ת"פ 70331-09-16 מדינת ישראל נ' כנעאן ואח'

לפני כבוד השופט אהרון משניות

המאשימה **מדינת ישראל**

ע"י ב"כ - עו"ד אליזבט אברהם ועו"ד עמית גינת

נגד

הנאשם **זיאד כנעאן ת.ז.** [redacted]

ע"י ב"כ – עו"ד עופר קופרמן ועו"ד צפריר יגור

<u>הכרעת דין</u>

א. כללי

כנגד הנאשם הוגש כתב אישום המייחס לו עבירה של ייבוא וסחר בסם מסוכן, לפי סעיף 13+ 19 א לפקודת הסמים המסוכנים [נוסח חדש] התשל"ג 1973 (להלן: "**הפקודה**"), עבירה נוספת של החזקת סם מסוכן שלא לצריכה עצמית, לפי סעיף 7(א)+ (ג) רישא לפקודה, וכן עבירה של קשירת קשר לפשע, לפי סעיף 499 (א) (1) לחוק העונשין, התשל"ז – 1977.

בתחילה הנאשם כפר בכתב האישום, והחל להתנהל משפט הוכחות, שבמהלכו התקיימו 10 ישיבות, ונשמעו עדים רבים. בסופו של דבר, במהלך ישיבת ההוכחות העשירית, שבה עד תביעה 14 – הסוכן, נחקר בחקירה נגדית, ביום 6.6.18, הצדדים הגיעו להסכמה דיונית ביניהם, אשר לפיה הצדדים יסכימו על עובדות כתב האישום, בשינויים קלים, ויטענו משפטית באשר להרשעתו של הנאשם, בעבירות שיוחסו לו בכתב האישום.

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

להלן פירוט העובדות שהוסכמו בין הצדדים: בין החודשים אוגוסט 2015 ועד לספטמבר 2016 פעל סוכן סמוי, להלן: הסוכן, בשירות משטרת ישראל, כחלק מהלוחמה בתופעת ייבוא וסחר בסמים, עובדה אשר לא הייתה ידועה לנאשם. לשם כך, נשכרה עבור הסוכן דירה ברחוב תל חי 9 באשדוד, והסוכן היה נוהג לקיים מפגשים ולשוחח עם אנשים שונים, ובכללם הנאשם, גם בדירה זו.
בעקבות שיחותיו של הסוכן עם אבו נאסר, להלן: האחר, הפנה האחר את הסוכן לנאשם, שהיה באותה עת עורך דין פעיל, וחבר בלשכת עורכי הדין. הסוכן יצר עמו קשר והשניים שוחחו ביניהם בחודשים

מסמך זה חתום דיגיטלי
חתימה מאובטחת ומוכרת

אוגוסט – ספטמבר 2015, על ייבוא סמים, בין היתר על מחיר הסמים ועל הדרכים להסליקם. בשיחות הללו, סיפר הנאשם לסוכן כי יש לו קשרים בירדן, ובכוונתו לנסוע לשם על מנת לעדכן כתובת אליה ניתן יהיה לשלוח את הסמים, בהם יתחלקו שלושתם (האחר, הנאשם והסוכן).

לצורך מימוש התוכנית העבריינית, יצא הנאשם ביום 4.10.15 לירדן ושב בתאריך 6.10.15. בהמשך, בתאריך 8.10.15 במסגרת הקשר ולשם קידומו, הגיע הנאשם לדירתו של הסוכן ועדכן אותו כי נמצאה כתובת בירדן אליה ניתן יהיה לשלוח את הסמים וכן כי בתוך פרק זמן קצר יארגן את הכסף ויעבירו לסוכן.

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

כמו כן, הסוכן נפגש עם הנאשם במועדים שונים, במטרה לקדם את ייבוא הסמים המתוכנן, כאשר הנאשם היה אמור לטוס לדרום אמריקה ולקדם את עסקת הסמים, אולם דחה פעם אחר פעם נסיעה זו בתירוצים שונים, עד אשר התוודה כי אינו מתמצא בנושא וחושש כי יאונה לו רע. כמו כן, הנאשם ביטל פעמים אחדות מפגשים מתוכננים בינו ובין הסוכן בתירוצים שונים.

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

בתאריך 15.6.16, התקשר הנאשם אל הסוכן וביקש להיפגש עמו ברחוב בו הוא גר. הסוכן ירד אל הרחוב, והנאשם שאל אותו כיצד מתקדם ייבוא הסם אותו תכננו. הסוכן מסר לנאשם כי רק לאחר שישלים את יתרת הסכום, יוכל להתקדם בנושא, והנאשם מסר כי יטפל בזה.
בתאריך 19.8.16 נפגשו הנאשם והסוכן בסמוך לביתו של הסוכן, מפני שהנאשם חשש 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 השקלים שהועברו לסוכן ע"י הנאשם, והנאשם הסכים.

במסגרת תכנית ההפעלה של הסוכן, התחזו שני שוטרים של משטרת ישראל לבלדרי סמים, ובאמצעות הקשרים של הסוכן בדרום אמריקה ושיתוף פעולה של המשטרה המקומית, קנו בקולומביה 6 ק"ג סם מסוכן מסוג קוקאין ביום 17.8.16, והביאו את הסם לארץ ביום 23.8.16. בתמורה לסמים הללו, העביר הסוכן לשרה רובין 12,500 $, בכדי שתמסור אותם לבנה קובי בעבור רכישת הסמים.

לאחר הגעת הסמים לארץ, הונחו המפעילים של הסוכן על ידי הפרקליטות לנסות ולתאם עם מעורבים רבים את מסירת הסמים. ביום 8.9.16, במסגרת הקשר ולשם קידומו של ייבוא הסמים, התקשר הסוכן לנאשם ומסר לו שהסמים הגיעו מדרום אמריקה, והשניים קבעו להיפגש.

בהמשך, נפגש הנאשם עם הסוכן באשדוד, והסוכן עדכן את הנאשם שהסמים הגיעו, וכי מדובר בשני ק"ג קוקאין, והנאשם השיב לו כי יאסוף את הסם בעצמו בתיאום עם הסוכן, כשהשניים מסכימים כי הם שותפים בעסקה זו.

במסגרת הפעלת הסוכן, הניחה המשטרה בתוך תא מטען של רכב יונדאי כסוף, שחנה בתחנת הרכבת באשדוד, סם מסוכן מסוג קוקאין במשקל 2 ק"ג נטו, בתוך תיק קשור. ביום 11.9.16, בסמוך לשעה 21:00, הנאשם נפגש שוב עם הסוכן באשדוד, והסוכן אמר לו כי ייסע בעקבותיו, למקום שבו נמצאים הסמים. הסוכן נסע לכיוון תחנת הרכבת באשדוד כשהנאשם בעקבותיו, וכשהגיעו ליעד, הצביע הסוכן על הרכב שבו הוסלקו הסמים.

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

ב. יריעת המחלוקת

הצדדים אמנם הסכימו על העובדות, אולם נותרו חלוקים באשר למשמעות המשפטית של העובדות הללו, וכן ביחס לטענות נוספות שהעלו ב"כ הנאשם, אשר לטענתם די בהן כדי להביא לזיכויו של הנאשם. למעשה ניתן למקד את המחלוקת בין הצדדים בשלוש סוגיות עיקריות, אשר שתיים מהן עוסקות במעטפת החיצונית של כתב האישום, ועניינן בשתי טענות שיש לנאשם נגד גורמי האכיפה, גם ביחס למשטרת ישראל שניהלה את החקירה, וגם ביחס לפרקליטת המחוז שליוותה את החקירה.

הטענה האחת היא כי המשטרה הפעילה נגד הנאשם סוכן מדיח, שפעל כדי להכשיל עורך דין נעדר עבר פלילי, בעבירות סמים חמורות, מבלי שהייתה לכך הצדקה, ויתירה מכך, בניגוד לנוהלי המשטרה עצמם, באשר לאישורים הנדרשים לצורך חקירה מסוג זה. הטענה השנייה היא כי גורמי האכיפה נקטו באכיפה בררנית כלפי הנאשם, בשל היותו עורך דין, בין היתר בכך שנמנעו מלחקור מעורבים

בכירים ממנו בפרשה, וביניהם אותו אבו נאסר, שבעקבות שיחה עמו פנה הסוכן לנאשם, וכן עבריין ישראלי שנמצא בדרום אמריקה, שהיה מעורב ברכישת הסמים שם.

הסוגיה השלישית עוסקת בנסיבות הקונקרטיות של כתב האישום, כאשר לטענת ב"כ נאשם, בהינתן העובדות שהוסכמו בין הצדדים, אין בעובדות הללו כדי להוכיח את היסודות הנדרשים לצורך הרשעה בעבירות שהמאשימה ייחסה לנאשם בכתב האישום.

להלן אדון בסוגיות הללו, לפי הסדר שבו הוזכרו לעיל, כאשר בכל סוגיה אביא בתחילה את טענות הצדדים, ולאחר מכן אכריע במחלוקות שביניהם. נקודת המוצא לקביעת הממצאים בהכרעת הדין היא העובדות המוסכמות בין הצדדים, והסכמה ביחס לכל עובדה, מייתרת למעשה את הצורך להתייחס לעדויות שנשמעו במהלך המשפט, ביחס לאותה עובדה מוסכמת.

ג. הטענה בדבר סוכן מדיח

טענות הצדדים

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

ב"כ הנאשם טען עוד כי הסוכן לא בחל באמצעים 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 לפעול במסגרת הקשר הפלילי לייבוא הסם, ואף הפעיל לשם כך את אבו נאסר, שהינו עבריין מורשע שיושב ככלא שנים רבות. לדבריו, הנאשם בהיותו עורך דין פלילי, נהג להיפגש עם עבריינים כחלק משגרת העבודה של עורך דין בתחום זה, ולכן לא ניתן להסיק מעצם קיום המפגשים בין הנאשם ובין הסוכן, כי הם נועדו לצורך ביצוע עבירות סמים חמורות.

ב"כ הנאשם הפנה בהקשר זה לגזר הדין של מעורב אחר בפרשה, **יוסי ביטון**, שמשפטו בת"פ 61392-09-16 התנהל בפני מותב זה, ובית המשפט קבע ביחס אליו כי הסוכן פעל ביחס אליו כסוכן מדיח לכל דבר ועניין, וכי אלמלא פעילותו של הסוכן, סביר להניח שהנאשם כלל לא היה נגרר לעבירות סמים. מכאן מבקש ב"כ הנאשם ללמוד גזירה שווה גם לנאשם שלפנינו, ולכן הוא טוען כי מדובר בהתנהגות שערורייתית ולא הוגנת של גורמי האכיפה, אשר יש בה כדי להצדיק את ביטולו של כתב האישום בעילה של הגנה מן הצדק.

לעומת זאת, המאשימה טוענת כי הנאשם הוא זה שפנה לסוכן באמצעות אותו אבו נאסר, ובכל מקרה, ברגע שהנאשם שמע מהסוכן כי הוא מבקש לערב אותו בקשר לייבוא וסחר בסמים, היה עליו לפעול כ-officer of the court, לדווח מיד למשטרה ולפעול לפי הנחיותיה. תחת זאת, הנאשם גילה מעורבות גדולה בבחינת האפשרויות השונות להבאת הסם לארץ, העביר סכום כסף לא מבוטל למטרה זו, ואף הגיע בעצמו לאסוף את הסם לאחר שהגיע לארץ.

ב"כ המאשימה ציין כי הנאשם הוא אדם אינטליגנטי שהבין בדיוק את המשמעות של מעשיו, ואף ידע שהסוכן מוכר כסוחר סמים. לדבריו, אין מדובר באדם תמים וישר דרך, כי אם באדם מניפולטיבי, שהיה מועד לבצע עבירות מסוג זה, ולכן הצעת הסוכן נפלה לידיו כפרי בשל, כלשון ב"כ המאשימה, והוא נרתם להשתתף בה בזרועות פתוחות ובלא היסוס, תוך שהוא מגלה ידע ובקיאות בנושא של ייבוא הסם, פועל בזהירות ומשתמש בקודים כדי להסוות את מעשיו.

יתירה מכך, היו לנאשם נקודות יציאה רבות, שבהן היה יכול לסגת מהסכמתו להשתתף בקשר הפלילי, אולם הנאשם היה נחוש להמשיך בקשר האמור, וגילה מעורבות פעילה בהתייעצויות שהתבצעו בין השותפים השונים במסגרת הקשר האמור. לכן, טוען ב"כ המאשימה כי גורמי האכיפה פעלו כראוי כאשר אישרו לסוכן לפעול גם נגד הנאשם, לאחר שניתנו כל האישורים הדרושים בהתאם לנהלים, וכי לא נפל בהתנהלותם פגם אשר יכול להצדיק טענה של הגנה מן הצדק.

דיון והכרעה

ההלכה בעניין סוכן מדיח הובאה בפסק הדין בעניין **ביטון** הנ"ל, כפי שנוסחה בעניין **בלדב** (ע"פ 1224/07 **בלדב** נ' **מדינת ישראל**, פורסם בנבו, 10.2.2010, פס' 66 – 68):

> **סוכן מדיח הוא סוכן משטרתי המשדל אדם לעבור עבירה שלולא השידול לא היה מבצעה. פעולת ההדחה היא למעשה שידול, שעניינו שתילת רעיון ביצוע העבירה במחשבתו של המשודל. ההלכה היא, כי פעולת סוכן מדיח, ככל שהתקיימה, אינה פוטרת נאשם מאחריות פלילית. עם זאת, היא עשויה להביא להקלה בעונש...**
>
> ...
>
> **כיום מקובלת הנורמה לפיה אל לו לסוכן סמוי לפעול להכשלת אזרח תמים, שאלמלא התערבות הסוכן לא היה מגיע לכדי ביצוע עבירה, ואל למשטרה לשגר סוכן מדיח לאדם אלא אם בידה מידע אמין המחשידו כמי שנוהג לבצע פשעים חמורים מן הסוג המהווה נושא לחקירה, וכאשר השימוש בסוכן הכרחי לצורך קידומה. כן מקובל הכלל כי אל לו לסוכן**

סמוי להפעיל אמצעי לחץ ושכנוע מוגזמים כדי לשכנע חשוד לבצע עבירה

[...]

כיוצא בזה נאמר מאוחר יותר בעניין **זוננישוילי** (ע"פ 307/17 **גבריאל זוננישוילי** נ' **מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 21.3.2017),פס' ח לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין), אשר בו נשנתה ההלכה בלשון קצת שונה, ומוטב להביא את הדברים כלשונם:

> **[...] בכל הנוגע לשאלת ההדחה, הלכה היא כי דוקטרינת "פח יקוש" לא אומצה במשפט הישראלי, כך שאין ההדחה או השידול למעשה עברייני פוטרים את העבריין מאחריות פלילית על ידי זיכוי מאשמה, אלא עשויים להביא להקלה מסוימת בעונשו של נאשם [...]**
>
> **יוטעם, כי כדי להוכיח טענת "סוכן מדיח", ובכך להקים טענת הגנה מן הצדק, יש לעמוד בשני מבחנים: מבחן אובייקטיבי הבוחן את פעולת הרשות ובודק האם נפל פגם חמור בהתנהלותה, ומבחן סובייקטיבי הבוחן את נטייתו הספציפית של הנאשם לבצע את העבירה [...]**

על רקע האמור, אבחן את הנסיבות שלפנינו. כפי שציינתי לעיל, נקודת מוצא בדיון היא העובדות המוסכמות שהוגשו לבית המשפט, לאחר שמיעת חלק נכבד מהעדים. משעה שהעובדות הללו הוגשו בהסכמה, לא ניתן לטעון נגדן, גם אם ניתן למצוא תימוכין לטענה כזו או אחרת בעדויות שנשמעו קודם לכן בבית המשפט. זאת, מפני שבית המשפט לא החליט באשר למהימנותם של העדים ואמינות גרסתם, וגם לא קבע ממצאים כלשהם על פי העדויות הללו. עם זאת, ככל שהעדויות שנשמעו והראיות שהוגשו לבית המשפט עולות בקנה אחד עם העובדות המוסכמות, אין מניעה מלהתייחס גם אליהן בהקשר ספציפי כזה או אחר.

אני סבור כי הסעיף הראשון של העובדות המוסכמות יוצר את המסגרת של כל הפרשה, ויש לראות בו תשתית בסיסית שעל גביה יש לצרף את העובדות שמובאות לאחר מכן. מהסעיף הראשון עולות העובדות הבאות: **ראשית**, הסוכן יצר קשר טלפוני עם הנאשם במהלך חודש אוגוסט 2015, לאחר שאבו נאסר הפנה אותו לנאשם. משמע כי הקשר בין הסוכן לנאשם לא נבע מיוזמה בלעדית של הסוכן; **שנית**, בשיחות ובמפגשים שנערכו בין הנאשם ובין הסוכן בחודשים אוגוסט וספטמבר 2015, השניים דברו על ייבוא סמים, וכן על מחיר הסמים ודרכים להבריחם לארץ. משמע כי הפגישות בין הנאשם ובין הסוכן, לא נעשו במסגרת של קשר מקצועי תמים בין עורך דין ובין לקוחו, אלא היה להן מלכתחילה אופי של קשר פלילי לקידום תכנית עבריינית;

שלישית, הנאשם אמר לסוכן בין היתר, כי יש לו קשרים בירדן, באמצעות משפחתו של אבו נאסר, ובכוונתו לנסוע לירדן בכדי לארגן כתובת שאליה ניתן יהיה לשלוח את הסמים. משמע כי הנאשם לא

היה שותף פסיבי לשיחה אלא גילה מעורבות ויוזמה כבר מראשיתו של הקשר הפלילי; **רביעית**, אם וכאשר יגיעו הסמים כמתוכנן, שלושתם, קרי: הנאשם, הסוכן ואבו נאסר, יתחלקו בסמים, משמע כי עסקינן בקשירת קשר לביצוע פשע, של שלושה עבריינים שנמצאים במעגל הפנימי של התכנית העבריינית.

העובדות המוסכמות שעולות מהסעיף הראשון כמפורט לעיל, מתיישבות היטב עם שיחה מס' 326 מיום 20.8.15 בשעה 10:16, שסומנה ת/42, אשר בה יש תמליל של ההודעה שהשאיר אבו נאסר לסוכן בתא הקולי, ובו בקשה מהסוכן להתקשר לנאשם, כאשר אבו נאסר מציין כי נפגש עם הנאשם והם דברו רבות על הסוכן, וכן עם שיחה 328, מאותו יום, כמה דקות לאחר שיחה 326, בשעה 10:28, אשר סומנה ת/43, ובה הסוכן מתקשר לנאשם, לאותו מספר שקיבל מאבו נאסר בתא הקולי. לכן, הטענות של ב"כ הנאשם בסעיף 38 לסיכומיו, כי מדובר בעדות שמיעה שאינה קבילה, היא חסרת בסיס, מפני שמדובר בעובדה שהצדדים הסכימו עליה, ולכן לא ניתן לטעון כנגד משקלה, בהינתן ההסכמה בין הצדדים.

יתר העובדות המוסכמות פורטו לעיל בפרק הראשון של הכרעת הדין, ולכן אסתפק בציון עיקרי העובדות שהוסכמו בין הצדדים. הרעיון של הנאשם להביא את הסמים מדרום אמריקה באמצעות כתובת בירדן לא התבטא במילים בלבד, אלא גם במעשים, כאשר הנאשם נסע לירדן ביום 4.10.15, לצורך קידום הקשר הפלילי, ושב משם כעבור יומיים, ולאחר מכן, עדכן את הסוכן בדירתו באשדוד כי מצא כתובת בירדן שאליה ניתן יהיה לשלוח את הסמים.

בהמשך, בסוף חודש אוקטובר, הנאשם בדק עם הסוכן אם ניתן להסליק את הסמים בתוך בשר, ואף שוחח על כך עם בן דודו פריד שעוסק בייבוא בשר. הנאשם אמנם ביטל טיסה מתוכננת לדרום אמריקה שנודה לקדם את רכישת הסמים, וכן ביטל כמה פעמים מפגשים שתוכננו בינו ובין הסוכן, אולם הנאשם לא פרש מהקשר הפלילי, אלא המשיך לפעול לקידומו.

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

לאחר שהסמים הגיעו לארץ, ביום 8.9.16, הסוכן עדכן את הנאשם כי מדובר ב-2 ק"ג קוקאין, והנאשם אמר כי יאסוף 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 לרכב, שהסוכן מסר לו כי הסמים מוסלקים בתוך תיק בתא המטען שלו. הנאשם ניגש לרכב ופתח את תא המטען, וכשרכן לעבר 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, ואף נסע לירדן, וכן לשני כפרים בגליל, בכדי להיפגש עם אנשים שונים שיכולים לקדם את הרעיונות שהעלה, במסגרת הקשר ולשם קידומו, כפי שנאמר פעמים רבות בעובדות המוסכמות.

יתירה מכך, הנאשם הוא עורך דין פלילי ותיק ומנוסה, אשר בוודאי מודע היטב למשמעות של המעשים שהוא מעורב בהם. מהבחינה הזאת תהום פעורה בינו ובין אותו ביטון שב"כ הנאשם הזכיר בסיכומיו, שבעניינו אכן קבעתי כי מדובר בסוכן מדיח. זאת מפני שביטון היה אדם תמים בעל אופי חלש, והסוכן ניצל לרעה את אופיו, יזם את הפניה אליו אף שידע כי אינו מעורב בענייני סמים, וזאת כמשימת מבחן בתחילת פעילותו כסוכן, כפי שנאמר במפורש בגזר הדין בעניינו.

לעומת זאת, ביחס לנאשם, פניית הסוכן אליו לא נעשתה ביוזמתו, אלא נבעה מהודעה שאבו נאסר השאיר לסוכן כי ייצור קשר עם הנאשם, כאשר תוכן ההודעה בשיחה 326 שהוגשה כראיה וסומנה ת/42, מלמד על קשר קרוב בין הנאשם ובין אותו אבו נאסר. קשר זה עולה גם מיוזמתו של הנאשם למצוא כתובת לקבלת הסם בירדן, באמצעות קרובי משפחתו של אבו נאסר, כעולה מהסעיף הראשון של העובדות המוסכמות.

בנסיבות הללו, ספק רב בעיניי אם ניתן לומר שהסוכן פעל ביחס לנאשם כסוכן מדיח, ובכל מקרה גם אם אקבל את טענת הנאשם בעניין זה, אין בכך כדי לפטור את הנאשם מאחריות פלילית, ולכל היותר טענה זו יכולה להוות שיקול מסוים להקלה בעונשו של הנאשם.

ד. הטענה בדבר אכיפה ברנית

טענות הצדדים

כאמור לעיל, ב"כ הנאשם טוען כי גורמי האכיפה נקטו באכיפה בררנית כלפי הנאשם, בשל היותו עורך דין, בכך שנמנעו מלחקור מעורבים בכירים ממנו בפרשה, וביניהם אותו אבו נאסר, שבעקבות שיחה עמו פנה הסוכן לנאשם, וכן קובי רובין שהינו עבריין ישראלי שמרצה עונש מאסר בפרו, שהיה 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 שהגיעו, שהיא למעשה החלטה את מי להפליל באמצעות הסוכן, התקבלה באופן שרירותי ע"י מפעיליו של הסוכן, מתוך כוונה פסולה להפליל את הנאשם בשל היותו עורך דין, בעבירות חמורות בהרבה, לעומת יתר המעורבים בפרשה, למרות שהמעורבים האחרים הינם בעלי עבר פלילי בשונה מהנאשם.

יתירה מכך, הנאשם לא היה כלול ברשימת היעדים שהייתה חלק מהסכם ההפעלה של הסוכן, והפעילות נגדו נעשתה מתוך כוונה להפליל אותו ולהחמיר אתו 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 טען כי המשטרה פעלה משיקולים ענייניים ומבצעיים, לאחר שקבלה את כל האישורים הדרושים, כולל אישור לפעול נגד הנאשם, כפי שציין ב"כ המאשימה בעמ' 41 לסיכומיו. ב"כ המאשימה אישר כי הנאשם אכן לא היה כלול ברשימת היעדים של הסוכן, אולם לדבריו רשימת היעדים איננה רשימה סגורה, ואין בה כדי למנוע פעילות נגד גורמים נוספים, שמעורבותם בתחום ההפעלה של הסוכן, מתגלה תוך כדי הפעילות, בהתאם להתפתחויות ולנסיבות המשתנות.

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

דיון והכרעה

ההגדרה המקובלת של אכיפה בררנית היא אכיפת הדין נגד אדם אחד והימנעות מאכיפתו נגד אחרים, והביטוי הרווח שלה הוא באחת משתי דרכים: הדרך האחת היא בהחלטה להעמיד לדין רק חלק מן המעורבים בפרשה נדונה, תוך הימנעות מהעמדה לדין של מעורבים אחרים באותה פרשה בנסיבות דומות, והדרך השנייה היא בהחלטה להעמיד לדין בפרשה אחת, כאשר בפרשות אחרות שעניינן דומה לא הוגשו כלל כתבי אישום (ראו בר"ש 4252/16 **אלגלי נ' נציבות שירות המדינה**, פורסם בנבו, 5.7.2016, פיסקה כ"א).

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

> **כדי להוכיח אכיפה בררנית, יהא על הטוען להראות בראש וראשונה כי אכן עסקינן בהבחנה בין מי שהדמיון ביניהם רלבנטי לעניין, כמצדיק התייחסות דומה בשאלת הגשתו של כתב אישום; בשלב השני, על הטוען להראות כי בבסיס ההבחנה ניצב מניע פסול, כמו למשל שרירותיות, או התחשבות בשיקולים שאינם מן העניין, או שאינם ראויים. מטבע הדברים, מדובר בשני שלבים השלובים זה בזה, ואשר רב המשותף להם.**

עוד נאמר לעניין הטענה של אכיפה בררנית, כי נדרשת זהירות רבה לפני התערבות שיפוטית בעילה זו:

> **הטענה של אכיפה בררנית, המועלית על ידי נאשם בהליך פלילי, עשויה להוביל לביטולו של כתב האישום. המשמעות היא שנאשם לא יעמוד לדין, על אף שעל פי עמדתה של המאשימה קיים סיכוי סביר להרשעה וקיים אינטרס ציבורי בניהול הליך פלילי (שהרי הנחתנו היא שאם אין זה כך, לא היה מוגש כתב אישום). תוצאה כה מרחיקת לכת מחייבת התייחסות זהירה במיוחד מצד בית המשפט, כאשר מועלית בפניו טענה כאמור...** (ע"פ 6328/12 **מדינת ישראל נ' פולדי פרץ**, פורסם בנבו, 10.9.2013, בסעיף 3 לפסק דינו של הנשיא גרוניס).

על רקע האמור, אבחן את הנסיבות שלפנינו. אציין כבר בפתח הדברים כי קצת קשה לקבל טענה של אכיפה בררנית, כאשר עסקינן בפרשה שבמסגרתה הוגשו 14 כתבי אישום נגד 40 נאשמים, כפי שגם ב"כ הנאשם עצמו הזכיר כמה פעמים בסיכומיו.

כפי שעולה מהעובדות המוסכמות, הקשר בין הנאשם ובין הסוכן נוצר כבר בתחילת פעילותו של הסוכן, אולם מעדותו של הסוכן בבית המשפט עולה כי ההיכרות בין השניים החלה שנים אחדות קודם לכן, כאשר הנאשם ביקר אצל הסוכן בעת שריצה עונש מאסר ממושך בגין עבירות סמים. לדברי הסוכן, כבר אז, בשנת 2007 לערך, הנאשם שוחח עמו על עסקאות ייבוא של סמים, אולם הסוכן אמר לו כי אינו יכול להיות שותף לעסקאות כאלה בעודו בכלא, ראו פרוטוקול מיום 15.1.18, עמ' 351 שו' 15 – 20.

בכל אופן, בפגישה שהתקיימה ביניהם, לאחר השיחה הטלפונית שהסוכן קיים עם הנאשם, בעקבות הודעתו של אבו נאסר, שוחחו הנאשם והסוכן על ייבוא סמים , והמשיכו לשוחח על כך גם במפגשים שהתקיימו ביניהם לאחר מכן. כעולה מהפרטים המוסכמים, וכפי שפורט בהרחבה בפרק הקודם, הנאשם גילה מעורבות פעילה ויוזמת, בקשר הפלילי שהלך והתפתח בינו ובין הסוכן.

לא למותר לציין בהקשר זה כי הסוכן קיבל אישור ממפעילו עוד לפני שהתקשר לנאשם, כפי שעולה מתחילת עדותו בבית המשפט, בפרוטוקול שם, שו' 28 ואילך. גם המפעילים קבלו אישור לפעול נגד הנאשם, כפי שציין רפ"ק אנג'ל בעדותו בבית המשפט מיום 6.2.18, כעולה מהפרוטוקול בעמ' 480 שו' 14, כי קיבל את האישורים הנדרשים מפרקליט המדינה ומחטיבת המודיעין במשטרה.

בנסיבות הללו, לא הייתה כל מניעה לפעול נגד הנאשם, למרות שמדובר בעורך דין. אדרבא, קיים אינטרס ציבורי מובהק לגלות אם שומרי הסף של שלטון החוק, ובכללם עורכי דין ושוטרים, מעורבים בדרך זו או אחרת בעבירות פליליות בכלל, ובעבירות סמים בפרט, וכך נהגה המשטרה ביחס לנאשם, כפי שציין רפ"ק אנג'ל 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 בהבחנה בין מי שיש ביניהם דמיון רלוונטי לעניין הגשת כתב האישום, ובשלב השני יש להוכיח כי ההבחנה נעשתה ממניע פסול ולא ענייני. בנסיבות שלפנינו, כאשר בעקבות פעולתו של הסוכן, הוגשו 14 כתבי אישום נגד כ-40 מעורבים, שהנאשם שלפנינו הוא אחד מהם, ספק רב בעיניי אם ב"כ הנאשם עבר את המשוכה הראשונה שנדרשת לצורך הוכחת הטענה.

זאת מפני שניכר לעין שגורמי האכיפה עשו כל שניתן בכדי להפיק מפעילותו של הסוכן את המרב האפשרי, וכמות האנשים שהורשעו בעקבות פעילותו של הסוכן תוכיח. אמנם קיימים גורמים נוספים שהיו מעורבים בפעילותו של הסוכן, אולם מדובר בעיקר בשני אסירים שבעת פעילותו של הסוכן היו נתונים במאסר ממושך, כאשר האחד – אבו נאסר, ריצה עונש מאסר ממושך בישראל, והשני – קובי רובין, ריצה עונש מאסר בדרום אמריקה. מידת מעורבותם בפעילות 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 יעדי הספקת הסם שהובא במסגרת פעילותו של הסוכן, נחה דעתי כי הדבר נעשה בהתאם לשיקול הדעת המבצעי של המשטרה, כפי שציין רפ"ק אנג'ל בעדותו, וגם בעניין זה לא עלה בידי ב"כ הנאשם להוכיח כי שיקול זר עמד ביסוד פעילות גורמי האכיפה בנושא זה.

בנסיבות אלה, לא הונחה בפניי תשתית ראייתית מספקת שיכולה לבסס את טענת ב"כ הנאשם בדבר אכיפה בררנית, ולכן אני דוחה את טענות הנאשם ובאי כוחו בעניין זה. למעלה מן הצורך אציין כי הדברים אמורים ביתר שאת נוכח האמור בפסיקה, למשל בעניין **פולדי פרץ** שנזכר לעיל, כי מדובר בטענה שבחינתה מחייבת זהירות מיוחדת.

ה. אשמתו של הנאשם בעבירות שיוחסו לו בכתב האישום

עתה, לאחר שהכרעתי בטענות המקדמיות שטען ב"כ הנאשם, פתוחה הדרך לדון ולהכריע בשאלת אשמתו של הנאשם בעבירות שיוחסו לו בכתב האישום. להלן אדון ואכריע בעניין זה, לפי סדר הופעת העבירות בכתב האישום.

1. ייבוא סם מסוכן

טענות הצדדים

ב"כ המאשימה טען בסיכומיו כי המחוקק ביקש להגדיר סיוע, לייבוא או לייצוא של סמים כעבירה עיקרית ולא הסתפק בעבירת הסיוע כעבירה נגזרת מכוח סעיף 31 לחוק העונשין. מכאן ניתן ללמוד על כוונתו של המחוקק להחמיר עם נאשמים המסייעים לפעולות מסוג זה, ולהתייחס אליהם כאל מי שנושאים באחריות עצמאית שאיננה נגזרת מאחריותו של המבצע העיקרי. בנסיבות אלו, טענה המאשימה כי מעשה של הקלה או סיוע לייצוא או ייבוא של סמים כאמור, די בו כדי לאפשר את הרשעת המסייע בעבירה עצמאית, אף ללא עבירה מוגמרת או ניסיון לעבור עבירה מוגמרת על ידי מבצע עיקרי.

לעומת זאת, ב"כ הנאשם טען בסיכומיו כי העסקה בין הסוכן לבין קובי רובין התבצעה ללא כל קשר לנאשם, ונרקמה עוד לפני שהוצע בכלל לנאשם להיכנס עם הסוכן לעסקה כלשהי. לכן, מדובר בעסקה שהושלמה ללא סיוע או עזרה של הנאשם. לדבריו, גם אם הנאשם היה בוחר שלא להמשיך את הקשר עם הסוכן, הרי שהעסקה כבר התבצעה והסתיימה יומיים קודם להצעת הסוכן לנאשם להיכנס אתו לעסקה כלשהי.

לשיטתו של ב"כ הנאשם, משטרת ישראל היא זו שייבאה את הסמים, והיסודות הנדרשים להרשעה בעבירה זו לא התקיימו בנסיבותיו הקונקרטיות של הנאשם. לכן טוען ב"כ הנאשם כי לא ניתן להרשיע את הנאשם בעבירה זו.

דיון והכרעה

סעיף 13 לפקודת הסמים המסוכנים קובע כהאי לישנא:

> **לא ייצא אדם סם מסוכן, לא ייבא 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.**

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

> **אלא שעבירת יצוא או יבוא של סם, כפי שהיא מוגדרת בפקודת הסמים, סוטה מההגדרה הרגיל של מבצע עיקרי, והיא חלה גם על מי ש"הקל" על יצוא הסם, שבדרך־כלל נחשב למסייע. "הקלה" על יבוא או יצוא משמעה עשיית מעשה ההופך את ה"יבוא" או ה"יצוא" לקל יותר. למעשה, מדובר ב"סיוע" ל"מייבא" או ל"מייצא". "מסייע" מוגדר בסעיף 31 לחוק העונשין כ"מי אשר, לפני עשיית העבירה או בשעת עשייתה, עשה מעשה כדי לאפשר את הביצוע, להקל עליו או לאבטח 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 "הסיוע לעבור עבירה, עונשו – מחצית העונש שנקבע בחיקוק בשל ביצועה העיקרי...". כאשר המחוקק בחר להגדיר "סיוע" ל"יבוא" או ל"יצוא" של סמים כעבירה עיקרית, ולא הסתפק בעבירת הסיוע כעבירה נגזרת מכוח סעיף 31 לחוק העונשין, הוא ביקש להחמיר עם נאשמים אשר מקלים על "יבוא" ועל "יצוא" של סמים [...]** (ע"פ 11331/03 **קיס נ' מדינת ישראל**, פ"ד נט (3), 453, 475 (2004)).

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

> **[...] כאשר שאלת הסיוע מתעוררת על רקע הנורמה הספציפית הקבועה בסעיף 13 לפקודת הסמים, אין כל צורך להיזקק להגדרה של סיוע בסעיף 31 לחוק העונשין. בנסחו את סעיף 13 לא הסתפק המחוקק בהתנהגות של סחר בסמים, יבואם ויצואם, והוא בחר להוסיף עליה את המילים "לא יקל" מתוך מטרה להרחיב את גדרה של העבירה. להשקפתי, אין ספק כלל כי המחוקק ביקש להשוות בין דינו של מי שסוחר בסמים, מייבאם או מייצאם לבין דינו של זה שמקל על ביצועם של כל אלה... מעשה שיש בו משום הקלה על יבוא ויצוא של סמים, מקים את היסוד העובדתי של**

העבירה שסעיף 13 עוסק בה, ואין להיזקק לנגזרת של סיוע, כהגדרתה בסעיף 31 לחוק העונשין [...] (ע"פ 946/04 **מדינת ישראל** נ' **עובד**, פ"ד נח(6) 951, 957 (2004)). 11.8.2004).

הנסיבות בעניין **עובד** דומות מאוד לנסיבות שלפנינו, וגם שם דובר על העברת כסף לאחרים לצורך ייבוא סמים מהולנד, ובית המשפט העליון (כב' השופט לוי) קבע כי יש בכך כדי להוות סיוע לעבירת היבוא, לא כעבירה נגזרת לפי סעיף 31 לחוק העונשין, אלא כעבירה עיקרית, לפי ההסדר הנורמטיבי המיוחד שקבע המחוקק בסעיף 13 לפקודת הסמים המסוכנים, בכדי להחמיר בדינם של מי שמסייעים ביבוא ויצוא סמים מסוכנים.

אשר לפרשנות של המילה "יבוא", טוען קדמי בספרו "**על פקודת הסמים המסוכנים – הדין בראי הפסיקה**", מהדורת 2007 (להלן: קדמי), בעמ' 174, כי יש לפרש את המילה כהגדרתה בפקודת הפרשנות. בסעיף 1 לפקודה זו, המילה יבוא מוגדרת כך: "**הבאה או גרם הבאה לישראל, בים, ביבשה או באוויר**", והמילה יצוא מודרת כך: "**הוצאה או גרם הוצאה מישראל, בים, ביבשה או באוויר**".

מכאן מסקנתו של קדמי, כי הכנסה של סם מסוכן, בכל דרך שהיא, לתוך שטחה הריבוני של ישראל, מהווה יבוא של סם, לעניין סעיף 13 לפקודת הסמים המסוכנים.

על רקע התשתית הנורמטיבית שנפרסה לעיל, אבחן את הנסיבות שלפנינו, כאשר בהתאם לעיקרון שקבעתי לעיל, הבסיס העיקרי לקביעת ממצאים עובדתיים הוא מסמך ההסכמות שעל בסיסו טענו ב"כ הצדדים את טיעוניהם.

כפי שהוסכם באותו מסמך, בשיחות ובמפגשים שנערכו בין הנאשם ובין הסוכן בחודשים אוגוסט וספטמבר 2015, השניים דברו על ייבוא סמים, וכן על מחיר הסמים ודרכים להבריחם לארץ. בהמשך, לאחר שהשניים שוחחו על אפשרויות שונות כיצד להבריח סמים לארץ, ביום 26.2.16, העביר הנאשם לסוכן 40,000 ₪, שאותם קיבל מאחד בשם עומר מוסא, בביתו בכפר ג'דידא, תוך שהוא מבטיח להשלים את הסכום ל-80,000 ₪, "וזאת 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 לנאשם, שבתמורה לאותם 40,000 ₪ שכבר הועברו על ידו, יצטרף הנאשם לעסקה אחרת של יבוא סמים, והנאשם הסכים, כפי שנקבע בסעיף 12 למסמך ההסכמות.

בהקשר זה, ראוי לשים לב למועדים המדויקים של האירועים השונים, שמפורטים בסעיף 13 למסמך ההסכמות. נקבע שם כי שוטרים שהתחזו לבלדרי סמים, רכשו את הסמים בקולומביה ביום 17.8.16, דהיינו יומיים קודם להצטרפותו 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 שהנאשם הצטרף כשותף לעסקה זו.

מאחר ועסקינן בעבירה של יבוא סם, היסוד העובדתי בעבירה מתגבש כאשר הסם נכנס לשטחה הריבוני של המדינה, וכניסה זו נעשתה ביום 23.8.16. בהינתן לוח הזמנים שנקבע במסמך ההסכמות כמפורט לעיל, ברור כי אין שחר לטענת ב"כ הנאשם, בסעיף 93 לסיכומיו, כי הצטרפותו של הנאשם לעסקה הייתה לאחר שהעסקה כבר הושלמה יומיים קודם לכן. זאת מפני שהעבירה שמיוחסת לנאשם היא עבירת יבוא סמים, והיסוד העובדתי בעבירה זו הושלם רק עם כניסת הסמים לארץ, ימים אחדים לאחר שהנאשם תרם את חלקו במימון העסקה.

יוצא אפוא כי אין חולק שהנאשם מסר לסוכן סכום של 40,000 ₪ עבור יבוא סמים, כעולה מסעיף 10 להסכמות, ואין חולק גם כי הנאשם הסכים 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 הסכמות.

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

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

נוכח כל האמור לעיל, כאשר הוכחו הן רכיבי היסוד העובדתי, והן קיומו של היסוד הנפשי, הנדרשים להרשעה בעבירה זו של יבוא סם מסוכן, התוצאה היא שאני מרשיע את הנאשם בעבירה הראשונה של יבוא סם מסוכן, בחלופה של הקלה על יבוא הסם, אשר יוחסה לו בכתב האישום.

2. החזקת סם מסוכן

טענות הצדדים

גם ביחס לעבירה שלהחזקת סם מסוכן נחלקו ב"כ הצדדים. ב"כ הנאשם טען בסיכומיו כי אין מדובר בעבירה של החזקת סם אלא לכל היותר מדובר בניסיון להחזקת סם, מפני שהנאשם כלל לא הוציא את התיק עם הסמים מהרכב, ומעולם גם לא הייתה לו שליטה בסמים. ב"כ הנאשם טען עוד כי גם ביחס לעבירה של ניסיון החזקה, עומדת לנאשם טענה של הגנה מן הצדק בשל אכיפה בררנית, אולם טענה זו כבר נדונה ונדחתה לעיל בפרק הקודם.

לעומת זאת, ב"כ המאשימה טען בסיכומיו כי החזקת הסמים על ידי הנאשם החלה בשעה שקיבל הודעה מהסוכן, כי הסמים הגיעו ארצה, והנאשם אישר לסוכן כי הוא מגיע לאסוף אותם. לדבריו, עסקינן בנקודת זמן בה יכול היה הנאשם לסגת 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 ארצה, במסגרת הקשר שהנאשם הודה כי היה חלק ממנו, כפי שמפורט פעמים רבות בעובדות המוסכמות.

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 החזקת סמים.

דיון והכרעה

סעיף 8 לפקודת הסמים המסוכנים דן במשמעותו של המושג החזקה לעניין העבירה של החזקת סמים שנזכרת בסעיף 7, וזה לשונו:

> **לעניין אישום בשל אחזקת סם מסוכן, אין נפקא מינה אם הסם המסוכן נמצא ברשותו של הנאשם, או ברשות המחזיק אותו מטעמו של הנאשם, או אם הסם של הנאשם נמצא ברשותו של אדם אחר ללא ידיעתו של אותו אחר, או אם הסם נמצא במקום שאינו ברשותו או שאינו נתון לפיקוחו או להשגחתו של שום אדם.**

סעיף 34 כ"ד שהוא סעיף ההגדרות בחוק העונשין, מגדיר את המושג החזקה במילים הבאות:

> **"החזקה" - שליטתו של אדם בדבר המצוי בידו, בידו 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 ובהסכמתם של השאר יראו כמצוי בידם ובהחזקתם של כל אחד מהם ושל כולם כאחד.**

קדמי שם, בעמ' 58, מבחין בין שלושה סוגים של החזקה: החזקה "ממשית", החזקה "קונסטרוקטיבית", והחזקה "נגזרת", ומוסיף כי בהיעדר הגדרה למושג ההחזקה בפקודת הסמים המסוכנים, יש לפנות להגדרה שבחוק העונשין, ביחד עם התוספת המבהירה שבסעיף 8 לפקודה.

בהמשך הוא מציין כי שני הסוגים הראשונים, שהינם למעשה הרישא והסיפא של ההגדרה בחוק העונשין, נסמכים על החזקה ממשית של מחזיק עיקרי, ואילו הסוג השלישי הוא החזקה מכוח דיני השותפות לדבר עבירה.

זאת ועוד, "הלכה פסוקה היא כי עבירת ההחזקה לפי סעיף 7 לפקודה הינה עבירה של מחשבה פלילית, 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.

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

> **[..] נראה לי, כי לעניין העבירה של החזקת סם מסוכן, מושג השליטה משמעותו, כי לאדם היכולת, על-פי מהלך העניינים הטבעי והרגיל, להגיע לעשייה פיסית בחפץ, או שבידו היכולת לקבוע את גורלו הפיסי של החפץ... תנאי הוא, כי יכולת זו על כל היבטיה תהיה בלעדית לאותו אדם או לו ולאחרים הפועלים עמו בצוותא... אמת מידה זו עולה בקנה אחד עם משמעותו הלשונית של הביטוי "שליטה", והיא מגשימה את המטרה החקיקתית, המונחת ביסוד העבירה של החזקת סמים מסוכנים. מטרה זו עניינה מניעת השימוש בסם מסוכן, בין שימוש עצמי ובין שימוש על-ידי אחרים.**
>
> .....
>
> **נראה לי, כי השליטה נקבעת על-פי המציאות הלכה למעשה ולא עלפי הזכות המשפטית באותו חפץ. על-כן עשוי גזלן לשלוט בחפץ, ואילו בעליו של החפץ עשוי שלא לשלוט בו. תוצאה זו מתחייבת ממהות העבירה שבהחזקת סם מסוכן, שאין עניינה בעלות אלא יכולת שימוש. על-כן, בעלים של סם - כגון מי שירש סם ממורישו - שאין לו השפעה בפועל על גורלו של הסם, אינו אחראי בפלילים בגין החזקתו.**

ובאשר להחזקה הקונסטרוקטיבית נקבע בהמשך בעמ' 827 לפסק הדין:

> **[...] תנאי להפעלתה של הגדרה זו, כי לפחות אחד מבני החבורה יהא מחזיק בחפץ בהחזקה 'אמתית'. משמתמלא תנאי זה, עשויים שאר בני החבורה - אשר אינם מקיימים בעצמם תנאי זה - להיחשב כמחזיקים, אם ההחזקה האמתית היא בידיעתם ובהסכמתם...**
> **הסכמה אין פירושה אך הבעת נכונות, גם אם זו נעשית מתוך אינטרס אישי. לדעתי, 'הסכמה' בהקשר שלפנינו עניינה הידברות מוקדמת או עסק משותף או כיוצא בזה בין השניים, אשר במהלכה נעשית החזקתו (הממשית) של האחד, להחזקתו (הקונסטרוקטיבית) של האחר [...].**
> (ע"פ 250/84 **דן הוכשטט נ' מדינת ישראל**, פ"ד מ(1) 813, עמ' 823 - 827)

על רקע האמור לעיל, אבחן את הנסיבות שלפנינו. כפי שציינתי לעיל, קביעת הממצאים העובדתיים תיעשה על פי מסמך העובדות המוסכמות 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. במפגש ביניהם, הסוכן עדכן שהסמים הגיעו וכי מדובר בשני ק"ג קוקאין, והנאשם מסר לסוכן שהוא יאסוף את הסם בעצמו לאחר תיאום מול הסוכן, כשהם מסכימים שהם שותפים בעסקה.

בהמשך נפגשו הנאשם והסוכן, והסוכן מסר לנאשם, כי הסמים מוסלקים בתא המטען של רכב מסוג יונדאי, שחנה בסוך לתחנת הרכבת באשדוד, וביקש ממנו שיסע אחריו, בכדי שיוכל להראות לו היכן נמצאים הסמים. הסוכן נסע לכיוונה של תחנת הרכבת כשהנאשם בעקבותיו, וכשהגיעו ליעד, הסוכן הצביע על הרכב הרלבנטי, ובעקבות זאת יצא הנאשם מרכבו וניגש לרכב היונדאי שבו נמצאו הסמים. הנאשם פתח את תא המטען, וכשרכן לעבר התיק שבו הוסלקו שני ק"ג קוקאין, אשר היה קשור לתא המטען, קפצו עליו שוטרים ובלשים שהיו במקום ועצרו אותו.

עולה אפוא מהעובדות המוסכמות, כי הנאשם ידע היטב כי מוסלקים סמים ברכב, ואין ספק שהוא הגיע לרכב, בכדי לקחת בעצמו את הסמים שהיה שותף להבאתם, כפי שסיכם קודם לכן עם הסוכן. בכך מתקיים בנאשם היסוד הנפשי של מחשבה פלילית הנדרש להרשעה בעבירה זו.

עם זאת, נותר בעיניי ספק באשר למידת ההחזקה הממשית של הנאשם בסמים, בהינתן העובדה שבסופו של דבר לא הייתה לנאשם שליטה פיזית ממשית בסמים, שכאמור היו מוסתרים בתיק שהיה קשור בתוך תא המטען, באופן שהנאשם לא היה יכול לקחת את הסמים הללו.

אולם גם אם החזקה ממשית אין כאן, אני סבור כי החזקה קונסטרוקטיבית, בהתאם לסעיף 34 כ"ד סיפא לחוק העונשין, יש גם יש. זאת, מפני שאין ספק שהנאשם היה חלק מחבורה שהייתה מעורבת בקשר להבאת סמים מחו"ל, והנאשם גילה מעורבות פעילה מאוד בקשר האמור. גם הסוכן היה חלק מרכזי מהקשר האמור, והנחת הסמים ברכב היונדאי, נעשתה ע"י המשטרה, במסגרת הפעלתו של הסוכן. לכן, הסוכן שהיה מעורב גם בהסלקת הסמים, הוא מחזיק ממשי בסמים הללו, והנאשם בהיותו חלק מהחבורה שעליה נמנה הסוכן, הוא מחזיק קונסטרוקטיבי בסמים אלה, למרות שלא היה מגע פיזי בינו ובין הסמים.

נוכח כל האמור לעיל, משהתקיימו אצל הנאשם גם היסוד העובדתי וגם היסוד הנפשי, הנדרשים להרשעה בעבירה של החזקת סמים, התוצאה היא שאני מרשיע את הנאשם בעבירה של החזקת סם מסוכן שלא לצריכה עצמית, עבירה לפי סעיף 7 (א) +(ג) רישא לפקודת הסמים המסוכנים.

3. קשירת קשר לפשע

אשר לעבירת הקשר, כעולה מהעובדות המוסכמות, אין חולק כי הנאשם והסוכן קשרו ביניהם לייבא סמים לארץ, כשהם מסכימים ביניהם לפעול יחדיו לביצוע התכנית העבריינית שהגו. על מהותה של עבירת הקשר בהקשר זה נאמר בע"פ 2681/15 **גדי בן שטרית נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 14.2.16) בפסקה 55 כהאי לישנא:

> **[...] היסוד העובדתי בעבירת קשירת הקשר עניינו ב"כריתת הברית", היינו, בהסכמה שהתגבשה בין שני אנשים או יותר, לביצוע עבירה פלילית. היסוד הנפשי של עבירת קשירת הקשר מתגבש בד בבד עם ההסכמה לפעול יחדיו, למען הגשמת המטרה הפלילית, תוך הוכחת כוונתו של הקושר לממש את המטרה הפסולה, שלשמה נוצר הקשר... נאמר לא אחת, כי הקשר הפלילי דומה במהותו לחוזה אזרחי, שלגביו נקבע כי אין די בשלב המשא ומתן לצורך השתכללות החוזה, אלא שיש צורך בהסכמה ממשית לביצועו של החוזה. עם זאת, מידת המסוימות הדרושה לצורך השתכללותו של הקשר הפלילי, אינה זהה לזו הדרושה בחוזה אזרחי, ואין צורך להגיע להסכמה מפורטת ומדוקדקת לגבי פרטי העבירה. נפסק, בהקשר זה, כי די בהסכמה עקרונית לגבי ביצוע העבירה הפלילית שלשמה נוצר הקשר, מבלי שיש צורך ברמת פירוט ומסוימות, כנדרש במשפט האזרחי [...].**

נוכח כל האמור לעיל, לאחר ששוכנעתי כי הנאשם התכוון לממש ולהוציא לפועל את התכנית העבריינית, וכי שיחותיו ומפגשיו עם הסוכן נועדו לקדם את הוצאת התכנית העבריינית לפועל, כעולה

מהעובדות המוסכמות, אין ספק כי התקיימו במעשיו של הנאשם, גם היסוד העובדתי, וגם היסוד הנפשי הנדרשים להרשעה בעבירה זו של קשירת קשר לפשע, ולכן התוצאה היא שהנאשם מורשע גם בעבירה זו של קשירת קשר לפשע, לפי סעיף 499(א)(1) לחוק העונשין.

ו. סוף דבר

סוף דבר, נוכח כל האמור לעיל, לאחר שדחיתי את הטענות של הנאשם להגנה מן הצדק בשל אכיפה בררנית, ואת הטענה בדבר הכשלתו ע"י סוכם מדיח, ולאחר שהוכחו כל היסודות הנדרשים להרשעה בעבירות שיוחסו לנאשם בכתב האישום, התוצאה היא שהנאשם מורשע בכל שלושת העבירות שיוחסו לו בכתב האישום.

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



אהרון משניות, שופט