

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

בית המשפט המחוזי בבאר שבע

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

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

זכור דין

- הנאשם הורשע על-פי הודהתו במסגרת הסדר טיעון בכתב אישום מתוקן (להלן: "כתב האישום") בעבירה של החזקת סמ מסוכן שלא לצורך עצמית, עבירה לפי סעיף 7(א)+(ג) רישא לפיקודת הסמים המסוכנים [נוסח חדש], התשל"ג - 1973 (להלן: "פקודת הסמים").
- במסגרת ההסדר לא הושגה הסכמה עונשית בין הצדדים ואלו טענו לעונש באופן חופשי.
עם זאת, הצדדים הגיעו להבנה ביחס לבקשת חילוט של הרכב שהגישה המאשימה ולפיה זה ישוחרר בכפוף להפקדת סך של 30,000 ל"נ לטובת קרן החילוט של הסמים עבור למתן גזר הדין.

כתב האישום

- מעובדות כתב האישום עולה כי ביום 01.05.2022 ساعה 13:30 החזיק הנאשם עבר אחר שזהו אינו ידועה למאשימה קילוגרם של סמ מסוכן מסוג קווקאי, אשר הוסלק בתא מטען ברכב מסוג "טויוטה קוורולה" שבבעלותו (להלן: "הרכב").
ביום 1.5.2022 ساعה 13:30 נהג הנאשם ברכב באזור מחלף קמה בכביש 6 לכיוון צפון. עברו 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 הושע לתחנת המשטרה באשדוד שם נערך בו חיפוש נוסף. לאחר שהשוטרים פירקו את כיסוי הפלסטיק והבד שטעף את תא המטען נמצא הסם שהוסלק באירוע נפרדות בדופן השמאלית והימנית בתא המטען.

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

עמוד 1

טייעוני הצדדים

4. **המאשימה** טענה לעונש בכתב והשלימה טיעונית על-פה. המאשימה טענה כי מתחם העונש ההולם נע בין 5 ל-8 שנות מאסר ועתה לעונש של 6 שנות מאסר, מסר על תנאי, קנס כספי גבוה ופסילת רישון נהגה בפועל.

המאשימה הפנתה בטיעונית לערבים המוגנים שנפגעו, מידת הפגיעה הגבוהה בהם ולנסיבות הקשורות ביצוע העבירה לרבות לכמות הסם הגדולה שהנאשם החזיק, לפוטנציאלי הנזק לצרכני הסם הגלום בהחזקה של כמות זו שנית להפיק ממנו אפילו מנות סמ, לנזק העיקרי שעלול להיגרם לציבור כתוצאה לכך שמדובר בעבירה שמחוללת עבירות נוספת, סוג הסם, לעובדה שהסמ חזק בזמן שהנאשם נהג ברכבת מה שמלמד על כוונת הפצחה, אך השם הוסלק בשני מקומות שונים ברכבת מה שמלמד על התכונן והתחכם ביצוע העבירה, אך שהנאשם היה מודע והבין את הפסול במעשו ולסיבת שבטעיה ביצעה את העבירה - בצע כסף.

המאשימה הפנתה לחומרה הגלומה בעבירות הסמים ולצורך בענישה מرتעיתו לכל המעורבים בשרשראת הפטת השם.

ביחס לטענה הקשורה לנפקות החיפוש שנעשתה ברכבת בנגדו לצו שהוציא, טענה המאשימה כי אין לתת לטענה זו כל משקל לעניין העונש. זאת, הן מושם שלא מדובר בחיפוש שהוא "לא חוקי", שכן בהתאם לסעיף 17 לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה - מעצרים), התשנ"ג - 1996 (להלן: "חוק המעצרים") אין צורך בשני עדים לצורך חיפוש ברכבת; הן מושם שchiposh ברכבת בנסיבות של שני עדים הוא חריג; הן מושם שchiposh לא נעשה בכוונת מכוון בנגדו לצו; הן מושם שהנאשם מילא הזדה בהחזקת השם; הן בשל הקושי שהייה לישם את הצו במקרה זה, הינו לחפש ברכבת בנסיבות של שני עדים בשם לב לכך שהרכבת נעצר בכביש 6 והן בשל החשש מפני "אפקט מצנן" כלפי ייחidot החקירה.

המאשימה צרפה פסיקה לתמיכה בעמדתה העונשית.

5. **ב"כ הנאשם** טען כי מתחם העונש ההולם נע בין 10 ל-24 חודשים מאסר, החופף את תקופת מעצרו. ביחס לרכיב הকנס, טען כי זה נדרש להיות פורפורציונלי וסביר בשם לב לגילו של הנאשם, למצוות הכלכלי, אך שהוא הפקיד סך של 30,000 ש"ח תחת חילות הרכב וכך שלauc להוכיח הרווח כסף בתמורה לביצוע העבירה.

ב"כ הנאשם עתר לדוחות המתאימים לפטול את רישון הנהיגה של הנאשם בשם לב לכך שמדובר בעבירה סמיים ראשונה שעבר הנאשם, בשם לב למקום מגוריו של הנאשם בפזרה ועובדתו המצריים שימוש ברכבת ועל מנת שלא לפגוע בשיקומו. כן ציין שבמקרה זה לא קיימת חובה בחוק להורות על פסילת רישון הנהיגה.

ב"כ הנאשם הדגיש בטיעונו שהנאשם החזיק בסם עבור אדם אחר וכן שאין ראייה לכך שהוא ביצע עסקה או הפיק רוח כלכלי כתוצאה מהחזקתו. ב"כ הנאשם טען שונות מן המקובל וזאת של קבועה של קבועה היה לא חוקי, מצדדים עמדה עונשית שונה מן המקובל וזה בדרך של קבועה מתחם עונש הולם נמור מהרגיל או בדרך של סטייה מתחם העונש ההולם מטעמי צדק (בין היתר תוך שימוש בדוקטרינת ההגנה מן הצדוק) או בדרך של מקום עונשו של הנאשם ברף הנמוך בתוך מתחם העונש שנקבע).

עמוד 2

ב"כ הנאשם טען כי מידת אי החקיקות של החיפוש במקורה זה היא גבוהה וזו מושם שהמשטרה התעלמה מדרישת נוכחותם של עדים במהלך החיפוש באופן מוחלט, הינו לא דאגה לנוכחות ولو של עד אחד.

במסגרת טיעוני, הפנה ב"כ הנאשם גם לנושא האישיות של הנאשם, לגילו הצעיר, לכך שהוא נשוי ואב לשני ילדים אחד מהם נולד במהלך מעצרו, לכך שהוא עבר פלילי, לכך שהוא עצמו לא צריך סמים, מתפקיד באופן נורמלי ועובד באופן מסודר, ולכך שהוא יהודה במינוס לו,濂 כל אחריות והביע חריטה. ביחס להודאה זו ביקש לתת לה משקל מוגבר מושם שזו ניתנה חרף כך שהנאשם יכול היה לנצל הליך של הוכחות שבאמתחחו טענות כבדות משקל ביחס לחיפוש הלא חוקי שבוצע ברכבו, טענות שכול והיו מובילות לפסילת הראייה המרכזית בתיק.

ב"כ הנאשם הפנה לפסיקה לתמיכה בטיעוני.

6. **הנאשם** אמר את דברו. הנאשם מסר כי הוא בן 29, נשוי ואב לשני ילדים, מתגורר בפוזה של שגב שלום, עבד טרם מעצרו בשמירה במשך 3 שנים. הנאשם הוסיף כי הוא מצטרע על מעשייו ו.mapbox סליחה.

דיון והכרעה

7. מתחם העונש ההולם בעניינו נע בין 4 ל-7 שנות מאסר ועונשים נלוויים. בקביעת מתחם זה התחשבתי בערכיים המוגנים, במידה הפגיעה בהם, בנסיבות ביצוע העבירות ובפסיקה הנווגת, והכל כמפורט להלן.

8. העבירה שאומהה עבר הנאשם היא חמורה. הערכיים המוגנים בעבירה זו הם שמירה על שלום הציבור ובריאותו. בריאות הציבור קשורה לצרכני הסם אשר עושים שימוש בשם, אך שלום הציבור קשור לציבור בכללו אשר עלול להיפגע בעקבות כתובות שונות שנעבירות לצורך מימון הסם על-ידי צרכני הסם.

אין צורך אפוא להזכיר במילים על אוזות הצורק להילחם ממש נגד אלה המפיצים את הסמים וכנגד אלה המסייעים בידם. לעניין זה ראו למשל ע"פ 211/09 **ازולאי נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבז, 22.6.2010), (להלן: "ענין אזולאי"), פסקה 10:

"על חומרתה המופלגת של עבירות החזקת סמים מסוכנים שלא לצורך עצמית אין צורך להזכיר מילים, ולא כל שכן כך הוא כאשר מדובר בכמות כה גדולה של סמים מסווג זה. הענישה בעבירות מסווג זה נועדה, קודם לכל, לשרת את מטרת הגמול לעבריין על עיסוק בסם העולול לסכן חי אדם ולפגוע בבריאות המשתמשים בו; שנית, על העונש להעביר מסר חד-משמעות של הרתעה ביחס לעבריין פוטנציאליים, ולשמש אותן זהירה אפקטיבי לכל מי שמתכוון לקחת חלק במערכות ההעברות והסחר בסמים, תהא אשר תへא הפונקציה אותה הוא מלא בשרשראתו זו של העברת הסם מיד ליד" נגע הסמים הוא נגע קשה, שיש למגרו. התוצאות של הפטצת סם הן תוצאות קשות של פגיעה בשלום הציבור לרבות פגעה ברכשו ובקניינו של הציבור בעקבות, וכמובן בבריאותם של צרכני הסם".

.9. מידת הפגיעה בערכים המוגנים נלמדת, בין היתר, מניסיונות ביצוע העבירה. בעניינו מדובר בהחזקת סם קשה מסווג קווקאי.

באשר לסכנה הנש��פת מסם מסווג קווקאי ראו ע"פ 11/972 מדינת ישראל נ' יונה (פורסם בנבו), פסקה 4: 4.7.2012

"קווקאי נחשב, ולא בדמי, לסתם קשה. זאת הן בשל השפעותיו על גוף האדם, והן בשל פוטנציאלי ההतמכרות הגבואה שטמון בו. על פי רוב, לאחר נטילת הסם חווה המשמש תחושה חזקה של אופוריה. לאחר האופוריה מגיעה ההתרסקות, שמתאפיינת בתשישות, שינוי, דיכאון ממושך - וצורך עד להשיג מנת סם נוספת. נמצא גם שהמוה מסתגל במהירות לאפקט האופוריה, וכתוואה מכך המשמש צורך כמיות הולכות וגדלות מהסם. הגדלת מנת הסם מעיצמה את הפגיעה שנגרמת למשתמש ובכלל זאת פרנויה, פאניקה ושיבוש בפעולות החשמלית של הלב עד כדי פוטנציאלי להתקף או לדום לב...הפגיעה ביחיד חזורת חיללה לפגיעה בחברה. השימוש בסם מסווג קווקאי יוצר צורך להמשיך ולהשתמש. כתוואה מכך עליון לחפש מקורות כספיים למימון רכישת הסם, לאו דווקא בדרכים חוקיות, תוך שהוא חווה הידדרות מתמדת בתפקיד הפיזי והקוגניטיבי שלו".

מעבר לאמר, הנאשם החזיק שלא לצריכה עצמית כמות גדולה מאוד של הסם (קילוגרים), מה שמעיצים את פוטנציאלי הפגיעה הציבור. למשקל הסם נפקות לעניין חומרת העונש. בכלל, קיימת קורלציה בין משקל הסם לחומרת העונש וזאת, בין היתר, בשל פוטנציאלי הסיכון לציבור כחטאה מביצוע העבירה. גם שכן, לא מדובר בחישוב אריתמטי.

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

"**מלאת גזירת הדין היא מלאכת מחשבת אך לא מלאכת מחשב. עם זאת, "הכמות" מהוות מרכיב, ולעתים מרכיב דומיננטי, במעשה העבירה, ובתור שכזה כבודה במקומו מונחת. הענקת משקל למשקל הסם אינה בגדר שיקול זר או לא רלוונטי.**".

לסיכום עניין זה, השימוש שבין סוג הסם הנחשב לסם "קשה" לכמותו החריגה הוא שמלמד על מידת הפגיעה הגבואה בערכים המוגנים בעניינו.

לצד זאת, בבחינת מידת הפגיעה בערכים המוגנים נתתי משקל גם לכך שהשם נתפס ולא הגיע אל הזרים גם לכך שהנתאים החזיק את השם עבור אחר.

.10. באשר לניסיונות ביצוע העבירה נתתי משקל לכך שהנתאים החזיק בשם "קשה" (קווקאי); למשקל הגוף של הסם (קילוגרים); לנזק שעול היה להיגרם לו היה הסם מגע לצרכנים; למניע שהניע את הנאשם לבצע את העבירה (בצע כסף), לתוכנן שקדם לביצוע העבירה, לכך שהשם היה מוסלק בשני מקומות שונים ברכב ולכך שהרכב הוא בבעלותו של הנאשם (סימפת עובדה 1).

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

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

נתתי משקל גם לחלקו של הנאשם בביצוע העבירה, היינו לכך שהוא החזק בסם עבור אחר (רישית עובדה 1). נסיבה זו מצדיקה התחשבות **מסויימת** בנאים. יחד עם זאת, והגמ שנתי דעתו לכך שהנאשם לא היה מחולל העבירה, לא ניתן להקל ראש במעשייו, זאת אף אם נתיחס אליו כמעין שליח ("בלדר") בלבד. באשר לחלקם של הבלדרים או השילוחים בשרשורת הפצת הסם ראו ע"פ 3820/09 **מדינת ישראל נ' אוחזין** (פורסם בبنבו, 9.6.2009), פסקה 16:

"**אמנם המשיב לא היווה את החליה המרכזית בשרשורת הפצת הסם, אך תפקידו במסגרתה היה חיוני, והוא "השיא תרומתו" בהسبת נזק חמור לחברה.** מן המפורשות הוא שמערכת הפצת הסמים נסמכת ונשענת על שירותיהם של אנשים רבים הממלאים לפעים תפקידים של שליח או של בלדר. ברור שלא עזרתם של אלה לא הייתה המערכת הזאת מסוגלת לגרום את הנזק שהוא 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 **מעוזין נ' מדינת ישראל** (פורסם בبنבו, 24.9.2019), פסקה 12:

"...ברוי כי מערכת הפצת הסמים לא יכולה לתקוף ללא שירותיהם של בעלי תפקידים 'קטנים' כמוותם המשמשים חוליה בשרשורת, ואשר בולדיהם לא יICON המעשה [...] אמן, ככל, עניותם של הוגי התוכנית, אלה העומדים בראש הפירמידה, תהא חמורה יותר. אולם אין בכך כדי לפטור את הבלדרים ומוביili הסם מעונישה נוקשה המשקפת את חומרת מעשייהם - על כל נזקייהם הפוטנציאליים".

אכן, כפי שטען ב"כ הנאשם, לא ציין בכתב האישום שהנאשם הוביל את הסם עבור الآخر, כי אם "אר" החזק את הסם בעבורו, ואולם גם החזקה זו, שהייתה אגב נשעה ברכב, היא חוליה בשרשורת שבולדיה לא ICON המעשה.

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

"**העונישה בעבירות מסווג זה** (החזקת סמים שלא לצורך עצמית, י' ל") נועדה, קודם כל, לשרת את מטרת הגמול העבריין על **עיסוק** בשם העולול לסיכון חי אדם ולפגוע בבריאות המשתמשים בו; שנית, על העונש להעניש מסר חד - משמעי של הרתעה ביחס לעבריניים פוטנציאליים, ולשימוש אות זהה אפקטיבי לכל מי שמתכוון לקחת חלק במערכת העברות והסחר בסמים, **מהא אשר תהא הפונקציה** אותה הוא מלא בשרשורת זו **של העברת הסם מיד ליז'** (דges לא במקור, י' ל").

.11. ביחס לעונשה הנוגגת הרי שזו מגוונת ותלויה בנסיבות העונה, לרבות גילו, עברו הפלילי ושאלת השתלבותו בהליך שיקומי ובעיקר תלואה היא בנסיבות ה"מעשה" לרבות סוג הסם, משקלו, התכונן והתחכם בביצוע העבירה, שיתוף פעולה עם אחרים וכיו"ב נסיבות המשפיעות על העונשה.

מסקירת הפסיקה בנושא עולה, כי אף שקיים גיון רב בעונשה, **"רמת העונשה שנקבעה בפסקין דין שהוזכרו לעיל ובפסקין דין אחרים, כשמדובר בהחזקת סם מסווג הירואין או קוקאין, שלא לצורך עצמית, בנסיבות של عشرות גרים, נעה בין 3 ל-5 שנים מאסר"** (ענין שחיר, פסקה 12). יצוין, כי בניגוד לנען על-ידי ב"כ הנאשם, מדברים אלו של בית המשפט העליון על מה שain מקום לעורוך הבחנה ממשית בין סם מסווג הירואין לסם מסווג קוקאין כשמדובר בהחזקה שלא לצורך עצמית במשקלים משמעותיים, מה עוד שב"כ הנאשם עצמו הפנה לפסיקה נוגגת שהתייחסה לשני סוגי הסם.

להלן תוצג פסיקה במקרים דומים של החזקת הירואין וקוקאין שלא לצורך עצמית במשקלים גדולים, העולמים על מהו גרים.

בע"פ 1945/13 **אחמד נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 5.10.2014) דחה בית המשפט העליון את ערעורו של הנאשם בעל עבר פלילי שהורשע בעבירה של החזקת סם מסווק מסווג הירואין במשקל של 3.5 ק"ג שלא לצורך עצמית אותו אסף סמור לגדר הגבול עם לבנון ובעיריות נלוות, והותיר על כנו עונש של 6 שנים מאסר וקנס בסך 10,000 ל"נ. במקרה זה דובר בנסיבות גדולה יותר של סמים שהוחזקה, בעבירות נוספות בהן הורשע, בנסיבות חמימות יותר של עבירה (איסוף ליד גדר הגבול) ובנאים בעל עבר פלילי מכבד, לרבות בעבירות סם;

בעניין אחולאי דחה בית המשפט העליון את ערעורו של הנאשם בעל עבר פלילי מכבד שהורשע בהחזקת סם מסווק מסווג הירואין במשקל של 176.67 גרם שלא לצורך עצמית ואשר נתפסה במהלך חיפוש על גופו של הנאשם והותיר על כנו עונש של 5 שנים מאסר בפועל. יש לציין כי באותו מקרה דובר בנאים רצידוויסטי, בעל עבר פלילי מכבד 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 הנאשם ללא בעל פלילי שהורשע בהחזקת סם מסווק מסווג הירואין במשקל של 955 גרם והותיר על כנו עונש של 50 חודשים מאסר וקנס בסך של 25,000 ל"נ;

בעניין שחיר דחה בית המשפט העליון את ערעורו של הנאשם שהודה במסגרת הסדר טווח (המדינה הגבילה עצמה לעונש של 36 חודשים והנאשם טען באופן חופשי) בביצוע עבירות של החזקת סם שלא לצורך עצמית ולכך עצמית מסוג קוקאין במשקל 112.3416 גרם ואשר נדון ל-36 חודשים מאסר, תוך שבית המשפט העליון קבע שאין מדובר בעונשה חריגת מהעונשה המקובלת;

בע"פ 2646/15 **מדינת ישראל נ' ابو בכיר** (פורסם בנבו, 16.7.2015) דחה בית המשפט העליון, ברוב דעתות, את ערעורו של הנאשם על קולות העונש שהותן על הנאשם בעל עבר פלילי שהורשע בהחזקת סם מסווק מסווג

הרופא במשקל של 990.39 גרם שלא לצריכה עצמית ובعبارة של הסתייעות ברכב והותיר על כנו עונש של 34 חודשים מאסר וקנס בסך 10,000 ₪. בית המשפט ציין כי : "...**ככל נתית בית המשפט היא להשיט עונשים ממשמעותיים על מבצעי עבירות הסמים, לרבות בלדרים המאפשרים את העברתו של הסם מבוטלו לציבור...שיקול מרכזי נוסף בדין הפלילי בהטלת עונשה על מבצעי עבירה היא עקרון הענישה האינדיידואלית, ולאורו פסק זה מכבר בית משפט זה, כי תקופות המאסר המושתות על בלדרי הסמים משתנות ממקורה ל蹶ה ותלוות בנסיבות הקונקרטיות של כל מקרה". בית המשפט העליון קבע כי נוכח נסיבות המקורה ניתן להשיט על הנאשם עונש חמור יותר ואולם לאור עקרון אחידות הענישה אל מול נאשם אחר באותה פרשה נדחה הערעור.**

בע"פ 4592/15 **פדייה נ' מדינת ישראל** (פורסם בנובו, 8.2.2016) דחה בית המשפט העליון את ערעורם של נאים שהורשו בעבירות של קשרת קשר לביצוע פשע, והחזקת סם מסוכן שלא לצריכה עצמית מסווג קווקאי במשקל של 481.6 גרם כשנאם 2 הורשו בסיווע לעבירה זו והותיר על כנו עונש של 30 חודשים מאסר שהוטל עליהם בבית המשפט המחוזי.

בת.פ (מחוזי-ב"ש) 21-11-50970 **מדינת ישראל נ' עמור** (פורסם בנובו, 4.12.2022) נדון הנאשם, על-ידי מوطב זה, לעונש של 4 שנות מאסר וזאת בגין ביצוע עבירה של החזקת סם מסוכן (קווקאי) שלא לצריכה עצמית. באותו מקרה הנאשם אמן החזק בכמות מזו שהחזקת הנאשם בענייננו באופן ניכר (כ-606 גרם), ואולם באותו מקרה לא נגעו זכויותו של הנאשם כבעניינו, כפי שיפורט להלן, על ההשלכה של כך לעניין העונש, ובנוסף תסוקיר שירות המבחן שהוגש בעניינו היה שלילי למדי, לרבות ביחס לקשיו של הנאשם בלקיחת אחריות על מעשיו והצבעה על קיומ מסוכנות בתחום הסמים.

עינתי בפסקה שצרפו הצדדים. מטיב הדברים צרף כל צד פסיקה התומכת בעמדתו העונשית שאל חלקהอาทיתס להלן.

המואשימה צרפה למשל את 4598/21 **רנילאת נ' מדינת ישראל** (פורסם בנובו, 1.11.2021) בו דחה בית המשפט העליון את ערעורו של הנאשם לעבר פלילי שהורשו בעבירה של החזקת 1,001 גרם של סם מסווג קווקאי, כ-87.5 גרם של סם מסוכן מסווג קנבוס ו-34.5 גרם של סם מסוכן מסווג חשיש והותיר על כנו עונש של 5 שנות מאסר;

ע"פ 8436/20 **אמסלם ואח' נ' מדינת ישראל** (פורסם בנובו, 7.6.2021) בו דחה בית המשפט העליון את ערעורם של שלושה נאים שהורשו בעבירות של החזקת סם מסווג קווקאי במשקל של 20 גרם שלא לצריכה עצמית וניסוין של החזקת סם מסווג קווקאי במשקל של כ-1 ק"ג שלא לצריכה עצמית והותיר על כנו עונש של 45 חודשים מאסר על הנאשם 1 (שהורשו באישום נוסף בהחזקת סם מסווג קווקאי במשקלים של 1.43 ו-0.89 שלא לצריכה עצמית), עונש של 40 חודשים מאסר על הנאשם 2 ו-36 חודשים מאסר על הנאשם 3;

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

ערעורה של נאשנת שהורשעה בהחזקה של סמ מסוכן מסוג קוקאין במשקל של 490.51 גרם שלא לצורך עצמית והעמיד את עונשה על 3 שנות מאסר וחצי חלף 4 שנות מאסר שגור עלייה בית המשפט המחווי בעיקר בשל נסיבותה האישיות;

ע"פ 4313 בר נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 20.11.2020) בו קיבל בית המשפט העליון את ערעורו של נאשן שהורשע בסיווע להחזקה של סמ מסוכן מסוג קוקאין במשקל של 995.9 גרם שלא לצורך עצמית ואשר נדון בבית המשפט המחווי ל-72 חודשים מאסר כולל הפעלה של מאסר מותנה. בית המשפט המחווי חרג מהסדר הטיעון ה"סגור" אליו הגיעו הצדדים במסגרת עתרו במשפטם להטיל על הנאשם עונש של 50 חודשים מאסר כולל הפעלה חלנית של המאסר המותנה, ובית המשפט העליון קבע כי לא היה מקום לחזור מהסדר הטיעון והעמיד את עונשו של הנאשם על 50 חודשים מאסר כפי שעטרו הצדדים מלכתחילה.

עינן בפסקה אליה הפניה המאשימה מלמד אפוא שאין בה כדי לתמוך בעמדה העונשתאותה הציגה בעניינו של הנאשם.

ב' הנאשם צרכן למשל את ת"פ (מחוזי-מרכז-lod) 376-10-16 מדינת ישראל נ' אזרן ואח' (פורסם בנבו, 1.2.2018) בו גזר בית המשפט המחווי על נאשנת 2 שהורשעה ביבוא של סמ מסוכן מסוג קוקאין במשקל של 951 גרם עונש של 22 חודשים מאסר. צוין כי במעשה זה דובר בנאשנת עם בעיות נפשיות ואשר כליאתה לתקופה ממושכת, כך נקבע, תפגע הילדיה הקטנים לרבות אלו המצויים במסגרת חוץ בתיות להם היא מהוות עוגן. בנוסף, במעשה זה המאשימה הגבילה עצמה בטיעוניה ל-30 חודשים מאסר;

ת"פ (מחוזי-מרכז-lod) 62726-11-18 מדינת ישראל נ' אסולין (לא פורסם, 5.6.2019) בו גזר בית המשפט המחווי עונש של 35 חודשים מאסר על נאשן שהורשע בעבירה של החזקת סמ 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 גזר 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 המחווי עונש של 36 חודשים מאסר על נאשן שהורשע בעבירות של קשרת קשור לביצוע פשע, יבוא סמ מסוכן מסוג קוקאין במשקל של 960 גרם, ניסיון להחזקת סמ מסוכן מסוג קוקאין שלא לצורך עצמית והחזקת סמ מסוכן מסוג קוקאין שלא לצורך עצמית, לאחר שאימץ הסדר עונשי "סגור". צוין, כי במעשה זה בית המשפט הדגיש כי העונשה עליה הסכימו הצדדים "מצוחה בתחום הסולם", תוך שהוסיף שעונש זה לא אמור לשמש תקדים לגבי רמת העונשה הרואיה במקרים דומים;

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

שני הצדדים הפנו במסגרת טיעוניהם לגור הדין שניתן בת"פ 52589-10-20 מדינת ישראל נ' אלטורי (פורסם בnbsp; 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 חודשים מאסר. אצ"נ כיאמין לו שגם היה עבר פלילי להבדיל מה הנאשם שבעניינו, ואולם באותו מקרה הייתה הסכמה עובדתית לפיה הנאשם לא היה מודע **לסוג הסם ולכמותו**, אם כי היה מודע לכך שהוא נשלח להביא סם מסוכן והוא מודע לכך שהוא החזיק בשם מסוכן שלא לצריכה עצמית. בנוסף, הייתה הסכמה עובדתית לפיה הנאשם מודע לכך שהוא תקין בשם רשות החוק כבעניינו, על ההשלכה שיש לכך לעניין העונש, כפי שיפורט להלן.

נקודות אי חוקיות החיפוש

12. ב"כ הנאשם טען כאמור שיש לחת משקל לכך שהחיפוש ברכב נעשה בגיןיו לצורך לא נוכחות של שני עדים. המאשימה הסכמה שהחיפוש נערך בגיןיו לצורך בהקשר זה, ואולם טענה שאין לתת לכך משקל לעניין העונש. סבורני כי יש לבקר את עמדת ב"כ הנאשם בעניין זה.

אף אם חיפוש ברכב ללא נוכחות של שני עדים הוא עניין חריג קטעת המאשימה, ואף אם סעיף 71 לחוק המעצרים לא מתנה יעקוב של כל רכב לשם חיפוש במקרים מסוימים בסעיף זה בנוכחות של עדים, ואף אם הנאשם הודה בסופו של יומם ביצוע עבירה, אין בכך כדי לשלול את "אי חוקיות" שדבק בחיפוש.

כאשר חיפוש נערך על-פי צו שיפוטי יש להקפיד על ביצוע החיפוש בהתאם לנסיבות שנקבעו בצו. אי מילוי התנאים שנקבעו בצו עלול להכתרם את החיפוש באין חוקיות.

"אי חוקיות" של החיפוש עלולה להיווצר רק בשל אי עמידה בתנאי החוק לביצוע החיפוש, כי אם גם בשל אי עמידה בתנאים שנקבעו בחילוט או בנסיבות שיפוטיים באשר לאופן ביצוע החיפוש, שהם שמאורים את הסמכות לעורך את החיפוש באותה מקרים שבהם החיפוש נעשה על-פי צו של בית משפט.

הכו השיפוטי לבצע את החיפוש יונק את כוחו מהוראת חוק שהסמוכה את בית המשפט ליתן צו שכזה, אף להtanoto בתנאים, והחיפוש הנעשה מכוחו, הוא חיפוש שהלהקה למעשה נעשה מכוח החוק. בעניין זה ראו את סעיף 23 לפקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש) [נוסח חדש], התשכ"ט - 1969 (להלן: "הפקודה") המסמן את בית המשפט ליתן צו לעורך חיפוש בכל בית או מקום ואת סעיף 24 לפקודת הקובע כי: **"צו חיפוש ישמש אסמכתה לכל שוטר, או לאדם אחר שנكب השופט בצו, אם ראה שהנסיבות מחייבות ליפוט לכך כוחו של אותו אדם"**

(1) לעורך חיפוש בבית או במקום **לפי האמור בצו החיפוש ולתפות כל חוץ הנזהה כמתואר בצו ולעשות בו כאמור בצו".**

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

בפני שני עדדים שאינם שוטרים, זולת אם -

(1) ...

(2) שופט הרשה לערכו שלא בפני עדדים

(3) ...".

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

המואשימה טענה בחצי פה כי בנסיבות העניין "עם התנאי של חיפוש בנוכחות של שני עדדים היה בעירתי מכיוון שהנאשם נעצר בכביש 6, תוך שהוסיפה "מה הציפייה? שבכביש 6 יעצרו נגעים ויגידו להם להיות עדדים לחיפוש ברכב?".

אכן, סעיף 26(1) לפקודה מאפשר לעורך חיפוש שלא בפני שני עדדים כאשר "לא ניתן בנסיבות העניין ובגלל דחיפותו לערכו כאמור", ואולם בעניינו 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 כדיודו שהצוו התנה את החיפוש בנוכחות של שני עדדים. לשאלת המואשימה יש להסביר שהציפייה היא שהחיפוש "עשה על-פי האמור בצו".

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

מעבר לאמר, האפשרות המוזכרת בסעיף 26(1) הנ"ל שלא לעורך חיפוש בנוכחות של שני עדדים בשל נסיבות העניין וטעמי דחיפותו, מותנת בתיעוד הדבר בפרוטוקול שייערך, פרוטוקול שלא הוגג בבית המשפט.

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

13. שאלת נפרדת היא מהו היקף אי החוקיות של החיפוש. לא דומה חיפוש ללא צו שיפוטי כלל בנסיבות שההן נדרש צו שיפוטי לחיפוש שנערכ עם צו שיפוטי אחר ללא הקפדה על קיומו של אחד מהתנאים של הculo; לא דומה חיפוש במקום שאנו שופرت בצו לחיפוש במקום שבו הותר לבצע את החיפוש אך ללא הקפדה על קיומו של אחד מהתנאים של הculo; ולא דומה חיפוש ללא נוכחות של הנאשם עצמו לחיפוש בנוכחות של הנאשם עצמו אך ללא נוכחות של עדדים, מקום שנקבע שיש לעשות כן בצו.

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

שקלתה במשפט יפגע באופן מהותי לזכות להליך הוגן **בשים לב לאופיה ולחומרתה של הפרה,** למידת ההשפעה של הפרה על הרأיה שהוצאה ולענין הציבורី שבקבלת הרأיה או באי - קבלתה; **בסעיף קטן זה "הפרה" - השגת רأיה שלא כדין.**

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

בעניינו אין מדובר בהפרה בוטה וחרמורה 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 בנסיבות הנאשם עצמו.

אכן, היה נכון להקפיד על ביצוע החיפוש בהתאם לתנאי הצו, הינו להקפיד שזה יהיה בנסיבות של שני עדים אך לא ניתן לומר כי **בנסיבות עניינו** מדובר בפגיעה משמעותית היורדת לשורש העניין ואשר צריכה 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 נלוויים בין ביצוע עבירות סמיים (החזקת סם מסוכן הרואין במשקל כ-65 גרם ו-5 משקלים דיגיטליים וכן באיזומים על שוטר שהשתתף בחיפוש בביתו של הנאשם). אחת מהטענות שנדונו הייתה קשורה לכך שהחיפוש בוצע ביחד לצד השיפוטי שהתנה את החיפוש בנסיבות של שני עדים. לאחר שה הנאשם 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 המוחזק לפיה החיפוש שנערך בביתו של הנאשם בוצע שלא כדין, ובהמשך הוסיף כי **משנמצא ממש בטענת המערער בדבר אי חוקיות החיפוש, ובכך התמקד ערעורו,מן הראו ליתן לכך ביטוי בגזר הדין**" (פסקה 13).

בהמשך, אף השופטת ד' ברק ארץ צינה כי: **"דרישה זו (בנסיבות של שני עדים במהלך החיפוש), י' ל' אינה פורמלית גרידא, אלא מכוonta להגשים תכליות מהותיות חשובות, שעניןן שמירה על פרטיות והבטחת האמינות והນיטרליות ביצוע החיפוש. יש אפוא מקום לכך שהפרה של חובה זו, ולא כל שכן ללא סיבה נראית לעיל, תובא בחשבון בשלב גזר הדין, על בסיס העיקرون של הגנה מן הצדקה, שליעיתם משפייע רק בשלב העונש..."** (פסקה 2).

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

למען שלמות התמונה יציין כי הנאשם זה ניהל הליך של הוכחות ولو היה עבר פלילי מכבד שככל מספר הרשות בעבירה של החזקת סמיים שלא לצריכה עצמית ואף בעבירה של תיווך בעסקי סמיים ובעבירות נוספת שבגין ריצה מסpter תקופות מאסר. זאת, להבדיל מה הנאשם שבעניינו, שלא ניהל הליך של הוכחות עד תום ואשר הוא נעדך עבר פלילי.

ב"כ הנאשם טען כי הקללה שיש לנאשם צריכה להיות משמעותית הרבה יותר מאשר ניתנה בעניין מטר משומם שבעניינו מטר החיפוש בוצע בנוכחות של עד אחד, הינו מדובר בהפרה פחות חמורה מזה שהייתה בעניינו של הנאשם שהחיפוש בעניינו געשה ללא נוכחות של עדים כלל.

סבירוני כי אף אם יש מקום לקבל הטיעון בהקשר הלוגי שלו, הינו שקיים פער ממשי בין פיקוח של עד אחד לבין העדר פיקוח בהעדר כל עד, וכפועל יוצא יש בכך כדי להשליך על מידת הפגיעה בנאשם, עדין אין בכך כדי להצדיק הקללה משמעותית הרבה יותר מאשר ניתנה בעניין מטר. זאת משומם שלא נטען שהחיפוש בעניינו געשה בהעדר נוכחות של הנאשם עצמו, נוכחות אשר יש בה כדי לקיים פיקוח מצדו של הנאשם על החיפוש.

מכל מקום, הנאשם כאמור לוקח אחריות על מעשיו וכן החשש מפני תוצאות פסולות של פעילות לא תקינה של יחידה החקורתת (למשל מפני השתלת הסם ברכב) לא מתקיים בעניינו.

14. ב"כ הנאשם הוסיף וטען כי התורפה להתנהלות זו של יחידה החקורתת צריכה לבוא לידי ביטוי בקביעת מתחם עונש הולם נמוך מן המקבול ולהלופין בחירה ממתחם העונש ההולם בתבוסס על שיקולי צדק.

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

יחד עם זאת, שיקולי צדק, הנשענים על התנהגות רשות אכיפת החוק, וודאי כאשר עצמתם היא לא חריגה, צריכים למצאו את ביטויים במסגרת השתויה המשפטית, הינו, ככל מהניסיות שאין קשורות ביצוע העבירה המשליכות על מיקומו של העונש בתוך מתחם העונש ההולם כאמור בסעיף 40(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 ולהיסכון בזמן שיפוטו הנוצר מכך (ונתתי דעתך לכך שהודאותה ניתנה לאחר שנשמעה עדות בתיק), לנטיותיו האישיות-שפחתיות, לגילו הצער, לכך שהוא נעדר עבר פלילי ולנזק שיגרם לו ולמשפחתו מעונש המסגר. כן מצאתי לתת משקל מסוים לכך שהנאשם הוא היחיד שנותן את הדין להבדיל מהאחר שעבورو החזיק את הסם.

הנאשם הורשע בהחזקת סם קשה במשקל גדול אותו החזיק עבור אחר, מה שיכל להuid, במידה מסוימת, על קשרים עם גורמים עבריניים. Chrפ האמור, לא ביקש הוא להסתיע בשירות המבחן כדי לבדוק 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 לחתת ביטוי לשיקולי הרטעת היחיד והרבנים שלו באופן עקרוני את מיקום עונשו של הנאשם בתחתית מתחם העונש ההולם שנקבע.

יחד עם זאת, סבורני כי בשים לב להתנהלות רשות אכיפת החוק אשר פגעה במידה מה בזכותו של הנאשם (בהתווחה שוד), כפי שפורסם לעיל, נכון יהיה לעשות מעין "קיזוז" של שיקולי הרטעת האמורים, כך שניתן יהיה למקם את עונשו של הנאשם בתחתית מתחם העונש ההולם שנקבע.

16. באשר לרכיב הקנסatsu אצין כי על זה להיותמשמעותי בהינתן הזיקה הכספית לעבירה זו ולנוכחות הנסיבות שיכלו לנבוע מביצוע העבירה (אף אם לא במישרין לנואשם עצמו). מן הצד השני יש לתת, כמצאות החוק, משקל גם למצבו הכלכלי והאייש של הנאשם.

17. באשר לרכיב פסילת ראשון הנהיגה אצין כי מצאתи לברר את עמדת המאשימה בדיון. מי אשר משתמש ברישוון שניתן לו על-ידי המדינה לנוהג ברכב ומנכ'ל הרישוון כדי לפגוע בערכיהם מוגנים - נוהג ברכב עם סמים מסוכנים העלולים לפגוע קשות הציבור, שאוותם הוא מחזיק שלא לצורך עצמית - קונה לעצמו סיכון שרישויו בשלל בשל כך.

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

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

א. 4 שנים מאסר בגין ימי מעצרו.

ב. 12 חודשים מאסר על תנאי, למשך 3 שנים מיום שחרורו מן המאסר, שלא יעבור עבירות סמים מסווג פשוט.

ג. 6 חודשים מאסר על תנאי, למשך 3 שנים מיום שחרורו מן המאסר, שלא יעבור עבירות סמים מסווג עוון.

ה. קנס בסך 15,000 ₪ או 60 ימי מאסר תמורה. הקנס ישולם בתוקף שנה מהיום.

עמוד 13

אני פוסל את הנאשם מלקבול או להחזיק רישיון נהוגה במשך 9 חודשים החל מיום שחרורו מן המאסר. על הנאשם להוכיח את רישומו בנסיבות בית המשפט ולהலופין למלא תצהיר מתאים לצורכי תחילת מנון תקופת הפשילה. הפשילה תהיה במצבר לכל פשילה אחרת, אם קיימת.

54678313

זכות ערעור בתוך 45 ימים לבית המשפט העליון.

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