**בבית הדין הצבאי לערעורים**

לפני:

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| **תא"ל אורלי מרקמן** | **-** | המשנה לנשיא |
| **אל"ם נועה זומר****אל"ם יהושע פרי** | **-** **-**  | שופטתשופט |

בעניין:

**X/XXX רב"ט א' ש' –** המערערת (ע"י ב"כ, עו"ד בנימין מלכא)

**נ ג ד**

**התובע הצבאי הראשי –** המשיב (ע"י ב"כ, סרן עינב אוראל כהן)

ערעור על פסק דין של בית הדין הצבאי המחוזי במחוז שיפוטי זרוע היבשה שניתן בתיק ז"י (מחוזי) 95/19 (רס"ן ענת שחר ויינברג - שופטת) ביום 15.9.2019. הערעור (הכרעת הדין וחומרת העונש) נדחה.

**פ ס ק - ד י ן**

**פתח דבר**

1. המערערת, רב"ט א' ש', הורשעה, לאחר שמיעת ראיות, בעבירה שעניינה שימוש בסם מסוכן, לפי סעיף 7(א) ו-(ג) סיפא לפקודת הסמים המסוכנים [נוסח חדש], התשל"ג-1973, ובעבירה של סירוב להיבדק לשם גילוי שימוש בסמים מסוכנים, לפי סעיפים 127א ו-250א לחוק השיפוט הצבאי, התשט"ו-1955. נקבע, כי בין החודשים אפריל-מאי 2018, או במועד סמוך לכך, בבסיס צאלים, השתמשה המערערת בסם מסוכן מסוג קנאביס, באמצעות סיגריה מגולגלת שהכילה את הסם האמור (ג'וינט), ביחד עם חייל, טור' נ' וחיילת נוספת. עוד נקבע, כי ביום 6.3.2019, במהלך חקירתה במצ"ח, סירבה המערערת למסור דגימת שתן לשם גילוי שימוש בסמים מסוכנים, חרף צו חוקי שחייבה לעשות כן.
2. בעקבות הרשעתה, הושתו על המערערת 35 ימי מאסר בפועל בדרך של עבודה צבאית, עונשי מאסר מותנה והורדה לדרגת טוראי.
3. ההגנה לא השלימה עם פסק הדין בעניינה של המערערת ומכאן הערעור שלפנינו. בהודעת הערעור ציין הסנגור כי הערעור מופנה הן כנגד הכרעת הדין והן כנגד גזר הדין, אך לא פירט נימוקים בכל הנוגע לערעור כנגד גזר הדין. במהלך הדיון בערעור, לשאלתנו, הבהיר הסנגור כי הערעור עוסק בהכרעת הדין ואינו מכוון כנגד גזר הדין. עם זאת, בהמשך, במהלך שמיעת טיעוני התביעה, מסר הסנגור, כי הוא מבקש לערער גם על עונש ההורדה בדרגה. לפיכך, נדון תחילה בערעור ההגנה על הכרעת הדין ולאחר מכן, ככל שיידחה הערעור בעניין זה, נפנה לדון בערעור ההגנה על העונש.

**ערעור ההגנה על הכרעת הדין**

1. ההגנה סבורה, כי אשמתה של המערערת בעבירות שבהן הורשעה, לא הוכחה מעל לכל ספק סביר.
2. בערעורה, שבה ההגנה על הטענות שהעלתה לפני בית הדין קמא, וטענה כי יש להעדיף

את עדותו בבית הדין של עד התביעה, טור' נ', אשר הכחיש את מעורבותה של המערערת בשימוש בסם מסוכן, על פני הודעתו הכתובה במצ"ח, שבמסגרתה הפליל את המערערת בשימוש בסם ביחידה. נטען, כי אין לייחס משקל של ממש לדבריו המפלילים של העד בחקירה, מאחר שאלה, על פי הנטען בעדותו בבית הדין, נמסרו מתוך רצון לנקום במערערת, לאחר שהחוקר טען לפניו כי המערערת, שבאותו השלב טרם נחקרה, הפלילה אותו בעבירות סמים.

1. עוד נטען, כי מחדלי החקירה בעניינה של המערערת מכרסמים במידה ניכרת במשקל הראיות לחובתה. נטען, כי היה על גורמי החקירה לנקוט מאמץ לאתר את החיילת הנוספת, ששמה עלה בהודעתו הכתובה של טור' נ' כמי שעשתה שימוש בסם מסוכן בצוותא עמו ועם המערערת. כמו כן, נטען, כי יש לזקוף לחובת התביעה את הימנעותה מלהביא את החיילת לעדות במשפט. ההגנה סבורה, כי בית הדין קמא שגה עת פסק כי אי-זימונה של אותה חיילת לעדות נזקף לחובתה של ההגנה ומחזק את ראיות התביעה.
2. בדומה, נטען כי לא ניתן לבסס תוספת ראייתית על סירובה של המערערת למסור דגימת שתן במהלך החקירה, נוכח חלוף הזמן מאז מועד השימוש הנטען בסם ביחידה, ובשים לב להסבר שמסרה המערערת לסירובה בעניין. לדידה של ההגנה, ממילא, בדיקה מעמיקה ואיתור החיילת הנוספת, היו מפריכים את החשד נגדה ומייתרים את הצורך בנטילת השתן.
3. ההגנה סבורה גם, כי אין מקום להרשיע את המערערת בעבירה של סירוב להיבדק לשם גילוי שימוש בסמים מסוכנים, נוכח ההסבר שניתן לסירובה, כאמור. נטען גם, כי אלמלא הייתה המערערת עומדת לדין בגין עבירה של שימוש בסם מסוכן, ניתן היה להסתפק בעניינה בהליך משמעתי בכל הנוגע לעבירה של סירוב להיבדק לשם גילוי שימוש בסמים מסוכנים.

**תשובת התביעה**

1. מנגד, עתרה התביעה לדחות את ערעור ההגנה ולהותיר את פסק דינה של הערכאה קמא על כנו. נטען, כי ערעור ההגנה כנגד הכרעת הדין יסודו, למעשה, בבקשה להתערב בממצאי מהימנות, אשר בהתאם להלכה הפסוקה ובנסיבות המקרה דנן – אין לקבלה.
2. לדידה של התביעה הצבאית, בית הדין קמא הנכבד שקל כדבעי את כלל העובדות שהוכחו לפניו בנוגע לחקירתה של המערערת, והסיק, כנדרש, כי לא נגרם לה כל עיוות דין וכי הגנתה לא נפגעה.
3. לגופן של ראיות, נטען, כי אשמתה של המערערת בעבירות שיוחסו לה הוכחה מעל לכל ספק סביר, וכי השתלשלות העניינים בהליך המשפטי בעניינה מלמדת, כי בדין ניתן משקל ראייתי לחובתה, הן לסירובה למסור דגימת שתן בחקירה, והן לאי זימון החיילת הנוספת לעדות מטעם ההגנה. התביעה סבורה, אפוא, כי צבר הראיות והתשתית כולה מוכיחים את אשמתה של המערערת במידת הוודאות הנדרשת בפלילים.

**המסד הראייתי**

**השתלשלות העניינים בחקירה**

1. הבריח התיכון להרשעת המערערת בעבירה של שימוש בסם מסוכן הוא האמרה שמסר המפליל, טור' נ', בחקירתו במצ"ח, ביום 6.3.2019. עיון במסמכים ובעדויות שהוצגו בבית הדין מעלה, כי טור' נ' זומן לחקירה במצ"ח בעקבות מידע מודיעיני ביחס למעורבותו בשימוש בסמים מסוכנים, בצוותא עם המערערת. בפתח חקירתו הוסברו לו זכויותיו והוצגו לו החשדות בעניינו. זמן לא רב לאחר מכן (כשעתיים מפתיחת החקירה), לאחר שמסר דגימת שתן שתוצריה בערכת השדה לימדו על חשד להימצאות תוצרי חילוף של סם מסוכן מסוג קנאביס, הודה טור' נ' במעשי שימוש בסם מסוכן ביחידה ומחוצה לה. בין היתר, התוודה טור' נ' על אירוע שבו עשה שימוש בסם מסוכן ביחידה, בצוותא עם המערערת ועם חיילת שלישית.
2. בעדותו בבית הדין חזר בו טור' נ' מדבריו בחקירה ואמרתו הוגשה כראיה באמצעות החוקר שגבה אותה, מכוח סעיף 10א לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א-1971 (להלן: "פקודת הראיות") (ת/8).

מעיון באמרה עולה, כי טור' נ' נשאל האם השתמש בסמים במהלך שירותו הצבאי בנסיבות צבאיות והשיב כדלקמן:

"בעבר, פעם אחת עם א' ש', ועוד פעם נוספת עם חבר מהאזרחות שהשתמשנו בבסיס ... אפריל/מאי 2018... ישבנו בחדר משמר, אני א' ש' ועדי משהו עם ס' סוודיו, סוודיה משהו כזה. חבר מהאזרחות טלפן אלי, אמר לי בוא נעשה שאכטה, הוא חשב שאני בבית, הטלפון היה על ספיקר ואורי ועדי שמעו, אורי נתנה לי גיחוך כזה וכמה ימים לאחר מכן עדי אמרה לי שהיא רוצה לנסות לעשן ובאורח פלא הוציאה לי פייסל מקופסת סיגריות. אמרתי לה אין דבר כזה אני לא מבין בזה אני לא רוצה להתעסק בזה תמצאי מישהו אחר ויש לציין שהיינו בסוג של מערכת יחסים כזה. אמרתי לה לא אין סיכוי לא מתעסק עם זה ובמיוחד לא בבסיס, לאחר כמה זמן השתכנעתי והלכנו למאחורי בניין התקשוב, עישנו שלושתנו ומאז לא דיברנו על זה."

1. כמו כן, במענה לשאלה באיזה סם השתמשו, השיב טור' נ' כי השתמשו "בירוק", ועישנו "בפייסל". הוא ציין עוד, כי קשריו עם המערערת מתמצים ב"שלום-שלום". בהמשך, פירט על מעשה שימוש נוסף בסם מסוג קנאביס בבסיס, בצוותא עם חבר, וכן, התוודה על מעשי שימוש תכופים בסם מסוג קנאביס, בנסיבות אזרחיות. לאחר שנחקר על-ידי מפקדת בסיס מצ"ח יואב, התוודה טור' נ' גם על כ-20-15 מעשי שימוש בסם מסוכן מסוג קנאביס שביצע בבסיס, בצוותא עם טבח מיחידתו. את שמו של הטבח, סירב לציין. טור' נ' סיים את דבריו בחקירה בהבעת חרטה על מעשיו.
2. טור' נ' נשפט לפני בית דין והורשע בשתי עבירות של שימוש בסם מסוכן. על-פי פרוטוקול הדיון בבית הדין, במסגרת ההודאה בכתב אישום מתוקן, בעקבות הסדר טיעון שגובש בין הצדדים, אישר טור' נ', כי בהיותו בבסיס צאלים, "בין המועד 1 באפריל 2018 וה-1 ביוני 2018, השתמש ... יחד עם רב"ט א' ש' ואדם נוסף, שזהותו אינה בידיעת התביעה, בסם" (ת/6).
3. המערערת נחקרה במצ"ח ב-6.3.2019, בשעות הערב. היא הכחישה שביצעה שימוש בסמים מסוכנים וסירבה למסור דגימת שתן לשם גילוי שימוש בסמים מסוכנים. את סירובה נימקה בכך שהיא נוהגת להתרועע עם אזרחים אשר צורכים סמים ובהם בן זוגה, ולכן היא חוששת שהדגימה תצא חיובית. המערערת עמדה בסירובה גם לאחר שהוסבר לה, כי חשיפה לשימוש בסם מסוג קנאביס על-ידי אחרים ("עישון פסיבי"), אינה מובילה לתוצאה חיובית בבדיקת הדגימה במעבדה. המערערת סירבה למסור דגימת שתן אף לאחר שהוצא בעניינה צו המורה לה למסור את הדגימה, והוסברו לה המשמעויות וההשלכות הנלוות לסירוב לו. המערערת הסכימה לחיפוש במכשירה הסלולארי. עיון בתכתובות שנמצאו במכשיר הצביע על כך שבן זוגה דאז משתמש בסמים מסוכנים.
4. בכל הנוגע להפללתה בידי טור' נ', השיבה המערערת בחקירה, כי "לא יודעת למה הוא המציא את זה, הוא לא שונא אותי או משהו, רק היי מה קורה וביי". המערערת לא נשאלה שאלות נוספות בעניין ולא התבקשה להתייחס למעורבותה באירוע של חיילת נוספת מיחידתה, בשם עדי.

**מהלך המשפט בבית הדין קמא**

1. בבית הדין קמא, במסגרת גדר הכפירה, טענה ההגנה כי "הנאשמת כופרת באישום הראשון לעניין שימוש בסם מסוכן. הנאשמת תטען כי אינה יכולה לדעת בשלב זה מדוע בחר טור' נ' להפלילה ועל כן תבקש הנאשמת לנהל הליך לעניין זה. כמו כן, כבר עתה **יצוין כי בעת האירוע הנטען על-ידי טור' נ' הייתה חיילת נוספת אשר לטענת התביעה זהותה לא ידועה ואשר, לשיטת הנאשמת, יכולה לשפוך אור על המקרה ולהצדיק את גרסת הנאשמת לעניין אי שימוש בסם מסוכן**" (הדגשות הוספו). לעניין האישום השני, העוסק בסירוב למסור דגימת שתן, ציינה ההגנה, כי "הנאשמת תודה בעובדות כתב האישום אך תכפור באשמה, הנאשמת תטען כי לא הוסברה לה מהות הסירוב וכן הפחד בו הייתה מצויה הנאשמת הואיל והוטחו בפניה חשדות קשים, לעניין השימוש בסם אשר לא היו ולא נבראו, הוסיפו לכך שהנאשמת חששה ליתן דגימת שתן". בואר עוד, כי ההגנה מבקשת לחקור את כל עדי התביעה, וכן, כי "**ככל וזהות החיילת הנוספת לא תיוודע לתביעה, תוגש בקשה מתאימה לזמנה כעדת הגנה. זהות החיילת הנוספת ידועה לנאשמת**" (הדגשות הוספו). אף בפתח ישיבת ההוכחות הפנה בא כוחה של המערערת לגדר הכפירה, כמפורט לעיל.
2. במהלך פרשת התביעה, כבר בתחילת עדותו של טור' נ', חזר בו האחרון מהפללתה של המערערת. טור' נ' אישר את מרבית דבריו במצ"ח, אך הכחיש את אלה העוסקים במעורבותה של המערערת בשימוש בסם. בחקירה ראשית טען, כי מסר את שמה של המערערת מאחר שהחוקר הוליך אותו שולל ורמז לו כי המערערת הפלילה אותו. נטען על-ידיו, כי בדה את הסיפור שלפיו עשה שימוש בסם מסוכן בצוותא עם המערערת, מכיוון שפעל מתוך לחץ ומאחר שסבר כי הופלל על-ידיה. אשר להודאה שמסר במשפטו, טור' נ' טען, כי אמנם אישר בבית הדין את הפרטים ביחס למעשה השימוש בסם ביחידה, בצוותא עם המערערת, במסגרת כתב האישום המתוקן בעניינו, אך טען, כי עשה כן בעקבות לחץ שהפעילו עליו אביו וסנגורו. לאחר האמור, הוכרז טור' נ' כעד עוין.

בהמשך, לשאלות ההגנה, מסר טור' נ' שוב כי הפליל את המערערת לשווא, עקב לחץ שהפעיל עליו החוקר. טור' נ' שב ואישר את מרבית מעשי השימוש בסם, שבהם הודה באמרתו במצ"ח ובמסגרת הודאתו במשפטו, לפני בית הדין, אך טען כאמור, כי השימוש עם המערערת לא היה ולא נברא, וגם החיילת השלישית, שאותה הזכיר בתיאור האירוע שבו עשה שימוש בסם מסוכן, בצוותא עם המערערת, כמי שעשתה עמם שימוש בסם מסוכן ואף הביאה את הסם לתוככי היחידה ויזמה את השימוש בו – אינה קיימת במציאות והיא פרי דמיונו. טור' נ' אישר, כי הקשר בינו לבין המערערת היה קשר שטחי, של "שלום-שלום". לשאלה נוספת של ההגנה, מסר, כי הפליל את המערערת מתוך רצון לנקום בה, לאחר שנמסר לו בחקירה, כי היא הפלילה אותו קודם לכך.

טור' נ' נשאל על-ידי בית הדין, מדוע, אם מטרתו הייתה לנקום במערערת ולהפליל אותה, פירט באמרתו בחקירה, כי בחורה בשם עדי, שעמה ניהל מערכת יחסים, יזמה את השימוש בסם המסוכן ואף הביאה את הסם לתוככי היחידה. בתגובה השיב, כי ביקש להתנקם במערערת, ברם, העדיף לתאר מקרה שלא ארע, באופן שהמערערת לא תיפגע יתר על המידה, על-כן, כנטען, בדה את דמותה של עדי ואת חלקה באירוע.

1. במסגרת פרשת התביעה העידו אף מספר חוקרי מצ"ח. החוקרת שגבתה את אמרתה של המערערת מסרה בעדותה, כי בפתח החקירה פרטה לפני המערערת מהן זכויותיה. המערערת מסרה לה, כי היא חוששת שהדגימה תימצא חיובית לסם, מאחר שהיא נוהגת להתרועע עם אנשים אשר צורכים סמים. יש לציין, כי בשלב החקירה הנגדית, נמנעה ההגנה מלהציג לחוקרת את טענת המערערת, כפי שהועלתה מאוחר יותר, במהלך עדות המערערת במסגרת פרשת ההגנה, כי החוקרת מסרה לה שתוצרי "עישון פסיבי" נותרים בשתן במשך שלושה ימים.

רס"ן ברק, מפקדת בסיס מצ"ח יואב, פירטה בעדותה, כי החליטה לחייב את המערערת למסור דגימת שתן לשם גילוי שימוש בסמים מסוכנים, נוכח המידע מודיעיני שהוצג לה, אמרתו המפלילה של טור' נ', דבריה של המערערת באמרה, דבריה בשימוע לפני הוצאת הצו ("אני לא רוצה למסור [דגימת שתן]"), ותכתובות שנמצאו במהלך חיפוש ידני במכשיר הסלולארי שברשותה.

1. נוכח טענותיו של טור' נ' על לחץ שהופעל כלפיו בחקירה, העיד גם החוקר שגבה את אמרתו. האחרון מסר, כי כלל זכויותיו של טור' נ' הוסברו לו בפתח החקירה. הוא אישר כי ציין לפני טור' נ' שהמערערת הפלילה אותו, הגם שפרט זה לא היה נכון. כמו כן ציין, כי **נעשו ניסיונות לאתר את החיילת השלישית שהוזכרה על-ידי טור' נ' באמרה, חיילת בשם עדי, דרך מערכת תיק אישי ובאמצעות פניה למפקדים, אך ניסיונות אלה לא צלחו**.
2. יש לציין, כי במהלך פרשת התביעה, חזרה בה ההגנה מהצהרתה כי תבקש לזמן את החיילת השלישית, עדי, כעדת הגנה, ומסרה כי "**הנאשמת חשבה על כך שוב והיא חשבה על כך והבינה שאין אדם כזה**" (הדגשות הוספו, עמ' 13 לפרוטוקול, שורות 37-36, ובהמשך, בעמ' 14, שורות 3-1).
3. לפיכך, במסגרת פרשת ההגנה, העידה המערערת בלבד. המערערת מסרה בעדותה, כי היא מתנגדת לשימוש בסמים, ונימקה את סירובה למסור דגימת שתן בטענה ששהתה בחברת אחרים המשתמשים בסמים, ובהם, גם בן זוגה דאז. המערערת טענה, **לראשונה**, כי במהלך חקירתה במצ"ח, מסרה לה החוקרת שתוצרי עישון פסיבי נותרים בשתן לפרק זמן של עד שלושה ימים לאחר החשיפה ולכן, מכיוון שעובר לחקירה שבה מחופשה, שבמהלכה שהתה ליד אחרים שעשו שימוש בסמים, חששה למסור דגימת השתן.
4. בחקירה הנגדית, לשאלות התביעה, **אישרה המערערת כי לטור' נ' היה קשר רומנטי עם חיילת בשם עדי. המערערת פירטה כי שם משפחתה של עדי הוא נהור וכי המדובר בחיילת שהיא חברתה לבסיס ומשרתת עמה בנשקיה כטכנאית נשק**. **המערערת ציינה עוד כי מסרה את הפרטים בנוגע לעדי לסנגורה וטענה, כי עדי תוכל לשפוך אור על המקרה ולאשר שמעשה השימוש בסם שאליו מתייחס טור' נ' באמרתו - לא התרחש**. במענה לשאלת בית הדין, מדוע לא התייצבה חברתה עדי על מנת להעיד לטובתה, השיבה המערערת כי אינה יודעת והוסיפה כי סברה שהיא אכן תגיע. המערערת טענה, כי לא ידעה האם מותר לה להזמין עדים, וכן, כי אין לחברתה עדי קושי להגיע ולאשר את גרסתה (עמ' 28 לפרוטוקול).

**פסק הדין של בית הדין קמא**

1. לאחר שבחן את הראיות שהוצגו לו ואת העדויות השונות, מצא בת הדין קמא לייחס משקל רב לאמרתו של טור' נ' בחקירה ולבסס עליה, כנדבך עיקרי, את הרשעתה של המערערת בעבירה של שימוש בסם מסוכן. נקבע, כי בחינת האמרה מעלה את הדברים הבאים:

"טור' נ' תיאר את המועד בו בוצע השימוש, את השתלשלות האירועים שקדמה לשימוש, ואף תיאר אירועים שקרו מספר ימים קודם לכן. טור' נ' ציין מי היו הנוכחים במקום, וכן ציין את המקומות בהם התנהל השיח המקדים והמקום שבו בוצע השימוש בסם. האמור בגרסה מפורטת, בעלת הגיון פנימי ותיאור אירוע סדור. גרסה זו אף מתיישבת עם המשך אמרתו של טור' נ', לפיה זה השימוש הראשון שהוא ביצע ושאר השימושים בהם הודה ... היו מאוחרים לאירוע זה".

1. לעומת זאת, בכל הנוגע לעדותו בבית הדין, הוטעם, כי "ניכר היה שטור' נ' עושה כל מאמץ על מנת לחזור בו מגרסת ההפללה". בית הדין פירט, כי:

"טור' נ' טען שפעל מתוך לחץ, רעב, עייפות ... ואולם הפללתו את הנאשמת, אירעה בשלב מוקדם של החקירה, כשעתיים לאחר פתיחת החקירה, ולאחר הפסקת תשאול. הפללה זו היוותה למעשה, ראשית ההודאה שלו בשימוש בסמים גם לגבי עצמו. אף הלחץ שנטען על ידי טור' נ' שהופעל עליו, כפי שתואר על ידי טור' נ', אינו כזה, אשר הוכר במבחני הפסיקה כלחץ הפוסל או מפחית ממשקל ההודאה. מה גם שטור' נ' כלל לא חזר בו בכל הנוגע להודאתו לגבי השימושים העצמיים בסם, בהם הודה בבית הדין, אלא רק לגבי הפללתו את הנאשמת (למעט הסתייגותו לעניין היקף השימושים). אף המילים איתן בחר לסיים את חקירתו במצ"ח, מוסיפות נופך של אמינות וכנות לאמרתו בחקירה. גם הטענה לפיה ביקש לנקום בנאשמת ולכן הפלילה, אינה מתיישבת עם תוכן אמרת ההפללה... אילו ביקש טור' נ' 'לנקום' בנאשמת על דרך אמרת ההפללה, איך ניתן להסביר את תיאור ההפללה שבו הנאשמת מתוארת כמי שהצטרפה לשימוש בסם בלבד, כאשר החיילת עדי היא זו שהביאה את הסם ואליה הצטרפו טור' נ' והנאשמת; ואם אכן ביקש טור' נ' לנקום בנאשמת מדוע הסתפק בהפללתה בשימוש אחד בלבד ולא הוסיף שימושים ומדוע מצא לנכון לקשור את עצמו בשימוש עמה. ההפללה המתוחמת באירוע אחד בלבד ובנסיבות שתוארו, אינה מתיישבת כלל עם מניע של 'נקמה', ואף המענה שהשיב טור' נ' לשאלות בית הדין, לפיו הוא ביקש 'לנקום' בנאשמת אבל בד בבד הוא ביקש 'שאם הסיפור הזה ייצא אמת, אורי לא תקבל את מלוא העונש'... אינו מתיישב עם מניע של נקמה".

1. הוטעם גם, כי "אף הטענה לפיה טור' נ' המציא את אותה עדי, אינה מתיישבת עם תוכן ההפללה. בהפללתו מתייחס טור' נ' לשני אירועים שונים, בהם הוא נמצא ביחד עם עדי ועם הנאשמת. תחילה כאשר קיבל שיחה מחברו אותה ניהל ברמקול, כשחברו הציע לו 'לעשות שכאטה', ובפעם השנייה כאשר עדי היא זו שהביאה 'פייסל' והם הלכו שלושתם יחד לעשן מאחורי בניין תקשוב. אם אכן מדובר ב'המצאה', מדוע הוסיף טור' נ' כי הוא ועדי היו ב'סוג של מערכת יחסים'. המדובר בפרט ייחודי, שיש בו כדי לצבוע את הקשר בינו לבין אותה עדי באור אחר."
2. תימוכין לכך, מצא בית הדין בדברים הבאים:

"לכך מצטרפים דבריה של הנאשמת בעדותה בבית הדין, ולפיה היא מכירה חיילת בשם עדי שהייתה במערכת יחסים רומנטית עם טור' נ', ואשר התגייסה באותו יום עם הנאשמת ומשרתת עימה יחד בנשקיה... ".

1. בהתאם, מצא בית הדין להעדיף את אמרת ההפללה של טור' נ' על פני עדותו בבית הדין. בואר גם, כי לא נמצא פסול "בפעולת החקירה שנקט החוקר... ולפיה מסר לטור' נ' כי הוא הופלל על-ידי הנאשמת, שכן כבר נקבע בעבר שמדובר בפעולה לגיטימית שאין בה כדי לשלול את רצונו החופשי של הנחקר".
2. אשר לסוגיית החיזוק הראייתי הנדרש לאותה אמרת הפללה, עמד בית הדין על-כך שבעדותה לפניו, בפרשת ההגנה, **לראשונה**, נטען על-ידיה, כי הסיבה לכך שסירבה למסור את הדגימה היא שהחוקרת מסרה לה שניתן לזהות עישון פסיבי "עד שלושה ימים מיום השימוש", וכי היא שהתה עם אזרחים שהשתמשו בסמים, עובר לחקירתה ולכן חששה שהדגימה שלה תצא חיובית. בואר גם, כי ההגנה לא הציגה כל שאלה בעניין זה לחוקרת, שהעידה בפרשת התביעה. בית הדין ציין את הכלל שלפיו אי הצגת שאלה מהותית לעד והימנעות מחקירתו הנגדית פועלת לחובתו של מי שנמנע מלעשות כן ובהתאם, קבע, כי "משבחרה ההגנה שלא לעשות כן, לא ניתן לקבל את טענתה לעניין זה". בהתאם ותוך שהוא מפנה לע/51/00 **התובע הצבאי הראשי נ' טור' קריחלי** (2000), קבע בית הדין כי הסירוב למסור דגימה שתן, חרף קיומה של סנקציה פלילית, מצביע על רצונה של המערערת "למנוע חשיפתה של עבירה פלילית אחרת" ויש בו כדי לחזק את אמרת ההפללה.
3. כחיזוק ראייתי נוסף, הפנה בית הדין אל השתלשלות העניינים במשפט – כאמור, בגדר הכפירה פירטה ההגנה כי זהות החיילת השלישית, שהוזכרה באמרת ההפללה, ידועה לה ואף יש ביכולתה של אותה חיילת לאשש את גרסת המערערת כי לא עשתה שימוש בסם מסוכן בנסיבות שתוארו. ההגנה אף ציינה כי תפעל לזמן את החיילת כעדה מטעמה. אלא, שנוכח גרסתו של טור' נ', שלפיה לא קיימת חיילת בשם "עדי", טענה ההגנה כי, למעשה, אין חיילת כזו – "הנאשמת חשבה על כך והבינה שאין אדם כזה". דא עקא, שבחקירתה הנגדית, אישרה שוב המערערת, הפעם בעדות, שקיימת חיילת בשם עדי, אשר משרתת עימה ביחידה (באותו תפקיד) ואף קיימה מערכת יחסים עם טור' נ'. המערערת אף ציינה כי פרטיה של החיילת ידועים לסנגור וכי יש ביכולתה לשלול את קיומו של האירוע, שתואר באמרת ההפללה. לאור האמור, קבע בית הדין כי הימנעות ההגנה מלהביא את עדי כעדה מטעמה "מדברת בעד עצמה, ויש בה לטעמי משום ניסיון להתאים את גרסת ההגנה לגרסתו של טור' נ' אשר נשמעה לראשונה במסגרת עדותו בבית הדין. להחלטה להימנע מהבאתה של עדי יש משמעות ראייתית, ואין מנוס מלהניח שאילו עדי הייתה מגיעה, דבריה היו פועלים לחיזוק גרסת התביעה".
4. לאור האמור, נפסק, כי אשמתה של המערערת בכל הנוגע לעבירה של שימוש בסם מסוכן הוכחה כדבעי, מעבר לכל ספק סביר.
5. אשר לעבירה של סירוב להיבדק לשם גילוי שימוש בסמים מסוכנים, מצא בית הדין קמא, כי בניגוד לטענות ההגנה, הוכח כי החוקרת הסבירה למערערת "את מהות הסירוב מספר פעמים במהלך האמרה ואף הסבירה לנאשמת מספר פעמים כי 'עישון פסיבי' לא יוביל לתוצאה חיובית בבדיקה". כמו כן, נמצא כי "מעיון באמרה לא עולה כל רמז לחששה של הנאשמת מפני החוקרים, או לחוסר האמון בהם נוכח העובדה שהטיחו בה חשדות, וכל שעולה מהאמרה הוא החשש מכך שדגימת השתן של הנאשמת תצא חיובית עקב שהייתה לצד אזרחים המשתמשים בסמים". בדומה, בואר, כי "... במסגרת עדותה של הנאשמת בבית הדין, לא העלתה הנאשמת את הטענה כי לא מסרה דגימת שתן עקב חשש שהיה לה מגורמי החקירה או חוסר אמון בהם. הנאשמת השיבה בכנות כי הוסברו לה השלכות הסירוב, ומסרה 'יותר פחדתי שזה יהיה חיובי בגלל העישון הפסיבי' ... ". נוכח כלל האמור, קבע בית הדין כי המערערת לא סיפקה "הסבר סביר לסירובה למסור דגימת שתן לאחר שהוצג בפניה צו קש"ב המחייב אותה לעשות כן", ולפיכך, מצא להרשיעה גם בעבירה זו.

**דיון והכרעה**

**משקל הודעתו הכתובה של עד התביעה**

1. בבסיס הרשעתה של המערערת מצויה החלטתו של בית הדין קמא לייחס משקל ניכר להודעתו הכתובה, המפלילה, של טור' נ' בחקירה ולהעדיפה על פני עדותו בבית הדין. החלטה זו נסמכת על ממצאי מהימנות מפורטים, אשר עוגנו כדבעי בחומר הראיות שנאסף ובעדויות השונות, ונומקו היטב בפסק דינו של בית הדין קמא.
2. הלכה ידועה ורבת שנים היא, כי לא בנקל תתערב ערכאת הערעור בממצאי עובדה ומהימנות שקבעה הערכאה הדיונית, שבפניה נשמעו העדים. בואר, כי:

"נקודת המוצא לדיון שלפנינו מצויה בכלל, שלפיו אין זו דרכה של ערכאת הערעור להתערב בממצאי מהימנות ובממצאים עובדתיים שקבעה הערכאה קמא. בבסיסו של כלל זה יתרונה הדיוני הבולט של הערכאה הדיונית, השומעת את העדים ומתרשמת מדבריהם, משפת גופם ומאותות האמת. בנסיבות המקרה דנן, נחה דעתנו כי קביעותיו העובדתיות של בית הדין קמא הנכבד נומקו כדבעי בממצאי מהימנות שעוגנו בהתרשמותו הישירה מן העדים השונים, בניתוח הדברים שמסרו והתנהגותם, ובהתאם לכללי ההיגיון והשכל הישר. בנתחו את סוגיית המהימנות של העדים השונים בחן בית הדין קמא ביסודיות את כלל טענות ההגנה ומסקנותיו בנושא נומקו כנדרש" (ע/22/13 **טור' סולמאני נ' התובע הצבאי הראשי** (2013), ראו גם: ע"פ 193/14 **נסראללה נ' מדינת ישראל** (טרם פורסם, 26.10.2014); ע/132/07 **טור' מועלם נ' התובע הצבאי הראשי**, פס' 11 (2008); ע/45/03 **רס"ב אלקובי נ' התובע הצבאי הראשי**, פס' 7 (2003)).

1. אף "ההחלטה אם ליתן עדיפות לאמרות החוץ, נתונה לשיקול דעתה של הערכאה הדיונית ונטועה במידת התרשמותה ממהימנות העדויות שנשמעו בפניה" ([ע"פ 8204/14](http://www.removed.url) זלום נ' מדינת ישראל, פסקה 13, (טרם פורסם, 15.4.2015); [ע"פ 8140/11](http://www.removed.url) אבו עסא נ' מדינת ישראל(טרם פורסם, 3.9.2015)). בהתאם, נקבע כי אף כאשר הקביעות העובדתיות נסמכות על הודעה כתובה, שהתקבלה על פי [סעיף 10א](http://www.removed.url) ל[פקודת הראיות](http://www.removed.url) ועל העדפתה על פני עדותו בעל-פה של מוסר ההודעה בבית הדין, "... **יכולתה של ערכאת הערעור להעדיף הודעות אלה על פני עדות שנמסרה בערכאה הדיונית היא מוגבלת**. אל מול ההודעה שבכתב, על בית המשפט לאזן ולשקול את טיב העדות המובאת לפניו ולהתרשם ממהימנותה וממקומה בתוך שאר חומרי החקירה. שיקול דעת זה מוקנה לערכאה הדיונית, ולפיכך, **גם במקרים אלה תיטה ערכאת הערעור להתערב באופן מצומצם בממצאים מסוג זה** ..." (הדגשות הוספו, [ע"פ 2099/15](http://www.removed.url) פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 28 (טרם פורסם, 22.5.2016)).
2. ואמנם, בית הדין קמא ביסס את החלטתו להעדיף את הודעתו הכתובה של טור' נ' על התרשמותו הבלתי אמצעית מן העד; על התרשמותו הישירה מעדות החוקר שגבה את ההודעה הכתובה; על בחינת הנסיבות של גביית ההודעה; ועל תוכן עדותו של טור' נ' ואופן מסירתה על דוכן העדים.
3. עיון בהודעה הכתובה מעלה כי היא בעלת הגיון פנימי מובהק, מפורטת וקוהרנטית. כמו כן, יש לציין כי טור' נ' לא כפר בתוכן הודעתו ולא חזר מעיקרי הדברים שכלולים בה, אלא, טען כי הפללת המערערת אינה נכונה וכי נבעה מרצונו לנקום בה, לאחר שהחוקר מסר לו כי הפלילה אותו במעורבות בעבירות של שימוש בסם מסוכן. בפסיקת בית המשפט העליון, נקבע כי אף פגמים שנפלו בחקירתו של עד ופגיעה בזכויותיו בחקירה, עשויים להשפיע על משקל עדותו ואף על קבילותה, במסגרת הליך כנגד נאשם אחר, המופלל על-ידו (לדעות שונות ביחס למבחנים שיש לנקוט ולעוצמת הפגם הרלוונטי ראו: דנ"פ 6064/16 **יהודה נ' מדינת ישראל** (טרם פורסם, 16.8.2016); ע"פ 3237/15 **יהודה נ' מדינת ישראל** (טרם פורסם, 1.6.2016); ע"פ 7679/14 **זהאדה נ' מדינת ישראל** (טרם פורסם, 15.8.2016)). ברם, בכל הנוגע לחקירת העד שלפנינו, ידועה גם ההלכה שלפיה, בשונה מהצגת ראייה בדויה, אין באמירות כדוגמת דבריו של החוקר לטור' נ' משום תחבולה פסולה דווקא (ראו: ע/7/16 **טור' דנינו נ' התובע הצבאי הראשי** (2016); ע/57/15 **טור' לייזרוביץ נ' התובע הצבאי הראשי** (2015)).

לעניין זה יפים דבריו של בית המשפט העליון בעניין **יהודה** הנ"ל, שלפיהם:

"אכן, לאחר הלכת יששכרוב היו מי שסברו כי יש לבחון מחדש את ההלכה לפיה רשאים חוקרי המשטרה להשמיע באוזני חשודים אמירות כוזבות בנוגע לקיומן של ראיות להוכחת אשמתם ... ואולם, עמדה זו לא נתקבעה כהלכה ... להשקפתי, מאבק אפקטיבי ונחוש בפשיעה מחייב שימוש בתחבולות שונות שהן בבחינת 'הכרח בל יגונה' ... אמירות כוזבות ... מן הסוג שהשמיע החוקר באזני עידן היא אחת מאותן תחבולות שבהן רשאים חוקרים להשתמש ואילו פסילתה כמניפולציה היא גורפת ומרחיקת לכת ועשויה לשמוט מידי החוקרים כלי חקירה יעיל וחשוב ב'מאבק המוחות' המתנהל לעיתים קרובות בחדר החקירות בין החוקר לנחקר ושאינה חוצה את גבול המותר" (עניין **יהודה** לעיל, פסקה 5).

1. זאת ועוד, כאמור, בית הדין קמא התרשם, כי "ניכר היה שטור' נ' עושה כל מאמץ על מנת לחזור בו מגרסת ההפללה", והדגיש, כי הפללת המערערת נמסרה על-ידי טור' נ' בשלב מוקדם של החקירה, והייתה שלובה בהודאתו שלו על אודות מספר מעשי שימוש בסמים, הודאה שממנה, ככלל, לא חזר בו. בית הדין אף ציין את דברי החרטה של טור' נ', בסוף הודעתו הכתובה והדגיש, כאמור, כי הטענה שלפיה ביקש לנקום במערערת אינה מתיישבת עם תוכן אמרת ההפללה –

"אילו ביקש טור' נ' 'לנקום' בנאשמת על דרך אמרת ההפללה, איך ניתן להסביר את תיאור הפללה שבו הנאשמת מתוארת כמי שהצטרפה לשימוש בסם בלבד, כאשר החיילת עדי היא זו שהביאה את הסם ואליה הצטרפו טור' נ' והנאשמת; ואם אכן ביקש טור' נ' לנקום בנאשמת מדוע הסתפק בהפללתה בשימוש אחד בלבד ולא הוסיף שימושים ומדוע מצא לנכון לקשור את עצמו בשימוש עמה. ההפללה המתוחמת באירוע אחד בלבד ובנסיבות שתוארו, אינה מתיישבת כלל עם מניע של 'נקמה', ואף המענה שהשיב טור' נ' לשאלות בית הדין, לפיו הוא ביקש 'לנקום' בנאשמת אבל בד בבד הוא ביקש 'שאם הסיפור הזה יצא אמת, אורי לא תקבל את מלוא העונש'... אינו מתיישב עם מניע של נקמה".

1. הוטעם גם, כי אף טענתו כאילו המציא את דמותה של עדי אינה עולה בקנה אחד עם תוכן דבריו בהודעה הכתובה, שם פירט טור' נ' על שני אירועים שונים, שבהם נכחה עדי עמו ועם המערערת, ועל מערכת יחסים שבינו לבין עדי. בואר, כי "המדובר בפרט ייחודי, שיש בו כדי לצבוע את הקשר בינו לבין אותה עדי באור אחר".
2. ברוח זו, ניתן גם משקל לדבריו של העד במשפטו שלו, כעולה מפרוטוקול הדיון בעניינו, שאף הוא התקבל כהודעה כתובה, במסגרת סעיף 10א הנ"ל (ראו והשוו: ע"פ 4541/90 **סלע נ' מדינת ישראל** (טרם פורסם, 27.6.1991); ע"פ 4398/09 **חמוד נ' מדינת ישראל** (טרם פורסם, 1.8.2011); ע/42/14 **רס"ל תראבין נ' התובע הצבאי הראשי** (2014); ע/19/13 **רס"ם שמח נ' התובע הצבאי הראשי** (2013)). בהקשר זה, לא למותר להזכיר את ניסיונותיו הדחוקים של העד, טור' נ', להסביר את הפער בין דבריו במשפט בעניינו, לבין גרסתו **החדשה** בבית הדין קמא.
3. עולה מן המקובץ, כי בית הדין, שהתרשם באורח בלתי אמצעי מטור' נ', ביכר את הודעתו הכתובה על פני עדותו הפתלתלה בבית הדין, תוך שהוא עושה שימוש "'בכלים המשמשים את השופט במלאכתו זו ...': הכושר השיפוטי, ניסיון החיים והתבונה האנושית. לעניין זה חשובה התרשמותו של בית המשפט מאישיותו של העד ובהם אופיו, עברו, זיקתו לעניין נושא הדיון ועוד" (ע"פ 9180/16 **מליק נ' מדינת ישראל** (טרם פורסם, 16.11.2017)). החלטתו של בית הדין קמא להעדיף את ההודעה הכתובה של טור' נ' במצ"ח נסמכה, אפוא, על ממצאי מהימנות ברורים, מפורטים ומנומקים.

**תוספת ראייתית**

1. כידוע, "לא יורשע אדם על סמך אמרה שנתקבלה לפי סעיף זה אלא אם יש בחומר הראיות **דבר לחיזוקה**" (סעיף 10א(ד) לפקודת הראיות). לכך יש להוסיף את היותו של טור' נ', כמי שנטען לגביו כי השתמש בסמים בצוותא עם המערערת, מעורב בדבר עבירה שעדותו, לפי הפסיקה, דורשת **דבר מה נוסף לחיזוקה** (ראו ע/171/02 **סמל וורונובסקי נ' התובע הצבאי הראשי**, פס' 21 (2002)). על מצב שבו נדרש חיזוק משני טעמים, נקבע, כי:

"כל נסיון לגדור את משקלו של 'הדבר לחיזוק' הנדרש במקרה כזה – לא יצלח. מאידך גיסא ברור הוא כי כוונת המחוקק לא היתה להכניס חזרה בדלת האחורית ובלבוש אחר, את הצורך בראיה המגעת לכדי 'סיוע'. כשם שמשקל ה'דבר לחיזוק' הדרוש לפי סעיף 10א(ד) אינו ניתן לקביעה, ואין לך אלא ליתן דעתך לנסיבותיו של המקרה (והוא הדין לגבי סעיף 54א(א)), כן הדבר כששתי הדרישות הן מצטברות. מידתו של החיזוק הנדרש למקרה כזה עומדת ביחס ישיר למידת האמון שרוכש בית-המשפט לאמור באמרת השותף עליה תושתת ההרשעה. ומידת אמון זו נקבעת הן על-פי תכנה של האמרה וסממני האמת שבה, והן מיתר הראיות שהובאו לפני בית-המשפט" (ע"פ 209/87 **שחאדה נ' מדינת ישראל**, פ"ד מא(4) 594, 596 (1987)).

1. עולה מכך כי אין נדרשת ראיה מסוג סיוע, אלא, לכל היותר תוספת ראייתית כוללת בעלת "דרגת חיזוק משמעותית" (ע"פ 8469/99 **אסקין נ' מדינת ישראל**, פ"ד נה(2) 65, 76 (2001)), והכל – לפי משקלה של ההודעה הכתובה (ע"פ 442/85 **מזרחי נ' מדינת ישראל**, פ"ד מ(4) 748 (1986); ע/63/17 **סמל זועבי נ' התובע הצבאי הראשי**, פסקאות 75-73 (2018)). לעניין זה, יפים דבריו של בית המשפט העליון בע"פ 6325/11 **פחימה נ' מדינת ישראל** (טרם פורסם, 11.12.2012)):

"על בית המשפט לבדוק מה הקושי בתיק המסוים, ובהתאם - לבחון את טיב החיזוקים המצויים באמתחת התביעה במקרה הנדון. מבחינה פורמאלית, מהות התוספת נקבעה על ידי המחוקק - דבר מה נוסף, חיזוק, או סיוע. מבחינה מהותית, יש להדגיש שני שיקולים. האחד - קיומם של קשרי גומלין בין הראייה העיקרית לראיית החיזוק. האחר - הקושי הקונקרטי בראייה העיקרית בתיק מסוים, יצביע לא רק על הצורך לבחון את כמות החיזוק הנדרשת, אלא גם את איכותו של החיזוק. יושם אל לב כי שני השיקולים נועדו למקרה הקונקרטי. כך על בית המשפט לנהוג. תחילה הבדיקה הפורמאלית לקיומה של תוספת ראייתית כנדרש על ידי המחוקק. בהיעדר תוספת - הדין מחייב זיכוי. בהתקיים תוספת ראייתית - מחויב בית המשפט להפעיל שיקול דעתו תוך רגישות מרבית לנסיבות הקונקרטיות של המקרה המונח לפניו. זהו המעבר מבחינת האפשרות להרשיע בשל קיומה של תוספת כנדרש, לבין ההכרעה אם להרשיע אם לאו" (ראו גם: ע"פ 4523/09 **גורש נ' מדינת ישראל** (טרם פורסם, 25.6.2011)).

1. במקרה שלפנינו, כאמור, בית הדין קמא נימק כדבעי את החלטתו להעדיף את ההודעה הכתובה של עד התביעה, טור' נ', על פני עדותו בבית הדין. ההחלטה לייחס משקל ניכר להודעה הכתובה נסמכה על תוכן ההודעה הכתובה ונסיבות גבייתה, ומנגד על עדותו הפתלתלה של העד בבית הדין וההתרשמות הישירה הימנה - ואין להתערב בה.
2. כמפורט לעיל, בית הדין קמא מצא כי קיימים גם תימוכין משמעותיים להודעה הכתובה של העד – סירובה של המערערת להיבדק לשם גילוי שימוש בסמים מסוכנים במהלך החקירה, חרף צו שחייבה לעשות כן ועל אף השלכותיו; וכן הימנעות ההגנה מלזמן לעדות עדה, שעדותה, כנטען, רלוונטית וחיונית. נבחן להלן את הראיות המחזקות כסדרן.
3. הלכה פסוקה היא, כי סירובו של נאשם להיבדק לשם גילוי שימוש בסמים מסוכנים, במהלך חקירתו, עשוי לשמש חיזוק לראיות התביעה בעבירה של שימוש בסם מסוכן (ע/132/07 **טור' מועלם נ' התובע הצבאי הראשי**, פסקה 4 (2008); ע"מ/11/08 **טור' רובינוב נ' התובע הצבאי הראשי** (2008); ע/29/10 **רב"ט בנשמעון נ' התובע הצבאי הראשי** (2010)). בבסיסו של הכלל מצויה הוראת סעיף 11(א) לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה - חיפוש בגוף ונטילת אמצעי זיהוי), התשנ"ו-1996, שלפיה: "סירב החשוד שייערך חיפוש בגופו, בין באמירה ובין בהתנהגות המונעת את החיפוש, ולא נערך החיפוש בשל סירובו, עשוי סירובו לשמש חיזוק למשקל הראיות של התביעה". ברוח זו נקבע, כי:

"ההלכה שנתגבשה בפסיקת ביהמ"ש העליון, רואה בסירוב חשוד להיבדק, בדיקות גופניות, לרבות בדיקת דם, ראייה בדבר 'התנהגות מפלילה' וכפועל יוצא מכך, ראייה המחזקת את ראיות התביעה, שבנסיבות מסוימות עשויה להוות אף סיוע. הרציונאל לקביעה הנ"ל נעוץ בכך שאם אמת בפי החשוד, מדוע ימנע מערכאת השיפוט ראיה העשויה לתמוך בגרסתו. ... נראה לנו, שאם ההלכה הנ"ל נכונה לעניין בדיקות, שאין חשוד חייב לעוברן (כגון מסדר זיהוי ובדיקות דם) **קל וחומר שהיא נכונה לאותם מקרים בהם החשוד חייב להבדק. ... קל וחומר, בן בנו של קל וחומר, שההלכה הנ"ל יפה במקרים בהם הסירוב להיבדק מהווה עבירה פלילית, שככלל נהוג לגזור בגינה עונש מאסר לריצוי בפועל.** יכול חשוד לסרב לשתף פעולה בחקירה ממניעים שונים. במקרה שבו הסירוב גורר אחריו סנקציה פלילית המניע לסירוב, סביר שיהא בעל משקל. במקרה כזה ניתן להניח שהסירוב נועד לשם מניעת חשיפתה של עבירה פלילית, הגוררת אף היא סנקציה פלילית. ככלל, כזה הוא המקרה, כאשר חייל עובר עבירה פלילית, לפי סעיף 127א לחש"צ, בסרבו ליתן בדיקות שתן ובדיקת נוזל שטיפת ידיים, כמתחייב מהוראת סעיף 250א לחוק" (הדגשות הוספו, עניין **קריחלי** לעיל, פסקה 9).

1. בית הדין המחוזי אשר התרשם באורח בלתי אמצעי הן מעדותה של החוקרת והן מעדותה של המערערת, דחה את טענת האחרונה, כי סירבה למסור דגימת שתן נוכח חששותיה מפני החקירה או מאחר שחששה מהשלכותיו של "עישון פסיבי". נקבע כי המערערת לא סיפקה כל "הסבר סביר לסירובה למסור דגימת שתן לאחר שהוצג בפניה צו קש"ב המחייב אותה לעשות כן". בהתאם, משנדחו ההסברים שמסרה המערערת להתנהלותה ונמצאו כבלתי מהימנים, יש לקבוע, כי אכן, סירובה למסור דגימת שתן חרף צו שחייבה לעשות כן, מהווה תימוכין של ממש להפללתה בעבירה של שימוש בסם מסוכן. ודוקו: בנסיבות העניין, חלוף הזמן אינו מנתק בין אירוע השימוש בסם ביחידה לבין התנהגותה של המערערת בחקירה שנסבה בדיוק על מקרה זה, היות שהתוספת הראייתית אינה נדרשת לעלות כדי סיוע: "הסירוב להיבדק, גם בנסיבות כאן, הוא ראיית חיזוק בת משקל, אשר מצביעה על חשד למעורבות בעולם הסמים. אין נדרש כי הדגימה, אם תימסר ותיבדק, תאשר דווקא את אחד ממעשי השימוש הנקובים באמרת הודיה של נאשם או באמרת הפללה של עד. על כן, סירוב להיבדק, כראיית חיזוק, אינו חייב להתייחס דווקא למעשי שימוש שיכולה הבדיקה לגלות. הסירוב מצביע, לכאורה, על מעורבות ועיסוק בעולם הסמים" (ע"מ/16,20/15 **התובע הצבאי הראשי נ' רב"ט כהן שור ואח'**, פסקה 5 (2015)).
2. עדי, החיילת הנוספת המעורבת במעשה השימוש הנטען יכולה הייתה לשפוך אור על טענת ההגנה, שלפיה המקרה לא היה ולא נברא. כך פירט הסנגור בגדר הכפירה ובפתח ישיבת ההוכחות (הגם שביקש לחזור בו מן הדברים לאחר עדותו של טור' נ'), ובעיקר – כך ציינה המערערת בעדותה בבית הדין. על אף האמור, נמנעה ההגנה מלזמן את עדי כעדת הגנה. בעניין זה, נפנה אל הכלל הראייתי, שלפיו:

"גם אם יש ממש בטענת המערער לפיה הוריו ודודו הינם עדים רלבנטיים אף עבור התביעה בתיק זה... הרי שלא יכול להיות ספק כי עדים אלו רלבנטיים גם להוכחת גרסתו של המערער ולהפרכת גרסתה של המתלוננת. שהרי אם היו עדים אלו סותרים בעדותם את טענות המתלוננת בדבר אירוע האלימות הראשון, היה הדבר מביא לערעור מהותי בגרסתה ביחס לאירוע זה ולסדקים בגרסתה הכוללת של המתלוננת, ומאידך, לאישוש גרסתו של המערער. מכאן, שלכל היותר ענייננו במצב בו עדים אלו רלבנטיים לשני בעלי הדין. במקרים כגון דא, התשובה לשאלה על מי מהצדדים מוטלת 'החובה' להעיד את העדים, וכנגזרת ממנה ההנחה כי אם היו אלו מעידים הייתה עדותם תומכת בגרסת היריב, הינה פועל יוצא של התשובה לשאלה על מי מהצדדים רובץ נטל הבאת הראיה לצורך העניין שלשמו נדרשת העדות... דהיינו, **אי העדת עד רלבנטי שעדותו חשובה לשני הצדדים אינה בהכרח מערערת את גרסת בעל הדין אשר עליו מוטל נטל השכנוע בתיק ואשר נמנע מלהביאו לעדות, כאשר בעל הדין שעליו נטל השכנוע הצליח, מבלי להעיד את העד הרלבנטי, להביא ראיות מספיקות אחרות על מנת להעביר את נטל הבאת הראיות אל הצד השני. במצב דברים זה, עשויה אי העדת העד לפעול לרעת בעל הדין השני שעליו נטל הבאת הראיות כעת, על אף שאינו נושא בנטל השכנוע**... הוא הדין בעניין שלפנינו. **משעמדה התביעה בנטל הבאת הראיות הראשוני, הדרוש במשפט פלילי על מנת להעביר את נטל הבאת הראיות אל ההגנה, הרי שהימנעות המערער מהעדתם של הוריו ושל דודו, אשר היה בעדותם כדי לשפוך אור למצער על חלק מן האירועים המתוארים בכתב האישום, פועלת במקרה זה לרעתו**." (הדגשות הוספו, ע"פ 8994/08 **פלוני נ' מדינת ישראל** (טרם פורסם, 1.9.2009)).

1. אכן, כפי שנפרט בהמשך, ראוי היה כי גורמי מצ"ח ינקטו צעדים נמרצים יותר באיתורה של החיילת עדי ויזמנו אותה לעדות, וראוי היה גם לאפשר למערערת להתייחס בחקירתה במצ"ח לנוכחותה של עדי באירוע. עם זאת, התנהלותם המוקשית של גורמי מצ"ח לא מנעה מן ההגנה מלדעת את זהותה של החיילת ולזמנה לעדות. אי הבאתה של עדה, שהמערערת מזהה אותה כמי שטור' נ', המפליל, כרך אותה, בנשימה אחת, עם שמה של המערערת, בכל הנוגע לשימוש בסם של שתיהן, בצוותא עמו, ביחידה; כאשר המערערת שבה ומדגישה בעדותה כי היא יודעת מהם פרטיה וכיצד ניתן לזמנה לעדות, וכאשר המערערת עומדת בתוקף על רלוונטיות עדותה ועל יכולתה של העדה להפריך את הנטען בהודעתו הכתובה של המפליל – מדבר בעד עצמו.
2. "הלכה פסוקה היא, שהימנעות מהזמנה לעדות של עד הגנה, אשר לפי תכתיב השכל הישר עשוי היה לתרום לגילוי האמת, יוצרת הנחה, שדבריו היו פועלים לחיזוק הגירסה המפלילה, בה דוגלת התביעה" (ע"פ 437/82 **אבו נ' מדינת ישראל**, פ"ד לז(2), 85 (1983); ע"פ 3873/08 **אטיאס נ' מדינת ישראל** (טרם פורסם, 6.9.2010); ע/15,16/11 **טור' יששכר נ' התובע הצבאי הראשי** (2011)). לפיכך, אף במסקנתו של בית הדין קמא שלפיה, הימנעות מהבאתה של אותה עדי לעדות מטעם ההגנה, מחזקת אף היא את ראיות התביעה – לא מצאנו להתערב.
3. ודוקו: משנקבע כי יש לדחות את עדותו של טור' נ' בבית הדין, לאחר שנמצאה בלתי מהימנה, ומשנקבע כי יש להעדיף על פניה את הודעתו הכתובה של העד ואת ההודאה שמסר במשפטו שלו, שלהן אף תימוכין משמעותיים בחומר הראיות – אין מקום להידרש לטענת ההגנה בערעור, שלפיה, בניגוד לתיאור שמסר טור' נ' בהודעה הכתובה, לא קיימת חיילת בשם עדי, אשר נטלה חלק, כאמור, באירוע השימוש בסם ביחידה. המערערת אף אישרה פרט מהותי בהפללה, בהיבט מערכת היחסים שהתקיימה בין טור' נ' לחיילת הנוספת. תשתית הראיות מלמדת, אפוא, כנדרש, על מקרה שארע ביחידה, בין החודשים אפריל-מאי 2018, שבו, המערערת, טור' נ' וחיילת שלישית בשם עדי, שאף הכניסה את הסם לתוככי היחידה – עשו בצוותא, שימוש בסם מסוכן מסוג קנאביס, באמצעות סיגריה מגולגלת.

**מחדלי חקירה**

1. כאמור, נטען על-ידי ההגנה כי הימנעותם של גורמי החקירה מלאתר את החיילת הנוספת, אשר הוזכרה בהודעתו המפלילה של טור' נ' ולחקור אותה, היא בבחינת מחדל חקירה משמעותי, אשר פגע ביכולתה של המערערת להתגונן. נטען, כי אף מטעם זה מן הראוי להורות על זיכויה.
2. ב[ע"פ 5386/05](http://www.removed.url) **אלחורטי נ' מדינת ישראל** (טרם פורסם, 18.5.2006) קבע בית המשפט העליון כי המבחן בכל הנוגע לטענה בדבר מחדלי חקירה, עניינו בשאלה האם נותר ספק בשאלת אשמתו של הנאשם וכן, האם קופחה הגנתו של הנאשם. הוטעם בפסיקה, כי לא כל מחדל חקירה ייזקף לחובת התביעה בעת שקילת מכלול הראיות, וכי יש להצביע על מחדלים משמעותיים, אשר יכולים להקים חשש לקיפוח הגנתו של הנאשם (ע"פ 2840/17 **ניאזוב נ' מדינת ישראל** (טרם פורסם, 4.9.2018); ע"פ 9908/04 **נסראלדין נ' מדינת ישראל** (טרם פורסם, 31.7.2006); ע/17/19 **רס"ל יפרח נ' התובע הצבאי הראשי** (2019)).

אשר למתווה הבדיקה, נקבע כדלקמן:

"... בחינת הטענות הנוגעות למחדלי חקירה תעשה בשני שלבים: תחילה יש לבחון את השאלה האם מדובר כלל במחדל חקירה. ככל שהמענה לשאלה זו הוא בחיוב, יש להידרש לשאלה נוספת, האם בשל מחדלי החקירה הנטענים, נפגעה יכולתו של הנאשם להתמודד כראוי עם חומר הראיות אשר עמד נגדו, עד כי קיים חשש ממשי כי הגנתו קופחה, ונפגעה זכותו להליך הוגן. בחינה זו נעשית, תוך שקלול המחדלים הנטענים אל מול התשתית הראייתית שהונחה לפני הערכאה הדיונית" (ע"פ 3308/15 **פלוני נ' מדינת ישראל** (טרם פורסם, 17.5.2018); וראו גם: ע"פ 3947/12 **סלאח נ' מדינת ישראל** (טרם פורסם, 21.1.2013)).

1. לטעמנו, לא יכולה להיות מחלוקת, כי **גורמי החקירה לא פעלו כנדרש** ולא עשו די לאתר את החיילת השלישית, אשר הייתה מעורבת באירוע. על-פי הראיות שנאספו, המדובר כאמור בחיילת בשם עדי, אשר שירתה ביחידתם של טור' נ' והמערערת בתקופה המדוברת. כעולה מן הראיות, החיילת היא שהביאה את הסם לתוככי היחידה, יזמה את האירוע ועשתה שימוש בסם, בצוותא עם שני החיילים האחרים, טור' נ' והמערערת. אין די בתשובתו הסתמית של החוקר, שלפיה, פנייתו למפקדים ואף בדיקה "במערכת התיק האישי", לא העלו דבר. אף בעובדה כי על-פי התיאור שמסר העד, טור' נ', שם משפחתה של עדי מתחיל באות ס', בעוד שהמערערת מסרה בפרשת ההגנה, כי שם משפחתה נהור, אין כדי להצדיק את **אוזלת היד של גורמי החקירה בעניין**, מה עוד שהמערערת כלל לא נשאלה על כך בחקירתה. **לפנינו, אפוא, מחדל חקירה**.
2. עם זאת, כמפורט לעיל, הלכה פסוקה היא כי אף אם נפלו פגמים בחקירה, "יש לבוחנם על רקע הראיות הקיימות, והמחדל עשוי להוות שיקול ביחס לאפשרות הנטענת על-ידי ההגנה ... 'נפקותו של המחדל תלויה בתשתית הראייתית הפוזיטיבית הספציפית שהציגה התביעה, מחד, ובספקות הספציפיים אותם מעורר הנאשם, מאידך'..." (ע"פ 4191/05 **אלטגאוז נ' מדינת ישראל** (טרם פורסם, 25.10.2006); וראו גם: רע"פ 2275/15 **אברמוב נ' מדינת ישראל** (טרם פורסם, 5.5.2015); ע"פ 3669/14 **גולן נ' מדינת ישראל**, פסקה 19 (טרם פורסם, 18.12.2016)). השאלות המרכזיות בנושא הן: "האם המחדל כה מהותי עד כי יש חשש לקיפוח הגנת הנאשם, משום שהתקשה להתמודד כראוי עם חומר הראיות" (ע/51/12, 52 **התובע הצבאי הראשי נ' רב"ט פרץ** (2012); ע/10/10 **סג"ם פלק מזרחי נ' התובע הצבאי הראשי** (2010)); והאם יש בו כדי להקים ספק סביר באשמת הנאשם, בנסיבות העניין (ע/3/08 **סרן וקנין נ' התובע הצבאי הראשי** (2009); ע/31,33/15 **סמ"ר סוויסה נ' התובע הצבאי הראשי** (2016); ע/58,56/16 **סמל יאמין נ' התובע הצבאי הראשי**,פסקאות 61-58 (2017)).
3. מן הכלל אל הפרט, במקרה שלפנינו, על-פי המבחנים המקובלים, משנמצא כי צבר הראיות מלמד, **מעבר לכל ספק סביר**, על שימוש שערכה המערערת בסם מסוכן ביחידתה, משכלל חומר החקירה היה ברשות ההגנה מבעוד מועד וזו כלכלה את הגנת המערערת בהתאם, ובעיקר – משהיה באפשרותה של ההגנה להזמין את אותה חיילת לעדות והיא נמנעה מלעשות כן – אין לקבוע כי הגנתה של המערערת קופחה ואין לקבוע כי נפגעה זכותה להליך הוגן.

**אכיפה בררנית והגנה מן הצדק**

1. אף כי הסנגור לא טען בבית הדין קמא ואף לא בערעור, כי מתקיימת בעניינה של המערערת הגנה מן הצדק, נוכח אי העמדתה של החיילת השלישית לדין, מצאנו בכל זאת, להידרש לסוגיה. כמפורט לעיל, החיילת השלישית היא שהביאה את הסם ליחידה ואף יזמה את האירוע, שבמהלכו שלושה חיילים והיא בתוכם, עשו שימוש בסם מסוכן ביחידה. בסופו של יום הועמדו לדין פלילי שני החיילים האחרים - טור' נ', שלחובתו הרשעה במעשי שימוש בסם מסוכן נוספים, ביחידה ומחוצה לה, והמערערת שהועמדה לדין אף בעבירה של סירוב להיבדק לשם גילוי שימוש בסמים מסוכנים. כאמור, לטעמנו, העובדה כי גורמי החקירה לא אתרו את החיילת השלישית והיא כלל לא נחקרה, היא בבחינת **מחדל חקירה**. אף שאין במחדל זה להקים ספק סביר באשמתה של המערערת, ראינו לקבוע כי באי-מיצוי החקירה והדין עם החיילת השלישית נפגעה תחושת הצדק וההגינות, וכי מתקיימת למערערת הגנה מן הצדק (ראו: ע"פ 4855/02 **מדינת ישראל נ' ד"ר בורוביץ**, פ"ד נט(6), 776, בעמ' 807-806; ע/85/16 **רב"ט בקל נ' התובע הצבאי הראשי** (2017)).
2. 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 ובבסיסה, האינטרס הציבורי להבטיח הליך פלילי הוגן ו"לעשות צדק עם הנאשם" (עניין **בורוביץ** לעיל, פסקה 21). עם זאת, 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: ע/81/16 **רב"ט דתנר נ' התובע הצבאי הראשי** (2017)).
3. בנסיבות העניין, לנוכח האינטרס הציבורי המובהק במיגור נגע הסמים מבין שורות הצבא, והפגיעה במשמעת הצבא ובכוננותו, הכרוכה במעשיה של המערערת; בשים לב להעמדתו של טור' נ' לדין פלילי וכן, כמפורט לעיל, בהתחשב בכך, שזכותה של המערערת להליך הוגן **לא** נפגעה – סברנו, כי הסעד ההולם את הפגיעה כאמור, ראוי שיינתן בדרך של הקלה בעונש, כפי שזכתה לה המערערת (ראו: עניין **בורוביץ** לעיל, עמ' 808-807; ע"פ 1292/06 **תורק נ' מדינת ישראל** (טרם פורסם, 20.7.2009); ע/70/16 **רב"ט סוויד נ' התובע הצבאי הראשי** (2016); ע/16/14 **טור' כהן נ' התובע הצבאי הראשי**, פסקה 93 (2016)).
4. לפיכך, כפי שנראה להלן, במקרה דנן, מגלמת ההקלה הניכרת בעונשה של המערערת, אף את ההתחשבות הראויה בעניין זה.

**עבירה של סירוב להיבדק לשם גילוי שימוש בסמים מסוכנים**

1. אף בעניין זה נסמכה הרשעתה של המערערת על קביעות עובדתיות ברורות שהתבססו על ממצאי מהימנות מפורטים ומנומקים, בכל הנוגע לעדויותיהן של קצינת השיפוט הבכיר (קש"ב), מפקדת בסיס מצ"ח יואב, שהורתה בצו למערערת למסור דגימת שתן לשם גילוי שימוש בסמים מסוכנים; החוקרת האחראית; וכן של המערערת. אשר על כן, לא מצאנו לסטות מן הכלל, שלפיו, אין ערכאת הערעור מתערבת בממצאי מהימנות שקבעה הערכאה הדיונית, אשר התרשמה באורח בלתי אמצעי מן העדים.
2. סוף דבר, אין לקבל את ערעור ההגנה על הכרעת הדין ויש להותיר את הרשעתה של המערערת בעבירות של שימוש בסם מסוכן וסירוב להיבדק לשם גילוי שימוש בסמים מסוכנים, על כנה.

**ערעור ההגנה על העונש**

1. כפי שפירטנו בפתח פסק הדין, הסנגור הבהיר כי ההגנה אינה מערערת על עונש המאסר בפועל. ואמנם, עונש המאסר בפועל שהוטל על המערערת בגין שתי העבירות שביצעה, 35 ימים **בעבודה צבאית**, הוא עונש מקל במידה ניכרת. העונש אינו עולה בקנה אחד עם שיקולי ההלימה וההרתעה, ואינו מתיישב עם מדיניות הענישה הנוהגת, שלפיה, ככלל, בעבירות אלו יושת עונש של מאסר בפועל **בכליאה ממשית** (ראו והשוו: ע/4/19 **התובע הצבאי הראשי נ' רב"ט גרינברג** (2019); ע/94/17 **התובע הצבאי הראשי נ' סמל חרר** (2017); ע/49/19 **טור' ברניס נ' התובע הצבאי הראשי** (2019)). למעשה, הגם ששיקול זה אינו מופיע במפורש בין נימוקי בית הדין בגזר הדין, עונש מקל זה מגלם במידה רבה את ההתחשבות באי העמדתה לדין של החיילת השלישית באירוע, ויש בו משום סעד הולם לפגיעה בתחושת הצדק.
2. אשר לרכיב הפגיעה בדרגה, אף רכיב זה מתבקש נוכח שיקולי ההלימה וההרתעה ואף במסגרת תמהיל הענישה הכולל, בשים לב להקלה הניכרת ברכיב המאסר בפועל. לפנינו מי שנכשלה בשימוש בסם מסוכן ביחידה, בצוותא עם חיילים נוספים, ובהמשך, בסירוב למסור דגימת שתן חרף צו חוקי שחייבה לעשות כן. אין בנסיבותיה האישיות של המערערת, על אף מורכבותן, כדי להצדיק סטייה מן הכלל, שלפיו, בעבירות כגון אלה, יש להשית לצד מאסר בפועל ומאסר מותנה, עונש של הורדה בדרגה (ראו והשוו: ע/19/08 **התובע הצבאי הראשי נ' טור' ביתן** (2008); ע/112/09 **התובע הצבאי הראשי נ' רב"ט לביא** (2009); ע/13/10 **התובע הצבאי הראשי נ' סמל אומסי** (2011)).
3. סוף דבר, ערעור ההגנה על כל היבטיו, נדחה.
4. המערערת תתייצב ביום 22.12.2019 עד לשעה 11:00, לריצוי עונש המאסר בפועל בעבודה צבאית, בהתאם לחוות דעתה של רמ"ד שיקום במקמצ"ר.
5. נוכח האמור בסעיפים 53, 55 ו-58 לעיל, יועבר פסק הדין לעיונם של התובע הצבאי הראשי ומפקד מצ"ח. ראוי, כי יופקו הלקחים מאי-נקיטתם של צעדי חקירה אלמנטריים כדי לברר את זהותה של מעורבת נוספת, על ההשלכות האפשריות הנלוות לכך.

ניתן והודע ביום י"ז בכסלו התש"ף, 15 בדצמבר 2019, בפומבי ובנוכחות הצדדים.

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_ \_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_ \_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

 **המשנה לנשיא שופטת שופט**

**חתימת המגיה: \_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_ העתק נאמן למקור
 סגן עמית כהן
תאריך: \_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_ קצין בית הדין**