



ת"פ 71071/07/17 - מדינת ישראל נגד דני ליבשיץ

בית משפט השלום בירושלים

ת"פ 71071-07-17 מדינת ישראל נ' ליבשיץ

תיק חיצוני: 122895/2017

בפני כבוד השופט פאול שטרק

מאשימה

מדינת ישראל

נגד

נאשמים דני ליבשיץ

החלטה

רקע

1. ביום 19.03.2017 בשעה 20:54 או סמוך לכך, הנאשם נעצר בגין החזקת סם הנחשב כסם מסוכן מסוג חשיש. לאחר בדיקת מז"פ, הסתבר כי מדובר בסם מסוג חשיש במשקל של 0.68 גר'.

עמוד 1



2. תפיסת הסם היתה בתוך חדר שירות בקניון מלחה בירושלים, כאשר בפתיחת הדלת, נכנס השוטור, דניאל עמדי, לחדר סגור. הסם נתפס לאחר עריכת חיפוש על גופו של הנאשם ולאחר הפשטתו.

3. ביום 14.03.2018, מועד אשר נקבע לשמיעת הוכחות, נחקרו העדים הבאים:

א. רס"ר סונה תומר אשר חקר את הנאשם.

ב. יורי דומברובסקי ממשרד שיטור קהילתי. העד נפגש בזירה עם הפקח והשוטר דניאל עמדי, אשר כבר נכנסו לחדר היכן שהיה הנאשם ואדם אחר. העד תיאר כי לא הבחין בסם בחדר רק לאחר הפשטת הנאשם נתפס הסם. בנוסף, נתפס חומר מעורב בטבק שנקרא "קססה". כאשר העד הגיע כבר לא הריח ריח של סם. העד הסתמך על מה שנאמר לו ע"י השוטור עמדי והפקחים נדב וחביב. כולם היו נוכחים בעת עריכת חיפוש על גופו של הנאשם.

ג. הפקח בשיטור העירוני, נדב מזרחי, העיד כי היה נוכח בעת שהשוטר דניאל עמדי נכנס לחדר. לפי עדותו, השוטור פתח את הדלת, הנאשם וחברו היו מבוהלים. לדבריו, הוא הריח עשן וריח של סם.

לדביר הפקח, זה היה השוטור דניאל עמדי שהחליט לפתוח את הדלת (ע' 11 שורה 25 לפרוטוקול). לאחר פתיחת הדלת, מצאו "באנג" על משטח המקרר בחדר. הפקח הבחין בעשן. הוא גם ראה את הסם שנתפס בתחתונים של הנאשם אשר טען כי מדובר ב"קקי שלו".

3. הפקח העירוני, חביב מזרחי, אף הוא העיד לדבריו, כי היה ריח לא של עישון (טבק) או אוכל, אלא של סם (פרו' עמ' 14 שורות 10-15). זה היה השוטור עמדי אשר החליט לפתוח את הדלת עקב הריח.

4. לאחר סיום שמיעת העדים אשר התייצבו לדיון, הוסכם בין הצדדים להגיש דו"ח פעולה מטעם השוטור, דוד עמדי, אשר לא התייצב לדיון באותו יום עקב מחלה. הגשת הדו"ח היתה כנראה ביחס לטענת הסניגור לפסילת הראיה עקב חיפוש לא חוקי.

הדו"ח הוגש וסומן ת/7. עולה מהדו"ח כי עלת כניסה לחדר מבחינת השוטור עמדי, היתה עקב שמיעת רעש של מים מבעבעים. לפי החשד מדובר ב"באנג" לשימוש סמים. בדו"ח לא הוזכר שום ריח של סם או כל ריח עישון אחר או כהמתלה לכניסה לחדר.

טענות ב"כ הנאשם

6. ב"כ הנאשם טוען לפסלות הראיה. הסם אשר נתפס בשל כמה עילות:



א. העדר חשד סביר בהתאם לס' 25 לפקודת סדר דין פלילי [נוסח חדש] התשכ"ט-1969 (להלן: "הפקודה") ולהלן:

25. שוטר רשאי, בלא צו חיפוש, להיכנס ולחפש בכל בית או מקום אם -

(1) יש לשוטר יסוד להניח שמבצעים שם פשע, או שפשע בוצע שם זה מקרוב;

(2) תופש הבית או המקום פונה לעזרת המשטרה;

(3) אדם המצוי שם פונה לעזרת המשטרה ויש יסוד להניח שמבוצעת שם עבירה;

(4) השוטר רודף אחרי אדם המתחמק ממעצר או נמלט ממשמורת חוקית.

ב. חיפוש על גופו של הנאשם היה בניגוד לחוק מאחר ולא היתה הסכמת הנאשם, ללא עדים וללא דו"ח חיפוש, הכל בניגוד לס' 7(ג) לחוק יסוד כב' האדם וחירותו וחוק סדר דין פלילי (סמכויות אכיפה חיפוש בגוף ונטילת אמצעי זיהוי) התשנ"ו-1996 (להלן: חוק החיפוש) זאת כאשר החיפוש נערך בניגוד להוכחות הסעיף 2(א):

2. (א) אין עורכים חיפוש בגופו של חשוד, אלא לפי חוק זה.

וסעיף 3(א):

3. (א) היה לשוטר יסוד סביר לחשוד שבגופו של חשוד נמצאת ראייה להוכחת ביצועה של עבירה או להוכחת הקשר שבין החשוד לבין ביצוע העבירה, רשאי הוא לערוך בו חיפוש חיצוני, להורות שייערך בו חיפוש כאמור בידי מי שנקבע לכך בסעיף 5, או לבקש מהחשוד מתן דגימה, כאמור בסעיף 1, והכל אם החשוד נתן את הסכמתו לכך.

דיון והכרעה

7. בטרם הכרעה בבקשה יש לקבוע את היסוד העובדתי, עליו מתבססת הבקשה וטענות הצדדים. לאחר שמיעת עדות השוטר, יורי דומברובסקי, והפקחים, נדב מזרחי וחביב מזרחי, ניתן להיווכח כי ההחלטה לפתוח את הדלת היתה של השוטר עמדי בלבד. לכן יש לבחון קיום עילת כניסה לחדר סגור, על פי החשד של השוטר עמדי בלבד, כפי שעולה מדו"ח הפעולה שלו. לגבי עדות האחרים, לא ניתן להוסיף לכתוב בדו"ח הפעולה, זאת מאחר ועל פי ס' 25 לפקודה נקבע:

(1) יש לשוטר יסוד להניח שמבצעים שם פשע, או שפשע בוצע שם זה מקרוב;

משמע, המבחן הוא החשד הסביר של השוטר המבצע כניסה לחדר כדי לערוך חיפוש בו. אין בעדים האחרים כדי להוסיף



לנסיבות גיבוש החשד מצד השוטר עמדי כי לא ניתן לדעת האם הוא היה שותף לאותן אבחנות של הנוכחים אשר העידו בביהמ"ש.

8. בטרם הכרעה בבקשה, כדי להבין את משמעת הטעם המבוקש, יש לפרט את תולדות תורת פסלות ראיה. מדובר בהליך אשר תולדה בפסיקה האמריקאית ומבוסס על תיקון 4 לחוקה בארה"ב. יש לציין כבר עתה כי הפקודה נחקקה כאשר כלל פסלות הראיה לא היה מקובל בפסיקה הישראלית. לכן הפרשנות שיש לתת למילה יסוד להניח, היא לאור הפסיקה אשר התפתחה מאז ואין ללמוד על הגדרת "יסוד להניח" מנוסח הפקודה בלבד.

פסילת הראיות:

9. בכל הקשור לפסילת הראיה עקב פגיעה בזכות הפרטיות יש צורך להתייחס להתפתחותו בארצות הברית. בהשוואת הדין האמריקאי לדין המקומי, יש כדי להאיר את הסוגיה הנ"ל. עוד קודם לכן אומר, כי דיני הראיות בכללם הינם עולם ומלואו אשר עבר שינויים וגלגולים קודמים ובוודאי עוד יעבור מקצה שיפורים עם חלוף השנים, כזה המשתנה עם הזמן, בעיקר נוכח התקדמות הטכנולוגיה והאפשרויות העומדות בפני האדם להשגת כל אשר הוא חפץ.

ואולם, עניין לנו דווקא לא בפיתוחים החדשים המהווים אמצעי להשגת הראיה, אלא לשינויים המשפטיים שעבר המשפט הישראלי ביחס שלו לראיות ולקבילותן.

10. "תורת פסילת הראיה", לא התקבלה ככלל במשפט הישראלי ובפרט במישור הפלילי שם לרוב התעוררה הסוגיה. לעומת זאת, בארה"ב מוחל כלל ה - Exclusionary Rule, כלל המניעה, שהינו כלל פסילת ראיה, אשר הושגה תוך פגיעה בזכויות האזרח. יש להדגיש, כי אין אנו עוסקים כאן בתורת פרי העץ המורעל, The Fruits Of The Poisonous Tree. כפי שצוין, "כלל הפסילה" אינו קיים בארץ, אזי, על אחת כמה וכמה לא תורת פרי העץ המורעל, שאיננה מוחלת במשפט הישראלי, שכן היא מהווה הרחבה לכלל המניעה, קרי "כלל הפסילה". הראיה הראשונה שהושגה תוך כדי הפגיעה ובאמצעותה, הינה מורעלת ואינה קבילה בבית המשפט. החידוש בתורה הזו, מתייחס לראיה נוספת, שאליה ניתן להגיע באמצעות הראיה הראשונה, כפרי העץ המורעל. בלשון אחר, הראיה המהווה את "פרי העץ המורעל" היא זו הראיה הנוספת אשר הושגה כתוצאה ובאמצעות הראיה הראשונה, זו אשר הושגה בדרך לא חוקית (ראה: (Wong Sun v. United States, 371 U.S. 471 (1963)).

בחזרה ל"כלל הפסילה" האמריקאי. במטרתו לחנך, הוא ננקט כאמצעי הענשה כנגד המשטרה וגורמי אכיפת החוק בלבד, אלו אשר פוגעים ומפרים את זכות הפרטיות של האזרחים, הנהנים מההגנה עליהם לפי תיקון 4 לחוקה האמריקאית, מבלי שבית המשפט נדרש להפעיל את שיקול דעתו. במקורו, מוצא כלל זה ביטוי בפסיקה בארה"ב ב - Mapp v. Ohio. 367 U.S. 643 (1961).

11. על אף האמור, בנוגע לאי החלת "כלל הפסילה" בישראל, חלו תמורות בדיני הראיות. את פריצת הדרך עשתה הכנסת כמחוקק ריבון, כאשר ראתה לנכון להחיל את אפשרות פסילת הראיה, במטרה להגן על פרטיות האזרח, במסגרת החוק הפרטיות, תשמ"א-1981 ובמסגרת חוק האזנת סתר, תשל"ט - 1979.

ברם, שונים הם פני הדברים בהיבט המשפטי הנבחן. לעומת הדין האמריקאי, גם מטרתו של סעיף 32 לחוק נועדה



לאפשר את פסילת הראיה תוך ששואפת היא לשמור על החוק ולאוכפו, אולם סעיף זה מתייחס לא רק כלפי הרשויות, אלא כלפי כולם. לא רלוונטית זהותו של המפר או הפוגע, כלומר, גם האזרחים נתונים וכפופים לו. לעומת הפסיקה בארצות הברית המגבילה את החלת הכלל כלפי הרשות המבצעת (State Action), בחקיקה הישראלית כל אזרח כפוף לחוק כגון האב בעניין דנן. אך יחד עם זאת, נתונה שאלת פסילת הראיה לשיקול דעת בית המשפט, בשונה מארצות הברית.

12. במסגרת פלוני נ' בית הדין הרבני (פורסם 14.05.2016) נקבעו השיקולים לפסילת ראיה אותם יש להביא בחשבון:

(א) חומרת המעשה.

(ב) חיוניות הראיה.

לאור חקיקת חוקים להגנת הפרטיות, נכנס למשפט הישראלי תורת פסילת ראיה בצורה גמישה יותר לעומת הפסיקה האמריקאית אשר קובעת בעלת פסלות מוחלטת עקב הפרת זכות הפרטיות, ללא התחשבות בחיוניות הראיה לעומת העבירה.

"חומר שהושג תוך פגיעה בפרטיות יהיה פסול לשמש ראיה בבית משפט, ללא הסכמת הנפגע, זולת אם בית המשפט התיר מטעמים שיירשמו להשתמש בחומר, או אם היו לפוגע, שהיה צד להליך, הגנה או פטור לפי חוק זה".

13. חלה התקדמות בפסיקה. אף אם לא היוו תקדימים מחייבים, די היה בהצגת תפיסה שונה ביחס לדיני הראיות. יפים לענייננו דבריו של כבוד השופט חיים כהן, כתוארו דאז, בע"פ 559/77 מאירי נ' מ"י, פ"ד לב (2) 180, כאשר דן בשאלת יישום כלל פסילת הראיה:

"הגיע הזמן שנפחית ממשקלן של ראיות אלה שהושגו שלא כהלכה, עד כדי אפס" (שם, בע' 182).

יש להדגיש שעמדתו של כבוד השופט כהן גובשה עוד בטרם נחקק חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו; וחוק הגנת הפרטיות.

14. ברוח דברים אלו בב"ש (י-ם) 1153/02 מ"י נ' מיכאל אברג'יל, תשס"א (2) 728, כבוד השופט דרורי סקר בצורה מקיפה את ההתפתחויות בשאלת החלת "כלל הפסילה" נוכח תורת "פרי העץ המורעל". לדבריו, חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו מחייב את בתי המשפט בארץ לשיקול בשנית את הגישה העומדת בסתירה לחוק היסוד, לפיה ראיה הינה קבילה ללא קשר לדרך בה הושגה. לדידו, כן יש להידרש לאופן השגת הראיה.

15. תקדימים נוספים בתחום דיני הראיות המתפתח לא אחרו להגיע. השינוי המשפטי המהותי, נקבע לאחרונה על ידי כבוד בית המשפט העליון אשר יישם בצורה מדורגת את "כלל הפסלות" כאשר זכויות הפרט נפגעו. בע"פ 5121/98



טור' (מיל') רפאל יששכרוב נ' התובע הצבאי הראשי (ניתן ביום 4.5.06 ופורסם במאגרי המידע), נפסלה הודאת הנאשם בשל האופן בו נגבתה, בשל כך שזכויותיו החוקתיות השונות זכו להתעלמות. למעשה, בית המשפט קבע במקביל לחקיקה הקיימת, כי במישור החוקתי, חובתו של בית המשפט היא לקבוע את משקלה של ראיה ושקול את פסילתה לאחר שקילת ההפרה והפגיעה בחוק.

16. בסופו של יום, משלב אי החלת "כלל פסילה" במשפט הישראלי באופן גורף ועד החלתם של אי אילו חוקים והלכות, ניתן להיווכח, כי נעשו צעדים משמעותיים בתחום דיני הראיות, כאשר המגמה די ברורה. על מנת לשמור על טוהר ההליך המשפטי, קיים הצורך בחובת הציות לחוק. למען הסר ספק, הציות לחוק יביא לשמירה על טוהר ההליך המשפטי. לכן, החברה חייבת לפעול, באמצעות הרתעה כנגד התנהגויות פסולות ופליטות בעצם השגת הראיה לצורך השגת יתרון בעת ההתדיינות, וזאת על מנת להבטיח את השמירה הקפדנית על זכויות האזרח, דבר אשר לא שונה מעצם הצורך ב"כלל הפסילה" במקור בארצות הברית.

17. ברע"פ 10141/09 אברהם בן חיים נ' מדינת ישראל (פורסם ביום 06.03.12) ביהמ"ש העליון התייחס למבחן "יסוד להניח". מדובר במבחן אובייקטיבי כאשר על ביהמ"ש להעריך את סבירות שיקול דעתו של השוטרי, אשר ערך את החיפוש.

כאשר ביהמ"ש העליון בארה"ב נדרש לסוגיה, בנוגע לחשד הסביר נקבע כי על ביהמ"ש לבחון את מכלול הנסיבות לעריכת החיפוש. עם זאת, קיימות אבחנות בין ניחוש "hunch" ו-"suspicion".

בפסק דין המהווה יסוד לאבחנה נקבע כי אין לאפשר לשוטרי להסתמך על ניחוש, אלא יש לבסס על נסיבות אובייקטיביות שניתן להסיק את המסקנה הסובייקטיבית המעלה חשד סביר כי פעולה מסוימת מסמנת קיום פעילות עבריינית. אין להסיק ניחוש "ל"יסוד סביר להניח", או יסוד סביר עם תוצאות החיפוש. יש לבחון התנהגות השוטרי על פי הידוע לו בעת ביצוע פעולת החיפוש ללא צו שיפוטי. לפי תוצאות החיפוש, הסתבר כי הניחוש היה מוצדק ואינו הופך את הניחוש לדרוש על פי הפסיקה לעריכת חיפוש ללא צו שיפוטי.

מהכלל לפרט

18. במקרה דנן יש להסתמך על דו"ח פעולת השוטרי אשר נערך בזמן אמת בהבנה כי עליו לפרט את הנסיבות אשר מהוות יסוד לחשד הסביר על מעשה פשע בתוך חדר סגור אשר הצדיקה כניסה ללא צו חיפוש.

להבדיל מיתר העדים, אין בדו"ח הפעולה אזכור על קיום ריח כלשהו אשר דומה לפי ניסיון והכשרת השוטרי כריח של שימוש בסם, אלא השוטרי מפנה לרחש מים "מבעבעים" בלבד, דבר שאין יתר העדים מזכירים.

מה ההבדל בין רחש מים "מבעבעים" במים בקומקום לצורך הכנת קפה או תה, לעומת רחש מים מבעבעים בבאנג,



אשר לשימוש יש שימוש לצורך עישון סם או לעישון טבק. סביר להניח אילו השוטר הריח ריח של סם, היה מזכיר את הנסיבה כנסיבה מכרעת הקובעת כי רחש המים נובע מפעולה לצריכת סם המהווה עבירת פשע.

ללא ציון ריח של סם אזי שמיעת רחש מים "מבעבעים", ללא סימן של רתיחת המים בתוך החדר, מהווה ניחוש בלבד כי י תכן ויש לשים את הדגש על המילה "יתכן" כי הרחש שייך לשימוש בסמים.

19. יש לשים את הדגש כי מדובר בפעולת כניסה לחדר סגור להבדיל מכניסה לחדר פתוח ונוכחות בבאנג ללא סימן של סמים במקום. במקרה כזה יש מקום לערוך חיפוש מעמיק כולל חיפוש גוף הנוכחים.

אין להסתייע בעדות הפקחים והשוטר שנכחו והעידו בביהמ"ש כי לא הם אלו שפתחו את הדלת. במקרה דנן, מעשה פתיחת הדלת הוא המעשה הנוגד את החוק ולכן כל מה שנתפס לאחר מכן מהווה פרי אותו מעשה מורעל.

20. אם כן האם יש לפסול את הראיה (וזאת מבלי להידרש לשאלת חוקיות חיפוש גוף הנאשם והאם נעשו כדיון). העבירה המיוחסת לנאשם היא החזקת סם לשימוש עצמי. מדובר בעבירה בדומה לחומרתה בפסק דין יששכרוב, כאשר לאחר איזון השיקולים, נפסלה הודאת יששכרוב.

ברור מכמות סם אשר נתפס ונסיבות התפיסה, כי מדובר בעבירה קלה כאשר הפגיעה בפרטיות מצד השוטר חמורה. ניתן לשאול לדוגמא, למה לא דפק על הדלת כדי לברר מי נמצא בפנים או פשר ה"רחש מים" ששמע. כך לא נעשה במקרה כזה שתיקה מבפנים אולי היתה מהווה דבר נוסף כדי לשדרג את הניחוש לחשד סביר.

סיכום

21. לאור האמור ביהמ"ש אינו נדרש להכריע בשאלת עריכת חיפוש על גוף הנאשם. אולם, מבלי להתעמק בשאלה על פניו, אין בעריכת החיפוש לפי הנסיבות פגיעה בזכויות הנאשם עד כדי להביא לפסילת הראיה אשר נתפסה. זאת מאחר והיו נוכחים במקום (אמנם אנשי חוק), אולם הנסיבות לא אפשרו המתנה להבאת עדים אחרים וכו'. עריכת דו"ח חיפוש הוא טכני ואינו פוגע בקבילות ראיה אשר נתפסה.

אולם, מאחר ולטעמי עצם הכניסה לחדר אינה חוקית ונוכח מהות העבירה המיוחסת לנאשם, מתקבלת טענת פסילת הראיה.



על המאשימה להודיע עמדתה על המשך ההליכים עד ליום 06.06.2018.

ניתנה היום, י"ז סיוון תשע"ח, 31 מאי 2018, בהעדר הצדדים.