

ת"פ 23875/12 - יגאל מרדי לביוד נגד מדינת ישראל - פמ"ד

בית משפט השלום בבאר שבע

ת"פ 17-12-23875 מדינת ישראל נ' לביוד(עוצר)
בפני כב' השופט איתן ברסלר-גונן, סגן נשיא
יגאל מרדי לביוד ע"י ב"כ עו"ד עידו פורת
מבקש (נאשם) גנד
מדינת ישראל - פמ"ד ע"י ב"כ עו"ד דבורה מזור
משיבה (מאשימה)

החלטה

הבקשה וכותב האישום

1. לפניה בקשה מצד ההגנה לאפשר לה לבדוק ולש考 את מוצג הסמים על ידי מומחה מטעמה, וזאת תוך פתיחת שקיות המוצג.

2. ברקע הבקשה כתוב אישום שהוגש נגד המבוקש ומיחס לו עבירות של גידול סם מסוכן, החזקת סם מסוכן, וכן עבירות נלוות.

נתען בכתב האישום כי במהלך החודשים שקדמו לתפיסה (שהיתה ביום 6.12.2017) גידל הנאשם בדירה שערכ בבאר-שבע שתליים רבים (96) של סם מסוכן מסווג קנאביס, במשקל כולל של כ- 47 ק"ג ועוד החזיק בקופה בסלון הדירה סם קנאביס במשקל כ- 7 גר'. נתען כי המבוקש אף ציד את הדירה בגופו תאורה, פילטרים, מסננים, תאוות חיים, דשן ועוד פריטים - הכל לצורך גידול הסם. הסמים נתפסו והועברו לבדיקה ביחידת המשטרה העוסקת בדבר.

תמצית טיעוני הצדדים

3. לטענת המבוקש, שקלות השתילים על ידי מז"פ נעשתה בדרך רשלנית ובניגוד לכליל השקילה והתוכאה מעוותת. על כן, עותר המבוקש לאפשר למומחה מטעמו (מר אבניר רוזנגרטן, איש מז"פ בעבר) לבצע שקלות הסם ולתת חוות דעת מטעם ההגנה. נתען בבקשתו כי מומחה ההגנה מבוקש במפורש כי השקילה תיעשה מחוץ לאריזות שבהן מוחזקות הסמים.

במהלך הדיון [שהתקיים ביום 18.3.2018] עתר הסגנור למשש את זכותה של ההגנה לבדוק את המוצג, לרבות להוציאו, לחושו, להריחו ולמששו, בין היתר על מנת להבטיח שלא הוכנסו לשקיות הסמים גם דברים אחרים במקום סמים. לטענת הסגנור, גם מומחה התביעה לא לבדוק את כל הסמים אלא מוגמית. הסגנור הבahir כי הוא לא כופר במשקללה הזניחה של השקילה עצמה אלא מבקש לקבל חוות דעת מסוימת על כל היבטי המוצג. הסגנור שב והבהיר, לאזני המבוקש (הנאשם) ובשמו, כי הכל יצולם וכי לא תעלה כל טענה בנוגע לפגיעה במוצג, אם יפגע, בין היתר בשל הוצאות מהארזה. הסגנור הבahir כי אין תכלית הבדיקה עצמה כדי לפגוע בשרשורת המוצג (אם כי יש לו

טענות לעניין זה).

4. המשיבה הסכימה עקרונית כי להגנה זכות לבדוק את המוצג והסכמה לשיקילת האրיזות עם הסמים, וב惟ב שהשקלילה תתאפשר ללא פגעה בריאות ותוך הצהרה מצד ההגנה שלפה אין מחלוקת על שרשתת המוצג בטרם ערכית השקלילה, ושהשקלילה החזרת תתוועד בוידאו ולא תוכל פтиחת השקיות האוטומות.

המשיבה שוחרת שכך שהבדיקה נוגעת **לכמויות הסם** - היא תבוצע במתיקי המשטרה ותתוועד כאמור בוידאו. נטען, כי הסם נתפס לפני כארבעה חודשים ומטרע הדברים הפרישו הצמחים (החומר האורגני) חומרים נזולים ומשקלם היום שונה וחסר נפקות. עוד נטען כי ברגע שהשקלית תפוחה, התכולה תפוג ונזולים יתפזרו, וועל כן קיים נוהל שגבש בפרקיות להתנגד לבקשת מעין אלו.

לטענת ב"כ המשיבה, לפי הנוהל הנוכחי והמוצע, הסמים מוכנסים לאריזות ללא אדמה, אחרי גיזום, ועל כן אין חשש שמא נכנסה אדמה לשקיות הסם.

ב"כ המשיבה הציעה כי האריזות יפתחו במהלך המשפט בפני בית המשפט, אז ניתן יהיה לשקל את הסם באולם בית המשפט ומכאן להמשיך ולבודק אותו.

5. ב"כ המשיבה הפנתה להחלטה שנייתה בת.פ. 16-08-32277 בבית משפט השלום בראשון לציון, כדי לתמוך בעמדתה. מנגד, הציג הסגנו אסופה הסכימות מצד התביעה (בעיקר התביעה המשפטית) לבקשת דומות אחרות.

ההכרעה

6. **עיקר המחלוקת היא בשאלת האם השקלילה והבדיקה יהיו תוך פтиחת השקיות אם לאו.**

לאחר ששמעתי את הצדדים ו שקלתי את הבקשה, מצאתי מקום להיעתר לה, באופן מוגבל, תוך קביעת תנאים לאופן הבדיקה.

7. סעיף 74(א) בחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], תשמ"ב - 1982 [להלן: "החסד" פ"] מגדר כי:
"74. (א) הוגש כתוב אישום בפשע או בעוון, רשיים הנאשם וסניגורו, וכן אדם שהסגנו או הסמכיוו לכך, או, בהתאם התובע, אדם שהנאשם הסמכיוו לכך, לעין בכל זמן סביר בחומר החקירה וכן ברישמה כל החומר שנאסף או שנרשם בידי הרשות החקורת, והנוגע לאישום שבידי התובע ולהעתיקו".

בבש"פ 4077 שורץ נ' מדינת ישראל (11.6.2006) נקבע כי -

"יש להניח כי המונח "חומר חקירה", כהוראתו בסעיף 74, אינו מצומצם לחומרים כתובים בלבד, אלא פורש כנפיו גם על ראיות חפניות נוספות שנאספו ע"י הגוף החוקר והועברו לתביעה לצורך הגשת כתוב אישום. לאור הרצionarioים החשובים העומדים בסיס הזכות לעין בחומר החקירה, אין סיבה שלא לקבוע כי עקרונית, ראיות חפניות באות אף הן בגדר המונח "חומר חקירה", וכי יש להעמידן, בהתאם לתנאים שונים שיבטיחו את השמירה עליהן, לבדיקת הנאשם. כמובן, שהשאלה האם חומר מסוים מהו הוא "חומר חקירה" תוכרע בסופו של דבר באופן פרטני, ע"פ טיב החומר ומידת זיקתו לסוגיות הנדונות".

אין ולא צריכה להיות מחלוקת כי הסמים עצמם במקורם שלפנינו מהווים חומר חקירה המצוי בגדרי סעיף 74

בחסד"פ. מדובר בראיה חפצית (השם עצמו) וכן בראיות כתובות הנוגעות לטיבו, הרכבו, מהותו ומשמעותו של השם. מעצם הגדרתם של השמות כמצויים במסגרת "חומר החקירה" קמה לנאשם הזכות לעין בהם [כאמור, לפי סעיף 74 בחסד"פ] ולמול זכות זו קמה החובה לרשות התביעה לאפשר את העין כאמור. א"י מתן אפשרות עין שכחן תגרור איסור בדבר הגשתה של הראה לבית המשפט, כפי הוראת סעיף 77(א) בחסד"פ:

"77. (א) לא ניתן תובע בבית המשפט ראה ולא ישמע עד אם לנאשם או לסניגורו לא ניתנה הזדמנות סבירה לעין בראיה או בהודעת העד בחקירה, וכן להעתיקם, אלא אם יותר על כן".

הוראות אלו שבחסד"פ, והפסיקה שהתקבלה בהקשרן, מניחות קיומם של פערן מידע וכוח בין המדינה לנאיםינו ונועד להסדיר את צמוץם הפערנים לשם הבטחת הזכות למשפט ולהליך הוגן. זכות זו, אינה רק מניעת עיוות דין אלא גם רצון להגיע לחקר האמת תוך שמירה על זכויות הנאשם, לרבות הזכות למצוא בראיות שנאספו על ידי התביעה ראיות זכות או ראיות המחלישות את עצמת הראיות המפלילות [השו בש"פ 7064/08 **מדינת ישראל נ' ברקן**, פ"ד סג(2) 453 (13.8.2009); השוו גם י. קדמי, **על סדר הדין בפליליים**, עמ' 1013 (2009)].

ברור, שאין תכלית זכות העין לאפשר פגעה בראיות התביעה וכי האינטראס הציבורי שבשמירה על הראיות הוא בעל מעמד גבוה לא פחות. עם זאת, "הздמנויות סבירה" לעין בראיות התביעה מתייחסת גם לאפשרות שהعين "עשה בעלי פגוע בראיה זו, או לפחות תוך הבטחה לפגעה מצערית. יש להישמר מפני מצב של מניעת זכות העין או "קיוצזה" בפועל עד כדי פגעה בפוטנציאלי ההגנה של הנאשם [בש"פ 3099/08 **אברהמי נ' מדינת ישראל** (23.2.2009)].

בע"פ (מחוזי - ח') 11-08-47248 **מדינת ישראל נ' דה מאו** (05.1.2012) נדון מקרה שבו בוטל האישום בשל שלא ניתנה לנאשם האפשרות לבדוק את השם שנטפס. הרכב בית המשפט המחוזי (ההחלטה נכתבה ע"י כב' השופט י. קיסרי) קיבל את ערעורה של המדינה על החלטת בית משפט השלום לבטל את האישום, אולם קבוע כי אכן הופרה זכות הנאשם לבדיקה מוצג השם וכי הסנקציה הייתה צריכה להיות בגדרי סעיף 77 בחסד"פ ולא ביטול האישום. כב' השופט ע. גרשון הביע דעתו הנוספת, לפיה האפשרות של ההגנה במשפט פלילי לעורוך בדיקות על חוץ שנטפס כראיה והוא מוחזק בידי המאשימה, לא הוסדרה כלל בחקירה. חששה של הפרקליטות או המשטרת מפני פגעה ראייתית אכן מקשה על ההליך, אולם הדרך היא להסדיר את ההליך ולא למנעו.

8. לטעמי, נקודת המוצא היא זכותו של הנאשם להליך הוגן. זכות זו היא בעלת מעמד על במשפטנו. כאשר זכות זו עומדת למול אפשרויות הפגיעה באינטראסים אחרים, עוסק המשפט באיזונים הנדרשים ולא פעם מעדיף את האפשרות של ביטול האישום על פני פגעה בערכיהם האחרים, וזאת מתוך הבנה כי לא ניתן לקיים משפט הוגן מבלי לפגוע בעורך אחר. דוגמא טובה היא למשל במצב של ראייה חסונה שהיא חיונית להגנת הנאשם. לא פעם, כאשר מובנת חיוניותה של אותה ראייה להגנה, מעדיפה המדינה לבטל את האישום על פני מצב של פגעה באינטראס חשוב לא פחות מזה של העמדת הנאשם לדין.

הזכות להליך הוגן כוללת גם את זכותו של הנאשם לבדוק את הראה החפצית המפלילה אותו; עד כדי אפשרות למשהה, לחוש אותה, להריחה וכמן גם לבדוקה מדעית. הכל - מתוך שאפשר וימצא בכך תועלת להגנת הנאשם. תועלת זו יכולה להיות בהבנת משמעותה של הראה ותובנות מתוך בדיקתה, וכך להטעלת תהיה ביזויו כשלים בבדיקה הראה. בchnerה זו, הנעשית בעני ההגנה, היא להגנה להחלטת בה ולא ל Sabha, ועל כן נאמר כבר כי אין חקר לتبונת סנגור מוכשר [ע"פ 35/50 **מלכה נ' היועץ המשפטי לממשלה ישראל**, פ"ד ד', 429, 433].

אדרבא: בעינו של בית המשפט, בחינת הראה על ידי ההגנה, במהלך המשפט, מביאה לכדי אמון בתוצאות ההליך, שחררי שני הצדדים זכו ליחס הוגן וליוםם, גם בהקשר של בדיקת הראיות.

ניתן כמובן לתת סיגים לימיוש זכות זו של ההגנה. סיגים אלו יכולים להיות בהקשר של מקום הבדיקה, מיהوت

הבודק, אופן הבדיקה, תיעודה, משמעותו הנובעת מзнак לראה וכד'. יש לתת את הדעת למשל על מצב שבו במהלך הבדיקה מתגלית ראייה נוספת או תובנה חדשה, ויתכן שהtabuaה תוכל לעשות בה שימוש [בכפוף לככלים בדבר השלים חקירה].

בהקשר זה, יש לבחון גם את תכילת הבדיקה ולאזנה מול פוטנציאלי הנזק שבזה. כך למשל, לא שונה תכילת של בדיקת משקל בלבד, למול תכילת של בדיקת מעבדה לבדיקה משמעות החומר או סימנים על גבי המוצג. בבחינת תכילת הבדיקה יש לבחון גם את תיזת ההגנה ואת התועלות שבבדיקה לתיזה זו. ברור שישנן בדיקות הגורמות במידהוון נזק למוצג ועל כן, גם בהקשר זה, ידרש בית המשפט לאיזון בכל מקרה ומקרה.

עודין, נקודת המוצא היא זכות העיון. הסיגים תכליות להבטיח את האינטראס הציבורי, כשחקר האמת הוא כਮובן חלק לא מבוטל ממנו. יש לזכור כי שם שהמدع מתפתח, כך גם המשפט, וההתפתחות זו מושגת לא פעם באמצעות בדיקות המתבצעות על ידי חוקרים, מדענים או סקרנים אחרים, מקום בו סבר הכלל שהכל ידוע.

מכאן, שנaily המשיבה נדרשים כדי להיקבע שמייה על הראיות, אולם אין בנהלים אלה כדי לסיג את זכויות הנאשימים. סיגים שכallow צריכים להיקבע בחקיקה. הנהלים תכליות לקבוע את התנאים להבטחת שמירת הראיות, דוקא מתוך ההכרה בזכות ההחלטה הכתלאית. כך למשל נקבע בנהלים האופן שבו יהיה נציג ההגנה בנטיחת גופה, נוכח שהיה קשה לשחרור את היליך הבדיקה לאחר הגשת כתוב האישום [הנוחית הייעץ המשפטי לממשלה מס' 4.2203 מחודש מרץ 2013].

עוד צריך להיקבע בנהלים שמדובר שבו מומחה ההגנה מעיד על הבדיקה - הרי שכל תוכאותיה והтиיעוד של אותה בדיקה יהיו חלק מהחומרם שnitן יהיה להציג בחקירה נגדית בבית המשפט, גם אם למעשה נאספו במהלך פעולה שערכה ההגנה.

ליסicons עקרונות אלו של זכות העיון ראו רע"פ 1103/12 **זה מאי נ' מדינת ישראל** (16.2.2016), במסגרתו נדחתה בקשה העורר לעורר על החלטת בית המשפט המחווי בע"פ 47248-08-11 **מדינת ישראל נ' זה מאי** (5.1.2012) הנ"ל, בקבועו כי -

"על המבוקש [המדינה - א.ב.ג.] למצוא דרך הגונה להסדרת העיון, כך שזכויותו של המבוקש להיליך הוגן לא ייפגעו, אך היליך הפלילי יבוא על מיזונו. המשיבה היא הציבור, היא מייצגת אינטראס ציבורי, של העמדת עבריינים לדין - אך לא פחות גם הוגנות כלפיcoliعلماء; הדבר חיוני."

מן הכלל אל הפרט:

9. ספק בעיני אם נכון משלך הכלל של שקיות הסמים השתנה מאז נתמכו לאחר בדיקתם במעבדה. חוק שימור המסה, שנוסח לפני מאותים שנה ע"י המדען הכספי אנטואן-לורן דה לבואזיה [שים את חיו במסגרת המהפייה הכספיה] קובע כי מסה של חומר במערכת סגורה יכולה לשנות צורתה אך לא להיעלם אף לא להופיע יש מאין.

התהילכים הכימיים והביולוגיים שעברו הסמים מАЗ, כחומר אורגני, לא אמורים לשנות מהmassה הכלולות של אותם חומרים בתוך השקיות הסגורות. על כן, גם אם תוכן השקיות שינה צורתו ורכיביו, נוכח פעילותם של החומר האורגני במהלך הזמן - עדין המשקל הכלול לא אמרור לשינויו. מכיוון שכן - שקיות השקיות הסמים לפני פתיחה, בודאי כאשר הכל מצולם ומתועד, אמורה להבטיח מפני נזק שנגרם למשקל עם פתיחת הסמים.

10. כעולה מטענות ההגנה, יכולה להיות לה תועלות בבדיקה האמורה, ביחס למשקל הסמים ונוכחות רכיבים שאינם

سمים [ככל שהדבר ניתן לבדיקה]. עם זאת, לא מצאתי כי מדובר בבדיקה שתכליתה (כשלעצמה) להביא לזכויי הנאשם בבחינת שהוא חיונית ובלתי אין.

מנגד, לא מצאתי הסבר לסייע לבצע את הבדיקה, מעבר לחשש לפגיעה במוצג, חשש שניית לצמצם הנהלים ברורים.

לטעמי, המשיבה בהחלט יכולה לנתקו פועלה לティיעוד מטרים של ההליך, וללוות את הליך פתיחת השקיות על ידי מומחים מטעמה, לרבות תיעוד המשקל לפני הפתיחהomid לאחר מכן, לרבות תוך שיקילת כל רכיב מבין הרכיבים המוצאים מתוך השקיות, כולל נזלים שבגודאי קיימים.

אני מקבל את הצעת המשיבה שלפייה השקיות יפתחו לראשונה בפני שופט שיוכל לצפות במשקלן. לא יהיה בכך כדי לאפשר את בדיקת התכולה, שצרכה להיעשות במעבדה ולא באולם בית המשפט, כ"דרמה בשידור חי". נזכיר כי המחלוקת אינה רק על משקל תכולת השקיות אלא גם על תוכן התכולה.

11. הנהלים צריכים לאפשר ולשרת את זכות העיון ולא להיפך. זכות זו היא במרכז העיסוק והדיון, ולא הנהלים עצםם.

במקרה שלפנינו, מדובר בסמך קנאbos, שהוא פשוט לבדיקה והסבירות לפגיעה במוצג, במצבו הנוכחי; כאשר כל שלב ושלב בהליך הפתיחה והבדיקה מתועד - נמור יותר. ככל שיש צורך לקחת חלק מהחומר לבדיקה חיצונית - גם לכך ישנהנה להנעה [לפי פקודת הסמים], יכול להוות ולהאפשר.

12. עוד דבר - בית המשפט מודיע עקרונית למשמעות הארגנית של המוצג ולהליכים שהוא עבר כמושג, בחילוף זמן, בתוך השקית. הדברים שלעצמם אינם בגדר הפתעה, אם כי יש לבצע את הקונקרטיזציה לכל מקרה ומקרה. תיעוד ויזואלי של השקית בעת פתיחתה בהחלט צפוי להראות שינויים אלו. ועודין, ככל שהיא צריכה בריאות הזמן כלשהן, גם לכך רשאית המשיבה בהתאם לדין.

סוף דבר:

13. אני מתייר את בדיקת מוצגי הסמים בכפוף להנחיות הבאות, אשר יבוצעו במתיקני המשטרה:

(א) המוצגים ישקלו שוב בטרם פתיחתם והדבר יתועד גם בידאו.

(ב) פתיחת המוצגים ובחינתם הויזואלית תיעשה בנוכחות איש משטרה, במתיקן משטרתי ותוך תיעוד יידאו.

(ג) ככל שיופרדו חלקים - הם ישקלו גם כן, לרבות נזלים.

(ד) היה ויתבקש ליטול חלק קטן מהסם לבדיקת מעבדה נפרדת, ניתנו הנחיות על ידי המנהל [כהגדרכו בפקודת הסמים], כמוובן שגם הליך זה יתועד.

המנהל והמשיבה יכולים לקבוע הנהלים נוספים להבטחת שמירת המוצגים, כמוובן מתוך אותה זכות העיון.

רשמתי בפני את הסכמתו של הנאשם שלא תישמע כל טענה בדבר פגיעה במוצג ואף לא לנזק לשרשרת הסם, הנובע מאותו הליך בדיקה.

ההלך יבוצע בהקדם ובשים לב לצורך בתיאום הגורמים השונים.

המציאות תשלח העתק ההחלטה לצדים ותודיעם טלפוןנית בדבר קיומה במערכת נת המשפט.

ניתנה היום, י' ניסן תשע"ח, 26 ממרץ 2018, בהעדר הצדדים.