



ע"פ 44536/12/17 - דמיטרי טרטיאקוב נגד מדינת ישראל

בית המשפט המחוזי בבאר שבע

ע"פ 44536-12-17

27 מרץ 2018

בפני כב' הנשיאה רויטל יפה-כ"ץ

כב' השופטת יעל רז-לוי

כב' השופטת גילת שלו

המערער:

דמיטרי טרטיאקוב על ידי ב"כ עו"ד אלכס גאוסקין ועו"ד
רות לוי

נגד

המשיבה:

מדינת ישראל על ידי ב"כ עו"ד ירון סעדון - פמ"ד

פסק דין

הנשיאה רויטל יפה-כ"ץ:

המערער הורשע לאחר שמיעת ראיות בהחזקת סם מסוכן שלא לצריכה עצמית בניגוד לסעיפים 7(א) ו-7(ג) רישא לפקודת הסמים המסוכנים [נוסח חדש], תשל"ג-1973 (להלן: "פקודת הסמים"), לאחר שבימ"ש השלום (כב' השופט ד. בן-טולילה) קבע, כי בתאריך 16/05/17, סמוך לשעה 14:08, בפארק בבאר-שבע, החזיק המערער ב-20 יחידות של סם מסוכן מסוג fub-amb שלא לצריכתו העצמית ומבלי שהיה לו היתר כדין לכך. בגין מעשיו אלה נדון המערער ל-8 חודשי מאסר בפועל והופעלו שני עונשי מאסר שהיו תלויים ועומדים כנגדו, האחד למשך 8 חודשים והשני למשך 12 חודשים. ביהמ"ש הורה, כי עונשי המאסר המותנים ירוצו בחופף האחד לשני ואילו עונש המאסר שהטיל ירוצה במצטבר, כך שסך הכל נדון המערער ל-20 חודשי מאסר בפועל שיימנו מיום מעצרו. כן, הטיל ביהמ"ש על המערער שני עונשי מאסר מותנים (האחד, למשך 5 חודשים שלא יעבור עבירות סמים מסוג עוון תוך 3 שנים מיום שחרורו, והשני, למשך 10 חודשים שלא יעבור עבירות סמים מסוג פשע תוך 3 שנים מיום שחרורו) וחייבו בתשלום קנס בסך 1,500 ₪.

על עצם ההרשעה וכן על חומרת עונש המאסר הוגש הערעור שבפנינו.

ההליכים בביהמ"ש קמא

במענה לכתב האישום הצהיר בא-כוחו (עו"ד א. גאוסקין), כי "הנאשם כופר במיוחס לו בכתב האישום. הנאשם, לטענתו, לא החזיק בכלל בסמים" (ישיבת 18/06/17). עוד הוסיף הסנגור, כי ההגנה מסכימה להגשת כל חומר הראיות שבידי התביעה ללא חקירת העדים, למעט השוטר בת-אל דבש, אשר עצרה את המערער ותפסה את השקית, שבה היו 20 שקיות של חומר החשוד כסם מסוג נייס-גאי, שהשליך, כך נטען, עובר למעצרו.

ברוח המחלוקת האמורה, אותה תחמה ההגנה, התביעה הגישה את כל חומר הראיות שבידה (דו"ח עיכוב המערער - ת/1; דו"ח פעולה של רס"ר דבש - ת/2, לפיו בעת שהייתה בסיוור יחד עם פקח מהעירייה בפארק בעיר, הבחינה במערער, וכשזה הבחין בהם - השליך שקית שחורה ורצה לעזוב את המקום. השניים ניגשו אליו, תפסו את השקית וראו בה 20 שקיות של חומר החשוד כנייס-גאי, ואז המערער עוכב לתחנה; אמרת המערער - ת/3, שם ציין כי אינו עובד, כי בעבר נטל אדולן והתפרנס מביטוח לאומי אך מזה ארבעה-חמישה חודשים, לאחר ששוחרר ממאסר, כבר אינו מקבל



קצבה, כי היה בפארק ושוחח עם בחורה בשם לנה, שהיא חברה טובה שלו אך אינו יודע את שם משפחתה או את מקום מגוריה, כי מזה כשנה וחצי אינו נוגע בסם מסוג נייס-גאי, והכחיש שהחזיק את השקית בה היו הסמים תוך שטען, כי כשנעצר לא היה לו מאומה בידיו; חו"ד מומחה בנוגע לחומר שנתפס - ת/4; הודעה על תשלום קנס ודו"ח שקיבל המערער ממפקח עיריית באר-שבע על השלכת שקית פסולת בשעה 14:04, כולל תמונה של השקית - ת/5; דו"ח שרשרת סם - ת/6; טופס קבלת מוצגים במטא"ר - ת/7; טופס לוואי למוצג הסמים - ת/8; טופס הודעה על זכויות חשוד טרם חקירה - ת/9, והשוטרת דבש הייתה היחידה שהעידה מטעם התביעה. בעדותה חזרה השוטרת על האמור בדו"ח שרשמה, דהיינו, כי ראתה את המערער משליך את השקית ובה 20 שקיות של חומר מסוג נייס-גאי, ומיד נעצר ונתפסו הסמים. מטעם ההגנה העיד המערער (היחיד שהעיד מטעם ההגנה), וגם הוא נחקר (הן בחקירה הראשית והן בחקירה הנגדית) בעיקר על נסיבות מעצרו. המערער טען, כי בזמן האירוע יצא להשליך זבל ולא השליך את השקית ובה השקיות עם החומר הנטען; כי השוטרת והפיקח מטעם העירייה (שגם רשם לו דו"ח על השלכת פסולת נייר, לטענתו דו"ח שונה מהדו"ח שעניינו השקית נשוא התיק) כבר חיפשו במקום כשהוא הגיע לאזור; וכי יתכן והשוטרת הפלילה אותו כיוון שקילל אותה עובר למעצרו (עמ' 11 לפרוטוקול בימ"ש קמא, ישיבת 06/07/17). לדבריו, היה במקום יחד עם מכרה בשם לנה (שאינו יודע איפה היא מתגוררת, הגם שהוא מכיר אותה כבר כ-3 שנים); וכי עבר במקום כשחזר מבית אחיו בדרך לביתו. כשנשאל, בסיום החקירה הנגדית: **"אני אומר לך, שאתה החזקת את הסמים ואתה זרקת אותם ברגע שהשוטרים ראו"**, השיב: **"אני אומר שלא"** (עמ' 17 לפרוטוקול הישיבה האמורה).

ברוח המחלוקת הנ"ל גם הוגשו סיכומי המשיבה בכתב, ורק בפתח סיכומי ההגנה, שהוגשו אף הם בכתב, העלתה ההגנה, כאמור לראשונה, את הטענה, כי החומר שנתפס **"כלל אינו מופיע בפקודה בכל צורה שהיא"**, וכי **"די באמור לעיל על מנת להורות על זיכוי של הנאשם מכל אשמה"**. לטענתה, בתוספת לפקודת הסמים לא מופיע הצירוף של האותיות של החומר שנתפס בשקיות (שנטען כי המערער השליך), כפי שהוא צוין בחוות הדעת של מז"פ שהוגשה.

ביהמ"ש זימן את הצדדים לדיון בטענה חדשה זו, ואז התברר, כי ההגנה, בכוונת מכוון, לא ציינה קו הגנה זה בשלבים מוקדמים יותר של הדיון, למרות שהוא היה ידוע לה עוד מתחילת ההליכים בתיק, והסתפקה במענה שלהבנתה **"כלל את האפשרות הזו"** (עמ' 3 לפרוטוקול ישיבת 20/07/17).

לאחר שמיעת טענות הצדדים בנוגע לאפשרות השלמת חוות הדעת על ידי הבאת ראיות נוספות, קבע ביהמ"ש קמא, כי יש לאפשר למאשימה להביא ראיות נוספות בנוגע לטיב החומר נשוא חוות הדעת, וזאת בין במסגרת סעיף 165 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], תשמ"ב-1982 (להלן: "החסד"פ") ובין במסגרת סעיף 167 לחוק זה. ביהמ"ש ציין, כי אמנם התביעה לא ויתרה על הבאת ראיה בשים לב לזירת המחלוקת כפי שהוצגה על ידי ההגנה, שהרי כל הראיות הוגשו בהסכמה, אלא שטענת ההגנה עצמה, כאילו צירוף האותיות של החומר שנתפס בשקיות נשוא התיק, אינו מופיע בפקודת הסמים בשום צורה שהוא, אינה מדויקת, שכן מדובר בראשי תיבות המסמלים חומרים רבים המופיעים בפקודת הסמים בשילובים שונים. לפיכך, ולאור **"המענה אשר הוא אמביוולנטי... לנוכח הופעת צירוף חלק מהחומרים בפקודת הסמים, והן נוכח טיב ההשלמה המתבקשת, אשר כאמור משמעותה אינה בדיקה פיזית של החומר אלא במובנים מסוימים בחינה טכנית פשוטה"** (עמ' 8 להחלטה מיום 20/07/17), ואף לאור טיב ההאשמות כנגד



המערער, כאשר "אין המדובר באישום של מה בכך אלא בעבירה של החזקת סם שלא לצריכה עצמית", כשאז "האינטרס הציבורי מחייב קבלת מלוא התמונה הראייתית טרם בית המשפט יורה על זיכוי או הרשעתו של נאשם" (שם), קבע ביהמ"ש, כי יש לאפשר למאשימה להשלים ראיותיה באשר לטיב החומר. בהחלטה משלימה (מיום 27/07/17), ושוב לאחר שמיעת הצדדים, התיר ביהמ"ש לתביעה להביא לעדות את עורך חוות הדעת - רונן בורלא.

במסגרת עדותו הגיש בורלא, שהוא קצין המעבדה האנליטית במחלקה לזיהוי פלילי, ואשר עובד במעבדה למעלה מ-30 שנה, את תיק העבודה נשוא חוות הדעת (ת/10), והסביר מדוע החומר המפורט בחוות הדעת (fub-amb) הינו סם מסוכן על פי חוות הדעת (ר' גם השרטוט שערך - ת/11). אכן, בורלא לא היה מי שערך פיזית את הבדיקות של החומר שנתפס מהמערער, אך הוא ערך את חוות הדעת על סמך התוצאות שמצאו עובדות המעבדה ומצא, כי החומר הינו נגזרת מבנית של הסם המסוכן אינדרזול קרבוקסמיד, הכלול בפקודת הסמים "לרבות נגזרותיו המבניות". לדבריו, "בפקודה כתוב אינדרזול קרבוקסמיד לרבות נגזרותיו. מה זה נגזרותיו? תוספת של קבוצות כימיות על השלד... בכימיה קוראים לזה תהליך התמרה", שנעשה על ידי הוצאת מימן והוספת קבוצה אחת או יותר במקומו (עדותו של בורלא בעמ' 17 לשיבת יום 17/09/17). בורלא אישר, כי לא מצוין בחוות הדעת, שמדובר בסם מסוכן, אך הסביר שהדבר לא נהוג (ויתכן שישתנה לאור פניות דוגמת זו נשוא התיק הנ"ל), שכן בחוות הדעת נהוג רק לציין מהו החומר ולא אם הוא נכלל בפקודת הסמים. גם לא צוין משקלו של החומר, שכן "לא שוקלים דוגמאות של קנביס סינטטי, מכיוון שמדובר פה בחומר צמחי שנושא את החומר הפעיל. כלומר, לא כל החומר הצמחי הוא סם... מרססים את זה על החומר הצמחי, והחומר הצמחי לא מציינים אותו, כי אין משמעות למשקל שלו.. יש כמות יחידה" (שם, בעמ' 18).

לאחר כל אלה, ולאחר שביהמ"ש נתן לצדדים אפשרות להשלמת סיכומיהם, קבע ביהמ"ש, כי הוא מעדיף את עדותה של השוטרת דבש על פני עדותו של המערער, ולפיהם המערער השליך את השקית ובה 20 שקיות ובהן החומר fub-amb; כי החומר לא הוחזק על ידי המערער לשימוש העצמי (לא רק כיוון שהמערער לא טען זאת; וגם לא רק כיוון שהמערער טען שהפסיק מזה תקופה להשתמש בסמים בכלל ובניס-גאי בפרט; אלא גם לאור אופי ההחזקה, היינו החלוקה ל-20 שקיות שונות של חומר יקר, על ידי מי שאינו עובד או מתפרנס); וכי החומר שנתפס הינו סם מסוכן על פי פקודת הסמים. ביהמ"ש קבע, כי לא הובאה חוות דעת הסותרת את מסקנותיו של בורלא, "כך שאין למעשה בפני מחלוקת של ממש להכריע בה, ומכאן גם הקביעה כי החומר שהתגלה בבדיקה נמנה על הסמים המסוכנים" (עמ' 8 להכרעת הדין); כי בורלא היה רשאי להסתמך על בדיקות של עובדי המעבדה הכפופים לו; כי לאור חזקת התקינות המנהלית, היה על ההגנה לבסס את טענתה, כי בדיקות המעבדה לא בוצעו כראוי או כי לא ניתן היה להסתמך עליהן, וזאת, למשל, על ידי הזמנת עורכי הבדיקות לעדות, וחקירתם; כי "למעט העלאת הטענות העקרוניות, לא הובאה כל ראיה או ראשית ראיה ללמד כי נפל פגם בעבודת אנשי המעבדה" (עמ' 11 להכרעת הדין); וכי תיעוד שרשרת הסם נעשה כראוי.

במסגרת גזר דינו, בחן ביהמ"ש את חומרת מעשי המערער, בין היתר לאור מהותו של הסם שהחזיק, שלא לשימוש העצמי, וכמותו ואת הפסיקה הנוהגת, וקבע, כי מתחם העונש ההולם נע בין מספר חודשי מאסר בפועל, שיכול וירוצו בדרך של עבודות שירות, ועד ל-18 חודשי מאסר בפועל. כן, בחן ביהמ"ש את הרשעותיו הקודמות הרבות של המערער, כולל בעבירות סמים, ואף את עונשי המאסר שריצה בעבר; את עונשי המאסר המותנים התלויים ועומדים כנגדו; את נסיבות חייו המורכבות (לפי דברי בא-כוחו, שכן לא הוגש עליו תסקיר מטעם שירות המבחן); את היעדר נטילת האחריות מצד המערער; את ניהול התיק בצורה יעילה ובסוגיות שבמחלוקת בלבד, ודן את המערער לעונשים המפורטים לעיל.



הטענות בערעור

באי כוחו של המערער, עורכי הדין רות לזין ואלכס גאוסקין מטעם הסנגוריה הציבורית, מיקדו טענותיהם בערעור כנגד הכרעת הדין בשתי סוגיות בלבד: הראשונה, ההחלטה לאפשר לתביעה להשלים ראיותיה גם לאחר שכבר הוגשו סיכומי הצדדים; והשנייה, הקביעה לפיה העובדה, שהמומחה החתום על חוות הדעת לא ערך אף אחת מבדיקות הרקע, אינה גורעת ממשקל או קבילות חוות הדעת.

כבר כאן נציין, כי לא מצאנו ממש בטענות אלה, וכי הכרעת דינו של ביהמ"ש קמא מבוססת, מפורטת ומדויקת, עד כי ניתן היה להפנות לקביעותיו ולאמצן אחת לאחת. לכן, נתייחס למקצת מטענות המערער בלבד, ואף זאת לאור הדיון שנעשה בטענות שהועלו, הן במסמכי הערעור והן בדיון שהתקיים בפנינו.

מתן האפשרות לתביעה להשלים ראיותיה

יש להדגיש, בפתח חלק זה של הדיון, כי חשים תחושה כבדה של אי נוחות לנוכח החלטה מפורשת של ההגנה לנקוט בגישה של הסתרה מכוונת של טענותיה עד לשלב של הסיכומים. כבר בערעור הפלילי הראשון שנדון במדינת ישראל, ע"פ 1/48 פרדריק ויליאם סילוסטר נ' היועמ"ש (פ"ד כרך א', עמ' 5) נקבע, כי תכליתו של ההליך הפלילי היא גילוי האמת ועשיית צדק, תוך הקפדה על זכויות הנאשם על מנת שלא ייגרם לו עיוות דין; אלא, ש"אסור לסלף את הרעיון הבריא הזה על ידי הפרזה בפורמליות".

וכך פסק הנשיא זמורה:

"...הפרוצדורה הפלילית על דיניה מכילה לטובת הנאשם תריס בפני עיוות-דין. רוצים לתת לנאשם את מלוא ההגנה ההוגנת. אבל אסור לסלף את הרעיון הבריא הזה על-ידי הפרזה בפורמליות. פרוצדורה פלילית טובה צריכה בוודאי לתת לנאשם את מלוא ההגנה, כדי למנוע עיוות-דין, אבל הדיון הפלילי אינו צריך לקבל צורת משחק אשקוקי שבו מהלך אחד בלתי נכון קובע את גורל המשחק. תפקיד הדיון הפלילי - להוציא כאור משפט..."

כך גם בלשונו של השופט ברק (בע"פ 951/80 קניר נ' מדינת ישראל, מיום 10/06/81, בעמ' 516-517):

"ניסיון החיים, אשר גיבש את כללי הדיון, קבע איזון עדין בין צורכי הנאשם מזה לבין צורכי החברה מזה. צורכי הנאשם, אלה צרכיו האמתיים למשפט הוגן, אם בשלב החקירה ואם בשלב המשפט. צורכי החברה, אלה צרכיה האמתיים להרשעת האשמים ולזיכוי החפים מפשע. איזון עדין זה מתערער, כאשר כללי הדיון מופעלים, באופן שפגמים וכישלונות טכניים של התביעה או של ההגנה חורצים את גורל המשפט. אמון הציבור בתבונה המערכת הפלילית מתערער, שכן אין הוא רואה - בלשונו של הנשיא זמורה - ששופטיו נכנסים לטרקלין, שבו דנים על חטא ועונשו, אלא רואה הוא את שופטיו עומדים בפרוזדור ודנים על עניינים טכניים גרידא. כיצד ניתן יהיה להסביר את זיכוי של המערער בעניין שלפנינו, אם זיכוי זה מתבסס אך על טעות טכנית גרידא של התביעה? וכיצד ניתן יהיה להסביר הרשעת אדם בשל טעות טכנית של סנגורו? אכן, החשש הוא שהדיון הפלילי - במקום להיות מערכת מאוזנת ומבוקרת, שנועדה לחשוף את האמת - יהפוך לכר



נרחב לטכסיסים והשהיות בעלי אופי פורמלי גרידא..."

(ור' גם בעניין ע"פ 4603/97 משולם נ' מדינת ישראל, מיום 29/06/98, ובעיקר חוות דעתה של כב' השופטת ביניש, בעמ' 196 לפסק-הדין).

הסמכות להביא ראיות, אם מטעם התביעה ואם מטעם ביהמ"ש, גם לאחר סיום פרשת ההגנה ובכל עת, נקבעה בסעיפים 165 ו-167 לחסד"פ:

"ראיות נוספות מטעם התובע

165. בית המשפט רשאי להרשות לתובע להביא ראיות לסתור טענות העולות מראיות ההגנה ואשר התובע לא יכול היה לצפותן מראש, או להוכיח עובדות שהנאשם חזר בו מהודייתו בהן לאחר סיום פרשת התביעה.

ראיות מטעם בית המשפט

167. סיימו בעלי הדין הבאת ראיותיהם, רשאי בית המשפט, אם ראה צורך בכך, להורות על הזמנת עד - ואפילו כבר נשמעה עדותו בפני בית המשפט - ועל הבאת ראיות אחרות, אם לבקשת בעלי דין ואם מיזמת בית המשפט."

בע"פ 153/60 שפר נ' היועמ"ש (פ"ד ט"ו, עמ' 263 בעמ' 276) נפסק ברוב דעות (מ"מ הנשיא אגרנט והשופט זילברג), שלא היה פגם בשימוש, שעשה שופט השלום בסמכותו להזמין עד מיוזמתו, אחרי סיום הראיות של בעלי הדין. גם השופט ויתקון, אשר חלק על המסקנה הסופית של דעת הרוב, אמר בפסק-דינו דברים ברוח זו:

"אף-על-פי-כן, אין אני גורס שלעולם לא יהא השופט רשאי לקרוא עד מיזמתו... אף לא הייתי מצמצם את המקרים, שבהם מותר הדבר, לאותם מקרים שבהם יש צורך להזים דבר בלתי-צפוי, שעלה במפתיע מדברי עדי ההגנה. לדעתי, גם במקרה שהסניגוריה מבקשת לנצל בצורה לא הוגנת שגיאה של הצד השני ולזכות מן ההפקר, ינקוט השופט יזמה בידיו ויקרא עד, אם בזה אפשר למנוע עיוות-דין. למשל, קורה לפעמים, שבמשפט על תאונת דרכים מדברים כל הצדדים והעדים על תנועותיו של כל כלי רכבומתארים בפרוטרוט, כיצד זה נסע וזה עצר וכו' וכו', אך שוכחים לזהות את הנהג הנאשם עם הרכב שהיה נהוג בידו; ואם בתום פרשת הראיות יקום הנאשם או סניגורו ויבקש זיכוי על- סמך שגיאה כזאת, הייתי מרשה לתקן את המעוות על-ידי קריאת עד מטעם בית- המשפט. וייתכן שיש עוד מקרים אחרים המתאימים אף הם להפעלת הסמכות הניתנת בידי שופט-השלום לפי תקנה 271".

ולאחרונה, במסגרת ע"פ 5617/15 מועתז מריסאת נ' מדינת ישראל (חוות דעתו של כב' השופט הנדל, מיום 27/07/16) חזר ביהמ"ש העליון על רוח הדברים, תוך שהוסיף וקבע מתי ראוי שהערכאה המבררת תיזום הבאת ראיה לפי סעיף 167 לחסד"פ:



"כשלעצמי, הייתי מבחין בין מקרה בו בית המשפט מעוניין להזמין עד לצורך הבהרה ביחס לראיה קיימת, לבין הכנסת ראיה חדשה לתוך הזירה ובייחוד זו שעשויה לסייע דווקא לתביעה. ושוב נאמר, כי מקובל עליי שהפעלת סעיף 167 לחסד"פ, נתונה לשיקול דעת הערכאה הדיונית, אך הזהירות נדרשת מאד. ככלל, די בתפקיד השיפוטי להכריע את הדין, ואין זה רצוי - ולו בעקיפין - כי בית המשפט יקבל על עצמו תפקידים אחרים, המסורים בשיטת המשפט שלנו לידי גורמים מקצועיים ומנוסים" (ההדגשה אינה במקור, סעיף 10 לפסק הדין).

ובענייננו, התיר ביהמ"ש לתביעה להביא את המומחה מטעמה על מנת שיבהיר את חוות הדעת שהוגשה בהסכמה, ולא יזם הכנסת ראיה חדשה לזירת המחלוקת, ועל כן, נכון וראוי היה לאפשר העדתו של בורלא.

לא פעם נקבע על ידי בתי המשפט השונים, כי ההליך הפלילי אינו תחרות והמשפט אינו משחק. מטרתו להביא לזיכוי של החף מפשע ולהרשעתו של האשם על ידי חשיפת האמת. **"במגנה כרטה של הנאשם, לא כתוב כי ההליך הפלילי צריך להעניק לו יתרונות טקטיים על פני התובע. מטרת ההליך אינה להעניק יתרונות טקטיים, לא לתובע ולא לנאשם"** (ע"פ 639/79 אפללו ואח' נ' מדינת ישראל, מיום 06/05/80). מכאן, שלא התנהגות התביעה בביהמ"ש קמא הייתה רשלנית (גם אם ניתן היה להגיש חוות דעת מפורטת יותר, לא רק על טיב החומר אלא גם על היותו של אותו חומר סם מסוכן על פי פקודת הסמים), אלא שהתנהגות ההגנה הייתה מטעה; ונראה כי נועדה למנוע מביהמ"ש להגיע לחקר האמת על ידי העלאת טענה מפתיעה בישורת האחרונה של ההליכים. העלאת הטענה באשר לטיב החומר נשוא חוות הדעת במעמד הסיכומים, למעשה בניגוד למצג שהוצג לאורך כל הדיונים - משלב המענה, דרך שלב שמיעת הראיות והגשת כל המסמכים, כולל חוות הדעת, בהסכמה, ועד לסיכומים - חייבה קבלת תגובת המאשימה ופתיחת הדיון בנקודה זו מחדש. לכן, בדין זומן בורלא ליתן הסבר על חוות דעתו, כפי שהיה קורה לו הסנגוריה הייתה נוהגת בהגינות ומעלה טענותיה בשלב המענה או בעת הויתור על חקירתו (ור' מקרה דומה שנדון בפני השופטת שלו בת"פ 15884-11-14 מדינת ישראל נ' יוספוב, הכרעת דין מיום 10/05/16, הערות ביהמ"ש בעיקר בעמ' 311-312).

קבילות ומשקל חוות הדעת

כאמור, נטען, כי היות ובורלא לא ערך אף אחת מהבדיקות עליהן מתבססת חוות דעתו; היות והוא לא מוסמך לערוך את הבדיקות; והיות והוא אף אינו מודע לנהלים לפיהם מתבצעות הבדיקות, לא היה מקום לאפשר לו להעיד לגבי תקינות ההליך בו התבצעו הבדיקות ו/או להסתמך על הבדיקות בחוות דעתו.

גם בעניין זה ניתן היה להסתפק בקביעותיו של ביהמ"ש קמא, אשר מתבססות על הדין המצוי והרצוי ועל פסיקת ביהמ"ש העליון. למעלה מן הצורך נוסיף, כי די בכך שלא הוצגה מטעם ההגנה כל חוות דעת נגדית לזו של בורלא או לעדותו בנוגע לטיב החומר, כדי לדחות את הטענה. בורלא, כאמור, הסביר בביהמ"ש מהו החומר שנתפס אצל המערער וכיצד הוא מהווה "נגזרת" של מולקולת הבסיס המפורטת בפקודת הסמים, ומכאן שהחומר מהווה לכשעצמו סם מסוכן. משעדותו וחוות דעתו לא נסתרו, פרט לאמירות לא מבוססות של הסנגור, אין ממש בטענה בדבר טיב החומר.

באשר לטענה לפיה המומחה לא ערך בעצמו את הבדיקות אלא ביסס את חוות דעתו על סמך תוצאות הבדיקות שנערכו במעבדה על ידי אחרים ומכאן שחוות הדעת אינה קבילה או שאין לייחס לה כל משקל, הרי שבצדק הפנה



ביהמ"ש לפסיקת בתי המשפט אשר הכירה באפשרות שהמומחה ייעזר בבדיקות, טבלאות וחישובים שאחרים יבצעו כדי לבסס את חוות דעתו.

בע"פ 566/89 מאיר מרציאנו נ' מדינת ישראל (מיום 01/09/92) קובע ביהמ"ש העליון, כי לעיתים קרובות ניתן למצוא בעדותו או בחוות דעתו של מומחה, שני רבדים לפחות: האחד, הרובד העובדתי והשני הרובד שעניינו מסקנות המוסקות, כעניין שבמומחיות, מן העובדות שנקבעו. פעמים רבות מתקבלות חוות דעת שמתבססות על עדויות מכלי שני, בעיקר בדבר תוצאות של ניסויים שנערכו. וכך פוסק השופט לוין:

"במקרה שלפנינו יכולה הייתה המומחית לסמוך עדותה על תוצאת בדיקת הסטאנדארט על-ידי צוות המעבדה בה היא עובדת, אף שיש בדבר משום עדות שמיעה. מדי יום ביומו מסתמכים רופאים, מדענים ומומחים אחרים במהלך עבודתם על תוצאות בדיקות שעורכים עמיתיהם לעבודה, שאת דרך בדיקתם הם מכירים ועליה הם אמונים..."

לדעתי, יש לקבוע שתנאי המינימום ליצירת החריג, החל במקרה שלפנינו, לכלל כנגד עדות שמיעה, הם: א. שהרישומים נושא המוצג ת/ 43 נערכו על-ידי עובד מיומן של יחידה בשירות הציבורי; ב. לפי החובה החוקית שהייתה מוטלת עליו; ג. לפי הנהלים שבגדרם פעל; ד. שהיה פיקוח ממשי על קיום הנהלים; ה. שקיימת הסתברות ראייתית גבוהה שתוכנם של הרישומים אמת; ו. שהרישומים מוגשים לראיה על-ידי ראש היחידה או האחראי לה שבכוחו להעידשכל התנאים הנזכרים לעיל נתקיימו. לא מן הנמנע הוא שיהיה מקום להרחיב את תחולת הסייג גם על מקרים נוספים" (סעיפים 6 ו-14 לחוות דעתו של כב' השופט לוין).

ובעניינינו, אכן, בורלא איננו ראש המעבדה, אך מדובר במי שאחראי על חוות הדעת שמוציאה המעבדה דוגמת חוות הדעת נושא כתב האישום; במי שעובד במעבדה כבר למעלה מ-30 שנה; ובמי, שפעל ממש בהתאם לכללים נושא פס"ד מרציאנו הנ"ל.

יתרה מכך, וכפי שציין ביהמ"ש קמא, עומדת במקרה זה חזקת תקינות הפעולה המנהלית, ולו ביקשה ההגנה לחלוק על המסד העובדתי עליו נסמך בורלא בחוות דעתו, היה עליה לבקש לחקור את עובדי המעבדה שעל תוצאות בדיקותיהם התבסס בורלא, ולא להסתפק בהעלאת טענות עקרוניות ולא מבוססות בנוגע לפגמים, שיתכן וקרו בעת ביצוע הבדיקות האמורות. ברור, כי כוונת ההגנה הייתה ולו לעורר ספק בדבר טיב הבדיקות שהיוו את הבסיס לחוות דעתו של בורלא, אך לצורך כך היה עליה לבסס את האפשרויות שהעלתה, ולא להסתפק בהשערות לא מבוססות.

אשר על כן, אנו דוחות את הערעור ככל שהוא מתייחס להכרעת הדין.

הערעור על העונש

לאור כמות הסמים שנתפסה אצל המערער; הרשעותיו הקודמות הרבות גם בעבירות סמים; עונשי המאסר שכבר ריצה בעבר, גם בעבירות סמים; אי לקיחת האחריות; והמאסרים המותנים שהיו תלויים ועומדים כנגד המערער (של 12 חודשים ושל 8 חודשים), הרי שעונש של 20 חודשי מאסר אינו אלא הסתפקות בהפעלת התנאים. נראה, כי ביהמ"ש נתן



משקל רב לנסיבותיו האישיות של המערער ודן אותו בחלק הנמוך של המתחם שקבע.

משכך, העונש איננו מחמיר עם המערער ואינו מצדיק התערבות ערכאת הערעור.

אשר על כן, אנו דוחות אף את הערעור על חומרת העונש.

ניתן היום, י"א ניסן תשע"ח, 27 מרץ 2018, במעמד ב"כ הצדדים.

גילת שלו, שופטת

יעל רז-לוי, שופטת

**רויטל יפה-כ"ץ, נשיאה
אב"ד**