

## נהיגה תחת השפעת החוק:

### האם החוק האוסר על נהיגה תחת השפעת סמים מצדיק את מטרתו?

מאת

אלעד בלעיש\*

נהיגה בשכרות הינה אחת מעבירות התעבורה החמורות. העובר עליה צפוי לעונשים חמורים הכוללים, בין היתר, ענישת מינימום בדמות פסילה שלא תפחת משנתיים. המונח "שיכור", ביחס לנהיגה בהשפעת סמים מוגדר כך: "מי שבגופו מצוי סם מסוכן או תוצרי חילוף חומרים של סם מסוכן". הגדרה זו יוצרת חזקה משפטית חלוטה אשר קובעת קשר ישיר בין הימצאות סם או תוצר חילוף חומרים שלו בגוף ובין פגיעה בכושרו של הנהג. עם זאת, קשר כזה לא בהכרח מתקיים במציאות.

הפער בין החזקה לבין המציאות מתחדד נוכח שינוי עקבי ופומבי במדיניות רשויות המדינה השונות בעניין צריכת סם הקנביס שסופו בהתקנת תקנות הקובעות כי עבירה של החזקה או שימוש בקנביס לצריכה עצמית, היא עבירת קנס מינהלית.

במאמר אתמקד בעבירת הנהיגה בשכרות תחת השפעת סם קנביס או תוצר חילוף שלו ובקושי במציאות החוקית כיום ביחס לצרכני קנביס שלא ברישיון. אסקור את הוראות פקודת התעבורה, את התיקונים העיקריים אשר עיצבו אותה ואתיחס לאופי החזקה שנקבעה בה. בחלק השני אסקור את השינויים העיקריים ביחס של רשויות המדינה לסם הקנביס. בחלק השלישי, אבקר את המצב הנוהג כיום. לאחר מכן אציע פתרונות אפשריים אשר עשויים לתת לבית המשפט כלים להתמודדות עם חוסר הצדק הקיים עד לתיקון החוק על ידי המחוקק. לבסוף, אצטרף לקריאות הרבות לשינוי החוק.

**מבוא. א. נהיגה בשכרות – החוק.** 1. עבירת הנהיגה בשכרות. 2. החזקה הראייתית: מאפייניה, מעמדה המשפטי והאפשרות להפריכה. 3. הענישה בגין נהיגה בשכרות (סמים) – החוק ופרשנותו הדווקנית על ידי המשפט. **ב. השינויים העיקריים ביחס רשויות המדינה ובתי המשפט לסם הקנביס – בזיקה לתחום התעבורה.** 1. החוק, יחס רשויות התביעה ודוחות רשמיים. 2. פסיקת בתי המשפט. **ג. חוסר הצדק בחקיקה הקיימת, המציאות שהתגבשה בעקבותיה והצעות לפתרון.** 1. הליך החקיקה, החזקה החלוטה וענישת המינימום. 2. הצעות לפתרון. **ד. סיכום והוספת קריאה למחוקק.**

## מבוא

במציאות בה נהרגים מאות בני אדם בשנה כתוצאה מתאונות דרכים, לא ניתן לחלוק על המסוכנות הנובעת מנהיגה תחת השפעה פעילה של חומרים משני תודעה.<sup>1</sup> בניסיון להתמודד עם סיכון זה קובעת פקודת התעבורה, התשכ"א-1961 (להלן: פקודת התעבורה או הפקודה) עבירה חמורה של נהיגה בשכרות, אשר העובר עליה צפוי לעונשים חמורים הכוללים, בין היתר, ענישת מינימום בדמות פסילה שלא תפחת משנתיים ובמקרים מסוימים אף כזו שלא תפחת מארבע שנים.<sup>2</sup>

המונח "שיכור", המוגדר בסעיף 64 לפקודה, מאגד בתוכו מספר חלופות, הכוללות התייחסות הן לסמים והן לאלכוהול.<sup>3</sup> ביחס לסמים מוגדר "שיכור" כך: "מי שבגופו מצוי סם מסוכן או תוצרי חילוף חומרים של סם מסוכן". הגדרה זו הינה למעשה מהווה "אכיפת סף", כלומר, היא לא מתייחסת באופן ישיר למאפייני נהיגתו של האדם כגון אם נהג בצורה מסוכנת, "זיגוג" בין נתיבים, או נסע בפראות, אלא מתייחסת להנחה לפיה נוכחות סם או תוצר חילוף של סם בגוף, מעבר לסף מסוים, תשפיע לרעה על הנהיגה ועלולה להיות סיכון לנהג עצמו ולמשתמשי הדרך האחרים.<sup>4</sup> בניגוד לאלכוהול שם נקבעו ערכי מינימום כערכי סף, במקרה של סמים נקבע כי כל נוכחות של סם או תוצר חילוף תוביל למסקנה כי האדם ייחשב לשיכור לצורך החוק.

משמעות הדבר היא שפקודת התעבורה יוצרת חזקה משפטית חלוטה אשר קובעת קשר ישיר בין הימצאות סם או תוצר חילוף חומרים שלו בגוף האדם ובין פגיעה בכושרו של אותו אדם לנהוג. עם זאת, קשר כזה לא בהכרח מתקיים במציאות, בוודאי לא בצורה מובהקת. תוצר החילוף של סם הקנביס, עלול להישאר ימים ואף שבועות בגופו של אדם שצרך את הסם, הרבה מעבר לזמן ההשפעה שלו על הנהיגה. יתרה מכך, חלק ממשתמשי הקנביס הקבועים (לעומת משתמשים מזדמנים), עשויים שלא להראות סימנים של פגיעה ביכולת הנהיגה שלהם, אף בריכוזים גבוהים של החומר הפעיל בגופם, לא כל שכן תוצר חילוף החומרים.<sup>5</sup>

\* עו"ד, ממנה על תחום התעבורה, התחום המינהלי והתחום הפורנוזי. חבר במחלקת המעצרים והשחרורים ובמחלקת איכות הייצוג, הסנגוריה הציבורית מחוז צפון.

1 אני מבקש להודות לד"ר אברהם טטנבוים על הערותיו המועילות. בנוסף, אבקש להודות לעורכת כתב העת "משפטים על אתר", למערכת כתב העת ולמומחית החיצונית על עבודה מעמיקה ויסודית שתרמו רבות למאמר. רחל גולדווג-סמים ונהיגה גורמים סכנות ודרכי התערבות" **הרשות הלאומית לבטיחות בדרכים** גיליון 12 (יוני 2012). וראו גם ד"ר אברהם טטנבוים "הענישה בישראל על נהיגה בשכרות – מבט אמפירי" **מאזני משפט** י"א 321, 329 וה"ש 21 שם (תשע"ו).

2 סעיף 62(3) וסעיף 39א לפקודת התעבורה, התשכ"א-1961. במקרים שבו נהג הורשע בעבירה זו בשנה שקדמה לאותה עבירה, דינו פסילת מינימום של 4 שנים.

3 סעיף 64 לפקודת התעבורה.

4 נוכחות סם בגוף היא נוכחות של החומר הפעיל בסם, במקרה של קנביס מדובר בחומר THC. תוצר חילוף חומרים הוא התוצר של פירוק החומר הפעיל במערכות הגוף (למשל בכבד). להרחבה בנושא זה ראו: אברהם טטנבוים ושלמה אלמוג "נהיגת חולים המשתמשים בקנביס רפואי – הצורך בחקיקה מיידית" **הסניגור** 223, 6-7 (להלן: טטנבוים ואלמוג).

5 הצוות הבין-משרדי לבחינת המדיניות בנוגע לאיסור על צריכת קנאביס בישראל, דין וחשבון 94 (נובמבר 2020).

פער זה, בין החזקה לבין המציאות, מתחדד נוכח שינוי עקבי ופומבי במדיניות רשויות המדינה השונות בעניין צריכת סם הקנביס. על פי פקודת הסמים, סם זה מוגדר כסם מסוכן וככזה אסור בהחזקה ושימוש.<sup>6</sup> לצד האיסור התרחשו שינויים רבים, לאורך שנים רבות, ביחסן של רשויות המדינה לשימוש והחזקה בסם הקנביס על ידי בגירים, לצריכה עצמית. כך למשל, בהנחיית היועץ המשפטי לממשלה משנת 2003 הדנה במדיניות התביעה באשר ל"אחזקה ושימוש לצריכה עצמית" של סמים, ניכרת ההבנה כי שימוש ב"סמים קלים" נעשה לרוב על ידי אוכלוסייה נורמטיבית, אשר פרט לעישון הסמים לא מעורבת בפעילות עבריינית. לכן, מתוך שיקולים של עניין ציבורי, נקבעה מדיניות שלא תמצה את הדין במישור הפלילי עם אדם נורמטיבי שנתפס בפעם הראשונה בשימוש בסמים קלים לצריכה עצמית.<sup>7</sup> דוגמא נוספת לשינוי ניתן למצוא בתחום הרפואה בעשור האחרון, שם קנביס ניתן ברישיון משרד הבריאות לצורך טיפול תומך במספר מחלות.<sup>8</sup> בנוסף, כתוצאה מדיון ציבורי ער אשר מתקיים שנים רבות בנושא השימוש בקנביס, עלו מספר הצעות חוק המציעות קידום לגליזציה של השימוש בסם מסוג קנביס לצרכי פנאי. בעקבות חלק מהצעות החוק אף הוקמו צוותים מקצועיים שונים לצורך בחינת אספקטים שונים של לגליזציה. לאחרונה אף פורסמו ברשומות תקנות אשר קובעות כי עבירה לפי סעיף 7(א) לפקודת הסמים המסוכנים לעניין החזקת קנאביס או שימוש בו לצריכה עצמית, היא עבירת קנס מינהלית.<sup>9</sup> דוגמא לפתרון מסוים של פער זה, ניתן למצוא בעניין נהגים אשר צרכו קנביס ברישיון. פסיקת בית המשפט וקריאותיו לשינוי החוק, התקנת תקנות בעניין והתוויית מדיניות על ידי רשויות התביעה הובילו לפתרון מסוים במצב המשפטי של נהגים אלה. אך מה לגבי צרכני קנביס שלא ברישיון? ובכן הפער בין החוק המיושן למציאות המשתנה נותר בעינו. במאמר זה, אתמקד בעבירת הנהיגה בשכרות, ככל שזו נעשית כאשר נמצאו סם קנביס או תוצר חילוף שלו בגוף הנהג. אמנם אדון בקצרה גם במוכנים הקשורים בנהגים אשר צרכו את הסם ברישיון, אך הדיון במאמר זה יתמקד בעיקר בקושי הקיים במציאות החוקית כיום ביחס לצרכני קנביס שלא ברישיון.<sup>10</sup> תחילה אסקור את הוראות פקודת התעבורה ביחס לנהיגה בשכרות תחת השפעת סמים, את התיקונים העיקריים אשר עיצבו אותה ואתיחס בקצרה לאופי החזקה שנקבעה בחוק ומשמעותה. בחלק השני של המאמר אסקור את השינויים העיקריים ביחס של רשויות המדינה

<sup>6</sup> פקודת הסמים המסוכנים [נוסח חדש], תשל"ג-1973.  
<sup>7</sup> סעיף 7 להנחיית היועץ המשפטי לממשלה 4.1105 (51.056) "מדיניות התביעה – סמים: אחזקה ושימוש לצריכה עצמית" 14.9.2003.

<sup>8</sup> ראו: נוהל משרד הבריאות 106 "רישיונות לשימוש בקנביס, חוזר היחידה לקנאביס רפואי במשרד הבריאות" (מרץ 2013). הנוהל עודכן לאחרונה בינואר 2021 ונמצא באתר משרד הבריאות (נבדק לאחרונה 9.9.21): [https://www.health.gov.il/hozer/CN\\_106\\_2019.pdf](https://www.health.gov.il/hozer/CN_106_2019.pdf)

<sup>9</sup> תקנות העבירות המינהליות (קנס מינהלי - החזקת קנאביס ושימוש בו לצריכה עצמית), התשפ"ב-2022, ק"ת 10070. תקנות אלה החליפו את הוראת השעה בעניין עבירת הקנס המיוחדת שנקבעה בסעיף 7(ג)(2)(א) לפקודת הסמים המסוכנים [נוסח חדש], תשל"ג-1973.

<sup>10</sup> ראו טננבוים ואלמוג, לעיל ה"ש 4, אשר מתמקד בנהגים הצורכים קנביס רפואי. בסיכום המאמר משאירים הכותבים שלוש שאלות שונות פתוחות. השאלה הראשונה התייחסה לקביעת מדד אובייקטיבי של תוצרי הסם בגוף לצורך הגדרת נהיגה תחת השפעת סם כעבירה. בשאלה זו דנו בין היתר בכריכת החזקות הקיימות בפקודת התעבורה לשאלת מדיניות המחוקק בעניין זה. מאמר זה ידון בחלק מהשאלות שנשאו שם פתוחות.

לסם הקנביס. אתייחס למדיניות התביעה, לתיקון פקודת הסמים ולפסיקת בית המשפט. בחלק השלישי, אבקר את המצב הנוהג כיום על ידי הצגת הבעיות הרבות שעיצבו את הליך החקיקה ואת חוסר הצדק שנוצר בעקבותיו. לאחר מכן אציע פתרונות אפשריים אשר עשויים לתת לבית המשפט כלים להתמודדות עם חוסר הצדק הקיים עד לתיקון החוק על ידי המחוקק. לבסוף, אצטרף לקריאות הרבות לשינוי החוק.

## א. נהיגה בשכרות – החוק

פקודת התעבורה, אשר פורסמה בשנת 1961, תוקנה לפחות 128 פעמים. תקנות התעבורה, מאותה שנה, תוקנו מאות פעמים ומכילות מעל 500 סעיפי חוק וכ-15 תוספות.<sup>11</sup> מדובר בהוראות חוק ארוכות ומסורבלות. לצורך יצירת מסגרת ובסיס לדיון אסקור תחילה את הוראות החוק העיקריות כפי שהן קיימות היום ביחס לנהיגה בשכרות, הן אלה הנוגעות לאחריות הפלילית, והן אלה העוסקות בענישה. לא אוכל במסגרת רשימה זו לערוך סקירה מלאה של כל הוראות החוק והתקנות הנוגעות בנושא נהיגה בשכרות, ועל כן אתמקד בסוגיה המצומצמת יחסית שלפנינו והיא נהיגה בשכרות, כאשר היא מתבצעת תחת השפעת סמים.

### 1. עבירת הנהיגה בשכרות

סעיף 64 לפקודה, אשר מגדיר את המונח "שיכור" חוקק במסגרת תיקון 15 לפקודה, משנת 1979 והוגדר כ"מי שנתון תחת השפעתו של משקה או סם משכרים או מסוכנים".<sup>12</sup> התיקון נועד להתמודד עם שתי בעיות עיקריות של הפקודה באותה תקופה: האחת, היא לקבוע בחוק את כמות האלכוהול שבהשפעתה אסור לנהוג. השנייה, שנובעת בצורה ישירה מתיקון הבעיה הראשונה, הינה הצורך לחייב את הנהג, מכוח החוק, למסור דגימת דם לצורך בדיקת רמת השכרות מאלכוהול.

לפני תיקון זה, במקרים רבים, הבדיקה האם אדם נוהג בשכרות נעשתה על פי התרשמות השוטר מהתנהגותו של הנהג. נוכח זאת, כבר אז, עלה הצורך ב"בדיקה אובייקטיבית מדעית" במקרים בהם לשוטר יש חשד מסוים שהנהג נוהג בשכרות. לאור זאת, סבר המחוקק כי יש מקום להסדיר את חובת הנהג למסור דגימת דם לבדיקה במעבדה, לקבוע את הערך ההוכחתי של תעודת הבדיקה ולקבוע בתקנות את אופן הבדיקה, האחוז המותר של האלכוהול ומקומות הבדיקה.<sup>13</sup> בתיקון זה לא הייתה כל התייחסות לנהיגה תחת השפעת סמים.

בשנת 1982 תוקנו תקנות התעבורה על ידי הוספת פרק הנוגע להסדרת בדיקת השכרות. בסעיף 169(ג) לתקנות נקבע כי לעניין סעיפים 62(3) או 64 לפקודה, יראו באדם שיכור "אם הוא נתון תחת השפעה של סמים משכרים או מסוכנים או אם ריכוז האלכוהול אצלו עולה על המידה הקבועה".

הגלגול המשמעותי הבא של הוראת החוק הגיע בתיקון מס' 72 לפקודה משנת 2005.<sup>14</sup> התיקון נערך, בין היתר, בעקבות פסיקת בית המשפט העליון בעניין לוי, שם נקבע כי לאחר כניסתו לתוקף של חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – חיפוש בגוף החשוד), התשנ"ו-

<sup>11</sup> תקנות התעבורה, התשכ"א-1961, ק"ת 1425.

<sup>12</sup> חוק לתיקון פקודת התעבורה (מס' 15), תש"ם-1979, ס"ח 949, עמ' 18.

<sup>13</sup> הצעת חוק לתיקון פקודת התעבורה (מס' 15) תשל"ט-1979, ה"ח 1396 עמ' 156.

<sup>14</sup> חוק לתיקון פקודת התעבורה (מס' 72), התשס"ו-2005, ס"ח 2040, עמ' 90.

1996, נשמט הבסיס החוקי לביצוע בדיקות שכרות מכוח תקנות התעבורה. לאור זאת, תוקן החוק כך שהסדר לבדיקת נהגים, המהווה חיפוש חיצוני או פנימי על פי החוק, נקבע בחקיקה ראשית.<sup>15</sup>

נושא נוסף אליו התייחס תיקון 72 הוא ההגדרה המעורפלת של המונח "שיכור" כפי שהיה קיים עד אותה עת. בדברי ההסבר להצעת החוק נכתב כי מפרשנות הגדרת המונח "שיכור" עולה כי יש צורך להוכיח, במצטבר, את ריכוז האלכוהול או הסם שנמצא בגופו של הנהג, וכן את ההשפעה בפועל שלהם על נהיגתו. התיקון ביקש "להבהיר" כי די רק באחד מהם לצורך הוכחת המונח "שיכור".<sup>16</sup> לשם כך נקבע כי "שיכור" הוא כל מי שנוכחות אלכוהול מצויה בגופו מעל ריכוז מסוים, או שקיימת נוכחות כלשהי של סם מסוכן או תוצר חילוף שלו. הוסבר שם כי קביעה זו מבוססת על החזקה לפיה מצב של שכרות פוגע ביכולתו המנטלית, ביכולת השיפוט ובשיקול דעת של הנהג ובכך יוצרת סיכון לתאונת דרכים. מטרה נוספת ומוצהרת לתיקון זה היא כי קביעות אלה יקלו על הוכחת ביצוע העבירה.<sup>17</sup>

לצד המבחנים האובייקטיביים שנקבעו, הוצע להותיר את המבחנים הבודדים את ההשפעה בפועל של האלכוהול או הסמים על הנהיגה. כך, ניתן יהיה לקבוע שכרות במקרים שלא נערכה בדיקת מעבדה אך קיימות ראיות אחרות המעידות על השפעת סמים או אלכוהול, או במקרים בהם ריכוז האלכוהול נמוך מהסף המרבי שנקבע בתקנות.<sup>18</sup> נוסח זה שנקבע בתיקון 72 להגדרת המונח "שיכור", וזאת כתוצאה מצריכת סמים, הינו כפי שהוא קיים עד היום בפקודה: "מי שבגופו מצוי סם מסוכן או תוצרי חילוף חומרים של סם מסוכן".

אם כן, במצב דברים בו נמצא בגופו של אדם תוצר חילוף של סם מסוג קנביס, הרי שהוא "שיכור" לצורך החוק. החוק יוצר במתכוון חזקה שמטרתה המוצהרת היא להקל על הוכחת ביצוע עבירה זו. אעמוד בקצרה על אופייה המיוחד של חזקה זו, מעמדה המשפטי, דרכי הוכחתה והאפשרות להפריכה.

## 2. החזקה הראייתית: מאפייניה, מעמדה המשפטי והאפשרות להפריכה

חזקה הינה כלי ראייתי המיועד להוכחת טענה עובדתית והיא כוללת תנאי ותוצאה. ככל שתקיימים יסודות החזקה מבחינה עובדתית, הרי שמתקיימת גם המסקנה הנובעת ממנה.<sup>19</sup> השימוש בחזקה נועד להקל על הוכחת הטענה העובדתית המגולמת במסקנה של אותה חזקה.<sup>20</sup> החזקות מתחלקות לשני סוגים עיקריים: החזקה העובדתית (praesumptio facti) והחזקה המשפטית, אשר נחלקת אף היא לשניים: החזקה המשפטית החלוטה

<sup>15</sup> ע"פ 1641/04 לאוניד לוינ' מדינת ישראל פ"ד נט(3) 785, 800 (פסקה 11 לפסק דינו של כב' השופט לוי).

<sup>16</sup> הצעת חוק לתיקון פקודת התעבורה (מס' 67) (בדיקת שכרות), התשס"ה-2005, ה"ח 154, עמ' 518.

<sup>17</sup> שם, בעמ' 519.

<sup>18</sup> שם, בעמ' 520.

<sup>19</sup> פרופ' גבריאיל הלוי תורת דיני הראיות כרך ד' 511 (2013).

<sup>20</sup> שם.

(*praesumptio juris et de jure*) והחזקה המשפטית היחסית (*praesumptio juris*)<sup>21</sup>. (*tantum*)

**החזקה העובדתית** היא אינה חזקה של ממש, שכן היא לא מעבירה את נטל ההוכחה או יוצרת תוצאה משפטית, אלא היא מסקנה שנובעת מניסיון החיים במסגרתה רשאי השופט לראות עובדה כקיימת אף בלא הבאת ראיות להוכחתה. התקיימות החזקה מעבירה לצד שכנגד רק את נטל הבאת הראיה, להבדיל מנטל השכנוע, אשר עדיין נותר על הצד הנשען על החזקה. הצד המבקש להפריך את החזקה יכול לעשות זאת על ידי הבאת ראיות לסתירת יסודות החזקה או המסקנה הנובעת ממנה, אף ברמה של העלאת ספק סביר.<sup>22</sup> לעומתה, **החזקה המשפטית**, הינה יצירת המחוקק. ההבדל בין שני סוגי החזקה המשפטית: החזקה החלוטה והחזקה היחסית הוא אך ורק בהגדרתן. ככל שלא נקבע באופן מפורש בהגדרת החזקה כי ניתן להפריכה, הרי שמדובר בחזקה משפטית חלוטה.<sup>23</sup> **החזקה המשפטית החלוטה** הינה חזקה המחייבת את הסקתן של המסקנות מתוך תשתית עובדתית מסוימת, אף אם יש ראיות חד-משמעיות כי המסקנה לא נובעת מאותן עובדות.<sup>24</sup> בהיותה כזאת, היא לא מאפשרת לבית המשפט התמודדות יעילה עם מצבים של "הכללת יתר", גם כאשר המסקנה הנובעת מהחזקה היא גורפת מדי ובלתי מוצדקת בנסיבות העניין.<sup>25</sup> חשוב להדגיש, להבדיל מהחזקה המשפטית היחסית, אשר כאמור קובעת במפורש את דרכי הפרכתה, חזקה משפטית חלוטה הינה כשמה: חלוטה, ואין כל אפשרות להפריכה. אם כן, על פי המבחנים לעיל, החזקה שנקבעה בפקודת התעבורה בתיקון מס' 72 משנת 2005 היא **חזקה משפטית חלוטה**. עם זאת, נראה כי פסיקת בתי המשפט בעניין זה לא עקבית ולא חד משמעית.

בעניין **לוי**, למשל, נדחתה בקשת רשות ערעור בשאלת אופי החזקה. נקבע כי ניתן לסתור את החזקה הקבועה בפקודה באשר לשימוש בסמים.<sup>26</sup> לכאורה קביעה זו של בית המשפט העליון מספקת מענה לאופי החזקה, עם זאת, מדובר בקביעה שנסמכת כולה על הלכת **בניאשווילי** אשר ניתנה לפני תיקון 72 לפקודה ולכן התייחסה למצב חוקי שונה בו, כאמור, היה צורך להוכיח את השפעת הסם בפועל על הנהיגה.<sup>27</sup> פסקי דין נוספים מהשנים האחרונות, אשר גם הם לא קובעים בצורה חד משמעית כי מדובר בחזקה חלוטה, מסתמכים על פסיקה שניתנה לפני תיקון 72 לפקודה.<sup>28</sup>

ניתן גם למצוא פסיקה אחרת, שם נקבע כי "**מלשון החוק עולה בבירור, כי בעוד שהחזקה הקבועה בסעיף קטן 2, המסתמכת על ממצאים אובייקטיביים, הינה חזקה שאינה ניתנת**

<sup>21</sup> שם, בעמ' 514-512. וראו גם ד"ר נתן קנת וחיים קנת **נטל ההוכחה וחזקות במשפט האזרחי ובמשפט הפלילי** (הוצאת בורסי 2002). שם הוגדרו החזקות כחזקה שבעובדה וחזקות שבדין הנחלקות לחזקות הניתנות לסתירה (*rebuttable presumption*) וחזקות שאינן ניתנות לסתירה (*irrebuttable presumption*).

<sup>22</sup> י' קדמי **על הראיות הדין בראי הפסיקה, מהדורה משולבת ומעודכנת** חלק רביעי, 1683 (2009).

<sup>23</sup> הלוי **תורת דיני הראיות**, לעיל ה"ש 19, בעמ' 517-516.

<sup>24</sup> שם, בעמ' 515.

<sup>25</sup> שם. וכן קדמי **על הראיות**, לעיל ה"ש 22, בעמ' 1703.

<sup>26</sup> רע"פ 637/06 **נחמן לוי נ' מדינת ישראל** (נבו, 10.4.06).

<sup>27</sup> ע"פ 398/04 **מדינת ישראל נ' דני בניאשווילי** (נבו, 20.12.04).

<sup>28</sup> וראו למשל ת"פ (י-ם) 24389-10-16 **מדינת ישראל נ' אנטון פרוס 6** (נבו, 15.10.2018); ת"פ (חיפה) 33209-08-16 **מדינת ישראל נ' כאמל דיאב 44** (נבו, 13.2.2018).

לסתירה.<sup>29</sup> בפסק דין נוסף אמנם לא נקבע כי מדובר בחזקה חלוטה אך נקבע כי "במסגרת התיקון הוספה החזקה ובגדרה נקבע כי כל נהג שנמצא בגופו סם מסוכן או תוצר חילוף חומרים של סם מסוכן, יהיו הריכוז או הכמות שנמצאו אשר יהיו (זאת בשונה מאלכוהול), יורשע בעבירה של נהיגה בשכרות. גם נראה כי עסקינן בחזקה כמעט חלוטה שאינה ניתנת לסתירה או למצער קשה עד מאוד להצביע על דרכים ריאליות ומעשיות אשר באמצעותן ניתן להביא להפרכת חזקה זו".<sup>30</sup>

לטעמי, מדובר בחזקה משפטית חלוטה, וכך אתייחס אליה. אך, כך או אחרת, גם על פי הפסיקה המאפשרת לנאשם להפריך את החזקה, מדובר בחזקה משפטית כמעט חלוטה אשר בפועל קשה מאוד, עד בלתי אפשרי, להפריכה בראיות. כעת, אבחן את הענישה הקבועה לצד האיסור.

### 3. הענישה בגין נהיגה בשכרות (סמים) – החוק ופרשנותו הדווקנית על ידי בתי המשפט

סעיף 62 לפקודת התעבורה קובע ענישה לרשימה סגורה של 12 עבירות, לרבות עבירת השכרות הקבועה בסעיף קטן 62(3). הענישה על עבירת השכרות הינה עונש מאסר שנתיים וכן קנס עד 75,300 ₪. לצד עונש המאסר, קובעת הפקודה בסעיף 39 א פסילת מינימום שלא תפחת משנתיים, ואם הורשע כבר האדם בעבירה זו בשנה שקדמה לעבירה הנוכחית, פסילה שלא תפחת מארבע שנים. בסיפא הסעיף נקבע כי בית המשפט רשאי לחרוג מענישה זו לקולא רק "בנסיבות מיוחדות" שיפורשו בפסק הדין.<sup>31</sup>

הסעיף חוקק בשנת 1995 לאחר שאוחדו בועדת הכלכלה שתי הצעות חוק פרטיות אשר ביקשו לקבוע ענישת מינימום לצד עבירת הנהיגה בשכרות.<sup>32</sup> מטרת המחוקק הייתה לצמצם את שיקול הדעת של בתי המשפט ולהעדיף את שיקולי ההרתעה בקרב ציבור הנהגים.<sup>33</sup> פסיקת בתי המשפט תאמה את דרישות המחוקק. במקרים רבים בהם הוצגו נסיבות אישיות הקשורות ולא קשורות לביצוע העבירה נקבע על ידי בתי המשפט כי לא מדובר ב"נסיבות מיוחדות" כדרישת המחוקק המאפשרת סטייה מעונש המינימום. דוגמא ידועה לכך נמצאת בעניין לוי אשר במסגרתו נדונו במאוחד 16 ערעורי מדינה שהוגשו כנגד גזרי דין של בית המשפט השלום לתעבורה אשר קבע עונשי פסילה קצרים מעונש המינימום משיקולים שונים כגון: רמת השכרות שנמדדה, גיל הנאשם, עברו התעבורתי של הנאשם, מצב כלכלי של הנאשם ומשפחתו ואף נחיצות רישיון הנהיגה לפרנסת הנאשם ומשפחתו.<sup>34</sup>

<sup>29</sup> פ"ל (ת"א) 5689-02-11 מדינת ישראל נ' יחזקאל יוסף 5 (3.11.13).

<sup>30</sup> עפ"ת (מחוזי חיפה) 379990-01-19 מדינת ישראל פרקליטות מחוז חיפה - פלילי נ' אילן חי תומר שכטר פסקה 18 (נבו, 13.03.2019).

<sup>31</sup> להיסטוריה החקיקתית של הסעיף כולל הדיונים בכנסת ראו טננבוים מאזני משפט, לעיל ה"ש 1, בעמ' 340-344 וה"ש שם.

<sup>32</sup> חוק לתיקון פקודת התעבורה (מס' 35), התשנ"ה-1995. וראו טננבוים מאזני משפט, לעיל ה"ש 1, בעמ' 341-344.

<sup>33</sup> וראו עפ"ת (מחוזי י-ם) 54017-03-11 מדינת ישראל י נ' יקיר גוריבסקי (30.5.11).

<sup>34</sup> ע"פ (תעבורה י-ם) 2699/08 מדינת ישראל נ' לוי (20.5.09). כמו כן ראו שומרון מויאל ומימי אייזנשטדט פערי ענישה בעבירות נהיגה בשכרות משפטים מד, 933 (תשע"ה), בעמ' 946-947 וה"ש שם. במאמר זה מצאו

בית המשפט המחוזי קיבל את ערעורי המדינה וקבע כי אין בנסיבות המקרים שהוצגו בפניו "נסיבות מיוחדות" המצדיקות סטייה מעונש המינימום:

לשון סעיף 39א לפקודת התעבורה מלמד, כי אותן נסיבות חריגות, המאפשרות סטייה לקולא מפסילת המינימום, חייבות להיות מיוחדות במינן. אין המדובר, כשם שהובהר בפסיקה, בנסיבות אישיות "רגילות", כגון: ריכוז האלכוהול בדמו של הנאשם עלה במעט על זה הקבוע בחוק כדבר עבירה; בדיקת המאפיינים לא הייתה כושלת לחלוטין; פרנסתו של הנאשם תלויה ברישיון הנהיגה שלו; עברו התעבורתי של הנאשם נקי או שאינו מכביד; המדובר בנאשם צעיר או לחילופין מבוגר; הנאשם סועד את בני משפחתו; הנאשם תורם לחברה בפעילויות התנדבותיות ואחרות וכיו"ב פרמטרים, הנלקחים ברגיל בחשבון, בשקילת עונשו של נאשם בפלילים, ואפשר שאף ישמשו את בית המשפט בגזירת עונש פסילה, העולה על הרף המינימאלי הקבוע בחוק, אך אינם מהווים טעמים מיוחדים דיים להפחתה מעונש הפסילה המינימאלי החוקק (ע"פ 30523/06 (י-ם) מדינת ישראל נ' נשפין, תק-מח 2007(1) 9209).

הפרשנות הדווקנית אושרה פעמים רבות גם על ידי בית המשפט העליון. לאורך השנים נדחו בקשות רשות ערעור רבות בשאלת עונשי המינימום.<sup>35</sup> לאחרונה אף דחה בית המשפט העליון בקשת רשות ערעור שביקשה לטעון כי בהעדר "רשימת חריגים או כללים ברורים בפסיקה" מתרוקנת מתוכן האפשרות לחרוג לקולא מפסילת המינימום שבסעיף 39א לפקודה. בית המשפט העליון קבע כי הבקשה לא עומדת באמות המידה למתן רשות ערעור וכי הטענה בדבר "רשימת חריגים" אינה מעלה שאלה המצדיקה מתן רשות לערעור, שכן מדובר למעשה בהכרעה פרטנית בנסיבות התיק.<sup>36</sup>

עונשי המינימום יצרו מציאות אשר לא לוקחת בחשבון את ההבדל בין הסיכון הנשקף מנהג עם כמות אלכוהול נמוכה בגופו לזו הנשקפת מנהג עם כמות גבוהה בגופו. מציאות זו היוותה גורם משמעותי להצעת חוק לתיקון פקודת התעבורה (מס' 112), התשע"ד-2013 (להלן: תיקון 112).<sup>37</sup> הצעת החוק ביקשה לקבוע מדרג של עונשי המינימום בגין עבירות של נהיגה בשכרות. כך, במקרים של קביעת שכרות ללא דגימה (דם, שתן או נשיפה) או במקרים בהם קיים רק תוצר חילוף בלתי פעיל של סם מסוכן מסוג קנביס, פסילת המינימום תעמוד על 6 חודשים. במקרה של תוצר חילוף בלתי פעיל בשילוב אלכוהול בכל כמות, או תוצר

הכותבים הבדל משמעותי בסיכוי נאשם לקבל עונש מינימום כתלות בשופט. נמצא הבדל מאוד גדול בין שופט א' בירושלים לבין שופט א' בבאר שבע. משך הפסילה בין שופטים אלה נמצא בין 9.4 לשופט בירושלים לבין 37.3 לשופט בבאר שבע.

<sup>35</sup> וראו מויאל ואייזנשטרט, לעיל הש 34, בעמ' 948 שם סקרו באתר נבו בקשות רשות ערעור אשר הוגשו לבית המשפט העליון בין 1.1.2008 לבין 1.7.2013 אשר כולן נדחו על הסף מחוסר עילה.

<sup>36</sup> רע"פ 6336/20 יחיאל טירם נ' מדינת ישראל (6.10.20).

<sup>37</sup> תיקון 112 לפקודת התעבורה כלל תיקונים רבים בפקודת התעבורה, לאור זאת הוצע לפצל את הצעת החוק וכיום היא נקראת "הצעת חוק לתיקון פקודת התעבורה (הוראות שונות), התשע"ד-2013". ביום 22.10.18 פוצלה הצעת החוק וכיום הצעת חוק לתיקון פקודת התעבורה (הוראות שונות), התשע"ד-2013 מצויה בהכנה לקריאה שניה ושלישית בועדת הכלכלה אשר טרם התכנסה לדיונים.



חילוף חומרים של סמים אחרים, תעמוד פסילת המינימום על שנתיים, ובמקרים של מציאת סם מסוכן פעיל או תוצר חילוף חומרים פעיל של סם מסוכן, עונש פסילת המינימום יעמוד של שלוש שנים. חשוב לציין כי התיקון מתייחס אך ורק לדירוג רמת הענישה ולא מתייחס לעצם קביעת האחריות פלילית.

בדיונים בהצעת החוק בוועדת הכלכלה של הכנסת, עלו הבדלים בין קביעת דירוג לעבירות האלכוהול לבין דירוג עבירות הסמים. לאחר דיון ראשוני בנושא, הוסכם כי הפתרון להבדלים האלה הוא קביעת דירוג לעבירות האלכוהול בלבד. לעניין עבירות הסמים, הוצע שאמנם עונש המינימום יותר על כנו, אך תימחק המילה "מיוחדות" מהתיבה "נסיבות מיוחדות" הקבועה בסעיף 39א לפקודה אשר בגינה ניתן לחרוג מעונש המינימום, זאת במטרה להשאיר לשופט שיקול דעת רחב יותר מכפי שקורה במציאות היום.<sup>38</sup> בשני הדיונים שלאחר מכן, עלה שוב נושא פיצול המתווה המדרוג בעניין אלכוהול מהמתווה בעניין סמים. הבעייתיות, הנובעת מחוסר סדר וכן מחוסר ידע עובדתי בנושא, הובילה את כב' השופט אביטל חן, נשיא בית המשפט השלום בירושלים, להציע כי: "אני חושב שצריך להכין את כל נושא הסמים בצורה מסודרת. הצעתי היא לעזוב כרגע את נושא הסמים. יש לנו הרבה מה להגיד, כולל לנסות ולהגיע למשוואה של האם סם לא פעיל שווה אין השפעה, שזה דבר קריטי לכל התיקון הזה." יו"ר הוועדה ח"כ איתן כבל הסכים להצעה וקבע כי ייחד דיון המשך ונפרד בנושא זה. עד כתיבת שורות אלה, לא התקיים דיון בנושא זה.<sup>39</sup> כעת, לאחר שתמונת החוק והפסיקה פרושה בפנינו, אעבור לבחון את השינויים העיקריים בשנים האחרונות ביחס של רשויות המדינה לסם הקנבים וכיצד באו לידי ביטוי שינויים אלה ביחס לנהיגה תחת השפעת סמים שניתנו ברישיון.

## ב. השינויים העיקריים ביחס רשויות המדינה ובתי המשפט לסם הקנבים – בזיקה לתחום התעבורה

### 1. החוק, יחס רשויות התביעה וזוחות רשמיים

צריכה או שימוש בקנבים אסורה כיום על פי חוק.<sup>40</sup> בשנת 2003, פורסם עדכון להנחיית היועץ המשפטי לממשלה מספר 4.1105 שכותרתה "מדיניות התביעה – סמים: אחזקה ושימוש לצריכה עצמית".<sup>41</sup> ההנחיה התבססה על צוות מומחים שנתמנה בשנת 1994 מטעם ועדת הכנסת לבחינת הלגליזציה של תוצרי הקנבים. אמנם רוב חברי הוועדה התנגדו ללגליזציה, אך הומלץ כי תוקם ועדה שתמליץ לתביעה, בטרם יוגש כתב אישום בעבירה של שימוש או אחזקה לצריכה עצמית בקנבים, על הפניית חשוד למסלול טיפולי-שיקומי מתאים. לאור העובדה כי במדינת ישראל טרם הוקמה תשתית הנדרשת לטיפול כזה, הועברה האחריות בפועל לכך על כתפי מערכת אכיפת החוק.

<sup>38</sup> פרוטוקול ישיבה 527 של ועדת הכלכלה של הכנסת ה-20, 46 (26.6.17). כמו כן וראו את דברי יו"ר הוועדה כ"ח איתן כבל בעמ' 39 שסיכם זאת כך: "...אני חושב שזה בדיוק תפקידה של כנסת למצוא את נקודת האיזון הנכונה בין הדברים ואני חושב שעשינו את זה."

<sup>39</sup> פרוטוקול ישיבה 625 של ועדת הכלכלה של הכנסת ה-20 (4.12.17). לאחר ישיבה זו עסקה הוועדה בפיצול הצעת החוק והבאת החלקים שפוצלו ממנה לקריאה שניה ושלישית.

<sup>40</sup> ס' 7 לפקודת הסמים, כיום אכיפת האיסור מתבצעת באמצעות קנס מנהלי, וראו לעיל ה"ש 9.

<sup>41</sup> הנחיית היועץ המשפטי לממשלה, ראו לעיל, ה"ש 7.

בהנחיה צוין כי בשל "האופי המיוחד" של עבירת השימוש בסם, לצד הנזקים בהרשעה והענישה הצפויה בעקבותיה, עלה צורך למצוא איזון בין הצורך בהרתעה לבין התחשבות בעבריינין. במקרה של בגירים, התייחסה ההנחיה לכך שנעשה שימוש בסמים קלים על ידי אוכלוסייה נורמטיבית אשר פרט לעישון הסם אינה מעורבת בעבריינות.<sup>42</sup> לכן, משיקולים של עניין ציבורי, קודמה מדיניות שלא תמצה עם אדם נורמטיבי את הדין במקרים של שימוש עצמי בסם קל, בכמות קטנה. בהנחיה נמנו התנאים והסייגים בהם תתקבל החלטה לסגור את התיק "באזהרה" ובכך להימנע מההשלכות הקשות של הדין הפלילי. בנוסף, התייחסה ההנחיה גם למקרים שבהם חשודים לא עומדים בתנאים לסגירת תיק ונקבע כי אף במקרים אלה, ולאור הנזקים הכבדים האפשריים בהפעלת הדין הפלילי על צרכני סמים קלים, יקבע "מדרג" שבו תתור התביעה לעונשים מקלים יחסית, כולל שקילת הסכמה לאי הרשעה במקרים המתאימים. שינוי משמעותי נוסף ביחס לסם נעשה בשנת 2011. בעקבות החלטת ממשלה, הוגדר משרד הבריאות כ"סוכנות ממשלתית" אשר תהיה אמונה על הסדרת הטיפול בקנביס למטרות רפואיות ומחקר.<sup>43</sup> במשך השנים, נקבע נוהל למתן רישיונות לצריכת סם מסוג קנביס לצרכים רפואיים שונים ומאז מטופלים בסם זה עשרות אלפי אנשים.<sup>44</sup>

בעקבות השימוש הגובר בסם לצרכים רפואיים, פורסם באוקטובר 2015 מסמך מטעם מרכז המחקר והמידע של הכנסת אשר הוכן לבקשת ח"כ תמר זנדברג, ששימשה אז כיו"ר הוועדה למאבק בנגעי הסמים והאלכוהול של הכנסת, בעניין הסדרת נהיגתם של בעלי רישיון לקנביס רפואי.<sup>45</sup> במסמך נדונה סוגיית נהיגתם של בעלי רישיון לשימוש בקנביס רפואי וצוין כי הנושא עומד לפתחו של משרד הבריאות כבר מספר שנים. צוין כי משרד הבריאות ניסה להתמודד עם הסוגיה באמצעות הנחיה המבוססת על הדין הקנדי, אשר הוציא ד"ר יהודה ברוך, לשעבר מנהל יחידת הקנביס במשרד הבריאות, לפיה אסור לנהוג 6 שעות לאחר צריכת הסם. צוין כי ועדת היגוי בין-משרדית טרם גיבשה המלצות סופיות בנושא, ככל הנראה בשל מחלוקת בין חבריה. בין יתר הדעות שם, ציינה נציגת הרשות למלחמה בסמים כי קביעת סטנדרטים רק למטופלים בקנביס רפואי תיצור "בעיה משפטית" כלפי שאר האוכלוסייה.<sup>46</sup> בהמשך המסמך הוצגו מחקרים שסקר ד"ר שלמה אלמוג, חוקר בכיר במכון לטוקסיקולוגיה ופרמקולוגיה במרכז הרפואי שיבא. בפרק זה נסקרו מחקרים אודות הסכנות בשימוש בקנביס רפואי ונהיגה, הסיכון לתאונת דרכים, ההבדל בין משתמשים מזדמנים וכווניים, משך הזמן לאחר נטילת הסם שבו אסור לנהוג והמינון בגוף האדם אשר משפיע על הנהיגה. המלצתו של ד"ר אלמוג היתה לקבוע "רף שכרות" רק למשתמשי קנביס רפואי וזאת על פי סטנדרט מסוים שאומץ בחלק ממדינות העולם.<sup>47</sup>

שם, בסעיף 7, בעמ' 7.

החלטה 3609 של הממשלה ה-32 "פיקוח והסדרת מקור לאספקת קנביס למטרות רפואיות ולמחקר" (7.8.11). להרחבה ראו פלורה קוך דבידוביץ' השימוש בקנאביס למטרות רפואיות בישראל וההתוויות המוכרות של קנאביס למטרות רפואיות במדינות שונות (הכנסת, מרכז מחקר ומידע 2015). ניתן למצוא בקישור: <https://knesset.gov.il/committees/heb/material/data/samim2015-07-27.pdf>

וראו ה"ש 8, וכן ראו פל"א (עכו) 5064-11-15 מדינת ישראל נ' אילן חי תומר שכטר (25.11.18) שם ציין בית המשפט כי בשנת 2018 מספר מחזיקי הרישיון לשימוש בסם באופן רפואי עמד על 30,507 מטופלים.

אוריאנה אלמסי הסדרת נהיגתם של בעלי רישיון לקנאביס רפואי (הכנסת, מרכז מחקר ומידע 2015).

שם, בעמ' 11.

שם, בעמ' 12-14.

הצעד המשמעותי הבא בתחום זה הגיע בעקבות הצעות חוק פרטיות אשר ברוכב ביקשו לקבוע כי עבירה של החזקת סם מסוג קנביס, לשימוש עצמי, על ידי בגיר, לא תהווה עבירה פלילית אלא עבירת קנס.<sup>48</sup> על רקע זה, מונה ביום 24.7.16 צוות חשיבה על ידי השר לביטחון פנים גלעד ארדן לצורך בחינת מדיניות האכיפה בנושא סם הקנביס. תוצאות צוות החשיבה הוא בפרסום שני דוחות שונים. האחד, המייצג את עמדת הרוב מטעם המשרד לביטחון פנים, המליץ על שינוי במדיניות אכיפת השימוש העצמי בקנביס ויצירת מודל המשלב כלים מן המישור המינהלי לצד אמצעים פליליים קלאסיים (להלן: **דו"ח הבט"פ**).<sup>49</sup> השני, שניתן במקביל לבקשת שרת המשפטים דאז איילת שקד, שיקף את עמדת המיעוט של משרד המשפטים והמליץ על שינוי נרחב יותר, הכולל את הוצאת העבירה של השימוש העצמי בקנביס מהחוק הפלילי ושינוי מאכיפה פלילית לאכיפה מינהלית. בתמונה רחבה יותר הומלץ שם על אימוץ גישה בריאותית, שילוב של הסברה אמינה ומדויקת וליווי בשיח מבוסס נתונים ומחקרים (להלן: **דו"ח משרד המשפטים**).<sup>50</sup>

בין הדוחות יש מספר הבדלים בולטים. כך למשל, יש הבדלים בתיאור הנזקים המיוחסים לשימוש בקנביס, הבדלים בקביעת קשר מסוג סיבה-תוצאה לתופעות מסוימות להבדיל מזהירות בקביעה כזו, הבדלים בהיקף המסמך, וכמובן, הבדלים בין ההמלצות של כל דו"ח.<sup>51</sup> גם ביחס לנהיגה תחת השפעת הסם ותוצאותיה, ניכר כי יש הבדל משמעותי בין הדוחות. **דו"ח הבט"פ** נכתב כי סם הקנביס הינו גורם מסכך במיוחד בהקשר של מעורבות בתאונות דרכים. צוין אמנם כי חברי הצוות העלו טענות שונות לעניין השפעת הסם על מספר ההרוגים בתאונות דרכים ואף הצביעו על פערים במתודולוגיות המחקרים, אך באותה נשימה נקבע שם כי המחקרים המקיפים והעדכניים ביותר מצאו קשר ישיר בין שימוש בקנביס, ובין סיכון למעורבות בתאונות דרכים בכלל, ובתאונות דרכים קטלניות בפרט.<sup>52</sup> בפרק הסיכום וההמלצות בעניין מניעת תאונות הדרכים צוין כי יש להבטיח כי בידי משטרת ישראל יש את הכלים לביצוע בדיקות מהירות ומהימנות לנהגים לצורך גילוי סמים בגופם.<sup>53</sup>

**דו"ח משרד המשפטים**, הוקדש לנושא התעבורה פרק מקיף בהרבה. בפרק זה דן הדו"ח בבעייתיות שהוצגה בפרק הקודם בעניין החזקה החלוטה הקבועה פקודת התעבורה ולכך שאחד הקשיים המתודולוגיים העיקריים הוא שתוצרי הקנביס מצוי בגוף זמן רב לאחר

<sup>48</sup> הצעת החוק לתיקון פקודת הסמים המסוכנים (החזקה או שימוש לצריכה עצמית של סם מסוג קנבוס או שרף של קנבוס), התשע"ו-2016 של ח"כ שרון השכל וח"כ דב חנין (3020/20/פ). הונחו לאורך השנים הצעות חוק רבות דומות הצעת חוק בנושא דומה הונחה על שולחן הכנסת העשרים על ידי חברת הכנסת תמר זנדברג וקבוצת חברי הכנסת (1814/20/פ). הצעות חוק זהות הונחו על שולחן הכנסת העשרים על ידי חברי הכנסת שרון השכל ודב חנין (3020/20/פ) ועל ידי חברת הכנסת שרון השכל וקבוצת חברי הכנסת (3701/20/פ).

<sup>49</sup> הצוות לבחינת מדיניות האכיפה בנושא צמח הקנאביס, דו"ח מסכם 29 (ינואר 2017). ניתן למצוא בקישור: [https://www.gov.il/BlobFolder/reports/cannabis\\_decriminalization\\_r/he/cannabis\\_decriminalization\\_r.pdf](https://www.gov.il/BlobFolder/reports/cannabis_decriminalization_r/he/cannabis_decriminalization_r.pdf)

<sup>50</sup> מדיניות האכיפה הנוהגת בנושא סם הקנביס – נייר עמדה, מחלקת ייעוץ וחקיקה (פלילי) (5.12.16). ניתן למצוא בקישור: <https://www.gov.il/he/departments/publications/reports/canabis-05-12-2016>

<sup>51</sup> אורך **דו"ח הבט"פ** הוא 30 עמודים והוא מכיל ו 20 הערות שוליים. אורך **דו"ח משרד המשפטים** הוא 120 עמודים ומכיל 246 ה"ש. להרחבה ראו גם: עמית דויטשר "השינוי באיסור הפלילי על שימוש בקנאביס" **הסניגור** 4 275 (2020) (להלן: עמית דויטשר).

<sup>52</sup> **דו"ח הבט"פ**, לעיל ה"ש 49, בעמ' 9 וההפניות שם.

<sup>53</sup> שם, בעמ' 26.

השימוש<sup>54</sup> בהמשך התייחס הדו"ח לענישה הקבועה בעבירה זו וצוין כי הענישה בהקשר התעבורתי הינה פונקציה של הסיכון הנובע מהנהיגה שלא קשורה לחוקיות החומר שנצרך. עוד נדונה הסוגייה של תאונות דרכים שנבעו כתוצאה מנהיגה תחת השפעת סמים. הדו"ח דן בצורה מעמיקה ומקיפה בשאלת הקשר בין נהיגה תחת השפעת סמים לתאונות דרכים, בפרט תאונות דרכים קטלניות. בנוסף, הציג הדו"ח תמונה מחקרית ומבוססת נתונים, ממדינות שעברו תהליך לגליזציה וכן ממדינות שבהן הותירו את האיסור על שימוש בסם על כנו, אך שינו את אופיו, למשל לאיסור מינהלי. בסיום הצגת הנתונים, תוך הסתמכות על מספר מקורות מידע, הגיע הצוות למסקנה כי התמונה בעניין זה לא מספיק ברורה, אך בוודאי שאין קשר של סיבה-תוצאה בין שימוש בסם לתאונות דרכים, בוודאי לא קטלניות. בנוסף התריע הדו"ח כי הן בנושא הפחתת ההרוגים בתאונות דרכים והן בנושא ההפלה, ישנה חשיבות לנקיטת מדיניות המתבססת על נתונים ומחקרים ולא על אינטואיציות.<sup>55</sup>

שינוי החקיקה לא יאחר לבוא: ביום 17.7.18 התקבל בכנסת חוק הסמים המסוכנים (עבירת קנס מיוחדת – הוראת שעה), התשע"ח-2018 אשר למעשה אימץ את המודל המשולב (מינהלי ופילי) שהומלץ בדו"ח הבט"פ. באופן כללי נקבע כי עבירה של צריכה עצמית הנעברת בפעם הראשונה והשנייה תיחשב לעבירת קנס מיוחדת ותיאכף בצורה של קנסות מינהליים. עבירה שלישית תיאכף על ידי העברת התיק לסגירה במסלול של הסדר מותנה ובפעם הרביעית יעבור התיק למסלול פלילי "רגיל".<sup>56</sup>

ביום 11.3.18 נחתם על ידי שר הבריאות תיקון לתקנות התעבורה (סמים שאינם נחשבים סמים מסוכנים), התשע"ח-2018. על פי התיקון סמים מסוכנים לא ייחשבו ככאלה ככל שהסם ניתן על פי מרשם, נופק בבית מרקחת וניטל על פי המינון והוראות הטיפול שקבע הרופא. בתוספת לתקנות, בסעיף 5, נקבעו תנאים ביחס לסם מסוג קנביס אשר בהתקיימם לא ייחשב הסם כסם מסוכן. בין היתר, נקבע כי במקרה בו חלפו 3 שעות לפחות ממועד נטילת הסם בשאיפה (עישון או אידוי) ו-6 שעות בכל שיטה אחרת, לא ייחשב הסם כסם מסוכן. בעניין שילוב של אלכוהול וסמים, נקבע כי אם שתה אדם משקה משכר, יש לחלוף 12 שעות ממועד צריכת הסם על מנת שלא ייחשב כסם מסוכן.<sup>57</sup>

<sup>54</sup> דו"ח משרד המשפטים, לעיל ה"ש 50, בפרק 3.5 הדן בתאונות דרכים, בעמ' 37.

<sup>55</sup> שם, בעמ' 48.

<sup>56</sup> ראו לעיל, ה"ש 9. להרחבה ראו עמית דויטשר, לעיל ה"ש 51.

<sup>57</sup> ראו בעניין זה התייחסות בית המשפט בעניין שכטר, ראו לעיל ה"ש 30. כמו כן ראו התייחסות בית המשפט ע"ח (מרכז) 37430-11-18 אדם כהן נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו 22.11.18) שם המליץ כב' השופט עמי קובו למחוקק להסדיר את התקנות ולהבהיר את מעמדו המשפטי שלהן.

כשנתיים לאחר מכן, בעקבות החלטת ועדת שרים לענייני חקיקה מיום 21.6.20 לתמוך בקריאה טרומית בהצעות חוק פרטיות, הוקם צוות נוסף, בין-משרדי, אשר נועד לבחון את נושא המדיניות בנוגע לאיסור צריכת קנביס בישראל ולגבש את המלצותיו למתווה חוק ממשלתי שיובא לאישור ועדת השרים לענייני חקיקה (להלן: **דו"ח הצוות הבין-משרדי**).<sup>58</sup> גם בדו"ח זה, בפרק הדין בנושא התעבורה, צוין כי הפער בין צריכת הקנביס לבין הזמן שהוא נשאר בגוף הינה בעיה שרלוונטית הן לצורכים את הקנביס באישור רפואי והן לאלה שצורכים אותו לצרכי הנאה.<sup>59</sup> הדו"ח ציין כי אדם עלול להיחשב "שיכור" כאשר אין סיכון לעוברי הדרך, ובכך הוא חשוף להרשעה ולענישה מחמירה. בנוסף דן הדו"ח בשאלת הקשר בין המדיניות הכללית בעניין קנביס לבין תאונות דרכים. בפרק נידונו בהרחבה בקשיים בקביעת קשר של סיבה-תוצאה בין תאונות דרכים לשימוש בקנביס.<sup>60</sup> בסוף הפרק צוין כי לאור השימוש הגבוה כיום בקנביס, הרי שגם אם לא יוחלט על שינוי, יש צורך באסדרה של השימוש בקנביס בתחום התעבורה. הומלץ כי הפער בין זמני השימוש לנהיגה אשר מצוי בהליך אסדרה בתקנות לעניין צרכני קנביס רפואי ייקבע גם על משתמשים אחרים, ככל שיוכרוז על לגליזציה.

שינוי נוסף ומשמעותי ביחס לסם הקנביס התרחש ביום 27.3.22, אז פורסמו ברשומות תקנות העבירות המינהליות (קנס מינהלי - החזקת קנאביס ושימוש בו לצריכה עצמית).<sup>61</sup> ההסדר החדש קובע כי עבירה לפי סעיף 7(א) לפקודת הסמים המסוכנים לעניין החזקת קנאביס או שימוש בו לצריכה עצמית, היא עבירה מינהלית אשר לצידה הועמד קנס מינהלי. לסיכום פרק זה, ניתן להיווכח בקיומו של דיון ציבורי ער, ארוך שנים, המתקיים בנוגע לחוקיות סם הקנביס והיחס הראוי והרצוי לטיפול בו ובהשפעותיו במגוון מישורים. מעבר לכך, אף נעשו פעולות מעשיות על ידי רשויות המדינה אשר שינו בפועל את היחס לסם הקנביס במישורים שונים, כגון המישור הרפואי ומעבר בין טיפול במישור הפלילי למישור המינהלי. למרות שינויים משמעותיים אלה, כפי שצוין לעיל, לא נעשה כל שינוי בחקיקה הנוגעת לנהיגה. החזקה החלוטה עדיין שרירה וקיימת ואף הדיונים בתיקון 112 לפקודת התעבורה צפויים להתקיים במישור הענישה בלבד.

## 2. פסיקת בתי המשפט

פסיקת בתי המשפט בעניין נהיגה תחת השפעת סמים הינה בעיקר ביחס לנהגים אשר צרכו סמים ברישיון. השינוי העיקרי והבולט בעניין היה בעניין **שכטר**, אשר נדון בשנת 2018.<sup>62</sup> במקרה זה הנאשם צרך את הסם שניתן לו ברישיון בשעה 5:00 בבוקר ונתפס נוהג בשעה 10:00. הנאשם טען כי נמסר לו על ידי האחוזת אשר העבירה לו את ההדרכה ביחס לצריכת

<sup>58</sup> הצוות הבין משרדי לבחינת המדיניות בנוגע לאיסור על צריכת קנאביס בישראל, דין וחשבון (נובמבר 2020). ניתן למצוא בקישור: <https://www.gov.il/he/Departments/publications/reports/canabis-report>

<sup>59</sup> **שם**, בעמ' 90.

<sup>60</sup> **שם**, בפרק 5.4.1, בעמ' 91 צוינו מספר קשיים, בין היתר, ש"קשר למריחואנה" אינו אומר שזו היא הסיבה לתאונה, קושי בהסתמכות על מגמות עלייה לתקופות קצרות שלאחריהן המגמות השתנו, קושי בפער בין המידע בקולורדו למידע ממדינות אחרות שבהן יש לגליזציה, וקשיים מתודולוגיים אחרים.

<sup>61</sup> ראו לעיל, ה"ש 9.

<sup>62</sup> פל"א (עכו) 5064-11-15 מדינת ישראל נ' אילן חי תומר שכטר (25.11.18).

הסם הרפואי כי אסור לו לנהוג שעתיים לאחר השימוש בסם וכי לא קיבל כל הנחיה כתובה. יצוין כי ברישיון לשימוש בסם שהוגש בהליך זה, לא צוינה כל הנחיה בעניין זה. בית המשפט קבע כי על פי המצב המשפטי הנוהג, יש לבטל האישום נגדו בגין עבירה זו, מחמת הגנה מן הצדק. בית המשפט ציין כי בשנת 2018 מספר מחזיקי הרישיון לשימוש בסם באופן רפואי עמד על 30,507 מטופלים. מנגד, המקרים בהם מעמידה הפרקליטות לדין צרכני קנביס ברישיון, בגין עבירה של נהיגה בשכרות, הם ספורים ובודדים. המדינה לא הציגה בפני בית המשפט מהם המקרים בהם היא מעמידה לדין ומהו היקף ההעמדה לדין. כעולה מעמדת הפרקליטות, כפי שהוצגה בעניין שריג, רק חלק זעיר מהנהגים, הצורכים קנביס רפואי, מועמדים לדין, חלק אחר המהווה את אותם "מקרים גבוליים" אינו מועמד לדין.<sup>63</sup> הקריטריונים על פיהם פועלת המאשימה לא הוצגו בפני בית המשפט, ולא היה ברור מהם אותם "מקרים גבוליים" בהם הפרקליטות מחליטה שלא להעמיד לדין. ערעור המדינה שהוגש לבית המשפט המחוזי בחיפה, נדחה.<sup>64</sup> בית המשפט קבע כי צדק בית המשפט קמא כאשר קיבל את טענתנו של המשיב להגנה מן הצדק. נקבע כי ניתן להצביע על מספר רב של פגמים שחברו יחדיו ואשר כולם במצטבר מצדיקים את מסקנתו של ביהמ"ש קמא. כך למשל, הבחירה בין הפסקת השימוש בקנביס לצורכי טיפול רפואי לבין ההימנעות מהנהיגה מעמידה את ציבור המשתמשים בקנביס רפואי בפני ברירה קשה ואף בלתי אפשרית, שכן הפסקת השימוש בקנביס כרוכה בהתגברות המחלה או הכאבים, ואילו ויתור על הנהיגה פירושה הגבלה משמעותית לחופש התנועה. כמו כן, בתיקים גבוליים המדינה לא נוהגת להגיש כתבי אישום אך במסגרת הליך זה העמדה הינה שונה, דבר שבפני עצמו מעורר תמיהה. בנוסף, המדינה נמנעה עד כה מלהסדיר נושא זה על אף שינוי הנסיבות שבהחלט מצדיק את התערבותה, ובכך הביאה להתייחסות שונה ואף מפלה באשר לתחולת החוקה. בקשת רשות ערעור לבית המשפט העליון נדחתה בהסכמת המשיב, לאחר שהמדינה החליטה שלא לעמוד על הבקשה, בין היתר, לאור הקביעות בעניין שריג וכן לאור "מורכבות הסוגיה בכללותה". עוד נכתב כי בחודשים האחרונים (נכתב בספטמבר 2020) משרדי הממשלה מגבשים מדיניות אכיפה מתואמת, בין היתר בכלי חדש של בדיקת רוק.<sup>65</sup> למרות אי צדק, אשר נבע מחוסר בהירות של שנים רבות, והיעדר תיקון חקיקה ראשית, נראה שתיוקן התקנות בשנת 2018,<sup>66</sup> מדיניות רשויות התביעה בהעמדה לדין במקרים גבוליים והכרה בהגנה מן הצדק כטענה אפשרית במקרים אלה, כל אלה הביאו לפתרון מסוים לבעיית הנהגים אשר משתמשים בקנביס ברישיון. כעת השאלה המתבקשת היא, מה בדבר נהגים אשר משתמשים בקנביס ללא היתר כדין? ובכן, הפסיקה בעניין זה דלה ואינה עוסקת במישרין בפער שנוצר בין החוק למציאות

רע"פ 3174/12 רן שריג נ' מדינת ישראל (8.8.12).

עפ"ת (חיפה) 37990-01-19 מדינת ישראל נ' אילן חי תומר שכטר (13.3.19).

הודעה מטעם המבקשת ובקשה דחופה בהסכמה לביטול הדין מיום 13.9.20 וכן החלטת בית המשפט העליון ברע"פ 2908/19 מדינת ישראל נ' אילן חי תומר שכטר (13.9.19).

כאמור, השינוי בחקיקה הגיע רק בשנת 2018 בדמות תיקון לתקנות התעבורה (סמים שאינם נחשבים סמים מסוכנים), התשע"ח-2018.

63

64

65

66

המשתנה.<sup>67</sup> עשויות להיות לכך מספר סיבות: **סיבה אפשרית אחת** היא החזקה החלוטה הקבועה בחוק. לכאורה, תפקיד השופט מתמצה בבחינת שאלת קיומה של ראייה לכך שבגופו של הנהג מצוי סם או תוצר חילוף של סם. בכך, תם תפקידו בבירור האשמה. לאור זאת, מניסיוני, נאשמים מעדיפים שלא לנהל תיק אשר אין בו אפשרות מעשית להתמודד עם מציאת שרידי סם בגוף ולהסתכן בהרשעה בעבירה הנושאת לצידה עונש מינימום מחמיר. **סיבה אפשרית נוספת**, הקשורה בסיבה הקודמת, היא הענישה הקבועה לצד העבירה, אשר מחייבת את בתי המשפט, כמעט בכל סיטואציה, להטיל את ענישת המינימום. לאור זאת, כל "שחקני המערכת" (תביעות, נאשמים, סנגורים ובתי המשפט) "משתפים פעולה" על מנת לעקוף את דרישות החוק, וזאת על ידי הגעה להסדרי טיעון.<sup>68</sup> כך, משיקולים של כשלים ראייתיים, לקיחת אחריות, חיסכון בזמן שיפוטי וכד' מתוקנים כתבי האישום לעבירות שאינן נושאות לצידן עונש מינימום חמור.<sup>69</sup>

אם כן, לא ניתן ללמוד מהפסיקה לעניין יחס בית המשפט לפער בין המציאות לחוק בעניין צרכני קנבים שלא ברישיון. יחד עם זאת, מפסיקת בתי המשפט בעניין צרכני קנבים ברישיון ניתן ללמוד כי במקרים בהם בית המשפט נתקל בפערים לא צודקים, פעל הוא, במסגרת סמכויותיו לסגירתו או לכל הפחות לצמצומו באופן משמעותי. כך למשל, בעניין **שכטר**, נקבע כי "מספר רב של פגמים" אשר נצברו יחדיו הובילו לקבלת טענה של הגנה מן הצדק. אמנם מדובר בהחלטה פרטנית במקרה ספציפי, אך נראה שזו הובילה לשינוי בעמדת התביעה. ניתן להניח כי כך קרה גם בהתקנת התקנות בעניין אשר הותקנו ברקע קריאות רבות של בית המשפט בתיקים קודמים.<sup>70</sup>

<sup>67</sup> ראו **בעניין יחזקאל יוסף**, לעיל ה"ש 29, שם דובר בנאשם שהואשם בנהיגה בשכרות לאור העובדה שנמצאו בגופו תוצרי חילוף של סם מסוג קנביס. טענות הנאשם היו כי הממצאים שנמצאו בשתן הינם בכמות נמוכה אשר לא היו בפועל השפעה על נהיגתו. לחילופין טען שכמות זו יכולה להיות מוסברת על ידי עישון פסיבי. בית המשפט קובע כי החזקה הקבועה בפקודת התעבורה לעניין הגדרת "שיכור" אינה ניתנת לסתירה וכי עצם הימצאות הסם או תוצרי חילוף שלו מכניסים את האדם להגדרה זו. לעניין הטענה בדבר עישון פסיבי דחה בית המשפט את טענה זו של הנאשם מסיבות שונות. עם זאת זיכה בית המשפט את הנאשם מעבירת הנהיגה תחת השפעה, שכן יש צורך בראיות להשפעת הסם על הנאשם וזו לא הוכחה. במקרים מסוימים זיכה בית המשפט נאשמים שכן עלו ספקות במועד צריכת הסם, או במקרים בהם נאשם הודה בשימוש בסם אך לא היתה ראייה נוספת לכך. וראו פ"ל (ת"א) 2886-07-14 מדינת ישראל נ' שלמה בן דוד (25.5.15); עפ"ת 33483-05-12 **מדינת ישראל נ' מאהר גאנס** (10.7.12).

<sup>68</sup> טננבוים **מאזני משפט**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 348-354.  
<sup>69</sup> בדרך כלל מתוקן כתב האישום לתקנה 26 לתקנות התעבורה שכותרתה "הנהוג ברכב" אשר אוסרת על אדם אשר מתקיים בו אחד מהחלופות בסעיף לנהוג ברכב. ככלל מתוקנת העבירה לסעיף קטן (2) שקובע איסור לנהוג אם "הוא נתון תחת השפעת סמים משכרים או משקאות משכרים". סעיף 38 לפקודת התעבורה המפנה לתוספת הראשונה בפקודה קובע עונש מינימום של 3 חודשי פסילה בפועל בצד עבירה זו. יש הטוענים כי בכך, נוצרה מציאות שבה עונש המינימום הוא כמעט תיאורטי ולמעשה העונש הממוצע הוא כמחציתו וראו: שם, בעמ' 334.

<sup>70</sup> וראו ת"ד (ת"א) 3929-03-12 מדינת ישראל נ' וויס (3.7.13) שם זוכה נאשם שנהג לאחר למעלה מ-6 שעות כאשר לא הוכחה כי היה תחת השפעה אקטיבית של הסם; רע"פ 8585/13 אזולאי נ' מדינת ישראל (4.2.14); רע"פ 6661/14 קוליה נ' מדינת ישראל (19.1.15); עפ"ת (ת"א) 24446-01-15 וויס נ' מדינת ישראל (22.1.15); רע"פ 8976/15 דויטש נ' מדינת ישראל (5.1.16).

## ג. חוסר הצדק בחקיקה הקיימת, המציאות שהתגבשה בעקבותיה והצעות לפתרון

### 1. הליך החקיקה, החזקה החלוטה וענישת המינימום

חשוב להבין את נקודת המוצא של הפקודה בעניין האיסור על נהיגה בשכרות: **האיסור על הנהיגה אינו נובע מהאיסור על השימוש בחומר**. כך, אלוהול מותר להחזקה ושימוש, אך האיסור על נהיגה בשכרות נובע מהסיכון הנשקף לציבור מהנהיגה בהשפעתו.<sup>71</sup>

כאמור, תיקון 72 לפקודה הגדיר "שיכור" על ידי יצירת **חוקה משפטית חלוטה** הקובעת כי מדובר בכל מי שנוכחות אלוהול מצויה בגופו מעל ריכוז מסוים, או קיימת נוכחות כלשהי של סם מסוכן או תוצר חילוף שלו בגופו. הוסבר שם כי קביעה זו מבוססת על החזקה לפיה מצב של שכרות פוגע ביכולתו המנטלית, ביכולת השיפוט ובשיקול דעת של הנהג ובכך יוצרת סיכון לתאונות דרכים. כמו כן נעשה שימוש מודע בחזקה לצורך הקלת הוכחת העבירה שכן היה קושי בהוכחת ההשפעה בפועל על הנהיגה.<sup>72</sup>

חזקה מסוג זה והדין הפלילי הם שילוב מסוכן מאוד. מדובר בחזקה אשר אינה מאפשרת לנאשם להתגונן, אף אם הוא מוכיח באופן פוזיטיבי כי היא אינה נכונה והוא למעשה חף מפשע. משכך, בבסיס החקיקה הקיימת, הקובעת חזקה כזו ובכך לוקחת בחשבון אפשרות של הפללת חפים מפשע, צריך היה לכל הפחות להתקיים דיון מהותי אשר בו נידונות, בין היתר, שלוש שאלות בסיסיות:

**הראשונה**, הבסיסית ביותר, היא האם נהיגה תחת השפעה של סם, ובפרט סם מסוג קנביס, מסוכנת לציבור, ואם כן עד כמה? שאלה זו בעצם מבססת את הקשר העובדתי שהחזקה מבקשת לעשות בין הסם ובין המסוכנות לנהיגה.

**השנייה**, הינה מה כמות הסם בגופו של אדם או מה פרק הזמן שלאחריו ניתן להניח שמתקיימת פגיעה בכושר הנהיגה העלולים להוביל לסיכון? שאלה זו מצטרפת לשאלה הראשונה בקביעת ה"סף" אשר תקבע בחזקה. בצורה זו, המחוקק יוכל לקבל החלטה מושכלת ומבוססת לגבי מצבים של הכללת יתר. בדיון על שאלה זו על המחוקק לבחון דרכים לצמצום הכללת היתר על ידי הנמכת הסף, או מתן אפשרויות לנאשמים להפריך את החזקה.

**השלישית** הינה שאלה פרקטית, והיא האם קיים אמצעי זמין ויעיל לאיתור כמות הסם בגוף כך שתתקיים אכיפה יעילה של האיסור? שאלה זו בעצם מעלה את הצורך בשימוש בחזקה לצורך הקלת הוכחת עבירה במקרים בהם ישנו קושי כזה.

בנושא הנהיגה תחת השפעת אלוהול, התקיים דיון מבוסס נתונים העונה על שלוש השאלות לעיל ואשר קובע איזון מסוים בין שימוש בחזקה לחוסר הצדק העלול להיגרם בעקבותיה.<sup>73</sup> בדיונים בהצעת החוק נדון הקשר בין השימוש באלוהול לתאונות דרכים, נדון

דו"ח משרד המשפטים, לעיל ה"ש 50, בעמ' 40.

ראו לעיל, ה"ש 17.

וראו גם ד"ר שושנה וייס היבטים של חוק ואכיפתו ביחס לשימוש באלוהול אצל נהגים **רפואה ומשפט** ספר היובל 405 (נובמבר 2001) וכן השופט ד"ר אחיקם סטולר, ד"ר יורם פינקלשטיין נהיגה בשכרות ובפיקוח – היבטים נוירולוגיים וקליניים והיבטים טוקסיקולוגיים מעבדתיים **רפואה ומשפט** 29, 120 (נובמבר 2003) אשר דנים בהיבטים רפואיים של השפעת אלוהול על הנהיגה ועל המתאם בין כמות האלוהול שדגמגמ בדם לריכוזו במוח ומצבו הפיזיולוגי של האדם.

71

72

73



ספ האלכוהול אשר מעליו ייחשב אדם כשיכור ואף הוצג מכשיר אכיפה יעיל.<sup>74</sup> לאור זאת נקבעה חזקה, הקובעת שאדם הינו "שיכור" אם בגופו קיים סף של 290 מ"ק"ג אלכוהול באוויר נשוף. הסף הנקבע לוקח בחשבון כי ייתכנו מקרי קצה, בהם בגופם של נהגים תימצא נוכחות של אלכוהול העולה על כמות זו, ועדיין נהיגתם לא הושפעה, אך עולה שמדובר במקרים חריגים אשר האיזון בין הצורך לשמור על ביטחון הציבור, ובין העובדה שקיים מכשיר המשמש לאכיפה עשוי להצדיק במובן מסוים קיום חזקה משפטית חלוטה.<sup>75</sup> דוגמא בחוק אחר לאיזון בין קיום חזקה משפטית לכלים להפרכתה, ניתן למצוא בחוק העונשין, הקובע בסעיף 193א(1) איסור על מכירת אלכוהול לקטין. בסעיף 193א(ג) נקבעה חזקה שלפיה מי שמכר משקה משכר לקטין, חזקה עליו שידע כי מדובר בקטין, אלא אם הוכיח שהקטין הציג לו תעודה ולפיה הוא קטין. חזקה זו נקבעה לאור קושי רב באכיפת האיסור וזאת בשל הקושי להוכיח את מודעות המוכר שדובר אכן בקטין. ההסדר בחוק המעניק סמכות לבקש ת.ז. מהרוכש, יחד עם חזקה משפטית יחסית, הניתנת לסתירה על ידי מימוש הסמכות, מאפשרת אכיפה אפקטיבית של איסור זה.<sup>76</sup> אמנם הסדר זה, כמו הסדרים רבים אחרים, מעלה חשש כי מקרים מסוימים עלולים להוביל לאי צדק, אך נקבע כי במקרה זה ישנן דרכים יעילות להתמודד איתו כגון נוהל של רשויות התביעה בהעמדה לדין, חזקה אשר ניתנת לסתירה וכן שיקול דעת של בית המשפט לקבל טענות של הגנה מן הצדק. מבלי להביע עמדה לגבי סבירות איזון זה, ניתן להיווכח כי כיום נערך איזון אשר לוקח בחשבון את חוסר הצדק שעלול לנבוע מהחזקה הקבועה בחוק, ומעניק כלים להתמודד איתו.<sup>77</sup> ובחזרה לענייננו, אבחן את הליך החקיקה ביחס לנהיגה בשכרות (סמים) בזיקה לשאלות לעיל. ראשית לשאלה האם נהיגה תחת השפעת סמים, בפרט סם הקנביס מסוכנת? התשובה לשאלה זו מורכבת. לכאורה, על פי דו"ח הבט"פ, התשובה היא חד משמעית: המחקרים המקיפים והעדכניים ביותר מצאו קשר ישיר בין שימוש בקנביס, ובין סיכון למעורבות

<sup>74</sup> פרוטוקול מס' 381 משיבת הכלכלה מיום 15.3.2005, בעמ' 11, שם אמר ד"ר שלמה אלמוג כי: "דרגת השכרות היא פונקציה של רמת האלכוהול שאתה שותה, מטבע הדברים, ככל שאתה שותה כמות גדולה יותר של אלכוהול, אתה יותר שיכור. נעשו הרבה מאד מחקרים על זה בעולם, כאשר השורה התחתונה שלהם אומרת שכאשר ריכוז האלכוהול בדם, שהוא כבר אחרי שנורמל משקל הגוף, וכן הלאה – כי אנשים ששוקלים יותר, יש להם נפח גוף יותר גדול, והאלכוהול מתפזר יותר – ריכוז האלכוהול בדם, כאשר הוא עולה מעל 50 מ"ג, הסיכוי שלך להיות מעורב בתאונת דרכים קטלנית, או בכלל בתאונת דרכים הוא גבוה פי שתיים מאשר לולא שתיית. זאת אומרת, יש איזושהי רמה של תאונות דרכים שמתרחשת בכל העולם ללא שתיית אלכוהול. אם שותים אלכוהול הוא גורם סיכון, ורמת הסיכון שלו בנהיגה, כאשר רמת הריכוז בדם היא מעל ל- 50 מ"ג אחוז היא פי שתיים." בנוסף ראו פרוטוקול מס' 491 משיבת ועדת הכלכלה מיום 16.8.05 בעמ' 6 ודברי יו"ר אמנון כהן שם.

<sup>75</sup> לדעת גס בנושא אלכוהול יש מקום לקבוע חזקה משפטית יחסית הקובעת בחוק אפשרות להפריך אותה, אך דיון זה יישאר למאמר נפרד.

<sup>76</sup> וראו חוות דעתו של כב' השופט מזוז בע"פ 3870/20 בנימין דבורה נ' מדינת ישראל (29.7.21). בקשה לדין נוסף בעניין זה נדחתה (דנ"פ 5583/21 בנימין דבורה נ' מדינת ישראל (10.1.22)).

<sup>77</sup> שם, בסעיף 7 לחוות דעת של כב' השופט מזוז וסעיפים 18-22 לפסק דינה של כב' השופטת ברק-ארז. עם זאת חשוב לציין כי מניסיוני, במשך שנים אכפה המשטרה את עבירות אלה תוך ביצוע פעולות שבפועל נועדו להכשיל את המוכרים (סוכנים קטנים בעלי חזות בגירה שגויסו מראש למשימה זו, אכיפה ברונית בבחירת מקומות המכירה וזאת ללא כל חשד קודם וכו'). לכן, האיזון המתואר נעשה שנים רבות בדיעבד ולא מנע בפועל מידה רבה של חוסר צדק.

בתאונות דרכים בכלל, ובמיוחד בתאונות דרכים קטלניות.<sup>78</sup> עם זאת, מעיון בשני הדוחות האחרים, דו"ח משרד המשפטים ודו"ח הצוות הבין-משרדי, אשר כאמור דנו בנושא בהרחבה ובהעמקה רבות יותר, עולה תמונה הרבה פחות חד משמעית. בשני הדוחות נקבע כי התמונה אינה מספיק ברורה וכי, לכל הפחות, יש קושי של ממש בקביעת קשר של סיבה-תוצאה בין שימוש בקנביס לתאונות דרכים, בוודאי לא קטלניות.<sup>79</sup> עם זאת, בהחלט ניתן להניח כי שימוש בסם משנה תודעה עלול להשפיע לרעה בצורה זו או אחרת על הנהיגה והדבר עלול להוות סיכון לציבור.<sup>80</sup> לכן אין במאמר זה כדי לטעון כי אין מקום כלל לאיסור על נהיגה בשכרות תחת השפעת סמים, אך ישנה חשיבות מכרעת לקיום דיון מבוסס נתונים אשר מתחשב בעובדה שנכון להיום לא ניתן לקבוע קשר חד משמעי כזה. עובדה זו צריכה לקבל ביטוי באופי החזקה שהמחוקק בוחר להשתמש בה.

**השאלה השנייה** היא האם יש קשר בין כמות הסם בגוף, או תוצר החילוף שלו, לבין הפגיעה בכושר הנהיגה? התשובה לשאלה זו מורכבת אף היא, אך גם בשאלה זו, העיקר אינו בתשובה עליה, אלא בכך ששאלה זו לא נדונה, בוודאי לא לעומקה, במהלך הדיונים בהצעת החוק לתיקון מס' 72 לפקודה.

בדיון הראשון של ועדת הכלכלה בהצעת החוק, כאשר עלה לדיון הסעיף המגדיר שיכור כאדם שבגופו נמצאו סם מסוכן או תוצר חילוף שלו, נשאל על ידי חבר ועדה כיצד בודקים את הימצאות הסמים והתשובה הייתה "תכף נגיע לזה, זה בהמשך".<sup>81</sup> למרות זאת בדיון הבא נדון בעיקר נושא האלכוהול. בסיום הדיון ציין רפ"ק דן שני, תובע במחלקת התנועה, כי "יש לנו עדיין פרק גדול שנקרא סמים, שהמכשיר הזה לא רואה אותם".<sup>82</sup> בדיון שלאחר מכן לא דנו בנושא הסמים.<sup>83</sup> החוק עלה להצבעה וביום 06.12.05 עבר בכנסת ללא כל דיון בנושא זה.

כאמור בפרקים הקודמים, לאורך השנים, הנושא עלה בדוחות שונים שנערכו בנושא. במסמך מטעם מרכז המחקר והמידע של הכנסת הוצגו מחקרים הן לעניין השפעות הקנביס על הנהיגה, הן על כמות הסם הפעיל בדם וההשפעה שלו על תפקודים הקשורים בנהיגה והן על הזמן שנדרש מזמן העישון ועד שחולפת הפגיעה במיומנות הנהיגה.<sup>84</sup> בנושא משך הזמן

<sup>78</sup> דו"ח הבט"פ, לעיל ה"ש 49, בעמ' 9 וההפניות שם.

<sup>79</sup> ראו ה"ש 50 ו-58 בהתאמה. כמו כן ראו טננבוים ואלמוג, לעיל ה"ש 4.

<sup>80</sup> ראו את דברי ד"ר שלמה אלמוג בפרוטוקול ישיבה 381 של ועדת הכלכלה של הכנסת ה-16, 18 (15.3.05): "...הסמים, בהשפעתם על מערכת העצבים המרכזית, לא משפיעים רק על פונקציה אחת, כמו, למשל – ערנות. כל הסמים מסוג אקסטזי, מסוג קוקאין, הם סמים שמעוררים את מערכת העצבים המרכזית. אדם שהוא קצת ישנוני, זה יעורר אותו. אבל יש להם עוד דברים שהם משפיעים על המוח. הם לא עושים פעולה סלקטיבית אחת, אם עושים הרבה פעולות. בין היתר, וזה ללא כל תלות בשום סם- הם פוגעים בקואורדינציה, הם פוגעים ביכולת לאמוד מרחקים, הם פוגעים בחלוקת הקשב". כמו כן ציין ביחס לסמים ותאונות עבודה כי: "גם על סמים במקום העבודה, בהקשר שאתה אומר, יש הרבה מחקרים שנעשו על ידי - - . השורה התחתונה היא שעובדים שלוקחים סמים – יש להם יותר תאונות עבודה מאשר האוכלוסייה הכללית. אז מבחינה זו, נטילת סמים לא הולכת עם נהיגה, בכל מקרה."

<sup>81</sup> שם, בעמ' 20.

<sup>82</sup> פרוטוקול ישיבה 491 של ועדת הכלכלה של הכנסת ה-16, 15 (16.8.05).

<sup>83</sup> פרוטוקול ישיבה 511 של ועדת הכלכלה של הכנסת ה-16 (1.11.05).

<sup>84</sup> ראו לעיל ה"ש 39, בעמ' 13.

שחולף צוין כי על פי רוב הפגיעה המנטלית נגרמת בשעתיים הראשונות ופוחתת בהדרגה עד 6 שעות לאחר מכן.<sup>85</sup>

דו"ח משרד המשפטים, דן בכך שאחד הקשיים המתודולוגיים העיקריים במענה על שאלה זו הוא העובדה שתוצרי הקנביס מצויים בגוף זמן רב לאחר השימוש.<sup>86</sup> בדיון בנושא, צוטטו דברי פרופ' רפאל מועלם בועדת הסמים של הכנסת מיום 13.6.11 באומרו כי ישנה בעייתיות בבדיקת נוכחות סמים, להבדיל מאלכוהול, וכי: "בדיקת שתן נותנת תשובה האם מישהו השתמש בשבועות האחרונים – עד שישה שבועות אי פעם בקנאביס, וזה לא אומר שהוא נהג תחת השפעה".<sup>87</sup>

גם בדו"ח הצוות הבין-משרדי צוין כי הפער בין צריכת הקנביס לבין הזמן שהוא נשאר בגוף הינה בעיה שרלוונטית הן לצורכים את הקנביס באישור רפואי והן לאלה שצורכים אותו לצרכי הנאה.<sup>88</sup> הדו"ח ציין כי אדם עלול להיחשב "שיכור" שכן אין הגבלה של רף או מספר שעות שחלף מהשימוש, גם כשהוא לא מסכן את עוברי הדרך ועלול להיחשב להרשעה וענישה כבדה.

הנושא עלה אף בדיונים במסגרת תיקון 112 לפקודה. כך למשל התבטאה בנושא עו"ד חוה ראובני, סגנית בכירה ליועמ"ש במשרד התחבורה במסגרת דיון בתיקון 112 לפקודת התעבורה בוועדת הכלכלה של הכנסת:<sup>89</sup>

הנושא של הסמים מורכב, צוות רב ארגוני ישב על זה וזה מעורר שאלות בתחום המדעי והפיזיולוגי. למשל האם תוצרי חילוף חומרים בלתי פעילים משפיעים או לא משפיעים על הנהיגה? שאלה שאין עליה כנראה תשובה מדעית ברורה. האם יש הבדל בין סמים שונים לעניין תוצרי חילוף החומרים שלהם? האם אפשר ליצור הקבלה אחד לאחד בין תוצאות של בדיקות דם לעומת בדיקות של תוצאות שתן באופן שהתוצאה העונשית לא תהיה תלויה באיזה מסלול בדיקה נקט, כאשר המשטרה מעדיפה את בדיקות השתן מטבע הדברים מכיוון שבדיקות דם צריכות להיות בתנאי מעבדה. אנחנו לא רוצים שהמסלול בו נלקח הבן אדם לבדיקה ישפיע על התוצאה העונשית, זה לא מתקבל על הדעת.

הדיון לא פסח גם על בתי המשפט, כאשר העידו מומחים מטעם המדינה בעניין זה. כך למשל העיד ד"ר יהודה ברוך אשר היה חתום על הרישיון להחזקה ושימוש בקנביס שניתן לנאשם בעניין בן ישי: "התוצרים של הסם נותרים בשתן משך שלושה שבועות אך הם נעדרים השפעה מבחינה פסיכו-אקטיבית".<sup>90</sup> בעניין סובינסקי העיד ד"ר אשר גופר מטעם התביעה בעניין זה כי השפעת הסם על המשתמש פגה לאחר 4 עד 6 שעות, ואולי 8 שעות לאחר השימוש.<sup>91</sup>

85 שם.

86 דו"ח משרד המשפטים, לעיל ה"ש 50, בעמוד 37.

87 שם, בעמ' 39.

88 דו"ח הצוות הבין-משרדי, לעיל ה"ש 58, בעמ' 90.

89 פרוטוקול ישיבה 592 של ועדת הכלכלה של הכנסת ה-20, 4 (30.10.17).

90 תת"ע (י-ם) 14-01-563 מדינת ישראל נ' אילן בן ישי 5 (25.5.16).

91 ע"פ (מרכז) 8250-02-08 יהונתן סובינסקי נ' מדינת ישראל (29.12.08), פסקה 22.

אם כן, במהלך חקיקת החוק לא דנו בנושא זה כלל. למרות זאת, מדיונים ערים במקומות שונים ועל ידי גורמים שונים, עולה שישנה הסכמה גורפת כי הקשר בין מציאת סם קנביס או תוצר חילוף שלו בגוף למסוכנות בנהיגה אינו חד משמעי כלל. בנוסף, מסכימים כולם כי השפעת הסם פגה לאחר שעות אחדות למרות ששרידי הסם בגוף יכולים להישאר גם מספר שבועות, ללא כל השפעה על הנהיגה. המסקנה היא כי החוק כיום קובע דבר אשר אנו יודעים בוודאות שאינו נכון. המשמעות של חוסר הצדק הזה במשפט פלילי היא ברורה – הרשעת חפים מפשע.

**השאלה השלישית** היא האם יש אמצעי זמין ויעיל לאיתור כמות הסם בגוף האדם כך שתתקיים אכיפה יעילה של האיסור? נראה שהמענה לשאלה זו בשלילה, בוודאי לא ברמת היעילות הקיימת באכיפת האיסור על נהיגה בשכרות בגין אלכוהול. כנראה שבדיקת דם הינה האמצעי היעיל ביותר כיום, עם זאת, ולאור העובדה שמדובר בבדיקה פולשנית, היא אינה זמינה ויעילה לאכיפה. כיום האמצעי הזמין והיעיל ביותר הוא בדיקת שתן אשר מחייבת חשד סביר לנטילתה.<sup>92</sup> קושי נוסף שקיים הוא כי "בדיקת מאפיינים" (עמידה בעיניים עצומות, הליכה בקו ישר והצבעה על האף) ולא הוכחה כמדד מספק במקרים של סמים, וזאת להבדיל מאלכוהול.<sup>93</sup> לכאורה, היעדר אמצעי, היוצר קושי באכיפה, עלול להצדיק שימוש בחזקה משפטית, אך עם זאת לא ניתן להשלים עם חקיקה השופכת את התינוק עם המים.

לסיכום נקודה זו, למרות היעדר דיון מהותי ומבוסס נתונים במסגרת הדיונים שהביאו לתיקון החוק וקביעת החזקה החלוטה, היעדר קשר מובהק בין נהיגה תחת השפעת סם הקנביס לתאונות דרכים, ולמרות העובדה כי כבר שנים ידוע כי תוצרי חילוף עלולים להישאר בדמו של האדם תקופה משמעותית של מספר שבועות וזאת למרות שהשפעתן פגה לאחר שעות אחדות, הוראת החוק קובעת אחריות פלילית, באמצעות חזקה משפטית חלוטה, אשר עלולות לגרום להרשעות שווא רבות.

הבעייתיות מתחדדת ומועצמת לאור ענישת המינימום הקבועה בצד העבירה. לא אכנס בפירוט לעניין הליך החקיקה שהוביל לענישת המינימום, אך ניתן להיווכח שגם הליך החקיקה של סעיף 39 היה חסר דיון מעמיק ומבוסס נתונים. כל שנכתב בהצעות החוק הפרטיות הוא כי המלחמה בנגע השכרות מחייבת אמצעים חמורים לביעורו.<sup>94</sup> מהצעת החוק עולה ששימוש בעונש המינימום נעשה לצורך הרתעה של הציבור וכי הוא יהווה כלי יעיל להרתעת הציבור ובכך לביעור "נגע השכרות".<sup>95</sup>

<sup>92</sup> וראו טננבוים ואלמוג, לעיל ה"ש 4, בעניין הקושי במציאת מדדים המצביעים על נוכחות סם, וכן רחל גולדווג, לעיל ה"ש 1.

<sup>93</sup> שם.

<sup>94</sup> טננבוים **מאזני משפט**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 343. כמו כן ראו שם סקירה מפורטת של הליך חקיקת סעיף 39 לפקודה בעמ' 340-346.

<sup>95</sup> קיימת ביקורת רבה על החמרת הענישה ככלי לשינוי נהיגה מסוכנת ונראה כי מגמת ההחמרה בענישה אינה יעילה ויקרה. בנוסף לכך, קיימת ביקורת על עונש המינימום ועל כך שהוכיח את עצמו כעונש לא יעיל ולא צודק. וראו אברהם טננבוים, סיון רצון מגמות דיני תעבורה – וביקורת החמרת הענישה **דין ודברים ז' (תשע"ג)**, 95, בעמ' 128 וכן תת הפרק שדן בשכרות בעמ' 124-122. בנוסף ראו טננבוים **מאזני משפט**, לעיל ה"ש 1, עמ' 324-326 וה"ש עד 3 עד 9 שם. בנוסף ראו הוועדה הציבורית לבחינת מדיניות הענישה והטיפול בעבריינים דין וחשבון (אוגוסט 2015), בעמ' 31.

בנוסף, כאמור לעיל, עונש המינימום הגביר את המוטיבציה של כל שחקני המערכת להגיע להסדרי טיעון – דבר בעייתי בפני עצמו. רבות נכתב על הבעייתיות הרבה של השימוש הגובר בהסדרי טיעון במשפט הפלילי הכוללת חשש מהודאות שווא, הענקת כוח יתר לתביעה וכד'.<sup>96</sup> תחום התעבורה אינו שונה, ובעיתיות זו אף מתעצמת נוכח העובדה שהשימוש בהסדרי טיעון בתחום זה רחב ונפוץ אף יותר מהמשפט הפלילי "הרגיל". בפרט, נמתחה ביקורת על כך שהסדרי הטיעון, בעבירת נהיגה בשכרות, מעניקים לתביעה כוח עצום ועלולים לגרום לפגיעה דווקא באוכלוסיות החלשות. כך, אוכלוסיות חזקות יותר, אשר ידן משגת ייצוג, יגדילו את סיכוייהן להשגת הסדר טיעון מקל על ידי איזון כוחה של התביעה, בעוד שאוכלוסיות חלשות יותר, בלתי מיוצגות, ייפגעו יותר מכוחה של התביעה ובכך גם בענישה שתוטל עליהם.<sup>97</sup>

חוסר הצדק ברור. כעת אבחן האם וכיצד בתי המשפט עשויים לפתור את חוסר הצדק עד לפתרונו על ידי המחוקק.

## 2. הצעות לפתרון

הפתרון המלא והמוחלט לחוסר הצדק שנוצר הוא תיקון החוק, זאת לאחר הליך חקיקה יסודי ומבוסס נתונים. עד אז, ניתן לחשוב על מספר טיעונים משפטיים אפשריים אשר עשויים להעניק לבתי המשפט כלים שיאזנו את חוסר הצדק. אציג בקצרה מספר אפשרויות ואציע טיעון שלטעמי מהווה פתרון פרקטי, ישים ויעיל שניתן ליישמו בתיקים המתאימים באופן מדי.

### (א) עתירה לבג"ץ – תקיפה ישירה

דרך הפעולה "הטבעית" במקרה של תקיפת חוקיותה של נורמה משפטית, היא הגשת עתירה מתאימה לבית המשפט העליון ביושבו כבית המשפט הגבוה לצדק. בדרך זו, הנקראת "תקיפה ישירה", מתבקש בית המשפט להפעיל ביקורת שיפוטית על הכנסת ועל חוקתיות הנורמה המשפטית.

הטיעון במקרה דנא הוא כי סעיף 64ב המגדיר את המונח "שיכור" כתוצאה מצריכת סמים, כ"מי שבגופו מצוי סם מסוכן או תוצרי חילוף חומרים של סם מסוכן", יחד עם סעיף 62(3) לפקודה, יוצרים חזקה משפטית חלוטה. חזקה זו, כאשר מדובר בסם מסוג קנביס, פוגעת, בצורה שאינה עומדת בתנאי פסקת ההגבלה, בזכויות המעוגנות בחוקי היסוד.

בחינת בית המשפט מתבצעת בשלושה שלבים: בשלב הראשון, נבחנת הפגיעה של החוק בזכויות המעוגנות בחוקי היסוד; בשלב השני, נבחנת חוקתיות הפגיעה ביחס לדרישות פסקת ההגבלה; ובשלב השלישי, נבחנת שאלת הסעד שינתן בעקבות הפגיעה.<sup>98</sup> אדון כעת בשלושת השלבים תוך יישום המבחנים שנקבעו בפסיקה.

<sup>96</sup> למשל: אורן גזל הסדרי טיעון ובעיית החף משפטים לה תשס"ה; אורן גזל אייל, אבישלום תור, השפעת חפות על הסדרי טיעון: ממצאים אמפיריים, תובנות פסיכולוגיות והשלכות נורמטיביות משפטים לט (תשס"ט); אליהו הרנון, "עסקות-טיעון בישראל - חלוקת התפקידים הראויה שבין התביעה לבית-המשפט ומעמדו של הקורבן" משפטים, כרך כז (תשנ"ו-תשנ"ז) 543.

<sup>97</sup> מויאל ואייזנשטרט, לעיל הש 34, בעמ' 966-964 וכן בעמ' 972.

<sup>98</sup> בג"צ 7146/12 נג'ט סרג' אדם נ' הכנסת 43 (16.9.13).

כאמור, בשלב הראשון נדרש בית המשפט לבחון האם החוק פוגע בזכויות יסוד המעוגנות בחוקי היסוד. לטעמי, התשובה לשאלה זו בחיוב. החוק במתכונתו הנוכחית פוגע בזכות להליך הוגן, בזכות לחירות ובזכות לחופש התנועה.

הזכות להליך הוגן היא זכות יסוד חוקתית אשר נובעת מהזכות של הפרט לחירות ולכבוד, זכויות המעוגנות בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.<sup>99</sup> זכות זו חלה בצורה מוגברת בהליך הפלילי, הליך שמטבעו עלול לפגוע בחירותו של אדם ובכבודו.<sup>100</sup> שתי הזכויות האלה, הזכות להליך הוגן והזכות לחירות, נפגעות לטעמי בצורה קשה מאוד במקרה דנא: הזכות להליך הוגן נפגעת בצורה קשה מאוד על ידי החזקה החלוטה אשר קובעת מציאות משפטית הסותרת את המציאות העובדתית. נאשם, אשר ברור למדינה, בכובעיה השונים, כי לא נשקף ממנו כל סיכון בנהיגה או השפעה של הסם על הנהיגה, לא יכול להתגונן במשפטו. החזקה החלוטה לא מאפשרת לו להעלות טענות הגנה או להטיל ספק בטענות המדינה בעניין ההשפעה של תוצרי החילוף שנמצאו בגופו על הנהיגה שלו. בנוסף, כאמור, הרשעה בעבירה, אשר לצידה קבוע עונש מאסר של עד שנתיים, מחייבת את בתי המשפט להטיל, בנוסף למאסר, עונש של פסילת רישיון נהיגה למשך שנתיים. עונשים אלה פוגעים בצורה אנושה בזכות הנאשם לחירות ובפרט בזכותו לחופש התנועה.<sup>101</sup> יצוין כי מעמדה של הזכות לחופש תנועה במדרג זכויות וחירויות היסוד של הפרט הוא די גבוה, ובית משפט העליון אף השווה אותו לחופש הביטוי.<sup>102</sup>

משמציאת כי נפגעות זכויות יסוד, יש להמשיך לשלב השני, אשר בו בוחן בית המשפט את חוקיות הפגיעה ביחס לפסקת ההגבלה.<sup>103</sup> כידוע, פגיעה בזכויות ככלל, ובזכויות יסוד בפרט, מותרת רק במידה והפגיעה עומדת בתנאי פסקת ההגבלה. כך, הפגיעה חייבת להיות "באמצעות חוק (או, "לפי חוק כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו"), ההולם את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, ואשר נועד לתכלית ראויה – וכשהפגיעה עצמה היא "במידה שאינה עולה על הנדרש".<sup>104</sup>

לצורך הדיון אסכים כי מדובר בפגיעה שנעשתה בחוק, כזה ההולם את ערכי מדינת ישראל וכי הוא נועד לתכלית ראויה שהיא, כאמור, התמודדות עם הסיכון שנוצר מנהיגה במצב של שכרות אשר פוגע ביכולתו המנטלית, ביכולת השיפוט ובשיקול דעת של הנהג ובכך יוצרת סיכון לתאונת דרכים.<sup>105</sup> עם זאת, ההסדר כושל בצורה מאוד בולטת כאשר הוא נבחן במבחן המידתיות.

מבחן המידתיות, אף הוא, נחלק לשלושה מבחני משנה: המבחן הראשון הינו מבחן "הקשר הרציונאלי". המבחן השני, מבחן "האמצעי שפגיעתו פחותה" והמבחן השלישי,

<sup>99</sup> ע"פ 4596/05 רונזשטיין נ' מדינת ישראל פ"ד ס' 353, 425 (30.11.05).

<sup>100</sup> ישגב נקדימון הגנה מן הצדק 165 (מהדורה שלישית, 2021). כמו כן, במסגרת הצעת חוק-יסוד: זכויות בהליך הפלילי תשפ"ב-2022, ה"ח 1523, עמ' 692, מוצע כי הזכות להליך הוגן תקבל מעמד חוקתי נפרד. כך, נקבע שם בסעיף 3 כי "כל אדם זכאי לכך שהליך פלילי שהוא צד לו יהיה הוגן".

<sup>101</sup> בג"ץ 5016/96 חורב נ' שר התחבורה פ"ד נא(4) 1, 147 (13.4.97): "חופש התנועה הוא איפוא, החופש שקנינו להלך על רגלינו ברשות הרבים, לרכוב על האתון או לנסוע במכונית במקומות שיועדו לכך".

<sup>102</sup> עניין נג'ט סרג' אדם, לעיל ה"ש 98, בעמ' 45 וההפניות שם.

<sup>103</sup> סעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ס"ח התשנ"ב 150.

<sup>104</sup> בג"ץ 4343/19 כן לזקן – לקידום זכויות הזקנים נ' כנסת ישראל 29 (16.3.22).

<sup>105</sup> ראו לעיל, ה"ש 16 ודברי ההסבר שם.

מבחן "המידתיות הצר"<sup>106</sup> ובמילים אחרות בוחן בית המשפט אם "האמצעי שנבחר להגשמת תכלית החוק מקיים "קשר רציונלי" כלפיה, ומסייע להגשמתה"; האם "לא ניתן להגשים תכלית זו, באותה מידת אפקטיביות, באמצעים פוגעניים פחות"; והאם "התועלת שבהסדר עולה על נזקו"<sup>107</sup> אבחן כעת את החוק בראי מבחנים אלה.

מבחן המשנה הראשון, מבחן "הקשר הרציונאלי", בוחן את קיומו של קשר רציונאלי בין האמצעי החקיקתי הפוגעני לבין התכלית שביקש להשיג אמצעי זה ובוחר האם הוא מסייע להגשמתה. בעניין זה נקבע כי: "אין הכרח כי יהא אמצעי אחד בלבד המגשים את התכלית הראויה. יתכנו לעתים מספר אמצעים שיש ביניהם ובין המטרה קשר רציונלי. זאת ועוד: לא נדרש כי האמצעי שנבחר יגשים באופן מוחלט וודאי את המטרה. "די במידה נאותה של הסתברות כי הפעולה הפוגעת בזכות או באינטרס המוגן תתרום במידה סבירה להשגת התכלית" (דורנר, מידתיות, עמ' 289). אם האמצעי שנבחר אינו מקדם במידה מספקת את התכלית שבגינה נפגעה הזכות החוקתית המוגנת, הפגיעה אינה מידתית, שכן לא קיימת התאמה בין המטרה לאמצעי (ראו פרשת בכרי, עמ' 268).<sup>108</sup>

האמצעי שנבחר להגשמת תכלית החוק הוא חזקה חלוטה הקובעת אחריות פלילית על כל אדם שבגופו נמצאים שרידי סם או תוצר חילוף שלו, בכל כמות. אמצעי זה, פורס רשת רחבה על כלל האנשים אשר משתמשים או השתמשו בסם בימים ובשבועות טרם הבדיקה. במונח זה, ההסדר תופס ברשתו גם נהגים אשר נוהגים תחת השפעה שלילית של סם. מכאן ניתן לטעון שההסדר צולח את מבחן הקשר הרציונאלי, שכן מתקיים קשר בין האמצעי החקיקתי למטרה וכל בחינה של מידתיות ההסדר צריכה להיבחן במסגרת מבחני המשנה האחרים. עם זאת, במסגרת מבחן "הקשר הרציונאלי" אין די רק בקשר מסוים בין האמצעי החקיקתי שנבחר לבין הגשמת התכלית, אלא נדרש קשר "רציונלי", במונח זה ש"אמצעי שהוא "שרירותי, בלתי סביר או בלתי הוגן", אינו מקיים מבחן משנה זה.<sup>109</sup>

אני סבור שהליך החקיקה הפגום הוביל למעשה לכך שהאמצעי הנבחר לא מקדם במידה מספקת את תכלית החוק. יתרה מכך, לא התקיים כלל דיון בעניין קשר (רציונאלי או אחר) בין האמצעי החקיקתי שנבחר, קרי החזקה החלוטה, ובין התכלית שהוא מבקש להשיג, קרי המסוכנות וההשפעה של הסם על הנהיגה. עובדה זו מעלה תחושה קשה של שרירותיות בבחירת האמצעי החקיקתי. בנוסף, העובדה שמומחי תביעה, מומחים במשרד הבריאות ומומחים במכון הטוקסיקולוגי, בדוחות רשמיים והליכים משפטיים שונים, חזרו על הקביעה כי לאחר מספר שעות אין כל השפעה של הסם על הנהיגה וכי הימצאות תוצר חילוף בגוף אינו מדר מספק לקביעת השפעה על נהיגה, מעלה תחושה קשה של חוסר הוגנות ובחירת אמצעי שהינו בלתי סביר לקידום המטרה.<sup>110</sup>

מבחן המשנה השני, מבחן "האמצעי שפגיעתו פחותה", בוחן קיומו של יחס סביר בין הפגיעה בזכות החוקתית המוגנת לבין היתרון החברתי הצומח מן הפגיעה. כלומר בוחן האם

<sup>106</sup> עניין נג'ט סרג' אדם, לעיל ה"ש 98, בעמ' 60.

<sup>107</sup> עניין כן לזקן, לעיל ה"ש 104.

<sup>108</sup> בג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת 58 (11.5.06).

<sup>109</sup> עניין התנועה לאיכות השלטון, לעיל ה"ש 108, בפסקה 58 בחוות דעתו של כב' הנשיא ברק וההפניות שם.

<sup>110</sup> וראו בחלק השלישי למאמר זה, לעיל בעמ' 17.

לא ניתן להגשים תכלית זו, באותה מידת אפקטיביות, באמצעים פוגעניים פחות. בית המשפט העליון חזר בהקשר זה על דימוי הסולם:

**האמצעי החקיקתי משול לסולם, שעליו מטפס המחוקק להשגת התכלית החקיקתית. על המחוקק לעצור באותו שלב משלבי הסולם, שבאמצעותו מושגת התכלית החקיקתית, ואשר פגיעתו בזכות האדם היא הפחותה.<sup>111</sup>**

אין ספק כי חזקה משפטית חלוטה היא שלב גבוה מאוד בסולם, אם לא השלב האחרון שבו. אילו היה המחוקק עורך דיון מקיף ויסודי בהשפעת סם הקנביס על הנהיגה, עשוי היה להיקבע הסדר אחר, פוגעני פחות, אשר ישיג תכלית דומה של מניעת מסוכנות בנהיגה. כך למשל, ניתן לחשוב על הסדר אשר קובע רף מינימאלי של חומר פעיל, להבדיל מתוצרי חילוף. אפשרות אחרת היא לקבוע חזקה יחסית, אשר תאפשר לנאשם להפריך אותה בנסיבות מסוימות. אני סבור כי האמצעי החקיקתי הקיצוני הקיים היום, וזאת על רקע הקביעות החד משמעיות של מומחים, בין היתר מטעם המדינה, מוביל למסקנה כי בהחלט ניתן להשיג את תכליות החוק באמצעים פוגעניים פחות.

מבחן המשנה השלישי, מבחן "המידתיות במובן הצר", בוחן יחס סביר בין הפגיעה בזכות החוקתית המוגנת לבין היתרון החברתי הצומח מן הפגיעה. כלומר, להבדיל מהמבחן הקודם הבוחן את היחס בין הפגיעה או הנזק לזכות לבין האמצעי החקיקתי, מבחן זה בוחן גם את היחס בין הפגיעה או הנזק לבין התועלת הציבורית. למעשה משמעות המבחן הוא כי "המטרה אינה מקדשת את כל האמצעים". האם החוק כפי שהוא מנוסח היום, מביא לתועלת ציבורית אשר עולה על נזקו? נראה שהתשובה על כך היא בשלילה. אין נתונים ברורים אשר מצביעים על קשר הדוק בין הימצאות תוצרי חילוף של קנביס לבין מסוכנות בנהיגה, בוודאי שלא לאחר שעברו מספר שעות מהשימוש.<sup>112</sup> כלומר, נדמה כי התועלת הציבורית בהסדר כפי שהוא קיים היום, הינה לא גדולה, וסובלת מהכללת יתר בוטה. מאידך, ההסדר גובה נזק כבד מאותם נהגים אשר נהיגתם כלל לא הושפעה מצריכת הסם, וכעת מורשעים אך בשל הימצאות תוצרי החילוף בגופם וחשופים לעונש מינימום בדמות פסילת רישיון נהיגה למשך שנתיים. אם כן, המטרה, המוצדקת, של מניעת תאונות דרכים והפחתתן אינה מצדיקה אמצעי כה דרסטי, במיוחד כאשר אין בסיס עובדתי אשר מעיד על קשר בין הימצאות תוצרי חילוף בגוף לבין מסוכנות בנהיגה.

התוצאה היא שהחוק במתכונתו הנוכחית, ובמיוחד החזקה החלוטה, איננו מידתי ולא עומד בתנאי פסקת ההגבלה. כעת אם כן, יש לבחון את הסעד המתאים. הסעד הראוי לטעמי הוא ביטול סעיף 64ב(2) לפקודת התעבורה הקובע את החזקה החלוטה. בצורה כזו, יהיה על המחוקק להידרש לסוגיה ולקיים בה דיון מהותי שיקח בחשבון את ההבדל בין סוגי הסמים השונים, יקבע ערכי סף לכל אחד מהם ויקבע את אופי אכפת האיסור, אם באמצעות חזקות או בדרך אחרת. אכן, ביטול הוראת החוק יצור חלל חוקי לתקופה מסוימת. עם זאת לא רצוי שבית המשפט יקבע הסדר אחר תחת זה שבוטל ויש להותיר את המלאכה בעניין זה

<sup>111</sup> עניין נג'ט סרג' אדם, לעיל ה"ש 98, בעמ' 64 אשר הפנה לבג"ץ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר פ"ד נא(4) 367, 385 (1997).

<sup>112</sup> ראו לעיל ה"ש 109.



למחוקק.<sup>113</sup> ישנה אפשרות להשהות לזמן קצוב את חקיקת החוק החדש, תוך אמירה מפורשת שבזמן זה, ולמרות קביעת החוק, יתאפשר לנאשם להעלות ספק בחזקה הקבועה בחוק. אפשרות נוספת היא לבטל כליל את הוראת החוק, שכן עדיין קיימת הוראת חוק אשר קובעת איסור לנהיגה תחת השפעת סמים. במקרים אלה, בית המשפט עשוי להרשיע אדם על פי תקנה 26(2) לתקנות התעבורה, אשר קובעת איסור לנהוג אם אדם "נתון תחת השפעת סמים משכרים או משקאות משכרים". בחלופה זו על בית המשפט להתרשם ממאפיינים שונים אשר מעידים על השפעת הסם בפועל על נהיגתו של אדם. בנוסף לדרישה להוכחת ההשפעה בפועל, הענישה הקבועה לצד סעיף זה הינה פסילת מינום למשך 3 חודשים, ענישה מידתית הרבה יותר.<sup>114</sup>

לסיכום נקודה זו, ההסדר החוקי כיום, בנוגע לנהיגה תחת השפעת סם הקנביס, פוגע בזכויות יסוד מוגנות בצורה שאינה מידתית. כאמור, עתירה לבג"ץ ותקיפה ישירה של החוק היא הדרך הטבעית והנכונה במקרים אלה, עם זאת, מנקודת מבט פרקטית, עתירה לבג"ץ מעצם טיבה והשלכותיה הרוחביות הינה הליך מורכב וארוך. בנוסף, יש צורך בבעל עניין, אשר בדרך כלל הוא הנאשם בביצוע עבירות אלה, שיזום ויממן את ההליך. במקרים אלה, נדמה שלא יהיה יעיל לפתוח בהליך כזה במקביל לתיק הפלילי.<sup>115</sup> אפשרות פרקטית ויעילה יותר, היא להעלות את הטיעונים במסגרת ההליך הפלילי המתנהל כנגד נאשם בעבירות אלה. אפשרות זו הינה למעשה "תקיפה עקיפה" של החוק. אציג כעת מספר טענות משפטיות אפשריות, אשר עשויות להוות מסגרת מתאימה לכך.

#### (ב) תקיפה עקיפה: הפרשנות התכליתית

עקרון החוקיות קבוע, בין היתר, בסעיף 1 לחוק העונשין אשר קובע כי "אין עבירה ואין עונש עליה אלא אם כן נקבעו בחוק או על פיו". עיקרון זה מחייב את המחוקק בקביעת קו גבול ברור ככל הניתן בין התנהגות מותרת להתנהגות אסורה.<sup>116</sup> במקרה של הוראת החוק האוסרת על נהיגה בשכרות קו הגבול הזה הוא ברור מאוד לכאורה: "מי שבגופו מצוי סם מסוכן או תוצרי חילוף חומרים של סם מסוכן". אך קו הגבול אינו מבחין בין התנהגות מותרת להתנהגות אסורה, אלא מבחין מציאות עובדתית נתונה – האם נמצאו תוצרי חילוף חומרים של סם בגוף ואם לאו. כאמור, הקשר בין מציאות עובדתית זו לבין המסוכנות בנהיגה אינו מבוסס.<sup>117</sup>

במצב דברים זה, וכחלק מעיקרון החוקיות, ניתן לטעון כי על בית המשפט לבחור בפירוש מצומצם יותר של מילות החוק, כזה שיגשים את תכליתו, זאת על פי סעיף 34כא לחוק

<sup>113</sup> עניין נג'ט סרג' אדם, לעיל ה"ש 98, בעמ' 75.

<sup>114</sup> ראו לעיל ה"ש 69.

<sup>115</sup> וראו בג"ץ 9131/05 ניר עם כהן נ' מדינת ישראל (נבו, 6.2.06) שם נדחתה עתירה בשל קיום סעד חלופי. נקבע כי על דרך השגרה דרך המלך הינה העלאת הטענות בפני ההליך הפלילי. קביעה זו נסמכת, בין היתר, לשם "הצורך מפיצול הדיון ומניהול שני הליכים נפרדים סביב סוגיות קרובות. פיצול כזה לא רק שאינו רצוי משיקולי יעילות ומטעמי חיסכון במשאבים שיפוטיים, אלא שהוא אף עשוי לגרום לסחבת מיותרת ולהתמשכות בלתי סבירה של ההליך הפלילי".

<sup>116</sup> דנ"פ 10987/07 מדינת ישראל נ' ברק כהן 673 (2.3.09).

<sup>117</sup> ראו לעיל ה"ש 109.

העונשין, הקובע כי: "ניתן דין לפירושים סבירים אחדים לפי תכליתו, יוכרע העניין לפי הפירוש המקל ביותר עם מי שאמור לשאת באחריות פלילית לפי אותו דין". החלת סעיף 34 כה לחוק העונשין על נורמות פליליות נעשה בשני שלבים: בשלב הראשון, יש לבחון את לשון החוק ולקבוע האם קיימים מספר פירושים סבירים מבחינה לשונית, אשר מגשימים את תכלית החוק. בשלב השני, ייבחר הפירוש המקל יותר עם הנאשם.<sup>118</sup> על פניו, אין בסעיף הדין בהגדרת המונח "שיכור" הרבה מקום לפרשנות לשונית, הוא קובע בצורה מפורשת בחלופה (2) כי מי שבגופו "מצוי" סם או תוצר חילוף שלו הוא "שיכור". הפרשנות הלשונית הרגילה של המילה "מצוי" הינה "ישנו" או "קיים".<sup>119</sup> עם זאת, פרשנות המילה מצוי במקרה זה תלויה בקשר ישיר עם המונח אותו היא מגדירה: "שיכור". פרשנותו הלשונית של המונח שיכור הינה "שאינו שולט בעצמו בגלל שתיית משקה חריף".<sup>120</sup> לכן, ניתן לפרש את המילה "מצוי" בהוראת החוק, גם ככזו המתייחסת לא רק להימצאותו הפיזית של הסם, אלא להימצאותו בצורה שיש לו השפעה על האדם. אכן, בכל בפרשנות של הוראה פלילית, קיים מתח בין המשקל שיש להעניק ללשון החוק, לבין המשקל שיש להעניק להגשמת התכלית שבבסיסה.<sup>121</sup> במתח הזה, "אין מניעה לכך שהפירוש שניתן מבחינה לשונית להוראת החוק אינו בהכרח המובן הטבעי והרגיל של לשון הנורמה, ובלבד שבסוף המהלך הפרשני יינתן לנורמה פירוש שהוא אפשרי מבחינה לשונית."<sup>122</sup>

כפי שציינתי בהרחבה לעיל, התכלית העיקרית של הפקודה בנושא נהיגה תחת השפעת סם היא התמודדות עם הסיכון שנוצר מנהיגה במצב של שכרות אשר פוגע ביכולתו המנטלית, ביכולת השיפוט ובשיקול דעת של הנהג ובכך יוצרת סיכון לתאונת דרכים.<sup>123</sup> במקרים בהם לא הוכיחה התביעה את הסיכון או את השפעת הסם, מעבר להימצאותו בגוף, ניתן לטעון כי החוק לא מגשים את התכלית שהוא נועד להגשים.<sup>124</sup> אם כן, פרשנות לשונית כזו עשויה להגשים בצורה טובה יותר את התכליות הסובייקטיביות והאובייקטיביות של המחוקק, את ערכיה הבסיסים של השיטה ואת זכויות האדם המוגנות.<sup>125</sup> יתרה מכך, פרשנות זו מתיישבת הן עם "חזקת תכלית", הנגזרת מעקרונות החוקיות, לפיה "תכליתה של נורמה פלילית נלמדת מהמובן הטבעי והרגיל של לשון

118 שם, בעמ' 677-675.

119 וראו באתר של האקדמיה ללשון עברית בכתובת: <https://hebrew-academy.org.il/keyword/%D7%A6%D7%95%D6%BC%D7%99>

120 וראו באתר של האקדמיה ללשון עברית בכתובת: <https://hebrew-academy.org.il/?s=%D7%A9%D7%99%D7%9B%D7%95%D7%A8#gsc.tab=0&gsc.q=%D7%A9%D7%99%D7%9B%D7%95%D7%A8#gsc.page=1>

121 שם, בעמ' 674.

122 שם, בעמ' 677. בעניין זה ראו גם ע"פ 3583/20 פלוני נ' מדינת ישראל (9.11.20) בפסקאות 37-38 לחוות דעתו של השופט שטיין, שם מצטרף השופט שטיין לגישה לפיה "יש להתור לכך שפרשנות החוק – ככל שמחמירה היא עם הנאשם – תעלה ממובנה הרגיל והטבעי של הלשון". ובהמשך בפסקה 48 מציין כי "עיקרון החוקיות איננו דורש מבתי המשפט לפרש איסורים פליליים בצמצום. דרישה כאמור קיימת רק בהימצא פירושים סבירים אחדים אשר תואמים את תכלית האיסור הפלילי".

123 ראו לעיל, ה"ש 16 ודברי ההסבר שם.

124 אהרן ברק פרשנות תכליתית במשפט 132 (תשס"ג).

125 שם, בעמ' 398.

**הנורמה**<sup>126</sup>. אין ספק כי פרשנות חוק המתעלמת לחלוטין מתכליותיו של החוק ומסתמכת אך על המילים, מהווה גישה פורמלית "ועקרה" להליך החקיקה ולתפקידו של המחוקק.<sup>127</sup> אם כן, ניתן לטעון כי פרשנות המילה "מצוי" באופן זה שמחייבת ראיות להוכחת הימצאות סם בצורה המשפיעה או עלולה להשפיע על הנהיגה, הינה פירוש המגשים בצורה טובה יותר מכל משמעות אחרת את תכליתו של הדין. מכאן, יישום השלב השני מחייב את בית המשפט לבחור בפרשנות המקלה עם הנאשם. אפשרות נפוצה ומוכרת יותר, אך אולי פחות אינטואיטיבית כאשר הדבר נוגע לתקיפה עקיפה של חקיקה, היא טענה לביטול כתב האישום במסגרת סעיף 149(10) לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982: ההגנה מן הצדק.

### (ג) תקיפה עקיפה: הגנה מן הצדק

דוקטרינת ההגנה מן הצדק מעניקה לבית המשפט את הסמכות להורות על ביטולו של כתב האישום, אם הוא משתכנע שהגשתו או בירורו פוגעים בעקרונות צדק והגינות משפטית, וזאת במנותק משאלת אשמתו או חפותו של הנאשם.

אכן טענת ההגנה מן הצדק עוסקת לרוב בביקורת על רשויות החקירה והתביעה, וזאת להבדיל מביקורת על חוק או על תקנות משנה. עם זאת, האפשרות ל"תקיפה עקיפה" באמצעות הגנה מן הצדק במקרים שבהם טענות ההגנה מכוונות כנגד נורמה, הוכרה בפסיקת בית המשפט העליון כ"דרך המלך", במיוחד במקרים שבהם שאלת חוקיותה של הנורמה ומדיניות האכיפה הנלווית לה קשורות באופן הדוק להליך הפלילי הנדון ולתוצאותיו.<sup>128</sup> יתרה מכך, נדמה שישנה הרחבה מסוימת בהיקף השימוש בטענה של הגנה מן הצדק כאשר היא מכוונת לתקיפה עקיפה של חקיקה.<sup>129</sup>

<sup>126</sup> עניין כהן, לעיל ה"ש 110, בעמ' 676 וההפניות שם.

<sup>127</sup> אהרן ברק, לעיל ה"ש 115, בעמ' 397.

<sup>128</sup> ראו פסקה 43-45 לפסק דינה של כב' השופטת דפנה ברק-ארז ברע"פ 8182/18 אלעזר מושיא נ' מדינת ישראל (18.2.20) וההפניות שם. סמכות בית המשפט לדון בטענה זו ולהכריע בה קבוע בסעיף 76 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984, ס"ח 198. ראו בעניין זה בפסקה 20 לחוות דעתו של כב' השופט פוגלמן בדנ"פ 5387/20 רפי רותם נ' מדינת ישראל (15.12.21).

<sup>129</sup> וראו דפנה ברק-ארז **משפט מינהלי** כרך ד 184 (2017) וכן ראו בפסקה 3.ב. של כב' השופט עמית בעניין **מוחתסב**, לעיל ה"ש 98: "לטעמי, לא רק שאין מניעה כי הדבר ייעשה בתקיפה עקיפה במסגרת ההליך הפלילי, להבדיל מתקיפה ישירה בבג"ץ, אלא שכך רצוי. הדברים אינם חדשים. עוד לפני שנים רבות נפסק בע"פ 104/72 ראב נ' מדינת ישראל, פ"ד כו(2) 412 (1972) כי בתי המשפט מוסמכים להעביר תחת שבת בקורתם גם חקיקת-משנה, ולבדוק אם נפל בה פגם של אי-סבירות. כיום זו אף דרך המלך, כפי שנאמר בבג"ץ 9131/05 ניר עם כהן ירקות אגודה שיתופית חקלאית בע"מ נ' מדינת ישראל [פורסם בנבו] (6.2.2006) [...]. כוחה של הלכה זו, יפה במיוחד במקרים בהן מועלית טענה של "הגנה מן הצדק", המוכרת כיום כטענה מקדמית בסעיף 149(10) לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982 (להלן: החסד"פ) (בג"ץ 3853/08 גבאי נ' רפ"ק איתן כהן [פורסם בנבו] (14.5.2008); בג"ץ 815/11 פלוני נ' המשנה לפרקליטות המדינה [פורסם בנבו] (8.2.2011)).". **ראו גם דברה בנימין**, לעיל ה"ש 101, שם ביטל בית המשפט את כתב האישום, בין היתר לאור היות החוק נוגד את חוקי היסוד, היות החוק פוגע בעקרון החוקיות וחוסר הבהירות הקיים בין שתי הוראות חוק. ערעור על החלטה זו התקבל (ע"פ 29421-11-18 מדינת ישראל נ' בנימין (25.9.19)) אך הדיון התמקד בסיווג העבירה כעבירה של אחריות קפידה או מחשבה

אם כן, טענת ההגנה מן הצדק, בנוסף להיותה אמצעי פיקוח על שיקול דעתן של רשויות התביעה, עשויה להיות כלי המאפשר לבתי המשפט לאזן את ההליך הפלילי עם ערכים רחבים יותר של צדק והגינות,<sup>130</sup> זאת בין היתר, מאחר וטענת ההגנה מן הצדק דנה בחוסר הצדק במובנו הרחב, כפי שהוא מתבטא במקרה הספציפי.<sup>131</sup> לכן, אני סבור שבמקרים מסוימים, חריגים אמנם, יש מקום שבתי המשפט יעסקו גם בחוסר צדק בחקיקה קיימת במסגרת טענה של הגנה מן הצדק. ודוק, אין בכך כדי להרחיב את טענת ההגנה מן הצדק מעבר לגדריה כיום. שכן, מאופיה של הטענה, ומבחינה בפסיקה, מדובר בטענה שתתקבל במקרים חריגים יחסית ולא כדבר שבשגרה.<sup>132</sup>

אופייה הייחודי של טענת ההגנה מן הצדק, מאפשר את התאמת הסעד למקרה הספציפי שמובא בפני בית המשפט. כך למשל, פיתרון של פרשנות תכליתית של החוק, כפי שהצעתי לעיל, הינו פתרון שאינו מותאם דווקא לתיק ספציפי, אלא חל על כלל המקרים בהם נאשמים מואשמים בסעיף עבירה זה, לרבות נהגים שנתפסו שבגופם סמים שאינם קנבים או הימצאות חומר פעיל של סם. טענת ההגנה מן הצדק לעומת זאת, מאפשרת לבית המשפט לבטל כתב אישום בנסיבות הספציפיות שבפניו ללא השלכות רוחב קשות על האינטרס הציבורי. עם זאת, ניתן לטעון כי דווקא שימוש בטענה, אשר כאמור מספקת מענה במקרה פרטני הבא לפתחו של בית המשפט, עלולה דווקא לפגוע בוודאות המשפטית. לטעמי יש לטענה זו שני מענים: האחד, כפי שקרה בעניין שכטר, קביעת בית המשפט במקרה הפרטני עוררה שאלה משפטית שהובילה לשינוי משמעותי במציאות המשפטית ביחס לנהגים אשר השתמשו בקנבים ברישיון.<sup>133</sup> המענה השני הוא בהיות "המקרה הפרטני" מקרה טיפוסי שמאפיין מקרים לא מעטים. כלומר, הנסיבות שיאפשרו לבית המשפט לקבל את הטענה הן בעיקר הימצאות תוצר חילוף בגוף ולא הימצאות סם פעיל, זאת כאשר עברו מספר שעות בין צריכת הסם לנהיגה, וכאשר אין ראיות בדבר השפעה שלילית של הסם על הנהיגה. מכאן, לטעמי, האכסניה של ההגנה מן הצדק היא טענה פרקטית, יעילה וכזו שעשויה לאפשר גמישות מספקת לבית המשפט בהתאמת הסעד לתיק הספציפי המובא לפתחו. ארון כעת במבחנים וביישומם.

על ההגנה מן הצדק נכתב רבות. בקליפת אגוז אציין כי השימוש בהגנה מן הצדק בישראל הופיע לראשונה בשנת 1994, כאשר בית משפט העליון הכיר בו בעניין יפת,<sup>134</sup> שם נקבע "מבחן ההתנהגות הבלתי נסבלת של הרשות". משכך, נקבע כי הגנה זו תתקבל רק במקרים

פלילית ובטענות הנוגעות לחזותו של הסוכן המשרתי. בית המשפט המחוזי ובית המשפט העליון שדן בבקשת רשות ערעור לא דחו את האפשרות שבה הילך בית המשפט השלום בקבלת טענה של הגנה מן הצדק בנסיבות אלה (ראו עניין דבורה, הערת שוליים 69).

ע"פ 7621/14 אהרן גוטסדינר נ' מדינת ישראל פסקה 44 (1.3.17).

<sup>130</sup> עניין רותם, לעיל ה"ש 119, בעמ' 47 בפסקה 3 לחוות דעתו של השופט ארון: "ההשקפה שלפיה סעיף זה אינו מבקש להגן על זכותו של נאשם להליך הוגן בלבד, אלא להבטיח כי ההחלטה להעמיד את הנאשם לדין ואופן ניהול ההליך הפלילי אינם סותרים את עקרונות הצדק וההגינות במובנם הרחב יותר, הובהרה גם בדברי ההסבר להצעת החוק בו נחקק הסעיף... במקרים אלו, ההגנה מן הצדק מאפשרת נקודת מבט רחבה על התנהלות הרשויות למין הרגע שקדם לביצוע העבירה, עובר להגשת כתב האישום, וכלה באופן ניהול ההליך הפלילי".

ע"פ 4855/02 מדינת ישראל נ' בורוביץ, פ"ד נט (6) 776 (2005), בעמוד 807.

<sup>133</sup> וראו לעיל בפרק הדין בפסיקת בתי המשפט במאמר זה, לעיל בעמ' 12 וכן ראו עניין שכטר, לעיל ה"ש 62.

<sup>134</sup> ע"פ 2910/94 יפת נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(2) 221 (1996).

נדירים ביותר בהם התנהגות הרשות הציבורית היא "התנהגות שערוייתית שיש בה משום רדיפה, דיכוי והתעמרות בנאשם" ובמקרים "בהם המצפון מזדעזע ותחושת הצדק האוניברסאלי נפגעת".<sup>135</sup>

בהמשך הדרך בעניין בורוביץ קבע בית המשפט העליון מבחן מרוכך יותר, להחלתה של הגנה מן הצדק. כך, נקבע כי "בעיקרון עשויה אפוא ההגנה לחול בכל מקרה שבו קיומו של ההליך הפלילי פוגע באופן ממשי בתחושת הצדק וההגינות כפי שזו נתפסת בעיניו של בית המשפט".<sup>136</sup> המבחן הוכר כ"מבחן הפגיעה הממשית בתחושת הצדק" ונבחן בשלושה שלבים:

בשלב הראשון על בית המשפט לזהות את הפגמים שנפלו בהליכים שנקטו בעניינו של הנאשם ולעמוד על עוצמתם, וזאת, במנותק משאלת אשמתו או חפותו. בשלב השני על בית המשפט לבחון אם בקיומו של ההליך הפלילי חרף הפגמים יש משום פגיעה חריפה בתחושת הצדק וההגינות. בשלב זה, נדרש בית המשפט לאזן בין האינטרסים השונים, שהעיקריים שבהם פורטו לעיל, תוך שהוא נותן דעתו לנסיבותיו הקונקרטיות של ההליך שבפניו. בתוך כך עשוי בית המשפט לייחס משקל, בין היתר, לחומרת העבירה המיוחסת לנאשם; לעוצמת הראיות (הלכאוריות או המוכחות) המבססות את אשמתו; לנסיבותיהם האישיות של הנאשם ושל קורבן העבירה; למידת הפגיעה ביכולתו של הנאשם להתגונן; לחומרת הפגיעה בזכויות הנאשם ולנסיבות שהביאו לגרימתה; למידת האשם הרובץ על כתפי הרשות שפגעה בהליך או בנאשם, וכן לשאלה אם הרשות פעלה בזדון או בתום-לב. ברי כי בגיבוש האיוון בין השיקולים הנגדיים ייחס בית המשפט לכל אחד מהשיקולים את המשקל היחסי הראוי לו בנסיבותיו הקונקרטיות של המקרה הנתון. כך, למשל, ככל שמעשה העבירה חמור יותר, יגבר משקלו של האינטרס הציבורי שבהעמדה לדין; וככל שמעשה הרשות שערוייתי יותר ופגיעתו בנאשם ובזכויותיו חמורה יותר, יגבר משקלו של האינטרס הציבורי שבשמירת זכויותיו של הנאשם ובריסון כוחה של הרשות. בשלב השלישי, מששוכנע בית המשפט כי קיומו של ההליך אכן כרוך בפגיעה חריפה בתחושת הצדק וההגינות, עליו לבחון האם לא ניתן לרפא את הפגמים שנתגלו באמצעים יותר מתונים ומידתיים מאשר ביטולו של כתב-האישום. בין היתר, עשוי בית המשפט לקבוע, כי הפגיעה שנגרמה לנאשם, אף שאינה מצדיקה את ביטול כתב-האישום שהוגש נגדו, מצדיקה היא את ביטולם של אישומים ספציפיים, או תהא ראויה להישקל לטובתו בקביעת עונשו, אם יורשע. כן עשוי בית המשפט לקבוע, כי תיקון הפגיעה יכול שיעשה במסגרת בירורו של המשפט,

<sup>135</sup> וראו שם, בעמ' 370: "המבחן הקובע, כפי שאני רואה לאמצו, הוא מבחן ה"התנהגות הבלתי נסבלת של הרשות", היינו התנהגות שערוייתית, שיש בה משום רדיפה, דיכוי והתעמרות בנאשם... המדובר במקרים שבהם המצפון מזדעזע ותחושת הצדק האוניברסלית נפגעת, דבר שבית המשפט עומד פעור פה מולו ואין הדעת יכולה לסובלו. ברי כי טענה כגון זו תעלה ותתקבל במקרים נדירים ביותר, ואין להעלותה כדבר שבשיגרה ובענייני דיומא סתם".

<sup>136</sup> עניין בורוביץ, לעיל ה"ש 123, בעמוד 806.

### כגון בבירור שאלת קבילותה של ראייה שהושגה תוך שימוש באמצעים פסולים"

בית המשפט העליון התייחס ליחס בין פרשת בורוביץ לחוק שחוקק וקבע כי "מבין ההצעות השונות שעמדו בפני הועדה כמפורט לעיל, מבחן "הסתירה המהותית" שאומץ בסופו של דבר בתיקון לחוק הוא הקרוב ביותר באופיו למבחן "הפגיעה הממשית" שנקבע בפרשת בורוביץ. לא פגיעה חמורה, ואף לא קיצונית, אלא פגיעה מהותית שהולמת כאמור את "הרף המרוכך" שבפרשת בורוביץ.<sup>137</sup> כך, גם כיום, לאחר עיגון ההגנה מן הצדק בחקיקה, עדיין בתי המשפט משתמשים במבחן ובשלבים שנקבעו בעניין בורוביץ.<sup>138</sup> ולענייננו אנו, יישום השלבים הראשון והשני במבחן הם בעיקרם הביקורת שהוצגה בפרקים לעיל. המבחן הראשון, כאמור, הוא זיהוי הפגמים שנפלו בהליך שנקט כנגד הנאשם ועוצמתם. בעניין זה ניתן לסכם את הפגמים בנקודות הבאות:

- א. הליך חקיקה פגום מיסודו – הליך חקיקה אשר בבסיסו לא היה דיון כלל בעניין השפעת סם הקנביס על הנהיגה. כתוצאה מכך נוצרה חזקה משפטית חלוטה אשר קובעת מציאות משפטית הסותרת את המציאות העובדתית. אם לא די בכך, נוספה ענישת מינימום לצד העבירה, בעוד שאין כל מתאם בין הדרקוניות שבענישה ובין הסיכון אותו נולדה למנוע.
  - ב. השיח המשפטי סביב השימוש בקנביס השתנה – המציאות כיום ביחס לסם הקנביס שונה לחלוטין מבעבר. נעשו שינויים רבים ביחס לסם הקנביס במישורים שונים, לרבות מדיניות "אי הפללה" ותיקון החוק הקובע מעבר מאיסור פלילי לאיסור מינהלי בשימושים "נורמטיביים". יתרה מכך, המדינה מתירה שימוש בקנביס רפואי ואף גיבשה נהלי תביעה בעניין אכיפת האיסור של נהיגה בשכרות כנגד נהגים אלה.
  - ג. התייחסות המדינה לחוסר ההתאמה בין החזקה שבחוק למציאות – התייחסות מומחי תביעה, מומחים במשרד הבריאות ומומחים במכון הטוקסיקולוגי, בדוחות רשמיים והליכים משפטיים שונים, לכך שהחוק כיום לא תואם את רמת הסיכון הנשקפת ולמעשה אין לו כל עיגון במציאות. להיפך, ישנה הסכמה גורפת כי לאחר מספר שעות אין כל השפעה של הסם על הנהיגה וכי הימצאות תוצר חילוף בגוף אינו מדד מספק לקביעת השפעה על נהיגה.
  - ד. קריאות חוזרות ונשנות לתיקון החוק לא נענו – לאור האמור לעיל יצאו לאורך השנים קריאות רבות למחוקק לתקן את האבסורד בחוק.<sup>139</sup> נראה כי הקריאות נופלות על אוזניים ערלות. התיקון היחיד שעומד על הפרק כיום הינו תיקון 112 אשר מתייחס למדרוג הענישה בלבד ולא דן באיסור המהותי.
- בשלב השני על בית המשפט לבחון אם בקיומו של ההליך הפלילי, חרף הפגמים, יש משום פגיעה חריפה בתחושת הצדק וההגינות. קיום הליך פלילי כנגד נאשם עומד אשר בגופו

<sup>137</sup> ע"פ 5672/05 טגר בע"מ נ' מדינת ישראל (21.10.17).

<sup>138</sup> ראו למשל את הערת כב' השופט עמית בפסקה ג.3. ברע"פ 4562/11 אבראהים מוחתסב נ' מדינת ישראל (7.3.13) וההפניות שם.

<sup>139</sup> רע"פ 8976/15 אלעד יעקב דויטש נ' מדינת ישראל (5.1.16); עניין שריג לעיל ה"ש 62; רע"פ 51/13 פרחי נ' מדינת ישראל (12.8.13); רעפ 6661/14 איתן קוליה נ' מדינת ישראל (19.1.15).

נמצא תוצר חילוף של סם הקנביס, כאשר עולה מחומר הראיות כי הנאשם צרך את הסם מעל למספר שעות לפני הנהיגה וכי אין ממצאים המעידים על השפעה של הסם על הנהיגה, או על נהיגה מסוכנת – פוגע פגיעה חריפה בתחושת הצדק וההגינות. תחושת הפגיעה מתעצמת נוכח חוסר אפשרותו של הנאשם להתגונן. יש לציין כי אף אם אין מדובר בהתנהגות מכוונת של הרשות אלא "רק" ברשלנות, מדובר ברשלנות חמורה שהתעצמה לאורך השנים, במיוחד כאשר לא נראה פתרון באופן.<sup>140</sup>

כעת לשלב השלישי במבחן והוא הסעד שניתן. כלומר, האם יש אמצעי דרסטי פחות מאשר ביטולו של כתב האישום. לדעתי התשובה היא בשלילה. יש לזכור כי משמעות הרשעת נאשמים על פי תוצרי חילוף של סם הקנביס בלבד, מוביל להרשעת שווא, ולכן אין די בסעד שמתחשב במישור הענישה. לצד זאת אציין כי במקרים גבוליים, כדוגמת עניין שריג, שם צרך הנאשם את הסם 20 דקות לפני נהיגתו, עשוי בית המשפט לערוך את האיזון בצורה שונה ולהגיע למסקנה כי הסעד המתאים הוא בהתחשבות בענישה על ידי חריגה מעונש המינימום.<sup>141</sup>

בתי המשפט אינם חותמת גומי, השופטים חיים בתוך עמם, ערים לשינויים המתרחשים וקשובים לבעייתיות הרבה בחוק. לאור זאת קראו הם למחוקק לשנות את החוק במקרים של נהיגה תחת השפעת סמים שניתנו ברישיון.<sup>142</sup> קבלת טענות משפטיות, ובמיוחד קבלת סעד של ביטול כתב אישום מכוח הגנה מן הצדק עשוי להעניק לבתי המשפט כלי מהותי, אפקטיבי וגמיש בהתמודדות עם חוסר הצדק שנגרם.<sup>143</sup> לצד זאת, מצופה מהתביעה לקבוע מדיניות העמדה לדין שתאפשר הפעלת שיקול דעת ביחס להעמדת נהגים אשר צרכו קנביס ללא רישיון לדין. כיום, במצב שאין מדיניות כזו ואין תיקון חקיקה ראשית בעתיד הנראה לעין, בית המשפט הוא היחיד שיכול וצריך לפעול על מנת לתקן את חוסר הצדק עד לתיקונו על ידי המחוקק בחקיקה ראשית.

#### ד. סיכום והוספת קריאה למחוקק

עבירת הנהיגה בשכרות, ככל שהיא נוגעת לנהיגה תחת השפעת סמים, קיימת בצורתה הנוכחית מאז שנת 2005. העבירה חוקקה ללא דיון מקיף ומעמיק ואף הענישה הדרקונית שלצידה נחקקה באופן דומה. מאז ועד היום השתנתה המציאות ביחס לסמים מסוג קנביס במישורים רבים. הפער בין המציאות כיום ובין החוק שנשאר באותו מקום, יוצר אבסורד ש"נפתר" על ידי שחקני המערכת בדרכים לא דרכים היוצרות עיוות של החוק, מעניקות כוח רב מדי לרשויות התביעה, יוצרות חוסר ודאות לנאשמים, גורמות לזילות של מערכת המשפט ומעלות חשש כבד לאפליה בין נאשמים על בסיס ייצוג.

<sup>140</sup> עניין בורוביץ, לעיל ה"ש 123, בעמ' 807.

<sup>141</sup> עפ"ת (ת"א) 21726-01-12 רן שריג נ' מדינת ישראל (8.3.12) שם קיבל בית המשפט המחוזי את הערעור על עונש המינימום שהוטל על הנאשם וקבע כי לאור העובדה שחומרת המעשה פחותה בשל העובדה שהנאשם נטל את הסם כדין, יחד עם נסיבות אחרות מקלות (בדיקת מאפיינים תקינה, עבר שאינו מכביד ומצב בריאותי) מוצדק לקבוע כי המקרה עומד בתנאי סעיף 39א לפקודה וכי מדובר ב"נסיבות מיוחדות" המאפשרות חריגה מעונש המינימום.

<sup>142</sup> ראו לעיל, ה"ש 70.

<sup>143</sup> עניין דבורה, לעיל ה"ש 76.

כולי תקווה שהחוק בעניין זה יתוקן בהקדם, לאחר דיון מקיף, מעמיק ומבוסס נתונים, וככל שהמדע אינו מסוגל לספק תשובות לגבי שאלות מסוימות, על המחוקק להתחשב בכך. אכן, נדמה שהפתרון הוא בקביעת חזקה מסוימת בצורת "אכיפת סף" הדומה לזו הקיימת בחוק לגבי אלכוהול.

קיימות מספר מדינות בעולם אשר אימצו את המודל של "אכיפת סף" ביחס לסם הקנביס. על פי החוק בקולורדו אם בדמו של אדם נמצאו 5 ננוגרם פר מיליליטר של THC נחשב הוא כנתון תחת השפעה של לפחות סם אחד.<sup>144</sup> על פי החוק בהולנד, אשר מתייחסת לסם כסם אסור לצד מדיניות אי העמדה לדין בצריכה עצמית, נקבע סף של 3 ננוגרם פר מיליליטר של THC (החוק שם אינו מבחין בין משתמשים בקנביס רפואי ובין כאלה שלא).<sup>145</sup> גם בגרמניה נקבע סף של 1 ננוגרם פר מיליליטר של THC (גם שם החוק אינו מבחין בין קנביס רפואי לשימוש אחר).<sup>146</sup> המודל הקנדי, אשר היווה את הבסיס לשינוי החוק בארץ, נכנס לתוקף בשנת 2018.<sup>147</sup> התיקון התיק החזקת סם מסוג קנביס לצריכה עצמית ובהתאם תוקן החוק הפלילי האוסר נהיגה תחת השפעת קנביס.<sup>148</sup> החוק הקנדי קובע סף מדורג של חומרה בהתאם לכמות החומר הפעיל של הקנביס בגופו של הנהג. המדרגה הראשונה היא בין 2 ל-5 ננוגרם פר מיליליטר של THC, השניה היא מעל 5 ננוגרם פר מיליליטר. מעבר לכך נקבעה מדרגה שעניינה שילוב בין קנביס ואלכוהול.<sup>149</sup>

אני סבור שיש לקבוע סף אשר מתחשב בחוסר האפשרות של המדע לתת תשובות מדויקות ומשאר "שולי ביטחון". זאת, על מנת למנוע הפללת יתר מצד אחד וחוסר יעילות של החוק למניעת נהיגה מסוכנת מצד שני. אבהיר, לדעתי אין מקום לשימוש בחזקות משפטיות חלוטות במשפט הפלילי, אלא במקרים חריגים וקיצוניים. חזקות משפטיות חלוטות הן מתכון בטוח להרשעת חפים מפשע, במיוחד כאשר הן נחקקות ללא הליך חקיקה מעמיק ויסודי. מדיניות של "אפס סובלנות" כלפי סמים לא יכולה להצדיק שימוש בחזקות חלוטות כדבר שבשגרה. אמנם יש מידה של צדק בכך שישנן חזקות רבות בפקודת התעבורה והתקנות בה, אך כפי שפירטתי לעיל לא כל החזקות נולדו שוות.<sup>150</sup>

144 דו"ח הצוות הבין-משרדי, לעיל ה"ש 58, בעמ' 221.

145 ראו לעיל ה"ש 45, בעמ' 15.

146 שם.

147 דו"ח הצוות הבין-משרדי, לעיל ה"ש 58, בעמ' 94 וכן תזכיר תקנות וצו – עבירות מינהליות (החזקות קנאביס

ושימוש בו), תשפ"ב-2022.

148 שם, בעמ' 39 וה"ש 101 שם.

149 וראו באתר משרד המשפטים הקנדי בכתובת: [/https://www.justice.gc.ca/eng/cj-jp/sidl-rlcfa](https://www.justice.gc.ca/eng/cj-jp/sidl-rlcfa)  
150 טננבוים ואלמוג, לעיל ה"ש 4, בעמ' 11. הכותבים העלו שאלה בדבר השימוש בחזקות משפטיות כחלק מגישת "אפס סובלנות" ביחס לסמים ונהיגה. בעניין זה ראו את דברי בית המשפט בע"פ 2218/06 כמאל הייב נ' מדינת ישראל (22.1.07) בעניין החזקה הקבועה בסעיף 27ב(א) לפקודת התעבורה שהינה חזקה יחסית שכן היא מאפשרת לבעת הרכב להתגונן ולהוכיח שהוא לא נהג ברכב: "אוסף, כי לטעמי יש מקום לבחון את היקפה ותחולתה של חזקה זו גם לאור חוקי היסוד, שנחקקו אחר קביעתה של חזקה זו. הרשעתו של אדם בדין פלילי, או מעין פלילי, אך משום שייכשל במציאת האדם שנהג ברכב בעת ביצוע העבירה, אף במקרה בו יוכיח אותו אדם – באופן פוזיטיבי – שלא הוא עבר את העבירה, מביאה לתוצאה קשה של הרשעת אדם בלי שמתקיימים בו היסוד העובדתי והיסוד הנפשי של העבירה, בניגוד לעקרונות היסוד של דיני העונשין. ככזו,



קריאות בתי המשפט למחוקק להתערב ולשנות את החוק לא נענו. התיקון היחיד העתידי בנושא זה הוא תיקון 112 אשר עוסק במישור הענישה, וגם הוא, בעניין סמים לפחות, לא מתקדם. במצב זה על בתי המשפט להפעיל את שיקול דעתם בכל מקרה ומקרה על פי נסיבותיו, ובמקרים המתאימים לא להשלים עם חוסר הצדק ולתקן את המעוות, עד התערבות המחוקק.