

אני עו"ד שמואל אוברסקי נותן חוות דעת זו מטעם אורן לבוביץ.

## הצהרה

אני הח"מ, שמואל אוברסקי, עו"ד, מס' רישיון 53557, מרח' לינקולן 20 בתל אביב, נתבקשתי לחוות את דעתי המקצועית בשאלות המפורטות להלן, ואני מצהיר בזאת כי ידועות לי הוראות סעיף 25 לפקודת הראיות (נוסח חדש) התשל"א-1971, וכי ידוע לי היטב שלעניין סעיף 237 לחוק העונשין, התשל"ז-1977, בדבר עדות שקר בשבועה בביהמ"ש דין חוות דעת זו כשהיא חתומה על ידי כדן עדות בשבועה שנתתי בביהמ"ש.

## 1. ניסיון

אני בוגר תואר ראשון במשפטים (LLB) מאוניברסיטת לונדון סקול אוף אקונומיקס (2001) ותואר שני במשפטים (LLM) מאוניברסיטת בוסטון (2004).

הוסמכתי בארה"ב, מדינת ניו יורק, כעו"ד בשנת 2002 ועבדתי כעו"ד במשרדים  
HOWARD ROSENGARTEN PC (2002-2003)  
SCHULTE ROTH & ZABEL (2004-2006)  
SKADDEN ARPS (2006-2007)  
בשלל תחומים במשפט המסחרי והאזרחי, לרבות ענייני ירושה ועיזבונות.

משנת 2008 עד אוקטובר 2010 עבדתי כעו"ד במשרד גולדפרב לוי ערן מאירי צפריר ושות' בתל אביב. הוסמכתי כעו"ד בישראל בדצמבר 2009.

מנובמבר 2010 אני עוסק בתחומי המשפט המפורטים לעיל, כעו"ד עצמאי במשרד גליס אוברסקי בתל-אביב. אני בקיא בדניי רפובליקת דרום אפריקה.

## 2. היקף החוות דעת

נתבקשתי לחוות את דעתי המקצועית לגבי דיני רפובליקת דרום אפריקה ביחס להחזקת וצריכת קנאביס לשימוש עצמי לא רפואי (recreational use).

## 3. החוק בדרום אפריקה בענייני קנאביס

בסעיפים 4(ב') ו-5(ב') לחוק הסמים והסחר בסמים של דרום אפריקה ( Drugs and Drug Trafficking Act 140 of 1992 ) נקבע באופן כללי שללא מרשם או רישיון רפואי אסור לאדם להשתמש, להחזיק ברשותו או להתעסק בחומרים מסוכנים ממכרים. בחלק השלישי לתוספת השנייה לחוק כלול קנאביס כסם מסוכן וממכר.

להלן לשון המקור:

"No person shall use or have in his possession— . . . (b) any dangerous dependence-producing substance or any undesirable dependence-producing substance, unless (i) he is a patient who has acquired or bought any such substance— (aa) from a medical practitioner, dentist or practitioner acting in his professional capacity and in accordance with the requirements of the Medicines Act or any regulation made thereunder; or (bb) from a pharmacist in terms of an oral instruction or a prescription in writing of such medical practitioner, dentist or practitioner, and uses that substance for medicinal purposes under

the care or treatment of the said medical practitioner, dentist or practitioner; (ii) he has acquired or bought any such substance for medicinal purposes— (aa) from a medical practitioner...

Section 5(b) reads: “No person shall deal in... (b) any dangerous dependence-producing substance or any undesirable dependence producing substance, unless— (i) he has acquired or bought any such substance for medicinal purposes— (aa) from a medical practitioner, veterinarian, dentist or practitioner acting in his professional capacity and in accordance with the requirements of the Medicines Act or any regulation made thereunder; (bb) from a pharmacist in terms of an oral instruction or a prescription in writing of such medical practitioner, veterinarian, dentist or practitioner...”

SCHEDULE 2...PART III Undesirable Dependence-Producing Substances 1. The following substances or plants, namely— Amphetamine... Cannabis (dagga), the whole plant or any portion thereof, except dronabinol [(–)-transdelta-9 tetrahydrocannabinol].”

בנוסף, בסעיף 22A(9)(a)(i) לחוק פיקוח על התרופות והסמים ( Medicines and Related Substances Control Act 101 of 1965) נקבע שאדם איננו רשאי בהיעדר רישיון לרכוש, להשתמש, להחזיק, ליצור או למכור חומרים אסורים אשר מנויים בתוספת 7 או 8 לחוק, אלא אם נקבע אחרת על ידי השלטונות.

להלן לשון המקור:

“No person shall— (i) acquire, use, possess, manufacture or supply any Schedule 7 or Schedule 8 substance, or manufacture any specified Schedule 5 or Schedule 6 substance unless he or she has been issued with a permit by the Director-General for such acquisition, use, possession, manufacture, or supply...”

התוספת 7 לחוק כוללת ברשימת החומרים האסורים קנאביס.

בתאריך 18 בספטמבר 2018 ניתן על ידי בית המשפט החוקתי של דרום אפריקה (Constitutional Court of South Africa) בתיק CCT 108/17 פסק דין מנומק אשר מצ"ב כנספח א' שבו בית המשפט אימץ כמעט לחלוטין את החלטת בית המשפט הגבוה של מחוז מערב קייפ (Western Cape Division of the High Court, Cape Town) בתיק Prince v Minister of Justice [2017] ZAWCHC 30; 2017 (4) SA 299 (WCC) שבו נפסק שהסעיפים המצוינים לעיל אינם חוקתיים משום שהם נוגדים את סעיף 14 לחוקה של דרום אפריקה. סעיף 14 לחוקה של דרום אפריקה מקנה זכות כללית של הפרט לפרטיות בביתו. שופטי בית המשפט החוקתי של דרום אפריקה החליטו פה אחד שהפללה של שימוש, החזקה או גידול קנאביס על ידי בגיר במקום פרטי לצורכו האישי ולשימוש במקום פרטי הינה הפרה של סעיף 14 לחוקה.

לשון סעיף 14 לחוקת דרום אפריקה אשר מכיל את הזכות לפרטיות הינה כדלקמן:

“14. Privacy – Everyone has the right to privacy which includes the right not to have— (a) their person or home searched; (b) their property searched; (c) their possessions seized; or (d) the privacy of their communications infringed.”

בית המשפט הבהיר שבהתאם לפסיקתו בתיק ברנשטיין<sup>1</sup> המושג הזכות לפרטיות צריך לקבל פרשנות רחבה. להלן לשון המקור:

"In Bernstein this Court undertook an extensive discussion of the right to privacy. Ackermann J said: "Use of this term [namely, the right to privacy] has not been unproblematic, since in terms of a resolution of the Consultative Assembly of the Council of Europe this right has been defined as follows: 'The right to privacy consists essentially in the right to live one's own life with a minimum of interference. It concerns private, family and home life, physical and moral integrity, honour and reputation, avoidance of being placed in a false light, non-revelation of irrelevant and embarrassing facts, unauthorised publication of private photographs, protection from disclosure of information given or received by the individual confidentially

...

A very high level of protection is given to the individual's intimate personal sphere of life and the maintenance of its basic preconditions and there is a final untouchable sphere of human freedom that is beyond interference from any public authority. So much so that, in regard to this most intimate core of privacy, no justifiable limitation thereof can take place. But this most intimate core is narrowly construed. This inviolable core is left behind once an individual enters into relationships with persons outside this closest intimate sphere; the individual's activities then acquire a social dimension and the right of privacy in this context becomes subject to limitation."

השאלה המשפטית בתיק הייתה האם ההפרה של הזכות לפרטיות עמדה בדרישות סעיף 36 לחוקה. סעיף 36 מצריך שמספר קריטריונים יילקחו בחשבון על מנת לקבוע האם הגבלה ספציפית של זכות יסוד אשר מעוגנת בחוקה הינו סביר והגיוני בחברה ליברלית ודמוקרטית אשר מושתתת על יסודות כבוד האדם, שוויון וחירות:

1. אופי זכות היסוד אשר שוקלים להגביל
2. חשיבות מטרת ההגבלה על זכות היסוד
3. אופי ואופן ההגבלה אשר נשקלת
4. הקשר בין ההגבלה ומטרת ההגבלה
5. האופן הכי מקל על מנת להגשים את מטרת ההגבלה.

בית המשפט קבע שככל שאחזקת, צריכת או גידול קנאביס מתבצעת בביתו הפרטי של אדם ללא מעורבות ילדים, אזי כל מגבלה על אחזקה, צריכה או גידול קנאביס במקום זה תפגע בזכות החוקתית לפרטיות שמקנה החוקה, ומגבלה כזאת לא תהיה מידתית.

להלן לשון המקור:

"It seems to me that, with changes dictated by the context, what Didcott J said in the excerpt quoted earlier from Case as qualified by Langa J in the same case applies with equal force to the case of the possession, cultivation and use of cannabis by an adult in private for his or her personal consumption in private and in the absence of children. What this means is that the right to privacy entitles an adult person to use or cultivate or possess cannabis in private for his or her personal consumption. Therefore, to the extent that the impugned provisions criminalise such cultivation, possession or use of cannabis,

<sup>1</sup> Bernstein v Bester [1996] ZACC 2, 1996 (2) SA 751 (CC), 1996 (4) BCLR 449 (CC) (Bernstein)

they limit the right to privacy... Counsel for the State argued that the purpose of the prohibition is the protection of "the health, safety and psychological well-being of persons affected by the use of cannabis" ... The impugned provisions criminalise, among others, the cultivation of cannabis in private by an adult for his or her personal consumption in private... The impugned provisions also criminalise possession of cannabis by an adult in private for his or her personal consumption. This is quite invasive... In the present case, too, there is no cogent evidence supporting the notion that the use of cannabis causes criminal behaviour or leads its users to behaving violently or aggressively."

בית המשפט שקל מספר מחקרים, לרבות של פרופסור שאו (Shaw) מאוניברסיטת קייפ טאון, לגבי תופעות חברתיות ובריאותיות הנובעות מהשימוש בקנאביס ולא השתכנע שהוא סם מסוכן ו/או ממכר לבגירים, ואימץ את החלטת בית המשפט הגבוה של מחוז מערב קייפ שאין הצדקה שזכות הפרטיות של אזרחי דרום אפריקה אשר מהווה זכות יסוד חוקתית תיפגע ביחס לשימוש בקנאביס על ידי בגירים. בית המשפט החוקתי סקר פסקי חוץ רבים של בתי משפט גבוהים בקנדה ומספר מדינות בארה"ב, ובפסק הדין שלו נכללו ציטטות נרחבות מפסקי דין אלה שבהם נפסק לא להפליל אחזקה, צריכה או גידול של קנאביס לצרכים פרטיים על בסיס הגנה על פרטיות הפרט, ושם דגש על העובדה שבמדינות דמוקרטיות רבות אחזקה בכמות קטנה של קנאביס הפכה לחוקית או לכזאת שאיננה מופללת בפועל (decriminalised).

להלן לשון המקור:

"... there are many democratic societies based on freedom, equality and human dignity that have either legalised or decriminalised possession of cannabis in small quantities for personal consumption. These are reflected in an addendum to this judgment. The addendum has the name of the jurisdiction, the legislation involved and the year in which the decriminalisation or legalisation, as the case may be, occurred. The addendum reflects 33 jurisdictions. They include: (a) Austria where decriminalisation or legalisation occurred in 2016 through the Narcotic Substances Act SMG - Suchtmittelgesetz of 1998; (b) Capital territory in Australia where decriminalisation or legalisation took place in 1992 through the Drugs of Dependence Act 1989; (c) Northern territory in Australia where decriminalisation or legalisation occurred in 1996 through the Drugs of Dependence Act 1990; 77 High Court Judgment above n 4 para 59. 78 Id paras 85-8 ZONDO ACJ 47 (d) Canada where legalisation or decriminalisation occurred in 2018; (e) Chile where decriminalisation or legalisation occurred in 2007 through law 20 000.00; (f) Czech Republic where decriminalisation or legalisation occurred in 2010 through Government decree 467/2009; (g) Portugal where decriminalisation or legalisation occurred in 2000 through Law 30/2000 - Art 2; (h) Switzerland where decriminalisation or legalisation occurred in 2013 through The Federal Narcotics and Psychotropic Substances Act (BetmG; SR 812.121) of 1951; (i) California where legalisation occurred in 2016; (j) Uruguay where legalisation occurred in 2013; (k) Spain where decriminalisation or legalisation occurred in 2015 through Law 1/1992, Art 25-28; and (l) New York where legalisation or decriminalisation took place in 2014. In the jurisdictions referred to above and in others included in the addendum, different amounts have been fixed as "small amounts"."

בהחלטתו, לא אימץ בית המשפט החוקתי של דרום אפריקה את החלק של החלטת בית המשפט הגבוה של מחוז מערב קייפ שכלל אי-הפללה של רכישת קנאביס לשימוש אישי. בנוסף, הבהיר בית המשפט שאסור לבגיר

להשתמש בקנאביס, לרבות באמצעות עישון, ברשות הרבים או במקום הימצאם של ילדים או של בגירים שאינם מסכימים לשימוש האמור.

בית המשפט הורה לקרוא את החוקים אשר מנויים לעיל באופן שלא יוצר הפללה של שימוש, החזקה או גידול קנאביס על ידי בגיר במקום פרטי לצורכו האישי ולשימושו במקום פרטי למשך תקופה של 24 חודשים, שבהם על הפרלמנט לחוקק תיקון לחוק שיעמוד בקנה אחד עם פירוש בית המשפט החוקתי של הזכות לפרטיות ביחס לצריכה פרטית של קנאביס על ידי בגיר וכו'.

ספציפית, בית המשפט קבע שמשך תקופת ה-24 חודשים יש לקרוא את הסעיפים המנויים לעיל כדלקמן:

"...(a) section 4(b) of the Drugs and Drug Trafficking Act 140 of 1992 shall be read as if it has sub-paragraph (vii) which reads as follows:

"(vii) , in the case of an adult, the substance is cannabis and he or she uses it or is in possession thereof in private for his or her personal consumption in private."

(b) the definition of the phrase "deal in" in section 1 of the Drugs and Drug Trafficking Act 140 of 1992 shall be read as if the words "other than the cultivation of cannabis by an adult in a private place for his or her personal consumption in private" appear after the word "cultivation" but before the comma

(c) the following words and commas are to be read into the provisions of section 22A(9)(a)(i) of the Medicines and Related Substances Control Act 101 of 1965 after the word "unless":

", in the case of cannabis, he or she, being an adult, uses it or is in possession thereof in private for his or her personal consumption in private or, in any other case,".

כן קבע בית המשפט שבמידה והפרלמנט לא יחוקק תיקון לחוק במועד הנקוב אזי התיקון של בית המשפט ייהפך למעשה לחלק אינהרנטי של החוק.

3.1.2019

תאריך

אוברסקי, עו"ד

מס' רשיון 53557

שמואל אוברסקי, עו"ד

Gellis, Obrasky.

Rubinstein House, 20 Lincoln St.  
Tel Aviv 6713412, Israel

[www.gellisobrasky.com](http://www.gellisobrasky.com)  
[office@gellisobrasky.com](mailto:office@gellisobrasky.com)

T +972 (3) 6416412  
F +972 (3) 9742974

נספח א'