



ת"פ 57043/12/13 - מדינת ישראל, שלוחת תביעות אילת נגד ראובן רובי אלמליח, סנגוריה ציבורית

בית משפט השלום באילת

20 אפריל 2015

ת"פ 57043-12-13 מדינת ישראל נ' אלמליח

בפני כב' השופט יוסי טופף

המאשימה:

מדינת ישראל

ע"י ב"כ עו"ד שחר עידן, עו"ד איציק אלפסי
שלוחת תביעות אילת

נגד

הנאשם:

ראובן רובי אלמליח, ת.ז. 205747900
ע"י ב"כ עו"ד נמרוד אבירם
סנגוריה ציבורית

הכרעת דין

כתב האישום ותשובת הנאשם

1. הנאשם הועמד לדין בשל ביצוע עבירות של החזקת סמים לצריכה עצמית, לפי סעיפים 7(א) ו-7(ג) סיפא לפקודת הסמים המסוכנים (נוסח חדש), התשל"ג-1973 (להלן: "**פקודת הסמים המסוכנים**") ושיבוש מהלכי משפט לפי סעיף 244 לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: "**חוק העונשין**").
 2. לפי כתב האישום, בתאריך 17.6.2013, בשעה 23:45 בקירוב, החזיק הנאשם בדירה שבכתובת 4003/1 באילת (להלן: "**הדירה**") סם מסוכן מסוג חשיש במשקל 2.6 גרם נטו, לצריכתו העצמית, ללא היתר או רישיון מהמנהל. נטען כי הנאשם זרק את הסם על הרצפה, בעת שהבחין בשוטר שגיח כהן, כדי להכשיל או לשבש הליך שיפוטי.
 3. הנאשם, באמצעות בא-כוחו, כפר בעבירות המיוחסות לו. נטען כי הסם הנזכר, שהחזקתו הוכחה, אינו קביל כראיה, היות ונתפס במהלך חיפוש שלא כדין ובניגוד לכללים שנקבעו בהלכות בית המשפט העליון, מבלי שהתעורר יסוד סביר לחשד כנגד הנאשם.
- בנוסף, נטען כי יש לזכות את הנאשם מחמת הגנה מן הצדק בשל אכיפה בררנית ופגיעה בתחושת הצדק וההגינות, בשל כך שחשודים נוספים שנכחו בזירה ונקשרו לכאורה לסם האסור לא הועמדו לדין.



תמצית פרשת התביעה

4. מטעם התביעה נשמעה עדותו של השוטר שגיא כהן (להלן: "שגיא"), אשר מסר כי ביום 17.6.2013, במהלך משמרת עם השוטר עמיחי מילרד (להלן: "עמיחי"), הם עקבו אחר רכב ובו שני אנשים, אך לא זכר לומר מדוע. לפרק זמן קצר אבד קשר העין עם הרכב, עד שהבחינו בו מחדש, עת נעצר באמצע הכביש מול בנין 4003 באילת. לדברי שגיא, הרכב חסם חלקית את התנועה, על אף שהייתה חניה מוסדרת במקום, ובשל כך הדבר עורר את חשדם. שגיא ועמיחי ניגשו לרכב, ונוכחו לגלות בו אדם המוכר להם כבעל עבר פלילי בתחום הסמים; הנ"ל מסר כי הנהג שהיה עמו, ששמו רובי, יצא לרגע מהרכב. עמיחי נשאר במקום, ואילו שגיא נכנס לבנין הסמוך, וטיפס במעלה המדרגות בעקבות קולות של מספר אנשים ששוחחו, ואף זיהה קול של אישה שנקבה בשם "רובי". וכך, טיפס שגיא במעלה המדרגות עד שהגיע לדירה שחולקה ליחידות דיור. שגיא מסר כי למיטב זכרונו מדובר היה במסדרון פתוח, וככל שהייתה דלת היא הייתה פתוחה, וגם דלת יחידת הדיור הייתה פתוחה, כך שיכל להבחין באור שבקע מהדירה. הנאשם עמד במפתן דלת הכניסה ליחידת הדיור, כשפניו לכיוון פנים הדירה, אך טרם נכנס פנימה. שגיא התקרב לנאשם, עד למרחק של כמטר, וצעק: "משטרה". בשלב זה, הנאשם הסתובב לכיוונו של שגיא והשליך דבר מה מידו. שגיא ציין כי במקום נמצאו אנשים נוספים: הודיה אלקיים (להלן: "הודיה"), שמסרה שהיא בעלת הדירה או שוכרת הדירה; ויהונתן פרידמן (להלן: "פרידמן"), אשר החזיק מכשיר "באנג", דבר שהעצים את החשד. שגיא אסף מהרצפה את שזרק הנאשם וזיהה כי מדובר בחומר החשוד כסם מסוג חשיש. לאחר מכן, התבקשה ונתקבלה הסכמה לבצע חיפוש, אף ללא עדים נוספים, אך לא נמצא דבר נוסף.

5. המאשימה הגישה, בהסכמת ההגנה, את המסמכים הבאים:

5.1 דו"ח פעולה מאת השוטר שגיא כהן (ת/2), לפיו ביום 17.6.2013 בשעה 23:45, במהלך משמרת עם השוטר עמיחי, הם הבחינו בשניים שנסעו ברכב שעורר אצלם חשד. לאחר מספר דקות, במהלכן איבדו קשר עין עם הרכב, הבחינו כי הרכב נעצר בסמוך לבנין מגורים, ברח' 4003 באילת. השוטרים נגשו לרכב, ושאלו את האדם שישב ברכב היכן חברו, והנ"ל השיב שלחבר קוראים "רובי" והוא יצא לרגע מהרכב. שגיא פנה לכיוון בנין המגורים ושמע בחדר המדרגות קולות של שיחה בין בחורה ומספר גברים, ואף שמע את השם "רובי". שגיא טיפס במדרגות למשמע הקולות, והגיע לדלת שהייתה פתוחה לרווחה שם הבחין באדם, לימים הנאשם, ואמר בקול: "משטרה משטרה". שגיא ציין בדו"ח: **"הבחנתי בחשוד רובי אלמליח ... אשר השליך מידו דבר מה על הרצפה. תפסתי אותו ואמרתי לו לשבת על הספה, כאשר היה שם חשוד נוסף העונה לשם פרידמן יהונתן ... אשר החזיק מכשיר 'באנג' בידו ובחורה שעונה לשם אלקיים הודיה..."**. לאחר מכן, ביקש שגיא מהשוטר עמיחי, להצטרף אליו, ועם בואו, הרים מהרצפה את שזרק הנאשם. שגיא ציין כי הבחין שמדובר בסם מסוג חשיש ובהמשך הסם נשקל בתחנה וסומן כמוצג. שגיא ציין בדו"ח הפעולה כי לאחר שהרים את החומר החשוד כסם, בעודם בדירה, אמר הנאשם: "זה שלי". עוד צוין כי הודע



לנוכחים, ביניהם בעלת המקום, על כוונתם לבצע חיפוש בדירה וזו ויתרה על נוכחות עדים נוספים. בחיפוש בדירה לא נמצא דבר. בעלת הדירה הודיה והנאשם עוכבו לחקירה.

5.2 דו"ח פעולה מאת השוטר עמיחי מילרד (ת/3), לפיו ביום 17.6.2013 בשעה 23:45, במהלך משמרת עם השוטר שגיא, הם הגיעו בנסיעה לבניין מגורים, לאחר שהבחינו ברכב שחנה סמוך לבניין 4003. נכתב כי האדם שישב ברכב, מוכר כבעל עבר פלילי בתחום הסמים. השוטר שגיא ניגש לבנין הסמוך ולאחר שתי דקות התקשר אליו וביקש ממנו להצטרף אליו. עמיחי ציין שהצטרף לשגיא, בליווי האדם שנשאר ברכב, ואז הבחין במספר חשודים ומכשיר "באנג" על השולחן. במקום נכחו הנאשם, יהונתן פרידמן והודיה אלקיים, שמסרה שהיא בעלת הדירה. צוין כי בוצע בדירה חיפוש בהסכמה, אך לא נתפס דבר, מלבד הסמים שתפס השוטר שגיא. הנאשם והודיה עוכבו לחקירה ומאוחר יותר שוחררה הודיה, לאחר שהנאשם אישר שהסם שייך לו.

5.3 דו"ח חיפוש בדירה המוזכרת (ת/4), בו צוין כי נתקבלה הסכמה לחיפוש. נרשם כי על הרצפה נמצאו "חתיכות בצבע חום, החשודות כסם מסוג חשיש".

5.4 חוות דעת מומחה מיום 8.7.2013 (ת/5), לפיה החומר שנתפס בדירה, נתקבל בשקית מאובטחת שמספרה תואם את המצוין בדו"ח הפעולה של השוטר שגיא, ואישור קבלתה (ת/6), ומדובר בסם מסוג חשיש במשקל 2.6 גרם נטו.

5.5 דו"ח שרשרת הסם (ת/7); ושובר העברת הסם (ת/8).

5.6 הסם עצמו הוצג לבית המשפט (ת/9) והוחזר למשמורת אצל המאשימה.

אמרת הנאשם במשטרה

6. ביום 17.6.2013 בשעה 00:57 נגבתה הודעה מהנאשם, לאחר שהובהרו לו החשדות נגדו וזכויותיו לשמור על שתיקה ולהיוועץ בעורך-דין. החוקר הציג לנאשם את החומר שזרק מכיסו והנאשם אישר כי מדובר בסם מסוג חשיש, שרכש תמורת 200 ₪. לדבריו, הוא הגיע למקום כדי לעשן סמים והוסיף: "**אני מבין את חומרת העניין סך הכל באתי לעשן**". בהמשך שב ומסר הנאשם כי הוא מודע לכך שהחזקת סמים זו עבירה על החוק. הנאשם נשאל מדוע ניסה להעלים את הסם, והשיב: "**כי אני יודע שזה עבירה על החוק**".



7. מטעם ההגנה לא נשמעו עדים ולא הוצגו ראיות. הנאשם בחר שלא להעיד, אף לאחר שבית המשפט הבהיר לו כי הימנעותו מלהעיד עשויה לשמש חיזוק למשקל הראיות של התביעה וכן סיוע לראיות התביעה במקום שדרוש להן סיוע.

גדר המחלוקת

8. המאשימה עתרה להרשעת הנאשם בעבירות המיוחסות לו, בהסתמך על מסכת הראיות שפרסה בפני בית המשפט. נטען כי הסם מסוג חשיש נתפס לאחר שהתעורר אצל השוטר יסוד סביר לחשד כי במקום מבוצעת עבירה. נטען כי בנסיבות בהן זרק הנאשם דבר מה, לאחר ששמע את השוטר צועק לעברו "משטרה", אין חובה מבחינת השוטר לקבל את הסכמה לביצוע חיפוש במקום או להצטייד בצו שיפוטי, נוכח החשד הסביר שהתעורר בקרבו כאמור לעיל. נטען כי הנאשם הודה, מרצונו החופשי, בהחזקת הסם ובניסיונו להעלים אותו מעיני השוטר, היות וידע כי הדבר מנוגד לחוק. המאשימה דחתה את טענות ההגנה באשר לאכיפה סלקטיבית, המפלה לרעה את הנאשם, וטענה כי לא היה בידה די ראיות כדי להעמיד לדין את יתר הנוכחים בזירה. המאשימה נתנה אמון בגרסת הנאשם, לפיה הוא הביא עמו את הסמים לדירה, ועל כן לא העמידה לדין את יתר הנוכחים. התובע הפנה לפסיקה רלוונטית.

9. ההגנה עתרה לזיכוי הנאשם מהעבירות המיוחסות לו. ההגנה הסיקה מהמעקב שביצעו השוטרים אחר רכבו של הנאשם, כי החשד נגדו התגבש עוד טרם הגיעו לאותה דירה, וטענה כי היות ולא פורט חשד זה, לא ניתן לבחון את סבירותו. נטען כי האדם שישב ברכב עוכב, הלכה למעשה, שלא כדין, ככל הנראה היות והיה מוכר לשוטרים כבעל עבר פלילי. נטען כי השוטר פעל שלא כדין, בכך שהגיע לאותו מסדרון פתוח, שהוביל ליחידת הדיור וצעק לנאשם: "משטרה". נטען כי מדובר בהבהלה של הנאשם, שהובילה לשמיטה של חומר שהחזיק לכאורה בידו, ואין עולה הדבר כניסיון להעלים ראיות או עבירה של שיבוש מהלכי משפט. הסנגור טען כי ההודאה שנגבתה מהנאשם אינה קבילה, שכן הנאשם לא הועמד על זכותו לשמור על זכות השתיקה ולהימנע מהפללה עצמית. הסנגור אישר כי הודע לנאשם על זכותו להיוועץ בעורך דין, אך הוא לא נשאל לתגובתו ולא נמסר לו שהוא זכאי לייצוג מטעם הסנגוריה הציבורית. לבסוף, נטען כי המשטרה חטאה באכיפה סלקטיבית, בכך שלא העמידה לדין את יתר המעורבים, ביניהם פרידמן שנצפה מחזיק מכשיר "באנג", שנועד לעישון סמים ו/או את הודיה, בעלת הדירה. הסנגור הפנה לפסיקה רלוונטית.

דין ומסקנות

10. בהינתן יריעת המחלוקת, ולצורך ההכרעה בעניינו של הנאשם, אדרש לשאלות הבאות:

(א) האם פעלו השוטרים כדין בהגעתם למקום ובביצוע החיפוש בדירה ?

עמוד 4



(ב) ככל שנפלו פגמים בדרך תפיסת הסמים, האם יש בכך כדי לבטל את קבילותם כראיה?

(ג) מהי קבילותה ומשקלה של הודאת הנאשם?

(ד) האם הנאשם הופלה לרעה, בשל כך שהועמד לבדו לדין פלילי?

התשתית התחקית לביצוע חיפוש

11. ככלל, חיפוש בביתו של אדם, חצריו או על גופו פוגע בזכותו של אדם לפרטיות, אשר הוכרה כזכות חוקתית על חוקית במסגרת בסעיף 7(ג) לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. ברם, זכות זו, ככל זכות, הנה יחסית, וניתן לפגוע בה, בהתאם לאמות המידה הקבועות בחוק היסוד. פגיעה בזכות זו, נעשית במסגרת הפעלת סמכות שלטונית, המחייבת הקפדה כי החיפוש, יערך בהתאם להוראות החוק ויבוצע באופן מידתי, אשר יגשים את תכליתו, מבלי לפגוע יתר על המידה בזכויות הפרט.

12. הסמכות לבצע חיפוש על גופו של אדם, בכליו, או בחצריו, מוסדרת במספר הוראות חוק. עריכת חיפוש בידי שוטר מבוצעת מכוח סמכויותיו השלטוניות ומחייבת עמידה באמות המידה שנקבעו בהוראות המשפט המנהלי ובחוקי סדר הדין הפלילי. הסדרה זו נועדה לאפשר למשטרה למלא כראוי את תפקידיה השונים באכיפת החוק ובתפיסת עבריינים, וכך לקדם את ההגנה על הביטחון האישי והסדר הציבורי במדינה; ובד בבד, לתחום את סמכויות המשטרה שהפעלתן כרוכה מעצם טיבה בפגיעה בזכויות אדם שונות ובחירויות הפרט. בדרך זו, בא לידי ביטוי האיזון שקבע המחוקק בין האינטרס הציבורי בתפקוד יעיל ואפקטיבי של המשטרה לבין הצורך בהגנה על זכויות האדם של האזרחים עימם באה המשטרה במגע (ראו רע"פ 10141/09 **אברהם בן חיים ואח' נ' מדינת ישראל** (ניתן ביום 6.3.2012) - להלן: "בן חיים").

13. החיקוקים העיקריים המסדירים את סמכויות החיפוש, על סוגיו השונים, הינם: סעיפים 23-31 לפקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש) [נוסח חדש], תשכ"ט-1969 (להלן: **פסד"פ**), המסדירים את אופן עריכת החיפוש בבית או במקום אחר; סעיף 28 לפקודת הסמים המסוכנים, המסדיר חיפוש לצרכי איתור סמים; סעיף 71 לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה - מעצרים), תשנ"ו-1996, המסדיר עיכוב כלי רכב לשם חיפוש; וכן חוק סמכויות לשם שמירה על ביטחון הציבור, התשס"ה-2005, המסדיר בין היתר סמכות חיפוש ללא צו כשמתעורר חשד סביר לנשיאת נשק; חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה - חיפוש בגוף ונטילת אמצעי זיהוי), התשנ"ו-1996, המסדיר את אופן עריכתם של חיפוש "חיצוני" ו"פנימי" בגוף האדם.

14. ככלל, נוכח עיגון הזכות החוקתית לפרטיות בחוק יסוד, ראוי שחיפוש יתבצע על פי צו שופט. ברם, לעיתים מתעורר צורך דחוף לערוך חיפוש, אשר אינו מאפשר פניה לבית המשפט מבלי שתסוכל תכלית החיפוש. לשם הגשמת תכלית החיפוש, מאפשר החוק בנסיבות מסוימות, לשוטר לערוך חיפוש על גופו



של אדם, או בחצרו, אף ללא צו שופט.

בעניין זה, ראוי להפנות לסעיף 25 לפסד"פ, הקובע כי:

- "שוטר רשאי, בלא צו חיפוש, להיכנס ולחפש בכל בית או מקום אם -
- (1) יש לשוטר יסוד להניח שמבצעים שם פשע, או שפשע בוצע שם זה מקרוב;
 - (2) תופש הבית או המקום פונה לעזרת המשטרה;
 - (3) אדם המצוי שם פונה לעזרת המשטרה ויש יסוד להניח שמבוצעת שם עבירה;
 - (4) השוטר רודף אחרי אדם המתחמק ממעצר או נמלט ממשמורת חוקית".

סעיף 29 לפסד"פ מוסיף וקובע:

"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, כאמור בסעיף 22 מיד; רשימת החפצים שנמצאו ונתפסו תיערך ותיחתם בידי עדים, כאמור בסעיף 27, והעתק הרשימה חתומה כאמור יימסר לאדם לפי דרישתו".

בנוסף, ראו סעיף 28 לפקודת הסמים, הקובע כך:

- "(א) סמכויות שוטר לפי סעיף 25 לפקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש) [נוסח חדש], תשכ"ט-1969, יהיו נתונות לו גם לענין עוונות לפי פקודה זו.
- (ב) מבלי לפגוע בסמכות הכללית הניתנת לשוטר לערוך חיפוש, רשאי שוטר לערוך חיפוש בלא צו חיפוש:
- (1) בכל רכב - אם החיפוש דרוש לצורך קיום הוראות פקודה זו;
 - (2) על גופו של אדם כאמור בסעיף 22 לפקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש) [נוסח חדש], התשכ"ט-1969 אף אם לא עצר אותו, אם יש לו יסוד סביר להניח שאותו אדם נושא עמו שלא כדין סם מסוכן;

·
·

15. סקירת הוראות החוק הרלוונטיות, הנוגעות לסמכות לערוך חיפוש על גופו, בכליו או בחצרו של אדם ללא צו שיפוטי, מלמדת כי סמכות זו מותנית בקיומו של חשד סביר, לכך שאותו אדם מחזיק בחפץ כלשהו שהחזקתו אסורה או שהוא מושא לחיפוש על ידי המשטרה. דרישת הסף הראייתית של חשד



סביר עוברת, אפוא, כחוט השני בהוראות החקיקה השונות המקנות לשוטר סמכות לערוך חיפוש על גופו של אדם ללא צו שיפוטי (כאשר סעיף 25(1) לפקודת סדר הדין הפלילי קובע מבחן של "יסוד להניח" לעריכת חיפוש במקום מסוים). בהלכת בן חיים נקבע כי 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. אין מדובר בהגדרה ממצה וחד משמעית וישומו 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.

בפסקה 16 לפסק דין בן חיים נאמר, בין היתר, כדלקמן:

"...נצביע בבחינת למעלה מן הדרוש על מספר אמות מידה שעשויות בנסיבות המתאימות לגבש חשד סביר כלפי אדם מסוים, כנדרש בהתאם להוראות החוק שאוזכרו לעיל, ולהצדיק עריכת חיפוש ללא צו שיפוטי על גופו או בכליו של אותו אדם. בהקשר זה ניתן להצביע על נסיבות שרק בהצטרפן למכלול יקימו עילת חיפוש ועל נסיבות שבכל אחת מהן יש די כדי להקים חשד סביר. כך, בין היתר, ניתן להצביע על התנהגותו המחשידה של האדם מושא החיפוש הפוטנציאלי, על מידע בדבר ביצוע עבירה במקום בו נמצא אותו אדם או בקרבתו, וזאת בצירוף השעה שבה הוא נמצא באותו מקום. כמו כן, חשד סביר ברמה המצדיקה עריכת חיפוש ללא צו שיפוטי עשוי להתגבש כאשר המשטרה מקבלת מידע אודות תיאורו של אדם החשוד בביצוע עבירה מסוימת או בדבר האזור שבו עשוי להימצא החשוד. בנסיבות כאלה ייתכן כי המידע שהתקבל יקים חשד סביר המצדיק עריכת חיפוש באדם שמאפייניו החיצוניים או מקום הימצאו תואמים את המידע שהתקבל. אמות מידה אלה כמובן שאינן ממצות וניתן להניח שאמות מידה נוספות יוכרו בפסיקת בתי המשפט בבוא העת. יחד עם זאת, אנו רואים להעיר בשולי הדברים כי קיומו של עבר פלילי בלבד המנותק מנסיבות חיצוניות קונקרטיות אינו מגבש כשלעצמו חשד סביר המסמך שוטר לערוך חיפוש על גופו של אדם או בכליו בלי צו שיפוטי".

16. הנה כי כן, "סבירות" החשד תיבחן על פי אמות מידה אובייקטיביות, כל מקרה לפי נסיבותיו ובהסתמך על רשימה לא סגורה של פרמטרים, כגון: שאלת קיומו של מידע בדבר ביצוע עבירה במקום; קיומו של מידע לגבי החשוד עצמו שבכוונתו לבצע עבירה; התנהגות מחשידה של החשוד; שעת הנוכחות במקום; ניסיונו ושיקול דעתו המקצועי של שוטר ועוד. לצד זאת, אין בקיומו של עבר פלילי, המנותק מנסיבות חיצוניות קונקרטיות, כדי לגבש כשלעצמו חשד סביר המסמך שוטר לערוך חיפוש על גופו של אדם או בכליו בלי צו שיפוטי.

17. בהעדר מקור סמכות בדין לביצוע החיפוש, יכולה לשמש הסכמתו של האדם מושא החיפוש, מקור סמכות עצמאי לביצוע החיפוש, ובדרך זו להכשיר חיפוש על גופו, בכליו או בביתו. ברם, כך נקבע בהלכת בן חיים, על הסכמתו של מושא החיפוש לפגוע באוטונומיה הנתונה לו ולאפשר פגיעה בפרטיותו, בנסיבות מסוימות או כלפי אנשים מסוימים, להיות "הסכמת אמת" מודעת ורצונית. הווה אומר, בהעדר מקור סמכות אחר, "הסכמה מדעת", מצד האדם מושא החיפוש, לזכותו לסרב לביצוע החיפוש, ולכך



שהסירוב לא יזקף לחובתו, יכולה לשמש מקור סמכות לחיפוש. לשם כך, הוטלה החובה על השוטר, עורך החיפוש, להבהיר לאדם שמתבקשת הסכמתו לחיפוש כי נתונה לו הזכות לסרב לביצוע החיפוש וכי הסירוב לא יפעל לחובתו.

שאלת חוקיות תפיסת הסמים

18. מעדותו של השוטר שגיא, אותה מצאתי מהימנה, סדורה ומפורטת; ודו"חות הפעולה שהוגשו לבית המשפט, עולה כי ביום 17.6.2013 סמוך לחצות הלילה, נסעו השוטרים שגיא ועמיחי אחר רכב, בו ישבו שניים, מבלי שהובהרה הסיבה לכך, מלבד הסברו של השוטר שגיא כי תפקידם כבלשים במשטרה "זה לבלוש אחר אנשים". בהמשך, כך העיד השוטר שגיא מבלי שנסתר, התעורר בקרבם חשד מסוים, היות והשניים עצרו את הרכב באמצע הכביש, באופן שחסם חלקית את התנועה, למרות שהייתה חניה באזור. השוטרים שוחחו עם הנוסע שישב ברכב, שהיה מוכר להם כבעל עבר פלילי בתחום הסמים, והנ"ל מסר להם שאחר, העונה לשם רובי (הנאשם), ירד מהרכב. השוטר שגיא נכנס לבניין המגורים הסמוך, והחל לטפס בגרם המדרגות, לשמע קולות שיחה שבקעו מאחת הדירות לחלל חדר המדרגות ואף שמע קול אישה נוקב בשם "רובי". שגיא טיפס במעלה המדרגות עד שהגיע לדירה שפוצלה ליחידות דיור, כאשר המסדרון ליחידות הדיור היה פתוח לרווחה ולמעשה התחבר לחדר המדרגות. וכך תיאר השוטר שגיא במילותיו:

"למיטב זכרוני לא היתה דלת כי הדירה התחילה במסדרון. לפי מיטב זכרוני המסדרון הפנימי של הדירה המפוצלת התחבר עם המסדרון של הבניין. אני זוכר שאני עמדתי במסדרון החיצוני של חדר המדרגות והקשבתי כדי להבין מאיפה הרעש מגיע ויכולתי גם להבחין באור שיוצא מהיחידה, זאת אומרת שהכל היה פתוח לרווחה ולא היתה דלת שהפרידה ביני לבין האנשים שהיו שם".

השוטר שגיא מסר כי ראה את הנאשם בעודו עומד במפתן דלת הכניסה ליחידת הדיור. שגיא התקרב לנאשם וקרא בקול: "משטרה"; וכך פירט:

"ההשלכה היתה כתוצאה לדעתי מזה שהזדהיתי כמשטרה וצעקתי 'משטרה' ואז היתה תנועה של השלכה. החשוד עמד במפתן הדלת, גם הדלת של המסדרון היתה פתוחה וגם הדלת של יחידת הדיור היתה פתוחה והמרחק בינינו בשלב הזה היה פחות ממטר. הנאשם נמצא באותו שלב כשאני 'משטרה' הוא היה עם הגב אליו כשפניו לכיוון האנשים שנמצאים בדירה. אני בעצם כביכול מגיע מאחוריו וההשלכה לכיוון חוץ, כשצעקתי 'משטרה' הוא הסתובב עם הפנים מולי והשליך את החומר שנחשד כסם לכיוון הדלת. למעשה זו היתה השלכה מקומית, הוא השליך היכן שעמד".

בהמשך, כפי שנזכר, נכנסו הנאשם ושגיא לתוך יחידת הדיור, שם נכחו אדם נוסף בשם פרידמן, אשר



החזיק מכשיר "באנג", שמיועד לעישון סמים והודיה, שמסרה שהיא בעלת הדירה או שוכרת הדירה. בהמשך, הצטרף השוטר עמיחי למקום, ואז הרים השוטר שגיאה את החומר שהנאשם זרק לרצפה והבין כי מדובר בסם מסוג חשיש. בנסיבות אלה, התבקשה ונתקבלה הסכמה לבצע חיפוש בדירה, אף ללא עדים נוספים. בחיפוש בדירה לא נמצא דבר נוסף.

19. לא שוכנעתי כי השוטרים חרגו מתפקידם, בשל כך שנסעו, לאורך מספר רחובות, אחר רכבו של הנאשם וחברו. מעדות השוטר שגיאה ודו"חות הפעולה (ת/2; ת/3), עולה כי השוטרים לא ידעו מי נמצא ברכב, כך שסביר להניח שדבר מה משך את שימת ליבם ולכן נסעו קמעה אחר הרכב, ואין בכך דבר יוצא דופן או פעילות חריגה מצד השוטרים או פגיעה בלתי מידתית באחרים (ראו סעיף 3 לפקודת המשטרה [נוסח חדש], תשל"א-1971).

20. בכל הנוגע לסמכות החיפוש, אני נכון לקבל את טענת הסנגור כי אין בעצירת הרכב באמצע הכביש, אף אם בשל כך נחסמה חלקית תנועת כלי הרכב, כשלעצמה בלבד, כדי לגבש חשד סביר לביצוע עבירה, המצדיק ביצוע חיפוש כלשהו.

ברם, בנסיבות המתוארות, סבורני כי חשד שכזה התעורר, בעוצמה הנדרשת, ואף למעלה מכך, מעצם העובדה, שאינה שנויה במחלוקת, כי הנאשם זרק בבהלה דבר מידו, כשהבין שהמשטרה נוכחת במקום. מדובר בהתנהגות מחשידה. מיד לאחר מכן, כשנכנס השוטר שגיאה לדירה, נכח לגלות "באנג" במקום, כך שבשלו התנאים לבצע חיפוש. ואכן, בוצע חיפוש במקום, אך לא נמצא דבר, מלבד הסם שהשליך הנאשם מידו לעיני השוטר.

כאמור, סעיף 25 לפסד"פ, מסמיך שוטר להיכנס ולחפש בכל בית או מקום, אף ללא צו חיפוש, אם יש לו יסוד להניח שמבצעים במקום פשע, או שפשע בוצע שם זה מקרוב; ובכל הנוגע לעבירות לפי פקודת הסמים המסוכנים, הורחבה סמכותו זו של השוטר גם לעניין עוונות (סעיף 28א) לפקודת הסמים). שוכנעתי כי המצג שנגלה לעיני השוטר שגיאה, עת הנאשם זרק דבר מה מידו, ולאחר מכן נכח לגלות אחר מחזיק מכשיר "באנג" לעישון סם, כדי לרכוש את הסמכות לבצע חיפוש במקום, מכוח הדין, אף ללא קבלת הסכמה מדעת, מטעם בעלי הדירה ו/או הנוכחים בה, היות וגובש היסוד להניח כי במקום מבוצעת עבירה לפי פקודת הסמים.

21. עיקר טריוויותה של ההגנה כנגד חוקיות החיפוש, נסבו על כך שלשיטתה השוטר שגיאה נכנס לדירה ללא סמכות, עוד בטרם התגבש החשד שהצדיק את החיפוש במקום. ובמה הדברים אמורים? נטען כי מעדות השוטר שגיאה עלה שמדובר בדירה שפוצלה ליחידות דיור נפרדות, שאלהן מוביל מסדרון פנימי, אשר היה פתוח לכל ולמעשה מחובר לחדר המדרגות. למיטב זכרונו של שגיאה לא הייתה במקום דלת, וככל שהייתה, היא הייתה פתוחה, כך שראה את הנאשם עומד במפתן הכניסה ליחידת הדיור. השוטר שגיאה אמר שהתקרב עד למרחק של כמטר מהנאשם, ולאחר שאמר "משטרה", הנאשם הסתובב לכיוונו וזרק דבר מה מידו, כך שלמעשה הנאשם והשוטר שגיאה כלל לא נכנסו עד לאותה נקודת זמן



לתוך שטח יחידת הדיור. לכן, באותו הרגע, השוטר שגיא נכנס לכל היותר לתוך שטח "המסדרון הפנימי".

לאחר ששקלתי בכובד ראש את טענת ההגנה, מצאתי לדחותה, ואבאר טעמי:

(א) ראשית, נסיבות המקרה דנא, כמו גם הדירה שבמוקד הדיון שלפניי, הן ייחודיות. כפי הנראה, מדובר בדירה שפוצלה ליחידות דיור נפרדות, כך שהכניסה אליהן הוא דרך מסדרון "פנימי" המתחבר למסדרון ה"ציבורי" של חדר המדרגות בבניין עצמו. משכך, ומבלי לומר דבר באשר לחוקיות פיצול הדירה, סבורני שכלל אין לצפות או לדרוש משוטר המבצע עבודתו בתנאים של לחץ או צורך מידי, לזהות באותו הרגע, האם רגליו נצבות על השטח "הציבורי" של הבניין או על שטח מסדרון שנחזה להיות שטח ציבורי, אך הוא למעשה חלק משטח הדירה המקורית, טרם פיצולה ליחידות דיור נפרדות.

(ב) שנית, השוטר שגיא מסר בעדותו שהוא הגיע עד למרחק של מטר אחד מגבו של הנאשם, עת קרא לעברו "משטרה" והוסיף: **"אני זוכר שאני עמדתי במסדרון החיצוני של חדר המדרגות והקשבתי כדי להבין מאיפה הרעש מגיע ויכולתי גם להבחין באור שיוצאת מהיחידה"**. ובהמשך: **"זה לא מול הדירה, יש מסדרון שמוביל לדירה ובאותו שלב ששמעתי את האנשים הייתי במסדרון בחדר המדרגות, בשלב ששמעתי את הרעשים אני התקדמתי לכיוון המסדרון. כשראיתי אותו את הפעולה של הכניסה או הגעה לדלת יחידת הדיור אז התקדמתי וצעקתי "משטרה" במרחק מינימאלי של כמטר ואני עמדתי מאחוריו. ... אני תיארתי מספר פעמים את אותה סיטואציה. שמעתי רעשים של אנשים ובעקבותיהם הגעתי, שמעתי גם את השם של החשוד וכאשר הגעתי למסדרון הקצר ראיתי אותו בכניסה ליחידת הדיור"**.

כאמור מצאתי את עדותו של השוטר שגיא מהימנה והיא נותרה איתנה גם במהלך חקירתו הנגדית. לא הוצגה כל אינדיקציה לטענה כי השוטר שגיא אכן פסע במסדרון הפנימי, עת צעק "משטרה" לעברו של הנאשם. ככלל, ניתן לשער כי מטיבו של מסדרון פנימי שכזה, שהוא מצומצם בשטחו, תחת אילוצי התכנון, שכן שטח זה נגרע משטחי יחידות הדיור הפנימיות. השוטר שגיא מסר שהגיע עד למרחק של כמטר מהנאשם, שעמד על מפתן הדלת, אך לא נודע מהו אורכו של אותו מסדרון פנימי. כאמור, ההגנה בחרה שלא לזמן עדי הגנה מטעמה ושיקוליה עמה. דומני כי בעניין זה, היה מקום מצד ההגנה לזמן לעדות את הנוכחים במקום, ובעיקר את הודיה, שהתגוררה בדירה, כדי שתספר על אורכו של אותו מסדרון פנימי והאם השוטר נכנס לשטחו בשעה שקרא "משטרה". נמצא אפוא שכנגד ראיותיה של התביעה, שתקה ההגנה, כך שטענתה נותרה תלויה על בלימתה.

(ג) שלישית, נוכח פיצולה של הדירה ליחידות דיור נפרדות, כשלכל אחת דלת כניסה משלה, הרי שמבחינה תכליתית כל אחת מיחידות הדיור, מהווה "מקום המשמש למגורים", לגביו חל אינטרס הפרט להגנה על פרטיותו. בנסיבות דנא, משמצאתי לקבל את דברי השוטר שגיא כמהימנים, לפיהם הוא כלל לא נכנס לשטח יחידת הדיור כאשר צעק "משטרה" לעבר הנאשם, שבעצמו עמד על מפתן הכניסה ליחידת



הדיוור, הרי שאין בידי לקבוע כי השוטר נכנס לשטח המשמש למגורים, ללא סמכות כדיו.

22. מכל המקובץ לעיל, אני דוחה את טענת הסנגור כי השוטר נכנס ל"שטח הדירה" וצעק "משטרה", ללא כל חשד סביר, ובכך פגע בפרטיות בעלי הדירה או דיירה, ללא כל סמכות. שוכנעתי כי השוטר נכנס לתוך יחידת הדיוור, רק לאחר שהתעורר בו החשד נוכח מעשהו המחשיד של הנאשם, עת זרק דבר מה מידו, כשנוכח לגלות שוטר במקום. מיד לאחר מכן, בכניסת השוטר שגיא ליחידת הדיוור נגלה לעיניו כלי "הבאנג", ועל כן אני קובע כי השוטרים פעלו כדיו ובסמכות, כשביצעו חיפוש במקום, ללא צו ואף לא נדרשה לשם כך הסכמה מדעת.

דינו של הסם שנתפס מכוח דוקטרינת הפסילה הפסיקתית

23. כאמור הגעתי למסקנה כי החיפוש שבוצע במקום, במהלכו נמצא סם מסוג חשיש, כפי שלמים זוהה במעבדה (ת/5) היה חוקי. יתר על כן, אציין בבחינת למעלה מהצורך, כי אף אם הייתי בא לכלל דעה כי החיפוש נעשה שלא כדיו, דומני כי לא היה מקום לפסול את הסם שנתפס כראיה.

24. בהתאם לדוקטרינת הפסילה הפסיקתית, כפי שעוצבה בע"פ 5121/98 **יששכרוב נ' התובע הצבאי הראשי**, פ"ד סא(1) 461 (להלן: יששכרוב), מוקנה לבית המשפט שיקול דעת באשר לפסילת ראיות שהושגו שלא כדיו. דוקטרינת הפסילה הפסיקתית היא דוקטרינת פסילה יחסית וגמישה שנועדה למנוע פגיעה מהותית בזכותו החוקתית של הנאשם להליך הוגן, במקרה בו תתקבל במשפטו ראיה שהושגה שלא כדיו (ראו עניין יששכרוב, בעמ' 561-562). על כפות המאזניים מונחים מצד אחד הצורך להגן על זכויות הנאשם והגינות המשפט הפלילי. מהצד השני, ערכים ואינטרסים ציבוריים שונים וביניהם גילוי האמת, הלחימה בפשע וההגנה על שלום הציבור ועל זכויותיהם של נפגעי עבירה. לשם עריכת האיזון בין הערכים המתנגשים, על בית המשפט להתחשב בשלוש קבוצות של שיקולים רלוונטיים: ראשית, אופייה וחומרתה של אי-החוקיות הנוגעת בהשגת הראיה. בהקשר זה נבחנת מהות ההפרה ועוצמת הפגיעה בזכויות הנאשם. שנית, מידת ההשפעה של אמצעי החקירה הפסול על הראיה שהושגה. בהקשר זה נדרש בית המשפט לבחון איזו מידה של אי-הגינות היה כרוך בהשגת הראיה וכיצד הדבר משפיע על ערכה הראייתי, והאם לראיה שהושגה שלא כדיו ישנו קיום נפרד ועצמאי מאי-החוקיות או אי-ההגינות שהייתה כרוכה בהשגתה. שלישית, בית המשפט נדרש לאזן בין השפעת פסילת הראיה על מלאכת עשיית הצדק, תוך בחינת מהות העבירה המיוחסת לנאשם ומידת חומרתה.

25. אבחן שאלה זו, בנסיבותיו של הנאשם, לפי הפרמטרים שנקבעו בפרשת יששכרוב:

(א) אופייה וחומרתה של אי החוקיות שהייתה כרוכה בהשגת הראיה - באשר לאופייה וחומרתה של אי החוקיות בהשגת הראיה, אם הייתה כזו בענייניו, הרי שהיא הייתה במדרג הנמוך והמינורי ביותר. מדובר



בחיפוש בחצרים ולא בחיפוש על הגוף; ספק אם הסם שזרק הנאשם נפל בתוך שטח יחידת הדיור או מחוצה לו; ובנגזר מכך, ספק האם הרמתו מהארץ מהווה כשלעצמה "חיפוש"; כך או כך, הכניסה למקום נעשתה ללא הפעלת כוח, אלימות או תחבולה. החיפוש עצמו לוהה כל העת על ידי מי שנכח במקום, לרבות בעלת הדירה או הדיירת, שויתרה על נוכחות עדים במהלך החיפוש.

(ב) מידת ההשפעה של אמצעי החקירה הפסול על הראיה שהושגה - בהקשר זה, יש לבחון באיזו מידה אי החוקיות שהייתה כרוכה בהשגת הראיה, עשויה להשפיע על מהימנותה ועל ערכה ההוכחתי של הראיה, ויש לבחון האם קיומה של הראיה הינו עצמאי ונפרד מאי החוקיות שהייתה כרוכה בהשגתה. בענייננו - מדובר בראיה חפצית אשר אינה מושפעת במישרין מאי החוקיות, ככל שהייתה כרוכה בהשגתה; ואין באי החוקיות, אף אם הייתה כזו, כדי לפגוע באמינותה של הראיה.

(ג) הנזק מול התועלת החברתית בהקשר לפסילת הראיה - עניינו של פרמטר זה בבחינת ההשפעה שתהא לפסילת הראיה על מלאכת עשיית הצדק במובנה הרחב. המבחנים שנקבעו הם חשיבות הראיה להוכחת האשמה, מהות העבירה המיוחסת לנאשם ומידת חומרתה. ביחס לחשיבות הראיה, אין צורך להכביר מילים שכן מדובר בראיה מכרעת להוכחת אשמתו של הנאשם בעבירות המיוחסות לו. הגם שבעניין דנא אין מדובר בסם הנמנה על הסמים המסוכנים מבין מגוון הסמים המסוכנים, והגם שמדובר בכמות קטנה, אין להקל ראש בעבירות הסמים, גם אם מדובר לצריכה עצמית בלבד. מכאן, המחיר החברתי של פסילת הראיה אינו שקול כנגד הפגיעה באינטרס הציבורי ובאמון הציבור במערכת המשפט.

קבילותה ומשקלה של הודאת הנאשם

26. קבילות הודאתו של נאשם נבחנית בשיטתנו המשפטית בשני מסלולים: המסלול הראשון מעוגן בסעיף 12(א) לפקודת הראיות [נוסח חדש], תשל"א-1971, לפיו הודאת חוץ של נאשם תהא קבילה אם בית המשפט שוכנע, שהיא נמסרה באופן חופשי ומרצון. דרישה זו מתקיימת מקום בו ההודאה נמסרה מבלי שהופעלו על הנחקר אמצעי לחץ חיצוניים, להבדיל מאמצעי לחץ פנימיים המתעוררים בנפשו, שיש בהם כדי לשלול ממנו את יכולתו לבחור האם למסור את הודאתו אם לאו. זאת, הן מתוך הנחה כי שלילת חופש הבחירה של הנחקר מקימה חשש לאמיתות הודאתו, והן בשל הערך הפנימי שבשמירה על אוטונומיות הרצון של הנחקר. שאלת הפגיעה באוטונומיה של הרצון החופשי ומידתה נדונו רבות בפסיקה, והודגש כי רק פגיעה משמעותית וחמורה, שיש בכוחה לשבש את כושר הבחירה של הנחקר תוביל לפסילת הודאתו.

מסלול שני לפסלות הודאה מבוסס על הדוקטרינה הפסיקית, שהותוותה כאמור בפרשת יששכרוב, מכוחה מסור לבית המשפט שיקול הדעת לקבוע כי ראיה היא בלתי קבילה אם מתקיימים בה שניים:



האחד, כי היא הושגה שלא כדין, היינו באמצעי חקירה המנוגדים להוראת חוק, תקנה או נוהל מחייב; באמצעים בלתי הוגנים; או באמצעים הפוגעים שלא כדין בזכות יסוד מוגנת. השני, כי קבלת הראיה במשפט תפגע משמעותית בזכותו של הנאשם להליך הוגן שלא בהתאם לתנאי פסקת ההגבלה. החלטה בדבר פסילתה של ראיה על פי מתווה זה אינה אוטומטית, אלא נתונה לשיקול דעתו של בית-המשפט בכל מקרה לגופו.

27. לטענת הסנגור, יש לפסול את הודאת הנאשם, במסגרתה קיבל אחריות למעשים המיוחסים לו, היות והחוקר לא הבהיר לנאשם כי זכותו לשמור על שתיקה ולהימנע מהפללה עצמית. הסנגור אישר כי הודע לנאשם על זכותו להיוועץ בעורך דין, אך טען כי הנאשם לא נשאל לתגובתו ולא נמסר לו שהוא זכאי לייצוג מטעם הסנגוריה הציבורית, וגם בשל כך יש לפסול את הודאתו כראיה קבילה.

28. לאחר שבחנתי את טענות ההגנה והודעת הנאשם במשטרה, מצאתי כי אין ממש בטענות אלה ודין להידחות. מעיון בהודעתו של הנאשם (ת/1) עולה כי טרם נדרש להשיב לשאלות החוקר, הודע לו כי הוא חשוד בניסיון השמדת ראיות והחזקת סם לשימוש עצמי, בכך שיום קודם לכן ניסה להעלים חומר החשוד כסם במשקל 2.7 גרם ברוטו, שהיה בכיסו, בניגוד לחוק. בנוסף, הודע לנאשם כי זכותו להיוועץ בעורך דין; כי הוא אינו חייב לומר דבר וכל שיאמר עשוי לשמש ראיה נגדו; עוד נמסר לו כי הימנעות מלהשיב לשאלות עשויה לחזק את הראיות נגדו. הנאשם אישר בחתימתו כי הוא הבין את החשדות נגדו ואת תוכן האזהרה. מיד לאחר מכן, נשאל הנאשם האם הבין את החשדות נגדו ואת זכויותיו והשיב על כך בחיוב.

מכאן, לא מצאתי כל בסיס לטענות הסנגור, לפיהן לא הובהרו לנאשם זכויותיו לשמור על זכות השתיקה או שנפגעה זכותו להיוועץ בעורך דין.

אכן, מוטב וראוי שוויתור מצד נאשם על זכות ההיוועצות בעורך דין יהא מפורש. אולם, בהתאם לפסיקת בית המשפט העליון, אין המדובר בהכרח (ע"פ 6504/10 **עדוואן (יחיא) פרחאן נ' מדינת ישראל**, פס' קא (ניתן ביום 2.10.2013)). אכן, בע"פ 10049/08 **ראתב אבו עזא נ' מדינת ישראל** (ניתן ביום 23.8.2012) הובעה הדעה, כי "אין לאפשר היסק בדבר ויתור משתמע על הזכות להיוועץ בעורך דין", כי "גם אם ויתור על זכות ההיוועצות הוא אפשרי צריך שהויתור יעשה מדעת ובאופן מפורש", וכי "ויתור על זכות ההיוועצות צריך שיהיה מפורש, מדעת ויש לתעדו, בין היתר, בכתב ובחתימת החשוד" (פסקאות 108-109 ו-112 לפסק דינו של כב' הש' דנציגר). ברם, השופטים, כב' המשנה לנשיא (כתוארה אז) נאור וכב' השופט ג'ובראן, הותירו סוגיה זו בצריך עיון. לפיכך, אין בידי לקבוע כי זכותו של הנאשם להיוועץ בעורך דין הופרה.

29. יתר על כן, הסנגור נמנע מלהציג שאלות, במסגרת חקירה נגדית, לשוטר שגבה מהנאשם את הודעתו. בנוסף לכך, הנאשם בחר שלא למסור עדות, ובכך ויתר על ההזדמנות לשטוח את גרסתו בכוחות עצמו ובמילותיו שלו, בפני בית המשפט, ובכלל זאת להסביר הכיצד לשיטתו, אם בכלל, נפגעו זכויותיו בדרך



כלשהי, ובכללן זכותו לשמור על זכות השתיקה וזכותו להיוועץ בעורך דין. בנסיבות אלה, לא מצאתי כל בסיס לטענות ההגנה לפגיעה בזכויות הנאשם.

30. מכאן, אני קובע כי לא נפגעו זכויותיו של הנאשם, בעת גביית ההודעה מטעמו ומשלא נשמעה כל טענה כי הודית הנאשם לא נמסרה באופן חופשי ומרצון, אני קובע כי לא נפל כל פגם בקבילותה של הודאת הנאשם.

31. אולם, אין די במסקנתי שלעיל, שהרי אפשר שהנסיבות בהן מסר הנאשם את הודאתו לא עוררו חשש שמא היא לא ניתנה באופן חופשי ומרצון, אך עדיין יתכן שהנאשם כיזב בהודאתו, מטעמים השמורים עמו. לכן, לצורך הקביעה האם ניתן לבסס הרשעה על הודאתו יש לבחון את מהימנותה ואת משקלה.

32. בשונה מבחינתה של קבילות ההודאה, הבודקת אם הנאשם הודה כתוצאה מלחץ חיצוני שהופעל עליו, נועדה בחינת משקל ההודאה לבדוק האם לא הודה הנאשם כתוצאה מלחץ פנימי, בגינו נטל על עצמו אחריות למעשה עבירה אותו לא ביצע, "בחינת אומר 'להתאבד' בהודאתו" (ע"פ 48/54 **אירשיד נ' היועץ המשפטי לממשלת ישראל**, פ"ד ח(2) 690, 691). משקלה של הודאה נבחן באמצעות שני מבחנים, פנימי וחיצוני - המבחן הפנימי ("משקל עצמי") בודק את ההודאה על-פי סימני האמת העולים מתוכה, כגון הגיונה או חוסר הגיונה הפנימי, סידורם או בלבולם של הפרטים הנמסרים בה וכיוצא בהם סימנים של שכל ישר המביאים אדם בר דעת להתייחס לדברי זולתו באימון (ע"פ 774/78 **לוי נ' מדינת ישראל**, פ"ד לג(3) 228, 234). המבחן החיצוני בודק את ההודאה על פי סימני אמת שהם חיצוניים להודאה ואשר יש בהם, לפי מבחני השכל הישר, כדי להשליך אור על אמיתותה. לצורך כך, נדרשת תוספת ראייתית מסוג "דבר מה נוסף", שהינה תוספת ראייתית מאמתת, החיצונית להודאתו של הנאשם, שתאשר במידת מה את תוכן ההודאה. ראיית "דבר-מה נוסף" אינה כזו המסבכת את הנאשם בביצוע העבירה שבה הודה, אלא ראייה מאמתת בלבד, המשמשת אמת-מידה לבחינת אמיתותה של ההודאה, אשר די שתאשר במידת מה את תוכנה (ראו: ע"פ 10477/09 **מובארק נ' מדינת ישראל** (ניתן ביום 10.4.2013); (ראו: יעקב קדמי **על הראיות** כרך ראשון עמ' 142-143 (2009) - להלן: "קדמי")).

קיימים יחסי גומלין בין משקלה ומידת מהימנותה של ההודאה ובין משקלה ואופייה של הראיה החיצונית שבאה לבחון אם יש להודאה אחיזה בחומר הראיות. ככל שמשקלה העצמי של ההודאה גדול יותר, כך קטן הצורך להיזקק למבחן החיצוני של "הדבר מה". ואילו, ככל שמשקלה העצמי של ההודאה קטן יותר, כך גדול יותר הצורך להיזקק לאמת מידה חיצונית לבחינת האמת שבהודאה (ראו: ע"פ 3577/12 **אדהם פריח נ' מדינת ישראל** (ניתן ביום 23.7.2014)).

33. המבחן הפנימי נועד לבחון עד כמה ההודאה, כשהיא לעצמה ומתוכה, מעוררת אמון. במילים אחרות, נבדק עד כמה הנאשם עצמו מאמין בדברים שהוא אומר. בחינת הודאתו של הנאשם, מלמדת על משקל פנימי גבוה, על אף קוצר יריעתה. הנאשם הבהיר כי הסמים שייכים לו, כי רכש אותם תמורת 200 ₪, כי הוא מודע לכך שמדובר בעבירה על החוק, וזו הסיבה שהוא ניסה להעלים את הסם. מדובר



בגרסה ברורה, קוהרנטית וחדה, במסגרתה הנאשם הודה במעשים המיוחסים לו ולקח על עצמו אחריות.

34. מסקנתי בנוגע למשקלה הפנימי של הודאת הנאשם בביצוע העבירות מתחזקת אף יותר לאור הימנעותו של הנאשם מלתן גרסה אחרת בדרך של מתן עדות בבית המשפט. ודוק, נטל השכנוע כי הודיית חוץ שמסר נאשם הינה מהימנה ואמינה מוטל כידוע על התביעה ועל כן הלכה היא כי די לו לנאשם להקים בהקשר זה ספק סביר באשר למהימנות ההודאה. אולם, "במקום שבו מדובר בהודאה שנמסרה חופשית ומרצון... אין די בהעלאת טענה ג' דא שההודאה כוזבת ועל הנאשם לעשות 'צעד ראוי כדי לשכנע את בית המשפט' באמיתותה של הגרסה המאוחרת יותר, המוצגת על-ידיו בבית-המשפט 'במקום' הגרסה שהציג בהודאה" (ע"פ 6289/94 **דזנשוילי נ' מדינת ישראל**, פ"ד נב(2) 157, 172).

35. מהטעמים המפורטים לעיל, לאחר בחינת ההודאה לאור המבחן הפנימי, באתי למסקנה כי מדובר בהודאה בעלת משקל גבוה וכך גם מידת מהימנותה.

36. לצד זאת, נדרשת תוספת הראייתית שעניינה "דבר-מה נוסף", אשר אינה כזו המסבכת את הנאשם בביצוע העבירות בהן הודה, אלא ראייה מאמתת בלבד, המשמשת אמת-מידה לבחינת אמיתותה של ההודאה, ואין צורך שתקשור את הנאשם לאירוע. הרציונל העומד ביסוד הדרישה לתוספת ראייתית מסוג "דבר-מה נוסף", מקום שבו הודה נאשם בביצוע עבירה, עיקרו בצורך להפיג באמצעות מבחן חיצוני את החשש כי הנאשם ייחס לעצמו בהודאתו מעשה שלא ביצע (ראו למשל: ע"פ 6296/13 **אמג'ד אדריס נ' מדינת ישראל** (ניתן ביום 22.3.2015); ע"פ 6977/03 **רושדי סארה נ' מדינת ישראל** (ניתן ביום 20.7.2009); ע"פ 1094/07 **יצחק דדון נ' מדינת ישראל** (ניתן ביום 3.7.2008)).

בתי המשפט חייבו עצמם ב"דבר מה נוסף" להודאה כדי לוודא כי הדברים שבהודאה דברי אמת הם. בתי המשפט לא חייבו עצמם בראיית סיוע, שהיא ראייה עצמאית, הקושרת את הנאשם לביצוע העבירה, מה שמצביע על כך שמעמדה של ההודאה איתן במארג הראיות הקיים. המבחן החיצוני, "דבר מה נוסף", בודק את ההודאה על פי סימני אמת שהם חיצוניים להודאה ואשר יש בהם, לפי מבחני השכל הישר, כדי להשליך אור על אמיתותה (ע"פ 715/78 **לוי נ' מדינת ישראל**, פ"ד לג(3) 228, 234). עוד יצוין כי "דבר מה" הוא ראייה, ישירה או נסיבתית, המאשרת במידת מה את תוכן ההודאה, אך לאו דווקא במה שנוגע לזהות הנאשם כמבצע העבירה (ע"פ 290/59 **פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד יד 1489, 1499). בענייננו, לאור משקלה הפנימי הגבוה של הודאת הנאשם, כפי שצינתי לעיל ולאור קשרי הגומלין בין המשקל הפנימי של ההודאה למשקלה החיצוני, אין חובה שהראיות שתשמנה כ"דבר מה נוסף" להיות חזקות ומשכנעות דיין כדי להביא להרשעת הנאשם.

37. במקרה דנא, דרישת ה"דבר מה נוסף" באה על סיפוקה במציאת הסם שהשליך הנאשם מידו, זה אשר נאסף על יד השוטרים, כפי עדותו של השוטר שגיא וזוהה על ידי הנאשם כסם השייך לו, כפי שמסר בהודאתו. לימים נתקבלה כאמור חוות דעת מומחה (ת/5), לפיה עסקין בסם מסוג חשיש במשקל 2.6



גרם נטו. הסם הוצג כמוצג לבית המשפט (9/ת).

ראשית הודיה מטעם הנאשם

38. השוטר שגיא כתב בדו"ח הפעולה שמילא מיד בתום האירוע (2/ת), כי כאשר אסף מהרצפה את החומר שהשליך הנאשם, והכניסו לכיס מכנסיו, אמר לו הנאשם: **"זה שלי"**. אמירה זו היא תגובתו הספונטנית של הנאשם לגילוי הסם על ידי השוטר שגיא, ומהווה כשלעצמה "ראשית הודיה", המבטאת תחושת אשם אצל הנאשם. "ראשית ראיה מהווה ראיה עצמאית לחובתו של הנאשם; ובתור שכזו, הריהי מצטברת לראיות האחרות העומדות לחובתו ו'מסייעת' להן או רק 'מחזקת אותן' בהתאם למשקלה הראייתי" (קדמי, בעמ' 8).

התבטאות זו של הנאשם בשלב ראשוני של החקירה, בהצטרפה להודאתו בחקירה (1/ת), יש בה משום תמיכה ראייתית בגרסתו המפלילה.

אשוב לציין כי הנאשם נמנע ממתן עדות מטעמו, גם לאחר שהוזהר כי הימנעותו מלהעיד עשויה לשמש חיזוק ואף סיוע למשקל ראיות התביעה, ובחר שלא לסתור את האמירה המפלילה, כך בנסיבות דנא, שתועדה בדו"ח הפעולה שערך השוטר שגיא.

טענת ההגנה להגנה מן הצדק בשל אכיפה בררנית

39. לשיטת ההגנה, נוכחותם של השניים הנוספים, פרידמן והודיה, בזירת האירוע מלמדת בבירור על דבר מעורבותם באירוע כתב האישום, אך הם לא נחקרו ולא הועמדו לדין, על אף שלדעתה יש ראיות המפלילות אותם. במצב דברים זה, כך נטען, מדובר באכיפה בררנית מצד המאשימה, הפוגעת באופן ממשי בתחושת הצדק וההגינות, והמקימה לנאשם הגנה מן הצדק, שתוצאתה ביטול כתב האישום שהוגש נגדו.

אקדים לציין כי לא שוכנעתי שיש הצדקה לביטול כתב האישום, בשל הגנה מן הצדק, עקב אכיפה בררנית או סלקטיבית, אשר הפלתה לרעה את הנאשם ביחס לאחרים.

40. אכן, דוקטרינת ההגנה מן הצדק הפסיקתית מכירה בסמכותו של בית המשפט לבטל כתב אישום שהגשתו או בירוורו סותרים עקרונות של צדק והגינות משפטית (ע"פ 6328/12 **מדינת ישראל נ' פרץ** (ניתן ביום 10.09.13); ע"פ 4855/02 **מדינת ישראל נ' בורוביץ**, פ"ד נט(6) 776, 807 (2005); ע"פ 2910/94 **ארנסט יפת נ' מדינת ישראל**, פ"ד נ(2) 221).



דוקטרינה זו עוגנה, בשלב מאוחר יותר, בשנת 2007, כטענה מקדמית, בסעיף 149(10) לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], תשמ"ב-1982, הקובע כי לאחר תחילת המשפט, רשאי הנאשם לטעון כי **"הגשת כתב האישום או ניהול ההליך הפלילי עומדים בסתירה מהותית לעקרונות של צדק והגינות משפטית"**.

עם זאת, העובדה כי פלוני הועמד לדין ואלמוני, שאפשר כי היה מעורב באותו אירוע פלילי, לא הועמד לדין, אינה מוכיחה, מניה וביה, כי מדובר באכיפה בררנית. על המבקש לחסות בצלה של הגנה מן הצדק בטענה של אכיפה בררנית, להוכיח כי ההבחנה בין המעורבים השונים מבוססת על שיקולים בלתי ענייניים של המאשימה. השימוש בטענה זו יעשה אם כן במשורה, במקרים חריגים מאד, בהם ההליך הפלילי פוגע "באופן ממשי בתחושת הצדק וההגינות", ולא ניתן לרפא את הפגם באמצעים מתונים יותר.

יפים לעניין זה, דבריו של כב' השופט ג'ובראן בע"פ 3215/07 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 37 (ניתן ביום 4.8.2008):

"לשם העלאת טענה בדבר 'הגנה מן הצדק', הנשענת על טענה לאכיפה בררנית, יהיה על הטוען להראות, בראש ובראשונה כי מדובר בהבחנה בין מי שהדמיון ביניהם רלוונטי לעניין, במובן זה שהוא מצדיק התייחסות דומה בשאלת הגשתו של כתב אישום. בשלב השני יהא על הטוען להראות כי בבסיס ההבחנה ניצב מניע פסול, בין אם בדמות שרירותיות, התחשבות בשיקולים שאינם מן העניין, או חלילה שקילת שיקולים שאינם ראויים. מטבע הדברים מדובר בשני שלבים השלובים זה בזה, ואשר רב המשותף להם. הנטל להוכיחם, שאיננו פשוט כלל וכלל, מוטל על הנאשם, באשר הפרקליטות, ככל רשות מינהלית, נהנית מהחזקה לפיה פעולותיה נעשות כדין".

(ראו גם: ע"פ 8204/14 מחמד זלום נ' מדינת ישראל (ניתן ביום 15.4.2015); ע"פ 3667/13 ח'טיב נ' מדינת ישראל (ניתן ביום 14.10.2014); ע"פ 8702/12 זואי נ' מדינת ישראל (ניתן ביום 28.7.2013); ע"פ 37/07 פרג נ' מדינת ישראל (ניתן ביום 10.3.2008); ע"פ 5672/05 טגר בע"מ נ' מדינת ישראל (ניתן ביום 21.10.2007); ע"פ 2375/12 מזרחי נ' מדינת ישראל (ניתן ביום 6.8.2013); ע"פ 7376/10 נובק נ' היועץ המשפטי לממשלה (ניתן ביום 16.5.2011); בג"ץ 6396/96 זקין נ' ראש עיריית באר שבע, פ"ד נג(3) 289, 308 (1999)).

41. על כתפיו של הטוען לאכיפה בררנית מוטל נטל כבד, ואיננו סבור כי הנאשם שלפני הצליח להרים נטל זה. טענת ההגנה, כי החלטת המאשימה להעמיד לדין את הנאשם, נגועה בשרירותיות, מבוססת על ההנחה כי חומר הראיות נגד חשודים פוטנציאליים אחרים בפרשה, זהה באיכותו ובהיקפו למכלול הראיות שנאסף בעניינו של הנאשם. ואולם, ההגנה לא השכילה לבסס טענתה זו, ולא מצאתי כי החלטת המאשימה להעמיד לדין את הנאשם בלבד, בהתבסס על חומר הראיות שנחשף לפני, נגועה בשיקולים בלתי ענייניים.



כאמור, הנאשם הודה כי הביא עמו את הסמים למקום, לאחר שרכש אותם מאחר תמורת 200 ₪. הנאשם זרק את הסמים לרצפה, עוד בטרם הספיק להיכנס ליחידת הדיור. הנאשם לקח על עצמו אחריות מלאה על החזקת כל כמות הסמים, המצומצמת כשלעצמה, אשר נמצאה בזירה. החיפוש ביחידת הדיור לא העלה דבר נוסף. מכאן, מקובלת עלי עמדת התובע, עו"ד שחר עידן, לפיה פרידמן והודיה לא הועמדו לדין, אך בשל נוכחותם במקום, ובהעדר תשתית ראייתית מספקת, כפי הנדרש.

לא נגלה לפניי יחס מפלה בין שווים, המצדיק את ביטול האישום כנגד הנאשם. התנהלותה של המאשימה בעניינם של האחרים והחלטתה להעמיד לדין את הנאשם בלבד, מניחות את הדעת. מנגד, לא עלה בידי הגנה להרים את הנטל כדי להוכיח שהחלטת המאשימה הינה שרירותית ו/או מפלה. יתר על כן, אף אם ניתן היה להעמיק חקר בעניינם של האחרים, שנכחו במקום, או אף לבחון מעורבות של חשודים נוספים באירוע, אין בכך כדי לתמוך בטענת הנאשם כי ננקטה כלפיו אכיפה בררנית. כידוע, אין בידי רשויות אכיפת החוק והתביעה משאבים בלתי מוגבלים (ראו דברי כב' השופט (כתוארו אז) א' גרוניס בע"פ 6328/12 מדינת ישראל נ' פרץ (ניתן ביום 10.09.13)).

42. בנסיבות דנא, לא שוכנעתי כי הנאשם הופלה לרעה, לא התעוררה פגיעה חריפה בתחושת הצדק וההגינות, ואין לבטל את כתב האישום נגדו. לפיכך, נדחית טענת הנאשם בדבר תחולתה של דוקטרינת ההגנה מן הצדק בעניינו, בשל קיומה של אכיפה בררנית.

שתיקת הנאשם במשפט

43. כפי שהוזכר לא אחת, הנאשם בחר מטעמים השמורים עמו, שלא להעיד במשפט, ובכך מנע מבית המשפט לשמוע את גרסתו ואת תגובתו, באופן בלתי אמצעי, לתשתית הראייתית שהניחה המאשימה בעניינו.

44. לאור כך, שתיקת הנאשם בכל הנוגע על אמרותיו בנוכחות השוטרים, הן בדירה והן בחדר החקירות, לאחר שהוזהר כאמור, משמעה שלא נשמעה טענה מפיו כי האמרות אינן מהימנות ואינן נכונות או כי הדברים נאמרו שלא מרצונו או כי נפגעו זכויותיו בדרך כלשהי. כאמור, ההגנה תקפה את קבילות ומהימנות אמירות הנאשם, מפני שלשיטתה נפגעו זכויותיו להליך הוגן, אך גרסה נגדית כלשהי, מהאדם היחיד שיכל היה למסור אותה, לא באה. בנסיבות אלה, יש בשתיקת הנאשם, בין מכוח הוראות החוק ובין מכוח ההיגיון והשכל הישר, בבחינת חיזוק בעל ערך פוזיטיבי, שנוסף לראיות התביעה, כאמור בסעיף 162 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ד-1984.

הרשעת הנאשם בעבירות כתב האישום



45. לאור כל המקובץ, אני קובע כי הנאשם החזיק סם מסוכן מסוג חשיש במשקל 2.6 גרם נטו, לצריכתו העצמית, בניגוד לדין, ועל כן אני מרשיע אותו בעבירה של החזקת סמים לצריכה עצמית, לפי סעיף 7(א) ו-7(ג) סיפא לפקודת הסמים המסוכנים.

46. בנוסף לכך, אני קובע כי בעת שהנאשם הבחין בשוטר שגיא כהן, הוא זרק מידו את הסם הנזכר לרצפה, כדי להכשיל או לשבש הליך שיפוטי, ועל כן אני מרשיעו בעבירה של שיבוש מהלכי משפט לפי סעיף 244 לחוק העונשין.

עבירה זו אינה מתייחסת אך להליך השיפוטי בפלילים, אלא לכל הליך שיפוטי, לרבות הליכים טרום שיפוטיים, כגון הליכי חקירה על ידי הרשות החוקרת. שיבוש מהלכי משפט עשוי להתקיים במגוון דרכים. דרישת היסוד העובדתי אינה כוללת התקיימות של רכיב תוצאתי, כך שאין נפקא מינה אם פעולת השיבוש אכן הביאה לידי מניעת ההליך השיפוטי, לידי הכשלתו של חלקו או כולו או לידי עיוות דין. במקרה דנא, פעולת זריקת הסם מידו של הנאשם והרחקתו ממנו, מקיימת את היסוד העובדתי של עבירה זו, המוגדר באופן רחב, וכולל כל פעולה שיש בה למנוע או להכשיל הליך שיפוטי או להביא לעיוות דין, בין בסיכול הזמנתו של עד, בין בהעלמת ראיות ובין בדרך אחרת.

בנוסף, לצורך גיבוש העבירה, נדרש יסוד נפשי של מחשבה פלילית, מודעות להתנהגות ולנסיבות, בתוספת כוונה מיוחדת ביחס למטרה של מניעת ההליך השיפוטי, הכשלתו או הבאה לידי עיוות דין. כך שהמעשה נעשה מתוך שאיפה או מטרה להשגת התכלית האסורה, שהוראת חיקוק זו מבקשת למנוע. הנאשם שלפניי אישר במסגרת הודאתו במשטרה כי ניסה להעלים את הסם משום שידע כי מדובר בעבירה. מכאן, נלמדת מודעותו להתנהגותו האסורה בנסיבותיה ושאיתו להעלמת הסם כראיה, כדי לפגוע בהליך השיפוטי, בעקבות מעשהו האסור.

סוף דבר

47. מכל המקובץ, אני מרשיע את הנאשם בביצוע עבירות כתב האישום: החזקת סמים לצריכה עצמית, לפי סעיפים 7(א) ו-7(ג) סיפא לפקודת הסמים המסוכנים ושיבוש מהלכי משפט לפי סעיף 244 לחוק העונשין.

ניתנה היום, א' אייר תשע"ה, 20 אפריל 2015, במעמד ב"כ הצדדים והנאשם.