



בבית הדין הצבאי המחוזי
במחוז שיפוטי עורף

בפני: רס"ן סיגל טורג'מן - שופטת

בעניין: התובע הצבאי (באמצעות ב"כ, סרן אילנית ביטאו)

נגד

ב/XXX טור' י' כ' (באמצעות ב"כ סרן ליאור עייש)

ה כ ר ע ת - ד י ן

כתב האישום וגדר הכפירה

1. נגד הנאשם, טור' י' כ', הוגש כתב אישום, שייחס לו שני פרטי אישום - האחד, עניינו סירוב להיבדק לשם גילוי שימוש בסמים מסוכנים, לפי סעיפים 127א ו-250א לחוק השיפוט הצבאי, התשט"ו-1955 (להלן: חש"ץ); השני, עניינו החזקת סם מסוכן, לפי סעיפים 7(א) ו-(ג) לפקודת הסמים המסוכנים [נוסח חדש], התשל"ג-1973. לפי כתב האישום, ביום 5/02/15 החזיק הנאשם ברחוב איילון בעיר לוד בכיס מכנסיו שתי שקיות ניילון קטנות ובתוכן שרידי סם מסוכן מסוג קנאביס. מאוחר יותר, ביום 7/02/15 בבסיס מצ"ח דן סירב להוראת צו הקש"ב, רס"ן גלעד בדין, מב"ס מצ"ח דן, למסור דגימת שתן לשם גילוי שימוש בסמים מסוכנים.

2. ההגנה לא חלקה על העובדות שפורטו בכתב האישום, אך טענה, כי הפעלת שקול דעת הקש"ב **בפרט האישום הראשון** חרגה ממתחם הסבירות ולא היתה מידתית. הפגם שנפל לשיטתה, הוא בכך שלא הוצג לעיונה מכלול החומר שהונח לפניו, הכולל עדות של מפקדת מחקירה קודמת של הנאשם, ואף אחת התובעות "זיהמה" כטענתה את עדותו כשפנתה אליו בבקשת השלמה בעניין.

בהמשך לכך, ביחס ל**פרט האישום השני**, טענה ל"הגנה מן הצדק", כיוון שייחוס סעיף אישום הנושא רישום פלילי בגין החזקת שרידי סם מסוכן לא עלה לגישתה בקנה אחד עם הנחיות התביעה הצבאית הראשית; על כל מקרה, גרסה, מקימות העובדות את הגנת "זוטי דברים" כך שאינן מצדיקות הרשעה.

3. במסגרת פרשת התביעה הוגשו כלל המסמכים בתיק בהסכמת הצדדים ולפניי נשמעה עדותו של הקש"ב, רס"ן גלעד בדין, מפקד מצ"ח דן. הנאשם ויתר על זכותו להעיד. בקשת ההגנה להשמיע את התובעת ששוחחה עם הקש"ב נדחתה וכך הסתיימה פרשת ההגנה. באותו מועד נשמעו סיכומי הצדדים לפניי.
4. נבחן תחילה את התשתית הראייתית המוסכמת, שעל בסיסה ייבחנו בהמשך טענות ההגנה. לאחר מכן, נפנה לבחון טענות אלו.

חומר הראיות המוסכם

5. מחומר הראיות, שהוגש בהסכמת הצדדים, עלתה התשתית הראייתית המוסכמת הבאה: ביום 5/02/15 סמוך לחצות, הבחינו שוטר ופקח בנאשם משליך דבר מה אל השיחים. לשאלה מה זרק, השיב בשלילה, אך בבדיקה במקום נמצאו באנג ובו חומר החשוד כסם מסוכן ונייר לבן סגור ובו חומר החשוד כסם מסוכן. הנאשם הכחיש כל קשר לממצאים ולשימוש בסם מסוכן. בחיפוש שנערך בתחנה נמצאו על גופו שתי שקיות קטנות, שלדעת השוטרים היה להן ריח של סם מסוכן, וחצי סיגריה (דו"פ ת/1 ומזכר ת/2). בעוד שהבאנג הושמד, שאר המוצגים נבדקו במעבדה. בשקיות נמצאו שרידי סם מסוכן במשקל שאינו מדיד.
6. בחקירתו הראשונה במשטרת ישראל סירב הנאשם לדבר ולחתום וביקש להיוועץ בעורך דין (ת/3). בחקירה השנייה ביקש שוב להיוועץ בעו"ד, אך לאחר שהוברר שסגור מטעם הסנגוריה הציבורית לא יגיע למקום, משאין כוונה לעוצרו, המשיך בחקירה (ת/4). לטענתו, הלך עם חבר ליד הפארק והשליך סיגריה. כשלמקום הגיעה ניידת והוא נשאל מה זרק, ענה כלום. בשיחים נמצאו באנג וסמים. לדבריו, נערך עליו חיפוש והוא לא התנגד למעצר. בחיפוש נמצאה סיגריה שחציה מרוקנת. הנאשם מסר שהוא מגלגל סיגריות וזו היתה קרועה אז הוציא ממנה את הטבק. השקיות, הסביר, הן שקיות "תיקתק", שאסף ברחוב. אין בהן דבר. הוא אוגר בהן טבק בתוך החוגר. הנאשם שלל קשר לבאנג ולסמים שנתפסו ושלל שימוש בסם מסוכן.
7. הנאשם הועבר לחקירה במצ"ח ביום שישי ולא נחקר לפני כניסת השבת, לאחר שביקש להיוועץ עם עו"ד (ת/5). במוצאי שבת, נחקר שוב ומסר דברים דומים לדברים שמסר במ"י (ת/6), אך ציין, כי למרות שסירב לחיפוש, אמר השוטר שהוא זה שקובע פה את החוקים. בהמשך טען שלא הסכים לחיפוש, כי היה זה מבייש באמצע הרחוב, אך השוטר אמר *אני קובע את החוקים אם לא אני אזיין אותך אני פה איש החוק ואני אעשה את זה בכוח. לא נתתי לו, הוא פשוט דחף לי ידיים לכיסים* (ת/6, ע"7, ש"13-11). הנאשם סירב למסור את שמו של החבר שהיה עמו מבלי שמסר סיבה לכך, למרות שציין שלא דובר בחייל. בתחילה טען, שקיבל טבק מחבר, גלגל אותו לסיגריה ולקח

אותה כדי לעשן (ת/6, ע'3, ש'2). בהמשך טען שהוציא טבק מסיגריה של "פאל מאל" ארוכה שלקח מאמו, כיוון שלא היה לו טבק, והכין ממנה שלוש סיגריות מגולגלות (ת/6, ע'7, ש'23 - ע'8, ש'10).

כשהתבקש הנאשם למסור דגימת שתן, סירב תחילה מסיבה רפואית והסביר - "אני לא יכול להשתין בלחץ, אני גם נמצא בסביבה של אנשים מעשנים ושמעתי מקרים שנתפס לאנשים בשתן מעישון פסיבי" (ת/6, ע'4, ש'4-6). לאחר שהוסבר לו על פרטיות הליך נטילת הדגימה ואופן בדיקתה במעבדה, לא הגיב ועמד על סירובו גם כשהוסברה לו משמעות הוצאת הצו. לאחר שהוצג בפניו הצו, ביקש להיוועץ בעו"ד ולאחר שזה לא הותר לו, עמד על סירובו.

בחקירה נוספת (ת/7) התייחס למחיקת אפליקציית ה"ווטס אפ" ממכשיר הטלפון שלו ולמחיקת היסטורית ההודעות. לשתי החקירות צורפו זכ"די מהלך חקירה (ת/8, ת/9). כאמור, הנאשם ויתר על זכותו להעיד במסגרת פרשת ההגנה, לאחר שהוסברה לו משמעות הדבר.

8. הנאשם מסר בשימוע לסירוב למסירת דגימת שתן הסבר דומה לזה שמסר בחקירה (ת/10). בצו (ת/11) ציין הקש"ב, כי הוצגו בפניו דו"פ של השוטר (ת/1), המזכר של הפקח (ת/2), אמרות החשוד במ"י (ת/3, ת/4) ובמצ"ח (ת/6, עמ' 1-4). עוד ציין שידוע לו על חשד מפקדת שנמסר בעדות במצ"ח דן בתאריך 16/12/14. לדבריו, "מחומרי החקירה הנ"ל עולה חשד משמעותי לשימוש והחזקה בסמים מסוכנים על ידי החשוד וסיבות סירובו של החשוד אינן עולות בקנה אחד למול החשד". כשהוצג צו זה בפני הנאשם, עמד על סירובו וסירב לחתום על כך.

העבירה שעניינה סירוב להיבדק

(א) עדות הקש"ב

9. רס"ן גלעד בדין, הקש"ב, תיאר בעדותו על מה הסתמך לצורך הוצאת הצו בענייניו של הנאשם - חומרי חקירה ממשטרת ישראל, שכללו דוחות של שוטר ופקח עירוני, אמרת החשוד במ"י ובמצ"ח ועדות קודמת של המפקדת שחשדה שהשתמש בסמים מסוכנים. הוא פירט מה במסמכים אלה השפיע על שקול דעתו ובנוסף התייחס לסיבה שמסר הנאשם לסירובו למסור דגימה. הוא הסביר, שעדות המפקדת נמסרה במסגרת חקירה קודמת לגבי הנאשם, במהלכה התבקש למסור דגימה וסירב. אף שלא ציין בצו את תגובת הנאשם באותה חקירה, הדגיש כי סירוב של חייל מרצונו הטוב והחופשי (הכוונה, כשלא הוצא לו צו בעניין) לא יכול להוות ראייה נגדו ומשקלו נמוך, אם בכלל. כך שמבחינתו, עדות המפקדת לא השפיעה על שקול דעתו בהוצאת הצו הנוכחי, כאשר הדוחות והאמרה של הנאשם במ"י הספיקו לצורך הוצאת הצו.

10. **בחקירתו הנגדית** הדגיש הקש"ב, כי בעניינו של הנאשם הוצגו בפניו מספר ראיות ולאחר שעיין בכולן יחד הגיע למסקנה שיש חשד סביר משמעותי לשימוש והחזקה בסמים מסוכנים. כאשר מוצגת בפניו ראייה עליה להיות רלוונטית לנחקר שלפניו, בין אם לחובתו ובין אם לטובתו, והוא דואג לציין זאת בצו. במקרה זה, לא ציין שעיין בשימוע, אך טענותיו של הנחקר הוצגו בפניו גם באמרה. הקש"ב הדגיש, כי לא החליט להוציא את הצו עוד לפני החקירה, אלא החוקר הציג את הדברים באופן שגוי, כאשר התנה שאם לא תימסר דגימת שתן יוצא צו קש"ב מבלי שסייג שייתכן ויוצא צו.

11. לגבי עדות המפקדת, ציין הקש"ב, שבטוח לא הוצג בפניו כל התיק הקודם, אך לא זכר אם העדות הובאה בפניו או שלא או שפעל לפי זכרונו או שרוען זכרונו. העד הסביר, כי מהחומר עלה, שהחשוד שיקר לשוטר כשנשאל לגבי השלכת הבקבוק שיתכן שדובר בבאנג, כי תחילה הכחיש שזרק משהו ולאחר מכן הודה בהשלכת סיגריה; אף שהבקבוק הושמד ולא יוכל לשמש כראייה, יכול לשמש בשלב הזה של ההליך המנהלי; בסמוך לו נמצא חומר החשוד כסם מסוכן ובחיפוש על גופו נמצאו שתי שקיות חשודות - לאור כל אלה עלה לטעמו חשד משמעותי לשימוש והחזקה בסמים מסוכנים. לגבי עדות המפקדת, הבהיר, למרות שהסנגור התעקש שזו נדרשה כדי לחזק את הבעייתיות בראיות, העדות נרשמה כיוון שהיתה רלוונטית, אך – *"לדעתי חומר הראיות שהופיע בפניי וקיים כאן בבית הדין מספיק להוצאת צו קש"ב גם ללא עדותה של הקצינה שנמסרה כחודשיים קודם לכן"* (עמוד 13 לפרוטוקול העדות, שורות 29-30). כך, הסביר העד, היתה תשובתו גם בעקבות פנייתה של התובעת אליו בעניין.

12. לבסוף, התייחס העד לטענת הנאשם שחשב שנעצר בגין זריקת הסיגריה, שכלל לא עלתה בפניו בשלב הוצאת הצו אלא רק מאוחר יותר ולכן איננה רלוונטית להפעלת שקול דעתו בעת הוצאת הצו. כך גם לטענה שנכח במקום אדם נוסף, שהסביר שאיננה רלוונטית כאשר נמצאו שרידי סם על גופו של הנאשם עצמו.

13. מעבר לנדרש ומבלי שחלקו על כך הצדדים, אציין, כי גרסתו של הקש"ב היתה מהימנה, הגיונית ועקבית. הוא עמד על גרסתו גם כשנחקר משך שעות ארוכות. הוא התייחס בזהירות לתיקים שלא הוצגו במלואם לפניו ולא נמנע מלהודות הן בקושי בניסוח שנקט בו בעבר בצווים והן בקושי באופן שנהגו חוקריו להציג את אפשרות הצו לנחקרים.

ב) בחינת שיקול דעת הקש"ב

14. טענה ההגנה שלא ניתן לבחון את שקול דעת הקש"ב במועד הוצאת הצו, כיוון שהחומר שעמד אז בפניו איננו מצוי בפני בית הדין. לגישתה, היעדרם של עדות

המפקדת וסירוב הנאשם למסור דגימה בחקירה הקודמת, שעלה רק במהלך מסירת עדות הקש"ב לפני בית הדין, מייצרים מחדל חקירתי הנוגע לאובדן חומר, הקשור בטבורו לאישום, המחייב זיכוי של הנאשם. לגישת ההגנה, פניית התובעת לקש"ב לא היתה תקינה, כיוון שחשפה אותו למצב העובדתי הקיים ולצורך בהתייחסותו לאובדן החומר, כך שפגעה ביכולתו להשיב תשובה אוטנטית ואמיתית.

15. עוד טענה ההגנה, שלא ניתן להסתמך על "השורה התחתונה" שהציג הקש"ב בעדותו, שלא היה בעדות המפקדת השפעה מכרעת על שקול דעתו, כיוון ששקול הדעת, שהוצג בעדותו, היה חדש ונסמך על שיקולים שנוספו לתיק מאוחר יותר ולא דווקא כאלה שעמדו לפניו מלכתחילה במועד הוצאת הצו, כמו סעיפי האישום שיוחסו לנאשם ועמדת ההגנה ביחס אליהם.

16. התביעה הדגישה, שהקש"ב התייחס למכלול החומר שהיה בפניו, כולל עדות המפקדת, אך זו לא נשאה מבחינתו משקל מכריע. לעמדתה, שקול הדעת הופעל כנדרש תוך התייחסות לשיקולים הרלוונטיים להחלטה.

17. לאחר ששמעתי בקשב רב את חקירתו הארוכה של הקש"ב, באתי לכלל דעה, כי לא נפל כל פגם בהפעלת שיקול דעתו ולא קיים כל קושי לבחון שקול דעת זה. בחינה של שקול דעת הקש"ב צריכה להיעשות בהתאם לכללים המנחים, הממשיכים ללוותנו מזה שנים ארוכות -

"הסמכות נשוא סעיף 250א לחוק השיפוט הצבאי פוגעת בכבוד האדם. היא נוגסת בפרטיותו. שימוש בסמכות זו צריך להיעשות, אפוא, בזהירות ובקפדנות. תנאי ראשון להפעלה הראויה של שיקול הדעת המנהלי הוא בקבלת נתונים רלוונטיים... הטעם לסירוב הוא נתון מרכזי בשאלת ההצדקה להוצאת הצו... לו היו מובאים לידיעת הקש"ב, הפרטים האמורים אפשר שהיה מבקש פרטים נוספים מהחוקרת... יכול שהיעדר נתונים עיקריים יוליך לבטלות ההחלטה המנהלית..." (ע/217/00 התצ"ר נ' ק' (נבו, 11/11/01) (להלן: עניין ק')).

18. באותו מקרה, בעניין ק', ניתן משקל מרכזי להצגת טעמי הסירוב של הנאשם בפני הקש"ב, במסגרת הבחינה של אופן הפעלת שקול הדעת על ידו.

19. במקרה שלפנינו, העיד הקש"ב והסביר על אלו שיקולים הסתמך בהוצאת הצו. אף שנמנעה האפשרות לעיין בעדותה של המפקדת, הרי שהסביר שמשקלה היה נמוך. לא מצאתי שפניית התובעת אליו גררה משום "זיהום" של עדותו או שעיון בתיק כולו היום השפיע על יכולתו להעריך את מידת ההשפעה של אותה עדות על החלטתו. משהודיע הקש"ב, כי לעדות זו לא היתה השפעה משמעותית על החלטתו ומשהוצגו

לפני בית הדין מכלול החומרים שהוצגו בפניו, ניתן להסתמך על אלה בבחינת ההחלטה (ע/89/07 ש' נ' התצ"ר, פס' 12).

20. שיקולים אלה יש לבחון בהתאם למבחן הסובייקטיבי, שנקבע לפני שנים ארוכות בפסיקה (ע/27/84 התצ"ר נ' טור' א' ואושר מאוחר יותר בע/115/91 טור' א' נ' התצ"ר).

"הדיבור 'סבר' מבטא את אופיו של שיקול הדעת שעל נותן הצו להפעיל ומשמעותו היא, כי די בכך שנותן הצו 'סבור בכנות ובתום לבי' כי הבדיקה דרושה – כדי לגלות החזקה או שימוש בסם מסוכן – ואין צורך שיתגבש בלבו 'חשד סביר' שמקבל הצו עבר עבירה הכרוכה בהחזקה או בשימוש סם מסוכן; ומבחנה של 'כנות ותום לבי' הינו מבחן סובייקטיבי של מקבל ההחלטה. **ביהמ"ש לא יעמיד עצמו בנעלי מקבל ההחלטה, אלא אך יבדוק שמא נשתרבב בין שיקוליו שיקול זר או שמא לקה שיקול הדעת בשרירות לב או בחוסר הגינות וכיו"ב פעמים, המשמיטים את הבסיס מתחת ל"כנות ותום לב"** [ההדגשה נוספה].

21. עשור לאחר מכן, בעניין ק' צוין, כי למרות שהצטמצם הפער בין המבחן האובייקטיבי למבחן הסובייקטיבי בבחינת מעשי הרשות -

"סיכומו של דבר, בענייננו, התכלית החקיקתית, לשון החוק ונתוני הרקע, שנמנו בעבר בהרכב המורחב בפסק דינו של בית הדין הצבאי לערעורים בעניין א' נותרו בעינם. בחינת הדברים בראי ההתפתחויות בדין אינה מוליכה לשינוי בתפישת היסוד אודות המבחן הסובייקטיבי כמבחן החל לעניין הסמכות הנקובה בסעיף 250א לחוק השיפוט הצבאי הוראה זו היא ייחודית למסגרת הצבאית. הנה-כי-כן, ההתפתחות במערכת האזרחית משליכה על המערכת הצבאית. המערכת הצבאית אינה תמונת ראי של המערכת האזרחית. היא השתקפות ראויה של מערכת זו. היא יונקת ממנה, מושפעת מהמתרחש בקרבה, ובד בבד נותנת דעתה לשיקולים נוספים."

22. בעניינו של הנאשם, נתפס הלה בשעת לילה מאוחרת, כשהוא זורק דבר מה. באותו מקום נתפסו כלי לעישון סמים ונייר מקופל שהכיל חומר החשוד כסם מסוכן. על רקע התנהגותו החשודה ניסה בהתחלה להתחמק מזריקת הבאנג, שנמצא בין השיחים, ולאחר מכן אישר שזרק סיגריה. בשלב קבלת ההחלטה על הוצאת הצו, ראוי היה הקש"ב להביא בחשבון את נוכחות הנאשם בסיטואציה המחשידה במקום בו נמצאו חומרים, שהיו חשודים ככאלה שהכילו סם מסוכן (כאשר באופן דומה עשויה נוכחות

במקום ביצוע העבירה לשמש כסיוע לביצועה (י' קדמי על הראיות (חלק ראשון) (2009) 314), הרי שזו תוכל לשמש כאחד מיני השיקולים לצורך קבלת החלטה המנהלית). כך גם רשאי היה לשקול את החזקת שתי השקיות שהריחו מסם בכליו. לגבי כל אלה מסר הנאשם גרסה תמוהה ואף סירב הנאשם למסור את פרטיו של החבר שלטענתו נכח במקום.

23. התביעה התייחסה גם לסיבות שמסר הנאשם לסירובו. אף שנתלה בבעיה רפואית, בפועל לא הציג בעיה שכזו, כשגם תחושת הלחץ איננה קשורה אליה. כך גם לא ביסס את טענת השימוש הפסיבי כשלא פירט סיטואציות שכאלו. גם הסברים אלה, שניסה החוקר לתת להם מענה בחקירה, לא היו מבוססים ומשכנעים. יצוין עוד, כי גם לפני בית הדין ויתר הנאשם על זכותו להעיד וגם לכך יש משקל בבחינת גרסתו.

24. כך, שעבור הקש"ב במקרה שלפנינו נוצר חשד בעקבות השיקולים האמורים שהצדיק הוצאה של הצו. מצאתי שהקש"ב שקל שיקולים ראויים ונכונים ונמנע מלשקול שיקולים זרים.

25. לאור כל האמור, לא מצאתי שנפל כל פגם ביכולת לבחון את שקול דעת הקש"ב או באופן הפעלתו. משכך, מצאתי שהוכחו לפניי מעבר לכל ספק סביר יסודות העבירה ומצאתי להרשיעו בעבירה נשוא פרט האישום הראשון, שעניינה סירוב להיבדק לשם גילוי שימוש בסמים מסוכנים.

העבירה שעניינה החזקת שרידי סם מסוכן

(א) טענת הגנה מן הצדק

26. גרסה ההגנה בראשית טיעוניה, הייתה שככל שיבוטל פרט האישום הראשון, הרי שכתב אישום הכולל את פרט האישום השני בלבד, מנוגד להנחיות התצ"ר. כאמור, לאחר שמצאתי שיש מקום להרשיע את הנאשם בפרט האישום הראשון, הרי שפרט האישום השני אינו עומד לבדו. אולם, מעבר לנדרש, אוסיף התייחסות קצרה בלבד.

27. ההגנה הפנתה אל הנחיית תצ"ר 2.05 המתייחסת בסעיף 7 לאפשרות העמדה לדין בגין החזקת סם מסוכן מסוג 'קנאביס' בכמות קטנה -

"ככלל, החזקת סם מסוג 'קנאביס' בכמות שאינה עולה על גרם אחד בלבד, לא תצדיק הגשת כתב אישום לבית דין צבאי, ונכון יהיה להסתפק באזהרת החשוד במסגרת חוות דעת פרקליט בדבר סגירת תיק החקירה" [ההדגשה נוספה].

אולם, בסעיף 8 נקבע, כי יוגש כתב אישום, כאשר -

- א. הסם נמצא כשהוא מאוחסן בכלי המוכן לשימוש (כגון סם המגולגל בסיגריית 'ג'וינט');
 ב. לחייל עבר קודם בעבירות סמים;
 ג. לחייל מיוחסות עבירות נוספות, לרבות סירוב ליתן דגימת שתן בניגוד לצו קש"ב. ככלל, יוגש בגין ההחזקה אישום נפרד. במקרה בו מדובר לכאורה בשאריות של סם שנותרו לאחר שימוש, ניתן לייחס לחייל אישום משותף של שימוש והחזקה.
 ד. הסם נמצא ביחידה, למעט אם מדובר בפירורים".

28. לא מצאתי שנפל פגם בהחלטה להאשים את הנאשם בעבירה הנושאת רישום פלילי בגין החזקת שרידי הסם, כאשר עניינו של הנאשם בנסיבותיו עולה בקנה אחד עם הנחיית התביעה הצבאית הראשית בסעיף 8(ג) בנוגע למקרה מסוג זה.

(ב) זוטי דברים

29. טענה ההגנה, כי החזקת שתי שקיות ניילון ריקות שבהן שרידי סם אינן מצדיקות לייחס לנאשם סעיף אישום הנושא עמו רישום פלילי לפי פקודת הסמים המסוכנים.
 30. גם בעניין הגנה זו, טענה התביעה, כי יש לבוחנה בהתאם לנסיבות בהן בוצעה העבירה. **סעיף 34 לחוק העונשין**, התשל"ז-1977 עוסק בהגנת "זוטי דברים" וקובע, כי -

"לא יישא אדם באחריות פלילית למעשה אם לאור טיבו של המעשה, נסיבותיו, תוצאותיו והאינטרס הציבורי, המעשה הוא קל ערך".

31. הגנת זוטי הדברים מכירה בכך שייכתנו מקרים בהם מבחינה טכנית התמלאו יסודות העבירה, אולם לא ראוי להטיל על מבצעה אחריות בגין המעשה בשל היותו קל ערך מבחינת ארבעת המישורים המצטברים המפורטים בו: "טיבו של המעשה, נסיבותיו, תוצאותיו והאינטרס הציבורי" (ראו ע/89/11, 88 **התצ"ר נ' אל"ם מ' ח'**, פסקה 34; ע"פ 6696/96 **כהנא נ' מ"י**, פ"ד נב(1) 535, 570; ע"פ 807/99 **מ"י נ' ע'**, פ"ד נג(5) 747, 758; **י' קדמי על הדין בפלילים** (חלק ראשון, תשנ"ב) 681).

במקרה שלפנינו, על אף שאין עניינו של הנאשם נמצא ברף העליון של המקרים של החזקת סמים מסוכנים, הרי שבנסיבות תפיסת הנאשם המחשידות, נוכח שקריו ביחס לזריקת הבאנג והנייר שנתפסו בשיחים והסיגריה שנתפסה בכליו ולאור גרסתו המיתממת לגבי אופיין של השקיות ונסיבות מציאתן על ידו לצד סירובו למסור דגימת

שתן, מן הטעם שהציג, מצאתי שלא ניתן להגדיר את המעשה כ"קל ערף" באופן המצדיק זיכוי של הנאשם מן העבירה שיוחסה לו.

32. מעבר לנדרש ואף שההגנה לא התייחסה למשמעות ההשפעה של הרשעה בעבירה הנושאת עמה רישום פלילי, מצאתי להוסיף התייחסות קצרה גם לנושא.

33. מדיניות העמדה לדין בצה"ל נסמכת על התפיסה, כי -

"נגע הסמים מחייב את הרשויות הממונות על אכיפת החוק להילחם באופן נחרץ נגד השימוש בסמים. במיוחד כך במסגרת הצבא. לעניין זה יש הבדל בין ביצוע עבירה על-ידי חייל לבין ביצוע אותה עבירה על-ידי מי שאינו חייל" (בג"ץ 5000/95 טור' **ב' נ' הפצ"ר**, פ"ד מט(5) 64, 74).

34. אל מול הצורך לנגף את "נגע הסמים", עומדת המשמעות כבדת המשקל וארוכת הטווח של הרישום הפלילי, כאשר בתי הדין הצבאיים אינם מוסמכים להימנע מהרשעה בפלילים של מי שהוכח שביצע את העבירה. לאור זאת, תוקן חוק השיפוט הצבאי בתיקון מס' 63 באופן שהרשעה בבתי הדין הצבאיים תישא, בנסיבות מסוימות, רישום פלילי מופחת.

35. כך קובע **סעיף 404 לחש"ץ**, המגביל את מסירת המידע מהמרשם הפלילי ומקצר את תקופת הרישום -

"(א) על אף הוראות חוק המרשם הפלילי ותקנת השבים, התשמ"א-1981, לעניין מסירת מידע מהמרשם הפלילי וקיצור תקופת הרישום יחולו הוראות סעיף זה.

(ב) הורשע נאשם בעבירה מסוג עוון, שאינה עבירה מהעבירות המנויות בסעיף קטן (ג) או בתוספת השנייה, לא יימסר מידע מהמרשם הפלילי על פרט רישום בשל העבירה כאמור אלא לגופים כאמור בסעיף 13 רישה לחוק המרשם הפלילי או לגופים המפורטים בפרטים (כו) ו-(כז) שבתוספת הראשונה לחוק האמור, לצורך מילוי תפקידיהם (בסעיף זה - הגבלה על מסירת מידע מהמרשם הפלילי), אם הוטל על הנאשם עונש כמפורט להלן:

(1) עונש שאינו כולל מאסר בפועל;

(2) עונש שאינו עולה על שני חודשי מאסר בפועל;

(3) עונש שאינו עולה על שלושה חודשי מאסר בפועל שבית הדין קבע שחלק ממנו, ירוצה בדרך של עבודה צבאית, ובלבד שהחלק שירוצה בכליאה אינו עולה על חודשיים;

(4) עונש שאינו עולה על ארבעה חודשי מאסר בפועל שבית הדין קבע שירוצה כולו בדרך של עבודה צבאית...
 (ד) תקופת המחיקה כאמור בסעיף 16(א) לחוק המרשם הפלילי, לעניין פרט רישום שחלה לגביו הגבלה על מסירת מידע מהמרשם הפלילי בהתאם להוראות סעיף קטן (ב) או (ג), תהיה חמש שנים ממועד מתן פסק הדין.
 (ה) הורשע נאשם בעבירה המנויה בתוספת השנייה לא תהווה העבירה פרט רישום".

36. בנסיבות התיק שלפניי, שתי העבירות המיוחסות לנאשם נושאות עמן רישום פלילי מופחת ולכן לא מצאתי שהימנעות מהרשעת הנאשם בעבירה שעניינה החזקת סם מסוכן תגרור השפעה מיוחדת על ענייניו באופן המצדיק המרה של סעיף האישים לכזה שאינו נושא רישום פלילי.

סוף דבר

37. לאחר ששקלתי את טענות ההגנה ודחיתי אותן לגופן, מצאתי להרשיע את הנאשם בכל המיוחס לו בכתב האישים.

זכות ערעור כחוק.

ניתנה והודעה היום, 31/10/2016, כ"ט בתשרי התשע"ז, בפומבי ובנוכחות הנאשם והצדדים.

שופטת

גזר - דין**רקע**

38. הנאשם שלפניי, טוראי י" כ', הורשע בסיומו של משפט הוכחות בכתב אישום, שייחס לו שני פרטי אישום – עבירה של סירוב להיבדק לשם גילוי שימוש בסמים מסוכנים לצד עבירה של החזקת סם מסוכן. לאחר ששמעתי את גדר הכפירה הממוקד, את ראיות הצדדים ואת טיעוניהם, קבעתי, כי ביום 5/02/15 סמוך לחצות, נתפס הנאשם לאחר שהשליך דבר מה אל השיחים. למרות הכחשתו, נמצאו במקום באנג ונייר לבן סגור, שנחשדו כמכילים סם מסוכן. בחיפוש על גופו נמצאו חצי סיגריה ושתי שקיות קטנות, כאשר רק בבדיקת האחרונות נמצאו שרידי סם מסוכן במשקל לא מדיד. לכשהועבר לחקירה במצ"ח, התבקש הנאשם למסור דגימת שתן לפי צו קש"ב שהוצא בעניינו וסירב לכך, בטענה לקושי להטיל מימיו בלחץ ולחשש מעישון פסיבי, אולם לכל אלה לא הציג ביסוס בחקירתו.

39. ביום 17/09/15 הוגש נגדו כתב האישום. כחודש לאחר מכן, ביום 21/10/15, פוטר משירות צבאי בגין התנהגות רעה, לאחר שמלכתחילה גויס לשירות במסגרת מקא"מ. 40. סלע המחלוקת בין הצדדים ניטש סביב השאלה מהו מתחם הענישה ההולם בנסיבות המתוארות עבור מי שכתב האישום הוגש שעה שהיה בשירות ובינתיים פוטר ממנו והחל בדרכו האזרחית ועד כמה התנהלותו של הנאשם במהלך הדיונים בעניינו, כולל החלטתו לנהל הוכחות, בעלי השפעה על העונש שיוטל עליו.

טיעוני התביעה

41. התביעה ביקשה לקיים, כהנחיית תיקון 113 לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: חוק העונשין), יחס הולם בין מעשה העבירה בנסיבותיו לבין סוג ומידת העונש שיוטל עליו. התביעה התייחסה למלחמה שמנהל צה"ל נגד נגע הסמים, כאשר סירוב להיבדק פוגע בשיתוף הפעולה עם גורמי החקירה, מסכל את האפשרות לחקר האמת, פוגע בערכי המשמעת הצבאית, בכוננות היחידה ובחוסנו של צה"ל. לעמדתה, עומד מתחם הענישה ההולם על מאסר בכליאה ממשית לצד מאסר מותנה.

42. התביעה הדגישה, כי כתב האישום בעניינו של הנאשם הוגש עוד לפני שפוטר משירות עקב "התנהגות רעה" ומשך הזמן שחלף מאז נבע מהימנעותו מלהתייצב לדיונים עד להוצאת פקודת מעצר כנגדו. כך, גרסה, אין לזקוף לזכותו את משך הזמן שעבר מאז מועד ביצוע העבירה ואת פיטוריו משירות לצורך הקלה בעונשו, כאשר בינתיים החל בדרכו האזרחית.

טיעוני ההגנה

43. ההגנה גרסה, כי מתחם העונש ההולם אינו כולל רכיב של מאסר לריצוי בפועל ויש להסתפק במאסר מותנה לצד קנס כספי. לצורך תמיכה בעמדתה הציגה אסופת פסיקה שמנתה לטענתה כ-100 מקרים שהסתיימו בהסכמה עונשית בעלת אופי דומה בין הצדדים, בעניינם של מי שסיימו את שירותם הצבאי, אף כאשר נלוותה לעבירת הסירוב עבירה נוספת. לגישת ההגנה, הסכמות דומות אלו מחייבות את התביעה בעתירתה לעונש ואין מקום להחמיר עם הנאשם על כי בחר לנהל את ההליך, כאשר כלל הראיות הוגשו למעט עדותו של הקש"ב. כך גם, כאשר התרשלות גורמי החקירה הובילה לאובדן חומרים, בעוד שהתערבות גורמי התביעה הובילה להשלמתם. כך טענה, כל משך התקופה שבה לא אותרו המסמכים החסרים לא היה בהימנעותו של הנאשם מלהתייצב לדיונים כדי לפגום בקצב התנהלות התיק.

44. ההגנה הדגישה, כי אין מקום להקל ראש במשמעויות הנלוות להרשעה בעבירה הנושאת עמה רישום פלילי בפרט עבור מי שהשתחרר משירות לפני פרק זמן ממושך, כאשר לתביעה לקח כשבעה חודשים עד אשר הגישה את כתב האישום בעניינו.

45. בדברו האחרון לפני פרש הנאשם את נסיבותיו האישיות ותיאר, כי בימים אלה הוא עובד כשליח ומסייע לאמו בפרנסת המשפחה. לצד זאת הביע את רצונו להשלים את לימודיו לבגרות. בכתב ביקש להתייחס לעניין נוסף שנראה לו רלוונטי לענישה.

46. לשאלת בית הדין, סירב הנאשם לאפשרות כי ירצה את עונשו בדרך של עבודות צבאיות, כיוון שלעמדת ההגנה עונש של מאסר לריצוי בפועל כלל אינו עומד על הפרק.

דיון והכרעה

47. העיקרון המנחה בענישה נקבע בתיקון 113 לחוק העונשין, כך שנדרש "קיומו של יחס הולם בין חומרת מעשה העבירה בנסיבותיו ומידת אשמו של הנאשם ובין סוג ומידת העונש המוטל עליו" (סעיף 40 לחוק העונשין).

48. נקבע, ש"בית המשפט יקבע מתחם עונש הולם למעשה העבירה שביצע הנאשם בהתאם לעיקרון המנחה, ולשם כך יתחשב בערך החברתי שנפגע מביצוע העבירה, במידת הפגיעה בו, במדיניות הענישה הנהוגה ובנסיבות הקשורות בביצוע העבירה". כאשר "בתוך מתחם העונש ההולם יגזור בית המשפט את העונש המתאים לנאשם, בהתחשב בנסיבות שאינן קשורות בביצוע העבירה" (סעיף 40 לחוק העונשין).

49. הצדדים התמקדו בקביעת מתחם הענישה והעונש ההולם בעבירה שעניינה סירוב להיבדק לשם גילוי שימוש בסמים מסוכנים. העבירה שעניינה החזקת הסם, שאף בה הורשע הנאשם ולגביה התמקדו בסיכומיהם בשלב הכרעת הדין, עמדה ברקע הוצאת הצו במהלך החקירה. עבירה זו בוצעה במסגרת אותו אירוע, מהווה חלק מנסיבות

תפיסתו של הנאשם ומחויבו למסור דגימה. לכן לא מצאתי שיש מקום להטיל עונש נפרד בגין כל אחת מן העבירות.

50. העבירה שעניינה סירוב להיבדק נועדה להגן על הערך החברתי שעניינו הצורך למגר את נגע הסמים תוך הבטחה של שתוף פעולה מצד חיילים, החשודים בשימוש בסמים מסוכנים, על ידי חיובם לציית להוראות חוקיות של קציני השיפוט כדי לאתר ביצוען של עבירות סמים.

51. הסנגור ביקש להתחשב בקביעת מדיניות הענישה הנהוגה במצבור הפסיקה שהציג, שכלל מקרים בהם נטלו נאשמים אחריות על מעשיהם לפני הערכאה הראשונה ונקשרו בהסדרי טיעון שלא היה בהם רכיב של כליאה ממשית.

52. כבר נקבע, כי -

"מתחם הענישה ההולם איננו זהה לטווח הענישה הנהוג. מתחם העונש ההולם מגלם הכרעה ערכית המבוססת על שיקולים שונים, שמדיניות הענישה הנהוגה בעבירה הנדונה הוא רק אחד מהם" (ע"פ 1182/14 פלונית נ' מ"י (נבו, 14/05/14)).

53. בפסיקה קיימת מחלוקת, אם יש בהסדרים שכאלה לשמש אמת מידה עונשית כללית. בבסיס כל אחד מן המקרים עומדים נסיבות ייחודיות, אשר לעתים נחשפות באופן חלקי ביותר בפני בית המשפט, לעתים נובעת ההיקשרות בהסדר מרצונם של הצדדים להבטיח לעצמם תוצאה רצויה, כאשר באופן מובנה נוקטת התביעה בגישה עונשית פשרנית כדי לעודד היקשרות בהסדרי טיעון. כך או כך, עומדת בבסיס הסדר הטיעון נטילת אחריות והפנמה של נאשם אשר למהות הפסול במעשיו. אלה, מבלי לזקוף לחובתו של נאשם את כפירתו באשמה ואת רצונו בניהול ההליך הפלילי, מזכים את הבורח בדרך זו בהקלה בעונש תוך התחשבות בחסכון בזמן השיפוטי ובמיצוי האינטרס הציבורי שבענישה (ע/40/11 רב"ט י' נ' התצ"ר). לכן, גם בענייננו לא מצאתי שיש באסופת הפסיקה כדי ללמד על מתחם הענישה ההולם.

54. בפסיקה שבו וחזרו בתי הדין הצבאיים על הצורך להטיל על נאשמים בעבירה שעניינה סירוב להיבדק לשם גילוי שימוש בסמים מסוכנים עונש מאסר בדרך של כליאה ממשית (ע/194/00 התצ"ר נ' רב"ט ח'; ע/139/07 התצ"ר נ' רב"ט ב'; ע/14/08 התצ"ר נ' רב"ט ה'; ע/19/08 התצ"ר נ' טור' ב'). מתחם הענישה ההולם הראוי לעבירה זו הועמד על 14-35 ימי מאסר לריצוי בפועל (ע/63/12 סמ"ר ס'ני' התצ"ר). טען הסנגור, כי מתחם זה אינו מתאים לנסיבות הדומות לאלו בהן הורשע הנאשם, משמדובר בנסיבות ביצוע עבירה אזורחיות והזיקה לשימוש בסם מצומצמת, לאחר שנמצאו בכליו שרידי סם בלבד, שאינם מדידים. אולם, מתחם הענישה נקבע מלכתחילה תוך התחשבות בנסיבות הקשורות בביצוע העבירה.

55. אפילו אניח, כי תפיסת הנאשם בנסיבות אזרחיות צריכה להוביל להרחבה של מתחם הענישה כלפי מטה, הרי שיש להתחשב גם בנסיבות התפיסה המחשידות, במהלכן נתפסו שרידים בכליו, אפילו כמותם איננה מדידה, באופן הקושר אותו לעבירות של שימוש והחזקה בסמים מסוכנים; בגרסה התמוהה שמסר למעשיו ולהימצאות הסמים ברשותו; לסיבות, שלא בוססו, לסירובו להיבדק. לצד כל אלה, עומד חוסר שיתוף הפעולה שנקט במהלך החקירה, במהלך הדיונים בעניינו והחלטתו להימנע מלהעיד לפני בית הדין למתן הסבר לסירובו.

56. אשר להימנעות מהתייצבות לדיונים, לא מצאתי לקבל את טענת ההגנה, כי היעדרו של חומר חקירה אפשר לנאשם לעשות דין לעצמו ולהימנע מהתייצבות מספר רב של דיונים מבלי שהדבר אושר על ידי בית הדין ועד אשר הוצאה פקודת מעצר בעניינו.

57. כדי לקבוע את העונש המתאים לנאשם בתוך מתחם העונש ההולם, יש להתחשב בנסיבותיו האישיות של הנאשם, אשר אינן קשורות לביצוע העבירה. הסנגור התייחס לשירותו של הנאשם במסגרת מקא"מ, כאשר למעשה חרף עבר משמעתי מכביד הצליח להשלים שנתיים וחצי בשירות. מאותה מסגרת פוטר בעקבות "התנהגות רעה". כתב האישום הוגש בחלוף פרק זמן משמעותי של שבעה חודשים מאז מועד ביצוע העבירה וכחודש לאחר מכן פוטר מן השירות. הנאשם התייחס בדברו האחרון לפני לנסיבותיו האישיות, כולל שיקול נוסף שביקש להציגו אך לפניי בכתב, ואף התייחס להשתלבותו בעבודה מזדמנת, כאשר ברצונו להשלים את לימודי הברגרות.

58. הסנגור ביקש לתת משקל משמעותי לפיטוריו של הנאשם משירות לצד חלוף הזמן ממועד ביצוע העבירה, אליו התייחסתי מעלה. עובדת פיטוריו של נאשם מן השירות ביחס לעבירה מן הסוג שלפנינו נבחנה רבות בפסיקת בתי הדין הצבאיים, כאשר עיקר הטענה שממועד זה נקטעה האפשרות לביצוע חוזר של העבירה לצד היווצרות האפשרות לנאשם להשתלב בדרכו האזרחית. למרות זאת, הדגישה הפסיקה את ביצוע העבירה בשלב בו היה הנאשם עדיין בשירות והחשש שמא התחשבות בשיקול של סיום השירות ייצור מדרון חלקלק של התמשכות ההליכים עד לאחר מועד זה (ע/00/33 סמל ב' נ' התצ"ר; ע/03/9 סמל א' נ' התצ"ר; ע/08/19 התצ"ר נ' טור' ב'; ע/08/116 התצ"ר נ' רבי"ט א' כ'; ע/10/9 התצ"ר נ' סמ"ר ע').

59. בהתחשב במכלול השיקולים, שקלתי להטיל על הנאשם עונש של מאסר לריצוי בדרך של עבודות צבאיות, באופן שיאפשר לו המשך עבודה בשליחויות ואפילו המשך לימודי ערב תוך כדי תקופת ריצוי העונש, אם יבחר בדרך זו דווקא עכשיו בתקופת ריצוי עונש המאסר המצומצם. אולם, ההגנה דחתה מכל וכל אפשרות זו ולכן בהתאם

להוראת סעיף 51(2)(2) לחוק העונשין, אין באפשרותי ללכת בדרך בה נהגה הפסיקה במקרים דומים (ע/59/13 התצ"ר נ' טור' ג'; ע/19/08 התצ"ר נ' טור' ב').

60. למרות זאת, אין מקום לגישתי שבחירת הנאשם שלא לרצות את עונש המאסר בדרך של עבודות צבאיות תגרור החמרה בעניינינו. לכן בהחלטתי להשיבו אל מאחורי סורג ובריה, בחרתי למקם את עונשו בחלקו התחתון של מתחם הענישה, תוך התחשבות בקיומה של עבירה נוספת המסבכת אותו בהחזקת סם מסוכן ובשאר הנסיבות כפי שפורטו לעיל.

סוף דבר

61. לאור כל האמור, החלטתי להטיל על הנאשם את העונשים הבאים:

א. שניים-עשר (12) ימי מאסר לריצוי בפועל בכליאה ממשית בניכוי יומיים של מעצרו.

הנאשם יתייצב לריצוי עונשו בבס"כ XXX ביום 22.1.2017 בשעה 10:00.

ב. שלושה (3) חודשי מאסר על תנאי שלא יעבור כל עבירה לפי פקודת הסמים המסוכנים למשך שנתיים.

ג. חודש מאסר על תנאי למשך שנה שלא יעבור עבירה שעניינה סירוב להיבדק לשם גילוי שימוש בסמים מסוכנים או עבירה לפי הפקודות האוסרות על שימוש בסמים מסוכנים בתוככי יחידה צבאית.

זכות ערעור כחוק.

ניתן והודע היום, 3.1.2017, ה' בטבת התשע"ז, בפומבי ובמעמד הצדדים.

שופטת