**בית הדין הצבאי המחוזי**

**מחוז שיפוטי דרום**

**בפני: סא"ל רונן שור –** סגן הנשיאה

**בעניין: התובע הצבאי (ע"י ב"כ, סגן סתיו תורג'מן)**

**נגד**

**ח/XXXסמל ט' ד' (ע"י ב"כ,** **רס"ן עומר קנובלר וסגן אילון גונן**)

 **הכרעת – דין**

על פי הודאתו, מורשע הנאשם בעבירה של התנהגות שאינה הולמת, לפי סעיף 130 לחוק השיפוט הצבאי, תשט"ו – 1955, בהתאם לכתב האישום המתוקן ולפרטים הנוספים.

**ניתנה היום, כ"ח בשבט התש"ף, 23/02/2020, והודעה בפומבי ובמעמד הצדדים.**

\_\_\_( - ) \_\_\_

סגן הנשיאה

**גזר הדין**

רקע

1. הנאשם, סמל ט' ד, הורשע על-פי הודאתו, בכתב אישום מתוקן, בעבירה של התנהגות שאינה הולמת. בחודש יולי 2019, לאחר שהתעורר חשד על-ידי מפקדו של הנאשם לשימוש והחזקה בסמים מסוכנים על-ידי הנאשם וחברו החייל – סירב הנאשם למסור דגימת שתן; ועמד על סירובו אף לאחר שנצטווה לעשות כן על-ידי קצין שיפוט בכיר במשטרה הצבאית, אשר סבר כי בדיקה שכזו דרושה לשם גילוי שימוש בסמים על-ידי הנאשם.
2. הנאשם התגייס לפני כשנתיים ומחצה, שירת כשוטר צבאי בבסיס משטרה צבאית אילת, יצא לקורס סמלים פיקודי וחזר לתפקד כסמל שיטור בבסיס. נוכח האירוע נשוא כתב האישום המתוקן, הועבר הנאשם לשרת כעובד רס"ר ובחלוף מספר חודשים החל לשמש כסמב"ץ בחמ"ל היחידה. מפקדו כתב, כי מדובר בחייל טוב, המבצע את עבודתו ומשימותיו כנדרש, והוא נעדר בעיות משמעת (ס/8). הנאשם העיד על החשיבות בשירותו הצבאי ותפקידו האחראי, כמו גם על סיועו למשפחה מבחינה כלכלית ועזרה לאחים הקטנים.
3. התביעה הצבאית עתרה להשית על הנאשם 15 ימי מאסר בפועל בדרך של כליאה ממשית, בצד מאסר מותנה והורדה לדרגת טוראי. התביעה תמכה את עתירתה במספר שיקולים לחומרה בענייננו: הערך החברתי שנפגע בביצוע העבירה לאור תכלית הבדיקה לגילוי שימוש בסמים וחשיבותה; נסיבות החשד שהוביל לביצוע הבדיקה; תפקידו של הנאשם כשוטר צבאי; ומדיניות הענישה הראויה והמחייבת.
4. ההגנה, לעומתה, ביקשה להסתפק בעונש של ריתוק בן שבועיים (ולחלופין ענישה של מאסר בפועל בדרך של עבודה צבאית), בצד עונש מאסר מותנה ובעיקר ללא פגיעה בדרגה. ההגנה תמכה את עתירתה במספר שיקולים לקולה: היותה של העבירה משמעתית, כאשר במקרה דנן הסנקציה היא בהעמדתו של הנאשם לדין בבית-דין צבאי ולאחר שכבר הושעה מתפקידו נוכח האירוע; המקרה חד-פעמי ואינו מעיד על אופיו של הנאשם, שהוגדר כאיכותי ומוערך; סיומו הקרוב של השירות הצבאי; העזרה שהוא מושיט למשפחתו (צוין, כי הנאשם משרת בתנאי "שבוע-שבוע"); ומדיניות הענישה הנוהגת.
5. הנאשם בדברו האחרון טען, כי הבקשה להימנע מפגיעה בדרגה נעוצה בהשלכות הכלכליות של מענק השחרור; וביקש לאפשר את סיום שירותו בכבוד.

מתחם העונש ההולם

1. הנאשם הורשע בעבירה של התנהגות שאינה הולמת, "אשר ככלל, מבטאת כישלון פיקודי וערכי... עבירה זו נועדה לחזק את השורות ולהגן על 'רמתה ומעמדה של המערכת הפיקודית בצה"ל..." (ע/8/19 **התובע הצבאי הראשי נ' סגן טופולנסקי** (2019), בפסקה 21). מידת הפגיעה באמות המידה המצופות מחייל, הנושא דרגה פיקודית, צריכה להיבחן בהתאם לנסיבות המעשה ועל-פי מעמדו של העושה.
2. הנאשם, למעשה, סירב למסור דגימת שתן חרף צו של קצין שיפוט בכיר במשטרה הצבאית, שהוצא כנגדו במהלך חקירת מצ"ח. החובה המוטלת על חייל להיבדק בבדיקה לשם גילוי החזקה או שימוש בסמים מסוכנים, הינה הוראה ייחודית. על רוחה ומהותה עמד בית המשפט העליון, כאשר פסק כי המדובר בבדיקה חיונית לצרכי הכוננות הצבאית ולבדיקת כשירות החיילים למילוי תפקידם (ע"פ 2105/92 **קרמר נ' התובע הצבאי הראשי**, פ"ד מו(3) 383 (1992)). בית הדין הצבאי לערעורים הטעים, לא אחת, כי "לבדיקות לגילוי שימוש בסמים בצה"ל מספר תכליות, וביניהן, ביטחונית-מניעתית: איתור מיידי של חייל שהשתמש בסמים, שיהא במלוא ערנותו ומוכנותו בעת ביצוע משימתו...החשיבות החברתית במניעת שימוש בסמים על ידי חיילים מחייבת הרתעה, לצד צורכי המניעה, ולכן מוצדקת נקיטת אמצעים חריגים נגד מי שמשתמשים בסמים במהלך שירותם הצבאי" (ע/21/08 **סגן עוזיאל נ' התובע הצבאי הראשי** (2008), בפסקה 30).
3. לא מכבר נקבע, כי סירוב של איש צבא "לציית לצו המורה לו למסור דגימת שתן במסגרת חקירה בנוגע לחשדות כי השתמש בסם מסוכן... פגע באופן ניכר בדרישות המשמעת, שהן מאבני היסוד של המסגרת הצבאית, וכן במאבקו החיוני של צה"ל בנגע הסמים המסוכנים, מאבק אשר נועד להבטיח את מוכנותו של הצבא לביצוע משימותיו" (ע/42/19 **התובע הצבאי הראשי נ' רס"ל פהר** (2019), בפסקה 23).
4. לעניין מידת הפגיעה בערך החברתי המוגן יש לבחון את הנסיבות הקונקרטיות של ביצוע העבירה. עסקינן בחקירה שנפתחה בעקבות חשד מצד מפקדו של הנאשם לשימוש והחזקה בסמים מסוכנים על-ידי הנאשם ועמיתו ליחידה. הפגיעה במקרה דנן בערך החברתי המוגן מועצמת נוכח תפקידו של הנאשם כסמל שיטור במשטרה הצבאית. כמי שנמנה על שורות המשטרה הצבאית בכלל, וכמי שנושא דרגה פיקודית בפרט – נורמות ההתנהגות המצופות מן הנאשם הן גבוהות משל חייל מן השורה. הנאשם אמור "להוות דוגמא ומופת בהתנהגותו" (ע/9/15 **התובע הצבאי הראשי נ' רב"ט פרץ** (2015), בפסקה 5). בית הדין הצבאי לערעורים עמד על כך, כי "שוטר, מעצם מעמדו ותפקידו, אמון על שלטון החוק. תנאי מוקדם לאכיפת חוק בידי שוטרים הוא כיבוד החוק. במקום שהחוק מופר, ועוד בריש גלי, בידי המופקדים על שמירתו ועל אכיפתו, אין תוחלת לקיומו של שלטון חוק" (ע/128,146/03 **התובע הצבאי הראשי נ' רב"ט רוזנר ורב"ט ליברמן** (2013), בפסקה 16).
5. לעניין מדיניות הענישה הנוהגת נקבע, כי מלחמת החורמה בנגע הסמים וחשיבות הבדיקות לגילוי שימוש בסמים, מחייבות להטיל ענישה הולמת ומרתיעה על הנכשלים בעבירה של סירוב להיבדק. פועל יוצא, הובהר בעבר, כי מלבד בנסיבות חריגות, העונש הראוי בגין עבירה שמהותה סירוב להיבדק הינו עונש מאסר, שחלקו לריצוי בפועל (ראו: ע/59/13 **התובע הצבאי הראשי נ' טור' גפן** (2013); ע/139/07 **התובע הצבאי הראשי נ' רב"ט בנימין** (2008)). בהתאם, בית הדין הצבאי לערעורים קבע, כי מתחם העונש ההולם הראוי לעבירה זו עומד על 14-35 ימי מאסר לריצוי בפועל (ע/63/12 **סמ"ר סאסי נ' התובע הצבאי הראשי** (2012); עניין **עוזיאל** לעיל; ע/33/06 **טור' פרץ נ' התובע הצבאי הראשי** (2006)).
6. עם זאת, במהלך שנת 2017 שינתה הפרקליטות הצבאית את מדיניות ההעמדה לדין בעבירה של סירוב להיבדק; ונקבע, כי ככלל, מקום שבו סירב חייל למסור דגימת שתן לאחר שהוצא צו קש"ב בעניינו, הוא יועמד לדין משמעתי ביחידתו (הנחיה מס' 2.06 להנחיות התביעה הצבאית הראשית). בד בבד, הובהר כי מדובר בעבירה אשר בנסיבות מסוימות עשויה להצדיק בפני עצמה הגשת כתב אישום לבית-דין צבאי. במקרה דנן, הצדדים מסכימים כי העמדתו לדין של הנאשם בעבירה נשוא כתב האישום המתוקן היא פרי של השתלשלות העניינים בתיק המקורי. בדומה למדיניות הננקטת כיום בעניינם של קצינים או משרתי קבע, העבירה המיוחסת לנאשם היא עבירה של התנהגות שאינה הולמת, אשר בשונה מן העבירה של סירוב להיבדק, הרשעה בה אינה נושאת רישום פלילי.
7. בית הדין הצבאי לערעורים ביאר, בהקשר האמור, כי

"שינוי המדיניות נועד לצמצם את הפער בין ההליך המשמעתי להליך הפלילי בכל הנוגע **לתוצאותיו של ההליך הפלילי במישור הרישום הפלילי. וודאי שאין בו כדי למנוע מבתי הדין הצבאיים להשית** על משרת הקבע או קצין בשירות חובה שנכשלו בעבירה וסירבו להיבדק **עונשים שאינם קיימים בהליך המשמעתי, כגון עונש מאסר או עונש של פגיעה בדרגת קצין**... **כאשר צרכי הענישה מחייבים זאת ובמידה המתאימה**" (עניין **טופולנסקי** לעיל, בפסקה 28; ההדגשה במקור)

1. עוד הבהירה ערכאת הערעור, כי "גם היום, נוכח החומרה היתרה הכרוכה בביצוע עבירות סמים בשירות הצבאי, **כחלק מן המאבק החיוני של צה"ל בנגע הסמים לשם הבטחת כוננותו וכשירותו**... מטעמים של הלימה והרתעה – יש להטיל **ענישה ממשית ומשמעותית במקרים המתאימים, אשר מובאים לדין פלילי**, בעבירות שעניינן, למעשה, סירוב להיבדק לשם גילוי שימוש בסמים מסוכנים" (שם, בפסקה 29; ההדגשה במקור).
2. נוכח האמור, אף אם רוב מניינם של הנכשלים בסירוב למסור דגימת שתן, חרף צו קש"ב שהוצא בעניינם, מובאים לדין משמעתי – אין באמור כדי ללמד, כי מדובר בעבירה משמעתית גרידא, הגוררת עמה בהכרח ענישה משמעתית, מקום בו הנאשם נותן את הדין בבית-דין צבאי (ראו: סעיפים 21 ו- 22 לחוק השיפוט הצבאי, התשט"ו – 1955).
3. אציין, כי מדיניות הענישה הנוהגת, לאחר השינוי האמור במדיניות ההעמדה לדין של מי שנכשלים בסירוב להיבדק – לא התייחסה, באופן מפורש, לעניינם של **חיילים**, שהורשעו בעבירה בודדת, שעניינה סירוב להיבדק. בעניינם של קצינים ואנשי קבע הוטעם כי נוכח הכישלון הפיקודי הטמון בעבירה, ראוי להשית תמהיל עונש הולם, אשר כולל אף רכיב של פגיעה בדרגה, שאותו ניתן למתן ולאזן אל מול רכיבי עונש אחרים, לרבות מאסר בפועל (עניין **פהר** לעיל, בפסקה 42; עניין **טופולנסקי** לעיל, בפסקה 30). לטעמי, בעניינם של חיילים המובאים לדין פלילי בעבירה שעניינה סירוב להיבדק, עוצמת הפגיעה בערכים החברתיים, ובעיקר הכישלון הפיקודי, אינם מובהקים כבעניינם של קצינים ומשרתי קבע (השוו: דרום(מחוזי) 269/18 **התובע הצבאי נ' רס"ל יעקב** (2019)). על-כן ניתן לשקול בעניינם, במקרים המתאימים, אף השתת ענישה מתונה בעניינם, אך לא ניתן לאיינה באמצעות הטלת עונשים משמעתיים גרידא.
4. במכלול הנסיבות, בשים לב למהות המעשה, על רקע מעמדו הנורמטיבי של העושה, ונוכח מדיניות הענישה הנוהגת – מצאתי כי מתחם העונש ההולם את מעשיו של הנאשם נע בין ענישה של מחבוש לבין ענישה של 15 ימי מאסר בפועל בדרך של כליאה ממשית, וזאת בצד מאסר מותנה ופגיעה בדרגה.
5. אציין כבר עתה, כי לא מצאתי שיקולים המצדיקים, בהתאם לחוק ולפסיקה, חריגה ממתחם העונש ההולם.

גזירת העונש בתוך מתחם העונש ההולם

1. בתוך מתחם העונש ההולם, לקחתי בחשבון את גילו הצעיר של הנאשם, את תפקודו הטוב והתורם במשטרה הצבאית, את נטילת האחריות לביצוע העבירה ואת רצונו לסיים בכבוד את שירותו הצבאי. עוד נתתי דעתי לנסיבותיו המשפחתיות והכלכליות של הנאשם, כפי שבוטאו בעדותו. בד בבד, נוכח תנאי שירותו ואופן סיועו בבית, ואף בשים לב לעמדת ההגנה בדבר מידת העונש המוצע – אין מניעה כי תושת על הנאשם אף ענישה ממשית, שעשויה לפגוע, בהיקף מוגבל ובאופן זמני, במתן עזרה לבני המשפחה.
2. בהתאם לפסיקה ולאור מתחם העונש שנקבע, ראוי להשית על הנאשם תמהיל עונש הולם, אשר כולל אף רכיב של פגיעה בדרגה, שאותו ניתן למתן ולאזן אל מול רכיבי עונש אחרים. הגם שהנאשם תרם לצבא, ביצע עבודתו נאמנה ותחושותיו של הנאשם באשר לחשיבות הדרגה הן מובנות – הרי שנוכח מתחם העונש ההולם והכישלון הפיקודי בביצוע העבירה, לא ניתן להימנע מרכיב של פגיעה בדרגה, גם אם ממותנת. אמנם, בדברו האחרון, טען הנאשם כי פגיעה בדרגה תגרור אף פגיעה כלכלית במענק השחרור הצפוי. עם זאת, הנאשם לא תמך את הטענה בראיה קבילה; ואף עיון בחוק קליטת חיילים משוחררים, התשנ"ד – 1994, כמו גם בתקנון הקרן לקליטת חיילים משוחררים, התשס"ז – 2007, אינו תומך בסברת הנאשם. במכלול הנסיבות, ועל-מנת למתן ולאזן את רכיב הפגיעה בדרגה; בשים לב להיותו של הנאשם חוגר בשירות חובה מחד גיסא ולתפקידו כשוטר צבאי מאידך גיסא – מצאתי להשית על הנאשם ענישה ממשית ברף התחתון של מתחם העונש ההולם.
3. על-כן, החלטתי להטיל על הנאשם את העונשים הבאים:
4. מחבוש בן שבעה (7) ימים. ריצוי העונש יחל ביום 8.3.2020. באשר למיקום ריצוי עונש המחבוש תינתן החלטה משלימה בהמשך היום.
5. שלושים (30) ימי מאסר על-תנאי למשך שנתיים (2), שלא יעבור עבירה על פקודת הסמים המסוכנים או עבירה של סירוב להיבדק לשם גילוי שימוש בסמים מסוכנים.
6. הורדה לדרגת רב"ט.

**זכות ערעור כחוק**

**ניתן היום, ט' באדר התש"ף, 05/03/2020, והודעה בפומבי ובמעמד הצדדים.**

\_\_\_( - ) \_\_\_

שופט

העתק נכון מן המקור

ליבי יעקובי, סרן

ע. משפטית לנשיאת הביה"ד

חתימת המגיה תאריך הדפסה: 05.03.2020
נערך על ידי א.ס