

ת"פ 54539/08/18 - מדינת ישראל נגד שלום מימוני

בית משפט השלום ברחובות

ת"פ 54539-08-18 מדינת ישראל נ' מימוני
בפני כבוד השופטת אושרית הובר היימן

בעניין: מדינת ישראל

המאשימה

נגד

שלום מימוני

הנאשם

הכרעת דין

כמצוות המחוקק ובהתאם להוראות סעיף 182 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב] תשמ"ב 1982, הריני להודיע כי החלטתי לזכות את הנאשם מן העבירות שיוחסו לו בכתב האישום.

כתב האישום והעבירות שיוחסו לנאשם:

1. כנגד הנאשם הוגש כתב אישום מייחס לו עבירה של החזקת סמים מסוכנים שלא צריכה עצמית, לפי 7(א)+ג) לפקודת הסמים המסוכנים ועבירה של החזקת כלים להכנת סמים מסוכנים שלא לצריכה עצמית, לפי סעיף 10 רישא לפקודה.
2. לפי תיאור העובדות בכתב האישום, ביום 17.05.18, בשעה 04:16, עת היה הנאשם ישוב במושב הנוסע ברכב הנהוג ע"י אחר, החזיק הנאשם סם מסוכן מסוג קנאביס שלא לצריכתו העצמית כדלקמן:
בשקית נייר במושב האחורי החזיק סם מסוג קנאביס במשקל 1.65 גר' נטו וכן משקל אלקטרוני ומספר שקיות קטנות שקופות, מתחת למושב האחורי ברכב החזיק הנאשם סם מסוכן מסוג קנאביס במשקל 76.67 גר' נטו ובתוך כיס ימני של מכנסו החזיק בסם מסוכן מסוג קנאביס במשקל 0.79 גר' נטו.

התנהלות דינית:

3. בתשובתו של הנאשם לכתב האישום, נטען כי נפלה אי חוקיות בחיפוש שבוצע ע"י השוטר, וכי לפיכך יש לפסול את תוצרי החיפוש ואת הודעת הנאשם, בהיותן ראיות נגזרות.

עמוד 1

4. במסגרת פרשת התביעה נשמעו עדויות השוטר גולן ביליה (ע.ת 1) והפקח העירוני יוסף שובל (ע.ת 2).
5. פרט לכך הוגשו מסמכים מתיק החקירה: מזכר של השוטר זהר אביסהל (ת/1), מזכר של השוטר אלכס אילייב (ת/2), תע"צ וחוו"ד מומחה לעניין הסם (ת/3), טופס הודעה על זכויות חשוד (ת/4), הודעת החשוד (ת/5), דיסק החקירה ותמלולה (ת/7, ת/6), מזכר שרשרת מוצג (ת/8), מזכר תפיסת מוצגים (ת/9), דוח עיכוב של הנאשם (ת/10), הזמנה לדין בעבירת תעבורה שנמסרה לנהג אורי קריכלי (ת/11) ודו"ח פעולה של יוסף שובל (ת/12).
6. בתום פרשת התביעה, טען הנאשם טענת "אין להשיב לאשמה". טענה זו נדחתה. בהחלטתי קבעתי, כי אף שהסניגור העלה בטיעונו טענות כבדות משקל וסימני שאלה משמעותיים שעל המאשימה להתמודד עימן, הרי שבאותו שלב של ההליך כאשר בית משפט אינו נדרש כלל לשאלות מהימנות העדים, משקל הראיות ודיותן, לא ניתן לקבל את הטענות. עוד קבעתי, כי בית המשפט ישוב וידרש לטענות במסגרת הכרעת הדין.
7. הנאשם בחר שלא להעיד ולא להביא עדויות וראיות מטעמו.

דין והכרעה:

8. כאמור לעיל, טען הנאשם לאי חוקיות החיפוש שנערכו ברכב בו ישב ועל גופו, אשר בשלה ובהתאם לכלל הפסלות הפסיקתית, טען כי יש לפסול את הראיות החפציות שנתפסו כמו גם את אמרותיו בתשאולו בשטח ובהודעתו במשטרה.
9. לצורך בחינה של טענות משפטיות אלו, יש לסקור תחילה את העדויות והראיות שהוגשו מטעם המאשימה.
10. עפ"י עדותם של השוטר גולן ביליה (להלן: "השוטר ביליה") ושל הפקח יוסף שובל (להלן: "הפקח יוסף"), האירוע נשוא כתב האישום התרחש ביום 18.05.17 בעת שעבדו יחד במשמרת לילה. באותו המועד, בשעה 04:00 לערך, הבחינו ברכב יונדאי הנוסע ללא אורות ואותתו לנהג לעצור בצד הדרך. הרכב נעצר, ואילו ניגשו השוטר ביליה והפקח יוסף. ברכב נהג אורי קריחלי (להלן: "אורי") ובמושב הנוסע ישב הנאשם. השוטר ניגש אל חלון הנוסע והפקח אבטח את השוטר בכך שנעמד במרחק קצר (כחצי מטר) מאחוריו. בהמשך לדין ודברים שהתנהל בין השוטר לבין היושבים ברכב, התבצע חיפוש ברכב במהלכו נמצא הסם כמפורט בסעיפים 1.א ו- 1.ב לכתב האישום.

חוקיות החיפוש ברכב:

11. סעיף 71 לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה - מעצרים), תשנ"ו-1996, קובע כדלקמן:

"(א) היה לשוטר יסוד סביר לחשד שבוצעה עבירה בת מעצר וסבר כי יש צורך לבצע חיפוש בכלי רכב כדי לאתר את מבצע העבירה או קורבנה או כדי לאתר ראיה

הקשורה בעבירה, רשאי הוא להורות לעכב את כלי הרכב ולערוך את החיפוש כאמור".

(ב) הוראות סעיף קטן (א) יחולו גם אם קיים חשש שעומדת להתבצע עבירה מן העבירות המפורטות בסעיף 35(ב), או אם קיימת הסתברות גבוהה שעומדת להתבצע עבירה בת מעצר".

12. ברע"פ 10141/09 אברהם בן חיים נגד מדינת ישראל (מיום 06.03.12) (להלן: "הלכת בן חיים") נקבעה ההלכה לגבי מהותו של החשד הסביר שיכשיר חיפוש ללא צו:

"מבחן החשד הסביר הוא בעיקרו מבחן אובייקטיבי שבו נדרש בית המשפט להעריך את סבירות שיקול דעתו של השוטר שערך את החיפוש לשם הכרעה בשאלת חוקיות החיפוש. יחד עם זאת, התנאים שבהם יתקיים חשד סביר המצדיק עריכת חיפוש ללא צו שיפוטי אינם ניתנים מטבע הדברים להגדרה ממצה וחד-משמעית. יישומו של מבחן זה מבוסס על נסיבותיו הפרטניות של כל מקרה ומקרה, על המידע שהיה בידי השוטר בעת עריכת החיפוש ואף על ניסיונו ושיקול דעתו המקצועיים של השוטר שערך את החיפוש (ראו והשוו בג"ץ 465/75 דגני נ' שר המשטרה, פ"ד ל(1) 337, 349-353 (1975) (להלן: עניין דגני))."

13. השאלה אם מתקיים יסוד סביר או חשד סביר, המצדיק חיפוש, נבחנת, איפוא, על פי נסיבותיה הספציפיות של כל סיטואציה, ואולם המבחנים הנם אובייקטיביים ועניינים בחינת סבירותה של הטענה כי קם חשד סביר.

14. תכליתם של דיני החיפוש, המגבילים את סמכויות החיפוש בסביבתו של אדם או על גופו, הנה ההכרה בכך שחיפוש הנו פעולה הפוגעת מטיבה בזכויות הפרט. הזכויות הנפגעות בפעולת חיפוש הן הזכות לפרטיות, ובמובן הרחב גם הזכות לכבוד, שעלולה להיפגע מהתנהגות המאפיינת חיפוש משטרתי. שתי הזכויות הן זכויות חוקתיות, המוגנות בחוק יסוד כבוד האדם וחירותו. ככל זכות, גם זכויות אלה הן זכויות יחסיות, אשר מוצדק יהיה לפגוע בהן במידה, רק מקום בו הפעלת הסמכות השלטונית עדיפה על פני קיום זכויותיו של הפרט, וברוח פסקת ההגבלה שבחוק היסוד.

15. בהתאם להוראות החוק והפסיקה, על בית המשפט לבחון האם עלה בידי המאשימה להוכיח, כי היה לשוטר ביליה יסוד סביר לחשד, כי בוצעה עבירה בת מעצר וכי בשל כך ביצע חיפוש ברכב, כדי לאתר ראיה הקשורה בעבירה. נשוב כעת אל עדויות השוטר והפקח.

16. כך, תיאר השוטר ביליה, בעדותו הראשית, את הנסיבות אשר הובילהו לבצע חיפוש ברכב:

"הינו ברח' ז'בוטינסקי ראינו רכב יונדאי כסופה נוסעת ללא אורות. נסענו לכיוונו שהגיע מרח' התאנה ושם הספקנו לעצור אותה כדי להבהיר על האורות, וניגשתי לנהג שאלתי מדוע נוסע בלי אורות ובדקתי את רשיון הנהיגה של אורי והבחנתי שרישיון הנהיגה פג מעל שנתיים והרחתי

ברכב ריח חזק של גראס. החלטתי לערוך חיפוש ברכב. ראיתי גם שתי כוסות עם ריח של אלכוהול שהיה מתחת לבלם יד מלאות. אמרתי להם שאני מחליט לעשות חיפוש למציאת חומר חשוד כסם כי אני מריח סם. בחיפוש עצמו מצאתי חומר חשוד כסם במושב האחורי, גם במושב עצמו בתוך שקית וגם בתוך השקית עצמה היו שקיות קטנות פלסטיק שקופות ולידן משקל אלקטרוני דמוי עכבר. בשקית נוספת מתחת למושב האחורי מצאתי עוד חומר חשוד כסם. (עמ' 6, ש' 12 - 19).

17. בעדותו הראשית כפי שהיא מובאת לעיל, ציין השוטר ביליה פעמיים, כי הואיל והריח חזק של גראס ברכב, החליט לבצע חיפוש.

18. בחקירתו הנגדית, אמר השוטר ביליה "(אני) פונה לנהג שואל מה בלי אורות ושיראה לי רישיון נהיגה ואומר שאין לו להציג רישיון נהיגה ומס' ת.ז שלו עולה כי הרשיון שלו לא בתוקף. תוך כדי שיחה אני מריח גראס" (עמ' 9, ש' 24 - 25) "אני ממש צמוד לחלון. החלון היה פתוח כולו. מספיק להיות בקו החלון כדי להריח. זה ממש חזק היה" (עמ' 1 - 2).

19. בהמשך החקירה נשאל "מכח מה היתה לך סמכות לחפש ברכב?" והשיב: "יס"ל. ריח סם" (עמ' 11, ש' 30 - 31). ועוד בהמשך "החיפוש היה חוקי. החיפוש עלה מתוך יס"ל חזק מאוד של סם, שאני הרחתי (עמ' 12, ש' 25).

20. מכאן שגם בחקירתו הנגדית, עמד השוטר ביליה על כך שהיסוד הסביר לחשד כי בוצעה עבירה התעורר בו בעקבות ריח עז של ריח גראס שנדף מהרכב.

21. ראוי לציין, כי השוטר ציין, כאשר נשאל, שהיו גם כוסות עם משקה אלכוהולי ברכב, אך שב וחזר על כך שהיס"ל שהוביל לביצוע החיפוש ברכב היה ריחו החרף של סם.

22. ב"כ הנאשם טען, כי אין ליתן אמון בגרסתו זו של השוטר וכי למצער, יש ספק אם אכן הריח ריח של סם וכי זה הדבר אשר עורר את חשדו והוביל לביצוע החיפוש, או שמא הוסיף פרט זה לדו"ח הפעולה, בדיעבד, לאחר שנתגלו הסמים ברכב על מנת להצדיק את ביצועו.

23. לאחר ששמעתי את העדויות ועיינתי בכלל הראיות שהובאו לפניי, הגעתי לכלל מסקנה, כי אכן מתעורר ספק בשאלה זו, ולהלן נימוקיי:

ראשית, תחילתו של האירוע בעבירת תעבורה, שלא ביצע הנאשם, אלא הנהג אורי קריחלי וזו וודאי לא הובילה לחשד לביצוע עבירת סמים.

בהמשך, הבחין השוטר ביליה בכוסות אשר עפ"י עדותו הכילו משקה אלכוהולי. כפי שהובא לעיל, בשום שלב של עדותו לא טען השוטר, כי הכוסות הן אלו אשר הקימו יסוד סביר לחשד, אלא שב וטען כי היה זה ריח הסם ברכב. למרות זאת ולמעלה מן הצורך, אציין כי בהתאם לחוק המאבק בתופעת השכרות, תש"ע 2010, ניתנה לשוטר הסמכות לשפוך משקאות אלכוהוליים שנמצאו במרחב הציבורי או ברכב במרחב ציבור בכלי קיבול פתוח, בין השעות 21:00 ל - 06:00. אולם, לא ניתנה לשוטר מכח אותו החוק סמכות חיפוש ברכב. ראוי לציין, כי לא נטען אחרת ע"י המאשימה.

שנית, מדו"ח הפעולה של השוטר ביליה נשמטו פרטים מהותיים:

כך, ביחס לכוסות המלאות שנמצאו ברכב, נשאל השוטר ביליה כיצד ידע כי הן מכילות משקה אלכוהולי, והשיב כי הריח את ריח האלכוהול, אולם לא ידע להסביר מדוע עובדה זו לא נרשמה על ידו בדו"ח הפעולה, וכדבריו: **"אם עיכבתי את הנהג בגלל היותו חשוד בנהיגה תחת השפעת אלכוהול זה ברור, שכך היה...ועובדה ששפכתי...הריה היה חזק של גראס...להגיד למה לא רשמתי יכול היות שטעיתי"** (עמ' 10, ש' 16 - 19).

בהמשך, נשאל: **"שובל טוען שאתה שאלת למי שייכות הכוסות והנאשם אמר ששייכות לו. למה לא רשום אצלך בדוח?"** והשיב לכך **"לא כל הפרטים נרשמו, לא זוכר את הפרט הזה, תשאל את יוסי"**. (עמ' 11, ש' 4 - 6).

זאת ועוד, השוטר ביליה נשאל ע"י הסניגור מדוע שאל את הנאשם שאלות שעלולות להפיליו ביחס לחומר שנתפס (ר' בהרחבה בהמשך), ולכך השיב **"רציתי לדעת למי שייך הסם והאם יש אישור רפואי"**, אולם גם ביחס לפרט מהותי זה לא ידע להסביר מדוע נשמט בדו"ח הפעולה ואמר **"זו שאלה שרצה אצלי בעבודה. יש מקומות שכן מראים אישור רפואי ואין עבירה...שאלתי אותו למי שייך הסם והאם יש אישור רפואי"** (שם, ש' 15 - 19).

בנוסף, לא ציין השוטר ביליה כי הזדהה לפני הנאשם והבהיר לו את סיבת העיכוב: **"אמרתי לו את השם שלי, אני לא צריך את כל הענין הזה כי יש לי יס"ל חזק...לא ציינתי"** (שם, ש' 24 - 27).

פרט נוסף שלא נמצא לו ביטוי בדו"ח נוגע לשאלה האם השקיות שנמצאו ברכב היו אטומות (**"לא זוכר אם היו אטומות"**, שם, ש' 29). לשאלת אטימותן של השקיות וודאי עשויה להיות השפעה על ריח סם המתפשט ברכב.

פרטים חסרים אלו, מעלים סימני שאלה באשר להיותו של דו"ח הפעולה שערך השוטר ביליה משקף את האירוע נשוא כתב האישום באופן אותנטי, מלא ואמיתי.

שלישית, תהיה נוספת שמעלה ספק באשר לקיומו של יסוד סביר לחשד בעקבות ריח של גראס ברכב, היא

העובדה שנהג הרכב כלל לא עבר בדיקת דם או שתן לאיתור שרידי סם בגופו. אין חולק, כפי העולה מעדותו של השוטר ביליה, כי הנהג - אורי - עבר בדיקת אלכוהול בלבד ולאחר שלא נמצאה רמת אלכוהול אסורה בגופו, שוחרר לדרכו עם דו"ח תעבורה בגין נהיגה ללא רישיון בתוקף. נשאלת השאלה, אם אכן הבחין השוטר ביליה בריח חריף של סם ברכב כבר בשטח, האם הדבר לא עורר חשדו כי נעשה שימוש בסם ע"י יושביו לרבות הנהג?

הנקודה הרביעית, ואולי המשמעותית ביותר בהקשר זה, עניינה בפערים העולים בהשוואה בין עדות השוטר ביליה לעדות הפקח יוסף ביחס לעילה לביצוע החיפוש.

במסגרת פרשת התביעה נשמעה עדותו של הפקח יוסף וכן הוגש דו"ח הפעולה שנערך על ידו (ת/12). אין חולק כאמור, כי במהלך האירוע, בשעה שבה השוטר ביליה רכן אל עבר חלון הנוסע ברכב, עמד הפקח יוסף במרחק של כחצי מטר מאחוריו.

כך, תיאר הפקח יוסף, בעדותו הראשית, את אשר התרחש: **"עצרנו את הרכב...בתוך הרכב היו שתי כוסות משקה אלכוהולי...כמובן שגולן שאל שאלות ואני עמדתי בסמוך אליו כחצי מטר...גולן ניהל את האירוע, שמעתי ששאל של מי הכוסות שתיה, מימון אמר שזה שייך לו. גולן הבחין בשקיות...הן היו ממש בולטות ממה שאני זוכר. הבחין בתוך הרכב בשקיות והחליט לבצע בדיקה מעמיקה יותר"** (עמ' 13, ש' 19 - 27). בהמשך, בחקירתו הנגדית, ציין הפקח כי מהרכב נדף ריח של וודקה (למרות שעובדה זו לא צוינה בדו"ח הפעולה שערך), וכן הסביר כי **"יש חוק שאוסר להסתובב עם משקאות אלכוהוליים אחרי 21:00 והוא רצה לבצע שפיכה. ניגש לקחת את הכוסות ואולי ראה, יותר ממני בטוח כי אני בגב שלו"** (עמ' 15, ש' 10 - 11).

כלומר, עפ"י עדות הפקח יוסף, הסיבה שבעטיה החליט השוטר ביליה לבצע חיפוש ברכב הייתה שהבחין בשקיות, וזאת כאשר רכן אל תוך הרכב כדי ליטול את הכוסות ולבצע שפיכה של המשקאות שנחשדו להיות אלכוהוליים. הפקח יוסף מציין בעדותו ריח של וודקה, אך לא מציין ריח גראס או ריח אחר.

עובדת קיומו של ריח סם לא עלתה גם מדו"ח הפעולה של הפקח יוסף. כך, תיאר הפקח את נסיבות האירוע בדו"ח הפעולה (ת/12):

"במהלך סיור שגרתי יחד עם השוטר גולן ביליה, הבחנתי ברכב שנוסע ללא אורות...סימנתי לנהג לעצור... בין המושבים היו 2 כוסות משקה אלכוהולי ככל הנראה "וודקה רדבול". כשנשאלו ע"י גולן של מי הכוסות ענה שרלי כי הכוסות שייכים לו, גולן ערך חיפוש ברכב ואני אבטחתי אותו מהצד...".

כלומר, גם עפ"י דו"ח הפעולה שנכתב ע"י הפקח מיד בסמוך לאירוע, החיפוש ברכב מגיע מיד לאחר שהבחין השוטר בכוסות וקשור בכך, ולא מוזכר ריח חשוד כזה או אחר שנדף מהרכב.

ב"כ המאשימה ניסתה בסיכומיה, להסביר את הפער שבין העדויות. כך, נטען כי השוטר ביליה הינו בעל ותק של 24 שנים במשטרת ישראל ונוכח ניסיונו הרב יכול היה לזהות בנקל ריח של גראס, בעוד שיוסף שובל הוא פקח עירוני בעל ותק של 4 שנים בלבד. נטען בהקשר זה, כי הפקח הינו חסר הכשרה וידע מתאימים ונעדר סמכויות שוטר ועל כן, עצם העובדה שלא הריח סמים אין בה כדי להפחית מן העובדה שהתעורר יס"ל אצל השוטר, שהריח סם. כמו כן, טענה ב"כ המאשימה, כי דווקא הפער בין העדויות מחזק את מהימנות עדות השוטר ומעלה כי השניים לא תיאמו גרסאותיהם. כן, נטען כי אף שהפקח היה קרוב אל השוטר בעת האירוע, הואיל ו"הוא נמצא באוויר הפתוח יכול היה שלא להריח" וכן כי "יכול להיות שהריח לא הגיע לאף שלו".

את הטענות האמורות לא אוכל לקבל. טענת העדר ההכשרה והניסיון והעדר היכרותו של הפקח יוסף עם ריח הגראס, היא טענה בלתי מבוססת ואינה עולה מן העדויות. הלכה למעשה, מבקשת המאשימה לגזור מסקנה זו מהגדרת תפקידיהם והוותק המקצועי של עדיה בלבד. אכן, עלה מעדותו של הפקח כי מי שניהל את האירוע היה השוטר ומקובלת עלי הטענה כי בהתאם לכך היסוד הסביר לחשד נדרש היה להתקיים אצל השוטר ולא אצל הפקח. יחד עם זאת, הפקח נכח באירוע ועמד בצמוד לשוטר ואם אכן היה ריח כה עז של סם שנדף מן הרכב, מצופה היה כי גם הפקח יבחין בו. כאמור, המאשימה, מבקשת מבית המשפט שיסיק מתוך הפער בוותק המקצועי של עדי התביעה בלבד, כי הפקח יוסף אינו יודע לזהות ריח של גראס בשל חוסר ניסיונו, אך הפקח לא נשאל בעדותו מאומה אודות ניסיונו המקצועי, ההכשרות שקיבל, היכרותו עם עבירות סמים ויכולתו לזהות ריח גראס. פערים אלו, לא ניתנים להשלמה, על דרך ההנחה בלבד, המסתמכת על הגדרת תפקידו של הפקח ומשך העסקתו בתפקיד.

באשר לטענה, כי הפער בין העדויות מחזק את מהימנותן, יתכן שניתן היה לקבלה ביחס לפרטים שהם בשולי האירוע, אך וודאי לא ביחס לעניין כה מהותי כמו עילת חיפוש.

ולבסוף, באשר לטענת המאשימה כי "יכול להיות" שהפקח שעמד באוויר הפתוח לא יכול היה להריח, הרי שטענה זו לא תוכל להתקבל, ולו מן הטעם הפשוט שהיא סותרת את עדות השוטר ביליה עצמו, לפיה "הריח היה ממש חזק אפשר היה להריח אותו מחוץ לרכב" (עמ' 10, ש' 3). מעבר לכך, בית המשפט מחויב לרף ההוכחה המחמיר בפלילים שאינו מאפשר לו להתבסס בקביעותו על הנחות והשערות, אלא על ממצאים שהוכחו מעבר לספק סביר בלבד.

אם כן, כאמור, מתברר כי ישנו פער משמעותי בין עדויותיהם של עדי התביעה, שעניינו בשאלה האם אכן נדף ריח חריף של סם מהרכב, אם לא, ועובדה זו הינה רבת משמעות שכן עפ"י עדותו של השוטר ביליה, קיומו של הריח הקים בקרבו יסוד סביר לחשד לביצוע עבירה בת מעצר והובילו לביצוע החיפוש ברכב. מאחר ומדובר בעדויות של שני גורמי אכיפה, עדי המאשימה, שבין עדויותיהם קיימת סתירה בנקודה קריטית, הרי שכל ספק דינו שייזקף לזכותו של הנאשם.

24. מכל האמור לעיל, עולה כי לא הוכח ברמה הנדרשת בפלילים שהסיבה בעטיה ביצע השוטר ביליה חיפוש ברכב הייתה ריח סם שנדף מהרכב ומכאן שלא הוכח קיומו של יסוד סביר לחשד לביצוע עבירה.

25. אין חולק, כי גם לא נתבקשה הסכמה מדעת ע"י השוטר ביליה, לביצוע החיפוש. ב

26. בהעדר חשד סביר וללא הסכמה מדעת, המסקנה המתבקשת היא כי השוטר לא היה מוסמך לערוך חיפוש ברכב, ולפיכך הרי שמדובר בחיפוש שנערך שלא כדין.

תשאול הנאשם בשטח:

27. מן העדויות עולה, כי במהלך החיפוש ברכב נמצאו שקיות הסם, כמפורט בסעיפים 1.א ו - 1.ב לכתב האישום. לאחר שאלו נמצאו, פנה השוטר ביליה אל הנאשם והנהג בשאלות, אשר הובילו את הנאשם למסור גרסה מפלילה.

28. כך, עולה מחקירתו הנגדית של השוטר:

"ש. אתה תופס סמים ושואל את הנאשם.

ת. שאלתי למי שייך ולפעמים אם יש לאדם אישור רפואי הוא מיוזמתו אומר.

ש. אתה שאלת אותו שאלות שהתשובות עלולות להפליל אותו. למה לא אמרת לו יש לך זכות להיוועץ בעו"ד, או לשתוק.

ת. יש תשאול ראשוני בשטח. רציתי לדעת מראש אם יש אישור רפואי, אם יש עבירה בכלל ומיוזמתו אמר זה שלי.

ש. כדי לברר אם יש עבירה אתה צריך להעמיד אותו על הזכויות שלו. אפשר לעשות זאת גם בשטח ולא חייב להביא אותו לתחנה.

ת. רציתי לדעת למי שייך הסם והאם יש אישור רפואי.

ש. בדוח פעולה לא כתבת שאלתי אם יש לו אישור רפואי לגראס.

ת. זו שאלה שרצה אצלי בעבודה. יש מקומות שכן מראים אישור רפואי ואין עבירה.

ש. אבל אני לא רואה ששאלת אותו.

ת. שאלתי אותו למי שייך הסם והאם יש אישור רפואי" (עמ' 11, ש' 7 - 19).

29. גם הפקח יוסף מסר בעדותו "גולן שאל למי שייכות השקיות ואמר [הנאשם - א.ה.ה] שהכל שלו".

30. הנה כי כן, מן העדויות עולה בבירור, שלאחר מציאת שקיות הסם ברכב, השוטר ביליה פנה אל הנאשם בשאלה

אודות הסם והכלים שנתפסו ודרש לדעת למי הם שייכים. אין חולק, כי שאלה זו נשאלה עוד לפני שהובהרו לנאשם זכויותיו בהן זכות השתיקה והזכות להיוועץ בעו"ד.

31. לא ניתן לקבל טענת השוטר ביליה, כי המדובר היה "בתשאול ראשוני בשטח" בלבד, וזאת רק כדי לברר אם יש לנאשם אישור רפואי לשימוש בקנאביס - ראשית, כי בדוח הפעולה של השוטר לא נמצא כל זכר לטענה כי שאל אודות אישור רפואי, ושנית הואיל ועסקינן בחקירה לכל דבר ועניין, והראיה שהמאשימה מבקשת להסתמך היום על תשובתו המפלילה של הנאשם.

32. לפיכך, בטרם נשאל הנאשם כל שאלה אודות הסם, שומה היה על השוטר להעמיד אותו על זכויותיו, להבהיר לו השלכות הדברים שימסור ולחלופין משמעות שתיקתו וכן להודיע לו אודות זכותו להיוועץ בעו"ד. משלא עשה כן, הרי שנפלה אי חוקיות גם בתשאולו של הנאשם בשטח.

חיפוש על גופו של הנאשם:

33. לעניין שאלת החיפוש על גופו של הנאשם, יש תחילה לבחון האם אכן בוצע חיפוש על גופו של הנאשם, וזאת לאור טענת השוטר ביליה, כי "הוא מיוזמתו הוציא סם כשאמרתי שאני מתכוון לערוך עליו חיפוש". האם דברים אלו שנאמרו עולים כדי "חיפוש"?

34. בת"פ 50516-05-13 **מדינת ישראל נ' חנה בינאשוילי ואח'** (25.10.2016) נאמר לנאשמת כי עתידה לבוא שוטרת לדירה בכדי לערוך חיפוש על גופה, ונאמר לה שאם יש עליה דבר מה "שתוציא לבד", בעקבות האמור הנאשמת הוציאה את הסמים. נקבע כי מדובר בפעולת חיפוש.

35. בת"פ 32274-02-14 **מדינת ישראל נ' נסים** (08.05.2016) נקבע כי הפניית שאלה לנאשם "האם יש בידיו דבר מה שלא צריך להימצא ברכב", מהווה חיפוש. מדובר בשאלה מחייבת מצד איש מרות הממלא תפקידו, כלפי אזרח. מדובר בחיפוש "מילולי" ראשוני, שאין לראות הבדל בינו לבין סריקת הרכב על-ידי השוטר בעצמו, לעניין חוקיות החיפוש.

36. ברע"פ 10141/09 **בן חיים נ' מדינת ישראל** (להלן: "**הלכת בן חיים**") פסקה 18 (06.03.2012) המערער התבקש ע"י השוטר לרוקן את כיסיו. ביחס לשלב האמור של האירוע נקבע: "עצם העובדה שהאדם מסייע לחיפוש בכך שהוא פועל בהתאם להוראת השוטר אינה מוציאה את הפעולה מגדר "חיפוש" כמשמעותו בחוק. זאת, כיוון שהוראת השוטר לאדם לרוקן את כיסיו נועדה להשיג אותה מטרה שחיפוש הנעשה על ידי השוטר עצמו נועד להשיג - איתור חפץ אסור או מסוכן הנישא על ידי האדם מושא החיפוש, בנסיבות בהן מדובר ב"מציאת" החפץ בנוכחות השוטר ולבקשתו. כיוון שאכן מדובר בחיפוש, נותרה שאלת נפקות ההסכמה".

37. בעניינו של הנאשם שלפניי, אין חולק כילא בוצעה פעולת חיפוש אקטיבית ע"י השוטר. הנאשם הוציא מכיס מכנסיו

את שקית הסם מיד לאחר שהשוטר ביליה, אמר לו כי בכוונתו לבצע עליו חיפוש. ואולם, מאותו הרגע שנאמר הדברים ע"י השוטר ביליה החל חיפוש. העובדה שהנאשם בחר להוציא את הסם שבכיסו, בטרם יערך על גופו חיפוש פיזי, אינה משנה מן העובדה שעשה כן לאחר שהחל "חיפוש".

38. הנאשם לא אמר לשוטר דבר אודות הסם שבכיסו במהלך השיח שנוהל עימו עובר לחיפוש ברכב, גם לא אמר דבר בעת החיפוש ברכב וגם לא לאחר שנמצאו השקיות בתוכו. פעולת הוצאת הסם מכיסו, נעשתה רק בשלב שהשוטר אמר לו שבכוונתו לערוך עליו חיפוש.

39. לפיכך, אני קובעת כי בוצע הליך חיפוש על גופו של הנאשם ואין נפקא מינה לעובדה שהנאשם הוציא את הסם בעצמו מכיסו וכי הרצינול של הלכת בן חיים חל בנדון, שכן מה שהנאשם הוציא מכיסו הינו אותו דבר מה אותו נועד החיפוש לאתר.

40. הסמכות לביצוע חיפוש על גופו של הנאשם, בנסיבות המקרה דנן, מבוססת על הוראת סעיף 28(ב)(2) לפקודת הסמים המסוכנים [נוסח חדש], תשל"ג 1973, הקובעת כי "**מבלי לפגוע בסמכות הכללית הניתנת לשוטר לערוך חיפוש, רשאי שוטר לערוך חיפוש בלא צו... על גופו של אדם כאמור בסעיף 22 לפקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש) [נוסח חדש], תשכ"ט 1969, אף אם לא עצר אותו, אם יש לו יסוד סביר להניח שאותו אדם נושא עמו שלא כדין סם מסוכן**".

41. בענייננו, מהו אותו יסוד סביר לחשד לביצוע חיפוש על גופו של הנאשם, אם לא שקיות הסם שנמצאו רגעים קודם ברכב לאחר ביצוע חיפוש בלתי חוקי, ותשובתו המפלילה של הנאשם לשאלת השוטר מבלי שהובהרו לו זכויותיו עפ"י דין?

עיכוב הנאשם:

42. כאשר נשאל השוטר ביליה בחקירתו הנגדית "ציינת את שמך? הבהרת לו סיבת העיכוב? לפני החיפוש" השיב "**אמרתי לו את השם שלי, אני לא צריך את כל הענין הזה כי ש לי יס"ל חזק. הוא מיוזמתו הוציא סם כשאמרתי שאני מתכוון לערוך עליו חיפוש**" (עמ' 11, ש' 23 - 25).

43. בהתאם להוראות סעיף 72 לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה - מעצרים) תשנ"ו 1996 (להלן: "**חוק המעצרים**"), על המבצע עיכוב יחולו הוראות סעיף 24 לחוק, המורה כי על השוטר לזהות עצמו בשמו ובתפקידו הרשמי, להודיע למעוכב על עיכובו, על סיבת העיכוב, וזאת למעט אם סיבת העיכוב וזהותו של השוטר הינן ברורות מנסיבות העניין, או אם יהיה בכך בכדי לסכל את מטרת העיכוב או לסכן את הציבור או את השוטר.

44. במקרה דנן, כיוון השוטר ביליה בתשובתו לכך שהתקיים הסייג הראשון, היינו שהיה ברור מנסיבות העניין מהי זהותו ומה סיבת העיכוב. השוטר ציין שהיה לבוש מדים וענד תג שם, וכן שהיה יס"ל חזק.

45. סעיף 67(א) לחוק המעצרים מעגן את הסמכות המוקנית לשוטר לעכב אדם בהתקיים יס"ל כי עבר עבירה:

"היה לשוטר יסוד סביר לחשד כי אדם עבר עבירה, או כי הוא עומד לעבור עבירה העלולה לסכן את שלומו או בטחונו של אדם, או את שלום הציבור או את בטחון המדינה, רשאי הוא לעכבו כדי לברר את זהותו ומענו או כדי לחקור אותו ולמסור לו מסמכים, במקום הימצאו". (ההדגשות אינן במקור - א.ה.ה.)

46. דהיינו, קיימים שלושה תנאים בסיסיים לעיכוב אדם ללא צו, במקום הימצאו: **ראשית**, קיים חשד סביר כי האדם עבר עבירה או עומד לעבור עבירה; **שנית**, העיכוב מותנה בקיומה של תכלית, כגון: בירור זהות/מען, חקירה או מסירת מסמכים; **תנאי שלישי**, העיכוב מוגבל בזמן (סעיף 66 לחוק המעצרים).

47. סעיף 69 לחוק המעצרים מעגן סמכות שוטר לעכב אדם, לצורך ביצוע חיפוש ובדיקת מסמכים, אך זאת בהתקיים סמכות לחיפוש:

"הוקנתה בחיקוק הסמכות לחפש במקום, בכליו או על גופו של אדם, או הסמכות לדרוש מאדם הצגת מסמכים, רשאי בעל הסמכות לעכב אדם או כלי רכב כדי לאפשר את החיפוש או העיין במסמכים, וכן רשאי הוא לדרוש מהאדם למסור את שמו ומענו".

48. סמכות העיכוב הקבועה בסעיף 69 לחוק המעצרים, אינה נעוצה בקיומו של חשד שנעברה עבירה או שעומדים לעבור עבירה, אלא מהווה "**סמכות עזר**" ליישום סמכות "חיפוש" כאמור בגוף הסעיף או סמכות לדרוש "הצגת מסמכים" (יעקב קדמי **סדר הדין בפלילים** חלק ראשון, עמ' 15-16 (מהדורה מעודכנת, תשס"ח-2008).

49. במקרה דנן, לאחר שקבעתי כי לא הוכח יס"ל לביצוע עבירה, ולא הוקנתה הסמכות לבצע חיפוש - לא ברכב בו שהה הנאשם ולא על גופו, הרי שנפל פגם של אי חוקיות גם בעיכובו של הנאשם, וזאת אף אם תתקבל טענת השוטר, כי בנסיבות המקרה לא נדרש להזדהות ולציין את סיבת העיכוב.

גביית הודעתו של הנאשם במשטרה:

50. הנאשם עוכב והובל לתחנת המשטרה, שם לאחר שהובהרו לו זכויותיו נרשמה תגובתו לעיכוב וכן נגבתה הודעתו. כפי העולה מדו"ח העיכוב (ת/10) ומן ההודעה (ת/5), מסר הנאשם כי הסם שנתפס ברכב ועל גופו שייכים לו כי הם משמשים אותו לשימוש עצמי בלבד, וכן כי הכלים שנתפסו ברכב שלו.

מהי נפקות אי החוקיות שנפלה בפעולות השוטר?

51. כפי שתואר לעיל, בחיפוש שנערך ברכב בו שהה הנאשם נמצאו שקיות עם סם מסוג קנאביס וכלים לשימוש בסם,

בתשואול במקום הנאשם השיב לשוטר כי הסם והכלים הם שלו, בחיפוש שנערך במקום על גופו של הנאשם נמצאה שקית נוספת ובה סם, הנאשם עוכב והובל לתחנת המשטרה, שם מסר הודאה במסגרת גביית הודעתו.

52. השאלה שיש לבחון כעת, היא מה דינן של הראיות החפציות והנגזרות שנאספו בהמשך לחיפוש ברכב?

53. פסילת הראיות שהושגו בחיפוש בלתי חוקי קובעה במסגרת הפסלות הפסיקתית בע"פ 5121/98 **יששכרוב נ' התובע הצבאי** (להלן: "**יששכרוב**"); הלכה זו קבעה כי נקודת המוצא היא, שכל ראיה שהיא רלוונטית - הרי היא קבילה במשפט. עם זאת, לבית המשפט מסור **שיקול דעת** לפסול קבילותה של ראיה בפלילים, אם הוא נוכח לדעת כי הראיה הושגה שלא כדין, וכי קבלתה במשפט תיצור פגיעה מהותית בזכותו של הנאשם להליך פלילי הוגן החורגת מגדריה של פסקת ההגבלה (שם, פסקה 63 לפסק הדין).

54. לשם הכרעה האם קבלת הראיה תוביל לפגיעה האמורה, נקבעו קווים מנחים להפעלת שיקול דעתו של בית המשפט: אופיה וחומריתה של אי-החוקיות שהיתה כרוכה בהשגת הראיה, מידת ההשפעה של אמצעי החקירה הפסול על הראיה שהושגה, והנזק מול התועלת החברתיים הכרוכים בפסילת הראיה.

55. יישום השיקולים המנחים במקרה דנן מוביל, לדעתי, למסקנה לפיה יש להורות על פסילת הראיות שהושגו הן בחיפוש ברכב, הן בחיפוש על גופו של הנאשם והן באמרותיו בשטח ובמשטרה.

56. לאורך כל האירוע שנוהל ע"י השוטר ביליה נפלו פגמים, באופן המקים שרשרת מחדלים שמשקלם המצטבר עולה כדי פגיעה המתמשכת בזכויות הנאשם. כך, בהעדר חשד סביר, הרי שלא קמה סמכות לערוך חיפוש ברכב ללא הסכמה, עפ"י הלכת בן חיים הידועה, ואזי הייתה מתחייבת הסכמה, לרבות הסבר ממצה על הזכות לסרב וכיוצא באלה ענייני זכויות והקפדה על קיומן. כתוצאה מן החיפוש שבוצע בהעדר סמכות, נמצאו שקיות הסם והכלים ברכב. או אז ביצע השוטר ביליה "תשואול ראשוני" מבלי להעמיד את הנאשם על זכויותיו ואשר בעקבותיו מסר הנאשם גרסה מפלילה, גם החיפוש על גופו של הנאשם ועיכובו לתחנת המשטרה, כל אלו נובעים ישירות ממצאת הסם ברכב וגם בהם נפלו פגמים אשר פורטו בהרחבה לעיל.

57. לכאורה, הסם והכלים שנתפסו ברכב ועל גופו של הנאשם הינם ראיות חפציות עצמאיות, אשר לגביהן אין מחלוקת כי אכן נתפסו וכי הם מהווים סם לכלים לשימוש בו, לפי פקודת הסמים המסוכנים. אף על פי כן, אני קובעת כי מאחר והחיפושים שנעשו בשטח בוצעו תוך הפרות משמעותיות של הוראות הדין ותוך פגיעה בזכויותיו של הנאשם, הרי שגם הראיות החפציות קשורות בקשר הדוק באי החוקיות שנפלה בחיפושים, שכן בלעדיה אין כל דרך אפשרית אחרת שהייתה מביאה לגילוי לגיטימי שלהן, ומכן שיש לפסולן על אף "חפציותן".

58. יובהר, כי לא נעלמה מעיני, הכמות הבלתי מבוטלת של הסם שנתפס (במצטבר כ - 80 גר') וטיבם של הכלים (משקל אלקטרוני ושקיות קטנות), ולאילו משמעות רבה בבחינת השאלה בדבר המחיר החברתי הכרוך בפסילת הראיות אל מול התועלת האפשרית שתצמח מכך. ואולם, במקרה דנן, בשים לב לסוג הסם שנתפס ולפגמים שנפלו

בהתנהלות השוטר המהווה סטיה מהגינותו של ההליך הפלילי, מצאתי להעדיף את פסילת הראיות החפציות, קביעתי זו נובעת מתוך חשש מפני הצגת רף מינימלי ולא מספק של חשד, המוצג כהסבר לא משכנע לביצוע חיפוש, כפי שאירע במקרה זה שלפניי.

59. באשר לתשאול הנאשם בשטח, ותשובתו בתגובה כי הסם והכלים הם שלו, אין לי כל ספק כי יש לפסול ראיה זו, מן הטעמים שפורטו בהרחבה לעיל. התשאול בוצע בעקבות החיפוש הבלתי חוקי שבוצע, בזיקה ישירה לראיות שנמצאו בחיפוש ומבלי ליידע את הנאשם אודות זכויותיו.

60. בתחנת המשטרה, נרשמה תגובתו של הנאשם לעיכוב ("מה יש להגיד. כל החומר שלי") ונגבתה ממנו הודעה, בה כאמור הודה נאשם בהחזקת הסם והכלים וטען כי עשה בהם שימוש עצמי בלבד. במכלול הדברים, ולא מבלי לבטים, החלטתי לפסול גם את הודאתו של הנאשם במשטרה. נראה לי, כי קבלת הודאתו של הנאשם בנסיבות העניין, לא תהא הוגנת. ההודאה נגבתה מן הנאשם בסמיכות זמנים רבה למפגש עם השוטר ברחוב (כשעתיים לאחר מכן), לאחר שבוצעו אותם חיפושים בהעדר סמכות, לאחר שמסר אמירה מפלילה בשטח ולאחר שעוכב שלא בהתאם להוראות הדין והובל תחנת המשטרה.

61. מסקנה זו ניתן לתמוך גם בלמידת היקש מהלכת יששכרוב בכל הנוגע לראיה נגזרת, שהרי בהלכת יששכרוב נקבע, כי שאלת קבילותה של ראיה שנולדה עקב ראיה פסולה אחרת, תיבחן על-פי נסיבותיו של כל מקרה לגופו ובהתחשב בהשפעה שתהא לקבלתה של ראיה כאמור על זכותו של הנאשם להליך פלילי הוגן (שם, פסקה 71 לפסק הדין). יישום הגישה דלעיל בוצע, למשל, במסגרת ע"פ 4988/08 פרחי נ' מדינת ישראל (פ"ד סה(1) 626, פורסם ביום 8.11.10), שם נקבע כי על בית המשפט לבחון את טיב הזיקה בין הראיות האמורות. כך, במקרים חריגים, אמנם, בהם הפסול שנפל בראיה הראשית מכתים את הראיה הנגזרת באופן היורד לשורשו של ענין - יהא זה צודק וראוי לפוסלה.

62. הוא הדין בענייננו. הזיקה שבין החיפושים הבלתי חוקיים, התשאול והעיכוב לבין דבריו של הנאשם בהודעתו במשטרה היא חזקה ומשמעותית ומכאן שהפסול שדבק באי-החוקיות באופן פעולת השוטר בשטח מקרין ומכתים את הודעתו במשטרה, ועל כן ההודעה נגועה באותה אי חוקיות. בנסיבות המקרה דנן, לא ניתן לקבוע שהודאת הנאשם בהחזקת הסם והכלים שנתפסו, היא ראיה בעלת אופי שונה, או כזו שיש נתק בינה לבין הראיה הראשית שנתפסה, שלא כדין.

63. מכל הנימוקים המפורטים לעיל, אני פוסלת את הראיות החפציות שנתפסו -הסם והכלים, והן את אמרותיו של הנאשם בשטח ובתחנת המשטרה.

בטרם סיום:

64. לא אסיים לפני שאתייחס לבחירתו של הנאשם שלא להעיד ולא להביא ראיות מטעמו.

65. עפ"י סעיף 162 (א) לחוק סדר הדין הפלילי: "הימנעות הנאשם מהעיד עשויה לשמש חיזוק למשקל הראיות של התביעה וכן סיוע לראיות התביעה במקום שדרוש להן סיוע..."

66. לכאורה נראה שיש מתח בין סעיף 162 הנ"ל הקובע משקל ראייתי להימנעותו של נאשם מלהעיד, לבין הוראות סעיף 161 לחוק המעניק לנאשם זכות שלא להעיד.

67. על האיזון שבין שני הסעיפים נאמר בע"פ 2132/04 סלים קייס נ' מדינת ישראל:

"הכלל בדבר הערך הראייתי שיש לייחס לשתיקת הנאשם במשפט מבטא את האיזון הנדרש בין אינטרס חשיפת האמת בהליך הפלילי, לבין ההגנה על זכויות הנאשם מפני הפללה עצמית. לשתיקת הנאשם ניתן משקל ראייתי כחיזוק למשקל ראיות התביעה וכסיוע במקום שהוא נדרש. עם זאת, השתיקה אינה יכולה לתפוס את מקומן של ראיות התביעה הבסיסיות הנדרשות לצורך הפללת הנאשם. זכות השתיקה אינה גורעת מהנטל המוטל על כתפי ראיות התביעה להוכיח את אשמת הנאשם מעבר לכל ספק סביר (ענין מילשטיין, סעיפים 7 ו-10 לפסק דינו של השופט לוי). עם זאת, אינטרס גילוי האמת בהליך הפלילי מורה כי יש לתת ערך ראייתי יחסי לשתיקת הנאשם במשפט, ויחסיות זו מתבטאת בחיזוק ראיות המפלילות את הנאשם בביצוע העבירה.

שתיקת הנאשם אינה יכולה לשמש להוכחת עובדה שבמחלוקת מקום שזו לא הוכחה אף לכאורה ביתר הראיות (ע"פ 2831/95 אלבה נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(5) 221, 328). לעומת זאת, שתיקתו של הנאשם עשויה להצטרף לראיות אחרות, המצביעות על התקיימותה של עובדה השנויה במחלוקת, כדי להגיע לרמת ההוכחה הנדרשת שלה (רע"פ 1601/91 צרפתי נ' מדינת ישראל, פ"ד מה(3) 408, 409; עניין בן גל, 148, 154). יתר על כן, כאשר עולה מראיות התביעה מסקנה מפלילה לכאורה, הימנעותו של נאשם מלהעיד ולעמוד למבחן החקירה הנגדית מותירה את מסקנת ההפללה ללא משקל שכנגד, ועשויה להוביל להרשעתו.."

68. במקרה דנן, לאחר שפסלתי את הראיות שהציגה המאשימה ומשקבעתי כי לא עלה בידיה לעמוד בנטל ההוכחה הרובץ לפתחה, הרי שהימנעותו של הנאשם מלהעיד וודאי אינה יכולה לחזק את האין ולא ניתן לזקוף אותה לחובתו.

סוף דבר:

69. נוכח קביעותיי לעיל, החלטתי לזכות את הנאשם מן העבירות שיוחסו לו בכתב האישום.

זכות ערעור לבית המשפט המחוזי מרכז-לוד בתוך 45 ימים.

ניתנה היום, כ"ד תשרי תש"פ, 23 אוקטובר 2019, במעמד הצדדים