



ע"פ 2431/09/14 - ליאת פדר נגד מדינת ישראל

בית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית-משפט לערעורים פליליים

ע"פ 2431-09-14
04 יוני 2015

לפני: כב' השופט דוד חשין, נשיא
כב' השופט משה דרורי, סגן נשיא
כב' השופט עודד שחם
המערער:

ליאת פדר
ע"י ב"כ עו"ד מאיה ברקאי

מדינת ישראל
באמצעות פרקליטות מחוז ירושלים (פלילי)

נגד
המשיבה:

פסק-דין

השופט עודד שחם:

1. בפנינו ערעור על החלטת בית משפט השלום בירושלים (כב' השופטת ח' מאק - קלמנוביץ, סגנית נשיאה) בת"פ 51721-06-11, לפיה המערערת ביצעה עבירה של החזקת סמים מסוכנים לצריכה עצמית, עבירה לפי סעיפים 7(א) ו- 7(ג) סיפא לפקודת הסמים המסוכנים (נוסח חדש), התשל"ג - 1973 (להלן - פקודת הסמים המסוכנים או הפקודה). לכתחילה, הורשעה המערערת (26.11.13) בעבירה האמורה. בעקבות תסקיר של שירות המבחן, בוטלה ההרשעה (14.7.14). נותרה בעינה הקביעה בדבר ביצוע העבירה.
2. העובדות שנקבעו בעניינה של המערערת הן שביום 24.11.10, בשעה 02:47, במחסום יזום בציר 437 בסמוך לצומת ענתא, החזיקה המערערת בסם מסוכן מסוג חשיש במשקל 2.6524 גרם נטו לצריכה עצמית.
3. לאחר שנתתי דעתי לטענות הצדדים, על רקע מכלול החומר שהוגש ובחינת ההסדרים המשפטיים הנוגעים לדבר, הגעתי למסקנה כי דין הערעור להתקבל. מהלך הדיון יהיה כלהלן. תחילה אדון בשאלת חוקיותו של החיפוש שבוצע בכלי רכבה של המערערת. בהקדמת המאחר אציין, כי המסקנה אליה הגעתי בהקשר זה היא, כי החיפוש היה בלתי חוקי. בהמשך לכך הגעתי למסקנה, כי בנסיבות העניין יש לפסול את ראיית הסם שנתפסה בחיפוש. בהמשך לכך אדון בקביעת בית משפט השלום לפיה ניתן להרשיע את המערערת על יסוד הודאתה, בצירוף לעדות השוטר רס"ל אוהד ג'ובאני (להלן - רס"ל ג'ובאני), ובכלל זה דו"ח פעולה שערך בזמן אמת. הגעתי למסקנה, כי גם קביעה זו אינה יכולה לעמוד.

תחילה, 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 "היה לשוטרי יסוד סביר לחשד שבוצעה עבירה בת מעצר וסבר כי יש צורך לבצע חיפוש בכלי רכב כדי לאתר את מבצע



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

5. לטענת המשיבה, הדרישה לחשד סביר אינה חלה מקום בו מדובר בחיפוש בכלי רכב, המבוצע לצורך גילוי עבירה לפי פקודת הסמים המסוכנים. המשיבה מפנה בהקשר זה להוראת סעיף 28(ב)(1) לפקודת הסמים המסוכנים. סעיף זה קובע כי "מבלי לפגוע בסמכות הכללית הניתנת לשוטר לערוך חיפוש, רשאי השוטר לערוך חיפוש בלא 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 6.7.1988), לפיהם "מוצע לתת בידי המשטרה כלי עזר להגברת יעילות פעולתה במלחמה נגד נגעי הסמים, וכפועל יוצא מהקשיים שבהם היא נתקלת במלחמתה לחשיפת מבריחי סמים וסוחרי סמים ולאיסוף ראיות כנגדם". בהמשך לכך נכתב, כי "קושי נוסף 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. לכאורה, יש בלשון ההוראה עוגן לטענתה של המשיבה. לשון הסעיף לא קובעת דרישה לקיומו של חשד סביר כתנאי לביצוע חיפוש. בה בעת, לשון הסעיף אינה מבטלת באופן גורף, מפורש וחד משמעי את הצורך בחשד סביר. זאת ועוד, יש צורך בפירוש התיבה "אם החיפוש דרוש לדעתו [של שוטר - ע.ש.]. לצורך קיום הוראות פקודה זו". בתהליך פרשני זה, יש לתת את הדעת למספר שיקולי פרשנות.

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

8. חוק היסוד קובע, כזכות חוקתית, את הזכות לפרטיות. סעיף 7(א) לחוק היסוד קובע, כי "כל אדם זכאי לפרטיות ולצנעת חייו". בהמשך לכך, סעיף 7(ג) לחוק היסוד קובע כי "אין עורכים חיפוש ברשות היחיד של אדם, על גופו, בגופו ובכליו". כלי רכב פרטי הוא במובהק חלק מרשות היחיד של אדם. יש לגביו ציפייה סבירה, לגיטימית ומתבקשת לפרטיות. אכן, עוצמתה של ציפייה זו אינה זהה לחלוטין לעוצמת הציפייה לפרטיות בביתו של אדם. הטעם העיקרי לכך נעוץ בעובדה, שכלי רכב נע בדרכים ציבוריות. התנועה הממונעת היא פעילות שטמון בה סיכון לעוברים בדרך. לפיכך, טעמים שעניינם שמירה על בטיחות הציבור מחייבים פיקוח ובקרה של גורמי אכיפת החוק. לשם כך, מוקנות לגורמים אלה סמכויות שונות בדיון. ברם, מעבר לכך, קיימת לנהג של כלי



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

9. יוצא, כי עיגונה החוקתי של הזכות לפרטיות משליך במישור, ובעוצמה ממשית, על פירושה של הוראת סעיף 28(ב)(1) הנ"ל. בהקשר זה יש להדגיש, כי קבלת עמדתה הפרשנית של המשיבה, לפיה יכול שייעשה חיפוש בכלי רכב פרטי בלא קיומו של חשד סביר לעבירה, פירושה פגיעה אנושה בזכות לפרטיות. קשה ליישב פגיעה כאמור עם ערכים בסיסיים של חירות, המזוהים עם מדינה דמוקרטית, כפי שאלה עוגנו בחוק היסוד.

10. ואמנם, במשפט המשווה נקבע עוד לפני קרוב למאה שנים הכלל הבסיסי, לפיו ביצוע חיפוש בכלי רכב (במקרה הנדון שם - לצורך חיפוש אלכוהול בלתי חוקי) בלא צו, מותנה בקיומו של חשד סביר. בעניין *Carroll* (1925) 267 U.S. 132, *United States v.*, פסק בית המשפט העליון של ארה"ב כי ניתן לבצע חיפוש בכלי רכב למטרה כאמור בלא צו. בהקשר זה הודגשה נידותו הרבה של כלי הרכב, העלולה להביא לסיכולה של אפשרות האכיפה האפקטיבית. בה בעת הודגש, כי הסמכתם של שוטרים לבצע חיפוש אקראי בכלי רכב, תגרום לתוצאה בלתי סבירה, בלתי נסבלת, וטמונה בה פגיעה בכבודן הבסיסי של הבריות. כדברי 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 מלמדת, כי בהקשרים קרובים נקבעה, גם לאחר התיקון האמור לפקודת הסמים המסוכנים, דרישה לחשד סביר 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. תבנית חקיקתית 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. ככזו, היא, והשוטרים הפועלים בשמה, כפופים לכללי היסוד של המשפט המנהלי. בין היתר, כללים אלה מחייבים קיומה של תשתית עובדתית מינימלית, כתנאי לפגיעה בזכות יסוד של הפרט (ראו, בהקשר זה, בג"צ 987/94 יורונט קווי זהב (1982) בע"מ נ' שרת התקשורת פ"ד מח(5) 412 עמוד 3



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

13. רביעית, דברי ההסבר לתיקון לפקודת הסמים המסוכנים אינם תומכים במסקנה, לפיה תכלית החקיקה היא לאפשר, באופן גורף, חיפוש בכלי רכב ללא חשד סביר לעבירה לפי פקודת הסמים המסוכנים. עולה מהם, כי הצורך העיקרי אשר הוראת סעיף 28(ב)(1) נועדה להתמודד עימו נוגע למקרים בהם קיים צורך לבצע חיפוש בכלי רכב, אך לא ניתן להשיג צו חיפוש. התניית ביצועו של חיפוש בקיומו של חשד סביר, מקום בו לא מעשי להשיג צו חיפוש, אינו פוגע באופן ממשי בתכלית זו.

14. שילובם של שיקולים אלה מוביל למסקנה, כי יש לפרש את סעיף 28(ב)(1) ככולל, מניה וביה, דרישה לקיומו של חשד סביר לעבירה לפי פקודת הסמים המסוכנים, כתנאי לביצוע חיפוש בכלי רכב פרטי. אכן, הדרישה לחשד סביר היא דרישת סף מינימליסטית, אשר תכליתה לספק הגנה אלמנטרית לזכות הבסיסית לפרטיות. היא מציבה רף נמוך למדי, אך חיוני, של תשתית אובייקטיבית, הניתנת לבחינה, העשויה להצדיק פגיעה בזכות היסוד של הפרט (ראו, בהקשר זה, בפסקה 16 לפסק הדין הנ"ל בעניין בן חיים). בהקשר זה, לא ניתן לקבל פירוש המסתפק בכך שחיפוש דרוש על פי דעתו הסובייקטיבית של שוטר. פירוש כאמור מעלה סיכון ממשי לשרירותיות וגחמנות. פירוש כזה אינו עולה בקנה אחד עם עיגונה החוקתי של זכות היסוד לפרטיות בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

15. לא נעלמה מעיניי בהקשר זה הוראת סעיף 28(ב)(3) לפקודה. הוראה זו עושה שימוש בלשון דומה ("דרוש לצורך קיום הוראות פקודה זו"), כאשר מדובר בחיפוש בכלי או על גופו של אדם בעת שהייתו בשדה תעופה, בנמל ובמקומות דומים. עניין זה תואר בדברי ההסבר שבהצעת החוק הנזכרת לעיל כעיקר הקושי עימו היא באה להתמודד, על רקע הצורך בחיפוש פתע במקומות כאמור לצורך אכיפה אפקטיבית. כך או כך, איני רואה צורך לחוות דעה על פירושה של הוראה זו. העובדה שההוראה האמורה סמוכה להוראת סעיף 28(ב)(1), ונוקטת במטבע לשון זהה ("דרוש לצורך קיום הוראות פקודה זו"), אינה מחייבת בהכרח פרשנות זהה. אכן, פירושה של כל הוראה נגזר לעולם מן ההקשר הספציפי בו מדובר, ומתכליתה של ההוראה. ברוח זו פסק בית המשפט העליון, כי

"מקובל, אף רצוי, מבחינת האחידות והשלמות שבניסוח ולצורך הבנת המשמעות, כי בחיקוק תהיה לאותו מושג המופיע בהקשרים שונים משמעות אחת וזהה אולם רצוי זה לא תמיד הוא גם המצוי והמתחייב מכלל הדברים. יש אם משום שזהו רצונו הברור של המחוקק ואם משום ניסוח כושל של דבר החיקוק, כי ימצאו באותו חיקוק עצמו מושגים זהים, או כמעט זהים, שמשמעותם שונה... במקרה כזה ראוי לבחון את המושג שפרשנותו נדרשת... שבכל סעיף וסעיף של הפקודה על פי הגיונו ועל פי מטרתו" (ע"א 756/82 קיבוץ יגור נ' שירותי נפט בע"מ, פ"ד מא(1) 85 (1987) בעמוד 112 לפסק דינו של השופט ד' לוי).

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



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

17. בהקשר זה לא נעלם מעיני גם, כי סעיף 28(ב)(2) לפקודת הסמים המסוכנים מתלה ביצוע חיפוש בכליו של אדם או בגופו בקיומו של "חשד". תנאי כאמור לא נקבע באופן מפורש בסעיף 28(ב)(1). ברם, גם עובדה זו אינה מהווה נתון פרשני מכריע, נוכח השיקולים הנורמטיביים עליהם עמדתי לעיל. אין בה כשלעצמה כדי לשלול את הצורך בקיומו של חשד סביר, לשם עריכת חיפוש בכלי רכב פרטי, לצורך קיומן של הוראות פקודת הסמים המסוכנים.

18. על רקע זה יש לפנות לנתוניו של המקרה שבפנינו. יש ממש בטענת המערערת כי בית משפט השלום טעה בכך שקבע כי התקיים חשד סביר במקרה הנוכחי. מעדותו של רס"ל ג'ובאני עולה, כי החליט לבצע את החיפוש משלוש סיבות עיקריות: (א) המערערת עצרה בשול הדרך. (ב) המערערת נראתה "קצת עייפה" ועיניה היו אדומות ובולטות. (ג) אי סדר בכלי הרכב, הבא לידי ביטוי בקופסאות סיגריות זרוקות על רצפת הרכב (עמודים 5-7). אין בטעמים האמורים די על מנת לבסס חשד סביר לביצוע עבירה, ובכלל זה עבירה לפי פקודת הסמים המסוכנים, העשוי לבסס ביצוע חיפוש בכלי רכב.

19. רס"ל ג'ובאני עצר את כלי רכבה של המערערת סמוך לשעה 3:00 לפנות בוקר. העובדה שעיניה של המערערת היו אדומות והיא נראתה "קצת עייפה", אינה חריגה בשים לב לשעה האמורה. בעדותו טען רס"ל ג'ובאני כי בן אדם שמעשן סמים "העיניים שלו אדומות" (בעמוד 7). הבסיס לחיווי דעה זה לא הובהר די הצורך. כך או כך, מעיון בדו"ח הפעולה שכתב רס"ל ג'ובאני בזמן אמת עולה, כי לא ציין שערך חיפוש ברכבה של המערערת הואיל וחשד כי הייתה תחת השפעת סם או כי חשד כי היא מחזיקה ברכבה סם (נספח ד' להודעת הערעור). זאת ועוד, דרך הילוכו של רס"ל ג'ובאני באירוע אינה מתיישבת עם הטענה לחשד כאמור. השוטר ג'ובאני ביקש מהמערערת כי תיסע 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 לנהוג. יש בכך כדי לגרוע ממשקלה של הטענה, כי רס"ל ג'ובאני אכן חשד, ומה גם באופן סביר, כי המערערת עשתה שימוש בסם.

20. אשר לעובדה כי שרר אי סדר ברכבה של המערערת, וקופסאות סיגריות היו פזורות על הרצפה, הרי שאין בה גם, כשלעצמה, כדי להצדיק פעולה מרחיקת לכת של עריכת חיפוש בכלי הרכב. הטענה כי המערערת עצרה בשול הדרך בשל המחסום, לא נסתרה על ידי השוטר ג'ובאני. לא למותר לציין, כי הסברה של המערערת בזמן אמת, לפיו עצרה בשול הדרך כדי לסדר את קופסאות האוכל שהיו ברכבה, אינו מופרך, באין מחלוקת על הימצאותן של קופסאות אוכל בכלי הרכב. בנסיבות אלה, לא ניתן לקבוע כי כל אחת מהסיבות שניתנו על ידי השוטר ג'ובאני לביצוע החיפוש בכלי רכבה של המערערת, או אף שילובן ביחד, גיבשו חשד סביר כנדרש.

21. בהיעדר חשד סביר על השוטר ג'ובאני היה לקבל "הסכמה מדעת" מהמערערת לביצוע חיפוש ברכבה (ראו



פסק הדין הנ"ל בעניין בן חיים). ממכלול החומר שבפני עולה, כי השוטר ג'ובאני לא קיבל הסכמה כאמור. אכן, מעדותו של השוטר ג'ובאני עולה, כי המערערת הסכימה לבקשתו לבצע חיפוש ברכב (עמוד 5). כך גם עולה מעדותה של המערערת (עמוד 9). ברם, אין בפניי ראיה 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 אזכור בדו"ח הפעולה שמולא על ידי השוטר ג'ובאני. משכך, אני קובע כי החיפוש שבוצע ברכבה של המערערת היה לא חוקי.

22. בכך לא מסתיים הדיון. על מנת לקבוע, האם דינה של ראיה שהושגה שלא כדין להיפסל, יש להפעיל שיקול דעת, בהתאם להנחיות המפורטות בפסק דינו של בית המשפט העליון בע"פ 5121/98 יששכרוב נ' התובע הצבאי, פ"ד סא(1) 461(2006). לאחר שנתתי דעתי למכלול השיקולים הרלוונטיים לעניין, על פי הלכה זו, הגעתי למסקנה כי יש לקבל את טענות המערערת לפיהן דין הראיה להיפסל. בביצוע החיפוש בכלי רכבה של המערערת הייתה טמונה פגיעה משמעותית בזכותה החוקתית לפרטיות. בתוך כך, לא קיומו הוראות הדין הנוגעות לעניין. לא מדובר בהפרה טכנית, זניחה או קלת ערך, כי אם בהפרה משמעותית של זכות חוקתית בסיסית (ראו בפסקה 70 לפסק הדין הנ"ל). לא הוצבע בהקשר זה על נסיבות מקלות משמעותיות (שם). אף שיקולים של עלות/תועלת (פסקה 72 לפסק הדין) אינם מסייעים למשיבה, נוכח מהות העבירה המיוחסת לנאשמת (עבירה קלה יחסית של החזקת סמים לצריכה עצמית), ומידת חומרתה (כמות קטנה של סם, אשר נמצא על פי סוגו קרוב לתחתיתו של סולם החומרה של סמים על פי פקודת הסמים המסוכנים). כל אלה מובילים אותי למסקנה, כי יש לפסול את הראיה שהושגה בחיפוש הבלתי חוקי, היינו הסם.

23. עם זאת, למען שלמות התמונה, אציין כי לא אוכל לקבוע כי דרך פעולתו של רס"ל ג'ובאני הייתה נגועה בכוונת זדון 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 כשוטרת שח"ם בתחנה בה שירת רס"ל ג'ובאני. ברם, בית משפט קמא קבע 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, איני מקבל את טענות המערערת בנקודה זו.

24. הדיון בנושא קבילותו של הסם הסתיים. עתה יש לדון בבסיס החלופי להרשעת המערערת, אשר במרכזו נמצאת הודאתה במשטרה (ת/9). בהודאתה האמורה המערערת הודתה כי הסם שנתפס שייך לה, וכי שיקרה בהודעה הראשונה (ת/8) והרחיקה את עצמה מהסם כי פחדה. התמונה הכוללת היא, כי הבסיס לאמרה שבת/9 הינה האמרה שבת/8, אשר נקודת המוצא לה מצויה באזהרת חוקר המשטרה, לפיה המערערת חשודה "בהחזקה ושימוש של סמים בכך שהיום נתפסת וברשותך נמצא חומר החשוד כסם". פסילת החיפוש שבוצע שלא כדין בכלי רכבה של המערערת, משמיט אפוא את הבסיס העיקרי לאמרותיה.

25. במצב זה, מתייתר הצורך לדון בשאלת קיומו של "דבר מה נוסף" העשוי לתמוך בהודאתה של המערערת, שכן הודאה זו נותרת, עם פסילת הראייה שבבסיסה, חסרת תוכן ממשי. מעבר לנדרש אעיר, כי הקביעה לפיה יש בעדות רס"ל ג'ובאני ובדו"ח הפעולה שלו משום "דבר מה נוסף", אינה נקייה מספקות. בדומה לאמרתה של המערערת בת/9, גם לאמור בדו"ח הפעולה (ת/6) אין משקל רב כראיה בלא הסם שנתפס. הוא הדין בעדותו



של רס"ל ג'ובאני. אשר לניסיונה של המשיבה להישען על דברים שאמרה המערערת בעדותה, כדבר מה נוסף להודאתה (ראו עמוד 11 לעדות), הרי שנכח פסיקתו של בית המשפט העליון מן העת האחרונה (ע"פ 6296/13 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 מתקבל. הקביעה כי המערערת ביצעה את המיוחס לה בכתב האישום מבוטלת. בהתאם לאמור לעיל, אני קובע כי המערערת זכאית מן העבירה שיוחסה לה בכתב האישום.

עודד שחם, שופט

סגן הנשיא משה דרורי:

1. אני מסכים לתוצאה ולמרבית הנימוקים של חברי כב' השופט עודד שחם בחוות דעתו המלומדת.
2. גם אם ניתן מבחינה לשונית להגיע 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 המסוכנים, כתנאי לביצוע חיפוש בכלי רכב פרטי. כמו כן, מאמץ אני את תשובותיו לטענות המדינה ביחס להשוואה של סעיפים אחרים, בחיקוקים שונים, לעניין חיפוש, ואף אני סבור, כי אין בהם כדי לשלול את הצורך בקיומו של חשד סביר, לשם עריכת חיפוש בכלי רכב פרטים (פסקאות 15-17 לחוות דעתו).
3. אשר לנתוני המקרה, ניתוחו של חברי (פסקאות 18-21), מקובל עליי ככל שמדובר במציאת סמים.
4. ברצוני להדגיש כי על פי חומר הראיות בתיק, הרקע להצבת המחסום באישון לילה באותו מקום, היה מידע על הברחת כלי נשק מאותו כפר. מבחינה זו, אם היה נמצא ברכב כלי נשק, לא הייתי פוסל את החיפוש והייתי מרשיע את הנאשמת.
5. על כן, לא ניתן יהיה להסיק מפסק דינינו, הלכה כללית המצמצמת את סמכויות החיפוש, כאשר יש מידע (גם אם כללי), 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" (הרישא של פסקה 22 להחלטתו), יש בפי מספר "הערות אזהרה" וכן "הערות הבהרה", וזאת מבלי



לגרוע מהסכמתי לתוצאה במקרה הקונקרטי שבפניי, על שלל נסיבותיו המיוחדות, כפי שיפורט להלן.

7. לפני 13 שנה, עוד לפני שבאה לעולם הלכת יששכרוב (ע"פ 5121/98 טור' (מיל') רפאל יששכרוב נ' התובע הצבאי הראשי, פ"ד ס"א(1) 461 (2006)), דנתי בשאלה דומה של התוצאות המשפטיות של פגמים שנעשו בחיפוש (שם הבעייתיות הייתה ביחס להגדרת מקום החיפוש ונוכחות עדים בעת החיפוש); ראה: ב"ש (י-ם) 1153/02 מדינת ישראל נ' מיכאל אברג'יל, פסמ"ח תשס"א (2) 728 (2002) (להלן: "פרשת אברג'יל").

8. באותה פרשה הזכרתי את הספרות המשפטית המאפשרת שימוש בדוקטרינה "פירות העץ המורעל", בעקבות חוקי היסוד (פרופ' אליהו ארנון, "ראיות שהושגו שלא כדין: מבט השוואתי", ספר לנדוי (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 וחירותו", מחקרי משפט, כרך יג (תשנ"ו - תשנ"ז), עמ' 139; וכן מאמרו של המשנה לנשיא בית המשפט העליון, כב' השופט פרופ' מנחם אלון, "חוקי היסוד - עיגון ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית - סוגיות במשפט הפלילי", מחקרי משפט, כרך יג (תשנ"ו - תשנ"ז), עמ' 27 (ראה: פרשת אברג'יל, פסקאות 66-67, בעמ' 763).

9. באותה פרשה גם התייחסתי, לכך שהחקיקה הישראלית קבעה - בניגוד לפסיקה שהייתה עד אז - כי ניתן לעשות שימוש בדוקטרינת פירות העץ המורעל בשני מקרים: סעיף 13 לחוק האזנת סתר, תשל"ט - 1979, וסעיף 32 לחוק הגנת הפרטיות, 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 בניגוד לחוק לא יהיו קבילים כראיה בבית משפט. אולם, סעיף 13(א)(2) מורה לנו כי ראיות כאלה יהיו קבילות "בהליך פלילי בשל פשע חמור, אם בית משפט הורה על קבילותה לאחר ששחרר מטעמים מיוחדים שיפרט, כי בנסיבות העניין הצורך להגיע לחקר האמת עדיף על הצורך להגן על הפרטיות".

11. אם ניישם כללים אלה - בדרך ההיקש (שהיא אחת הדרכים המותרות והמחייבות כדי להגיע להכרעה בהעדר פתרון משפטי אחר - כאמור בסעיף 1 לחוק יסודות המשפט, התש"מ - 1980) - כי אז התוצאה שאליה הגיע חברי, נכונה היא ככל שמדובר בסמים מסוג חשיש במשקל של 2.6 גרם (ראה הנתונים בפסקה 2 להחלטתו); אם היה נמצא חשיש מסוג קוקאין בכמות מסחרית משמעותית, ולא כל שכן אם היה נתפס נשק (שלגביו יתכן וחברי היה מסכים כי הייתה עילת חיפוש כדין) - התוצאה הייתה שונה, ולא היו מפעילים במקרה כזה את דוקטרינת העץ המורעל.

12. לטעמי, אם היה נמצאת ברכב גופה, מבלי שבכלל הייתה עילת חיפוש, והעבירה שבה עוסקים היא רצח, כי אז, על פי האנלוגיה של סעיף 13(א)(2) לחוק האזנת סתר, לא היה בית המשפט פוסל את הראיה, והיה



מרשיע ברצח - אם התקיימו כל התנאים האחרים - על בסיס הגופה שנמצאה בחיפוש האמור.

במילים אחרות, לא היה מן הראוי ליישם את דוקטרינת פירות העץ המורעל, כאשר מולה ניצב הסיכון של שחרור רוצח וזיכיון, בשל פגמים בחיפוש (אם כי אני ער לכך כי בארצות הברית, "מולדת" דוקטרינת "פירות העץ המורעל", יזוכה אותו רוצח, ובעיני חסידי הדוקטרינה, אין בכך פגם בשל חשיבות הדוקטרינה והצורך "בחינוך" אנשי המשטרה להקפיד על דיני החיפוש, לכל פרטיהם ודקדוקיהם).

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

14. בעניין סעיף זה, דן בית המשפט העליון, בפסק דין עקרוני, שניתן על ידי הנשיא, כב' השופט פרופ' אהרן ברק, שלדבריו הסכימה הנשיאה דהיום, כב' השופטת מרים נאור, וכן כב' השופטת עדנה ארבל (בג"צ 6650/04 פלונית נ' בית דין הרבני האזורי בנתניה פ"ד ס"א(1) 581 (2006)). פסק דין זה ניתן עשרה ימים לאחר פרשת יששכרוב, והוא מוזכר בו.

באותה פרשה פסל בית המשפט העליון, בשבתו כבג"צ, את הראיות שהוגשו לבית הדין הרבני, שהיו הצילומים של חוקר פרטי שנכנס לדירה וצילם את העותרת - אשתו הנשואה של המשיב השלישי - מקיימת יחסי מין עם גבר (עמ' 593, מול האות א). עיקר פסק הדין מוקדש לשאלת פיקוח הבג"צ על בתי הדין הרבניים בנושא ראיות, ובמסגרת זו יש דיון בשאלת פירות העץ המורעל.

סבורני, כי אם העובדות באותה פרשה היו משתנות קמעא, וכי התמונות של החוקר הפרטי לא היו מיועדות להוכיח ניאוף, אלא נועדו להכרעה בשאלת החזקת ילדים, והחוקר הפרטי היה מצלם את העותרת מכה ברצועה את בנה, קשה לי להאמין כי בית המשפט העליון בשבתו כבג"צ היה פוסל ראייה כזו.

15. עיננו הרואות כי כללי הפסילה מכוח דוקטרינת פירות העץ המורעל, אינם חתוכים וחד משמעיים, והם מותירים שיקול דעת רחב לבית המשפט, כיצד לאזן בינם לבין ערכים אחרים, ובמיוחד זה של הצורך להגיע לדין אמת.

16. ראיתי לנכון להזכיר כי במקרה שבפנינו, כל טווח קבלת הערעור שבפנינו אינו בין הרשעה ועונש, מול זיכוי והעדר עונש. בית משפט השלום עצמו, בעקבות תסקיר שירות המבחן, ביטל את ההרשעה ונותרה הקביעה בדבר ביצוע העבירה (ראה פסקה 1 סיפא לחוות 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, בפסילת הראיה - יש להתייחס להוראותיו, כי מטרת חוק היסוד הוא **"לעגן בחוק יסוד את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית"**.



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

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

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

"מקום ושעה שלמען עשות צדק רואים אנו להעלים עינינו מן ההלכה הפסקה האנגלית והאמריקנית, הרגלתי עצמי לברר תחילה שמא ניתן למצוא בדיני התורה אילן להיתלות בו... הצדק שאנו חייבים ומשתדלים לעשותו, יהיה בטוח ומיוסד יותר כשהוא מוצא לו סימוכין במסורתנו המשפטית ובחכמת צדקתם של קדמונינו זכרם לטובה".

[וראה לעניין זה של שימוש במשפט העברי בסוגיות עקרוניות את מה שכתבתי בספרי, השימוש לרעה בזכות במשפט העברי - כופין על מידת סדום (מכון משפטי ארץ, תש"ע - 2010), בעמ' 20-22].

19. עמדת המשפט העברי ביחס לשאלה שבפנינו, מחייבת 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 לערעורים נ' משה ועקנין פ"ד מב (3) 837, בעמ' 858-861 (1988); וראה גם את התייחסות שופט המיעוט באותו תיק, כב' השופט גבריאל בך, המתייחס בעמדת המשפט העברי, בעמ' 872-873, ואת "תשובתו" של פרופ' אלון במאמרו הנ"ל, בעמ' 84-85).

20. ברם, עדיין יש מקום להעמיק חקר בנושא זה ולבחון את גישתו העקרונית של המשפט העברי, ביחס לשאלה האם ראייה חפצית, שהושגה שלא כדין, לא תשמש ראייה קבילה, ותביא לתוצאה לפיה פסק הדין יהיה מוטעה או בלתי נכון, וזאת כחלק מעמדת ההלכה ביחס לכיבוד ביתו של הפרט והאיסור להיכנס אליו (כמוזכר בפרשת ועקנין הנ"ל בדברי המשנה לנשיא השופט אלון והשופט בך, בעמודים שהובאו לעיל).

הדבר תלוי גם בשאלה מהו עוצמתו של הכלל "עביד איניש דינא לנפשי", שהוא מקור הזכות לעשיית דין עצמית (תלמוד בבלי, 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 כגנב; אלא, שבור את שיניו ואמור לו: 'שלי אני נותן'".

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

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

וכן היה בן בג בג אומר: אל יגנוב אדם את שלו מבית הגנב, שמא אף הוא יראה כגנב, אלא משבר את שיניו, ומוציא את שלו מידו".



רש"י שם מסביר, בד"ה אלא שבור את שיניו: "כלומר, קח בחזקה".

לעומת זאת הגאונים מפרשים כי "שבור את שיניו בדין".

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

21. הנושא מחייב עיון מעמיק, ואין כאן זמנו ומקומו. אם תתעורר השאלה, לגופה, ויהיה צורך להכריע בה באופן שתוצאתה תהיה ההבדל בין זיכוי לבין הרשעה, אקדיש לנושא זמן נוסף. לענין שבפנינו, די במה שכתבתי לעיל, כאשר בנוסף לכך אזכיר כי במסגרת חוות דעת שניתנה על ידי יועץ למשפט עברי, ד"ר מיכאל ויגודה, "הודיית הנאשם", הוא התייחס לעמדת המשפט העברי בסוגיית "פירות העץ המורעל", והסביר כי אין מניעה עקרונית לחוקק חוק שיבוסס על הכלל, לפיו "לא יהיה חוטא נשכר" (משנה, מסכת חלה, פרק ב הלכה ז). אולם, לדבריו, אין תקנה כזו במשפט העברי, משני טעמים: האחד, המשפט העברי רואה באמת ערך עליון, ועל כן, אין מקום להתעלם מראייה שהושגה בדרך לא נאותה; השני, גם אם ניתן, בנסיבות מסוימות, להפעיל אמצעי ענישה 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 עברין 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 לתוצאה שאליה הגיע חברי כב' השופט עודד שחם, לפיה יש לקבל את הערעור.

משה דרורי, שופט
סגן נשיא

הנשיא דוד חשין:

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



דוד חשין, נשיא

הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט שחם.

ניתן היום, י"ז סיוון תשע"ה, 04 יוני 2015, בהיעדר הצדדים.

עודד שחם, שופט

**משה דרורי, סגן
נשיא**

דוד חשין, נשיא