



ע"פ 10297/09/21 - מדינת ישראל נגד אופיר שמעון

בית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית-משפט לערעורים פליליים

ע"פ 10297-09-21 מדינת ישראל נ' שמעון

בפני כבוד השופט משה בר-עם

כבוד השופט אביגדור דורות

כבוד השופטת חנה מרים לומפ

המערכת

מדינת ישראל ע"י ב"כ עוה"ד רבקה אלקובי וג'ניה קליימן
מפרקליטות מחוז ירושלים (פלילי)

נגד

המשיב

אופיר שמעון ע"י ב"כ עוה"ד עוז דקל

פסק דין

1. לפנינו ערעור על פסק-דינו של בית-משפט השלום בירושלים (כב' השופטת ש' לארי-בבלי) מיום 7.6.2021, בת"פ 6321-08-19, בגדרו זוכה המשיב מעבירות של החזקת סם שלא לצריכה עצמית והחזקת כלים להכנת סם לצריכה עצמית, לפי סעיף 7(א) בצירוף סעיף 7(ג) לפקודת הסמים המסוכנים (נוסח חדש), התשל"ג-1973 (להלן-פקודת הסמים). בית משפט קמא קבע כי הסמים והכלים להכנת סם נתפסו בביתו של המשיב באישון ליל בחיפוש לא חוקי אשר תוצאתו בפסילת הראיות שנתפסו בביתו והודאתו, כראיה נגזרת מאי-חוקיות החיפוש (להלן-הכרעת הדין).

2. בתמצית, ביום 29.3.2018, סמוך לחצות הליל, נתקבל דיווח במשטרה על נערה העומדת לבדה, יחפה, לצד הכביש, סמוך לכיכר הסטף ומבקשת להגיע לביתה בשכונת גילה. במשטרה נפתח אירוע מסוג של "חשש לחיי אדם" וצוות של שוטרי סיור, הכולל שוטר וארבעה מתנדבים (להלן-שוטרי הסיור), הוזעק למקום. הנערה, מרי אלקלעי, בת זוגתו של המשיב (להלן-מרי), סיפרה לשוטרים שעזבה את ביתו של המשיב עקב ויכוח קולני ביניהם ויש לו "כמויות גדולות של סמים בבית" (ת/1). מרי תועדה בדו"חות הפעולה של השוטרים נסערת ובמצב של מצוקה. בעקבות מידע זה, שוטרי הסיור הגיעו לביתו של המשיב במבשרת ציון, שם בוצע חיפוש בביתו, במסגרתו נתפס סם מסוכן מסוג קנבוס במשקל מצטבר של 235 גרם, מחולק בקופסאות, וכלים להכנת סם. בדו"חות הפעולה תועדה הסכמתו, לכאורה, של המשיב לחיפוש. בהמשך, בתחנת המשטרה, הודה המשיב בחקירתו בהחזקת הסמים לשימוש עצמי על רקע בעיה רפואית.

3. בית-משפט קמא, לאחר ששמע את הראיות בתיק, על יסוד דו"חות הפעולה של שוטרי הסיור והתרשמותו מעדויותיהם והמשיב, קבע בהכרעת דינו כי קיים חשד סביר לביצוע עבירת פשע, העולה מהמידע שמרי מסרה לשוטרי הסיור. עם זאת, קבע כי לא עלה בידי המערכת להוכיח את הדחיפות בביצוע החיפוש מבלי לפעול להוצאת צו חיפוש שיפוטי כדין. בית משפט קמא סבר, כי בהתחשב בטיב המידע שנגע לכך "שאדם מעשן סמים בביתו" (פסקה 16 ו-22 להכרעת הדין) לא הייתה דחיפות לבצע את החיפוש על אתר, והיה מקום לפנות בדרך המלך והיא פנייה לבית משפט בבקשה לקבלת צו חיפוש. זאת ועוד, נקבע כי הסכמתו של המשיב לחיפוש ניתנה שלא מדעת, לאחר שהושאר מחוץ



לבית עד שנתן את הסכמתו לחיפוש, ללא שהוסברו לו זכויותיו בדין ומשמעות הסכמתו. בהקשר זה, קבע בית-המשפט קמא, כי דו"חות הפעולה מלמדים על ספק שקינן בליבם של שוטרי הסיור בדבר הסמכות הנתונה להם על פי דין לבצע את החיפוש, ועל כן ביקשו את הסכמת המשיב. בנוסף, נקבע כי החיפוש בוצע ללא נוכחותם של שני עדים, שאינם שוטרים, וללא שנערך פרוטוקול חיפוש כדן. מכאן הסיק בית משפט קמא כי החיפוש בוצע ללא סמכות בדין, וכי נפלו פגמים נוספים בחוקיות אופן ביצועו. משכך, קבע בית-המשפט כי החיפוש אשר בוצע בביתו של המשיב איננו חוקי. כפועל יוצא ממסקנה זו, דן בית משפט קמא בנפקות אי חוקיות החיפוש על קבילותן של הראיות אשר הושגו שלא כדן, על פי דוקטרינת הפסילה הפסיקתית (ע"פ 5121/98, יששכרוב נ' התובע הצבאי, פ"ד ס"א(1) 461 (2006) (להלן-הלכת יששכרוב)). בנוגע לראיות החפציות שנתפסו בביתו של המשיב- הסמים והכלים להכנת הסם, מצא בית משפט קמא, כי בשל חומרת אי החוקיות שהייתה כרוכה בהשגתן, נוכח התנהלות שוטרי הסיור, אשר פגעה באופן משמעותי בפרטיותו של המשיב, ללא סמכות בדין לכך, ונוכח הפגיעה בזכותו של המשיב להליך הוגן בהתחשב במעמדה החוקית מכוח חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו- מכל אלו, ביחד ולחוד, יש להורות על פסילת תוצרי החיפוש. בתוך כך, הבהיר בית משפט קמא, כי הימצאות סמים אינה מילת קסם אשר ביכולתה להקנות למשטרה סמכות לבצע חיפוש בביתו של אדם ללא צו שיפוטי ובהיעדר דחיפות של ממש. עוד נקבע, כי קיימת זיקה מהותית בין אי חוקיות החיפוש להודאתו של המשיב בהחזקת הסמים לשימוש עצמי. על כן, בהתאם להלכה שנפסקה ב-ע"פ 4988/08 פרחי נ' מדינת ישראל, פ"ד ס"ה(1) 626 (2010) (להלן-הלכת פרחי)), הורה בית-משפט קמא על פסילת הודאתו של המשיב. במכלול האמור, ובהינתן פסילתן של הראיות אשר הושגו מהחיפוש שבוצע שלא כדן בביתו של המשיב, לרבות הודאתו, מצא בית-משפט קמא לזכות את המשיב מהמיוחס לו בכתב-האישום.

4. על הכרעת הדין הוגש הערעור שלפנינו ובגדרו השיגה המערערת על קביעתו של בית-משפט קמא בדבר אי חוקיות החיפוש והשלכותיו על קבילות הודאת המשיב. לדידה, החיפוש בוצע על יסוד חשד סביר של שוטרי הסיור, כי בביתו של המשיב מתבצעת עבירה מסוג פשע, בהתאם להוראת סעיף 25 לפקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש) [נוסח חדש], תשכ"ט-1969 (להלן-הפקודה), ומתוך חשש אינהרנטי שמרי תדווח למשיב על האירוע, בשל קרבתם הזוגית, והמשיב יפעל להעלמת הראיות. בהקשר זה הוטעם, כי החיפוש בוצע מכוח הוראת הדין על יסוד חשד סביר לביצוע עבירה, ביחד ולחוד, עם הסמכות המוקנית לשוטרים לבצע חיפוש בביתו של אדם בהסכמתו, ואין בקבלת ההסכמה כדי לשלול בדיעבד את סמכות החיפוש על פי הוראת סעיף 25 לפקודה. בנוסף, טענה המערערת, כי הגם שנפלו פגמים באופן ביצוע החיפוש, אין בפגמים אלו כדי להוביל לפסילת הראיות. זאת ועוד, נטען כי המשיב מסר לשוטרים חלק מהסמים שנתפסו עוד בטרם ביצע החיפוש. אשר להודאתו נטען, כי פגם אי החוקיות לא דבק בה מאחר וזו נמסרה בתחנת המשטרה, לאחר שהמשיב נועץ בעורך-דינו. מכאן לשיטתה, על פי הלכת פרחי, נחלשת הזיקה בין תוצרי החיפוש להודאה. אשר על כן, עתרה המערערת לביטול הכרעת דינו של בית המשפט קמא ולהרשעת המשיב, כאמור.

דין והכרעה:

5. נקדים אחרית לראשית ונציין, כי לאחר שעיינו בהכרעת-הדין ובתיק בית משפט קמא ובחנו היטב את טענות באי כוח הצדדים, מצאנו כי דין הערעור להתקבל, ונפרט.



6. מושכלות יסוד הם, כי סמכותו של שוטר לבצע חיפוש בביתו של אדם ללא צו שיפוטי הוגבלה לנסיבות בהן מתעורר חשד סביר לביצוע עבירת פשע. שיקול דעתו של השוטר ביחס לקיומן של נסיבות המקנות לו סמכות חיפוש ללא צו שיפוטי, עומד לביקורת שיפוטית על-פי מבחן אובייקטיבי (רע"פ 10141/09 אברהם בן חיים נ' מדינת ישראל (6.3.2012)). פקודת הסמים מרחיבה סמכות זו וזאת בהתאם להוראת סעיף 28(א) שזה לשונה:

"(א) סמכויות שוטר לפי סעיף 25 לפקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש) [נוסח חדש], תשכ"ט-1969, יהיו נתונות לו גם לענין עוונות לפי פקודה זו.

(ב) מבלי לפגוע בסמכות הכללית הניתנת לשוטר לערוך חיפוש, רשאי שוטר לערוך חיפוש בלא צו חיפוש..."

מכאן, שהמחוקק מצא להרחיב את סמכות החיפוש ללא צו, כאשר עסקין בעבירות לפי פקודת הסמים, מעבר לעבירות מסוג פשע, לעבירות מסוג עוון על פי פקודת הסמים וזאת מהחשש האינהרנטי להעלמת ראיות.

אכן, שותפים אנו לעמדת בית-משפט קמא כי עצם הימצאות סמים במקום מסוים אינה לכשעצמה עילה בדין לביצוע חיפוש ללא צו שיפוטי, ודרך המלך היא הוצאת צו שיפוטי. עם זאת, אנו סבורים כי טעה בית המשפט קמא עת סבר שבנסיבות העניין לא הייתה דחיפות לבצע את החיפוש והיה על השוטרים לפנות לקבלת צו שיפוטי. המידע שעמד לפני השוטרים כפי שמסרה מרי היה כי, למשיב היו "כמויות גדולות של סמים בבית" (דוח פעולה מספר 6-016-0003) וכי, "בשבועות האחרונים בזמן שהיא שוהה אצלו בדירה, הוא מציע לה לעשן סמים והיא חושבת שהוא סמוי ויש לו כמויות גדולות של סמים בבית" (דוח פעולה מספר 6-016-0010). בעדותו בבית המשפט מסר מבצע החיפוש, השוטר רס"ר שי לוי, כי השוטרים הגיעו לביתו של המשיב גם בגלל החשש לאלימות בין בני הזוג וגם עקב הסמים שמרי מסרה אודותם. כמו כן, נשאל מדוע לא ניגש לקבל צו חיפוש ומסר "מחשש להעלמת ראיות" (ראה פרוטוקול הדיון של בית המשפט קמא מיום 31.5.2021, שורות 4-13). בנסיבות אלה אנו סבורים, בניגוד לדעתו של בית המשפט קמא, כי כאשר נודע לשוטרים מפי מרי שמדובר בכמות גדולה של סמים שהוא גם מנסה לספק לה אותם (שתי עבירות מסוג פשע שהעונש הקבוע לצידן, הוא עד 20 שנות מאסר) וקיים חשש להעלמת ראיות, ומדובר למעשה במידע שנמסר עובר לחיפוש, די בכך כדי להצדיק קיום חיפוש לאלתר ללא צורך בצו. ראה והשווה: ע"פ (מחוזי ב"ש) 14595-09-18 אוהיון נ' מדינת ישראל (16.1.19; להלן - עניין אוהיון), שם פעלו השוטרים ללא צו שיפוטי על יסוד מידע מודיעיני "...כי בכתובת יש עכשיו סמים". באותו מקרה נמצאו בביתו של המערער סמים במשקל של כ-24 גרם, ובית המשפט המחוזי קבע כי לא רק שסביר היה לבצע את החיפוש בלא קבלת צו תחילה, אלא שמתבקש היה לבצע את החיפוש ללא צו, שכן סמים הנמצאים במקום מסוים יכולים להילקח מהמקום בכל רגע, ולפיכך, המתנה לקבלת צו, הגם שהיא אפשרית, יכולה להביא לכך שכאשר יבוצע לבסוף חיפוש, יש חשש כי הסמים לא יימצאו באותו מקום. בקשת רשות ערעור נדחתה ברע"פ 1617/19 אוהיון נ' מדינת ישראל (21.3.19). מאחר שאנו סבורים כי החיפוש נעשה כדין, הרי ששאלת "הסכמתו מדעת" של המשיב לחיפוש, אינה רלוונטית שכן, ההסכמה הייתה למעלה מן הצורך ולא נדרשה בנסיבות העניין. כמו כן, מתייתרת השאלה בדבר קבילות הודאת המשיב.

7. מכאן לסוגיית הפגמים אשר נפלו בהליך החיפוש, קרי, העדר נוכחות של שני עדים במהלך החיפוש, ובנוסף אי עריכת פרוטוקול חיפוש. עיון בכתב הערעור מעלה, כי המערערת איננה חולקת על הפגמים שנפלו בהליך החיפוש



והשגותיה נוגעות לכך, כי אין בפגמים אלו כדי להביא לפסילת קבילות תוצרי החיפוש (עניין אוהיון, שבו החיפוש בוצע ללא נוכחות שני עדים; ת"פ (מחוזי ב"ש) 37165-03-16 מדינת ישראל נ' דוד קריחלי (8.1.17), שבו החיפוש בוצע ללא נוכחות עדים וכן, פרוטוקול החיפוש נערך רק בדיעבד. ערעור על הכרעת הדין נדחה בע"פ 2570/17 דוד קריחלי נ' מדינת ישראל (17.1.18). בעניינו סברה באת כוח המערערת, כי הפגמים באופן החיפוש צריכים לבוא לידי ביטוי בגזר הדין (פרוטוקול הדיון בערעור, עמוד 2, שורות 3-5), והדברים מקובלים עלינו. אנו סבורים, כי בנסיבות מקרה זה אין מדובר בפגמים מהותיים, שיש בהם כדי להביא לפסילת הראיות. הצורך בנוכחות שני עדים ועריכת פרוטוקול חיפוש נועדו לתעד ולפקח, וזאת על מנת לשמור על אובייקטיביות ועל טוהר החיפוש ולמנוע טענות נגד השוטרים. במקרה דנן, אין מחלוקת כי הסמים שנתפסו הם אלה שהיו מצויים בביתו של המשיב, ולא היו כל טענות לאי דיוקים או לטוהר החיפוש, ומכאן שאין בפגמים אלה כדי להביא לפסילת הראיות.

8. בטרם חתימה יוער, כי בית משפט קמא נפל לכלל טעות כאשר התייחס למידע שביסס את החשד הסביר כמידע בדבר "אדם מעשן סמים בביתו" (פסקה 16 להכרעת הדין), ולפיו "הנאשם עושה שימוש בסמים" (פסקה 22 להכרעת הדין), בעוד שדוחות הפעולה מלמדים על כך שהמידע נגע להחזקת כמות גדולה של סמים וכן לניסיון לאספקת סמים למרי. מכאן שנקודת האיזון (על פי הלכת יששכרוב) שעשה בית המשפט קמא בין עבירה מסוג עוון במדרג נמוך לבין אופן עריכת החיפוש, לא שיקפה את העובדות כהווייתן. בנוסף, התייחס בית המשפט קמא לכך שמדובר בסם מסוכן מסוג קנבוס, לגביו ציין בית המשפט קמא שאיננו מן הסמים החמורים בפקודת הסמים ובעניינו חלו תמורות בעת האחרונה (פסקה 16 להכרעת הדין). ראשית יצוין, כי עורכי החיפוש לא ידעו באילו סמים מדובר כאשר ערכו את החיפוש, ולכן לא ניתן להשליך בדיעבד מידע ביחס לחוקיות החיפוש. שנית, בית המשפט קמא הפנה לבש"פ 8640/20 אבו קרינאת נ' מדינת ישראל (23.12.20), בעניין היחס לסם הקנבוס. אולם, שם דובר בעניין מעצר אדם בעוד שכאן מדובר בתיק הפלילי גופו, וכפי שקבע אך לאחרונה בית המשפט העליון ברע"פ 8759/21 קסלר נ' מדינת ישראל (23.12.21):

"אף לגופו של עניין, לא מצאתי ממש בטענותיו העקרוניות של המבקש. הפקודה מגדירה את צמח הקנבוס כסם מסוכן, אשר צריכתו מהווה עבירה. כפי שנקבע שם, אדם המחזיק מעל ל-15 גרם קנבוס, חזקה כי הוא מחזיק כמות זו שלא לצריכתו העצמית (סעיף 31(3) לפקודה)". בעניינו, המבקש החזיק כמות העולה פי כמה וכמה מהכמות המתוארת, ולא עלה בידו לסתור חזקה זו.

המבקש החזיק בביתו מעל ל-200 גרם סם המוגדר כסם מסוכן - כמות המספיקה למנות רבות...

11. גם בהחלטת בית משפט זה בבש"פ 8640/20 אבו קרינאת נ' מדינת ישראל (23.12.2020), לה הפנה המבקש אין כדי לסייע לו בטענותיו. החלטה זו עוסקת בשאלת מעצרו של נאשמים בעבירות סמים מסוג קנבוס, ואילו עניינו עוסק בשאלת עונשם של אלו שהורשעו בעבירות אלו - ועל כן מדובר בחזקות, עקרוניות ושיקולים אחרים שעל בית המשפט לשקול בכל מקרה, ולא ניתן להקיש מהקביעות שם למקרה דנן.

ויודגש, כי אף לאחר ההחלטה אליה מפנה בא כוח המבקש, שב בית משפט זה על הקביעה כי כפי שמוגדר בפקודה, סם הקנבוס הוא סם מסוכן, והוראת המחוקק לעניין זה היא הדין הנוהג והמחייב. כל עוד לא נקבע אחרת, התפיסה



לפיה קנבוס הוא בגדר "סם קל" ודינו שונה מדינם של סמים אחרים נעדרת אחיזה בדין, ואין בה כדי לבטל את החזקה הקבועה בפקודה (ראו ע"פ 6299/20 חן נ' מדינת ישראל (4.2.2021); בש"פ 6789/21 מדינת ישראל נ' שצ'רבקוב (17.10.2021); רע"פ 174/21 סויה נ' מדינת ישראל (25.2.2021)).

9. אשר על כן, מטעמים אלו מצאנו כי דין הערעור להתקבל. בתשובה לאישום טען בא כוח המשיב בבית המשפט קמא, כי החיפוש לא היה חוקי וכי הראיות שנתפסו צריכות להיפסל, וכתוצאה מכך יש לבטל את כתב האישום. באותו שלב לא נטענו מטעם המשיב כל טענות אחרות ביחס למיוחס לו בכתב האישום. בנסיבות אלה, אנו מרשיעים את המשיב בביצוע העבירות שפורטו בכתב האישום, דהיינו, בביצוע עבירה של החזקה/שימוש בסמים שלא לצריכה עצמית, לפי סעיף 7(א) בצירוף סעיף 7(ג) לפקודת הסמים וכן, בביצוע עבירה של החזקת כלים להכנת סם לצריכה עצמית, לפי סעיף 10 סיפא לפקודת הסמים. התיק מוחזר לבית המשפט קמא לצורך גזירת העונש.

ניתן היום, י"ח אייר תשפ"ב, 19 מאי 2022, במעמד הצדדים.

המזכירות תשלח את פסק הדין לב"כ הצדדים.

חנה מרים לומפ,
שופטת

אביגדור דורות,
שופט

משה בר-עם,
שופט