

ת"פ 50984/01/15 - מדינת ישראל נגד אהרן בן חמו

בית משפט השלום בירושלים

ת"פ 50984-01-15 מדינת ישראל נ' בן חמו
בפני כבוד השופטת ג'ויה סקפה שפירא

בעניין: מדינת ישראל

המאשימה

נגד

אהרן בן חמו

הנאשם

ב"כ המאשימה: עו"ד שרית דרור

ב"כ הנאשם: עו"ד שמואל ברגר

הכרעת דין כללי

1. הנאשם מואשם בכתב אישום הכולל ארבעה אישומים. באישומים הראשון, השלישי והרביעי מואשם הנאשם בעבירות של מסחר, החזקת והפצת חומר אסור לפי סעיף 7(א)(1) לחוק המאבק בתופעת השימוש בחומרים מסכנים תשע"ג- 2013 (להלן: "חוק המאבק") ובאישום השני הוא מואשם בניסיון לבצע עבירה זו.

על פי האמור באישום הראשון, ביום 26.2.14 בשעה 16:45 לערך, מכר הנאשם לשוטר יוסי אופיר שקית ובה חומר אסור בהפצה מסוג PB-22 (להלן: "החומר האסור") תמורת 120 ₪.

על פי האמור באישום השני, ביום 27.2.14 בשעה 17:10 לערך, סיכם הנאשם עם השוטר נתנאל דלאל על מכירת שבע שקיות המכילות את החומר האסור תמורת 100 ₪ לשקית. הנאשם הניח את השקיות ובהן החומר האסור על ספסל במקום שבו נפגש עם השוטר, ובשלב זה הודע לו על מעצרו.

על פי האמור באישום השלישי, ביום 9.3.14 סמוך לשעה 20:15, מכר הנאשם לשוטר יוסי אופיר שקית ובה החומר האסור תמורת 120 ₪.

על פי האמור באישום הרביעי, ביום 18.3.14 בשעות אחר הצהריים המוקדמות, מכר הנאשם לשוטר יוסי אופיר 5 שקיות המכילות חומר אסור תמורת 500 ₪.

2. תשובת הנאשם לאישום ניתנה ביום 5.10.16. הנאשם הודה בביצוע העסקאות, אך טען שלא ידע שהחומר שאותו מכר הוא לא חוקי, שכן רכש אותו בחנות בתל-אביב, בה הונח החומר בגלוי על המדפים. בנוסף נטען, כי

החומר שמכר הנאשם לשוטרים אינו מכיל את החומר האסור וכי החומר נבדק על ידי ההגנה והמסקנה היא שבדיקת המז"פ הייתה מזוהמת.

באותו מועד נטענה טענה מקדמית של אכיפה בררנית, וניתנה החלטה, לפיה אמנם קיים קושי הנובע מהעובדה כי המאשימה אכפה במקרה זה את החוק רק כלפי מי שחלקו הלכאורי בשרשרת הפצת החומרים המסוכנים נמוך יותר, מבלי שהוצג טעם המניח את הדעת להבחנה זו. על אף האמור, לא מצאתי להורות על ביטול כתב האישום וקבעתי כי בשל העניין הציבורי הרב שיש במיגור תופעת השימוש וההפצה של חומרים מסכנים, הסעד אינו יכול לבוא בדמות ביטול כתב האישום.

3. מטעם המאשימה העידו מומחי המעבדה לזיהוי פלילי של משטרת ישראל, רפ"ק רונן בורלא ורפ"ק יפעת כ"ץ והוגשו חוות הדעת שערכו, מסמכים מתוך תיקי העבודה של המומחים, דו"חות הפעולה והודעות של השוטרים שרכשו את החומרים מהנאשם, תמלילי הקלטות של שיחות בין השוטרים לנאשם, דו"חות תפיסה והעברה של החומרים ושתי הודעותיו של הנאשם.

4. מטעם ההגנה העידו הנאשם עצמו והמומחה אבנר רוזנגרטן, אשר הגיש חוות דעת וחלק מן המסמכים מתוך תיק העבודה שלו.

5. המחלוקת בין הצדדים נוגעת לשני נושאים מרכזיים: האחד - האם החומרים שמכר וניסה למכור הנאשם לשוטרים הם חומר מסוג PB-22; השני נוגע ליסוד הנפשי של הנאשם ועניינו בשאלת מודעותו של הנאשם לכך שמדובר בחומר הנמנה על החומרים המסוכנים האסורים במכירה.

טיבם של החומרים שמכר וניסה למכור הנאשם לשוטרים

6. אין חולק כי החומר PB-22 המכונה בשם הכללי "נייס גיא" (שם שבו נעשה שימוש כדי לתאר מגוון חומרים נוספים) הוא קנבינואיד סינטטי, שהוכרז על ידי המנהל בהכרזה דחופה כחומר מסוכן האסור בהפצה, בהתאם לחוק המאבק (ראו ת"פ (מחוזי- תל-אביב) 48731-11-14 **מדינת ישראל נ' נתנאל ביטון ואח'** (פורסם בנבו 11.6.15).

7. מומחי המז"פ, רפ"ק רונן בורלא ורפ"ק יפעת כ"ץ, קבעו בחוות דעתם, כי החומר שנמכר על ידי הנאשם בכל אחד מהאישומים הכיל את החומר האסור (ת/8 ביחס לאישום 1; ת/13 ביחס לאישום 2; ת/26 ביחס לאישום 3 ות/37 ביחס לאישום 4). המומחים הסבירו בעדויותיהם בבית המשפט באריכות ובאופן מפורט את תהליכי הבדיקה שערכו לחומרים שנבדקו, את סוגי הבדיקות השונות ועמדו גם על תהליכי הבקרה שערכו למכשירי הבדיקה, על מנת לוודא שאלה לא זוהמו בשרידי חומר מבדיקות קודמות.

8. מומחי המז"פ הסבירו כי החומרים האסורים זהו באמצעות שתי סדרות של בדיקות שנערכו לדגימות- השיטה האחת GC/MS (Gas Chromatograph Mass Spectrometry), שעיקרה השוואת התנהגות החומר הנבדק

להתנהגות חומר שנרכש או הוכשר כסטנדרט של החומר הפעיל (דהיינו- דוגמה של החומר המשמשת להשוואה). השיטה השנייה היא GCFID (Gas Chromatograph Flame Ionization Detector), שעיקרה השוואת שברי המסות המתקבלות לאחר תהליך יוניזציה של החומר הנבדק, לספריית נתונים על אודות שברי מסות אופייניים לאותו החומר.

בשתי השיטות נמצא החומר הפעיל PB-22.

המומחים הסבירו עוד, כי החומר הפעיל הוא למעשה חומר שרוסס על מצע צמחי, וכי על מנת לבצע את הבדיקות לזיהוי החומר הפעיל, יש להסירו מעל גבי המצע הצמחי באמצעות חומר ממס. מטעם זה לא ניתן היה לשקול או למדוד את ריכוז החומר הפעיל, שכן מובן ששקילת המצע שעליו רוסס החומר לא תלמד על משקלו של החומר הפעיל או על ריכוזו.

אציין, כי גם מומחה ההגנה תומך בטענות לפיהן החומר הפעיל רוסס, לאחר המסתו, על גבי מצע צמחי ומשעה שהמצע הצמחי עצמו אינו סם מסוכן, לא ניתן לקבוע את משקלו של החומר הפעיל כאשר הוא מתגלה (נ/20 עמ' 4).

עוד פרטה המומחית רפ"ק כ"ץ, כי לפני כל בדיקה במכשיר נערכת בדיקת ניקיון של הקולונה, בדרך של הזרקת חומר ממס נקי, שתכליתה לוודא כי החומר הממס או הקולונה אינם מזוהמים ואינם מכילים שרידים של חומרים נוספים, ובכלל זה החומר האסור.

בכל הנוגע לשקיות שמתוארות באישום 2 לכתב האישום, הסבירה רפ"ק כ"ץ כי הועברו לבדיקה שבע שקיות, אך רק חמש מתוכן נבדקו וזאת לאור הכללים הקבועים בתקנות הסמים המסוכנים (בדיקה מדגמית של סמים) תשנ"א-1991, וכי לגבי חלק מהדגימות נעשו מספר בדיקות.

9. מומחה ההגנה, מר אבנר רוזנגרטן הגיש שתי חוות דעת.

בחוות הדעת הראשונה הנושאת את התאריך 11.3.17 התייחס מר רוזנגרטן לחומרים הנוגעים לאישומים 3 ו-4 וקבע כי בשני המוצגים לא נמצא החומר האסור PB-22. מר רוזנגרטן ציין בחוות הדעת והסביר בעדותו בבית המשפט, כי ביצע את הבדיקות בשיטת GC/MS לאחר שערך מיצוי אורגני קר ומיצוי אורגני חם של החומר הפעיל מתוך המצע הצמחי. לטענת מומחה ההגנה, הבדיקות בתיק זה נעשו ברשלנות רבתי של מומחי מז"פ, כי לא ייתכן שבבדיקות של מז"פ שנעשו ביחס למיצוי של חומרים צמחיים נמצאו שרידים של חומרים ספורים בלבד, וכי מיצוי כאמור אמור להכיל מספר רב של חומרים מעבר למה שנמצא על ידי מומחי מז"פ. מר רוזנגרטן לא חלק על נכונות שיטת הבדיקה של מומחי מז"פ, לא חלק על סוג הממס שבו השתמשו מומחי המז"פ ולא חלק על הטמפרטורה שבה נעשו הבדיקות. לטענתו, הסיבה לתוצאות אלה של מומחי המז"פ היא שהקולונות שבהן הם השתמשו הן קולונות מזוהמות. לשיטתו, לא משנה איזה חומר יוכנס פנימה- התוצאה תהיה תמיד הימצאות של PB-22. מומחה ההגנה הבהיר, כי אין די בהחדרת ממס נקי לקולונה פעם אחת בלבד כדי לבדוק את ניקיונה, שכן לא תמיד החומר הפעיל הנותר בה מבדיקות קודמות נפלט החוצה בשליפה אחת (עמ' 44 שורות 5-9).

כאן המקום להדגיש, כי אין בעדותו של מר רוזנגרטן אחיזה לטענת ההגנה בסיכומיה, לפיה התוצאות השגויות של בדיקות המז"פ נובעות משימוש בסטנדרט לא ראוי.

בחוות דעת נוספת הנושאת תאריך 1.5.17 (נ/20) ישנה חזרה על הממצאים שבחוות הדעת הראשונה, ונוספה בה התייחסות לכך שהדגימות נבדקו גם בבדיקת NMR. אומר כי חוות הדעת המשלימה הוגשה ביחס לכל האישומים, בניגוד להחלטתי שאישרה הגשת חוות דעת משלימה ביחס לשני אישומים בלבד, שאליהם לא התייחסה חוות הדעת הראשונה, ולא אפשרה עריכת "מקצה שיפורים" לחוות הדעת הראשונה של מומחה ההגנה. יש להצטרף כי ההגנה התעלמה מהחלטתי והגישה את חוות הדעת המשלימה כפי שהגישה. מכל מקום, שקלתי את חוות הדעת המשלימה רק ביחס לאותם אישומים שלגביהם התרתי הגשת חוות משלימה.

בחוות הדעת המשלימה נכתב כי בכל הדגימות, למעט שתי דגימות המתייחסות לאישום 2, לא נמצא החומר האסור, וכי בשתי הדגימות המתייחסות לאישום 2 נמצאו כמויות זעירות של חומר זה. לחוות הדעת צורפו גרפים המתארים תוצאות בדיקות במכשיר GC/MS (נ/20א) וגרפים המתארים תוצאות בדיקה במכשיר NMR (נ/20ב).

בחקירתו הנגדית הסביר מר רוזנגרטן כי בבדיקת ה-NMR לא בוצעה במעבדתו שלו אלא במעבדות של האוניברסיטה העברית על ידי מומחים באותה מעבדה, וכי הוא קיבל לידיו רק את תוצאות הבדיקות ולא דו"ח מסכם שלהן וכן הסביר את תהליך העברת החומרים למעבדת האוניברסיטה, אישר כי לא היה שותף לתהליך הבדיקה, אך מכיר את המכשיר כלקוח של המעבדה.

10. לאחר ששקלתי את עדויות המומחים, מצאתי לקבל את חוות הדעת שערכו מומחי המז"פ ביחס לכל אחד מהאישומים ולקבוע על בסיסן ממצאי עובדה מן הטעמים שיפורטו להלן;

עדויות מומחי המז"פ שכנעו במידה מספקת כי תהליכי הבדיקה של החומרים במז"פ אינם לוקים בחסר, באופן שגרם לזיהום מכשירי הבדיקה ולזיהוי שגוי של נוכחות החומר הפעיל PB-22 מקום שבו לא היה בתוך החומרים שמכר הנאשם.

מתוך העדויות עולה, כי טרם בדיקת הדגימות במכשיר ה-GC/MS שבו עשה שימוש גם מומחה ההגנה, החומרים נבדקו בשיטה נוספת שהצביעה על היתכנות הימצאות החומר PB-22 על גבי המצעים הצמחיים שמכר הנאשם לשוטרים בהזדמנויות השונות.

לאחר בדיקות מקדימות אלה נבדקו החומרים ביחס לכל אחד מהאישומים גם באמצעות מכשיר ה-GC/MS ונמצאה נוכחות של החומר האסור. יש לומר, כי ביחס לאישומים 2 ו-4 מדובר על בדיקה של חמש שקיות ביחס לכל אישום, בעוד שלגבי אישומים 1 ו-3 מדובר על בדיקה של שקית אחת ביחס לכל אישום. לגבי חלק מהדגימות בוצעה יותר מבדיקה אחת לכל דגימה (עמ' 24 שורות 4-5, עמ' 25 שורות 9-1) ובכל אחת מהבדיקות נמצאה תוצאה חיובית להימצאותו של החומר האסור.

11. יש לומר כי ביחס לשקיות שנדגמו באישום 2, ערכה רפ"ק כץ בבדיקה גם של תערובות חומרים משתי שקיות בכל פעם. מקובלת עלי הטענה, כי לבדיקה של תערובת חומרים משתי שקיות אין ערך ראייתי עצמאי, אלא ערך אינדיקטיבי בלבד, ואולם, כפי שהסבירה רפ"ק כ"ץ, לבד מבדיקת התערובות, החומרים בכל אחת מהשקיות נבדקו גם בנפרד (עמ' 24 שורות 19-5; עמ' 28 שורה 24 - עמ' 29 שורה 10), ועל כן בבדיקת התערובות, אין בה כדי לגרוע מהמסקנות שניתן להסיק בדבר זהות החומרים.

12. עיון בתיקי העבודה של מומחי המז"פ מלמד, כי את חלקן של ההזרקות למכשיר ה-GCMS ביצעו עובדי מעבדה אחרים ולא המומחים שהעידו, ואולם בהתאם להלכה שנקבעה בע"פ 566/89 מאיר מרציאנו נ' מדינת ישראל (פ"ד מו(4) 539), רשאי מומחה לסמוך על תוצאות בדיקה שערכו עמיתיו לעבודה. הדברים נכונים לטעמי במקרה דנן, גם ביחס לאפשרות לסמוך על תוצאות בדיקות מעבדה שנערכו במעבדה חיצונית לזו של המומחה כפי שעשה מומחה ההגנה ביחס לבדיקות שנערכו במעבדות האוניברסיטה העברית, בפרט שעה שגם רפ"ק בורלא אישר שמדי פעם גם מומחי מז"פ נסמכים על בדיקות שנעשו במעבדות האוניברסיטה העברית (עמ' 20 שורות 17-18 וראו גם ת/100).

13. חוות דעתו של מר רוזנגרטן ועדותו בבית המשפט לא הצליחו לעורר ספק במסקנותיהם של מומחי המז"פ.

ראשית אומר, כי הגם שאין חולק על מומחיותו של מר רוזנגרטן בתחומים הנוגעים לעבודת המז"פ, מומחיותו העיקרית אינה בתחום הסמים. מר רוזנגרטן אמנם בעל השכלה אקדמית בכימיה והוכשר כמומחה לבדיקות סמים ורעלים בשנת 1989, אך מאז שנת 1990 שרת כקצין המעבדה לסיבים ופולימרים, ואף עמד בראש המעבדה לסיבים, פולימרים, דבקים ונייר במז"פ, ובתקופה זו לא שירת במעבדת הסמים. העד אישר כי בעת עבודתו במז"פ בתחום הסמים, החומר האסור PB-22 התגלה בעבודת המשטרה, והוא לא הכיר אותו מתקופת שירותו. בנסיבות אלה יש קושי לייחס משקל מלא לעדותו בתחום הסמים.

יתרה מכך, מר רוזנגרטן לא העמיד לבחינה את מלוא תיקי העבודה שלו בהם תועדו הבדיקות שערך ועל כן לא ניתן לדעת כמה בדיקות הוא ערך לכל דגימה (עמ' 46 שורות 16 ואילך; עמ' 47 שורות 32-31) או מהם התנאים המדויקים שבהם נערכו הבדיקות (עמ' 48 שורות 13-12).

זאת ועוד, מתוך חוות הדעת המשלימה שהוגשה על ידי ההגנה (נ/20) עולה כי בשתיים מתוך השקיות שנדגמו (ביחס לאישום 2), נמצאו כמויות זעירות של החומר האסור. הגם שהדבר לא נכתב בחוות הדעת עצמה, התברר במהלך חקירתו הנגדית המשלימה של מר רוזנגרטן, כי החומר האסור נמצא בדגימות אלה רק בבדיקת ה-NMR שנערכה במעבדות האוניברסיטה העברית, אך לא במכשיר ה-GC/MS שבו עושה מר רוזנגרטן שימוש. סתירה זו בין תוצאות הבדיקה במעבדת האוניברסיטה לבין תוצאות הבדיקה במכשיר של מר רוזנגרטן, מלמדת על קושי לסמוך על מידת הדיוק של מכשיר ה-GC/MS שלו.

אשר לבדיקת ה-NMR יש לומר כי מהותה של שיטה זו לא הובהרה בבית משפט, לא הובהרו עדיפותה או נחיתותה על פני שיטות הבדיקה האחרות ואף לא הוצגו ראיות בדבר זהות וכמות החומרים שהועברו לבדיקה. כל שהוצג הם גרפים שלא פורשו, ולא ברור עד כמה מומחה ההגנה היא יכול לפרשם לנוכח עדותו לפיה לא הוכשר ספציפית לשיטה זו (עמ' 58 שורות 22-12).

לבסוף, ההסבר שנתן מר רוזנגרטן לפער בין תוצאות בדיקות המז"פ לבין תוצאות הבדיקות שלו אינו יכול להתקבל. הטענה כי הקולונה במכשיר הבדיקה של המז"פ מזוהמת בשאריות של החומר האסור, והזיהום הוא שהניב את התוצאה החיובית, אינה עולה בקנה אחד עם תיאור הליכי בדיקת הניקיון של המכשיר. הדברים נאמרים ביתר שאת שעה שאין מדובר בבדיקה בודדת, כי אם בשורה ארוכה של בדיקות שבכולן בדיקת התקינות באמצעות החומר הממס בלבד לא הדגימה נוכחות של החומר האסור ואילו בדיקת מיצוי החומר הצמחי שנתפס הדגימה נוכחות של החומר האסור. היתכנות לתרחיש שתיאר מומחה ההגנה הייתה אפשרית, אולי, לו היה מדובר בבדיקה אחת או שתיים, ואולם הנחה

לפיה בכל אחת מבדיקות התקינות של שני המכשירים (GCFID'-IGC/MS) חלה טעות שהובילה לתוצאה שגויה לפיה המכשיר נקי, ובכל אחת מבדיקות מיצוי הדגימות, מקורו של החומר האסור שזוהה הוא בזיהום במכשיר, היא בלתי הגיונית, בשעה שמדובר בלמעלה מ-20 בדיקות בסך הכל, ודורשת צירוף מקרים נדיר ביותר, שלא שוכנעתי כי התקיים במקרה דנן.

14. בשולי הדברים יצוין, כי עדותו של מומחה ההגנה לפיה החומרים שנבדקו בתיק זה התקבלו אצלו לראשונה ממז"פ ביום 9.3.17 (נ/20 עמ' 3, וכן עמ' 59 שורות 17-19 לפרוטוקול הדיון) אינה עולה בקנה אחד עם הצהרת ב"כ הנאשם בתשובה לאישום, לפיה החומרים נבדקו על ידי מומחה ההגנה עוד קודם ליום 5.10.16. עם זאת מובן, כי אין בסתירה זו כדי לקבוע כי דבריו של המומחה בעניין זה אינם אמת.

15. סיכומם של דברים לעניין זה, הוכח מעבר לספק סביר, כי השקיות ובהן החומר הצמחי שמכר הנאשם לשוטרים כמתואר באישומים 1,3 ו-4 וניסה למכור לשוטר כמתואר באישום 2, הכילו את החומר PB-22.

היסוד הנפשי של הנאשם

16. טענת ההגנה בעניין זה היא כי הנאשם סבר לתומו כי החומרים שמכר לשוטרים הם חומרים שאינם אסורים במכירה שכן רכש אותם בחנות בתל אביב שם נמכרו גלויים לעין כל, ואף אם יתברר כי מדובר בחומר אסור, הרי שזוהי טעות בעובדה המקנה לנאשם הגנה מפני הרשעה פלילית.

17. טרם אתייחס לראיות, ראוי להזכיר את הרקע לחקיקתו של חוק המאבק. על הנסיבות שהובילו לחקיקה זו עמד בית המשפט המחוזי בתל-אביב בת"פ 48731-11-14 הנ"ל:

"הולדתו של חוק המאבק בקושי העומד בפני רשויות אכיפת החוק לנוכח ייצור, הפצה ושימוש בחומרים פסיכו-אקטיביים שאינם מוגדרים כ'סמים אסורים' על פי פקודת הסמים. בשל מנגנון העדכון של החומרים המנויים בתוספת הראשונה לפקודה, נוצר מצב בו מופצים בשוק 'סמים חוקיים', היינו כאלו שהרכבם הכימי שונה כך שלא יבוא בגדר הפקודה, אף כי השפעתם אינה שונה מהשפעת סמים אחרים האסורים על פי הפקודה... בשל כך נקבע הסדר חקיקתי המקנה למנכ"ל משרד הבריאות סמכות להכריז כי חומר מסוים אסור בהפצה באמצעות פרסום 'הכרזה דחופה' המקימה איסור מיידי על הפצת החומר. הכרזה זו מתבצעת מתוך ראייה לעתיד, ורק כאשר יש יסוד סביר להניח כי יש להוסיף את אותו חומר לרשימת הסמים המסוכנים שבפקודת הסמים ויש צורך באיסור מיידי על הפצתו. ההכרזה הדחופה תקפה לפרק זמן מוגבל (12 חודשים, עם אפשרות להארכה בשלושה חודשים), שאז יפקע תוקפה. מנגנון זה נועד לאפשר איסור מיידי על הפצת חומר מסוכן ומתן תקופת זמן להכניסו לפקודת הסמים. כך למעשה, יצר חוק המאבק מנגנון לתקופת ביניים. מטבע הדברים, חומר שהוכרז כחומר מסוכן מצוי בבחינה לצורך הכללתו בפקודת הסמים..."

18. ואמנם בסופו של יום, לאחר המועדים אליהם מתייחס כתב האישום, החומר PB-22 הוכנס גם לפקודת הסמים המסוכנים [נוסח חדש] התשל"ג-1973 (פריט כ"ו בסעיף 13ט, סימן ב' בחלק א' של התוספת הראשונה לפקודה).

19. מתוך חומר הראיות שהוצג עולה כי הנאשם ידע על "המרדף" שמתנהל בין רשויות האכיפה לבין יצרני החומרים המסוכנים- האחרונים מנסים לייצר חומרים משני תודעה שאינם נמנים על החומרים האסורים על פי החוק בשימוש ובהפצה, והראשונים עושים מאמצים להכניס את החומרים המצויים בשוק לגדרי האיסורים הקבועים בחוק.

כך בת/15 ות/16 שהוגשו בהסכמה עולה כי עם מעצרו של הנאשם ביום 27.2.17 תגובתו הראשונה הייתה "**בסדר, זה לא פעם ראשונה**" וכי לפני מעצרו אמר לשוטר אולג כי החומר עוד לא נכנס לפקודת הסמים המסוכנים. הנאשם כבר נעצר בעבר בגין מעשים דומים והיה ער לכך שעוסק במכירת חומרים מפוקפקים.

בת/32, תמליל שיחה בין הנאשם לשוטר יוסי אופיר מיום 18.3.14, השוטר שאל את הנאשם על מוצר שראה בפרסום בפייסבוק והנאשם אמר לו "**זה שמן אחי, אתה שם טיפה שתיים על סיגריה וזה משאיר לך אותו ראש כמו נייס גאי**" וכן "**זה אותו הדבר כמו נייס רק טיפה שונה**". אין חולק שהנאשם לא מכר לשוטרים את השמן, ואמר לשוטר כי אין לו כזה וזה "**עוד לא הגיע**", ואולם ההשוואה שערך, לחומר שהוא עצמו נהג למכור - נייס גאי (ת/64 שורה 80) מלמדת על מודעותו לכך שמדובר בחומר משנה תודעה.

גם בעדותו בבית המשפט חזר הנאשם על דברים דומים ואמר:

"בתחום הזה היה ערפול גדול בכל החנויות, ובין כל המוכרים והלקוחות..." (עמ 33 שורות 11-12).

על רקע זה ניתן לומר כי הנאשם לכל הפחות עצם את עיניו לנוכח האפשרות כי החומרים שמכר וניסה למכור לשוטרים הם אסורים בהפצה.

20. בחינה מעמיקה של הראיות מלמדת כי במקרה דנן אין מדובר בעצימת עיניים בלבד, אלא שהוכחה ידיעה של ממש של הנאשם כי החומר שמכר הוא אסור בהפצה. מסקנה זו נלמדת גם מתוך דבריו המפורשים של הנאשם וגם מתוך התנהגותו שכולה נועדה להסתיר ולהסוות את מעשיו, כפי שיפורט להלן;

21. הנאשם אישר בעדותו כי במודעת המכירה שפורסמה בפייסבוק ובה מספר הטלפון שלו הובטחה "דיסקרטיות מלאה" (עמ 36 שורות 20-22), אך ההסבר שמסר לצורך באותה דיסקרטיות הוא משונה וקשה לקבלו. הבטחת הדיסקרטיות מתיישבת דווקא עם העובדה כי מדובר במכירה של חומרים אסורים.

22. בהודעתו של השוטר יוסף אופיר שהוגשה בהסכמה ת/71 מתוארת התנהגותו של הנאשם בעת המפגש נשוא האישום השלישי (ת/71 שורה 15, שורה 22) המלמדת על חשש שלו לבצע את העסקה ואמצעי זהירות בהם נקט. התנהגות דומה של הנאשם מתוארת בת/69 הנוגע לאישום הראשון.

דברים דומים עולים גם ביחס לניסיון לבצע עסקה נוספת שלא יצאה אל הפועל ביום 23.3.17. מתוך ת/73 ו-ת/75,

דו"ח הפעולה והודעת השוטר שהוגשו בהסכמה. הנאשם עשה שימוש בשם בדוי, ערך סריקות במקום טרם המפגש עם השוטר, ורק לאחר שחלף על פניו מספר פעמים פנה לשוטר ואמר לו לפנות לסימטה קרובה, נמנע מלשאת את החומר על גופו ולהעבירו מיד ליד ודרש כי יונח בשקית שאותה יבוא השוטר לאסוף לאחר מכן. כל אלה אינם מתיישבים בשום אופן עם עסקה בעלת אופי חוקי, ומלמדים על מודעותו של הנאשם לכך שמדובר בחומר שאסור על פי החוק, כפי שאף ציין בפירוש בעצמו בשיחה נוספת שלו עם השוטר כשבוע ימים לאחר אותו מפגש (ת/75 שורות 17-18).

אין חולק כי האמור בת/73 ות/75 אינו מתייחס לאף אחד מהאישומים המתוארים בכתב האישום, ואולם יש בכך כדי ללמד על טיבה של כלל הסחורה שמכר הנאשם לשוטרים. אף הנאשם בעצמו לא טען כי מדובר בחומרים שונים.

23. בת/33, תמליל השיחה שנערכה בין הנאשם לשוטר קודם למכירה המתוארת באישום הרביעי אמר הנאשם את הדברים המפורשים הבאים:

"חשוד: זה אנשים מבסוטים.

אופיר: למה זה לא בחוק?

חשוד: הא.

אופיר: זה לא בחוק.

חשוד: לא.

אופיר: יש על זה איסור.

חשוד: כן."

24. המסקנה כי הנאשם ידע שמדובר בחומרים אסורים נתמכת גם מתוך הודעותיו במשטרה. אמנם הנאשם טען בהודעותיו, כי חשב שמדובר בחומרים שלא נאסרו בשימוש בהפצה, אך בד בבד אמר, כי החומר שניסה למכור לשוטר הוא קטורת שעושה ריח הנאשם (ת/64 בנוגע לעיסקה מיום 27.2.17). בהמשך אמר כי לא יודע מה הוא מוכר. כשעומת עם כך שידע שהחומר הוא כמו "נייס גאי" ומיועד לעישון אמר **"למה כמו, זה נייס גיי, אותי לא מעניין איך משתמשים שבזה, אני מוכר את זה כקטורת"** (ת/64 שורה 80).

25. טענתו זו של הנאשם, לפיה חשב שמדובר בקטורת נסתרת מתוך תמלילי השיחה בין הנאשם לשוטר ת/33 ות/34, המלמדים כי הנאשם ידע שהחומרים שמכר לשוטרים נמכרו לצורך עישון. כך, בת/33 אומר השוטר לנאשם **"אני עושה מסיבה. אני לא מוכר שקיות. אולי אני מוכר את זה בג'וינטים לא מוכר את זה בשקיות. מה אני טמבל"**.

העובדה כי הנאשם החליט להמציא שימוש לחומר שמכר, שאינו השימוש שלשמו הוא נמכר, מלמדת על רצונו להסתיר את התכלית שלשמה נמכר החומר, ואין כל עניין להסתיר את התכלית, אלא אם מדובר בחומר שהוא אסור לשימוש.

26. עדותו של הנאשם בבית המשפט אף היא לא עוררה אמון בכל הנוגע לאי ידיעתו כי עסק בהפצה של חומרים אסורים. טענתו של הנאשם בעדותו, לפיה גם לאחר שנחקר לראשונה במשטרה לא האמין כי מדובר בחומר בלתי חוקי, וכי השוטרים הם לא מי שיחליטו שמדובר בחומר בלתי חוקי (עמ' 35 שורות 9-12), היא טענה מיתממת ומתחכמת.

הנאשם טען כי התייעץ עם עורך דין שאמר לו שהחומר חוקי (עמ' 36 שורות 2-7), אך אותו עורך דין לא הובא לעדות. ההסברים שנתן הנאשם לדבריו המוקלטים בשיחות עם השוטרים לא היו אמינים בעיני, התפתחו תוך כדי העדות ולא עלו בקנה אחד עם דבריו של הנאשם באותן שיחות.

27. טענתו של הנאשם בעדותו לפיה האמין למוכר שסיפק לו את החומר האסור, גם היא לא עוררה אמון. יתרה מכך, הנאשם לא הזמין לעדות את אותו בעל חנות בתל אביב, שלטענתו קנה ממנו את החומר האסור ואשר הבטיח לו כי מדובר בחומר כשר ומותר בשימוש. מתוך הראיות ניתן להבין, כי הנאשם ידע את זהותו של אותו אדם ולכל הפחות ידע היכן ניתן לאתרו והיה בידו לזמנו לעדות. העובדה כי אדם זה לא זומן כעד מטעם ההגנה היא בעלת משקל ראייתי לחובת הנאשם (ראו ע"א 989/03 חטר ישי נ' משרד עורכי דין יעקב חיננזון (26.1.05)).

28. הוכח מעבר לספק סביר כי הנאשם ידע כי החומרים שמכר וניסה למכור לשוטרים במועדים המתוארים בכתב האישום הם חומרים אסורים בהפצה על פי חוק. במצב דברים זה, אין צורך להידרש כלל לטענת הטעות בעובדה שטען הנאשם.

29. לנוכח האמור לעיל, אני מרשיעה את הנאשם בשלוש עבירות של מסחר החזקת והפצת חומר אסור לפי סעיף 7(א)(1) לחוק המאבק ובעבירה אחת של ניסיון למסחר החזקת והפצת חומר אסור לפי סעיף 7(א)(1) לחוק המאבק בצירוף סעיף 25 לחוק העונשין התשל"ז-1977.

ניתנה היום, כ"ו תמוז תשע"ז, 20 יולי 2017, במעמד הצדדים