

ת"פ 45138/05 - המאשימה - מדינת ישראל נגד הנאשם - מוחמד ח'וואגה

בית משפט השלום ברמלה

ת"פ 45138-05-18 מדינת ישראל נ' ח'וואגה
בפני כבוד השופט הישאם אבו שחאדה

בעניין: המאשימה - מדינת ישראל ע"י עוה"ד נתליה
オスטרובסקי

נגד
ה הנאשם - מוחמד ח'וואגה ע"י עוה"ד אסף
שלום

הכרעת דין

כתב האישום

1. כנגד הנאשם הוגש כתב אישום שמייחס לו ביצוע עבירה של החזקת סכין שלא למטרה כשרה לפי סעיף 186 (א) לחוק העונשין, תשל"ז - 1977 (להלן: **חוק העונשין**). על פי עובדות כתב האישום, ביום 2/3/2018 בשעה 01:00 או בסמוך לכך, עת שנג הנאשם ברכבו בתחום העיר לוד, החזיק הנאשם בסכין בחתה משענת היד של רכבו.

קבעת ממצאים שבעובדה

2. מטעם המאשימה העיד השוטר גרשון מיכאלשוויל (להלן: **גרשן**) ואשר מסר בתמצית את הדברים הבאים (ראו: דוח הפעולה שלו ת/6, וכן עדותו בבית המשפט בפרוטוקול מיום 13/11/2019 עמוד 9 שורה 29 עד עמוד 13 שורה 12):

א. ביום האירוע מושא כתב האישום, גרשון היה בסירור שגרתי בסמוך למתחם המגורים של משפחתו של הנאשם (להלן: **המתחם**). לטענת גרשון, מניסיוונו בעבודתו במשטרת הוא ידע של המשפחה של הנאשם יש "סכסוך פתוח", כלשהו.

עמוד 1

ב. גרשון הבחן ברכב מסווג מזדה בצבע אפור נכנס במהירות אל תוך המתחם. גרשון ניגש לרכב והבחן שמי שנגה ברכב היה הנאשם ולידו ישב קרוב משפטו בשם אמר חווואג'ה (להלן: אמר). גרשון הבחן שיש ריח חזק של סמים בתוך הרכב, וכן פנה לאמר ובקש לדעת אם הוחזק ברכב "משהו לא חוקי" כלשונו, ואמר השיב בחיווב והוציא מכיסו שקית שרשות עליה "מיסטר ניס גיא" ובתוכה חומר החשוד כסם.

ג. בעקבות זאת, גרשון החליט לבצע חיפוש ברכב, ובתא של משענת היד מצא סכין מתקפלת ומתקבעת עם ידית חומה. גרשון שאל את הנאשם למי שייכת הסכין והוא ענה שהוא שייכת לו ושקנה אותה בסך של 220 ₪ מחנות בקנין. צילום של הסכין הוגש קריאה במשפט (ת/5) (להלן: הסכין).

ד. גרשון הונחה על ידי קצין החקירות בתחנת המשטרה בלבד לשחרר את הנאשם ואת אמר לדרcum ולמסור לכל אחד מהם הזמנה לסור למשטרה במועד מאוחר יותר. הסכין והשקיית עם החומר החשוד כסם, הועברו על ידי גרשון למשרד הרישום של תחנת לוד (ראו את המזכירים ת/2, ו-ת/3).

3. לעומת זאת, הנאשם העיד בטעמץית כדלקמן (ראו: אמרת החוז שלו במשטרה, ת/1 שורות 40-6, וכן עדותו בבית המשפט בפרוטוקול מיום 13/11/2019 עמוד 16 שורה 30 עד עמוד 18 שורה 33):

א. הרכב שלו הוא מסווג פולקסווגן בצבע י록 ולא מזדה בצבע אפור, כפי שטען גרשון. במועד האירוע מושא כתב האישום הוא נהג ברכב ולידו ישב אמר שמתגורר יחד עמו במתחם.

ב. גרשון ניגש לרכב ופתח את דלת הנהג והורה לנאשם לצאת ממנו. הנאשם העיד שקיימת היכרות קודמת בין הנאשם ואמר, מצד אחד, לבין גרשון מכוח תפיקתו כשוטר, מצד שני, שמכוכחה גרשון ידע שהנאשם ואמר נהגים לעשן סמים. אמר מיד אמר לגרשן שהוא מחזיק סמים ומסר לו את השקיית שהיא עמו ושהה הוא הסמיים.

ג. מיד לאחר מכן, גרשון ביצע חיפוש ברכב ומצא בתא הcupboards את הסכין שייכת לנאשם ושנרכשה על ידו בחנות בקנין. הנאשם לא היה מודע לקיומה של הסכין ברכב ולטענתו יתכן שהוא הונחה ברכבו על ידי אחד מאחיו הקטנים שהם בגילאי 12 שנים ו- 6 שנים לערך.

4. למעשה, אין הבדל משמעותי בין התיאור שנמסר על ידי גרשון לאירוע מושא כתב האישום לבין התיאור שנמסר על ידי הנאשם. העובדה שגרשן רשם בדו"ח הפעולה שמדובר ברכב מסווג מזדה בצבע אפור ובעוד שהנאשם טוען כי מדובר בפולקסווגן בצבע י록, הוא הבדל שולי וטכני ונעדיר כל משמעות.

5. בסופו של יום, הנאשם גרשון מסכימים על העובדות הבאות: הנאשם נהג ברכב ולידו ישב אמיר; הרכב הוא בבעלותו של הנאשם; האירוע נסוב סביר רכב אחד ואין רכב אחר נסוב שרלונטי לאירוע; אמיר מסר מיזומתו לגורשון את הסמים שהוא בគ'סו וזאת לפני הchiposh ברכב; מיד לאחר מכן, גרשון ערך chiposh ברכב ומצא בו את הסcin; הנאשם מאשר שהscin שייכת לו ונרכשה על ידו בעבר.

טענות הנאשם

6. הנאשם טען בטענה כלהלן:

א. **ראשית**, הנאשם לא היה מודע לקיומה של scin ברכבו. יאמר כבר עתה שמדובר בטענה סתמית ובלתי משכנעת. מדובר ברכב שבבעלות הנאשם והוא נהג בו ובscin שייכת לנימא והוא זה שקנה אותה. והנימא קשור את עצמו גם לרכב וגם לשcin ולפיך נוצרת חזקה שבעובדת שכן היה מודע לקיומה של scin ברכבו. על כן, נטל הבאת הראיות (וזאת להבדיל אלף הבדלוות מנטל השכנוע) רובץ לפתח את החזקה האמורה ואת זאת כמובן לא עשה. טענתו שאחד מהארונות את scin בטענה ברכב הועלטה בעלמא מבלי להסביר את נסיבות הגעתה לידיים ואת נסיבות השארתה על ידם בתוך הרכב ولكن מדובר בטענה סתמית שאין לייחס לה כל משקל.

ב. **שנייה**, הchiposh שנערך ברכב הוא לא חוקי ולאחר יש לפטול את scin כראיה על פי דוקטרינת הפסילה הפסיכית. בהעדר scin כראיה, יש לזכות הנאשם מהעבירה של החזקת scin שלא כדין.

ג. **שלישית**, אמיר לא הוועד לדין לגבי החזקת הסמים והתיק בעניינו נסגר. תוצאה זו מקימה טענה של אכיפה בררנית לנימא שמחיבת את ביטול כתוב האישום נגדו.

7. אדון בטענה השנייה והשלישית בהרחבה בפרק הבאים.

הטענה שמדובר בחיפוש לא חוקי

8. הנאשם טען שלא היה לגורשון יסוד סביר להניח שבזבז עבירה כלשהי על ידי הנאשם או על ידי אמיר ולכן עצם פניו אליהם ובהמשך הchiposh שבוצע ברכב, נעשו בחוסר סמכות. כמו כן, לטענת הנאשם אין לקבל את טענתו של גרשון שהricht סמים בתוך הרכב אחר והשם מסווג "ניש גיא" נעדך ריח. לפיך, נשמט הבסיס החוקי לביצוע chiposh ברכב, דבר שਮוביל לפסילת scin שנמצאה בו כראיה, וזאת לא כל שכן לאור העובדה שלא הייתה "הסכם מדעת" של הנאשם שייתבצע chiposh ברכבו.

9. מגוון הסמכויות שניתנות לשוטרים בכלל וסמכוויות החיפוש בפרט מבטאות את האיזון שקבע המחוקק בין האינטראס הציבורי בתפקיד ייעיל ואפקטיבי של המשטרה לבין הצורך בהגנה על זכויות האדם של האזרחים עימם באה המשטרה במגע (רע"פ 10141/09 **בן חיים נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו), 6.3.12), פסקה 16 לפסק דין של כבוד הנשיאה (בדיםמוס) השופטת ביניש (להלן: **פסק דין בן חיים**)).

10. בפסקה נקבע כי בעת שמתבצע חיפוש על ידי שוטר על גופו או ברכשו של חשוד (כגון בית או רכב), ללא צו שיפוטי, יש להוכיח קיומו של "חישד סביר" או "יסוד להניח" כי החשוד מעורב ביצוע עבירה. אם קיימות הנסיבות שמקוון קם החישד, אזי ניתן לעורוך חיפוש ללא צו שיפוטי, וכן גם צורך בקבלת הסכמתו של החשוד למבצע החיפוש. לעומת זאת, בהיעדר קיומן של נסיבות המקימות את אותו חשד, שוטר לא רשאי לעורוך חיפוש ללא צו שיפוטי, וככל שייערך חיפוש כזה הוא יראה כחיפוש לא חוקי. במקרים שבהם אין חשד סביר לביצוע עבירה, ניתן בכל זאת לרפא את היעדרותו של ריכיב החישד הסביר ולבצע את החיפוש, אם החשוד נותן "הסכמה מדעת" לחיפוש. הסכמה מדעת פורשה בפסקה כהסכמה שניתנה לאחר שהוסבירה לחשוד זכותו לסרב לביצוע החיפוש (פסקאות 16, 25 - 27, לפסק דין **בן חיים**; רע"פ 2178/12 **סקיריס נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו) (18.7.2012)).

11. במקרה שבפני, על מנת לבדוק אם החיפוש שנערך ברכב היה חוקי או לא, יש לבחון תחילת אם החישד שקין בלבו של גרשון בעת שהחליט שיש לבצע חיפוש ברכבו של הנאשם, היה "סביר", קרי מבוסס דיו כדי להצדיק ביצוע חיפוש ללא צו שיפוטי ולא "הסכמה מדעת". ככל שהחשד היה סביר, אין צורך "בהסכמה מדעת" של הנאשם לביצוע החיפוש, וככל שהחשד לא היה סביר אזי קמה חובה לקבל "הסכמה מדעת" ובהעדרה החיפוש עשוי להיות לא חוקי.

12. בפסק דין **בן חיים** (בפסקה 16 לפסק הדין) נקבע כי סוגיית ה"סבירות" של החישד תבחן בהתאם על רישימה בלתי סגורה של פרמטרים: המבחן לבדיקה החישד הסביר הוא אובייקטיבי; כל מקרה יבחן על פי נסיבותו; יש לחתם משקל לניטינו ושיקול דעתו המקצועית של השוטר; יש לבחון שאלת קיומו של מידע בדבר ביצוע עבירה במקום; יש לבחון אם קיימ מידע לגבי החשוד עצמו שבכונתו לבצע עבירה; האם הייתה התנהגות מחשידה של החשוד.

13. במקרה שבפני, הנסיבות שmobilot למסקנה שאכן היה לגרשון חשד סביר לכך שבוצעה עבירה על ידי הנאשם או על ידי אמר, ولكن ניתן היה לבצע חיפוש ברכב ללא צו שיפוטי ולא "הסכמה מדעת" של הנאשם, הן כדלקמן:

- קיימת הכרות מוקדמת בין גרשון במסגרת עבודתו במשטרה לבין אמר לנאים;

- הנאשם אישר בעדותו שגרשון יודע שאمير והaintם נהגים לעשות סמים;

- לדעתו, יש לחתם משקל גבוה לטענתו של גרשון שמקוח שעבודתו במשטרה זהה ריח שחשוד כריח של סמים

בתוך הרכב עוד בטרם ערכית החיפוש;

- מהרגע שאمير מיזמתו מסר לגרשון את הסמים שהוא ברשותו עוד בטרם ערכית חיפוש, אז אומת החשד של גרשון שניהם מחזיקים סמים ברכב;
- מהרגע שאומת אותו חשד, אז גרשון היה רשאי לבצע חיפוש ברכב ומבל' שהיה לו צו שיפוטי וגם מבלי לקבל "הסכמה מדעת" של הנאשם לערכית חיפוש ברכב;
- במילים אחרות, אין צורך לומר לנאם שהוא רשאי לסרב לחיפוש, כתנאי לערכית החיפוש, זאת מן הטעם הפשט שמהרגע שהתקיים החשד הסביר, הנאשם לא רשאי לסרב לחיפוש.

. 14. משתקים "חשד סביר", הסמכות של גרשון לביצוע חיפוש ברכב, ללא צו חיפוש, קמה לו מכוח הוראות סעיף 25 (1) לפקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש) [נוסח חדש], תשכ"ט - 1969 יחד עם סעיף 28(א) וסעיף 28(ב)(1) לפקודת הסמים המסוכנים [נוסח חדש] תשל"ג - 1973.

. 15. העובדה שבתום החיפוש ברכבו של הנאשם, לא נמצא סמים מעבר לאלה שהוחזקו על גופו של אמר, איןנה מעלה ואיןנה מוריידה לעניין השאלה אם החיפוש היה חוקי או לא. יוזכר, החשד הסביר לביצוע החיפוש נבחן על פי הנ吐נים שהיו בעת קבלת ההחלטה לערכית החיפוש ולא על פי סוג החפץ שננטפס בתום החיפוש.

. 16. לסיכום, הטענה של הנאשם שמדובר בחיפוש לא חוקי ושיש לפסול את הסיכון שנמצאה ברכבו כראיה מכוח דוקטרינת הפסילה הפסיכתית, נדחית.

הטענה של אכיפה בררנית

. 17. בפסקה נקבע שבעת שבית המשפט בוחן טענה של אכיפה בררנית שאotta מעלה נאם, עליו לבחון תחילת את "**קבוצת השווין**" שעמה נמנה הנאשם (ע"פ 8551/11 **סלכני ב' מדינת ישראל** (פרסום בנבו, 12/8/12) פסקאות 14 עד 22 לפסק דינה של כבוד השופט ברק ארז). כמו כן, הפסיקה הכירה באפשרות להעלות טענה של אכיפה בררנית בין נאים שונים באותה פרשה (ע"פ 6328/12 **מדינת ישראל נ' פרץ** (פרסום בנבו, 10/9/2013) פסקה 23 לפסק דינו של כבוד השופט פוגלמן).

. 18. במקרה שבפני, "**קבוצת השווין**" היא יושבי הרכב שבו נאג הנאשם. מאחר והיה ברכב רק נסע אחד בלבד, והוא אמר, האחרון הואenkoda הארכימדית שעליה נשענת טענתו של הנאשם לאכיפה בררנית.

. 19. יוזכר, גרשון העיד שהוא ריח חזק של סמים בתוך הרכב. אותו ריח עורר את חשדו הן לפני הנאשם והן לפני אמר. בנוסף העובדה שאмир החזיק סמים על גופו אף מסר אותם מיזמתו לידי של גרשון עוד

טרם ערכית החיפוש ברכב, אימתה את החשד שקין בלבו של גרשון שיש לבצע חיפוש ברכב בשל החשש שמוסתרים בו סמים. החיפוש הוביל למציאת הסכין מושא כתוב האישום שהוגש נגד הנאם. במקרים אחרות, כאמור היה היתה תרומה נכבה בנסיבות החשד הסביר לכך שיש לבצע חיפוש ברכב של הנאם ומכאן הגדרתו של אמריך - **"קבוצת שוין"** שרבנית לטענה של אכיפה ברורנית.

.20. כאמור, רשות מנהלית, לרבות גורמי התביעה, נהנית מ"**חזקת תקינות המנהל**", קרי חזקה על הרשות המנהלית שהחלטותיה התקבלו כדי על פי אמות המידה הנהוגות במשפט המנהלי ועל מי שטוען אחרת הנט להפריך את החזקה. לכן, כאשר מועלית טענה של הגנה מן הצדק, במסלול של אכיפה ברורנית, חזקה על רשותות התביעה שפעלו כדי בעת שהחליטו להעמיד את הנאם לדין ועל הנאם הנט להפריך את החזקה האמורה (ע"פ 11/8551 סלכני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 12/12/2012) פסקה 20 לפסק דינה של כבוד השופט ברק ארץ; בג"ץ 6396/96 זקן נ' עירית באר שבע פ"ד נג(3) 289, 307 (1999)).

.21. בעת שנאים מציג בסיס ראייתי לטענות כי בוצעה לכוארה הבדיקה לא רואיה בין מי שנתוינם הרלוונטיים שווים, מטעערת חזקת התקינות והנט עובד אל כתפי הרשות המנהלית, אשר תתקבקש להוכיח כי האכיפה - אף שהיא נחזית ברורנית על פני הדברים - התבבסה על שים קלים עניינים בלבד, ולא על שים קלים פסולים (ע"פ 12/6328 מדינת ישראל נ' פרץ (פורסם בנבו 13/9/2010) פיסקה 38 לפסק דינו של כב' השופט פוגמן; ע"פ 14/7696 גבריאל נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו 15/11/2011) פיסקה ח' לפסק דינו של כבוד השופט רובינשטיין (כתוארו דאז)).

.22. במקרה שבפניי, הוכח שהנאם ביצע עבירה של חזקה שלא כדי של חוץ אסור (סכין) בתוך רכב שבו שהוא. כמו כן, נקבע שאمير שיר לאותה "קבוצת שוין" שאליה משתיך הנאם וזאת מכוח הנוכחות של אמריק באותו הרכב. בנוסף, הוכח שאмир ביצע עבירה של חזקה שלא כדי של חוץ אסור (סמים) במהלך שהותו באותו הרכב.

.23. על כן, יש לקבוע שהנאם עמד בנטל הראייתי בהפרצת "חזקת תקינות המנהל", קרי הצליח להפריך את החזקה שרשויות התביעה ערכו הבדיקה רואיה ומותרת בין היתר אמריך בעת שמצד אחד החליט להעמיד את הנאם לדין בגין החזקה של החוץ האסור שנוגע לו (סכין) ומצד שני החליטו לסגור את התקיק עבור אמריך בגין החזקה של החוץ האסור שנוגע לו (סמים).

.24. בפועל, המאשימה לא הביאה ראיות שסבירות את ההפלה בהעמדה לדין בין הנאם לבין אמריך. השוטר לירן בן שלמה (להלן: **לירן**) ערך מזכיר ביום 7/3/2018, קרי חמישה ימים לאחר האירוע מושא כתב האישום (ת/7), ובו נרשמו הדברים הבאים:

"**בתיק דן,** עסקין בשני חשודים כאשר לחשוד 1 מיחסת עבירת החזקת חמים [צריך]

ל להיות "הסיכון" - ה*יאשן*] ולשני החזקת סמים לצריכה עצמית. מבחן החקירה בתיק, לאור עבורי של החשוד וכמות הסם הוחלט שלא לחקור את החשוד הנוסף בתיק ולהשמיד את הסמים וזאת לאחר התיעצות עם ראש מחלקת החקירה".

25. כמו כן, בעדותו של לירון בבית המשפט הוא העיד כדלקמן (פרוטוקול מיום 13/11/2019, עמ' 15 שורה 15 עד שורה 27):

"ש. אתה גם כתבת מזכר, אתה אומר בתיק יש שני חשודים, איזה סוג סם זה היה?

ת. לא זוכך.

ש. למה לא רשמת איזה סוג סם?

ת. לא זוכך. זה מזכיר קבלת החלטה.

ש. מה כמות הסם?

ת. בטח שאני לא זוכך.

ש. מי זה ראש מחלקת החקירה?

ת. ב- 2018 היה לירון דנור.

המזכיר מוגש ומסומן ת/7.

ש. אתה רأית את הסמים?

ת. אתה מזכיר אותו [צריך להיות "אותם" - ה*יאשן*] ל-2018

ש. למה לירון דנור לא הוציא שום מסמך צזה או נתן הוראה צזו?

ת. הוא נתן את ההנחייה, אם רשמתי זה על דעתו.

(ההדגשות שלי - ה*יאשן*)

26. יצא מכך שלא ידוע מה "**סוג הסמים**" שאوتם החזיק אמר וain גם חוות דעת של מומחה לגבי סוג הסמים שנתפסו על גופו. הביטוי "ניסי גיא" הוא כינוי לא رسمي ולכן לא ידוע באיזה סוג סם מדובר מרשימה הסמים המפורטים בתוספות לפקודת הסמים המסוכנים. בנוסף, לא ידוע מה "**כמות הסמים**" שהוחזקו על ידו. כידוע, סוג הסם וכמות הסם הם שני פרמטרים קרייטריים שונים שאינם דקציה ברורה

לדרגת חומרתה של העבירה של החזקתו סם שלא כדין ואם מדובר בהחזקה לצריכה עצמית, או לא.

.27 כמו כן, לא הובא מידע משווה לגבי הנسبות האישיות של אמריר לעומת אלה של הנאשם ואשר הצדיק את השוני ביניהם בשאלת העמדת לדין. כך למשל, לא הובא מידע האם הנימוק לסגירת התיק נגד אמריר הוא ש אין לו עבר פלילי בכלל, או שהוא יש לו עבר פלילי אך אין בעבירות סמיים, ואם כן, מה מספר הרשעות שיש נגדו, באיזה עבירות ומאי זה מועדים. והאם בעת שהוחלט על סגירת התיק נגד אמריר, הדבר נעשה במסגרת מסלול של "הסדר מותנה", או לא. כמו כן, לא ידוע מה העילה לסתור התיק כגון "חוסר אשמה", או "חוסר ראיות" או "חוסר עניין לציבור". למעשה, עולה הנסתור על הנגלה.

.27 במלילים אחרות, המאסימה לא הבירה לבית המשפט מה הן הנسبות שמקורן נעשתה הבדיקה בין הנאשם לבין אמריר, בכך שהאחרון יצא פטור ללא כלום ובعود שהראשון נאלץ לשאת במלוא כובדו של ההליך הפלילי על ידי הגשת כתב אישום נגדו. על כן, אין מנוס מהמסקנה שמדובר בהפליה אסורה ולא בהבינה ראוייה ומותרת.

.28 לסיום, הטענה של אכיפה בררנית מתקבלת ולכן לפי סעיף 149(10) לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב] תשמ"ב - 1982, הנני מורה על **ביטול כתב האישום**.

זכות ערעור תוך 45 ימים מהיום.

ניתנה היום יומם, י"ב כסלו תש"פ, 10 דצמבר 2019, במעמד הצדדים.