



ת"פ 15584/09/14 - מדינת ישראל נגד אדגרדו לאונל הולץ

בית משפט השלום בנצרת

ת"פ 15584-09-14 מדינת ישראל נ' הולץ
תיק חיצוני: 2014/___201214

בפני סגנית הנשיא, כב' השופטת עדי במביליה - אינשטיין
מאשימה מדינת ישראל
נגד
נאשם אדגרדו לאונל הולץ

נימוקי הכרעת הדין

1. בכתב האישום יוחסה לנאשם עבירה של החזקת סמים מסוכנים לצריכה עצמית. נטען כי בתאריך 7.5.14 שעה 03:00 לערך, ברחוב החצב 14 בנצרת עילית, החזיק הנאשם בסיגריה מאולתרת שבתוכה סם מסוכן מסוג חשיש במשקל שאינו ידוע למאשימה, זאת לצריכה עצמית וללא היתר כדין.
2. במסגרת נימוקי הכרעת הדין, תוצג יריעת המחלוקת ויובאו סיכומי הצדדים (סעיפים 3-9 להכרעת הדין). בהמשך יפורט המארג הראייתי, ותנתן הכרעה בסוגיות העובדתיות השנויות במחלוקת (סעיפים 10-24 להכ"ד). בהתבסס על ההכרעה העובדתית, יוצג ניתוח משפטי ותנתן הכרעה בסוגיות המשפטיות השנויות במחלוקת (סעיפים 25-43 להכ"ד). לאור נימוקי הכרעת הדין, הורשע הנאשם במיוחס לו בכתב האישום.

יריעת המחלוקת:

3. בתאריך 23.6.15 כפר הנאשם בעובדות כתב האישום וטען כי כפירתו מתייחסת לסוגיית החיפוש ולתוצאות בדיקת מז"פ לפיה מדובר בסם מסוג חשיש. בתאריך 3.5.16 מיקדה ההגנה את כפירתה והבהירה כי זו מתייחסת לסוגיית החיפוש בלבד. ההגנה ויתרה על העדת מז"פ.
4. לאחר שמיעת סיכומי הצדדים, יריעת המחלוקת, נפרשת מעל סוגיות עובדתיות ומשפטיות, הקשורות בהגנה על זכויות הנאשם.
5. הסוגיות העובדתיות שבמחלוקת נוגעות בעיקר לנסיבות תפיסת הסם ולזהות השוטרים שביצעו את התפיסה. לא הוצגה מחלוקת ביחס לעובדות כתב האישום.
6. בפן העובדתי נטען למחדלי חקירה: א) שוטרים לא רשמו מזכר ב) העדר דוח וקלטת משלט.



7. הסוגיות המשפטיות שבמחלוקת הנן:

- חוקיות החיפוש.
- הפרת זכות ההיוועצות ונפקותה.
- טענת זוטי דברים.

סיכומי הצדדים:

8. **ב"כ המאשימה** ביקש להרשיע את הנאשם במיוחס לו בכתב האישום. המאשימה ביקשה לתת אמון ומשקל מלא לעדי התביעה שעדותם לא נסתרה. נטען כי הטענות שהעלה הנאשם בחקירתו בבית המשפט לא הוטחו בשוטרים, עדי התביעה, כך שלמעשה לא ניתנה להם ההזדמנות לתת הסבר לנטען ועדותם לא נפגמה כלל בעניין זה. נטען כי הנאשם העיד באופן מגמתי, מתוך מטרה לחלץ את עצמו מהתיק ובחר בעדות שמטרתה רק להיטיב עמו ולא ניתן לתת בה אמון. במהלך עדותו בבית המשפט, העלה הנאשם גרסה חדשה שאין לה זכר לא בהודעתו במשטרה, ולא בתשובתו לאישום, במסגרתה טען רק לחוקיות החיפוש. במהלך עדותו טען הנאשם כי באירוע נשוא הדיון היתה ניידת שלישית וזאת לאחר שבדיון הקודם טען שהיו שתי ניידות, ולא הציג כל ראיה בעניין. ב"כ המאשימה הפנה לעדות השוטרים לפיה בהנחה שהיתה ניידת נוספת באירוע, הדבר לא בהכרח קשור לאירוע דן, אלא יכול להיות שזה קשור לאירוע אחר שהיה במקום.

ב"כ המאשימה שלל את הטענה שהועלתה על-ידי הנאשם כי השוטר גואטה זייף את שרשרת

המוצג ודו"ח העיכוב.

באשר לטענות המשפטיות - חוקיות החיפוש, טען ב"כ המאשימה כי לא היה כלל חיפוש

באירוע, השוטרים הסבירו לנאשם שהוא זכאי לסרב לחיפוש והסירוב לא שימש ראיה כנגדו,

הנאשם הביע הסכמתו ואמר כי יש לו חשש כך שלמעשה החיפוש נערך בהתאם להלכת בן

חיים. מעבר לכך במקרה דנן התקיים יסוד סביר לחשד ברור, השוטרים הבחינו באדם ההולך ברגל, מביט לימין ולשמאל, לעבר הניידת, הגביר את קצב הליכתו תוך שהוא מביט לצדדים כשהבחין בניידת, כל זאת בשעת לילה מאוחרת. נטען כי גם אם יטען שהיסוד סביר לחשד הוא נמוך, המאשימה טוענת כי התקיים במקרה דנן יסוד סביר לחשד במידה מספקת.

לחילופין טען ב"כ המאשימה כי התקיים במקרה דנן יסוד סביר מכוח פקודת הסמים.

ב"כ המאשימה הפנה לעפ"ג אבשלומוב במסגרתו שוטרים פנו לנאשם בלילה ושאלו אותו אם יש לו משהו לא חוקי, שאלה אשר יכולה להיות בנסיבות מסוימות תחילתו של חיפוש, כי עצם התשובה לה מסגירה פרטים ביחד למצב בו נמצא החשוד. על אף שהיה פגם בהתנהלות השוטרים, הנאשם הורשע בדעת רוב.

לעניין עיכובו של הנאשם, טען ב"כ המאשימה כי במקרה דנן הנאשם לא עוכב טרם מציאת הסמים, אלא לאחריה, השוטרים פנו לנאשם תחילה וביקשו לברר זהותו, נטען כי לא כל פניה לאזרח דינה כדין עיכוב הפנה ב"כ המאשימה לחוות הדעת מטעם משרד המשפטים לדרישת ההזדהות העולה כדי עיכוב לפיה לא כל פנייה לאזרח דינה כדין



עיכוב, מותר לפנות לנאשם ולשאול אותו שאלות, הנאשם במקרה דנן עוכב רק לאחר מציאת הסמים. ב"כ המאשימה הפנה בעניין זה ל-ת"פ (שלום טב') 27033-10-14 ו-ת"פ (שלום כ"ס) 8938-04-14.

ביחס לזכות ההיוועצות נטען על-ידי ב"כ המאשימה כי הנאשם לא יודע לגבי זכות זו כפי שעולה מהודעתו במשטרה וכפי שהעידה השוטרת בבית המשפט, אולם עניין זה לא אמור להשפיע לאור העובדה, כי לאורך כל ההליך הפלילי, הנאשם מיוצג היטב ולא טען כי מה שמסר בחקירתו במשטרה אינו נכון או שהיה מוסר משהו אחר לו ידע על זכות ההיוועצות. נטען עוד כי מדובר בחקירה "דלה מאד" שלא משפיעה על הראיות בתיק, גם אם הנאשם היה מכחיש הכל או ייקבע כי יש לפסול את הודעתו במשטרה עקב הפגיעה בזכות ההיוועצות, גם אז ניתן להרשיעו על בסיס הראיות שנמצאות בתיק.

9. **ב"כ הנאשם** עתרה לזיכוי הנאשם בדין. בתחילת סיכומיה הצהירה ב"כ הנאשם, כי על מנת למקד את הדיון, היא תתמקד במחלוקת המשפטית, לעניין המחלוקת העובדתית טענה כי רק במידה ובית המשפט יחליט לדחות את הטענות המשפטיות יש לזכות את הנאשם מחמת הספק.

ב"כ הנאשם טענה כי הבסיס החוקי לעיכוב חשוד מעוגן בסעיף 67(א) לחוק סדר הדין הפלילי לפיו נדרש חשד לביצוע עבירה לצורך עיכוב או בירור זהותו של אדם. ב"כ הנאשם טענה, תוך שהפנתה לעדות השוטר בבית המשפט, כי הליכה מהירה של אדם והיכרות עמו כעברין לא מהווה סמכות עצמאית לעיכוב. לפיכך משלא היה יסוד בדין לעיכוב הנאשם, הרי אין גם בסיס חוקי לחיפוש שבוצע על גופו של הנאשם, לכן יש לפסול את הראיה והפנתה בעניין זה ל-ת"פ 20039-09-13 במסגרתו ניתח בית המשפט בהרחבה את סמכות העיכוב וקבע כי ברגע שהעיכוב מקורו שלא בדין אז החיפוש "שנוי" כתוצאה ממנו נפסל ואינו חוקי וכן נקבע באותו פס"ד כי הליכה מהירה של אדם והיכרות עמו כעברין בתחום הפלילי לא מהווה סמכות עצמאית לעיכוב. הלכה דומה נקבעה ב-ת"פ 30737-07-10; ת"פ 27302-01-12 במסגרתו נקבע כי הסתכלות של אדם לכל עבר והתרשמות השוטר כי אדם נראה לחוץ, ללא הפגנת סממן משמעותי לכך, אינו יכול להקים חשד סביר שמצדיק עיכוב וחיפוש ללא צו; בת"פ 30774-07-14 נקבע כי הסתובבות אדם בשעת לילה באזור מוכה פשיעה, ללא מידע מודיעיני ספציפי אינה מהווה חשד סביר לביצוע עיכוב וחיפוש. לחילופין טענה ב"כ הנאשם כי במידה ובית המשפט יקבע כי העיכוב בוצע כדין, הרי שברגע שהנאשם הציג תעודת זהות ופעולת הזיהוי הושלמה על-ידי השוטרים, ולא התעורר לאחר מכן חשד סביר עצמאי נוסף בעוצמה גבוהה יותר, היה על השוטר לאפשר לנאשם להמשיך בדרכו.

ביחס לחוקיות החיפוש טענה ב"כ הנאשם כי קיומה של אינטראקציה בין שוטר לנאשם, שמתוקף לפער הכוחות האינהרנטי ביניהם מייצר חוסר שוויוניות, יש בה כדי להוות חיפוש לכל דבר. נטען כי העובדה שהנאשם הוציא את הסמים מיוזמתו ומסרם לשוטר, אינה מוציאה פעולה זו מגדר פעולת החיפוש והפנתה ל-ת"פ 32274-02-14 ול-ת"פ 50516-05-13 במסגרתם נקבע מפורשות כי פעולה יזומה של חשוד לקידום תפיסת ראיה מהווה חיפוש לכל דבר ועניין וסיוע של אדם לפעולת החיפוש אינה מוציאה את הפעולה מגדר הגדרת החיפוש.

ב"כ הנאשם טענה כי מקור הסמכות לחיפוש, ללא צו שיפוטי, מעוגן בסעיף 25 לחסד"פ, לפיו נדרש חשד סביר לעבירה מסוג פשע. נטען כי לפי דוח פעולה ת/1 לא עמד בפני השוטר חשד סביר המצדיק חיפוש ללא צו, בהתאם לקריטריונים שנקבעו בהלכת בן חיים, ולא ניתן לרפא את הפגם.

ב"כ הנאשם טענה כי עוצמת החשד אשר הספיק לעיכוב אינו מספיק כדי לבסס חשד סביר לביצוע חיפוש ללא צו,



ולא הוצג בחומר החקירה כל חשד נוסף למעט הליכה מהירה והסתכלות לצדדים.

במקרה דנן, עת לא ציין השוטר כל חיזוק לחשד, היה צריך לאפשר לנאשם ללכת לדרכו לאחר הזיהוי. נטען כי הכשרת חיפוש בגין חשד שעצמתו פחותה מחשד סביר, מנוגדת למטרת החוק ולמטרת הלכת בן חיים שהנה הגנה על זכויות חשודים, הגבלת סמכויות רשויות האכיפה והגבלת פעולות פולשניות כגון חיפושים שנעשים לא על דרך המלך. כך גם אם יוכשר החיפוש בשל אותה הסכמה ואותו הסבר שנתן השוטר לעיכוב לזיהוי.

לחילופין נטען כי יש לפסול את החיפוש מכוח סעיף 26 לחסד"פ, לפיו החיפוש צריך להיערך בנוכחות שני עדים והפנתה לת"פ 4663-10-14 בו נקבע כי יש לפסול את החיפוש בשל כך.

בנוגע למחדלי חקירה טענה ב"כ הנאשם למחדל של השוטרים אשר היו בזירה ולא רשמו מזכרים מטעמים. לדבריה, לו תיעדו את אשר התרחש באירוע, יכולנו לקבל תמונה רחבה יותר לגבי שאלת החשד הסביר. ב"כ המאשימה הפנתה לת"פ 13843-04-15 במסגרתו הורה בית המשפט על זיכוי הנאשם משום ששוטר שנכח במקום לא רשם מזכר.

נטען למחדל חקירה נוסף שכן לא הודע לנאשם על זכות ההיוועצות טרם חקירתו ולא וידאו כי הנאשם מבין את החשדות נגדו בטרם נחקר. נטען כי לא ניתן לרפא פגם זה נוכח הודאת הנאשם, ומדובר בפגיעה משמעותית שהביאה במקרים רבים לפסילת הודאה של נאשם במשטרה.

עוד נטען כי העובדה שהמאשימה לא ידעה לספק את דו"ח המשלט ביום ביצוע העבירה, עקב חוסר יכולתה לאתרו, פועלת לטובת הנאשם.

בית המשפט התבקש לאמץ עדות הנאשם בבית המשפט כנכונה ונטען כי יש לזכות את הנאשם גם

בשל זוטי דברים וזאת בגין כמות הסם המזערית שנתפסה, שאיננה ניתנת לשקילה לפי חו"ד

המומחה שממנה עולה כי מדובר על פירורי חומר חום וטבק.

פרשת התביעה:

10. רס"מ עמוס גואטה:

העד הנו ראש צוות סיור במשטרת נצרת עילית. מסר עדות ביום 3.5.16 ובאמצעותו הוגשו דו"ח פעולה שסומן ת/1, דו"ח עיכוב שסומן ת/2 ושקית מטניר ובה הסם שנתפס וסומן ת/3.

בעדותו בבית המשפט מיום 3.5.16, מסר העד כי אינו זוכר עוד את האירוע, בשל חלוף הזמן ובשל ריבוי אירועים דומים בהם טיפל במסגרת עבודתו (עמ' 7 ש' 24-25, עמ' 8 ש' 4, עמ' 10 ש' 28).



חשד סביר:

בדו"ח פעולה שערך ביום האירוע, 7.5.14 (ת/1), פירט העד את התנהגות הנאשם, אשר העלתה בו חשד לביצוע עבירה: "במהלך סיור שגרתי ביחס עם השוטרת נטלי, הבחנתי באדם אשר הולך ברגל ומסתכל לאחור, ימינה ושמאלה, לעבר הניידת. כאשר התחלתי להתקרב לעברו, החשוד החל להגביר את קצב הליכתו תוך כדי שהוא מביט לצדדים".

בעדותו בבית המשפט (עמ' 10 לפרוטוקול) הסביר את האמור בדו"ח ת/1 ביחס להתנהלות הנאשם שעוררה את חשדו: "הבחנתי באדם שהולך ומסתכל ימינה ושמאלה כשיש לידו ניידת גלויה עם אורות מהבהבים והוא מתחיל להגביר את קצב הליכתו ומביט לצדדים, זה העלה את החשד, הוא רואה את הניידת מתקרבת ומגביר את קצב הליכתו זה מעלה חשד...מסתכל ימינה ושמאלה לכיוון הניידת וכשאני מתקרב, הוא מגביר קצב, יש פה לחץ".

אין מחלוקת בין הצדדים כי הנאשם החזיק על גופו סם מסוכן מסוג חשיש. נוכח עובדה זו, ברי כי ניסיונו המקצועי של השוטר גואטה הוא שעמד בבסיס ראית התנהגות הנאשם כהתנהגות המשקפת יס"ל, ובמבחן התוצאה ניסיונו לא אכזב.

הליך הזיהוי:

העד הסביר בת/1 אודות הדרישה להזדהות: "ניגשתי לעבר החשוד, הזדהיתי בפניו כשוטר, ביקשתי מהחשוד להזדהות בפניי, הנ"ל עונה לשם אדגרדו הולץ ת.ז. 324564848".

סוגיית החיפוש ו"הסכמה מדעת":

א. לאחר מכן, וטרם החיפוש, הוסברו לחשוד זכויותיו: "שאלתי את החשוד האם הוא מסכים לביצוע חיפוש ואף הוסבר לחשוד כי סירובו לחיפוש לא ישמש ראיה כנגדו בבית משפט".

החשוד נתן הסכמה, ופעל כמתואר: "החשוד הביע את הסכמתו המלאה לביצוע החיפוש ואף אמר: 'יש לי ג'וינט ובתוכו חשיש'. החשוד הוציא מתוך כיס ימין של חולצתו נייר לבן מגולגל ובתוכו חומר החשוד כסם מסוכן. החשוד הגיש לי את הנייר הלבן עם החומר החשוד כסם מסוכן. הצגתי בפניו של החשוד את הנייר הלבן שנמסר לי על ידו ושאלתי את החשוד למי זה שייך ומה יש בתוך הנייר המגולגל. החשוד השיב: 'עמוס זה שלי', 'יש בפנים חשיש', 'אני מעשן חשיש'".

רס"מ גואטה ציין כי את ההחלטה לבצע חיפוש קיבל על סמך התנהגות הנאשם ועל סמך בקשת השוטר לקבלת הסכמתו והנאשם הסכים (עמ' 11 ש' 25-30). לדבריו, לא החליט לבצע חיפוש על סמך עברו הפלילי והכרות עמו מן העבר (עמ' 12 ש' 1-12).

ב. בעמ' 12 ש' 14-15 לפרוטוקול עדותו טען השוטר: "הסברתי לו שהוא יכול לסרב ואם הוא יסרב זה לא ישמש ראיה כנגדו והוא יכול לסרב לחיפוש".

עמוד 5



דברים אלה שמסר בבית המשפט, **שונים מהותית** מן הרשום בדו"ח ת/1 אותו ערך בזמן אמת, ואף שונים מהדו"ח שערכה השוטרת נטלי תמסוט ת/8. לפי הדוחות ת/1 ות/8 כל שהוסבר לנאשם היה ש"סירובו לחיפוש לא ישמש ראיה כנגדו בבית משפט".

בשונה מהנטען בעדות בבימ"ש, בהסבר שניתן לנאשם טרם החיפוש לפי ת/1 ות/8, אין זכר לשתי הדרישות להוכחת "הסכמה מדעת" לביצוע החיפוש, כפי שנקבעו ב"הלכת בן החיים": לפי הדוחות, השוטרים לא העמידו את הנאשם על זכותו לסרב לחיפוש ואף לא ידעו אותו כי לא תהיינה לסירוב השלכות כלשהן לחובתו (לא רק כראיה בבימ"ש, אלא באופן גורף, כך שהנאשם לא יתן הסכמה עקב החשש מהשלכות סירובו לעניין מעצר או עיכוב או העלאת חשד שיוביל לפתיחה בחקירה וכד').

משעומת העד גואטה עם השוני, בהגנותו, **חזר בו מגרסתו בבית המשפט באשרו את תוכן הדו"ח ת/1** (עמ' 12 ש' 18 לפרו').

ג. שני השוטרים, עמוס ונטלי, הצהירו כי בזמן עדותם בבית המשפט לא זכרו עוד את האירוע ונסמכו על הדו"חות שערכו. בנסיבות אלו, **אסתמך על הדו"חות ת/1, ת/2 ות/8 בעת קביעת ממצאים** בסוגיה הנ"ל, ואעדיף את הרשום בדוחות על פני עדויות השוטרים בבית המשפט.

עיכוב:

העד רשם כי לאחר התפיסה "הודעתי לחשוד כי הוא **מעוכב** לתחנה בגין החזקת חומר החשוד כסם מסוכן...במהלך נסעתי לתחנה יחד עם החשוד הנ"ל אמר לי: 'אני מעשן סמים' וגם 'מה שנתפס אצלי וכרגע נמצא אצלך עישנתי חצי ממנו'. לשאלתי את החשוד ממה עישנת חצי. הנ"ל השיב 'מהנייר המגלגל שיש בתוכו חשיש'...המקום הנו מואר על ידי תאורת רחוב".

החשוד הובא לתחנה בשעה 03:30. כחלק מפעולת העיכוב, נערך דו"ח עיכוב (ת/2) ע"י העד מיום 7.5.14 שעה 04:47, ממנו עולה כי העיכוב בוצע ביום 7.5.14 שעה 03:18. המעוכב מסר בתגובה לחשד: "זה שייך לי. יש שם חשיש".

שלילת טענת הנאשם בדבר חיפוש ותפיסה ע"י שוטר אחר:

העד שלל בעדותו את טענת הנאשם לפיה מתנדבים או שוטרים הגיעו למקום לפניו והם שפגשו בנאשם ראשונים. לדבריו, **בוודאות הוא שפגש ראשון את הנאשם בזמן האירוע והוא שהגיע ראשון למקום ותפס את הסמים**.

העד הסביר כי הוא בטוח בכך לאור דו"ח הפעולה שערך בו צוין כי הוא שהבחין בנאשם, עת ישב בניידת עם השוטרת נטלי בלבד, וכי הוא שתפס את הסם.

העד ציין בדו"ח ת/1 כי ניידת נוספת הגיעה למקום ובה השוטרים רחאל ועפאן. העד לא זכר מדוע הגיעה למקום



ניידת נוספת, אך הסביר כי יתכן ששוטרי הניידת השנייה לא רשמו דוחות ביחס לאירוע, כיון שלא ביצעו פעולה כלשהי במהלכו (עמ' 9 לפרוטוקול).

11. **גב' נטלי טמסוט:** במועד הרלוונטי היתה העדה שוטרת שח"מ, נכחה באירוע וערכה דו"ח פעולה שסומן ת/8. העדה מסרה עדות בבית המשפט ביום 27.9.16.

בעדותה אישרה את הרשום בדו"ח הפעולה ת/8 וציינה כי אינה זוכרת את האירוע לפרטיו.

בת/8 רשמה כי היא והשוטר גואטה הבחינו באדם "הולך בהליכה מהירה כאשר הוא מביט לצדדים בחוסר נוחות במבט לניידת, התקרבנו אליו והחשוד הגביר את קצב ההליכה שלו והמשיך להסתכל לצדדים...ניגשנו אליו, הזדהינו בפניו וביקשנו מהחשוד להזדהות, הנ"ל הציג תעודת זהות".

העדה המשיכה וסיפרה כי "השוטר עמוס שאל את החשוד אם מסכים לחיפוש והסביר לו כי סירובו לחיפוש לא ישמש ראייה כנגדו בבית המשפט".

מיד לאחר מכן, "החשוד הסכים לחיפוש והוציא מכיס ימין של חולצתו נייר לבן מגולגל ובתוכו חומר חשוד כסם ואמר: 'יש לי ג'וינט עם חשיש'. העדה ציינה בדו"ח כי השוטר עמוס גואטה הוא שתפס את הסם, הציגו בפני החשוד ושאל למי זה שייך, החשוד ענה: "זה שלי, אני מעשן חשיש יש בפנים חשיש".

12. בהתאם לחוות דעת מז"פ ת/5, הסיגריה שנתפסה בחיפוש (מוצג ת/3), הנה "סיגריה מאולתרת ובתוכה תערובת של פירורי חומר חום וטבק". צוין כי החומר החום הנו חשיש, אשר לא נשקל.

13. עדי התביעה הנם ראש מחלקת סיור ושוטרת-חיילת שסיימה שירותה בשנת 2015. האירוע משנת 2014. כעולה מעדויות השוטרים, במסגרת תפקידם טיפלו באירועים רבים הדומים לנדון. בשל חלוף הזמן ולאור ריבוי אירועים דומים בהם טיפלו בגדר תפקידם, העידו שני העדים כי אינם זוכרים את האירוע לפרטיו והסתמכו על הדו"חות אותם ערכו בזמן אמת, הסתמכות שהוכרה בפסיקה כלגיטימית, בגדרי כלל "הקפאת הזכירה שבעבר". עדותם הגיונית, סבירה, הדו"חות מפורטים וברורים ולכן אקבע על פיהם ממצאים, בכפוף למסקנות המשפטיות שלהלן.

פרשת ההגנה:

14. במסגרת פרשת ההגנה העיד **הנאשם**, ביום 27.9.16 וביום 31.1.17. הודעתו במשטרה מיום האירוע סומנה ת/9. אמרות החוץ שמסר תועדו בדו"חות השוטרים ת/1, ת/2 ות/8.

15. כפי שצוין בדוחות השוטרים ת/1, ת/2 ות/8, בפתח החיפוש מסר הנאשם לידי שוטר סיגריה מאולתרת ובה סם מסוכן מסוג חשיש. בזמן החיפוש וסמוך לאחריו, במספר הזדמנויות, הודה הנאשם כי הסיגריה ובה חשיש שייכת



לו, כי עישן את חציה וכי הוא מעשן חשיש.

16. בהגיעו לתחנה סמוך לאחר האירוע, נגבתה מן הנאשם הודעה ת/9, במסגרתה הודה: "זה שלי, יש בתוך חשיש שאני מעשן אותו...אני משתמש בסמים...חשיש וגראס...היום בערך בשעה 03:15 עישנתי את מה שתפסו עלי השוטרים...ג'וינט נייר מגולגל עם חשיש...זה שייך לי אני מזהה את זה אמרתי לך כבר ארבע פעמים זה חשיש...כבר עישנתי חצי מזה ומה שתפס השוטר זה החצי שהתכוונתי לעשן".

הנאשם הסביר כי הוא משתמש בסמים מסוג חשיש וגראס, באמצעות באנגים, ג'וינט או מקטרת.

17. בעדותו בבית המשפט מיום 27.9.16 (ע' 24-25, ע' 27 ש' 18-32) ומיום 31.1.17 (ע' 34 ש' 11-14, ע' 35 ש' 25-30), הודה הנאשם בכל עובדות כתב האישום. הנאשם אף הסביר כי מדי פעם הוא משתמש במריחואנה (עדות מיום 27.9.16 ע' 24 ש' 18-19, ע' 27 ש' 16-17, ע' 28 ש' 4-19).

"ש. אתה משתמש באופן תדיר במריחואנה. ת. לא, לעיתים משתמש. ממש מידי פעם. ש. מה עשית ביום 7.5.14. בשעות הלילה. ת. ... הוצאתי מאחורי האוזן סיגריה מגולגלת שהיתה לי, עם ג'וינט, ונתתי את זה לשוטר שבא אלי..."

"ש. תאשר לי שאתה משתמש בסמים. ת. כן. ש. ובאותו ערב תפסו עליך ג'וינט שבתוכו יש חשיש. ת. תפסו. ש. באותו יום עישנת בשעה 03.15. ת. כן. ש. תאשר לי שאמרת שעישנת את מה שתפסו השוטרים. ת. כן. ש. ושלטענתך נשאר לך חצי ג'וינט ביד. ת. כן. ש. והתכוונת לעשן אותו אח"כ. ת. כן".

"ת. עישנתי. כן. לא תפסתי ראש מהסיגריה. כשאמרתי כן אז התכוונתי שעישנתי אבל עשיתי שתי שאיפות. לא המשכתי לעשן...לא עישנתי חצי סיגריה באותו רגע, אלא שתי שאיפות. מהרגע שאמרתי לחברה שלי ביי, עד לרגע שהשוטרים הגיעו עישנתי אולי שתי שאיפות".

"ש. תאשר לי שגם לעמוס אמרת שהסמים שייכים לי, יש לי חשיש בתגובת המעוכב בדוח העיכוב. ת. כן...הודיתי שזה שלי". (עדות מיום 27.9.16)

"ש. באירוע תפסו עליך כמות קטנה של חשיש ג'וינט. ת. כן" (עדות מיום 31.1.17).

18. בנוסף, העיד הנאשם בבית המשפט על נסיבות החיפוש, נקודה השנויה במחלוקת בין הצדדים:

בנקודה זו מסר הנאשם גרסה כבושה, שלא בא זכרה באמרותיו במשטרה, כפי שצוטטו בגדרי ת/1, ת/2, ת/8 ות/9. לא ניתן הסבר סביר לכבישת הגרסה ולכן משקלה מזערי. לאחר שניתנה בידי הזדמנות להתרשם מאופן העדת הנאשם בנקודה זו, אינני נותנת אמון בגרסתו בעניין זה.

הנאשם העיד כי בתאריך 7.5.14 סיים לעבוד כמלצר ושוטף כלים בשעת לילה 01:00-01:30, ליווה את חברתו לביתה, ישב עמה והלך לביתו. בדרך לביתו בסביבות 3:15, עישן שתי שאיפות מהג'וינט, ובו חשיש, שהיה ברשותו. בהתהלכו בשכונה, הגיעה נידת עם אורות, בהיותה 150 מ' ממנו צפצפו לנאשם עם הצופר החזק, השעה



היתה 3:30, הנאשם היה לבדו במקום, לכן הבין שצפרו לו ונעצר. שני שוטרים, שאינם מוכרים לנאשם, הגיעו אליו, אחד מהם "ישר ניגש לכיסים שלי ואני הזזתי לו את היד ואמרתי לו שאני לא רוצה חיפוש".

הנאשם הסביר: "...הוא ישר בא ויד אחת פיזית היתה בכיס שלי...לא הכניס לתוך הכיס אבל הוא שם את ידו על הכיס השמאלי קדמי...אמרתי לו שאני לא רוצה שיעשה עלי חיפוש. הוצאתי מאחורי האוזן סיגריה מגולגלת שהיתה לי עם ג'וינט ונתתי את זה לשוטר שבא אלי...זו שכונה, הדליקו שם רואות, השוטר עם הצופר...יש שני ענקים שהם שני השוטרים האלה, אני לא רוצה שיעשו לי חיפוש מול כל האנשים".

לדברי הנאשם, השוטר גואטה ונטלי טמסוט לא היו במקום בשלב זה, אלא הגיעו בניידת נפרדת 2-3 דקות לאחר התפיסה.

הנאשם מסר כי כשעמוס הגיע הוא "לא הזדהה כי הוא יודע מי אני ואני מכיר אותו. הוא צופר ועושה לי שלום כשהוא עובר עם האוטו, הוא יודע מי אני. הוא לא ביקש ממני להזדהות...". בשל ההכרות עם השוטר עמוס גואטה, עמוס "דיבר איתי אחרת ואמר לי בוא נגמור עם העניין הזה, 2 דקות תן לי לעשות עליך חיפוש, ניקח אותך לתחנה. 20 דקות אתה בבית. זה מה שהוא אמר לי...אמרתי לו בוא נלך לתחנה שנגמור עם זה. עמוס עשה עלי ככה, נגע מבחוץ על הכיסים הקדמיים והאחוריים של המכנס שלי ואז עלינו לניידת שהוא הגיע איתה ונסענו לתחנה".

לדברי הנאשם, כשעמוס דיבר עמו הסיגריה כבר לא היתה אצל הנאשם, היא נמסרה לשוטר מהניידת הראשונה (עמ' 25-26).

הנאשם הסביר שהגיעו למקום 3 ניידות, בזו אחר זו (פרוטוקול מיום 27.9.16 עמ' 29 ש' 18 ופרוטוקול מיום 31.1.17 עמ' 35 ש' 14-20). הניידת הראשונה עם השוטרים שניסו לבצע עליו חיפוש שלא בהסכמתו וזהותם אינה ידועה לנאשם. הניידת השניה הגיעה 2-3 דקות לאחר הראשונה, ובה נסעו רס"מ גואטה ונטלי טמסוט. בניידת השלישית היו רחאל ועפאן, שני השוטרים שצוינו בדו"ח ת/1 של רס"מ גואטה, כשלנאשם הכרות אישית עם רחאל ולכן הסביר בעדותו כי הניידת השלישית לא היתה מעורבת בחיפוש.

19. קו ההגנה נסמך על היות החיפוש בלתי חוקי. עדות הנאשם, ככל שהנה קשורה לקו הגנה זה, הותרה רושם מגמתי ובלתי אמין. מדובר בגרסה כבושה, ללא הסבר סביר לכבישתה, ולכן משקל חלק זה של העדות אפסי.

הגרסה הכבושה הנה זו המתארת קיומן של שתי ניידות נוספות, שאחת מהן הגיעה לפני השוטר עמוס למקום האירוע ואחד משוטריה, שזהותם לא ידועה (והם אינם רחאל ועפאן שצוינו בת/1), ביצע על הנאשם חיפוש, על אף שסירב לכך.

אין שום הסבר סביר לכך שסיפור בדבר חיפוש בכפיה, ע"י שני שוטרים, בשנת 2014, לא יעלה בשלבי החקירה, בעת מתן תשובה לאישום או במהלך שמיעת התיק, ויושמע לראשונה בעדות הנאשם בבית המשפט מיום 27.9.16 ומיום 31.1.17.



הנאשם לא הזכיר גרסה זו ב"שטח" באמרות החוץ שצוטטו בת/1, ת/2 ות/8, ואף לא הזכירה בהודעתו ת/9 שנגבתה בתחנה. כתב האישום הוגש בשנת 2014, מאז ועד היום ההגנה לא טענה לגרסה זו, אף שהנה מהותית ליריעת המחלוקת העובדתית והמשפטית בין הצדדים.

הנאשם טען כי לא היתה לו סיבה למסור זאת בעבר (עמ' 28 לפרוטוקול), אך טענה זו בלתי סבירה בעליל לאור מיקוד יריעת המחלוקת בין הצדדים כבר בשלב התשובה לאישום. לא יתכן **שנקודה מהותית שכזו, הנוגעת ללב המחלוקת ביחס לחוקיות החיפוש וקיומה של "הסכמה מדעת"**, לא תצוין כחלק מן המחלוקת העובדתית כבר באותו שלב, עת היה מיוצג וניתנה תשובה לאישום.

השלכת האחריות לחיפוש הבלתי חוקי לפתחה של ניידת שאין לה זכר בחומר החקירה ושלא הוזכרה על ידו משנת 2014 עד היום, משקפת חוסר אמינות והנני דוחה גרסה זו מכל וכל.

20. עד הגנה זמין שלא הוזמן - תוספת ראייתית: הנאשם טען כי הוא מכיר את השוטר רחאל, שנכח באירוע, אולם בחר שלא לקרוא לו לעדות, לשם אישוש גרסתו הכבושה. בכך יש משום חיזוק לגרסת המאשימה ביחס לאופן קרות האירוע.

21. אני נותנת אמון מלא בגרסת עדי התביעה כפי שנרשמה ב"זמן אמת" בדוחות שערכו - ת/1 ות/8. גרסת השוטרים כפי שנרשמה בדוחות ת/1 ו-ת/8 מתיישבת עם אותו חלק בעדות הנאשם בבית המשפט, במסגרתו הודה בכל עובדות כתב האישום. גרסת הנאשם בבית המשפט ביחס לתפיסת הסם ע"י שוטרים אחרים ולא ע"י השוטר גואטה, הנה גרסה כבושה, שהותירה רושם מגמתי, ולכן אינני נותנת אמון בחלק זה של עדות הנאשם.

22. אינני מתעלמת מהעדרם של **מזכרים** מטעם השוטרים רחאל ועפאן, שנכחו בניידת 411 לפי הדו"ח ת/1, אולם אני מקבלת הסבריו של השוטר עמוס גואטה לפיהם נראה כי השוטרים לא נטלו חלק פעיל באירוע ולכן לא ערכו מזכרים בנדון. הנאשם בעדותו מחזק מסקנה זו בציינו כי הוא מכיר את השוטר רחאל, וכי רחאל לא הגיע למקום ראשון וביצע את התפיסה אלא ישב בניידת השלישית. לאור חלקו, אין מדובר במחדל חקירה משמעותי מבחינת התביעה.

מצד שני, אי הבאת השוטר רחאל כעד מטעם ההגנה הנו מחדל שמהווה חיזוק לראיות התביעה, שכן עד זה יכול היה להבהיר אם יש ממש בגרסתה הכבושה של ההגנה בדבר קיומן של 3 ניידות.

23. ב"כ הנאשם טענה **לאי המצאת דו"ח משל"ט**, אולם אין להגנה להלין אלא על עצמה בהקשר זה. יש להניח כי ניתן היה להפיק דוח משל"ט לו מסר הנאשם את גרסתו הכבושה בסמוך לאירוע, ולא בחלוף למעלה משנתיים וחצי מעת התרחשותו.

24. **לאחר שמיעה, במחלוקת העובדתית בין הצדדים, הנני מכריעה כדלקמן:**

(א) בעדותו בית המשפט ובכל אמרותיו מיום האירוע, לרבות הודעה ת/9, הודה הנאשם בכל עובדות כתב האישום. כך הודה כי בתאריך 7.5.14 בשעה 03:00 לערך, בנצרת עילית, החזיק שלא כדין בסיגריה מאולתרת שבתוכה חשיש



וזאת לצריכתו העצמית, כיון שלעיתים משתמש הוא בסמים. הנאשם אף הודה כי עשה שימוש בחלק מהסם הנ"ל לפני שהגיעו השוטרים.

מדובר בגרסה מפלילה, שנמסרה ע"י הנאשם בכל אמרתיו ופעולותיו, הן בחקירה והן בבית המשפט, באופן עקבי.

היות ש"אין אדם משים עצמו רשע" ולאור התרשמותי מאופן העדת הנאשם בבית המשפט ביחס לעובדות אלו, הנני נותנת אמון בחלק זה של עדות הנאשם בבית המשפט וקובעת כי בתאריך 7.5.14 לאחר השעה 3:00 החזיק הנאשם סם מסוכן מסוג חשיש במשקל לא ידוע, בתוך סיגריה מאולתרת, וזאת לצריכתו העצמית.

(ב) הנאשם מסר גרסה כבושה, אותה העלה לראשונה בעדותו בבית המשפט, ולפיה שני שוטרים, שהגיעו למקום בניידת, לפני עמוס ונטלי, הם שתפסו את הסמים לאחר שביצעו חיפוש על גופו למרות סירובו. השוטר עמוס גואטה ציין בדוח ת/1 כי היתה ניידת נוספת אחת ובה השוטרים רחאל ועפאן, אולם הנאשם הבהיר כי את רחאל הוא מכיר ולא הוא שביצע בו את החיפוש הכפוי אלא שוטרים מניידת שלישית, שזהותם לא ידועה.

לאור התרשמותי מן העדויות שנשמעו בפניי, הנני מעדיפה גרסת השוטרים גואטה ותמסוט וקובעת כי היתה במקום ניידת נוספת ובה השוטרים רחאל ועפאן, אך השניים לא ביצעו פעולה כלשהי הקשורה בעבירה דנן (הנאשם אינו חולק על כך). לא היתה ניידת שלישית, ואף אם היתה הרי שלא היתה קשורה לאירוע דנן, וגרסתו הכבושה של הנאשם, בדבר שני שוטרים, שהגיעו קודם להגעת השוטר גואטה ותפסו את הסמים למרות סרובו, אינה אמת.

(ג) לאחר שמיעה שוכנעתי כי רס"מ עמוס גואטה וגב' נטלי תמסוט הם שהגיעו ראשונים אל הנאשם, הם שביקשו הסכמתו לחיפוש ורס"מ גואטה הוא שתפס את הסמים מהנאשם.

(ד) הנני מקבלת גרסת השוטרים לפיה במהלך סיור שגרתי ניגשו אל הנאשם לשם זיהוי ומשום שעורר את חשדם, עת התבונן לצדדים ולאחור לעבר הניידת, וכשהתקרבו אליו הגביר קצב הליכתו והמשיך להביט לצדדים, באופן המשדר לחץ, בשעת לילה מאוחרת. על סמך ניסיונו המקצועי, נתן רס"מ גואטה פרשנות להתנהלות הנאשם, והחליט לגשת אליו ולפתוח בהליכי זיהוי וחיפוש. במבחן התוצאה צדק השוטר ואותרו סמים.

(ה) עוד שוכנעתי כי לאחר הליכי הזיהוי, נשאל הנאשם ע"י רס"מ גואטה אם מסכים הוא לבצע חיפוש והוסבר לו כי "סירובו לחיפוש לא ישמש ראיה כנגדו בבית משפט".

(ו) הנני קובעת כי הנאשם נתן הסכמתו לחיפוש, ואז הוציא מכיסו סיגריה מאולתרת ובה סם מסוכן מסוג חשיש במשקל לא ידוע, ומסרה לשוטר גואטה.

(ז) באותה סיטואציה הנאשם אמר: "יש לי ג'וינט ובתוכו חשיש", "עמוס זה שלי", "יש בפנים חשיש", "אני מעשן חשיש". בהמשך הסביר כי עישן את חלקה אותו לילה וכי לפעמים הוא משתמש בסמים מסוכנים.



(ח) בשלב זה, הודע לנאשם כי הוא מעוכב לתחנה בגין החזקת סם. במהלך הנסיעה לתחנה, אמר הנאשם: "אני מעשן סמים", "מה שנתפס אצלי וכרגע נמצא אצלך עישנתי חצי ממנו...מהנייר המגולגל שיש בתוכו חשיש". אותו לילה, בעת מילוי דו"ח העיכוב ת/2 אמר: "זה שייך לי. יש שם חשיש".

היבט משפטי:

חוקיות החיפוש:

25. אין לשוטר סמכויות מיוחדות, העולות על סמכויותיו של אזרח אחר, אלא במידה שהחוק מעניק לו סמכויות מיוחדות כאלו.

26. לאור זאת, השאלה הראשונה הנשאלת הנה, מכוח מה ניגש רס"מ גואטה עמוס אל נאשם וביקשו להזדהות בפניו.

פניה של שוטר לאזרח לצורך הצגת תעודת זהות מעוגנת בסעיף 2 לחוק החזקת תעודת זהות והצגתה, התשמ"ג-1982 אשר קובע לאמור:

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

מהוראת סעיף 2 לחוק החזקת תעודת זהות עולה החובה לשאת ולהציג תעודת זהות בפני שוטר בתפקיד, כשהתושב נדרש לעשות כן. החוק אינו קובע כי הצגת תעודת זהות תהיה מותנית בהקמת חשד סביר כי בוצעה או עומדים לבצע עבירה, ואף לא נדרש כי תהיה לשוטר סיבה כלשהי לדרוש הצגת תעודת זהות (ע"פ 39387-06-12 רביבו נ' מדינת ישראל, פסקה 6 (03.01.2013); ע"פ 617/80 למברטו נ' מדינת ישראל פ"ד לה(2), 313 (08.01.1981); בג"ץ 791/13 בן שבת נ' מדינת ישראל (10.02.2013)).

סעיף 67(א) לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה - מעצרים), תשנ"ו-1996 מעגן את הסמכות המוקנית לשוטר לעכב אדם בהתקיים יס"ל כי עבר עבירה:

"היה לשוטר יסוד סביר לחשד כי אדם עבר עבירה, או כי הוא עומד לעבור עבירה העלולה לסכן את שלומו או בטחונו של אדם, או את שלום הציבור או את בטחון המדינה, רשאי הוא לעכבו כדי לברר את זהותו ומענו או כדי לחקור אותו ולמסור לו מסמכים, במקום הימצאו".

דהינו, קיימים שלושה תנאים בסיסיים לעיכוב אדם ללא צו, במקום הימצאו: ראשית, קיים חשד סביר כי האדם עבר עבירה או עומד לעבור עבירה; שנית, העיכוב מותנה בקיומה של תכלית, כגון: ברור זהות/מען, חקירה או מסירת



מסמכים; **תנאי שלישי**, העיכוב מוגבל בזמן (סעיף 66 לחוק המעצרים).

בנוסף, בהתאם להוראות סעיף 72 ו-24(ג) לחוק המעצרים, **תנאי רביעי** לחוקיות העיכוב נעוץ בחובת מבצע העיכוב להודיע למעוכב את סיבת העיכוב.

יצוין כי אין לעכב אדם רק בשל עברו הפלילי או בשל היותו "מוכר למשטרה".

סעיף 69 לחוק המעצרים מעגן סמכות שוטר לעכב אדם, לצורך ביצוע חיפוש ובדיקת מסמכים, אך זאת בהתקיים סמכות לחיפוש:

"הוקנתה בחיקוק הסמכות לחפש במקום, בכליו או על גופו של אדם, או הסמכות לדרוש מאדם הצגת מסמכים, רשאי בעל הסמכות לעכב אדם או כלי רכב כדי לאפשר את החיפוש או העיין במסמכים, וכן רשאי הוא לדרוש מהאדם למסור את שמו ומענו".

סמכות העיכוב הקבועה בסעיף 69 לחוק המעצרים, אינה נעוצה בקיומו של חשד שנעברה עבירה או שעומדים לעבור עבירה, אלא מהווה "**סמכות עזר**" ליישום סמכות "חיפוש" כאמור בגוף הסעיף או סמכות לדרוש "הצגת מסמכים" (יעקב קדמי **סדר הדין בפלילים** חלק ראשון, עמ' 15-16 (מהדורה מעודכנת, תשס"ח-2008)).

27. בהתאם לעדותו של רס"מ גואטה עמוס וכעולה מדו"ח הפעולה שערך ת/1, התקיימו התנאים לפי סעיף 2 לחוק החזקת תעודת זהות והצגתה, כך שקמה סמכות העזר לעיכוב הנאשם לפי סעיף 69 הנ"ל, לשם יישום סעיף 2.

במקביל, התקיימו גם התנאים לעיכוב לשם בירור זהות, לפי סעיף 67(א) לחוק המעצרים, בהתקיים חשד סביר.

ברע"פ 10141/09 **אברהם בן חיים ואח' נ' מדינת ישראל** פסקה 16 עמ' 13, נקבע כי מבחן החשד הסביר הוא בעיקרו מבחן אובייקטיבי, שבו נדרש בית המשפט להעריך את סבירות שיקול דעתו של השוטר שביצע את העיכוב לשם הכרעה בשאלת חוקיות החיפוש (ר' גם יעקב קדמי **סדר הדין בפלילים** חלק ראשון, עמ' 8 (מהדורה מעודכנת, תשס"ח-2008)).

יחד עם זאת, המונח "חשד סביר" אינו ניתן להגדרה ממצה וחד משמעית.

נקבע ב**פרשת בן חיים** כי יישומו של מבחן זה מבוסס על נסיבותיו הפרטניות של כל מקרה ומקרה, על מידע שהיה בידי השוטר בעת עריכת החיפוש ואף על ניסיונו ושיקול דעתו המקצועיים של השוטר שערך את החיפוש (ר' גם בג"ץ 465/75 **דגני נ' משטרת ישראל** פ"ד ל(1) 337 פסקה 10 (06.11.1975)).

השוטר גואטה והשוטרת נטלי פירטו בעדותם ובדו"חות ת/1 ות/8 את מקור "**החשד הסביר**", שעלה מהתנהגות הנאשם, כדרישת סעיף 67(א). רס"מ גואטה הסביר כי הנו שוטר מנוסה, ראש מחלקת סיור, והחשד נובע מניסיונו המקצועי. במבחן התוצאה, אותרו סמים אצל הנאשם, דבר המחזק את העובדה שמדובר ב"חשד סביר", המבוסס

עמוד 13

על ניסיונו המקצועי של העד, עת פירש את הסיטואציה שעמדה לנגד עיניו, ולא בחשד סתמי או ברצון להתאנות לנאשם ולפגוע בזכויותיו היסודיות (עפ"ג 47321-07-14 **אבשלומוב נ' מדינת ישראל**, עמ' 9 (30.10.2014)).

בנסיבות המקרה, שוכנעתי כי פניית השוטרים אל הנאשם למטרות זיהוי, תוך עיכובו הסטטוטורי למטרה זו, בוצעו על בסיס חשד סביר.

28. השאלה השנייה הנשאלת היא האם קיימת סמכות בחוק לביצוע חיפוש בנסיבות המקרה דנן. אקדים ואציין כי התשובה לכך שלילית, ואשקף זאת נוכח הוראות החוק שצוינו בסיכומי הצדדים ובפסיקה אליה הפנו.

חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה - חיפוש בגוף חשוד), התשנ"ו - 1996, משמר את ההבחנה בין שלושת סוגי החיפוש: על גוף חשוד, חיפוש חיצוני וחיפוש פנימי.

לפי סעיף 22 לפקודת סדר הדין הפלילי ולפי סעיף 3 לחוק שמירה על בטחון הציבור, "חיפוש על גוף האדם" הנו "חיפוש על פני גופו של אדם, בבגדיו או בכליו, שאינו חיפוש חיצוני או פנימי כהגדרתם בחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה - חיפוש בגוף חשוד), תשנ"ו - 1996".

לפי סעיף 22 לפסד"פ ניתן לערוך חיפוש על גופו של עצור.

סעיף 3 לחוק שמירה על בטחון הציבור, מגביל סמכות שוטר/חייל/מאבטח לערוך חיפוש על גופו של אדם, לשם שמירה על בטחון הציבור, בלא צו חיפוש, למקומות המצוינים בסעיף.

בהתקיים "חשד סביר שאדם נושא עמו שלא כדין נשק" (בתיקון מספר 5 מפברואר 2016 התווסף "חשד סביר שאדם עומד לבצע עבירת אלימות נגד אחר") ניתן לערוך חיפוש על גופו של אדם גם בלא הגבלת מיקום.

לפי סעיף 25 (1) לפסד"פ שוטר רשאי בלי צו חיפוש, לבצע חיפוש בבית או מקום אם יש לשוטר "יסוד להניח שמבצעים שם פשע או שפשע בוצע שם זה מקרוב".

לפי סעיף 29 לפסד"פ, "נמצא אדם בבית או במקום שמחפשים בו או בקרבתו ויש יסוד סביר לחשד שהוא מסתיר אצלו חפץ שמחפשים, או שרשאים לחפש אחריו - מותר לחפש על גופו, כאמור בסעיף 22, מיד".

לפי סעיף 28(ב)(2) לפקודת הסמים (נוסח חדש) תשל"ג - 1973, ניתן לערוך חיפוש ללא צו חיפוש על גופו של אדם, אף אם לא נעצר, בהתקיים "יסוד סביר להניח שאותו אדם נושא עמו שלא כדין סם מסוכן". דהינו, היס"ל קשור בסמים בלבד.

אין מחלוקת כי בענייננו החיפוש אותו ביקש השוטר לבצע היה "חיפוש על גוף אדם", להבדיל מחיפוש חיצוני או



פנימי.

עוד אין חולק כי לא הוצא בנדון צו חיפוש וכי השוטר לא תיאר, בדו"ח הפעולה ת/1 או בעדותו בבית המשפט, חשד סביר לביצוע העבירות הספציפיות הבאות: עבירה מסוג פשע או עבירת נשק או עבירת סמים, עבירות להן יוחדה אפשרות ביצוע חיפוש בלא צו, בתנאים הקבועים בחוק, כמפורט לעיל.

בנוסף, אין מחלוקת כי הנאשם לא היה "עצור" ולא אותר במיקום המקנה סמכות חיפוש לפי דין.

משכך, בעת שפנה השוטר אל הנאשם לבקש הסכמתו לחיפוש, לא קמה לשוטר סמכות, יצירת חוק, לחפש על גופו של הנאשם.

29. בהעדר מקור סמכות בחוק לביצוע החיפוש, אבחן אם מקור הסמכות לביצוע חיפוש בעניינו של הנאשם, נובע מן ההלכה הפסוקה.

בהתאם לדעת הרוב ברע"פ 10141/09 **אברהם בן חיים נ' מדינת ישראל** (6.3.12), הסכמה של האדם מושא החיפוש עשויה להכשיר חיפוש שאין לו מקור סמכות אחר בדין, אך על הסכמה זו להיות "הסכמה מדעת", דהינו, הסכמה שניתנה לאחר שהשוטר הבהיר לאדם כי נתונה לו זכות לסרב וכי הסירוב לא יפעל לחובתו.

בהתאם להלכת בן חיים, פסקה 31 לפסק דינה של כבוד הנשיאה בדימוס ד' בייניש, תנאי לכך שהסכמת חשוד תשמש תחליף לדרישת ה"חשד הסביר", או לדרישת ה"יסוד להניח", הוא:

"...שאותה הסכמה תהיה הסכמה מודעת ורצונית. כדי להבטיח זאת אין די בבקשת הסכמתו של האדם מושא החיפוש לעריכת החיפוש אלא יש להבהיר לו במפורש כי נתונה לו הזכות לסרב לביצוע החיפוש וכי הסירוב לא יזקף לחובתו. יחד עם זאת, איננו רואים לקבוע כי ההסכמה לביצוע החיפוש צריכה להינתן בהכרח בכתב....הסבר ברור ומובן שיינתן בעל פה בדבר הזכות לסרב לביצוע החיפוש ובדבר העובדה כי הסירוב לא יזקף לחובתו של המסרב..."

30. לפי דוחות פעולה ת/1 ות/8: "הוסבר לחשוד כי סירובו לחיפוש לא ישמש ראיה כנגדו בבית המשפט".

נשאלת השאלה אם די באמרה זו, שבהמשך לה ניתנה הסכמת הנאשם לחיפוש, בכדי להקים "הסכמה מדעת".

בפועל, בניגוד להלכת בן חיים, לא הוסבר לחשוד שיש לו זכות לסרב לחיפוש ואף לא הוסבר לנאשם כי לא תהיינה לסירובו השלכות כלשהן לחובתו.

ההסבר החלקי לפיו סירוב לא ישמש "ראיה נגדו בבית משפט", אינו מספיק, בהעדר התייחסות לזכות לסרב ולאור



ההתייחסות להעדר השלכות לסירוב רק בפן הראייתי.

ההתייחסות חלקית זו מותירה חשש כי סרוב יוביל לסנקציות אחרות, דוגמת מעצר או עיכוב או פתיחה בחקירה, ולכן אינה מאפשרת לראות בהסכמת הנאשם כ"הסכמה מדעת".

יובהר כי אין באמור כדי לחייב שוטר לשבת מול חשוד ולמנות בפניו את כל ההשלכות שסירובו לא יוביל אליהן. די בכך ששוטר ינקוט בלשון כללית כי "הסירוב לא יזקק לחובתו". במקרה דנן, ניתנה התייחסות חלקית, לפיה אין לסירוב השלכות בפן הראייתי, ומן הלאו עלול השומע ללמוד כי קיימות השלכות שליליות לסירוב באספקטים אחרים.

ברע"פ 10141/09 **אברהם בן חיים ואח' נ' מדינת ישראל**, נקבע בפסקה 27: "...בנסיבות בהן אדם נפגש עם שוטר המבקש לערוך חיפוש על גופו, בכליו או בביתו רצונו העיקרי של האדם מושא החיפוש הוא להביא לסיום המפגש מהר ככל הניתן. בנסיבות אלה אותו **אדם עשוי לסבור כי סירוב להסכים לביצוע החיפוש עלול להביא לעיכובו או למעצרו ולמצער לעורר חשד נגדו**. הסכמה שניתנת בנסיבות אלה, שמשמעותה היא ויתור על הזכות החוקתית לפרטיות כלפי השוטר המבקש לערוך את החיפוש, איננה הסכמה מדעת, שכן היא אינה מבטאת בחירה אמיתית ואוטונומית של האזרח לוותר על זכויותיו...לפיכך, כדי להבטיח שההסכמה לחיפוש היא הסכמת אמת ואינה מבוססת אך על פערי הכוחות הטמונים במפגש בין שוטר לאזרח נדרש השוטר המבקש את הסכמת האזרח לעריכת החיפוש, להבהיר לו, כאשר הדבר רלוונטי, כי **נתונה לו הזכות לסרב לבצוע החיפוש וכי הסירוב לא יפעל לחובתו**. בנסיבות אלה תיחשב הסכמתו של האזרח לביצוע החיפוש להסכמה מדעת שיש בה להכשיר את הפגיעה בזכות החוקתית לפרטיות הכרוכה בביצוע החיפוש".

אזכיר כי בעניינו של הנאשם, לא הוסברה לו זכותו לסרב לחיפוש ואף לא הוסבר לו שלא תהיינה לסירובו השלכות כלשהן לחובתו (דוגמת עיכוב או מעצר או שיתעורר חשד נגדו). ההסבר התמקד רק בהעדר השפעה מבחינה ראייתית. לפיכך, לא הוכח כי הסכמת הנאשם היתה רצונית ונבעה ממודעותו המלאה לזכויותיו.

בפרשת בן חיים נדונה גישת המדינה לפיה ניתן להסיק את ההסכמה המודעת ואת הבנת הנאשם מאופן התנהלותו בזירת האירוע. גישה זו נדחתה בפרשת בן חיים ונקבע באופן חד משמעי כי על המשטרה לפעול באופן דווקני לקיום התנאים הנ"ל לגיבוש הסכמה מדעת, תנאים שרק חלקם קוימו בעניינו של הנאשם ע"י השוטר גואטה.

31. ההגנה העלתה שאלה מה מקור הסמכות לעכב את הנאשם לשם ביצוע חיפוש, לאחר סיום את הליך הזיהוי ובטרם ניתנה "הסכמה מדעת" לביצוע חיפוש.

התשובה לכך, במקרה דנן, הנה כי הנאשם לא היה מעוכב, אלא משוחרר, בעת שנשאל להסכמתו לחיפוש. השוטרים הבהירו כי הנאשם עוכב רק לאחר גילוי הסם. מבחינת הגדרה חוקית, הנאשם היה מעוכב לצורך הליך הזיהוי מכוח סעיף 2 לחוק החזקת תעודת זהות בשילוב עם סמכות העזר נשוא סעיף 69 לחוק המעצרים או מכוח סעיף 67(א) לחוק המעצרים, אך עיכובו הסתיים מיד עם תום הליכי הזיהוי, ומאז לא היה הנאשם, מבחינה סטטוטורית, בגדר "מעוכב".



פניית רס"מ גואטה אל הנאשם לשם קבלת הסכמתו לעריכת חיפוש, נעשתה עת היה משוחרר לגמרי.

לא היה אותה עת בסיס חוקי לעריכת חיפוש, ולכן לא קמה למשטרה אותה עת סמכות העזר הקבועה בסעיף 69 בדבר עיוכב לשם חיפוש.

יחד עם זאת, העובדה שהנאשם לא היה בסטטוס של "מעוכב", אינה שוללת מן המשטרה את האפשרות לבקש הסכמתו לחיפוש.

הדברים אמורים במיוחד בנסיבות המקרה דנן, כאשר היה בסיס לבקשת המשטרה לקבלת הסכמת הנאשם לביצוע החיפוש, נוכח התנהגות הנאשם, שהעלתה "חשד סביר", כפי שפורטה ע"י רס"מ גואטה, ועל רקע עמידתה במבחן התוצאה.

32. האם בוצע בנדון "חיפוש"?

בהתאם להכרעה שניתנה ביחס למחלוקת העובדתית, הנאשם נתן הסכמתו לחיפוש ומיד התוודה כי יש לו ג'וינט ובתוכו חשיש והוציא מכיסו את הסם.

ב"כ הנאשם טענה כי הוציא את הסם במסגרת הליך החיפוש. התביעה טענה כי עשה כן בטרם החל "חיפוש".

הסוגיה הדורשת הכרעה הנה האם תוכן השאלה שהפנה השוטר לנאשם: **"ביקשתי את רשותו לבצע חיפוש"** (שורות 19-20, עמ' 11 לפרוטוקול), **"שאלתי את החשוד אם הוא מסכים לביצוע חיפוש ואף הוסבר לחשוד כי סירובו לחיפוש לא ישמש ראיה כנגדו בבית המשפט"** (ת/1 - דו"ח פעולה) **והסכמת הנאשם לחיפוש**, מהווים "יריית פתיחה" להליך ה"חיפוש על גופו של אדם", כהגדרתו בסעיף 22 לפסד"פ ובסעיף 3 לחוק שמירה על בטחון הציבור.

בעפ"ג (מח' חי') 47321-07-14 **רומן אבשלומוב נ' מדינת ישראל** (30.10.2014) נקבע כי השאלה "האם הוא מחזיק על גופו דבר מה בניגוד לחוק" אינה חיפוש אלא מדובר בפתיחת חקירה בדרך של הצגת שאלה שמשמעה "האם אתה מבצע כעת עבירה כלשהי", וכפועל יוצא חלים עליה גם הכללים בדבר אזהרת חשוד בחקירה.

בת"פ 50516-05-13 **מדינת ישראל נ' חנה ביניאשוילי ואח'** (25.10.2016) נאמר לנאשמת כי עתידה לבוא שוטרת לדירה בכדי לערוך חיפוש על גופה, ונאמר לה שאם יש עליה דבר מה "שתוציא לבד", בעקבות האמור הנאשמת הוציאה את הסמים. נקבע כי מדובר בפעולת חיפוש.

בת"פ 32274-02-14 **מדינת ישראל נ' נסים** (08.05.2016) נקבע כי הפניית שאלה לנאשם "האם יש בידיו דבר מה שלא צריך להימצא ברכב", מהווה חיפוש. מדובר בשאלה מחייבת מצד איש מרות הממלא תפקידו, כלפי אזרח. מדובר בחיפוש "מילולי" ראשוני, שאין לראות הבדל בינו לבין סריקת הרכב על-ידי השוטר בעצמו, לעניין חוקיות



החיפוש.

ברע"פ 10141/09 **בן חיים נ' מדינת ישראל**, פסקה 18 (06.03.2012) המערער התבקש ע"י השוטר לרוקן את כיסיו. ביחס לשלב האמור של האירוע נקבע: "עצם העובדה שהאדם מסייע לחיפוש בכך שהוא פועל בהתאם להוראת השוטר אינה מוציאה את הפעולה מגדר "חיפוש" כמשמעותו בחוק. זאת, כיוון שהוראת השוטר לאדם לרוקן את כיסיו נועדה להשיג אותה מטרה שחיפוש הנעשה על ידי השוטר עצמו נועד להשיג - איתור חפץ אסור או מסוכן הנישא על ידי האדם מושא החיפוש, בנסיבות בהן מדובר ב"מציאת" החפץ בנוכחות השוטר ולבקשתו. כיוון שאכן מדובר בחיפוש, נותרה שאלת נפקות ההסכמה".

בעניינו של הנאשם שלפניי, לא בוצעה פעולת חיפוש אקטיבית מצד השוטרים, פיזית או מילולית. הנאשם הוציא מכיסו את הסמים מיד לאחר מתן הסכמתו לעריכת החיפוש, ללא שום שאלה או דרישה מקדימה מצד השוטרים, איש לא ביקש מן הנאשם לרוקן את כיסיו ואיש לא ביצע, פיזית, חיפוש בכליו.

למרות האמור, בקשת השוטר מהנאשם לתת הסכמה לחיפוש, הבהירה לנאשם כי בדעת המשטרה לבצע חיפוש, וכי ככל שיתן הסכמה כאמור, חיפוש אכן יתבצע.

מרגע שניתנה הסכמת הנאשם לחיפוש, מבחינת גמירות דעת שני הצדדים, הנאשם והשוטרים כאחד, החל חיפוש.

ההצעה והקיבול עולים בבירור מעדותו של רס"מ גואטה בבית המשפט, עת הצהיר כי החליט בשטח לבצע חיפוש על סמך התנהגות הנאשם טרם עיכובו ועל סמך הסכמת הנאשם לביצוע החיפוש (עמ' 11 ש' 27-31 לפרוטוקול מיום 3.5.16).

העובדה שהנאשם בחר להוציא את הסמים שבכיסו, בטרם יערך על גופו חיפוש פיזי, אינה משנה מן העובדה שעשה כן לאחר שהחל "חיפוש". בעדותו בבית המשפט מסר כי הוציא את הסמים ביוזמתו כדי לייתר חיפוש פיזי ע"י השוטרים באמצע שכונת מגורים.

הנאשם לא אמר לשוטרים דבר אודות הסמים שבכיסו בעת שעוכב, לא אמר דבר עת הורו לו להזדהות, ואף לא בעת שמסר להם פרטיו המלאים תוך הצגת תעודת זהות.

אמרת הנאשם לשוטר לפיה: "יש לי ג'וינט ובתוכו חשיש" ופעולת הוצאת הסמים מכיסו, נעשו בשלב שלאחר מתן ההסבר ע"י שוטר בתפקיד בנוגע לחיפוש, ולאחר שהנאשם נתן הסכמה לחיפוש.



לפיכך, **בנסיבותיו המיוחדות של המקרה דנן**, הליך החיפוש החל, מבחינת השוטרים ומבחינת הנאשם, מיד עם מתן ההסכמה לבצעו, ואין נפקא מינה אם החיפוש הפיזי בוצע ע"י השוטרים או תוך הוצאת החפץ מן הכיס ביוזמת הנאשם עצמו בפתח החיפוש.

הרציונל של הלכת בן חיים חל בנדון. מה שהנאשם הוציא מכיסו, הנו חפץ אותו נועד החיפוש לאתר, והחיפוש הנו זה שלשם ביצועו נתבקשה הסכמת הנאשם ע"י השוטר וניתנה.

33. הנה כי כן, הסמים המסוכנים נתפסו במהלך "חיפוש", אשר בוצע שלא בהתאם להוראות החוק. ההסכמה שניתנה ע"י הנאשם אינה "הסכמה מדעת", בהתאם להלכה הפסוקה. ההסכמה האמורה היוותה מקור הסמכות היחיד לעריכת החיפוש ולכן המסקנה המתבקשת היא כי נפל פגם בחוקיות החיפוש.

34. נשאלת השאלה, מה נפקות הפגם בחוקיות החיפוש?

כעולה מע"פ 5121/98 טור' (מ"ל) **רפאל יששכרוב נ' התובע הצבאי הראשי ואח'**, פ"ד סא (1) 461 (4.5.2006), בהתאם לדוקטרינת הפסילה הפסיקתית, מוקנה לבית המשפט שיקול דעת באשר לפסילת ראיות שהושגו שלא כדין, ואין בעצם השגתה של ראיה שלא כדין, די כדי להביא באופן אוטומטי לפסילתה.

דוקטרינת הפסילה הפסיקתית מבטאת איזון בין הצורך להגן על זכויות הנאשם ועל הגינות ההליך הפלילי מצד אחד, ועל האינטרסים הציבוריים ובהם גילוי האמת, הלחימה בפשע, ההגנה על שלום הציבור ועל זכויות נפגעי עבירה, מצד שני.

לשם עריכת האיזון בין הערכים המתנגשים, על בית המשפט להתחשב בשלוש קבוצות שיקולים: האחת, אופייה וחומרתה של אי החוקיות הכרוכה בהשגת הראיה. בהקשר זה נבחנות מהות ההפרה, עוצמת הפגיעה בזכויות הנחקר, האם השימוש באמצעי חקירה פסול נעשה במכוון ובדון או בתום לב. השניה, נוגעת למידת ההשפעה של אמצעי החקירה הפסול על הראיה שהושגה. בהקשר זה יש לבחון באיזו מידה אי ההגינות שהיתה כרוכה בהשגת הראיה עשויה להשפיע על מהימנותה ועל ערכה הראייתי, והאם לראיה שהושגה שלא כדין ישנו קיום עצמאי ונפרד מאי החוקיות או אי ההגינות שהיתה כרוכה בהשגתה. צוין כי כשמדובר בראיות חפציות בד"כ לא יהיה באי החוקיות האמורה כדי לפגוע באמינותן. הקבוצה השלישית נוגעת להשפעת פסילת הראיה על מלאכת עשיית הצדק במובנה הרחב, וזאת על ידי השוואת המחיר החברתי הכרוך בפסילת הראיה לתועלת החברתית שבפסילתה. השוואה זו נערכת בעיקר על בסיס חשיבות הראיה להוכחת האשמה, מהות העבירה המיוחסת לנאשם ומידת חומרתה (**הלכת יששכרוב**; רע"פ 10141/09 **בן חיים ואח' נ' מדינת ישראל**).

יישום השיקולים האמורים על המקרה דנן מוביל למסקנה כי יש לפסול את הראיה החפצית שנתפסה במהלך החיפוש דנן.



עסקינן בראיה שנתפסה בחיפוש שנערך לא הסמכה בחוק ואף ללא קבלת הסכמה מדעת של הנאשם, בכך הופרה זכותו החוקתית של הנאשם להגנה על פרטיותו.

העבירה בה עסקינן, החזקת סמים לצריכה עצמית, אינה נמנית עם העבירות החמורות בספר החוקים. המדובר בהחזקת סם מסוכן מסוג חשיש, בכמות לא ידועה, בתוך סיגריה מאולתרת. משכך, סוג הסם, שהוכר כ"סם קל", וכמותו המזערית, מעמידים את נסיבות ביצוע העבירה דנן ברף החומרה הנמוך ביותר.

משכך, מידת הפגיעה באינטרס הציבורי כתוצאה מפסילת הראיה והמחיר החברתי הכרוך בכך אינם גבוהים. השיקולים של חומרת אי החוקיות הכרוכה בהשגת הראיה והשפעת פסילת הראיה על מלאכת עשיית הצדק, מטים את הכף לפסילת הראיה שנתפסה ע"י המשטרה במקרה זה.

מצד שני, התרשמתי באופן חד משמעי שהשוטרים - רס"מ עמוס גואטה וגב' נטלי טמסוט - פעלו בתום לב וללא כוונת זדון, במסגרת האירוע נשוא כתב האישום. בנוסף, הראיה בה עסקינן הנה ראיה חפצית, אין מחלוקת כי עסקינן בסמים מסוכנים השייכים לנאשם, ולכן הראיה בעלת קיום עצמאי ונפרד מאי החוקיות שהיתה כרוכה בהשגתה. שיקולים אלו מטים את הכף לעבר קבלת הראיה למרות אי החוקיות שהיתה כרוכה בהשגתה.

יחד עם זאת, אין להתעלם מן העובדה כי הסמים לא היו נמצאים ע"י המשטרה אלמלא החיפוש הבלתי חוקי.

המבחן הבסיסי לפסילת ראיות, שנקבע במסגרת דוקטרינת הפסילה הפסיקתית, הנו מבחן עמידת הפגיעה בזכות להליך הוגן כתוצאה מקבלת הראיה שהושגה שלא כדין, בתנאי פסקת ההגבלה.

במקרה דנן, נוכח אי החוקיות שהיתה כרוכה בהשגת הראיה והפגיעה הקלה יחסית באינטרס הציבורי שתגרם כתוצאה מאי קבלתה, המסקנה המתחייבת היא כי קבלת הסמים כראיה תביא לפגיעה בלתי מידתית בזכות הנאשם להליך הוגן.

35. באיזון בין השיקולים המתנגשים, בהתאם לדוקטרינת הפסילה הפסיקתית כפי שנקבעה בהלכת יששכרוב, **הנני פוסלת את הסמים שנתפסו במסגרת החיפוש מלשמש כראיה במשפט.**

36. חיפוש בנוכחות שני עדים:

ב"כ הנאשם טענה לתחולת סעיף 26 לפקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש) [נוסח חדש], תשכ"ט-1969, לפיו חיפוש ייערך בפני שני עדים שאינם שוטרים, דרישה שלא התמלאה בנדון. אינני סבורה כי דרישה זו חלה בענייננו, ומכל מקום אינני רואה צורך להידרש לסוגיה זו, על רקע מסקנתי בנוגע לאי חוקיות החיפוש.

37. אמרות חוץ של הנאשם - דו"חות השוטרים 1/ת, 2/ת, 8/ת:

כעולה מדו"ח פעולה 1/ת, שנערך ע"י רס"מ גואטה עמוס, לפני ואחרי הוצאת הסם מכיסו, הנאשם ציין כי הסם שנתפס שייך לו ונועד לשימוש.



הנני רואה בהליך החיפוש הבלתי חוקי ככזה החובק אמרות אלו של הנאשם, שחלקן אף נמסרו במהלכו. הליך חיפוש ואיתור הסם, הם שהניבו הודאות חוץ אלו. חלק מאמרות אלו נאמרו בעקבות תשאול. לא אדרש לשאלה אם היה על השוטרים להזהיר את הנאשם בדבר זכויותיו, באותו מעמד ובטרם תשאול, שכן לב העניין הנו שהאמרות לא נמסרו טרם החיפוש הבלתי חוקי, ואף לא במהלך הליך הזיהוי, אלא רק במהלך אותו חיפוש ובהמשכו.

כאשר לא קיימת הסמכה חוקית או יצירת פסיקה לעריכת חיפוש, נשמט אף הבסיס לאמרות החוץ של הנאשם המבוססות על תוצרי החיפוש ונאמרו כחלק מהליך החיפוש.

בנסיבותיו המיוחדות של המקרה דנן, הפגיעה בזכות להליך הוגן, כתוצאה מקבלת אמרות חוץ אלו, אשר הושגו שלא כדין בהיותן חלק מהליך החיפוש הבלתי חוקי, הנה פגיעה בלתי מידתית ביחס לפגיעה הקלה יחסית באינטרס הציבורי שתגרם עקב אי קבלת הראיה.

אשר על כן, בהתאם לדוקטרינת הפסילה הפסיקתית, **הנני פוסלת את אמרות החוץ של הנאשם, כפי שפורטו בדו"חות 1/ת, 2/ת ו-8/ת מלשמש כראיה במשפט.**

38. בחינת קבילות הודעת הנאשם ת/9:

א. כעולה מגוף ההודעה ומעדותה של שוטרת השח"מ נטלי טמסוט, הודעת הנאשם ת/9 נמסרה תוך הפרת זכות ההיוועצות.

ב. זכות ההיוועצות בעורך דין עוגנה ע"י המחוקק בסעיפים 32 - 34 לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה - מעצרים) התשנ"ו - 1996.

זכות ההיוועצות היא אחת הזכויות החשובות הנתונות לנאשם במהלך החקירה המשטרתית והיא נגזרת מן הזכות להליך הוגן בפלילים. רציונל אחד מונח בבסיסה של זכות זו והוא הרצון לאפשר לעורך הדין ליידע את הנחקר בדבר מכלול הזכויות המוקנות לו במהלך החקירה, לרבות זכותו לחקירה הוגנת וזכותו שלא להפליל את עצמו. לצד רציונל זה מתקיים רציונל מרכזי נוסף והוא יכולתו של עורך הדין לפקח על הליך החקירה ולהוות גורם מפקח על תקינות החקירה ועל אמינות הראיות המושגות בה, ובמיוחד במניעת הודאות שווא. מטרתה של החקירה המשטרתית אינה לחלץ, בכל מחיר, הודאה מפיו של החשוד, אלא לתור אחר ראיות לחשיפת האמת, והשמירה על זכות ההיוועצות בעורך דין מסייעת בקידומה של מטרה זו. חשיבות מיוחדת מוקנית לזכות ההיוועצות נוכח פערי הכוחות המובנים בין הנחקר לבין רשויות החקירה.

מעצם זכותו של הנחקר להיוועצות עם עורך דין, נגזרת חובתם של גורמי החקירה ליידעו בדבר קיומה של הזכות, שכן מי שאינו יודע על קיומה של זכות, לא יוכל לנסות לממשה.

לנאמר ניתן לעיין: בע"פ 1301/06 אלזם נ' **מדינת ישראל** (22.06.2009); ע"פ 3239/14 נור **אלאדין**



חמאסה נ' מדינת ישראל (08.11.2016); ע"פ 3237/15 און יהודה נ' מדינת ישראל (01.06.2016);
ע"פ 7090/15 ח'ליפה נ' מדינת ישראל (25.8.2016); ע"פ 7758/04 אלקאדר נ' מדינת ישראל
(19.7.2007); ע"פ 5121/98 יששכרוב נ' התובע הצבאי (4.5.2006).

ג. קיימים שני מסלולים לבחינת קבילותה של הודאת נאשם, אשר לא הודע לו במהלך חקירתו אודות זכותו להיוועץ בעורך דין:

הראשון, סעיף 12 לפקודת הראיות במסגרתו נבחנת השפעתה של הפגיעה במתן הודה בדבר הזכות להיוועצות על אוטונומית הרצון וחופש הבחירה של הנאשם במסירת ההודאה.

השני, דוקטרינת הפסילה הפסיקתית שנקבעה בהלכת יששכרוב הנותנת לבית המשפט שיקול דעת לפסול ראייה מקום בו נוכח לדעת כי הראייה הושגה שלא כדין וקבלתה במשפט תיצור פגיעה מהותית בזכותו של הנאשם להליך הוגן ובאופן שאינו מידתי.

בהתאם להלכת יששכרוב, אמות המידה המנויות בסעיף 12 לפקודת הראיות, העוסקות בבחינת השפעת דרכי חקירה פסולות הכרוכות בהשגת הראייה על אוטונומיית הרצון החופשי של הנחקר, אינן סוף פסוק. יש לבחון קבילות הראייה, קרי: הודאת הנאשם, אשר פסילתה מתבקשת ע"י ההגנה, גם בראי דוקטרינת הפסילה הפסיקתית. אלך בשני המסלולים הנ"ל.

ד. בחינת השפעת החיפוש הבלתי חוקי על אוטונומיית הרצון החופשי של הנאשם, בהתאם לסעיף 12 לפקודת הראיות:

בהגיעו לתחנה ביום האירוע, נגבתה מן הנאשם הודעה ת/9, במסגרתה הודה כי מדובר בג'וינט חשיש, השייך לו וכי עישן את חציו. עוד הודה כי הוא משתמש לעיתים בחשיש וגראס, באמצעות באנגים, ג'וינט או מקטרת.

למקרא הודעת הנאשם ת/9, התרשמתי כי היא עומדת בתנאי סעיף 12 לפקודת הראיות. הנאשם מסר גרסה ברורה, ניכר כי מסר דבריו מרצונו הטוב והחופשי, ונותרה בידו יכולת הבחירה אם למסור גרסה ואיזו. כך לדוגמה בחר שלא להשיב על השאלה ממי רכש את הסמים ובאילו מקומות נוהג הוא לעשות שימוש בסמים.

השוואה בין תוכן הודעתו במשטרה ת/9 לבין עדותו בבית המשפט ואמרות החוץ שמסר הנאשם ותועדו בת/1, ת/2 ות/8 - מחזקת התרשמותי זו, שכן גרעין ההודאה, לפיה הסמים שייכים לו, החזיקם לצריכתו העצמית, ואודות נסיבות ההחזקה, כל אלה צוינו ע"י הנאשם בכל אמרותיו.

ה. בחינת קבילות הודעת הנאשם ת/9 בראי דוקטרינת הפסילה הפסיקתית:



בחינת ההודעה ת/9, מגלה פגיעה בזכויות הנאשם, בשני אספקטים, המצדיקים פסילתה:

(1) כפי שצוין, ההודעה נגבתה תוך הפרת הזכות להיוועץ בעורך דין.

(2) ההודעה נגבתה מן הנאשם עם הגיעו לתחנה ביום האירוע, סמוך מאד לאחר החיפוש הבלתי חוקי ואיתור הסם על גופו.

במסגרת האזהרה, הוסבר החשד: "היום בסמוך לשעה 03:18 נראית ברחוב החצב 14, ועל גופך נתפס נייר מגולגל ובתוכו חומר החשוד כסם מסוכן".

כעולה מאופן הצגת החשד בגוף האזהרה, נגבתה ההודעה על בסיס הסם שנתפס בגדרו של החיפוש הבלתי חוקי.

כבוד השופט שחם בע"פ (י-ם) 2431-09-14 **ליאת פדר נ' מדינת ישראל** (4.6.15), פסקאות 24-25, קבע בעניין דומה:

"הדין בנושא קבילותו של הסם הסתיים. עתה יש לדון בבסיס החלופי להרשעת המערערת אשר במרכזו נמצאת הודאתה במשטרה...נקודת המוצא לה מצויה באזהרת חוקר המשטרה, לפיה המערערת חשודה 'בהחזקה ושימוש של סמים בכך שהיום נתפסת וברשותך נמצא חומר החשוד כסם'. פסילה החיפוש שבוצע שלא כדין בכלי רכבה של המערערת, משמיט אפוא את הבסיס העיקרי לאמרתה".

בנסיבות, השיקולים המנחים בעניין החלת דוקטרינת הפסילה הפסיקתית על קבילות הראיה החפצית, הסמים, שנתפסו במסגרת חיפוש בלתי חוקי, מהווים בסיס גם לדיון בקבילות הודעת הנאשם ת/9, כפי שנגבתה תוך הפרת זכות ההיוועצות בעורך דין.

נוכח אי החוקיות שהיתה כרוכה בהשגת ההודאה והפגיעה הקלה יחסית באינטרס הציבורי שתגרם כתוצאה מאי קבלתה, בשים לב למהות העבירה ולנסיבות החזקת הסם, סוגו וכמותו, המסקנה המתחייבת היא כי קבלת הודאת הנאשם כראיה תביא לפגיעה בלתי מידתית בזכויות הנאשם להליך הוגן.

באיזון בין השיקולים המתנגשים, בהתאם לדוקטרינת הפסילה הפסיקתית כפי שנקבעה בהלכת יששכרוב, **הנני פוסלת את הודאת הנאשם, המסומנת ת/9, מלשמש כראיה במשפט.**

עדות הנאשם בבית המשפט:

39. בעדותו בבית המשפט הודה הנאשם בכל עובדות כתב האישום.

טענת ההגנה היא כי למרות הודאתו ולאור הפגיעה בזכות להליך הוגן, יש לזכותו בדיון. כך נאמר: "העובדה שנתפסו

עמוד 23



סמים והנאשם מעשן סמים, אינה רלוונטית לשאלת הרשעתו, אשר צריכה להילמד אך ורק ממגמות הפסיקה והחוק בדבר שמירה על זכויות החשודים".

40. סוגיית ההשלכות של פסילת ראיות על תוצאות ההליך, נבחנה ע"י בתי המשפט בכל מקרה לגופו.

בע"פ 4988/08 פרחי נ' מדינת ישראל (8.11.10), הורשע הנאשם למרות פסילת הראיה:

"במישור הקבילות, הקשר הסיבתי-משפטי מבטא את קיומה של זיקה מהותית בין הפסול שנפל בראיה הראשית ובין הראיה הנגזרת. כאשר חרף קיומה של סיבתיות עובדתית, התקיים נתק מהותי בין הפסול שנפל בראיה הראשית ובין הראיה הנגזרת, תקטן הנטייה לפסול את הראיה הנגזרת. טלו למשל מקרה שבו המשטרה מבצעת חיפוש לא חוקי בביתו של אדם, ובחיפוש נמצא נשק שעל פי החשד שימש לביצוע עבירה. בעל הנשק מובל לחקירה, ושם - לאחר שהוזהר כדין - מודה בביצוע העבירה. האם נאמר כי הודאתו - שנגבתה כדין - פסולה אך מהטעם שיש קשר סיבתי עובדתי בין החיפוש הבלתי חוקי לגביית ההודאה? לכן יש להשיב בשלילה. אי החוקיות שדבקה בכלי הנשק אנה פוגמת בהודאה, שכן מדובר בראיה בעלת אופי שונה, שתוכנה לא ניתן להסקה מקיומו של כלי הנשק, ושנמסרה באופן חופשי ומרצון כאשר באותה עת עמדו לחשוד כל זכויותיו והגנותיו. באלה יש לנתק את הקשר הסיבתי בין אי החוקיות שבהשגת הנשק להודאה..."

בע"פ 3239/14 חמאסה נ' מדינת ישראל, פסל בית המשפט את דו"ח השחזור מלשמש כראיה, בשל הפגיעה בזכות ההיוועצות ומשום שלא הוזהר כדין. יחד עם זאת, קבע כי **קיימת תשתית ראייתית מספקת להוכחת אשמתו של המערער, גם בלא הסתמכות על הראיה שנפסלה, ולכן פסילת השחזור אין משמעותה זיכוי של המערער מכל אשמה.**

מצד שני, ניתן לעיין ברע"פ 10141/09 בן חיים ואח' נ' מדינת ישראל: בן חיים, אחד משלושת המערערים בפרשה, הואשם בהחזקת סכין, הודה במיוחס לו, הן בחקירתו והן בתשובתו לאישום, ובחר שלא להעיד בפרשת ההגנה כך שלא עמד בנטל המוטל עליו להוכיח כי החזיק בסכין למטרה כשרה. למרות הודאתו, **בית המשפט הורה על זיכוי בדין, לאחר שפסל את הסכין כראיה.**

כך גם בע"פ (מח' י-ם) 2431-09-14 **ליאת פדר נ' מדינת ישראל**, לאחר פסילת הסם מלשמש כראיה ובעקבות פסילת ההודאה במשטרה, נאמר: "במצב זה, מתייתר הצורך לדון בשאלת קיומו של 'דבר מה נוסף' העשוי לתמוך בהודאתה של המערערת, שכן הודאתה זו נותרה, עם פסילת הראיה שבבסיסה, חסרת תוכן ממשי... בדומה לאמרתה של המערערת בת/9, גם לאמור בדוח הפעולה (ת/6) אין משקל רב כראיה בלא הסם שנתפס... אשר לניסיונה של המשיבה להשען על דברים שאמרה המערערת בעדותה, כדבר מה נוסף להודאתה... הרי שנכח פסיקתו של בית המשפט העליון מן העת האחרונה (ע"פ 6296/13 אדרים 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 ראיית הסם... אני קובע כי המערערת זכאית.**"



41. בנסיבות המקרה שלפניי, הגעתי למסקנה כי יש לתת להודאת הנאשם בבית המשפט משקל ראייתי מלא ולקבוע על פיה ממצאים.

הנאשם **הודה** בעדותו בבית המשפט בכל עובדות כתב האישום.

מדובר בהודאה שנמסרה **באופן עקבי**, הן בעדותו מיום 27.9.16 והן בעדותו מיום 31.1.17.

בשני המועדים האמורים, מסר הנאשם גרסה ברורה, מפורטת ועקבית, ממנה עולה באופן חד משמעי כי בתאריך 7.5.14 בשעת לילה, החזיק, לשם צריכתו העצמית, בסם מסוכן מסוג חשיש, במשקל לא ידוע, בתוך סיגריה מאולתרת. בנוסף, מסר כי עושה הוא שימוש לעיתים בסמים מסוכנים וכי שאף מן הג'וינט שתי שאיפות בערב האירוע.

ביחס לעובדות כתב האישום אין סתירות, הנאשם הודה בהן אחת לאחת, בשני המועדים הנ"ל.

הנאשם מסר עדותו בבית המשפט **בחלוף למעלה משנתיים וחצי** ממועד האירוע, ממועד החיפוש וממועד מסירת הודעתו במשטרה.

לאורך המשפט, לרבות בעת מסירת העדות בבית המשפט, זכה הנאשם **לייצוג משפטי הולם**.

בשני מועדי העדות, טרם העדתו, **הוסברו לנאשם זכויותיו, לרבות זכות השתיקה והשלכותיה**, וכן חובתו לומר אמת ככל שיבחר להעיד.

הנאשם **בחר**, בחירה מודעת, להעיד ולא לעשות שימוש בזכות השתיקה, ובעדותו בחר להודות במיוחס לו בכתב האישום.

בנסיבות אלו, הודאת הנאשם בבית המשפט, בכל עובדות כתב האישום, **עומדת בפני עצמה**, אינה תלויה בסם שנתפס ואינה מבוססת על ראייה חפצית זו.

אופיה העצמאי לחלוטין של ההודאה בבית המשפט, ניבט מתוכנה ומנסיבות העדת הנאשם, ושולל אפשרות כי מדובר בהודאת שווא. די בהצעה לתוכן העדות, במסגרתה הנאשם מודה בעובדות כתב האישום, אך בחר להציג גרסה חדשה לחלוטין, שאין לה זכר באמרות החוץ שמסר, ושמטרתה לחזק את קו ההגנה לפיו עסקין בחיפוש לא חוקי, כדי להבין שהנאשם מסר עדותו מרצונו הטוב והחופשי, ללא כל לחץ פנימי או חיצוני, עדות שתוכנה נבחר על ידו, ואין קשר סיבתי בין התוכן לבין תפיסת הסם.



הפרת זכות ההיוועצות והחיפוש הבלתי חוקי שנערך על גופו של הנאשם, מביאים לפסילת הראיות הקשורות בפעולות חקירה אלו. ואולם, הנאשם, בעדותו בבית המשפט, שניתנה לאחר קבלת ייעוץ משפטי ועמידה על זכויותיו, מסר גרסה במסגרתה הודה, הודאה מפורטת וברורה, בכל המיוחס לו בכתב האישום. הודאתו הנה ראייה נפרדת, נמסרה לאחר תקופה ממושכת, ואינה קשורה לראיות שנפסלו בהליך זה. לנאשם היתה הזדמנות להמנע מהפללה עצמית, אך הנאשם בחר להעיד, ובמסגרת עדותו בחר להודות בכל עובדות כתב האישום. בחירות אלו, הן לוותר על זכות השתיקה ולהעיד והן להודות בעובדות כתב האישום, הינן בחירות שנעשו ע"י הנאשם, בהיותו מיוצג ע"י סגור, בחלוף זמן רב ממועד החיפוש ותפיסת הסם. משכך, לא ניתן עוד לתלות את הודאת הנאשם באותו סם שנתפס ביום 7.5.14. הודאת הנאשם בבית המשפט הנה בעלת קיום עצמאי וכך יש לראותה.

אינני מוציאה מכלל אפשרות כי אלמלא נערך חיפוש בלתי חוקי ונתפס סם, חקירה לא היתה נפתחת, אישום לא היה מוגש ומשפט לא היה מתנהל. יחד עם זאת, בחלוף שנתיים וחצי ממועד התפיסה, עת בוחר הנאשם לוותר על זכות השתיקה המוסברת לו ע"י בית המשפט, ומוסר הודאה ברורה, זאת כשהוא זוכה לייעוץ משפטי הולם, לא ניתן עוד לקשור בין אי חוקיות החיפוש לבין אמרתו בבית המשפט. בשלב זה, חל נתק בקשר הסיבתי בין אי החוקיות שבהשגת הסם לבין הודאת הנאשם בביהמ"ש ואין מניעה לבסס על הודאת הנאשם בבית המשפט את תוצאות ההליך.

על בסיס הודאתו בבית המשפט, יש להרשיע את הנאשם בעבירה המיוחסת לו בכתב האישום.

42. לא מצאתי מקום לקבלת הטענה בדבר זוטי דברים, לאחר שמיעת טיעוני הצדדים בהקשר זה. מערך השיקולים הדרוש לעניין, רחב מזה העומד לרשות בית המשפט בשלב דיוני זה, והכרעה מעין זו, בתיק זה, עשויה להשליך על תיקים דומים, הבאים חדשות לבקרים לפתחו של בית המשפט. בכתב האישום נרשם כי כמות הסם אינה ידועה, אולם התובע הצהיר שמדובר בכמות של גרם לערך וטענתו לא נסתרה ע"י ההגנה. עדות הנאשם לפיה אין מדובר בשימוש חד פעמי בסמים מסוכנים, שכן לעיתים הוא משתמש במריחואנה, מצדיקה אף היא את דחיית הטענה בדבר זוטי דברים.

סוף דבר, הנני מרשיעה את הנאשם בעבירה המיוחסת לו בכתב האישום, שעניינה החזקת סם מסוכן לצריכה עצמית, בהתאם לסעיף 7(א) + 7(ג) סיפא לפקודת הסמים המסוכנים (נוסח חדש), התשל"ג - 1973.

המזכירות תשלח לב"כ הצדדים.

הנימוקים ניתנו היום, ו' סיוון תשע"ז, 31 מאי 2017, בהעדר הצדדים.