



בש"פ 5843/21 - חסן מוחמד נגד מדינת ישראל

בבית המשפט העליון

בש"פ 5843/21

לפני:

כבוד השופטת ע' ברון

המבקש:

חסן מוחמד

נגד

המשיבה:

מדינת ישראל

בקשת רשות לערור על החלטת בית המשפט המחוזי
בתל אביב-יפו מיום 24.8.2021 (השופטת ש' זמיר) ב-
עמ"ת 49503-08-21

בשם המבקש:

עו"ד ענבל דוכובני זאבי; עו"ד סתיו כהן

החלטה

1. בקשת רשות לערור על החלטת בית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו מיום 24.8.2021 (השופטת ש' זמיר) ב-
עמ"ת 49503-08-21, שבגדרה נדחה ערר שהגיש המבקש על החלטת בית משפט השלום בתל אביב-יפו מיום
19.8.2021 (השופט א' קורנהאוזר) ב-מ"ת 48997-07-21. בית משפט השלום ובית המשפט המחוזי קבעו כי קיימות
ראיות לכאורה בנוגע לעבירה המיוחסת למבקש בכתב האישום שהוגש נגדו.

2. ביום 22.7.2021 הוגשנגד המבקש כתבאישום בביתמשפט השלום בעבירה של עסקה אחרת בסם מסוכן ללא
היתר וללא רישיון לפי סעיף 13 לפקודתהסמים המסוכנים [נוסחחדש], התשל"ג-1973 (להלן: הפקודה). על פי הנטען
בכתב האישום, ביום 19.7.2021 פנה המבקש לעבר שוטר שהיה לבוש בלבוש אזרחי, בכך שסימן לו עם הראש כלפי
מטה להגיע אליו. על פי כתב האישום, השוטר שאל "אם יש משהו לעשן", והמבקש השיב "כמה צריך"; השוטר שאל:



"שקית אחת ניס, יש?", והמבקש השיב: "כן, תביא חמישים". לשאלת השוטר אם מדובר ב"חומר טוב", השיב המבקש: "חבל על הזמן, רוסי". בהמשך לדברים אלה מסר המבקש לשוטר שקית שהכילה חומר הנחזה להיות קנבואידים סינתטיים המכונה "ניס גאי" במשקל כולל של 7 גרם ברוטו, ובתמורה לכך שילם לו השוטר 50 ש"ח.

בד בבד עם הגשת כתב האישום הוגשה בקשה למעצרו של המבקש עד לתום ההליכים נגדו. בהחלטה מיום 22.7.2021 קבע בית משפט השלום כי קיים ניצוץ ראיתי, והורה על מעצרו של המבקש עד למתן החלטה אחרת. בית המשפט ראה לציין בהחלטתו כי אינו מוצא לנכון לבחון חלופת מעצר בטרם דיון בראיות לכאורה, ומבלי שהוצגה חלופה קונקרטית. בהמשך לכך, דיונים שנקבעו לימים 29.7.2021, 4.8.2021 ו-12.8.2021 נדחו, וזאת לבקשת בא-כוח המבקש בנימוק שהוא פועל לאיתור חלופת מעצר. ביום 18.8.2021 התקיים דיון ובמהלכו טענו הצדדים לעניין קיומן של ראיות לכאורה; בהמשך לכך, ביום 19.8.2021 ניתנה החלטת בית המשפט השלום שבגדרה נקבע כי קיימות ראיות לכאורה להוכחת אשמתו של המבקש. יוער כי במהלך דיון נוסף שהתקיים ביום 25.8.2021 שב והצהיר בא-כוח המבקש כי הוא פועל לאיתור חלופת מעצר עבור המבקש; ועוד יצוין כי בהחלטת בית משפט השלום מיום זה נקבע דיון ליום 1.9.2021, תוך שניתנה לבא-כוח המבקש "הזדמנות אחרונה" להציג חלופת מעצר.

3. בהחלטתו מיום 19.8.2021 ציין בית משפט השלום כי באת-כוח המבקש לא חלקה על השתלשלות העניינים כפי שפורטה בכתב האישום, וציין כי לטענתה, בהיעדר חוות דעת לעניין הסם לא ניתן לקבוע את קיומן של ראיות לכאורה ביחס לעבירת "עסקה אחרת" בסם מסוכן. בית המשפט הוסיף כי באת-כוח המבקש עמדה על כך שהחומר "ניס גאי" הוא שם כללי לקבוצת תרכובות שרק חלקן אסורות לשימוש, וכי בעניין מור יוסף נקבע כי אין להסתפק בכך שהנאשם סבור שמדובר בסם אסור (רע"פ 2220/16 מור יוסף נ' מדינת ישראל (26.10.2017), להלן: עניין מור יוסף). בית המשפט הסביר כי לשיטת באת-כוח המבקש, בשונה מהשימוש במילה כגון "קוקאין" שדי בה לביסוס עבירת עסקה אחרת בסם, אין די בשימוש בכינוי "ניס גאי" לביסוס עבירה זו. מנגד הוצגה טענת באת-כוח המשיבה שלפיה נסיבות המקרה מבססות את יסודות העבירה, וזאת גם בהיעדר חוות דעת לעניין הסם.

בית משפט השלום קבע כי באת-כוח המבקש נשענה על פסק הדין בעניין מור יוסף תוך הוצאת הדברים מהקשרם הספציפי בנסיבות אותו מקרה. בית המשפט ביאר כי בעניין מור יוסף נדונה עבירת ניסיון בלתי-צליח של שימוש ב"ניס-גאי", בעוד במקרה דנן מדובר בעבירה מושלמת של "עסקה אחרת" בסם מסוכן. בית המשפט ציין כי "עבירה זו קיבלה פרשנות נרחבת בפסיקה כמתייחסת לכל הסכם לפעולה אסורה בסם מסוכן", והתייחס לפסיקה שבה נקבע כי יסודות העבירה מתקיימים אף במקרה שבו כלל לא נזכר סוג הסם.

בית המשפט קבע כי במקרה דנן, הראיות הקיימות עומדות ברף הראיתי הלכאורי הנדרש, "בוודאי בעת בחינת מכלול". בתוך כך צוין כי דוח הפעולה של השוטר מצביע על התנהלות המאפיינת גיבוש של עסקת רכישת סם מסוכן האסור לפי חוק. עוד צוין כי המבקש עצמו התייחס לחומר שמכר כאל סם, וזאת כאשר ציין בהודעתו כי הוא עצמו מעשן אותו כ"ג'וינט" – מילה "ידועה ומוכרת כמתייחסת לסיגריית סם". בית המשפט הוסיף כי המבקש ציין בהודעתו שמכר את החומר לשוטר הסמוי על מנת לסייע לו ב"קריז". לפיכך נקבע:

"מכלול נסיבות אלה מצביע על הסכמת [המבקש] והשוטר הסמוי לבצע עסקה בסם



אסור, באופן מספק על מנת לבסס ראיות לכאורה לעבירת 'עסקה אחרת' בסם מסוכן.
אכן,
קבוצת החומרים הנכללים בהגדרת משפחת חומרי 'נייסגאי' כוללת חומרים שאינם מצויים בפקו
דת הסמים,
אולם את כוונת [המבקש] לשלבחון כפישנל מדת הטיב מהראיות ככוונה למכירת סם מסוכן אסור
רעלפיחוק, כמפורט לעיל.
לאחר שהוכחה כוונת [המבקש] ומודעותו מהראיות ומנסיבות המקרה,
אין משמעות לכינוי החומר בשם מסוים כזה או אחר או אף אם כינה את החומר בשם כלשהו."

לנוכח כל האמור נקבע כי קיימות ראיות לכאורה בנוגע לעבירה המיוחסת למבקש.

4. על החלטה זו הגיש המבקש ערר לבית המשפט המחוזי, וכאמור לעיל, ערר זה נדחה. כמו בית משפט השלום, גם בית המשפט המחוזי עמד על ההבדל בין עניין מור יוסף לבין המקרה דנן, תוך שהודגש כי כל אחד מהמקרים עניינו בעבירה שונה. עוד צוין כי בהתאם לפרשנות הרחבה שניתנה בפסיקה למונח "עסקה אחרת" בסם מסוכן, עבירה זו כוללת כל הסכם לביצוע פעולה אסורה בסמים. בית המשפט הוסיף כי קיימות ראיות שעומדות בסתירה לטענת המבקש שלפיה לא היה מודע לעובדה כי הוא מחזיק בידו סם מסוכן. בהקשר זה התייחס בית המשפט לאמירתו של המבקש בהודעתו כי "במדינה שלי מותר לעשן", וצוין כי מאמירה זו עולה מפורשות מודעותו של המבקש לעובדה כי מדובר בחומר שאסור לשימוש במדינת ישראל. עוד צוין בית המשפט כי בהודעתו של המבקש "אין אינדיקציה לטענות שמעלה ההגנה לפיהן מדובר היה בחומר המותר בשימוש שטרם נכנס לפקודה".

בית המשפט המחוזי צוין כי ממכלול הראיות עולה מודעותו של המבקש לעבירה המיוחסת לו. בית המשפט העיר כי טיב מודעותו של המבקש עתיד להתברר במסגרת ההליך העיקרי, שבמהלכו תיבחן הטענה שלפיה אין די בראיות הנסיבתיות שהובאו כדי להוכיח את היסוד הנפשי של העבירה המיוחסת למבקש. עם זאת נקבע כי חומר הראיות מבסס תשתית ראייתית לכאורית שלפיה המבקש התכוון למכור סם מסוכן לשוטר, ולפיכך נקבע כי יש בחומר הראיות כדי להצביע על סיכוי סביר להרשעת המבקש.

5. על החלטה זו הוגשה בקשת רשות הערר דנן. בבקשה נטען כי בקביעת בית המשפט המחוזי שלפיה ההלכה שנפסקה בעניין מור יוסף מצומצמת לעבירת הניסיון הבלתי צליח יש משום התעלמות מהקביעות המפורשות בעניין ייחודו של החומר המתקרא "נייס גאי" שעמדו ביסוד ההכרעה בעניין מור יוסף. לטענת המבקש, כי ייחוד זה מתבטא בכך שרק חלק מהחומרים הנושאים את השם "נייס גאי" הם בגדר סם מסוכן. לגישתו, מכך נגזר מניה וביה שבהיעדר חוות דעת לעניין הסם, אין ראיות לכאורה המבססות סיכוי סביר להרשעתו בעבירה של עסקה אחרת בסם; זאת מאחר שלא ניתן להוכיח כי ההסכמה הייתה לגבי חומר שהוא סם מסוכן. המבקש מוסיף כי העובדה שאין בידי המשיבה תימוכין לכך שמדובר בסם מסוכן היא פגם מהותי השומט את הקרקע תחת כתב האישום, וכי פגם זה אינו ניתן לריפוי באמצעות הגשת כתב אישום בעבירה הרחבה יותר של עסקה אחרת בסם. לנוכח האמור סבור המבקש כי בהחלטת בית המשפט המחוזי יש משום פגיעה בלתי מידתית בזכותו לחירות ובחזקת החפות העומדת לו, ולשיטתו הדבר מצדיק מתן רשות לערור. עוד נטען כי שאלת השלכת ייחודו הנורמטיבי של החומר "נייס גאי" על התשתית הראייתית הלכאורית בכלל,



ובעבירה של עסקה אחרת בסם בפרט, היא שאלה משפטית עקרונית המצדיקה גם היא מתן רשות לערור.

6. לאחר עיון בבקשה עלנספחיה, הגעת לכלל מסקנה כי הדין בהקשה להידחות ללא צורך בתגובתה משיבה אובקיוסדיון, ואבאר.

כידוע, בקשת רשות לערור "בגלגול שלישי" תיבחן לפי אמת מידה מצמצמת, כפי שנקבעה בעניין חניון חיפה (רע"א 103/82 חניון חיפה בע"מ) מצתאור (הדרחיפה) בע"מ, פ"ד לו(3) 123 (1982)) והוחל גם בהליכים פליליים (ראו מני רבים, בש"פ 4451/20 מחסינ' מדינת ישראל, פסקה 5 (9.7.2020)). נקבע כי רשות לערור ניתנת במקרים המעוררים שאלה בעלת חשיבות עקרונית החורגת מעניינים הפרטניים של הצדדים, אכאשר מתקיימות נסיבות ייחודיות המצדיקות התערבות (ראו: בש"פ 3210/21 קראעין' מדינת ישראל, פסקה 5 (24.5.2021); בש"פ 6513/20 אלמלך' מדינת ישראל, פסקה 5 (1.10.2020)). אמות מידה אלה אינן מתקיימות במקרה דנן.

כפי שקבעו בית משפט השלום ובית המשפט המחוזי, מחומר הראיות עולה כי המבקש מכר לשוטר חומר שכיניו "נייס גאי", ועל כך אין מחלוקת. עוד עולה לכאורה מחומר הראיות כי המבקש היה סבור שהוא מוכר סם מסוכן. נכון הוא כי המשיבה לא הגישה לבית המשפט חוות דעת לעניין הסם, ולפיכך לא ניתן לדעת בשלב זה אם התרכובת הספציפית שאותה מכר המבקש היא בגדר סם מסוכן על פי הפקודה. ואולם די בראיות הקיימות שתוארו לעיל לצורך הקביעה כי קיימות ראיות לכאורה לביצוע עבירה של עסקה אחרת בסם; ובהקשר זה יוזכר כי במסגרת בחינת קיומן של ראיות לכאורה, אין דרישה כי האשמה תוכח מעל לכל ספק סביר (בש"פ 8087/95 זאדה נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(2) 133, 147 (1996)).

אין בידי לקבל את עמדת המבקש שלפיה כאשר עסקין ב"נייס גאי" לא ניתן לקבוע כי קיימות ראיות לכאורה להרשעה בעבירת "עסקה אחרת" בסם בהיעדר חוות דעת לעניין הסם. דרישה זו אינה מתיישבת עם אופיין הלכאורי של הראיות הנדרשות בשלב המעצר, ודינה להידחות; ויובהר כי אינני מביעה עמדה בנוגע לנפקות היעדרה של חוות דעת לעניין ההליך העיקרי, בסופו של יום. לנוכח כל האמור, אינני סבורה כי נגרמה פגיעה בלתי מידתית בזכותו של המבקש שלחירותו ובחזקת החפות העומדת לו, כטענתו; ועוד אינני סבורה כי המקרה דנן מעורר שאלה עקרונית כנטען שטרם זכתה למענה בפסיקת בית משפט זה. משכך, לא נמצאה עילה להתערבות בהחלטת בית המשפט המחוזי.

7. סוף דבר, הבקשה נדחית.

ניתנה היום, כ"גבאלול התשפ"א (31.8.2021).

ש ו פ ט ת

עמוד 4


