

**רע"פ 2220/16 - רועי מור יוסף נגד התביעה הצבאית הראשית**

**בבית המשפט העליון**

**רע"פ 2220/16**

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

לפני:

רועי מור יוסף

ה המבקש:

נ ג ד

התביעה הצבאית הראשית

המשיבה:

בקשת רשות ערעור על פסק דיןו של בית הדין הצבאי  
לערעורים בתקים 86,87/14 מיום 16.2.2016 שנייתן  
על ידי כבוד השופטים: האלוף ש' יניב, אל"מ פורת  
וסא"ל (מיל') פרופ' ע' גרוסקובוף

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

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

בשם המשיב:  
עו"ד رس"ן מנתן פורשט

**פסק דין**

עמוד 1

© verdicts.co.il - כל הזכויות שמורות לאתר פסק דין

חיל עישן חומר בשם "ניסי גאי", שם כולל לתרכובות כימיות שונות, מתוך אמונה שמדובר בשם בלתי חוקי. לנוכח העובדה שהתרכובת שעישן החיל לא אורתה, ובשים לב לכך שבאותה עת חלק מהתרכובות הנושאות את השם "ניסי גאי" לא נאשר בפקודת הסמים המסוכנים [נוסח חדש], התשל"ג-1973 (להלן: פקודת הסמים המסוכנים), לא הוכח כי התרכובת הספרטיפית הייתה אסורה לשימוש. האם בנסיבות אלה יש להרשיע את החיל בניסיון (בלתי צlich) לשימוש باسم מסוכן? זו היא השאלה העיקרית הדרישה הכרעה במרקחה שלפנינו.

#### רקע עובדתי והליכים קודמים

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

2. לפי סעיף 7(א) לפקודת הסמים המסוכנים, לא יחזיק אדם "שם מסוכן" ולא ישמש בו, אלא אם הותר הדבר בדיון. "שם מסוכן" מוגדר בפקודת הסמים המסוכנים כ"חומר מן המפורטים בתוספת הראשונה [לפקודה – מ.ג.]...". ככלומר, פקודת הסמים המסוכנים אוסרת רק על החזקה ושימוש בחומרים מסוימים המנוים בה. על פי כתב האישום, המבוקש השתמש בתרכובת המכילה קנאבינואידים סינטטיים המכונה "ניסי גאי", מתוך אמונה כי מדובר בשם אסור לשימוש. לפי האמור בכתב האישום, המבוקש עישן " nisi gay" כמעט מדי יום במהלך תקופה של שבעה חודשים – החל בחודש נובמבר 2013 ועד לחודש Mai 2014 (או במועדים הסמוכים לכך) – לרבות בעת ששה בביסטים ובמצבים של צה"ל. לאחר שהתרכובות הספרטיפית שעישן המבוקש לא אורתה, הואשם המבוקש בניסיון לשימוש בשם מסוכן. בנוסף לכך נטען בכתב האישום כי המבוקש השתמש בשם מסוכן מסווג קנבוס.

3. בית הדין הצבאי המחוזי הרשיע את המבוקש בכל המיחס לו. בהתבסס על הودאת המבוקש בחקירהתו במשטרת הצבאית ועל ראיות נוספות, קבע בית הדין כי המבוקש עשה שימוש בחומר המכונה " nisi gay", מתוך אמונה שמדובר בשם שאינו חוקי. על כן, אף שהחומר הספרטיפי שבו עשה המבוקש שימוש לא אortho וטיבו לא הוכח, נקבע כי יש להרשיונו בניסיון (בלתי צlich) לשימוש בשם מסוכן. כמו כן הורשע המבוקש בתנהלות שאינה הולמת ובשימוש בקנובס, אולם הרשות אלה אין עומדות לפניו בהליך זה.

4. לנוכח האמור לעיל השיטת בית הדין הצבאי המחוזי על המבוקש חמישה חודשי מאסר בפועל, אחד-עשר חודשי פסילה בפועל של רישונות 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 " nisi gay" לא הוכחו לפניו, במקרה הקונקרטי ניתן לסמור על אמרתו של המבוקש בחקירהתו שלפיה הוא הושפע לרעה מהשימוש בו.

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

### פסק דין של בית הדין הצבאי לערעוריהם

5. בבית הדין הצבאי לערעוריהם נחלקו הדעות בנוגע להרשעת המבקש בניסיון לשימוש בסם מסוכן. בפתח הדברים צינה דעת הרוב כי השאלה הדרישה הכרעה היא, אם צריכה חומר שטיבו והרכבו לא הובררו, מתוך אמונה כי השימוש בו אסור בחוק, לעומת כן ניסיון בר-עונשן לשימוש בשם מסוכן. לשם מענה על שאלה זו, עמדה דעת הרוב תחיליה על הדין החל. כמתואר בפסק הדין של דעת הרוב, ניסיון בר-עונשן מתגבש כאשר אדם מבצע מעשה שאין בו הכנה בלבד, וזאת מתוך מטרה לבצע עבירה (סעיף 25 לחוק העונשין). כן צינה דעת הרוב, כי לפי הדין ניסיון לבצע עבירה יהא עניין גם במקרים שבהן "עשית העבירה לא הייתה אפשרית מבחן דברים שהמנסה לא היה מודע לו או טעה לגביו" (סעיף 26 לחוק העונשין). לעומת זאת, גם כאשר ניסיון לבצע עבירהណון לכישלון מלכתחילה, יתכן כי הוא יהיה בר-עונשן. לעניין מצב זה – המכונה "ניסיון בלתי צlich" – אימצה דעת הרוב את הבדיקה שהזכרה בפסקה בין "ניסיון בלתי צlich מבחינה עובדתית" לבין "ניסיון בלתי צlich מבחינה משפטית". דעת הרוב צינה כי "ניסיון בלתי צlich מבחינה עובדתית" הוגדר כמקרה שבו מבחינה עובדתית-אובייקטיבית נמנעת מלכתחילה האפשרות להשלים את ביצוע העבירה. לדוגמה, יירה באקדח בגופה (תוך אי מודעות לכך שהקורבן כבר מת) או שימוש בסוכר במקום רעל (תוך אי מודעות לטיבו האמתי של החומר). דעת הרוב עמדה על כך שניסיון מסווג זה הוא בר הרשעה, שכן הוא מלמד על פוטנציאלי עבריני של העcosa. "ניסיון בלתי צlich מבחינה משפטית", לעומת זאת, הוגדר במצב שבו אין אפשרות להשלים את ביצוע העבירה בשל כך שהמעשה עצמו אינו אסור בדין והעosa טעה בפליליותו. במצב זה, כך לפי דעת הרוב, המעשה אינו עניין.

6. בעניינו, לפי דעת הרוב, די בכך שה המבקש התכוון לעשות שימוש ב"סם מסוכן" – אף אם לא ידע מהו טיבו המדוייק של החומר – כדי להקים אחריות פלילתית בעבירה של ניסיון (בלתי צlich) לשימוש בשם מסוכן. לשיטתה, ניסיון הוגדר כבלתי צlich מבחינה משפטית רק אם אין כל איסור פלילי על המעשה הנדון ואין כל אפשרות חוקית להשלים את העבירה. למשל, קיומם ייחודיים עם בן-זוג מאותו מין, מתוך סבראה מוטעית שמדובר במעשה אסור. דעת הרוב קבעה כי אין אלה פנוי הדברים במקרה דנן. היא צינה כי בתי המשפט עמדו לא פעם על כך שהשם "ניס גאי" הוא כינוי לתערובת 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 בשם מסוכן באמצעות שימוש בחומר המכונה "ניס גאי". לפיכך, היא קבעה כי אין מדובר בעניינו במקרה ניסיון בלתי צlich מבחינה משפטית, אלא במקרה ניסיון בלתי צlich מבחינה עובדתית, והותירה את הרשעתו של המבקש על כנה. עם זאת, מצאה דעת הרוב להקל בעונש המאסר בפועל שהושת על המבקש, והוא הוועד על 68 ימים – התקופה שאوتה כבר ריצה עד למועד שמייעת הערעור.

7. דעת המיעוט לעניין ההרשעה בעבירות הניסיון הייתה כאמור שונה. לגשתה, המבחן המבדיל בין "ניסיון בלתי צlich מבחינה עובדתית" לבין "ניסיון בלתי צlich מבחינה משפטית" נוגע לטיב הטעות של המנסה. אם הטעות מתיחסת במצב הדברים העובדתי, הרי מדובר במקרה ניסיון בלתי צlich מבחינה עובדתית, שהוא עניין. כך הוא, לדוגמה, כאשר פלוני מעביר לאדם אחר קמח שהוא מאמין שמדובר בkokain. לעומת זאת, אם טעותו של העosa מתייחסת למצב דברים

משפטי, הניסיון ייפול בגדרי ניסיון בלתי צליה מבחינה משפטית. זאת, למשל, כאשר אדם סובר בטעות שאסור למכור סיגרים קובניים במדינת ישראל, אך למרות זאת מציעם לממכריה. על רקע זה, סבירה דעת המיעוט כי עניינו של המבוקש נופל לגדר ניסיון בלתי צליה מבחינה משפטית, שאינו בר-עונשין. לפי קביעתה, המבוקש היה מודע לכך שהוא עושה שימוש בחומר המכונה "ניסי גאי", אך הניח בטעות כי קיים איסור משפטי על שימוש בחומר הנושא שם זה. לגשת דעת המיעוט, טעות זו נוגעת להיקפו של האיסור על שימוש בסמים מסוכנים ואני צריכה להוביל להרשעה.

8. דעת המיעוט חקרה על דעת הרוב שלפיה ניסיון בלתי צליה משפטית מתייחס רק למצבים שבהם אין כל אפשרות חוקית לעبور את העבירה. לשיטתה, גישת דעת הרוב עשויה להוביל להרשעתו של אדם בפלילים, אף שקיים ספק סביר בשאלת אם הוא ביצע או ביקש לבצע עבירה פלילית אשר קיימת בפועל בספר החוקים. לגשתה של דעת המיעוט, על-מנת להרשייע בניסיון בלתי צליה, יש להראות כי לו העובדות שדיםמה המנסה במוcho היו נכונות, איזה היה מדובר מעבר לכל ספק סביר בעבירה. לפי מבחן זה, סבירה דעת המיעוט, בעניינו ניתן היה לקבוע כי המבוקש התכוון לבצע עבירה מעבר לכל ספק סביר, רק אם היה קיים איסור משפטי על כל תרכובות ה"ניסי גאי". אולם, משהנחת זו מתייחסת למצב הדיון בעת ביצוע המעשה ולא לנסיבות העובדות הנוגעות לביצועו, הרי שלפנינו ניסיון בלתי צליה מבחינה משפטית. דעת המיעוט הוסיפה וצינה כי אף אם נניח כי קיימת אי בהירות ביחס לשאלת אם טעותו של המבוקש נוגעת ל.zaב הדלים העובדי או המשפטי, הרי שהספק והקושי צריכים לפעול לטובות המבוקש. אשר על כן, סבירה דעת המיעוט כי יש לזכות את המבוקש מעבירת הניסיון, ומטעם זה היה מקובל עליה שיש להפחית מעונש המאסר בפועל באופן שנקבע על-ידי דעת הרוב.

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

#### טענות הצדדים

10. בבקשת רשות ערעור העלה המבוקש שתי טענות משפטיות הצדיקות, לשיטתו, את זיכוי מעבירת הניסיון. טענתו העיקרית של המבוקש נסבה על התנאים להרשעה בניסיון (בלתי צליה) לשימוש בשם מסוכן. לגישתו, יש לאמץ את דעת המיעוט בפסק הדיון מושא בקשר לרשות ערעור, שלפיה רק אם הוכח מעל לכל ספק סביר כי המנסה ביקש לבצע עבירה הקיימת בפועל בספר החוקים, ניתן להרשייע בניסיון בלתי צליה. בראיתו, ישום אמת מידת זו על עבירת ניסיון לשימוש בשם מסוכן, מובילה למסקנה כי אם הוכח שהמנסה האמין שהוא משתמש בחומר מסוים (כגון קוקאין, קנבוס וכיו"ב) – ומסתเบר כי חומר מסוומו סוג אכן מנוי בפקודת הסמים המסוכנים – איזה ניתן להרשייע בניסיון לשימוש בשם מסוכן. להבדיל, לשיטתו של המבוקש, אם כל שהוכח הוא שהמנסה האמין שהוא משתמש ב"שם מסוכן" או ב"שם אסור", איזה עשוי להתקיים ספק סביר אם הוא ביקש לבצע עבירה פלילית. זאת, כיוון שرك שימוש בשם מסוגים מסוימים מגבש עבירה.

11. מן הכלל אל הפרט, נטען כי קיים ספק בעניינו אם המבוקש ביקש להשתמש בשם מסווג הסמים המנויים בפועל בפקודת הסמים המסוכנים. לטענת המבוקש, "ניסי גאי" הוא כינוי מסחרי לתרכובות כימיות שונות, אשר בתחוםה

הרלוונטיות לכתב האישום רובן לא נאשר לשימוש בפקודת הסמים המסוכנים. על כן, טען המבוקש, רק אם הייתה ראייה לכך שהוא חשב בפועל – או שלמצער היה לו חד סובייקטיבי ממשי – כי התרכובות שבה השתמש היא אחת מאותן הרכובות המנוירות בפקודה, ניתן היה להרשיעו. לטענתו, פרט למודעותיו לכך שהחומר שהוא עישן מכונה "ניסי גאי", לא הוכח שהוא היה מודע לטיבו של החומר הספציפי המסתתר מאחורי השם של המוצר. למעשה, לטענתו, הוא כלל לא היה מודע לכך ש"ניסי גאי" משמש ככינוי לרשותה ארוכה של חומרים שונים. לפיכך, לדבריו, נותר ספק בשאלת אם הוא ביקש לעשות שימוש בחומר המנויר בפקודת הסמים המסוכנים. אשר על כן, טען כאמור המבוקש כי לא היה מקום להרשיעו בניסיון (בלתי צlich) לשימוש בשם מסוכן.

12. השאלה המשפטית השנייה שהעלתה המבוקש נסבה על היחס בין פקודת הסמים המסוכנים לבין חוק המאבק בתופעת השימוש בחומרים מסוכנים, התשע"ג-2013 (להלן: חוק המאבק). לטענת המבוקש, חוק המאבק חל על חומרים אשר טרם הוכרזו כבלתי חוקיים לפי פקודת הסמים המסוכנים, ובכללם חלק מהתרכובות המכונות "ניסי גאי". לדבריו, חוק המאבק מאפשר לתפוס ולהשמיד חומרים המוגדרים בו כ"חומר מסכן" או לאסור על הפטצטם, אולם הוא אינו אסור על שימוש בהםם. לטענתו, חוק זה הוא בגדר "דין ספציפי" הדוחה את הדין הכללי – פקודת הסמים המסוכנים. על כן, טען המבוקש, בהינתן שהחומר שבו השתמש לא אותו, לא ניתן היה להעמידו לדין בגין ניסיון לשימוש בשם מסוכן. ככל היותר, טען המבוקש, ניתן היה לפעול בגדרו החוק הספציפי והרלוונטי לעניין, הוא חוק המאבק. אף מטעם זה סבר המבוקש כי יש לזכותו מעוררת הניסיון.

לבסוף טען המבוקש, כי אם ימצא בית המשפט לזכותו מעוררת הניסיון, מן הראייה להפחית את עונשו ולהעמידו על פחות משנה חודיší מסר בפועל – כך שהוא יוכל ליהנות מ"רישום פלילי מופחת".

13. המשיבה מצדה מתנגדת לזכותו של המבוקש. לעניין התנאים להרשעה בניסיון בלתי צlich, סמכתה המשיבה ידיה על דעת הרוב בבית הדין הצבאי לערעורים. לדידה, די בכך שקיימת אפשרות כי העובדות שדיםמה המנסה מגבשות עבירה פלילית, כדי להרשיעו בניסיון לעבור עבירה. לטענתה, כך הוא בעינינו, שבו תחת השם "ניסי גאי" נמכרות גם הרכובות כימיות שנאסרו לשימוש בפקודת הסמים המסוכנים. על כן, בהינתן העובדות שדיםמה המנסה – דהיינו שימוש ב"ניסי גאי" – קמה לכל הפחות אפשרות שבמעשהו הוא עבר עבירה פלילית. המשיבה הוסיפה וטענה, כי עדמת המבוקש שלפיה ניתן להרשייעו רק אם היה מודע לסוג הספציפי של התרכובות (המוני בפועל בפקודת הסמים המסוכנים), אינה עולה בקנה אחד עם פסק דיןו של בית המשפט העליון ברע"פ 7560/01 התובע הצבאי הראשי נ' שוביין, פ"ד נת(3) 931 (להלן: עניין שוביין). לטענתה, בעניין שוביין נקבע כי לשם הרשעה בניסיון לשימוש בשם מסוכן, די בהוכחה כי המנסה היה מודע לכך שהחומר שבו השתמש הינו שם מסוכן כלשהו, ואין צורך בהוכחת מודעות לחומר ספציפי המוני בפקודה. לבסוף, טענה המשיבה, אם תתקבל גישתו של המבוקש לא ניתן יהיה ליחס למאן דהוא אישום בגין שימוש בשם מסוכן שטיבו איננו ידוע במדוק, בשל האפשרות כי שם זה ישנה נגזרת דומה אשר במועד ביצוע העבירה לא הוצאה אל מחוץ לחוק.

14. אשר לטענתו של המבוקש בעניין עדיפותו של חוק המאבק על פני פקודת הסמים המסוכנים, טענה המשיבה כי

חוק המאבק נועד להווסף 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 דין של בית הדין הצבאי לערעוורים.

#### דין והכרעה

#### המסגרת המשפטית

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

"לא יחזיק אדם שם מסוכן ולא ישתמש בו, אלא במידה שהוותר הדבר בפקודה זו או בתקנות לפיה, או בראשון מאת המנהל".

ubreit השימוש מחייבות איפוא, כאחת מניסיונותיה, שהחומר שבו נעשה השימוש הינו "שם מסוכן". "שם מסוכן" מוגדר כזכור בפקודת הסמים המסוכנים כ"חומר מן המפורטים בתוספת הראשונה [לפקודה - מ.ב.]...". מקום שבו הניסיונה שם מסוכן אינה מתאפשרת – אין מדובר במעשה עבירה מושלת. מבחינת היסוד הנפשי,ubreit השימוש דורשת מחשבה פלילית, דהיינו מודעות בפועל (או למצער חסד) להתנהגות ולנסיבות העבירה.

16. במקרה שלפנינו הודה המבוקש בחקירותו כי השתמש בחומר המכונה "ニיס גאי". "ニיס גאי" הינו כינוי מסחרי למגוון תרכובות כימיות שונות, שהן סוג של "סמי פיצוציות". מגוון התרכובות רחב, ובין המוחזק לבני שוק הסמים מתנהל מעין מרדף של "חתוכ ועכבר", כך שמדובר שתרכובת ספציפית נכנסת לפקודה – היא יצאת מהשוק בתוך זמן קצר – ובמקרה נכנס חומר אחר שהמוחזק טרם הספיק לאסור על השימוש בו (ראו והשוו: בג"ז 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 "ニיס גאי" לא נאסר לשימוש בפקודת הסמים המסוכנים. בנוסף לכך, החומר הספציפי שבו השתמש המבוקש לא אותר וטיבו אף לא הוכח בדרך אחרת. על כן, לא נשלה האפשרות כי המבוקש עשה שימוש בחומר שאינו שם מסוכן. משכך, נקודת המוצא לדין, שעליה אין מחלוקת, היא כי המבוקש לא השלים את ביצועה שלubreit השימוש בסם מסוכן ואף לא יכול היה להשלימה מלכתחילה. עם זאת, אי-השלמת העבירה אינו מהו זה סוף פסק. דין העונשין אפשרים להרשיע אדם בניסיון לעבורי עבירה, וזאת גם אם הניסיון נדון מראש לכישלון.

#### ניסיון צליך וניסיון בלתי צליך

17. ההוראה המטילה אחוריות פלילתית בגין ניסיון לעבורי עבירה מעוגנת בסעיף 25 לחוק העונשין, הקובלע "אדם

מנסה לעBOR עבירה אם, במטרה לביצה, עשה מעשה שאין בו הינה בלבד והעבירה לא הושלמה". המדבר באירוע עברייני שבו אחד מן היבטים של היסוד העובדתי (התנהגות, נסיבות או תוכאה) - לא הושלמו (עיננו: ש"ז פלר יסודות בדייני עונשין ב 60 (התשם"ז) (להלן: פLER - יסודות בדייני עונשין)). כפי שנפסק, הרעיון שבסיס ענישת הניסיון הוא, כי אין להמתין עד לביצוע העבירה המוגמרת, שעה שכוונתו של המבצע כבר ברורות, וניתן לעצור אותו מלממש עוד לפני שהרעד 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 מסוק לציבור וכי קיימן בו "פוטנציאל עברייני" (ראו: ע"פ 675/85 גרציאנו נ' מדינת ישראל, פ"ד מ(3) 773, 763 (1986) (להלן: עניין גרציאנו); מרדכי קרמניצר "עוד על היסוד התנהגותי באקטוס ראוס' של הניסיון: הערות בשולי מאמרו של א' קמר" משפטים ט 285, 274 (התשל"ט)). יתר על כן, הניסיון הפלילי מתבטא בהתנהגות שהיא חלק מהותי מתוך העבירה המושלמת. לפיכך, ביצוע ניסיון עשוי לפגוע בהרגשת האמון והבטחון של הציבור (להרחבה ראו: פLER - יסודות בדייני עונשין, בעמוד 61).

18. בדרך כלל, אי-השלמת עבירה נובעת מנסיבות חיצונית לדרכו ביצועה. למשל, א' מבקש לירות לעברו של ב', אך לפני שהוא מספיק להחז על הבדיקה, ג' עוצר בעדו (שם, בעמוד 117). מצב מסוג זה - המכונה "ניסיון צליך" - עליה כדי "ניסיון" בר-אונשין אם התקיימו היסוד העובדתי והיסוד הנפשי הדרושים להרשעה. מבחינת היסוד העובדתי, יש להוכיח כי הנאם החל בביצוע העבירה. בצד זאת, יש להוכיח כי התקיימים אצלו היסודות הנדרש לעבירה המושלמת, כמו גם היסודות הנפשי המיעוד לעבירת הניסיון - מטרה להשלים את העבירה (ראו: ע"פ 5150/93 סריס נ' מדינת ישראל, פ"ד מ(2) 183, 186 (1994); עניין שבון, בעמוד 937). להבדיל, ישנו מצבים שבהם ביצוע העבירהណון לכישלון מלכתחילה. לדוגמה, א' יורה על ב' בכוונה להרגו, אך בדיעבד מסתבר כי בעת הירוי ב' כבר לא היה בין החיים. מדובר במקרה שבו "המודע למצב הדברים לאשרו והעומד מן הצד כעד למתרחש, יכול להיות בטוח כי בהתנהגות מסוימת זו אין לעוזה אפשרות למש את מזימתו" (פלר - יסודות בדייני עונשין, בעמוד 117). מצב זהה, המכונה "ניסיון בלתי צליך", אינו שולל בהכרח את פליליות הניסיון. כפי שנקבע בסעיף 26 לחוק העונשין:

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

בדומה לניסיון צליך, ניסיון בלתי צליך מותנה בתקילת ביצוע של העבירה וביסוד נפשי מתאים - היסוד הנפשי הדרוש לעבירה המושלמת ומטרה להשלים את ביצועה. כמו כן, במקרים סעיף 26 לחוק העונשין, פלילותו של ניסיון בלתי צליך מותנית בכך נוסף של היסוד הנפשי - אי מודעות או טעות של המנסה ביחס ל"מצב הדברים" האובייקטיבי המונע ממנו מלאשלים את ביצוע העבירה (ראו: ע"פ 295/10 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 66 (2.4.2012) (להלן: ע"פ 295/10)). דרישת זו הגיונית, שכן אם המנסה היה יודע על כך שהניסיוןណון לכישלון מלכתחילה, לא ניתן היה לקבוע כי הייתה תכלית פלילית למשעו (ראו: ע"פ 91/95 5544 נ' מדינת ישראל, פסקה 15 (15.2.1995); מרים גור-אריה "אי האפשרות להשלים את העבירה והשפעתה על ענישת הניסיון" משפטים ח 30, 312-313 (תשל"ז-תשל"ח) (להלן: גור-אריה)).

19. בטרם תידון השאלה אם עניינו בא בגדדי סעיף 26 לחוק העונשין, יש להתעכ卜 תחילת על סוג "מצב הדברים" המונעים את ביצועה של העבירה. אחת הבדיקות העיקריות היא בין מקרה שבו אין אפשרות להשלים את העבירה בשל

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

20. על דרך העיקרי, ניסיון בלתי צlich מבחינה עובדתית הוא בר-הרשעה. בסוד כל זה עומדת התפיסה, שלפייה יש לראות אדם שביצע ניסיון בלתי צlich מבחינה עובדתית לאור דומה למבצע הניסיון הצליח. כלומר, כמו "שגבש 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; עיין גם: יעקב קדמי על הדין בפלילים – חוק העונשין חלק ראשון 305 (מהדורה מעודכנת, 2004)). בנסיבות אלה, התכלויות המצדיקות את ענישת הניסיון הצליח תומכות גם בענישת הניסיון הכספי, ואילו טעותו של המנסה ביחס לעובדות – אינה מעלה ואני מorida (ראו: Mordechai Kremnitzer, *The Punishability of Impossible Attempts*, 19 Isr. L. Rev. 340, 345-349 (1984) הלוי תורת דין העונשין ב 547-548 (2009); והשו למצב שבו טעות במצב הדברים עשויה לשמש דоказה הולוגנה – סעיף 34ich לחוק העונשין). לעומת זאת, אם טעה המנסה לחשב שהוא מבצע מעשה שהשלמתו תהווה עבירה, אף שאין על השלמת המעשה שדיםה המנסה אסור בדיון – אין להרשיעו:

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

עמדה זו טעימה עצמה. לפי עיק론 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 משם שהעשה 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; פLER – יסודות בדיני עונשין, בעמוד 130). אם תאמר אחרת, משמעות הדברים תהא איזומוץ תפיסתו הتسوي-קטיבית של פלוני את הדין הפלילי. תוצאה כזו לא ניתן לקבל, באשר היא עלולה להוביל למצב שבו בגין אותו מעשה פלוני יורשע על-פי מערכת נורמותacha וחברים יזוכה על-פי מערכת נורמות אחרת. מכך נובע, כי העובדה שאדם הביע נכוונות לעבור על החוק אין ממשעה כי הוא בר-עונשין. כתנאי להרשעתו יש להראות שהוא ביקש להשלים מעשה הפוגע בערך מגן ספציפי, אשר המחוקק ראה לנכנן להגן עליו באמצעות הדין הפלילי (ראו: קרמניצר, בעמוד 349). ומצוות נוספת, כשם שאי-הידיעה שהאיסור עליו הוא אינה פוטרת מאחריות פלילתית (פרט לMKרים מסוימים, סעיף 34ט לחוק העונשין), אך אי-הידיעה בתמייה בפסקה (ראו למשל: ע"פ 10/01 בשן נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(5) 311, 297 (2004); עיין גם: ע"פ 10/295, פסקה 66), וב עבר אף קיבלה ביטוי מפורש בסעיף 26 להצעת חוק העונשין (חלק מקדמי וחלק כללי), התשנ"ב-1992, ה"ח הממשלה 2098:

"לענין נסיוון, אין נפקא מינה אם עשיית העבירה לא הייתה אפשרית מחמת מצב דברים שהמנסה לא היה מודע לו או טעה לגביו. אולם, אין נסיוון עניש אם מצב הדברים האמור מתבטא בהעדר אישור לפי חוק על מה שהאדם ניסה לעשות או עשה" (ההדגשה הוספה - מ.ג.).

אמנם, הסיפה של הסעיף - הקובעת במפורש כי ניסיוון בלתי צליה מבחינה משפטית אינו ענייש – הושמטה לבסוף. אולם, מהטעמים האמורים, דעתך היא כי הוראה כזו הייתה למעשה מיותרת. אם כן, ניתן לקבוע כי ניסיוון בלתי צליה מבחינה משפטית אינה בר עונשין.

21. לנוכח העקרונות עליהם עמדתי לעיל, בבוא בית המשפט להכריע אם ניסיוון בלתי צליה הוא בר-עונשין, עליו לבדוק את הגורמים מהם נובעת אי האפשרות להשלים את העבירה (ראו: גור-אריה, בעמוד 320). לשם כך יש לבחון את התנהוגותם של המנסה ואת הלק רוחו כלפי המסכת העובדתית שבקיים הוא האמין. אם מצב הדברים העובדתי כפי שהמנסה האמין שהוא מגבש את העבירה בה הואשם – ניתן להרשיעו. לעומת זאת, אם העובדות שדיםמה המנסה אינם מגבשות עבירה, אך המנסה טעה לחשב כי הוא מבצע מעשה אסור – מדובר בניסיוון בלתי צליה מבחינה משפטית שאינו בר-עונשין. לעניין זה, טעותו של המנסה יכולה ליפול באשר לעצם קיומה של עבירה פלילית (למשל – אדם יכול לסביר כאמור כי יש איסור פלילי על קיום יחסי בין בני-זוג מסוימים), אך היא עשויה ליפול גם באשר להיקפה של הנורמה האוסרת (עיין: קרמניצ'ר, בעמוד 350). לדוגמה, אדם יכול להאמין כי קיים איסור על "בוא כל סוג המזון, בעוד שבפועל קיים איסור זה רק ביחס למזונות מסוימים. לדידי, בשני המקרים קיים קושי להרשיע בניסיוון בלתי צליה, שכן בשנייהם דמיין המנסה עבירה פלילית שאינה קיימת במצבות (והשו לסעיף 34ט לחוק העונשין הנזכר לעיל, שלפיו טעות של נאשם "בדבר קיומו של איסור פלילי או בדבר הבנתו של האיסור" ככל אינה פוטרת אחריות פלילית; ההדגשה הוספה - מ.ג.). כפועל יוצא מכך, בשני המקרים אף אין במקרה עבירה מושלמת שמנה ניתן לגזר את הניסוי).

22. מבחינת רף ההוכחה, כבכל הרשעה בפליליים, 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 לגשתוי להוכיח מעבר לספק סביר כי המנסה רצה להשלים מעשה, אשר מבחינה אובייקטיבית מהו עבירה פלילית. לשם כך, יש להניח כאמור כי כל העובדות שבקיים המאמין המנסה – אכן התקיימו – ולבחו מהי התוצאה ההיפותטית המתבקשת במשורר הפלילי (ראו למשל: עניין גרציאנו, בעמוד 773). אם המסכת העובדתית שבקיים המנסה מגבשת מעבר לכל ספק סביר עבירה פלילית – דיננו; אך אם לאו, אין לדידי מקום להרשעה. בהקשר זה, יש לדוחות את עמדת המשיבה שלפיה די בכך שקיימת אפשרות כלשהי כי העובדות שבקיים המאמין המנסה מגבשות עבירה פלילית. עמדה זו אינה מתיישבת עם רף ההוכחה הנדרש כאמור בדיון הפלילי, ולגשטי אף לא עם עיקרונו החוקי. יתר על כן, הרשעה בניסיוון שנדון מראש לכישלון מילא נוננת משקל רב יחסית להlek רוחו של הנאשם, תוך "ויתור" מסוים על דרישת הנזק מעשהו. בשים לב בכך, יש להיזהר פן נרחב מדי את גבולותיו של הניסיוון הבלתי צליה הענייש.

23. לסיום, על מנת להרשיע בניסיוון בלתי צליה נדרש לעבור מספר משוכחות. בנוסף להוכחת היסוד העובדתי והנפשי הנדרשים להרשעה בכל ניסיוון 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 שבקיים המאמין המנסה – לו הייתה מתקינה במצבות – הייתה מהוועה מעבר לספק סביר עבירה פלילית או

למצער ניסיון צליה לביצה.

מן הכלל אל הפרט

24. סעיף 7(א) לפיקודת הסמים המסוכנים – שבו הוואשם המבקש – אוסר כאמור על שימוש בשם מסוכן, דהיינו כל חומר המני בתוספת הראשונה לפיקודה. במישור היסוד הנפשי, משדבר בעבירה התנהוגות של מחשבה פלילתית, יש להוכיח מודעות להתנהגות (לשימוש) ומודעות לנسبות ("שם מסוכן") (ראו: עניין שובי, בעמוד 937; על המודעות לנסיבה "שם מסוכן" אפרט עוד בהמשך). לשם הרשעה בניסיון, יש להראות גם מטרת השימוש בשם מסוכן. כshedaber בניסיון בלתי צlich, יש לבחון את העבודות מבعد לעניינו של המנסה, ולבדוק אם הן מגבשות מעבר לספק סביר את היסודות האמורים של העבירה. לדוגמה, אם אדם שואף לקרבו מרצונו אבקה לבנה, מתוך סבירה מוטעית כי מדובר בקוקאין, ניתן להרשיעו בניסיון (בלתי צlich) לשימוש בשם מסוכן.

25. בענייננו, לצורך, החומר שבו השתמש המבקש לא נטפס ואין לדעת אם הוא היה בגדיר "שם מסוכן" אם לאו. אין מחלוקת כי על הספק האמור לפעול לטובת המבקש וכי יש לצאת מהנחה שלפיה מדובר מותר לשימוש. תחת הנחה זו, שלפיה השתמש המבקש בחומר חוקי, ניתן היה להאשיםו לכל היוטר בניסיון לשימוש בשם מסוכן. אף מובן כי ניסיון לשימוש בשם מסוכן – תוך שימוש בפועל בחומר מותר – הינו ניסיון שנדונן לכישלון מראש. השאלה היא, אם מדובר בניסיון בלתי צlich מבחינה עובדתית (שהינו ענייש) או שמא בניסיון בלתי צlich מבחינה משפטית (שהינו ענייש). לצורך מענה על שאלה זו יש לבחון את הלב רוחו של המבקש ואת העבודות שבקייםן האמין.

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

"ש: האם השתמשת בסמים במהלך שירותך

הצבאי?

ת: כן.

ש: באילו סוגים?

ת: ניס גאי וחשייש.

[...]

ש: ספר לי על השימוש שלך בשם 'הניס גאי'?

ת: השימוש הראשון שלי בסמים מאז גויסי היה  
בחודש נובמבר 2013 בשם 'הניס גאי'... וכך  
ברגילה קניתי ממשהו 'ניס גאי'...

[...]

ש: האם בעת השימושים בשם 'הניס גאי' במהלך  
שירותך הצבאי ידעת כי השימוש בשם זה אינו  
חוק?

ת: כן ידעת.

ש: האם כאשר קנית את השקיית 'ניס גאי' לפני  
השימוש הראשון בשירותך הצבאי ידעת כי  
השימוש בניס גאי אינו חוק?  
ת: כן ידעת, ואני כל כך מתחرت על זה.

[...]

ש: כיצד ידעת לפני השימוש בשם 'הניס גאי' כי  
הוא אינו חוק?

ת: ידעת שאסור להשתמש והוא הפסיק מזמן  
להיות חוקי. אני גור באיזור שהרבה משתמשים בכך  
כasher הוא יצא מהחוק פשוט שמעתי ידעת. זה  
לא סוד ידעת שאסור לי להשתמש ידעת זה לא  
חוקי במהלך השירות בצבא...".

המבקש סבר איפוא שהוא עושה שימוש ב"ניס גאי" והאמין שמדובר בחומר "בלתי חוקי". עם זאת, החומר הראיתי אינו

mbas מודעות (או חשד) של המבוקש לכך שקיימות בשוק תרכובות שונות של "ニיס גאי", וממילא אין מוכיח כי המבוקש היה מודע לסוג התרכובות הספרטיפי שבה השתמש. סוגיות אלה לא התרברו כהלה במהלך חקירותו של המבוקש ואף לא במהלך המשפט. כל הידוע לנו הוא שהמבוקש השתמש מרצונו בחומר המכונה "ニיס גאי", אשר טיבו המדוקן נותר לוט בערפל. בנסיבות אלה, ובשים לב לכך שבאותה עת לא כל סוגי החומרים המכונים "ニיס גאי" נאסרו לשימוש, לא הוכח לדעתנו מעבר לספק סביר אמונתו של המבוקש כי מדובר בחומר המנוי בפועל בפקודת הסמים המסוכנים. במילים אחרות, יותר ספק אם העובדות שבקיים האמין המבוקש – אם היו נכונות – היו מגבשות את עבירות השימוש. למעשה, לא נשללה האפשרות כי המבוקש חשב שככל חומר המכונה "ニיס גאי" הינו אסור לשימוש, אף שהמציאות המשפטית הייתה כאמור שונה. מכך נובע, כי המבוקש תפס את האיסור בדיון על שימוש בסמים מסוכנים כרחב מכפי שהוא באמתו. ואולם, כפי שהסביר בהרבה לעיל, טענות של המבוקש בהבנת היקפו של הדיון אינה יכולה להוביל להרשותה, שכן הדבר עומד בניגוד לעיקנון החוקיות בפלילים. פישטא, כי הרשותה בנסיבות כאלה אינה אפשרית מבחינה משפטית ואף אינה צודקת.

27. דעת הרוב בבית הדין הצבאי לעערעורים – עליה סמכה המשיבה ידיה – נטלתה באמונתו של המבוקש כי הוא השתמש בשם בלתי חוקי. בראשיתה, מחשבתו של המבוקש כי הוא צריך "שם מסוכן", דהיינו שם אסור לשימוש, עולה כדי טעות במצב הדברים העובדתי. לדעתנו דעת הרוב לא דقت פורטאית בנסיבות זו. כאשר עוסקין בעבירות שימוש בשם מסוכן, יש להבחן בין אמונתו של המבוקש בנוגע לסוג החומר שבו הוא עשה שימוש, לבין אמונתו ביחס להיקף האיסור הפלילי על שימוש בסמים מסוכנים. רוצה לומר, המודעות הנדרשת להיווט של חומר "שם מסוכן" הינה כלל לסוג החומר שבו נעשה שימוש (כגון קוקאין, קנבוס וכיו'ב) ולא לכך שחומר מסוים מנוי בתוספת הראשונה, דהיינו להיווט "אסור" או "בלתי חוקי". מודעות לכך שחומר נמנה בתוספת – ומשכך נאסר בחוק – הינה מודעות לדין ולא מודעות לעבודות (עיניו): יעקב קדמי על פקודת הסמים המסוכנים 87-269, 272-2007 (להלן: קדמי-על פקודת הסמים המסוכנים), והאסמכתאות שם; ראו גם: ע"פ 966/94 אמלג נ' מדינת ישראל (1995.12.10) (להלן: עניין אמלג); ע"פ 4533/07 מדינת ישראל נ' אזרי, פסקה 17 (2007.10.31)). כפועל יוצא מכך, אי-ידיעה כי חומר מסוים נאסר לשימוש נתנה שלא בצדק חוקי – אינה יכולה להוביל לבדה להרשותה. התרשמתי שדעת הרוב בבית הדין הצבאי לעערעורים נתנה שלא בצדק משקל, ואף משקל רב, להזדאת המבוקש 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 – להרשותה בנסיבות בלתי צלייח. לעניין זה יפים דבריה של המלומדת פרופ' גור-אריה, שלפיהם "אין המשפט הפלילי מגן על עצם הפרת החוק. אדם יתן את הדיון על הפרת חוק רק אם, וכל עוד, הערך שהחוק מגן עליו נתפש כערך ראוי להגנה באמצעות המשפט הפלילי" (גור-אריה-הצעת חוק העונשין, עמ' 39; ראו גם: יורם רבינוביץ' וacky דיני עונשין 564-563 (מהדורה שלישיית, 2014), והאסמכתאות שם). כך הוא גם בענייננו. אין בסמכותו של בית המשפט להרשות אדם בעבירה מדומה.

28. בהקשר זה אמר, כי לא נعلم מעניין פסק הדיון בעניין שוביון. פסק-דין זה העסק אף הוא באדם שהואשם בኒיטין בלתי צלייח לשימוש בשם מסוכן. בפסק דין צוין, כי נדמה שדי במודעות (או בחשד) על אודות היota חומר "שם מסוכן" – ככלומר שם אסור לשימוש – כדי להרשות בעבירות ניסיון לשימוש בשם מסוכן, ואין לדריש חсад באשר לפריט מסוים מרשותת הסמים המסוכנים. עם זאת, בית המשפט לא קבע מסמורות בעניין זה, מאחר שבאותו מקרה לא הוכח מעל לספק סביר קיומו של חсад כלשהו מצד הנאים (שם, בעמודים 940-941). בעניין שוביון לא נקבעה איפוא הלהקה בשאלת אם מודעות להיווט של חומר אסור לשימוש מובילה להרשותה. הדברים שצינו בעניין שוביון בסוגיה זו נאמרו

казמרת אגב לא מחייבות. מכל מקום, מהטעמים שפורטו לעיל, גישה שלפיה די בכך שאדם סבר שמדובר ב"חומר אסור" או ב"שם מסוכן" כדי להרשו בניסיון (בלתי צlich) לשימוש בשם מסוכן, נוותנת כאמור משקל לתפיסטו הتسويיקטיבית את הדיון. יתר על כן, לגישה זו - הרואה למעשה בשאלת אם שם מסוים מנוי בתוספת הראשונה כ שאלה שבעובדה – אף השלכות לא פשוטות במישורים אחרים. כך, לדוגמה, אדם שהשתמש בחוקאיין יכול להימלט מהרשעה אם יוכל כי לא היה מודע לכך שחוקאיין נמנה בפקודה ועל כן אסור לשימוש.

כך או כך, אף אם אין שדי במודעות "ערטילאית" לכך שם הוא "מסוכן" (והשו לפרשנות ברוח דומה של עבירת עשיית עסקה אחרת בשם מסוכן – ע"פ 11/4763 ייעקובי נ' מדינת ישראל, פסקה 78 (20.5.2014); ע"פ 1708/91 מדינת ישראל נ' אגバラיה, פ"ד מו(3) 768, 766 (1992); קדמי-על פקודת הסמים המסוכנים, בעמודים 202-203, אך ראו מנגד בעמודים 87-96), לא זה המקרה שלנו. בעניינו האמין המבוקש שהוא משתמש בחומר המכונה "ニיס גאי", ולא התייחס אליו כל "שם מסוכן" בלבד. לגיטימי, בשים לב להלך רוחו זה של המבוקש וליתר הנטיות שפורטו לעיל, הסקה באשר לכונתו של המבוקש להשתמש בשם המני בפועל בפקודת הסמים המסוכנים – נותר על כנו.

29. לנוכח האמור לעיל, יש להתמקד במודעות הקונקרטית של המבוקש לסוג החומר שבו הוא השתמש, ולא באמונתו ביחס לחוקיותו. במקרה דנן, כל שהוכח כאמור הוא שהמבחן השתמש מרצונו בחומר המכונה "ニיס גאי", חומר אשר אינו בהכרח אסור לשימוש. בכך שונה המקרה שלנו מקרים אחרים שנדרשו בפסיכה, אשר עסקו במצבים של החזקה או שימוש בחומר מותר – מתוך אמונה שמדובר בחומר שהוא בוודאות אסור (כגון הרואין) (ראו למשל: ע"פ 149/86 רביב 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 בשם שהוא מותר? לדעתו, בהינתן להרשות, האם אין להרשות מקל וחומר גם את המבוקש – שעשה שימוש בחומר שספק אם הוא מותר? לדעתו, בהינתן שלא הוכחה כאמור מודעות של המבוקש (או למצער חשד) ביחס לטיב החומר שבו השתמש, אין ללמידה בדרך כלל וחומר בין המקרים. אף על פni הדברים דוגמת ההראין היא "קלה" יותר מבחינת היסוד העובדתי, הרי שבחינת היסוד הנפשי היא דווקא בגדר ה"חמור". זאת, מהטעם שבעוד שבעוניינו לא הוכח מעבר לספק סביר כי המבוקש רצה להשתמש בחומר שmani בפועל בפקודת הסמים המסוכנים, הרי שבדוגמה הנזכרת הדבר הוכח כדבאי.

30. המשיבה הוסיפה וטענה, כי די בכך שקיים אפשרות כי העובדות שדיםמה המנסה מגבשות עבירה פלילית, כדי להרשו בניסיון לעבור עבירה. בישום לקרה שלנו, מספיק לגישה תחת השם "ニיס גאי" נמכרות גם תרכובות כימיות שנאסרו לשימוש. כפי שהסביר לעיל, לדידי אין לקבל גישה זו. היא אינה מתאפשרת כאמור עם רף ההוכחה הנדרש בפליליים, ואף אינה מביאה בחשבון שטויות משפטית יכולה ליפול גם באשר להיקף האיסור הפלילי. להדגמת הדברים, אם גישה של המשיבה תאומץ, די יהיה בכך שביראיל ישן סיגריות המכילות חומרים בלתי חוקיים, על-מנת להרשות אדם מעשן שסביר בטעות שכלי סיגריה הינה אסורה. לשיטתי יש בכך משום הרחבה לא מוצדקת של גדרי הניסיון הפלילי. אחזק ואציג, כי בשונה מהרשעה בעבירה מושלמת או בניסיון צlich, הרשעה בניסיון שנדרן מרחק לכישלון נוותנת משקל רב יותר להלך רוחו של הנאשם, תוך יתרון משמעותי על רכיבי היסוד העובדתי והנזק הטמון בהתmeshותם. על כן, כאמור לעיל, יש להיזהר מפני הרחבה מוגזמת של גבולות הניסיון הבלתי צlich העניש, אשר ככלצמו מהוועה הרחבה יתרה של האחריות הפלילתית.

31. סיכום של דברים: מודעתו של המבוקש ביחס לחומר שבו השתמש, כפי שהוכחה במשפט, הייתה חלנית וחסירה. כפועל יוצא מכך, גם אם מאמצים את העובדות (ורק את העובדות) כפי שתפס אותן המבוקש, עדין יותר ספק בשאלת אם כוונתו הייתה להשתמש בסם המוני בפועל בפקודת הסמים המסוכנים. על כן, לא הוכח מעבר לספק סביר כי המעשה המשולם שביקש המבוקש לבצע מהוות בפועל עבירה (השו: רע"פ 10/6264 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 4 (החלטה מיום 12.1.2011); ע"פ 10110/2011 גמליאל נ' מדינת ישראל (11.12.2006)). אף אם אין, כפי שהניחה דעתה העיקרי בבית הדין הצבאי לערעוורים, כי קיימת אי בהירות מסוימת באשר לשאלת אם טעותו של המבוקש גגעה למצב העובדתי (כלומר לשאלה מה טיבו של החומר אותו כינה "ניסי גאי") או למצב המשפט (כלומר לשאלה אם יש איסור משפטי גורף על שימוש ב"ניסי גאי"), הרי שגם לגישתי הספק צריך לפעול במסגרת הדיון הפלילי לטובתו של המבוקש. אשר על כן, מתחייבת לדעתה המסקנה שאין להרשיע את המבוקש בעבירות ניסיון (בלתי צליה) לשימוש בסם מסוכן.

32. אשר לטענת המבוקש בדבר היחס בין חוק המאבק לבין פקודת הסמים המסוכנים. על פני הדברים, טענתו כי חוק המאבק הינו חוק ספציפי הגובל על הוראות הפקודה אינה משכנתה. זאת, לאור סעיף 10 לחוק המאבק המורה כי הוראותיו של החוק "באות להוסיף על הוראות כל דין ולא לגרוע מהן" (ההדגשה הוספה - מ.ב.); ולנוכח דבריו ההסבר להצעת החוק, שמהם עולה כי החוק נועד להעшир את סל הכלים העומד לעזרת רשות התביעה והאכיפה לשם הטיפול בתופעת השימוש בחומרים מסוכנים, ולא לצמצמו. דברים אלה נאמרים בבחינת למעלה מן הצורך, שכן מילא מצאי לזכות את המבוקש מטעם אחר.

#### בטרם סיום

33. אחר הדברים האלה שבתי והפכתי בשאלת אם הגישה שבה נקטתי עלולה לאפשר לעבריini סמיים להימלט מעונש, בטענה שלא גיבשו מודעות ביחס לטיבו המדוייק של החומר שבו השתמשו. השתכנעתי כי אין בחשש זה לשנות מהתוצאה אליה הגיעתי. ראשית, לא קבועתי כאן מסמורות בשאלת עד כמה קונקרטיות צריכה להיות המודעות ביחס לטיבו של החומר. שנית, סעיף 31(2) לפקודת הסמים המסוכנים ממליא מקנה כלים לה�מודדות עם הקשי המתואר:

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

בעניין אמלגן קבוע כי על פי סעיף זה, "מי שמואשם בעשיית מעשה לגבי 'סמ מסוכן', אך טבעי הוא שהדין יחזיקו כמו שיודיע' מה טיבו של 'הדבר' שלגביו נעשה המעשה, אלא אם יוכח אחרת". רוצה לומר, במקרה הרגע שבו ידוע מהו החומר שבו נעשה שימוש, ידרש הנאשם להוכיח כי לא היה מודע לטיבו (ראו: קדמי – על פקודת הסמים המסוכנים, בעמודים 269-272). וזכור, כי עניינו במקרה "יחודי" ושונה מה מקרה הרגע, שכן בו לא הוכח במישור העובדתי טיבו של החומר (ראו והשוו: עניין שוביון, בעמוד 94). לו היה ידוע וברור שמדובר בחומר אסור, לא היינו נדרשים לנition המשפט המורכב.

34. אין בלבו אהדה למעשו של המבוקש. שימוש בחומר שיש בו כדי לפגוע ביכולת המבצעית של חיל ממקום שבו עליו להיות בכשרות מלאה, הוא מעשה בלתי ראוי. אכן, האינטואיציה עשויה להוביל למסקנה כי שימוש רציף בחומר "ניסי גאי" במשך שבעה חודשים, מתוך מחשבה שמדובר בחומר אסור, עלולה כדי ניסיון לבצע עבירה של שימוש בסם מסוכן. ואולם, כידוע, אין מרשיעים אדם בפלילים לא על סמך אינטואיציה, וגם לא בשל העדר סימפתיה ל谋שו.

35. על כן, אכיע לחברותי לזכות את המבוקש מעבירה של ניסיון לשימוש בסם מסוכן. אף שלא ניתן להחזיר את הגלגול לאחר מבחינה פיזית, לדעתי היה מקום להקל עוד יותר בעונש המאסר בפועל שנגזר על המבוקש. מושראית לזכות את המבוקש מעבירת הניסיון הבלתי צlich, נותרה ל谋שה על כנה רק ההרשעה בעבירות שעלייהן הוא לא ערער (שימוש והחזקה בקבוקים בשלוש הזרמיות בנסיבות אזרחות 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.

### הnbsp;אnbsp;

#### השופט א' חיות:

אני מצטרפת בהסכמה למסקנה שאליה הגיעו חברות הנשייה מ' נאור ומן הטעמים שמנתה אף אני סבורה כי יש לזכות את המבוקש מעבירה של ניסיון (בלתי צlich) לשימוש בסם מסוכן. מרכיבי חומר ה"ניסי גאי" שבו השתמש המבוקש לא הוכחנו ועל כן, נקודת המוצא היא כי לא הוכח שמדובר בחומר האסור לשימוש על פי החוק. בהינתן נקודת מוצא זו אך מנגד בהינתן העובדה שחלק מתרכבות ה"ניסי גאי" כן מנויות בתוספת הראשונה לפיקודת הסמים [נוסח חדש], התשל"ג-1973, ובשל כך אסורת לשימוש, עדמה לפנינו שאלת לא פשוטה לעניין האבחנה בין ניסיון בלתי צlich מבחינה עובדתית (שהנו בר עונשין) לניסיון בלתי צlich מבחינה משפטית (שאינו עוני). חברות הנשייה הגעתו אף אני למסקנה כי אי מודעותו של המבוקש להיקף האיסור הפלילי החל על השימוש בתרכבות "ניסי גאי", נוגעת למודעות לדין ולא למודעות לעבודות ומטעם זה אני מצטרפת, כאמור, לתזאה שאליה הגיעו חברות ולפיה יש לזכות את המבוקש מעבירת הניסיון לשימוש בסם מסוכן וכי בעקבות כך יש להפחית מהעונש שנגזר עליו ולהעמידו על 30 ימי מאסר בלבד.

### שופטת

#### השופט ד' ברק-ארץ:

1. האם ניתן להרשות אדם בפלילים במקרים המעשה שעשה אינו עבירה, רק משום שטעה לחשוב כי הוא אסור? אני סבורה שההתשובה לשאלת זו חייבת להיות שלילית, גם אם המעשיהם שמדובר בהם אינם רצויים שלהם עצמם.

במערכת משפט תקינה, המשפט הפלילי אינו מושך מסגרת לגינוי של התנהגות בלתי רצiosa כל עוד זו לא נאסרה בחוק. על כן, אף אני מצרפת את הסכמי לפסק דין המקייף של חברותי הנשייה מ' נאורה.

2. אין ספק כי ברקע הדברים עומדת התנהגות בלתי רואיה: המבוקש צריך במשמעותו מספר חדשים, תוך כדי שירותו הצבאי, חומר המכונה "ニיס גאי" – שם כולל לתרכובות כימיות שונות שגורמות לתגובה של שיכרין ואובדן שליטה. צריכה של ניס גאי היא לא בריאה ואף עלולה להיות מסוכנת. עם זאת, בכך בלבד אין כדי לומר כי יש בסיס בדיון להרשעתו של המבוקש.

3. המאבק בתופעה של צריכת תרכובות כימיות מסווג זה אינו פשוט, והמקורה 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"سم מסוכן", אשר מוגדר כחומר המופיע בתוספת הראשונה לפקודה. התוספת הראשונה כוללת באופן רשמי המונה את התרכובות הכימיות של הסמים המסוכנים האסורים בשימוש. דא ע�א, המציגות בתחום הסמים, כמו בתחום אחרים, מתקדמת מהר יותר מתהליכי החקיקה. כל העת, כפtrieות אחר הגשם, "צצים" חומרים נוספים אשר גורמים להשפעות פסיכואקטיביות ונמכרים לכל דורש, אלא שנוכחותיהם הימיות שוננות מלאה שציננו בתוספת הראשונה לפקודה. כאשר חומרים אלה מאותרים ומצוים, התגובה המתאימה לכך היא הכנסתם לתוספת הראשונה לפקודת הסמים המסוכנים. פועלה זו אורכת זמן מה, ובתווך נוצרת מצביאות של מכירה וצריכה של חומרים פסיכואקטיביים ש מבחינה פורמלית אינם אסורים בשימוש. כמו כן חלקי לכך נחקק חוק המאבק בתופעת השימוש בחומרים מסוכנים, התשע"ג-2013 (להלן: חוק המאבק) המאפשר להכריז בהכרזה דחופה על חומר כ"חומר אסור בהפעזה". כאשר כך נעשו חלים איסורים פליליים על העיסוק בחומר המסוכן – בעיקר על ייצור, יבוא והפצתו של החומר. בכך נוצר "גשר" חלקי בין המציגות לבין המצב המשפטי – עד להשלמת תהליך הבדיקה בדבר קיומו של צורך בעדכונה של פקודת הסמים המסוכנים. עם זאת, אחד המרכיבים בפשרה האמורה – גם לאחר שהוכרז כ"חומר אסור בהפעזה" – הוא שהאיסורים הפליליים לפי החוק אינם חלים על צריכתו. אם כן, הכנסת חרחה – חלק מן האיזון העדין בין הרצון להגן על הציבור לבין החשש מפני הפללה יתר – להסתפק בהפללתם של המפיצים להבדיל מן הזרים, כל עוד לא הוגדר החומר כ"سم מסוכן" בפקודת הסמים המסוכנים (על הרקע לחוקתו של חוק המאבק, ראו: דברי ההסבר בהצעת חוק המאבק בתופעת השימוש בחומרים מסוכנים, התשע"ג-2013, ה"ח הממשלה 2020. כן ראו: בש"פ 898/15 עדי נ' מדינת ישראל, פסקה 35 (19.2.2015)). לא מותר לציין כי מהרकע לחוקתו של חוק המאבק עלולה שהנחתה המחוקק הייתה שלא היה באוטה עת בסיס חוקי להעמדה לדין והרשה של מי לצרכו חומרים שלא נכללו בתוספת הראשונה לפקודת הסמים המסוכנים. במובן זה, עמדתה הנוכחית של המדינה עומדת בניגוד, לפחות חלקית, להנחה האמורה.

4. במקורה דנן, לנוכח העובדה שטיבו הספציפי של החומר שבו עשה המבוקש שימוש לא הוכח, הסקה אמרור לפועל לטובת הנאשם והנחתת המוצא נותרת שבאותה עת חומר זה לא הוכרז כسم מסוכן לפי פקודת הסמים המסוכנים. כמו כן, אפילו הוכרז החומר שזכה כ"חומר אסור בהפעזה" לפי חוק המאבק, ואני יודעים אם אלה הם פני הדברים – צריכת החומר לא הייתה נחשבת לעבירה פלילתית לפי חוק המאבק. אפ-על-פי-כן, סבורה התביעה הצבאית, וכך סברו אף בתי הדין הצבאים, כי ניתן להרשו עבריית "ניסיין" לצריכת סם מסוכן.

5. כפי שהסבירה חברותי הנשייה, המחלוקת בין הסניגוריה לבין התביעה במקורה זה התמקדה בהבנה בין "טעות עוודתית" ל"טעות משפטית" ביחס לניסיין "בלתי צליה". בהמשך לכך, כמו אף אני סבורה כי בפנינו מקרה של "טעות משפטית" שאינה יכולה לשמש בסיס לאחריות במסגרת דיני הניסיין הבלתי צליה. בצד זאת, אני מבקשת להוסיף מספר

הערות הנسبות על השיקולים העיקריים בתוכניתו של אליה הגענו.

על הבחנה בין "ענינים שבדין" לבין "ענינים שבעובדה"

6. השאלה שהתעוררה בפנינו היא חלק מרצף ארוך של שאלות שמתעוררות ביחס להבנה בין "דין" לבין "עובדיה". חurf' חשיבותה של הבדיקה זו בתחום משפט שונים, במקרים מסוימים היא עשויה להיות מוכckaת, ויש אףRonald J. Allen & Michael S. Pardo, *The Myth of the Law - Fact Distinction*, 97 Nw. U. L. Rev. 1769 (2003) ו-420-421 (2015). עם זאת, במישור היישומי, אין ספק שהבדיקה חייה וקיימת בשיטת המשפט שלנו, כמו גם באחרות, ולכן יש להידרש אליה, לצד ההכרה במוגבלותה.

7. את הבדיקות שהוצעו בהקשר זה ביקשה להבדיל בין מה שאפשר לטעות באמצעות החושים – וכך הוא "ענין שבעודה" – לבין מה שהוא "אידאה בשכלם של בני האדם" – וכך הוא "ענין שבדין" (להציג עמדת זו ולביבור עליה, ראו: דורון מנשה ושוי אוצר) הבדיקה בין טעות במצב משפטו לבין טעות במצב הדברים" דין ודברים ז 341, 347 (ה'ש 17 וההפניות שם) (להלן: מנשה ואוצר)). אולם, ישומה של הבדיקה זו מעורר שאלות לא פשוטות. כך למשל, השאלה האם להצעת חוק מסוימת יהיה רוב הכנסת בשלוש קOTES היא שאלת שהתשובה עליה יכולה להתבסס על תפיסה באמצעות החושים, אולם קשה לחלק על כך שטעות ביחס לתוכפו של החוק שאושר לבסוף היא טעות שבדין (ראו עוד: מנשה ואוצר, בעמ' 347).

8. הקשיים שמעוררת הבדיקה בין עניין שבדין לבין עניין שבעובדה קיבלו ביטוי גם בפסקתו של בית משפט זה. למשל, בית המשפט נדרש לשאלה האם הצבת תקינה בת פועל תחיקתי או שמא היא רק עובדה המ夷'שת את מצב המשפט (ראו: ע"פ 402/63 רון נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יח(3) 172 (1964)). התשובה לשאלה זו – כמו גם לשאלות דומות לעניין הבדיקה בין עובדה לדין –عشוויה כמובן להשתנות בהתאם לנסיבות ולתכלית החוקיות. בדוגמה זו, העמדה לפיה תمرור הוא "עובדה" המ夷'שת את הנורמה, להבדיל מקביעה של הנורמה עצמה, גובשה בצללה של הוראת החוק המורה כי תקינה בת פועל תחיקתי חיבת פרטום ברשותם. דוגמה נוספת ניתן להביא מהקביעה בדבר "בעלויות" בנכסי מקרקעין. האם זהוי קביעה עובדתית או משפטית? השופט (כתוארו אז) ש' לוין עמד על הקשיים במתן מענה לשאלה זו ולשאלות דומות לה ברע"א 2904/95 מדינת ישראל נ' אל הויזל, פ"ד מט(2) 40 (1995), בציינו כי "השאלה מה היא 'עובדת מהותית', מה היא 'ראיה' ומהו שאלת שבדין,عشוויה להשתנות מקרה לקרה, וההבחנה בין שלושה מושגים אלה איננה אלא עניין שבדרגה" (שם, בעמ' 42). אם כן, המסקנה היא שההבחנה בין עניין שבעובדה לבין עניין שבדין היא במרקם רבים תלויות הקשר – לפי התכליות העומדות בסיס הסדר הנורמטיבי העומד ל מבחן.

הרצינאלים של עבירת הניסיון כבסיס להבנה בין טוות בעובדה לבין טוות בדיון בענייננו

9. במקורה שבפניו, את השאלה האם הטעות של המבוקש היא טעות בגין מצב הדברים או שמא טעות במצב המשפט יש לבחון גם לאורם של הרצionarioלים הקיימים בהבחנה בין ניסיון בלתי צלח מבחינה עובדתית לבין ניסיון בלתי צלח מבחינה משפטית. כפי שצינה חברתי הנשאה, הרצionarioן העומד בסיס הפללת המצביע עליו לא הושלמה העבירה

מחמת טעות עובדתית הוא התפיסה כי אדם שגיבש כוונה לבצע עבירה פלילית והוכיח שהוא מסוגל להוציא כוונה זו אל הפועל מסkn את האינטרס הציבורי. תפיסה זו מבוססת על שיקולי אשם, החשיבות הנודעת למניעת עבירות עתידיות והגנה על תחושת האמון של הציבור, כפי שצינה חברותי הנשייה. לעומת זאת, הצדקה העיקרית לא-הפללת הניסיון הבלתי צליה, כשהעבירה לא הושלמה מחתמת חוסר אפשרות חוקית, טמונה בעקרון החוקיות, המחייב כי הטלת אחריות פלילית על אדם תהיה מעוגנת בחוק או בהסכמה המעוגנת בו. אחת המשמעות של עיקנון זה היא כי הטלת אחריות פלילית תהיה מבוססת על תשתיות חוקית אובייקטיבית ושווונית, המוחילה על כלל האנשים באותו אופן – ולא על התפיסה האישית של כל אחת ואחד את המצב המשפטי (ראו עוד: מרים גור-אריה "הצעת חוק העונשין (חלק מקדמי וחקק כללי)", התשנ"ב-1992" משפטים כד, 9, 39 (1994)).

10. אני מסכימה למסקנה שאיליה הגעה חברותי הנשייה על רקע דברים אלה, לפיו לא הוכחה מעבר לספק סביר אמוןתו של המבוקש כי החומר שצרך הוא חומר המוני בפקודת הסמים המסוכנים. יתר על כן, אני סבורה כי המסקנה שאיליה הגעה חברותי נתקנת גם בבחינת נסיבות המקירה על רקע השיקולים שעומדים בבסיס הפללת הניסיון הבלתי צליה. אני מבקשת להתייחס לכך בקצרה לנוכח האפשרות כי לעיתים תהא אי-בahirות באשר לשאלת אם טעותו של הנאשם נגעה למצב העובדתי או למצב המשפטי (כפי שעולה גם מפסקה 31 לפסק דיןה של חברותי הנשייה).

11. שיקולי אשם והערך המוגן על-ידי העבירה המושלמת – בלביה של עבירת הניסיון עומדת האשם, היינו הכוונה לבצע את העבירה המושלמת ולפגוע בערך החברתי המוגן. כאשר אדם מתכוון לבצע פעולה שלמעשה אינה אסורה על-פי הדין ממליא אין לומר שהתקонן פגוע בערך החברתי המוגן. בענייננו, הנחת המוצא היא שהمبוקש צריך חומר שלא היה אסור לצריכה במועד הרלוונטי. אכן, המבוקש עשה כן תוך שהוא סבור כי צריכה החומר מגבשת עבירה. במקרים זה המבוקש "אשם" במובן רחב וככלוי יותר – הוא אינו נרתע מהפרת חוק מדומה. אולם, זה אינו אשם שמצדיק הטלת אחירות פלילית. ללא איסור פלילי, אין מקום להרשעה המבוססת על מחשבה פסולה, להבדיל מהתנהגות פסולה.

12. הרתעה ומינעת מימוש הפוטנציאלי העברייני של המנסה – גם ההצדקה המבוססת על החשש כי אדם שלא הספיק או לא הצליח להשיגם את מיזמתו עלול לחזור לסורו כשהוא למד לך הכישלון – אינה מתקימת באופן מלא בענייננו. ככל שהمبוקש למד דבר מה מ"כשלונו" לעבור את העבירה המושלמת, הרי שהדבר שנלמד הוא שלא כל התרcobות שכונו "ניסי גאי" באותה עת היו אסורות לפי הדין הפלילי. אין אפילו ממש שהמבוקש למד מהטעות שהובילה לא-השלמת העבירה וניסה לבצע בשנית את העבירה תוך הפקת לקחים מהניסיון שנכשל. זאת להבדיל, למשל, מאדם שצורך בטעות קמץ בשאיפה לצורך קוקאין ובשלב מאוחר יותר מבין כי שהוא.

13. עקרון החוקיות – יטען הטוען, כי הרשותו של המבוקש בעבירה של ניסיון לשימוש בשם מסוכן אינה בבחינת יצירת "עבירה חדשה", אלא הרשעה בעבירה קיימת שלא הושלמו כל ריבוייה. לטענה זו אין ידי להסכים. כמתואר לעיל, פקודת הסמים המסוכנים בנויה כך שר"ס מסוכן" הוא כל חומר מהחומרים המפורטים בתוספת הראשונה לפוקודה זו. עסקין 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 אחירות פלילית בגין נטילה של חומר שאינו מנוי בתוספת לפוקודה, בנסיבות שבהן אין טעות ביחס למזהותו של החומר שנintel אלא רק ביחס למשמעות הנורמטיבית של הנטילה, משמעה דה פקטו הרחבת התוספת הראשונה לפקודת הסמים המסוכנים שלא בדרך של חקיקה.

14. למעשה, הדיון בעניינו מושפע, במידה רבה, מהטכנית הניסוחית שבה נעשה שימוש בחיקיתה של פקודת הנסים המסתכנים. כפי שצין, הפקודה בינוי כר' שהסמים המסתכנים מנויים בראשמה בתוספת לפוקדה. הכללתו של חומר בתוספת קופפת אותו "הר כגיית" לערוך הורמות שבפקודת הנסים. הסדר חקיקתי זה שכיח בחיקקה הישראלית גם בהקשרים נוספים שבהם מערכ שלם של נורמות, ובهن נורמות פליליות, חל בהתאם להכללתו של הפרט הרלוונטי בתוספת לחוק (ראו למשל: חוק החומרים המסתכנים, התשנ"ג-1993; חוק הסדרת מחקרים במחללי מחלות ביולוגיים, התשס"ט-2008; חוק למניעת העישן במקומות ציבוריים והחיטה לעישון, התשמ"ג-1983 (להלן: החוק למניעת עישון)). בסודו של הסדר עומדת ההנחה שכאר שריט מסוים לא נכלל בתוספת לחוק ממילא לא חל עליו הסדר החקיקתי כלו. מבחינה רעיהית, חקיקה זו אינה שונה מ מצב שבו הכנסת הייתה מחוקקת חוק פלילי נפרד עבור כל סם מסוכן, כר' שהוא חל איסור פלילי על צריכת קנבוס, איסור זהה ביחס להרואין, וכן הלאה. ההבדל בין שני סוגי הסדרים הוא הבדל מבני, אך לא הבדל איקוטי. עם זאת, נקל לראות כי שינוי בתקנוקה החקיקתית היה מביא בהכרח לשינוי במתכונת הדיון שלפנינו. כר' למשל, אילו חלה חקיקה נפרדת על כל סם ושם, לא ניתן היה להרשיע את המבוקש בביצוע ניסיון לשימוש בשם מסוכן", אלא דומה שהיה על התביעה להצביע על עבירה ספציפית המתיחסת לסם הנסים שאותו המבוקש ניסה לצורך כדי שתתגבע העבירה.

#### השוואה לדוגמאות נוספות

15. הדיון שבפנינו הוא בעל אופי עקרוני, ולכן יש טעם להשוו את נסיבותיו למעשים דומים שמעוררים שאלות זהות. עיון השוואתי מסוג זה מציע תימוכין נוספים למסקנה המחזקת כי עניינו עוסק בניסיון בלתי-צליח משפטית שאין מקום להעמיד לדין בגין. כר' למשל, נניח שאדם מוכר משקרים לאדם בן 19, בעודו חשוב, בטעות, כי גיל המינימלי של לקוחות שלהם ניתן למוכר אלכוהול הוא 21. האם ראיו להעמידו לדין בגין הפרה של האיסור למוכר משקרה לפחות (לפי סעיף 193א(א1) לחוק העונשין)? בדומה לכך, האם ניתן להעמיד לדין אדם שעישן סיגירה בחוף הים בעודו חושב שמדובר במקום ציבורי, חurf העובدة שחוף הים אינו מנוי כאחד המקומות שבהם אסור לעשן בתוספת לחוק למניעת עישון? אני סבורה שההתשובה על שאלות אלה היא בשלילה. דוגמאות אלה קרובות הרבה יותר לעניינו מאשר המקרים הטיפוסיים המוצגים בדרך כלל כדוגמאות לניסיון בלתי-צליח-עובדתי שהוא בר-הרשעה, כגון: אדם שיורה בגופה מתוך כוונה לרצח אדם; החזקת קmach תוך אמונה שגoya 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 שראיו לייחס משקל אף לתוצאות הלא רצויות שלן מובילת העמדה שהציגה המדינה. המדינה צינה בምורש כי לפי שיטתה לא היה בסיס להרשעה, בנסיבות זהות אלה של המבוקש, של מי שסביר כי אין מדובר בסם אסור, ובדין צינה כך. עמדתה של התביעה מעוררת אפילו קשיים במישור האכיפתי, בהתחשב בכך שהשימוש בחומר עשוי להיות מנת חלקם של רבים, ועל פni הדברים לא ניתן לדעת מי משתמשים סבר שהחומר מותר לשימוש וכי חשב שהחומר אסור. האם מעתה תתמקדח החקירה בעבירות אלה במצב התודעתי של החשודים? בהשכלתם המשפטית? ביטוי לקשי זה ניתן למצוא בהודאה של המבוקש עצמו, שעל בסיסה הוא הורשע על-ידי הערכאות הקודמות. בחקירתו צין המבוקש כי "אני גר באזור שהרבה משתמשים [בניים גאי - ד' ב' א'] لكن כאשר הוא יצא מהחוק פשוט שמעתי וידעת" (אמירה זו מובאת בפסקה 14 לפסק הדין של בית הדין הצבאי לערעורים. ההדגשה

אינה במקור). עוד הוסיף המבוקש: "לפני בערך חודש וחצי תפסו כמה חברי עם סמים והسم"פכנס את כולם והסביר שתפסו כמה אנשים והעביר לכולם את העניין שאסור לשימוש לכך ידעת" (שם). אם כן, אף מהיבט מדיניות האכיפה הבדיקה זו אינה מוגשימה תוצאות רצויות, ככל שהמטרה היא מאבק בנוגע השימוש בחומרים מסווג זה.

### הפן המעשי של הדברים

17. על כל השיקולים שהוצעו לעיל ראוי להוסיף כי התוצאה של זיכוי אינה מפקירה את האינטרס הציבורי שבהעמדה לדין בגין צריכתם של חומרים הפגעים בכושר התקף של הצבא. לא צריך להזכיר מלים על הסכנה הכרוכה בצריכתם של חומרים כאלה על-ידי חיילים הממלאים תפקידים בצבא, לא רק לעצם אלא גם לצבא כולו. עם זאת, הדרך הנכונה להתמודד עם קושיזה הוא בקביעת הוראות מתאימות בפקודות הצבא, אשר הפרטן ממילא היא עבירה של אי-קיום ההוראות המחייבות בצבא לפי סעיף 133 לחוק השיפוט הצבאי, התשט"ז-1955 (להלן: חוק השיפוט הצבאי). למעשה, אף רשות הצבא הגיעה 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" (עדכן אחרון: ינואר 2017)). הפטרון המעשי קיים אפוא בדיון, וזאת לצד האפשרות הנוסףת של העמדה לדין בגין התנהגות שאינה הולמת, לפי סעיף 130 לחוק השיפוט הצבאי, עבירה שבה הורשע המבוקש בעניינו. אם כן, לא אלמן ישראל, והדרך להטלת אחוריות פלילית פתוחה. ככל שהתקלה הצבורית נגד עינה של התביעה, הרי שהפעולות המתאימות כבר נעשו. מילא לא הרשות של המבוקש היא העומדת בסיסוד הדיון כאן, אלא הפן העקרוני של הדברים.

18. השימוש בחוק השיפוט הצבאי המקורי כמקור נורטטיבי למאבק בשימוש בחומרים פסיקואקטיביים על-ידי חייל צה"ל בנסיבות שבהן החומר הספציפי שנוצר לא נאסר בפקודת הסמים המסוכנים מבטא הקרה בכך שנטילת חומרים אלה במסגרת השירות הצבאי היא מעשה חמוץ במיוחד, בשל לב לאחריות המוחדרת המוטלת על חיילים. בדומה לכך, ניתן לחשב על דוגמאות אחרות שבהן בעל מקצוע או בעל תפקיד שזכה חומרים דומים שאינם אסורים מכוח פקודת הסמים המסוכנים (כדוגמת רופא המטפל בחולים במצב זה), עלול לשאת באחריות, פלילית או משמעית לפי העניין, מכוח הסדרה מיוחדת המביאה בחשבון את נסיבות הצריכה או את התפקיד המיוחד שלו.

19. חשוב להטעתם כי לשוני בין המסלול של העמדה לדין בגין הפרה של פקודות הצבא לבין העמדה לדין בגין עבירות ניסיון ממשמעות רבה מהיבטים של הכללים הנוגעים לרישום הפלילי. הרשעה בעבירה של ניסיון לשימוש בסם מסוכן לפי פקודת הסמים המסוכנים מהוות כתמ במרשם הפלילי המתנהל לפי חוק המרשם הפלילי ותקנות השבים, התשס"א-1981. אכן, לפי סעיף 404א(ב) לחוק השיפוט הצבאי הרשעה בעבירה מסווג עוון שהעונש המושת בגינה אינו עולה על האמור באותו סעיף היא הרשעה שמשירת מידע בגין מוגבלת. עם זאת, יש לזכור שהרשעה בעבירות צבאיות המנוונות בתוספת השנה לחוק, ובהתאם סעיפים 130 ו-133 לחוק השיפוט הצבאי, אינה פרט רישום כלל ועיקר. התוצאה היא שחילים שיורשעו בעבירה של ניסיון לצריכת סם מסוכן יהיו חשופים להכבדה הנוסףת הכרוכה במרשם פלילי, גם אם מסוג.

לסיכום: בין הפטול לבתי-חוקי

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

**שופט**

הוחלט כאמור בפסק דין של הנשיאה מ' נאור.

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

שופט

שופט

הנשיאה