



ת"פ 44877/06/13 - מדינת ישראל נגד אמיל רפאילוב

בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ת"פ 44877-06-13 מדינת ישראל נ' רפאילוב(עצור בפיקוח) 27 אפריל 2019 ואח'

לפני כבוד השופטת ורדה מרוז - סג"נ
מאשימה
מדינת ישראל
ע"י ב"כ עוה"ד טובי הראל

נגד
נאשמים
אמיל רפאילוב (עצור בפיקוח)
ע"י ב"כ עוה"ד אמיר נבון

החלטה

1. לפני בקשה להכריז על הנאשם כ"סוחר סמים" בהתאם לסעיף 36א(ב) לפקודת הסמים המסוכנים [נוסח חדש], תשל"ג - 1973 (להלן: "**פקודת הסמים המסוכנים**" או "**הפקודה**").
2. בתאריך 5.10.18 הורשע המשיב (יכונה להלן: "הנאשם") בהכרעת דין מנומקת, בעבירות נשק וסמים ובהן עבירות של עסקה אחרת בסם מסוכן (לצורך שימוש עצמי) וניסיון לייבא ולסחור בסמים (האישום השישי בכתב האישום). בהתאם להסדר אליו הגיעו הצדדים נדחה הדיון בשאלת הכרזת הנאשם כ"סוחר סמים", למועד מאוחר יותר. החלטה זו, אם כן, היא חלק בלתי נפרד מהכרעת הדין.

רקע

3. הנאשם הורשע בין היתר, על יסוד עדותו של סוכן סמוי, עברין רב מעללים, אשר גויס מבין כתלי בית הסוהר ופעל ללכידתו, כמו גם ללכידתם של עבריינים נוספים, שהוגדרו "יעד משטרה".
4. על רקע מעורבות המשטרה בביצוע העבירה, הן באמצעות הסוכן הסמוי הן בדרכים נוספות, טענה ההגנה טענת 'הגנה מן הצדק' בגינה עתרה לביטולו של כתב האישום בהיות הסוכן הסמוי "סוכן מדיח". הטענה נדחתה בהכרעת הדין, נקבע, כי הנאשם נושא באחריות פלילית לביצוע העבירות בהן הורשע, הגם שהתנהלות המשטרה 'נגועה בהדחה'. להלן קביעת הכרעת הדין:

"(המשטרה) הפגינה יוזמה ותושייה בגיבוש תכניתה נגד הנאשם (ונגד עבריינים נוספים). לכידתו הצדיקה לדידה נקיטת אמצעים חריגים ובהם, שחרורו המוקדם של הסוכן מהכלא,



על אף היותו עבריין רב מעללים, הטסתם של שני שוטרים לבלגיה לשם רכישת הסם וייבואו לישראל, תיאומים עם משטרת בלגיה שאפשרו את ייבוא הסם, תשלום תמורה נכבדה לסוכן, הכנסתו לתכנית להגנת עדים ועוד. על פניה, הייתה התכנית מפתה עד מאוד.

סיפור הכיסוי אודות הבלדרית אפשר למשטרה לממש התכנית באמצעות שוטריה ובסיוע משטרת בלגיה. ללא מעורבות המשטרה, הייתה התכנית מתרוקנת מתכן. ייחודה, בכך שהיא אפשרה לנאשם ליטול חלק בביצוע העבירות של סחר וייבוא סמים, מבלי לצאת את גבולות הארץ או להסתייע בשליחים או שותפים. כאשר שוטרי ישראל רכשו את הסם וייבאוהו, נשאר הנאשם בישראל, המשיך בשגרת חייו.

לצד האמור, נקבע כי:

"הגם שהתכנית הייתה מפתה, קשה להלום אפשרות בגדרה אדם תמים וישר דרך היה מתפתה ליטול בה חלק, בהיותה תכנית עבריינית מובהקת, שתכליתה הפקת רווח קל באמצעות ייבוא סם מסוכן לישראל. לא כן הוא ביחס לנאשם, אדם בעל דפוסי התנהגות עברייניים, אשר לאחר שבחן פרטי התכנית בזהירות ובקפידה, 'נלכד' ברשתה. תהום פעורה בין אדם 'תמים דרך' שהוטמן בדרכו 'פח יקוש' לבין הנאשם" (עמ' 31).

5. עם זאת, צוין כי יש להתחשב בטענת הנאשם לקולה כחלק משיקולי הענישה:

"על אף הפסול המתואר שדבק בהתנהלות המשטרה, היא אינה מגעת כדי 'התנהגות שערורייתית', כדברי הסניגור, המצדיקה ביטול האישום וזיכוי הנאשם, מה גם שאל מול התנהלות זו ניצב הנאשם, 'שור מועד' אשר נטל חלק מהותי בביצוע העבירה (מתן תמורה כספית, איתור ספק סמים ויצירת קשר עמו, העברת פרטיו לידי יוסי ועוד). הוכח אפוא, כי הנאשם ביצע עבירה של סחר בסם וניסיון לייבא סם. בבוא העת, יינתן משקל הולם להתנהלות המתוארת של המשטרה, בגדר שיקולי הענישה".

6. בהמשך למתואר, נגזר על הנאשם עונש של 66 חודשי מאסר בניכוי ימי מעצרו, מאסרים על תנאי וכן קנס בסך 50,000 ₪ (גזר דין מיום 8.1.19).

המסגרת הנורמטיבית

7. סעיף 36א(ב) לפקודת הסמים, שכותרתו "חילוט רכוש בהליך פלילי", קובע:

"בית המשפט שהרשיע אדם בעבירה של עסקת סמים והוכח לו כי הנידון הפיק רווח מעבירה של עסקת סמים או שהיה אמור להפיק רווח מעבירה כאמור, יקבע בהכרעת הדין, על פי בקשת תובע, שהנידון הוא סוחר סמים ומשעשה כן - יצווה בגזר הדין, כי בנוסף לכל עונש יחולט לאוצר המדינה כל רכוש של הנידון שהושג בעבירה של עסקת סמים, אלא אם כן סבר שלא לעשות כן מנימוקים מיוחדים שיפרט".

שני תנאים מצטברים דרושים להתקיים לשם הכרזת נאשם כ'סוחר סמים'; האחד - הרשעתו בעבירה של עסקת סמים,



המוגדרת בסעיף 1 לפקודת הסמים המסוכנים כעבירה שעונשה 20 שנות מאסר לפחות, והשני - כי הנאשם "הפיק רווח" מהעבירה או "שהיה אמור להפיק רווח מעבירה כאמור".

הסוגיות השנויות במחלוקת:

8. להלן הסוגיות השנויות במחלוקת בין הצדדים:

א. לאור התנהלות המשטרה, אשר לגביה נקבע כי היא נגועה בהדחה, ובהעדר אינדיקציה אחרת בהכרעת הדין לכך שהנאשם ניהל אורח חיים של סוחר סמים, האם נכון וראוי להכריז עליו כסוחר סמים?

ב. העובדה שבפועל הנאשם לא הפיק רווח מהעבירה שביצע, אף לא יכול היה להפיק רווח, שכן מלכתחילה המשטרה לא התכוונה לאפשר לו ליהנות מפירות הייבוא - האם היא שומטת את היסוד להתקיימות התנאי השני שבהוראת סעיף 36א(ב) לפקודה, לפיו יש להוכיח כי הנאשם 'הפיק' או "אמור היה להפיק רווח".

טיעוני הצדדים

9. לדידו של התובע, הרשעת הנאשם בעבירה של עסקת סמים, אותה ביצע מתוך רצון להפיק רווח - מקיימת את שני התנאים במצטבר. ב"כ המאשימה גרס, כי הוראת סעיף 36א(ב) לפקודה אינה מותירה לבית המשפט שיקול דעת ביחס להכרזתו של הנאשם כ'סוחר סמים'. בהתקיים שני התנאים שלעיל, חלה על בית המשפט "חובה מוחלטת" להכריז על הנאשם כעל סוחר סמים.

10. ב"כ הנאשם גרס כי אלמלא יוזמת המשטרה, אשר רקמה את תכנית ייבוא הסם, תכננה והוציאה אותה לפועל - לא הייתה מתבצעת העבירה בה הורשע הנאשם. בנסיבות אלו, ובהעדר קביעה בהכרעת הדין בדבר עיסוקו של הנאשם בסחר בסמים דרך כלל, טען בא כוחו כי אין להכריז עליו כסוחר סמים.

11. ובאשר לכוונה להפיק רווח מעבירת הסמים, טען הסניגור, כי אין מחלוקת ביחס לכך שהמשטרה לא התכוונה להעביר לידי הנאשם את הסמים שייבאה ולפיכך, מלכתחילה לא יכול היה להפיק רווח מביצוע העבירה. לפיכך, ממילא נשטט היסוד לקיומו של התנאי השני.

12. ב"כ הנאשם הפנה להכרעת הדין, בה נקבע כי סוגיית ההדחה תילקח בחשבון בשיקולי הענישה. בהתחשב בעונש המאסר הכבד שהושת על הנאשם, לצד קנס כבד, טען כי יהא זה בלתי מידתי, להכריז על הנאשם כסוחר סמים



ולחלט את רכושו. זו אף זו, הפעלת סנקציה זו בהתחשב במעורבות המשטרה בעבירות - תטיל קלון נוסף על הנאשם, בבחינת צעד "מרחיק לכת ומסוכן".

דין והכרעה

13. אין מחלוקת שהנאשם הורשע בעבירה של ניסיון לסחר ויבוא סם מסוכן, אשר העונש הקבוע לצדה הוא 20 שנות מאסר. הממצא בדבר הפסול שנפל בהתנהלות המשטרה, לא פטר את הנאשם מאחריותו הפלילית, הגם שנקבע בהכרעת הדין כי הממצא "לקח בחשבון לקולה בשיקולי הענישה. משכך, התקיים בנאשם התנאי הראשון.

14. באשר לתנאי השני - העובדה שהמשטרה לא התכוונה מלכתחילה לאפשר לנאשם ליהנות מפירות העבירה אינה שומטת את היסוד לקיומו של התנאי השני, כטענת הסניגור. תיבת המילים "**אמור היה להפיק רווח**" עניינה בציפיותיו הסובייקטיביות של הנאשם ואין נפקא מינא אם אלו התממשו, אף לא למידת הסיכוי להתממשותן.

15. הפרשנות שמבקש הסניגור ליתן לתנאי השני שבסעיף 36א(ב) לפקודה פוגעת בתכלית המונחת ביסוד הוראות החילוט הקבועות בפקודה, אשר נועדו למגר את נגע הסמים ולדכא את סוחרי הסמים, באמצעות פגיעה ברווחיהם הכלכליים, אלו שהתממשו בפועל ואלו שצפו להם, אף אם הצפיות צמחו על קרקע שאינה פורייה.

16. בחינת נקודת מבטו של הנאשם, האם ציפה להפיק רווח מביצוע העבירה, היא הקובעת. תימוכין למסקנה זו ניתן למצוא בחזקה שיצרה הפסיקה לעניין עבירה של החזקת סמים שלא לצריכה עצמית, לפיה נאשם שהורשע בעבירה זו מוחזק כמי שאמור היה להפיק רווח מהסם - חזקה שמקורה בעצם החזקת כמות גדולה של סם. אין אפוא רלבנטיות, לשאלה אם בפועל ניתן היה להפיק רווח כתוצאה מביצוע העבירה, אם לאו (לעניין זה ר' למשל 170/07 **מטיס נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 19.11.07); ת"פ 472/02 **מדינת ישראל נ' עבד אל רחמן תאפל** (פורסם בנבו, 16.5.05); ת"פ 37551-01-16 **מדינת ישראל נ' פרקש** (פורסם בנבו, 4.12.16)).

17. זאת ועוד, עבירות סמים המבוצעות באמצעות סוכנים סמויים, שוללות אפשרות לרווח כדבר שבשגרה. די בהוכחת הכוונה להפיק רווח, כדי לגבש את יסודות העבירה. פרשנות אחרת לתיבת המילים "אמור היה להפיק רווח" תרוקן מתכנה את הוראת סעיף 36א(ב) לפקודה.

18. ברוח זו נקבע ביחס לעבירות הניסיון כי ניסיון הוא 'בר ענישה', גם מקום שעשיית העבירה לא הייתה אפשרית: "**לעניין ניסיון, אין נפקה מינה אם עשיית העבירה לא הייתה אפשרית מחמת מצב דברים שהמנסה לא היה מודע לו או טעה לגביו**", ללמדך כי לשם גיבוש עבירת הניסיון, די בכוונה הסובייקטיבית בין אם ביצועה בפועל היה אפשרי בין אם לאו (סעיף 26 לחוק העונשין, התשל"ז - 1977).

19. בענייננו, הנאשם נטל חלק בתכנית יבוא הסמים, שכן לדידו הייתה אמיתית והוא ציפה להפיק הימנה רווח. ממצאי הכרעת הדין מבססים כוונה זו:



"...התנהלותו המתוארת של הנאשם מלמדת על החלטה מושכלת שקיבל להצטרף לתכנית, לאחר ששמע את פרטיה, שאל והתחקה אחר רוחיותה. מרגע שהחליט להצטרף, חילק הנאשם הוראות, ויידא פרטים וגילה מעורבות מלאה, כיאה לשותף" (עמ' 18 להכ"ד).

ובהמשך:

"...ככל שהרחיב הסוכן ופירט אודות התכנית, כך הבחין הנאשם בפוטנציאל הגלום בה, או אז, חקר ביחס לעלויות, לבלדרית ועוד. ביוזמתו העלה שאלות ורק לאחר ששוכנע כי התכנית בטוחה ורווחית, החליט להצטרף, מבלי שהתבקש. אז, הוסיף הנאשם והדגיש כי אילו היה לו כסף, היה משקיע יותר! החלטתו התקבלה אפוא באורח מושכל לאחר בחינה ושקילה של מתווה התכנית. ואכן, הייתה זו תכנית מפתה עד מאוד בעבור הנאשם; הפקת רווחים אופטימליים ב'אפס' סיכונים" (עמ' 30 להכרעת הדין).

סיכום

20. מתקיימים בנאשם התנאים הקבועים בסעיף 36א(ב) לצורך הכרזה עליו כסוחר סמים. עם הקביעה בדבר קיומם, בית המשפט אינו מוסמך להימנע מהכרזתו כסוחר סמים ולראיה, לשון החוק "יקבע... שהנידון הוא סוחר סמים". חזקה על המחוקק, כי אילו רצה להותיר את דבר ההכרזה לשיקול דעת בית המשפט, היה נוקט לשון "רשאי".

21. לפני סיום אציין, כי טענת הסנגור לפיה יש להימנע מהטלת עונש נוסף על הנאשם לנוכח הפסול שנפל בהתנהלות המשטרה, מקומה להישקל בסיום ההליך וכפוף לתוצאותיו. קרי, ככל שהנאשם לא יצליח להפריך את החזקה (הקבועה בסעיף 31(6) לפקודה) לפיה, הרכוש שחילוטו מבוקש מקורו בעבירה של עסקת סמים, אזי יוכל לחזור ולהעלות הטענה כ"נימוק מיוחד", לכאורה, בעטיו יש להימנע מהחילוט, כולו או חלקו. יובהר ויודגש, כי אין באמור לעיל כדי קביעת עמדה לגופו של עניין.

22. אשר על כן, אני מכריזה על הנאשם סוחר סמים מכח סעיף 36א(ב) לפקודת הסמים המסוכנים.

ניתן היום, כ"ב ניסן תשע"ט, 27 אפריל 2019, בהעדר הצדדים.