



ע"פ 5604/08/22 - מישאל פרטוש נגד מדינת ישראל

בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ע"פ 5604-08-22 פרטוש(אסיר) נ' מדינת ישראל

בפני כבוד השופטת הבכירה, ברנט-אב"ד
כבוד השופט בורנשטיין
כבוד השופט מיכלס
המערער מישאל פרטוש (אסיר)
נגד
המשיבה מדינת ישראל

פסק דין

1. לפנינו ערעור על הכרעת הדין וגזר הדין בת"פ 1417-05-20 (בית המשפט השלום בכפר סבא) במסגרתו הורשע המערער, לאחר ניהול הוכחות, בעבירה של החזקת סם שלא לצריכה עצמית, לפי סעיף 7(א) ו- (ג) רישא לפקודת הסמים המסוכנים (נוסח חדש), התשל"ג - 1973 (להלן: "**פקודת הסמים**"), ונגזר עליו עונש של 5 חודשי מאסר בפועל, מתוכם יצטברו 4 חודשי מאסר לעונש המאסר אותו הוא נושא כעת, וכן מאסר על תנאי ופסילה על תנאי, בתנאים הנקובים בגזר הדין.
2. כעולה מכתב האישום, הרי שביום 27.5.19 בשעה 20:39 בעת שהמערער רכב בפראות על קטנוע באזור התעשייה בעיר כפר-סבא, החזיק בארגז המושב סם מסוכן מסוג קנאבוס במשקל 307 גרם נטו (להלן: "**הסמים**"), שלא לצריכתו העצמית, וכן שני מכשירי טלפון סלולריים ומזומן בסך 3,600 ₪.
3. בהתאם לממצאי העובדה שנקבעו על ידי בית משפט קמא זו היא השתלשלות הדברים הנוגעת לתפיסת הסמים: פקח עירייה הבחין בנהיגה לא זהירה של המערער על-גבי קטנוע, הורה לו לעצור בצד, המערער נעצר והשניים המתונו דקות ספורות עד הגעת השוטר למקום. הפקח לא הודיע למערער כי הוא מעוכב וכי הוא יכול לסרב לעיכובו, ואף לא את סיבת עיכובו.
- עם הגעת השוטר למקום בעמדו סמוך לקטנוע ולמערער, הריח ריח חשוד כסם, שאל את המערער "אם יש עליו משהו שלא צריך להיות עליו", וביצע חיפוש בקטנוע מבלי שהודיע למערער על החשד המיוחס לו או על מטרת החיפוש. לאחר מציאת הסמים בקטנוע תשאל השוטר את המערער בנוגע לסמים מבלי שהזהירו ומבלי שהודיע על זכויותיו, והמערער הודה כי הסמים שלו. לאחר מכן, עיכב השוטר את המערער, הזהירו בהחזקת סמים והודיע לו על זכויותיו. המערער הובא לתחנה, וכשלוש שעות לאחר מכן נחקר באזהרה לאחר שנמסרו לו פעם נוספת זכויותיו, הוא ויתר מפורשות על זכותו להיוועץ עם עורך דין והודה בהחזקת הסמים לצריכתו העצמית.
4. טענתו העיקרית של המערער, הן בפני בית משפט קמא והן בפנינו, היא כי יש לזכות את המערער נוכח העובדה כי בוצע חיפוש לא חוקי בקטנוע, בהעדר יסוד סביר לחשד ואי יידועו של המערער בדבר טיב החשד,



כמו גם נוכח פעולות אכיפה בלתי חוקיות נוספות: עיכובו של המערער על ידי פקח בלא סמכות לכך, ותשאולו של המערער על ידי השוטר ללא אזהרה כנדרש.

5. לטענת ב"כ המערער שגה בית משפט קמא שלא קבע שיש לפסול את הסמים שנתפסו במהלך החיפוש בקטנוע לאור דוקטרינת הפסילה הפסיקתית. בהקשר זה טען ב"כ המערער כי יש לדחות את גרסת השוטר, אותה אימץ, כאמור, בית משפט קמא, לפיה הוא הריח את הסמים לפני עריכת החיפוש, מן הטעם שעדותו עומדת בסתירה לעדות הפקח שעמד במקום ולא הריח כל ריח חשוד, וכי ממילא לא ניתן היה להריח את הסמים בטרם החיפוש בשל אופן הטמנתם בקטנוע כשהם סגורים בארגז המושב ועטופים בשקית ובמעיל. ב"כ המערער הפנה לפסיקה ממנה עולה, לטענתו, כי אין לבסס חשד סביר להימצאות סמים על פי ריח, וכן כי מקום שבו קיימת סתירה בין עדויות שונות בנוגע להימצאות סמים, לא מתקיים חשד סביר המצדיק חיפוש.

6. בנוסף טען המערער כי טעה בית משפט קמא שלא קיבל עמדתו לנזק ראייתי בשל הגשת כתב האישום בשיהוי והעדר האפשרות לבדוק האם ניתן היה להריח את הסם המוטמן בקטנוע, ובכך שסירב לבקשת המערער לערוך שיחזור בעניין זה. כן טען כי המערער עוכב על-ידי הפקח בחוסר סמכות, כי השוטר המשיך ועיכב את המערער מבלי שמסר לו הודעה על כך, וכי מיד לאחר החיפוש תושאל הנאשם בנוגע לסמים שנתפסו מבלי שהוזנה ומבלי שהודע לו על זכותו להיוועץ עם עורך דין.

7. לטענת ב"כ המערער, משקלם המצטבר של כשלים אלה, מביא לכך שיש לפסול את הסמים כראיה, וכן את הודאת המערער בתחנת המשטרה, לפיה מדובר בסמים השייכים לו, שאף היא תוצאת התשאול הבלתי חוקי, בהעדר אזהרה כנדרש, כפי שאף קבע בית משפט קמא.

8. נקדים ונאמר כי לא מצאנו כל מקום להתערב בהכרעת דינו של בית המשפט קמא, אם בשל כך שמדובר בממצאי עובדה ומהימנות שבהם אין דרכה של ערכאת ערעור להתערב - ובראש ובראשונה האמון שנתן בית משפט קמא לעדות השוטר כי הריח את הסמים - ואם בשל כך שלא מצאנו טעות במסקנתו המשפטית של בית משפט קמא לפיה חרף הכשלים שנפלו בעת עיכוב המערער על ידי הפקח, כמו גם בתשאולו של המערער ללא אזהרה כנדרש (באופן שהביא את בית משפט קמא למסקנה לפיה יש לפסול את התשאול) - אין מדובר בכשלים המצדיקים, על פי דוקטרינת הפסילה הפסיקתית, לפסול את הסמים, בהיותם ראיה חפצית, או את הודאת המערער שניתנה בתחנת המשטרה לאחר שהודעו לו כדבעי זכויותיו.

9. נוסף כי בפתח הדיון בפנינו הפנה ב"כ המערער לסעיף 56א' לפקודת הראיות (שנכנס לתוקף לאחר מתן גזה"ד) ושעינינו אי קבלת ראיה שהושגה שלא כדין, וכן לדברי ההסבר לתיקון החוק לפיהם מטרת התיקון היא לתת ביטוי לתכלית של הגנה על זכויות חשודים ונאשמים ועל אמינות ההליך הפלילי וטוהרו, וכן לתת ביטוי לתכלית הרתעתית חינוכית שלפיה יהיה בפסילת ראיות כדי להרתיע את רשויות החקירה מפני פעולות חקירה אסורות בעתיד. לא מצאנו כי יש בסעיף זה כדי לתמוך בעמדת המערער, לא רק משום שהוא נחקק, כאמור, לאחר שניתן גזר הדין, אלא שאף תיקון זה, בדומה לדוקטרינת הפסילה הפסיקתית, אינו קובע באופן קטגורי כי יש לפסול ראיה שהושגה שלא כדין, אלא כי יש לתת את הדעת לשאלת הפגיעה המהותית בזכות להליך הוגן, לאופייה וחומריתה של ההפרה, למידת השפעתה על ההליך?, ולעניין הציבורי בקבלתה או אי קבלת הראיה. במקרה דנן קבע בית משפט קמא, ובצדק, כי חרף הפגמים בעיכוב על ידי הפקח ובתשאול על ידי השוטר, אין הם במידה כזו של חומרה המצדיקה לפסול את הראיה ואת ההודאה.



10. כעולה מהכרעת הדין, כמו גם מהודעת הערעור, המחלוקת העובדתית העיקרית נוגעת לשאלה האם הריח השוטר את הסמים בטרם ערך את החיפוש.

בעניין זה נתן בית משפט קמא אמון מלא בעדות השוטר לפיה הריח את הסמים, תוך שקבע כי עדות השוטר הייתה משכנעת, עקבית, ברורה, מדויקת, בטוחה וחד משמעית, במיוחד בנוגע לריח הסמים שהריח לפני שערך את החיפוש בקטנוע. בית משפט קמא התרשם כי מדובר בשוטר מיומן ומקצועי, בעל ניסיון, וכי אין לייחס לו כל כוונה לטפול אשמה בנאשם.

11. בממצאי מהימנות מובהקים אלה של בית משפט קמא, אין כל מקום להתערב. למעלה מן הצורך נוסיף כי לא מצאנו כל ממש בטענת ב"כ המערער לפיה לא קיימת אפשרות להריח את הסמים בנסיבות הטמנתם, או כי יש לפקפק בעדות השוטר כי הריח את הסמים, נוכח העובדה כי הפקח לא הריחם (אלא רק לאחר פתיחת ארגז הקטנוע). בסופו של יום, בוודאי לא ניתן לומר כי קיימת איזו חזקה, לא בדין ואף שלא בעובדה, כי לא ניתן להריח סמים המצויים בארגז סגור של קטנוע. הפסיקה שהציג ב"כ המערער, בעיקרה מבתי משפט שלום, בה נקבע כי לא מתקיים חשד סביר המבוסס על ריח הסמים, מתייחסת למקרים שבהם לא נמצאו סמים בפועל, מה שאין כן במקרה שלפנינו. אשר לעובדה שהפקח לא הריח את הסמים, קבע בית משפט קמא, ובצדק, כי חוש ריח, ככל חוש אחר, שונה מאדם לאדם, וכי העובדה שהפקח לא זיהה את ריח הסמים, אינה מלמדת כלל ועיקר שלא ניתן היה להריח את הסמים.

12. לא מצאנו אף כל ממש בטענה כי נגרם למערער נזק ראייתי בשל השיהוי בהגשת כתב אישום ובשל חוסר האפשרות לבדוק אם קיימת הייתה אפשרות להריח את הסמים, או כי טעה בית משפט קמא בכך שסירב לבקשת המערער לערוך שיחזור בנוגע לאפשרות הרחת הסמים. צדק בית משפט קמא שסבר כי היה על המערער להעלות טענה זו בזמן אמת, בעת שהסמים היו במצבם בעת תפיסתם, ואף צדק בקביעתו כי יש לתת משקל להימנעות המערער להעיד להגנתו בשאלה האם הסמים הפיצו ריח בעת שמושב הקטנוע היה סגור.

13. כאמור, טענתו המרכזית הנוספת של המערער היא כי היה מקום לפסול את הראיה נוכח דוקטרינת הפסילה הפסיקתית כפי שנקבעה בע"פ 5121/98 **יששכרוב נ' התובע הצבאי הראשי** (4.5.2006) (להלן: "הלכת יששכרוב"). נזכיר כי על פי הלכת יששכרוב יש לבחון את אופייה וחומרתה של אי החוקיות שהייתה כרוכה בהשגת הראיה, את מידת ההשפעה של אמצעי החקירה הפסול על הראיה שהושגה, ואת הנזק שיגרם מפסילת הראיה, תוך מתן הדעת לשאלה מהי החשיבות שבקבלת הראיה להוכחת האשמה, מהות העבירה ומידת חומרתה. בית משפט קמא עמד על השיקולים השונים הנוגעים לדוקטרינה האמורה, ועל הדעות השונות שהושמעו במהלך השנים באשר לשאלה האם ובאיזו מידה יש לאמצה, וקבע כי אין מדובר בדוקטרינה מוחלטת, אלא **"יחסית וגמישה"** המחייבת עריכת איזונים.

14. בהתייחסו למקרה דנן ולטענות שהעלה המערער בנוגע לעיכובו על ידי הפקח, בחן בית משפט קמא את סמכויותיו של הפקח כקבוע בהוראות חקיקה שונות, לרבות החקיקה הנוגעת באופן ספציפי לפקחים עירוניים, כמו גם על פי חוק המעצרים, ומצא כי עיכוב אדם על-ידי פקח עירוני שהוסמך לאכיפת עבירות תעבורה, כדוגמת הפקח דנן, אמנם אינו מקים חובה על הפקח להודיע על העיכוב ועל הסיבת העיכוב, אך מאחר שלא הוברר די הצורך איזו עבירת תעבורה עוררה את חשדו של הפקח, מדובר בעיכוב שלא כדין. עם זאת בית המשפט קמא סבר, ובצדק, כי מדובר באי חוקיות ברף נמוך של פגיעה בזכויות המערער, נוכח הסכמת המערער לעיכוב, כמו גם הזמן הקצר שנמשך העיכוב עד להגעת השוטר.



15. אשר לטענה לפיה השוטר, שהריח את ריח הסמים, לא הודיע למערער כי בכוונתו לערוך חיפוש במטרה לאיתור סמים, רואים אנו עין בעין עם בית משפט קמא שסבר כי די היה בנסיבות העניין בשאלת השוטר "האם יש עליך משהו שלא צריך להיות", ובכל מקרה מדובר בפגם קל ערך שאינו מצדיק את פסילת הסמים על פי דוקטרינת הפסילה הפסיקתית, נוכח העובדה כי הפגיעה שנגרמה למערער הייתה קלה.

16. בית משפט קמא קבע כי התשאל שערך השוטר למערער הוא בלתי חוקי, זאת מאחר שהמערער לא הוזהר כדין באשר לזכויותיו. עם זאת סבר בית משפט קמא כי אין בכך כדי להוביל לפסילת הודאתו של המערער בחקירתו במשטרה, וכי אין לקבל את טענת המערער לפיה מדובר בראיה נגזרת ישירה של התשאל. לכך אנו מסכימים. בעניין זה הפנה המערער למה שנקבע בע"פ (מרכז-לוד) 28090-02-15 **מדינת ישראל נ' אדרי** (15.5.2016), בו דחה בית משפט זה את הערעור שהוגש על זיכוי של נאשם מחמת תשאל בלתי חוקי שהביאו ל"כבילת" גרסתו לאחר מכן. עם זאת, באותו עניין גרסת הנאשם, לה היה כבול, נגעה למטרת החזקת סכין, שיכולה להיות מטרה כשרה ויכולה להיות מטרה בלתי כשרה, ואילו במקרה דנן מדובר בסמים שעצם החזקתם מהווה עבירה.

מקובלת עלינו, אפוא, גישת בית משפט קמא כי בנסיבות העניין הפגיעה בזכויות הנאשם בתשאל אינה "חולשת" על יתר פעולות האכיפה עד כדי פסילת "הראיות הנגזרות". זאת משום שמיד לאחר התשאל עוכב הנאשם כדין, הוסברה לו באופן ברור העילה לעיכובו, נמסרו לו זכויותיו, הוא הוזהר כדבעי טרם שנחקר כי הוא חשוד בביצוע עבירות של החזקת סם שלא לצריכה עצמית, סחר בסמים ונהיגה תחת השפעת סמים, בחר לוותר על זכותו להיוועץ בעורך דין, ורק אז מסר הודאה מפורטת בה אישר כי הסמים הם שלו. יתר על כן, אף צדק בית משפט קמא שסבר כי גם אם הייתה נפסלת הודאתו של הנאשם, לא היה בכך להביא לזיכוי, מאחר שנתפס בכף כשברשותו סמים והוא לא סיפק כל הסבר לכך.

17. נוסף כי לא מצאנו כל ממש ביתר טענתו של המערער, ובכלל זאת טענתו כי גרסת השוטר כי הריח את הסמים בטרם ערך את החיפוש בקטנוע היא גרסה כבושה; כאמור, בית משפט קמא מצא לתת אמון בעדות השוטר כי הריח את הסמים בטרם ערך את החיפוש, וברי כי אין מקום להתערבות ערכאת הערעור בממצא מהימנות מובהק זה של הערכאה הדיונית. הוא הדין בטענה כי לא היה מקום לתת אמון בעדות השוטר ובמקצועיותו, נוכח קביעותיו של בית משפט קמא באשר לכשלים שנפלו בפעולות השוטר, כגון בתשאל שערך בלא שהזהיר את המערער בדבר זכויותיו. אף בעניין זה אין מקום להתערב בממצאיו של בית המשפט קמא, מה גם שברור כי מסקנתו של בית המשפט קמא נוגעת בעיקרה לניסיונו המקצועי של השוטר בכל הנוגע לעבירות סמים ולזיהוי הימצאותם על פי הריח העולה מהם. וכיוצא בכך הטענה כי יש להבחין בין ריח סמים בתוך מבנה סגור, לבין ריח העולה באמצעו של רחוב סואן מתוך ארגז קטנוע.

18. כאמור, בסופו של יום, עניין לנו בערעור הנוגע בראש וראשונה לממצאי עובדה ומהימנות של בית משפט קמא, ומשעה שנקבע על ידו כי יש לתת אמון בשוטר שהעיד כי הריח סמים, קם חשד סביר לביצוע עבירת החזקת סמים; משעה שהסמים אכן נמצאו ברשותו של המערער, ולאחר שהלה הודה בחקירתו, לאחר שהוזהר כדין והודעו לו זכויותיו, כי סמים אלה שייכים לו (ובכל מקרה לא מסר גרסה אחרת להימצאותם ברשותו), די בכך כי להרשיע את המערער בעבירה שיוחסה לו. יתר על כן, כפי שקבע בית משפט קמא, אף אנו סבורים כי הפגמים שנמצאו בעיכוב על ידי הפקח ובתשאל שנערך על ידי השוטר, אינם בעוצמה כזו המצדיקה לפסול את הסמים



או את הודאת המערער בהתאם לדוקטרינת הפסילה הפסיקתית.

19. לאור האמור, אנו דוחים את הערעור על הכרעת הדין.

20. אשר לערעור על גזר הדין, לא מצאנו כי שגה בית משפט קמא בקביעת עונשו של המערער, לא בכל הנוגע לנסיבות הקשורות לעבירה, ולא בכל הנוגע לנסיבות שאינן קשורות לעבירה. העונש שהוטל בסופו של יום על המערער הולם את נסיבות העבירה, עולה בקנה אחד עם הפסיקה הנוהגת, ומביא בחשבון את כל השיקולים הצריכים לעניין, הן לחומרה והן לקולא, לרבות עברו הפלילי של המערער ונסיבותיו האישיות.

21. לפיכך, אנו דוחים את הערעור אף על גזר הדין.

ניתן היום, ח' טבת תשפ"ג,
01 ינואר 2023, במעמד ב"כ
המערער עו"ד רן עמר, ב"כ
המשיבה עו"ד טלי קרת
והמערער באמצעות VC.
מיכל ברנט, שופטת בכירה

עמית מיכלס, שופט

שמואל בורנשטיין, שופט