

## ע"פ 2431/09 - ליאת פדר נגד מדינת ישראל

בית המשפט המחוזי בירושלים שבתו כבית-משפט לעערורים פליליים

לפני: כב' השופט דוד חשיון, נשיא

כב' השופט משה דרורי, סגן נשיא

כב' השופט עוזדד שחם

המערערת:

ליאת פדר

עו"ג עוזד מאיה ברקאי

נגד

מדינת ישראל

באמצעות פרקליטות מחוז ירושלים (פלילי)

המשיבה:

**פסק דין**

### השופט עוזדד שחם:

1. בפנינו ערעור על החלטת בית משפט השלום בירושלים (כב' השופט ח' מאק - קלמנוביץ, סגנית נשיא) בת"פ 51721-06-11, לפיה המערערת ביצעה עבירה של החזקת סמים מסוכנים לצריכה עצמית, עבירה לפי סעיפים 7(א) ו- 7(ג) סיפה לפיקודת הסמים המסוכנים (נוסח חדש), התשל"ג - 1973 (להלן - פיקודת הסמים המסוכנים או הפקודה). לכתיה, הורשעה המערערת (13.11.26) בעבירה האמורה. בעקבות תסוקיר של שירות המבחן, בוטלה ההרשעה (14.7.14). נותרה בעינה הקביעה בדבר ביצוע העבירה.

2. העובדות שנקבעו בענינה של המערערת הן שביום 10.11.24, בשעה 02:47:02, במחסום יוזם בציר 437 בסמוך לצומת ענטא, החזיקה המערערת בשם מסוקן מסווג חישב במשקל 2.6524 גרם נתן לצריכה עצמית.

3. לאחר שנתי דעתו לטענות הצדדים, על רקע מכלול החומר שהוגש ובחינת הנסיבות המשפטיים הנוגעים לדבר, הגיעתי למסקנה כי דין הערעור להתקבל. מהלך הדיון יהיה כלהלן. תחילתה אדון בשאלת חוקיותו של החיפוש שבוצע בכלי רכבה של המערערת. בהקדמת המאוחר אצין, כי המסקנה אליה הגיעתי בהקשר זה היא, כי החיפוש היה בלתי חוקי. בהמשך לכך הגיעתי למסקנה, כי בנסיבות העניין יש לפסול את ראיית הסם שננתפסה בחיפוש. בהמשך לכך אדון בקביעת בית משפט השלום לפיה ניתן להרשיע את המערערת על יסוד הودאותה, בצריף לעדות השוטר רס"ל אוחד ג'ובאני (להלן - רס"ל ג'ובאני), ובכלל זה דו"ח פעולה שערך בזמן אמת. הגיעתי למסקנה, כי גם קביעה זו אינה יכולה לעמוד.

תחילתה, לנושא החיפוש.

4. חוקיות החיפוש. נקודת המוצא לבחינת חוקיותו של החיפוש מצויה בהוראת סעיף 71(א) לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה - מעצרים), התשנ"ו - 1996 (להלן - חוק המעצרים). סעיף זה קובע, כי "יהה לשוטר יסוד סביר לחשד שבוצעה עבירה בת מעצר וסביר כי יש צורך לבצע חיפוש בכלי רכב כדי לאתר את מבצע

העבירה או את קורבנה או כדי לאטר ראייה הקשורה בעבירה, רשאי הוא להורות לעכב את כל הרכב וערוך את החיפוש כאמור". מן ההוראה האמורה עולה, כי סמכותו של שוטר לבצע חיפוש בכל רכב מותנית בקיומו של חשד סביר לעבירה בת מעצר. כך עולה גם מפסיקתו של בית משפט העליון בסוגיה זו (רע"פ 10141/09 בン חיים נ' מדינת ישראל (6.3.12)).

5. לטענת המשיבה, הדרישה לחשד סביר אינה חלה מקום בו מדובר בחיפוש בכל רכב, המבוצע לצורך גילוי עבירה לפי פקודת הסמים המסוכנים. המשיבה מפנה בהקשר זה להוראות סעיף 28(ב)(1) לפקודת הסמים המסוכנים. סעיף זה קובע כי "ambil לפגוע בסמכות הכללית הניתנת לשוטר לעורך חיפוש, רשאי השוטר לעורך חיפוש בלבד צו חיפוש: (1) בכל כלי רכב לרבות כלי שיט וכלי טיס - אם החיפוש דרוש לדעתו לצורך קיום הוראת פקודה זו". סעיף זה הוסף בשנת 1988. המשיבה מפנה בהקשר זה לדברי ההסבר (ראו הצעות חוק 1893, כ"א בתמוז התשמ"ח 1988 (6.7.1988)), לפיהם "מציע לחתת בידי המשטרה כל עזר להגברת יעילות פעולתה במלחמה נגד נגדי הסמים, וכפועיל יוצא מהקשאים שבhem היא נתקלת במלחמותה לחשיפת מבחרי סמים וסוחרי סמים ולאיסוף ראיות כנגדם". בהמשך לכך, כי "קיים נוסך הוא צורך לחפש ברכב ללא צו חיפוש בנסיבות שבהן לא ניתן להשיג צו חיפוש. הרחבת סמכות החיפוש לעניין זה חיונית למלחמה יעילה בסחר הסמים".

6. לכוארה, יש בלשון ההוראה עוגן לטענתה של המשיבה. לשון הסעיף לא קובעת דרישת לקיומו של חשד סביר כתנאי לביצוע חיפוש. בה בעת, לשון הסעיף אינה מבטלת באופן גורף, מפורש וחידש ממשמעו את הצורך בחשד סביר. זאת ועוד, יש צורך בפירוש התביעה "אם החיפוש דרוש לדעתו [של שוטר - ע.ש.] לצורך קיום הוראות פקודה זו". בთיליך פרשניזה, יש לתת את הדעת למספר שיקולי פרשנות.

7. ראשית, יש לפרש כל חקיקה, ובכלל זה חקיקה שנטקבה לפני קבלתו של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ברוח הזכויות החוקתיות שעוגנו בחוק היסוד (בש"פ 537/95 ג nimat נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(4) 589 (1995)). מקום בו מדובר בהוראת חוק הפגיעה בזכות חוקתית, הקבועה בחוק היסוד האמור, יש לנתקוט בפירוש המציג את הפגיעה, גם מקום בו מדובר בהוראת חוק ישנה שנחקקה לפני חוק היסוד (ראו דברי כב' השופט י' זמיר בגבג' 2390/96 קרטיסק נ' מינהל מקרקעי ישראל פ"ד נה(2) 625 (2001)). בהקשר זה אף הוטעם שם, כי "הפירוש של חוק הפגיעה בזכות חוקתית, בהתאם לכך המשמעות של חוק זה, עשויים להשתנות בעקבות חוק היסוד".

8. חוק היסוד קובע, בזכות חוקתית, את הזכות לפרטיות. סעיף 7(א) לחוק היסוד קובע, כי "כל אדם זכאי לפרטיות ולצנעת חיו". בהמשך לכך, סעיף 7(ג) לחוק היסוד קובע כי "אין עורכים חיפוש ברשות היחיד של אדם, על גופו, בגפו ובכליו". כל רכב פרטי הוא במובהק חלק מרשות היחיד של אדם. יש לגבי ציפייה סבירה, לגיטימית ומתבקשת לפרטיות. אכן, עצמתה של ציפייה זו אינה זהה לחולוטן לעוצמת הציפייה לפרטיות ביבתו של אדם. הטעם העיקרי לכך נועז בעובדה, שכן רכב נע בדרכים ציבוריות. התנועה הממנעת היא פעילות שטמון בה סיכון לעוברים בדרך. לפיכך, טעמים שעוניים שמירה על בטיחות הציבור מחיברים פיקוח ובקרה של גורמי אכיפת החוק. לשם כך, מוקנות לגורמים אלה סמכויות שונות בדיון. ברם, מעבר לכך, קיימת לנרגש כל-

רכב פרטី ציפיה לגיטימית וסבירה לפרטיות בכל רכבו (ראו, בהקשר זה, פסק דין של בית המשפט העליון של קנדה, בעניין *Belnavis v. R.* [1997] 3 SCR 341). חיפוש הוא פעולה פולשנית, אשר טמונה בה פגעה מהותית בזכות האמורה. נקודת המוצא החקותית, הקבועה בסעיף 7(ג) הנ"ל, היא כי לפרט יש זכות שchiposh כאמור לא יבוצע ברשות היחיד שלו.

9. יצא, כי עיגונה החקותי של הזכות לפרטיות משליך במישרין, ובუכמזה ממשית, על פירושה של הוראת סעיף 28(ב)(1) הנ"ל. בהקשר זה יש להציג, כי קבלת עדמתה הפרשנית של המשיבה, לפיה יכול שייעשה חיפוש בכל רכב פרטי ללא קיומו של חשד סביר לעבריה, פירושה פגעה אונשה בזכות לפרטיות. קשה לישב פגעה כאמור עם ערכים בסיסיים של חירות, המזוהים עם מדינה דמוקרטית, כפי שאלה עוגנו בחוק היסוד.

10. ואכן, במשפט המשווה נקבע עוד לפני קרוב למאה שנים הכלל הבסיסי, לפיו ביצוע חיפוש בכל רכב (במקרה הנדון שם - לצורך חיפוש אלכוהול בלתי חוקי) ללא צו, מותנה בקיומו של חשד סביר. בעניין *Carroll v. United States*, 267 U.S. 132 (1925) פסק בית המשפט העליון של ארה"ב כי ניתן לבצע חיפוש בכל רכב למטרת כאמור ללא צו. בהקשר זה הודגשה נידוטו הרבה של כל הרכב, העוללה להביא לסיכולה של אפרורות האכיפה האפקטיבית. בה בעת הודגש, כי הסמכותם של שוטרים לבצע חיפוש אكريאי בכל רכב, תגרום לתוצאה בלתי סבירה, בלתי נסבלת, וטמונה בה פגעה בכבודם הבסיסי של;br>הבריאות. דברי בית המשפט,

It would be intolerable and unreasonable if a prohibition agent were "authorized to stop every automobile on the chance of finding liquor, and thus subject all persons lawfully using the highways to the inconvenience and indignity of such a search ... [T]hose lawfully within the country, entitled to use the public highways, have a right to free passage without interruption or search unless there is known to a competent official, authorized to search, probable cause for believing that their vehicles are carrying contraband or "illegal merchandise  
 (At p. 153 - 154)

11. שנית, התבנית החקיקתית הנוגעת לביצוע חיפוש על ידי שוטרים מלבדת, כי בהקשרים קרובים נקבעה, גם לאחר התקון האמור לפקודת הסמים המסתוכנים, דרישת שוטר לצורך ביצוע חיפוש. הדברים אמורים בסעיף 71 הנ"ל לחוק המעצרים. ניתן להפנות בהקשר זה גם לסעיף 25 לפקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש)[נוסח חדש] התשכ"ט - 1969, ולסעיף 3 לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה - חיפוש בגוף ונטילת אמצעי זיהוי) התשנ"ו - 1996. התבנית החקיקתית זו מקרינה על תכלית החקיקה הנדונה במקרה הנוכחי, ועל הפירוש אשר יש לתת להוראת סעיף 28(ב)(1) הנ"ל.

12. שלישית, המשטרה היא גורם שלטוני. כזו, היא, והשוטרים הפעלים בשמה, כפופים לכללי היסוד של המשפט המנהלי. בין היתר, כללים אלה מחייבים קיומה של תשתיית עובדתית מינימלית, כתנאי לפגיעה בזכות יסוד של הפרט (ראו, בהקשר זה, בג"ץ 987/94 יורונט קווי זהב (1982) בעמ' נ' שרת התקורת פ"ד מ"ח(5) 412

(1994). אף עקרונות בסיסיים אלה מחייבים פרשנות, לפיו תנאי לביצועו של חיפוש בכל רכב פרטי הוא כי קיים, לכל היותר, חשד סביר לעבירה פלילית.

13. רבעית, דברי ההסבר לתיקון לפקודת הסמים המסוכנים אינם תומכים בפסקנה, לפיו תכלית החוקה היא לאפשר, באופן גורף, חיפוש בכל רכב ללא חשד סביר לעבירה לפי פקודת הסמים המסוכנים. עולה מהם, כי הצורך העיקרי אשר הוראת סעיף 28(ב)(1) נועדה להתמודד עימיו נוגע למקרים בהם קיימים צורך לבצע חיפוש בכל רכב, אך לא ניתן להשיג צו חיפוש. התנאי ביצועו של חיפוש בהיקומו של חשד סביר, מקום בו לא מעשי להשיג צו חיפוש, אינו פוגע באופן ממשי בתכלית זו.

14. שילובם של שיקולים אלה מוביל לפסקנה, כי יש לפרש את סעיף 28(ב)(1) ככלל, מניה ובה, דרישת לקיומו של חשד סביר לעבירה לפי פקודת הסמים המסוכנים, כתנאי לביצוע חיפוש בכל רכב פרטי. אולם, הדרישת לחשד סביר היא דרישת סף מינימלית, אשר תכליתה לספק הגנה אלמנטרית לזכות הבסיסית לפרטויות. היא מציבה רף נמוך למדי, אך חיווני, של תשתיות אובייקטיבית, הניתנת לבחינה, העשויה להצדיק פגעה בזכות היסוד של הפרט (ראו, בהקשר זה, בפסקה 16 לפסק הדין הנ"ל בעניין בן חיים). בהקשר זה, לא ניתן לקבל פירוש המסתפק בכך שחייב דרישה על פי דעתו הتسويיקטיבית של שוטר. פירוש כאמור מעלה סיכון ממשי לשירותיות וגהוניות. פירוש זה אינו עולה בקנה אחד עם עיגונה החוקתית של זכות היסוד לפרטויות בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

15. לא נעלמה מענייני בהקשר זה הוראת סעיף 28(ב)(3) לפקודה. הוראה זו עשויה שימוש בלשון דומה ("דרישת קיום הוראות פקודה זו"), כאשר מדובר בחיפוש בכליו או על גופו של אדם בעת שהייתו בשדה תעופה, בנמל ובמקומות דומים. עניין זה תואר בדברי הסביר שבמצעת החוק הנזכרת לעיל בעיקר הקושי עימיו היא באה להתמודד, על רקע הצורך בחיפוש פתע במקומות כאמור לצורך אכיפה אפקטיבית. כך או וכך, אינה רואה צורך לחוות דעתה על פירושה של הוראה זו. העובדה שההוראה האמורה סמוכה להוראת סעיף 28(ב)(1), ונוקתה במתבגר לשון זהה ("דרישת קיום הוראות פקודה זו"), אינה מחייבת בהכרח פרשנות זהה. אולם, פירושה של כל הוראה נוצר לעולם מן ההקשר הספציפי בו מדובר, ומתכליתה של ההוראה. ברוח זו פסק בית המשפט העליון, כי

"邏輯, אף רצוי, מבחינת האחדות והשלמות שבניסוח ולצורך הבנת המשמעות, כי בחיקוק תהיה לאותו מושג המופיע בהקשרים שונים משמעות אחת וזהה אולם רצוי זה לא תמיד הוא גם המצווי והמתחייב מכלל הדברים. יש אם משום שזהו רצונו הברור של המחוקק ואם משום ניסוח כושל של דבר החקוק, כי ימצאו באותו חיקוק עצמו מושגים זהיים, או כמעט זהיים, משמעותם שונה... במקורה זהה ראו לבחון את המושג שפרשנותו נדרשת... שבכל סעיף וסעיף של הפקודה על פי הגיונו ועל פי מטרתו"

(ע"א 756/82 קיבוץ יגור נ' שירות נפט בע"מ, פ"ד מא(1) 85 (1987) בעמוד 112 לפסק דין של השופט ד' לוי).

16. באופן דומה צוין בספרות, כי פרשנותן של הוראות חוק נגזרת מן התכלית העומדת בבסיסן וכי "הגשמת תכלית החוקה עשויה להביא למtan משמעות שונה לביטויים זהיים באותו דבר חוקה" (ראו א' ברק, פרשנות

במשפט - פרשנות בחקיקה (התשנ"ג), עמודים 601 - 602; דרך פעולה כאמור, ראו ע"א 788/79 רימר עזבון המנוח ברקו ריבר פ"ד לו(2) 141 (1981), בעמוד 148). נוכח שיקולים אלה, אין בלשון סעיף 28(ב)(3) כדי להוות נתון מכך, המקרה על פירושה של הוראת סעיף 28(ב)(1) לפકודת הסמים המסוכנים.

17. בהקשר זה לא נעלם מעניין גם, כי סעיף 28(ב)(2) לפకודת הסמים המסוכנים מתלה ביצוע חיפוש בכליו של אדם או בגופו בקיומו של "חישד". תנאי כאמור לא נקבע באופן מפורש בסעיף 28(ב)(1). ברם, גם עובדה זו אינה מהווה נתון פרשני מכך, נוכח השיקולים הנורומיים עליהם עדותה לעיל. אין בה כשלעצמה כדי לשול את הצורך בקיומו של חישד סביר, לשם עירicht חיפוש בכל רכב פרטי, לצורך קיומן של הוראות פקודת הסמים המסוכנים.

18. על רקע זה יש לפנות לנוטנו של המקרה שבפניינו. יש ממש בטענת המערערת כי בית משפט השלום טעה בכך שקבע כי התקיים חישד סביר בנסיבות הנוכחי. מעדותו של רס"ל ג'ובאני עולה, כי החליט לבצע את החיפוש בשלוש סיבות עיקריות: (א) המערערת עצמה בשול הדרך. (ב) המערערת נראית "קצת עייפה" ועיניה היו אדומות ובולטות. (ג) אי סדר ברכבו, הבא לידי ביטוי בkopfseaten סיגריות זורקות על רצפת הרכב (עמודים 7-5). אין בטעם האמורים די על מנת לבסס חישד סביר לביצוע עבירה, ובכלל זה עבירה לפי פקודת הסמים המסוכנים, העשויה לבסס ביצוע חיפוש בכל רכב.

19. רס"ל ג'ובאני עצר את כלי רכבו של המערערת סמוך לשעה 00:30 לפנות בוקר. העובדה שעיניה של המערערת היו אדומות והוא נראית "קצת עייפה", אינה חריגהabis לשעה האמורה. עדותו טען רס"ל ג'ובאני כי בין אדם שמעשן סמים "העוניים שלו אדומות" (עמוד 7). הבסיס לחוויו דעה זה לא הבהיר די הצורך. כך או אחרת, מופיע בדו"ח הפעולה שכותב רס"ל ג'ובאני בזמן אמרת עולה, כי לא ציין שערך חיפוש ברכבה של המערערת הואיל וחישד כי הייתה תחת השפעת סם או כי חישד כי היא מחזיקה ברכבה סם (נספח ד' להודעת העורעור). זאת ועוד, דרך הילוקו של רס"ל ג'ובאני באירוע אינה מתישבת עם הטענה לחישד כאמור. השוטר ג'ובאני בקש מהמעערערת כי תסייע אחריו לתחנת המשטרה על מנת להיחקר (עמוד 8 לעדות השוטר ג'ובאני; עמוד 9 לעדות המערערת). קשה להניח, כי אילו באמת סבר רס"ל ג'ובאני כי המערערת נמצאת תחת השפעת סם, היה מורה לה לנוהג. יש בכך כדי לגרוע ממשקלה של הטענה, כי רס"ל ג'ובאני אכן חישד, ומה גם באופן סביר, כי המערערת עשתה שימוש בסם.

20. אשר לעובדה כי שרד אי סדר ברכבה של המערערת, וkopfseaten סיגריות היו פזורות על הרצפה, הרי שאין בה גם, כשלעצמה, כדי להצדיק פעולה מרוחיקת לכת של עירicht חיפוש בכל רכב. הטענה כי המערערת עצמה בשול הדריך בשל המחותם, לא נסתרה על ידי השוטר ג'ובאני. לא למותר לציין, כי הסבירה של המערערת בזמן אמרת, לפיו עצמה בשול הדריך כדי לסדר את kopfseaten האוכל שהיו ברכבה, אינו מופרך, בגין מחלוקת על הימצאותן של kopfseaten אוכל בכל רכב. בנסיבות אלה, לא ניתן לקבוע כי כל אחת מהנסיבות שניתנו על ידי השוטר ג'ובאני לביצוע החיפוש בכל רכבו של המערערת, או אף שילובן ביחיד, גיבשו חישד סביר כנדרש.

21. בהיעדר חישד סביר על השוטר ג'ובאני היה לקבל "הסכם מדעת" מהמעערערת לביצוע חיפוש ברכבה (ראו

פסק הדין הנ"ל בעניין בן חיים). מכלול החומר שבפניו עולה, כי השוטר ג'ובאני לא קיבל הסכמה כאמור, מעדותו של השוטר ג'ובאני עולה, כי המערערת הסכימה לבקשתו לבצע חיפוש ברכב (עמוד 5). אך גם עולה מעדותה של המערערת (עמוד 9). ברם, אין בפני ראייה לכך שהשוטר ג'ובאני הסביר למערערת בזמן אמת כי היא רשאית לסרב לחיפוש, וכי הסירוב לא יפעל לחובתה. הדבר לא עולה מעדותו של השוטר ג'ובאני. הוא לא עולה מעדותה של המערערת. אין לכך אף ذكر בדו"ח הפעולה שמלוא על ידי השוטר ג'ובאני. משכך, אני קובע כי החיפוש שבוצע ברכבה של המערערת היה לא חוקי.

22. בכר לא מסתים הדיון. על מנת לקבוע, האם דינה של ראייה שהושגה שלא כדין להיפסל, יש להפעיל שיקול דעת, בהתאם להנחיות המפורטות בפסק דין של בית המשפט העליון בע"פ 5121/98 ישחרוב נ' התבע הצבאי, פ"ד סא(1) 461(2006). לאחר שנתי דעתו למכלול השיקולים הרלוונטיים לעניין, על פי הלכה זו, הגעתו למסקנה כי יש לקבל את טענות המערערת לפניה דין הראייה להיפסל. בביצוע החיפוש ברכבו של המערערת הייתה טמונה פגיעה משמעותית בזכותו החוקית לפרטיות. בתוך כך, לא קיימו הוראות הדין הנוגעות לעניין. לא מדובר בהפרה טכנית, זניחה או קלת ערך, כי אם בהפרה משמעותית של זכות חוקית בסיסית (ראו בפסקה 70 לפסק הדין הנ"ל). לא הוכח בקשר זה על נסיבות מילויות משמעותיות (שם). אף שיקולים של עלות/תועלת (פסקה 72 לפסק הדין) אינם מסיעים למשיבה, נוכח מהות העבירה המיוחסת לנשمة (עבירה קלה יחסית של החזקת סמים לצריכה עצמית), מידת חומרתה (כמota קטנה של סם, אשר נמצא על פי סוג קרוב לתחתיו של סולם החומרה של סמים על פי פקודת הסמים המטוכנים). כל אלה מובילים אותו למסקנה, כי יש לפסול את הראייה שהושגה בחיפוש הבלתי חוקי, הינו הסם.

23. עם זאת, למען שלמות התמונה, אצין כי לא אוכל לקבוע כי דרך פעולתו של רס"ל ג'ובאני הייתה נגעה בכוונות זו או חוסר תום לב. בהקשר זה טענה המערערת, כי רס"ל ג'ובאני היה נתון במועד הרלוונטי במצב של ניגוד עניינים. לטענת המערערת, אחותה שירתה כשותרת שח"ם בתחנה בה שירת רס"ל ג'ובאני. ברם, בית משפט קמאקבע כי ההיכרות בין רס"ל ג'ובאני לבין אחותה של המערערת הייתה שטחית. לקביעה עובדתית זו יש בסיס בראיות. אין כל עילה להתערב בה. בנסיבות אלה, אין מקבל את טענות המערערת בנוקודה זו.

24. הדיון בנושא קבילותו של הסם הסתיים. עתה יש לדון בבסיס ההפוך להרשעת המערערת, אשר במרכזו נמצאת הودאותה במשפטה (ת/9). בהודאותה האמורה המערערת הודתה כי הסם שנתפס שיר לה, וכי שיקרה בהודעה הראשונה (ת/8) ורחקה את עצמה מהסם כי פחדה. התמונה הכלולתי היא, כי הבסיס לאמרה שבת/9 הינה האמרה שבת/8, אשר נקודות המוצא לה מצויה באזהרת חוקר המשטרה, לפיה המערערת חסודה "בהחזקה ושימוש של סמים בכך שהוא נתפסת וברשותך נמצא חומר החשוד סם". פסילת החיפוש שבוצע שלא כדין בכל רכבה של המערערת, משמשת אפוא את הבסיס העיקרי לאמורותיה.

25. במצב זה, מתייתר הצורך לדון בשאלת קיומו של "דבר מה נוסף" העשו לתמוך בהודאותה של המערערת, שכן הודה זו נותרת, עם פסילת הראייה שבביססה, חסרת תוכן ממשי. מעבר לנדרשעיר, כי הקביעה לפיה יש בעדות רס"ל ג'ובאני ובדו"ח הפעולה שלו משום "דבר מה נוסף", אינה נקייה מספקות. בדומה לאמורתה של המערערת בת/9, גם כאמור בדו"ח הפעולה (ת/6) אין משקל רב כראיה ללא הסם שנתפס. הוא הדין בעדותה

של רס"ל ג'ובאני. אשר לניסיונה של המשיבה להישען על דברים שאמרה המערערת בעדותה, לדבר מה נוסף להודאותה (ראו עמוד 11 לעדות), הרי שנוכח פסקתו של בית המשפט העליון מן העת الأخيرة (ע"פ 13/13 אדריס נ' מדינת ישראל (22.3.15)), קשה לקבל גם ניסיון זה. אעיר, בשוליה של נקודה זו, כי אף הבסיס לעדותה האמורה של המערערת נשמט, עם פסילתה של ראיית הסם.

26. התוצאה של כל האמור היא, כי הערעור מתקיים. הקביעה כי המערערת ביצעה את המួחס לה בכתב האישום מבוטלת. בהתאם לאמור לעיל, אני קובע כי המערערת זכאית מן העבירה שיוסה לה בכתב האישום.

### **יעוד שHAM, שופט**

#### **סגן הנשיא משה דרורי:**

1. אני מסכים לתוצאה ולרביית הנימוקים של חברי כב' השופט יעוד שHAM בחוות דעתו המלומדת.

2. גם אם ניתן מבחינה לשונית להגיא למסקנות אחרות, ארבעת נימוקיו (פסקאות 7-13 לחוות דעתו) ולא כל שכן שילובם יחד (פסקה 14), הביאני למסקנה כי אכן יש צורך בקיום חשד סביר לעבירה לפי פקודת הסמים המסתוכנים, כתנאי לביצוע חיפוש בכל'י רכב פרטי. כמו כן, מאמץ אני את תשובותיו לטענות המדינה ביחס להשוואה של סעיפים אחרים, בחקוקים שונים, לעניין חיפוש, ואף אני סבור, כי אין בהם כדי לשלו את הצורך בקיומו של חשד סביר, לשם ערכות חיפוש בכל'י רכב פרטיים (פסקאות 15-17 לחוות דעתו).

3. אשר לנ庭וני המקרה, ניתוחו של חברי (פסקאות 18-21), מקובל עלי' ככל שמדובר במצב סמיים.

4. ברצוני להציג כי על פי חומר הראיות בתיק, הרקע להצבת המוחסם באישוןليلו באותו מקום, היה מידע על הברחת כל'י נשק מאותו כפר. מבחינה זו, אם היה נמצא ברכב כל'י נשק, לא הייתה פסול את החיפוש והייתי מרשים את הנאשמה.

5. על כן, לא ניתן היה להסיק מפסק דיןינו, הלכה כללית המצמצמת את סמכויות החיפוש, כאשר יש מידע (גם אם כלל), וזאת במסגרת חלק מחובת המשטרה לבער את הפשע.

6. אשר לחלק הבא של חוות דעת חברי, שבה הועמדה שאלה, "**האם דינה של ראייה שהושגה שלא כדין להיפסל**" (הרישה של פסקה 22 להחלטתו), יש בפי מספר "הערות אזהרה" וכן "הערות בהברה", וזאת מבלתי

לגרוע מהסכמי לתוכאה במקרה ה konkreti שבפני, על שלל נסיבותיו המינוחות, כפי שיפורט להלן.

7. לפני 13 שנה, עוד לפני שבאה לעולם הלכת יששכרוב (ע"פ 5121/98 טורי (מייל) רפאל יששכרוב נ' התבע הצבאי הראשי, פ"ד ס"א(1) 461 (2006)), דנתי בשאלת דומה של התוצאות המשפטיות של פגמים שנעשו בחיפוש (שם הבעתיות הייתה ביחס להגדרת מקום החיפוש ונוכחות עדין בעת החיפוש); ראה: ב"ש (-ם) 20/02/2002 מדינת ישראל נ' מיכאל אברג'יל, פסמ"ח תשס"א (2) 728 (2002) (להלן: "פרשת אברג'יל").

8. באותה פרשהזכיר את הספרות המשפטית המאפשרת שימוש בדוקטרינה "פירות העץ המורעל", בעקבות חוקי יסוד (פרופ' אליהו ארנון, "ראיות שהושגו שלא כדין: מבט השוואתי", ספר לנדי (כרך ב, א' ברק, מ' מזוז - עורכים, תשנ"ה), עמ' 983; הנ"ל, "ראיות שהושגו שלא כדין - האם השתנה המצב המשפטי בעקבות חוק יסוד: כב' האדם וחורתו", מחקר משפטי, כרך יג (תשנ"ז) - תשנ"ז), עמ' 139; וכן אמרו של המשנה לנשיא בית המשפט העליון, כב' השופט פרופ' מנחם אלון, "חוקי יסוד - עיגון ערכיה של מדינה יהודית וdemokratit - סוגיות במשפט הפלילי", מחקר משפטי, כרך יג (תשנ"ז - תשנ"ז), עמ' 27 (ראה: פרשת אברג'יל, פסקאות 67-66, בעמ' 763).

9. באותה פרשה גם התייחסתי, לכך שהחקיקה הישראלית קבעה - בגיןו לפסיקה שהיתה עד אז - כי ניתן לעשות שימוש בדוקטרינת פירות העץ המורעל בשני מקרים: סעיף 13 לחוק האזנת סתר, תשל"ט - 1979, וסעיף 32 לחוק הגנת הפרטויות, תשמ"א - 1981.

10. בהקשר אחרון זה של חוק האזנת סתר, תשל"ט - 1979, הפניתי את תשומת הלב לסעיף 13(א) כפי שהוסף לחוק האזנת סתר (תיקון, תשנ"ה - 1975). הכלל שנקבע שם בסעיף 13(א) רישא, הוא כי דברים שנקלטו בדרך של האזנת סתר בגיןו לחוק לא יהיו קבילים כראיה בבית משפט. אולם, סעיף 13(א)(2) מורה לנו כי ראיות אלה יהיו קבילות **"בהליך פלילי בשל פשע חמור, אם בית משפט הורה על קבילותה לאחר ששוחרר מטעמים מיוחדים שיפורט, כי בנסיבות העניין הצורך להגיע לחקירה האמת עדיף על הצורן להגן על הפרטויות."**.

11. אם נשים כללים אלה - בדרך ההיקש (שהיא אחת הדרכים המותרות והחייבות כדי להגיע להכרעה בהעדך פתרון משפטי אחר - כאמור בסעיף 1 לחוק יסודות המשפט, התש"מ - 1980) - כי אז התוצאה שאליה הגיעו, נcona היא ככל שמדובר במסים מסווג חשיש במשקל של 2.6 גרם (ראה הנתונים בפסקה 2 להחלטתו); אם היה נמצא חשיש מסווג קוקאין בכמות ממשנית, ולא כל שכן אם היה נתפס נשק (שלגביו יתכן וחברי היה מסכים כי הייתה עילית חיפוש כדין) - התוצאה הייתה שונה, ולא היו מפעלים במקרה כזה את דוקטרינת העץ המורעל.

12. לטעמי, אם היה נמצאת ברכב גופה, מבלתי שככל הייתה עילית חיפוש, והעבירה שבה עוסקים היא רצח, כי אז, על פי האנלוגיה של סעיף 13(א)(2) לחוק האזנת סתר, לא היה בית המשפט פולס את הראייה, והיה

מראשיע ברצח - אם התקיימו כל התנאים האחרים - על בסיס הגוף שנמצא בחיפוש האמור.

במילים אחרות, לא היה מן הרاءו לשמש את דוקטרינת פירות העץ המורעל, כאשר מולה ניצב הסיכון של שחרור רצח וחיכוי, בשל פגמים בחיפוש (אם כי אני עր לך כי בארצות הברית, "מולדת" דוקטרינת "פירות העץ המורעל", יזכה אותו רצח, ובענייני חסידי הדוקטרינה, אין בכך פגם בשל חשיבות הדוקטרינה והצורך "בחינוך" אנשי המשטרה להקפיד על דיני החיפוש, לכל פרטיהם ודקודקיהם).

13. דוגמא שנייה של פסילת ראייה שהושגה בדרכים בלתי חוקיות, היא זו האמורה בסעיף 32 לחוק הגנת הפרטויות, התשמ"א - 1981, הקובע כי **"חומר שהושג תוך פגעה בפרטיות יהיה פסול מלשמש ראייה בבית משפט, ללא הסכמת הנפגע, זולת אם בית המשפט המתיר מטעמים שירשו להשתמש בחומר, או אם היה לפוגע, שהוא צד להלirk, הגנה או פטור לפי חוק זה."**.

14. בעניין סעיף זה, דין בית המשפט העליון, בפסק דין עקרוני, שנitin על ידי הנשיא, כב' השופט פרופ' אהרן ברק, שולדורי הסכמה הנשיאות דהיום, כב' השופטת מרים נאור, וכן כב' השופטת עדנה ארבל (בג"ץ 6650/04 פלונית נ' בית דין הרבני האזרחי בתנינה פ"ד ס"א(1) 581 (2006)). פסק דין זה ניתן עשרה ימים לאחר פרשת ששchorob, והוא מוזכר בו.

באותה פרשה פסל בית המשפט העליון, שבתו כבג"ץ, את הראיות שהוגשו לבית הדין הרבני, שהיו צילומים של חוקר פרטי שנכנס לדירה וצלם את העוררת - אשתו הנושא של המשיב השלישי - מקיימת יחסית מין עם גבר (עמ' 593, מול אותן א). עיקר פסק הדין מוקדש לשאלת פיקוח הבג"ץ על בתיה הרבניים בנושא ראיות, ובמסגרת זו ש דין בשאלת פירות העץ המורעל.

סבירוני, כי אם העובדות באותה פרשה היו משתנות קמעא, וכי התמונות של החוקר הפרטיא לא היו מיועדות להוכיחニアוף, אלא נועד להכרעה בשאלת החזקת ילדים, והחוקר הפרטיא היה מצולם את העוררת מכיה ברכואה את בנה, קשה לי להאמין כי בית המשפט העליון שבתו כבג"ץ היה פסול ראייה צזו.

15. עיננו הרואות כי כללי הפסילה מכוח דוקטרינת פירות העץ המורעל, אינם חתוכים ועד מושעים, והם מותרים שיקול דעת רחב לבית המשפט, כיצד לאזן בין ערכיהם, ובמיוחד זה של הצורך הגיע לדין אמרת.

16. ראייתי לנוכח להזכיר כי במקורה שבפנינו, כל טווח קבלת הערעור שבפנינו אינו בין הרשעה ועונש, מול זכיי והעדר עונש. בית משפט השלום עצמו, בעקבות תסוקיר שירות המבחן, ביטל את הרשותה ונותרה הקביעה בדבר ביצוע העבירה (ראה פסקה 1 סיפה לחווות דעתו של חברי). כל שעושים אנו בפסק דין זה, הוא ביטול אותה קביעה בדבר ביצוע העבירה.

17. מעבר לכל הנ"ל אוסיף, כי כיום מאז שהוסף סעיף 1א לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו - המשמש בסיס גם לדברי חברי, כב' השופט שחם, בפסקילת הראייה - יש להתייחס להוראותיו, כי מטרת חוק היסוד הוא **"לעגן בחוק יסוד את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית".**

18. مكان, מקום נוסף להחלטת המשפט העברי, וזאת בנוסף לחוק יסודות המשפט, תש"מ - 1980 (שהוזכר לעיל בהקשר אחר).

ניתן להגೊע למשפט העברי גם דרך בוחנות היסוד של השיטה המשפטית (כדברי כב' השופט פרופ' יצחק אנגלרד, בرع"א 6339/97 משה רוקב נ' משה סלומון פ"ד נה (1) 199, בעמ' 226 בין האותיות ג-ה (1999)).

מקור נוסף יכולם לשמש דבריו של כב' השופט - כתוארו אז - חיים כהן, בד"נ 73/22 יגאל בן שחר נ' יוסף מחלב פ"ד ח(2) 89, בעמ' 98 בראש העמוד (1974):

"**מקום ושעה שלמען עשות צדק** רואים אנו להעלים עניינו מן ההלכה הפסקה האנגלית והאמריקנית, הרגולתי עצמי לברר תחילתה שמא ניתן למצוא בדיון התורה אילן להיתלות בו... **הצדק** שהוא חייבם ומשתדלים לעשותו, יהיה בטוח ומיסוד יותר כשהוא מוצא לו סימוכין במסורתנו המשפטית ובחכמת **צדקתם של קדמוניינו זכרם לטובה**".

[וראה לעניין זה של שימוש במשפט העברי בסוגיות עקרוניות את מה שכתבתי בספר, השימוש לרעה בזכות במשפט העברי - קופין על מידת סdom (מכון משפט ארצ, תש"ע - 2010), בעמ' 22-20].

19. עמדת המשפט העברי ביחס לשאלת שבפנינו, מח'יבת עיון וליבון.

פרופ' מנחם אלון, הציג עמדה כללית במאמרו הנ"ל. אכן, יש התייחסות שם גם לסוגיות הפרטיות, בהקשרים שונים. הוא גם מזכיר את דבריו בד"נ 9/83 בית הדין הצבאי לעערורים נ' משה ועקבין פ"ד מב(3) 837, בעמ' 858-861 (1988); וראה גם את התייחסות שופט המיעוט באותו תיק, כב' השופט גבריאל בר, המתיחס בעמדת המשפט העברי, בעמ' 873-872, ואת "תשובתו" של פרופ' אלון במאמרו הנ"ל, בעמ' 84-85).

20. ברם, עדין יש מקום להעמק חקר בנושא זה ולבחון את גישתו העקרונית של המשפט העברי, ביחס לשאלת האם ראייה חפצית, שהושגה שלא כדין, לא תשמש ראייה קבילה, ותביא לתוכאה לפיה פסק הדין יהיה מוטעה או בלתי נכון, וזאת חלק מעמדת ההלכה ביחס לכבוד ביתו של הפרט והאיסור להיכנס אליו (כמוذكر בפרשת עקבין הנ"ל בדברי המשנה לנשיא השופט אלון והשופט בר, בעמודים שהובאו לעיל).

הדבר תלוי גם בשאלת מהו עוצמתו של הכלל "עובד אינו דין לנפשו", שהוא מקור הזכות לעשיית דין עצמאית (תלמיד בבל, מסכת בבא קמא, דף כז, עמ' ב - דף כח, עמ' א), אשר במסגרתו מובאים דברי "בן בג בג: אל תכנס לחצר חברך ליטול את שלך שלא ברשות, שמא תראה עליו כגבב; אלא, שבור את שניינו ואמור לו: 'שלוי אני נתן' ".

מקור הדברים הוא בתוספתא, (בבא קמא, פרק י, הלכה לח):

בן בג אומר: אל ינטול אדם את שלו מבית אחרים, שמא יראה כגבב.

וכן היה בן בג אומר: אל יגנוב אדם את שלו מבית הגנב, שמא אף הוא יראה כגבב, אלא משביר את שניינו, ומוציא את שלו מידו".

רשי' שם מסביר, בד"ה אלא שבור את שניו: "כלומר, קח בחזקה".

עלומת זאת הגאנום מפרשין כי "**שbor את שניו בדין**".

ראה הדיונים בסוגיה זו במאמרו של פרופ' ידידה דינרי, "עביד איניש דינה לנפשי", דיני ישראל, כרך ד (תש"ג), עמ' 91, בעמ' 94-95; ובמאמרו של פרופ' שמשון אטינגר [שהינו חלק מעבודת הדוקטורט שלו על עשיית דין עצמית במשפט העברי], "ליבור פסקי הגאנום וראשו הראשונים בשאלת העווה דין לעצמו, שנתון המשפט העברי", כרך יא-יב (תשנ"ד - תשמ"ו), עמ' 41, בעמ' 44 ואילך.

21. הנושא מחייב עיון עמוק, ואין כאן זמן ומקום. אם תתוורר השאלה, לוגפה, יהיה צורך להכריע בה באופן שתוצאתה תהיה ההבדל בין זיכוי לבין הרשעה, אקדמי לנושא זמן נוסף. לעניין שבפנינו, די بما שכתבתי לעיל, כאשר בנוסף לכך שגם כי במסגרת חווות דעת שניתנה על ידי יועץ למשפט עברי, ד"ר מיכאל ויגודה, "הודית הנאשם", הוא התייחס לעמדת המשפט העברי בסוגיית "פירות העץ המורעל", והסביר כי אין מניעה עקרונית לחוקק חוק שיבוס על הכלל, לפיו **"לא יהיה חוטא נשכרי"** (משנה, מסכת Challah, פרק ב הלכה ז). אולם, לדבריו, אין תקנה צזו במשפט העברי, משני טעמים: האחד, המשפט העברי רואה באמת ערך עליון, ועל כן, אין מקום להתעלם מראיה שהושגה בדרך לא נאותה; השני, גם אם ניתן, בנסיבות מסוימות, להפעיל אמצעי עונישה כנגד חוקרים שהשיגו ראיות באופן בלתי חוקי, אין בכך כדי לגרוע מהצורך לדון באשמתו של החשוד, ואם יש צורך, להרשיעו, והכל על פי הכלל הגדול במשפט העברי בדבר "מעשה הבא בעבירה", אשר על פיו עבריין ראוי לעונש, ללא קשר לתוקף המעשה (חוות דעת מצויה באתר משרד המשפטים/משפט עברי/חוות דעת/בתי דין וסדריהם).

22. כפוף להערות דלעיל, וכפי שכתבתי בראשית הדברים, אני מסכים לתוכאה של אליה הגיע חברי כב' השופט עודד שחם, לפיה יש לקבל את הערעור.

**משה דרורי, שופט**  
סגן נשיא

הנשיא דוד חזין:

אני מסכים לחווות דעתו של חברי, כב' השופט עודד שחם, וכן להערות שרשם בתגובה לחווות דעתו הנפרדת של חברי, כב' סגן הנשיא משה דרורי.

דוד חשין, נשיא

הוחלט כאמור בפסק דיןו של השופט שחם.

ניתן היום, י"ז סיון תשע"ה, 04 يونيو 2015, בהיעדר הצדדים.

דוד חשין, נשיא  
נשיא

עודד שחם, שופט  
משה דרורי, סגן