



ת"פ 42156/05/22 - מדינת ישראל ע"י נגד זיאד אלחרמי-בעצמו ע"י

בית המשפט המחוזי בבאר שבע

ת"פ 42156-05-22 מדינת ישראל נ' אלחרמי(עציר)

בפני כבוד השופט יובל ליבדרו
המאשימה: מדינת ישראל ע"י ב"כ עו"ד רותם חזן גרימברג
נגד זיאד אלחרמי-בעצמו ע"י ב"כ עו"ד נס בן נתן
הנאשם:

גזר דין

1. הנאשם הורשע על-פי הודאתו במסגרת הסדר טיעון בכתב אישום מתוקן (להלן: "כתב האישום") בעבירה של החזקת סם מסוכן שלא לצריכה עצמית, עבירה לפי סעיף 7(א)+(ג) רישא לפקודת הסמים המסוכנים [נוסח חדש], התשל"ג - 1973 (להלן: "פקודת הסמים").

2. במסגרת ההסדר לא הושגה הסכמה עונשית בין הצדדים ואלו טענו לעונש באופן חופשי.

עם זאת, הצדדים הגיעו להבנה ביחס לבקשת חילוט של רכב שהגישה המאשימה ולפיה זה ישוחרר בכפוף להפקדת סך של 30,000 ₪ לטובת קרן החילוט של הסמים עובר למתן גזר הדין.

כתב האישום

3. מעובדות כתב האישום עולה כי ביום 01.05.2022 סמוך לשעה 13:30 החזיק הנאשם עבור אחר שזהותו אינה ידועה למאשימה קילוגרם של סם מסוכן מסוג קוקאין, אשר הוסלק בתא מטען ברכב מסוג "טויוטה קורולה" שבבעלותו (להלן: "הרכב").

ביום 1.5.2022 בשעה 13:30 נהג הנאשם ברכב באזור מחלף קמה בכביש 6 לכוון צפון. כעבור כעשרים דקות, במסגרת פעילות משטרתית ולאחר שביצעו חסימה, עצרו שוטרי ימ"ר לכיש את הנאשם ברכב, בכביש 6 צפון. לאחר חיפוש ראשוני ברכב אשר לא הניב תוצאה, הרכב הוסע לתחנת המשטרה באשדוד ושם נערך בו חיפוש נוסף. לאחר שהשוטרים פירקו את כיסוי הפלסטיק והבד שעטף את תא המטען נמצא הסם שהוסלק באריזות נפרדות בדופנות השמאלית והימנית בתא המטען.

עת הציגו הצדדים את הסדר הטיעון נמסר כי קיימת עובדה נוספת ומוסכמת ולפיה החיפוש ברכב נעשה בניגוד לצו חיפוש שניתן במובן זה שהוא נערך ללא נוכחות של שני עדים כפי שנקבע בצו. הצדדים הסכימו כי כל צד יוכל לטעון לעניין נפקות נתון זה ביחס לעונש.



טיעוני הצדדים

4. **המאשימה** טענה לעונש בכתב והשלימה טיעוניה על-פה. המאשימה טענה כי מתחם העונש ההולם נע בין 5 ל-8 שנות מאסר ועתרה לעונש של 6 שנות מאסר, מאסר על תנאי, קנס כספי גבוה ופסילת רישיון נהיגה בפועל.

המאשימה הפנתה בטיעוניה לערכים המוגנים שנפגעו, למידת הפגיעה הגבוהה בהם ולנסיבות הקשורות בביצוע העבירה לרבות לכמות הסם הגדולה שהנאשם החזיק, לפוטנציאל הנזק לצרכני הסם הגלום בהחזקה של כמות זו שניתן להפיק ממנה אלפי מנות סם, לנזק העקיף שעלול להיגרם לציבור כתוצאה מכך שמדובר בעבירה שמחוללת עבירות נוספות, לסוג הסם, לעובדה שהסם הוחזק בזמן שהנאשם נהג ברכב מה שמלמד על כוונת הפצה, לכך שהסם הוסלק בשני מקומות שונים ברכב מה שמלמד על התכנון והתחכום בביצוע העבירה, לכך שהנאשם היה מודע והבין את הפסול במעשיו ולסיבה שבעטיה ביצע את העבירה - בצע כסף.

המאשימה הפנתה לחומרה הגלומה בעבירות הסמים ולצורך בענישה מרתיעה לכל המעורבים בשרשרת הפצת הסם.

ביחס לטענה הקשורה לנפקות החיפוש שנעשה ברכב בניגוד לצו שהוצא, טענה המאשימה כי אין לתת לטענה זו כל משקל לעניין העונש. זאת, הן משום שלא מדובר בחיפוש שהוא "לא חוקי", שכן בהתאם לסעיף 71 לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה - מעצרים), התשנ"ג - 1996 (להלן: "חוק המעצרים") אין צורך בשני עדים לצורך חיפוש ברכב; הן משום שחיפוש ברכב בנוכחות של שני עדים הוא חריג; הן משום שהחיפוש לא נעשה בכוונת מכון בניגוד לצו; הן משום שהנאשם ממילא הודה בהחזקת הסם; הן בשל הקושי שהיה ליישם את הצו במקרה זה, היינו לחפש ברכב בנוכחות של שני עדים בשים לב לכך שהרכב נעצר בכביש 6 והן בשל החשש מפני "אפקט מצנן" כלפי יחידות החקירה.

המאשימה צרפה פסיקה לתמיכה בעמדתה העונשית.

5. **ב"כ הנאשם** טען כי מתחם העונש ההולם נע בין 10 ל-24 חודשי מאסר ועתר לעונש של 10 חודשי מאסר, החופף את תקופת מעצרו. ביחס לרכיב הקנס, טען כי זה צריך להיות פורפורציונלי וסביר בשים לב לגילו של הנאשם, למצבו הכלכלי, לכך שהוא הפקיד סך של 30,000 ש"ח תחת חילוט הרכב ולכך שלא הוכח שהוא הרוויח כסף בתמורה לביצוע העבירה.

ב"כ הנאשם עתר לדחות את בקשת המאשימה לפסול את רישיון הנהיגה של הנאשם בשים לב לכך שמדובר בעבירת סמים ראשונה שעבר הנאשם, בשים לב למקום מגוריו של הנאשם בפזורה ועבודתו המצריכים שימוש ברכב ועל מנת שלא לפגועבשיקומו. כן ציין שבמקרה זה לא קיימת חובה בחוק להורות על פסילת רישיון הנהיגה.

ב"כ הנאשם הדגיש בטיעונו שהנאשם החזיק בסם עבור אדם אחר וכן שאין ראיה לכך שהוא ביצע עסקה או הפיק רווח כלכלי כתוצאה מהחזקתו. ב"כ הנאשם טען שנסיבות אלה, יחד עם העובדה שהחיפוש ברכב היה לא חוקי, מצדיקים עמדה עונשית שונה מן המקובל וזאת בדרך של קביעת מתחם עונש הולם נמוך מהרגיל או בדרך של סטייה ממתחם העונש ההולם מטעמי צדק (בין היתר תוך שימוש בדוקטרינת ההגנה מן הצדק) או בדרך של מיקום עונשו של הנאשם ברף הנמוך בתוך מתחם העונש שנקבע.



ב"כ הנאשם טען כי מידת אי החוקיות של החיפוש במקרה זה היא גבוהה וזאת משום שהמשטרה התעלמה מדרישת נוכחותם של עדים במהלך החיפוש באופן מוחלט, היינו לא דאגה לנוכחות ולו של עד אחד.

במסגרת טיעוניו, הפנה ב"כ הנאשם גם לנסיבותיו האישיות של הנאשם, לגילו הצעיר, לכך שהוא נשוי ואב לשני ילדים שאחד מהם נולד במהלך מעצרו, לכך שהוא נעדר עבר פלילי, לכך שהוא עצמו לא צורך סמים, מתפקד באופן נורמטיבי ועובד באופן מסודר, ולכך שהוא הודה במיוחס לו, לקח אחריות והביע חרטה. ביחס להודאה זו ביקש לתת לה משקל מוגבר משום שזו ניתנה חרף כך שהנאשם יכול היה לנהל הליך של הוכחות כשבאמתחתו טענות כבדות משקל ביחס לחיפוש הלא חוקי שבוצע ברכבו, טענות שיכול והיו מובילות לפסילת הראיה המרכזית בתיק.

ב"כ הנאשם הפנה לפסיקה לתמיכה בטיעוניו.

6. **הנאשם** אמר את דברו. הנאשם מסר כי הוא בן 29, נשוי ואב לשני ילדים, מתגורר בפזורה של שגב שלום, עבד טרם מעצרו בשמירה במשך 3 שנים. הנאשם הוסיף כי הוא מצטער על מעשיו ומבקש סליחה.

דין והכרעה

7. מתחם העונש ההולם בעניינו נע בין 4 ל-7 שנות מאסר ועונשים נלווים. בקביעת מתחם זה התחשבתי בערכים המוגנים, במידת הפגיעה בהם, בנסיבות ביצוע העבירות ובפסיקה הנוהגת, והכל כמפורט להלן.

8. העבירה שאותה עבר הנאשם היא חמורה. הערכים המוגנים בעבירה זו הם שמירה על שלום הציבור ובריאותו. בריאות הציבור קשורה לצרכני הסם אשר עושים שימוש בסם, אך שלום הציבור קשור לציבור בכללותו אשר עלול להיפגע בעקיפין כתוצאה מעבירות שונות שנעברות לצורך מימון הסם על-ידי צרכני הסם.

אין צורך אפוא להכביר במילים על אודות הצורך להילחם ממש כנגד אלה המפיצים את הסמים וכנגד אלה המסייעים בידם. לעניין זה ראו למשל ע"פ 211/09 **אזולאי נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 22.6.2010), (להלן: "עניין אזולאי"), פסקה 10:

"על חומרתה המופלגת של עבירת החזקת סמים מסוכנים שלא לצריכה עצמית אין צורך להכביר מילים, ולא כל שכן כך הוא כאשר מדובר בכמות כה גדולה של סמים מסוג זה. הענישה בעבירות מסוג זה נועדה, קודם לכול, לשרת את מטרת הגמול לעבריין על עיסוק בסם העלול לסכן חיי אדם ולפגוע בבריאות המשתמשים בו; שנית, על העונש להעביר מסר חד-משמעי של הרתעה ביחס לעבריינים פוטנציאליים, ולשמש אות אזהרה אפקטיבי לכל מי שמתכוון לקחת חלק במערכת ההעברות והסחר בסמים, תהא אשר תהא הפונקציה אותה הוא ממלא בשרשרת זו של העברת הסם מיד ליד" נגע הסמים הוא נגע קשה, שיש למגר. התוצאות של הפצת סם הן תוצאות קשות של פגיעה בשלום הציבור לרבות פגיעה ברכושו ובקניינו של הציבור בעקיפין, וכמובן בבריאותם של צרכני הסם".



9. מידת הפגיעה בערכים המוגנים נלמדת, בין היתר, מנסיבות ביצוע העבירה. בענייננו מדובר בהחזקת סם קשה מסוג קוקאין.

באשר לסכנה הנשקפת מסם מסוג קוקאין ראו ע"פ 972/11 **מדינת ישראל נ' יונה** (פורסם בנבו, 4.7.2012), פסקה 4:

"הקוקאין נחשב, ולא בכדי, לסם קשה. זאת הן בשל השפעותיו על גוף האדם, והן בשל פוטנציאל ההתמכרות הגבוה שטמון בו. על פי רוב, לאחר נטילת הסם חווה המשתמש תחושה חזקה של אופוריה. לאחר האופוריה מגיעה ההתרסקות, שמתאפיינת בתשישות, שינה, דיכאון ממושך - וצורך עז להשיג מנת סם נוספת. נמצא גם שהמוח מסתגל במהירות לאפקט האופוריה, וכתוצאה מכך המשתמש צורך כמויות הולכות וגדלות מהסם. הגדלת מנת הסם מעצימה את הפגיעה שנגרמת למשתמש ובכלל זאת פרנויה, פאניקה ושיבוש בפעילות החשמלית של הלב עד כדי פוטנציאל להתקף או לדום לב... הפגיעה ביחיד חוזרת חלילה לפגיעה בחברה. השימוש בסם מסוג קוקאין יוצר צורך להמשיך ולהשתמש. כתוצאה מכך עליו לחפש מקורות כספיים למימון רכישת הסם, לאו דווקא בדרכים חוקיות, תוך שהוא חווה הידרדרות מתמדת בתפקוד הפיזי והקוגניטיבי שלו".

מעבר לאמור, הנאשם החזיק שלא לצריכה עצמית כמות גדולה מאוד של הסם (קילוגרם), מה שמעצים את פוטנציאל הפגיעה בציבור. למשקל הסם נפקות לעניין חומרת העונש. ככלל, קיימת קורלציה בין משקל הסם לחומרת העונש וזאת, בין היתר, בשל פוטנציאל הסיכון לציבור כתוצאה מביצוע העבירה. הגם שכך, לא מדובר בחישוב אריתמטי.

בעניין זה ראו למשל ע"פ 5741/11 **סוארכה נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 20.1.2013), פסקה 4:

"מלאכת גזירת הדין היא מלאכת מחשבת אך לא מלאכת מחשב. עם זאת, "הכמות" מהווה מרכיב, ולעיתים מרכיב דומיננטי, במעשה העבירה, ובתור שכזה כבודו במקומו מונח. הענקת משקל למשקל הסם אינה בגדר שיקול זר או לא רלוונטי".

לסיכום עניין זה, השילוב שבין סוג הסם הנחשב לסם "קשה" לכמותו החריגה הוא שמלמד על מידת הפגיעה הגבוהה בערכים המוגנים בענייננו.

לצד זאת, בבחינת מידת הפגיעה בערכים המוגנים נתתי משקל גם לכך שהסם נתפס ולא הגיע אל הצרכנים וגם לכך שהנאשם החזיק את הסם עבור אחר.

10. באשר לנסיבות ביצוע העבירה נתתי משקל לכך שהנאשם החזיק בסם "קשה" (קוקאין); למשקלו הגבוה של הסם (קילוגרם); לנזק שעלול היה להיגרם לו היה הסם מגיע לצרכנים; למניע שהניע את הנאשם לבצע את העבירה (בצע כסף), לתכנון שקדם לביצוע העבירה, לכך שהסם היה מוסלק בשני מקומות שונים ברכב ולכך שהרכב הוא בבעלותו של הנאשם (סייפת עובדה 1).



באשר למניע אציון כי אכן לא הוכח שהנאשם קיבל סכום כסף מסוים בעבור החזקת הסם עבור אחר, ואולם ניתן להניח שהחזקת קילוגרם קוקאין, באופן מודע, על הסיכון הנגזר מכך, למצער ביחס לפגיעה משמעותית ביותר בחירותו, לא נעשתה על-ידי הנאשם אך "לשם שמיים".

מן הצד השני נתתי כאמור משקל לכך שבסופו של יום הסם נתפס ולא הגיע לצרכני הסם.

נתתי משקל גם לחלקו של הנאשם בביצוע העבירה, היינו לכך שהוא החזיק בסם עבור אחר (ריישת עובדה 1). נסיבה זו מצדיקה התחשבות **מסוימת** בנאשם. יחד עם זאת, והגם שנתתי דעתי לכך שהנאשם לא היה מחולל העבירה, לא ניתן להקל ראש במעשיו, זאת אף אם נתייחס אליו כמעין שליח ("בלדר") בלבד. באשר לחלקם של הבלדרים או השליחים בשרשרת הפצת הסם ראו ע"פ 3820/09 **מדינת ישראל נ' אוהיון** (פורסם בנבו, 6.9.2009), פסקה 16:

"אמנם המשיב לא היווה את החוליה המרכזית בשרשרת הפצת הסם, אך תפקידו במסגרתה היה חיוני, והוא "השיא תרומתו" בהסבת נזק חמור לחברה. מן המפורסמות הוא שמערכת הפצת הסמים נסמכת ונשענת על שירותיהם של אנשים רבים הממלאים לפעמים תפקידים של שליח או של בלדר. ברור שללא עזרתם של אלה לא הייתה המערכת הזאת מסוגלת לגרום את הנזק שהיא גורמת... נקבע כי בסוג זה של עבירות יש להעניש בצורה ראויה גם שליחים ובלדרים שכן מערכת הפצת הסמים נסמכת ונשענת במידה רבה על שירותיהם של בעלי תפקידים קטנים כאלה".

כן ראו ע"פ 8915/18 **מועזיז נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 24.9.2019), פסקה 12:

"...ברי כי מערכת הפצת הסמים לא יכולה לתפקד ללא שירותיהם של בעלי תפקידים 'קטנים' כמותו המשמשים חוליה בשרשרת, ואשר בלעדיהם לא יכון המעשה [...] אמנם, ככלל, ענישתם של הוגי התוכנית, אלה העומדים בראש הפירמידה, תהא חמורה יותר. אולם אין בכך כדי לפתור את הבלדרים ומובילי הסם מענישה נוקשה המשקפת את חומרת מעשיהם - על כל נזקיהם הפוטנציאליים".

אכן, כפי שטען ב"כ הנאשם, לא צוין בכתב האישום שהנאשם הוביל את הסם עבור האחר, כי אם "אך" החזיק את הסם בעבורו, ואולם גם החזקה זו, שהייתה אגב נסיעה ברכב, היא חוליה בשרשרת שבלעדיה לא יכון המעשה.

בעניין זה ראו ע"פ 8820/14 **שחר נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 17.5.2015), פסקה 12 (להלן: "עניין שחר"):

"הענישה בעבירות מסוג זה (החזקת סמים שלא לצריכה עצמית, י' ל') נועדה, קודם לכל, לשרת את מטרת הגמול העבריין על עיסוק בסם העלול לסכן חיי אדם ולפגוע בבריאות המשתמשים בו; שנית, על העונש להעביר מסר חד - משמעי של הרתעה ביחס לעבריינים פוטנציאליים, ולשמש אות אזהרה אפקטיבי לכל מי שמתכוון לקחת חלק במערכת ההעברות והסחר בסמים, תהא אשר תהא הפונקציה אותה הוא ממלא בשרשרת זו של העברת הסם מיד ליד" (דגש לא במקור, י' ל').



11. ביחס לענישה הנוהגת הרי שזו מגוונת ותלויה בנסיבות העושה, לרבות גילו, עברו הפלילי ושאלת השתלבותו בהליך שיקומי ובעיקר תלויה היא בנסיבות ה"מעשה" לרבות סוג הסם, משקלו, התכנון והתחכום בביצוע העבירה, שיתוף פעולה עם אחרים וכיוצ"ב נסיבות המשפיעות על הענישה.

מסקירת הפסיקה בנושא עולה, כי אף שקיים גיוון רב בענישה, "רמת הענישה שנקבעה בפסקי הדין שהוזכרו לעיל ובפסקי דין אחרים, כשמדובר בהחזקת סם מסוג הירואין או קוקאין, שלא לצריכה עצמית, בכמות של עשרות גרמים, נעה בין 3 ל-5 שנות מאסר" (עניין שחר, פסקה 12). יצוין, כי בניגוד לנטען על-ידי ב"כ הנאשם, מדברים אלו של בית המשפט העליון עולה שאין מקום לערוך הבחנה ממשית בין סם מסוג הירואין לסם מסוג קוקאין כשמדובר בהחזקה שלא לצריכה עצמית במשקלים משמעותיים, מה עוד שב"כ הנאשם עצמו הפנה לפסיקה נהוגת שהתייחסה לשני סוגי הסם.

להלן תוצג פסיקה במקרים דומים של החזקת הירואין וקוקאין שלא לצריכה עצמית במשקלים גדולים, העולים על מאה גרמים.

בע"פ 1945/13 **אחמד נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 5.10.2014) דחה בית המשפט העליון את ערעורו של נאשם בעל עבר פלילי שהורשע בעבירה של החזקת סם מסוכן מסוג הירואין במשקל של 3.5 ק"ג שלא לצריכה עצמית אותו אסף סמוך לגדר הגבול עם לבנון ובעבירות נלוות, והותיר על כנו עונש של 6 שנות מאסר וקנס בסך ₪ 10,000. במקרה זה דובר בכמות גדולה יותר של סמים שהוחזקה, בעבירות נוספות בהן הורשע, בנסיבות מחמירות יותר של עבירה (איסוף ליד גדר הגבול) ובנאשם בעל עבר פלילי מכביד, לרבות בעבירות סם;

בעניין אזולאי דחה בית המשפט העליון את ערעורו של נאשם בעל עבר פלילי מכביד שהורשע בהחזקת סם מסוכן מסוג הירואין במשקל של 176.67 גרם שלא לצריכה עצמית ואשר נתפסה במהלך חיפוש על גופו של הנאשם והותיר על כנו עונש של 5 שנות מאסר בפועל. יש לציין כי באותו מקרה דובר בנאשם רציוניסטי, בעל עבר פלילי מכביד לרבות בעבירות סמים שלא לקח אחריות על מעשיו והורשע לאחר ניהול הליך הוכחות;

בע"פ 5065/15 **עבד אל קאדר נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 20.4.2016) דחה בית המשפט העליון את ערעורו של נאשם ללא עבר פלילי שהורשע בהחזקת סם מסוכן מסוג הירואין במשקל של 955 גרם והותיר על כנו עונש של 50 חודשי מאסר וקנס בסך של ₪ 25,000;

בעניין שחר דחה בית המשפט העליון את ערעורו של נאשם שהודה במסגרת הסדר טווח (המדינה הגבילה עצמה לעונש של 36 חודשים והנאשם טען באופן חופשי) בביצוע עבירות של החזקת סם שלא לצריכה עצמית ולצריכה עצמית מסוג קוקאין במשקל 112.3416 גרם ואשר נדון ל-36 חודשי מאסר, תוך שבית המשפט העליון קבע שאין מדובר בענישה חורגת מהענישה המקובלת;

בע"פ 2646/15 **מדינת ישראל נ' אבו בכר** (פורסם בנבו, 16.7.2015) דחה בית המשפט העליון, ברוב דעות, את ערעורה של המאשימה על קולת העונש שהושת על נאשם בעל עבר פלילי שהורשע בהחזקה של סם מסוכן מסוג



הרואין במשקל של 990.39 גרם שלא לצריכה עצמית ובעבירה של הסתייעות ברכב והותיר על כנו עונש של 34 חודשי מאסר וקנס בסך 10,000 ₪. בית המשפט ציין כי: **"...ככלל נטיית בית המשפט היא להשית עונשים משמעותיים על מבצעי עבירות הסמים, לרבות בלדרים המאפשרים את העברתו של הסם מבעליו לציבור...שיקול מרכזי נוסף בדין הפלילי בהטלת ענישה על מבצעי עבירה היא עקרון הענישה האינדיבידואלית, ולאורו פסק זה מכבר בית משפט זה, כי תקופות המאסר המושתות על בלדרי הסמים משתנות ממקרה למקרה ותלויות בנסיבותיו הקונקרטיות של כל מקרה"**. בית המשפט העליון קבע כי נוכח נסיבות המקרה ניתן היה להשית על הנאשם עונש חמור יותר ואולם לאור עקרון אחידות הענישה אל מול נאשם אחר באותה פרשה נדחה הערעור;

בע"פ 4592/15 **פדידה נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 8.2.2016) דחה בית המשפט העליון את ערעורם של נאשמים שהורשעו בעבירות של קשירת קשר לביצוע פשע, והחזקת סם מסוכן שלא לצריכה עצמית מסוג קוקאין במשקל של 481.6 גרם כשנאשם 2 הורשע בסיוע לעבירה זו והותיר על כנו עונש של 30 חודשי מאסר שהוטל עליהם בבית המשפט המחוזי.

בת.פ (מחוזי-ב"ש) 50970-11-21 **מדינת ישראל נ' עמור** (פורסם בנבו, 4.12.2022) נדון הנאשם, על-ידי מותב זה, לעונש של 4 שנות מאסר וזאת בגין ביצוע עבירה של החזקת סם מסוכן (קוקאין) שלא לצריכה עצמית. באותו מקרה הנאשם אמנם החזיק בכמות קטנה מזו שהחזיק הנאשם בעניינו באופן ניכר (כ-606 גרם), ואולם באותו מקרה לא נפגעו זכויותיו של הנאשם כבעניינו, כפי שיפורט להלן, על ההשלכה של כך לעניין העונש, ובנוסף תסקיר שירות המבחן שהוגש בעניינו היה שלילי למדי, לרבות ביחס לקושי של הנאשם בלקיחת אחריות על מעשיו והצבעה על קיום מסוכנות בתחום הסמים.

עיינתי בפסיקה שצרפו הצדדים. מטבע הדברים צרף כל צד פסיקה התומכת בעמדתו העונשית שאל חלקה אתיחס להלן.

המאשימה צרפה למשל את 4598/21 **רגילאת נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 1.11.2021) בו דחה בית המשפט העליון את ערעורו של נאשם צעיר ללא עבר פלילי שהורשע בעבירה של החזקת 1,001 גרם של סם מסוכן מסוג קוקאין, כ-87.5 גרם של סם מסוכן מסוג קנבוס ו-34.5 גרם של סם מסוכן מסוג חשיש והותיר על כנו עונש של 5 שנות מאסר;

ע"פ 8436/20 **אמסלם ואח' נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 7.6.2021) בו דחה בית המשפט העליון את ערעורם של שלושה נאשמים שהורשעו בעבירות של החזקת סם מסוג קוקאין במשקל של 20 גרם שלא לצריכה עצמית וניסיון של החזקת סם מסוג קוקאין במשקל של כ-1 ק"ג שלא לצריכה עצמית והותיר על כנו עונש של 45 חודשי מאסר על נאשם 1 (שהורשע באישום נוסף בהחזקה של סם מסוכן מסוג קוקאין במשקלים של 1.43 ו-0.89 שלא לצריכה עצמית), עונש של 40 חודשי מאסר על נאשם 2 ו-36 חודשי מאסר על נאשם 3;

ע"פ 4887/18 **יוניבה נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 14.2.2019) בו קיבל בית המשפט העליון את



ערעורה של נאשמת שהורשעה בהחזקה של סם מסוכן מסוג קוקאין במשקל של 490.51 גרם שלא לצריכה עצמית והעמיד את עונשה על 3 שנות מאסר וחצי חלף 4 שנות מאסר שגזר עליה בית המשפט המחוזי בעיקר בשל נסיבותיה האישיות;

ע"פ 4313/20 **בר נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 12.11.2020) בו קיבל בית המשפט העליון את ערעורו של נאשם שהורשע בסיוע להחזקה של סם מסוכן מסוג קוקאין במשקל של 995.9 גרם שלא לצריכה עצמית ואשר נדון בבית המשפט המחוזי ל-72 חודשי מאסר כולל הפעלה של מאסר מותנה. בית המשפט המחוזי חרג מהסדר הטיעון ה"סגור" אליו הגיעו הצדדים במסגרתו עתרו במשותף להטיל על הנאשם עונש של 50 חודשי מאסר כולל הפעלה חלקית של המאסר המותנה, ובית המשפט העליון קבע כי לא היה מקום לחרוג מהסדר הטיעון והעמיד את עונשו של הנאשם על 50 חודשי מאסר כפי שעתרו הצדדים מלכתחילה.

עיון בפסיקה אליה הפנתה המאשימה מלמד אפוא שאין בה כדי לתמוך בעמדה העונשית אותה הציגה בעניינו של הנאשם.

ב"כ הנאשם צרף למשל את ת"פ (מחוזי-מרכז-לוד) 376-10-16 **מדינת ישראל נ' אזרן ואח'** (פורסם בנבו, 1.2.2018) בו גזר בית המשפט המחוזי על נאשמת 2 שהורשעה ביבוא של סם מסוכן מסוג קוקאין במשקל של 951 גרם עונש של 22 חודשי מאסר. יצוין כי במקרה זה דובר בנאשמת עם בעיות נפשיות ואשר כליאתה לתקופה ממושכת, כך נקבע, תפגע בילדיה הקטינים לרבות אלו המצויים במסגרות חוץ ביתיות להם היא מהווה עוגן. בנוסף, במקרה זה המאשימה הגבילה עצמה בטיעוניה ל-30 חודשי מאסר;

ת"פ (מחוזי-מרכז-לוד) 62726-11-18 **מדינת ישראל נ' אסולין** (לא פורסם, 5.6.2019) בו גזר בית המשפט המחוזי עונש של 35 חודשי מאסר על נאשם שהורשע בעבירה של החזקת סם מסוכן מסוג קוקאין במשקל של כ-1 ק"ג, לאחר שאימץ הסדר עונשי "סגור" אליו הגיעו הצדדים לעונש (וכידוע מערך השיקולים של בית המשפט הוא שונה כאשר גוזר הוא הדין לאחר טיעון "פתוח" של הצדדים על-פי מתווה תיקון 113 לחוק העונשין);

ת"פ (מחוזי-תל אביב-יפו) 40243/05 **מדינת ישראל נ' אברמוב** (פורסם בנבו, 31.5.2006) בו גזר בית המשפט המחוזי עונש של 36 חודשי מאסר על נאשם שהורשע בעבירות של קשירת קשר לביצוע פשע, יבוא סם מסוכן מסוג קוקאין במשקל של 960 גרם, ניסיון להחזקת סם מסוכן מסוג קוקאין שלא לצריכה עצמית והחזקת סם מסוכן מסוג קוקאין שלא לצריכה עצמית, לאחר שאימץ הסדר עונשי "סגור". יצוין, כי במקרה זה בית המשפט הדגיש כי הענישה עליה הסכימו הצדדים "מצויה בתחתית הסולם", תוך שהוסיף שעונש זה לא אמור לשמש תקדים לגבי רמת הענישה הראויה במקרים דומים;

ת"פ (מחוזי-חיפה) 56230-11-15 **מדינת ישראל נ' טימיס** (פורסם בנבו, 28.6.2016) בו גזר בית המשפט המחוזי על נאשמת 2, שהורשעה בעבירות של יבוא סם מסוכן מסוג קוקאין במשקל של כ-1 ק"ג בצוותא חדא ובהחזקתו שלא לצריכה עצמית, עונש של 42 חודשי מאסר.



שני הצדדים הפנו במסגרת טיעוניהם לגזר הדין שניתן בת"פ 52589-10-20 **מדינת ישראל נ' אלטורי** (פורסם בנבו, 14.12.2021) על-ידי מותב זה.

במקרה זה הנאשם הורשע בעבירה של החזקת סם שלא לצריכה עצמית - הרואין במשקל של כ-985 גרם - ונדון ל-42 חודשי מאסר. אציין כי אמנם לאותו נאשם היה עבר פלילי להבדיל מהנאשם שבענייננו, ואולם באותו מקרה הייתה הסכמה עובדתית לפיה הנאשם **לא היה מודע לסוג הסם ולכמותו**, אם כי היה מודע לכך שהוא נשלח להביא סם מסוכן והיה מודע לכך שהוא החזיק בסם מסוכן שלא לצריכה עצמית. בנוסף, הייתה הסכמה עובדתית לפיה הנאשם **החזיק בסם מספר דקות עד אשר נתפס על-ידי המשטרה**. נסיבות מקלות אלו לא מתקיימות בענייננו. מן הצד השני, באותו מקרה לא הייתה התנהלות בלתי תקינה של רשויות החוק כבענייננו, על ההשלכה שיש לכך לעניין העונש, כפי שיפורט להלן.

נפקות אי חוקיות החיפוש

12. ב"כ הנאשם טען כאמור שיש לתת משקל לכך שהחיפוש ברכב נעשה בניגוד לצו במובן זה שהוא נערך ללא נוכחות של שני עדים. המאשימה הסכימה שהחיפוש נערך בניגוד לצו בהקשר זה, ואולם טענה שאין לתת לכך משקל לעניין העונש. סבורני כי יש לבכר את עמדת ב"כ הנאשם בעניין זה.

אף אם חיפוש ברכב ללא נוכחות של שני עדים הוא עניין חריג כטענת המאשימה, ואף אם סעיף 71 לחוק המעצרים לא מתנה עיכוב של כלי רכב לשם חיפוש בנסיבות המנויות בסעיף זה בנוכחות של עדים, ואף אם הנאשם הודה בסופו של יום בביצוע עבירה, אין בכך כדי לשלול את "אי החוקיות" שדבק בחיפוש.

כאשר חיפוש נערך על-פי צו שיפוטי יש להקפיד על ביצוע החיפוש בהתאם לתנאים שנקבעו בצו. אי מילוי התנאים שנקבעו בצו עלול להכתיב את החיפוש באי חוקיות.

"אי החוקיות" של החיפוש עלולה להיווצר לא רק בשל אי עמידה בתנאי החוק לביצוע החיפוש, כי אם גם בשל אי עמידה בתנאים שנקבעו בהחלטות או בצווים שיפוטיים באשר לאופן ביצוע החיפוש, שהם שמקנים את הסמכות לערוך את החיפוש באותם מקרים שבהם החיפוש נעשה על-פי צו של בית משפט.

הצו השיפוטי לבצע את החיפוש יונק את כוחו מהוראת חוק שהסמיכה את בית המשפט ליתן צו שכזה, ואף להתנותו בתנאים, והחיפוש הנעשה מכוחו, הוא חיפוש שהלכה למעשה נעשה מכוח החוק. בעניין זה ראו את סעיף 23 לפקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש) [נוסח חדש], התשכ"ט - 1969 (להלן: "הפקודה") המסמיך את בית המשפט ליתן צו לערוך חיפוש בכל בית או מקום ואת סעיף 24 לפקודה הקובע כי: **"צו חיפוש ישמש אסמכתה לכל שוטר, או לאדם אחר שנקב השופט בצו, אם ראה שהנסיבות מחייבות לייפות לכך כוחו של אותו אדם -**

(1) לערוך חיפוש בבית או במקום לפי האמור בצו החיפוש ולתפוס כל חפץ הנחזה כמתואר בצו ולעשות בו כאמור בצו."

לא זו אף זו, סעיף 26 לפקודה זו קובע כברירת מחדל כי **"חיפוש, בין על פי צו ובין שלא על פי צו, ייערך**



בפני שני עדים שאינם שוטרים, זולת אם -

(1) ...

(2) שופט הרשה לערכו שלא בפני עדים

(3) "...".

הנה כי כן, החיפוש בניגוד לצו הוא למעשה גם חיפוש בניגוד לפקודה המחייבת לבצע החיפוש לפי האמור בצו החיפוש וכך או אחרת, מדובר בחיפוש שנערך שלא כדין.

המאשימה טענה בחצי פה כי בנסיבות העניין יישום התנאי של חיפוש בנוכחות של שני עדים היה בעייתי מכיוון שהנאשם נעצר בכביש 6, תוך שהוסיפה "מה הציפייה? שבכביש 6 יעצרו נהגים ויגידו להם להיות עדים לחיפוש ברכב?".

אכן, סעיף 126(1) לפקודה מאפשר לערוך חיפוש שלא בפני שני עדים כאשר "לא ניתן בנסיבות העניין ובגלל דחיפותו לערכו כאמור", ואולם בענייננו כלל לא ברור מדוע לא ניתן היה לבצע את החיפוש שלא בכביש 6, אף אם הנאשם נעצר בכביש 6, וכלל לא ברור מדוע הוחלט על מעצר הנאשם דווקא בכביש 6 כשידוע שהצו התנה את החיפוש בנוכחות של שני עדים. לשאלת המאשימה יש להשיב שהציפייה היא שהחיפוש יעשה על-פי האמור בצו.

מכל מקום, מכתב האישום עולה שהחיפוש לא התקיים רק בכביש 6, כי אם גם בהמשך, בחיפוש נוסף, שבו נמצאו הסמים, בתחנת המשטרה באשדוד (סעיף 4 לכתב האישום).

מעבר לאמור, האפשרות המוזכרת בסעיף 126(1) הנ"ל שלא לערוך חיפוש בנוכחות של שני עדים בשל נסיבות העניין וטעמי דחיפותו, מותנת בתיעוד הדבר בפרוטוקול שייערך, פרוטוקול שלא הוצג לבית המשפט.

לסיכום, מקבל אני את טענת ב"כ הנאשם כי החיפוש שנערך ברכב לא היה כדין.

13. שאלה נפרדת היא מהו היקף אי החוקיות של החיפוש. לא דומה חיפוש ללא צו שיפוטי כלל בנסיבות שבהן נדרש צו שיפוטי לחיפוש שנערך עם צו שיפוטי אך ללא הקפדה על קיומו של אחד מהתנאים של הצו; לא דומה חיפוש במקום שאיננו המקום שפורט בצו לחיפוש במקום שבו הותר לבצע את החיפוש אך ללא הקפדה על קיומו של אחד מהתנאים של הצו; ולא דומה חיפוש ללא נוכחות של הנאשם עצמו לחיפוש בנוכחות של הנאשם עצמו אך ללא נוכחות של עדים, מקום שנקבע שיש לעשות כן בצו.

בכל מקרה ומקרה, יש לבדוק את מידת אי החוקיות, שכן לזו השלכה על הנפקות המשפטית שתינתן לאי החוקיות. חיזוק לגישה זו ניתן למצוא בסעיף 56א(א) לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א - 1971 אשר עיגן לאחרונה את כלל הפסילה הפסיקתית ואשר קובע כי: **"בית המשפט הדן במשפט פלילי רשאי שלא לקבל ראיה שהוצגה שלא כדין, ובכלל זה הודעת נאשם או עד, חפץ או כל ראיה אחרת, אם שוכנע**



שקבלתה במשפט יפגע באופן מהותי לזכות להליך הוגן בשים לב לאופייה ולחומרתה של ההפרה, למידת ההשפעה של ההפרה על הראיה שהוצגה ולעניין הציבורי שבקבלת הראיה או באי - קבלתה; בסעיף קטן זה "הפרה" - השגת ראיה שלא כדין".

עמדה זו של המחוקק מתכתבת גם עם העמדה שנקבעה בהלכה הפסוקה בע"פ 5121/98 **יששכרוב נ' התובע הצבאי הראשי** (פורסם בנבו, 04.05.2006), פסקה 70 בחוות הדעת של הנשיאה ד' בייניש.

בענייננו אין מדובר בהפרה בוטה וחמורה של הכללים הקשורים בחיפוש. החיפוש נעשה על-פי צו שיפוטי כאמור, לא נטען שהחיפוש נעשה במקום אחר מזה שצוין בצו ולא נטען שהחיפוש נעשה שלא בנוכחות הנאשם עצמו.

אכן, היה נכון להקפיד על ביצוע החיפוש בהתאם לתנאי הצו, היינו להקפיד שזה יהיה בנוכחות של שני עדים אך לא ניתן לומר כי **בנסיבות ענייננו** מדובר בפגם משמעותי היורד לשורש העניין ואשר צריך להשליך באופן מהותי על עונשו של הנאשם.

הצדדים התייחסו בטיעוניהם לפסק הדין שניתן בע"פ 482/20 **מטר נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 04.06.2020) (להלן: "עניין מטר").

במקרה זה נדון הנאשם ל-4 שנות מאסר ועונשים נלווים בגין ביצוע עבירות סמים (החזקת סם מסוכן הרואין במשקל כ-65 גרם ו-5 משקלים דיגיטליים וכן באיומים על שוטר שהשתתף בחיפוש בביתו של הנאשם). אחת מהטענות שנדונו הייתה קשורה לכך שהחיפוש בוצע בניגוד לצו השיפוטי שהתנה את החיפוש בנוכחות של שני עדים. לאחר שהנאשם חזר בו מן הערעור על הכרעת הדין, טענה זו נבחנה בהקשר של גזר הדין. בית המשפט העליון (כב' השופט נ' סולברג) קיבל את עמדת בית המשפט המחוזי לפיה החיפוש שנערך בביתו של הנאשם בוצע שלא כדין, ובהמשך הוסיף כי: **"דומני, כי משנמצא ממש בטענת המערער בדבר אי חוקיות החיפוש, ובכך התמקד ערעורו, מן הראוי ליתן לכך ביטוי בגזר הדין"** (פסקה 13).

בהמשך, אף השופט ד' ברק ארז ציינה כי: **"דרישה זו (בנוכחות של שני עדים במהלך החיפוש), י' ל' אינה פורמאלית גרידא, אלא מכוונת להגשים תכליות מהותיות חשובות, שעניינן שמירה על פרטיות והבטחת האמינות והניטרליות בביצוע החיפוש. יש אפוא מקום לכך שהפרה של חובה זו, ולא כל שכן ללא סיבה נראית לעיל, תובא בחשבון בשלב גזר הדין, על בסיס העיקרון של הגנה מן הצדק, שלעיתים משפיע רק בשלב העונש..."** (פסקה 2).

אחר כל האמור הוחלט על הפחתה של חצי שנה מעונש המאסר שהוטל על הנאשם.

למען שלמות התמונה יצוין כי נאשם זה ניהל הליך של הוכחות ולו היה עבר פלילי מכביד שכלל מספר הרשעות בעבירה של החזקת סמים שלא לצריכה עצמית ואף בעבירה של תיווך בעסקי סמים ובעבירות נוספות שבגינן ריצה מספר תקופות מאסר. זאת, להבדיל מהנאשם שבענייננו, שלא ניהל הליך של הוכחות עד תום ואשר הוא נעדר עבר פלילי.



ב"כ הנאשם טען כי ההקלה שיש לתת לנאשם צריכה להיות משמעותית הרבה יותר מזו אשר ניתנה בעניין מטר משום שבעניין מטר החיפוש בוצע בנוכחות של עד אחד, היינו מדובר בהפרה פחות חמורה מזו שהייתה בעניינו של הנאשם שהחיפוש בעניינו נעשה ללא נוכחות של עדים כלל.

סבורני כי אף אם יש מקום לקבל הטיעון בהקשר הלוגי שלו, היינו שקיים פער ממשי בין פיקוח של עד אחד לבין העדר פיקוח בהעדר כל עד, וכפועל יוצא יש בכך כדי להשליך על מידת הפגיעה בנאשם, עדיין אין בכך כדי להצדיק הקלה משמעותית הרבה יותר מזו אשר ניתנה בעניין מטר. זאת משום שלא נטען שהחיפוש בעניינו נעשה בהעדר נוכחות של הנאשם עצמו, נוכחות אשר יש בה כדי לקיים פיקוח מצדו של הנאשם על החיפוש.

מכל מקום, הנאשם כאמור לקח אחריות על מעשיו ולכן החשש מפני תוצאות פסולות של פעילות לא תקינה של היחידה החוקרת (למשל מפני השתלת הסם ברכב) לא מתקיים בעניינו.

14. ב"כ הנאשם הוסיף וטען כי התרופה להתנהלות זו של היחידה החוקרת צריכה לבוא לידי ביטוי בקביעת מתחם עונש הולם נמוך מן המקובל ולחלופין בחריגה ממתחם העונש ההולם בהתבסס על שיקולי צדק.

אכן, במישור העקרוני שיקולי צדק יכולים במקרים מסוימים להשליך על גבולות מתחם העונש ההולם (ע"פ 7621/14 גוטסדינר נ' מדינת ישראל [פורסם בנבו, 01.03.2017], פסקה 50 לחוות דעתו של השופט נ' הנדל), ובמקרים יוצאים מן הכלל לבסס חריגה ממתחם העונש ההולם (ע"פ 4456/14 קלנר נ' מדינת ישראל [פורסם בנבו, 29.12.2015], פסקה 216 לחוות דעתו של המשנה לנשיאה, השופט ע' פוגלמן; י' ליבדרו "חריגה ממתחם העונש ההולם מטעמי צדק" הסיגור 197, 5-4 (2013)).

יחד עם זאת, שיקולי צדק, הנשענים על התנהגות רשויות אכיפת החוק, וודאי כאשר עוצמתם היא לא חריגה, צריכים למצוא את ביטויים במסגרת שהתווה המחוקק, היינו, כחלק מהנסיבות שאינן קשורות בביצוע העבירה המשליכות על מיקומו של העונש בתוך מתחם העונש ההולם כאמור בסעיף 40א(9) לחוק העונשין, ובדרך זו נפסע אף אנו.

15. לא מצאתי כאמור לחרוג ממתחם העונש ההולם, ובגדרי המתחם נתתי משקל להודאת הנאשם, ללקיחת האחריות על-ידו ולחיסכון בזמן שיפוטי הנגזר מכך (ונתתי דעתי לכך שהודאתו ניתנה לאחר שנשמעה עדות בתיק), לנסיבותיו האישיות-משפחתיות, לגילו הצעיר, לכך שהוא נעדר עבר פלילי ולנזק שיגרם לו ולמשפחתו מעונש המאסר. כן מצאתי לתת משקל מסוים לכך שהנאשם הוא היחיד שנותן את הדין להבדיל מהאחר שעבורו החזיק את הסם.

הנאשם הורשע בהחזקת סם קשה במשקל גדול אותו החזיק עבור אחר, מה שיכול להעיד, במידה מסוימת, על קשרים עם גורמים עברייניים. חרף האמור, לא ביקש הוא להסתייע בשירות המבחן כדי לבחון אפשרות קיומם של הליכי טיפול ושיקום.

בדברים אלה יש כדי להשליך על הצורך במתן ביטוי לשיקולי הרתעת היחיד, זאת לצד שיקול הרתעת הרבים הנדרש



בעבירות אלו נוכח שכיחותן והשלכותיהן על הציבור.

הצורך לתת ביטוי לשיקולי הרתעת היחיד והרבים שולל באופן עקרוני את מיקום עונשו של הנאשם בתחתית מתחם העונש ההולם שנקבע.

יחד עם זאת, סבורני כי בשים לב להתנהלות רשויות אכיפת החוק אשר פגעה במידת מה בזכויותיו של הנאשם (בהיותו חשוד), כפי שפורט לעיל, נכון יהיה לעשות מעין "קיצוז" של שיקולי ההרתעה האמורים, כך שניתן יהיה למקם את עונשו של הנאשם בתחתית מתחם העונש ההולם שנקבע.

16. באשר לרכיב הקנס אציין כי על זה להיות משמעותי בהינתן הזיקה הכספית לעבירה זו ולנוכח ההשלכות הכספיות שיכלו לנבוע מביצוע העבירה (אף אם לא במישורין לנאשם עצמו). מן הצד השני יש לתת, כמצוות החוק, משקל גם למצבו הכלכלי והאישי של הנאשם.

17. באשר לרכיב פסילת רישיון הנהיגה אציין כי מצאתי לבכר את עמדת המאשימה בנדון. מי אשר משתמש ברישיון שניתן לו על-ידי המדינה לנהוג ברכב ומנצל הרישיון כדי לפגוע בערכים מוגנים - נוהג ברכב עם סמים מסוכנים העלולים לפגוע קשות בציבור, שאותם הוא מחזיק שלא לצריכה עצמית - קונה לעצמו סיכון שרישיונו יישלל בשל כך.

יחד עם זאת, בשים לב למכלול רכיבי הענישה, לא מצאתי להכביד את היד עם הנאשם גם ביחס לרכיב זה.

18. לאור כל האמור לעיל אני גוזר על הנאשם את העונשים הבאים:

א. 4 שנות מאסר בניכוי ימי מעצרו.

ב. 12 חודשי מאסר על תנאי, למשך 3 שנים מיום שחרורו מן המאסר, שלא יעבור עבירת סמים מסוג פשע.

6 חודשי מאסר על תנאי, למשך 3 שנים מיום שחרורו מן המאסר, שלא יעבור עבירת סמים מסוג עוון.

ג. קנס בסך 15,000 ₪ או 60 ימי מאסר תמורתו. הקנס ישולם בתוך שנה מהיום.

עמוד 13



5129371.ד. אני פוסל את הנאשם מלקבל או להחזיק רישיון נהיגה למשך 9 חודשים החל מיום שחרורו מן המאסר. על הנאשם להפקיד את רישיונו במזכירות בית המשפט ולחלופין למלא תצהיר מתאים לצורך תחילת מנין תקופת הפסילה. הפסילה תהיה במצטבר לכל פסילה אחרת, אם קיימת.

54678313

זכות ערעור בתוך 45 יום לבית המשפט העליון.

ניתן היום, ו' ניסן תשפ"ג, 28 מרץ 2023, במעמד הצדדים.