



ת"פ 48695/03/20 - מדינת ישראל נגד דניאל חי אל חייק

בית משפט השלום בכפר סבא

ת"פ 48695-03-20 מדינת ישראל נ' אל חייק 2 ינואר 2022
לפני
כבוד השופטת אילה אורן
המאשימה
מדינת ישראל
נגד
דניאל חי אל חייק
הנאשם

הכרעת דין

האם עיכוב הנאשם בעת שניגש לקטנוע שהחזיק ברשות היה בלתי חוקי, ומשכך האם הדבר גורר את פסילתן של "ראיות הנגזרות" - סמים שנתפסו על גופו של הנאשם ובביתו והודאתו בהחזקתם, הגם שאין מחלוקת על חוקיות הראיות.

רקע וכתב האישום

1. בכתב האישום יוחסה לנאשם עבירה של החזקת סמים שלא לצריכה עצמית, לפי סעיפים 7(א) ו-7(ג) רישא לפקודת הסמים המסוכנים [נוסח חדש], תשל"ג-1973 (להלן: "פקודת הסמים"), בגין אירוע מיום 9.6.2019 בשעה 13:30 אז החזיק על גופו סם מסוג קנבוס במשקל 5.04 גרם נטו, ובביתו סם מסוג קנבוס במשקל כולל של 157.97 גרם נטו, מחולק ל-5 אריזות, לצד שקיות ואקום ומשקלים דיגיטליים.

גדר המחלוקת וטיעוני הצדדים

2. אין מחלוקת ביחס להשתלשלות האירוע ותפיסת הסמים כמפורט בכתב האישום. השאלה הדרושה הכרעה נוגעת לחוקיות עיכוב הנאשם על ידי השוטרים, אשר לדעת ההגנה נעשה שלא כדין בהעדר חשד סביר לביצוע עבירה קונקרטית על ידי הנאשם. לכן עתרה ההגנה לפסול את כל הראיות הנגזרות שנאספו נגד הנאשם, שהן לשיטתה תולדה של העיכוב הבלתי חוקי.

3. ב"כ המאשימה, עוה"ד רוני אלסטר, טענה כי עיכוב הנאשם על ידי השוטרים נעשה כדין, היות שבמהלך פעילות יזומה של המשטרה לשם מניעת עבירות רכוש בתחום הרכב, הבחינו השוטרים אילרן סאעת (להלן: "השוטר אילרן" או "השוטר") ומנשה עטר בנאשם ניגש אל קטנוע, ואז עלה חשדו של השוטר אילרן כי בכוונת הנאשם לבצע עבירת רכוש כלפי רכב. לכן ניגש השוטר אל הנאשם, ביקש לזהותו ושאל שאלות הנוגעות לחשד שהתעורר בהתאם לסמכות העיכוב שנקבעה בחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה - מעצרים), התשנ"ו-1996 (להלן: "חוק מעצרים").



4. עוד טענה ב"כ המאשימה כי בהמשך כשהתקרב השוטר אל הנאשם הוא זיהה אותו מהיכרות קודמת, הריח של סמים, הזהירו בגין כך וערך חיפוש חוקי. משנמצאו סמים על גופו של הנאשם, התגבשה סמכותם של השוטרים, לפי סעיף 25 לפקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש) [נוסח חדש], תשכ"ט-1969 (להלן: "הפסד"פ") בשילוב עם סעיף 28 לפקודת הסמים, לערוך חיפוש בביתו של הנאשם ללא צו. לפיכך בוצע החיפוש בבית הנאשם מייד לאחר מכן, כשאין חולק כי נערך כדיון, שם נתפסו מירב הסמים (בתמיכה לטענותיה בפרק זה הפנתה ב"כ המאשימה לרע"פ 2161/21 **משאין נ' מדינת ישראל** (18.7.2021)). הנאשם נחקר באזהרה בגין החזקת סמים שלא לצריכה עצמית, ואישר שהחזיק בסמים לשימוש עצמי.
5. עוד טענה ב"כ המאשימה, כי אף אם ייקבע שהעיכוב הראשוני של הנאשם היה לא כדיון, הרי שמן הרגע שהריח השוטר את הסמים והזהירו בגין כך, קמה עילת עיכוב בשל חשד לביצוע עבירת הסמים, ולפיכך העיכוב הבלתי חוקי הסתיים תוך זמן קצר, ואין להורות על פסילת הראיות שהתקבלו כדיון. לפיכך עתרה המאשימה להרשיע את הנאשם במיוחס לו.
6. באת כוחו הקודמת של הנאשם, עוה"ד דפנה רינסקי שייצגה את הנאשם מטעם הסניגוריה הציבורית (הנאשם שכר את שירותיו של עו"ד דוד בוחבוט אך לאחרונה), טענה לכשלים חמורים בעבודת השוטרים, ובראשם פניית השוטר אלירן לנאשם בבקשה להזדהות בפניו, בהעדר מקור סמכות חוקי. נטען כי מדו"ח הפעולה שערך השוטר ומעדותו בבית המשפט נלמדת הסיבה היחידה בגינה פנה לנאשם בבקשה להזדהות, והיא משום שהנאשם ניגש אל קטנוע באזור השרון. משמע, כך נטען, שהפנייה אל הנאשם לא הייתה קשורה להתנהגותו או לחשד ספציפי, ולכן לא התגבש חשד סביר. בהקשר זה נטען שגישת השוטר חמורה בהיבט הפגיעה בציבור שכן משמעה היא כי "כל אדם בכפר סבא ההולך לכיוון קטנוע" מקים חשד לעבירה של גניבת רכב, ולא היא.
7. לצד זאת הובהר כי העובדה שהשוטר אלירן ציין שהנאשם מוכר לו מעבודתו, אינה רלוונטית משום שלנאשם אין כל עבר בתחום הרכוש והשביל"ר, וממילא השוטר אישר בהגינותו שהוא לא פנה אל הנאשם בשל היכרותם המוקדמת, היות שזיהה אותו רק לאחר שניגש אליו ועיכב אותו. עוד נטען כי השוטר פגע בזכויות הנאשם משלא הודיע לו את סיבת עיכובו מייד, בניגוד לסעיף 24 לחוק המעצרים, לא הזהירו לאלתר, וחרף זאת תשאל אותו במקום בחשד לעבירת רכב.
8. פגיעה מהותית נוספת בהגנת הנאשם נבעה לטענת ב"כ הנאשם, מן העובדה שהשוטר מנשה עטר שנכח באירוע לא כתב דו"ח פעולה, שיכול שהיה בו להפריך את אמירותיו של השוטר אלירן ביחס לעילת העיכוב, לריח הסמים ולאופן עריכת החיפוש. ב"כ הנאשם הפנתה לעפ"ת (ת"א) 43875-12-10 **שקופ נ' מדינת ישראל** (3.2.2011), שם קבע כב' השופט ר' בן יוסף, כי כל שוטר שהיה עד לעבירה חייב לכתוב דו"ח, והימנעות מכך פוגעת מהותית בהגנת הנאשם.



9. בהתייחס לתוצאות העיכוב הבלתי חוקי, נטען כי מדובר בשרשרת פגיעות חמורות בזכויות הנאשם, ולכן בהתאם לדוקטרינת הפסלות הפסיקתית יש לפסול את תוצרי החיפוש ואת הודאת הנאשם, משום שהם תולדה של פעולות אכיפה בלתי חוקיות. בתמיכה לעתירתה הפנתה ב"כ הנאשם לת"פ (שלום ת"א) 44002-09-16; **מדינת ישראל נ' וקנין** (22.9.2019), ע"פ (ת"א) 13855-11-19 **וקנין נ' מדינת ישראל** (22.10.2021); ת"פ (שלום -ת"א) 74610-01-19 **מדינת ישראל נ' כרמונה** (21.10.2020). אומר כבר עתה, כי עיינתי בפסיקה שהגישה ההגנה, אך לא מצאתי כי ניתן לגזור ממנה גזרה שווה לענייננו.

10. לסיכום טענה ההגנה, כי אם יקבל בית המשפט את הראיות שנאספו לאחר העיכוב הבלתי חוקי וירשיע את הנאשם, ואף אם ימתח ביקורת על התנהלות המשטרה, יוביל הדבר לנזק עצום באמון הציבור, ולפגיעה בזכויות אדם וביחסים שבין המשטרה לאזרחים. מכל הטעמים הללו עתרה ההגנה לזיכוי הנאשם מכל המיוחס לו בכתב האישום.

קביעת ממצאי עובדה

11. העד המרכזי והיחיד שהעיד מטעם המאשימה הוא השוטר אלירן, ודו"ח הפעולה שערך מיום 9.6.2019 הוגש בהסכמה (ת/1). עוד הוגשו בהסכמה דו"ח עיכוב הנאשם (ת/2), דו"ח חיפוש בבית הנאשם (ת/3), הודעת מר יוגב נחשון, בנה של בעלת הנכס בו מתגורר הנאשם (ת/4), הודעת הגב' מיכל נחשון, בתה של בעלת הנכס בו התגורר הנאשם (ת/5), חוות דעת מומחה לעניין הסמים (ת/6), והודאת הנאשם מיום 9.6.2019 בחקירתו באזהרה אז הודה שהסמים שנתפסו בביתו שייכים לו והוא מחזיקם לשימושו העצמי (ת/7). הנאשם בחר שלא להעיד להגנתו.

פרשת התביעה

עד התביעה רס"ר אלירן סאעת

12. השוטר סיפר כי בעת האירוע שירת כבלש נוער במשטרת כפר סבא. כמפורט בדו"ח הפעולה שערך (ת/1) העיד כי ביום המקרה עשה תפקידו בצוות משטרי לבוש מדים, במשימת אכיפה כלפי עבירות רכוש, הוא הבחין בבחור, אותו לא זיהה, חוצה את הכביש וניגש לקטנוע שעמד על המדרכה במטרה לנסוע. בשל גניבות רבות של כלי רכב והתפרצויות באזור, התעורר חשדו של השוטר לביצוע עבירת גניבת רכב, לכן העיד כי ניגש אל הנאשם, הזדהה כשוטר וביקש שיוריד את הקסדה שחבש לראשו ויזדהה בפניו. כשהסיר את הקסדה זיהה השוטר את הנאשם, שהיה מוכר לו אז גם הציג האחרון תעודת זהות. לשאלת השוטר השיב הנאשם כי הקטנוע שייך לחברו, ומסר את רישיונות הרכב אותם בדק השוטר.

13. עוד העיד השוטר כי בתוך כך הוא הריח ריח של סמים המוכר לו מעבודתו, ולכן הזהיר את הנאשם כחוק, ושאל אם יש בידיו דבר מה שאסור בהחזקה על פי חוק. הנאשם השיב בחיוב, והוציא מאזור חלציו סם מסוג קנבוס, במשקל של 5.04 גרם נטו. השוטר סיפר כי הנאשם נראה לו לחוץ, לא נינוח, התחמק מהמבט ונראה היה שרק התעורר.



14. השוטר שאל את הנאשם מהיכן הגיע, אך הוא לא שיתף פעולה, ולכן הודיע לו על עיכובו בחשד להחזקת סמים לצריכה עצמית. לאחר מכן ביצע השוטר סיור רגלי באזור ממנו הגיע הנאשם, ופגש בבעליה של יחידת הדיור (להלן: "הבית") בה התגורר הנאשם, שכיוון את השוטר אליה במדויק. השוטר שב והזהיר את הנאשם כחוק, ושאל אותו אם הוא מסכים לעריכת חיפוש בביתו, והלה נתן הסכמתו ויתר על נוכחות עדים וחתם על דו"ח החיפוש. הנאשם פתח את הבית עם מפתחות שהיו בצרור שהחזיק, ובחיפוש שנערך נמצאו סמים במשקל כולל של 157.97 גרם נטו, כמפורט בדו"ח החיפוש (ת/3) ובחו"ד מעבדת הסמים (ת/6).

15. בחקירתו הנגדית אישר השוטר כי לא התעורר חשד ספציפי נגד הנאשם, אלא בעת חציית הנאשם את הכביש לכיוון הקטנוע, בשים לב שאזור השרון מרובה בעבירות של גניבת כלי רכב והתפרצויות לדירות (עמ' 11, ש' 13-9). עוד השיב השוטר כי קיים שוני בין הסמכות לפנות לחשוד בעת האירוע, לפי נוהלי המשטרה אז, לבין הסמכות כיום לאחר תיקון שנעשה בתקנון המשטרתי, אך לא הרחיב מעבר לכך.

16. ב"כ הנאשם הפנתה את השוטר להוראת החוק בנוגע לעיכוב חשוד, ושאלה אם הוא סבור שפעל כחוק, ובתגובה השיב כי בעבירות גניבת כלי רכב זהות החשוד אינה ידועה, וקיים חשש שרכב גנוב יועבר לשטחי האזור תוך סיכון המשתמשים בדרך, ולכן יש צורך לבצע בדיקת זהות ובנסיבות בהן ניגש הנאשם אל הקטנוע ובאזור המדובר התעורר חשד סביר (עמ' 12 שר' 4-16).

17. השוטר חזר והבהיר בחקירתו הנגדית, שהוא הריח את הסמים מייד לאחר שניגש אל הנאשם, בעת שזה ישב על הקטנוע עם קסדה לראשו והמפתח היה בסוויץ' (עמ' 13 שר' 15-26).

18. לשאלת ב"כ הנאשם מדוע לא סיפר בחקירתו הראשית על היכרותו המוקדמת עם הנאשם, אלא רק בתשובה לשאלה מפורשת של ב"כ המאשימה, אמר שהוא לא שופט אנשים בשל עבר פלילי, ולכן לא חשב שנחוץ להזכיר זאת. בהקשר זה שלל השוטר פנייתו לנאשם בשל ההיכרות המוקדמת, והסביר שזיהה אותו לראשונה רק לאחר שניגש אליו בעת שהסיר הנאשם את הקסדה שחבש לראשו (עמ' 14 שר' 10-17) (כך עולה גם מדו"ח הפעולה ת/1 בעמ' 1, שר' 4).

19. עוד נשאל השוטר מדוע לא הודיע לנאשם שהוא מעוכב בגין חשד לביצוע עבירות רכוש כלפי רכב, והשיב כי חשד זה הוסר כשהציג הנאשם רישיונות והזדהה, והעיכוב נמשך כדקה בלבד. בו זמנית, כך העיד השוטר, התעורר חשדו בנוגע לסמים שהריח, לכן הודיע לנאשם על עיכובו בגין החזקת סמים (עמ' 14 שר' 27-33 ובהמשך בעמ' 15 שר' 1-10).

ממצאי עובדה ומסקנות

20. התרשמתי לחיוב ממהימנות השוטר, וההגנה בהגינותה לא טענה אחרת. מתוך עדותו ודו"ח הפעולה שערך (ת/1) אקבע שבעת שעסק השוטר בפעילות למניעת עבירות רכוש באזור השרון הסובל מעבירות אלו,



הבחין בנאשם צועד לעבר קטנוע, והתעורר חשד בליבו כלפיו לביצוע עבירות רכוש נגד רכב. לכן פנה השוטרי אל הנאשם וביקש שיזהה בפניו. בהמשך הוסיף השוטרי ושאל את הנאשם שאלות ספציפיות שמטרתן בירור שימושו של הנאשם בקטנוע, משמע שהשוטרי ערך בירור של החשד באמצעות תשאול ראשוני. בשלב זה לא הודיע השוטרי לנאשם את הסיבה לעיכובו, ולא הזהירו בטרם התשאול.

21. עוד אקבע, כי בעומדו סמוך לנאשם הריח השוטרי ריח **"חריף של סמים מגופו"** והזהירו באומרו, כי הוא **"אינו חייב לומר לי דבר וכל דבר שיאמר ישמש כנגדו בבית המשפט"** (ת/1 שר' 4-5). אז שאל השוטרי את הנאשם אם **"יש ברשותו דבר שהחזקתו אסורה על-פי חוק"**, הלה השיב בחיוב, ומסר מיוזמתו את הסמים שהחזיק באזור חלציו, והשוטרי הודיע לו על החשד נגדו בגין החזקת סמים לצריכה עצמית. בהמשך איתר השוטרי את בית הנאשם, הזהירו שוב, וערך שם חיפוש בהסכמת הנאשם, ששיתף פעולה, ויתר על נוכחות עדים וחתם על דו"ח החיפוש (ת/3).

דין והכרעה

22. בפתח הדברים יאמר, כי לאחר ששמעתי את טענות הצדדים ובחנתי את השאלות הצריכות, מצאתי לקבוע כי עיכובו הראשוני של הנאשם בגין חשד לגניבת רכב, נעשה שלא כדין בהעדר חשד סביר לביצוע עבירה.

23. בה בעת, לפי בחינת חוק החזקת תעודת זהות והצגתה, התשמ"ג - 1982 (להלן: "חוק תעודת זהות"), עיכוב הנאשם נעשה בסטייה מהסמכות שניתנה לשוטרי, אף בהתאם לנוהל המשטרתי הישן שהיה בתוקף במועד האירוע. ואולם, משלא נקלטה במשפטנו דוקטרינת "פירות העץ המורעל", ואף למעלה מזאת בבחינת כללי דוקטרינת הפסילה הפסיקתית, מצאתי כי אין הצדקה לפסול את הראיות שנאספו באופן חוקי לאחר העיכוב. ולהלן אפרט נימוקיי.

עיכוב הנאשם בחשד לביצוע עבירת גניבת רכב - המסלול הפלילי שבחוק המעצרים

24. סמכות העיכוב הנתונה לשוטרי הוסדרה בסעיף 67 לחוק המעצרים, והיא מאפשרת לעכב אדם שלגביו קיים יסוד סביר לחשד כי עבר עבירה או שבכוונתו לעבור עבירה, שעלולה **"לסכן את שלומו או בטחונו של אדם, או את שלום הציבור או את בטחון המדינה"**. אז מתגבשת סמכותו של שוטרי לעיכוב שתכליתה לברר את זהותו ומענו של החשוד, או כדי לחקור אותו ולמסור לו מסמכים, במקום המצאו.

25. בנוגע ל"חשד הסביר", בפסיקה נקבע כי אין זה נכון להתוות אמות מידה דווקניות לבחינתו, הגם שבחינת שיקול הדעת של השוטרי, נעשית בכלים **אובייקטיביים**. נקבע ברע"פ 10141/09 **בן חיים נ' מדינת ישראל**, פ"ד סה(3) 305 (2012) (להלן: "הלכת בן חיים"), מפי כב' הנשיאה ד' בייניש:

"מבחן החשד הסביר הוא בעיקרו מבחן אובייקטיבי שבו נדרש בית המשפט להעריך את סבירות שיקול דעתו של השוטרי 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 השוטרי בעת עריכת החיפוש ואף על ניסיונו ושיקול דעתו המקצועיים של השוטרי שערך את החיפוש [...]" (ההדגשה הוספה, א.א.)

26. לצד זאת נקבעה בהלכת בן חיים, רשימה לא סגורה של מקרים שיכול שיבססו חשד סביר:

"[...] 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 [...]. 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 שוטרי לערוך חיפוש על גופו של אדם או בכליו בלי צו שיפוטי". (ההדגשה הוספה, א.א.)

27. ולענייננו, אני סבורה כי הבסיס עליו הסתמך השוטרי בגיבוש "החשד הסביר" כלפי הנאשם דל ביותר, בהעדר חשד ספציפי נגד הנאשם, או חשד קונקרטי לביצוע עבירה במקום. "חשד סביר" משמעו חשד קונקרטי כלפי נאשם, ואין די בחשד כללי בעלמא, אחרת עלולה הפעלת סמכות העיכוב להיות שרירותית. בדוגמה שלנו, כפי שטענה ההגנה, לכאורה כל אימת שאדם יצעד באזור השרון ופניו אל קטנוע (או רכב אחר) (וראו רע"פ 2199/20 זייצב נ' מדינת ישראל (18.7.2021)), בנוגע לחיפוש שרירותי בשדה התעופה; דנ"פ 5862/21 שהוגש מטעם מדינת ישראל תלוי ועומד).

28. אשר על כן הגעתי לכלל מסקנה שעיקובו הראשוני של הנאשם על-ידי השוטרי בחשד לעבירת גניבת רכב בוצע שלא כדין בהעדר חשד סביר.

29. ואוסיף, כי הימנעות השוטרי מיידוע של הנאשם על סיבת עיכובו באופן מידי, נעשתה בניגוד להוראת סעיף 72 שהחיל את סעיף 24 לחוק המעצרים, בו נקבעו חובותיו של מבצע העיכוב ובהן כי השוטרי: "יודיע לו מיד שהוא עצור ויבהיר לו את סיבת המעצר בהקדם האפשרי במהלך ביצוע המעצר".

עיכוב הנאשם לצורך הזדהות - המסלול האזרחי לפי חוק תעודת זהות

30. מחלוקת נוספת בין הצדדים נסובה סביב שאלת סמכותו של השוטרי לפנות לאזרח - הנאשם, לשם הזדהות בפניו באמצעות תעודת זהות, בהעדר חשד לביצוע עבירה, בהתאם לחוק תעודת זהות והנוהל המשטרי הרלוונטי אז. המאשימה טענה בהשלמת סיכומיה בכתב אליהם צירפה את נוהלי המשטרה הרלוונטיים (בהתאם להחלטה שניתנה), כי השוטרי פעל כדין ביישום הנוהל המשטרי. ב"כ הנאשם חלקה על כך, הפנתה לבג"ץ 4455/19 עמותת טבקה - צדק ושוויון ליוצאי אתיופיה נ' משטרת ישראל ואח' (25.1.2021)



(להלן: "בג"ץ טבקה"), וטענה כי לא הייתה זיקה רלוונטית לבקשת ההזדהות של השוטר לנאשם, ומובן מאליו שלא הייתה לו סמכות לערוך "תשאול" לאחר שהנאשם הזדהה (ראו גם דנג"ץ 2707/21 **משטרת ישראל נ' עמותת טבקה - צדק ושוויון ליוצאי אתיופיה** (29.12.2021) (להלן: "דנג"ץ טבקה")).

31. כאמור, אני סבורה שהתעורר קושי בעיכוב הנאשם לצורכי הזדהות גם "במסלול האזרחי". בסעיף 2 לחוק תעודת זהות נקבע:

"תושב שמלאו לו 16 שנים חייב לשאת עמו תמיד תעודת זהות ולהציגה בפני קצין משטרה בכיר, ראש רשות מקומית, שוטר או חייל במילוי תפקידם, כשירשו זאת ממנו".

32. על סמכותו של שוטר לבקש מאדם להזדהות בפניו בהצגת תעודת זהות, אף ללא חשד ספציפי לביצוע עבירה, נקבע מפי כב' הנשיאה א' חיות בבג"ץ טבקה כך (ואושרה גם בדנג"ץ טבקה):

"אקדים אחרית לראשית ואציין כי לגישתי, ניתן להסיק מסעיף 2 לחוק תעודת זהות הסמכה מפורשת המאפשרת לשוטר לדרוש מאדם להציג בפניו תעודת זהות אף ללא קיומו של חשד סביר לביצוע עבירה, אך זאת בכפוף למגבלות המנויות בפרק ג' לחוק המעצרים ולקיומה של זיקה רלוונטית בין הדרישה להזדהות ובין המידע המצוי בתעודת הזהות. עוד אני סבורה כי סעיף 2 לחוק תעודת זהות אינו מסמך שוטרים לנקוט בפעולות שיטור נוספות. בנסיבות אלה, אני סבורה כי הקריטריונים שנקבעו בנוהל המשטרה אינם עולים בקנה אחד עם פרשנותו הראויה של סעיף 2 לחוק תעודת זהות ועם תכליתו". (הדגשה הוספה א.א.)

ובדנג"ץ טבקה הודגש (המשנה לנשיאה, כב' השופט הנדל):

"הסעיף אינו מסמך שוטר לבצע פעולות שיטור נוספות כגון תשאול, בדיקת פרטים במסוף המשטרה, או בירור טלפוני עם המוקד המשטרה".

33. עיינתי בנוהל המשטרה הישן (02.220.008 מיום 6.3.2019) בנוגע להצגת תעודות זהות וחובת הזדהות בפני שוטר שהיה רלוונטי בעת האירוע, אל מול הנוהל הנוכחי (220.002.19 מיום 5.7.2021) שעודכן בעקבות בג"ץ טבקה. לפי "**הנוהל הישן**" היה שוטר רשאי לפנות לאזרח כדי שיזדהה בפניו, מבלי להידרש לקיומו של חשד לביצוע עבירה, ובלבד שהייתה "**עילה סבירה**", במקרים שיש בכך צורך לביצוע תפקידו. כך למשל, כששוטר "**מזהה התנהגות חריגה או חשודה או התנהגות אחרת אשר לטעמו מחייבת בדיקת, או לשם בדיקת רישיונות, בקרה במחסומים, קיומו של אירוע פלילי במקום סמוך או בכל מקרה אחר בו הדבר נדרש למילוי תפקידו, בהתאם לשיקול דעתו ולפי נסיבות המקרה**". עוד נקבע בנוהל הישן, שדרישת ההזדהות כשלעצמה אינה "עייכוב" כהגדרתו בחוק המעצרים, אך לא תעלה על 20 דקות, אלא אם יידרש, אז יחשב כעייכוב.

34. לפי "**נוהל המעודכן**" של משטרת ישראל, נקבע כי דרישת ההזדהות היא "עייכוב" לפי חוק המעצרים, ולכן על השוטר להודיע לנעכב מהי העילה הסבירה בגינה עליו להזדהות בפניו, ויש צורך **בזיקה בין הדרישה להזדהות לבין המידע המצוי בתעודת הזהות**, או לשם בדיקה אם קיימת תעודה כזו. עוד פירט הנוהל המעודכן רשימת עילות "סבירות" על בסיסן ניתן לפעול לפי סעיף 2 לחוק תעודת הזהות, להן הרלוונטיים



לענייננו:

"(4)א(5) קיים חשש שבוצעה או עומדת להתבצע עבירה ומתקיימות נסיבות שיש בהן כדי להצביע על מעורבות אפשרית של האדם בעבירה, ויש צורך לברר פרט מן הפרטים המפורטים בתעודת הזהות. כך למשל: א) התנהגותו של האדם מצביעה על מעורבות אפשרית בעבירה או אפשרות להיותו עד לעבירה; ב) אדם נמצא במקום, בזמן ובנסיבות שניתן להסיק מהם שהוא נמצא שם למטרה אסורה או פסולה".

35. ולענייננו, אני סבורה כי מחד גיסא, קמה לשוטר סמכות לבקש את הזדהות הנאשם בפניו לפי סעיף 2 לחוק תעודת זהות, משום קיומה של עילה סבירה שתכליתה בירור זהות הנאשם בזיקה למשימה שהוטלה על השוטר למניעה וחשיפת עבירות רכוש כלפי רכב. מאידך גיסא, בהעדר חשד סביר קונקרטי לביצוע עבירה על ידי הנאשם ובהתאם לבג"ץ טבקה, ספק בעיניי אם יכול היה השוטר לבצע פעולות שיטור נוספות מעבר לבקשת ההזדהות. קרי, לדרוש מהנאשם להציג את רישיונות הרכב, ולערוך תשאול בנוגע לשימוש בקטנוע ומי בעליו.

36. אשר על כן, אני קובעת כי עיכובו הראשוני של הנאשם, מעבר להזדהות, ותשאולו בנוגע לשימוש בקטנוע נעשה שלא כדין, הן לפי חוק המעצרים והן לפי חוק תעודת זהות.

השפעת אי החוקיות על קבילות הראיות

דוקטרינת הפסילה הפסיקתית

37. עקרון יסוד במשפט הישראלי הוא "חוקיות המנהל", המחייב רשות מנהלית לפעול בהתאם לסמכות שהוקנתה לה בחוק, ואוסר על ביצוע פעולה בהעדר הסמכה מפורשת לכך (בג"ץ 6824/07 **מנאע נ' רשות המסים**, פ"ד סד(2) 479 (210)).

38. חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו קבע את הזכות לפרטיות כזכות חוקתית, מאז קיימת הקפדה יתרה על זכויות נאשמים וחשודים בהליך הפלילי, ובהן הזכות להליך הוגן החל משלבי החקירה ועד לתום המשפט (ראו השלכות לטענת אי חוקיות כבר בשלב בקשה להוצאת צו חיפוש בבש"פ 1758/20 **אוריך נ' מדינת ישראל** (26.1.2021) (להלן: "עניין אוריך") (תלוי ועומד דנ"פ 1062/21 **אוריך נ' מדינת ישראל**, שטרם נדון)).

39. עתירת ההגנה לפסלות ראיות התביעה - הסמים שנתפסו על גופו ובביתו של הנאשם והודאתו בהחזקתם - נסמכת על הטענה כי הן תולדה ישירה של עיכובו הבלתי חוקי של הנאשם. לכן, מחמת הפגיעה בזכויות הנאשם נטען כי יש לפסול את הראיות בהיותן "**ראיות נגזרות**", במטרה להקפיד על קיום זכויות האדם וטוהר ההליך הפלילי, ועל מנת להעביר מסר מרתיע לרשויות האכיפה לבל יפעלו שלא כחוק.



40. עתירת ההגנה לפסילת **"ראיות נגזרות"** משמעותה בפועל היא דרישה ליישום דוקטרינת **"פירות העץ המורעל"**, ולפיה יש לפסול לא רק את הראיה שהושגה כתוצאה מהפרת זכות יסוד של נאשם, אלא גם כל ראיה אחרת שאותרה כתוצאה מכך (ראו למשל, ע"פ 4039/19 **נחמני נ' מדינת ישראל** (17.3.21)). דוקטרינה זו נדחתה בשיטת המשפט בישראל.

41. לצד זאת, בע"פ 5121/98 **יששכרוב נ' התובע הצבאי הראשי**, פ"ד סא(1) 461 (2006) (להלן: "הלכת יששכרוב") נקבעה **"דוקטרינת הפסילה הפסיקתית"** הנוגעת לראיות שהושגו **בניגוד לדין** ושקבלתן כראיה תוביל לפגיעה בהוגנות ההליך. בהלכה זו ניתן משקל נכבד לזכויות הנאשם, אל מול ערכי היסוד של גילוי האמת והאינטרס הציבורי הגלום בהליך הפלילי. בית המשפט העליון (מפי כב' השופט ד. בייניש (כתוארה אז)) קבע כללים לפסילת ראיה שהושגה שלא כחוק, אף אם יש בה לתרום לחקר האמת, במטרה שלא לפגוע בזכויותיו של נאשם במתן גושפנקא לאי חוקיות על ידי בית המשפט. ובמילותיו של הכב' השופט סולברג בעניין אורין: **"כללים אלה, ואחרים כמותם, נקבעו במטרה שצדק יעשה בצדק, כפי שלמדנו מן הכפילות שבציווי "צדק צדק תרדוף (דברים ט"ז, כ) [...]"**.

42. בהלכת יששכרוב נקבע, כי יש לבחון את מידת הפגיעה בהליך בהתייחס **לשלוש קבוצות שיקולים** עיקריות: **הראשונה**, אופייה וחומרתה של אי החוקיות שהייתה כרוכה בהשגת הראיה. קרי, האם רשויות האכיפה נקטו באמצעים בלתי כשרים, האם בתום לב או בזדון, האם ניתן היה להשיג את הראיה כחוק ומה חומרתה של אי החוקיות; **השנייה**, מידת ההשפעה של אמצעי החקירה הפסול על הראיה שהושגה. משמע, האם לאי החוקיות הייתה השפעה על מהימנות הראיה; **השלישית**, דנה בנזק מול התועלת החברתית הכרוכים בפסילת הראיה. כאן נבחנת חשיבות קבלת הראיה להוכחת האשמה, מהות העבירה ומידת חומרתה.

43. בנוגע לקבוצה השנייה, קיימת הבחנה בין ראיות חפציות שדרך כלל אופן תפיסתן אינו משפיע על מהימנותן ומשקלן בהיותן ראיות פיזיות, אל מול הודאות חשודים שהשגתן באמצעים פסולים כדוגמת הפעלת לחץ חקירתי, עלולה להשליך עד מאוד על מהימנותן. בהלכת בן חיים הרחיב בית המשפט העליון את כלל הפסילה הפסיקתית וקבע שיכול שיחול גם על ראיות חפציות.

44. אשר לקבוצה השלישית לא למיותר לציין, כי לאורך השנים נחלקו דעות שופטי בית המשפט העליון בין המסתייגים ממתן **משקל לחומרת העבירה**, לאלו הסבורים כי יש חשיבות לחומרת העבירה והאינטרס הציבורי הכרוך באכיפתה, כשיקול בהכרעה בפסולת ראיה (על המסתייגים נמנים כב' השופט הנדל בע"פ 5956/08 **אל עוקה נ' מדינת ישראל** (23.11.11), כב' השופט א' שהם בע"פ 2868/13 **חייבטוב נ' מדינת ישראל** (2.8.2018)), וכן כב' השופט א.א. לוי בע"פ 4988/08 **פרחי נ' מדינת ישראל** (1.8.2011). מנגד הביעו דעתם אשר לחשיבות מתן משקל לחומרת העבירה, כב' השופטת א' חיות (כתוארה אז) בעניין פרחי, וכב' השופט י' עמית בע"פ 5417/07 **בונר נ' מדינת ישראל** (3.5.2013) ובע"פ 4039/19 **נחמני נ' מדינת ישראל** (17.3.21)).

45. דוקטרינת פסילת הראיות שנקבעה בהלכת יששכרוב, אינה מוחלטת, אלא **"יחסית וגמישה"** ומחייבת עריכת



איזונים. יפים הדברים שנאמרו **בהלכת בן-חיים** בהתייחס לתכליתה של הדוקטרינה, מפי כב' הנשיאה (בדימ') ד' בייניש, כדלקמן:

"דוקטרינה הפסילה הפסיקתית היא דוקטרינת פסילה יחסית וגמישה, שנועדה למנוע פגיעה מהותית בזכותו החוקתית של הנאשם להליך הוגן, שלא על-פי גדריה של פסקת ההגבלה, היה ותתקבל במשפטו ראייה שהושגה שלא כדין [...]. דוקטרינה זו מבטאת איזון בין הערכים המתנגשים בבואנו לבחון את שאלת פסילתן של ראיות שהושגו שלא כדין. איזון זה נעשה על ידי בית המשפט הדין בהליך הפלילי בהתאם לנסיבותיו הפרטניות של כל מקרה ומקרה. על כפות המאזניים עומדים מצד אחד הצורך להגן על זכויות הנאשם ועל הגינות ההליך הפלילי, ומהצד השני ניצבים ערכים ואינטרסים ציבוריים שונים, ובהם גילוי האמת, הלחימה בפשע וההגנה על שלום הציבור ועל זכויותיהם של נפגעי עבירה. לשם עריכת האיזון בין הערכים המתנגשים על בית המשפט להתחשב, כפי שנקבע יששכרוב, בשלוש קבוצות של שיקולים רלוונטיים [...]"

מן הכלל אל הפרט

46. טענת ההגנה היא כי הסמים והודאת הנאשם בהחזקתם הן "ראיות נגזרות" שנאספו בעטיו של העיכוב הראשוני הבלתי חוקי, אף שאין חולק על חוקיות תפיסתן. היות שתורת "פירות העץ המורעל" לא נקלט במשפטנו כבר כאן ניתן היה לדחות את עתירת ההגנה על הסף.

47. אך למעלה מזאת, אני סבורה כי גם במבחן התלת ראשי שנקבע בהלכת יששכרוב עוצמת הפגיעה בזכויות הנאשם, וחומרת אי החוקיות בפעולת השיטור נמוכה. מידת ההשפעה של העיכוב הבלתי חוקי על תפיסת הסמים וקבילותם לצד קבילות ההודאה קלושה, ובבחינת הנזק בפסלות הראיה אל מול התועלת - האינטרס הציבורי באכיפת עבירה של החזקת סמים שלא לצריכה עצמית דעסקין, קיים גם קיים.

48. ראשית, כעולה מעדות השוטר, עיכובו הראשוני של הנאשם במקום נמשך כדקה בלבד. במהלך העיכוב שוחח השוטר עם הנאשם, ביקש שיזדהה בפניו, וערך בירור מהיר על חוקיות השימוש שלו בקטנוע. אומנם, עיכוב הנאשם פגע בזכויותיו, אך מדובר בפגיעה מתונה בלבד. שנית, השוטר ביצע את תפקידו בתפיסה כנה שהתגבש חשד סביר לעבירת גניבת רכב, משמע כי הוא פעל בתום לב.

49. במהלך העיכוב הראשוני הריח השוטר ריח סמים, אז התגבש נגד הנאשם חשד סביר להחזקת סמים ומאותו רגע הוזר הנאשם ומסר את הסמים שהיו על גופו בהסכמתו, לכן מרגע זה עוכב הנאשם כדין. בהמשך נערך החיפוש בביתו של הנאשם, בהסכמתו, ואין חולק כי בוצע כדין. הודאתו המפורטת של הנאשם נגבתה לאחר שניתנה לו הזדמנות להתייעץ עם עורך דין, ולכן גם היא נגבתה כדין.



50. אשר על כן, גם במבחני הלכת יששכרוב אני סבורה, כי הגם שהעיכוב הקצר הראשוני נעשה שלא כדין אין הדבר מוביל לפסילת הסמים וההודאה שמסר הנאשם (ראו לעניין זה לדוגמה: בע"פ 10049/98 **אבו עצא נ' מדינת ישראל** (23.8.2012) קיבל בית המשפט כראיה קבילה את הודאות נאשם, לאחר שהודאה קודמת שמסר בפני חוקרת משטרה נפסלה; ברע"פ 2161/21 **משאין נ' מדינת ישראל** (23.2.2021) התייחס בית המשפט לעתירת המערער לפסילת ראיות לאחר שדעת הרוב קבעה בפס"ד של בית המשפט המחוזי בערעור כי הייתה פגיעה בזכויות הנאשם, אך נקבע כי במידה קלה ומדובר בראיות עצמאיות שאינן נגזרות מן החיפוש ואין מקום לפסול אותן; ובע"פ (מרכז-לוד) 42276-09-20 **מדינת ישראל נ' שעבאן** (4.10.2021), שם נקבע כי עצם כניסת שוטרים לשטח הפרטי של בית הנאשם, תוך חריגה מצו חיפוש, אינה מצדיקה פסילת אקדח כראיה).

מחדל חקירה - אי רישום דו"ח פעולה

51. בנוגע לטענת ב"כ הנאשם לקיפוח הגנת הנאשם היות שהשוטר עטר שנכח באירוע לא רשום דו"ח פעולה, אני סבורה שהצדק עם ההגנה כי מדובר במחדל. ואולם, יש לבחון האם המחדל חמור עד כדי חשש שקופחה הגנת הנאשם, ונפגעה יכולתו להתמודד כראוי עם חומר הראיות העומד נגדו, או להוכיח את גרסתו (ע"פ 173/88 **אסרף נ' מדינת ישראל**, פ"ד מד(1) 785 (1990); ע"פ 5781/01 **אעמר נ' מדינת ישראל**, פ"ד נח(3) 68 (2004); ובהקשר להימנעות מרישום דו"ח ראו: ע"פ (מרכז-לוד) 13198-03-18 **אלברט נ' מדינת ישראל** (16.12.2018)).

52. ובענייננו, אני סבורה שהמחדל הביא לקיפוח הגנת הנאשם. ראשית, משום שפתוחה הייתה הדלת בפני הנאשם לזמן את השוטר עטר ולברר אם הוא סותר את גרסת המאשימה, אך הוא נמנע מלעשות כן (ובדומה ראו ת"פ (מחוזי י"ם) 1209/01 **מדינת ישראל נ' כראג'ה** (9.5.2002)). שנית, וזה העיקר, משום שלא הועלתה כל טענה ביחס למהימנות השוטר אלירן, בדגש על השאלה האם הריח את הסמים שהחזיק הנאשם על גופו.

סוף דבר

53. הנאשם החזיק על גופו סם מסוג קנבוס במשקל של 5.04 גרם נטו, ובביתו סם מסוג קנבוס במשקל כולל של 157.97 גרם נטו, מחולק ל- 5 אריזות. בחקירתו באזהרה (7/ת) הודה כי הסמים שייכים לו, אך טען כי החזיקם לשימוש העצמי. דא עקא, משבחר הנאשם שלא להעיד להגנתו בהבינו את ההשלכות לכך, ובשים לב לכמות הסמים החורגת בהרבה מהחזקה שנקבעה בדיון שלא לצריכה עצמית, הוכח מעבר לכל ספק סביר כי הנאשם החזיק את הסמים שלא לצריכה עצמית (למשקלה הראייתי של הודאה שהוגשה כראיה במצב בו נמנע נאשם מלהעיד להגנתו, גם אם חזר מהודאתו בהודעה מאוחרת, ראו רע"פ 7706/21 **עמאש נ' מדינת ישראל** (28.11.2021)).

54. אשר על כן, החלטתי להרשיע את הנאשם בעבירה של החזקה בסמים שלא לצריכה עצמית, לפי סעיף 7(א) ו-7(ג) רישא לפקודת הסמים.



ניתנה היום, כ"ט טבת תשפ"ב, 02 ינואר 2022, במעמד הצדדים: ב"כ המאשימה עו"ד אורית מנצ'יקובסקי, הנאשם
וב"כ עו"ד דוד בוחבוט.