

ת"פ 6763/01/14 - מדינת ישראל נגד אוריאל מדרי

בית משפט השלום בפתח תקווה

ת"פ 6763-01-14 מדינת ישראל נ' מדרי
בפני כב' השופטת אליאנא דניאלי

בעניין:

מדינת ישראל

נגד

אוריאל מדרי

נוכחים:

ב"כ המאשימה עו"ד רחל אוליבה תמם

ב"כ הנאשם עו"ד ענת קירשנברג

הנאשם בעצמו

הכרעת דין

1. הנאשם שבפניו נותן את הדין בגין ביצוע עבירה של החזקת סם מסוכן לצריכה עצמית, בניגוד לסעיף 7(א) ביחד עם 7(ג) סיפא לפקודת הסמים המסוכנים [נוסח חדש] התשל"ג-1973.
2. על פי עובדות כתב האישום, בתאריך 25.6.13 בסמוך לשעה 10:50, החזיק הנאשם על מדף בביתו ברחוב טבריה 40 בפתח תקווה, סם מסוג חשיש במשקל של 1.72 גרם נטו.
3. הצדדים שבפניו אינם חלוקים על עובדות כתב האישום, קרי על כך שהנאשם אכן החזיק בסם בנסיבות המתוארות, ואינם חלוקים על כך שהשוטרים הגיעו לביתו של הנאשם מכוחו של צו חיפוש שהוצא כדין על ידי בית המשפט. מסמכים באשר למציאת הסם והעובדה כי מדובר בסם הוגשו בהסכמה לבית המשפט (ת/3-2). המחלוקת בין הצדדים נסבה סביב כשרות החיפוש שבוצע, וכפועל יוצא ממנו - משמעות תפיסת הסם והודאת הנאשם. לבקשת ההגנה הוגשו מוצגי התביעה בהסכמה, ובבית המשפט נשמעו סיכומים בלבד.

4. כמצוות המחוקק אני מודיעה תחילה כי אני מזכה את הנאשם מהמיוחס לו. להלן נימוקי.

דין והכרעה

5. המקרה שבפניי מעורר מספר סוגיות באשר לאופן ביצועו של חיפוש העולה בקנה אחד עם דרישות המחוקק והפסיקה. אדון בסוגיות אלו לפי סדרן.

השלב בו נתפס הסם - האם חיפוש הוא?

6. עיון בחומר הראיות שהוגש לבית המשפט מלמד כי השוטרים הגיעו אל בית הנאשם לשם ביצוע החיפוש, ומצאו בבית את אימו של הנאשם (להלן: "האם"). לאחר שהזדהו בפניה ומסרו לה העתק מהצו, מסרה האם כי הנאשם נמצא בעבודה. היא התקשרה אל הנאשם ומסרה את הטלפון לבלש אלי פיקאן אשר שוחח עם הנאשם בטלפון, ובמהלך השיחה כיוון הנאשם את הבלש אל חדרו ואל מקום הימצאם של הסמים (דו"ח החיפוש שערך הבלש מתי גרינברג, ת/6). בדו"ח שערך השוטר גרינברג צוין כי לאחר מציאת הסם ביקשה אמו של הנאשם ליצור קשר עם בנה הגדול, אביב מדרי, הבן הגיע אל הבית עם אשתו, והשלושה היו עדים להמשך חיפוש. השוטר גרינברג ציין מפורשות כי לאחר שהגיעו אחיו של הנאשם ואשתו - "המשכנו לבצע את החיפוש, לא נימצא עוד דבר חשוד, אוריאל הגיע למקום נימסר לו כי הוא מעוכב" (ת/6).

7. דברים דומים עולים מדו"ח הפעולה שערך הבלש אלי פיקאן. מדו"ח זה עולה כי השוטר הציע לאמו של הנאשם לזמן עדים לחיפוש, ולפיכך היא התקשרה אל בנה אביב ואל הנאשם. עם זאת, שוטר זה **ערך הבחנה בין פעולותיו הראשונות**, במסגרתן נתפס הסם, לבין ההמשך, בציינו כי "בתחילת החיפוש לפני שהתחלתי שוחחתי עם אוראל טלפונית והזדהיתי כבלש משטרה ושאלתי אותו האם יש משהו אסור בבית והוא הכווין אותי למדף בחדר השינה", הכוונה שבעקבותיה נתפס הסם (ת/8).

8. אין בידי לקבל את ההבחנה המצוינת לעיל, הבחנה לה טענה אף המאשימה בחלק מטעוניה בפניי (ובדין חזרה מטענה זו בשלב מאוחר יותר) - כי השלב בו נתפסה הראיה החפצית אינו מהווה חלק מהחיפוש, מאחר שהוא בוצע תוך הכוונת הנאשם אל הסם, "**מיוזמתו והסכמתו**" (ע' 6 ש' 27), וכי החיפוש עצמו החל רק לאחר הגעת אחיו של הנאשם אל הבית, חיפוש במהלכו לא נמצא דבר.

נעלה מכל ספק כי השוטרים הגיעו אל הבית עקב קיומו של צו החיפוש, ולא נטען אחרת בענין זה. כך גם לא נטען מכוח איזו סמכות חוקית נכנסו השוטרים אל הבית ושוחחו עם הנאשם, אלמלא צו החיפוש. מראיות המאשימה נהיר כי הכוונת השוטרים אל הסם נעשתה לאחר שהציגו את הצו בפני אימו של הנאשם, וכתוצאה מכך התקשרה אימו של הנאשם אל הנאשם, ואיפשרה לאחד השוטרים לשוחח עימו טלפונית. ההבחנה בין השלב בו כיוון הנאשם את השוטרים לבין השלב בו ביצעו השוטרים חיפוש אקטיבי, עצמאי, בדירה, הינה הבחנה מלאכותית, אשר אינה עולה בקנה אחד עם מטרת הגעת השוטרים אל הבית כמתואר לעיל, ואף עם הדברים שנרשמו על ידם בדו"ח החיפוש, בו צוין הסם כמוצג שנתפס במהלך החיפוש.

יוזכר, כי ברע"פ 10141/09 **בן חיים ואח' נ' מדינת ישראל** (להלן: "הלכת בן חיים"), נקבע כי אף אם החיפוש נערך בדרך של בקשה מהנאשם לרוקן את כיסיו, מבלי שהשוטר רוקן את הכיסים בעצמו, הרי שהפעולה הינה בגדר חיפוש כהגדרתו בחוק. בדומה, כאשר נכנסים שוטרים לביתו של חשוד, מציגים בפני אימו צו של בית המשפט

ומבהירים את מטרת כניסתם, לא ניתן לראות בהכוננת החשוד את השוטרים אל הסם, במטרה למנוע חיפוש אקטיבי על ידי השוטרים, פעולה שאינה במסגרת החיפוש. לפיכך, שני חלקי החיפוש אליהם התייחסו השוטרים - הן החלק בו כיוון אותם הנאשם אל הסם, והן החיפוש ללא הכוונה שנערך בעקבותיו, מהווים חיפוש על פי החוק.

נוכח דברים אלו, איני יכולה לקבל את הטענה כי תפיסת הסמים בוצעה טרם החיפוש, ואני קובעת כי הסמים נתפסו במהלך החיפוש, וכתוצאה ממנו.

דרישת נוכחות העדים, והאם ויתרו הנאשם ואמו על נוכחות העדים כנדרש

9. כמצוין בפתיח הכרעת הדין, כנגד הנאשם הוצא צו חיפוש בחשד כי הוא סוחר בסמים. הצו נחתם על ידי כב' הש' שטרנליכט. במקום המיועד לכך בצו סימן כב' הש' שטרנליכט את האפשרות לפיה החיפוש "ייערך בפני שני עדים שאינם שוטרים (בכפוף להוראות סעיף 26 לפקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש))" (ת/9).

סעיף 26(א) לפקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש) קובע כדלקמן:
"חיפוש, בין על פי צו ובין שלא על פי צו, ייערך בפני שני עדים שאינם שוטרים, זולת אם - (1) לא ניתן בנסיבות העניין ובגלל דחיפותו לערוך כאמור; נסיבות העניין וטעמי דחיפותו יפורטו בפרוטוקול שייערך; (2) שופט הרשה לעורכו שלא בפני עדים; (3) תופס הבית או המקום שבו נערך החיפוש, או אחד מבני ביתו הנוכחים שם, ביקש לעורכו שלא בפני עדים; הבקשה תפורט בפרוטוקול שייערך" (כל ההדגשות בהכרעת הדין-שלי).
מכאן, שאת החיפוש יש לערוך בפני שני עדים שאינם שוטרים, למעט מקרים בהם מתקיימים החריגים כאמור. כאשר החריג הינו ביצוע חיפוש ללא עדים לבקשת תופס המקום, יש לפרט זאת בפרוטוקול. הרציונל לנוכחות העדים פורש בפסיקה בכך שגם בחיפוש המבוצע מכוח צו בית המשפט קיים רכיב של פלישה לרשות היחיד ופגיעה בזכויותיו, וכן קיים אינטרס למשטרה לתעוד פעולותיה.

בספרו "על סדר הדין בפלילים", מהדורת תשס"ח-2008, חלק ראשון, ע' 669, ציין קדמי:

"נוכחות שני עדים שאינם אנשי משטרה (סעיף 26(א) לפסד"פ-ולצורך במילוי דווקני של הוראה זו, ראה למשל: ע"פ (נצ') 38/83 (דן קיקי); ב"ש (י-ם) 1153/02 (אברג'יל- אין די בשאלה המופנית למחזיק במקום אלא יש צורך בבקשה מפורשת מצידו לאחר שניתן לו הסבר באשר לזכותו על-פי סעיף 26(א) לפסד"פ)".

10. חרף הוראות החוק והצו, אין מחלוקת בין הצדדים כי בעת תפיסת הסם לא נכחו שני עדים בדירה. נדמה כי אין חולק גם כי בדו"ח החיפוש שנערך (ואשר הינו חלק מת/9), לא צוין כי תופס המקום ביקש לבצע את החיפוש ללא נוכחותם של 2 עדים. לפיכך, טוענת ההגנה כי החיפוש בוצע בניגוד לפקודה ולצו בית המשפט. על כך השיב ב"כ המאשימה כי הנאשם ואמו ויתרו על נוכחותם של העדים, ומכאן שהחיפוש בוצע כדין.

יצוין כי בדו"ח החיפוש (ת/9) אמנם נכתב כי החיפוש נערך בנוכחות עדים, ו-3 עדים חתומים על הדו"ח - אמו של הנאשם, אחיו וגיסתו, אולם כאמור האח והגיסה הגיעו רק לאחר תפיסת הסם.

11. **כאמור, חרף הוראת החוק המפורשת המחייבת תיעוד בפרוטוקול כאשר מבקש אדם לערוך חיפוש ללא נוכחות 2 עדים, דו"ח החיפוש אינו מציין בקשה כזו מצד הנאשם או אימו.**

יתרה מכך, אין שמץ של ראיה בחומר הראיות כי לאם או לנאשם הוסבר כי הוראת החוק והוראת בית המשפט כאחד מחייבות נוכחות 2 עדים.

נקל לתאר את תחושת הלחץ המתח והחרדה של אשה הפותחת את דלת ביתה ומגלה על סף הבית שוטרים אשר הגיעו לבצע בביתה חיפוש. על כן אין להניח כי בנסיבות אלו דקדקה וקראה כל פרט בצו החיפוש שניתן לה, והבינה לבדה כי אין לקיים את החיפוש ללא נוכחות עדים (ור' לענין זה את ס' 27 לפס"ד בן חיים, העוסק בפערי הכוחות הטמונים במפגש שבין שוטר לאזרח). אמנם בשלב מסוים ביקשה האם כי אחד מבניה יגיע אל הבית, אולם אין בכך כדי ללמד כי היא הבינה זאת למן כניסת השוטרים אל ביתה, ובכל מקרה אין בכך משום בקשה לוותר על נוכחותם של העדים.

טענת המאשימה כי הכוונת הנאשם את השוטרים אל מקום הימצאו של הסם מהווה ויתור על הצורך בעדים (ע' 7 ש' 3-4), אינה עולה בקנה אחד עם הפסיקה, ובה הלכת בן חיים, אשר הדגישה כי על השוטרים להבהיר לחשוד את זכויותיו בעת הפעלת סמכויות חיפוש ותפיסה כלפיו. בהקשר זה ניתן להקיש מהדברים אותם ציינה כב' הנשיאה בדימוס בייניש בפס"ד בן חיים, ובהם כי הטענה שמעצם הבקשה להסכמה נלמדת הבנת החשוד כי נתונה לו הזכות לסרב לבקשה, הינה מרחיקת לכת.

כאמור, דו"חות הפעולה שהוגשו אינם מלמדים כי נאמר לנאשם דבר וחצי דבר על זכותם לוותר על נוכחותם של עדים בעת ביצוע החיפוש, ואין ללמוד מהם כי הנאשם או אימו היו מודעים לכך.

מהדו"חות שהוגשו עולה כי השוטרים לא פירטו בפני הנאשם ואמו את זכויותיהם. אף כי ציינו בפני האם את האפשרות לזמן עדים, השוטרים לא הסבירו לה כי ברירת המחדל הינה נוכחותם של עדים, וכי הם מפרשים את דבריה או את דברי החשוד כויתור על זכותם זו. לפיכך, יש ממש בטענת ב"כ הנאשם כי הויתור לו טוענת המאשימה, לאו ויתור הוא ובוודאי שאינו ויתור מדעת, לקיומו של תנאי הקבוע בחוק ובצו בית המשפט.

יוטעם כי הטענה לפיה הנאשם ויתר על חובת נוכחות העדים נטענה על ידי ב"כ המאשימה בלבד, והיא אינה מצוינת כלל בדו"חות הפעולה או בדו"ח החיפוש. קרי - מראיות המאשימה עצמן לא נשמע טעם כלשהו לכך שהשוטרים הפרו את הוראת החוק ואת צו בית המשפט. אין בידי להסתפק בהסבר אותו נתן ב"כ המאשימה על מנת לקבוע כי אכן ויתרו הנאשם ואימו על זכויותיהם, משלא העידו על כך השוטרים. נוכח הדברים האמורים באתי לכלל מסקנה כי נפל פגם באופן ביצוע החיפוש.

השלכות ביצוע החיפוש שלא כדו"ח

12. בהתאם לדוקטרינת הפסילה הפסיקתית אשר גובשה בע"פ 5121/98, **יששכרוב נ' התובע הצבאי הראשי** ("להלן פס"ד יששכרוב"), אין בקביעה כי החיפוש נעשה שלא כדו"ח כדי להביא לפסילה מניה וביה של הראיה אותה הניב החיפוש.

נקבע כי יש לבחון את נפקות הפגם ואת השפעתו על קבילות הראיה שנתפסה, וכי על בית המשפט להפעיל שיקול

דעת ולערך איזונים בהתאם לנסיבות המקרה.

על בית המשפט לשקול את מהות ההפרה ועוצמת הפגיעה בזכויות הנחקר, מידת ההשפעה של אמצעי החקירה הפסול על הראיה שהושגה, ואת השפעת פסלות הראיה על מלאכת עשיית הצדק במובנה הרחב. יש לערוך איזון בין ערכים מתנגשים - מחד האינטרס הציבורי והצורך לאפשר למשטרה לאכוף את החוק ולמלא כראוי את תפקידיה על מנת להגן על שלום הציבור, ומנגד זכותו של הנאשם להליך הוגן, ולפגיעה קטנה ככל האפשר בפרטיותו ובזכויותיו.

13. בבוחני את מהות ההפרה סבורני כי אין לראות את ההפרה כהפרה טכנית. **אמנם התפיסה נעשתה**

בנוכחות עדה אחת, ומכאן שלא נפגעה לחלוטין זכותו של הנאשם. אלא שדרישת החוק הינה לנוכחות 2 עדים.

יודגש כי בבוא בית המשפט לאשר בקשה להוצאת צו חיפוש, שוקל השופט את החלופות הנוגעות לנוכחות עדים, ומחליט כמיטב שיפוטו אם יערך החיפוש בנוכחות עדים אם לאו. והנה, מתעלם השופט הבא לבצע את המשימה מהחלטתו המושכלת של השופט, ומפר את הצו השיפוטי שניתן, ללא הנמקה כלל, ודאי ללא הנמקה מניחה את הדעת במקרה זה.

באשר למידת ההשפעה של האמצעי הפסול, הרי שנוכח העובדה שהשוטרים הגיעו אל הבית מצויידיים בצו חיפוש, ניתן להניח כי גם ללא ההפרה היה נתפס הסם.

עם זאת, בבחינת מידת הנזק מול התועלת הכרוכים בפסילת הראיה, הרי שבהתאם לפסיקה יש לבחון את חשיבות הראיה, מהות העבירה, ומידת חומרתה.

בענייננו, מבלי להמעיט בחשיבותה של כל עבירה החרוטה בחוק, הרי שהחזקת סם מסוג חשיש לצריכה עצמית של 1.7 גרם, כמות הקטנה באופן משמעותי מהכמות המקסימלית המוגדרת בחוק לשימוש עצמי - כפי שהוטעם בפס"ד בן חיים, הינה עבירה שאינה כרוכה כשלעצמה באלימות או בקורבנות, ואינה נמנית על העבירות החמורות.

סיכום ומסקנות

14. במאזן בין הצורך לאכוף את החוק לבין הצורך לשמור על הגינות ההליך הפלילי, נוטה הכף במקרה זה לעבר זכויות הנאשם.

בשים לב למכלול הנסיבות, הרי שלכאורה הפרת זכותו של הנאשם אינה משמעותית, שכן החיפוש בוצע מכוח צו של בית המשפט, בנוכחות עדה אחת, ובהכוונת הנאשם. לפיכך, נטען על ידי המאשימה כי אף אם ייקבע כי הראיה נתפסה שלא כדין, אין להביא לפסילתה ולאי מתן משקל להודאה שניתנה בעקבותיה.

אלא שמנגד, ברי כי החיפוש יכול היה להיות מבוצע תוך הקפדה על דרישות החוק והצו ללא כל קושי. ואולם המשטרה ביצעה את שהיה עליה לבצע, תוך התעלמות מהוראות החוק, מבלי לנמק התעלמות זו. לאחר עיון במכלול המוצגים והטיעונים לא נמצא כאמור טעם מובהק לכך שהמשטרה לא קיימה את דרישות החוק והצו. **התנהלות זו אינה ראויה, ופוגעת בזכויות הנאשם להליך הוגן, למצער כחלק מחובתה של המשטרה לקיים בעצמה את החוק.**

בדין טענה ב"כ הנאשם כי הוראת ס' 26 לפקודה הינה הוראת חוק מחייבת, ללא קשר להלכת בן חיים, אשר עסקה בעיקרה בסוגיה של חיפוש שנעשה מכח הסכמה בלבד, ללא קיומו של חשד סביר או קיומו של צו מטעם

בית המשפט. יחד עם זאת, ניתן ללמוד מהלכות יששכרוב ובן חיים על ההכרה הגוברת בפסיקה בכל הנוגע להקפדה על זכויותיהם של חשודים.

העובדה כי ב"כ המאשימה הגיש לבית המשפט פסיקה במסגרתה הורו בתי המשפט על זיכוי נאשמים בנסיבות דומות למדי, מחדדת את חובת המשטרה, המודעת לפסיקה בנסיבות המתוארות, להקפיד על קוצו של יוד בבואה לדקדק במעשיהם של אזרחים. על המשטרה - המופקדת על אכיפת החוק - להיות נעלה מספקות בכל הנוגע לקיום החוק על ידה היא.

לפיכך, באיזון בין זכויות הנאשם לאינטרס הציבורי במקרה זה, על נסיבות העבירה המקלות שבו, מחייב האינטרס הציבורי להעדיף את חובתה של המשטרה לקיים כל תו ותג בחוק בבואה למצות את החוק עם חשודים ונאשמים. על המשטרה לפעול בהתאם לחוק, כפי שמצפה היא מהאזרחים בעניינם היא פועלת.

תוצאה לפיה יורשע נאשם בהחזקת 1.7 גרם חשיש, אשר נתפסו תוך הפרת חוק מפורש והפרת צו בית המשפט, אינה עולה לפיכך בקנה אחד עם האינטרס הציבורי.

סבורני כי במקרה זה אין לזקוף לחובת הנאשם את הימנעותו ממתן עדות, שעה שכמפורט לעיל, לא קיימת מחלוקת בין דו"חות השוטרים לבין הודעת הנאשם, שכן כאמור השוטרים עצמם לא ציינו כי הנאשם ביקש לוותר על זכותו לנוכחות עדים.

15. נוכח הדברים האמורים, מכח דוקטרינת הפסילה הפסיקתית אני מורה על פסילת תוצאות החיפוש, ומזכה את הנאשם מאשמה.

ניתן בזאת צו להשמדת הסם.

זכות ערעור לבית המשפט המחוזי כחוק.

ניתנה היום, כ"ה חשוון תשע"ה, 18 נובמבר 2014, במעמד הצדדים