



ע"פ 27963/07/20 - אמיר משאיך נגד מדינת ישראל

בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו בשבתו כבית-משפט לערעורים פליליים

ע"פ 27963-07-20 משאיך נ' מדינת ישראל

בפני כב' השופט אברהם הימן - אב"ד

כב' השופטת לימור ביבי

כב' השופט יוסי טופף

המערער:

אמיר משאיך

ע"י ב"כ עו"ד בן מעוז

נגד

המשיבה:

מדינת ישראל

ע"י ב"כ עו"ד לילך כץ

פסק - דין

השופט א' הימן:

לפנינו ערעור על פסק דין (הכרעת דין מיום 19.4.20 וגזר דין מיום 7.6.20) שניתן בבית משפט השלום בתל אביב- יפו (השופט א' הרמלין), על פיו הורשע המערער בעבירה של החזקת סם מסוכן שלא לצריכה עצמית לפי סעיפים 7(א) ו-7(ג) רישא לפקודת הסמים המסוכנים [נוסח חדש], תשל"ג-1973, ונדון ל- 14 חודשי מאסר בפועל ומאסר על תנאי והושת עליו קנס בסך של 5,000 ₪.

רקע דינו

נגד המערער הוגש ביום 17.12.18 כתב אישום המייחס לו עבירה של החזקת סם מסוכן שלא לצריכה עצמית.

על פי עובדות כתב האישום, ביום 8.12.18, בשעה 21:45 או בסמוך לכך, ברחוב יקותיאל 2 בתל אביב, החזיק המערער ברכב סמים מסוכנים שלא לצריכתו העצמית וללא היתר כדין כדלקמן: במושב האחורי שקית לבנה ובה סם מסוכן מסוג 5F-ADB במשקל של 232.79 גרם נטו; בתא המטען קרטון גדול ובתוכו שקיות לבנות שבתוכן סם מסוכן מסוג 5F-ADB במשקל של 5.220 קילוגרם נטו. באותן נסיבות, החזיק המערער ברכב שקיות אריזה שחורות רבות, מדבקות עם הכיתוב "מיסטר נייס גאי", שני טלפונים ניידים וכסף מזומן ישראלי וזר. עוד באותו מועד, בשעה 23:10 או בסמוך לכך, החזיק המערער במשאית שהוסבה לבית מגורים, ברחוב כרמי 2 בתל אביב, סמים מסוכנים שלא לצריכתו העצמית וללא היתר כדין כדלקמן: בתוך חפיסת מסטיקים שהוחבאה מאחורי הטלוויזיה- 2 טבליות של סם מסוכן מסוג MDMA; בארון שירות בחצר הבית - שקית שחורה עם כיתוב "מיסטר נייס גאי" ובתוכה יחידה אחת של סם מסוכן מסוג 5F-ADB.



כתב האישום בוסס על ממצאי שני חיפוש שנתקנו ביום 8.12.18 ברכבו של המערער ובמקום מגוריו שהוא משאית ששימשה למערער כבית וחדר הצמודה לה.

ההגנה טענה כי שני החיפוש נעשו שלא כדין וכי יש לפסול את הראיות שנתפסו במסגרתם ואת ההודעות שנגבו מהמערער כנגזרת מהם ומשום כך, יש לזכותו מאשמה במיוחד לו. התביעה טענה כי החיפוש נערכו כדין, כי גם אם נפל בהם פגם אין בו לפסול את הראיות וכי גם אם יפסלו ממצאי אחד החיפוש אין לפסול את ההודעות של המערער שמסר לאחר התייעצות עם עורך דין.

במהלך ניהול ההוכחות הועדו השוטרים שביצעו את החיפוש והוגשו דו"חות הפעולה שערכו ומסמכים נוספים. המערער בחר שלא להעיד להגנתו.

בית משפט קמא קיבל את ממצאי החיפוש ואת ההודעות המערער במשטרה, קבע שהתשתית הראייתית שהוצגה הוכיחה את עובדות כתב האישום, והרשיע את המערער בעבירה של החזקת סם שלא לצריכה עצמית.

המערער סבור כי יש לזכותו מהעבירה בה הורשע, ולחלופין להקל את עונשו ולהעמידו על מאסר קצר לריצוי בעבודות שירות.

מכאן הערעור.

הערעור על הכרעת הדין

עיקרי הכרעת הדין של בית משפט קמא

באשר לקבילות ממצאי החיפוש ברכבו של המערער, קבע בית משפט קמא כי עדויות שלושת השוטרים: איציק בראל (להלן: "השוטר בראל") שערך את דו"ח הפעולה ת/1, עוז עובד ראש צוות בילוש (להלן: "השוטר עובד") שערך את דו"ח הפעולה ת/12 ואלכסיי מטבייב (להלן: "השוטר מטבייב") שערך את דו"ח הפעולה ת/21, מבססות קו משותף עקבי וברור לפיו השוטרים הורו למערער לעצור את רכבו לאחר שראוהו נוסע תוך הפרת חוקי התנועה בניגוד לכיוון התנועה ברחוב חד סטרי ובמהירות. בית משפט קמא העדיף את עדותו של השוטר בראל שהחליט על עריכת חיפוש ברכבו של המערער ועל פיה קבע כי השוטר לא הבחין בסמים במושב האחורי בטרם הוחל החיפוש.

בית משפט קמא קבע כי עבירות התנועה שביצע המערער לעיני השוטרים, הקימו לשוטרים את הסמכות לעכבו ולברר את זהותו לפי סעיפים 67 ו-69 לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה - מעצרים), תשנ"ו-1996 (להלן: "חוק המעצרים").

בהמשך, הציב לפניו בית משפט קמא את השאלה האם נהיגתו הפרועה של המערער בצירוף תשובותיו לשוטר כי הוא



מתגורר בעטרו ליד ירושלים וכל חברתו מתגוררת בשכונת עזרא הסמוכה והוא איבד את דרכו - הקימו חשד סביר שהצדיק חיפוש ברכב בהתאם לסטנדרט הראייתי הנדרש בסעיף 5(5) לפקודת המשטרה [נוסח חדש], תשל"א-1971, בסעיף 25 לפקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש) [נוסח חדש], תשכ"ט-1969 (להלן: "**פקודת מעצר וחיפוש**") ובסעיף 71 לחוק המעצרים.

בית משפט קמא קבע כי החשד שקם בעקבות נהיגתו הפרועה של המערער ותשובותיו לשאלות השוטר היה - גבולי בהתאם למבחני החשד הסביר. לדידו, עצם ביצוען של עבירות תנועה אינו מצדיק חיפוש ברכב, מה גם כי המערער ציית להוראות השוטרים, עצר את הרכב ומסר את מפתחות הרכב כשהתבקש לכך. לצד זאת, קבע בית משפט קמא כי תשובותיו של המערער לשאלות השוטר היו יכולות לעורר חשד מסוים, משום שהציפייה היא שאדם המאבד את דרכו ייסע לאט ולא מהר. עם זאת נקבע כי אין זה מופרך לחשוב שאדם שנקלע למקום שאינו מכיר יכנס בטעות לסמטה חשוכה נגד כיוון התנועה ואולי גם ינסה לצאת מהסמטה במהירות למקום מואר ומוכר. לפיכך, נקבע כי גם אם לא עלתה טענה שהחשד לא היה סביר משום שהתבסס על אינטואיציה בלבד או על שיקולים זרים או סובייקטיביים לחלוטין - ניתן לחלוק על סבירותו של החשד מבחינה כמותית.

בית משפט קמא קבע כי חשדם של השוטרים לא היה ספציפי והם לא ידעו לומר האם חשדו בכך שבוצעה עבירה או שעתידיה להתבצע כזו ובאיזו עבירה מדובר. בית משפט קמא קבע עוד כי גם אם סבירותו של החשד מצוי בגבול התחתון וככזה הוא אינו מקים סמכות חיפוש, עדיין כלל פסילת הראיות "היחסי" מחייב לקבל כראיות את ממצאי החיפוש ברכב.

בשלב זה מנה בית משפט קמא את השיקולים המנחים להכרעה בשאלת קבילותה של ראיה שהושגה שלא כדין כפי שנקבעו בע"פ 5121/98 **יששכרוב נ' התובע הצבאי** (4.5.06) (להלן: "**עניין יששכרוב**"). בית משפט קמא קבע כי ניתוח השיקולים מוביל למסקנה שאין לפסול את החפצים שנתפסו ברכב בו נהג המערער. בתוך כך קבע כי הסטייה מהסטנדרט הראייתי לעריכת החיפוש ברכב הייתה לכל היותר קלה, היות והחיפוש לא נעשה סמך חשד אינטואיטיבי או מתוך שיקולים זרים, אלא שכמות הראיות שביססו את החשד הייתה גבולית. כמו כן נקבע כי הראיות שנתפסו הן חפציות ומהימנות אינה מושפעת מן השאלה האם החיפוש התבסס על חשד סביר אם לאו. באשר לנזק, נקבע כי מדובר בעבירה חמורה הן משום העונש הקבוע בצדה והן משום כמות הסמים הגדולה, כך שהנזק החברתי כתוצאה מפסילת הראיות יהיה גדול יחסית. לנוכח האמור, מצא בית משפט קמא לקבל את ממצאי החיפוש ברכב שבדו"ח הפעולה ת/1, לרבות הימצאותם של למעלה מ-5 ק"ג סם מסוכן.

באשר לקבילות ממצאי החיפוש במקום מגוריו של המערער, קבע בית משפט קמא, לאחר ששמע את עדויות השוטרים, כי לא שקלו לפנות בבקשה לקבל צו חיפוש בטרם החליטו לערוך וכי בכך יש משום פגם בפעולתם. באשר לעריכת החיפוש ללא עדים, קיבל בית משפט קמא את גרסת השוטר עובד לפיה המערער סירב לנוכחות עדים כגרסה אמינה, וקבע כי הגם שבדו"ח החיפוש לא סומנה הסיבה לכך שהחיפוש נערך ללא עדים הרי נוכח העובדה כי דו"ח הפעולה נערך כחמש דקות לאחר דו"ח החיפוש - חומרתו של פגם זה מצומצמת. בית משפט קמא בחן את שאלת פסילת ממצאי החיפוש משום שהחיפוש נערך ללא צו בהתאם לשיקולים שנקבעו בעניין יששכרוב: באשר לחומרת הפגם על אופן השגת הראיה קבע כי לאחר שברכבו של המערער נמצאה כמות גדולה של סמים קמה לשוטרים סמכות חיפוש במקום מגוריו ללא צו משום שהיה יסוד להניח שגם במקום מגוריו של המערער מוחזקת כמות סמים גדולה. בעניין זה קבע בית משפט קמא כי הואיל והחיפוש בוצע לקראת שעת חצות ביום שישי בשבוע, המתנה לצו הייתה מעכבת את



החיפוש ומגדילה את הסיכון להעלמת ראיות וכן מאריכה את משך המעצר. גם בעניין זה, בית משפט קמא קבע כי מדובר בראיות חפציות וככאלה אין אמינותן מושפעת מחוקיותו של החיפוש. באשר לנזק החברתי, נקבע כי משום הכמות הקטנה של הסמים שנתפסו הנזק מפסילתן כראיות יהיה זניח, אולם נוכח השיקולים האחרים אין מקום לפסול אותן.

באשר לקבילות הודעות המערער בחקירה המשטרתית, על פיהן המערער מצא את הסמים שנמצאו ברכבו בגינת כלבים והכניסם לרכבו ואת כדורי הסם שנמצאו בביתו רכש עבור ידידתו, קבע בית משפט קמא כי משהחליט לקבל את ממצאי החיפוש אין מקום לפסול את הודעות המערער שנגזרו מממצאי החיפוש.

באשר ליסוד הנפשי של עבירות הסמים, קבע בית משפט קמא כי משהמערער לא העיד במשפט ממילא לא הפריך את החזקה כי ידע שהסם הוא מסוכן וגרסתו כי מצא את הסמים בגינת כלבים אף על פי שאין לו כלב היא מופרכת.

לאחר שקיבל את ממצאי החיפוש ואת הודעות המערער בחקירה, אשר כאמור לא העיד ולא הציג ראיות לסתור, קבע בית משפט קמא כי הוכחו עובדות כתב האישום.

טיעוני בא כוח המערער

בא כוח המערער טען כי בית משפט קמא טעה בקביעתו כי עבירות התנועה שביצע המערער ותשובותיו לשאלות השוטרים הספיקו על מנת לבסס חשד סביר לעריכת חיפוש, גם אם גבולי. לטענת הסניגור, עדויות השוטרים מלמדות כי המניע האמיתי לחיפוש ברכבו של המערער נבע משיקולים זרים הקשורים במקום מגוריו ובמוצאו הערבי וכי לא היה יסוד לחשד פלילי. על פי טענה זו, בית משפט קמא התעלם מכך שהשוטר בראל מסר בעדותו כי לא ידע מהו העניין הפלילי שהעלה את חשדו והשוטר עובד העיד כי השוטר בראל הבחין בשקית עם סם מסוג "ניס גאי" ובכך התעורר החשד, בזמן שהדבר לא בא לידי ביטוי בדו"ח הפעולה וגם לא בעדותו של השוטר בראל. לעניין התנאים לקיומו של חשד סביר לעריכת חיפוש ללא צו שיפוטי הפנה הסניגור לרע"פ 10141/09 **בן חיים נ' מדינת ישראל** (6.3.12) (להלן: "**עניין בן חיים**") וכן לבש"פ 5610/06 **פדרמן נ' מדינת ישראל** (25.7.06) וטען כי הנסיבות עליהן העידו השוטרים אינן מגבשות חשד סביר לפי אמות המידה האובייקטיביות המחייבות.

בא כוח המערער טען כי טעה בית משפט קמא כאשר מצא לקבל את ממצאי החיפוש חרף הפגמים החמורים בעצם עריכתו. לטענתו, חומרתה של אי החוקיות הכרוכה בהשגת הראייה משמעותית וגבוהה ואינה זניחה משום שפגעה בזכותו של המערער לפרטיות. לדידו, אין מדובר בסטייה קלה מהסטנדרט הראייתי הנדרש לחיפוש כפי שקבע בית משפט קמא אלא בהפרה בוטה של השוטרים את החוק גם אם פעלו בתום לב. כמו כן טען הסניגור כי לולא החיפוש הבלתי חוקי לא הייתה מושגת הראייה, וכי אף שמדובר בראיות חפציות שיש להן קיום עצמאי, צריך היה להורות על פסילתן. הסניגור טען כי לצד ביקורת נחרצת שהובעה בפסיקה באשר לשיקול של חומרת העבירה בבחינת פסילת ראיה שנתקבלה שלא כדין, שומה היה על בית משפט קמא לקבוע כי העבירה של החזקת סמים שלא לצריכה עצמית אינה נמנית בין העבירות החמורות שבספר החוקים ואי החוקיות שהובילה להשגתן של הראיות מצדיקה את פסילתן.



בא כוח המערער טען כי טעות נפלה גם בקביעת בית משפט קמא כי ממצאי החיפוש בבית מגוריו של המערער קבילים כראיות, הן משום שהחיפוש בבית המערער היה פועל יוצא של החיפוש הבלתי חוקי ברכבו והראיות שנתפסו במסגרתו הן ראיות נגזרות לראיות הראשיות שדין להיפסל, והן משום שהחיפוש בבית המערער בוצע, כשלעצמו, בניגוד לחוק ותוך הפרה בוטה של זכות המערער להליך הוגן. בהקשר אחרון זה, טען הסניגור כי החיפוש בבית המערער בוצע על בסיס חשד בלתי סביר בעטיו של חיפוש בלתי חוקי ברכב, ללא עדים וללא צו שיפוטי. לטענת הסניגור טעה בית משפט קמא כאשר קבע כי הפגם בגין אי ציון הסיבה לעריכת החיפוש ללא עדים בדו"ח החיפוש שסומן ת/13 רופא בדו"ח הפעולה שסומן ת/11 בו צוין כי המערער נשאל לגבי עדים, סירב והסכים לחיפוש ללא עדים. לטענת הסניגור, אין מדובר בפגם טכני אלא בפגם שהפר זכות יסוד של המערער בייחוד כשהחיפוש נערך ללא צו חיפוש שיפוטי, כאשר וויתורו של המערער על הזכות לא גובה בחתימתו וכאשר השוטר מטביע העיד כי לא שמע את מי מחבריו השוטרים מעדכן את המערער בדבר זכותו לחיפוש בנוכחות עדים. הסניגור טען כי מקום בו מדובר בווייתור על זכות יסוד, הרי שוויתור עליה מחייב הסכמה מפורשת ומתועדת ולא ניתן להסתפק בתחליף בדמות דו"ח פעולה הנעשה רטרואקטיבית. הסניגור טען כי חומרתם של הפגמים בחיפוש משום פגיעתם החמורה בזכויות יסוד של המערער הצדיקה את פסילתם של ממצאי החיפוש.

באשר להודאותיו של המערער בחקירתו במשטרה, טען הסניגור כי אלה ראיות הנגזרות לראיות הראשיות ודין של כולן להיפסל משום אי החוקיות בדרך השגתן. לטענת הסניגור, פסילתן של הראיות שהוצגו בחיפוש, מותירות את הודאות המערער ככאלה החסרות תוכן ממשי.

על כן טוען הסניגור כי יש להורות על ביטול הכרעת הדין ועל זיכוי המערער מן העבירה בה הורשע.

טיעוני באת כוח המשיבה

באת כוח המשיבה טענה כי דין הערעור להידחות. לטענתה, הכרעת הדין מנומקת כדבעי כאשר בעניין הפגמים שבחיפוש, אף שנקבעו קביעות לטובת המערער, הובילו המבחנים המשפטיים בסופו של יום להרשעתו.

באת כוח המשיבה טענה כי בית משפט קמא האמין לשוטר בראל כי החשד אשר הוביל לחיפוש ברכבו של המערער לא בוסס על מניעים זרים כי אם על מכלול נסיבות עליהן העיד העד. לטענתה, עבירות התנועה שביצע המערער יחד עם הניסיון המקצועי של השוטר מבססים חשד סביר. כמו כן טענה כי על יסוד כך, צדק בית משפט בקביעתו כי גם אם החשד לא הצדיק חיפוש, הרי שביישום המבחנים לפי הלכת יששכרוב, אין לפסול את הראיות שהניב החיפוש. באשר לחיפוש בביתו של המערער, טענה באת כוח המשיבה כי בית משפט קמא מצא לקבל את עדותו של השוטר עובד, ואין להתערב גם בקביעה זו.

באת כוח המשיבה טענה כי אמנם "דרך המלך" הייתה הוצאת צו חיפוש שיפוטי אולם יש להידרש לכמות הסמים הגדולה שנמצאה בחיפוש ולכך שהייתה מיועדת ומוכנה לסחר.

דין והכרעה



הערעור כנגד הכרעת הדין מופנה, אפוא, הן כנגד ממצאי עובדה ומהימנות, אותם ביסס בית משפט קמא על עדויות השוטרים ודו"חות הפעולה שערכו הם אודות מעצרו של המערער והחיפוש ברכבו ובביתו והן כנגד קביעות משפטיות שקבע בית משפט קמא בסוגיית קבילותן של הראיות שהושגו בחיפוש האמור ובדבר אופן יישומו את דוקטרינת הפסלות הפסיקתית.

כאמור לעיל, בא כוח המערער סבור כי טעה בית משפט קמא כאשר קבע כי התקיים חשד סביר אשר הצדיק את החיפוש ברכבו של המערער גם אם היה גבולי ולא ספציפי וגם אם ניתן לחלוק על סבירותו מבחינה כמותית והוסיף וטעה כאשר קבע כי שיקולים הקשורים בחומרתו של אי החוקיות שבחיפוש, בהשפעתו על השגת הראיות ובאיזון בין הנזק מול התועלת בפסילת הראיה מובילים להחלטה כי אין לפסול את החפצים שנתפסו ברכבו של המערער.

עוד סבור בא כוח המערער כי בית משפט קמא טעה, בין היתר, בקביעתו כי התקיים חשד סביר אשר הצדיק את החיפוש בביתו של המערער, כאשר חשד זה התבסס על חיפוש בלתי חוקי קודם ברכבו של המערער והמשיך בחיפוש בלתי חוקי בביתו של המערער מבלי שהתגבש לכך חשד סביר עצמאי ותוך שהחיפוש בוצע ללא צו שיפוטי וללא עדים. כמו כן טען בא כוח המערער כי טעה בית משפט קמא בבחינת השיקולים לפי דוקטרינת הפסלות הפסיקתית ובהגעתו למסקנה כי החיפוש הבלתי חוקי בביתו של המערער אינו מצדיק את פסילת ממצאיו.

כידוע, אין זו מדרכה של ערכאת ערעור להתערב בממצאי מהימנות ועובדה שקבעה הערכאה הדיונית על בסיס התרשמותה הבלתי אמצעית מהראיות ומהעדים, אלא במקרים חריגים: "[...] **בהם נראה כי הערכאה הדיונית שגת בהערכת המהימנות באופן בולט, התעלמה מגורמים שהיה מקום לייחס להם משקל, או שיש סתירה בולטת בין הגרסה העובדתית עליה השתיתה את הכרעת דינה לבין יתר הראיות, מוצדקת תהיה התערבות ערכאת ערעור בממצאים אלו [...]**" (ע"פ 1645/08 פלוני נ' מדינת ישראל (3.9.09)). בגדר המקרים החריגים אשר אפשר ויצדיקו את התערבותה של ערכאת הערעור, נמנים גם מקרים בהם לערכאה הדיונית אין יתרון על פני ערכאת הערעור. בתוך כך באים מקרים בהם ממצאי הערכאה הדיונית מבוססים על שיקולים שבהיגיון ושכל ישר, או על הסקת מסקנות להבדיל מקביעת ממצאי עובדה, וכן מקרים בהם הערכאה הדיונית התעלמה לחלוטין מראיות או מסתירות בעדויות ובין לבין ראיות אחרות (לסקירה מקיפה ראו ע"פ 8146/09 אבשלום נ' מדינת ישראל (15.6.11)).

בית משפט קמא ביסס את קביעותיו העובדתיות בנושאים העובדתיים שעמדו במחלוקת על עדויות שוטרים ועל השוואה בין לבין דו"חות פעולה שנערכו על ידם ועל התרשמותו ממהימנות העדויות והראיות. מקובלת עלי קביעתו של בית משפט קמא כי עדויות השוטרים הצביעו באופן משותף ועקבי על כך כי הורו למערער לעצור את רכבו לאחר שהבחינו בנסיעתו נגד כיוון התנועה וזאת בניגוד לחוקי התנועה ברחוב החד סטרי במקום. בית משפט קמא לא קיבל כממצא עובדתי מוכח את עדותו של השוטר מטבייב כי בנסיעתו לא ציית המערער לתמרור המורה על עצירה היות וזו לא נתמכה בעדות שני השוטרים הנוספים שטיפלו באירוע. ממצא זה מקל עם המערער, ומכל מקום אין להתערב בו. בהקשר זה יצוין כי עדות על כך שהמערער לא ציית לתמרור המורה על עצירה אינה עולה בקנה אחד עם הטענה שנסע בכביש חד סטרי נגד כיוון התנועה. כמו כן לא אתערב בקביעה כי נהיגתו של המערער לא הייתה במהירות קיצונית. נוסף על כך, בית משפט קמא אימץ את גרסת השוטר בראל לפיה כשעצר המערער את רכבו כפי שהורו לו השוטרים, השיב לשאלות השוטרים ומסר כי הוא מעטרת שליד ירושלים וכי איבד את דרכו בנסיעתו לבית חברתו המתגוררת בשכונת עזרא הסמוכה. נתונים אלה הם שעמדו ביסוד בחינת קיומו של חשד וסבירותו.



בעניין מהותו של "חשד סביר" נקבע כי: "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... 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" (עניין בן חיים, פסקה 16 בפסק דינה של הנשיאה (בדימוס) ד' ביניש).

בית משפט קמא קבע כי בנסיבותיו של המקרה ובהינתן עדויות השוטרים על פיהן, עובר לחיפוש, נצפה המערער נהוג ברכבו ברחוב חד סיטרי ונגד כיוון התנועה, התקיים חשד סביר אך היה זה חשד גבולי הצמוד לגבול התחתון של מתחם הסבירות. בית משפט קמא קבע, למעשה, כי עוצמתו של החשד הסביר לא הצדיקה את החיפוש, אך, כאמור, לאחר יישום דוקטרינת הפסלות הפסיקתית, הגיע למסקנה כי אין באי החוקיות הנובעת מכך לפסול את תוצרי החיפוש.

בשאלת קיומו של חשד סביר וסבירותו, הרי שבהינתן עבירת התנועה שביצע המערער עובר לחיפוש ובהתחשב גם בניסיונם המקצועי של השוטרים, די היה באלה לגבש חשד סביר לעריכת חיפוש ברכב. לשיטתי ובשונה מקביעתו של בית משפט קמא, עצימותו של חשד זה וסבירותו מספיקים היו על מנת להכשיר את סמכותם של השוטרים לבצע את החיפוש ברכב במקום בו עוכב וללא צו שיפוטי. ראש וראשונה הנני מוצא להדגיש כי לטעמי הצגת הדברים כך ש"עבירת תנועה" היא שהקימה את החשד הסביר, חוטאת לאמת. זאת הואיל ולא עבירת התנועה של נסיעה בניגוד לכיוון התנועה, או אי עצירה בהתאם לתמרור היא שהקימה את החשד אלא המעשים העומדים בבסיסה של זו. קרי - נהיגה בשעת לילה, בסמטאות צרות, במהירות אשר אינם מתאימה לתוואי הדרך ובניגוד לחוקי התנועה. רוצה לומר כי לדידי בנסיבות המקרה, דהיינו: הזמן, המקום והתנהגות המערער, התקיים גם התקיים החשד הסביר כפי המשמעות שניתנה לכך בפסיקה ולא מדובר רק ב "חשד גבולי" כפי שנקבע. יחד עם זאת, מטעמים ברורים ובהינתן שממילא הנני רואה עין בעין עם קביעתו של בית המשפט קמא ולפיה ניתן להכשיר את הראיות תוך הפעלת הקריטריונים כפי שנקבעו בהלכת יששכרוב ובן חיים, לא מצאתי להתערב בממצאיו ובמסקנותיו אלו של בית משפט קמא.

מכאן אפנה לבחון את קביעות בית משפט קמא באשר לקבילות הראיות אשר הושגו כפועל יוצא מהחיפוש, וזאת בהתבסס על הלכות יששכרוב ובן חיים.

טרם דיון בשאלה העיקרית שהיא חוקיות החיפוש ותוצאותיו, מצאתי להעיר הערה בעניין יישום הלכות "יששכרוב" ו"בן חיים" על מערכות עובדתיות העולות תדיר בבתי המשפט. מתוך השימוש הרב והתדיר, הנעשה בתיקים רבים, עולות הטענות המפנות להלכות אלה. מתוך כך, יש בטיעונים הנשענים על הלכות אלה, לעיתים, כדי להביא, לכדי טעות יסודית, ולמסקנה מוטעית, כי עקרון "פרי העץ המורעל" ניטע בשיטתנו המשפטית בעקבות ההלכות הללו. אין בכך ממש.

חובה להדגיש חזור והדגש שעקרון משפטי זה הרווח בשיטות משפט אחרות, לא ניטע ולא נטמע בשיטתנו המשפטית. ראוי לשם בחינת קביעה זו לעיין היטב בהלכות המשפטיות הללו ("יששכרוב" ו"בן חיים"). אם כך יעשה, אזי יישום עקרונות פסקי הדין הללו יביא למסקנה ברורה ונחרצת, כי מדובר במבחן שהוא - "גמיש ויחסי". שתי מילים אלה מבטאות יותר מכל, לדעתי, דרך יישום ההלכה.



משום חשיבות העניין שמצא בא כוח המערער בסמכו טיעוניו על הלכות אלה, מצאתי להביא ולהזכיר העיקרון שנקבע בהלכות הללו. וכך נאמר תוך סיכום "הלכת יששכרוב" בעניין בן חיים:

"בהתאם לדוקטרינת הפסילה הפסיקתית, כפי שעוצבה בעניין יששכרוב, מוקנה לבית המשפט שיקול דעת באשר לפסילת ראיות שהושגו שלא כדין. 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 ראיה שהושגה שלא כדין (ראו עניין יששכרוב, בעמ' 561-562). 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 (ראו עניין יששכרוב, בעמ' 562). על כפות המאזניים עומדים מצד אחד הצורך להגן על זכויות הנאשם ועל הגינות ההליך הפלילי, ומצד 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 בעניין יששכרוב, בשלוש קבוצות של שיקולים רלוונטיים (ראו עניין יששכרוב, בעמ' 562-566)."

כזכור, בהלכת יששכרוב נקבעו שלוש קבוצות של שיקולים: הראשונה נוגעת לאופייה ולחומרתה של אי-החוקיות שהייתה כרוכה בהשגת הראיה; השנייה נוגעת למידת ההשפעה של אמצעי החקירה הפסול על הראיה שהושגה.

ובאשר לקבוצה השלישית כך נאמר:

"קבוצת השיקולים השלישית שאליה נדרש בית המשפט להתייחס בהתאם להלכה שנקבעה בעניין יששכרוב נוגעת להשפעת פסילת הראיה על מלאכת עשיית הצדק במובנה הרחב, וזאת על ידי השוואת המחיר החברתי הכרוך בפסילת הראיה לתועלת החברתית שבפסילתה. הפרמטרים העיקריים לפיהם נערכת השוואה זו הם חשיבות הראיה להוכחת האשמה, מהות העבירה המיוחסת לנאשם ומידת חומרתה. חשוב לציין עם זאת, כי שאלת ההתחשבות בפרמטרים אלה אינה נקיה מקשים והיא לא הוכרעה בעניין יששכרוב. הנה כי כן, בהתאם להלכה שנקבעה בעניין יששכרוב בעצם השגתה של ראיה שלא כדין אין די כדי להביא באופן "אוטומטי" לפסילתה. בית המשפט שבפניו מתעוררת שאלת קבילות הראיה שהושגה של כדין נדרש להפעיל את שיקול דעתו בהתאם לנסיבות המקרה, לערוך איזון בין הערכים המתנגשים בהתאם ולבחון את עוצמת ואופי הפגיעה הצפויה בזכות להליך הוגן כתוצאה מקבלת הראיה."

לגופו של עניין, אני דוחה את ניסיון הסניגור לשוות לפעולת החיפוש ברכבו של המערער שיקול זר ופסול משום מוצאו של המערער, אשר לא הועלתה בפני בית משפט קמא. אפנה בעניין זה לדברי בית משפט קמא בפסקה 16 להכרעת הדין שם נאמר כי לא הועלתה טענה שהחשד לא היה סביר משום שהתבסס על אינטואיציה, שיקולים זרים או



סובייקטיביים. ברי כי אין מקום במסגרת הערעור להרחיב את יריעת המחלוקת מעבר לזו שנפרסה בפני בית משפט קמא ואין מקום לניסיון לערוך "מקצה שיפורים".

כפי העולה מקביעותי לעיל, אינני רואה עין בעין עם קביעותיו של בית המשפט בהקשר לחוקיות החיפוש ואולם, אינני מוצא להתערב בקביעתו זו וזאת הואיל וגם אם אצא מתוך ההנחה שלא התקיים חשד סביר במידה שהקימה לשוטרים סמכות לחיפוש ברכב, הרי שממילא מקובלת עלי מסקנת בית משפט קמא כי לא התקיימה הצדקה לפסילת הראיה. אשר לכך, הרי שאני סבור כי חומרת אי החוקיות הכרוכה בהשגת הראיה אינה גבוהה. קרי, אין מדובר בהפרה בוטה של סמכות החיפוש על פי החוק בנסיבות בהן המערער עוכב לאחר שנהג את רכבו בניגוד לכיוון התנועה בכביש חד סיטרי בשכונת התקווה בתל אביב וכשעוכב מסר כי הוא מתגורר בעטרות ליד ירושלים. זאת ועוד, מדובר בראיה חפצית שהיא סם מסוכן במשקל של למעלה מ- 5 ק"ג וככזו מידת ההשפעה שהייתה לחיפוש על אמינות הראיה היא אפסית. דומה כי עיקר הטיעון של הסניגור כנגד קביעת בית משפט קמא מכוונת לשיקולים של חומרת העבירה ושיקולי נזק מול תועלת בפסילת הראיה. הסניגור סבור כי בית משפט קמא הקנה משקל גבוה לחומרת העבירה, מקום בו מדובר בעבירת סמים שאינה מן החמורות. אינני מקבל טיעון זה ומקובלת עלי קביעת בית משפט קמא, ההולכת למעשה אחר היות המבחן "גמיש ויחסי". אשר לכך, אני מוצא להדגיש כי מדובר בעבירה חמורה של החזקת סמים מסוכנים שלא לשימוש עצמי בכמות של למעלה מ- 5 ק"ג, שעל חומרתה יעיד העונש הקבוע בצדה בחוק - 20 שנות מאסר, ומשכך, נכונה הקביעה כי הנזק שייגרם כתוצאה מפסילת הראיה גבוה מהתועלת החברתית שתצמח מכך. ודוק, מדובר בתפיסת סם הידוע בציבור בכינויו "נייס גיא", ולמעשה הינו בבחינת רעל מזוקק. הניסיון השיפוטי, לצערי, מלמד על אודות מידת הנזק העצומה אשר נגרמת למשתמשים, ושוב מצאתי לחזור ולהדגיש כי מדובר בכמות עצומה של הסם. עוד ראוי לציין כי בצמוד לכמות גדולה זו של הסם, נתפסו האריזות שנועדו לאריזת הסם, אשר מן הסתם יועד להפצתו בקרב האומללים באוכלוסייה הצורכים אותו.

כאמור, גם החיפוש בביתו של המערער שבוצע בסמוך לאחר החיפוש ברכבו הניב ראיות בדמות סמים מסוכנים שנמצאו בתוך חפצית מסטיקים שהוסלקה מאחורי מכשיר טלוויזיה ובתוך שקית שחורה שהוסלקה בארון שירות בחצר הבית. חיפוש זה נעשה ללא צו שיפוטי וללא נוכחות עדים. אשר לכך, בית משפט קמא קיבל את גרסת השוטר עובד כי המערער סירב לנוכחות עדים. בקביעה זו אין מקום להתערב ואצין כי המערער בחר שלא להעיד ולמעשה לא הפריך עדות השוטר כי וויתר על נוכחות עדים בחיפוש. נוסף על כך אינני מוצא להתערב בקביעת בית משפט קמא כי העובדה שבדו"ח החיפוש לא צוינה הסיבה לעריכת החיפוש ללא עדים אינה מהווה פגם חמור, בנסיבות בהן דו"ח הפעולה בו צוינה הסיבה לעריכת החיפוש ללא עדים נערך זמן קצר ביותר לאחר דו"ח החיפוש.

מקובלת עלי קביעת בית משפט קמא כי מציאתה של כמות סמים גדולה ברכב בו נהג המערער הספיקה על מנת לבסס חשד סביר לכך שגם במקום מגוריו של המערער מבוצעת עבירת סמים מסוג פשע ולהקים לשוטרים סמכות חיפוש ללא צו מכוח סעיף 25(1) לפקודת מעצר וחיפוש. משנקבע כך, הרי שגם בשלב דיוני זה לא היה מקום לדיון בשאלת פסילת הראיות לפי דוקטרינת הפסילות הפסיקתית. אלא שגם אם נניח קיומה של אי חוקיות בחיפוש בביתו של המערער, הרי שחומרתה אינה גבוהה ואין לחשוש כי השפיעה על אמינות הראיה החפצית. אכן כמות הסמים שנתפסה בחיפוש בביתו של המערער נמוכה מכמות הסמים שנתפסה קודם לכן ברכבו, אולם אין בכך להפחית מחומרתה של העבירה, בשים לב למכלול עובדות המקרה, כמו גם לפי מהות העבירה ולפי האינטרס הציבורי במיגור התופעה של הפצת סמים מסוכנים בחברה. משום כך, פסילתן של הראיות משום האינטרס של הגנה על פרטיותו של המערער, כפי טענת הסניגור, יש בה כדי להביא לתוצאה בלתי סבירה, קשה וחמורה לחברה.



לצד הראיות החפציות ועדויות השוטרים, עמדו לחובת המערער הודעותיו במשטרה. המערער הודה בחקירתו במשטרה בהחזקת הסמים והסביר כיצד הגיעו לרשותו, אך העדיף להימנע מלהעיד במשפטו על כל הכרוך בכך מבחינת התוצאה הראייתית. אף אני כבית משפט קמא סבור כי אין מקום לפסול את האמור בהודעות אלה. מדובר בהודעות עצמאיות שאינן נגזרות מן החיפוש ולא הושפעו מהפעלת אמצעי פסול.

הערעור על גזר הדין

בית משפט קמא גזר על המערער 14 חודשי מאסר בפועל, 12 חודשי מאסר על תנאי וקנס בסך של 5,000 ₪ או 20 ימי מאסר תמורתו. כמו כן, הורה בית משפט קמא על חילוט כסף שנתפס ברשות המערער.

מתחם העונש ההולם הועמד על ידי בית משפט קמא בין 13 עד 30 חודשי מאסר בפועל, ובתוך כך נקבע כי גרסתו של המערער במשטרה על נסיבות הגעת הסם לידיו, לא יכולה לבסס נסיבות המקלות בחומרת המעשה ולצורך קביעת מתחם העונש ההולם. בית משפט קמא קבע כי הודאת המערער במשטרה שימשה כראיה לחובתו ואם רצה המערער להעלות גרסה בדבר נסיבות ביצוע העבירה היה עליו להעיד במשפט ומשלא עשה כן משום חשש להפללה עצמית, גרסתו במשטרה אודות נסיבות ביצוע העבירה לא הוכחה. באשר למדיניות הענישה הנוהגת נדרש בית משפט קמא לפסיקה שהציגו באי כוח הצדדים, כל אחד, בתמיכה לעמדתו העונשית ואיבחן בין המקרים לפי סוג הסמים וכמותם תוך שקבע כי אין ללמוד ממקרים בהם דובר בסם מסוכן מסוג קנבוס למקרה בו מדובר בסם סינתטי.

באשר לעונש הראוי לנאשם, קבע בית משפט קמא כי דברי באת כוח המערער במסגרת טיעוניה לעונש כי המערער הפנים את הפסול במעשיו והביע חרטה אינם יכולים להחליף את דברי המערער אשר בחר שלא להעיד וויתר גם על הזכות לומר את דברו האחרון לפני גזירת דינו. עם זאת, התחשב בית משפט קמא בכך שהמערער נעדר עבר פלילי בתחום עבירות הסמים ומצא לפיכך לגזור את עונשו קרוב לרף התחתון של מתחם הענישה. בית משפט קמא ציין בגזר דינו כי אילו היה המערער מביע חרטה על מעשיו, היה בכך להביא לגזירת עונשו ברף התחתון ממש.

בא כוח המערער סבור כי העונש שהוטל על המערער סוטה באופן ניכר מהענישה המקובלת בעבירות דומות. לטענתו היה על בית משפט קמא להעמיד את מתחם העונש ההולם על עונש מאסר שיכול וירוצה בעבודות שירות. כמו כן טען בא כוח המערער כי בית משפט קמא טעה גם בכך שלא התחשב בנסיבותיו האישיות של המערער, ובעיקר בהשפעת עונש מאסר על בתו הקטינה ובכך שהוא נתון בהליכי פשיטת רגל וכן לא נתן משקל מספיק לשיתוף הפעולה של המערער עם רשויות אכיפת החוק.

בא כוח המערער טען כי גם אם באת כוחו של המערער בהליך בבית משפט קמא לא טענה כי הפגמים בהליך החיפוש מהווים שיקול להקלה בעונשו של המערער, היה על בית משפט קמא להביא זאת בחשבון שיקוליו בגזירת העונש לאור ממצאיו העובדתיים בעניין זה.

כידוע, אין מנהגה של ערכאת ערעור להתערב בענישה של הערכאה דלמטה אלא במקרים חריגים שבהם ניכרת סטייה משמעותית ממדיניות הענישה הראויה והמקובלת בעבירות דומות.



אני סבור כי מתחם העונש שקבע בית משפט קמא, בהתחשב בחומרת המעשים ובתוך כך יש להזכיר את סוג הסם והיותו סם סינתטי, כמותו הגדולה המגיעה למעלה מ- 5 ק"ג, האופן בו הוחזק והימצאותן של שקיות אריזה עליהם כיתוב של סם המלמדות על כוונה להפצת הסם, וכן בהתחשב במידת הפגיעה בערכים המוגנים ובמדיניות הענישה הנוהגת המחייבת ענישה מרתיעה ומשמעותית יותר כאשר מדובר בסמים סינתטיים שפגיעתם הנודעת חמורה יותר- הולם את העבירה בה הורשע המערער.

אף בגזירת העונש הראוי למערער, אין מקום להתערב. העונש שנגזר על המערער, בסופו של יום, הועמד קרוב לרף התחתון, מתוך התחשבות בשיקולים לקולה שהוכחו בפני בית משפט קמא לרבות העדר עבר פלילי רלוונטי. יש להזכיר כי המערער לא הביע חרטה על מעשיו ונמנע מלמסור את דברו האחרון. ממילא לא הוכח כלל בראיות קושי כלכלי חריג ולא הוכחה תמיכתו הבלעדית של המערער בבתו הקטינה ובזוגתו. טענות אלה נשמעו מפי בא כוחו, כעת, בהליך הערעור, אשר, כאמור, אינו יכול להוות מסגרת ל"מקצה שיפורים".

לאחר שנתתי דעתי לטיעון הסניגור ולטיעוני באת כוח המשיבה ובשים לב לפסיקה הרלוונטית נחה דעתי כי עונשו של המערער אינו סוטה ממדיניות הענישה המקובלת והראויה במקרים דומים. במאמר מוסגר מצאתי לציין כי נוכח העונש שהושת על המערער במיוחד לנוכח הכמות העצומה של הסם, הרי שלמעשה בית משפט קמא הקל בעונשו.

באשר להתנהלות רשויות אכיפת החוק, ציין בית משפט קמא בפתח גזר דינו כי באת כוחו של המערער דאז לא טענה כי לפגמים בהליכי החיפוש צריכה להיות השלכה מקלה על עונשו של המערער. כאמור, כפי שקבעתי לעיל, אני סבור כי לא נפל פגם בהליכי החיפוש וכי גם אם נפל פגם מסוים בפעולות השוטרים, הרי שבנסיבות המקרה, אין בכך כדי להשליך על העונש שהושת על המערער, שהוא עונש מאוזן ואף מקל במידה מסוימת.

סוף דבר, אני סבור כי יש לדחות את הערעור על שני חלקיו של פסק הדין.

השופט ל' ביבי:

אני מצטרפת לחוות דעתו של אב בית הדין כב' השופט א' הימן.

השופט י' טופף:

1. עיינתי בחוות דעתו המלומדת של חברי, אב"ד כב' השופט א' הימן, שזכתה גם להסכמת חברתי כב' השופטת ל' ביבי, ואין בידי להסכים עם תוצאתה וטעמיה. מכאן, לו דעתי נשמעה, היינו מקבלים את הערעור ומורים על זיכוי של המערער מביצוע העבירה שיוחסה לו בכתב האישום.

2. כב' השופט הימן פירט בפסק דינו את פרטי כתב האישום, קביעות ומסקנות בית משפט קמא ועמדות



הצדדים בערעור שלפנינו. לפיכך, אמנע מלחזור על מלוא הדברים, למעט הנדרש לצורך הטעמת מסקנותיי.

3. מסגרת הדיון תהא אם כן כדלהלן:

תחילה, אדרש לשאלת חוקיות החיפוש שנתרכו ברכבו ובמקום מגוריו של המערער. אקדים אחרית לראשית, ואומר כי לשיטתי, מדובר בחיפוש שנתרכו שלא כדין ובהעדר סמכות. החיפוש ברכבו של המערער לא עמד בדרישת הסף הראייתית של חשד סביר ומבלי שניתנה לו הסכמה מדעת; החיפוש במקום מגוריו של המערער התבצע כהמשך לחיפוש הלא חוקי שנתרכו ברכבו של המערער, מבלי שנתבקש צו חיפוש מאת בית המשפט והוא לקה בפגמים שפגעו בזכויות יסוד של המערער.

בהמשך אתן דעתי לשאלת קבילות הראיות החפציות, הסמים שנמצאו באותם החיפושים, על בסיס דוקטרינת הפסילה הפסיקתית שנקבעה בפסיקה.

לאחר מכן, אתן דעתי להודאת המערער במשטרה, לצד כלל העדויות והראיות שהוצגו בפני בית משפט קמא, ואקדים לציין כי לא מצאתי בכך די לצורך הרשעתו בעבירה שיוחסה לו.

לבסוף, אביא את דעתי כי קבלת הסמים שנמצאו בחיפושים כראיות קבילות תגרום לפגיעה בלתי חוקתית בזכות להליך הגון של המערער, ועל כן יש לפסול ראיות אלה. מכאן, נוכח פסילת הסמים כראיות, התוצאה המתבקשת לשיטתי היא קבלת הערעור וזיכויו של המערער מאשמה.

התשתית התחקית לביצוע חיפוש

4. ככלל, חיפוש בביתו של אדם, בחצרו או על גופו פוגע בזכותו של אדם לפרטיות, אשר הוכרה כזכות חוקתית על חוקית במסגרת בסעיף 7(ג) לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (להלן גם: "**חוק היסוד**"). הזכות לפרטיות במלוא היקפה היא זכות הקשורה במהותה לאוטונומיה של הפרט וליכולתו להחליט מי, אם בכלל, יוכל להיחשף למידע הנוגע אליו, לבחון את חפציו או לגעת בגופו. ברם, זכות זו, ככל זכות, הנה יחסית, וניתן לפגוע בה, בהתאם לאמות המידה הקבועות בחוק היסוד. פגיעה בזכות זו, נעשית במסגרת הפעלת סמכות שלטונית, המחייבת הקפדה כי החיפוש, יערך בהתאם להוראות החוק ויבוצע באופן מידתי, אשר יגשים את תכליתו, מבלי לפגוע יתר על המידה בזכויות הפרט.

5. הסמכות לבצע חיפוש על גופו של אדם, בכליו, או בחצרו, מוסדרת במספר הוראות חוק. עריכת חיפוש בידיו שוטר (או מי שהוסמך לכך) מבוצעת מכוח סמכויותיו השלטוניות ומחייבת עמידה באמות המידה שנקבעו בהוראות המשפט המנהלי ובחוקי סדר הדין הפלילי. הסדרה זו נועדה לאפשר למשטרה למלא כראוי את תפקידיה השונים באכיפת החוק ובתפיסת עבריינים, וכך לקדם את ההגנה על הביטחון האישי והסדר הציבורי במדינה; ובד בבד, לתחום את סמכויות המשטרה שהפעלתן כרוכה מעצם טיבה בפגיעה בזכויות אדם שונות



ובחירות הפרט. בדרך זו, בא לידי ביטוי האיזון שקבע המחוקק בין האינטרס הציבורי בתפקוד יעיל ואפקטיבי של המשטרה לבין הצורך בהגנה על זכויות האדם של האזרחים עימם באה המשטרה במגע (ראו: רע"פ 10141/09 **אברהם בן חיים ואח' נ' מדינת ישראל** (6.3.2012) - להלן: "**בן חיים**").

6. החיקוקים העיקריים המסדירים את סמכויות החיפוש, על סוגיו השונים, הינם: סעיפים 23-31 לפקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש) [נוסח חדש], תשכ"ט-1969 (להלן: "**פסד"פ**"), המסדירים את אופן עריכת החיפוש בבית או במקום אחר; סעיף 28 לפקודת הסמים המסוכנים [נוסח חדש], התשל"ג-1973 (להלן: "**פקודת הסמים**"), המסדיר חיפוש לצרכי איתור סמים; סעיף 71 לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה - מעצרים), תשנ"ו-1996 (להלן: "**חוק המעצרים**"), המסדיר עיכוב כלי רכב לשם חיפוש; סעיף 3 **לחוק סמכויות לשם שמירה על ביטחון הציבור, התשס"ה-2005**, המסדיר בין היתר סמכות חיפוש ללא צו כשמתעורר חשד סביר לנשיאת נשק שלא כדין או לשם שמירה על ביטחון הציבור; **חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה - חיפוש בגוף ונטילת אמצעי זיהוי), התשנ"ו-1996**, המסדיר את אופן עריכתם של חיפוש "חיצוני" ו"פנימי" בגוף האדם; סעיף 5(5) **לפקודת המשטרה [נוסח חדש], תשל"א-1971**, המסמך כל שוטר גם לחפש בכליו ובגופו של אדם שיש לו יסוד סביר לחשוד בו כי הוא מחזיק או מעביר רכוש גנוב או כל דבר שהחזקתו אינה חוקית.

חיפוש ללא צו שיפוטי: "חשד סביר" או "הסכמה מדעת"

7. ככלל, נוכח עיגון הזכות החוקתית לפרטיות בחוק יסוד, נדרש שחיפוש יתבצע על פי צו שופט. ברם, לעיתים מתעורר צורך דחוף לערוך חיפוש, אשר אינו מאפשר פניה לבית המשפט מבלי שתסוכל תכלית החיפוש. לכן, לשם הגשמת תכלית החיפוש, מאפשר החוק לשוטר, בנסיבות מסוימות, לערוך חיפוש על גופו של אדם, בכליו או בחצריו, אף ללא צו שופט.

8. סקירת הוראות החוק השונות, הנוגעות לסמכות לערוך חיפוש על גופו, בכליו או בחצריו של אדם ללא צו שיפוטי, מלמדת כי סמכות זו מותנית בקיומו של חשד סביר, לכך שאותו אדם מחזיק בחפץ כלשהו שהחזקתו אסורה או שהוא מושא לחיפוש על ידי המשטרה. 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) לפסד"פ קובע מבחן של "יסוד להניח" לעריכת חיפוש במקום מסוים). בהלכת **בן חיים** נקבע כי 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. אין מדובר בהגדרה ממצה וחד משמעית ויישומו 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.

כב' הנשיאה (בדימ') ד' ביניש פירטה בפסק דין **בן חיים** (פס' 16), בין היתר, כדלקמן:



"...נצביע בבחינת למעלה מן הדרוש על מספר אמות מידה שעשויות בנסיבות המתאימות לגבש חשד סביר כלפי אדם מסוים, כנדרש בהתאם להוראות החוק שאוזכרו 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".

9. שוטר רשאי אם כן לבסס חשדו על-פי מגוון של נתונים ועובדות שהגיעו לידיעתו במישרין, החל מן ההסתכלות הישירה על האירוע, וכלה בהבחנה באחד מחושיו האחרים (כגון הרחת ריח של סם); יכול גם שהחשד של השוטר יתבסס על טענותיו של צד שלישי, היינו אין הכרח שהחשדות היו תולדה של עובדות אותן חזה במו עיניו או חש בחושיו במישרין. הוא הדין לגבי דיווח או פניה של שוטר אחר, אשר על בסיסם מפעיל השוטר את סמכותו. עם זאת, על שוטר לפעול בדרך הגיונית וזהירה, ועל-כן חשד שהוא בגדר ניחוש גרידא - ואשר אינו מסתייע בעובדות, נסיבות או מידע אמין - אינו מספיק לצורך זה (השוו: בג"ץ 465/75 דגני נ' שר המשטרה, פ"ד ל(1) 337, 351-350).

10. הנה כי כן, "סבירות" החשד תיבחן על פי אמות מידה אובייקטיביות, כל מקרה לפי נסיבותיו ובהסתמך על רשימה לא סגורה של פרמטרים, כגון: שאלת קיומו של מידע בדבר ביצוע עבירה במקום (כגון בית או רכב); קיומו של מידע לגבי החשוד עצמו שבכוונתו לבצע עבירה; התנהגות מחשידה של החשוד; שעת הנוכחות במקום; ניסיונו ושיקול דעתו המקצועי של שוטר ועוד.

11. אוסיף כי 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, 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 ייזקף 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. מכאן, כאשר בהתאם לשיקול דעתו של שוטר בנסיבות מחשידות, שאינן עולות כדי "חשד סביר" או "יסוד להניח", מתבקשת הסכמה לביצוע חיפוש וככל שהסכמה זו היא אכן הסכמת אמת מצד האדם מושא החיפוש, הרי ניתן לקיים את



החיפוש; ובלבד שמתקיימים יתר התנאים הקבועים בחוק לעריכת חיפוש ללא צו שיפוטי.

שאלת חוקיות החיפוש ברכבו של המערער

12. במקרה שלפנינו, על מנת לקבוע האם החיפוש שנערך ברכב היה חוקי אם לאו, יש לבחון תחילה האם החשד, שקיין בליבו של השוטרי בעת שהחליט שיש לבצע חיפוש ברכבו של המערער, היה "סביר", היינו מבוסס דיו כדי להצדיק ביצוע חיפוש על אתר ללא צו שיפוטי.

13. אקדים לציין כי בתשתית העובדתית שנקבעה בהכרעת הדין בבית משפט קמא מיום 19.4.2020 (להלן: "הכרעת הדין") לא מצאתי בסיס מספק לקביעה בדבר קיומו של "חשד סביר" או "יסוד להניח" שפשע בוצע שם זה מקרוב, אשר הצדיק את עריכת החיפוש ברכבו של המערער.

14. חשוב להדגיש, סמכות החיפוש אינה נקבעת על-פי הממצאים שנתפסו בחיפוש, ובעניין זה אותם סמים המפורטים בכתב האישום ושהוצגו לבית משפט קמא. המועד הקובע לבחינת חוקיות החיפוש הוא זה שקודם לביצוע החיפוש ולא בדיעבד.

15. מעיון בכתב האישום ובהכרעת הדין עולה כי ביום 8.12.2018 בשעה 21:45 לערך, ערכו השוטרים חיפוש ברכבו של המערער, ובמהלכו נמצאו סמים מסוכנים מסוג 5F-ADB - במושב האחורי (232.79 גרם נטו) ובתא המטען (5.22 ק"ג נטו).

16. לפי הכרעת הדין, המפגש בין המערער לשוטרים, שלושה במספר, ארע בעת שהללו הורו למערער לעצור את רכבו לאחר שראוהו נוסע תוך הפרת חוקי תנועה בסמטאות שכונת התקווה.

להלן עיקרי הדברים הרלוונטיים שמסרו השוטרים בבית משפט קמא:

(א) השוטרי רס"ר איציק בראל (להלן: "בראל") ישב במושב שליד הנהג ברכב הבילוש המשטרתי. לדבריו, הוא ועמיתיו נסעו ברחוב טרפון, שהוא רחוב חד סטרי בשכונת התקווה בתל אביב, שבה הרחובות צרים וצפופים. מולם נסע המערער ברכבו נגד כיוון התנועה המותר. אז רכב המשטרה נסע אחרי רכבו של המערער, כאשר בית משפט קמא הוסיף כי בראל לא הבהיר הכיחד עברו שני הרכבים לנסוע באותו כיוון. לדברי בראל, המערער נסע מהר, במהירות שלא תאמה את תוואי הרחוב. ברחוב יקותיאל כרז למערער לעצור את רכבו. בראל יצא מהרכב המשטרתי, ניגש למערער, הזדהה כשוטרי וביקש ממנו להציג תעודת זהות. כשנשאל המערער למעשיו במקום, הוא השיב שחברתו מתגוררת באזור והוא אינו בן המקום, אלא מעטרת והוא הלך לאיבוד. לפי עדותו של בראל, "ההתנהלות עד לעצם הנקודה הזאת" עוררה את חשדו



"שמשו פלילי התנהל בעבר או עומד להתנהל", והוא ראה "צורך מהותי" לחפש ברכבו. בראל הוסיף בעדותו: "באותו רגע אני עוד לא יודע שום דבר. היס"ל שהתגבש אצלי בנקודה שעצרתי אותו ואחרי שהזדהיתי בפניו והוא הזדהה בפני, ואמר שהוא מעטרו, וכביכול הלך לאיבוד. סך כל הנקודות העלה בי את החשד שמשו פלילי שאני עוד לא יודע, ולצורך זה בעיני החיפוש ברכב היה מהותי להשלמת התמונה הכוללת". לאחר מכן, בראל ביצע חיפוש ברכבו של המערער, מבלי שביקש את הסכמתו. בראל נשאל בחקירתו הנגדית האם שמע מהמערער שהוא עובד בהובלות, והשיב שלא זכור לו.

בית משפט קמא ציין כי מדו"ח הפעולה שמילא בראל (1/ת) עלה כי ההתרחשות ארעה בשעה 21:45 לערך ביום 8.12.2018, והיא תוארה בעיקרו של דבר כפי שהעיד בראל בעדות הראשית. בית משפט קמא ציטט מחילופי הדברים שנאמרו בין בראל לבין המערער, כך לפי הדו"ח שמילא בראל: "שאלתי את הנהג מהיכן הוא? והוא ענה: עטרו. שאלתי מה מעשיו כאן? ענה: הלכתי לאיבוד, חברתי גרה בשכונת עזרא". בראל הוסיף וציין בדו"ח את הרקע לעריכת החיפוש, כך: "נסיעתו המהירה ותשובתו עוררו בי את החשד כי משו פלילי מתנהל. הודעתי לנהג שאני עומד לבצע חיפוש ברכב תוך כדי זה שהוא מסתכל על הנעשה".

(ב) השוטר רס"מ עוז עובד (להלן: "עובד"), ששימש ראש צוות הבילוש, הוא זה שנהג ברכב המשטרה. בהכרעת הדין נכתב כי עובד מסר בעדותו הראשית כך: "הסתובבנו ברחובות הקטנים של התקווה. במהלך נסיעה באחד הרחובות הקטנים זיהינו רכב שנסע באין כניסה. נסענו אחריו. הוא נסע קצת מהר בתוך הסמטאות הקטנות. כרזנו לו לעצור בצד. הוא עצר אחרי כמה מטרים. פרקנו אל הרכב והוצאנו את הנהג. שאלנו אותו מאיפה הוא, והוא אמר שהוא מירושלים. אם אני זוכר נכון, השוטר שהיה איתי איציק, ששוחח אתו גם, אמר לי שהוא רואה שקית של סמים בתוך האוטו נייס גאי, ומפה התגלגלנו לחיפוש ברכב". השוטר עובד מסר בחקירתו הנגדית, כפי שעולה גם מהכרעת הדין, שהחיפוש ברכבו של המערער נערך לאחר שהשוטר בראל, אשר ניגש ראשון לשוחח עם המערער, ראה ומצא שקית נייס גאי ברכבו של המערער ואמר זאת לשוטרים האחרים. עובד התייחס בעדותו לעניין החשד שעל בסיסו בוצע החיפוש וכך מסר: "מה שהעלה לנו את החשד זה הנהיגה הפרועה שלו בסמטאות, זה שהאדם לפי מה שאמר בהתחלה בכלל לא תושב המקום, שאמר שגר בירושלים. נדמה לי שזה היה ביום שישי בשעות לילה. זה מספיק כדי לחשוד שיש משו פלילי שאנו צריכים לבדוק...". בתשובה לשאלה: "מה זה המשו הפלילי שבגללו קיבלתם החלטה שצריך לבצע חיפוש ברכב?" השיב עובד: "יכול להיות סמים. יכול להיות רכוש מדירה שנפרצה. יכול להיות רכב משובר". לשאלת הסניגורית הוסיף שהשוטרים בדקו וראו שרכבו של המערער "לא משובר". לדברי עובד, מצב העניינים הצדיק עריכת חיפוש ובדיקה.

בית משפט קמא ציין כי בדו"ח הפעולה שמילא השוטר עובד (12/ת) הופיע תיאור דומה לזה שתיאר בעדותו הראשית, על אודות רכב "שנוסע באין כניסה ברחוב טרפון" ואחר כך "נוסע במהירות ברחובות התקווה". צוין כי לפי דו"ח זה, השוטר עובד חיפש בחלקו האחורי של הרכב



"לאחר שנתפס שם סם על ידי השוטרי איציק", אך לא נכתב בדו"ח שמציאת הסם או ההבחנה בו על ידי בראל קדמו להחלטה על עריכת החיפוש.

(ג) השוטרי רס"ר אלכסיי (אלי) מטבייב (להלן: "**מטבייב**"), שימש חלק מצוות הבילוש וישב במושב האחורי של הרכב המשטרתי בעת הסיוור השגרתי בשכונת התקווה. בהכרעת הדין צוין כי מטבייב מסר בעדותו שרכבו של המערער "נכנס לרחוב חד כיווני באין כניסה". הוא ויתר השוטרים נסעו אחרי רכבו של המערער וראו אותו "מבצע פניות ולא עוצר בעצור". לדברי מטבייב הוא היה הראשון שהגיע לרכבו של המערער וביקש ממנו לכבות ולמסור לו את המפתחות. לאחר מכן נעמד ליד המערער בעת שהשוטרי בראל ביצע חיפוש ברכב. בחקירתו הנגדית מסר מטבייב שהמערער לא ציית למספר תמרורי עצור ולא לאחד בלבד. לדבריו, הרכב המשטרתי נסע אחרי המערער במשך דקה שתיים לפני שהורו לו לעצור. מטבייב מסר שהוא עצמו לא היה מעורב בהחלטה להורות למערער לעצור ואינו יודע מדוע החליט השוטרי בראל לערוך חיפוש ברכבו של המערער. צוין כי מטבייב העיד שלשאלתו של השוטרי בראל השיב המערער שהוא עובד בהובלות.

בית משפט קמא ציין כי בדו"ח הפעולה שמילא מטבייב (**ת/21**) הופיע תיאור דומה לזה שתיאר את הדברים בעדותו הראשית למעט מספר הבדלים קטנים. צוין כי המערער נשאל על ידי השוטרי בראל: "מה אתה עושה כאן?", והשיב שהוא עובד בהובלות.

17. הנה כי כן, שלושה שוטרים יצאו לדרך לסיוור שגרתי בשכונת התקווה. ביושבם ברכב הבילוש צפו השוטרים ברכבו של המערער, כשהוא נוסע בניגוד לכיוון התנועה המותר במהירות גבוהה, שלא תאמה את תוואי הרחוב הצר והצפוף. השוטרים המשיכו בנסיעה אחרי המערער וכרזו לו לעצור.

בראל מסר בעדותו כי הוא כרז למערער לעצור את רכבו, ניגש אליו, הזדהה כשוטרי וביקש ממנו להציג בפניו תעודת זהות, וכך נעשה. מטבייב מצדו העיד שהוא הראשון מבין השוטרים שניגש למערער, הזדהה כשוטרי וביקש ממנו לדומם את הרכב ולמסור לידיה את המפתחות, וכך נעשה. מטבייב העיד כי בראל שאל את המערער למעשיו במקום והאחרון השיב לו שהוא עובד בהובלות, אך בראל מצדו כלל לא זכר האם בינו לבין המערער התקיימה שיחה שכזו.

בראל מסר בעדותו כי היס"ל ("יסוד סביר להניח"), היינו ה"חשד הסביר", אשר הצדיק לשיטתו את החיפוש ברכבו של המערער, התגבש אצלו בנסיבות המפורטות לעיל, לאחר שהמערער מסר כי אָבֵד בדרכו, משום שאינו מהאזור, שבו מתגוררת חברתו, אלא הוא גר בעטרת.

השוטרי עובד, ששימש כאמור ראש צוות הבילוש, העיד כי בראל מסר לו שהוא ראה שקית סמים מסוג "נייס גאיי" בתוך רכבו של המערער, ואז נעשה החיפוש ברכב שגם הוא עצמו לקח בו חלק. חשוב לציין כי בראל כלל לא מסר בעדותו כי ראה שקית סם מכל סוג שהוא עובר לעריכת החיפוש, והדבר אף לא נזכר בדו"ח



הפעולה שמילא בראל ב"תחנת משטרת שכונות" כחצי שעה בלבד לאחר האירוע (ת/1). ואילו השוטרים
מטבייב מסר כאמור שהוא לא היה מעורב בהחלטה להורות למערער לעצור ולא ידע לומר מדוע החליט
השוטר בראל לערוך חיפוש ברכבו.

18. עיון בעדויות השוטרים, כפי שפורטו בהכרעת הדין, מעלה כי נתגלו פגמים ניכרים בין גרסאותיהם,
המערער לשיטת תמיהות לא מעטות. בית משפט קמא, אשר התרשם מאותן עדויות באופן בלתי אמצעי,
מצא לבסס קביעותיו מגזירת "קו משותף עקבי וברור", כך כלשונו, מעדויות השוטרים, ואין לי אלא להלך
בנתיב דרכו של בית משפט קמא על יסודות קביעותיו העובדתיות.

בית משפט קמא קבע כי השוטרים הורו למערער לעצור את רכבו לאחר שראוהו מפר חוקי תנועה, בכך
שנסע במהירות, נגד כיוון התנועה, ברחוב חד סטרי בסמטאות שכונת התקווה.

באשר למהירות נסיעתו של המערער, בחר בית משפט קמא לאמץ את גרסתו של השוטרים בראל, לפיה
המערער נסע מהר מכפי שהתאים לתנאי הדרך. בית משפט קמא הביא בחשבון גם את עדותו של השוטרים
עובד, לפיה המערער נסע "קצת מהר", והגיע למסקנה כי המערער לא נסע "במהירות קיצונית".

כמו כן, בית משפט קמא קבע כי לא הוכח שהמערער נמנע מלציית לתמרורי עצור במהלך נסיעתו.

מכאן, על יסוד קביעותיו העובדתיות של בית משפט קמא, ספק בעיני האם היה מקום לכנות בהמשך הכרעת
הדין את נהיגתו של המערער כ"נהיגה פרועה".

בנוסף לכך, בית משפט קמא העדיף את גרסתו של השוטרים בראל על פני זו של השוטרים עובד וקבע כי בראל
החליט לבצע חיפוש ברכבו, לאחר ששאל את המערער על מענו והאחרון השיב לו שהוא מעטרת שליד
ירושלים, וכשנשאל למעשיו במקום, אמר שחברתו מתגוררת בשכונת עזרא הסמוכה והוא אבד בדרכו. בית
משפט קמא קבע כי בראל לא הבחין בסמים שבמושב האחורי בטרם תחילת החיפוש ברכבו של המערער.

19. בית משפט קמא קבע, אם כן, כי עבירות התנועה שביצע המערער לנגד עיני השוטרים, הקימו ללא ספק
סמכות לשוטרים לעכבו ולברר את זהותו ומענו, לפי סעיפים 67 ו-69 לחוק המעצרים.

20. במענה לשאלה האם אופן נהיגתו של המערער בצירוף תשובותיו לשוטרים הקימו חשד סביר שהצדיק חיפוש
ברכבו בהתאם לסטנדרט הראייתי הנדרש נקבע בהכרעת הדין כי החשד הינו "גבולי במבחני החשד הסביר
בהקשר של עריכת חיפוש ברכב".

בית משפט קמא קבע כי עצם ביצוען של עבירות תנועה אינו מצדיק עריכת חיפוש משטרתי ברכבו של אדם.



יתר על כן, נקבע כי המערער ציית להנחיות השוטרים, עצר מיד את רכבו כשהתבקש, כיבה את המנוע ומסר את המפתחות כשהתבקש. לצד זאת, נקבע כי תשובותיו של המערער לשאלות השוטרים יכולות היו לעורר חשד מסוים. זאת, לא רק כיוון שלא נתן "סיבה טובה" להימצאו במקום, אלא אולי גם כיוון שהציפיה היא שאדם שאבד בדרכו יסע לאט ולא מהר. עם זאת, בית משפט קמא הוסיף כי אין זה מופרך לחשוב שאדם שנקלע למקום שאינו מכיר, יכנס בטעות לסמטה חשוכה נגד כיוון התנועה המותר בה, ואולי אף ינסה לצאת מן הסמטאות במהירות למקום מואר ומוכר.

בית משפט קמא הוסיף כי חשדם של השוטרים לא היה מוגדר כלל - השוטרים כלל לא ידעו לומר האם חשדו בכך שבוצעה עבירה או שעתידיה הייתה להתבצע עבירה ובאיזו עבירה מדובר.

לבסוף, בית משפט קמא הגיע למסקנה כי "ההכרעה בשאלה מאיזה צד של גבול הסבירות של החשד היה חשדם של השוטרים במקרה זה אינה נדרשת לשם הכרעה בתיק. זאת, כיוון שגם אם היא נמצאת צמוד לגבול מצדו התחתון, כך שלא קם חשד סביר המקיים סמכות חיפוש, עדיין כלל פסילת הראיות ה'יחסי' שהורתו בע"פ 5121/98 טור' רפאל יששכרוב נ' התובע הצבאי הראשי (2006) מחייב לקבל כראיות את ממצאי החיפוש במכונית".

21. אבהיר, מקובלים עלי טעמי בית משפט קמא, לפיהם עצם ביצוען של עבירות תעבורה אינו מצדיק עריכת חיפוש משטרתי ברכבו של אדם. יתר על כן, נקבע כאמור כי המערער ציית להנחיות השוטרים, עצר מיד את רכבו, נענה לדרישתם לכבות את מנוע הרכב ומסר לידם את המפתחות. עוד מקובלת עלי כאפשרות סבירה, אותה הביא בית משפט קמא בהכרעת הדין, כי אדם שנקלע למקום שאינו מכיר עשוי להיכנס בטעות לסמטה חשוכה נגד כיוון התנועה המותר בה, ועל כן ינסה לצאת מן הסמטאות במהירות למקום מואר ומוכר. בהקשר זה אין לשלול רצון אפשרי, וסביר לטעמי, לצאת במהירות מאותה סמטה, אך בשל כך שנקלע אליה תוך נסיעה בניגוד לכיוון התנועה המותר.

22. אכן, משנצפה המערער נוסע ברכב במהירות גבוהה מזו המותרת לתנאי הדרך, ולבטח עת נסע בניגוד לכיוון התנועה המותר, די היה בכך כדי להקים לשוטרים סמכות להורות למערער לעצור את רכבו בצד הדרך, לעכו ולברר את זהותו ומענו, מכוח סעי' 67 ו-69 לחוק המעצרים. מעצר ועיכוב לפי חוק המעצרים נועדו להגשים את התכלית הקבועה בהם - ובראשה בחינת חשד לביצועה של עבירה בת מעצר, בעבר או בעתיד. יתר על כן, סמכות העיכוב קמה לא רק כאשר קיים חשד סביר לביצועה של עבירה, אלא גם מכוח סעיף 9(ב) לתקנות התעבורה, התשכ"א-1961 בשילוב עם סעיף 69 לחוק המעצרים, אשר על פיהם מוטלת חובה על כל נהג רכב להציג רישיון או תעודה אחרת לדרישת השוטר, וכאשר הוקנתה בחיקוק סמכות לדרוש מאדם הצגת מסמכים, רשאי בעל הסמכות לעכב אדם או כלי רכב על מנת לאפשר חיפוש או עיון במסמכים. המשטרה רשאית אם כן להגביל את חירות התנועה של אדם ולעכב כלי רכב בהתאם, אך זאת תוך איזון פרטני בין הזכויות והאינטרסים השונים.

23. אולם, כפי שקבע בית משפט קמא, והדברים מקובלים עלי, בנסיבות המקרה, לא היה די עד כאן כדי להקים



חשד סביר לחיפוש ברכבו של המערער. נשאלת אם כן השאלה האם היה בתשובות המערער לשאלותיו של השוטר בראל לפשר מעשיו במקום, כי הוא "הלך לאיבוד, וחברתו גרה באזור, והוא לא מהאזור" אלא מעטרות, כדי להצדיק את החשד שקינן בלבו של השוטר בראל, לפיו "משהו פלילי התנהל בעבר או עומד להתנהל", וכי מדובר במשהו פלילי שהוא לא יודע, כפי שמסר בעדותו בבית משפט קמא.

24. כפי שנקבע וצוין, מבחן החשד הסביר לצורך עריכת חיפוש הוא בעיקרו מבחן אובייקטיבי שבו נדרש בית המשפט להעריך את סבירות שיקול דעתו של השוטר שערך את החיפוש לשם הכרעה בשאלת חוקיות החיפוש. 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.

25. לאחר שנתתי דעתי לכלל הנסיבות, ובהתבסס על קביעות בית משפט קמא באשר למסכת העובדתית שארעה, נחה דעתי כי שיקול הדעת של השוטר אשר הוביל לביצוע החיפוש ברכב חרג ממתחם הסבירות, ואף לא ניתן למקמו בשוליו של מתחם זה. ואנמק מסקנתי.

במקרה דנא, פעילות השוטרים ביחס למערער הייתה אקראית, במהלך פעילות שגרתית (ראו דו"חות השוטרים **1/ת**, **12/ת**, **21/ת**), ולא כזו אשר התבססה על מידע מודיעיני או ראיות אחרות.

המערער לא נמלט מהשוטרים ולא ניסה לחמוק מהם, אלא עצר את רכבו כשכרזו לו לעצור, דימם את מנוע הרכב ומסר את המפתחות לשוטר מטבייב, כפי שהתבקש.

לא נטען ולא נקבע, כי התנהלותו של המערער כשלעצמה עוררה חשד כלשהו, או שזוהו סממנים שאולי היה בהם כדי לחזק קיומו של לחץ ומתח חריגים מצד המערער, כגון: רעד, הזעת יתר, אדמומיות, קוצר נשימה וכד'; לא נשמעה כל טענה כי המערער ניסה לברוח מהרכב, לשנות את מיקומו ברכב, להסתיר חפצים, או כל התנהגות חריגה אחרת, שיתכן ויכלו לעורר חשד מסוים שהמערער מסתיר דבר מה, או מחזיק דבר מה אסור.

נתוני המקום והזמן אף הם לא הצריכו לעורר חשד מסוים. כאמור לכל אדם שמורה זכות התנועה בכל עת ובכל מקום, בכפוף לכל דין. נסיעה ברכב בשעת לילה מאוחרת אין בה, כשלעצמה, כדי להצדיק עריכת חיפוש ברכב. ובכל זאת, לעתים הימצאות אדם, ברכב, ברגל או בדרך אחרת, במקום או בזמן מסוימים, עשויה לתרום לעצמת החשד הסביר, באשר לפשר מעשיו במקום. ברם, במקרה דנא, המדובר על אירוע שהתרחש בשעה 21:45 או בסמוך לכך, שהיא שעת ערב לא מאוחרת במיוחד, לבטח כשמדובר במוצאי שבת, בעת שרבים נוהגים להימצא מחוץ לבתיהם. המקום - רחובות שכונת התקווה שבתל אביב, אזור בנוי ומיושב שהנסיעה בו כשלעצמה אינה מעוררת כל חשד. בנתונים אלה לבדם, אין כל חריג, לבטח לא כזה המעורר חשד סביר המצדיק חיפוש.



נותרנו אפוא עם הסברי המערער בפני השוטרים לפשר נסיעתו במקום, לפיהם אבדה דרכו באותן סמטאות, בדרכו לבית חברתו המתגוררת בשכונת עזרא הסמוכה, בצינו שהוא עצמו לא מהאזור אלא מעטרת. דבריו אלו של המערער, על רקע אופן נסיעתו, מניחים על פניהם את הדעת, סבירם ולבטח לא מופרכים מעיקרם או מעוררים חשד.

יתר על כן, מעיון בראיות שהוגשו לבית משפט קמא, ובכללן ההודעות שנגבו מהמערער, עולה שבכולן נכתב כי כתובת מגוריו של המערער הינה "שכונת שדה תעופה 1 ירושלים". במרשם הפלילי צוין כי כתובת המערער הינה: "רח' שכ' שדה תעופה עטרת ירושלים", וכך גם נרשם בכתרת כתב האישום שהוגש לבית משפט קמא. מכאן, שמסמכי ההזדהות של המערער, כפי שהוצגו בפני השוטרים בשטח, אימתו את דבריו כי הוא גר בעטרת.

תשובות המערער לשאלות השוטרים, שלשיתתי כאמור היו מניחות את הדעת וסבירות לחלוטין, לבטח בהתחשב במעמד המרגש של מפגש בין שוטר לאזרח שלא רבים רגילים לו, עוררו כאמור חשד אצל השוטר בראל. אולם, השוטר בראל כלל לא ידע לספר בבית משפט קמא על אודות חשד פלילי קונקרטי, אלא רק חשד כללי, שלפי תחושתו **"התנהל משהו פלילי או הולך להתנהל"**, והוסיף כי **"בשביל לקבל תמונה כוללת, החיפוש ברכב בשלב זה הוא בעיני מהותי"**. השוטר עובד, ראש צוות הבילוש השוטר, שגרסתו לפיה בראל הבחין בסמים במושב האחורי של הרכב בטרם תחילת החיפוש נדחתה על ידי בית משפט קמא, מסר בעדותו אמירה כללית וגורפת אשר לחשד הסביר בשלו ערכו את החיפוש, כך: **"יכול להיות סמים. יכול להיות רכוש מדירה שנפרצה. יכול להיות רכב משובלר"**. מיד בהמשך עדותו נשאל האם מדובר היה ב"רכב משובלר" והשיב בשלילה. ואילו השוטר מטביב כלל לא ידע לספר לבית משפט קמא על מה התבסס החשד הסביר לביצוע החיפוש, על אף שלדבריו היה הראשון שפנה אל המערער ועמד לצדו של השוטר בראל. ואכן, בית משפט קמא קבע בהכרעת הדין כי: **"השוטרים כלל לא ידעו לומר אם חשדו בכך שבוצעה עבירה או שעתידה הייתה להתבצע עבירה ובאיזו עבירה מדובר"**.

26. כאמור, הדרישה לחשד סביר היא דרישת סף מינימליסטית, אשר תכליתה לספק הגנה אלמנטרית לזכות הבסיסית לפרטיות. היא מציבה רף נמוך למדי, אך חיוני, של תשתית אובייקטיבית, הניתנת לבחינה, העשויה להצדיק פגיעה בזכות היסוד של הפרט (ראו: **בן חיים**, פס' 16). בהקשר זה, לא ניתן לקבל פירוש המסתפק בכך שחיפוש דרוש על פי דעתו הסובייקטיבית של שוטר. בפירוש שכזה טמון סיכון ממשי לשרירותיות וגחמנות, והוא אינו עולה בקנה אחד עם עיגונה החוקתי של זכות היסוד לפרטיות בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (ע"פ (מח' י-ם) 2431-09-14 **ליאת פדר נ' מדינת ישראל** (4.6.2015)).

27. אזכיר שוב מושכלות ראשונים כי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו קובע, כזכות חוקתית, את הזכות לפרטיות. סעיף 7(א) לחוק היסוד קובע, כי "כל אדם זכאי לפרטיות ולצנעת חייו". בהמשך לכך, סעיף 7(ג) לחוק היסוד קובע כי "אין עורכים חיפוש ברשות היחיד של אדם, על גופו, בגופו ובכליו". כלי רכב פרטי הוא במובהק חלק מרשות היחיד של אדם. יש לגביו ציפייה סבירה, לגיטימית ומתבקשת לפרטיות. אכן, עוצמתה של ציפייה זו



אינה זהה לחלוטין לעוצמת הציפייה לפרטיות בביתו של אדם. הטעם העיקרי לכך נעוץ בעובדה, שכלי רכב נע בדרכים ציבוריות. התנועה הממונעת היא פעילות שטמון בה סיכון לעוברים בדרך. לפיכך, טעמים שענינם שמירה על בטיחות הציבור מחייבים פיקוח ובקרה של גורמי אכיפת החוק. לשם כך, מוקנות לגורמים אלה סמכויות שונות בדין. ברם, מעבר לכך, קיימת לנהג של כלי רכב פרטי ציפייה לגיטימית וסבירה לפרטיות בכלי רכבו. חיפוש הוא פעולה פולשנית, אשר טמונה בה פגיעה מהותית בזכות האמורה. נקודת המוצא החוקתית, הקבועה בסעיף 7(ג) לחוק היסוד הנ"ל, היא כי לפרט יש זכות שחיפוש כאמור לא יבוצע ברשות היחיד שלו.

המשטרה כידוע היא גורם שלטוני, והשוטרים הפועלים בשמה, כפופים לכללי היסוד של המשפט המנהלי. כללים אלה מחייבים, בין היתר, קיומה של תשתית עובדתית מינימלית, כתנאי לפגיעה בזכות יסוד של הפרט (ראו: בג"צ 987/94 יורונט קווי זהב (1982) בע"מ נ' שרת התקשורת, פ"ד מח(5) 412 (1994)). ואכן, נפסק לא אחת כי סמכות שלטונית שמופעלת בשירות וללא כל מגבלה יש בה משום פגיעה בכבודו של אדם ואף באוטונומיה שלו (ראו: בג"ץ 953/87 פורז נ' ראש עיריית תל אביב-יפו, פ"ד מב(2) 309, 332 (1988)).

28. אמנם, המערער נצפה מבצע לכאורה עבירות תעבורה, בשל נסיעה מהירה שלא בכיוון התנועה המותר, וחלילה ישתמע מדברי כי יש להקל בכך ראש, אך לא הוצגה תשתית ראייתית לגיבוש חשד סביר לחיפוש ברכבו, בשל ביצוע עבירה המצדיקה זאת, לרבות עבירה לפי פקודת הסמים המסוכנים. אפשר להניח, לכל היותר, כי לשוטרים היו חששות או ספקות שהתעוררו בקרבם למראה המערער, ולו על רקע אופן נסיעתו, אולם אלה לבטח לא עלו לכדי "חשד סביר", המצדיק חיפוש ברכבו, בהינתן תשובותיו לשאלות השוטרים, שהיו סבירות לחלוטין ולא נסתרו במעמד החיפוש. בהקשר זה סבורני כי קבלת עמדה, לפיה יכול שיעשה חיפוש בכלי רכב פרטי בלא קיומו של חשד סביר קונקרטי לעבירה המצדיקה זאת, פירושה פגיעה אנושה בזכות לפרטיות. קשה ליישב פגיעה שכזו עם ערכים בסיסיים של חירות ופרטיות, המזוהים עם מדינה דמוקרטית, כפי שאלה עוגנו בחוק היסוד.

29. מהמסכת העובדתית שנקבעה בבית משפט קמא עולה כי השוטר בראל ובעקבותיו השוטר עובד נחפז לבצע חיפוש בהסתמך על חששות או ספקות סובייקטיביים שהתעוררו ביחס למערער. הקפדה על קיומו של חשד סביר טרם ביצוע חיפוש ברשות היחיד היא ערובה הכרחית לשם ההגנה על זכויות הפרט, כפי שאלה מעוגנות בחוק יסוד כבוד האדם וחירותו ובפסיקת בית המשפט העליון. לכן, בענייננו, גם אם הייתה לשוטרים תחושה שהמערער הסתיר דבר מה, או החזיק דבר מה אסור, עדיין חלה עליהם החובה להקפיד בפרטיותו, ולפעול בדיוקנות בהתקיימן של עילות לביצוע החיפוש, על פי כל כללי החיפוש הקבועים בדין.

30. על-כן, בכל הכבוד והיקר, לא אוכל לצרף דעתי לדעת חברי הנכבדים להרכב זה. לו דעתי נשמעה, הייתה מתקבלת המסקנה, על יסוד הנתונים והקביעות שפורטו בהכרעת דינו של בית משפט קמא, כי השוטרים נטלו לעצמם סמכות שלא הוקנתה להם לצורך ביצוע החיפוש ברכבו של המערער, והם פעלו באופן שרירותי תוך פגיעה בזכויות המערער, ביניהן זכותו לכבוד, לחופש תנועה, לקניין ובעיקר זכותו לפרטיות.

31. אטעים כי למסקנה אחרת הייתי מגיע במקרה דנא, בדבר קיומו של חשד סביר שהצדיק עריכת חיפוש ברכב



אף ללא צו שיפוטי, לו למשל הייתה מתקבלת כקביעה עובדתית גרסתו של השוטר עובד, לפיה השוטר בראל זיהה שקית עם סמים המונחת בתוך הרכב בטרם נערך החיפוש. למסקנה דומה הייתי מגיע לו היה נקבע כי המערער האיץ את מהירות נסיעתו ואף נסע בניגוד לכיוון התנועה המותר, לאחר שנוכח כי שוטרים דולקים אחריו באותן סמטאות, מתוך רצון להימלט מפניהם.

32. אציין כי אין בידי לקבל את סברת ב"כ המערער, שהועלתה לראשונה בדיון שהתקיים לפנינו, כי מוצאו הערבי של המערער עמד ברקע ההחלטה לביצוע החיפוש, בהעדר כל ראיה לכך ומבלי שהדברים הוצגו ונבחנו על ידי בית משפט קמא.

33. בהקשר זה, יפה לעניינו את שנכתב בספרה של רינת קיטאי סגל'רו **המעצר: שלילת החירות טרם הכרעת הדין** 85 (2011), כך:

"ניתן, כמו כן, לעכב כלי רכב לשם חיפוש גם בהיעדר חשד ספציפי כלפי נהג הרכב ונוסעיו אם יש לשוטר יסוד סביר לחשוד שבוצעה עבירה, או שעומדת להתבצע עבירת ביטחון או שיש הסתברות גבוהה שעומדת להתבצע עבירה אחרת, ושחיפוש יכול להביא לאיתור מבצע העבירה, קורבנה או ראיה שקשורה בעבירה. יש צורך, עם זאת, בחשד סביר לביצועה של עבירה קונקרטית, ואין די בחשד לביצוע עבירות באופן כללי, שכן ניתן להניח כי לו היה נערך חיפוש באופן סדיר בכל כלי הרכב, ניתן היה למצוא סמים לא חוקיים בחלק קטן מהם. אולם המחיר של הקניית סמכות זו היה פגיעה בשגרת חייהם של אזרחים רבים".

34. בהיעדר חשד סביר היה על השוטרים לקבל "הסכמה מדעת" מהמערער לביצוע החיפוש ברכבו (ראו פ"ד בן חיים), אך כאמור אין חולק כי השוטרים כלל לא ביקשו הסכמה שכזו מהמערער.

35. מכאן, על יסוד קביעותיו העובדתיות של בית משפט קמא וטעמיו, מתחייבת לשיטתי המסקנה כי החיפוש ברכבו של המערער בוצע ללא כל סמכות בדיון, משלא התקיימה בו דרישת הסף הראייתית של חשד סביר, ומשלא נתבקשה ונתקבלה הסכמתו מדעת לעריכת החיפוש.

שאלת חוקיות החיפוש במקום מגוריו של המערער

36. לפי כתב האישום, עוד באותו היום, בשעה 23:10 לערך, נמצא כי המערער החזיק במשאית שהוסבה לבית מגורים עבורו, ברחוב כרמי 2 בתל אביב, סמים מסוכנים שלא לצריכתו העצמית ובניגוד לדיון, באופן הבא: 2 טבליות של סם מסוג MDMA, שנמצאו בחפיסת מסטיקים שהוחבאה מאחורי הטלוויזיה; ויחידה אחת של סם מסוג 5F-ADB עטופה בשקית שחורה ועליה כיתוב "מיסטר נייס גאי", שנמצאה בארון שירות בחצר.



37. בהכרעת הדין נכתב כי השוטר עובד, ששימש כאמור ראש צוות הבילוש, מסר בעדותו כי לאחר שנמצאו הסמים ברכבו של המערער, הם עצרו אותו והובילו אותו לתחנה, ומשם יצאו לחיפוש בביתו, שהוא משאית שהוסבה לדירת חדר. בתוך הדירה נמצאו סמים נוספים. צוין כי בדו"ח הפעולה שמילא השוטר עובד (ת/11) נכתב כי "בהמשך למעצרו" של המערער הוא נשאל היכן הוא גר והשיב שהוא גר בירושלים, ואז לקח אותו השוטר לרחוב כרמי 2 בתל אביב. אציין כי לא הוצגה אסמכתא ממנה ניתן להסיק הכיצד התגלתה כתובת מגוריו של המערער בתל אביב. השוטר עובד לא ידע להסביר הכיצד ידעו השוטרים שהמערער מתגורר בתל אביב, כשקודם לכן אמר להם שהוא גר בירושלים. המערער הובא למקום ומסר שהוא מתגורר במשאית שהוסבה לדירה ובצרור המפתחות שלו נמצא מפתח לכניסה. השוטר עובד העיד שמסר למערער על זכותו לנוכחות עדים בחיפוש, אך הוא סירב, ואמר: "תחפש בבית. אין בעיה", ולכן החיפוש נערך ללא עדים. לטענת עובד, רק לאחרונה החלו להחתים מחזיקים בנכס שבו עומדים לבצע חיפוש על ויתור על נוכחות עדים בחיפוש, ולכן המערער לא הוחתם על כך. צוין כי בדו"ח החיפוש (ת/13) לא פורט הטעם לכך שהחיפוש נערך ללא עדים. עוד צוין כי בחקירתו הנגדית מסר השוטר עובד כי אינו יודע מדוע לא נתבקש צו חיפוש לפני שהשוטרים הלכו לערוך חיפוש בביתו של המערער, אך מסר שהוא מניח "שמחשש להעלמה". כשנשאל "העלמה על ידי מי?" השיב שאינו יודע.

עוד צוין בהכרעת הדין כי השוטר מטבייב מסר בעדותו כי לאחר החיפוש ברכבו של המערער, הוא לקח את המערער לתחנה וישב עמו בתא העצורים. בשלב מסוים ראש הצוות, השוטר עובד, ביקש ממנו להביא את המערער לניידת והם נסעו יחדיו לרחוב כרמי 2 בתל אביב, שם הייתה משאית שהוסבה לדירה. הם נכנסו לדירה ומטבייב מצא בא לדבריו קופסת מסטיקים ובתוכה שניים וחצי כדורים של חומר שחשד כי הוא אקסטזי. לדבריו, "יש חצר שמשויכת לבית ומגודרת", ובארון בחצר זו מצא שקית שבתוכה חומר שחשד שהוא סם מסוג "נייס גאי" (9 גרם ברוטו לפי בדיקתו). בית משפט קמא ציין כי עדותו הראשית של השוטר מטבייב הייתה חזרה מדיוקת על האמור בדו"ח הפעולה שכתב (ת/21). לשוטר מטבייב לא היה הסבר מדוע בוצע החיפוש בדירת המערער ללא צו חיפוש. לדבריו, הוא עצמו ערך את החיפוש בהוראת מפקד הצוות השוטר עובד שהיה גם אחראי לסוגיית נוכחות עדים בחיפוש.

38. צוין כי שרשרת הראיות בעניין הממצאים שנתפסו בחיפוש הייתה תקינה, ואולם במעבדה נבדקו רק שניים מהכדורים, והחומר שנמצא בארון זוהה כסם מסוג 5F-ADB, אך לא צוין משקלו. לפיכך, נקבע בהתאם לנטען בכתב האישום, כי רק לגבי שניים מהכדורים מדובר ב-MDMA ושאר הכדורים נמצאו כמות קטנה ולא ידועה של סם מסוג 5F-ADB.

39. בנוגע לעריכת החיפוש ללא נוכחות עדים, מצא בית משפט קמא כמהימנה את עדותו של השוטר עובד, לפיה המערער סירב לנוכחות עדים. נקבע כי נפל פגם בכך שבדו"ח החיפוש (ת/13) לא סומנה הסיבה לכך שהחיפוש נערך ללא עדים, ובכך לא קוימה לכאורה הדרישה לפירוט הבקשה בפרוטוקול החיפוש בהתאם להוראות סעיף 26(א)(3) לפסד"פ. ואולם, כך נקבע, חומרתו של פגם זה מצומצמת, היות שסירובו של המערער לנוכחות עדים תועדה בדו"ח הפעולה שמילא השוטר עובד (ת/11) דקות אחדות לאחר שנערך דו"ח החיפוש.



40. בנוגע לעריכת החיפוש מבלי שהתבקש צו חיפוש, ציין בית משפט קמא כי: "כאשר מחליט שוטר לערוך חיפוש בביתו של אדם ללא צו חיפוש, עליו לעשות זאת לאחר מחשבה. כלומר, כדבר ראשון עליו לשקול לבקש צו חיפוש מבית המשפט, ורק אם הוא מגיע לכלל מסקנה כי לנוכח הנסיבות הספציפיות אין מקום לבקש צו כזה, יחליט לערוך את החיפוש ללא צו".

בית משפט קמא קבע כי נפל פגם בפעולתם של השוטרים משום שהחיפוש נערך מבלי שקיבלו צו חיפוש. צוין כי אמנם הועלתה השערה הגיונית שהסיבה לכך היא חשש להעלמת ראיות, אך העובדה שהשוטר נאלץ לשער השערות בעניין זה נובעת מכך, שאיש מן השוטרים לא נימק בזמן אמת את סיבת עריכת החיפוש ללא צו. בנסיבות אלה הניח בית משפט קמא לחובת השוטרים כי כלל לא שקלו לפנות בבקשה לקבל צו חיפוש בטרם החליטו לערכו ללא צו.

41. בית משפט קמא נתן דעתו לשאלה האם העובדה שהחיפוש בביתו של המערער נערך ללא צו מצדיקה את פסילת ממצאיו, והשיב על כך בשלילה, מהטעמים הבאים:

(א) לשוטרים קמה סמכות חיפוש ללא צו לפי הוראות סעיף 25(1) לפסד"פ, לאחר שנמצאו יותר מ-5 ק"ג של סמים ברכב שבו נהג המערער, ומכאן שהיה לשוטרים יסוד להניח שגם במקום מגוריו מוחזקת כמות גדולה של סמים שהחזקתה היא פשע.

(ב) לנוכח ממצאי החיפוש ברכבו של המערער סביר להניח כי אילו השוטרים היו פונים לבית המשפט בבקשה לקבלת צו, בקשה זו הייתה נענית, והסמים שנמצאו בביתו של המערער היו נמצאים ממילא בחיפוש מכוח צו.

(ג) החיפוש נערך לקראת השעה חצות ביום שישי בשבוע, שעה שכלל לא ניתן לקבל בה צווי חיפוש שגרתיים מבית המשפט, כך שהמתנה לצו הייתה מעכבת את החקירה, מגדילה באופן משמעותי את מסגרת הזמן שבה אפשר להעלים את הראיות, ואולי אף מביאה להתארכות תקופת המעצר לפני הגשת כתב אישום.

(ד) מדובר בראיות "חפציות" שקיומן אינו תולדה של החיפוש ואמינותן אינו מושפעת מחוקיותו של החיפוש.

(ה) בהתייחס לנזק החברתי שיגרם כתוצאה מקבלת הראיות או מפסילתן צוין כי מדובר בראיות לביצוע עבירה שהינה קלה בהרבה, בשל הכמויות הקטנות מאד של הסמים שנתפסו בביתו של המערער, אשר משמעותה קטנה מאד לעומת החזקת הכמות הגדולה מאד של הסמים שנמצאו ברכב, והנזק מפסילת ראיות אלה יהיה זניח. אולם, העובדה שקבוצת שיקולים זו, במסגרת הפסילה הפסיקתית מאפשרת את פסילתן, אינה מחייבת את הפסילה.



42. בית משפט קמא נמנע מגיבוש מסקנה באשר לחוקיות החיפוש, בהעדר צו שיפוטי, אלא מיקד את הדיון בקבילות ממצאיו. לדידי, על יסוד קביעותיו העובדתיות של בית משפט קמא, מתבקשת המסקנה כי גם החיפוש בביתו של המערער בוצע בהעדר סמכות חוקית. להלן אנמק מסקנתי.

43. למען נוחות הדיון אפנה תחילה לחיקוקים הבאים:

סעיף 23 לפסד"פ, הקובע כי:

"רשאי שופט ליתן צו לערוך חיפוש בכל בית או מקום (להלן - צו חיפוש) אם -
(1) החיפוש בו נחוץ כדי להבטיח הצגת חפץ לצורך כל חקירה, משפט או הליך אחר;
(2) יש לשופט יסוד להניח שהוא משמש להחסנתו או למכירתו של חפץ גנוב, או שנשמר בו או מוחסן בו חפץ שנעברה בו או לגביו עבירה, או ששימש, או מתכוונים להשתמש בו, למטרה לא-חוקית;"

סעיף 25 לפסד"פ, הקובע כי:

"שוטר רשאי, בלא צו חיפוש, להיכנס ולחפש בכל בית או מקום -
(1) אם יש לשוטר יסוד להניח שמבצעים שם פשע, או שפשע בוצע שם זה מקרוב. ..."

סעיף 28 לפקודת הסמים, הקובע כי:

"(א) סמכויות שוטר לפי סעיף 25 לפקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש) [נוסח חדש], תשכ"ט-1969, יהיו נתונות לו גם לענין עוונות לפי פקודה זו.
..."

44. הנה כי כן, דרך המלך לעריכת חיפוש בבית או במקום אחר היא בפנייה לבית המשפט בבקשה מנומקת להוצאת צו חיפוש. החריג לכלל זה, הינו ביצוע חיפוש ללא צו שיפוטי, אם לשוטר יש יסוד להניח שמתבצע במקום פשע, או שפשע בוצע שם זה מקרוב; ובכל הנוגע לעבירות לפי פקודת הסמים המסוכנים, הורחבה סמכותו זו של השוטר גם לענין עוונות. תכליתו של החריג לכלל היא לאפשר למשטרה לתת מענה מידי לצורך באיתור ראיות שנמצאות במקום מסוים ועלולות להיעלם, ולכן קיימת דחיפות מידית לביצוע החיפוש בהקדם מבלי לפעול לבקשת וקבלת צו שיפוטי.

45. במקרה דנא, ניתן ליחס את "היסוד להניח" מצד השוטרים, לחשד כי המערער החזיק בביתו סמים, על ממצאי החיפוש ברכבו של המערער, שבמהלכו נמצאו כאמור הסמים המפורטים. ברם, משהגעתי למסקנה



כי החיפוש ברכבו של המערער נערך ללא סמכות בדין, הרי שסבורני שלאי החוקיות שאפיינה את החיפוש ברכב השלכה ישירה על מידת החוקיות בביצוע החיפוש בביתו של המערער, שנערך ללא צו בעקבות החיפוש ברכב. ברי לכל כי לולא התבצע החיפוש ברכבו של המערער שבמהלכו נמצאו הסמים, לא היה מתקיים לאחר מכן חיפוש נוסף בביתו של המערער.

נוכח הזיקה החזקה והברורה בין החיפוש ברכבו של המערער אשר הוביל לחיפוש בביתו, בטרם גבתה המשטרה הודעה מהמערער, ובטרם ניתנה לו זכות ההיוועצות בעורך דין, ומבלי שהמשטרה מצאה לנכון לפנות בין לבין לבית המשפט בבקשה לקבלת צו חיפוש, יש מקום לראות את החיפוש בביתו של המערער כחלק בלתי נפרד, ולמעשה כהמשכו, של החיפוש ברכבו.

על-כן, משהגעתי למסקנה כי החיפוש ברכבו של המערער נעשה מבלי שהשוטרים קנו סמכות כדין לערכו, הרי שלשיטתי יש להחיל את אותה המסקנה באשר לאי חוקיותו גם לגבי החיפוש הנוסף שנערך בסמוך לאחר מכן בביתו של המערער. אחרת, עשוי להיווצר מצב פסול, שבו יבוצע חיפוש אצל אדם פלוני, ברכבו, על גופו או בביתו, באופן שרירותי ואקראי, אף אם בתום לב מצד עורכי החיפוש, מבלי שהתקיים "חשד סביר" הממלא אחר הדרישות שנקבעו, אלא שאז, אף אם אותו חיפוש יוכרז כלא חוקי, ממצאיו עשויים לבסס לכאורה "חשד סביר" לשם עריכת חיפושים נוספים אצל מושא החיפוש הקודם, ובדרך זו "להלבין" את אי החוקיות שדבקה בחיפוש הראשון, למצער בכל הנוגע לחיפושים הנוספים שלאחריו. לשיטתי אין להשלים עם מצב שכזה.

46. כאמור, לצורך ביצוע חיפוש ללא צו, שהינו החריג לכלל המחייב קבלת צו מאת בית המשפט, נדרש ממד של דחיפות או אקראיות. בהקשר זה יצוין כי מטבע הדברים חשיבות החובה לפנות לבית המשפט כתנאי לחוקיות החיפוש (כאשר חלף פרק הזמן אליו מתייחסת התיבה "זה מקרוב") התעצמה עם עיגון הזכות החוקתית לפרטיות מפני חיפוש בסעיף 7(ג) לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. הסמכות לערוך חיפוש במקום שבו בוצע "זה מקרוב" פשע (ואם מדובר בעבירת סמים אזי גם עוון), נועדה לאפשר למשטרה לתת מענה מידי לצורך באיתור ראיות הנמצאות במקום שעלולות להיעלם או להיות מושמדות בחלוף הזמן; כמו גם להבטיח את ביטחון הציבור כאשר חפץ מסוכן כזה או אחר נמצא באותו מקום.

47. בהקשר זה אציין כי לרוב בחיפוש הנערך ברכבו של אדם, לאחר שהאחרון התבקש לעצור רכבו בשול הדרך, וככל שקמה סמכות חוקית לקיימו, טבוע ממד של דחיפות בצורך לבצע את החיפוש, שהרי "הקפאת המצב" לשם פניה לבית המשפט לקבלת צו חיפוש, לרוב תסכל את ביצוע החיפוש, ותביא להעלמה או לפגיעה בראיות אפשריות. שונה הדבר מחיפוש בביתו של אדם המתגורר לבדו, ככל שהנ"ל נעצר ומוחזק בידי המשטרה, באופן שלא תהא לו יכולת לסכל את תוצאות החיפוש, לו תפנה המשטרה בבקשה לבית המשפט לקבלת צו חיפוש בטרם ביצעו.

48. במקרה דנא, לא עלה בידי השוטרים להציג בפני בית משפט קמא טעמים אשר הצדיקו את ביצוע החיפוש



מבלי שקדמה לו בקשה מתאימה לבית המשפט. מהכרעת הדין עולה כי לאחר החיפוש ברכבו של המערער הוא נלקח לתחנת משטרת שכונות, ומשם נלקח לביתו (אותה משאית שהוסבה ל"דירת חדר"), מבלי שהייתה פה דחיפות יוצאת דופן בעריכת אותו חיפוש, וכי המתנה מסוימת - ובוודאי של מספר שעות - לא הייתה משנה דבר, בנסיבות העניין (ראו: ע"פ 3636/12 **אוסאמה שוויקי נ' מדינת ישראל** (20.10.2013)). ודוקו, המערער נעצר באותו הלילה, הוחזק בידי השוטרים, והובא למחרת בבוקר לבית המשפט להארכת מעצרו לצורך המשך חקירה. ברי כי לא כמות הסמים הזעומה שנמצאה בביתו היא זו שעמדה ברקע הבקשה להארכת מעצרו, אלא כמות הסמים הרבה שנמצאה עוד קודם ברכבו. יתר על כן, המערער התגורר בגפו באותה דירה שבה נערך החיפוש, ומשהוחזק בידי המשטרה, לא היה כל חשש להעלמת ראיות או פגיעה בביטחון הציבור, ככל שהחיפוש במקום היה נדחה למשך מספר שעות לצורך הצטיידות בצו חיפוש מאת בית המשפט כנדרש.

49. בית משפט קמא עמד על הקושי בעריכת החיפוש בבית המערער ללא צו חיפוש, אך מצא טעם מספק לכך בנסיבות העניין, בצינו כי החיפוש נערך ביום שישי לקראת חצות, שעה שכלל לא ניתן לקבל בה צווי חיפוש שגרתיים מבית המשפט. ברם, לוח השנה מלמדנו כי האירוע המדובר ארע במוצאי שבת, ולא ביום שישי (עובדה זו אף נזכרה באחת מהודעותיו של המערער - ת/14). מן הידוע, כי אולמו של מותב המעצרים התורן בבית משפט השלום בתל אביב-יפו, לאחר צאת השבת, הינו מקום "שוקק חיים", ונשמעים בו הליכים מרובים עד לשעות הלילה המאוחרות. במקרה דנא לא נודע מה מנע בעד השוטרים מלסור לבית המשפט ולהציג בקשה לקבלת צו, לו סברו כי ביצוע החיפוש בביתו של המערער לא סבל דיחוי לשעות הבוקר שלמחרת.

50. עוד אציין, כי מוקשית בעיני הנחת בית משפט קמא, לצורך הכשרת החיפוש בביתו של המערער ללא צו שיפוטי, בכך שלנוכח ממצאי החיפוש ברכבו של המערער סביר להניח כי אילו השוטרים היו פונים לבית המשפט בבקשה לקבלת צו חיפוש, בקשה זו הייתה נענית, והסמים שנמצאו בביתו של המערער היו מתגלים ממילא בחיפוש מכוח אותו צו. הנחת עבודה שכזו עשויה לפתוח צוהר לכל שוטר המעוניין לבצע חיפוש, לעשות כן ללא צו שיפוטי מתאים, אף מבלי שמתקיימים התנאים הרלוונטיים לחריג לכלל, וזאת על יסוד ההנחה כי ממילא בית משפט היה מאשר את החיפוש לו הייתה מובאת בפניו בקשה מתאימה. חזקה על כל שוטר המבצע חיפוש כי הוא מאמין בלב שלם בצורך לערוך את החיפוש, בהתאם לנסיבות הפרטניות של המקרה, המידע שהיה מצוי ברשותו, ניסיונו ושיקול דעתו המקצועיים. כך גם חזקה על שוטר היוזם פניה לבית משפט לקבלת צו חיפוש, או כל בקשה אחרת, כי הוא איתן בדעתו בצורך בקבלת אותו צו מבוקש. אולם, החלטה שכזו צריכה להתקבל על ידי בית המשפט. שופט המקבל לידי בקשה שכזו בוחן את כלל הנסיבות, שוקל את נימוקי הבקשה, מעיין בחומרים רלוונטיים ומקבל החלטה באם להיעתר לבקשה במלואה, בחלקה או לדחותה, לפי מיטב הבנתו ושיפוטו, והחלטה שכזו אף מובאת לעתים לביקורת שיפוטית בפני ערכאות הערעור. על-כן, אין להשלים עם מצב שבו המשטרה תחסוך מעצמה מראש פניה יזומה לבית המשפט לקבלת צו חיפוש, למעט באותם מקרים חריגים המצדיקים חיפוש ללא צו, אך בשל ביטחונה בתוצאת ההחלטה שהייתה מתקבלת לו הייתה מובאת מבעוד מועד בקשה מנומקת בפני שופט לעריכת החיפוש.

51. אשר על כן, נחה דעתי כי החיפוש בדירתו של המערער התבצע בניגוד לדין, הן בשל כך שלא קדמה לו פנייה לבית משפט לקבלת צו חיפוש כמתחייב על פי הכלל, בהינתן שלא הייתה דחיפות לבצעו באותו הלילה



ובהעדר חשש ממשי להעלמת ראיות; והן בשל כך שחיפוש זה נעשה בתכיפות וכהמשך ישיר לחיפוש ברכבו של המערער, אשר לשיטתי דבקה בו אי חוקיות מובהקת. כאמור גם החיפוש בביתו של המערער התבצע מבלי שהתבקשה הסכמתו מדעת, ועוד בטרם נגבתה מהמערער הודעה כדין, ומבלי שהתאפשר לו להיוועץ בעורך דין. בהקשר זה יש להזכיר שהזכות לפרטיות, שנפגעת בעת עריכת חיפוש, ומוגנת בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, נפגעת ביתר שאת שעה שמדובר בחיפוש בביתו של אדם.

דינם של הממצאים (הסמים) שנתפסו בחיפושם מכוח דוקטרינת הפסילה הפסיקתית

52. לאחר שהגעתי למסקנות כי החיפוש ברכבו ובביתו של המערער, אשר הניבו את הראיות המחשידות נגדו, בוצעו שלא כחוק, יש לבחון את השלכת העדר החוקיות ביחס לשאלת קבילות או פסילת הראיות שנמצאו באותם חיפושם. ברי כי פסילת הראיות הללו תוביל מניה וביה לזיכוי המערער, כפי שאירע בעניין בן חיים, שכן אף בענייננו המשיבה לא טענה כי ניתן להרשיע את המערער בלי שהסמים שנתפסו בחזקתו יתקבלו כראיה.

53. כאמור, איני רואה עין בעין עם בית משפט קמא, כמו גם עם עמיתי להרכב, בכל הנוגע למסקנות המתבקשות מיישום העקרונות שנקבעו בפסיקה, על בסיס התשתית העובדתית שנקבעה בהכרעת הדין. לו דעתי נשמעה היינו קובעים כי שכלול השיקולים מוביל למסקנה כי יש לפסול את הראיות שנתפסו ברכבו ובביתו של המערער. להלן אנמק.

54. כידוע, דוקטרינת פירות העץ המורעל שמולדתה בארצות הברית, לא אומצה בשיטתנו המשפטית. הטעם לדחיית דוקטרינה זו נעוץ בהעדפת תכלית הגינות ההליך המשפטי וטוהרו, על-פני התכלית ההרתעתית-חינוכית העומדת בבסיסה. נקודת מוצא זו הייתה ועודנה עמנו.

עם זאת, תחילתה של תזוזה בנקודת האיזון שבין האינטרסים והערכים המתחרים בסוגית קבילות ראיות במשפט הפלילי, יצאה מבית המשפט העליון בפסיקתו בע"פ 5121/98 **רפאל יששכרוב נ' התובע הצבאי הראשי**, פ"ד סא(1) 461 (להלן: "**יששכרוב**"). הלכה זו יצרה לראשונה דוקטרינת פסילה כללית, הנוגעת לראיות שהושגו בניגוד לדין ושקבלתן כראיה תוביל לפגיעה בהגנות ההליך. משמעות הדברים היא במתן משקל נכבד לזכויות הנאשם, לצד הערכים הנוהגים עמנו מקדמת דנא - גילוי האמת ולחימה בעבריינות. מכאן, דינן של ראיות, לקבילות או לפסלות, ייקבע גם בכפוף לביקורת שיפוטית על אודות הדרך בה הושגו.

55. בהתאם לדוקטרינת הפסילה הפסיקתית, כפי שעוצבה בפ"ד **יששכרוב**, מוקנה לבית המשפט שיקול דעת לפסול ראיות שהושגו שלא כדין. דוקטרינת הפסילה הפסיקתית הינה יחסית וגמישה, אשר נועדה למנוע פגיעה מהותית בזכות החוקתית של נאשם להליך הוגן, במקרה שבו תתקבל במשפטו ראיה שהושגה שלא כדין. על כפות המאזניים מונחים מצד אחד הצורך להגן על זכויות הנאשם והגינות המשפט הפלילי; ומצד השני, ערכים ואינטרסים ציבוריים שונים וביניהם: האינטרס הציבורי בהעמדה לדין, מיצוי הליכים והוצאת האמת לאור, הלחימה בעבריינות, ההגנה על שלום הציבור והשמירה על זכויותיהם של נפגעי העבירה בכוח



ובפועל.

56. לשם עריכת האיזון בין הערכים המתנגשים הללו, נקבע כי על בית המשפט להתחשב בין היתר, בשלוש קבוצות של שיקולים רלוונטיים, לשאלה אימתי קבלתה במשפט של ראיה שהושגה בדרך בלתי חוקית, בלתי הוגנת או תוך פגיעה שלא כדין בזכות אדם מוגנת, תפגע פגיעה משמעותית בזכותו של נאשם להליך הוגן שלא לפי גדריה של פסקת ההגבלה שבחוק יסוד כבוד האדם וחירותו. לשון אחר; לשם פסילתה של ראיה שהושגה שלא כדין נדרש כי קבלתה במשפט תפגע בהגינות ההליכים כלפי הנאשם - פגיעה שהיא משמעותית, לתכלית שאינה ראויה ובמידה שעולה על הנדרש. אי-לכך, בהביאי בחשבון את השיקולים הרלוונטיים שנמנו בפסיקה, אבחן עתה את שאלת קבילות או פסלות ממצאי החיפושם בנסיבותיו של המערער.

57. **קבוצת השיקולים הראשונה** עוסקת באופייה וחומרתה של אי-החוקיות או אי ההגינות שהייתה כרוכה בהשגת הראיה. בהינתן כי תחולת דוקטרינת הפסילה הפסיקתית מותנית בהשגת ראיה שלא כדין, קרי בדרך בלתי חוקית, בלתי הוגנת או תוך פגיעה שלא כדין בזכות מוגנת, הרי שקבוצת שיקולים זו מתמקדת בהתנהגותם הפסולה של רשויות החקירה.

בהקשר זה, יש לתן את הדעת, בין היתר, לנתונים הבאים: אופייה וחומרתה של חוסר החוקיות או אי ההגינות שהיו כרוכים בהשגת הראיה; האם נעשה שימוש באמצעי חקירה בלתי כשרים במכוון ובזדון או שמא בתום-לב; האם מתקיימות "נסיבות מקלות" שבכוון להפחית מחומרתה של אי החוקיות שהייתה כרוכה בהשגת הראיה; באיזו מידה של קלות ניתן היה להשיג את הראיה באופן חוקי והאם הראיה הייתה מתגלית או מושגת על-ידי רשויות אכיפת החוק, גם לולא השימוש באמצעי החקירה הבלתי כשרים.

58. בהתייחס לקבוצת השיקולים הראשונה, קבע בית משפט קמא כי "הסטייה מהסטנדרט הראייתי הנדרש לשם עריכת חיפוש במכונית הייתה לכל היותר קלה - לא מדובר בחיפוש שנערך על סמך אינטואיציה או על בסיס שיקולים זרים ללא כל חשד אובייקטיבי, אלא שכמות הראיות הייתה גבולית. מכאן ניתן להסיק שהשוטרים פעלו בתום לב מתוך מחשבה שעומדת להם סמכות חיפוש במכונית". בכל הנוגע לחיפוש בביתו של המערער נקבע כאמור בהכרעת הדין כי לשוטרים קמה הסמכות לבצע את החיפוש לפי סעיף 25(1) לפסד"פ.

59. סבורני כי במקרה דנא טמונה פגיעה משמעותית בזכותו החוקתית של המערער לפרטיות בעצם ביצוע החיפוש ברכבו ובמקום מגוריו, מבלי שקוימו הוראות הדין הנוגעות לעניין. כאמור, אדם הנוסע ברכבו בטבורה של עיר כמו תל אביב, בשעת ערב, לא צפוי להימצא בסיטואציה של חיפוש מקיף ברכבו, ובעקבותיו גם בביתו, אך בשל כך שטעה בדרכו, ושם פעמיו בנסיעה מהירה אל עבר יציאה מדרך חד סטרית בניגוד לכיוון התנועה המותר. אכן, על פני הדברים, יתכן והמערער ביצע לכאורה עבירות תעבורה, שהיה מקום לברר ולמצות עמו את הדין בהקשר זה. אך בנסיבות המתוארות, בהתחשב בכך שהמערער עצר מידית את רכבו לאחר שהתבקש, הזדהה ומסר את מפתחות רכבו לשוטרים, סיפק הסבר סביר לפיו אבד בדרכו משום שאינו מתגורר בסביבה, כפי שגם מסמכי ההזדהות הצביעו על כך, ומבלי שנמצא סממן חזותי או התנהגותי מחשיד אחר, הרי שלא התגבש חשד סביר, ולו מינימלי, לביצוע עבירה אחרת מצדו, שהצדיק את עריכת החיפוש. כאמור, נקודת הזמן לבחינת חוקיות החיפוש היא זו שקדמה לביצוע החיפוש ולא לאחריו, עת נודע תוצאותיו.



בנסיבות דנא, אין מדובר בהפרה טכנית, זניחה או קלת ערך, כי אם בהפרה משמעותית של זכות חוקתית בסיסית.

נכון אני לקבל כעובדה שהשוטרים ביצעו מלאכתם בתום לב מתוך רצון למגר פשיעה ולאחר מפרי חוק. עם זאת, אין בתום לבם של השוטרים כדי למנוע את פסילת הראיות שנמצאו כאשר הדבר מתחייב מההגנה על זכותו של נאשם להליך פלילי הוגן. משנחה דעתי כי בנסיבות דנא הפגם שהביא לחיפוש בניגוד לדין, הגם שהביא למציאת הסמים, היה חמור וכלל פגיעה משמעותית בזכויות המוגנות של המערער, הרי שאין בתום לבם של השוטרים כשלעצמו כדי למנוע את פסילת הסמים כראיה.

לא הוצבע על "נסיבות מקלות" שבכוחן להפחית מעצמת אי החוקיות שהייתה כרוכה בביצוע החיפוש, המערער לא ניצל לרעה את זכויותיו ולא תרם לאי החוקיות שבביצוע החיפוש. לא הוצגה לבית משפט קמא כל ראיה שאי החוקיות בביצוע החיפוש נבעה מצורך דחוף להגן על בטחון הציבור.

השוטרים כלל לא ביקשו את הסכמת המערער לביצוע החיפוש, לבטח לא הסכמה מדעת, שלו זו הייתה מתבקשת ומתקבלת הרי שהיה בידי השוטרים להשיג את הסמים בקלות ובאופן חוקי. בהקשר זה נקבע בפסיקה כי "ככל שהשגת הראיה בדרכים כשרות הייתה אפשרית וקלה, כך ההפרה של כללי החקירה התקינה עשויה להיחשב חמורה יותר, באופן שיתמוך במסקנה כי קבלת הראיה במשפט תיצור פגיעה משמעותית ובלתי מידתית בזכותו של הנאשם להליך הוגן". השוטרים אף לא טרחו לפנות לבית המשפט בבקשה לקבל צו חיפוש בביתו של המערער, לאחר שהאחרון כבר נעצר על ידם, ולא נשמעה מטעם כל עילה שמנעה מהם לעשות כן.

נחה דעתי כי לולא ביצוע החיפוש, בדרך בה בוצעו, הן ברכבו והן בביתו של המערער, הרי שעל פני הדברים, לא היו מתגלים או מושגים אותם סמים שנמצאו בחיפושם אלו. הדבר משקף את עצמת הפגיעה בזכותו של המערער להליך הוגן, בעצם קבלת הסמים כראיות קבילות במשפטו בבית משפט קמא.

60. בכל הנוגע לסמים שנמצאו בחיפוש בביתו של המערער, בעקבות מציאת הסמים בחיפוש שנערך קודם לכן ברכבו, אפנה לנאמר בפרשת **יששכרוב**, כדלקמן:

"שאלת קבילותה של ראיה שאותרה בעקבות ראיה פסולה אחרת, תיבחן על-פי נסיבותיו של כל מקרה לגופו ובהתחשב בהשפעה שתהא לקבלתה של ראיה כאמור על זכותו של הנאשם להליך פלילי הוגן. בהקשר זה, יהא על בית-המשפט לבחון את מכלול השיקולים עליהם עמדנו לעיל, ובהם: אופיה וחומרתה של אי החוקיות שהובילה להשגת הראיה הראשונה, טיב הראיה הנגזרת בה מדובר, והזיקה בינה לבין אי החוקיות שהייתה כרוכה בניהול החקירה".



כמו כן, נא ראו פסיקת כב' השופט א' לוי בע"פ 4988/08 איתן פרחי נ' מדינת ישראל (1.8.2011) - (להלן: "פרחי"), כך:

"כדי שראיה נגזרת תפסל מלשמש במשפט, על המערער הנטל להוכיח כי בדומה לראיה הראשית שנפסלה, קבלתה של הראיה הנגזרת תוביל לפגיעה מהותית שאיננה מידתית בזכותו להליך הוגן. אמות המבחן לכך יהיו אותם שיקולים המשמשים את הראיה הראשית בשינויים המתאימים. בתוך כך, יש להביא בחשבון את אופייה הייחודי של הראיה הנגזרת, הבא לידי ביטוי בזיקה המתחייבת בינה ובין הראיה הראשית.

על פי רוב, בחינת חוקיותה של הראיה הנגזרת, במנותק מן הראיה הראשית, תוביל למסקנה כי קבלתה במשפט לא תוביל לפגיעה קשה בהוגנות ההליך, המצדיקה את פסילתה. במקרים אלה יש ליתן משקל מרכזי לאופי הזיקה הקיימת בינה ובין הראיה הראשית. ככל שהזיקה בין הראיות חזקה יותר, עשויה אי החוקיות שדבקה בראיה הראשית להכתיב גם את הראיה הנגזרת, וכך תגבר הנטייה לפוסלה. התכלית של מבחן הזיקה נוגעת בעיקרה להוגנות ההליך. קבלתה של ראיה נגזרת, בעקבות אבחנה טכנית בינה לבין זו הראשית, עשויה לחטוא למטרה זו כאשר הראיות קשורות זו לזו באופן הדוק".

בעניינו של המערער, קיים קשר מובהק של סיבתיות, בין הסמים שנמצאו בחיפוש שנערך ברכב לבין הסמים שנמצאו לאחר מכן בחיפוש שנערך בבית, שהרי החיפוש הראשון הוביל לחיפוש השני, ואי החוקיות בהעדר סמכות שאפיינה את החיפוש ברכב, דבקה אף בעצמה גבוהה יותר בחיפוש שהתקיים בבית, שהרי נעשה כאן שימוש בראיות שנמצאו בניגוד לדין כבסיס לחשד, מבלי שהמשטרה מצאה לנכון לבקש צו מבית המשפט. על כן, הקשר הסיבתי-משפטי מבטא קיומה של זיקה מהותית בין הפסול שנפל בסמים שנמצאו בחיפוש ברכב, וביתר שאת לגבי תוצרי החיפוש בביתו של המערער. יש להשקיף על כלל הראיות כמקשה אחת, באופן שפסילת הסמים שנמצאו ברכב כראיה קבילה, תוביל למסקנה זהה גם לגבי הסמים שנמצאו בביתו של המערער.

61. **קבוצת השיקולים השנייה** עוסקת במידת ההשפעה של אמצעי החקירה הפסול על הראיה שהושגה. בהקשר זה נבחנת המידה שבה אי החוקיות או אי ההגינות שהייתה כרוכה בהשגת הראיה עשויה להשפיע על מהימנותה ועל ערכה ההוכחתי של הראיה, והאם לראיה שהושגה שלא כדין ישנו קיום נפרד ועצמאי מאי-החוקיות או אי-ההגינות שהייתה כרוכה בהשגתה.

62. במקרה דנן הסמים שנמצאו בשני החיפושים הינם בגדר "ראיה חפצית", שלא ניתן להטיל פגם באמינותה ובקיומה העצמאי כראיה, בנפרד מאי החוקיות שהייתה כרוכה בהשגתה. מדובר אפוא בראיה שאינה מושפעת במישרין מאי החוקיות שאפיינה את החיפושים שהביאו לגילוייה. בהקשר זה, כך בעניינו של המערער, אין באמצעי החקירה הבלתי כשרים כדי להשפיע על הממצאים הראייתיים שנמצאו בחיפושים, והדבר מהווה שיקול בעד קבלתם במשפט.



63. עם זאת, כנגד הנטייה שלא לפסול ראיות חפציות, היות שאמינותן אינה שנויה במחלוקת והן בעלות קיום עצמאי ונפרד מאי החוקיות שהייתה כרוכה בהשגתן, נשמעה גם הדעה שפסילתן נועדה לשרת את התכלית ההרתעתית הטמונה בדוקטרינת הפסילה הפסיקתית כלפי גופי החקירה, שעשו שימוש בדרכי חקירה בלתי חוקיות לשם השגת אותן ראיות (ראו פסקי הדין של כב' השופט דנציגר בפרשות **בן-חיים ופרחי**; כן ראו: יובל מרין רינת קיטאי-סנג'ור "Miranda, Collins" ויששכרוב - על הפער בין הרצוי לבין המצוי בהלכת יששכרוב" **משפטים** לז' (2) 484, 429 (2007)).

במקרה שלפנינו, לא היה עולה בידי השוטרים לאתר את הסמים שנמצאו ברכבו ובביתו של המערער, אלמלא החיפושים הבלתי חוקיים שבוצעו, כמתואר לעיל.

64. **קבוצת השיקולים השלישית** עוסקת באיזון הדרוש בין השפעת פסילת הראיה על מלאכת עשיית הצדק, תוך בחינת מהות העבירה המיוחסת לנאשם ומידת חומרתה. בהקשר זה יש לתן את הדעת לשאלה האם המחיר החברתי הכרוך בפסילת הראיה גבוה מן התועלת החברתית שתצמח מכך. הפרמטרים העיקריים בעניין זה הינם חשיבות הראיה להוכחת האשמה, מהות העבירה המיוחסת לנאשם ומידת חומרתה.

65. עניינם של קבוצת שיקולים זו בבחינת ההשפעה שתהא לפסילת הראיה על מלאכת עשיית הצדק במובנה הרחב. כאשר מדובר בראיה מרכזית ומכרעת לתביעה וכאשר העבירות המיוחסות לנאשם חמורות מאד, יתכן שפסילת הראיה עשויה לפגוע מעבר למידה הראויה באינטרסים הנוגדים שעניינם לחימה בפשע והגנה על שלום הציבור ועל נפגעי העבירה, לרבות נפגעים פוטנציאליים. בנסיבות אלה, פסילת הראיה תוביל לידי כך שהאשם בביצוע עבירות חמורות לא ייתן את הדין על מעשיו - תוצאה שעלולה כשלעצמה לפגום בעשיית הצדק ובאמון הציבור בבתי-המשפט.

66. כאמור, ברשות המערער נתפסה כמות גדולה של סם מסוג 5F-ADB - ברכבו: במושב האחורי (232.79 גרם נטו) ובתא המטען (5.22 ק"ג נטו); ובביתו נמצאו 2 טבליות של סם מסוג MDMA ושקית אחת שכללה גרמים בודדים של סם מסוג 5F-ADB.

בסוג זה של סם לא נקבעה על ידי המחוקק כמות לצריכה עצמית, אך דומני שאין חולק שמדובר בכמות הגדולה עשרות מונים על זו המשמשת לצריכה עצמית. החזקת כמות לא מבוטלת של סם מסוכן, שלא לצריכה עצמית הינה עבירה חמורה, שנקבע לצדה עונש מרבי של 20 שנות מאסר. בתי המשפט רואים חומרה רבה בעבירה זו שיש בה מידה רבה של פגיעה בשלום הציבור, ביטחונו, בריאותו ופתיח לגרימת נזקים כלכליים וחברתיים עקיפים. עבירות הסמים הן בגדר רעה חולה שפשה בחברתנו ומחובתו של בית המשפט לתרום חלקו למיגור נגע זה באמצעות הטלת עונשים מחמירים ומרתיעים.

סם מסוג 5F-ADB הינו קנאבואיד סינטטי, הדומה בהרכבו הכימי לקבוצת הסמים הסינתטיים, המכונים גם "סמי פיצוציות". סם זה נכלל בפקודת הסמים המסוכנים החל מאוגוסט 2014 (תוספת ראשונה לפקודה, פריט (נ), הודעה משנת תשע"ה-2014). לסם זה מאפיינים פסיכו-אקטיביים שלהם השפעות התמכרותיות



שונו על הגוף והוכר במחקר ובפסיקה, כקשה וחמור מסמי הקאנביס והחשיש. כך משל, ברע"פ 4915/15 מהאדי ותד נ' מדינת ישראל (2.11.2015) עמד בית המשפט העליון על הסיכונים הגלומים בסמים ממשפחת הקנבינואידים הסינטטיים וקבע כי לפי חוות דעת מומחה שהוגשו מדובר **"בסם שאמנם איננו מסוכן בעוצמה המיוחדת לסמים קשים, כגון הרואין, אך בד בבד ניחן במאפיינים שונים שבגינם השפעתו עולה על זו של סמים שנחשבים קשים פחות, כגון חשיש או מריחואנה"**.

על השפעותיו ההרסניות של סם זה ודומיו והנזקים הפוטנציאליים שעשוי לגרום למשתמשיו, ניתן ללמוד גם מדברי בית המשפט בת"פ 53457-11-15 (מח'ב"ש) **מדינת ישראל איסטרוב נ' מדינת ישראל** (27.7.2016):

"הסם בו החזיק הנאשם המכונה 'ניס גאיי' הוא ממשפחת הקנבואידים הסינטטיים. העובדה שבמשך תקופה לא קצרה חומרים כאלו נמכרו בפיצוציות לכל דורש, נטעה בלב הציבור את התחושה שמדובר בסמים 'קלים', בלתי מזיקים, הגורמים להרגשה נעימה. ואולם, התפיסה הרווחת המובהקת בקהילה המדעית והרפואית הינה כי השימוש בסם זה ובדומיו מסוכן מאד. סמים אלה מכילים חומרים פסיכואקטיביים. הם ממכרים ופוטנציאל הנזק שלהם גבוה במיוחד. שימוש בהם עלול לגרום להתפרצויות פסיכוטיות, אי שקט, סיוטים, תשישות ורעידות, שימוש יתר עלול לסכן חיים. יש להטמיע את הדברים בתודעת הציבור ולהילחם באלה התורמים לזמינות הסם למשתמשים. החמרת הענישה עשויה לקדם את המטרות האמורות".

67. עם זאת, יש לציין כי השיקול בדבר חומרת העבירה הוא אמנם חלק מהשיקולים הרלוונטיים במלאכת האיזון, אולם ניתן לומר כי גם לפי הלכת **יששכרוב**, ובעיקר לאור האופן בו יישם בית המשפט העליון את הלכת יששכרוב על המקרים שנדונו בשנים שלאחר מכן, מדובר בשיקול משני ביחס לשיקול בדבר עוצמת הפגיעה בזכות להליך הגון. כך למשל:

(א) ע"פ 1301/06 **עזבון המנוח יוני אלזם ז"ל נ' מדינת ישראל** (22.6.2009) - שם הורה בית המשפט העליון, בדעת רוב, על זיכוי נאשם מעבירות רצח וקשירת קשר לביצוע פשע לפי סעי' 300(א)(2) ו-499(א) לחוק העונשין, וזאת על יסוד הלכת יששכרוב והפגיעה בזכותו להליך הגון.

(ב) ע"פ 4988/08 **איתן פרחי נ' מדינת ישראל** (1.8.2011), שדן בערעור מטעם נאשם שהורשע בעבירות מין חמורות שבוצעו במספר מתלוננות. כב' השופט א' לוי התייחס לקבוצת השיקולים העוסקת בהשפעה שתהא לפסילת הראיה על מלאכת עשיית הצדק במובנה הרחב, ובפרט חשיבות הראיה להוכחת האשמה וחומרת המעשים המיוחסים לנאשם. וכך פסק:

"נמצא, כי קבוצת שיקולים זו משמשת למעשה חרב פיפיות - בעוד שהדעת לא סובלת זיכוי של מי שביצע מעשים כה חמורים, החשיבות בהגנה על הוגנות ההליך ושמירה על זכויות הנאשם, מתגברת דווקא במקרים אלה. מלאכת עשיית הצדק במובנה הרחב כוללת גם את האינטרס שבכיבוד זכויות נאשמים. קבלת הראיה עקב חשיבותה לתביעה עלולה לפגוע גם באמון הציבור ברשויות השלטון,



וליצור תחושה כי האדם הינו כלי משחק בידי השלטון המשנה את הכללים בהתאם לצרכיו. לאור זאת, סבורני כי כאשר הפגיעה בהוגנות ההליך כפי שמשתקפת ממכלול השיקולים והנסיבות היא חמורה, אין בקבוצת השיקולים הזו כדי להכשיר את הראיה אף כשהעבירות המיוחסות לנאשם הינן מהחמורות בספר החוקים, וחיוניותה להרשעתו היא נכבדת"

(ג) ע"פ 5956/08 אל עוקה נ' מדינת ישראל (23.11.2011), שבו נדון ערעור הנאשם על הרשעתו בעבירת רצח לפי סעיף 300(א)(2) לחוק העונשין. בית המשפט העליון פסל את הודאתו של המערער בפני החוקרים, בהתבסס על הלכת יששכרוב ועל יסוד הנפסק בעניין אלזם, מחמת מניעת מפגש עם עורך דין תוך השחרת שמה של עוה"ד והפעלת לחצים על המערער. עם זאת, הרשעת המערער נותרה על כנה, על יסוד יתר הראיות.

כב' השופט הנדל קבע שם כדלקמן:

"על כל פנים, מצאתי לנכון להסתייג מהגישה המעניקה משקל ממשי בנוסחת האיזון לחומרת העבירה. ארבעה טעמים לכך.

הראשון, אבולוציית הפסיקה היא שכלל שבית המשפט מנוסה יותר עם יישום הלכה שנפסקה על מקרים קונקרטיים, יתפתחו מיניה וביה כללים. כך, הכלל בדבר בחינת כל מקרה על נסיבותיו יפנה את הדרך לגישה שעניינה כללים שעשויים להתוות דרך למקרים עתידיים. ראו למשל עניין אלזם והשפעתו הטבעית על תיק זה. בראייה זו, הייתכן לומר כי אסור לשלול באופן מהותי זכותו של נאשם למשפט הוגן, לרבות חקירה הוגנת, בעבירה שהיא עוון, אך מותר לעשות כן בעבירת פשע חמור? ודוק, מוכרת הביקורת על הגישה הנהוגה בארצות הברית בדבר פירות העץ המורעל. למשל האפשרות, ומבלי להידרש ליחס המשפטי היום בארצות הברית לגביה, כי צו חיפוש שדרכו התגלה רובה ששימש ככלי הרצח, יבוטל יחד עם הראיה, בשל טעות ברישום מספר הזיהוי של הנאשם. ברם, ביקורת זו מדגישה מקרים בהם ראייה חשובה בעבירת פשע לא תתקבל בשל חסר טכני. כאן עסקינן בשלילת זכות ההיוועצות עם עורך דין במהלך החקירה - זכות מהותית של נאשם בשלב קריטי בהליך הפלילי - שלב החקירה.

השני - אם באיזון עסקינן, ניתן לטעון שהפגיעה ברצונו החופשי ובאוטונומיה של הנאשם, שהובילה להודיה בעבירת רצח - החמורה שבספר העונשין, הן מבחינת הכתם והן מבחינת התוצאה העונשית - מחייבת מתן משקל נוסף למהות הפגיעה. גישה כזו יוצרת מעין 'קיצוז' בין חומרת העבירה לבין הפגיעה באוטונומיה. במילים אחרות, דווקא בשל חומרת המעשים בהם הודה המערער בפני החוקרים, היה מקום ליתן דגש רב לשמירה על זכויותיו, ובהן זכותו להיוועץ עם באת כוחו. לנקודה זו אשוב בהמשך.

השלישי - עיון בפסק דין יששכרוב משכילנו כי נושא חומרת העבירה בתור שיקול נגד הפעלת הפסילה הפסיקתית, לא היה מקובל על דעת הרוב. כפי שכתבה הנשיאה ד' ביניש: 'על-אף הדברים האמורים, לא נעלם מעיני כי מתן משקל לחשיבות הראיה ולחומרת העבירה המיוחסת לנאשם במסגרת ההכרעה בשאלת קבילותן של ראיות שהושגו שלא כדין, אינו נקי מקשיים. ההתחשבות בשיקולים האמורים עלולה להוביל לידי כך שדווקא בחקירות של פשעים חמורים בהן זכותו החוקתית של הנאשם לכבוד ולחירות ראויה להגנה משמעותית, תפחת ההקפדה על הכללים לניהול



חקירה הוגנת ותקינה. בהקשר זה נציין כי בפרשת Collins ראה בית-המשפט העליון של קנדה לכלול את חומרת העבירה בגדר השיקולים הרלוונטיים להפעלת שיקול-הדעת השיפוטי במסגרת סעיף 24(2) לצ'רטר; ואולם, הלכה למעשה נוהגים בתי-המשפט בקנדה ליתן לשיקול האמור משקל נמוך ביותר, והם אינם מתחשבים בו בבואם להכריע בשאלת קבילותן של ראיות שהושגו בניגוד לצ'רטר (ראו: Hogg הנ"ל, בעמ' 931-932; לביקורת על המגמה האמורה בפסיקה הקנדית, ראו: Stribopoulos הנ"ל, בהערת שוליים 229).

השאלה באיזו מידה יראו בתי-המשפט בישראל להתחשב בחשיבות הראיה ובחומרת העבירה המיוחסת לנאשם במסגרת הפעלת שיקול-דעתם על-פי דוקטרינת הפסילה הפסיקתית, אינה דורשת הכרעה בעניינו של המערער ואף אותה ניתן להותיר לימים שיבואו' (עמ' 566 להלכת יששכרוב). סבורני כי התקופה של למעלה ממחצית עשור אשר חלפה ממתן הלכת יששכרוב, מאפשרת לבית המשפט להתייחס בצורה ישירה יותר לסוגיית חומרת העבירה כשיקול במסגרת הפסילה הפסיקתית. לגישתי, ניתן לאמץ את הגישה הקנדית דלעיל, ולהעניק משקל מועט לשיקול זה. אולם בפועל, דעתי היא כי יש לנהוג בנדון בגישה אחרת. נוסחת האיזון והבדיקה הקונקרטית, הן המאפיינות את הלכת יששכרוב. זאת באופן הבא: חומרת העבירה הינה חלק מנסיבות המקרה, וגם דרכה יש לבחון את מבחן הפסילה הפסיקתית. לכן, כשמדובר לעיתים בפגיעה מהותית בזכות חשובה, כמו בעניינו, המאפיינים המלווים חקירת רצח ומצבו של הנחקר בעבירה שכזו, עשויים אף להצדיק ביתר שאת את התוצאה של פסילת ההודאה. כך באלזם ולדעתי כך בעניינו. זו התפתחות פסיקתית של הפסילה הפסיקתית.

הרביעי - ברובד העקרוני המופשט יותר, נכון להרהר בנקודה הבאה: בית המשפט לא ינמיך את רף הספק הסביר בעבירה חמורה לעומת עבירה קלה. נראה כי החלטה בעניין קבלת ראיות, הנתונה לשיקול דעתו של בית המשפט, קרי - פסילה פסיקתית של הודאות, קשורה עם מבחן הספק הסביר. זהו לטעמי נימוק נוסף להנמכת המשקל שיוענק לחומרת העבירה במסגרת הכללים הקבועים בהלכת יששכרוב. לשיטתי, האיזון יבוא לביטוי בכך שהלכת יששכרוב תיושם במקרה בו הפגיעה בזכותו של הנאשם לניהול הליך הגון הינה מהותית, בנבדל מפגיעה שולית או שאינה ממשית".

כב' השופט דנציגר, הצטרף לעמדתו של כב' השופט הנדל, וציון, בין היתר, כך:

"מצטרף אני לקביעתו של השופט הנדל כי כאשר מדובר בהפרה חמורה של הזכות להליך הגון, הרי שעצם חומרת העבירה אינה יכולה להצדיק את הכשרת הראיה שהושגה באופן הסותר את הזכות להליך הגון".

ובהמשך קבע:

"בעניין פרחי הסכמתי לקביעתו זו של השופט לוי והנני שב ומדגיש כי אין זה ראוי להתנות הושטת סעד בגין הפגיעה בהוגנות ההליך הפלילי בחומרת העבירה".



(ד) בדנ"פ 5852/10 מדינת ישראל נ' שמש ואח' (9.1.2012) פסק כב' השופט דנציגר כדלקמן:

"מאז שנפסקה הלכת יששכרוב חלף פרק זמן לא קצר המאפשר לנו לבחון את היקף ההגנה שהיא מספקת לזכויותיהם של נחקרים, חשודים ונאשמים. לטעמי, הלכה זו אינה מספקת את ההגנה הנדרשת וסבורני כי טוב נעשה אם נדע להתאים את הדוקטרינה שיובאה מתוך המשפט הקנדי להתפתחויות המאוחרות שחלו במשפט הקנדי ביחס לאותה הדוקטרינה, גם אם שינויים אלו אינם מחייבים באופן פורמאלי את מערכת המשפט הישראלית. לגישתי, הטמעתם של שינויים אלו היא מחויבת המציאות שכן ישנן פגיעות בזכות להליך הוגן שלא ניתן לעבור עליהן לסדר היום בשם 'האינטרס הציבורי' גם אם עסקינן בעבירה חמורה וגם כאשר הראיה חיונית להוכחת האשמה.

כאמור, לפי הלכת יששכרוב, גם אם החקירה המשטרתית פגעה בזכות להליך הוגן, בית המשפט רשאי שלא לפסול את הראיה אם המחיר החברתי הכרוך בפסילת הראיה גבוה מן התועלת האפשרית שתצמח מכך, למשל כאשר מדובר בפשע חמור והראיה חיונית להוכחת האשמה (שם, פסקה 72). מצב דברים זה מוקשה בעיני היות שהלכה למעשה הוא מאפשר לבית המשפט ליתן משקל אפסי לפגיעה בזכות להליך הוגן בשם 'האינטרס הציבורי'...

רוצה לומר, כמעט תמיד ניתן יהיה להצדיק מבחינה רטורית קיומו של אינטרס ציבורי בנסיבותיו של תיק זה או אחר שכן גילוי האמת והעמדה לדין של הנאשמים הם שיקולים שתקפים ונכונים לגבי כל תיק ותיק. עוד בעניין יששכרוב הביעה השופטת (כתוארה אז) ביניש את הקושי הטמון בהתחשבות בחיוניות הראיה להוכחת האשמה בהדגישה כי: 'לא נעלם מעיני כי מתן משקל לחשיבות הראיה ולחומרת העבירה המיוחסת לנאשם במסגרת ההכרעה בשאלת קבילותן של ראיות שהושגו שלא כדין, אינו נקי מקשיים. ההתחשבות בשיקולים האמורים עלולה להוביל לידי כך שדווקא בחקירות של פשעים חמורים בהן זכותו החוקתית של הנאשם לכבוד ולחירות ראויה להגנה משמעותית, תפחת ההקפדה על הכללים לניהול חקירה הוגנת ותיקנה' (שם, סעיף 73).

בהקשר זה הטעים בועז סנג'רו במאמרו 'כלל פסילת הראיות שהושגו שלא כדין שנקבע בהלכת יששכרוב - בשורה או אכזבה? דעה והזמנה לדין נוסף' משפט וצבא יט 67, 109 (2007) (להלן: סנג'רו) כי: 'במילים אחרות ובראייה מעט שונה של הדברים: ככל שהעבירה שמייחסת התביעה לנאשם חמורה יותר, כך יבליג בית המשפט על הפרות גסות יותר של זכויות החשוד. אם כך - ספק אם יש טעם בכלל הפסילה. במציאות, ניתן להניח כי עיקר הפרות החוק החמורות מצד חוקרי המשטרה מבוצעות נוכח חשד בעבירות חמורות. על מי יגן כלל הפסילה? על חשודים בעבירות חניה? בעצם מדובר בפרדוקס: הרי עד כה מקובל היה שכלל שהעבירה המיוחסת לנאשם חמורה יותר - שאז צפוי הוא לשלילת חירות גדולה יותר - כך יש להקפיד יותר על שמירת הערובות הפרוצדורליות הנתונות לו' (שם, בעמ' 109).

סבורני כי האינטרס הציבורי במלחמה בפשיעה אינו יכול לאיין את הסעד לו זכאי הנפגע כתוצאה מהפרת זכותו להליך הוגן. התניית מתן סעד אופרטיבי בגין הפרת הזכות להליך הוגן בשיקולי האינטרס הציבורי משמעותה ריקון זכות זו מתוכן ממשי.



לא זאת אף זאת, אלא שבקנדה, אשר דוקטרינת הפסלות הנהוגה בה שימשה כאב טיפוס לעיצוב דוקטרינת הפסלות הפסיקתית בעניין יששכרוב (ראו: מרין וקיטאי-סנג'רו, בעמ' 459, 461), הלכה למעשה נוהגים בתי המשפט ליתן לשיקול האמור משקל נמוך ביותר, והם אינם מתחשבים בו בבואם להכריע בשאלת קבילותן של ראיות שהושגו בניגוד לסעיף 24(2) לצ'רטר (עניין יששכרוב, פסקה 73).

מעבר לכך, גם אם תפסל הראיה בדיעבד, הרי שעיון בה עלול להוביל את המשטרה לאיתור 'ראיות נגזרות' שעשויות, בנסיבות מסוימות, להתקבל במשפט ומשכך אין בפסילת 'ראיית המקור' בדיעבד כדי ליתן סעד אפקטיבי שיגן על הזכות להליך הוגן. כאשר רשויות החקירה מודעות לכך שיתכן כי ראיית המקור תפסל אך בו בזמן יתכן גם כי ראיות נגזרות עשויות להתקבל במשפט, אין להן תמריץ ממשי להקפיד על הגנת הזכות להליך הוגן (ראו והשוו: סנג'רו, בעמ' 91). יוער, כי על אף שהוכרע בעניין פרחי כי בנסיבות מסוימות יפסלו ראיות נגזרות שקבלתן תפגע בזכות להליך הוגן, ואף הדגשתי בעניין פרחי כי ניתן גם ניתן להביא לפסילתן של ראיות נגזרות חפציות ואובייקטיביות, הרי שפסילת ראיה נגזרת היא עניין מורכב. משכך, גם אם ראיית המקור תיפסל בדיעבד, עסקינן בסעד חלקי בלבד שאין בו ליתן מענה הולם וראוי לפגיעה בזכות להליך הוגן.

יטען הטוען כי השקפה זו נוגדת את האינטרס הציבורי שבלחימה בפשע ומיגורו. ברם, לצד האינטרס הציבורי שבמיגור הפשע, קיים כאמור אינטרס ציבורי לא פחות חזק שעניינו להבטיח כי גופי חקירה יפעלו לפי חוק ובהתאם לאמות מידה של הגינות שלטונית מתחייבת, לצד גמישות המאפשרת תחבולות חקירה לגיטימיות. מקום בו גופי חקירה מבקשים למלא תפקידם באופן שאינו עולה בקנה אחד עם הזכות להליך הוגן קיים אינטרס ציבורי ראשון במעלה למנוע זאת ולא רק בדיעבד. משכך, תמוהה בעיני טענת המדינה לפיה פסק הדין עומד בסתירה לאינטרס הציבורי. גם אם עמדתי הנורמטיבית משנה את נקודת האיזון באופן הנוטה לעבר הגנת זכויותיהם של נחקרים, הרי שתזוזה זו מתחייבת מכוח המהפכה החוקתית ולמשקל המיוחד שניתן במסגרתה לזכויות האדם [ראו והשוו: עניין יששכרוב, פסקה 46; כן ראו: מרין וקיטאי-סנג'רו, בעמ' 456-457; סנג'רו, בעמ' 95-98]. מובן הוא כי מיצוי הדין עם האשמים הוא הכרחי אך לא בכל מחיר אלא בכלים ראויים ההולמים מדינת חוק שענינה בחוק יסוד את הזכות לכבוד האדם ולחירות.

(ה) בפרשת **בן חיים** הביע כב' השופט דנציגר עמדתו, כהאי לישנא:

"בעניין ג'בלי ובעניין בן חיים ציינה הנשיאה כי יש לפסול את הראיות שהושגו בחיפוש מכוח דוקטרינת הפסלות הפסיקתית, בין היתר, משום שהעבירות שבנדון 'אינן נמנות עם העבירות החמורות בספר החוקים ואינן כרוכות כשלעצמן באלימות או בקורבנות' (פסקה 35 לחוות דעתה של הנשיאה). כפי שהדגשתי לאחרונה בדנ"פ 5852/10 מדינת ישראל נ' שמש (לא פורסם, 9.1.2012) (להלן: עניין שמש), שם נפלה מחלוקת ביני לבין יתר חברי המותב, חומרת העבירה המיוחסת לנאשם אינה מצדיקה כשלעצמה קבלת ראיה שהושגה שלא כדין, שכן דוקטרינת הפסלות



הפסיקתית חלה, ואולי אף ביתר שאת, בעבירות פליליות חמורות כגון עבירות מין ואף עבירות המטה (שם, פסקאות 8 ו-29). חומרת העבירות כשלעצמה וחיוניות הראיה להוכחת האשמה אינן מצדיקות את קבלת הראיה שדבקה בהשגתה אי חוקיות...".

(ו) בע"פ 3239/14 נור אלאדין חמאסה נ' מדינת ישראל (8.11.2016) נדון ערעור מטעם שב"ח, שדקר למוות אדם מבוגר שהעניק לו מקלט מגורים בישראל. המערער הורשע, בעבירות של רצח בכוונה תחילה; שיבוש מהלכי משפט; גניבה; ושהייה בלתי חוקית בישראל, ונגזר עליו מאסר עולם. בית המשפט העליון דחה את הערעור, ונקבע כי חרף פסילתו של דו"ח השחזור בשל פגיעה בזכות ההיוועצות של המערער עם עו"ד, הרי שבנסיבות העניין הוכחה תשתית ראיתית מספקת לביסוס הרשעת המערער בעבירת הרצח. כב' השופט א' שהם מצא להוסיף כך:

"אנצל הזדמנות זו, בכדי להתייחס לקבוצת השיקולים השלישית שאוזכרה בעניין יששכרוב, אשר הפרמטרים העיקריים שנקבעו במסגרתה הם חומרת העבירה המיוחסת לנאשם, וחיוניותה של הראיה להוכחת האשמה. ברבות השנים, חל שינוי במשקל היחסי שהעניק בית משפט זה לשיקולים אלו, כפי שציין השופט א' א' לוי בעניין פרחי: ... ברוח זו קבע השופט נ' הנדל בעניין אל עוקא, כי המשקל שיש ליתן לשיקולים אלו הינו נמוך, קביעה אליה הצטרף השופט י' דנציגר, ... אציין, כי מקובלת עליי עמדה זו, מהטעמים שפורטו לעיל, אך יש להוסיף כי אין לכך השלכה על ענייננו, נוכח מסקנתי, כי אף לא אחת מן הראיות שפסילתן מבוקשת על ידי המערער אינה חיונית להרשעתו, וכך הם פני הדברים לגבי כולן יחד".

(ז) בע"פ 2868/13 אלישע חייבטוב נ' מדינת ישראל (2.8.2018) זוכה המערער מעבירות של קשירת קשר לביצוע פשע, רצח, ושוד, מכוח דוקטרינת הפסילה הפסיקתית, נוכח הפרת זכויותיו, ובראשן הפגיעה החמורה בזכות ההיוועצות עם עורך דין תוך הפעלת מדובב. עם זאת, פסילת ההודיה לא שללה את קיום הרשעת המערער בעבירות של הפרת הוראה חוקית, הדחה בחקירה ושיבוש מהלכי משפט, בהיותן עבירות עצמאיות, המוכחות בראיות נפרדות. כב' השופט א' שהם (שלדעתו הצטרפו כב' המשנה לנשיאה ח' מלצר וכב' השופטת ד' ברק-ארז), קבע בין היתר, כך:

"הערה נוספת נוגעת לשיקול שעניינו חומרת העבירה. כזכור, נותר נושא זה בלא הכרעה בעניין יששכרוב, אך מפסיקתו העקבית של בית משפט זה ניתן לומר כי חומרת העבירה לא תהווה שיקול להימנע מפסילת הראיה, בהתאם לדוקטרינת הפסילה הפסיקתית, שכן דווקא בעבירות חמורות יש להקפיד על זכותו של הנאשם להליך הוגן, ואין כל היגיון בהפעלת הדוקטרינה בעבירות קלות בלבד (ראו, בהקשר זה, עמדתי בע"פ 3239/14 חמאסה נ' מדינת ישראל (8.11.2006) (להלן: עניין חמאסה) וברע"פ 1921/18 חברת דור חקלאים בע"מ נ' מדינת ישראל (27.5.2018); עמדת השופט א' א' לוי בעניין פרחי; עמדת השופט נ' הנדל בע"פ 5956/08 אל עוקא נ' מדינת ישראל (23.11.2011); עמדת השופט י' דנציגר בע"פ 10049/08 אבו עזא נ' מדינת ישראל (23.8.2012) (להלן: עניין אבו עזא); אך ראו דעתו החולקת של השופט י' עמית בע"פ 5417/07 בונר נ' מדינת ישראל (30.5.2013))."



68. לצד האמור, יש לשוב ולהזכיר כי דוקטרינה הפסילה הפסיקתית הינה יחסית וגמישה, והאיזון בין האינטרסים השונים נעשה על ידי בית המשפט הדין בהליך הפלילי בהתאם לנסיבות הפרטניות של כל מקרה ומקרה. כך למשל, במקרה הרלוונטי הייתי מצרף דעתי, במלוא הצניעות, לדעת כב' ס"נ משה דרורי בע"פ (מח' י-ם) 2431-09-14 **ליאת פדר נ' מדינת ישראל** (4.6.2015), אשר הביע דעתו כי: **"אם היה נמצאת ברכב גופה, מבלי שבכלל הייתה עילת חיפוש, והעבירה שבה עוסקים היא רצח, כי אז, על פי האנלוגיה של סעיף 13(א)(2) לחוק האזנת סתר, לא היה בית המשפט פוסל את הראיה, והיה מרשיע ברצח - אם התקיימו כל התנאים האחרים - על בסיס הגופה שנמצאה בחיפוש האמור. במילים אחרות, לא היה מן הראוי ליישם את דוקטרינת פירות העץ המורעל, כאשר מולה ניצב הסיכון של שחרור רוצח וזיכוי, בשל פגמים בחיפוש (אם כי אני ער לכך כי בארצות הברית, 'מולדת' דוקטרינת 'פירות העץ המורעל', יזוכה אותו רוצח, ובעיני חסידי הדוקטרינה, אין בכך פגם בשל חשיבות הדוקטרינה והצורך 'בחינוך' אנשי המשטרה להקפיד על דיני החיפוש, לכל פרטיהם ודקדוקיהם)".**

69. הנה כי כן, בהינתן האינטרסים השונים, נדרש איזון התואם את הנסיבות הקונקרטיות של המקרה שלפנינו, בין האינטרס הציבורי בחשיפת האמת ובהגנה על שלום הציבור באופן המצדד באי פסילת קבילותם של הסמים שנמצאו ברכבו ובביתו של המערער כראיה בעלת ערך הוכחתי מחד גיסא; לבין החובה להגן על טוהר ההליך הפלילי ועל זכויות המערער, כנחקר וכנאשם, באמצעות פסילת קבילותה של ראיה שהושגה שלא כדין בשל העדר סמכות מצד השוטרים מאידך גיסא.

70. בבחינת היקף הנזק מול התועלת החברתית הכרוכים בפסילת הראיה, מתעוררת השאלה האם מידת הפגיעה באינטרס הציבורי כתוצאה מפסילת הראיות והמחיר החברתי הכרוך בכך אינם גבוהים דיו בנסיבות דנא. כאמור, בנסיבות עניינו של המערער באתי לכלל דעה כי עוצמת הפגיעה בעצם מציאת הסמים, באופן ובדרך שהדברים נעשו, מחייבת את פסילתם כראיה לשם הגנה על זכויות המערער כנחקר, הקפדה על הגינות ההליך הפלילי והרתעת גורמי האכיפה.

71. אכן, פסילת הראיות מטעמי הוגנות ההליך תגרור במקרה דנא לזיכוי המערער, אשר לולא הפגמים שנכרכו בביצוע החיפוש עליהם עמדתי, היה מקום להותיר את הרשעתו על כנה, ולהענישו בהתאם. גיבוש מסקנה לפיה יש לזכות אדם אך בשל פגמים בביצוע הליכי חקירה שהניבו ממצאים מפלילים מעוררת על פניה אי נוחות רבה, בעיקר כאשר מדובר בראיות חפציות ובעבירות חמורות, והיא עשויה להתפרש בקרב הציבור ככזו המנותקת מהאינטרס הציבורי להגיע לחקר האמת ולמצות את הדין עם מי שפשע.

ראו למשל, בהקשר זה, דברי כב' השופט א' רובינשטיין בע"פ 9956/05 **אסף שי נ' מדינת ישראל** (4.11.2009), אשר נמנה על דעת הרוב, לפיה הוחלט לזכות את המערער מעבירות הריגה ונהיגה ללא אפשרות שליטה ברכב וראיית הדרך, וחלף זאת להרשיעו בעבירה של גרם מוות ברשלנות, בהתחשב בקיומה של פגיעה חמורה בזכות ההיוועצות של המערער במהלך החקירה, כדלקמן:



"מנגד לזכויות הדיוניות עומדת המשאלה, הטבעית אף היא מאין כמותה והמעוגנת באינטרס ציבורי מובהק, כי עבריינים יועמדו לדין וייענשו כראוי להם, והאדם מן היישוב עשוי לשאול עצמו, האם יימלט העבריין מן הדין, או ממיצוי הדין, בשל 'דקדוקי עניות' של הליך, בשעה שקול דמיון של הקרבן זועק מן האדמה. טענה זו שובת לב היא, והיא מטרידה לא רק את האדם מן היישוב אלא גם את השופט מן היישוב....

[...] אך המשפט עודנו מתחבט, כפי שציינה חברתי הנשיאה, בשאלה האם יימלט החוטא מן הדין בשל זכויות דיוניות, כפי שאירע בשיטות משפט זרות...

[...] שוב, אין לכחד: יש חשיבות רבה לשאלה מה הדין שעה שנפסלת ראייה הגם שמהותית אולי היה בה כדי להטות את הכף לחובה, והחוטא יוצא בחיך מאולם בית המשפט, ובמציאות הישראלית עלול הוא לצעוק מעל כל במה 'זכאי, זכאי', וטכנית גם יצדק, אך זעקת הקרבן לא תפוג".

72. מנגד, האינטרס הציבורי אינו חותר רק למיצוי הליכים, הוצאת האמת לאור ולחימה בעבריינות, אלא גם, ואולי ראשית כל, להקפדה והגנה על זכויות יסוד של נחקרים ונאשמים. על בית המשפט מוטלת החובה לפקח ולבקר פעולות חקירה נפסדות, הפוגעות בזכויות חוקתיות ולמנוע פגיעה לא הוגנת בהליך המשפטי. האמון שהציבור רוחש לבית המשפט מושתת, בין השאר, על הציפייה שימנע ניצול לרעה של כוח המופקד בידי רשויות החקירה, בין היתר באמצעות שימוש בכלים הרתעתיים. על כן, כפי שנפסק לא אחת, יש למנוע מהמשטרה להשיג ראיות ולעיין בהן אם כרוכה בכך הפרת הזכות להליך הוגן. גישה זו תתמרץ את רשויות החקירה להשקיע משאבים ומאמצים באיתור ראיות שהשגתן אינה כרוכה בהפרת הזכות להליך הוגן.

ראו למשל, בהקשר זה, דברי כב' השופט י' דנציגר בדנ"פ 5852/10 **מדינת ישראל נ' שמש ואח'** (9.1.2012), כדלקמן:

"סבורני כי ההכרח להקפיד שרשויות החקירה יפעילו נורמות חקירה הוגנות הוא חלק אינהרנטי מסמכויותיו של בית המשפט ואף עולה כדי חובתו המקצועית והמוסרית.

בעיני אדם מן היישוב בית המשפט הוא המעוז האובייקטיבי ונטול הפניות האחרון שאליו הוא יכול לפנות בזמן אמת על מנת שיגן עליו מפני שרירות והתנהגות עוולתית של הרשות החוקרת. נעילת דלתותיו של בית המשפט בפני הציבור בזמן אמת תביא בהכרח לפגיעה באמון הציבור ביכולתה של מערכת המשפט להושיט סעד אפקטיבי, שכן מתן הסעד בדיעבד להתרחשות הפגיעה עלול להיות במקרים מסוימים חסר ערך ממשי ... נעילת דלתותיו של בית המשפט בפני המלין על אי נאותות ההליך עת נפגעה זכותו להליך הוגן תעודד היווצרותם של רגשות תסכול ותגרום להתפתחות תחושת חוסר אמון ביחס למסוגלותו של בית המשפט למלא את תפקידו כהלכה ובזמן אמת".

וכן ראו, דברי כב' השופטת (כתוארה אז) א' חיות בע"פ 1301/06 **עזבון המנוח יוני אלזם ז"ל נ' מדינת ישראל** (22.6.2009), כך:



"ודוק - אין מדובר במאזני שקילה שיש לעינם בכל מקרה ובהחלט ייתכנו מקרים חריגים בהם יראה בית המשפט לנכון לפסול את הראיות אם ימצא כי נחצו קווים אדומים ובוצעו פעולות חקירה החותרות תחת יסודותיו של ההליך הפלילי כהליך הוגן וזאת גם אם ניתן היה להרשיע את הנאשם בעבירה המיוחסת לו בהתבסס על אותה ראיה, אילו נכון היה בית המשפט להשלים עם הפסול שבה. פסילה כזו של הראיות נדרשת באותם מקרים חריגים בכל מדינה המחויבת לערכים דמוקרטיים ולהגנה על זכויות אדם הנשמרת לבל תוקרב זכותו של חשוד או נאשם להליך פלילי הוגן על מזבח הצורך להלחם מלחמה בלתי מתפשרת בפשיעה. במילים אחרות, מלחמה נחושה בפשיעה - כן, מלחמה בכל מחיר תוך הקרבת ערכי יסוד דמוקרטיים - לא ולא"

73. לא אכחד, יישום השיקולים המנחים שנקבעו בעניין יששכרוב במקרה דנא אכן מעורר התלבטות. מחד גיסא עסקין בראיות שנתפסו בחיפוש שנערכו ללא כל הסמכה בחוק ואף ללא קבלת הסכמה מדעת מצד המערער מושא החיפוש. לדידי, אין מדובר באי-קיום נוהל זה או אחר על ידי המשטרה או בהפרה טכנית של כלל כלשהו, אלא בחיפוש שנעשו בחריגה ברורה מסמכות, הן ברכבו והן בביתו, תוך פגיעה משמעותית בזכות החוקתית לפרטיות. מאידך גיסא, עסקין בראיות חפציות שאמינותן אינה שנויה במחלוקת והן בעלות קיום עצמאי ונפרד מאי-החוקיות שהייתה כרוכה בהשגתן. עם זאת, חשוב לשוב ולהזכיר, כי אותן ראיות לא היו מתגלות אלמלא החיפוש הבלתי-חוקיים. בעניין בן חיים נקבע, והדברים יפים לענייננו, כי יש טעם בהבחנה בין ראיה חפצית שקשורה בקשר הדוק לאי-החוקיות שבהשגתה לבין ראיה חפצית שהייתה מתגלה גם בלי הפעלת אמצעים בלתי-חוקיים על ידי המשטרה. בנוסף לכך, העבירה שבה הואשם והורשע המערער - החזקת סמים שלא לצריכה עצמית - הינה עבירה חמורה, שהגם שלא ניתן להצביע עתה על קרבן קונקרטי, משל היה מדובר בעבירת אלימות, הרי שבביצוע עבירה זו עשויים להיות קרבנות פוטנציאליים, פגיעה בשלומם ובבריאותם של אחרים וגרימת נזקים כלכליים עקיפים, לו כמות כה גדולה של סם מסוכן הייתה מופצת ברבים. ברם, כפי שעלה מהפסיקה, בתי המשפט ובראשם בית המשפט העליון מצאו לפסול ראיות, לרבות ראיות חפציות, בעלות ערך הוכחתי מובהק, גם במקרים של עבירות חמורות מאלה, כגון: רצח, הריגה ועבירות מין קשות.

74. בנסיבות אלה, ושעה שעסקין בהפרה נמשכת של הזכות להליך הוגן אשר מצאה ביטוי ברצף של שני חיפושים בלתי חוקיים, כאשר החיפוש השני ברצף אף נחשב כפולשני יותר היות ובוצע בביתו של המערער, בעוד הראשון היה ברכבו, יש להורות על פסילת כלל הראיות, קרי הסמים שנמצאו. כאמור, פגיעה בפרטיותו של אדם החוסה תחת חוק יסוד כבוד האדם וחירותו, הינה עוולה חוקתית, ומכאן שההפרה שבהשגת הראיות נושאת אופי חמור של אי חוקיות. סבורני כי במקרה דנא כל תוצאה אחרת תהווה יישום שגוי של הלכת בן חיים, והפסיקה שנתקבלה לאחריה, אשר הגיעה לתוצאה זהה של פסילת ראיה, על יסוד הפרת הזכות להליך הוגן בעוצמה נמוכה באופן משמעותי מזו שהתרחשה בעניינו של המערער.

75. מכל המקובץ, לעניות דעתי השיקולים של חומרת אי-החוקיות שהייתה כרוכה בהשגת הראיות בהן עסקין והשפעת פסילת הראיות על מלאכת עשיית הצדק מטים, אפוא, את הכף לפסילת הראיות (הסמים) שנתפשו על ידי המשטרה ברכבו ובביתו של המערער. אחרת, כך להשקפתי, קבלת הסמים שנמצאו ברשות המערער כראיה במשפטו תוביל לפגיעה מהותית ובלתי מידתית בזכותו להליך הוגן, ועל כן בנסיבות דנא יש לבכר



אינטרס זה על פני יתר האינטרסים שמניתי.

הודאת המערער ב"החזקה"

76. ראייה נוספת שרלוונטית לענייננו, היא הודאת המערער בחקירותיו במשטרה. כאמור, לאחר החיפוש ברכבו של המערער הוא הובא לתחנת המשטרה, משם נלקח לחיפוש בביתו, והושב חזרה לתחנת המשטרה. רק לאחר שני החיפושים הללו, שבוצעו כאמור ברצף, נגבתה מהמערער הודעה ראשונה בתחנת שכונות יפתח, כאשר זו החלה בשעה 00:48 (ת/4).

במסגרת חקירתו הראשונה, לאחר שהודע למערער על זכויותיו והוא נועץ בעורך דין מטעם הסנגוריה הציבורית, הוא הכחיש שהסמים שנמצאו ברכבו שייכים לו או שנרכשו על ידו, אך קשר עצמו לסמים בטענה שמצא אותם בגינה. וכך מסר, בין היתר, ביחס לסמים שנמצאו ברכב: **"אומרים שזה נייס גאי, אבל תבדקו את זה"**. **"מצאתי את זה בגינה של הכלבים. איפה שהבית שלי קרוב לשם"**. **"סתם לקחתי את זה - כאילו משהו החביא את זה שם ולקחתי"**. כשנשאל מדוע חלק מהסמים נמצאו במושב האחורי של הרכב וחלק בתא המטען השיב: **"הכל מצאתי ביחד היה חופשי בכיסא האחורי. לא היה מקום מאחורה"**.

לגבי הנייס גאי במשקל 9 גרם שנמצאו בביתו מסר המערער: **"זה היה בחוץ בחצר, לא בתוך הבית לא יודע"**. לגבי 2.5 כדורי האקסטזי מסר: **"יש לי ידידה שהיא לוקחת פעם לוקחת חצי פעם זה. גם היה זרוק בתוך קופסה לא נתפס איזה כמות"**. **"מה שבבית כן שייך לי, בחצר לא שלי, באוטו זה מה שאני מצאתי"**.

77. הודעה שנייה נגבתה מהמערער ביום 10.12.2018 (ת/14), שבמסגרתה שב ומסר כי מצא את הנייס גאי בגינת הכלבים שליד ביתו. לפי דבריו: **"ליד כזה עצים. אחד כושי שם את זה ואני לקחתי את זה"**. ובהמשך: **"הלכתי והבאתי את האוטו והעמסתי את זה ואיך שאני הולך הביתה אז המשטרה אמרה לי לעצור בצד וירדתי מהאוטו"**. המערער הוסיף ואישר כי: **"ראיתי שהיה מדבקות שהיה רשום עליהם נייס גאי כאילו..."**. המערער הדגיש כי על שקיות הנייס גאי הודבקה מדבקה שעליה נכתב "100% חוקי". ואילו בנוגע לכדורים שנמצאו בביתו מסר כי רכש אותם ממזמן בשטחים תמורת 100 ₪ עבור ידידתו. המערער הכחיש קשר לנייס גאי שנמצא בארון שבחצר.

78. הודעה נוספת, נגבתה מהמערער ביום 10.12.2018 (ת/16), אך הוא לא נשאל לגבי החזקת הסמים.

79. בית משפט קמא ציין בהכרעת הדין כי הסניגורית הסכימה כי באופן גביית הודעות המערער בחקירותיו לא נפל פגם, אך לטענתה יש לפסול אותן כיוון שהן נגזרות ממצאי החיפושים, שנערכו באופן פסול. בית משפט קמא ציין בהכרעת הדין כי היות שהחליט לקבל את ממצאי החיפושים, לא נמצאה הצדקה לפסול את ההודעות שנגזרו מהם.



80. הנה כי כן, בהינתן שלשיתתי היה מקום להורות על פסילת הראיות (הסמים) שנתפשו על ידי המשטרה ברכבו ובביתו של המערער כראיות קבילות, נשאלת השאלה האם ניתן לחייב את המערער בדין בהסתמך על דבריו בחקירותיו. במילים אחרות, האם בהינתן פסילת הסמים שנמצאו כראיה קבילה, הונחה לפני בית משפט קמא תשתית ראייתית מספקת, ובכללה הודאת המערער, לקביעה כי המערער החזיק בסמים שלא לצריכתו העצמית כמפורט בכתב האישום; וככל שכן, האם ניתן להרשיעו על אף הקביעה שהראיות החפציות, אותם סמים שנמצאו בחיפושם הלא חוקיים, אינן קבילות. המערער אישר כאמור בהודעותיו במשטרה כי החזיק למעשה בסמים שנתפסו ברכבו ובביתו (למעט שקית אחת של ניס גאי שנמצאה בחצר הבית). המערער נמנע מלמסור עדות בבית המשפט קמא ולא זומנו עדי הגנה אחרים מטעמו.

תשובתי לשאלה זו היא בשלילה, מהטעמים הבאים:

81. ראשית, הודאת המערער בעבירת ההחזקה של הסמים שנמצאו ברכבו ובביתו הייתה מסויגת (למעט ביחס לכדורי ה-MDMA), ולא הוצגה בה תשתית ראייתית מספקת, כך שעל פני הדברים סבורני כי אין בה די כדי לבסס הרשעה בעבירה שיוחסה למערער.

82. שנית, אף אם הודאת המערער הייתה חד משמעית, עדיין נדרשת תוספת ראייתית מסוג "דבר מה נוסף", שהינה תוספת ראייתית מאמתת, החיצונית להודאתו של המערער, המאשרת במידת מה את תוכן ההודאה. ודוק, ראיית "דבר-מה נוסף" אינה כזו המסבכת נאשם בביצוע העבירה שבה הודה, אלא ראייה מאמתת בלבד, המשמשת אמת-מידה לבחינת אמיתותה של ההודאה, אשר די שתאשר במידת מה את תוכנה. הרציונל העומד ביסוד הדרישה לתוספת ראייתית מסוג "דבר-מה נוסף", מקום שבו הודה נאשם בביצוע עבירה, עיקרו בצורך להפיג באמצעות מבחן חיצוני את החשש כי הנאשם ייחס לעצמו בהודאתו מעשה שלא ביצע. עוד יצוין כי "דבר מה" הוא ראייה, ישירה או נסיבתית, המאשרת במידת מה את תוכן ההודאה, אך לאו דווקא במה שנוגע לזהות הנאשם כמבצע העבירה (ראו: ע"פ 10477/09 מובארק נ' מדינת ישראל (10.4.2013); ע"פ 6296/13 אמג'ד אדריס נ' מדינת ישראל (22.3.2015); ע"פ 6977/03 רושדי סארה נ' מדינת ישראל (20.7.2009); ע"פ 1094/07 יצחק דדון נ' מדינת ישראל (3.7.2008); ע"פ 290/59 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יד 1489, 1499); יעקב קדמי על הראיות כרך ראשון 60 (2009), עמ' 142-143).

קיימים יחסי גומלין בין משקלה ומידת מהימנותה של ההודאה לבין משקלו ואופיו של "הדבר-מה", הנדרש כתוספת ראייתית לה, במובן זה שככל שמשקלה העצמי של ההודאה הוא גדול יותר, כן קטן הצורך להיזקק למבחן החיצוני של "דבר-מה"; וככל שמשקלה העצמי של ההודאה הוא קטן יותר, כן גדול הצורך להיזקק לאמת מידה חיצונית לבחינת האמת שבהודאה. עם זאת, מן הראוי להדגיש כי אפילו משקלה העצמי של ההודאה הוא רב, לא יורשע נאשם על פיה, ללא מבחן אמת חיצוני כלשהו, אפילו הוא קל שבקלים.

בהקשר זה אציין כי אין הודאה אחת יכולה להוות "דבר מה" לאימות תוכנה של הודאה אחרת. הסיבה לכך הינה שכל עוד בא המידע מפי הנאשם, לא סר החשש שמא הודה בדבר שלא עשה ממניעיו שלו, שאינם



קשורים ללחץ החקירה (ראו: ע"פ 658/80 בולוס נ' מדינת ישראל, פ"ד לה(1) 815, 785; ע"פ 915/85 אהמד מזיד קוזלי נ' מדינת ישראל; ע"פ 698/01 מוחמד ג'באלי נ' מדינת ישראל (22.10.2002)).

בעניינו, בהעדר הסמים שנמצאו כראיה קבילה, ומשלא הוצגו כל ראיות אחרות לבית משפט קמא, הרי שהמשיבה לא הציגה כל תוספת ראיתית הנדרשת לשם הרשעה, על בסיס הודאת המערער, בעיקר כשעל פניו משקלה הפנימי של הודאתו אינו גבוה כשלעצמו.

83. שלישית, בפרשת בן חיים נדון בין יתר המקרים, עניינו של הנאשם בן חיים שהואשם בעבירה של החזקת סכין שלא כדין לפי סעיף 186 לחוק העונשין. נאשם זה הודה בחקירתו במשטרה בהחזקת הסכין וכך גם בתשובתו לכתב האישום בבית המשפט. כמו כן, בפרשת ההגנה בחר שלא להעיד. למרות האמור, לאחר שבית המשפט פסל את הסכין כראיה חפצית, הורה על זיכוי מהעבירה של החזקת סכין שלא כדין (ראו פס' 36 לפסק דינה של כב' הנשיאה ביניש). יוצא מכך, לעניינו, שאין מניעה לזכות את המערער מהעבירה שיוחסה לו בכתב האישום, למרות הודאתו שהחזיק בסם, וזאת בהעדר הסם כראיה.

עוד ראו בע"פ (מח' י-ם) 2431-09-14 ליאת פדר נ' מדינת ישראל (4.6.2015), שם נקבע כך:

"הדין בנושא קבילותו של הסם הסתיים. עתה יש לדון בבסיס החלופי להרשעת המערער, אשר במרכזו נמצאת הודאתה במשטרה (ת/9). בהודאתה האמורה המערערת הודתה כי הסם שנתפס שיין לה, וכי שיקרה בהודעה הראשונה (ת/8) והרחיקה את עצמה מהסם כי פחדה. התמונה הכוללת היא, כי הבסיס לאמרה שבת/9 הינה האמרה שבת/8, אשר נקודת המוצא לה מצויה באזהרת חוקר המשטרה, לפיה המערערת חשודה 'בהחזקה ושימוש של סמים בכך שהיום נתפסת וברשותך נמצא חומר החשוד כסם'. פסילת החיפוש שבוצע שלא כדין בכלי רכבה של המערערת, משמיט אפוא את הבסיס העיקרי לאמרותיה.

במצב זה, מתייטר הצורך לדון בשאלת קיומו של 'דבר מה נוסף' העשוי לתמוך בהודאתה של המערערת, שכן הודאה זו נותרת, עם פסילת הראייה שבבסיסה, חסרת תוכן ממשי. ... אשר לניסיונה של המשיבה להישען על דברים שאמרה המערערת בעדותה, כדבר מה נוסף להודאתה (ראו עמוד 11 לעדות), הרי שנוכח פסיקתו של בית המשפט העליון מן העת האחרונה (ע"פ 6296/13 אדריס נ' מדינת ישראל (22.3.15)), קשה לקבל גם ניסיון זה. אעיר, בשוליה של נקודה זו, כי אף הבסיס לעדותה האמורה של המערערת נשמט, עם פסילתה של ראית הסם".

סוף דבר

84. טרם חתימה, והגם שדעתי נותרה במיעוט, אביע תקווה כי משטרת ישראל תיתן דעתה לאותם פגמים שנפלו בחקירת המערער עליהם הצבעתי, על מנת שאלה לא ישנו במהלך ביצוע מלאכתם החשובה של השוטרים, שאין איש המקל ראש במורכבותה ובקשיים הרבים הכרוכים בעשייתה.



85. סוף דבר, מכל הנימוקים שפירטתי, לו דעתי הייתה נשמעת, היינו מזכים את המערער מהעבירה שיוחסה לו בכתב האישום, ומורים על ביטול גזר הדין שניתן בעניינו בבית משפט קמא.

אי לכך, הוחלט ברוב דעות (השופטים א' הימן ו-ל' ביבי כנגד דעתו החולקת של השופט י' טופף) לדחות את הערעור - הן לעניין ההרשעה והן לעניין העונש שנקבע בבית משפט קמא.

ניתן והודע היום י"א אדר תשפ"א, 23/02/2021 במעמד הנוכחים.

יוסי טופף, שופט

לימור ביבי, שופטת

אברהם הימן, שופט
אב"ד