



ת"פ 59911/12/13 - מדינת ישראל נגד אלירן פרי

בית משפט השלום ברחובות
ת"פ 59911-12-13 מדינת ישראל נ' פרי
בפני כב' השופטת אפרת פינק
המאשימה
נגד
הנאשם
אלירן פרי
מדינת ישראל

20 אפריל 2015

נוכחים:

ב"כ המאשימה עו"ד מאור לונדנר

הנאשם בעצמו

ב"כ הנאשם עו"ד נעמי כהן מהסנגוריה הציבורית

[פרוטוקול הושמט]

הכרעת דין

אומר כבר בראשית הדברים כי החלטתי להורות על זיכוי של הנאשם מבלי שהשיב לאשמה.

מבוא

1. נגד הנאשם הוגש כתב אישום המייחס לו עבירה של החזקת סם לצריכה עצמית בצוותא, לפי סעיף 7(א) יחד עם סעיף 7(ג) סיפא לפקודת הסמים המסוכנים [נוסח חדש], התשל"ג - 1973 (להלן - "פקודת הסמים המסוכנים"), וסעיף 29 לחוק העונשין, התשל"ז - 1977 (להלן - "חוק העונשין").
2. הנאשם ועידן צריקר (להלן - "צריקר") שכרו יחדיו, בעת הרלוונטית לכתב האישום, דירה ברחוב היסמין 10 ברחובות (להלן - "הבית").
3. לפי המיוחס בכתב האישום, ביום 8.4.13, בשעה 19:00 או בסמוך לכך, הגיעו השוטרים מאור אזולאי, גל לוי, דני כץ, גידי יהודה ואלון גבאי (להלן יחד - "השוטרים"), אל הבית במטרה לבצע צו חיפוש שנתן בית משפט שלום ברחובות (כבוד השופטת איריס לוי עבודי), בהחלטתו מיום 7.4.13. צו החיפוש הסמיך את השוטרים לערוך חיפוש בביתו של צריקר. השוטרים מצאו בבית סמים כדלקמן: בשידה מתחת לטלוויזיה בסלון הבית נייר מקופל ובו סם מסוכן מסוג חשיש במשקל 0.0831 גרם נטו; על השולחן בסלון הבית נייר מקופל ובו סם מסוג חשיש במשקל 1.1981 גרם

עמוד 1



נטו; על שולחן הטלוויזיה בסלון הבית סם מסוג חשיש במשקל 2.10 גרם נטו; מתחת למיטה של הנאשם נייר מקופל ובו סם מסוכן מסוג חשיש במשקל 0.2097 גרם נטו. סך הכל החזיקו הנאשם וצריקר סם מסוכן מסוג חשיש במשקל כולל של 3.5909 גרם נטו.

גדר המחלוקת

4. בתום שמיעת ראיות התביעה, בקשה באת כוח הנאשם, שלא להשיב לאשמה, לפסול את הסמים שנתפסו, ולהורות על זיכוי של הנאשם כבר בשלב זה, וזאת משני טעמים: הטעם האחד, החיפוש בבית נערך שלא בנוכחות שני עדים ואינו חוקי; הטעם השני, קיים פגם ב"שרשרת הסם".

5. באשר לחוקיות החיפוש טענה באת כוח הנאשם, כדלקמן:

- א. סעיף 26 לפקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש) [נוסח חדש], התשכ"ט - 1969 (להלן - "**הפקודה**"), מחייב נוכחותם של שני עדים, כאשר תופש הבית אינו יכול לשמש כעד. על כך ניתן ללמוד מלשון החוק ותכליתו וכן מהפסיקה;
- ב. השוטרים לא שאלו את הנאשם אם הוא מוותר על נוכחותם של העדים, וממילא הנאשם לא נתן הסכמתו לביצוע החיפוש ללא שני עדים;
- ג. הנאשם אינו חתום על דו"ח החיפוש כעד ויש בכך כדי ללמד כי גם השוטרים לא סברו שהוא יכול לשמש כעד לחיפוש. גם מעדותם של חלק מהשוטרים עולה, כי לא סברו שהנאשם יכול לשמש כעד לחיפוש;
- ד. הנאשם ועד תביעה מס' 16, ניר אבנעים (להלן - "**אבנעים**"), היו אמנם בבית, אולם מהראיות עולה, כי אבנעים התבקש שלא לזוז מהסלון והוא לא ליווה את החיפוש בחדרים. גם הנאשם היה בחלק מהחיפוש בסלון. יתר על כן, רוב השוטרים העידו כי התפצלו במהלך החיפוש ולא זכרו אם הנוכחים ליוו אותם;

6. עוד טענה באת כוח הנאשם כי קיים פגם ב"שרשרת הסם". השוטר גל לוי, אשר תפס חלק מהסמים הכניסם לכיסיו, וזאת מבלי שצוין לאיזה כיס הכניס כל סם שנתפס. השוטר לוי גם לא העביר את הסמים באופן מידי לארון המוצגים, וזה נעשה רק כעבור זמן. גם השוטר אלון, אשר מצא סמים בבית, לא פירט מה עשה עמם לאחר מכן.

7. בא כוח התביעה ביקש לדחות את טענת הנאשם שאין להשיב לאשמה וזאת משום שלא התקיימו התנאים להורות על זיכוי בשלב זה. בין היתר טען, כי בשלב זה אין בית המשפט מכריע בשאלות של קבילות ומשקל הראיות ודי בכך שהתביעה הביאה ראיות בסיסיות להוכחת יסודות העבירה. במקרה הנדון, יש בראיות שהציגה התביעה כדי לסבך את הנאשם בעבירה המיוחסת לו ומכאן שיש לחייב את הנאשם להשיב לאשמה. מכאן שאין מקום לדון בטענה בדבר חוקיות החיפוש בשלב זה.

8. הגם שלטענת בא כוח התביעה אין להכריע בשאלת חוקיות החיפוש בשלב זה, הוסיף וטען גם לענין זה, כדלקמן:

- א. החיפוש נערך כחוק בהתאם לצו של בית המשפט. אין לפרש את סעיף 26 לפקודה, כמחייבת נוכחותם של שני עדים, שאינם תופש הבית. היו נוכחים בחיפוש שני עדים, שאחד מהם הינו תופש הבית ומכאן שהחיפוש נערך כחוק.



ב. גם אם החיפוש לא נערך כחוק, אין בכך כדי להביא לפסילת הסמים שנמצאו בו, משום שבאת כוח הנאשם לא פירטה מדוע יש בחיפוש להביא לפסילה.

9. בא כוח התביעה לא התייחס לטענה בדבר הפגם שנפל ב"שרשרת הסם".

דין והכרעה

האם טענה בדבר חוקיות החיפוש מתאימה להכרעה מבלי להשיב לאשמה?

10. שאלה מקדמית הנדרשת להכרעה הינה אם יש מקום לדון בטענה בדבר פסילת חפץ שנמצא בחיפוש בשלב הקודם לשמיעת ראיות הנאשם, ומבלי שהנאשם השיב לאשמה?

11. טענה בדבר פסילת ראיה עניינה בתקינות מעשה הרשות המינהלית. במקרה הנדון מדובר בתקינות החיפוש שערכה המשטרה. מהדין ומהפסיקה עולה, כי טענה כזאת עשויה להתברר תחת מספר מסגרות נורמטיביות ובמספר שלבים שונים של ההליך הפלילי: כטענה מקדמית להגנה מן הצדק, לפי סעיף 149(10) לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב - 1982 (להלן - "**חוק סדר הדין הפלילי**"); כטענה שלא להשיב לאשמה, לפי סעיף 158 לחוק סדר הדין הפלילי (ראו, למשל: ת"פ (ב"ש) 18129-03-11 **מדינת ישראל נ' כחלון** (19.2.13); ת"פ (ב"ש) 25097-01-12 **מדינת ישראל נ' אלאשוילי** (3.6.12)); כטענה שלא עלה בידי התביעה להוכיח את יסודות העבירה במסגרת סיכומי הנאשם (ראו, למשל: ת"פ (ב"ש) 52892-05-10 **מדינת ישראל נ' אלבז** (10.4.13); ת"פ (דימונה) 1138-09 **מדינת ישראל נ' אביכזר** (2.9.12); ניתן גם לטעון לביטול כתב האישום במסגרת דוקטרינת הביקורת המנהלית בפלילים (על המסגרות החלופיות להעלאת טענות בדבר תקינות ההליך הפלילי ראו גם: בג"צ 9131/05 **ניר עם כהן אגודה שיתופית חקלאית בע"מ נ' מדינת ישראל** (6.2.06); רענן ג' די "דוקטרינת הביקורת המנהלית בפלילים" צפוי להתפרסם **בספר מצא, עמ' 529**)).

12. המסגרות הנורמטיביות השונות הינן חלופיות והבחירה במסגרת הראויה ביותר תלויה בנסיבותיו של התיק. גם השלב שבו תידון הטענה עשוי להשתנות מתיק לתיק. לעיתים ניתן להכריע בטענה בדבר חוקיות החיפוש ללא שמיעת ראיות כלל וכבר במסגרת הטענות המקדמיות. לעיתים יש צורך בשמיעת ראיות התביעה בלבד, ולעיתים יהיה צורך בשמיעת הראיות כולן על מנת להכריע בה.

13. במקרה הנדון, הטענה בדבר חוקיות החיפוש הועלתה כבר בשלב המקדמי של ההליך, אלא שהיה צורך בשמיעת ראיות התביעה, על מנת להכריע בה, משום שהיא מערבת הכרעה עובדתית. עם זאת, אין צורך בשמיעת ראיות הנאשם וניתן להכריע בה כבר עתה, משום שגם אם יתקבלו ראיות התביעה ככתבן וכלשונו, פסילת ראיות הסמים תוביל לזיכויו של הנאשם. ומה טעם יש בשמיעת ראיות הנאשם, אם ניתן לפסול את ראיות הסמים גם ללא שמיעתו?

האם החיפוש היה כדין?

14. סעיף 26(א) לפקודה קובע, כדלקמן:

"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;

עמוד 3



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

15. סעיף 28 לפקודה מוסיף:

"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".

16. לשאלה אם יכול תופש הבית לשמש כאחד העדים פנים לכאן ולכאן, הן לפי לשון החוק והן לפי תכליתו, ומכאן כי נדרש שיקול דעת שיפוטי להכרעה (אהרן ברק **פרשנות במשפט - כרך ראשון, תורת הפרשנות הכללית**, בעמ' 381, 222 ואילך).

17. תחילה ללשון החוק - סעיף 26(א) רישא לפקודה אינו קובע אם תופש הבית יכול לשמש כעד לחיפוש, אלא אך שהחיפוש יערך בפני שני עדים אשר אינם אנשי משטרה. המדובר בעדים לחיפוש, ולא עדים למשפט, ככל שיערך. לכאורה, יש בכך כדי ללמד, כי גם תופש המקום יכול לשמש כעד, וזאת משום שהוא אינו שוטר. עם זאת, סעיף 26(א)(3) לפקודה, מבחין בין תופש המקום לבין עד, וקובע כי תופש הבית רשאי לבקש לערוך את החיפוש שלא בפני עדים. גם סעיף 28 לפקודה מבחין בין תופש הבית לבין העדים וקובע כי תופש הבית יהיה רשאי להיות נוכח בחיפוש ויימסר לו העתק רשימת החפצים חתום בידי העדים. מכאן שגם לפי סעיף 28 לפקודה העדים אינם תופש הבית.

18. השופט (בדימוס) יעקב קדמי בספרו **על סדר הדין הפלילי - חלק ראשון** (מהדורה מעודכנת, תשס"ח), חלק ב', בעמ' 684, כותב לענין סעיף 26(א)(3) לפקודה כדלקמן:

"על השוטר להסביר לאדם הנוגע בדבר כי החוק מחייב נוכחות עדים בעת החיפוש וכי ניתן לוותר על נוכחותם רק על-פי בקשה מפורשת של בעל המקום".

19. מכאן, שסעיף 26(א)(3) וסעיף 28 לפקודה מאבחנים בין תופש המקום לעדים ויש בכך כדי ללמד כי לא חד הם, גם לענין סעיף 26(א) רישא. מסקנה זאת מתבקשת גם מהצורך ליתן לסעיפי חוק שונים פרשנות אחידה (אהרן ברק **פרשנות במשפט, לעיל**, בעמ' 573).

20. עתה לתכלית החוק - החובה לערוך חיפוש בפני שני עדים הינה חובה מהותית ומטרתה בקרה על החיפוש בשני מובנים: האחד, שמירה מפני פגיעה מיותרת בפרטיותו, בקניינו ולעיתים גם בגופו של האדם שבביתו נערך החיפוש; השני, בקרה על מהלכי החיפוש. בקרה כזאת תאפשר שמירה על תקינות החיפוש וכן תבטיח שלא תועלינה טענות נגד התנהלות השוטרים.

21. לכאורה, ניתן להגשים את תכלית החוק גם באמצעות נוכחות של תופש הבית, משום שיש בידו להבטיח שמירה מפני פגיעה מיותרת בזכויותיו ושמירה על תקינות החיפוש. עם זאת, הסתמכות על עדותו של תופש הבית עשויה להיות קשה, כאשר מועלות טענות על התנהגות לא ראויה של שוטרים במהלך החיפוש, ותופש הבית נתפס כבעל ענין. מכאן, שלצורך שמירה על תכלית החוק, קיימת עדיפות לפרשנות תכליתית שלפיה נדרשת נוכחותם של שני עדים אובייקטיביים, אשר אינם שוטרים וגם אינם תופש הבית.

22. על הרציונל שבנוכחותם של שני עדים אובייקטיביים, דווקא, ניתן ללמוד מן המשפט העברי. לפי ספר דברים:



"לא יקום עד אחד באיש לכל עון ולכל חטאת בכל חטא אשר יחטא על פי שני עדים או על פי שלשה עדים יקום דבר" (דברים, פרק יט, פסוק טו).

23. הרמב"ם הסביר מדוע יש צורך בשני עדים במשפט, כדלקמן:

"למה הצריכה התורה שני עדים: שבזמן שיבואו לפני הדין שני עדים, ידון על פי עדותן, אף על פי שאינו יודע אם באמת העידו או בשקר" (הרמב"ם **הלכות סנהדרין**, פרק כד, הלכה א).

24. הגם שהמשפט העברי אינו מחייב בהקשר זה, יש בו כדי ללמד על הערך הראייתי שבעדות של שני עדים אובייקטיביים, דווקא, משום חוסר הפניות של העדים. על אחת כמה וכמה כשיש צורך בעדות של עדים אובייקטיביים כאשר נדרשת הכרעה בין עדויות של שני צדדים מעוניינים, השוטרים, מחד, ותופש הבית, מאידך.

25. נראה כי סעיף 26(א) לפקודה ניתן, לפני לשונו ותכליתו, לשני פירושים סבירים. לפי סעיף 34 כח לחוק העונשין "ניתן דין לפרושים סבירים אחדים לפי תכליתו, יוכרע הענין לפי הפירוש המקל ביותר עם מי שאמור לשאת באחריות פלילית לפי אותו דין (דנ"פ 1553/08 **מדינת ישראל נ' פאוזת** (7.6.04)). יש להעדיף, אפוא, את הפירוש שלפיו על שני העדים לחיפוש להיות עדים אובייקטיביים שאינם תופש הבית.

26. ברוח זאת קבעו בתי המשפט, בהזדמנויות אחרות, כי חיפוש שלא בפני שני עדים אובייקטיביים אינו כדין וכי בנסיבות הענין יש לפסול (כבוד השופט שמאי בקר בת"פ (ת"א) 50516-05-13 **מדינת ישראל נ' יחיא ואח'** (22.1.15); כבוד השופטת אליאנא דניאלי בת"פ (פ"ת) 6763-01-14 **מדינת ישראל נ' מדרי** (12.10.14); סגן הנשיא כבוד השופט דורון פורת בת"פ (טב') 23135-06-12 **מדינת ישראל נ' רחמני** (23.4.14); כבוד השופטת גילת שלו בת"פ (אשד') 25815-04-11 **מדינת ישראל נ' ודוויצנקו** (21.5.12)). גם אני קבעתי כך בפרשה אחרת, אם כי באותו ענין לא היה בפסילת החיפוש כדי להוביל לזיכוי (ת"פ (רח') 34940-07-13 **מדינת ישראל נ' ליטוב** (4.11.14)).

27. במקרה שלפניי, היו נוכחים בעת החיפוש בבית, הנאשם, שהוא אחד מתופשי הבית, וחברו, אבנעים. מכאן, כי לא היו נוכחים בחיפוש שני עדים אובייקטיביים. חלק מהשוטרים, אשר העידו לפניי, הודו כי קיימת דרישה לנוכחותם של שני עדים, אשר אינם תופש הבית או החשוד. ניכר מעדויות השוטרים כי קיים חוסר בהירות לגבי הדרישה שבחוק (ראו למשל, **פרוטוקול הדין**, בעמ' 5, 9, 14, 19). אולם, אין להערכות השוטרים באשר למצב החוקי כל השלכה על החלטת בית המשפט. מכל מקום, וזה העיקר, מהעדויות בתיק עולה כי השוטרים התפצלו בין החדרים ולפחות בחלק מהזמן היו הנאשם ואבנעים בסלון (**שם**, בעמ' 8, 14, 15, 19, 24 ו-37). מכאן, כי השניים לא היו נוכחים בכל החיפוש, אפילו אם היה ניתן לומר כי שניהם עדים.

28. גם לא מתקיים כאן החריג שבסעיף 26(א)(3) לפקודה. איש לא ביקש לערוך את החיפוש שלא בפני עדים. ממילא לא נרשמה בענין זה כל בקשה בפרוטוקול.

29. לאור כל האמור, משנערך החיפוש שלא בהתאם להוראות סעיף 26(א) לפקודה, הרי שמדובר בחיפוש שנערך שלא כדין.

נפקות עריכת החיפוש שלא כדין



30. משקבעתי כי החיפוש נערך שלא כדין, מתעוררת שאלת נפקותו של הפגם והשפעתו על קבילות הראיות בתיק.

31. בע"פ 5121/98 **יששכרוב נ' התובע הצבאי**, פ"ד סא(1) 461 (להלן - "**הלכת יששכרוב**") קבע בית המשפט העליון כי אין בעצם השגתה של ראיה שלא כדין, כדי להביא באופן "אוטומטי" לפסילתה, תוך שהתווה את דוקטרינת הפסילה הפסיקתית. לפי דוקטרינה זו, בהחלטה אם לפסול ראיות שהושגו שלא כדין על בית המשפט לאזן בין הערכים המתנגשים, כאשר על כפות המאזניים עומדים מחד, הצורך להגן על זכויות הנאשם ועל הגינות ההליך הפלילי, ומנגד, ערכים ואינטרסים ציבוריים שונים, וביניהם גילוי האמת, הלחימה בפשע וההגנה על זכויותיהם של נפגעי עבירה.

32. לפי הלכת יששכרוב, במסגרת האיזון על בית המשפט להתחשב בשלוש קבוצות של שיקולים: הקבוצה האחת, אופיה וחומרתה של אי-החוקיות שהיתה כרוכה בהשגת הראיה. יש לבחון, בין היתר, את מהות ההפרה ועוצמת הפגיעה בזכויות; הקבוצה השנייה, מידת ההשפעה של הפגם על הראיה שהושגה. בהקשר זה על בית המשפט לבחון באיזו מידה עשוי הפגם להשפיע על מהימנותה ועל ערכה הראייתית של הראיה; הקבוצה השלישית נוגעת להשפעת פסילת הראיה על מלאכת עשיית הצדק במובנה הרחב, תוך השוואה בין המחיר החברתי הכרוך בפסילת הראיה לבין התועלת החברתית שבפסילתה. בהקשר זה יש לשקול את חשיבות הראיה להוכחת האשמה, מהות העבירה המיוחסת לנאשם ומידת חומרתה.

33. ברע"פ 10141/09 **בן חיים נ' מדינת ישראל** (6.3.12) (להלן - "**הלכת בן חיים**") יישם בית המשפט העליון את דוקטרינת הפסילה הפסיקתית שנקבעה בהלכת יששכרוב, וזאת ביחס לסכין וסמים שנתפסו במסגרת שני חיפושים שנערכו שלא כדין. באיזון בין השיקולים קבע בית המשפט העליון, כי נוכח חומרת אי-החוקיות שהייתה כרוכה בהשגת הראיות והפגיעה הקלה יחסית באינטרס הציבורי שתיגרם כתוצאה מאי-קבלתן, המסקנה המתחייבת היא כי קבלת הסכין והסמים כראיות תביא לפגיעה בלתי מידתית בזכויות המבקשים להליך הוגן. יתר על כן, על אף שהראיות שנתפסו הן ראיות חפציות, הרי שמדובר בראיות שהמשטרה לא היתה מאתרת אלמלא החיפושים הבלתי-חוקיים.

34. אפנה, אפוא, ליישום הלכות בית המשפט העליון ביחס למקרה שלפניי.

35. באיזון בין השיקולים העומדים על הכף, הגעתי למסקנה כי יש לפסול את ראיית הסמים: החיפוש נערך שלא בנוכחות שני עדים, וזאת בניגוד לסעיף 26(א) לפקודה. משמע, כי החיפוש נעשה שלא כדין. בחיפוש שלא בנוכחות שני עדים יש חשש לפגיעה מיותרת בפרטיותו, בקניינו ולעיתים גם בגופו של תופש הבית, ואין בו כדי להבטיח בקרה ראויה על מהלכי החיפוש; העבירה של החזקת סמים לצריכה עצמית אינה חמורה ומדובר באחזקה של כמות לא גדולה כלל ועיקר; ראיית הסמים לא היתה מתגלה אלמלא החיפוש; לאור האמור, מידת הפגיעה באינטרס הציבורי כתוצאה מפסילת הראיה אינה גבוהה.

סוף דבר

36. קבעתי, כי החיפוש נערך שלא כדין ומכאן כי יש לפסול את ראיית הסמים. בהינתן פסילת הסמים, יזוכה הנאשם מבלי להשיב לאשמה מהעבירה אשר יוחסה לו בכתב האישום.

37. לאור המסקנות שאליהן הגעתי, לא מצאתי מקום לדון בטענותיה הנוספות של באת כוח הנאשם בדבר חוקיות החיפוש ובדבר "שרשרת הסם".

ניתנה והודעה היום א' אייר תשע"ה, 20/04/2015 במעמד הנוכחים.



אפרת פינק , שופטת

[פרוטוקול הושמט]

החלטה

ניתן צו כמבוקש. המוצגים אשר הוגשו בתיק יושבו לידי התביעה.

ניתנה והודעה היום א' אייר תשע"ה, 20/04/2015 במעמד הנוכחים.

אפרת פינק , שופטת

קלדנית/יפה

הוקלד על ידי יפה מדהלה