

ת"פ 54297/02/13 - מדינת ישראל נגד איליאן סאיג

בית משפט השלום בתל אביב - יפו

ת.פ.54297-02-13 מדינת ישראל נ' סאיג
בפני כבוד השופט צחי עוזיאל

המאשימה: מדינת ישראל ע"י ב"כ, עו"ד דיה בן אסא
נגד
הנאשם: איליאן סאיג
ע"י ב"כ, עו"ד אבי כהן

הכרעת דין

1. בהתאם לעובדות כתב האישום, ביום 4.7.11, בסמוך לשעה 16:30, בחנות שבבעלותו, החזיק הנאשם סם מסוכן מסוג JWH - 18 במשקל כולל של 17.23 גרם (להלן - **הסם**). עוד נטען בכתב האישום, כי במהלך החודשים אפריל עד יוני 2011 החזיק הנאשם בסם נוסף מהסוג האמור ומכר אותו לבאי החנות. על בסיס המסכת הנ"ל, ייחסה המאשימה לנאשם עבירות של **החזקת סם שלא לשימוש עצמי** בניגוד לסעיף 7(א) + (ג) לפקודת הסמים המסוכנים [נוסח חדש], התשל"ג - 1973 (להלן - **פקודת הסמים המסוכנים**) ושל **סחר בסם מסוכן** בניגוד לסעיף 13 לפקודת הסמים המסוכנים.
2. בפתח הדברים, יצוין כי רק ביום 5.4.11 חתם ראש הממשלה ושר הבריאות על הודעת הסמים המסוכנים (שינוי התוספת הראשונה לפקודה), התשע"א - 2011, במסגרתה הפך החומר מסוג JWH - 18 לסם אסור בניגוד לפקודת הסמים המסוכנים (סעיף 1(יא) להודעה; ראה גם ת/8, ע' 6, פרק חוקיות השימוש). ביום 8.5.11 פורסמה הודעה זו בקובץ תקנות 6998 ובמסגרתה נקבע כי תחילתה ארבעה עשר ימים מיום פרסומה, היינו ביום 21.5.11. לפיכך, ביום 4.7.11, עת נתפסו ברשות הנאשם שש שקיות שהכילו חומר מסוג JWH - 18, החזקתם היוותה עבירה לפי פקודת הסמים המסוכנים.
3. ב"כ הנאשם, בתשובתו לכתב האישום, מסר בין השאר כי: "**רב החומרים שנתפסו בחנות היו חומרים חוקיים, למעט הכמות הקטנה, שהסתבר שהיא נכנסה לפקודת הסמים חודש לפני זה, ללא ידיעתו. באותה תקופה כל החנויות והקיוסקים היו מלאים בחומרים כאלה, הוא אומר במשטרה שהוא סבר שהחומר חוקי. יש טעות במצב דברים קלאסי. אם לא די בכך החיפוש הוא בניגוד מוחלט להלכת בן חיים**" (ע' 3, ש' 15-19). בהסתמך על עמדה זו ובהסכמת ההגנה, הגישה המאשימה את ראיותיה מבלי לשמוע עדויות.
4. כאן המקום לציין, כי אין ולא הייתה מחלוקת בין הצדדים, כפי שאף עולה מהראיות שהגישה המאשימה, כי ביום 14.7.11, במסגרת חיפוש, נתפסה בקיוסק של הנאשם כמות גדולה יחסית של חומרים החשודים כסמים בתוך

עשרות שקיות קטנות (למעלה ממאה חמישים שקיות) שעליהן צוין אחד מהשמות הבאים: "MR. BROWN"; "iSpice SKY"; "Feel"; "Spice"; "Mr. Nice Guy"; "Regal Blend" ו-"סמרט ג'וקר" (ראה ת/2; ת/3). עוד אין מחלוקת בין הצדדים כי שש שקיות בלבד, עליהן צוין "iSpice SKY", כללו סם מסוכן מסוג 18 - JWH במשקל כולל של 17.23 גרם (ראה ת/3, סעיף 5; ת/3, ע' 3, מספר מוצג A5). יוער, כי כל השקיות שנתפסו בקיוסק, הובאו, לבקשת ההגנה, לישיבה שהתקיימה ביום 11.3.14 (ראה תמונות שהגישה המאשימה לאחר הישיבה), וזאת כדי להמחיש את היחס בין שש השקיות שהכילו סמים, המהוות כארבעה אחוזים בלבד מכלל השקיות שנתפסו, לבין היתר (כ-150; ראה ת/2; ת/3, ע' 3).

5. בתום פרשת התביעה ולאחר שנדחתה טענת ההגנה שלא להשיב לאשמה, העיד הנאשם. במסגרת עדותו, מסר הנאשם בין השאר כי היה הבעלים של הקיוסק במשך מספר חודשים בלבד עד ליום בו נתפסו הסמים והסביר כי "בא אליי בחור שהציע לי למכור את הספייס/ג'וקר/מיסטר נייס/הרצל היה כ"כ הרבה סוגים, אמר לי שזה קטורת שמוכרים בעסקים בתל-אביב,..... בכל מקום בתל-אביב, היה פרסום בשלטים, כל מקום בארץ, זה לא משהו שהיה מוותר, זה משהו שדיברו הוא בא הציע לי את החומר הזה, קניתי ב-18 ₪ את השקיות, כל שקית 18 ₪. הוא אמר לי שמוכרים ב-40-50 או 30 ₪. רשום על זה קטורת....שאלתי אותו אם זה סמים, הוא אמר לי לא, שזה חוקי. הוא הביא לי מכתב מעורך דין, שאהיה רגוע" (ע' 12, ש' 27 ואילך). בחקירתו הנגדית, הבהיר הנאשם כי נהג לרכוש השקיות מסוכן או מחנויות שונות ברחוב אלנבי, אם כי לא מסר, שלא לומר התחמק מלמסור, שם של אדם או חנות שמהם נרכשו השקיות (ע' 18, ש' 2).

עוד העיד הנאשם, כי החזיק את השקיות "בדלפק מתחת לקופה, איפה שהמגירה של כל הדברים" (ע' 13, ש' 12) ולשאלת התובעת מדוע לא הציג השקיות במקום גלוי השיב כי "באלנבי היה מתקנים לסיגריות, שם היה מקום לזה, לי לא היה מקום להציג את זה" (ע' 15, ש' 20), אם כי אישר כי סיגריות הוצגו למכירה במקום גלוי, שכן, לדבריו, "סיגריות זה שונה, לגבי החומר הזה, הכל אותו דבר" (ש' 25). במהלך חקירתו הראשית של הנאשם, הגישה ההגנה מכתב מיום 16.10.10 חתום על-ידי עורך דין, הממוען לאדם בשם צבי שירי, שבו צוין בין השאר כי "כפי שנמסר לי על ידך, המוצר 'סבבה' המשמש לצרכי קטורת (להלן: "המוצר"), מכיל את המרכיבים הבאים: JWH018, עלי צמח דמיאנה....הריני לאשר כיאף אחד ממרכיבי המוצר האמור לעיל, אינו מופיע בפקודת הסמים במדינת ישראל.....המוצר אינו סם, ככל שמדובר במדינת ישראל" (להלן - המכתב). לגבי המכתב האמור, ציין הנאשם כי פנה אל אותו בחור שהציע למכור לו את השקיות, "שאלתי אותו אם זה סמים, הוא אמר לי לא, שזה חוקי. הוא הביא לי מכתב מעורך דין, שאהיה רגוע" (ע' 13, ש' 4). לשאלת התובעת באשר להימנעותו מלהציג את המכתב במהלך חקירתו למרות שציין כי הוצג לו בעת שרכש השקיות (ת/1, ש' 17), השיב הנאשם כי "היה אצלי, אני לא יודע איפה מה. בזמן החקירה זה היה תלוי אצלי....אחד הבחורים הביא לי את המכתב, אני לא יודע מי הוא, שלחו לי בפקס" (ע' 17, ש' 15-29).

6. בתום שמיעת הראיות וסיכומי הצדדים, ביקשה המאשימה לזכות את הנאשם מעבירה של סחר בסמים, שלא הוכחה, ובקשה להרשיעו בעבירה הנוספת של החזקת סם שלא לצריכה עצמית בקשר לשש השקיות שהכילו סם מסוג 18 - JWH במשקל כולל של 17.23 גרם על סמך הראיות שהציגה. ההגנה, לעומת זאת, טענה כי קמה לנאשם הגנה של טעות במצב דברים או טעות במצב משפטי.

דין והכרעה

7. בפתח הדיון, יוזכר כי במסגרת המענה לכתב האיטום טענה ההגנה כי החיפוש שבמסגרתו נתפסו השקיות אינו עומד באמות המידה שנקבעו בהלכת בן-חיים (רע"פ 10141/09 **בן חיים נגד מדינת ישראל** (נבו, 6.3.12)). הגם שנראה כי ההגנה זנחה טענה זו בסיכומיה, מן הראוי לציין כי החיפוש נערך בעקבות ידיעה מודיעינית שנמסרה באותו היום, שבה צוין בין השאר כי בחנות של הנאשם "**ישנו סחר בסמים מסוג חגיגת.....כרגע הוא קיבל שקית שחורה מלאה בשקיות קטנות ובהן סמים**" (ת/5). לפיכך, מדובר בחיפוש חוקי שבוצע מכוח סעיף 125(1) לפקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש) [נוסח חדש], תשכ"ט-1969, המסמיך שוטר להיכנס ולחפש, בלא צו חיפוש, בכל מקום כאשר "**יש לשוטרי יסוד להניח שמבצעים שם פשע, או שפשע בוצע שם זה מקרוב**".

8. במסגרת טיעוניה, הפנתה ההגנה לסייגים לאחריות פלילית העוסקים בטעות במצב דברים וטעות במצב משפטי וטענה כי עומדת לזכות הנאשם הגנה מפני אחריות פלילית, שכן מדובר במי אשר, לשיטת ההגנה, טעה לחשוב כי החומר המצוי בשש השקיות אינו סם מסוכן שהחזקתו אסורה. לגישת ההגנה, מכלול הראיות, ובכלל זה העובדה שמדובר בחלק קטן מאד (ארבעה אחוזים בלבד) מכלל החומר שנתפס, שהחזקתו נאסרה על פי פקודת הסמים כחודש וחצי בלבד קודם לכן, וקבלת מכתב חתום על-ידי עורך דין בקשר לחוקיותו של החומר הנדון, מבסס, ברמה הנדרשת, פטור מאחריות פלילית.

9. בטרם בחינת טענת ההגנה, יש לציין כי מקומה להתברר במסגרת ההגנה של טעות במצב משפטי ולא טעות במצב דברים. אמנם, במקרים מסוימים, ההבחנה בין הטעויות הנ"ל עשויה להיות עמומה, אלא שכאשר מדובר במי שנוהג בניגוד לאיסור פלילי בהנחה שמותר לו לעשות כן, כנטען על-ידי ההגנה, הרי שהוא טועה לכאורה במצב משפטי ולא במצב דברים. השתייכותן של טענות ההגנה לסייג הטעות במצב משפטי הפכו ברורות יותר לאחר תיקון 39 לחוק העונשין והסדרת הנושא במסגרת סעיף 34 לחוק העונשין, לפיו "**לעניין האחריות הפלילית אין נפקה מינה אם האדם דימה שמעשהו אינו אסור, עקב טעות בדבר קיומו של איסור פלילי או בדבר הבנתו של האיסור, זולת אם הטעות היתה בלתי נמנעת באורח סביר**" (ההדגשה אינה במקור).

במסגרת ההוראה הנ"ל, נקבע חריג לכלל הבסיסי בדבר אי ידיעת הדין אינה פוטרת, שעניינו טעות במצב משפטי שהיא "בלתי נמנעת באורח סביר". הגנה זו מותנית בהתממשותם של שני פרמטרים: **ראשית** - מדובר בטעות סובייקטיבית, כנה ובתום לב. **שנית** - מדובר בטעות בלתי נמנעת באורח סביר על פי אמות מידה אובייקטיביות (ראה ע"פ 5672/05 **טגר בע"מ נגד מדינת ישראל** (נבו, 21.10.07); ע"פ 845/02 **מדינת ישראל נגד תנובה מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית לישראל בע"מ** (נבו, 10.10.07)). יתר על כן, כאשר מדובר בטענה מהסוג הנדון, הקשורה בשאלת סיווגו של חומר כסם מסוכן לפי פקודת הסמים, הרי ששאלת התקיימותה של ההגנה תיבחן על רקע חזקת הידיעה הקבועה בסעיף 31 (2) לפקודת הסמים לפיו "**היה המשפט על עבירה לגבי סם, חזקה על הנאשם שידע כי הסם הוא מסוכן, והטוען להגנתו שלא ידע על כך - עליו הראיה**". במצב דברים זה, במקרים מהסוג הנדון, הנטל שיוטל על הנאשם לשכנע כי חל בעניינו סייג הטעות במצב משפטי הוא, להשקפתי, כבד יותר.

10. בחינת עניינו של הנאשם, על רקע חזקת הידיעה האמורה, הביאה אותי למסקנה כי לא עלה בידו להוכיח כי טעה בתום לב וממילא לא ניתן לומר כי מדובר בטעות בלתי נמנעת באורח סביר. יוזכר, כי הנאשם העיד כי חשד שמדובר בסמים, אז פנה אל הסוכן שמכר לו, שאת פרטיו לא ידע לגלות, וכי "**שאלתי אותו אם זה סמים, הוא אמר לי לא, שזה חוקי**" (ע' 13, ש' 4). עובדה זו, כמו גם העובדה שמדובר במי אשר הסתיר את השקיות

"**בדלפק מתחת לקופה**" (ע' 13, ש' 12), למרות שמוצרים אחרים, כגון סיגריות, הונחו על דלפק גלוי, פועלות לחובתו בעניין הנדון ומצביעות כי מדובר במי אשר לכל הפחות חשד או עצם את עיניו באשר לחוקיותו של החומר. מטעם זה, יש קושי לומר כי מדובר בטעות כנה ובתום לב.

11. באשר למכתב מעורך הדין שהציג הנאשם בפרשת ההגנה, שבו צוין כי חומר מסוג JWH - 18 אינו סם במדינת ישראל, הרי שלא מצאתי שיש בו כדי לסייע לו. ראשית, לא הוכח כל קשר בין תוכנו של המכתב, שהופנה לאדם אחר, אותו הנאשם אינו מכיר (ע' 17, ש' 24), ובקשר למוצר בשם "סבבה" שאוזכר במכתב, לבין שש השקיות שנתפסו אצל הנאשם ועליהן צוין "**iSpice SKY**". העובדה כי בשני ה"מוצרים" קיים חומר מסוג JWH - 18 אינה מלמדת בהכרח כי הנאשם קיבל עצה משפטית בזמן אמת ובקשר לשקיות שהחזיק ולא ניתן להשתחרר מהתחושה כי מדובר במכתב, גם אם הוצג במועד כלשהו לנאשם (הנאשם מסר בהודעה כי הוצג לו מכתב מעורך דין; ת/1, ש' 18), שהותאם בדיעבד לענייניו. שנית, גם אם היה ניתן לראות במכתב כעצה משפטית מגורם מוסמך שניתנה לנאשם בקשר לשקיות הנדונות, וכאמור לא כך הם פני הדברים, הרי שמדובר בעצה הנכונה לשעתה (16.10.10) והיה על הנאשם להתעדכן מעת לעת באשר לתוקפה. במצב דברים זה, יש קושי לאפשר לנאשם ליהנות מההגנה של טעות במצב משפטי. יודגש, כי לא נעלמה מעיני הטענה בדבר היחס בין השקיות שבהן נתפס הסם לבין כלל השקיות, אלא שלא מצאתי, לאור המכלול האמור, כי יש בנתון זה כדי להביא למסקנה שאליה נושאת ההגנה את עיניה. בהקשר זה, ראוי לציין, בבחינת מעבר לנדרש, כי החומר שנתפס ביתר השקיות (2201-AM; ראה ת/3, עמוד אחרון) מהווה אף הוא, כיום, סם מסוכן לפי פקודת הסמים, כך שאין לראות בנאשם כמי שהחזיק חומר שאינו מסוכן ורק חלק קטן ממנו היה, בטעות כנה, סם מסוכן, כי אם במי שהחזיק חומר מסוכן, שרק חלק קטן ממנו סווג באותה העת סם מסוכן.

12. בטרם סיום, יצוין כי לא הוכח המועד שבו קיבל הנאשם לידיו את שש השקיות נשוא ההליך, האם היה לפניו או אחרי כניסת האיסור לתוקף, אלא שלא מצאתי כי יש בנתון זה כדי להשליך על התוצאה שאליה הגעתי. בהקשר זה, ראוי להפנות להחלטת בית המשפט העליון ברע"פ 3400/13 **יצחק סבג נגד מדינת ישראל** (נבו, 17.7.13), במסגרתה נדון עניינו של מערער שהורשע בהחזקת סמים שהוכנסו לפקודת הסמים 11 ימים בלבד קודם לכן, כאשר ההחזקה החלה בטרם כניסת האיסור לתוקף. במסגרת ההחלטה הנ"ל, צוין בין השאר כדלקמן:

"אף אם המערער לא היה מודע לאיסור זה - וכאמור, אין זה המצב בעניינינו - הרי טעות במצב המשפטי אינה פוטרת אותו מאחריות פלילית (סעיף 34 ל^ט לחוק העונשין; עניין אזרי, פסקה 17). ודוק: עצם ההחזקה היא הרכיב ההתנהגותי הנדרש לשם גיבוש העבירה. עצם ההימצאות במצב של שליטה בסמים היא שאסורה על פי דין, וזאת אף מבלי לתת את הדעת לשאלת אחריות המחזיק בסם ל"כניסה" לאותו מצב (ראו והשוו: יעקב קדמי על הדין בפלילים: חוק העונשין חלק ראשון 82 (2004))....."

....

לא מצאתי כי העמדתו לדין של המבקש והרשעתו בפלילים מעוררות קושי משפטי. ראשית, ההודעה שפורסמה ברשומות קבעה כי האיסור על החזקת הסם ייכנס לתוקף בתום שלושים ימים מיום פרסומה. ככלל, השהיית כניסתו לתוקף של הוראות חוק - באמצעות הוראות תחולה ספציפיות בזמן - מטרתה לאפשר לציבור להיערך בצורה יעילה ואפקטיבית ליישום ההוראות החדשות (ראו: גבריאל הלוי תורת דיני העונשין כרך א' 310-311 (2009)). תקופת ההסתגלות האמורה אפשרה אפוא למחזיק לפעול באופן אקטיבי לפני כניסת האיסור הפלילי לתוקף".

דברים אלה יפים לעניינו ורלבנטיים לסוגיות שנדונו לעיל.

13. לאור כל האמור, אני מרשיע את הנאשם בעבירה של **החזקת סם שלא לשימוש עצמי** בניגוד לסעיף 7(א) + (ג) לפקודת הסמים המסוכנים ומזכה אותו מעבירה של **סחר בסם מסוכן** בניגוד לסעיף 13 לפקודת הסמים המסוכנים.

ניתנה היום, א' ניסן תשע"ד, 01 אפריל 2014, במעמד הצדדים