



ת"פ 23875/12/17 - יגאל מרדכי לביוד נגד מדינת ישראל - פמ"ד

בית משפט השלום בבאר שבע

ת"פ 23875-12-17 מדינת ישראל נ' לביוד(עציר)

בפני כב' השופט איתי ברסלר-גונן, סגן נשיאה

מבקש (נאשם) יגאל מרדכי לביוד ע"י ב"כ עו"ד עידו פורת

נגד

משיבה (מאשימה) מדינת ישראל - פמ"ד ע"י ב"כ עו"ד דבורה מזור

החלטה

הבקשה וכתב האישום

1. לפניי בקשה מצד ההגנה לאפשר לה לבדוק ולשקול את מוצג הסמים על ידי מומחה מטעמה, וזאת תוך פתיחת שקיות המוצג.

2. ברקע הבקשה כתב אישום שהוגש נגד המבקש ומייחס לו עבירות של גידול סם מסוכן, החזקת סם מסוכן, וכן עבירות נלוות.

נטען בכתב האישום כי במהלך החודשים שקדמו לתפיסה (שהיתה ביום 6.12.2017) גידל הנאשם בדירה ששכר בבאר-שבע שתילים רבים (96) של סם מסוכן מסוג קנאבוס, במשקל כולל של כ- 47 ק"ג ועוד החזיק בקופסא בסלון הדירה סם קנבוס במשקל כ- 7 גר'. נטען כי המבקש אף צייד את הדירה בגופי תאורה, פילטרים, מסננים, תאורות חימום, דשן ועוד פריטים - הכל לצורך גידול הסם. הסמים נתפסו והועברו לבדיקה ביחידות המשטרה העוסקות בדבר.

תמצית טיעוני הצדדים

3. לטענת המבקש, שקילת השתילים על ידי מז"פ נעשתה בדרך רשלנית ובניגוד לכללי השקילה והתוצאה מעוותת. על כן, עותר המבקש לאפשר למומחה מטעמו (מר אבנר רוזנגרטן, איש מז"פ בעברו) לבצע שקילת הסם ולתת חוות דעת מטעם ההגנה. נטען בבקשה כי מומחה ההגנה מבקש במפורש כי השקילה תיעשה מחוץ לאריזות שבהן מוחזקות הסמים.

במהלך הדיון [שהתקיים ביום 18.3.2018] עתר הסנגור לממש את זכותה של ההגנה לבדוק את המוצג, לרבות להוציאו, לחשוש, להריחו ולמששו, בין היתר על מנת להבטיח שלא הוכנסו לשקיות הסמים גם דברים אחרים במקום סמים. לטענת הסנגור, גם מומחה התביעה לא בודק את כל הסמים אלא מדגמית. הסנגור הבהיר כי הוא לא כופר במשקלה הזניח של השקית עצמה אלא מבקש לקבלת חוות דעת מסודרת על כל היבטי המוצג. הסנגור שב והבהיר, לאזני המבקש (הנאשם) ובשמו, כי הכל יצולם וכי לא תעלה כל טענה בנוגע לפגיעה במוצג, אם ייפגע, בין היתר בשל הוצאתו מהאריזה. הסנגור הבהיר כי אין תכלית הבדיקה עצמה כדי לפגוע בשרשרת המוצג (אם כי יש לו



טענות לעניין זה).

4. המשיבה הסכימה עקרונית כי להגנה זכות לבדוק את המוצג והסכימה לשקילת האריזות עם הסמים, ובלבד שהשקילה תתאפשר ללא פגיעה בראיות ותוך הצהרה מצד ההגנה שלפיה אין מחלוקת על שרשרת המוצג בטרם עריכת השקילה, ושהשקילה החוזרת תתועד בווידאו ולא תכלול פתיחת השקיות האטומות.
- המשיבה עותרת שכל שהבדיקה נוגעת **לכמות** הסם - היא תבוצע במתקני המשטרה ותתועד כאמור בווידאו. נטען, כי הסם נתפס לפני כארבעה חודשים ומטבע הדברים הפרישו הצמחים (החומר האורגני) חומרים ונוזלים ומשקלו היום שונה וחסר נפקות. עוד נטען כי ברגע שהשקית תפתח, התכולה תיפגם ונוזלים יתפזרו, ושעל כן קיים נוהל שגובש בפרקליטות להתנגד לבקשות מעין אלו.
- לטענת ב"כ המשיבה, לפי הנוהל הקיים והמבוצע, הסמים מוכנסים לאריזות ללא אדמה, אחרי גיזום, ועל כן אין חשש שמא נכנסה אדמה לשקיות הסם.
- ב"כ המשיבה הציעה כי האריזות ייפתחו במהלך המשפט בפני בית המשפט, אז ניתן יהיה לשקול את הסם באולם בית המשפט ומכאן להמשיך ולבדוק אותו.
5. ב"כ המשיבה הפנתה להחלטה שניתנה בת.פ. 32277-08-16 בבית משפט השלום בראשון לציון, כדי לתמוך בעמדתה. מנגד, הציג הסנגור אסופת הסכמות מצד התביעה (בעיקר התביעה המשטרית) לבקשות דומות אחרות.

ההכרעה

6. **עיקר המחלוקת היא בשאלה האם השקילה והבדיקה יהיו תוך פתיחת השקיות אם לאו.**
- לאחר ששמעתי את הצדדים ושקלתי את הבקשה, מצאתי מקום להיעתר לה, באופן מוגבל, תוך קביעת תנאים לאופן הבדיקה.
7. סעיף 74(א) בחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], תשמ"ב - 1982 [להלן: "**החסד"פ**"] מגדיר כי:
- "74. (א) הוגש כתב אישום בפשע או בעוון, רשאים הנאשם וסניגורו, וכן אדם שהסניגור הסמיכו לכך, או, בהסכמת התובע, אדם שהנאשם הסמיכו לכך, לעיין בכל זמן סביר בחומר החקירה וכן ברשימת כל החומר שנאסף או שנרשם בידי הרשות החוקרת, והנוגע לאישום שבידי התובע ולהעתיקו".**

בבש"פ 4077/06 שורץ נ' מדינת ישראל (11.6.2006) נקבע כי -

"יש להניח כי המונח "חומר חקירה", כהוראתו בסעיף 74, אינו מצומצם לחומרים כתובים בלבד, אלא פורש כנפיו גם על ראיות חפציות נוספות שנאספו ע"י הגוף החוקר והועברו לתביעה לצורך הגשת כתב אישום. לאור הרציונאלים החשובים העומדים בבסיס הזכות לעיין בחומר החקירה, אין סיבה שלא לקבוע כי עקרונית, ראיות חפציות באות אף הן בגדר המונח "חומר חקירה", וכי יש להעמידן, בכפוף לתנאים שונים שיבטיחו את השמירה עליהן, לבדיקת הנאשם. כמובן, שהשאלה האם חומר מסוים מהווה "חומר חקירה" תוכרע בסופו של דבר באופן פרטני, ע"פ טיב החומר ומידת זיקתו לסוגיות הנדונות".

אין ולא צריכה להיות מחלוקת כי הסמים עצמם במקרה שלפנינו מהווים חומר חקירה המצוי בגדרי סעיף 74



בחסד"פ. מדובר בראייה חפצית (הסם עצמו) וכן בראיות כתובות הנוגעות לטיבו, הרכבו, מהותו ומשקלו של הסם. מעצם הגדרתם של הסמים כמצויים במסגרת "חומר החקירה" קמה לנאשם הזכות לעיין בהם [כאמור, לפי סעיף 74 בחסד"פ] ולמול זכות זו קמה החובה לרשות התביעה לאפשר את העיין כאמור. אי מתן אפשרות עיין שכזו תגרוור איסור בדבר הגשתה של הראייה לבית המשפט, כפי הוראת סעיף 77(א) בחסד"פ:

"77. (א) לא יגיש תובע לבית המשפט ראייה ולא ישמיע עד אם לנאשם או לסניגורו לא ניתנה הזדמנות סבירה לעיין בראייה או בהודעת העד בחקירה, וכן להעתיקם, אלא אם ויתרו על כך".

הוראות אלו שבחסד"פ, והפסיקה שהתפתחה בהקשרן, מניחות קיומם של פערי מידע וכוח בין המדינה לנאשמים ונועדו להסדיר את צמצום הפערים לשם הבטחת הזכות למשפט ולהליך הוגן. זכות זו, אינה רק מניעת עיוות דין אלא גם רצון להגיע לחקר האמת תוך שמירה על זכויות הנאשם, לרבות הזכות למצוא בראיות שנאספו על ידי התביעה ראיות מזכות או ראיות המחלישות את עצמת הראיות המפלילות [השוו בש"פ 7064/08 מדינת ישראל נ' ברקו, פ"ד סג(2) 453 (13.8.2009); השוו גם י. קדמי, **על סדר הדין בפלילים**, עמ' 1013 (2009)].

ברור, שאין תכלית זכות העיין לאפשר פגיעה בראיות התביעה וכי האינטרס הציבורי שבשמירה על הראיות הוא בעל מעמד גבוה לא פחות. עם זאת, "הזדמנות סבירה" לעיין בראיות התביעה מתייחסת גם לאפשרות שהעיין ייעשה בלי לפגוע בראייה זו, או לפחות תוך הבטחה לפגיעה מזערית. יש להישמר מפני מצב של מניעת זכות העיין או "קיצוצה" בפועל עד כדי פגיעה במוטנציאל ההגנה של הנאשם [בש"פ 3099/08 אברהמי נ' מדינת ישראל (23.2.2009)].

בע"פ (מחוזי - חי') 47248-08-11 מדינת ישראל נ' דה מאיו (05.1.2012) נדון מקרה שבו בוטל האישום בשל שלא ניתנה לנאשם האפשרות לבדוק את הסם שנתפס. הרכב בית המשפט המחוזי (ההחלטה נכתבה ע"י כב' השופט י. קיסרי) קיבל את ערעורה של המדינה על החלטת בית משפט השלום לבטל את האישום, אולם קבע כי אכן הופרה זכות הנאשם לבדיקת מוצג הסם וכי הסנקציה היתה צריכה להיות בגדרי סעיף 77 בחסד"פ ולא ביטול האישום. כב' השופט ע. גרשון הביע דעתו הנוספת, לפיה האפשרות של ההגנה במשפט פלילי לערוך בדיקות על חפץ שנתפס כראייה והוא מוחזק בידי המאשימה, לא הוסדרה כלל בחקיקה. חששה של הפרקליטות או המשטרה מפני פגיעה ראייתית אכן מקשה על ההליך, אולם הדרך היא להסדיר את ההליך ולא למנועו.

8. לטעמי, נקודת המוצא היא זכותו של הנאשם להליך הוגן. זכות זו היא בעלת מעמד על במשפטנו. כאשר זכות זו עומדת למול אפשרות הפגיעה באינטרסים אחרים, עוסק המשפט באיזונים הנדרשים ולא פעם מעדיף את האפשרות של ביטול האישום על פני פגיעה בערכים האחרים, וזאת מתוך הבנה כי לא ניתן לקיים משפט הוגן מבלי לפגוע בערך אחר. דוגמא טובה היא למשל במצב של ראייה חסויה שהיא חיונית להגנת הנאשם. לא פעם, כאשר מובנת חיוניותה של אותה ראייה להגנה, מעדיפה המדינה לבטל את האישום על פני מצב של פגיעה באינטרס חשוב לא פחות מזה של העמדת הנאשם לדין.

הזכות להליך הוגן כוללת גם את זכותו של הנאשם לבדוק את הראייה החפצית המפלילה אותו; עד כדי אפשרות למששה, לחוש אותה, להריחה וכמון גם לבדקה מדעית. הכל - מתוך שאפשר וימצא בכך תועלת להגנת הנאשם. תועלת זו יכולה להיות בהבנת משמעותה של הראייה ותובנות מתוך בדיקתה, ויכול שהתועלת תהיה בזיהוי כשלים בבדיקת הראייה. בחינה זו, הנעשית בעיני ההגנה, היא להגנה להחליט בה ולא לתביעה, ועל כך נאמר כבר כי אין חקר לתבונה סגור מוכשר [ע"פ 35/50 מלכה נ' היועץ המשפטי לממשלת ישראל, פ"ד ד', 429, 433]. אדרבא: בעיניו של בית המשפט, בחינת הראייה על ידי ההגנה, במהלך המשפט, מביאה לכדי אמון בתוצאות ההליך, שהרי שני הצדדים זכו ליחס הוגן וליומם, גם בהקשר של בדיקת הראיות.

ניתן כמובן לתת סייגים למימוש זכות זו של ההגנה. סייגים אלו יכולים להיות בהקשר של מקום הבדיקה, מיהות



הבודק, אופן הבדיקה, תיעודה, משמעויות הנובעות מנזק לראיה וכד'. יש לתת את הדעת למשל על מצב שבו במהלך הבדיקה מתגלית ראיה נוספת או תובנה חדשה, ויתכן שהתביעה תוכל לעשות בה שימוש [בכפוף לכללים בדבר השלמות חקירה].

בהקשר זה, יש לבחון גם את תכלית הבדיקה ולאזנה מול פוטנציאל הנזק שבה. כך למשל, לא שונה תכלית של בדיקת משקל לבד, למול תכלית של בדיקת מעבדה לבדיקת משמעות החומר או סימנים על גבי המוצג. בבחינת תכלית הבדיקה יש לבחון גם את תיזת ההגנה ואת התועלת שבבדיקה לתיזה זו. ברור שישנן בדיקות הגורמות במהותן נזק למוצג ועל כן, גם בהקשר זה, יידרש בית המשפט לאיזון בכל מקרה ומקרה.

ועדיין, נקודת המוצא היא זכות העיון. הסייגים תכליתם להבטיח את האינטרס הציבורי, כשחקר האמת הוא כמובן חלק לא מבוטל ממנו. יש לזכור כי כשם שהמדע מתפתח, כך גם המשפט, והתפתחות זו מושגת לא פעם באמצעות בדיקות המתבצעות על ידי חוקרים, מדענים או סקרנים אחרים, מקום בו סבר הכלל שהכל ידוע.

מכאן, שנהלי המשיבה נדרשים כדי להבטיח שמירה על הראיות, אולם אין בנהלים אלה כדי לסייג את זכויות הנאשמים. סייגים שכאלו צריכים להיקבע בחקיקה. הנהלים תכליתם לקבוע את התנאים להבטחת שמירת הראיות, דווקא מתוך ההכרה בזכות העיון התכליתית. כך למשל נקבע בנהלים האופן שבו יהיה נוכח נציג ההגנה בנתיחת גופה, נוכח שיהיה קשה לשחזר את הליך הבדיקה לאחר הגשת כתב האישום [הנחיית היועץ המשפטי לממשלה מס' 4.2203 מחודש מרץ 2013].

ועוד צריך להיקבע בנהלים שמקום שבו מומחה ההגנה מעיד על הבדיקה - הרי שכל תוצאותיה והתיעוד של אותה בדיקה יהיו חלק מהחומרים שניתן יהיה להציג בחקירה נגדית לבית המשפט, גם אם למעשה נאספו במהלך פעולה שערכה ההגנה.

לסיכום עקרונות אלו של זכות העיון ראו רע"פ 1103/12 דה מאיו נ' מדינת ישראל (16.2.2016), במסגרתו נדחתה בקשת העורר לערור על החלטת בית המשפט המחוזי בע"פ 47248-08-11 מדינת ישראל נ' דה מאיו (5.1.2012) הנ"ל, בקבעו כי -

"על המבקשת [המדינה - א.ב.ג.] למצוא דרך הגונה להסדרת העיון, כך שזכויותיו של המבקש להליך הוגן לא ייפגעו, אך ההליך הפלילי יבוא על מיצויו. המשיבה היא הציבור, היא מייצגת אינטרס ציבורי, של העמדת עבריינים לדין - אך לא פחות גם הוגנות כלפי כולי עלמא; הדבר חיוני."

מן הכלל אל הפרט:

9. ספק בעיני אם נכון להיום משקלן הכולל של שקיות הסמים השתנה מאז נחתמו לאחר בדיקתם במעבדה. חוק שימור המסה, שנוסח לפני כמאתיים שנה ע"י המדען הצרפתי אנטואן-לורן דה לבואזיה [שסיים את חייו במסגרת המהפיכה הצרפתית] קובע כי מסה של חומר במערכת סגורה יכולה לשנות צורתה אך לא להיעלם ואף לא להופיע יש מאין.

התהליכים הכימיים והביולוגיים שעברו הסמים מאז, כחומר אורגני, לא אמורים לשנות מהמסה הכוללת של אותם חומרים בתוך השקיות הסגורות. על כן, גם אם תוכן השקית שינה צורתו ורכיביו, נוכח פעילותו של החומר האורגני בחלוף הזמן - עדיין המשקל הכולל לא אמור להשתנות. מכיוון שכך - שקילת שקית הסמים לפני פתיחתה, בוודאי כאשר הכל מצולם ומתועד, אמורה להבטיח מפני נזק שנגרם למשקל עם פתיחת הסמים.

10. כעולה מטענות ההגנה, יכולה להיות לה תועלת בבדיקה האמורה, ביחס למשקל הסמים ונוכחות רכיבים שאינם



סמים [ככל שהדבר ניתן לבדיקה]. עם זאת, לא מצאתי כי מדובר בבדיקה שתכליתה (כשלעצמה) להביא לזיכוי הנאשם בבחינת שהיא חיונית ובלעדיה אין.

מנגד, לא מצאתי הסבר לסירוב לבצע את הבדיקה, מעבר לחשש לפגיעה במוצג, חשש שניתן לצמצם בנהלים ברורים.

לטעמי, המשיבה בהחלט יכולה לנקוט פעולה לתיעוד מטרים של ההליך, וללוות את הליך פתיחת השקיות על ידי מומחים מטעמה, לרבות תיעוד המשקל לפני הפתיחה ומיד לאחר מכן, לרבות תוך שקילת כל רכיב מבין הרכיבים המוצאים מתוך השקיות, כולל נוזלים שבוודאי קיימים.

אינני מקבל את הצעת המשיבה שלפיה השקיות יפתחו לראשונה בפני שופט שיוכל לצפות במשקלן. לא יהיה בכך כדי לאפשר את בדיקת התכולה, שצריכה להיעשות במעבדה ולא באולם בית המשפט, כ"דרמה בשידור חי". נזכיר כי המחלוקת אינה רק על משקל תכולת השקיות אלא גם על תוכן התכולה.

11. הנהלים צריכים לאפשר ולשרת את זכות העיון ולא להיפך. זכות זו היא במרכז העיסוק והדיון, ולא הנהלים עצמם.

במקרה שלפנינו, מדובר בסם קנאבוס, שהוא פשוט לבדיקה והסבירות לפגיעה במוצג, במצבו הנוכחי; כאשר כל שלב ושלב בהליך הפתיחה והבדיקה מתועד - נמוך ביותר. ככל שיש צורך לקחת חלק מהחומר לבדיקה חיצונית - גם לכך יש נהלים שהמנהל [לפי פקודת הסמים], יכול להורות ולאפשר.

12. ועוד דבר - בית המשפט מודע עקרונית למשמעות האורגנית של המוצג ולהליכים שהוא עובר כמוצג, בחלופ זמן, בתוך השקית. הדברים כשלעצמם אינם בגדר הפתעה, אם כי יש לבצע את הקונקרטיזציה לכל מקרה ומקרה. תיעוד ויזואלי של השקית בעת פתיחתה בהחלט צפוי להראות שינויים אלו. ועדיין, ככל שיהיה צורך בראיות הזמה כלשהן, גם לכך רשאית המשיבה בהתאם לדיון.

סוף דבר:

13. אני מתיר את בדיקת מוצגי הסמים בכפוף להנחיות הבאות, אשר יבוצעו במתקני המשטרה:

(א) המוצגים יישקלו שוב בטרם פתיחתם והדבר יתועד גם בוידאו.

(ב) פתיחת המוצגים ובחינתם הוויזואלית תיעשה בנוכחות איש משטרה, במתקן משטרה ותוך תיעוד וידאו.

(ג) ככל שיופרדו חלקים - הם יישקלו גם כן, לרבות נוזלים.

(ד) היה ויתבקש ליטול חלק קטן מהסם לבדיקת מעבדה נפרדת, ינתנו הנחיות על ידי המנהל [כהגדרתו בפקודת הסמים], וכמובן שגם הליך זה יתועד.

המנהל והמשיבה יוכלו לקבוע נהלים נוספים להבטחת שמירת המוצגים, כמובן מתוך אותה זכות העיון.

רשמתי בפני את הסכמתו של הנאשם שלא תישמע כל טענה בדבר פגיעה במוצג ואף לא לנזק לשרשרת הסם, הנובע מאותו הליך בדיקה.

ההליך יבוצע בהקדם ובשים לב לצורך בתיאום הגורמים השונים.

המזכירות תשלח העתק ההחלטה לצדדים ותודיעם טלפונית בדבר קיומה במערכת נט המשפט.



ניתנה היום, י' ניסן תשע"ח, 26 מרץ 2018, בהעדר הצדדים.