



בבית הדין הצבאי לערעורים

בפני :

אלוף דורון פיילס - הנשיא
 תא"ל אורלי מרקמן - המשנה לנשיא
 אל"ם מאיה הלר - שופטת

בעניין :

התובע הצבאי הראשי – המערער (ע"י ב"כ, רס"ן מתן פורשט ; סרן שגב רום)

נגד

ח/XXX רב"ט ר' ר' – המשיב (ע"י ב"כ, אל"ם רן כהן ; סרן ליאור עייש)

ערעור על פסק דין של בית הדין הצבאי המחוזי במחוז שיפוטי העורף שניתן בתיק עורף (מחוזי) 27/16 (סא"ל מאיר ויגיסר – שופט) ביום 6.9.2017. הערעור (קולת העונש) התקבל.

פסק-דין

רקע

1. כנגד רב"ט ר' ר', **המשיב**, הוגש ביום 7.4.2016, כתב אישום אשר ייחס לו שתי עבירות שעניינן, האחת, שימוש בסם מסוכן והשנייה – החזקתו, לפי סעיף 7(א) ו-7(ג) סיפא לפקודת הסמים המסוכנים [נוסח חדש], התשל"ג-1973. ביום 15.1.2017, נוכח בקשה משותפת של הצדדים, לאחר שנחתם ביניהם "הסדר הקפאה", הועבר התיק למסלול של ישיבות תזכורת, לשם מעקב אחר עמידתו של המשיב בתנאי ההסדר (מתן דגימות שתן מדי חודש, על-מנת לוודא כי לא שב לסורו). ההליכים חודשו בחודש מאי השנה, לאחר שהתביעה טענה, כי המשיב לא עמד בתנאי ההסדר (מסר דגימת שתן שהכילה תוצרי חילוף חומרים של סם מסוכן מסוג קנאביס, בריכוז המצביע על מעשה שימוש אקטיבי בסם), וביום 8.6.2017, באישור בית הדין הצבאי

- המחוזי, תוקן כתב האישום והוסף פרט אישום שעניינו מעשה שימוש בסם מסוכן, עובר ליום 30.4.2017, כך שבסך הכל יוחסו למשיב שלושה פרטי אישום.
2. המשיב כפר בכל העבירות שיוחסו לו בכתב האישום המתוקן וביום 2.8.2017, לאחר שנקבע כי העובדות המנויות בכתב האישום הוכחו כדבעי, הורשע בביצוע **שתי** עבירות של שימוש בסם מסוכן. בית הדין המחוזי קבע, בנוגע לעבירות של שימוש בסם והחזקתו, שיוחסו למשיב בכתב האישום המקורי, כי מאחר שבוצעו על-ידיו באותו המועד, וכי למעשה, עבירת ההחזקה בסם מתייחסת לכמות קטנה של סם שנותרה לאחר מעשה השימוש בו – לא יורשע המשיב בעבירה נפרדת של החזקת הסם המסוכן, אך העובדות שפורטו בה, והוכחו, יכללו בפרט האישום שעניינו מעשה השימוש בסם באותו המועד. בהתאם, נקבע, כי ביום 14.10.2015 בחצר בית-ספר ובצוותא עם חייל אחר, השתמש המשיב בסם מסוכן מסוג קנאביס וכי בסמוך לאחר מכן, נמצא מחזיק סם מסוג קנאביס במשקל 0.83 גרם, בצוותא עם אותו חייל. כמו כן, נקבע, כי המשיב צרך מן הסם האמור, עובר ליום 30.4.2017.
3. ביום 6.9.2017 גזר בית הדין המחוזי את דינו של המשיב והשית עליו 45 ימי מאסר בפועל, בעבודה צבאית, לצד מאסר מותנה. נקבע, כי המשיב יישא את עונשו החל מיום 18.12.2017.
4. התביעה הצבאית לא השלימה עם גזר הדין ומכאן הערעור שלפנינו. ערעור התביעה מופנה כנגד קולת עונש המאסר וכנגד הימנעותו של בית הדין קמא מלהוריד את המשיב לדרגת טוראי.

גזר הדין

5. תחילה, נקבע, כי יש להתייחס אל כל אחד מן המקרים, שבהם הורשע המשיב **כאירוע נפרד**. בואר, כי "הטעם לכך, הוא פער הזמנים ביניהם והעובדה שבין שני המקרים מפריד הליך, שהביא להגשת כתב אישום בגין המקרה הראשון".
6. אשר למתחם העונש ההולם בנוגע **לאירוע הראשון**, בית הדין נתן דעתו לפגיעה הניבטת משימוש בסם על-ידי חיילי צה"ל "בערך החברתי של שמירה על צבא ערכי, מקצועי וממושמע, שחייליו מצויים במלוא חושיהם" ולמדיניות הענישה הנוהגת, הקובעת כי יש להשית עונשי מאסר על מי ששתמש בסם או מחזיק בו במהלך שירותו הצבאי.
7. בצד זאת נקבע, כי לשינוי שחל במדיניות האכיפה של הפרקליטות הצבאית בעבירות סמים, קיימת השפעה על קביעת המתחם. הוטעם, כי "מדיניות הענישה הנהוגה – מדיניות השלובה והמושפעת... ממדיניות האכיפה – השתנתה ואינה עוד

כבעבר". בית הדין אף הפנה אל סימן א'1 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982, הדין בעריכת "הסדר מותנה" ובפרט, אל סעיף 67ז(ג)(2) לחוק סדר הדין הפלילי, הקובע כי יראו הגשה של כתב אישום על עבירה שהחשוד התחייב במסגרת ההסדר להימנע ממנה, כהפרה של ההתחייבות, וכי "במקרה זה יהיה התובע רשאי להעמיד את החשוד לדין גם בגין העבירה נושא ההסדר". הוטעם, כי על-פי הוראת סעיף 67ז(ה) לחוק והנחיית היועץ המשפטי לממשלה 4.3042 התשע"ג, 2013 – כשנעברה עבירה, המהווה הפרה של הסדר מותנה, "לא יבקש התובע להטיל עליו עונש של מאסר בפועל [בגין העבירה נושא ההסדר] אלא אם כן הובא לידיעת התובע מידע חדש". צוין, כי הגם ש"ההוראה המנחה את התובע שלא לבקש עונש מאסר בפועל במקרה של הפרת ההסדר, המצויה בהנחיית היועמ"ש לממשלה, אינה מופיעה בהנחיית התצ"ר... הרעיון המנחה... המורה את התובע שלא לבקש החמרה משמעותית בענישה במקרה בו מפר הנאשם או החשוד את ההסדר המותנה, יכול לסייע גם בענייננו" (הדגשות במקור). נקבע, כי "הגמול המידי להפרת ההסדר המותנה – באופן של ביצוע עבירה דומה לעבירה נושא ההסדר – יינתן בהעמדתו של הנאשם לדין, על המשמעויות הנגזרות מכך, בהיבט של הרישום הפלילי, ובהיבט של קביעת ענישה הולמת" (הדגשות במקור).

8. ברוח זו, ולאחר שנקבע, כי באירוע הראשון, נטל המשיב, באופן ספונטאני, שאיפה או שתיים מסיגריה שהכילה סם והוכנה לשימוש על-ידי אחר; בשים-לב לעונש שנגזר על חברו של המשיב, אשר, לאחר שפוטר משירות צבאי, הורשע, על-פי הודאתו, במעשה השימוש בסם בצוותא עם המשיב, ונדון למאסר מותנה ולקנס (מטכ"ל (מחוזי) 305/16 התובע הצבאי נ' טור' כהן (2016)) – קבע בית הדין קמא את מתחם העונש ההולם "בין מאסר מותנה וקנס בלבד לבין חודש וחצי מאסר בפועל, אשר אפשר כי ירוצה בדרך של עבודה צבאית" (הדגשות אינן במקור).

9. אשר לאירוע השני, נקבע כי מתחם העונש ההולם צריך לשקף את העובדה כי "ההליך הפלילי בענייננו... לא השיג את מטרותיו השיקומיות וההרתעתיות". עם זאת, ציין בית הדין, "כי גם כאן אין הכרח שספו התחתון של העונש יחייב כליאה ממשית... ניתן להסתפק בעונש מאסר שירוצה בעבודה צבאית". בהקשר זה, הפנה בית הדין אל הצעותיה של הוועדה הציבורית לבחינת מדיניות הענישה והטיפול בעבריינים (ועדת דורנר) ולהחלטת הממשלה בעניין (החלטה 1840 מיום 11.8.2016). נקבע, כי נוכח האמור, ניתן להעמיד "את המתחם בין 15 ל-45 ימי מאסר בפועל... וניתן להסתפק בעונש שספו התחתון הוא מאסר בדרך של עבודה צבאית" (הדגשות אינן במקור).

10. אשר לקביעת העונש **בתוככי המתחם**, התחשב בית הדין קמא בחלוף הזמן בין האירוע הראשון ועד למועד הגשת כתב האישום ובנושנות העבירה; בהישנות העבירה, חרף קיומו של הליך משפטי בעבירה דומה; בתקופת שהותו של המשיב במעצר פתוח (כשלושה חודשים); בשירותו הצבאי התורם; במועד שחרורו הקרב (16.12.2017); ובנסיבותיו האישיות, לרבות מחלתה של אמו והסיוע שמושיט לה המשיב. בסופו של יום, השית בית הדין קמא על המשיב, 15 ימי מאסר בפועל בגין האירוע הראשון ו-30 ימי מאסר בפועל, בגין האירוע השני. נקבע כי אלה יצטברו זה לזה וירוצו בדרך של עבודה צבאית. עוד נקבע, כי המשיב יישא בעונשו לאחר מועד שחרורו מן הצבא, החל מיום 18.12.2017, וכפועל יוצא מכך, ירצה את עונש המאסר בעבודה צבאית, בהתאם להמלצת הממונה על עבודה צבאית, בתנאי "יחידה פתוחה".

11. בית הדין לא דן בעתירת התביעה להוריד את המשיב בדרגה.

ערעור התביעה

12. במרכזו של ערעור התביעה מצויה עתירתה, להתערב בקולת עונש המאסר בפועל, הן בנוגע למידתו והן ביחס לאופן ריצויו. תחילה נטען, כי בית הדין העניק פרשנות שגויה לשינוי במדיניות האכיפה בנוגע לעבירות סמים ובהתאם, טעה במסקנותיו לגבי מדיניות הענישה הנהוגה.

13. נטען גם, כי בית הדין קמא טעה בהשוואה שערך בין האופן שבו נוהגים במקרה של הפרת הסדר מותנה, במערכת האכיפה האזרחית, לבין האופן שבו יש לנהוג במקרה של הפרת הסדר הקפאה, במערכת האכיפה בצה"ל. התביעה הבהירה, כי בכוונת מכוון, לא אומצה ההנחיה בנוגע להסדר מותנה שהופר ולפיה, ככלל, לא תעתור התביעה הכללית למאסר בפועל בגין העבירה המקורית, להנחיות התביעה הצבאית הראשית בכל הנוגע לעתירה לעונש, בשל הסדר הקפאה שהופר.

14. לדידה של התביעה הצבאית, אף אם קיימת השפעה של השינוי במדיניות האכיפה בנוגע לעבירות סמים בצה"ל על מדיניות הענישה בעבירות סמים "קלות", אין השינוי צריך להשפיע במקרה של הפרת הסדר מותנה. במקרה זה, מטעמים של הלימה ואף לנוכח מאפייניה הייחודיים של המסגרת הצבאית, מתבקשת ענישה מכבידה דווקא, בדרך של כליאה ממשית ולתקופה משמעותית. נטען, כי ענישה מקלה במקרים של הפרת הסדר הקפאה, מחטיאה את המסר הנדרש ואף עלולה "לרוקן מתוכן את מוסד ההסדרים המותנים".

15. אשר למידתם של העונשים בגין שני האירועים, סבורה התביעה, כי לא ניתן משקל הולם לעובדה, כי המשיב לא נטל אחריות למעשיו ולא הביע כל חרטה בגינם. נטען על-ידי התביעה, כי, למעשה, המשיב לא הראה כל פוטנציאל לשיקום וכי הדברים אמורים ביתר שאת, ביחס לאירוע המאוחר, אשר מצביע על שימוש חוזר בסמים, בעיצומו של השירות הצבאי, חרף קיומו של הליך משפטי, תלוי ועומד, בעבירה דומה ובניגוד להסדר ההקפאה, שאליו התחייב המשיב. נטען, כי נסיבות אלה מחדדות את צורכי ההרתעה הכללית והאישית, המתקיימים במקרה דנן.

16. לבסוף, עתרה התביעה להורות על הורדתו של המשיב בדרגה, בהתאם למדיניות הענישה המקובלת, ומטעמים של הלימה והרתעה.

תשובת ההגנה

17. בפתח הדברים, שבה ההגנה על קביעתו של בית הדין קמא הנכבד, שלפיה, חל שינוי במדיניות הענישה בעבירות סמים בצבא, בעקבות השינוי במדיניות האכיפה וההעמדה לדין. נטען, כי שינוי זה ראוי שישפיע על מתחם העונש ההולם, הן בנוגע לאירוע הראשון והן בנוגע לאירוע השני.

18. כמו כן, נטען, כי בעקבות דו"ח ועדת דורנר, כמפורט לעיל, יש להעדיף הטלת עונשי מאסר בדרך של עבודה צבאית על פני מאסר בכליאה ממשית, וכי עמדה זו הולמת אף את גילם הצעיר של החיילים, הנשפטים, על-פי רוב, בבתי הדין הצבאיים. ההגנה הפנתה אל דבריו של המשנה לנשיאה, השופט א' רובינשטיין, (בג"ץ 1892/14 האגודה לזכויות האדם בישראל נ' השר לביטחון פנים (טרם פורסם, 13.6.2017)), אשר צידד במסקנותיה של ועדת דורנר, שלפיהן "יש לפעול לצמצום השימוש במאסרים במקרים בהם המאסר אינו הכרחי להגבלת יכולת של העבריינים שהמסוכנות שלהם לחברה גבוהה, והרחבת השימוש בעונשים זולים יותר ויעילים יותר העומדים בעיקרון ההלימה".

19. לדידה של ההגנה, המענה ההולם להפרתו של הסדר ההקפאה, מצוי בעצם העמדתו של המשיב לדין בעבירה, אשר בבסיסו של ההסדר וההרשעה בכתב האישום המקורי. נטען, כי אין בהחמרה נוספת, במסגרת הענישה, כדי לשרת תכליות של הלימה או הרתעה.

20. אשר למידתם של העונשים בתוככי מתחמי העונש שנקבעו בעניינו של המשיב, נטען, כי נסיבותיו האישיות המורכבות, שירותו הצבאי התקין, היותו על סף סיומו ושהותו הממושכת של המשיב במעצר פתוח ביחידה – כל אלה, ראוי כי יטו את הכף לעבר המסקנה, כי אין להתערב בעונש שהושת עליו.

21. ההגנה הותירה לשיקול דעת בית הדין את עתירת התביעה להורות על פגיעה בדרגתו של המשיב.

דיון והכרעה

ריבוי אירועים

22. בפתח חלק זה של הדיון, יש להבהיר, כי בנסיבות העניין, מהווה כל אחת מן העבירות שבהן הורשע המשיב אירוע נפרד. לפנינו שתי עבירות זהות, הכוללות, כל אחת בנפרד, מעשה של שימוש בסם מסוכן מסוג קנאביס. חלוף הזמן בין שני המקרים ובעיקר – השתלשלות העניינים במהלכו, החל משלב העמדתו לדין של המשיב, דרך שילובו בהסדר הקפאה ועד להפרתו – הם שמפרידים ביניהם. יישומו של מבחן "הקשר ההדוק", אשר אומץ בהלכה הפסוקה, הבודק, בין היתר, את הקשר בין המעשים, רצף ההתנהגות, סמיכות זמנים בין המעשים והשאלה האם הם חלק מאותה תכנית עבריינית (ראו: ע"פ 5668/13 מזרחי נ' מדינת ישראל (טרם פורסם, 17.3.2016); ע"פ 4910/13 בני ג'אבר נ' מדינת ישראל (טרם פורסם, 29.10.2014); דנ"פ 2999/16 מזרחי נ' מדינת ישראל (טרם פורסם, 22.5.2016); ע"פ 2519/14 אבו קיעאן נ' מדינת ישראל (טרם פורסם, 29.12.2014)) – מוביל למסקנה ברורה, שלפיה עסקינן בשני אירועים נפרדים, ואין בזהות העבירות במקרה דנן כדי לשנות ממסקנה זו.

שאלה נפרדת, אשר ראוי כי תיבחן בהמשך, עניינה באופן נשיאת העונשים בגין שני האירועים והיחס ביניהם.

האירוע הראשון

23. ניגש, אפוא, לבחון מהו מתחם העונש ההולם את האירוע הראשון.

על הערך החברתי שנפגע

24. נקודת המוצא היא, מימים ימימה, כי טיבה ואופייה של המסגרת הצבאית, צורכי הביטחון, הדרישה למוכנות והיבטי המשמעת הכרוכים בהם, מחייבים להרחיק את נגע הסמים מבין שורות הצבא. המערכת הצבאית אינה יכולה להתפשר במלחמתה בנושא וחייבת לנקוט אמצעי אכיפה נמרצים לשם הרתעה מפני שימוש בסם ביחידה ואף מחוצה לה. יפים לכאן הדברים הבאים:

"למותר הוא להדגיש את הצורך להילחם בנגע הסמים. כך הוא במגזר האזרחי, ועל אחת כמה וכמה בצבא. שימוש בסם על ידי חיילים לא יכול להתישב עם שרות בצבא, והדברים ידועים וברורים. שימוש

בסם על ידי חייל בנסיבות אזרחיות, הינו אך כפסע לשימוש בסם על ידי אותו חייל גם במסגרת השרות עצמו. ולא זו אף זו, אלא שגם חייל שהשתמש בסם בנסיבות אזרחיות עלול להקרא ליחידתו, או לשוב אליה בתום החופשה, בהיותו עדיין תחת השפעת הסם... אפיוניה המיוחדים של המערכת הצבאית לעומת המערכת האזרחית הם שמביאים לחוסר שוויון רלבנטי ביניהן, והם שמצדיקים שיקולים שונים והתייחסות שונה בכל הנוגע למלחמה בנגע הסמים בצבא, אף כשמדובר בשימוש ואחזקה בסמים 'קלים' (בג"צ 5000/95 טור' ברטלה נ' הפרקליט הצבאי הראשי, פ"ד מט(5) 64, עמ' 72-73 (1995)).

באותו עניין בואר גם, כי :

"לצבא עניין מיוחד בהרתעת חיילים מלהשתמש בסמים מסוכנים, גם כאשר אלה 'קלים' יחסית. להבדיל מן המסגרת האזרחית, בה אפשר שהשימוש בסמים 'קלים' אינו גורם נזק משמעותי לציבור - למעט במקום שהמשתמש ממלא תפקיד חיוני - הינה במסגרת הצבאית, הנזק הטמון בכך הינו רב וקשה; ולא בכדי מצדיק העניין הצבאי ענישה חמורה ומרתיעה, גם כשהמדובר בשימוש בסמים 'קלים' כאמור... השימוש בסמים מסוכנים - ו'קלים' ביניהם - הינו בבחינת חיידק מדבק ומתפתח; ואוי לה ליחידה הצבאית שהחיידק מקנן בתוכה" (מתוך דבריו של השופט קדמי, שם; ראו גם: ע"מ/52/08 טור' פרג'ון נ' התובע הצבאי הראשי (2008); ע"מ/22/00 טור' אולמן נ' התובע הצבאי הראשי (2000)).

25. בהתאם נקבע, לאורך שנים, כי ככלל, ראוי להטיל על החיילים העושים שימוש בסמים, גם אם מחוץ למסגרת הפעילות הצבאית, עונשי מאסר לריצוי בפועל. הוטעם, כי "שימוש בסמים על ידי חיילים מכרסם בחוסנו של הצבא ובכשירותו ושומה להרתיעם מכך בדרך של ענישה משמעותית" (ע/40/11 רב"ט ימיני נ' התובע הצבאי הראשי (2011); וראו גם: ע/80/12 התובע הצבאי הראשי נ' סמ"ר גטהון (2012); ע/68/08 התובע הצבאי הראשי נ' טור' קרמניסקי (2008)).

השינוי במדיניות האכיפה בעבירות סמים והשלכותיו

26. נשאלת השאלה, האם יש בשינוי במדיניות התביעה הצבאית, בכל הנוגע לאכיפה במקרים של שימוש בסמים "קלים", בנסיבות אזרחיות, כדי להשפיע על היקפם ועל מעמדם של שיקולי הענישה, כמפורט לעיל ועל מדיניות הענישה, שנקבעה

בעקבותיהם. לאחרונה, בע"מ/58/17 יפ"מ נ' התובע הצבאי הראשי (2017), פירט בית דין זה, בכל הנוגע לשינוי במדיניות התביעה הצבאית, את הדברים הבאים:

"בשלהי שנת 2016 הודיע הפרקליט הצבאי הראשי, כי 'לאחר עבודת מטה יסודית ומקיפה הוחלט לערוך מספר שינויים במדיניות אכיפת החוק בצה"ל ביחס לעבירות מסוימות, שתכליתם: ... יצירת מנגנון המאפשר לחיילים שמעוניינים בכך לחזור לדרך הישר, לשקם עצמם ולהשלים שירות צבאי תקין ותורם, צמצום מספר הכלואים, צמצום הנשר בשירות והגדלת מספר החיילים שישלימו שירות צבאי תקין ללא רישום פלילי אשר יקשה עליהם בהמשך דרכם" (הדגשות אינן במקור, מתוך איגרת הפרקליט הצבאי הראשי למפקדים בצה"ל, 20.12.2016).

27. בהתאם, בחודש ינואר השנה, הוספה להנחיות התביעה הצבאית הראשית הנחיה 3.07, שכותרתה "הסדרים מותנים והסדרי הקפאה". על-פי ההנחיה:

"ברוח תיקון 66 לחסד"פ, גורמי התביעה הצבאית רשאים לערוך הסדרים מותנים... נקודת המוצא שבבסיס ההסדר היא הצורך 'להעשיר את ארגון הכלים העומד לרשות התביעה עת היא בוחנת את האינטרס הציבורי שבהעמדת אדם לדין אל מול שיקומו והשבתו אל החברה'... ההסדר המותנה יעמיד בידי התביעה כלי אכיפה מידתי אשר יאפשר הלימה טובה יותר, במקרים המתאימים, בין חומרת העבירה וכלל נסיבותיה, לבין התגובה החברתית הננקטת כלפי העבריין... ההסדר המותנה ייתן הזדמנות נוספת לחשודים המתאימים ויאפשר במקרים ההולמים, הטלת סנקציה מתאימה ללא ניהול הליך בבית דין צבאי, על כל המשמעויות הנלוות לכך ובכלל זה הכתם של הרשעה פלילית. הדברים מקבלים משנה תוקף כאשר מדובר בחיילי צה"ל, אשר על הפגיעה בהם – לרבות בדרך של נקיטת אמצעי אכיפה כלפיהם – להיות אך במידה הנדרשת 'ממהותו ואופיו של השירות' זאת, בהתחשב בכך שהכלי של 'הסדר מותנה' הוחל זה מכבר במערכת המשפט האזרחית".

28. אשר לעבירות של שימוש בסם מסוכן, קובעת ההנחיה, כי כאשר עסקינן, 'ככלל, בחשד לארבעה שימושים לכל היותר, ובנסיבות חריגות גם חמישה שימושים, וכאשר הפרקליט סבר כי נסיבות השימוש מצדיקות לעתור למעצרו הפתוח של החשוד, לכל היותר, זאת, כאשר מדובר בסם מסוכן מסוג קנאביס (מריחואנה או חשיש) או בקנבינואיד סינתטי המנוי בפקס"ס... ניתן לערוך עם הנאשם 'הסדר מותנה'". בואר, כי "הסדר מותנה הוא הסכם בין התביעה לבין

החשוד לפיו החשוד מודה בביצוע העובדות המהוות עבירה, ואשר בגינן נחקר, ומתחייב לקיים את התנאים שפורטו בהסדר". זאת, "כנגד התחייבות התובע לסגור את התיק שנפתח כנגד החשוד", או "התחייבות התביעה להשהות את הטיפול בכתב אישום שכבר הוגש נגד נאשם, וכן לבטל את כתב האישום ולסגור את תיק החקירה נגדו, אם יקיים את כלל התנאים".

29. בעניין **יפמינקו** לעיל, נדונה השאלה האם התמורות במדיניות התביעה, כמפורט לעיל, משפיעות על היקפן של **עילות המעצר הייחודיות בצבא** בעבירות סמים ועל **האפשרות לנקוט חלופה מתאימה להן** - "האם מדיניות התביעה החדשה, אשר נועדה להעדיף, בנסיבות מסוימות, את הזכות לחירות אישית של החייל ואת אינטרס השיקום בעניינו, על פני אינטרס הציבור באכיפה נמרצת של החוק והשלטת כללי משמעת נוקשים בצבא - מחייבת חשיבה נוספת ובחינה חדשה של הלכות המעצר המקובלות; ואילו השלכות עשויות להיות לה" (עניין **יפמינקו** לעיל, פסקה 40). באותו מקרה, נפסק, כי:

"התוצאה הכוללת, הלכה למעשה, פערה פער רחב מדי, בין אלה שהיקף מעשיהם מצוי בקירוב לרף התחתון שנבחר, לבין אלה שבאו בגדרם של התנאים להסדר מותנה. בפועל, ראיות המצביעות על כישלון חד פעמי ואף דו פעמי, יובילו ככלל להסדר הקפאה, מבלי שהחייל יועמד לדין. ראיות המצביעות על שלושה עד ארבעה מעשי שימוש בסם מסוג קנאביס, בנסיבות אזרחיות, יובילו, ככלל, להסדר המותנה, אשר משמעותו שחרור מוחלט ממעצר ובסופו של הליך, בכפוף לעמידה בתנאי ההסדר - ביטול כתב האישום. לעומת זאת, ככלל, כל מה שמצוי מעבר לרף זה, יוביל, בהתאם למדיניות התביעה ועל-פי ההלכה הקיימת, למעצר ממשי ובסופו של הליך, ככל שהוכחה אשמתו של החייל, להרשעתו בעבירה פלילית ולהטלת עונשי מאסר, לצד עונשים אפשריים נוספים, כגון פגיעה בדרגה ופסילת רישיונות נהיגה. כאמור, אין חולק כי האינטרס הציבורי למגר את נגע הסמים מבין שורות הצבא מחייב להכביד במישור אכיפת הדין, על דרך של ההעמדה לדין פלילי ובמישור הענישה... ברם, לא ניתן להתעלם ממיקומו השונה של הרף שהוצב בעקבות מדיניות התביעה החדשה, כמפורט לעיל, ומטעמים של שוויון ומידתיות מן הראוי להוסיף מדרגה חדשה, אשר יהיה בה כדי למתן את הפערים" (שם, פסקאות 46-47).

30. דברים אלה נקבעו אגב דיון בסוגיה נפרדת, העוסקת בשאלת היקפן של עילות המעצר הייחודיות בצבא ובאפשרות להלוס אותן בחלופת מעצר. עם זאת, טעמים של שוויון ומידתיות עשויים להשפיע אף על סוגיית העונש. מכל מקום, יש לבחון כל

מקרה לגופו ועל מתחם העונש ההולם ליטול בחשבון את הנסיבות הקונקרטיות של המעשה ואת מידת הפגיעה בערכים החברתיים הכרוכה בו.

מן הכלל אל הפרט – מתחם העונש ההולם

31. עולה מן המקובץ, כי בהתאם להלכה רבת שנים, ככלל, מי שהסתבך בעבירות של שימוש בסמים במהלך שירותו הצבאי, ראוי לעונש מאסר בכליאה ממש. עונש זה הולם את הפגיעה במוכנות ובמשמעת הצבאית, הכרוכה במעשים והוא משרת אף את אינטרס הציבור להרתיע ולשרש את נגע הסמים מבין שורות הצבא (ראו עניין **קרמינסקי** לעיל). בד בבד, יש לבחון את נסיבותיו הקונקרטיות של כל מקרה וכבר נמצא, כי במקרים חריגים, ניתן להלום את מידת האשם והפגיעה בערך החברתי, באמצעות עונשי מאסר קצרים ואף באמצעות עונשי מאסר בפועל בדרך של עבודה צבאית (ראו: ע/109/11 **התובע הצבאי הראשי נ' סמ"ר סינמנס** (2011); ע/88/14 **טור' קסוקר נ' התובע הצבאי הראשי** (2014)).

32. כאמור, בהתאם להכרעת הדין של בית הדין קמא, הוכח, כי ביום 14.10.2015, **בחצר בית-ספר ובצוותא עם חייל** אחר, השתמש המשיב בסם מסוכן מסוג קנאביס ובסמוך לאחר מכן, נמצא מחזיק סם מסוג קנאביס במשקל 0.83 גרם, בצוותא עם אותו חייל (על החומרה הכרוכה בשימוש בסם או בהחזקתו "בתוך כותלי בית ספר או בחצריו", ראו סעיף 7(ד) לפקודת הסמים המסוכנים). נקבע גם, כי המשיב נטל באותו מקרה, **באופן ספונטאני, שאיפה או שתיים** מסיגריה שהכילה סם **והוכנה לשימוש על-ידי חברו** החייל. חברו של המשיב, כאמור, הורשע, על-פי הודאתו, במעשה השימוש בסם בצוותא עם המשיב, ונדון, לאחר שפוטר משירות צבאי, למאסר מותנה וקנס.

33. באיזון בין הנסיבות לחומרה לבין הנסיבות לקולה, בראי היקף הפגיעה באינטרס החברתי, כמבואר לעיל ומדיניות הענישה; בהתחשב בעונש שהוטל על חברו של המשיב, בהתאם לעיקרון אחידות הענישה (ליישום עיקרון אחידות הענישה "במעגל הראשון", ביחס למעורבים באותה פרשה ראו: ע"פ 5195/11 **קריניאן נ' מדינת ישראל**, בפסקה 5 (טרם פורסם, 28.3.2012); בש"פ 7148/12 **כנאנה נ' מדינת ישראל**, בפסקה 10 (טרם פורסם, 14.10.2012) ועניין **אלימלך** לעיל) – מצאנו, כי אין להתערב **במתחם העונש שנקבע** "בין מאסר מותנה וקנס בלבד לבין חודש וחצי מאסר בפועל".

34. עם זאת, מצאנו להעיר, כי ככלל, כבר בעת בחינת מתחם העונש ההולם, ראוי יהיה ליתן משקל אף ליחס בין משכו של עונש מאסר בפועל בכליאה לבין משכו של

עונש מאסר בפועל בעבודה צבאית (על היחס ועל ההבדל האיכותי והכמותי בין עונש מאסר בפועל בעבודה צבאית לעונש מאסר בפועל בכליאה ממשית, ראו: רע"פ 4944/14 **פינקס נ' מדינת ישראל**, פסקה 10 (טרם פורסם, 16.7.2014); רע"פ 483/14 **אמסלם נ' מדינת ישראל** (טרם פורסם, 19.5.2014), ע"פ 5026/12 **פלוני נ' מדינת ישראל** (טרם פורסם, 10.2.2013); ע/ע 62/16 **התובע הצבאי הראשי נ' סמל ברום** (2016); ע/ע 58/17 **טור' חנון נ' התובע הצבאי הראשי** (2017); והשוו גם בין הוראת סעיף 404א(ב)(2) להוראת סעיף 404א(ב)(4) לחוק השיפוט הצבאי, בכל הנוגע לתקופת המאסר בפועל, אשר אינה נושאת 'רישום פלילי מלא', על-פי תיקון 63 לחוק השיפוט הצבאי).

מידת העונש

35. בפתח חלק זה של הדיון יש להעמיד דברים על דיוקם ולהבהיר, כי הגם שהליכי ההסדר המותנה והסדר ההקפאה בצבא, נולדו בעקבות תיקון 66 לחוק סדר הדין הפלילי, אשר כאמור, עיגן את סמכותם של גורמי אכיפת החוק במערכת האזרחית לסגור תיק חקירה בהסדר עם חשוד, מקום שבו "מילוי תנאי ההסדר יענה על העניין לציבור, בנסיבות המקרה" (סעיף 67א(ב) לחוק סדר הדין הפלילי) – עסקינן בהסדרים נפרדים. מקורם הנורמטיבי של ההליכים שונה ותוכנם של ההסדרים מתעצב בהתאם למערכת דומה, אך לא זהה, של ערכים חברתיים ואינטרסים ציבוריים. השוני בא לידי ביטוי כבר במיהותם של המקרים הנכללים בהסדר. בעוד שבערכאה האזרחית נקבע, כי תובע רשאי לסגור תיק בהסדר, כאשר "העונש המתאים לחשוד... **אינו כולל מאסר בפועל**" (הדגשות אינן במקור, סעיף 67א(ד)(1) לחוק סדר הדין הפלילי), רשאי הפרקליט הצבאי לערוך הסדר, אם "סבר כי נסיבות השימוש מצדיקות לעתור למעצרו הפתוח של החשוד" (ראו: הנחיה 3.07 לעיל), ובמקרים שהעונש בגינם, כמפורט לעיל, בהתאם למדיניות הענישה הנוהגת, **עשוי לכלול רכיב של מאסר בפועל**.

36. למאפייניה הייחודיים של המסגרת הצבאית, לנוכח צורכי הביטחון והמוכנות, על היבטי המשמעת הנגזרים מהם – השפעה ישירה על היקפו ויישומו של מנגנון ההסדר המותנה בצבא (ראו והשוו: רע"פ 6091/11 **פלוני נ' התובע הצבאי הראשי** (טרם פורסם, 27.2.2012); וכן ראו עלב"ש/111/17 **טור' עדרי נ' התובע הצבאי הראשי**, פסקה 32 והפסיקה המנויה שם (2017)). בהתאם, **אין מקום להחיל**, במקרים של העמדה לדין לאחר הפרת הסדר מותנה או הסדר הקפאה בצבא, את הוראת סעיף 67ז(ה) לחוק סדר הדין הפלילי, שלפיה "הועמד חשוד לדין לאחר שהוצע לו הסדר או לאחר שנחתם עמו הסדר, **לא יבקש התובע להטיל עליו עונש**

של מאסר בפועל, אלא אם כן הובא לידיעת התובע מידע חדש; בקשה כאמור תהיה באישור של תובע בכיר" (הדגשות אינן במקור, ראו והשוו: סעיפים 47 ו-49 להנחיית התביעה הצבאית הראשית, 3.07 הנ"ל).

37. בעניינו של המשיב, אשר לא נטל אחריות למעשיו ואף הסתבך בעבירה דומה פעם נוספת, לא הוכח פוטנציאל משמעותי לשיקום. ההגנה לא הצביעה על הליך שיקומי מסודר ולפיכך, אין לחרוג לקולה ממתחם העונש ההולם ואף לא ניתן לייחס משקל מכריע לשיקולי השיקום בתוך המתחם. בד בבד, אין להתעלם מעברו הנקי של המשיב.

38. משקל נכבד ראוי ליתן לשירותו הצבאי התורם של המשיב, כעולה מחוות הדעת של מפקדתו, כפי שהובאה לפני בית הדין קמא, בעיקר, נוכח נסיבותיו המשפחתיות המורכבות. בהקשר זה, אף יש ליתן משקל לפרק הזמן שבו שהה המשיב במעצר הפתוח, בתנאי יחידה סגורה.

39. אשר לנושנות המקרה, כידוע, "חלוף הזמן אינו רלבנטי לקביעת מתחם הענישה עצמו אלא אך לקביעת העונש בתוך המתחם הספציפי" (ע"פ 3380/16 **נאמן נ' מדינת ישראל** (טרם פורסם, 14.3.2017)). במקרה דנן, אכן חלפה למעלה מחצי שנה בטרם הוגש כתב האישום ואולם, את פרק הזמן הממושך שחלף מאז יש לזקוף לחובתו של המשיב, אשר כאמור לא נטל אחריות למעשיו ואף הפר את ההסדר המותנה שגובש בעניינו.

40. באיזון בין כלל השיקולים, יש לקבוע כי עונש מאסר בפועל בן חמישה עשר (15) ימים בדרך של עבודה צבאית, לצד עונש של מאסר מותנה ועונש של הורדה בדרגה, כפי שהתבקש על-ידי התביעה, הגם שהוא **מקל** – אינו מהווה שגגה, המחייבת את התערבות ערכאת הערעור.

האירוע המאוחר

מתחם העונש ההולם

41. **שונים** הם פני הדברים בכל הנוגע למתחם העונש ההולם ביחס לאירוע המאוחר. במסגרת בחינת ההיקף של הפגיעה בערכים החברתיים ומשנדרשים אנו לאמוד את הנזק שנגרם כתוצאה מן העבירה, ואף את הנזק הפוטנציאלי הטמון בה – יש ליתן משקל של ממש לעובדה כי המשיב **נכשל בעבירת סמים נוספת, בעיצומו של השירות הצבאי ואף בעת שכתב אישום, בעבירה דומה, תלוי ועומד נגדו**. יפים לכאן הדברים הבאים:

"הזיקה המובהקת בין מעשיו של המערער לבין עולם הסמים המסוכנים, כמו גם העובדה כי נכשל בעבירה

בשני אירועים נפרדים, שאחד מהם התרחש בעת שכתב האישום בנוגע לאירוע הקודם תלוי ועומד נגדו – כל אלה מצביעים על חומרת המעשים ועל מימדי הפגיעה באינטרס החברתי, שעניינו השמירה על מוכנותו וכוננותו של צה"ל" (ע/22/17/טור' **אסטפייב נ' התובע הצבאי הראשי** (2017)).

42. משנה חומרה מקבלים הדברים לנוכח היות העבירה המאוחרת בבחינת **הפרה של הסדר ההקפאה**. חייל המשתלב בהסדר הקפאה נוטל על עצמו מחויבות להימנע מביצוע עבירות נוספות, ובתוך כך, זוכה באמון בית הדין וגורמי האכיפה, ואף באמון מפקדיו, אשר מקבלים אותו חזרה לשורות היחידה, ללא כל מגבלה. הפרת ההסדר כשלעצמה מהווה פגיעה בסדר ובמשמעת בצבא, שעל חשיבותם נאמרו הדברים הבאים:

"הצבא הוא ארגון הירארכי טיפוסי, חלוקת הסמכויות בו נעשית בקפידה, ועל דרך הכלל ניכר הוא כבעל קווי-אופי מיוחדים... להבדילו מארגונים אזרחיים, המשמעת והכפייה הם מן המאפיינים הבולטים בצבא, והם החומרים המדבקים את חלקיו השונים להיותם מעשה-מיקשה אחד. האמירה כי 'כל ישראל ערבים זה-בזה' (שבועות ל"ט ע"א) נכונה היא לכלל ישראל, אך נכונה היא שבעים-ושבעה באשר לצבא. התלות ההדדית והסולידריות בין החיילים - בוודאי כך בשדה הקרב, אך לא רק בשדה הקרב; ההליכה אחר המפקד; אמירת אמת ללא-סייג ובלא חריג; יחסי-האמון בין מפקדים לבין פקודיהם ובין חיילים ביניהם לבין עצמם; כל מאפיינים אלה ראויים ורצויים הם בחיי יומיום, אך תנאי-בלעדיו- אין הם לקיומו של צבא ראוי לשמו. הם ממש בבחינת להיות או לחדול" (בג"ץ 3959/99 **התנועה למען איכות השלטון נ' הוועדה לעיון בעונש** (טרם פורסם, 12.7.1999)).

43. המשיב הפר את תנאי ההסדר בעניינו, תנאים שלא הטילו מגבלות מיוחדות עליו וכללו דרישה ברורה ומובנת מאליה, להימנע מלעבור עבירות נוספות ובהן העבירה של שימוש בסם מסוכן. בכך, הפר המשיב, באופן בוטה, את האמון שנתנו בו מפקדיו, גורמי אכיפת החוק בצבא ובית הדין הצבאי (ראו והשוו: ע"מ/72/17 **התובע הצבאי הראשי נ' טור' גור-אריה** (2017)).

44. ודוק: אף האינטרס הציבורי שעניינו שיקום החיילים ושילובם חזרה במסגרת הצבאית בפרט ובחברה בכלל, מחייב להחמיר בעונשו של מי שמפר את הסדר ההקפאה בעניינו. כאמור, מנגנון ההסדר המותנה והסדר ההקפאה בצבא, נועד לעודד את חזרתם של החיילים, חשודים או נאשמים, לשירות צבאי תקין, נקי

מעבירות ולצמצום הנשר מן השירות הצבאי. לשם כך נבנה מנגנון מורכב, הכולל תמריצים חיוביים אל מול סנקציות שליליות. פשיטא, כי על מנת שהמנגנון יהווה כלי שיקומי יעיל ואפקטיבי, מובן כי עם פתיחת הצוהר השיקומי, המאפשר, בסופו של הליך, להימנע מהרשעה בפלילים – חייב להתקיים, מנגד, איום בנקיטת צעד הולם, הכולל ענישה מכבידה, שיהווה גורם מרתיע וישמש, ככזה, תמריץ להתמדה בהליך השיקומי. התמונה השלמה מורכבת והאינטרס הציבורי מחייב לכלול, בצד ההזדמנויות והאפשרויות לשיקום, את הסנקציות וההשלכות להתנהגותו של מי שבחר לדחותן. יש אפוא, להעביר מסר ברור, כי אין רווח בצד התנהגות המפרה את האמון של גורמי אכיפת החוק והמפקדים, והבוחרת לזנוח את אפיק השיקום. נהפוך הוא! בבחינת שטר ושוברו בצדו.

45. עולה מן המקובץ, כי קביעת בית הדין קמא, שלפיה יש להעמיד את מתחם העונש ההולם "בין 15 ל-45 ימי מאסר בפועל... וניתן להסתפק בעונש שספו התחתון הוא מאסר בדרך של עבודה צבאית" – **אינה יכולה לעמוד**. בחינת נסיבות המקרה, בראי הפגיעה בערך החברתי וממדיה (בהיעדר תקדימים מתאימים באשר למדיניות הענישה הנוהגת), מלמדת, כי יש להעמיד את מתחם העונש ההולם **בין חודש לחודשיים של מאסר בפועל**.

מידת העונש

46. אף כאן, משהמשיב לא נטל אחריות למעשיו ומשנכשל בעבירת סמים נוספת – יש לקבוע, כי לא מתקיים פוטנציאל שיקומי משמעותי. הדברים אמורים ביתר שאת, בהיעדר מסלול שיקומי ובעיקר – לנוכח בחירתו של המשיב להפר את תנאי השיקום שהותוו עבורו ועל דעתו במסגרת הסדר ההקפאה. בנסיבות אלה, יש לדחות את טענות ההגנה בנוגע למעמדו של שיקול השיקום, במקרה דנן, ולמסקנות הנובעות הימנו.

47. בד בבד, אף ביחס לאירוע זה, אין להתעלם משירותו הצבאי של המשיב, המצוי לקראת סיום, מפרק הזמן שבו שהה במעצר פתוח ומנסיבותיו האישיות המורכבות. 48. נתון נוסף שיש להביא בחשבון הוא אופיו התקדימי של המקרה. בהקשרים שונים, עת נדרשו בתי המשפט לבחון את מידת העונש במקרים ייחודיים, תקדימיים, נהגו בתי המשפט שלא למצות את הדין עם הנאשמים, תוך שהם מיישמים את הכלל ההלכתי שלפיו אין מחמירין יתר על המידה בטרם מזהירין, כי רף הענישה יועלה. המדובר בנגזרת ישירה של עיקרון החוקיות, המהווה עיקרון יסוד בשיטתנו. יפים לכאן דבריו של בית המשפט העליון, אשר פסק כהאי ליסנא:

"דומה כי העונש שהוטל על המשיבים אינו מגיע - בכל הכבוד - לדרגת החומרה של הענישה הנחוצה; יש מקום ליתן ביטוי מוחשי יותר למדיניות המחמירה... ואולם, אם נרצה, בחינת אין מחמירין יתר על המידה בטרם מזהירין כי הרף יועלה - אף שהעבירה בספר החוקים מקדמת דנא - ובהתחשב בכך שאין זה ממנהגה של ערכאת ערעור למצות את הדין, אציע לחברי כי נצעד צעד לא גדול... קולו של פסק דין זה צריך שייצא במובן העקרוני והערכי, כי עבירה זו ראויה לענישה בקו מחמיר, גם אם ראשית ענישתה מצער יחסית" (ע"פ 1725/07 **מדינת ישראל נ' אבן סעייד** (טרם פורסם, 14.5.2007); וראו גם: רע"פ 302/17 **שרעבי נ' הוועדה המקומית לתכנון ובניה קריות** (טרם פורסם, 19.9.2017); ע"פ 6237/12 **ג'ולאני נ' מדינת ישראל** (טרם פורסם, 6.9.2016)).

49. איזון בין צורכי ההרתעה במישור האישי ובמישור הכללי לבין נקודות הזכות שצבר המשיב ונסיבותיו האישיות, מעלה, כי לא ניתן להימנע במקרה דנן, מריצוי עונש מאסר בפועל **בכליאה ממשית**. עם זאת, לנוכח אופיו התקדימי של המקרה ומשאין ערכאת הערעור נוהגת למצות את הדין בערעור התביעה על קולת העונש, מצאנו, כי ניתן להורות, שעונש המאסר בפועל בגין האירוע השני יועמד בספו התחתון של מתחם העונש ההולם – **30 ימי מאסר בפועל**. כמו כן, גם באירוע השני, ואף ביתר שאת, מתחייבת פגיעה בדרגתו של המשיב.

אופן נשיאת העונשים והיחס ביניהם

50. אשר לסוגיית אופן נשיאת העונשים והיחס ביניהם, בהתאם להוראת סעיף 40ג לחוק העונשין, שומה על בית המשפט הדין בעונשים נפרדים במקרה של ריבוי עבירות לקבוע את "מידת החפיפה בין העונשים או הצטברותם". בע"פ 5915/15 **ח'ורי נ' מדינת ישראל** (טרם פורסם, 3.11.2016), נקבע, כי הגם שהחלטה בדבר חפיפת העונשים או הצטברותם נתונה לשיקול דעת בית המשפט, הרי שעם תיקונו של חוק העונשין (תיקון מס' 113), שונתה נקודת המוצא בסוגיה זו, באופן שהכלל הוא הצטברותם של עונשים ולא חפיפתם. בואר, כי:

"במסגרת תיקון 113 לחוק העונשין (ס"ח התשע"ב 102) ותיקוני חקיקה נוספים בעקבותיו, שונתה התפיסה לפיה ברירת המחדל בענישה בגין מספר אירועים הנדונים יחדיו היא קביעת עונשים חופפים, והוענק מעמד בכורה לתפיסה הבוחנת אירועים עברייניים נפרדים כל אחד בפני עצמו, לשם הגשמת עקרון ההלימה, שהוא העיקרון המנחה בענישה (סעיף 40 לחוק העונשין), המחייב כי לכל מעשה

עבירה בגינו הורשע הנאשם יינתן ביטוי הולם בקביעת עונשו" (ראו גם: ע"פ 7907/14 ואזנה נ' מדינת ישראל, פסקאות 12-18 (טרם פורסם, 22.2.2015); עניין אסטפייב לעיל, פסקה 24).

51. בענייננו, כאמור, נוכח פרק הזמן המשמעותי המפריד בין האירועים והעובדה כי האירוע המאוחר בוצע בעת שכנגד המערער תלוי ועומד כתב האישום בגין האירוע המוקדם ותוך הפרת הסדר הקפאה לגביו – כפי שציין בית הדין קמא, יש להורות על ריצוי עונשי המאסר בפועל במצטבר.

סוף דבר

52. עולה מן המקובץ, כי בגין האירוע הראשון, על המשיב לשאת בעונש מאסר בפועל בן חמישה עשר ימים, בדרך של עבודה צבאית, בתנאים שנקבעו. כמו כן, בגין האירוע השני, יישא המשיב, במצטבר, עונש מאסר בפועל בן שלושים ימים בכליאה (שאותו ירצה תחילה).

53. המשיב יורד לדרגת טוראי.

54. ערעור התביעה מתקבל, אפוא, בכל הנוגע לאופן ריצוי חלק מעונש המאסר בפועל הכולל ובנוגע לעונש ההורדה בדרגה. אין שינוי ביתר רכיבי העונש.

55. על המשיב להתייצב בבסי"כ XXX, ביום 18.12.2017, עד לשעה 10:00, לריצוי עונש המאסר בפועל בכליאה. עם תום ריצוי עונש המאסר בפועל בכליאה ממשית, ביום העבודה שלאחר מכן, על המשיב להתייצב במשרדה של הממונה על עבודה צבאית, עד לשעה 10:00, לשם ריצוי עונש המאסר בפועל בעבודה הצבאית.

ניתן והודע היום, י"א בכסלו התשע"ח, 29 בנובמבר 2017, בפומבי ובמעמד הצדדים.

שופטת	המשנה לנשיא	הנשיא
למקור	נאמן	העתק
מכני	קורל	סגן
הדין	בית	קצינת
חתימת המגיה: _____		
תאריך: _____		