



ת"פ 48731/11/14 - מדינת ישראל נגד נתנאל ביטון, דוד שגב ביטון, אליאסף משה מיוסט, איתמר ביטון

בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"פ 48731-11-14 מדינת ישראל נ' ביטון(עציר) ואח'

לפני כב' השופט ג'ורג' קרא, סגן הנשיאה
מאשימה מדינת ישראל
נגד
נאשמים

1. נתנאל ביטון (עציר) ע"י ב"כ עו"ד עדי קידר
2. דוד שגב ביטון (עציר) ע"י ב"כ עו"ד עדי קידר
3. אליאסף משה מיוסט (עציר) ע"י ב"כ עו"ד חי הבר
4. איתמר ביטון (עציר) ע"י ב"כ עו"ד חי הבר

החלטה

1. עניינה של החלטה זו היא בקשתם של ארבעה מבין הנאשמים (הנאשמים 1-4) (להלן: "המבקשים") בכתב אישום המייחס להם עבירות סמים שונות, למחיקת כתב האישום נגדם מטעמים של הגנה מן הצדק ושל אכיפה בירורית.
2. כתב האישום מייחס למבקשים ולארבעה נאשמים נוספים, עבירה של קשירת קשר לביצוע פשע וכן עבירות על פקודת הסמים ועבירות על חוק המאבק בתופעת השימוש בחומרים מסוכנים.

טענות המבקשים

3. בפי המבקשים שלוש טענות עיקריות: הראשונה, היא כי רוב סוגי הסמים שהפקתם והסחר בהם מיוחסים למבקשים הוכנסו לפקודת הסמים במסגרת תיקון לפקודה מיום 7.8.14. לפיכך, בעוד קודם לכן, בעת המעקב אחרי המשיבים, שהחל בחודש מאי 2014, הוגדרו חומרים אלו כחומרים מסוכנים האסורים על פי חוק המאבק בתופעת השימוש בחומרים מסוכנים, התשע"ג - 2013 (להלן: "חוק המאבק") והעבירות בהן היו עבירות עוון, הרי שעם הכנסתם כחומרים האסורים על פי פקודת הסמים, הפכו העבירות בהם לעבירות מסוג פשע. שינוי זה נעשה, כך לטענתם, בהליך מזורז לאחר שנתפסו דגימות של החומר בו עסקו המבקשים ובעקבות המעקב אחריהם. לחילופין, טענו המבקשים כי "הרשויות המתינו עד שסעיפי העבירה יהפכו לעבירת פשע" (סעיף 15 לבקשה) ורק אז עצרו את פעולת המבקשים אף כי ניתן היה לעצור את פעולתם עוד קודם לכן.

לשיטתם, העובדה כי המעקב אחריהם נמשך למעלה מחמישה חודשים מלמדת כי רשויות החוק המתינו לתפיסתם רק לאחר שהעבירות יהפכו לעבירות מסוג פשע.

הטענה השנייה היא כי חלק מהאישומים שיוחסו למבקשים מכוח חוק המאבק, מתייחסים לחומר המסוכן THJ2201,



שהוגדר ככזה והוכנס לחוק המאבק ביום 3.9.14 (ב"הכרזה דחופה על חומרים אסורים בהפצה") - רק לאחר שדבר קיומו נחשף בשל דגימות שנלקחו במהלך המעקב אחר המבקשים. בכך הופר הכלל לפיו "אין עונשין אלא אם כן מזהירין" והדבר פוגע פגיעה ממשית בתחושת הצדק וההגנות.

הטענה השלישית עניינה אכיפה בררנית ופסולה ולפיה כתב האישום הוגש רק נגד חלק מהחשודים בפרשה, בעוד אחרים ששמו אף מוזכר בכתב האישום כמי שמעורבים במעשים אלה ופועלים עולה מחומר החקירה, לא הועמדו לדין. בכך הפלתה המאשימה בין שווים. המבקשים אף טוענים כי עניין זה מבסס את טענתם כי לאמיתו של דבר המעשים המתוארים בכתב האישום אינם מהווים עבירה הן ביחס לטיב החומר המסוכן והן ביחס לעבירת קשירת הקשר לביצוע פשע.

4. לאור טענות אלו מתבקש ביטול סעיפים 1-12 ו- 14-21 לכתב האישום, או לחילופין - שינוי סעיפי החיקוק המיוחסים להם כך שיואשמו בעבירות לפי חוק המאבק בלבד. כמו כן מבקשים הם לבטל את סעיף 13 לכתב האישום.

עמדת המשיבה

5. המשיבה דוחה את הטענה כי הכללת החומרים המסוכנים שבכתב האישום בפקודת הסמים נעשתה בקשר לעניינם של המבקשים. המשיבה עמדה על כך שכל תכליתו של חוק המאבק היתה יצירת מנגנון מהיר להכפפה מיידית של חומרים מסוכנים חדשים לאיסור פלילי להפצתם. הכרזתו של חומר כחומר מסוכן במסגרת חוק המאבק מוגבלת לשנה, שלאחריה נבחנת הכללת החומר בפקודת הסמים בהליך מהיר. בדרך זו ניתן להילחם עם שינוי תרכובות כימיות של חומרים שנעשה חדשות לבקרים במטרה למלטם מתחולתה של פקודת הסמים.

עוד נטען כי החומרים המצוינים בבקשה הוכרזו כאסורים להפצה במסגרת חוק המאבק במהלך שנת 2013, הרבה לפני התקופה הרלוונטית לכתב האישום וללא קשר ישיר לתיק הנוכחי, שכן המדובר בחומרים שהשימוש בהם הלך וגבר בקרב גורמים עבריינים באותה עת. בנוסף, נטען כי החומרים האמורים נתפסו לראשונה מידי המבקשים רק ביום 19.8.14, לאחר הכללתם בפקודת הסמים, כך שזוהותם וטיבם לא היו ידועים למשיבה במועד הכללתם בפקודה.

מכאן גם דוחה המשיבה מכל וכל את טענת המבקשים כאילו המתינו הרשויות בפעולתם נגד המבקשים עד להכללת חומרים אלו בפקודת הסמים. הנכון הוא, לטענתה, כי הראיות נגד המבקשים נאספו במהלך חקירה סמויה לאורך מספר חודשים ובכל אירוע של תפיסה שהתרחש במהלך המעקב, נחשפו בפניה עובדות חדשות על פעילות הרשת של המבקשים.

6. המשיבה דוחה גם את טענתם השנייה של המבקשים ביחס להכללתו של החומר THJ2201 בחוק המאבק. לטענת המשיבה חומר זה הוכלל תחת חוק המאבק ביום 3.9.14, לאחר שנתפסו 8 ק"ג ממנו, שנקשרו לחשודים אחרים בפרשה - חשודים שבסופו של דבר לא הועמדו לדין בשל קשיים ראייניים - ולאחר שנחשפו מקרים אחרים ברחבי הארץ, וזאת במסגרת השיקול העיקרי המנחה הכרזה על חומר כחומר מסוכן והוא שימוש גובר והולך בחומר והנזק החמור שהוא מסב למשתמשים בו. פעולת הרשויות היתה פעולה לגיטימית ולא היתה בה כל הכשלה של המבקשים.

פעילות ההפצה המיוחסת למבקשים בחומר הנ"ל, התבצעה על פי הנטען כחודשיים לאחר הכנסת החומר לחוק המאבק והיא מלמדת על פעילות ממשית מצד המבקשים, להבדיל מהחזקה פסיבית בחומר, ועל מודעות מלאה למעשיהם. לפיכך, אין מקום לטענתם כי רק בשל חלוף הזמן, במהלכו הוכלל החומר תחת חוק המאבק, הוכשלו כדי



ביצוע עבירה.

יתרה מכך, על פי תגובת המשיבה המבקשים עסקו בסוגים שונים של חומרים תוך שינוי תרכובותיהם במטרה להקדים את האיסור החוקי ו"מתוך ידיעה ברורה כי בכל רגע נתון החומר עלול למצוא עצמו תחת כנפי האיסור" (סעיף 24 לתשובה מיום 17.5.15). על רקע זה יש לדחות את טענתם המשתמעת כי לא ידעו שמדובר בחומר שעתידי להפוך לבלתי חוקי. בהקשר זה הפנתה המשיבה לשיחות שניהלו המבקשים ביחס למועדי כניסתם של חומרים שונים לחוק המאבק ולפקודת הסמים.

7. המשיבה דוחה גם את טענת האכיפה הבררנית. לשיטתה, לא התגבשה תשתית ראייתית נגד כל מי שנחקר בפרשה. בכל הנוגע לאדם ששמו צוין במפורש בבקשה, העלתה בדיקת מז"פ כי החומר שנתפס ברשותו לא הכיל סמים מסוכנים ובהעדר ראיות הקושרות אותו לפרשה - לא הוגש נגדו כתב אישום.

בסיכומי של דבר, טענה המשיבה כי בהיעדר פגמים בפעולות שננקטו נגד המבקשים, לא מתקיים התנאי הראשון במבחן התלת שלבי שהותווה בפרשת בורוביץ' (ע"פ 4855/02 מדינת ישראל נ' בורוביץ', ניתן ביום 31.3.05) וממילא אין בכך משום פגיעה בתחושת הצדק וההגינות ויש לדחות את טענתם לקיומה של הגנה מן הצדק בעניינם.

דין והכרעה

8. שתי הטענות הראשונות של המבקשים נוגעות לשימוש שעשתה המשיבה במנגנון העדכון לחוק המאבק ולפקודת הסמים. מן הפן העקרוני, לא מצאתי ממש בטענת המבקשים כי שימוש זה נעשה באופן המקיים טענת הגנה מן הצדק.

הולדתו של חוק המאבק בקושי העומד בפני רשויות אכיפת החוק לנוכח ייצור, הפצה ושימוש בחומרים פסיכו-אקטיביים שאינם מוגדרים כ"סמים אסורים" על פי פקודת הסמים. בשל מנגנון העדכון של החומרים המנויים בתוספת הראשונה לפקודה, נוצר מצב בו מופצים בשוק "סמים חוקיים", היינו כאלו שהרכבם הכימי שונה כך שלא יבוא בגדר הפקודה, אף כי השפעתם אינה שונה מהשפעת סמים אחרים האסורים על פי הפקודה. כעולה מדברי ההסבר להצעת החוק "יצרני החומר שוקדים על שינוי ההרכבים הכימיים של החומרים, כדי שלא ייכנסו לגדר ההרכבים שהוכרזו כאסורים... שינויים אלה נעשים במהירות רבה ובפרק זמן קצר מפרק הזמן שלו נדרשות הרשויות כדי למצות את ההליכים החוקיים כדי להוסיף את החומר לרשימת הסמים המסוכנים. בנסיבות אלה, נוצר פער זמנים בין המועד שבו הוא מוכר בחקיקה כסם מסוכן. במהלך תקופה זו אין לכאורה מגבלה חוקית על שיווקו, למרות הסיכון הכרוך בו." (הצ"ח, 738, עמ' 1022).

בשל כך נקבע הסדר חקיקתי המקנה למנכ"ל משרד הבריאות סמכות להכריז כי חומר מסוים אסור בהפצה באמצעות פרסום "הכרזה דחופה" המקימה איסור מיידי על הפצת החומר. הכרזה זו מתבצעת מתוך ראייה לעתיד, ורק כאשר יש יסוד סביר להניח כי יש להוסיף את אותו חומר לרשימת הסמים המסוכנים שבפקודת הסמים ויש צורך באיסור מיידי על הפצתו. ההכרזה הדחופה תקפה לפרק זמן מוגבל (12 חודשים, עם אפשרות להארכה בשלושה חודשים), שאז יפקע תוקפה. מנגנון זה נועד לאפשר איסור מיידי על הפצת חומר מסוכן ומתן תקופת זמן להכניסו לפקודת הסמים. כך למעשה, יצר חוק המאבק מנגנון לתקופת ביניים. מטבע הדברים, חומר שהוכרז כחומר מסוכן מצוי בבחינה לצורך הכללתו בפקודת הסמים. עיון בפרוטוקולים של ועדת העבודה, הרווחה והבריאות של הכנסת בעניינו של חוק זה מלמד מדוע היה צורך במנגנון דו שלבי מסוג זה לנוכח פרק הזמן המשמעותי הדרוש לשם בדיקות המעבדה המהוות תנאי



מקדים להכללת חומרים כחומרים מסוכנים בפקודת הסמים (דברי היועץ המשפטי למשרד לביטחון פנים, ישיבת הוועדה מיום 17.7.13 בעמ' 8 ודברי נציגת מחלקת ייעוץ וחקיקה במשרד המשפטים בישיבת הוועדה מיום 3.11.14, בעמ' 9).

על רקע זה, אין לומר כי עמדה למבקשים זכות קנויה באשר למועד הכללתם של החומרים המסוכנים בפקודת הסמים. יתרה מכך, כעולה מתגובת המשיבה, החומרים המסוכנים הרלוונטיים למבקשים הוכרזו ככאלו זמן ניכר לפני מועד המעקב אחריהם, ומטבעו של המנגנון בחוק המאבק, נוהל לאחר מכן הליך לבחינת הכנסת החומרים לפקודת הסמים, כפי שאכן קרה.

כך ביום 7.10.13 פורסמה "הכרזה דחופה על חומרים אסורים בהפצה לפי חוק המאבק בתופעת השימוש בחומרים מסוכנים" ובה הוכרז חומר מסוג AB-FUBINACA כחומר מסוכן. ובחלוף כעשרה חודשים, ביום 7.8.14, הוכלל חומר זה כסם מסוכן על פי התוספת הראשונה לפקודת הסמים [הודעת הסמים המסוכנים (שינוי התוספת הראשונה לפקודה), התשע"ד - 2014; ק"ת 7405, בעמ' 1587].

כך גם לגבי יתר החומרים שבכתב האישום: 25C-NBME, 25B-NBOME, ADBICA-5F, 5F AMB, שפורסמו כולם כחומרים מסוכנים לפי חוק המאבק בהכרזה דחופה מיום 3.11.13 - היינו, טרם תחילת החקירה על פי הנטען על ידי המבקשים - וכעבור כעשרה חודשים הוכללו בתוספת הראשונה לפקודת הסמים ביום 7.8.14, בהודעה הנ"ל.

וכך גם לגבי החומר PB-22 שהוכרז כחומר מסוכן ביום 12.9.13 וכעבור אחד עשר חודשים הוכנס לפקודת הסמים בהודעה הנ"ל מיום 7.8.14.

למותר לציין כי הן ההכרזות הדחופות והן ההודעה לפי פקודת הסמים מאותן מועדים כללו רשימה ארוכה של חומרים והחומרים שהעיסוק בהם מיוחס למבקשים הם רק חלק קטן מן הרשימות המלאות.

הנה כי כן, הפרסומים הרשמיים אינם תומכים בטענת המבקשים באשר לדרך פעולתן של הרשויות ומלמדים כי הרשויות פועלות כאשר הן מזהות חומרים חדשים המופצים לשימוש כ"סמים חוקיים", תוך בחינת היקף השימוש ומספר המקרים (כעולה מדברי של ראש המעבדה האנליטית במז"פ, ישיבת ועדת העבודה, הרווחה והבריאות של הכנסת מיום 3.11.14, בעמ' 12, 16-17).

בתשובתה לבקשה טענה המשיבה, ולטענה זו לא נשמעה כל הסתייגות מטעם מי מן המבקשים, כי החומרים האסורים שבהם עסקו המבקשים נתפסו לראשונה ביום 19.8.14, שרק אז נודע לרשויות על טיבן המדויק של אותם חומרים, היינו רק לאחר שאלו הוגדרו ב-7.8.14 כסמים אסורים על פי פקודת הסמים. לכן גם הכללתם של אותם חומרים בפקודת הסמים לא נעשתה בקשר לפעולות המבקשים. די באמור לעיל כדי לדחות את טענתם הראשונה של המבקשים.

9. טענתם השנייה של המבקשים מתייחסת לחומר מסוג THJ2201. החומר הוכרז כחומר מסוכן על פי חוק המאבק, במסגרת הכרזה דחופה מיום 1.9.14. העבירות הקשורות לחומר זה בוצעו, על פי הנטען, כחודשיים לאחר מכן ביום 9.11.14 (סעיף 13 לאישום הראשון) וביום 10.11.14 נתפסו כ-7.58 ק"ג של החומר (סעיף 15 לאישום הראשון).



טענת המבקשים היא כי החומר הוכנס לחוק המאבק לאחר שדגימות שלו נתפסו במהלך המעקב אחריהם, אלא שהמועדים המצוינים בכתב האישום מאוחרים בחודשיים לפרסום ההכרזה אודות החומר כחומר מסוכן, ומטבע הדברים גם מאותן דגימות נטענות, ואינם תומכים בטענת המבקשים, שלא ביססו את טענתם. המשיבה מצידה טענה, כי החומר הוכנס לחוק לאחר שנתפסה כמות משמעותית שלו ברשות חשודים אחרים בפרשה, שבסופו של דבר לא הועמדו לדין בשל קשיים ראיתיים.

התמונה העולה מכתב האישום היא כי המבקשים פעלו תקופה ממושכת לייצור והפקה של חומרים שונים שהיו אסורים בהפצה תחת חוק המאבק ובהמשך, חלקם אף הוגדרו כסמים מסוכנים על פי פקודת הסמים. על רקע לכאורי זה, אין לקבל את הטענה כי פעולת הרשויות הכשילה את המבקשים תחת הכלל של אזהרה תחילה.

תמונה זו מתחדדת לאור טענת המשיבה לעניין קיומן של ראיות לכאורה בדבר שיחות שהתקיימו בין המבקשים ואשר מלמדות על מודעותם לאיסורים הקיימים מכוח חוק המאבק ופקודת הסמים. מכל מקום, המבקשים לא הצליחו להצביע על פגם בהתנהלות הרשויות בעניין זה. כל מטרתו של חוק המאבק הוא מתן אפשרות לרשויות האכיפה להתמודד עם מצב בו **"חומרים מסוכנים כובשים את שוק המשתמשים במהירות, עוד לפני שעלה בידי הרשויות לאסור על השימוש בהם בשל העובדה כי אינם נכללים בפקודת הסמים המסוכנים"** (תזכיר חוק מיום 4.6.13).

בשל כך קבע המחוקק את מנגנון ההכרזה הדחופה, המסמך את מנכ"ל משרד הבריאות להכריז על חומר מסוים כחומר מסוכן, לפרק זמן קצוב, שבמהלכו ניתן יהיה לפעול להכללת אותו חומר לרשימת הסמים המסוכנים שבפקודת הסמים.

10. טענות דומות לטענות שבפי המבקשים הועלו בפני בת"פ (מחוזי ת"א) 10345/98 **מדינת ישראל נ' רחמילביץ'** (ניתן ביום 22.9.99). באותו מקרה דובר בנאשם, שעל פי הנתען נגדו הקים מעבדה כימית לייצור סמים מסוכנים. חלק מאותם סמים מסוכנים הוספו לתוספת הראשונה שבפקודת הסמים לאחר מספר חודשי חקירה סמויה במהלכם חדרה המשטרה למעבדה ונטלה דגימות מאותם חומרים. הנאשם טען כי הוספת חומרים אלו לפקודת הסמים נעשתה ביוזמת המשטרה והפרקליטות במטרה להפוך את מעשיו למעשים פליליים וכן כי בשל התנהגותן השערורייתית של הרשויות קמה לו הגנה מן הצדק שבגינה יש לבטל את כתב האישום נגדו.

טענותיו אלו נדחו הן מן במישור הפרטני והן במישור העקרוני. חלק מהקביעות שנקבעו באותו עניין, הולמות גם את טענת המבקשים כאן:

"לרשות המבצעת הזכות ליזום תיקון חוק כאשר סבורה היא שהדבר דרוש על-מנת להתאימו למציאות החברתית המשתנה ו/או כדי להסדיר לאקונה. לרשות המחוקקת, על שלוחותיה, שיקול-הדעת אם לאמץ את התיקון המוצע ואם לא, ובפרסומו של התיקון שהתקבל ברשומות נתמלאה דרישת פומביות החוק המגשימה את עקרון החוקיות, לפיו אין עונשין אלא אם כן מזהירין."

בדומה לעניינו של רחמילביץ', ומקל וחומר בעניינם של המבקשים כאן כשהדיון נערך בהנחה כי כל טענות כתב האישום - הוכחו וכעת יש לבחון האם עומדת להם הגנה מן הצדק, המהווה סייג לאחריות הפלילית. כאן כמו שם, מדובר במבקשים שפעלו במשך תקופה ארוכה כדי להפיק ולהפיץ חומרים כימיים למיניהם, שיש להם השפעה פסיכו-אקטיבית על המשתמשים והכל **"מתוך מעשה של 'הבה ונתחכמה לו' בדמות מציאת פירצה בפקודת הסמים המסוכנים -**



אשר בנויה באופן בו הסם האסור בשימוש לסוגיו מנוי באופן פרטני על נוסחאותיו הכימיות בתוספת הראשונה, וזאת בנבדל מההסדר החקיקתי הנהוג למשל באנגליה, לפיו מנוסח הסם האסור בשימוש בניסוח כימי כוללני, המכסה מראש קבוצת סמים מאותה "משפחה", בלי לפרט את הרכבו של כל "בן" לאותה "משפחת סמים" ובכך מונע אפשרות להתחכם למחוקק - ניצל הנאשם כאן את הידע הרב שלו בכימיה לשם ייצורו של סם מסוכן במהותו, המשתייך למשפחת האמפאמינים, תוך ביצוע שינויים קלים במבנה הכימי של המולקולה."

הנה כי כן, גם בחלוף זמן ארוך של כ-15 שנה, וגם בהינתן שינויים חקיקתיים כדוגמת חוק המאבק (כמו גם עיגונה בחוק של טענת ההגנה מן הצדק), עדיין שבות ונשמעות אותן טענות בפי עוסקים באותם חומרים המבקשים להיבנות מאופי הגדרתם של החומרים המסוכנים והסמים המסוכנים, בהתאם להרכבם הכימי. כאז כן עתה - נדירים המקרים בהם ניתן יהיה לקבלן ודין הטענות להידחות.

לפיכך, גם בהנחה כי יש ממש בטענותיהם העובדתיות של המבקשים, אין בכך כדי לבסס את הטענה כי נפלו פגמים בפעולת הרשויות או כי היה במעשיהם כדי לפגוע באופן ממשי בתחושת הצדק וההגינות.

11. הטענה השלישית והאחרונה של המבקשים עניינה באפלייתם לעומת מעורבים אחרים בפרשה שלא הועמדו לדין. כוונת המבקשים היא ליעקב יפרח (להלן: יפרח); נגד גרובר ויזהר כהן הוגש כתב אישום.

כעולה מתגובת המשיבה, יפרח אכן נעצר במהלך חקירת הפרשה, אך כתב אישום לא הוגש נגדו לאחר שבבדיקות מעבדה התברר כי החומרים שנתפסו בחזקתו של יפרח לא היו סמים מסוכנים, ובהיעדר ראיות אחרות הקושרות אותו לפרשה.

כידוע, נטל הוכחת טענת אכיפה בררנית מוטל על כתפי הטוען אותה והמבקשים לא הרימו נטל זה אף לא לכאורה.

סיכומי דבר

12. לא מצאתי כי יש בטענות המבקשים כדי להקים להם הגנה מן הצדק. הבקשה נדחית.

מזכירות בית המשפט תעביר עותק מהחלטה זו לב"כ הצדדים.

**ניתנה בלשכתי היום, כ"ד סיוון תשע"ה, 11 יוני 2015,
בהעדר הצדדים.**

ג'ורג' קרא , שופט, סגן נשיאה