

ת"פ 70331/09 - מדינת ישראל נגד זיאד כנעאן

בית המשפט המחוזי בבאר שבע

ת"פ 16-09-70331 מדינת ישראל נ' כנעאן ואח'
לפני כבוד השופט אהרון משנויות
המאשימה מדינת ישראל
ע"י ב"כ - עו"ד אליזבט אברהם ועו"ד עמית גינט
נגד
הנאשם זיאד כנעאן
ע"י ב"כ - עו"ד עופר קופרמן ועו"ד צפריר יגור

הכרעת דין

א. כלל

בנגד הנאשם הוגש כתב אישום המיחס לו עבירה של "יבוא וסחר בסם מסוכן", לפי סעיף 13 + 19 א לפקודת הסמים המסווגים [נוסח חדש] התשל"ג 1973 (להלן: "**הפקודה**"), עבירה נוספת של החזקת סם מסוכן שלא לצריכה עצמית, לפי סעיף 7(א)+(ג) רישה לפקודה, וכן עבירה של קשירת קשר לפשע, לפי סעיף 499(א) לחוק העונשין, התשל"ג - 1977.

בתחילת הנאשם כפר בכתב האישום, והחל להתנהל משפט הוכחות, שבמהלכו התקיימו 10 ישיבות, ונשemuו עדים רבים. בסופה של דבר, במהלך ישיבת ההוכחות העשירית, שבה עד תביעה 14 - הוטkan, נחקר בחקירה נגדית, ביום 18.6.6.6.18, הצדדים הגיעו להסכמה דיוונית ביניהם, אשר לפיה הצדדים יסכמו על עובדות כתב האישום, בשינויים קלים, ויטענו משפטית באשר להרשעתו של הנאשם, בעבורות שיוחסו לו בכתב האישום.

במסגרת ההסכמה בין הצדדים, הודיעה ב"כ המאשימה כי המאשימה חוזרת בה מכתב האישום ביחס לנאים 2 ובהתאם להסכמה זו ניתנה החלטה על ביטול כתב האישום ביחס לנאים 2, לפי סעיף 94(ב) לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], תשמ"ב - 1982. لكن, פסק דין זה מתייחס לנאים 1 בלבד, אשר ביחס אליו הוגש בהסכמה מסמך שכותרתו "עובדות מוסכמת עליהן יסכמו הצדדים משפטית".

להלן פירוט העובדות שהוסכמו בין הצדדים: בין החודשים אוגוסט 2015 ועד ספטמבר 2016 פעיל סוקן סמי, להלן: הסוקן, בשירות משטרת ישראל, כחלק מהלוחמה בתופעת "יבוא וסחר בסמים", עבדה אשר לא הייתה ידועה לנאים. לשם כך, נשכרה עבור הסוקן דירה ברחוב תל חי 9 באשדוד, והסוקן היה נהוג לקיים מפגשים ולשוחח עם אנשים שונים, ובכללם הנאשם, גם בדירה זו.

בעקבות שיחותו של הסוכן עם ابو נاصر, להלן: לאחר, הפנה האחר את הסוכן לנאשם, שהוא באותה עת עורך דין פעיל, וחבר בלשכת עורכי הדין. הסוכן יצר עמו קשר והשניים שוחחו ביניהם בחודשים אוגוסט - ספטמבר 2015, על יבוא סמים, בין היתר על מחיר הסמים ועל הדרכיהם להסליקם. בשיחות הללו, סיפר הנאשם לסוכן כי יש לו קשרים בירדן, ובគונתו לנסוע לשם על מנת לעדכן כתובת אליה ניתן יהיה לשלווח את הסמים, בהם יתחלקו שלושתם (האחר, הנאשם והסוכן).

לצורך מימוש התוכנית העבריתנית, יצא הנאשם ביום 4.10.15 לירדן ושב בתאריך 6.10.15. בהמשך, בתאריך 15.10.15 במסגרת הקשר ולשם קידומו, הגיע הנאשם לדירתו של הסוכן ועדכן אותו כי נמצא כתובת בירדן אליה ניתן יהיה לשלווח את הסמים וכן כי בתוך פרק זמן קצר יארגן את הכספי ויעבירו לסוכן.

בתאריך 29.10.15 נפגשו הסוכן והנายนם בעיר אשדוד, ובמהלך המפגש שאל הנאשם האם ניתן לייבא את השם כשהוא מוסלק בבשר, והסוכן אישר שהדבר אכן אפשרי. לשם כך, יצר הנאשם קשר עם בן דודו פריד חלביה, להלן: פריד. לשם קידום הקשר, מסר הנאשם לסוכן את הטלפון של בן דודו, והשניים שוחחו על "יבוא הבשר".

כמו כן, הסוכן נפגש עם הנאשם במקומות שונים, במטרה לקדם את יבוא הכספי המתוכנן, כאשר הנאשם היה אמר לטעס לדרום אמריקה ולקדם את עסקת הסמים, אולם דחה פעמיחר פעמיחר נסעה זו בתירוצים שונים, עד אשר התוודה כי אינו מתמצא בנושא וחושש כי יאונה לו רע. כמו כן, הנאשם ביטל פעמיחר מפגשים מתוכננים בין ובין הסוכן בתירוצים שונים.

בתאריך 26.2.16, במסגרת הקשר ולשם קידומו, הנאשם אסף את הסוכן ברכבו והשניים נסעו לכפר ירכא, לבתו של פריד, וכן בחנו אפשרות להסליק את הסמים בתוך צבע. בהמשך, הסיע הנאשם לסוכן לבתו של עומר מוסא, להלן: מוסא, מכפר ג'דידה, שם לפקח הנאשם ממוסא שקיית, שבתוכה היו 40,000 ל"נ, ומסר אותה לסוכן, תוך שהוא אומר לו כי זה תשלום ראשון עבור יבוא הכספי וכי בהמשך ישלים מוסא ל- 80,000 ל"נ.

בתאריך 15.6.16, התקשר הנאשם אל הסוכן וביקש להיפגש עמו ברחוב בו הוא גור. הסוכן ירד אל הרחוב, והנายนם שאל אותו כיצד מתќדם יבוא השם אותו תכננו. הסוכן מסר לנายนם כי רק לאחר שישלים את יתרת הסכום, יוכל להתקדם בנושא, והנายนם מסר כי יטפל בזה.

בתאריך 19.8.16 נפגשו הנאשם והסוכן בסמוך לבתו של הסוכן, מפני שהנายนם חש לדבר בדירה של הסוכן. הנאשם אמר לסוכן כי הוא מצוי במצב כלכלי לא טוב, והסוכן הציע לו לחבור אליו בעסקה גדולה שהוא מבצע עם אחרים, בתמורה ל- 40,000 שקלים שהוא עברו לסוכן ע"י הנאשם, והנายนם הסכים.

במסגרת תוכנית הפעלה של הסוכן, התחזו שני שוטרים של משטרת ישראל לבלדי סמים, ובאמצעות הקשרים של הסוכן בדרום אמריקה ושיתוף פעולה של המשטרה המקומית, קנו בקולומביה 6 ק"ג סם מסוכן מסווג קווקאי ביום 17.8.16, והביאו את השם לאرض ביום 23.8.16. בתמורה לסכום הללו, העביר הסוכן לשירה רבין \$ 12,500, בכך שתמסור אותם לבנה קוובי בעבר רכישת הסמים.

לאחר הגעת הסמים לאرض, הונחו המפעלים של הסוכן על ידי הפרקליות לנסות ולתאם עם מעורבים רבים את מסירת הסמים. ביום 8.9.16, במסגרת הקשר ולשם קידומו של יבוא הסמים, התקשר הסוכן לנאש ומסר לו שהסמים הגיעו מדרום אמריקה, והשניים קבעו להיפגש.

בהמשך, נפגש הנאשם עם הסוכן באshedod, והסוכן עדכן את הנאשם שהסמים הגיעו, וכי מדובר בשני ק"ג קוקאין, והנ帀ט השיב לו כי יאוסף את הסם בעצמו בתיאום עם הסוכן, כשהשניים מסכימים כי הם שותפים בעסקה זו.

במסגרת הפעלת הסוכן, הניתה המשטרה בثور תא מטען של רכב יונדיי כסוף, שנחנה בתחנת הרכבת באshedod, סמוך למקום קוקאין במשקל 2 ק"ג נטו, בטור תיק קשור. ביום 11.9.16, בסמוך לשעה 21:00, הנאשם נפגש שוב עם הסוכן באshedod, והסוכן אמר לו כי יישע בעקבותיו, למקום שבו נמצאים הסמים. הסוכן נסע לכיוון תחנת הרכבת באshedod כשהנ帀ט בעקבותיו, וכשהגיעו ליעד, הצבעו הסוכן על הרכב שבו הוסלקו הסמים.

הנ帀ט ירד מרכבו, וניגש לרכב שבו הוסלקו הסמים, וכשפתח את תא המטען, בעודו רוכן לכיוון התיק שבתוכו הסמים, קופצו עליו שוטרים ובלשים שהיו במקום והוא נעצר.

ב. יריית המחלוקת

הצדדים אמנים הסכימו על העבודות, אולם נותרו חלוקים באשר למשמעות המשפטית של העבודות הללו, וכן ביחס לטענות נוספות שהעלו ב"כ הנאשם, אשר לטענתם די בהן כדי להביא ליזוכיו של הנאשם. למעשה ניתן למקדד את המחלוקת בין הצדדים בשלוש סוגיות עיקריות, אשר שתיים מהן עוסקות במעטפת החיצונית של כתוב האישום, וענין בשתי טענות שיש לנ帀ט נגד גורמי האכיפה, גם ביחס למשטרת ישראל שניהלה את החקירה, וגם ביחס לפרקלילת המחוות שליותה את החקירה.

הטענה האחת היא כי המשטרה הפעילה נגד הנ帀ט סוכן מדיח, שפעל כדי להכשיל עורך דין נעדך עבר פלילי, בעבורות סמים חמורות, מבלתי שהייתה לכך הצדקה, ויתירה מכך, בניגוד לנוהלי המשטרה עצמה, אשר לאישורים הנדרשים לצורך חקירה מסווג זה. הטענה השנייה היא כי גורמי האכיפה נקטו באכיפה ברורנית כלפי הנאשם, בשל הויתו עורך דין, בין היתר בכך שנמנעו מלהזכיר מעורבים בכירים ממנו בפרשה, וביניהם אותו ابو נאסר, שבعقبות שיחה עמו פנה הסוכן לנ帀ט, וכן עבריין ישראלי שנמצא בדרום אמריקה, שהוא מעורב ברכישת הסמים שם.

הסוגיה השלישית עוסקת בנסיבות הקונקרטיות של כתוב האישום, כאשר לטענת ב"כ נאש, בהינתן העבודות שהוסכמו בין הצדדים, אין בעבודות הללו כדי להוכיח את היסודות הנדרשים לצורך הרשעה בעבורות שהמאמינה ייחסה לנ帀ט בכתב האישום.

להלן אדון בסוגיות הללו, לפי הסדר שבו הוזכרו לעיל, כאשר בכל סוגיה אביה בתחילת את טענות הצדדים, ולאחר מכן אכריע במחלוקת שביניהם. נקודת המוצא לקביעת הממצאים בהכרעת הדין היא העבודות המוסכמות בין הצדדים,

והסכמה ביחס לכל עובדה, מיתרת למעשה את הצורך להתייחס לעדויות שנשמעו במהלך המשפט, ביחס לאותה עובדה מוסכמת.

ג. הטענה בדבר סוכן מדייח

טענות הצדדים

כבר בתחילת הסיכומים בכתב ציין ב"כ הנאשם כי הפעלת הסוכן כנגדו הייתה הפעלה אסורה וmdiחה אשר הדיחה אותו לביצוע העבירה. לדבריו, הנאשם לא היה כלול בראשית היעדים שצורפה להסכם הפעלה של הסוכן, והאחרון הוא שפנה אל הנאשם ביוזמתו, בניגוד להסכם הפעלה, ואף בנגד גמור להנחיות המטה הארצי, הנחיה מס' 14.01.13 אשר עוסקת בחקירת עורך דין החשודים בביצוע עבירה.

ב"כ הנאשם טען עוד כי הסוכן לא בחל באמצעות בכדי להפעיל לחץ על הנאשם, וכי גם כשהנאשם חזר בו מכוונתו לטוס לדרום אמריקה בכדי ליטול חלק פעיל ברכישת הסמים, הסוכן המשיך ללחוץ על הנאשם להמשיך לפועל במסגרת הקשר הפלילי לייבוא הסם, אף הפעיל לשם כך את ابو נאסר, שהינו עברין מורשע שיושב ככלא שנים רבות. לדבריו, הנאשם בהיותו עורך דין פלילי, נהג להיפגש עם עבריניים כחלק משגרת העבודה של עורך דין בתחום זה, וכך לא ניתן להסיק מעצם קיום המפגשים בין הנאשם ובין הסוכן, כי הם נעשו לצורך ביצוע עבירות סמיים חמורות.

ב"כ הנאשם הפנה בהקשר זה לגור הדין של מעורב אחר בפרשה, יוסי ביטון, שמשפטו בת"פ 16-09-61392-6 התנהל בפניו מותב זה, ובית המשפטקבע ביחס אליו כי הסוכן פעל ביחס אליו סוכן מדייח לכל דבר ועניין, וכי אלמלא פעילותו של הסוכן, סביר להניח שהנאשם כלל לא היה נגרר לעבירות סמיים. מכאן מבקש ב"כ הנאשם למוד גזירה שווה גם לנאים שלפנינו, ולכן הוא טוען כי מדובר בהתנהגות שערורית ולא הוגנת של גורמי האכיפה, אשר יש בה כדי להצדיק את ביטולו של כתב האישום בעילה של הגנה מן הצדוק.

לעומת זאת, המאשימה טוענת כי הנאשם שפנה לsocion באמצעות אותו ابو נאסר, ובכל מקרה, ברגע שהנאשם שמע מהסוכן כי הוא מבקש לערב אותו בקשר לייבוא וסחר בסמים, היה עליו לפעול כ-officer of the court, לדוח מטעם משטרת ולבצע לפניו לפי הנחיותיה. תחת זאת, הנאשם גילתה מעורבות גדולה בבחינת האפשרות השונות להבאת הסם לאرض, העביר סכום כסף לא מבוטל למטרה זו, ואף הגיע בעצמו לאסוף את הסם לאחר שהגיע לאرض.

ב"כ המאשימה ציין כי הנאשם הוא אדם אינטלקטואלי שהבין בדיקות המשמעות של מעשיו, ואף ידע שהסוכן מוכר כסוחר סמיים. לדבריו, אין מדובר באדם תמים ושיר דרך, כי אם באדם מניפולטיבי, שהיה מודע לבצע עבירות מסווג זה, וכן הצעת הסוכן נפלה לידי כפרי בשל, כלשון ב"כ המאשימה, והוא נרתם להשתתף בה בזרועות פתוחות ובלא היסוס, תוך שהוא מגלה ידע ובקיאות בנושא של יבוא הסם, פועל בזיהירות ומשתמש בקווים כדי להסווות את מעשיו.

יתירה מכך, היו לנאים נקודות יציאה רבות, שבהן היה יכול לסגת מהסכמה להשתתף בקשר הפלילי, אולם הנאשם היה נחוש להמשיך בקשר האמור, וגילתה מעורבות פעילה בהתייעצויות שהתבצעו בין השותפים השונים במסגרת הקשר

האמור. لكن, טוען ב"כ המאשימה כי גורמי האכיפה פעלו כראוי כאשר אישרו לסתוק לפעול גם נגד הנאשם, לאחר שניתנו כל האישורים הדרושים בהתאם לנוהלים, וכי לא נפל בהתנהלותם גם אשר יכול להצדיק טענה של הגנה מן הצד.

דין והכרעה

ההלכה בעניין סותק מדייח הובאה בפסק הדין בעניין **ביטון** הנ"ל, כפי שנוסחה בעניין **בלדב** (ע"פ 07/1224 בבד נ' מדינת ישראל, פורסם בנבבו, 10.2.2010, פס' 66 - 68):

סתוק מדייח הוא סותק משטרתי המשדר אדם לעבר עבירה שלולא השידול לא היה מבצעה. פעולה ההדחה היא למעשה שידול, שענינו שתילת רעיון ביצוע העבירה במחשבתו של המשודל. ההלכה היא, כי פעולה סותק מדייח, ככל שהתקיימה, אינה פוטרת נאשם מאחריות פלילית. עם זאת, היא עשויה להביא להקלת בעונש...

...

כיום מקובלת הנורמה לפיה אל לו לסתוק סמיי לפעול להכשת אזרח תמים, שאלא מלא התערבות הסותק לא היה מגיע לכדי ביצוע עבירה, ואל למשטרה לשגר סותק מדייח לאדם אלא אם בידה מידע אמין מהheidו כדי שנוהג לבצע פשעים חמורים מן הסוג המהווה נושא לחקירה, וכאשר השימוש בסותק הכרחי לצורך קידומה. כן מקובל הכלל כי אל לו לסתוק סמיי להפעיל אמצעי לחץ ושכנוע מוגזמים כדי לשכנע חסוד לבצע עבירה [...]

כיצא בזה נאמר מאוחר יותר בעניין **זוננישווילי נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבבו, 21.3.2017, פס' ח לפסק דין של המשנה לנשיאה רובינשטיין), אשר בונשנתה ההלכה בלשון קצת שונה, ומוטיב להbias את הדברים כלהלן:

[...] בכל הנוגע לשאלת ההדחה, ההלכה היא כי דוקטרינת "פח יkowski" לא אומצה במשפט הישראלי, אך שאי ההדחה או השידול למעשה עבירהינו פוטרים את העבריין מאחריות פלילית על ידי זיכוי מושמה, אלא עשויים להביא להקלת מסוימת בעונשו של נאשם [...]

ו吐עם, כי כדי להוכיח טענת "סתוק מדייח", ובכך להקים טענת הגנה מן הצד, יש לעמוד בשני מבחנים: מבחן אובייקטיבי הבוחן את פעולה הרשות ובודק האם נפל פגם חמור בהתנהלותה, ומבחן סובייקטיבי הבוחן את נתיתו הספציפית של הנאשם לבצע את העבירה [...]

על רקע האמור, אבחן את הנسبות שלפנינו. כפי שציינתי לעיל, נקודת מוצא בדיון היא העובדות המוסכמות שהוגשו לבית המשפט, לאחר שמיעת חלק נכבד מהעדים. משעה שהעובדות הללו הוגשו בהסכם, לא ניתן לטעון נגדן, גם אם ניתן למצוא טענה כזו או אחרת בעדויות שנשמעו קודם לכן בבית המשפט. זאת, מפני שבית המשפט לא החלטת באשר למהימנותם של העדים ואמינות גרסתם, וגם לא קבע ממצאים כלשהם על פי העדויות הללו. עם זאת,

כל שהעדויות שנשמעו והראיות שהוגשו בבית המשפט עלות בקנה אחד עם העובדות המוסכמת, אין מנעה מלהתיחס גם אליה בהקשר ספציפי כזה או אחר.

אני סבור כי הטעיף הראשון של העובדות המוסכמת יוצר את המסתגרת של כל הפרשה, יש לראות בו תשתיית בסיסית של גביה יש לצרף את העובדות שモבאות לאחר מכן. מהטעיף הראשון עלות העובדות הבאות: **ראשית**, הסוכן יצר קשר טלפוני עם הנאשם במהלך חודש אוגוסט 2015, לאחר שאבו נאסר הפנה אותו לנאים. שמעו כי הקשר בין הסוכן לנאים לא נבע מיזמה בלעדית של הסוכן;

שנית, בשיחות ובפגישים שנערכו בין הנאשם ובין הסוכן בחודשים אוגוסט וספטמבר 2015, השניהם דברו על "יבוא סמים, וכן על מחיר הסמים ו דרכים להבריחם לארץ. שמעו כי הפגישות בין הנאשם ובין הסוכן, לא נעשו במסתגרת של קשר מוצעים תמים בין עורך דין ובין לךחו, אלא היה להן מילכתייה אופי של קשר פלילי לקידום תכנית עברינית;

שלישית, הנאשם אמר לסוכן בין היתר, כי יש לו קשרים בירדן, באמצעות משפחתו של ابو נאסר, ובכוונתו לנסוע לירדן בכדי לארגן כתובת אליה ניתן יהיה לשלווח את הסמים. שמעו כי הנאשם לא היה שותף פסיבי לשיחה אלא גילה מעורבות ויוזמה כבר מראשיתו של הקשר הפלילי; **רביעית**, אם וכאשר הגיעו הסמים למתוכנן, שלושתם, קרי: הנאשם, הסוכן ואבו נאסר, יתחלקו בסמים, שמעו כי עסקין בקשר קשור לביצוע פשע, של שלושה עבריניים שנמצאים בمعالג הפנימי של התכנית העברינית.

העובדות המוסכמתות שעולות מהטעיף הראשון כמפורט לעיל, מתישבות היטב עם שיחה מס' 326 מיום 20.8.15 בשעה 10:16, שסומנה ת/42, אשר בה יש תמליל של ההודעה שההשair ابو נאסר לסוכן בתא הקול, ובו בקשה מהסוכן להתקשר לנאים, כאשר ابو נאסר מצין כי נפגש עם הנאשם והם דברו רבות על הסוכן, וכן עם שיחה 328, מאותו יום, כמו דקוט לאחר שיחה 326, בשעה 10:28, אשר סומנה ת/43, ובו הסוכן מתקשר לנאים, לאותו מספר שקיבל מאבו נאסר בתא הקול. لكن, הטענות של ב"כ הנאשם בסעיף 38 לsicomio, כי מדובר בעדות שמיעה שאינה קבילה, היא חסרת בסיס, מפני שמדובר בעובדה שהצדדים הסכימו עליה, וכן לא ניתן לטעון נגד משקלה, בהינתן ההסכמה בין הצדדים.

יתר העובדות המוסכמתות פורטו לעיל בפרק הראשון של הכרעת הדיון, וכן אסתפק בכך עיקרי העובדות שהוסכמו בין הצדדים. הרעיון של הנאשם להביא את הסמים מדרום אמריקה באמצעות כתובת בירדן לא הتبטה במילימים בלבד, אלא גם במעשהם, כאשר הנאשם נסע לירדן ביום 15.10.4.0.15, לצורך קידום הקשר הפלילי, שב ממש מעוררים, ולאחר מכן, עדכן את הסוכן בדירתו באשדוד כי מצא כתובת בירדן שאליה ניתן יהיה לשלווח את הסמים.

בהמשך, בסוף חודש אוקטובר, הנאשם בדק עם הסוכן אם ניתן להסlik את הסמים בתוךبشر, ואף שוחח על כך עם בן דודו פריד שעוסק בייבואبشر. הנאשם אمنם ביטל טישה מתוכננת לדרום אמריקה שנודה לקדם את רכישת הסמים, וכן ביטל כמה פעמים מפגשים שתוכננו בין ובין הסוכן, אולם הנאשם לא פרש מקשר הפלילי, אלא המשיך לפעול לקידומו.

במסגרת זו, הנאשם נפגש ביחיד עם הסוכן עם אותו פריד בכפר ירכא, ולאחר מכן נפגשו עם אחד בשם מוסא בכפר ג'דידה, ולכל המקבות הללו נסעו השניים ברכבו של הנאשם. הנאשם קיבל ממוסא שקיית ובה 40,000 ₪ והעביר אותה לסוכן, תוך שהוא מצין כי ישלים בהmarsh ל-80,000 ₪ לצורך "יבוא הסמים". הנאשם התקשה להשלים את יתרת הסכום, וביום 19.8.16 הסכים להצעת הסוכן בשיחה ביניהם בסמוך לביתו של הסוכן, כי יctrarף לעסקה שהסוכן מבצע ביחד עם אחרים בתמורה לאותם 40,000 ₪ שכבר העברו לסוכן.

לאחר שהסמים הגיעו לארץ, ביום 16.9.16, הסוכן ערך את הנאשם כי מדובר ב-2 ק"ג קוקאין, וה הנאשם אמר כי יאוסף בעצמו את הסם, כשהם מסכימים שהם שותפים בעסקה. ואכן, ימים אחדים לאחר מכן, ביום 11.9.16, בסמוך לשעה 21:00, הנאשם נסע אחר הסוכן לכיוון תחנת הרכבת באשדוד, עד שהגיעו בסמוך לרכבת, שהסוכן מסר לו כי הסמים מוסלקיים בתחום תיק בתא המטען שלו. הנאשם ניגש לרכב ופתח את תא המטען, וכשרקן עבר התיק עם הסמים, נעצר ע"י שוטרים שהיו בקרבת מקום.

כל הפרטים הללו הובאו שוב בפרק זה, כדי ללמד על מידת מעורבותו הפעילה של הנאשם בקידום הקשר הפלילי. הנאשם לא היה פסיבי אלא היה יוזם, העלה רעיונות שונים כיצד להבריח סמים לארץ, אף נסע לירדן, וכן לשני כפרים בגليل, בכך להיפגש עם אנשים שונים שיכולים לקדם את הרעיון הזה, במסגרת הקשר ולשם קידומו, כפי שנאמר פעמים רבות בעבודות המוסכמתות.

יתירה מכך, הנאשם הוא עורך דין פלילי ותיק ומנוסה, אשר בוודאי מודע היטב למשמעות של המעשים שהוא מעורב בהם. מהבחינה הזאת תהום פועלה בין ובין אותו ביטון שב"כ הנאשם הזכיר בסיכון, שב.ceינו אכן קבועתי כי מדובר בסוכן מדיח. זאת מפני שביטון היה אדם תמים בעל אופי חלש, והסוכן ניצל לרעה את אופיו, יוזם את הפניה אליו אף שידע כי אינו מעורב בענייני סמים, וזאת כמשמעות מבחן בתחילת פעילותו כסוכן, כפי שנאמר במשפט בגזר הדין בעניינינו.

לעומת זאת, ביחס לנאים, פניות הסוכן אליו לא נעשתה ביוזמתו, אלא נבעה מהודעה שאבו נאסר השאיר לסוכן כי יצור קשר עם הנאשם, כאשר תוכן ההודעה בשיחה 326 שהוגשה כראייה וסומנה ת/42, מלמד על קשר קרוב בין הנאשם לבין ابو נאסר. קשר זה עולה גם מיזמתו של הנאשם למצוא כתובות לקבלת הסם בירדן, באמצעות קרוביו משפחתו של ابو נאסר, כעולה מהすべיף הראשון של העבודות המוסכמתות.

בנסיבות הללו, ספק רב בעיני אם ניתן לומר שהסוכן פעל ביחס לנאים כסוכן מדיח, ובכל מקרה גם אם קיבל את טענת הנאשם בעניין זה, אין בכך כדי לפטור את הנאשם מאחריות פלילתית, ולכל היותר טענה זו יכולה להיות שיקול מסוים להקלת בעונשו של הנאשם.

ד. הטענה בדבר אכיפה בררנית

טענות הצדדים

כאמור לעיל, ב"כ הנאשם טוען כי גורמי האכיפה נקטו באכיפה בררנית לפני הנאשם, בשל היותו עורך דין, בכך שנמנעו מלהזכיר מעורבים בכיריהם ממנו בפרשה, וביניהם אביו נאסר, שבעקבות שיחה עמו פנה הסוכן לנאשם, וכן קובי רובין שהינו עבריין ישראלי שמרצה עונש מאסר בפרו, שהוא מעורב ברכישת הסמים שם, וכן אמו שרה, שאליה הועבר התמורה עבור הסמים.

ב"כ הנאשם טוען עוד כי גם לאחר שהסמים הובאו לארץ ע"י המשטרה, ההחלטה למי להעביר את הסמים שהגינו, הייתה למשעה החלטה את מי להפليل באמצעות הסוכן, התקבלה באופן שירוטי ע"י מפעילו של הסוכן, מתוך כוונה פסולה להפليل את הנאשם בשל היותו עורך דין, לעומת זאת המעורבים בפרשה, לעומת זאת המעורבים בפרשה, למרות שהמעורבים האחרים הינם בעלי עבר פלילי בשונה מהנאשם.

יתירה מכך, הנאשם לא היה כולל ברשימה היעדים שהיתה חלק מהascusם הפעילה של הסוכן, והפעולות נגדו נעשתה מתוך כוונה להפليل אותו ולהחמיר אותו בשל היותו עורך דין. לדבריו, יש בהתנהלות זו של המשטרה אכיפה בררנית, והפליה לרעה של הנאשם בשל מקצועו, אשר מקימה לנאשם טענה של הגנה מן הצדק שמצדיקה את ביטולו של כתב האישום.

לעומת זאת, ב"כ המאשימה טוען כי המשטרה פעלתה משיקולים עניינים ומבצעיים, לאחר שקיבלה את כל האישורים הדרושים, כולל אישור לפעול נגד הנאשם, כפי שציין ב"כ המאשימה בעמ' 41 לסייעו.

ב"כ המאשימה אישר כי הנאשם אכן לא היה כולל ברשימה היעדים של הסוכן, אולם לדבריו רשימת היעדים אינה רשימה סגורה, ואין בה כדי למנוע פעילות נגד גורמים נוספים, שמעורבותם בתחום הפעילה של הסוכן, מתגלה תוך כדי הפעולות, בהתאם להתקפותיו ולנסיבות המשתנות.

לטענתו, גם ההחלטה בדבר אופן חלוקת הסמים במסגרת פעילות של הסוכן, נבעה משיקולים עניינים ומבצעיים, ומכל הטעמים הללו טוען ב"כ המאשימה כי אין כל שחר לטענה בדבר אכיפה בררנית.

דין והכרעה

הגדרה המקובלת של אכיפה בררנית היא אכיפת הדין גdagdamach וימנעות מאכיפתו גdagachrim, והביטוי הרווח שלו הוא באחת משתי דרכים: הדרך האחת היא בהחלטה העמיד לדין רק חלק מהמעורבים בפרשנה, תוך הימנעות מהעמדה לדין של מעורבים אחרים באותו פרשה בנסיבות דומות, והדרך השנייה היא בהחלטה העמיד דין בפרשה אחת, כאשר בפרשיות אחרות ענין גdagomaha להוגש ככל כתבי אישום (ראו בר"ש 4252/16 **אלגלי נ' נציגות שירות המדינה**, פורסם בנבו, 5.7.2016, פיסקה כ"א).

הדרך להוכיח טענה בדבר אכיפה בררנית היא דו שלבית, כפי שנאמר בענין **אלגלי הנ"ל** (פיסקה כ"ב):

כדי להוכיח אכיפה ברורנית, יהיה על הטעון להראות בראש וראשונה כי אכן עסוקין בהבנה בין מי שהdumpו ביניהם רלבנטי לעניין, כמוwick התיחסות דומה בשאלת הגשתו של כתב אישום; בשלב השני, על הטעון להראות כי בסיס הבדיקה ניצב מנייע פסול, כמו למשל שרירותיות, או התחשבות בשיקולים שאיןם מן העניין, או שאיןם ראויים. מטבע הדברים, מדובר בשני שלבים שלובים זה בזה, ואשר רב המשותף להם.

עוד נאמר לעניין הטענה של אכיפה ברורנית, כי נדרש זהירות רבה לפני הטענה שיפוטית בעילה זו:

הטענה של אכיפה ברורנית, המועלית על ידי הנאשם בהליך פלילי, עשויה להוביל לביטולו של כתב האישום. המשמעות היא שנאשם לא עומד לדין, על אף שעלה פי עמדתה של המאשימה קיימ סיכוי סביר להרשעה וקיים אינטרס ציבורי בניהול הלין פלילי (שהרי הנחתנו היא אכן זה כך, לא היה מוגש כתב אישום). תוצאה כה מרחיקת לכת מחייבת התיחסות זהירה במיוחד מצד בית המשפט, כאשר מועלית בפנוי טענה כאמור... (ע"פ 6328/12 מדינת ישראל נ' פולדי פרץ, פורסם בנבו, 10.9.2013, בסעיף 3 לפסק דין של הנשיא גרוןיס).

על רקע האמור, אבחן את הנسبות שלפנינו. אצין כבר בפתח הדברים כי קצת קשה לקבל טענה של אכיפה ברורנית, כאשר עסוקין בפרשה שבמסגרתה הוגשו 14 כתב אישום נגד 40 נאים, כפי שגם ב"כ הנאשם עצמו הזכיר כמה פעמים בסיכוןיו.

כפי שעה מהעובדות המוסכמת, הקשר בין הנאשם לבין הסוכן נוצר כבר בתחילת פעילותו של הסוכן, אולם מעודתו של הסוכן בבית המשפט עולה כי ההיקות בין השנים החלה שנים אחדות קודם לכן, כאשר הנאשם ביקר אצל הסוכן בעת שרצה עונש מאסר ממושך בגין עבירות סמיים. לדברי הסוכן, כבר אז, בשנת 2007 לערך, הנאשם שוחח עמו על עסקאות יבוא של סמיים, אולם הסוכן אמר לו כי אינו יכול להיות שותף לעסקאות כאלה בעודו בכלל, ראו פרוטוקול מיום 18.1.15, עמ' 351 ש' 15 - 20.

בכל אופן, בפגישה שהתקיימה ביניהם, לאחר השיחה הטלפוןית שהסוכן קיים עם הנאשם, בעקבות הוודעתו של ابو נאסר, שוחחו הנאשם והסוכן על "יבוא סמיים", והמשיכו לשוחח על כך גם בפגישים שהתקיימו ביניהם לאחר מכן. כעולה מהפרטים המוסכמים, וכי שפורט בהרחבה בפרק הקודם, הנאשם גילתה מעורבות פעילה ויוזמת, בקשר הפלילי שהלך והתפתח בין ובין הסוכן.

לא לモותר לציין בהקשר זה כי הסוכן קיבל אישור ממפעילו עוד לפני שהתקשר לנאים, כפי שעה מתחילה עדותו בבית המשפט, בפרוטוקול שם, ש' 28 ואילך. גם המפעילים קבלו אישור לפעול נגד הנאשם, כפי שציין רפ"ק אנגל בעדותו בבית המשפט מיום 6.2.18, כעולה מהפרוטוקול בעמ' 480 ש' 14, כי קיבל את האישורים הנדרשים מפרק ליט' המדינה ומחטיבת המודיעין במשטרה.

בנסיבות הללו, לא הייתה כל מנעה לפועל נגד הנאשם, למורת שמדובר בעורך דין. אדרבא, קיימ אינטראס ציבורי מובהק לגלות אם שמורי הסף של שלטון החוק, ובכללם עורכי דין ושוטרים, מעורבים בדרך זו או אחרת בעבירות פליליות בכלל, ובעבירות סמים בפרט, ורק נהגה המשטרה ביחס לנאים, כפי שצין רפ"ק אנגל בעדותו בחקירה הנגדית, בפרוטוקול מיום 31.1.18, בעמ' 516 ואילך.

כאמור לעיל, הדרך להוכחת טענה של אכיפה בררנית, היא דו שלבית, כאשר בשלב הראשון יש להוכיח כי מדובר בהבhana בין מי שיש בהם דמיון רלוונטי לעניין הגשת כתוב האישום, ובשלב השני יש להוכיח כי ההבנה נעשתה ממעע פסול ולא ענייני. בסיטואציה שלפניינו, כאשר בעקבות פעולתו של הסוכן, הוגשו 14 כתבי אישום נגד כ-40 מעורבים, שהנאשם שלפניו הוא אחד מהם, ספק רב בעיני אם ב"כ הנאשם עבר את המושכה הראשונה שנדרשת לצורך הוכחת הטענה.

זאת מפני שניכר לעין שגורמי האכיפה עשו כל שניית בצדיה להפיק מפעילותו של הסוכן את המרב האפשרי, וכמוות האנשים שהורשו בעקבות פעולתו של הסוכן תוכיח. אמנם קיימים גורמים נוספים שהיו מעורבים בפעולותו של הסוכן, אולם מדובר בעיקר בשני אסירים שבעת פעולתו של הסוכן היו נתונים במאסר ממושך, כאשר האחד - ابو נاصر, ריצה עונש מאסר ממושך בישראל, והשני - קובי רובין, ריצה עונש מאסר בדרום אמריקה. מידת מעורבותם בפעולות של הסוכן לא התבררה עד תום במסגרת משפט זה, ובכל מקרה לא הוכח כי שיקול פסול או זר כלשהו עמד ביסוד החלטת גורמי האכיפה שלא לחקור ולהגיש כתבי אישום נגד השניים הללו.

אשר לטענה בדבר חלוקה לא צודקת של יודי הספקת הסם שהובא במסגרת פעולתו של הסוכן, נחה דעתך כי הדבר נעשה בהתאם לשיקול הדעת המבצעי של המשטרה, כפי שצין רפ"ק אנגל בעדותו, וגם בעיני זה לא עלה בידי ב"כ הנאשם להוכיח כי שיקול זר עמד ביסוד פעילות גורמי האכיפה בנושא זה.

בנסיבות אלה, לא הונחה בפני תשתיית ראייתית מספקת שיכולה לבסס את טענת ב"כ הנאשם בדבר אכיפה בררנית, ولكن אני דוחה את טענות הנאשם ובאי כוחו בעיניין זה. לעומת מן הצורך אציג כי הדברים אמרוים ביותר שאת נוכח האמור בפסקה, למשל בעיני **פולדי פרץ** שנזכר לעיל, כי מדובר בטענה שבחינהה מחיבת זהירות מיוחדת.

ה. אשםתו של הנאשם בעבירות שייחסו לו בכתב האישום

עתה, לאחרש הכרעתך בטענות המקדימות שטען ב"כ הנאשם, פתיחה הדרך לדון ולהכריע בשאלת אשםתו של הנאשם בעבירות שייחסו לו בכתב האישום. להלן אדון ואكريע בדיון זה, לפי סדר הופעת העבירות בכתב האישום.

1. יבוא סמ מסוכן

טענות מצדדים

ב"כ המאשימה טען בסיכון כי המחוקק ביקש להגדר סיווע, ליבוא או ליצוא של סמים כעבירה עיקרית ולא הסתפק בעבירת הסיווע כעבירה נגזרת מכוח סעיף 31 לחוק העונשין. מכאן ניתן ללמוד על כוונתו של המחוקק להחמיר עם

נאשימים המשיעים לפעולות מסווג זה, ולהתיחס אליהם כל מי שנושאים באחריות עצמאית שאיננה נגררת מאחריותו של המבצע העיקרי. בנסיבות אלו, טענה המאשימה כי מעשה של הקללה או סיוע ל"יצוא או יבוא של סמים כאמור, די בו כדי לאפשר את הרשות המשיע בעבירה עצמאית, אף ללא עבירה מוגמרת או ניסיון לעبور עבירה מוגמרת על ידי מבצע עיקרי.

לעומת זאת, ב"כ הנאשם טוען בסיכון כי העסקה בין הסוכן לבין קובי רובין הتبוצעה ללא כל קשר לנאים, ונרקמה עוד לפני שהוצע בכלל לנאים להיכנס עם הסוכן לעסקה כלשהי. لكن, מדובר בעסקה שהושלמה ללא סיוע או עזרה של הנאשם. לדבריו, גם אם הנאשם היה בחור שלא להמשיך את הקשר עם הסוכן, הרי שהעסקה כבר הتبוצעה והסתימה יומיים קודם להצעת הסוכן לנאים אליו לעסקה כלשהי.

לשיטתו של ב"כ הנאשם, משטרת ישראל היא זו שיבאה את הסמים, והיסודות הנדרשים להרשותה בעבירה זו לא התקיימו בנסיבות הקונקרטיות של הנאים. لكن טוען ב"כ הנאשם כי לא ניתן להרשיء את הנאים בעבירה זו.

דין והכרעה

סעיף 13 לפקודת הסמים המ██ונים קובע כהיא לשנה:

לא יצא אדם סם מסוכן, לא יבוא אותו, לא יקל על יצואו או יבואו, לא יסחר בו, לא יעשה בו שום עסקה אחרת ולא יספקנו בשום דרך בין בתמורה ובין שלא בתמורה, אלא אם יותר הדבר בפקודה זו או בתקנות לפיה או ברישון מעת המנהל.

בית המשפט העליון עמד בכמה פסקי דין על המשמעות הייחודית של סעיף זה, בכל הנוגע לשותפים השונים בעבירה זו של "יבוא ויצוא של סם מסוכן. כך למשל נאמר בעניין **קיס**:

אלא שעבירות יצוא או יבוא של סם, כפי שהיא מוגדרת בפקודת הסמים, סוטה מההגדרה הרגילה של מבצע עיקרי, והיא חלה גם על מי ש"הקל" על יצוא הסם, שבדרך-כלל נחשב למסיע. " הקללה" על יבוא או יצוא משמעה עשיית מעשה ההופך את ה"יבוא" או ה"יצוא" לפחות יותר. למעשה, מדובר בסעיף 31 לחוק העונשין כ"מי אשר, לפני עשיית העבירה או בשעת עשייתה, עשה מעשה כדי לאפשר את הביצוע, להקל עליו או לאבטחו אותו, או למנוע את תפיסת המבצע, גילוי העבירה או שללה, או כדי לתרום בדרך אחרת ליצירת תנאים לשם עשיית העבירה...". בסעיף 32 לחוק העונשין נקבע כי "הטיוע לעbor עבירה, עונשו - מחזית העונש שנקבע בחיקוק בשל ביצועה העיקרי...". כאשר החוקnik בחר להגדיר "טיוע" ל"יבוא" או ל"יצוא" של סמים כעבירה עיקרית, ולא הסתפק בעבירה הטיעוע כעבירה נגררת מכוח סעיף 31 לחוק העונשין, הוא ביקש להחמיר עם נאים אשר מקלים על "יבוא" ועל "יצוא" של סמים [...] (ע"פ 11331/03 קיס נ' מדינת ישראל, פ"ד נת (3), 453, 475 (2004)).

דברים דומים, אף כי בנסיבות שונה, נאמרו בעניין **עובד**:

[...] כאשר שאלת הסיווע מתעוררת על רקע הנורמה הספרטיפית הקבועה בסעיף 13 לפיקודת הסמים, אין כל צורך להזיקק להגדירה של סיווע בסעיף 31 לחוק העונשין. בנסחו את סעיף 13 לא הסתפק המחוקק בהתחנכות של סחר בסמים, יבואם ויצואם, והוא בחר להוסיף אליה את המילים "לא יקל" מトוך מטרה להרחיב את גדרה של העבירה. להשקפתו, אין ספק כלל כי המחוקק ביקש להשוות בין דינו של מי שסחר בסמים, מיבאים או מיצאים לבין דינו של זה שמקל על ביצועם של כל אלה... מעשה שיש בו משום הקלה על יבוא ויצוא של סמים, מקיים את היסוד העובדתי של העבירה בסעיף 13 עוסק בה, ואין להזיקק לנגרת של סיווע, כהגדרתה בסעיף 31 לחוק העונשין [...] (ע"פ 946/04 מדינת ישראל נ' עובד, פ"ד נח(6) 951, 11.8.2004).

הנסיבות בעניין **עובד** דומות מאוד לנסיבות שלפניינו, וגם שם מדובר על העברת כסף לאחרים לצורך יבוא סמים מהולנד, ובית המשפט העליון (כב' השופט לוי) קבע כי יש בכך כדי להוות סיווע לעבירה ייבוא, לא עבירה נגזרת לפי סעיף 31 לחוק העונשין, אלא עבירה עיקרית, לפי ההסדר הנורטטיבי המוחיד שקבע המחוקק בסעיף 13 לפיקודת הסמים המ██וכנים, בכדי להחמיר בדינם של מי שמסיעים ייבוא ויצוא סמים מסוכנים.

אשר לפרשנות של המילה "יבוא", טוען קדמי בספרו "**על פיקודת הסמים המ██וכנים - הדין בראוי הפסיקה**", מהדורות 2007 (להלן: קדמי), בעמ' 174, כי יש לפרש את המילה כהגדרתה בפיקודת הפרשנות. בסעיף 1 לפיקודת זו, המילה יבוא מוגדרת כך: "**הבאה או גרם הבאה לישראל, ביום, ביבשה או באוויר**", והמילה יוצאה מודרת כך: "**הוצאה או גרם הוצאה לישראל, ביום, ביבשה או באוויר**".

מכאן מסקנתו של קדמי, כי הכוונה של סם מסוכן, בכל דרך שהיא, לטור שטחה הריבוני של ישראל, מהויה יבוא של סם, לעניין סעיף 13 לפיקודת הסמים המ██וכנים.

על רקע התשתית הנורטטיבית שנפרסה לעיל, אבחן את הנסיבות שלפניינו, כאשר בהתאם לעיקרונות שקבעתי לעיל הבסיס העיקרי לקביעת ממצאים עובדיים הוא מסמך ההסכמות שעל בסיסו טענו ב'כ' הצדדים את טיעוניהם.

כפי שהוסכם באותו מסמך, בשיחות ובפגשים שנערכו בין הנאשם לבין הסוכן בחודשים אוגוסט וספטמבר 2015, השנהים דבו על יבוא סמים, וכן על מחיר הסמים ודריכים להבריחם לארץ. בהמשך, לאחר שהשנים שוחחו על אפשרויות שונות כיצד להבריח סמים לארץ, ביום 26.2.16, העביר הנאשם לסוכן 40,000 ₪, שאוטם קיבל מאחד בשם עומר מושא, בביתו בכפר ג'דיא, תוך שהוא מבטיח להשלים את הסכום ל-80,000 ₪, "זאת עבור יבוא הסמים" כפי שנרשם בסעיף 10 למסמך ההסכמות.

בהמשך, לאחר שהתברר כי הנאשם מתקשה להשיג את הסכום הנוסף שהתחייב לשלם, במפגש ביניהם שהתקיים ביום 19.8.16, הציע הסוכן לנายนם, שבתמורה לאותם 40,000 ₪ שכבר הועברו על ידו, הצטרף הנאשם לעסקה אחרת של

יבוא סמים, והנאים הסכימים, כפי שנקבע בסעיף 12 למסמך ההסכם.

בקשר זה, ראוי לשים לב למועדים המדויקים של האירועים השונים, שמפורטים בסעיף 13 למסמך ההסכם. נקבע שם כי שוטרים שהתחזו לבדרי סמים, רכשו את הסמים בקולומביה ביום 17.8.16, דהיינו יומיים קודם ה萃רפטו של הנאשם למימון עסקה זו. אולם נקבע עוד כי הסמים שנרכשו במסגרת העסקה - 6 ק"ג של קוקאין, הובאו לארץ ביום 23.8.16, דהיינו 4 ימים לאחר שהנאים ה萃רפטו כשותף לעסקה זו.

מהר ועסוקין בעבירה של יבוא סם, היסוד העובדתי בעבירה מתגבש כאשר הסם נכנס לשטחה הריבוני של המדינה, וכinnerה זו נעשתה ביום 23.8.16. בהינתן לוח הזמנים שנקבע במסמך ההסכם כמפורט לעיל, ברור כי אין שחר לטענת ב"כ הנאשם, בסעיף 93 לsicomio, כי ה萃רפטו של הנאשם לעסקה הייתה לאחר שהעסקה כבר הושלמה יומיים קודם לכן. זאת מפני שהעבירה שמיוחסת לנאים היא עבירת יבוא סמים, והיסוד העובדתי בעבירה זו הושלם רק עם כניסה הסמים לארץ, ימים אחדים לאחר שהנאים תרמו את חלקו במימון העסקה.

יצא אפוא כי אין חולק שהנאים מסר לסוכן סכום של 40,000 ₪ עבור יבוא סמים, כעולה מסעיף 10 למסמך, ואין חולק גם כי הנאשם הסכימים ביום 19.8.16 שהסכום האמור ישמש לעסקה קונקרטית של יבוא סמים שנרכשו יומיים קודם לכן בקולומביה, וכי הסמים הללו נכנסו לישראל ביום 23.8.16, כעולה מסעיפים 12 ו-13 לאותן הסכומות.

כפי שנפסק בעניין **עובד הנ"ל**, העברת כסף לצורך יבוא סמים, יש בה כדי להוות עבירה עצמאית של הקלה ביבוא סם, לפי סעיף 13 לפיקודת הסמים המsocנים, ומכאן המסקנה כי הוכחו בנסיבות שלפנינו כל היסודות העובדיים הנדרשים להרשעה בעבירה זו של יבוא סמים, לפחות במקרה של חלופה של עשיית מעשה בכך להקל על יבוא סמים.

היסוד הנפשי הנדרש בעבירה זו הוא מודעות כלפי כל רכבי היסוד העובדתי, ראו קדמי שם, עמ' 183, ואין ספק כי הנאשם אכן היה מודע לכך, כפי שעולה מהעובדות המsocמות שפורטו לעיל, אשר אין ספק שהנאים היה מודע היטב למשמעותו, בהיותו עורק דין ותיק ומנוסה במשפט פלילי.

ונכח כל האמור לעיל, כאשר הוכחו הן רכבי היסוד העובדתי, והן קיומו של היסוד הנפשי, הנדרשים להרשעה בעבירה זו של יבוא סם מסוון, התוצאה היא שאני מרשים את הנאשם בעבירה הראשונה של יבוא סם מסוון, במקרה של חלופה של הקלה על יבוא הסם, אשר יוכסה לו בכתב האישום.

2. החזקת סם מסוון

טענות הצדדים

גם ביחס לឧבירה של החזקה סם מסוון נחלקו ב"כ הצדדים. ב"כ הנאשם טען בסicomio כי אין מדובר בעבירה של החזקה סם אלא לכל היותר מדובר בניסיון להחזקה סם, מפני שהנאים כלל לא הוציאו את הтик עם הסמים מהרכב, ומעולם

גם לא הייתה לו שליטה בسمים. ב"כ הנאשם טען עוד כי גם ביחס לעבירה של ניסיון החזקה, עומדת לנԱם טענה של הגנה מן הצדק בשל אכיפה בררנית, אולם טענה זו כבר נדונה ונדחתה לעיל בפרק הקודם.

לעומת זאת, ב"כ המאשימה טען בסיכון כי החזקת הסמים על ידי הנאשם הchallenge בשעה שקיבל הודעה מהסוכן, כי הסמים הגיעו ארצها, והנַּאֲמָן אישר לסוכן כי הוא מגע לאסוף אותם. לדבריו, עסקין בנסיבות זמן בה יכול היה הנאשם לסייע מהעסקה ולומר לסוכן כי הוא אינו מעוניין בסמים, והעובדה שלא עשה כן מלמדת על מודעותו של הנאשם להימצאותו של הסמים בארץ, ועל שליטתו של הנאשם, ביחד עם הסוכן, בסמים המסוכנים, עם הגעתם ארצها, במסגרת הקשר שהנַּאֲמָן הודה כי

היה חלק ממנו, כפי ש汇报 פעמים רבות בעבודות המוסכמתו.

ב"כ המאשימה טען עוד כי לצורך הרשעה בעבירה של החזקה, אין בהכרח צורך בקיומה של החזקה פיזית, וגם קיומה של החזקה קונסטרוקטיבית, שאינה כרוכה בקשר פיזי של הנאשם עם הסם, די בה כדי להביא להרשעתו בעבירה זו של החזקה סמים.

דין והכרעה

סעיף 8 לפיקודת הסמים המסוכנים ذן במשמעותו של המושג החזקה לעניין העבירה של החזקת סמים שנזכרת בסעיף 7, זהה לשונו:

לענין אישום בשל אחזקת סם מסוכן, אין נפקא מינה אם הסם המסוכן נמצא בראשותו של הנאשם, או בראשות המחזיק אותו מטעמו של הנאשם, או אם הסם של הנאשם נמצא בראשותו של אדם אחר ללא ידיעתו של אותו אחר, או אם הסם נמצא במקום שאינו בראשותו או שאינו נתן לפיקוחו או להשחתו של שום אדם.

סעיף 34 כ"ד שהוא סעיף ההגדרות בחוק העונשין, מגדיר את המושג החזקה במיללים הבאים:
"החזקת" - שליטתו של אדם בדבר המ מצוי בידו, בידי של אחר או בכל מקום שהוא, בין שהמקום שייך לו ובין אם לאו; ודבר המצוי בידם או בהחזקתם של אחד או כמה מבני חבורה בידיעתם ובהסכמהם של השאר יראו כמו בידם ובהחזקתם של כל אחד מהם ושל כולם אחד.

קדמי שם, בעמ' 58, מבחין בין שלושה סוגים של החזקה: החזקה "ممשית", החזקה "קונסטרוקטיבית", והחזקקה "נגזרת", ומוסיף כי בהיעדר הגדרה למושג החזקה בפקודת הסמים המסוכנים, יש לפנות להגדרה שבחוק העונשין, ביחד עם התוספת המבאה רשותה שבסעיף 8 לפיקודת.

במה שר הוא מצין כי שני הסוגים הראשונים, שהינם למעשה הרישא והסיפה של ההגדרה בחוק העונשין, נסמכים על החזקה ממשית של מחזק עיקרי, ואילו הסוג השלישי הוא החזקה מכוח דיני השותפות לדבר עבירה.

זאת ועוד, "הלכה פסוקה היא כי עבירה החזקה לפי סעיף 7 לפקודה הינה עבירה של מחשבה פלילתית, ואין מרשיעים על פיה, אלא אם הוכיחה התביעה כי הנאשם ידע על דבר הימצאות הסם המסוכן נושא האישום בהחזקתו", כלשונו של קדמי שם, בעמ' 61.

דין נרחב במהותה של עבירת ההחזקה, התקיים בעניין **הוכשתט**, ע"י השופט ברק (כתוארו אז), אשר דומה כי ניתן לראות בו פסק דין מנהה ביחס לעבירה זו. בשל חשיבות הדברים, אביא חלק מהם כלהלן: (פורסם בנבו, 6.1.1986):

[...] נראה לי, כי לעניין העבירה של החזקת סם מסוכן, מושג השליטה ממשמעותו, כי לאדם היכולת, על-פי מהלך העניינים הטבעי והרגיל, להגיע לעשייה פיסית בחפש, או שיבידו היכולת לקבוע את גורלו הפיסי של החפש...תנאי הוא, כי יכולה זו עלכל היבטיה תהיה בלעדית לאותו אדם או לו ולאחרים הפעלים עמו בצוותא...אמת מידת זו עללה בקנה אחד עם שימושו הלשוני של הביטוי "שליטה", והוא מgeshma את המטרה החקיקתית, המונחת ביסוד העבירה של החזקת סמים מסוכנים. מטרת זו עניינה מניעת השימוש בסם מסוכן, בין שימוש עצמי לבין שימוש על-ידי אחרים.

....

נראה לי, כי השליטה נקבעת על-פי המיציאות הלכה למעשה ולא עלפי הזכות המשפטית באותו חפש. על-כן עשוי גזלן לשלוט בחפש, ואילו בעלי של החפש עשוי שלא לשלוט בו. תוצאה זו מתחייבת ממהות העבירה שבחזקת סם מסוכן, שכן עניינה בעלות אלא יכולת שימוש. על-כן, בעליים של סם - כגון מי שירש סם ממוריוו - שכן לו השפעה בפועל על גורלו של הסם, אינו אחראי בפלילים בגין החזקתו.

ובאשר להחזקת הקונסטרוקטיבית נקבע בהמשך בעמ' 827 לפסק הדין:

[...] תנאי להפעלה של הגדרה זו, כי לפחות אחד מבני החבורה יהיה מחזיק בחפש בהחזקת 'אמתית'. משמתמלא תנאי זה, עשויים שאר בני החבורה - אשר אינם מקיימים בעצמם תנאי זה - להיחשב כמחזיקים, אם החזקה האמיתית היא במידעתם וב הסכמתם...

הסכם אין פירושה אך הבעת נוכנות, גם אם זו נעשית מתוך אינטרס אישי. לדעתינו, 'הסכם' בהקשר שלפנינו עניינה הידברות מוקדמת או עסק משותף או היוצא בזה בין השניים, אשר במהלך ה壮 (המשתת) של האחד, להחזקתו (הكونסטרוקטיבית) של الآخر [...].

(ע"פ 250/84 דין **הוכשתט נ' מדינת ישראל**, פ"ד מ(1) 813, עמ' 823 - 827)

על רקע האמור לעיל, אבחן את הנسبות שלפנינו. כפי שציינתי לעיל, קביעת הממצאים העובדיים תיעשה על פי מסמך העובדות המוסכמת שהוגש ע"י ב"כ הצדדים. מאותו מסמך עולה כי ביום 8.9.16 הסוכן יצר קשר עם הנאשם ומסר לו שהסמים הגיעו מדרום אמריקה. בעקבות זאת, הנאשם הגיע לאשדוד ונפגש עם הסוכן. בפגישה ביניהם, הסוכן עדכן שהסמים הגיעו וכי מדובר בשני ק"ג קוקאין, והנائب מסר לסוכן שהוא יאוסף את הסם בעצמו לאחר תיאום מול הסוכן, כשהם מסכימים שהם שותפים בעסקה.

במה שפגשו הנאשם והסוכן, והסוכן מסר לנԱַם, כי הטעמים מוסלקיים בתא המטען של רכב מסווג יונדי, שחנה בסור לתחנת הרכבת באשדוד, וביקש ממנו שישע אותו, בכך שיוכל להראות לו היכן נמצאים הטעמים. הסוכן נסע לכיוונה של תחנת הרכבת כשהנאשם בעקבותיו, וכשהגיעו ליעד, הסוכן הציב על הרכב הרלבנטי, ובעקבות זאת יצא הנאשם מרכבו וניגש לרכב היונדי שבו נמצאו הטעמים.

הנאשם פתח את תא המטען, וכשרכן עבר התיק שבו הוסלקו שני ק"ג קוקאין, אשר היה קשור לתא המטען, קופצו עליו שוטרים ובלשים שהו במקום ועצרו אותו.

עליה אפוא מהעובדות המוסכמות, כי הנאשם ידע היטב כי מוסלקיים טמים ברכב, ואין ספק שהוא הגיע לרכב, בכך לקחת בעצמו את הטעמים שהוא שותף להבאתם, כפי שסיים קודם לכן עם הסוכן. בכך מתקיים בנאשם היסוד הנפשי של מחשבה פלילית הנדרש להרשעה בעבירה זו.

עם זאת, נותר בעיני ספק באשר למידת החזקה המשנית של הנאשם בסמים, בהינתן העובדה שבסתופו של דבר לא הייתה לנԱַם שליטה פיזית ממשית בסמים, שכאמור היו מוסתרים בתיק שהוא קשור בתוך תא המטען, באופן שהנאשם לא היה יכול לקחת את הטעמים הללו.

אולם גם אם החזקה ממשית אין כאן, אני סבור כי החזקה קונסטרוקטיבית, בהתאם לסעיף 34 כ"ד סיפה לחוק העונשין, יש גם יש. זאת, מפני שאין ספק שהנאשם היה חלק מהחבורה שהייתה מעורבת בקשר להבאת סמים מהו"ל, והנאשם גילה מעורבות פעילה מאוד בקשר האמור. גם הסוכן היה חלק מרכזי מהקשר האמור, והנחת הטעמים ברכב היונדי, נעשתה ע"י המשטרה, במסגרת הפעלתו של הסוכן. لكن, הסוכן שהיה מעורב גם בהשלמת הטעמים, הוא מחזק ממשי בסמים הללו, והנאשם חלק מהחבורה שעלה נמנה הסוכן, הוא מחזק קונסטרוקטיבי בסמים אלה, למراتות שלא היה מגע פיזי בין ובין הטעמים.

noch כל האמור לעיל, משתקיימו אצל הנאשם גם היסוד העובדתי וגם היסוד הנפשי, הנדרשים להרשעה בעבירה של החזקה סמים, התוצאה היא שאני מרשים את הנאשם בעבירה של החזקה סם מסוכן שלא לצורך עצמית, עבירה לפי סעיף 7 (א) + (ג) רישה לפקודת הטעמים המסוכנים.

3. קשרת קשר לשע

אשר לעברת הקשר, כעולה מהעובדות המוסכמות, אין חולק כי הנאשם והסוכן קשרו ביניהם ליבא סמים לארץ, כשהם מסכימים ביניהם לפעול יחדיו לביצוע התכנית העברנית שלהם. על מהותה של עבירת הקשר בהקשר לעבירה בע"פ 15/15 2681 גדי בן שטרית נ' מדינת ישראל (פורסם ב公报, 14.2.16) בפסקה 55 לכך לישנא:

[...] היסוד העובדתי בעבירת קשרת הקשר עניינו ב"כריתת הברית", הינו, בהסכמה שהתגבשה בין שני אנשים או יותר, לביצוע עבירה פלילית. היסוד הנפשי של עבירת קשרת הקשר מתבסש בד בבד עם ההסכמה לפעול יחדיו, למען הגашת המטרה הפלילית, תוך הוכחת כוונתו של הקושר למשמש את המטרה הפסולה, לשלהמה נוצר

הקשר... נאמר לא אחת, כי הקשר הפלילי דומה במהותו לחוזה אזרחי, שלגביו נקבע כי אין די בשלב המשא וממן לצורך השתכללות החוזה, אלא שיש צורך בהסכמה ממשית לביצועו של החוזה. עם זאת, מידת המسوימות הדרישה לצורך השתכללותו של הקשר הפלילי, אינה זהה לו הדרישה בחוזה אזרחי, ואין צורך להגעה להסכמה מפורטת ומדויקת לגבי פרטי העבירה. נפסק, בהקשר זה, כי די בהסכמה עקרונית לגבי ביצוע העבירה הפלילית לשלהמה נוצר הקשר, מבלתי שיש צורך ברמת פירוט ומסויימות, לנדרש במשפט האזרחי [...].

ኖכח כל האמור לעיל, לאחר שוכחנתי כי הנאשם התכוון למשולח את התכנית העברינית, וכי שייחותיו ומפגשיו עם הסוכן נועדו לקדם את הוצאה התכנית העברינית לפועל, כעולה מהעובדות המוסכמת, אין ספק כי התקיימו במעשיו של הנאשם, גם היסוד העובדתי, וגם היסוד הנפשי לנדרשים להרשעה בעבירה זו של קשירת קשר לפשע, ולכן התוצאה היא שהנ帀ם מושיע גם בעבירה זו של קשירת קשר לפשע, לפי סעיף 499(א)(1) לחוק העונשין.

. סוף דבר

סוף דבר, נוכח כל האמור לעיל, לאחר שדוחתי את הטענות של הנאשם להגנה מן הצדק בשל אכיפה ברורית, ואת הטענה בדבר הכשלתו ע"י סוכם מדיח, ולאחר שהוכחו כל היסודות לנדרשים להרשעה בעבירות שיויחסו לנ帀ם בכתב האישום, התוצאה היא שהנ帀ם מושיע בכל שלושת העבירות שיויחסו לו בכתב האישום.

ניתנה והודעה היום ה', תמוז תשע"ט, 08/07/2019 במעמד הנאשם וב"כ הצדדים.

אהרון משניות, שופט