



מ"ת 19246/03/19 - מדינת ישראל נגד עבדללה מוסא

בית משפט השלום בתל אביב - יפו

מ"ת 19246-03-19 מדינת ישראל נ' מוסא(עציר)

לפני כבוד השופט רועי פרי
המבקשת:

מדינת ישראל
באמצעות תביעות תל אביב
ע"י ב"כ עו"ד תמיר אלטיט

נגד

המשיב:

עבדללה מוסא (עציר)
באמצעות ב"כ עו"ד אופיר חגואל
מטעם הסנגוריה הציבורית

החלטה

האם ניתן להגיש כתב אישום בעבירה של עסקה אחרת בסם, לצד בקשה למעצר עד לתום ההליכים, כשהחומר החשוד "כסם", נתפס ע"י המשטרה, וטרם ניתנה חוו"ד מעבדה אודותיו - זו השאלה העומדת ביסוד תיק זה.

1. כנגד המשיב הוגש כתב אישום המייחס לו עבירות של עסקה אחרת "בחומר הנחזה להיות סם מסוכן מסוג



נייס גאי, החזקת סם שלא לצריכה עצמית, לצד בקשה למעצרו עד לתום ההליכים בהתאם לסעיף 21 לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה - מעצרים), תשנ"ו - 1996.

2. למקרא כתב האישום עולה כי ביום 5.3.19, אחה"צ, ברחוב הגדוד העברי בתל אביב, פנה המשיב לשוט, שאותה עת היה לבוש ביגוד אזרחי, ושאל אותו לרצונו. השוט השיב: "מה יש לך?" ואילו המשיב הציע "נייס גאי". השוט השיב כי הוא מעוניין: "תן לי 2". בהמשך ניגש המשיב לרכב שחנה בסמוך והוציא מתחת לגלגל הרכב חם-צוואר ממנו הוציא 3 שקיות של חומר הנחזה להיות "נייס גאי" ומסרם לידי השוט בתמורה לסך של 100 ₪.

המשיב נעצר בגמר העסקה, והחזיק כאמור ב- 6 שקיות של החומר האמור שלא לצריכתו העצמית, **"בלא שהדבר הותר בפקודה או בתקנות לפיה, או ברישיון מאת המנהל"**.

3. ההגנה כפרה בקיומן של ראיות לכאורה והפנתה לפסק דינו של בית המשפט העליון במסגרת **רע"פ 2220/16 רועי מור יוסף נ' התביעה הצבאית הראשית (26.10.17)**, שדן בסוגיית חומר מסוג "נייס גאי", ההגנה טענה כי בתיק זה ישנה פגיעה חמורה במשיב ובעקרון החוקיות. ההגנה טענה כי החלטה שיצאה תחת ידיו של בית המשפט המחוזי בתל אביב, מפי כב' השופט אברהם הימן (**עמ"י 27692-02-19**), הופנתה למשטרה על מנת שתייעל את עבודתה.

"הדרך לייעל אותה היא לא להביא אנשים בגין סחר בחומר שאין אינדיקציה שהוא אסור", טען הסנגור המלומד. ההגנה הפנתה למחדלי חקירה בתיק, בדמות העדר תיעוד העסקה או נטילת ט"א מהשקיות, העדר הורדת מצלמות אבטחה מהמקום ועוד. נייס גאי אינו מופיע כחומר אסור בפקודת הסמים ומכאן עתרה ההגנה כי יש להורות על שחרורו של המשיב בערבויות בלבד.

4. התביעה (10.3.19) הסתמכה על האפשרות הקיימת בפסיקה להוכיח עסקה בסם גם ללא חו"ד סם, ובתוך כך הפנתה לספרו של כב' השופט קדמי **"על פקודת הסמים המסוכנים - הדין בראי הפסיקה" (הוצאת דיונון, 2007)**. התביעה לא ידעה לענות (10.3.19) האם נערכה בתיק זה בדיקה ראשונית לחומר החשוד כסם, תוך שהפנתה להחלטתו של כב' השופט הימן, מבית המשפט המחוזי בתל אביב, במסגרת **עמ"י 27692-02-19**.

התובע המלומד (13.3.19) הסכים כי בעת הזו לא ניתן לייחס למשיב עבירה של החזקת סם שלא לצריכה עצמית אלא אך ניסיון לעבירה זו, בהעדר חו"ד סם. התובע הפנה להתנהלות המשיב וטען כי מדובר, "בעצמת עיניים" מצדו, או לכל הפחות לקיומן של ראיות נסיבתיות לביצוע עסקת סמים. "שניהם סבורים שזה סם, השוט מדבר על נייס גאי וכך גם המשיב, מתבצעת עסקה בייס גאי, סם ידוע ומוכר, נכון שהתרכובות זו הגדרה מעבדתית... חו"ד על סם מסוג נייס גאי זה תהליך של שבועיים-שלושה עד שמזהים תרכובת ספציפית".

דין והכרעה



5. לאחר ששמעתי ברוב קשב טיעוני הצדדים ועיינתי בתיק החקירה, נחה דעתי כי קיימת תשתית ראייתית **נסיבתית** למיוחס למשיב, בזיקה להעדר חו"ד סם, לעבירה של עסקה אחרת בסם ולעבירה של ניסיון להחזקת סם מסוכן, בד בבד לצד **חולשה ראייתית** כפועל יוצא מאי קיומה של חו"ד סם, הגם שהחומר החשוד "כסם" נתפס ע"י המשטרה ומצוי בידה.

6. ראיות התביעה נסמכות על דוח הפעולה של השוטר רס"ר דוד מתן מיום 5.3.19. ביצע פעילות יזומה כנגד תופעת הסחר בסמים בגזרת שרת. לבש ביגוד אזרחי. התקרב למשיב, "שאל אותי מה אתה צריך?", ענה למשיב "מה יש לך?", ענה לשוטר "נייס גאי". השוטר ביקש 2, המשיב הלך לכיוון רכב והוציא מהגלגל, "חם צוואר", 3 שקיות ניס גאי בצבע שחור, מסר למשיב שטר של 100 ₪.

מיד ביצע את הסימן המוסכם לשוטר זמנו שעצר את המשיב. השוטר הסביר לשוטר אחר בשם יגאל היכן "הזולה" של המשיב.

השוטר רס"ר יגאל ריידר מתאר בדוח הפעולה, מיום האירוע, כ הבחין בסימן מצד השוטר מתן, לאור הכוונה טלפונית שקיבל, זיהה כי מתחת לרכב החונה יש כובע גרב ובו 3 שקיות של חומר החשוד כניס גאי.

דוח מעצר שערך השוטר רס"ר גושה זמנו מיום האירוע, עצר את המשיב לאור הסימן המוסכם שקיבל מהשוטר מתן, המשיב החזיק בידו שטר של 100 ₪ וטען: **"אני לא מוכר הכסף גם לא שלי, חבר שלי זרק אלי"**.

קיימים בתיק דוחות "שרשרת סם", כך ש- 3 השקיות שקיבל השוטר מהמשיב משקלן 25.27 גרם ברוטו ואילו 3 השקיות שנמצאו מתחת לגלגל משקלן 23.29 גרם ברוטו.

החומר החשוד כסם התקבל במעבדת הסמים במטא"ר ביום 6.3.19.

המשיב מסר בהודעתו מיום 5.3.19 כי הוא מתגורר על המדשאה בגינת לוינסקי.

"אני ישבתי עישנתי ג'וינט, היה מישהו בצד שישב לידי שנתן שקית ניס גייס (כך כתוב, ר.פ.) למישהו אחר והמישהו הזה נתן לו 100 שקלים, ושהוא ראה שהבילוש, וטוען כי בא אלי, הוא ברל (צ"ל: ברח) וזרק את 100 שקלים עלי, חוץ מזה אני לא עשיתי כלום, זה הכל באמא שלי, יש שם מצלמה אני לא משקר". המשיב מכחיש כי הלך לרכב להביא את הניס גאי לשוטר וטוען כי היו שם שני בחורים.

7. סעיף 1 לפקודת הסמים קובע, כהאי לישנא:

"סם מסוכן" - חומר מן המפורטים בתוספת הראשונה לרבות כל מלח שלו, וכן כל תכשיר, תרכובת, תערובת או תמיסה של חומר כאמור ומלחיהם;

רוצה לומר סם מסוכן הוא זה המצוי בתוספת הראשונה לפקודת הסמים והוא בלבד. אין מחלוקת בין הצדדים כי החומר הקרוי "ניס גאי" אינו מופיע בפקודת הסמים.

עמוד 3



סעיף 13 לפקודה, מונה מספר עבירות:

" לא ייצא אדם סם מסוכן, לא יבא אותו, לא יקל על ייצואו או ייבואו, לא יסחר בו, לא יעשה בו שום עסקה אחרת ולא יספקנו בשום דרך בין בתמורה ובין שלא בתמורה, אלא אם הותר הדבר בפקודה זו או בתקנות לפיה או ברישיון מאת המנהל".

ודוק, גם עבירה של עסקה אחרת בסם, מפנה להגדרת "סם מסוכן".

עבירות הסמים דורשות מחשבה פלילית של מודעות או למצער חשד להנהגות ולנסיבות העבירה.

מקום שחלק מנסיבות עבירה, הן בסחר בסמים והן בעסקה אחרת בסם, כוללות "סם מסוכן", והחומר הנטען אינו נכלל בתוספת הראשונה לפקודה, בהעדר חו"ד סם, לא ניתן להאשים בעבירה המוגמרת, אלא אך בעבירת הניסיון.

ודוק, כל התרכובות האסורות בהקשר "לניס גאי", לא נכללו בתוספת השנייה, ומכאן אין בסם זה החזקה לשימוש עצמי, אלא כל החזקה מהווה שלא לצריכה עצמית - **ראו סעיף 31(3) והתוספת השנייה לפקודת הסמים.**

בית המשפט העליון דן בשנת 2017 במסגרת רע"פ 2220/16 רועי מור יוסף נ' התביעה הצבאית הראשית (26.10.17), בסוגיית עבירת שימוש ב"ניס גאי", ובין היתר קבע כי אין להרשיע נאשם בעבירה של ניסיון (בלתי צליח) לשימוש בסם מסוכן, רק מפני שהנאשם סבר כי "החומר" שצרך הוא סם בלתי חוקי כאשר מבחינה עובדתית מדובר בחומר שלא הוכרז כסם מסוכן לפי פקודת הסמים. מדובר בטעות משפטית, שאינה יכולה לשמש בסיס לאחריות במסגרת דיני הניסיון הבלתי צליח.

המדובר היה בחייל שהודה שעישן חומר בשם "ניס גאי", שם כולל לתרכובות כימיות שונות מתוך אמונה שמדובר בסם בלתי חוקי. לנוכח העובדה שהתרכובת שעישן לא אותרה, ובהינתן שחלק מהתרכובות הנושאות את השם "ניס גאי" לא נאסרו בפקודה, לא הוכח כי התרכובת הספציפית היתה אסורה לשימוש. השאלה היתה האם ניתן להרשיעו בניסיון בלתי צליח לשימוש בסם מסוכן.

כאן חשוב להעיר, כי **הלכת מור יוסף** ניתנה בהקשר לעבירה של שימוש בסם מסוכן ועניינו בעבירה של עסקה אחרת בסם, דהיינו שהראיות נסמכות על שני גורמי העסקה - השוטר והמשיב ולא רק על מי שנחשד בשימוש בסם ומודעותו לטיב הסם, אם לאו.

שם נקבע כי יש להתמקד במודעות של הנאשם (המבקש שם) לסוג החומר שבו הוא השתמש, ולא באמונתו ביחס לחוקיותו. **"ככל שהוכח כאמור הוא שהמבקש השתמש מרצונו "בניס גאי", חומר שאינו בהכרח אסור לשימוש. בכך שונה המקרה שלפנינו ממקרים אחרים שנדונו בפסיקה, אשר עסקו במצבים של החזקה או שימוש בחומר מותר- מתוך אמונה שמדובר בחומר שהינו בוודאות אסור (כגון הרואין) - ראו למשל ע"פ 149/86 רבייב נ' מדינת ישראל, פ"ד מ(2) 371 - נשאלת השאלה: אם במקרים שבהם נעשה שימוש**



בחומר שהינו בוודאות מותר (כגון קמח) מתוך אמונה שמדובר בסם שהינו בוודאות אסור (כגון הרואין), מוסכם על הכל כי יש להרשיע, האם אין להרשיע מקל וחומר גם את המבקש - שעשה שימוש בחומר שספק אם הוא מותר? לדעתי בהינתן שלא הוכחה כאמור מודעות המבקש או למצער חשד ביחס לטיב החומר שבו השתמש, אין ללמוד בדרך של קל וחומר בין המקרים" (פסקה 29 להלכת מור יוסף).

בית המשפט העליון הבהיר כי "נייס גאי הינו כינוי לשם מסחרי של תרכובות כימיות שונות, שהן סוג של סמי "פיצוציות". מגוון התרכובות רחב, ובין המחוקק לבין שוק הסמים מתנהל מעין מרדף של "חתול ועכבר", כך שמרגע שתרכובת ספציפית נכנסת לפקודה - היא יוצאת מהשוק בתוך זמן קצר - ובמקומה נכנס חומר אחר שהמחוקק טרם הספיק לאסור על השימוש בו" - ראו פסקה 16 להלכת מור יוסף.

לאור העובדה כי לא היה בעניינו של מור יוסף החומר עצמו, לא נשללה האפשרות שהמבקש עשה שימוש בחומר "שאינו סם מסוכן".

משכך נקודת המוצא היא שהמבקש לא השלים את העבירה ועניין לנו בניסיון.

הרציונל שבענישת הניסיון הוא כי אין להמתין עד לביצועה של העבירה המוגמרת, שכן כוונותיו של האדם ברורות. "בנוסף לכך, התפיסה היא כי מי שמתחיל בביצוע עבירה פלילית מתוך שאיפה להשלימה, מוכיח בכך שהוא מסוכן לציבור וכי קיים בו פוטנציאל עברייני" - ראו פסקה 17 להלכת מור יוסף.

קיימים 2 סוגים של ניסיון, ניסיון צליח ובלתי צליח (ראו סעיפים 25 ו-26 לחוק העונשין).

ניסיון צליח הוא באי השלמת העבירה בשל נסיבות חיצוניות, למשל ראובן יורה לכיוונו של לוי ושמעון מתערב ומסיט את ידו. ניסיון בלתי צליח הוא בביצוע העבירה שנדונה מלכתחילה לכישלון או-אז נדרוש יסוד נפשי נוסף של אי-מודעות או טעות במצב הדברים האובייקטיבי להשלמת העבירה - אדם מוכר לחברו קמח בסברו שמדובר בהרואין. בית המשפט העליון בהתאם להלכה הפסוקה והספרות הענפה אליה הפנה ולדוגמאות לעיל, מבחין בין טעות במצב עובדתי אשר לניסיון כנינת להרשעה לבין טעות במצב המשפטי - שאינה בת עונשין - פסקאות 19-20 להלכת מור יוסף.

בית המשפט העליון מגיע לכלל מסקנה כי המודעות הקונקרטית של המבקש לחומר בו השתמש, כפי שהוכחה במשפט, הייתה חלקית וחסרה, נותר ספק אם כוונתו היתה להשתמש בסם המנוי בפקודת הסמים, התקיים ספק אם הטעות נוגעת למצב העובדתי או המשפטי, ומכאן הספק פועל לטובת המבקש והוא זוכה מעבירת השימוש "בנייס גאי" והורשע עפ"י הודאתו בעבירה של שימוש בסם מסוג קנביס.

8. התביעה כאמור נסמכת על החלטתו של כב' השופט אברהם הימן מבית המשפט המחוזי בתל אביב, ובין היתר במסגרת עמ"י 27692-02-19 מדינת ישראל נ' מייקל פסאהה (12.2.19).

המדובר בערר על החלטת בית המשפט השלום במעצר ימים. החשוד מכר לשוטרת סמויה 2 שקיות של "נייס גאי",



בתמורה ל- 100 ₪, ונתפסו עליו, בעת מעצרו, עוד 4 שקיות נוספות.

בית המשפט בהליך הימים הורה על שחרורו של החשוד למעצר בית, בהעדר חו"ד סם, בהינתן שזו פעולת החקירה היחידה שנותרה לביצוע.

כב' השופט הימן קיבל את הערר והאריך מעצרו של החשוד ביומיים נוספים, תוך שמתח הוא ביקורת על התנהלות המשטרה:

"ראשית לכל מצאתי להתייחס להתנהלות משטרת ישראל בעניין חוות דעת סמים. רבות כתבתי והפנתי תשומת לב הגורמים הרלוונטיים במשטרת ישראל, אשר בתמצית אחזור ואומר כי: אם משטרת ישראל רוצה להילחם בתופעת הסחר בסמים, עליה להשקיע משאבים.

לא יעלה על הדעת שלצורך קבלת חוות דעת סם יהיה צורך בהחזקת אדם במעצר למשך שבועיים או מעט פחות מכך. אם משטרת ישראל האמונה על האינטרס הציבורי ושלוש הציבור, סבורה, כפי שהיא מצהירה, שיש להילחם בתופעת הסחר בסמים, אזי עליה לנהוג אחרת".

בהקשר זה, ראו גם ביקורתו של בית המשפט העליון אשר לעיכוב במתן חו"ד סם - **בש"פ 1561/11 פלונית נ' מדינת ישראל (25.2.11).**

כב' השופט הימן, מוסיף ומציע פתרון ביניים למצב בו חו"ד סמים מתעכבת: **"מעבר לכך, וגם בעניין זה קבעתי בלא מעט מקרים, ככל שמחומר החקירה ומהראיות עולה שמדובר "בעסקה אחרת בסם", דהיינו האחד מוכר לשני דבר מה, כששניהם סבורים שמדובר בסם, ממילא אתה אומר שמדובר בעבירה של "עסקה אחרת בסם". דינה של עבירה זו ידוע כדין עבירה של סחר בסם. לפיכך, אני סבור שהיה מקום לפנות ליחידת התביעות על מנת לברר הגשת כתב אישום עם בקשה למעצר עד לתום ההליכים או בלי בקשה, ולא להמתין עד תום לחוות דעת סם".**

ודוק, אין הכוונה להגשה "אוטומטית" של כתבי אישום בנסיבות אלה, אלא **"על מנת לברר הגשת כתב אישום"** - דהיינו, אליבא דכב' השופט הימן על התביעה לעשות בירור משפטי, עובר להליכה בדרך זו.

יש לקרוא את החלטתו של בית המשפט המחוזי הנכבד כהחלטה המצויה במקומה המשפטי, דהיינו ערר על מעצר ימים **(עמ"י)**, רוצה לומר, ניתן בהחלט להאריך מעצרו של חשוד בעבירה של עסקה אחרת בסם, בהינתן שאין (עדיין) בנמצא חו"ד סם, אם ניתן למצוא תשתית ראייתית לעסקה אחרת כאמור. ברי כי הדברים מכוונים לתשתית ראייתית מסוג חשד סביר - התשתית הנדרשת בהליך הימים וגם לצורך הגשת הצהרת תובע בגין עבירה של עסקה אחרת בסם.

יחד עם זאת, אם התביעה החליטה על הגשת כתב אישום בעבירה של עסקה אחרת בסם, שאין בנמצא (עדיין)



חוו"ד סם, ומדובר בחומר שנתפס ומצוי בידי המשטרה, לצד בקשת מעצר עד לתום ההליכים - קיומה של תשתית ראייתית לכאורית, שהינה תשתית ראייתית עוצמתית יותר מחשד סביר, בהליך המ"ת, צריכה להיבחן בשנית, כל תיק לפי נסיבותיו וראיותיו.

יכול ותמצא תשתית ראייתית, שתלמד על תשתית נסיבתית מספקת, גם בהעדר חוו"ד סם, אליבא דהלכה הפסוקה שבבש"פ 8087/95 שלמה זאדה נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(1) 133 ויכול שיהיו תיקים שהתשתית לא תהא מספקת.

אין לקבוע בדבר מסמרות מראש, כל תיק לגופו ולנסיבותיו.

ודוק, הבחינה תעשה אך בשלב בירור הסוגיה הראייתית בהליך המ"ת, לאחר שההגנה עיינה והעתיקה את חומרי החקירה וערוכה לדיון כדבעי.

ויפים בעניין זה, דבריו של כב' השופט פוגלמן, מבית המשפט העליון, במסגרת בש"פ 6910/13 מדינת ישראל נ' האדי קבלאן (17.10.13):

"כידוע, בשלב בחינת בקשה למעצר נאשם עד תום ההליכים, בוחן בית המשפט אם קיימות ראיות לכאורה להוכחת אשמתו בעבירות המיוחסות לו. בחינה זו אינה דורשת הוכחה ברמת הסתברות של מעל לכל ספק סביר, אלא מסתפק בבחינת הכוח ההוכחתי הפוטנציאלי הטמון בחומר החקירה הגולמי. "ראיות לכאורה" בהקשר זה הן ראיות שלגביהן קיים סיכוי סביר שעיבודן במהלך המשפט - תוך כדי העברתן בכור ההיתוך של החקירות, מבחני הקבילות והמשקל - יוביל בסופו של המשפט לביסוס אשמתו של הנאשם מעבר לכל ספק סביר (בש"פ 8087/95 זאדה נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(1) 133; בש"פ 6742/11 אלמכאווי נ' מדינת ישראל, מיום 26.9.11). בשלב מקדמי זה, אין בית המשפט נדרש לעמוד על משקלן של הראיות או לקבוע ממצאים בשאלת מהימנותם של העדים כפי שנעשה בהליך העיקרי, ודי כי שוכנע שיטנו פוטנציאל ראייתי להרשעת הנאשם בתום ההליך המשפטי (ראו: בש"פ 2607/10 פיניאן נ' מדינת ישראל, מיום 18.4.10)."

סוף דבר, החלטתו של בית המשפט המחוזי, מפי כב' השופט הימן ניתנה במסגרת ערר על הליך ימים, ומכאן יפה היא לשלב הליך הימים ולתשתית ראייתית מסוג חשד סביר, או-אז לבטח ניתן להאריך מעצר בנסיבות של חשד לעסקה אחרת בסם, כאשר המסכת הראייתית מראה על ביצוע עסקה בסם ע"י שני אנשים או יותר, שהשניים התכוונו לבצע עסקה בסם, גם בהעדר חוו"ד סם ואף ניתן להגיש הצהרת תובע בנסיבות אלה.

ככל שהתביעה המשיכה והילכה בדרך זו והגישה כתב אישום, לצד בקשת מעצר עד לתום ההליכים, הבחינה הראייתית תעשה מחדש, הפעם במשקפיים חדשים, עוצמתיים, של "ראיות לכאורה", וכל תיק יבחן לגופו ולנסיבותיו.

מבחינת משפט פלילי-מהותי, בית המשפט במסגרת בחינת תשתית ראייתית לכאורית, בתיקים בו מעורב חומר מסוג "נייס גאי", בהעדר חוו"ד סם, חייב להידרש לקביעותיו של בית המשפט העליון, בהלכתו הפסוקה שניתנה בהרכב תלתא, בראשות הנשיאה כב' השופטת מרים נאור, כתוארה דאז, במסגרת רע"פ 2220/16 רועי מור יוסף נ' עמוד 7



התביעה הצבאית הראשית (26.10.17).

ראוי שבתיקים מסוג דא, שאין עדיין חו"ד סם, כי **תינתן ולו חו"ד ראשונית מאת מעבדת הסמים אשר לזהותו של החומר החשוד**, ולו למקצתו, או חו"ד כללית אשר למצב העדכני כיום מבחינת התוספת הראשונה לפקודת הסמים אשר לתרכובות הכימיות המשויכות לחומר הקרוי בשם המסחרי: "ניס גאי", לרבות שאיפה למיצוי החקירה באמצעות תיעוד העסקה ע"י מצלמות גוף או הורדת מצלמות אבטחה ממקום האירוע לצד ראיות פורנזיות נוספות כמו ט"א.

ראו והשוו, בהקשר זה כי חו"ד ראשונית, כך למשל בבדיקת ט"א, מספיקה לשלב המעצר כראיות לכאורה, דהיינו ישנה תשתית שתהא מספקת למעצר עד לתום ההליכים ולא תספיק לשלב הוכחת האשמה בתיק העיקרי - **עמ"ת 47164-08-16 מדינת ישראל נ' בריהון סבה (21.8.16)**.

כבר נקבע כי עומסי עבודה, העדר כח אדם, והעדר משאבים מספיקים אינם יכולים לעמוד בפני זכותו של החשוד והנאשם בפלילים להליך הוגן. מיצוי החקירה היא חלק מזכותו של הנאשם להליך הוגן.

9. בעניינו כאמור, העבירה הינה עסקת אחרת בסם ולא שימוש שלא לצריכה עצמית, בנסיבות אלה **"כבר נפסק כי תפיסת הסם המסוכן מושא העבירה אינה תנאי להרשעה בעסקת סמים... (קדמי על פקודת הסמים המסוכנים בעמ' 170) ... וכאשר אין אפשרות לערוך בדיקה מעבדתית ניתן להוכיח את מהותו של החומר ע"י ראיות נסיבתיות"** - ראו ע"פ 4763/11 יעקובי נ' מדינת ישראל (20.5.04), שם לגבי אישום מס' 3 סוג הסם בעסקה לא היה ידוע.

כמו כן ראו ע"פ 2073/04 אמדורסקי נ' מדינת ישראל (4.9.06) וכב' השופט קדמי בספרו לעיל, בעמודים 202-203: **"לשם ביסוס הרשעה בעשיית עסקה בסם מסוכן די בקיומה של הסכמה הדדית לבצע פעולה אסורה בסמים, וזאת גם אם לא נזכר סוג הסם נושא העסקה"**.

כב' השופט קדמי בספרו, מסכם את ההלכה הפסוקה בעניין עסקה אחרת בסם ומציין כי הדגש הוא על יסוד ההסכמה, **"די בכך שנושא ההסכמה הינו על פי טיבו "סם מסוכן", ואין נפקא מינה, אם בשלבי מימוש מאוחרים מתברר כי החומר שבו נעשתה העסקה בפועל אינו "סם מסוכן". מקום שדי בהסכמה ערטילאית לבצע פעילות אסורה בסמים כדי לבסס הרשעה - די בכך "שהחומר" נושא ההסכמה, הינו סם מסוכן באופן ערטילאי בלבד...עם זאת, כמובן, שכאשר מבקשת התביעה להוכיח קיומה של "עסקה אחרת" בעין - ואינה מסתפקת בהסכמה לביצועה בלבד - הריהי נושאת בנטל ההוכחה כי החומר שהיה בפועל נושא העסקה, היה אכן סם מסוכן"** - ע' 203 לספרו.

מן הכלל אל הפרט



10. בעניינו הסם נתפס, ומכאן בכוונת התביעה להוכיחו בעין, באמצעות חוו"ד סם שבוששה להגיע.

בהתאם לתשתית הראייתית, דו"ח הפעולה של השוטר מתן, בהחלט יש שיח בינו לבין המשיב לביצועה של עסקת סמים, כאשר המשיב נוטל את "החומר" ממקום מסתור, ובגרסתו מרחיק עצמו מהעסקה וטופל את הדברים על חברו הערטילאי.

גרסתו של השוטר מתן מתחזקת בדוח הפעולה של השוטר יגאל, שמוצא את יתרת "החומר", במקום המסתור, בהתאם להכוונתו של מתן.

התנהלותו של המשיב באירוע, תוך שציין "שעישן ג'וינט" באותה עת, מלמדת כי הוא מצוי בעולם הסמים.

ברי הדבר כי בדיקת הגרסאות, המהימנות והמשקל מסורה לשלב התיק העיקרי, על פניו יש מפגש רצונות לביצוע עסקה בסם, גם אם מהותו ערטילאית בשלב זה, יחד עם זאת מספקת כתשתית ראייתית **נסיבתית** לשלב זה של הליך הביניים של מעצר עד לתום ההליכים, בהעדר חוו"ד סם.

משכן, קמה ועולה עילת מעצר מסוג מסוכנות סטטוטורית, אליבא דחוק המעצרים.

כפועל יוצר מהעדר חוו"ד סם, בעת הזו, העובדה כי התביעה מבקשת להוכיח בעין את הסם וסוגו, מצאתי לקבוע באותה נשימה חולשה ראייתית, בהעדר אינדיקציה אחרת לסוג הסם, ובכך אפנה לספרו של **י.קדמי כאמור בעמ' 203 ולהלכת מור יוסף**.

ודוק, ניסוח כתב האישום פגום, בסעיף 5 נרשם: **"במעשיו אלה, עשה הנאשם עסקה אחרת בחומר הנחזה להיות סם מסוכן מסוג "נייס גאי" והחזיק ב- 6 שקיות של החומר האמור"**.

כידוע, נייס גאי אינו סם מסוכן, שכן אינו נכלל בתוספת הראשונה לפקודת הסמים, היה על התביעה לרשום - חומר המכיל תרכובת המכילה קנאבינואידים סינטטיים המכונה "נייס גאי", או ניסוח דומה.

המשיב עצמו בהודעתו אינו מכנה את החומר כנייס גאי, אלא: "נייס גייס" - ראו ש' 11.

בשולי הדברים, אציין כי טענות ההגנה בדבר מחדלי חקירה בתיק זה, יפות ומקומן להתברר בשלב התיק העיקרי. כבר נקבע כי מחדלי חקירה אינם מביאים מניה וביה לזיכוי נאשם, ועל בית המשפט **בשלב שמיעת התיק**, לבחון את המחדלים על רקע מכלול הראיות או-אז יוכל להגיע לכלל מסקנה האם קופחה זכותו של הנאשם להתגונן - ראו בין היתר ע"פ 5386/05 **בילל אלחורטי נ' מדינת ישראל (18.5.06)**.

עניין לנו במשיב, בן 26, נתין זר, אזרח סודן, ללא עבר פלילי.



יחד עם זאת, לחובתו תיק מב"ד קודם, בו הוגש כתב אישום לבית המשפט השלום באשקלון (ת.פ. 56949-05-18) בגין עבירות של גניבה והסגת גבול - בית המשפט אינו יכול להתעלם מתיק מב"ד בו הוגש כתב אישום - ראו בין היתר בש"פ 9745/11 נימר בואב נ' מדינת ישראל (15.1.12).

לאור העובדה כי מחד גיסא נמצאה תשתית ראייתית נסיבתית לכאורית למיחוס למשיב לעבירה של עסקה אחרת בסם וניסיון להחזקת סם ומאידך גיסא קיימת חולשה ראייתית בהעדר חוו"ד סם (המשיב מצוי במעצר מזה 13 ימים), ובשים לב למכלול הטעמים אותם סקרתי לעיל, המשיב צעיר לימים ללא עבר פלילי וללא תיקי מב"ד בתחום זה, מצאתי לקבוע תנאי שחרור, שיבטיחו את התייצבותו לדיוני בית המשפט ויהיה בכוחם לאיין המסוכנות הנטענת.

ודוק, הכל כפועל יוצא "ממקבילית הכוחות", שבין עוצמת הראיות שבחובן חולשה, העילה לבין טיב החלופה/תנאי השחרור שייקבעו - בש"פ 6573/13 מדינת ישראל נ' אביתר (10.10.2013).

סוף דבר, אכן נשקפת חומרה ומסוכנות מהעבירות המיוחסות למשיב, גם בהינתן חולשה ראייתית בעת הזו.

עמד על כך כב' השופט הימן בהחלטתו לעיל, ומסכים אני עם כל מילה שנאמרה, הדבר משול לאדם "המפיץ רעל בקרב הציבור, ומשום מסוכנות זו של הפצת רעל יש לעשות הכל כדי למצות את החקירה, וגם למעצר על מנת לקבל חוות דעת".

יחד עם זאת, לצד עבודת הקודש שעושה משטרת ישראל במיגור תופעת הפצת הסמים ובכלל זה, הפצת תרכובות הנגזרות מהחומר המסחרי הקרוי "נייס גאי", בעיקר באזור גינת לוינסקי בתל אביב, יש להשקיע משאבים נוספים, במטרה לקצר את זמן ההמתנה לעריכת חוו"ד סם, באמצעות הוספת מכשור ובודקים למעבדת הסמים הארצית של משטרת ישראל.

אני מצרף את קולי לקריאה זו שכבר מהדהדת בפסיקה הרווחת.

11. מכלל הטעמים לעיל מצאתי להורות על שחרורו של המשיב בתנאים הבאים:

- א. המצאת כתובת מגורים מחוץ לעיר תל אביב - יפו.
- ב. הפקדה במזומן בסך של 2000 ₪.
- ג. ערבות עצמית בסך של 3000 ₪.
- ד. ערבות צד ג' בסך של 3000 ₪.
- ה. איסור כניסה לעיר תל אביב - יפו, למעט לדיוני בית המשפט, וזאת בליווי הערב שיחתום על ערבות צד ג' בתיק זה.

בהיעדר ערבויות יישאר המשיב במעצר עד להחלטה אחרת ויובא בפני שופט לתזכורת ערבויות ביום 19.3.19, בשעה 11:30.

נקבע לדיון מקדמי בתיק העיקרי בפני כבוד השופט עידו דרויאן-גמליאל ליום 25.3.19, בשעה 10:00.

המשיב מוזהר בחובת התייצבותו.

המזכירות תקבע המועד ביומן.

שב"ס יאפשרו למשיב ביצוען של 5 שיחות טלפון על חשבון המדינה.

ניתנה היום, י' אדר ב' תשע"ט, 17 מרץ 2019, במעמד
הצדדים.