

ת"פ 38312/03/10 - מדינת ישראל, שלוחת תביעות אילת נגד כמיל ריאחני, סנגוריה ציבורית

בית משפט השלום באילת

15 ספטמבר 2014

ת"פ 38312-03-10 מדינת ישראל נ' ריאחני

בפני כב' השופט יוסי טופף

המאשימה:

מדינת ישראל

ע"י ב"כ עו"ד שחר עידן ועו"ד איציק אלפסי

שלוחת תביעות אילת

נגד

הנאשם:

כמיל ריאחני

ע"י ב"כ עו"ד יהונתן רבינוביץ

סנגוריה ציבורית

הכרעת דין

החלטתי לזכות את הנאשם מעבירת החזקת הסמים שלא לצריכה עצמית ותחתיה להרשיעו בעבירה של החזקת סמים לצריכה עצמית וכן להרשיעו בעבירה של הספקת סם מסוכן לאחר.

כתב האישום ותשובת הנאשם

1. הנאשם הועמד לדין בשל ביצוע עבירה של החזקת סמים שלא לצריכה עצמית לפי סעיף 7(א) ו-7(ג) רישא לפקודת הסמים המסוכנים (נוסח חדש), התשל"ג-1973 (להלן: "**פקודת הסמים המסוכנים**").

לפי כתב האישום, ביום 3.8.2008 בשעה 23:40 בקירוב, בסמוך למועדון ה"פדיס" באילת, החזיק הנאשם בכיסי מכנסיו 30 טבליות סם מסוכן מסוג MDMA וחשיש במשקל 13.9405 גרם נטו. בנוסף, החזיק הנאשם במגירה בחדר השינה בדירתו, לוח חשיש במשקל 96.60 גרם נטו וגוש חשיש במשקל 1.5389 גרם נטו. נטען כי הנאשם החזיק בסמים המפורטים, בניגוד לדין, ושלא לצריכתו העצמית.

2. הנאשם הודה, באמצעות בא-כוחו, בהחזקת הסמים המפורטים בכתב האישום, אך טען כי החזיקם לשימושו העצמי בלבד.

3. על יסוד הסכמת הצדדים, לא נשמעו עדי תביעה והמאשימה הסתפקה בהגשת המסמכים הבאים:
- 3.1 דו"ח פעולה של השוטרים עמיחי מילרד ואלון סוזנה מיום 4.8.2008 שעה 00:50, המתאר את המארב שביצעו לנאשם, ביום 3.8.2008 שעה 23:40, בהתבסס על מידע. נכתב כי הנאשם נתן הסכמתו לחיפוש על גופו ובדירתו וכך נתפסו באמתחתו הסמים המסוכנים (המפורטים בכתב האישום).
- 3.2 הודעה לסנגור, מיום 27.1.2009, במסגרתה הודע על חומר חקירה הלוטה בחיסיון, שתמציתו מידע על כך שהנאשם סוחר בסמים מסוג חשיש ואקסטזי בכמויות גדולות.
- 3.3 דו"ח מעצרו של הנאשם מיום 4.8.2008 שעה 00:35, בחשד להחזקת סם שלא לצריכה עצמית. מהדו"ח עולה כי הנאשם טען שכל הסמים הם שלו לצריכתו העצמית.
- 3.4 דו"ח החיפוש שהתקיים בדירת הנאשם מיום 4.8.2008 שעה 00:50, בו פורטו הסמים שנמצאו במקום.
- 3.5 חוות דעת מומחה המאשרת כי "החומר החום" שנתפס בחזקת הנאשם זוהה כחשיש.
- 3.6 חוות דעת מומחה המאשרת כי הטבליות שנתפסו בחזקת הנאשם זוהו כ-MDMA.
- 3.7 הודעת הנאשם באזהרה במשטרה מיום 4.8.2008, בגין חשד להחזקת סמים שלא כדין ושלא לצריכה עצמית. הנאשם אישר בהודעתו כי החומר שנתפס שייך לו ולשימושו העצמי. הנאשם ציין שהוא צורך אקסטוזת מזה 8 חודשים ומעשן חשיש מזה כשנה וטען: "**אני בדרך כלל לא קונה כמויות. הפעם נפל לי מחיר, אמרתי שאקנה שיהיה לי.**" לדבריו, רכש את הסמים בצפון הארץ מאדם שלא הכיר קודם לכן, תמורת 900 ₪ עבור האקסטזי ו-700 ₪ עבור החשיש. הנאשם מסר כי הוא עובד בקניון "מול הים" מזה כשנתיים וחצי ומשתכר 15,000 ₪ ברוטו (כ-12,000 ₪ נטו לחודש), אין לו חסכונות, אין לו חשבון בנק ויש לו חובות, בגינם נפתחו נגדו הליכי הוצאה לפועל.
4. במסגרת סיכומיה, עתרה המאשימה להרשעת הנאשם בעבירות של החזקת סמים שלא לצריכה עצמית והספקת סם מסוכן לפי סעיף 13 לפקודת הסמים המסוכנים, על אף שעבירה זו לא נכללה בכתב האישום, וזאת מכוח סעיף 184 חוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], תשמ"ב-1982 (להלן: "**חוק סדר הדין הפלילי**"). לטענת ב"כ המאשימה אשמת הנאשם בעבירה של הספקת סם נתגלתה מן העובדות

שהוכחו בבית המשפט, ומשעה שהנאשם הודה בביצוע המעשה ונשאל על כך בחקירתו הנגדית, הרי שניתנה לו היכולת להתגונן.

באשר לעבירת החזקת הסמים נטען כי כמות הסם מסוג חשיש שנמצאה בחזקת הנאשם עולה על הכמות המפורטת בתוספת השנייה לפקודת הסמים המסוכנים, כך שקמה החזקה שהנאשם החזיק בסם זה שלא לצריכתו העצמית וזו לא נסתרה. באשר לטבליות האקסטזי, טען התובע כי המאשימה עמדה בחובת ההוכחה המוטלת עליה, בהעדר חזקה בדין לעניין החזקה שלא לצריכה עצמית.

התובע הפנה לכמות הסם שנתפסה אצל הנאשם; אופן החזקת הסם - בשקית אטומה בכיס מכנסיו; ומקום תפיסתו של הנאשם - באזור תירותי הומה אדם, אשר כל אלה מלמדים לשיטתו כי החזקת הסמים לא נועדה לשימוש עצמי. נטען כי הנאשם לא ידע לתן פרטים אימתי רכש את הסמים ולא היה עקבי ביחס לעלותם. נטען כי המחיר שנקב הנאשם הינו נמוך מאד ביחס לכמות הסם. באשר לשכרו של הנאשם, נטען כי שכר הנטו המופיע בתלושי השכר נמוך מהנטען ולא ברור היכן נרשמו מענקים שקיבל הנאשם ממעסיקו, כפי שנטען.

תמצית פרשת ההגנה

5. הנאשם טען בעדותו (מיום 14.10.2012) כי כל הסמים שהחזיק נועדו לשימושו העצמי בלבד. הנאשם מסר שהוא צרך חשיש מזה כ-8 שנים, מדי יום, היות וסם זה סייע לו להתמודד עם המיגרנות הקשות מהן הוא סובל מגיל צעיר. לדבריו, מזה כשנה הוא מטופל בזריקות אימיטרקס, בשל אותן מיגרנות והציגן בבית המשפט, ומאז חדל לצרוך סמים. הנאשם טען כי גם טבליות האקסטזי שנתפסו ברשותו נועדו לשימושו העצמי, בתדירות של כ- 4-8 כדורים לשבוע, על מנת לספק לעצמו אנרגיה ומרץ בעבודה. לדברי הנאשם, פלטת החשיש במשקל 96.6 גרם, שנתפסה ברשותו, צפויה הייתה לשמשו למשך כחודש וחצי עד חודשיים. החשיש במשקל 13.94 גרם היה מספיק לו למשך שבוע ונועד לצריכה במקום עבודתו. הנאשם מסר שרכש את הסמים שנתפסו, יום קודם לכן בצפון הארץ, לשם הוא נוהג לנסוע מדי שבועיים שלושה ושלל רכישת סמים באילת. לדבריו, רכש כמות גדולה, שצפויה לשמשו לתקופה ממושכת יותר, היות ולעתים יוצא שהוא נוסע לצפון רק כעבור חודש ורכישת הכמות שנתפסה ברשותו הייתה כדאית מבחינת כלכלית, שכן רכש את פלטת החשיש תמורת 700 ₪ והאקסטזי תמורת 600 ₪. הנאשם ציין כי התכוון להשאיר את הסמים במקום עבודתו, אך לא עשה כן ולכן נתפסו בכיסיו על ידי השוטרים בצאתו ממקום עבודתו. הנאשם מסר כי בתקופה הרלוונטית הועסק כאחראי על תחום הבשרים, במסעדה בקניון "מול הים". הנאשם עבד 6 ימים בשבוע, כאשר יום עבודה נמשך כ- 10-14 שעות ושכרו החודשי עמד על סך של 15,000 ₪ ברוטו. הנאשם טען כי שכרו התקבל במזומן, היות ואינו מנהל חשבון בבנק בשל עיקולים שהוטלו עליו. הנאשם ציין כי אין לו חסכונות, אין לו נכסי נדל"ן והוא מתגורר בשכירות תמורת שכר דירה בסך 2,200 ₪. לדברי הנאשם, הוצאותיו החודשיות הגיעו לסכום של 6,000 ₪, כאשר 1,500-1,300 ₪ הוצאו לרכישת סמים. לנאשם היו גם הוצאות בגין תשלומי מזונות, בתחילה בסכום חודשי של 3,000 ₪ ולקראת שנת 2008 הופחת הסכום לסך של 1,000 ₪ ובסוף 2008 לא נדרש עוד לשלם מזונות. הנאשם ציין כי לווה כספים בשוק האפור והפסיד כספים בהימורים ולחובתו חובות במאות אלפי שקלים לבנקים, לביטוח לאומי, לנושים פרטיים ועוד,

אשר אין ביכולתו לכסותם. הנאשם הכחיש עיסוק בסחר בסמים. לדבריו הוא לא "התערבב" עם אנשים באילת בתחום הסמים ונהג לרכוש את הסמים בצפון הארץ. הנאשם העלה סברה שמי שהלשין עליו בעניין זה הוא שכנו שהתארח פעמיים בביתו, אז עישנו יחדיו חשיש והוא אף "כיבד" אותו באחד הביקורים בטבלית אקסטזי.

ההגנה הציגה אישור רפואי מטעם מומחה לרפואה פנימית במכבי שירותי בריאות, מיום 14.10.2012, ממנה ניתן ללמוד כי הנאשם סובל ממיגרנה מזה שנים רבות מאז גיל 18 והוא מטופל בתרופות קבועות, לרבות באימיטרקס. הוצגו תלושי שכר של הנאשם לשנת 2008. וכן הוצג דו"ח קצין ממונה של השוטר אלון סוזנה, מיום 4.8.2008, בו צוין כי לאחר שהודע לנאשם על החשד נגדו, הוא אמר: **"זה לצריכה עצמית. אני לשימוש עצמי לקחתי את זה"**.

6. בנוסף, נשמעה עדותו של שי זיו, מעסיקו של הנאשם במועד כתב האישום, אשר מסר כי הנאשם הופקד על תחום הבשר במסעדות שניהל בשנים 2006-2009. לדבריו, הנאשם עבד אצלו 6 ימים בשבוע, 10-12 שעות ביום עבודה ושכרו הממוצע עמד על 15,000 ₪ נטו בחודשי הקיץ ו-13,000 ₪ בחודשי החורף, כאשר שיטת התגמול הייתה ש-2,000 ₪ מתוך השכר החודשי היו משולמים במרוכז מדי חצי שנה (סכום של 12,000 ₪), ובדרך זו עודד את עובדיו להתמיד בעבודתם. נמסר כי לנאשם שולמו מעת לעת מקדמות על חשבון שכרו החודשי, כמפורט בתלושי השכר. העד לא ידע לומר האם הנאשם החזיק סמים במקום העבודה.

7. במסגרת סיכומיה, עתרה ההגנה לזיכויו של הנאשם מעבירה של החזקת סמים שלא לצריכה עצמית ולהרשעתו בעבירה של החזקת סמים לצריכה עצמית. נטען כי הנאשם הודה בהחזקת הסמים שנתפסו אצלו ועלה בידו לסתור את החזקה, לפיה הסמים לא נועדו לצריכה עצמית, ברף ההוכחה הנדרש. הודגש כי הסמים שנתפסו על גופו ובדירתו של הנאשם לא חולקו למנות ולא הוטמנו במקומות חריגים. הסנגור הפנה לתגובתו הראשונית של הנאשם, עוד טרם נועץ בעורך דין, לפיה הסמים נועדו לצריכתו העצמית. צוין כי הנאשם רכש את הסמים בכמות גדולה בשל המחיר האטרקטיבי לצורך שימוש העצמי התכוף, בין היתר כמזור למגרנות מהן סובל, ועלה בידו להצביע על מקור הכנסה מספק לרכישת הסם. באשר לעתירת התביעה להרשיע את הנאשם בעבירה של הספקת סם, מבלי שזו נזכרה בכתב האישום, נטען כי הנאשם לא הוזהר על ידי התובע שיתכן ויעתור להרשעתו בעבירה זו ועל כן יש בכך כדי להפגיעו בשלב הסיכומים, מבלי שניתנה לו הזדמנות ראויה להתגונן.

דיון והכרעה

החזקת סם

8. סעיף 31(3) לפקודת הסמים המסוכנים קובע כדלקמן:

עמוד 4

"במשפט נגד אדם על עבירה לפי פקודה זו או תקנות לפיה -

(3) מי שהחזיק סם מסוג המפורט בתוספת השניה בכמות העולה על הכמות המפורטת לצידו - חזקה שהחזיק בסם שלא לצורך צריכתו העצמית ועליו הראיה לסתור;"

בתוספת השנייה לפקודת הסמים המסוכנים צוינה כמות של 15 גר' ביחס לסם מסוג שרף של קנבוס (הידוע גם כ"חשיש" עפ"י ההגדרה שבסעיף 2 סימן א' חלק א' לתוספת הראשונה לפקודת הסמים המסוכנים). לעומת זאת, לא נקבעה חזקת כמות לעניין סם מסוג MDMA.

9. במקרה דנא, לא נתגלעה מחלוקת לגבי השרשרת הראייתית הנוגעת לתפיסת הסמים אצל הנאשם; כך גם לגבי טיבם ומשקלם: 112.0794 גרם נטו חשיש ו-30 טבליות MDMA.

בכל הנוגע לסם החשיש, קמה לחובת הנאשם החזקה כי הוא החזיק בסם זה שלא לצריכתו העצמית ועליו נטל סתירתה ככל חזקה שבחוק. מידת ההוכחה הרובצת לפתחו של הנאשם כדי לסתור החזקה, היא כשל תובע במשפט אזרחי, קרי - עמידה במאזן הסתברויות, ולא די בהעלאת ספק סביר מצידו, על מנת לסתור החזקה הנ"ל(ראו: י. קדמי בספרו **על פקודת הסמים המסוכנים**, הדין בראי הפסיקה, מהדורה מעודכנת, תשנ"ז-1997, עמ' 212 ואילך; רע"פ 7484/08 **פלוני נ' מדינת ישראל** (ניתן ביום 22.12.2009)).

לעומת זאת, לסם מסוג MDMA לא נקבעה "חזקת כמות" בתוספת השנייה לפקודת הסמים המסוכנים. לפיכך, הנטל להוכיח כי סם זה לא נועד לשימוש עצמי מוטל על שכמה של המאשימה [ראה למשל ע"פ (מחוזי ת"א) 70069/08 **האני רגבי נ' מדינת ישראל** (ניתן ביום 27.4.2008)]. נקבע כי בית המשפט יכריע לעניין מטרת החזקת הסם בהתאם לנסיבות ולכמות הסם שנתפסה; וכלשון כב' הש' קדמי בבש"פ 5906/96 **גדי חונדאשווילי נ' מדינת ישראל** (ניתן ביום 28.8.1996):

"לא נקבעה בתוספת השניה לפקודת הסמים המסוכנים "חזקת כמות" לענין מטרת החזקתם של כדורי אקסטזי. ברם, אין בכך כדי למנוע הסקת מסקנה בענין זה, מן הכמות שנתפסה בפועל, על רקע נסיבות תפיסתה ובהתחשב בהסברים שנותן המחזיק להחזקתה."

10. בפסק הדין ע"פ 5937/94 **דוד שאבי נ' מדינת ישראל**, פ"ד מט(3), 832 נדרש בית המשפט העליון לשאלה הכיצד יוכל נאשם להרים את הנטל הנדרש ממנו לסתירת החזקה בדבר שימוש שאינו לצריכה עצמית. וכך פסק כב' השופט קדמי (אשר דעתו בעניין זה שיקפה את ההלכה הפסוקה, על אף היותו בעמדת מיעוט):

"אכן, צריכה כבדה של סמים מסבירה החזקת כמות מסחרית של סם; ברם אין בה, כשלעצמה, כדי לסתור את החזקה שהסם מוחזק גם לצורכי מסחר. רכישת כמות מסחרית של סם מצריכה

ממון רב; ובהיעדר ראיה לסתור-אין מנוס מן המסקנה כי המימון בא מסחר בסם, המקנה למחזיק את מנתו. אשר-על-כן, מקום שבו צרכן כבד של סם מחזיק ברשותו כמות מסחרית של סם, אין די בהוכחת הצריכה הכבדה כשלעצמה כדי להיחלץ מן החזקה, ועליו להוכיח גם כי מקור המימון של רכישת הסם אינו בא ממכירת חלק ממנו. בהיעדר ראיה למקור המימון של רכישת כמות מסחרית של סם נותרת על כנה 'חזקת הסחר'; שהרי די לעניינה שרק חלק מן הסם המוחזק אינו משמש לצריכה עצמית של המחזיק."

הנה כי כן, נקבע בפסיקה כי שמחזיק בידו כמות מסחרית של סם העולה עשרת מונים על זו המתיישבת עם החזקה לצריכה עצמית בלבד אינו נחלץ מאחיזתה של "חזקת הסחר" על ידי הוכחת צריכה כבדה בלבד, אלא עליו להראות כי היה בידו לממן את רכישת הכמות המסחרית של הסם בלא להיות מעורה בפעילות המסחרית שבו. בנוסף לכך, על בית המשפט לעמוד על אופן החזקת הסם וטיבה. ככל שכמות הסם גדולה יותר, כך יקשה על הנאשם לסתור את החזקה כי הסם לא נועד לשימוש העצמי בלבד.

11. אקדים אחריתלראשית, ואומר כי שוכנעתי מהמסכת הראייתית שהונחה לפניי כי הנאשם הטה את מאזן ההסתברויות לטובתו ובכך סתר את חזקת הסחר, שקמה לחובתו נוכח כמות סם החשיש שנמצאה ברשותו. כמו כן, על בסיס אותה תשתית ראייתית לא שוכנעתי כי עלה בידי המאשימה להרים את נטל הראיה שהוטל עליה לצורך הקביעה כי הנאשם החזיק בטבליות הסם מסוג MDMA, שלא לצריכתו העצמית בלבד.

12. התרשמתי מהנאשם כמי שהאמת הייתה שגורה בפיו. עדותו הייתה עקבית וסדורה והותירה רושם מהימן והיא עלתה בקנה אחד עם מכלול הראיות שהוצגו בבית המשפט.

צא וראה, מיד עם מעצרו של הנאשם, כשעה קלה לאחר שנתפסו הסמים על גופו ובדירתו, הוא לקח אחריות על החזקת הסמים וטען שהם לצריכתו העצמית (ר' דו"ח מעצר, ת/3). בהמשך, בחקירתו במשטרה, בשעה 4:45 לפנות בוקר, שעות אחדות לאחר תפיסת הסמים ברשותו, הודה הנאשם בהחזקתם והביע צער על כך, אך טען כי רכש את הסמים לשימוש עצמי ושלל סחר בסמים. הנאשם פירט את המחיר ששילם תמורת הסמים, מקור הכנסתו וגובה שכרו - ₪ 15,000 ברוטו. בתום חקירתו, עת מצא קצין המשטרה להורות על מעצרו של הנאשם, הוא שב וטען בפניו כי החזיק בסמים לצריכה עצמית (ר' דו"ח הקצין, נ/3).

מדו"ח הפעולה של השוטרים עמיחי מילרד ואלון סוזנה מיום 4.8.2008 בשעה 00:50, עולה כי הנאשם נתן הסכמה לחיפוש על גופו ובדירתו ואף הצביע עבור השוטרים על המגירה בחדר השינה, שבה אפסן את הסמים.

עולה אם כן, כבר מהגרסה הראשונית שמסר הנאשם, כי הנ"ל לקח מייד אחריות על החזקת הסמים,

הסביר מהיכן רכשם, מה היה מחירם, פירט את מקום עבודתו וגובה שכרו, שלל כל עיסוק בסחר בסמים ועמד על כך שהסמים נועדו לשימוש העצמי - וכל זאת מבלי שנועץ בעורך דין ואף סביר שהוא אינו בקי ברזי החזקות הקבועות בדין או בפסיקה הרלוונטית.

יתר על כן, עדותו של הנאשם בבית המשפט הותירה רושם אמין ומצאתי לפניי אדם שלוקח אחריות על מעשיו ואינו מנסה להסתיר או לטשטש את הפסול שבצריכת סמים. הנאשם הסביר כי צריכת החשיש סייעה לו בעבר להתמודד עם המיגרנות הפוקדות אותו מגיל צעיר, כך שהחשיש שימש עבורו כסם הרגעה לצורך התמודדות עם כאבי המחלה. הנאשם ציין בעדותו כי מזה שנה הוא מטופל בזריקות אימיטרקס, בשל המגרנות, ואף הציג בבית המשפט. עדותו זו נתמכה בראיה חיצונית - אישור רפואי מטעם מומחה לרפואה פנימית במכבי שירותי בריאות, מיום 14.10.2012, ממנה עלה כי הנאשם סובל ממיגרנה מאז גיל 18 ומטופל בתרופות קבועות, לרבות אימיטרקס.

בהתייחסו לטבליות הסם מסוג MDMA מסר הנאשם, מבלי שנסתר, שהן נועדו לתת לו אנרגיה ומרץ בעבודתו, נוכח שעות עבודתו המרובות. בעניין שעות העבודה המרובות של הנאשם, 10-11 שעות ליום עבודה ממוצע, יש לציין כי נתון זה אושר על ידי מעבידו בעדותו.

13. הנאשם מסר בעדותו בבית המשפט, כמו גם בהודעתו במשטרה, כי רכש את הסמים בצפון הארץ, לשם הוא נוהג לנסוע מדי מספר שבועות ושלל רכישת סמים בעיר אילת. לדבריו, ברכישתו האחרונה, רכש כמות גדולה מהרגיל, לאור המחיר האטרקטיבי ששלם תמורתם. אמנם, בעדותו בבית המשפט טען הנאשם כי החשיש עלה לו 700 ₪ וטבליות האקסטזי עלו לו 600 ₪; ואילו במשטרה מסר כי החשיש עלה לו 700 ₪ וטבליות האקסטזי עלו לו 900 ₪, אך לא מצאתי שיש בשוני זה כדי לפגוע במהימנותו. מדובר במי שנהג לרכוש סמים במשך שנים, לפי לדבריו, כך שבהחלט אין לצפות ממנו שיזכור לציין בעדותו בבית המשפט את המחיר המדויק של רכישת סמים מסוימת שבוצעה שנים קודם לכן.

יתר על כן, יש לציין כי המאשימה לא הציגה כל ראיה מטעמה באשר ל"מחיר השוק" או טווח המחירים המקובל ביחס לכמות ולסוג הסמים, שנתפסו באמתחתו של הנאשם, כך שאין בידי לקבוע האם המחיר עליו העיד הנאשם הינו חורג מגדר הסביר לאותם הסמים.

14. הנאשם העיד באשר להרגלי הצריכה שלו ומסר כי בזמנו צרך חשיש מדי יום. לדבריו פלטת החשיש במשקל 96.6 גרם הייתה יכולה להספיק לו למשך חודש וחצי עד חודשיים ואילו גוש החשיש במשקל 13.94 גרם היה יכול לשמשו למשך שבוע. בחינת היחסים הנתענים, מבחינת אריתמטית, מעלה כי הנאשם דייק בהערכתו. צא וראה, ככל שכמות של 13.94 גרם מספיקה לשבוע, הרי שפלטה במשקל 96.6 גרם הייתה מספיקה לנאשם למשך כ-7 שבועות. יש בכך כדי לחזק את המסקנה כי הנאשם היה מודע לכמות הסם שצרך בזמנו וכי מלוא הסם נועד לשימוש האישי.

באשר לטבליות האקסטזי מסר הנאשם שהיו ימים שכלל לא צרך סם זה והיו מקרים שנטל 2 כדורים

ליום. להערכתו, השתמש כ-4-8 טבליות לשבוע ולכן הכמות שרכש, 30 טבליות, הייתה צפויה להספיק לו בקירוב לאותה תקופה, במהלכה היה צורך את החשיש שרכש.

15. בנוסף לכך, בחינת אופן החזקת הסם וטיבה על ידי הנאשם לא הצביעה על כוונה לסחור בסמים. סבורני כי ככל שכוונת הנאשם הייתה לסחור בסמים, או להפיצם, בסמוך למקומות בילוי באילת, ניתן היה לצפות כי הסמים יוחזקו אצלו במנות מדודות ובשקיות נפרדות. ברם, הנאשם החזיק את החשיש בשני גושים עיקריים במשקלים של 96.60 גרם ו-13.94 גרם ואילו טבליות האקסטזי (MDMA) הוחזקו כולן בשקית אטומה אחת. למעשה, הנאשם החזיק את פלטת החשיש במשקל 96.6 גרם וגוש חשיש במשקל 1.5389 גרם במגרה שבחדר השינה שלו. ואילו בעת שעוכב הנאשם, נמצאו על גופו חשיש במשקל 13.94 גרם ו-30 טבליות אקסטזי בשקית אטומה אחת. הנאשם גרס כי הסמים שנתפסו על גופו נועדו לשימוש במקום עבודתו, שם ביקש להטמיןם, אך באותו היום לא עשה כן. ואכן, הנאשם עוכב ליד רכבו, בסמוך למקום עבודתו, בתום יום עבודה. מצאתי אם כן לקבל את הסברי הנאשם. גרסתו עלתה בקנה אחד עם נסיבות עיכובו ותפיסת הסמים על גופו ובדירתו, מבלי שנסתרה.

16. לבסוף, מצאתי לקבוע כי עלה בידי הנאשם להצביע על מקור מימון סביר לרכישת הסמים אותם צרך, מבלי שהדבר אילץ אותו לקחת חלק בפעילות מסחרית של סמים לשם מימוןם. כבר בהודעתו במשטרה גרס הנאשם שהוא עובד בקניון "מול הים" ומשתכר 15,000 ₪ ברוטו לחודש, כך שהנטו הינו 12,000 ₪. הנאשם ציין ששכרו התקבל במזומן, היות ואינו מנהל חשבון בבנק בשל עיקולים שהוטלו עליו. בעדותו בבית המשפט טען הנאשם כי השתכר 15,000 ₪ נטו, אך למעשה קיבל 13,000 ₪ ומדי 6 חודשים היה מקבל תוספת של 12,000 ₪. מעסיקו של הנאשם, שי זיו, אישר בעדותו כי שכרו החודשי של הנאשם עמד בחודשי החורף על סך של 13,000 ₪ נטו ובחודשי הקיץ על סך של 15,000 ₪. לדבריו, נהג להפחית 2,000 ₪ משכרם החודשי של עובדיו ומדי חצי שנה, לתן לעובדים תוספת בסך 12,000 ₪ לשכרם. הוגשו תלושי המשכורת של הנאשם לשנת 2008, מהם עולה תמונה שונה מהמתואר. במרבית החודשים עמד שכר הברוטו החודשי של הנאשם על סך של 12,309 ₪; בחלק מהחודשים נוכו מקדמות שקיבל הנאשם ולא נראו אותן העברות של 12,000 ₪. בחודש דצמבר ניתן לנאשם ברוטו בסך של 19,216 ₪. כך או כך, סכימת שכרו של הנאשם, בהיבט שנתי, מלמדת כי שכרו לשנת 2008 עמד על 172,337 ₪, כך ששכרו החודשי הממוצע לשנה זו עמד על סך של 14,361 ₪ ברוטו. סכום הקרוב מאד לסכום שטען הנאשם כבר בהודעתו במשטרה.

הנאשם טען כי שכרו הועבר אליו במזומן, ויתכן שבשל כך מופיעות מקדמות רבות בתלושי שכרו. לטענת הנאשם, הוצאותיו החודשיות בתקופה הרלוונטית עמדו על סך של 6,000 ₪ לחודש, כאשר סכום זה כלל 2,200 ₪ עבור שכר דירה, 1,300-1,500 ₪ עבור סמים וצרכי מחייתו. בנוסף לסכום זה, היו לנאשם הוצאות נסיעה לצפון הארץ ומזונות שעמדו על סך של 3,000 ₪, אך לקראת שנת 2008 הופחתו לסך של 1,000 ₪ ובסוף 2008 לא נדרש עוד לשלם מזונות. הנאשם טען שניהל את ענייניו הכספיים במזומן, בשל עיקולים שהוטלו עליו עקב חובות כבדים, בין היתר בשל הימורים, שלא היה ביכולתו לכסות.

הנה כי כן, מאזן ההכנסות וההוצאות של הנאשם, אלה שנוהלו במזומן, בהתעלם מחובותיו, מראה כי לנאשם היה מקור כלכלי למימון הסמים שצרף.

הוצאותיו החודשיות לרכישת הסמים, כפי טענתו בהקשר זה, מאששות את טענתו כי רכישת הסמים נשוא ההליך דנא, הייתה "כדאית" מבחינה כלכלית, שכן רכש כמות סם שהייתה אמורה לשימשו למעלה מחודש, בעלות חודשית בקירוב.

17. מכל המקובץ, ולאחר בחינה כוללת של מסכת הראיות שהובאה לפניי, אני קובע כי הנאשם עמד בנטל ההוכחה לסתירת החזקה, לפיה הסמים שנתפסו ברשותו לא נועדו רק לשימוש העצמי. הנאשם שכנע בעדותו כי צרף סמים בכמות ובתדירות גבוהה, החזיק בסם בדרך שאינה מצביעה על כוונת סחר או שיווקם ועמדו לרשותו אמצעים מספיקים למימון רכישת הסם, שלא באמצעות סחר בסם עצמו.

מנגד, לא עלה בידי המאשימה להוכיח ברף הראיה המוטל עליה בפלילים כי הסם מסוג חשיש, כמו גם טבליות ה-MDMA, בעניינן לא נקבעה "חזקת כמות", לא נועדו רק לשימוש העצמי של הנאשם.

18. **סוף דבר, הנאשם מזוכה מעבירה של החזקת סם שלא לצריכה עצמית, והוא מורשע בעבירה של החזקת סם לצריכה עצמית בלבד.**

הספקת סם

19. בסיכומיו ביקש בא כוח המאשימה כי בית המשפט ירשיע את הנאשם גם בעבירה של הספקת סם, לפי סעיף 13 לפקודת הסמים המסוכנים, וזאת בהתאם לסעיף 184 לחוק סדר הדין הפלילי, לפיו רשאי בית המשפט להרשיע נאשם בעבירה שאשמתו בה נתגלתה מן העובדות שהוכחו לפניו, אף כי במהלך ישיבת ההוכחות הוא לא ביקש להזהיר את הנאשם בדבר האפשרות של הרשעה בעבירה זו.

20. סעיף 85 לחוק סדר הדין הפלילי מורה כי כתב האישום יכיל, בין היתר, את הוראות החיקוק שלפיו מואשם הנאשם. עם זאת, סעיף 184 לחוק סדר הדין הפלילי מהווה חריג לכלל זה, בקובעו כי:

"בית המשפט רשאי להרשיע נאשם בעבירה שאשמתו בה נתגלתה מן העובדות שהוכחו לפניו, אף אם עובדות אלה לא נטענו בכתב האישום, ובלבד שניתנה לנאשם הזדמנות סבירה להתגונן; אולם לא יוטל עליו בשל כך עונש חמור מזה שאפשר היה להטיל עליו אילו הוכחו העובדות כפי שנטענו בכתב האישום."

בהיותו של סעיף זה חריג לכלל, נקבע בפסיקה כי החלתו מתחייבת בצמצום ובמשורה. הסעיף מעמיד שני תנאים: הראשון, כי אשמתו של הנאשם התגלתה מן העובדות שהוכחו בפני בית המשפט. השני, כי ניתנה לנאשם הזדמנות סבירה להתגונן. לצורך התקיימותו של תנאי זה יש להראות קיומם של שני יסודות: האחד טכני שעניינו ההזדמנות של הנאשם לחקור עדים ולהביא ראיות באשר לעובדות האישום

בו הוא מורשע שלא על-פי כתב האישום; השני הינו יסוד מהותי אשר עניינו ביכולתו של הנאשם לפתח קו הגנה במהלך הדיון כנגד אותו אישום. תכלית תנאי ה"הזדמנות הסבירה להתגונן" עונה לתכליתם הכפולה של סדרי הדין בהליכים פליליים - הבטחת הגינות ההליך כלפי הנאשם מזה, והגברת סיכוייהם של האמת לצאת לאור ושל הצדק שייעשה, מזה.

לשם הבטחת מטרות ההליך הפלילי, כאמור, נדרש כי תינתן לנאשם הזדמנות סבירה להתגונן מפני השינוי בחזית העובדתית ובהוראות החיקוק המיוחסות לו. כפי שנפסק, עמידה בדרישה זו אינה חייבת להתבטא באזהרה מפורשת של הנאשם במהלך הדיון (ראו כב' השופט שהם ברע"פ 6448/12 שי"א (ששון יוסף אפרים) בע"מ נ' מדינת ישראל, ניתן ביום 11.9.2012), והמבחן לקיומה כולל שני פנים, האחד טכני-דיוני והשני מהותי. יפים, לעניין זה, דברי כב' השופט (כתוארו אז) א' גרוניס, בציינו כי:

"דרישה זו כוללת שני יסודות: האחד, יסוד טכני-דיוני שעניינו כי לנאשם הייתה אפשרות לנקוט פעולות דיוניות שונות הדרושות לניהול הגנתו, כגון חקירה נגדית, זימון עדים וכדומה. השני, יסוד מהותי שעניינו כי לנאשם הייתה ההזדמנות לפתח קו הגנה שיתאים לעובדות החדשות... לעניין יסוד אחרון זה חשובה השאלה האם הופתע הנאשם מן העובדות החדשות שיוחסו לו והאם ניתן להניח שהיה נוקט קו הגנה שונה לו היה מודע להן." (ע"פ 766/07 כהן נ' מדינת ישראל ([פורסם בנבו], 19.1.2007), פסקה 29 לפסק הדין. וראו גם, ע"פ 63/79 עוזר נ' מדינת ישראל, פ"ד לג(3) 606 (1979); ע"פ 4623/07 מדינת ישראל נ' אזרי ([פורסם בנבו], 31.10.2007))."

21. בענייננו, סבורני כי לא קופחה זכותו של הנאשם להתגונן מפני שינוי המסד העובדתי והוראות החיקוק, מהטעמים עליהם אעמוד להלן.

אמנם, עתירת המאשימה להרשעת הנאשם הועלתה בדרך זו רק בשלב הסיכומים, אך כפי שנקבע בפסיקת בית המשפט העליון אין צורך באזהרה מפורשת מצד המאשימה בעניין זה. יתר על כן, הסמכות להרשעת נאשם מכוח סעיף 184 לחוק סדר הדין הפלילי נתונה לבית המשפט, אף אם כלל לא נשמעה דרישה כזו מצד המאשימה, ובלבד שניתנה לנאשם הזדמנות סבירה להתגונן.

צא וראה, במהלך ישיבת ההוכחות, עת מסר הנאשם עדות במהלך חקירתו הנגדית, טען התובע מפורשות בהאי לישנא: **"...הוא כרגע מודה בזה שהוא סיפק סמים לשכן שלו..."** (עמ' 20 לפרוט'). מכאן, מצאתי לקבוע כי האפשרות שהנאשם יורשע בעבירה של הספקת סם לאדם אחר ריחפה בחלל הדיון בבית המשפט (כפי לשונם של כב' השופטים פלפל ויפה כ"ץ בפח 973/03 מדינת ישראל נ' צרבץ איליה, ניתן ביום 10.1.2007).

לפיכך, אין בידי לקבוע כי לנאשם לא ניתנה האפשרות לבקש לחקור את עדי התביעה או לזמן עדי הגנה ביחס לקיומן של יסודות העבירה של הספקת סם מסוכן. כאמור העלאת אפשרות זו התעוררה

במהלך עדותו של הנאשם עצמו ודבר לא מנע מההגנה לבקש לזמן עדים נוספים, או להציג ראיות נוספות להגנת הנאשם בעניין זה. יתר על כן, בסיכומי ההגנה נשמעו טענות רבות, כלליות במהותן, על פגיעה בזכויותיו של הנאשם בשל דרישת המאשימה להרשיעו בעבירה שנפקדה מכתב האישום, אך לא נשמע טיעון סדור הכיצד היה הנאשם מתגונן, כנגד האישום הנוסף, לו העבירה הנוספת הייתה נכללת בכתב האישום מלכתחילה.

ודוק, מקובל לשאול נאשם, הטוען להיעדרה של הזדמנות סבירה להתגונן "במה היית מתגונן, ואיזה קו הגנה נמנע ממך" (ע"פ 152/56 משה יגולניצר נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד י (3) 1821, פ"ע כו 152).

בע"פ 899/10 פלוני נגד מדינת ישראל (ניתן ביום 3.3.2011) חזר בית המשפט העליון על ההלכה שנפסקה, לפיה:

"כדי להצליח בטענה שלא היה מקום לעשות שימוש בסעיף 184 לחסד"פ צריך היה גריידי להצביע במה נתקפחה הגנתו. כיצד היה חוקר את עדי התביעה באופן שונה משחקר אותם או אלו ראיות אשר לא הביא היה מביא אילו ידע שהוא צפוי להרשעה בסעיף 391(1). זאת לא עשה. לא די בטענה ערטילאית" (ע"פ 3929/97 מדינת ישראל נ ג די [פורסם בנבו] - השופט אילן).

ברוח זו נקבע בשורה ארוכה של פסקי דין, כי 'טענת נאשם כי לא ניתנה לו הזדמנות להתגונן מחייבת פירוט במה נפגעה הגנתו, ואין די בהעלאת טענה כללית וערטילאית' (ע"פ 5102/03 מדינת ישראל נ' קליין [פורסם בנבו] פסקה 45 - השופטת פרוקצ'יה; ראו גם ע"פ 4512/09 רוסו-לופו נ' מדינת ישראל [פורסם בנבו] פסקה 18; ע"פ 10489/06 עופר נ' מדינת ישראל [פורסם בנבו] פסקה 60).

זאת ועוד, בענייננו, העובדות אשר מצמיחות את העבירה אליה כיוון ב"כ המאשימה של הספקת סם מצויה בזיקה לא מבוטלת לעובדות המצמיחות את עבירת החזקת הסמים שלא לצריכה עצמית, נשוא כתב אישום זה.

על מבחן "הזיקה הממשית וההדוקה" לשם עשיית שימוש על ידי בית המשפט בסעיף 184 לחוק סדר הדין הפלילי חזר בית המשפט העליון בע"פ 5498/10 פלוני נ' מדינת ישראל (ניתן ביום 6.4.2011), בצטטו את אשר נפסק בפרשה קודמת:

"אין דומה מקרה בו מורשע הנאשם על-פי מערכת של עובדות חדשות, שזיקתה לגירסה העובדתית, עליה נתבססה האשמתו מלכתחילה, הינה רפה וקלושה, למקרה בו ניכר קיומו של קשר ענייני ממשי והדוק בין העובדות שעל-פיהן הואשם הנאשם לבין העובדות החדשות, שנתגלו במהלך הדיון ושעליהן נסמכת הרשעתו... במקרה מן הסוג השני עשוי בית המשפט להיווכח, כי

אף שהנאשם לא הועמד, מבעוד מועד, על האפשרות שיורשע על-פי תשתית עובדתית שונה מזו שעל-פיה הואשם, נמצא הוא מתגונן למעשה - ככל שהיה בידו להתגונן - לא רק מפני האישום במתכונתו המקורית, אלא גם מפני האישום במתכונת שהיוותה נושא להרשעתו בדין. כך, למשל, אם קו ההגנה שבנה לעצמו הנאשם כלפי האישום שהופיע בכתב האישום כולל בחובו גם את קו ההגנה אותו היה מציב הנאשם לאישום בו הורשע אין לומר כי הנאשם הופתע, וכי לא ניתנה לו הזדמנות סבירה להתגונן' (דברי חברי הנכבד, השופט א. ברק, בעקבות אסמכתאות קודמות, בע"פ 63, 76/79 הנ"ל, בעמ' 615). (ע"פ 545/88 שלמה בן עזרא נ' מדינת ישראל פ"ד מג(2), 316, עמ' 323 (השופט - כתארו אז - מצא))."

הנה כי כן, בבוא הנאשם להציג קו הגנה כנגד העבירה שיוחסה לו - החזקת סמים מסוכנים שלא לצריכה עצמית, טען שהסמים שימשו אותו לצריכתו העצמית. מכאן, קו הגנה זה טומן בחובו את הטענה שהסמים שנתפסו אצל הנאשם לא שימשו או נועדו לאחרים מלבדו. מכאן, קו ההגנה לא היה משתנה מבחינת הנאשם, ולמצער יש לציין כי לא הוצג כל קו הגנה פוטנציאלי אחר מטעם הנאשם במסגרת סיכומיו. עולה מהאמור, כי קו ההגנה שבנה לעצמו הנאשם כלפי האישום שהופיע בכתב האישום כולל בחובו גם את קו ההגנה אותו היה מציב לאישום הנוסף ואין לומר כי הנאשם הופתע, וכי לא ניתנה לו הזדמנות סבירה להתגונן (ע"פ 154/52 דב שמעיה נ' היועץ המשפטי לממשלת ישראל, פ"ד ז (2) 778, פ"ע יג 316); ע"פ 65/71 יצחק דרורי נ' מדינת ישראל, פ"ד כה(1) 747, 755).

כאמור, אין הנאשם יכול לטעון כי הוא הופתע מהמסד העובדתי עליו ביקשה המאשימה להשתית את עבירת אספקת סם לאחר, שכן עתירתה זו נסמכה כל כולה על דבריו שלו בעדות שמסר בבית המשפט. וכך העיד:

"ש. זאת אומרת שהיו אנשים שראו בך כמישהו מחזיק כמויות גדולות של סמים?
ת. זה היה שכן שהיה לביתי ועישן איתי ביחד. הוא לקח ממני כדורים. בחיים שלי לא הבאתי שקל לא מסחר אלא אך ורק הסמים נועדו לספק את עצמי.

.
ש. אמרת גם שנתת לו כדורים?
ת. לו נתתי לו כדורים, הזמנתי אותו הוא עישן אצלי בבית.
ש. לפני שיצאת אתה אמרת: "נתתי לו כדורים"?
ת. לא נתתי לו כדורים. בזמן שהוא היה אצלי נתתי לו כדורים. כשהוא התארח אצלי נתתי לו כדור.
ש. אקסטזי?
ת. כן. גם כשהוא התארח אצלי נתתי לו חשיש ועישנו ביחד בבית.
ש. היו מקרים שנתת לו אצבע או "בוף" והוא היה הולך ומעשן לבד?
ת. לא. אנו לא היינו חברים שנים, זה היה עניין של תקופה קצרה.
ש. בתקופה שהוא היה רוצה לעשן, היה יושב אצלך בבית, היית מדליק לעצמך ג'וינט, באנג ומכבד אותו?

- ת. היו שני מקרים שהוא היה אצלי. הוא ידע שאני מעשן. הוא לא ידע מה הכמויות שיש לי והייתי מכבד אותו בסמים אצלי לצורך עישון אצלי.
- ש. פעמיים עישנתם חשיש ביחד אצלך בבית?
- ת. כן.
- ש. פעם אחת, פעמיים נתת לו כדורי אקסטזי?
- ת. אני לא יודע אם יותר מפעם אחת שהוא בלע כדור אקסטזי אצלי בבית.
- ש. אתה זוכר או יודע?
- ת. זכורה לי פעם אחת.
- ש. היו מקרים נוספים?
- ת. לא חושב.
- ש. אני שואל על מה אתה בטוח, אתה בטוח שהיה רק פעם אחת?
- ת. אני אומר לך שהקשר בינינו נמשך חודש, היה גר לידי ונעלם".

22. מכל המקובץ, אני קובע כי לנאשם הייתה הזדמנות סבירה להתגונן, הן מההיבט הטכני דיוני, שכן דרכו של הנאשם לזמן עדים או להציג ראיות הייתה סלולה, לאחר שהנושא התעורר בעדותו, בעיצומה של פרשת ההגנה; והן מההיבט הענייני מהותי, שכן לרשות הנאשם הייתה הזדמנות סבירה לפתח ולייצב קו הגנה כנגד האישום שאינו מופיע בכתב האישום, והועלה מתוך העובדות שהוא עצמו הביא לפני בית-המשפט, ובשל כך אין בידו לטעון כי הופתע בדרך כלשהי.

23. מכאן, מתעוררת השאלה האם נתקיימו יסודות העבירה של הספקת סם מסוכן.

תכליתו של האיסור בהספקת סם לאחר הינו למנוע הפצת סמים מסוכנים בקרב הזולת. הספקת סם לאחר מוגשמת בדרך של מסירת סם מסוכן הנתון בשליטתו של הנותן לידיה של אחר, בין בתמורה ובין שלא בתמורה. בנוסף, נדרש יסוד נפשי של ידיעה כי החומר המסופק הינו סם מסוכן (י. קדמי, "על פקודת הסמים המסוכנים" (מהדורה מעודכנת, תשנ"ז-1997), עמ' 134). הנאשם אישר בעדותו בבית המשפט כי אירח את שכנו בביתו בשתי הזדמנויות וסיפק לו חשיש ולפחות כדור אחד של סם מסוכן מסוג MDMA (אקסטזי). בנסיבות דנן, אני קובע על בסיס מסכת הראיות שנפרסה לפניי, בעיקר לאור הודאת הנאשם במעשים, שנתקיימו יסודות העבירה, הן בהיבט הפיסי והן בהיבט הנפשי.

24. בהקשר זה אני מוצא לציין כי על אף שמצאתי להרשיע את הנאשם בעבירה של הספקת סם מסוכן לאחר, אין בידי לקבוע כי המדובר בהספקת סם לאחר, שבוצעה באופן עקבי ותדיר, אלא מדובר, כפי גרסת הנאשם, במקרים בודדים של צריכת סמים בצוותא במסגרת חברתית, ולא בסיטואציה מתוכננת וצפויה מראש, במסגרתה תכנן הנאשם לחרוג משימוש עצמי בסמים, מלבד אותם מקרים בודדים בהם סיפק סם מסוכן לשכנו.

25. מצאתי לזכות את הנאשם מעבירת החזקת הסמים שלא לצריכה עצמית ולהרשיעו, כפי עתירתו, בעבירה של החזקת סמים לצריכה עצמית לפי סעיף 7(א) ו-7(ג) סיפא לפקודת הסמים המסוכנים ובעבירה של הספקת סם מסוכן לפי סעיף 13 לפקודת הסמים המסוכנים.

ניתנה היום, כ' אלול תשע"ד, 15 ספטמבר 2014, במעמד הצדדים