 

**בבית הדין הצבאי לערעורים**

בפני:

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| **תא"ל נועה זומר** | **-** | המשנה לנשיאה  |
| **אל"ם מאיה גולדשמידט אל"ם (מיל') ארז פורת** | **-** **-**  |  שופטת שופט  |

בעניין:

**ק/XXXXXX רס"ר א' ק' –** המערער (ע"י ב"כ, עו"ד חזי כהן)

**נ ג ד**

**התובע הצבאי הראשי –** המשיב (ע"י ב"כ, רס"ן אליסף מלמד)

ערעור על פסק דין של בית הדין הצבאי המחוזי במחוז שיפוטי זרוע היבשה שניתן בתיק ז"י (מחוזי) 125/21 (סא"ל טובי הארט – סגן הנשיא) ביום 14.06.2022. הערעור נדחה.

**פ ס ק - ד י ן**

**רקע**

1. המערער, רס"ר א' ק', הורשע לאחר שמיעת ראיות בעבירה של שימוש בסם מסוכן, לפי סעיף 7(א)+(ג) סיפה לפקודת הסמים המסוכנים [נוסח חדש], התשל"ג – 1973. בהכרעת הדין נקבע על ידי בית הדין המחוזי (כב' סגן הנשיא, סא"ל טובי הארט) כי במהלך חודש ספטמבר 2020, השתמש המערער בביתו בסם מסוג קנאביס, בשתי הזדמנויות, בצוותא עם בת זוגו, סמ"ר ויטליה. המערער זוכה מחמת הספק מפרט אישום נוסף, שייחס לו עבירה של החזקה בסם מסוכן, לפי סעיף 7(א)+(ג) סיפה לפקודת הסמים המסוכנים (ובו נטען, כי המערער החזיק בביתו שני דפי נייר מקופלים ובהם שאריות של קנאביס, עד למציאתם ביום 27 באפריל 2021).
2. בעקבות הרשעתו של המערער נגזרו עליו עונש מאסר בפועל בן 30 ימים, לריצוי בדרך של עבודות צבאיות, וכן עונשי מאסר מותנה והורדה לדרגת סמ"ר. המערער לא השלים עם הכרעת הדין, ומכאן הערעור שלפנינו.

**ההליך בפני בית הדין קמא**

1. הראיה המרכזית שהוצגה בפני בית הדין קמא, כבסיס להרשעתו של המערער בפרט האישום הראשון, היתה אמרתה המפלילה של בת זוגו דאז, סמ"ר ויטליה (להלן: "ויטליה" או "העדה"). האחרונה חזרה בה מאמרתה בעדותה בפני בית הדין, הוכרזה כ"עדה עוינת" ואמרתה התקבלה מכוח סעיף 10א לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א - 1971.
2. אמרתה של ויטליה נגבתה ביום 26 במארס 2022. באותה עת, שירתה בשרות קבע, כאחראית ניהול מלאי ביחידתה, ובלילה שקדם לחקירתה ישנה שעות ספורות, עקב הצורך להשלים פעילות צבאית. בבוקר אותו יום, עוכבה לחקירה בשעה 7:00 לערך, ובשעה 7:45 החלה גביית אמרתה, שארכה כשמונה שעות. כבר בראשית החקירה, לאחר תשאול בעל פה, הודתה ויטליה כי השתמשה בסם מסוג קנאביס, במהלך שירותה הצבאי, אחת לחודש לערך. כן הפלילה מספר חיילים נוספים ששירתו עמה, בשימוש בסם.
3. בחיפוש ידני שנערך במכשיר הטלפון של ויטליה, בהסכמתה, אותרה התכתבות עם איש קשר המכונה "כל עולמי", הכוללת תמונה של סיגריה החשודה כמכילה סם, אליה צורפו מספר הודעות, המרכיבות את המשפט: "ג'וני אח יקר שלנו שעוזר במצוקה". בחקירתה, אישרה ויטליה כי עישנה את הסיגריה המופיעה בתמונה ביחד עם בן זוגה במרפסת ביתו, ביום שבו נשלחה ההודעה - 18 בספטמבר 2020, וכי בן הזוג הוא שסיפק את הסם לשימוש המשותף. לאחר מכן, המשיכה למסור את אמרתה ביחס לחיילים אחרים. דגימת שתן שמסרה נמצאה שלילית לתוצרי חילוף חומרים של סם.
4. בהמשך החקירה, כאשר נשאלה בדבר מעשי שימוש נוספים בסם עם בן זוגה, סיפרה ויטליה כי עשתה עמו שימוש, פעמיים, בסם מסוג קנאביס, בביתו, בהפרש של מספר ימים, במרפסת הסלון, וכי הוא שסיפק את הסם לשימוש המשותף. כן סיפרה שבן זוגה נוטל כדורי מרשם לטיפול בבעיות קשב וריכוז, על מנת להימנע משימוש בסם. בסוף חקירתה התבקשה ויטליה לספר על בן זוגה, ואז מסרה לראשונה לחוקרים כי מדובר במשרת קבע, בתפקיד בוחן צריח בבסיס שריון.
5. המערער נחקר מספר פעמים במצ"ח והכחיש מכל וכל, שימוש בסם. עוד מסר, כי אינו יודע אם ויטליה עצמה עושה שימוש בסם, ואף אינו יודע האם כאשר הזכירה את השם "א' ק'", התכוונה אליו, או לאדם אחר הקרוי באותו שם. המערער ציין, כי הוא נוהג לעשן סיגריות מגולגלות ובהן טבק. דגימת השתן שמסר נמצאה שלילית לתוצרי חילוף חומרים של הסם. במהלך חקירתו הסכים תחילה למסור את מכשיר הטלפון שלו לעיון ידני, אך חזר בו מהסכמה זו, כשנמצאו במכשיר ההודעות המפלילות שיפורטו בהמשכם של דברים. כן ביקש לברר את מעמדו, ולאחר שנאמר לו כי הוא מצוי בחקירה ואינו עצור, יצא מחדר החקירות וביקש לעזוב את הבסיס. בעקבות זאת נעצר לצורך חקירה.
6. בחקירות נוספות, לאחר הוצאת צו חיפוש למכשיר הטלפון הנייד של המערער וחיפוש שנערך בו במעבדה, הוצגו למערער הודעות רבות ביישומון ה"ווטסאפ", חלקן כתובות וחלקן קוליות, העוסקות בניסיונות לרכישת סמים ובשיחות של המערער עם חבריו על שימוש בסמים. בתגובה, טען המערער כי אינו מזהה את קולו בהודעות הקוליות, וכי הוא נוהג למסור לחיילים רבים את מכשיר הטלפון שלו, בשל קשיי קליטה בבסיס. זאת, בניגוד לדברים שמסר בראשית חקירתו הראשונה, שלפיהם רק לו ולבת זוגו יש גישה למכשיר הטלפון הנייד שלו.
7. ויטליה הורשעה בתיק דרום (מחוזי) 146/21, ביום 3 במאי 2021, על פי הודאתה, בעבירה של שימוש בסם מסוכן, בגין שימוש בקנאביס "במספר לא רב של הזדמנויות בנסיבות אזרחיות". במסגרת הסדר טיעון, נגזרו עליה 25 ימי מאסר בפועל, לצד מאסרים מותנים, הורדה בדרגה ופסילה בפועל של רישיונות הנהיגה.
8. בשיחת הכנה שלה עם התביעה, לקראת עדותה במשפטו של המערער, חזרה בה ויטליה חלקית מאמרתה, וטענה כי ביום 18 בספטמבר 2020 נכחה בביתו של המערער, והכינה, לשימושה בלבד, סיגריה שהכילה טבק. כן מסרה כי המערער אינו משתמש בסמים מסוכנים, מלבד הזדמנות בודדת, שבה השתמש בסם מסוג קנאביס בביתו בקיץ 2020.
9. בעדותה בבית הדין קמא, חזרה בה ויטליה לחלוטין מאמרתה במצ"ח, הן ביחס למעשי השימוש שלה בסם, והן ביחס למעשי השימוש שייחסה למערער, וטענה כי דבריה בחקירה נמסרו עקב לחץ שבו היתה נתונה, לאחר שישנה במשך שעות ספורות בלילה שקדם לחקירתה ולנוכח איומי החוקר כי יאונה לה רע, אם לא תפליל אחרים. בין השאר העידה, כי היא סובלת מבעיה נפשית הגורמת לה לומר דברים שאינם נכונים, בשל לחץ, על מנת לרצות את האדם העומד מולה, באופן המתבטא גם בתפקודה היומיומי, ואף הוסיפה כי חוותה התקף חרדה במהלך החקירה. עוד טענה ויטליה, כי גם הודאתה באשמה במשפטה, ואף דבריה לתובע בשיחת ההכנה לעדות, הם פרי לחץ, וכי המערער לא עשה שימוש בסם. לדבריה, באירועים שבהם הפלילה את המערער בשימוש בסמים, צרכה למעשה סיגריה רגילה, המכילה טבק, שאותה הכינה היא עצמה. כן חזרה בה מהטענה כי המערער נטל כדורים לפי מרשם, לטיפול בקשיי קשב וריכוז. אשר לתמונה שנמצאה בהתכתבות במכשיר הטלפון הנייד שלה, אישרה כי המדובר אכן בהתכתבות עם המערער, אך טענה כי הסיגריה המופיעה בה מכילה טבק בלבד, וכי המערער שלח לה אותה "בצחוק". לדבריה, אמרה זאת גם לחוקר, במהלך החקירה.
10. טענותיה של ויטליה, לעניין מצבה במהלך החקירה, נדחו על ידי רב"ט יובל, החוקר שגבה את אמרתה. בעדותו מסר, כי חקירתה של ויטליה התנהלה באווירה נעימה, וכי לא הופעל עליה לחץ חריג. צוין, כי ויטליה אכן היתה בלחץ מסוים, אך העד לא זכר כי נלוו לכך תסמינים פיזיים. החוקר הטעים, כי בראשית חקירתה, הסביר לה את חשיבותו של ערך האמינות כמשרתת קבע ומפקדת בצה"ל, ואמר לה כי חוסר שיתוף פעולה "לא יצטייר טוב". על רקע זה, הודתה בפניו במעשי שימוש בסם. שמו של המערער עלה מפיה לראשונה, לאחר עיון ידני במכשיר הטלפון הנייד שלה, ואיתורה של תמונת הסיגריה הנזכרת. לדברי העד, ויטליה לא טענה בפניו כי התמונה נשלחה "בצחוק". באותו שלב, כלל לא ידע כי בן זוגה הוא משרת קבע בצה"ל.
11. המערער הכחיש בעדותו בפני בית הדין כי עשה שימוש בסם מסוכן כלשהו, וטען כי נהג לעשן עם ויטליה טבק, שאותו גלגל בתוך סיגריה, ולא ידוע לו מה ויטליה עצמה עישנה. לשאלות בית הדין, אישר כי ייתכן ששלח לויטליה תמונות שבהן נראות סיגריות מגולגלות (רגילות), אך זאת "בצחוק", כדי שהיא תחשוב, בטעות, שמדובר בסיגריה המכילה סם (ג'וינט). גם במילה "ג'וני" עשה שימוש באותה תכתובת "בצחוק", נוכח דמיונה של מילה זו למילה ג'וינט. לטענתו, ויטליה הפלילה אותו בשל קשייה ובשל חוסר יציבות נפשית. עוד הכחיש נטילת תרופות המסייעות להתמודדות עם קשב וריכוז, וכן הגיש מסמכים רפואיים המלמדים על כך.
12. המערער הכחיש כי הוא הכותב או הדובר בהודעות מפלילות שנמצאו במכשיר הטלפון הנייד שלו, וזאת גם בהתייחס להודעות שנשלחו בסופי שבוע ובשעות הקטנות של הלילה; אך בהמשך, בתשובה לשאלות בית הדין, מסר כי ייתכן שהתכתב עם חבריו "בצחוק". כן טען בתחילה, כי השתתף באופן קבוע בבדיקות סמים שנערכו בבסיסים בהם שירת. בהמשך, לעומת זאת, אישר כי לא מסר דגימות שתן ביחידתו מזה מספר שנים.
13. מטעם ההגנה נשמעה עוד עדותו של רס"ם (מיל') אורן, מפקד מחלקת המחסן ביחידה ומפקדהּ של ויטליה, אשר אישר כי ויטליה עבדה שעות ארוכות בלילה שקדם לחקירה, כהכנה לביקורת. העד אישר, כי ויטליה נוהגת, במצבי לחץ, לתת תשובות מרצות ולהשיב בחיוב באופן אוטומטי; ותיאר אירועים שבהם מסרה לו דברי שקר על ביצוע משימות שעליהן היתה מופקדת, בעוד שבפועל לא ביצעה אותן .

**פסק הדין של בית הדין קמא**

1. לאחר שבחן את הראיות השונות שהוצגו לו, מצא בית הדין קמא לייחס משקל רב לאמרתה של ויטליה בחקירתה. צוין, כי מדובר באמרה בעלת משקל פנימי גבוה, וכי היא רוויה בפרטים המחזקים את משקלה הפנימי. בהיותה של ויטליה "צרכנית מנוסה של סמים", הרי ש"ידעה היטב להבחין בין השימושים בסם שביצעה בעצמה לבין כאלה שבוצעו בנוכחותה, פרטים שנמסרו לה במישרין ושמועות שהגיעו אליה".
2. אשר להתפתחויות שחלו בגרסתה של ויטליה בחקירה, בואר כי מדובר בהתפתחויות סבירות והגיוניות. בתחילת חקירתה הכחישה "הכחשה רפה" את המיוחס לה; בהמשך החלה לפרט דברים שבידיעתה, תוך שנזכרה בפרטים נוספים, "היזכרות שהיא אך טבעית כאשר מדובר בשימושים רבים בסמים לאורך זמן", ושחלקה, כך הוסבר, נובע מניסיון של ויטליה בתחילה להסתיר מעורבות של אחרים. עוד הוטעם, כי מלבד הוספת פרטים נוספים עם התקדמות החקירה, לא ניתן לקבוע כי התגלו בגרסתה סתירות פנימיות או חוסר היגיון פנימי וכי "הרצאת הדברים סדורה והאירועים משתלבים זה בזה באופן שמגלה מתוכו סימני אמת ברורים". עוד עמד בית הדין קמא על כך שהעדה הודתה במיוחס לה גם במשפטה שלה, ולא חזרה בה מאמרתה עד לעדותה בפני בית הדין, זמן רב לאחר מכן (ואף בשיחת ההכנה לעדות, הפלילה את המערער בשימוש בסם בהזדמנות אחת); וכי היא לא ידעה להסביר זאת מלבד טענות כלליות בדבר מסירת הדברים "תחת לחץ".
3. עדותה של ויטליה בפני בית הדין הותירה "רושם שלילי מאוד". צוין, כי עשתה כל שביכולתה על מנת להימנע מהפללתו של המערער, וניסתה להרחיק את עצמה מהיכרות ישירה עם עולם הסמים, בניגוד מוחלט לכל האמור באמרתה; וניכר היה שהיא נכונה לאשר כל פרט שסברה שיכול לסייע למערער.
4. את גרסתה של העדה באשר ללחץ שהופעל עליה בחקירה, דחה בית הדין בקבעו כי היא "בלתי מהימנה לחלוטין, מוגזמת בעליל ובלתי סבירה". פורט, כי העדה לא ידעה לתאר את טיבו של הלחץ שהופעל עליה, מלבד דרישת החוקר כי תמסור פרטים לגבי חיילים נוספים, ואמירה כי שיתוף פעולה יוכל לסייע לה בהמשך. גם ביחס להתקף החרדה שנטען כי חוותה, אישרה כי די היה במספר דקות של הפסקה, אשר ניתנה לה על ידי החוקר, על מנת להירגע. מנגד, מצא בית הדין קמא, כי עדותו של החוקר יובל, שגבה את אמרת העדה, הותירה רושם מהימן ומקצועי.
5. בית הדין דחה גם את טענת העדה, בדבר רצונה למסור תשובות מרצות בשל הלחץ בו היתה נתונה, טענה שנקבע כי אינה מתיישבת עם מהלך החקירה ותוכן ההודאה. פורט, כי לאורך כל החקירה נמנעה העדה מלמסור תשובות מרצות, נמנעה מלהפליל חיילים במישרין שעה שלא היתה בטוחה בכך, וכן נמנעה מלהודות בחשדות שהופנו כלפיה ביחס לשימוש בסם ביחידה בהיקף רחב יותר מזה שהודתה בו, גם לאחר שעומתה עם הפללה בעניין זה. נקבע, כי הדברים אמורים בפרט ביחס למערער, בשים לב לכך שגורמי החקירה כלל לא חשדו בו באותה עת בשימוש בסם; וגם לאחר שסיפרה על אודותיו לחוקר, לא היה ידוע כלל כי מדובר בחייל, ומכאן שהחוקר בוודאי שלא התמקד בו במסגרת חקירת העדה. עוד הוטעם, כי גם כאשר נודע דבר היותו של המערער חייל, והעדה נשאלה אם צרך סמים בהזדמנויות נוספות, על אלה שמסרה, היא השיבה בשלילה.
6. אשר לשקריה של ויטליה למפקדהּ, מצא בית הדין כי אלה אירעו במצבים מסויימים, שבהם לא ביצעה את תפקידה כנדרש; וכי אף בהזדמנויות אלה, לאחר שיחה קצרה, מסרה למפקדים דברי אמת. בואר, כי החקירה במצ"ח היא עניין שונה בתכלית, מה גם שהעדה לא הפיקה כל רווח משני מהעלאת שמו של המערער בחקירה.
7. ביחס לעדות המערער, קבע בית הדין כי היא "הותירה רושם שלילי ביותר ובלתי מהימן", זאת לאור התנהלותו הן בחקירת המצ"ח והן בעדותו בבית הדין. צוין, כי המערער השים עצמו בחקירתו במצ"ח כמי שאינו יודע מדוע נקרא אליה, על אף שעלה מהראיות כי שוחח גם עם העדה וגם עם מפקדהּ ביום החקירה, וידע את הסיבה לזימונו למצ"ח; וכי ניסה, בחקירתו, להרחיק עצמו ממונחים מעולם הסמים שאותרו בהודעות בטלפון הנייד שלו, באמצעות הסברים שאינם סבירים על פניהם.
8. צוין, כי אף בעדותו בבית הדין, המערער "הסתבך בסתירות אם לא בשקרים של ממש". כך למשל בנוגע לטענה חוזרת ונשנית, כי מסר דגימות שתן רבות לאורך שירותו, כך שאין אפשרות שעשה שימוש בסמים לאורך תקופה זו, טענה שנסתרה בהמשך עדותו, כשאישר כי בארבע השנים האחרונות לא מסר דגימות שתן כלל; כך גם ביחס לסתירה בנוגע לפרטי שיחתו עם עד ההגנה רס"ם (מיל') אורן ביום מעצרה של ויטליה, כשטען שהאחרון לא מסר לו מדוע נעצרה ויטליה - בעוד שהדברים נסתרו במפורש בעדותו של עד הגנה זה; וכך בנוגע להתכחשותו לתכתובות המפלילות שנמצאו במכשיר הטלפון הנייד שלו – ואף להתכחשותו להיותו הדובר בהודעה הקולית לאשת הקשר "יוליה", אף שזוהה ככזה, לפי קולו, על ידי בית הדין. לצד זאת, מיהר המערער לאמץ אפשרות, שהוצעה לו על ידי בית הדין, כי ניהל שיחות אלה "בצחוק", אף שהדבר לא נטען על ידיו קודם לכן.
9. בית הדין קמא קבע, כי בהיותה של ויטליה עדה מפלילה יחידה, מעורבת בדבר עבירה אשר חזרה בה מאמרתה המפלילה; וכן לאור עדותו של החוקר, כי אכן היתה נתונה בלחץ פנימי מסוים בחקירה, ועדותו של מפקדהּ, עד ההגנה, כי אכן ישנה שעות מועטות שבלילה לפני החקירה - הרי שאין די באימות חיצוני קל של האמרה, אלא יש לאתר "ראיה מאמתת בעלת דרגת חיזוק משמעותית". בית הדין מנה אפוא מספר חיזוקים, שפורטו בראיות שהונחו בפניו, ושהיה בהם כדי לתמוך במשקלה של אמרת ההפללה:
10. השתלבותה של הפללה במציאות: ויטליה אכן היתה בת זוגו של המערער, ועלה מעדותו כי הוא נהג לעשן עימה סיגריות מגולגלות במרפסת ביתו. העובדה היחידה שנותרה במחלוקת, איפוא, היא האם הכילו אותן סיגריות סם מסוכן.
11. איתור תמונה במכשיר הטלפון של המערער, המעידה כי הוא שלח לויטליה תמונה של סיגריה מגולגלת, שאותה כינה "ג'וני", ככינוי ל"ג'וינט". לכך נוספו ניסיונות השווא של המערער בתחילה להרחיק עצמו מהתכתובת ומהתמונה שנתפסה, ובהמשך טענו הוא והעדה, בבית הדין, כי ההתכתבות היתה "בצחוק".
12. נקבע כי התכתובות הרבות שנמצאו במכשיר הטלפון הנייד של המערער, שתוכנן עוסק בסמים, מבלי שנמסר להן כל הסבר סביר אחר, הן בגדר חיזוק משמעותי. בעיקר אמורים הדברים ביחס לשיח עם אשת קשר בשם "יוליה", שבו קשר עצמו המערער במישרין לשימוש בסמים. בואר כי הדברים אמורים על אחת כמה וכמה לאור התנהלותו של המערער, ניסיונותיו להרחיק עצמו מהשיחות והעדר יכולתו להסביר את תוכנן; וכן גרסתו הכבושה של המערער, שלפיה שיחות אלה נוהלו ב"צחוק", אשר אינה משתלבת עם תוכנן.
13. חיזוק נוסף נמצא, כך נקבע, בשקריו של המערער בחקירתו במצ"ח ובעדותו, בשים לב לכך שאלו נוגעות לסוגיות שבליבת המחלוקת בין הצדדים.
14. בית הדין לא מצא לתת משקל למסמכים רפואיים שהציגה ההגנה, המפריכים, לפי הנטען, את דבריה של ויטליה בחקירה, כאילו המערער סובל מקשיי קשב וריכוז. צוין, כי דבריה בעניין זה נאמרו דווקא בניסיון להרחיק את המערער משימוש בסמים; וכי קיימות גם "חלופות תיאורטיות אפשריות" לכך שאין מדובר בשקר שמסרה.
15. בית הדין בחן טענות שהעלתה ההגנה בדבר מחדלי חקירה, לאור הימנעות גורמי החקירה מביצוע פעולות שונות לשם בירור אמינותה של ההפללה. בין השאר טענה ההגנה כי ראוי היה לערוך עימות בין ויטליה לבין המערער, לגבות עדות ממפקדהּ של ויטליה על מנת לאמת את טענת המערער כי היא מרבה לשקר, לבדוק האם הרשומות הרפואיות של המערער תומכות בטענה כי סובל מקשיי קשב וריכוז, ליטול טביעות אצבעות ממוצגים שנמצאו בחדרו של המערער ולחקור בעניין זה את אמו - וכן לערוך בדיקות מעבדה לשם זיהוי קולו של המערער בהודעות הקוליות שאותרו במכשיר הטלפון הנייד שלו.
16. טענות אלה של ההגנה נדחו אף הן, תוך שצוין כי בנסיבות העניין, לא נפל פגם בהחלטתם של גורמי החקירה להימנע מביצוע פעולות חקירה מסוימות. צוין, כי במהלך הדיונים נמצא מענה לכל הסוגיות שעליהן הצביעה ההגנה כמחדלים, בין היתר על ידי הצגת עדויות ומסמכים מטעם ההגנה. עוד קבע בית הדין כי ניתן היה לזהות את המערער כדובר בהודעות הקוליות שאותרו במכשיר הטלפון הנייד שלו, ללא היזקקות לכלי זיהוי מקצועי, לאור השוואת הקול, המבטא וחיתוך הדיבור בהודעות אלה, לקולו של המערער, שממנו התרשם באופן בלתי אמצעי במהלך עדותו; וזאת בנוסף לאופן ה"חברי" שבו התנהלו השיחות המדוברות, ועיתוי ביצוען - לפנות בוקר. הוטעם, כי אין נפקות גם לדגימת השתן השלילית שמסר המערער בחקירתו, נוכח מועד השימוש בסם המיוחס לו (חודשים ארוכים טרם מסירת הדגימה).
17. לפיכך, מצא בית הדין קמא כי אשמתו של המערער בעבירה של שימוש בסם הוכחה מעבר לספק סביר.
18. בית הדין החליט לזכות את המערער מעבירת החזקת הסם (ואף להימנע מלראות במוצגים שנמצאו בחדרו של המערער בביתו כראיה מחזקת לפרט האישום הראשון), וזאת נוכח פגמים משמעותיים שנפלו בהתנהלות חוקרי מצ"ח בעת עריכת החיפוש ובתיעודו. בין השאר פורט, כי הופרה החובה לערוך את החיפוש בנוכחות שני עדים; וכי נפלו פגמים באופן התיעוד של החיפוש ובעריכת דו"ח החיפוש על ידי החוקרים. לצד זאת, ציין בית הדין כי התרשם לשלילה מעדות המערער גם בהיבט זה, וכי גם עדות אמו, שהובאה כעדת הגנה "עוררה קשיים משמעותיים". יודגש כי התביעה הצבאית אינה מערערת על הזיכוי מפרט אישום זה.

**ערעור ההגנה וטיעוני הצדדים**

1. טענתה העיקרית של ההגנה בערעור היא כי לא ניתן היה להשתית את הרשעת המערער, כציר מרכזי, על סמך אמרתה של ויטליה, ועל החיזוקים שנמצאו לה בהכרעת בית הדין קמא. עוד סבורה ההגנה, כי משהכרעת הדין מבוססת בעיקר על אמרתה הכתובה של ויטליה, הרי שאין מניעה לבחון את ממצאי העובדה שנקבעו בבית הדין קמא, ולהתערב בהם אף בשלב הערעור.
2. ההגנה טוענת, כי הוכח שויטליה אינה מהימנה, ונוטה לשקר במצבי לחץ על מנת לרצות את העומד מולה; וכי משקלה הפנימי של אמרתה נמוך לאור מספר נסיבות מצטברות, וביניהן: שעות שינה מועטות בלילה שקדם לחקירה; עריכת תשאול בן 57 דקות בראשית חקירתה, שלא תועד; התפתחות שחלה בגרסתה, שהיא ממילא בעלת סתירות פנימיות, ובמהלכה הופעל עליה לחץ מצד החוקר להפליל אחרים על מנת להיטיב את מצבה; ועדותה של ויטליה על כך שחוותה בחקירה התקף חרדה. כן נטען, כי גם משקלה החיצוני של האמרה נמוך, בעיקר לאור דגימת השתן השלילית שמסרה ויטליה, על אף שהעידה כי השתמשה בסם ימים ספורים קודם לכן. עוד הפנתה ההגנה למסמכים הרפואיים שהציגה, הסותרים את טענתה של ויטליה בחקירה בדבר בעיות קשב וריכוז אצל המערער, ולעדותו של מפקדהּ, רס"ם (מיל') אורן, בדבר נטייתה של ויטליה לשקר במצבי לחץ.
3. להשקפת ההגנה, לא ניתן לקבוע ממצא גם על סמך החיזוקים שנמצאו לעדותה של ויטליה, שעה שאמרתה אינה כזו שעליה ניתן להשתית ממצא מרשיע. הוטעם עוד, כי אין כל ראיה שבסיגריה המופיעה בתמונה ששלח המערער לעדה היה סם דווקא, ולא טבק; וכי לא ניתן היה להסתמך על ההודעות ועל קבצי קול במכשיר הטלפון הנייד של המערער, ללא עריכת בדיקת מעבדה לזיהוי קולו.
4. עוד טענה ההגנה לקיומם של מחדלי חקירה, שלא קיבלו משקל ראוי בהכרעת הדין, המתבטאים באי זימונו של רס"ם (מיל') אורן לחקירה במצ"ח; העדר בדיקה האם המערער סובל מבעיות קשב וריכוז; הימנעות מעריכת עימות בין העדה לבין המערער; וכן באי העברת קבצי קול ותמונות שנמצאו במכשירו הנייד של המערער לבדיקות מעבדה, לצורך ביצוע זיהוי והתאמה.
5. התביעה, מנגד, עתרה לבל נתערב בהכרעת הדין של בית הדין קמא. לגישת התביעה, נסב הערעור, רובו ככולו, על ממצאי המהימנות שנקבעו. הוטעם, כי גם החלטה על העדפת אמרה לפי סעיף 10א לפקודת הראיות יסודה בהתרשמות בלתי אמצעית וממצאי מהימנות שנקבעו על ידי הערכאה הדיונית.
6. התביעה ציינה, כי על אף הסתייגותה מזיכוי המערער מפרט האישום המייחס לו החזקת סם, בחרה שלא לערער על הכרעת הדין, וביקשה לסמוך עליה ידיה. הודגש, כי ויטליה מסרה הודאה עשירה בפרטים, וכי אין כל ראיה לכך שהופעל עליה לחץ להפליל את המערער, אשר שמו כלל לא היה ידוע לגוף החוקר, ועלה כבדרך אגב במהלך גביית האמרה. נטען, כי לאמרתה של ויטליה יש ליתן משקל פנימי רב, גם מתוך בחינת האינטרס של ויטליה לאחר מתן האמרה להרחיק את המערער משימוש בסמים. צוין, כי אף בראיות החיצוניות, כאמור, יש כדי להוות חיזוק משמעותי לאמרה.
7. בהמשך לכך, ביקשה התביעה לדחות את טענות ההגנה למחדלי חקירה. צוין, כי בתיק בוצעו מספר רב של פעולות חקירה, ובהן, גביית עדויות, חיפוש במכשיר הטלפון וחיפוש בביתו של המערער; כי לא היה טעם בעריכת עימות של המפלילה עם בן זוגה; וכי גם אם ניתן היה לבצע פעולות חקירה נוספות, הרי שלא היה בכך צורך, נוכח המסד הראייתי המשמעותי שהונח בפני בית הדין קמא. אשר לדגימת השתן השלילית שמסרה העדה, הוטעם כי לא הוגשה חוות דעת מומחה באשר לנפקויותיה של התוצאה, וכי כוחה של הראיה בהימצאותה ולא בהעדרה. עוד הפנתה התביעה לאופן שבו התרשם בית הדין קמא מעדותו של המערער בפניו.

**דיון והכרעה**

**משקלה של אמרת ההפללה**

1. הראיה המרכזית שעמדה בבסיס הרשעתו של המערער, כמבואר לעיל, היא אמרתה של ויטליה, שבית הדין קמא החליט לייחס לה משקל ניכר ולהעדיפה על פני עדותה בבית הדין. החלטת בית הדין לעשות כן, מבוססת על ממצאי מהימנות מפורטים, שעוגנו היטב בחומר הראיות שנאסף ובעדויות השונות, ואף נומקו בהרחבה על ידי בית הדין קמא.
2. הלכה ידועה ומושרשת היא, כי אין זה דרכה של ערכאת הערעור להתערב בממצאי עובדה ומהימנות שנקבעו על ידי הערכאה הדיונית, שבפניה נשמעים העדים; שכן לערכאה הדיונית, השומעת את העדים ומתרשמת מדבריהם, משפת גופם ומאותות האמת, יש יתרון דיוני בולט (ע/47/19 **רב"ט שוטיג נ' התובע הצבאי הראשי**,פסקה 35והאסמכתאות שם(2019)).
3. נקבע בפסיקת בית המשפט העליון, כי גם ההחלטה אם לתת עדיפות לאמרת חוץ, נתונה לשיקול דעתה של הערכאה הדיונית, בהתאם להתרשמותה ממהימנויות העדויות שנשמעו בפניה. אל מול הודעה שנמסרה בכתב, נדרשת הערכאה הדיונית לשקול ולאזן את טיב העדות המובאת לפניה, ולהתרשם ממהימנותה של העדות וממקומה מול שאר חומרי החקירה. היות ושיקול דעת זה מוקנה לערכאה הדיונית, הרי שגם במקרים אלה נטיית ערכאת הערעור להתערב בממצאים אלה תהא מוגבלת ומצומצמת (ע"פ 9180/16 **מליק נ' מדינת ישראל**, פסקאות 27-28 והאסמכתאות שם (16.1.2017); ע"פ 2099/15 **פלוני נ' מדינת ישראל**, פסקה 28 (22.5.2016)).
4. מכאן שלמעשה, ערעור ההגנה עניינו בבקשה להתערב בממצאי מהימנות שנקבעו על ידי בית הדין קמא. ואכן, החלטתו של בית הדין קמא להעדיף את אמרתה של ויטליה על פני עדותה בפני בית הדין מנומקת, בין השאר, בהתרשמותו הבלתי אמצעית מעדות העדה לפניו, ומעדות החוקר שגבה את אמרתה, בראי כלל העדויות והמוצגים שהובאו לפניו ותוך שנקבעו על ידיו ממצאי מהימנות מובהקים ביחס לעדויותיהם.
5. כפי שבואר לעיל, בית הדין פירט בהרחבה את נימוקיו להעדפת עדותה של ויטליה, תוך שמצא לדחות את אותן טענות של ההגנה, ששבו ונטענו גם לפנינו. עיון באמרתה של ויטליה מצביע על כך שמדובר אכן באמרה רוויית פרטים, אשר חלה בה התפתחות טבעית, מן הסוג שניתן להבחין בו לא פעם במהלך חקירה. בתחילה, ביקשה להכחיש את אשמתה, ולאחר מכן הודתה בשימוש בסמים ואף מסרה את הידוע לה לגבי אחרים. מהאמרה עולה כי ויטליה ידעה להבחין היטב בין מקרים שבהם נטלה חלק במעשי השימוש בסם, בצוותא עם אחרים, או חזתה בהם משתמשים בסם, לבין שמועות שהגיעו לאזניה בעניין זה. כזכור, גם טענותיה של ויטליה בדבר לחץ יוצא דופן בחקירה, נדחו על ידי בית הדין על סמך התרשמותו מעדותה ומעדות החוקר. לא מצאנו ממש גם בטענה בנוגע לנטייתה של ויטליה לשקר למפקדהּ, שכן אף משמעותה של עדות המפקד בנושא, והרלוונטיות המצומצמת שלה לעניין הנדון, אם בכלל, נומקו היטב על ידי בית הדין קמא.
6. אכן, כטענת ההגנה, לא הוצג תיעוד ויזואלי לתשאול שנערך לויטליה בתחילת חקירתה, אלא, זכרון דברים כתוב, המתעד את עיקרי מהלך החקירה, לרבות שלב התשאול. עם זאת, בשלב הראשוני של החקירה (שבו נערך כאמור התשאול) כלל לא הוזכר שמו של המערער. עובדת קיומו של בן זוג התגלתה לראשונה ובאקראי רק בעקבות החיפוש הידני במכשירה של ויטליה, שבו התגלתה ההתכתבות ביניהם, ועובדת היותו של בן הזוג - המערער - משרת קבע בצה"ל, עלתה בשלב מאוחר עוד יותר בחקירה. לכך יש להוסיף, כי ויטליה ידעה היטב לשלול באמרתה אפשרות שלפיה נערכו עם המערער מעשי שימוש רבים יותר בסמים מאלה שעליהם העידה באמרתה.
7. אף בעובדה כי ויטליה מסרה דגימת שתן שתוצרי החילוף שלה שליליים לסם מסוכן, אין כדי להועיל לטענות המערער, שכן היא עצמה לא הופתעה מהממצא השלילי, תוך שציינה כי בעת מעשה השימוש האחרון שלה בסם "עישנתי ממש טיפה". לעניין זה גם ידועה ההלכה שלפיה אין משמעות ראייתית מזכה לדגימת שתן שלילית, שכן כוחם הראייתי של ממצאים פורנזיים הוא בהימצאותם ולא בהעדרם (ע"פ 517/19 **אבו עמאר נ' מדינת ישראל**, פסקה 39 (6.7.2020)); ודאי יפים הדברים מקום שההגנה לא הביאה בפני בית הדין חוות דעת מומחה, שלפיה אכן יש סתירה בין תוכן האמרה מבחינת מועד מעשה השימוש בסם וטיבו לבין תוצאת דגימת השתן השלילית.
8. לא מצאנו ממש גם בטענות בדבר הפרכת דבריה של ויטליה בחקירתה לעניין בעיות קשב וריכוז שמהן סובל המערער. כפי שקבע בית הדין קמא, דבריה של ויטליה בעניין זה באימרתה היו כבדרך אגב; בעדותו של המערער, בכללותה, לא מצא בית הדין לתת אמון; ואף במסמכים הרפואיים שהוצגו אין כדי לשלול באופן חד משמעי את טענותיו בעניין זה: המסמך הרפואי הצבאי מעיד אך על כך שהמערער אינו נוטל תרופות קבועות (לפי הידוע לצה"ל); ואילו המסמך שהובא מקופת חולים עוסק בכך שלמערער אין בעיות נפשיות ואין בו כל אמירה השוללת באופן פוזיטיבי נטילת תרופות בגין קשיי קשב וריכוז.
9. מכל המקובץ עולה, כי אין הצדקה להתערבותנו בהחלטת בית הדין קמא, להעדיף את אמרתה של ויטליה על פני עדותה בבית הדין ולתת לה משקל גבוה בנסיבות העניין.

**חיזוקים ראייתיים לאמרה**

1. כפי שבואר לעיל, על אף המשקל הגבוה שניתן לאמרתה של ויטליה בחקירה, מצא בית הדין קמא לנקוט משנה זהירות ולתור, בנסיבות העניין, אחר תוספת ראייתית משמעותית; ואכן - בסעיף 10א(ד) לפקודת הראיות נקבע, כי אין להרשיע אדם על סמך אמרה שנתקבלה לפי סעיף זה, אלא אם יש בחומר הראיות דבר לחיזוקה. מלבד זאת, ויטליה, כאמור, כמי שהשתמשה בסמים בצוותא עם המערער, נחשבת מעורבת בדבר עבירה, ומכאן שעדותה, בפני עצמה, דורשת דבר מה נוסף לחיזוקה (ע/47/19 **שוטיג** שאוזכר לעיל, פסקה 43). עם זאת, הובהר בפסיקה, כי גם מקום שבו קיימות שתי דרישות מצטברות, לחיזוק ולדבר מה נוסף, אין הכוונה להוספה של דרישה לראיה המגעת לכדי 'סיוע'. מידתו של החיזוק הנדרש עומדת ביחס ישיר למידת האמון של בית המשפט באמרה המפלילה, בהתאם לתוכנה ולסימני האמת שבה, ובהתאם גם לראיות הנוספות שהובאו לפני בית המשפט (ע"פ 2854/18 **משה נ' מדינת ישראל**, פסקאות 84-83, והאסמכתאות שם (27.8.2019)).
2. לאחר שבחנו את החיזוקים שנמצאו על ידי בית הדין קמא לאמרתה של ויטליה, סברנו כי אכן הונחה לפניו התוספת הראייתית המשמעותית, הנדרשת בנסיבות העניין, ואף מעבר לכך.
3. החיזוק המשמעותי ביותר שמנה בית הדין קמא נעוץ בתוכנן של התכתובות המפלילות שנמצאו במכשיר הטלפון הנייד של המערער. מדובר בשלל תכתובות שלהלן יובאו מספר דוגמאות מייצגות מהן:

בהודעות שכתב המערער לאיש הקשר "ודים" ביום 12 בינואר 2019: "אתמול עשיתי קרוב ל-8 גרם... הייתי דלוק כמו מצ'וגעע" [כך במקור].

בהודעה שכתב המערער לאשת הקשר "יוליה" מיום 17 בינואר 2019: "היום אני מעשן ג'וני, שותה בירה ורואה תעופה בחקירה בערוץ נשיונל ג'יאוגרפיק".

בהודעה נוספת ל"יוליה" מיום 18 בינואר 2019 כתב המערער: "טוב, אני ידפוק ג'וני בינתיים" [כך במקור].

בהודעה לאשת הקשר "דנה" מיום 28 באפריל 2019 כתב המערער: "דפקנו פייסל עם אושקה ראינו שטויות בטלוויזיה וזהו היתעלפתי" [כך במקור].

הודעה של המערער לאיש הקשר "וודים" ביום 22 בפברואר 2020 (לאחר השעה 4:00 לפנות בוקר): "סתם עשינו 4 שורות באוטו".

הודעות של המערער ל"יוליה" ב-3 באפריל 2020 (לאחר השעה 1:00 לפנות בוקר): "בסמים הקשים אני חזק. בקלים אני חלש".

1. ההודעות שפורטו לעיל, הן רק חלק ממגוון הודעות שחלקן גם עוסק בבקשות של המערער "להתארגן", ובאמירות נוספות הקושרות ונוטעות אותו באופן משמעותי בעולם הסמים. אין רבותא בכך שהודעות אלה אינן מחזקות דווקא את השימושים בסם המיוחסים לו בכתב האישום, שכן די בכך שהן מצביעות על מעורבות ועיסוק בעולם הסמים (ע/47/19 **שוטיג** שאוזכר לעיל, פסקה 48; ע"מ 20,16/15 **התובע הצבאי הראשי נ' רב"ט כהן ואח'**, פסקה 5 (2015)).
2. המערער לא הצליח, הן באמרתו והן בעדותו בפני בית הדין קמא, לספק הסבר תמים, החף מהפללתו, באשר לקיומן של הודעות אלה במכשיר הטלפון שלו. טענות המערער על כך שההודעות נכתבו על ידי חיילים מבסיסו שנטלו את מכשיר הטלפון שלו, נדחו בדין, בשים לב לכך שמדובר בתכתובות שחוזרות על עצמן, עם אנשי קשר השמורים במכשיר הטלפון שלו, בשים לב לשעת הכתיבה של חלק מההודעות ולאור התרשמותו השלילית של בית הדין קמא מעדות המערער. ניסיונותיו של המערער להרחיק את עצמו מאותן תכתובות לא זכו לאמון, וכך גם ניסיונו המאוחר לאמץ את הצעת בית הדין, ולטעון כי אכן מדובר בהתכתבויות שלו, אך כאלה שנעשו "בצחוק".
3. לא מצאנו גם לקבל את טענת המערער לפיה בית הדין לא יכול היה לסמוך על קולו של המערער, הנשמע בחלק מההודעות שהוחלפו בינו לבין יוליה (וגם חברים נוספים) על מנת לקבוע שהוא הדובר. נקבע בפסיקה, כי זיהוי קול אינו חייב להיות במעבדה דווקא (ע"פ 5002/09 **מדינת ישראל נ' ז'אנו,** פסקה 43 (2.12.2010)). ועוד נקבע, כי "גם אם זיהוי בהשוואה מעבדתית הינו הזיהוי הוודאי ביותר, אין בכך בלבד כדי להשמיט את הבסיס מתחת למשקלו של זיהוי קול באמצעות 'אוזן האדם'; והלכה פסוקה היא, כי בית המשפט רשאי לקבוע זהותו של קול על ידי האזנה ישירה לסרט ההקלטה" (ע"פ 4481/14 **פלוני נ' מדינת ישראל**, פסקה 47 (16.11.2016)).
4. בית הדין קמא זיהה את המערער כדובר, לאור זיהוי קולו (שאותו שמע בהרחבה במהלך עדותו), הנתמך בראיה נסיבתית בדבר עצם קיומה של השיחה, ממכשיר הטלפון של המערער, בשעות מאוחרות, עם אשת קשר השמורה במכשיר. לפיכך לא מצאנו כי ניתן לקבוע שמדובר בזיהוי שגוי בנסיבות העניין. על כל פנים, ראוי לציין, כי מרבית ההודעות שנמצאו במכשירו הנייד של המערער, הקושרות אותו לעולם הסמים, הן הודעות **כתובות** ולא מוקלטות; וזאת לרבות אלה שצוטטו בפסקה 48 לעיל.
5. מעבר להודעות האמורות, שדי בהן כדי לשמש חיזוק משמעותי לאמרתה של ויטליה, נמצאו על ידי בית הדין גם מספר חיזוקים נוספים. העיקרי שבהם - תמונה שנמצאה במכשיר הטלפון של ויטליה המעידה, כי המערער שלח לויטליה תמונה של סיגריה מגולגלת, שאותה כינה "ג'וני". משמעותה הראייתית של תמונה זו מתחזקת על רקע מסירת גרסאות שונות על ידי המערער ביחס לאותה תכתובת: בתחילה, ניסה להרחיק את עצמו מהתכתובת ומהתמונה, ובהמשך, העלה גרסה כבושה, שלפיה ההתכתבות היתה "בצחוק" - תוך שקשר, הוא עצמו, בין הכינוי "ג'וני" למונח "ג'וינט"; וכל זאת כזכור לאחר שמן ההודעות שנמצאו במכשיר הטלפון של המערער עולה כי הוא נוהג להשתמש באופן תדיר במונח "ג'וני", בהקשר של סמים.

**טענות ההגנה בדבר קיומם של מחדלי חקירה**

1. בטרם נבחן את טענות ההגנה במישור זה, ראוי להזכיר, כי עובדת קיומו של מחדל חקירה אין בה, כשלעצמה, להביא לזיכויו של נאשם, כאשר קיימת תשתית ראייתית מספקת להוכחת אשמתו (ע"פ 1464/21 **קפוסטין נ' מדינת ישראל**, פסקה 41 (11.9.2022)). הבחינה היא האם מחדלי החקירה מקימים חשש כי הגנתו של הנאשם קופחה, כיוון שנוצר לו קושי להתמודד עם חומר הראיות נגדו או להוכיח את גרסתו. המשקל הראוי שיש לתת למחדלי חקירה נגזר מהנסיבות הפרטניות בכל מקרה ומקרה ויש לבחון האם בהתחשב בתשתית הראייתית הקיימת בתיק, ובספקות הספציפיים שאותם מבקש הנאשם להעלות, מגיע משקלם של אלה לכדי יצירת ספק סביר (ע"פ 9201/18 **גורבאן נ' מדינת ישראל**, בפסקה 40 והאסמכתאות שם (8.6.2022); כן ר' ע"פ 5386/05 **אלחורטי נ' מדינת ישראל** (18.5.2006); ע/17/19 **רס"ל יפרח נ' התובע הצבאי הראשי** (2019)).
2. ביישום לענייננו, לא מצאנו כי יש בטענות ההגנה בדבר קיומם של מחדלי חקירה כדי לשנות את מסקנתנו ביחס לדחיית הערעור על הכרעת הדין. בית הדין קמא דן בטענות ההגנה לקיומם של מחדלי חקירה, נוכח אי ביצוען של פעולות מסוימות, ודחה אותן, משמצא כי פעולות חקירה שלא בוצעו, היו בעלות חשיבות משנית, וחלקן הושלמו בהליך עצמו, לרבות זימון עדים מטעם ההגנה. לא מצאנו כל קושי בקביעה זו של בית הדין, שכן כפי שנפסק, מחדלים שונים "ניתנים לריפוי ול"שחזור" בדרכים שונות, כגון תשאול בחקירה נגדית או זימון לעדות בבית המשפט מטעם ההגנה" (ע"פ 846/10 **בדוי נ' מדינת ישראל**, פסקה 69 לפסק הדין (14.7.2014); ע/41/20, 40 **רס"ל כהן נ' התובע הצבאי הראשי**, פסקה 68 (2020)). לטענות בדבר אי-בדיקה מעבדתית לזיהוי הקול באחת ההודעות ממכשירו הנייד של המערער עם "יוליה" התייחסנו כבר לעיל.
3. מכאן, שאין לקבוע כי הגנתו של המערער קופחה וכי נפגעה זכותו להליך הוגן.

**התוצאה**

1. מהמקובץ עולה, כי אכן מתקיימים חיזוקים משמעותיים, פנימיים וחיצוניים, לאמרתה של ויטליה במצ"ח; ומשנקבע כי מדובר באמרה בעלת משקל פנימי גבוה, וכי נמצא לה גם החיזוק הנדרש, בנפרד ובוודאי – במצטבר, הרי שרשאי היה בית הדין קמא לסמוך ידיו על הראיות שהובאו בפניו לצורך המסקנה כי אשמתו של המערער בעבירה של שימוש בסם **הוכחה מעבר לכל ספק סביר**.
2. ערעור ההגנה על הכרעת הדין נדחה, אפוא.
3. על המערער להתייצב לריצוי עונשו ביום 2 באוקטובר 2022 עד השעה 10:00 במשרדה של רמ"ד שיקום במקמצ"ר.

ניתן והודע היום, ד' בתשרי התשפ"ג, 29 בספטמבר 2022, בפומבי ובמעמד הצדדים.

 \_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_ \_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_ \_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

 המשנה לנשיאה שופט שופטת

**חתימת המגיה: \_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_ \_\_\_\_ העתק נאמן למקור
 סרן כפיר לב
תאריך: \_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_ קצין בית הדין**