



ת"פ 14959/12/13 - מדינת ישראל נגד יוסף קסטוריאנו

בית משפט השלום באשקלון

ת"פ 14959-12-13 מדינת ישראל נ' קסטוריאנו
בפני כבוד השופט עידו כפכפי

בעניין: מדינת ישראל

המאשימה

נגד

יוסף קסטוריאנו

הנאשם

הכרעת דין

1. כנגד הנאשם הוגש כתב אישום בגין ביצוע עבירה של החזקת סם לצריכה עצמית.

בהתאם לעובדות כתב האישום, בתאריך 28.05.13 בשעה 23:30 במהלך מסיבת חוף בניצנים, החזיק הנאשם על השולחן לידו יושב, סם מסוכן מסוג חשיש במשקל 1.5511 גרם ללא רישיון או היתר כדין.

במענה לכתב האישום, הודה הנאשם כי נכח במקום באותה עת אולם כפר בהחזקת הסם. המחלוקת העובדתית היא האם הסם שמצא השוטר מאחורי מקום מושבו של הנאשם נזרק על ידי הנאשם בשעה שניגשו לעברו השוטרים.

פרשת התביעה

2. הבלש אלי פחימה, שנכח באירוע כחלק ממערך האבטחה, מסר בעדותו כי במהלך מסיבה שהתקיימה בחוף ניצנים במסגרת "יום הסטודנט" הבחין בנאשם שהיה לבוש חולצה שחורה וג'ינס "מפורר קססה על השולחן" (עמ' 19, שורה 23). משפנו הוא וקצין הביטחון חי עוזר, שהיה עמו לנאשם, הסב אחד הנוכחים את תשומת ליבו והנאשם הבחין בהם. אז ביצע הנאשם "תנועה של העפה של דבר מה" (עמ' 19, שורה 26) והעד ראה דבר מה "נוחת". לדברי פחימה, פנה לאזור שלכיוונו הושלך החפץ ומצא "אצבע" חשיש שהתפרקה לשני חצאים ואילו קצין הביטחון ניגש לנאשם ותפס את ה-"קססה" שהחזיק אצלו. העד הסביר כי ה-"קססה" היא תערובת של טבק אותה מערבבים עם חשיש.

השוטר פחימה הדגיש כי המקום היה מואר יחסית וכי ראה בבירור את הנאשם משליך דבר מה לאחור, עקב



אחר החפץ ומקום נפילתו ותפס במקום את הסם מושא כתב האישום. (הסם (ת/4) הוצג לפני בדיון ומדובר בשתי חתיכות קטנות של חשיש דחוס בצבע חום, בצורה מלבנית, באורך של כ- 1 ס"מ ו- 2 ס"מ).

3. בחקירה נגדית העיד פחימה כי הנאשם עורר את חשדו אף בשל כך שנראה מבוגר יחסית ליתר המשתתפים במסיבה שהייתה, כאמור, מסיבת סטודנטים אולם החליט לגשת אליו יחד עם קצין הבילוש מאחר והבחינו בו מפורר את הקססה. במענה לשאלה האם קיים איסור להוציא טבק מארזה, הבהיר העד כי באותה עת לא היו אריזות טבק. "הוא פורר סיגריה לקססה" (עמ' 24, שורה 4). במענה לשאלה האם ראה את הנאשם פותח סיגריה ומפורר אותה, השיב העד כי את הטבק אין צורך לפורר מאחר והוא כבר מפורר. "ראיתי אותו מכין את הקססה על השולחן, מפורר אותה. קססה זו תערובת." (עמ' 24, שורה 8) במענה לשאלה, האם הוא יודע כי מדובר בקססה או משער שכך הבהיר: "קססה לצורך העניין זה טבק מפורר לאחר שפיררו אותו, הוא מכין את הקססה. הוא מפורר אותו לחתיכות קטנות ואחר כך מפורר לתוכו את החשיש." (עמ' 24, שורה 21) בהמשך תיקן ואמר שלא ראה את הנאשם מוציא את הטבק מסיגריה אולם ראה אותו מפורר את הטבק.

ביחס ל"אצבע" החשיש שתפס, העד טען כי ראה בבירור את הנאשם מבצע תנועת זריקה לאחור וכן ראה חפץ מושלך, חרף העובדה שהיה מדובר בשעת לילה מאוחרת ועל אף המרחק שהיה בינו לבין הנאשם. במענה לשאלה האם ראה כי מדובר בחפץ בצבע חום ולפיכך כתב זאת בדו"ח הפעולה שלו או שמא שיער זאת, השיב העד כי מהיכרותו את סוג הסם ומתוקף ניסיונו ידע כי מדובר בסם בצבע חום. בתגובה לשאלת ב"כ הנאשם תיאר העד כי מצא על החולות "אצבע" החשיש חצויה לשניים אשר ככל הנראה נשברה כתוצאה מ"הנחיתה" על החולות.

4. קצין הבילוש דאז, השוטר חי עוזר מסר בעדותו כי, במסגרת פעילות סמויה נגד סמים ועבירות נוספות נכחו הוא והשוטר אלי פחימה במסיבה, לבושים בבגדים אזרחיים. (יובהר כי השוטרים נכחו במקום כחלק ממערך האבטחה וכעבודה בשכר שמשולם למשטרה על ידי מארגני האירוע, אולם ביצעו במקביל עבודה משטרתית כאמור בעדותם). לדבריו הבחין במספר חשודים יושבים במקום כלשהו בעוד שאחד מהם "מתעסק" בחומר שהיה חשוד בעיניו כסמים. השוטרים ניגשו אליו בעוד שעוזר צועק לעברו "משטרה". בשלב זה הבחין העד בנאשם משליך דבר מה לאחור, ניגש אליו ותפס את החומר שהיה על השולחן. לאחר מכן הראה לו פחימה את החפץ שתפס הנראה כסם.

בחקירה נגדית מסר העד כי ראה את הנאשם מבצע תנועה של זריקה לאחור אולם לא ראה את חפץ מושלך. שני העדים הדגימו, כל אחד בנפרד, את תנועת היד של הנאשם שביצעה זריקה לאחור.

השוטר אלכס שניטמן שימש באירוע מושא כתב האישום כחוקר תורן בחפ"ק שהוקם במסיבה בחוף ניצנים. העד גבה את הודעת הנאשם. לדבריו, הנאשם השיב כמעט לכל השאלות עליהן נשאל ב-"אין תגובה" וסרב לחתום על טופס ההודעה. בתגובה לדברי ב"כ הנאשם כי הנאשם סירב לחתום מאחר ולא ניתנה לו זכות היועצות טען העד כי זכות היועצות ניתנה לו "אם היה אומר שהוא לא רוצה להיחקר בלי עורך דין הייתי מצוין זו, זו זכות



בסיסית שלו". (עמ' 33, שורה 24). העד לא זכר אם היו במקום מקרים נוספים של עיכוב בגין אחזקת סמים.

פרשת ההגנה - גרסת הנאשם

5. הנאשם נחקר כאמור בגין האירוע, בנקודת המשטרה הארעית שהוקמה בחוף. לכל שאלות החוקר השיב הנאשם: "אין תגובה" לבד מהשאלה האם הוא משתמש בסמים עליה השיב: "לא. אני מוכן להיבדק בדיקת סמים." (ת/6, שורה 15).

בעדותו טען הנאשם כי השתתף בפסטיבל יחד עם מכרים נוספים שלו שאף אחד מהם אינו סטודנט. לדבריו, נכנסו למסיבה באמצעות צמידים שקיבלו מאחר והמסיבה היתה מיועדת לסטודנטים בלבד. בהמשך תיאר הנאשם כי במהלך המסיבה ישב עם מכריו והכין סיגריה לעישון. הנאשם הסביר כי הוא מרכיב סיגריה מטבק ונייר גלגול. לדבריו הבחין בעדים אותם זיהה כשוטרים וראה שהם מסתכלים עליו. לאחר מספר דקות ניגשו אליו שני שוטרים, אחד מהם לקח אותו יחד עם הטבק שהיה לו ואילו השוטר השני הלך עם פנס לחפש באזור מאחוריו ומצא מה שמצא.

הנאשם הכחיש כי השליך דבר מה וטען כי יתכן ועשה כמה תנועות ידיים תוך כדי דיבור. לטענתו, השוטר פחימה שיקר באומרו שראה אותו מניף את ידו ומשליך דבר מה. במענה לשאלה, מדוע שיעליל עליו השוטר השיב הנאשם: "אולי הוא לא מעליל אולי הוא טועה" (עמ' 38, שורה 26) במענה לשאלה האם גם השוטר השני משקר השיב הנאשם: "אולי עשיתי תנועה כזו." (עמ' 39, שורה 5).

הנאשם טען כי חבריו שהיו עמו יכולים לחזק את גרסתו וכי השוטרים משקרים באומרם שראו אותו משליך חפץ לאחריו. הנאשם טען שלא הביא אף אחד מהם לעדות מאחר ואינו רוצה להטרידם. "הם בעלי משפחות ולא מוכן לגזול מהם אפילו חצי שעה של עבודה" (עמ' 39, שורה 25). במענה לשאלה מדוע לא טען בפני השוטרים במקום שיש עדים שיכולים להעיד לטובתו השיב הנאשם כי הדבר לא היה עוזר - "מה זה יעזור לי? ומה זה יעזור לי אם אביא אותם לפה?" (עמ' 39, שורה 31) הנאשם טען בנוסף כי מפקד התחנה, מר חיים בובליל, אותו הוא מכיר באופן אישי בשל עברו ה"עשיר" צעק עליו, במקום החקירה הארעי, שהוא "מרעיל את כל העולם ועושה בלגן בעיר" (עמ' 39, שורה 28) ועל כן לא אמר שיש לו עדים.

בהמשך עדותו מסר הנאשם כי בנקודת המשטרה אליה נלקח לחקירה נכחו מעוכבים נוספים. "ראיתי עוד אנשים שנעצרו שם... אחד מהם על סמים, ראיתי חתיכה בגודל של האצבע, כמו עט ומפקד התחנה שחרר אותם בלי חקירה אפילו, פשוט ויתר להם..." (עמ' 36, שורה 19).

דין והכרעה

6. מניתוח מכלול הראיות בתיק עולה כי עלה בידיה של המאשימה להוכיח מעבר לספק סביר כי הנאשם החזיק את הסם כמיוחס לו בכתב האישום והשליכו בעת שהבחין בשוטרים ניגשים אליו.



אני נותן אמון בגרסאות השוטרים המתיישבות זו עם זו לפיה הבחינו בנאשם העוסק בהכנת סיגריה מחומר אותו נהוג לערבב עם סם. מעדויותיהם עולה כי לא הייתה לנאשם סיבה להיזהר מפניהם מאחר והיו לבושים בבגדים אזרחיים ופעלו פעילות סמויה במקום וכי הנאשם הבין כי מדובר בשוטרים לאחר שאלו החלו לצעוד לכיוונו. הנאשם טען אמנם כי ידע לזהות שמדובר בשוטרים עוד קודם לכן "יש לי עבר עשיר, יש לי אינסטינקטים שאני מזהה..." (עמ' 38, שורה 3) אולם לבד ממפקד התחנה אשר ככל הנראה שהה במקום, לא הכיר שוטרים נוספים.

שני השוטרים הבחינו בנאשם מבצע תנועת השלכה לאחור בידו והשוטר פחימה אף הבחין בחפץ שהושלך, עקב לכיוונו ותפס את החפץ אשר התגלה כ"אצבע" חשיש שהתפרקה לשניים, ככל הנראה בשל הנפילה או קודם לזריקה. על השולחן לידו ישב הנאשם נמצא חומר המכונה "קססה". מדובר בתערובת של טבק אותה נהוג לערבב עם חשיש, המוכרת לשוטרים מעבודתם.

בניגוד לטענת הסנגורית לפיה גרסת השוטרים איננה סבירה מאחר ולשיטתה, אין אפשרות להבחין בסם שהושלך בשעת לילה חרף כך שהמקום היה מואר יחסית, הנני סבור כי מדובר בגרסה סבירה המתיישבת עם ההיגיון והשכל הישר. אין חולק בדבר תפיסת "אצבע" החשיש. כיצד ידע השוטר לגשת למקום בו נתפס הסם אילולא הבחין בנאשם משליך אותו וזיהה את כיוון הזריקה? הסיטואציה בה השוטר ניגש לכיוון אליו חשד שהנאשם השליך דבר מה ומצא שם במקרה סם שהשליך אדם אחר מהווה צירוף מקרים בלתי הגיוני.

למרות שהשוטרים לא ידעו לתאר במדויק את המרחק מהנאשם בעת שזרק את הסם, לא הוכח שהיו במרחק שלא אפשר לזהות חפץ קטן שמושלך ולראות את האזור בו נפל.

7. נוסף לעדותם של השוטרים קיימות ראיות נוספות לחובתו של הנאשם. הנאשם לא שיתף פעולה בחקירתו במשטרה ולא ענה על השאלות עליהן נשאל, למעט השאלה האם הוא משתמש בסמים עליה השיב בשלילה וכן טען כי הוא מוכן להיבדק בבדיקה לגילוי סם.

בעדותו טען כי לא מסר לשוטרים שלא זרק את הסמים מאחר מדובר במילים מיותרות וכי אמר לשוטרים חד משמעית שאינו מעשן סמים ורוצה לבצע בדיקת שתן.

הלכה היא כי שתיקתו של חשוד במהלך חקירתו, אף שהינה בגדר זכות יסוד, עשויה לשמש חיזוק לראיות התביעה נגדו. הלכה זו מעוגנת בסעיף 28(א) לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה - מעצרים), התשנ"ו-1996.

הנאשם לא סיפק הסבר הגיוני לכך שסירב לשיתף פעולה בחקירתו וטען שאינו מאמין במשטרה ומעדיף לדבר בבית המשפט. ככלל, מצופה כי אדם חף מפשע יזעק את חפותו בהזדמנות הראשונה שתהיה לו ולא ימלא פיו מים. כמו כן, תמוה מדוע בחר להשיב רק על השאלה האם הוא משתמש בסמים בעוד שליתר השאלות לא הגיב כלל.



עניין ה"שתיקה הסלקטיבית" בחקירה נדון בהכרעת דינו של ביהמ"ש המחוזי בבאר שבע בתפ"ח 50292-03-11 מ"י נ' מיכאל טנסקי (02.03.14) ביחס לשאלה האם שתיקה זו יכולה להוות סיוע. נקבע כי שתיקה סלקטיבית איננה יכולה להוות סיוע בנסיבות התיק דנן אולם ניתן לתת לה משקל מקום שלא נמצא הסבר סביר לשתיקה:

"אין צורך לפרט על זכותו של הנאשם לשתיקה בחקירה. אין צורך לפרט גם כי כל זכות היא לעולם מוגבלת על-ידי זכויות אחרות המתנגשות עמה. לראיה, על אף חשיבות זכות השתיקה בחקירה, נקבע כי מקרה שבו מוטחת בפני חשוד אשמה אשר לא ניתן לצפות שיישאר אדיש כלפיה, שתיקתו ביחס אליה מהווה תוספת ראייתית מסוג חיזוק [יעקב קדמי, **על הראיות** (חלק ראשון, 2009), בעמ' 306]. האם ניתן לומר כי גם מקום שבו נאשם שותק בחקירתו, אך פתאום מרגיש הוא צורך להכחיש טענה אחת מסוימת של חוקריו, גם דבר זה יכול לשמש כנגדו? ... דעתי היא, כי אין להסיק מפרשה זו כי שתיקה סלקטיבית של נאשם מהווה סיוע, אפילו לא בנסיבות של אותה הפרשה. אולם, ניתן לתת לשתיקתו משקל מקום שלא נמצא לשתיקה זו הסבר סביר."

8. הנאשם העיד כי במקום נכחו כמה מחבריו שראו כי לא השליך דבר אולם לא הביא ולו אדם אחד שיוכל להעיד לטובתו בטענה שאינו רוצה להטריח אף אחד על אף שטען כי חבריו "התעצבנו" על התנהלות השוטרים "וכמעט רבו עם השוטרים מכות על זה." (עמ' 39, שורה 24).

אשר לאי הבאת ראיות מטעם ההגנה, בתפ"ח (מחוזי י-ם) 8072/07 מ"י נ' אבו סרחאן, 9.1.08 נאמר: "כך ניתן לייחס משמעות ראייתית לאי הבאת ראיה או עד, אי הצגת שאלות מסוימות לעד וכיו"ב, כאילו היו ראיות נסיבתיות. משכך, "הלכה פסוקה היא, שהימנעות מהזמנה לעדות של עד הגנה, אשר לפי תכתיב השכל הישר עשוי היה לתרום לגילוי האמת, יוצרת הנחה, שדבריו היו פועלים לחיזוק הגרסה המפלילה בה דוגלת התביעה" (ע"פ 437/82 סלומון אבו נ' מדינת ישראל, פ"ד לז(2) 85, 97-98). ועוד, ובהתאם לרציונאל שניצב לעיל, גם הלכה פסוקה היא כי הימנעות מהבאת ראיה מצויה ורלבנטית מוליכה לכלל מסקנה שאילו הובאה הייתה פועלת לרעת הצד שנמנע מהגשתה, כל זאת בכפוף לנסיבות המיוחדות הכרוכות במהות העניין, כמו גם להסבר אי ההעדה כאמור (ר', ספרו של קדמי, חלק שלישי, עמ' 1652 ואילך; ע"פ 11331/03 משה קיס (אריק-בר) נ' מדינת ישראל, תקדין-עליון 2004(4), 2139, 2152; ע"א 635/76 טייבר נ' טייבר, פ"ד לח(2) 369, 743).

עדויות השוטרים לרבות הסם וחומר התערובת שנתפסו, גרסתו הבלתי מהימנה של הנאשם, שתיקתו הכמעט מוחלטת בחקירה ואי הבאת עדים מטעמו מהווים תשתית ראייתית מוצקה לחובתו של הנאשם ומקימים את אשמתו מעבר לכל ספק סביר ועל כן יש להרשיעו בעבירה המיוחסת לו בכתב האישום. מעדות הנאשם עולה בין השיטין כי סבור כי המשטרה מתנכלת לו, אולם לא טען כי לא נתפסו סמים סמוך אליו במקום ובזמן תפיסתם. הנאשם ידע לזהות את מפקד התחנה רק לאחר שעוכב למקום החקירה הארעי ואין בסיס לטענותיו מהן משתמע כי השוטרים ייחסו לו את החזקת הסם ללא בסיס מספיק.

9. ב"כ הנאשם העלתה טענה של אכיפה בררנית. נטען כי לבד מהנאשם עוכבו לפחות עוד שלושה אנשים במסיבה אשר נחשדו בעבירה של החזקת סם אולם לא נפתחה כנגדם חקירה ולא הוגש בעניינם כתב אישום. תימוכין לטענתה הגישה הסנגורית דו"ח עיכוב/מעצר מיום 29.05.13 (נ/1) בו מפורטים



פרטי שלושה מעוכבים שעוכבו בגין החזקת חומר החשוד כסם באותה מסיבה בה עוכב הנאשם וכן מספר פ.א. אשר נגנז ע"י המשטרה.

הפסיקה קובעת כי טענת הגנה מן הצדק יש לקבל במקרים נדירים בלבד, כאשר נפלו פגמים בהליכים שננקטו בעניינו של הנאשם שהביאו לפגיעה חריפה בתחושת הצדק וההגינות. [ע"פ 4855/02 מדינת ישראל נ' בורוביץ, פ"ד נט (6) 776 (2005), כן ראה ניתוח עניין אכיפה בררנית בת"פ (מח' י-ם) 273-10-15 מ"י נ' מורזיק, החלטה מיום 6.10.16].

במקרה דנן, לא הוכח כי האכיפה לא הייתה לגיטימית או בררנית. המשטרה רשאית להחליט שלא להעמיד אדם לדין משיקולים שונים. ב"כ הנאשם לא הציגה נתונים מהם ניתן ללמוד על נסיבותיהם של המעוכבים שלא הועמדו לדין כגון הראיות שהיו בידי המשטרה לחובתם, עברם הפלילי וכו'. הדברים שמסר הנאשם בעדותו, ככל הנראה שלא במכוון, כי יש לו עבר עשיר והעובדה שלא שיתף פעולה עם החוקר יכולים להוות נימוק הגיוני לכך שהוחלט להעמידו לדין בגין העבירה מושא כתב האישום דנן שעה שבעניינם של מעוכבים אחרים הוחלט אחרת. כך או כך, לא הוכח כי המשטרה פעלה משיקולים זרים או שרירותיים. מכלול נסיבות העניין אינן מצדיקות, גם אם מדובר באכיפה בררנית, לתת סעד של ביטול כתב האישום.

אשר לטענה לפיה לא ניתנה לנאשם זכות היועצות- בטופס הודעת חשוד מיום 28.05.13 (ת/6) נרשם כי החוקר הודיע לנאשם שיש לו זכות להיוועץ בעו"ד. השוטר אלכס שניטמן מסר בעניין זה בעדותו כי הוא מודיע באופן אוטומטי לנאשם על זכותו להיוועץ בעו"ד ורושם זאת. אשר על כן, דין טענה זו להידחות.

סוף דבר

10. אני מרשיע את הנאשם בעבירה של החזקת סם לצריכה עצמית כמפורט בכתב האישום.

ניתנה היום, ח' חשוון תשע"ז, 09 נובמבר 2016, במעמד הצדדים