



בית הדין הצבאי המחוזי
במחוז שיפוטי מרכז
בפני:

רס"ן מיכל אמברס-שחר - שופטת

(ע"י ב"כ, סרן אבישי שדה; סרן מיה

בעניין: התובע הצבאי
פישר)

נגד

(ע"י ב"כ, עו"ד אלי סבן)

ח/XXX טוראי ש' ו'

ה כ ר ע ת - ד י ן

אני מורה על זיכוי הנאשם מחמת הספק.

פתח דבר

1. ביום 25.5.2017 הוגש כנגד הנאשם, טוראי ש' ו', כתב אישום המייחס לו עברה שעניינה שימוש בסם מסוכן, לפי סעיפים 7(א) ו-7(ג) סיפא לפקודת הסמים המסוכנים [נוסח חדש], התשל"ג-1973, בגין כך שבראשית חודש מאי 2017 בפינת העישון ביחידתו, השתמש בסם מסוג קנאביס באמצעות סיגריה מגולגלת שהכילה את הסם ("גיוינטי"), בצוותא עם טוראי א' פ', טוראי ע' ב', טוראי א' ב' מ' וטוראי ד' ח'.
2. הנאשם כפר באורח חלקי במיוחס לו. הוא הודה בכך שהוזמן לשבת עם האחרים על-ידי א' פ' ועישן סיגריה מגולגלת שניתנה לו על ידי ד' ח', אך טענתו המרכזית היא כי "לא ידע שמדובר בסיגריה המכילה סם כלשהו". הוא טען כי לא חשד שד' נתן לו סיגריה המכילה סם, אלא שאף מן הסיגריה שניתנה לו, הרגיש טעם מוזר וחדל (ראו תגובת הנאשם בכתב לעובדות כתב האישום מיום 29.6.17).

3. בין הצדדים לא קמה מחלוקת על כך שהליכי החקירה בוצעו בהסכמת הנאשם (עמ' 1 ש' 23-26); לאחר חקירתו הראשונה במצ"ח ניטלה ממנו **דגימת שתן** שנמצאה **שלילית** לתוצרי חילוף חומרים המעידים על שימוש בסם; ואף **חיפוש** ידני שבוצע **במכשירו הסלולארי** של הנאשם בהסכמתו, **לא העלה כל ממצא** רלבנטי לחקירה.

גדר המחלוקת בין הצדדים סב אפוא על-אודות שאלת **מודעות** הנאשם לעובדה כי הסיגריה שממנה שאף הכילה סם מסוג קנאביס בעת שעשה כן.

פרשת התביעה

4. מטעם התביעה הוגשו, בלא התנגדות ההגנה, מסמכי מעצרו של הנאשם (ת/1) ושלוש האמרות של הנאשם במצ"ח (ת/2, ת/3, ת/4).

במסגרת פרשת התביעה נשמעה בבית הדין עדותו של **טור' ד' ח' בלבד**, תוך שהתביעה ויתרה על העדתם של עדי התביעה האחרים שנמנו בכתב האישום. העד מסר כי החל את שירותו הצבאי כלוחם בדוכיפת, אך בעקבות ההליך הפלילי שנוהל בעניינו "אין לו תפקיד" בצבא כיום. עוד מסר העד כי פרט ל"אולי שתי שיחות" לא היתה בינו ובין הנאשם כל היכרות (עמ' 2 לפרוטוקול ש' 6-10).

אשר לאירוע המתואר בכתב האישום, מעדותו של ד' בתמצית עלה, כי הוא ישב עם חבריו בפנינת העישון ביחידתו ובצוותא עישנו "גראס" (עמ' 2 ש' 19). העד מסר כי היה סביבם ריח "מאוד חזק" (עמ' 2 ש' 13), כי הוא הציע לנאשם להצטרף אליהם משום שהנאשם ישב לידם והריח בוודאות את הריח, ומתוך חשש שהנאשם ילך וילשין עליהם, החליט להציע לו להצטרף (עמ' 2 ש' 30-33).

הנאשם שאל "זה זה?" (עמ' 2 ש' 29), העד אישר שכן (עמ' 3 ש' 12). הנאשם עישן, "אמר שזה משהו טוב" וכש"נגמר" הם התפצלו וכל אחד הלך לדרכו (עמ' 2 ש' 24; עמ' 3 ש' 29). במהלך עדותו הדגיש העד מספר פעמים כי הנאשם ידע "בוודאות" שעישן סם (ראו, למשל, עמ' 2 ש' 25; עמ' 2 ש' 31; עמ' 3 ש' 6; עמ' 3 ש' 15).

פרשת ההגנה

5. במסגרת פרשת ההגנה הוגשה, בלא התנגדות התביעה, אמרתו במצ"ח של עד התביעה **טור' ד' ח' (1/ס)**. הוגשה תרשומת ראיון שערכה התביעה עם העד **טור' ד' ח' (2/ס)** וכן הוגשו כתבי האישום וגזרי הדין של שלושה מן המעורבים בפרשה: **א', עי' ו' (3/ס)**.

מטעם ההגנה נשמעה בבית הדין עדות הנאשם בלבד. העד מסר כי משרת כלוחם בחטיבת כפיר, כי עלה ארצה בשנת 2003, כי הוא בן יחיד לאמו במשפחה חד הורית (עמ' 13 ש' 11-18). אשר לנסיבות האירוע שבכתב האישום, מסר הנאשם כי הוא שב ליחידה אחרי תקופת נפקדות שבמהלכה לא קיבל משכורת צבאית ולכן לא היה לו כסף לסיגריות. הוא הגיע ליחידה בלי סיגריות (עמ' 14 ש' 11-12) וניגש לפינת העישון על מנת למצוא מישהו לבקש ממנו סיגריה. הוא ישב בפרגולה המרוחקת שבפינת העישון ומולו ישבה קבוצה של חיילים שלא הכיר, הוא שוחח בצ'אט בטלפון, בשלב מסוים פנה אליו חייל בשם א', שאל אותו לשלומו והציע לו להצטרף אליהם (עמ' 14 ש' 17-23). הנאשם ציין כי שאל "תגייד יש למישהו מכס סיגריה לעשן?" וא' השיב לו "כן, בוא" (עמ' 14 ש' 24). לאחר שהצטרף שאל אותו ד' האם אתה מעשן, הנאשם השיב שכן (עמ' 14 ש' 26-28). בהמשך שאל אותו מישהו אחר "ומה בנוגע לסמים" הוא השיב שלא (עמ' 14 ש' 30). ד' הושיט לו סיגריה מגולגלת, הנאשם היה בטוח כי מדובר בסיגריה רגילה שבה טבק, ו"בלי לחשוב פעמיים" לקח את "השכטה הראשונה" והבין "שהסיפור הזה ממש לא מצחיק ושאני בבעיה" (עמ' 14 ש' 33-38). הנאשם ציין כי כמה שניות אחרי ה"שכטה" חש שיש לו כאב ראש, סחרחורת וטעם מר, הוא זרק את הסיגריה והוסיף "מה אתם ברצינות צוחקים עלי?" ועזב את המקום לכיוון חדרו (עמ' 15 ש' 1-4). הנאשם ציין כי "בדרך, אני ראיתי את א' ב' עומד במאזין [הכוונה לאחת מעמדות השמירה במחנה - ביה"ד הצבאי המחוזי]..." (עמ' 14 ש' 22-38; עמ' 15 ש' 1-6), והוסיף כי א' ודאי הבחין שהוא לא חש בטוב, כאשר הגיע לחדרו במגורים פגש את המשה"ד (מש"ק הדרכה) שליווה אותו למשרדו של המג"ד על מנת להישפט (עמ' 26 ש' 4-12).

בחינת הדברים

6. המחלוקת הטעונה הכרעה נוגעת כאמור לשאלה **מצומצמת** בלבד והיא האם הוכח היסוד הנפשי שבעברת השימוש בסם. שאלה זו תוכרע בשים לב להערכת מהימנות העדים שלהלן, שעל יסודה ייקבעו הממצאים העובדתיים ומהם תיגזר המסקנה בדבר השאלה האם התגבש בו **היסוד הנפשי בדבר מודעותו לכך שעשה שימוש בסם מסוכן** בעת ששאף מהסיגריה המגולגלת המכילה סם. מודעות או חשד לכך שדובר בסם, עשויים להילמד מגרסתו של הנאשם, או מכוחן של ראיות **נסיבתיות** המצביעות על התגבשותם (ראו, למשל, ע"פ 8080/12 **מדינת ישראל נ' אולמרט**, בפס' 72 (טרם פורסם, 28.9.2016)). בפסיקה נקבע כי רכיב המודעות של היסוד הנפשי בעברת החזקת סמים (וכוחה יפה גם

לעברת השימוש בסם) ילמד מנסיבות המקרה, מנסיבות החיים ומהגיונם של דברים (ע"פ 3487/12 גזאונה נ' **מדינת ישראל** בפס' 24 (פורסם בתקדין, 4.11.2012) והאסמכתאות שם) ואלה ייבחנו להלן.

הערכת מהימנות וממצאים עובדתיים

7. הראיה המרכזית שעל יסודה נסמכת התביעה הצבאית היא עדותו של ד' ח'. עדות זו מתארת, כאמור, מסכת עובדתית שונה בתכלית מזו שנשמעה מפי הנאשם ודומה כי נקודת המוצא לצורך הכרעה בשאלת מודעות הנאשם לשימוש בסם היא הערכת משקלן ומהימנותן של העדויות הללו.

הערכת מהימנות העדים נעשית כידוע על סמך "התנהגותם של העדים, נסיבות העניין ואותות האמת המתגלים במשך המשפט" (סעיף 53 לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א – 1971). במסגרת הערכה זו נדרש בית המשפט להתרשם מן העדים באורח בלתי אמצעי, מאמינות גרסתם ומאיכות העדות הנמסרת באמצעות "החושים האנושיים" ותוך ניתוח הראיות בכלי ההיגיון והשכל הישר. שילוב ניתוחן האנליטי של הראיות עם מושכלות החיים וההתנהגות האנושית עומד בבסיס קביעת הממצאים העובדתיים (ע"פ 6295/05 **וקנין נ' מדינת ישראל**, פס' 37-38 (טרם פורסם, 25.1.2007)). במצב של גרסאות סותרות שאינן נתמכות כדבעי בראיות חיצוניות, ייקבעו הממצאים העובדתיים על יסוד אותה "תחושה פנימית" של בית המשפט ועל רקע התנהגות העדים (ע"פ 9352/99 **יומטוביאן נ' מדינת ישראל**, פ"ד נ"ד(4) 632, 643-644 (2000)).

8. עדותו של עד התביעה ד' בבית הדין, הותירה עלי רושם **שילי ובלתי-אמין**. ניכר היה על העד למן ראשית עדותו כי הוא מבין שמודעותו של הנאשם לשאלה האם דובר בסם, ניצבת על הכף וכי הוא גמר אומר בדעתו להפליל את הנאשם. התרשמות זו מן העד מבוססת על כמה אדנים:

8.1 יחסו של העד לנאשם - בפתח החקירה הנגדית כשנשאל העד האם יש לו בעיות כלשהן עם הנאשם, השיב "לא אוהב אותו בגלל שהוא מלשין" (עמ' 4 לפרוטוקול ש' 2-3). העד אישר כי טרם תחילת הדיון, עם כניסת הנאשם לאולם הדיונים, הוא גידף את הנאשם וקרא לו בשמות גנאי (עמ' 4, ש' 5), שכנשאל מדוע, השיב "בגלל שגם אחרי שנכנסתי לכלא הוא הלך והפיץ בכל הפלוגה שמועות שכולם פתחו עליו, זה מאוד פוגע, כי אני ישבתי בכלא אני לא קיבלתי את הכומתה שעבדתי בשבילה, 6 חודשים, בגלל שהוא לא יכול היה לקחת אחריות על המעשים שלי" (עמ' 4 ש' 4-7). בהמשך הוסיף העד "אנחנו עישנו.

הוא עישן. הוא צריך לשלם כמו שאני שילמתי. ישבתי בכלא" (עמ' 5 ש' 4-5. הדגשות בציטוטים כאן ולהלן הוספו, אלא אם נאמר אחרת – ביה"ד הצבאי המחוזי). העד לא כיחד וכשנשאל על ידי הסנגור "אני רואה שאתה מאוד רוצה ש' יורשע?", השיב "מאוד" (עמ' 5 ש' 15-16). בהמשך הוסיף העד כי כועס על הנאשם משום ש"בגללו הגעתי ... לכלא... ככה החוקרים הפנו את זה. ש' הוא זה שפתח ראשון" (עמ' 6 ש' 19-20). בהמשך שאל הסנגור, האם זו הסיבה שאתה "מכניס את השם של ו' בחקירה ונותן יותר דגש עליו?", העד השיב "ממש לא" וכשהתבקש להבהיר מסר את הדברים הבאים –

"אין לי איך להסביר את זה, פשוט עליו כעסתי הכי הרבה, נתפסתי עליו בעין... אני רוצה שהוא יחווה מה שאני חוויתי שהמשפחה שלי לא ראתה אותי חודש, בצדק, זה לא אומר שאני אגיד עכשיו בכוונה שהוא עשה ככה או ככה וינסה להראות שהוא הכי גרוע במקרה זה. ממש לא. ... זה הכעס שלי עליו, הוא לא בא לי טוב לעין, אין לי איך להסביר את זה, אני לא אוהב אותו זה לא אומר שאני אנסה להרוס לו את החיים, אין לי איך להסביר את זה יותר מדי" (עמ' 6 ש' 26-30).

בהמשך כאשר הועמד העד על חובתו לומר אמת ציין "אני אומר את האמת, זאת האמת... מה שמסרתי היה מה שקרה... למה לא מביאים את שאר העדים כדי שיגידו, לדעתי את אותו דבר? ..." (עמ' 6 ש' 33-36).

8.2 גרסת ההפללה של העד – לצד אמירותיו המפורשות של העד בדבר רצונו כי הנאשם ישלם את המחיר שהוא שילם, רצונו של העד להפליל את הנאשם מצא ביטוי מובהק גם בפרטי הגרסה שמסר, שבה הוא שב והדגיש בכל הזדמנות כי הנאשם ידע לכאורה שמדובר בסם. כך למשל בפתח חקירתו הראשית בבית הדין מסר העד "היה ריח מאוד חזק, הצענו לו לעשן. הוא הסכים וידע" (עמ' 2 ש' 12-13). העד הוסיף כאמור כי לא די בכך שהנאשם עישן וידע שזה סם, אלא שהוסיף "משהו טוב זה" (עמ' 2 ש' 17). בהמשך ציין העד כי "הוא [הנאשם] הריח את הריח, הצעתי לו לעשן. הוא שאל אותי אם זה זה, בכוונה של ירוק, אמרתי לו שכן. זה זה. אמר שזה משהו טוב... חשוב לי להבהיר כי גם בן אדם שהיה ברדיוס של 50-100 מטר היה מריח את הריח והיה יודע בוודאות שזה ירוק" (עמ' 2 ש' 23-25). "הוא ישב לידינו ובוודאות הוא הריח את הריח" (עמ' 2 ש' 31). בהמשך, שוב מסר העד "הצענו לו לעשן. הוא ידע בוודאות שזה זה" (עמ' 2 ש' 31).

3 שי 6). כשהתבקש העד לדייק בשיח שהתנהל בינו לבין הנאשם עובר לעישון הסיגריה על ידי הנאשם, מסר העד "הושטתי לו את היד ואמרתי לו קח אתה רוצה לעשן? זה ירוק" ובתגובה "הוא אמר: זה זה? זה זה?... אמרתי לו כן, אז הוא עישן" (עמ' 3 שי 10-12) והוסיף "יש דברים שאני זוכר בוודאות. הוא ידע שזה סמים והוא עישן" (עמ' 3 שי 15). בהמשך רוענן זכרונו של העד עם הגרסה שמסר במצ"ח, שם ציין כי הנאשם שאל "מה זה ירוק?" והעד אישר "זה זה כן, זה מה שהוא אמר" (עמ' 3 שי 18-23). בהמשך נשאל העד כמה זמן ישב איתם הנאשם והשיב "הוא הלך אחרי שנגמר הסמים, 5-10 דקות אחרי זה הוא הלך ואז כולם התפצלו. חשוב לי להגיד שמהתחלה חשדנו בו שהוא יגיד את זה אחרי זה" (עמ' 3 שי 29-30).

בגרסתו של העד לא זו בלבד שהוא שב והדגיש את ידיעתו של הנאשם בוודאות כי מדובר בסם, הוא ציין כי הנאשם אמר שזה "חומר טוב" ועישן את הסיגריה עד שנגמרה. כשנשאל העד כמה "שכטות" שאף הנאשם מן הסיגריה המגולגלת המכילה סם, השיב בחקירה הראשית "5-6" (עמ' 2 שי 35). בחקירתו הנגדית תחילה אישר זאת (עמ' 7 שי 21), בהמשך לאחר שעומת עם גרסתו במצ"ח שבה מסר כי הנאשם עישן "3 שכטות" (ס/1, עמ' 4 שי 10-1), השיב "מבחינתי אין הבדל..." וכי "לא זוכר" (עמ' 8 שי 3-5). הסנגור שאל את העד האם הכפלת הכמות נובעת מההשתוקקות של העד להפליל את הנאשם, והעד התרגז ומסר: "לא מעניין אותי... אם הוא ישב או לא ישב אני רק רוצה לצאת מהחדר ברגע זה... רציתי שהוא ישב בכלא בתכלס כי לדעתי זה מגיע לו אך אני לא מתכוון לומר סתם דברים שקריים" (עמ' 8 שי 12-17).

בהמשך בירר העד את משמעות דבריו וכיצד ישליכו על הרשעת הנאשם ("יש באמת הבדל בין 3 ל-5 שכטות? זה שימוש אחד, זה לא משנה כמה שכטות היו" (עמ' 9 שי 16)).

בחקירתו הנגדית עימת הסנגור את העד עם "התפתחות" הגרסה המפלילה שמסר בחקירתו במצ"ח כלפי הנאשם. בתחילת האמרה במצ"ח, גרסת ההפללה כלפי הנאשם, היא **מצומצמת ביותר**, לשאלת החוקר האם מישהו נוסף השתמש בסמים, השיב העד "וי לקח שלוש שאכטות" (ס/1 עמ' 4 שי 4) בהמשך ציין העד מיוזמתו "אני אגיד לך איך זה היה, ישבנו בפינת העישון, ראינו את ו' והוא הבין והריח את הריח, וכדי שלא יפתח עלינו אמרנו לו 'שומע אתה רוצה לעשן?' והוא אמר שכך" (ס/1 עמ' 4 שי 8-10). בחקירתו הנגדית עימת הסנגור את העד עם גרסת ההפללה הראשונה הזו והעד שאל "זה היה לפני שהראו לי את החקירה של ו' או אחרי?" (עמ' 9 שי 14). כלומר העד בעצמו מזהה את הנקודה שבה

הוטחו בפניו אמרותיו של ו' בחקירה (שבהן מפליל הנאשם בחקירתו את העד כמי נתן לו את הסמים) כנקודה **משמעותית** שנחרטה בזכרונו ואף זכר לצטט בבית הדין את המלים המדויקות שהוצגו לו בהקשר זה שמהם הבין כי הנאשם הוא מי שהפליל אותו ('אני זוכר, 'כן זה הוא שנתן לי את הסמים, קרח עם זיפים' זה נחרט לי בראש" עמ' 9 ש' 19, השוואה לחקירתו של הנאשם במצ"ח מלמדת כי אכן העד זכר היטב את הרגע שבו נמסר לו שהופלל על ידי הנאשם, וכי אכן אלה המלים שבהן השתמש הנאשם כשהוצגה לו תמונתו של העד בחקירה וכך זיהה אותו בפני החוקרת "קרח עם זיפים" כמי שנתן לו את הסמים – ת/4 עמ' 5 ש' 9-5).

לאחר שהוצגה לעד בחקירתו העובדה כי הנאשם הוא מי שהפלילו, אכן מתפתחת גרסת ההפללה כלפי הנאשם בחקירה, וכך מוסר: "ישבנו אנחנו בפינת העישון וכולם פחדו שוי יפתח עלינו ואני בשביל כולם אמרתי לו 'שומע ו' אתה מעשן?' **והוא צעק לי 'מה זה זה?'** ואז אמרתי לו כן 'אתה רוצה?' לא הכרחתי אותו, הוא אמר כן, לקח כמה שכטות וזרק" (ס/1, עמ' 6 ש' 6-10). כשנשאל העד בחקירה הנגדית לפשר ההבדלים בין הגרסאות השיב "מבחינתי אין הבדל" (עמ' 9 ש' 27). בהמשך חקירתו הנגדית של העד, הציג לו הסנגור גרסת הפללה נוספת שהוא מוסר ביחס לנאשם, גרסה זו נמסרת מפי העד בחקירה לאחר שהחוקרת מציגה לו קטע נוסף מהחקירה של הנאשם במצ"ח שבה הוא מוסר לחוקרת דברים נוספים על העד (בעדותו בבית הדין זוכר העד אף באורח מפליא את תוכן האמרה הזו של הנאשם שהוטחה בפניו בחקירתו "שעשיתי רק שכטה אחת?" עמ' 9 ש' 35). הנה כי כן, לאחר שמוצגים לעד פרטי הפללה נוספים שנשמעו מפי הנאשם כלפיו בחקירה, מוסר העד במצ"ח את הגרסה הבאה "הוא בא ואמר לי **'מה זה ירק?'** התחיל לצעוק, הוא היה עם סיגריות משלו ... שאלתי אותו **'רוצה לעשן ג'וינט?'** אמר כן, לקח שלוש שכטות וזרק" (ס/1, עמ' 6 ש' 11-16). הסנגור שאל את העד בחקירה הנגדית לפשר התפתחות נוספת זו בגרסה ומדוע פרטים כמו הירק והג'וינט לא מצאו ביטוי בגרסת ההפללה הראשונה והעד השיב "כי הייתי בסערת רגשות, אני בן אדם, אני נלחץ... היה לי קשה, אמרתי את האמת ואין לי מה לומר יותר כי אמרתי את האמת" (עמ' 10 ש' 7-8); ובהמשך "שיניתי גרסאות לא בכוונה תחילה" (עמ' 10 ש' 26) וכן "אמרתי את זה במילים אחרות בכל פעם" (עמ' 10 ש' 31).

הנה כי כן, גרסתו המפלילה של העד לא זו בלבד **שאינה עקבית**, אלא היא מתפתחת ביחס ישר להפללות שמציגה החוקרת לעד על ידי הנאשם, כך שמתקיימים יחסי גומלין של ממש בין הפרטים שנחשפים בפני העד בחקירתו

ככאלה שנמסרו מפי הנאשם עליו, לבין עומק גרסת ההפללה שמוסר העד כלפי הנאשם ופרטיה. למעשה ככל שהעד מבין שהוא הופלל יותר על ידי הנאשם כך "משיב לנאשם כגמולו" ומפתח את גרסת ההפללה שמוסר כלפיו. ממצב של "הבין והריח את הריח", מתפתחת הגרסה לכך שהנאשם שאל ישירות "מה זה זה", ומכאן מתפתחת היא לגרסה נוספת שבה הנאשם שאל "מה זה ירק?" והעד שואל אותו במפורש האם הוא "רוצה לעשן ג'וינט?". בבית הדין, לא זו בלבד שהריח חזק והוא מודע לכך שזה סם, העד מוסר כי הנאשם עישן את הסגריה עד הסוף ואמר שזה "משהו טוב", פרטים שלא בא זכרם בחקירות במצ"ח. התפתחות זו מעלה חשד ממשי לכך שגרסאות ההפללה של העד אינן מתארות דברים כהווייתם. יחסי גומלין אלה בין מה שמוסר הנאשם על העד בחקירתו שלו, לעומק גרסת ההפללה של העד כלפי הנאשם זוכים לתמיכה משמעותית בתחושותיו הכלליות של העד ורצונו לנקום בנאשם כעולה מסעיף 8.1. כללו של דבר התמונה המצטיירת היא של עד שתכלית חקירתו היא להשיב לנאשם כגמולו ולוודא שיורשע וייענש בדיוק כפי שהוא הורשע ונענש (במאמר מוסגר יצוין, כי עניינו של העד הסתיים בהסדר טיעון, שבמסגרתו הודה בשני שימושים בסם בנסיבות צבאיות (אחד מהם האירוע נשוא כתב האישום) והושתו עליו 36 ימי מאסר לריצוי בפועל לצד עונש מאסר מותנה ופסילת רנצ"א (3/ס)).

8.3 אי-זהירות, סתירות ושקרים בגרסת העד - בעוד שפרטים הקשורים בהפללתו בידי הנאשם כפי שהוצגו לו בחקירה נשתמרו היטב בזיכרונו של העד, והוא אף זכר "בוודאות" פרטים שיש בכוחם ללמד על ידיעת הנאשם כי הוא עישן סם ולהפליל אותו; פרטים מהותיים אחרים "נשתכחו" מזיכרונו. כך למשל, העד לא זכר מתי תיאמה החבורה להיפגש ולעשן (עמ' 4 ש' 33-34); העד לא זכר גם מי הביא את הסמים (עמ' 5 ש' 1).

פרטים נוספים שמסר העד היו בלתי מדויקים וניכר היה שהאמת אינה נר לרגליו. כך למשל, בכל הנוגע לעובדה שהנאשם עישן סיגריות לפני שניגש אליהם וכמה סיגריות הוא עישן. בנקודה זו בעוד שהנאשם ציין כי היה בלי סיגריות כלל ולכן פנה לפינת העישון, העד מסר כי הנאשם "ישב שם עוד לפני כן עם טבק משלו" (עמ' 2 ש' 15). בהמשך חקירתו, כאשר נשאל כמה סיגריות עישן הנאשם עד שניגש אליהם, השיב "נראה לי מלא" ובהמשך "נראה לי מעל 5 או 4 סיגריות משהו כזה" (עמ' 11 ש' 19, 21). בחקירה הנגדית הציג הסנגור לעד, כי בשיחת ההכנה עם התובע מסר העד כי הנאשם עישן 18 סיגריות (2/ס), בתשובה השיב העד: "זרקתי הפרכה [כך במקור], אני יכול להגיד גם 20 סיגריות, בין 18-4

סיגריות... אמרתי מה שעולה לי לראש אתה מבין? כמו שעכשיו אני אומר מה שעולה לי לראש. לא שאני מתכוון לתת לך תשובה" (עמ' 12 ש' 4-7).

סתירות ואי-דיוקים נוספים בגרסת הנאשם מצאו למשל ביטוי בכל הנוגע למעורבותו של א' ב' בפרשה. מדובר בפרט נעדר רלבנטיות אמנם להפלת הנאשם, אך יש בכוחו כדי ללמד על הקלות שבה מפליל העד מעורבים בפרשה ועל חוסר הדיוק וחוסר הזהירות המשתקפים בעדותו. בפתח החקירה הראשית, כשנדרש העד לתאר את האירוע, מסר את הדברים הבאים: "ישבנו, אני טוראי א' פ' ע' ב', ו' וא' עישנו, היה ריח מאוד חזק..." (עמ' 2 ש' 13). בחקירה הנגדית נשאל העד בנוגע לדו-שיח שהתנהל בין החבורה לנאשם וכך שואל הסנגור את העד "אם ארבעתכם יושבים שם, אתה ע' ב', א' פ' וא' ב', כולם שומעים את זה כולם רואים את מה שאתה מתאר..." (עמ' 5 ש' 25-27). בהמשך החקירה הנגדית שואל הסנגור את העד "יכול להיות שהיום כאן באולם הזה אתה מפליל אדם שלא עישן אתך?", העד משיב "לא". כשהסנגור מציין בפניו "אני לא מדבר על ו'", משיב העד "אתה מדבר על א' ב'?" והסנגור משיב "כן", העד עונה "אמרתי שא' לא היה איתנו" (עמ' 8 ש' 23-28). בהמשך, מפנה הסנגור את העד לחקירתו במצ"ח שם באופן עקבי מסר כי א' לא היה איתם (ס' 1, עמ' 4 ש' 1, 4; וגם "לא זוכר שא' היה איתנו" (למשל עמ' 7 ש' 1; עמ' 7 ש' 8-9)) וזאת בניגוד גמור לעדות בבית הדין. העד נדרש להסביר את הסתירה, הוא מסתבך בתשובתו לסנגור ומשיב "אתה לא ציינת שא' היה איתנו, אין לי איך להסביר את עצמי בקיצור. אתה אמרת ארבעתכם הייתם נכון? אז הייתי בטוח שהוא התכוון לוי עכשיו". כשמתעקש הסנגור עם העד כי בבית הדין הוא הפליל את א' , משנה העד את גרסתו ומוסר "זה שא' היה שם וגם זה שאני לא כל כך זכרתי שהוא היה שם, זה לא אומר שהוא השתמש, יש הבדל בין היה שם לבין השתמש. פאסיבי.", כשנשאל מדוע הפליל אותו בבית הדין השיב "יכול להיות שלא שמעתי, גם אני בן אדם", בהמשך כשמסכם הסנגור את הנקודה ושואל את העד האם "כל אמירה לגבי א' שהיה והשתמש איתכם היא לא נכונה?" משיב העד "חס וחלילה" (עמ' 8 ש' 26-38; עמ' 9 ש' 1-12). (לאי דיוקים נוספים בתשובות, המעלים חשד לאי אמירת אמת בגרסת העד, ראו למשל גם עמ' 5 ש' 4-14 לפרוטוקול, בכל הנוגע לשאלה האם עישן גם בלי קשר לאירוע שבכתב האישום).

לנוכח מכלול הדברים דלעיל, נהיר כי קיים קושי ממשי לסמוך ממצאים עובדתיים בפלילים על יסוד גרסתו של העד שהיתה מגמתית, מתפתחת ובלתי עקבית. במישור הכללי ניכר היה שהעד לא הצליח להפריד בין תחושותיו

השליליות כלפי הנאשם לבין גרסת האמת בנוגע להתרחשות האירועים. אי דיוקים וסתירות בגרסתו עולים הן בנושאים פריפריאליים לאישום והן בנוגע לגרסת ההפללה בדבר מודעות הנאשם לעובדה שעישן סם מסוכן (מחשד שהנאשם ידע שמדובר בסם שמתבסס על ריח בלבד לידיעה ממשית של הנאשם לכאורה כי "זה זה" כי מדובר ב"ריק" ו"בג'וינט" וכל זאת כתלות בגרסת ההפללה של הנאשם כלפיו). בנסיבות הללו נשמטת הקרקע תחת הוכחת מודעות הנאשם לעובדה כי עישן סם ככל שביקשה התביעה לסמוך אותה על **גרסת עד זה**.

9. כעולה מכתב האישום, בעת האירוע נכחו מעורבים נוספים לדבר עברה, שבכוחם היה לכאורה לזרות אור על שאלת מודעותו של הנאשם לעובדה שעישן סיגריה המכילה סם. תחילה נכללו שניים מהם ברשימת עדי התביעה, אולם בסופו של יום התביעה **נמנעה** מזימונם לבית הדין. התובע המלומד נדרש לכך בסיכומים, וציין "בית הדין יודע שהן ע' ב' והן א' פ' היו עדים ברשימת העדים וזומונו מלכתחילה והודו בפני בית הדין בעבירה שיוחסה לנאשם ואישרו את פרטי המקרה. בשים לב לגדר הכפירה שכאמור **התמקד ביסוד הנפשי של הנאשם**, החלטנו שלא לזמן את העדים האלו כי לא הייתה שום רלוונטיות או תרומה לבירור האשמה בשלב זה. מכל מקום, אנו סבורים כי אין לזקוף מהלך זה לחובת התביעה ולכל הפחות יש לזקוף אותו גם לחובת ההגנה. הנאשם העלה מספר טענות עובדתיות אשר סתרו את הדברים שד' ח' מסר. עדים אלו היו יכולים לאשש טענות אלו ובמובן זה לעדותם היה גם פוטנציאל מזכה ולא רק מרשיע" (עמ' 33 ש' 3-13).

ראשית, נשוב למושכלות ראשוניים כי על התביעה מוטל נטל הבאת הראיות. שני העדים הפוטנציאליים (א' וע') היו אמורים לחזק לכאורה את גרסת המאשימה ולא את טענת הנאשם ולכן אין תימה שההגנה בחרה שלא לזמנם. אין באמור כדי לגרוע מכך **שאי זימון עדים אלה על ידי התביעה פועל לחובת התביעה** (ע"פ 5019/09 חליוה נ' מדינת ישראל בפס' 47 (פורסם בנבו, 20.8.2013)).

"כלל נקוט הוא על-ידי בתי המשפט מימים ימימה, שמעמידים בעל-דין בחזקתו, שלא ימנע מבית המשפט ראייה, שהיא לטובתו, ואם נמנע מהבאת ראייה רלבנטית שהיא בהישג ידו, ואין לו לכך הסבר סביר, ניתן להסיק, שאילו הובאה הראייה, היתה פועלת נגדו. כלל זה מקובל ומושרש הן במשפטים אזרחיים והן במשפטים פליליים, וככל שהראייה

יותר משמעותית, כן רשאי בית המשפט להסיק מאי-הצגתה
מסקנות מכריעות יותר וקיצוניות יותר נגד מי שנמנע
מהצגתה" (ע"א 548/78 שרון נ' לוי, פ"ד לה(1) 736 (1980)).

בעניין חליווה בואר בהקשר זה כי במשפט פלילי, החובה לחקור ולאסוף ראיות
רלבנטיות מוטלת בראש ובראשונה על רשויות האכיפה. באותו מקרה הוגשו
"על מגש של כסף" שמותיהם של אנשים, אשר היו יכולים, לכאורה, לשפוך אור
על האירועים שבכתב האישום, נקבע כי העובדה שהפרקליטות, סברה כי
גרסתה של עדה אחת אמינה היא ומספקת להרשעה - אין די בה, ונהיר כי
חקירתם של המעורבים האחרים יכולה היתה לסייע בחקר האמת. אף באותו
עניין מצא בית המשפט העליון לדחות את טענת התביעה כי ההגנה יכולה היתה
לזמנם לעדות. בעניין דנן, נימוק התביעה הצבאית הוא כי לנוכח גדר הכפירה
בדבר היסוד הנפשי של הנאשם, לא היה בכוחם של העדים לתרום לבירור
האשמה. עמדנו לעיל על כך שמודעות עשויה להילמד ממכלול נסיבות המקרה
ועל נסיבות אלה יכולים היו העדים להעיד. יתרה מכך, עדותו של ד' ח' עמדה
בניגוד גמור לעדות הנאשם בכל הנוגע לנסיבות התרחשות האירוע, והדיאלוג
שהתנהל בין הנאשם לחבורה, טרם השאיפה מן הסיגריה, ודאי נשמע גם
באזניהם של עדים אלה, שיכלו לחזק את הדברים שמסר ד' או להפריכם.
בנסיבות הללו אין זאת אלא שאי הבאתם לעדות אינה פועלת לטובת התביעה
ומשמעה כי הבאתן של ראיות אלה היתה פועלת נגד התביעה.

התביעה הוסיפה לטעון כי אף את הימנעות ההגנה מהבאתם לעדות של א' ב'
והמשה"ד, שמגרסת הנאשם עולה כי פגשו בו לכאורה מיד לאחר האירוע ויכלו
להעיד על מצבו לאחר השימוש בסם ולתמוך לכאורה בגרסתו, יש לזקוף לחובת
ההגנה. אכן, הלכה נוהגת היא כי הימנעות מהבאת ראיה עשויה לעלות כדי
חיזוק לגרסה עובדתית של צד להליך (ראו למשל ע/147/08 אע"צ פורטל נ'
התובע הצבאי הראשי, בפס' 23 (2009)). אולם בפסיקה בואר כי "כל הימנעות
תיבחן לגופה ותישקל לאור נסיבות המקרה הספציפיות" (ע/176/98 דלל נ'
התובע הצבאי הראשי, פס' 19 (2000); יעקב קדמי על הראיות חלק שלישי
1652-1660 (מהדורה משולבת מעודכנת, 2003)). בעניין שלפנינו, בתום פרשת
התביעה, סברה ההגנה כי עדותו של עד התביעה היחיד מעוררת קשיים ניכרים
להוכחת היסוד הנפשי, ומשכך, החליטה לנקוט מהלך ולא לזמן עדים נוספים
לעדות, בסברה כי ניתן יהיה להוכיח את חפות הנאשם גם בהעדרן של עדויות
אלה. עדויות א' והמשה"ד, שלהשקפת ההגנה לא נכחו בעת אירוע השימוש

בסם, ממילא כוחן היה מוגבל לחיזוק טענת ההגנה בדבר היסוד הנפשי של הנאשם. ולנוכח חולשת פרשת התביעה כפי שזוהתה על ידי ההגנה, נמנעה מההגנה מזימונם. אין לזקוף זאת לחובתה.

10. נותרנו אפוא עם גרסת הנאשם. כלום ניתן להוכיח מתוך גרסת הנאשם את מודעותו לשימוש בסם? ייאמר מיד, כי הנאשם עורר את אמוני בבית הדין. ניכר היה עליו כי התאמץ לדייק בפרטים שמסר. הוא תיאר את נסיבות חייו, נסיבותיו מבית, תפקידו הצבאי וגם את האירוע שבכתב האישום, והכל באופן אותנטי ואמין וזאת אף כשמתוכן הדברים עלו פרטים שהציגו אותו באור לא לגמרי חיובי. כך למשל, הנאשם מסר כי עובר לאירוע שבכתב האישום הוא נפקד מיחידתו לתקופה בת שבעה עשר ימים ועמד להישפט על כך בפני המג"ד וליטול אחריות למעשה. הנאשם הוסיף וציין, כי בשל הנפקדות שבמהלכה לא קיבל משכורת צבאית, הוא הגיע ליחידה בלי סיגריות ומשום כך פנה לשבת בפינת העישון על מנת להשיג סיגריה. הוא ציין כי ישב בפרגולה המרוחקת מזו שבה ישבה החבורה ושוחח בציאט בטלפון הנייד שלו. כך תיאר את השתלשלות האירוע –

"שמעתי קול של אחד האנשים שישבו שם. כפי שקרה זה היה א' פ', הוא שאל אותי הי ו' מה נשמע, עניתי בסדר מה איתכם. הוא אמר מה אתה יושב שם לבד, בוא אלינו, שאלתי תגיד יש למישהו מכם סיגריה לעשן? הוא אמר לי, כן בוא. ישבתי איתם בשולחן הספקנו לזרוק מילה שתיים אחד לשני ולומר שלום ולזרוק מילה לכל אחד, ומרגע זה מתחיל הסיפור. ד' ח' שואל אותי תגיד, אתה מעשן והוא מודע לכך שאני מעשן סיגריות. לא היה לי שמץ של מושג למה הוא התכוון לאיזה סוג סיגריות הוא התכוון אני קיבלתי את זה כמו שכל חבר יגיד לי אם אני מעשן, כן אני מעשן, זו התשובה שאני אתן לו... ולאחר מכן הגיעה עוד שאלה מהצד השני, לא מדי ח' ממי בדיוק אני לא זוכר, הייתה שאלה שדי ח' שכח להגיד אותה פה. שאלו אותי ומה בנוגע לסמים, אמרתי לא, אני לא מעשן סמים, כולם יודעים את זה. סיגריות בכיף, סמים לא תודה. לאחר מכן, ד' ח' מושיט לי סיגריה מגולגלת, ... ואני בלי לחשוב פעם או פעמים לקחתי את הסיגריה ולא חשדתי לא היה לי במה לחשוד, אני אמרתי

טוב תביא שלוש שכטות, שלוש. לקחתי את השכטה הראשונה והבנתי שהסיפור הזה לא ממש מצחיק ושאני בבעיה, למה? כי כמה שניות אחרי השכטה הבנתי שיש לי כאב ראש, סחרחורת, הטעם המר של הסיגריה, ומתוך אי רצון להתעסק עם דברים כאלה רק מהחשד אני זרקתי את הסיגריה ושאלתי מה אתם ברצינות צוחקים עלי והלכתי מהמקום... יצאתי מפינת העישון והלכתי לחדר עם הסחרחורת וכאב ראש... " (עמ' 14 ש' 22-38; עמ' 15 ש' 1-6).

בחקירה הראשית, התעכב הסנגור על הלך המחשבה של הנאשם כשד' הושיט לעברו את הסיגריה ("מה עובר לך בראש מרגע שאתה מקבל את הסיגריה?"), והנאשם השיב "ד' ח' מושיט לי סיגריה, עם שאלה אתה רוצה לעשן, מה יכול לעבור לי בראש באותו זמן, בן אדם מקבל סיגריה לאחר שהוא ביקש סיגריה, בן אדם שמע שבן אדם אחר ביקש סיגריה ונתן לו אותה". לשאלת הסנגור השיב הנאשם כי חשב "שזו סיגריה רגילה" (עמ' 15, ש' 19-24). בהמשך עימת הסנגור את הנאשם עם הגרסה של ד' ("ירק", "גוינט", "ידעת בוודאות כי זו סיגריה המכילה סם ולא רגילה") והעד השיב "הפללה הזו היא שקר. אני לא ידעתי ועל פי מה שהוא אמר שהוא הריח והוא ידע... אני לא אחד שמתמש בסמים ויודע מה הוא כל סם מה הריח שלו או מה הטעם שלו, לא ידעתי שזה סם, לא יכולתי לדעת, לא יכולתי" (עמ' 15 ש' 27-29). הסנגור הוסיף ונדרש בחקירה הראשית לכך שהנאשם שיתף פעולה במסירת מכשיר הטלפון הנייד שלו ובמסירת דגימת שתן (על כך לא קמה, כזכור, מחלוקת) והנאשם השיב: "כי אין לי מה לשקר, אין לי מה לכסות, אין לי טעם להבריח את עצמי ממקום למקום על מנת לברוח מהעובדה שאני לא מודע שאני מעשן סמים באותו רגע, אין לי למה." (עמ' 15 ש' 31-32).

בחקירה הנגדית ואף בסיכומיה עמדה התביעה על אי דיוקים וסתירות, לכאורה, שעלו מעדות הנאשם, אסקור אותן בתמצית:

10.1 הכרות הנאשם עם עולם הסמים – התביעה טענה כי בחקירתו במצ"ח ואף בעדותו בבית הדין מוּזַעַר הנאשם את היכרותו עם עולם הסמים וניסה ליצור מצג כאילו אין לו קשר לעולם זה (כך למשל בחקירתו הראשונה "הבנתי שזה לא סיגריה, הרגשתי טעם מר" (ת/2, עמ' 2 ש' 25); ראו גם ת/4, עמ' 2 ש' 16-17; ובבית הדין ראו למשל עמ' 14 ש' 38 עד עמ' 15 ש' 2). לטענת התביעה בבית הדין הגדיל לעשות וציין כי הוא "לא אחד שמתמש בסמים ויודע מה הוא כל סם

ומה הריח או הטעם שלו, לא ידעתי שזה סם" (עי' 15 ש' 27-29). אף-על-פי-כן, בחקירה הנגדית, הוא עומת עם פרטים שמסר בעת שנעצר כי ניסה בעבר לעשן סמים פעמיים. בחקירה הנגדית בבית הדין הודה "היה לי עבר מסוים חד פעמי עם סם מסוים" (עמ' 21 ש' 33) כשהתובעת עימתה אותו עם השאלה האם מדובר בניסיון חד פעמי, השיב "היו פעמים בחיי בכיתה י" (עמ' 21 ש' 37). לטענת התביעה העובדה כי מסר תחילה שעשה שימוש אחד ובהמשך הוסיף כי עשה שני שימושים בסם מעידים על כך שלא ניתן לקבל את ניסיונותיו להרחיק עצמו מעולם הסמים, וכי "יש לקבוע כי הוא יודע איך סמים מסוכנים נראים, הוא מכיר את הטעם שלהם" (עמ' 30 ש' 26-27) ולפיכך כי טענתו שלא זיהה שזה סם וכי מדובר ב"סיגריה מוזרה" היא מוקשית.

מצאתי לדחות את עמדת התביעה בנקודה זו. להשקפתי לא זו בלבד שאין היא מערערת את מהימנותו של הנאשם, אלא יש בכוחה דווקא לחזקה. מיד עם מעצרו מסר הנאשם "דבר ראשון אני חושב שהמעצר הזה הוא סתם כי אני לא יודע איך אני קשור לשימוש והחזקה של סמים מסוכנים, דבר שני אני נגד סמים מילדות ולא משתמש, אני ניסיתי בעבר פעמיים אך יש לי מחלה שהסמים המסוכנים עשה לי לא טוב". בעדותו בבית הדין הבהיר כי דובר בשני ניסיונות בכיתה ט' או י' (עמ' 21 ש' 34, 37). אדם המנתק עצמו מעולם הסמים ובאותה נשימה מספר כי הקשר היחיד שלו לעולם זה הוא שני ניסיונות שנעשו על ידו לפני כשלוש שנים בהיותו נער בתיכון, ניתן לראותו כמי שהיכרותו עם עולם הסמים היא מינימלית. קביעה זו זוכה לחיזוק אף בממצאי החקירה הראשוניים לאחר שחיפוש במכשירו הסלולארי לא העלה קשר לעולם הסמים ודגימת השתן שלו נמצאה שלילית. בנסיבות האמורות יש לקבוע כי גרסתו של הנאשם בדבר הכרות שטחית עם עולם הסם לא נסתרה ובוודאי שאין בכוחה של נקודה זו כדי לכרסם באמינותו.

10.2 הסיבה שבגינה היה הנאשם בלי סיגריות – בבית הדין טען הנאשם כי לאור הנפקדות והעובדה שלא היה לו כסף, לא היו לו סיגריות לעשן. בחקירה הנגדית עומת הנאשם עם העובדה שבחקירה במצ"ח מסר שהסיבה לכך שהיה בלי סיגריות היא שהשק"ם ביחידה נפרץ (ת/4 עמ' 2 ש' 9-10) הוא התבקש להסביר את הסתירה, וכך השיב: "אין שום סתירה. השקם באמת נפרץ באותו יום... אך אני הגעתי לשם ללא כסף", כשנשאל מדוע לא ציין זאת, השיב: "אני חשבתי שהסיבה הזו לא רלוונטית... האם יש לי כסף או אין לי כסף. ומדוע לא הצגתי זאת פה, כי התבלבלתי בעת השיחה עם הסנגור, זה לא אומר שניסיתי להסתיר או לשנות תהליך של משהו" (עמ' 17, ש' 7-10). הסברו של הנאשם הניח

את דעתי, שאכן אין מדובר בתשובות סותרות, אלא משלימות זו את זו ומכל מקום שהנאשם היה בלי סיגריות וזאת הסיבה שבגינה הגיע לפינת העישון.

10.3 **זיהוי ריח הקנאביס** – טוענת התביעה כי טענת הנאשם שלא זיהה את ריח הקנאביס במקום, נסתרה בעדותו שלו. תחילה טען שאינו זיהה את הריח בשל הדמיון בין ריח סיגריות לריח סמים (עמ' 22 ש' 9-11), אך בהמשך טען שהיה "שילוב ריחות" של קנאביס ושל סיגריות (עמ' 22 שורות 27-29). עיון בחלק זה בחקירתו הנגדית של הנאשם, מעלה כי הנאשם אישר שלסם יש ריח "מיוחד" (עמ' 22 ש' 9), אבל ש"ההבדל לא גדול במיוחד" (עמ' 22 ש' 10). בהמשך הוסיף "אני לא הרגשתי ריח באותו זמן" (עמ' 22 ש' 18). בהמשך הבהיר כי כאשר ביקש מהם סיגריה היה בפרגולה המרוחקת וצעק לעברם ולכן לא יכול היה להריח את הריח (עמ' 22 ש' 25) וכי כאשר התקרב אליהם "אני ראיתי שלכולם יש סיגריות" וכי "היה שילוב ריח של סיגריות רגילות וסמים" (עמ' 22 ש' 33). מגרסתו של הנאשם אין עולה גרסה חד משמעית המעלה כי היה ריח של קנאביס באוויר שאותו זיהה. עניין הריח כולו הנו מוקשה ואינו מאפשר קביעת ממצאים ברורים שעל יסודם ניתן להרשיע את הנאשם בחשד כי דובר בסם. מכל מקום גם נקודה זו לא מצאתי כי פוגמת במשקל עדות הנאשם או במהימנותה. התרשמתי בבית הדין כי גם בנקודה זו ניכר היה שעשה הנאשם מאמץ למסור תשובות אמת.

10.4 **היכרות הנאשם והמעורבים האחרים בפרשה** – התובעת טענה כי גם בנקודה זו ניכרת חוסר אמינות בגרסתו של הנאשם. נטען כי בעוד שבשתי חקירותיו הראשונות במצ"ח, ניסה הנאשם ליצור מצג שלפיו אין לו כל היכרות עם המעורבים האחרים בפרשה עד כדי כך שהוא לא יודע את שמותיהם. בחקירה השלישית לפתע "נזכר" בשמות של ע' ב' וא' פ'. בתיאור האירוע ציין כי א' קרא לו "היי ו', מה קורה? בוא שב איתנו" ומכאן למדה התובעת כי לא זו בלבד שהם מכירים, אלא "גם מתחזקים קשר ידידות מסוים". עיינתי באמרות הנאשם במצ"ח ובחקירתו הנגדית בבית הדין וסברתי כי אף בנקודה זו חרף התרשמות התביעה כי הנאשם מסר גרסה "מתפתחת" ותשובות "לא קוהרנטיות", עשה הנאשם מאמץ למסור תשובות שיתארו דברים כהווייתם ואף סיפק הסברים אמינים. בחקירה הראשונה מסר תחילה "אני מפחד לענות אם אני מכיר אותם" (ת/2 עמ' 2 ש' 23-24), בהמשך אותה חקירה נשאל מי היו האנשים עם הסיגריות והשיב "חלק מהשמות אני לא זוכר אבל היה שם אחד עם שם משפחה ב'. הם רובם היו מחלקה 2. בחור בשם משפחה בורוש" (ת/2, עמ' 3 ש' 3-4). בחקירתו השניה, כשנשאל על בורוש והציגו לפניו תמונה, אישר

שמכיר אותו, אבל לא עליו הוא דיבר וכי זה שם שעלה לו בראש תחת לחץ החקירה (ת/3 עמ' 1-2). מהחקירה עולה אותנטיות הגרסה שמלמדת כי הנאשם אכן לא זיהה חלק מהחייילים שהיו עמו ולא ידע למסור את שמותיהם. בחקירתו הבאה (ת/4) הוצגה לו תמונתו של טורי ד' ח' והוא זיהה אותו כמעורב בפרשה. העובדה שדובר על חבורה ממחלקה אחרת עלתה הן בגרסת הנאשם הן בגרסתו של ד', בנקודה זו הנאשם כמו ד' מסר כי היכרותם היתה שטחית ומינימלית מפינת העישון (עמ' 10, ש' 33-36; עמ' 11 ש' 1-4; עמ' 15 ש' 33-38). העובדה שא' פנה לנאשם בשמו והזמין אותו להצטרף, אף היא אינה מצביעה בהכרח על "קשר ידידות". לכך יש להוסיף את הסברו של הנאשם בבית הדין לזיהוי "המתפתח" של המעורבים וכך מסר "אני רוצה לציין מאיפה עלו כל השמות האלה, הם עלו מהחוקרת שהיא שאלה אותי והאם אתה זוכר בן אדם עם שם כזה או כזה ולאט לאט התחלתי להיזכר בשמות אבל לא הייתי בטוח שזה הם או ללכך על אנשים אמרתי שלא אגיד את השמות האלה עד שלא יראו תמונה שלהם. ואם זה לא הם אז אני לא רוצה לקחת על עצמי לכלוך של אנשים אחרים ולא אגיד את השמות האלה בפרוטוקולים" (עמ' 19 ש' 30-34; ראו הסבר דומה בהמשך חקירתו הנגדית "אני לא מכיר את השמות ... של כל אחד מהם... ואפילו אם ישבנו שם בזמן החקירות במצ"ח זו הייתה ההתחלה של ההיכרות מי מה ואיך קוראים לו והשמות התחילו להיכנס לתחקיר שלי כפי שאת אומרת, מהחקירה השנייה או השלישית ואז ביקשתי שיראו לי אם זה א' או ע' " (עמ' 20 ש' 23-27 ובהמשך ש' 29-30)). הנאשם סיפק, אם כן, **הסברים אותנטיים** לאופן שבו נזכר בשמות לאחר שהוצגו לו תמונות והסברים אלה אכן נתמכים בהתפתחות החקירה כעולה מן התייעוד של חקירותיו במצ"ח, שם נראה כי העד מאשר שמות המעורבים לאחר שהחוקרת מציגה לו את תמונותיהם (ת/4, עמ' 3 ש' 2-3, ש' 15-16, עמ' 5 ש' 5-6).

10.5 **התפתחות הגרסה המתארת את לוז האירוע שבכתב האישום** – אמרות הנאשם במצ"ח הוגשו כאמור בהסכמה. בחקירה הנגדית עומת הנאשם עם פרטים מסוימים שמסר במצ"ח שלא עלו בקנה אחד, לכאורה, עם הפרטים שמסר בעדותו בבית הדין ונדרש להסביר את פשר ההבדלים בין הגרסאות. כך, למשל, במצ"ח מסר הנאשם כי ביקש "שלוש שכטות" של סיגריה (ת/2, עמ' 2 ש' 24) ובבית הדין תיאר כי ביקש מהחבורה סיגריה, והסביר "ביקשתי סיגריה. אין הבדל בין 3 שכטות לסיגריה, ביקשתי לעשן" (עמ' 17 ש' 12), אי-דיוק זה, מצאתי כעניין מינורי שאינו משליך על מהימנותו של הנאשם ועל אמינות גרסתו.

בנקודה זו עמדה התביעה על תמיהה נוספת העולה מן הגרסה והיא כי בקשת הנאשם לעשן לכאורה רק "שלוש שכתות" והעובדה כי שוחח בטלפון בציט לפני שפנה לחבורה לבקש סיגריה אינן מתיישבות עם "הלחץ" שעליו העיד שחש לעשן. על אותו "לחץ" עמד הנאשם בניסיונו לספק הסבר מדוע נטל את הסיגריה מדי מבלי לשאול שאלות ("מרוב הלחץ שלי שלא עישנתי אז לקחתי שכתה" ת/2, עמ' 2 ש' 15-16; "רציתי כבר לעשן סיגריה, לא חשבתי על זה" (ע' 6 ש' 8)). מצאתי לדחות טענה זו של התביעה, נהיר כי חשק לעישון סיגריה עז ככל שיהיה, לא ישלול מאדם את האפשרות לקיים שיחת טלפון או להסתפק בבקשה לשלוש שאיפות בלבד מהסיגריה של זולתו, והדברים ברורים ונתמכים בהגיון ובשכל הישר.

טענה משמעותית יותר המחייבת בחינה נגעה לתיאורים השונים שנמסרו מפי הנאשם בנוגע לאירוע גופו.

בחקירותיו תיאר הנאשם את האירוע בכתב האישום שלוש פעמים, ובבית הדין בחקירתו תיאר אותו פעם נוספת. בחקירתו הראשונה מסר הנאשם גרסה **מצומצמת** "אני ביקשתי 3 שאכטות, לא רציתי יותר. לקחתי שאחטה אחת [כך במקור] שאיפה אחת והבנתי שזה לא סיגריה הרגשתי טעם מר..." (ת/2 עמ' 2 ש' 24-25). בחקירה השלישית מסר **שתי** גרסאות מפורטות יותר. **האחת**: "הייתי בפלאפון והסתכלתי מסביב מי יכול לתת לי סיגריה ואחר כמה דקות החבר'ה מולי ראו אותי ושאלו אותי מה קורה אמרתי שהכל בסדר ושאלתי אם יש להם סיגריה... לאחר שביקשתי אחד מהם שעישן הושיט לי סיגריה ומרוב הלחץ שלי שלא עישנתי אז לקחתי שאכטה מאותה סיגריה שהוא הושיט. היה לה טעם מוזר... אחרי השאכטה החזרתי לו ושאלתי מה זה והוא ענה לי 'טבק עם חומר' ... ומיד הלכתי משם" (ת/4, עמ' 2 ש' 12-21); והאחרת לאחר שהוצגו לו **תמונות** מעורבים שונים ובכלל זה פ', ב' ותמונתו של ד' ח'. לאחר שזיהה הנאשם את ד' **בתמונה**, הוא נשאל על ידי החוקרת "מה בדיוק היה הדיבור עם טור' ח'?" והשיב "פ' קרא לי 'הי ו' מה קורה בוא שב אתנו מה אתה לבד שם'.. ואז ניגשתי וביקשתי האם יש למישהו לגלגל סיגריה כי ראיתי שכולם עישנו... הכל היה נראה כמו סיגריות מגולגלות רגילות ואז ד' ח' שאל אותי 'מה ו' אתה מעשן' בכוונה של סמים כי סיגריות רגילות ברור לו שאני מעשן, אמרתי שלא ואז הוא הושיט לי... וחשבתי שאני יכול לבטוח בו אז עישנתי מזה שאכטה והרגשתי טעם מוזר והחזרתי לו ואמרתי מה זה הדבר המוזר הזה והוא ענה 'וואלה זה עם חומר'.. פשוט הלכתי משם והתחלתי להרגיש סחרחורת..." (ת/2 עמ' 5-6).

עיון בשלושת תיאורי האירוע מעלה כי אין מדובר בגרסאות הסותרות זו את זו, אלא בגרסה שהולכת מתפתחת עם החקירה. התיאור השלישי המפורט ביותר נשמע מפי הנאשם כאמור לאחר שהוא זיהה את המעורבים הנוספים בתמונות ובשםם ולא מן הנמנע כי לאחר שראה את התמונות יכול היה באופן מדויק יותר להיזכר בתיאור השיחות שנערכו עמו. מכל מקום מצאתי כי התפתחות הגרסאות אינה מלמדת על חוסר מהימנות מצד הנאשם.

בעדותו בבית הדין, הוסיף הנאשם כי לאחר שנשאל על ידי ד' האם הוא מעשן, חייל אחר מהחבורה שאל אותו **אם הוא מעשן סמים** והוא השיב בשלילה (עמ' 24 ש' 30). בחקירה הנגדית הנאשם התעקש כי שאלה זו אכן נשאלה בזמן אמת, על אף שהוא לא הזכיר זאת במצ"ח "ומה עם סמים, אני זוכר את המילים האלה" (עמ' 18, ש' 36). הנאשם הופתע לשמוע שלא ציין זאת בחקירותיו במצ"ח תחילה אמר "אני בטוח שהיו שיחות שכן אמרתי" (עמ' 19 ש' 13) ובהמשך "אני לא מאמין, לא יכולתי לא להגיד את זה" (עמ' 19 ש' 16) והסכים עם התובעת כי מדובר בפרט מהותי (עמ' 19 ש' 18). לנוכח אופי תשובותיו בבית הדין והתרשמותי כי גם בנקודה זו עשה מאמץ כן למסור גרסת אמת בודעו שאינו מוצג באורח חיובי לאורה, מצאתי כי לא היה בכך כדי לפגום באמיתות הגרסה בכללותה או באמינות הנאשם. מגבלות הזיכרון האנושי והעובדה שחקירה במצ"ח ובבית הדין מתבצעת תחת לחץ עשויות להשליך על כך שפרטים שונים שלא בא זכרם בחקירות השונות מוצאים את דרכם לעדות בבית הדין כשנדרש הנאשם לתאר את האירוע. בנסיבות מקרה זה הפער שעליו הצביעה התביעה לכאורה בין הגרסאות זוכה למענה באופן שבו נוהלו החקירות, החקירה הראשונה היתה קצרה יחסית והגרסה שנמסרה בה היתה מצומצמת, עם העמקת החקירה, עימות הנאשם עם גרסאות המעורבים האחרים ובפרט לאחר הצגת תמונותיהם עלו בזיכרונו פרטים נוספים והתיאור היה מפורט יותר.

10.6 **האמון שנתן הנאשם בד' וההנחה כי אין סמים בבסיס** – התביעה הצבאית מצאה קושי נוסף בכך שחרף גרסת הנאשם כי ההיכרות בינו לבין ד' היתה "הכי מינימלית שאפשר" (דברי הנאשם בעדותו עמ' 20 ש' 36), מסר הנאשם במצ"ח שלקח מדי את הסיגריה שכן חשב שהוא "יכול לבטוח בו" (ת/4, עמ' 5 ש' 26). מענה לשאלה זו סיפק הנאשם בחקירתו הנגדית. האחד, כי נתן בו אמון בסיסי על מנת לשבת, לעשן איתו ולשתות איתו, אם לא היה עושה זאת לא היה מכיר אותו. הנאשם רצה לומר כי זו הדרך להכיר אנשים. שנית, אמר הנאשם "אחים לנשק" ופירט "או שאתה בוטח בו או שאל תדבר איתו" (עמ' 25 ש' 3-6). הנאשם הוסיף כי לא האמין שיפגוש בצבא סמים ועל יסוד ההנחה שבבסיס "אף פעם

לא שמעתי על סמים" (עמ' 25 ש' 12), בִּטָּח בד' ולקח את הסיגריה שהושיט לו. התביעה מצאה שגרסה זו אינה ראויה לאמון, שכן בבית הדין ציין "אני שמעתי על ע' ב' שהיו לו מקרים שהוא עישן סמים" (עמ' 22 ש' 35). בחקירתו כשנשאל הנאשם על ע' מסר כי: "לפי האופי שלו וההתנהגויות וההעדפות שלו שמעתי אותו מדבר על זה הרבה. הוא מדבר על זה עם אנשים. לא ממש יודע יותר מזה" (ת/4 עמ' 3 ש' 23-24). הנאשם לא פירט היכן שמע שע' משתמש בסמים ולאור העובדה שהסיטואציה כולה התרחשה בתוך מחנה צבאי ולא בנסיבות אזרחיות, לא מן הנמנע כי הנאשם הניח שבתוך מחנה צבאי גם אדם שיש עליו לכאורה שמועות של עישון סם לא ירהיב עוז לעשות זאת כעולה מעדותו ומאמרתו.

לסיכום, את עדות הנאשם בבית הדין, אף על רקע עיון במה שנמסר מפיו בחקירותיו במצ"ח מצאתי מהימנה. התרשמתי שהנאשם עשה מאמץ למסור גרסה אמיתית, הוא לא נרתע למסור פרטים שהיה בהם כדי לסבך אותו (והדבר מוצא ביטוי גם בחקירותיו, ראו למשל, ת/1, וגם ת/2 עמ' 3 ש' 21-22), התרשמתי מכנות ההסברים שנתן בחקירתו הנגדית. ככל שהצביעה התביעה על אי דיוקים ועל אי-בהירויות היו הן בעיקרן קלות ערך, לא מהותיות, וזכו להסברים, ומכל מקום לא היה בהם כדי לערער את האמון שמצאתי ליתן לעיקרי הגרסה שהציג הנאשם.

יש לקבוע אפוא כי הנאשם ישב בפינת העישון בבסיס בפרגולה המרוחקת מזו שבה ישבה החבורה. הוא הגיע למקום על מנת לבקש סיגריה לאחר שלא היו ברשותו סיגריות משלו. לאחר שניהל שיחה בטלפון, פנה אליו א' פ' מרחוק בשמו, דרש בשלומו והזמין אותו להצטרף אליהם. הנאשם שאל האם יש למישהו מהם סיגריה לעשן, והוא השיב לו בחיוב וקרא לו לבוא. הנאשם התיישב עם יתר החיילים סביב השולחן ולאחר חילופי דברים קצרים, שאל ד' ח' את הנאשם "האם אתה מעשן?", הנאשם השיב ש"כן" משום שהוא מעשן סיגריות (לנוכח העובדה כי ד' ידע שהנאשם מעשן סיגריות, הניח הנאשם שד' מתכוון לסמים), בהמשך אדם אחר מן החבורה שהנאשם לא בטוח בדבר זהותו הוסיף ושאל "וסמים?" והנאשם השיב שאינו מעשן סמים. בשלב הזה, הושיט ד' ח' לנאשם סיגריה מגולגלת, ובלי לחשוב פעמיים הנאשם שאף מהסיגריה שאיפה אחת. שניות ספורות לאחר מכן, חש הנאשם כאב ראש, סחרחורת וטעם מר ומתוך רצון שלא לעשות שימוש בסם, זרק את הסיגריה לאחר שאיפה אחת והלך משם לחדרו.

לנוכח הממצאים העובדתיים דלעיל, יש לבחון עתה האם עלה בידי התביעה להוכיח כי התגבש בקרב הנאשם **היסוד הנפשי** שבעברת השימוש בסם בעת השימוש כעולה מגרסתו שלו.

שימוש בסם - היסוד הנפשי

11. עברת השימוש בסם הקבועה בסעיף 7 לפקודת הסמים, היא כידוע עברה התנהגותית, המחייבת את התביעה בהוכחת יסוד נפשי מסוג **מודעות** לטיב המעשה - דהיינו השימוש, ו**מודעות** כלפי הנסיבה - היות החומר שבו השתמש **סם מסוכן** (יעקב קדמי **על פקודת הסמים המסוכנים** 135 (2007) והאסמכתאות שם).

זאת ועוד, על מנת לעמוד בדרישת המחשבה הפלילית אין חובה לבסס מודעות של ממש לטיב העברה ולנסיבותיה, וניתן להוכיח קיומה של מודעות, תוך הסתמכות על דוקטרינת "עצימת העיניים" או "העיוורון המכוון" אשר עוגנה בסעיף 20(ג)(1) לחוק העונשין שלפיה-

"רואים אדם שחשד בדבר טיב ההתנהגות או בדבר אפשרות קיום הנסיבות כמי שהיה מודע להם, אם נמנע מלבררם";

בעניין **שובין** עמד בית המשפט העליון על קיומה של דוקטרינת עצימת העיניים בעברת השימוש בסם. בואר שם, כי כאשר מתעורר באדם חשד בדבר קיומו של מצב דברים מסוים, אך הוא נמנע מלחקור בו, או התעלם באורח מודע מקיומה של נסיבה כלשהי, ניתן לראותו - מכוח דוקטרינת עצימת העיניים - כמי שהיה מודע לאותו מצב דברים. כך נקבע -

"על מנת לעשות שימוש בעצימת העיניים לא די בכל חשד. החשד הסובייקטיבי צריך שיהא חשד ממשי ולא די בראשית חשד או בשמץ חשד. מנגד אין צורך לבסס חשד שעוצמתו מתקרבת לידיעה של ממש ... **חשד ממשי יכול, לפיכך, מכוח דוקטרינת עצימת העיניים, לבסס מודעות, במקום שזו דרושה גם בעבירת סם**. טלו אדם החושד כי לפניו קוקאין. למרות זאת הוא צורך את הסם, ומתברר כי אכן מדובר היה בקוקאין. יישום הוראות החוק עליו מוליך למסקנה כי הוא אשם בעשיית שימוש בסם מסוכן. בידיו הייתה האפשרות להימנע מצריכת הסם. תחת זאת הוא בחר להתעלם

מאפשרות התממשותה של נסיבת היותו של החומר סם מסוכן. במצב דברים שכזה אין לו להלין אלא על עצמו. מכוח דוקטרינת עצימת העיניים רואים אותו כמי שהיה מודע לכך כי הוא צורך סם מסוכן. הטלת האחריות הפלילית עליו מגשימה את תכליתה של פקודת הסמים המסוכנים, ואת זו של חוק העונשין.

רע"פ 7560/01 **התובע הצבאי הראשי נ' סמל שובין**, פ"ד נט(3) 931, 939-937 (2004).

12. בפתח הסיכומים טענה התביעה כי לנוכח הודאת הנאשם בשימוש בסם, "יש להקיש מהלכת **לוברטובסקי** ולקבוע כי נטל ההוכחה הוא על הנאשם להפריך את החזקה לפיה היה מודע לכך כי הוא משתמש בסם מסוכן" (עמ' 28 ש' 21-17). טיעון התביעה הוא, כי אין נפקא מינה בין אדם שבגופו נמצאו שרידי סם מסוכן וחזקה עליו כי ידע שהוא משתמש בסם כאמור, לבין מי שמודה מלכתחילה כי השתמש בסם וחזקה עליו שעשה כן מתוך מודעות לכך שמדובר בסם.

טענה זו דינה להידחות.

בהלכת לוברטובסקי נקבע כי –

"כאשר נמצא בגופו של אדם חומר אסור, הרי בהעדר אינדיקציה לסתור בחומר הראיות, מותר להסיק, על פי נסיון החיים הכללי והשכל הישר, כי חומר זה חדר לגופו בידיעתו של אותו אדם, אלא אם הוא הוכיח אחרת או הצביע על נסיבות העלולות לעורר ספק סביר לטובתו" בג"ץ 27/86 **רב"ט לוברטובסקי נ' בית הדין הצבאי**, פ"ד מ(3) 757, 759-760 (1986).

אלא שדווקא נסיבותיו **העובדתיות** של מקרה זה מגבשות מענה לשאלה מדוע אין ללמוד היקש מן ההלכה העוסקת בכך שראיה על המצאות סם בגופו של אדם מגבשת חזקה כי החומר חדר לגופו במודע, וזאת **להבדיל** מאדם שלא נמצאו בגופו שרידי סם מסוכן והוא הודה **בשאיפה אחת** מסיגריה המכילה סם מסוכן, בהטעימו כי לא ידע בעת השאיפה כי הסיגריה מכילה סם כאמור. אבאר הדברים.

החזקה העובדתית שבעניין **לוברטובסקי** מבוססת על ניסיון החיים כי בהעדר ראיה לסתור, התגבשות תוצרי חילוף חומרים המעידים על שימוש בסם בגופו של אדם, מאפשרים הנחת **מודעות** על ידי עושה השימוש בסם. כך בואר -

"באישום לפי סעיף 7(א) לפקודה הנ"ל יש, כאמור, להוכיח הן את המעשה הפלילי והן את המחשבה הפלילית, אולם, המחשבה הפלילית אינה יכולה להיות מוסקת ברוב המכריע של האישומים הפליליים, אלא מתוך **מכלול הנסיבות החיצוניות**. הווה אומר, אך מעטים המקרים, בהם עולה המחשבה הפלילית ... מתוך הצהרה גלויה וברורה של המחשבה המסתתרת בלבו של הנאשם. אך העדרה של הודעה או אף הודאה גלויה וחד-משמעית בדבר המחשבה, המקנת בלבו של פלוני הנאשם, אין בה, כאמור, כדי לסכל את האפשרות להסיק מסקנות בדבר קיומה של המחשבה... מערכת נסיבות נתונה יכול ותיצור חזקה שבעובדה, לפיה מי שהחזיק בסם גם ידע על מהות מעשהו ... חזקה שבעובדה היא מסקנה, הנובעת, בעיקרה מניסיון החיים ומניתוח המעוגן בהגיונם של דברים.... אשר מלמדים על כך, כי מערכת נסיבות פלונית, כפי שהוכחה במשפט וכפשוטה, איננה נוצרת או מתגבשת אלא עקב קיומה של מחשבה פלילית פלונית, המתלווה לנתונים העובדתיים..." (עניין **לוברטובסקי**, בעמ' 760-761).

במקרה שלפנינו, אין להסיק ממערכת הנסיבות החיצוניות מסקנה מכרעת בדבר מודעות שיש בה לגבש את החזקה האמורה. הנאשם הודה **בשאיפה אחת בלבד** מן הסיגריה המגולגלת שהכילה סם, וליבת המחלוקת נוגעת לשאלה האם אותה שאיפה נעשתה **באורח סימולטני** למודעות או לחשד בכך שהסיגריה מכילה סם כאמור, או שמא המודעות או החשד התגבשו **לאחר** שאיפה זו. אדרבא, דגימת השתן שניטלה מן הנאשם נמצאה **שלילית** לתוצרי חילוף חומרים המעידים על שימוש בסם מסוכן, ויש בכך כדי לחזק את גרסת הנאשם כי במישור העובדתי שאף שאיפה אחת בלבד מן הסיגריה המכילה סם. לפיכך, אין לקבל את גישת התביעה כי יש ליישם את הלכת לוברטובסקי על מקרה זה, באשר יישום כאמור שומט את הקרקע תחת הנקודה הטעונה הוכחה על ידי התביעה והיא שאלת בו-הזמניות שבין השימוש בסם למודעות.

הנחת היסוד בפלילים היא כי התביעה היא הנושאת בנטל הבאת הראיות והוכחתן (ראו למשל, ע"פ 3338/99 פקוביץ נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(5) 667 (2000); יעקב קדמי על הראיות חלק רביעי 1647 (2009)) ובנסיבות מקרה זה אין לסטות מהנחת יסוד זו. בהינתן הודאת הנאשם ביסוד העובדתי, על כתפי התביעה הנטל להוכיח כי היה מודע לכך שעשה שימוש בסם וזאת ברמה של למעלה מספק סביר.

הדרך קושיא לדוקתא, האם עלה בידי התביעה להוכיח זאת?

13. התביעה סבורה כי מודעות הנאשם לכך שדובר בסגריה מגולגלת המכילה סם נלמדת הן ממכלול הנסיבות החיצוניות של המעשה המתואר בכתב האישום כפי שעלו מדברי עד התביעה ד', הן מגרסת הנאשם עצמו.

מעדותו של ד' עולה כאמור, מודעות ממשית ברמת "ודאות" של הנאשם לעובדה כי דובר בסם. ראשית, הריח החזק שאפף את המקום. צוין מפי העד כי אף אדם שישב במרחק של 50-100 מטרים היה מריח את הריח ויודע בוודאות שזה "ירוק". שנית, מגרסאותיו של ד' עלה כי הנאשם שאל לפני שקיבל לידיו את הסגריה האם "זה זה?", "זה ירק", וכי ד' ציין בפני הנאשם שזה "ירוק" ו"גיוונט". שלישית, העד העיד כי הנאשם עישן ואמר "משהו טוב זה" בכוונה לכך שמדובר בסם מאיכות טובה. רביעית, ד' העיד כי הנאשם עישן את הסיגריה כולה ואף זו נסיבה שעשויה להצביע על מודעות, לכך שרצה בסם, קיבל את הסגריה תוך ידיעה שהיא מכילה סם, ועישן אותה עד תום.

בפס' 8 לעיל, מצאתי, כזכור, לדחות גרסה זו, על מכלול היבטיה, בעיקר לאור החשש הממשי לכך שהעד הונע ממניעי נקמה, שכן גרסת ההפלה שמסר כלפי הנאשם הלכה והעמיקה ככל שהוא הבין שהנאשם הוא מי שלכאורה הפליל אותו. ברוח זו, לא מן הנמנע לציין, כי ניתן היה לכאורה לתת אמון בגרסה הראשונה שמסר ד' באמרתו במצ"ח, טרם עומת עם העובדה שהנאשם הוא מי שהפלילו, גרסה זו היתה קצרה ומצומצמת ובה מסר העד כזכור "ישבנו בפינת העישון, ראינו את ו' והוא הבין והריח את הריח" (ס' 1, עמ' 4 ש' 8-9), אלא שעולה קושי אינהרנטי מתוכן הגרסה, כאשר לא ברור על יסוד מה הניח העד כי הנאשם "הבין" וודאי שמדובר בעדות סברה ככל שעניינה הריח שהריח הנאשם בחושיו שלו.

14. התביעה הוסיפה לטעון, כי מודעות הנאשם או לכל הפחות החשד כי דובר בסם, עולים אף מגרסתו של הנאשם עצמו. בחנתי את גרסת הנאשם על מכלול פרטיה בשים לב לטיעוני התביעה ומצאתי שקיימים בה שלושה נדבכים המחייבים בחינה וליבון. בפסקאות הבאות אבחן האם יש בכוחם המצטבר של שלושת

הנדבכים הללו גם יחד, כדי להצביע על **מודעות** או לכל הפחות על **חשד** שהתעורר בלבו של הנאשם לכך שהסיגריה שהושטה לו הכילה סם מסוכן, אך הוא לא נקט באמצעים כלשהם על מנת להפיג חשד זה ונטל את הסיכון שבעישון הסיגריה.

14.1 ראשית, הנסיבות החיצוניות הכלליות שאפפו את האירוע. דובר בחבורת חיילים בפינת העישון, שעישנו סיגריות מגולגלות. מעדות הנאשם בבית הדין עולה כי את המקום אפף ריח של טבק או סם "שילוב" (עמ' 22 ש' 28-33). הנאשם מסר כי התנסה בעבר **פעמיים** בשימוש בסם (ת/1, עמ' 21 ש' 37) ומכאן שלטענת התביעה יכול היה לכאורה לזהות את המראה ואת הריח. הנאשם הוסיף וסיפר בחקירתו שידע שעי' ב' מעשן סמים מסוכנים ("אני שמעתי על ע' ב' שהיו לו מקרים שהוא עישן סמים", עמ' 22 ש' 35). ב' היה נוכח בסיטואציה האמורה ומכאן יש לבחון האם הסיטואציה כולה לא עוררה את חשדו של הנאשם כי מדובר בעישון סם.

14.2 השאלה שנשאל הנאשם בטרם הושטה לו הסיגריה. לפני שעישן את הסיגריה ציין הנאשם כי ד' שאל אותו "מה ו' אתה מעשן?" הנאשם העיד כי הבין שד' **מתכוון לסמים**. בבית הדין הוסיף הנאשם להעיד כי לאחר שנשאל על ידי ד' "האם אתה מעשן", שאל אותו אדם אחר מן החבורה "וסמים"? ולאחר שהוא השיב בשלילה, הושטה לו הסיגריה עם הסם. האם התנהלות זו שבה הוא נשאל על ידי החבורה האם הוא מעשן כשברור שהכוונה לסמים והושטה סיגריה לאחריה, לא מעלה חשד כי מדובר בסיגריה המכילה סם?

14.3 ולבסוף, אמירות הנאשם בחקירה המרמזות על חשד שהתגבש בלבו טרם שאף מהסיגריה המכילה סם. בחקירתו במצ"ח, מסר הנאשם כי "... לקחתי שאכטה מאותה הסיגריה שהוא הושיט. היה לה טעם מוזר ועלה לי לראש המחשבה שאולי הם **באמת** מעשנים סמים כנראה שזה חשיש או משהו שאפשר לגלגל בסיגריה" (ת/2 עמ' 2 ש' 16-18). התובעת המלומדת סברה כי המילה "באמת" - "מצביעה בבירור על כך שהמחשבה שמדובר בקנאביס נקרה שם עוד לפני שעישן ורק התחזקה לאחר שעישן מאותה סיגריה" (עמ' 32 ש' 19-20). בהמשך אותה חקירה במצ"ח נכתב באמרת הנאשם: "הוא הושיט לי את הסיגריה המוזרה עם **החומר החשוד כסמים** וחשבתי שאני יכול לבטוח בו אז עישנתי מזה שאכטה" (ת/4 עמ' 5 ש' 25-26).

בפסקה 10.1 לעיל עמדתי על כך שהודאת הנאשם כי התנסה בעבר פעמיים בשימוש בסם בהיותו תלמיד, אינה מוציאה מכלל אפשרות את העובדה כי הוא לא יזהה עתה סיגריה המכילה סם. קבעתי לעיל כי טענת הנאשם שהיכרותו עם עולם הסמים הינה שטחית לא נסתרה. בפסקה 10.3 דנתי בטענת התביעה בדבר זיהוי ריח הקנאביס לכאורה על ידי הנאשם, ומצאתי לקבוע כי לנוכח עדות הנאשם בבית הדין ענין הריח כולו הנו מוקשה ואינו מאפשר קביעת ממצאים ברורים שעל יסודם ניתן יהיה להרשיע את הנאשם בכך שחשד כי מדובר בסם. בבית הדין בנקודה זו העיד הנאשם כי אין הבדל בין מראה של סיגריה מגולגלת המכילה טבק לזו המכילה סם, כי מבחינת הריח, ישנן סיגריות בעלות ריחות שונים (כמו נקסט מנטול) וכי כאשר הוא הגיע לאזור על מנת להשאיל סיגריה הוא לא הרגיש ריח באותו זמן (עמ' 22 ש' 8-18). אף העובדה שהיו שמועות לגבי ב' שעושה שימוש בסמים, לא מצביעות בהכרח על החשד כי חבורת חיילים לוחמים בתוך מחנה צבאי תרהיב עוז לעשות שימוש בסם מסוכן (ראו דיוני בפס' 10.6 לעיל). אלא שמצאתי, כי בכל זאת נסיבות הרקע הללו בצירוף השאלה הקונקרטית שנשאל הנאשם **האם אתה מעשן סמים?** או האם אתה מעשן? כשהוא מניח שהכוונה היא לסמים, ולאחריה הושטת הסיגריה, אכן מחייבת בחינה האם התגבש בלבו חשד לכך שמדובר בסיגריה המכילה סם; והדברים זוכים **למשנה חיזוק**, כי התעורר בקרבו החשד, כשמסר במצ"ח שהושטה לו **"סיגריה מוזרה המכילה סמים"**, וכי לאחר העישון סבר בלבו כי הם **"באמת"** מעשנים סמים.

15. בפסיקת בית המשפט העליון בעניין **סרפו** פורשה הוראת סעיף 20(ג)(1) לחוק העונשין כך שמקום בו התעורר בלבו של אדם חשד בדבר קיומה של נסיבה הנמנית עם פרטי העבירה - הוא לא יוכל להתגונן בטענה כי פעל בהעדרה של מודעות, שכן **מוטלת עליו החובה לפעול כדי להפריך את החשד ולברר את מצב הדברים לאשורו**, וכל עוד לא עשה כן, או שעשה, אולם חשדו לא הופרך, רואים אותו כמי שהתעלם **במודע מאפשרות קיומה של נסיבה** (ע"פ 11699/05 **סרפו נ' מדינת ישראל**, בפס' 4 (פורסם בתקדין, 23.6.2008) והאסמכתאות שם), וכדברי המלומד פלר **"שקולה ההתעלמות המודעת מאפשרות הקיום של מערכת נסיבות כנגד מודעות לעצם קיום זה"** (שניאור זלמן פלר **יסודות בדיני עונשין** כרך א 519 (1984)).

אשר לטיב החשד נקבע -

"עצימת עיניים" מתקיימת מקום בו החשד המפעם בליבו של המבצע הוא חשד **ממשי, מעשי, רציונאלי**, ואין להסתפק

בחדש מופרך, שאין לו אחיזה במציאות. שנית, וכאן העיקר, בבסיסו של הרעיון בדבר עצימת-העיניים ניצב **חדש אישי**, **סובייקטיבי**, המתעורר בליבו של העושה פנימה, ועל אף הקושי המעשי שהדבר עשוי לעורר **אין די בחדש אובייקטיבי** שהיה צריך להתעורר בלבו באותן נסיבות, או בחדש כזה שהיה מתעורר בליבו של ה'אדם הסביר'..." (עניין סרפו לעיל).

בואר כי התכלית הניצבת בבסיס ההלכה היא שאין זה ראוי לרתום את הכלל בדבר עצימת-עיניים, ולהרחיב את היסוד הנפשי האמור על-ידי החדרתם של אלמנטים אובייקטיבים לתוכו. בחינת החדש הממשי היא **סובייקטיבית** ולא אובייקטיבית.

ההלכה הנוגעת לדוקטרינת עצימת עיניים סוכמה על ידי כב' השופט ע' בעניין **יצחקי**, שם בואר כי יש להוכיח שלושה רכיבים: קיומו של **חדש סובייקטיבי**; היות החדש **ממשי**; ואי **בירור חדש זה** (ע"פ 2518/16 **יצחקי נ' מדינת ישראל**, בפס' 9 (פורסם בנבו, 25.12.2016)).

בבית הדין טען הנאשם כי החדש הגיע רק לאחר שהוא עישן את הסיגריה וכי לא חדש לפני כן (עמ' 23 ש' 31). כשנשאל מדוע עשה שימוש במילים "סיגריה מוזרה המכילה חומר החשוד כסם" ציין הנאשם כי היה זה תוצאה של לחץ שהופעל עליו בחקירה, הנאשם סיפר כי משפט זה חולץ מפיו לאחר שחוקר מצ"ח נכנס לחדר וטען בפניו כי דגימת השתן שניטלה ממנו נמצאה חיובית ולכן בחר "בדרך הקיצונית" של לעשות שימוש במשפט זה. בעדות בבית הדין חזר בו מן האמירה ומסר כי "על אף מה שנכתב, הסיגריה לא הייתה מוזרה. גלגול כמו גלגול. כמו סיגריה מגולגלת, רגיל פשוט עם ריזלות שקופות..." בהמשך הוסיף כי לאחר שמסרו לי שדגימת השתן היתה חיובית "התחלתי לדבר ללא מחשבה ולזרוק את עצמי לפינות שעד עכשיו בועטות בי ואני עכשיו הגעתי עם פירוט מלא של המקרה" (עמ' 24, ש' 24-26). בהמשך הוסיף הנאשם: "אני לא רציתי לקרוא לזה ככה אבל החוקרת שלי שחקרה אותי באותו רגע כל הזמן דרשה ממני לקרוא לזה סיגריה מוזרה ואם אני לא יודע אם זה טבק או חומר אז תקרא לזה עם חומר מוזר הנראה כסם. אני זוכר את [זה] במפורש. אם אתה לא יודע מה זה בדיוק שים אמצע. שמתי אמצע וזה מה שיצא" (עמ' 27 ש' 1-4).

בסיכומיו חזר הסנגור המלומד על הסבר ברוח זו, כי השימוש במילים סיגריה עם חומר "החשוד כסמים" מלמד כי מדובר במשפט של החוקרת ובמסגרת

הדינמיקה של החקירה נרשמו הדברים מפי הנאשם שיכול וחזר על דברי החוקרת, שכן "זה משפט שאף חשוד לא יגיד אותו... " (עמ' 37, ש' 7-8). התביעה הסתייגה מקו טיעון זה בהטעימה כי "משהסכימה ההגנה להגשת אמרתו של הנאשם בהסכמה ונמנעה מלחקור נגדית את החוקרת על תוכנה. הכלל הוא שרואים את ההגנה כמסכימה לאמיתות התוכן של האמרה ולפיכך לטענות אלו יש לייחס משקל אפסי" (עמ' 33 ש' 1-2).

אכן, יכול והנאשם שהשפה העברית אינה שגורה בפיו כמי שנולד במדינת ישראל, לא אמר משפט זה מיוזמתו, אלא שמע את החוקרת אומרת אותו וחזר על המילים או אישר אותם וכך הם נכתבו, אך משעה שמצויים הם בחומר החקירה והנאשם לא חלק עליהם טרם חתימה על האמרה, יש להניח כי אישר את תוכנה ואין הוא עתה יכול לחלוק עליה.

יחד עם זאת, אמירה זו, יש לבחון בשים לב **למכלול הדברים** שנאמרו באותה חקירה, כך מסר הנאשם:

"ניגשתי וביקשתי האם יש למישהו לגלגל סיגריה כי ראיתי שכולם עישנו. לשאלתך **הכל היה נראה כמו סיגריות רגילות מגולגלות**... ואז ד' ... שאל אותי 'מה ו' אתה מעשן' **בכוונה של סמים** ... אמרתי **שלא ואז הוא הושיט לי את הסיגריה המוזרה עם החומר החשוד כסמים וחשבתי שאני יכול לבטוח בו** אז עישנתי מזה שאכטה והרגשתי טעם מוזר והחזרתי לו ואמרתי מה זה הדבר המוזר הזה והוא ענה וואלה זה עם חומר" (ת/4, עמ' 5-6).

בחינת האמירה בראי מכלול הדברים שנמסרו בחקירה, מעלה כי לא מן הנמנע לקבל את הפרשנות שלפיה "מוזרות" הסיגריה שעליה יכול היה הנאשם להעיד **בדיעבד**, הוא משפט שמתאר את הסיגריה "**לאחר השימוש**", וכי עצם העובדה שהושטה לעברו סיגריה מגולגלת לא עוררה בו בשלב הראשון **חשד ממשי** לכך שמדובר בסם, שכן "הכל נראה כמו סיגריות רגילות". גם גרסתו בבית הדין אינה שוללת את הפרשנות כי החשד הממשי כי מדובר בסם התעורר רק **לאחר** השאיפה, כלומר **לאחר** מעשה השימוש:

"שאלו אותי ומה בנוגע לסמים, אמרתי לא, אני לא מעשן סמים... לאחר מכן, ד' ח' מושיט לי את הסיגריה ואני בלי לחשוב פעם או פעמיים, שמחתי. **בשבילי לפגוש מקרה שיש בו סמים בבסיס צבאי ועוד של חי"ר, זה משהו בלתי**

אפשרי זה פשוט בלתי אפשרי כי כולם מודעים מה יהיה הסוף של זה, לא חשבתי שאנשים יכולים להגיע לרמה כזו אך מה שקרה קרה. הוא הושיט לי את הסיגריה ובלי לחשוב פעם פעמיים לקחתי.. ולא חשדתי לא היה לי במה לחשוד... לקחתי את השכטה הראשונה והבנתי שהסיפור הזה ממש לא מצחיק ושאני בבעיה... ומתוך אי רצון להתעסק עם דברים כאלה רק מהחשד אני זרקתי את הסיגריה..." (עמ' 14 ש' 18-30 ; עמ' 15 ש' 1-2).

אכן לנוכח מכלול הנסיבות הכלליות של האירוע והעובדה שהסיגריה הושטה לו לאחר שנשאל האם הוא מעשן סמים, ניתן לטעון שהנסיבות האובייקטיביות צריכות היו להעלות בקרבו חשד ממשי עוד קודם לשימוש. בעניין סרפו נקבע, כי –

"באשר למערכת ה'נסיבות העובדתיות האובייקטיביות'... הרי שהשימוש בה יכול להיעשות ככלי עזר ראיתי בלבד, ולא כתחליף מהותי להוכחתה של מודעות כפי שהוצע שם... כך, ניתן להניח כי מערכת נסיבות שהייתה מעוררת חשדו של כל אחד אחר, וודאי עוררה, בפועל, גם את חשדו של העושה. אולם חזקה זו (כדרך של חזקות מסוגה) ניתנת לסתירה, וגם מעל משוכה זו יצליח הנאשם לדלג אם יעלה בידו להוכיח, כי מה שנכון לגבי אחרים - לא נכון לגביו, ועל-אף חשדם של אחרים, בליבו-שלו לא התעורר חשד כזה, בשל נתוניו האישיים או נסיבותיו המיוחדות של האירוע" (עניין סרפו, בפס' 4).

כך הוא, שחרף הנסיבות הכלליות של האירוע והעובדה שנשאל האם מעשן סמים והשיב על כך בשלילה, יכול והניח הנאשם באורח סובייקטיבי שלא יגישו לו במחנה צבאי סיגריה המכילה סם (ראו למשל בעדות "זה לא עורר בי מחשבה או מסקנה שיש סמים, אני הייתי נעול עד אותו היום כי בצבא אין סמים" (עמ' 27 ש' 12-15)). לפיכך אף לאחר שנשאל האם מעשן סמים יכול והיה בלבו חשד קל שלא עלה כדי חשד ממשי כי הסיגריה מכילה סם, הוא בִּטַח בסובבים אותו, לוחמים מיחידתו. לאחר ששאף ממנה וחש את טעמה ונוכח להרגיש את

התחושות שתיאר, לא מן הנמנע כי רק אז התגבש אותו חשד ממשי כי הם "באמת מעשנים סמים".

אף החקירה במצ"ח מעלה אחיזה ממשית למסקנה דומה –

" סך הכל באתי לבקש סיגריה והייתי בלחץ לעשן סיגריה וכפי שקרה קיבלתי סמים אך משהו בתוכי הספיק לעצור אותי בזמן מהסיבה שהרגשתי שמהו בסיגריה הזאת לא בסדר... " (ת/4 עמ' 6 ש' 1-6).

ובהמשך "אני מרגיש שאיני אשם מאותה סיבה שלא בחרתי לעשן סמים אלא בחרתי לעשן סיגריה ושיקרו לי בפנים" (ת/4 עמ' 6 ש' 11-12). אף מגרסה זו שהעלה בחקירה, נראה כי לא מן הנמנע שהחשד הממשי כי מדובר בסם התגבש לאחר השאיפה ובעקבות התגובות הפיזיולוגיות שחוה, והוא שהביא אותו לזרוק את הסיגריה ולעזוב את המקום.

מהותו של ספק סביר

16. מושכלות יסוד הן כי אין להטיל על אדם אחריות פלילית לעברה "אלא אם כן היא הוכחה מעבר לספק סביר" (סעיף 34כ"ב(א) לחוק העונשין). בפסיקת בית המשפט העליון בואר כי אם לאחר בחינת מכלול הראיות נותר בלבו של השופט ספק ואין הוא משוכנע באשמת הנאשם מעל לכל ספר סביר, הרי עליו לזכותו (דנ"פ 3391/95 בן ארי נ' מדינת ישראל, פ"ד נ"א (2) 377, 411 (1997)). הובהר כי ספק סביר המצדיק זיכוי של נאשם הוא ספק המותיר על פי מבחני שכל ישר, היגיון וניסיון החיים שאלה אמיתית באשר לאשמת הנאשם (ע"פ 1345/08 איסטחרוב נ' מדינת ישראל, בפס' ט"ז (פורסם בנבו, 18.5.2009)). בואר כי הספק נדרש שיהיה "בעל ממשות, שסבירותו עומדת במבחן המציאות, ואין הוא אך ספקולציה חסרת עיגון בהגיון ובהוויות החיים... על הספק הסביר להיות רציני, הגיוני ובעל אחיזה מעשית במציאות", כך שבית המשפט יזהה ספק ויתחבט בו (ע"פ 6295/05 וקנין נ' מדינת ישראל, בפס' 48 (פורסם בנבו, 25.1.2007)).

סוף דבר

17. משקם ספק סביר בשאלת **בו הזמניות** שבין התרחשות היסוד העובדתי שבמעשה העברה ליסוד הנפשי של הנאשם, קרי למודעות או לחשד הממשי כי מדובר בסיגריה מגולגלת המכילה סם מסוכן, ולא ניתן לשלול את האפשרות, כעולה מחומר הראיות, כי חשד ממשי סובייקטיבי כאמור התגבש בקרבו של הנאשם רק **לאחר** השאיפה הראשונה ואז הוא חדל מן השימוש ועזב את המקום, מצאתי להורות על זיכוי של הנאשם מחמת הספק.

- זכות ערעור כחוק.
- ניתנה היום, כ"ג באב התשע"ז, 15/8/2017, בפומבי ובמעמד הצדדים.

שופטת