



ת"פ 46809/03/20 - מדינת ישראל נגד רונן אור צרפתי

בית משפט השלום בתל אביב - יפו

ת"פ 46809-03-20 מדינת ישראל נ' צרפתי

לפני כבוד השופט איתי הרמלין
המאשימה:

מדינת ישראל
ע"י עו"ד אילנה קיפניס פרדמן ועו"ד יעל גבריאלי

נגד

הנאשם:
רונן אור צרפתי
עו"ד אבירן אסבן

החלטה

1. נגד הנאשם הוגש כתב אישום שבו נטען כי ביום 5.8.2019 החזיק בדירתו ב-0.8272 גרם קוקאין שלא לצריכתו העצמית.
2. אין מחלוקת בין הצדדים על כך שביום הרלוונטי הגיעו שוטרים לדירה שבה התגורר הנאשם על מנת לבצע בה חיפוש, וכי עוד בטרם ערכו השוטרים את החיפוש הביא הנאשם לשוטרים צלחת שהייתה בארון המטבח ועליה שקית ובה חומר שאמר לשוטרים שהוא קוקאין. בחיפוש שנערך לאחר מכן, לא נתפס דבר.
3. במהלך המשפט הובהר כי אין בידי המדינה חוות דעת שעליה ניתן לסמוך בקשר לחומר שמסר הנאשם לשוטרים. אמנם השוטר דדי לב, שתפס את המוצג, טען שהכניסו לכיסו שהיה ריק ולשקית משטרתית שעליה טבוע מספר, והוגשה חוות דעת המתייחסת לתוכן של שקית שמספרה זהה. ואולם, ההבדל, שאותו אפרט להלן, בין תיאורו של השוטר את מה שתפס לתיאור של מעבדת המטה הארצי את מה שנבדק במעבדה, לא מאפשר לקשור את חוות הדעת למוצג שנתפס.
4. לאור העובדה שכאמור לעיל אין בידי המדינה חוות דעת שניתן לקשור באופן משכנע למוצג שנתפס, נשאלת השאלה אם יש מקום להרשיע את הנאשם על בסיס הודאתו בפני השוטר בדירתו (בדברים ובהתנהגות), על בסיס הודאתו בחקירה או על בסיס עדותו בבית המשפט.
5. הסניגור העלה שלל טענות הנוגעות לחוקיות פעולת השוטרים ולתקינותה. הפגמים שעליהם הצביע אמורים להוביל לפי טענתו לפסילת הראיות ולזיכויו של הנאשם או לביטול כתב האישום נגדו מכוחה של הגנה מן הצדק.



6. להלן אתייחס לנקודות השונות החשובות לשם הכרעה בתיק.

לא ניתן לקשור בין המוצג שנתפס לחוות דעת המעבדה

7. בדו"ח החיפוש ת/1 נכתב כי המוצג שנתפס הוא "אבק[ש] לבנה חשודה כסם מסוג קוקאין". השוטר דדי לב, שתפס את המוצג, העיד בבית המשפט כי מדובר היה ב"צלחת עם שקית המכילה חומר חשוד כסם מסוג קוקאין לדבריו... החומר נתפס והוכנס לשקית משטרתית"[1]. לעומת זאת, בחוות דעת מעבדת הסמים (ת/11) תואר המוצג שנבדק כך: "בתוך השקית המאובטחת פיסת נייר... פיסת פלסטיק... פיסת פלסטיק בצידה סגירה בחום... וכן: 1. חומר בתפזורת... 2. אריזה מפלסטיק סגורה בחום... ובתוכה חומר". כששאל הסניגור בבית המשפט את השוטר התופס, דדי לב, איך הפכה שקית אחת לשתי שקיות, השיב השוטר: "לא יכול להסביר לך דו"ח של מז"פ"[2]. בשולי הדברים יש לציין כי על פי דו"ח התפיסה, המוצג שנתפס סומן בראשי תיבות השוטר התופס (ד.ל.1), ובחוות דעת מז"פ לא מצוינים ראשי התיבות אלא הספרה 1 בלבד. יתכן כמובן שהיה קושי בפענוח כתב היד, אך התוצאה היא שחסר חוט מקשר בין המוצג שנתפס למוצג שנבדק.

8. ההבדל בין תיאור של שקית שבתוכה אבקה לבנה לבין מוצג הכולל חמישה פריטי משנה ובהם שתי אריזות סמים לא מאפשר להסתמך ברמה כלשהי על חוות דעת המעבדה כנוגעת לחומר שנתפס. אני דוחה בהקשר זה את טענת התביעה שלפיה העובדה שהשוטר התופס כתב שהכניס את המוצג לכיסו שהיה ריק ולשקית ממוספרת אטומה בצירוף העובדה שמספר השקית שציין השוטר זהה למספר השקית במעבדה מאפשרות להתעלם מהשוני המשמעותי בין תיאור המוצג שנתפס לבין תיאור המוצג שנבדק. נהפוך הוא, ההבדלים בין תיאור המוצג שנתפס לתיאור המוצג שנבדק מעמידים בספק את אמינות דו"ח הפעולה של השוטר ואת עדותו בדבר תקינות פעולתו. אי ההתאמה בין תיאור המוצג שנבדק לתיאור המוצג שנתפס בתיק שבפני גדול בהרבה מההבדל הזניח בתיאור המוצגים שנדון בת"פ (מחוזי באר שבע) 27948-05-11 **מדינת ישראל נ' סוויט וונגפה לונג** (2012) שאליו הפנתה התובעת, ולכן אין מקום להקיש מההחלטה באותו מקרה לענייננו. כמו כן, לא ניתן לסמוך כלל על זיהוי המוצג על ידי הנאשם במהלך חקירתו. צפייה בסרטון החקירה מלמדת כי בניגוד למה שניתן להבין מן ההודעה הכתובה, המוצג כלל לא הוצג בפני הנאשם פיזית, אלא ככל הנראה הוצג לו צילום של המוצג בטלפון הנייד של החוקר. גם אם נניח שהמונח "שקית אטומה" מתייחס לכך שהשקית המשטרתית שתמונתה הוצגה לנאשם הייתה סגורה, ואין כוונתו שלא ניתן היה לראות את תוכנה, עדיין אין ב"זיהוי" זה כדי להתגבר על הפער המובהק שבין תיאור המוצג שנתפס לתיאור מוצג שנבדק. בהקשר זה יש לציין שלא ידוע היכן השתבשה שרשרת הראיות - לפני חקירת הנאשם או אחריה - ולכן כלל לא ידוע אם מה שהתבקש הנאשם לזהות בחקירתו הוא המוצג שנתפס או המוצג שנבדק.

9. היעדרה של חוות דעת אודות המוצג שנתפס עקב כשל לא ידוע בשרשרת הראיות היא פגם חמור בפעולת רשויות האכיפה. מעבר לכך שעצם הכשל בשרשרת הראיות הוא פגם חמור בפעולת הרשויות, הרי שבהיעדר חוות דעת כלל לא ידועה כמותו של הסם שנתפס, ויש להניח לטובת הנאשם שהכמות הייתה מזערית. לכך מצטרף פגם חמור לא פחות שבהסתמכות התביעה המשטרתית בהגשת כתב האישום על חוות דעת המתארת ממצאי בדיקה של מוצג שונה מזה שנתפס מן הנאשם. ההסתמכות על חוות דעת זו המתארת שתי אריזות קוקאין במשקל כולל העולה על



0.8 גרם אף הביאה לכך שעל בסיס חזקת הכמות הקבועה בחוק התביעה המשטרית הגישה נגד הנאשם כתב אישום המייחס לו החזקת סם שלא לצריכה עצמית על אף העובדה שבחקירתו במשטרה טען שהחזיק בסם לצריכה עצמית. יתכן אף שאילו הייתה התביעה מבחינה מראש באי התאמת תיאור המוצג שנבדק לתיאור המוצג שנתפס באופן ששומט את הקרקע מתחת לחוות הדעת, הייתה בוחרת שלא להגיש כתב אישום בגין החזקה כמות לא ידועה של סם לצריכה עצמית.

הנאשם לא הוזהר בטרם הפליל את עצמו

10. היעדר חוות דעת אודות החומר שנתיפס ממקד את הבחינה הראייתית בהודאותיו של הנאשם. כאמור לעיל, הנאשם מסר לשוטרים את החומר המדובר ואמר להם שמדובר בקוקאין עוד בטרם החלו לחפש בביתו.

11. הנאשם העיד בפניו שכאשר נכנס יחד עם השוטרים לביתו אמרו לו השוטרים שיש להם צו חיפוש, ואחד השוטרים שאל אותו "אם יש לי משהו להצהיר או משהו פלילי בבית לפני שהופכים לי את כל הדירה" [3], ובתגובה הביא מן הארון את הצלחת ועליה שקית החומר ומסר אותה לשוטרים. מר תומר דוד ארמיהן, חברו של הנאשם שנכח בדירה בעת הרלוונטית והעיד במשפט כעד הגנה, העיד כי כאשר נכנסו הנאשם והשוטרים לדירה, השוטרים "אמרו שהם צריכים לעשות חיפוש בבית, ואם הוא רוצה להצהיר על משהו לפני שהם מתחילים לחפש", ואז הנאשם "פתח את הארון שלו במטבח... מגיש להם צלחת שיש בה שקיק עם שאריות של סם, שקיק קרוע, שרואים בו שאריות של סם" [4] (בהמשך עדותו הסביר שהבין שמדובר בסמים בדיעבד).

12. כשנשאל בחקירתו הנגדית, השוטר שתפס את הסמים, דדי לב, אם שאל את הנאשם אם "יש משהו לא חוקי בבית", השיב שאינו זוכר [5], וכן שאינו זוכר אם הזהיר את הנאשם בדבר זכותו לשתוק [6]. גם השוטר עידו מור העיד כי אינו זוכר אם שאל את הנאשם "אם יש משהו לא חוקי בבית" [7]. השוטר רומן ספורנוב העיד כי שכח את כל שאירע מרגע הגעתו לדירת הנאשם. השוטר ספורנוב אמר שלא "איים" על הנאשם במילים: "לפני שאני הופך לך את הבית, יש פה משהו לא חוקי?", אך לא היה בטוח שלא שאל "אם יש משהו לא חוקי" [8]. יש לציין כי בדוחות הפעולה של השוטרים (ת/2, ת/14, נ/3) לא מוזכרת שאלה כלשהי ששאלו את הנאשם או שהודיעו לו על זכותו לשתוק ולהיוועץ בעורך דין.

13. לנוכח העובדה שעדותו של הנאשם על כך שהביא לשוטרים את הצלחת ועליה השקית שאמר שבתוכה קוקאין בתגובה לשאלה של השוטרים אם יש לו מה להצהיר או שיש משהו פלילי בבית נתמכת בעדות עד ההגנה ואיש מן השוטרים לא סתר אותה באופן נחרץ, אני מקבל את עדותו של הנאשם בעניין זה. כמו כן, בהיעדר ראיה לקבוע אחרת, אני קובע כי הנאשם לא יודע על ידי השוטרים על זכותו לשתוק או על כל זכות אחרת העומדת לו בטרם מעשה זה ודבריו אלה.



14. כידוע, לכל נחקר במשטרה עומדת הזכות שלא למסור למשטרה מידע המפליל אותו בביצוע עבירה (עקרון המכונה "חיסיון מפני הפללה עצמית"). כך קובע סעיף 2 לפקודת הפרוצדורה הפלילית (עדות):

2. חקירת עדים ע"י קצין משטרה

(1) קצין משטרה בדרגת מפקח ומעלה, או כל קצין אחר או סוג אחר של קצינים המורשים בכתב, בדרך כלל או במיוחד, על ידי שר המשפטים, לערוך חקירות על ביצוע עבירות, רשאי לחקור בעל-פה כל אדם המכיר, לפי הסברה, את עובדותיה ונסיבותיה של כל עבירה, שעליה חוקר אותו קצין משטרה או אותו קצין מורשה אחר כנ"ל ורשאי הוא לרשום בכתב כל הודעה, שמוסרה אדם הנחקר כך.

(2) אדם, הנחקר כך, יהיה חייב להשיב נכונה על כל השאלות, שיציג לו בשעת החקירה אותו קצין משטרה, או קצין מורשה אחר כנ"ל, חוץ משאלות שהתשובות עליהן יהיה בהן כדי להעמידו בסכנת אשמה פלילית.

וכך קובע סעיף 47 לפקודת הראיות [נוסח חדש], תשל"א-1971:

47. ראיות מפלילות

(א) אין אדם חייב למסור ראיה אם יש בה הודיה בעובדה שהיא יסוד מיסודותיה של עבירה שהוא מואשם בה או עשוי להיות מואשם בה.

15. במקרה שבפניי הודאתו של הנאשם במילים ובהתנהגות (מסירת הסם לשוטרים). בהקשר זה יש להזכיר כי בע"פ 663/81 **אברהם חורי נ' מדינת ישראל** (1982) נקבע על ידי השופט מאיר שמגר ש"איש אינו חייב להשיב על שאלה, אם התשובה לשאלה עלול להיות בה, לדעת בית המשפט, כדי להניח את היסוד להבאתו לדין פלילי של מי שמשיב את התשובה. זכות זו מתייחסת גם לדרישה להצגתם של מסמכים ומטלטלים אחרים". כלומר, החיסיון מפני הפללה עצמית משתרע לא רק על דברים שאדם מתבקש לומר, אלא גם על חפצים שהוא מתבקש למסור. כלשונו של השופט קדמי בספרו: "הזכות לחיסיון מפני הפללה עצמית, מתייחסת ל"הפללה" בהתבטאות - בע"פ או בכתב - לרבות בהצגה של חפצים מפלילים" (יעקב קדמי, **על הראיות**, חלק שלישי, עמ' 1056 (מהדורת 2009) וראו גם ע"פ 725/97 **הרמן קלקודה נ' הרשות לפיקוח חקלאי** (1998) ורע"פ 8600/03 **מדינת ישראל נ ג ד שרון** (2003)).



16. לאדם החשוד בביצוע עבירה, כפי שהיה הנאשם בתיק זה בעת שהגיעו השוטרים לביתו על מנת לחפש בו, עומדת אף הזכות להימנע כליל מלהשיב לשאלות השוטרים ("זכות השתיקה"), ובצדה כמובן הזכות להיוועץ בעורך דין בטרם חקירתו. כנגזרת מזכויות אלה התפתחה במשפט המקובל חובה לשוטר החוקר להודיע לחשוד על זכותו לשתוק ועל זכותו להיוועץ בעורך דין כך שהווייתו על זכויות אלה יעשה תוך מודעות לקיומן ("ויתור מְדַעַת" - ראו Miranda v. Arizona, 384 U.S. 436 (1966)). כידוע, היעדרה של הודעה על הזכות להיוועץ בעורך דין הייתה הבסיס לפסילת הודאה בע"פ 5121/98 **טור' (מיל) רפאל יששכרוב נ' התובע הצבאי הראשי** (2006), שבו התגבשה דוקטרינת פסילת הראיות הפסיקתית הישראלית, אך הודאה שנמסרה ללא שקדמה לה אזהרה בדבר זכות השתיקה נפסלה כבר כעשור קודם לכן בת"פ (מחוזי נצרת) 511/97 **מדינת ישראל נ' עדנאן עודה** (1997).

17. לאורך השנים נקבע בפסיקה שוב ושוב מפורשות כי החובה להזהיר חשודים חלה גם בשלב המכונה "תשאול", שהוא פנייה או חקירה ראשונית של החשוד הנערכת בדרך כלל בשטח. כך למשל כתב השופט רון שפירא מבית המשפט המחוזי בחיפה במקרה הדומה בהיבט זה לתיק שבפניי ונדון בעפ"ג (חיפה) 47321-07-14 **רומן אבשלומוב נ' מדינת ישראל** (2014):

"מעת שפנו השוטרים אל המערער בשאלה "האם הוא מחזיק על גופו דבר מה בניגוד לחוק", כפי שטוען השוטר עידן חליווה במזכר ת/3 ובעדותו בבית המשפט, הרי שמדובר בפתיחת חקירה בדרך של הצגת שאלה שמשמעה "האם אתה מבצע כעת עבירה כלשהי". שאלה מסוג זה, הנשאלת על בסיס חשד סביר שקינן בליבם של השוטרים, מחייבת, לגישתי, גם את אזהרת הנחקר כי תשובתו, בין אם במילים או בהתנהגות, יכולה לשמש ראיה כנגדו בבית המשפט. מדובר בשאלה שהיא פעולת חקירה לכל דבר ועניין, וכפועל יוצא מכך חלים עליה גם הכללים בדבר אזהרת חשוד בחקירה. ההימנעות מאזהרת המערער (החשוד דאז) בדבר זכויותיו ומשמעות תשובתו פגעה בזכויותיו החוקתיות".

באופן דומה כתבו שופטי בית המשפט המחוזי מרכז לוד בע"פ (מרכז - לוד) 28090-02-15 **מדינת ישראל נ' ארז אדרי** (2016):

"בהתייחס להודאה המפלילה שנגבתה במסגרת התשאול, אנו סבורים כי צדק בית משפט קמא כשקבע שהיעדר אזהרתו של המשיב עובר לתשאול, אי מסירת הודעה בדבר זכותו להימנע מהפללה עצמית ואי מסירת הודעה בדבר זכותו להיוועץ בעו"ד מהווים פגמים מהותיים שמידת פגיעתם בזכויותיו של המשיב גבוהה... בתשובה לשאלות שהופנו אליו בתשאול בשטח מסר המשיב גרסה מפלילה, דהיינו, שהחזיק בסכין למטרת הגנה עצמית, אשר ייתכן כי היה נמנע מלתתה לו היה מזהר כדין והיתה נמסרת לו הודעה על זכויותיו. לפיכך, הקשר בין אמצעי החקירה הפסול לבין הראיה אשר הושגה בסופו של דבר, הוא קשר קרוב וקיימת השפעה על ערכה הראייתית".

18. גם במקרה שבפניי מסר הנאשם לשוטרים את החומר ואמר שהוא קוקאין בתגובה לשאלה של השוטרים שהזמינה



אותו להפליל את עצמו מבלי שהסבירו לו כי זכותו לשתוק ולהיוועץ בעורך דין. כלומר, לא מדובר היה בהודאה ספונטאנית של הנאשם, אלא הפללה עצמית כתוצאה משאלה של שוטר שלא קדמה לה אזהרה מתאימה - כלומר, לא היה כאן ויתור "מדעת" על זכותו של הנאשם שלא להפליל את עצמו.

19. קבלתה של הודאה כתוצאה משאלה הקוראת להפללה עצמית שנשאלה על ידי שוטר שלא הקדים לה אזהרה, היא פגיעה חמורה בזכותו של הנאשם להליך הוגן. בהתחשב בכך שהשוטרים החזיקו בצו חיפוש, לא הייתה כל סיבה שיפגעו באופן זה בזכויותיו של הנאשם כחשוד. הואיל ובמקרה זה אין חוות דעת לגבי המוצג שנתפס ואנו עוסקים בהודאה בלבד, הרי שאין משמעות לכך שניתן להניח שאלמלא מסר הנאשם את הסמים בעקבות שאלת השוטרים היו הסמים נמצאים בחיפוש (הדיון אינו בקבילות המוצג, אלא בקבילות ההודאה). במקרה זה גם לא מתקיימות נסיבות מקלות כלשהן שהצדיקו את הוויתור על האזהרה, וגם אם פעלו השוטרים בתום לב אין בכך כדי לבטל את חומריתה של אי החוקיות שבהשגת ההודאה. מכאן שקבוצת השיקולים הראשונה לשם הכרעה אם הראיה קבילה שנקבעה בע"פ יששכרוב הנזכר לעיל, תומכת בפסילת ההודאה כראיה. אינני משוכנע שאמינות ההודאה נפגמה כתוצאה מהאופן הבלתי חוקי שבו הושגה. עם זאת, כפי שברע"פ 10141/09 אברהם בן חיים נ' מדינת ישראל (2014) נפסלה ראיה "חפצית" עקב פגם באופן השגתה שהיה קשור בהיעדרה של "הסכמה מדעת" לחיפוש אף על פי שאמינות הראיה לא נפגעה, אני מוצא כי גם בתיק שבפני העובדה שאמינות הראיה לא נפגמה אינה יכולה להביא לקבלת ההודאה שהושגה באופן בלתי חוקי מובהק. בהתחשב בכך שבהיעדר חוות דעת אודות החומר שנתפס כמות הקוקאין שהוחזקה על ידי הנאשם אינה ידועה ולכן יש לראותה כמזערית, אין כל ספק שהתועלת החברתית שתצמח מפסילת ההודאה עולה על הנזק שיגרם כתוצאה מן הפסילה. לנוכח כל האמור לעיל, אני קובע שההודאה שמסר הנאשם בעת מסירת החומר לשוטרים (ובעצם מסירתו לשוטרים), פסולה כראיה.

20. העובדה שההודאה הראשונה בתיק זה התקבלה כתוצאה משאלת שוטר שהזמינה הפללה עצמית מבלי שקדמה לה העמדת הנאשם על זכויותיו, מהווה פגם חמור בפעולת רשויות האכיפה גם בהקשר של טענת ההגנה מן הצדק.

היחס בין הודאת הנאשם במשטרה להודאתו בשטח

21. עוד באותו יום שבו מסר לשוטרים בדירתו את החומר שאמר שהוא קוקאין, נחקר הנאשם בתחנת המשטרה לאחר שהודעו לו זכויותיו והוא התייעץ עם עורך דין (ת/9). בחקירה זו חזר על הודאתו מן השטח. הנאשם הודה בהחזקת החומר שנתפס אצלו וטען שקיבל אותו במסיבה, הוסיף שהוא משתמש בקוקאין כל 4-5 חודשים, והכחיש שהוא סוחר בסמים.

22. כאמור לעיל, הודאתו של הנאשם בחקירה התקבלה כדין לאחר שהוזהר ואף התייעץ עם עורך דין. בהקשר זה יש להזכיר כי בע"פ יששכרוב אמנם לא אומצה הדוקטרינה האמריקאית של "פירות העץ המורעל", שמשמעותה העקרונית היא שתפיסה לא חוקית של ראיה תוביל לא רק לפסילתה של הראיה שנתפסה שלא כדין ("העץ"), אלא גם של כל הראיות שנתפסו כתוצאה מן התפיסה הבלתי חוקית ("הפירות"). עם זאת, נקבע בע"פ יששכרוב



ש"שאלת קבילותה של ראייה שאותרה בעקבות ראייה פסולה אחרת, תיבחן על-פי נסיבותיו של כל מקרה לגופו ובהתחשב בהשפעה שתהא לקבלתה של ראייה כאמור על זכותו של הנאשם להליך פלילי הוגן. בהקשר זה, יהא על בית-המשפט לבחון את מכלול השיקולים עליהם עמדנו לעיל, ובהם: אופיה וחומרתה של אי החוקיות שהובילה להשגת הראייה הראשונה, טיב הראייה הנגזרת בה מדובר, והזיקה בינה לבין אי החוקיות שהיתה כרוכה בניהול החקירה" (פסקה 71 לפסק דינה של השופטת דורית ביניש). השופט אדמונד לוי הוסיף וקבע בע"פ 4988/08 **איתן פרחי נ' מדינת ישראל** (2011) ש"ככל שהזיקה בין הראיות חזקה יותר, עשויה אי החוקיות שדבקה בראייה הראשית להכתיים גם את הראייה הנגזרת, וכך תגבר הנטייה לפוסלה. התכלית של מבחן הזיקה נוגעת בעיקרה להוגנות ההליך. קבלתה של ראייה נגזרת, בעקבות אבחנה טכנית בינה לבין זו הראשית, עשויה לחטוא למטרה זו כאשר הראיות קשורות זו לזו באופן הדוק... מבחינה עובדתית נדרש קשר של סיבתיות בין קיומה של הראייה הראשית לאפשרות השגתה של הראייה הנגזרת ממנה... לכך יש להוסיף דרישה של סיבתיות משפטית, הטומנת בחובה שיקול דעת שיפוטי באשר לנסיבות התומכות בפסילת הראייה הנגזרת".

23. במקרים שבהם נתפס חפץ כתוצאה מחיפוש לא חוקי פסלו בתי המשפט לעיתים את ההודאות שנמסרו בחקירה שנערכה לאחר מציאת החפץ (ראו למשל: ע"פ אדרי הנזכר לעיל, ע"פ (ירושלים) 2431-09-14 **ליאת פדר נ' מדינת ישראל** (2015), ת"פ (תל אביב) 6221-12-16 **מדינת ישראל נ' ניסים אוהיון** (2018), ת"פ (תל אביב) 29684-12-16 **מדינת ישראל נ' מני יקובוב** (2017), ת"פ (תל אביב) 15052-07-15 **מדינת ישראל נ' אלכסנדר גונצ'רוב** (2016), ות"פ (תל אביב) 50516-05-13 **מדינת ישראל נ' חנה בינאשוילי** (2016)). מנגד, במקרים מסוימים התקבלו הודאות של נאשמים שקדם להן הליך חקירתי פסול כאשר ההודאות נמסרו אחרי התייעצות עם עורך דין (ראו למשל: ע"פ 8219/13 **אחמד סרחאן נ' מדינת ישראל** (2014), ע"פ 4818/16 **פלוני נ' מדינת ישראל** (2018), ע"פ 846/10 **סאלח בדוי נ' מדינת ישראל** (2014) וראו גם ת"פ (ירושלים) 46180-12-12 **מדינת ישראל נ' הרב אליהו בקשי דורון** (2017) לענין האזהרה עצמה כמנתקת קשר מהודאה קודמת שלא קדמה לה אזהרה).

24. הואיל והודאתו של הנאשם בתחנת המשטרה התקבלה סמוך לאחר הודאתו שהתקבלה שלא כדין בשטח, והואיל וההודאה בתחנת המשטרה נמסרה בעת שהנאשם היה סבור שבידי המשטרה מצוי הסם שמסר לה מבלי שהוזהר ואמר לשוטריה שהוא סם כך שממילא בידי המשטרה ראיות חותכות לאשמתו, ובהתחשב בכך שהודאתו במשטרה אינה מוסיפה פרטים משמעותיים על ההודאה בשטח (המדינה לא האשימה את הנאשם בעבירה נוספת בגין הודאתו בחקירה בשימוש בסמים), אני סבור שקבלת ההודאה שהתקבלה בתחנת המשטרה שהיא נגזרת ישירה של הודאת הנאשם בשטח (בדיבור ובהתנהגות) תהווה פגיעה מהותית ולא מידתית בזכותו של הנאשם להליך הוגן. יפים לענין זה דבריו של בית המשפט המחוזי מרכז - לוד בע"פ אדרי הנזכר לעיל: "ראייה זו... נגזרת כולה מהודאתו הראשונה והפסולה של המשיב אשר נגבתה בשטח שלא כדין. אזהרתו של המשיב עובר לחקירתו בתחנת המשטרה, אינה יכולה לרפא את הפגם שנפל בהליך לאחר שהוא מסר כבר את גרסתו המפלילה בשטח וחזר עליה לפני החוקר במשטרה" (וראו לענין זה גם את ע"פ פדר הנזכר לעיל). הוועצות הנאשם בסניגור בטרם נחקר אמנם מחלישה את הזיקה בין הודאת הנאשם בחקירה להודאתו בשטח, אך אין היא מרופפת אותה לחלוטין. זאת, שהרי חזקה היא שהסניגור שמע מן הנאשם שמסר לשוטרים חומר שאמר להם שהוא קוקאין, ולכן עצתו הסבירה הייתה שישתף פעולה בחקירה ויספר לשוטרים כי החומר הוחזק לצריכה עצמית, ולא יוסיף דבר על הודאתו בשטח.



25. לנוכח האמור לעיל, ובהתחשב גם בכך שמדובר בהחזקה של כמות לא ידועה של קוקאין (ובהקשר זה אינני נותן משקל כלשהו לכך שהנאשם אישר בחקירתו שמשקל הסמים היה 3.5 גרם - עובדה שאין מחלוקת שהיא שגויה), אני קובע כי גם הודאתו של הנאשם בתחנת המשטרה בהחזקת החומר פסולה כראיה נגזרת של הודאתו של הנאשם בשטח. עם זאת, לקביעה זו אין משמעות רבה לשם הכרעה בתיק, כיוון שממילא הנאשם הודה בהחזקת הקוקאין גם בעדותו בפניי.

מעמדה של הודאת הנאשם בעדותו בבית המשפט

26. בעדותו בפניי הודה הנאשם שבחזקתו נתפס קוקאין, אך טען באחד השלבים שהסם לא היה שלו. בצד זאת, חזר על הודאתו מחקירת המשטרה בכך שהוא משתמש בקוקאין מדי 4-5 חודשים.

27. הסניגור ביקש שלנוכח הפגמים בחקירה שהובילו לפסילת הראיות שאספה המשטרה בחקירה לא אקבל את הודאתו של הנאשם בפניי בהחזקת הסמים, ואזכה אותו מן האשמה. זאת, בדומה להחלטה בפסק הדין בת"פ (תל אביב) 74610-01-19 **מדינת ישראל נ' מיכאל זהבי (ליפשיץ)** (2020) שנסמך על הוראות סעיף 154 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], תשמ"ב-1982 (החסד"פ) הקובע:

154. דין עובדה שהודו בה

עובדה שנאשם הודה בה יראוה כמוכחת כלפיו זולת אם ראה בית המשפט שלא לקבל את ההודיה כראיה או שהנאשם חזר בו מן ההודיה לפי סעיף 153.

באותו תיק החליט בית המשפט לזכות את הנאשם שהודה בפניו בהחזקת סכין, כיוון שעל מנת שהסכין עצמו יפסל כראיה היה הנאשם אנוס להעיד בפני בית המשפט כדי לבסס את טענותיו בדבר אי החזקת המשטרה שהובילה לתפיסת הסכין.

28. בשורת החלטות קודמות התייחסתי לכך שבית המשפט העליון קבע כי בתי המשפט מוסמכים לפסול ראיות שהתקבלו שלא כדין גם במקרים שאינם נכנסים לחריגים הקבועים בחוק, אך לא קבע פרוצדורה לבירור ראיתי של טענות בעניין חוקיות תפיסת הראיות (ראו ת"פ (תל אביב) 16795-10-15 **מדינת ישראל נ' אליעזר אהל** (2017) ות"פ (תל אביב) 19159-05-16 **מדינת ישראל נ' אדוארד סולימנוב** (2017)). התוצאה היא שלנאשם קשה להוכיח את הנסיבות העובדתיות של תפיסת הראיות מבלי להעיד במשפט ולהודות תוך כדי כך בהחזקת החפץ שנתפס ממנו - החזקה שהיא לעיתים (כמו במקרה שבפניי כעת) העבירה נושא האישום. כך למשל במקרה שבפניי כעת על מנת להוכיח כי מסר לשוטרים את החומר שאמר להם שהוא קוקאין לא מיזמתו הוא אלא בתגובה לשאלה של שוטר אם יש לו על מה להצהיר או שהוא מחזיק משהו פלילי, נאלץ הנאשם להעיד במשפט ולהפליל את עצמו בפניי בהחזקת הסמים שבה הוא מואשם.



29. אינני שותף לעמדת בית המשפט בפסק הדין בת"פ **זהבי** שאליו הפנה הסניגור. אינני סבור שבית המשפט יכול להתבסס על סעיף 154 לחסד"פ כדי להתעלם מהודאה של נאשם הבאה בעדותו בפניו במסגרת פרשת ההגנה. סעיף 154 הוא אחד מרצף של סעיפים שעוסקים בתשובת הנאשם לאישום לאחר הקראת כתב האישום, ואינו נוגע כלל לעדותו של הנאשם בפרשת ההגנה. לפי התפיסה המקובלת הסעיף נועד להתמודד עם מקרים שבהם הודאת הנאשם בתשובתו לאישום חשודה כהודאת שווא (למשל הודאה הניתנת כדי לגונן על אדם אחר או כדי לחסוך מן הנאשם הליך שיפוטי ארוך), ולכן מוצדק לחייב את התביעה להביא ראיות לאשמתו.

30. אני מוצא מקום לציין כי אינני סבור גם שניתן לפסול הודאה של הנאשם בעדותו במסגרת פרשת ההגנה במשפט כראיה נגזרת מראיה שנתפסה שלא כחוק בחקירת המשטרה שקדמה למשפט. קבילותה של עדותו של הנאשם במשפט מוכרעת על פי מבחני הקבילות הרגילים לעדויות הנשמעות בבית המשפט כגון רלוונטיות והתייחסות לעובדות שנקלטו בחושיו של הנאשם ולא נמסרו לו על ידי אחר. גישה שונה תהווה פרשנות מרחיקת לכת לדוקטרינת פירות העץ המורעל, שכאמור לעיל לא אומצה במשפט הישראלי אף בגרסה הנוגעת לחקירה בלבד. עם זאת, הואיל והסניגור כלל לא העלה טענה כזו, לא ארחיב בעניין זה.

31. כפתרון לקושי הנעוץ בכך שהנאשם עלול להפיל את עצמו בביצוע העבירה שבה הוא נאשם אם יעיד במשפט כדי לבסס את גרסתו העובדתית שבבסיס טענתו שהראיות נתפסו שלא כחוק, נעתרתי בהחלטה מפורטת שנימוקיה רלוונטיים גם לתיק זה בת"פ (תל אביב) 44002-09-16 **מדינת ישראל נ' עדן ישראל וקנין** (24.4.2018) לבקשת ההגנה לערוך משפט זוטא לשם הכרעה בשאלת הקבילות של סכין שנתפס לטענת ההגנה שלא כדין. זאת, לאחר שקבעתי בין היתר שיש צורך בשינוי חקיקתי לשם אימוץ הפתרון (שנראה לי עדיף) של המשפט האמריקאי של ניהול הליך נפרד שבו תוכרע סוגיית קבילות הראיה - שם בפני השופט ולא בפני המושבעים הדנים בתיק עצמו ואצלנו בפני שופט אחר (במסגרת הסכמה על זיכוי הנאשם הסכימו הצדדים בבית המשפט המחוזי לביטול ההחלטה על קיום משפט זוטא - ע"פ (תל אביב) 13855-11-19 **עדן ישראל וקנין נ' מדינת ישראל** (2021)).

32. הואיל ואני סבור שיש להתייחס להודאה של נאשם במסגרת עדותו בפרשת ההגנה על פי המבחנים הרגילים של קבילות ומשקל, הרי שכאשר בוחר נאשם להעיד במשפטו ובעדותו בפרשת ההגנה בבית המשפט הוא מודה בביצוע העבירה שבה הוא נאשם, וההודאה אמינה לפי שיפוטו של בית המשפט ודי בה למעשה כדי להוכיח את ביצוע העבירה, עובר הדיון בהשלכות הפגמים שנפלו בהליכי החקירה מן המישור הראיתי למישור של הגינות ההליך, ומבחינה דוקטרינרית מוסט מוקד הדיון מדוקטרינת פסילת הראיות הפסיקתית לדוקטרינה של הגנה מן הצדק. בהקשר זה יש לציין כי בדעת רוב השופטים בע"פ 2868/13 **אלישע חייבטוב נ' מדינת ישראל** (2018) קבע בית המשפט העליון כי פגמים בשלב איסוף הראיות עשויים לבסס טענה של הגנה מן הצדק ולא רק פסילה של הראיות מכוחה של דוקטרינת הפסילה הפסיקתית. אציין כי כשלעצמי אני סבור שהתוצאה של ביטול כתב האישום עקב פגמים בפעולת הרשויות היא תוצאה נכונה יותר מתוצאה של זיכוי כאשר אשמת הנאשם מוכחת במשפט, ומכאן שהשימוש בהגנה מן הצדק מוביל לתוצאה ראויה במקרים שבהם דוקטרינת פסילת הראיות הפסיקתית מובילה למבוי סתום עקב ההכרח של הנאשם להעיד בבית המשפט.

33. כאמור לעיל, הנאשם אישר בעדותו בפניו שהיה בדירתו קוקאין והוא מסר אותו לשוטרים בטרם ערכו חיפוש בבית,



ואף סיפר על מנהגו להשתמש בקוקאין מדי 4-5 חודשים. הנאשם לא נקב במשקלם של הסמים, אלא רק אמר שלא מדובר ב-3 גרם כפי שאמר בחקירת המשטרה. בחקירתו הנגדית אמר הנאשם לגבי הסמים: "אני קיבלתי במסיבה, באירוע. אני לא זוכר בדיוק מי נתן לי" [9], אך מייד אחר כך אמר שלא קיבלם במסיבה, ובהמשך אף אמר שהסמים לא היו שלו ושאינו רוצה להפליל חבר, "מיוצג שלו" או "מישהו מהתעשייה". דברים אלה עומדים בסתירה גמורה לעדותו בחקירת המשטרה שם אמר שהסמים הם שלו (גם אם הודאתו של הנאשם במשטרה נפסלה כראיה מטעם התביעה עדיין אין הצדקה שלא להשוות את הנאמר בה לנאמר בעדותו של הנאשם בבית המשפט כדי לגבש מסקנות לטובתו, שהרי ההודאה נפסלה בשל היותה ראיה נגזרת מראיה פסולה וללא קביעה אשר לאמינותה). בריא שאם הנאשם מסר לשוטרים את שקית הסמים שהייתה בביתו יש לראות בו כמחזיק הסמים שהיו בדירתו בידיעתו ובשליטתו. עם זאת, על בסיס דבריו הסותרים והבלתי ברורים של הנאשם קשה לקבוע שהחזיק בסמים עבור אדם אחר. אינני יכול לשלול את האפשרות שהנאשם טען במשפט שהסמים לא היו שלו מתוך מחשבה מוטעית שבכך יסיר מעצמו אחריות להם. היוצא מן האמור לעיל הוא שאיני לטובת הנאשם כי החזיק בסמים לצריכה עצמית כפי שטען בחקירת המשטרה.

פגמים נוספים שלקיומם טען הסניגור

34. אף על פי שדי באמור לעיל כדי להכריע בתיק, למען שלמות התמונה בטרם אפנה להכריע בטענת ההגנה מן הצדק של הסניגור אתיחס בקצרה לפגמים נוספים בפעולת המשטרה שלקיומם טען הסניגור.

35. הסניגור מיקד את טיעונו בשאלת תוקפו של צו החיפוש שמכוחו נערך החיפוש בדירת הנאשם ב-5.8.2019. את טיעונו ביסס הסניגור על כך שצו חיפוש בדירת הנאשם שתוקפו למשך 30 יום הוצא בבית המשפט ב-1.7.2019, ולאחר שהמשטרה הבחינה בכך שבצו מופיע מספר הטלפון של הנאשם במקום מספר הזהות שלו פנתה לבית המשפט בבקשה להוציא צו חדש. בדיון שנערך ב-11.7.2019 (כך לפי פרוטוקול הדיון ת/13) הוצא צו ובו מספר תעודת הזהות של הנאשם כנדרש (ת/4). בחותמתו של השופט שחתם על הצו לא נראה התאריך 11.7.2019 - ספרת האחדות של היום בחודש חסרה (בתחתית החותמת נראה רק קצה ספרת האחדות שנראה כקצה העליון של הספרה 1). בהיעדר ספרת האחדות סבור הסניגור שהשופט שנתן את הצו המתוקן סובב בכוונה את ספרות התאריך בחותמת כך שיראו את תאריך הצו המקורי (1.7.2019), כדי שמניין 30 הימים של תוקף הצו לא יוארך. אני דוחה את טענתו זו של הסניגור. חזקה שבעובדה היא שהשופט שהוציא את צו החיפוש לא סובב את תאריך החותמת במכוון לתאריך שאינו התאריך שבו נחתם הצו המתוקן. אילו היה עושה כן חזקה שהיה מציין זאת בפרוטוקול הדיון, והוא לא עשה כן. יתר על כן, אילו היה השופט סבור שיש למנות 30 יום מיום הוצאת הצו המקורי, יכול היה לקצר את תוקף הצו המתוקן שנחתם ב-11.7.2019 מ-30 יום ל-20 יום בלי להחתים את הצו בחותמת המראה תאריך שאינו תאריך החתימה. באופן טבעי שימוש בחותמת עם תאריכים מתחלפים שיש לשנות באופן ידני מוליד לעיתים שיבושים בתאריך כתוצאה מחוסר תשומת לב של המשתמש בחותמת, ובהיעדר הוכחה אחרת חזקה שכך קרה גם במקרה זה.

36. מבלי להסביר את הקשר בין עניין זה לבין הגינותו של ההליך טען הסניגור עוד כי השוטרים לא הציגו לנאשם את צו החיפוש בטרם ערכו את החיפוש, טענה שנשמכה על עדות הנאשם במשפט. הסניגור גם חקר את השוטרים על



הטענה שלא הודיעו לנאשם כי זכותו לנוכחות שני עדים, אך בעניין זה הנאשם ועד ההגנה לא העידו במשפט. על אף הבדלים קלים שעליהם הצביע הסניגור נאמנות עלי עדויות השוטרים ודוחות הפעולה שלהם שלפיהם הצו הוצג לנאשם והוסברה לנאשם זכותו לנוכחות שני עדים, אך הוא אמר שדי בנוכחותו ובנוכחותו של מר ארמיאן שהעיד כאמור לעיל במשפט כעד הגנה (ראו ת/2, ת/14, נ/3 ועדויות השוטרים בבית המשפט). יתר על כן, חשיבותם של עניינים אלה היא מוגבלת ביותר כיוון שממילא בחיפוש עצמו לא נמצא דבר, אלא הנאשם הוא שהביא לשוטרים את הסמים והפליל את עצמו בהחזקתם לפני תחילת החיפוש, אין כל מחלוקת על התרחשות זו, וכאמור לעיל אני מאמץ את עדות הנאשם וחברו לעניין השאלה שנשאל הנאשם על ידי שוטר ללא אזהרה והובילה אותו להפליל את עצמו. נוכחות עדים בחיפוש נועדה לפקח על פעולת המשטרה - לוודא שלא מושגות ראיות, שהתנהגות השוטרים ראויה ושתיאור החיפוש נכון. כאשר אין מחלוקת לגבי נסיבות החיפוש, משקלו של הפגם של היעדר שני עדים בהקשר של הגינות ההליך הוא ממילא קטן (וכאן נכחו בחיפוש הנאשם וחברו). זאת ועוד, כאמור לעיל, אין בידי התביעה חוות דעת שניתן לקשור למוצג שנתפס, והדגש אינו על המוצג אלא על הודאת הנאשם.

האם עומדת לנאשם הגנה מן הצדק

37. ההגנה מן הצדק, שהיא במקורה דוקטרינה של מניעות או "השתק", יובאה למשפט הישראלי מן המשפט האנגלי לפני כיובל שנים (ראו ע"פ 244/73 **אורי רבר נ' מדינת ישראל** (1974) וע"פ 450/77 **ברוך בעל-טכסא נ' מדינת ישראל** (1978)), והתפתחה מאד לאורך השנים. בין ציוני הדרך החשובים בהתפתחותה ניתן למנות את כינון חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, את פסק הדין בע"פ 4855/02 **מדינת ישראל נ' ד"ר איתמר בורוביץ** (2005) ואת חקיקת סעיף 149(10) לחסד"פ שקבע אותה כטענה מקדמית שתתקבל כאשר "הגשת כתב האישום או ניהול ההליך הפלילי עומדים בסתירה מהותית לעקרונות של צדק והגינות משפטית". יש להדגיש כי נקבע שגם לאחר חקיקת סעיף 149(10) לחסד"פ ממשיכים לחול שלושת שלבי הבחינה שנקבעו בע"פ **בורוביץ** הנזכר לעיל, ושיפורטו להלן. יתר על כן, גם לאחר שהוספה ההגנה מן הצדק לחוק כטענה מקדמית נקבע כי קבלת הטענה יכולה להביא לתוצאות אחרות מאלה הקבועות בסעיף 150 לחסד"פ ובין היתר להשפיע על עונשו של הנאשם. כפי שסוכמה ההלכה על ידי השופט ניל הנדל בע"פ 7621/14 **אהרן גוטסדינר נ' מדינת ישראל** (2017):

"עם השנים, התרככה הדוקטרינה של הגנה מן הצדק והפכה - בנוסף להיותה אמצעי פיקוח על שיקול דעתן של רשויות התביעה על עצם הגשת כתב האישום - לכלי בידי בית המשפט המאפשר לאזן את ההליך עם ערכי הצדק וההגינות של המשפט הפלילי. ההגנה, באופייה החדש, מרחיבה את העדשה דרכה בוחן בית המשפט את מעשה העבירה ואת ההליך המשפטי, ומאפשרת לבית המשפט - אף במקרים בהם הוכחו כל יסודות העבירה - להביט אל עבר הרגע שלפני ביצוע העבירה ואף אל התנהלות ההליך הפלילי הנמצא בעתידו של מעשה העבירה. על פי אופייה החדש של הדוקטרינה, פעמים שעוצמתן של הנסיבות העוטפות את רגע מעשה העבירה הן כה משמעותיות, עד שיש להביאן בחשבון אף בשלב בחינת האשמה והכרעת הדין ולא רק כשיקול מקל בשלב גזירת העונש. בעוד שעל פי ליבת המשפט הפלילי, בחינת יסודות העבירה מתמקדת בסצנת העבירה בלבד - הגנה מן הצדק מאפשרת לבית המשפט להרחיב את גבולות מעשה העבירה ולבחון "מה לפניו ומה אחריו"... בהתאם לכך, הגנה מן הצדק לא מהווה כיום רק טענה מקדמית המאפשרת לבית המשפט לבטל את כתב האישום. השימוש בהגנה הפך לאלסטי וגמיש והוא עשוי לבוא לידי ביטוי בכל חלקי המשפט: לא רק בשלב המקדמי אלא גם בשלב הכרעת הדין; לא רק בשלב הכרעת



הדין אלא אף בשלב גזר הדין. בהתאם לפרשנותה הרחבה של הדוקטרינה, עמד בית המשפט על כך שאף הסעדים שניתן להעניק במסגרתה הם מגוונים. בית המשפט אינו נתון עוד בסד הדיכטומי של אישור כתב האישום או ביטולו... **בעניין בורוביץ** נקבע כי החלת הדוקטרינה נעשית בשלושה שלבים. בשלב הראשון, בוחן בית המשפט את הפגמים בהליך ועצמתם; בשלב השני בוחן בית המשפט האם לנוכח עצמת הפגמים קיום ההליך פוגע בתחושת הצדק וההגינות; ובשלב השלישי מעניק בית המשפט את הסעד ההולם המאזן כראוי בין הפגמים שנתגלו בהליך לאינטרסים נוספים עליהם מגן המשפט הפלילי. ודוק, מלאכת האיזון חייבת להביא בחשבון לא רק את עניינו של הנאשם ותיקון העוול שנגרם לו מדרך ניהול ההליך, אלא גם את האינטרס הציבורי הרחב בהרשעת עבריינים.

38. כאמור לעיל, **בע"פ חייבטוב** נקבע כי גם פגמים בשלב איסוף הראיות עשויים להוות בסיס לקבלת טענת הגנה מן הצדק ולא רק פגמים בשלב הגשת כתב האישום (ביטוי לגישה זו ניתן למצוא כבר בבג"ץ 1563/96 **עו"ד מרדכי כ"ץ נ' היועץ המשפטי לממשלה** (1997)). בעניין זה יפים גם דבריו של ישגב נקדימון בספרו **הגנה מן הצדק** (הוצאת נבו, מהדורה שנייה, 2009) עמ' 425-426:

"חוקיותם של הליכי החקירה הנבחנו על פי דוקטרינת הפסילה במסגרת השאלה אם יש לקבל ראיה פלונית, ייבחנו על פי דוקטרינת ה"הגנה מן הצדק" במסגרת השאלה אם יש לנהל את משפטו של הנאשם. בהקשר של ה"הגנה מן הצדק" יוכל נאשם לטעון כי לנוכח נפסדות האמצעים שבהם נאספו הראיות לצורך ניהול משפטו עלתה הגשת כתב האישום נגדו כדי סתירה לעקרונות של צדק והגינות משפטית, היינו שתוך כדי איסוף הראיות הפרה הרשות את חובות האמון וההגינות המוטלות עליה ופגעה בזכויות היסוד שלו במידה כה גדולה, עד שיש בכך כדי לגבור על האינטרס בהעמדתו לדין. במסגרת הליכי איסוף הראיות ישנו ביטוי לקטגוריות הערכים והאינטרסים המתמודדים ביניהם בזירתה של דוקטרינת ה"הגנה מן הצדק" (...). בין מה שאירע במהלך איסוף הראיות לבין ההליך המשפטי עצמו שיתנהל על בסיסן ישנו קשר הדוק. כפי שציין בשעתו השופט חיים כהן, 'אין החקירה המשטרית כולה אלא הליך הכנה למשפט, ויש בפשעי החקירה כדי להטיל צל כבד על הליכי המשפט הבאים בעקבותיה'.

אכן, בית המשפט הפלילי עשוי לראות בהגשת כתב אישום וניהול משפט בעקבות (וחרף קיומו של) פסול בהליכי איסוף הראיות משום שימוש לרעה בהליכי משפט, שבית המשפט מוסמך לשים אותו לאל...".

39. במקרה שבפניי הוגש כתב אישום המייחס לנאשם החזקה של 0.8272 גרם קוקאין שלא לצריכה עצמית. כתב האישום התבסס על חוות דעת העוסקת כאמור לעיל בבדיקת מוצג המתואר אחרת לחלוטין מתיאור המוצג שנתפס בביתו של הנאשם. בשני היבטים באופן מלא ובהיבט שלישי באופן חלקי כתב האישום מבוסס על חוות דעת זו, שהתביעה לא הייתה אמורה להתבסס עליה כלל בשל ההבדל בתיאור המוצגים. באופן מלא ההסתמכות השגויה על חוות הדעת קבעה את כמות הסם שבהחזקתה הואשם הנאשם, ולנוכח כמות זו וחזקת הכמות הקבועה בפקודת הסמים המסוכנים [נוסח חדש], תשל"ג-1973, יוחסה לנאשם עבירה של החזקת סם שלא לצריכה עצמית אף על פי שכמות הסם הייתה קטנה יחסית והנאשם העיד בחקירת המשטרה שהחזיק בסם לצריכה עצמית. באופן חלקי התבסס כתב האישום על חוות הדעת בייחוס החזקה של קוקאין דווקא (שבה הודה הנאשם). אין לדעת (והתביעה סירבה להתייחס לשאלתי בעניין זה) אם התביעה הייתה מגישה כתב אישום נגד הנאשם שלא להתבסס על חוות



הדעת, שכן בלעדי חוות הדעת כמות הסם לא ידועה והראיות היחידות שעמדו נגד הנאשם הן הודאותיו בהחזקת קוקאין. ההסתמכות על חוות הדעת בהגשת כתב האישום הייתה פגם חמור בפעולת הרשויות.

40. היעדרה של חוות דעת אודות המוצג שנתפס, ממקדת את המבט בהודאותיו של הנאשם ובאופן שבו התקבלו. כפי שפירטתי לעיל, הודאתו המקורית של הנאשם התקבלה בשטח לאחר שאחד השוטרים מבלי להעמיד את הנאשם על זכויותיו שאל אותו בטרם תחילת החיפוש אם יש לו משהו להצהיר או משהו פלילי בבית, ובתגובה לכך מסר הנאשם את החומר שאמר שהוא קוקאין - כלומר, הפליל את עצמו בהתנהגות ובדיבור.

41. הפגם הטמון בפנייה של שוטר לאזרח בשאלה המזמינה אותו להפליל את עצמו מבלי שהשוטר מעמיד אותו קודם על זכויותיו (ובראשן הזכות שלא להפליל את עצמו) הוא בגדר פגיעה חמורה בהגינות ההליך הפלילי. פגם זה מקבל משנה חומרה כאשר אין בידי רשויות האכיפה ראיות נוספות על הודאותיו של הנאשם שראשיתן בהודאה שנמסרה מבלי שהנאשם הוזהר, וכאשר הודאותיו המאוחרות אינן מוסיפות מידע רלוונטי על זה שנמסר בהודאה הראשונית שהתקבלה שלא כדין.

42. הגשת כתב אישום וניהול הליך פלילי בגין החזקת סמים בהתבסס על חוות דעת שמתארת מוצג שונה מזה שנתפס ועל הודאות הנאשם כאשר ההודאה המקורית התקבלה שלא כדין וההודאה בחקירה התקבלה מיד אחריה ולא הוסיפה עליה דבר, פוגעים בתחושת הצדק וההגינות.

43. כפי שהסברתי לעיל, הנאשם בתיק זה היה אנוס להעיד במשפט כדי לבסס את טענתו אשר לאופן שהתקבלה ממנו הודאתו - כתשובה לשאלה של שוטר שלא ידע אותו על זכויותיו ולא מיזמתו שלו, אך עדותו במשפט, שהיא עדות קבילה, מונעת את האפשרות שיזוכה עקב פסילת הודאותיו בחקירה מכוח דוקטרינת פסילת הראיות הפסיקתית. מצב דברים זה אך מחזק את תחושת אי הצדק שבניהול ההליך.

44. בהיעדר חוות דעת אודות הסם שנתפס יש להניח לטובת הנאשם שמדובר בקוקאין בכמות מזערית (מר ארמיאן, חברו של הנאשם שהעיד במשפט, תיאר את החומר כ"שאריות של סם"). כיוון שכך, לא חלה חזקת הכמות שבפקודת הסמים המסוכנים ויש להניח לטובת הנאשם כי החזיק את הסמים לצריכתו העצמית (וראו לעיל התייחסותי לדברים שאמר הנאשם בעניין זה).

45. האינטרס הציבורי באכיפת החוק בגין החזקת קוקאין בכמות מזערית לצריכה עצמית נדחה במקרה זה בפני חשיבות השמירה על הגינות ההליך, ולכן **אני מקבל את טענת ההגנה מן הצדק ומבטל את כתב האישום.**

ניתנה היום, 17 ביוני 2021, בנוכחות הצדדים.



[1] פרוטוקול מ-5.4.2021, החל בעמ' 8, ש' 32.

[2] פרוטוקול מ-5.4.2021, עמ' 14, ש' 4-5.

[3] פרוטוקול הדיון מ-11.4.2021, עמ' 29, ש' 21-22

[4] פרוטוקול הדיון מ-11.4.2021, עמ' 33, החל בשורה 22.

[5] פרוטוקול הדיון מ-5.4.2021, עמ' 9, ש' 25-26.

[6] פרוטוקול הדיון מ-5.4.2021, החל בעמ' 9, ש' 33.

[7] פרוטוקול הדיון מ-5.4.2021, עמ' 18, ש' 28-31.

[8] פרוטוקול הדיון מ-11.4.2021, עמ' 24, ש' 22-31.

[9] פרוטוקול הדיון מ-11.4.2021, עמ' 31, ש' 1-4.