



ע"פ 11347/03/15 - מדינת ישראל נגד חנה ביניאשוילי

בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו בשבתו כבית-משפט לערעורים פליליים
ע"פ 11347-03-15 מדינת ישראל נ' ביניאשוילי 25 מאי 2015

בפני כב' הנשיאה דבורה ברלינר, אב"ד

כב' השופטת מרים סוקולוב

כב' השופטת אסתר נחליאל-חיאט

מדינת ישראל

המעוררת:

נגד

חנה ביניאשוילי

המשיבה:

נוכחים:

ב"כ המעוררת - עו"ד פלוס

המשיב וב"כ עו"ד שירן ברגמן

משיבה 1 - נאשם חנה ביניאשוילי

[פרוטוקול הושמט]

פסק דין

1. המשיבה בתיק זה הועמדה לדין ביחד עם מי שהיה נאשם מס' 1 בעבירה של החזקת סמים שלא לשימוש עצמי, עבירה על סעיף 7א' + 7ג' רישא לפקודת הסמים המסוכנים [נוסח חדש] תשל"ג-1973.



על פי הנטען בכתב האישום, הגיעו שוטרים לדירתו של מי שהיה נאשם מס' 1 בעקבות ניסיון של זה האחרון להכשיל אותם בתפקידם, לאחר שנתפס מחזיק בסם במקום אחר. כאשר הגיעו לדירה התגלה אכן סם בדירה. בד בבד התרחשה בדירה גם התפתחות נוספת. בדירה שהתה באותו זמן המשיבה בערעור שבפנינו. על-פי הנטען בכתב האישום, התגלה אצל המשיבה בחזיתתה סם מסוכן מסוג חשיש במשקל של למעלה מ- 60 גרם נטו, שלא לצריכה עצמית. כיוון שכך, כאמור, יוחסה למשיבה העבירה דלעיל.

בית משפט קמא (כב' השופט ש' בקר) זיכה את המשיבה בתום פרשת התביעה בעקבות טענה, כי אין להשיב לאשמה שנטענה על-ידי הסנגוריה. על הכרעת הדין המזכה של בית משפט קמא בשלב זה, הערעור בפנינו.

2. אלה עיקר ממצאיו של בית המשפט בהכרעת הדין:

השוטרים הגיעו לדירה בעקבות צו חיפוש שהיה בידיהם. בצו צוין במפורש כי את החיפוש יש לערוך במעמד שני עדים, זאת בנוסף להוראת החוק בסעיף 26 לפקודת סדר הדין הפלילי - מעצר וחיפוש [נוסח חדש] התשכ"ט-1969 ולפיה: **"חיפוש בין על-פי צו ובין שלא על-פי צו ייערך בפני שני עדים שאינם שוטרים, זולת אם..."**.

אליבא דבית משפט קמא: **"על-פי צו החיפוש, על כך אין מחלוקת, היה על השוטרים לבצע את החיפוש בפני שני עדים שאינם שוטרים, כאשר הצו מפנה גם להוראת סעיף 26 לפקודת סדר הדין הפלילי מעצר וחיפוש. צו של שופט מן הראוי לכבד. צו של שופט קל וחומר שראוי כי משטרה, מי אם לא היא, מן הראוי לכבד... כך לא נעשה ביחס לצו החיפוש שהוציא מלפניו כב' השופט ד"ר אבינור"**.

השוטרים, כך אליבא דבית משפט קמא, זלזלו בצו בית המשפט ולמעשה לא התייחסו אליו. השוטר שהיה בדירה, השוטר המחפש, נשאל בנושא זה האם דאג לכך שיהיו שני עדים ואמר: **"לא זוכר. זה לא משהו שהתייחסתי אליו"** ועל כך תהה בית משפט קמא: **"לא משהו שהתייחס אליו... האם צו בית המשפט אינו שווה התייחסות?"**.

כיוון שכך, משזוהי עמדת המשטרה ומשלא נעשה חיפוש בפני שני עדים, סבר בית משפט קמא כי החיפוש ותוצאותיו פסולים ומכאן כי אין בידי התביעה ראיות ולו גם ראיות בסיסיות שדי בהן בשלב זה של ההליך המשפטי, קרי: בשלב הטיעון כי אין להשיב לאשמה.

אליבא דבית משפט קמא:

"לו אסכים לקבל את ההודעה כראיה, אזי לא נמצאתי "מרתיע" את המשטרה די הצורך, לקיים את צווי בית-המשפט כדת וכדין... מתחייבת כאן אפוא, לדעתי, פסיקה שתבהיר למשטרה כי בית-המשפט מתכוון, באמת ובתמים, למה שהוא קובע, כאמור - קל וחומר כאשר מדובר בעניין של



**פגיעה בפרטיות, המשקל במעמד צד אחד בלבד, עניין הדורש תשומת לב מיוחדת
וביצוע בחרדת קודש של ממש...** (עמוד 27 להכרעת הדין)

בית המשפט סבר כי אסור במקרה זה להכשיר את "הפירות האסורים", שעל כן מסקנתו היתה:

**"סוף דבר אפוא, שאני מקבל את בקשתה של ההגנה, פוסל את הראיה המרכזית
בתיק, הלא הם הסמים, כמובן גם את הודעת הנאשמת בהחזקתה באותם סמים,
שלא היתה נולדת לולא החיפוש הבלתי חוקי ונוכח כל אלה אני מורה על זיכוי
הנאשמת.** (עמוד 27 להכרעת הדין)"

3. לטענת המדינה, בהחלטתו של בית משפט קמא נפלו מספר פגמים שדי בכל אחד מהם כדי להביא לכלל מסקנה שלא היה מקום לזכות את המערערת בשלב זה של ההליך המשפטי.

הטענה הראשונה של המדינה היא, כי לא נערך כלל חיפוש על המשיבה. השוטרים שהגיעו לדירה ונוכח התנהגותה של המשיבה, סברו כי יש מקום לעריכת חיפוש ואמרו למשיבה כי תגיע למקום שוטרת שתערוך חיפוש, או אז הוציאה המשיבה את הסמים מחזייתה וכך נתפסו, לפיכך אין מדובר כלל בחיפוש אלא בפעולה וולונטרית של המשיבה.

מעבר לכך, טוענת המדינה כי שגה בית משפט קמא כאשר לא הפריד בין החיפוש בדירה לבין החיפוש על המשיבה. מדובר בשתי פעולות שונות. באשר לחיפוש על המשיבה חלות עליו מספר הוראות חוק שונות, כך למשל ניתן להכיל עליו את סעיף 26א(1) לפקודת סדר הדין הפלילי שהוזכרה לעיל: **"לא ניתן בנסיבות הענין ובגלל דחיפותו לערוך את החיפוש בנוכחות שני עדים וכבר מטעם זה היה מקום לחיפוש שלא בנוכחות עדים"**.

המדינה מפנה לענין זה לדבריו של בית המשפט קמא שאף הוא סבר כי התנהגותה של המשיבה הייתה מחשידה עד כדי כך שאי עריכת חיפוש באותן נסיבות - הייתה בבחינת התרשלות.

4. עוד מפנה המדינה להוראות פקודת הסמים המסוכנים, סעיף 28, שגם מכוחם ניתן היה לערוך חיפוש על המשיבה. סעיף 28ב(2) לפקודת הסמים המסוכנים מפנה לסמכות שיש לשוטרת לערוך חיפוש: **"אף אם לא עצר אותו, אם יש יסוד סביר להניח שאותו אדם נושא עמו שלא כדין סם מסוכן..."** ועל כל אלה טוענת המדינה שאפילו היה צורך בשני עדים ואפילו נפל פגם בחיפוש, הנה שגה בית משפט קמא כאשר לא ערך את שלב "היישום" שעניינו בחינת משמעות פסילת הראיה. האם מדובר בבטלות יחסית? האם מדובר בבטלות מלאה? הלכת יששכרוב אף היא קובעת שלא בכל מקום שבו נפל פגם בחיפוש, יש לפסול את הראיה פסילה מלאה. בית המשפט צריך היה להגיע לשלב היישום ולהפעיל את שיקול דעתו מה משמעות הפגם שנפל בחיפוש וכיצד הוא משתלב במכלול הראיות שבפניו, או אז ורק אז להגיע למסקנה הסופית האם היה מקום לזיכוייה של המשיבה.

5. הסנגור טוען כי אין מקום להתערב בתוצאה אליה הגיע בית המשפט. השוטרים נכנסו לדירה בעקבות צו החיפוש ועל כן החיפוש על גופה של המתלוננת הוא "פירות העץ המורעל" של אותו חיפוש שנערך שלא כדין



בדירתו של נאשם מס' 1. הן צו החיפוש והן הוראות סעיף 26 לפסד"פ דורשים נוכחותם של שני עדים. הנוכחות והצורך בשני עדים הם כדי לשמור על טוהר החיפוש. השוטרים במקרה זה לא היו רשאים לעשות דין לעצמם ולערוך חיפוש שלא בנוכחות שני עדים ומשכך, גם חיפוש על גופה של המשיבה הוא חלק מאותו חיפוש וצדק בית משפט קמא כאשר ראה אותו כמכלול אחד.

ההפרדה בין התפיסה של הסמים בדירה לתפיסה של הסמים על גופה של המשיבה היא "מלאכותית", כך בלשונו של הסנגור, ולא היה לה מקום.

באשר לטענה כי מי שהיה נאשם 1 וויתר על זכותו לעדים, נאשם 1 מעולם לא נשאל בנושא זה, מעולם לא וויתר ועל כן אין לטענה זו על מה שתסמוך.

באשר לטענה כי אין מדובר בחיפוש, הסנגור מותח קו משווה בין הנסיבות בתיק זה להלכת בן חיים, גם שם היה מדובר במי שהוציא את הסכין מרצונו ועדיין ראה בכך בית משפט את "פירות" החיפוש. הסנגור מסכים כי לא אוטומטית "נופלת" הראיה אם נפל פגם בחיפוש, עדיין בנסיבות התיק הנוכחי לא היתה כל דרך, לשיטתו, להכשיר את החיפוש ומכאן שצדק בית משפט קמא כאשר ראה בשלב זה לזכות את המשיבה.

6. שמענו את טיעוני הצדדים בהקפדה רבה ודעתנו היא, כי צודקת המדינה באשר לכך שלא היה מקום לזכות את המשיבה בשלב זה של ההליך הפלילי. הכלל שהיה מונח גם בפני בית משפט קמא הוא, כי בשלב של אין להשיב לאשמה די בראיות בסיסיות אפילו הן קלושות.

איננו רואים להתייחס לכל מכלול הטענות שהיו בפנינו, די לנו בכך שבית משפט קמא לא ערך את השקלול מה משמעות הפגם שנפל בחיפוש והאם היעדרם של העדים לחיפוש מביא בהכרח לפסילת הראיה. הפגם, גם בהנחה שהוא משמעותי וחשוב, לא בהכרח מוליך למסקנה כי הראיה תיפסל.

אין בהכרעת הדין התייחסות להיבטים המשפטיים של הפגם, האם הוא בהכרח מוליך לבטלות מלאה של הראיה ושמה הפגם במקרה זה בהתחשב במכלול הנסיבות אינו צריך להוליך למסקנה כי הראיה פסולה מכל וכל. היה על בית המשפט לשמוע את הראיות כולן ולהחליט,

לאחר שתהיה בפניו התמונה במלואה, מה משקלו של אותו פגם שנפל באי עריכת החיפוש בפני שני עדים.

אין מקום בשלב זה לספקולציות באשר לתמונה הראייתית המלאה הכוללת גם את שמיעת עדותה של המשיבה. ההנחה כי המשיבה לא הייתה מחדשת מאום בעדותה, ולא היה בה כדי לשנות את התמונה - היא הנחה בלבד.

7. באשר לצורך עליו עמד בית המשפט - להרתיע את המשטרה, בהלכת יששכרוב נקבע:

" מאחר ודוקטרינת הפסילה הפסיקתית אותה אנו מאמצים אינה מבוססת

עמוד 4



בעיקרה על תכלית הרתעתית-חינוכית, אין לאמץ בשיטתנו המשפטית את תורת "פירות העץ המורעל" הנוהגת בארצות-הברית...שאלת קבילותה של ראייה שאותרה בעקבות ראייה פסולה אחרת, תיבחן על-פי נסיבותיו של כל מקרה לגופו ובהתחשב בהשפעה שתהא לקבלתה של ראייה כאמור על זכותו של הנאשם להליך פלילי הוגן."

לפיכך, גם נושא זה אינו עומד על הפרק בפני עצמו, ובוודאי אינו מכתוב בהכרח פסילת הראייה: גם היבט זה צריך היה להיות משוקלל תוך התייחסות למכלול.

8. על פני הדברים נראה לנו כי יש ממש גם בטענת התביעה, כי היה מקום להפריד בין החיפוש בדירה לחיפוש על גופה של המשיבה, זאת גם בהנחה כי אכן מדובר בחיפוש הגם שהדברים לא הגיעו לכלל חיפוש פיזי על גופה של המשיבה. גם תוך יציאה מתוך נקודת הנחה כי אכן יש מקום למתוח קו משווה בין הסיטואציה העובדתית בתיק שבפנינו לבין הסיטואציה העובדתית בהלכת בן חיים, עדיין היה מקום לשקילת הנסיבות לענין משמעות הפגם שנפל באי עריכת החיפוש בפני שני עדים בעניינה של המשיבה. כפי שצינו - לא "אוטומטית" כל פגם מצדיק את פסילת הראייה ולא "אוטומטית" היה מקום לקשר בין החיפוש בדירה לחיפוש על גופה של המשיבה.

9. התוצאה היא כי אנו מקבלים את ערעור המדינה, מחזירים את הדיון לבית משפט קמא על-מנת שימשיך בהליך הפלילי מהמקום שבו הפסיק. בית משפט גם ישקול פעם נוספת את עתירת המדינה לצרף את מי שהיה נאשם מס' 1 כעד מטעם התביעה.

ניתן והודע היום ז' סיוון
תשע"ה, 25/05/2015
במעמד הנוכחים.

אסתר נחליאלי-חיאט,
שופטת

מרים סוקולוב,
שופטת

דבורה ברלינר, נשיאה
אב"ד

הוקלד על ידי סימונה אלפסי