



## ת"פ 1417/05/20 - מדינת ישראל נגד מישאל פרטוש

בית משפט השלום בכפר סבא

ת"פ 1417-05-20 מדינת ישראל נ' פרטוש  
לפני כבוד השופטת אילה אורן

המאשימה מדינת ישראל

- נגד -  
מישאל פרטוש

### הכרעת דין

1. עניינה של הכרעת הדין בשאלה מה דינו של נאשם שהחזיק בקטנוע, עליו רכב, סם מסוג קנאבוס במשקל 307 גרם נטו והודה בהחזקתו, משנטען כי בוצע חיפוש לא חוקי לצד פעולות אכיפה בלתי חוקיות נוספות.

### כתב האישום ומענה הנאשם

2. הנאשם הואשם כי ביום 27.5.19 בשעה 20:39 בעת שרכב בפראות על קטנוע באזור התעשייה בעיר כפר-סבא, החזיק בארגז המושב סם מסוכן מסוג קנאבוס במשקל 307 גרם נטו (להלן: "הסמים"), שלא לצריכתו העצמית, וכן שני מכשירי טלפון סלולריים ומזומן בסך 3,600 ₪. במעשים אלו הואשם הנאשם בביצוע עבירה של החזקת סם שלא לצריכה עצמית, לפי סעיף 7(א) ו- (ג) רישא לפקודת הסמים המסוכנים (נוסח חדש), התשל"ג - 1973 (להלן: "פקודת הסמים").

3. במענה לכתב האישום כפר הנאשם במיוחס לו וטען כי יש לפסול את קבילות הסמים כראיה מן הטעם שהחיפוש שנערך היה בלתי חוקי.

4. ערב דיון ההוכחות, ביום 7.3.21, עתר הנאשם לערוך בדיקה על-ידי בית המשפט והצדדים לשם בחינה האם הסמים מפיצים ריח, תוך שחזור תנאי תפיסתם בקטנוע של הנאשם (להלן: "השיחזור"). לנוכח התנגדות המאשימה נדונה הבקשה בפתח ההוכחות ומצאתי לדחותה - על כך ארחיב בהמשך.

### טענות הצדדים

5. המאשימה באמצעות בא כוחה עו"ד שלומי גרינבוים, טענה כי הראיות שהובאו בפני בית המשפט מבססות את אשמת הנאשם במיוחס לו מעבר לכל ספק סביר. נטען כי מסכת הראיות מתבססת על תפיסת הנאשם בכף בהחזיקו את הסמים בקטנוע עליו רכב, בצירוף הודאתו במיוחס לו בתשאולו במקום, ובהמשך בהודאה מפורטת שמסר בחקירתו בתחנת המשטרה בה הודה בהחזקת הסמים. עוד נטען כי הימנעותו של הנאשם להעיד להגנתו מחזקת את הראיות נגדו. בהתייחס לטענות ההגנה לאי חוקיות החיפוש, נטען כי השוטר שתפס את הסמים מסר עדות מהימנה כי בהגעתו למקום הוא הריח ריח החשוד כסם, אז התגבש יסוד סביר לחשד להחזקת הסמים שהקנה לו סמכות חיפוש כדין.

6. ב"כ הנאשם עו"ד רן עמר, טען כי יש לפסול את הסמים כראיה היות שנתפסו במהלך חיפוש לא חוקי כעולה מדוקטרינת הפסילה הפסיקתית. נטען כי יש לדחות את גרסת השוטר לפיה הוא הריח את הסמים לפני עריכת החיפוש, מן הטעם שעדותו עומדת בסתירה לעדות הפקח שעמד במקום ולא הריח כל ריח חשוד או מוזר, וכי ממילא לא ניתן היה להריח את הסמים בטרם החיפוש בשל אופן הטמנתם בקטנוע כשהם עטופים בשקית ובמעיל.

7. עוד טען ב"כ הנאשם כי נגרם לנאשם נזק ראייתי משום שכתב האישום הוגש בשיהוי של 11 חודשים ממועד האירוע, ושיהוי נוסף נגרם למשך 6 חודשים עד לדיון ההקראה. את הנזק ניסה הנאשם לתקן בבקשתו לעריכת השחזור שנועד לבחון את טענת המאשימה כי השוטר הריח את הסמים, אולם הבקשה נדחתה. בהקשר זה נטען כי היה על היחידה החוקרת לאחסן את הסמים בדרך שתשמר את הסמים במצבם כפי שנתפסו ותאפשר את עריכת השחזור גם בחלוף הזמן. משלא נעשה הדבר טען ב"כ הנאשם כי נגרם לנאשם "נזק הראייתי" בשל מחדלים משמעותיים של המאשימה המחייבים הוכחת תוספת ראייתית מסוג סיוע או לכל הפחות חיזוק (ע"פ 2869/09 זינאתי ואח' נ' מדינת ישראל (9.11.2011)).

8. עוד עתרה ההגנה לפסילת כל הראיות שהושגו נגד הנאשם: הסמים, הודאתו בתשאול במקום והודאתו במשטרה, וזאת בעטיין של פעולות אכיפה בלתי חוקיות שביצעו השוטר והפקח תוך פגיעה בזכויות הנאשם.

9. ביחס לפעולות הבלתי חוקיות נטען כי הנאשם עוכב על-ידי הפקח בחוסר סמכות ומבלי שהודע לו כי הוא מעוכב; כי השוטר המשיך ועיכב את הנאשם עוד בטרם החיפוש מבלי שמסר לו הודעה על כך, וכי מיד לאחר החיפוש הבלתי חוקי תושאל הנאשם בנוגע לסמים שנתפסו מבלי שהוזרז ומבלי שהודע לו על זכויותיו להיוועץ עם עורך דין.

**קביעת ממצאי עובדה**

**התשתית הראייתית**

10. התשתית הראייתית אשר בפני כללה את הסמים שנתפסו כמוצג (ת/4); עדויות הפקח העירוני מר יאיר פרץ (להלן: "הפקח") והשוטר עדי אליו וורקנך (להלן: "השוטר"); הודאת הנאשם שהוגשה בהסכמה (ת/1); חוות דעת המעבדה האנליטית בנוגע לסמים (ת/2) ודוח העיכוב שנערך ע"י השוטר (ת/3). הנאשם בחר שלא להעיד להגנתו, ובא כוחו הגיש מטעמו את תעודת ההסמכה של הפקח (נ/1) ואת דוח הפעולה של השוטר מיום האירוע (נ/2).

### עדות הפקח מר יאיר פרץ, ע"ת/1

11. הפקח סיפר כי הוא סגן מנהל השיטור העירוני בכפר-סבא, ומשמש כפקח שמסייע למשטרת ישראל, בהתאם לתעודת ההסמכה אותה הציג (נ/1). לדבריו, ביום 27.5.19 בסמוך לשעה 20:00 במהלך סיור בשכונת יוספטל בעיר כפר סבא, הבחין בנהג קטנוע "שחתך" אותו בכביש, ולכן נסע אחריו וראה כי הוא מזגזג בנהיגתו ו"חותך" כלי רכב נוספים. אז סיפר הפקח כי ביקש תגבורת מהשוטר עדי והפקחית שובל, שעבדו יחד בניידת השיטור העירוני, ותוך כך הורה לנהג הקטנוע לעצור בצד והוא נשמע לו. **חצי דקה עד ארבעים שניות** אחר כך הגיעו השוטר והפקחית למקום (עמ' 6 שר' 24; עמ' 9 שר' 29 ואילך). השוטר שאל את הנהג אם יש עליו משהו שלא צריך להיות לו, אך הנהג השיב בשלילה. אז פתח השוטר את מושב הקטנוע והרים בגד שחור, ובאותו רגע עלה ריח של חומר חשוד כסם. עוד נתפס על הנהג טלפון חכם וטלפון כשר, אותו כינה העד כ"טלפון שב"חיים". בחקירתו הנגדית הוברר כי הפקח היה לבוש מדים ונהג בקטנוע עירוני (הנושא כיתוב "אכיפה עירונית") וצ'קלקות. בנוגע לסמכויות הניתנות לו כפקח עירוני מסייע למשטרה הציג את תעודתו (נ/1), וסביר כי אין בסמכותו לעצור כלי רכב או לרדוף אחריהם, אלא לבקש כי יעצור בצד. הפקח העיד כי ניתנו לו סמכויות עיכוב, כמפורט בתעודת ההסמכה, וכי הן חלות גם על עבירות תעבורה או עבירות אחרות כדוגמת השלכת פסולת במקום ציבורי (עמ' 7 שר' 23 ואילך).

12. לשאלות ב"כ הנאשם העיד הפקח כי הוא הזעיק את התגבור בשל נהיגתו של נהג הקטנוע, ולא מכל טעם אחר, אף לא בשל היכרות מוקדמת או בשל מידע כלשהו. עוד הבהיר הפקח כי כלל לא ידע מיהו הרוכב על הקטנוע עד עצירתו בצד הדרך. במענה לשאלות ב"כ הנאשם השיב הפקח כי הוא עמד ליד הנהג אשר עישן סיגרייה והמתין לשוטר, ובכל אותה עת לא הריח ריח סמים עד אשר פתח השוטר את מושב הקטנוע. עוד במענה לחקירה נגדית סיפר הפקח כי לא שמע את כל תוכן השיחה בין השוטר לנהג, אלא רק בתחילה, היות שעמד **במרחק של כמטר וחצי עד שניים מהשוטר והנהג**, בשל הצורך לאבטח את השוטר (החל מעמ' 9 שר' 33 ועד עמ' 10 שר' 5, וכן עמ' 13 שר' 10). העד השיב כי אינו זוכר ולא שמע אם השוטר הזהיר את הנהג כדין והודיע לו על זכויותיו.

### ע"ת/2 רס"ר עדי אליו וורקנך:

13. העד סיפר כי הוא עושה בתפקידו כ- 6 שנים וחצי כשוטר סיור עירוני בכפר-סבא, וכי הוא לובש מדי משטרה ונוסע בניידת אכיפה עירונית. בנוגע לאירוע סיפר כי הגיע למקום בעקבות קריאה של הפקח לסיוע בחשד לביצוע עבירות תעבורה (מ- נ/2 דוח הפעולה שערך, עולה כי הגיע למקום בתוך **3-4 דקות**). כאשר עמד ליד הנאשם והקטנוע, כך העיד השוטר, **זיהה ריח של חומר החשוד כסם**, לכן שאל את הנאשם **"אם הוא מחזיק**

**משהו שלא כדן".** כשהאחרון השיב בשלילה ראה בכך חשד להכשלתו בתפקידו כשוטר. אז דרש העד מהנאשם שיפתח את תא המטען של הקטנוע, ובכך פעל בהתאם לסמכותו לעריכת חיפוש לפי סעיף 28 לפקודת הסמים, סמכות שהתגבשה עקב ריח הסמים שעלה מהקטנוע - כך העיד. כשפתח הנאשם את מושב הקטנוע התגבר ריח הסמים, אז הבחין השוטר בסמים (אותם זיהה במוצג ת/4), תפס אותם והודיע לנאשם כי הוא חשוד ומעוכב בגין החזקת חומר החשוד כסם מסוכן.

14. השוטר הבהיר בעדותו כי ריח הקנביס מוכר לו היטב מעבודתו, והוא נתקל בו כמעט בכל משמרת (עמ' 14 שר' 14). לשם הדוגמה סיפר השוטר כי בעבר הוא הביא לגילוי וחשיפה של מעבדת סמים בדירת מגורים, בעקבות ריח שזיהה בכניסה לחדר המדרגות (עמ' 14 שר' 11 ואילך).

15. בחקירתו הנגדית העיד השוטר כי העיכוב של הנאשם נעשה אך בשל החזקת הסמים ולא בשל החשד הראשוני לביצוע עבירות תעבורה, ועוד סיפר כי הודיע לנאשם על עיכובו לאחר החיפוש ותפיסת הסמים, היות שרק אז היה החשד מבוסס (עמ' 19 שר' 14 ואילך). בהתייחס לריח הסמים עמד השוטר על עדותו כי הריח את הסמים עוד בטרם החל בחיפוש וזו הייתה העילה לחיפוש. ייאמר, כי בדוח הפעולה שהוגש מטעם ההגנה נ/2 ציין השוטר כי הריח "ריח חזק" של סמים עוד בטרם החיפוש.

16. כשעומת עם עדות הפקח שסיפר כי לא הריח את הסמים, השיב השוטר כי לכל אדם יש חוש ריח משלו, והפקח הוא אדם נורמטיבי ולכן הוא לא יכול לחשוד בקיומם של סמים אם לא רואה אותם (עמ' 16 שר' 15 - 27). בנוגע לשאלה אם הודיע לנאשם על זכויותיו לסרב לחיפוש השיב השוטר כי כך הוא נוהג דרך כלל, אולם הוא לא נדרש לכך במקרה זה היות שקמה סמכות חיפוש לאחר שהריח את הסמים, אף בהעדר הסכמה.

17. השוטר אישר בחקירתו הנגדית כי שאל את הנאשם של מי הסמים, ובתשובתו הכחיש הנאשם בתחילה קשר לסמים, אך בהמשך הודה בהחזקתם. כשנשאל השוטר **האם הוא הודיע לנאשם על זכותו לשמור על זכות השתיקה ולהתייעצות עם עורך דין בטרם התשאול, השיב כי אינו זוכר** (ויובהר כי השוטר לא כתב בדוח הפעולה שערך כי הזהיר את הנאשם והודיע לו על זכויותיו, בטרם התשאול, אלא לאחר העיכוב - נ/2).

### **ממצאים שבעובדה**

18. כאמור המחלוקת העובדתית מצומצמת ועיקרה נסוב על השאלה האם הריח השוטר את הסמים בטרם ערך את החיפוש. לטענת ההגנה לא ניתן היה להריח את הסמים משום שהוטמנו במושב הקטנוע עטופים בשקית ומכוסים במעיל סערה, והראיה לכך נלמדת מעדות הפקח שלא הריחם אף שעמד קרוב לשוטר ולנאשם. בעניין זה מצאתי, ללא כל היסוס, להאמין לשוטר. התרשמתי כי השוטר העיד במדויק על האירוע שהיה זכור לו היטב על פרטיו, רובם ככולם. עדות השוטר הייתה משכנעת, עקבית, ברורה, מדויקת ככל הניתן, בטוחה וחד משמעית במיוחד בנוגע לריח הסמים שהריח לפני שערך את החיפוש בקטנוע. עוד התרשמתי כי מדובר בשוטר מיומן ומקצועי, שעשה את עבודתו באחריות וברצינות, והוא היה בעל ניסיון בתפקידו שנים לפני האירוע. כמו כן לשוטר לא הייתה כל היכרות מוקדמת עם הנאשם, והתרשמתי כי הוא לא פעל מתוך "מוטיבציית יתר", ובוודאי

שלא ניסה לטפול אשמה בנאשם - ולא נטען אחרת. כך למשל השוטר זנח כבר במקום את החשד לביצוע עבירות תעבורה, ואת החשד לביצוע עבירה של הכשלת שוטר. מכל הטעמים הללו מצאתי ליתן משקל מלא לעדותו של השוטר.

19. אשר לעובדה כי הפקח לא הריח את הסמים, מקובלת עליי תשובתו של השוטר כי חוש ריח, ככל חוש אחר, שונה מאדם לאדם. העובדה שהפקח לא זיהה את ריח הסמים אינה מלמדת מניה וביה שלא ניתן היה להריח את הסמים, ואין בכך הוכחה כי השוטר שיקר בעדותו או קיימת סתירה בעדויות התביעה שמשמעותה דחיית גרסת השוטר, כפי שעתרה ההגנה.

20. בשולי הדברים יצוין, כי הימנעות הנאשם להעיד להגנתו בשאלה מרכזית זו - האם הסמים הפיצו ריח בעת שמושב הקטנוע היה סגור, אומרת דרשני. בהתאם להוראת סעיף 162 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב - 1982, שתיקת נאשם עשויה לשמש "חיזוק" למשקל ראיות התביעה נגדו, ואף יכולה לעלות עד כדי "סיוע" - מקום שדרוש כזה (בנוגע למבחנים שנקבעו בפסיקה בשאלת התוספת הראייתית של שתיקת הנאשם ראו רע"פ 4142/04 מילשטיין נ' התובע הצבאי הראשי, פ"ד סב(1) 374 (2006) וע"פ 9284/17 חורש נ' מדינת ישראל (5.3.2020)). ב"כ הנאשם הצהיר כי הנאשם מודע למשמעות המשפטית של הימנעותו מעדות, אך לא נתן הסבר לבחירת הנאשם בשתיקה. אף מבלי שאקבע כי שתיקת הנאשם מהווה "חיזוק" לראיות התביעה בשאלה המרכזית שבחזית המחלוקת, הרי ששובר בצידה של השתיקה, למצער בהחלט טענת ההגנה בסוגיית ריח הסמים.

21. כאן המקום להתייחס לטענת ההגנה "לנזק ראייתי" - בהעדר אפשרות לשחזור ריח הסמים עקב שיהוי המאשימה - טענה שמצאתי לדחותה מכל וכל:

ביום 4.3.2020 נשלח לנאשם מכתב יידוע, אך הנאשם לא הגיב למכתב ובכך ויתר על זכותו לשימוע. המאשימה הגישה את כתב האישום בזמן סביר, חודשיים לאחר משלוח מכתב היידוע וכשנה לאחר האירוע (ראו רע"פ 813/20 ילדרים נ' מדינת ישראל (4.1.21)). ואף אחרי שהוגש כתב האישום לא פנה הנאשם בבקשה לעריכת השחזור, אלא רק יום עובר למועד ההוכחות שנשמע בדיון מיום 8.3.2021. התנהלות הנאשם בשיהוי ניכר בבקשתו לשחזור רובצת לפתחו ומשמיטה טענתו לנזק ראייתי מחמת "שיהוי המאשימה" בהגשת כתב האישום. ודוק, סבורני כי ממילא לא ניתן היה לדמות את מצב הסמים נכון לאירוע במועד בו התבקשה הבקשה, ערב ההוכחות. משמדובר בסם מסוג קנאבוס, שהוא חומר צמחי, מטבע הדברים חלוף הזמן הביא לשינוי במצב הסמים. טענת הנאשם כי היה מקום לשמור את הסמים באופן "שישמר את מצבם ויאפשר בדיקתם" לא נתמכה בראיה כלשהי מטעם ההגנה על האפשרות לעשות כן, ובאילו אמצעים. זאת ועוד, אף לו נערך שחזור, כמבוקש על-ידי ההגנה, ואף אם במהלכו לא ניתן היה להריח את הסמים, ספק רב בעיניי אם היה בכך לקעקע את עדות השוטר, היות שכבר אמרנו כי חוש ריח שונה מאדם לאדם. לפיכך מצאתי לדחות את טענת ההגנה "לנזק ראייתי".

### סיכום ממצאי עובדה - השתלשלות האירוע

22. משמצאתי כי עדות השוטר מהימנה ובאין מחלוקת על מהימנות הפקח, להלן אסקור השתלשלות האירוע לפי

## ממצאי העובדה שנקבעו:

- הפקח הבחין בנהיגה לא זהירה של הנאשם על-גבי קטנוע, הורה לו לעצור בצד, הנאשם נעצר והשניים המתינו דקות ספורות עד הגעת השוטר למקום (בנוגע למשך זמן העיכוב עד הגעת השוטר העדפתי את תיעוד השוטר בנ/2 כי המתינו 3-4 דקות, לעומת עדות הפקח כי המתינו זמן קצר יותר, כ-40 שניות). הפקח לא הודיע לנאשם כי הוא מעוכב וכי הוא יכול לסרב לעיכובו, ואף לא את סיבת עיכובו.
- עם הגעתו השוטר למקום בעומדו סמוך לקטנוע ולנאשם, הריח ריח חשוד כסם, שאל את הנאשם "אם יש עליו משהו שלא צריך להיות עליו", וביצע חיפוש בקטנוע מבלי שהודיע לנאשם על החשד המיוחס לו או על מטרת החיפוש.
- לאחר מציאת הסמים בקטנוע תשאל השוטר את הנאשם בנוגע לסמים מבלי שהזהירו ומבלי שהודיע על זכויותיו, והנאשם הודה כי הסמים שלו.
- אחר כך עיכב השוטר את הנאשם, הזהירו בהחזקת סמים והודיע לו על זכויותיו (ת/3).
- הנאשם הובא לתחנה, וכשלוש שעות לאחר מכן נחקר באזהרה לאחר שנמסרו לו פעם נוספת זכויותיו, הוא ויתר מפורשות על זכותו להיוועץ עם עורך דין והודה בהחזקת הסמים לצריכתו העצמית (נ/2 ו-ת/1).

## המסגרת הנורמטיבית

23. חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו קבע את הזכות לפרטיות כזכות חוקתית, מאז קיימת הקפדה יתרה על זכויות נאשמים וחשודים בהליך הפלילי, ובהן הזכות להליך הוגן החל משלבי החקירה ועד לתום המשפט (וראו השלכות טענת אי חוקיות כבר בשלב בקשה להוצאת צו חיפוש בבש"פ 1720/20 **אוריך נ' מדינת ישראל** (26.1.21)) (להלן: "עניין אוריך").
24. עתירת ההגנה לפסלות ראיות התביעה- הסמים, הודאת הנאשם בתשאול ובהודאתו במשטרה- נסמכת על טענות לאי חוקיות החיפוש לצד שרשרת פעולות אכיפה נוספות, ומתבססת על **דוקטרינת הפסילה הפסיקתית** שנקבעה בע"פ 5121/98 **יששכרוב נ' התובע הצבאי הראשי** (4.5.2006) (להלן: "הלכת יששכרוב").
25. בהלכת יששכרוב קבע בית המשפט העליון (מפי כב' השופטת ד. בייניש (כתוארה אז)) כללים לפסילת ראיה שהושגה שלא כחוק, אף אם יש בה לתרום לחקר האמת, במטרה שלא לפגוע בזכויותיו של נאשם במתן גושפנקא על-ידי בית המשפט לאי חוקיות. ובמילותיו של הכב' השופט סולברג בעניין אוריך: "**כללים אלה, ואחרים כמותם, נקבעו במטרה שצדק יעשה בצדק, כפי שלמדנו מן הכפילות שבציווי "צדק צדק תרדוף (דברים ט"ז, כ) [...]."**

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

27. בנוגע לקבוצה השנייה, קיימת הבחנה בין ראיות חפציות שדרך כלל אופן תפיסתן אינו משפיע על מהימנותן ומשקלן בהיותן ראיות פיזיות, אל מול הודאות חשודים שהשגתן באמצעים פסולים כדוגמת הפעלת לחץ חקירתי, עלולה להשליך עד מאוד על מהימנותן. עם זאת, ברע"פ 10141/09 **בן חיים נ' מדינת ישראל** (6.3.2012) (להלן: "הלכת בן חיים") הרחיב בית המשפט העליון את כלל הפסילה הפסיקתית וקבע שיכול שיחול גם על ראיות חפציות.

28. אשר לקבוצה השלישית חשוב לומר, כי לאורך השנים נשמעו בבית המשפט העליון דעות שונות בין המסתייגים ממתן משקל לחומרת העבירה, לאלו הסבורים כי יש ליתן משקל ממשי לעבירה והאינטרס הציבורי הכרוך באכיפתה כשיקול בהכרעה בפסולת ראיה [על המסתייגים נמנים כב' השופט הנדל בע"פ 5956/08 **אל עוקה נ' מדינת ישראל** (23.11.11), כב' השופט א' שהם (בע"פ 2868/13 **חייבטוב נ' מדינת ישראל** (2.8.2018)), וכן כב' השופט א.א. לוי בע"פ 4988/08 **פרחי נ' מדינת ישראל** (1.8.2011). מנגד הביעה דעתה כב' השופטת א' חיות (כתוארה אז) בעניין פרחי, וכב' השופט י' עמית בע"פ 5417/07 **בונר נ' מדינת ישראל** (3.5.2013) ולאחרונה גם בע"פ 4039/19 **נחמני נ' מדינת ישראל** (17.3.21)].

29. מהמקובץ עולה כי דוקטרינת פסילת הראיות שנקבעה בהלכת יששכרוב, אינה מוחלטת, אלא "**יחסית וגמישה**" ומחייבת עריכת איזונים. יפים הדברים שנאמרו **בהלכת בן-חיים** בהתייחס לתכליתה של הדוקטרינה, מפי כב' הנשיאה (בדימ') השופטת בייניש כדלקמן:

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

30. מכאן אבחן את טענות ההגנה לאי חוקיות החיפוש, העיכוב והתשאול של הנאשם - בראי דוקטרינת הפסילה

הפסיקתית, בהתאם לסדר השתלשלות האירוע.

#### חוקיות העיכוב על-ידי הפקח העירוני

31. קבעתי כי במהלך סיור שגרתי הבחין הפקח, בהיותו בתפקיד ולבוש מדים, בנאשם נוהג בקטנוע באופן ש"נראה לו חשוד" כשהוא "מזגזג ימינה ושמאלה וחותר בין רכבים" (עמ' 3 שר' 13-15). אז הורה הפקח לנאשם לעצור בצד, ועיכב אותו מספר דקות עד הגעת השוטר, מבלי שהודיע לו על עיכובו ועל הסיבה לעיכוב.

32. סמכויות פקחי עירייה הוסדרו בהוראות חקיקה שונות. החוק לייעול האכיפה והפיקוח העירוניים ברשויות המקומיות (הוראת שעה), התשע"א-2011 (להלן: "החוק לייעול האכיפה - אלימות") קבע בסעיף 1 כי מתכיותיו "לסייע למשטרת ישראל בפעולות למניעת אלימות". החוק ערך הבחנה בין "פקח עירוני" לבין "פקח מסייע", כשלאחרון סמכויות רחבות יותר המוסדרות בסעיף 13, ובהן הסמכות לעכב אדם עד לבואו של שוטר, לשם מניעה או אכיפה של **מעשה אלימות**.

33. סמכויות נוספות הוקנו לפקחי עירייה מכוח החוק לייעול הפיקוח והאכיפה העירוניים ברשויות המקומיות (תעבורה), התשע"ו-2016 (להלן: "החוק לייעול האכיפה - תעבורה") אשר מקנה לפקח סמכות לפעול לאכיפת **עבירות תעבורה** (אך ורק בנוגע לרשימת עבירות שנקבעה בתוספת השנייה), בתחום השיפוט של הרשות המקומית, לרבות הסמכות לעכב אדם עד לבואו של שוטר.

34. לצד אלו, לפקח עירייה סמכות לעכב אדם בהתאם לסמכויות המוקנות לכל "**אדם פרטי**", לפי סעיף 75(א)(2) לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה - מעצרים), התשנ"ו - 1996 (להלן: "חוק המעצרים") בחשד לביצוע עבירות אלימות, פשע, גניבה או עבירה שגרמה נזק של ממש לרכוש (רע"פ 3829/15 **קסאי נ' מדינת ישראל** (20.12.2018)) (להלן: "עניין קסאי").

להלן סעיף 75(א) לחוק המעצרים:

**"(א) כל אדם רשאי לעכב אדם אחר עד לבואו של שוטר אם נתקיים אחד מאלה:**

**(1) האדם חשוד כי ביצע בפניו עבירת אלימות, פשע, גניבה או עבירה שגרמה נזק של ממש לרכוש;**

**(2) אדם אחר הקורא לעזרה מצביע על אדם החשוד שביצע בפניו עבירה, כאמור בפסקה (1), והכל אם יש חשש שהחשוד ימלט או שזהותו אינה ידועה."**

35. עוד יש לתת את הדעת כי סעיף 72 לחוק המעצרים קבע את חובותיו של מבצע עיכוב, ולפיו יחולו הוראות סעיף 24, בשינויים המחוייבים, וזו לשונו:

"(א) העוצר אדם יזהה את עצמו תחילה בפני החשוד, בציון שמו או כינויו הרשמי והיותו שוטר או עובד ציבור, יודיע לו מיד שהוא עצור ויבהיר לו את סיבת המעצר בהקדם האפשרי במהלך ביצוע המעצר; שוטר יזהה את עצמו גם בהתאם להוראות סעיף 5א לפקודת המשטרה [נוסח חדש], התשל"א-1971 (להלן - פקודת המשטרה), ועובד ציבור יזהה את עצמו גם על ידי הצגת תעודה המעידה על סמכויותיו. היה המעצר על פי צו שופט, ימסור מבצע המעצר לעצור עותק מהצו.

(ב) הוראות סעיף קטן (א), למעט החובה להודיע לחשוד על המעצר ולמסור לו עותק מהצו, לא יחולו -

(1) אם ברור בנסיבות הענין, כי זהות השוטר וסיבת המעצר ידועים לעצור;

(2) אם מילוין עלול לסכל את ביצוע המעצר;

(3) אם מילוין עלול לגרום לפגיעה בבטחון מבצע המעצר בשעת ביצוע המעצר או להעלמת ראיה;

חלפו הנסיבות שמנעו מילוי הוראות סעיף קטן (א), יקיים מבצע המעצר את ההוראות האמורות מוקדם ככל האפשר.

(ג) מילוי החובות האמורות בסעיפים קטנים (א) ו-(ב) הוא תנאי לחוקיות המעצר."

ודוק, חובות המעכב אינן חלות באופן אוטומטי בכל מקום שנקבעה סמכות עיכוב לפקח עירוני, אלא בהתאם להוראת החוק הספציפית. כמפורט להלן.

36. בהתאם לסעיף 13(א)(3) לחוק לייעול האכיפה - אלימות, חלות על המפקח המעכב החובות לפי סעיפים 72 בצירוף סעיף 24 לחוק המעצרים. דהיינו, חלה על המעכב החובה להודיע על העיכוב ועל סיבת העיכוב.

37. לעומת זאת, בעיכוב אדם בגין ביצוע עבירות **תעבורה**, חלות על הפקח המעכב חובות לפי סעיף 6 לחוק לייעול האכיפה - תעבורה, בהתייחס לחובת הזדהותו בפני המעוכב, וחובות לפי סעיף 4(ב) לחוק, כמפורט בסעיף 75(ב) ו-(ג) לחוק המעצרים, שזו לשונו:

"[...] (ב) **חשוד שעוכב לפי סעיף קטן (א), ימסר לשוטר ללא דיחוי, ובלבד שהעיכוב לא יעלה על שלוש שעות.**

(ג) **המבצע עיכוב לפי סעיף קטן (א), רשאי להשתמש בכוח סביר, אם החשוד סירב להיעתר לבקשת העיכוב, ובלבד שלא יהיה בשימוש בכוח כדי לגרום לחשוד חבלה.**"

מן המקובץ עולה כי עיכוב אדם על-ידי פקח עירוני, שהוסמך לאכיפת עבירות תעבורה, בגין ביצוע עבירת תעבורה המנויה בחוק לייעול האכיפה - תעבורה, אינו מקים חובה על הפקח להודיע על העיכוב ועל הסיבת העיכוב.

38. ולענייננו, במעמד עדותו בבית המשפט הציג הפקח את התעודה שהוענקה לו (נ/1) כ"פקח מסייע" מכוח החוק לייעול האכיפה - אלימות. אף שלא נטען על-ידי הצדדים, מעיון ברשומות (הודעה על הסמכת פקחים בעיריית כפר סבא, התשע"ח - 2018, י"פ 4969) עולה, כי הפקח **הוסמך לפעול לשם אכיפת עבירות תעבורה** בתחומי העיר כפר-סבא. משכך, בעת האירוע הייתה נתונה לפקח סמכות לאכוף עבירות תעבורה, אולם זאת רק בהתאם לרשימת העבירות כמפורט בתור ב' בתוספת השנייה לחוק לייעול האכיפה - תעבורה.

39. סיכומו של דבר, סבורני כי הפקח עיכב את הנאשם בשל חשד לביצוע עבירת תעבורה על-פי הסמכות שהוקנתה לו, אשר **אין** בצידה חובת הודעה לאזרח על עיכובו ועל סיבת העיכוב. עם זאת, הגעתי למסקנה כי **העיכוב על-ידי הפקח נעשה שלא כדין**, וזאת מן הטעם שלא הוברר די הצורך איזו עבירת תעבורה עוררה את חשדו של הפקח- כעולה מעדותו ובשים לב כי הנאשם לא הוחשד בביצוע עבירת תעבורה כלשהי בעת עיכובו על-ידי השוטר (ת/3).

40. לצד זאת, אני סבורה כי מדובר **באי חוקיות ברף נמוך** של פגיעה בזכויות הנאשם. ראשית, משום שמלכתחילה הפקח ביצע תפקידו בהתאם להסמכה שהוענקה לו לסייע בפעולות אכיפה בתחום התעבורה, והיות שהחשד שהתעורר קם לנוכח נהיגתו של הנאשם בקטנוע. שנית, משום שהנאשם הסכים לעיכובו, ומשך העיכוב עד הגעת השוטר היה לזמן קצר של 3 עד 4 דקות בלבד.

#### חוקיות החיפוש

41. נזכיר כי ב"כ הנאשם עתר לפסול את הסמים כראיה בטענה כי נתפסו במהלך חיפוש בלתי חוקי. קבעתי כי עם הגעת השוטר למקום, בעומדו סמוך לקטנוע ולנאשם, הריח ריח חשוד כסמים, שאל את הנאשם "אם יש עליו משהו שלא צריך להיות עליו", וביצע חיפוש בקטנוע מבלי שהודיע לנאשם על החשד המיוחס לו ועל מטרת החיפוש.

42. סמכויות חיפוש הוסדרו ברשימת הוראות חיקוק שונות, ולהלן הרלוונטיות לענייננו:

א. סמכות לעריכת חיפוש על-ידי שוטר, ללא צו שיפוטי לפי סעיף 25 לפקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש) [נוסח חדש], התשכ"ט-1969:

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

ב. בסעיף 28 לפקודת הסמים, נקבע להלן:

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

**(ב) מבלי לפגוע בסמכות הכללית הניתנת לשוטר לערוך חיפוש, ראשי שוטר לערוך חיפוש בלא צו חיפוש: (1) בכל רכב - אם החיפוש דרוש לצורך קיום הוראות פקודה זו; [...]**

**(ה) לפני תחילת חיפוש לפי סעיף זה באדם או ברכב, יודיע המחפש לאותו אדם או למי שנמצא ברכב באותה עת את מטרת החיפוש; [...]"**

ג. סעיף 71 לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה - מעצרים), התשנ"ו - 1996 הסדיר את סמכות של שוטר לעכב כלי רכב, בחשד לביצוע עבירה בת מעצר:

עמוד 10

**"(א) היה לשוטר יסוד סביר לחשד שבוצעה עבירה בת מעצר וסבר כי יש צורך לבצע חיפוש בכלי רכב כדי לאתר את מבצע העבירה או קורבנה או כדי לאתר ראיה הקשורה בעבירה, רשאי הוא להורות לעכב את כלי הרכב ולערוך את החיפוש כאמור."**

43. כבר בשנת 1975 נקבע בבג"ץ 465/75 דגני נ' שר המשטרה, פ"ד (1) 337 (1975), כי ריח יכול לבסס קיומו של חשד סביר, בייחוד בנוגע לסמים, כדלקמן:

**"מה הנתונים עליהם יכול השוטר לבסס חשדו: יכול הוא לפעול על-פי מגוון של נתונים ועובדות שהגיעו לידיעתו במישרין, החל מן ההסתכלות הישירה על האירוע, וכלה בהבחנה באחד מחושי האחרים (כגון הריח של אופיום או חשיש); 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."**

44. כאמור קבעתי כי השוטר ערך את החיפוש בעקבות ריח הסמים שהריח עם הגעתו למקום, משמע כי החיפוש בוצע לאחר שהתגבש אצל השוטר יסוד סביר לחשד לביצוע עבירת סמים זה מקרוב - ולפיכך בוצע בסמכות.

45. לא אתעלם מחובתו של השוטר להודיע לנאשם על מטרת החיפוש, קודם לביצועו, כעולה מסעיף 28(ה) לפקודת הסמים, וכי בענייננו לא הודיע השוטר לנאשם שבכוונתו לערוך חיפוש "במטרה לאתר סמים". עם זאת, היות שהשוטר שאל את הנאשם "אם יש עליו משהו שלא צריך להיות לו" סבורני כי מטרת החיפוש הייתה ברורה. דהיינו, הובהר לנאשם על-ידי השוטר כי החיפוש נועד לשם בדיקה ואיתור של דבר מה שהוחזק שלא כחוק. וייאמר, כי אף אם טעיתי ויש הסבורים שאין לראות בכך הודעה על מטרת החיפוש "ככתבו וכלשונו" של סעיף 28(ה) לפקודת הסמים, הרי שמדובר בפגם קל ערך. אשר על כן, הגעתי למסקנה כי החיפוש ותפיסת הסמים בוצעו כדין.

מעבר לצורך אעיר כי גם לו קבעתי שהחיפוש בוצע שלא כדין בהעדר יסוד סביר לחשד, אין בכך כדי להביא לפסילת הסמים שנתפסו, היות שבנישום מבחני הלכת יששכרוב, מידת הפגיעה שנגרמה לנאשם קלה ומדובר בראיה חפצית.

#### חוקיות התשאול וההודאה

46. קבעתי כממצא עובדתי כי לאחר עריכת החיפוש ומציאת הסמים תשאל השוטר את הנאשם על החזקתם, מבלי שהזהירו ומבלי שהודיע לו על זכויותיו לשמור על זכות השתיקה ולהיוועץ עם עורך דין. הנאשם הכחיש תחילה קשר לסמים, אך בהמשך לשאלותיו של השוטר, הודה בהחזקתם (דוח הפעולה שערך השוטר נ/2).

47. לטענת ההגנה מדובר בתשאול בלתי חוקי שמוביל לפסילת אמרותיו של הנאשם, הן בפני השוטר והן בהודאתו המפורטת בחקירתו במשטרה בהיותה ראיה נגזרת ישירה של התשאול הבלתי חוקי.

48. על חשיבותם של האזהרה וההודעה על זכויות חשוד עמד בית המשפט העליון בשורה ארוכה של פסקי דין

מימים ימימה וקצרה היריעה מלפרטם (ראו לדוגמה ע"פ 161/77 **זוהר נ' מדינת ישראל**, פ"ד לב(1) 326 (1977); ע"פ 10049/98 **אבו עצא נ' מדינת ישראל** (23.8.2012)).

וכך בית המשפט העליון (כב' השופט ג' בך) בע"פ 4427/95 **פלוני נ' מדינת ישראל**, פ"ד נא(2) 557 (1997):

**"[...] הבענו בעבר עמדתנו כי דעתנו אינה נוחה מהליכי חקירה מקדמיים הזוכים לכינוי "תחקור" או "תשאול", ואשר מכילים תמצית שיחה עם החשוד בלא שקדמה לה אזהרה. הליכים אלה אינם ראויים ואין בהם כדי להעביר את מלוא הנתונים הנחוצים לבית-המשפט כדי להכריע בשאלת המשקל שיש לייחס להם."**

49. ולענייננו, מקובלת עליי עמדת ההגנה - תשאול הנאשם במקום מבלי שהוזהר ומבלי שהודע לו על זכויותיו לשמור על שתיקה ולהתייעץ עם עורך דין, משמעו כי הוא נערך תחת פגם מהותי שגרם לפגיעה בזכויותיו של הנאשם. אצרך קולי לדברים שנאמרו בפסיקה לאורך עשורים רבים, הגיעה העת להפסיק עם התנהלות נפסדת זו של תשאול נאשמים תוך הפרת זכויותיהם.

### **השפעת אי החוקיות על קבילות הראיות**

50. מתוך שרשרת פעולות האכיפה שבוצעו קבעתי כי שתי פעולות היו בלתי חוקיות: הראשונה, בעיכוב הנאשם על-ידי הפקח, שבנסיבותיה הביאה לפגיעה במידה נמוכה בזכויות הנאשם; והשנייה, בתשאול השוטר במקום, אשר מצאתי כי פגעה ממשית בזכויותיו של הנאשם.

51. עתה אבחן את השלכות אי החוקיות על קבילות הראיות, בראי הלכת יששכרוב, ובשים לב לטענת הנאשם כי יש לפסול את הודאתו בחקירתו במשטרה - בהיותה "ראיה נגזרת" מהתשאול הבלתי חוקי, ועל אף שאין חולק כי נגבתה כדין.

52. בהתייחס לסמים שנתפסו קבעתי כי **החיפוש נערך כדין** לאחר שהתגבש אצל השוטר יסוד סביר לחשד כי הנאשם החזיק בקטנוע סמים. הצדק עם ב"כ הנאשם כי אלמלא בוצע העיכוב על-ידי הפקח יכול שהסמים לא היו נתפסים. ואולם, הסמים שנתפסו הם ראיה חפצית, שאי החוקיות של העיכוב על-ידי הפקח ממילא אינו משפיע כהוא זה על אמינות הראיה. כמו כן, אי החוקיות של העיכוב הוא ברף נמוך וכך גם מידת הפגיעה בזכויות הנאשם. מנגד קיים אינטרס ציבורי רב באכיפה של החזקת סמים מסוג קנאבוס שלא לצריכה עצמית, בכמות לא מבוטלת של 307 גרם נטו. לפיכך אני סבורה כי ביישום כללי הלכת יששכרוב אין מקום לפסול את קבילות הסמים כראיה.

53. בהתייחס **לתשאול הלא חוקי, עוצמת הפגיעה בזכויות הנאשם הייתה ממשית**. בהחלט ייתכן שלו היה הנאשם מודע לזכויותיו, היה נמנע מלהפיל את עצמו, כשם שעשה בתגובתו הראשונה לשאלות השוטר עם תפיסת הסמים באומרו כי "השקית אינה שלו" (נ/2). בשלב זה היה השוטר מודע לחשד הממשי שהתגבש נגד

הנאשם, שהלכה למעשה נתפס בכף מחזיק את הסמים בקטנוע בו נהג. לכן ברור כי היה על השוטר להזהיר את הנאשם מיד עם תפיסת הסמים ולהודיע לו על זכויותיו.

54. בשים לב לחשיבות הגבוהה שנקבעה בפסיקת בית המשפט העליון לאזהרת חשודים וליידועם על אודות זכויותיהם, אני סבורה כי האינטרס הציבורי בניהול הליך הוגן ועשיית הצדק **מחייבים את פסילת הודאת הנאשם בתשואל כראיה קבילה**, ולכן אתעלם ממנה ולא יינתן לה כל משקל.

55. עם זאת, הפגיעה בזכויות הנאשם בתשואל אינה "חולשת" על יתר פעולות האכיפה עד כדי פסילת "הראיות הנגזרות" כעיתירת ההגנה - בהתייחס להודאה שנגבתה מהנאשם כדין. יש לתת את הדעת כי **מיד לאחר התשואל עוכב הנאשם כדין**, אז הוסברה לו העילה לעיכובו - "חשוד באחזקת חומר חשוד כסם", נמסרו לו זכויותיו והוא הוזתר: "זכותך לא לומר דבר, דבריך עשויים לשמש כראיה בבית המשפט" (ת/3). בנסיבות אלו, אף שפסלתי את קבילות אמרת הנאשם בתשואל, הרי שבשים לב כי התשואל היה קצר ונקודתי, ומיד לאחריו נרפא הפגם בהתייחס לפגיעה בזכויות הנאשם במעמד עיכובו של הנאשם - אני סבורה שאין באי חוקיות התשואל להשליך על פסילת הודאתו של הנאשם במשטרה.

56. ויובהר, הנאשם מסר הודאה מפורטת בה אישר כי הסמים שלו וטען כי הוא רכש אותם לשם שימושו העצמי (ת/1). הודאה זו נגבתה כדין, כ- 3 שעות לאחר עיכובו של הנאשם לתחנת המשטרה, ונמסרה מרצונו הטוב והחופשי לאחר שהוסברו לו, שוב, כל זכויותיו. על כך אין חולק. ודוק, בראשית חקירתו הוזתר הנאשם בחשד לביצוע עבירות החזקת סם שלא לצריכה עצמית, נהיגה תחת השפעת סמים וסחר בסמים. זכויותיו של הנאשם הודעו לו והוא אישר זאת בחתימת ידו. הנאשם נשאל על-ידי החוקר אם הוא מבין את זכויותיו, והשיב בחיוב ועוד הבהיר כי הוא מוותר על זכותו להיוועץ עם עורך דין (ת/1 עמ' 1 שר' 1 עד 6).

57. משהודע לנאשם **פעמיים** על זכויותיו, הן בעיכוב והן בחקירתו באזהרה, ומשנשאל בחקירתו אם הוא מבין את האזהרה והבהיר בתשובה לשאלה ישירה של החוקר, כי הוא אינו מעוניין להיוועץ עם עורך דין, הרי שהודאתו נגבתה תוך **הקפדה יתרה** על זכויותיו. לכן, אף שקבעתי כי התשואל נערך שלא כדין, הודאת הנאשם היא ראיה עצמאית שאינה "נגזרת" מהתשואל שנערך שעות קודם.

אשר על כן סבורני כי רחוקה הדרך בין פסילת קבילות אמרת הנאשם בתשואל לבין פסילת הודאת הנאשם - והיא אינה עומדת ביישום מבחני הלכת יששכרוב על כל שלושת רכיבי המרכזיים [ראו לעניין זה את ע"פ 10049/98 **אבו עזא נ' מדינת ישראל** (23.8.2012) שם קיבל בית המשפט כראיה קבילה הודאות נאשם, לאחר שהודאה קודמת שמסר בפני חוקרת משטרה נפסלה; כן ראו פסק דינו של בית המשפט מחוזי תל-אביב לאחרונה, בע"פ (ת"א) 27963-07-20 **משאין נ' מדינת ישראל** (23.2.21) (עליו הגיש המערער רע"פ 2161/21 שטרם נדון) - שם התייחס בית המשפט לעתירת המערער לפסילת הודעות וקבע כי מדובר בראיות עצמאיות שאינן נגזרות מן החיפוש הבלתי חוקי ולכן אין מקום לפסול אותן].

58. עוד טען ב"כ הנאשם כי יש לבחון את אי החוקיות "המצרפ" של כל פעולות האכיפה ושרשרת אי החוקיות, ולהורות על פסלות הראיות המרכזיות - הסמים וההודאה, מטעמים של הגינות ההליך הפלילי (בדומה לע"פ (מרכז-לוד) 28090-02-15 **מדינת ישראל נ' אדרי** (15.5.2016) - שהוגש מטעם ההגנה). איני שותפה לדעתה של ההגנה בעניין זה.

עמדתי בהכרעתי על פעולות האכיפה הבלתי חוקיות ועוצמתן, ולא מצאתי כי אי חוקיותן חמורה. יתרה מזו, מרכז הכובד בענייננו נשען על סוגיית **חוקיות החיפוש** - ומשקבעתי כי בוצע כדין אין עוד ממש בטענה לשרשרת פעולות לא חוקיות המצדיקה פסילת ראיות.

### **סוף דבר - סיכום הממצאים ומסקנות**

59. הנאשם נתפס בכף כשהוא מחזיק סם מסוכן מסוג קנאבוס במשקל של 307 גרם נטו, בקטנוע עליו רכב; עיכובו על-ידי הפקח העירוני נעשה תוך פגם בחוקיות היות שעבירת התעבורה שעוררה את חשדו של הפקח לא הובררה דיה, ואולם אי החוקיות בהפעלת הסמכות כדין הייתה ברמה נמוכה; החיפוש שביצע השוטר בקטנוע נעשה כדין לאחר שהריח ריח החשוד כסם והתעורר אצלו יסוד סביר לחשד כי הנאשם מבצע זה מקרוב עבירת סמים; תשאול הנאשם מיד עם תפיסת הסמים נערך שלא כדין ולכן מצאתי לפסול את אמרת הנאשם במהלכו; הנאשם נחקר במיוחס לו, הודה ברכישת הסמים וטען שהחזיקם לשימושו העצמי.

משבחר הנאשם שלא להעיד להגנתו, בהבינו את המשמעויות המשפטיות הכרוכות בכך, ובשים לב לכמות הסמים שנתפסו, החורגת בהרבה מהחזקה שנקבעה בדין שלא לצריכה עצמית, הוכח מעבר לכל ספק סביר כי הנאשם החזיק את הסמים שלא לצריכתו העצמית.

60. בשולי הדברים יצוין, כי אף אם הייתה נפסלת הודאתו של הנאשם בחקירתו, לא היה בכך להביא לזיכויו מהמיוחס לו בשים לב כי הוא נתפס מחזיק ברשותו את הסמים - וכי הוא לא סיפק כל הסבר לכך היות שנמנע מלהעיד. גם בכך היה די להוכחת המיוחס לו בנטל הנדרש בפלילים.

61. לפני סיום מצאתי להתייחס לתפיסות השונות הנשמעות לא פעם בבית המשפט העליון במתח שבין "שיח זכויות" ל"שיח הראיות" כפי שהתעורר לאחרונה בע"פ 4039/19 **נחמני נ' מדינת ישראל** (17.3.21) כדלקמן:

כך מפי כב' השופט י' עמית:

**"[...] בעשורים האחרונים דומה כי המקום של ה"יש הראייתי" הולך ונזנח לטובת טענות לפגמים כאלה ואחרים בחקירה ובהליכי התביעה, טענות לאי חוקיות של מעשה זה או אחר במהלך החיפוש-תפיסה-חקירה, טענות להגנה מן הצדק ועוד. טענות כאלה, מסיטות את ההליך הפלילי מדרך המלך ומהתכלית של חקר האמת, גורמות להליך הפלילי להסתרב**

עמוד 14

ולתאריך עוד יותר, ולמעשה מביאות להיפוך תפקידים: "הנאשם קם מכיסאו והופך לקטיגור, והמאשימה אמורה מכאן ואילך להתגונן ולהוכיח כי פעלה כחוק" (עניין בן עוז, בפסקה 11). מבלי לכפור בתרומת שיח הזכויות להליך הפלילי ולזכויות הנאשם, לטעמי, הגיעה העת כי ההליך הפלילי שהלך והסתרביל ישיל מעליו משקולות שנוספו לו בשנים האחרונות, ויחזור ויעמיד במרכז הבמה את החתירה לבירור האמת העובדתית."

לכך השיבה כב' השופטת דפנה ברק ארז:

"שיח ראיות ושיח זכויות - לא אוכל לסיים מבלי להתייחס במספר מלים למחשבות שהעלה חברי השופט עמית בחתימת פסק דינו ביחס למה שהוצג על-ידו כדיכטומיה בין "שיח ראיות" ו"שיח זכויות" בהליך הפלילי. בעשותו כן הביע חברי משאלה ביחס לחזרה לשיח ראיות הממוקד בתכלית של חקר האמת העובדתית, בבחינת "חדש ימינו כקדם". לדברים אלה אינני שותפה. העובדה שלפעמים נעשה שימוש יתר בטענות של שיח זכויות בהליך הפלילי, או אף בהליכים אחרים, אינה גורעת מחשיבותו. בסופו של דבר, תרומתו של שיח זה להליך הפלילי היא חיונית - הן מבחינת עשיית הצדק עצמה והן מבחינת מראית פני הצדק, שאף בערכה לא ניתן להפריז. העיסוק במשפט פלילי כרוך בדיני נפשות של ממש, כאשר על הפרק מצויות הפגיעה בזכויותיהם של קורבנות העבירה, מחד גיסא, והאפשרות לשלול את חירותו של הנאשם, מאידך גיסא. שיח הזכויות הוא אפוא חלק בלתי נפרד מההליך הפלילי. כשלעצמי, אינני מקבלת אפוא את ההבחנה בין מרכז הבמה לירכתיה."

62. סבורני כי המקרה דנן הוא דוגמה ל"שיח זכויות" שאימוצו יהווה הפרת האיזון הרגיש שבינו לבין "שיח הראיות" - באופן בלתי סביר. אף אני שותפה, בענוה, לחשיבות ההקפדה על זכויות נאשמים בכל שלביו של ההליך הפלילי - אך אין משמעות הדבר כי פגם בחוקיות ופגיעה קלה כחמורה בזכויות נאשמים וחשודים תביא לפסילת ראיות. לא לכך כיוון בית המשפט העליון, להבנתי, בדוקטרינת הפסילה הפסיקתית, ואם נעשה אחרת עלולים אנו "לשפוך את התינוק עם המים".

63. לאור האמור לעיל אני מרשיעה את הנאשם בעבירה המיוחסת לו, החזקת סמים שלא לצריכה עצמית, לפי סעיף 7(א) ו-7(ג) רישא לפקודת הסמים המסוכנים [נוסח חדש], התשל"ג - 1973.

ניתנה היום, כ"ד אייר תשפ"א, 06 מאי 2021, במעמד הצדדים.