



ת"פ 16795/10/15 - מדינת ישראל נגד אליעזר אהל, אביבה אהל

בית משפט השלום בתל אביב - יפו

ת"פ 16795-10-15 מדינת ישראל נ' אהל ואח'
בפני כבוד השופט איתי הרמלין

מדינת ישראל	המאשימה
ע"י עו"ד אבירן אסבן	
נגד	
1. אליעזר אהל	הנאשמים
ע"י עו"ד אופיר כתבי	
2. אביבה אהל	
ע"י עו"ד מורן גרוס	

הכרעת דין

החלטתי לזכות את הנאשמים וזאת מן הטעמים שאפרט להלן.

1. נגד הנאשמים, שהם בני זוג, הוגש כתב אישום המייחס להם גידול שלושה שתילי קנביס באדניות בביתם (משקלם הכולל של שלושת השתילים כ-325 גרם).

החיפוש והפגמים שנפלו בו:

2. השתילים נמצאו על גג הדירה על ידי שוטרים שערכו חיפוש במקום ביום 1.7.2015.

3. שני השוטרים שהעידו בפני, עמנואל אביב ואיליה פיינבורג, העידו שאינם זוכרים כלל את החיפוש ואת נסיבותיו.

4. בדו"ח פעולה שכתב השוטר עמנואל אביב (ת/7) נכתב שהשוטרים הגיעו לדירת הנאשמים עם צו חיפוש שבו צוין שמו של הנאשם, את הדלת פתחה הנאשמת, והשוטר הזדהה בפניה והציג צו חיפוש. הנאשמת התקשרה לבן זוגה, שמסר כי אינו יכול להגיע למקום באמצע יום העבודה. בשלב זה, **לפי האמור בדו"ח של השוטר אביב, "שאל[תי] את אביבה האם היא רוצה לזמן שני עדים לטובת החיפוש", אך היא "השיבה שאין צורך"**. לפי האמור בדו"ח, השוטר מסר לנאשמת העתק צו החיפוש והחל לחפש. **השוטר מצא בשלוש אדניות על גג הבית (גג פרטי) צמחים החשודים כמריחואנה.**



בשלב זה "שאל[תי] את אביבה למי שייכים העצמים האלו, וזו השיבה שהיא שתלה אותם. היא שותלת הרבה עצמים, גם בבניין עצמו וגם את העצמים האלו היא שתלה וגידלה". לפי הכתוב בדו"ח, השוטר הסביר לה שמדובר בסמים והיא אמרה ש"היא לא מבינה בזה ולא היה לה מושג שזה סמים". בשלב זה עיכב אותה השוטר בחשד לגידול סמים. **בהמשך פרץ השוטר בכוח לחדרו של בנם החייל של הנאשמים תוך שבירת משקוף הדלת.** לפי הדוח "בתחנה שקל[תי] [השוטר אביב] את העצמים במשקל אלקטרוני תיקני אשר הראה משקל של 384 גר' ברוטו" (מאוחר יותר זוהו שתילי הקנבים ככאלו במעבדה במטה הארצי ומשקלם נטו נקבע כ-324.68 גר' - כך לפי חוות דעת המטה הארצי ת/4).

5. בדו"ח החיפוש שמילא השוטר איליה פיינבורג סומנו המילים "בהתאם לצו החיפוש מבית משפט, שנמסר למחזיק המקום והעתקו רצ"ב", **אך לטופס החיפוש לא צורף כל צו חיפוש.** השוטר גם סימן בדו"ח החיפוש את המשבצת שליד המילים: "החיפוש נערך ללא עדים מן הטעם המפורט", אך **לא סימן מהו הטעם שבגינו נערך החיפוש ללא עדים**, אלא רק החתים את הנאשמת בשורה "לפי בקשת מחזיק המקום".

6. בעדותו בבית המשפט עמד השוטר עמנואל אביב על כך שאם כתב בדו"ח הפעולה (ת/7) שביצע את החיפוש כשבידיו צו חיפוש ואף הציגו לבעלת הבית, הרי שכך היה (כאמור לעיל, השוטר העיד שאינו זוכר את החיפוש ואת נסיבותיו). גם השוטר איליה פיינבורג העיד כאמור לעיל שאינו זוכר את נסיבותיו של החיפוש הספציפי. העד העיד שכאשר הוא מבצע חיפוש ובידיו צו חיפוש הוא מוסר עותק ממנו למחזיק המקום. **השוטר פיינבורג אישר ששכח לסמן בטופס החיפוש את הסיבה לכך שהחיפוש נערך ללא עדים**, אף על פי שהוא מניח שלפי צו החיפוש היה עליו לבצעו בפני שני עדים. שני השוטרים שהעידו בפני לא אמרו דבר על הצו שהיה ברשותם - כגון מי השופט שחתם עליו ומתי.

7. במהלך עדויות השוטרים התובע ביקש להגיש את מה שהוא תיאר כצו החיפוש (ת/6), אלא שכפי שציינתי בפרוטוקול מיד כשביקש להגיש את המסמך, **לא מדובר כלל בצו חיפוש, אלא בבקשה להוצאת צו חיפוש ובאישור שצו חיפוש בוצע.** מדובר בטופס בפורמט שבו משתמשות חלק מיחידות המשטרה במחוז תל אביב שבו בצדו הימני של הדף מופיעה הבקשה להוצאת צו חיפוש ובצדו השמאלי צו החיפוש עצמו. בצו החיפוש מדפיסה המשטרה מראש חלק מן הפרטים הרלבנטיים (פרטי החשוד, מקום החיפוש, ומה החפצים שהיא מורשית לתפוס) והשופט המחליט בבקשה מסמן האם הוא מקבל את הבקשה או דוחה אותה, מנמק בתמצית את החלטתו, מסמן האם החיפוש יערך בנוכחות עדים ומנמק החלטתו זו, עורך שינויים בפרטים שכתבה המשטרה כהבנתו, מטביע את חותמתו וחותר. הצו נחתם במספר עותקים. **לפי נהלי בית המשפט העתק מצו שעליו חותם השופט נשמר בבית המשפט.**

8. לדברי התובע, ת/6 הוא המסמך הרלבנטי היחיד שהיה בתיק בית המשפט. מדובר בצילום של טופס מן הסוג שתיארתי לעיל, אך חסר בו החלק של הדף שבו אמור היה להימצא צו החיפוש.



כשבוחנים מסמך זה, נראה שהחלק שבו אמור להיות צו החיפוש נגזר מן הדף או הוסתר בדף לבן בעת צילום המסמך. אכן, כפי שהפנה התובע את תשומת לבי נדמה כי קצוות של שתי חותמות מופיעים מתחת לחלק שבו אמור להימצא צו החיפוש, אך אפילו את תכנן של החותמות המשוערות לא ניתן לראות.

9. אם אין די באמור לעיל, הרי מסתבר שבתיק המשטרה נמצא החלק החסר בת/6 (כלומר, טופס צו החיפוש) כשצורתו מעידה שנקרע מתוך המסמך המקורי, אלא שהטופס מכיל רק את הפרטים שהוכנסו על ידי המשטרה, ואין בו כל החלטה של שופט (נ/1).

10. יש לציין כי התובע כלל לא ביקש את התייחסות השוטרים בעדויותיהם לת/6 שאותו הגיש כצו חיפוש במהלך עדותו של אחד מהם[1], כך שנותרה פתוחה האפשרות שהשוטרים בשטח כמו התובע ראו בת/6 משום צו חיפוש, אף על פי שאינו כזה. יצוין שבסיכומיו אף אמר התובע ש"הראיה הטובה ביותר לעניין זה הוא המסמך הסרוק במערכת בית משפט שהוגש [כלומר ת/6 - א"ה]"[2].

11. התובע שהיה ער לקושי הראייתי שבפניו הוא ניצב בהעדרו של צו החיפוש שלפי הטענה היה מקור סמכותם של השוטרים לביצוע החיפוש, טען כי יש לקבוע שהשוטרים החזיקו בצו חיפוש כדין מכוחה של חזקת תקינות פעולת המנהל (זאת, כאמור לעיל, במקביל לכך שטען שת/6 היא הראיה הטובה ביותר).

12. אומר מייד כי אני דוחה את טענת התביעה שלפיה יש להניח כי בידי השוטרים היה צו חיפוש כדין מכוחה של חזקת תקינות פעולת המנהל. טענה זו של התביעה חותרת תחת יסודות ההליך הפלילי שבו מוטלים נטל הראייה ונטל ההוכחה (ברמה שמעבר לספק סביר) על כתפי התביעה.

13. חזקת תקינות פעולת המנהל אכן פועלת את פעולתה גם בתחומי של המשפט הפלילי, אך רק בנוגע להחלטות מנהליות קלאסיות, שכמובן אינן קשורות לפעולת המשטרה בהשגת הראיות. דוגמאות שכיחות למקרים שבהם מופעלת חזקת התקינות בתחומי המשפט הפלילי הם בבחינת ההליכים שקדמו להוצאת צו הריסה מנהלי[3], או להחלטת הרשות להציב תמרוך[4], או לכך שהחלטה על הגשת כתב אישום התקבלה בהתאם לנהלים קיימים וללא אפליה[5].

14. החלטת חזקת התקינות על השאלה האם החזיקו השוטרים צו חיפוש כדין כמוה בדיוק כהחלטת החזקה על השאלה האם היה לשוטרים מקור סמכות אחר לביצוע החיפוש כגון שתופס הבית פנה לעזרת המשטרה. כפי שלעניין עילה שנייה זו לא חלה חזקת תקינות וחובת הוכחה היא על התביעה, כך חובת ההוכחה היא על התביעה גם לעניין קיומו של צו חיפוש כדין (מקרה שממנו ניתן ללמוד לעניינו בדרך של קל וחומר הוא פסק דינו של השופט קדמי בע"פ 5002/94 ירמיהו בן איסק נ' מדינת ישראל (1995) שבו נדחתה טענה של התביעה שלפיה חזקת תקינות פעולת המנהל יכולה לבסס טענה כי עובדת מעבדה ביצעה בראיות את הבדיקות הנדרשות).



15. העובדה שהתובע עצמו הגיש במשפט את ת/6 בתור צו חיפוש, אף על פי שאינו כזה (וכאמור לעיל בסיכומיו אף אמר שת/6 הוא הראייה הטובה ביותר לקיומו של צו חיפוש), מלמדת מקל וחומר שלא ניתן לסמוך כלל על רישומי השוטרים שלפיהם היה בידיהם צו חיפוש בעת עריכת החיפוש. זאת, שהרי אם התובע התייחס לת/6 כצו חיפוש מאליו עולה החשש שגם השוטרים, שאינם עורכי דין, טעו כמוהו לחשוב שמדובר בצו חיפוש - וכאמור לעיל התובע כלל לא ביקש את התייחסותם לת/6 בעדותם בבית המשפט. יתר על כן, הפגמים הרבים בפעולת השוטרים המפורטים לאורך הכרעת דין זו אף היו מספיקים להפרכת חזקת התקינות בפעולתם אילו החזקה הייתה חלה כטענת התביעה (על סדיקת חזקת התקינות באמצעות הצבעה על בעייתיות בפעולת הרשות ראו הסיפא לפסקה 30 בעמ"מ 4072/11 **עיריית בת ים נ' ירדנה לוי** (2012)). זאת ועוד, דומה כי החזקה היחידה שאולי חלה במקרה זה היא החזקה שאילו אכן היה ניתן צו חיפוש, העתקים ממנו היו נשמרים בבית המשפט ואצל המשטרה. בהיעדר עותק של צו בבית המשפט או בידי המשטרה חזקה שלא ניתן צו חיפוש. יתר על כן, ת/6 ו-1 מבססים ראייתית את הטענה כי לא היה צו כדין ומביאים לכך שרישומי השוטרים בדו"ח הפעולה ובטופס החיפוש כאילו היה ברשותם צו חיפוש אין מוכיחים מעבר לספק סביר כי אמנם היה בידיהם צו חיפוש כדין, שכן ראיות אלה מצביעות על כך שלא היה צו כזה.
16. מעבר לנדרש אציין שגם אילו ניתן היה לסמוך על רישומי השוטרים שלפיהם היה בידיהם צו חיפוש הרי שממילא תוכנו המדויק של הצו לא ידוע ולא ניתן להניח שאמנם התיר את החיפוש שנערך (כך למשל בנ/1 מופיעה בטופס הצו כתובת בבת ים ולא בחולון שבה נערך החיפוש - בבקשה להוצאת צו חיפוש ת/6 תוקנה הכתובת בכתב יד).
17. **די באמור עד כאן כדי לקבוע שלא הוכח בפני ברמה הנדרשת במשפט הפלילי כי בעת שנערך החיפוש היה בידי השוטרים צו חיפוש תקף לכתובת הרלבנטית. הואיל והשוטרים והתובע לא טענו כי היה מקור סמכות אחר לביצוע החיפוש משמעות הדברים היא כי החיפוש בביתם של הנאשמים שבו נתפסו שתילי הקנביס נערך ללא סמכות.**
18. אף כי לנוכח האמור לעיל הדברים אינם נדרשים לצורך הכרעה בתיק זה, אציין שלדעתי לנוכח העובדה שכפי שאסביר להלן צו חיפוש פוגע בזכות היסוד החוקתית של האדם לפרטיות ובהתחשב בכך שצו חיפוש הוא צו שיפוטי הניתן במעמד צד אחד, מוטלת חובה מוגברת על הצד שביקש וקיבל את הצו (כלומר, על המדינה) לשמור עותק מן הצו ולהציגו במשפט שנערך בעקבות ממצאי החיפוש. כלומר, קשה לראות מצב שבו בית המשפט יקבע במשפט פלילי שהיה צו חיפוש תקף על בסיס הצהרה של שוטרים מבלי שהצו עצמו יוגש על ידי התביעה לבית המשפט. כאמור לעיל, במקרה שלפני המצב הראיתי חמור עוד יותר מבחינת התביעה לנוכח תוכן של הראיות ת/6 ו-1 וממצאי הבדיקה שערכה התביעה במזכירות בית המשפט.
19. עוד יש לציין שסעיף 26 לפקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש) [נוסח חדש], תשכ"ט-1969 קובע שחיפוש יש לערוך בנוכחות שני עדים שאינם שוטרים. אחת החלופות שקובע החוק לעריכת החיפוש



ללא עדים היא ש"תופש הבית או המקום שבו נערך החיפוש, או אחד מבני ביתו הנוכחים שם, ביקש לערכו שלא בפני עדים". לפי המתואר בת/7 השוטר שאל את גברת אהל אם היא רוצה להזמין עדים והיא אמרה שאין צורך בכך. אין בדברים אלה משום מילוי דרישות החוק לשם מתן פטור מנוכחות עדים בשעת החיפוש. לא מדובר בבקשה של גברת אהל לעריכת החיפוש ללא עדים. תיאור הדברים מוליך למסקנה שהשוטר לא הציג בפני גברת אהל את המצב החוקי שלפיו החיפוש צריך להיערך בפני שני עדים אלא אם תבקש שלא יהיו עדים לחיפוש. נראה בבירור כי הוצגה לגברת אהל תמונה הפוכה שלפיה עליה לבקש שהחיפוש יערך בנוכחות עדים על מנת שאמנם כך יהיה. כמובן, אופן הצגת ברירת המחדל החוקית משפיע על בחירתו של האדם שבידיו נמצאת הבחירה, כאשר הנטייה היא לבחור בברירת המחדל[6]. כלומר, **לא רק שהחיפוש נערך ללא סמכות, אלא נפל פגם בכך שהוא נערך ללא עדים אף על פי שגברת אהל לא ביקשה לוותר על נוכחות עדים** (לעניין זה ראו פסיקתו המפורשת של השופט משה דרורי בב"ש (מחוזי ירושלים) 1153/02 **מדינת ישראל נ' מיכאל אברג'יל** (2002) והשוו לרעיון ה"הסכמה מדעת" בפסק דינה של השופטת בייניש ברע"פ 10141/09 **אברהם בן חיים נ' מדינת ישראל** (2012)).

20. להיעדרה של סמכות לביצוע החיפוש, ולפגם שנפל בכך שהחיפוש נערך ללא עדים ללא "בקשה מדעת" של גברת אהל, מצטרף פגם נוסף בפעולת השוטרים שהוא מאוחר למציאת השתילים (ולכן אינו משפיע על חוקיות תפיסתם) והוא שלאחר מציאת השתילים עבר השוטר לשאול את גברת אהל שאלות שהן בגדר חקירה ("תשאול") מבלי שהזהיר אותה ומבלי שהעמיד אותה על זכויותיה - לשתוק ולהיוועץ בעורך דין. בשולי הדברים יש להזכיר עוד שהפגיעה במשקוף חדרו של בנם של הנאשמים בעת החיפוש היא פגיעה בזכות הקניין, שהיא זכות יסוד חוקתית המוגנת בסעיף 3 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, וכמובן אסור היה לבצעה בלי מקור סמכות לעריכת החיפוש.

פסילת ממצאי החיפוש:

21. בפסק דינו בע"פ 5121/98 **טור' רפאל יששכרוב נ' התובע הצבאי הראשי** (2006) קבע בית המשפט העליון כי בתי המשפט מוסמכים לפסול ראיות שהושגו בניגוד לחוק. כלשונה של השופטת בייניש: "לבית-המשפט מסור שיקול-דעת לפסול קבילותה של ראיה בפלילים, אם הוא נוכח לדעת כי הראיה הושגה שלא כדין וכי קבלתה במשפט תיצור פגיעה מהותית בזכותו של הנאשם להליך פלילי הוגן החורגת מגדריה של פסקת ההגבלה". השופטת בייניש פירטה בהחלטתה שלוש קבוצות של שיקולים שבית המשפט יסקול בעת שהוא שוקל האם לפסול ראיה שהושגה שלא כדין. הקבוצה הראשונה של השיקולים נוגעת לאופייה של אי החוקיות שהייתה כרוכה בהשגת הראיה ולמידת חומרתה; הקבוצה השנייה נוגעת למידת ההשפעה של האמצעי הפסול על הראיה שהושגה; והקבוצה השלישית עניינה בנזק הצפוי לחברה אל מול התועלת הצפויה לה אם תפסל הראיה.

22. כדוקטרינת פסילת ראיות "יחסית" (כלומר, שאינה קובעת שבכל מקרה של פגם באופן השגת הראיה היא תיפסל כראיה במשפט) שהיא פרי הפסיקה ואינה קבועה בחוק, זכתה דוקטרינה זו לפיתוחים עיוניים בפסיקה מאוחרת יותר של בית המשפט העליון ולפיתוחים יישומיים בערכאות הדיוניות.



23. בע"פ 5956/08 **סלימאן אל עוקה נ' מדינת ישראל** (2011) קבעו שופטי בית המשפט העליון ניל הנדל, יורם דנציגר וסלים ג'ובראן כי **חומרת העבירה כשלעצמה אינה יכולה להוות שיקול משמעותי אם בכלל להצדקת קבלת ראיות שהושגו בצורה פסולה** (לעניין זה ראו גם למשל פסקי הדין של השופט אדמונד לוי בע"פ 645/05 **שחר דביר זליגר נ' מדינת ישראל** (2006) ובע"פ 4988/08 **איתן פרחי נ' מדינת ישראל** (2011)).

24. ברע"פ 10141/09 **אברהם בן חיים נ' מדינת ישראל** (2012) נקבע כי חיפוש שנערך על אדם או בביתו בהיעדר עילה מכוח החוק הוא חוקי רק עם נערך ב"הסכמה מדעת" של מי שעליו או שבביתו נערך החיפוש. כלומר, על השוטרים להעמיד את האדם על כך שאינו חייב להסכים לעריכת החיפוש. בפסק הדין נפסלו ראיות שנמצאו בחיפוש שנערך ללא עילה מכוח החוק ובהסכמה שאינה בגדר "הסכמה מדעת" - באותו דיון דובר באחד מהתיקים בתפיסת סכין ובתיק אחר סם מסוג בופרנורפין במשקל 0.2908 גרם. **שתי הראיות נפסלו על אף היותן ראיות חפציות**, תוך מתן משקל לכך שלא היו נמצאות אלמלא החיפוש הבלתי חוקי. זאת, גם לנוכח חומרת אי-החוקיות שהייתה כרוכה בהשגת הראיות והפגיעה הקלה יחסית באינטרס הציבורי כתוצאה מאי-קבלתן.

25. כאשר דנים בחומרת הפגם שנפל בפעולת הרשויות בתיק שבפני יש לזכור כי חיפוש בביתו של אדם פוגע בפרטיותו - כלומר, נפגעת זכות יסוד שלו המוגנת בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. יש להזכיר עוד שמעמדה של הזכות לפרטיות כזכות יסוד חוקתית מבוצר יותר משל זכויות יסוד אחרות שכן היא נקובה במפורש בחוק היסוד. בכך היא נבדלת מזכויות יסוד אחרות שנקבע שהן חלק מכבוד האדם אך אינן מנויות במפורש בחוק היסוד. יתר על כן, לא רק שהזכות לפרטיות נזכרת בחוק היסוד, אלא שפעולת החיפוש בבית פרטי מוזכרת באופן ספציפי בחוק היסוד:

7. פרטיות וצנעת הפרט

(ג) אין עורכים חיפוש ברשות היחיד של אדם...

8. פגיעה בזכויות

אין פוגעים בזכויות שלפי חוק-יסוד זה אלא בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש או לפי חוק כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו.

26. משמעות העובדה שהאיסור על עריכת חיפוש ללא הסמכה בחוק קבוע בחוק יסוד, היא שזכותו של אדם שלא יערך אצלו חיפוש ללא צו חיפוש כדין ובלי שמתקיימת עילה חוקית אחרת לעריכת החיפוש היא זכות יסוד חוקתית שלו.



27. כנגזרת מן האמור לעיל הביאה עריכת חיפוש שלא כדין לפסילת ראיות במשפטים רבים. לא רק שחיפוש שנערך בחוסר סמכות (כמו **בפרשת בן חיים** הנזכרת לעיל) הביא לפסילת ראיות, אלא אף עריכת החיפוש שלא באופן הקבוע בחוק (ובצו החיפוש) הובילה לפסילת ראיות. כך למשל פסלו בתי המשפט במקרים רבים ראיות שהושגו בחיפוש שנערך שלא בנוכחות שני עדים ללא הצדקה. כך למשל השופט שאול אבינור מבית משפט זה פסל לאחרונה כראיות 28.43 גרם קוקאין ושלושה משקלים אלקטרוניים שנתפסו כולם בחיפוש שנערך ללא עדים בביתו של הנאשם (ת"פ (תל אביב) 4663-10-14 **מדינת ישראל נ' אברהים אבו טאלב** (2016) - לשם השוואה, שם דובר כאמור בקוקאין ואילו בענייננו מדובר בשלושה שתילי קנבים שנחשב לסם מסוכן פחות מן הקוקאין. משקל הקוקאין באותו תיק עלה פי 100 לערך על הרף הקבוע בפקודה כמעיד על החזקה לשימוש עצמי בעוד משקל השתילים בתיק שבפני הוא פי 20 לערך מן הרף הקבוע בפקודה כמעיד על החזקה לצריכה עצמית). השופט שמאי בקר מבית משפט זה פסל אף הוא לאחרונה כראייה 60 גרם חשיש שנמצאו בחזיתתה של נאשמת בחיפוש שנערך ללא עדים (ת"פ (תל אביב) 50516-05-13 **מדינת ישראל נ' חנה ביניאשוילי** (2016)); גם השופטת הדסה נאור מבית משפט זה פסלה כראיות כמות גדולה של סמים מסוגים שונים בת"פ (תל אביב) 13802-07-13 **מדינת ישראל נ' רוני זוארץ** (2015) (בתיק זה נערך החיפוש גם שלא בנוכחות עדים וגם ללא צו וזאת ללא הצדקה). גם בבתי משפט אחרים נפסלו ראיות בתיקים רבים בעקבות חיפוש שנערך ללא עדים. כך למשל על ידי השופט מנחם מזרחי בת"פ (ראשון לציון) 19411-04-14 **מדינת ישראל נ' רועי רפאל** (2015); על ידי השופטת אליאנא דניאלי בת"פ (פתח תקווה) 6763-01-14 **מדינת ישראל נ' אוריאל מדרי** (2014); על ידי השופטת אפרת פינק בת"פ (רחובות) 59911-12-13 **מדינת ישראל נ' אלירן פרי** (2015); על ידי השופט דורון פורת בת"פ (טבריה) 23135-06-12 **מדינת ישראל נ' איל רחמני** (2014); ועל ידי השופט איתי ברסלר גונן בת"פ (באר שבע) 52892-05-10 **מדינת ישראל נ' שמואל אלבז** (2013) שבו נפסלו ממצאי חיפוש כיוון שנערך ללא עדים בלי מה שכינתי לעיל "בקשה מדעת" של מחזיק המקום.

28. עריכת חיפוש ללא סמכות חמורה יותר, כמובן, מאשר עריכתו ללא נוכחות עדים. לא בכדי הביאה לכך עריכת חיפוש ללא צו ללא הצדקה לכך שהשופטת הדסה נאור מבית משפט זה פסלה כראיות כמות גדולה של סם מסוג Methoxymethcathinone (יותר מ-200 יחידות של סם זה) בתוספת סם מסוג JWH-018 בת"פ (תל אביב) 13802-07-13 **מדינת ישראל נ' רוני זוארץ** (2015), שהזכרתי לעיל, והשופטת לימור מרגולין יחידי, גם היא מבית משפט זה, פסלה כראיות 4 שתילי קנבים קטנים שנמצאו בחיפוש שנערך בדירה ללא עילה וללא הסכמה מדעת בת"פ (תל אביב) 36634-07-14 **מדינת ישראל נ' בני בלומנפלד** (2015).

29. בשל עצמת אי החוקיות שהייתה כרוכה בחיפוש שנערך במקרה שבפני ללא צו חיפוש או עילה חוקית אחרת לעריכתו וללא נוכחות שני עדים בלי "בקשה מדעת" של גברת אהל תוך פגיעה חמורה בזכות היסוד החוקתית לפרטיות, בהתחשב בכך שבלעדי החיפוש שנערך שלא כדין לא היו מתגלות הראיות, ובכך שלדעתי ערכה החברתי של התועלת שבהקפדה על כך שחיפושים יערכו בסמכות ובאופן הקבוע בחוק עולה על הנזק מפסילת שלושת שתילי הקנבים כראיות במשפט זה (וראו לעיל פסיקת בית המשפט העליון על המשקל המוגבל שיש לתת בהקשר זה לחומרת העבירה), **החלטתי לפסול כראיות**



את השתילים שנתפסו בחיפוש הבלתי חוקי.

דבריה של גברת אהל לשוטר אחרי מציאת השתילים ועדויות הנאשמים במשטרה:

30. לפי דבריה של גברת אהל לשוטר שערך את החיפוש ולפי עדויותיהם של שני הנאשמים במשטרה (ת/1 ו-ת/2) גברת אהל היא שגידלה את השתילים שנתפסו בחיפוש הבלתי חוקי. שני הנאשמים העידו שלא ידעו כי מדובר בשתילי קנביס או סם אחר. לדבריהם, גברת אהל מגדלת שתילים שונים על גג הבית לנוי, ואספה שתילים אלה מן הרחוב בלי לדעת את סוגם.

31. יאמר מיד כי על בסיס דברים אלה של הנאשמים לא ברור מדוע מלכתחילה הואשם מר אהל בגידול סם כאשר אין בחומר הראיות ראיה כלשהי לכך שהיה מעורב בגידול שתילי הקנביס. ייתכן שמבחינה משפטית ניתן היה לייחס לו החזקה משותפת של השתילים, אך לא את גידולם (ומבחינת מדיניות משפטית לא ברור אם היה ראוי לייחס לו גם את ההחזקה).

32. הואיל ופסלתי את ממצאי החיפוש אין ראיה כי השתילים שנמצאו בבית הם אמנם שתילי קנביס כפי שחשדו השוטרים, ולכן לא חלה על הנאשמים החזקה הקבועה בסעיף 31(2) לפקודת הסמים המסוכנים [נוסח חדש], תשל"ג-1973 שלפיה חזקה על מי שביצע פעולה בסם שידע שמדובר בסם מסוכן. **משמעות הדבר היא שדברי הנאשמים על כך שגברת אהל גידלה את השתילים שנתפסו בחיפוש הבלתי חוקי ואשר סוגם לא הוכח במשפט והם לא ידעו ולא יודעים את טיבם, אין בהם משום הודאה בביצוע עבירה.**

33. זאת ועוד, דבריה של גברת אהל לשוטר שחקר אותה בשטח בלי להזהירה ובלי להודיע לה על זכותה לשתוק ועל זכותה להיוועץ בעורך דין ממילא פסולים בשל כך כראיה נגדה (לעניין זה ראו למשל פסקאות 33-34 בע"פ (מרכז - לוד) **מדינת ישראל נ' ארז אדרי** (2016)).

34. יתר על כן, גם אילו היה בדבריהם של הנאשמים בחקירת המשטרה משום הודאה בגידול צמחי קנביס או בהחזקתם הייתי פוסל הודעות אלה משום עצמת אי החוקיות שהייתה בחיפוש במקרה זה וזיקתן ההדוקה של אותן הודעות לחיפוש הבלתי חוקי שנערך בדירתם של הנאשמים. זאת, שהרי כל תוכן של אותן הודעות קשור בממצאי החיפוש הבלתי חוקי (לעניין פסילת ראיה משנית בשל עצמת אי החוקיות שהייתה כרוכה בהשגת הראיה הראשונית והזיקה של הראיה המשנית לראיה הראשונית ראו פסקה 71 בפסק דין **יששכרוב** הנזכר לעיל וכן פסקה 20 לפסק דינו של השופט אדמונד לוי בע"פ 4988/08 **איתן פרחי נ' מדינת ישראל** (2011)). פסקי דין אלה הביאו לפסילת הודאות חשודים בחלק גדול מן התיקים שפירטתי לעיל שבהם פסלו ערכאות דיוניות ממצאי חיפוש בלתי חוקי. שיקול נוסף התומך בפסילתה כראיה של הודעתה של גברת אהל הוא שדבריה בחקירה היו חזרה על דבריה ב"תשאול" שנערך לה בשטח מבלי שהוזהרה ומבלי שהשוטר הודיע לה את זכויותיה ועולה האפשרות שאולי חשה



מחויבת לחזור עליהם בחקירה גם אחרי שהוזהרה והודיעו לה את זכויותיה (לעניין זה ראו פסקה 35 בע"פ אדרי המוזכר בפסקה הקודמת).

הערה לפני סיום:

35. גם בחלוף יותר מעשור מאז שניתן **פסק הדין בעניין יששכרוב** טרם ניתנו תשובות לשאלות מעשיות רבות שמעוררת דוקטרינת הפסילה החוקתית (לעניין זה ראו פסקה 77 בפסק הדין בעניין יששכרוב). ראויה לציון במיוחד העובדה שבהיעדר הסדרה ברורה של הסוגיה נמנעים נאשמים מלהעיד במשפטם על אי חוקיות החיפוש שנערך אצלם משום החשש שבעדותם במשפט ישאלו האם החזיקו את החפץ שנמצא בחיפוש הבלתי חוקי ואם יאשרו זאת תהיה בכך משום הודאה בעבירה שבה הם נאשמים וכל שאלת חוקיות החיפוש ופסילת החפצים שנתפסו בו תתרוקן מחשיבות מעשית (התייחסות לבעיה זו ראו למשל בפסק הדין של הערכאה הראשונה **בעניין בן חיים** שפסיקת בית המשפט בעניינו נזכרת לעיל - ת"פ (תל אביב) 6454/07 **מדינת ישראל נ' אברהם בן חיים** (2009)). דומה שעל מנת לתת משמעות ראויה יותר לדוקטרינת פסילת הראיות הפסיקתית יש לקבוע פרוצדורה שתאפשר לנאשמים להעיד על נסיבות עריכת החיפוש מבלי שעדותם תוביל אוטומטית להרשעתם.

התוצאה:

36. **הואיל ופסלתי את ממצאי החיפוש וקבעתי כי אין בידי התביעה ראיות אחרות להוכחת האשמה אני מזכה את הנאשמים.**

ניתנה היום, 8 בפברואר 2017, במעמד הצדדים.

[1] בראש עמ' 4 לפרוטוקול הדיון מ-23.1.2017.

[2] עמ' 11 לפרוטוקול הדיון מ-23.1.2017, ש' 3-4.

[3] ראו למשל: רע"פ 1088/86 **סברי חסן מחמוד נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה הגליל המזרחי** (1990).

[4] ראו למשל: רע"פ 3791/13 **מאיר פטל נ' מ"י** (2013).

[5] ראו למשל: ע"פ 6328/12 **מדינת ישראל נ' פולדי פרץ** (2013).

[6] ראו דן אריאלי, **לא רציונלי ולא במקרה**, הוצאת מטר (2009).