



ע"פ 57943/01/22 - מדינת ישראל נגד אברהם אביטבול

בית המשפט המחוזי בבאר שבע

16 פברואר 2023
ע"פ 57943-01-22

לפני: כבוד הנשיאה רויטל יפה-כ"ץ - אב"ד
כבוד השופט יואל עדן
כבוד השופט יואב
עטר

המערער:

מדינת ישראל
ע"י ב"כ עו"ד תהילה גלנטה - פמ"ד

נגד

המשיבה:

אברהם אביטבול
ע"י ב"כ עו"ד אהוד בן יהודה

פסק דין

מהות הערעור: ערעור על פסק דינו של בית משפט השלום באשקלון (כב' השופט צ' פורר), בת"פ 60065-01-20 מיום 15/12/21

השופט יואל עדן

בפנינו ערעור על הכרעת הדין של בית משפט השלום אשר זיכה את המשיב מחמת הספק.

האישום והמענה

1. כנגד המשיב הוגש כתב אישום המייחס לו ביצוע עבירה של החזקת סם מסוכן שלא לצריכה עצמית לפי סעיף 7(א)+(ג) רישא לפקודת הסמים המסוכנים (נוסח חדש).

על פי כתב האישום, במועד שאינו ידוע במדויק למאשימה, ועד ליום 13.1.20, סמוך לשעה 17:30, החזיק המשיב בסם מסוכן מסוג קוקאין במשקל כולל של 63.098 גרם נטו מחולק לשתי אריזות שהוחבאו בתוך שני גרביים בארון החשמל בלובי של קומה 7 בבניין מגוריו.

על פי כתב האישום, ביום 13.1.20 בשעה 17:30 או בסמוך לכך, במסגרת חיפוש משטרתי נתפס הסם.

המשיב כפר במיוחס לו, נטען כי הסם אשר נתפס לא שייך לו, וביחס ל-DNA המשיב אשר נתפס על הגרביים, הוא נתן הסבר.

הראיות אשר באו בפני בית המשפט

עמוד 1



2. מטעם התביעה העידו עורכי החיפוש, עדי תביעה 1, 2 ו-3, ובנוסף ע.ת.7 עורכת חוות דעת DNA מיום 23.1.20 אשר הוגשה וסומנה ת/14, הבהרה לחוות הדעת מיום 26.1.20 - ת/29, תיק העבודה - ת/26, ות/15 שהינו "דף עבודה לתיאור מוצגים" שנערך על ידי ע.ת.7. כן העיד מטעם התביעה ע.ת.11 לעניין דוחות שרשרת הסם.

בפרשת התביעה הוגשו מוצגים נוספים לחלקם תהיה התייחסות בהמשך.

3. אין חולק כי בדירתו של המשיב אשר נמצאת בקומה 5, נערך ביום 13.1.20 חיפוש מכוח צו שיפוטי. חיפוש זה נערך ע"י עדי תביעה 1, 2, ו-3, בדירה לא נתפס מאומה, כלבת גישוש סימנה זיהוי מחוץ לדירה, ובוצעו חיפושים בארונות החשמל בקומות 5, 6, ו-7, כמפורט להלן.

לאור המחלוקות הקשורות לחיפוש, חוקיותו, שרשרת הסם, משקל הסמים, וככלל התנהלות היחידה החוקרת, להלן יפורטו הראיות הקשורות לחיפוש ולאשר נתפס במסגרתו.

ע.ת.2 רס"ב משה יחיא - הכלבן:

על פי ת/1, דוח הפעולה של ע.ת.2 (על פי כתב האישום - הוא ע.ת.1 על פי הרישום בפרוטוקול), אחד ממבצעי החיפוש, ועדותו (פרו' 11.2.21 עמ' 12-17) הוא הגיע למקום יחד עם הבלשים האחרים, כבעל מקצוע - כלבן, עם כלבה לצורך סיוע בחיפוש, בדירתו של המשיב, ולאחר שהסתיים חיפוש זה, סימנה הכלבה הימצאות דבר מה בארונות החשמל בקומות 5, 6, ו-7, ובארונות החשמל נמצאו גרביים בתוכם חומר החשוד כסם מסוכן.

על פי עדותו הכלבה סימנה ומשכה לעבר אותם ארונות חשמל בשלושת הקומות 5, 6, ו-7.

בדוח הפעולה ת/1 מצוין כי בשלושת הקומות נמצאו חומרים החשודים כסם - בקומה 5 בארונות החשמל "חומרים החשודים כסם מסוג מריחואנה וקריסטל". בקומה 6 בארונות החשמל "נמצאו 2 גרביים בתוכם חומר החשוד כסם מסוג קריסטל". בקומה 7 בארון החשמל "נמצאו 2 גרביים עם חומר החשוד כסם מסוג קריסטל את כל החומר לקחו הבלשים לת. אשקלון נשקלו ונמצאו במשקלים. 1. קריסטל 102.5 גרם. 2. קריסטל 78.3 גרם. 3. 1 גרם קריסטל. 4. מריחואנה 14 גרם. 5. מריחואנה 14.1 גרם".

בהמשך נכתב כי "על פי סימון הכלבה נתפס 181.8 גרם קריסטל ו 28.1 גרם מריחואנה".

בעדותו של ע.ת.2 בבית המשפט אמר כי מה שנתפס היה בשלושה מקומות, בכל מקום היתה כמות מסוימת, הוא אינו זוכר מאיזה גרביים זה נתפס, הוא לא ביצע את השקילה של הסמים שנתפסו, ובתחנת המשטרה אחד הבלשים ביצע את השקילה, הוא ראה אותם מוציאים את הסמים מהגרביים, ישב איתם, הם אמרו את המשקלים והוא רשם.



ע.ת.1 רס"ר אלי יוסף:

על פי **ת/2**, דוח הפעולה של **ע.ת.1** (על פי כתב האישום - הוא ע.ת.2 על פי הרישום בפרוטוקול), הגיע אם האחרים לכתובתו של המשיב כדי לבצע צו חיפוש סמים על שמו של המשיב, הוא הציג למשיב את צו החיפוש, וכי הוא רשאי לשני עדים מטעמו, והמשיב מסר כי בנו שהיה נוכח ישמש כעד. דווח לו כי הצוות סיים את החיפוש ולא נתפס דבר.

הם יצאו מהדירה אל הקומה, והכלבן קרא לו, והמשיב התלווה אליהם, ובקומה זו, קומה 5, בארון חשמל, הבחין בכמות גדולה של שקיות חלוקה ומשקל דיגיטלי בצבע לבן, את הדברים הכניס לשקית, והמשיך בחיפוש בארונות החשמל, בארון חשמל אחר הבחין בחומר החשוד כסם מסוכן מסוג מריחואנה אותו הכניס לכיסו השמאלי, ובסמוך לסם זה הבחין בחומר החשוד כסם מסוכן מסוג קריסטל, בתוך שקית ניילון שקופה ופתוחה קצת, ואת החומר הכניס לכיסו הימני והודיע למשיב כי הוא מעוכב בחשד להחזקת חומר החשוד כסם שלא לצריכה עצמית, והמשיב אמר כי אינו יודע של מי זה.

על פי **ת/2** בחלק התחתון של ארון החשמל הימני, הבחין גם בכרטיס אשראי ובצמוד אליו בכרטיס סים, וגם מוצגים אלה הוא תפס לידי.

הכלבן המשיך את סריקתו לקומה 6, הם התלוו אליו יחד עם המשיב, ובחיפוש בארון החשמל האחרון מצד שמאל, הבחין בגרב מגולגלת, פתח אותה לאט והבחין בחומר החשוד כסם מסוכן מסוג קריסטל, כאשר בתוך הגרב עוד גרב מגולגלת אשר גם בתוכה חומר החשוד כסם מסוכן מסוג קריסטל, והוא הכניס את החומר החשוד לכיסו השמאלי האחורי והמשיך לחפש באותו ארון, והבחין בשקית קטנה מגולגלת שנראתה כמנת חומר החשוד כסם מסוג קריסטל, שגם היא הוכנסה לכיסו השמאלי האחורי.

כאשר עלה לקומה השביעית, בארון החשמל מצד שמאל, הבחין בגרב מגולגלת כאשר בתוכה משקל דיגיטלי קטן אותו תפס גם כן, ולאחר מכן ירדו לכיוון הניידת ונסעו עם המשיב והכלבן אל התחנה להמשך טיפול.

עוד על פי **ת/2** - כאשר הגיעו אל התחנה הכניס את "**השקיות חלוקה**" למעטפה לבנה משטרתית אשר פרטיו ופרטי האירוע רשום על גביה "**וסומן כמוצג מס' 1**". לאחר מכן את המשקל הדיגיטלי הגדול הלבן הכניס למעטפה אשר סומנה "**כמוצג מס' 2**".

ביחס לשקילה ולסימון של המוצגים הנוספים, נכתב בת/2 כדלקמן: "**את החומר החשוד כסם מריחואנה שקלתי במשקל משטרתית תקין במשקל של 13.2 גרם ברוטו וזה הוכנס מעטפה משטרתית אטומה שמספרה 0723436t וסומן א.י.3 את החומר החשוד כסם קריסטל בשקית ניילון קטנה פתוחה שקלתי במשקל משטרתית תקין במשקל של 1.0 גרם ברוטו והכנסתי למעטפה משטרתית אטומה שמספרה 0723426t וסומן א.י.4 את החומר החשוד כסם קריסטל בגרביים שקלתי במשקל המשטרתית תקין במשקל של 78.1 גרם ברוטו וזה הוכנס למעטפה משטרתית אטומה שמספרה 0811498t וסומן א.י.5 לאחר מכן את החומר החשוד כסם קריסטל אשר היה בשקית ניילון קטנה וסגורה שקלתי במשקל משטרתית תקין במשקל של 2.2 גרם ברוטו וזה הוכנס**



למעטפה משטרתית אטומה שמספרה 0723435t וסומן א.י6 את המשקל הדיגיטלי הקטן שהיה בתוך הגרב השחורה הכנסתי למעטפה משטרתית אשר פרטיי ופרטי האירוע רשומים על גביה וסומן כמוצג מס' 7 לאחר מכן את הכרטיסים תפסתי והכנסתי לתוך מעטפה משטרתית אשר פרטיי ופרטי האירוע רשומים על גביה וסומן כמוצג מס' 8 לאחר מכן כלל הדוחות והחומר הועברו אל החקירות".

באמצעות **ע.ת.1** הוגש גם דוח החיפוש בו צוין כי נתפסו המוצגים תוך שפורט לגביהם מקום התפיסה בארונות החשמל השונים בקומות 5, 6, ו-7.

נכתב כי החיפוש נערך בנוכחות העד בן אביטבול, ועל גבי הטופס חתימת המשיב וחתימת העד האמור.

עוד הוגש באמצעות **ע.ת.2** - **ת.4** שהינו דוח שרשרת סם, הכולל 4 עמודים כאשר כל אחד מהעמודים מתייחס לחומר אשר סומן כפי המפורט בדוח הפעולה של **ע.ת.1**, למעט והוא מתייחס למסומן כ- 0723436t אשר אינו מופיע בדפי שרשרת הסם. כאמור בדוח הפעולה, לשקית זו הוכנס הסם המסוכן מסוג מריחואנה.

על פי עדותו של **ע.ת.2**, (פרו' 11.2.21 עמ' 17-24) הוא היה מפקד האירוע ואחראי על החיפוש. בחיפוש בביתו של המשיב לא נמצא דבר, והרחבת החיפוש בוצעה על פי "**אינדיקציה של הכלבה**". העד מאשר כי בית המשפט לא התיר חיפוש בכל הבניין.

ביחס לקומה 7 הוא איננו זוכר אם היה עם הכלב או עם המשיב, אך מצוין שהוא מניח שהיה צריך להיות עם המשיב, אף שהדבר לא רשום. צוין כי המשיב התלווה אליו לקומה 5 ו-6 אך העד אינו זוכר לגבי קומה 7, והדבר לא מצוין בדוח. הוא אינו יודע למי שייך ארון החשמל, אך אינו סבור שזה שייך למישהו פרטי.

העד נשאל והשיב כי לא דפקו על הדלתות בקומה 7 למי שייכים ארונות החשמל.

צוין על ידי העד בתשובה לשאלות בית המשפט כי דוח החיפוש משקף את החיפוש מחוץ לדירה, כאשר בדירה עצמה לא נתפס דבר, והעד מאשר כי היה צורך להגיש דוח חיפוש שנערך בדירה.

ע.ת.3 רס"ב יאיר אושר:

הוגשו שני דוחות פעולה של **ע.ת.3** - **ת.5**, **ת.6**, והוגש מסמך הכולל דברים שעלו במסגרת ריענון עדותו של **ע.ת.3** - **ת.7**.

על פי דוח הפעולה **ת.5** כשהגיעו למקום נשאל המשיב לאחר שהוצג לו צו החיפוש, אם הוא רוצה עדים נוספים



לחיפוש, ובנו של המשיב היה עד לחיפוש, ומעבר לזה המשיב לא רצה עדים נוספים לחיפוש, ובבית לא נמצא דבר.

לאחר מכן מתואר כי התחיל חיפוש אחרי שהכלב סימן במקומות בארון חשמל, ובארון חשמל מצד ימין נתפס סם מסוכן מסוג מריחואנה ש.ע.ת.3 הכניס לשקית חלוקה, ואת שקית החלוקה לכיס השמאלי בחולצתו והמשיך בחיפוש. בקומה ה-7 החל לחפש בארון חשמל מצד ימין בתא אמצעי נתפס חומר החשוד כסם מסוכן מסוג קריסטל עטוף בשקית שקופה בתוך גרב שחורה קשורה, הוא הכניס את החומר לכיס השמאלי של מכנסיו, והמשיך בחיפוש. בהגיעו לתחנה שקל את החומר החשוד כסם מסוכן מסוג מריחואנה ומשקלו 14.1 גרם ברוטו, והכניסו לשקית מוצגים שמספרה 0723425T ואת החומר החשוד כסם מסוכן מסוג קריסטל שקל במשקל משטרתי ומשקלו 102.5 גרם ברוטו, והכניס לשקית מוצגים שמצוינת במספר 0723427T נרשמו שרשרת סם והועבר לחוקר להמשך טיפול.

בדוח הפעולה **ת/6**, צוין כי בקומה ה-7 נתפס חומר החשוד כסם מסוג קריסטל בארון חשמל שעטוף בגרב שחורה - **"ביצעתי את התפיסה של הגרב בעזרת כפפות לצורך שמירה על ט.א. את הגרב הכנסתי לכיס השמאלי של המכנס"**. בהמשך דוח הפעולה **ת/6** מפורט כי בתחנת המשטרה זיהה בתוך הגרב שקית שקופה, ובתוכה חומר חשוד כסם מסוג קריסטל, וזיהה כי בתוך הגרב ישנה גרב נוספת בצבע לבן, אשר היתה בתוך הגרב השחורה, והוא זיהה בתוך הגרב הלבנה שקית שקופה שבה חומר החשוד כסם מסוג קריסטל, הוא שקל את החומר החשוד כסם במשקל משטרתי, והמשקל 102.5 גרם והכניס לשקית מוצגים. דהיינו, מת/6 עולה שהיו שתי שקיות שנתפסו בקומה 7 עם חומר החשוד כסם מסוכן.

על פי **ת/7**, מריענן עדותו של ע.ת.3 עלה כי בדוח שרשרת המוצג ששמו חתום עליה והמתייחס לשקית 0723427T לא ציין למי מסר את השקית, כיום אינו זוכר למי מסר, אך זוכר שזה היה לאחד הבלשים, ואת השקית סגר ואטם לפני שמסר אותה, ומדובר בשקית עם סרט אדום אשר ברגע ששולפים אותו היא נדבקת ונאטמת ולא ניתן לפתוח את השקית, אלא על ידי קריעתה.

בעדותו של ע.ת.3 בבית המשפט (פרו' 11.2.21 עמ' 24-34) נחקר ארוכות, אולם אין בדברים כדי שוני מהאמור בדוחות הפעולה ובמסמך הריענן, וחוזר על כך כי היתה גרב שחורה וגרב לבנה, ושתייהן היו באותה שקית מוצגים.

ע.ת.11 רס"ב שרון סויסה:

באמצעות עד זה הוגשו דוחות שרשרת סם **ת8 - ת13**. לדבריו בעדותו (פרו' 14.6.21 עמ' 38-40) קיבל 6 שקיות מע.ת.1 ומע.ת.3, והוא שם את השקיות בארון המוצגים. ביחס לשרשרת המוצג המתייחסת ל- 0723427T ציין כי בטעות כתב שתפס את הדברים מארון החשמל, שכן הוא לא יצא לשטח, ומי שמסר לו זה השוטר יאיר אושר, וככלל מי שהביא לו את הסמים אלו שני השוטרים, יאיר אושר והאחר, ורשם ארון חשמל, ממה שהשוטר האחר תפס.

ע.ת.7 פקד איילת עידו:



העדה מומחית ממעבדת DNA והוגשו חוות דעתה **ת/14** ודף עבודה **ת/15**, ובהמשך הוגשה הבהרה **ת/29**.

על פי חוות הדעת **ת/14**, בשילוב עם מסמך ההבהרה **ת/29** - בסעיף פירוט המוצגים נכתב כי בתאריך 15.1.20 התקבלו ממעבדת סמים ארצית:

שקית מאובטחת חתומה שמספרה 0142952V ובה 5 שקיות פלסטיק סגורות בחום (יצוין כי למען הנוחות יפורטו השקיות להלן כשקית ראשונה עד חמישית, וזאת בהתאמה לסעיפי המשנה בסעיף פירוט המוצגים - 1.1 - 1.5, וסעיפי המשנה שלהם):

שקית ראשונה (1.1) - ובה פיסת ניילון אחת שלא נדגמה ועוד פיסת ניילון שנייה.

שקית שנייה (1.2) - ובה שתי גרביים, האחת מסומנת DIADORA והשנייה מסומנת CHIC, ואליהן מוצמדת פיסת ניילון המסומנת 0811498T א.י.5. יצוין כי פירוט מוצגים זה נמצא גם במסגרת **ת/15** אליו מצורפות תמונות.

שקית שלישית (1.3) - ובה פיסת ניילון אחת, ואליה מוצמדת פיסת ניילון המסומנת 0723435T א.י.6.

שקית רביעית (1.4) - ובה שתי גרביים האחת גרב מסומנת MARIO.

שקית חמישית (1.5) - ובה שתי פיסות ניילון, ומוצמדת פיסת ניילון המסומנת 0723427T.

עוד צוין כי בתאריך 20.1.20 התקבל חומר נוסף ממשרד המוצגים של מז"פ, שקית מאובטחת חתומה שמספרה 0255092T - "**ממצא ביולוגי - מטוש - לא נפתחה בתיאום עם היחידה**".

בנוסף התקבל טופס פרופיל של מעורב ובו מצוינים פרטיו של המשיב, מספר דגימה ושקית מאובטחת 0255091T.

בפרק התוצאות בחוות הדעת (בשילוב מזכר ההבהרה **ת/29**), נכתב כי חומר שנדגם מפיסות ניילון תוך התייחסות לשקיות 1, 3 ו-5, נלקח למיצוי DNA. יוער כי במזכר ההבהרה מפורטים סעיפי המשנה של שקיות 1, 3 ו-5 כאמור.

חומר שנדגם מפיסות ניילון מהשקיות 1, 3 ו-5, ומהגרביים, נבדק, כמפורט בחוות הדעת.

המסקנות בחוות הדעת הן כדלקמן:

השקית הראשונה - בחומר שנדגם מפיסת הניילון הראשונה מהשקית הראשונה (1.1.1) התקבלה תערובת פרופיל DNA שמקורה יותר מפרט אחד, והפרופיל הבולט תואם לפרופיל ה-DNA המיוחס למשיב. פיסת הניילון השנייה בשקית הראשונה (1.1.2) - לא נדגמה.



השקית השנייה - בחומר שנדגם מהגרר הראשונה מהשקית השנייה (1.2.1) התקבלה תערובת שמקורה ביותר משני פרטים, והפרופיל הבולט תואם לפרופיל DNA של המשיב. בחומר שנדגם מהגרר השנייה מהשקית השנייה (1.2.2) התקבלה תערובת פרופילי DNA שמקורה ביותר משני פרטים, והפרופיל הבולט תואם לפרופיל ה-DNA של המשיב.

השקית השלישית - בחומר שנדגם מפיסת הניילון מהשקית השלישית (1.3) גם כן התקבלה תערובת שמקורה יותר מפרט אחד והפרופיל הבולט תואם לפרופיל ה-DNA המיוחס למשיב.

השקית הרביעית - חומר שנדגם מהגרר הראשונה מהשקית הרביעית (1.4.1) התקבלה תערובת פרופילי DNA באיכות שאינה מאפשרת הסקת מסקנות בעלות משמעות. בחומר שנדגם מהגרר השנייה מהשקית הרביעית (1.4.2) התקבלה תערובת פרופילי DNA שמקורה יותר מפרט אחד, ובה פרופיל בולט התואם לפרופיל DNA של המשיב.

השקית החמישית - בבדיקה שבוצעה על חומר שנדגם מפיסת הניילון הראשונה מהשקית החמישית (סעיף 1.5.1), לא התקבלה כמות DNA מספקת/ראויה להמשך הבדיקות. מבדיקת DNA מפיסת הניילון השנייה מהשקית החמישית (1.5.2) נמצא פרופיל התואם לפרופיל DNA של המשיב.

על פי סעיף 8 לחוות הדעת, על פי אומדן סטטיסטי שכיחות הפרטים באוכלוסייה שהינם בעלי פרופיל DNA התואם לפרופילים הבולטים שהתקבלו כאמור לעיל, נאמדת ב-1 ליותר מ-100 מיליארד.

לסיכום ממצאי חוות הדעת, עולה כי בכל הבדיקות בכל חמש השקיות שנבדקו, נמצאו התאמות של הדגימות לפרופיל ה-DNA של המשיב, ואולם, בשקית הראשונה לא נבדקה אחת משתי פיסות הניילון, ובשקית הרביעית לא התקבלה באחת משתי הגרביים בשקית זו תערובת המאפשרת הסקת מסקנות.

מכאן, שמתוך חמש פיסות הניילון, אחת לא נבדקה, ובכל ארבע האחרות נמצא DNA התואם לפרופיל של המשיב, ומתוך ארבע הגרביים, באחת לא ניתן לקבוע ממצא, ובשלוש האחרות נמצא פרופיל התואם לזה של המשיב.

נתון זה ביחס לגרביים הינו נתון חשוב, ולפיו בכל אחת משתי השקיות אשר היו בה שני גרביים, נמצא פרופיל DNA התואם לזה של המשיב. כפי שעולה מהאמור לעיל, הגרביים נמצאו שניים בקומה 6 ושניים בקומה 7, והן באלו שבקומה 6 והן באלו שבקומה 7 נמצא חומר החשוד כסם. מכאן, שבין אם מדובר בגרביים מקומה 6 ובין אם מדובר בגרביים מקומה 7, קיים פרופיל DNA התואם לזה של המשיב. העובדה שבשקית הרביעית, נמצא פרופיל DNA התואם לזה של המשיב רק **באחד משני הגרביים**, אינה משנה את עצם העובדה שבגרביים בשתי הקומות קיים פרופיל DNA של המשיב.

ע.ת. 7 המומחית נחקרה (פרו' 14.6.21 עמ' 41-51) ועל פי עדותה הצילומים המצורפים לדף העבודה (ת/15) מסומנים במספור התואם את פירוט המוצגים, היא קיבלה את המוצגים ממעבדת הסמים של מז"פ, פיסות הניילון הינן



מוצגים שהיו בתיק, וצילומן בתמונות אשר מצורפות לדף העבודה **ת/15**, והינן בעמודים 13-15 בתיק העבודה. היא אינה יכולה לומר אם שתי פיסות הניילון שייכות לאותה שקית.

צוין כי בגרב מהשקית הרביעית נמצאו כמה פרופילים והפרופיל הבולט הינו של המשיב.

ביחס לשאלה האם מקור ה-DNA בצד הפנימי או החיצוני של הניילון, אישרה המומחית כי אינה יכולה לומר אם זה מהצד החיצוני או הפנימי.

העדה נשאלה ביחס לאפשרות העברת DNA ממוצג למוצג, גם בהנחה שהשוטרים ערבבו את הכל ושמו הכל בחזרה, והשיבה שאינה יכולה לומר מהיכן מקור ה-DNA אך יכולה לומר מה התקבל, והתקבלו מספר פרופילי DNA בשישה מוצגים שונים שהיו בתיק, והתקבל פרופיל שמיוחס למשיב.

העדה נשאלה שוב והשיבה שאינה יכולה לומר כיצד הגיע ה-DNA לממצאים וכל מה שהיא יכולה לומר הינו מה היא מצאה.

את פיסות הניילון היא דגמה מהקשרים שהיו בניילונים, ומהגרביים דגמה מאזור פתח הגרב.

ביחס למסמך ההבהרה, נאמר כי מדובר בטעות טכנית, והיה צורך לתקן את מספרי הסעיפים.

עוד הוגשו בפרשת התביעה **ת/20** טופס לוואי למוצגים שהוא דגימת DNA של המשיב להשוואה מול מוצגים שנמצאו. **ת/21** דוח תפיסת מוצגים בו צוין כי בתאריך 15.1.20 במז"פ אשקלון התקבלו מידי החוקר יניב חמו מוצגים בהקשר לאירוע סמים, ובהם שקית מאובטחת שמספרה 0134602 ושתי שקיות מסומנות 02361/20, בתוך האחת שמספרה 1 שקית שחורה עם פסגור, ובתוך שקית שנייה שמספרה 2 שקית שקופה עם פסגור קרועה. מתוארת דגימת חומר באמצעות מטושים, 4 דגימות משתי השקיות. **ת/22** טופס קליטת מוצגים לבדיקה המופנה אל תחנת אשקלון לכיש מאת מעבדת הסמים הארצית, כאשר מתואר קיומן של 4 שקיות מאובטחות חתומות. **ת/23** טופס נוסף של קליטת מוצגים לבדיקה כאמור, ביחס לשקית מאובטחת חמישית. **ת/24** מסמך זיהוי DNA מהניילונים והגרביים עם פרטי המשיב.

עוד הוגשה חוות דעת מומחה מאת המומחה משה בורשטיין מהחטיבה לזיהוי פלילי, מטא"ר ירושלים (**ת/25**) ביחס לבדיקת הסמים, וממנה עולה כי במוצג אחד בלבד, מוצג מס' 4, נמצא סם מסוכן, מסוג קוקאין, בשתי יחידות במשקל כולל נטו של 63.0986 גרם. המוצג מס' 4, מתואר כ"שקית מאובטחת לשימוש חד פעמי מס' 0732427T עליה מדבקה משטרתית מסומנת "19050/2020 מספר פריט: 81889507..." בתוך השקית המאובטחת שני גרביים (סומנו "גרביים") ושתי אריזות מפלסטיק סגורות כל אחת בקשר (סומנו יחד "אריזות") ובתוך כל אחת מהן אבקה בגוון לבן. האבקות הועברו לשקיות פלסטיק. האריזות נארוזו בנפרד והועברו למעבדה הביולוגית



לצורך בדיקות ד.נ.א. בשקית מאובטחת מס' 0142952V.

בחוות הדעת ת/25 צוין ביחס למוצג מס' 1, אבקה, שתי יחידות, במשקל כולל נטו 38.1986 גרם - לא נמצא סם מסוכן, וביחס למוצג מס' 2, אבקה, יחידה אחת, במשקל נטו 1.7618 גרם, לא נמצא סם מסוכן.

כן הוגשו הודעות המשיב במשטרה ת/16 (מיום 13.1.20), ת/17 (מיום 22.1.20).

בהודעתו הראשונה ת/16 מוצגות למשיב השקיות המאובטחות המפורטות לעיל, והוא משיב ביחס לכולן: **"לא שלי ולא שייך לי ולא יודע מה זה"**. לדבריו אין לו קשר לחפצים ואינו יודע מה הם, המשיב נשאל אם נגע אי פעם בחפצים הללו הוא משיב בשלילה, וכי אין סיכוי שתמצא טביעת אצבע שלו עליהם. לדבריו מדובר בבניין של 9 קומות, ו-100, 200 אנשים באים ונכנסים כל יום לבניין: **"זה בניין עם כניסה חופשית"**.

בהודעתו השנייה ת/17 לכשנשאל לגבי הגרביים שעטפו את הסמים, השיב שלא שייך לו דבר - **"אני דייר בבניין זרקתי מהחלון גרב זרקתי מהחלון ניילון ומידי פעם נכנס מהרוח זבל ללובי אני רואה מרים זורק בחוץ"**. לכשנשאל כיצד הוא מסביר שעל 99% מוצגים שעטפו את הסמים נמצא DNA שלו השיב: **"זרקתי מהחלון אולי ניילון ואנחנו תולים כביסה במרפסת ומלא פעמים עפו לי דברים למטה"**. לכשנשאל מדוע כאשר בחקירה הקודמת הוצגו לו השקיות והוא אמר שאין לו קשר לחפצים ואינו יודע מה זה החפצים הללו ומדוע לא אמר שהגרביים הן שלו, השיב: **"מאיפה אני יודע אם זה שלי או לא שלי"**. לכשנשאל מדוע לא סיפר שנופלים ונזרקים שקיות וניילונים על ידו מחוץ לבית, השיב כי כאשר הביאו אותו היה לחוץ.

4. בפרשת ההגנה העיד המשיב, ועל פי עדותו כאשר באו לעשות חיפוש בביתו, ושאלו אותו מי יכול להיות עד, הוא השיב שבנו הגדול שהוא בן 22, עשו חיפוש בבית עם כלב ולא מצאו כלום, ואח"כ הם התחילו לעלות קומה קומה ועשו חיפוש, ואמר כי הדברים שנמצאו אינם בתוך הבית שלו והם אינם קשורים אליו.

בעדותו בחקירה הנגדית, אמר כי בקומה 5 היה עם הבלשים, בקומה 6 עלה כמה מדרגות וירד ולא התלווה לחיפוש, ואמר כי לא היה עם הבלשים כשביצעו את החיפוש. המשיב חזר על כך שהדברים אינם קשורים אליו והם אינם שלו.

בפרשת ההגנה העיד רס"ר יניב חמו, ביחס למזכר שערך (נ/1), ולדבריו זו תרשומת פנימית והם צריכים לבקש אישור מקצין מז"פ כדי לקבל אישור לבדיקה במעבדה ביולוגית על מנת שלא להעמיס על המעבדה.

ביחס לכך שרשם במסמך שנתפסו כפפות, איננו יודע לומר מדוע רשם זאת, אולי טעה, והוסיף כי מדובר בתרשומת פנימית.

5. ב"כ המאשימה ביקש בסיכומיו להסתמך על הראיות הפורנזיות, ונטען כי הוכחה מעל לספק סביר אשמתו של



המשיב, בשים לב לחוות דעת מומחית ה-DNA אשר ההגנה לא התמודדה עם ממצאיה, וכי ניסיונות המשיב להרחיק עצמו מהסמים שנתפסו וממצאי ה-DNA לא צלחו. עוד נטען כי המשיב הוסיף בעדותו תרחישים נוספים להסבר לטענה כיצד הגיע DNA שלו למוצגים ומדובר בגרסה כבושה.

ב"כ המשיב ביקש להורות על זיכוי המשיב. נטען לבעיה ברישום שעות בדוחות, ונטען לתיאום גרסאות.

נטען כי החיפוש לא היה חוקי, כי בית המשפט נתן צו חיפוש נקודתי לבית בדירה מסוימת, והרחבת החיפוש לא היתה כלולה בצו ואינה חלק מהצו.

נתפסו סמים בקומה 7, לא נבדקו השכנים בקומה 7, הם לא תוחקרו, והמשיב סומן מאותו רגע וכל מה שנתפס נטען ששייך לו.

נטען כי גם לא היו שני עדים, החוקרים לא אמרו שהמשיב היה בקומה 7, וגם בנו לא היה בקומה 7, כך שלחיפוש ולמציאת הסם לא היו עדים.

נטען כי תיקון הדוח ע"י ע.ת.3 בדוח מתקן 10 ימים לאחר מכן, על כי היתה גרב נוספת, הדבר פוגע במהימנות של התפיסה והממצאים.

ביחס למשקלים נטען כי חוות הדעת מתייחסת ל-63 גרם, ומדובר ב-40 גרם פחות והמאשימה אינה יכולה למלא את החסר בחוות הדעת של המומחה בורשטיין (ת/25).

נטען כי בחוות הדעת של בורשטיין "אין התייחסות ל-40 גרם", והשוטרים מציינים משקלים אחרים, וכי לא צוין באיזו שקית 63 גרם, אם בגרב השחורה או הלבנה, ולא ניתן להרשיע כשחוות הדעת אינה תואמת את הממצאים בשטח.

נטען כי היו שתי שקיות ובאחת מהן נתפס DNA ולא ידוע באיזה שקית נתפס DNA וגם המומחית לא ידעה לומר. נטען ביחס לשרשרת הסם על הטעויות בשאלה ממי התקבלו המוצגים, וכי העדות של ע.ת.11 בעניין זה הינה עדות כבושה.

נטען כי ע.ת.3 התבלבל בעניין הגרביים, ובדוח לא היתה גרב לבנה. נטען כי בנגיעה בחפץ ניתן להעביר DNA.

נטען לפגיעה אנושה בשרשרת הסם ומהימנות התפיסה ומחוסרים של הסמים.

ביחס לשקיות נטען כי אין לדעת מהיכן נגזרה השקית, ואי אפשר לדעת עם בפיסת הניילון הספציפית היו סמים, ועוד מפנה לעדות המומחית על כי אינה יכולה לומר האם ה-DNA היה בחלק הפנימי או החיצוני.



נטען כי העדה לא יכלה לומר האם מציאת ה-DNA היא כתוצאה מכך ששמו בשקית אחת את כל המוצגים, איננו יודעים אם מהשקית עבר ה-DNA לגרב ומשלא יודעים יש לזכות.

הכרעת הדין

6. בהכרעת הדין קבע בית המשפט כי החקירה נגועה בשורת פגמים:

- א. אופן עריכת החיפוש - החיפוש בחדר המדרגות ובמיוחד בארון החשמל בקומה השביעית נערך ללא צו ובניגוד לכללים שנקבעו בחוק ובפסיקה לעניין אופן עריכת החיפוש.
- ב. חיפוש ללא צו בארונות חשמל של דירות אחרות בקומות אחרות.
- ג. אופן כתיבת דוחות הפעולה.
- ד. אי חקירת עדים רלבנטיים ובמיוחד לעניין זהות בעלי ארונות החשמל ובמיוחד בעלי הארון שבו נתפס הסם.
- ה. פגמים בדרך כתיבת הדוחות הנוגעים לאופן העברת המוצגים לבדיקה.
- ו. חוסרים לא ברורים ופערים ברישום מוצגים בין היחידה החוקרת ובין המעבדות.
- ז. טעויות בדוח שרשרת הסם.
- ח. אי ציון כל הפרטים שנתפסו.

בית המשפט בחן את המוצגים השונים והשקיות במסגרתן הושמו, וקבע כי אילו היו נערכים הדוחות הראשוניים כמצופה ניתן היה להבין כיצד "**צצו פתאום הגרביים**" אשר סומנו בשמות המותגים שלהם ו"**אולי היה ניתן להבין מהיכן נדגמו פיסות הניילון**". עוד הוסיף בית המשפט כי אם במעבדת הסמים היו מפרטים כיצד ומאיפה נגזרו פיסות הניילון אולי היה ניתן לקשר ביניהן למוצגים שנתפסו בזירה.

נקבע כי לא ניתן להבין מי גזר את פיסות הניילון, אלו גרביים נתפסו, מאיפה ולאן הוכנסו.

בית המשפט הוסיף כי באף אחד מדוחות השוטרים בזירה לא היה פירוט של הגרביים שנתפסו, ובוודאי לא שלושת הגרביים הנושאים את שמות המותגים.

בית המשפט הוסיף כי העדה המומחית לא ידעה לקשר בין הגרביים לפיסות הניילון.

עוד נקבע ביחס לטענת ב"כ המאשימה על כי גרסת המשיב היתה כבושה, כי תשובתו לעניין הממצאים הביולוגיים היתה



"מידית ותואמת את גרסתו בבית המשפט אם כי בשינויים קלים".

נקבע כי לאור נ/1 הסמים אשר נשלחו למז"פ היו מחולקים בתוך שתי כפפות שחורות וגרב אחת, שנתפסו בארון החשמל של אותה דירה וזהו ממצא שאין לו זכר בדוחות השוטרים.

מכל האמור, קבע בית המשפט כי קיים פגם מהותי באופן ביצוע חיפוש בחדר המדרגות, ובפרט בארונות החשמל.

נקבע כי גם אם ניתן היה לקבל את הראיות על פי מבחני הפסלות שנקבעו בהלכת יששכרוב, הפגמים בחקירה פוגמים במארג הראיות הנסיבתיות באופן המוביל לזיכוי מחמת הספק.

נקבע כי בחינת הראיות הנסיבתיות קורסת בכל שלושת השלבים - לא ניתן להשתית על כל אחת מהראיות ממצא עובדתי, ספק אם בכל הקומות היה עד, זמני החיפוש על פי ת/1 תמוהים, כל ארון חשמל ניתן לשיוך לדירה מסוימת ואינו נחלת הכלל, אמנם יש גישה כמעט לכל אחד אבל אין בכך כדי להתיר חיפוש בארון החשמל.

נקבע כי סמכות חיפוש היתה קיימת, מכוח החוק וגם על פי הכללים בהלכת בן חיים, שכן היה יסוד סביר להניח כי נמצאים סמים במקום, אך החיפוש לא נערך כדין, שכן גם אם קיימת סמכות חיפוש, הרי שהיה מקום לפנות לבעלים של מי מארונות החשמל ולחפש בהם בהתאם לדיון.

בית המשפט הוסיף כי למרות האמור ואף שהליכי החיפוש היו פגומים אין בכך כדי להביא לפסלות הראיה.

נקבע כי קיים קושי נוסף בקבלת הראיות והוא הפגם בשרשרת הסם (ת/4 ות/10), זאת בנוסף לפגם שהדוחות נכתבו במשותף, ופערים במשקלי הסם.

נקבע כי הבעיה העיקרית היא המעבר ממעבדת הסמים למעבדה הביולוגית, המעבר מת/25 לת/14 אינו ברור, ולא ניתן להבין כיצד המוצגים נגזרו, נחתכו או הותאמו לצורך בדיקת המעבדה, ואין בת/25 פירוט המאפשר הבנה למוצגים שנבחנו במעבדה הביולוגית.

נקבע כי גם אם יתקבלו כל הראיות שנאספו, נשאלת השאלה אם התוצאה של איסוף כלל הראיות כנדרש בחלק השני של המבחן המתייחס לראיות נסיבתיות, תוביל למסקנה היחידה כי המשיב הוא שביצע את העבירה.

נקבע כי כאן קיימת בעיה, שכן דוחות שרשרת הסם והקושי בקשירה בין פיסות הניילון שלא ברור כיצד נגזרו, הגרביים שלא סומנו, וצצו בת/14 ולא הופיעו בדוח קודם, ונ/1 המתייחס לכפפות שנעלמו, כל הפגמים גם יחד מונעים מבית המשפט להגיע למסקנה נחרצת כי המשיב הוא זה שהחזיק את הסם למרות הממצאים הביולוגיים.



עוד נקבע כי גם אם נצלח את המבחן השני, עדיין קיים המבחן השלישי, ומה אם טענת המשיב כי ייתכן שנפלו גרביים מהכביסה, ומישהו השתמש בהם היא נכונה, מדוע לא יהיה זה אפשרי, ומכאן מפנה בית המשפט לפגם בהליך החיפוש, בו נמנעו השוטרים מלבדוק למי שייכים ארונות החשמל.

מכל האמור, נקבע כי מכלול הפגמים ובעיקרם הפגם הבסיסי הנוגע לשאלת זהות בעלי ארונות החשמל והחיפוש, והפגם שבדרך בין המעבדות, מביא למסקנה כי קיים ספק סביר.

מכל האמור, נקבע כי לא ניתן להגיע למסקנה שהמאשימה הוכיחה את אשמתו של המשיב מעבר לספק סביר, ולפיכך הוא מזוכה מחמת הספק.

טענות המערערת בערעור

7. בפתח טיעוניה מאשרת המערערת כי אין מחלוקת שנפלו תקלות וטעויות במסגרת הליכי החקירה בתיק זה ע"י הגורמים הרלבנטיים במשטרה, ולגישתה יש מקום לטייב את הליכי החקירה שננקטו בתיק זה. לצד זאת, נטען כי השאלה העומדת בערעור הינה האם בהתחשב בתשתית הראייתית הקיימת שעיקרה בשישה ממצאי DNA של המשיב על פריטים שנמצאו בארונות חשמל הממוקמים בקומות העליונות בבניין מגוריו, בחלק מפרטים אלו הכילו סם מסוג קוקאין, האם מגיע משקל הטעויות בהליכי החקירה לכדי יצירת ספק סביר, בהתאם למבחן התלת שלבי שיש להפעיל, והאם עלה בידי המשיב, אשר בית משפט קמא נמנע מקביעת ממצאי מהימנות לגבי גרסתו, להציג הסבר חלופי לראיות, המובילות למסקנה בדבר אחריותו הפלילית, המצדיק זיכוי מחמת הספק.

טענתה המרכזית של המערערת הינה כי יישום המבחן התלת שלבי מלמד שמשקל הטעויות והתקלות בהליכי החקירה אינו יוצר ספק סביר בדבר אחריותו הפלילית של המשיב, ויישום המבחן מוביל לקביעה בדבר אחריותו הפלילית של המשיב.

נטען כי בחינת כל ראיה נסיבתית בפני עצמה מאפשרת קביעת ממצא עובדתי, ובחינת מסכת הראיות בכללותה מובילה למסקנה כי המשיב ביצע את המעשה המיוחס לו בהסתמך על ניסיון החיים והשכל הישר, והסבריו החלופיים בדמות גרביים אבודות ושקיות הנישאות ברוח, אינן שוללים את המסקנה המפלילה שקמה בשלב השני של בחינת המסכת הראייתית.

ביחס לעצם ביצוע החיפוש, נטען כי החוק והפסיקה בהלכות החיפוש עסקו באיזון בין תכליות החיפוש שנדרשו רק כאשר היה בחיפוש כדי להפר במידה זו או אחרת את זכויות האדם, וכפועל יוצא מכך החקיקה והפסיקה התייחסו לחיפוש בגופו, בכליו, חפציו ורכושו של הפרט.

נטען כי ארונות חשמל ותקשורת בבניין מגורים מהווים חלק מהרכוש המשותף ואינם מהווים רכוש פרטי, ולפיכך אין צורך



בהוצאת צווי חיפוש עובר לעריכת החיפוש בהם, ארונות החשמל נגישים לכל, לרבות נציגי חברת חשמל הרשאים לאמוד את חשבון החשמל מבלי ליידע את בעל הדירה, ודיירי הבניין רשאים לפתוח את ארונות חשמל והתקשורת איש של שכו מבלי לבקש הסכמה, וכך בעניין מבקר מזדמן בעניין מגורים גם הוא רשאי לפתוח ארון חשמל ותקשורת ללא היתר מהדייר שצריכת החשמל שלו נאמדת באמצעות השעון בארון החשמל.

נטען כי עריכת החיפוש הסתפקה המשטרה במסגרת פנייתה לבית המשפט בבקשה להוצאת צו חיפוש בדירת מגוריו של המשיב בלבד, מתוך ראייה משפטית לפיה ארונות החשמל ובכלל הציד בחדר המדרגות, מהווים רכוש ציבורי.

נטען כי מכיוון שארונות החשמל מהווים רכוש ציבורי במהותו, לא נפגעה הזכות לפרטיות של מאן שהוא וכפועל יוצא מנקודת מוצא משפטית זו, שגה בית משפט קמא משסבר כי החיפוש בארונות החשמל התבצע שלא כדין, מתוך פגיעה בזכויות הדיירים, שכן בהעדר פגיעה כלשהי בזכות לפרטיות אין משטרת ישראל נדרשת ליידוע מאן שהוא ולקבל הסכמתו באשר לעריכת חיפוש.

נטען כי פעולות משטרת ישראל ביחס לחוקיות החיפוש בארונות החשמל, עומדות איתן ביחס לעקרונות החקיקתיים והפסיקתיים, הן ביחס להלכות החיפוש, והן ביחס לפסיקה נוספת בסוגיה הקשורה לפגיעה בזכויות חוקתיות. בנוסף נטען כי גם היתה דחיפות ולא היה צריך לבצע את החיפוש בנוכחות עדים, אך מכל מקום פרשנות המדינה הינה שהוראות סעיף 26(א) לפקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש), הינן שבהוראה זו לא התכוון המחוקק למרחב הציבורי, ולפיכך לא חל הסעיף.

לטענת ב"כ המערער עולות במקרה זה סוגיות רוחביות ביחס לחיפוש ברכוש משותף, ועולות שאלות דוגמת מי הוא זה אשר צריך להיות נוכח, ומה הדין כאשר יהיה מדובר בגורד שחקים, והאם יש להתייחס רק לדיירי אותה קומה, ומה אם מדובר במקום אחר, כגון מתחת לבית או בגג. מכל מקום נטען כי במקרה זה חל החרג לצורך בעדים לאור הדחיפות.

נטען כנגד הסבר ההגנה להימצאות ה-DNA של המשיב, על כי מדובר בשתי גרסאות האחת עלתה בחקירה השנייה במשטרה, בה המשיב מסר כי לעיתים שקיות חודרות ללובי והוא זורק אותן החוצה, והגרסה השנייה עניינה בעדותו בבית המשפט, לפיה הוא נוהג להעביר כריכים עטופים בשקיות לדיירים ולאחרים.

נטען כי ממצאי המעבדה הביולוגית מתייחסים לשישה פריטים שנלקחו מארונות החשמל בקומה 7, וכי חלק ממצאי ה-DNA נמצאו בפריטים משקית שהכילה סם מסוכן מסוג קוקאין במשקל 63.098 גרם שנלקחה מארון החשמל המדובר, וחלק אחר ממצאים נמצאו על גרביים ופיסות ניילון שונות שהיו מאוחסנות באותו ארון חשמל בבניין מגורים של המשיב.

יוער כי מהממצאים אשר נתפסו בקומה 7 קיימים לכל היותר 4 מדגמים, ולעניין זה יפורט בהמשך.



מכל האמור, נטען כי ניתן לקבוע ממצאים עובדתיים לאחר בחינת כל אחת מהראיות הנסיבתיות, ובכך מתקיים המבחן הראשון מתוך המבחן התלת שלבי אשר יש ליישם במקרה של ראיות נסיבתיות, בהתאם לשלב השני המסכת הראייתית מובילה למסקנה לכאורית כי המשיב החזיק בסם המסוכן מסוג קוקאין, וביחס לשלב השלישי נטען, כי הסבריו החלופיים של המשיב שהם כבושים, דחוקים ואינם הגיוניים, ואינם שוללים את המסקנה המפלילה במקרה זה.

מכל האמור, עותרת המערערת להרשיע את המשיב ולהשיב את הדיון לבית משפט השלום לגזירת העונש.

טענות המשיב בערעור

8. לטענת ב"כ המשיב בית משותף הינו נכס, וכניסה גם למרחב הציבורי משמעותה הסגת גבול. בניין הינו נכס משותף, ואם אפשר לבצע עבירת הסגת גבול בכניסה לבניין מגורים, אזי לא מדובר במקום ציבורי.

נטען כי קיימת סמכות לערוך חיפוש כאשר קיים חשד סביר, והחשד הסביר עולה מהתנהגות הכלב, אך הדבר מחייב נוכחות שני עדים שאינם שוטרים, ואין מחלוקת שלא רק שלא היו עדים, אלא גם לא נעשה ניסיון לחפש עדים, או לחפש אם יש מישהו מדיירי הקומה אשר יכול להיות עד לחיפוש, ועל פי השכל הישר, יש לחפש את מי שקרוב למיקום.

החוק קובע דבר הצורך בשני עדים, וגם אם זה בלובי של בניין, היה צריך עדים. בניין משותף אינו נחלת כלל הציבור, ואם נכנסים מתוך מטרה זרה, מדובר בהסגת גבול, ואין מדובר במקום שהוא נחלת כלל הציבור, אלא זהו מקום אשר הינו לרשות אנשים רבים.

מדובר במקום שהוא מתוחם לאנשים אשר המקום בבעלותם, זה עדיין שטח פרטי בבעלות של מספר אנשים. הגם שאין איסור פלילי להיכנס לשטח המשותף, עדיין השטח הוא בבעלות קונקרטי של מספר אנשים והוא שייך להם.

השאלה את מי להביא כעדים הינה שאלה טכנית. החוק אינו מגביל בהבאת שני עדים שאינם שוטרים, זה יכול להיות מישהו מהבניין אך גם מישהו מהרחוב, והשוטרים לא ניסו לעשות זאת.

המשיב לא נכח בתפיסה בקומה השביעית, ולא נכח כלל באותה קומה, הוא לא ראה את התפיסה, ורק השוטר שביצע זאת ראה את התפיסה ואת מה שנתפס בגרב. תוכן הדוחות של השוטרים אינו נכון, הן ביחס לשעות המפורטות בדוחות, והן ביחס לדוח שרשרת הסם, והשוטר יאיר אושר, בהתייחס לשקית הרלבנטית המסומנת 427, אומר שאינו יודע למי היא נמסרה, כאשר הוא האחרון שהחזיק בה, ואינו יודעים מה נעשה איתה ולמי היא נמסרה, והאדם הבא אשר כותב את הדברים בשרשרת המוצגים, כותב שהוא תפס את השקית מארון המוצגים.

בעיה נוספת לה טען ב"כ המשיב הינה כי השוטר מדבר אך ורק על גרב שחורה, ואך ורק על 102.5 גרם ו-10 ימים לאחר מכן בדוח השני צצה גרב לבנה ובתוכה סמים.



נטען כי יש מחלוקת ביחס לשאלה אם הגרב הלבנה היתה מלכתחילה בשקית או הוכנסה לשם.

ב"כ המשיב מאשר כי אכן נתפסו כמה גרביים, אך כעת מדובר על מוצג ספציפי (המוצג 427), בו מדובר על גרב שחורה קשורה שהוא תופס, והמשקל הכולל של הסמים הוא 102.5 גרם ברוטו, וכי השוטר השלים את הדברים בדוח ובטעות לא רשם שהיו שתי שקיות, ומאשר שלא רשם את הגרב הלבנה.

ביחס למשקל נטען כי השוטר מדבר על 102.5 גרם ולמעבדה מגיעים 63 גרם, ולא ברור היכן 40 גרם נוספים.

נטען כי השוטר אושר הוציא את שקיות הסם ושקל אותן ללא הגרביים, ואין מקום להניח שהאריזות הן 40 גרם, שכן לא הובא מישהו להעיד ביחס לכך. נטען כי היחיד אשר מכניס את הסמים לשקית עם המוצגים הינו השוטר אושר, והשוטר האחר יוסף לא נגע בסמים, וגם לא ראה את הגרב הלבנה, והמשקלים האחרים שמפורטים בחוות הדעת ת/25, של משה בורשטיין, הינם מוצגים אחרים, אשר לא הוגש בגינם כתב אישום.

עוד נטען כי על פי ת/6 שהוא הדוח המשלים של השוטר יאיר אושר, היה מדובר בשקית אחת, ואילו בחוות הדעת של בורשטיין מדובר בשתי שקיות שהן במשקל כולל של 63 גרם. יוער ביחס לדברים אלו, כי מת/6 עולה קיומן של שתי שקיות - כפי שפורט לעיל בתוך הגרב האחת היתה שקית שקופה, והיתה גם גרב נוספת בצבע לבן, ובתוך הגרב הנוספת בצבע הלבן גם כן היתה שקית שקופה, שגם בה היה חומר החשוד כסם מסוג קריסטל.

ב"כ המשיב מפנה לטעויות אשר פורטו הן על ידי בית המשפט בהכרעת הדין והן בטיעונים בבית המשפט קמא כמפורט לעיל, לרבות לדוח השרשרת של השוטר שרון סויסה, ולתקלה בכך שכתב כי תפס את הסמים מארון החשמל.

נטען כי כדי להרשיע בראיית ה-DNA שהיא הראיה היחידה הקיימת, יש לקבוע כי הכל היה תקין.

נטען כי בית המשפט האמין לגרסת המשיב, ולא קבע כי אינו מאמין לו, וזיכה אותו.

ביחס לעדות המומחית, ע.ת.7, נטען כי היא אינה יודעת מאיפה נגזרו גזרי השקיות, ואין את ההקשר לשקיות הסם, היא מקבלת שתי חתיכות ניילון שאינה יודעת מאיפה נגזרו, האם הן עטפו את הסמים או זו היתה שקית בתוך שקית, וגם אינה יודעת אם ה-DNA הוטבע בחלק החיצוני או הפנימי, ואם בשקית הזו היו סמים.

נטען כי המומחית אינה יכולה לומר כיצד היא יודעת שפיסות הניילון הן מהשקיות שהיו בהן סמים, והיא אינה יכולה לומר כלל באלו שקיות מדובר.

עוד נטען כי גם עורך ת/25, המומחה משה בורשטיין, אינו אומר שהוא גזר שקיות, הדבר לא כתוב. כל אשר קיבלה המומחית הינה שתי פיסות גזורות, והיא היתה צריכה לקבל את השקית בשלמותה.



ב"כ המשיב מפנה לדבריה של המומחית על כי תופעת העברת DNA מוכרת, ולכך שהיא אומרת שאינה יכולה לומר מאיפה הגיע מקור ה-DNA, ומפנה לטעויות בחוות הדעת ולתיקונים שנעשו, וכי המומחית אף אמרה שמוצג אחד יכול להעביר למוצג אחר.

נטען כי כדי להרשיע את המשיב יש לקבוע את מקור ה-DNA ואין ידיעה אם המקור הוא בגרביים בשקיות או בשקיות שלא היו בהן סמים, אשר הונחו בשקית אחרת או שזה הודבק, ואנו לא יודעים את המקור.

כך גם לא ידוע אם ה-DNA היה בחלק הפנימי או החיצוני של הגרביים, והמצב היה שונה אם בית המשפט היה יודע אם כל מוצג היה נארז בנפרד ונשמר לצורך בדיקת ה-DNA.

נטען כי בית המשפט לא קבע ממצא לגבי מקור ה-DNA וזהו עניין מהותי ביחס להרשעה, ולא די לקבוע כי נתפס DNA אלא יש להבין איך הגיע והאם הוטבע באופן ישיר או מקרי.

עוד נטען כי לא ניתן לדעת אם השקיות שמהן נגזרו פיסות השקית, אלו היו השקיות שבהן היו הסמים, כי היו מספר שקיות.

ביחס למשיב נטען כי הסברו מתיישב עם חפותו, ולא ניתן לקבוע שזהו הסבר בלתי סביר, גרסתו לא הופרכה והוא טען מלכתחילה כי לא נגע בסמים וייתכן שעשו בגרב שלו שימוש שלא ברשותו, או שהוא נתן אותה לצדקה.

עוד נטען כי העדר העדים הינו פגם מהותי, שכן אם היה נתפס מוצג העדים היו רואים וגם חותמים על הדוח והיינו יודעים מה נתפס, ובמקרה זה נתפסה גרב שחורה או פתאום צצה גם גרב לבנה, והיינו יודעים אם היו שתי שקיות סם, או שקית אחת, כל זה היה נמנע לו היו שני עדים.

דין והכרעה

9. לאחר בחינת הראיות והטיעונים אשר באו בפני בית משפט השלום, הכרעת הדין, וטענות הצדדים, המסקנה הינה כי הערעור בדין יסודו, וכי הוכח מעל לספק סביר כי המשיב ביצע את המיוחס לו בכתב האישום, החזקת סם מסוכן מסוג קוקאין, שלא לצריכה עצמית, במשקל 63.098 גרם נטו, מחולק לשתי אריזות שהוחבאו בשני גרביים בארון חשמל בלובי של קומה 7 בבניין מגוריו.

מסקנה זו אין בה כדי התערבות בקביעות עובדתיות של בית משפט קמא, אלא היא תוצאת בחינת הראיות העצמאיות אשר באו בפניו, לצד בחינה ויישום של הכללים הקשורים לביצוע חיפוש וקביעת מסקנות על סמך ראיות נסיבתיות.



פגמים בחקירה, בהתנהלותה ובמסמכי שרשרת ראיות צריכים לבחינה מהותית, ויש לבדוק קבילות ומשקל בכל אחת מהראיות על פי נסיבותיו של כל מקרה, ועל פי מהות הפגמים, ועל פי בחינה זו צריכה לבוא המסקנה בשתי שאלות מרכזיות - האחת, האם הראיה בנסיבות של קבלתה מאפשרת קביעת ממצא עובדתי על סמכה, וזאת ברף הנדרש בהליך הפלילי, מעל לספק סביר. והשנייה, האם היה בפגם כדי לקפח הגנתו של נאשם.

בהכרעת הדין התייחסות מקיפה לפגמים בחקירה, אשר מחויב היה לבודקם לעומקם, אך מנגד יש לבחון את הראיות עצמן באופן מהותי, ותוך התייחסות לשתי השאלות האמורות לעיל.

בהכרעת הדין נקבע כי סמכות החיפוש היתה קיימת מכוח החוק, וגם על פי הכללים שנקבעו בהלכה, אך החיפוש לא נערך כדין, ונקבע שהיה מקום לפנות לבעלים של מי מארונות החשמל ולחפש בו בהתאם לדין, אך למרות כל זאת, קבע בית המשפט כי גם בכך לא היה כדי להביא לפסלות הראיה, וראה בפגמים הנוספים בחקירה, ובפרט במעבר ממעבדת הסמים למעבדה הביולוגית, ובשורת הפגמים הנוספת שפרט כי המכלול מביא למסקנה כי קיים ספק סביר, ועוד נקבע כי בהינתן הפגמים האמורים ביישום המבחן התלת שלבי בבחינת ראיות נסיבתיות, קורסת בחינת הראיות בכל שלושת השלבים.

מסקנתנו שונה. גם לאחר פגמים מסוימים, הרי שהראיות מובילות למסקנה, מעל לספק סביר, מתקיימים השלבים הראשון והשני במבחן התלת שלבי, והמשיב לא עמד באפשרות ליתן הסבר או להביא ראיות השוללות את המסקנה העולה מהראיות שהוגשו, ומכאן שמתקיים גם השלב השלישי, ויש להורות על הרשעתו.

הילוכנו להלן תחילתו בראיות הקיימות, ובפגמים הקיימים בתהליכי החקירה השונים, והמשכו במסקנות אשר יש להסיק מהראיות, הכל תוך יישום הכללים הקשורים לביצוע חיפוש, לצד הכללים לבחינת ראיות נסיבתיות והגעה למסקנות ראייתיות על פיהן.

הראיות והפגמים

10. מהראיות אשר פורטו לעיל, עולה כי שקית מוצגים אחת, מאובטחת וסגורה, אשר אחד מהשוטרים מבצעי החיפוש הכניס לתוכה את אשר נתפס מארון חשמל בקומה השביעית, וסגר ואטם אותה, אותה שקית עצמה, עם אותו סימון (0723427T) (להלן: "**שקית 427**"), הגיעה כשהיא מאובטחת וסגורה אל מעבדת הסמים במטה הארצי, נבדקה ע"י מומחה, ונמצא כי יש בתוכה שתי אריזות אשר חומר שהיה בהן נבדק ונמצא כי הוא סם מסוכן מסוג קוקאין במשקל כולל נטו של 63.0986 גרם.

במעבדת הסמים התקבלו שקיות מאובטחות נוספות, אולם, השקית הרלבנטית לענייננו הינה השקית האמורה - שקית 427.



ממעבדת הסמים הועברו האריזות אל המעבדה הביולוגית לצורך בדיקת DNA, וזאת בשקית מאובטחת אחת.

המוצגים אשר התקבלו במעבדת הסמים וכללו מוצגים נוספים על השקית האמורה, **נארזו בנפרד** והועברו למעבדה הביולוגית לצורך בדיקות DNA בשקית אחת.

המילים "**נארזו בנפרד**" הודגשו לאור כך שהועלו טענות רבות על ערבוב המוצגים ואופן הגעתם אל המעבדה הביולוגית.

חוות הדעת ת/25 מתארת כי האריזות נארזו בנפרד, ועובדה זו לא רק שלא נסתרה אלא שעורך חוות הדעת אשר כתב זאת בחוות דעתו, לא נחקר.

ביחס לעילת החיפוש ולביצועו ללא עדים, התייחסות בהמשך, ובשלב זה בבחינה של הראיות עצמן יש לציין כי דירתו של המשיב נמצאת בקומה 5, ובעקבות סימון אשר סימנה כלבת הגישוש, בוצע חיפוש בארונות חשמל בקומות 5, 6, ו-7, ושקית 427 הינה השקית היחידה אשר נמצאה בה סמים, ושקית זו נתפסה מארון חשמל בקומה 7. כך עולה מפורשות מהראיות דלעיל. נתון נוסף וחשוב הינו כי הן בקומה 6 והן בקומה 7, נתפסו בכל אחת מהקומות בארון החשמל שני גרביים. בקומה 7 נתפס גרב שחור בתוכו שקית עם אבקה, ובנוסף בתוך הגרב השחור גרב נוסף לבן, אשר בתוכו שקית נוספת עם אבקה.

כך עולה מת/5 ות/7 המצוטטים לעיל, אשר נערכו ע"י ע.ת.3.

שרשרת המוצגים והפגמים בה

11. טענות רבות הועלו כנגד העובדה שת/6 נערך כ-10 ימים לאחר התפיסה, וטענות רבות הועלו ביחס לטעויות כאלה ואחרות בדף שרשרת המוצגים המתייחס לשקית 427. אין בטעויות אלו כדי פגם מהותי הפוגם במסקנה מעל לספק סביר, כי אשר נתפס מארון החשמל בקומה 7, הוא זה שהגיע בשקית אטומה לידי עורך חוות הדעת אשר קבעה קיומם של סמים במוצגים בתוכה.

אכן, נכון וראוי כי שרשרת הסם תיערך באופן מדויק ומפורט, על מנת לוודא כי המוצג אשר נתפס הוא המוצג אשר הגיע לבסוף אל המעבדה, וכי לא נפלה כל טעות. הטופס, יש לומר, הינו כלי עזר בלבד ולא המהות. המהות כאמור, היא כי החומר שנתפס הוא שהגיע אל המעבדה, בלא שזוהם בדרך.

קיימת חשיבות רבה להקפדה על שרשרת סם, אולם, בדיקת השרשרת והכשלים בה אינה נעשית באופן טכני במובן זה שכל כשל פוסל את השרשרת, אלא הבדיקה צריכה להיות מהותית ועל בית המשפט לבחון את הראיות לגופן, ואת השאלה האם יש בכך לגרוע מהמסקנה כי מדובר באותה ראייה עצמה.



כפי שנקבע, לא אחת, ראיות, כמו גם תקלות ומחדלים בחקירה, יש לבחון על פי נסיבות כל מקרה ומקרה, ובמשפטנו לא קיימת משוואה לפיה פגם בשרשרת מוצג או כל פגם אחר בחקירה משמעותו המידית ספק המביא לזיכוי. יש לערוך בחינה מהותית של הדברים, ולצד ביקורת אשר יש להביא אל מול פגמים בחקירה ובאופן ניהולה, יש לבחון את הראיות לגופן.

"עם זאת לפי השיטה הנוהגת אצלנו, אין לומר כי פגמים בניהול חקירה - ובכלל זה ליקויים בסימון מוצגים ובתיעוד שרשרת העברתם - בהכרח יורדים לשורש ההליך המשפטי; יש לבחון קבילותה ומשקלה של כל ראיה על-פי מכלול נסיבות העניין, ובייחוד לפי סוג הפגמים, בהתחשב בשאלה אם היה בפגמים כדי לקפח הגנתו של הנאשם". (ע"פ 987/02 מ"י נ' זביידה פ"ד נח(4) 880 (10.5.2004) בעמ' 896).

באותו עניין נפלו ליקויים בדוחות המשטרה המתעדים תפיסת חלקי רכב, זיהויים והעברתם לאחסון, לגבי מרבית החלקים לא הוגשו דוחות תפיסה, סימון והובלה קונקרטיים, ונקבע כי **"מחדלים אלה אינם קלי ערך"**. אך לצד זאת נקבע כי אין לומר שליקויים אלו פגמו ביכולת להתגונן כראוי מפני האישומים, ולגבי חלק מהאישומים הציגה התביעה צילומים מהם ניתן להתרשם באלו חלקים מדובר, ובנסיבות אלו נקבע - **"אין לומר כי הפגמים בנוגע להוכחתה של שרשרת העברת המוצגים הרלבנטיים לאישומים הרביעי והחמישי הביאו לעיוות דין או לקיפוח הגנתם של המשיבים"**. (בעמ' 904). מכאן באה המסקנה בסעיף 19 לפסק הדין: **"מסקנתנו אפוא היא כי אף שאין להקל ראש בליקויים שבית-משפט קמא עמד עליהם בהכרעת-דינו, אין בהם כשלעצמם כדי להוביל לזיכויים של המשיבים"**.

עוד נפנה לדברים הבאים מע"פ 5104/06 בניירישלול נ' מ"י (21.5.2007) לפיהם משקל מחדל חקירתי ייקבע מתוך בחינת המחדל עצמו (סעיף 9 לפסק הדין): **"הסנגורים מיקדו חלק נכבד של טיעוניהם במחדלי החקירה שנפלו לשיטתם בחקירת המערערים. בחינת טענה לקיומם של מחדלי חקירה אינה מבקשת לבחון האם ניתן היה לנהל את החקירה בדרך אחרת, טובה יותר, יעילה יותר, אלא האם קופחו זכויותיו של החשוד, האם בחקירתו לא נשמרו הכללים וההנחיות שגובשו על מנת לאפשר לו להתגונן כראוי ולאפשר לבית המשפט לבצע מלאכתו בגילוי האמת. כידוע, מקום בו לא קופחה הגנת הנאשם לא די במחדל החקירה עצמו כדי להביא לזיכוי הנאשם ... משקלו של המחדל החקירתי ייקבע הן מתוך בחינת המחדל עצמו, טיבו ומהותו, הן - ובעיקר, מתוך בחינתו על רקע מכלול ... בחינתם של מחדלי חקירה צריכה להיעשות מתוך הכרה בחומרתה של אי ההקפדה על נהלי חקירה וביצוע פעולות חקירה חיוניות מחד גיסא, ומאידך גיסא תוך הכרה בכך כי בחכמה שבדיעבד ניתן לעולם להצביע על סוגיות שניתן היה להעמיק בהן או על פעולות שלגביהן ניתן היה לפעול אחרת"**.

ר' גם ע"פ 1645/08 פלוני נ' מ"י (3.9.2009) (סעיף 29): **"עצם קיומו של מחדל חקירתי לא די בו כדי לבסס ספק סביר באשמת הנאשם שתוצאתו זיכוי. נדרש כי יהא זה מחדל מהותי היורד לשורשו של עניין"**.

ולבסוף בהקשר זה נפנה לע"פ 5928/99 גלדסון נ' מ"י (1.9.2005) בו נקבע (בסעיף 12 לפסק הדין) כי הסיכוי שפגם בשרשרת הראיות פגע במהימנות התוצאות שהתקבלו הוא אפסי, ומסקנה זו של בית המשפט המחוזי נותרה בתוקפה.



על רקע הדברים הללו נבחן את הפגמים בשרשרת עד להגעת המוצגים אשר בשקית 427 למעבדת הסמים.

אכן ע.ת.3 אשר תפס את המוצגים אינו זוכר לידי מי מסרם, ומנגד, בת/13 שהוא המסמך של שרשרת המוצג - שקית 427, נכתב ע"י ע.ת.11 מר שרון סויסה, ברכיב המתייחס לשאלה מידי מי הוא קיבל את המוצג - ארון חשמל.

רבות נטען הן ביחס לפגם של ע.ת.3 באי ידיעה ואי ציון למי מסר את המוצג, והן ביחס לע.ת.11 שכתב ארון חשמל, אך הוא כלל לא היה במקום. אין בפגם זה כדי לשלול את האפשרות לקבוע מעל לספק סביר כי אותה שקית עצמה, שקית 427, היא זו אשר ע.ת.3 אטם וסימן בכתב ידו והגיעה לידי מעבדת הסמים סגורה אל המומחה אשר ערך את חוות הדעת ת/25.

מובן כי מדובר בפגמים, אשר נכון היה שלא יקרו, אולם מדובר בשקית אשר נאטמה בתחנת המשטרה, לאחר ביצוע השקילה ע"י ע.ת.3, ואותה שקית אטומה עם אותו סימון עצמו, מגיעה אל מעבדת הסמים.

המחדל האמור ברישום של שרשרת המוצגים אינו גורע מהמסקנה מעל לספק סביר - מדובר בשקית שלא נקרעה, והגיעה כפי שכתוב בחוות הדעת ת/25, מאובטחת וסגורה, וע.ת.3 בדוח הפעולה שלו ת/5, מציין מפורשות שהכניס את המוצגים לתוך שקית זו 427, לאחר ששקל את החומר החשוד כסם, ומצא את משקלו 102 גרם ברוטו. הוא כותב במסגרת ת/5 כי המוצג הועבר לחוקר להמשך טיפול. אין לומר כי קיים חשש שמא נפגע המוצג או התערבב עם מוצג אחר בטרם הגיע אל מעבדת הסמים.

במסגרת ת/6 מציין ע.ת.3 מפורשות כי מדובר בחומר אשר נתפס בקומה 7. במסגרת ת/7 מסמך ההבהרה שהוגש נכתב מפורשות כי ע.ת.3 סגר ואטם את השקית לפני שמסרה, ומוסיף כי זו שקית שנדבקה ונאטמת ולא ניתן לפתוח אותה שנית אלא ע"י קריעתה.

הועלו טענות שונות ע"י ב"כ המשיב, חלקן קשות, כנגד ע.ת.3, ואין אלא לדחותן מכל וכל.

אין כל קביעה עובדתית של בית משפט קמא בנוגע לדברים הללו אשר כתב ע.ת.3. מעבר לכך, יש לציין כי מדוחות הפעולה ומפרוטוקול חקירתו של ע.ת.3 בבית המשפט, עולה ניסיונו להיצמד לעובדות לפי זכרונו, ולא עולה תוספת של דברים שאיננו זוכר.

משמסר הוא שקית אטומה לחוקר להמשך טיפול, אין בעובדה שלא רשם את שמו כדי לפגום בשרשרת המוצג אשר הגיע אטום אל המעבדה.

אשר לטעות של ע.ת.11 כאשר רשם כי קיבל את המוצג מארון החשמל, אין כל חולק שע.ת.11 כלל לא היה בזירה, ומדובר בטעות, שציין בעצמו בעדותו, וגם בטעות זו אין כדי השפעה על המסקנה מעל לספק סביר, בדבר הגעת אותה שקית שנאטמה אל המעבדה.



בהקשר זה יש להוסיף כי גם הטענות ביחס לנכתב בדואר אלקטרוני על כפפות אינן מעלות ואינן מורידות.

מכל האמור, הפגמים בשרשרת ביחס לשקית הספציפית - שקית 427, אינם פגמים היורדים לשורשו של עניין, ואין בהם פגיעה במסקנה כי אשר נתפס על ידי ע.ת.3 בארון החשמל בקומה 7, הוא אשר הגיע לידי של עורך חוות הדעת ת/25 במעבדת הסמים - ע.ת.6, מר משה בורשטיין.

המסקנה מעל לספק סביר הינה כי כל המוצגים אשר בשקית 427, הם אשר נתפסו בארון החשמל בקומה 7.

משזו המסקנה ביחס למוצגים הרלבנטיים, הרי שיש לבחון את המשך ההתנהלות בין המעבדות והמסקנות מחוות הדעת הנוספת ת/14.

הראיות ממעבדת הסמים - חוות הדעת ת/25

12. כאמור אל מעבדת הסמים הגיעו 4 שקיות מאובטחות וסגורות, נערכה בדיקה ביחס לחומרים בהן, ונמצא כי במוצג מס' 1 אשר כלל שתי יחידות, נבדקה אבקה שהיתה במשקל כולל של 38.1986 גרם ולא נמצא סם מסוכן, ובמוצג מס' 2 שגם הוא אבקה במשקל כולל של 1.7618 גרם לא נמצא סם מסוכן. מוצג מס' 3 לא נבדק.

מוצג מס' 4 הינו שקית 427, וביחס אליה נקבע במעבדת הסמים כי יש בתוכה שתי יחידות הכוללות אבקה, ונמצא כי מדובר בסם מסוכן מסוג קוקאין במשקל כולל נטו של 63.0986 גרם. ביחס למוצג זה וביחס אליו בלבד הוגש כתב האישום, ומכאן החשיבות בהתייחסות אליו, ובבדיקות שנערכו לגביו.

מוצג זה כלל שני גרביים, האחד לבן והאחד שחור, ושתי שקיות ובהן נמצא קיומו של סם מסוכן מסוג קוקאין.

נזכיר, כי לאור דוח הפעולה ת/5 שערך ע.ת.3, יש לדחות את טענת ההגנה לפיה מדובר בשקית אחת ולא בשתי שקיות.

במעבדת הסמים, כפי שנכתב בחוות הדעת ת/25, אשר עורכה לא נחקר בבית המשפט, האריזות, דהיינו 4 האריזות אשר התקבלו במעבדת הסמים "**נארזו בנפרד והועברו למעבדה הביולוגית לצורך בדיקת ד.נ.א. בשקית מאובטחת...**" (ההדגשה אינה במקור - י.ע.).

הראיות מהמעבדה הביולוגית - חוות הדעת ת/14



13. על פי חוות הדעת של המעבדה הביולוגית ת/14, וכן על פי דף העבודה לתיאור המוצגים ת/15 של המעבדה הביולוגית, המוצגים אשר הגיעו אליה בשקית המאובטחת שמספרה זהה למספר של השקית המאובטחת אשר נארזה במעבדת הסמים, היו חמש שקיות. בנוסף לאחר מכן התקבלה שקית מאובטחת נוספת ממשרד המוצגים, ושקית זו לא נפתחה.

כפי שפורט לעיל, מתוך חמש השקיות אשר הועברו ממעבדת הסמים למעבדה הביולוגית, רלבנטיים הנתונים הבאים:

בשקית השנייה שני גרביים, אשר שניהם נבדקו ונמצא פרופיל DNA התואם לזה של המשיב.

השקית הרביעית כללה שני גרביים, ובאחד מהם נמצא פרופיל התואם לפרופיל DNA של המשיב, ומהגרם השני לא ניתן היה להסיק מסקנות בעלות משמעות.

שלוש השקיות האחרות, הראשונה, השלישית והחמישית, כללו פיסות ניילון.

השקית הראשונה כללה שתי פיסות ניילון, אשר אין זה ברור מאיזו שקית מוצגים קודמת הן נלקחו.

השקית השלישית כוללת פיסת ניילון אליה מוצמדת פיסת ניילון המסומנת T072345- כפי שמפורט לעיל שקית זו הינה של החומר אשר נתפס בקומה חמישית, ולכן היא אינה רלבנטית.

השקית החמישית כללה שתי פיסות ניילון, אליהן מוצמדת פיסת ניילון המסומנת בין היתר T072342, דהיינו השקית החמישית כללה שתי פיסות ניילון, אשר אליהן מוצמדת פיסת ניילון אשר כתוב עליה הזיהוי של שקית 427. מכאן, המסקנה הינה כי שתי פיסות ניילון אלו בשקית החמישית אשר נבדקה ע"י המעבדה הביולוגית ונמצא על שתיהן פרופיל התואם לפרופיל DNA של המשיב, הינן פיסות ניילון משקית 427.

שילוב הנתונים האמורים לעיל, מביא למסקנה, מעל לספק סביר, כי לפחות באחד משני הגרביים אשר נתפסו בקומה 7, ובשני גזרי ניילון, שגם הם מתוך שקית או שקיות שנתפסו בקומה 7, נמצא פרופיל DNA של המשיב.

נבהיר את המסקנה האמורה - תחילה ביחס לגרביים - מהראיות עולה כי בארון חשמל בקומה 6 נתפסו שני גרביים, ובארון חשמל בקומה 7 נתפסו שני גרביים. כל שני גרביים הגיעו בנפרד באריזה נפרדת אל המעבדה הביולוגית, כאשר כל האריזות כולן בשקית אחת.

שלוש מתוך ארבע גרביים אלו כוללות פרופיל DNA של המשיב.



חוות הדעת הביולוגית אינה מצינת איזה משני צמדי הגרביים הינו מתוך שקית 427, ואיזה הינו מהשקית האחרת. דהיינו, אין אנו יודעים, אלה שני הגרביים שנתפסו בקומה 7 ואלה הם שני הגרביים שנתפסו בקומה 6.

שוב, מדובר בתקלה, מחדל חקירתי, והיה מקום לסמן במעבדת הסמים במדויק, לאחר שהסתיימו הבדיקות שם, איזה גרב נלקח מאיזו שקית. יצוין כי יתכן והיה סימון כזה, אך הוא לא נכתב בחוות הדעת ת/14, וכך גם לא בדף העבודה ת/15. ומכל האמור, ידוע כי שניים הם מקומה 7 ושניים הם מקומה 6.

נתון חשוב נוסף הינו כי על פי חוות הדעת ת/25, בגרביים אשר נתפסו בקומה 7 היו סמים, ואילו בגרביים שנתפסו בקומה 6 לא היו סמים.

ואולם, למרות מחדל חקירתי המסקנה הינה כי לפחות באחד משני הגרביים אשר נתפסו בקומה 7 והיו אחד בתוך השני ובשניהם היו סמים, קיים פרופיל DNA של המשיב.

המסקנה ברורה, שכן קיימים 4 גרביים, הוכח כי שניים מהם נתפסו בקומה 6 ושניים נתפסו בקומה 7, ובתוך השניים שבקומה 7 סמים. מכאן, שאם על גבי שלושה מהם קיים פרופיל DNA של המשיב, הרי שלכל הפחות על אחד משני הגרביים הרלבנטיים, מקומה 7, שהוכנסו לשקית 427, קיים פרופיל DNA של המשיב. ראייה זו קושרת את המשיב אל הסמים שנתפסו בקומה 7.

אך זו אינה הראיה היחידה הקושרת את המשיב אל הסמים שנתפסו. בנוסף לכך, גם שתי פיסות הניילון אשר בשקית החמישית שהתקבלה אצל המעבדה הביולוגית, ואשר אליהן היתה מוצמדת פיסת ניילון עם המספר של שקית 427, כללו פרופיל DNA של המשיב, ומכאן שגם הן קושרות את המשיב אל הסמים שנתפסו בקומה 7.

שתי פיסות הניילון בשקית החמישית הינן פיסות ניילון מתוך שקית 427, שכן הן נארזו בנפרד והוצמדה אליהן פיסת ניילון אשר סומנה בסימון של שקית 427 - הסימון שהוא 0723427T.

מסקנה זו נובעת מכך שבשקית 427, כפי שפורט לעיל, היו בנוסף לשני הגרביים גם שתי שקיות, אשר במעבדת הסמים נמצאו בהן הסמים בגינם הוגש כתב האישום.

אכן, כטענת ההגנה, לא נכתב ולא פורט, מאיזו שקית שנתפסה נגזרה כל אחת מפיסות הניילון, לא נכתב האם מדובר בשתי פיסות ניילון מאותה שקית או משקיות אחרות, ולא נכתבו פרטים נוספים ורצוי ונכון היה כי יכתבו. ואולם, אין בכך כדי לגרוע מהמסקנה כי מדובר בשקיות ניילון אשר היו בתוך שקית 427 אשר הגיעה אל מעבדת הסמים, וזאת לאור כך שהוצמדה אליהן, בהעברתן ממעבדת הסמים למעבדה הביולוגית, פיסת ניילון אשר סומנה בסימון של שקית 427, ובנוסף הן נארזו בנפרד, כפי שעולה מת/25.



מסקנה זו עולה בבירור מת/25 אשר כאמור עורך חוות הדעת הזו אשר כתב שהאריזות נארזו בנפרד והועברו למעבדה הביולוגית, לא נחקר.

כאמור אין אנו יודעים אם מדובר בשתי פיסות ניילון משתי השקיות אשר נמצאו בהן סמים, ואשר נתפסו בקומה 7, או שמא מדובר בשתי פיסות ניילון מאחת משתי השקיות אשר נמצאו בהן סמים כאמור. בכך אין לשנות מהמסקנה כי פיסות ניילון אלו קושרות גם הן את המשיב באופן ישיר אל הסמים שנתפסו.

מכל האמור, בחינת הראיות אשר באו בפני בית המשפט, מביאה למסקנה כי קיימות ראיות נסיבתיות הקושרות באופן ישיר את המשיב לסמים, ועל רקע הראיות הללו ייבחנו להלן הכללים המתייחסים לראיות נסיבתיות ו-DNA.

על ראית DNA וראיות נסיבתיות

14. דומה שאין עוד חולק כי ממצא DNA, אף כראיה יחידה, יכול להוות ראיה בעלת עוצמה עליה ניתן לבסס הרשעה בפלילים.

לא נרחיב בעניין זה, שכן הוא התקבע בשורת פסקי דין. ר' ע"פ 149/12 אשר אלמליח נ' מ"י (24.9.2012) (בסעיף 28 לפסק הדין): **"כמו טביעת אצבע, גם ראית דנ"א היא ראיה מדעית, נסיבתית, אשר ביכולתה לקשור את הנאשם לזירת העבירה עד כדי גיבוש אשמתו בביצועה. שתי הראיות מבוססות על השוואה בין ממצאי הזירה לבין נתוניו של הנאשם. ביחס לשתייהן ניזון בית המשפט מפיהם של מומחים לדבר. שתיהן אינן חסינות מפני טעויות אנוש, בין אם באיסופן, בין אם בטיפול בהן במעבדה או במקום אחר. יחד עם זאת, לשתייהן נוהגים לייחס אמינות רבה בעולם המדעי ובעולם המשפט גם-יחד, מתוך הנחה כי הקוד הגנטי וטביעת האצבעות ייחודיים הם לכל אדם ואדם ... הודות לכך, זכו שתיהן למעמד של ראיה "ראשונה במעלה" ... לא זו אף זו, יש שסוברים כי משקלה הראיית של ראית דנ"א עולה על זה של ראית טביעת אצבע."**

עוד ר' ע"פ 5459/09 אדריאן שוורץ נ' מ"י (20.7.2015) (בסעיף 42 לפסק הדין): **"בדיקת הדנ"א נתפסת כיום כ"מלכת הראיות" המדעיות ואף כמלכת הראיות בכלל, ועל כן לא נאריך בסקירת מקומה וחשיבותה של ראיה זו. אך דווקא בשל בכירותה ומעמדה של ראיה זו, יש להישמר כפל כפליים מפני קבלה "עיוורת" של ממצאי בדיקת הדנ"א, באשר מהימנותה ותקפותה תלויים במספר האתרים, בהסתברותה הסטטיסטית, בתקינות האיסוף, האחסון והמשלוח למעבדה, בתקינות המכשירים, באפשרות לזיהום הבדיקות, תקלות אפשריות, רישומים מוטעים וכיוצא באלה."**

ראיות נסיבתיות יכולות להקים מסקנה בדבר העדר ספק סביר, ולהביא להרשעה. משקלן אינו נופל ממשקל ראיות ישירות, אך כאשר מדובר בראיות נסיבתיות הרי שהאפשרות להגיע על סמך למסקנה בדבר העדר ספק סביר, וכתוצאה מכך הרשעה, מחייבת כי ניתן יהיה להסיק מהן מסקנה הגיונית אחת, ואחת בלבד, וכי אין במכלול הנסיבות כדי להביא למסקנה בדבר אפשרות אחרת לזו המועלת בכתב האישום.



ר' לענין זה ע"פ 11541/05 11733/05 פלוני נ' מ"י (21.08.2006): "הרשעתו של המערער מושתתת, רובה ככולה, על ראיות נסיבתיות, שבחינתן והסקת המסקנות מהן נעשית על יסוד ההיגיון, השכל הישר וניסיון החיים. כלל נקוט בידינו כי משקלן של ראיות נסיבתיות אינו נופל מכוחן של ראיות ישירות, ובלבד שניתן יהיה להסיק מהן מסקנה הגיונית אחת ויחידה שאין בלתי, אשר בכוחה להוביל להרשעה. בתוך כך יש להבהיר כי ראיות נסיבתיות, אשר לכל אחת מהן כשלעצמה כוח "מחשיד" בלבד, עשויות להשתלב זו בזו עד כי לקיבוצן יהיה משקל ראייתי מפליל, אשר בכוחן לבסס הרשעה בדין ... בקובעו מהי המסקנה העולה מן הראיות הנסיבתיות, על בית-המשפט לבחון אם ניתן להסיק מהן מסקנה שאינה מפלילה, אשר תוביל לזיכוי של הנאשם. אם הנאשם מציע הסבר תמים, שאינו תיאורטי או מרוחק, אלא הסבר סביר המתיישב עם חפותו, לא יהיה די בראיות הנסיבתיות לשם הרשעתו."

עוד ר' ע"פ 3018/04 עבד אל רחמן בן סאלח תאפל נ' מ"י (06.01.2005): "כידוע, הלכה היא כי "ראיות נסיבתיות נבחנות על-פי עקרונות לוגיים המגלמים את ניסיון החיים והשכל הישר... בענין זה הכלל הוא כי אם האפשרות להסיק ממכלול הראיות קיומן של עובדות שאין בהן אשמה של הנאשם היא אפשרות דמיונית, ואילו המסקנה ההגיונית היחידה המתבקשת ממכלול הראיות, בהתחשב במשקלן, היא קיומן של עובדות שיש בהן אשמת הנאשם, הרי שיש להרשיע את הנאשם. שכן, במצב כזה לא נותר כל ספק סביר באשמתו".

בע"פ 6392/13 מ"י נ' קריאף (21.1.2015) התייחסות בית המשפט העליון לקושי המובנה בהסתמכות על ראיות נסיבתיות, ולמתודה אשר השתרשה בפסיקה לבחינת ראיות נסיבתיות, שהיא בדיקה תלת שלבית, ר' הדברים הבאים מסעיף 97 לפסק הדין של כב' השופט סולברג:

"... כוחן הראייתי של ראיות נסיבתיות אינו נופל מכוחן הראייתי של ראיות ישירות, ועל אלה כאלה ניתן להשתית הרשעה בפלילים. עם זאת נקבע כי לאור מהותן של ראיות אלו, הליך הסקת המסקנה המפלילה מראיות נסיבתיות מורכב יותר מזה של ראיות ישירות... בכדי להתמודד עם הקושי הנוסף בבחינתן של ראיות נסיבתיות השתרשה בפסיקה מתודה לבחינה זו, המכונה בחינה תלת שלבית: "הליך הסקת המסקנה המפלילה מהראיות הנסיבתיות הוא תלת-שלבי: בשלב הראשון נבחנת כל ראיה נסיבתית בפני עצמה כדי לקבוע אם ניתן להשתית עליה מימצא עובדתי; בשלב השני נבחנת מסכת הראיות כולה לצורך קביעה אם היא מערבת לכאורה את הנאשם בביצוע העבירה, כאשר הסקת המסקנה המפלילה היא תולדה של הערכה מושכלת של הראיות בהתבסס על ניסיון החיים ועל השכל הישר. המסקנה המפלילה עשויה להתקבל גם מצירופן של כמה ראיות נסיבתיות אשר כל אחת בנפרד אמנם אינה מספיקה לצורך הפללה, אך משקלן המצטבר מספיק לצורך כך; בשלב השלישי מועבר הנטל אל הנאשם להציע הסבר העשוי לשלול את ההנחה המפלילה העומדת נגדו. הסבר חלופי למערכת הראיות הנסיבתית, העשוי להותיר ספק סביר באשר להנחה המפלילה את הנאשם, די בו כדי לזכותו. בית-המשפט מניח את התזה המפלילה של התביעה מול האנטי-תזה של ההגנה ובוחן אם מכלול הראיות הנסיבתיות שולל מעבר לכל ספק סביר את גירסתו והסברו של הנאשם..."

כביחס לכל ראיה, ולכל חזקה, די בהליך הפלילי בהקמת ספק סביר על מנת לשלול אותה. כאשר מדובר בראיות נסיבתיות די בכך שתתקיים אפשרות סבירה אחת, ממשית ולא דמיונית, השונה מזו המיוחסת לנאשם, על מנת להביא



לזיכוי. ר' לענין זה הדברים הבאים מע"פ 6392/13: "קיומו של ספק סביר, ככל שהוא נוגע לראיות נסיבתיות מפלילות, משמעו כי ניתן להסיק מן הראיות הנסיבתיות הסבר אפשרי אחר השולל אחריות פלילית. "כדי לקבוע ממצא מרשיע על בסיס ראיות נסיבתיות, נדרש כי שילובן יוביל למסקנה מפלילה כמסקנה סבירה אפשרית יחידה. בהתקיים מסקנה סבירה אפשרית אחרת, שהיא ממשית ואינה דמיונית, שאין בה כדי הפללת הנאשם, דינו לצאת זכאי...אמת מידה מחמירה זו היא פועל יוצא של הרף הגבוה הנדרש לשם הרשעה בפלילים בכלל, מחמת חומרתה של הרשעה ותוצאותיה הקשות, ולאור הכרת הפסיקה בקושי הקיים בהרשעה על סמך ראיות נסיבתיות בלבד בפרט... עם זאת, בתי המשפט חזרו והדגישו כי על ההסבר המועלה על-ידי הנאשם להיות מתקבל על הדעת, ולא הסבר מאולץ או תאורטי... על ההסתברות להתקיימותה של האפשרות האחרת, להיות מהותית ולא זניחה, צריך שתהיה לה אחיזה סבירה בחומר הראיות, ועליה לעמוד במבחני השכל הישר וניסיון החיים... יתר על כן, הסבר תמים לכל ראייה נסיבתית בפני עצמה אינו מספק, משום שהמסקנה המרשיעה מושתתת על בחינת הראיות כמכלול. לפיכך, על הנאשם להציע גרסה שלמה, המתייחסת למכלול הראיות נגדו. גם אם הנאשם אינו מציע הסבר מזכה, על בית המשפט לבחון מיוזמתו-שלו הסברים אפשריים כאלה".

על המבחן התלת שלבי האמור חזר בית המשפט בשורת פסקי דין ר' ע"פ 2697/14 **חאדאד נ' מ"י** (6.9.2016) תוך הפניה לע"פ 6392/13 דלעיל.

בע"פ 2697/14 התייחסות לגדרי התערבות ערכאת הערעור בהכרעת דין המבוססת על ראיות נסיבתיות, ונקבע (בסעיף 76 לפסק הדין) כי גדר ההתערבות משתנה בהתאם לשלבים השונים של המבחן התלת שלבי ונגזר ממהות כל שלב. נקבע כי בשלב הראשון חל הכלל הרגיל בדבר אי התערבות ערכאת הערעור בממצאים עובדתיים של הערכאה הדיונית, וכי **"ערכאת הערעור לא תיטה להתערב בממצאיה של הערכאה הדיונית אשר עניינם בעובדה ובמהימנות, וזאת לאור יתרונה האינהרנטי של הערכאה הדיונית, הנגזר מאפשרותה להתרשם מהעדים שבפניה באופן ישיר ובלתי אמצעי... לכלל זה קיימים מספר חריגים: מצבים בהם ממצאי הערכאה הדיונית מבוססים על הערכתה של ראייה חפצית או על שיקולים שבהיגיון, בהם אין לה יתרון מובנה על ערכאת הערעור...".** וביחס לשלבים השני והשלישי נקבע כי אלו עניינם **"בתהליך ההיסק הלוגי אותו מבצעת הערכאה הדיונית מהראיות שבפניה, ולערכאת הערעור מוקנה מתחם התערבות רחב יותר ומסקנות המבוססות על תהליך זה...".**

14. בחינת הראיות אשר באו בפני בית משפט קמא תוך יישום המבחן התלת שלבי מביאה למסקנה כי הוכח מעל לספק סביר המיוחס למשיב בכתב האישום, החזקת הסמים המסוכנים בארון החשמל של קומה 7, ויש להרשיעו בכך.

ביחס לשלב הראשון - בחינת הראיות עצמן - כפי שפורט לעיל, מכלול הראיות אשר בא בפני בית המשפט מביא למסקנה כי הראיות הכוללות את המוצגים שנתפסו, הסמים, הגרביים והשקיות, וחוות הדעת שנערכו לגביהם, הינן ראיות אשר ניתן להשתית עליהן ממצא עובדתי, וכי כל הפגמים אשר נטענו, בחלקם יש ממש ובחלקם אין, כמפורט לעיל, אינם פוגעים במסקנה הברורה והיא כי מדובר באותם מוצגים אשר נתפסו בקומה השביעית בארון החשמל כאמור לעיל.



לא היה בפגמים האמורים כדי לפגוע במסקנה האמורה, ומשנתפסו הסמים ונתקבלו חוות דעת הן חוות הדעת של מעבדת הסמים והן חוות הדעת הביולוגית, הרי שראיות אלו הינן כאלו אשר ניתן להשתית עליהן ממצא עובדתי.

יש לציין כי מסקנה זו אינה בגדר התערבות בקביעות עובדתיות של בית משפט קמא, שכן המסקנה השונה של בית משפט קמא לא נשענה על מהימנות וגם לא על קביעות הקשורות בהתרשמותו מעדים, אלא על מסקנתו כפועל יוצא מהמחדלים החקירתיים. לפיכך, גם בהינתן הכלל של מיעוט התערבות ערכאת הערעור בקביעות המהוות את הבסיס לשלב הראשון במבחן התלת שלבי, יש לקבוע כי ראיות אלו הינן כאלו אשר ניתן להשתית עליהן ממצא עובדתי, ויש להוסיף כי מדובר בראיות שהינן ראיות חפציות ומהימנות בעלות עוצמה גבוהה, ובוודאי שיש בהן כדי אפשרות להביא למסקנה מעל לספק סביר.

הועלו טענות ביחס למשקל אשר צוין בחוות הדעת ת/25 של הסמים אשר נתפסו בקומה 7 - 63.0986 לעומת האמור בת/5 ות/6, שהינם דוחות הפעולה של ע.ת.3, אשר תפס את הסמים ובהם הוא מציין כי משקלם 102.5 גרם ברוטו, ונטען ל"היעלמות" של 40 גרם.

אין בהפרש זה כדי להביא לפגיעה בראיה ובמסקנות אשר ניתן להסיק ממנה. כפי שפורט לעיל, הראיות בכללן, ובפרט העובדה שמדובר בסמים שהוכנסו לשקית אטומה אשר הגיעה במצבה זה אל מעבדת הסמים, מביאות למסקנה מעל לספק סביר, כי האבקה אשר נבדקה ע"י ע.ת.6 עורך חוות הדעת ת/25 הינה אותה אבקה אשר היתה בשקיות אשר נתפסו בארון החשמל בקומה 7.

מובן כי בהינתן שהשקילה אשר ביצע ע.ת.3 מתייחסת למשקל ברוטו (אבקה והעוטף אותה) ומנגד השקילה שביצע המומחה מתייחסת למשקל נטו (אבקה בלבד), כי סביר שיהיה הפרש במשקלים.

ואולם, מדובר בהפרש משמעותי של 40 גרם, וההגנה מבקשת לבסס על הפרש זה טענה כי כלל לא מדובר באותו מוצג אשר נתפס, וזאת גם תוך שילוב שאר הטענות שנטענו לגבי שרשרת המוצג ואופן מילוי הדוחות, הכל כמפורט לעיל. אין בטענות אלו כדי לשלול או להקים ספק במסקנה הברורה והנשענת על הראיות האמורות, כי מדובר באותו מוצג עצמו.

ההפרש הגדול בין המשקל ברוטו למשקל נטו, אכן לא קיבל הסבר, אך הפרש זה אינו שולל את המסקנה כי מדובר באותו מוצג. נזכיר, כי מדובר במוצג אשר ע.ת.3 מפרט לגביו שנתפס בקומה שביעית בארון החשמל נשקל על ידו בתחנת המשטרה והוכנס לשקית שהוא אטם, ואותה שקית עצמה עם אותו מספר עליה מגיעה באותו מצב, כשהיא סגורה, אל מעבדת הסמים.

הועלו טענות על אפשרות העברת או הדבקת DNA, וגם בטענות אלו אין ממש. לא הוגשה כל חוות דעת או ראיה מטעם ההגנה, ממנה ניתן יהיה לבוא לכדי מסקנה בדבר אפשרות, במקרה זה, להעברת או הדבקת DNA. למעלה מכך, כמפורט לעיל, המוצגים הגיעו בשקיות מאובטחות ואטומות למעבדת הסמים, ושם "נארזו בנפרד" והועברו למעבדה הביולוגית. ההגעה בשקיות מאובטחות, ולאחר מכן האריזה בנפרד, והעברה כך למעבדה הביולוגית, מסירים



גם את החשש התיאורטי המועלה לאפשרות העברה או הדבקה. חשש אשר כאמור לכשעצמו לא עוגן בראיה או חוות דעת כלשהן.

לפיכך, יש לדחות את הטענות המבקשות להקים ספק ביחס לראיות עצמן ולאפשרות לקבוע על סמך ממצאים עובדתיים.

בשלב השני יש לבחון האם יש במסכת הראייתית האמורה כדי להביא למסקנה הלכאורית לפיה המשיב הוא זה שהחזיק בסמים.

מדובר בסמים אשר נתפסו בארון חשמל בקומה שביעית בבניין בו מתגורר המשיב בקומה החמישית. ארון החשמל הינו מקום אשר יש גישה אליו לכל מי אשר מגיע לבניין. כל אדם יכול לפותחו, להניח בו דברים, או להוציא ממנו דברים, והוא פתוח לכל.

משנמצאו סמים מסוכנים בתוך שתי שקיות ובתוך שני גרביים, כאשר לפחות אחת משקיות אלו ולפחות גרב אחד משני הגרביים הללו, כוללים בחומר שנדגם מהם פרופיל DNA של המשיב, הרי שהדבר מוביל למסקנה מפלילה הקושרת באופן ישיר את המשיב אל הסמים ומביאה למסקנה כי הוא המחזיק בסמים.

בעניין זה נפנה לע"פ 2279/15 **בורחוב נ' מ"י** (31.1.2016), שם נתפסו סמים מסוכנים בחצר הבית, אשר היתה חצר משותפת השייכת לבית של המערער ולבתיהם של שני שכנים נוספים הגרים בסמיכות אליו, והסמים שנתפסו בחצר הבית נמצאו בקרבה לביתו של המערער ובסמוך לביתו של שכנו.

נבחנו הנסיבות המדויקות של מקום התפיסה, הקופסאות בהן נתפסו הסמים, הקרבה של אלו אל דברים שנתפסו בביתו של המערער, וככלל הקשר בין המערער לסמים, ונקבע כי מתקיים קשר כאמור, על פי מכלול הראיות. זאת תוך התייחסות לכך שמדובר בראיות נסיבתיות, וכי הסקת המסקנות על פי הן הינה תוצר של התהליך התלת שלבי וכך נפסק בסעיף 14 לפסק הדין: **"כפי שנקבע, לא אחת, בפסיקתו של בית משפט זה, הסקת המסקנות על בסיס ראיות נסיבתיות, הינה תוצר של תהליך תלת-שלבי. בשלב הראשון, בית המשפט נדרש לבחון כל ראיה נסיבתית בפני עצמה, ובתוך כך לקבוע האם ניתן להשתית על אותה ראיה ממצאים עובדתיים. בהמשך, יש לבחון, בשלב השני, אם מסכת הראיות בכללותה מקימה מסקנה לכאורית, בדבר אשמתו של הנאשם במיוחס לו. בחינה זו נעשית על יסוד הערכה מושכלת של הראיות, המבוססת, כאמור, על ניסיון החיים, ההיגיון והשכל הישר. למסקנה לכאורית זו, ניתן להגיע על יסוד צירופן של מספר ראיות נסיבתיות, גם יחד. לאחר שצלחה המאשימה גם משוכה זו, יעבור נטל הראיה, בשלב השלישי, אל כתפי הנאשם, להציג הסבר אמין, מבוסס והגיוני, המקים ספק סביר בהנחה המפלילה העומדת נגדו ...**

ספק סביר עשוי להתעורר מן הראיות הנסיבתיות עצמן, וזאת כאשר ניתן להסיק מהן מסקנה המתיישבת עם חפותו של הנאשם; שעה שההסתברות לקיומה של מסקנה זו אינה קלושה; וכאשר מסקנה זו הינה הגיונית וסבירה, בנסיבות העניין, ויש לה אחיזה בחומר הראיות ... לצד זאת נקבע, כי אף אם הנאשם אינו מספק



הסבר המקום ספק סביר בדבר אשמתו, שומה על בית המשפט לבחון, ביוזמתו, סבירותה של אפשרות אחרת המתיישבת עם חפותו, ככל שהיא עולה ממכלול הראיות ...".

עניינו של המשיב מקים את המסקנה בשלב השני, אף מקל וחומר מהנסיבות אשר פורטו בע"פ 2279/15. מדובר במקום המצוי בבניין בו מתגורר המשיב, שתי קומות מעל קומת דירתו, במקום בו לכל אחד גישה, ונמצא DNA על שני פריטים לפחות, התואם לפרופיל ה-DNA של המשיב.

ראיות אלו מביאות למסקנה מעל לספק סביר בדבר הקשר הישיר בין המשיב לבין הסמים שנתפסו בקומה השביעית.

הן הראיה בעלת העוצמה הרבה, פרופיל ה-DNA התואם למשיב, והן מיקום באותו בניין שתי קומות מעל קומת דירת המשיב, מביאים למסקנה כי הקשר של המשיב לסמים הוכח מעל לספק סביר והמערערת עמדה בנטל המוטל עליה להוכיח כי המשיב הוא המחזיק בהם. על פי סעיף 8 לפקודת הסמים המסוכנים (נוסח חדש) **"לענין אישום בשל אחזקת סם מסוכן, אין נפקא מינה אם הסם המסוכן נמצא ברשותו של הנאשם, או ברשות המחזיק אותו מטעמו של הנאשם, או אם הסם של הנאשם נמצא ברשותו של אדם אחר ללא ידיעתו של אותו אחר, או אם הסם נמצא במקום שאינו ברשותו או שאינו נתון לפיקוחו או להשגחתו של שום אדם"**.

מכל האמור, המסקנה היא כי התקיימו השלב הראשון והשלב השני במבחן התלת שלבי, והשלב השלישי עניינו בהסבר אפשרי, אשר די בו כדי להקים ספק סביר במסקנה בדבר קיומה של אפשרות אחת ויחידה כפועל יוצא מהראיות הנסיבתיות.

נזכיר כמצוטט לעיל, כי על ההסבר של הנאשם להיות מתקבל על הדעת ולא מאולץ או תאורטי, ולאפשרות להתקיימות האפשרות האחרת להיות בעלת אחיזה בחומר הראיות, ולכל הפחות לעמוד במבחני השכל הישר וניסיון החיים.

בית משפט קמא לא קבע ממצא מהימנות ביחס למשיב (ולמעשה לא קבע כל ממצא מהימנות לגבי אף אחד מהעדים), אך קבע כי גרסתו היתה עקבית, כמפורט לעיל. עם קביעה זו לא נוכל להסכים.

בחינת גרסאותיו של המשיב, ויש לומר כי הועלו על ידו שלוש גרסאות, מביאה למסקנה כי אין בהן כדי להקים הסבר המקים ולו ספק סביר, מה גם שלא הביא הוא עד כלשהו אשר יכול היה לתמוך בהסבריו אלו. כידוע, חזקה שאי הבאת ראיה מקום שניתן היה לעשות כן, עומדת לחובת מי אשר יכול היה להביאה.

המשיב יכול היה להעיד את בנו, רעייתו, חבריו או שכניו ביחס לכל אחת מהטענות שהעלה. כך אמר שהוא זורק גרביים ונעליים ליד הדלת וגם אשתו שמה בגדים לנזקקים, ביתו פתוח, באים אליו חברים, הוא מכין לבנו כריכים ומוריד מהחלון, עוזר לשכנים להרים שקיות למעלית, שכנים באים ומבקשים ממנו שקיות, לפעמים שקיות אוכל והוא נותן להם, הוא יורד עם סנדוויץ' למטה וזורק את השקית, מכין סנדוויץ' לבנו וזורק לו, ביתו פתוח, שכנים נכנסים אולי מישו לקח ניילונים וזרק בחוץ. (ר' פרו' 12.7.21 עמ' 54 שו' 11 - עמ' 56 שו' 12). יוער כי בחקירתו הנגדית פרו' עמ' 56 שו' 6, אומר



המשיב שהוא לא אמר שהוא תולה כביסה אבל אמר שנופלים לו מהכביסה דברים. אם הוא אינו תולה כביסה כיצד נופלים לו מהכביסה דברים, אין זה ברור.

טענות כלליות אלו לא זכו לגיבוי ראייתי כלשהו, ומכל מקום, מכאן ועד למסקנה כי מאן דהוא לקח שקיות וגרביים של המשיב עם DNA שלו ושם בהם סמים, המרחק רב מאוד.

יש להוסיף כי גם אין מקום לקבל את מסקנת בית משפט קמא בדבר עקביות של המשיב בגרסתו. דברים עלו בחלקם רק בחקירתו בבית המשפט, ובשתי הודעותיו במשטרה החלו לעלות רק בהודעה השנייה בחלקה, ולפיכך חלק מהדברים הם בבחינת עדות כבושה, אך מכל מקום אין צורך להרחיב על כך מכיוון שמדובר בטענות כלליות וללא כל גיבוי ראייתי אשר המשיב יכול היה בנקל להעמיד בפני בית המשפט.

מכל האמור, ההסברים החלופיים שמנסה המשיב לתת למסקנה מהראיות הנסיבתיות המפלילות דלעיל, אין בהם ממש, הדברים אינם מבוססים על תשתית ראייתית כלשהי, ומדובר בהסבר תאורטי ומאולץ עד מאוד.

מכל האמור, המסקנה היא כי הראיות אשר כוללות את המוצגים אשר נתפסו בארון החשמל בקומה 7, בצירוף חוות הדעת ושאר הראיות האמורות, כל אלו מביאים למסקנה, מעל לספק סביר, לאחר יישום המבחן התלת שלבי ביחס אליהן, כי המאשימה עמדה בנטל המוטל עליה, והוכח מעל לספק סביר המיוחס למשיב בכתב האישום.

הועלו טענות רבות ביחס לחיפוש, וביחס להעדר עדים, איננו מוצאים בטענות אלו כדי פגם בהליך החיפוש, אשר משמעותו אי קבלת הראיות ולהלן התייחסות לסוגיות אלו.

עילת החיפוש ואופן ביצועו ללא שני עדים

15. אין חולק כי צו החיפוש התייחס אך לדירתו של המשיב ולא התייחס לחלק אחר כלשהו בבניין.

מכאן, שיש לבחון קיומה או העדרה של עילה לביצוע החיפוש ברכוש המשותף של הבניין, בהעדר צו.

כמפורט לעיל, כלבת הגישוש סימנה הימצאות דבר מה בארונות החשמל בקומות 5, 6, ו-7 והכלבן, ע.ת.1, יחד עם השוטרים האחרים, ניגשו לאותם ארונות חשמל ושם בוצעו החיפושים.

אין מחלוקת בין הצדדים כי לאור הסימון אשר סימנה כלבת הגישוש קם חשד סביר.

מובן כי מצב דברים זה בו כלבת הגישוש מסמנת לעבר מקומות מסוימים ואף מושכת את הכלבן אשר עימה לאותם מקומות, מקים חשד סביר.



פקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש) (נוסח חדש), התשכ"ט - 1969 ("פסד"פ") קובעת בסעיפים 25 ו-26 כי שוטר רשאי בלא צו חיפוש להיכנס ולחפש בכל בית ומקום אם יש לו יסוד להניח שמבצעים שם פשע.

25. שוטר רשאי, בלא צו חיפוש, להיכנס ולחפש בכל בית או מקום אם -

- (1) יש לשוטר יסוד להניח שמבצעים שם פשע, או שפשע בוצע שם זה מקרוב;
- (2) תופש הבית או המקום פונה לעזרת המשטרה;
- (3) אדם המצוי שם פונה לעזרת המשטרה ויש יסוד להניח שמבוצעת שם עבירה;
- (4) השוטר רודף אחרי אדם המתחמק ממעצר או נמלט ממשמורת חוקית

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".

ר' לעניין זה רע"פ 10141/09, 617/10, 5758/10 **בן חיים ואח' נ' מ"י** (6.3.2012) (להלן - "הלכת בן חיים") בו נקבע כי בהתקיים חשד סביר קמה סמכות לעריכת חיפוש גם בהעדרו של צו שיפוטי, ר' סעיפים 16, 31, 32 לפסק הדין המתירחים הן לחיפוש על גופו של אדם והן לחיפוש בביתו.

ביחס למבחן החשד הסביר, מדובר במבחן אובייקטיבי ויש לבחון את סבירות שיקול הדעת של השוטר כדי להכריע בשאלת חוקיות החיפוש (סעיף 16 לפסק הדין בהלכת בן חיים): **"מבחן החשד הסביר הוא בעיקרו מבחן אובייקטיבי שבו נדרש בית המשפט להעריך את סבירות שיקול דעתו של השוטר שערך את החיפוש לשם הכרעה בשאלת חוקיות החיפוש. יחד עם זאת, התנאים שבהם יתקיים חשד סביר המצדיק עריכת חיפוש ללא צו שיפוטי אינם ניתנים מטבע הדברים להגדרה ממצה וחד-משמעית. יישומו של מבחן זה מבוסס על נסיבותיו הפרטניות של כל מקרה ומקרה, על המידע שהיה בידי השוטר בעת עריכת החיפוש ואף על ניסיונו ושיקול דעתו המקצועיים של השוטר שערך את החיפוש".**

בנסיבות האמורות בהן כלבת הגישוש בהתנהלותה מצביעה על מקומות מסוימים בהם יכולים להימצא סמים, מקים הדבר חשד סביר המאפשר ביצוע חיפוש ללא צו, ומכאן המסקנה כי שיקול הדעת של מבצעי החיפוש סביר, וקמה העילה לביצוע החיפוש בארונות החשמל בקומות 5, 6 ו-7.



ואולם, חיפוש זה בוצע ללא נוכחות שני עדים. מהראיות עולה כי בעת ביצוע החיפוש בבית נשאל המשיב לגבי עדים והוא אמר שהוא מבקש שבנו יהיה עד, וכך היה, ואולם, ביחס לחיפוש שבוצע לאחר מכן בקומות 5, 6, 7 בארונות החשמל, נטען כי המשיב התלווה אליהם לחיפוש בקומה 5, ככל הנראה לא היה נוכח בחיפוש בקומות 6 ו-7, ולא ברור אם הועלה בפניו עניין שני העדים גם ביחס לחיפוש זה.

לעומת טענה זו העיד ע.ת.1 (ע"פ המיספור בכתב האישום), כי המשיב התלווה אליו ואל הכלב במהלך החיפוש בארונות החשמל בקומות 5 ו-6, והוא לא זכר אם היה נוכח גם בחיפוש בקומה 7. לפיכך, ניתן לראות את המשיב כמי שוויתר על זכותו להיות נוכח במהלך החיפוש, כפי הקבוע בהוראת סעיף 26(א)(3) לפסד"פ.

לפני בחינת הטענות המועלות ביחס לשאלה אם יש כלל צורך בביצוע חיפוש עם שני עדים במקום שהוא רכוש משותף בבית משותף, נתייחס לנסיבות המסוימות במקרה זה, ביחס לשאלה אם קם הסייג האמור בסעיף 26(א)(1) לפסד"פ, וככל שלא קם האם יש בביצוע חיפוש בהעדר עדים כדי לפגוע בראיות שהן תוצאת החיפוש במובן זה שלא יובאו הן במניין הראיות.

לטענת המערערת בנסיבות אשר נוצרו קם הסייג שכן היתה דחיפות, וכי לא ניתן היה לעצור את הכל ולחכות לכך שדיירים יגיעו ויהיו עדים, מנגד נטען כי היה צורך לנסות לפחות באותה קומה למצוא דיירים, והדבר לא נעשה.

בחינת הנסיבות במקרה זה מביאה למסקנה כי קם הסייג האמור בסעיף 26(א)(1) לפסד"פ וכי מדובר היה בנסיבות שבשל דחיפותן והמיקום הספציפי של אותם ארונות חשמל, חייב ביצוע החיפוש באופן מידי ואף ללא עדים.

מדובר בבית בן 9 קומות, ובו דיירים רבים, ומדובר במקומות הפתוחים לכל הציבור, ונדרשת תפיסה מידית של המוצגים אשר קם חשד סביר לכך שנמצאים במקומות אלה, שכן בכל רגע נתון מי אשר שם באותם ארונות את הסמים המסוכנים, יכול היה להגיע ולקחתם, ומדובר בשלוש קומות, ובסיטואציה בה כלבת הגיטו מושכת לעבר הארונות האמורים, ואין זה סביר לעצור את התהליך ולהתחיל לקיים חיפוש של עדים לצורך זה.

כל עיכוב במצב הדברים האמור, כאשר מדובר בשטח בו יש גישה לכל, מקים חשש לפגיעה בחיפוש ואף סיכולו.

ניתן היה גם לשוב אל הדירה, אליה שב המשיב, ולשוב ולהציג בפניו את הצורך בשני עדים ולשמוע את עמדתו, ואולם גם בכך היה כדי פגיעה בדחיפות האמורה.

גם אם יאמר כי לא חל הסייג האמור בסעיף 26(א)(1) לפסד"פ וכי היתה חובה במקרה זה ובנסיבות הספציפיות שלו, לעצור את תהליך החיפוש לצורך הבאת שני עדים, וכי ביצוע החיפוש ללא עדים מהווה פגם בחיפוש, ואין אנו קובעים כך, גם אז אין בכך כדי להביא לפסילת הראיה.



ביצוע חיפוש מצריך קיומו של צו שיפוטי ובהעדרו קיומו של חשד סביר כתנאי לביצוע חיפוש, וכאמור, סעיף 26(א) לפסד"פ קובע כי החיפוש, בין על פי צו ובין בהעדר צו, יערך בפני שני עדים שאינם שוטרים, זולת אם מתקיימות הנסיבות באחד מסעיפי המשנה של סעיף זה.

אין הרי הדרישות המקדמיות לעצם ביצוע החיפוש, כהרי הדרישה לנוכחות שני עדים.

הדרישות המקדמיות לעצם קיומו של החיפוש קשורות באופן ישיר לפגיעה אשר יש בביצוע החיפוש, בזכויות אשר הוגדרו בהלכת בן חיים כזכויות חוקתיות.

כך, בסעיף 19 לפסק הדין בהלכת בן חיים נפסק כי הזכות החוקתית לפרטיות מפני חיפוש עוגנה בחוק יסוד כבוד האדם וחירותו, והדרישה לחשד סביר, כמו גם לעניין חלופי הזמן בין קיומו של חשד סביר לביצוע החיפוש, והצורך בפניה לבית המשפט כאשר חולף פרק הזמן של "זה מקרוב", קשורים ישירות לכך שמדובר בזכות חוקתית אשר: **"התעצמה עם עיגון הזכות החוקתית לפרטיות מפני חיפוש בסעיף 7(ג) לחוק יסוד כבוד האדם וחירותו"**.

בסעיף 21 להלכת בן חיים נפסק כי **"אין חולק שעריכתו של חיפוש על גופו של אדם או בביתו פוגעת בזכות החוקתית לפרטיות לפי סעיף 7(ג) לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו הקובע כי: "אין עורכים חיפוש ברשות היחיד של אדם, על גופו, בגופו או בכליו". הזכות לפרטיות מפני חיפוש מעוגנת, אפוא, במפורש בחוק היסוד. אכן, הזכות לפרטיות במלוא היקפה היא זכות הקשורה במהותה לאוטונומיה של הפרט וליכולתו להחליט מי, אם בכלל, יוכל להיחשף למידע הנוגע אליו, לבחון את חפציו או לגעת בגופו"**.

על רקע היות החיפוש בבחינת פגיעה בזכות אשר עוגנה בחוק יסוד כבוד האדם וחירותו, ולצד הדרישה הבסיסית לעמידה בעקרון חוקיות המינהל אשר קובע **" כי אין לרשות מנהלית (ולעניין זה גם שוטר בודד הוא רשות מנהלית) אלא אותן סמכויות הקבועות בחוק ואין היא רשאית לפעול בלא הסמכה כזו"** הרי ש: **"חשיבותו של עיקרון חוקיות המינהל מקבלת משנה תוקף כאשר מדובר בסמכויות המתירות לרשות המנהלית לפגוע בזכויות אדם מוגנות, ובוודאי כך כאשר מדובר בסמכויותיו של שוטר הרשאי במסגרת סמכויותיו ובנסיבות המתאימות לפגוע בזכויות הבסיסיות ביותר של אדם..."** (סעיף 22 להלכת בן חיים).

יש לערוך אבחנה בין עצם ביצוע החיפוש, אשר יש בו כדי פגיעה בזכות לפרטיות, לבין אופן ביצועו, לרבות עניין הצורך לבצעו בפני שני עדים שאינם שוטרים.

דרישת העילה לביצוע החיפוש נובעת מעקרון החוקיות, ומהעובדה שמדובר בפגיעה בזכות מהותית מוגנת, ומנגד, הדרישה לקיומם של שני עדים הינה דרישה שהיא בבסיסה דרישה ראייתית, לצורך וידוא וחיזוק הממצאים כפועל יוצא מהחיפוש. דרישה זו לשני עדים אינה מעוגנת בחוק יסוד כבוד האדם וחירותו אלא במסגרת הפסד"פ.



לשאלה בדבר טיב ומעמד זכות הנפגעת השלכה ישירה על התוצאה של הפגיעה בזכות, ככל שפגיעה זו נעשית בניגוד להוראות הדין.

כך, פגיעה בזכות יסוד תביא למסקנה כי במקרה של פגיעה בה תיטה הכף אל חשיבות של הזכות הנפגעת והצורך בשמירה עליה, ולצד זאת כאשר מדובר בזכות, אף אם חשובה היא, אך נמצאת במדרג נמוך יותר מזכות היסוד, יינתן משקל רב יותר לאינטרס הציבורי במיצוי ההליך הפלילי ובהבאת מבצעי עבירות לדין.

כך, יש לבחון אם היה בפגיעה האמורה כדי להקים את העילה לפסילה ראייתית בין מכוח הלכת בן חיים ובין מכוח הלכת יששכרוב (ע"פ 512/98 **יששכרוב נ' התובע הצבאי** (4.5.2006)) או סעיף 56א לפקודת הראיות (נוסח חדש) אשר נחקק במסגרת תיקון מס' 19.

השוני במהות של הפגיעה מביצוע חיפוש בהעדר עדים אל מול ביצועו ללא צו וללא עילת חיפוש הקבועה בדין, מביא למסקנה כי מדובר בפגיעה ברף נמוך יותר כאשר מבוצע חיפוש ללא עדים, מאשר ביצוע חיפוש ללא עילה בדין.

מכל האמור, בנסיבות מקרה זה, בהינתן העבירה, הסמים שנמצאו וכלל הנסיבות, הרי שהאינטרס הציבורי הגלום בהליך הפלילי גובר. יש להוסיף, כי אין בביצוע החיפוש כאמור, כדי פגיעה בקיום הליך הוגן כנגד המשיב, ואופיה של ההפרה וחומרתה אינם ברף גבוה, וביצוע החיפוש ללא עדים, לא היה בו כדי להשפיע על הראיות שנתפסו בחיפוש.

זאת ועוד, כאמור, הבסיס המרכזי לדרישת קיומם של עדים הינו במישור ראייתי, וממכלול הראיות דלעיל עולה כי לא היתה פגיעה ראייתית בעצם ביצוע החיפוש בהעדר עדים.

מכל האמור, גם אם ייאמר כי לא התקיימו נסיבות המקימות את הסייג האמור בסעיף 26א(1) לפסד"פ, אין לפסול את הראיות אשר התקבלו כתוצאה מהחיפוש אשר בוצע ללא עדים.

15. לאור המסקנה האמורה, אין מקום להרחיב בשאלות העקרוניות אשר הובאו בפנינו ביחס למהותו של המקום אשר בוצע בו החיפוש, והאם אכן קיימת ביחס למקום זה, החובה לערוך חיפוש בפני שני עדים שאינם שוטרים. לפיכך נתייחס לדברים בקצרה ובבחינת למעלה מן הצורך.

קיים קושי לקבל את טענת המערערת, כי רכוש משותף בבית משותף עולה כדי "רכוש ציבורי".

הרכוש המשותף בבית משותף הינו בבעלות פרטית משותפת של כלל דיירי הבניין, כל אחד על פי חלקו.

לא רק בעלות פרטית משותפת יש לבעלי הדירות על הרכוש המשותף, אלא גם אחריות מוטלת עליהם ביחס לרכוש



משותף זה.

כך, מבקר בבית משותף הנמצא במקום שהינו רכוש משותף, כניסה, מדרגות, או כל חלק מהרכוש המשותף, ואשר יכול ויפגע כתוצאה ממצבו של הרכוש המשותף, או ממפגע הקיים בו, יכול ותקום לו בנסיבות מסוימות, עילה כנגד הבעלים של הרכוש המשותף.

קיימות לא רק זכויות של בעלי דירות ברכוש המשותף, אלא גם חובות.

זאת ועוד, לבעלי הרכוש המשותף האפשרות והזכות למנוע מאחרים אשר אינם דיירים בבניין מלהיכנס גם לרכוש המשותף עצמו.

יתכן, כנטען ע"י ההגנה, כי בנסיבות מסוימות יכולה העבירה של הסגת גבול לחול גם ביחס לכניסה לרכוש משותף בבית משותף, ככל שמתקיימים היסודות הקבועים בסעיף זה, כניסה כדי להפחיד מחזיק בנכס להעליבו להקניטו או לעבור עבירה.

כל אלו מקימים קושי לקבל את טענת המערערת ביחס למהותו של הרכוש המשותף בבית משותף, שכן גם ארונות החשמל והתקשורת בבניין מגורים הם חלק מהרכוש המשותף.

העובדה שהבעלים של רכוש זה אינו אדם אחד אלא כמה דיירים, אינה הופכת רכוש זה לרכוש ציבורי, ורכוש זה שייך לבעלי הדירות, הכל בהתאם להוראות דיני המקרקעין, והדינים הקשורים בבתי משותפים.

העובדה אשר נטענה ע"י המערערת על כי לדוגמא אנשי חברת חשמל יכולים ורשאים להיכנס על מנת לבדוק את ארונות החשמל, אינה משנה מאומה ממסקנה זו, ואין בכך כדי להפוך את הרכוש לרכוש הכלל.

יתרה מכך, דווקא דוגמה זו של המערערת מלמדת על היותם של ארונות החשמל חלק מרכוש פרטי, שכן זכותם להיכנס למקרקעין כדי לבדוק את שעוני החשמל נקבעה בחוק החשמל, תשי"ד-1954, כשסעיף 9(ב) לחוק זה קובע, כי **"מפקח רשאי, בכל עת, לערוך בקורת על מנת להיווכח אם מתקיימות הוראות חוק זה; בעריכת ביקורת כאמור רשאי המפקח להיכנס, בכל עת סבירה, לכל מקום שיש לו יסוד להניח שנמצא בו מתקן חשמלי או שעוברים בו על הוראה מהוראותיו של חוק זה ולבדוק, וליטול עמו לשם בדיקה, כל דבר הנוגע לאותו ענין, לרבות תכניות ופנקסים"**. היינו, ספק אם יש למפקח על פי חוק החשמל הזכות להיכנס למקום בו נמצא מתקן חשמלי לפי הדין הכללי אלא לפי חוק זה.

ובכל מקרה, בענייננו, קמה עילת חיפוש גם בהעדר צו, לאור החשד הסביר, כפי שפורט לעיל.

טיעון המערערת מתייחס גם לשאלת הצורך בשני עדים, ונטען כי בשל מהותו של רכוש משותף בבית משותף, אין חובה



לנוכחות עדים.

קיים קושי גם בקבלת טענה זו.

הדרישה הקבועה בסעיף 26(א) לפסד"פ לקיום חיפוש בפני שני עדים, מתייחסת גם לחיפוש לפי סעיף 25 לפסד"פ.

סעיף 25 קובע כי **"שוטר רשאי, בלא צו חיפוש, להיכנס ולחפש בכל בית או מקום..."**. הסעיף אינו מתייחס רק לבית אלא גם למקום.

מעבר לכך שיכול וגם הרכוש המשותף נכנס להגדרת **"בית"**, הרי שוודאי שנכנס הוא להגדרת **"מקום"**.

על כן, יש קושי בפרשנות אשר מתבקשת על ידי המערערת.

אכן, קיים קושי מסוים בשאלה המתייחסת לזהות העדים, מי הם אלו אשר צריך יהיה להביא כעדים, מה הדין כאשר מדובר בבית משותף מרובה דיירים, והאם יש להביא שני עדים מאותה קומה, או מנציגות מסוימת.

איננו מוצאים לנכון להרחיב בעניין זה, הואיל וכאמור מסקנתנו בנסיבות הספציפיות הינה כי החיפוש נערך כדין, התקיים הסייג לשני עדים לפי סעיף 26א(1) לפסד"פ, וגם אם לא התקיים אין לפסול את הראיות, ונוסיף אך כי בפסד"פ לא נקבע ביחס לזהות העדים מאומה זולת הדרישה שאלו יהיו **"שני עדים שאינם שוטרים"**.

כאמור, לאור קביעתנו כי חל הסייג האמור בסעיף 26א(1) לפסד"פ, וכי גם אם אינו חל, אין לפסול את הראיות אשר התקבלו כתוצאה מהחיפוש אשר בוצע ללא עדים, הרי שהדברים ביחס לטענות המעלות את השאלה האם רכוש משותף עולה כדי רכוש ציבורי, הינן בבחינת למעלה מן הצורך, ואין אנו מכריעים בהן.

סוף דבר

16. לאור כל האמור, הערעור בדין יסודו, מהראיות אשר באו בפני בית משפט קמא עולה כי המערערת עמדה בנטל המוטל עליה וראיות אלו מביאות למסקנה, מעל לספק סביר, כי המשיב ביצע את המיוחס לו בכתב האישום, החזקת סם מסוכן מסוג קוקאין, שלא לצריכה עצמית, במשקל 63.098 גרם נטו, מחולק לשתי אריזות שהוחבאו בשני גרביים בארון חשמל בלובי של קומה 7 בבניין מגוריו.

לא מצאנו כי יש בפגמים אשר היו בחקירה כדי להקים ספק סביר, ופגמים אלו לא פגעו בראיות במהותן, וגם לא במסקנות אשר ניתן להסיק מהן.



אשר על כן, זיכוי המשיב בהכרעת הדין של בית משפט קמא מבוטל.

המשיב מורשע בעבירה אשר יוחסה לו בכתב האישום - החזקת סם מסוכן שלא לצריכה עצמית לפי סעיף 7(א)+(ג) רישא לפקודת הסמים המסוכנים (נוסח חדש).

עניינו של המשיב יושב לבית משפט השלום, לשלב הטיעונים לעונש ולמתן גזר דין.

ניתנה היום, כ"ה שבט
תשפ"ג, 16 פברואר
2023, במעמד
הצדדים.

רויטל יפה-כ"ץ, נשיאה
אב"ד

יואל עדן, שופט

יואב עטר, שופט