

## ע"פ 28090/02/15 - מדינת ישראל נגד ארץ אדרי

בית המשפט המחוזי מרכז-lod

ע"פ 15-02-28090 מדינת ישראל נ' ארץ אדרי  
לפני: כב' הנשיא אברהם טל - אב"ד  
כב' השופט זהבה בוסתן  
כב' השופט ד"ר שמואל בורנשטיין  
המעעררת מדינת ישראל  
ע"י ב"כ עו"ד נעמה טל  
נגד ארץ אדרי  
ע"י ב"כ עו"ד בנימין בן נתן  
המשיב

### פסק דין

### פתח דבר

1. לפניו ערעור על הכרעת הדין של בית משפט השלום ברמלה, מיום 14/12/28 בת.פ. 42828-04-12. לפיה זוכה המשיב מעבירה של **החזקת סcin** מאחר שנפגעה זכותו להליך הוגן.
2. נגד המשיב הוגש כתב האישום אשר ייחס לו החזקת סcin כאשר ביום 11/05/22 בשעה 20:00 בקירוב, החזק סcin בכיס מכנסיו הימני ברחוב יצחק אל בעיר רמלה.
3. בהכרעת דין קבע בית משפט קמא כי בעקבות העובדה שהשוטרים הבינו במשיב יוצא שהוא בתכףית, ולפי שישן ידיעות כי מדובר בתחנת סמים, התעורר חשד סביר לביצוע עבירות סמים על ידו, אשר הצדיק עירcit החיפוש ללא צו על גופו. המשיב עוכב ובחיפוש שנערך על גופו נתפסה סcin. המשיב נשאל על ידי השוטרים לסייע נשיאת הסcin על גופו ובנקודה זו התעוררה מחלוקת בין הצדדים: בעודם טען גרטת השוטרים טען המשיב כי הוא מחזיק בסcin לצורך הגנה עצמית, טען המשיב כי תשובה היהיטה שהוא מחזיק בה לצורך עבודתו כמתקין תריסים. בית משפט קמא דחה את גרסתו של המשיב, אימץ את עדויותיהם של השוטרים וקבע כי המשיב לא עמד בנטל המוטל עליו להוכיח במאזן הסתברויות כי החזק בסcin למטרה כשרה.
4. בית משפט קמא קבע בהכרעת הדין כי עינכוו ותשאלו של המשיב במקום האירוע היו שלא כדין. ביחס לעינכוו של המשיב עובר לעריכת החיפוש על גופו, קבע בית משפט קמא כי העינכו בוצע שלא על פי הנוהל הקבוע בחוק, שכן השוטרים לא הודיעו למשיב כי הוא מעוכב או עצור ולא הסבירו לו את הסיבה לעינכוו. בכך, פעלו השוטרים בפגיעה להוראת סעיף 72 בחוק **סדר הדין הפלילי (סמכיות אכיפה - מעצרים)**, **תשנ"ו-1996**, אשר מפנה לסעיף 24 בחוק, בשינויים המחייבים, כמו כן פעלו בפגיעה להוראת סעיף 5א בפקודת המשטרה [נוסח חדש], **תשל"א-1971**.

עמוד 1

אשר לתשאלו של המשיב, קבע בית משפט קמא כי המשיב לא הוזהר כנדרש על ידי השוטרים שדבריו יכולם לשמש ראייה נגדו. הימנוות השוטרים מażהרטו של המשיב פגעה בזכותו, בין היתר נפגעה זכותו לשטוק בחקירה וכן לא הודיע לו על זכותו להוועץ בעו"ד.

5. משהಗיע למסקנה כי עיכובו של המשיב ותשאלו בשטח נעשו שלא כדין קבע בית משפט קמא כי זכותו של המשיב להיליך הוגן נפגעה.

בבחינת מכלול האירועים סבר בית משפט קמא כי הנזק שיגרם לציבור כתוצאה Mai מיצוי הדין עם נאשם שהחזק סcin ולא עלה בידיו להראות כי החזק אותה למטרה שררה, נמור בהשוואה לתועלת האפשרית שיש בשמירה על הנהלים בעת עיכוב ותחקור ובಹקפת המשטרה על ביצוע פעולות אלה כנדרש על פי חוק.

לאור האמור הורה בית משפט קמא על "פסילת הראייה" ועל זיכויו של המשיב מהעבירה שיוחסה לו, בקבעו את הדברים הבאים:

**"לאור האמור, והגמ שלא מהטעם שהחיפוש לא היה חוקי, ומהטעם שנפגעה זכותו של הנאשם להיליך הוגן, מצאתי לפסול הראייה, ואני מורה על זיכוי הנאשם מהעבירה, הגם שאיןי מאמינה לדבריו"** (עמ' 106 ש' 4-2 בהכרעת הדין).

#### **תמצית טיעוני המערערת**

6. בית משפט קמא שגה כשהורה על זיכויו של המשיב, על אף שעמדה לפני תשתית ראייתית מספקת, כנדרש בפלילים, להרשעתו בעבירה שיוחסה לו:

בהכרעת דינו קבע בית משפט קמא כי החיפוש על גופו של המשיב במקום האירוע נעשה כדין ובמהלך חיפוש זה אותרה ראייה חפצית - סcin, בכיס מכנסיו של המשיב. במהלך חקירותו של המשיב במשטרה, אשר גם לגביה נקבע כי היא נערכה כדין, הודה המשיב במינויו לו בכר שאישר שהסקין שייכת לו וחזר על גרסתו לפיה הוא מחזיק בסcin להגנה עצמית. לדידה של המערערת די בצירוףן של הראייה החפצית והודעתו השנייה של המשיב כדי לבסס את הרשעתו.

7. בית משפט קמא שגה כאשר הרחיב את ההלכות המשפטיות בעניין פסילת ראיות כפי שנקבעו בע"פ 5121/98 **יששכרוב נ' התובע הצבאי הראשי** (04/05/06), (להלן: "פס"ד יששכרוב"), וברע"פ 09/10141 **בן חיים נ' מדינת ישראל** (להלן: "פס"ד בן חיים"), ואשר קבע כי משנפל פגם בעיכובו של המשיב, די בכר כדי להביא לפסילת כל ראייה שהושגה בקשר עם העבירה בה נחشد המשיב, ואין בתקינות ההליכים שננקטו כלפי המשיב לאחר עיכובו כדי לרפא פגם זה או להכשיר ראיות נוספות, אף אם מקוון עצמאי וחיצוני לאותו עיכוב ואף אם הושגו כדין.

8. בפס"ד יששכרוב נקבע כי אף אם בהשגת ראייה מסוימת הייתה כרוכה אי חוקיות צזו או אחרת, אין הדבר כשלעצמם מביא בהכרח לפסילת הראייה שהושגה שלא כדין. בפס"ד בן חיים חזר בית המשפט העליון על הקביעה האמורה והציג כי כאשר מדובר בראיות חפציות, שהן בעלות קיום עצמאי ונפרד מאי-חוקיות שהיא כרוכה בהשגתן, לרוב לא יהיה בא החקיקות כדי לפגוע באמנותן של אותן ראיות.

9. בהתאם להלכות אלה, גם אם נפלה אי חוקיות צזו או אחרת בעיכובו של המשיב במקום האירוע, וגם

אם יש מקום לפסול את התשאול, יש באই החקיקות כדי להביא, לכל היותר, לפסילת הודהת המשיב בשטח. חرف האמור, אין באই החקיקות כדי להביא לפסילתן של יתר הראיות שנצברו לחובת המשיב ואשר מקומות תשתיות ראייתית מספקת להרשותו בדיון.

10. כך, בעניינו, קבע בית משפט קמא, כי משהתקיים חשד סביר אשר הקנה עליה לביצוע חיפוש, היה החיפוש במקום האירוע בדיון. זאת להבדיל מהמקרים שנדרשו בפס"ד **ישכרוב** ובפס"ד **בן חיים**, שם בוצע חיפוש שלא בדיון, אשר הניב ראיות חפציות שהיה בהן כדי להביא להרשעת המערערם. נוסף על כך, הראיה החפצית שנתפסה במהלך החיפוש (ה██ין) לא נפסלה בעניינו, שכן מהכרעת הדיון עולה שהראיה אותה פסל בית משפט קמא היא התשאול, אך לא הסcin. מכל מקום, אף אם סביר בית משפט קמא כי יש לפסל את הסcin כראיה, החלטתו לזכות את המשיב שגוייה, משומש שהיא מתעלמת מכך הריאות הקבילות החיצונית אשר הונחו לפני.

11. בהתאם לפסיקה ראיות יכולות לעמוד בפני עצמן, וגם אם בשלב מסוים נפל בהן פגם, הדבר לא יביא בהכרח לפסילת הראייה. אף בעניין עפ"ג 47321-07-14 **אבלמוב נ' מ"** (30.10.14), אליו הפנה בית משפט קמא ואשר דין בסיטואציה דומה, נערכ תחקור בשטח ללא זהירה, וחרב זאת לא פסל בית משפט את הראייה (██ין) שנמצאה.

12. אף אם יש לפסל את הודהתו של המשיב בתשאול, הוא התבקש בחקירתו במשטרת להציג את גרסתו להחזקת הסcin, ולא להפנותו לדבריו לתשאול, כך שאין לומר כי הוא מצא עצמו כובל לගרטסו שם. בחקירה זו והוסברו למשיב זכויותיו, הוא ידע לכלכל את צעדיו, ואף יכול היה לבחור בזכות השתקה. יתר על כן, אפילו הייתה נפסקת הודהתו בחקירה במשטרת, וכל שינוי היטה הסקין בלבד, די בה, בגרסתו בבית המשפט, ובקratio, וכן בעובדה שלא הובאו על ידו עדין הגנה, כדי להרשייעו.

13. בעודם בבית המשפט אמר המשיב כי הוא החזק את הסcin גם למטרת תיקון תריסים ומכאן אתה למד שהוא החזק אותה לא רק למטרת תיקון תריסים. בתשאול מסר כי שהה במקום לצורך תיקון תריסים, וכשנמצא הסקין הסביר כי היא מיועדת להגנה עצמית. בבית המשפט הוא קישר לראשונה את הסקין לתיקון התריסים.

14. כאשר בוחנים את התנהוגות המשטרת באירוע זהה מכלול, לא מדובר בתנהוגות חמורה מצדיה את "חינוך" המשטרת והענשת הציבור.

#### **תמצית טיעוני המשיב**

15. בהליך העיכוב והתשאול שנעשו למשיב בשטח נפלו פגמים רבים.  
מדובר בהפרות מצטברות של הוראות החוק, העולות כדי פגעה ממשית בזכויות המהוויות של המשיב. המשיב עוכב מבלי שנמסרה לו סיבת העיכוב, על אף שאלה אודותיה מספר פעמיים. עובדת עצם עיכובו אף היא לא נמסרה לו והשופטים שעיכבו אותו לא הזדחו לפני. עיכובו של המשיב געשה תוך הפרה של סעיף 72 בחוק סדר הדין הפלילי (**סמכיות אכיפה - מעצרם**, **תשנ"ז-1996** ותיק הפהה של סעיף 5(א) בפקודת המשטרת [נוסח חדש], **התשל"א-1971**).

כפי שקבע בית משפט קמא בהכרעת הדין, בתשאול שנעעה לו במקום מסר המשיב את גרטתו מבלתי שנמסרה לו הودעה על זכויותיו. הגרסה שמסר המשיב הייתה גרסה מפלילה והסביר שסיפק להימצאות הסcin אצלו הוא ابن הבריח של התקיק כלו מבחינה ראייתית. משום כך, הפרת זכויותו של המשיב על דרך אי זהירותו בזוגע לחייבתו ולזכויותו כනחקר, היא צורמת במיוחד.

16. הפרות אלה עניין בזכויות יסוד חיוניות, שתכליתן הבטחת הליך הוגן. גם אם מחלוקת ההפרות מבטאות פגמים טכניים, הרי שהצטברותן צובעת את האירוע כולו באז' זכויות מובהקת היורדת לשורשו של עניין.

17. קביעתו של בית משפט קמא אודות זכויות החיפוש מתיחסת רק לМОבן הצר והAMILOLI של החיפוש, המתאר את רגע הוצאת הסcin מכיס מכנסי של המשיב. עם זאת, החיפוש במובן הרחב והמקובל, כולל את כל השתלשלות האירועים החל מעיכובו של המשיב, החיפוש על גופו ותשואלו, היה בלתי חוקי.

מדובר באירוע רציף אחד, אשר נפלו בו פגמים מהותיים, גם שראשתו בחשד סביר כנדרש.

18. מהכרעת הדין עולה באופן ברור כוונתו של בית משפט קמא לפסול את הריאות שהושגו בשטח (היהודים והסcin), גם אם הדבר לא צוין באופן מפורש.

היהודים בשטח נגבהה לאחר שהופרו זכויותו של המשיב ולא הסביר לו כי שמורה לו הזכות לשטוק ולהוועץ בסוגו. הקשר בין הפרת זכויות לבין הראייה שהפירה זו הניבת (היהודים) הדוק. פסילת היהודאה בשטח מתבקשת מאופי האירוע ועליה בקנה אחד עם הוראת סעיף 12 בפקודת הריאות (נוסח חדש), **תשל"א-1971** ועם דוקטרינת הפסלות שנקבעה בפס"ד **יששכרוב**. לפיכך, בדיון פסל בית משפט קמא את הודהתו של המשיב שנמסרה בשטח.

19. הסcin שנותפה אינה יכולה לשמש ראייה לצורך הרשותו של המשיב מאחר שהושגה כתוכר של התנהלותם הבלתי חוקית של השוטרים במקום האירוע.

על אף קביעתו של בית משפט קמא לפיה התעורר חשד סביר שהצדיק ביצוע החיפוש על גופו של המשיב, הרי שהחיפוש כולו נגע באז' זכויות, כך ראה אותו בית משפט קמא וכך ראו לראותו. הקביעה לפיה התקנים חישב סביר אינה מכירה את האירוע כולו ומשכך, הראייה החפצית, שהשגתה הייתה כרוכה בהפרת זכויותו של המשיב, פסולה מלשמש ראייה לחובתו.

20. על אף הקביעה שהחקירה במשטרה בוצעה כדי, יש לפסל גם את היהודי אשר נמסרה במשטרה. זאת משומ שמדובר בראייה נגזרת אשר הושגה בעקבות הראייה הראשית והפסולה. חקירות המשיב במשטרה הייתה תוצר ישיר של השתלשלות האירועים בשטח, אשר כאמור נגעה באז' זכויות מהותית. חקירותו של המשיב התייחסה אך ורק לעצם החזקת הסcin ולא לעבירה נפרדת הקשורה לשימוש בה. מכאן כי בהתאם להלכת פרחי [ע"פ 4988/08 **פרחי נ' מדינת ישראל** (פורסם בנובו, 01/11/08)] יש להורות על פסילתה. יתר על כן, אפילו לא תיפסל הודהתו השנייה של המשיב במשטרה, לא ניתן לבסס עליה את הרשותה המשפטית ממשום שהיהודים נעדרת תוספת ראייתית של דבר מה נוסף.

21. טעמים נוספים מתקיים בנסיבות זה המצדיקים את זכויותו של המשיב, בלבד מלאה אשר עמדו בבסיס

ביחס לקבעה בדבר קיומו של חשד סביר, המשיב לא נצפה מבצע עבירה כלשהו, כעולה מחקירתו הנגדית של השוטר שיעיך את המשיב, ואין טענה או מידע על ביצוע עבירה כלשהו על ידו במועד הRELONCI. הטענה נגדו מתמצית בעצם נוכחותו במקום המוגדר תחנת סמים. הימצאותו של אדם במקום מסוים, אף אם מקום זה מועד לביצוע עבירות, אינה מבוססת "חשד סביר" ואין בה די כדי להצדיק חיפוש.

קבעתו של בית משפט קמא לפיה היה על המשיב "להסביר את החשד הסביר", בטעות יסודה. החשד הסביר מתגבש במועד ההחלטה לעורר את החיפוש, ואין לדרש ממשא החיפוש להסביר את החשד כאשר מלכתחילה לא היה לו מקום. משלא התקיים "חשד סביר" לא היה מקום לעורר חיפוש על גופו של המשיב, לפיכך מסקנותו של בית משפט קמא, אשר הורה בסופו של דבר על פסילת הראיות שהושגו בעקבות אותו חיפוש, היא מוצדקת.

23. למשיב עומדת טענת "הגנה מן הצדק" שכן ניהול היליך נגדו עומד בסתירה מהותית לעקרונות של צדק והגינות משפטית, וזאת לאור התנהלות המשפטה בשיטה והתנהלות המאשימה. כך, הוצאה תעודת חיסיון במהלך חקירתו של השוטר בבית המשפט קמא, כשנתיים וחצי לאחר קרות האירוע שבגינו הוגש כתב האישום ולאחר שנחשף קו ההגנה של המשיב, נגעה בחוסר הוגנות כלפי המשיב. גם אם תוכשרஇוז מהראיות שנפסלו, נדמה כי הרשותו של המשיב היום, ארבע שנים לאחר האירוע המתואר בכתב האישום, עומד בסתירה לעקרונות של צדק והיליך הוגן.

#### דין והכרעה

24. בין הצדדים נטושה מחלוקת באשר לפרשנות שיש לתת לפסק הדין של בית משפט קמא, אשר קבע כי יש "לפסול את הראייה", ועל בסיס קביעה זו זיכה את המשיב. לגישת המערערת, בית משפט קמא ציין רק לתשאולו של המשיב במקום האירוע ולהודיעו שהניב תשאול זה, ואילו לגישתו של המשיב כוונתו הייתה לפסול את שתי הראיות אשר הושגו בשיטה, דהיינו, הן את ההודאה שנגבתה והן את הסיכון שננטפה. לפיכך, לטענת המערערת, הונחה לפני בית משפט קמא תשתיית ראייתית מספקת להרשות המשיב, בעוד שלשיטת המשיב לא עמדה המערערת בネット הנדרש.

יש לציין כי בהודעת הערעור טענה המערערת כי בית משפט קמא לא הורה על פסילת הסיכון שננטפה, אולם בטיעוניה לפניה אישרה כי פרשנות ב"כ המשיב לפיה בית משפט קמא פסל אף את הסיכון כראיה, היא פרשנות אפשרית.

25. אכן, מקריאת הכרעת הדין של בית משפט קמא לא ברור מהי אותה ראייה שנפסלה. מכל מקום, לדידנו, בין כר ובין כר אין מקום להתערב במסקנותו של בית משפט קמא לפיה יש לזכות את המשיב, וזאת לאור דוקטרינת הפסילה הפטיקתית כפי שיובחר להלן.

26. דוקטרינת הפסילה הפטיקתית עוצבה, כאמור, בס"ד **יששכרוב**. בהתאם לה, מסור לבית המשפט שיקול הדעת אם להורות על פסילתן של ראיות אשר הושגו שלא כדין, על מנת למנוע פגעה מהותית בזכותו החוקתית של נאשם להיליך הוגן, שלא בהתאם לתנאי פסקת הגבלה שבוחוק יסוד: כבוד האדם

וחירותו. הדוקטרינה קובעת נסחת איזון גמישה אשר בוחנת, מצד אחד, אינטרסים וערבים ציבוריים שונים, בהם גילוי האמת, המלחמה בעברינות, הגנה על שלום הציבור ועל זכויות נפגעי עבירה. מנ הצד השני נבחן הצורך בהגנה על זכויות הנאשם ועל הגינות ההליך הפלילי.

27. בבאו לעורק את האיזון הרαιי, על בית המשפט לשקל שיקולים רלוונטיים הנובעים משלוש קבוצות שיקולים עיקריות: קבוצת השיקולים הראשונה עניינה בחומרתה ואופייה של אי החוקיות שהייתה קרוכה בהשגת הראייה; קבוצת השיקולים השנייה עוסקת במידה ההשפעה של אמצעי החקירה הפסול על הראייה שהושגה, ובכלל זה נבחנת השאלה האם יש באו החוקיות שנפלה בהשגת הראייה כדי להשפיע על מהימנותה ועל ערכאה הריאית העצמאי של הראייה. בהקשר זה נקבע כלל כי ככל שעסוקין בראיות חפציות, שהן בעלות קיום עצמאי ונפרד מי ה חוקיות שהייתה קרוכה בהשגתן, לא יהיה באו החוקיות האמורה כדי לפגוע באמונותן; קבוצת השיקולים השלישייה בוחנת את ההשפעה שתהיה לפסילת הראייה על מלאכת עשיית הצדק במובן הרחב והיא בוחנת, בין היתר, את המחיר החברתי הכרוך בפסילת הראייה אל מול התועלות החברתיות העשויה לצמוח ממנה.

28. בסכמו את עיקרי דוקטרינת הפסילה הפסיקתית קבע בית המשפט העליון את הדברים הבאים בפסקה 76 לפס"ד **יששכרוב:**

"**הנחת המוצא בשאלת קבילותן של ראיות היא זו הנוגעת עימנו מאז ומתמיד, ולפיה ראייה שהיא רלוונטית - קבילה במשפט.** עם זאת, בהתאם לדוקטרינה האמורה לבית-המשפט **שיעור-דעת לפסילת קבילותה של ראייה בפליליים,** אם נוכת לדעת כי הראייה הושגה שלא כדין וקובלתה במשפט תיצור פגעה מהותית בזכותו של הנאשם להליך הוגן שלא בהתאם לגדריה של פיסקת ההגבלה. מדובר בנוסחת איזון עקרונית השואפת להשגת פשרה ראייה בין מכלול הזכויות והאינטרסים הרלוונטיים לשאלת קבילותן של ראיות שהושגו שלא כדין, ובינם: **חישוף האמת העובדתית, הלחימה בעברינות וכן ההגנה על שלום הציבור ועל זכויות נפגעי העבירה** מחד גיסא; אל מול ההגנה על זכויות הנאשם ועל הגינות ההליך הפלילי וטוהרו מאידך גיסא.

נסחת האיזון האמורה תIOSם על-פי שיקול-דעתו של בית-המשפט בהתחשב בנסיבות של כל מקרה לגופו ובהתאם לאמות-המידה המנוחות עליו עמדנו. אמות-מידה אלה נוגעות לאופיה ולחומרתה של אי החוקיות שהייתה קרוכה בהשגת הראייה; **למידת ההשפעה של אמצעי החקירה הפסול על הראייה שהושגה;** וכן  **לשאלת הנזק מול התועלות החברתיים הכרוכים בפסקתתה.** הדוקטרינה האמורה תהא כללית ומושמת על כל סוג ראיות, לרבות הוזדות נאים".

29. "שם דוקטרינת הפסילה הפסיקתית על עובדות המקרה בעניין **יששכרוב**, הוביל את בית המשפט העליון למסקנה כי לאור הפרת זכות ההיוועצות של הנאשם ואי החוקיות הכרוכה בה, יש לפסול את הודהת הנאשם כראיה. עם זאת, כאמור, נסחת האיזון אינה מוגבלת לבחינת ראיות מסוים דווקא, וניתן לבחון לאורה את כל סוגי ראיות, לרבות ראיות חפציות.

30. וכן, בפסק"ד **בן חיים** פיתח בית המשפט העליון את כלל הפסילה האמור והוביל אותו גם על ראיות

חפציות אשר הושגו שלא כדין. באותו עניין נפסלו סכין וסמיים אשר נתפסו בחיפויים שנעשו בחריגה מסמכות ותוך פגעה בזכות החוקתיות. נקבע כי העבירות שבhn ה/osmo הנאשימים שם - החזקת סכין שלא כדין והחזקת סמיים לצריכה עצמית - אינן מן החמורים שבספר החוקים ועל כן מידת הפגיעה באינטרס הציבורי כתוצאה מפסיקת הריאות והמחיר החברתי הכרוך בכך אינם גבוהים. על אף שמדובר בראיות חפציות, סבר בית המשפט העליון כי נוכחות חומרת אי-החוקיות הייתה כרוכה בהשגנת והפגיעה הקלה יחסית באינטרס הציבורי שתיגרם כתוצאה מא-קבלתן, קבלת הריאות החפциות שנטפסו בשני החיפויים תביא לפגיעה בלתי מידתית בזכויות הנאשימים שם. מטעם זה הורה בית המשפט העליון על פסילתן של הריאות החפциות בקבועו את הדברים הבאים בפסקה 35 בפסק הדין:

**"בבאונו לעורן את האיזון בין השיקולים המתנגדים שומה עליינו לזכור כי דוקטרינת הפסילה הפייסנית שנקבעה בעניין ישכרוב נועדה בראש ובראשונה להגן על זכותו החוקית של הנאשם להליך הוגן. לפיכך המבחן הבסיסי לפסילת ריאות שנקבע במסגרת הדוקטרינה הוא מבחן עמידת הפגיעה בזכות להליך הוגן כתוצאה מקבלת הראה שהושגה שלא כדין בתנאי פסקת ההגבלה. במקרה שלפנינו נוכחות חומרת אי-החוקיות שהיתה כרוכה בהשגנת הריאות והפגיעה הקלה יחסית באינטרס הציבורי שתיגרם כתוצאה מא-קבלתן נראה כי המשקנה המתחייבת היא כי קבלת הסכין בעניין בין חיים וקבלת הסמים בעניין ג'בי'ן כראיות תביא לפגיעה בלתי מידתית בזכויות שני המבוקשים להליך הוגן. זאת ועוד, על אף שהראיות שנטפסו בשני החיפויים הן ריאות חפциות שיש להן קיום עצמאי ונפרד מא-החוקיות שהיתה כרוכה בהשגנתן, הרי במקרה דנן עסוקין בראיות שלא היו נמצאות על ידי המשטרה אלמלא החיפויים הבלתי-חוקיים. להש>((פטי, לעובדה זו יש ליתן משקל בMagnitude האיזון הכלול בבאונו לבחון את קובלות הריאות ויש בה כדי לתמוך בפסקתן".**

### 31. **ומן הכלל אל הפרט**

ברי כי גם אם נפלו פגמים בעיכוב ותshawol של המשיב בשטח, אין פירושו של דבר הוא כי בהכרח תפיסנה הריאות שנטפסו. בהתאם לדוקטרינת הפסילה הפייסנית, כפי שעוצבה בפס"ד **ישכרוב ובן חיים**, יש לבחון אם פגמים אלה אכן מצדיקים את פסילת הריאות, כאמור, את הראה החפזית (הסכין), והסביר המפלייל שמסר המשיב להחזקתה (הגנה עצמית). כמו כן יש לבחון אם אירועים נוספים שבאו לאחר שהושגו אותן ריאות, דהיינו החקירה במשטרה והעדות בבית המשפט יכולים להזכיר את הפגמים האמורים.

32. אנו סבורים כי בוחנת הפגמים, מחד, והראיות המפליילות, מאידך (הן אלה שהושגו בזיקה ישירה לאוטם פגמים והן אלה שהושגו בזיקה עקיפה להם), ראוי שתעשה מכלול אחד שלם, בהתחשב בכך כי מדובר ברכץ אירועים הבינוי חוליות הכרוכות זו בזו. לפיכך נראה לנו כי גישת המערערת, המבקשת להפריד את האירוע לשלבים שונים שככל אחד מהם עומד בפני עצמו - העיכוב, החיפוי, מציאת הסכין, התshawol, החקירה במשטרה והעדות בבית המשפט - היא הפרדה מלאכותית החוטאת למציאות. לפגמים שנפלו בעיכובו של המשיב, ובעיקר, לפגמים שנפלו בתshawol בשטח, יש בוודאי השפעה על יתר הריאות, שכן העיכוב ותshawol מהווים רק חוליה אחת בשרשראת האירועים הכלולית.

33. בהתייחס להודאה המפליילה שנגבתה במסגרת התshawol, אנו סבורים כי צדק בית משפט קמא כשקבע

שהיעדר אזהרתו של המשיב עובר לשאול, או מסירת הودעה בדבר זכותו להימנע מהफלה עצמית ואי מסירת הודעה בדבר זכותו להיוועץ בעו"ד מהווים פגמים מהותיים שמידת פגיעתם בזכותו של המשיב גבוההה. אך יש להוסיף נושא והוא הפגם שמצוא בית משפט קמא בעיכובו של המשיב, בכך שלא הודע לו שהוא מעוכב ולא נמסרה לו סיבת העיכוב, למורות בקשותיו בעניין זה.

34. בתשובה לשאלות שהפנו אליו בתשאול בשטח מסר המשיב גרסה מפלילה, דהיינו, שהחזק בסתין למטרת הגנה עצמית, אשר יתכן כי היה נמנע מלתמה לו היה מזוהר כדי והוא היה נמסר לו הودעה על זכויותיו. לפיכך, הקשר בין אמצעי החקירה הפטול לבין הראה אשר הושגה בסופו של דבר, הוא קשר קרוב וקיימת השפעה על ערכיה הראייתי. יתר על כן, בשיקולי עלות מול תועלת ובחינת השפעתה של פסילת הראה על עשיית הצדק במובן הרחב, אנו סבורים כי הCPF נוטה לכיוון פסילת הראה. יצוין כי מティיעוניה לנו נראה כי גם לשיטתה של המערערת מדובר בראשיה שניתן להוראות על פסילתה ואין מחלוקת של ממש בעניין זה (סעיף 18 בנימוקי הערעור, וכן בטיעוניה לנו עמ' 3 ש' 13 ואילך בפרטוקול).

משכך, צדק בית משפט קמא-CSKB עי הודהת המשיב אשר נגבהה בשטח, פסולה מילשמש ראה.

35. אלא שבכך לא סגי, שכן מוקד המחלוקת העיקרי בערעור זה נסוב סיבת הראה האחרת - היא הסcin שנטפסה במהלך החיפוש הגוף עלי המשיב. מדובר בראשיה חפצית, אשר לכאורה יש לה קיום נפרד ועצמאי מאי-החוקיות הכרוכה בהשגתה. כאמור, בית משפט קמא לא הבahir אם גם ראה חפצית זו עצמה פסולה, או שמא פסולה היא הראה הנוגעת להסביר שניתן בשטח למטרת ההחזקה, דהיינו, להגנה עצמית. עם זאת, גם אם צודקת המערערת בגישה לפיה בית משפט קמא לא פסל ראה זו לגופה, אלא רק את ההסביר שניתן להחזקתה, אנו סבורים כי יש בפסולות זו כדי להזכיר על מכלול הריאות שבתיק, לרבות על ההודהה שמסר המשיב בחיקירתו במשפטה. אמת, כי במועד זה המשיב הוזהר כנדרש, והוא רשאי, לכאורה, למסור גרסה אחרת - שאינה מפלילה - ושאיתנה קשורה לגרסה הראשונה, אלא שספק אם הוא אכן היה חופשי לעשות זאת, שכן לא ניתן לשלול את האפשרות כי המשיב ראה עצמו כבול בגרסה שמסר במהלך תשאולו בשטח, דהיינו, כי הסcin הוחזקה להגנה עצמית.

36. המערערת טוענת כי גם בנסיבות אלה אין לזכות את המשיב, שכן די בראה החפצית (הסקין), בגרסתו של המשיב בבית המשפט, ובשקרים, וכן בעובדה כי לא הובאו על ידו עדי הגנה, כדי להרשיעו. כוונת המערערת היא לכך כי במהלך עדותו בבית המשפט עשה המשיב ניסיון לקשר את החזקת הסcin עם דברים שהש מייעו במהלך התשאול לפיהם הוא שחה במקום למטרת תיקון תריסים, כאמור בעדותו כי הוא החזיק בסcin גם לתקן תריסים. מכאן למדת המערערת כי המשיב החזיק בסcin גם למטרת הגנה עצמית. אף אם נאמץ את גישת המערערת לפיה ניתן לתלות את הרשותו של המשיב על התיבה "גם", עדיין הרושם הנוצר הוא כי אף ניסיון זה של המשיב במהלך עדותו בבית המשפט הוא פועל יוצא של גרטתו המפלילה הראשונה, שאותה יש לפסול. לפיכך נראה לנו כי גם בגרסתו של המשיב בבית המשפט אין כדי לרפא את הפגם שנפל בעיכובו ובתשאולו בשטח.

37. אין זאת אלא, כי הפגם בעיכוב ובתשאול, מקרין על המארג הכלול של הראות הנוגעות להחזקת הסיכון. בעניין זה יש לזכור כי העבירה בה הואשם המשיב היא החזקה סיכון ללא שהוכיח כי החזקה למטרה כשרה. גם אם הנintel להוכיח את כשרות מטרת החזקה מוטל על כתפי המשיב, עדין שאלת מטרת החזקה עומדת בלבית העבירה, ומשנפוגמה זכותו של המשיב בכל הנוגע למטען הסבר למטרת החזקה, למשל הוזהר כנדרש בטרם תושאל ובטרם מסר בעניין זה תשובה מפלילה, נראה לנו כי גם אם הסיכון יכולה לעמוד לבדה כראיה, אין די בכך כדי להרשיע את המשיב.

38. לעומת זאת מחייב נסיף כי חרף קביעתו של בית משפט קמא, נותרobileno ספק אם בנסיבות העניין אף התקיים חשד סביר שהצדיק את ביצוע החיפוש, וממילא יתכן שיש לפסול אף את הראיה החפצית גופה.

בפס' ד' **בן חיים**מנה בית המשפט העליון נסיבות שונות אשר עשוות להקים חשד סביר נגד אדם ולהצדיק עriticת החיפוש ללא צו על גופו, ובהן - מידע בדבר ביצוע עבירה במקום בו נמצא אותו אדם או בקשרתו, בcirciof השעה שבה הוא נמצא באותו מקום. נסיבות מחשדות אשר מצטרפות לכך תמונה המצירות זיקה של פלוני לביצוע עבירה, מהוות יסוד סביר לחשד כלפי פלוני ומצדיקות הפעלת סמכות שוטר כלפיו.

עם זאת, כפי שקבע בית המשפט העליון בפרשת דגני, "חשד שהוא בגדר ניחוש גרידא - ואשר אינו מסתייע בעובדות, נסיבות או מידע אמין - אינו מספיק לצורך זה" (בג"ץ 465/75 **ITCHAK DAGNI נ' שר המשטרה** פ"ד ל(1). 337, 351).

39. בעניינו, קבע בית משפט קמא בהכרעת דין כי קם חשד סביר אשר הצדיק את עriticת החיפוש על גופו של המשיב, זאת לאחר שהמשיב נצפה יוצאת מאחור המצויה תחת תצפית ובו על פי החשד מתנהלת תחנתת סמים. מההממצאים העובדיים שנקבעו בפסק דין של בית משפט קמא עולה כי המשיב נמצא "בקשר בקשר למקום בו קיים מידע בדבר ביצוע עבירות סמים" (עמ' 96 ש' 20-21 בהכרעת הדיון). המקום בקשר ראייה למקום בו קיימת תצפית במשפט קמא, עולה מכך שהמשיב נצפה באחור שבו מתנהלת, החשד הסביר, כך על פי קביעת בית משפט קמא, עולה מכך שהמשיב נצפה באחור שבו מתנהלת, לכארה, תחנתת סמים (עמ' 97 ש' 15-18 בהכרעת הדיון). עם זאת, אין קביעה לפיה המשיב נכנס או יצא מהמקום החשוד בתחנתת סמים, ואף לא כי קיבל או מסר חפץ כלשהו. העד קושמר אף הבוחר כי פנה אל המשיב על מנת "**לקבל אינדיקציה מה יש במקום**" (עמ' 11 ש' 3 בפרוטוקול), למדנו כי בלבד מנוכחותו במקום לא הייתה נסיבה אשר החמידה את המשיב ביצוע עבירה, ועבירת סמים בפרט.

40. יתרה מזו - מיקומה המדוייק של התחנה החשודה בתחנתת סמים נותר חסוי וכל שידוע הוא כי המשיב נצפה "באחור זה" (עמ' 5 ש' 22-23 בפרוטוקול; עמ' 97 ש' 18 בפסק הדיון של בית משפט קמא), כאשר החשד שעל יסודו בוצע החיפוש על גופו של המשיב נבע מעצם נוכחותו "בקשר ראייתם" של השוטרים אשר ערכו תצפית על מקום החשוד בתחנתת סמים. ספק בעניינו אם בכך די כדי לעמוד בדרישת הסוף הראייתית לקיומו של "חשד סביר".

41. בהקשר זה יש להוסיף כי בית משפט קמא אמן קבע כי היה החשד סביר אשר הצדיק עriticת החיפוש על גופו של המשיב, אולם בהמשך הגיעו למסקנה שעיכובו של המשיב במקום האירוע ותחקרו שם, נעשו שלא בהתאם לנוהל הקבוע בסעיף 72 בחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה - מעצרם), **תשנ"ו-1996** ועל כן נעשו שלא בדיון. כך, בין היתר, נקבע כי לא ניתן למשיב שהוא מעוכב או עצור ולא נמסרה לו סיבת העיכוב, על אף שאלהתו בעניין. אלא שעיכובו של המשיב לצורך עriticת החיפוש על

גופו, הוא עיכוב לכל דבר, וחלים עליו אוטם כלליים ומוגבלות מכוח הנהלת האמור.

לעובדה שעיכובו של המשיב בשטח געשה שלא כדין יש לכואורה השפעה ישירה על שאלת חוקיות החיפוש והוא מצטרפת למכלול הנסיבות המלמדות על פגיעה בזכותו של המשיב.

42. אם אמם נפסלה הראיה החפכית, ממילא אף נשפט היסוד תחת הודהתו של המשיב אשר נגבתה בתקנת המשפטה [לענין זה ראה ע"פ (י-מ) 14-09-14 **פדר נ' מדינת ישראל** (4/6/2015)]. ראייה זו, בלבד מן העובדה שאינה יכולה לעמוד בפני עצמה, ואין בה שלעצמה כדי להביא להרשעתו של המשיב, נזרת כולה מהודאותה הראשונה והפסולה של המשיב אשר נגבתה בשטח שלא כדין. זההו של המשיב עובר לחקירותה בתקנת המשפטה, אינה יכולה לרפא את הפגם שנפל בהליך לאחר שהוא מסר כבר את גרטתו המפלילה בשטח וחזר עלייה לפני החוקר במשפטה.

43. סוף דבר - גם אם צודקת המערערת בטענתה העקרונית לפיה מידת השפעה של אמצעי החקירה הפסול על הראיה שהושגה היא נמוכה, בהתחשב במאפייניה של הראיה כראיה חפכית (הסקין), לא ניתן להתעלם מהפגם שנפל בחיפוש שנערך על גופו של המשיב נוכח הספק בדבר קיומו של החשד הסביר. גם אם קיים היה אותו חשד סביר, כפי שקבע בית משפט קמא, לא ניתן להתעלם מהפגם שנפל בעיכובו של המשיב ובתשאולו בהתיחס למטרת החזקת הסkin וההסביר המפליל שניתן על ידו בענין זה. על אף החומרה שמייחס החוקק לעבירה, המסוגת כעבירה פשוטה מניעתית שלעצמה, אשר אינה כרוכה באלימות או בקרבות.

נוסף על כן, תחילת פניות השוטרים למשיב נעשתה על רקע חשד לעבירות סמים. בהמשך, חשד זה נזנחה וכתב האישום אשר הוגש כנגד המשיב בסופו של דבר מייחס לו עבירה שונה בתכלית. בנסיבות מיוחדות אלה, ובאיוזן כולל של האינטרסים הנוגדים, אנו סבורים כי אין מקום להתערב במסקנותו של בית המשפט קמא לפיה התועלת החברתית שיש לשמורה על זכויות הפרט וזכויותיהם של חדשים, עולה במקרה זה על הנזק שועלול להיגרם כתוצאה מפשיטת הראיה ואי מיצוי הדיון עם המשיב.

44. לאור כל האמור לעיל, אנו דוחים את הערעור.

**ניתן היום ז' איר תשע"ו (15 Mai 2016) במעמד ב"כ הצדדים והמשיב.**

**אברהם טל, נשיא**      **זהבה בוסתן, שופטת**      **שמעאל בורנשטיין, שופט**