



ת"פ 31643/05/16 - תביעות צפת נגד חי משה

בית משפט השלום בקריית שמונה

ת"פ 31643-05-16 תביעות צפת נ' משה
בפני כבוד השופטת רות שפילברג כהן

בעניין: תביעות צפת

המאשימה

נגד

חי משה

הנאשם

הכרעת דין

בפתח דבר, אני מודיעה כי החלטתי לזכות את הנאשם.

כפי שיפורט בהמשך, הגעתי למסקנה כי החיפוש אשר נערך ברכבו של הנאשם היה מנוגד להוראות החוק. בנוסף, מצאתי כי במקרה זה, הסכין שנמצא ברכב באותו חיפוש איננו קביל כראייה, בשל הפגמים שנפלו בחיפוש. לבסוף, הגעתי לכלל מסקנה כי בלא ראיה זו, שהנה אותו הסכין, אין המאשימה עומדת בנטל ההוכחה, ולפיכך הנאשם זכאי.

אנמק כעת בהרחבה את נימוקי החלטתי.

1. ביום 16/5/16 הוגש נגד הנאשם כתב אישום שייחס לו עבירת **החזקת סכין שלא למטרה כשרה - לפי סעיף 186(א) לחוק העונשין, תשל"ז-1977**.

על פי המיוחס לו בכתב האישום, ביום 1/4/16, סמוך לשעה 09:30, בקבר הרשב"י שבהר מירון, במהלך חיפוש חוקי ברכבו של הנאשם, נתפס הנאשם כשהוא מחזיק סכין קומנדו שהוחבאה מתחת לכסא הנהג, בלי שעלה בידו להוכיח כי החזיקה למטרה כשרה.



2. ביום 11/9/16 כפר הנאשם במיוחס לו, והתיק נקבע להוכחות. יריעת המחלוקת התמקדה בשאלה אחת בלבד, והיא שאלת חוקיות החיפוש שנערך ברכבו של הנאשם, בבחינה האם התקיימה דרישת החשד הסביר הדרושה לביצוע החיפוש.

אסקור לפיכך תחילה את המתווה הנורמטיבי הרלוונטי לדיני החיפוש החלים בענייננו.

3. החיפוש ברכבו של הנאשם נעשה על ידי שוטר ללא צו שיפוטי.

סעיף 29 לפקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש) [נוסח חדש], תשכ"ט-1969, קובע כדלקמן:

"נמצא אדם בבית או במקום שמחפשים בו או בקרבתו, ויש יסוד סביר לחשוד שהוא מסתיר אצלו חפץ שמחפשים, או שרשאים לחפש אחריו - מותר לחפש על גופו..."

הסמכות לעריכת חיפוש על גופו של אדם, ללא צו שיפוטי, קמה איפוא רק מקום בו מתקיים יסוד סביר לחשד כי אותו אדם מסתיר אצלו חפץ שמחפשים או שרשאים לחפש אחריו.

4. ברע"פ 10141/09 אברהם בן חיים נגד מדינת ישראל (מיום 06.03.12) (להלן: "הלכת בן חיים") נקבעה ההלכה לגבי מהותו של החשד הסביר שיכשיר חיפוש ללא צו:

"דרישת הסף הראייתית של חשד סביר עוברת, אפוא, כחוט השני בהוראות החקיקה השונות המקנות לשוטר סמכות לערוך חיפוש על גופו של אדם ללא צו שיפוטי (כאשר סעיף 25(1) לפקודת סדר הדין הפלילי קובע מבחן של "יסוד להניח" לעריכת חיפוש במקום מסוים). מבחן החשד הסביר הוא בעיקרו מבחן אובייקטיבי שבו נדרש בית המשפט להעריך את סבירות שיקול דעתו של השוטר שערך את החיפוש לשם הכרעה בשאלת חוקיות החיפוש. יחד עם זאת, 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 (ראו והשוו בג"ץ 465/75 דגני נ' שר המטרה, פ"ד ל(1) 337, 349-353 (1975) (להלן: עניין דגני))."

ובהמשך נקבע:

"לפיכך, נצביע בבחינת למעלה מן הדרוש על מספר אמות מידה שעשויות בנסיבות המתאימות לגבש חשד סביר כלפי אדם מסוים, כנדרש בהתאם להוראות החוק שאזכרו לעיל, ולהצדיק עריכת חיפוש ללא צו שיפוטי על גופו או בכליו של אותו אדם. בהקשר זה ניתן להצביע על נסיבות שרק בהצטרפן למכלול יקימו עילת חיפוש ועל נסיבות שבכל אחת מהן יש די כדי להקים חשד סביר. כך, בין היתר, ניתן להצביע על התנהגותו המחשידה של האדם מושא החיפוש הפוטנציאלי, על מידע בדבר ביצוע עבירה במקום בו נמצא אותו אדם או בקרבתו, וזאת בצירוף השעה שבה הוא נמצא באותו מקום. כמו כן, חשד סביר ברמה



המצדיקה עריכת חיפוש ללא צו שיפוטי עשוי להתגבש כאשר המשטרה מקבלת מידע אודות תיאורו של אדם החשוד בביצוע עבירה מסוימת או בדבר האזור שבו עשוי להימצא החשוד. בנסיבות כאלה ייתכן כי המידע שהתקבל יקים חשד סביר המצדיק עריכת חיפוש באדם שמאפייניו החיצוניים או מקום הימצאו תואמים את המידע שהתקבל. אמות מידה אלה כמובן שאינן ממצות וניתן להניח שאמות מידה נוספות יוכרו בפסיקת בתי המשפט בבוא העת. יחד עם זאת, אנו רואים להעיר בשולי הדברים כי קיומו של עבר פלילי בלבד המנותק מנסיבות חיצוניות קונקרטיות אינו מגבש כשלעצמו חשד סביר המסמך שוטר לערוך חיפוש על גופו של אדם או בכליו בלי צו שיפוטי."

השאלה אם מתקיים יסוד סביר או חשד סביר, המצדיק חיפוש, נבחנת, איפוא, על פי נסיבותיה הספציפיות של כל סיטואציה, ואולם המבחנים הנם אובייקטיביים, שענינם בחינת סבירותה של הטענה כי קם חשד סביר.

יצוין, אף על פי שלכאורה אין הדבר מצוי במחלוקת בין הצדדים, כי הדרישה לקיומו של חשד סביר, כתנאי לחיפוש, חלה לא רק על חיפוש בגוף, אלא גם לגבי חיפוש שנערך בביתו של אדם או ברכבו (ניתן לראות לעניין זה את הדברים שנאמרו בע"פ (י-ם) 2431-09-14, בנוגע לחיפוש שנערך ברכב על פי הוראותיו של סעיף 28(ב)(1) לפקודת הסמים).

5. תכליתם של דיני החיפוש, המגבילים את סמכויות החיפוש בסביבתו של אדם או על גופו, הנה ההכרה בכך שחיפוש הנו פעולה הפוגעת מטיבה בזכויות הפרט. הזכויות הנפגעות בפעולת חיפוש הן הזכות לפרטיות, ובמובן הרחב גם הזכות לכבוד, שעלולה להיפגע מהתנהגות המאפיינת חיפוש משטרתי. שתי הזכויות הן זכויות חוקתיות, המוגנות בחוק יסוד כבוד האדם וחירותו. ככל זכות, גם זכויות אלה הן זכויות יחסיות, אשר מוצדק יהיה לפגוע בהן במידה, רק מקום בו הפעלת הסמכות השלטונית עדיפה על פני קיום זכויותיו של הפרט, וברוח פסקת ההגבלה שבחוק היסוד.

הגבלת סמכויות החיפוש שנתונות למשטרה, ולצדן הגבלות נוספות על סמכויות עיכוב של אזרחים, או סמכויות מעצר - מבטאות גישה, לפיה, ככלל, זכאים תושבי המדינה לשהות בכל מקום, ליהנות מחופש פעולה וחופש תנועה, בלא שיוטרו בפעולות אכיפה, תשאולים וחיפושים, ומבלי שתתהווה "תופעת שיטור יתר" מדכא וכוחני.

לצד ההכרה בזכויות הפרט, ניצב כמובן אינטרס ציבורי שגם הוא חשוב מאין כמותו, ועניינו במיגור פשיעה, החלת החוק, ושמירה על הסדר החברתי. אינטרס זה מחייב לתת למשטרה סמכויות להפר, היכן שנדרש הדבר, את זכויות הפרט לשם ביצוע מלאכות אכיפה מוצדקות.

מבחן "החשד הסביר" או "היסוד הסביר להניח" הנו איפוא מבחן של איזון בין האינטרסים - זה של הפרט לפרטיות וכבוד, וזה של החברה לאכיפה חיונית של החוק.

6. משהגדרנו את גדרי המבחן לבחינת חוקיותו של חיפוש, הגיעה העת ליישמו בענייננו.

עד אחד ויחיד העיד מטעם המאשימה לגבי נסיבות ביצועו של החיפוש, והוא עורך החיפוש רס"מ עיזאת עזאם. מטעמו של עד זה הוגש דו"ח הפעולה שערך העד ביום האירוע (ת/4).

על פי המתועד בדו"ח, היה רס"מ עזאם בסיור שגרתי באזור קבר הרשב"י, יחד עם עוד שני שוטרים, כשהבחין ברכב טויוטה שחור, ובו בחורים צעירים. רס"מ עזאם תיאר כי כשנעמד ליד הדלת הפתוחה של



הטיוטה, הוא הריח "ריח של גראס", ואז פנה ליושבי הרכב, שהיו הנאשם יחד עם עוד שני חברים, ושאל אותם אם יש ברכב "משהו לא חוקי", אף הודיע להם כי הוא רשאי לערוך חיפוש. יושבי הרכב הסכימו כי ייערך חיפוש ברכב. רס"מ עזאם אכן ערך חיפוש ברכב, ומצא, מתחת לאחד הכסאות, סכין קומנדו.

בחקירתו הנגדית, אישר רס"מ עזאם כי הגיע אל קרבת הרכב במהלך סיור שגרתי, שלא במסגרת משימה ספציפית או בשל חשד קונקרטי (עמ' 3 ש' 24), ובנוסף אישר כי מלבד רכבם של הנאשם וחבריו, היו במקום כלי רכב נוספים (עמ' 3 ש' 22), ובהמשך, כשנשאל מדוע סבר שריח הסמים מגיע מרכב זה דווקא, השיב כי רכב זה היה היחיד שבו הדלת הייתה פתוחה (עמ' 25 ש' 16).

על פי גרסתו של השוטר, ריח הסמים שחש בחושיו, הווה סמכות חוקית לביצועו של החיפוש, וכך ביטא זאת:

"ש. אני מבין שמעצם העובדה שהרחת את אותו ריח של הסם, החלטת לבצע חיפוש

ברכב.

ת. כבר יש לי יס"ל (יסוד סביר להניח) שמתבצע משהו לא חוקי, ולכן החלטתי אכן

לעשות חיפוש."

7. לאחר שביקש לבצע חיפוש ברכב, ומשמצא כי התעורר חשד סביר בשל אותו "ריח של גראס" שהריח, קיבל רס"מ עזאם את הסכמתם של הנאשם וחבריו לחיפוש, ואכן ערך את החיפוש ומצא את הסכין.

השוטר נשאל בדבר חובתו להודיע לחשוד כי זכותו לסרב לחיפוש, וענה כי אכן הודיע על כך (עמ' 4 ש' 29 ואילך). כשנשאל מדוע דבר ההודעה לגבי הזכות לסרב לא רשומה בדו"ח שערך, השיב כי לא רשם את הדבר בלא סיבה מיוחדת (ש' 31).

הסגור התעכב על עניין היעדר התייעוד של זכות הסירוב לחיפוש (עמ' 5 ש' 1 ואילך):

"ש. על מספר מהשאלות אתה אומר שאתה לא זוכר, ודווקא את זה שהזהרת אתה כן זוכר, ולא רק שאתה זוכר, גם ביום האירוע אתה לא מציין את זה במזכר שלך, אבל היום כשאנחנו נמצאים כמעט שנה לאחר האירוע, פתאום נזכרת שכן הזהרת. איך אתה מסביר את זה?

ת. היום אנחנו מזהירים כל אדם שאנחנו רוצים לעשות עליו חיפוש, שהוא יכול לסרב את החיפוש, זה לפי הלכת בן חיים.

ש. למה לא ציינת את זה בדו"ח השוטר מיום האירוע?

ת. אני לא יודע.



ש. כי יכול להיות שזה לא היה?

ת. אין מצב, לפני כל חיפוש אני מזהיר. אני עושה הרבה חיפושים.

ש. מה בעצם אמרת לנהג ברכב? איך הזהרת אותו?

ת. שהוא יכול לא להסכים. אמרתי לו שיש משהו לא חוקי מתבצע ברכב, שאני יכול לעשות חיפוש והוא יכול להתנגד לחיפוש.

ש. אתה יודע מה המשמעות של הסכמה מדעת של חשוד לפני

ת. אני יודע שהוא מסכים, וברגע שהוא מסכים, זהו."

8. הגעתי לכלל מסקנה כי בנסיבותיו של מקרה זה, המאשימה לא הוכיחה כי קם חשד סביר, וכי לא התעוררה הצדקה לעריכת החיפוש ברכבו של הנאשם.

מדובר בשעת בוקר של יום שגרתי באתר מרכזי ורב מבקרים שהנו קבר הרשב"י בהר מירון, המשמש מקום לעלייה לרגל, ביקור ותפילה לרבים.

השוטר רס"מ עזאם, ושני שותפיו, שוטר נוסף ומתנדב משטרה, נכחו במקום בסיור שגרתי.

סיור שגרתי במקום רב מבקרים, כמו קבר הרשב"י, הנו פעילות משטרתית חשובה ורצויה, ואולם היא אינה מקימה סמכויות ספציפיות דוגמת זכות לערוך חיפוש, כלפי מבקרים במקום.

באי המקום זכאים, גם באתר תיור מרכזי, לזכויותיהם לפרטיות, ללא הפרעה קיצונית דוגמת חיפוש משטרה ברכב.

אין מחלוקת על כך שהשוטר ניגש לדלת רכבם של הנאשם וחבריו מבלי שעד אותו שלב התעורר לגביהם חשד כלשהו.

לדבריו, רק כשעמד ליד הרכב, הוא הריח את אותו "ריח של גראס", וכי בכך התמלא לדידו "יס"ל" - ראשי התיבות בהן השתמש להגדרתו של החשד הסביר מצדיק החיפוש.

בחיפוש ברכב לא נמצאו סמים, אף לא בדל סיגריה, שארית סם או ממצא אחר שיש בו להסביר את הריח שהריח השוטר.

בנסיבות אלה מצאתי כי הערכת השוטר, כי הוא הריח ריח של סמים, היוותה ממצא קלוש וערטילאי, שלא היה בו די כדי לפנות לנאשם וחבריו, לעורר את עניין החיפוש, ולבצע את החיפוש בפועל.

9. אציין, כי אין למעשה מחלוקת על כך שרס"מ עזאם הודיע לנאשם ולחבריו טרם החיפוש כי הוא מריח ריח של סמים. העניין עלה בדבריו של הנאשם (עמ' 8 ש' 12) ובעדותו של חברו אלירן דוד (עמ' 10 ש' 26),



אשר העידו כי השוטר אמר להם שיש ריח של סמים ושאל אותם אם הם עשנו סמים.

עוד אציין כי אין במסקנתי, לגבי אי חוקיות החיפוש, משום קביעה נגד אמינותו של השוטר, ואיני שוללת את גרסתו לפיה חש בריח חשוד. למרות קביעה זו - אין בדברים די כדי להקים חשד המצדיק חיפוש. העובדה כי ברכב לא נמצא כל ממצא המצביע על שימוש או החזקה בסמים, מצביע כי ככל הנראה השוטר טעה בחושיו ובמסקנתו, וכי אם אכן היה במקום ריח של סמים, אזי מקורו של אותו ריח היה אחר, ולא בנאשם.

"ריח של גראס" הנו, בנסיבות האמורות, ממצא רופף, כללי ובלתי ניתן לאמידה ולבדיקה בדיעבד, ויש להיזהר בהכשרתו של ממצא דומה כעילה לחיפוש, שמא יפגעו באופן לא מידתי זכויות יסוד.

יש לסייג את האמור, ולומר כי יתכנו מקרים, שבהם ריחות של סמים, הנקלטים על ידי שוטרים ואחרים, יקימו חשד סביר וכשירו חיפוש, ואולם נראה, מבלי לקבוע מסמרות, שיהיה זה במקרים בהם תונח תשתית ראייתית מוצקה, לגבי ריח חריף ומובהק, שמקורו ברור או לפחות מבוסס ממשית על ממצאים נוספים זולת ניחוח שפשט באוויר. כאן נאמרה אמירה כללית ולא מספקת לגבי ריח של סמים, שלא נתמכה אלא בגרסתו של שוטר יחידי, ואשר הופרכה בחיפוש שלא נשא פרי לגבי סמים.

מעדותו של רס"מ עזאם, ניכר כי חוקי החיפוש, ואף הלכת בן חיים, המוציאה את החוקים מהכוח לפועל, הופנמה במשטרה היטב, שכן השוטר עצמו, מיוזמתו, הזכיר את פסק הדין בן חיים, והשתמש במונח "ליס"ל". ניכר כי ברור ונהיר לשוטרים, כי אם לא יקפידו על ביסוס החשד הסביר, עלול החיפוש להיתפס כבלתי חוקי.

על אף המודעות, דומה כי במקרה זה יושמו הכללים, על ידי השוטר, שלא כדון, ומבלי שבפועל התבסס יסוד סביר לחשד לגבי הנאשם ורכבו.

חשוב שלא להכשיר "מסלול קל ליס"ל", שעניינו בהצגת רף מינימלי ולא מספק של חשד, המוצג כהסבר לא משכנע לחיפוש ללא צו.

אותו ניחוח, שמקורו לא אותר, של סמים לכאורה - אינו מהווה במקרה זה חשד סביר כנדרש.

בניגוד למקרים אחרים, כאן, לא תועדה כל התנהגות מחשידה של הנאשם או חבריו, לא נאסף מידע נגדם, לא הוגשה תלונה על ידי מאן דהו לגביהם, ולא נעברה כל הפרת סדר.

גם נסיבות לא אישיות, שעניינן במקום האירוע או בתקופת התרחשותו, לא מצדיקות במקרה זה את החיפוש.

אין לשלול כי יתקיימו מקרים שבהם נסיבות מיוחדות יחייבו דריכות מיוחדת, עד כדי הקלה בסמכויות משטרתיות של חיפוש ועיכוב. כדוגמא, ניתן לתת אירועים רבי משתתפים "מועדים לפורענות", התגודדות לשם שמחה או בשל תקרית שלילית, כוננות, או אזורים מוכי פשיעה, ועוד כהנה וכיוצא בזה מקרים ומקומות, בהם עומדים גופי האכיפה בפני אתגרים מיוחדים, ושלוש הציבור מחייב לתת למשטרה סמכויות לפעול ביעילות כדי למנוע פשיעה ולהגן על שלום הציבור.



קיימות נסיבות בהן ברור לכל שנדרשים בדיקות וחיפוש, גם במחיר של פגיעה בפרטיות, לשם שמירה על שלום הציבור.

כך לדוגמא - מוכרת לכל השגרה המחייבת מסירה של תיקים אישיים לבדיקתו של מאבטח בכניסה לכל קניון, וזאת כתוצאה של תקופות קשות שבהם אירעו פיגועים קשים בקניונים.

על פי המקובל, כולנו פותחים את התיק ללא טרזניה, על פי דרישה, למרות הפלישה לפרטיות, ומתוך הכרה בנחיצותה של הבדיקה.

במקרים ייחודיים מוסדרות זכויות חיפוש וחובות ציות בחקיקה ספציפית - כך לדוגמא נהלי חיפוש בשדות תעופה מוסדרים בחקיקה לגבי טיס ובחוק רשות שדות התעופה.

ואולם, חובת ההוכחה לגבי קיומן של נסיבות מיוחדות שיצדיקו רף נמוך יחסית של חשד סביר, מוטלת על כתפי המאשימה.

לא הושמעה כל טענה מדוע מוצדק לאפשר חיפוש משטריים שגרתיים או גורפים באזור אתר קבר הרשב"י ולא הונחה כל ראיה שתשכנע מדוע יש לערוך חיפוש ברכב של מבקרים מקריים, ביום שגרתי, באתר פופולארי, רק בשל ממצא יחידי של ריח לא מוגדר.

מצאתי, לפיכך, כי לא קמה סמכות לבצע חיפוש ברכבו של הנאשם.

10. הסכמתו של הנאשם ושל חבריו, לכך שהשוטר יבצע את החיפוש ברכב, איננה מכשירה במקרה זה את החיפוש, משנמצא כי לא קם יסוד סביר לחשד כנדרש.

נכון הדבר כי במקרים המתאימים, עשויה הסכמה להכשיר חיפוש, גם מקום בו החיפוש מראש נעדר בסיס חוקי, ואולם לא כל הסכמה תהווה, ודרוש להוכיח כי מדובר ב"הסכמה מדעת".

לעניין זה קבעה הלכת בן חיים כדלקמן:

"בהעדר מקור סמכות בדין לביצוע החיפוש, יכולה לשמש הסכמתו של האדם מושא החיפוש, מקור סמכות עצמאי לביצוע החיפוש, ובדרך זו להכשיר חיפוש על גופו, בכליו או בביתו. ברם, כך נקבע בהלכת בן חיים, על הסכמתו של מושא החיפוש לפגוע באוטונומיה הנתונה לו ולאפשר פגיעה בפרטיותו, בנסיבות מסוימות או כלפי אנשים מסוימים, להיות "הסכמת אמת" מודעת ורצונית. הווה אומר, בהעדר מקור סמכות אחר, "הסכמה מדעת", מצד האדם מושא החיפוש, לזכותו לסרב לביצוע החיפוש, ולכך שהסירוב לא יזקף לחובתו, יכולה לשמש מקור סמכות לחיפוש. לשם כך, הוטלה החובה על השוטר, עורך החיפוש, להבהיר לאדם שמתבקשת הסכמתו לחיפוש כי נתונה לו הזכות לסרב לביצוע החיפוש וכי הסירוב לא יפעל לחובתו"



אני סבורה כי במקרה זה, ההסכמה לחיפוש לא עמדה בקריטריונים הבוחנים "הסכמה מדעת" וזאת למרות שהנאשם וחבריו לא הביעו התנגדות לחיפוש, ואפילו "הזמינו" את השוטרים לבדוק את הרכב.

מדובר בצעירים שהוחשדו בשימוש בסמים, שעה שהשוטרים האשימם באחריות לריח של סמים שהריח לדבריו.

בנסיבות אלה - התנערו מהחשד, שאכן נמצא מופרך שעה שלא נמצאו סמים במקום, בכך שהציעו לשוטרים לחפש ברכב - איננו מספק להכשיר את החיפוש שבו נמצא הסכין.

אזרח, המוצא עצמו מול שוטר, במקרה זה שלושה שוטרים, אשר לדברי הנאשם הגיעו יחדיו אל רכבו (עמ' 8 ש' 10), נוטה מטבע הדברים שלא להכיר בזכותו החוקית לסרב לחיפוש, והוא עלול, אם לא מודיעים לו על זכות זו, לסבור כי חלה עליו חובת ציות בלתי מסוייגת למשטרה.

מצאתי כי לא קויימה כדין חובת ההודעה בדבר הזכות לסרב לחיפוש.

מדובר בחובה מהותית, אשר חלה על מבצעי חיפוש, והיא כרוכה ברישום ובתיעוד עצם ההודעה לחשוד לגבי זכותו לסרב לחיפוש.

רס"מ עזאם העיד אמנם, כפי שפורט לעיל, כי הודיע לנאשם בדבר זכותו לסרב לחיפוש, אך לא תיעד זאת בסמוך לאירוע בכתב כלל.

היעדר הרישום פוגע במהימנות העד בדבר גרסתו כי הודיע על זכות הסירוב לנאשם, ובנוסף משפיע אי הרישום על ההערכה בדבר הרצינות של ההודעה על זכות הסירוב, גם אם היא בוצעה.

יש להבטיח כי חשוד, אשר עומדים לבצע בו או ברכבו חיפוש, אכן הודע בדבר זכותו לסרב לחיפוש, וכי הבין את ההודעה. במקרה זה לא שוכנעתי כי כך היה.

11. משמצאתי כי החיפוש שנערך ברכב היה נגוע באי חוקיות, נשאלת שאלת קבילותו של הסכין שנמצא ברכב.

כידוע, המשפט הישראלי אינו פועל על פי "תורת העץ המורעל", ואינו פוסל אוטומטית ראיות שהושגו שלא כדין.

טיפול בראיות מסוג זה ייעשה על פי "תורת הבטלות היחסית" שנקבעה בהלכת יששכרוב.

ע"פ 5121/98 יששכרוב נ' התובע הצבאי הראשי ואח', שבה נקבעו הדברים הבאים:

"הנחת המוצא בשאלת קבילותן של ראיות היא זו הנוהגת עימנו מאז ומתמיד, ולפיה ראייה שהיא רלוונטית - קבילה במשפט. עם זאת, בהתאם לדוקטרינה האמורה לבית-המשפט שיקול-דעת לפסילת קבילותה של ראייה בפלילים, אם נוכח לדעת כי הראייה הושגה שלא כדין וקבלתה במשפט תיצור פגיעה מהותית בזכותו של הנאשם להליך הוגן שלא בהתאם לגדריה של פיסקת ההגבלה. מדובר בנוסחת איזון עקרונית השואפת



להשגת פשרה ראויה בין מכלול הזכויות והאינטרסים הרלוונטיים לשאלת קבילות של ראיות שהושגו שלא כדין, ובהם: חשיפת האמת העובדתית, הלחימה בעבריינות וכן ההגנה על שלום הציבור ועל זכויות נפגעי העבירה מחד גיסא; אל מול ההגנה על זכויות הנאשם ועל הגינות ההליך הפלילי וטוהרו מאידך גיסא."

שאלת קבילותה של ראיה שהושגה שלא כדין תיענה דרך "נוסחת איזון" שתבחן אלה מול את השיקולים התומכים בהתבססות על הראיה על אף פגמיה, מול השיקולים שעניינם פגיעה בזכותו של הנאשם להליך הוגן.

12. בעניינינו, מצאתי כי הפסול שנפל בחיפוש, וההתנהלות הכוללת של המשטרה ביום האירוע בעקבות אותו חיפוש, מוליכים למסקנה כי דין הסכין להיפסל כראיה.

יצוין כי גם בעניינינו של המערער בן חיים, אחד משני המערערים נשוא הלכת בן חיים, נפסל סכין שנתפס בחיפוש לא חוקי כראיה, בשל אי החוקיות שנפלה בתפיסתו.

כמו באותו מקרה, גם כאן, מצאתי כי השיקולים לפסילת הראיה גוברים על אלה התומכים בקבלתה של ראיה זו על אף הפגם.

מדובר בסכין, אשר לא היה מאותר אילולא החיפוש הבלתי חוקי, והוא נמצא מתחת למושב הרכב. מדובר בעבירה בודדת של החזקת סכין, המיוחסת לנאשם, ואין עניין לנו כאן בחקירה לגבי אירוע אלימות, שבו בוצע, או שהיה עומד להתבצע, על פי חשד סביר, שימוש אלים קונקרטי בסכין זה. ההיפך הוא הנכון, שכן החשד לגבי הנאשם התמקד בעניין סמים מסוג "גראס", אשר השוטר הריח, ובכך בלבד. משנשמטה הקרקע לגבי לגיטימיות החיפוש - יש לכך השלכה מכרעת לעניין הקבילות.

פס"ד יששכרוב קובע, כי, בין יתר המדדים בשאלת כשירותה או פסילתה של ראיה, אשר פגם נפל באיסופה, ייערך מדד של **הגינות פעולת הרשות**. במקרה זה, כפי שפורט לעיל, התבצע החיפוש ללא חשד סביר. עקב הממצא, הנאשם נלקח לתחנת צפת לחקירה, כשחבריו מסיעים לתחנה את רכבו. מדובר בצעירים שהגיעו לטיול בצפון ממרכז הארץ, ולגביהם רצף הפעולות, שבוסס על חיפוש שנפסל, הווה טלטלה מיותרת.

13. בסיכומי ההגנה עלתה הטענה כי מדובר בעבירה בלתי חמורה יחסית, וכי הדבר משמש נימוק לפסילת הראיה, לנוכח הנזק המתון יחסית שייגרם מפסילתה של הראיה לאינטרס הציבורי.

מדובר בטיעון אשר לגביו נחלקו הדעות בפסיקה, אשר לא הכירה בקיומו של יחס ישיר בין חומרתה של עבירה, לבין הנטייה לפסול בעניינה ראיות שנגבו בפגם. ניתן לומר שחומרתה של עבירה הנו אחד השיקולים, שהוזכר בהלכת יששכרוב, ואשר יילקח בחשבון, לצד שיקולים אחרים.

אמנם, ההצעה לפסול ראיה בעניין שהוא יחסית קל ערך בחומרתו, נראית מפתה וקלה יותר ליישום, מאשר בחקירה שעניינה מעשה עבירה חמור, שבוצע לכאורה על ידי חשוד מסוכן.

הסיכון שמא מבצע עבירה ייצא ללא עונש בשל מחדל של הרשות, הנו מאיים פחות כשמדובר בעבירה המסכנת



את הציבור סכנה נמוכה, ולעומת זאת, לא ניתן לקבל מציאות בה עברין מסוכן ימלט מדין, גם אם מדובר במחדל של גורמי האכיפה.

מאידך, לענין זה צד שני, שכן דומה כי דווקא מי שחשוד בעבירה חמורה, וחירותו עלולה להישלל אם יורשע, לתקופה ארוכה, ראוי להקפדה יתרה על זכויותיו כחשוד וכנחקר, להבטיח שלא יתרחשו בעניינו טעות או מחדל הרי גורל.

אסכם בענין זה כי מידת חומרתה של העבירה הנו שיקול מכלל השיקולים שיילקח בחשבון, ואולם מדובר בשיקול משני, שאינו חזות הכל.

14. לכאורה, סכין הקומנדו שנמצא ברכב, הנו ראיה חפצית עצמאית, אשר אין לגביה מחלוקת כי היא נמצאה ברכבו של הנאשם. אף על פי כן, מצאתי כי אי החוקיות שבחיפוש, שהביאה לתפיסתו של אותו סכין הנה, במקרה זה שורשית ועמוקה. בלא אותה אי חוקיות, אין כל דרך אפשרית אחרת שהייתה מביאה לגילוי לגיטימי של הסכין.

תוצאת החיפוש, והמשך פעולות המשטרה פגעו באופן בלתי מידתי בזכויות הנאשם.

הנאשם הוחשד, על פי עורך החיפוש, בעבירת סמים לגבי סמים מסוג "גראס", ולבסוף, הואשם בעבירת החזקת סכין, ובה בלבד, עבירה שאין להפחית מחומרתה, ואולם איננה עבירה מהחמורות.

לנוכח כל האמור לעיל, החלטתי בהצטבר הנתונים כי הסכין פסול כראיה.

15. משקבעתי כי הסכין פסול כראיה, מצאתי כי נשמת הבסיס להוכחת האישום, וכי יש לזכות את הנאשם. איני מתעלמת מכך שהנאשם הודה במשטרה בהחזקת הסכין, ואף מסר כי הכניס את הסכין לרכב, טרם יצא לטיול בצפון, לשם הגנה עצמית. כידוע, הודיית נאשם בחקירה, הנה ראיה הדורשת תוספת ראיתית ברמה של "דבר מה נוסף", כך שגם אילו הייתי מקבלת את ההודייה האמורה ללא סייג, הייתי מוצאת כי ראיות התביעה לא מציעות תוספת ראיתית, זולת החיפוש שנפסל. מעבר לכך - התגלגלות העניינים כולה, מקורה בחיפוש ובו בלבד, ולפיכך הודיית הנאשם בחקירה, נגועה באותו פסול שנפל בחיפוש, ולכן לא אסתמך על הודיית הנאשם להרשעתו.

לנוכח קביעה זו, לפיה לא אסתמך על הודייתו של הנאשם בחקירה, מתייתר הדיון בטענות ב"כ הנאשם לגבי הפגיעה בזכות ההיוועצות.

לסיכום - לנוכח פסילתה של הראיה העיקרית והמרכזית בתיק זה, היא הסכין, שנתפס בחיפוש בלתי חוקי - הגעתי למסקנה כי הנאשם זכאי.

ניתנה היום, ח' ניסן תשע"ז, 04 אפריל 2017, במעמד הנוכחים.

