



ת"פ 52888/01/15 - משטרת ישראל תביעות- שלוחת רמלה נגד יהושע אוזן

בית משפט השלום ברמלה

ת"פ 52888-01-15 משטרת ישראל תביעות- שלוחת רמלה נ' אוזן(אסיר)
בפני כב' השופטת רבקה גלט

בעניין: משטרת ישראל תביעות-
שלוחת רמלה
ע"י ב"כ עו"ד דואק
נגד
יהושע אוזן
ע"י ב"כ עו"ד בירק

הכרעת דין

האישום

א. כתב האישום מייחס לנאשם עבירות של גידול סמים לפי סעיף 6 לפקודת הסמים המסוכנים [נוסח חדש] התשל"ג-1973, החזקת חצרים לעישון, לפי סעיף 9(א) לפקודה, והחזקה שלא לצריכה עצמית, לפי סעיף 7(א)(ג) רישא לפקודה.

על פי תיאור העובדות, ביום 27.2.14, בסמוך לשעה 17.00 הגיעו שוטרים לבית הנאשם בעקבות מידע מודיעיני. הנאשם גידל באותו מועד בביתו במושב יד רמב"ם, בתוך חדר שיועד במיוחד לכך, 92 שתילי סם מסוכן מסוג מריחואנה, שלא כדין וללא היתר. בנוסף לכך, הנאשם החזיק בחדר 8 בקבוקי דיזון, מנורות, פרוג'קטור, ומכשיר טיימר.

ב. בתשובתו לאישום הודיע הנאשם כי הוא מודה שהחזיק בסמים ואף גידל אותם, לשימוש עצמי, אך כופר בכמויות הנקובות באישום. כמו כן, הנאשם טען כי ישנה בעייתיות בחוות הדעת מטעם מז"פ ובשרשרת הסם. בהמשך, הנאשם טען נגד חוקיות החיפוש, בשל אי נוכחות עדים.

תשתית הראיות

מטעם התביעה העידו השוטרים שביצעו את החיפוש, והוגשו באמצעותם דו"ח החיפוש, דו"חות פעולה, ותצלומי התפוסים. בנוסף, הוגשו ראיות בעניין שרשרת המוצגים, וכן העידה המומחית מטעם מז"פ. לבקשת הנאשם הוגשו כראיה



המוצגים שנתפסו בחיפוש.

הנאשם בחר שלא להעיד להגנתו ולא הוגשו מטעמו ראיות.

ג. בחינת הראיות מעלה את הממצאים העובדתיים הבאים, שאינם שנויים במחלוקת:

ביום 27.2.14, פשטה המשטרה על ביתו של הנאשם וערכה שם חיפוש, על פי צו חיפוש שיפוטי שניתן באותו יום, מידי כב' השופט בן דור. בצו נרשם כי יש לבצעו בפני שני עדים שאינם שוטרים (כפוף להוראות סעיף 26 לפקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש) [נוסח חדש], התשכ"ט-1969).

בעת החיפוש נכחו בבית: הנאשם, בת זוגו וילדיהם. בחלק מהזמן היו נוכחים נוספים, כפי שיפורט בהמשך. בחיפוש השתתפו בלשי המשטרה צבאג, דיין ורוט.

הבלשים שביצעו את החיפוש העידו אודות הנסיבות, ותיארו את מהלך החיפוש. כמו כן, הוגש דו"ח החיפוש ת/4. בחיפוש נתגלה חדר שבו גידל הנאשם בתנאי מעבדה ("הידרו") שתילי קנאבוס. בין היתר, נתפסו 92 שתילים, 8 בקבוקי דשן, כבלים, מנורות, שנאי כוח, מאוורר, מספריים, מפתח, כך על פי דו"ח החיפוש ת/4). החדר שבו נתפסו המוצגים צולם (ת/2-1) וניתן להבחין בשתילים בעציצים המונחים על משטח מוגבה, אינקובטור שבו צמחים, עציצים עד גובה כ-30 ס"מ (לפי הערכתי), יריעות בידוד, טיימר, נורות ענק, ופרוג'קטור.

עוד באותו ערב נחקר הנאשם באזהרה (ת/10), והודה בגידול מריחואנה לצריכה עצמית. הנאשם טען כי הוא חולה מאד ומיועד להשתלת ריאות, והגידול נועד להקל עליו. עוד אמר שהגיש בקשה לרישיון רפואי, אך אין בידו אישור. הנאשם הכחיש כי הגידול נועד למטרת סחר.

ביום 2.3.14 נחקר הנאשם בשנית (ת/11) ומסר כי למד כיצד לגדל את הסמים מהאינטרנט, בשל מחלתו. כשהוצגו בפניו פריטים שונים שנתפסו בחיפוש, הודה לגבי חלקם כי היו מיועדים לגידול הקנאבוס.

ד. כאמור, למרות ההודאה בגידול הסמים, עתר הנאשם לזיכוי, הן מטעמים הקשורים לזיהוי הסמים ומשקלם, והן מטעמים הקשורים לחוקיות החיפוש. לבחינת הסוגיות אחת לאחת, אגש כעת.

זיהוי הסמים

ה. הנאשם טוען כי לא הוכח שכל השתילים שנתפסו הם סם מסוכן, זאת משום שנכתב בכתב האישום שהחזיק מריחואנה או חשיש, בעוד שעל פי חוות הדעת, המדובר בקנאבוס. בנוסף, נטען כי היות שלא חלות בענייננו תקנות הדיגום, פעלה המומחית מטעם מ"פ שלא כדין כשביצעה בדיקה מדגמית מקמצוץ של החומר הצמחי. עוד נטען כי המומחית לא זכרה בעת עדותה איך קיבלה את החומר ואיך בדקה אותו, ובכל מקרה לא ניתן לסמוך על עדותה בעניין שגרת עבודתה, כראיה לבדיקות שערכה במקרה הקונקרטי.

להלן אתייחס לטענות.

ו. בעניין המינוח המופיע באישום, אני סבורה כי אמנם היה על התביעה להקפיד יותר בניסוח ולכנות את הסמים



בשם החוקי, ולא לעשות שימוש בכינוי רחוב. ואולם בכך אין כדי להשפיע על ההכרעה, היות שהחומר שנתפס בבית הנאשם נבדק במז"פ ונמצא כקנאבוס, שהוא סם מסוכן. אגב- בחקירותיו במשטרה השתמש הנאשם עצמו בכינויים "גראס" ו"מריחואנה", או הגיב לכינויים אלה באופן ענייני, תוך הודאה מלאה כי המדובר בסמים מסוכנים, כך שלא נראה כי הכינויים זרים לו.

ז. יש להבהיר כי אמנם, תקנות הסמים המסוכנים (בדיקה מדגמית של סמים) תשנ"א-1991 (להלן: התקנות) אינן חלות בענייננו, היות שאין המדובר ביחידות (כלומר: טבליות, כמוסות, אמפולות, בקבוקים או אריזות יחידתיות כלשהן) שקיים ביניהן דמיון, אלא בחומר צמחי. ואולם, האם בכך יש כדי ללמד כי היה על המומחית לבדוק את כל 92 השתילים? ואם כן, מה משמעות הדבר? האם היה עליה לבדוק כל צמח? ושם כל עלה? או כל מולקולה? הנאשם מילא פיו מים בשאלה זו, והסתפק בטענה שלא ניתן לסמוך על בדיקת "קמצוץ". מגד, העידה המומחית גב' שמש, כי הונחתה לבצע בדיקה של דגימה מן החומר הצמחי (עמ' 37 ש' 18; עמ' 38 ש' 2).

הנאשם הפנה להחלטה בת.פ 18765-07-15 מד"י נ' כהן, לחיזוק טענתו כנגד הבדיקה המדגמית. לאחר עיון, לא מצאתי כי נקבעו שם כללים בעניין דרך הבדיקה הראויה במקרה כגון דא.

למיטב ידיעתי לא קיים חיקוק הקובע מהי דרך הבדיקה לצורך זיהוי חומר צמחי, שאינו מהווה "יחידה". עם זאת, נוהל אח"מ מז"פ 03.371-150-21 בדיקה מיקרוסקופית לקנאביס וחשיש (13.2.13) מטפל בסוגיה, ומסדיר את אופן התנהלות הבדיקה (בהחלטת מיום 20.8.16 הערתי כי לעניות דעתי עוסק הנוהל בבדיקה מדגמית בהתאם לתקנות, אך קביעתי זו היתה שגויה כמובן; עיון יסודי מעלה שצדקה ב"כ הנאשם בהודיעה לבית המשפט כי הנוהל עוסק בדיוק בסוגיה שבנדון). הנוהל קובע כי אופן ביצוע הבדיקה לזיהוי חומר צמחי החשוד כקנאבוס, הוא כך שבשלב פתיחת המוצג, הבודק יעביר מעט חומר לבקבוקון חד פעמי, ובתיק מרובה מוצגים, תבוצע בדיקה מדגמית לפי תקנות הדיגום. הנה כי כן, המומחית פעלה על פי הנוהל, אשר ברור כי מטרתו היתה לקבוע כלל אחיד, עבור מקרים שבהם לא חלות התקנות ומצד שני אין זה מתקבל על הדעת כי תידרש בהם בדיקה לזיהוי "כל הסמים".

אופן הבדיקה הקבוע בנוהל, מתיישב היטב עם קביעות שיפוטיות, בעניין זיהוי חומר צמחי במשקל רב. בת"פ 33/95 מד"י נ' אולג' (8.5.96) קבע בית המשפט המחוזי בבאר שבע כי הכלל הוא שאין חובה לבדוק כל גרגיר או חלק מן החומר החשוד כסם, וניתן להסתפק בדגימה. באותו עניין המדובר היה בשק שהכיל חומר צמחי אשר המומחית (תמר שמש) הבחינה כי הוא מסוג קנבוס, ונלקחה ממנו דגימה. קביעות דומות ניתן למצוא בעפ"ג 486-09-16 ארצי נ' מד"י (14.11.16), אליו אגיע להלן.

ח. יש לשים לב לכך שזיהוי הסמים בענייננו, אינו נסמך על הבדיקה המיקרוסקופית בלבד, אלא גם על עדות המומחית, לפיה היא מכירה את חזותם של צמחי קנאבוס, ויודעת למינם מתוך כלל החומר הצמחי שקיבלה. המומחית הסבירה כי היא נוהגת להוציא פסולת, והיא עושה כך על פי ניסיונה, בשגרה. כשנשאלה האם ייתכן שהפעם היו צמחים אחרים בתוך החבילה, שללה זאת מכל וכל (עמ' 43 ש' 29). בנוסף, נשמעו עדויות של שלושת הבלשים, שהעידו כי הם מנוסים, ותיארו כי המדובר במעבדת סמים, ובכמות שתילים רבה ביותר, שאינה יכולה להיות לצורך שימוש עצמי בלבד (עמ' 55, עמ' 61 ש' 18). למול עדויות אלה, זועקת שתיקתו של הנאשם, בייחוד לאחר שהודה בעבירות בחקירתו.

כבר נקבע בפסיקת בית המשפט העליון כי לא בכל מקרה חייבים להביא אישור מעבדתי כי חומר שנתפס הוא סם מסוכן,



ואפשר להוכיח עובדה זו גם ללא בדיקה מעבדתית, ואף ללא הסם עצמו (ב"ש 519/82 קדמי נ' מד"י (15.7.82)). מכאן, שגם אילו קבעתי כי נפל ליקוי בזיהוי המעבדתי, עדיין ניתן היה לקבוע כי כל החומר הצמחי הוא קנאבוס, על בסיס העדויות בדבר זיהוי חזותי ברור של הצמחים.

ט. בעפ"ג 486-09-16 ארצי הנ"ל, נדון מקרה הדומה עד מאד לענייננו. באותו מקרה נתפסו שתילי קנאבוס אצל הנאשם, והוא הודה בחקירתו. למרות זאת, לאחר שבחר שלא להעיד, טען כי בדיקת מז"פ נעשתה באופן מדגמי שלא כדין. בית המשפט המחוזי קבע כי יש משקל מכריע לשתיקתו של הנאשם, לאחר שהודה בחקירתו. נקבע כי בצדק התקבלה עדות המומחית אודות מין החומר הצמחי, ובדיקת דוגמא של כמה ס"מ מתוכו, שכן עדותה לא הוזמה, ועלה ממנה שיש לה המיומנות לזהות את הצמח, על פי ניסיונה. הדברים יפים עד מאד לענייננו.

הנאשם, טען כי בעניין ארצי, קיבל בית המשפט את ממצאי המומחית רק משום שערכה שתי דגימות של החומר הצמחי, בעוד שבמקרה דנן, נערכה דגימה אחת בלבד. לדעתי, הטענה מוטעית. ראשית, בשום אופן לא נקבע בעניין ארצי כי נדרשות שתי דגימות. שנית, קריאה דייקנית מעלה כי אמנם נלקחו שם שתי דגימות, אך זאת משום שהמדובר היה בשתי אריזות סמים שהגיעו למעבדה, כך שנלקחה דגימה אחת מכל אריזה (שם פסקה פ"ח). בשונה מכך, בענייננו המדובר היה בחבילה אחת, ועל כן נלקחה, בהתאם לנוהל, דגימה יחידה.

י. ראוי להזכיר גם כי בנוהל מז"פ הנ"ל, נקבעו כללים ברורים בעניין הצורך בבדיקות חוזרות לזיהוי קנאבוס. נקבע כי מהות הבדיקה לצורך זיהוי חומר צמחי החשוד כקנבוס, היא אופיינית, לצורך איתור שערות ציסטוליטיות בבדיקה מיקרוסקופית. סעיף 13 לנוהל קובע מהו המקרה שבו יש מקום לבדיקה חוזרת: במידה ולא ניתן לזהות שערות ציסטוליטיות. לדעתי, משקבע הנוהל כללים ברורים בעניין הצורך בבדיקה חוזרת, אין כל הצדקה להרהר אחריו. באין עיגון משפטי או מחקרי לכך, אינני מוצאת בסיס לטענת הנאשם כי נדרשה דגימה נוספת בענייננו.

יא. לאחר כל האמור, יש לשוב ולהדגיש כי הנאשם לא הביא כל ראיה מטעמו לעניין דרך הבדיקה הראויה לצורך זיהוי הסמים, ואף לא נשמעה מפיו עדות שיש בה כדי לעורר ספק לגבי תהליך הזיהוי.

סיכומי של דבר - אני דוחה את הטענות כנגד זיהוי הסמים.

משקל הסמים

יב. הנאשם טען כי לא ניתן להסתמך על חוות הדעת מטעם מז"פ בעניין משקל הסמים, היות שהמומחית שינתה את חוות דעתה, ובכך יש כדי להותיר ספק לגבי מהימנות חוות הדעת. אין בידי לקבל את הטענה, ואבהיר.

יג. אמנם עלה מן הראיות כי ביום 3.3.14 הודפסה חוות הדעת, כשרשום בה כי משקל הסמים הוא 0.98 גרם, וכעבור יומיים, ביום 5.3.14 הודפסה שוב, כך שמשקל הסמים שונה ל- 0.98 ק"ג. ואולם, המומחית גב' שמש הסבירה בעדותה כי המדובר בטעות סופר, או טעות בקליטת נתון, שנגרמה כתוצאה מסימון רובריקה שגויה במחשב, שהיתה מסומנת עבורה כברירת מחדל (עמ' 41 ש' 8). לפי עדותה, כמות הסמים הגדולה דרשה שימוש במאזני רצפה, שלא היו מחוברים למחשב, כך שהיה עליה לשנות את הסימון בטופס הממוחשב מגרם לק"ג, באופן אקטיבי, אך בהיסח הדעת לא עשתה זאת. כשגילתה את התקלה כעבור יומיים, והיות שזכרה היטב את



הבדיקה שערכה, לרבות הכמות שנשקלה (עמ' 42 ש' 1), תיקנה את יחידת המשקל מגרם לק"ג.

לאחר ששמעתי את הסברי העדה, שוכנעתי מעבר לכל ספק סביר, כי שינוי חוות הדעת הוא בגדר של תיקון טעות סופר טכנית, ואין בו כדי לפגום כלל בחוות הדעת. לדעתי, ההסבר שניתן מתיישב היטב עם יתר הראיות בעניין כמות ונפח החומר הצמחי שנתפס, אשר בשום אופן לא ניתן לטעון כי משקלו הנכון היה 0.98 גרם בלבד. יש לזכור כי בלשי המשטרה העידו על תפיסת 92 שתילים, שהיה צורך לארוז בעטיפת קרטון גדולה, ותיאורם זה מתיישב היטב עם העובדה שנתקבלה במעבדה "עטיפה מנייר חום, סגורה בגומיות ובסיכות", לכן הגיונית מאד עדות המומחית לפיה נזקקה למאזני רצפה, המיועדים לשקילת כמויות גדולות.

יד. האופן שבו פעלה המומחית, תואם לחלוטין את הוראת נוהל אח"מ מז"פ 03-371-150-10 שקילת מוצגים-אנליטית (13.2.13), הקובע בסעיף 11.2.2. כי אין לשקול במאזניים אלקטרוניים מוצגים אשר נפחם גדול ממשטח השקילה, אלא יש לשקלם במאזני רצפה המתאימים (לפי סעיף 11.2.3) לטווח המשקל 0.3 ק"ג עד 400 ק"ג. חשוב לציין כי בנוהל נכתב מפורשות כי מאזני הרצפה אינם מחוברים למערכת המחשב, ולכן על המומחה להזין את תוצאת השקילה במקום המתאים לכך במסך השקילה, מה שמחזק את עדות המומחית, אודות התקלה שאירעה.

טו. היות שהמומחית זכרה היטב את חוות הדעת שערכה יומיים קודם לכן, אני סבורה כי לא נדרשה שקילה נוספת של הסם, שהרי ברור היה לחלוטין כי הליקוי אינו טמון בשקילה (שהיתה תקינה ומדויקת), אלא בסימון השגוי של יחידת המשקל במחשב (עמ' 42 ש' 13).

טז. המומחית העידה כי היא עוסקת במתן חוות דעת מטעם מז"פ, בענייני סמים, כבר שנים ארוכות מאד, ובעדותה ניתן היה להתרשם כי המדובר באשת מקצוע מיומנת מאד. בנסיבות אלה, והיות שלא הובאה כל ראיה לסתור את ההסבר שנתנה, לא מצאתי טעם לפגם בחוות הדעת שערכה.

יז. מעבר לצורך, אתייחס לטענת הנאשם בסיכומיו, לפיה המוצג שהוגש הוא שקית ניילון שלא ניתן לראות בה 92 שתילים. טענה זו היא כמובן משוללת כל יסוד, שעה שמאז תפיסת הסמים חלפו להן שלוש שנים תמימות, וכידוע לכל, טיבו של חומר אורגני הוא להירקב עם הזמן, בייחוד כשהוא נתון באריזה אטומה. בדיוק מטעם זה צולמו הסמים במקום תפיסתם, ונשקלו בסמוך לאחר מכן, והרי הנאשם אינו חולק על שרשרת המוצג.

אין בידי לקבל את הטענה לפיה שקית הסמים מכילה אדמה או חומר אחר, כפי שטען הנאשם בעת הבאת המוצג לאולם. בית המשפט אינו בעל מומחיות, ואינו יכול לקבוע בשום אופן כי החומר שבשקית הוא אדמה, ולא רקב צמחי. לעומת זאת, על פי ראיות התביעה שלא הוזמו, החומר שהושם בשקית בסמוך לאחר התפיסה, הוא צמחי קנאבוס. אילו חפץ הנאשם לערער על ראיות התביעה, היה עליו להביא ראיות משלו, לחקור את המומחית על מצב המוצג, או לכל הפחות יכול היה להעיד להגנתו ולמסור גרסתו באשר לכמות הסמים, או באשר למצבם כיום. במקום זאת, בחר לשמור על שתיקה, ולהעלות טענות בשלב הסיכומים.

יח. בניגוד לטענת הנאשם, אני סבורה כי הובאו ראיות מספיקות על מנת להוכיח כי נתפסו 92 שתילי סם, זאת על בסיס עדות הבלשים, ודו"ח החיפוש. כפי שקבעתי קודם, על פי התצלומים ת/2-1, ברור הוא כי השתילים שנתפסו היו במשקל גבוה בהרבה מ- 0.98 גרם, ואף גבוה בהרבה מ- 15 גרם, שהוא המשקל הקובע לצורך תחולת



החזקה לפי סעיף 31(3) לפקודת הסמים המסוכנים.

יט. הנאשם העלה את הטענה לפיה לא הוכחה כמות השתילים שנתפסו, כיוון שמספרם לא הוצג בפניו בעת שנחקר. לכך יש להשיב בשתיים. ראשית, מספר השתילים מהווה רק אינדיקציה לכמות הסמים שנתפסה, ואין לו חשיבות מעבר לכך. שנית, מעבר לכך שהנאשם הודה בחקירתו בגידול הסמים, לא היה זה מחובתו של החוקר לפרט בפניו כל פרט מן הראיות, ודי אם הוצגה לו תשתית הראיות באופן כללי, גם ללא דיוק בפרטים (ע"פ 10049/08 אבו עזא נ' מד"י (23.8.12); רע"פ 3445/01 אלמליח נ' מד"י (22.1.02); ע"פ 70035/04 מד"י נ' חננה (9.9.04); ת"פ (מחוזי ב"ש) 15081-04-11 מד"י נ' צלאח (10.7.11)).

כ. הנאשם טען כי יש חשיבות לשאלת גיל הצמחים, קיומה של תפוחת, ומידת ריכוז החומר הפעיל בצמח. לדעתי, ייתכן שתהיה לשאלה זו רלוונטיות בשלב הטיעונים לעונש (רע"פ 6138/05 נמלה נ' מד"י (8.11.05); ת.פ. 2045-09 מד"י נ' עדוי (14.3.10) ת.פ. 74-11-13 מד"י נ' דוד (7.9.15); ת.פ. 2746-09 מד"י נ' ספורטס (23.12.11)), אך אין לה השפעה על הכרעת הדין.

כללו של דבר, אני קובעת כי משקל הסמים שנתפסו בבית הנאשם היה 0.98 ק"ג.

כא. כאמור לעיל, שלושת השוטרים העידו אודות כמות הסמים הגדולה שנתפסה, וצינו כי על פי ניסיונם, לא ייתכן שכמות שכזו נועדה לשימוש עצמי בלבד. למול ראיות אלה, עומדת שתיקת הנאשם, המעוררת תמיהה בייחוד לנוכח טענותיו בתשובה לאישום ולפיהן הוא נזקק לסמים מטעמים רפואיים. בשתיקתו מנע הנאשם את האפשרות לברר סוגיה זו, ועל כן אני קובעת כי לא הרים את הנטל על מנת להפריך את החזקה לפיה נועדו הסמים שלא לצריכה עצמית.

חוקיות החיפוש

כב. הנאשם טוען כי החיפוש נערך ללא נוכחות שני עדים, זאת בניגוד לצו. בהמשך לכך, הוא טוען כי יש להורות על פסילת הסמים שהם פרי החיפוש הבלתי חוקי, ובנוסף יש להורות על פסלות הודעותיו בהן הודה בעבירות.

אין מחלוקת על כך שעל פי לשון הצו השיפוטי היה צריך לבצע את החיפוש בפני שני עדים שאינם שוטרים. להלן אדון בטענות השונות שהעלה הנאשם בעניין זה.

הנאשם כעד לחיפוש

כג. במהלך המשפט העלה הנאשם את הטענה לפיה הוא עצמו לא היה יכול לשמש כעד לחיפוש, אלא נדרשו שני עדים "נטראליים", ולפיכך יש לקבוע כי החיפוש נערך באופן בלתי חוקי, ללא עדים. אמנם בסיכומים לא הושם דגש על עניין זה, אך מצאתי לנכון להתייחס לסוגיה.

כד. עיון במאגרי הפסיקה מעלה כי בכמה מקרים נקבע שאין הנאשם או תופס הבית יכולים לשמש כעדים לחיפוש, והנימוק שניתן לכך הוא שלשון פקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש) [נוסח חדש] התשכ"ט-1969 (להלן: הפקודה) מבחינה בין "תופס הבית" לבין העדים לחיפוש, ומכאן שאין האחד יכול לשמש בכובעו של האחר (ת"פ 26622-02-11 פלוני נ' מד"י (13.1.14); ת"פ 50516-05-13 מד"י נ' יחיא ואח' (25.10.16); ת"פ



59911-12-13 מד"י נ' פרי (20.4.15); תפ 25825-04-11 מד"י נ' וודיצנקו (21.5.12). לאחר בחינה, דעתי שונה.

כה. הפקודה קובעת:

26(א) חיפוש, בין על פי צו ובין שלא על פי צו, ייערך בפני שני עדים שאינם שוטרים, זולת אם -

(1) לא ניתן בנסיבות הענין ובגלל דחיפותו לערכו כאמור; נסיבות הענין וטעמי דחיפותו יפורטו בפרוטוקול שייערך;

(2) שופט הרשה לערכו שלא בפני עדים;

(3) תופש הבית או המקום שבו נערך החיפוש, או אחד מבני ביתו הנוכחים שם, ביקש לערכו שלא בפני עדים; הבקשה תפורש בפרוטוקול שייערך.

... מיום 29.6.2005

תיקון מס' 12

ס"ח תשס"ה מס' 2008 מיום 29.6.2005 עמ' 526 (ה"ח 78)

26. (א) חיפוש, בין על פי צו ובין שלא על פי צו, ייערך בפני שני עדים שאינם שוטרים, זולת אם -

(1) לא ניתן בנסיבות הענין ובגלל דחיפותו לערכו כאמור; נסיבות הענין וטעמי דחיפותו יפורטו בפרוטוקול שייערך;

(2) שופט הרשה לערכו שלא בפני עדים;

(3) תופש הבית או המקום שבו נערך החיפוש, או אחד מבני ביתו הנוכחים שם, ביקש לערכו שלא בפני עדים; הבקשה תפורש בפרוטוקול שייערך.

(ב) בלי לפגוע בכלליות האמור בסעיף קטן (א), המפקח הכללי של המשטרה יקבע הוראות נוספות לענין חדירה לחומר מחשב לצורך שמירה על הפרטיות ועל שלמותו של חומר המחשב; קביעה לפי סעיף קטן זה יכול שתיעשה בפקודות משטרת ישראל כהגדרתן בפקודת המשטרה [נוסח חדש], התשל"א-1971, ויכול שתיעשה בנהלים בידי המפקח הכללי של המשטרה או בידי קצין משטרה שהוא הסמיכו לכך.

רשי

28. תופש הבית או המקום שמחפשים בו, או אדם מטעמו, יינתן לו להיות נוכח בחיפוש, ולפי דרישתו יימסר לו העתק של רשימת החפצים שנתפסו, חתום בידי העדים או בחותמתם.

יש לשים לב לכך שהפקודה אינה מזכירה את החשוד (או כפי שהוא מכונה לעתים: "נושא החיפוש") כלל, אלא עניינה הוא בשלוש "פרסונות": תופס הבית (או אחד מבני ביתו), ושני העדים לחיפוש. כבר בכך יש כדי ללמד, כי לא עניינו של החשוד דווקא, הוא שעמד לנגד עיני המחוקק, ועניין זה מובן לנוכח טיבו של הליך החיפוש. אמנם במקרים רבים מאד מתבקשת עריכת חיפוש במקום שהוא בית מגורי החשוד, ואזי הוא משמש בשני כובעים (תופס הבית, והחשוד). ואולם, לא פעם נדרש חיפוש בשלב מקדמי ביותר של החקירה, עוד בטרם עלה שמו של חשוד כלשהו, או שטרם אותר; לעתים מתבקש חיפוש במקום שאינו בית מגורי החשוד, ואזי אין הוא "תופס הבית" שבו ייערך החיפוש; לעתים תופס הבית הוא בעל זיקה לחקירה, ולעתים אין לו כל קשר אליה. בנוסף, קיימים מקרים בהם שיקולי החקירה מחייבים סודיות דבר עריכת החיפוש. כל המצבים הללו, שאינם תרחישים דמיוניים, אלא הם שגרת יומם של גורמי האכיפה, חוסים תחת כנפי ההוראה הרחבה שבסעיפים 26 ו-28 לפקודה, לפיהם עומדות לתופס הבית או אחד מבני ביתו הנוכחים שם, שתי זכויות:



א. הזכות להיות נוכח בחיפוש; ב. הזכות לנוכחות שני עדים, אלא אם תופס הבית ביקש כי החיפוש יערך ללא עדים. זכויות אלה נועדו להגן על עניינו של תופס הבית, אשר קניינו ופרטיותו עלולים להיפגע כתוצאה מן החיפוש (י. קדמי, על סדר הדין בפלילים, תשנ"ח-2008 עמ' 669).

כו. לאור ריבוי התרחישים האפשריים בהם מתבקש ביצוע חיפוש במקום, ניתן להבין את ההיגיון שבבסיס הכלל הקבוע בפקודה. היות שלפחות בחלק מן המקרים טרם אותר חשוד, לא היה מקום להורות כי דווקא "החשוד" יהא נוכח בחיפוש, לפיכך קבעה הפקודה כלל אחיד, לפיו תופס הבית, שהוא ה"פרסונה" הרלוונטית בשלב הראשוני ברוב המקרים, יהא רשאי להיות נוכח בחיפוש. כלל זה בא לרבות ולא למעט, היינו: הוא חל במקרה שבו אין לתופס הבית קשר לחקירה, אך גם במקרה שבו תופס הבית הוא החשוד עצמו, שאז מובן מאליה כי זוהי זכותו להיות נוכח.

באופן דומה, קבעה הפקודה כלל אחיד בעניין העדים לחיפוש. כבר נקבע כי מטרת נוכחות העדים היא להתמודד עם הסכנה לפגיעת יתר בפרטיות של תופס הבית, ולמנוע טענות בדבר השתלת ראיות, או העלמת חפצים (ע"פ 38/83 בן קיקי נ' מד"י (31.12.83); ת.פ. 4663-10-14 מד"י נ' אבו טאלב (25.9.15)). גם כאן, אין טעם לקבוע כי "החשוד" יהיה עד לחיפוש, היות שקיימים מקרים בהם עדיין לא נודעה זהותו. מנגד, אין מקום לקבוע כי דווקא "תופס הבית" יהיה העד לחיפוש, היות שלא בכל מצב הוא בעל עניין או זיקה. לפיכך, נקבע כלל אחיד, שבא לרבות ולא למעט, ולפיו יהיו נוכחים "שני עדים" שאינם שוטרים, אך כלל זה לא בא בשום אופן לשלול את האפשרות לכך שהחשוד עצמו (או תופס הבית) יהיה עד לחיפוש.

כז. הקביעה לפיה העדים לחיפוש לא יהיו שוטרים, מובנת מאליה לאור הצורך לפקח על הוגנות החיפוש. ואולם, יגעת ולא מצאתי איזה אינטרס חברתי יש במניעת האפשרות כי תופס הבית או החשוד, או מי מטעמם, ישמשו כעדים לחיפוש, ככל שהם מעוניינים בכך (ובאין מניעה משיקולי החקירה כמובן). בזהירות אציין כי נדמה לי שהעמדה הפוסלת את החשוד מלשמש כעד, נשענת על תפיסה כלשהי שלפיה נדרשת "סימטריה" מוחלטת בין מבצעי החיפוש לבין החשוד, כך שאם נאסר עליהם לשמש כעדים, אזי גם הוא לא יוכל להיות עד, בחינת "גם לי גם לך לא יהיה" (מלכים א' ג' כ"ו). ואולם, לא ברור כלל שיש מקום לסימטריה מכאנית שכזו, ואף ייתכן שהיא פוגענית כלפי תופס הבית או החשוד. במצב הלא-נוח בו הם נתונים, ייתכן בהחלט שהעדפתם היא להיות עדים לחיפוש בעצמם, אם לצורך פיקוח, אם לצורך מעורבות ואם לשם מניעת פרסום דבר החיפוש ברבים, וצמצום המבוכה הכרוכה בו (ואמנם, כך אירע בעניין דנן, על פי העדויות).

בנוסף, לא ניתן לקבוע באופן החלטי כי גיוס עדים "ניטראליים" על ידי גורמי האכיפה, יוביל לרכישת אמונו של החשוד, וניתן לדמיין בקלות כי עדים שכאלה דווקא יעוררו חששות וספקות שמא הם מוטים לטובת החיפוש. לעומת זאת, סביר להניח כי מתן האפשרות לחשוד עצמו להיות עד לחיפוש או להביא עדים מאנשי שלומו, יהא בה כדי לתרום לרכישת אמונו ואף להרגעת הרוחות. ואמנם, הניסיון מלמד שבפועל, ברוב המקרים, הקושי באיתור עדים במהירות בזמן אמת, מוביל לכך שאם לא תופס הבית (שהוא על פי רוב החשוד) משמש בעצמו כעד לחיפוש, אזי משמשים בתפקיד זה קרוביו או אנשי שלומו שנכחו בבית, או הוזעקו למקום.

בהקשר אחרון זה, יש לציין כי אלה הלומדים מלשון הפקודה שתופס הבית אינו יכול לשמש כעד לחיפוש, אמורים להחיל כלל זהה גם על בני ביתו, שהרי לשון הפקודה אינה מבחינה בין תופס הבית לבין בני ביתו ("תופס הבית, **או** אחד מבני ביתו הנוכחים שם, ביקש לערכו שלא בפני עדים"). לכאורה, החלת פרשנות שכזו באופן עקבי מחייבת למנוע אף מבני



הבית לשמש כעדים לחיפוש. זוהי כמובן תוצאה בלתי סבירה שאינה משרתת אף את אינטרס החשוד, ודומה כי לכולי עלמא אין לקבלה. לדעתי, בתובנה זו יש כדי ללמד על הבעייתיות הטמונה מלכתחילה בפרשנות הפוסלת את תופס הבית כעד לחיפוש.

כח. כל השיקולים שפורטו לעיל, מובילים לדעתי למסקנה לפיה אין כל מניעה לכך שתופס הבית או החשוד ישמשו כעדים לחיפוש, ככל שביקשו זאת. לדעתי, אילו היתה זו כוונת המחוקק לשלול את זכותם לכך, ניתן היה לצפות שיקבע זאת במפורש, בייחוד נוכח העובדה שתרחיש זה הוא הנפוץ (בדרך אגב אעיר כי שאלה מעניינת היא מה יהיה הדין כשהחשוד, שאינו תופס הבית, ידרוש להיות אף הוא נוכח כעד לחיפוש, לנוכח נגיעתו לעניין והסיכון שהוא ניצב בפניו. שאלה זו, שאינה צריכה הכרעה בענייננו, לא נדונה בפסיקה למיטב ידיעתי, אם כי הוזכרה על ידי בית המשפט המחוזי בת.פ (י-ם) מד"י נ' משארה (22.10.13).

כט. תימוכין לשיטתי ניתן למצוא במקרים רבים שבהם קבע בית המשפט העליון כי לא היה כל פסול בכך שהנאשם/החשוד שימש כעד לחיפוש. בע"פ 2279/15 בורחוב נ' מד"י (31.1.16) קבע בית המשפט העליון כי אין כל ממש בטענות בדבר אי חוקיות החיפוש (בשל אי נוכחות עדים), שעה שהשוטרים הציגו בפני הנאשם צו חיפוש, וערכו את החיפוש בנוכחותו. בבש"פ 3377/97 תאופיק נ' מד"י (6.6.97) ביקר בית המשפט העליון את התנהלות המשטרה, בשל כך שהחשוד הוצא מביתו לצורך החיפוש, ולא היה עד לו, כך שרק אשתו נכחה בחיפוש. בב"ש 1153/02 מד"י נ' אברג'ל (9.6.02), קבע בית המשפט המחוזי כי עורך דינו של החשוד או תופס הבית יכול לשמש כעד לחיפוש (ולדעתי, עורך דינו כגופו דמי) (ניתן לראות גם י. קדמי, על סדר הדין בפלילים, חלק ראשון ב', 669).

ל. עוד ראוי להעיר כי לעתים מתעוררת השאלה ההפוכה לזו שבה דנתי עד כה, היינו: האם בידי גורמי החקירה לכפות על החשוד או תופס הבית לשמש כעדים לחיפוש, ולהודיעם כי סירובם יוביל לעריכתו בכל מקרה. לכאורה, מלשון הפקודה עולה כי ככל שתופס הבית לא ויתר על נוכחות שני עדים, הרי זה מחובתם של עורכי החיפוש לאתר עדים שאינם שוטרים. ואולם, ברור הוא כי הדרישה להבאת עדים אחרים, עלולה לסכל את החיפוש או להקשות על ביצועו, ולא תמיד מטעמים ענייניים. לאחרונה נדונה סוגיה זו בת.פ 4266-02-15 מד"י נ' לוריא (15.1.17), שם דובר בחשוד אשר סירב להגיע לביתו לצורך היותו עד בחיפוש, ובית המשפט קבע כי אין זה סביר לדרוש מן השוטרים לקושש עדים אחרים בחוצות העיר, בשל סירובו, אלא מותר היה להם לבצע את החיפוש, בלעדיו, בנוכחות בת זוגו. בין אם אקבל עמדה זו ובין אם לאו, מה שברור הוא כי בבסיסה עומדת הקביעה כי החשוד כשר לשמש כעד לחיפוש.

לא. העולה מכל האמור הוא כי בענייננו הנאשם שהיה תופס הבית ונכח בעת החיפוש, היה כשר לשמש כעד לחיפוש.

כעת יש לברר האם שימשו הנאשם ובת זוגו כעדים לחיפוש בפועל.

נוכחות העדים בפועל, בעת החיפוש

לב. השוטר צבאג העיד כי הנאשם ואשתו, היו עדים לחיפוש (עמ' 22 ש' 25), ונכחו במהלכו. לפי עדותו, אשת הנאשם אמנם נכנסה לפרק זמן קצר לחדר אחר, ביחד עם ילדיה, כדי למנוע חשיפתם לחיפוש, אך לאחר מכן



יצאה מהחדר ביחד עם אחד הילדים. מן העדות עלה כי בסופו של דבר, הילד נכח בחיפוש, והוא אף צוטט כמי שאמר "זה הצמחים של אבא בחדר הזה", מה שמלמד כי בעת הכניסה לחדר שבו היו הסמים, נכח לכל הפחות אחד מבני הזוג, שהרי אין לתאר כי הניחו לילד צעיר להסתובב באזור החיפוש לבדו.

השוטר דיין העיד כי הנאשם היה עד לחיפוש, ובלשונו "הוא חתום לי בדו"ח החיפוש" (עמ' 52 ש' 15). לדבריו, הנאשם עמד לידו ופתח לו את דלת החדר שבו היתה המעבדה, אך לא הוכנס לחדר על מנת שלא יזהם את הזירה. בנוסף, עלה מעדותו כי אבי אשתו של הנאשם הגיע למקום על מנת להשגיח על הילדים. דיין העיד: "רשום בדו"ח החיפוש שני העדים, הוא כנושא הצו ואשתו כעדה. שניהם חתומים. הם ראו את כל מה שנתפס וחתמו" (עמ' 53 ש' 10), ובהמשך "הוא עד לחיפוש, הוא היה מודע לכל, הוא ראה את מה שנתפס, הוא חתם על מה שנתפס, הוא היה צמוד אלינו, הוא ואשתו" (עמ' 57 ש' 5). בחקירה הנגדית הבהיר דיין כי תמיד הוא נוהג לשאול האם מושא הצו מעוניין בנוכחות עדים נוספים, ובדרך כלל, משיבים לו בשלילה. במקרה דנן, הגיעו אביה ודודים, אך בת זוגו של הנאשם לא רצתה שיבואו (עמ' 56 ש' 3).

השוטר רוט העיד כי הוא לא ביצע את החיפוש בחדר המעבדה, אלא רק סייע בהוצאת התפוסים משם. בנוסף, ערך חיפוש בחדר אחר, בנוכחות אשת הנאשם, אך לא מצא דבר. לדבריו, בעת שעסק בהוצאת תפוסים מן הבית, בני הזוג היו עם הילדים במטבח (עמ' 59 ש' 31).

לג. בדו"ח החיפוש, ת/4, נרשם כי הנאשם נכח בחיפוש כ"מחזיק המקום", והוא אף חתם. בנוסף, נרשמה בת זוגו -רונית אוזן, כעדה לחיפוש, וחתמה. בטופס קיימת שורה נוספת לציון שם העד השני, אך השוטר סימן קו לרוחב השורה. לדעתי, אופן הסימון מלמד כי השוטרים לא התעלמו מן הצורך בעדים לחיפוש, אלא ראו את הנאשם, שהיה גם תופס הבית, כעד לחיפוש, כפי שעלה מעדותם. היות ששמו נרשם בצירוף חתימתו כמחזיק המקום, לא ראו לנכון לרשום זאת פעם נוספת, גם במקום המיועד לציון שמות העדים.

לד. הנאשם העלה בסיכומיו טענות שונות נגד עדות השוטרים, לפיה הוא היה עד לחיפוש, אך לא הביא כל ראיה לאישוש טענותיו. בחקירתו במשטרה, לא העלה השגות כלשהן כלפי החיפוש, ולהיפך - הוא הודה בכל המיוחס לו. בעת המשפט, בחר שלא להעיד, ולא הביא כל ראיות או עדויות מטעמו. התוצאה היא שלא הובאה ראיה לכך שלא היתה נוכחות עדים, או לטענה בדבר העדר הודעה על הזכות לנוכחות עדים. מעבר לכך, אין כל ראיה לכך שהנאשם לא הסתפק בנוכחות עצמו ובת זוגו, או העלה דרישה לנוכחות עדים נוספים, כפי שנטען בסיכומים. בעצם, לפנינו טענות בעלמא, הניצבות מול עדויות מפורשות של שלושת השוטרים.

לה. אינני מקבלת את הטענה לפיה בת זוגו של הנאשם לא שימשה כעדה לחיפוש. לפי עדויות השוטרים בת הזוג נכחה בחיפוש, למעט פרקי זמן קצרים שבהם היתה במטבח או בחדר אחר, עם ילדיהם, ואין בכך כדי להפסיק את היותה עדה לחיפוש. בנוסף, היא חתמה בסיום דו"ח החיפוש, ללא כל טענות ומענות.

אם לא די בכך, עלה מעדותו של דיין, כי שאל את הנאשם בענין עדים נוספים, ואמנם הגיע אביה של בת הזוג למקום, אך "האשה לא רצתה שייכנסו לבית, שלא יראו מה שקרה עם בעלה" (עמ' 56 ש' 9-12). לדעתי, היות שמבחינה מהותית בת הזוג היתה אף היא במעמד של "תופס הבית", והיות שהובאו ראיות לכך שהיתה מעורבת ביותר בנעשה, היה



זה הגיוני ביותר שהשוטרים קיבלו את בקשתה ולא הכניסו את הסב שהגיע, כעד נוסף לחיפוש. ואמנם, כעולה מן הראיות, שימשה היא בעצמה כעדה לחיפוש, כנראה על מנת לצמצם את המבוכה.

לא למותר להזכיר כי בת הזוג לא הובאה לעדות מטעם ההגנה, ויש להניח כי הנאשם העדיף שלא תישמע גרסתה, שלא היתה מועילה להגנתו (ע"פ 3947/12 סאלח נ' מד"י (21.1.13); ע"פ 712/94 ג'בארי נ' מד"י (9.3.95)).

לו. סיכומי של דבר- אני דוחה את הטענה לפיה לא היו עדים לחיפוש, וקובעת כי החיפוש בוצע כדין, בנוכחות הנאשם ובת זוגו.

לאור קביעתי זו, נשמט הבסיס מתחת לטענות בדבר פסלות הראיות שנאספו בחיפוש ובעקבותיו.

הטענה לפסילת ראיות בשל אי חוקיות החיפוש

לז. למרות קביעתי האחרונה ולשם הזהירות בלבד, אני מוצאת לנכון להתייחס לטענות בדבר פסלות הראיות שנתפסו בחיפוש, מכוח דוקטרינת הפסילה הפסיקתית, שכן הנאשם ייחס לסוגיה זו מקום מרכזי בטיעונו.

דעתי היא כי גם אילו נמצא כי החיפוש בבית הנאשם בוצע שלא כדין בשל אי נוכחות עדים, עדיין לא היה מקום לפסול את הראיות שנתפסו, או את הודעות הנאשם, לנוכח נסיבות העניין, מהנימוקים שאפרט להלן.

לח. בע"פ 5121/98 יששכרוב נ' התובע הצבאי (4.5.06) קבע בית המשפט העליון כי דוקטרינת הפסילה הפסיקתית אין משמעותה פסילה גורפת של כל ראיה שהושגה שלא כדין. נקבע כי שאלת פסלות הראיות צריכה להיבחן בשלושה מבחנים: (א) אופייה וחומריתה של אי החוקיות- ככל שהמדובר באי חוקיות טכנית, או כזו שבוצעה בתום לב, יהא בכך כדי לחזק את המסקנה שאין לפסול את הראיה. (ב) מידת השפעת אי החוקיות על השגת הראיה- ככל שהמדובר בראיה בעלת קיום עצמאי שאינו מושפע מאי החוקיות, יהא בכך כדי לתמוך בקבלת הראיה. (ג) הנזק מול התועלת החברתית שבפסילת הראיה- לרבות בחינת חומרת העבירה והאינטרס באכיפה.

הלכת יששכרוב זכתה לפיתוחים ופרשנות מידי בית המשפט העליון. כך, בע"פ 5956/08 אל עוקה נ' מד"י (23.11.11) הבהיר בית המשפט העליון כי ישנה בעייתיות של ממש בכך שראיה חשובה בעבירת פשע לא תתקבל בשל כשל טכני (פסקה 12). נקבע כי יש להבחין בין פגיעה מהותית בזכות להליך הוגן, לבין פגיעה שולית או שאינה ממשית. בע"פ 5417/07 בונר נ' מד"י (30.5.13), נקבע כי הלכת יששכרוב לא באה להחליף את התכלית של חקר האמת, ויש לבחון את השפעת הפגם או אי החוקיות על מהימנות הראיה באספקלריה של חקר האמת, מתוך חשש כי ראיה פסולה היא גם ראיה לא מהימנה שאין להביאה בקהל הראיות. בע"פ 10141/09 בן חיים נ' מד"י (6.3.12) נקבע כי כאשר מדובר בראיות חפציות שהן בעלות קיום עצמאי ונפרד מאי-החוקיות שהייתה כרוכה בהשגתן, בדרך כלל לא יהיה באי-החוקיות כדי לפגוע באמינותן.



בע"פ 9897/05 אלמגור נ' מד"י (23.11.06), שעסק בסוגיית החיפוש, הבהיר בית המשפט העליון את החשיבות של מידת השפעת הפגם על מהימנות הראיה:

התנהגותם של השוטרים בחיפוש אינה מביאה למסקנה ההכרחית שיש לפסול את הראיה שהתגלתה עקב החיפוש. בנסיבות העניין לא ניתן לומר כי מתקיימת הזיקה הנדרשת בין ההתנהגות הפסולה של השוטרים לבין מציאת הראיה (ראו ע"פ יששכרוב פסקה 64 לפסק דינה של השופטת ביניש). גם לולא היו נכשלים השוטרים באי הזמנת עורך הדין, היתה החולצה מתגלית (והשוו: ע"פ 5203/98 חסון נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(3) 274 (2002)). החולצה הינה ראיה חפצית, שגילויה לא היה תלוי בנוכחותו או בהיעדרו של עורך הדין. מסכימה אני עם בית המשפט המחוזי שהאפשרות לפיה החולצה הושתלה הינה קלושה ביותר. לפיכך ניתן לקבוע כי לחולצה שנמצאה יש קיום עצמאי ללא קשר לאי החוקיות שבפעולת המשטרה, וכי הפגם לא השפיע על מהימנותה של הראיה (ע"פ יששכרוב, פסקה 71 לפסק דינה של השופטת ביניש).

על פי המבחנים הללו יש לברר את מעמדן של הראיות שנתפסו בחיפוש דן.

לט. אופייה וחומרתה של אי החוקיות – אכן, במקרים בהם נפל פגם מהותי בחיפוש, יש מקום לבחון בכווד ראש את הצורך בפסילת הראיות שהושגו תוך פגיעה בזכויות יסוד של החשוד. כך הדבר למשל, כאשר בוצע חיפוש ללא סמכות, באין חשד סביר, וללא הסכמה מדעת של החשוד לעריכתו. כפי שעולה מכמה החלטות שהוגשו לעיוני מצד ההגנה, פסלו בתי המשפט ראיות שנתפסו בנסיבות שכאלה (ת.פ. 16795-10-15 מד"י נ' אהל (8.2.17); ת.פ. 13802-07-13 מד"י נ' זוארץ (12.11.15); ע"פ (מרכז) 28090-02-15 מד"י נ' אדרי (15.5.16); ע"פ (י-ם) פדר נ' מד"י (4.6.15)). בשונה מכך, בעניין דן אין המדובר באי חוקיות מהותית, שהרי החיפוש נערך על פי צו שופט שלא נפל בו פגם, אלא שלפי הטענה, לא מולאו כל התנאים שבצו החיפוש.

גם אם כשלו השוטרים באי הקפדה על נוכחות שני עדים לחיפוש, הרי אין מחלוקת על כך שבת הזוג היתה עדה, ואילו הנאשם אף הוא נכח במקום, וראה את כל המתרחש. בנוסף, נכח אביה של בת הזוג, לפחות בחלק מן הזמן. לדעתי, עובדות אלה תומכות במסקנה שמבחינה מהותית נכחו עדים בעת החיפוש, ואם נפל פגם, הרי הוא מינורי למדי.

נסיבה נוספת המלמדת על המינוריות של אי החוקיות הנתענת, היא העובדה שהשוטרים פעלו בתום לב, וסברו כי די בכך שהנאשם נוכח בחיפוש כמחזיק הבית ובת זוגו היא עדה לחיפוש.

ואמנם, בהחלטות רבות של ערכאות הערעור, נדחתה הטענה לפסלות הראיות, בשל אי נוכחות שני עדים בחיפוש, תוך שיוחסה חשיבות גם לעובדה שהשוטרים פעלו בתום לב. לצורך הדוגמא ניתן להפנות להחלטות אלה: ע"פ 1554/13 פלוני נ' מד"י (25.2.15); בש"פ 9745/11 בואב נ' מד"י (15.1.12); ת.פ. 4266-02-15 מד"י נ' לוריא (15.1.17); ת.פ. (מחוזי י-ם) 12360-09-12 מד"י נ' משהארה (22.10.13); ת.פ. (מחוזי ת"א) 40206/05 מד"י נ' בללי (10.6.09); ת.פ. (מחוזי ב"ש) 57329-11-10 מד"י נ' אבו רקייק (23.6.13); ת.פ. (מחוזי חי') 30287-08-13 מד"י נ' עוזיאל (4.11.14); ת.פ. (מחוזי ב"ש) 37165-03-16 מד"י נ' קריחלי (8.1.17); ת.פ. 35192-06-12 מד"י נ' צרפתי (23.5.13); ע"פ (חי') 6931-08-09 עייש נ' מד"י (29.4.10); ע"פ (ת"א) 56115-01-16 טמקין נ' מד"י (11.4.16); ת.פ. 19089-12-13 מד"י נ' אטיאס (29.9.14); ת.פ. 26800-08-14 (7.12.15); ת.פ. 23015-03-15 מד"י נ' טופולנסקי



(22.12.16).

עוד יש להדגיש כי הנאשם לא העלה כל טענה ממשית כנגד החיפוש, לא בחקירתו במשטרה, ולא בעת המשפט, ולא קיים ספק בדבר מהימנות הראיות שנתפסו. בחירתו שלא להעיד להגנתו, הותירה תמיהה קשה, שהרי אם יש בפיו טענות משמעותיות אודות הוגנות ההליך והתנהלותם הבעייתית של השוטרים, ניתן היה לצפות לכל הפחות כי יעיד על כך. שתיקתו יצרה דיסוננס בין חומרת הטענות לבין העדר כל השתדלות להוכיחן (ע"פ 2661/13 יחייב נ' מד"י (18/02/14); ע"פ 2406/09 אלבו נ' מד"י (15/09/10)).

המסקנה היא כי אי החוקיות הנטענת, אינה מן החמורות.

מ. האפשרות להשגת הראיה אלמלא אי החוקיות במקרה דנן, לא ניתן לומר כי ממצאי החיפוש הם פרי של אי החוקיות ולא היו מושגים בדרך אחרת, שהרי ניתן היה לבצע את החיפוש בנוכחות עדים ולהשיג את הראיות בדרך חוקית, זאת בשונה ממקרה שבו נערך החיפוש ללא חשד סביר וללא הסכמה מדעת.

מא. הנזק מול התועלת שבפסילת הראיות – הוכח כי בבית הנאשם נתפסו כמות גדולה של שתילי קנאבוס, וצידוד לגידול סמים, שלא לצריכה עצמית. לא יכולה להיות מחלוקת על קיומו של עניין ציבורי רב באכיפה בגין עבירות שכאלה.

הנאשם הגיש לעיוני כמה החלטות בהן נקבע כי לנוכח העדר עדים לחיפוש, יש לפסול את הראיות שהן פרי החיפוש, אך חשוב לשים לב לכך שהמקרים אליהם הופניתי עסקו בעבירות מינוריות ביותר, של החזקת קנאבוס בכמויות זעירות, ובכולם נקבע במפורש כי שקילת הפגם החוקי למול האינטרס באכיפה, מטה את הכף לעבר פסילת הראיה, בשל אותה מינוריות (בת.פ 16795-10-15 (8.2.17) – 3 שתילי קנאבוס; בת.פ 34940-07-13 מד"י נ' יעיש (4.11.14) – חשיש במשקל 5.3 גרם; בת.פ 50516-05-13 מד"י נ' יחיא (25.10.16) – חשיש במשקל של כ-80 גרם; בת.פ 59911-12-13 מד"י נ' פרי (20.4.15) – חשיש במשקל כולל של כ-6 גרם; בת.פ 19411-04-14 מד"י נ' רפאל (13.5.15) – חשיש במשקל של כ-4 גרם וכן 3 שטרות מזויפים; בת.פ 6763-01-14 מד"י נ' מדרי (18.11.14) – חשיש במשקל של 1.7 גרם; בת.פ 46745-10-10 מד"י נ' ריאן (21.7.14) – ציד ציפור שלא כדין; בת.פ 23135-06-12 מד"י נ' רחמני (23.4.14) – חשיש במשקל כ-4 גרם). לעומת המקרים המינוריים הללו, מקום בו דובר באישום בעבירות כבדות משקל, ובפרט עבירות סמים שלא לצריכה עצמית, נוטים בתי המשפט שלא להורות על פסילת ראיות, כפי שעולה בבירור משורת ההחלטות אליהן הפניתי בסעיף מ' לעיל.

לאחרונה נדון עפ"ג (מרכז) 12284-04-15 חזימיה נ' מד"י (17.6.16) – שם יוחסו לנאשם עבירות של החזקת קנאבוס וגידולו, שלא לצריכה עצמית, בנסיבות דומות לענייננו. גם שם, בחר הנאשם שלא להעיד. בית המשפט המחוזי קבע כי נפל פגם מהותי בחוקיות החיפוש, שבוצע ללא צד כדין. למרות זאת, נקבע כי המדובר באי חוקיות במדרג הנמוך, זאת לאור העדר טענה לחוסר תום לב מצד השוטרים, לאור הודאת הנאשם בחקירתו ובחירתו לשתוק במשפט, ולנוכח העניין הציבורי הרב באכיפה. הדברים יפים לענייננו, מקל וחומר (באופן דומה נתקבלו ראיות חפציות גם כשנפל פגם מהותי



בחיפוש, במקרים אלו: ע"פ (מרכז) 57513-07-15 זצני נ' מד"י (24.5.16); ת.פ. 13253-07-14 מד"י שנדי (4.12.16).

מב. המסקנה העולה מכל האמור היא כי גם אילו קבעתי כי החיפוש היה נגוע באי חוקיות, לא היה מקום לפסילת הראיות, נוכח מינוריות הפגם והעניין הציבורי הרב באכיפה כנגד העבירה של ניהול מעבדה לגידול סמים מסוכנים, שלא לצריכה עצמית.

מג. כפועל יוצא מן האמור, אין מקום לדון בשאלת פסילת הודאת הנאשם שנשמט הבסיס לה (מעבר לכך, ספק אם ניתן היה להחשיבה כראיה נגזרת על פי הכללים שנקבעו בע"פ 4988/08 פרחי נ' מד"י (1.8.11)).

סיכום

הנאשם הודה בעבירות של החזקת סמים וגידול סמים בעת חקירתו במשטרה, אך בחר שלא להעיד במשפט.

בניגוד לטענות הנאשם, מצאתי כי הליך זיהוי הסמים ושקילתם נעשו כדיון, ובהתאם לנהלי מז"פ, לכן לא נותר ספק בעובדה שהמדובר בקנאבוס במשקל 0.98 ק"ג.

בעניין חוקיות החיפוש קבעתי כי לא נכונה הטענה לפיה לא נכחו עדים בעת החיפוש, שכן הנאשם ובת זוגו היו נוכחים. בתוך כך, דחיתי את הטענה לפיה לא היה הנאשם כשר לשמש כעד לחיפוש.

מעבר לצורך, קבעתי כי אף אילו נמצא כי נפל פגם בשל אי נוכחות שני עדים לחיפוש, לא היה בכך כדי להוביל לפסילת ממצאי החיפוש, שכן בנסיבות המקרה דן, המדובר בפגם מינורי ביותר, שלא פגע בזכות הנאשם להליך הוגן.

בסופו של יום, הנאשם העלה טענות רבות כנגד הראיות, אך לא הביא כל ראיה משלו, כדי לעורר בהן ספק.

אשר על כן, האישום הוכח מעבר לכל ספק סביר.

סוף דבר

אני מרשיעה את הנאשם בעבירות של החזקה שלא לצריכה עצמית, לפי סעיף 7(א) רישא, גידול סמים, לפי סעיף 6, והחזקת חצרים לעישון, לפי סעיף 9 - לפקודת הסמים המסוכנים [נוסח חדש] התשל"ג-1973.



ניתנה היום, ד' אדר תשע"ז, 02 מרץ 2017, במעמד הצדדים