



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 7456/09

בפני : כבוד השופט א' א' לוי
כבוד השופטת מ' נאור
כבוד השופטת ע' ארבל

העותר : צביקה מידברג

נגד

המשיבים : 1. בית משפט השלום בראשון לציון (כב' השופטת
ש' יעקובוביץ')
2. מדינת ישראל - פרקליטות מחוז המרכז
3. מדינת ישראל - שר הבריאות

עתירה למתן צו על תנאי

תאריך הישיבה : י"ד בטבת התש"ע (31.12.2009)

בשם העותר : עו"ד קובי סודרי

בשם המשיבים 2-3 : עו"ד ערין ספדי, עו"ד אפרת ברזילי,
עו"ד דנה בריסקמן, עו"ד וסטרמן

פסק-דין

השופטת מ' נאור :

1. העותר עומד לדין בפני בית משפט השלום בראשון לציון על החזקת סמים שלא לצריכה עצמית על פי פקודת הסמים המסוכנים [נוסח חדש], התשל"ג-1973 (ת"פ 3962/08). על פי הנטען החזיק העותר קפסולות המכילות את הסם המסוכן מתילון. כתב האישום כלל מלכתחילה עבירות נוספות אך בהמשך הוגש כתב אישום מתוקן, ועל ענין זה אין אנו רואים צורך להרחיב. העותר נמצא במעצר עד לסיום ההליכים שהוארך מעת לעת על פי החלטות שניתנו בבית משפט זה (בש"פ 4585/09 ; בש"פ 6789/09 ; בש"פ 9422/09). בדיון שהתקיים לפנינו ביום 31.12.2009 למדנו לדעת כי ההליכים

בבית משפט השלום הסתיימו וכי בית משפט השלום ממתין עתה להכרעתנו בעתירה זו בטרם יחליט אם עליו לשמוע ראיות נוספות או שיוכל לשמוע סיכומים וליתן את הכרעת דינו. על כן החלטנו, בשים לב לכך שהעותר עצור כבר פרק זמן ממושך, לומר דברנו בקצרה, כך שניתן יהיה לסיים את ההליך הפלילי.

2. העותר העלה בבית משפט השלום, בין שאר טענותיו, טענה התוקפת את חוקיות ההכרזה על הסם מתילון כסם מסוכן. לטענתו, החלטת שר הבריאות בעניין זה לקתה בחוסר סבירות ובחוסר מידתיות קיצוניים וברורים היורדים לשורש העניין והמצדיקים את ביטולה. המדינה התנגדה לדיון בשאלה זו בדרך של תקיפה עקיפה, ציינה כי העניין אינו מתאים לבירור בהליך הפלילי והוסיפה כי אין זה תפקידו של בית המשפט הדין בפלילים לעסוק ביישומו של המשפט המינהלי. בית המשפט (כב' השופטת ש' יעקובוביץ', החלטה מיום 13.9.2009) דחה את בקשת העותר לדון ולהכריע בשאלת תוקפה של החלטת שר הבריאות (המשיב 3) להוסיף את המתילון לרשימה שבתוספת לפקודת הסמים המסוכנים. בית המשפט ציין כי אין המדובר בטענה המצריכה בירור עובדתי מצומצם. בירור הטענה מחייב בירור עובדתי מעמיק, וטעמים של מדיניות משפטית וציבורית מחייבים שלא לדון להכריע בדרך של תקיפה עקיפה בטענות ממין אלה שהעלה המבקש (העותר) היורדות לשורש תקפותו של איסור הקבוע בדין, המשמש בסיס להגשתם של כתבי אישום. בית המשפט הוסיף כי הכרעה בטענות ממין אלה על ידי הערכאה הדיונית במסגרת הליך פלילי, הכרעה היפה לצורך העניין הנדון בלבד, עלולה לפגוע בוודאות וביציבות המשפטית ולעורר חשש להכרעות סותרות שניתנות על ידי הרכבים שונים על השלכותיהן הקשות. בית המשפט דחה איפוא את הבקשה להתיר לנאשם (העותר) לתקוף במסגרת ההליך הפלילי את החלטת שר הבריאות להוסיף את המתילון לפקודת הסמים המסוכנים.

3. ביום 17.9.2009 הגיש העותר באמצעות סנגורו, עו"ד סודרי, את העתירה שלפנינו ובה ביקש שני סעדים חלופיים - האחד הוא להורות לבית משפט השלום לשנות את החלטתו מיום 13.9.2009 ולאפשר לעותר, במסגרת ההליך הפלילי לנסות ולהשיג על החלטת שר הבריאות לכלול את החומר מתילון בתוספת הראשונה לפקודת הסמים המסוכנים. כסעד חלופי ביקש העותר להורות לשר הבריאות להסביר על שום מה לא יבטל את ההכרזה האמורה.

4. לא נעמוד כאן בהרחבה על גלגולו של ההליך בפנינו. השורה תחתונה של מסקנתנו היא כי יש לבטל את הצו על תנאי ולדחות את העתירה על שני חלקיה. נבאר:

5. לסעד הראשון אין מקום להיעתר ולו בשל כך שמדובר בהחלטת ביניים במסגרת משפט פלילי, החלטה עליה ניתן לערער לבית המשפט המחוזי במסגרת פסק הדין הסופי, ואולי גם להגיש בקשת רשות ערעור לבית משפט זה. רק במקרים יוצאי דופן יתערב בית המשפט הגבוה לצדק בהחלטת ביניים כזו, והמקרה שלפנינו אינו נמנה עליהם (ראו בג"ץ 2751/05 ג'רבי נ' בית המשפט המחוזי בתל אביב, פסקה 2 (טרם פורסם, 21.3.2005); בג"ץ 2291/06 אפל נ' בית משפט השלום בתל אביב-יפו, פסקה 5 (טרם פורסם, 26.3.2006); בג"ץ 2488/07 טי.אמ.טי טכנולוגיות רפואיות בע"מ נ' כבוד השופט יצחק כהן, פסקה 3 (טרם פורסם, 15.4.2007) ורבים אחרים). בא כוח העותר טען שלפנינו שאלה של סמכות המצדיקה התערבות של בית המשפט הגבוה לצדק עוד במהלך הדיון הפלילי. ולא היא: בית המשפט השלום פעל בגדרי סמכותו. הוא גם לא קבע כי אין הוא מוסמך לדון במסגרת תקיפה עקיפה בסעד אותו ביקש העותר, אלא שסבר שאין זה ראוי, בנסיבות הענין, לעשות כן. על כן יחול בענייננו הכלל הרגיל של אי התערבות בית המשפט הגבוה לצדק במהלכם של משפטים פליליים. די בכך כדי לדחות את הסעד הראשי אותו ביקש העותר.

6. נזכיר כי בדיון לפנינו על פה פרשה באת כוח המשיבים עו"ד אפרת ברזילי משנה רחבה וסדורה במסגרתה העלתה הצעות לקווים מנחים בשאלה מתי יזקק בית המשפט הדין בפלילים לתקיפה עקיפה של חוק, תקנות, מעשי מינהל ועוד. עו"ד ברזילי אינה חולקת על כך שבית משפט השלום היה מוסמך לדון בדרך של תקיפה עקיפה בסוגיה שביקש העותר להניח בפניו, אך לטעמה ראוי היה, כפי שעשה בית משפט השלום, להפנות את העותר לתקיפה ישירה דווקא. נוכח המסקנות אליהן הגענו לא ראינו צורך לעסוק כאן בהרחבה בסוגיה הסבוכה של תקיפה ישירה מול תקיפה עקיפה בהליך הפלילי (ראו והשוו פסק דינו של חברי השופט לוי ב- רע"פ 7451/07 מדינת ישראל נ' אהרונוביץ (טרם פורסם, 2.6.2008); כן ראו בג"ץ 6136/06 פרי נ' היועץ המשפטי לממשלה, פסקה 18 (טרם פורסם, 10.9.2006)). בבחינת למעלה מן הצורך נאמר כי אין אנו סבורים שבית משפט השלום שגה בנסיבות העניין שלפנינו במסקנה כי יש להעדיף את דרך התקיפה הישירה המצוייה למעשה בסעד החלופי אותו ביקש העותר מלפנינו.

7. ואכן, בתשובה לשאלתנו הבהיר בא כוח העותר בדיון על פה כי אם נדחה את הראש הראשון לצו על תנאי ולו בשל כך שמדובר בערעור על החלטת ביניים בפלילים יש לראות את הסעד החלופי כבקשה לתקיפה ישירה בבית המשפט הגבוה לצדק של החלטת שר הבריאות לכלול את החומר מתילון בתוספת הראשונה לפקודת הסמים המסוכנים. ביום 3.1.2010 הגיש ב"כ העותר "הבהרה מטעם העותר" בה ביקש "לחדד"

כלשונו את מהות הסעד החלופי שביקש, אך למעשה ניסה לשנותו, ולהתנות את הסעד בתנאים שונים. לכך לא ראינו מקום, הן בשים לב לסעדים שהתבקשו בעתירה והן בשים לב לתשובה שניתנה בעל פה. נראה כי בעקבות הדיון שקל העותר מחדש את מהלכיו הטקטיים. מכל מקום – משהגענו עד הלום – ניתן הכרעתנו לגוף הענין. נעבור איפוא ונדון בבקשה לתקיפה ישירה.

8. נעמיד תחילה דברים על דיוקם. אין המדובר רק בהחלטת שר. סעיף 41 לפקודת הסמים המסוכנים מסמיך את שר הבריאות באישור וועדת השירותים הציבוריים של הכנסת ובהודעה ברשומות לשנות את התוספות לפקודה, להוסיף עליהן או לגרוע מהן ולהתנות בהן תנאים. הדרישה בחוק לאישור ועדה מוועדות הכנסת אינה ענין של מה בכך. לענין תקנות המאושרות על ידי ועדה של הכנסת כבר נפסק כי יש להן, לענין הביקורת השיפוטית, מעמד "איתן" יותר מאשר לתקנות "רגילות". אכן, אין באישור של ועדה מוועדות הכנסת כדי לחסן חקיקת משנה שהיא בלתי סבירה בעליל מפני ביטול על ידי בית המשפט, אך בית המשפט לא ימהר לשלול תוקפה של חקיקת משנה כזו אלא כאמצעי אחרון (ראו: ע"א 8392/02 פקיד שומה תל אביב-יפו 5 נ' טאומן, פ"ד נח(1), 625, 642 (2003) והאסמכתאות שם; כן ראו יצחק זמיר הסמכות המינהלית כרך א 179 (1996)). כוחם של דברים אלה שנאמרו לענין חקיקת משנה יפה, מקל וחומר לענין שינויה של תוספת לחקיקה ראשית על פי החלטת שר באישור וועדה מוועדות הכנסת.

9. עיינו בכל המסמכים שהניחו הצדדים לפנינו לרבות במסמכים שביקש העותר לצרף ערב הדיון ולא מצאנו כי נפל פגם כלשהו בשיקול דעתו של השר או בשיקול הדעת של ועדת העבודה הרווחה והבריאות של הכנסת (שבאה תחת ועדת השירותים הציבוריים). השר הגיע לכלל מסקנה, בעקבות המלצה של אנשי המקצוע, כי למתילון יש כמעט אותה עוצמה של הסם MDMA, עם תופעות כמו דיכאון, פרנויה, חרדה בלבול והיפונאטרמיה. השר ציין זאת מפורשות בפנייתו מיום 13.2.2007 לוועדה העבודה הרווחה והבריאות של הכנסת. וועדת העבודה הרווחה והבריאות קיימה דיון בפנייתו של השר ואישרה את הבקשה. אין אני סבורה כי השר חייב היה לעשות יותר משעשה. עו"ד סודרי טוען כי השר לא הפעיל שיקול דעת עצמאי אל מול עמדת אנשי המקצוע כפי חובתו ועל אחת כמה וכמה כאשר מדובר בהחלטה בעלת "משמעויות פוגעניות ממשיות ומשמעותיות בזכויות יסוד, באשר היא קובעת איסור פלילי על התנהגויות". עו"ד סודרי הוסיף כי עמדת אנשי המקצוע כשלעצמה אינה מבוססת והיה מקום לברר עניינים נוספים, כמו האם יש מאמרים התומכים בדעת אנשי המקצוע, האם יש דעות נוגדות ועוד. איני מקבלת טענות אלה. אכן, על הרשות המינהלית לבסס את החלטותיה

על תשתית ראייתית ראויה ועליה להפעיל שיקול דעת עצמאי. ואולם, התשתית הראייתית הראויה היא המלצותיהם של אנשי המקצוע. בענייננו מדובר בהמלצה של וועדה בינמשרדית מקצועית המתכנסת ברשות למלחמה בסמים ושחברים בה נציגים ממשרדי ממשלה שונים. הוועדה המליצה לשר הבריאות על הוספת המתילון לפקודה. המלצת הוועדה הבינמשרדית הועברה למשרד הבריאות ולאחר בחינת גורמי המקצוע במשרד הבריאות, כפי שהצהירו המשיבים, החליט השר לבקש את אישור ועדת הכנסת להוספת המתילון. כידוע, השר איננו, או לפחות אינו אמור להיות, מומחה לסמים מסוכנים, ובכגון דא הוא רשאי לסמוך על המלצות המועברות אליו. אכן, "הלכה פסוקה היא כי אין פסול בכך שלצורך קבלת הכרעות בעניינים הדורשים מומחיות מקצועית מקבל הגוף המינהלי את הכרעתו של המומחה מטעמו ונשען על מיומנותו המקצועית" (בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל, פ"ד נט(2) 481, 612 א (2005)). ודוק: בסופו של יום עצת אנשי המקצוע היא אומנם רק עצה (ראו: בג"ץ 2467/07 התנועה להגנות שלטונית נ' ועדת הכנסת, פסקה 3 (טרם פורסם, 18.3.2007); בג"ץ 9370/07 קרן דולב לצדק רפואי נ' שר הבריאות, פסקה 5 (טרם פורסם, 29.12.2009)) אך כפי שציין פרופ' זמיר:

"המשקל של עצה עשוי להיות שונה, ואף ראוי שיהיה שונה, מעניין לעניין וממקרה למקרה. המשקל תלוי בנסיבות. בין השאר, הוא תלוי במהות העניין הנדון, בלשון ובתכלית של החוק הנוגע לעניין, במעמד ובמומחיות של הגוף המייעץ, בכשירות ובנסיון של הרשות המתייעצת. כך הדבר לגבי כל שיקול ענייני, וכך גם לגבי עצה, שאף היא שיקול ענייני. עד כדי כך, שבנסיבות מיוחדות, בהן נדרשת החלטה בעניין המחייב מומחיות מיוחדת, ומומחיות זאת אינה מצויה בידי הרשות המוסמכת אלא בידי הגוף המייעץ, יהיה לעצה כמעט משקל מכריע" (יצחק זמיר הסמכות המינהלית כרך ב 852 (1996) (להלן: זמיר, כרך ב)).

על כן, בנסיבות העניין שלפנינו כאשר השר קיבל את עמדת אנשי המקצוע ופנה באופן מנומק לוועדת הכנסת לא ניתן לדבר על התפרקות משיקול הדעת, אף אם מדובר בעניינים בעלי השפעה על זכויות יסוד כפי שטען העותר.

10. באשר לטענה בדבר תשתית עובדתית חסרה הציג העותר חוות דעת מומחה מטעמו (פרופ' גולדבלום) שעסקה במידת הסכנה של המתילון ובשאלת קיומה של הצדקה להכללתו בפקודת הסמים המסוכנים. דעתו של המומחה מטעם העותר היא כי "חסר עדיין מערך כלשהו של הוכחות" לטענות משרד הבריאות בדבר הדמיון בין תופעות צפויות של מתילון לאלה של MDMA. המומחה הוסיף כי המתילון אינו בהכרח

בעל אותה פעילות או אפילו פעילות דומה ל- MDMA וכדי להוכיח את מסוכנותו נדרש עוד "מחקר יסודי או תקריות מצערות של אישפוז". אני מסופקת אם יש לקבל את עמדת פרופ' גולדבלום כאשר למידת הוודאות הנדרשת במסגרת הבירור שאין סכנה לציבור. כידוע, די לרשות בראיות מינהליות בבואה להכריע בעניין המסור לסמכותה. "הרשות המינהלית רשאית להסתמך לצורך קבלת החלטה מסויימת על כל ראייה שאדם סביר היה מסתמך עליה לצורך קבלת אותה החלטה" (זמיר, כרך ב, בעמ' 753) ועוד נאמר כי די בכך "שהתשתית הראייתית תהא בעלת ערך הוכחתי שרשות סבירה היתה מסתמכת עליה לצורך קבלת ההחלטה הנדונה" (אליעד שרגא ורועי שחר המשפט המינהלי – עילות ההתערבות 137 (2008)). בענייננו הצהירו המשיבים כי "הכללתו של המתילון בפקודת הסמים נתבקשה משנודע כי מידע מוקדם על השימוש לרעה בחומר זה בעולם, קורם עור וגידים אף בארץ. בשנת 2007 נתפס לראשונה חומר שזוהה כמתילון. מספר חודשים לפני כן, הוגדר המתילון כחומר פרמצבטי מסוכן ביפן ובמקביל דווח עליו בדוח השנתי של INCB – ועדת האו"ם לפיקוח על סמים וחומרי מוצא (2007). מתילון כלול בפקודת הסמים המסוכנים של מדינות שבהן מבנה הפקודה הוא אנלוגי [...] יש לציין כי החל מאוק' 2008 הוכלל מתילון במפורש בפקודת הסמים של דנמרק ושוודיה" (סעיף 4 לתשובת המשיבים מיום 6.12.2009 לבקשה לפרטים נוספים שצורפה על ידי העותר לבקשתו לקבלת פרטים נוספים). המשיבים הוסיפו והצהירו גם לאחר הגשת העתירה ולאחר שהייתה מונחת בפניהם חוות דעתו של פרופ' גולדבלום כי "על פי חוות הדעת המקצועיות שבידי המשיבים חומר ה'מתילון' הינו חומר [...] [ש]יש בו משום סיכון לבריאות הציבור, ולגופו של עניין לא רק שאין כל עילה שלא להכניס חומר זה לפקודה, אלא שהסרתו מן הפקודה עלולה להביא לפגיעה קשה בבריאות הציבור" (סעיף 50 לכתב התשובה מטעם המשיבים). מדובר למעשה במחלוקת בין מומחים אך בענייננו בית המשפט אינו הגורם שראוי כי יכריע בה (ראו בג"ץ 13/80 "נון" תעשיות שימורים בע"מ נ' מדינת ישראל – משרד הבריאות, פ"ד לד(2) 693, 696 (1980)). שר הבריאות הוא המוסמך על פי פקודת הסמים מסוכנים לעשות כן ולשנות את התוספת לפקודה באישור ועדה מוועדות הכנסת. שר הבריאות ביכר את עמדת המומחים מטעמו כפי סמכותו והשאלה היא אם מדובר בהחלטה הלוקה בחוסר סבירות (ראו בג"ץ 6406/00 בזק החברה הישראלית לתקשורת בע"מ נ' שר התקשורת, פ"ד נח(1) 433, 434-435 (2001); בג"ץ 4157/98 "צוות" אגודת גימלאי שירות הקבע בצה"ל נ' שר האוצר, פ"ד נח(2) 769, 799-801 (2004)). נוכח האמור בתצהיר המשיבים ולמעלה מן הצורך גם נוכח הפירוט על הנעשה בעולם – נראה שלא ניתן לומר כי החלטת שר הבריאות היא כזו ששום שר בריאות סביר לא היה מקבלה – ובמילים אחרות, לא ניתן לומר כי מדובר בהחלטה בלתי סבירה המצדיקה את התערבותנו.

11. מפרוטוקול ועדת העבודה והרווחה מיום 3.11.2008 עולה כי קיים למרבה הצער, משחק של "חתול ועכבר" בין העוסקים בסמים, היוצרים כל פעם סינתזה חדשה של סמים לבין העוסקים במלחמה בסמים. הדבר מצריך שינויים תכופים בתוספת לפקודה והתאמתה לאותו "משחק". מתשובת המשיבים למדנו לדעת כי עתה מגבש משרד הבריאות נהלים חדשים לשם החלטה בהצעה להוסיף סמים לתוספת לפקודה. יפה הוא עושה. עם זאת לא נוכל לומר שבדרך הכללתו של הסם מתילון בפקודה בענייננו נפל פגם המצדיק את הסעד הדרסטי של ביטול ההכללה בתוספת לפקודה.

12. דנו איפוא בסעד החלופי המבוקש בדרך של תקיפה ישירה, על פי סדרי הדין והראיות הנוהגים במשפט המינהלי, והגענו לכלל מסקנה כי יש לדחות את העתירה.

13. העתירה נדחית אפוא. לא יעשה צו להוצאות.

ש ו פ ט ת

השופט א' א' לוי:

אני מסכים.

ש ו פ ט

השופטת ע' ארבל:

אני מסכימה.

ש ו פ ט ת

הוחלט כאמור בפסק דינה של השופטת מ' נאור.

ניתן היום, ו' בשבט, תש"ע (21.1.2010).

ש ו פ ט ת

ש ו פ ט ת

ש ו פ ט