



ת"פ 24518/06/19 - ארז שמואלי נגד מדינת ישראל

בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"פ 24518-06-19 מדינת ישראל נ' שמואלי

לפני כבוד השופט מרדכי לוי

המבקש ארז שמואלי

ע"י באי-כוחו עו"ד איתן פינקלשטיין ועו"ד אינגה אייזנברג

נגד

המשיבה מדינת ישראל

ע"י עו"ד עמית לוי, מחלקת סייבר בפרקליטות המדינה

החלטה

כללי

1. לפני בקשה לפסילת ראיות (להלן: "הבקשה לפסילת ראיות" או בקיצור "הבקשה"), שלטענת ההגנה הושגו במהלך חיפוש בלתי חוקי שנערך בביתו של הנאשם, בניגוד לסעיף 26 לפקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש) [נוסח חדש], התשכ"ט-1969 (להלן: "פסד"פ") ובניגוד לנהלי משטרת ישראל.

2. כתב האישום מייחס לנאשם-המבקש (להלן: "הנאשם" או "המבקש") שני אישומים: במסגרת האישום הראשון - עבירה של שימוש בערמה, מרמה ותחבולה בכוונה להתחמק ממס; ובמסגרת האישום השני - עבירה של הלבנת הון.

3. הבקשה הוגשה בעקבות דיון ההוכחות האחרון, שהתקיים באמצע פרשת התביעה, ביום 15.3.22, ושבמהלכו העיד, בין היתר, עד התביעה רס"מ משה הלל, בלש מיחידת להב 433 במשטרת ישראל (להלן: "העד"), שהיה בין השוטרים שערכו את החיפוש בביתו של הנאשם ושבגין אותו חיפוש ערך באותו יום (ה-12.3.2019), דו"ח פעולה/זכ"ד/תפיסה וסימון (ת/112).

בדו"ח ת/112 צוין על ידי העד, בין היתר, כי החיפוש נערך בשעה 04.00 לערך, בביתו של הנאשם בגבעתיים, ביחד עם מספר שוטרים נוספים וביניהם גם רס"ב קובי נטף [אשר הוא עד תביעה מספר 7 ברשימת עדי התביעה בכתב האישום



ואשר טרם העיד], וזאת בנוכחות הנאשם ואשתו, במסגרת הפרשייה "דב ירוק - 420", כשהכוונה היא לחקירה המשטרתית בפרשת ארגון טלגראס, "ולאחר קבלת תדריך מרמ"פ הבילוש - סנ"צ מוטי אוחיון. נערכתי לבצע צו חיפוש מספר... וצו מעצר מספר... מבית משפט השלום בראשון לציון, בחשד לניהול ארגון פשיעה, איסור הלבנת הון, סחר בסמים, קשירת קשר לפשע ועוד".

עיקרי הבקשה

4. להלן עיקרי הבקשה לפסילת ראיות, שהוגשה על ידי באי כוח הנאשם:

"בהתאם להחלטת בית המשפט הנכבד מתכבד המבקש להגיש את בקשתו לפסילת ראיות וזאת לאור כשלים חמורים שנתגלו במהלך חקירות נגדיות, והכל כמפורט להלן...

בתחילתה של בקשה זו יפורטו חמשת אבות הפסול שבוצעו במהלך החיפוש, ולאחר מכן תובא הפסיקה על פיה משמעותם של כשלים אלו, בוודאי בהצטברותם יחד, הינה פסילת החיפוש ותוצריו.

אב הפסול הראשון: אי המתנה לעד החיפוש כפי שביקש המבקש

1. ביום 15.3.22 התקיים דיון בו העיד מר משה הילל... במסגרת חקירה נגדית, שבוצעה ע"י המבקש הושמעה הקלטה שלא תומללה בפרוטוקול. הרקע לשיחה היה שבזמן שהעד הגיע למבקש הביתה בשעה 4:00 לפנות בוקר ודפק בחוזקה על הדלת. המבקש הינו בן אדם נורמטיבי וללא רקע או עבר פלילי, הוא התקשה להאמין ששוטרים ידפקו אצלו בדלת בארבע בבוקר ולכן ביקש לראות תעודה מזהה וגם לוודא טלפונית שאכן מדובר במשטרת ישראל ולא במתחזים. 2. לאורך כל התהליך המבקש ואשתו היו ליד הדלת והסבירו לעד שהם רק מתקשרים למשטרה לוודא שהם אינם מתחזים ואף ציינו שיש תינוק בבית בזמן שהעד פורץ את הדלת בפראות. 3. ... נתגלה במהלך הדיון, כי העד ביצע את החיפוש ללא שני עדים בניגוד לקבוע בחוק תוך שהוא מפר נהלים של משטרת ישראל ואף מצהיר שבכלל לא הכיר אותם על אף שביצע מאות חיפושים במהלך 12 שנות שירות מה שמצביע על כשל מערכתי חמור ביותר. 4. עוד העד התעקש שמתן 5 עד 10 דקות להגעת עדים לחיפוש הוא זמן סביר, כל זאת ועוד בזמן שהחיפוש נעשה סביבות 4 בבוקר... 8. בכל מקרה, פשיטא ש-5 עד 10 דקות אינו זמן סביר להמתנה לעדים. אביו של המבקש התחייב להגיע תוך 'שעה/שעה ורבע' (על-פי אביו של המבקש) או תוך 'שעה וחצי בערך' (על פי פרוטוקול החיפוש של העד) או תוך 'שעה, שעה וחצי בערך' (על פי עדותו של העד בבית המשפט)...

אב הפסול השני - הטעיית המבקש ועדי חיפוש בכך כי ההמתנה הסבירה היא לכל היותר 10 דקות ובכך נמנע מהמבקש הבאת עד אחר, כמו אחיו שגר במרחק 20 דקות

10. כפי שעולה במפורש מפרוטוקול החיפוש שכתב העד, שהוגש לבית המשפט כ-112/ת, הדרישה של העד כי יביא כעד אלטרנטיבי אך ורק עד שיכול להגיע תוך 5 עד 10 דקות בלבד, שמנעה מהמבקש לקרוא לאחיו שגר במרחק של כ-20 דקות נסיעה, והכל בשעה 4.00 לפנות בוקר - הינה בלתי סבירה בעליל, גם ללא שהובאה לכך ראייה בכתובים. 11. בנוסף, ככל שתתקבל הבקשה לפי סעיף 108, להבנת הח"מ ההנחיה אף מנוגדת להנחיות שמחולקות לשוטרים בבית הספר לשוטרים... ועל מנת להוכיח זאת התבקש בית המשפט הנכבד במסגרת הבקשה לפי סעיף 108 להורות לתביעה להציג בפני בית המשפט וההגנה את חוברת ההדרכה... 13. בשל האמור, הרי שהעד פעל בניגוד מוחלט לצו של בית המשפט שהורה בפירוש על ביצוע חיפוש בנוכחות שני עדים.



אב הפסול השלישי - אי תיעוד בפרוטוקול החיפוש את הסיבה לאי המתנה לעד

14. באותו האופן בו העד לא הכיר ולא פעל על פי חוקי מדינת ישראל ועל פי נהלי משטרת ישראל בכל הקשור להמתנה לעדים, כאמור בסעיף 26 לפקודת סדר הדין הפלילי... כך גם הפר את חובתו לפרט בפרוטוקול שכתב את הנימוקים לאי המתנה לעד ודחיפות החיפוש...

15. נזכיר כי סעיף 26 לפסד"פ קובע מפורשות:

16. ... נסיבות העניין לא פורטו בפרוטוקול. למעשה, גם באמת לא ברור מה היו נסיבות הדחיפות, משעה שהשוטרים היו בדירה ולא היה יכול להיגרם כל נזק לחיפוש אם היו ממתינים לאביו של העד...

אב הפסול הרביעי: אי תיעוד בפרוטוקול החיפוש את הסיבה לביצוע החיפוש בשעות הלילה

20. ...העד ... גם הפר את חובתו לפרט בפרוטוקול שכתב את הנימוקים לשעת החיפוש (נוהל שהגיע לידי ההגנה בטרם הדיון, הוצג לעד והוגש לבית המשפט הנכבד וסומן נ/13). יודגש כי העד הצהיר שאינו מכיר את הנוהל...

22. סעיף 3ה(7) לנוהל שהוגש וסומן נ/13 קובע מפורשות: 'בדרך כלל יש לבצע את צו החיפוש בין השעות 7.00-23.00. בוצע הצו בשעות אחרות, יפורטו הנימוקים לכך בפרוטוקול החיפוש'. יודגש כי מדובר בחובה אישית של מי שהיה אחראי מטעם משטרת [כך במקור] על החיפוש וכתב את פרוטוקול החיפוש, חובה שהעד הפר, בטענה כי הוא לא מכיר כלל בחובה זו...

אב הפסול החמישי: אי תיעוד בפרוטוקול החיפוש את הסיבה לביצוע החיפוש בנוכחות ילדים

26. ... העד ... גם הפר את חובתו לפרט בפרוטוקול שכתב את הנימוקים לכך שבניגוד לנוהל החיפוש נעשה בנוכחות ילדים. ...

28. סעיף 3ה(8) לנוהל שהוגש וסומן נ/13 קובע מפורשות: 'ככלל, יבוצע צו החיפוש שלא בנוכחות ילדי המחזיק שלגבי ניתן צו. בוצע צו החיפוש בנוכחות הילדים, יפורטו הנימוקים לכך בפרוטוקול החיפוש'. יודגש כי גם במקרה זה, מדובר בחובה אישית של מי שהיה אחראי מטעם משטרת [כך במקור] על החיפוש וכתב את פרוטוקול החיפוש, חובה שהעד הפר, בטענה כי הוא לא מכיר כלל בחובה זו.

...

31. מדובר איפוא במקרה קיצוני, בו השוטר הפר חוקים ונהלים על ימין ועל שמאל, ולא רק שהוא עושה כן אלא הוא ממשיך לזלזל בחוקים ובנהלים גם במהלך עדותו בבית המשפט, תוך ש[ב]מקום להודות שהוא הפר את הנוהל כי לא טרח ללמוד אותו, למרות שהוא מבצע מאות חיפושים, ומנסה להעמיד פנים כאילו הוא כן עמד בדרישות הנוהל בכך שרשם את שמה של הפרשיה בתחילת העמוד...

32. חמשת אבות הפסול שפורטו לעיל, מצטרפים להתנהגות הברוטאלית והאלימה, במסגרתה למרות [ש]השוטרים שמעו שהמבקש ואשתו עומדים בסמיכות לדלת ומתקשרים מבוהלים למשטרת ישראל על מנת לוודא שמדובר בשוטרים ולא במתחזים, ולמרות שהם שמעו שיש ילד בבית והמבקש ואשתו מתחננים שלא ישברו את הדלת אלא ימתינו לסוף



השיחה עם מוקד המשטרה על מנת לוודא שמדובר בשוטרים, הם שוברים באלימות את הדלת, ולאחר מכן ממשיכים בחמשת אבות הפסול שפורטו... הזאת המשטרה שאנו רוצים שתהיה במדינת חוק?!"

פסילת ראיות שהושגו בחיפוש פסול - המסגרת הנורמטיבית

33. על פי הלכת ... יששכרוב... עוצבה דוקטרינת הפסילה הפסיקתית, ועל פי הלכת ... בן חיים... הורחבה דוקטרינה זו עד מאוד בכל הנוגע לחובת המשטרה להקפיד על חוקיות חיפוש והגדר כי תוצאות חיפוש לא חוקי הינו אי קבילות תוצריו...

39. חובת נוכחות שני עדים שאינם שוטרים כאמור, נועדה להבטיח קיומו של הליך תקין על ידי קיום פיקוח ובקרה על מהלך החיפוש באמצעות אנשים ניטרליים, נעדרי אינטרס אישי, מלבד טובת הציבור ושמירה על זכויות האזרח. בתי המשפט קבעו כי אין מדובר בחובה טכנית-צורתית, אלא בחובה מהותית שאי קיומה הופך את הליך החיפוש 'לבלתי חוקי מעיקרו'...

41. חובה זו מקבלת משנה תוקף על רקע חקיקתו של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, וכדברי כב' השופט מצא בבש"פ 3377/97 ג'ובראן נ' מדינת ישראל (6.6.1997): 'אין צריך לומר שהקפדה על ביצוע נאות של צו החיפוש הוא מידה המתחייבת מזכויות היסוד של האדם: סעיף 7(ב)-(ג) לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו'...

מן הכלל אל הפרט

43. כאמור, בהלכת יששכרוב קבע בית המשפט העליון, כי בתי המשפט מוסמכים לפסול ראיות שהושגו בניגוד לחוק. על בית המשפט להתחשב בשיקולים הנוגעים לאופייה של אי החוקיות שהייתה כרוכה בהשגת הראייה ולמידת חומרתה.

44. יצוין כי בהתאם לגישה הרווחת בפסיקה, במקרה של חיפוש פסול אין ליתן משקל לשאלת חומרת העבירה, וכך בדוגמאות שהובאו לעיל, גם כאשר נתפסו בעקבות חיפוש פסול קילוגרמים רבים של סמים, על אף חומרת העבירה, החיפוש ותוצריו נפסלו. במקרה דנן, לא מדובר בעבירה של סחר בסמים חלילה, אלא לכל היותר בעבירות פיסקאליות, כאשר למעשה מדובר בקונסטרקציה מוטעית של התביעה...

45. התנהלות העד והפרותיו את החוק ואת נהלי המשטרה, במישורים רבים ושונים, מלמדת כי מדובר בכשל מערכתי נרחב ביותר המלמד על החומרה של אי החוקיות בביצוע החיפוש ומהווים שיקול מהותי נוסף לפסילת הראיות שכן על מפקדיו של העד מוטלת החובה לוודא כי העד מכיר את החוק ואת נהלי המשטרה...

48. פסילת הראיות בשלב זה תמנע את הצורך בהמשך שמיעת ההוכחות המיותרות ממילא (שהינם מיותרות גם מסיבות נוספות, שביית המשפט מודע היטב להן) ועל כן הכרעה בנושא זה בשלב הנוכחי עולה בקנה אחד עם האינטרס הציבורי, לרבות חסכון זמן שיפוטי נרחב.

49. לא בכדי 3 שופטי מחוזי בפרשת טלגראס מנהלים משפט זוטא בנוגע לחוקיות הצווים (שככל שיתגלו כלא חוקיים הרי שגם זו תהיה עילה לפסילת כל הראיות בתיק הנוכחי) למעלה משנה וחצי מבלי להתקדם בתיק ומבלי לחכות לשלב הסיכומים. פסילת הראיות בשלב זה אף מתבקשת לאור כל מחדלי החקירה שהתגלו בהליך כמו גם החיזוקים המהותיים לטיעונים המזכים אותם זעק הנאשם במהלך חקירותיו ומעוגנים בחומר הראיות...



לאור כל האמור, בית המשפט הנכבד מתבקש לפסול את הראיות שהושגו על ידי המאשימה בניגוד לחוק..."

(כל ההדגשות אשר בבקשה - הן במקור)

עיקרי תגובת המאשימה

5. להלן עיקרי תגובת המאשימה בכתב לבקשה:

1. "בפתח הדברים יוער, מבלי לדון לגופן של הטענות המובאות בבקשת הנאשם, כי מקומן של טענותיו בדבר פסלות הראיות, הינו בשלב הסיכומים בהליך הפלילי..."
2. בהקשר זה מפנה המאשימה את בית המשפט הנכבד לצבר פסקי דין אליו הפנה הנאשם בבקשתו (סעיף 37) בהם לא נתנה ולו החלטה אחת בשלב הזמני אלא אך ורק החלטות בשלב הכרעת הדין.
3. לגופם של דברים, ... טענתו המרכזית של הנאשם הינה שהחיפוש בוצע שלא כדין בשל העובדה שהחיפוש בוצע שלא בנוכחות שני עדים ...
4. ... בתשובת הנאשם לכתב אישום, לא חלק הנאשם על הקשר בין החפצים שנמצאו בחיפוש אליו...
- כאן המקום לעמוד על כך שבהתאם לפסיקת בית המשפט העליון הרי שישנם מקרים בהם ניתן לאשר את החיפוש אף אם בוצע שלא בנוכחות שני עדים נוכח דחיפותו. ראה לעניין זה החלטת כבוד השופט דוד מינץ בפסק הדין בש"פ 1495/20 ...
- 'אך למעלה מכך, גם אם הייתה מתקבלת טענת העוררים כי לא ניתנה הסכמת מי מהם לחיפוש, הרי שנוכח סמיכות הזמנים שבין המועד שבו התקבל המידע על בסיסו נוצר החשד, לבין מועד עריכת החיפוש, שאלת ההסכמה לעריכת החיפוש אינה רלוונטית (עניין בן חיים, פסקה 37). כמו כן, על פני הדברים, נסיבות של חשד מהסוג שהתעורר בעת מעצרו של אבו עסא, מגלות לכאורה גם דחיפות המחריגה את הצורך בביצוע חיפוש בליווי שני עדים שאינם שוטרים' [ההדגשה אינה במקור].
- עוד יצוין כי נסיבות החיפוש הינן ייחודיות לאור ביצועו במסגרת פרשיית 'טלגראס'. כפי שידוע לבית המשפט, הנאשם נעצר במסגרת פרשייה זו. במועד החיפוש דן התבצעו כ-40 פעולות חיפוש ברחבי הארץ (ובאוקראינה, לצורך מעצרו של ראש ארגון 'טלגראס') במקביל ובסנכרון, כפי שגם ציין העד משה הלל בעדותו בבית המשפט...
- הסיבה לזמן ביצוע החיפוש, ולחשיבות רכיב ההפתעה, טמון בצורך הראייתי של המידע מאפליקציית טלגרם, שמאפשרת מחיקה מרחוק של כמות מידע רב, מידע שהיה קריטי להמשך חקירת המשטרה. נסיבות אלה, חשיבות אלמנט ההפתעה והימנעות משיבוש הליכי חקירה על ידי מחיקת המידע מאפליקציית הטלגרם, נמצאות בבסיס פעולת החיפוש בעניינו של הנאשם.
5. במקביל לאופן ביצוע החיפוש טוען הנאשם כנגד העדר תיעוד רשמי בפרוטוקול החיפוש (ת/112).

הטענה בדבר אי תיעוד הסיבה לאי ההמתנה לעד הנוסף - ... בניגוד לטענת ההגנה, כן פורטה הסיבה לאי המתנת העד. דוח הפעולה שסומן ת/112 מפרט כי כוח החיפוש לא המתין לעד נוסף לאור הצעת הנאשם כי אביו יגיע וייתורו על עדים



נוספים, בנוסף לאשתו.

אי תיעוד בפרוטוקול החיפוש את הסיבה לביצוע החיפוש בשעת לילה מאוחרת ובנוכחות קטין - הנאשם בשתי טענות נפרדות אלו מפנה לחיוב המנוי בנוהל אח"מ נ/13. החיוב בקיום החיפוש בתנאים המפורטים אינו מוחלט. זאת ניתן להבין מלשון סעיפים ההוראות אליהם מפנה הנאשם, 'בדרך כלל' ו'ככלל'. על כן, נסיבות החיפוש שפורטו לעיל מהווים את החרג מכלל לפי נוהל זה. באשר לתיעוד בפרוטוקול, מדובר בפגם רישומי. משכך, ולאור קיומה העצמאי והנפרד של הראיה החפצית, אין בפגם רישומי זה בכדי לפסול את הראיות שמקורן בחיפוש...

6. נוכח האמור מתבקש בית המשפט הנכבד להורות על דחיית הבקשה ולמצער להורות כי הטיעונים ביחס אליה יטענו בשלב הסיכומים".

(ההדגשות הן במקור, מלבד אם צוין אחרת)

תגובות נוספות של ב"כ הצדדים

6. בתגובת ב"כ הנאשם לתגובת המאשימה, מיום 8.5.22, חזרו ב"כ הנאשם על טענותיהם, הדגישו כי במקרה דנא מדובר לטענתם בחיפוש בלתי חוקי ובפגמים היורדים לשורש העניין והפנו, בין היתר, שוב לדעת המיעוט של כבוד השופט י' דנציגר ב-דנ"פ 5852/10 מדינת ישראל נ' שמש (9.1.2012) (להלן: "דנ"פ שמש") וכן הפנו גם לדעת המיעוט של כבוד השופט י' אלרון ב-דנ"פ 1062/21 אורין נ' מדינת ישראל (11.1.2022) (להלן: "דנ"פ אורין") ואף להחלטה של בית משפט השלום בפתח תקווה מיום 2.2.2020 ב-ת"פ 55609-10-18 מדינת ישראל נ' קריבוב, שצורפה כנספח ב' לתגובה (החלטה אשר ניתנה בתום פרשת התביעה ואשר בוטלה בעקבות ערעור המדינה שהתקבל, כפי שיצוין להלן).

כמו כן, הפנו ב"כ הנאשם למאמר שכתב ד"ר אלקנה לייסט "על כללי התנהגות, כללי שיפוט, ועל קיום משפטי זוטא לבחינת קבילות ראיות חפציות - קריאה חדשה בדנ"פ 5852/10 מדינת ישראל נ' שמש", שפורסם בספר יורם דנציגר (לימור זר-גוטמן, עידו באום, עורכים, 2019), בעמ' 461 (להלן: "המאמר של ד"ר לייסט") ושצורף כנספח א' לתגובה.

בתגובה נטען ואף הודגש על ידי ב"כ הנאשם כי, כביכול, "כלל הפסיקה שהובאה על ידי הח"מ במסגרת הבקשה ... קובעת כי כאשר יש פסול בהליך החיפוש, גם אם אין מחלוקת שבסופו של דבר הסמים שבפרשיות ההן, לא הושתלו על ידי המשטרה, הרי שלא ניתן לעשות שימוש בראיות שהושגו על ידי חיפוש פסול ...".

כמו כן צוין בתגובה כי לבקשה "צורפו פסיקות רבות" אשר, לפי הנטען, הן כביכול "מלמדות שניתן ואף ברירת המחדל הינה לפסול ראיות ככל שחיפוש בוצע ללא שני עדים".

עוד ביקשו ב"כ הנאשם להסתמך על הדברים שכתבה כבוד הנשיאה ד' ביניש, בדעת הרוב ב-דנ"פ שמש, כי "אין חולק כי מבחינת סדר הבאת הראיות במשפט ניתן בהחלט לדון בשאלת קבילותה של ראיה זו או אחרת מיד עם פתיחת המשפט" (בפסקה 30, שם)

על כן, שבו ב"כ הנאשם וביקשו כי "על מנת לחסוך זמן שיפוטי בהמשך הליך מיותר זה, שממילא בסופו יזוכה הנאשם... להורות על פסילת הראיות שהושגו בחיפוש בלתי חוקי זה, כבר בשלב הנוכחי, מבלי להמתין לשלב הסיכומים", וזאת, כביכול, "בהתאם לקביעתה של כב' הנשיאה ביניש בדנ"פ שמש".



7. בתגובת ב"כ המאשימה לתגובת ב"כ הנאשם, מיום 9.5.22, צוין בין היתר כי "... עיון בתגובת ההגנה מעלה שחרף הגשת תגובה ארוכה ומפורטת... לא נמצאה ולו החלטה אחת הדנה בבקשה לפסילת ראיות עוד במהלך פרשת התביעה". על כן ביקש ב"כ המאשימה להורות על דחיית הבקשה לפסילת ראיות ולמצער להורות כי הטענות ביחס אליה ייטענו בשלב הסיכומים.

עיקרי טענות הצדדים במהלך הדיון בבקשה

8. ביום 10.5.22 נערך דיון בבקשה, שבו הפנו באי כוח הצדדים בעיקר לדברים שכתבו בבקשה ובתגובותיהם וכן לפסיקה שאוזכרה שם.

9. ב"כ הנאשם הוסיף וביקש להסתמך, בין היתר, על דעתו של כבוד השופט ס' ג'ובראן ב-ע"פ 6144/10 גטצאו נ' מדינת ישראל, בפסקה 12 (10.4.2013) (להלן: "עניין גטצאו"), שלפיה "... ישנה לגיטימיות רבה בבחינת קבילות ראיות טרם הכרעת הדין".

לדעת ב"כ הנאשם, "העובדה שבתיק טלגרס התביעה נתנה הסכמתה לערוך דיון [משפט זוטא] ביחס לאותן ראיות ממש מזוית אחרת, עצם אי-הסכמתה [כאן] מהווה אפליה, וטיעון חברי שהעלינו את זה כעת ולא בתחילת המשפט, הסברתי מדוע העלינו את זה כעת, לא רצינו שהעד יהיה מוכן מראש, שעדותו תהיה אוטנטית... כבודו צריך להכריע האם חיסכון זמן שיפוטי ייעשה בדרך הכרעה בסוגיה קונקרטית זו, או בסוף המשפט עם עוד סוגיות לאחר שנערוך הליכים שבעיני מיותרים".

10. מנגד, ב"כ המאשימה הפנה, בין השאר, אל הדברים שכתב כבוד השופט י' עמית בעניין גטצאו, אשר יצוטטו להלן ואשר בהם התנגד לדעתו של כבוד השופט ג'ובראן באותו עניין, וכן הפנה אל חוות דעתו של כבוד השופט מ' פינקלשטיין, בפסקאות 6-7 בהכרעת הדין ב-תפ"ח (מרכז) 241389-09-17 מדינת ישראל נ' גלובקו (10.12.2020) (להלן: "עניין גלובקו"), שבה התייחס למחלוקת שכאמור התעוררה בין כבוד השופט עמית ובין כבוד השופט ג'ובראן בעניין גטצאו.

כמו כן, הדגיש ב"כ המאשימה כי בהמשך פרשת התביעה אמורים להעיד ע"ת 7 רס"ב קובי נטף וע"ת 15 רס"מ שי שטח, אשר אף הם השתתפו בחיפוש שנערך בביתו של הנאשם.

עוד ציין ב"כ המאשימה כי העד (רס"מ משה הלל) אינו זה שתפס את הטלפונים הניידים של הנאשם ואת הלבדג'ר, במהלך החיפוש שנערך בביתו של הנאשם.

דיון

11. למעשה, באי-כוח הנאשם מבקשים מבית המשפט, באופן חריג, להקדים ולהחליט כבר עתה, באמצע פרשת התביעה במשפט ההוכחות, בטרם נשמעו יתר עדי התביעה ובטרם התבררו מלוא העובדות הרלוונטיות, לפסול ראיות שהושגו במהלך החיפוש שנערך בביתו של הנאשם, בין היתר ובעיקר בנימוק כי מדובר, לשיטת ההגנה, בחיפוש בלתי חוקי, שנערך בניגוד להוראות פסד"פ ובניגוד לנהלי המשטרה, וזאת תוך הסתמכות על רע"פ 10141/09 בן חיים נ'



מדינת ישראל, פ"ד סה(3) 305 (2012) (להלן: "עניין בן חיים") ועל הלכת הפסלות היחסית של ראיות שהושגו שלא כדין שנקבעה ב-ע"פ 5121/98 טור' יששכרוב נ' התובע הצבאי הראשי, פ"ד סא(1) 461 (2006) ("הלכת יששכרוב" או "עניין יששכרוב"), וכן על פסיקה נוספת שחלקה של בתי משפט שלום ושל בתי משפט מחוזיים שכידוע אינה מחייבת מותב זה.

12. דין הבקשה לפסילת ראיות בשלב זה - להידחות. זאת, מהנימוקים שיפורטו להלן.

13. כפי שיובהר להלן, הפסיקה - לרבות זו שאליה הפנו ב"כ המבקש - אינה תומכת בכך שיש להכריע כבר בשלב זה, באמצע פרשת התביעה, בבקשה לפסילת ראיות, ואף לא בכך שיש לקיים משפט זוטא בעניין הבקשה לפסילת ראיות.

בצדק ציין ב"כ המאשימה, בתגובתו לבקשה ובמהלך הדיון, כי בכל הפסיקה שאליה הפנו ב"כ הנאשם "לא ניתנה ולו החלטה אחת" שבה הוחלט על פסילת ראיות בשלב של אמצע פרשת התביעה.

14. אמנם, החיפוש בביתו של הנאשם נערך לפנות בוקר, כשבבית הנאשם נמצא בנו התינוק, וזאת בניגוד לכאורה לאמור בנוהל אח"מ 300.01.066 של משטרת ישראל (נ/13). אולם, העד מסר בעדותו, בין היתר, כי מדובר היה בחיפוש שנערך על פי הוראת מפקדיו, במסגרת החקירה בפרשת ארגון הפשע טלגראס, ולפיכך היתה, לדעת העד ולדעת ב"כ המאשימה, הצדקה לבצע את החיפוש בדחיפות, בשעה שבה הוא בוצע.

15. כמו כן, אמנם לא צוינו בדוח החיפוש הנימוקים לדחיפות החיפוש ולכך שהחיפוש לא נערך בין השעות 0700-23.00 וכן הנימוקים לכך שהחיפוש נערך בנוכחות בנו התינוק של הנאשם, וזאת לכאורה בניגוד לאמור בסעיף 26(א) לפסד"פ ובניגוד לכללים שנקבעו בנוהל אח"מ הנ"ל של משטרת ישראל (נ/13).

מכאן שניתן לראות באי-פירוט הנימוקים דלעיל בגדר מחדל חקירה.

לנפקות של פגמים בחקירה ושל מחדלי חקירה, לעוצמתם ולהשלכותיהם האפשריות - אתייחס בהרחבה להלן, בסוף החלטה זו.

עם זאת, אקדים ואציין כבר כאן את הדברים שכתב כבוד השופט ד' מינץ בהחלטתו ב-בש"פ 1495/20 קגן נ' מדינת ישראל (15.3.2020) (להלן: "עניין קגן"), שאליה הפנה ב"כ המאשימה בתגובתו לבקשה, הנוגעים לטענה דומה בעניין אי-רישום טעמי הדחיפות במסגרת פרוטוקול חיפוש:

"הפגם שנותר על הפרק, הוא אי-פירוט טעמי דחיפות החיפוש במסגרת פרוטוקול החיפוש, כמצוות סעיף 26(א)(1) האמור. אלא שגם אם הופרה זכות מזכויות העוררים במסגרת פגם זה, אין די בכך כדי לקבל את הערר. כאמור לעיל על פי אמות המידה שנקבעו בהלכת יששכרוב, נבחנות על ידי בית המשפט, בין היתר, מהות ההפרה ועוצמת הפגיעה בזכויות הנאשם. בהקשר זה נדרש בית המשפט לבחון באיזו מידה אי-ההגינות שהייתה כרוכה בהשגת הראיה עשויה להשפיע על מהימנותה ועל ערכה הראייתי, והאם לראיה שהושגה שלא כדין ישנו קיום נפרד ועצמאי מאי-החוקיות או



אי-ההגינות שהייתה כרוכה בהשגתה. בענייננו, על פניו לתוצרי החיפוש יש ערך ראייתי עצמאי ואין לאי רישום הפרוטוקול השפעה על כוח ראייתי זה. ועוד, בהתחשב בכך שעל פני הדברים, אי רישום הפרוטוקול מהווה לכאורה פגם טכני (וראו: ע"פ 2570/17 קרחילי נ' מדינת ישראל (17.1.2018)), באיזון בין עוצמת הפגם לכאורה לבין השיקולים התומכים במעצם של העוררים בענייננו, אין מדובר בפגם אשר יש בו כדי לשמוט את הקרקע תחת התשתית הראייתית הלכאורית (וראו: בש"פ 1636/13 קאניאוונג נ' מדינת ישראל (24.3.2013)) (פסקה 15, שם).

16. למעשה, הטענה הנוספת והעיקרית של ב"כ הנאשם היא כי החיפוש בביתו של הנאשם לא נערך בפני שני עדים (שאינם שוטרים). זאת, בניגוד לכלל הקבוע בסעיף 26(א) רישא לפסד"פ.

הוראת סעיף 26(א) לפסד"פ קובעת כי:

חיפוש, בין על פי צו ובין שלא על פי צו, ייערך בפני שני עדים שאינם שוטרים, זולת אם -

(1) לא ניתן בנסיבות הענין ובגלל דחיפותו לערכו כאמור; נסיבות הענין וטעמי דחיפותו יפורטו בפרוטוקול שייערך;

(2) שופט הרשה לערכו שלא בפני עדים;

(3) תופש הבית או המקום שבו נערך החיפוש, או אחד מבני ביתו הנוכחים שם, ביקש לערכו שלא בפני עדים; הבקשה תפורש בפרוטוקול שייערך

(ההדגשות בקו הוספו ואינן במקור).

עינינו הרואות, כי לכלל הקבוע בסעיף 26(א) רישא לפסד"פ נקבעו במפורש, באותו סעיף, חריגים אחדים, כשהחריג הראשון הוא אם "לא ניתן בנסיבות הענין ובגלל דחיפותו לערכו כאמור".

בין היתר נטען על ידי ב"כ הנאשם, כי גם החריג האמור אינו חל במקרה דנא.

לעומת זאת, ב"כ המאשימה סבור, בהסתמך על דבריו של העד, כי החריג בדבר דחיפות הענין אכן חל בעניין החיפוש שנערך בביתו של הנאשם.

בפועל, "נסיבות הענין" ושאלת "דחיפותו" במקרה דנן טרם נפרשו במלואם בפני בית המשפט וטרם התבהרו די הצורך, באשר כאמור טרם הסתיים שלב הראיות במשפט ההוכחות ואף טרם הסתיימה פרשת התביעה וכן טרם הוגשו סיכומי הצדדים בתום הבאת הראיות.

להמחשת הדברים אוסיף כאן כי, כאמור, בחיפוש בביתו של הנאשם השתתפו מלבד העד (רס"מ משה הלל) גם שוטרים נוספים, אשר טרם העידו ואשר אמורים להעיד מטעם המאשימה בהמשך פרשת התביעה וביניהם ע"ת 15 רס"מ ש' שטח וכן ע"ת 7 רס"ב קובי נטף.

על כן, בשלב זה, בטרם הסתיימה פרשת התביעה - לא ניתן להכריע במחלוקת בין הצדדים בשאלה האם בחיפוש שנערך בביתו של הנאשם היתה בנסיבות הענין דחיפות שהצדיקה לחרוג מהכלל, כאמור בחריג אשר בסעיף 26(א)(1)



לפסד"פ, אם לאו.

17. כידוע, בפסק הדין בעניין בן חיים, שעליו כאמור הסתמכו ב"כ הנאשם, הבהירה כבוד הנשיאה (בדימ') ד' ביניש, בין היתר, כי:

34. בהתאם לדוקטרינת הפסילה הפסיקתית, כפי שעוצבה בעניין יששכרוב, מוקנה לבית המשפט שיקול דעת באשר לפסילת ראיות שהושגו שלא כדין. דוקטרינת הפסילה הפסיקתית היא דוקטרינת פסילה יחסית וגמישה, שנועדה למנוע פגיעה מהותית בזכות החוקתית של הנאשם להליך הוגן, שלא על-פי גדרה של פסקת ההגבלה, היה ותתקבל במשפטו ראייה שהושגה שלא כדין ... דוקטרינה זו מבטאת איזון בין הערכים המתנגשים בבואנו לבחון את שאלת פסילתן של ראיות שהושגו שלא כדין. איזון זה נעשה על ידי בית המשפט הדן בהליך הפלילי בהתאם לנסיבות 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 בעניין יששכרוב, בשלוש קבוצות של שיקולים רלוונטיים ... קבוצת השיקולים הראשונה נוגעת לאופיה ולחומרתה של אי-החוקיות שהייתה כרוכה בהשגת הראייה. בהקשר זה נבחנות על ידי בית המשפט, בין היתר, מהות ההפרה ועוצמת הפגיעה בזכויות הנחקר, וכמו כן נבחנת השאלה האם השימוש באמצעי החקירה הפסולים נעשה במכוון ובזדון או בתום-לב. קבוצת השיקולים השנייה נוגעת למידת ההשפעה של אמצעי החקירה הפסול על הראייה שהושגה. בהקשר זה נדרש בית המשפט לבחון באיזו מידה אי-ההגינות שהייתה כרוכה בהשגת הראייה עשויה להשפיע על מהימנותה ועל ערכה הראייתי, והאם לראייה שהושגה שלא כדין ישנו קיום נפרד ועצמאי מאי-החוקיות או אי-ההגינות שהייתה כרוכה בהשגתה. במסגרת קבוצת שיקולים זו עשויה להיות חשיבות רבה לאופיה של הראייה ששאלת קבילותה עומדת על הפרק. כך למשל, כאשר מדובר בראיות חפציות שהן בעלות קיום עצמאי ונפרד מאי-החוקיות שהייתה כרוכה בהשגתן, ובדרך כלל לא יהיה באי-החוקיות האמורה כדי לפגוע באמינותן. קבוצת השיקולים השלישית שאלה נדרש בית המשפט להתייחס בהתאם להלכה שנקבעה בעניין יששכרוב נוגעת להשפעת פסילת הראייה על מלאכת עשיית הצדק במובנה הרחב, וזאת על ידי השוואת המחיר החברתי הכרוך בפסילת הראייה לתועלת החברתית שבפסילתה. הפרמטרים העיקריים לפיהם נערכת השוואה זו הם חשיבות הראייה להוכחת האשמה, מהות העבירה המיוחסת לנאשם ומידת חומרתה. חשוב לציין עם זאת, כי שאלת ההתחשבות בפרמטרים אלה אינה נקייה מקשיים והיא לא הוכרעה בעניין יששכרוב.

הנה כי כן, בהתאם להלכה שנקבעה בעניין יששכרוב, בעצם השגתה של ראייה שלא כדין אין די כדי להביא באופן 'אוטומטי' לפסילתה. בית המשפט שבפניו מתעוררת שאלת קבילות הראייה 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 הראייה.

18. כמו כן, ראו לאחרונה דנ"פ אורין, שבו "...הובהר כי ככל שבתום החקירה יוחלט על הגשת כתב אישום, ההשלכות הראייתיות של החיפוש הבלתי-חוקי ייבחנו בהליך העיקרי בהתאם לאמות המידה שנקבעו בהלכת יששכרוב".

19. מבלי להביע בשלב זה כל עמדה ביחס לנסיבות העניין וביחס לשאלת דחיפותו של החיפוש שנערך במקרה דנן, בחינת הפסיקה מעלה כי לא בכל מקרה שבו בוצע חיפוש שלא בנוכחות שני עדים, נקבע שהחיפוש היה בלתי חוקי, וכן כי לא בכל מקרה שבו נקבע שהחיפוש היה בלתי חוקי, נפסלו הראיות שהושגו במהלך החיפוש הבלתי חוקי, במיוחד אם



מדובר היה בראיות חפציות.

ראו, למשל, דברי כבוד השופט (כתוארו אז) ג' נויטל בהכרעת הדין ב-תפ"ח 35192-06-12 מדינת ישראל נ' צרפתי (23.5.2013), שעמם הסכימו שני חברי ההרכב האחרים ושנכתבו לאחר פסק הדין בעניין בן חיים:

"ההגנה ביקשה לפסול את האקדח שנמצא בדירת הנאשם כראיה ... משום שלא נכחו עדים בזמן החיפוש שבו נמצא האקדח, בסמוך לאירוע, ומשום שהנאשם לא התלווה לחיפוש אלא ישב במטבח ... ואולם, דין הטענות להידחות ואין לפסול את האקדח כראיה... 37. גם אם נניח שנסיבות העניין לא הצדיקו את עריכת החיפוש שלא בנוכחות שני עדים (וכאמור לא זה מצב הדברים כאן כמוסבר לעיל), פגם נטען זה לא מוביל בהכרח לפסילת הראיה. ביהמ"ש העליון כבר קבע: '...בהתאם להלכה...בעניין יששכרוב בעצם השגתה של ראיה שלא כדין אין די כדי להביא באופן "אוטומטי" לפסילתה. בית המשפט שבפניו מתעוררת שאלת קבילות הראיה שהושגה שלא כדין נדרש להפעיל את שיקול דעתו בהתאם לנסיבות... לערוך איזון בין הערכים המתנגשים... ולבחון את עוצמת ואופי הפגיעה הצפויה בזכות להליך הוגן כתוצאה מקבלת הראיה' (רע"פ 10141/09 בן-חיים...) (ההדגשות הן במקור).

עוד ראו, למשל, הדברים שכתב כבוד השופט א' ביתן במסגרת הכרעת הדין ב-ת"פ (מח' ב"ש) 57329-11-10 מדינת ישראל נ' אבו רקייק (23.6.2013), שגם הם נכתבו לאחר פסק הדין בעניין בן חיים, כי:

"9. מבלי להקל ראש בדרישה לנוכחות שני עדים שאינם שוטרים בחיפוש, הרי שהיא שונה מהדרישה לקיום סמכות החיפוש המהותית. הדרישה לנוכחות עדים שאינם שוטרים בחיפוש, באה להבטיח את זכויותיו של האדם שהחיפוש נוגע אליו, בהקשר להתנהלות נאותה של השוטרים, לתקינות החיפוש ואמינותו וכיוב'. הדרישה לסמכות מהותית נוגעת לעצם הכח של נציגי השלטון לפעול. לכל חיפוש, ללא יוצא מהכלל, דרושה סמכות מהותית ולא לכל חיפוש דרושה נוכחות עדים שאינם שוטרים. הפגיעה הנגרמת לפרט ולאינטרס הציבורי מעריכת חיפוש ללא סמכות, גדולה לאין ערוך מזו הנגרמת מעריכת חיפוש בסמכות, ללא עדים... 10. בענייננו... נוכחות עדים שאינם שוטרים בחיפוש לא היתה משנה דבר מבחינת הנאשם ומצבו המשפטי. כך שמעבר לפגיעה בעצם הזכות של הנאשם שיהיו נוכחים בחיפוש עדים שאינם שוטרים, לא נגרמה לא כל פגיעה הנוגעת לעצם הגנתו... 12. בהתחשב בעובדה שהראיה שהושגה היא חפצית ועומדת בפני עצמה, ממילא אין באי החוקיות שהיתה כדי להשפיע על מהימנותה ועל ערכה הראייתית... 13. מסקנתי היא שהנזק שיגרם מפסילת הראיה איננו עומד בשום יחס לתועלת שבפסילתה. עם זאת, יש מקום לקחת נתון זה בחשבון לעניין העונש שייגזר על הנאשם".

כמו כן, ראו למשל דברי כבוד השופט ג' שלו בהכרעת הדין ב-ת"פ (מח' ב"ש) 37165-03-16 מדינת ישראל נ' קריחלי (8.1.2017):

"מכל האמור עולה כי נפל פגם באופן עריכת החיפוש בבית הנאשם, והשאלה היא מה נפקותו של הפגם, והאם, כטענת ההגנה הוא מוביל לפסלות הראיה שנתפסה במהלך החיפוש (כשמדובר כאמור רק בחומר שבמחלוקת), או לקביעה כי קם ספק בנוגע להחזקת הנאשם בחומר זה. בע"פ 5121/98 יששכרוב ... נדחתה תורת 'פירות העץ המורעל', ונקבעה דוקטרינת פסלות יחסית, לפיה בית המשפט יכריע לפי שיקול דעתו בשאלת קבילותה של ראיה שהושגה שלא כדין, בהתאם לנסיבות כל מקרה לגופו. כפי שנקבע, פסילת קבילותה של ראיה בשל דרך השגתה, מחייבת התקיימותם של שני תנאים מצטברים: האחד, כי הראיה הושגה שלא כדין; והשני, כי קבלת הראיה במשפט תפגע פגיעה ממשית בזכותו של הנאשם להליך הוגן, לתכלית שאינה ראויה ובמידה העולה על הנדרש. בהלכת יששכרוב קבע בית המשפט העליון, כי



לשם הכרעה בשאלה השניה, היינו האם קבלת הראיה שהושגה שלא כדין, תפגע פגיעה משמעותית בזכות הנאשם להליך הוגן, באופן המצדיק את פסילתה, על בית המשפט לבחון את נסיבות העניין, לפי מגוון שיקולים, אותם ניתן לחלק לשלוש קבוצות עיקריות (אם כי נקבע שאין מדובר ברשימה סגורה): 1. אופייה וחומרתה של אי החוקיות או ההתנהגות הפסולה של רשויות האכיפה, אשר הביאו להשגת הראיה... 2. מידת ההשפעה של האמצעי הפסול על הראיה שהושגה... 3. הנזק מול התועלת החברתיים הכרוכים בפסילת הראיה... יישום הקריטריונים האמורים בענייננו, מוביל למסקנה כי אין מקום לפסול את החומר שבמחלוקת שנתפס במהלך החיפוש, בשל הכשלים שנפלו באופן עריכת החיפוש" (ההדגשות הן במקור).

כן ראו, למשל, הדברים שכתבה כבוד השופטת מ' ברק-נבו ב-ת"פ (מח' מרכז) 33009-05-16 מדינת ישראל נ' ג'רבי (13.11.2017), שנאמרו במסגרת הכרעת הדין:

"20. ... סעיף 26 לפקודת סדר הדין הפלילי... קובע את הנוהל בעת עריכת חיפוש. סעיף 26(א) קובע שחיפוש, בין על פי צו שלא על פי צו, ייערך בפני שני עדים שאינם שוטרים, אך ס"ק (1) קובע שניתן לחרוג מעניין זה אם 'לא ניתן בנסיבות העניין ובגלל דחיפותו לערכו כאמור'. במקרה שלפנינו ... לדעתי, הסבר זה נכנס בגדר 'נסיבות העניין', שיכולות להצדיק ביצוע החיפוש ללא עדים שאינם שוטרים... נוכח דברים אלה, אני קובעת שהחיפוש בדירת האם נעשה באופן חוקי, ועל כן הפריטים שנמצאו שם קבילים כראיות" (ההדגשה היא במקור).

חשוב מכך, ראו והשוו אל הדברים שכתב כבוד השופט ד' מינץ בהחלטתו בעניין קגן, שאליהם בצדק הפנה ב"כ המאשימה בתגובתו:

"אך למעלה מכך, גם אם הייתה מתקבלת טענת העוררים כי לא ניתנה הסכמת מי מהם לחיפוש, הרי שנוכח סמיכות הזמנים שבין המועד שבו התקבל המידע על בסיסו נוצר החשד, לבין מועד עריכת החיפוש, שאלת ההסכמה לעריכת החיפוש אינה רלוונטית (עניין בן חיים, פסקה 37). כמו כן, על פני הדברים, נסיבות של חשד מהסוג שהתעורר בעת מעצרו של אבו עסא, מגלות לכאורה גם דחיפות המחריגה את הצורך בביצוע חיפוש בליווי שני עדים שאינם שוטרים" (בפסקה 14 שם).

20. עם זאת, ברי כי כל מקרה יידון לגופו, בנסיבותיו הוא, לאחר שתונח בפני בית המשפט, בסיום משפט ההוכחות, התמונה הראייתית המלאה ביחס לנסיבות המקרה הקונקרטי, ואין להקיש ממקרה אחד למשנהו.

21. בפועל, בין המאשימה להגנה יש מחלוקות עובדתיות ומשפטיות אחדות, בין היתר (אך לא רק) בעניין חוקיות החיפוש שנערך בביתו של הנאשם.

22. כזכור, בתחילת המשפט העלתה ההגנה טענות מקדמיות אחדות, ובית המשפט החליט לאמץ את עמדת ההגנה כי הטענות המקדמיות תידונה בשלב מאוחר לאחר ההתקדמות הראייתית. זאת, בשים לב למחלוקות העובדתיות והמשפטיות בין הצדדים, שלא ניתן להכריע בהן כל עוד לא נפרשה בפני בית המשפט מלוא התמונה הראייתית.



23. בדומה לכך, גם בעניין הבקשה לפסילת ראיות, לא ניתן להכריע בבקשה בשלב זה, כל עוד לא הסתיימה הבאת הראיות וכל עוד לא נשמעו הסיכומים של הצדדים בתום הבאת הראיות.

24. למעשה, אף בפסיקה שעליה הסתמכו ב"כ הנאשם, ובראשה פסק הדין בעניין בן חיים, כאשר הוחלט לפסול ראיה שהושגה בחיפוש שנקבע כי היה בלתי חוקי - ההחלטה לפסול את הראיה ניתנה רק בסוף המשפט, אם בהכרעת הדין של הערכאה הדיונית ואם בפסק הדין של ערכאת הערעור בערעור על הכרעת הדין, ובאף מקרה לא ניתנה החלטה על פסילת ראיות באמצע פרשת התביעה.

25. זאת ועוד, בפועל, על רוב פסקי הדין, שניתנו בעיקר בבתי משפט השלום, שבהם נקבע כי החיפוש היה בלתי חוקי, הוגש ערעור מצד המדינה, ולפחות בחלק גדול מהמקרים, שעל מקצתם ביקשו ב"כ הנאשם להסתמך, ערעור המדינה התקבל או טרם הוכרע.

כך, למשל, על פסק הדין של בית משפט השלום בירושלים ב-ת"פ 6321-08-19 מדינת ישראל נ' שמעון (7.6.2021), שאליו הפנו ב"כ הנאשם בפסקה 42 לבקשה לפסילת ראיות, הוגש ערעור על ידי המדינה וטרם ניתן פסק דין בערעור: ע"פ (מח' י-ם) 10297-09-21 מדינת ישראל נ' שמעון.

כמו כן, ב-רע"פ 3829/15 קסאי נ' מדינת ישראל (20.12.2018), שגם עליו ביקשו ב"כ הנאשם להסתמך בבקשה לפסילת ראיות (בפסקה 37), בנימוק כי כביכול "בית המשפט העליון הורה על פסילתן של ראיות שנתפסו בחיפוש בלתי חוקי" (שם) - נקבע כי "טענות המערער ביחס לאי חוקיות החיפוש נדחות, ומשכך נדחות גם טענותיו הנוגעות לפסילת הראיה שנמצאה בחיפוש..." ובעקבות כך נדחה ערעור המערער על הרשעתו בכל העבירות, לרבות בעבירה של החזקת נכס החשוד כגנוב, מלבד בעבירה של החזקת סכין למטרה לא כשרה, שרק ממנה זוכה באשר נקבע כי עוכב שלא כדין.

גם ב-ע"פ (מח' נצרת) 38/83 בן קיקי נ' מדינת ישראל, פ"מ תשמ"ד (2) 185 (1983), שאף עליו ביקשו ב"כ הנאשם להסתמך בבקשה לפסילת ראיות (בפסקה 38) - הגם שנמתחה על ידי בית המשפט ביקורת על עריכת חיפוש ללא עדים, בסופו של יום נקבע כי "במקרה שבפנינו, אי חוקיות החיפוש נובעת רק מחוסר הקפדה על צורה שקבע המחוקק לעריכתו, ואין כאן כל מעשה רצוני מכון ושרירותי של השוטרים כלפי המערער, ולא הוכחה ולא נטענה גם כל פגיעה שפגעו השוטרים בו או ברכושו. לפיכך אין זה המקרה שניתן לפסול בו את הראיה..." (בפסקה 4). עם זאת, פסק דין זה ניתן לפני ההלכה שנקבעה בעניין בן חיים.

26. בפסק הדין ב-ע"פ (מח' ת"א) 11347-03-15 מדינת ישראל נ' ביניאשוילי (25.5.2015), התקבל ערעור המדינה על פסק הדין של בית משפט השלום שבו הוחלט לזכות, בתום פרשת התביעה, נאשם מעבירה של החזקת סמים שלא לשימוש עצמי, לאחר שהתברר כי הסם התגלה בחיפוש בדירה שלא נערך בנוכחות שני עדים. בית המשפט המחוזי קבע בפסק הדין כי:

"צודקת המדינה באשר לכך שלא היה מקום לזכות את המשיבה בשלב זה של ההליך הפלילי... די לנו בכך שבית משפט



קמא לא ערך את השקלול מה משמעות הפגם שנפל בחיפוש והאם היעדרם של העדים לחיפוש מביא בהכרח לפסילת הראיה. הפגם, גם בהנחה שהוא משמעותי וחשוב, לא בהכרח מוליך למסקנה כי הראיה תיפסל. אין בהכרעת הדין התייחסות להיבטים המשפטיים של הפגם, האם הוא בהכרח מוליך לבטלות מלאה של הראיה ושמה הפגם במקרה זה בהתחשב במכלול הנסיבות אינו צריך להוליך למסקנה כי הראיה פסולה מכל וכל. היה על בית המשפט לשמוע את הראיות כולן ולהחליט, לאחר שתהיה בפניו התמונה במלואה, מה משקלו של אותו פגם שנפל באי עריכת החיפוש בפני שני עדים" (ההדגשות הוספו ואינן במקור).

מקל וחומר, הוא הדין כאשר הבקשה לפסילת ראיות מוגשת באמצע פרשת התביעה, כמו במקרה דנא, ולא בסיומה (כמו בעניין בינאשוילי הנ"ל).

27. גם ההחלטה הנוספת על פסילת ראיות שניתנה בתום פרשת התביעה, בבית משפט השלום בפתח תקווה, ב- ת"פ 55609-10-18 מדינת ישראל נ' קריבוב (2.2.2020), שאף עליה ביקשו ב"כ הנאשם להסתמך ושצורפה כנספח ב' לתגובתם מיום 8.5.22 לתגובת המאשימה - בוטלה ב-ע"פ (מח' מרכז) 64303-02-220 מדינת ישראל נ' קריבוב (9.6.2020), שבו התקבל ערעור המדינה והתיק הוחזר לבית משפט קמא. מאוחר יותר אף בוטלה גם הכרעת הדין המזכה שניתנה באותו עניין על ידי בית משפט השלום בפתח תקווה ביום 5.5.2021, לאחר ששוב התקבל ערעור נוסף של המדינה, והתיק הוחזר שוב לבית משפט השלום: ע"פ (מח' מרכז) 36632-06-21 מדינת ישראל נ' קריבוב (10.10.2021).

28. למעשה, ב"כ הנאשם מבקשים - אם לא תתקבל בקשתם לפסול באופן מיידי את הראיות שהושגו בחיפוש שנערך בביתו של הנאשם - לקיים בשלב זה, באמצע פרשת התביעה במשפט ההוכחות, משפט זוטא בעניין קבילות הראיות שהושגו במהלך החיפוש, כדי לקבוע שהראיות הן בלתי קבילות, לשיטת ההגנה, וזאת בהסתמך, בין היתר ובעיקר, על משפט הזוטא שנערך (עדיין) בבית המשפט המחוזי מרכז בלוד בפרשת טלגראס, בפני הרכב פשעים חמורים.

אלא שמעבר לכך שכידוע, החלטות של בית משפט מחוזי (ושל בתי משפט השלום) אינן מהוות הלכה פסוקה ואינן מחייבות, ברי כי כל מקרה יידון על פי נסיבותיו הוא.

כמו כן, כפי שציין ב"כ המאשימה במהלך הדיון בבקשה, ההחלטה של הרכב פ"ח בבית המשפט המחוזי מרכז לקיים משפט זוטא בפרשת טלגראס, ניתנה בהסכמתה של המאשימה וזאת בפתח משפט ההוכחות, ולא באמצע פרשת התביעה - בהבדל מאשר במקרה דנא.

על כן, אין ללמוד מאותה החלטה של בית המשפט המחוזי מרכז לעניינו, ואין לקבל את טענת ההגנה כי התביעה מפלה לרעה את הנאשם דנא לעומת הנאשמים בפרשת טלגראס.

29. בפועל, אין הלכה פסוקה ומחייבת של בית המשפט העליון בעניין הדרך שבה יש לבחון בקשה לפסילת ראיות מכוח הלכת יששכרוב - האמנם במשפט זוטא או שמה בתום המשפט.

ראו, למשל, בעניין זה האמור בפסקה 6 רישא לחוות דעתו של כבוד השופט מ' פינקלשטיין בעניין גלובקו, שאליהם הפנה ב"כ המאשימה במהלך הדיון בבקשה, כמצוין לעיל.



30. כפי שהבהיר ד"ר יניב ואקי, בספרו דיני ראיות (כרך א', 2020), בעמ' 296-300:

"פסק הדין בעניין יששכרוב אינו נדרש לאופן בחינת קבילותה של ראיה לפי דוקטרינת הפסילה הפסיקתית ולשאלה אם זו צריך שתיעשה במשפט זוטא או בדרך אחרת... בבית המשפט העליון נשמעו דעות מנוגדות בעניין זה (בדרך אגב)... גם בערכאות הדיוניות ניתן למצוא פרקטיקות שונות בנושא. כך, יש שופטים המקיימים משפט זוטא ואילו אחרים דנים בטענות הפסלות בשלבים מתקדמים של המשפט, לקראת הכרעת הדין... נראה כי... אם יש בנסיבות העניין צורך לשקול שיקולים, כאמור בהלכת יששכרוב - המחייבים את דחיית ההכרעה בשאלת הפסלות לסוף ההליך - אין מניעה מלעשות כן... כזכור, לצורך קבלתה של טענת פסלות, על בית המשפט להשתכנע כי התקיימו שני תנאים: האחד, שהראיה הושגה שלא כדין; השני, שקבלת הראיה במשפט תפגע בזכותו של הנאשם להליך הוגן... אם ייקבע שהראיה הושגה שלא כדין, על התביעה לשכנע - מעבר לכל ספק סביר - מדוע על בית המשפט לקבל את הראיה חרף הפגמים שנפלו בהשגתה."

ד"ר ואקי אף הטעים (ב-ה"ש 361, בעמ' 298, שם) כי: "חלק מהשיקולים שיש לשקול לצורך כלל הפסילה הפסיקתית ניתן לשקול - על פי רוב - רק בתום המשפט, לאחר שבית המשפט נחשף לתמונת הראיות המלאה. כך, למשל, גם תיבחן השאלה אם קבלת הראיה תפגע פגיעה מהותית בזכותו של החשוד להליך הוגן" (ההדגשה הוספה ואינה במקור).

31. גם במאמר של ד"ר לייסט, שאף עליו כאמור ביקשו ב"כ הנאשם להסתמך, צוין בין היתר כי "כיום נערך משפט זוטא ככלל אך ורק לגבי קבילות הודיות לפי מבחני סעיף 12 לפקודת הראיות" (בעמ' 480, שם), וכי "שאלת קיומו של משפט זוטא לקבילות ראיה חפצית לא הגיעה עדיין באופן חזיתי לבית המשפט העליון..." (שם, בעמ' 490).

32. אכן, בעניין גטצאו (שניתן לאחר פסק הדין בעניין בן חיים) נחלקו הדעות של כבוד השופטים ס' ג'ובראן ו-י' עמית לגבי השאלה האם יש לבחון קבילותן של ראיות טרם הכרעת הדין אם לאו, ובעוד שכבוד השופט ג'ובראן סבר (בדעת יחיד) כי ראוי לעשות כן, דגל כבוד השופט עמית בדעה ההפוכה, תוך שנימק את דעתו כדלהלן (ואילו כבוד השופט א' שהם לא התייחס למחלוקת זו):

"א. לטעמי, אין מקום להכביד על ההליך הפלילי בכך שבית המשפט יידרש ליתן החלטה או להשלים בירור קבילותה של ראיה החשודה כפסולה במהלך הדיון, בדומה למשפט זוטא, מה עוד, שפסלותה של ראיה, צריכה להיבחן על רקע מכלול הראיות, שלא בבדידותה..."

ג. הלכת יששכרוב כוללת בחובה מערכת של איזונים ופתחים ושסתומים, באופן המאפשר לבית המשפט לקחת בחשבון את מכלול נסיבות העניין בבואו להכריע בשאלת פסלותה של ראיה..."

כאן המקום להוסיף כי דברי כבוד השופט י' דנציגר ב-דנ"פ שמש, שגם עליהם ביקשו ב"כ הנאשם להסתמך בבקשה לפסילת ראיות (בפסקה 50), בנימוק כי כבוד השופט דנציגר כביכול "קבע באופן חד משמעי שככל שהדבר מוצדק רצוי לפסול את הראיה אף בשלב החקירה" - היו למעשה בגדר דעת מיעוט, שלא התקבלה על ידי שופטי הרוב.

כך גם דעתו של כבוד השופט י' אלרון ב-דנ"פ אוריר, שאף עליה ביקשו ב"כ הנאשם להסתמך בתגובתם לתגובת המאשימה, היתה אף היא דעת מיעוט, שנדחתה על ידי שופטי הרוב באותו עניין.



33. יש לדחות גם את טענת ב"כ הנאשם שלפיה בדעת הרוב של כבוד הנשיאה ד' ביניש ב-דנ"פ שמש כביכול נקבע שחובה לדון בשאלת קבילותה של ראייה מיד עם פתיחת המשפט.

לאמיתו של דבר, כבוד הנשיאה ביניש כתבה שם (בפסקה 30 סיפא) כי אך "ניתן" לדון בשאלת קבילותה של ראייה עם פתיחת המשפט, ואף הוסיפה והבהירה כי "שאלה זו כלל אינה מתעוררת במקרה שלפנינו, ולפיכך לא נדרש לה"; ומכאן שמדובר באמרת אגב גרידא.

34. כאמור, ב"כ הנאשם מסתמכים, בין היתר, גם על כך שלטענתם היו מחדלי חקירה ופגמים בחקירה.

אלא שגם בעניין זה, כמו בעניין הטענות המקדמיות וכמו בעניין עצם הבקשה לפסילת ראיות שהעלתה ההגנה - לא ניתן בשלב זה להכריע בכל אותן טענות ובכל המחלוקות העובדתיות והמשפטיות הרלוונטיות בין הצדדים, בטרם תונח בפני בית המשפט התמונה הראייתית בשלמותה.

זאת שכן, כידוע, הפסיקה של בית המשפט העליון המתייחסת לסוגיה של פגמים ומחדלים בחקירה קובעת כי, ככלל, גם כאשר בית המשפט משתכנע כי היו מחדלי חקירה או פגמים בחקירה, עובדת קיומם של המחדלים או של הפגמים, אין בה, כשלעצמה, כדי להוביל לזיכויו של נאשם בדין. על בית המשפט לבחון האם חרף קיומם של המחדלים או של הפגמים בחקירה, הוכחה אשמתו של נאשם בעבירות שיוחסו לו במידת הוודאות הנדרשת בפלילים. עם זאת, כאשר קיימים מחדלים חמורים או מהותיים בחקירה, אפשר כי יהיה בהם כדי ליצור חשש שמא קופחה הגנתו של נאשם, אם התקשה בעטייה להתמודד כראוי עם חומר הראיות שהצטבר נגדו, או להוכיח את נכונות גרסתו, או למצער להצביע על קיום ספק סביר בשאלת אשמתו. נפקותו של המחדל או של הפגם בחקירה תיבחן בשים לב למכלול הראיות, והשלכותיו תלויות בנסיבותיו של כל מקרה לגופו, והמבחן הוא: "האם המחדלים האמורים כה חמורים עד שיש לחשוש כי קופחה הגנתו של הנאשם, כיוון שנתקשה להתמודד כראוי עם חומר הראיות העומד נגדו או להוכיח את גרסתו שלו ... על פי אמת מידה זו, על בית המשפט להכריע מה המשקל שיש לתת למחדל לא רק כשהוא עומד לעצמו, אלא גם בראיית מכלול הראיות... נפקותו של המחדל תלויה בתשתית הראייתית שהניחה המאשימה ובספקות אותם מעורר הנאשם, והשלכותיו תלויות בנסיבותיו של כל עניין ועניין" [ע"פ 5386/05 אלחורטי נ' מדינת ישראל, בפסקה ז(2) לחוות-דעתו של כבוד השופט (כתוארו אז) א' רובינשטיין (18.5.2006); וראו גם והשוו: ע"פ 173/88 אסרף נ' מדינת ישראל, פ"ד מד(1) 785, 792 (1990); ע"פ 5104/06 בניירישליל נ' מדינת ישראל, בפסקה 9 לפסק-דינה של כבוד השופטת ע' ארבל (21.5.2007); ע"פ 7320/07 פלוני נ' מדינת ישראל, בפסקה 16 לפסק-דינו של כבוד השופט א' לוי (13.5.2009); ע"פ 3090/11 ענתבאוי נ' מדינת ישראל, בפסקה 15 לפסק-דינו של כבוד השופט י' דנציגר (18.10.2012); ע"פ 4879/11 ג'ריס נ' מדינת ישראל, בפסקה 6 לפסק-דינה של כבוד המשנה לנשיא (כתוארה אז) מ' נאור (3.11.2014); ע"פ 4226/11 אבו חדיר נ' מדינת ישראל, בפסקה נ"ב לפסק-דינו של כבוד המשנה לנשיא א' רובינשטיין (15.2.2016); ע"פ 2350/15 שהאב נ' מדינת ישראל, בפסקה 22 לפסק-דינה של כבוד השופטת ע' ברון (1.12.2016)].

35. להשלמת התמונה אוסיף כי, כפי שנקבע ב-ע"פ 4855/02 מדינת ישראל נ' בורוביץ, פ"ד נט(6) 776 (2005) (להלן: "עניין בורוביץ"), ההכרעה אם במקרה נתון קיימת הצדקה לקבלת הטענה של הגנה מן הצדק, מחייבת בחינה בת שלושה שלבים: ראשית, זיהוי הפגמים שנפלו בהליכים שננקטו בעניינו של הנאשם ועמידה על עוצמתם; שנית, עריכת איזון בין האינטרסים הרלוונטיים השונים, בשים לב לנסיבות הקונקרטיות של המקרה; ושלישית, אם מתברר כי במקרה הקונקרטי הייתה פגיעה חריפה בתחושת הצדק וההגינות - בחינת האמצעי המידתי המתאים לריפוי הפגמים או



לתיקון הפגיעה; זאת, לאו דווקא על ידי ביטול כתב האישום כולו, כי אם, למשל, על ידי ביטול חלק מהאישומים, או על ידי התחשבות בפגמים בקביעת עונשו של הנאשם. כן העלה בית המשפט כבר שם את האפשרות כי תיקון הפגיעה שנגרמה לנאשם "יכול שיעשה במסגרת בירורו של המשפט, כגון בבירור שאלת קבילותה של ראיה שהושגה באמצעים פסולים".

36. כמו כן, ראו דברי כבוד השופט א' שהם בעניין גטצאו:

"39. קביעת עצם קיומם של הפגמים, הבלתי מבוטלים, אשר נפלו בהליכי החקירה, מעבירה אותנו לשלב השני של המבחן התלת-שלבי, אשר נקבע בעניין בורוביץ, במסגרתו יש לבחון האם קיומו של ההליך הפלילי חרף הפגמים, עומד בסתירה מהותית לתחושת הצדק וההגנות משפטיות....".

באותו עניין גטצאו הבהיר כבוד השופט י' עמית כי: "ד. קיימת חפיפת-מה בין דוקטרינת הפסילה הפסיקתית לפי הלכת יששכרוב לבין טענת הגנה מן הצדק, במובן זה שפגמים בהתנהלות החוקרים עשויים לשמש בסיס לטענת הגנה מן הצדק".

37. באותו הקשר הטעימה לאחרונה כבוד הנשיאה א' חיות, ב-דנ"פ אורין, בפסקה 122, כי:

"אכן, בין דוקטרינת ההגנה מן הצדק ובין דוקטרינת הפסילה הפסיקתית קיימים קשרי-גומלין מובהקים, שכן 'התכלית של הוגנות ההליך משמשת להם כמכנה משותף' (עניין פרחי, בעמ' 647). אולם, דוקטרינת הפסילה הפסיקתית היא כלי ספציפי וממוקד יותר, אשר מותאם לתרחיש שבו ראיות שעליהן מסתמכת התביעה הושגו שלא כדין...'. משכך, אף שניתן להיעזר בדוקטרינת ההגנה מן הצדק לשם בחינת נפקותו של חיפוש בלתי-חוקי... דוקטרינת הפסילה הפסיקתית היא, לגישתי, כלי מתאים יותר לענייננו והאמצעי העיקרי שבו על בית המשפט להיעזר בהקשר זה...".

38. מכל המקובץ לעיל עולה כי במקרה דנן, לנוכח המחלוקות העובדתיות והמשפטיות הרבות בין הצדדים, שלא ניתן להכריע בהן בשלב הנוכחי, באמצע פרשת התביעה במשפט ההוכחות, מן הראוי כי מכלול טענות ההגנה - הן הטענה כי החיפוש שנערך בביתו של הנאשם היה בלתי חוקי, הן הבקשה לפסילת הראיות שהושגו בחיפוש, הן הטענות המקדמיות ובכללן הטענה להגנה מן הצדק והן הטענות למחדלי חקירה ולפגמים בחקירה - תוכרענה כולן רק בסוף משפט ההוכחות, לאחר שתובאנה בפני בית המשפט מלוא הראיות של התביעה ושל ההגנה כאחת.

סוף דבר

39. סוף דבר, אין מקום לקבל בשלב זה החלטה בבקשה לפסילת ראיות, ואין מקום לקיים משפט זוטא בעניין קבילות הראיות שהושגו בחיפוש שנערך בביתו של הנאשם, כי אם יש להכריע בשאלת חוקיות החיפוש ובבקשה לפסילת הראיות רק לאחר שתיפרש בפני בית המשפט מלוא התמונה הראייתית, בתום הבאת כל הראיות של התביעה ושל ההגנה ולאחר שתפורטנה טענות הצדדים בסיכומיהם שלפני מתן הכרעת הדין.

אין אפוא שינוי במועדי ההוכחות שנקבעו להמשך פרשת התביעה ולסיומה.



החלטה זו תועבר לבאי כוח הצדדים.

ניתנה היום, י"ב אייר תשפ"ב, 13 מאי 2022, בהעדר הצדדים.