



מ"ת 53779/01/23 - מדינת ישראל נגד שלומי דרעי, מחמוד אבו כף, אור גניש (עציר)

בית המשפט המחוזי בחיפה

מ"ת 53779-01-23 מדינת ישראל נ' דרעי(עציר) ואח'
תיק חיצוני: 317260/2022

בפני כבוד השופט ניצן סילמן
מבקשים
נגד
משיבים
1. שלומי דרעי
2. מחמוד אבו כף
3. אור גניש (עציר)

החלטה - משיב 3

בדין מיום 12/2/23 טען ב"כ המשיב 3 לעניין עצמת הראיות; בתחילה העבירה לי המאשימה את מלוא חומר החקירה, אך ביקשתי לבודד עבורי את החומר העוסק במשיב 3 (אזכיר כי בעניין משיב 1 תלויים 7 אישומים...). אלו הועברו ללשכתי היום.

על פי המתואר בכתב האישום דרעי משוחח עם הסוכן ביום 16/5/22; ביום 17/5 מפנה דרעי את הסוכן למשיב גניש (יכונה להלן "המשיב") ומעביר לסוכן את פרטי גניש; ההפניה היא ליישום התכנית לספק סמים.

אין חולק כי כתב האישום מתאר ניסיונות ביום 17/5 לקיום המפגש אך בשל עיכובים סופו של יום המכר לא מתבצע.

הטיעון התמקד בעיקר בשאלת זיהוי הקול ושיוך הטלפון של המשיב (באותן שיחות מול הסוכן) למשיב.

אין חולק כי המשיב לא היה יעד הפעלה מקורי; מדובר במעורבות אינצידנטלית

נוכח שהטיעון ממוקד, ומתייחס לשאלת העצמה, אעשה הדברים בקיצור.

החומר בתיק-

הודעות סוכן - 17/5 (א1) - קיבלתי הודעה של איש קשר בוואטסאפ שמופיע אור אשקלון

הודעה 18/5 (ב1) - שלומי היה על הקו יחד עם אור ושמעתי את שלומי קורא לאור בשם, ואז שמעתי את הקול של אור איתו דיברתי אתמול.



הודעה 2/6 (ג1)- אם התעסקתי עם אור מאשקלון....

הודעה 6/6/22 - (ד1)- אזכור ההתנהלות מיום 17/5.

קלסר מחת"ק- פלטי פלאפון אור גניש (חוצץ סגול), פלטי דרעי (ג), פלטי סוכן (ב) למועדים הרלבנטיים (פלטי 16-18/5).

הודעות המשיב- שותק בחקירותיו (10/1, 12/1)

ע"ו- **תמלול השמעת מט 206-22 ד** (שיחות 17/5)- קובץ 1- סוכן, אור, דרעי- א (המיוחס למשיב) מאשר כי הוא גר באזור אשקלון (עמ' 3); קובץ 2- כמתואר בכתב האישום; קובץ 3- כנ"ל; קובץ 4- כנ"ל; קובץ 5- כנ"ל; קובץ 6- הסוכן- "אני סגרתי מול שלומי שיהיה בריא.."; קובץ 7- כמתואר בכתב האישום; קובץ 8- כנ"ל; קובץ 9- ביטול המפגש; קובץ 10- המשיב קורא לסוכן בשם תומר (!!), קובעים בעתיד לנסות שנית.

ס"ג- **תמלול השמעת מט 206/22 ה** (שיחות 18/5)- סוכן, אור, דרעי; קובץ 1- סוכן- איזה באסה היה אתמול עם הבחור הזה.."; קובץ 2- בהתאם לכתב האישום; קובץ 3- כולם מועלים על הקו-דרעי: "**אור** אתה על הקו?... סוכן- אהה **אור** מה עניינים.. דרעי: **אור** הוא מדבר איתך חבר שלי תומר... אור: לקחתי את זה בשביל עצמי, הכל טוב, אחלה סחורה.. (מדברים על שיבוש המפגש)

דוח פריקת חומרים וצילומי מסך- "כ"- טלפון סוכן- שיחות והתכתבויות מול המשיב, לרבות תמונת המשיב

דוח חיפוש 10/1/23 - תפיסת הפלאפון

מזכר טאליע עמאר- "מא"- הטלפון נתפס במהלך החיפוש אצל המשיב; מס' הטלפון הנו 053-7883933 (תואם השיחות שערך הסוכן); נמצאו שיחות וואצאפ בין המשיב ובין הסוכן; הסוכן מופיע בשם תומר אשר צפון; השיחות בתאריכים הרלבנטיים לעסקה (17/5-18/5); בתמונת פרופיל הוואצאפ מופיעה תמונת המשיב, וכך גם בגלרית התמונות בטלפון.

דין והכרעה

הטלפון נתפס אצל המשיב; הטלפון שויך למשיב באמצעות תמונה בפלאפון, שיוך המספר, תמונות בגלריה ובאפליקציות

הסוכן אישר כי שוחח עם אור מאשקלון; שיחות מהמועד הרלבנטי נמצאות הן בטלפון הסוכן והן בטלפון אור; אור מכונה בשמו בשיחת הוועידה; מזהה את הסוכן כ'תומר' בשיחות ביניהם, ובשיחת הוועידה, וכך עולה גם בטלפון שנתפס בכלי המשיב.



מתוכן השיחות עולה כי מדובר במי המצוי באשקלון בזמן הרלבנטי; התמונה באפליקציה בזמן השיחות הנה תמונת המשיב; אין לי אלא להפנות לתגובת המאשימה.

העולה מהאמור כי אין פגם בשייך הטלפון למשיב, למועד הרלבנטי למיוחס למשיב בכתב האישום. עצמת הראיות במישור זה תקינה לחלוטין.

לגבי היעדר גישה ישירה לסמים-

המשיב מציע עסקאות אחרות, מציין כי לקח הסחורה לעצמו וכי בהודעה מראש יוכל להשיג סחורה אחרת, מציע מפגש חילופי בעוד שבועיים, מכיר את איכות הסמים ויכול להניע אחרית על מנת שישנעו עבורו סמים ברחבי הארץ. גם כאן עמדת המאשימה מוצדקת.

טיב האישום

גם לו היה מדובר בניסיון לעסקה לא היה בכך דבר לשנות את עילת המעצר; "אין בעובדה כי הניסיון לייבא סמים לא יצא אל הפועל כדי לסתור את חזקת המסוכנות במקרה זה [ראו: בש"פ 9400/06 עזיזה נ' מדינת ישראל ([פורסם בנבו], 26.11.2006)]." (בש"פ 2582/10).

בכלל, הפסיקה קבעה כי די בסיכום עם אחר לגבי מחיר, קביעת כמות וסוג- כדי להשלים עבירת העסקה האחרת. הנושא נדון בהרחבה בבג"ץ **3315/04 טל שטרית נ' בית המשפט המחוזי בירושלים**, שם נותחה הקורלציה בין אישומים בעסקה אחרת ובין קשירת קשר לצרכי הסגרה.

בית המשפט העליון מנתח ארוכות וקובע-

"...קבע בית-המשפט המחוזי כי העבירה בה הורשע העותר דומה ביסודותיה לעבירה של "עיסקה אחרת" בסם, דהיינו: כי היסוד העובדתי בשתי העבירות יסוד דומה הוא, וכי די בדמיון זה כדי לקבוע כי העבירה "שבשלה" הוטל העונש היא העבירה של עיסקה אחרת בסם. בקביעתו זו הסתמך בית-המשפט המחוזי על דבריו של המלומד יעקב קדמי בסיפרו על פקודת הסמים המסוכנים (מהדורה מעודכנת, תשנ"ז-1997, בעמ' 158, 159), בפרשת חוזה קבע בית המשפט העליון (מפי השופט ד' לוי) כי "אותם יסודות, המגבשים עבירת קשר פלילי בדרך כלל, בהתקיימם בנושא סמים מגבשים עבירה מוגמרת לפי סעיף 13 לפקודת הסמים, דהיינו עסקה אחרת בסמים" (שם, 195). קביעה זו מבוססת על שני אדנים אלה: אחד, ההלכה הוותיקה שלפיה היסוד העובדתי בעבירה של קשירת קשר ימצא בהסכמה הדדית לביצוע מטרה בלתי-כשרה. ראו, למשל: דברי השופט אגרנט בפסק הדין המנחה ע"פ 129/54 גולדשטיין ואח' נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד י 505, 515; פרשת זכאי, 586-588. ושניים, הפרשנות המרחיבה שניתנה בהלכה הפסוקה למושג "עיסקה אחרת" שבסעיף 13 לפקודת הסמים, שלפיה עיסקה אחרת כוללת כל הסכם לביצוע פעולה אסורה בסמים - גם אם הסכם זה לא יצא אל הפועל - וכן הסכם לביצוע עיסקה הבאה בגדר אחת משלוש החלופות האחרות בסעיף (יבוא, יצוא וסחר); כל זאת, אף שאין בפקודת הסמים הוראה המייחדת עצמה לקשירת קשר לעשות עבירת סמים. ראו: פרשת חוזה, 194, והאסמכתאות המובאות שם; קדמי, שם, 154-155, והאסמכתאות המובאות שם. ראו עוד: ע"פ



946/04 מדינת ישראל נ' יורם (רן) עובד ואח' (טרם פורסם); דנ"פ 7793/04 יורם (רן) עובד נ' מדינת ישראל (לא פורסם).

העולה מן האמור הוא, אפוא, זה: היסוד העובדתי בעבירה של קשירת קשר ימצא בהסכמה בין שני אנשים או יותר לעשות מעשה פשע; היסוד העובדתי בעבירה של "עיסקה אחרת" לפי סעיף 13 לפקודת הסמים ימצא בהסכמה לעשות בסמים מעשה אסור שהוא פשע; ergo: כל אימת שיוכח היסוד העובדתי של עבירת הקשר, ובנוסף לכך כי מטרת הקשר היתה לעשות בסמים מעשה אסור שהוא פשע, הוכח מיניה-וביה היסוד העובדתי של עבירת "עיסקה אחרת" בסם. מכאן נסיק, וזו טענת המדינה, כי העבירה "שבשלה הוטל העונש" היא העבירה של "עיסקה אחרת" בסם כהוראת סעיף 13 לפקודת הסמים.

אלא שבהילכת חוזה טרם תם מסע הפרשנות שאנו מהלכים בו. הכל מסכימים, אמנם, כי קשירת קשר לעשות פעולה אסורה בסמים מהווה "עיסקה אחרת" בסמים כהוראת סעיף 13 לפקודת הסמים. ואולם במה דברים אמורים, כך מורנו השופט קדמי, במקום שהקשר נועד לעשות "עיסקה", כגון בין מוכר וקונה; לא כן דין במקום שהקשר הוא בין שניים שאינם משני עברי המיתרס, כגון שניים הקושרים קשר ביניהם לקנות סם או למכור סם. במקום זה האחרון אין כלל "עיסקה" והקשר אינו עולה כדי "עיסקה אחרת". וכך לימדנו השופט קדמי בע"פ 4938, 5036/94 דוד שמרלינג ואח' נ' מדינת ישראל, פ"ד נ (5) 181, 196:

הלכה זו [הילכת חוזה - מ' ח'] אינה מדברת - לשיטתי - בקשירת קשר לביצוע עבירה הקשורה בסמים "סתם", אלא בקשירת קשר לביצוע "עסקה" בסמים; לאמור - במקום שקשירת הקשר שקולה כנגד עשייתה של "עסקה" בסם. כך, למשל, במקום שאדם קושר קשר עם אחר שירכוש בעבורו סם, מהווה הקשר כשלעצמו "עסקה אחרת" בסם; להבדיל ממצב שבו מספר אנשים קושרים ביניהם קשר לרכוש סם במשותף, שאז התקשרותם מצטמצמת ל"קשירת קשר" גרידא, שאין עמו סממנים של עשיית "עסקה".

"עסקה" מתגבשת בין שני צדדים בעלי עניין "שונה"; להבדיל מ"קשר" המשתכלל בין שניים שיש להם עניין "זהה". במקום שההתקשרות יוצרת צד אחד "מורחב" - אין היא מבטאת עשיית "עסקה", משום שעיסקה משתכללת בין שני צדדים - או יותר - ולעולם אינה נחלתו של צד אחד. לעומת זאת, במקום שההתקשרות מגבשת קשר בין שני צדדים "שונים", משתכללת בין השניים, בנוסף לקשר, גם "עסקה".

בית-המשפט צימצם אפוא את הילכת חוזה, בקובעו כי קשירת קשר לעשות מעשה אסור בסמים תיפול בגידרי "עיסקה אחרת" כהוראת סעיף 13 לפקודת הסמים רק במקום שניתן לתאר את הקשר כ"עיסקה". בית המשפט החליט, אפוא, כי אין להפקיע את מושג ה"עיסקה" שבסעיף 13 לפקודת הסמים מפירושו הרגיל; ומתוך שהסכם בין שניים לרכוש סם אסור מצד שלישי אינו "עיסקה" כהוראתה בחיי היומיום, שוב לא יראו בהסכם זה "עיסקה אחרת".

הילכת שמרלינג אוצלת במישרין על ענייננו, ויש בה, לכאורה, כדי להסיג אחור - ולו לזמן-מה - את חלופת הקשר לעשות עבירת סמים כעבירה "שבשלה הוטל העונש" על העותר. כיצד כך? שכהילכת שמרלינג לא נוכל לסווג את ההסכם בין העותר לבין שלוש כקשר לעשות עבירת סמים. ואם תאמר כי נקשר קשר פלילי בין העותר לבין הסוכן הפדרלי, התשובה לטענה היא כי הסוכן קשר קשר אך למראית עין - שהרי לא היתה לו כל כוונה פלילית - וההלכה היא כי לקשר חייבים שיהיו שניים שקשרו ביניהם "בונה פידה" ולא אך למראית עין. ממילא אין לדבר על קשר פלילי שהעותר קשר עם הסוכן הפדרלי. ראו והשוו: ע"פ 441/72 בשן (אגמי) נ' מדינת ישראל, פ"ד כז (2) 141, 145 (מפי הנשיא אגרנט); ע"פ 171/77 בוכמן נ' מדינת ישראל, פ"ד לא (3) 270, 273. מסקנה: מכל בחינה שהיא אין ניתן להאשים את העותר בקשירת קשר לעשות מעשה אסור בסם; כנדרש מכך, לא עשה העותר "עיסקה אחרת" בסמים; וממילא נופלת



החלופה של "עיסקה אחרת" כעבירה "שבשלה הוטל העונש". כל כך - לכאורה.

לקושיה זו שלוש תשובות נפרדות. ראשית לכל, העותר הורשע בארה"ב - על-פי הודאתו - בעבירה של קשירת קשר שעניינה סמים, וכהוראת סעיף 12 לחוק "לא תישמע" [מפיו] טענה השוללת את כשרותו או את תוקפו של פסק-הדין שלפיו הוטל עונש המאסר...". וכך, משנקבע כי העותר עבר עבירת קשר שעניינה סמים, קרא: עשה מעשה קשר בר-ענישה בנושא של סמים, ממילא רשאים אנו לאתר במשפט ישראל את העבירה התואמת למי שקשר קשר בעניינם של סמים.

שנית, מעשה שבכל-יום הוא, שבמקום בו נעשה הסדר טיעון בין תביעה לבין נאשם, יש פער בין תיאורן של עובדות המקרה לבין הוראת החוק שהנאשם מואשם בה. ראובן מועמד לדין באשמה של חבלה בכוונה מחמירה כהוראת סעיף 329 לחוק העונשין, עבירה שהעונש המרבי בצידה הוא עשרים שנות מאסר. במהלך המשפט נכרת הסדר טיעון בין התביעה לבין הנאשם. האישום המקורי מוחלף באישום של פציעה כהוראת סעיף 334 - עבירה שהעונש המרבי בצידה הוא שלוש שנות מאסר - והנאשם מודה בעובדות המפורטות בכתב האישום המתוקן. והנה, לעיתים מזומנות נותר תיאור העובדות שבכתב האישום, בחלקים עיקריים שבו, כשהיה בכתב האישום המקורי, וכך נוצר פער בין תיאור העובדות לבין האישום. על רקע מצב דברים זה - ואם אישר את הסדר הטיעון - חייב בית משפט להגביל עצמו בהכרעת הדין לעבירת הפציעה. ואולם לעת גזירת העונש רשאי הוא בית המשפט - יתרה מכך: חייב הוא - להביא במנין שיקוליו את העובדות המתוארות בכתב האישום, אותן עובדות שהנאשם הודה בהן אף שלא הורשע בעבירה המתבקשת מהן. לו אחרת שקל בדעתו לעת גוזרו את הדין, כי-אז היה בית המשפט עושה שקר בנפשו.

מסוג מקרים זה נוכל להקיש לענייננו. כפי שאמרנו לעיל, התנהגות האסיר לעת שעבר את העבירה בה הורשע, מהווה גורם ראשון במעלה לבחינת העבירה "שבשלה הוטל העונש". הבה נעמוד אפוא, בקצרה, על תיאור העובדות בנספח להסדר הטיעון, עובדות אשר את נכונותן אישרו העותר ושלש. העולה מאותו תיאור הוא זה, שהעותר ושלש ניהלו משא-ומתן עם סוכן סמוי של מחלק הסמים האמריקאי למכירת כמות של 50,000 כדורי אקסטזי; העותר סיכם עם אותו סוכן כי שלש יספק לו דוגמאות של הכדורים; בעקבות כך נפגשו הסוכן ושלש והסוכן קיבל מידי שלש את הדוגמאות והנחיות לדרך בה תועבר כל כמות הסם לידי הסוכן; הכמות של 50,000 כדורים סופקה לסוכן בדרך שסוכמה; ולבסוף, שלש פגש את הסוכן לקבלת התמורה המובטחת ובמעמד זה נעצר על-ידי סוכני מחלק הסמים. העותר נעצר זמן קצר לאחר מכן. אכן, העותר לא הורשע במכירת סם מסוכן שלא-כדין, ואולם אין ספק כי מעשים אלה שעשה העותר היוו את הבסיס להרשעתו בקשירת קשר לעשות עבירת סמים, בוודאי כך לגזירת הדין, וממילא יש להביא במנין לעניין העבירה "שבשלה הוטל העונש".

יתר-על-כן: גם אם אמרנו כי אין בידינו להצביע על קשר פלילי שנקשר בין העותר לבין הסוכן הפדרלי, נוכל-גם-נוכל לאתר ניסיון לקשירת קשר פלילי מצידו של העותר, והרי ניסיון לקשירת קשר פלילי אף הוא עבירה פלילית; ראו פרשת בשן, שם, 149 ואילך, מפי הנשיא אגרנט. ובלשונו של הנשיא אגרנט (שם, 151):

יש לקבוע ... שאם ראובן הציע לשמעון לקשור אתו קשר לעבור עבירה מסויימת, וזה סירב, אזי כיון שראובן התכוון להיות בעצמו צד לקשר - ולכן "מבצע עיקרי" באשר להיווצרות הקשר - והצעתו היא בבחינת הדבר האחרון שהתכוון לעשותו לשם כך, הילכך הוא אשם בנסיון לקשר.

ניתן לומר, אפוא, כי לעניינינו של משפט ישראל עבר העותר עבירה של ניסיון לקשור קשר לעיסקת סמים; והואיל וקשר פלילי לעיסקת סמים הוא "עיסקה אחרת" כהוראת סעיף 13 לפקודת הסמים, מסקנה נדרשת



היא כי ניסיון לקשור קשר לעיסקת סמים עולה, למיצער, ניסיון לעשות "עיסקת סמים". על-פי הדין כיום, העונש המרבי בצידה של עבירת הניסיון זהה לעונש המרבי בצידה של העבירה שניסה העבריין לעובר, ועל-כן יש לראות את חלופת הסמים כחלופה העומדת על רגליה איתנות.

בתחרות בין החלופה של קשירת קשר לעשות מעשה פשע כדברו של חוק העונשין, לבין החלופה של "עיסקה בסמים", אין ספק שחלופה אחרונה ידה על העליונה. כך מצידו של המבחן הענייני-מהותי; כך מבחינתה של עבירת הסמים שהעותר הורשע בה בארה"ב; כך מבחינת היסודות הדומיננטיים שבעבירה; כך מבחינת הצופן הגנטי, וכך מבחינת מרכז הכבידה. מסקנתנו היא, אפוא, כי העותר בא וכי הוראת חוק זו עדיפה - וברוח ניכר - על החלופה של קשירת קשר לעשות מעשה פשע."

מעלה מן הצורך אוסיף כי די לי בעבירת ניסיון לצרכי עילת מעצר.

על כן אני קובע כי קיימת תשתית לכאורית להוכחת האישום, בעצמה נאותה ותקינה, ודי בתשתית כדי להקים פוטנציאל הרשעה בעבירת עסקה אחרת בסם כמתואר בכתב האישום.

ניתנה היום, ז' אדר תשפ"ג, 28 פברואר 2023, בהעדר
הצדדים.