

ת"פ 37780/12 - מדינת ישראל נגד אמיר משאייר

בית משפט השלום בתל אביב - יפו

ת"פ 37780-12-18 מדינת ישראל נ' משאייר
לפני כבוד השופט איתן הרמלין

בעניין: מדינת ישראל
ע"י עו"ד דניאל אשכנזי
המאשימה
נגד
אמיר משאייר
ע"י עו"ד אדוה אלאב
הנאשם

הכרעת דין

1. כתוב האישום בתיק זה מיחס לנאשם עבירה של החזקת סמים שלא לצריכה עצמית. כתוב האישום מבוסס בעיקר על ממצאי שני חיפושים שנערכו ב-18.12.2018 - האחיד במכונית שבה נdag הנאשם והשני בשאית ששימשה לו בית ובחצר הצמודה אליה. בצד ממצאי החיפושים עומדות גם הודעות של הנאשם בחקירה. לפי הנטען בכתב האישום, בתא המטען של המכונית שבה נdag הנאשם נמצא סמ מסוכן מסוג 5F-ADB 5G משקל של יותר מ-5 ק"ג ובמושב האחורי של המכונית נמצא סמ מאותו סוג במשקל של יותר מ-230 גרם. כמו כן נמצא במכונית לפי הנטען בכתב האישום شكיות אריזה שחומות רבות, מדבקות שעלייה כתוב: "מיסטר ניס גאי", וכן שני טלפונים ניידים וכסף מזומן. בשאית שבה התגורר הנאשם נמצא לפי הטענה שתי טבליות סמ מסוכן מסוג MDMA. בארון שירות בחצר "הבית" נמצאה شكית שחורה שעליה כתוב "מיסטר ניס גאי" ובו יחידה אחת של סמ מסוג 5F-ADB.

2. לטענת הגנה, שני החיפושים נערכו שלא כדין - החיפוש במכונית נערך ללא חשד סביר ולא בבקשת הסכמתו של הנאשם, והחיפוש במשאית שבה התגורר הנאשם ובחצרה נערכו ללא צו חיפוש ולא בנוכחות עדים. בשל כך טענת הגנה כי יש לפסול את הראיות שנפתחו בחיפושים ואת ההודעות הנגזרות מהן, ולזכות את הנאשם. מנגד סבורה התביעה שהחיפושים נערכו כדין, וגם אם נפלו בהם פגמים, אין בהם כדי לפסול את הראיות שנפתחו בינם. לחילופין חילופין טענת התביעה כי גם אם יפסלו ממצאי אחד החיפושים אין הצדקה לפסול את הודעתו של הנאשם שנמסרו לאחר שהנאשם התיעץ עם עורך דין. כך או כך, לטענת התביעה, הראיות מבססות את הנטען בכתב האישום ויש להרשיע את הנאשם.

3. במשפט העידו השוטרים שערכו את החיפושים וניהלו את החקירה, וכן הוגש דוחות פועלה שכתו השוטרים ומסמכים נוספים, ואילו הנאשם לא העיד.

.4. הויאל והטענות הנטעןות כלפי חוקיות כל אחד מן החלטושים הן שונות ונפרדות, אדון בכל אחד מההחלטהים בנפרד, ואכרי בנסיבות הראיות שנטפסו בהם.

ההחלטה בנסיבות שבה נהג הנאשם ונסיבות ממצאיו

.5. לפי עדותו הראשית במשפט של השוטר איציק בראל[1], במועד הרלוונטי היה חלק מצוות בילוש וישב במושב שlid הנגה ברכב בילוש משטרתי (הכוונה לכל הנראה לרכיב משטרתי שאינו מסומן כזה). לדבריו, הוא ועמיתו נסעו מכיוון מערב למזרחה בדרך טרפון שהוא רחוב חד סטרא בשכונת התקווה בתל אביב, שהרחובות בה צרים וצפופים. מולם נסע הנאשם ברכבו - נגד כיוון התנועה המותר. רכב הבילוש נסע אחרי רכבו של הנאשם (העד לא הבahir אף עברו לנסוע באותו כיוון). לדברי השוטר, הנאשם נסע מהר - במהירות שאינה תואמת את תזואי הרחוב. ברחוב יקוויה רץ לרכב לעצורו. הוא יצא מנידחת הבילוש, ניגש לנגה, היזדה השוטר וביקש מה הנאשם שיציג בפני תעוזת זהות. כששאל את הנאשםamusי במקום, אמר לו האחרון שחברתו מתגוררת באיזור והוא אינו בן המקום אלא מעטרות הסמוכה לירושלים, והلن לאיבוד. לפי עדותו של השוטר "התנהלות עד עצם הנזודה הזאת" עוררה את חשו "שימוש פלילי התנהל בעבר או עומד לה坦הלה", והוא ראה "צורך מהותי" לחפש ברכב. הוא הודיעו לנגה שהוא עומד לחפש ברכב. בחיפש שנערך בנסיבות על ידי השוטרים נמצא במושב האחורי של הרכב ובתא המטען כמהות גדולה של חומר שחשד כי הוא סם ואירוע של סם מסווג "ניסי גאי".

.6. זו"ח הפעולה של השוטר הוגש בהסכמה ההגנה (ת/1). עיון בדו"ח מעלה כי ההתרחשות (בשעה 21:45 Uhr) בתאריך האמור בכתב האישום) מתוארת בדו"ח בעיקרו של דבר כפי שתיארה השוטר בעדות הראשית. חילופי הדברים בין הנאשם מתחאים בדו"ח כך: "שאלתי את הנגה מהין הוא? והוא ענה: עטרות. שאלתי מה מעשי כאן? ענה: הלכתי לאיבוד, חברתי גרה בשכונת עזרה". אשר למצאי החיפוש - לפי הדו"ח, במושב האחורי של המטען שבה נגה הנאשם מצא השוטר שkit לבנה ובה חומר שהשוטר חש שהוא "ניסי גאי", ארגז קרטון ובו מדבקות שעלייה כתוב: "ניסי גאי" וארגז קרטון ובו שקיות אריזה שחורות קטנות. בתא המטען היה ארגז קרטון גדול סגור שבו היו שקיות לבנות ובן חומר שהשוטר חש שהוא "ניסי גאי" וכן ארגז נוסף ובו מדבקות שעלייה כתוב: "ניסי גאי". לפי הדו"ח, הנאשם טען בפני השוטר שהוא מצא את ארגז הקרטון. בין שני המושבים ברכב מצא השוטר 720 ₪ בזמן ובתו록 תעוזת זהות של הנאשם מצא 200 ₪ וдолר אחד. כמו כן תפס שני מכשירי טלפון שמסכיהם שבורים. השוטר תפס את המזגיים וסימן אותם (הסימונים מפורטים בדו"ח).

.7. בחקירהו הנגדית הסביר השוטר בראל כי חשו נגדי הנאשם שהביא אותו לעורר את החיפוש, חשד שהוא מבוסס על ניגומו נגד כיוון התנועה, ניגומו המהירה ותשוביתו לשאלות שהוא עצמו שאל אותו, לא היה חשד ספציפי - "ס"ר כל הנזודות העלה אצלי את החשד שימוש פלילי שאין עוד לא יודע, ולצורך זה החיפוש ברכב היה מחייב להשלמת התמונה הכלולת"[2]. "חשד שה坦הלה משחו פלילי או עומד לה坦הלה"[3].

.8. עוז עובד, ששימש ראש צוות בילוש בתקופה הרלוונטית, סיפר בעדותו הראשית[4] כך: "הסתובבנו ברחובות הקטנים של התקווה. במהלך נסעה באחד הרחובות הקטנים זיהינו רכב שנסע באין כניסה. נסענו אליו. הוא נסע קצת מהר בתוך הסמטאות הקטנות. כרנו לו לעצור בצד. הוא עצר אחרי כמה מטרים. פרקנו אל הרכב והוציאנו

את הנגה. שאלנו אותו מאיפה הוא, והוא אמר שהוא מירושלים. אם אני זוכר נכון, השוטר שהוא איתי איזיק, שוחח אותו גם, אמר לי שהוא רואה שkeit של סמים בתחום האוטו ניס גי, ומפה התגלגלו לחיפוש ברכב.

9. מעין בדו"ח הפעולה שכותב השוטר עובד שהוגש בהסכמה ההגנה (ת/12), עולה כי גם שם הופיע תיאור דומה לזה שתיאר בעדותו הראשית במשפט אופן נסיעת רכבו של הנאשם - ככלומר, שהשוטרים ראו ורכב "שנוסע בגין כניסה ברחוב טרפון" ואחר כך "ኖסע בმარიოთ ბრძობით თეკვის". לפי הדו"ח, השוטר עובד חיפש בחלק האחורי של הרכב "לאחר שנתקפס שם סמ על იდი შოტრ აიზიკ", אך לא נכתב בדו"ח שמציאות הסם או הבדיקה בו על ידי איזיק בראל קדמו להחלטה על עriticת החיפוש.

10. בחקירהו הנגדית של העד עובד, אמר העד כי את החיפוש ברכב ערכו אחרי שהוטר בראל מצא שkeit ניס גאי ואמר זאת לשוטרים האחרים[5]. לעניין החשד שבעל בסיסו בוצע החיפוש אמר השוטר עובד: "מה שהעלה לנו את החשד זה הנהיגה הפרועה שלו בסמטאות, זה שהאדם לפי מה שאמר בהתחלה בכלל לא תושב המיקום, שאמר שגר בירושלים. נדמה לי שהוא היה ביום שישי בשעות לילה. זה מספיק כדי לחשוד שיש משהו פלילי שאנו צריכים לבדוק...". בתשובה לשאלתו: "מה זה המשהו הפלילי שבגללו קיבלתם החלטה שצורך לבצע חיפוש ברכב?", השיב העד: "יכול להיות סמים. יכול להיות רכוש מדירה שנפרצה. יכול להיות רכב משובלר". לשאלת הסנגורית הוסיף העד שהשוטרים בדקו וראו שהרכב "לא משובלר". לדבריו, מצב העניינים הצדיק עriticת חיפוש ובדיקה[6].

11. השוטר אלכסי מטביב, העיד בעדותו הראשית[7] שביום האירוע היה חלק מצוות הבילוש הרלוונטי ישב בספסל האחורי של רכב הבילוש בעת סיור שגרתי בשכונת התקווה. רכבו של הנאשם "נכנס לרחוב חד כיווני בגין כניסה". השוטרים נסעו אחרי רכב זה וראו אותו "מבצע פניות ולא עוצר בעצור". העד היה הראשון שהגיע לרכב ובקש מהנהג לכבותו ולמסור לו את המפתחות. לאחר מכן עמד ליד הנאשם כאשר השוטר בראל חיפש ברכב. העד ציין שלשלalto של השוטר בראל השיב הנאשם שהוא עובד בהובילות.

12. עיון בדו"ח הפעולה שכותב השוטר (ת/21) מעלה כי השוטר תיאר שם את הדברים באופן זהה לאופן שבו תיאר את הדברים בעדותו הראשית למעט מספר הבדלים קטנים. בדו"ח ציין למשל שהנ帀ם לא עצר ב"תמרורי עצור" בלשון רבים. כמו כן, לפי הדו"ח הנאשם נעה לבקשתו של השוטר לכבות את מנוע הרכב ולמסור לו את המפתחות. לפי הדו"ח, כשנשאל הנאשם על ידי השוטר בראל: "מה אתה עונה כאן?", השיב שהוא עובד בהובילות.

13. בחקירהו הנגדית אמר העד שהנ帀ם לא צית למספר תמרורי עצור ולא לאחד בלבד. לדבריו, הנאשם הגיע מכיוון רחוב קרמי ופניה פניה אסורה לרחוב יקוטיאל. השוטרים נסעו אחרי הנאשם דקה שתים לפני שהורו לעוצר. הוא עצמו לא היה מעורב בהחלטה להורות לנ帀ם לעוצר. העד ציין שאינו ידע מדו"ח החלטת השוטר בראל לחפש ברכב.

14. הויל ועומדות בפניו עדויות השוטרים בלבד וניתן לגוזר מהן קו משותף עקי וברור, אני קובע כי השוטרים הווו לנ帀ם לעוצר את מכוניותו לאחר שראויהו נסוע תוך הפרת חוקי התנועה בסמטאות שכונת התקווה - נסוע נגד כיוון

התנועה ברוחב חד סטרי ונוסף מהר. הואיל ורק אחד השוטרים התייחס לאפשרות לتمرור או לתמרורי עצור, אינני רואה טענה זו כ邏輯ית. כמו כן, הואיל ואחד השוטרים אמר כי הנאשם נסע "קצת מהר", אין לי אלא לאמצ גרסה זו המקרה עם הנאשם - ככלומר, הנאשם נסע מהר מכפי שמתאים לתנאי הדרך אך לא בנסיבות קיזוניות. עוד אני קובע על בסיס עדויות השוטרים שלא נסתרו, ובעיקר עדותו של השוטר בראל אשר החליט על ביצוע החיפוש, שכאשר שאל את הנאשם על מענו אמר לו שהוא מעתירות שליד ירושלים, וכשנשאל למשמעו במקום אמר שהברתו מתגוררת בשכונת עזרה הסמוכה והוא איבד את דרכו. למען הסר ספק, אני מעדיף את עדותו של השוטר בראל שהחליט על עיריכת החיפוש על פני עדות השוטר עובד, וקובע לפיה שהוא לא הבין בסמים שבמושב האחורי בטרם תחילת החיפוש - גרסה זו גם מטיבה עם הנאשם.

15. אין ספק שעבירות התנועה שUber הנציגו לעיני השוטרים, הקימו לשוטרים סמכות לעכובו ולברר את זהותו ומענו, לפי סעיפים 67 ו-69 לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה - מעצרם), תשנ"ז-1996. נשאלת עם זאת השאלה אם ניגתו הפרועה בctrine תשובותיו לשוטר הקימו חד סביר שהצדיק חיפוש ברכב בהתאם לסתנדרט הראייתי הנדרש בסעיף 5(5) לפקודת המשטרה [נוסח חדש], תשל"א-1971, בסעיף 25 לפקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש) [נוסח חדש], תשכ"ט-1969 (הפסד"פ) ובסעיף 71 לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה - מעצרם), תשנ"ז-1996.

16. החשד שכם נגד הנאשם בעקבות ניגתו הפרועה ותשבותיו לשאלות השוטר היה גבולי ב מבחני החשד הסביר בהקשר של עיריכת חיפוש ברכב. בריא כי עצם ביצוען של עבירות תנועהינו מצדיק עיריכת חיפוש משטרתי ברכבו של אדם. יתר על כן, הנאשם ציית להנחיות השוטרים - עצר מיד את רכבו כשהתבקש, וכיבה את המנווע ומסר את המפתחות כשהתבקש. בצד זאת, תשבותיו של הנאשם לשאלות אمنם יכולות היו לעורר חשד מסוים. זאת, לא רק כיוון שלא נתן "סיבה טובה" להימצאו במקום, אלא אולי גם כיוון שהציפייה היא שאדם שמאבד את דרכו יסע לאט ולא מהר. ואולם, אין זה מופרך לחסוב שאדם שנקלע למקום שאינו יכנס בטעות לסמטה חשוכה נגד כיוון התנועה המותר בה ואולי גם ינסה לצאת מן הסמטאות בנסיבות מקום מואר ומוכר. כיוון שכך, אף כי אין טענה שהחשד לא היה סביר ממשום שהתבפס על אינטואיציה בלבד, או על שיקולים זרים או שיקולים סובייקטיביים לחלוין, ניתן לחלק על סבירותו של חשד זה מבחינה כמותית. תמייה בעמדה זו ניתן בך שחשדך של השוטרים לא היה מוגדר כלל - השוטרים כלל לא ידעו לומר אם חשבו בך שבוצעה עבירה או שעתידה הייתה להתבצע עבירה ובאיו עבירה מדובר. ואולם, ההכרעה בשאלת מאייה צד של גבול הסבירות של החשד היה חدام התחרון, כך שלא קם חשד סביר המקיים סמכות חיפוש, עדין כלל פסילת הראות ה"יחסי" שהורתו בע"פ 5121/98 טורי רפאל ישכרוב נ' המתבע הצבאי הראשי (2006) מחייב לקבל כראיות את ממצאי החיפוש במכונית.

17. בע"פ ישכרוב נקבעו מספר שיקולים ואמות מידת פיהם יש להכירו בשאלת קבילותה של ראייה שהושגה שלא כדין. סוג השיקולים הראשון נוגע לאופניה ולחומרתה של אי ה חוקיות שהייתה נעוצה בהשגת הראייה. בין שיקולים אלה נמצאים אופין וחומרתן של אי ה חוקיות או אי הרגינותה שהיו כרוכים בהשגת הראייה, האם רשות אכיפת החוק עשו שימוש באמצעי החקירה הבלטי כשרים במקוון ובזדון או שמא בתום לב, האם מתקיימות "נסיבות מקולות" שבכוחן להפחית מחומרתה של אי ה חוקיות שהיא בהשגת הראייה, באיזו מידת קלות ניתן היה להשג את הראייה באופן חוקי והאם הראייה הייתה מתגלית או מושגת על-ידי רשות אכיפת החוק גם ללא השימוש

באמצעי החקירה הבלתי כשרים. סוג השיקולים השני נוגע למידת ההשפעה של אמצעי החקירה הפסול על הראייה שהושגה. בהקשר זה יש לבדוק באיזו מידה אי החוקיות שהיתה כרוכה בהשגת הראייה, עשוי להופיע על מהימנותה ועל ערכה הוכחתי של הראייה וכן אם קיומה של הראייה הוא עצמאי ונפרד מאי החוקיות שהיתה כרוכה בהשגתה. סוג השיקולים השלישי נוגע לנזק מול התועלת החברתיתם הכרוכים בפסקת הראייה. הפרמטרים העיקריים בעניין זה הם חשיבות הראייה להוכחת האשמה, מהות העבירה המוחסת לנאים ומידת חומרתה. שני שיקולים מרכזיים בתיק שבפני מחייבים התייחסות נוספת מע"פ **יששכרוב**, ועל כך להלן.

18. השיקול הראשון המctrיך התייחסות נוספת בשל מרכזיותו בתיק זה נוגע לסוג השיקולים השני שהוזכר לעיל - ככלומר, הקשר בין אי החוקיות שבדרך שבה הושגה הראייה לבין מידת מהימנותה של הראייה. שיקול זה מבחין הבחנה חדה בין ראיות פיזיות (או בשפט המשפט: ראיות "חפניות" - מלשון חפץ) להודאות, שכן בריא שקיומו של החפץ ומופיעינו אינם מושפעים בכלל מן האופן שבו נתפס. זאת, בגין להodata שעשויה להגוע לעולם כתוצאה מפעולתם הפסולה של החוקרים ומהימנותה עשויה אף להיגע כתוצאה מן האופן שבו הושגה. אף על פי כן, נקבע בرع"פ **10141/09 אברהם בן חיים נ' מדינת ישראל** (2012) כי במקרים מסוימות יפסלו גם ראיות פיזיות שנפתחו בחיפוש בלתי חוקי.

19. סוג השיקולים השני המctrיך התעכבות נוספת הוא זה הנוגע לחומרת העבירה ולחשיבות הראייה בתיק. לגבי שיקולים אלה נאמר בע"פ **יששכרוב** כי כאשר מדובר בראיה מכוון בראיה בכך כדי לתמוך בקבלהה כראיה על מנת שלא יפגע האינטראס הציבורי שבאכיפת החוק במקרים חמורים. עם זאת, כבר בע"פ **יששכרוב** עצמו הצביעה השופטת דורית בנים על הקושי הנעוז בהתחשבות בשיקול זה לנוכח החשש הגדול לפגיעה בזכויות חסודים דזוקא בתיקים חמורים. לפיכך, קבעה השופטת בנים כי משקלו של שיקול זה יקבע בפסקת בית המשפט. בرع"פ **בן חיים** חזרה השופטת בנים על דבריה הכלליים המסייעים את ההתחשבות בשיקול של חומרת העבירה, אך בפועל התחשבה בהכרעתה לפסול את הראיות בכך שלא מדובר היה בעבירות חמורות. בית המשפט נשמעו גם דעות כי יש להתעלם כמעט לחלוטין משל מהשיקול של חומרת העבירה כאשר שוקלים אם לפסול ראייה שנטקבה שלא כדין. כך למשל פסק השופט יורם דנציגר ברע"פ **בן חיים**, בע"פ 10049/08 **ראתב אבו עצא נ' מדינת ישראל** (2012) ובדן"פ 5852/10 **מדינת ישראל נ' מאיר שמש** (2012). כך נקבע גם השופט אורן שהם בע"פ 3239/14 **נור אלאדין חמאיסה נ' מדינת ישראל** (2016) ובע"פ 2868/13 **אלישע חייטוב נ' מדינת ישראל** (2018) (חוות דעתו התקבלה בהסכמה השופטים דפנה ברק ארצ וחנן מלצר). השופט ניל הנדל הסתייג ממtan משקל ממש לשיקול של חומרת העבירה בעת החלטה אם לפסול ראייה שהושגה שלא כדין בע"פ 5956/08 **סלימאן אל עוקה נ' מדינת ישראל** (2011). השופט אדמוני לוי פסק בע"פ 4988/08 **איתן פרחי נ' מדינת ישראל** (2011) שחומרת העבירה אינה יכולה להביא להכרשת ראייה שהושגה שלא כדין כאשר הפסול בהשגתה היה גדול. ככלומר, לא מדובר בהכרח בשיקול מכירע, אלא בשיקול אחד מבין כלל השיקולים. לעומת השופט אסתר חייט ממש לשיקול של חומרת העבירה בע"פ **פרחי**. כמו כן, לאחרונה הביע השופט יוסף אלרון עמדה דומה זו של השופט חייט בשאלת קרובות של מתן צו במהלך החקירה כאשר טרם הוצאתו פعلا המשטרה באופן פסול להשגת ראיות. זאת, בבע"פ 19/7917 **יונתן אוריך נ' מדינת ישראל** (2019).

20. מן הסקירה שהבאת לי לעיל ניתן לגזר כי ההלכה היא שעצם העובדה שמדובר בעבירה חמורה ואף חמורה מאד (שהרי בחלק מהתיקים שנדונו בבית המשפט העליון נדונו עבירות של רצח ואונס), אינה מהויה מחסום בפני פסילת ראיות שנתפסו שלא כדין. עם זאת, נראה כי חומרת העבירה עדין מהויה שיקול מכלול השיקולים ששולב בבית המשפט בעת שהוא מחליט אם לפסול ראייה שהושגה שלא כדין. זאת, חלק מאופייה של דוקטרינת פסילת הראיות שעצבה בפסיקה כזו המבוססת על נוסחת איזון ולא על כלל פסילה מוחלט. לפי חילך משופטי בית המשפט העליון משקלו של השיקול של חומרת העבירה במסגרת נוסחת האיזון הוא מוגבל ביותר. עם זאת, על אף ירידת מעמדו הפורמלי של שיקול זה, ניתן הפסיקה מלמד לכואורה על כך שבפועל שיקול זה עדין מקבל משקל שכן קשה להציג על מקרה שבו זוכה נאש מעבירה חמורה כתוצאה מפסילת ראייה "חפץ" שהושגה שלא כדין.

21. במקרה שבפני מובילים שורת שיקולים להחלטה כי אין לפסול את החפצים שנתפסו במכונית שבה נаг הנאשם. אשר לחומרת הפגם שבהתנהגות השוטרים: כפי שהבהירתי לעיל, עצם עיכובו של הנאשם נעשה כדין. כמו כן, הسطיה מהסתנדרת הראיתית הנדרש לשם עירicht חיפוש במכונית הייתה לכל היותר קלה - לא מדובר בחיפוש שנערך על סמך אינטואיציה או על בסיס שיקולים זרים ללא כל חשד אובייקטיבי, אלא שכמות הראיות הייתה גבולית. מכאן ניתן להסיק שהשוטרים פעלו בתום לב מתוך מחשבה שעומדת להם סמכות חיפוש במכונית. אשר להשפט אי החוקיות על הראיות שנתפסו: הראיות שנתפסו הן ראיות "חפץ" שהתקיימו בעולם בל' קשר לחיפוש שנערך במכונית ומהימנותן אינה מושפעת מן השאלה אם החיפוש במכונית התבസ על חשד סביר אם לאו. אשר לנזק החברתי אם תתקבל הראייה או תפיס: הרי שמדובר בעבירה חמורה לא רק מבחינת העונש המרבי של 20 שנות מאסר שנקבע בגינה בחוק, אלא גם משום הנסיבות הגדולה של הסמים שנתפסו, כך שהנזק החברתי כתוצאה מפסילת הראיות יהיה גדול יחסית. שיקולים נגדיים הנוגעים לשאלת האם הייתה הראייה מתגלית בדרך אחרת אינם גוברים על השיקולים שהוזכרו לעיל.

22. לנוכח האמור לעיל, אני מקבל כראיות את ממצאי החיפוש במכונית המפורטים בדו"ח הפעולה ת/1 - לרבות 5,452.79 ק"ג סם מסוכן מסוג 5F-ADB מכואלה מחוות דעת המעבדה האנגלית (24) (אין מחלוקת אודות שרשות הראיות המתארת את דרכם של הסמים מהמכונית שבה נаг הנאשם למעבדה שבה נבדקו. השרשרת מפורטת בראיות ת/1, ת/22, ת/23, ת/9).

הchiposh במקום מגוריו של הנאשם וקבילותם של ממצאים

23. עוד עובד, ראש צוות הבילוש, סיפר בדיותו הראשית[8], כי לאחר שנמצאו הסמים ברכב שבו נаг הנאשם, הם עצרו אותו ולקחו אותו לתחנה, ומשם יצאו לחיפוש בบיתה שהוא משאית שהוסבה לדירת חדר. בתוך הדירה נמצאו סמים.

24. בדו"ח הפעולה שכתב השוטר עובד והוגש בהסכם (ת/11) נכתב כי "בהמשך למעצרו" של הנאשם

שאל אותו השוטר הין הוא גר. הנאשם טען בתגובה שהוא גר בירושלים, אז ל乾坤 השוטר לרוחוב כרמי 2 בתל אביב. כשהגינו לשם, אמר לו הנאשם שהוא מתגורר באותו מקום במשאית שהוסבה לדירה ובצרור שלו יש מפתחות (לכינסה). בצרור שבו היו מפתחות המכונית שבה נהג הנאשם והוא אמן גם מפתחות לדירה. הנאשם "נשאל לגבי עדים, סירב", ואמר לשוטר: "תחפש בבית. אין בעיה".

.25 בחיקירתו הנגדית אמר השוטר עובד כי אינו יודע מודיע לא בקשר השוטרים צו חיפוש לפני שהלכו לחפש בبيתו של הנאשם, אך הוא מניח "שמחשש להעלמה". כשנשאל "העלמה על ידי מי?" השיב שגם יודע[9]. העד גם לא ידע להסביר איך ידוע השוטרים שהנתגזר בתל אביב, אם אמר להם שהוא גר בירושלים. העד עמד על כך שאמר לנאים שזכותו שבchiposh ינכחו עדים, אך הוא סירב, וכן נערך החיפוש ללא עדים. לטעת השוטר, רק בזמן האחرون החלו להחתים מחזיקים בנכס שבו עומדים לבצע חיפוש על יותר על נוכחות עדים בחיפוש, וכך לא הוחתם על כך הנאשם (בדוח החיפוש (ת/13) לא פורט הטעם לכך שהchiposh נערך ללא עדים).

.26 השוטר אלכסי מטביב סיפר בעדותו הראשית[10] שלאחר החיפוש במכוניתלקח את הנאשם לתחנה וישב יחד איתו בתא העצורים. "בשלב מסוים" ראש הוצאות עוז עובד ביקש ממנו להביא את הנאשם לנידית והם נסעו יחדיו לרוחוב כרמי 2 בתל אביב, שם הייתה משאית שהוסבה לדירה. הם נכנסו לדירה והעד מצא בא לדבריו קופסת מסטיקים ובתוכה שניים וחצי כדורים של חומר שחזור כי הוא אקסטי. לדבריו, "יש חזר שימושית לבית ומוגדרת", ובארון בחזר זו מצא שקיית שבתוכה חומר שחזור שהוא סם מסוג "ニיס גאי" (9 גרם ברוטו לפי בדיקתו). עדותו הראשית של השוטר במשפט הייתה חזרה מדוקחת על האמור בדוח הפעולה שכותב (ת/21). כשנשאל על כך בחיקירתו הנגדית, לעד לא היה הסבר מדוע בוצע החיפוש בדירה הנתבעת לא צו חיפוש. לדבריו, הוא עצמו ערך את החיפוש בהוראת מפקד הוצאות עוז עובד שהיה גם אחראי לסוגיות נוכחות עדים בחיפוש. העד העיד כי החזר שבה נערך החיפוש מגודרת ונמצאת בה המשאית בה התגזר הנאשם בלבד.

.27 סעיף (1) לפקודות סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש) [נוסח חדש, תשכ"ט-1969 (הפסד"פ) מסמיך שוטר "בלא צו חיפוש, להיכנס ולהחפש בכל בית, או מקום אם (1) יש לשוטר יסוד להניח שמבצעים שם פשע, או שפצע בוצע שם זה מקרוב". עם זאת, בשל מעמדה החוקתי של הזכות לפרטויות הנגעה בשעת עriticת חיפוש, יש שהחילו גם על סמכות החיפוש את העקרון הקבוע בחוק לגבי מעצר, שלאפי קיימת עדיפות לפעולות השוטר מכוחו של צו (ראו למשל ת"פ (ראשון לציון) 14-04-1941 **מדינת ישראל נ' רועי רפאל** (2015)). זאת, בדומה לקביעתו של שופט בית המשפט העליון יצחק עמית בדבר סמכות התפיסה: "כאשר במעצר עסוקין, דרך המלך היא מעצר באמצעות צו שיפוט, כאמור בסעיף 4 לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה-מעצרים), התשנ"ו-1996: 'מעצר אדם יהיה בצו של שופט (להלן - צו מעצר), אלא אם כן הוענקה בחוק סמכות לעצור בלבד'. בדומה, כך גם לגבי תפיסת רכוש. דרך המלך היא תפיסה באמצעות צו חיפוש ותפיסה לפי סעיף 23 לפקודות סדר הדין הפלילי, והחריג הוא תפיסה שלא מכוח צו. אלו עקרונות יסוד שעומדים בסיס שיטות המשפטית" (רע"פ 18/4526 **שאול אלוביץ נ' מדינת ישראל** (2018)). לפי תפיסה זו, סמכות לפעולה ללא צו קיימת במקרה שיש בו מימד של דחיפות או אקראיות. בדברי השופט עmittel: "בכל החלטות שנזכרו לעיל, בהן הוכרה סמכותו של שוטר לתפוס חוץ או נכס ללא צו, היה אלמנט של דחיפות או אקראיות, שהצדיקו

תפיסה ללא צו" (**רע"פ אלוביץ'**). בהקשר זה יש להזכיר שהזכות לפרטיות, שנפגעת בעת עירכת חיפוש, מוגנת בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו לצדן של הזכות לחרות אישית הנפגעת כתוצאה ממוצר זכותה הקיימת הנפגעת כתוצאה מתפיסה.

28. לנוכח האמור לעיל, אני סבור כי כאשר מחליט שוטר לעורח חיפוש בבitemו של אדם ללא צו חיפוש, עליו לעשות זאת לאחר מחשבה. כמובן, בדבר ראשון עליו לשאול לבקש צו חיפוש מבית המשפט, ורק אם הוא מגיע לכלל מסקנה כי לנוכח הנسبות הספציפיות אין מקום לבקש צו זהה, יחליט לעורח את החיפוש ללא צו.

29. במקרה שבפני לא ידעו השוטרים להסביר מדוע נערך החיפוש ללא צו. אחד מביניהם העלה במשפט השערה הגיונית שהסיבה לכך היא חשש להעלמת ראיות. העובדה שהשוטר נאלץ לשער השערות בעניין זה נובעת מכך שאיש מן השוטרים לא נימק בזמן אמת את סיבת עירכת החיפוש ללא צו. בנסיבות אלה יש להניח לחובת השוטרים שככל לא שקלו לפני בקשה לקבל צו חיפוש בטרם החליטו לערכו ללא צו. בכך יש ממשום פגם בפועלתם.

30. בעניין הסיבה לאי נוכחות עדים בחיפוש נשמעה אך גרסתו של השוטר עוז עובד שלפיה סירב הנאשם, שהוא תופש הבית, לנוכחות עדים. גרסה זו תועדה בזמן בדו"ח פעולה שערק השוטר (ת/11), ובהיעדר סיבה לקבוע אחרת אני מוצא אותה כאמינה. מכאן שהחיפוש נערך ללא עדים כדין - בהתאם להוראות סעיף 26(א)(3) לפס"פ. אכן נפל פגם בכך שבדו"ח החיפוש לא סומנה הסיבה לכך שהחיפוש נערך ללא עדים ובכך לא קיימה לכואורה הדרישה לפרט הבקשה בפרוטוקול החיפוש בהתאם להוראות סעיף 26(א)(3) לפס"פ. ואולם, דו"ח החיפosh (ת/13) נערך בשעה 23:50 ודוי"ח הפעולה שבו תועד סירובו של הנאשם לנוכחות עדים (ת/11) חמיש דקות אחר כך, כך שחומרתו של פגם זה מצומצמת עוד יותר.

31. נשאלת השאלה אם העובדה שהחיפוש נערך במקרה זה ללא צו מצדיקה פסילת ממצאים. אשר לחומרת הפגם שבאופן השגת הראייה: ראשית יש לומר כי לאחר שנמצאו יותר מ-5 ק"ג של סמים במכונית שבה ניגר הנאשם היה לשוטרים יסוד להניח שגם במקום מגוריו של הנאשם מוחזקת כמות גדולה של סמים שהחזקתה היא פשוט. כמובן, קמה לשוטרים סמכות חיפוש ללא צו לפי הוראות סעיף 25(1) לפס"פ. יתר על כן, לנוכח ממצאי החיפוש במכונית סביר להניח כי אילו היו פונים השוטרים לבית המשפט בבקשת לקבלת צו, בקשה זו הייתה נענית, והסמים שנמצאו בבית היו נמצאים ממילא בחיפוש מכוח צו. עוד יש להוסיף כי החיפוש נערך לקראת השעה חצות ביום שלישי בשבוע, שעה שככל לא ניתן לקבל בה צו חיפוש שגרתיים מבית המשפט, כך שהמתנה לצו הייתה מעכבת את החקירה, מגדילה באופן משמעותי את מסגרת הזמן שבה אפשר להשפעת החיפוש על מהימנות הראייה: גם להתרומות תקופת המעצר לפני הגשת כתב אישום. אשר להשפעת החיפוש על מהימנות הראייה: גם כאן מדובר בראיות "חפניות" שקיים אינו תולדת החיפוש ואמינותן אינו מושפעת מחוקיותו של החיפוש. אשר לנמק החברתי שיגרם כתוצאה מקבלת הראיות או מפסילתן - כאן מדובר בראיות לביצוע

עבירה קלה בהרבה (בשל הכמות הקטנות מאד של הסמים שנתפסו) אשר משמעותה היא קטנה מאד לעומת העבירה של החזקת הכמות הגדולה מאד של הסמים במכונית, והנזק מפსילת ראיות אלה יהיה זניח. עם זאת, העובדה שקבוצת השיקולים השלישית בעניין ראיות אלה מאפשרת את פסילתן, אינה מחייבת את הפסילה. לנוכח, השיקולים האחרים שפורטו לעיל, שקשורים לשתי קבוצות השיקולים האחרות, אני מוצא כי אין מקום לפסול ראיות אלה, ואני מקבלן.

.32 אוסיף ואצין שהוイル ועמדה בפניי רק עדות השוטר מtbody שלפיה ארון השירות שבו מצא חלק מהסמים נמצא בחזר מגדרת "המשיכת לבית", ואין בכך אותה חזר מקומות לינה נוספים, אני קובע כי כךאמין היה.

.33 אמם שרשרת הראיות בעניין הממצאים שנתפסו בחיפוש זה תקינה, ואולם במעבדה נבדקו רק שניים מהכדורים, ואילו לגבי החומר שנמצא בארון, לפי חוות הדעת מדובר ב-5F-ADB, אך לא מצין בחוות הדעת משקלו של חומר זה, שהשוטר תיאר כ-9 גרם ברוטו. לפיכך, אני קובע בהתאם לנطען בכתב האישום כי הוכח רק לגבי שניים מהכדורים שמדובר ב-MDMA ושבארון בחזר נמצאה כמות קטנה ולא ידועה של סם מסוג 5F-ADB.

הודעות הנאשם בחקירה

.34 הסניגורית הסכימה כי באופן קבלת הودעות הנאשם בחקירה לא נפל פגמ, אך טענה שיש לפסול הודעות אלה כיוון שהן נגזרות מממצאי החיפושים, שנערכו לפי טענותיה כאמור לעיל באופן פסול. הוイル והחלטתי לקבל את מממצאי החיפושים שהוזכרו לעיל, אינני מוצא מקום לפסל את ההודעות שנגזרו מהם (הסניגורית אף לא טענה כי יש לפסל את ההודעות במקרה שיתקבלו מממצאי החיפושים).

.35 בהודעתו הראשונה (ת/4), שנמסרה סמוך לאחר השלמת החיפוש במקום מגוריו, טען הנאשם שאת החומר שהוא במכוניתו נמצא במבנה כלבים לא הרחק ממוקם מגוריו בסביבות השעה 18:30 באותו יום (כלשונו: "אומרים זהה ניס גאי, אבל לבדוק את זה... אין לו ריח. אין לו כלום. רק זה נראה כמו ריח של דשא. תיקח את זה לבדיקה של מעבדה. אני לא יודע זהה שם בכלל"). לדבריו, אין לו כלב, ולגינת הכלבים הלא כדי לעשן סיגריה. למוכנות הכנס את החומר "סתם". כשהתבקש להסביר את העובדה שבבietenו נמצא "ניס גאי", אמר הנאשם: "זה היה בחוץ בחזר לא בתוך הבית. לא יודע". אשר לאקסטי (MDMA) שנמצא בביתו אמר: "יש לי ידידה שהוא לוקחת פעם, לוקחת חצי פעם זה... לא נتفس אייזה כמות". הנאשם עמד על כך שלא רכש את הסמים ואין הוא עוסק במכירת סמים. את הסכום שנתפס ברשותו בזמן הרווח לדבורי בעבודתו בהובלו.

.36 בהודעה שנייה שמסר הנאשם (ת/14) חזר הנאשם על גרסתו שלפיה מצא את הסמים שנמצאו

במכוניתו. לטענתו, ראה אדם שחור עור שם את הסמים בגין הכלבים, ואף על פי שלא ידע מה אותו אדם הניח במקום, הוא הביא את מכוניתו ולקח מהמקום את מה שאותו אדם הניח. לדבריו, הואיל והוא מדבקות של "ניסי גאי" הבין שהזו תוכן הארייזות, אך כיוון שהיא כתוב על המדבקות "100% חוקי" לא ידע אם מדובר בחומר חוקי או לא חוקי. את הcadorsים שמצאו אצלם קנה לדבריו בשטחים תמורים 100 נס. לדבריו, הביא את הcadorsים לידיתו שהזיכר בחקירה הראשונה. הנאשם הוסיף כי אינו יודע מי שם את ה"ניסי גאי" בארון בחצר הבית, אך הוסיף שהארון משמש רק אותו.

היסוד הנפשי

.37 אף על פי שהגינה לא טענה דבר בעניין היסוד הנפשי של העבירה, אצ"נ שסעיף 31(2) לפקודת הסמים המוסכנים [נוסח חדש], תשל"ג-1973 קובע שאם "היה המשפט על עבירה לגבי סם, חזקה על הנאשם שידע כי הסם הוא מסוכן, והטוען להגנתו שלא ידע על כך - עליו הראה". הנאשם לא העיד במשפט ולא הגיע כל רأיה אחרת, אך שבodium לא הפריך חזקה זו. יתר על כן, הגרסה שמסר במשטרה שלפיה מצא באורח פלא את הכמות הגדולה של הסמים בגין הכלבים שלו אף על פי שאין לו כלב, היא מופרכת, אך גם יתר חלקו הגרסה האמורים לשיער לו אינם בעלי משקל כלשהו. על כל אלה יש להוסיף שאפילו לפי גרסתו במשטרה, הנאשם חשב שמדובר ארוך ביריר זאת, אך שיש לראות אותו כמו שהוא מודע לסוג החומר שבו מדובר. זאת, לפי הוראות סעיף 20(ג)(1) לחוק העונשין הקובע שרואים אדם שחשד בדבר טיב ההתנהגות או בדבר אפשרות קיום הנسبות כמו שהוא מודע להם, אם נמנע מלבררם".

מסקנות

.38 לאור כל האמור לעיל, ולאחר שקיבנתי את ממצאי החיפושים ואת הודעות הנאשם בחקירה, והואיל והנ帀ם לא העיד בבית המשפט ולא הציג כל ראייה אחרת, אני קובע לנוכח ראיות אלה ועל בסיס עדויות השוטרים, דו"חות הפעולה שלהם ויתר הראיות שהזיכר לעיל, שהוכחו עובדות כתוב האישום, שלפיהן החזיק הנאשם בגין שבה נג 9 5,452.79 קילוגרם סם מסוכן מסוג 5F-ADB (בצד יתר החפצים שנמצאו בחיפוש), ובבieten שני כדורי MDMA ככמות קטנה של סם מסוג 5F-ADB (בצד יתר החפצים שנמצאו בחיפוש). אשר למציאת הסם בארון הנמצא בחצר הרוי שלפיה עדות השוטר מדובר בארון הנמצא בחצר מגדרת המשיכת למקום מגוריו של הנאשם, וגם לפי עדותו של הנאשם במשטרה(aron) שבו נמצא הסם משרת רק אותו. מכאן שהשם נמצא בשליטתו של הנאשם, יש לראות אותו כמו שהחזק בז.

.39 הכמות הגדולה מאד של סם שנפתחה במכונית מקיימה נגד הנאשם חזקה שבעובדה כי החזיק את הסמים שלא לצרכתו העצמית. הנאשם לא סתר חזקה זו. לפיכך, אני מרשים את הנאשם בעבירה של החזקת סם שלא לצורך עצמית (בכמויות המפורטוות לעיל) לפי סעיף 7(א) ו-סעיף 7(ג) רישא) לפקודת הסמים המוסכנים [נוסח חדש], תשל"ג-1973.

ניתנה היום, 19 באפריל 2020, בהיעדר הצדדים בהסכמהם עקב מצב החירום שהוכרז במערכת המשפט עקב התפרצויות מגפת הקורונה.

המציאות תשליך את הכרעת הדין לצדים, וטיונונים לעונש ישמעו במועד שיתואם איתם לאחר שיחודשו הדינונים בבית המשפט.

[1]עמ' 5-6 לפרטוקול.

[2]עמ' 7 לפרטוקול, ש' 9-7.

[3]עמ' 8 לפרטוקול, ש' 5-4.

[4]עמ' 10 לפרטוקול.

[5]עמ' 11לפרטוקול, ש' 27-23.

[6]עמ' 12 לפרטוקול, ש' 17-1.

[7]עמ' 18-19 לפרטוקול.

[8]עמ' 10 לפרטוקול.

[9]עמ' 12 לפרטוקול, ש' 22-21.

[10]עמ' 18 לפרטוקול.