



רע"פ 2161/21 - אמיר משאין נגד מדינת ישראל

בבית המשפט העליון

רע"פ 2161/21

לפני: כבוד השופט ג' קרא

המבקש: אמיר משאין

נ ג ד

המשיבה: מדינת ישראל

בקשת רשות ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו בתיק ע"פ 27963-07-20 מיום 23.2.2021 שניתן על ידי כב' השופטים אברהם הימן, לימור ביבי ויוסי טופף

בשם המבקש: עו"ד אילן אזולאי; עו"ד רלי אבישר רוזה
בשם המשיבה: עו"ד עינת גדעוני

החלטה

בקשת רשות ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו (כב' השופטים א' הימן, ל' ביביו' טופף) מיום 23.2.2021 בע"פ 27963-07-20, בגדרו נדחה, בדעת רוב, ערעור המבקש על הכרעת דינו וגזר דינו של בית משפט השלום בתל אביב-יפו (כב' השופט א' הרמלין) בת"פ 37780-12-18.

ההלך בבית משפט השלום

1. המבקש הורשע, לאחר שמיעת הוכחות, בעבירה של החזקת סמים מסוכנים שלא לצריכה עצמית, לפי סעיף 7(א) בצירוף סעיף 7(ג) רישא לפקודת הסמים המסוכנים [נוסח חדש], התשל"ג-1973. בשל כך נדון המבקש ל-14 חודשי מאסר בפועל בניכוי ימי מעצרו, מאסר מותנה בן 12 חודשים וקנס על סך 5,000 ש"ח.

2. בהכרעת הדין נקבע כי הוכח שהמבקש החזיק ברכבו 5,452.79 גרם של סם מסוכן מסוג 5F-ADB, שקיות אריזה שחורות רבות, מדבקות עם הכיתוב "מיסטר נייס גאי", שני טלפונים ניידים וכסף מזומן ישראלי וזר. כמו כן באותו מועד, החזיק המבקש במקום מגוריו שני כדורי MDMA, כמות קטנה של סם מסוכן מסוג 5F-ADB, בשקית שעליה נכתב "נייס גאי".

3. הסמים נתפסו בחיפוש ברכבו של המבקש, ובהמשך בחיפוש נוסף שנערך במקום מגוריו, וטענות ההגנה של המבקש התמקדו בשאלת חוקיות החיפושים. נטען כי החיפוש ברכבו של המבקש בוצע מבלי שהתגבש חשד סביר ומבלי שנתבקשה הסכמתו לחיפוש וכי החיפוש במקום מגוריו בוצע ללא צו חיפוש, שלא כדין. לפיכך, טענה ההגנה כי יש לפסול כראיה את הסמים המסוכנים שנתפסו במהלך שני החיפושים, כמו גם את הודעות המבקש במשטרה, שבהן קשר עצמו לסמים אם כי מסר הסבר לפיו אין הם שייכים לו.

4. בהכרעת דינו, דחה בית משפט השלום, את בקשת ההגנה לפסילת תוצרי החיפושים והודעות המבקש.

5. לאחר שבחן את עדויות שלושת השוטרים, שהשתתפו בחיפושים, ואת דוחות הפעולה שערכו קבע בית המשפט שורה של ממצאים עובדתיים ביחס לנסיבות עריכת החיפושים, כמפורט להלן. להשלמת התמונה יצוין כי המבקש עצמו לא העיד.

השוטרים הורו למבקש לעצור את רכבו לאחר שראו אותו נוסע תוך הפרת חוקי התנועה בסמטאות בתל אביב, כשהוא נוסע נגד כיוון התנועה ברחוב חד סטרי ומהר מכפי שמתאים לתנאי הדרך אך לא במהירות קיצונית; כאשר שאל אחד השוטרים את המבקש לכתובתו, השיב הלה שהוא מעטרת שליד ירושלים, וכשנשאל למעשיו במקום - אמר שחברתו מתגוררת בשכונה סמוכה וכי איבד את דרכו; השוטר שהחליט על עריכת החיפוש ברכב לא הבחין בסמים ברכב בטרם בוצע החיפוש.

6. בית המשפט קבע כי עבירות התנועה שעבר המבקש לעיני השוטרים הקימו סמכות לעיכובו ובחן האם קם נגדו חשד סביר שהצדיק חיפוש ברכבו לפי סעיף 5(5) לפקודת המשטרה [נוסח חדש], התשל"א-1971, סעיף 25 לפקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש) [נוסח חדש], התשכ"ו-1969 (להלן: הפסד"פ) וסעיף 71 לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה - מעצרים), התשנ"ו-1996 (להלן: חוק המעצרים). בית המשפט סבר כי החשד נגד המבקש היה גבולי, אולם נמנע מלקבוע מסמרות בדבר משמצא כי בחינת העניין לפי דוקטרינת הפסילה הפסיקית שנקבעה בע"פ 5121/98 יששכרוב נ' התובע הצבאי הראשי, פ"ד סא(1) 461 (2006) (להלן: הלכת יששכרוב) מחייבת את קבלת הראיות כראיות קבילות. זאת, משום שהסטייה מהסטנדרט הראייתי הנדרש לשם עריכת חיפוש ברכב הייתה לכל היותר קלה ואין מדובר בחיפוש שנערך על סמך אינטואיציה או שיקולים זרים או ללא כל חשד אובייקטיבי; הראיות שנתפסו הן ראיות חפציות שמהימנותן אינה מושפעת משאלת חוקיות החיפוש; חומרת העבירה לרבות בשל כמות הסמים שנתפסה והנזק החברתי ה"גדול יחסית" שתסב פסילתו.

7. באשר לחיפוש במקום מגוריו של המבקש, נקבע כי החיפוש בוצע לאחר שנמצאו הסמים ברכבו והוא נעצר והובא לתחנת משטרה. החיפוש בוצע ללא עדים, לאחר שהמבקש סירב לנוכחות עדים במהלכו. עוד נקבע כי השוטרים לא נימקו בזמן אמת מדוע לא התבקש צו חיפוש ולכן יש להניח לחובתם כי כלל לא שקלו קבלת צו בטרם עריכת החיפוש, ובכך נפל פגם בפעולתם.

בית המשפט קבע כי לאחר שנמצאו יותר מ-5 קילוגרם של סמים ברכב בו נהג המבקש, היה לשוטרים יסוד להניח שגם במקום מגוריו של המבקש מוחזקת כמות גדולה של סמים, שהחזקתם היא עבירה מסוג 'פשע' ולכן קמה להם סמכות חיפוש ללא צו, מכוח סעיף 25(1) לפסד"פ. עוד נקבע כי נוכח ממצאי החיפוש ברכב, סביר להניח כי פניית השוטרים לבית המשפט לשם קבלת צו הייתה נענית, כך שהסמים היו נמצאים ממילא בעת חיפוש מכוח צו; כי החיפוש נערך לקראת השעה חצות ביום שישי, שעה שבה לא ניתן, ככלל, לקבל צווי חיפוש שגרתיים מבית המשפט, כך שהמתנה לצו הייתה מעכבת את החקירה ועלולה הייתה לאפשר מסגרת זמן להעלמת הראיות. בית המשפט קבע כי הנזק החברתי מפסילת הראיות הוא אמנם זניח, לנוכח כמות הסם הקטנה שנתפסה בבית המגורים, אולם לאור יתר השיקולים, לא מצא לפסול את הסמים שנתפסו. משלא מצא לפסול את הראיות שנתפסו במהלך החיפושים, דחה בית המשפט את בקשת ההגנה לפסול את הודעות המבקש כראיות הנגזרות מן החיפושים.

לבסוף נקבע כי הכמות הגדולה של הסם שנתפס ברכב מקימה חזקה שבעובדה כי המבקש החזיק את הסמים שלא לצריכתו העצמית - חזקה שהמבקש לא סתר.

נוכח כל האמור, הרשיע בית המשפט את המבקש בעבירה שיוחסה לו.

8. בגזר הדין, קבע בית המשפט כי מתחם העונש ההולם בעניינו של המבקש נע בין 13-30 חודשי מאסר בפועל, העמיד את העונש בגדרו בסמוך לתחתית המתחם שקבע וגזר על המבקש את העונשים כפי שפורטו לעיל.

המבקש הגיש ערעור לבית המשפט המחוזי, הן על הכרעת הדין, הן על גזר הדין.

פסק הדין של בית המשפט המחוזי

9. בית המשפט המחוזי, בדעת רוב (כב' השופט א' הימן בהסכמת כב' השופטת ל' ביבי), החליט לדחות את הערעור, על שני ראשיו.

דעת הרוב אימצה את הממצאים העובדתיים שקבע בית משפט השלום והתמקדה בשאלת חוקיות החיפושים והטענות לפסילת ראיות. בשאלת קיומו של חשד סביר לביצוע החיפוש ברכבו של המבקש סברה דעת הרוב, בניגוד לבית משפט השלום, כי התנהגות המבקש בנסיבות הזמן והמקום, ובכלל זה "נהיגה בשעת לילה, בסמטאות צרות, במהירות אשר אינה מתאימה לתוואי הדרך ובניגוד לחוקי התנועה", ולא עבירת התנועה כשלעצמה, היא שהקימה חשד סביר כמשמעות מונח זה בפסיקה, ואין מדובר ב"חשד גבולי". יחד עם זאת, לא מצאה דעת הרוב להתערב בקביעה זו של בית משפט השלום, משום שגם היא סברה כי בנסיבות המקרה אין הצדקה לפסילת הראיות שנתפסו ברכב, מכוח דוקטרינת הפסילה הפסיקתית, שהמבחן לה הינו "גמיש ויחסי". זאת, משיקולים דומים לאלו שעמדו בבסיס הכרעתו של בית משפט השלום.

באשר לחיפוש במקום מגוריו של המבקש, אימצה דעת הרוב את קביעתו של בית משפט השלום כי הכמות הגדולה של הסמים שאותרה ברכב בו נהג המבקש "הספיקה על מנת לבסס חשד סביר לכך שגם במקום מגוריו

מבוצעת עבירת סמים מסוג פשע". במצב זה, כך נקבע, לא היה למעשה מקום לדון בשאלת פסילת הראיות לפי דוקטרינת הפסלות הפסיקתית, שכן לשוטרים קמה סמכות חיפוש ללא צו מכוח סעיף 25(1) לפסד"פ. ומכל מקום, אף אם מניחים קיומה של אי-חוקיות במקרה הנוכחי, זו איננה גבוהה; אין חשש כי השפיעה על אמינות הראיה החפצית; ובשים לב למכלול הנסיבות והאינטרס הציבורי הרחב שבמיגור התופעה של הפצת סמים מסוכנים בחברה, אין בכמות הקטנה של הסמים שנתפסו בחיפוש זה כדי להפחית מחומרת העבירה. לבסוף, נדחתה גם הטענה ביחס לפסילת הודעות המבקש, משנקבע כי אלו אינן נגזרות מן החיפוש ולא הושפעו מהפעלת אמצעי פסול.

אשר לערעור על גזר הדין, קבעה דעת הרוב, כי מתחם העונש ההולם שקבע בית משפט השלום הולם את חומרת העבירה בה הורשע המבקש ואת נסיבות ביצועה, ובכלל זה כמותו הגדולה של הסם המסוכן המגיעה למעלה מ-5 קילוגרם, היותו סם סינתטי שהוחזק בשקיות אריזה ועליהם כיתוב, באופן המלמד על כוונה להפצת הסם. בהתחשב בכך שגזירת העונש נעשתה בסמוך לרף הענישה התחתון, לא מצאה דעת הרוב להתערב בעונש שהושת על המבקש ונקבע כי עונשו אינו סוטה ממדיניות הענישה המקובלת והראויה במקרים דומים. עוד נקבע כי אף אם נפל פגם מסוים בהליכי החיפוש, אין בכך כדי להשליך על עונשו של המבקש, שהינו עונש מקל. לפיכך, דחתה דעת הרוב גם את ערעור המבקש על גזר הדין.

10. מנגד, דעת המיעוט (כב' השופט י' טופף), סברה כי יש לקבל את הערעור ולזכות את המבקש מהעבירה בה הורשע, וזאת משום שהחיפוש נערכו שלא כדין ובהעדר סמכות, באופן המצדיק לפסול את הראיות שהושגו במהלכם וכן את הודעות המבקש, כראיות נגזרות.

לעמדת דעת המיעוט, אף כי נהיגת המבקש תוך ביצוע עבירות תנועה הצדיקה את עיכובו על ידי השוטרים, הרי שאין בתשתית העובדתית שקבע בית משפט השלום "בסיס מספק לקביעה בדבר קיומו של 'חשד סביר' או 'יסוד להניח' שפשע בוצע שם זה מקרוב, אשר הצדיק את עריכת החיפוש ברכבו" של המבקש. זאת, משום שעצם ביצוע של עבירות תעבורה אינו מצדיק עריכת חיפוש משטרתי ברכבו של אדם; פעילות השוטרים ביחס למבקש הייתה אקראית ולא התבססה על מידע מודיעיני כלשהו; המבקש לא נמלט מהשוטרים ולא ניסה לחמוק מהם, אלא עצר את רכבו, דומם את המנוע ומסר את המפתחות לשוטר, כפי שהתבקש; לא נטען כי זוהו אצל המבקש סממנים כלשהם שיש בהם כדי להעיד על קיומו של לחץ או מתח חריג מצדו; נתוני המקום והזמן לא העלו חשד מסוים, שכן אין בנסיגת רכב באזור מיושב בשעת ערב, כשלעצמה, כדי לעורר כל חשד; ותשובותיו לשאלות השוטרים מניחות את הדעת ואינן מעוררות חשד.

דעת המיעוט הדגישה כי השוטר שהחליט על ביצוע החיפוש לא ידע להצביע על חשד פלילי קונקרטי, אלא על חשד כללי בלבד וכי החיפוש בוצע בהסתמך על חששות סובייקטיביים. לפיכך, בהעדר חשד סביר, ומשלא התבקשה הסכמתו מדעת של המבקש, החיפוש ברכב בוצע ללא סמכות כדין.

גם ביחס לחיפוש במקום מגוריו של המבקש סברה דעת המיעוט כי החיפוש בוצע ללא כל סמכות בדיון. נקבע כי מסקנה זאת מתחייבת, הן כדי למנוע שימוש בממצאי החיפוש הבלתי החוקי, לשיטתה, לשם ביסוס חשד סביר לחיפוש נוסף ללא צו שיפוטי והן משום שבנסיבות המקרה לא הייתה דחיפות ממשית לביצוע החיפוש ללא צו שיפוטי. כן נקבע, כי בניגוד לקביעת בבית משפט השלום, החיפוש בבית המגורים התבצע במוצאי שבת ולא בחצות יום שישי, מועד שאינו מעורר כל קושי בפנייה לבית המשפט. בהקשר זה הדגישה דעת המיעוט כי יש לראות בחיפוש במקום המגורים כהמשך

החיפוש ברכבו של המבקש, משום שהחיפוש שם בוצע בטרם נגבתה הודעתו, בטרם ניתנה לו זכות ההיוועצות עם עורך דין ומבלי שנערכה פניה לקבלת צו חיפוש שיפוטי.

אשר ליישום הלכת יששכרוב, סברה דעת המיעוט, בניגוד לדעת הרוב, כי הפגיעה בזכותו החוקתית של המבקש לפרטיות, בעצם ביצוע חיפוש ברכב ובמקום מגוריו מבלי שקוימו הוראות הדין, היא משמעותית. בשים לב לנסיבות שתוארו ובכך שלא התגבש אף לא חשד סביר מינימלי לביצוע עבירה שאיננה עבירת תנועה מצד המבקש, הרי שאין מדובר בהפרה טכנית-זניחה, כי אם בפגיעה חמורה בזכות יסוד ואין בתום לבם של השוטרים כדי למנוע את פסילת הראיה. עוד נקבע כי אף שהראיות שנתפסו הן ראיות חפציות שאמינותן אינה מושפעת מאי-חוקיות החיפוש, הרי שנשמעה בפסיקה גם עמדה לפיה יש בפסילתן כדי לשרת את התכלית ההרתעתית שבדוקטרינת הפסילה הפסיקתית. באשר לחומרת העבירות נקבע כי אלו אכן חמורות אולם מיישום הלכת יששכרוב בפסיקת בית משפט זה, ניתן ללמוד כי זהו שיקול משני לעומת עוצמת הפגיעה בזכות הנאשם להליך הוגן. לבסוף קבעה דעת המיעוט כי הראיות החפציות שנתפסו קשורות קשר הדוק לאי-החוקיות שבהשגתן וכי מדובר בהפרה נמשכת של הזכות להליך הוגן ופגיעה בפרטיות, כך שחומרת אי-החוקיות מטה את הכף לפסילתן.

לבסוף, גרסה דעת המיעוט כי לאור המסקנה לפיה היה מקום להורות על פסילת הראיות שנתפסו בחיפוש, יש לפסול גם את הודעות המבקש שנגבו בחקירתו, לאחר שנערכו החיפוש הפסולים. וממילא, לשיטת דעת המיעוט, בהינתן שהסמים שנמצאו אינם מהווים ראיה קבילה, לא הוצגה כל תוספת ראיתית, בדמות "דבר מה נוסף", הנדרש לשם הרשעת המבקש, מעבר להודעות שניתנו בחקירתו, שגם משקלן הפנימי אינו גבוה כשלעצמו.

11. המבקש הגיש בקשת רשות ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי - היא הבקשה שלפניי. ביום 8.4.2021, לבקשת המבקש ובהסכמת המשיבה, הוריתי על עיכוב ביצוע עונש המאסר שהוטל על המבקש עד למתן החלטה אחרת.

נימוקי הבקשה

12. לעמדת המבקש, יש ליתן לו רשות ערעור הן משום שעניינו מעלה מספר סוגיות משפטיות עקרוניות, החורגות ממקרהו הפרטני והן בשל חשש לעיוות דין.

ואלו הסוגיות העקרוניות הנטענות:

בחינת האפשרות לקיים משפט זוטא בתחילת ההליך הפלילי או הליך מקדמי בפני מותב אחר, ובמקרים המתאימים אף בשלב החקירה, מקום בו עולה טענה לפסילת ראיות חפציות מכוח דוקטרינת הפסילה הפסיקתית;

בחינת נוסחת האיזון שנקבעה בהלכת יששכרוב, כך שיינתן משקל נמוך מאוד לשיקול של חומרת העבירה וקביעה כי ניתן לפסול ראיות חפציות גם כאשר מדובר בעבירות חמורות, ככל שהפגיעה בזכויות החשוד הייתה משמעותית;

קביעת אמות מידה, באופן דווקני, ביחס לקיומו של חשד סביר הנדרש לצורך הקמת סמכות חיפוש ללא צו שיפוטי וכן לקיומן של נסיבות מחשידות אובייקטיביות, שאינן עולות כדי חשד סביר ואשר בהתקיימן נדרשת "הסכמה מדעת" של מושא החיפוש לחיפוש ללא צו שיפוטי.

בנוסף, סבור המבקש כי בפסק הדין של דעת הרוב בבית המשפט המחוזי כמו גם בהכרעת הדין של בית משפט השלום נפלו טעויות משפטיות היורדות לשורשו של עניין, המצדיקות להיעתר לבקשתו מחשש לעיוות דין. נימוקיו מבוססים ברובם על נימוקיה של דעת המיעוט בבית המשפט המחוזי, כפי שפורט בהרחבה לעיל.

לחלופין, טוען המבקש כי גם בעניין העונש עולה שאלה רוחבית, והיא - מהו המשקל שיש ליתן לאי-החוקיות שנפלה בהשגת הראיות בשלב גזירת העונש, הגם שבסופו של דבר הוחלט שלא לפסול אותן, והאם על בית המשפט לדון בכך באופן עצמאי. שכן, הטענה לא הועלתה בפני הערכאה הדינית על ידי באת כוחו באותה עת. בנוסף טוען המבקש כי מתחם העונש ההולם שנקבע בעניינו שגוי, והרף התחתון צריך להתחיל בעונש מאסר שיכול וירוצה בדרך של עבודות שירות. לפיכך, נטען כי יש להקל בעונשו ולהעמידו על מאסר שניתן לרצותו בדרך של עבודות שירות.

תגובת המשיבה

13. לטענת המשיבה, הבקשה אינה מגלה כל שאלה משפטית עקרונית או חשש לעיוות דין המצדיקים מתן רשות ערעור ב"גלגול שלישי" וזאת מהטעמים שלהלן.

המבקש לא ביקש לנהל משפט זוטא בבית משפט השלום ואף לא העלה טענה זו בפני בית המשפט המחוזי בערעור, ואין מקום לדון בסוגיה זו לראשונה ב"גלגול שלישי". עוד ציינה המשיבה כי שאלת החלת הלכת יששכרוב בשלב החקירה כלל לא התעוררה בעניינו של המבקש;

טענות המבקש בדבר משקלם של השיקולים השונים במסגרת דוקטרינת הפסילה הפסיקתית, אינן מצריכות דיון מחודש בדוקטרינה, המבוססת על איזון בין השיקולים השונים, ולמעשה מתמצות ביישום הלכת יששכרוב על נסיבות עניינו, דבר שאינו מהווה עילה לרשות ערעור;

אין מקום להתוויית אמות מידה ברורות לשם קביעתו של חשד סביר המקים סמכות חיפוש ללא צו שיפוטי, שכן הפסיקה הקיימת מספקת - כבר נקבע ברע"פ 10141/09 בן חיים נ' מדינת ישראל, פ"ד סה(3) 305 (2012) (להלן: עניין בן חיים) כי לא ניתן להגדיר מראש באופן דווקני וצר את התנאים לקיומו של חשד סביר וכי יישומו של מבחן החשד הסביר מבוסס על נסיבותיו הפרטניות של כל מקרה ומקרה. המשיבה טענה, מעבר לצורך לשיטתה, כי אין כל ממש בטענות המבקש ביחס לקביעות דעת הרוב, שנדונו ונדחו באופן מנומק ומפורט, ואין כל בסיס לטענת קיומו של עיוות דין.

אשר לטענות בנוגע לחומרת העונש, סבורה המשיבה כי בנסיבות העניין, עונשו של המבקש אינו חמור כלל, אלא מקל ואינו בא בגדר המקרים המצדיקים התערבות ב"גלגול שלישי". ביחס לטענה כי היה על בית המשפט להקל בעונש בשל הפגמים שנפלו בעריכת החיפוש, סבורה המשיבה כי אין למבקש אלא להלין על עצמו בכך שלא טען זאת בפני הערכאה הדיונית. כך או כך, המשיבה מצביעה על כך שבית משפט קמא, בדעת הרוב, לקח נסיבה זו בחשבון בעת שבחן את העונש והגיע למסקנה כי הוא מאוזן ואף מקל במידה מסוימת.

דיון והכרעה

14. לאחר שעיינתי בבקשה על נספחיה ובתגובת המשיבה, באתי לכלל מסקנה כי דינה להידחות.

הלכה היא כי רשות ערעור ב"גלגול שלישי" תינתן במקרים בהם מתעוררת שאלה בעלת חשיבות משפטית או ציבורית החורגת מעניינו הפרטי של המבקש, או במקרים חריגים בהם מתעורר חשש לאי-צדק מהותי או לעיוות דין (רע"פ 2361/20 בן אדרת נ' מדינת ישראל, פסקה 6 (6.4.2020)) כפי שיפורט להלן, אינו סבור כי הבקשה עומדת באמות מידה אלו.

15. תחילה, יש לדחות את ניסיונו של המבקש לעורר את השאלה האם יש מקום לבחון את הפעלת דוקטרינת הפסילה הפסיקתית בהליך נפרד ומקדמי של משפט זוטא, כמו גם את שאלת החלת דוקטרינת הפסילה הפסיקתית בשלב החקירה - סוגיה שכלל לא הועלתה ולא נדונה בפני ערכאות קמא, ואין להידרש לטענות המבקש שהועלו לראשונה ב"גלגול שלישי" (ראו, למשל: רע"פ 1528/20 ביבאס נ' מדינת ישראל, פסקה 4 (25.3.2020); רע"פ 4247/16 כהן נ' מדינת ישראל, פסקה 13 (14.8.2016)).

16. כמו כן, יש לדחות את טענת המבקש בדבר הצורך "להתוות באופן דווקני יותר" (סעיף ג) לבקשה, או למצער "בהבהרה או בחידודה של ההלכה" (סעיף 72 לבקשה) לגבי אמות המידה לקיומו של "חשד סביר" המקים סמכות חיפוש ללא צו שיפוטי. העובדה כי נפלו חילוקי דעות בין שופטי ההרכב בבית המשפט קמא ביחס להערכת אופיו ומידת סבירותו של החשד נגד המבקש אינה מצדיקה, כשלעצמה, מתן רשות ערעור (ראו והשוו: רע"פ 2670/14 גילל נ' מדינת ישראל (9.6.2014)) ואינה מבססת טענה בדבר הצורך בקביעת אמות מידה מובחנות.

כפי שנקבע בעניין בן חיים, מבחן החשד הסביר הוא מבחן אובייקטיבי, בגדרו נבחנת סבירות שיקול דעתו של השוטר שביצע את החיפוש. באותו עניין עמדה הנשיאה ד' ביניש על הקושי, הברור מאליו, בקביעת הגדרה קשיחה למושג זה, בצינה כי "התנאים שבהם יתקיים חשד סביר המצדיק עריכת חיפוש ללא צו שיפוטי אינם ניתנים מטבע הדברים להגדרה ממצה וחד-משמעית. יישומו של מבחן זה מבוסס על נסיבותיו הפרטניות של כל מקרה ומקרה, על המידע שהיה בידי השוטר בעת עריכת החיפוש ואף על ניסיונו ושיקול דעתו המקצועיים של השוטר שערך את החיפוש" (שם, פסקה 16 לפסק דינה של הנשיאה ד' ביניש; וראו גם: רע"פ 3829/15 קסאיני' מדינת ישראל, פסקה 38 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) ח' מלצר; ע"פ 1000/15 אבו אלחווא נ' מדינת ישראל, פסקה 16 לפסק דינו של השופט נ' סולברג (3.7.2015)).

17. עוד יש לדחות את טענת המבקש כי יש צורך בקביעת אמות מידה ביחס לקיומן של נסיבות מחשידות.

אובייקטיביות, שאינן עולות כדי חשד סביר, ואשר בהתקיימן ניתן לערוך חיפוש ללא צו בהינתן הסכמה מדעת של מושא החיפוש. הסכמתו של המבקש לחיפוש כלל לא התבקשה, ועניינו אינו מעלה כל שאלה הנוגעת לאמות המידה לחיפוש ללא צו תוך קבלת הסכמה מדעת של החשוד, אלא מתייחס לשאלה האם התקיים חשד סביר שהצדיק עריכת חיפוש ללא צו שיפוטי (השוו: רע"פ 2178/12 סקיריס נ' מדינת ישראל (18.7.2012)).

18. בדומה, לא מצאתי ממש בטענה כי עניינו של המבקש מעורר צורך בבחינה מחודשת של נוסחת האיזון של דוקטרינת הפסילה הפסיקתית שנקבעה בהלכת יששכרוב, לא בשאלת המשקל שיינתן לחומרת העבירה ולא בשאלת פסילת הראיות החפציות. בעניינו של המבקש, חומרת ההפרה על פי דעת הרוב הייתה לכל היותר קלה ומשכך לא עולה הצורך לבחון מהו המשקל הראוי לשאר השיקולים הבאים בגדר נוסחת האיזון.

19. אין בידי לקבל גם את טענת המבקש כי נגרם לו עיוות דין בשל טעויות משפטיות לכאורה שנפלו בהכרעת דינו של בית משפט השלום ובפסק דינה של דעת הרוב בבית המשפט המחוזי. קביעות בית המשפט קמא בדעת רוב, מנומקות ומפורטות ובניגוד לנטען אינן מגלות כל טעות משפטית. למעשה, טענות המבקש מופנות כלפי הערכת סבירות החשד נגדו הקביעות בשאלת חוקיות החיפוש ואופן יישום נוסחת האיזון שבדוקטרינת הפסילה הפסיקתית על נסיבות עניינו. ככלל, "אופן יישום העקרונות שהותוו בעניין יששכרוב נתון לשיקול דעתו של בית המשפט, הדין בשאלת קבילותה של ראייה פלונית, אשר הושגה באופן פסול, ותלוי בנסיבות הקונקרטיות העומדות בפניו", ואין הוא מהווה עילה למתן רשות ערעור (רע"פ 1921/18 חברת דור חקלאים בע"מ נ' מדינת ישראל, פסקה 10 (27.5.2018)).

20. גם בהשגות המבקש על העונש אין הצדקה למתן רשות ערעור. העונש אינו חמור כלל בהתחשב בעבירה בה הורשע המבקש ובכמות הסמים שנתפסה אצלו (השוו: רע"פ 1281/19 אוחנה נ' מדינת ישראל (4.4.2019), שם נגזרו על המבקש 13 חודשי מאסר בפועל בגין החזקה של 200 אריזות ובתוכן סם סינתטי מסוכן מסוג דומה, במשקל כולל של 1.666 ק"ג). הטענה כי הרף התחתון צריך היה להתחיל בעונש מאסר שיכול וירוצה בדרך של עבודות שירות נטענה ללא ביסוס, ובנסיבות דנן היא אף שגויה. ממילא, אין הדבר מצדיק קבלת רשות ב"גלגול שלישי" על חומרת העונש, השמורה למקרים חריגים של סטייה מהותית ממדיניות הענישה המקובלת והראויה בנסיבות דומות (ראו: רע"פ 5018/18 בוזגלו נ' מדינת ישראל (21.10.2018); רע"פ 4760/14 קיסלמן נ' מדינת ישראל, פסקה 14 (7.5.2015)). בהתחשב בעובדה שהמבקש לא טען בפני הערכאה הדיונית כי בעת גזירת הדין יש להתחשב בפגמים שנפלו לכאורה בביצוע החיפוש, לא מצאתי לתת פתח לטענה זו במסגרת בקשת רשות ערעור ב"גלגול שלישי". ממילא, כפי שצוין, עונשו של המבקש מוקם בסמוך מאוד לרף התחתון של מתחם העונש ההולם, כך שספק אם היה בכך כדי להוביל לתוצאה שונה באופן מהותי. אף אני, כעמדת דעת הרוב בבית המשפט המחוזי, סבור כי העונש מאוזן ואינו חמור.

21. נוכח כל האמור, הבקשה למתן רשות ערעור נדחית וההחלטה על עיכוב ביצוע עונש המאסר מבוטלת.

המבקש יתייצב לריצוי עונש המאסר ביום 8.8.2021 עד השעה 10:00 בימ"ר ניצן או על פי החלטת שירות בתי הסוהר, כשבידו תעודה מזהה ועותק מהחלטה זו. על המבקש לתאם את הכניסה למאסר, כולל האפשרות למיין מוקדם עם ענף אבחון ומיין של שירות בתי הסוהר, בטלפונים 08-9787377, או 08-9787336.

ניתנה היום, ט' באב התשפ"א (18.7.2021).

עמוד 8

