



בבית הדין הצבאי המחוזי  
במחוז שיפוטי מטכ"ל  
בפני:

סא"ל סיגן טורג'מן-חזן - שופטת

(ע"י ב"כ, סגן שיר ליבוביץ; סרן שאול ארבל)

בעניין: התובע הצבאי

נגד

(ע"י ב"כ, רס"ן חגי בן דב; סרן אליסף מלמד)

ח/XXX טוראי ר' מ'

### הכרעת - דין

1. הנאשם שלפניי, **טוראי ר' מ'**, מסר דגימת שתן בחקירה קודמת ובחקירה הנוכחית נתבקש שוב למסור דגימה. בדיון שלפניי נבחנו השפעותיה של מסירת הדגימה בחקירה הקודמת על החלטתו למסור דגימה במהלך החקירה הנוכחית, על החלטתו של קצין השיפוט הבכיר להוציא בעניינו צו שהורה לו למסור דגימה ועל עצם ניהול ההליך בעניינו.

### כתב האישום וגדר הכפירה

2. נגד הנאשם, **טוראי ר' מ'**, הוגש כתב אישום שייחס לו עבירה לכאורה שעניינה **סירוב להיבדק לשם גילוי שימוש בסמים מסוכנים, לפי סעיפים 127א ו-250 לחוק השיפוט הצבאי, התשט"ו-1955** (להלן: חש"ץ). לפי כתב האישום, ביום 15/06/16 בבסיס מצ"ח דן, סירב הנאשם למסור דגימת שתן, לאחר שנצטווה לעשות כן על ידי קצין שיפוט בכיר (להלן: קש"ב) במשטרה הצבאית, רס"ן גלעד בדין, אשר סבר כי בדיקה שכזו דרושה לצורך גילוי שימוש בסמים על ידו.

3. אין חולק, כי מן הבחינה העובדתית לא הסכים הנאשם למסור דגימת שתן כפי שנדרש ממנו. הוא זומן לחקירה בעקבות מידע מודיעיני והפללה שעמדו בעניינו. במהלך אותה חקירה, שלל את החשדות שיוחסו לו ולא הסכים למסור דגימה. את ההסבר לכך תלה ב"טראומות" שעבר בכלא ואשפוזו הפסיכיאטרי בעקבות חקירה קודמת שבמהלכה מסר דגימה. למרות זאת, סירב להסיר את החיסיון הרפואי עד אשר ייוועץ בעורך דין. כיוון שנועץ פעמיים במהלך אותה חקירה, לא הותרה לו

היוועצות נוספת. מאוחר יותר כשהוזהר בגין ביצוע העבירה, נועץ בעו"ד והסכים להתיר את החיסיון בכל הנוגע לאותו אשפוז. מסמכים בנוגע לכך הועברו כשבוע לאחר מכן לעיון הקש"ב, אך זה לא התרשם שיש בהם להשפיע על החלטתו ולשנותה. הקש"ב הותיר את הצו בעינו והנאשם עמד על סירובו.

4. בגדר הכפירה הראשוני הלינה ההגנה על מספר פגמים ממשיים שנפלו בחקירת הנאשם במצ"ח, בהם פגיעה בזכות ההיוועצות; בנוסף, טענה למספר פגמים משמעותיים שנפלו בהפעלת שקול דעתו של הקש"ב בעת הוצאת הצו, כאלה שלשיטתה צריכים להוביל לביטול הצו; מעבר לכך, טענה, הייתה לנאשם סיבה מספקת שלא למסור דגימה; בנוסף, גרסה, פוגע ניהול ההליך בתחושת הצדק וההגינות, כיוון שעברו הפלילי של הנאשם צוין בין שיקולי הקש"ב באופן שחייב חשיפה של בית הדין אליו, לכן עתרה לביטול כתב האישום.

5. הסנגורים המלומדים, שבהמשך נטלו את ייצוג הנאשם לידם, לא שקטו ולא נחו עד אשר הפכו כל אבן לטובת מרשם בבקשה להסיר את כתב האישום מדרכו. לאחר שמיעת הראיות, מיקדו את טענותיהם במסגרת הסיכומים לפסול בהפעלת שקול דעת הקש"ב ולחוסר הצדק וההגינות בניהול ההליך, כך שלגישתם מתחייבת לכל הפחות המרה של סעיף האישום לכזה שאינו נושא עמו רישום פלילי.

6. נפנה תחילה לבחון את צו הקש"ב, הראיות שעמדו בבסיסו והשיקולים שהובילו להחלטת הקש"ב. לאחר מכן נבחן את טענות ההגנה בראי העדויות והראיות שהוצגו לפני בית הדין בכל הנוגע לאופן הפעלת שקול דעת הקש"ב ובכל הנוגע לעצם ניהול ההליך בעניינו של הנאשם. תוך כדי כך נפנה להכריע בכל אחת מטענות אלו לגופה.

### בחינת צו הקש"ב

7. צו הקש"ב, מיום 15/06/16, חתום על ידי רס"ן גלעד בדין (ת/1), פירט מהן הראיות ומהם השיקולים שעמדו בבסיס הוצאת הצו. כפי שעלה מהצו, הוצגו בפני הקש"ב - מידע מודיעיני, שימוע סירוב למסירת דגימת שתן שנערך לנאשם, אמרתו של סמל אי' ז' ואמרת הנאשם. הקש"ב סבר, כי "מחומרי החקירה הנ"ל עולה חשד משמעותי לשימוש והחזקה בסמים מסוכנים ע"י החשוד – הן בכמות גדולה מכמות השימושים בה הורשע בבית הדין וכן המידע שהתקבל עוסק בתקופה לאחר חקירתו הקודמת". לצד זאת, התייחס הקש"ב לסירוב הנאשם למסור דגימה ולסירובו להסיר את החיסיון הרפואי לצורך בדיקת טענותיו.

8. שבוע לאחר מכן, ביום 22/06/16 ציין הקש"ב במזכר (ת/6), כי לאחר שנחשף למסמכים הנפשיים בעניינו של הנאשם, לא מצא בהם טעם לסירוב, "מאחר ומעיון

במסמכים לא ראיתי מניעה מהחשוד מלמסור דגימת שתן לאור מצבו הנפשי ועברו".  
לכן החליט הקש"ב, שהצו יעמוד בתוקפו.

9. בבחינת התשתית הראייתית שעמדה בפני הקש"ב, הוצגו בפני בית הדין:

א. **אמרתו של המפליל סמל א' ז' מיום 15/06/16 (ת/5)**, ממנה עלה כי בעל פה התייחס למספר שימושים שביצע הנאשם, אך באמרה עצמה פירט שלוש הזדמנויות בלבד בהן לטענתו ראה את הנאשם משתמש בסמים שנה עד שנה וחצי קודם למסירת אמרתו.

ב. **אמרתו של הנאשם מיום 15/06/16 (ת/8)**, בה שלל את הפללותיו של סמל ז', טען שהודה בחקירה קודמת בשימוש בסם מסוכן בהזדמנות אחת, בה לא נכח ז', והסביר את סירובו, "בגלל כל מה שעברתי בעבר מאותו מקרה שנתתי שתן, קיבלתי טראומות מהכלא וזה אחד הדברים שגרמו לי להתאשפז במחלקה פסיכיאטרית" (ע"2, ש"9-11). כשנשאל כיצד הסבר זה קשור לדגימת השתן, ענה, "לא יודע מה יצא, כי אני יושב הרבה ליד אנשים שמעשנים ומפחד שייפלו עליי, לא רוצה להיכנס לזה שוב פעם". כשהוסבר לו שבמעבדה ישנו סף מסוים כדי שימצאו שרידים, השיב - "לא יודע, לא מכיר את הדברים האלה, לא מוכן לאכול עוד מחלקה פסיכיאטרית בשביל זה" (ע"2, ש"17-18).

ג. **בשימוע שנערך לנאשם קודם להוצאת הצו (ת/2)**, הסביר את סירובו: "כי הייתי מאושפז במחלקה פסיכיאטרית בגלל שמסרתי שתן פעם שעברה, קיבלתי טראומות". בהמשך החקירה, כשהתבקש לחתום על ויתור על סודיות רפואיות, ענה שאינו מבין בזה וביקש להיוועץ בעו"ד. לאחר שהוסבר לו שכבר נועץ פעמיים, עמד על סירובו.

ד. **הפרפרזה (ת/4)**, שהתייחסה למידע המודיעיני בעניינו של הנאשם (בגינו הוצאה תעודת החיסיון (ת/3)), פירטה: "חיללים בשמות ר' מ', ס' ד', א' ז' וק' ב' המשרתים בגד' חי"ק XXX משתמשים בסמים מסוכנים מסוג 'חשיש' בזמן שירותם הצבאי בנסיבות צבאיות".

ה. לתיק בית הדין הוגשו **המסמכים הרפואיים הנפשיים (ת/7)**, שהוצגו בהמשך בפני הקש"ב, הנוגעים לאשפוזו של הנאשם במיון פסיכיאטרי מיום 4/02/16 ולשחרורו מן המחלקה הפסיכיאטרית ביום 7/02/16.

ו. בנוסף צורפה **אמרתו של הנאשם מיום 22/06/16 (ת/14)**. לאחר שהוצגה בפניו החלטת הקש"ב, השיב "אין לי תגובה, החלטה שלי" (ע"11, ש"4). כשנשאל מדוע המשיך לעמוד על סירובו, השיב "מאותה סיבה" (ע"11, ש"19).

ז. בשימוע נוסף שנערך לנאשם באותו היום (ת/9), עמד על סירובו ואמר 'עדיין מהסיבה של הטראומות, יש לי עדיין טראומות מהכלא והכל'.

10. בעדותו בפני בית הדין, לא זכר הקש"ב את חקירת הנאשם, עד אשר רוענן זכרונו, אז נזכר בפרטים מהחקירה. הוא מסר, כי הסתמך על המסמכים שציין בצו לצורך הפעלת שקול דעתו. הוא ציין ששקל כל אחד מהם בנפרד ואת הצירוף שלהם יחד. הוא הדגיש, שההפללה התייחסה אמנם לשימושים ישנים, אך הנאשם לא הורשע במרביתם כיוון שזכר שהורשע רק בשימוש אחד. המידע המודיעיני, ציין, היה מפורט, מהימן ועדכני לאחר הרשעתו בתיק הקודם. בחקירתו הנגדית ציין, כי אילו עמד לפניו המידע המודיעיני לבדו היה מוציא את הצו רק על בסיסו; אבל אילו עמדה ההפללה לבדה, הרי שנוכח חלוף הזמן, ניתן להניח שבסבירות גבוהה לא היה מוציא. כשנשאל אם ההפללה הנוכחית היתה זהה לכתב האישום הקודם שהוגש בעניינו, השיב שיתכן שלא היה מוציא צו, אבל במקרה זה לא עמדה ההפללה לבדה וגם בלעדיה היה מוציא צו על סמך המידע המודיעיני. אשר למופללים הנוספים שהופיעו במידע, ציין, כי אמנם מעניין אותו אם אחד מהם לא נחקר אבל אין בכך להשפיע על שקול דעתו. הוא אישר, כי נתונים לגביהם רלוונטיים עבורו, אבל חלקם ברמה נמוכה. הקש"ב הסביר כי לא איפשר לחשוד להיוועץ שוב בסגור לאחר שהתייעץ פעמיים, כאשר לא בהכרח היה נועץ בו שוב אם לא היה מסרב למסור דגימה. עוד ציין כי לא הבין את משמעות המונחים הרפואיים שהופיעו במסמכים, אך ידע לקרוא את סיכום הביקור. הקש"ב אישר כי בדרך כלל מוודא שמוסבר לנחקר ההליך, במקרה זה לא זכר, אך ציין שדובר ב"לקוח חוזר".

### **בחינת שקול דעת הקש"ב**

11. ההגנה טענה כי בהפעלת שיקול דעת הקש"ב נפלו פגמים משמעותיים שצריכים להוביל לביטול הצו. פגמים אלו כללו, לטענתה, את העובדה שלא הוסבר לנאשם אופן נטילת הדגימה והאפשרות להבחין בין שימוש אקטיבי לפסיבי, על אף חששות הנאשם בנושאים אלה; הקש"ב שקל את ההפללה לאור ההרשעה ולא מול התשתית הראייתית שכבר עמדה נגד הנאשם בחקירה הקודמת; לא נחקרו חיילים אחרים שהוזכרו במידע המודיעיני; נשקל סירובו של הנאשם לחתום על ויתור סודיות רפואית (להלן: וס"ר) כדי לבסס את הסברו לסירוב, על אף שכל שביקש היה להיוועץ בטרם יחתום על הוס"ר.

12. מנגד, טענה התביעה שהפעלת שיקול הדעת של הקש"ב היתה סבירה. המידע המודיעיני נמצא מהימן ולדברי הקש"ב יכל לעמוד בפני עצמו לצורך הוצאת הצו.

המידע הרפואי עמד לנגד עיניי הקש"ב, ומידע זה לא הציג הסבר לסירוב הנאשם למסור דגימה. לכן בחירת הקש"ב שלא לשנות את החלטתו היתה סבירה ומוצדקת. לעניין הרשעתו הקודמת של הנאשם, העניין לא הובא לידי הקש"ב בעת הוצאת הצו, אלא הוא ראה זאת במסגרת המידע המודיעיני עליו הסתמך ומתוקף היותו מב"ס מצ"ח דן, שהכיר את הנאשם כ"שחקן חוזר".

13. הפסיקה עמדה על הרגישות בהוצאת צו קש"ב לנחקר –

"הסמכות נשוא סעיף 250א לחוק השיפוט הצבאי פוגעת בכבוד האדם. היא נוגסת בפרטיותו. שימוש בסמכות זו צריך להיעשות, אפוא, בזהירות ובקפדנות" (ע/217/00 התצ"ר נ' ק' (נבו, 11/11/01) (להלן: עניין ק'); ראו גם ש' יניב "הטלת חובה על חיילים להיבדק בבדיקות לגילוי שימוש או החזקה בסמים מסוכנים" משפט וצבא 9 (1988), 135, 159).

14. השיקולים שנשקלו על ידי הקש"ב ייבחנו בהתאם למבחן הסובייקטיבי, שנקבע לפני שנים ארוכות בפסיקה (ע/27/84 התצ"ר נ' טור' א' ואושר מאוחר יותר בע/115/91 טור' א' נ' התצ"ר).

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

15. עשור לאחר מכן, בעניין ק' נקבע, כי למרות שצומצם הפער בין המבחן האובייקטיבי למבחן הסובייקטיבי בבחינת מעשי הרשות, נותר המבחן הסובייקטיבי על כנו -

"סיכומו של דבר, בענייננו, התכלית החקיקתית, לשון החוק ונתוני הרקע, שנמנו בעבר בהרכב המורחב בפסק דינו של בית הדין הצבאי לערעורים בעניין א' נותרו בעינם. בחינת הדברים בראי ההתפתחויות

בדין אינה מוליכה לשינוי בתפישת היסוד אודות המבחן הסובייקטיבי כמבחן החל לעניין הסמכות הנקובה בסעיף 250א לחוק השיפוט הצבאי הוראה זו היא ייחודית למסגרת הצבאית. הנה-כי-כן, ההתפתחות במערכת האזרחית משליכה על המערכת הצבאית. המערכת הצבאית אינה תמונת ראי של המערכת האזרחית. היא השתקפות ראויה של מערכת זו. היא יונקת ממנה, מושפעת מהמתרחש בקרבה, ובד בבד נותנת דעתה לשיקולים נוספים."

16. הודגש, שבחינת שקול דעת הקש"ב איננה באה לשים את בית הדין בנעליו. כך התווה כבוד בית הדין לערעורים את הליך הבחינה של שקול הדעת בע/21/08 סגן ע' נ' התצ"ר –

"קצין שיפוט בכיר המוציא צו המחייב חשוד למסור דגימת שתן לבדיקת חשד לשימוש בסמים מסוכנים, הוא רשות מנהלית הפועלת על פי דין. בבחינת פעולתו אין בית הדין שם את שיקול דעתו במקום שיקול דעתו של הקש"ב. הצו שמוצא על ידי הרשות נהנה מחזקת תקינות המעשה המנהלי (ראו ע"פ 1610/93 ותד נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(5) 837, 840 (1997), ורע"פ 1057/99 י' נ' התובע הצבאי הראשי, פ"ד נג(3) 365, 371-372 (1999)). בית הדין שבוחן שיקול דעתו של הקש"ב, בודק אם כלל הנתונים הרלבנטיים הובאו לבחינתו; הוא בוחן אם דברי החשוד עצמו הובאו לפניו ככתבם וכלשונם. הוא יבחן אם קצין השיפוט שקל את השיקולים הרלבנטיים כולם, אם ביקש להשיג בפעולתו מטרה זרה או שקל שיקול זר, אם פעל בשרירות או בהפליה, או אם הדריך עצמו בכללים הנגועים בחוסר סבירות קיצונית".

17. בהתאם למבחנים אלה, עיון בתשתית הראייתית שעמדה בפני הקש"ב מעלה, כי כלל החומר הרלוונטי להחלטה עמד בפניו (ע/89/07 ש' נ' התצ"ר (נבו, 15/07/08), פס' 12).

18. הטעם לסירוב של הנאשם דן, שהוגדר בעניין ק' כנתון מרכזי בשאלת ההצדקה להוצאת הצו, הוצג בפני הקש"ב, הן במסגרת אמרתו של הנאשם והן בשימוע שנערך לו כשסירב למסור דגימה. הנאשם טען שסובל מטראומות עקב מסירת דגימה בעבר שהובילה לאשפוזו הפסיכיאטרי. בטענה זו לא הסתפקו גורמי החקירה וביקשו ממנו לאפשר עיון במידע הרפואי בעניינו. הצו הוצא לבסוף בשלב שסירב לחשוף מידע זה.

ברם, לאחר שנתרצה, הועברו החומרים לעיונו של הקש"ב, שבחן בשנית את החלטתו להוציא את הצו אל מול המידע המלא הקשור לטעם שהציג הנאשם.

19. הקש"ב מסר בעדותו לפני בית הדין, שבחן את ההפללה שהוצגה לפניו אל מול אמרת הנאשם וההרשעה שלו בשימוש יחיד; בנוסף בחן את אמינותו ואת עדכניותו של המידע המודיעיני שהוצג לפניו. הקש"ב התרשם שכל אלה עוררו חשד משמעותי לשימוש והחזקה בסמים מסוכנים על ידי הנאשם בהיקף רחב ממה שהורשע ובתקופה עדכנית שלאחר אותה הרשעה.

20. כעת, נפנה לבחון את הטענות שהציגה ההגנה כלפי הפעלת שקול דעת הקש"ב.

#### (א) פגמים בהסברת ההליך פגעו ביכולת הנאשם ליתן "הסכמה מדעת"

21. טענה ההגנה, כי כבר בשלב הסברת ההליך לנאשם נפלו פגמים משמעותיים, שפגעו ביכולתו ליתן "הסכמה מדעת" למסירת הדגימה ובהמשך נשקל סירובו על ידי הקש"ב. לגרסת ההגנה, בשתי החקירות שעבר הנאשם לא הוסבר לו אופן נטילת הדגימה ובפרט שאין מסתכלים על איבר מינו; ולא הוסבר, שיש הבדל בין שימוש פסיבי לשימוש אקטיבי, כאשר יש באפשרות המעבדה לזהות זאת. ברגיל, טענה, מוודא הקש"ב וכך מונחים החוקרים לעשות, כי אופן נטילת הדגימה מוסבר לנחקר, אלא שבמקרה שלפנינו הסתמך הקש"ב באופן שגוי על כך שמדובר ב"שחקן חוזר", שההליך הוסבר לו בחקירה הקודמת. בעניינו של הנאשם, טענו הסנגורים, התחדדה החובה להסביר, דווקא נוכח טענתו בדבר הטראומה שחווה בעקבות מסירת הדגימה בעבר. משכך, גרסה ההגנה, משלא הוסבר לנאשם הליך הדגימה, הרי שלא הוצבה בפניו התמונה המלאה בטרם החליט אם למסור את הדגימה ובהמשך אותו סירוב למוסרה הוצג בפני הקש"ב כשיקול במסגרת שיקוליו.

22. הקש"ב, ע"ת 1, אישר בחקירתו הנגדית, שככלל הוא מוודא שמסבירים לנחקר על הליך נטילת דגימת השתן, אלא שבמקרה שלפנינו לא זכר אם וידא, אבל ידע שהנאשם הכיר את ההליך כ"לקוח חוזר" (ע"4 לפרוטוקול, ש'11-20). הקש"ב הסביר, "במידה והוא מציין חשש לפגיעה בפרטיות וודאי כן [ניתן הסבר ששומרים על הפרטיות], אך כפי שצינתי קודם לכן החשוד הכיר את התהליך מכך שנחקר מספר חודשים קודם לכן" [הבהרה נוספה] (ע"4, 19-20). בהמשך הסביר, כי לא ידע אם הנאשם מסר דגימה בחקירתו הקודמת או סירב, אבל הניח שנושא הדגימה קיבל חלק משמעותי בחקירה.

23. חוקרת מצ"ח, ע"ת 2, סמל מוריה בוגורד, התייחסה לחקירת הנאשם והסבירה שעורכת תיעוד לגבי הסברים שנותנת לנחקר. לגבי הליך מסירת הדגימה, ציינה, אם

זה לא מופיע אזי לא עלו שאלות על אופן נטילת הדגימה. החוקרת הוסיפה "אני מאמינה שהוא ידע על אופן נטילת הדגימה כי הוא נחקר בעבר על אותו דבר. אני לא יודעת אם על סירוב אבל על שימוש זה בטוח היה".

24. מן הראיות שהונחו לפני בית הדין עלה, כי אין תיעוד בחקירה הנוכחית שהוסברה לנאשם השמירה על הפרטיות בהליך נטילת הדגימה. ההגנה טענה, כי הסתמכות על מתן ההסבר בהליך הקודם שגויה. יתכן שטוב היה לו היתה החוקרת מסבירה הליך זה לנחקר ויתכן שטוב היה לו היה הקש"ב בודק אם הוסבר ההליך למי שנחקר פעם נוספת. ברם, לא מצאתי שהעדרו של הסבר כזה פוסל את הליך נטילת הדגימה משורשו. כך גם לא מצאתי חוסר סבירות בתפיסה שאם נחקר הנאשם בעבר, הוסבר לו ההליך או שאם נטל בו חלק, הרי שידע כיצד הוא מתנהל. על כל מקרה, לא קשר הנאשם את סירובו למסור דגימה לפגיעה בפרטיות באופן שחייב התייחסות לכך בחקירה הנוכחית.

25. בדבריו לחוקרת ציין, שמסר בעבר דגימת שתן, אבל את ה"טראומה" קשר לשהייתו בכלא, "קיבלתי טראומות מהכלא וזה אחד הדברים שגרמו לי להתאשפז במחלקה פסיכיאטרית" (ת/8, ע'2, שי'10-11). כך גם בזכ"ד מהלך חקירה (ת/13) ציינה החוקרת, כי "במהלך החקירה סיפר לי כי בפעם הקודמת בה נחקר ולאחר מכן היה בכלא קיבל טראומות מהצעקות ושעות השינה בכלא" (ת/13). גם כשהסביר שחש מתוצאה חיובית בעקבות עישון פסיבי, "ובעקבות זה להיכנס שוב לכלא ולקבל טראומות מחדש ולהגיע שוב למחלקה פסיכיאטרית". על דברים אלה חזר בשימוע הנוסף (ת/9), כשעמד על סירובו, "עדיין מהסיבה של הטראומות, יש לי עדיין טראומות מהכלא והכל".

26. החוקרת הסבירה בעדותה, כי הבינה שהתייחס לטראומות שעבר במהלך הכליאה. היא הפנתה לתרשומות שערכה וציינה, "גם מהשיח הכללי אתו אני זוכרת שלא נאמר שזה מטראומות במצ"ח או משהו בסגנון. זה היה נטו על הכלא" (ע'15, שי'33 – ע'16, שי'5).

27. הנאשם הציג בנוסף חשש לשימוש פסיבי, נוכח שהותו ליד אנשים המעשנים סמים - "לא יודע מה יצא, כי אני יושב הרבה ליד אנשים שמעשנים ומפחד שיפלו עליי, לא רוצה להיכנס לזה שוב פעם" (ת/8, ע'2, שי'13-14). כך גם ציינה בזכ"ד מהלך חקירה מיום 15/06/16 (ת/13), "מסר כי הוא נמצא ליד חברים שלו שמשתמשים בסמים ומפחד להימצא חיובי בעקבות עישון פסיבי, בנוסף אמר שמפחד לצאת חיובי בשתן לסמים ובעקבות זה להיכנס שוב לכלא ולקבל טראומות מחדש ולהגיע שוב למחלקה פסיכיאטרית". החוקרת הסבירה לו, כי "במעבדה לתרעולה יש סף מסויים לדגימת השתן על מנת שיימצאו שרידי סם" והוא השיב - "לא יודע, לא מכיר את



הדברים האלה, לא מוכן לאכול עוד מחלקה פסיכיאטרית בשביל זה" (ת/8, ע'2, ש'15-18). ההגנה חלקה לגבי נכונות ההסבר של החוקרת. מצאתי שיש בהסבר התייחסות לחשש שהציג הנחקר, גם אם לא היה בו את הדיוק הנדרש.

28. בנסיבות אלו, לא מצאתי שבפני הנאשם הוצגה תמונה שגויה לגבי הליך נטילת הדגימה ואופן בדיקתה במעבדה, כזו שפגעה ביכולתו להסכים או לסרב למסירת הדגימה כנדרש.

### **(ב) בחינת הראיות שעמדו בבסיס הצו**

29. ההגנה ביקשה להדגיש, כי על שתי רגליים מרכזיות עמד הצו - ההפללה והמידע המודיעיני, ביניהן ביקשה שלא לנתק, כפי שהציג זאת הקש"ב בצו, בפרט כאשר לא זכר את ההליך והסתמך על שכתב.

30. בנוגע להפללה של סמל ז', טענה ההגנה, חורגת גישת הקש"ב שהשוותה בין ההפללה לבין ההרשעה של הנאשם ממתחם הסבירות. ההפללה של סמל ז' התייחסה לאותה תקופה של שימושים, בהם הודה הנאשם בחקירה הקודמת, למרות שההרשעה בסופו של יום היתה בכתב אישום מתוקן שהיקפו צומצם. בגין שימושים אלה, גרסה ההגנה, לא ניתן להמשיך ולרדוף אחר הנאשם. כך שלגישתה, אם הוחלט שלא להגיש בגינם כתב אישום בחקירה הנוכחית, הרי שגם לא ניתן היה להוציא צו קש"ב על בסיסם.

31. ברם, בפני הקש"ב הונחה אמרתו של הנאשם, אשר שלל את ביצוע השימושים בהם הופלל על ידי סמל ז' (ת/8, ע'3). הקש"ב בבוחנו את התשתית הראייתית שהונחה בפניו ברמה המנהלית, רשאי היה לטעמי לשקול את היקף ההפללה האמורה ומועדה לצורך החלטה על הוצאת הצו. בפרט כשזו לא עמדה לבדה.

32. בנוגע למידע המודיעיני, טענה ההגנה, זה התייחס לארבעה חיילים, ביניהם הנאשם, אולם לא עניין את הקש"ב מה נעשה ביחס למופללים האחרים, הגם שנתונו של אחד מהם, אותו ב', דומים לאלה של הנאשם. במהלך חקירתו אישר הקש"ב שנתונים לגבי חקירתם של אלה רלוונטיים להחלטתו ולכן טענה ההגנה, כי החלטתו נעדרה את מכלול השיקולים הרלוונטיים.

33. לא התרשמתי כטענת ההגנה, כי חסרו נתונים לגבי המעורבים האחרים כדי להשלים את מערך הנתונים הנדרש בפני הקש"ב. ברמת הבחינה המנהלית של עניינו של הנאשם הוצבה תשתית ראייתית מספקת, המתבססת על מערכת שיקולים מנומקת לצורך הוצאת הצו.

34. עוד גרסה ההגנה, כי התחשבות הקש"ב בסירוב הנאשם לחתום על ויתור סודיות איננה סבירה. למעשה, טענה, לא סירב הנאשם סירוב אמיתי לוותר על הסודיות, אלא ביקש להתייעץ בסנגור לפני שיחתום על הוס"ר כדי להבין את ההיקף והמשמעות של הפעולה המשפטית, היוועצות זו ניתנה לו סמוך לאחר מכן כשהוזהר בגין העבירה ואפשר היה לתת לו אותה מלכתחילה בטרם סירב.

35. טענה ההגנה, כי מועד בחינת שיקול דעת הקש"ב צריך להיות מועד הוצאת הצו ולא מועד השלמת המסמכים הרפואיים. בפרט, סברה ההגנה, ראוי היה שיתייחס הקש"ב בבחינה שערך בדיעבד גם לנתונים שנוספו כמו החקירה של מעורב נוסף שהופיע בדיעה. מעבר לכך, התרשמה ההגנה, כי הצגת המסמכים בפניו היתה בבחינת לצאת ידי חובה בלבד. הקש"ב כלל לא הבין את המשמעות של המונחים הרפואיים שהופיעו בהם, הוא לא התייחס לתוכנם, למשל לכך שהנאשם אמר לפסיכיאטר שסיים עם הסמים או לכך שהותאם לו פרופיל 64 נפשי והופנה להמשך טיפול פסיכיאטרי ולא ביקש להרחיב את הוס"ר על אף שכבר לא היתה דחיפות לחקירה.

36. התביעה השיבה שהנאשם נועץ פעמיים במהלך החקירה קודם לשלב זה. בכל מקרה בחן הקש"ב שוב את הצו, כך הצהיר שאילו נמצא שם נתון רלוונטי, לא היה עומד על אותו צו.

37. השתכנעתי שבמקרה שלפניי פעלו גורמי החקירה כדי לברר את סיבת הסירוב של הנאשם, שהציג מספר אפשרויות לסירוב זה, בין אם במישור הטראומה הקודמת ובין אם במישור החשש מעישון פסיבי. מבלי להקל ראש בסיבות שהציג הנאשם, בחן הקש"ב שוב את החלטתו בראי המידע שהוצג בפניו ואיפשר גם לנאשם לשקול שוב את סירובו למסור דגימה בחלוף שבוע ימים ממועד החקירה הראשונה.

### (ג) הסיבה של הנאשם לסירוב היתה מספקת

38. כאמור בגדר הכפירה הראשוני ביקשה ההגנה לטעון, כי הציג הנאשם סיבה מספקת לסירובו בהסתמך על "טראומה" שעבר במהלך החקירה, כאשר הסתכלו על איבר המין שלו בעת מסירת הדגימה. בסיום שמיעת הראיות, דומה כי זנחה ההגנה טיעון זה, כאשר לטעמה אין זה משנה אם באמת חווה הנאשם "טראומה", אלא עצם העלאת הטענה במהלך החקירה.

39. לא יכולתי שלא להתייחס לסיבה שהציג הנאשם ושעליה ביקש להניח את סודות סירובו.

40. במהלך שמיעת הראיות הפנתה ההגנה למסמכים הרפואיים מן האשפוז הפסיכיאטרי של הנאשם (ת/7), אך גם למסמכים נפשיים (ס/1) המלמדים על המשך הטיפול הנפשי שעבר כשחזר ליחידה. מעיון במסמכים עלה, כי כאשר הגיע למחלקה מסר, כי החל בנוהל אובדנות מתוך חשש מפני כליאתו ומתוך רצון להשתחרר מן השירות. בחקירתו הראשית הסביר תחילה שהאשפוז היה על רקע הטראומה שעבר בחקירה (ע'23, שי'9-17). אלא שכבר במהלך החקירה הראשית ככל שנשאל על הסיבה לאשפוז החל לכוון תשובותיו מעניין הטראומה לעניין רצונו להשתחרר וציין גם את המצב בבית: "המפקדים שלי שמו לב למשהו לא בסדר אצלי. הייתה לי תחושה לצאת מהצבא לא רציתי לשרת...". "יאב"ד: מה גרם לך למצב הנפשי הזה? נ: גם הכלא וגם הבלשים הסתכלו לי על איבר המין והלכו התערבב ביחד. כל המצב בבית" "... יכן היה בי רצון לצאת מהצבא. בגלל כל המצב בבית, העניין של הכלא, גרם לי לשחרר מהכלא..." בחקירה הנגדית הודה מפורשות כי הליך האשפוז נועד לקדם את שחרורו מהצבא (ע'34 לפרוטוקול). אך בהמשך שוב סיג את הדברים כשנשאל מדוע הפנה את גורמי החקירה אל אותם מסמכים פסיכיאטריים, ענה – "הסיבה העיקרית שבגללה התאשפזתי היא עצם זה שמסרתי דגימת שתן והבלשים הסתכלו לי על איבר המין" (ע'35, שי'25-26).

41. הקשבתי ארוכות לעדותו של הנאשם לפני ועיינתי לעומק במסמכים הפסיכיאטריים בעניינו. לא ניתן להתעלם מן ההתרשמות הברורה שהנאשם איים בפגיעה עצמית והחל בנוהל אובדנות מתוך מטרה מובהקת להשיג את שחרורו מן השירות. התרשמות דומה תיארה הפסיכיאטרית לגבי התנהגותו המניפולטיבית במהלך תקופת אשפוזו במחלקה. הנאשם אישר זאת מפורשות במהלך עדותו, אך לאחר מכן ביקש לחזור לגרסה שחוה טראומה בעקבות פגיעה בפרטיותו במהלך נטילת הדגימה הקודמת וזו הובילה לאשפוזו. הנאשם לא העלה טענה הקושרת בין הטראומה שלכאורה עבר לבין פגיעה בפרטיותו בפני החוקרת במהלך החקירה, אלא שגרסה זו כפי שהוצגה לפני בדיון היא גרסה כבושה, מזגזגת ומשתנה.

42. באופן דומה, טרח להדגיש כי ההסבר שנתנה לו החוקרת לגבי משמעות השימוש הפסיכי היה דל (ע'26, שי'3-4), אך לא ידע לתאר סיטואציה של שימוש פסיכי כזו שטען שנהג להיות בה.

43. לאור כך, לא יכולתי שלא לקבוע, כי מצאתי את עדות הנאשם בפני עדות מגמתית, מניפולטיבית ובלתי אמינה. לא רק בהתנהגותו נהג הנאשם בדרך זו, אלא גם בעדותו לפני.

### שיקולי הגינות וצדק בניהול ההליך

**(א) הקושי בחשיפת עברו הפלילי של הנאשם בשיקולי הקש"ב**

44. טענה ההגנה כי חשיפת עברו הפלילי של הנאשם במסגרת שיקולי הקש"ב השחירה את פניו בעיניי בית הדין, בפרט כשהתברר שלא היה כל צורך בנתון זה.

45. טענה זו של ההגנה, נבחנה בעניין ע' באריכות עוד בתקופה שבה נתונה היתה סמכות השיפוט בגין העבירה נשוא דיוננו בפני הרכב של שלושה שופטים, שלפחות אחד מהם אינו משפטאי. לא מצאתי להרהר מחדש אחר הדברים הברורים שנקבעו באותו עניין –

"בטענתו של הסנגור כי חשיפת עברו המוצהר של המערער בתחום הסמים עלולה להשחיר פניו בעיני בית הדין, אין ממש. כאשר עברו של חשוד מהווה שיקול לגיטימי במכלול השיקולים המובאים בחשבון על ידי הקש"ב טרם הוצאת הצו, אין ניתן לטעון כי הצגת שיקול זה לפני בית הדין המתבקש להכריע בסוגיית תקינות שיקול דעתו של הקש"ב, משחירה שלא כדין את פני המערער. ודוקו – המערער כאן איננו מואשם בעבירה של שימוש בסמים מסוכנים, אלא בעבירה שעניינה סירוב להיבדק. במקרה שכזה הסוגיה העיקרית הנבחנת היא שיקול דעתו של הקש"ב בעת הוצאת הצו; לפיכך הנתונים אשר עמדו לנגד עיניו של הקש"ב, הם-הם לב לבו של העניין; אם באלו נכללו נתונים לגבי עברו של המערער, ראוי ואף נכון להביא נתונים אלו לפני בית הדין הנדרש לבחון את שיקול הדעת" (פס' 58 בעניין ע').

**(ב) הפלייה ביחס למעורב אחר**

46. ההגנה הפנתה להחלטת גורמי מצ"ח להימנע מלזמן לחקירה מופלל נוסף שהופיע במידע המודיעיני, החייל ק' ב', אשר נתונו זהים לאלה של הנאשם, הוא הורשע בעבר בשימוש בסם עמו, עמד כנגדו תנאי בר הפעלה, המידע הנוכחי בעניינו התייחס לשימוש בסם בצוותא עם חיילים אחרים וחל עליו חש"ץ. לטענתה, שחרורו של אותו מופלל לא היה ידוע לקש"ב. טענה ההגנה, כי לא הוסבר מדוע ננקטה מדיניות מפלה כאשר הנאשם בחר להמשיך לשרת בעוד ב' בחר לעזוב.

47. התביעה סברה, כי המדובר בקבוצת שוויון אחרת והפנתה לפער הקיים לטעמה בין הנאשם לבין המעורב האחר, אשר השתחרר מן השירות סמוך לחקירה של הנאשם (ע"פ 8551/11 סלכגי נ' מ"י, פס' 14). ההגנה סברה, כי דווקא אחיזה בנימוק

השחרור של אותו מעורב מן השירות מקומם אל מול הנאשם שבחר להשלים שירות תקין.

48. כלל ידוע הוא, שהחלטת רשויות התביעה להעמיד לדין פלוני ולהימנע מהגשת כתב אישום נגד אלמוני, החשוד במעורבות באותה פרשה, אינה מלמדת, בהכרח, על קיומה של אכיפה בררנית (ראו ע"פ 7659/15 הרוש נגד מ"י (נבו, 20/04/16)).

49. במקרה שלפנינו ההחלטה שלא לחקור את המעורב הנוסף ב', נוכח שחרורו הסמוך מן השירות, היתה סבירה בנסיבות העניין.

### ג) משמעות ההרשעה עבור הנאשם

50. הסנגורים התייחסו למשמעות ההרשעה עבור הנאשם, שתוביל לרישום פלילי מלא, למרות שתיקן דרכיו מאז ההרשעה הקודמת ובחר להשלים שירות תקין ומרשים, כפי שהעיד מפקדו (ע"ה 2) וכפי שנלמד מחוות הדעת שהוגשו על ידה (ס/2, ס/3). בעניין זה ביקשו הסנגורים לתת משקל לשינוי מדיניות העמדה לדין מצד התביעה אשר העבירה את הטיפול בתיקים מן הסוג שלפנינו לאפיק הדין המשמעותי.

51. התביעה טענה, כי למרות הראיות שהציגה ההגנה, הרי שעצם הסתבכותו החוזרת של הנאשם בתיק הנוכחי איננה מלמדת על מגמת השיפור לה טענה, כאשר זמן לא רב לאחר התיק הקודם נותן כעת הנאשם את הדין בגין עבירת סירוב להיבדק.

52. משמעות הרישום הפלילי נבחנה בעבר על ידי כבוד בית הדין לערעורים -

"אכן, 'הרישום הפלילי אינו מסווג כעונש ואינו נזכר בגזר-הדין, אך לעתים, תוצאות הלוואי של הרישום הפלילי חמורות יותר, מבחינתו של הנאשם, מהעונש אשר יוטל עליו' (ע/43/01 התצ"ר נ' סמל א' (2011)); באותו מקרה נקבע, כי 'החשש מפני רישום פלילי אינו משמש, גם על-פי הפרשנות המרחיבה ביותר, בסיס מספיק לטענת 'הגנה מן הצדק', הנשענת על סמכותו הטבועה של בית-הדין'. קביעה זו אף הועמדה לבחינת בית המשפט העליון, שאושרה ברע"פ 6351/01 א' נ' התובע הצבאי הראשי (לא פורסם, 24.09.2001)" (ע/97/11 רב"ט מ' ו' נ' התצ"ר (נבו, 17/01/12)).

53. כך גם לאחר תיקון מס' 63, אשר הוסיף את סעיף 4404 לחש"פ, נקבע -

"...בהיעדר טעם מיוחד, משההגנה לא הצביעה על נזק פרטיקולארי אשר עלול להיגרם למערער אם יוטל עליו 'רישום פלילי מלא', ולנוכח חומרת המעשים – לא מצאנו לסטות מן הכלל ולהורות על 'רישום פלילי מופחת' (ע/51/17 רב"ט ש' נ' התצ"ר (נבו, 20/07/17); ע/10/15 התצ"ר נ' טור' א' (2015))."

54. הרישום הפלילי המופחת "נועד להתמודד עם החלטיות תוצאות ההרשעה בעבירות סמים הנעברות על ידי חיילים בצבא; הוא נועד לאפשר, במקרים המתאימים, את מיתונה של הפגיעה בעתידם של חיילים חיוביים ביסודם, אשר הסתבכו במעשי שימוש בסם במהלך שירותם הצבאי" (ע/65/12 התצ"ר נ' סמל ע' ב' (נבו, 29/07/12)).

55. שינוי מדיניות העמדה לדין בנוגע לעבירות שעניינן סירוב להיבדק נועד גם הוא למתן את הפגיעה בחיילים המסתבכים בעבירות אלו תוך מתן הזדמנות לסיים את ההליך באפיק המשמעותי. ברם בעניינו של הנאשם קיימת הרשעה קודמת ותלוי ועומד עונש מאסר מותנה, הנמצאים בין השיקולים הרלוונטיים בעניין הרישום המופחת, בהתאם לקריטריונים שקבעה התביעה.

56. לא למיותר להדגיש, כי נאשם איננו בעל זכות קנויה ליטול חלק במדיניות שמטרתה להקל, כל עוד הוא עצמו אינו עומד בתנאי מדיניות זו.

57. לפיכך, למרות שהנאשם עשה כברת דרך משמעותית בהמשך שירותו הצבאי ופעל להשלמתו כדבעי, לא מצאתי שניתן בהסתמך על כך להמיר את סעיף האישום שיוחס לו.

### סוף דבר

58. לאור כלל האמור לעיל, בבוחני את התשתית הראייתית שהונחה לפני הקש"ב ואת מערכת השיקולים שהפעיל אל מול טענות ההגנה, מצאתי שהקש"ב שקל את כל השיקולים הרלוונטיים להחלטה על הוצאת הצו והחלטתו לא היתה נגועה בשיקולים זרים או חסרים.

59. לא מצאתי להסתמך על שיקולים של הגינות וצדק, להם טענה ההגנה, כדי להמיר את סעיף האישום שיוחס לנאשם לכזה שאינו נושא עמו רישום פלילי.

60. לפיכך, מצאתי שהוכח לפניי מעבר לספק סביר, כי צו הקש"ב הוצא כדין וסירוב הנאשם לפעול לפיו מהווה עבירה כפי שיוחס לו בכתב האישום. אשר על כן, אני מרשיעה את הנאשם בעבירה שעניינה סירוב להיבדק לשם גילוי שימוש בסמים מסוכנים.

ישיבת טיעונים לעונש תתקיים בתאריך 11/04/2018 בשעה 09:30. כל צד יוכל לטעון במשך 45 דקות.

הנאשם לא יעזוב את בית הדין בטרם יקבל לידיו צו זימון לישיבה הנדחית.

- ניתנה והודעה היום, 19 במרץ 2018, ג' בניסן, התשע"ח
- בפומבי ובנוכחות הנאשם והצדדים.

---

שופטת



**בבית הדין הצבאי המחוזי  
במחוז שיפוטי מטכ"ל  
בפני:**

**סא"ל סיגן טורג'מן-חזן - שופטת**

(ע"י ב"כ, סגן שיר ליבוביץ; סרן שאול ארבל)

**בעניין: התובע הצבאי**

**נגד**

(ע"י ב"כ, רס"ן חגי בן דב; סרן אליסף מלמד)

**ח/XXX טוראי ר' מ'**

### גזר - דין

1. האם בנסיבות המקרה שלפנינו, יש להפעיל עונש מאסר מותנה ממושך על חייל, שלאחר ביצוע העבירה החל בדרך חדשה, השלים שירות תקין, השתחרר משירות והחל בדרכו האזרחית? זו השאלה שעמדה במרכז המחלוקת בין הצדדים.

#### תמצית ההליכים וההרשעה

2. הנאשם שלפניי, טור' ר' מ', הורשע בסיומו של משפט הוכחות בכתב אישום, שייחס לו עבירה אחת שעניינה **סירוב להיבדק לשם גילוי שימוש בסמים מסוכנים**, לפי **סעיפים 127א ו-250א לחוק השיפוט הצבאי, התשט"ו-1955** (להלן: חש"ץ). החקירה בעניינו נפתחה ביום 15.6.2016, בעקבות מידע מודיעיני והפללה שהחשידו אותו בשימוש בסם מסוכן. במהלך החקירה שלל את החשדות שיוחסו לו. כשהתבקש למסור דגימה, סירב בטענה שעבר "טראומות" בכלא ואושפז פסיכיאטרית בעקבות חקירה קודמת, שבמהלכה מסר דגימה. את החיסיון הרפואי סירב הנאשם להסיר עד שלבסוף נועץ במהלך המעצר בעו"ד. אז סייג הנאשם את הסרת החיסיון לאותו אשפוז. לאחר שעין הקש"ב במסמכים הרפואיים האמורים, החליט שלא לשנות מהחלטתו, ואילו הנאשם עמד על דעתו וסירב למסור דגימה.

3. לאחר ששמעתי את גדר הכפירה הממוקד בנוגע לפסול שנפל לטענת ההגנה בהפעלת שקול דעת הקש"ב ובנוגע לחוסר הצדק וההגינות שבניהול ההליך, מצאתי שהוכח לפניי מעבר לספק סביר, כי צו הקש"ב כנגד הנאשם הוצא כדין וסירוב



הנאשם לפעול לפיו היווה עבירה כפי שיוחס לו בכתב האישום. לצד זאת, לא מצאתי להסתמך על שיקולים של הגינות וצדק, כדי להמיר את סעיף האישום שיוחס לנאשם לכה שאינו נושא רישום פלילי. בהתאם לכך, הורשע הנאשם ביום 19/03/18 בעבירה שיוחסה לו בכתב האישום.

4. אין זו הפעם הראשונה שהנאשם הורשע לפני בית דין זה. ברקע התיק ובפרט בשלב הטיעונים לעונש, התברר, כי ביום 13.1.2016 הורשע בהתאם להודאתו במסגרת הסדר טיעון בתיק מטכ"ל (מחוזי) 1055/15 בעבירה שעניינה שימוש והחזקה בסם מסוכן, בגין כך שביום 12.12.2015 השתמש בסם מסוכן מסוג קנאביס ביחידתו בצוותא עם חייל אחר והחזיק בשרידים של הסם האמור. אז אישר כבוד בית הדין את הסכמת הצדדים והטיל עליו לצד עונש מאסר ופסילה מוסכמים גם עונש מאסר מותנה בן שבעים ימים למשך שנתיים לבל יעבור, בין היתר, עבירה שעניינה סירוב להיבדק לשם גילוי שימוש בסמים מסוכנים. עונש זה בר הפעלה כעת.

5. כאמור, במהלך ניהול ההליכים המשפטיים בעניינו השלים הנאשם את שירותו באופן תקין, השתחרר והחל בדרכו האזרחית.

6. בנסיבות אלו, נחלקו הצדדים, אם יש להפעיל את עונש התנאי העומד בעניינו מגזר הדין הקודם או להאריכו.

### טיעוני התביעה

7. התביעה הציגה עתירה מתונה בעניינו של הנאשם. מן הצד האחד, נשארה התביעה איתנה בעמדתה כי העבירה בה הורשע, חרף שחרורו משירות, מחייבת ענישה בדרך של כליאה ולא נעלם מעינייה שיחד עם הטלת רכיב ענישה זה יופעל עונש המאסר המותנה בעניינו; מן הצד השני, ביקשה התביעה, שהעונשים יופעלו בחופף וירוצו בדרך של עבודה צבאית כשלצדם יוטל עונש מאסר מותנה.

8. התביעה הדגישה, כי לתפיסתה העמדת הנאשם לדין בפעם השנייה ובחירתו לשמוע את התיק במלואו איננה מאפשרת הארכה של העונש המותנה בעניינו. לעמדתה, על אף שנדרשה מהנאשם מידת זהירות יתרה להימנע מלבצע עבירה, נוכח התנאי התלוי ועומד בעניינו למשך 70 ימים לאחר שריצה 45 ימי מאסר בכליאה ממשית בגין תיקו הקודם (רע"פ 4902/14 צבאן נ' מ"י (נבו, 16/7/2014), רע"פ 3021/14 ספיר נ' מ"י (נבו, 13/5/2014)), לא נרתע מלשוב ולבצע את העבירה. כך שלהשקפתה, אין בעניינו של הנאשם "טעמים מיוחדים" המצדיקים הארכה של עונש המאסר המותנה, כאשר אותן נסיבות אישיות להן טענה ההגנה עמדו ונבחנו על ידי בית הדין בתיק הקודם בעניינו. כך גם נסמכה התביעה על פסיקת בית המשפט העליון ברע"פ 7391/08 מחאג'נה נ' מ"י (נבו, 14/9/2009), שקבעה, כי אורכו של

עונש המאסר המותנה אינו מהווה "טעם מיוחד" להימנע מהארכתו. התביעה העירה, כי אם סבר הנאשם, שאין פרופורציונליות בעונש המאסר המותנה, היה עליו לערער על משכו מיד לאחר שהוטל עליו.

9. התביעה הדגישה, כי לעמדתה אין מקום לערוך תסקיר עונש בעניינו של הנאשם, כיוון שאין לבית הדין סמכות בעניין זה. ממילא, טענה, נפרשה במקרה זה לפני בית הדין מלוא התשתית הראייתית הנדרשת להערכת מצבו של הנאשם. לגישה, התמשכות ההליכים בתיק רובצת לפתחו של הנאשם ואין מקום לאפשר לו ליהנות ממעמד של אזרח משוחרר בעקבות שחרורו תוך כדי ניהול ההליכים בעניינו.

### טיעוני ההגנה

10. ההגנה הדגישה את הליך השיקום שעבר הנאשם, כאשר קו פרשת המים בעניינו עובר לאחר ביצוע העבירה הנוכחית, אז קיבל החלטה שלמרות קשייו הנפשיים והאישיים מבית להשלים שירות באופן תקין. ממפקדיו, שגמרו עליו את ההלל ושבחו את תפקודו בחוות דעתם, נלמד כי עמד בהתחייבותו. לגישה ההגנה, התנהל התיק בצורה יעילה והיא מבחינתה הסכימה להימנע משמיעת עדים שהתביעה עמדה על שמיעתם. כך גרסה, האחריות על התמשכות ההליכים איננה מצד הנאשם.

11. כיום, משוחרר הנאשם ומתחיל את צעדיו הראשונים באזרחות, עובד בהובלות ומסייע בפרנסת המשפחה, כאשר הפעלת התנאי למשך תקופה של שבעים ימים תציב אותו בסכנת פיטורין ופגיעה כלכלית.

12. ההגנה גרסה, כי העונש המותנה שהוטל על הנאשם החמיר עמו יתר על המידה, כאשר העבירה שעניינה סירוב להיבדק לא הופרדה משאר עבירות התנאי ובמקרה שלפנינו מתבקשת הפעלת התנאי בגין ביצוע העבירה הקלה יותר מבין עבירות התנאי. על אף שרכיב המאסר המותנה היה נתון לשקול דעת בית הדין שקבע את תמהיל הענישה, הרי שעל מי שהשתמש עמו והורשע בנסיבות דומות הוטל תנאי בן 30 ימים בלבד. ההגנה גרסה, תוך הסתמכות על פסיקת בית המשפט העליון ברע"פ 1441/14 חמיס נ' מ"י (נבו, 9/12/2014), כי העונש המותנה לא יכול לעלות על הגבול העליון של מתחם הענישה. בעניין זה ביקשה אף להביא בחשבון את שינוי מדיניות העמדה לדין בגין עבירת סירוב להיבדק שחל בתקופה האחרונה (בדומה להקלה שחלה במתחם הענישה מעת גזירת עונש המאסר המותנה ועד למועד שבית המשפט נדרש להפעילו ברע"פ 3677/13 אלהרוש נ' מ"י (נבו, 16/11/2016)).

13. ההגנה הדגישה, כי איננה מבקשת מבית הדין לחרוג ממתחם הענישה משיקולי שיקום, כיוון שמתחם הענישה להבנתה כולל בתוכו ברף התחתון ענישה מותנית וקנס. ההגנה גרסה, כי הענישה המתאימה במקרה שלפנינו, כפי שנוהגת בדרך כלל

התביעה, היא להאריך את התנאי ולהטיל על הנאשם עונש של נזיפה, כאשר העונש המותנה ימשיך ויעמוד בעינו במהלך שירות המילואים שיבצע.

14. לתפיסת ההגנה, העונש האמיתי במקרה שלפנינו הוא הרישום הפלילי הנלווה להרשעה בעבירה והוא זה שימשיך ללוות את הנאשם.

15. לגישתה, אם יחליט בית הדין להטיל עליו עונש של מאסר, אפילו בדרך של עבודה צבאית, יש בסמכותו לערוך תסקיר מבחן לנאשם, כיוון שהיה בן למטה מגיל 21 בעת ביצוע העבירה.

### הנאשם בדברו האחרון

16. הנאשם תיאר את נסיבותיו האישיות גם במהלך בירור האשמה וגם כשמסר את דברו האחרון לעונש לפני בית הדין. למרות הקשיים שחווה השלים את שירותו הצבאי בדרך הטובה ביותר. הוא מסר, כי השתחרר לפני כשלושה חודשים וכעת עובד מבוקר עד ערב בהובלות ומסייע לאמו בפרנסת המשפחה. הוא הביע רצון לצאת לדרך חדשה ולפתוח עסק עצמאי. לטענתו, עלולה הפעלת עונש המאסר המותנה לפגוע בו מבחינה כלכלית.

17. בנוסף, במסגרת בירור האשמה לצורך טיעוניה בדבר צדק והגינות העידה ההגנה את מפקדו האחרון של הנאשם, נגד המטבח (ע"ה 2), והגישה חוות דעת מאת מג"ד (ס/2) וסמג"ד היחידה (ס/3), אלה התייחסו לשירותו החיובי של הנאשם הן מן הבחינה המקצועית והן מן הבחינה החברתית.

### דיון והכרעה

18. **תיקון 113 לחוק העונשין, התשל"ז-1977** (להלן: **חוק העונשין**) שרטט את הכללים המנחים להבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה, בהתאם לעקרון המנחה של הלימה, המתווה את קיומו של יחס הולם בין חומרת מעשה העבירה בנסיבותיו ומידת אשמו של הנאשם ובין סוג ומידת העונש המוטל עליו (**סעיף 40 לחוק העונשין**).

19. התיקון קבע מנגנון דו-שלבי לגזירת עונשו של נאשם (ע"פ 8678,8641/12 **סעד נ' מ"י** (נבו, 5.8.2013)). בשלב ראשון ייקבע מתחם העונש ההולם את מעשיו של הנאשם בהתאם לעקרון המנחה ומתוך התחשבות בערך החברתי שנפגע, במידת הפגיעה בו, במדיניות הענישה הנהוגה ובנסיבות הקשורות בביצוע העבירה; לאחר מכן, יקבע העונש המתאים לנאשם מתוך התחשבות בנסיבות שאינן קשורות בביצוע העבירה (**סעיף 40 לחוק העונשין**).

20. העבירה שעניינה סירוב להיבדק לשם גילוי שימוש בסמים מסוכנים נועדה להגן על **הערך החברתי** בדבר הצורך למגר את נגע הסמים תוך הבטחה של שתוף פעולה מצד חיילים, החשודים בשימוש בסמים מסוכנים, על ידי חיובם לציית להוראות חוקיות של קציני השיפוט כדי לאתר ביצוע של עבירות סמים (ע/63/12 סמ"ר ס' נ' **התצ"ר**). העבירה חוסה תחת כנפיה שלושה יסודות של ערכים מוגנים: היסוד האחד מתייחס למניעת שימוש בסמים מסוכנים; היסוד השני מתייחס למניעת הפרעה לצורכי חקירה; היסוד השלישי מתייחס לשמירה על משמעת הצבא ועל התנהלות החקירה המשטרית ומחייב ציות לצו שהוצא על ידי קצין השיפוט.

21. נוכח מאפייניה האמורים, שבו וחזרו בתי הדין הצבאיים על הצורך להטיל על נאשמים בעבירה זו עונש מאסר בדרך של כליאה ממשית (ע/194/00 **התצ"ר** נ' רב"ט ח'; ע/139/07 **התצ"ר** נ' רב"ט ב'; ע/14/08 **התצ"ר** נ' רב"ט ה'; ע/62/10 **התצ"ר** נ' סמ"ר ל'; ע/29/11 **התצ"ר** נ' טור' ל'; ע/98/14 סמ"ר ג' נ' **התצ"ר**).

22. כך גם נקבע ששחרורו של נאשם אמנם יהווה נסיבה לקולא בגזירת עונשו, אך אין להשוות בין דינו של חייל ששחרר לדינו של אזרח לעניין גזירת עונשו, מן החשש ליצירת "מדרון חלקלק" –

"אם נקבל טיעון כזה, אנו עלולים למצוא עצמנו במציאות שבה חיילים מרהיבים עוז להשתמש ב'סמים קלים' זמן קצר לפני שחרורם, שכן אם יתפסו יחול עליהם דינם של אזרחים, שלפי טענת הסניגור, כלל אינם מועמדים לדין בגין עבירות כאלו" (ע/33/00 סמל ב' נ' **התצ"ר**).

23. בהמשך לכך אף נקבע, כי אין השחרור מצה"ל משחרר מכוח עצמו מנשיאת עונש מאסר לריצוי בפועל (ראו, למשל, ע/9/03 סמל א' נ' **התצ"ר**, ע/19/08 **התצ"ר** נ' טור' ב').

24. מתחם הענישה ההולם הראוי לעבירה זו הועמד בפסיקה על 14-35 ימי מאסר לריצוי בפועל (עניין ס'), תוך השוואה למתחם הענישה המתאים בגין שימוש חד פעמי בסם מסוכן בנסיבות אזרחיות, מתוך תפיסה שמי המסרב למסור דגימה מבקש לחסות עבירה של שימוש בסם במעשיו.

25. אלא שלא ניתן להתעלם מכך שמאז אותן הלכות, חלה התפתחות במדיניות **העמדה לדין וברמת הענישה הנוהגת** ביחס לעבירה של סירוב להיבדק וביחס לעבירה המשלימה אותה של שימוש בסם מסוכן. ביחס לעבירה של שימוש בסם מסוכן החל מחודש ינואר 2017 חל שינוי במדיניות העמדה לדין של חיילים בצבא, כאשר בגין שימוש בסם מסוכן במספר הזדמנויות בודדות, צפוי ההליך להיבחן

במסגרת "הסדר הקפאה", המתנה את ההליכים בשיפור דרכיו של הנאשם למשך תקופה עד אשר בסופה ייבחן ביטול כתב האישום (הנחייה 3.07 להנחיות התביעה הצבאית הראשית); ביחס לעבירה של סירוב להיבדק בנסיבות מסוימות צפויה זו להיבחן במסלול המשמעותי. יתרה מכך, הצביעה ההגנה על כך, שבאופן תדיר, גם כאשר מדובר במי המורשע בשנית, נקשרת התביעה בהסדרי טיעון, שלעתים אינם כוללים רכיב של מאסר לריצוי בפועל (כך לדוגמה הציגה ההגנה מקרים של הרשעה שנייה – חא (מחוזי) 557/16 **התוב"ץ נ' טור' ר'**; מר (מחוזי) 231/17 **התוב"ץ נ' טור' ק'**). גם אם לא ניתן ללמוד מהסדרים בערכאה הדיונית על מדיניות ענישה, עדיין לא ניתן להתעלם מהם.

26. בין הנסיבות הקשורות **בביצוע העבירה** יש להביא בחשבון שהחקירה נפתחה בעקבות מידע מודיעיני והתבססה גם על הפללה שלא הובילה לאישום בשימוש בסם מסוכן. בנסיבות אלו החשד שנוצר בעניינו של הנאשם, להבדיל ממקרים של תפיסה בנסיבות מחשידות, היה מוגבל. לצד זאת, לא נמצאו תימוכין להסבר שמסר לסירובו והוא הצטרף להתנהגותו הכללית בחקירה שלא תרמה לקידומה.

27. כפועל יוצא מכל האמור, ניתן כעת להעמיד את מתחם הענישה בגין העבירה שיוחסה לנאשם בנסיבותיה בין עונש מאסר מותנה לצד רכיב של קנס ועד 35 ימי מאסר לריצוי בפועל. כך, שהאפשרות להימנע מהטלת עונש מאסר לריצוי בפועל, כפי שעתרה לה ההגנה, נמצאת בתוך מתחם הענישה וניתן לבחור בה תוך יצירת איזון מתאים באמצעות הטלה של רכיב ענישה כלכלי מבלי שיש צורך לסטות ממתחם הענישה מפאת שיקולים של שיקום.

28. לצורך קביעת העונש המתאים לנאשם בתוך מתחם העונש ההולם, יש להתחשב בנסיבות אשר **אינן קשורות לביצוע העבירה (סעיף 40א לחוק העונשין)**. הנאשם השלים שירות צבאי תקין בצורה שעוררה הערכה מצד מפקדיו. בעוד כתב האישום בעניינו הוגש בחלוף כחצי שנה מאז מועד ביצוע העבירה, ההליכים בעניינו נמשכו כשנה וחצי. מבלי להכריע אשר לאחריות להתמשכות ההליכים האמורה, שימש פרק זמן זה של קרוב לשנתיים עבור הנאשם כתקופת מבחן במהלכה לא הסתבך בביצוע עבירה נוספת, השלים באופן תקין את שירותו הצבאי, השתחרר מן השירות והחל בדרכו האזרחית תוך השתלבות בעולם העבודה. בשלב זה יש להביא בחשבון את הפגיעה הצפויה בחייו, כפי שזו תוארה על ידו, נוכח החשש לפיטוריו והקושי להתמודד עם המצב הכלכלי המשפחתי.

29. לצד כל אלה יש לבחון את עברו הקודם של הנאשם, כולל העונש המותנה בר ההפעלה התלוי ועומד כנגדו. בעניין זה נעוץ שורש המחלוקת בין הצדדים אשר לעונש הראוי לנאשם.

30. העונש המותנה המוטל על נאשם צופה פני עתיד וביסודו התפיסה, כי ניתנת לנאשם הזדמנות לשפר דרכיו ולהימנע מתקופת מאסר מסויימת המותנית באי ביצוע העבירה במהלכה (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).

31. ההגנה הלינה על כך, שעונש המאסר על תנאי שהוטל הנאשם בגזר הדין הקודם הינו כוללני ומחמיר עמו –

32. "במסגרת שיקול הדעת המסור לו בבואו לגזור עונש מאסר על תנאי, על בית המשפט להנחות עצמו כי ראוי להימנע מהטלת מאסר מותנה שתוצאתו תהיה קשה עד כדי היותה בלתי מידתית הן ביחס לעבירה הראשונה והן ביחס לעבירה הנוספת. מצב כזה עלול להיווצר כאשר אדם שנכשל בעבירה נוספת קלה יחסית, יצטרך לשאת בעונש מאסר חמור שהוטל עליו בגין הרשעה קודמת..." (ענין ריזי בע' 12, לעניין חוסר הנוחות כתוצאה מהפעלת מאסר מותנה ממושך ראו גם בעניין ח' בס' 10).

33. בעניין ח', אליו הפנתה ההגנה, עמד נגד הנאשם בעבירת שהייה בלתי חוקית עונש מאסר מותנה בן 10 חודשים, שחל בין היתר על עבירה זו. באותו מקרה נקבע, כי מתחם הענישה ההולם לעבירה של שהייה בלתי חוקית נע בין עונש מאסר על תנאי ל-5 חודשי מאסר לריצוי בפועל, אשר יכללו את עונש המאסר בפועל לצד עונש המאסר המותנה. בנסיבות אלו, מצא בית המשפט העליון קושי בהפעלת המאסר המותנה למשך 10 חודשים. לפיכך, החליט בית המשפט העליון להאריך את התנאי נוכח חוסר ההלימה הניכר בין העונש שיושת על הנאשם אם יופעל התנאי למדיניות הענישה הנהוגה. הוסבר, שבאותו מקרה נעשתה הטלת התנאי באופן כוללני ביחס למספר עבירות שמידת חומרתן שונה, כאשר חל שינוי במתחם העונש שעמד לנגד עיני בית המשפט בעת הטלת העונש המותנה לעומת המתחם בשלב בו נדרשה הפעלתו. בית המשפט הוסיף, שכיוון שהארכת תקופת המאסר המותנה מחייבת הימנעות מהטלת עונש מאסר, נדרש שמתחם העונש ההולם לא יכלול עונש מאסר ואם כולל הוא מאסר אזי נדרש לחרוג ממנו לקולה בנסיבות המצדיקות זאת.

34. במקרה שלפנינו, אמנם הוטל על הנאשם עונש מותנה כוללני המתייחס למספר עבירות, ביניהן העבירה שעניינה סירוב להיבדק, ועונש זה ממושך ומחמיר יותר ממתחם הענישה ההולם לעבירה זו, אולם לא ניתן לומר שיש בו חוסר הלימה ניכר או שתוצאת הפעלתו קשה או בלתי מידתית לעומת העבירה הראשונה או העבירה הנוספת.

35. למרות זאת, בנסיבותיו של הנאשם מתוך התחשבות באותן נסיבות שאינן קשורות בביצוע העבירה, בדרך החיובית בה צעד לעבר השלמת שירותו הצבאי

באופן תקין ומשביע רצון, יציאתו לחיים האזרחיים והשתלבותו בהם, נראה, כי ניתן לנקוט בעניינו בדרך בית הלל ולהימנע מהפעלת התנאי, כאשר האפשרות להטיל עונש מאסר מותנה קיימת ונמצאת בגבולות המתחם שנקבע.

36. בשולי הדברים אעיר, כי נוכח החלטתי להימנע מהטלת עונש מאסר לריצוי בפועל או להפעיל את עונש המאסר המותנה, לא נדרשתי לדון בבקשת ההגנה לשלוח את הנאשם לקבל תסקיר מבחן, אך ממילא הדברים כבר נבחנו לא אחת בפסיקת בתי הדין הצבאיים (וסוכמו בהרחבה בהחלטת כבוד הנשיאה בתיק דר (מחוזי) 337/17 התוב"ץ נ' סמל א').

### סוף דבר

37. לאחר ששקלתי את מכלול השיקולים שהוצגו לפניי, מצאתי שחל שינוי במתחם הענישה ההולם לעבירה בה הורשע הנאשם, שעניינה סירוב להיבדק לשם גילוי שימוש בסמים מסוכנים. מצאתי ששינוי זה הזיז את תחילתו של המתחם להטלת עונש מאסר מותנה.

38. לא מצאתי להפעיל בעניינו של הנאשם את עונש המאסר המותנה התלוי ועומד מעל ראשו, כיוון שמדובר בעונש ממושך יחסית למתחם הענישה ההולם, בהתחשב בנסיבותיו של הנאשם, השיקום שעבר במהלך השירות ויציאתו לדרך אזרחית. החלטתי שהארכת תקופת התנאי למשך שנתיים נוספות תמשיך ותעמיד את התנאי מעל ראשו למקרה שלא ינצל שוב את ההזדמנות שניתנה לו. לצד זאת, יאוזן העונש באמצעות הטלת רכיב עונשי של קנס משמעותי, אך לא יתר על המידה בהתחשב במצבו הכלכלי.

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

א. הארכה של עונש המאסר המותנה מתיק מטכ"ל (מחוזי) 1055/15, בן שבעים (70) ימי מאסר, בהתאם לפרטי התנאי שנקבעו באותו גזר דין, למשך שנתיים נוספות מהיום.

ב. קנס בסך אלף וחמש מאות (1,500) ש"ח, אשר ישולם בחמישה (5) תשלומים חודשיים החל מיום 1.6.2018. לא ישולם הקנס, ייאסר הנאשם למשך חמישה עשר (15) ימים.

• זכות ערעור כחוק.

- ניתנה והודעה היום, 30.4.2018, ט"ו באייר התשע"ח, בפומבי ובנוכחות הנאשם והצדדים.

---

שופטת