

ת"פ 52942/06/13 - מדינת ישראל נגד גד פליקס בן שטרית, יצחק זוהר

בית המשפט המחוזי בירושלים
לפני כב' השופט י' נועם

ת"פ 52942-06-13 מדינת ישראל נ' גד בן שטרית ואח'

מדינת ישראל
באמצעות פרקליטות מחוז ירושלים

המאשימה

נגד

הנאשמים
1. גד פליקס בן שטרית (במעצר)
ע"י ב"כ עו"ד ששון בר-עוז
2. יצחק זוהר (במעצר)
ע"י ב"כ עו"ד אתנה אדרי

הכרעת דין

פתח דבר

האישומים

1. באישום הראשון, המיוחס לנאשם 1 בלבד, הואשם נאשם 1 בעבירת קשירת קשר לביצוע פשע - לפי סעיף 499(א)(1) לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן - חוק העונשין או החוק). על-פי הנטען באישום זה, במהלך מספר מפגשים בין החודשים נובמבר ודצמבר 2012 קשר הנאשם קשר עם שמעון ביטון, סוכן משטרת סמוי (להלן - הסוכן הסמוי או הסוכן), לבצע עבירות מסוג פשע של יבוא וסחר בסמים מסוכנים. באישום השני, המיוחס לשני הנאשמים, הואשמו הללו בעבירה של ניסיון לייצור סמים מסוכנים - לפי סעיף 6 לפקודת הסמים המסוכנים [נוסח חדש], התשל"ג-1973 (להלן - פקודת הסמים המסוכנים או הפקודה) בצירוף סעיף 25 לחוק, וכן בעבירה של החזקת כלים לשימוש בסמים - לפי סעיף 10 לפקודה. על-פי הנטען באישום זה, בחודש אפריל 2013 החזיקו הנאשמים מכונה המשמשת להכנת סמים מסוכנים וניסו לייצר באמצעותה סמים. באישום השלישי, המיוחס אף הוא לשני הנאשמים, הואשמו השניים בעבירת יבוא סמים מסוכנים - לפי סעיף 13 לפקודה, בכך שנטלו חלק ביבוא סמים מפרגוואי לאיביזה שבספרד, במהלך חודש מארס 2013. באישום הרביעי, החותם את כתב האישום והמיוחס לנאשם 2 בלבד, הואשם האחרון בעבירה של הפרת הוראה חוקית, בכך שבניגוד להחלטה שיפוטית מיום 12.5.11, לפיה היה עליו להימצא בחלופת מעצר בתנאי "מעצר בית" מלא, יצא מגבולות הארץ בשלוש הזדמנויות בין החודשים דצמבר 2012 למארס 2013.

התשובה לאישומים ותמצית יריעת המחלוקת

2. נאשם 1 אישר בתשובתו לאישום, כי אכן שוחח עם הסוכן הסמוי שיחות שתוכןן מפורט באישום הראשון, אך טען כי לא הייתה לו כוונה להוציא אל הפועל את עסקאות הסמים שהועלו בשיחות אלה. הוא הוסיף וטען, כי הסוכן הסמוי ניסה להדיח אותו לביצוע עסקאות סמים, עת שהה בהוסטל במסגרת הליך של שיקום; וכי השמיע באוזני הסוכן תוכניות שכלל לא התכוון לבצען. באשר לאישום השני, כפר נאשם 1 הן בהחזקת המכונה, והן - לחלופין - בכך שמדובר במכונה שנועדה לייצור סמים. בכל הנוגע לאישום השלישי, כפר נאשם 1 בכך שהיה מעורב בעסקת סמים כלשהי, ובפרט כאשר בכתב-האישום לא צוינו סוג הסם וכמותו.

נאשם 2 כפר בעובדות שיוחסו לו באישומים השני והשלישי בעניין החזקת המכונה שיועדה לייצור סמים מסוכנים, ובדבר יבוא הסמים מפרגוואי לספרד; אך הודה בעובדות שיוחסו לו באישום הרביעי, בעניין הפרת הצו השיפוטי.

האישום הראשון

העובדות המיוחסות לנאשם 1 באישום הראשון

3. באישום הראשון מפורטות שיחות שהתקיימו בין נאשם 1 לבין הסוכן הסמוי בשבעה מפגשים שהתקיימו בחודשים נובמבר ודצמבר 2012. מדובר בשיחות אשר תוכןן לא היה שנוי במחלוקת; זאת לנוכח - תשובת נאשם 1 לאישום, תמלילי האזנות הסתר של חלק מהשיחות, עדותו של הסוכן הסמוי, וכן עדותו של שוטר סמוי אשר נכח בחלק מהמפגשים.

על-רקע האמור, ולנוכח היעדר מחלוקת אודות תוכן השיחות, תפורטנה להלן העובדות המיוחסות לנאשם 1 באישום הראשון, בדבר מפגשיו עם הסוכן הסמוי ושיחותיו עמו. בין הסוכן הסמוי לבין נאשם 1 היכרות מוקדמת רבת שנים. ביום 17.11.12 הגיע נאשם 1 לביתו של הסוכן הסמוי בירושלים יחד עם אדם נוסף שזהותו אינה ידועה למאשימה. במעמד הפגישה פנה נאשם 1 לסוכן, ושאלו האם יש לו הצעה בדבר אפשרות לייבא סמים מסוכנים מברזיל לאירופה. נאשם 1 הציע, כי הוא יסליק את הסמים במחשבים, כי הסוכן ידאג להשיג בלדר וכי שניהם ישקיעו את כספם בתכנית זו. עוד ציין נאשם 1 במהלך השיחה האמורה, כי מחירו של כל קילוגרם סמים יהיה כ-6,000 דולר. נאשם 1 הוסיף ואמר לסוכן, כי יוכל "לארגן עבורו" סם מסוכן מסוג קוקאין מבחור בשם רוני ממושב אבן מנחם, בעלות של 300 ₪ לגרם. הסוכן אמר שהוא זקוק ל-100 גרם, ונאשם 1 השיבו שכדאי שיחשוב יום יומיים אם הוא אכן רוצה לעשות זאת.

עמוד 2

על-פי הנתען באישום הראשון, בעקבות השיחה האמורה קיבל הסוכן הנחיה ממפעיליו לבצע עסקאות סמים עם נאשם 1.

ביום 20.11.12 הגיע הסוכן למקום עבודתו של נאשם 1 במסעדה ברחוב כנפי נשרים בירושלים, שם הועסק נאשם 1 במסגרת הטיפול השיקומי בהוסטל. בהיותם בתוך מטבח המסעדה החלו השניים לשוחח על עסקת יבוא של סם מסוכן מברזיל ללונדון. נאשם 1 חזר על בקשתו, לפיה הסוכן ידאג להשיג בלדר ושניהם יהיו שותפים בעסקה. עוד ציין נאשם 1, כי עלותו של קילוגרם קוקאין בברזיל עומדת על 6,000 דולר, ויחד עם "סידור המזוודה" - 7,000 דולר. לשאלת נאשם 1 השיב הסוכן כי הוא מעוניין לייבא שניים-שלושה קילוגרם של סמים. באותה שיחה הסביר הנאשם לסוכן, כי קיימת שיטה חדשה להעברת סמים, שאינה מתגלית בשיקוף שנעשה בשדות תעופה, וכי יש לשלם לבלדר סכום שבין 15,000 ל-20,000 דולר. במענה לשאלת הסוכן, ציין נאשם 1 כי סכום מכירת הסמים יעמוד על 300,000 דולר, והזהיר את הסוכן שלא לשוחח בנושא זה בטלפון, הואיל והוא חושש מהאזנות. בהמשך הפגישה שאל הסוכן את נאשם 1, אם הוא יכול לספק לו 100 גרם קוקאין. נאשם 1 הציע כי השניים ייסעו לתכלית זו, למחרת היום, למושב אבן מנחם, או לחלופין - כי ינסה "לסדר לו" את החומר בירושלים. עוד אמר נאשם 1 לסוכן במהלך המפגש, כי מדובר "בעניין חד-פעמי", שכן הוא "לא מתעסק בסמים בארץ". לקראת פרידתם העביר הסוכן לנאשם 1 כרטיס טלפון שהיה טעון בשיחות בעלות של 100 ₪, ונאשם 1 מסר לסוכן כי יצור עמו קשר עוד באותו יום, או למחרת, לגבי העסקה לקניית 100 גרם קוקאין.

כעבור שבוע, ביום 28.11.12, הגיע הסוכן פעם נוספת למקום עבודתו של נאשם 1. באותו מפגש שאל נאשם 1 את הסוכן, אם הוא יכול להצטרף אליו לנסיעה למושב אבן מנחם כדי לקנות 100 גרם קוקאין בעלות של 300 ₪ לגרם; אך הסוכן השיב שיש לו "סידורים" באותו בוקר. נאשם 1 הסביר לסוכן, כי הוא מבצע עסקאות סמים בארץ ובחו"ל, ושאל אותו - על-רקע שיחתם הקודמת - האם כבר פעל לאיתורו של בלדר. הסוכן השיב כי הבלדר מעוניין בתשלום של 30,000 דולר במזומן על כל קילוגרם וחצי של סמים; ונאשם 1 הגיב - "זה לא עובד ככה". למחרת, ביום 29.11.12, שוחח נאשם 1 עם הסוכן, ומסר לו כי הבחור שאמור היה "לארגן" 100 גרם של סם מסוג קוקאין אינו עונה לטלפון, וכי למחרת בבוקר ידאג לכך שהסם יובא לירושלים, מקום מגוריו של הסוכן.

לאחר שהסוכן השאיר לנאשם 1 במקום עבודתו סכום של 4,000 ₪, כהלוואה, התקשר נאשם 1 לסוכן וביקש לפגוש אותו ביום 9.12.12. במועד האמור, הגיע הסוכן למקום עבודתו של נאשם 1, והשניים שוחחו על עסקאות סמים. במהלך הפגישה, לאחר ששוחחו על קניית 100 גרם קוקאין, זאת בהמשך לשיחות הקודמות בעניין זה, הציע נאשם 1

לסוכן להיות שותף לעסקי יבוא סמים מברזיל לאירופה, ושאל אותו מה הסכום שהסוכן יכול "להשקיע בתכנית". משהשיב הסוכן כי יוכל להשקיע סכום של 50,000 ₪, פירט נאשם 1 באוזניו את עיקרי תכנית יבוא הסמים, ובכללה: תשלום לבלדר - 10,000 דולר; עלות רכישת קילוגרם קוקאין לרבות "סידור" הסלקה בתוך מחשבים - 7,000 ₪; ומכירת הסמים בסכום של 280,000 ₪. בהמשך ציין נאשם 1, כי ככל שהסוכן ישקיע סכום של 50,000 ₪ הוא צפוי לקבל 200,000 ₪; ואם יביא הסוכן את הסכום האמור עד ליום חמישי הקרוב - "יכניס אותו לעניין". תוך כדי השיחה האמורה שאל נאשם 1 את הסוכן האם יש על גופו טלפונים ניידים. משהשיב הסוכן בחיוב, ביקש ממנו נאשם 1 לא לסבך אותו ולהניח את הטלפונים הניידים בצד; והסוכן נענה לכך. במהלך הפגישה הגיעה למקום בחורה פלונית ושוחחה עם נאשם 1. לאחר שזו הלכה, אמר נאשם 1 לסוכן כי מדובר בבלדרית. לאחר שיצאו ממקום עבודתו של נאשם 1, אמר הלה לסוכן כי יצור קשר עם רוני ממושב אבן מנחם בעניין רכישת 100 גרם קוקאין, ויחזיר לו תשובה במהלך הלילה. הוא שאל את הסוכן האם הוא צריך, בנוסף, "חומר לערבוב".

הסוכן הגיע למפגש נוסף עם נאשם 1 במקום עבודתו, ביום 16.12.12, לאחר תיאום מוקדם; כשהוא מלווה בשוטר סמוי, שהופעל כסוכן ואשר הוצג לנאשם 1 כ"יוסי". נאשם 1 מסר לסוכן כי יש לו 1,000 דולר תמורת ההלוואה שדובר עליה בעבר. הוא הציע להשתתף בתוכנית לייבוא שלושה קילוגרם הרואין מרומניה לישראל, כאשר השוטר הסמוי - "יוסי" ישמש כבלדר. נאשם 1 אמר לסוכן, כי התשלום לשוטר הסמוי יעמוד על 30,000 דולר; כי עלות הסם תהיה 7,000 דולר לקילוגרם; וכי הוא יוסלק בתוך מחשבים. השניים סיכמו ביניהם, כי כל אחד ישקיע סכום של 30,000 ₪, וכי ייבאו את הסמים מברזיל לרומניה - שם ימכרו את הסמים. במהלך הפגישה הציע נאשם 1 לסוכן אף לייבא שני קילוגרם של סם מסוכן מסוג MDMA ו-6,000 כדורי אקסטזי מצרפת לישראל; והוסיף וציין, כי "הגורם מצרפת" מעוניין לשלם תמורת הברחת הסם לישראל בכדורי אקסטזי ובכדורי MDMA. בתום הפגישה ביקש נאשם 1 מהסוכן ש"יחזיר לו תשובה" לגבי שתי ההצעות האמורות, והוסיף כי נראה לו ש"יוסי" עובר "חופשי" בשדות תעופה.

ביום 20.12.12 התקשר נאשם 1 לסוכן וביקש ממנו להגיע אליו. הסוכן והשוטר הסמוי "יוסי" הגיעו למקום עבודתו של נאשם 1, שם פגשו את נאשם 1 ואדם המכונה משה "הגרזיני". נאשם 1 שאל את הסוכן, בנוכחות משה, אם "יוסי" מוכן לבצע את הבלדרות מברזיל ולונדון לרומניה, והסוכן השיב כי הם "חושבים על זה". נאשם 1 אף שאל את הסוכן, אם הוא יכול "לארגן" לו חמישה גרם קוקאין.

כשבוע לאחר-מכן, התקשר הסוכן לנאשם 1 בקשר ליתרת ההלוואה, והשניים קבעו להיפגש בתחנה המרכזית בירושלים. בפגישה מיום 31.12.12 בבית קפה בתחנה המרכזית, שאל נאשם 1 את הסוכן אם הוא מעוניין "להיכנס

איתו" לייבוא סמים לארץ. הסוכן השיב, כי הדבר אפשרי, וכי "יש לו אדם בדואר שאפשר לשלוח את הסמים דרכו". נאשם 1 הציע, כי הסמים יישלחו מברזיל באמצעות אותו אדם העובד בדואר; והוסיף, כי ברגע שהסוכן יאמר לו שאותו גורם בדואר "סגור" - יסביר לו כיצד לשלוח את הסמים. כאשר שאל הסוכן את נאשם 1 מה התפתח בעניין רכישת 50 גרם קוקאין בישראל, השיב לו האחרון כי מדובר "בחומר לא טוב", ושהוא "יסדר לו" קוקאין תמורת 400 ₪ לגרם, מגורם בירושלים.

על-פי הנתען בכתב-האישום, במעשים המתוארים לעיל המיוחסים לנאשם באישום הראשון, ביצע הנאשם שתי עבירות של קשירת קשר לביצוע פשע, לפי סעיף 499 לחוק, בזיקה לעבירות פשע לפי סעיף 13 לפקודת הסמים המסוכנים: האחת - קשירת קשר לייבא סם מחוץ לתחומי הארץ; והשנייה - קשירת קשר לביצוע עבירה של סחר בסמים בתחומי מדינת ישראל, שעניינה רכישת 50 או 100 גרם קוקאין.

עבירת קשירת הקשר לביצוע פשע - רקע משפטי

4. אפנה תחילה למסגרת המשפטית הנוגעת לאישום הראשון. לעבירת קשירת הקשר שני מרכיבים: הראשון - "התקשרות" בין שניים או יותר לשם השגת מטרה מסוימת; והשני - היותה של אותה מטרה "בלתי כשרה". הלכה פסוקה היא, כי לשם הוכחת ביצועה של עבירת קשירת קשר, די להצביע על רצון משותף לבצע עבירה מסוג מסוים, ואין נדרשת כוונה לבצע עבירה קונקרטיה, במועד זה או אחר (ע"פ 330/85 דוד דוד נ' מדינת ישראל, פ"ד מ(2) 29, 33 (1986); וע"פ 5927/11 הררי נ' מדינת ישראל (23.8.12)). בהקשר זה אף הודגש בפסיקה, שאין צורך להוכיח, לשם התגבשותו של הקשר הפלילי, כי הוסכם על פרטי הביצוע של המעשה הפלילי ועל תוכנית קונקרטית וספציפית (ע"פ 6467/12 ג'יהאד אטון נ' מדינת ישראל (30.7.13); וע"פ 1272/13 אברהים אכתילאת נ' מדינת ישראל (11.11.13)). עבירת קשירת הקשר משתכללת מרגע ההסכמה בין הצדדים לפעול להשגת המטרה הבלתי כשרה, אף אם טרם נעשה דבר כדי לקדם מטרה זו (ע"פ 11068/08 מדינת ישראל נ' אמיר סנקר (12.7.10)). כן מורה ההלכה, כי אין להרשיע אדם בקשירת קשר, כאשר מדובר בהתקשרות למראית עין בלבד ללא כל כוונה פלילית (ע"פ 171/77 בוכמן נ' מדינת ישראל, פ"ד לא(3) 270 (1977)).

יריעת המחלוקת בעניין האישום הראשון וההכרעה העובדתית

5. יריעת המחלוקת בעניין האישום הראשון, הנה מצומצמת. בתשובתו לאישום הודה נאשם 1, כי כל השיחות המפורטות באישום הראשון התקיימו; אך בצד זאת טען, כי לא התכוון לממש את התוכנית שהועלו באותן שיחות. על

עמוד 5

המפגשים ועל תוכן השיחות השמיעה המאשימה את הסוכן המשטרתי ואת השוטר הסמוי "יוסי"; וכן הגישה, בהסכמת ב"כ נאשם 1, תמלילים של חלק מהמפגשים אשר הוקלטו על-ידי המשטרה. גם במהלך פרשת התביעה, כמו בתשובה לאישום, לא היו שנויים במחלוקת המפגשים המתוארים ותוכן השיחות, כמפורט באישום הראשון. עם זאת, בחקירתו הנגדית במהלך פרשת ההגנה, לא הודה הנאשם באופן מפורש בתוכן של חלק מהשיחות; ואולם, בהמשך חקירתו הנגדית הבהיר, כי אינו טוען שהסוכן הסמוי אינו דובר אמת (עמ' 522). נאשם 1 גורס, כי יש לזכותו מהעבירות של קשירת קשר לביצוע פשע, משני טעמים עיקריים. ראשית טען, כי הדברים שהשמיע בשיחותיו עם הסוכן נעשו ללא כל כוונה לממשם; ובהקשר זה ציין, כי אמר את הדברים בשל "פחד" מהסוכן, ומתוך רצון להוכיח כי הוא "עדיין בעניינים" בכל הנוגע לעסקי הסמים. בנוסף ולחלופין טען נאשם 1, כי אין להרשיעו בעבירת קשירת קשר, מחמת הגנה מן הצדק; הואיל ולשיטתו, הסוכן שימש כסוכן מדיח, עת ניסה לדרדרו לביצוע עבירות סמים חמורות בשעה שהיה מצוי בהליך שיקומי בהוסטל לאחר שחרורו מהמאסר כאסיר ברישיון.

6. העובדות המפורטות באישום הראשון, באשר לעצם קיום המפגשים ותוכן השיחות, הוכחו, אפוא, במלואן. ראשית, כאמור, נאשם 1 הודה בתשובתו לאישום בקיום כל המפגשים ובתוכן כל השיחות, כמפורט באישום הראשון. שנית, על המפגשים והשיחות אף העיד הסוכן הסמוי. ניתן היה להתרשם, כי הסוכן תיאר את המפגשים כהווייתם, ללא הפרזה או הגזמה, ודייק במסירת הפרטים; אם כי לגבי חלק מהמפגשים, טעה בעניין המועדים וסדר הפגישות - טעות שהנה סבירה בנסיבות העניין, זאת לאור היקף פעילותו כסוכן סמוי נגד מספר יעדים וריבוי שיחותיו עם נאשם 1. תימוכין לחלק מהשיחות ניתן למצוא בתמלילי הקלטות של חלק מהמפגשים, ובכלל זה, האזנות סתר לשיחות הטלפון. בנוסף, זוכה גרסת הסוכן לחיזוק בעדותו של השוטר הסמוי יוסי, אשר התלווה לסוכן הסמוי בחלק מהמפגשים.

7. מכאן אפנה למחלוקת בשאלה, האם הייתה הסכמה מצד נאשם 1 לבצע יחד עם הסוכן עבירות סמים; הן עבירות של יבוא סמים מחוץ לישראל - בעניין הברחות הסמים בין המדינות, והן עבירות של סחר בסמים בישראל - הנוגעת לרכישת קוקאין במשקל של 50 או 100 גרם. כאמור, נאשם 1 טען בתשובתו לאישום, כי לא התכוון לממש את התוכניות שעליהן שוחח עם הסוכן בענייני סמים. בפרשת ההגנה העיד נאשם 1, בין-השאר, כי ניסה לשכנע את הסוכן "לא להתעסק" בסמים; כי הסוכן שב והציע לו לבצע עבירות סמים, לא הרפה ממנו, ואף "ניג'ס" לו ו"שיגע" אותו; וכי חשש מהסוכן על-רקע עברו הפלילי ועבירות חמורות שביצע בעבר. עוד ציין, כי לנוכח האמור פחד מהסוכן וביקש לרצות אותו; וכי הדברים שהשמיע נעשו ללא כל כוונה לפעול למימושם, וכלשונו - "סתם סיפורים הזויים שהמצאתי" כדי "למצוא חן בעיניו" (עמ' 454).

8. בחינת מכלול הראיות מובילה למסקנה חד-משמעית, לפיה נאשם 1 קשר קשר עם הסוכן הסמוי לביצוע עבירות של יבוא סמים וסחר בסמים, כמתואר בעובדות האישום הראשון.

טענתו של נאשם 1 לפיה השמיע באוזני הסוכן דברים בעלמא, ללא כל כוונה לממש את התוכניות, זאת על-רקע הפחד ממנו ורצונו להרשים אותו ולרצותו - אינה מתיישבת עם התשתית הראייתית, ולא נשמעה אמינה כלל ועיקר. ראשית, הטענה לא הולמת את תוכן השיחות, אשר מצביעות על קשירת קשר ממשי לביצוע עבירות סמים; ובפרט כשמדובר בהצעות רבות ומגוונות שהועלו מצד נאשם 1, כאשר הלה נטל חלק פעיל ביותר בהתווית הקשר הפלילי, יזם שיחות רבות לסוכן (כמחצית מ-45 השיחות הטלפוניות), תיאם מפגשים והתווה תוכניות רבות ומפורטות לביצוע עבירות הסמים הנדונות. העובדה שנאשם 1 יזם שיחות עם הסוכן בעניין הקשר הפלילי והציע תוכניות מפורטות לשם הוצאתו אל הפועל, טופחת על-פני טענתו כי ניסה להתחמק מהסוכן והשמיע דברים מתוך פחד מן השפה אל החוץ; ומצביעה על כך כי הלה קשר את הקשר הפלילי מתוך כוונה לממשו. זאת ועוד, עדות נאשם 1 בדבר מהות השיחות עם הסוכן הייתה רווית סתירות; שכן מחד-גיסא, טען כי ניסה לשכנע את הסוכן שלא "כדאי לו להתעסק בסמים"; ומאידך גיסא, אישר כי הציע לו בו-זמנית לבצע עבירות סמים בארץ ובחו"ל, תוך התווית תוכניות ורעיונות מפורטים למימושן יחד עמו, לשיטתו, כאמור, רק כדי לרצותו. מכל מקום, טענת נאשם 1, לפיה ניסה לשכנע את הסוכן שלא לבצע עבירות סמים, וכי השמיע דברים רק מתוך "פחד" וחשש ממנו, נסתרת בעדותו של הסוכן הסמוי, שהייתה אמינה עליו, ואשר כאמור נתמכה בהקלטות של חלק מהשיחות. לא זו אף זו, התנהלות נאשם 1 במהלך השיחות, מצביעה על התנהגות מפלילה, וטופחת אף היא על-פני טענתו לפיה כלל לא התכוון לבצע עבירות בתחום הסמים. כך למשל הורה נאשם 1 לסוכן במספר הזדמנויות שלא לשוחח בטלפון; הנחה אותו בחלק מהמפגשים להניח את הטלפון הנייד בצד; ובאחת מן הפגישות שהתקיימו במקום עבודתו הצביע על בחורה, בצינו כי מדובר בבלדרית סמים. נוסף על כך, אין ממש בטענת הסנגוריה, לפיה אי-ביצוען בסופו של יום של עבירות יבוא סם מסוכן וסחר בסמים, מצביע על כך כי מדובר היה בהצהרות בעלמא שלא הייתה כל כוונה לממשן. ראשית, עצם העובדה שהתוכניות נושא הקשר לא התפתחו לביצוען של עבירות יבוא סמים וסחר בסמים, אינה פוגמת בהשתכללותו של הקשר הפלילי, כשלעצמו. מכל מקום, מעדויותיהם של נציגי יחידת הסוכנים ביאחב"ל (היחידה הארצית לחקירות בינלאומיות), רפ"ק ליאון הירש ורס"מ אבי נידם, עולה, כי המשטרה לא פעלה בסופו של יום לקידום הצעותיו של נאשם 1 בעניין יבוא הסמים, זאת הואיל והתוכנית הכללית שהתווה נאשם 1 נתקלה בקשיים ליישום; ואף נוצרה מורכבות בהפעלתו של הסוכן בשל "הצטלבות" בין חקירת יאחב"ל לחקירת ימ"ר ירושלים, שהיו חקירות ממודרות. לכך יש להוסיף, שנאשם 1 הודה במהלך עדותו, כי בקשתו מהסוכן להשיג לו חמישה גרם קוקאין הייתה ממשית, וכלשונו - "התפתיתי ורציתי סמים" (עמ' 462). מעבר לעובדה שבכך הודה למעשה נאשם 1 כי קשר קשר לביצוע עסקה אחרת בסם מסוכן, לפי סעיף 13 לפקודת הסמים המסוכנים, הרי שגרסתו זו מקעקעת את בסיס טענת הגנתו, לפיה לא ביצע, ואף לא התכוון לבצע עבירות סמים במהלך תקופת שהייתו בהוסטל, ושיחותיו עם

הסוכן נועדו אך לרצות את הסוכן ולהרחיקו ממנו. יתר על כן, מעשיו של נאשם 1 באירועים הנדונים באישומים השני והשלישי, אשר יידונו בהמשך - לפיהם בתקופת היותו בהוסטל קיבל מידי הסוכן מכונה שיועדה לייצור טבליות של סמים, ואף נטל חלק בייבוא סמים מפרגוואי לספרד - טופחים אף הם על-פני טענתו, כי הקפיד להימנע מלבצע באותה תקופה עבירות סמים, וכי הצעותיו לסוכן הושמעו למראית עין, רק בשל חששו ממנו ורצונו להרשימו. אשר על כן, טענתו של נאשם 1, לפיה לא קשר קשר פלילי עם הסוכן הסמוי, שכן לא הייתה לו כוונה לממש את הדברים שעליהם שוחח עמו - לא נשמעה אמינה ולא הייתה סבירה, זאת לנוכח מהות הדברים שהשמיע בשיחות, כעולה הן מעדויותיהם של הסוכן ושל השוטר הסמוי והן מתמלילי השיחות המוקלטות.

הטענה בדבר הדחתו של נאשם 1 על-ידי סוכן מדיח

9. סוכן מדיח הנו סוכן משטרתי המשדל אדם לעבור עבירה, שאלמלא השידול לא היה מבצעה. הלכה פסוקה היא, כי הפעלה של סוכן משטרתי כאמצעי להבאת עבריינים לדין נתפסת כ"רע הכרחי", או כ"הכרח בל יגונה", במסגרת המאבק בפשיעה (ע"פ 15/78 ביבס נ' מדינת ישראל, פ"ד לב(3) 64, 71-74 (1978); וע"פ 1224/07 בלדב נ' מדינת ישראל (10.2.10)). כן נפסק, כי שידול לביצוע עבירה מצד סוכן מדיח, ככל שהתקיים, אינו פוטר נאשם מאחריות בפלילים, אך הוא עשוי להביא להקלה בעונש (ע"פ 7830/08 מחאמרה נ' מדינת ישראל (14.12.08); וע"פ 1201/12 פלוני נ' מדינת ישראל (9.1.14)). פעולתו של סוכן, המעלה חשד להדחה, אף נבחנת במסגרת דוקטרינת "ההגנה מן הצדק", המאפשרת לבית-המשפט לבטל כתב-אישום במקרים שבהם טעמי הצדק וההגנות מחייבים זאת (ע"פ 4855/02 מדינת ישראל נ' בורוביץ, פ"ד נט(6) 776, 807 (2005)) - דוקטרינה המעוגנת כיום בסעיף 149(10) לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982 (להלן - חוק סדר הדין הפלילי). עם זאת, הלכה היא, כי במרבית המקרים לא יהיה בהחלת הדוקטרינה האמורה כדי לפטור את הנאשם מאחריות בפלילים, והמשקל שיינתן לדבר הדחתו יתבטא בעונש שיושת עליו (ע"פ 6021/11 יוסף נ' מדינת ישראל (24.2.14); וע"פ 1224/07 בעניין בלדב, לעיל).

10. מכאן לבחינת טענתו של נאשם 1, לגופה, בעניין הדחתו על-ידי הסוכן המדיח, בתקופה שבה היה בהליך שיקומי במסגרת הוסטל בעקבות שחרור מוקדם על-תנאי ממאסר. כעולה מעדותו של הסוכן הסמוי, הוא זה שיצר את הקשר הראשוני עם נאשם 1, אשר לא הופיע כ"יעד" ברשימת היעדים שאותם התבקש להפליל על-ידי מפעיליו ביאחב"ל, עת נפגש עמו על רקע חברי בביתו. כפי שנתחוויר מעדות הסוכן, היה זה נאשם 1 אשר יזם את השיחה לגבי עבירות סמים; ומשהוברר למפעיליו של הסוכן כי נאשם 1 מעורב בעולם הפלילי בעודו בהוסטל - הוחלט להפעיל את הסוכן גם אל מול נאשם 1. למן הרגע שנודע למשטרה מהסוכן, כי נאשם 1 העלה הצעות בדבר ביצוע עבירות בתחום

הסמים בתקופה שבה שהה בהוסטל, לא נפל פגם או פסול בהחלטתה להפעיל מולו את הסוכן לצורך הפללתו. אין בסיס לטענת נאשם 1, לפיה ניסה לשמור על אורח חיים תקין בתקופת שהייתו בהוסטל, עד להגעתו של הסוכן אשר הדיח אותו לביצוע עבירות סמים; שכן כאמור - מעדותו של הסוכן, מתמלילי השיחות ומהאזנות הסתר עולה, כי נאשם 1 היה פעיל בקשירת הקשר הפלילי, והוא היה זה שהציע לסוכן לבצע עבירות של יבוא סמים מחו"ל, הנחה אותו באשר להתנהלות העבריינית והציג תוכניות בדבר אופן ביצוע העבירות. טענת הנאשם, לפיה הודח על-ידי הסוכן לביצוע עבירות סמים בתקופת שיקומו בהוסטל, עת התרחק מתחום הפשיעה והסמים - אינה אמינה וחסרת בסיס, זאת גם לנוכח מהות המעשים שביצע נאשם 1 באירועים הנדונים באישומים השני והשלישי, מספר שבועות לאחר מכן, בתקופת שהייתו בהוסטל, כפי שיפורט בהמשך הכרעת-הדין. מעשים אלו, שלא היו קשורים לפעילות יזומה של הסוכן הסמוי, מלמדים על מעורבות פעילה, עצמאית ועמוקה, של נאשם 1 בעולם הסמים גם בתקופת שהייתו בהוסטל. בעדותו של המדריך בתוכנית השיקום בהוסטל, לפיה שמע מנאשם 1 כי יש מישהו ש"לוחץ" עליו, אין כדי לשנות מהמסקנה האמורה; זאת לנוכח תוכן השיחות שקיים נאשם 1, אשר אינו מתיישב עם כפייה ולחץ כלל ועיקר; מה-גם, שנאשם 1 לא ציין באוזני המדריך פרטים על מהות הלחץ, ואף לא חשף לפניו, ולו טפח, מפעילותו הפלילית בתקופת השיקום, כמתואר לעיל. בנסיבות האמורות, הפעלתו של הסוכן הסמוי אל מול הנאשם הייתה עניינית ולגיטימית, בבחינת "הרע ההכרחי" הנדרש במסגרת המאבק בפשיעה, ובפרט בנוגע לעבירות חמורות של יבוא סמים מסוכנים וסחר בסמים; ולא נפל, אפוא, פגם בהפעלת הסוכן הסמוי אל מול הנאשם, וממילא לא נפל פגם שיש בו כדי לבסס הגנה מן הצדק.

11. אשר על כל האמור לעיל, הוכח, מעבר לספק סביר, כי נאשם 1 קשר קשר עם הסוכן לביצוע עבירות יבוא סמים מסוכנים, וכן לבצע בתחומי המדינה סחר בסם מסוכן; ומשכך יש להרשיעו באישום הראשון בשתי עבירות של קשירת קשר לביצוע פשע.

האישום השני

העובדות המיוחסות לנאשמים באישום השני

12. על-פי הנטען באישום השני, עובר ליום 11.4.13 קשרו הנאשמים קשר עם יחזקאל גבריאל (להלן - יחזקאל), לקבל לידיהם מכונה ליצור סמים (להלן - המכונה). באותה העת, המכונה הייתה מצויה בידי המשטרה, לאחר שזו הועברה מיחזקאל לידיו של הסוכן הסמוי, במטרה שהסוכן ייצר באמצעותה סמים. ביום 11.4.13, יצר נאשם 1 קשר עם הסוכן, בהנחייתו של יחזקאל, לצורך העברת המכונה; והשניים נדברו לבצע את ההעברה ביום 14.4.13. במועד

האמור, הגיעו שני הנאשמים למבשרת ציון ונפגשו עם הסוכן. השלושה העבירו את המכונה מתא המטען ברכבו של הסוכן לתא המטען של הרכב שבו הגיעו הנאשמים למפגש. לאחר העברה, בירר נאשם 2 עם הסוכן אם הקפיץ נמצא במכונה. על-פי הנתען באישום השני, לאחר קבלת המכונה ניסו הנאשמים לייצר באמצעותה סמים מסוכנים; ובגין המעשים האמורים הואשמו השניים, כאמור, בעבירה של ניסיון לייצור סם מסוכן ובעבירה של החזקת כלים להכנת סם מסוכן.

התשובה לאישום השני ותמצית המחלוקת

13. בתשובתם לאישום כפרו שני הנאשמים בכל העובדות המיוחסות להם באישום השני. ואולם, בפרשת ההגנה העלו השניים, לראשונה, את גרסתם בעניין המכונה האמורה. הם טענו, כי קיבלו את המכונה מיחזקאל לצורך תיקונה, כי לא ידעו שיש כוונה לייצר באמצעותה סמים מסוכנים, וכי ממילא הם עצמם לא התכוונו להשתמש בה לשם ייצור סמים. עוד ציינו השניים, כי לא עלה בידי נאשם 2 לתקן את המכונה, וכי ניסיונותיהם לייצר באמצעותה טבליות, מחומרים שונים שאינם סמים מסוכנים לצורך בחינת תקינות הפעלתה, לא צלחו.

14. לקראת סיום פרשת ההגנה אישרה ב"כ המאשימה, כי טבליות שיוצרו במכונה על-ידי הנאשמים, ואשר נבדקו במעבדות המטה הארצי של המשטרה, לא הכילו שרידי סמים (כאמור בדו"ח נ/1). על-רקע האמור הסכימה ב"כ המאשימה, כי במהלך ניסיונותיהם של הנאשמים לייצר טבליות באמצעות המכונה, לא נעשה שימוש בסמים מסוכנים. עם זאת, גרסה ב"כ המאשימה, כי בניסיונות לייצור הכדורים באמצעות המכונה, אף אם לא כללו שימוש בסם מסוכן מסוג כלשהו, השתכללה עבירה של ניסיון לייצור סם מסוכן - לפי סעיף 6 לפקודת הסמים המסוכנים בשילוב סעיף 25 לחוק העונשין, זאת בצד עבירה נוספת של החזקת כלים לשימוש בסמים - לפי סעיף 10 לפקודה. לנוכח הסכמת המאשימה, לפיה בתקופה שבה החזיקו הנאשמים במכונה, לא ייצרו באמצעותה טבליות שהכילו סמים, טענו שני הסנגורים, כי המעשים המיוחסים למרשיהם באישום השני הנם מעשי הכנה בלבד, שאינם ענישים בפלילים.

15. התשתית הראייתית בעניין האישום השני נסמכת - על עדויותיהם של הסוכן הסמוי והשוטר הסמוי "יוסי"; אמרותיו בחקירה של יחזקאל, אשר המאשימה מבקשת להעדיפן על-פני עדותו, לפי סעיף 10א לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"ג-1973; האזנות סתר לשיחותיהם של נאשמים 1 ו-2; ובחינת גרסתם של השניים, שהנה בגדר גרסה כבושה.

16. המכונה הנדונה הועברה לסוכן הסמוי ולשוטר הסמוי על-ידי יחזקאל בסמוך לחודש ינואר 2013. מדובר

במכונה לייצור טבליות של תרופות, באמצעות מכבש דחיסה, כמפורט בעדותו של מר יצחק פסטרנק, עובד חברת "טבע", וכנחזה בתצלום המכונה (ת/238א). לאחר העברת המכונה על-ידי יחזקאל לסוכן ולשוטר הסמוי, היא נבדקה במעבדות המטה הארצי של המשטרה, ולאחר מכן - בחודש אפריל 2013 - נמסרה על-ידי הסוכן והשוטר לידי הנאשמים. יצוין, כי היה זה יחזקאל אשר הורה לסוכן ולשוטר הסמוי להעביר את המכונה לידי נאשם 1, וכי העברת המכונה לא הייתה פרי פעילות יזומה של הסוכן.

17. על ייעודה של המכונה - ייצור סמים מסוכנים - ניתן ללמוד בראש ובראשונה מהעובדה שבתכוף לאחר מסירתה על-ידי יחזקאל לידי הסוכן והשוטר הסמוי, נמצאו עליה - על-פי בדיקות מעבדה - שרידי סם מסוכן מסוג MDMA. על היעוד האמור אף ניתן ללמוד מאמרתיו של יחזקאל בחקירה המשטרתית, אשר הוקלטו על-ידי המשטרה; זאת לאחר שהעד סכר פיו על דוכן העדים וסירב להשיב לשאלות שהופנו אליו. יחזקאל טען, כי אינו מוכן להעיד, הואיל ועדותו עלולה לפגוע בו, זאת לנוכח העובדה שמתנהלים נגדו הליכים פליליים בגין האירועים הנדונים; והוא עמד במריו גם לאחר שהובהר לו על-ידי המאשימה ועל-ידי בית-המשפט, כי עדותו בהליך זה לא תשמש ראיה לחובתו במשפטו שלו. בנסיבות אלו, יש לראותו כ"עד שותק", אשר ניתן להעדיף את אמרות החוץ שלו על-פני שתיקתו בבית-המשפט (דנ"פ 4390/91 מדינת ישראל נ' חאג' יחיא, פ"ד מ"ז(3) 661 (1993); וע"פ 4763/11 יעקובי נ' מדינת ישראל (20.5.14)). יחזקאל מסר בשיחותיו עם הסוכן הסמוי ועם השוטר הסמוי, כי המכונה משמשת לייצור סם מסוג MDMA, והוא אף מסר לשוטר הסמוי פתק שבו נרשמו המרכיבים הנדרשים לייצור הסם באמצעות המכונה. אמרתיו של יחזקאל בשיחות אלו הוקלטו (ת/229, ת/231-ת/235), ולמרות שההקלטה בוצעה ללא ידיעתו - הן מהוות אמרה בכתב, כמשמעה בסעיף 10א לפקודת הראיות (ע"פ 9613/04 בן סימון נ' מדינת ישראל (4.9.06), פסקה י"ב לפסק-הדין; וכן ראו ע"פ 323/84 שריקי נ' מדינת ישראל, פ"ד לט(3) 505 (1985)). החלטתי להעדיף את אמרתיו של יחזקאל בשיחות אלו על-פני "שתיקתו הרועמת" בבית-המשפט, בכל הנוגע לתכלית השימוש במכונה - ייצור סמים, זאת ממספר טעמים ראשית, ההסבר שמסר יחזקאל בדבר סיבת שתיקתו - החשש מהפללת עצמית - לא היה ענייני ואמין, וניכר כי השתיקה נועדה לסייע לחבריו; שנית, לשיחות שהוקלטו נופך אותנטי המלמד על אמיתות תוכן; ושלישית, תוכן השיחות נתמך בעדויותיהם של השוטר הסמוי והסוכן, כפי שיפורט להלן.

18. על ייעוד המכונה ניתן ללמוד מעדותו של השוטר הסמוי "יוסי". הלה העיד, כי לאחר שייבא לישראל יחד עם יחזקאל סם מסוכן מסוג MDMA במשקל שלוש קילוגרם, נטל את המכונה מיחזקאל, באמתלה כי הוא מביא אותה למאן-דהוא בגוש עציון לצורך ייצור סמים; והלכה למעשה, המכונה הועברה למשרדי היאחב"ל. במסגרת אותה תקופה התקיימו מספר פגישות בין יחזקאל, הסוכן והשוטר הסמוי, שעליהן העידו השניים האחרונים. במהלך הפגישות לימד

יחזקאל את השניים, ובעיקר את השוטר הסמוי, כיצד להכין טבליות מסוג MDMA המכונות "אקסטות" באמצעות המכונה. הוא אף מסר לשוטר "מתכון" לייצור טבליות הסם, שבו ציין אילו חומרים יש להוסיף ל-MDMA כדי לייצר טבליות באמצעות המכונה: 10 קילוגרם לקטוז, 1 קילוגרם מגנזיום ו-2 קילוגרם טלק (ת/245). בפגישה נוספת, הנחה יחזקאל את השוטר הסמוי כיצד להכין את הכדורים באמצעות החומרים הנ"ל, והבהיר שהחומר צריך להיות "אוורירי" כדי שהמכונה "לא תיתקע", והסוכן רשם את ההנחיות על הכתב (ת/239). בשיחה שהתקיימה בין הסוכן הסמוי לבין יחזקאל מיום 6.1.13, אשר הוקלטה (ת/231), ציין יחזקאל פרטים נוספים באשר לייצור כדורי הסם במכונה, כמו למשל הצורך בהוספת סוכר, ונטיית החומר להידבק; ובשיחה מיום 3.2.13 עם הסוכן והשוטר הסמוי, שהוקלטה אף היא (ת/233), מסר הנחיות נוספות בדבר הצורך לערבב את החומר במכונה, כדי שהמכונה לא "תיתקע". על-יסוד עדויותיהם של הסוכן הסמוי ושל השוטר הסמוי, וכן על בסיס הקלטת שיחותיהם עם יחזקאל, כמו-גם בדיקת מז"פ שמצאה שרידי סמים במכונה - ניתן, אפוא, לקבוע, כי בטרם הועברה המכונה לידי הנאשמים, ובתקופה שזו הייתה בחזקתו של יחזקאל, שימשה המכונה לייצור טבליות של סם מסוכן מסוג MDMA.

19. מכאן לתכלית העברת המכונה לידי הנאשמים. המאשימה טוענת, כי המכונה הועברה לידי הנאשמים לשם ייצור טבליות של סם מסוכן מסוג MDMA; ואילו הנאשמים טוענים בגרסתם הכבושה שהועלתה רק בפרשת ההגנה, כי המכונה הועברה אליהם לצורך תיקונה, ולתכלית זו בלבד; ללא כל זיקה לייצור סמים.

מהתנהלותו של נאשם 1 בעת העברת המכונה לידיו, יש ללמוד כי הלה ידע שמדובר במכונה לייצור סמים מסוג MDMA, שכן בשיחה שנערכה בינו לבין הסוכן הסמוי והשוטר הסמוי בעת העברת המכונה ביום 14.4.13, אשר הוקלטה (ת/29), שאל נאשם 1 את השוטר הסמוי אם הוא כבר הפעיל את המכונה, ואף שאל את הסוכן הסמוי על "MD".

גם מפעילותו של יחזקאל ניכר כי המכונה הועברה לידי הנאשמים לתכלית של ייצור סמים. ביום 24.4.13, בעת שיחזקאל והשוטר הסמוי ייבאו בפעם השנייה סם מסוכן לישראל - חצי קילוגרם MDMA - דיבר יחזקאל על האפשרות להעביר את החומר לשניים שקיבלו את המכונה מידיהם, כדי שהללו ייצרו באמצעותה "אקסטות". הדברים תועדו בשיחה מוקלטת (ת/244, עמ' 26-28), וכן תוארו בהרחבה בעדותו של הסוכן הסמוי. מעדותו של השוטר הסמוי, ומתוך הדברים המוקלטים, ניכר שמדובר בשני הנאשמים, אשר קיבלו מידיו את המכונה, באמצעות הסוכן הסמוי והשוטר הסמוי.

בנוסף לכך, ניתן ללמוד על תכלית העברת המכונה משיחותיהם של הנאשמים אשר הוקלטו בהאזנות סתר.

מהאזנות הסתר עולה, כי הנאשמים התחילו לייצר טבליות באמצעות המכונה כבר מיום הגעתה אליהם, שעה שהתייחסו בשיחותיהם להטבעת הטבליות, כאמור, כאל "גיהוץ" של "חולצות". עוד עולה מהאזנות, כי השניים שוחחו על בעיות שהתעוררו בהפעלת המכונה, בהטבעת הטבליות, וכן באיכות המוצר - עת נתקלו בתקלות בהפעלת המכונה, פעם אחר פעם, ובפרט בעקבות קפיץ שהשתחרר במכונה, שעל תיקונו עמלו רבות. ניכר בעליל מהשיחות הרבות (באסופת התמלילים ת/250 ואילך), כי הנאשמים החלו בהליך של ייצור טבליות באמצעות המכונה, מתוך כוונה לייצר בהמשך טבליות המכילות סמים מסוכנים; וכי לא היה מדובר בפעולה תמימה של ניסיון לתקן מכונה לייצור טבליות. על כך שמדובר בפעילות אסורה של הכשרת המכונה לייצור טבליות של סמים מסוכנים ניתן ללמוד, בראש ובראשונה, מהזהירות שבה נקטו הנאשמים בשיחותיהם, עת השתמשו ב"קודים" בעניין המוצר שהופק מהמכונה, שאותו כינו "חולצות", ובדבר הבעיות שהתעוררו אגב תהליך ייצור הטבליות. אם מעורבותם של הנאשמים התמצתה אך בתיקון המכונה (כטענתם) - לא הייתה כל סיבה להסתיר את מעשיהם תוך שימוש במילות "קוד"; וגם הניסיונות ליצור מאסיבי של טבליות באמצעות המכונה, במשך כשבועיים, אינו מתיישב עם הגירסה התמימה בדבר קבלת המכונה לשם תיקונה בלבד.

זאת ועוד, כפי שכבר צוין, יחזקאל הורה לסוכן הסמוי באילו חומרים, בנוסף ל-MDMA, יש להשתמש כדי לייצר את טבליות הסמים באמצעות המכונה - לקטוז, מגנזיום וטלק. מהאזנות הסתר לשיחותיהם של נאשמים 1 ו-2 עולה, כי הם השתמשו בחומרי ערבוב דומים. כך למשל, בשיחה מיום 30.4.13 אמר נאשם 2 לנאשם 1, כי "הם" "נדבקים ונשברים". נאשם 1 שאל אותו, האם יש לו את מה שהיה לו בעבר - "המגנזיום הזה" (ת/303), ונאשם 2 השיב בחיוב. בהמשך, שוחחו השניים על הצורך לערבב את החומר ולהפעיל פחות לחץ במכונה, כדי שלא תשנה התקלה, אשר אף משביתה את המכונה. כך גם שוחחו השניים על הצורך לדלל את החומר בטלק, כדי למנוע את תופעת "ההידבקות", אשר גורמת למכונה "להיתקע" (ת/305, ת/308). יצוין, כי גם יחזקאל תיאר באוזניהם של הסוכן והשוטר הסמוי תקלה דומה של "הידבקות" החומר במכונה. פעילותם של הנאשמים בייצור הטבליות, הולמת אפוא את ההנחיות שמסר יחזקאל לשוטר הסמוי בדבר אופן ייצור ה"אקסטוט"; והתקלות במכונה שהתייחס אליהן יחזקאל, התעוררו גם בעת הפעלת המכונה על ידי הנאשמים. על-פני טענת הנאשמים, לפיה המכונה נמסרה להם על ידי יחזקאל רק לצורך תיקונה על ידם, טופחת גם שיחתם (ת/309), שבמהלכה אמר נאשם 1 לנאשם 2 כי "צריך להביא לו את זה בחזרה" (הכוונה להחזיר ליחזקאל את המכונה), כדי שיתקן אותה, היות ש"זה התפקיד שלו... הוא מקצועי".

על אופי התקלה במכונה, שעליה ניסו הנאשמים להתגבר, ניתן ללמוד מעדותו של יצחק פסטרנק, טכנאי

מכונות מחברת "טבע". הלה העיד, בהתבסס על תצלום המכונה בטרם הועברה לידי הנאשמים (ת/238א), כי מדובר במכבש שנועד לייצר טבליות, שאינו בשימוש בשוק מזה כ-30 שנה; כי במכונה זו טבעת קפיצית שבורה, שניתן להחליפה בטבעת מאולתרת; וכי בהפעלה מהירה של המכבש, קיים חשש מהתנתקות הטבעת המאולתרת. מהאזנות הסתר של השיחות הטלפוניות שקיימו הנאשמים בסמוך לאחר העברת המכונה לידיהם, עולה כי אכן הקפיץ במכונה היה שבור, וכי נאשם 2 ניסה לתקן את המכונה ולייצר בה טבליות, כאמור.

20. הנאשמים מסרו בפרשת ההגנה גירסה כבושה אודות נסיבות קבלת המכונה לידיהם, זאת לאחר שהכחישו בחקירותיהם במשטרה ובתשובתם לאישום כל קשר למכונה ולעשיית שימוש בה. נאשם 1 העיד, כי יחזקאל שאל אותו אם הוא מכיר אדם שיכול לתקן קפיץ שבור במכונה לייצור טבליות, שהייתה בידי הסוכן הסמוי. לדבריו, הציע כי נאשם 2, שהנו חרט, יסייע בתיקון, והשניים נטלו את המכונה לביתו של נאשם 2, שם ניסו לתקנה. הוא ציין, כי ידע שמדובר במכונה לייצור טבליות של תרופות, אך הניח שהיא יכולה לייצר גם טבליות סמים; וכי לא ניסה להתחקות אחר כוונתו של יחזקאל בדבר נסיבות העברת המכונה לתיקון. עוד טען נאשם 1, כי לא עלה בידו ובידי נאשם 2 לתקן את המכונה, ועל-כן השליכו אותה למכולת אשפה. הוא הכחיש כי קיבל הנחיות מיחזקאל כיצד לייצר טבליות; אם כי אישר שניסה לראות אם המכונה מייצרת טבליות, באמצעות גבישים ואבקה. באשר לשיחות הטלפוניות בדבר ייצור "חולצות", טען נאשם 1 כי שוחח על חולצות של מותגים מזויפים, שאותם ייבא מחו"ל ומכר מהמסעדה. נאשם 2 ציין בעדותו, כי הוא סופר סתם, לומד בכולל וחרט; וכי על-רקע היכרותו רבת השנים עם נאשם 1, נאות לקבל לידיו את המכונה לצורך תיקונה עבור יחזקאל, תמורת תשלום כספי שלא הועבר בסופו של יום. עוד העיד, כי מקור התקלה במכונה היה בטבעת הקפיץ השבורה; כי ניסה במשך כשבוע עד שבועיים לייצר באמצעותה טבליות באמצעות חומרים שונים, כמו - גלוקוז, טלק ואף אבקת "שוקולית"; כי הטבליות שייצר, שלא עלו לטענתו על 100 במניין, לא היו שלמות ונשברו. הוא טען, כי לא ידע למה מיועדת המכונה; אך הדגיש, כי לא חשד שיש כוונה לייצר באמצעותה טבליות של סמים מסוכנים. אף הוא, כמו נאשם 1, ציין כי משלא צלח התיקון, השליך את המכונה למכולת אשפה.

21. עדויותיהם של הנאשמים, לפיהן קיבלו את המכונה לתיקון בלבד, מבלי לדעת מה ייעודה, לא היו אמינות כלל ועיקר. ראשית, כאמור, הנאשמים לא נתנו הסבר ענייני לפשר כבישת העדות עד לפרשת ההגנה, לאחר שבתשובתם לאישום הכחישו כי קיבלו את המכונה לידיהם. בנוסף, כפי שהובהר לעיל, האזנות הסתר מעלות תמונה ברורה וחד-משמעית, לפיה הנאשמים ייצרו טבליות באמצעות המכונה, ושוחחו על פעילותם זו ב"קודים", מתוך ניסיון להסתירה, זאת בניגוד לגרסתם לפיה רק ניסו לתקנה. למותר לציין, כי תיקון מכני של מכונה, בדרך של החלפת קפיץ, אינו דורש ואינו מחייב ייצור טבליות באמצעות המכונה - דבר שנעשה על ידי הנאשמים. המאמצים הרבים שעשו השניים במשך

כשבועיים לייצר עשרות טבליות, מתוך ניסיון להפיק טבליות שלמות, ולא שבורות או מתפוררות, כמו גם תוכן שיחותיהם שהובא לעיל בעניין טיב הטבליות, מלמדים על תכלית העברת המכונה לידיהם - ייצור טבליות המכילות סמים מסוכנים, ולא תיקון המכשיר בלבד. נאשם 1 אמנם העיד שעסק בייבוא בגדים ובשיווקם מהמסעדה, ועל-רקע זה טען כי בשיחות המוקלטות שוחח על חולצות של ממש ולא על טבליות שיוצרו באמצעות המכונה. בהקשר זה גם השמיע נאשם 1 את מעסיקו, אשר אישר כי נאשם 1 גם עסק במכירת חולצות. אולם, עדותו של נאשם 1 בעניין תוכן השיחות שנקלטו בהאזנות הסתר אודות החולצות, לא נשמעה סבירה ולא הייתה אמינה; שכן בשיחות התייחס נאשם 1 ל"חולצות" בזיקה לתהליך הייצור של המכונה. מכלול הראיות האמורות מוביל למסקנה, לפיה הנאשמים התכוונו לייצר טבליות של סם מסוכן מסוג MDMA באמצעות המכונה; וכי בשלב ראשון, לאחר שנאשם 2 ניסה לתקן את המכונה, ערכו השניים ניסויים בייצור טבליות מחומרים שונים, בהתאם להנחיות שנתקבלו מיחזקאל. אגב כך, נתקלו השניים, פעם אחר פעם, בתקלות שונות תוך כדי הפעלתה; ובין-השאר - בעניין "טיב" הטבליות שהופקו, אשר חלקן נדבק למכונה, נשבר והתפורר.

22. הנאשמים מעלים טענה של "הגנה מן הצדק" בעניינם, זאת בשל מחדלי המשטרה במעקב אחר המכונה, ואי-תפיסתה על-ידי החוקרים בסופו של יום. אין כל בסיס להחלת דוקטרינת ההגנה מן הצדק, זאת משני טעמים עיקריים. הטעם הראשון נעוץ בעובדה שהמכונה לא אותרה על-ידי המשטרה בשל מעשה אקטיבי של הנאשמים, אשר בחרו להשליך אותה למכולת אשפה. הטעם השני לדחיית הטענה, הוא שהתמונה הראייתית לא הייתה משתנה אף אם הייתה נתפסת המכונה, זאת - הן הואיל והראיות המפלילות את הנאשמים בניסיון לייצור הטבליות מתבססות בעיקרן על האזנות הסתר; והן היות שהמאשימה אישרה בסופו של יום במהלך סיכומיה כי הנאשמים נתקלו בתקלות בהפעלת המכונה, וכי בניסיונות לייצור טבליות באמצעותה לא נעשה שימוש בסם מסוכן, זאת בעקבות תוצאות בדיקתם של שני כדורים שיוצרו על-ידי הנאשמים בתקופה שבה החזיקו במכונה.

האם השתכללה עבירה של ניסיון לייצור סמים מסוכנים

23. הנאשמים מואשמים, כאמור, באישום השני, בעבירה של ניסיון לייצור סמים מסוכנים. סעיף 25 לחוק העונשין מגדיר ניסיון על דרך התווית קו גבול בין מעשה "הכנה" ל"ניסיון", כדלהלן: "אדם מנסה לעבור עבירה אם, במטרה לבצעה, עשה מעשה שאין בו הכנה בלבד והעבירה לא הושלמה". עבירת הניסיון מתאפיינת, אפוא, בהיעדר השלמת המעשה הפיזי ובגילוי ברור של היסוד הנפשי של כוונה לבצע את העבירה המושלמת. לשם ביצועה, נדרשת פעולה המהווה תחילת הוצאת הכוונה הפלילית לפועל במעשה גלוי לעין ובאמצעים המתאימים להגשמת המטרה (ע"פ

9511/01 קובקוב נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(2) 687, 694 (2002)). השאלה עד כמה יש בפעולה הגלויה כדי להוות תחילת ביצוע של העבירה המושלמת, תלויה בנסיבות המיוחדות של כל אירוע עברייני ספציפי. בפסיקת בתי-המשפט על-פני השנים, וכן בספרות המשפטית, הוצעו מספר דרכים להבחנה בין מעשה "הכנה" ל"ניסיון". ההלכה הפסוקה מאפשרת להטיל אחריות בגין ניסיון לבצע עבירה על-פי אחד משני מסלולים חלופיים: האחד - מבחן הקרבה להשלמת הביצוע - הקובע כי שלב הניסיון מתחיל מרגע שנעשה מעשה "המקרב את תהליך ביצועה של העבירה המושלמת"; והשני - מבחן הביצוע ההתחלתי המגלה בצורה חד משמעית את כוונת העושה - המורה כי ניסיון לביצוע עבירה עשוי להתקיים בתחילת הביצוע, עוד לפני שהמבצע מתקרב להשלמת העבירה, אולם נדרש שבאותו שלב התחלתי יש "כדי לגלות בצורה חד משמעית את כוונת העבריין" (ע"פ 9849/05 מדינת ישראל נ' ראובן ברואיר (23.11.06); וכן ראו: ע"פ 355/88 לוי נ' מדינת ישראל, פ"ד מג(3) 221, 264 (1989); וע"פ 6948/93 אלבז נ' מדינת ישראל (22.11.94)). על-פי המבחן שבמסלול הראשון (מבחן הקרבה), יש לבחון עד כמה היה המבצע רחוק מהגשמת תכניתו העבריינית, וככל שהוא קרוב יותר להשלמת העבירה, כך גוברת הנטייה לראות את מעשיו ככאלו ש"חדרו למתחם הניסיון" (ע"פ 9849/05 בעניין ברואיר, לעיל, בפסקה 7). בהתאם למבחן שבמסלול השני (מבחן החד-משמעות), די בכך שהעבריין ניגש לביצוע עבירה, במובנו הרחב של מונח זה, ונקבע כי "היסוד העובדתי של הניסיון הוא אותה התנהגות אשר מגדר הכנה יצאה.... [ו]המהווה חולייה בשרשרת חוליות התנהגותיות מתאימות שהיו מוליכות להשלמת היסוד ההתנהגותי אלמלא הופסקו" (ע"פ 5150/93 סריס נ' מדינת ישראל, פ"ד מח(2) 183, 186-187 (1994); וכן ראו: ש"ז פלר יסודות בדיני עונשין כרך ב, 104 (תשמ"ז)). בבסיס מבחן החד-משמעות, נבחנת התנהגותו של הנאשם, "ומהנקודה שבה מתגלית, באופן חד משמעי, כוונתו לבצע את העבירה הקונקרטי, כי אז חצו המעשים את הגבול של מעשי הכנ ג דא לניסיון לבצע את העבירה" (ע"פ 9849/05 בעניין ברואיר לעיל; וכן ראו: ע"פ 7399/95 נחושטן תעשיות מעליות בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד נב(2) 105, 130 (1998)).

24. מן הכלל אל הפרט. כפי שנקבע לעיל, הנאשמים קיבלו לידיהם מכונה המשמשת כמכש לייצור טבליות, זאת מתוך כוונה לייצר באמצעותה, בין על-ידם ובין על-ידי אחרים, סמים מסוכנים. מדובר במכונה ששימשה בעבר את יחזקאל לייצור טבליות של סם מסוכן מסוג MDMA, ואשר בטרם העברתה לנאשמים נמצאו עליה שרידי סם כאמור. בעת העברתה, המכונה לא הייתה תקינה, זאת מחמת השתחררות של קפיץ טבעתי. נאשם 2 ניסה לתקנה ולהפיק באמצעותה טבליות מחומרים שונים, אך "תוצרת" הניסיונות הייתה פגומה, שכן הכדורים היו שבורים והחומר נדבק למשטח המכש. פעולות אלו נעשו במסגרת ניסיונם של הנאשמים לתקן את המכונה ולבחון את יכולת הפקת הכדורים באמצעותה, ובשלבם אלו של הניסיונים - גם על פי שיטתה של המאשימה - טרם נעשה כל ניסיון להוסיף סם מסוכן לתערובת של הטבליות. משכך, לא הגיעו מעשיהם של הנאשמים לכדי עבירה של ניסיון לייצור סם מסוכן - לא על-פי "מבחן הקרבה" - הואיל והשלב שבו "התאמנו" הנאשמים בייצור הטבליות, לא היה בבחינת שלב המקרב את תהליך

ביצועה של העבירה המושלמת של ייצור סם מסוכן, והנאשמים לא היו קרובים, אפוא, להשלמת העבירה האמורה; ולא על-פי "מבחן החד-משמעות", היות שלא ניתן לראות בשלב הניסיונות של ייצור טבליות ללא תוספת של סמים, כחוליה בשרשרת של חוליות התנהגות, שאלמלא הופסקה, הייתה מובילה להשלמת העבירה של ייצור סמים. אשר על-כן, בניסיונות לייצר כדורים, שלא הכילו סמים, לא השתכללו יסודות העבירה של ניסיון לייצר סם מסוכן; ומדובר, אפוא, במעשי הכנה, שאינם ענישים בפליליים. מטעמים אלו, יש לזכות את הנאשמים באישום השני, מהעבירה של ניסיון לייצר סמים מסוכנים.

עבירת החזקת כלים להכנת סם מסוכן

25. כאמור, באישום השני מואשמים הנאשמים גם בעבירה של החזקת כלים להכנת סם מסוכן - לפי סעיף 10 לפקודת הסמים המסוכנים. העבירה מורה, כי "לא יהיו ברשותו של אדם כלים המשמשים להכנת סם מסוכן או לצריכתו, שלא בהיתר". היא קוצבת עונש מאסר מרבי של 20 שנה, ואם נועדו הכלים לצריכה עצמית בלבד - שלוש שנים. משמעות המילה "כלים", היא כל חפץ העשוי לשמש אמצעי להכנת סם מסוכן, או לצריכתו; ואין נפקא מינה - מה טיבו של החפץ, לאיזו תכלית נוצר במקור, אם יש לו גם שימוש אחר ואם היה צורך ב"התאמתו" לתכלית האסורה. משמעות המילה "המשמשים", הנה כלים מכל סוג שהוא, המשמשים בפועל כאמצעי עזר להכנת סמים מסוכנים או לצריכתם, לרבות כלים שניתן לעשות בהם, על-פי טיבם, שימוש כאמור (י' קדמי, על פקודת הסמים המסוכנים, תשנ"ז-1997, עמ' 127). מדובר בעבירה של מחשבה פלילית, ויש להוכיח, אפוא, כי המחזיק בכלי היה מודע ל"טיבו", הנמנה בין הנסיבות של היסוד העובדתי. בעניין הידיעה, ניתן ליישם את הוראת סעיף 20(ג)(1) לחוק העונשין, לפיה "עצימת עיניים" שקולה למודעות (לעיל, בעמ' 129). בהידרשו לסוגית החזקת כלים "תמימים", כמו למשל - מאזניים ומשקולות שנועדו לשימוש בסמים, קבע בית-המשפט העליון, כי לא נדרש שהחפץ ישמש דרך קבע למטרות האסורות המנויות בסעיף 10 לפקודה; ובהקשר זה ציין כדלהלן: "לא ייעודו של הכלי מטבע בריאתו הוא שקובע תמיד אם הכלי משמש להכנת סם או לצריכתו. אמת-המידה בכלי "תמימים" היא השימוש שנעשה בו בפועל. לעניין זה אין נפקא מינה אם הכלי משמש אך ורק לאחת המטרות האסורות, או אם נעשה בו שימוש אסור ומותר גם יחד. כשם שאין משמעות לכך אם השימוש האסור היה ממושך או חד-פעמי, ובלבד שהכלי יועד למטרה האסורה (או: גם למטרה כזאת). שקילת סם מסוכן כרוכה מטבע הדברים עם צריכתו... מאזנים שיועדו לשקילת סם מסוכן הם, על כן, כלי המשמש לצריכתו של הסם. הימצאות שרידי סם על מאזניים מעידה, בהיעדר הסבר אחר, כי נשקל בהם סם מהסוג ששרידיו נמצאו עליהם, וכי הם יועדו לשקילת סם מסוג זה" (ע"פ 451/86 נניקאשוילי נ' מדינת ישראל (18.2.87)).

26. וליישום הדין על ענינים של הנאשמים באישום השני, בכל הנוגע להחזקת המכונה. משנקבע לעיל, כי שני

הנאשמים החזיקו במכונה, בידעם שזו מיועדת לייצור טבליות המכילות סמים מסוכנים, ואף ניסו להפיק טבליות לקראת ייצור בהמשך של טבליות סמים - הוכחה מעבר לספק סביר אשמתם של הנאשמים בעבירת החזקת כלים להכנת סמים מסוכנים, שיוחסה להם באישום השני; ויש, אפוא, להרשיעם בעבירה זו.

האישום השלישי

העובדות המיוחסות לנאשמים באישום השלישי

27. באישום השלישי נטען, כי עובר ליום 17.3.13 קשרו הנאשמים קשר עם שניים, ששמותיהם יעקב ויצחק, ואשר על-פי הנטען בכתב-האישום זהותם אינה ידועה במדויק למאשימה, לשם יבוא סמים מסוכנים - מסוג ובכמות שאינה ידועה למאשימה - מפרגוואי לאיביזה שבספרד. במהלך שמיעת הראיות, התברר כי מדובר ביעקב עמר (להלן - יעקב) ויצחק (איציק) אברהם (להלן - יצחק). עוד נטען באישום השלישי, כי במסגרת התכנית נושא הקשר, ולצורך העברת הסמים מפרגוואי לאיביזה, אמור היה יעקב לבלוע את הסמים. לצורך מימוש התכנית והוצאתה אל הפועל, טס נאשם 2 לפרגוואי ביום 10.3.13. במועד המתוכנן לביצוע יבוא הסמים, לא הצליח יעקב לבלוע את כל הסמים. הוא בלע רק חלק מן הכמות שסוכם להעבירה, והחלק הנותר - נשאר בפרגוואי. כן נטען, כי ביום 17.3.13 טסו נאשם 2 ויעקב מפרגוואי לברצלונה, כשהסמים בגופו של יעקב. נאשם 2 טס מברצלונה לארץ, ואילו יעקב המשיך בדרכו לאיביזה, שם אמור היה למסור את הסמים לידי של יצחק שפעל בשליחותם של הנאשמים לקבלת הסמים. בגין המעשים המתוארים לעיל הואשמו שני הנאשמים באישום השלישי בעבירה של יבוא סם מסוכן - לפי סעיף 13 לפקודה.

התשתית הראייתית בעניין האישום השלישי

28. הראיות בעניין האישום השלישי נסמכות בעיקרן על האזנות סתר לשיחות טלפון שהתקיימו בין הנאשמים לבין יעקב ויצחק, ובין הנאשמים לבין עצמם; וכן על בחינת גרסתם הכבושה של הנאשמים, שהועלתה לראשונה בפרשת ההגנה, לפיה מדובר היה בהעברת כדורי ויאגרה מחומרים טבעיים.

בכל הנוגע להאזנות הסתר, מדובר בשיחות שהוקלטו בתכוף לאחר שנאשם 2 חזר לארץ ביום 18.3.13, לאחר שנפרד מיעקב בברצלונה. מהשיחות עולה, כי יעקב העביר טבליות (כדורים) לאיביזה שבספרד, באמצעות הסלקתם בבטנו על-ידי בליעתם; וכי הוא שימש כבלדר מטעם שני הנאשמים. עוד עולה מהשיחות, כי עובר לטיסה לספרד, שהה נאשם 2 עם יעקב בפרגוואי; וכי לאחר שהאחרון הגיע לאיביזה, נתגלעה מחלוקת בינו לבין שני הנאשמים לנוכח העובדה שמסר ליצחק רק מחצית מהחומר, ולא את כולו. אסקור להלן בתמצית את השיחות שקיימו הנאשמים בעניין

משיחה טלפונית מיום 18.3.13 (ת/131) - מועד חזרתו ארצה מספרד של נאשם 2 - עולה כי יצחק הלין באוזני נאשם 2, שיעקב הביא רק חלק מהחומר. נאשם 2 הגיב, כי היה לו ניסיון דומה עם יעקב בשתי הזדמנויות קודמות - "פעמיים הוא עשה לי את זה... גם בפעם שעברה שהיינו צריכים לבוא אליך הוא עשה לי את הבלגן הזה, אותו דבר הוא עשה לי... הוא היה צריך לקחת את הכל בסוף לא לקח כלום... לא הייתה ברירה המשכתי אתו לפה בשביל שייצא משהו להוציא את הנסיעה".

29. למחרת היום, 19.3.13, קיימו הנאשמים שיחות רבות, בין-השאר עם יעקב, מהן עולה כי האחרון מסר ליצחק רק מחצית מכמות החומר.

בשיחה משעה 13:46 (ת/222) השמיע נאשם 2 איומים על יעקב. השניים התווכחו אודות הסיכום שהיה ביניהם, ונאשם 2 איים על יעקב: "אתה עוד בסיפור פתוח איתנו פה עכשיו, על מה שעשית"; "חכה תראה שאני אתפוס אותך בארץ אקרע אותך לגזרים".

בשיחה משעה 14:01 (ת/220) הבהיר יעקב לנאשם 2, כי לא ימסור דבר כל עוד לא יקבל כסף, ונאשם 2 השמיע איומים קשים כלפיו, אם לא ידאג "לסדר את כל מה שצריך לסדר".

בשיחה משעה 14:04 (ת/219) התלונן יצחק, כי יעקב הביא רק חצי מהכמות - "שמונים"; ונאשם 2 הגיב כי שוחח בתכוף לפני כן עם יעקב, וכי ידאג "לטפל בו". לשאלתו של יצחק מה עליו לעשות, השיב נאשם 2, בתחילה, בהתרסה, כי יזרוק את החומר לפח אשפה או שימיס אותו במים; ובהמשך אמר לו, כי לאחר שישוחח עם החבר שלו בארץ, יתן לו הוראה להחזיר את החומר ליעקב.

בשיחה משעה 14:12 (ת/218) אשר התקיימה בין שני הנאשמים, מצוין נאשם 2 כי יעקב "עושה רק צרות", שכן מסר ליצחק "רק חצי מהכמות...נתן לו רק שמונים", ומסרב למסור את שאר החומר. כן צוין נאשם 2 באוזני נאשם 1 כי האדם "מתחיל לשגע את השכל", ולכן אמר לו - "מצדי תזרוק את זה לים". נאשם 1 הגיב שאין צורך "להגזים" ויש "לפעול עם הראש" ולא "מתוך עצבים".

בשיחה משעה 14:14 (ת/186) הלין יצחק באזניו של נאשם 2, כי יעקב הביא רק מחצית מהכמות, וביקש ממנו "לגמור את הסיפור הזה". השניים סיכמו להידבר בשעה מאוחרת יותר.

בשיחה משעה 14:18 (ת/217) הטיח נאשם 2 ביעקב כי עשה לו "משחק גדול", "פרטייה", כפי שעשה זאת בעבר כבר פעמיים. בתגובתו ציין יעקב, כי כבר סבל פעמיים כשניסה "לעשות הכל" ולא הצליח. במענה לשאלת נאשם 2, "איך בארץ הצלחת?" (בהזדמנות קודמת), השיב יעקב: "נשמה, ראית שלא הצלחתי אבל יכול להיות שזה טיפה יותר גדול... ראית שניסיתי לידך, ניסיתי שעתיים". לכך הגיב נאשם 2: "משחק של ניסיון עשית לנו שעתיים שמה, הרגת אותה כבר, גמרת לנו את הכסף... 60,000 על הראש שלך הלכו".

בשיחה משעה 14:25 (ת/216) עדכן נאשם 2 את נאשם 1, כי יעקב התקשר, "התחיל לבכות בטלפון", ביקש מהם שיתנו בו את אמונם, וכן הבטיח כי ימסור את שאר החומר תמורת תשלום. לשאלת נאשם 1 - "מה הוא עשה, הוא נתן לו כסף הוא נתן לו משהו?", השיב נאשם 2 בשלילה - "לא נתן לו כלום"; ועל כך הגיב נאשם 1 - "יופי, שלא יתן לו כלום... לפחות את השמונים". הנאשמים סיימו את השיחה, לאחר שסיכמו כי ידברו עם "שניהם", יעקב ויצחק בשעה 16:00.

בשיחה משעה 16:25 (ת/214) שקיים נאשם 1 עם יצחק, התלונן האחרון כי יעקב "הביא לי רק את החצי", ושאל את נאשם 1: "מה אתם רוצים לעשות אתו?". נאשם 1 השיב: "אני רוצה גם את החצי השני, זה לא בעיה"; ובתגובה ציין יעקב, כי יעקב מתנה זאת בתשלום - "הוא לא רוצה להביא עד שהוא רוצה את הניירת". בהמשך אמר נאשם 1 ליצחק, בעניין החומר שכבר קיבל - "תגיד לו ששלחת לי את זה, תגיד לו שיתקשר אליי".

בשיחה משעה 16:40 (ת/113) דיבר נאשם 1 פעם נוספת עם יצחק. האחרון התלונן שבשיחה שקיים עם יעקב הבהיר הלה כי אינו מעוניין להביא את החלק "השני" ללא קבלת תשלום. נאשם 1 ציין, כי בכוונתו להתקשר ליעקב, וביקש מיצחק ליצור עמו קשר מאוחר יותר.

בשיחה משעה 17:09 (ת/112) בין שני הנאשמים, התייחסו השניים ל"בעיה" שנוצרה בחו"ל כתוצאה מהתנהלותו של יעקב, ולשיחות שקיימו עמו ועם יצחק; ובין-היתר הציעו, כי ישולם ליעקב סכום נוסף של 1,000 עד 2,000 דולר.

בשיחה משעה 17:57 (ת/111) בין אדם המכונה שלמה לבין נאשם 1, ציין האחרון שיעקב עשה פעם נוספת "פדיחה" בכך שמסר רק חצי מהחומר ומסרב למסור את החלק הנותר כל עוד לא ישולם לו כסף. כאשר העיר הדובר - "צריך איזה מישהו נלך אליו לשבור לו את העצמות", ציין נאשם 1, כי "בשביל לשבור לו את העצמות גם צריך כסף". בהמשך ציין שלמה, כי אם ישולם לו כסף (כלשונו "ניירת") יוכל לרכוש כרטיס טיסה ולנסוע כדי "לסדר את הדברים".

בשיחה משעה 18:13 (ת/110) שוחחו יעקב ונאשם 1 על נסיבות ההברחה, בליעת החומר והבאתו לאיביזה. בעניין כמות החומר שנבלעה שאל נאשם 1 את יעקב: "למה לא אכלת... אכלת קצת, למה לא אכלת את הכל?"; ולשאלתו, מה יעקב רוצה לעשות כעת, השיב האחרון: "אני רוצה לקחת את הכסף ולסדר בחזרה לבוא לפה עם כמה שיותר". במהלך השיחה ציין נאשם 1 באוזני יעקב, כי הפסיד את כספי ההשקעה. או-אז הציע יעקב לבצע שליחות נוספת: "תן לי את הכסף מה שיש לך פה, אני נוסע לשמה מביא לך כפול מהכסף שהשקעת, איך אני איתך. אני נותן לך 50"; ולהצעה זו הגיב נאשם 1: "לא רוצה... אני לא סומך עלייך". בהמשך השיחה, הציע נאשם 1 ליעקב 3,000 דולר, אך האחרון אמר כי נדרשים לפחות 5,000 דולר לצורך הנסיעה הנוספת. כאשר התלונן נאשם 1, כי יעקב היה אמור לבלוע את כל הסם - "אתה היית אמור לאכול את הכל", השיב האחרון: "גם אם הייתי בולע... גם אם הייתי עושה את מה שהייתי צריך לעשות, היה לו 240 מוכן, שלא ידבר יותר מדי... אבל היו יותר מדי גדולים, לא יכולתי, ניסיתי שעתיים, כפרה, מה אני... נשאתי מה שאני יכול". בסוף השיחה הציע נאשם 1 ליעקב לעשות "צעדים בוני אמון", ולהוסיף לו 3,000 דולר לצורך נסיעה להבאת יתרת החומר (מדרום אמריקה); אך לאור חילוקי דעות ביניהם בעניין גובה הסכום, לא סיכמו דבר. כאשר אמר יעקב, כי יוכל לנסוע להביא את יתרת החומר, הגיב נאשם 1: "אתה לא יכול לבלוע, עזוב אותך, פעמיים עשית פדיחה". בתגובה, העיר יעקב, בעניין ניסיונו לבלוע את החומר: "ניסיתי לעשות הכל במשך שעתיים לידו, אז הוא בא אליי אחרי זה, מאיים עליי? תבלע בכוח? מה זה, מה אני שפוט שלו?".

בשיחה משעה 18:35 (ת/209) עדכנו שני הנאשמים איש את רעהו, בעניין השיחות עם יעקב. נאשם 2 ציין, כי הלה "לא רוצה להביא את החצי השני", ולכך הגיב נאשם 1 כי הוא "במשא ומתן טלפוני עמו עכשיו". השניים דנו באפשרויות השונות העומדות לפניהם בדבר אופן קבלת "החצי השני", ובעניין דרישתו של יעקב להקדים ולשלם לו כסף על כך.

בשיחה משעה 18:52 (ת/208) בין נאשם 1 לבין יעקב, אמר האחרון שהוא "לא רוצה לגמור אתם בצורה לא יפה", וביקש מנאשם 1 לתת לו סכום של 5,000 דולר ו"לעזוב אותו לעבוד". נאשם 1 השיב כי, אין לו כסף אך יארגן סכום של 3,000 דולר. בהמשך שאל יעקב - האם "למכור את החצי פה, לו או למישהו אחר", ונאשם 1 השיב לו שיפעל

כהבנתו. בסיום השיחה נדברו השניים ליצור קשר למחרת בבוקר.

30. מהתשתית הראייתית האמורה, כפי שעולה מהאזנות הסתר, עולה כי הנאשמים נטלו חלק בהברחת כדורים מפרגוואי לאיביזה שבספרד, זאת על-ידי הסלקתם באמצעות בליעה בבטנו של הבלדר - יעקב, וכי יעקב מסר באיביזה מחצית מהמשלוח ליצחק. למסד הראייתי המרכזי האמור, של האזנות הסתר, נתווסף נדבך מפליל בגרסתם הכבושה של הנאשמים, אשר אישרו את עצם העברת הכדורים מפרגוואי לאיביזה על-ידי יעקב ומסירתם ליצחק, אך טענו כי אין מדובר בסם מסוכן אלא בכדורי ויאגרה מחומרים טבעיים.

בחקירותיהם במשטרה הכחישו הנאשמים כל קשר לעסקה האמורה של העברת הכדורים מפרגוואי לאיביזה. נאשם 1 שמר על זכות השתיקה בחקירותיו במשטרה. נאשם 2 אישר אמנם בהודעותיו במשטרה כי נסע לפרגוואי, אך טען שהמטרה הייתה לייבא עורות, אם כי לא הסכים למסור את שמות שותפיו לעסק זה. גם בתשובותיהם לאישום הכחישו הנאשמים מעורבות כלשהי באירועים הנדונים באישום השלישי, בעניין הברחת הכדורים. רק בפרשת ההגנה, בעת שעלו על דוכן העדים, השמיעו הנאשמים לראשונה את גרסתם הכבושה, לפיה היו מעורבים בהעברת ויאגרה טבעית מפרגוואי לאיביזה; וציינו כי השיחות הטלפוניות האמורות, התייחסו לעסקה זו.

31. נאשם 1 ציין בעדותו בחקירה הראשית, כי הוא מכיר את יעקב ויצחק, ואישר כי שוחח עמם כמפורט בהאזנות הסתר האמורות. לדבריו, השיחות התמקדו בהבאת כדורי ויאגרה מפרגוואי לאיביזה, בעסקה שבה שימש אך כמתווך. הוא העיד, כי שלמה פרץ, ידידו המתגורר בפרגוואי, הציע לו "להתפרנס" מייבוא לספרד של כדורי ויאגרה, המיוצרים בפרגוואי מחומרים טבעיים; וכי נענה להצעה ו"קידם מהלכים" להעברת הכדורים לידי יצחק בספרד, כדי לברר - "אם יש התעניינות, אם אפשר לעשות עם זה משהו, אם זה טוב או לא טוב" (עמ' 492). עוד העיד נאשם 1, כי לתכלית האמורה נשלח יעקב מפרגוואי לאיביזה, כדי למסור את הכדורים ליצחק, זאת אגב הסלקתם בבטנו. לשאלה, מדוע היה צורך לבלוע את הכדורים בעת העברתם לספרד, ולא לנטלם בתיק או במזוודה, ענה נאשם 1: "כי אנשים יכולים לחשוב שזה לא טבעי, יחשבו שזה סמים או משהו כזה"; ולשאלה נוספת, מדוע יחשדו אנשים שמדובר בחומר לא טבעי, הגיב: "אני לא יודע למה" (עמ' 494). הוא הוסיף והעיד, כי המשלוח כלל 180 כדורים, אך לא היה בפיו מענה ענייני לשאלה, מדוע היה צורך בכמות כה גדולה של כדורים, כאשר המטרה הייתה רק להציג דוגמא של הכדור, לצורך בדיקת האפשרות לשווקו בספרד. בחקירתו הנגדית לא היה לנאשם 1 כל הסבר משכנע לפשר כבישת גרסתו בעניין האישום השלישי. לשאלה, מדוע נדרש יעקב להסליק את הכדורים כאשר מדובר בחומר שעל-פי הנתען הנו טבעי ואינו סם מסוכן, השיב נאשם 1 כי יש להפנות את השאלה ליעקב; והדגיש כי לא הנחה את האחרון לבלוע את הכדורים, אם כי

הלה אמר לו שבכוונתו להסליק את הכדורים באמצעות בליעה. עוד העיד נאשם 1 בחקירה הנגדית, כי המשלוח לספרד באמצעות יעקב כלל 100 כדורים אשר נרכשו על-ידי יצחק, אך התוכנית העסקית לא יצאה לבסוף אל הפועל, עקב הסכסוך שנתגלע בעקבות המשלוח הראשון. הוא טען, כי בעסקה זו שימש כמתווך בלבד בין שלמה פרץ בפרגוואי לבין יצחק באיביזה, וכי בסופו של יום לא קיבל את הכסף שהיה אמור לקבל כמתווך בעסקה; אך ציין כי הוצאות העסקה, כמו מימון כרטיסי הטיסה, נעשו מכספו באמצעות הלוואות שנטל. באשר לחלקו של נאשם 2 בעסקה הנדונה, מסר נאשם 1 גרסאות שונות ומגוונות, כגון: הוא "היה איתי בעניין הזה", "ניסה לעזור לי בדברים האלה", "ניסה לעזור לי עם יעקב"; אך באותה נשימה טען שנאשם 2 "לא קשור לזה". כשנתבקש לפרט, מה היה חלקו של נאשם 2 בהעברת הכדורים, ציין כי הוא "עזר עם יעקב", רכש עבורו כרטיס טיסה מכספו של נאשם 1, ואף הביא את יעקב לארץ כדי שישוחח עם נאשם 1 על העסקה.

32. נאשם 2 העיד, כי בעת נסיעתו לפרגוואי, לשם יבוא עורות לצורך ייצור תפילין, פגש את חבריו של נאשם 1 שלמה ויעקב. לדבריו, השניים ביקשו ממנו לשוחח עם נאשם 1, בדבר הצעתם "להביא ויאגרות... חומר של ויאגרה, משהו חדש חזק"; והוא השיבם כי כאשר יחזור לארץ יפנה את ההצעה לנאשם 1. עוד העיד, כי בנסיעתו השנייה לפרגוואי פגש שוב בשניים, לאחר שיחתם עם נאשם 1; וכי בהמשך, התוכנית יצאה לפועל ויעקב נסע לאיביזה. בחקירה הנגדית טען, כי לא היה לו כל חלק בעסקת העברת כדורי הויאגרה, וכי נוכחותו בפרגוואי היתה רק לצורך מטרתו לייבא עורות. כשנדרש להסביר את מעורבותו בהעברת הכדורים מפרגוואי לספרד, על-רקע האזנות הסתר, הגיב: "זה שאני נשמע מעורב, זה לא אומר שאני מעורב. אפילו שאני קשור" (עמ' 645); ולא היה בפיו הסבר לתוכן שיחותיו שבהאזנות הסתר, שהצביע על מעורבות בעסקה. עם זאת אישר נאשם 2, כי טס עם יעקב מפרגוואי לברצלונה, ושם התפצל, כאשר יעקב טס לאיביזה, והוא - לישראל. עוד טען, כי אינו יודע אם יעקב העביר כדורים מפרגוואי לספרד, וכי הבין משיחותיו עם נאשם 1 כי יעקב בלע את הכדורים, אך לא ידע זאת ממקור ראשון. בהמשך החקירה הנגדית ציין נאשם 2, כי רכישת טבליות הויאגרה נעשתה בפרגוואי, כי מדובר היה ב-500 כדורים, וכי בסופו של יום העביר יעקב לספרד רק 165 כדורים. לשאלה, מדוע השמיע איומים על יעקב בשיחת הטלפון, השיב כי הדבר נעשה הואיל והלה לא מסר ליצחק באיביזה "את מה שהיה צריך לתת לו" (עמ' 650). לשאלה נוספת, מדוע "התעצבן" על יעקב, כאשר לשיטתו הוא עצמו אינו קשור כלל לעסקה זו, לא מסר מענה ענייני, והשיב: "אני יודע שאני לא קשור לעניין, זה מעצבן שנסעתי איתו, וחזרתי לארץ, והוא היה צריך לתת לו את מה שהיה צריך לתת לו בשבילו, הוא לא יכול לדבר, אז אני הייתי צריך לדבר, אז התעצבנתי עליו" (עמ' 651). לשאלה, למה התכוון בשיחתו הטלפונית עם יצחק, עת אמר שהיה מקום "להוציא את הנסיעה", השיב: "להוציא את הנסיעה, לפחות שלא נסענו סתם לחינם. לפעם הבאה - אם ירצה שנוכל להעביר את זה, אז נוכל לעבוד על זה". במענה לשאלה נוספת, מה הייתה כוונתו בשיחותיו בהאזנות הסתר, עת ציין כי יעקב הכניס אותו "לחובות של 80,000 ₪", כאשר לשיטתו מדובר רק ב-165 כדורי ויאגרה, ענה נאשם 2: "טיסות. היו מלונות, בתי מלון.

בהתחלה יש השקעה, כל עסק בהתחלה הוא השקעה בלי רווח. וזו ההתחלה של ההשקעה" (עמ' 652). בעת שהופנה נאשם 2 להאזנות הסתר, שבהן התייחס לניסיונות קודמים של הסלקת כדורים על-ידי בליעה, לרבות בישראל, טען נאשם 2 כי לא זכור לו שדבר כזה אירע בארץ. לחלק לא מבוטל מהתבטאויותיו שבהאזנות הסתר לא היה לנאשם 2 הסבר ענייני כלשהו המתיישב עם גרסתו התמימה; כמו למשל, בעניין שיחותיו עם יעקב, שבהן ציין האחרון כי במשך שעתים ניסה לבלוע את החומר במעמד נאשם 2 (עמ' 654-655). גם לנאשם 2, כמו לנאשם 1, לא הייתה תשובה לשאלה, מדוע היה צורך להסליק את כדורי הויאגרה בבטנו של יעקב באמצעות בליעתם, שעה שמדובר בחומר שהחזקתו אינה אסורה על-פי החוק, למעט התשובה הבלתי משכנעת לפיה "בן אדם שהוא נראה קצת פליליסט... עולה עם ויאגרות למטוס, הם יעצרו אותו ולא ישאלו אם זה ויאגרה או לא ויאגרה - יגידו זה סמים" (עמ' 655).

ההכרעה העובדתית בדבר האישום השלישי

33. התשתית הראייתית שעליה מבקשת המאשימה לבסס את הרשעת הנאשמים באישום השלישי, נסמכת, כאמור, על מארג של ראיות נסיבתיות, העולות מהאזנות הסתר ומגרסאותיהם של הנאשמים אודות האירועים.

בבוא בית-המשפט להכריע, אם יש במארג של ראיות נסיבתיות כדי להוכיח אשמתו של נאשם, עליו לבחון את שרטוט התרחישים האפשריים על סמך ההיגיון, השכל הישר וניסיון החיים. מובן, כי אין נדרש שכל אחת מן הראיות הנסיבתיות, כשלעצמה, תוביל להרשעה, ודי בכך שכל הראיות יחדיו, בהשתלבותן זו בזו, כמעשה פסיפס, תצבענה על אשמת הנאשם מעבר לספק סביר (ע"פ 4656/03 מירפולסקי נ' מדינת ישראל (1.12.04); וכן ראו: ע"פ 6096/94 מנצור ואח' נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(3) 732, 736 (1996); דנ"פ 3391/95 בן-ארי נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(2) 377 (1997); וע"פ 1888/02 מדינת ישראל נ' מקדאד, פ"ד נו(5) 221, 227 (2002)). אל מול הראיות הנסיבתיות המצביעות על אשמתו של נאשם, נדרש בית-המשפט לשקול - על-פי מבחני הגיון וניסיון החיים - הסברים חלופיים למסכת הראיות הנסיבתיות, בין על-פי גרסתו של הנאשם, ובין אם מדובר בהיפותזות סבירות אחרות המתיישבות עם חפותו, אף כאלו שלא הועלו על-ידו, להבדיל מהסבר דמיוני, תיאורטי או רחוק; והרשעה בדין תתאפשר רק אם המסקנה המפלילה הנה המסקנה ההגיונית היחידה המתבקשת ממכלול הראיות הנסיבתיות (ראו: ע"פ 3974/92 אזולאי נ' מדינת ישראל, פ"ד מז(2) 565 (1993); ע"פ 6527/94 עזיז מנצור נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(3) 732 (1996); וע"פ 11541/05 פלוני נ' מדינת ישראל (21.8.06) בפסקה 19 לפסק-הדין).

34. בחינת האזנות הסתר, ועדויותיהם הכבושות של הנאשמים אודות שיחות הטלפון האמורות, מובילה למסקנה, מעבר לספק סביר, כי הנאשמים נטלו חלק פעיל בעסקה של יבוא סמים מסוכנים מפרגוואי לספרד; וכי עדותם, לפיה

נטלו חלק עקיף בעסקת העברת כדורי ויאגרה מחומר טבעי, היא גרסת בדים.

ראש לכל, על עסקת יבוא הסמים ניתן ללמוד מתוכן האזנות הסתר של השיחות הטלפוניות שהתקיימו בין הנאשמים לבין עצמם, וביניהם לבין יעקב - הבלדר, ויצחק - אשר קיבל את החומר שהוברח. השיחות מלמדות על העברת כדורים בין מדינות, באמצעות בלדר שהסליקם בבטנו. התנהלות זו - של שימוש בבלדר ובליעת הכדורים - אופיינית להברחת סם מסוכן, ואינה הולמת כלל ועיקר העברת כדורים מחומר טבעי שהחזקתו אינה פלילית. זאת ועוד, על כך שמדובר ביבוא סם, ולא בהעברה של כדורי ויאגרה, ניתן ללמוד משיחותיהם של הנאשמים שנקלטו בהאזנות הסתר, לפיהן השקיעו סכומים ניכרים - עשרות אלפי שקלים - למימון רכישת החומר, העברת הכדורים, טיסות ובתי מלון. נוסף על כך, יש לראות בהתנהלותו של נאשם 2 - החל מהחבירה אל הבלדר בפרגוואי, המשך בנוכחות לצדו בעת קבלת הכדורים וכלה בטיסה יחד עמו לספרד - משום אינדיקציה חד-משמעית לעסקת סמים בינלאומית, ולא למשלוח ניסיוני של כמה עשרות כדורי ויאגרה. יתר על כן, גם הזעם של שני הנאשמים כלפי יעקב בשיחות הטלפון מחמת אי-העברת כל המשלוח והנזק שהוסב להם כתוצאה מכך, כמו-גם האיומים הקשים שהשמיעו באוזניו וכן ההצעה לחזור בטיסה לפרגוואי לשם הבאת "החצי השני" - מלמדים כי יעקב עיכב ברשותו סמים מסוכנים בשווי ניכר, ולא כמה עשרות כדורי ויאגרה. לא זו אף זו, הגרסה שהעלה הנאשם - בדבר העברת כדורי ויאגרה שמקורם בפרגוואי לשם בחינת הניסיון לשווקם בספרד - לא התיישרה עם תוכן שיחותיהם הטלפוניות של הנאשמים, שבהן התייחסו לאירועים קודמים של ניסיונות להסלקת כדורים על-ידי יעקב בעסקאות קודמות שהיו להם, לרבות בישראל. מכל מקום, גרסתם הכבושה של הנאשמים שהובאה רק בפרשת ההגנה, לפיה מדובר היה בכדורי ויאגרה מחומר טבעי ולא בסמים - לא נשמעה אמינה ולא התיישרה עם התנהלותם ועם תוכן שיחותיהם, כאמור; ואין תמה שלא עלה בידיהם ליתן בחקירתם הנגדית תשובות ענייניות, לא כל שכן משכנעות - לצורך בהפעלתו של בלדר, בנחיצות בליעת הכדורים, בהשקעות הכספיות הניכרות ובתוכן שיחותיהם עם יעקב ויצחק. לכך יש להוסיף, כי המסקנה לפיה מדובר ביבוא סמים, ולא בהעברת כדורי ויאגרה, אף נתמכת - הן בהתנהלותו של נאשם 1 באירועים נושא הרשעתו באישום הראשון, עת קשר קשר עם הסוכן הסמוי לייבא סמים מסוכנים, אגב פירוט מתווים שונים להעברות סמים בין מדינות; והן במעשיהם של שני הנאשמים, נושא ההרשעה באישום השני - שעה שהחזיקו מכונה לייצור טבליות סמים.

סיכומם של דברים: מארג הראיות הנסיבתיות בעניין האישום השלישי מוביל, אפוא, למסקנה, מעבר לספק סביר, כי שני הנאשמים נטלו חלק פעיל ודומיננטי בעסקת יבוא סמים מפרגוואי לאיביזיה שבספרד, בכך שהעבירו משלוח של כמה עשרות כדורים של סם מסוכן - שטיבו אינו ידוע ובמשקל לא ידוע - זאת באמצעות בלדר שהסליק את הסם בבטנו. מסקנה זו הנה המסקנה היחידה העולה ממכלול הראיות הנסיבתיות והמתבקשת על-פי מבחני ההיגיון וניסיון

ביצוע בצוותא של העבירה על-ידי שני הנאשמים

35. עבירת יבוא הסמים בוצעה על-ידי מספר מעורבים. מדובר, אפוא, בעבירה רבת-משתתפים, ויש לבחון אם הנאשמים הם מבצעים עיקריים, או שמא בגדר מסייעים בלבד. אחריותם של הצדדים השותפים לעבירה רבת-משתתפים, מוסדרת בסעיפים 29 עד 31 לחוק העונשין. ההבחנה העיקרית הנה בין שותפים ישירים לבין שותפים עקיפים. ההבחנה בין צורות השותפות - הישירה והעקיפה - היא פונקציונאלית, ונעשית על-פי התפקיד השונה שיש לשותפים השונים בהגשמת המזימה העבריינית (ע"פ 2796/95 פלונים נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(3) 388, 401 (1997)).

סעיף 29 לחוק העונשין קובע, כי "מבצע עבירה" הוא "לרבות מבצעה בצוותא"; וממשיך ומורה: "המשתתפים בביצוע עבירה תוך עשיית מעשים לביצועה, הם מבצעים בצוותא, ואין נפקה מינה אם כל המעשים נעשו ביחד, או אם נעשו מקצתם בידי אחד ומקצתם בידי אחר". המבצעים בצוותא מצויים בראש מדרג השותפים בעבירה רבת-משתתפים. הם פועלים כגוף אחד לביצוע המשימה העבריינית, מהווים יחדיו יד-אחת השולטת על הביצוע וכל אחד מהם הוא חלק מהמשימה העבריינית עצמה (ע"פ 4389/93 מרדכי נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(3) 239, 250 (1996); וע"פ 2796/95 בעניין פלונים, לעיל, בעמ' 402). הביצוע בצוותא נלמד מ"מבחן השליטה". על-פי מבחן זה, המבצע בצוותא הוא גורם פנימי לביצוע, השולט - יחד עם אחרים - על הפעילות העבריינית כולה (ע"פ 2796/96 בעניין פלונים, לעיל; וכן ראו: ע"פ 3353/03 עמר עבדל האדי סלימאן נ' מדינת ישראל (5.9.05)). בפסיקה אף הוצע מבחן נוסף, "המבחן המשולב", אשר ניתן להיעזר בו במצבים שבהם הכרעה על-פי "מבחן השליטה" אינה ברורה (דנ"פ 1294/96 משולם ואח' נ' מדינת ישראל, פ"ד נב(5) 1 (1998)). על-פי המבחן המשולב, מבצע עיקרי הוא זה אשר תרומתו לאירוע עברייני רב-משתתפים מתבטאת בהתנהגות - אקטיבית או פאסיבית - וביחס נפשי, שמקנים לו, לבד או ביחד עם האחרים, את המעמד של העשייה (ראו פרשת משולם, שם, עמ' 6-25; וכן ראו והשוו: ע"פ 3390/98 רוש נ' מדינת ישראל, פ"ד נג(5), 871 (1999); וע"פ 3596/93 אבו סרור נ' מדינת ישראל, פ"ד נב(2) 481 (1998)).

המסייע הוגדר בסעיף 31 לחוק העונשין כדלהלן: "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, הוא מסייע". המסייע הנו גורם חיצוני, שותף עקיף, המדורג נמוך יותר במדרג שותפי העבירה. המסייע מצוי מחוץ למעגל הפנימי של מבצעי העבירה, הוא אינו נוטל חלק בהחלטות הקשורות לביצוע העבירה ואין הוא שולט בה (ע"פ 4389/93 בעניין מרדכי, לעיל, בעמ' 251). תרומתו למשימה

העבריינית הנה חיצונית לביצוע העבירה, ומשנית בלבד. היא באה לידי ביטוי במעשי עזר, הנפרדים ממעשיהם של העבריינים העיקריים המבצעים את העבירה, ואשר מסייעים בכך שיוצרים, בדרך זו או אחרת, תנאים לביצוע העבירה על ידי המבצעים העיקריים (ע"פ 2796/95 בעניין פלוניס, לעיל, עמ' 405).

36. ממכלול הראיות עולה, כי שני הנאשמים היו מבצעים עיקריים בעבירת יבוא הסמים. נאשם 1 היה שותף מלא לעסקה - לתכנונה ולהוצאתה אל הפועל; ומשנדחתה טענתו לפיה מדובר בהברחת כדורי ויאגרה ונקבע כי מדובר בהברחת סמים - מתחייבת המסקנה כי היה מבצע עיקרי של עבירת יבוא הסמים. טענתו של נאשם 2, לפיה לא היה צד לעסקה אלא רק סייע בידי נאשם 1, לא הייתה אמינה כלל ועיקר. מהתשתית הראייתית שהובאה לעיל, עולה כי נאשם 2 היה שותף מלא בעסקת יבוא הסמים יחד עם נאשם 1, השקיע בה כספים בסכומים ניכרים, נפגש עם הבלדר בארץ ובחו"ל והתלווה אליו בטיסתו מפרגוואי לספרד בעת יבוא הסם. תוכן האזנות הסתר לשיחותיהם של הנאשמים בינם לבין עצמם, וכן עם הבלדר יעקב ועם מקבל הסמים יצחק, מצביע על-כך ששניהם פעלו כגוף אחד לביצוע העבירה של יבוא סמים, נשאו בהוצאות הניכרות למימון העסקה, נתנו את ההוראות ליתר המעורבים (הבלדר ומקבל הסם), ובכך שלטו יחדיו על הפעילות העבריינית כולה. על-כן, ובהתאם ל"מבחן השליטה" יש לראות את השניים כמבצעים עיקריים בצוותא של עבירת יבוא הסמים.

הסמכות הטריטוריאלית

37. הצדדים חלוקים ביניהם גם בסוגיית הסמכות הטריטוריאלית של בית-משפט זה לדון בעבירה של יבוא מסוכן, אשר בוצעה בחו"ל. הנאשמים גורסים, כטענה חלופית, כי לבית-משפט זה אין סמכות טריטוריאלית לדון בעבירה הנדונה, הואיל וכל יסודות העבירה בוצעו מחוץ לתחום שטח ריבונות המדינה, והיות שכתב-האישום לא הוגש על-ידי היועץ המשפטי לממשלה או בהסכמתו בכתב. מנגד, התביעה סוברת, כי לבית-המשפט נתונה הסמכות הטריטוריאלית לדון באישום, זאת הואיל ולשיטתה, "מקצת העבירה" בוצעה בתוך שטח המדינה.

נקודת המוצא בענייננו, היא הוראת סעיף 12 לחוק העונשין, המורה כי "דיני העונשין של ישראל יחולו על כל עבירת פנים". כאשר מדובר ב"עבירת חוץ", תחולת דיני העונשין של ישראל מותנית בתנאים שונים - המפורטים בסימן ג' בפרק ג' לחוק העונשין; והעמדתו לדין של אדם בישראל על עבירת חוץ תעשה אך בידי היועץ המשפטי לממשלה או בהסכמתו בכתב, אם ראה כי יש בכך עניין לציבור - כאמור בסעיף 9(ב) לחוק.

הזיקה הטריטוריאלית הנה הזיקה הראשונה במעלה מבחינת תחולת דיני העונשין והנורמות הפליליות,

ומשמעותה היא כי למדינה נתונה הסמכות לדון בכל העבירות הנעשות בשטחה, זאת מכוח עקרון היסוד של ריבונות המדינה (ע"פ 8831/08 מדינת ישראל נ' אחמד אל שאחארה (30.6.10) בפסקה 13 לפסק-הדין). זיקה זו נועדה לקדם את תכליתם של דיני העונשין להבטיח את הסדר הציבורי בתוך השטח הריבוני של המדינה, ולהגן על הערכים הבסיסיים והנורמות של החברה בישראל (ע"פ 4391/03 יוסף אבו ריא נ' מדינת ישראל, פ"ד ס(3) 520, 534 (2005) בפסקה 11) וכן ראו: ש"ז פלר, יסודות בדיני עונשין, כרך א' עמ' 239).

סעיף 7 לחוק העונשין מגדיר מהי "עבירת פנים", לצורך הגדרת סמכותו הטריטוריאלית של בית המשפט בישראל, בהתאם לסעיף 12 לחוק. וכך מורה הסעיף:

"העבירות לפי מקומן

(א) "עבירת פנים" -

- (1) עבירה שנעברה כולה או מקצתה בתוך שטח ישראל;
- (2) מעשה הכנה לעבור עבירה, ניסיון, ניסיון לשדל אחר, או קשירת קשר לעבור עבירה, שנעשו מחוץ לשטח ישראל, ובלבד שהעבירה, כולה או מקצתה, הייתה אמורה להיעשות בתוך שטח ישראל.

(ב) "עבירת חוץ" - עבירה שאיננה עבירת פנים.

- (ג) "שטח ישראל", לעניין סעיף זה - שטח הריבונות של מדינת ישראל כולל רצועת מימי-החופין שלה, וכן כלי-השייט וכלי-הטייס הרשומים בישראל".

מניסוח הסעיף האמור עולה, כי עבירה תיחשב כ"עבירת פנים", אם מקצתה נעברה בתוך שטח ישראל - כאמור בסעיף 7(א)(1) לחוק; וכן כי עבירת ניסיון, אף אם נעברה מחוץ לשטח ישראל, תיחשב עבירת פנים, כאשר העבירה המושלמת אמורה הייתה להיעשות כולה או מקצתה בתוך שטח ישראל - כאמור בסעיף 7(א)(2) לחוק. לעניינו רלבנטית החלופה הראשונה מבין השתיים.

לצורך התחולה הטריטוריאלית של הנורמה הפלילית על "מקצת העבירה" לפי סעיף 7 לחוק, כלל הוא כי "מקצת" זה צריך להיות חלק מן היסוד העובדתי של אותה עבירה (פלר, שם, עמ' 260; ע"פ 400/88 עיסא ע'ית נ' מדינת ישראל, פ"ד מד(1) 778 (1990), בפסקה 6 לפסק-הדין; ע"פ 4391/03 בעניין אבו ריא, לעיל; ובש"פ 5383/13 פואד דוידאר נ' מדינת ישראל (19.8.13) בפסקה יח' להחלטה).

38. מכאן לסוגיית "מקצת העבירה" והשותפות לביצועה, כאשר מדובר בעבירה רבת משתתפים. בספרו התייחס פרופ' פלר לשאלת הסמכות הטריטוריאלית בעבירה רבת משתתפים, זאת בזיקה לסעיף 26 לחוק העונשין כנוסחו לפני תיקון 39 לחוק, אשר קבע, בין-השאר, כי אם נעברה עבירה יראו גם את המסייעים והמשדלים כמי שהשתתפו בביצועה ונושאים באחריות לה. בהקשר זה, ציין פרופ' פלר: "מקצת העבירה" יכול שתבטא בחלק מן הביצוע הישיר של העבירה בתוך שטח המדינה, יכול שתהיה נעוצה במעשי שידול שנעשו בתוך שטח המדינה כאשר העבירה גופא נעברה מחוץ לארץ ויכול שתזדהה במעשי סיוע, שנעשו בשטח המדינה, כדי לאפשר את המימוש בחוץ לארץ. בכל ההיפותוזות הללו על-פי הוראות סעיפים 3 ו-26 לחוק העונשין, תיפול העבירה כולה, על תרומותיהם של כל השותפים לביצועה, בגדר הנורמה הפלילית של המדינה, מכוח תכולתה הטריטוריאלית הנגררת" (לעיל, בעמ' 263). יוער, כי בתיקון 39 לחוק העונשין, בוטלה הוראת סעיף 26, ונוצרה הבחנה בין קבוצת המבצעים העיקרים, לבין קבוצת המשדלים וקבוצת המסייעים. אחריותו של המשדל נקבעה בסעיף 30 לחוק ושל המסייע - בסעיף 31; ועונשם של כל אחד מהשניים נקבע בסעיפים 32 ו-33.

39. בע"פ 84/88 מדינת ישראל נ' יעקב אברג'יל, פ"ד מד(2) 133 (1990), דן בית-המשפט העליון בסוגיה דומה לזו שבעניינו. באותו מקרה נדרש בית-המשפט לשאלת הסמכות הטריטוריאלית של בית-משפט בישראל לדון בעבירה של יצוא סם מסוכן שבוצעה מחוץ לגבולות המדינה - מטורקיה לצרפת. בית-המשפט העליון פסק, כי די בכך שהקשר הפלילי לביצוע עבירה של יצוא סם בוצע בישראל, כדי לקבוע ש"מקצת העבירה" של יצוא הסמים בוצעה בישראל. בהגיעו למסקנה זו, הפנה בית-המשפט העליון לדבריו של פרופ' פלר, בספרו לעיל, והוסיף: "אם נקבע, כי ניתן להעמיד בישראל אדם לדין בגין עבירה שבוצעה בחוץ-לארץ על-ידי אחר, לאחר שהלה שודל לבצעה על ידי הנאשם בישראל, מהטעם שיש לראות במעשה השידול משום מקצת העבירה המושלמת (ותשובתו החיובית של פרופ' פלר לגבי שאלה זו מקובלת עלי), אזי אינה קיימת סיבה שלא להסיק אותה מסקנה גם ביחס לקשירת הקשר בארץ, אשר לקידומו מבוצעות עבירות שונות מחוץ לישראל" (לעיל, בעמ' 145 לפסק-הדין). יוער, כי על-פי ההלכה האמורה, עבירת פנים של יצוא או יבוא סמים מסוכנים, משתכללת גם כאשר ה"יבוא" או ה"יצוא" נעשים שלא לישראל או ממנה; ובלבד, כאמור, ש"מקצת העבירה" בוצעה בישראל.

40. אינני נדרש לשאלה, האם ההלכה שנפסקה בע"פ 84/88 בעניין אברג'יל (לעיל), ממשיכה לחול גם בעניינים של קושרים שאינם בגדר מבצעים בצוותא, זאת לאור שינוי החקיקה בתיקון 39 לחוק העונשין, ובכללם - ביטול סעיף 26 וביטול האחריות הסולידרית של הקושרים. מכל מקום, ניכר שההלכה האמורה תקפה עד היום, מקום בו הקשר בוצע בישראל על-ידי המבצעים בצוותא של העבירה, כמו בעניינו. בנסיבות המקרה שלפנינו, וכפי שעולה ממארג

הראיות הנסיבתיות שהובא לעיל, מדובר ב"עבירת פנים", שכן "מקצתה" בוצעה בישראל; זאת - הן הואיל והקשר הפלילי לביצוע העסקה על-ידי המבצעים בצוותא נרקם בישראל, והן היות שנאשם 1, ששימש יחד עם נאשם 2 כמבצע עיקרי של עבירת יבוא הסמים, ניהל מישראל את עסקת יבוא הסמים, ושלט מישראל בעסקה ובמבצעה באמצעות הוראות שניתנו על-ידו.

41. כאן המקום להתייחס לזיקה שבין סעיף 7 לחוק העונשין לבין סעיף 38 לפקודת הסמים המסוכנים. סעיף 38 לפקודת הסמים, אשר נחקק טרם חקיקתו של סעיף 7 לחוק העונשין, דן בעבירות סמים, שהן "עבירות חוץ". סעיף 38(א) לפקודה קובע, כי כאשר אזרח או תושב ישראל עושים מחוץ לישראל מעשה, שאם הוא נעשה בישראל היה בגדר עבירה לפי פקודת הסמים המסוכנים - יראו אותו כאילו עבר את העבירה בישראל. סעיף 38(ד) לפקודה מורה, כי כתב-אישום לפי סעיף זה לא יוגש אלא מטעם היועץ המשפטי לממשלה, או בהסכמתו בכתב. כבר נפסק, כי ההסדרים בשני החיקוקים האמורים, דרים בכפיפה אחת, זה בצד זה; כי הוראות סעיף 7 לחוק העונשין קובעות מהם התנאים להיותה של עבירה "עבירת פנים" שנתונה לגביה סמכות טריטוריאלית לבית-המשפט בישראל; וכי הוראות סעיף 38 לפקודת הסמים המסוכנים עוסקות בעבירות סמים שהן "עבירות חוץ" על-פי טיבן, הואיל ואלו בוצעו כולן מחוץ לשטח ישראל (ע"פ 4391/03 בעניין אבו ריא, לעיל, בפסקה 14 לפסק-הדין; וכן ראו: דנ"פ 2980/04 חוזה אויקו נ' מדינת ישראל, פ"ד ס(4) 34 (2005)).

משבוצעה בישראל "מקצת העבירה" של יבוא סם מסוכן מפרגוואי לספרד, יש לראות את העבירה הנדונה כ"עבירת פנים", ולא נדרשת, אפוא, הסכמתו של היועץ המשפטי להעמדתם של הנאשמים לדין.

הטענה בדבר אכיפה בררנית

42. הנאשמים טוענים, כי יש לבטל את האישום השלישי מחמת הגנה מן הצדק, לפי סעיף 149(10) לחוק סדר הדין הפלילי, בשל אכיפה בררנית; זאת הואיל ויעקב עמר שוחרר ממעצרו ולא הוגש נגדו כתב-אישום עד עצם היום הזה. החלת דוקטרינת ההגנה מן הצדק מחייבת בדיקה בת שלושה שלבים: ראשית - יש לזהות את הפגמים שנפלו בהליך; שנית - יש לבחון אם חרף הפגמים שנפלו, יש בקיום ההליך הפלילי פגיעה מהותית בתחושת צדק והגינות; ושלישית - ככל שההליך כרוך בפגיעה כאמור, יש לבחון האם לא ניתן לרפא את הפגמים באמצעים מתונים יותר מביטול של כתב-האישום (ע"פ 4855/02 בעניין בורוביץ, לעיל; וע"פ 6328/12 מדינת ישראל נ' פולדי פרץ (10.9.13)). לכאורה נפל פגם בכך שיעקב עמר, אשר היה שותף מלא לייבוא הסמים, לא הועמד לדין לאחר שנחקר על האירועים הנדונים מבלי שנתבקש מעצרו. ואולם, הפגם נרפא בכך שבסמוך למועד הגשת הסיכומים הודיעה המאשימה, כי קיימת

תשתית להעמדתו לדין והוא הוזמן לשימוע. בנסיבות אלו, אף אם החל ההליך האכיפתי נגדו באיחור, לא עומדת עוד לנאשמים טענת האכיפה הבררנית, ומכל מקום - העיכוב בהליכי העמדתו של יעקב עמר לדין אינו מקים עילה לביטול האישום מחמת הגנה מן הצדק.

43. על-יסוד האמור לעיל, הוכחה בנטל המוטל על המאשימה, קרי - מעבר לספק סביר, גם העבירה שיוחסה לנאשמים באישום השלישי, של יבוא סם מסוכן - לפי סעיף 13 לפקודת הסמים המסוכנים.

האישום הרביעי

44. כאמור, נאשם 2 הודה בתשובתו לאישום בעובדות המיוחסות לו באישום הרביעי, ומכאן שיש להרשיעו, על-פי הודאתו, בשלוש עבירות של הפרת הוראה חוקית - לפי סעיף 287(א) לחוק העונשין.

סוף דבר

45. על-יסוד האמור לעיל, אני מרשיע את שני הנאשמים כדלהלן: בעבירת יבוא סמים מסוכנים - לפי סעיף 13 לפקודת הסמים המסוכנים, שיוחסה להם באישום השלישי; ובעבירת החזקת כלים להכנת סם מסוכן - לפי סעיף 10 לפקודת הסמים המסוכנים, שבה הואשמו באישום השני. בנוסף, מורשע נאשם 1 בשתי עבירות של קשירת קשר לביצוע פשע - לפי סעיף 10 לפקודת הסמים המסוכנים, הנדונות באישום הראשון; ונאשם 2 מורשע בשלוש עבירות של הפרת הוראה חוקית - לפי סעיף 287(א) לחוק העונשין, נושא האישום הרביעי. שני הנאשמים מזוכים מעבירה של ניסיון לייצור סם מסוכן, אשר יוחסה להם באישום השני.

ניתנה היום, ט"ז בכסלו, התשע"ה, 8.12.14, במעמד ב"כ המאשימה, הסנגורים והנאשמים.

יורם נועם, שופט