בית משפט השלום בירושלים

ת"פ 6321-08-19 מדינת ישראל נ' שמעון

תיק חיצוני: 143573/2018

בפני כבוד השופטת הבכירה שרון לארי-בבלי

מאשימה **מדינת ישראל**
באמצעות תביעות ירושלים

נגד

נאשם **אופיר שמעון**
באמצעות ב"כ עו"ד עוז דקל

פסק דין

אני מורה על זיכויו של הנאשם.

רקע

1. נגד הנאשם הוגש כתב אישום המייחס לו ביצוע עבירה של החזקה/שימוש בסמים שלא לצריכה עצמית, לפי סעיף 7(א) + 7(ג) לפקודת הסמים המסוכנים (נוסח חדש), התשל"ג-1973 (להלן- **פקודת הסמים**) וכן עבירה של החזקת כלים להכנת סם לצריכה עצמית, לפי סעיף 10 סיפא לפקודת הסמים.

2. בכתב האישום נטען כי ביום 29.3.18 בשעה 02:00 או בסמוך לכך, בביתו שברח' הגפן 1 מבשרת ציון (להלן- **הבית**), במסגרת חיפוש בביתו, נתפס סם מסוג קנבוס במשקל של 235 גרם כשהוא מחולק בתוך קופסאות. כמו כן נתפסו משקלים מתחת לספה ובחדר השינה. עוד נתפסו כלים המשמשים לעישון סמים. במעשים אלה נטען שהנאשם החזיק בבית סמים מסוכנים לפי פקודת הסמים בכמות שאיננה לצריכה עצמית, ומבלי שהדבר הותר לו בפקודה ובתקנות לפיה, ובלא רישיון מאת המנהל.

3. הנאשם אינו כופר שהסמים וכלי העישון הם שלו. טענתו – אותה מצאתי לקבל, כפי שיפורט בהרחבה להלן- הינה כי החיפוש היה לא חוקי וכתוצאה מכך יש לפסול את הודאתו ואת הסמים שנתפסו. ביתר פירוט, בדיון מיום 10.3.21 נטען שלא היה יסוד סביר לחשד, ככל שהיה חשד, לבצע חיפוש ללא צו שיפוטי. בנוסף, נערך החיפוש בלא שהוסברו לנאשם זכויותיו, בלא שנערך פרוטוקול חיפוש, ובהיעדר שני עדים.

4. ביום 31.5.21 התקיימה ישיבת ההוכחות בתיק. מטעם המאשימה העידו השוטר רס"ר שי לוי והמתנדבת גב' דניאל שמול. מטעם ההגנה העיד הנאשם עצמו.

5. וסיפור שהיה, כך היה:

הנאשם וגב' מרי אלקלעי (להלן: **מרי**) ניהלו זוגיות. ביום 28.3.18 בסמוך לשעה 22:00 ועקב ויכוח קולני בין בני הזוג, עזבה מרי את ביתו של הנאשם והלכה לאזור הסטף. בשעה 00:18 אור ליום 29.3.18 נתקבל אירוע במשטרה שכותרתו "**חשש לחיי אדם**" (ת/1). המודיע אשר פנה למשטרה דיווח על נערה העומדת לבדה בכביש והולכת יחפה. לדבריו, היא עומדת לצד הכביש ומבקשת שמאן דהוא ייקח אותה לביתה שבשכונת גילה.

ע"ת/1, רס"ר שי לוי, נקרא למקום ביחד עם המתנדבים דניאל שמול, פרנק עטיה ושני רופא. הארבעה הגיעו למקום בשעה 00:29 ופגשו במרי סמוך לכיכר הסטף, וזו ספרה להם שעקב ויכוח קולני עם בן זוגה, הנאשם, היא עזבה את ביתו. לדבריה, יש לו "כמויות גדולות של סמים בבית" והיא סבורה שהוא "סמוי". המתנדבת דניאל שמול ערכה על גופה של מרי חיפוש, בו לא נתפס דבר, והשוטרים "סייעו לאישה להגיע למחלף חמד על מנת שתקח אוטובוס לביתה בגילה". ואזכיר – אישה צעירה, יחפה ונסערת, שעת אחר חצות, הושארה על ידי השוטרים בצומת חמד. אבל לכך נשוב בהמשך.

6. מדוח פעולה ת/2 עולה שמרי סיפרה לשוטרים על מערכת היחסים שלה עם הנאשם, ועל מיקום הסמים בביתו. לפיכך, הגיעו הארבעה לביתו של הנאשם ביום 29.3.18 בסמוך לשעה 01:37 וביקשו לערוך חיפוש אחר הסמים. מן הדוח עולה שתחילה הגיב הנאשם בלחץ, הרעיד רגליים, ולחץ את אצבעותיו, והדבר העלה את רמת חשדם של השוטרים בנוגע לנמצא בבית. לאחר מכן הסכים הנאשם לחיפוש והארבעה פשטו על ביתו ותפסו את הסמים ואת כלי ההכנה, כמפורט בכתב האישום.

7. בת/3 שכותרתו "דוח תפיסה וסימון" פורטו התפוסים שנתפסו בבית הנאשם.

8. ת/4 הוא דוח פעולה שערכה המתנדבת דניאל שמול וממנו עולה שכאשר הגיעו השוטרים אל מרי, סיפרה האחרונה על הוויכוח עם הנאשם ועל כך שהוא נוטל סמים וגם מציע לה סמים, ושבביתו יש "כמויות סמים שהוא מחביא". גם מדוח פעולה זה עולה שכאשר הגיעו לבית הנאשם על מנת לערוך חיפוש, הוא הפגין סימני לחץ כגון הרעדת רגליים ומצמוץ בעיניים, אולם הוא הסכים שיבוצע חיפוש בביתו.

9. ת/5 עד ת/8 הן הודעות הנאשם במשטרה. יצוין כבר עתה, שהנאשם הודה שהסמים שנתפסו הם שלו, ולדבריו הוא מעשן סמים עקב בעיה רפואית ממנה הוא סובל. עם זאת, הנאשם כפר מכל וכל שהוא סוחר בסמים. עוד יצוין, שהנאשם נחקר גם בחשד שתקף את מרי, והוא כפר בכך, וממילא חקירה זו לא הניבה כתב אישום ועל כן לא ארחיב בה. למעלה מן הצורך אציין שגם מרי לא טענה בפני השוטרים שהנאשם תקף אותה, אלא רק שהיה ביניהם "ויכוח קולני".

<u>תמצית טענות הצדדים</u>

10. המאשימה מבססת את חוקיות החיפוש על דוחות הפעולה ת/1, ת/2 ו-ת/4 נוכח המידע שנמסר לשוטרים על ידי מרי לעניין הימצאותם של סמים בבית הנאשם. לגרסת המאשימה, מדובר בחיפוש חוקי וכשר.

11. ההגנה מצדה טענה כי החיפוש אינו חוקי ויש לפסול את תוצריו, כמו גם את יתר הראיות הנגזרות ממנו. לטענתה, ככל שנתקבל מידע על הימצאותם של סמים בבית הנאשם – היה על המשטרה לבקש צו חיפוש מביהמ"ש. כמו כן טוענת ההגנה שעריכת החיפוש מבלי שהוסברו לנאשם זכויותיו תחילה ומבלי שנכחו במקום שני עדים, איננה חוקית ודי בה כדי להביא לזיכויו.

<u>דיון והכרעה</u>

12. המסגרת הנורמטיבית החולשת על ההכרעה שבפניי נפרסה על ידי בהחלטות קודמות, ואין לי אלא להביא את הדברים כפי שהובאו שם.

13. כידוע, דיני החיפוש מוסדרים במספר דברי חקיקה, במסגרתם העניק המחוקק לגורמי האכיפה בכלל, ולמשטרת ישראל בפרט, את הסמכות לבצע חיפוש מקום בו עולה כי ישנו "יסוד סביר" או "יסוד להניח" לביצוע פשע או להחזקתו של אדם בחומר אסור (ראו למשל בסעיף 5(5) לפקודת המשטרה [נוסח חדש], תשל"א-1971; סעיף 25 לפקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש) [נוסח חדש], תשכ"ט-1969 (להלן- **פסד"פ**); וסעיף 28(ב)(2) לפקודת הסמים המסוכנים [נוסח חדש], התשל"ג-1973).

14. סמכות זו שצוינה לעיל עומדת לצדה של סמכות בית המשפט ליתן צו חיפוש שיפוטי, לבקשת המאשימה, בהתקיים התנאים הנדרשים (סעיף 23 לפסד"פ). המשותף לכלל הוראות החיקוק המתייחסות לסוגית החיפוש הוא הדרישה לקיומו של יסוד סביר. נקבע לא אחת כי מבחן החשד הסביר הינו מבחן אובייקטיבי, במסגרתו נדרש בית המשפט להעריך את שיקול דעתו של השוטר

שערך את החיפוש לשם הכרעה בחוקיותו (ראו ב-רע"פ 10141/09 **אברהם בן חיים נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 06.03.12)(להלן- **הלכת בן חיים**)).

15. **בהלכת בן חיים** הובהר עוד כי התנאים בהם יתקיים חשד סביר המצדיקים קיומו של חיפוש אינם בגדר רשימה סגורה, וברי כי הדבר תלוי בנסיבות המקרה, ניסיונו ושיקול דעתו של השוטר שערך את החיפוש. הודגש כי "בהקשר זה ניתן להצביע על נסיבות שרק בהצטרפן למכלול יקימו עילת חיפוש ועל נסיבות שבכל אחת מהן יש די כדי להקים חשד סביר. כך, בין היתר, ניתן להצביע על התנהגותו המחשידה של האדם מושא החיפוש הפוטנציאלי, על מידע בדבר ביצוע עבירה במקום בו נמצא אותו אדם או בקרבתו, וזאת בצירוף השעה שבה הוא נמצא באותו מקום. כמו כן, חשד סביר ברמה המצדיקה עריכת חיפוש ללא צו שיפוטי עשוי להתגבש כאשר המשטרה מקבלת מידע אודות תיאורו של אדם החשוד בביצוע עבירה מסוימת או בדבר האזור שבו עשוי להימצא החשוד" (הלכת בן חיים, בפס' 16; הדגשות לא במקור- ש.ל.ב).

16. לאחר עיון, אני סבורה כי במחלוקת שנתגלעה בין הצדדים הדין עם ההגנה. העובדה ששוטרי הסיור קיבלו מידע על כך שאדם מעשן סמים בביתו – להבדיל ממידע "חם" על ביצוע עבירת סחר בסמים, למשל (שאז קיימת דחיפות לבצע את החיפוש ובמידת הצורך את המעצר), איננה יכולה להצדיק "עקיפה" של דרך המלך- היא פניה לביהמ"ש בבקשה לקבלת צו חיפוש.

חיפוש בהיעדר צו שיפוטי

17. כזכור, החיפוש בביתו של הנאשם בוצע בהיעדר צו שיפוטי. המאשימה נסמכה, כאמור, על המידע שמסרה מרי כמידע שביסס חשד סביר, ומשכך חל בענייננו, כך לפי דרך הילוכה, סעיף 25(1) לפסד"פ המורה כדלקמן:

> 25. שוטר רשאי, בלא צו חיפוש, להיכנס ולחפש בכל בית או מקום אם –
> (1) יש לשוטר יסוד להניח שמבצעים שם פשע, או שפשע בוצע שם זה מקרוב;

18. הגם שעישון סמים הוא פשע שבוצע "זה מקרוב" – הרי שקיימת חלופה חוקית ופוגענית פחות, היא פניה לביהמ"ש כאמור. אם כל מידע על החזקת סמים תוביל לחיפוש ללא צו, מתייתר הצורך בקבלת צווי חיפוש סמים מבית המשפט שכן גם אלה, מתבססים רובם ככולם, על מידע בדבר החזקת סמים בלתי חוקיים.

19. כמו כן, לאחר עיון בראיות דומה כי הכוח המשטרתי לא סמך על אותו "חשד סביר", שעלה מדבריה של מרי, כי אם ביקש להיתלות ב"הסכמתו" של הנאשם. היתלות זו בהסכמתו הלכאורית של הנאשם מחזקת את המסקנה כי לא חשד סביר ודחיפות לבצע החיפוש היא שעמדה בבסיס החיפוש, ותחת זאת היה מקום לפעול בדרך המקובלת באמצעות הוצאת צו חיפוש שיפוט. ובמה דברים אמורים?

> בדוח הפעולה ת/2 מתאר רס"ר שי לוי כי "ביקשתי מאופיר [הנאשם- ש.ל.ב] לבצע חיפוש בבית על מנת לאתר חריג. תחילה הגיב בלחץ, הרעיד רגליים, לחץ את אצבעותיו מה שהעלה לי את רמת החשד בנוגע לנמצא בבית. לאחר מכן הסכים אופיר לחיפוש בהסכמה". בדוח הפעולה של המתנדבת דניאל שימול (ת/4) אף היא ציינה כי "השוטר שי לוי ביקש מאופיר לבצע חיפוש בהסכמה בבית ואופיר הסכים".

20. מידע זה העולה מדוחות הפעולה מעורר תמיהה. ככל שהשוטרים הגיעו לביתו של הנאשם בעקבות אותו מידע שמסרה מרי, אשר עלה לשיטת המאשימה כדי חשד סביר, מדוע איפא ביקשו את הסכמת הנאשם לבצע חיפוש בביתו? ככל שסברו כי ישנה דחיפות רבה לביצוע החיפוש ללא קבלת צו חיפוש מבית המשפט, מדוע לא הסתפקו בחשד הסביר עמו הגיעו לביתו של הנאשם? נדמה לי כי הכוח המשטרתי עצמו בחר להישען על הסכמת הנאשם לביצוע החיפוש, וזאת לנוכח ספק שעלה בקרבם ביחס לחשד הסביר ולדחיפות החיפוש דנן. דא עקא, שספק רב אם ניתן לראות בהסכמה זו של הנאשם משום הסכמה מדעת, כנדרש על פי הלכה פסוקה, ובפרט כאשר המידע העולה מדוחות הפעולה סותר את גרסת הנאשם, שהעיד כי הושאר מחוץ לביתו עד קבלת הסכמתו לביצוע החיפוש, קרי: שהסכמתו הושגה בדרכים פסולות.

21. האמת צריכה להיאמר והיא כי לא פעם נתקל בית המשפט במצבים בהם התיעוד המשטרתי שבוצע ביחס לחיפוש שבוצע בחשוד אינו בהיר דיו ומעורר תהיות ביחס לעומד בבסיסו- האם חשד סביר כפי שטוענת המאשימה במהלך שמיעת הראיות, או שמא הסכמת החשוד כפי שזו מצוינת בדוחות הפעולה (השוו בתיק אחר שהגיע לפתחי: ת"פ 71706-01-17 **מדינת ישראל נ' מירזייב** (לא פורסם)(להלן- עניין **מירזייב**)). מצבים כדוגמת המצב המתואר במקרה דנן מעוררים קושי ממשי, שכן לא פעם נדמה כי המאשימה טוענת לקיומו של חשד סביר בדיעבד, שכלל לא עמד בבסיסו של החיפוש שבוצע על ידי הכוח המשטרתי, אשר סבר כי די בהסכמה חלקית של מושא החיפוש.

22. מכל מקום, יישומם של הדברים בנסיבות העניין מדגיש כי לצורך הוכחת חוקיות החיפוש, אל לה למאשימה להסתפק אך בקיומו של חשד סביר (בענייננו המידע שמסרה מרי), כנטען על ידה, אלא גם להוכיח את הדחיפות בקיומו של החיפוש מיד לאחר קבלת המידע, מבלי לפעול להוצאת צו

חיפוש שיפוטי. בנטל זה לא עמדה המאשימה. כפי שציינתי לעיל – המידע שקיבלה המשטרה המבוסס על דבריה של מרי, לפיו הנאשם עושה שימוש בסמים, אינו מצביע על כל דחיפות בביצוע החיפוש. זאת, בשונה למשל ממידע הנוגע לקיומה של עסקת סמים קרובה, שאז הדחיפות היא גבוהה והכרחית. כמו כן, וכמצוין לעיל, אף לא מצאתי באותה "הסכמה" עמומה שצוינה בדוחות הפעולה משום הסכמה מדעת.

<u>חיפוש לא חוקי</u>

23. ההגנה טענה שבטרם החל החיפוש לא הוסברו לנאשם זכויותיו, והחיפוש נערך שלא בנוכחות שני עדים (שאינם שוטרים).

24. סעיף 26 לפסד"פ, שעניינו הנוהל בעריכת חיפוש, מורה כדלקמן:

> **(א) 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.**

25. רבות נכתב על חשיבות קיומו של הליך חיפוש תקין. סעיף 26 לפסד"פ מגלם את הכלל הבסיסי, לפיו חיפוש, בין אם על פי צו ובין אם לאו, יערך בפני שני עדים שאינם שוטרים. אין המדובר בכלל טכני כי אם בכלל מהותי בעיקרו, אשר מגלם בתוכו, מחד, שמירה על פרטיותו וקניינו של מושא החיפוש, והדבר מקבל משנה תוקף מקום בו מדבר בחיפוש המתבצע בביתו של אדם; ומאידך, נוכחותם של שני עדים אובייקטיבים במהלך החיפוש מהווה כלי בקרה על התנהלות הכוח המשטרתי, באופן שימנע ממושא החיפוש להעלות טענות המכוונות נגד התנהלות השוטרים, או ממצאי החיפוש.

26. עוד בהקשר זה ראוי להפנות את תשומת ליבנו אל עבר סעיף 28 לפסד"פ, לפיו "תופש הבית או המקום שמחפשים בו, או אדם מטעמו, יינתן לו להיות נוכח בחיפוש, ולפי דרישתו יימסר לו העתק של רשימת החפצים שנתפסו, חתום בידי העדים או בחותמתם". בתוך כך, שותפה אני לדעה שהובאה בפסיקה לפיה אין לראות בתופש הבית כאחד משני העדים אשר בפניהם יערך החיפוש (להרחבה

ראו: ת"פ (רח') 59911-12-13 **מדינת ישראל נ' אלירן פרי** (פורסם בנבו, 20.04.15); ת"פ (ת"א) 50516-05-13 **מדינת ישראל נ' יחיא** (פורסם בנבו, 25.10.16)).

27. לדברי הנאשם, ארבעת השוטרים הקישו על דלת ביתו בסמוך לשעה 02:00, ודרשו לערוך אצלו חיפוש. ע"ת/1 אף איים עליו שיביא כלבים של מג"ב על מנת לסייע בחיפוש (עמ' 13 לפרוטוקול מיום 31.5.21, ש' 9). לדבריו – אשר לא נסתרו כפי שאפרט להלן – לא הוסברה לו זכותו לסרב לחיפוש ומה משמעותה, והוא אף הושאר מחוץ לביתו, בתחתוניו, עד שיסכים לחיפוש. מכללא שבחיפוש לא היה נוכח איש זולת השוטרים.

28. ע"ת/1 רס"ר שי לוי תיאר באריכות את החיפוש בביתו של הנאשם. לדבריו, החיפוש נעשה בהסכמת הנאשם. רס"ר לוי לא ציין בעדותו – וממילא לא ציין בדוחות הפעולה ת/1 ת/2 – שהוסברו לנאשם זכויותיו או שהחיפוש נערך בנוכחות עדים. ע"ת/2 המתנדבת דניאל שמול תיארה גם היא את החיפוש, וגם בעדותה ובדוח הפעולה שערכה (ת/4) לא צוין שהוסברו לנאשם זכויותיו או שהחיפוש נערך בנוכחות עדים.

29. בנסיבות אלה, ברי כי החיפוש נערך ללא שני עדים כדין. כאמור, נוכחות עדים נועדה למנוע מצב בו מועלות על ידי נאשם טענות הנוגעות לטיב החיפוש ולפגיעה בזכויותיו. מסקנתי ביחס לחיפוש נשוא הליך זה, בהינתן שהחיפוש בוצע ללא עדים, היא כי קיים קושי להתחקות אחר הנעשה בו ולהעביר את חוקיות החיפוש דנן תחת שבט הביקורת של בית המשפט.

30. סיכום ביניים; שני הטעמים שהובאו לעיל- כל אחד לבד ושניהם במצטבר- מובילים אותי למסקנה כי החיפוש שבוצע בביתו של הנאשם אינו חוקי, וכך אני קובעת.

<u>נפקות אי החוקיות</u>

31. כידוע, נתון לבית המשפט שיקול דעת לפסול קבילותן של ראיות, אם הוכח כי הושגו שלא כדין, וקבלתן תפגע באופן מהותי בזכותו של הנאשם להליך הוגן. המדובר בדוקטרינת הפסלות הפסיקתית שנקבעה בעניין ע"פ 5121/98 **יששכרוב נ' התובע הצבאי**, פ"ד סא(1) 461 (2006) (להלן- **עניין יששכרוב**), ושני תנאים לתחולתה: התנאי הראשון הוא כי הראיה הושגה שלא כדין על-ידי רשויות אכיפת החוק, וקיימת זיקה בין הפעלת האמצעי הפסול לבין השגת הראיה; והתנאי השני, הוא כי קבלת הראיה תפגע בזכותו של הנאשם להליך הוגן. בתוך כך, על בית המשפט לבחון, בין כלל השיקולים, את אופי וחומרת אי החוקיות הכרוכה בהשגת הראיה; את מידת ההשפעה שהייתה לאמצעי הפסול על אמינות הראיה, את מהות העבירה ואת הנזק והתועלת החברתיים הכרוכים בפסילתה.

32. אני סבורה כי בחינת כלל השיקולים כפי שהותוו בעניין יששכרוב ואיזונם, מוביל למסקנה לפיה יש להורות על פסילת הסמים והכלים שאותרו בו.

33. <u>באשר לשיקול שעניינו אופייה וחומרתה של אי החוקיות</u> שהייתה כרוכה בהשגת הראיה, אני סבורה כי חומרת אי החוקיות היא בעוצמה גבוהה. בהקשרים שונים עמדה הפסיקה על העיקרון לפיו "ביתו של אדם- מבצרו". עקרון זה בא לידי ביטוי גם בנסיבות העניין דנא. החיפוש הבלתי חוקי שביצעו השוטרים בביתו של הנאשם בשעת לילה מאוחרת יש בו משום פגיעה משמעותית בפרטיותו. לא בכדי איפא צוין **בהלכת בן חיים** כי החובה לפנות לבית המשפט להוצאת צו חיפוש שיפוטי התעצמה והתחדדה בעידן שלאחר חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, שעיגן את הזכות לפרטיות כזכות יסוד בעלת מעמד חוקתי.

34. כאן הוא המקום להתייחס להפניית המאשימה להכרעת הדין בעניין **מירזייב**, במסגרתה קבעתי כי חרף ספק בחוקיותו של הליך החיפוש אין מקום להורות על פסילת הסמים. בהלכת יששכרוב צוין באשר לפסילתן של ראיות חפציות כי "ראיות חפציות כגון: נשק, סם או רכוש גנוב הן בעלות קיום עצמאי ונפרד מאי החוקיות שהייתה כרוכה בהשגתן ובדרך כלל לא יהא באי החוקיות האמורה כדי לפגום באמינותן של ראיות אלה. לפיכך משקלם של השיקולים המצדדים בקבלתן של ראיות חפציות הוא בדרך כלל רב". ואולם הסיבה בגינה קבעתי כי אין להורות על פסילת הסמים בעניין **מירזייב** נטועה בנסיבות השונות שעלו שם, ולא אך בעצם קיומה של ראייה חפצית. שם, דובר היה בחיפוש שהתקיים במרחב הציבורי לאחר יציאתו של הנאשם מבניין עליו קיימה משטרת ישראל תצפיות ומעקבים במסגרת חשד למכירת סמים באחת מדירותיו. אף ציינתי שם כי נסיבות אלה יש בהן משום "נסיבות מקלות" המקהות את עוצמת הפגיעה בזכויותיו של הנאשם. שונה היא פגיעה זו מן הפגיעה המתוארת בנסיבות המקרה דנן, בגדרן הגיעו השוטרים לביתו של הנאשם בשעת לילה מאוחרת באופן המלמד על פגיעה קשה יותר בפרטיות.

35. <u>באשר לשיקול שעניינו מידת ההשפעה של אמצעי החקירה הפסול על הראיה שהושגה</u>, הרי שבענייננו מדובר בראיה חפצית, לגביה נפסק לא אחת כי היא בעלת קיום עצמאי, כפי שצוין לעיל. עם זאת, וכדי לא לרוקן מתוכן תחולתה של הדוקטרינה בעבירות סמים, הרי שיש לזכור כי החיפוש הבלתי חוקי הוא-הוא שהוביל למציאת הסמים בביתו של הנאשם, ועל כן יש לבחון שיקול זה ביחס לכלל השיקולים האחרים ונסיבות המקרה.

36. <u>באשר לשיקול שעניינו הנזק מול התועלת החברתיים הכרוכים בפסילת הראיה</u>, שיקול המגלם במידה רבה את מלאכת האיזונים הנדרשת מבית המשפט, אני סבורה כי אף הוא תומך בפסילת תוצרי החיפוש.

אכן, אין לכחד כי מדובר בכמות בלתי מבוטלת של סם, אולם לצד זאת יודגש כי הנאשם כלל לא הואשם בעבירות סחר שנועדו להפצת הסמים, כי אם בעבירת שימוש שלא לצריכה עצמית והחזקת כלי הכנה. ההחזקה היא של סם מסוג קנבוס, שאיננו מן הסמים החמורים בפקודת הסמים. תמורות רבות מתרחשות בעת האחרונה בכל הנוגע ליחסן של רשויות המדינה בכלל, והתביעה בפרט, לעבירות מן הסוג האמור (השוו: בש"פ 8640/20 **אבו קרינאת נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 23.12.20)). לכך יש להוסיף את העמדה שהובאה בפסיקה, אשר קנתה לה שביתה, ולפיה חומרת העבירה, לכשעצמה, לא תצדיק קבלת ראיות שהושגו בדרך פסולה (ראו למשל: ע"פ 2868/13 **חייבטוב נ מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 02.08.18), פס' 89 לפסק דינו של כב' השופט שהם).

37. מכל מקום, השיקול המכריע שהובילני להורות על פסילת תוצרי החיפוש נוגע להתנהלות המשטרתית בתיק זה כמפורט לעיל.

התנהלות משטרתית זו כפי שתוארה קשורה קשר הדוק לזכותו של הנאשם להליך הוגן. כפי שציינתי במקרה אחר, מידע על הימצאות סמים, כבודו במקומו מונח. הוא מסייע במלאכת המשטרה לשמירה על הסדר הציבורי בכלל, ולשמירה על רחובות הארץ נקיים מסמים בפרט. ברם, אין המדובר במילת קסם אשר בהתקיימותה נסוגות יתר זכויותיהם של חשודים ונאשמים. הדבר מקבל משנה תוקף בהינתן כי קיימת פרוצדורה סדורה וברורה, אשר על פיה יש לפנות תחילה לבי המשפט לקבל צו חיפוש שיפוטי. לא ניתן לקבל את עמדת המשטרה לפיה מידע בדבר הימצאות סמים מצדיק חיפוש מידי, תוך הישענות ערטילאית על נימוק של "חשש משיבוש". משכך, סבורני כי התועלת החברתית בפסילת תוצרי החיפוש עולה על התועלת שבקבלתם- וכך אני מורה.

38. השימוש בכלל הפסילה הפסיקתי הוזכר לאחרונה בפסיקת בית המשפט העליון, תוך שהודגש:

> נקודת המוצא של כלל הפסילה, כמו גם של הגנה מן הצדק, כי לשם הטלת דופי באזרח והכתמתו בהרשעה פלילית, נדרשות הרשויות לפעול כשידיהן נקיות. עליהן לדעת, כי היה ולא יפעלו כך, עשויות ראיות שהשיגו באמצעים פסולים – להיפסל. הנחה זו הלכה והתחדדה, משנחקקו חוקי היסוד, והוכר מעמדה החוקתי העל-חוקי של הזכות להליך הוגן (הלכת יששכרוב, עמודים 560-561). **על בית המשפט הדן בפלילים לעמוד אפוא על המשמר, לשקול ולבדוק אם עשיית הצדק, נעשתה בצדק** (רע"פ 7052/18 **מדינת ישראל נ' רותם** (פורסם בנבו, 05.05.20), פס' 35 לפסק דינו של כב' השופט סולברג; הדגשות אינן במקור).

דברים נכוחים אלה מדברים בעד עצמם.

<u>הראיות הנגזרות</u>

39. מסקנתי זו בדבר פסילת תוצרי החיפוש (הסמים וכלי ההכנה) נכונה גם ביחס לפסילת הודעותיו של הנאשם במשטרה, המהוות ראייה נגזרת.

40. נזכיר כי בעניין ישׁשכרוב נקבע כי שאלת קבילותה של ראיה שנולדה עקב ראיה פסולה אחרת תיבחן על פי נסיבותיו הפרטניות של המקרה. בהמשך, נקבע כי על בית המשפט לבחון את טיב הזיקה בין הראיות (ע"פ 4988/08 **פרחי נ' מדינת ישראל**, פ"ד סה(1) 626 (2010)). בתוך כך, פסק הדין בעניין פרחי התווה מספר מבחנים לפיהם יקבע האם ראוי לפסול ראיה נגזרת, אם לאו. כך, נפסק כי בית המשפט יפסול ראיה נגזרת מקום בו קבלתה תוביל לפגיעה מהותית ובלתי מידתית בזכותו של נאשם להליך הוגן, בדומה לבחינת הראיה הראשית ובשינויים המחייבים, וכן כי יש לבחון את הזיקה שבין אי החוקיות לראיה הנגזרת.

41. בנסיבות האמורות אני סבורה כי קבלת הראיות הנגזרות תגרום גם כן לפגיעה בזכותו של הנאשם להליך הוגן. בחינת השיקולים שהותוו בהלכת ישׁשכרוב, כפי שפורט לעיל, מצדיקים אף את פסילת הודעותיו של הנאשם במשטרה. אני סבורה כי קיימת זיקה מהותית בין הסמים שנתפסו במסגרת החיפוש הבלתי חוקי לבין יתר הראיות, ובפרט הודאתו של הנאשם במשטרה. לא יכול להיות חולק כי עצם תפיסת הסמים בביתו הובילה לחקירתו ומשם קצרה הדרך להודאתו במשטרה (השוו גם: ת"פ (רמ') 26079-01-20 **מדינת ישראל נ' אברג'ל** (פורסם בנבו, 21.01.21), פס' 61 וההפניות שם).

42. **סוף דבר; לנוכח כל האמור לעיל אני סבורה כי יש להורות על פסילת תוצרי החיפוש (הסמים) וכן על פסילת יתר הראיות, בראשן הודעותיו והודאתו של הנאשם במשטרה. התוצאה איפא היא זיכויו של הנאשם מן המיוחס לו בכתב האישום.**

43. ועכשיו – נשוב אל מרי.

44. כזכור, ארבעת השוטרים הוזעקו למקום בשל בחורה צעירה (נערה, כעולה מדוח פעולה ת/1) המסתובבת יחפה ומבקשת מעוברי אורח להסיעה לביתה בשכונת גילה. כותרת דוח הפעולה היא "חשש לחיי אדם".

לאחר שנערך חיפוש על גופה והיא תושאלה באשר לנסיבות המצאה במקום, בחרו השוטרים להשאיר את מרי בשעת לילה מאוחרת בצומת חמד שהוא צומת מסוכן, כשהיא יחפה ואין בידיה כסף או טלפון נייד. למעלה מן הצורך יוער, שגם אם היה לה כסף, הרי שבשעה 01:00 בלילה אין אוטובוסים. בוודאי שלא מצומת חמד עד לביתה שבשכונת גילה. בנסיבות אלה הלכה מרי חמישה עשר קילומטרים, יחפה, עד שהגיעה לביתה. תמונות כפות רגליה הפצועות נמצאות בתיק החקירה.

45. ע"ת/1 העיד שכשהגיעו אל מרי – זו נראתה להם "כאילו עברה משבר" (שם, עמ' 5, ש' 23). כאשר נשאל אם לא היה רצוי לקחת אותה לביתה תחילה, השיב שהעדיפו לסור לבית הנאשם "מחשש לאירוע אלימות בין בני זוג" (שם, עמ' 6, ש' 4). משעומת עם העובדה שלא עלתה על ידי מרי כל תלונה על אלימות שכזאת, השיב שבאו לבית הנאשם הן בשל הוויכוח הקולני והן בשל הסמים (שם, שם, ש' 9). בחקירתו הנגדית אישר העד ששגה בשיקול דעתו כאשר תיעדף את פעולת החיפוש בבית הנאשם על פני החזרת מרי לביתה, או לכל הפחות לתחנת המשטרה הסמוכה (שם, עמ' 8, ש' 21).

46. המתנדבת שמול פתחה את עדותה במילים "תאמת אני זוכרת את הארוע כי הוא היה לא רגיל, הבחורה הייתה נורא במצוקה, אני זוכרת את האירוע עד היום בלי לקרוא את הדוח, זה היה אחד האירועים שאני הכי זוכרת" (שם, עמ' 9, ש' 18-19). לדבריה כשהגיעו אל מרי היא "הייתה נורא בהולה כאילו היא עברה סוג של טראומה והיא כאילו ברחה... היא נראתה במצוקה" (שם, שם, ש' 22-23).

המתנדבת נשאלה מה עשו עם מרי בטרם סרו לבית הנאשם ועל כך השיבה "לא השארנו אותה במקום היא נלקחה לתחנה לטיפול ניידת אחרת..." (שם, עמ' 10, ש' 10) וכן "היא המשיכה עם גורמי הרווחה" (שם, שם, ש' 8). עדות זה אין בה ולא כלום. היא אולי מבטאת את שהיה על השוטרים לעשות, אך לא את שעשו בפועל.

47. התנהלותם של השוטרים מול מרי היא התנהלות מזעזעת בכל קנה מידה. העובדה שבחורה שעל פי דברי השוטרים הייתה נסערת ומבוהלת, הושארה לבדה, בשעת לילה מאוחרת, ללא כסף וללא טלפון (וללא נעליים!!!) בתחנת אוטובוס נטושה, בשעה בה האוטובוסים אינם פעילים, אירוע שאך בנס לא הסתיים באסון, צריכה להרעיד את אמות הסיפים ואני קוראת למי שאמון על עבודתם של שוטרי הסיור לרענן בפניהם את הנהלים.

48. לאור הסכמות הצדדים בדיון ההוכחות- פסק הדין ישלח לצדדים באמצעות המזכירות.

49. הדיון הקבוע למתן הכרעת דין- מבוטל.

50. מורה על השמדת הסמים והכלים שנתפסו בחיפוש.

ניתן היום, כ"ז סיוון תשפ"א, 07 יוני 2021, בהעדר הצדדים.



שרון לארי-בבלי, שופטת בכירה