קדמי, על פקודת הסמים המסוכנים, עמ' 167-168 (2007), וכן ראו והשוו: ע"פ 172/82 אטיאס נ' מדינת ישראל, פ"ד לו(3) 22, 24 (1982); ע"פ 778/84 פרץ נ' מדינת ישראל, לט(3) 230 (1984)).

11. עולה אם כן, כי משלא התבררה השאלה העובדתית על אודות השימוש שנעשה במשקל שעליו נמצאו שרידי סמים, ומשלא בואר האם קיים קשר בין פרט האישום השלישי לבין פרט האישום הראשון – יש לקבוע, כי התביעה לא עמדה בנטל הראייתי המוטל עליה ולא הוכח, מעל לכל ספק סביר, כי המשקל שימש שלא לצריכה עצמית בסם מסוכן. מסקנה זו אף מתבקשת, משהצדדים לא התייחסו לסוגיה בסיכומיהם ואף בית הדין נמנע מלעשות כן.

12. אשר על כן, מצאנו להורות על זיכוי של המערער, מחמת הספק, מעבירה של החזקת כלים לשימוש בסם שלא לצריכה עצמית, לפי סעיף 10 רישה לפקודת הסמים, ולהרשיעו, תחת האמור, בהחזקת כלים לשימוש בסם לצריכה עצמית בהתאם לחלופה הקבועה בסעיף 10 סיפה.

### הערעור כנגד גזר הדין

#### **גזר-דינה של הערכאה קמא**

13. כעולה מפסק דינה של הערכאה קמא, ביום 8.3.2018, קיבל המערער מחבר סם מסוכן מסוג קנאביס במשקל 208 גרם נטו. הוא וטור' רפאל הניחו את הסם בקטנוע של טור' רפאל, ונסעו עמו לכיוון תל-אביב. טור' רפאל הוא שנהג בקטנוע. בדרכם, עצרו השניים לפני מחסום משטרה. המערער ירד מן הקטנוע והסתיר את הסם במקום סמוך, בצד הדרך. לאחר מכן, ביצעו פניית פרסה ונסעו חזרה, בניגוד לכיוון התנועה. השוטרים דלקו בעקבותיהם בניידת משטרה ועצרו אותם בהמשך. כמו כן, כאמור, המערער עשה שימוש בסם מסוכן מסוג קנאביס, במספר הזדמנויות בודדות, בנסיבות אזוריות, והחזיק ברשותו משקל, שעליו שרידי סם מסוכן מסוג קנאביס. כפי שפירטנו לעיל, המשקל הוחזק לשימוש בסם מסוכן, בצריכה עצמית.

14. בגזר הדין, עמד בית הדין קמא על כך שאף כי המערער הורשע בשלוש עבירות שונות, אין המדובר באירועים נפרדים, המחייבים קביעת מתחם עונש הולם לכל עבירה. הוטעם, כי בין כל העבירות, שבהן הורשע המערער, קיים מכנה משותף של "ביצוע עבירות סמים, במהלך השירות הצבאי".

15. אשר למתחם העונש ההולם, בהתחשב בכמות הסם המסוכן, אשר נתפס בחזקתו של המערער ובהיקף מעורבותו בעולם הסמים, כעולה אף מן המשקל שנתפס בחדרו ומן השימוש שעשה בסם מסוכן, נקבע, כי מעשיו של המערער פגעו בשלום הציבור ובביטחונו, נוכח הסכנה לחברה, הגלומה בשימוש בסמים. בית הדין הדגיש, כנסיבה לחומרה, אף את נסיבות מעצרו של המערער וטור' רפאל על-ידי משטרת ישראל.

16. לאחר מכן, פנה בית הדין קמא לבחון את מדיניות הענישה הנוהגת. בואר, כי "בעבירות של החזקת סמים בכמות שלא לצריכה עצמית, בנסיבות בהן מורשעים נאשמים גם בעבירות נוספות של שימוש עצמי בסמים מסוכנים והחזקת כלים, מוטלים עונשי מאסר בכליאה ממשית לתקופה ממושכת הנמדדת בחודשים, לצד עונשי מאסר על תנאי, פסילת רישיונות נהיגה בפועל לתקופה ממושכת, הורדה לדרגת טוראי וקנס כספי, ככל שקיימות ראיות לעשיית רווח מעולם הסמים".

17. לאור האמור, העמיד בית הדין קמא את מתחם העונש ההולם בין **ששה לעשרה חודשי מאסר בפועל בכליאה ממשית**, לצד עונשי מאסר מותניים, פסילת רישיונות נהיגה והורדה בדרגה.

18. בית הדין הבהיר, כי משלא הונחה לפניו כל תכנית שיקומית קונקרטית, אין מקום לסטות לקולה ממתחם העונש ההולם.

19. בתוך מתחם העונש ההולם, שקל בית הדין, לקולה, את נסיבותיו האישיות המורכבות של המערער ואף את מחדלי החקירה בעניין ובהם, אי-נטילת טביעות אצבע משקית הסם שנתפסה בצדי הכביש, כאמור. הודגש, כי הגם שלא היה בהיעדרן של פעולות החקירה כדי לפגוע בהגנת המערער, יש ליתן לכך משקל מה לקולה, במסגרת גזר הדין.

20. בצד זאת, תוך שהוא מיישם את עיקרון אחידות הענישה, מצא בית הדין לייחס משקל לעונש שהוטל על טור' רפאל. האחרון הורשע, במסגרת הסדר טיעון, בעבירה של **סיוע** להחזקת סם מסוכן שלא לצריכה עצמית, בגין הובלת הסם, שהוחזק על-ידי המערער בקטנוע, שבו נהג טור' רפאל, כמפורט לעיל, ובעבירה של שימוש בסם מסוכן, בנסיבות אזרחיות, בשתי הזדמנויות שונות. טור' רפאל נדון **לארבעה חודשי מאסר בפועל**, מאסר מותנה **ופסילה בפועל מלהחזיק ברישיונות נהיגה, למשך 11 חודשים**. בית הדין קמא עמד על ההבחנה בין המערער לבין טור' רפאל, אשר הורשע, כאמור, כמסייע; שיתף פעולה בחקירה; נטל אחריות למעשים ואף העיד לחובתו של המערער.

21. בסופו של דיון, כאמור, הועמד עונשו של המערער, על שמונה חודשי מאסר בפועל, לצד מאסר מותנה, 11 חודשי פסילה בפועל של רישיון הנהיגה והורדה לדרגת טוראי.

### טענות ההגנה בערעור

22. לדידה של ההגנה, יישומו של עיקרון אחידות הענישה בנסיבות המקרה דנן, מחייב הקלה משמעותית בעונשו של המערער. נטען, כי הגם שטורי רפאל הורשע, על-פי כתב אישום מתוקן, במסגרת הסדר טיעון, כמסייע להחזקת סם מסוכן שלא לצריכה עצמית, לפי מהות הדברים וכעולה מכתב האישום שיוחס למערער מלכתחילה, השניים, טורי רפאל והמערער, הם שותפים מלאים להחזקת הסם. משכך, נטען, כי אין להשלים עם הפער ביניהם בכל הנוגע למשך המאסר בפועל. להשקפת ההגנה, "פער גדול מדי בין שני שותפים פוגע בתחושת הצדק, מראית פני הצדק ואמון הציבור". כמו כן, נטען, כי יש להתחשב בכך שטורי רפאל הוא שנהג בקטנוע ואף בעובדה, כי הסם נתפס והמערער לא הפיק ממנו כל רווח.

23. בד בבד, עמדה ההגנה על נסיבות חייו המורכבות של המערער ועל השתלבותו בשירות הצבאי, חרף קשייו מבית.

24. אשר לעונש הפסילה נטען, כי מדובר בעונש החורג ממדיניות הענישה הנוהגת, בפרט על רקע העובדה שהמערער לא נהג בקטנוע במהלך האירוע מושא פרט האישום הראשון, להבדיל מטורי רפאל.

### תשובת התביעה

25. התביעה סבורה, כי אין להתערב בגזר-דינו של המערער. נטען, כי חלקו של המערער מרכזי ודומיננטי בכל הנוגע לפרט האישום המרכזי (הראשון), וכי ממילא, אין להשוות בין עונשו של טורי רפאל, אשר נטל אחריות למעשיו עוד בחקירה, הודה בכתב האישום שיוחס לו, במסגרת הסדר טיעון ואף העיד כעד תביעה; לבין העונש שראוי להטיל על המערער, אשר הורשע לאחר שמיעת ראיות, ועדותו נמצאה בלתי מהימנה. לשיטתה של התביעה, נתונים אלה מצדיקים פער בענישה של השניים ועל כן, אין לקבוע כי נפל פגם מהותי בגזר הדין של בית הדין קמא.

דיון והכרעה

26. כאמור, בגין עובדות אלו, הורשע המערער בשלוש עבירות, שלכולן נגיעה ישירה לעולם הסמים המסוכנים. כך, הורשע המערער בהחזקת סם מסוכן מסוג קנאביס, שלא לצריכה עצמית; במעשי שימוש בסם מסוכן מסוג קנאביס; ובהחזקת משקל לצריכה ממנו. ללמדנו על עומק מעורבותו בתחום זה ועל היקפה הרחב.

27. חומרה יתרה מצויה בהחזקת הסם שלא לצריכה עצמית, בהיותה חלק משרשרת הפצת הסם ברבים (ראו והשוו: ע/141,142/10 טור' סותו נ' התובע הצבאי הראשי (2010)). הלכה היא, כי גם השותפים הזוטרים במערך הפצתו של הסם ראויים לענישה חמורה (ראו והשוו: ע"פ 3820/09 מדינת ישראל נ' אוהיון (טרם פורסם, 6.9.2009); ע/84/11 התובע הצבאי הראשי נ' רב"ט פרג'ון (2011)).

28. נסיבות ביצוע העבירות, כמפורט לעיל, מלמדות על פגיעה ממשית באינטרס הציבורי לבער את נגע הסמים מן החברה בכלל ולמגר את הסמים מבין שורותיו של הצבא, בפרט (ראו: ע/11/08 התובע הצבאי הראשי נ' סמל ירושלמי (2008)). בית-דין זה חזר ושנה, כי עבירות סמים באשר הן, בתוככי היחידה ומחוץ לה, מכרסמות בחוסנו של הצבא ובכשירותו, ושומה להלום אותן בדרך של ענישה משמעותית (ע/72/17 רב"ט ניסים נ' התובע הצבאי הראשי (2017); ע/51,52/12 התובע הצבאי הראשי נ' רב"ט פרץ (2012)). בהתאם, כעולה ממדיניות הענישה הנוהגת במקרים דומים, יש להשית על מי שנכשל בעבירות כאמור, עונשי מאסר בפועל למשך מספר חודשים (ראו והשוו: ע/27/99 סמל אלגרי נ' התובע הצבאי הראשי (1999); ע/95/98 התובע הצבאי הראשי נ' רב"ט אגלר (1998); ע/138,141/09 טור' פרץ נ' התובע הצבאי הראשי (2010); ע/48/10 טור' דרוסקין נ' התובע הצבאי הראשי (2010)).

29. זאת ועוד, הגם שנסיונותיו האישיות של המערער, ראויות להתחשבות, כלל הוא, כי "משקלן של הנסיבות האישיות איננו יכול ליטול את משקל הבכורה ולדחוק לקרן זוית את צרכי ההלימה וההרתעה שהינם משמעותיים במקרים שכאלה" (ראו: עניין פרג'ון לעיל, עמודים 5-6 והפסיקה המנויה שם).

30. נראה, אפוא, כי על פני הדברים, מתחם העונש ההולם שקבע בית הדין קמא ועונש המאסר בפועל בתוכו, מאזנים נכונה את שיקולי הענישה ולא נפלה בהם שגגה.

31. עם זאת, משזוכה המערער מן החלופה המחמירה בפרט האישום השלישי שיוחס לו; משבחר לחזור בו מן הערעור וליטול את משקל הבכורה ולהחזקתו של הכלי לצריכת סם מסוכן; ולנוכח העונש שהוטל על טור' רפאל, שותפו לעבירת ההחזקה, מושא פרט האישום המרכזי בפרשה – סברנו, כי ניתן להקל עמו במידת מה.

32. אכן, ראוי לנקוט ענישה מתונה יותר ביחס לטור' רפאל, השותף שנטל אחריות למעשיו, שיתף פעולה בחקירה ואף סייע בידי רשויות האכיפה לאכוף את הדין בעניינו של המערער (ראו והשוו: ע/74,75/16 רב"ט אלי-מלך נ' התובע הצבאי הראשי (2016)). בדומה, אין לגזור גזירה שווה בין המערער לבין טור' רפאל, שעונשו נגזר במסגרת הסדר טיעון (ראו והשוו: ע/14,15/13 סמל ביטון נ' התובע הצבאי הראשי, פסקה 66 (2013)). ואולם, בסופו של דבר, לנוכח מעורבותם של השניים בהחזקת הסם, כמפורט לעיל, ולאחר שהמערער נטל אחריות על חלקו באירוע – ניתן להקל עמו מעט, ולצמצם את הפער בין עונש המאסר שהושת עליו לעומת זה שהושת על טור' רפאל. בהתאם, מצאנו להעמיד את עונש המאסר בפועל על שבעה (7) חודשים.

33. אשר לעונש הפסילה שהושת על המערער, אף כאן, מטעמים של הלימה והרתעה וכחלק מתמהיל הענישה, ראוי להשית עליו עונש של פסילת רישיונות נהיגה למשך מספר חודשים (ראו והשוו: ע/61/17 התובע הצבאי הראשי נ' רב"ט טויטו (2017)). עם זאת, נוכח הטעמים שציינו לעיל (פסקה 31), מאחר שהמערער לא נהג בקטנוע במהלך האירוע, ואף בהתחשב בפער בין עונש המאסר שהושת עליו לעומת זה שהוטל על חברו – סברנו כי ניתן להקל במשכו.

34. בחינת התמונה הכוללת, בראי שיקולי הענישה המקובלים, מעלה, כי יש להעמיד את עונש הפסילה בפועל על ששה (6) חודשים.

35. סוף דבר, ערעור ההגנה על חומרת העונש מתקבל. עונש המאסר בפועל יועמד על שבעה חודשים מיום מעצרו, ועונש הפסילה בפועל יופחת לששה חודשים. אין שינוי ביתר רכיבי העונש.

ניתן והודע היום, ז' באב התשע"ח, 19 ביולי 2018, בפומבי ובמעמד בעלי הדין.

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