



ת"פ 3579/08 - מ.י. תביעות ת"א שלוחת איילון נגד משה חבושה

בית משפט השלום בראשון לציון

ת"פ 3579-08 מ.י. תביעות ת"א שלוחת איילון נ' חבושה
בפני כב' השופט רפי ארניה

בעניין: מ.י. תביעות ת"א שלוחת איילון

המאשימה

נגד

משה חבושה ע"י ב"כ עו"ד שמשון וייס

הנאשם

הכרעת דין

בפתח הדברים הריני להודיע כי אני שב ומזכה את הנאשם מהעבירה המיוחסת לו בכתב האישום.

תקציר הפרקים הקודמים

1. כנגד הנאשם הוגש כתב אישום המייחס לו עבירת החזקת סם מסוכן מסוג הירואין במשקל 0.4737 ג', במען ניצנה 11 בבת ים, לצריכה עצמית.

בהכרעת דיני אשר ניתנה לאחר שמיעת ראיות מצאתי כי יש לזכות את הנאשם מהעבירה שיוחסה לו. הכרעת הדין התבססה על כך שמצאתי כי לא הוכח שהיתה עילה חוקית לחיפוש שערך השוטר מונדני (להלן: "מונדני") בדירה ללא צו, ואשר בעקבותיו נמצא הסם. משזו היתה מסקנתי, ובהתבסס על הלכת **יששכרוב** קבעתי כי ממצאי החיפוש - דהיינו הסם שנמצא בדירה - אינם קביל.

בהיעדר "דבר מה נוסף" להודיית הנאשם כי הסם היה שלו, ונוכח קיומו של חשש כי הודייה זו לא ניתנה מתוך רצון טוב וחופשי (מן הטעמים המפורטים בסעיף 23 להכרעת הדין) - מצאתי לזכות את הנאשם.

2. יש לציין כי עיקר ראיות המאשימה התבססו על עדותו של מונדני כי הריח מחוץ לבית ריח חריף מאוד של עישון סמים, וזה היה הבסיס לחשד הסביר לחיפוש ללא צו שערך בדירה. בהכרעת דיני קבעתי כי גירסה זו לא הוכחה דיה, ממגוון טעמים.

עיקר העניין היה בכך שהרואין (שהינו הסם היחידי שנתפס בדירה) הינו אבקה חסרת ריח.

עדותו של מונדני בהקשר זה היתה כי "כשמחממים הרואין הוא מפיץ ריח איום ונורא". לדבריו, נרקומנים שמריצים את ההרואין יש קשית בפה בצורת סיגריה ודרכה הם שואפים את העשן.

בסעיף 11 להכרעת דיני קבעתי כי:



"אין לבית המשפט כל ידיעה שיפוטית האם הרואין בעת שהוא מחומם ונשאף, מעלה ריח עז עד כדי כך שריחו מתפשט למרחק כה רב, אל מעבר לדלת הכניסה של הבית. עניין זה כאשר הוא לבדו העילה המסתברת לחשד הסביר, הינו עניין הטעון הוכחה מעבר לספק סביר"

נוכח האמור לעיל, ונוכח העובדה כי לא נמצאו בבית כלי שאיפה כגון קשיות, ומטעמים נוספים המפורטים בסעיף 13 להכרעת הדין, קבעתי כי לא הוכח קיומו של חשד סביר הנדרש לצורך ככניסת שוטר לבית ללא צו.

3. בערעור שהוגש, בית המשפט המחוזי הפך את הכרעת דיני ומצא להרשיע את הנאשם (ע"פ 46081-08-11). לשיטת בית המשפט המחוזי לא היתה סיבה שלא לקבל את עדותו של מונדני שהריח החריף שהריח מחוץ לדלת ביתו של הנאשם הוא שגרם לו לבצע את החיפוש.

"צריך היה בימ"ש קמא לסמוך על עדותו בדבר קיום הריח החריף ולהסתפק בעדות זו כמבססת את קיום "היסוד להניח"

ובהמשך נאמר עוד כי המדובר היה בחיפוש בהסכמה, ולפיכך היה כדין.

עוד נאמר כי אפילו היה החיפוש בלתי חוקי הרי שבמשפט הישראלי יש לראיה חפצית קיום נפרד ועצמאי מאי החוקיות שהיתה באי השגתה ואין באי החוקיות כדי לפגוע באמינותה של הראיה.

4. זמן קצר מאד לאחר מתן פסק דינו של בית המשפט המחוזי באה לעולם הלכת רע"פ 10414/09 **בן חיים נ' מ"י**. על יסוד הלכה זו הוגשה בקשת רשות ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי (רע"פ 6475/12) ורשות ערעור ניתנה. בפסק דינו שניתן בהסכמה בוטל פסק דינו של בית המשפט המחוזי, ובית המשפט העליון קבע כי:

"הצענו לצדדים כי התיק יושב לבית משפט השלום, כדי שהסניגוריה תוכל להידרש ראייתית לשאלה האם הרואין בנסיבות שהיו, עשוי להפיץ ריח אם בשריפה ואם לאו. הטעם הוא, כי הכרעת בית משפט השלום לזיכוי נשענה על האמירה שאין הוכחה מספקת לעניין הריח, אך בית המשפט המחוזי הצביע על עדותו של השוטר במקום, שתחום עיסוקו אכיפה בענייני סמים (ראו פסקאות 26-27). ניתנה הסכמת הסניגוריה. המדינה הותירה לשיקול דעת, אך הזכירה שהמדובר בתיק מ-2007, וכי שאלת הריח היא נושא מורכב. נראה לנו כי שורת הצדק מצדיקה החזרת הדיון כאמור לבית משפט השלום, ובידי הסניגוריה להגיש חוות דעת שהמדינה תוכל להעמיד מולה חוות דעת אחרת, ובית המשפט יכריע. עניין ההסכמה לחיפוש לא יהיה שיקול, שכן משפטית הוכרע ברע"פ 10414/09 בן חיים נ' מדינת ישראל. אנו נותנים איפוא רשות ערעור ומקבלים את הערעור בנקודה האמורה. התיק יוחזר לבית משפט השלום."

השאלה הטעונה הכרעה

5. הנה כי כן, בית המשפט העליון החזיר את הדיון בתיק לבית משפט זה לצורך הכרעה בשאלה עובדתית אחת ויחידה: האם הרואין נשרף עשוי להפיץ ריח אשר מתפשט עד אל מעבר לדלת. אם התשובה לשאלה זו הינה בחיוב הרי שמתקיים היסוד הסביר לקיומו של חיפוש ללא צו. אם התשובה לשאלה זו הינה בשלילה - הרי שלא הוכח קיומו של "יסוד להניח".

6. בטרם דיון לגופו של עניין ברצוני להעיר הערה מקדימה. כאמור לעיל, בסעיף 9 להכרעת דיני



קבעתי כי הנטל להוכיח קיומו של יסוד סביר לקיומה של עילת חיפוש מוטל על המדינה בדרגת וודאות של למעלה מספק סביר.

המאשימה טענה בדברי סיכומיה הנוכחיים כי מדבריו של בית המשפט העליון בפסק הדין ברע"פ נשוא תיק זה עולה כי די למדינה בהוכחת אפשרות סבירה שריח כאמור עשוי להתפשט אל מעבר לדלת כדי להביא להרמת נטל הראייה המוטל עליה.

אין חולק כי המבחן שאותו מפעיל בית המשפט לבחינת שיקול דעתו של השוטר הינו מבחן אובייקטיבי. עמד על כך בית המשפט העליון בפרשת **בן חיים**, כדלקמן:

"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)). סוגית התנאים הנדרשים לגיבושו של "חשד סביר" המצדיק חיפוש ללא צו שיפוטי אף אינה מחייבת הכרעה במקרים שלפנינו"

(הדגשות שלי - ר.א.)

כלומר, בית המשפט העליון טרם הכריע בסוגיה האם בבחינת היסוד האובייקטיבי נדרשת המדינה להוכיח את העובדות המבססות "יסוד להניח" מעבר לספק סביר, שמא די אם עובדות אלה תוכנה ברמה של מאזן ההסתברויות.

איני שותף לעמדת המדינה שבחירת בית המשפט העליון במילה "עשוי" במקרה שבפנינו מצביעה על כך שההלכה הינה שהמדינה רשאית להוכיח את החשד הסביר על דרך של הוכחת העובדות המבססות חשד זה במאזן ההסתברויות. המדובר בסוגיה חוקתית ממדרגה ראשונה ואין להניח כי בית המשפט העליון קבע מסמרות בסוגיה כה חשובה, אגב אורחא, כאשר בפרשת **בן חיים** הוא מצא לנכון להשאיר עניין זה, לעת זו, בצריך עיון.

לענייננו, הכרעה בשאלה חשובה זו אינה נדרשת משום שכפי שאראה להלן, ראיות המאשימה אף לא התעלו כדי דרגת "אפשרות סבירה".

חוו"ד המאשימה

7. המאשימה הגישה שתי חוות דעת. האחת הינה של ד"ר אודי וולף, ראש המעבדה האנליטית של המז"פ, מומחה בכימיה, והשניה של הבלש מר מקסים בניסטי, קצין איסוף מחוז מרכז.

מר בניסטי הינו בעל נסיון רב כבלש בתחום סמים לרבות פעולה כסוכן סמוי בתחום הסמים בנגב וביפו והינו מדריך בבית הספר הארצי למשטרה בתחום מודיעין, סוכנים וסמים.

מר וולף מסר בחוות דעתו כי הריח במו אפו מאות רבות ואף אלפי מנות של הרואין שהגיעו לבדיקה במעבדה האנליטית של המז"פ. הדברים יפים גם למוצרים ארוזים וגם לאבקה חשופה.



מר בניסטי מסר בחוות דעתו כי על פי נסיונו, לשם עישון סם ההרואין משתמש הנרקומן בנייר טואלט, נייר כסף (אלומיניום), ופילטר לעישון העשן שנעשה על ידי יצירת גליל עם נייר הכסף או קשית פלסטיק.

המשתמש מחמם את ההרואין באמצעות חתיכת נייר טואלט המגולגלת לגליל דק ("פתיל"), מדליק את הפתיל, ומחמם מתחת לנייר הכסף עליו מצויה האבקה, כך שהאבקה הופכת לנוזלית, ומעלה עשן. המשתמש שואף את העשן עם קשית לתוך הריאות.

השימוש בעזרים שפורטו לעיל, בייחוד שריפת הפתיל ושאיפת ריח הסם באמצעות קשית פלסטית מייצרת ריח חריף ביותר, ואף עשן סמיך, אשר יכול לחדור מעבר לדלת סגורה, ומגיע עד לחדר המדרגות.

חוו"ד ההגנה

8. מנגד, ההגנה הביאה את חוות דעתו של פרופ' יעקב ברג, בעל דוקטורט ברפואה, תואר מומחה בפסיכיאטריה, ובעל דוקטורט נוסף בתחום האופיאטים ממכון ויצמן למדע. כמו כן, פרופ' ברג הינו בעל תואר ראשון במשפטים ובעל רשיון לעריכת דין בישראל.

פרופ' ברג עוסק בתחום ההתמכרויות למעלה מ- 25 שנה, במחקר ובהוראה, בשורה של מוסדות אקדמיים ובהם אוניברסיטת תל אביב, האוניברסיטה העברית, ואוניברסיטת סנט לואיס. כמו כן ניהל פרופ' ברג כפר גמילה מסמים, והינו חבר ויועץ בשורה של וועדות ציבוריות בתחום הסמים. פרופ' ברג הינו חבר בוועדת הסמים של הוועד האולימפי, ואב בית דין בבית הדין המשמעתי של הוועד האולימפי.

פרופ' ברג פירסם מעל 120 מאמרים ופרקים בספרים העוסקים במנגנון פעולת ופרמקולוגיה של סמים ואופיאטים, קאנאבואידים, וסמים אחרים, והשפעתם על מערכות הגוף, זיהוי סמים והיבטים טיפוליים.

9. פרופ' ברג מסכים בחוות דעתו כי אחד השימושים בהירואין הוא על ידי חימומו, דבר הגורם לפליטת אדים שנשאפים דרך קשית. ואולם, במצב זה רוב האדים נשאפים על ידי המשתמש כך שלא ניתן להריח את אדי הסם בשימוש באופן זה מבעד לדלת וגם קיים קושי בהרחה אפילו אם מצאים עם המשתמש באותו החדר.

פרופ' ברג הפנה לכך שבמאגר PubMed בו מצויים מיליוני מאמרים לרבות מאמרים העוסקים בין היתר בנושא הסמים והשפעותיהם, לא מצא אפילו מאמר אחד העוסק בהימצאותם של תוצרי חילוף חומרים אצל אנשים שנחשפו באופן פאסיבי לעישון הרואין (בניגוד למשל לחשיש).

10. מסקנתו של פרופ' ברג בחוות דעתו הינה חד משמעית:

"מידע אישי, הספרות וגם כזה שנתקבל מפי מכורים שהשתמשו בהירואין בשאיפת אדי ההרואין כי כזו שמעט מאוד מהאדים מצליחים להגיע לאוויר ומרביתם נשאפים על ידי המשתמש. לכן לא ברור לי מקור העשן, מהותו וכמותו המתוארים על ידי העד כפי שמופיע בפרוטוקול בעמ' 7. לאור האמור מעלה, לדעתי לא ניתן להריח שימוש בהרואין בחדר מדרגות כשדלת סגורה. גם אם הדלת הייתה פתוחה כמות האדים המתנדפת לאוויר אינה מספיקה בכדי להריח הרואין. התנדפות ההרואין בחום אינה עשן וזאת מכיוון שעשן הוא תוצר בעירה. בלשון זהירה ואף זאת בלשון המעטה לא מובן לי מה ראה העד ואם "הריח ריח של שימוש כלשהו בהרואין או ראה עשן" הדבר לא מתיישב עם אופן השימוש בהרואין כפי שמופיע בספרות וכפי שאני מכיר ויודע"



דין והכרעה

כבר עתה אומר שלאחר שמיעת ראיות הצדדים נותרה השאלה אותה העמיד בית המשפט העליון להכרעה - בלתי מוכחת לכאן או לכאן. לכן המסקנה המשפטית המתחייבת הינה כי המאשימה לא הוכיחה, אף לא במאזן ההסתברויות, ובוודאי לא למעלה מספק סביר, כי מונדני יכול היה להריח ריח של עישון הרואין אל מעבר לדלת הדירה.

11. ראשית, נתחיל בחוות דעתו של מר וולף. מר וולף מסר בחוות הדעת כי הריח את ריחו של הרואין במעבדה. דא עקא, חוות דעת זו כלל אינה מתייחסת לעניינינו. עדותו של מר וולף מתייחסת לאבקת ההרואין בצורתו הגולמית (עמ' 36 ש' 28-29) ולא לריח של שריפת הרואין. מר וולף הודה בהגינותו כי אין לו כל נסיון בהרואין מחומם ואינו יכול לענות תשובה ישירה על השאלה האם יוצא ריח מהרואין מחומם (עמ' 36 ש' 30-32).

מכאן, שאין בכוחה של עדותו של מר וולף כדי להשפיע באופן כלשהו על השאלה הטעונה הכרעה. נותרנו אם כן, עם עדויותיהם של מר בניסטי ופרופ' ברג.

12. מר בניסטי אישר בהגינותו של הרואין אין ריח - לא כאבקה ולא כגוש, וכי מעולם לא הריח הרואין בחימום (עמ' 31 ש' 12-14). ואולם, מנסיונו, מה שמפיץ ריח זה אמצעי העזר הנלווה לצריכת הרואין בשאיפה - הפתיל, עימו מחממים את נייר הכסף עליו מצויה האבקה. הפתיל עשוי מנייר טואלט מגולגל (עמ' 32 ש' 5-8)

מר בניסטי העיד עוד כי לשריפת הפתיל נלווה גם ריח וגם עשן חריף. כמות העשן תלויה בכמות נייר הטואלט שנשרף, כאשר פתיל אחד לא יעלה עשן, ואולם מנה כוללת בד"כ 2 פתילים.

מר בניסטי העיד עוד כי ישנם מקרים בהם ההרואין מעורבב עם חומרים אחרים, ואלה מפיצים ריח (עמ' 32 ש' 21-22).

13. פרופ' ברג העיד כי מנסיונו, אין להרואין שנשרף כל ריח. כך, כאשר עבד עם חומרים יותר פעילים מהרואין ושרף אותם - מעולם לא היה צורך במנדף. הוא חזר והעיד כי בלתי סביר בעיניו שאדם העומד מחוץ לדלת יריח ריח זה.

פרופ' ברג עומת חזיתית עם האפשרות כי מה שיוצר את הריח הינו שריפת הפתיל והוא שלל מפורשות את האפשרות כי אדם העומד מחוץ לדלת יריח ריח זה (עמ' 35 ש' 3-15).

14. הנה כי כן, ניתן לסכם עדויות מומחים אלה כך:

א. על הכל מוסכם שהרואין שנשרף - לכשעצמו, אינו מעלה ריח.

ב. לטענת המאשימה - מה שיוצר את הריח הוא שריפת נייר הטואלט המשמש כפתיל לחימום נייר הכסף שעליו מונח ההרואין. טענה זו שנויה במחלוקת, והמומחה מטעם ההגנה, פרופ' ברג, שולל לחלוטין את האפשרות כי ריח זה יתפשט אל מעבר לדלת.

ג. שריפת נייר טואלט עשויה לייצר עשן. כמות העשן הינה פונקציה של כמות הפתילים הנשרפים (שהיא לכשעצמה פונקציה של כמות ההרואין הנצרך).

15. עתה נעמת ממצאים אלה עם העדויות שנשמעו והראיות המצויות בתיק בית המשפט.



א. מונדני מסר בנ/1 כי עוד כשהיה מחוץ לדירה הריח "ריח חריף מאוד של עישון סמים". הוא נכנס לדירה ועל השולחן היו ניירות כסף ואריזה ובתוכה אבקה שהתבררה כהרואין (עמ' 5 ש' 17-18, וכן ר' נ/1). מונדני מסר עוד בנ/1 שהיה במקום "המון עשן של סמים".

כלומר, המדובר על פי הטענה ב"צריכה פעילה" של הרואין בשאיפה (שהרי אחרת - מאין הריח? מאין העשן?).

והנה בנ/1 מונדני כלל לא מסר כי נתפסו במקום קשיות לשאיפת הסם או ניירות כסף שרופים, ולא היו גלילי נייר טואלט על השולחן בו נתפס ההרואין!

יצוין כי בעדותו בבית המשפט מונדני העיד כי ראה על השולחן ניירות כסף מקופלים ושחורים, אותם לא תפס (עמ' 7 ש' 30-31). אין צורך להזכיר כי להיזכרות פתאומית זו בעובדה כה מטריאלית למשפט זה, לא ניתן ליתן משקל משמעותי, במיוחד כאשר העדות נמסרה 4 שנים לאחר האירוע, ובמיוחד נוכח העובדה כי מונדני לא מסר שנמצאו במקום גם קשיות.

כלומר, עדותו של מונדני על פיה הריח את צריכת הסמים מחוץ לדלת אינה מתיישבת עם התיזה המרכזית של התביעה על פיה פעולת השאיפה משחררת ריח חריף ועשן רב, שכן לא נתפסו במקום כל עצרים המשמשים לשאיפה.

אילו אכן היתה במקום "צריכה פעילה" בצורת שאיפה היו צריכים להימצא בדירה גם קשיות פלסטיק, נייר כסף שרוף, אמצעי הצתה, וכן ניירות טואלט וגלילי נייר טואלט לצורך הכנת פתילים. בקיצור, "ערכת השאיפה" בכללותה.

העדרותם של אמצעי העזר והעובדה שהימצאותם לא נרשמה בנ/1 מלמדת כי לא התקיימה במקום כל פעולת צריכה של ההרואין על דרך של שאיפה, ומכאן שגם מונדני לא יכול היה להריח ריחה של פעולה שממילא איננה מתקיימת.

ב. השאלה המרכזית - האם שריפת נייר טואלט בכמויות הדרושות לשאיפת הרואין מפיצה ריח כזה שריחו נישא עד אל מעבר לדלת, שאלה אשר לגביה המומחים חלוקים, נותרה ללא מענה ברור.

אין בכוחי להעדיף בעניין זה את עדותו של מר בנישתי על זו של פרופ' ברג, ובוודאי שלא ניתן לאמר שעדות פרופ' ברג, על פיה אין שום סיכוי לכך שפתיל נשרף יעלה צחנה כה כבדה עד אשר ריחו נידף אל מעבר לדלת, נשללה מכל וכל. חו"ד ועדויות המומחים בעניין זה, נותרו שקולות.

ג. לא הובאה כל ראיה לכך שהרכבו של ההירואין אשר נתפס הינו כזה אשר כולל בתוכו חומרים מפיצים ריח כגון קופאין.

ד. כעת נוסיף לכך את העובדה שבתיק מסוג זה, אשר מחייב הכרעה באשר לסבירות שיקול דעתו של השוטר העורך את החיפוש, בחרה התביעה שלא להביא בפני בית המשפט גם את עדותו של השוטר חורש שנכח במקום, על מנת שיעיד על השאלה האם אף הוא הריח את הריח הכבד שמונדני טוען שהריח.

עדות זו, בנסיבות העניין היתה הכרחית, ואי העדת מר חורש משמעותה כי אילו היתה עדותו מובאת היא היתה פועלת לחובת גירסת התביעה.



נוכח כל האמור אני סבור כי המאשימה לא הוכיחה אף לא במאזן ההסתברויות, ובוודאי שלא מעבר לספק סביר, את הטענה כי ניתן להריח ריחו של הרואין נשרף אל מעבר לדלת, וכי בנסיבות הענין מונדני הריח או יכול היה להריח ריח זה.

התוצאה היא שאני קובע כי לא הוכח שהתגבש בליבו שללמונדני ה"יסוד להניח" המהווה עילה לביצוע חיפוש בדירה ללא צו, ובהתאם להלכת **בן חיים** ונימוקי מהמערכה הראשונה של משפט זה התואמים להלכה זו - אני שב ופוסל את הסמים מלשמש כראיה במשפט.

אשר על כן, אני שב ומזכה את הנאשם מהעבירה המיוחסת לו בכתב האישום.

ניתנה היום, כ' סיוון תשע"ה, 07 יוני 2015, במעמד הנאשם, ב"כ וב"כ המאשימה.