

ת"פ 6763/01 - מדינת ישראל נגד אוריאל מדרי

בית משפט השלום בפתח תקווה

ת"פ 14-01-6763 מדינת ישראל נ' מדרי
בפני כב' השופטת אליאנה דניאל

בעניין:

מדינת ישראל

נגד

אוריאל מדרי

nocchim:

ב"כ המאשימה עו"ד רחל אוליבה תם

ב"כ הנאשם עו"ד ענת קירשנברג

ה הנאשם בעצמו

הכרעת דין

1. הנאשם שבפניו נותן את הדין בגין ביצוע עבירה של החזקת סמ מסוכן לצריכה עצמית, בנגד לסעיף 7(א) בלבד עם 7(ג) סיפא לפקודת הסמים המסוכנים [נוסח חדש התשל"ג-1973].

2. על פי עובדות כתוב האישום, בתאריך 25.6.13 בשמור לשעה 10:50, החזיק הנאשם על מדף בביטו ברחוב טבריה 40 בפתח תקווה, סמ מסוג חשיש במשקל של 1.72 גרם נטו.

3. הצדדים שבפניי אינם חולקים על עובדות כתוב האישום, קרי על כך שה הנאשם אכן החזיק בסמ בניסיבות המתוארות, ואינם חולקים על כך שההשוורים הגיעו לביתו של הנאשם מכוחו של צו חיפוש שהוצע כדין על ידי בית המשפט. מסמכים באשר למציאת הסם והעובדת כי מדובר בסם הוגש בהסכמה בבית המשפט (ת/3-2). המחלוקת בין הצדדים נסבה סביר כשרות החיפוש שבוצע, וכפועל יוצא ממנה - משמעות תפיסת הסם והודאת הנאשם. לבקשת ההגנה הוגש מוצגי התביעה בהסכמה, ובבית המשפט נשמעו סיכומים בלבד.

.4. **מציאות המשפט** אני מודיעה תחילה כי אני מזכה את הנאשם מהמיוחס לו. להלן נימוקי.

דין והכרעה

.5. **המקרה** שבפני מעורר מספר סוגיות באשר לאופן ביצועו של חיפוש העולה בקנה אחד עם דרישות המשפט והפסיקת. אדון בסוגיות אלו לפי סדרן.

השלב בו נתפס הסם - האם חיפוש הוא?

.6. עיון בחומר הרואות שהוגש לבית המשפט מלמד כי השוטרים הגיעו אל בית הנאשם לשם ביצוע החיפוש, ומצאו בבית את אימו של הנאשם (להלן: "האם"). לאחר שהזדהו בפניה ומסרו לה העתק מהצז, מסרה האם כי הנאשם נמצא בעובודה. היא התקשרה אל הנאשם ומסרה את הטלפון לבlesh אליו פיקאן אשר שוחח עם הנאשםטלפון, ובמהלך השיחה ציוין הנאשם את הבlesh אל חדרו ואל מקום הימצא של הסמים (דו"ח החיפוש של הנאשםטלפון, שערק השוטר גリンברג צוין כי לאחר מציאת הסם ב乞שה אמרו של הנאשם ליזור קשר עם בנה הגadol, אביב מדר, הבן הגיע אל הבית עם אשתו, והשלשה היו עדים להמשך חיפוש. השוטר גリンברג ציין מפורשות כי לאחר שהגיעו אחיו של הנאשם ואשתו - "המשכנו לבצע את החיפוש, לא נמצא עוד דבר חדש, או ריאל הניגע למקומות ימסרים לו כי הוא מעוכב" (ת/6).

.7. דברים דומים עולים מדו"ח הפעולה שערק הבlesh אליו פיקאן. מדו"ח זה עולה כי השוטר יצא לאמו של הנאשם לזמן עדים לחיפוש, ולפיקר היא התקשרה אל בנה אביב ואל הנאשם. עם זאת, שוטר זה ערן הבחנה בין פעולותיו הראשונות, במסגרת נתפס הסם, בין המשך, בציינו כי "בתחלת החיפוש לפניו שהתחלה שוחחת עם אוראל טלפונית והזדהית כבלש משטרת ושאלתי אותו האם יש שהוא אסור בבית והוא הכוון אותו למדף בחדר השינה - הכוונה שבעקבותיה נתפס הסם (ת/8).

.8. אין בידי לקבל את הבדיקה המצוינת לעול, הבדיקה לה טענה אף המאשימה בחילק מטעוניה בפני (ובдинן חזרה מטענה זו בשלב מאוחר יותר) - כי בשלב בו נתפסה הראייה החפצית אינה מהווה חלק מהחיפוש, מאחר שהוא בוצע תוך הכוונת הנאשם אל הסם, "מיוזמתו והסכמתו" (ע' 6 ש' 27), וכי החיפוש עצמו החל רק לאחר הגיעו אחיו של הנאשם אל הבית, חיפוש במהלכו לא נמצא דבר.

נعلاה מכל ספק כי השוטרים הגיעו אל הבית עקב קיומו של צו החיפוש, ולא נטען אחרת בעניין זה. כך גם לא נטען מכך איזו סמכות חוקית נכנשו השוטרים אל הבית ושורחו עם הנאשם, אל מללא צו החיפוש.

מראיות המאשימה נהיר כי הכוונת השוטרים אל הסם נעשתה לאחר שהציגו את הצז בפני אימו של הנאשם, וכתוצאה לכך התקשרה אימו של הנאשם אל הנאשם, ואיפשרה לאחד השוטרים לשוחח עימיו טלפונית. הבדיקה בין השלב בו ציוין הנאשם את השוטרים לבין השלב בו ביצעו השוטרים חיפוש אקטיבי, עצמאי, בדירה, הינה הבדיקה מלאכותית, אשר אינה עולה בקנה אחד עם מטרת הגעת השוטרים אל הבית כמתואר לעיל, ואף עם הדברים שנרשמו על ידם בדו"ח החיפוש, בו צוין הסם כ מוצר שנטפס במהלך החיפוש.

יזכיר, כי ברע"פ 10141/09 **בן חיים ואח' נ' מדינת ישראל** (להלן: "הלכת בן חיים"), נקבע כי אף אם החיפוש נערך בדרך של בקשה מה הנאשם לרוקן את CISIO, מבלי שהשוטר רוקן את הכספיים בעצמו, הרי שהפעולה הינה בגדר חיפוש כהגדרתו בחוק. בדומה, כאשר ננסים שוטרים לבתו של חדש, מציגים בפני אימו צו של בית המשפט

ומבאים את מטרת כנסתם, לא ניתן לראות בהכוונה החשוד את השוטרים אל הסם, במטרה למנוע חיפוש אקטיבי על ידי השוטרים, פעולה שאינה במסגרת החיפוש. **לפיכך, שני חלק הchiposh אליהם התייחסו השוטרים - הן החלק בו כיוון אותם הנאשם אל הסם, והן החיפוש ללא הכוונה שנערך בעקבותיו, מהווים חיפוש על פי החוק.**

נוכח דברים אלו, אין יכולה לקבל את הטענה כי תפיסת הסמים בוצעה טרם החיפוש, ואני קובעת כי **הסמים נתפסו במהלך החיפוש, וכתווצה ממנה.**

דרישת נוכחות העדים, והאם ויתרו הנאשם ואמו על נוכחות העדים כנדרש

9. נמצא בפתח הכרעת הדיון, כנגד הנאשם הוצאה צו חיפוש בחשד כי הוא סוחר בסמים. הצו נחתם על ידי כב' הש' שטרנלייט. במקום המועד לכך בצו סימן כב' הש' שטרנלייט את האפשרות לפיה החיפוש **"יערך בפני שני עדים שאינם שוטרים (בכפוף להוראות סעיף 26 לפקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש))"** (ת/9).

סעיף 26(א) לפקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש) קובע כדלקמן:
"חיפוש, בין על פי צו ובין שלא על פי צו, יערך בפני שני עדים שאינם שוטרים, זולת אם - (1) לא ניתן בנסיבות העניין ובגלו דחיפותו לערכו כאמור; נסיבות העניין וטמי דחיפותו יפורטו בפרוטוקול שייערך; (2) שופט הרשה לערכו שלא בפני עדים; (3) תופס הבית או המקום שבו נערך החיפוש, או אחד מבני ביתו הנוכחים שם, ביקש לערכו שלא בפני עדים; הבקשה תפורט בפרוטוקול שייערך" (כל ההדגשות בהכרעת הדיון-של).

מכאן, שאת החיפוש יש לערכו בפני שני עדים שאינם שוטרים, למעט מקרים בהם מתקיימים החריגים כאמור. כאשר החריג הינו ביצוע חיפוש ללא עדים לבקשת תופס המקום, יש לפרט זאת בפרוטוקול.

הרצינל לnocחות העדים פורש בפסקה בכר שגם בחיפוש המבוצע מכוח צו בית המשפט קיים רכיב של פלישה לרשות היחיד ופגיעה בזכותו, וכן קיים אינטרס למשטרה לתעד פועלותיה.

בספרו "על סדר הדין בפליליים", מהדורת תשס"ח-2008, חלק ראשון, ע' 669, ציין קדמי:

"nocחות שני עדים שאינם אנשי משטרה (סעיף 26(א) לפק"פ-ולצורך במידוי דוקני של הוראה זו, ראה למשל: ע"פ (נץ') 38/83 (דן קייקי); ב"ש (י-מ) 1153/02 (אברג'יל- אין די בשאלת המופנית למחזק במקום אלא יש צורך בבקשת מפורשת מצדו לאחר שניתן לו הסבר באשר לזכותו על-פי סעיף 26(א) לפק"פ)".

10. חרב הוראות החוק והצו, אין מחלוקת בין הצדדים כי בעת תפיסת הסם לא נכחו שני עדים בדירה. נדמה כי אין חולק גם כי בדו"ח החיפוש שנערך (ואשר הינו חלק מת/9), לא צוין כי תופס המקום ביקש לבצע את החיפוש ללא nocחות של 2 עדים. לפיכך, טענת ההגנה כי החיפוש בוצע בניגוד לפקודת ולצו בית המשפט. על כך השיב ב"כ המאשימה כי הנאשם ואמו ויתרו על nocחותם של העדים, ומכאן שהחיפוש בוצע כדין.

יצוין כי בדו"ח החיפוש (ת/9) אמנים נכתב כי החיפוש נערך בנוכחות עדים, ו-3 עדים חתוםים על הדו"ח - אמו של הנאשם, אחיו וגיסתו, אולם כאמור האח והgisה הגיעו רק לאחר תפיסת הסם.

11. כאמור, חרף הוראת החוק המפורשת המחייבת **טייעוד בפרוטוקול** כאשר מבקש אדם לעורן **חיפוש ללא נוכחות 2 עדים**, דו"ח החיפוש אינם מצין בקשה כזו מצד הנאשם או אימו.

יתריה מכך, אין שמעץ של ראייה בחומר הראיות כי **לאם או לנאשם הוסבר כי הוראת החוק והוראת בית המשפט כאחד מחייבות נוכחות 2 עדים**.

נכקל לתאר את תחושת החלץ המתה והחרדה של אשה הפותחת את דלת ביתה ומגלה על סף הבית שוטרים אשר הגיעו לבצע בביתה חיפוש. על כן אין להניח כי בנסיבות אלו דקודה וקראה כל פרט בצו החיפוש שניתן לה, והבינה בלבד כי אין לקיים את החיפוש ללא נוכחות עדים (ורי' לענין זה את ס' 27 לפס"ד בן חיים, העוסק בפעריו הקיימים הטמונהים במפגש שבין שוטר לאזרוח). אמנים בשלב מסוים בבקשת האם כי אחד מבניה הגיע אל הבית, אולם אין בכרדי למד כי היא הבינה זאת למנן כניסה השוטרים אל ביתה, ובכל מקרה אין בכך ממשום בקשה ליותר על נוכחותם של העדים.

טענת המאשימה כי הכוונה הנאשם את השוטרים אל מקום הימצאו של הסם מהוות יתרור על הצורך בעדים (ע' 7 ש' 3-4), אינה עולה בקנה אחד עם הפסיקה, ובה הلتכת בן חיים, אשר הדגישה כי על השוטרים להבהיר לחשוד את זכיותו בעת הפעלת סמכויות חיפוש ותפיסה כלפיו. בהקשר זה ניתן להזכיר מהדברים אותם צינה כב' הנשיאה בדימוס בינייש לפס"ד בן חיים, ובهم כי הטענה שמעצם הבקשה להסכמה נלמדת הבנת החשוד כי נתונה לו הזכות לסרב לבקשתה, הינה מרוחיקת לכת.

כאמור, **דו"חות הפעולה שהוגשו אינם מלמדים כי נאשם דבר וחצי דבר על זכותם ליותר על נוכחותם של עדים בעת ביצוע החיפוש**, ואין ללמידה מהם כי הנאשם או אימו היו מודעים לכך.

מהדו"חות שהוגשו עולה כי השוטרים לא פירטו בפני הנאשם ואמו את זכויותיהם. אף כי ציינו בפני האם את האפשרות לזמן עדים, השוטרים לא הסבירו לה כי ברירת המחדל הינה נוכחות של עדים, וכי הם מפרשים את דבריה או את דברי החשוד כיתור על זכותם זו. לפיכך, יש ממש בטענה ב"כ הנאשם כי הויתור לו טעונה המאשימה, לאו יותר הוא ובוודאי שאינו יתרור מדעת, לקיים של תנאי הקבוע בחוק ובצו בית המשפט.

יוטעם כי הטענה לפיה הנאשם יתר על חובת נוכחות העדים נטעה על ידי ב"כ המאשימה בלבד, והיא אינה מצינית כלל בדו"חות הפעולה או בדו"ח החיפוש. קרי - מראיות המאשימה עצמן לא נשמע טעם כלשהו לכך שהשוטרים פרו את הוראת החוק ואת צו בית המשפט. אין בידי להסתפק בהסביר אותו נתן ב"כ המאשימה על מנת לקבוע כי אכן ויתרו הנאשם ואמו על זכויותיהם, משלא העידו על כך השוטרים. **ኖוכם הדברים האמורים באתי לכל מסקנה כי נפל פגם באופן ביצוע החיפוש.**

השלכות ביצוע החיפוש שלא כדין

12. בהתאם לדוקטרינת הפסילה הפסיכית אשר גובשה בע"פ 5121/98, **יששכרוב נ' התובע הציבורי הראשי** ("להלן פס"ד יששכרוב"), אין בקביעה כי החיפוש נעשה שלא כדין כדי להביא לפסילה מניה וביה של הראייה אותה הניב החיפוש.

נקבע כי יש לבחון את נפקות הפגם ואת השפעתו על קבילות הראייה שנתפסה, וכי על בית המשפט להפעיל שיקול

דעת ולערוך איזונים בהתאם לנסיבות המקרה.

על בית המשפט לשקל את מהות ההפרה ועוצמת הפגיעה בזכויות הנחקר, מידת ההשפעה של אמצעי החקירה הפסול על הראייה שהושגה, ואת השפעת פסולות הראייה על מלאכת עשיית הצדק במובנה הרחב. יש לעורר איזון בין ערכיהם מתנגדים - מחד האינטרס הציבורי והצורך לאפשר למשטרה לאכוף את החוק ולמלא כראוי את תפקידיה על מנת להגן על שלום הציבור, ומנגד זכותו של הנאשם להליך הוגן, ולפגיעה קטנה ככל האפשר בפרטיו ו בזכותו.

13. **בבוחני את מהות ההפרה** סבורני כי אין לראות את ההפרה כהפרה טכנית. **אמנם התפיסה נעשתה בנסיבות עדה אחת, ומכאן שלא נפגעה לחלוטין זכותו של הנאשם. אלא שדרישת החוק אינה לנוכחות 2 עדמים.**

יודגש כי בבוא בית המשפט לאשר בקשה להוצאה צו חיפוש, שוקל השופט את החלופות הנוגעות לנוכחות עדמים, ומחליט **كمיטב שיפוטו אם יערך החיפוש בנסיבות עדמים אם לאו.** והנה, מטעעם השוטר הבא לבצע את המשימה מהחלטתו המושכלת של השופט, ומפר את הצו השיפוטי שנייתן, ללא הנמקה כלל, ודאי שלא הנמקה מנicha את הדעת במקרה זה.

באשר למידת ההשפעה של האמצעי הפסול, הרי שנוכח העובה שהשוטרים הגיעו אל הבית מצוידים בצו חיפוש, ניתן להניח כי גם ללא ההפרה היה נتفس הסם.

עם זאת, בבחינת מידת הנזק מול התועלות הכרוכים בפסקת הראייה, הרי שבהתאם לפסיקה יש לבדוק את חשיבות הראייה, מהות העבירה, ומידת חומרתה.

בעניינו, מבלי להמעיט בחשיבותה של כל עבירה החמורה בחוק, הרי שהחזקת סם מסוג חשיש לצריכה עצמית של 1.7 גרם, כמות הקטנה באופן משמעותי המוגדרת בחוק לשימוש עצמי - כפי שהוטעם בפס"ד בן חיים, הינה עבירה שאינה קרוכה שלעצמה באלים או בקורבנות, ואיןנה נמנית על העבירות החמורים.

סיכום ומסקנות

14. במאזן בין הצורך לאכוף את החוק לבין הצורך לשמור על הגינות ההליך הפלילי, נטה הCPF במקרה זה לעבר זכויות הנאשם.

בשים לב למכלול הנסיבות, הרי שלכאורה הפרת זכותו של הנאשם ממשמעותית, שכן החיפוש בוצע מכוח צו של בית המשפט, בנסיבות עדה אחת, ובהכוונה כנגד הנאשם. לפיכך, ניתן על ידי המאשימה כי אף אם ייקבע כי הראייה נתפסה שלא כדין, אין להביא לפסילתתה ולא מתן משקל להודהה שניתנה בעקבותיה.

אלא שמנגד, ברוי כי החיפוש יכול היה להיות מבוצע תוך הקפדה על דרישות החוק והצוו לא כל קושי. ואולם המשטרה ביצעה את שהייה עליה לבצע, תוך התעלמות מהוראות החוק, מבלי לנמק התעלמות זו. לאחר עיון במכלול המוצגים והטייעונים לא נמצא כאמור טעם מובהק לכך שהמשטרה לא קיימה את דרישות החוק והצוו. **התנלות זו אינה ראויה, ופגיעה בזכויות הנאשם להליך הוגן, למצער חלק מחוותה של המשטרה לקיים עצמה את החוק.**

בדין טענה ב"כ הנאשם כי הוראת ס' 26 לפקוודה הינה הוראת חוק מחייבת, ללא קשר להלכת בן חיים, אשר עסקה בעיקר בסוגיה של חיפוש שנעשה מכח הסכמה בלבד, ללא קיומו של חשד סביר או קיומו של צו מטעם

בֵּית הַמִּשְׁפָּט. יְחִיד עַם זֹאת, נִתְן לַמְּדֹוד מְהֻלָּכֹת יְשַׁכְּרוֹב וּבֶן חַיִם עַל הַהֲכָרָה הַגּוּבָרָת בְּפִסְקָה בְּכָל הַנוּגָע
לְהַקְפָּה עַל זְכִיּוּתָם שֶׁל חַשׂוֹדִים.

העובדה כי ב"כ המאשימה הגיש לבית המשפט פסיקה במסגרת הоро בבית המשפט על זיכוי נאים בנסיבות דומות למדי, מחדדת את חובת המשטרה, המודעת לפסיקה בנסיבות המתוירות, להකפיד על קוצו של יוד בבואה לדקוך במעשייהם של אזרחים. על המשטרה - המופקדת על אכיפת החוק - להיות נעה מספקות בכל הנוגע לקיום החוק על ידה היא.

לפייך, באיזו בין זכויות הנאשם לאינטראס הציבורי במקרה זה, על נסיבות העבירה המקלות שבו, מחייב האינטראס הציבורי להעדייף את חובתה של המשטרה לקיים כל תו ותג בחוק בבואה למצות את החוק עם חשודים ונאים. על המשטרה לפעול בהתאם לחוק, כפי שמצויה היא מהאזורים בעניינים היא פועלת.

תוצאה לפיה יורשע הנאשם בחזקת 1.7 גרם חשיש, אשר נתפסו תוך הפרת חוק מפורש והפרת צו בית המשפט, אינה עולה לפיך בקנה אחד עם האינטראס הציבורי.

סבירוני כי במקרה זה אין לזקוף לחובת הנאשם את הימנעותו ממתן עדות, שעלה שכמעט לעיל, לא קיימת מחלוקת בין דו"חות השוטרים לבין הودעת הנאשם, שכן כאמור השוטרים עצם לא ציינו כי הנאשם ביקש לוותר על זכותו לנוכחות עדים.

15. נוכח הדברים האמורים, מכח דוקטרינת הפסילה הפסיכית אני מורה על פסילת תוכאות החיפוש, ומזכה את הנאשם מဆמה.

ניתן בזאת צו להשמדת הסם.

זכות ערעור לבית המשפט המחויזי כחוק.

ניתנה היום, כ"ה חשוון תשע"ה, 18 נובמבר 2014, במעמד הצדדים