

ת"פ 33528/10/11 - מדינת ישראל נגד מוחמד סקאף

בית משפט השלום בירושלים

ת"פ 33528-10-11 מדינת ישראל נ' סקאף
בפני כב' השופט דב פולוק

בעניין: מדינת ישראל

המאשימה

נגד

מוחמד סקאף

הנאשמים

הכרעת - דין

הנאשם זכאי.

בכתב האישום מואשם הנאשם בביצוע עבירה של החזקת סם מסוכן לצריכה עצמית - עבירה לפי סעיפים 7(א) ו-7(ג) לפקודת הסמים המסוכנים [נוסח חדש], התשל"ג-1973 (להלן: "פקודת הסמים").

לטענת המאשימה ביום 16.5.2010 סמוך לשעה 13:00, בצומת השווקים בעיר העתיקה בירושלים החזיק הנאשם לצריכתו העצמית סם מסוג הרואין במשקל 0.4292 גרם נטו, ועשה זאת ללא היתר כדין. את הסם החזיק הנאשם כשהוא מגולגל בנייר כסף.

הצדדים אינם חלוקים בכך שבעת האירוע הנאשם החזיק סם מסוג הרואין לצריכה עצמית. כך עולה מדו"ח המעצר של הנאשם מיום 16.5.2010, שנערך על ידי השוטר בן חיים בצומת השווקים בעיר העתיקה (מסומן ת/3). מן הדו"ח עולה שהנאשם נעצר בגין החזקת סמים וניסיון להעלמת ראיות. השוטר מעיד בדו"ח במעצר: **"ערכתי חיפוש על גופו/בבגדיו/בכליו של העצור ותפסתי: נייר כסף משופשף ובתוכו חומר החשוד כסם מסוג הרואין שהיה בתוך ידו"**.

וכך עולה גם מאמרתו, שאותה מסר הנאשם ביום 16.5.2010 אשר נגבתה על ידי השוטר רס"ר נחלה (מסומנת ת/2), בה הוא הודה שבעת שנעצר הוא החזיק בסם מסוג הרואין לצריכה עצמית:

"...כן נתפס איתי סמים...הייתי הולך לעשן בשירותים הציבוריים שם, חיפשתי איזו פינה מוסתרת...זה קצת לשימוש...הרואין..."

מהלך החיפוש שערך השוטר עמאר בנאשם מתואר בדו"ח הפעולה שנכתב על ידו ביום 16.5.2010 (מסומן ת/1) לפיו: **"...הבחנו בבחור (הנאשם ד.פ.)...ניגשנו אליו...הנ"ל כיסה עם היד השמאלית לכיוון הפה שלו אז אני תפסתי את ידו השמאלית הייתה מאוגרפת...פתחתי לו את היד השמאלית ונפל ממנה נייר כסף מקופל...פתחתי את הנייר כסף המקופל והבחנתי בחומר החשוד כסם מסוג הרואין...".**

המחלוקת הקיימת בין הצדדים במקרה דנן הינה האם בנסיבות המקרה היה "יסוד סביר" לחשדם של השוטרים בנאשם ברמה המצדיקה את התנהלותם בבואם לערוך חיפוש בגופו של הנאשם בחשד שהחזיק סמים לשימושו העצמי בלא צו משפטי המתיר את עריכת החיפוש.

לטענת המאשימה היה "יסוד סביר" לחשדם של השוטרים בנאשם ולעריכת חיפוש על גופו. המאשימה מציינת שנוכח אופייה וטיבה של הסמכות לעריכת חיפוש על גופו של אדם הותר המחוקק את ההחלטה על עריכת החיפוש לשיקול דעתו של השוטר. המאשימה מציינת שהשוטר עאמר הינו שוטר ותיק ובעל ניסיון, המשרת שנים רבות ועל כן יש לסמוך על שיקול דעתו. לדידה יש להביא בחשבון את העובדה שההחלטה האם התקיים "חשד סביר" מתקבלת בנסיבות של מילוי תפקיד ובלחץ של זמן. במקרה דנן, השוטר עמאר חשד בנאשם מפני ששינה את כיוון הליכתו משהבחין בשוטרים. עוד סוברת המאשימה שקביעה של בית המשפט לפיה במקרה הנדון לא היה "חשד סביר" לעריכת החיפוש בנאשם תיפגע ביכולתה של המשטרה לאתר עבריינים. לאור האמור סוברת המאשימה שיש להרשיע את הנאשם בעבירה המיוחסת לו בכתב האישום.

מנגד טוענת ב"כ הנאשם שלא היה "יסוד סביר" לחשדם של השוטרים בנאשם בבואם לערוך חיפוש על גופו. לדידה, היו מספר מחדלים בהתנהלות השוטרים - המחדל הראשון - על אף ששלושה שוטרים היו מעורבים במעצר הנאשם בחומר הראיות יש דו"ח פעולה שרשם שוטר אחד בלבד; המחדל שני - בחקירתו של הנאשם במשטרה ובחקירתו הנגדית לא נשאל שאלות ספציפיות קריטיות בהן זיהוי השוטרים והיכרותו עימם, הלחץ בו היה נתון, שינוי קצב וכיוון הליכתו והסיבה לכך; המחדל השלישי - התבססות השוטרים על מידע קודם באשר לעברו הפלילי של הנאשם על מנת להכשיר את כוונתם לערוך חיפוש בגופו. מחדלים אלו משמעותיים כיוון שעל נתונים אלה מתבסס ה"חשד הסביר" לפיו פעלו השוטרים בבואם לערוך חיפוש בגופו של הנאשם. עוד מוסיפה ב"כ הנאשם באשר לעוגיית השוקולד שהחזיק הנאשם בידו, שגם השוטר עמאר העיד שלעוגייה לא היה משקל כנסיבה לערוך חיפוש בגופו של הנאשם. לאור האמור סוברת ב"כ הנאשם שיש לזכותו בהתאם לרע"פ 10141/09 **אברהם בן חיים נ' מדינת ישראל**, (ניתן עלי השופטת בייניש, ביום 6.3.2012) (להלן: "רע"פ בן חיים") וע"פ 5121/98 **טוראי (מיל') רפאל ישכרוב נ' מדינת ישראל** (ניתן על ידי השופטת בייניש, ביום 4.5.2006) (להלן: "ע"פ ישכרוב") לעניין ראייה פסולה.

דין והכרעה:

על מנת להכריע בעניינו של הנאשם עלינו לקבוע האם כוונתם של השוטרים לערוך את החיפוש על גופו של הנאשם הייתה כדין לאחר שהתעורר "יסוד סביר" לחשדם בו. כפועל יוצא מכך אם נכריע שלא היה יסוד סביר לעריכת החיפוש, יהיה עלינו להכריע האם הראיות שנתפסו במסגרת זו כשרות.

הוראת החיקוק המתירה חיפוש במקרים כגון המקרה דנן מופיעה בסעיף 29 לפקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש)

[נוסח חדש] התשכ"ט-1969 (להלן: "הפח"פ (מעצר וחיפוש)") הקובעת כי:

"נמצא אדם בבית או במקום שמחפשים בו או בקרבתו, ויש יסוד סביר לחשוד שהוא מסתיר אצלו חפץ שמחפשים, או שרשאים לחפש אחריו - מותר לחפש על גופו...".

ההסדרה של סמכות החיפוש בחוק נועדה לאפשר למשטרה למלא את תפקידיה באכיפת החוק, בתפיסת עבריינים ובשמירה על הביטחון והסדר הציבורי. מנגד נועדה הסדרה זו גם לתחום את סמכויות החיפוש של המשטרה ולהגן על האזרחים מפני פגיעה בזכויות וחירויות הפרט שלהם. באופן זה מכון החוק לשמור על האיזון הראוי בין תפקוד יעיל ואפקטיבי של המשטרה לבין צורך בהגנה על זכויות האזרחים עימם באה המשטרה במגע.

סעיף 29 לפח"פ (מעצר וחיפוש) מתנה את עריכת החיפוש בקיומו של "יסוד סביר לחשד" לכך שהאדם החשוד מחזיק בחפץ כלשהו שהחזקתו אסורה או שאותו מחפשת המשטרה.

בע"פ בן חיים נקבע שמבחן "החשד הסביר" הוא בעיקרו מבחן אובייקטיבי הבוחן את סבירות שיקול דעתו של השוטור שערך את החיפוש. יישומו של מבחן זה נבחן על פי נסיבותיו הפרטיות של המקרה הנדון, על פי המידע שהיה בידו השוטור בעת עריכת החיפוש ועל פי ניסיונו ושיקול דעתו של השוטור בעת עריכת החיפוש.

נוסף על ניסיונו ושיקול דעתו של השוטור דורש מבחן ה"חשד הסביר" גם קיומה של ראייה ממשית כלשהי המבססת את סבירותו של החשד. הכוונה לראייה שנתפסת ישירות בחושיו של השוטור המחליט על ביצוע החיפוש או ראייה הבאה לו ממקור מהימן אחר לכאורה. תחושה או ניחוש שלא מתלווה אליהם ראייה כלשהי אינם מספיקים, כשלעצמם, להתהוותו של ה"חשד הסביר" הנדרש. באופן דומה כותב כב' הנשיא בדימוס שמגר בבג"צ 465/75 **יצחק דגני נ' שר המשטרה** (ניתן על ידי השופטים לנדוי, כהן ושמגר, ביום 6.11.1975), באשר למבחן "החשד הסביר", שעל מנת להצדיק החלטה של שוטור לעצור אדם ללא צו שיפוטי בשל חשד לביצוע פשע, נדרש כי:

"עיקרם של הדברים שהובאו לעיל הוא, כי צריכה להיות ראייה כלשהי, המבססת סבירותו של החשד, יהיה זה ראייה שנתפסת במישרין בחושיו של מי שהחליט על המעצר או ראייה הבאה לו ממקור הנראה בעיניו בתום לב, כמהימן לכאורה. תחושה או ניחוש גרידא, אשר איננה מתלווה אליהם ראייה אחרת כלשהי, אינם כשלעצמם בגדר יסודות מספיקים ליצירתו של החשד הסביר".

הגינם הפנימי של שני המקרים דומה. קיומו של "חשד סביר" נדרש הן בבוא השוטור להחליט על עריכת חיפוש בלא צו שיפוטי והן בבוא השוטור להחליט על מעצר בלא צו של אדם החשוד בביצוע פשע. נראה על כן שניתן להשליך מקביעתו של כב' הנשיא בדימוס שמגר באשר לכך שבחינת קיומו של "חשד סביר" לעריכת חיפוש בלא צו שיפוטי דורשת גם קיומה של ראייה ממשית עליה מבסס השוטור את "החשד הסביר" שהוביל אותו לעריכת החיפוש.

מדו"ח הפעולה שערך השוטור עמאר ביום האירוע, בתאריך ה-16.5.2010 (מסומן ת/1) עולה שהיו שתי נסיבות עיקריות שגרמו לשוטרים לחשוד בנאשם, להתקרב אליו ולערוך על גופו חיפוש. עלינו לבחון האם נסיבות אלה מספיקות על מנת לעורר את ה"חשד הסביר" הנדרש על פי החוק והפסיקה על מנת לערוך חיפוש בגופו של אדם בלא צו.

הנסיבה הראשונה - הנאשם היה כבר מוכר לשוטרים כבעל עבר פלילי בתחום הסמים, כפי שנכתב בדו"ח הפעולה: **"...הבחנו בבחור המוכר לנו מתחום הסמים..."**.

מן האמור ברע"פ בן חיים עולה שעברו הפלילי של נאשם אינה יכולה להוות נסיבה להתעוררותו של "חשד סביר" המאפשר עריכת חיפוש על גופו של נאשם. בעניינו של בן חיים הנדון במסגרת פסק הדין נתקל בן חיים בסיוור שגרתי של שלושה שוטרים ונדרש להזדהות בפניהם. השוטרים ביררו במכשיר הקשר ונדע להם שלבן חיים יש רישום פלילי קודם כלשהו. חשדם של השוטרים התעורר למראה בן חיים ולאור העובדה שנמצא שיש לו רישום פלילי. בעקבות זאת ביקש אחד השוטרים מבן חיים לרוקן את כיסיו. בית המשפט העליון שדן בנסיבות המקרה קבע שהנסיבות האמורות אינן יוצרות "חשד סביר" והחיפוש היה פסול, כפי שנכתב בפסק הדין:

"המבקש בעניין בן חיים נתקל...בסיוור שגרתי של שלושה שוטרים, ונדרש להזדהות בפניהם. לאחר בירור במכשיר הקשר, שבו נמסר כי המבקש "אינו דרוש" אך יש לו "רישום פלילי כלשהו", ביקש ממנו אחד השוטרים שירוקן את כיסי מכנסיו. המבקש עשה כן ואז נתגלתה הסכין שנשא. אין חולק כי אם היה לשוטר, שביקש מהמבקש לרוקן את כיסיו, חשד סביר כי הלה נושא סכין, הוא היה מוסמך לערוך חיפוש על גופו גם בלי צו שיפוטי. זאת, מכוח הוראת סעיף 3(ב) לחוק שמירה על ביטחון הציבור, שאזכרה לעיל. בהקשר זה יצוין כי גם סעיף 29 לפקודת סדר הדין הפלילי, שלפיה בחן בית משפט השלום את חוקיות החיפוש, מציב, כאמור, את קיומו של "יסוד סביר לחשוד שהוא [האדם שנמצא במקום בו נערך החיפוש - ד' ב'] מסתיר אצלו חפץ שמחפשים, או שרשאים לחפש אחריו" כתנאי לביצוע החיפוש. אולם, במקרה שלפנינו המדינה אינה טוענת כי התקיים לגבי המבקש בעניין בן חיים חשד לעבירה של נשיאת סכין (או כל חפץ אחר שנשיאתו אסורה). לכל היותר היו לשוטרים חששות או ספקות שהתעוררו בקרבם למראה המבקש, אולם אלה לא עלו לכדי "חשד סביר". לפיכך, מבססת המדינה טענתה בדבר קיומה של סמכות לביצוע החיפוש על הסכמתו של המבקש, שבאה לידי ביטוי בנכונותו לרוקן את כיסיו כמתואר לעיל."

הנסיבה השנייה - השוטרים למדו מתנועותיו של הנאשם שבעת האירוע הוא היה לחוץ, הלך נבהל והלך מהר. לטענתם, הנאשם היה נראה להם כמשנה כיוון הליכה ברגע שהבחין בהם. עוד ציינו השוטרים שהנאשם החזיק עוגיית שוקולד בידו השמאלית, כפי שעולה מדו"ח הפעולה (מסומן ת/1): **"...הנ"ל היה לחוץ והולך מהר שהבחין בנו נבהל וניסה לשנות כיוון הליכה שלו זה העלה את רמת החשד שהוא מחזיק סמים. יש לציין שהחזיק ביד השמאלית עוגייה שוקולד ניגשנו אליו..."**.

תחילה אציין עובדה חשובה לענייננו, כפי שעלה מעדות של השוטר עמאר, שבעת האירוע השוטרים לא היו במדים, אלא בלבוש אזרחי:

"לשאלת בית המשפט - איך היית לבוש

ת. על אזרחי

שאלת בית המשפט - יכול להיות שהוא זיהה אותך כשוטר?

ת. כעובד שם אני מכיר אותו ובודק אותו הרבה בשטח. אני לא יכול להיכנס לראש...

שאלת בית המשפט - אתה אמרת שאתה מכיר אותו כמשתמש בסמים.

ת. כן...".

(עמ' 7-11 לפרוטוקול הדיון מיום 17.9.2014).

באמרת הנאשם, שאותה מסר ביום 16.5.2010, ושנגבתה על ידי השוטר רס"ר נחלה (מסומן ת/2) הסביר הנאשם שהליכתו הייתה מכוונת לחיפוש פינה מוסתרת בשירותים ציבוריים, אולם הוא לא נשאל האם זיהה את השוטרים או האם שינה את כיוון הליכתו או האם הליכתו הייתה בהולה, והתאם לא אמר על כך דבר באמרתו:

"ש. לאן היית הולך כשעיכבו אותך השוטרים בחאן א-זית?"

ת. הייתי הולך לעשן בשירותים הציבוריים שם, חיפשתי איזו פינה מוסתרת".

רק במסגרת עדותו בית המשפט התייחס הנאשם לשאלות האמורות בהעידו כי:

"אני בדיוק הלכתי בצומת הזה לכיוון שער יפו, הקישלה. קניתי עוגה בדרך...והייתי אוכל...בצומת השווקים בדיוק הופתעתי בשלוש אנשים מתנפלים עליי, הבחנתי בהם בדיוק שהתנפלו עלי ואחר כך זיהיתי אותם. ניסיתי להיאבק, אפילו לא ניסיתי להיאבק ובדיוק היה לי בפה העוגה והם פשוט השכיבו אותי על הרצפה והתחילו לערוך כל מיני חיפוש ...

...

ש. ספר בדיוק מתי הבנת שמדובר בשוטרים

ת. כמעט עד שהפילו אותי על הרצפה, אחרי שקפצו עלי והפילו אותי על הרצפה ולקחו את מה שיש לי הבנתי שהם שוטרים".

(עמ' 11-12 לפרוטוקול הדיון מיום 17.9.2014).

קשה לדחות את טענתו של הנאשם לפיה לא זיהה את השוטרים שהיו לבושים בבגדים אזרחיים עד אשר אחזו בידיו, כפי שהעיד בבית המשפט. שכן אין לנו כל מידע או עדות אחרת שמסר הנאשם במועד סמוך יותר לאירוע ממנה אנו יכולים ללמוד שזיהה את השוטרים קודם לכן ובשל כך זרז את הליכתו ושינה את כיוונו. אין לנו כל מידע על כך כיוון שהוא לא נשאל על עניינים אלו במסגרת חקירתו במשטרה. לאור האמור דבריו של הנאשם מעוררים לפחות ספק סביר שכך היה ושהנאשם לא זיהה את השוטרים עד אשר אחזו בו, ולא החשש מפניהם הוא שהוביל אותו לשנות את כיוון הליכתו אלא כדרך כל אדם המשנה לעיתים את כיוון הליכתו ומהירותה, עניין שאין בו די על מנת לעורר "יסוד סביר לחשד" באותו אדם.

עוד אוסיף שהעובדה שהנאשם אחז בידו עוגיית שוקולד אינה מעלה ואינה מורידה, שכן אין בה, כשלעצמה, לעורר "חשד סביר" לכך שהנאשם מחזיק בסמים.

לאור האמור אני סבור שבמקרה דנן על אף תפיסת הסם המגולגל בנייר הכסף אצל נאשם, אין בחומר הראיות והעדויות

שהוצגו בפניי כדי להקים "יסוד סביר" לחשוד בנאשם באופן שהצדיק את עיכובו ואת החיפוש על גופו.

כעת עלינו לבחון האם הראיות שנתפסו במסגרת החיפוש שנערך בנאשם בהם הסם המגולגל בנייר הכסף והודאתו של הנאשם במשטרה (מסומן ת/2) כשרות.

בע"פ יששכרוב קובעת כב' השופטת בייניש כי:

"אם בעבר נהגה בשיטתנו ההלכה הפסוקה לפיה שאלת קבילותה של ראייה אינה נבחנת לפי דרך השגתה...הרי כיום מתבקשת נקודת איזון גמישה יותר המתחשבת בחובה להגן על זכויות הנאשם ועל הגינות ההליך הפלילי וטוהרו... תמצית עיקרה של דוקטרינת הפסילה הפסיקתית...היא זו:...לבית המשפט שיקול דעת לפסילת קבילותה של ראייה בפלילים, אם נוכח לדעת כי הראייה הושגה שלא כדין וקבלתה במשפט תיצור פגיעה מהותית בזכותו של הנאשם להליך הוגן...".

בפסק הדין נימנו שיקוליו של בית המשפט בבואו להחליט האם לפסול את הראייה בהתאם לנסיבות כל מקרה לגופו. שיקולים אלה כוללים, בין השאר, את אופייה וחומריתה של אי החוקיות שהייתה כרוכה בהגשת הראייה; את מידת ההשפעה של אמצעי החקירה הפסול על הראייה שהושגה וכן את שאלת הנזק מול התועלת החברתית הכרוכה בפסילתה של הראייה. בית המשפט מציין שיש ליישם את דוקטרינת הפסילה הפסיקתית על כל הראיות כולל על הודאות שמסרו נאשמים.

לעניין שאלת פסלות הראיות שהושגו בעקבות החיפוש הלא חוקי במקרה דנן ניתן להשליך מהכרעתו של בית המשפט העליון ברע"פ בן חיים. ברע"פ בן חיים נפסק בשני מקרים, שאחד מהם דן בעבירה של החזקת סמים לשימוש עצמי, שעל אף שאין ספק באשר למהימנותן של הראיות שנתפסו במסגרת החיפוש הלא חוקי הרי על פי ההלכה שנפסקה בע"פ יששכרוב יש לפסול את הראיות במקרים אלו. ברע"פ בן חיים נבעה ההחלטה, בין השאר, מהקביעה שעבירה של החזקת סמים לשימוש עצמי הינה עבירה קלה יחסית, וזהו אחד מהשיקולים אותם יש להביא בחשבון בפסילת ראייה. קביעה זו מתאימה גם למקרה דנן הן הוא בעבירה של החזקת סמים לצריכה עצמית שהיא, כאמור, עבירה קלה יחסית.

לאור האמור, הנני סובר שהראיות שהוגשו במסגרת החיפוש הנדון במקרה דנן אינן כשרות עד כדי פסלותן.

אשר על כן הנני מזכה את הנאשם מביצוע עבירה של החזקת סם מסוכן לצריכה עצמית המיוחסת לו בכתב האישום.

ניתנה היום, ג' חשוון תשע"ה, 27 אוקטובר 2014, במעמד ב"כ המאשימה עוה"ד אריה ברנד ודניאל שימשילשווילי, הנאשם ובאת כוחו עו"ד ריטה רוזי גודליאן.