



בבית המשפט העליון

רע"פ 2220/16

לפני: כבוד הנשיאה מ' נאור
כבוד השופטת א' חיות
כבוד השופטת ד' ברק-ארז

המבקש: רועי מור יוסף

נגד

המשיבה: התביעה הצבאית הראשית

בקשת רשות ערעור על פסק דינו של בית הדין הצבאי
לערעורים בתיקים 86,87/14 מיום 16.2.2016 שניתן על ידי
כבוד השופטים: האלוף ש' יניב, אלי"מ פורת וסא"ל (מיל')
פרופ' ע' גרוסקופף

תאריך הישיבה: כ"ו בתמוז התשע"ו (1.8.2016)

בשם המבקש: עו"ד סרן (מיל') יגאל בלפור ; עו"ד שיר איתן

בשם המשיבה: עו"ד רס"ן מתן פורשט

פסק-דין

הנשיאה מ' נאור:

חייל עישן חומר בשם "נייס גאי", שם כולל לתרכובות כימיות שונות, מתוך
אמונה שמדובר בסם בלתי חוקי. לנוכח העובדה שהתרכובת שעישן החייל לא אותרה,
ובשים לב לכך שבאותה עת חלק מהתרכובות הנושאות את השם "נייס גאי" לא נאסר
בפקודת הסמים המסוכנים [נוסח חדש], התשל"ג-1973 (להלן: פקודת הסמים
המסוכנים), לא הוכח כי התרכובת הספציפית היתה אסורה לשימוש. האם בנסיבות אלה
יש להרשיע את החייל בניסיון (בלתי צליח) לשימוש בסם מסוכן? זוהי השאלה
העיקרית הדרושה הכרעה במקרה שלפנינו.

1. כנגד המבקש – חייל בשירות חובה – הוגש בבית הדין הצבאי המחוזי של מחוז צפון כתב אישום המייחס לו עבירה של שימוש בסם מסוכן לפי סעיפים 7(א) ו-7(ג) לפקודת הסמים המסוכנים ועבירה של ניסיון לשימוש בסם מסוכן לפי סעיפים 7(א) ו-7(ג) לפקודת הסמים המסוכנים בצירוף סעיף 25 לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: חוק העונשין). כן הואשם המבקש בעבירה של התנהגות שאינה הולמת לפי סעיף 130 לחוק השיפוט הצבאי, התשכ"ט-1959.

2. לפי סעיף 7(א) לפקודת הסמים המסוכנים, לא יחזיק אדם "סם מסוכן" ולא ישתמש בו, אלא אם הותר הדבר בדין. "סם מסוכן" מוגדר בפקודת הסמים המסוכנים כ"חומר מן המפורטים בתוספת הראשונה [לפקודה – מ.ג.].". כלומר, פקודת הסמים המסוכנים אוסרת רק על החזקה ושימוש בחומרים מסוימים המנויים בה. על פי כתב האישום, המבקש השתמש בתרכובת המכילה קנאבינואידים סינטטיים המכונה "נייס גאי", מתוך אמונה כי מדובר בסם אסור לשימוש. לפי האמור בכתב האישום, המבקש עישן "נייס גאי" כמעט מדי יום במהלך תקופה של שבעה חודשים – החל מחודש נובמבר 2013 ועד לחודש מאי 2014 (או במועדים הסמוכים לכך) – לרבות בעת ששהה בבסיסים ובמוצבים של צה"ל. מאחר שהתרכובת הספציפית שעישן המבקש לא אותרה, הואשם המבקש בניסיון לשימוש בסם מסוכן. בנוסף לכך נטען בכתב האישום כי המבקש השתמש בסם מסוכן מסוג קנבוס.

3. בית הדין הצבאי המחוזי הרשיע את המבקש בכל המיוחס לו. בהתבסס על הודאת המבקש בחקירתו במשטרה הצבאית ועל ראיות נוספות, קבע בית הדין כי המבקש עשה שימוש בחומר המכונה "נייס גאי", מתוך אמונה שמדובר בסם שאינו חוקי. על כן, אף שהחומר הספציפי שבו עשה המבקש שימוש לא אותר וטיבו לא הוכח, נקבע כי יש להרשיעו בניסיון (בלתי צליח) לשימוש בסם מסוכן. כמו כן הורשע המבקש בהתנהגות שאינה הולמת ובשימוש בקנבוס, אולם הרשעות אלה אינן עומדות לפנינו בהליך זה.

4. לנוכח האמור לעיל השית בית הדין הצבאי המחוזי על המבקש חמישה חודשי מאסר בפועל, אחד-עשר חודשי פסילה בפועל של רישיונות הנהיגה האזרחי והצבאי, עונשי מאסר על-תנאי וכן הורדה לדרגת טוראי. במסגרת גזר הדין ציין בית הדין לחומרה, כי אף שהרכבו והשפעתו האופיינית של החומר המכונה "נייס גאי" לא הוכחו לפניו, במקרה הקונקרטי ניתן לסמוך על אמרתו של המבקש בחקירתו שלפיה הוא הושפע לרעה מהשימוש בו.

המבקש ערער לבית הדין הצבאי לערעורים על הרשעתו בעבירת הניסיון ולחילופין ביקש להקל בעונשו. המשיבה מצדה עתרה להחמרת העונש.

פסק דינו של בית הדין הצבאי לערעורים

5. בבית הדין הצבאי לערעורים נחלקו הדעות בנוגע להרשעת המבקש בניסיון לשימוש בסם מסוכן. בפתח הדברים ציינה דעת הרוב כי השאלה הדרושה הכרעה היא, אם צריכת חומר שטיבו והרכבו לא הובררו, מתוך אמונה כי השימוש בו אסור בחוק, עולה כדי ניסיון בר-עונשין לשימוש בסם מסוכן. לשם מענה על שאלה זו, עמדה דעת הרוב תחילה על הדין החל. כמתואר בפסק הדין של דעת הרוב, ניסיון בר-עונשין מתגבש כאשר אדם מבצע מעשה שאין בו הכנה בלבד, וזאת מתוך מטרה לבצע עבירה (סעיף 25 לחוק העונשין). כן ציינה דעת הרוב, כי לפי הדין ניסיון לבצע עבירה יהא עניש גם בנסיבות שבהן "עשיית העבירה לא הייתה אפשרית מחמת מצב דברים שהמנסה לא היה מודע לו או טעה לגביו" (סעיף 26 לחוק העונשין). כלומר, גם כאשר ניסיון לבצע עבירה נדון לכישלון מלכתחילה, ייתכן כי הוא יהיה בר-עונשין. לעניין מצב כזה – המכונה "ניסיון בלתי צליח" – אימצה דעת הרוב את ההבחנה שהוזכרה בפסיקה בין "ניסיון בלתי צליח מבחינה עובדתית" לבין "ניסיון בלתי צליח מבחינה משפטית". דעת הרוב ציינה כי "ניסיון בלתי צליח מבחינה עובדתית" הוגדר כמקרה שבו מבחינה עובדתית-אובייקטיבית נמנעת מלכתחילה האפשרות להשלים את ביצוע העבירה. לדוגמה, יריה באקדח בגופה (תוך אי מודעות לכך שהקורבן כבר מת) או שימוש בסוכר במקום רעל (תוך אי מודעות לטיבו האמיתי של החומר). דעת הרוב עמדה על כך שניסיון מסוג זה הוא בר הרשעה, שכן הוא מלמד על פוטנציאל עברייני של העושה. "ניסיון בלתי צליח מבחינה משפטית", לעומת זאת, הוגדר כמצב שבו אין אפשרות להשלים את ביצוע העבירה בשל כך שהמעשה עצמו אינו אסור בדין והעושה טעה בפליליותו. במצב כזה, כך לפי דעת הרוב, המעשה אינו עניש.

6. בענייננו, לפי דעת הרוב, די בכך שהמבקש התכוון לעשות שימוש ב"סם מסוכן" – אף אם לא ידע מהו טיבו המדויק של החומר – כדי להקים אחריות פלילית בעבירה של ניסיון (בלתי צליח) לשימוש בסם מסוכן. לשיטתה, ניסיון יוגדר כבלתי צליח מבחינה משפטית רק אם אין כל איסור פלילי על המעשה הנדון ואין כל אפשרות חוקית להשלים את העבירה. למשל, קיום יחסים עם בן-זוג מאותו מין, מתוך סברה מוטעית שמדובר במעשה אסור. דעת הרוב קבעה כי אין אלה פני הדברים במקרה דנן. היא ציינה כי בתי המשפט עמדו לא פעם על כך שהשם "נייס גאי" הוא כינוי לתערובות שונות של חומרים כימיים הנמכרים כ"סמי פיצוציות" ואשר לפחות חלקם נאסר לשימוש בפקודת הסמים המסוכנים. מכך נובע, קבעה דעת הרוב, כי קיימת אפשרות אובייקטיבית לבצע עבירה של שימוש בסם מסוכן באמצעות שימוש בחומר המכונה "נייס גאי". לפיכך, היא קבעה כי אין מדובר בענייננו בניסיון בלתי צליח מבחינה משפטית, אלא בניסיון בלתי צליח מבחינה עובדתית, והותירה את הרשעתו של המבקש על כנה. עם זאת, מצאה דעת הרוב להקל בעונש המאסר בפועל שהושת על המבקש, והוא הועמד על 68 ימים – התקופה שאותה כבר ריצה עד למועד שמיעת הערעור.

7. דעת המיעוט לעניין ההרשעה בעבירת הניסיון הייתה כאמור שונה. לגישתה, המבחן המבדיל בין "ניסיון בלתי צליח מבחינה עובדתית" לבין "ניסיון בלתי צליח מבחינה משפטית" נוגע לטיב הטעות של המנסה. אם הטעות מתייחסת למצב הדברים העובדתי, הרי שמדובר בניסיון בלתי צליח מבחינה עובדתית, שהינו עניש. כך הוא, לדוגמה, כאשר פלוני מעביר לאדם אחר קמח כשהוא מאמין שמדובר בקוקאין. לעומת זאת, אם טעותו של העושה מתייחסת למצב דברים משפטי, הניסיון ייפול בגדרי ניסיון בלתי צליח מבחינה משפטית. זאת, למשל, כאשר אדם סובר בטעות שאסור למכור סיגרים קובניים במדינת ישראל, אך למרות זאת מציעם למכירה. על רקע זה, סברה דעת המיעוט כי עניינו של המבקש נופל לגדר ניסיון בלתי צליח מבחינה משפטית, שאינו בר-עונשין. לפי קביעתה, המבקש היה מודע לכך שהוא עושה שימוש בחומר המכונה "נייס גאי", אך הניח בטעות כי קיים איסור משפטי על שימוש בחומר הנושא שם זה. לגישת דעת המיעוט, טעות זו נוגעת להיקפו של האיסור על שימוש בסמים מסוכנים ואינה צריכה להוביל להרשעה.

8. דעת המיעוט חלקה על דעת הרוב שלפיה ניסיון בלתי צליח משפטי מתייחס רק למצבים שבהם אין כל אפשרות חוקית לעבור את העבירה. לשיטתה, גישת דעת הרוב עשויה להוביל להרשעתו של אדם בפלילים, אף שקיים ספק סביר בשאלה אם הוא ביצע או ביקש לבצע עבירה פלילית אשר קיימת בפועל בספר החוקים. לגישתה של דעת

המיעוט, על-מנת להרשיע בניסיון בלתי צליח, יש להראות כי לו העובדות שדימה המנסה במוחו היו נכונות, אזי היה מדובר מעבר לכל ספק סביר בעבירה. לפי מבחן זה, סברה דעת המיעוט, בענייננו ניתן היה לקבוע כי המבקש התכוון לבצע עבירה מעבר לכל ספק סביר, רק אם היה קיים איסור משפטי על כלל תרכובות ה"ניס גאיי". אולם, משהנחה זו מתייחסת למצב הדין בעת ביצוע המעשה ולא לנסיבות העובדתיות הנוגעות לביצועו, הרי שלפנינו ניסיון בלתי צליח מבחינה משפטית. דעת המיעוט הוסיפה וציינה כי אף אם נניח כי קיימת אי בהירות ביחס לשאלה אם טעותו של המבקש נוגעת למצב הדברים העובדתי או המשפטי, הרי שהספק והקושי צריכים לפעול לטובת המבקש. אשר על כן, סברה דעת המיעוט כי יש לזכות את המבקש מעבירת הניסיון, ומטעם זה היה מקובל עליה שיש להפחית מעונש המאסר בפועל באופן שנקבע על-ידי דעת הרוב.

9. המבקש לא השלים עם הרשעתו ועם עונש המאסר שהושת עליו – הגורר אחריו רישום פלילי – והגיש בקשת רשות ערעור. בהסכמת המשיבה שניתנה בדיון על פה לפנינו, אנו רואים את הדיון בה כאילו ניתנה רשות ערעור וערעור הוגש על פי הרשות שניתנה.

טענות הצדדים

10. בבקשת רשות הערעור העלה המבקש שתי טענות משפטיות המצדיקות, לשיטתו, את זיכוי מעבירת הניסיון. טענתו העיקרית של המבקש נסבה על התנאים להרשעה בניסיון (בלתי צליח) לשימוש בסם מסוכן. לגישתו, יש לאמץ את דעת המיעוט בפסק הדין מושא בקשת רשות הערעור, שלפיה רק אם הוכח מעל לכל ספק סביר כי המנסה ביקש לבצע עבירה הקיימת בפועל בספר החוקים, ניתן להרשיעו בניסיון בלתי צליח. בראייתו, יישום אמת מידה זו על עבירת ניסיון לשימוש בסם מסוכן, מובילה למסקנה כי אם הוכח שהמנסה האמין שהוא משתמש בחומר מסוג מסוים (כגון קוקאין, קנבוס וכיו"ב) – ומסתבר כי חומר מאותו סוג אכן מנוי בפקודת הסמים המסוכנים – אזי ניתן להרשיעו בניסיון לשימוש בסם מסוכן. להבדיל, לשיטתו של המבקש, אם כל שהוכח הוא שהמנסה האמין שהוא משתמש ב"סם מסוכן" או ב"סם אסור", אזי עשוי להתקיים ספק סביר אם הוא ביקש לבצע עבירה פלילית. זאת, כיוון שרק שימוש בסמים מסוגים מסוימים מגבש עבירה.

11. מן הכלל אל הפרט, נטען כי קיים ספק בענייננו אם המבקש ביקש להשתמש בסם מסוגי הסמים המנויים בפועל בפקודת הסמים המסוכנים. לטענת המבקש, "ניס גאיי" הוא כינוי מסחרי לתרכובות כימיות שונות, אשר בתקופה הרלוונטית לכתב

האישום רובן לא נאסר לשימוש בפקודת הסמים המסוכנים. על כן, טען המבקש, רק אם הייתה ראייה לכך שהוא חשב בפועל – או שלמצער היה לו חשד סובייקטיבי ממשי – כי התרכובת שבה השתמש היא אחת מאותן תרכובות המנויות בפקודה, ניתן היה להרשיעו. לטענתו, פרט למודעותו לכך שהחומר שהוא עישן מכונה "נייס גאי", לא הוכח שהוא היה מודע לטיבו של החומר הספציפי המסתתר מאחורי השם של המוצר. למעשה, לטענתו, הוא כלל לא היה מודע לכך ש"נייס גאי" משמש ככינוי לרשימה ארוכה של חומרים שונים. לפיכך, לדבריו, נותר ספק בשאלה אם הוא ביקש לעשות שימוש בחומר המנוי בפועל בפקודת הסמים המסוכנים. אשר על כן, טען כאמור המבקש כי לא היה מקום להרשיעו בניסיון (בלתי צליח) לשימוש בסם מסוכן.

12. השאלה המשפטית השנייה שהעלה המבקש נסבה על היחס בין פקודת הסמים המסוכנים לבין חוק המאבק בתופעת השימוש בחומרים מסכנים, התשע"ג-2013 (להלן: חוק המאבק). לטענת המבקש, חוק המאבק חל על חומרים אשר טרם הוכרו כבלתי חוקיים לפי פקודת הסמים המסוכנים, ובכללם חלק מהתרכובות המכונות "נייס גאי". לדבריו, חוק המאבק מאפשר לתפוס ולהשמיד חומרים המוגדרים בו כ"חומר מסכן" או לאסור על הפצתם, אולם הוא אינו אוסר על שימוש בהם. לטענתו, חוק זה הוא בגדר "דין ספציפי" הדוחה את הדין הכללי – פקודת הסמים המסוכנים. על כן, טען המבקש, בהינתן שהחומר שבו השתמש לא אותר, לא ניתן היה להעמידו לדין בגין ניסיון לשימוש בסם מסוכן. לכל היותר, טען המבקש, ניתן היה לפעול בגדרי החוק הספציפי והרלוונטי לעניין, הוא חוק המאבק. אף מטעם זה סבר המבקש כי יש לזכותו מעבירת הניסיון.

לבסוף טען המבקש, כי אם ימצא בית המשפט לזכותו מעבירת הניסיון, מן הראוי יהיה להפחית את עונשו ולהעמידו על פחות משני חודשי מאסר בפועל – כך שהוא יוכל ליהנות מ"רישום פלילי מופחת".

13. המשיבה מצדה מתנגדת לזיכוי של המבקש. לעניין התנאים להרשעה בניסיון בלתי צליח, סמכה המשיבה ידיה על דעת הרוב בבית הדין הצבאי לערעורים. לדיתה, די בכך שקיימת אפשרות כי העובדות שדימה המנסה מגבשות עבירה פלילית, כדי להרשיעו בניסיון לעבור עבירה. לטענתה, כך הוא בענייננו, שבו תחת השם "נייס גאי" נמכרות גם תרכובות כימיות שנאסרו לשימוש בפקודת הסמים המסוכנים. על כן, בהינתן העובדות שדימה המנסה – דהיינו שימוש ב"נייס גאי" – קמה לכל הפחות אפשרות שבמעשהו הוא עבר עבירה פלילית. המשיבה הוסיפה וטענה, כי עמדת המבקש שלפיה ניתן להרשיעו רק אם היה מודע לסוג הספציפי של התרכובת (המנוי

בפועל בפקודת הסמים המסוכנים), אינה עולה בקנה אחד עם פסק דינו של בית המשפט העליון ברע"פ 7560/01 התובע הצבאי הראשי נ' שובין, פ"ד נט(3) 931 (2004) (להלן: עניין שובין). לטענתה, בעניין שובין נקבע כי לשם הרשעה בניסיון לשימוש בסם מסוכן, די בהוכחה כי המנסה היה מודע לכך שהחומר שבו השתמש הינו סם מסוכן כלשהו, ואין צורך בהוכחת מודעות לחומר ספציפי המנוי בפקודה. לבסוף, טענה המשיבה, אם תתקבל גישתו של המבקש לא ניתן יהיה לייחס למאן שהוא אישום בגין שימוש בסם מסוכן שטיבו איננו ידוע במדויק, בשל האפשרות כי לסם זה ישנה נגזרת דומה אשר במועד ביצוע העבירה לא הוצאה אל מחוץ לחוק.

14. אשר לטענתו של המבקש בעניין עדיפותו של חוק המאבק על פני פקודת הסמים המסוכנים, טענה המשיבה כי חוק המאבק נועד להוסיף על הוראות פקודת הסמים המסוכנים, ולא לגרוע מהן. על כן, לשיטתה, אין לראותו כחוק ספציפי הגובר על הוראותיה הכלליות של הפקודה.

מהטעמים האמורים לעיל, טענה המשיבה כי לא נפל פגם בפסק דינו של בית הדין הצבאי לערעורים.

דיון והכרעה

המסגרת המשפטית

15. סעיף 7(א) לפקודת הסמים המסוכנים, שכותרתו "החזקה ושימוש", אוסר כאמור על החזקה ושימוש שלא כדין ב"סם מסוכן":

"לא יחזיק אדם סם מסוכן ולא ישתמש בו, אלא במידה שהותר הדבר בפקודה זו או בתקנות לפיה, או ברשיון מאת המנהל".

עבירת השימוש מחייבת איפוא, כאחת מנסיבותיה, שהחומר שבו נעשה השימוש הינו "סם מסוכן". "סם מסוכן" מוגדר כזכור בפקודת הסמים המסוכנים כ"חומר מן המפורטים בתוספת הראשונה [לפקודה – מ.ג.]...". מקום שבו הנסיבה "סם מסוכן" אינה מתקיימת – אין מדובר בביצוע עבירה מושלמת. מבחינת היסוד הנפשי, עבירת השימוש דורשת מחשבה פלילית, דהיינו מודעות בפועל (או למצער חשד) להתנהגות ולנסיבות העבירה.

16. במקרה שלפנינו הודה המבקש בחקירתו כי השתמש בחומר המכונה "נייס גאי". "נייס גאי" הינו כינוי מסחרי למגוון תרכובות כימיות שונות, שהן סוג של "סמי פיצוציות". מגוון התרכובות רחב, ובין המחקק לבין שוק הסמים מתנהל מעין מרדף של "חתול ועכבר", כך שמרגע שתרכובת ספציפית נכנסת לפקודה – היא יוצאת מהשוק בתוך זמן קצר – ובמקומה נכנס חומר אחר שהמחקק טרם הספיק לאסור על השימוש בו (ראו והשוו: בג"ץ 7456/09 מידברג נ' בית משפט השלום בראשון לציון (21.1.2010)). על כל פנים, בתקופה הרלוונטית לכתב האישום לפחות חלק מהתרכובות הנושאות את השם "נייס גאי" לא נאסר לשימוש בפקודת הסמים המסוכנים. בנוסף לכך, החומר הספציפי שבו השתמש המבקש לא אותר וטיבו אף לא הוכח בדרך אחרת. על כן, לא נשללה האפשרות כי המבקש עשה שימוש בחומר שאינו סם מסוכן. משכך, נקודת המוצא לדיון, שעליה אין מחלוקת, היא כי המבקש לא השלים את ביצועה של עבירת השימוש בסם מסוכן ואף לא יכול היה להשלימה מלכתחילה. עם זאת, אי-השלמת העבירה אינו מהווה סוף פסוק. דיני העונשין מאפשרים להרשיע אדם בניסיון לעבור עבירה, וזאת גם אם הניסיון נדון מראש לכישלון.

ניסיון צליח וניסיון בלתי צליח

17. ההוראה המטילה אחריות פלילית בגין ניסיון לעבור עבירה מעוגנת בסעיף 25 לחוק העונשין, הקובע "אדם מנסה לעבור עבירה אם, במטרה לבצעה, עשה מעשה שאין בו הכנה בלבד והעבירה לא הושלמה". המדובר באירוע עברייני שבו אחד מן ההיבטים של היסוד העובדתי (התנהגות, נסיבות או תוצאה) – לא הושלמו (עיינו: ש"ז פלר יסודות בדיני עונשין ב 60 (התשמ"ז) (להלן: פלר – יסודות בדיני עונשין)). כפי שנפסק, הרעיון שביסוד ענישת הניסיון הוא, כי "אין להמתין עד לביצוע העבירה המוגמרת, שעה שכוונותיו של המבצע כבר ברורות, וניתן לעצור אותו מלממשן עוד לפני שהרע יתרחש והנזק יהפוך לעובדה" (ע"פ 9849/05 מדינת ישראל נ' ברואיר, פסקה 6 (23.11.2006)). בנוסף לכך, התפיסה היא כי מי שמתחיל בביצוע עבירה פלילית מתוך שאיפה להשלימה, מוכיח בכך שהוא מסוכן לציבור וכי קיים בו "פוטנציאל עברייני" (ראו: ע"פ 675/85 גרציאנו נ' מדינת ישראל, פ"ד מ(3) 763, 773 (1986) (להלן: עניין גרציאנו); מרדכי קרמניצר "עוד על היסוד ההתנהגותי ב'אקטוס ראוס' של הניסיון: הערות בשולי מאמרו של א' קמר" משפטים ט 274, 285 (התשל"ט)). יתר על כן, הניסיון הפלילי מתבטא בהתנהגות שהיא חלק מהותי מתוך העבירה המושלמת. לפיכך, ביצוע ניסיון עשוי לפגוע בהרגשת האמון והביטחון של הציבור (להרחבה ראו: פלר – יסודות בדיני עונשין, בעמוד 61).

18. בדרך כלל, אי-השלמת עבירה נובעת מנסיבות חיצוניות לדרך ביצועה. למשל, א' מבקש לירות לעברו של ב', אך לפני שהוא מספיק ללחוץ על ההדק, ג' עוצר בעדו (שם, בעמוד 117). מצב מסוג זה – המכונה "ניסיון צליח" – יעלה כדי "ניסיון" בר-עונשין אם התקיימו היסוד העובדתי והיסוד הנפשי הדרושים להרשעה. מבחינת היסוד העובדתי, יש להוכיח כי הנאשם החל בביצוע העבירה. בצד זאת, יש להוכיח כי התקיים אצלו היסוד הנפשי הנדרש לעבירה המושלמת, כמו גם היסוד הנפשי המיוחד לעבירת הניסיון – מטרה להשלים את העבירה (ראו: ע"פ 5150/93 טריס נ' מדינת ישראל, פ"ד מח(2) 183, 186 (1994); עניין שובין, בעמוד 937). להבדיל, ישנם מצבים שבהם ביצוע העבירה נדון לכישלון מלכתחילה. לדוגמה, א' יורה על ב' בכוונה להרגו, אך בדיעבד מסתבר כי בעת הירי ב' כבר לא היה בין החיים. מדובר במקרה שבו "המודע למצב הדברים לאשורו והעומד מן הצד כעד למתרחש, יכול להיות בטוח כי בהתנהגות מטיב זה אין לעושה אפשרות לממש את מזימתו" (פלר – יסודות בדיני עונשין, בעמוד 117). מצב כזה, המכונה "ניסיון בלתי צליח", אינו שולל בהכרח את פליליות הניסיון. כפי שנקבע בסעיף 26 לחוק העונשין:

"לענין ניסיון, אין נפקה מינה אם עשיית העבירה לא היתה אפשרית מחמת מצב דברים שהמנסה לא היה מודע לו או טעה לגביו".

בדומה לניסיון צליח, ניסיון בלתי צליח מותנה בתחילת ביצוע של העבירה וביסוד נפשי מתאים – היסוד הנפשי הדרוש לעבירה המושלמת ומטרה להשלים את ביצועה. כמו כן, כמצוות סעיף 26 לחוק העונשין, פליליותו של ניסיון בלתי צליח מותנית בפן נוסף של היסוד הנפשי – אי מודעות או טעות של המנסה ביחס ל"מצב הדברים" האובייקטיבי המונע ממנו מלהשלים את ביצוע העבירה (ראו: ע"פ 295/10 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 66 (2.4.2012) (להלן: ע"פ 295/10)). דרישה זו הגיונית, שכן אם המנסה היה יודע על כך שהניסיון נדון לכישלון מלכתחילה, לא ניתן היה לקבוע כי הייתה תכלית פלילית למעשיו (ראו: ע"פ 5544/91 מויאל נ' מדינת ישראל, פסקה 15 (15.2.1995); מרים גור-אריה "אי האפשרות להשלים את העבירה והשפעתה על ענישת הניסיון" משפטים ח 310, 312-313 (תשל"ז-תשל"ח) (להלן: גור-אריה)).

19. בטרם תידון השאלה אם ענייננו בא בגדרי סעיף 26 לחוק העונשין, יש להתעכב תחילה על סוגי "מצב הדברים" המונעים את ביצועה של העבירה. אחת ההבחנות העיקריות היא בין מקרה שבו אין אפשרות להשלים את העבירה בשל מצב דברים

עובדתי (להלן: ניסיון בלתי צליח מבחינה עובדתית), לבין מקרה שבו אין אפשרות חוקית להשלים את העבירה (להלן: ניסיון בלתי צליח מבחינה משפטית) (להבחנה האמורה ראו למשל: גור-אריה, בעמודים 312-313; פלר – יסודות דיני עונשין, בעמודים 120-122; הספרות עמדה על תת-קטגוריות נוספות של ניסיונות בלתי צליחים, אולם הן אינן רלוונטיות במישרין לענייננו). כאמור לעיל, ניסיון בלתי צליח מבחינה עובדתית מתגבש למשל כאשר אדם מוכר לחברו קמח מתוך סברה מוטעית שמדובר בקוקאין. במצב כזה, השלמת העבירה נמנעה מראש עקב העובדה שהחומר שנמכר לא היה קוקאין. לעומת זאת, ניסיון בלתי צליח מבחינה משפטית מתרחש, לדוגמה, כאשר אדם הסתיר סחורה מסוימת במעבר גבול כדי להשתמט מתשלום מכס, בלא שידע שאין חובת תשלום מכס על סחורה זו. מה שמנע את השלמת העבירה במקרה זה הוא העדרו של דין האוסר על המעשה.

20. על דרך העיקרון, ניסיון בלתי צליח מבחינה עובדתית הוא בר-הרשעה. ביסוד כלל זה עומדת התפיסה, שלפיה יש לראות אדם שביצע ניסיון בלתי צליח מבחינה עובדתית באור דומה למבצע הניסיון הצליח. כלומר, כמי "שגיבש כוונה לבצע עבירה פלילית, והוכיח שהוא מסוגל להוציא כוונה זו אל הפועל על-ידי תחילת ביצועה של העבירה" (גור-אריה, בעמוד 314; עניין גרציאנו, בעמודים 773-774; עיינו גם: יעקב קדמי על הדין בפלילים – חוק העונשין חלק ראשון 305 (מהדורה מעודכנת, 2004)). בנסיבות אלה, התכליות המצדיקות את ענישת הניסיון הצליח תומכות גם בענישת הניסיון הכושל, ואילו טעותו של המנסה ביחס לעובדות – אינה מעלה ואינה מורידה (ראו: Mordechai Kremnitzer, *The Punishability of Impossible Attempts*, 19 ISR. (1984) L. REV. 340, 345-349 (להלן: קרמניצר); גבריאל הלוי תורת דיני העונשין ב 547-548 (2009); והשוו למצב שבו טעות במצב הדברים עשויה לשמש דווקא כהגנה – סעיף 34 לחוק העונשין). לעומת זאת, אם טעה המנסה לחשוב שהוא מבצע מעשה שהשלמתו תהווה עבירה, אף שאין על השלמת המעשה שדימה המנסה איסור בדין – אין להרשיעו:

"פשיטא, שאם המעשה המושלם אינו מהווה עבירה – אין בטעותו של הנאשם כדי להפוך לעבירה את הניסיון לבצעו" (יעקב קדמי על הדין בפלילים חלק ראשון, 370 (מהדורה חדשה, 2012) (להלן: קדמי – על הדין בפלילים)).

עמדה זו טעמיה עמה. לפי עיקרון החוקיות בפלילים "אין עבירה ואין עונש עליה אלא אם כן נקבעו בחוק או על-פיו" (סעיף 1 לחוק העונשין). בהתאם לכך, "איסור פלילי

אינו יכול להיות קיים רק משום שהעושה האמין בקיומו" (מרים גור-אריה "הצעת חוק העונשין (חלק מקדמי וחלק כללי), התשנ"ב-1992" משפטים כד 9, 39 (1994) (להלן: גור-אריה-הצעת חוק העונשין; ראו גם גור-אריה, בעמוד 316; קרמניצר, בעמודים 349 – 350; פלד – יסודות בדיני עונשין, בעמוד 130). אם תאמר אחרת, משמעות הדברים תהא אימוץ תפיסתו הסובייקטיבית של פלוני את הדין הפלילי. תוצאה כזו לא ניתן לקבל, באשר היא עלולה להוביל למצב שבו בגין אותו מעשה פלוני יורשע על-פי מערכת נורמות אחת וחברו יזוכה על-פי מערכת נורמות אחרת. מכך נובע, כי העובדה שאדם הביע נכונות לעבור על החוק אין משמעה כי הוא בר-עונשין. כתנאי להרשעתו יש להראות שהוא ביקש להשלים מעשה הפוגע בערך מוגן ספציפי, אשר המחקק ראה לנכון להגן עליו באמצעות הדין הפלילי (ראו: קרמניצר, בעמוד 349). ומזווית נוספת, כשם שאי-הידיעה שקיים איסור על מעשה אינה פוטרת מאחריות פלילית (פרט למקרים מסוימים, סעיף 34 ל חוק העונשין), כך אי-הידיעה שהאיסור עליו הוא מדומה אינה מפלילה (עיינו: פלד – יסודות בדיני עונשין, בעמוד 130). גישה זו מצאה תמיכה בפסיקה (ראו למשל: ע"פ 9147/01 בשן נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(5) 297, 311 (2004); עיינו גם: ע"פ 295/10, פסקה 66), ובעבר אף קיבלה ביטוי מפורש בסעיף 26 להצעת חוק העונשין (חלק מקדמי וחלק כללי), התשנ"ב-1992, ה"ח הממשלה 2098:

"לענין נסיון, אין נפקא מינה אם עשיית העבירה לא היתה אפשרית מחמת מצב דברים שהמנסה לא היה מודע לו או טעה לגביו. אולם, אין נסיון עניש אם מצב הדברים האמור מתבטא בהעדד איסור לפי חוק על מה שהאדם ניסה לעשות או עשה" (ההדגשה הוספה – מ.נ.).

אמנם, הסיפה של הסעיף – הקובעת במפורש כי ניסיון בלתי צליח מבחינה משפטית אינו עניש – הושמטה לבסוף. אולם, מהטעמים האמורים, דעתי היא כי הוראה כזו הייתה למעשה מיותרת. אם כן, ניתן לקבוע כי ניסיון בלתי צליח מבחינה משפטית אינו בר עונשין.

21. לנוכח העקרונות עליהם עמדתי לעיל, בבוא בית המשפט להכריע אם ניסיון בלתי צליח הוא בר-עונשין, עליו לבודד את הגורמים שמהם נובעת אי האפשרות להשלים את העבירה (ראו: גור-אריה, בעמוד 320). לשם כך יש לבחון את התנהגותו של המנסה ואת הלך רוחו לפי המסכת העובדתית שבקיומה הוא האמין. אם מצב הדברים העובדתי כפי שהמנסה האמין שהוא מגבש את העבירה בה הואשם – ניתן להרשיעו. לעומת זאת, אם העובדות שדימה המנסה אינן מגבשות עבירה, אך המנסה טעה לחשוב כי הוא מבצע מעשה אסור – מדובר בניסיון בלתי צליח מבחינה משפטית שאינו בר-עונשין. לעניין זה, טעותו של המנסה יכולה ליפול באשר לעצם קיומה של

עבירה פלילית (למשל – אדם יכול לסבור כאמור כי יש איסור פלילי על קיום יחסים בין בני-זוג מאותו המין), אך היא עשויה ליפול גם באשר להיקפה של הנורמה האוסרת (עיינו: קרמניצר, בעמוד 350). לדוגמה, אדם יכול להאמין כי קיים איסור על ייבוא כל סוגי המזון, בעוד שבפועל קיים איסור כזה רק ביחס למזונות מסוימים. לדידי, בשני המקרים קיים קושי להרשיע בניסיון בלתי צליח, שכן בשניהם דמיין המנסה עבירה פלילית שאינה קיימת במציאות (והשוו לסעיף 34 ל חוק העונשין הנזכר לעיל, שלפיו טעות של נאשם "בדבר קיומו של איסור פלילי או בדבר הבנתו של האיסור" ככלל אינה פוטרת מאחריות פלילית; ההדגשה הוספה – מ.ג.). כפועל יוצא מכך, בשני המקרים אף אין בנמצא עבירה מושלמת שממנה ניתן לגזור את הניסיון.

22. מבחינת רף ההוכחה, כבכל הרשעה בפלילים, יש להראות כי היסוד העובדתי והיסוד הנפשי הדרושים שפורטו קודם לכן – הוכחו מעבר לכל ספק סביר (ראו גם: פלר – יסודות בדיני עונשין, בעמוד 118). בכלל זה, יש לגישתי להוכיח מעבר לספק סביר כי המנסה רצה להשלים מעשה, אשר מבחינה אובייקטיבית מהווה עבירה פלילית. לשם כך, יש להניח כאמור כי כל העובדות שבקיומן האמין המנסה – אכן התקיימו – ולבחון מהי התוצאה ההיפותטית המתקבלת במישור הפלילי (ראו למשל: עניין גרציאנו, בעמוד 773). אם המסכת העובדתית שבקיומה האמין המנסה מגבשת מעבר לכל ספק סביר עבירה פלילית – דיינו; אך אם לאו, אין לדידי מקום להרשעה. בהקשר זה, יש לדחות את עמדת המשיבה שלפיה די בכך שקיימת אפשרות כלשהי כי העובדות שבקיומן האמין המנסה מגבשות עבירה פלילית. עמדה זו אינה מתיישבת עם רף ההוכחה הנדרש כאמור בדין הפלילי, ולגישתי אף לא עם עיקרון החוקיות. יתר על כן, הרשעה בניסיון שנדון מראש לכישלון ממילא נותנת משקל רב יחסית להלך רוחו של הנאשם, תוך "וויתור" מסוים על דרישת הנזק ממעשהו. בשים לב לכך, יש להיזהר פן נרחיב מדי את גבולותיו של הניסיון הבלתי צליח העניש.

23. לסיכום, על מנת להרשיע בניסיון בלתי צליח נדרש לעבור מספר משוכות. בנוסף להוכחת היסוד העובדתי והנפשי הנדרשים להרשעה בכל ניסיון בר-עונשין, יש להוכיח כי השלמת העבירה לא התאפשרה עקב מצב דברים עובדתי (להבדיל ממצב דברים משפטי), אשר המנסה לא היה מודע לו או טעה לגביו. בכלל זה, יש להראות כי המסכת העובדתית שבקיומה האמין המנסה – לו הייתה מתקיימת במציאות – הייתה מהווה מעבר לספק סביר עבירה פלילית או למצער ניסיון צליח לבצעה.

24. סעיף 7(א) לפקודת הסמים המסוכנים – שבו הואשם המבקש – אוסר כאמור על שימוש ב"סם מסוכן", דהיינו כל חומר המנוי בתוספת הראשונה לפקודה. במישור היסוד הנפשי, משמדובר בעבירה התנהגותית של מחשבה פלילית, יש להוכיח מודעות להתנהגות (לשימוש) ומודעות לנסיבות ("סם מסוכן") (ראו: עניין שובין, בעמוד 937; על המודעות לנסיבה "סם מסוכן" אפרט עוד בהמשך). לשם הרשעה בניסיון, יש להראות גם מטרה להשתמש בסם מסוכן. כשמדובר בניסיון בלתי צליח, יש לבחון את העובדות מבעד לעיניו של המנסה, ולבדוק אם הן מגבשות מעבר לספק סביר את היסודות האמורים של העבירה. לדוגמה, אם אדם שואף לקרבו מרצונו אבקה לבנה, מתוך סברה מוטעית כי מדובר בקוקאין, ניתן להרשיעו בניסיון (בלתי צליח) לשימוש בסם מסוכן.

25. בענייננו, כזכור, החומר שבו השתמש המבקש לא נתפס ואין לדעת אם הוא היה בגדר "סם מסוכן" אם לאו. אין מחלוקת כי על הספק האמור לפעול לטובת המבקש וכי יש לצאת מהנחה שלפיה מדובר היה בחומר מותר לשימוש. תחת הנחה זו, שלפיה השתמש המבקש בחומר חוקי, ניתן היה להאשימו לכל היותר בניסיון לשימוש בסם מסוכן. אף מובן כי ניסיון לשימוש בסם מסוכן – תוך שימוש בפועל בחומר מותר – הינו ניסיון שנדון לכישלון מראש. השאלה היא, אם מדובר בניסיון בלתי צליח מבחינה עובדתית (שהינו עניש) או שמא בניסיון בלתי צליח מבחינה משפטית (שאינו עניש). לצורך מענה על שאלה זו יש לבחון את הלך רוחו של המבקש ואת העובדות שבקיומן האמין.

26. המבקש הודה בחקירתו בעישון חומר בשם "נייס גאי", שהינו כזכור כינוי מסחרי לתרכובות כימיות שונות. כפי שציין המבקש באמרה שמסר במצ"ח ביום 2.7.2014:

"ש: האם השתמשת בסמים במהלך שירותך
הצבאי?
ת: כן.
ש: באילו סוגים?
ת: נייס גאי וחשיש.

[...]

ש: ספר לי על השימוש שלך בסם 'הנייס גאי'?
ת: השימוש הראשון שלי בסמים מאז גיוסי היה
בחודש נובמבר 2013 בסם 'הנייס גאי'... לכן
ברגילה קניתי ממשוהו 'נייס גאי'...

[...]

ש: האם בעת השימושים בסם 'הנייס גאי' במהלך
שירותך הצבאי ידעת כי השימוש בסם זה אינו
חוקי?
ת: כן ידעתי.
ש: האם כאשר קנית את השקית 'נייס גאי' לפני
השימוש הראשון בשירותך הצבאי ידעת כי
השימוש בנייס גאי אינו חוקי?
ת: כן ידעתי, ואני כל כך מתחרט על זה.

[...]

ש: כיצד ידעת לפני השימוש בסם 'הנייס גאי' כי
הוא אינו חוקי?
ת: ידעתי שאסור להשתמש והוא הפסיק מזמן
להיות חוקי. אני גר באיזור שהרבה משתמשים לכן
כאשר הוא יצא מהחוק פשוט שמעתי וידעתי. זה
לא סוד ידעתי שאסור לי להשתמש ידעתי שזה לא
חוקי במהלך השירות בצבא...".

המבקש סבר איפוא שהוא עושה שימוש ב"נייס גאי" והאמין שמדובר בחומר "בלתי חוקי". עם זאת, החומר הראייתי אינו מבסס מודעות (או חשד) של המבקש לכך שקיימות בשוק תרכובות שונות של "נייס גאי", וממילא אינו מוכיח כי המבקש היה מודע לסוג התרכובת הספציפי שבה השתמש. סוגיות אלה לא התבררו כהלכה במהלך חקירתו של המבקש ואף לא במהלך המשפט. כל הידוע לנו הוא שהמבקש השתמש מרצונו בחומר המכונה "נייס גאי", אשר טיבו המדויק נותר לוט בערפל. בנסיבות אלה, ובשים לב לכך שבאותה עת לא כל סוגי החומרים המכונים "נייס גאי" נאסרו לשימוש, לא הוכחה לדעתי מעבר לספק סביר אמונתו של המבקש כי מדובר בחומר המנוי בפועל בפקודת הסמים מסוכנים. במילים אחרות, נותר ספק אם העובדות שבקיומן האמין המבקש – אם היו נכונות – היו מגבשות את עבירת השימוש. למעשה, לא נשללה האפשרות כי המבקש חשב שכל חומר המכונה "נייס גאי" הינו אסור לשימוש, אף שהמציאות המשפטית הייתה כאמור שונה. מכך נובע, כי המבקש תפס את האיסור בדין על שימוש בסמים מסוכנים כרחב מכפי שהוא באמת. ואולם, כפי שהוסבר בהרחבה לעיל, טעותו של המבקש בהבנת היקפו של הדין אינה יכולה להוביל להרשעה, שכן הדבר עומד בניגוד לעיקרון החוקיות בפלילים. פשיטא, כי הרשעה בנסיבות כאלה אינה אפשרית מבחינה משפטית ואף אינה צודקת.

27. דעת הרוב בבית הדין הצבאי לערעורים – עליה סמכה המשיבה ידיה – נתלתה באמונתו של המבקש כי הוא השתמש בסם בלתי חוקי. בראייתה, מחשבתו של המבקש

כי הוא צרך "סם מסוכן", דהיינו סם אסור לשימוש, עולה כדי טעות במצב הדברים העובדתי. לדעתי דעת הרוב לא דקת פורתא בנקודה זו. כאשר עסקינן בעבירת שימוש בסם מסוכן, יש להבחין בין אמונתו של המבקש בנוגע לסוג החומר שבו הוא עושה שימוש, לבין אמונתו ביחס להיקף האיסור הפלילי על שימוש בסמים מסוכנים. רוצה לומר, המודעות הנדרשת להיותו של חומר "סם מסוכן" הינה ככלל לסוג החומר שבו נעשה שימוש (כגון קוקאין, קנבוס וכיו"ב) ולא לכך שחומר מסוים מנוי בתוספת הראשונה, דהיינו להיותו "אסור" או "בלתי חוקי". מודעות לכך שחומר נמנה בתוספת – ומשכך נאסר בחוק – הינה מודעות לדין ולא מודעות לעובדות (עיינו: יעקב קדמי על פקודת הסמים המסוכנים 96-87, 269-272 (2007) (להלן: קדמי-על פקודת הסמים המסוכנים)), והאסמכתאות שם; ראו גם: ע"פ 966/94 אמלג נ' מדינת ישראל (10.12.1995) (להלן: עניין אמלג); ע"פ 4533/07 מדינת ישראל נ' אזרי, פסקה 17 (31.10.2007)). כפועל יוצא מכך, אי-ידיעה כי חומר מסוים נאסר לשימוש בפקודה ככלל אינה פוטרת מאחריות פלילית. באופן דומה, אמונה מוטעית כי חומר מסוים נכלל בפקודה – בעוד שבפועל הוא חוקי – אינה יכולה להוביל לבדה להרשעה. התרשמתי שדעת הרוב בבית הדין הצבאי לערעורים נתנה שלא בצדק משקל, ואף משקל רב, להודאת המבקש שלפיה הוא ידע שהחומר שבו השתמש הוא אסור ולנכונותו לעבור עבירה. כפי שהובהר קודם לכן, הנכונות לבצע את המעשה האסור הינה תנאי הכרחי – אך לא מספיק – להרשעה בניסיון בלתי צליח. לעניין זה יפים דבריה של המלומדת פרופ' גור-אריה, שלפיהם "אין המשפט הפלילי מגן על עצם הפרת החוק. אדם יתן את הדין על הפרת חוק רק אם, וכל עוד, הערך שהחוק מגן עליו נתפש כערך הראוי להגנה באמצעות המשפט הפלילי" (גור-אריה-הצעת חוק העונשין, בעמוד 39; ראו גם: יורם רבין ויניב ואקי דיני עונשין 563-564 (מהדורה שלישית, 2014), והאסמכתאות שם). כך הוא גם בענייננו. אין בסמכותו של בית המשפט להרשיע אדם בעבירה מדומה.

28. בהקשר זה אעיר, כי לא נעלם מעיני פסק הדין בעניין שובין. פסק-דין זה עסק אף הוא באדם שהואשם בניסיון בלתי צליח לשימוש בסם מסוכן. בפסק הדין צוין, כי נדמה שדי במודעות (או בחשד) על אודות היות חומר "סם מסוכן" – כלומר סם אסור לשימוש – כדי להרשיע בעבירת ניסיון לשימוש בסם מסוכן, ואין לדרוש חשד באשר לפריט מסוים מרשימת הסמים המסוכנים. עם זאת, בית המשפט לא קבע מסמרות בעניין זה, מאחר שבאותו מקרה לא הוכח מעל לספק סביר קיומו של חשד כלשהו מצד הנאשם (שם, בעמודים 940-941). בעניין שובין לא נקבעה איפוא הלכה בשאלה אם מודעות להיותו של חומר אסור לשימוש מובילה להרשעה. הדברים שצוינו בעניין שובין בסוגיה זו נאמרו כאמרת אגב לא מחייבת. מכל מקום, מהטעמים שפורטו לעיל, גישה שלפיה די בכך שאדם סבר שמדובר ב"חומר אסור" או ב"סם מסוכן" כדי להרשיעו בניסיון (בלתי

צליח) לשימוש בסם מסוכן, נותנת כאמור משקל לתפיסתו הסובייקטיבית את הדין. יתר על כן, לגישה זו – הרואה למעשה בשאלה אם סם מסוים מנוי בתוספת הראשונה כשאלה שבעובדה – אף השלכות לא פשוטות במישורים אחרים. כך, לדוגמה, אדם שהשתמש בקוקאין יוכל להימלט מהרשעה אם יוכיח כי לא היה מודע לכך שקוקאין נמנה בפקודה ועל כן אסור לשימוש.

כך או כך, אף אם אניח שדי במודעות "ערטילאית" לכך שסם הוא "מסוכן" (והשוו לפרשנות ברוח דומה של עבירת עשיית עסקה אחרת בסם מסוכן – ע"פ 4763/11 יעקובי נ' מדינת ישראל, פסקה 78 (20.5.2014); ע"פ 1708/91 מדינת ישראל נ' אגבריה, פ"ד מו(3) 766, 768 (1992); קדמי-על פקודת הסמים המסוכנים, בעמודים 203-202, אך ראו מנגד בעמודים 87-96), לא זה המקרה שלפנינו. בענייננו האמין המבקש שהוא משתמש בחומר המכונה "נייס גאי", ולא התייחס אליו כאל "סם מסוכן" בלבד. לגישתי, בשים לב להלך רוחו זה של המבקש וליתר הנסיבות שפורטו לעיל, הספק באשר לכוונתו של המבקש להשתמש בסם המנוי בפועל בפקודת הסמים המסוכנים – נותר על כנו.

29. לנוכח האמור לעיל, יש להתמקד במודעות הקונקרטית של המבקש לסוג החומר שבו הוא השתמש, ולא באמונתו ביחס לחוקיותו. במקרה דנן, כל שהוכח כאמור הוא שהמבקש השתמש מרצונו בחומר המכונה "נייס גאי", חומר אשר אינו בהכרח אסור לשימוש. בכך שונה המקרה שלפנינו ממקרים אחרים שנדונו בפסיקה, אשר עסקו במצבים של החזקה או שימוש בחומר מותר – מתוך אמונה שמדובר בחומר שהינו בוודאות אסור (כגון הרואין) (ראו למשל: ע"פ 149/86 רבייב נ' מדינת ישראל, פ"ד מ(2) 371 (1986)). נשאלת השאלה: אם במקרים שבהם נעשה שימוש בחומר שהינו בוודאות מותר (כגון קמח), מתוך אמונה שמדובר בסם שהינו בוודאות אסור (כגון הרואין), מוסכם על הכל כי יש להרשיע, האם אין להרשיע מקל וחומר גם את המבקש – שעשה שימוש בחומר שספק אם הוא מותר? לדעתי, בהינתן שלא הוכחה כאמור מודעות של המבקש (או למצער חשד) ביחס לטיב החומר שבו השתמש, אין ללמוד בדרך של קל וחומר בין המקרים. אף שעל פני הדברים דוגמת ההרואין היא "קלה" יותר מבחינת היסוד העובדתי, הרי שמבחינת היסוד הנפשי היא דווקא בגדר ה"חמור". זאת, מהטעם שבעוד שבענייננו לא הוכח מעבר לספק סביר כי המבקש רצה להשתמש בחומר שמנוי בפועל בפקודת הסמים המסוכנים, הרי שבדוגמה הנזכרת הדבר הוכח כדבעי.

30. המשיבה הוסיפה וטענה, כי די בכך שקיימת אפשרות כי העובדות שדימה המנסה מגבשות עבירה פלילית, כדי להרשיעו בניסיון לעבור עבירה. ביישום למקרה שלפנינו, מספיק לגישה להוכיח שתחת השם "נייס גאי" נמכרות גם תרכובות כימיות שנאסרו לשימוש. כפי שהוסבר לעיל, לדידי אין לקבל גישה זו. היא אינה מתיישבת כאמור עם רף ההוכחה הנדרש בפלילים, ואף אינה מביאה בחשבון שטעות משפטית יכולה ליפול גם באשר להיקף האיסור הפלילי. להדגמת הדברים, אם גישה של המשיבה תאומץ, די יהיה בכך שבישראל ישנן סיגוריות המכילות חומרים בלתי חוקיים, על-מנת להרשיע אדם מעשן שסבר בטעות שכל סיגוריה הינה אסורה. לשיטתי יש בכך משום הרחבה לא מוצדקת של גודרי הניסיון הפלילי. אחזור ואדגיש, כי בשונה מהרשעה בעבירה מושלמת או בניסיון צליח, הרשעה בניסיון שנדון מראש לכישלון נותנת משקל רב יותר להלך רוחו של הנאשם, תוך ויתור משמעותי על רכיבי היסוד העובדתי והנזק הטמון בהתממשותם. על כן, כאמור לעיל, יש להיזהר מפני הרחבה מוגזמת של גבולות הניסיון הבלתי צליח העניש, אשר כשלעצמו מהווה הרחבה יתרה של האחריות הפלילית.

31. סיכומם של דברים: מודעותו של המבקש ביחס לחומר שבו השתמש, כפי שהוכחה במשפט, הייתה חלקית וחסרה. כפועל יוצא מכך, גם אם מאמצים את העובדות (ורק את העובדות) כפי שתפס אותן המבקש, עדיין נותר ספק בשאלה אם כוונתו הייתה להשתמש בסם המנוי בפועל בפקודת הסמים המסוכנים. על כן, לא הוכח מעבר לספק סביר כי המעשה המושלם שביקש המבקש לבצע מהווה בפועל עבירה (השוו: רע"פ 6264/10 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 4 (החלטה מיום 12.1.2011); ע"פ 10110/03 גמליאל נ' מדינת ישראל (11.12.2006)). אף אם אניח, כפי שהניחה דעת המיעוט בבית הדין הצבאי לערעורים, כי קיימת אי בהירות מסוימת באשר לשאלה אם טעותו של המבקש נגעה למצב העובדתי (כלומר לשאלה מה טיבו של החומר אותו כינה "נייס גאי") או למצב המשפטי (כלומר לשאלה אם יש איסור משפטי גורף על שימוש ב"נייס גאי"), הרי שגם לגישתי הספק צריך לפעול במסגרת הדין הפלילי לטובתו של המבקש. אשר על כן, מתחייבת לדעתי המסקנה שאין להרשיע את המבקש בעבירת ניסיון (בלתי צליח) לשימוש בסם מסוכן.

32. אשר לטענת המבקש בדבר היחס בין חוק המאבק לבין פקודת הסמים המסוכנים. על פני הדברים, טענתו כי חוק המאבק הינו חוק ספציפי הגובר על הוראות הפקודה אינה משכנעת. זאת, לאור סעיף 10 לחוק המאבק המורה כי הוראותיו של החוק "באות להוסיף על הוראות כל דין ולא לגרוע מהן" (ההדגשה הוספה – מ.נ.);

ולנוכח דברי ההסבר להצעת החוק, שמהם עולה כי החוק נועד להעשיר את סל הכלים העומד לעזרת רשויות התביעה והאכיפה לשם הטיפול בתופעת השימוש בחומרים מסוכנים, ולא לצמצמו. דברים אלה נאמרים בבחינת למעלה מן הצורך, שכן ממילא מצאתי לזכות את המבקש מטעם אחר.

בטרם סיום

33. אחר הדברים האלה שבתי והפכתי בשאלה אם הגישה שבה נקטתי עלולה לאפשר לעברייני סמים להימלט מעונש, בטענה שלא גיבשו מודעות ביחס לטיבו המדויק של החומר שבו השתמשו. השתכנעתי כי אין בחשש זה לשנות מהתוצאה אליה הגעתי. ראשית, לא קבעתי כאן מסמרות בשאלה עד כמה קונקרטית צריכה להיות המודעות ביחס לטיבו של החומר. שנית, סעיף 31(2) לפקודת הסמים המסוכנים ממילא מקנה כלים להתמודדות עם הקושי המתואר:

חזקות 31. (2) היה המשפט על עבירה לגבי סם,
חזקה על הנאשם שידע כי הסם הוא
מסוכן, והטוען להגנתו שלא ידע על כך –
עליו הראיה;

בעניין אמזלג נקבע כי על פי סעיף זה, "מי שמואשם בעשיית מעשה לגבי 'סם מסוכן', אך טבעי הוא שהדין יחזיקו כמי ש'ידע' מה טיבו של 'הדבר' שלגביו נעשה המעשה, אלא אם יוכח אחרת". רוצה לומר, במקרה הרגיל שבו ידוע מהו החומר שבו נעשה שימוש, יידרש הנאשם להוכיח כי לא היה מודע לטיבו (ראו: קדמי – על פקודת הסמים המסוכנים, בעמודים 269-272). ויוזכר, כי ענייננו במקרה ייחודי ושונה מהמקרה הרגיל, שכן בו לא הוכח במישור העובדתי טיבו של החומר (ראו והשוו: עניין שובין, בעמוד 941). לו היה ידוע וברור שמדובר בחומר אסור, לא היינו נדרשים לניתוח המשפטי המורכב.

סוף דבר

34. אין בלבי אהדה למעשיו של המבקש. שימוש בחומר שיש בו כדי לפגוע ביכולת המבצעת של חייל מקום שבו עליו להיות בכשירות מלאה, הוא מעשה בלתי ראוי. אכן, האינטואיציה עשויה להוביל למסקנה כי שימוש רציף כמעט בחומר "נייס גאיי" במשך כשבעה חודשים, מתוך מחשבה שמדובר בחומר אסור, עולה כדי ניסיון לבצע עבירה

של שימוש בסם מסוכן. ואולם, כידוע, אין מרשיעים אדם בפלילים לא על סמך אינטואיציה, וגם לא בשל העדר סימפטיה למעשיו.

35. על כן, אציע לחברותיי לזכות את המבקש מעבירה של ניסיון לשימוש בסם מסוכן. אף שלא ניתן להחזיר את הגלגל לאחור מבחינה פיזית, לדעתי היה מקום להקל עוד יותר בעונש המאסר בפועל שנגזר על המבקש. משראיתי לזכות את המבקש מעבירת הניסיון הבלתי צליח, נותרה למעשה על כנה רק ההרשעה בעבירות שעליהן הוא לא ערער (שימוש והחזקה בקנבוס בשלוש הזדמנויות בנסיבות אזוריות והתנהגות שאינה הולמת). בשים לב למכלול נסיבות המקרה, אני סבורה כי היה מקום להפחית את עונש המאסר בפועל שנגזר עליו ולהעמידו על 30 ימי מאסר בלבד, שאותם הוא כבר ריצה.

ה נ ש י א ה

השופטת א' חיות:

אני מצטרפת בהסכמה למסקנה שאליה הגיעה חברתי הנשיאה מ' נאור ומן הטעמים שמנתה אף אני סבורה כי יש לזכות את המבקש מעבירה של ניסיון (בלתי צליח) לשימוש בסם מסוכן. מרכיבי חומר ה"נייס גאי" שבו השתמש המבקש לא הוכחו ועל כן, נקודת המוצא היא כי לא הוכח שמדובר בחומר האסור לשימוש על פי החוק. בהינתן נקודת מוצא זו אך מנגד בהינתן העובדה שחלק מתרכובות ה"נייס גאי" כן מנויות בתוספת הראשונה לפקודת הסמים [נוסח חדש], התשל"ג-1973, ובשל כך אסורות לשימוש, עמדה לפנינו שאלה לא פשוטה לעניין האבחנה בין ניסיון בלתי צליח מבחינה עובדתית (שהנו בר עונשין) לניסיון בלתי צליח מבחינה משפטית (שאינו עניש). כחברתי הנשיאה הגעתי אף אני למסקנה כי אי מודעותו של המבקש להיקף האיסור הפלילי החל על השימוש בתרכובות "נייס גאי", נוגעת למודעות לדין ולא למודעות לעובדות ומטעם זה אני מצטרפת, כאמור, לתוצאה שאליה הגיעה חברתי ולפיה יש לזכות את המבקש מעבירת הניסיון לשימוש בסם מסוכן וכי בעקבות כך יש להפחית מהעונש שנגזר עליו ולהעמידו על 30 ימי מאסר בלבד.

ש ו פ ט ת

השופטת ד' ברק-ארז:

1. האם ניתן להרשיע אדם בפלילים בנסיבות שבהן המעשה שעשה אינו עבירה, רק משום שטעה לחשוב כי הוא אסור? אני סבורה שהתשובה לשאלה זו חייבת להיות שלילית, גם אם המעשים שמדובר בהם אינם רצויים כשלעצמם. במערכת משפט תקינה, המשפט הפלילי אינו משמש מסגרת לגינוי של התנהגות בלתי רצויה כל עוד זו לא נאסרה בחוק. על כן, אף אני מצרפת את הסכמתי לפסק דינה המקיף של חברתי הנשיאה מ' נאור.

2. אין ספק כי ברקע הדברים עומדת התנהגות בלתי ראויה: המבקש צרך במשך מספר חודשים, תוך כדי שירותו הצבאי, חומר המכונה "נייס גאי" – שם כולל לתרכובות כימיות שונות שגורמות לתגובות של שיכרון ואובדן שליטה. צריכה של נייס גאי היא לא בריאה ואף עלולה להיות מסוכנת. עם זאת, בכך בלבד אין כדי לומר כי יש בסיס בדין להרשעתו של המבקש.

3. המאבק בתופעה של צריכת תרכובות כימיות מסוג זה אינו פשוט, והמקרה שבפנינו הוא אחד הביטויים לכך. כידוע, פקודת הסמים המסוכנים [נוסח משולב], התשל"ג-1973 (להלן: פקודת הסמים המסוכנים או הפקודה) אוסרת על החזקה ושימוש ב"סם מסוכן", אשר מוגדר כחומר המופיע בתוספת הראשונה לפקודה. התוספת הראשונה כוללת אפוא רשימה המונה את התרכובות הכימיות של הסמים המסוכנים האסורים בשימוש. דא עקא, המציאות בתחום הסמים, כמו בתחומים אחרים, מתקדמת מהר יותר מתהליכי החקיקה. כל העת, כפטריות אחר הגשם, "צצים" חומרים נוספים אשר גורמים להשפעות פסיכואקטיביות ונמכרים לכל דורש, אלא שנוסחאותיהם הכימיות שונות מאלה שצוינו בתוספת הראשונה לפקודה. כאשר חומרים אלה מאותרים ומזוהים, התגובה המתאימה לכך היא הכנסתם לתוספת הראשונה לפקודת הסמים המסוכנים. פעולה זו אורכת זמן מה, ובתווך נוצרת מציאות של מכירה וצריכה של חומרים פסיכואקטיביים שמבחינה פורמאלית אינם אסורים בשימוש. כמענה חלקי לכך נחקק חוק המאבק בתופעת השימוש בחומרים מסכנים, התשע"ג-2013 (להלן: חוק המאבק) המאפשר להכריז בהכרזה דחופה על חומר כ"חומר אסור בהפצה". כאשר כך נעשה חלים איסורים פליליים על העיסוק בחומר המסכן – בעיקר על ייצור, ייבוא והפצתו של החומר. בכך נוצר "גישור" חלקי בין המציאות לבין המצב המשפטי – עד להשלמת תהליך הבחינה בדבר קיומו של צורך בעדכונה של פקודת הסמים המסוכנים. עם זאת, אחד המרכיבים בפשרה האמורה – גם לאחר שחומר הוכרז כ"חומר אסור בהפצה" – הוא שהאיסורים הפליליים לפי החוק אינם חלים על צריכתו. אם כן, הכנסת בחרה – כחלק מן האיזון העדין בין הרצון להגן על הציבור לבין החשש מפני הפללת

יתר – להסתפק בהפללתם של המפזים להבדיל מן הצרכנים, כל עוד לא הוגדר החומר כ"סם מסוכן" בפקודת הסמים המסוכנים (על הרקע לחקיקתו של חוק המאבק, ראו: דברי ההסבר בהצעת חוק המאבק בתופעת השימוש בחומרים מסוכנים, התשע"ג-2013, ה"ח הממשלה 1020. כן ראו: בש"פ 898/15 עזיז נ' מדינת ישראל, פסקה 35 (19.2.2015)). לא למותר לציין כי מהרקע לחקיקתו של חוק המאבק עולה שהנחת המחוקק הייתה שלא היה באותה עת בסיס חוקי להעמדה לדין והרשעה של מי שצרכו חומרים שלא נכללו בתוספת הראשונה לפקודת הסמים המסוכנים. במובן זה, עמדתה הנוכחית של המדינה עומדת בניגוד, לפחות חלקי, להנחה האמורה.

4. במקרה דנן, לנוכח העובדה שטיבו הספציפי של החומר שבו עשה המבקש שימוש לא הוכח, הספק אמור לפעול לטובת הנאשם והנחת המוצא נותרת שבאותה עת חומר זה לא הוכרז כסם מסוכן לפי פקודת הסמים המסוכנים. כמו כן, אפילו הוכרז החומר שצרך כ"חומר אסור בהפצה" לפי חוק המאבק, ואיננו יודעים אם אלה הם פני הדברים – צריכת החומר לא הייתה נחשבת לעבירה פלילית לפי חוק המאבק. אף-על-פי-כן, סבורה התביעה הצבאית, וכך סברו אף בתי הדין הצבאיים, כי ניתן להרשיעו בעבירת "ניסיון" לצריכת סם מסוכן.

5. כפי שהסבירה חברתי הנשיאה, המחלוקת בין הסניגוריה לבין התביעה במקרה זה התמקדה בהבחנה בין "טעות עובדתית" ל"טעות משפטית" ביחס לניסיון "בלתי צליח". בהמשך לכך, כמוה אף אני סבורה כי בפנינו מקרה של "טעות משפטית" שאינה יכולה לשמש בסיס לאחריות במסגרת דיני הניסיון הבלתי צליח. בצד זאת, אני מבקשת להוסיף מספר הערות הנסבות על השיקולים העקרוניים התומכים בתוצאה שאליה הגענו.

על ההבחנה בין "עניינים שבדין" לבין "עניינים שבעובדה"

6. השאלה שהתעוררה בפנינו היא חלק מרצף ארוך של שאלות שמתעוררות ביחס להבחנה בין "דין" לבין "עובדה". חרף חשיבותה של הבחנה זו בתחומי משפט שונים, במקרים מסוימים היא עשויה להיות מורכבת, ויש אף החולקים על הביסוס התיאורטי שלה (ראו למשל: Ronald J. Allen & Michael S. Pardo, *The Myth of the Law-Fact Distinction*, 97 NW. U. L. REV. 1769 (2003); יששכר רוזן-צבי ההליך האזרחי 399-395 ו-420-421 (2015)). עם זאת, במישור היישומי, אין ספק שההבחנה חיה וקיימת בשיטת המשפט שלנו, כמו גם באחרות, ולכן יש להידרש אליה, לצד ההכרה במגבלותיה.

7. אחת ההבחנות שהוצעה בהקשר זה ביקשה להבדיל בין מה שאפשר לתפוס באמצעות החושים – ולכן הוא "עניין שבעובדה" – לבין מה שהוא "אידאה בשכלם של בני האדם" – ולכן הוא "עניין שבדין" (להצגת עמדה זו ולביקורת עליה, ראו: דורון מנשה ושי אוצרי "ההבחנה בין טעות במצב משפטי לבין טעות במצב הדברים" דין ודברים ז' 341, 347 (ה"ש 17 וההפניות שם) (2014) (להלן: מנשה ואוצרי)). אולם, יישומה של הבחנה זו מעורר שאלות לא פשוטות. כך למשל, השאלה האם להצעת חוק מסוימת היה רוב בכנסת בשלוש קריאות היא שאלה שהתשובה עליה יכולה להתבסס על תפיסה באמצעות החושים, אולם קשה לחלוק על כך שטעות ביחס לתוקפו של החוק שאושר לבסוף היא טעות שבדין (ראו עוד: מנשה ואוצרי, בעמ' 347).

8. הקשיים שמעוררת ההבחנה בין עניין שבדין לבין עניין שבעובדה קיבלו ביטוי גם בפסיקתו של בית משפט זה. כך למשל, בית המשפט נדרש לשאלה האם הצבת תמרון היא תקנה בת פועל תחיקתי או שמא היא רק עובדה המיישמת את המצב המשפטי (ראו: ע"פ 402/63 רונן נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יח(3) 172 (1964)). התשובה לשאלה זו – כמו גם לשאלות דומות לעניין ההבחנה בין עובדה לדין – עשויה כמובן להשתנות בהתאם לנסיבות ולתכלית החקיקתית. בדוגמה זו, העמדה לפיה תמרון הוא "עובדה" המיישמת את הנורמה, להבדיל מקביעה של הנורמה עצמה, גובשה בצילה של הוראת החוק המורה כי תקנה בת פועל תחיקתי חייבת פרסום ברשומות. דוגמה נוספת ניתן להביא מהקביעה בדבר "בעלות" בנכס מקרקעין. האם זוהי קביעה עובדתית או משפטית? השופט (כתוארו אז) ש' לוין עמד על הקושי במתן מענה לשאלה זו ולשאלות דומות לה ברע"א 2904/95 מדינת ישראל נ' אל הוזייל, פ"ד מט(2) 40 (1995), בציינו כי "השאלה מה היא 'עובדה מהותית', מה היא 'ראיה' ומהי שאלה שבדין, עשויה להשתנות ממקרה למקרה, וההבחנה בין שלושה מושגים אלה איננה אלא עניין שבדרגה" (שם, בעמ' 42). אם כן, המסקנה היא שההבחנה בין עניין שבעובדה לבין עניין שבדין היא במקרים רבים תלויה הקשר – לפי התכליות העומדות בבסיס ההסדר הנורמטיבי העומד למבחן.

הרציונאליים של עבירת הניסיון בבסיס להבחנה בין טעות בעובדה לבין טעות בדין בענייננו

9. במקרה שבפנינו, את השאלה האם הטעות של המבקש היא טעות ביחס למצב הדברים או שמא טעות במצב המשפטי יש לבחון גם לאורם של הרציונאליים התומכים בהבחנה בין ניסיון בלתי צליח מבחינה עובדתית לבין ניסיון בלתי צליח מבחינה משפטית. כפי שציננה חברתי הנשיאה, הרציונאל העומד בבסיס הפללת המצב שבו לא

הושלמה העבירה מחמת טעות עובדתית הוא התפיסה כי אדם שגיבש כוונה לבצע עבירה פלילית והוכיח שהוא מסוגל להוציא כוונה זו אל הפועל מסכן את האינטרס הציבורי. תפיסה זו מבוססת על שיקולי אשם, החשיבות הנודעת למניעת עבירות עתידיות והגנה על תחושת האמון של הציבור, כפי שציננה חברתי הנשיאה. לעומת זאת, ההצדקה העיקרית לאי-הפללת הניסיון הבלתי צליח, כשהעבירה לא הושלמה מחמת חוסר אפשרות חוקית, טמונה בעקרון החוקיות, המחייב כי הטלת אחריות פלילית על אדם תהיה מעוגנת בחוק או בהסמכה המעוגנת בו. אחת המשמעויות של עיקרון זה היא כי הטלת אחריות פלילית תהיה מבוססת על תשתית חוקית אובייקטיבית ושוויונית, המוחלת על כלל האנשים באותו אופן – ולא על התפיסה האישית של כל אחד ואחד את המצב המשפטי (ראו עוד: מרים גור-אריה "הצעת חוק העונשין (חלק מקדמי וחלק כללי)", התשנ"ב-1992 משפטים כד 9, 39 (1994)).

10. אני מסכימה למסקנה שאליה הגיעה חברתי הנשיאה על רקע דברים אלה, לפיה לא הוכחה מעבר לספק סביר אמונתו של המבקש כי החומר שצרך הוא חומר המנוי בפקודת הסמים המסוכנים. יתר על כן, אני סבורה כי המסקנה שאליה הגיעה חברתי נתמכת גם בבחינת נסיבות המקרה על רקע השיקולים שעומדים בבסיס הפללת הניסיון הבלתי צליח. אני מבקשת להתייחס לכך בקצרה לנוכח האפשרות כי לעתים תהא אי-בהירות באשר לשאלה אם טעותו של הנאשם נגעה למצב העובדתי או למצב המשפטי (כפי שעולה גם מפסקה 31 לפסק דינה של חברתי הנשיאה).

11. שיקולי אשם והערך המוגן על-ידי העבירה המושלמת – בליבה של עבירת הניסיון עומד האשם, היינו הכוונה לבצע את העבירה המושלמת ולפגוע בערך החברתי המוגן. כאשר אדם מתכוון לבצע פעולה שלמעשה אינה אסורה על-פי הדין ממילא אין לומר שהתכוון לפגוע בערך החברתי המוגן. בענייננו, הנחת המוצא היא שהמבקש צרך חומר שלא היה אסור לצריכה במועד הרלוונטי. אכן, המבקש עשה כן תוך שהוא סבור כי צריכת החומר מגבשת עבירה. במובן זה המבקש "אשם" במובן רחב וכללי יותר – הוא אינו נרתע מהפרת חוק מדומה. אולם, זה אינו אשם שמצדיק הטלת אחריות פלילית. ללא איסור פלילי, אין מקום להרשעה המבוססת על מחשבה פסולה, להבדיל מהתנהגות פסולה.

12. הרתעה ומניעת מימוש הפוטנציאל העברייני של המנטה – גם ההצדקה המבוססת על החשש כי אדם שלא הספיק או לא הצליח להגשים את מזימתו עלול לחזור לסורו כשהוא למוד לקח הכישלון – אינה מתקיימת באופן מלא בענייננו. ככל שהמבקש למד דבר מה מ"כישלונו" לעבור את העבירה המושלמת, הרי שהדבר שנלמד הוא שלא כל

התרכובות שכונו "נייס גאיי" באותה עת היו אסורות לפי הדין הפלילי. אין אפוא חשש של ממש שהמבקש ילמד מהטעות שהובילה לאי-השלמת העבירה וינסה לבצע בשנית את העבירה תוך הפקת לקחים מהניסיון שנכשל. זאת להבדיל, למשל, מאדם שצורך בטעות קמח בשאיפה לצורך קוקאין ובשלב מאוחר יותר מבין כי שגה.

13. עקרון החוקיות – יטען הטוען, כי הרשעתו של המבקש בעבירה של ניסיון לשימוש בסם מסוכן אינה בבחינת יצירת "עבירה חדשה", אלא הרשעה בעבירה קיימת שלא הושלמו כל רכיביה. לטענה זו אין בידי להסכים. כמתואר לעיל, פקודת הסמים המסוכנים בנויה כך ש"סם מסוכן" הוא כל חומר מהחומרים המפורטים בתוספת הראשונה לפקודה זו. עסקינן אפוא ברשימה סגורה של חומרים שהם – ורק הם – אסורים לפי הפקודה. הכלל המשלים הוא שעשיית פעולה בחומרים שאינם מנויים ברשימה זו – מותרת לפי הפקודה. על כן, הטלת אחריות פלילית בגין נטילה של חומר שאינו מנוי בתוספת לפקודה, בנסיבות שבהן אין טעות ביחס למהותו של החומר שניטל אלא רק ביחס למשמעות הנורמטיבית של הנטילה, משמעה דה פקטו הרחבת התוספת הראשונה לפקודת הסמים המסוכנים שלא בדרך של חקיקה.

14. למעשה, הדיון בענייננו מושפע, במידה רבה, מהטכניקה הניסוחית שבה נעשה שימוש בחקיקתה של פקודת הסמים המסוכנים. כפי שצוין, הפקודה בנויה כך שהסמים המסוכנים מנויים כרשימה בתוספת לפקודה. הכללתו של חומר בתוספת כופפת אותו "הר כגיגית" למערך הנורמות שבפקודת הסמים. הסדר חקיקתי זה שכיח בחקיקה הישראלית גם בהקשרים נוספים שבהם מערך שלם של נורמות, ובהן נורמות פליליות, חל בהתאם להכללתו של הפרט הרלוונטי בתוספת לחוק (ראו למשל: חוק החומרים המסוכנים, התשנ"ג-1993; חוק הסדרת מחקרים במחוללי מחלות ביולוגיים, התשס"ט-2008; חוק למניעת העישון במקומות ציבוריים והחשיפה לעישון, התשמ"ג-1983 (להלן: החוק למניעת עישון)). ביסודו של ההסדר עומדת ההנחה שכאשר פריט מסוים לא נכלל בתוספת לחוק ממילא לא חל עליו ההסדר החקיקתי כולו. מבחינה רעיונית, חקיקה זו אינה שונה ממצב שבו הכנסת הייתה מחוקקת חוק פלילי נפרד עבור כל סם מסוכן, כך שהיה חל איסור פלילי על צריכת קנבוס, איסור זהה ביחס להרואין, וכן הלאה. ההבדל בין שני סוגי ההסדרים הוא הבדל מבני, אך לא הבדל איכותי. עם זאת, נקל לראות כי שינוי כזה בטכניקה החקיקתית היה מביא בהכרח לשינוי במתכונת הדיון שלפנינו. כך למשל, אילו חלה חקיקה נפרדת על כל סם וסם, לא ניתן היה להרשיע את המבקש בביצוע ניסיון לשימוש ב"סם מסוכן", אלא דומה שהיה על התביעה להצביע על עבירה ספציפית המתייחסת לסם המסוים שאותו המבקש ניסה לצרוך כדי שתתגבש העבירה.

15. הדיון שבפנינו הוא בעל אופי עקרוני, ולכן יש טעם להשוות את נסיבותיו למעשים דומים שמעוררים שאלות זהות. עיון השוואתי מסוג זה מציע תימוכין נוספים למסקנה המחזקת כי ענייננו עוסק בניסיון בלתי-צליח משפטי שאין מקום להעמיד לדין בגינו. כך למשל, נניח שאדם מוכר משקאות משכרים לאדם בן 19, בעודו חושב, בטעות, כי הגיל המינימלי של לקוחות שלהם ניתן למכור אלכוהול הוא 21. האם ראוי להעמידו לדין בגין הפרה של האיסור למכור משקה משכר לקטין (לפי סעיף 193א(א) לחוק העונשין)? בדומה לכך, האם ניתן להעמיד לדין אדם שעישן סיגריה בחוף הים בעודו חושב שמדובר במקום ציבורי, חרף העובדה שחוף הים אינו מנוי כאחד המקומות שבהם אסור לעשן בתוספת לחוק למניעת עישון? אני סבורה שהתשובה על שאלות אלה היא בשלילה. דוגמאות אלה קרובות הרבה יותר לענייננו מאשר המקרים הטיפוסיים המוצגים בדרך כלל כדוגמאות לניסיון בלתי-צליח-עובדתי שהוא בר-הרשעה, כגון: אדם שיורה בגופה מתוך כוונה לרצוח אדם; החזקת קמח תוך אמונה שגויה שמדובר בחומר אחר שהוא סם מסוכן; או ניסיון להמית אדם באמצעות רובה צעצוע מתוך אמונה שמדובר ברובה רגיל.

התוצאות במישור האכיפתי

16. עד כה נדרשתי לשאלות של פרשנות העבירה עצמה, ולשיטתי די בתשובות שניתנו להן עד כה. אולם, וזאת כתימוכין נוספים, אני סבורה שראוי לייחס משקל אף לתוצאות הלא רצויות שלהן מובילה העמדה שהציגה המדינה. המדינה ציינה במפורש כי לפי שיטתה לא היה בסיס להרשעה, בנסיבות זהות לאלה של המבקש, של מי שסבר כי אין מדובר בסם אסור, ובדין ציינה כך. עמדתה של התביעה מעוררת אפוא קשיים במישור האכיפתי, בהתחשב בכך שהשימוש בחומר עשוי להיות מנת חלקם של רבים, ועל פני הדברים לא ניתן לדעת מי מהמשתמשים סבר שהחומר מותר לשימוש ומי חשב שהחומר אסור. האם מעתה תתמקד החקירה בעבירות אלה במצב התודעתי של החשודים? בהשכלתם המשפטית? ביטוי לקושי זה ניתן למצוא בהודאה של המבקש עצמו, שעל בסיסה הוא הורשע על-ידי הערכאות הקודמות. בחקירתו ציין המבקש כי "אני גר באזור שהרבה משתמשים [בנייס גאי – ד' ב' א'] לכן כאשר הוא יצא מהחוק פשוט שמעתי וידעתי" (אמירה זו מובאת בפסקה 14 לפסק הדין של בית הדין הצבאי לערעורים. ההדגשה אינה במקור). עוד הוסיף המבקש: "לפני בערך חודש וחצי תפסו כמה חבר'ה עם סמים והסמ"פ כינס את כולם והסביר שתפסו כמה אנשים והעביר

לכולם את העניין שאסור להשתמש לכן ידעתי" (שם). אם כן, אף מהיבט מדיניות האכיפה הבחנה זו אינה מגשימה תוצאות רצויות, ככל שהמטרה היא מאבק בנגע השימוש בחומרים מסוג זה.

הפן המעשי של הדברים

17. על כל השיקולים שהוצגו לעיל ראיתי להוסיף כי התוצאה של זיכוי אינה מפקירה את האינטרס הציבורי שבהעמדה לדין בגין צריכתם של חומרים הפוגעים בכושר התפקוד של הצבא. לא צריך להכביר מלים על הסכנה הכרוכה בצריכתם של חומרים כאלה על-ידי חיילים הממלאים תפקידים בצבא, לא רק לעצמם אלא גם לצבא כולו. עם זאת, הדרך הנכונה להתמודד עם קושי זה הוא בקביעת הוראות מתאימות בפקודות הצבא, אשר הפרתן ממילא היא עבירה של אי-קיום ההוראות המחייבות בצבא לפי סעיף 133 לחוק השיפוט הצבאי, התשט"ו-1955 (להלן: חוק השיפוט הצבאי). למעשה, אף רשויות הצבא הגיעו למסקנה זו וכבר בחודש אוגוסט 2014 פורסם נוסחה העדכני של פקודת המטכ"ל 33.0220 האוסרת על צריכת חומרים משכרים במסגרת הצבא (ראו גם: סעיף 19 ל-הנחיות התביעה הצבאית הראשית הנחיה מס' 2.05 "עבירות סמים" (עדכון אחרון: ינואר 2017)). הפתרון המעשי קיים אפוא בדין, וזאת לצד האפשרות הנוספת של העמדה לדין בגין התנהגות שאינה הולמת, לפי סעיף 130 לחוק השיפוט הצבאי, עבירה שבה הורשע המבקש בענייננו. אם כן, לא אלמן ישראל, והדרך להטלת אחריות פלילית פתוחה. ככל שהתקלה הציבורית נגד עיניה של התביעה, הרי שהפעולות המתאימות כבר נעשו. ממילא לא הרשעתו של המבקש היא העומדת ביסוד הדיון כאן, אלא הפן העקרוני של הדברים.

18. השימוש בחוק השיפוט הצבאי כמקור נורמטיבי למאבק בשימוש בחומרים פסיכואקטיביים על-ידי חיילי צה"ל בנסיבות שבהן החומר הספציפי שנצרך לא נאסר בפקודת הסמים המסוכנים מבטא הכרה בכך שנטילת חומרים אלה במסגרת השירות הצבאי היא מעשה חמור במיוחד, בשים לב לאחריות המיוחדת המוטלת על חיילים. בדומה לכך, ניתן לחשוב על דוגמאות אחרות שבהן בעל מקצוע או בעל תפקיד שצרך חומרים דומים שאינם אסורים מכוח פקודת הסמים המסוכנים (כדוגמת רופא המטפל בחולים במצב זה), עלול לשאת באחריות, פלילית או משמעטית לפי העניין, מכוח הסדרה מיוחדת המביאה בחשבון את נסיבות הצריכה או את התפקיד המיוחד שלו.

19. חשוב להטעים כי לשוני בין המסלול של העמדה לדין בגין הפרה של פקודות הצבא לבין העמדה לדין בגין עבירת ניסיון משמעות רבה מהיבטם של הכללים הנוגעים לרישום הפלילי. הרשעה בעבירה של ניסיון לשימוש בסם מסוכן לפי פקודת הסמים המסוכנים מהווה כתם במרשם הפלילי המתנהל לפי חוק המרשם הפלילי ותקנת השבים, התשמ"א-1981. אכן, לפי סעיף 404א(ב) לחוק השיפוט הצבאי הרשעה בעבירה מסוג עוון שהעונש המושג בגינה אינו עולה על האמור באותו סעיף היא הרשעה שמסירת מידע בגינה מוגבלת. עם זאת, יש לזכור שהרשעה בעבירות צבאיות המנויות בתוספת השניה לחוק, ובהן סעיפים 130 ו-133 לחוק השיפוט הצבאי, אינה פרט רישום כלל ועיקר. התוצאה היא שחיילים שיושעו בעבירה של ניסיון לצריכת סם מסוכן יהיו חשופים להכבדה הנוספת הכרוכה במרשם פלילי, גם אם מסווג.

לסיכום: בין הפסול לבלתי-חוקי

20. סוף דבר בתחילתו: לא כל התנהגות פסולה מגבשת עבירה פלילית. אי-ידיעת החוק אינה פוטרת דרך כלל מאחריות פלילית, אך מנגד אי-ידיעת החוק אינה אמורה לשמש בסיס לאחריות. על המחוקק להתאים את המשפט לחיי המעשה, ולא לנו ליצור עבירות פליליות רק בשל הסתייגות מוצדקת מהתנהגות פסולה.

ש ו פ ט ת

הוחלט כאמור בפסק דינה של הנשיאה מ' נאור.

ניתן היום, ו' בחשוון התשע"ח (26.10.2017).

ש ו פ ט ת

ש ו פ ט ת

ה נ ש י א ה