



ת"פ 33793/04/18 - פרקליטות מחוז מרכז - פלילי נגד אביהו כהן מגורי

בית משפט השלום ברחובות

ת"פ 33793-04-18 פרקליטות מחוז מרכז - פלילי נ' כהן מגורי
תיק חיצוני: 153293/2018

מספר בקשה: 61

בפני כבוד השופטת, אפרת פינק
התביעה
פרקליטות מחוז מרכז - פלילי
ע"י ב"כ עו"ד דודי ענבר
נגד
הנאשם
אביהו כהן מגורי ע"י ב"כ עו"ד עדי כרמלי

החלטה

בתום פרשת התביעה טענו באי כוח הנאשם כי "אין להשיב לאשמה", לפי סעיף 158 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח חדש], תשמ"ב - 1982. מכאן ההחלטה שלהלן.

מבוא וטענות הצדדים

1. נגד הנאשם הוגש כתב אישום המייחס לו עבירה של החזקת סם מסוכן שלא לצריכה עצמית, לפי סעיף 7(א) יחד עם סעיף 7(ג) לפקודת הסמים המסוכנים, התשל"ג - 1973.
2. לפי כתב האישום, ביום 4.4.18, בשעות הלילה, החזיק הנאשם בתיבת הדואר של ביתו בעיר יבנה סמים מסוכנים שלא לצריכה עצמית כדלקמן: שקית שקופה המכילה סם מסוכן מסוג קוקאין במשקל של 39.9235 גרם; שקית פלסטיק סגורה ובתוכה סם מסוכן מסוג קנבוס במשקל של 2.74 גרם; עטיפת פלסטיק סגורה המכילה סם מסוכן מסוג חשיש במשקל של 2.55 גרם; מעטפת נייר סגורה ובתוכה אריזה מפלסטיק נצמד המכילה נייר מקופל ובתוכו סם מסוכן קוקאין במשקל של 0.5202 גרם, אריזה מפלסטיק המכילה סם מסוכן קוקאין במשקל של 0.5661 גרם, ואריזה נוספת מפלסטיק ובתוכה 5 אריזות המכילות סם מסוכן מסוג קוקאין במשקל של 5.0301 גרם. לפי כתב האישום, שווי הסמים נע בין סכום של 18,000 ₪ ובין סכום של 30,000 ₪.
3. באי כוח הנאשם טענו לאחר תום פרשת התביעה, כי "אין להשיב לאשמה" וכי יש לזכות את הנאשם. לטענתם, תיבת הדואר של הנאשם נפרצה ללא נוכחותם של שני עדים אובייקטיביים, ולמרות שהנאשם והעדה מטעמו בקשו להיות נוכחים בחיפוש. מכאן, שהחיפוש נערך בניגוד לדרישות הדין כן בניגוד לצו בית



המשפט. עוד טענו, כי נפלו מחדלים קשים בשרשרת המוצג של הסמים, ובכלל זאת: רישומים נערכו בדו"ח שרשרת סמים באיחורים ממשיים; רישומים נערכו ללא מספרים סידוריים של המוצגים; נעשה שימוש באריזות מביתו של הנאשם ומכאן ההסבר לטביעות האצבע של הנאשם שנמצאו על גבי האריזות.

לטענתם, בנסיבות אלו הושגו הסמים שלא כדין, ובהתאם לדוקטרינת הפסילה הפסיקתית, יש לפסול הראיה ולזכות את הנאשם.

4. בא כוח התביעה טען בתשובתו, כי זיכוי נאשם בטענה של "אין להשיב לאשמה" שמור למקרים חריגים וקיצוניים בלבד. לטענתו, די בכך שהתביעה תביא ראיות בסיסיות להוכחת יסודות העבירה, על מנת לדחות את הטענה, וכי בשלב זה כלל לא ייכנס בית המשפט לעובי הקורה, לא ינתח את הסתירות וגם לא יידרש לשיקולי מהימנות.

עוד טען, כי כבר נקבע שטענות בדבר חיפוש לא חוקי אינן מתאימות לדיון בשלב של "אין להשיב לאשמה". לטענתו, בתי משפט מחוזיים הורו, לא אחת, לבתי משפט השלום, להמשיך ולשמוע את ראיות ההגנה לאחר שנאשמים זוכו בשלב של "אין להשיב לאשמה" מחמת חיפוש לא חוקי. בא כוח התביעה הוסיף וטען, כי לא ניתן בשלב זה להכריע בטענות מגוונות של באי כוח הנאשם, ובכללן: טענות בדבר סתירות בין עדי התביעה; טענות לפגם בשרשרת המוצג; טענות ביחס לטביעת האצבע על המעטפה; חיפוש שלא בנוכחות שני עדים; מידת ההשפעה של אמצעי חקירה פסול על ראיה שהושגה; והנזק מול התועלת החברתית הכרוך בפסילת הראיה. לטענתו, יש לדחות טענות אלו גם לגופם.

5. באי כוח הנאשם השיבו בתגובתם, כי הואיל ואין מחלוקת כי החיפוש נערך שלא כדין יש לפסול את הראיות שהושגו בעקבות החיפוש הבלתי חוקי. לטענתם, פסילת הראיה תביא לזיכוי הנאשם כך שאין טעם בשמיעת ראיות ההגנה. עוד טענו, כי לא הונחה תשתית ראיתית בסיסית כדי לחייב את הנאשם להשיב לאשמה.

דיון והכרעה

6. לפי סעיף 158 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], תשמ"ב - 1982:

"נסתיימה פרשת התביעה ולא הוכחה האשמה אף לכאורה, יזכה בית המשפט את הנאשם - בין על פי טענת הנאשם ובין מיזמתו - לאחר שנתן לתובע להשמיע את דברו בענין..."

7. בע"פ 732/76 **מדינת ישראל נ' כחלון**, פ"ד לב(1) 170, 179 (1977) נקבעו כללי הבסיס לדיון בטענה של אין להשיב לאשמה. יפים לעניין זה דבריו הבאים של השופט מאיר שמגר:

"... בית-המשפט לא יטה אוזן קשבת לטענה שלפיה אין להשיב לאשמה אם הובאו ראיות בסיסיות, אם כי דלות, להוכחת יסודותיה של העבירה שפרטיה הובאו בכתב-האישום ראיות בסיסיות לענין זה אין משמען כאמור ראיות שמשקלן והיקפן מאפשר הרשעה על אתר, אלא ... ראיות במידה היוצרת אותה מערכת הוכחות ראשונית, המעבירה את הנטל של הבאת ראיות (להבדיל מנטל השכנוע) מן התביעה לנאשם. לענין משקלן של הראיות ובחינת אמינותן מן הראוי להוסיף, למען שלמות התמונה, כי ייתכנו נסיבות קיצוניות שבהן תעלה שאלה זו כבר בשלב הדיוני האמור: כך נקבע בשעתו, באנגליה, בגדר ככלל של פרקטיקה ..., כי את הטענה אשר לפיה אין

עמוד 2



להשיב לאשמה ניתן להעלות, בעיקר, בהתקיים אחד משניים אלה: א. כאשר לא הובאה עדות כלשהי כדי להוכיח יסוד חיוני ומרכזי של האשמה, או ב. כאשר הסתבר בעליל, על פניו, כי כל הראיות שהובאו על-ידי התביעה הן כה בלתי-אמינות עד כי אף ערכאה שיפוטית בת-דעת לא היתה מסתמכת עליהן ... אך מובן הוא כי נסיבות מן הסוג השני, שבהן ייזקק בית-המשפט בשלב של תום פרשת-התביעה לענין האמינות, הן חריגות ומכאן גם שההזדמנויות אשר בהן ייעשה יישום מעשי של כלל הפרקטיקה הזו, יהיו נדירות. אין לדקדק בשלב דיוני זה כחוט השערה ולערוך בדיקה מסועפת כדי להסיק אם אכן הוכח לכאורה כל פרט שולי וכל יסוד מישני מאלה שהוזכרו באישום. די בכך שיהיו ראיות לכאורה לגבי היסודות המרכזיים של האישום ...". (ראו גם: ע"פ 405/80 **מדינת ישראל נ' שדמי**, פ"ד לה(2) 757 (1981); ע"פ 141/84 **מדינת ישראל נ' טובול**, לט(3) 596, 607 (1985)).

8. האם יש מקום בנסיבות המקרה שלפניי להורות על זיכוי הנאשם בשלב של "אין להשיב לאשמה"? התשובה על כך היא בשלילה.

9. פרשת התביעה מלמדת על קיומה של התשתית הראייתית הראשונית הבאה: נערך חיפוש בדירת הנאשם לפי צו בית משפט. בחיפוש נכחו שוטרים וכלבן. במהלך החיפוש בדירה, סימן הכלב על שני מקומות, פס עץ בתחתית הדלת בתוכו נמצאו מספר חבילות של שטרות כסף, ובתחתית התנור, שם נתפסו שטרות כסף נוספים. סך הכל נמצא בדירה כסף מזומן בסכום של 350,000 ₪ בדלת הזזה; כסף מזומן בסכום של 230,000 ₪ וסכום כסף זר בתנור אפייה; וכן כסף מזומן בסכום של 21,200 ₪ על גופו של הנאשם; השוטרים, או מי מהם, ערכו גם חיפוש בתיבת הדואר של הנאשם בכניסה לבניין. בתיבת הדואר נמצאו הסמים הבאים: שקית שקופה המכילה סם מסוכן מסוג קוקאין במשקל של 39.9235 גרם; שקית פלסטיק סגורה ובתוכה סם מסוכן מסוג קנבוס במשקל של 2.74 גרם; עטיפת פלסטיק סגורה המכילה סם מסוכן מסוג חשיש במשקל 2.55 גרם; מעטפת נייר סגורה ובתוכה אריזה מפלסטיק נצמד המכילה נייר מקופל ובתוכו סם מסוג קוקאין במשקל של 0.5202 גרם, אריזה מפלסטיק המכילה סם מסוג קוקאין במשקל של 0.5661 גרם, ואריזה נוספת מפלסטיק ובתוכה 5 אריזות המכילות סם מסוכן מסוג קוקאין במשקל של 5.0301 גרם.

10. הראיות שפורטו הן בגדר תשתית ראייתית ראשונית להוכחת יסודות העבירה המיוחסת לנאשם בכתב האישום, במידה היוצרת אותה מערכת הוכחה ראשונית, המעבירה את הנטל של הבאת ראיות (להבדיל מנטל השכנוע) מן התביעה לנאשם.

11. באי כוח הנאשם העלו כבר בתשובתם לכתב האישום ובהמשך במסגרת הטענה כי אין להשיב לאשמה, שתי טענות מרכזיות: האחת, טענה בדבר אי חוקיות החיפוש בתיבת הדואר ללא עדים; השנייה, טענה בדבר פגמים בשרשרת הסם.

12. אכן, ישנה גישה בפסיקה שלפיה ניתן להכריע בסוגייה של חוקיות החיפוש גם בשלב של טענת "אין להשיב לאשמה" (ראו, למשל: ת"פ (רח') 59911-12-13 **מדינת ישראל נ' פרי** (20.4.15)). בבסיס גישה זו עומדת ההנחה כי אין לדרוש מנאשם להשיב לאשמה ככל שהוחלט על פסילת ראייה מחמת חיפוש בלתי חוקי בהתאם לתנאים שנקבעו בע"פ 5121/98 **יששכרוב נ' התובע הצבאי**, פ"ד סא(1) 461 (2006) וברע"פ 10141/09 **בן חיים נ' מדינת ישראל** (6.3.12)).

עם זאת, גישה זו יפה לנסיבות בהן אין מחלוקות עובדתיות של ממש, והיא אינה מתאימה לכל מקרה ומקרה



(לגישה שונה, ראו למשל: ע"פ (ת"א) 11347-03-15 **מדינת ישראל נ' ביניאשוילי**, בפסקה 6-7 (25.5.15); ת"פ (מחוזי-ת"א) 4164/09 **מדינת ישראל נ' וייזמן**, בפסקה 50 (6.9.10); ת"פ (ת"א) 74610-01-19 **מדינת ישראל נ' זהבי**, בפסקה 15, (11.10.21); ת"פ (חד') 2285-08-14 **מדינת ישראל נ' זהביאן**, בפסקה 4 (21.12.16)).

13. במקרה הנדון, אין נסיבות העניין, ובעיקר אין טענותיהם של באי כוח הנאשמים, מתאימות לבירור בשלב של "אין להשיב לאשמה".

14. אין מחלוקת של ממש כי החיפוש בתיבת הדואר אכן בוצע ללא נוכחות של עדים. עם זאת, הנסיבות לביצוע חיפוש זה ללא עדים מצויות במחלוקת של ממש. בכלל זאת, התעוררו מחלוקת עובדתיות ביחס לרבות מנסיבותיו של חיפוש זה, לרבות זהות הנוכחים בחיפוש, מי הורה על ביצועו ומדוע. למעשה, באי כוח הנאשם טענו לסתירות רבות בין השוטרים, לנוכחות של שוטרים שלא תועדה ועוד. הכרעה בשאלות אלו מחייבת הערכת מהימנותם של העדים וקביעת ממצאים עובדתיים והיא אינה מתאימה לשלב של "אין להשיב לאשמה". יתר על כן, ההכרעה בדבר נסיבותיו של החיפוש חשובה ואף מהותית לשלב האיזונים בין האינטרסים הנדרש בהתאם להלכות יששכרוב ובן חיים. משמע, שכל שיקבע שהחיפוש אינו חוקי, יהיה צורך להידרש למשמעות ולעוצמת הפגם, ולאזן בין הפגם ובין אינטרסים נוספים. במקרה הנדון, ההכרעה בדבר מהות ועוצמת הפגם קשורה בטבורה להכרעה במחלוקת העובדתיות ובסוגיות המהימנות של השוטרים.

15. מסקנה זו יפה ביתר שאת באשר לטענות בדבר פגמים בשרשרת המוצג. הכרעה בטענות אלו מחייבת הערכת מהימנות וקביעת ממצאים, באשר לרישום מוצגים ודו"חות, העברתם של מוצגים וקבלתם, בדיקת המוצגים, זהות המוצגים שעליהם נמצאו טביעות אצבע ועוד. גם כאן אופי ומהות טענות ההגנה אינם מאפשרים הכרעה בשלב זה, שכן הן כוללות טענות בדבר סתירות בין עדויות, אי התאמה בין מסמכים ובין עדויות ואף טענות בדבר השתלת מוצגים. כאן המקום להדגיש, כי גם ההכרעה בדבר תקינות שרשרת המוצג קשורה בטבורה לשלב האיזונים שיידרש להכרעה, ככל שייקבע שנפלו פגמים בשרשרת המוצג.

16. מכאן, שלא מתקיימים התנאים החריגים לקבלת טענת "אין להשיב לאשמה" והטענה - נדחית.

17. באי כוח הנאשם יודיעו לא יאוחר מיום 4.4.21 אם בדעתם להעיד את הנאשם, ובהמשך לכך ינתנו הוראות משלימות.

ההחלטה תומצא לצדדים.

ניתנה היום, י' ניסן תשפ"א, 23 מרץ 2021, בהעדר הצדדים.

