



ת"פ 37780/12/18 - מדינת ישראל נגד אמיר משאין

בית משפט השלום בתל אביב - יפו

ת"פ 37780-12-18 מדינת ישראל נ' משאין
לפני כבוד השופט איתי הרמלין

בעניין: מדינת ישראל
ע"י עו"ד דניאל אשכנזי

המאשימה

נגד

אמיר משאין
ע"י עו"ד אדוה אלאב

הנאשם

הכרעת דין

1. כתב האישום בתיק זה מייחס לנאשם עבירה של החזקת סמים שלא לצריכה עצמית. כתב האישום מבוסס בעיקרו על ממצאי שני חיפושים שנערכו ב-8.12.2018 - האחד במכונית שבה נהג הנאשם והשני במשאית ששימשה לו כבית ובחצר הצמודה אליה. בצד ממצאי החיפושים עומדות גם הודעותיו של הנאשם בחקירה. לפי הנטען בכתב האישום, בתא המטען של המכונית שבה נהג הנאשם נמצא סם מסוכן מסוג 5F-ADB במשקל של יותר מ-5 ק"ג ובמושב האחורי של המכונית נמצא סם מאותו סוג במשקל של יותר מ-230 גרם. כמו כן נמצאו במכונית לפי הנטען בכתב האישום שקיות אריזה שחורות רבות, מדבקות שעליהן כתוב: "מיסטר נייס גאי", וכן שני טלפונים ניידים וכסף מזומן. במשאית שבה התגורר הנאשם נמצאו לפי הטענה שתי טבליות סם מסוכן מסוג MDMA. בארון שירות בחצר "הבית" נמצאה שקית שחורה שעליה כתוב "מיסטר נייס גאי" ובה יחידה אחת של סם מסוג 5F-ADB.

2. לטענת ההגנה, שני החיפושים נערכו שלא כדין - החיפוש במכונית נערך ללא חשד סביר וללא בקשת הסכמתו של הנאשם, והחיפוש במשאית שבה התגורר הנאשם ובחצרה נערכו ללא צו חיפוש ולא בנוכחות עדים. בשל כך טוענת ההגנה כי יש לפסול את הראיות שנתפסו 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 שנתפסו במהלכם. לחילופי חילופין טוענת התביעה כי גם אם יפסלו ממצאי אחד החיפושים אין הצדקה לפסול את ההודעותיו של הנאשם שנמסרו לאחר שהנאשם התייעץ 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 הוגשו דו"חות פעולה שכתבו השוטרים ומסמכים נוספים, ואילו הנאשם לא העיד.



4. הואיל והטענות הנטענות כלפי חוקיות כל אחד מן החיפושים הן שונות ונפרדות, אדון בכל אחד מהחיפושים בנפרד, ואכריע בנפרד בשאלת קבילות הראיות שנתפסו בהם.

החיפוש במכונית שבה נהג הנאשם וקבילות ממצאיו

5. לפי עדותו הראשית במשפט של השוטר איציק בראל^[1], במועד הרלוונטי היה חלק מצוות בילוש וישב במושב שליד הנהג ברכב בילוש משטרה (הכוונה ככל הנראה לרכב משטרה שאינו מסומן ככזה). לדבריו, הוא ועמיתיו נסעו מכיוון מערב למזרח ברחוב טרפון שהוא רחוב חד סטרי 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 הבהיר איך עברו לנסוע באותו כיוון). לדברי השוטר, הנאשם נסע מהר - במהירות שאינה תואמת את תוואי הרחוב. ברחוב יקותיאל כרז לרכב לעצור. הוא יצא מניידת הבילוש, ניגש לנהג, הזדהה כשוטר וביקש מהנאשם שיציג בפניו תעודת זהות. כששאל את הנאשם למעשיו במקום, אמר לו האחרון שחברתו מתגוררת באזור והוא אינו בן המקום אלא מעטרת הסמוכה לירושלים, והלך לאיבוד. לפי עדותו של השוטר "ההתנהלות עד לעצם הנקודה הזאת" עוררה את חשדו "שמשהו פלילי התנהל בעבר או עומד להתנהל", והוא ראה "צורך מהותי" לחפש ברכב. הוא הודיע לנאשם שהוא עומד לחפש ברכב. בחיפוש שנערך במכונית על ידי השוטרים נמצאו במושב האחורי של הרכב ובתא המטען כמות גדולה של חומר שחשד כי הוא סם ואריזות של סם מסוג "נייס גאי".

6. דו"ח הפעולה של השוטר הוגש בהסכמת ההגנה (ת/1). עיון בדו"ח מעלה כי ההתרחשות (בשעה 21:45 לערך בתאריך האמור בכתב האישום) מתוארת בדו"ח בעיקרו של דבר כפי שתיארה השוטר בעדות הראשית. חילופי הדברים בינו לבין הנאשם מתוארים בדו"ח כך: "שאלתי את הנהג מהיכן הוא? והוא ענה: עטרת. שאלתי מה מעשיו כאן? ענה: הלכתי לאיבוד, חברתי גרה בשכונת עזרא". אשר לממצאי החיפוש - לפי הדו"ח, במושב האחורי של המכונית שבה נהג הנאשם מצא השוטר שקית לבנה ובה חומר שהשוטר חשד שהוא "נייס גאי", ארגז קרטון ובו מדבקות שעליהן כתוב: "נייס גאי" וארגז קרטון ובו שקיות אריזה שחורות קטנות. בתא המטען היה ארגז קרטון גדול סגור שבו היו שקיות לבנות ובהן חומר שהשוטר חשד שהוא "נייס גאי" וכן ארגז נוסף ובו מדבקות שעליהן כתוב: "נייס גאי". לפי הדו"ח, הנאשם טען בפני השוטר שמצא את ארגז הקרטון. בין שני המושבים ברכב מצא השוטר 720 ₪ במזומן ובתוך תעודת הזהות של הנאשם מצא 200 אירו ודולר אחד. כמו כן תפס שני מכשירי טלפון שמסכיהם שבורים. השוטר תפס את המוצגים וסימן אותם (הסימונים מפורטים בדו"ח).

7. בחקירתו הנגדית הסביר השוטר בראל כי חשדו נגד הנאשם שהביא אותו לערוך את החיפוש, חשד שהיה מבוסס על נהיגתו נגד כיוון התנועה, נהיגתו המהירה ותשובותיו לשאלות שהוא עצמו שאל אותו, לא היה חשד ספציפי - "סך כל הנקודות העלה אצלי את החשד שמשהו פלילי שאני עוד לא יודע, ולצורך זה החיפוש ברכב היה מהותי להשלמת התמונה הכוללת"^[2]. "חשד שהתנהל משהו פלילי או עומד להתנהל"^[3].

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



את הנהג. שאלנו אותו מאיפה הוא, והוא אמר שהוא מירושלים. אם אני זוכר נכון, השוטר שהיה איתי איציק, ששוחח אתו גם, אמר לי שהוא רואה שקית של סמים בתוך האוטו נייס גיי, ומפה התגלגלנו לחיפוש ברכב".

9. מעיין בדו"ח הפעולה שכתב השוטר עובד שהוגש בהסכמת ההגנה (ת/12), עולה כי גם שם הופיע תיאור דומה לזה שתיאר בעדותו הראשית במשפט אודות אופן נסיעת רכבו של הנאשם - כלומר, שהשוטרים ראו רכב "שנוסע באין כניסה ברחוב טרפון" ואחר כך "נוסע במהירות ברחובות התקווה". לפי הדו"ח, השוטר עובד חיפש בחלק האחורי של הרכב "לאחר שנתפס שם סם על ידי השוטר איציק", אך לא נכתב בדו"ח שמציאת הסם או ההבחנה בו על ידי איציק בראל קדמו להחלטה על עריכת החיפוש.

10. בחקירתו הנגדית של העד עובד, אמר העד כי את החיפוש ברכב ערכו אחרי שהשוטר בראל מצא שקית נייס 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 המקום, שאמר שגר בירושלים. נדמה לי שזה היה ביום שישי בשעות לילה. זה מספיק כדי לחשוד שיש משהו פלילי שאנו צריכים לבדוק...". בתשובה לשאלה: "מה זה המשהו הפלילי שבגללו קיבלתם החלטה שצריך לבצע חיפוש ברכב?" השיב העד: "יכול להיות סמים. יכול להיות רכוש מדירה שנפרצה. יכול להיות רכב משובר". לשאלת הסניגורית הוסיף העד שהשוטרים בדקו וראו שהרכב "לא משובר". לדבריו, מצב העניינים הצדיק עריכת חיפוש ובדיקה [6].

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

12. עיין בדו"ח הפעולה שכתב 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 שהנאשם לא עצר ב"תמרורי עצור" בלשון רבים. כמו כן, לפי הדו"ח הנאשם נענה לבקשתו של השוטר לכבות את מנוע הרכב ולמסור לו את המפתחות. לפי הדו"ח, כשנשאל הנאשם על ידי השוטר בראל: "מה אתה עושה כאן?", השיב שהוא עובד בהובלות.

13. בחקירתו הנגדית אמר העד שהנאשם לא ציית למספר תמרורי עצור ולא לאחד בלבד. לדבריו, הנאשם הגיע מכיוון רחוב כרמי ופנה פנייה אסורה לרחוב יקותיאל. השוטרים נסעו אחרי הנאשם דקה שתיים לפני שהורו לו לעצור. הוא עצמו לא היה מעורב בהחלטה להורות לנאשם לעצור. העד ציין שאינו יודע מדוע החליט השוטר בראל לחפש ברכב.

14. הואיל ועומדות בפני עדויות השוטרים בלבד וניתן לגזור מהן קו משותף עקבי וברור, אני קובע כי השוטרים הורו לנאשם לעצור את מכוניתו לאחר שראוהו נוסע תוך הפרת חוקי התנועה בסמטאות שכונת התקווה - נוסע נגד כיוון



התנועה ברחוב חד סטרי ונוסע מהר. הואיל ורק אחד השוטרים התייחס לאי ציות לתמרור או לתמרורי עצור, אינני רואה טענה זו כמכוחת. כמו כן, הואיל ואחד השוטרים אמר כי הנאשם נסע "קצת מהר", אין לי אלא לאמץ גרסה זו המקלה עם הנאשם - כלומר, הנאשם נסע מהר מכפי שמתאים לתנאי הדרך אך לא במהירות קיצונית. 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 מעטרות שליד ירושלים, וכשנשאל למעשיו במקום אמר שחברתו מתגוררת בשכונת עזרא הסמוכה והוא איבד את דרכו. למען הסר ספק, אני מעדיף את עדותו של השוטר בראל שהחליט על עריכת החיפוש על פני עדות השוטר עובד, וקובע לפיה שהוא לא הבחין בסמים שבמושב האחורי בטרם תחילת החיפוש - גרסה זו גם מטיבה עם הנאשם.

15. אין ספק שעבירות התנועה שעבר הנאשם לעיני השוטרים, הקימו לשוטרים סמכות לעכבו ולברר את זהותו ומענו, לפי סעיפים 67 ו-69 לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה - מעצרים), תשנ"ו-1996. נשאלת עם זאת השאלה אם נהיגתו הפרועה בצירוף תשובותיו לשוטר הקימו חשד סביר שהצדיק חיפוש ברכב בהתאם לסטנדרט 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 - מעצרים), תשנ"ו-1996.

16. החשד שקם נגד הנאשם בעקבות נהיגתו הפרועה ותשובותיו לשאלות השוטר היה גבולי במבחני החשד הסביר בהקשר של עריכת חיפוש ברכב. בריא כי עצם ביצוען של עבירות תנועה אינו מצדיק עריכת חיפוש משטרתי ברכבו של אדם. יתר על כן, הנאשם ציית להנחיות השוטרים - עצר מיד את רכבו כשהתבקש, וכיבה את המנוע ומסר את המפתחות כשהתבקש. בצד זאת, תשובותיו של הנאשם לשאלות אמנם יכולות היו לעורר חשד מסוים. זאת, לא רק כיוון שלא נתן "סיבה טובה" להימצאו במקום, אלא אולי גם כיוון שהציפיה היא שאדם שמאבד את דרכו יסע לאט ולא מהר. ואולם, אין זה מופרך לחשוב שאדם שנקלע למקום שאינו מכיר יכנס בטעות לסמטה חשוכה נגד כיוון התנועה המותר בה ואולי גם ינסה לצאת מן הסמטאות במהירות למקום מואר ומוכר. כיוון שכך, אף כי אין טענה שהחשד לא היה סביר משום שהתבסס על אינטואיציה בלבד, או על שיקולים זרים או שיקולים סובייקטיביים לחלוטין, ניתן לחלוק על סבירותו של חשד זה מבחינה כמותית. תמיכה בעמדה זו ניתן למצוא בכך שחשדם של השוטרים לא היה מוגדר כלל - השוטרים כלל לא ידעו לומר אם חשדו בכך שבוצעה עבירה או שעתידה הייתה להתבצע עבירה ובאיזו עבירה מדובר. ואולם, ההכרעה בשאלה מאיזה צד של גבול הסבירות של החשד היה חשדם של השוטרים במקרה זה אינה נדרשת לשם הכרעה בתיק. זאת, כיוון שגם אם היא נמצאת צמוד לגבול מצדו התחתון, כך שלא קם חשד סביר המקים סמכות חיפוש, עדיין כלל פסילת הראיות ה"יחסי" שהורתו בע"פ 5121/98 **טור' רפאל יששכרוב נ' התובע הצבאי הראשי** (2006) מחייב לקבל כראיות את ממצאי החיפוש במכונית.

17. **בע"פ יששכרוב** נקבעו מספר שיקולים ואמות מידה שעל פיהם יש להכריע בשאלת קבילותה של ראייה שהושגה שלא כדין. סוג השיקולים הראשון נוגע לאופייה ולחומרתה של אי החוקיות שהייתה נעוצה בהשגת הראייה. בין שיקולים אלה נמצאים אופיין וחומרתן של אי החוקיות או אי ההגנות שהיו כרוכים בהשגת הראייה, האם רשויות אכיפת החוק עשו שימוש באמצעי החקירה הבלתי כשרים במכוון ובזדון או שמא בתום לב, האם מתקיימות "נסיבות מקלות" שבכוחן להפחית מחומרתה של אי החוקיות שהיתה כרוכה בהשגת הראייה, באיזו מידה של קלות ניתן היה להשיג את הראייה באופן חוקי והאם הראייה היתה מתגלית או מושגת על-ידי רשויות אכיפת החוק גם לולא השימוש



באמצעי החקירה הבלתי כשרים. סוג השיקולים השני נוגע למידת ההשפעה של אמצעי החקירה הפסול על הראיה שהושגה. בהקשר זה יש לבדוק באיזו מידה אי החוקיות שהיתה כרוכה בהשגת הראיה, עשויה להשפיע על מהימנותה ועל ערכה ההוכחתי של הראיה וכן אם קיומה של הראיה הוא עצמאי ונפרד מאי החוקיות שהיתה כרוכה בהשגתה. סוג השיקולים השלישי נוגע לנזק מול התועלת החברתיים הכרוכים בפסילת הראיה. הפרמטרים העיקריים בעניין זה הם חשיבות הראיה להוכחת האשמה, מהות העבירה המיוחסת לנאשם ומידת חומרתה. שני שיקולים מרכזיים בתיק שבפניי מחייבים התייחסות נוספת מעבר לקטגוריזציה הכללית שהובאה לעיל מע"פ יששכרוב, ועל כך להלן.

18. השיקול הראשון המצריך התייחסות נוספת בשל מרכזיותו בתיק זה נוגע לסוג השיקולים השני שהוזכר לעיל - כלומר, הקשר בין אי החוקיות שבדרך שבה הושגה הראיה לבין מידת מהימנותה של הראיה. שיקול זה מבחין הבחנה חדה בין ראיות פיזיות (או בשפת המשפט: ראיות "חפציות" - מלשון חפץ) להודאות, שכן בריא שקיומו של החפץ ומאפייניו אינם מושפעים ככלל מן האופן שבו נתפס. זאת, בניגוד להודאה שעשויה להגיע לעולם כתוצאה מפעולתם הפסולה של החוקרים ומהימנותה עשויה אף להיפגע כתוצאה מן האופן שבו הושגה. אף על פי כן, נקבע ברע"פ 10141/09 אברהם בן חיים נ' מדינת ישראל (2012) כי בנסיבות מסוימות יפסלו גם ראיות פיזיות שנתפסו בחיפוש בלתי חוקי.

19. סוג השיקולים השני המצדיק התעכבות נוספת הוא זה הנוגע לחומרת העבירה ולחשיבות הראיה בתיק. לגבי שיקולים אלה נאמר בע"פ יששכרוב כי כאשר מדובר בראיה מכרעת בתיק חמור יהיה בכך כדי לתמוך בקבלתה כראיה על מנת שלא יפגע האינטרס הציבורי שבאכיפת החוק במקרים חמורים. עם זאת, כבר בע"פ יששכרוב עצמו הצביעה השופטת דורית ביניש על הקושי הנעוץ בהתחשבות בשיקול זה לנוכח החשש הגדול לפגיעה בזכויות חשודים דווקא בתיקים חמורים. לפיכך, קבעה השופטת ביניש כי משקלו של שיקול זה יקבע בפסיקת בתי המשפט. ברע"פ בן חיים חזרה השופטת ביניש על דבריה הכלליים המסייגים את ההתחשבות בשיקול של חומרת העבירה, אך בפועל התחשבה בהכרעתה לפסול את הראיות בכך שלא מדובר היה בעבירות חמורות. בבית המשפט נשמעו גם דעות כי יש להתעלם כליל או כמעט כליל מהשיקול של חומרת העבירה כאשר שוקלים אם לפסול ראיה שנתקבלה שלא כדין. כך למשל פסק השופט יורם דנציגר ברע"פ בן חיים, בע"פ 10049/08 ראתב אבו עצא נ' מדינת ישראל (2012) ובדנ"פ 5852/10 מדינת ישראל נ' מאיר שמש (2012). כך קבע גם השופט אורי שהם בע"פ 3239/14 נור אלאדין חמאסה נ' מדינת ישראל (2016) ובע"פ 2868/13 אלישע חייבטוב נ' מדינת ישראל (2018) (חוות דעתו התקבלה בהסכמת השופטים דפנה ברק ארז וחנן מלצר). השופט ניל הנדל הסתייג ממתן משקל ממשי לשיקול של חומרת העבירה בעת החלטה אם לפסול ראיה שהושגה שלא כדין בע"פ 5956/08 סלימאן אל עוקה נ' מדינת ישראל (2011). השופט אדמונד לוי פסק בע"פ 4988/08 איתן פרחי נ' מדינת ישראל (2011) שחומרת העבירה אינה יכולה להביא להכשרת ראיה שהושגה שלא כדין כאשר הפסול בהשגתה היה גדול. כלומר, לא מדובר בהכרח בשיקול מכריע, אלא בשיקול אחד מבין כלל השיקולים. לעומתם, נתנה השופטת אסתר חיות משקל ממשי לשיקול של חומרת העבירה בע"פ פרחי. כמו כן, לאחרונה הביע השופט יוסף אלרון עמדה דומה לזו של השופטת חיות בשאלה קרובה של מתן צו במהלך החקירה כאשר טרם הוצאתו פעלה המשטרה באופן פסול להשגת ראיות. זאת, בבש"פ 7917/19 יונתן אוריך נ' מדינת ישראל (2019).



20. מן הסקירה שהבאתי לעיל ניתן לגזור כי ההלכה היא שעצם העובדה שמדובר בעבירה חמורה ואף חמורה מאד (שהרי בחלק מהתיקים שנדונו בבית המשפט העליון נדונו עבירות של רצח ואונס), אינה מהווה מחסום בפני פסילת ראיות שנתפסו שלא כדין. עם זאת, נראה כי חומרת העבירה עדיין מהווה שיקול במכלול השיקולים ששוקל בית המשפט בעת שהוא מחליט אם לפסול ראיה שהושגה שלא כדין. זאת, כחלק מאופייה של דוקטרינת פסילת הראיות שעוצבה בפסיקה ככזו המבוססת על נוסחת איזון ולא על כלל פסילה מוחלט. לפי חלק משופטי בית המשפט העליון משקלו של השיקול של חומרת העבירה במסגרת נוסחת האיזון הוא מוגבל ביותר. עם זאת, על אף ירידת מעמדו הפורמאלי של שיקול זה, ניתוח הפסיקה מלמד לכאורה על כך שבפועל שיקול זה עדיין מקבל משקל שכן קשה להצביע על מקרה שבו זוכה נאשם מעבירה חמורה כתוצאה מפסילת ראיה "חפצית" שהושגה שלא כדין.

21. במקרה שבפניי מובילים שורת שיקולים להחלטה כי אין לפסול את החפצים שנתפסו במכונת שבה נהג הנאשם. אשר לחומרת הפגם שבהתנהגות השוטרים: כפי שהבהרתי לעיל, עצם עיכובו של הנאשם נעשה כדין. כמו כן, הסטייה מהסטנדרט הראייתי הנדרש לשם עריכת חיפוש במכונת 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 במכונת. אשר להשפעת אי החוקיות על הראיות שנתפסו: הראיות שנתפסו הן ראיות "חפציות" שהתקיימו בעולם בלי קשר לחיפוש שנערך במכונת ומהימנותן אינה מושפעת מן השאלה אם החיפוש במכונת התבסס על חשד סביר אם לאו. אשר לנזק החברתי אם תתקבל הראיה או תפסל: הרי שמדובר בעבירה חמורה לא רק מבחינת העונש המרבי של 20 שנות מאסר שנקבע בגינה בחוק, אלא גם משום הכמות הגדולה של הסמים שנתפסו, כך שהנזק החברתי כתוצאה מפסילת הראיות יהיה גדול יחסית. שיקולים נגדיים הנוגעים לשאלה אם הייתה הראיה מתגלית בדרך אחרת אינם גוברים על השיקולים שהוזכרו לעיל.

22. לנוכח האמור לעיל, אני מקבל כראיות את ממצאי החיפוש במכונת המפורטים בדו"ח הפעולה ת/1 - לרבות 5,452.79 ק"ג סם מסוכן מסוג 5F-ADB כעולה מחוות דעת המעבדה האנליטית (ת/24) (אין מחלוקת אודות שרשרת הראיות המתארת את דרכם של הסמים מהמכונת שבה נהג הנאשם למעבדה שבה נבדקו. השרשרת מפורטת בראיות ת/1, ת/9, ת/23, ת/22, ת/25).

החיפוש במקום מגוריו של הנאשם וקבילותם של ממצאיו

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

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



שאל אותו השוטר היכן הוא גר. הנאשם טען בתגובה שהוא גר בירושלים, ואז לקח אותו השוטר לרחוב כרמי 2 בתל אביב. כשהגיעו לשם, אמר לו הנאשם שהוא מתגורר באותו מקום במשאת שהוסבה לדירה ובצורר שלו יש מפתחות (לכניסה). בצורר שבו היו מפתחות המכונת שבה נהג הנאשם היו אמנם גם מפתחות לדירה. הנאשם "נשאל לגבי עדים, סירב", ואמר לשוטר: "תחפש בבית. אין בעיה".

25. בחקירתו הנגדית אמר השוטר עובד כי אינו יודע מדוע לא ביקשו השוטרים צו חיפוש לפני שהלכו לחפש בביתו של הנאשם, אך הוא מניח "שמחשש להעלמה". כשנשאל "העלמה על ידי מי?" השיב שאינו יודע^[9]. העד גם לא ידע להסביר איך ידעו השוטרים שהנאשם מתגורר בתל אביב, אם אמר להם שהוא גר בירושלים. העד עמד על כך שאמר לנאשם שזכותו שבחיפוש ינכחו עדים, אך הוא סירב, ולכן נערך החיפוש ללא עדים. לטענת השוטר, רק בזמן האחרון החלו להחתיים מחזיקים בכנס שבו עומדים לבצע חיפוש על ויתור על נוכחות עדים בחיפוש, ולכן לא הוחתם על כך הנאשם (בדו"ח החיפוש (ת/13) לא פורט הטעם לכך שהחיפוש נערך ללא עדים).

26. השוטר אלכסיי מטבייב סיפר בעדותו הראשית^[10] שלאחר החיפוש במכונת לקח את הנאשם לתחנה וישב יחד איתו בתא העצורים. "בשלב מסוים" ראש הצוות עוז עובד ביקש ממנו להביא את הנאשם לניידת והם נסעו יחדיו לרחוב כרמי 2 בתל אביב, שם הייתה משאת שהוסבה לדירה. הם נכנסו לדירה והעד מצא בא לדבריו קופסת מסטיקים ובתוכה שניים וחצי כדורים של חומר שחשד כי הוא אקסטזי. לדבריו, "יש חצר שמשיכת לבית ומגודרת", ובארון בחצר זו מצא שקית שבתוכה חומר שחשד שהוא סם מסוג "נייס גאי" (9 גרם ברוטו לפי בדיקתו). עדותו הראשית של השוטר במשפט הייתה חזרה מדויקת על האמור בדו"ח הפעולה שכתב (ת/21). כשנשאל על כך בחקירתו הנגדית, לעד לא היה הסבר מדוע בוצע החיפוש בדירת הנאשם ללא צו חיפוש. לדבריו, הוא עצמו ערך את החיפוש בהוראת מפקד הצוות עוז עובד שהיה גם אחראי לסוגיית נוכחות עדים בחיפוש. העד העיד כי החצר שבה נערך החיפוש מגודרת ונמצאת בה המשאת בה התגורר הנאשם בלבד.

27. סעיף 25(1) לפקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש) [נוסח חדש], תשכ"ט-1969 (הפסד"פ) מסמך שוטר "בלא צו חיפוש, להיכנס ולחפש בכל בית, או מקום אם (1) יש לשוטר יסוד להניח שמבצעים שם פשע, או שפשע בוצע שם זה מקרוב". עם זאת, בשל מעמדה החוקתי של הזכות לפרטיות הנפגעת בשעת עריכת חיפוש, יש שהחילו גם על סמכות החיפוש את העקרון הקבוע בחוק לגבי מעצר, שלפיו קיימת עדיפות לפעולת השוטר מכוחו של צו (ראו למשל ת"פ (ראשון לציון) 19411-04-14 **מדינת ישראל נ' רועי רפאל** (2015)). זאת, בדומה לקביעתו של שופט בית המשפט העליון יצחק עמית בדבר סמכות התפיסה: "כאשר במעצר עסקינן, דרך המלך היא מעצר באמצעות צו שיפוטי, 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 בלא צו'. בדומה, כך גם לגבי תפיסת רכוש. דרך המלך היא תפיסה באמצעות צו חיפוש ותפיסה לפי סעיף 23 לפקודת סדר הדין הפלילי, והחריג הוא תפיסה שלא מכוח צו. אלו עקרונות יסוד שעומדים בבסיס שיטתנו המשפטית" (רע"פ 4526/18 **שאול אלוביץ' נ' מדינת ישראל** (2018)). לפי תפיסה זו, הסמכות לפעולה ללא צו קיימת במקרה שיש בו מימד של דחיפות או אקראיות. כדברי השופט עמית: "בכל ההחלטות שנזכרו לעיל, בהן הוכרה סמכותו של שוטר לתפוס חפץ 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 עריכת חיפוש, מוגנת בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו לצדן של הזכות לחירות אישית הנפגעת כתוצאה ממעצר וזכות הקניין הנפגעת כתוצאה מתפיסה.

28. לנוכח האמור לעיל, אני סבור כי כאשר מחליט שוטר לערוך חיפוש בביתו של אדם ללא צו חיפוש, עליו לעשות זאת לאחר מחשבה. כלומר, כדבר ראשון עליו לשקול לבקש צו חיפוש מבית המשפט, ורק אם הוא מגיע לכלל מסקנה כי לנוכח הנסיבות הספציפיות אין מקום לבקש צו כזה, יחליט לערוך 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 עריכת החיפוש ללא צו. בנסיבות אלה יש להניח לחובת השוטרים שכלל לא שקלו לפנות בבקשה לקבל צו חיפוש בטרם החליטו לערוך ללא צו. בכך יש משום פגם בפעולתם.

30. בעניין הסיבה לאי נוכחות עדים בחיפוש נשמעה אך גרסתו של השוטר עוז עובד שלפיה סירב הנאשם, שהיה תופש הבית, לנוכחות עדים. גרסה זו תועדה בזמן אמת בדו"ח פעולה שערך השוטר (ת/11), ובהיעדר סיבה לקבוע אחרת אני מוצא אותה כאמינה. מכאן שהחיפוש נערך ללא עדים כדין - בהתאם להוראות סעיף 260(א)(3) לפסד"פ. אכן נפל פגם בכך שבדו"ח החיפוש לא סומנה הסיבה לכך שהחיפוש נערך ללא עדים ובכך לא קוימה לכאורה הדרישה לפירוט הבקשה בפרוטוקול החיפוש בהתאם להוראות סעיף 26(א)(3) לפסד"פ. ואולם, דו"ח החיפוש (ת/13) נערך בשעה 23:50 ודו"ח הפעולה שבו תועד סירובו של הנאשם לנוכחות עדים (ת/11) חמש דקות אחר כך, כך שחומרתו של פגם זה מצומצמת עוד יותר.

31. נשאלת השאלה אם העובדה שהחיפוש נערך במקרה זה ללא צו מצדיקה פסילת ממצאיו. אשר לחומרת הפגם שבאופן השגת הראייה: ראשית יש לומר כי לאחר שנמצאו יותר מ-5 ק"ג של סמים במכונת שבה נהג הנאשם היה לשוטרים יסוד להניח שגם במקום מגוריו של הנאשם מוחזקת כמות גדולה של סמים שהחזקתה היא פשע. כלומר, קמה לשוטרים סמכות חיפוש ללא צו לפי הוראות סעיף 25(1) לפסד"פ. יתר על כן, לנוכח ממצאי החיפוש במכונת סביר להניח כי אילו היו פונים השוטרים לבית המשפט בבקשה 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 שישי בשבוע, שעה שכלל לא ניתן לקבל בה צווי חיפוש שגרתיים מבית המשפט, כך שהמתנה לצו הייתה מעכבת את החקירה, מגדילה באופן משמעותי את מסגרת הזמן שבה אפשר להעלים את הראיות, ואולי אף מביאה להתארכות תקופת המעצר לפני הגשת כתב אישום. אשר להשפעת החיפוש על מהימנות הראייה: גם כאן מדובר בראיות "חפציות" שקיומן אינו תולדה של החיפוש ואמינותן אינו מושפעת מחוקיותו של החיפוש. אשר לנזק החברתי שיגרם כתוצאה מקבלת הראיות או מפסילתן - כאן מדובר בראיות לביצוע



עבירה קלה בהרבה (בשל הכמויות הקטנות מאד של הסמים שנתפסו) אשר משמעותה היא קטנה מאד לעומת העבירה של החזקת הכמות הגדולה מאד של הסמים במכונית, והנזק מפסילת 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 ואציין שהואיל ועמדה בפניי רק עדות השוטר מטבייב שלפיה ארון השירות שבו מצא חלק מהסמים נמצא בחצר מגודרת "המשויכת לבית", ואין בתוך אותה חצר מקומות לינה נוספים, אני קובע כי כך אמנם היה.

33. אמנם 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 מצוין בחוות הדעת משקלו של חומר זה, שהשוטר תיאר כ-9 גרם ברוטו. לפיכך, אני קובע בהתאם לנטען בכתב האישום כי הוכח רק לגבי שנים מהכדורים שמדובר ב-MDMA ושבארון בחצר נמצאה כמות קטנה ולא ידועה של סם מסוג 5F-ADB.

הודעות הנאשם בחקירתו

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

35. בהודעתו הראשונה (ת/4), שנמסרה סמוך לאחר השלמת החיפוש במקום מגוריו, טען הנאשם שאת החומר שהיה במכוניתו מצא בגינת כלבים לא הרחק ממקום מגוריו בסביבות השעה 18:30 באותו יום (כלשונו: "אומרים שזה נייס גאי, אבל תבדקו את זה... אין לו ריח. אין לו כלום. רק זה נראה כמו ריח של דשא. תיקח את זה לבדיקה של מעבדה. אני לא יודע שזה סם בכלל"). לדבריו, אין לו כלב, ולגינת הכלבים הלך כדי לעשן סיגריה. למכונית הכניס את החומר "סתם". כשהתבקש להסביר את העובדה שבביתו נמצא "נייס גאי", אמר הנאשם: "זה היה בחוץ בחצר לא בתוך הבית. לא יודע". אשר לאקסטזי (MDMA) שנמצא בביתו אמר: "יש לי ידידה שהיא לוקחת פעם, לוקחת חצי פעם זה... לא נתפס איזה כמות". הנאשם עמד על כך שלא רכש את הסמים ואין הוא עוסק במכירת סמים. את הסכום שנתפס ברשותו במזומן הרוויח לדבריו בעבודתו בהובלות.

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 בגינת הכלבים, ואף על פי שלא ידע מה אותו אדם הניח במקום, הוא הביא את מכוניתו ולקח מהמקום את מה שאותו אדם הניח. לדבריו, הואיל והיו מדבקות של "נייס גאי" הבין שזהו תוכן האריזות, אך כיוון שהיה כתוב על המדבקות "100% חוקי" לא ידע אם מדובר בחומר חוקי או לא חוקי. את הכדורים שמצאו אצלו קנה לדבריו בשטחים תמורת 100 ₪. לדבריו, הביא את הכדורים לידידתו שהזכיר בחקירה הראשונה. הנאשם הוסיף כי אינו יודע מי שם את ה"נייס גאי" בארון בחצר הבית, אך הוסיף שהארון משמש רק אותו.

היסוד הנפשי

37. אף על פי שההגנה לא טענה דבר בעניין היסוד הנפשי של העבירה, אציין שסעיף 31(2) לפקודת הסמים המסוכנים [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 הראיה". הנאשם לא העיד במשפט ולא הגיש כל ראיה אחרת, כך שבוודאי לא הפריך חזקה זו. יתר על כן, הגרסה שמסר במשטרה שלפיה מצא באורח פלא את הכמות הגדולה של הסמים בגינת הכלבים שאליה הלך אף על פי שאין לו כלב, היא מופרכת, כך שגם יתר חלקי הגרסה האמורים לסייע לו אינם בעלי משקל כלשהו. על כל אלה יש להוסיף שאפילו לפי גרסתו במשטרה, הנאשם חשד שמדובר בחומר אסור אך לא בירר זאת, כך שיש לראות אותו כמי שהיה מודע לסוג החומר שבו מדובר. זאת, לפי הוראות סעיף 20(ג)(1) לחוק העונשין הקובע ש"רואים אדם שחשד בדבר טיב ההתנהגות או בדבר אפשרות קיום הנסיבות כמי שהיה מודע להם, אם נמנע מלבררם".

מסקנות

38. לאור כל האמור לעיל, ולאחר שקיבלתי את ממצאי החיפוש ואת הודעות הנאשם בחקירה, והואיל והנאשם לא העיד בבית המשפט ולא הציג כל ראיה אחרת, אני קובע לנוכח ראיות אלה ועל בסיס עדויות השוטרים, דו"חות הפעולה שלהם ויתר הראיות שהוזכרו לעיל, שהוכחו עובדות כתב האישום, שלפיהן החזיק הנאשם במכונית שבה נהג 5,452.79 קילוגרם סם מסוכן מסוג 5F-ADB (בצד יתר החפצים שנמצאו בחיפוש), ובביתו שני כדורי MDMA וכמות קטנה של סם מסוג 5F-ADB (בצד יתר החפצים שנמצאו בחיפוש). אשר למציאת הסם בארון הנמצא בחצר הרי שלפי עדות השוטר מדובר בארון הנמצא בחצר מגודרת המשויכת למקום מגוריו של הנאשם, וגם לפי עדותו של הנאשם במשטרה הארון שבו נמצא הסם משרת רק אותו. מכאן שהסם נמצא בשליטתו של הנאשם, ויש לראות אותו כמי שהחזיק בו.

39. הכמות הגדולה מאד של סם שנתפסה במכונית מקימה נגד הנאשם חזקה שבעובדה כי החזיק את הסמים שלא לצריכתו העצמית. הנאשם לא סתר חזקה זו. לפיכך, אני מרשיע את הנאשם בעבירה של החזקת סם שלא לצריכה עצמית (בכמויות המפורטות לעיל) לפי סעיף 7(א) ו-סעיף 7(ג) (רישא) לפקודת הסמים המסוכנים [נוסח חדש], תשל"ג-1973.

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

המזכירות תשלח את הכרעת הדין לצדדים, וטיועונים לעונש ישמעו במועד שיתואם איתם לאחר שיחודשו הדיונים בבית המשפט.

[1] עמ' 5-6 לפרוטוקול.

[2] עמ' 7 לפרוטוקול, ש' 7-9.

[3] עמ' 8 לפרוטוקול, ש' 4-5.

[4] עמ' 10 לפרוטוקול.

[5] עמ' 11 לפרוטוקול, ש' 23-27.

[6] עמ' 12 לפרוטוקול, ש' 1-17.

[7] עמ' 18-19 לפרוטוקול.

[8] עמ' 10 לפרוטוקול.

[9] עמ' 12 לפרוטוקול, ש' 21-22.

[10] עמ' 18 לפרוטוקול.