



בבית הדין הצבאי המחוזי

במחוז שיפוטי חיל אוויר

בפני:

סא"ל סיגל טורג'מן - שופטת

בעניין

(ע"י ב"כ, סרן שרון גידלביץ')

התובע הצבאי

נגד

(ע"י ב"כ, סרן ליאור עייש)

ח/XXX טוראי א' ח'

הכרעת - דיןכתב האישום וגדר הכפירה

1. נגד הנאשם, טורי א' ח', הוגש ביום 25/05/15 כתב אישום, שיחס לו עבירה של שימוש בסם מסוכן, לפי סעיפים 7 (א) ו-7 (ג) סיפא לפקודת הסמים המסוכנים [נוסח חדש], התשל"ג-1973 בגין כך שביום 28/10/14, בנסיבות שאינן ידועות לתביעה, עשה לכאורה שימוש בסם מסוכן מסוג קנאביס. פרט אישום זה נסמך כל כולו על תוצאת הבדיקה של דגימת השתן, שניטלה ממנו באותו היום, אשר לימדה על הימצאותם של שרידי הסם האמור. לכשעומת הנאשם עם תוצאות הבדיקה כבר בשלב בדיקתה בערכת השדה, הכחיש שימוש בסם מסוכן והעלה השערות כלליות לגבי אופן חדירת הסם לגופו.

2. ביחס לאותה תוצאה של בדיקה טענה ההגנה, כי אין מקום לקבלה הן בגלל פגמים בשרשרת הראיות והן בגלל טעמים של צדק והגינות; אך אפילו זו תתקבל, התמקד טיעונה בהעדר המודעות של הנאשם לשימוש בסם מסוכן.

3. נבחן תחילה את הבסיס המשפטי לאישום בעבירה של שימוש בסם מסוכן על סמך תוצאת בדיקה של דגימת שתן ולאחר מכן נבחן את חומר הראיות שהוצג אל מול טענות ההגנה כנגדו ונכריע בטענות אלו בדרך להכרעה בשאלה אם הוכח לפנינו מעבר לכל ספק סביר, כי הנאשם עשה שימוש בסם מסוכן כמתואר בכתב האישום (ע/20/04 י' ז' נ' התצ"ר, פס"ר 16; ע/134/05 התצ"ר נ' מ', פס"ר 12).

הבסיס המשפטי

4. היסודות להוכחת עבירת השימוש בסם מסוכן על פי תוצאות בדיקת דגימת שתן הונחו בהלכתו הוותיקה והמושרשת של בית הדין הצבאי לערעורים. תוצאה חיובית בבדיקת המעבדה המעידה על הימצאות תוצרי חילוף חומרים של סם מסוכן בגופו של נאשם מקימה את **היסוד העובדתי** של העבירה; לצד זאת, נקבע בפסיקה, מקימה תוצאה זו מסקנה לכאורית בנוגע ל**יסוד הנפשי** הנדרש להוכחת העבירה בדבר מודעותו של הנאשם לחדירת הסם לגופו (עניין ל' - ראו בג"ץ 27/86 ל' נ' ביה"ד לערעורים, פ"ד מ(3) 757; ע/ע 232/84 ל' נ' התצ"ר).

5. מסקנה לכאורית זו היא בבחינת חזקה שבעובדה המתבססת על ניסיון החיים והשכל הישר (ע"פ 611/80 **מטוסיאן נ' מ"י**, פ"ד לה(4) 85, 101). אולם, בידי הנאשם לעורר ספק סביר בדבר מודעותו ובכך לסתור את החזקה שבעובדה, באחת משתי אפשרויות: האחת, הצבעה על אפשרות ממשית לשימוש לא מודע בסם; השנייה, כתוצאה מהתרשמות בית הדין מעדותו ומהכחשתו, אף מבלי להצביע על אפשרות ממשית וקונקרטיה לשימוש לא מודע בסם (עניין ל'; ע/ע 11/93 **התצ"ר נ' מכלוף**; ע/ע 116/05 ו' נ' **התצ"ר**; ע/ע 127/06 ש' נ' **התצ"ר**; ע/ע 80/07 ק' נ' **התצ"ר**; ע/ע 119/08 ש' נ' **התצ"ר**).

6. ההגנה לא צמצמה טענותיה ופרשה אותן הן ביחס ליסוד העובדתי של העבירה והן ביחס ליסוד הנפשי.

אשר ליסוד העובדתי – חקרה ארוכות את מומחית המעבדה, תקפה את שרשרת הראיות שעברה הדגימה ולבסוף אף טענה נגד רצונו של החופשי של הנאשם בעת מסירת הדגימה וביקשה לפסול אותה על בסיס דוקטרינת הפסילה הפסיקתית. **אשר ליסוד הנפשי** – נמנע הנאשם מלהציג אפשרות קונקרטית ממשית לחדירה לא מודעת של הסם לגופו ולכן ביקשה ההגנה להעניק את מלוא האמון לגרסתו בדבר שימוש שאינו מודע.

תוך כדי פרישת הטענות התייחסה ההגנה גם לפגמים בחקירת הנאשם, שלעמדתה חתרו תחת חומר הראיות שנאסף בעניינו.

הבסיס הראייתי**(1) היסוד העובדתי: הימצאות שרידי סם בגופו של הנאשם****(א) תוצאת הבדיקה של דגימת השתן**

7. היסוד העובדתי של העבירה שיוחסה לנאשם התבסס כאמור על תוצאת הבדיקה של דגימת השתן שניטלה ממנו, שהצביעה על קיומם של שרידי סם מסוכן מסוג

קנאביס (ת/3). בעניין זה העידה מומחית מטעם המעבדה לתרעולה, ע"ת מס' 1, גב' מאיה טפרברג, אשר התייחסה למשמעות תוצאת הבדיקה בערך של 80 נ"ג למ"ל, כאשר ערך הסף, כפי שנקבע עבור צה"ל, עדיין נמצא על הערך הגבוה של 25 נ"ג למ"ל (פרוטוקול 9/11/16, ע' 3, ש'10-16). תוצאה זו, הסבירה, מלמדת על כניסה אקטיבית של סם מסוכן לגופו של הנבדק. לצד זאת, הבהירה, כי לא הוצגה לבחינתה גרסה המלמדת על שימוש שאיננו אקטיבי בסם, כולל כל הנתונים הרלוונטיים להערכת גרסה שכזו, ואף לא הוצגה לפניה גרסת הנאשם באמרותיו. משכך, טענה העדה, אין באפשרותה להתייחס לגרסה שכזו לאור ממצאי הבדיקה (פרוטוקול 9/11/16, ע'6, ש'2-3, 20-21, 32). במהלך חקירתה נשאלה העדה לגבי ההשפעה של ריכוז הקריאטנין בדגימת השתן ושל איכות החומר שנעשה בו שימוש על תוצאת הבדיקה, אלא שבסופו של יום נמנעה ההגנה מלהעלות טענות בעניין זה.

(ב) שרשרת הראיות של הבדיקה

8. לעניין שרשרת הראיות של הבדיקה העיד החוקר ע"ת מס' 5, סמל בר כהן. ההגנה הראתה, כי המוצגים שנמצאו בחיפוש בביתו של הנאשם הוצגו בפניו במהלך החקירה על ידי חוקר זה מבלי שנערך על כך תיעוד (בת/4). מכאן ביקשה ללמוד גם על האפשרות שנפלו פגמים בשרשרת הראיות הקשורה לדגימה, אותה נטל מן הנאשם.

9. החוקר לא הכחיש בעדותו, כי אכן הציג בפני הנאשם את המוצגים מבלי שערך לכך תיעוד (פרוטוקול 1/01/17, ע'22, ש'22-27), אולם שלל את האפשרות שנגעו בדגימה מבלי שנערך לכך תיעוד (ע'21, ש'9-27). לא מצאתי שהעדר התיעוד להצגת המוצגים מחייב בהכרח שנפל פגם בשרשרת הראיות של דגימת השתן, כפי שביקשה ללמוד ההגנה, ודאי לא לאור השלילה המוחלטת של החוקר.

(ג) מסירת הדגימה מרצונו החופשי של הנאשם

10. ההגנה ביקשה לפסול את הדגימה על פי דוקטרינה הפסלות הפסיקתית, כאשר לטענתה זו נמסרה שלא מרצונו החופשי של הנאשם. לפי הטענה, בתחילת דרכו הצבאית, פגש הנאשם באחד החוקרים בהזדמנות חקירתית אחרת, במהלכה חשף בפניו פרטים אישיים על חייו וסירב לבקשתו. לכשפגש בו שוב במהלך החקירה הנוכחית, חש, כך לפי גרסת ההגנה, שהמפגש המחודש עמו חייב שתוף פעולה, הכולל מסירה של דגימת השתן מבלי שהיתה לו אפשרות אמיתית לסרב לכך.

11. התביעה השיבה לגרסה זו, כי המדובר בתחושות אישיות של הנחקר כשאין כל ראייה שהיה במפגש האמור כדי להשפיע על רצונו של הנאשם, או כדי לשבש את

חומר הראיות שהתגבש בעניינו. כל זאת, בפרט כשהנאשם כלל לא זכר את נוכחותו של החוקר האמור בחקירה הנוכחית ובמהלך חקירתו התייחס להליך החקירתי הקודם מבלי שייחס לו משקל או השפעה (ת/2, ע'5, ש'2-3).

12. כדי לבחון את טענת ההגנה האמורה, נפנה לבחון את התייחסות הנאשם לדברים בעדותו לפני בית הדין. הנאשם סיפר על אותו מפגש חקירתי, במהלכו סיפר על נושאים אישיים ואינטימיים מחייו וסיכם מפגש זה, "אני מרגיש שזה לא נגמר שם ואני מרגיש שאנחנו עוד נפגש או משהו כי זאת התחושה שנשארה לי מכל השיחה שהיתה לנו" (פרוטוקול 5/01/17, ע' 31, ש'1-2). כשהבחין בחקירה הבאה באותו חוקר "הרגשתי מאוד לא נעים.. ואני בעצם פוגש את אותו בן אדם וזה תחושה אישית שלי שזה קרה בעקבות או משהו כזה. תחושה לא נעימה" [ההדגשות נוספו] (פרוטוקול 5/01/17, ע' 31, ש'8-9). בשלב זה, הסביר הנאשם ברורות, כי המפגש המחודש עם החוקר היה לא נעים עבורו בבחינת התחושה האישית שלו.

13. לטענתו, כשהגיע לחקירה הוסבר לו לגבי מסירת הדגימה, "לא יותר מדי. אתה צריך למסור דגימת שתן אמרתי שכן" (פרוטוקול 5/01/17, ע'31, ש'24-25). לגבי האפשרות שלא למסור דגימה, "לא אמרו לי משהו אני יודע אני מכיר לפחות אני יודע מה יקרה אם אני לא אתן ואני מנחש ומשער שעדיף לי לעשות את הבדיקה. חשבתי שאני אכנס למעצר, זה היה נראה לי צפוי אם אסרב. עשיתי מה שאומרים לי. אני אומר שהייתי עדיין טירון ולא ידעתי מה מותר ומה אסור וכשאומרים לך משהו אתה עושה אותו במיוחד כשאתה טירון זה היה מלחיץ הסיטואציה עצמה.. זה שלב כשכבר דיברתי עם סנגור" [ההדגשה נוספה] (פרוטוקול 5/01/17, ע'31, ש'31-27).

כשנשאל על ידי הסנגור לגבי תחושתו בנוגע לקשר לחוקר מהחקירה הקודמת, "המחשבות הן שבאמת מישהו ניסה לא יודע אם ניסה אבל ציינתי את זה בחקירה הרבה שהייתי שם כבר ואותו אחד... חקר אותי והרגיש לי לא טוב. ממש לא טוב אפילו... זה אומר שבמהלך השיחה [עם אותו חוקר]... אמרתי דברים אישיים על עצמי ודברים שעשיתי או לא עשיתי וחשבתי שישתמשו בזה נגדי או משתמשים בזה באותו רגע בדברים שיודעים עליי" [ההבהרה נוספה] (פרוטוקול 5/01/17, ע'31, ש'38-39).

מדברים אלה, שמסר הנאשם בחקירתו הראשית עלה, כי בשלב זה של תחילת שירותו הצבאי, היתה הסיטואציה של חקירה במצ"ח מלחיצה, בלי קשר לכך שאותו חוקר הופיע פעם נוספת, כאשר הקשר לחוקר נוצר רק בעקבות שאלות הסנגור.

14. בחקירה הנגדית הסביר באופן דומה, "ברור שאלחץ משיחה עם חוקר מצ"ח כשזה המקום האחרון שאתה רוצה להגיע אליו כשאתה חייל בטירונות..." (פרוטוקול 5/01/17, ע'36, ש'12-13). כשנשאל מדוע מסר דגימת שתן לבקשת החוקר, ענה "מבקשים ממך לעשות משהו אתה עושה אותו בלי יותר מדי... אתה חייל בטירונות, חוקר מצ"ח מבקש ממך לתת דגימת שתן אז אתה נותן". כשהועמד על כך שכבר לא היה בטירונות באותו שלב, השיב - "נכון, אבל זו אותה משמעות" [ההדגשה נוספה] (פרוטוקול 5/01/17, ע'36, ש'29-33). מבחינת הנאשם, נראה כי הגורם המשמעותי היה תחילת השירות.

15. אלא שאז נבחנה גרסת הנאשם בכל הנוגע לפגיעה ברצונו החופשי כשנשאל, כיצד זה הסכים למסור דגימת שתן לבקשת החוקר, אבל בחר שלא להשיב לשאלה אילו סוגי סמים הכיר, "אני יודע שאסור לי לדבר על העבר שלי. אני לא יודע מה הפקודות עם הבדיקות שתן. הבדיקות שתן זה ממש הווה. לעומת זאת שאלה לגבי סוגי סמים, כנראה תוביל אל העבר שלי" (פרוטוקול 5/01/17, ע'39, ש'1-3). כך, שלמעשה רצונו החופשי של הנאשם לא נשלל במהלך החקירה, הוא החליט באופן עצמאי באלו חלקים לשתף פעולה ובאלו חלקים להימנע מלשתף פעולה ולשמור על זכות השתיקה. כפי שנראה בהמשך, גם ביחס לקשר שלו לעולם הסמים הסביר, שהיה מחושב בתשובותיו.

16. רק בשלב מאוחר יותר של החקירה מסר הנאשם את הדברים הבאים - "אני אגיד לך מה הרגשתי ובעקבות זה הסכמתי. הרגשתי שאותו אדם שניסה לגייס אותי למצ"ח חודש וחצי לפני זה, אותו בן אדם בא ועצר אותי חודש וחצי אחרי. התחושה היא שאין לי יותר מדי אופציות והוא יודע עליי דברים אותו אחד שעצר אותי, דברים שסיפרתי לו באופן אישי. ואז הוא בא ועוצר אותי. אז התחושה שהיתה לי במהלך החקירה זה תעשה מה שאומרים לך, עדיף" (פרוטוקול 5/01/17, ע'39, ש'15-10). למעשה, זוהי הפעם היחידה שאישר הנאשם את גרסת סנגוריו בנוגע להשפעת החוקר על שקול דעתו.

17. אבל אז עומת הנאשם עם החשש שלו שמא ייעצר, אם לא ימסור דגימת שתן, כאשר למעשה רק שלוש שעות לאחר מכן נעצר והשיב שמבחינתו כבר קודם לכן חשב שנעצר (פרוטוקול 5/01/17, ע'39, ש'16-24).

18. הנאשם אישר, שכלל לא זכור לו שהחוקר נכח במהלך מסירת דגימת השתן (פרוטוקול 5/01/17, ע'39, ש'28-36), והסביר "מה שאמרתי בכללי היתה סיטואציה של פחד ולא התמקדתי ב[חוקר] ספציפית. פחדתי לא לתת שתן. התחושה הכללית היתה קצת לא נעימה, בכל זאת [החוקר] שייך למערכת מסוימת, [החוקר] לא

עצמאי" [שמו של החוקר הושמט] (פרוטוקול 5/01/17, ע'40, ש'1-2). כך שהנאשם שב לגרסה שלא דווקא נוכחות החוקר היא שהשפיעה על רצונו.

19. על כן, מן הבחינה העובדתית לא ניתן כלל לקבל את טענת ההגנה, כי נוכחות אותו החוקר בתחילת החקירה הנוכחית, בחיפוש בבית, בעיכוב ובנסיעה אל בסיס מצ"ח, השפיעה על שקול דעתו של הנאשם באופן כלשהו ויצרה בקרבו תחושת מחויבות למסור את הדגימה.

20. מעבר לנדרש אציון, דווקא בגלל המשאבים הרבים שהשקיעה ההגנה בבירור טענה זו, כי אפילו היה טוען כך הנאשם, הרי שמדובר בתחושה אישית, שלא הוכח על ידי ההגנה שימוש מכוון בה לצורך השפעה על רצונו של הנאשם.

21. יתרה מכך, הנאשם לא טען בשום שלב, כי אילו היתה מוצגת בפניו האפשרות שלא למסור דגימה, היה בוחר בה, בפרט כשאפשרות זו נושאת עמה משמעות פלילית ומשמעות בהיבט האמינות של גרסת הנאשם.

(2) היסוד הנפשי - מודעות הנאשם לחדירת הסם לגופו

22. כאמור, האפשרות שהציג הנאשם בחקירה לחדירת הסם לגופו, שנהג לקחת סיגריות מאחרים ויתכן שקיבל לידיו סיגריה שהכילה סם מסוכן מבלי שהיה מודע לכך, היתה בגדר אפשרות תיאורטית בעלמא (מכלוף; שמורק, פס' 12). לכן, ביקשה ההגנה להאמין לגרסתו המיתממת בדבר חוסר מודעות לשימוש בסם. נציג תחילה את הדברים שמסר בחקירה ובפני בית הדין, נבחן את התייחסות הצדדים ונכריע אם ניתן לתת בהם אמון.
בעניין זה נקבע -

"השאלה אם קיים ספק סביר באשמתו של נאשם אם לאו, הינה אמנם שאלה שבמשפט... אולם היא מושפעת לא רק מעקרונות משפטיים ומשיקולי היגיון, כי אם גם מההתרשמות הבלתי אמצעית של הערכאה הדיונית מהעדויות שנשמעו בפניה ומאותות האמת המתגלים במהלך המשפט..." (מתתיהו, פס' 12 וראו גם ע'123/81 קדוש נ' התצ"ר, פס' 5).

(א) גרסת הנאשם בחקירה במצ"ח

23. בתחילת חקירתו הכחיש הנאשם כל קשר לשימוש בסם, ענה שבדיקת דגימה שלו תצא שלילית לשימוש בסם וכשהתבקש למסור דגימה ענה, "אין לי בעיה" (ת'1, ע'2, ש'3). לכשהוצגה בפניו תוצאת הבדיקה של ערכת השדה, שהתבררה כחיובית

לשימוש בסם מסוכן, ענה "זה לא הגיוני כי לא השתמשתי בסמים" (ת/1, ע'3, ש'2). כשהתבקש להסביר את התוצאה החיובית, ענה "אני לא יודע. יכול להיות שאולי לקחתי סיגריה ממישהו או משהו כזה. מה שבטוח זה שאני יודע שלא עישנתי" (ת/1, ע'4, ש'7-8).

24. בחקירה שנערכה למחרת היום, נשאל הנאשם אלו סוגי סמים הוא מכיר ושומר על זכות השתיקה. על אף שאישר שידוע לו שאסור להשתמש בסמים בצבא, ידע ש"נייס גאיי"י נחשב לחוקי. כשנשאל אם מכיר אנשים שמתמשים בסמים ענה "לא משנה", אך השיב בשלילה לשאלה אם ידוע לו היכן ניתן להשיג סמים ואם חבריו, מישהו מבני משפחתו או מישהו בסביבתו משתמש בסמים (ת/2, ע'2, ש'8-19). הוא הסביר, כי הוא מבקש סיגריות מכל מיני אנשים, למרות שבסביבתו לא מעשנים סמים. הוא נוהג לשתות אלכוהול כשהוא מעשן סיגריות, אז "יכול להיות שהיה משהו כזה [תחושה שונה כשעישן סיגריה]. נראה לי שכן" [ההבהרה נוספה לפי השאלה] (ת/2, ע'3, ש'4-5). עוד ציין, כי במהלך סוף השבוע האחרון שקדם לחקירה יצא הרבה לברים בעיר עם חברים שלא משתמשים בסמים. את נטילת הסיגריות מאחרים, למרות הסיכוי שיכילו חומר מסוכן, הסביר ב"חוסר אחריות וכי אני לא פרנואיד וכי אני לא אבדוק כל אחד שאני אקח ממנו משהו" (ת/2, ע'3, ש'24). בקשר למוצגים שנתפסו בביתו, אותם זיהה כ"נייס גאיי"י, הסביר שזה כנראה ממזמן שם (ת/2, ע'3, ש'21), אך מספר פעמים חזר וציין שלא ידוע לו אם החומר הזה שייך לו (ת/1, ע'1, ש'221-25, ע'4, ש'1, 9-10, 16; ת/2, ע'4, ש'15).

גרסת הנאשם בעדותו בבית הדין

25. הנאשם בעדותו התייחס לחיפוש שנערך בביתו, אליו הגיע גם אותו חוקר שהיה מוכר לו מחקירה קודמת. הוא סיפר על אותו מפגש חקירתי, במהלכו סיפר על נושאים אישיים ואינטימיים מחייו ובסופו חש כי הוא צפוי להיפגש עמו שוב (פרוטוקול 5/01/17, ע'31, ש'1-2). לכשפגש בו בהמשך, תחושתו האישית היתה לא נעימה (פרוטוקול 5/01/17, ע'31, ש'8-9). לשאלת הסנגור התייחס להשפעת הקשר לאותו חוקר (פרוטוקול 5/01/17, ע'31, ש'38-39). בחקירתו הנגדית, שב הנאשם על גרסתו לפיה לא נהג לקנות סיגריות אלא רק לקחת מאחרים כאשר היה יוצא לבלות והיה שיכור ויתכן כי קיבל לידיו סיגריה שהכילה סם מסוכן.

26. התובע הציג בפני הנאשם מספר תמונות, שנמצאו במכשיר הטלפון הנייד שלו, באחת מהן שצולמה סמוך למועד החקירה נמצא באנג על שולחן לידו. הנאשם הסביר, כי הבאנג שייך לחברים שלו שמעשנים ולכן זה הגיוני שהיה להם באנג. אז נשאל הנאשם מדוע שלל בחקירתו את האפשרות שחבריו משתמשים בסמים - "אני

יכול להגיד לך במדויק, כששואלים אותי חבריך יש לי חברים טובים שאני מתכוון אליהם והם לא מעשנים... הסביבה שלי היא מאוד שונה ממה שמוצג פה בתמונה. מה שמוצג בתמונה, היתה לי הסתבכות בעבר והעבר שלי לא הכי מעולה וכנראה שהחברים שאני מכיר הם בעייתיים בעבר שלי ואז לא ניתקתי איתם קשר כי אלה אנשים שגדלתי איתם... " (פרוטוקול 5/01/17, ע'34, ש'9-16). כשנשאל מדוע לא חידד את תשובתו, השיב - "כי זה לא היה נראה לי רלוונטי. חשבתי שאם שאלו אם חברים מעשנים ברור שאגיד שלא כי חקרו על שימוש בסם או סחר בסם... האנשים שאני יושב איתם בברים לא מעשנים סמים..." (פרוטוקול 5/01/17, ע'34, ש'17-26).

27. אז אישר הנאשם את נוכחותו מדי פעם בעולם שיש בו סמים (פרוטוקול 5/01/17, ע'35, ש'1). כשנשאל מדוע שמר על זכות השתיקה בנוגע לסוגי סמים שמכיר, ענה שזה לא נראה לו רלוונטי והסביר, "אני אגיד הכי פשוט, אני מעדיף שלא יגיעו לעבר כי אני לא רוצה שיגיעו לשם". ובהמשך - "כל התשובות שלי במהלך החקירה היו בשביל לא להגיע לעבר שלי. זה מה שהמליץ עורך הדין שלי. אם מדברים על העבר שלך, אסור להם לדבר על העבר שלך...". "אתה רוצה לענות ככה שתצא לא משתמש בסמים. התשובות מתואמות ליום ליום לאותם אנשים שלא משתמשים בסמים" (פרוטוקול 5/01/17, ע'35). "הייתי מאוד מחושב במהלך החקירה. אותן תשובות שעניתי היו רלוונטיות לסביבה שאני מכיר ויודע. אותם חברים שלא מעשנים ממה שאני מכיר ויודע. הם לא מעשנים סמים" (פרוטוקול 5/01/17, ע'39, ש'3-7).

28. כפי שפורט מעלה, הנאשם הסביר שביחס למסירת דגימת השתן, הרגיש שאין באפשרותו לסרב בעוד שביחס לשאלת החוקר אלו סוגי סמים מכיר, חשש שייווצר הקשר לעבר שלו (פרוטוקול 5/01/17, ע'39, ש'1-3). כשנשאל מדוע לא בחר בדרך של להסביר בכנות את המעורבות בעבר, ענה - "כשחוקרים אותך על שימוש בסם, לפחות אני, הייתי מאוד שקול בתשובות שלי ומה יוציא אותי בתור אחד שמשתמש בסמים או לא משתמש בסמים אז להגיד בחקירה על שימוש בסמים שיש לי חברים שמשתמשים בסמים נראה לי הדבר האחרון שצריך לעשות" (ע'38, ש'3-5).

29. בכל זאת נשאל מדוע העלה אפשרות תיאורטית לשימוש לא מודע בסם, במקום להתייחס לאפשרות האמיתית שבאמת ישב עם משתמשים בסמים, כפי שנראה בתמונה, ענה - "לא היה נראה לי רלוונטי להגיד שישבתי עם אנשים שמעשנים כי לא חשבתי שזה יעזור לי בחקירה על שימוש בסמים" (פרוטוקול 5/01/17, ע'38, ש'28-27).

30. כשנשאל לבסוף אם חלק מהתשובות שמסר במהלך החקירה היו לא נכונות, ענה - "אני לא יודע אם שיקרתי במהלך החקירה. אם החוקר היה מתמקד יותר בשאלות

ספציפיות כנראה הוא היה מקבל את התשובות עליהן. מה שאני עניתי בעצם זה לא חברים שבסביבה שלי. אני לא שיקרתי ולא אמרתי דברים לא נכונים" (פרוטוקול 5/01/17, ע'40, ש'36-38).

ג) בחינת גרסת הנאשם

31. ההגנה טענה, כי עדות הנאשם היתה נרגשת ואמינה והוא השיב לשאלות גם כאשר התשובות הוציאו אותו באור לא חיובי. לצד זאת, נעדרה החקירה תיעוד על מהלכה בנוגע להלך הרוח של הנאשם, כאב הראש שחוה, הטיפול שקיבל וההחלטה להמשיך בחקירה ולגבי תשאל שנערך לפני גביית האמרה. על כן, ביקשה ההגנה לקבל את גרסתו בכל הנוגע להלך הרוח שלו בחקירה.

32. לעומת זאת, גרסה התביעה, כי הנאשם מסר עדות מתפתלת, ש"הילכה בין הטיפות", והשיב באופן מחושב שניסה להימנע מלחשוף את עברו ואת הקשר שלו לעולם הסמים. התביעה סברה, כי אין מקום לתת אמון בדבריו.

33. הקשבת לעדות הנאשם לפני בקשב רב ועיינתי היטב באמרותיו (ת/1, ת/2). למרות שבמהלך מסירת עדותו לפני, עלה מצד אחד סיפורו האישי המרגש מעורר האמפטיה ומצד שני לא נמנע הנאשם מלהתייחס לעברו, בחרתי שלא להתייחס לשני הנושאים הללו בעת שאבחן את מהימנות עדותו ואכריע בשאלת אמינותו.

34. למעשה הנאשם אישר ברורות בתוך דבריו, כי החשש מלחשוף את עברו הוביל אותו למתן מענה מאוד מחושב בחקירה, המנסה כהגדרת התביעה "להלך בין הטיפות". הוא השיב כך שלא ייווצר חיבור לעברו ולקשר שלו לעולם הסמים ועדיין השתדל לענות תשובות ענייניות, המתאימות עצמן לשאלות שנשאל. ניסיונו להתחמק מהחיבור האמור הוביל לכך שהסתיר מן החוקרים, שמכיר אנשים שמשתמשים בסמים, שלעתים שוהה בנוכחותם ואפילו נמנע מלהציג את האפשרות האמורה כהסבר לתוצאת הדגימה החיובית.

35. הנאשם בניסיון להרחיק את עצמו ולייצר אמפטיה למצבו ולחשש שלו, הדגיש מספר פעמים שהיה טירון במהלך החקירה, על אף שבאותו שלב כבר שירת כחודש בתפקיד כלבן ולמעשה היתה זו ההזדמנות השנייה שנפגש עם מצ"ח. כך או כך, ראינו שחוסר הניסיון עמד בבסיס שתוף הפעולה שלו עם החוקרים באופן משמעותי יותר מבחינתו לעומת המעורבות של החוקר מהחקירה הקודמת.

36. למרות שאישר שהיה מחושב בתשובותיו, התייחס למציאת החומר מסוג "נייס גאיי" בביתו, אך לא ידע להסביר כיצד נמצא ברשותו והאם שייך לו. בנוסף, התייחס לעבר בתשובותיו. כך שלא הצליח לייצר גרסה עקבית ואחידה ונותרו בה תהיות

ותמיהות, כפי שהציג התובע בחקירתו הנגדית. כך גם תמוהה הטענה שלא חש בטוב במהלך החקירה אל מול היכולת שלו לענות עניינית ולהחליט מתי לשתף פעולה ומתי לא.

37. בנסיבות אלו, כשהנאשם בחר בדרך של מסירת גרסה מתחמקת ופתלתלה בחקירה, כדי להרחיק עצמו מעולם הסמים, עד כדי הסתבכות בגרסה שקרית, לא יכולתי להעריך את עדותו כעדות מהימנה ולתת אמון לגרסתו לפיה לא השתמש בסם מסוכן (עניין קובי ; מט (מחוזי) 551/14 התוב"ץ נ' פרצוב).

(3) טענות לגבי פגמים בחקירת הנאשם

38. התביעה השיבה בסיכומיה למספר פגמים, עליהם הצביעה ההגנה במהלך החקירות, אך זנחה את רובם בסיכומיה. ביניהם - אי הצגת סיום העיכוב בפני הנאשם, לעניין זה השיבה התביעה שהדגימה ניטלה ממנו לפני סיומו של העיכוב; המשך החקירה למרות כאב הראש של הנאשם, לכך ענתה שראה חובש בהמשך; החוסר בתיעוד חזותי למרות מהות החשד שהופנה כלפיו, בעניין זה הצו המחייב תיעוד לא חל, כשאין טענה לפגמים בחקירה ולא נמסרה הודאה במהלכה; העדר התיעוד לתשאול בע"פ בזכ"ד מהלך חקירה, אינו מעלה ואינו מוריד, כאשר לא נטען שנאמר משהו שלא נכתב; העדר בדיקה של גרסת השימוש הפסיבי של הנאשם, כאשר זו לא היתה מגובשת או קונקרטית דיה. התביעה גרסה, כי אין לבחון פגמים בחקירה במנותק מההשתלשלות העובדתית בתיק. במקרה שלפנינו לא הודה הנאשם במהלך החקירה, לא נטען שהעדר התיעוד פגע בחומר הראיות שהתגבש וטענותיו לגבי החקירה קשורות לתחושותיו האישיות.

סוף דבר

39. לאור כל האמור לעיל, לא מצאתי לקבל את טענות ההגנה ובפרט לא מצאתי לתת אמון בגרסת הנאשם לפיה חדר סם לגופו באופן שאינו מודע. משכך ולאחר שלא התעורר בלבי הספק הנדרש, החלטתי להרשיע את הנאשם בעבירה שעניינה שימוש בסם מסוכן כמפורט בכתב האישום.

ניתנה והודעה היום, 15.1.2017, ט"ז טבת, תשע"ז
בפומבי ובמעמד הצדדים.

שופטת



בבית הדין הצבאי המחוזי

במחוז שיפוטי חיל אוויר

בפני:

סא"ל סיגל טורג'מן - שופטת

בעניין

(ע"י ב"כ, סרן שרון גידלביץ')

התובע הצבאי

נגד

(ע"י ב"כ, סרן ליאור עייש)

ח/XXX טוראי א' ח'

גזר-דין

40. לוז המחלוקת בין הצדדים נוגע למידת העונש הראויה לנאשם, שהורשע בשנית בגין עבירות סמים. האם במקרה זה ניתן להימנע מהטלת עונש מאסר בגין העבירה הנוכחית ומהפעלת עונש מאסר מותנה בר הפעלה, בהתבסס על שיקולים של שיקום?

תמצית ההרשעה

41. עוד לפני גיוסו לשירות, הורשע הנאשם, טור' א' ח', ביום 19/11/13 במעורבות בשני תיקים: באחד הורשע בביצוע עבירה של סחר בסם מסוכן בגין כך שביום 8/02/12 מכר לסוכנת משטרתית סם מסוכן מסוג חשיש בתמורה ל-100 ש"ח; בשני, הורשע בביצוע עבירה של החזקת סם מסוכן לצריכה עצמית בגין כך שביום 25/04/12 החזיק עם אחר סם מסוכן מסוג חשיש במשקל 0.552 גרם. בגין הרשעתו, הוטלו עליו עונש מותנה בן 6 חודשי מאסר למשך שלוש שנים בגין עבירות סמים מסוג פשע, עונש מותנה בן 3 חודשי מאסר למשך שלוש שנים בגין עבירות סמים מסוג עוון ותשלום קנס.

42. ביום 6/07/14 התגייס הנאשם לשירות. ביום 28/10/14 נפתחה החקירה הנוכחית בעניינו, לאחר שנמצאו שרידי סם מסוכן מסוג קנאביס בדגימת שתן שמסר. הנאשם הכחיש כל קשר לשימוש בסם; אולם, טענות ההגנה שהתייחסו

לפגמים בשרשרת הראיות, לטעמים של צדק והגינות ולהעדר מודעות - נדחו בהכרעת הדין והוא הורשע ביום 15/01/17.

43. במהלך ניהול ההליכים בתיק המשיך הנאשם בשירותו הצבאי והשלים אותו ביום 30/05/17.

44. כעת נפנה לבחון את העונש הראוי לנאשם.

טיעוני הצדדים

45. **התביעה** ביקשה מבית הדין להחמיר בעונשו של הנאשם, שכשל בשנית במעורבות בעבירות סמים, ולקבוע את עונשו בתוך מתחם הענישה. התובע הצבאי המלומד עמד על כך שתיקון 113 לחוק העונשין מחייב לבחון את נסיבותיו האישיות של הנאשם אל מול נסיבות ביצוע העבירה, אלא שכאן נעדרות האחרונות, כאשר ההרשעה מבוססת על דגימה שניטלה מן הנאשם. למרות זאת, ציין התובע, נפתחה החקירה בעקבות מידע מודיעיני שהוביל לחיפוש בביתו ושם נמצאו חומרים שלא הוגדרו אותה עת בפקודת הסמים המסוכנים.

46. התובע המלומד הפנה אל עברו הקודם של הנאשם, שהעמיד לחובתו עונש מותנה בגין עבירות סמים מסוג פשע ומסוג עוון. התובע הדגיש, שהענישה באותו מקרה צפתה פני עתיד בלבד מתוך התחשבות בגיוס לשירות. הנאשם לא התייחס להרשעה הנוספת ונמנע מליטול אחריות על מעשיו או להביע חרטה בגין ההרשעה הנוכחית. התובע הדגיש, כי לא הוצגו נסיבות חריגות בעניינו של הנאשם ודרש להפעיל את העונש המותנה במלואו ולפסול את רישיונו, כמצוות החוק, למשך שנתיים.

47. התובע גרס, כי חלוף הזמן מאז מועד ביצוע העבירה לא צריך לשמש לזכות הנאשם, כאשר חלק מהזמן הוקדש להגשת כתב האישום והוצאת תעודת חיסיון וחלקו הוקדש לניהול הגנת הנאשם. עוד גרס, כי לא הוכח כל פגם ביחס להתנהלות רשויות החקירה, מעבר לתחושותיו האישיות של הנאשם.

48. התובע הדגיש, כי מדיניות העמדה לדין החדשה של התביעה, שנכנסה לתוקף בינואר 2017, איננה חלה על עניינו של הנאשם, למרות האישום בשימוש חד פעמי, כיוון שזו דורשת נטילת אחריות, עמידה בתנאים מסוימים והעדר עבר פלילי. לעמדת התביעה, *"ההסדרים המותנים לא שינו רמות ענישה או התייחסות חמורה יותר או פחות בעבירות סמים"*.

49. **ההגנה**, לעומת זאת, סברה שיש להחריג את עניינו של הנאשם מהכלל, להעניק את הבכורה לאינטרס השיקום ולתת לנאשם הזדמנות נוספת. הסנגור הצבאי

המלומד הדגיש, כי נוכח משך הזמן הרב שחלף מאז ביצוע העבירה, טיבה של העבירה, היקפה ונסיבות גילוייה אין מקום לענישה ממשית.

50. הסנגור שב ועמד על סמיכות הזמנים בהתנהלות החקירתית, שלעמדת ההגנה השפיעה על רצונו החופשי של הנאשם למסור את הדגימה ובעלת רלוונטיות כשיקול של צדק לשלב גזירת העונש.

51. הסנגור הפנה לעדותו הנרגשת של הנאשם, שתיאר את הדרך שעבר מאז הרשעתו הקודמת. הוא הסב את תשומת הלב לתנאים המורכבים, בהם ביקש הנאשם להשלים את שירותו הצבאי, כאשר חרף נסיבות ילדותו, הלך נגד מוסכמות החברה, יצא מהבית, עזב את המשפחה וחיפש בשירות הצבאי את נקודת המפנה. הוא התגייס לשירות דרך מקא"מ ובעזרת גורמי התמיכה השלים תקופת שירות משמעותית ופתח צוהר לעתיד בהשתתפות בפרויקט לימודים.

52. לעמדת הסנגור, על אף ששינוי מדיניות התביעה לא היה משפיע על עניינו של הנאשם, הרי שיש בו כדי ללמד על עמדת התביעה כאשר מדובר בעבירה שאיננה מן החמורות.

53. הסנגור עתר להימנע מלהפעיל את עונש המאסר המותנה, כדי שלא לקטוע את הדרך בה צועד הנאשם ולפגוע גם בהתקדמות הכלכלית שלו וגם באפשרותו להשתלב בלימודים. חלף זאת, ביקש להוסיף תנאים נוספים בעניינו, לשלול את רישיונו למשך התקופה הסטטוטורית במלואה ולהטיל עליו עונש כלכלי.

54. **הנאשם** העיד ארוכות הן בשלב הראיות והן בשלב הטיעונים לעונש. בקצרה יאמר, שבעדותו תיאר את הדרך שעבר: החיים בבית הוריו החרדי לצד הבעיות מהן סבל האב, שהשפיעו על הנאשם ועל תפיסתו הערכית והדתית; עזיבת עולם הדת; היציאה מן הבית; ההתמודדות עם חובות; ההסתבכות בפלילים והמוטיבציה להתגייס לשירות צבאי, להשלים שירות תקין ולהשתלב לקראת סופו בפרויקט לימודי שיאפשר לו להתחיל בדרך חדשה לאחר השחרור. הוא הסביר את המשמעות של שלושה חודשי מאסר עבורו וכיצד יפגע הדבר ביכולתו לעבוד, להחזיר חובות ולהשתלב בלימודים.

הנאשם עמד בפני שאלות קשות, שהציבו לו התביעה ובית הדין, גם ביחס לעברו הקודם. כשנשאל מדוע על בית הדין לתת אמון בדבריו ולהעניק לו הזדמנות, לאחר שכשל פעם נוספת, ענה בכנות –

"זה הגיוני. התחושות האישיות שלי, זה חשוב לי, זה המסלול שאני רוצה בעצם, התוכניות שלי מאוד גדולות, הכל בראש כמובן, אין לי יותר מידי, פשוט זה משהו שמאוד חשוב לי

אישית, אני לא ילד... עליתי על דרך ואני לא אגיד לעלות על דרך כי אני באמת חייל למופת ולא מתווכח מהפרט הכי קטן, אם זה לעשות מה שמבקשים ממני עד הסוף, אני מגדיל ראש, אני יכול להתקדם, אני מרגיש את זה ככה, אני מרגיש שכל תפנית הכי קטנה בחיי יכולה לעשות לי ברדק ואני על הגבול, קשה לי ביום יום פיזית נפשית, אני עובר דברים ברמה האישית ואין לי כוח, אבל באמת חשוב לי להתקדם ולעשות, וברור שזה לא נראה טוב, אבל אני ניסיתי וזה מאוד חשוב לי, ניסיתי להתקדם, אמרו לי תתקדם הלאה בחיים ומה אתה צריך את זה והצבא שינה אותי באופן חברתי גם והסביבה שלי השתנתה, אני יכול רק להגיד אני לא יכול להוכיח משהו ספציפי שעשיתי, הרצון שלי זה להתקדם. להתקדם טוב לא כמו שזה נראה."

55. לפני בית הדין העיד מטעם ההגנה מר גדי ירום, המלווה את הנאשם במסגרת עמותה התומכת בחיילים בודדים. הוא התייחס לשירותו הצבאי ולתכניותיו לעתיד, ככל שהוא ומשפחתו עוזרים לו לכוון את דרכיו.

דיון והכרעה

(1) השיקולים המנחים לענישה לפי תיקון 113

56. **תיקון מס' 113 לחוק העונשין** קבע כללים להבניית שיקול הדעת השיפוטי במלאכת הענישה. מטרתו של תיקון זה לקבוע את "העקרונות והשיקולים המנחים בענישה, המשקל שיש לתת להם והיחס ביניהם" (סעיף 40א לחוק העונשין). החוק קבע הליך דו-שלבי לקביעת עונשו של נאשם – תחילה, ייקבע מתחם העונש ההולם את מעשיו של הנאשם; לאחר מכן, ייגזר העונש המתאים לנאשם בנסיבות העניין. ודוק: בע"פ 8678,8641/12 **סעד נ' מ"י** (5/08/13) נקבע שהמבחן תלת שלבי, כאשר ההרשעה במספר עבירות שאז נדרש לבחון בנוסף אם מדובר באותו "אירוע".

57. **מתחם הענישה ההולם** נקבע בהתבסס על העיקרון המנחה בענישה - **עיקרון ההלימה**. עיקרון זה מורה על קיומו של **יחס הולם** בין חומרת מעשה העבירה בנסיבותיו ומידת אשמו של הנאשם לבין סוג ומידת העונש המוטל עליו (סעיף 40ב לחוק). במסגרת המתחם שייקבע יינתן משקל לערך החברתי המוגן ולמידת הפגיעה בו; למדיניות הענישה הנוהגת; ול"נסיבות הקשורות בביצוע העבירה" (סעיף 40גא)

ו-40ט לחוק העונשין). לצד כל זאת, קבע החוק, כי שיקולי שיקום משמעותיים, יאפשרו סטייה לקולא ממתחם הענישה ההולם; ואילו שיקולים של הגנה על שלום הציבור יאפשרו חריגה לחומרה מן המתחם ההולם את עונשו של הנאשם.

58. בשלב הבא יפנה בית המשפט לקבוע את העונש המתאים לנאשם תוך שקילת שיקולי הרתעת היחיד, הרתעת הרבים, "נסיבות שאינן קשורות לביצוע העבירה" ובכלל זה נסיבותיו של הנאשם (ראו סעיף 40ג(ב) ו-40יא לחוק העונשין).

(2) קביעת מתחם הענישה בעניינו של הנאשם

59. בפסיקה עמדו רבות על "הערך החברתי המוגן" בעבירה של שימוש בסם מסוכן, על חומרת העבירה ועל הסכנות הנלוות לה, אפילו המדובר בשימוש חד פעמי בסם מסוכן בנסיבות אזרחיות:

"כידוע, ככלל ראוי להטיל על חיילים העושים שימוש בסמים... גם אם מחוץ למסגרת הפעילות הצבאית עונשי מאסר לריצוי בפועל. שימוש בסמים על ידי חיילים מכרסם בחוסנו של הצבא ובכשירותו ושומה להרתיעם מכך בדרך של ענישה משמעותית" (ראו ע/40/11 רב"ט י' נ' התצ"ר, ע/31/11 התצ"ר נ' רב"ט ד'; ע/68/08 התצ"ר נ' טור' ק'; ע/80/12 התצ"ר נ' סמ"ר ג' (12/11/12); ע/51,52/12 התצ"ר נ' רב"ט א' פ').

"פסיקתו העקבית של בית דין זה שבה וקובעת כי בהיעדר טעמים יוצאי דופן וחריגים, הענישה הראויה לחייל שמורשע בעבירות סמים במהלך שירותו הצבאי הינה עונש מאסר בכליאה ממשית. הדבר מתחייב מן החומרה והמסוכנות הנשקפות ממעשה שימוש בסם על-ידי חייל היכול להיקרא לפעילות צבאית בכל עת, והיותו תחת השפעת הסמים עלולה לפגוע באופן תפקודו ולסכן את עצמו ואת המשרתים עמו. טעמי הלימה והרתעה מחייבים נקיטת ענישה דרסטית של מאסר ממש, כדי לעקור את העבירות הללו משורות הצבא" (ראו ע/45/12 התצ"ר נ' טור' מ'; ע/26/14 התצ"ר נ' סמל ד' (12/03/14)).

60. במקרה שלפנינו, התבססה ההרשעה על דגימת השתן שניטלה מן הנאשם, כך ש"נסיבות ביצוע העבירה" מצומצמות. ידוע מה הנזק שצפוי היה להיגרם משימוש בסם מסוכן על ידי חייל בשירות סדיר, אך לא ידוע אם קדם תכנון לביצוע העבירה, מה היה חלקו של הנאשם בביצוע העבירה, אם קיבל את הסם מאחר או השיגו בעצמו, באילו נסיבות נעשה השימוש בסם המסוכן ומה הוביל אותו לשימוש (סעיף 40ט(א) לחוק העונשין). כיוון שהנאשם לא נטל אחריות על ביצוע העבירה, לא הורחבו נסיבות אלו. לא זו אף זו, ספק בעיניי עד כמה ניתן להרחיב, כפי שביקשה התביעה, בהסתמך על הסיבה לפתיחה בחקירה או על מוצגים שנתפסו בביתו שלא חסו אותה עת תחת פקודת הסמים המסוכנים.

61. על מדיניות הענישה הנוהגת ניתן ללמוד מהפסיקה בעבירות דומות. ככלל נוהגים הצדדים להיקשר בהסדרי טיעון: תיק חא/304/15 התוב"ץ נ' טור' י' פ' 16 ימי מאסר לריצוי בפועל; מר/424/12 התוב"ץ נ' טור' נ' ג' 13 ימי מאסר לריצוי בפועל; מר/508/15 התוב"ץ נ' רב"ט י' ר' 8 ימי מאסר לריצוי בפועל ללא הורדה בדרגה; צפ/175/16 התוב"ץ נ' רב"ט ל' מ' עונש מותנה בלבד לנאשם שהשתלב כלוחם; ח"א/245/16 התוב"ץ נ' רב"ט ב' ב' 14 ימי מאסר לריצוי בפועל; ז"י/327/14 התוב"ץ נ' טור' מ' מ' 12 ימי מאסר לריצוי בפועל.

גם במקרים שהגיעו לדיון לפני בית הדין לערעורים, ניתן ללמוד על ענישה דומה: ע/80/12 התצ"ר נ' סמ"ר ג' בגין החזקת סיגריה מגולגלת וגוש קנאביס במשקל כולל של 1.07 ושימוש יום קודם בסם מסוכן, נוסף עונש מאסר לריצוי בדרך של עבודה צבאית לצד עונש מותנה וקנס; ע/26/14 התצ"ר נ' סמל ד' הוחמר העונש בגין שימוש חד פעמי כך ש-10 ימים מתוך 21 ימים, שהוטלו לריצוי בעבודה צבאי; ע/10,14/14 רב"ט ק' נ' התצ"ר הוחמר עונש מחבוש בן 14 ימים לעונש מאסר לריצוי בפועל, שחפף את תקופת המחבוש שביצע.

62. יוצא אפוא, כי בנסיבות בהן נעשה שימוש חד פעמי בסם מסוכן מסוג קנאביס בנסיבות אזרחיות וההרשעה על סמך תוצאת בדיקה של דגימת שתן, כך שלא ידועות נסיבות ביצוע השימוש, נמצא מתחם הענישה בין עונש מותנה לבין 30 ימי מאסר לריצוי בפועל לצד מאסר מותנה ועונש הורדה בדרגה.

63. כאמור, נחלקו הצדדים בשאלה אם קיימים במקרה שלפנינו שיקולים של שיקום המצדיקים חריגה ממתחם הענישה, בהתחשב בנסיבות חייו של הנאשם, במסלול שירותו, בהשפעה של עונש מאסר על המשך חייו ובחלוף הזמן מאז ביצוע העבירה.

(3) בחינת שיקולים של שיקום בעניינו של הנאשם

64. למרות שעקרון ההלימה קיבל את הבכורה בתיקון חוק העונשין, נראה כי "שיקולים של שיקום" קיבלו מקום מרכזי בשני מישורים. במישור האחד, מאפשר החוק הזזה של מתחם הענישה לקולא, אם מצא בית המשפט שהנאשם השתקם או כי יש סיכוי של ממש שישתקם:

"40ד. (א) קבע בית המשפט את מתחם העונש ההולם בהתאם לעיקרון המנחה ומצא כי הנאשם השתקם או כי יש סיכוי של ממש שישתקם, רשאי הוא לחרוג ממתחם העונש ההולם ולקבוע את עונשו של הנאשם לפי שיקולי שיקומו, וכן להורות על נקיטת אמצעי שיקומי כלפי הנאשם, לרבות העמדתו במבחן לפי סעיפים 82 או 86 או לפי פקודת המבחן [נוסח חדש], התשכ"ט-1969.

(ב) היו מעשה העבירה ומידת אשמו של הנאשם בעלי חומרה יתרה, לא יחרוג בית המשפט ממתחם העונש ההולם, כאמור בסעיף קטן (א), אף אם הנאשם השתקם או אם יש סיכוי של ממש שישתקם, אלא בנסיבות מיוחדות ויוצאות דופן, לאחר שבית המשפט שוכנע שהן גוברות על הצורך לקבוע את העונש במתחם העונש ההולם בהתאם לעיקרון המנחה, ופירט זאת בגזר הדין."

65. במישור השני, מאפשר החוק, להתחשב בתוככי מתחם הענישה בשיקולים של שיקום בשלב קביעת עונשו של הנאשם כחלק מ"הנסיבות שאינן קשורות לביצוע העבירה" –

"40יא. (4) נטילת האחריות של הנאשם על מעשיו, וחזרתו למוטב או מאמציו לחזור למוטב;

(5) מאמצי הנאשם לתיקון תוצאות העבירה ולפיצוי על הנזק שנגרם בשלה;

(6) שיתוף הפעולה של הנאשם עם רשויות אכיפת החוק; ואולם כפירה באשמה וניהול משפט על ידי הנאשם לא ייזקפו לחובתו;

(7) התנהגותו החיובית של הנאשם ותרומתו לחברה; "

66. ודוק: גם ההסדרים המותנים והסדרי ההקפאה שקבעה לה התביעה במדיניותה החדשה (הנחיית תצ"ר 3.07 מחודש ינואר 2017) נועדו "להעשיר את ארגז הכלים העומד לרשות התביעה עת היא בוחנת את האינטרס הציבורי שבהעמדת אדם לדין אל מול שיקומו והשבתו לחברה."

67. במקרה שלפנינו, ביצע הנאשם את העבירה ביום 28/10/14. סיבות שונות הובילו לכך שכתב האישום בעניינו הוגש ביום 25/05/15. לאחר מספר הליכים מקדמיים, כפר הנאשם, נשמעו הראיות והוא הורשע ביום 15/01/17. כך או כך, במהלך התקופה הארוכה שחלפה עד שנקבעה אשמתו לא הסתבך הנאשם שוב בעבירה שיוחסה לו.

68. לעומת זאת, שמענו על הדרך שעבר כדי להשלים את שירותו הצבאי. תחילתה של זו בנסיבות חיים מורכבות, באבא הסובל מבעיה נפשית, במשפחה שהתפרקה, במסגרת חרדית אדוקה ולוחצת, בפליטה מהבית ומהמסגרת החרדית אל הרחוב, בהסתבכות בחובות, בלינה ברחוב ובמעורבות בפלילים. מתוך מוטיבציה רבה והתעקשות, הצליח הנאשם להתגייס לשירות ונלחם כדי להשלים שירות צבאי תקין מועיל ומלא. שמענו על שגרת יום קשה של שירות ועבודה מסביב לשעון כדי לעמוד בחובות ולהשלים את השירות כנדרש, כאשר למעט עבירה אחת גיליונו המשמעותי נקי. הנאשם העיד על עצמו כמי שמשתדל להשקיע ולתת ולא רק לקחת.

69. מתחם הענישה הקיים בעבירה בה הורשע מאפשר, בהתחשב בנסיבותיו המיוחדות של הנאשם, לקבוע את העונש בחלקו התחתון של המתחם, גם בלי שנדרש להזיז את המתחם לקולא.

70. לצורך קביעת עונשו, בבחינת "הנסיבות שאינן קשורות בביצוע העבירה" (סעיף 40 יא לחוק העונשין), יש להביא בחשבון את הפגיעה הצפויה בנאשם, כפי שזו תוארה בהרחבה על ידו; את המשך שירותו התקין והמועיל עד לסיומו; את שיתוף הפעולה שלו עם ההליך המשפטי, למרות שבחר להוכיח את חפותו; נסיבות חייו הקשות שעמדו ברקע אף שלא תלה בהן את הסיבה לביצוע העבירה; חלוף הזמן מאז מועד ביצוע העבירה, שכאמור זיכה אותו בהזדמנות להוכיח כי שיפר את דרכו; נוסף על כל אלו יש להביא בחשבון את עברו הפלילי.

71. עניין עברו הקודם של הנאשם הוא סלע המחלוקת בין הצדדים. המדובר בהזדמנות השנייה שהנאשם עומד לדין בגין עבירות סמים ולחובתו עונש מאסר מותנה, שהינו בר הפעלה כעת, אותו ביקשה התביעה להפעיל.

(8) השפעת העבר הקודם של הנאשם

72. עונש המאסר המותנה צופה פני עתיד מטבעו ומהגדרתו (ע"פ 6143/03 פורטל נ' מ"י, פ"ד נח(2) 614; רע"פ 5798/00 ריזי נ' מ"י, פ"ד נה(3) 1). בעניינו של הנאשם בחר כבוד בית המשפט לנוער ללכת לקראתו כברת דרך משמעותית, כאשר נמנע מלהטיל עליו רכיב של מאסר לריצוי בפועל ובחר בדרך המאסר המותנה לתקופות תנאי משמעותיות, למקרה שישוב ויסתבך בעבירות סמים. כך הסביר –

"אינני סבור כי מקרה זה מתאים לענישה של מאסר בפועל מה גם שמדובר במעמד ראשון של הנאשם בבית המשפט.. עם זאת.. אין מנוס מהרשעתו ומהטלת עונשים מהותיים אשר יהוו ציון ברור לנאשם וגבול חד משמעי לבל ישוב לבצע עבירות."

73. לא נעלם מעיניי שהנאשם הורשע לפני בית המשפט לנוער בגין מעורבות בשני תיקים שונים וכי העונש רובו ככולו כולל רכיבים מותנים מרתיעים.

74. אולם, למרות החומרה במעשה של הנאשם, אין הוא בגדר מעשה "בעל חומרה יתרה", המצדיק התעלמות מסיכויי שיקומו. זאת, בפרט נוכח מדיניות התביעה החדשה ביחס לשימושים בודדים בסם מסוכן (ראו ההנחיה האמורה מחודש ינואר השנה).

75. ממכלול הנתונים שהוצג לפניי עולה, שהנאשם עשה מאמץ כנה לשנות את אורחות חייו, לצאת מן החברה העבריינית שבה היה מעורב (כך בעדותו במהלך ההוכחות), להשלים שירות צבאי ראוי, לבנות בסיס השכלתי מתאים ולהתחיל בדרכו האזרחית. כל זאת מבלי להסתבך שוב בפלילים משך התקופה הארוכה שההליך המשפטי בעניינו התנהל. בנסיבות אלו נראה, כי קיים סיכוי ממשי לשיקום הנאשם ולהוצאתו ממעגל העבריינות.

הלכה למעשה, מבלי שקיימת מסגרת שיקומית מתאימה במהלך השירות הצבאי, הוא נטל חלק בהליך שכזה בליווי אותה עמותה התומכת בחיילים בודדים ובהשתלבות בפרויקט הלימודים לקראת השלמת שירותו הצבאי.

76. עוד התחשבתי בחלוף פרק זמן משמעותי מאז מועד ביצוע העבירה ובכך שכעת ישנה השפעה ממשית להטלת עונש מאסר על הנאשם. לפיכך מצאתי שגם להפעלת עונש המאסר המותנה, אין מקום וניתן במקרה זה להסתפק בהארכתו לתקופה נוספת.

77. להתייחסות דומה לתועלת הפחותה שבהטלת מאסר על נאשם, ראו את דברי כבוד סגן נשיא בית המשפט המחוזי בחיפה ד"ר רון שפירא, בעפ"ג 55303-03-17-17.5.17): **דארי נגד מ"י**:

"אדגיש כי שיקולי השיקום אינם רק שיקולים בעניינו של הפרט, אשר מולם נבחן האינטרס הציבורי. שיקולי שיקום הם חלק מהאינטרס הציבורי שעניינו במציאת הדרכים הנכונות והיעילות להפחתת הפשיעה."

78. באותו מקרה הפנה כבוד סגן הנשיא אל **דוח הוועדה הציבורית לבחינת מדיניות הענישה והטיפול בעבריינים** (ועדת דורנר, פורסם בנובמבר 2015), הקובע כי אין טעם בניסיון לקדם את ההרתעה באמצעות הרחבת השימוש במאסרים או באמצעות שימוש במאסרים ממושכים יותר. נראה שעניינו של הנאשם מתאים, לפני משורת הדין, לגישה זו.

(9) מן הכלל אל הפרט

79. במקרה שלפנינו, הטלה של עונש מאסר בפועל, המחייבת עמה גם הפעלה של עונש המאסר המותנה למשך שלושה חודשים, תוביל את הנאשם אל מאחורי סורג ובריח. אפילו יעשה הדבר בדרך של עבודות צבאיות, יורחק הנאשם מן המסגרת התומכת שיצר כדי להמשיך בחייו. בפרט עתה כשהחל בדרכו האזרחית.

80. לאחר שהקשבתי לנאשם, למתנדב התומך בו ועיינתי בתדפיסו האישי, התרשמתי בכנות נכונותו לעלות על דרך הישר. השתכנעתי שבאמצעות יצירת תמהיל עונשי מתאים ניתן להלום את חומרת העבירה ואת הסתבכותו הנוספת בעבירות סמים. זאת, על ידי דחייה נוספת של עונש המאסר המותנה (ממועד מתן פסק הדין, כהוראת **סעיפים 33 (ג), (1ג) לחוק השיפוט הצבאי**), כך שלהבא לא תינתן לו הזדמנות נוספת אם ייכשל שוב בעבירת סמים.

81. לצד זאת, הטלת עונש פסילה של רישיונות הנהיגה למשך שנתיים כמצוות החוק (**סעיף 37א(א) לפקודת הסמים המסוכנים**; ע/112/14 התצ"ר נ' טור' מ' כ' (7/01/15), תישא עמה משמעות הרתעתית ומניעתית עבורו (ראו ע/71/07 התצ"ר נ' טור' ג', וכן ע"פ 4201/13 שרכס נ' מ"י (29.5.2014)).

82. בנוסף, יוטל על הנאשם עונש קנס משמעותי, אך לא כזה שיפגע בו יתר על המידה בהתחשב בחובות שעליו לעמוד בהן ממילא.

סוף דבר

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

- א. הארכה של עונש המאסר המותנה מתיק בימ"ש לנוער בירושלים
ת"פ XXX בן שלושה (3) חודשים למשך שנתיים (2) נוספות מהיום והתנאי הוא
שלא יעבור כל עבירה על פקודת הסמים המסוכנים מסוג עוון.
ב. פסילת רישיונות הנהיגה האזרחי והצבאי למשך שנתיים (2) ימים מהיום.
ג. קנס בסך 2,000 ש"ח, אשר ישולם בחמישה (5) תשלומים חודשיים החל מיום
01/10/17. לא ישולם הקנס, ייאסר הנאשם למשך עשרים (20) ימים.

זכות ערעור כחוק.

ניתנה והודעה היום, 6.8.2017, י"ד באב התשע"ז, בפומבי ובמעמד הצדדים.

שופטת