

חוות דעת של מומחה

שם המומחה : טארק בושנאק, עו"ד

מענו ומקום עבודתו:

רח' צלאח אלדין 5, ת.ד. 24, כפר מנדא 17907, טלפון : 04-9508172 פקס : 04-9868772

אני הח"מ נתבקשתי על ידי **עורך הדין דוד עוזר** לחוות דעתי המקצועית בשאלה המפורטת להלן במסגרת עתירה לבית המשפט הגבוה לצדק. אני נותן חוות דעתי זו במקום עדות בבית המשפט ואני מצהיר בזאת כי ידוע לי היטב, שלעניין הוראות החוק הפלילי בדבר עדות שקר בבית המשפט, דין חוות דעתי זו שהיא חתומה על ידי כדין עדות בשבועה שנתתי בבית המשפט.

ואלה פרטי השכלתי:

1993 – 1999	לימודים בפקולטה למשפטים של אוניברסיטת קלן, גרמניה.
2000	הכרה על ידי האוניברסיטה העברית לפי סעיף 25(2) לחוק לשכת עו"ד.
2000	בחינות בדיני מדינת ישראל לפי סעיף 26(2) לחוק לשכת עו"ד.
2002	חבר לשכת עורכי הדין בישראל.

ואלה פרטי ניסיוני:

2001 – 2002	התמחות במשפט הפרטי הגרמני והבינלאומי.
מ-2002	עו"ד עצמאי.
מ-2002	עיסוק אינטנסיבי בכל תחומי הדין הגרמני, לרבות הגשת חוות דעת של מומחה לבתי המשפט בישראל ביחס לדין הגרמני.

השאלות והנושאים שעליהן נתבקשתי לחוות דעתי:

1. התייחסות הדין הגרמני לשימוש בסמים, כמויות, לסוגיהם ?
2. האם החוק הגרמני או הפסיקה מענישה בגין שימוש עצמי של סמים, לרבות חשיש או קנביס?

חומר העזר שעמד לרשותי:

3. ספר החוקים האזרחי הגרמני
Bürgerliches Gesetzbuch
(להלן – BGB)
4. חוק הסמים הגרמני
Betäubungsmittelgesetz
5. פסק דין של בית המשפט לחוקה הגרמני מיום 9.4.1994
Bundesverfassungsgericht, Beschluss vom 09.04.1994, Az. 2 BvL 43/92; 2 BvL 51/92; 2 BvL 63/92; 2 BvL 64/92; 2 BvL 70/92; 2 BvL 80/92; 2 BvR 2031/92

וזו חוות דעתי:

6. חוות הדעת מתייחסת לפסק דינו של בית המשפט לחוקה הפדראלי שניתן ביום 9.4.1994, פרשנות בית המשפט לחוק הסמים והענישה להפרות לחוק זה, בחינת חוקתיות חוקים פליליים וכמו כן זכויות הפרט לשיכרון לפי חוקי היסוד הגרמניים.
7. פסק דינו של בית המשפט לחוקה הפדראלי שבגרמניה מיום 9.4.1994 והמכונה החלטת "הקנביס" דן בשבעה ערעורים על העונש הפלילי בגין הפרות קלות, לרבות שימוש בכמות קטנה של מוצרי חשיש, בעיקרון מדובר באיסור החזקת חומרים לצריכה עצמית.
8. מבחינה משפטית, קיבלה ההחלטה זו תשומת לב, משום שכמה בתי משפט במדינת היסן ומדינת שליסוויג-הולשטיין סירבו להחיל חוקים פלילים על הפרות קלות, במיוחד כאשר מדובר בשימוש עזי עם כמות קטנה של חשיש, וראו את העונש כבלתי סביר ופרופורציונלי, פרקטיקה זו התקיימה ברוב המדינות הפדראליות, אולם במדינות אחרות, כגון בוואריה, כל עבירה נענשה בהתאם וללא יוצא מן הכלל; לא רק במונחים של שוויון, זה היה בעייתי, אך גם מנקודת מבט דוגמטית:
- בתי המשפט אשר סירבו להחיל את החוק הפלילי על הפרות קלות של שימוש עצמי בחשיש הגישו עתירה לביקורת חוקתית לבית המשפט לחוקה הפדראלי, האם החוקים הפליליים חוקתיים, והאם קיימת זכות חוקתית והמכונה "זכות לשיכרון" בחוקי היסוד.
9. הדגש, בין היתר, על המקרה שהוצג על ידי בית המשפט לערעורים בלוביק: הנאשמת בהליכים העיקריים הורשעה בפסק-דין של בית-המשפט המחוזי בלוביק ב-1 באוקטובר 1990 בדבר העברה בלתי-מורשית של חשיש (סעיף 29 (1) מס' 1' יחד עם סעיף 1 (1) לחוק הסמים (BtMG) ונספח I) לחודשיים של מאסר בפועל. על פי ממצאי בית המשפט המחוזי, היא ביקרה את בעלה בכלא, אשר היה במעצר באשמת הפרת חוק הסמים. במהלך קבלת הפנים, חיבקה הנאשמת את בעלה והעבירה לו מכתב המכיל 1.12 גרם חשיש, היא כאמור ערערה לבית המשפט לערעורים על חומרת העונש והענישה.
10. בית המשפט לערעורים בלוביק - בראשות השופטת הפדראלית וולפגאנג ניסקוביץ' - נמנע מענישת הנאשמת והיה בדעה כי, הוראות העונשין הרלוונטיות של חוק הסמים הינם בלתי חוקתיים.
11. בית המשפט עיכב את ההליכים והגיש עתירה לבית המשפט החוקתי הפדראלי לפי סעיף 100 (1) חוק יסוד לבחינה ולבדיקה, האם סעיף 29 (1) משפט 1 מס' 1' לחוק הסמים (BtMG) (פעולה חלופית) יחד עם סעיף 1 מס' 1' לחוק הסמים (BtMG) (חשיש) עומד בקנה אחד עם חוק היסוד, במילים אחרות חוקתי.

12. הגישה של בית המשפט הפלילי התבססה בעיקרה על שלוש טענות:

- הכללתם של מוצרי הקנביס בנספח I לסעיף 1 (1) לחוק הסמים מפרה את עקרון השוויון בהתאם סעיף 3 (1) לחוק היסוד, משום שאלכוהול וניקוטין אינם מופיעים שם.
 - האחריות הפלילית לאספקת מוצרי הקנביס, המשמשים לצריכה עצמית, אינה מתיישבת גם עם סעיף 2 (1) לחוק יסוד, הזכות להתפתחות חופשית של אישיות.
 - הפרה של סעיף 2 מס' 2 ס"ק (2) לחוק היסוד (הזכות לשלמות הגוף) קיימת משום שהאזרח, אשר מבקש להרעיל את עצמו בהסמך על "זכותו לשיכרון" המוגנת בחוק, מוכרח על ידי איסור הפלילי, לרכוש או להשיג מוצרי חשיש לצריכה עצמית, לבחור אלטרנטיבה פחות בריאה, כלומר צריכה של אלכוהול שלא חלה עליה כל ענישה. זה אינו עולה בקנה אחד עם הזכות לשלמות הגוף, כי המחוקק אסר על צרכני הסמים הקלים לצריכה עצמית באמצעות איום בענישה פלילית לצרוך חומר שפחות מזיק לבריאות.
- בית המשפט לערעורים של הילדסהיים, בית המשפט לערעורים בפרנקפורט, ובית המשפט לערעורים של שטוטגרט הגישו גם עתירה לבדיקת חוקתית לפי סעיף 100 (1) לחוק יסוד משום שהיו להם ספקות בנוגע לחוקתיותם של הוראות חוק הסמים הרלוונטיים ולהמשך ההליכים הפליליים לגבי החזקת ומסירת קנביס.

החלטת בית המשפט לחוקה הפדראלי:

13. על פי החלטת הסנאט השני של בית המשפט לחוקה ההגבולות של סעיף 2 פסקה 1 לחוק היסוד חלים על התמודדות עם סמים, לא קיים כזה דבר "זכות שיכרון" שמבטלת הגבלות אלה.
14. בית המשפט החוקתי אישר כי, החוקים אשר צוינו בעתירה של בית המשפט לערעורים עולים בקנה אחד עם החוקה והם חוקתיים.
15. הגורם המכריע אינו הזכות לשיכרון שנגזרת מחוק היסוד, ולא הדרישה להשוות את החומרים בעלי השפעה דומה או כוח כמו אלכוהול וניקוטין, אלא במידה רבה יותר שלטון החוק ועקרון המידתיות.
16. מידתיות החוקים הפליליים והאיסור נערכת לפי מבחן תלת-שלבי, שלב ההתאמה, שלב הצורך ושלב ההלימות, בסופו של דבר יש לאשר זאת בהקשר לחוקי הסמים הנבחנים.
- אולם, על הפרות קלות בא בחשבון רק עונש קל או שום עונש; ככלל, על גופי המדינה להימנע מרדיפה מלכתחילה, אפשריות כאלה מספק גם חוק הסמים.
- המדינות הפדראליות חייבות לבצע זאת באופן אחיד ושווה.

דעת מיעוט שונה של השופטת גרוסהוף:

17. השופטת גרוסהוף הסכימה עם ההחלטה בתוצאה, אבל לא לגמרי עם הנימוקים. היא מציבה תנאים או דרישות חוקתיות אחרות על עבירות מסוכנות:

- הביקורת על חוק הסמים מבחינת המידתיות צריכה להתבצע בשני מישורים:
 - ראשית, יש לשאול האם ניתן לאיים בעונש על עובדות כדי להגן על האינטרסים המשפטיים המתאימים (יחס התכלית). במילים אחרות, מי או מה מוגן כאשר מישהו נענש על שיכרון לא מזיק.
 - לאחר מכן יש לבצע את בדיקת המידתיות הכללית בשלושה שלבים. עם זאת, השופטת גרוסהוף לא יכולה להסכים על ההתאמה של הרוב בסנאט של בית המשפט לחוקה, אלא רואה בזה פגם טכני בבדיקה.

דעת מיעוט של השופט זומר:

18. השופט זומר אינו תומך במקבלי החלטות בנקודה 2 ובחלקו עם הנימוקים :

- חוק הסמים אינו עומד בדרישות עקרון המידתיות, נתפס כאיכותי ורחב מדי.
- פגם זה ניתן לרפא על ידי אפשרויות הקשורות למקרה של הימנעות מעונש או מעמדה לדין, גם אם אפשרויות אלה מתפרשות באופן קבוע כדרישה של אי ענישה / רדיפה במספר רב של מקרים.

סיכום :

המסקנה אליה הגיע בית המשפט לחוקה בגרמניה היא שיש להימנע מענישה פלילית במקרים של שימוש עצמי בסמים בכמות קטינה.

עוד ציין בית המשפט לחוקה כי הכללתם של מוצרי הקנביס בנספח I לסעיף 1 (1) לחוק הסמים מפרה את עקרון השוויון בהתאם סעיף 3 (1) לחוק היסוד, משום שאלכוהול וניקוטין אינם מופיעים שם.

בנוסף לכך, האחריות הפלילית לאספקת מוצרי הקנביס, המשמשים לצריכה עצמית, אינה מתיישבת גם עם סעיף 2 (1) לחוק יסוד, הזכות להתפתחות חופשית של אישיות.

תאריך : 27/02/2019



חותמת

חתימה