

ת"פ 45138/05/18 - המאשימה - מדינת ישראל נגד הנאשם - מוחמד ח'וואג'ה

בית משפט השלום ברמלה

ת"פ 45138-05-18 מדינת ישראל נ' ח'וואג'ה
בפני כבוד השופט הישם אבו שחאדה

בעניין: המאשימה - מדינת ישראל ע"י עוה"ד נטליה
אוסטרובסקי

נגד
הנאשם - מוחמד ח'וואג'ה ע"י עוה"ד אסף
שלם

הכרעת דין

כתב האישום

1. כנגד הנאשם הוגש כתב אישום שמייחס לו ביצוע עבירה של החזקת סכין שלא למטרה כשרה לפי סעיף 186 (א) לחוק העונשין, תשל"ז - 1977 (להלן: **חוק העונשין**). על פי עובדות כתב האישום, ביום 2/3/2018 בשעה 01:00 או בסמוך לכך, עת שנהג הנאשם ברכבו בתחומי העיר לוד, החזיק הנאשם בסכין בתא משענת היד של רכבו.

קביעת ממצאים שבעובדה

2. מטעם המאשימה העיד השוטר גרשון מיכאלשוילי (להלן: **גרשון**) ואשר מסר בתמצית את הדברים הבאים (ראו: דו"ח הפעולה שלו ת/6, וכן עדותו בבית המשפט בפרוטוקול מיום 13/11/2019 עמוד 9 שורה 29 עד עמוד 13 שורה 12):

א. ביום האירוע מושא כתב האישום, גרשון היה בסיוור שגרתי בסמוך למתחם המגורים של משפחתו של הנאשם (להלן: **המתחם**). לטענת גרשון, מניסיונו בעבודתו במשטרה הוא ידע שלמשפחתו של הנאשם יש "סכסוך פתוח", כלשונו.

- ב. גרשון הבחין ברכב מסוג מזדה בצבע אפור נכנס במהירות אל תוך המתחם. גרשון ניגש לרכב והבחין שמי שנהג ברכב היה הנאשם ולידו ישב קרוב משפחתו בשם אמיר חוואג'ה (להלן: **אמיר**). גרשון הבחין שיש ריח חזק של סמים בתוך הרכב, ולכן פנה לאמיר וביקש לדעת אם הוחזק ברכב "משהו לא חוקי" כלשונו, ואמיר השיב בחיוב והוציא מכיסו שקית שרשום עליה "מיסטר נייס גיא" ובתוכה חומר החשוד כסם.
- ג. בעקבות זאת, גרשון החליט לבצע חיפוש ברכב, ובתא של משענת היד מצא סכין מתקפלת ומתקבעת עם ידית חומה. גרשון שאל את הנאשם למי שייכת הסכין והוא ענה שהיא שייכת לו ושקנה אותה בסך של 220 ₪ מחנות בקניון. צילום של הסכין הוגש כראיה במשפט (ת/5) (להלן: **הסכין**).
- ד. גרשון הונחה על ידי קצין החקירות בתחנת המשטרה בלוד לשחרר את הנאשם ואת אמיר לדרכם ולמסור לכל אחד מהם הזמנה לסור למשטרה במועד מאוחר יותר. הסכין והשקית עם החומר החשוד כסם, הועברו על ידי גרשון למשרד הרישום של תחנת לוד (ראו את המזכרים ת/2, ת/3 ו-ת/4).
3. לעומת זאת, הנאשם העיד בתמצית כדלקמן (ראו: אמרת החוץ שלו במשטרה, ת/1 שורות 40-6, וכן עדותו בבית המשפט בפרוטוקול מיום 13/11/2019 עמוד 16 שורה 30 עד עמוד 18 שורה 33):
- א. הרכב שלו הוא מסוג פולקסווגן בצבע ירוק ולא מזדה בצבע אפור, כפי שטען גרשון. במועד האירוע מושא כתב האישום הוא נהג ברכב ולידו ישב אמיר שמתגורר יחד עמו במתחם.
- ב. גרשון ניגש לרכב ופתח את דלת הנהג והורה לנאשם לצאת ממנו. הנאשם העיד שקיימת היכרות קודמת בין הנאשם ואמיר, מצד אחד, לבין גרשון מכוח תפקידו כשוטר, מצד שני, שמכוחה גרשון ידע שהנאשם ואמיר נוהגים לעשן סמים. אמיר מיד אמר לגרשון שהוא מחזיק סמים ומסר לו את השקית שהייתה עמו ושבה היו הסמים.
- ג. מיד לאחר מכן, גרשון ביצע חיפוש ברכב ומצא בתא הכפפות את הסכין ששייכת לנאשם ושנרכשה על ידו בחנות בקניון. הנאשם לא היה מודע לקיומה של הסכין ברכב ולטענתו ייתכן שהוא הונחה ברכבו על ידי אחד מאחיו הקטינים שהם בגילאי 12 שנים ו- 6 שנים לערך.
4. למעשה, אין הבדל משמעותי בין התיאור שנמסר על ידי גרשון לאירוע מושא כתב האישום לבין התיאור שנמסר על ידי הנאשם. העובדה שגרשון רשם בדו"ח הפעולה שמדובר ברכב מסוג מזדה בצבע אפור ובעוד שהנאשם טוען כי מדובר בפולקסווגן בצבע ירוק, הוא הבדל שולי וטכני ונעדר כל משמעות.

5. בסופו של יום, הנאשם וגרשון מסכימים על העובדות הבאות: הנאשם נהג ברכב ולידו ישב אמיר; הרכב הוא בבעלותו של הנאשם; האירוע נסוב סביב רכב אחד ואין רכב אחר נוסף שרלוונטי לאירוע; אמיר מסר מיוזמתו לגרשון את הסמים שהיו בכיסו וזאת בטרם החיפוש ברכב; מיד לאחר מכן, גרשון ערך חיפוש ברכב ומצא בו את הסכין; הנאשם מאשר שהסכין שייכת לו ונרכשה על ידו בעבר.

טענות הנאשם

6. הנאשם טען בתמצית כדלקמן:

א. **ראשית**, הנאשם לא היה מודע לקיומה של הסכין ברכבו. יאמר כבר עתה שמדובר בטענה סתמית ובלתי משכנעת. מדובר ברכב שבבעלות הנאשם והוא נהג בו ובסכין ששייכת לנאשם והוא זה שקנה אותה. והנאשם קושר את עצמו גם לרכב וגם לסכין ולפיכך נוצרת חזקה שבעובדה שכן היה מודע לקיומה של הסכין ברכבו. על כן, נטל הבאת הראיות (וזאת להבדיל אלפי הבדלות מנטל השכנוע) רובץ לפתחו להפריך את החזקה האמורה ואת זאת כמובן לא עשה. טענתו שאחד מאחיו השאיר את הסכין בטעות ברכב הועלתה בעלמא מבלי להסביר את נסיבות הגעתה לידיהם ואת נסיבות השארתה על ידם בתוך הרכב ולכן מדובר בטענה סתמית שאין לייחס לה כל משקל.

ב. **שנית**, החיפוש שנערך ברכב הוא לא חוקי ולכן יש לפסול את הסכין כראיה על פי דוקטרינת הפסילה הפסיקתית. בהעדר הסכין כראייה, יש לזכות את הנאשם מהעבירה של החזקת סכין שלא כדין.

ג. **שלישית**, אמיר לא הועמד לדין לגבי החזקת הסמים והתיק בעניינו נסגר. תוצאה זו מקימה טענה של אכיפה בררנית לנאשם שמחייבת את ביטול כתב האישום נגדו.

7. אדון בטענה השנייה והשלישית בהרחבה בפרקים הבאים.

הטענה שמדובר בחיפוש לא חוקי

8. הנאשם טען שלא היה לגרשון יסוד סביר להניח שבוצעה עבירה כלשהי על ידי הנאשם או על ידי אמיר ולכן עצם פנייתו אליהם ובהמשך החיפוש שבוצע ברכב, נעשו בחוסר סמכות. כמו כן, לטענת הנאשם אין לקבל את טענתו של גרשון שהריח סמים בתוך הרכב מאחר והסם מסוג "נייס גיא" נעדר ריח. לפיכך, נשמט הבסיס החוקי לביצוע חיפוש ברכב, דבר שמוביל לפסילת הסכין שנמצאה בו כראיה, וזאת לא כל שכן לאור העובדה שלא היתה "הסכמה מדעת" של הנאשם שיתבצע חיפוש ברכבו.

9. מגוון הסמכויות שניתנות לשוטרים בכלל וסמכויות החיפוש בפרט מבטאות את האיזון שקבע המחוקק בין האינטרס הציבורי בתפקוד יעיל ואפקטיבי של המשטרה לבין הצורך בהגנה על זכויות האדם של האזרחים עימם באה המשטרה במגע (רע"פ 10141/09 **בן חיים נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 6.3.12), פסקה 16 לפסק דינה של כבוד הנשיאה (בדימוס) השופטת ביניש (להלן: **פסק דין בן חיים**)).

10. בפסיקה נקבע כי בעת שמתבצע חיפוש על ידי שוטר על גופו או ברכושו של חשוד (כגון בית או רכב), ללא צו שיפוטי, יש להוכיח קיומו של "חשד סביר" או "יסוד להניח" כי החשוד מעורב בביצוע עבירה. באם קיימות הנסיבות שמכוחן קם החשד, אזי ניתן לערוך חיפוש ללא צו שיפוטי, ואין גם צורך בקבלת הסכמתו של החשוד לביצוע החיפוש. לעומת זאת, בהיעדר קיומן של נסיבות המקימות את אותו חשד, שוטר לא רשאי לערוך חיפוש ללא צו שיפוטי, וככל שייערך חיפוש כזה הוא יראה כחיפוש לא חוקי. במקרים שבהם אין חשד סביר לביצוע עבירה, ניתן בכל זאת לרפא את היעדרותו של רכיב החשד הסביר ולבצע את החיפוש, אם החשוד נותן "הסכמה מדעת" לחיפוש. הסכמה מדעת פורשה בפסיקה כהסכמה שניתנה לאחר שהוסברה לחשוד זכותו לסרב לביצוע החיפוש (פסקאות 16, 25 - 27, לפסק דין **בן חיים**; רע"פ 2178/12 **סקייריס נ' מדינת ישראל** [פורסם בנבו] (18.7.2012)).

11. במקרה שבפני, על מנת לבדוק אם החיפוש שנערך ברכב היה חוקי או לא, יש לבחון תחילה אם החשד, שקינן בליבו של גרשון בעת שהחליט שיש לבצע חיפוש ברכבו של הנאשם, היה "סביר", קרי מבוסס דיו כדי להצדיק ביצוע חיפוש ללא צו שיפוטי וללא "הסכמה מדעת". ככל שהחשד היה סביר, אין צורך "בהסכמה מדעת" של הנאשם לביצוע החיפוש, וככל שהחשד לא היה סביר אזי קמה חובה לקבל "הסכמה מדעת" ובהעדרה החיפוש עשוי להיות לא חוקי.

12. בפסק דין **בן חיים** (בפסקה 16 לפסק הדין) נקבע כי סוגיית ה"סבירות" של החשד תבחן בהסתמך על רשימה בלתי סגורה של פרמטרים: המבחן לבדיקת החשד הסביר הוא אובייקטיבי; כל מקרה יבחן על פי נסיבותיו; יש לתת משקל לניסיונו ושיקול דעתו המקצועי של השוטר; יש לבחון שאלת קיומו של מידע בדבר ביצוע עבירה במקום; יש לבחון אם קיים מידע לגבי החשוד עצמו שבכוונתו לבצע עבירה; האם הייתה התנהגות מחשידה של החשוד.

13. במקרה שבפני, הנסיבות שמובילות למסקנה שאכן היה לגרשון חשד סביר לכך שבוצעה עבירה על ידי הנאשם או על ידי אמיר, ולכן ניתן היה לבצע חיפוש ברכב ללא צו שיפוטי וללא "הסכמה מדעת" של הנאשם, הן כדלקמן:

- קיימת הכרות מוקדמת בין גרשון במסגרת עבודתו במשטרה לבין אמיר לנאשם;

- הנאשם אישר בעדותו שגרשון יודע שאמיר והנאשם נוהגים לעשן סמים;

- לדעתו, יש לתת משקל גבוה לטענתו של גרשון שמכוח עבודתו במשטרה זיהה ריח שחשוד כריח של סמים

בתוך הרכב עוד בטרם עריכת חיפוש;

- מהרגע שאמיר מיוזמתו מסר לגרשון את הסמים שהיו ברשותו עוד בטרם עריכת חיפוש, אזי אומת החשד של גרשון ששניהם מחזיקים סמים ברכב;

- מהרגע שאומת אותו חשד, אזי גרשון היה רשאי לבצע חיפוש ברכב ומבלי שיהיה לו צו שיפוטי וגם מבלי לקבל "הסכמה מדעת" של הנאשם לעריכת חיפוש ברכב;

- במילים אחרות, אין צורך לומר לנאשם שהוא רשאי לסרב לחיפוש, כתנאי לעריכת החיפוש, זאת מן הטעם הפשוט שמהרגע שהתקיים החשד הסביר, הנאשם לא רשאי לסרב לחיפוש.

14. משהתקיים "חשד סביר", הסמכות של גרשון לביצוע חיפוש ברכב, ללא צו חיפוש, קמה לו מכוח הוראות סעיף 25 (1) לפקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש) [נוסח חדש], תשכ"ט - 1969 יחד עם סעיף 28(א) וסעיף 28(ב)(1) לפקודת הסמים המסוכנים [נוסח חדש] תשל"ג - 1973.

15. העובדה שבתום החיפוש ברכבו של הנאשם, לא נמצאו סמים מעבר לאלה שהוחזקו על גופו של אמיר, איננה מעלה ואיננה מורידה לעניין השאלה אם החיפוש היה חוקי או לא. יוזכר, החשד הסביר לביצוע החיפוש נבחן על פי הנתונים שהיו בעת קבלת ההחלטה לעריכת החיפוש ולא על פי סוג החפץ שנתפס בתום החיפוש.

16. לסיכום, הטענה של הנאשם שמדובר בחיפוש לא חוקי ושיש לפסול את הסכין שנמצאה ברכבו כראיה מכוח דוקטרינת הפסילה הפסיקתית, נדחית.

הטענה של אכיפה בררנית

17. בפסיקה נקבע שבעת שביית המשפט בוחן טענה של אכיפה בררנית שאותה מעלה נאשם, עליו לבחון תחילה את "**קבוצת השוויון**" שעמה נמנה הנאשם (ע"פ 8551/11 **סלכני נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 12/8/12) פסקאות 14 עד 22 לפסק דינה של כבוד השופטת ברק ארז). כמו כן, הפסיקה הכירה באפשרות להעלות טענה של אכיפה בררנית בין נאשמים שונים באותה פרשה (ע"פ 6328/12 **מדינת ישראל נ' פרץ** (פורסם בנבו, 10/9/2013) פסקה 23 לפסק דינו של כבוד השופט פוגלמן).

18. במקרה שבפניי, "**קבוצת השוויון**" היא יושבי הרכב שבו נהג הנאשם. מאחר והיה ברכב רק נוסע אחד בלבד, והוא אמיר, האחרון הוא הנקודה הארכימדית שעליה נשענת טענתו של הנאשם לאכיפה בררנית.

19. יוזכר, גרשון העיד שהיה ריח חזק של סמים בתוך הרכב. אותו ריח עורר את חשדו הן כלפי הנאשם והן כלפי אמיר. בנוסף העובדה שאמיר החזיק סמים על גופו ואף מסר אותם מיוזמתו לידיו של גרשון עוד

בטרם עריכת החיפוש ברכב, אימתה את החשד שקינן בליבו של גרשון שיש לבצע חיפוש ברכב בשל החשש שמוסתרים בו סמים. החיפוש הוביל למציאת הסכין מושא כתב האישום שהוגש נגד הנאשם. במילים אחרות, לאמיר הייתה תרומה נכבדה בביסוס החשד הסביר לכך שיש לבצע חיפוש ברכב של הנאשם ומכאן הגדרתו של אמיר כ- "**קבוצת השוויון**" שרלבנטית לטענה של אכיפה בררנית.

20. כידוע, רשות מנהלית, לרבות גורמי התביעה, נהנית מ"**חזקת תקינות המינהל**", קרי חזקה על הרשות המנהלית שהחלטותיה התקבלו כדין על פי אמות המידה הנהוגות במשפט המנהלי ועל מי שטוען אחרת הנטל להפריך את החזקה. לכן, כאשר מועלית טענה של הגנה מן הצדק, במסלול של אכיפה בררנית, חזקה על רשויות התביעה שפעלו כדין בעת שהחליטו להעמיד את הנאשם לדין ועל הנאשם הנטל להפריך את החזקה האמורה (ע"פ 8551/11 סלכני נ' **מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 12/8/12) פסקה 20 לפסק דינה של כבוד השופטת ברק ארז; בג"צ 6396/96 **זקין נ' עיריית באר שבע** פ"ד נג(3) 289, 307 (1999)).

21. בעת שנאשם מציג בסיס ראייתי לטענתו כי בוצעה לכאורה הבחנה לא ראויה בין מי שנתוניהם הרלוונטיים שווים, מתערערת חזקת התקינות והנטל עובר אל כתפי הרשות המנהלית, אשר תתבקש להוכיח כי האכיפה - אף שהיא נחזית בררנית על פני הדברים - התבססה על שיקולים ענייניים בלבד, ולא על שיקולים פסולים (ע"פ 6328/12 **מדינת ישראל נ' פרץ** (פורסם בנבו 10/9/13) פסקה 38 לפסק דינו של כב' השופט פוגלמן; ע"פ 7696/14 **גבריאלי נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו 11/2/15) פסקה ח' לפסק דינו של כבוד השופט רובינשטיין (כתוארו דאז)).

22. במקרה שבפניי, הוכח שהנאשם ביצע עבירה של החזקה שלא כדין של חפץ אסור (סכין) בתוך רכב שבו שהה. כמו כן, נקבע שאמיר שייך לאותה "**קבוצת שוויון**" שאליה משתייך הנאשם וזאת מכוח הנוכחות של אמיר באותו רכב. בנוסף, הוכח שאמיר ביצע עבירה של החזקה שלא כדין של חפץ אסור (סמים) במהלך שהותו באותו רכב.

23. על כן, יש לקבוע שהנאשם עמד בנטל הראייתי בהפרכת "**חזקת תקינות המנהל**", קרי הצליח להפריך את החזקה שרשויות התביעה ערכו הבחנה ראויה ומותרת בינו לבין אמיר בעת שמצד אחד החליטו להעמיד את הנאשם לדין בגין ההחזקה של החפץ האסור שנוגע לו (סכין) ומצד שני החליטו לסגור את התיק עבור אמיר בגין ההחזקה של החפץ האסור שנוגע לו (סמים).

24. בפועל, המאשימה לא הביאה ראיות שמסבירות את ההפליה בהעמדה לדין בין הנאשם לבין אמיר. השוטר לירן בן שלמה (להלן: **לירן**) ערך מזכר ביום 7/3/2018, קרי חמישה ימים לאחר האירוע מושא כתב האישום (ת/7), ובו נרשמו הדברים הבאים:

"בתיק דנן, עסקינן בשני חשודים כאשר לחשוד 1 מיוחסת עבירת החזקת הזמים [צריך

להיות "הסכין" - ה'א'ש' ולשני החזקת סמים לצריכה עצמית. מחומר החקירה בתיק, לאור עברו של החשוד וכמות הסם הוחלט שלא לחקור את החשוד הנוסף בתיק ולהשמיד את הסמים וזאת לאחר התייעצות עם ראש מחלקת החקירות".

25. כמו כן, בעדותו של לירן בבית המשפט הוא העיד כדלקמן (פרוטוקול מיום 13/11/2019, עמ' 15 שורה 15 עד שורה 27):

"ש. אתה גם כתבת מזכר, אתה אומר בתיק יש שני חשודים, איזה סוג סם זה היה?

ת. לא זוכר.

ש. למה לא רשמת איזה סוג סם?

ת. לא זוכר. זה מזכר קבלת החלטה.

ש. מה כמות הסם?

ת. בטח שאני לא זוכר.

ש. מי זה ראש מחלקת החקירות?

ת. ב- 2018 היה לירון דנוך.

המזכר מוגש ומסומן ת/7.

ש. אתה ראית את הסמים?

ת. אתה מחזיר אותו [צריך להיות "אותי" - ה'א'ש'] ל-2018

ש. למה לירון דנוך לא הוציא שום מסמך כזה או נתן הוראה כזו?

ת. הוא נתן את ההנחיה, אם רשמתי זה על דעתו".

(ההדגשות שלי - ה'א'ש')

26. יוצא מכך שלא ידוע מה "סוג הסמים" שאותם החזיק אמיר ואין גם חוות דעת של מומחה לגבי סוג הסמים שנתפסו על גופו. הביטוי "נייס גיא" הוא כינוי לא רשמי ולכן לא ידוע באיזה סוג סם מדובר מרשימת הסמים המפורטים בתוספות לפקודת הסמים המסוכנים. בנוסף, לא ידוע מה "כמות הסמים" שהוחזקו על ידו. כידוע, סוג הסם וכמות הסם הם שני פרמטרים קריטיים שנותנים אינדיקציה ברורה

לדרגת חומרתה של העבירה של החזקת סם שלא כדין ואם מדובר בהחזקה לצריכה עצמית, או לא.

27. כמו כן, לא הובא מידע משווה לגבי הנסיבות האישיות של אמיר לעומת אלה של הנאשם ואשר הצדיק את השוני ביניהם בשאלת ההעמדה לדין. כך למשל, לא הובא מידע האם הנימוק לסגירת התיק נגד אמיר הוא שאין לו עבר פלילי בכלל, או שמא יש לו עבר פלילי אך אינן בעבירות סמים, ואם כן, מה מספר ההרשעות שיש נגדו, באיזה עבירות ומאיזה מועדים. והאם בעת שהוחלט על סגירת התיק נגד אמיר, הדבר נעשה במסגרת מסלול של "**הסדר מותנה**", או לא. כמו כן, לא ידוע מה העילה לסגירת התיק כגון "**חוסר אשמה**", או "**חוסר ראיות**" או "**חוסר עניין לציבור**". למעשה, עולה הנסתר על הנגלה.

27. במילים אחרות, המאשימה לא הבהירה לבית המשפט מה הן הנסיבות שמכוחן נעשתה ההבחנה בין הנאשם לבין אמיר, בכך שהאחרון יצא פטור ללא כלום ובעוד שהראשון נאלץ לשאת במלוא כובדו של ההליך הפלילי על ידי הגשת כתב אישום נגדו. על כן, אין מנוס מהמסקנה שמדובר בהפליה אסורה ולא בהבחנה ראויה ומותרת.

28. לסיכום, הטענה של אכיפה בררנית מתקבלת ולכן לפי סעיף 149(10) לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב] תשמ"ב - 1982, הנני **מורה על ביטול כתב האישום**.

זכות ערעור תוך 45 ימים מהיום.

ניתנה היום יום, י"ב כסלו תש"פ, 10 דצמבר 2019, במעמד הצדדים.