

## ת"פ 4663/10/14 - מדינת ישראל נגד אברהים אבו טאלב

בית משפט השלום בתל אביב - יפו

ת"פ 4663-10-14 מדינת ישראל נ' אבו טאלב  
בפני כבוד השופט ד"ר שאול אבינור

בעניין: מדינת ישראל  
ע"י ב"כ עו"ד ליה קוק  
פרקליטות מחוז תל-אביב (פלילי)

המאשימה

נגד

אברהים אבו טאלב  
ע"י ב"כ עו"ד עינת ברנע

הנאשם

### הכרעת דין

בפתח הכרעת הדין אני מודיע כי החלטתי לזכות הנאשם.

1. **מהו דין קבילותו כראייה של חפץ שנתפס במהלך חיפוש, כאשר החיפוש נערך ללא נוכחות שני עדים בניגוד להוראה שיפוטית מפורשת בצו חיפוש? - זו השאלה הטעונה הכרעה לפניי במקרה דנא.**

המקרה דנא, כרבים מסוגו, הינו מקרה בו כתב אישום הוגש בעקבות תפיסת חפץ במהלך חיפוש, כאשר החפץ מהווה את הראייה העיקרית ולמעשה היחידה נגד הנאשם. במקרים כגון אלה, ראיות התביעה הן ראיות הנגזרות מהחפץ שנתפס, בין בחוות דעת לגבי מהותו של החפץ ובין בהתבטאות כזו או אחרת של הנאשם בהתייחס אליו. לפיכך, שאלת קבילותו של החפץ כראייה הינה שאלה בעלת חשיבות משפטית ראשונה-במעלה, שכן קביעה שהחפץ אינו קביל שומטת את עיקר הבסיס הראייתי שביסוד כתב האישום.

### א. רקע כללי ותשובת הנאשם לאישום:

2. ביום 9.6.14 הוגשה בבית משפט זה (לפני כב' השופט ש' מלמד) בקשה להוצאת צו חיפוש אצל הנאשם, בשלוש כתובות שננקבו. כב' השופט מלמד נעתר לבקשה והוציא מלפניו צו חיפוש, המסמין את משטרת ישראל לערוך חיפוש אצל הנאשם לצורך תפיסת סמים וכל חפץ הקשור לדבר עבירה (ר' ת/1; להלן - צו החיפוש). בצו החיפוש צוין כי החיפוש "יערך בפני שני עדים שאינם שוטרים", בכפוף להוראות סעיף 26 לפקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש) [נוסח חדש], תשכ"ט-1969 (להלן - הפסד"פ).

בו ביום, בשעות אחר הצהריים, יצא צוות שמנה שבעה שוטרים לשם ביצועו של צו החיפוש. בסופו של דבר נתפסו בחיפוש, אשר נערך בביתו של הנאשם בנסיבות שיפורטו בהמשך הדברים, סמים מסוג קוקאין במשקל 28.43 גרם נטו (להלן - הסמים) וכן שלושה משקלים אלקטרוניים.

3. הנאשם הואשם אפוא, בכתב האישום שהוגש נגדו לפני, בעבירה של החזקת הסמים הנ"ל, שלא לצריכה עצמית, לפי הוראות סעיף 7(א) יחד עם סעיף 7(ג) רישא לפקודת הסמים המסוכנים [נוסח חדש], תשל"ג-1973. כמו כן הואשם הנאשם, בגין המשקלים האלקטרוניים, בעבירה של החזקת כלים להכנת סמים או לצריכתם, לפי הוראות סעיף 10 רישא לפקודה זו.

4. תשובת הנאשם לאישום ניתנה, על ידי באת-כוחו, בכתב. בתשובה צוין כי הנאשם כופר בכל עובדה וטענה שבכתב האישום. בנוסף נטען, כי החיפוש שנערך אצל הנאשם לא היה חוקי ועל כן ממצאיו אינם קבילים כראייה, וכן כי הנאשם תושאל באופן בלתי חוקי במהלך ביצוע החיפוש. עם זאת, חרף כפירתו הנ"ל של הנאשם בעובדות כתב האישום, בסופו של יום - לרבות מתוך סיכומי ב"כ הצדדים - מסתבר כי עובדות האירוע כמעט שאינן שנויות במחלוקת בין הצדדים, אם בכלל.

## **ב. פרשת התביעה ופרשת ההגנה:**

5. מטעם המאשימה העידו לפני שני שוטרים וכן הוגש תיק מוצגים. יחד עם זאת, כיוון שכאמור העובדות אינן שנויות במחלוקת מהותית בין הצדדים די בסקירה תמציתית בלבד של הראיות והעובדות שהוכחו; וכך ייעשה להלן. באשר לתיק המוצגים שהוגש יש לציין כי הוא כולל, מלבד דוחות ומזכרי שוטרים, גם חוות דעת מז"פ בעניין הסמים (ת/7) וכן שלוש הודעות באזהרה, שנגבו מהנאשם (ת/8, ת/9 ות/10). בהודעות אלה עשה הנאשם שימוש בזכותו לשתוק ולא השיב לשאלות המהותיות שאותן נשאל.

6. העד המרכזי מטעם המאשימה היה השוטר רס"ל רועי גולן, אשר ביצע את עיקר פעולות החיפוש וגם ערך דו"ח פעולה המתעד את פרטיו (ר' ת/11. להלן - הדו"ח). השוטר גולן ציין כי בעת עדותו לפני, מוקדם יותר במהלך שנה זו, הוא היה בעל ותק של ארבע שנות שירות במשטרה, כלוחם וסייר ביס"מ (ר' בפרוטוקול, עמ' 10 שורה 12).

7. על פי האמור בדו"ח, ביום 9.6.14 בשעה 16:30 הגיע השוטר גולן, יחד עם שישה שוטרים נוספים, לכתובת עסקו של הנאשם לצורך עריכת חיפוש בהתאם להוראות הצו. חיפוש שנערך בעסקו וברכבו של הנאשם לא העלה כל ממצא. לאחר מכן נלקח הנאשם לצורך עריכת חיפוש בביתו, המצוי בכתובת אחרת (שצוינה אף היא בצו).

בטרם הגיעו לבית פנה השוטר גולן לנאשם ואמר לו: **"התחלנו את הכל יפה וללא שקרים, אל תתחיל לשקר לי עכשיו"**. כשהגיעו לבית ביקש השוטר גולן מהנאשם לפתוח את הדלת. לאחר שהלה עשה כן, והשניים נכנסו לבית, שאל השוטר גולן את הנאשם: **"לפני שאני מתחיל את החיפוש, אתה רוצה להגיד לי היכן יש דבר לא חוקי בבית ולהיות כן איתי?"** הנאשם הצביע על ארון במטבחון ואמר: **"שם"**. השוטר גולן פתח את הארון ומצא בקבוק זכוכית, שבתוכו שלוש אריזות ניילון המכילות בתוכן חומר. השוטר גולן שאל את הנאשם במה דברים אמורים והלה השיב: **"זה שלי, אני משתמש בזה לשימוש עצמי"**. לאחר מכן הוסיף הנאשם וציין שמדובר בקוקאין.

השוטר גולן המשיך בעריכת החיפוש בבית ותפס את המשקלים האלקטרוניים וכן חומרים נוספים שנחשדו בעיניו כסמים או כחומרי ערבו. עם זאת, על פי חוות דעת מז"פ שהוכנה, הסמים היחידים שנמצאו בחיפוש היו

בשקיות בבקבוק הזכוכית, עליו כאמור הצביע הנאשם. על פי חוות הדעת, בשקיות הנ"ל נמצאו סמים מסוג קוקאין במשקל של 28.43 גרם נטו (ר' בת/7), כפי שנטען בעובדות כתב האישום.

8. בחקירתו הנגדית ציין השוטר גולן כי הוא אינו זוכר את האירוע (ר' בפרוטוקול, עמ' 11 שורה 6). השוטר גולן הוסיף ואישר, בהגינותו, כי כעולה ממה שהוא רשם ולא רשם בדו"ח, מדובר בחיפוש שנערך ללא עדים, מבלי שהוצע לנאשם שהחיפוש ייערך עם שני עדים ואף מבלי שהנאשם יודע והוזהר בדבר זכויותיו (שם, עמ' 14 שורה 24 ואילך). השוטר גולן דיבר בעדותו, בהקשר זה, על "**טעות אנוש**" וגם ציין כי בעת האירוע היה שוטר יותר חדש ופחות מקצועי (שם, שורה 23 וכן בעמ' 15 שורה 3).

9. עוד העיד מטעם המאשימה השוטר רס"ל אוריאל מאירוב, שמילא את טופס דו"ח החיפוש הסטנדרטי (טופס משטרתי ט-3146; ת/13). יש לציין כי בהתייחס לסוגיה שבמחלוקת לפניי - דהיינו סוגיית העדים - אין בדו"ח החיפוש התייחסות כלשהי. חרף העובדה שבטופס הסטנדרטי ישנו מקום מיוחד המוקצה לסוגיית העדים, במקרה דנא הוא הושאר ריק.

10. השוטר מאירוב, כמו השוטר גולן, התקשה בזכירת פרטי האירוע (ר' בפרוטוקול, עמ' 16 שורה 11). השוטר מאירוב הבהיר, כי הוא היה שוטר זוטרי יחסית ומילא את הדו"ח על פי הנחיות הקצין, מפקד הצוות (שם, שורה 18 ואילך). בהמשך הדברים ציין השוטר מאירוב כי ותק השירות שלו במשטרה הינו דומה לזה של השוטר גולן. כשנשאל השוטר מאירוב אם ידע שחיפוש צריך להיערך לפני עדים, הוא השיב: "**אני לא זוכר אם ידעתי באותה תקופה או לא, היום אני יודע את זה**" (שם, עמ' 18 שורה 8).

11. בתום פרשת התביעה טען הנאשם, באמצעות באת-כוחו, כי אין עליו להשיב לאשמה. לאחר שמיעת טיעוני ב"כ הצדדים דחיתי את הטענה, תוך ציון שנימוקי ההחלטה יינתנו במסגרת הכרעת הדין. ייאמר אפוא כאן שדחיית הטענה נעשתה בהסתמך על פסיקת בית המשפט המחוזי בתל-אביב בע"פ 11347-03-15 **מדינת ישראל נ' ביניאשוילי** (2015) (להכרעת הדין בבית משפט השלום בתל-אביב ר' ת"פ 50516-05-13 **מדינת ישראל נ' ביניאשוילי** (2015)).

12. עניין **ביניאשוילי** היה דומה במידת מה לענייננו, במובן זה שאף שם נערך חיפוש ללא נוכחות עדים, הגם שניתן צו חיפוש שבו הורה בית המשפט על עריכת החיפוש בנוכחות שני עדים. השוטר שערך את החיפוש, באותו המקרה, נשאל בחקירתו הנגדית מדוע לא נכחו שני עדים בחיפוש, והשיב: "**לא זוכר, זה לא משהו שהתייחסתי אליו**". בנסיבות אלה קיבל בית משפט השלום את טענת הנאשמת דשם שאין עליה להשיב לאשמה והורה על זיכוייה. המדינה ערערה על הזיכוי לבית המשפט המחוזי, אשר קיבל את הערעור.

בית המשפט המחוזי הדגיש בפסק דינו כי דוקטרינת הפסילה הפסיקתית, שנוצרה במשפטנו בהלכת **יששכרוב** (ע"פ 5121/98 **יששכרוב נ' התובע הצבאי**, פ"ד סא (1) 461 (2006)) ובהלכות שנפסקו בעקבותיה, הינה דוקטרינת פסילה יחסית וגמישה. לפיכך, רק בתום המשפט ולאחר פרישת מלוא הראיות והטיעונים בפני בית המשפט, ניתן יהיה לשקול את משמעות הפגמים שנפלו בהשגת הראייה המפלילה ולקבוע אם יש מקום לפסול אותה ולהורות על זיכוי הנאשמת. בנסיבות אלה קיבל בית המשפט המחוזי את הערעור בעניין **ביניאשוילי** והורה על השבת הדיון בו לבית משפט השלום, לשם שמיעת פרשת ההגנה.

13. לאחר מתן החלטתי בדבר דחיית טענת הנאשם שאין עליו להשיב לאשמה הודיעה ב"כ הנאשם כי היא הסבירה לנאשם את זכויותיו - לרבות המשמעות הראייתית של שתיקה במשפט - אך הוא בחר שלא

להעיד ושלא להביא ראיות. בכך הסתיימה אפוא שמיעת הראיות.

## **ג. סיכום ביניים:**

14. העובדות הנוגעות לעריכת החיפוש, כמו גם לתוצריו, הוכחו לפניי כדבעי. בנוסף - כפי שעלה מסיכומי ב"כ הצדדים, שהוגשו בכתב - הן אף אינן שנויות במחלוקת של ממש. אכן, החיפוש בביתו של הנאשם הניב את תפיסת הסמים. דא עקא, שהחיפוש נערך שלא כדין, בשלושה מישורים מצטברים:
- ראשית**, החיפוש נערך ללא עדים, למעשה תוך הפרת דין כפולה: הן של הוראות סעיף 26(א) לפסד"פ, המחייבות עריכת כל חיפוש בנוכחות שני עדים שאינם שוטרים, והן של צו שיפוטי, שהורה באופן ספציפי על עריכת החיפוש אצל הנאשם בנוכחות שני עדים שאינם שוטרים.
- שנית**, לנאשם לא הוסברו זכויותיו בקשר לחיפוש, במיוחד בקשר לנוכחות של שני עדים שאינם שוטרים, והוא לא ביקש לערוך את החיפוש ללא עדים. בנוסף, לא נערך תיעוד כלשהו של הסיבה בגינה לא נכחו עדים בחיפוש והחלק המוקצה להיבט זה, בטופס המשטרתי הסטנדרטי, הושאר ריק.
- שלישית**, אגב החיפוש נחקר הנאשם בקשר לסמים, ללא שהוזהר בדבר זכויותיו, וחולצה ממנו הודאה בהחזקת הסמים, אם גם לצריכה עצמית בלבד.
15. לא למותר להעיר, כבר בשלב זה, כי נוכח המפורט לעיל מידת אי החוקיות שנפלה בחיפוש דנא הינה חמורה. כאמור, עסקינן בתיק שבו הראייה העיקרית והיחידה למעשה נגד הנאשם היא החפץ שנתפס בחיפוש - בענייננו הסמים - כאשר יתר הראיות המפלילות, ובמיוחד התבטאותו של הנאשם במהלך ביצוע החיפוש, הן ראיות הנגזרות מראייה זו. על פני הדברים ברור, אם כן, שלא מדובר בפגם שנפל בשולי פעילות החקירה בתיק - פגם שאין בו כדי להשפיע באופן מהותי על המארג הראייתי שביסוד כתב האישום - אלא באי חוקיות היורדת לשורשו של עניין ולעיקר התשתית הראייתית שנאספה נגד הנאשם.

## **ד. הדין והפסיקה בעניין החובה לערוך חיפוש בנוכחות שני עדים שאינם שוטרים:**

(1) הוראות הדין בדבר החובה לערוך חיפוש בנוכחות שני עדים:

16. הדין בעניין עריכת חיפוש בבית או במקום, לרבות באשר לסמכויות שוטרים בהקשר זה, נקבע בהוראות הפרק השלישי לפסד"פ. החובה לערוך חיפוש כאמור בנוכחות שני עדים, שאינם שוטרים, נקבעה בהוראות סעיף 26(א) לפסד"פ, המורות כלהלן:

### **26. הנוהל בעריכת חיפוש.**

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

**(1) לא ניתן בנסיבות העניין ובגלל דחיפותו לערכו כאמור; נסיבות העניין**

**וטעמי דחיפותו יפורטו בפרוטוקול שייערך;**

**(2) שופט הרשה לערכו שלא בפני עדים;**

**(3) תופס הבית או המקום שבו נערך החיפוש, או אחד מבני ביתו הנוכחים שם, ביקש לערוך שלא בפני עדים; הבקשה תפורש בפרוטוקול שייערך (ההדגשות הוספו).**

17. התכלית החקיקתית שביסוד הדרישה לנוכחות עדים שאינם שוטרים - אשר נדונה לא אחת בפסיקה - היא בהבטחת קיומם של פיקוח ובקרה על הליך החיפוש, במספר מישורים:

**ראשית**, הליך החיפוש בביתו של אדם או בחצירו הינו הליך פולשני, שמעצם טיבו כרוך בפגיעה קשה בפרטיות, לעיתים גם של צדדים שלישיים. נוכחותם של עדים ניטראליים חשובה אפוא על מנת להגשים את מטרתו של החיפוש ולמנוע כל פגיעה מיותרת בקניין, בפרטיות או בכבוד האדם; וזאת גם בהתייחס לדרך ולאופן ביצוע החיפוש.

**שנית**, נוכחות עדים שאינם שוטרים, במהלך החיפוש, פועלת באופן דומה לנוכחות קהל בעת דיונים בבית המשפט. היא יוצרת שקיפות באשר לדרך בה מתפקדת מערכת אכיפת החוק והאופן בו היא מפעילה את סמכויותיה, ועל ידי כך מגבירה את אמון הציבור הן במשטרה העורכת את החיפוש והן בבית המשפט שהורה על עריכתו.

**שלישית**, נוכחות עדים ניטראליים עשויה להפחית חיכוכים בין השוטרים לבין האדם שבביתו נערך החיפוש וממילא למנוע התלקחויות מיותרות. בנוסף, יש בה כדי להקשות על העלאת טענות סרק וכתולדה מכך לצמצם את הצורך בקיום דיונים מיותרים בטענות אודות השתלת ראיות וכיוצא בזה.

18. חשוב להדגיש, בהקשר זה, כי על אף שהפסד"פ הינה דבר חקיקה מנדטורי - אם גם בלבוש של "נוסח חדש" - הרי שהוראות סעיף 26(א) הנ"ל הינן דבר חקיקה ישראלי מקורי, שחוקק עוד בטרם עריכת הנוסח החדש לפקודה במסגרת החוק לתיקון פקודת הפרוצידורה הפלילית (מעצר וחיפושים), תשכ"ה-1964 (להלן - החוק המתקן). בחוק המתקן נקבע הנוסח הנוכחי הנ"ל של סעיף 26(א), אשר מדגיש את חשיבות נוכחות העדים שאינם שוטרים באמצעות דרישה לעריכת "פרוטוקול" בכל מקרה שבו חיפוש נערך ללא עדים בלא היתר שיפוטי (ר' בסעיפים-קטנים (1) ו-(3)).

19. החשיבות שייחס המחוקק הישראלי לנוכחות עדים שאינם שוטרים אף באה לידי ביטוי בדברי ח"כ ברוך אזניה, אשר הציג בכנסת את החוק המתקן לקריאה שנייה וקריאה שלישית בשם ועדת חוקה, חוק ומשפט. ח"כ אזניה ציין, בין השאר, שהוועדה ערכה שינוי בהצעת החוק המתקן בכך שהוסיפה לסייג המאפשר עריכת חיפוש ללא עדים - כאשר נסיבות העניין ודחיפותו מצדיקים זאת - "**הוראה שאת העובדות הללו, היינו מה הן נסיבות העניין וטעמי הדחיפות, יש לפרט בפרוטוקול שייערך...**" (ר' דברי הכנסת מיום 24.11.64, בעמ' 429).

20. אין לכחד, כי דרישת המחוקק לעריכת חיפושים בנוכחות שני עדים שאינם שוטרים מטילה על המשטרה נטל מבצעי שאינו קל. יתר על כן, הנטל לחפש ולמצוא לאלתר שני עדים ניטראליים, שהיו עדים לחיפוש אך לא יפריעו לעריכתו, עשוי בנסיבות מסוימות להיות כבד עד כדי סיכול עריכת החיפוש או עיכובו באופן שיאפשר השמדת ראיות או סילוקן. יחד עם זאת, המחוקק היה ער לקושי אפשרי זה ולאורו קבע את הסייג שבסעיף-קטן 26(א)(1), סייג שאותו המשטרה רשאית ואף נדרשת ליישם במקרים המתאימים. מכל מקום ובכל מקרה, הנטל האמור אינו יכול להוות תירוץ או עילה להפרת הוראות דין מפורשות. הפתרון לנטל האמור אינו בהפרת הדין אלא בהיערכות מראש מתאימה מצידה של המשטרה.

(2) התייחסות הפסיקה להפרת החובה לערוך חיפוש בנוכחות שני עדים והמסקנות הנגזרות ממנה:

21. הפסיקה חזרה והדגישה, שוב ושוב, את החשיבות הרבה של עריכת חיפוש בבית או במקום בנוכחות שני עדים שאינם שוטרים, כמצוות הדין. עוד בשנת 1983 מתח בית המשפט המחוזי בנצרת, בשבתו כערכאת ערעור, ביקורת חריפה על עריכת חיפוש בבית ללא עדים ומבלי להסביר לתופס הבית את זכויותיו. בית המשפט הדגיש, בין השאר, כי על פי הדין הזכות לנוכחות עדים היא זכותו של תופס הבית, ועל כן ויתור על הזכות צריך שיעשה על פי בקשה מצידו, והוסיף וקבע כי עריכת חיפוש ללא עדים - שלא במסגרת החריגים שנקבעו בדין - הופכת את החיפוש לבלתי חוקי מעיקרו; כלהלן:

**על עורכי החיפוש, השוטרים, למלא את חובתם על פי החוק ולדאוג בראש וראשונה לנוכחותם של עדים, וזכותו הבלעדית של האדם שאצלו נערך החיפוש היא לבקש כי העדים לא יהיו נוכחים. זוהי זכות בלעדית השמורה לאדם זה ולו בלבד, וזאת אחרי שהוסבר לו על ידי השוטרים כי מבחינתם חובה חקוקה עליהם לבצע את החיפוש בנוכחות עדים.**

...

כבר הודגשה החומרה שבעריכת חיפוש בביתו, בכליו או על גופו של אדם, ומשעה שנעשה מעשה דרסטי זה המציב אדם עירום ועריה, מן הדין הוא שהדבר יבוצע תוך הקפדה יתירה על כל תו ותג שבחוק. ולא שמונה, ולא שמונים ואף לא ריבוא שוטרים אינם יכולים לבוא במקומם של עדים זרים ניטרליים שהחוק מחייב נוכחותם בעת חיפוש. אי קיומן של הוראות אלה על ידי המשטרה עושה את החיפוש לבלתי חוקי מעיקרו, שכן אין החוק מתיר כל שיקול דעת לשוטרים להחליט כיצד והיאך לבצע את החיפוש, ועליהם לקיימו אך ורק לפי הקבוע בחוק (ע"פ (מחוזי נצרת) 38/83 בן-קיקי נ' מדינת ישראל, פס"מ תשמ"ד (2) 185, 191-192 (1983). ההדגשות הוספו).

22. חרף מילים חריפות אלה - שבהתאם לפסיקה שהיתה מקובלת באותם הימים לא לוו בפסילת הראייה שנתפסה - התופעה של עריכת חיפוש ללא נוכחות עדים שאינם שוטרים, גם במקרים שבהם נכללה בצו החיפוש הוראה מפורשת המחייבת את עריכת החיפוש בנוכחות עדים, לא נעלמה כלל ועיקר.

יתר על כן, סקירת פסיקת בתי משפט השלום ממחוזות השיפוט השונים, מהשנים האחרונות, מלמדת כי התופעה של עריכת חיפוש ללא עדים הינה, למרבה הצער, תופעה שרירה וקיימת, ואף שכיחה למדי. מעבר לעניין **ביניאשוילי**, שאוזכר בפסקה 11 דלעיל, ראו למשל: ת"פ 52892-05-10 (באר-שבע) **מדינת ישראל נ' אלבו** (2013); ת"פ 23135-06-12 (טבריה) **מדינת ישראל נ' רחמני** (2014); ת"פ 6763-01-14 (פתח-תקווה) **מדינת ישראל נ' מדרי** (2014); ת"פ (רמלה) 46745-10-10 **רשות הטבע והגנים נ' ריאן** (2014); ת"פ 34940-07-13 (רחובות) **מדינת ישראל נ' יעיש** (2014); ת"פ (בית-שמש) 19089-12-13 **מדינת ישראל נ' אטיאס** (2014); ת"פ 59911-12-13 (רחובות) **מדינת ישראל נ' פרי** (2015); ת"פ (ראשון-לציון) 19411-04-14 **מדינת ישראל נ' רפאל** (2015); ת"פ (תל-אביב) 13802-07-13 **מדינת ישראל נ' זוארץ** (2015).

23. בכל המקרים הנ"ל יישמו בתי המשפט השלום את כלל הפסילה הפסיקתית, שכאמור נוצר בהלכת **יששכרוב** ופותח לאחר מכן בהלכת **בן חיים** (רע"פ 10141/09 **בן חיים נ' מדינת ישראל** (2012)), ובחלק מהם הגיעו למסקנה שיש לפסול ראיות שנתפסו בחיפוש שנערך ללא עדים ולזכות נאשמים. יחד

עם זאת, דומה כי הפרקטיקה המשטרית לא השתנתה ועניין **ביניאשוילי**, כמו גם העניין שלפניי, יוכיחו.

24. כזכור, בעניין **ביניאשוילי** נשאל השוטר שביצע את החיפוש אודות ההוראה השיפוטית שנכללה בצו החיפוש, בדבר ביצוע החיפוש בנוכחות שני עדים, והשיב "זה לא משהו שהתייחסתי אליו". בעניין שלפניי, סוגיית העדים כלל לא זכתה להתייחסות מצד השוטרים, ואף זאת חרף הוראה שיפוטית מפורשת בצו החיפוש. יש להדגיש כי שני השוטרים - גולן ומאירוב - העידו לפניי לפי תומם, ודווקא בכך יש כדי ללמד על חומרת התקלה. הרושם הברור שעלה מעדויותיהם של השניים הוא כי סוגיית העדים כלל לא עלתה בדעתו של מי משוטרי הצוות במהלך ביצוע החיפוש; והם כנראה אף לא היו מודעים לדרישת הדין בדבר עריכת חיפוש בנוכחות שני עדים שאינם שוטרים (כפי שהשוטר מאירוב אישר, אם גם בחצי-פה). שני השוטרים הסבירו את הדבר בוותק שירות צעיר-יחסית, אך אין זה מתקבל על הדעת ששוטרים המשמשים בתפקידי שטח מבצעיים במשך כשנתיים ימים (בעת האירוע), ואף משתתפים מדי פעם בביצוע חיפוש, כלל לא יהיו מודעים לחובה לבצע חיפוש בפני עדים.

25. יתר על כן, וזו הנקודה החשובה כאן, המסקנה הנגזרת מהיעדר מודעות השוטרים לחובה לביצוע חיפוש בפני שני עדים היא שלא מדובר בכישלון נקודתי או בטעות מקרית של הצוות המשטרתי במקרה דנא - צוות שכזכור מנה שבעה שוטרים, לרבות קצין - אלא שמדובר, כפי שעולה גם מהמקרים הרבים שנדונו בפסיקה, במחדל מערכתי של אי לימוד ואי הפנמת דרישות הדין והפסיקה לביצוע חיפוש בפני שני עדים שאינם שוטרים.

## ה. הדרך הראויה ליישום דוקטרינת הפסילה הפסיקתית במקרים בהם הופרה החובה לערוך חיפוש בנוכחות שני עדים שאינם שוטרים:

26. על רקע כל שנאמר לעיל נשאלת השאלה מהי הדרך הראויה ליישום דוקטרינת הפסילה הפסיקתית באותם מקרים בהם הופרה החובה שבדין לעריכת חיפוש בבית או במקום בנוכחות שני עדים שאינם שוטרים. בהקשר זה ראוי להזכיר תחילה, ולו בתמצית שבתמצית, כי הגישה המסורתית של המשפט המקובל - ששלטה בזמנו גם במשפטנו - יצרה אבחנה חדה בין שאלת קבילותה של ראייה לבין שאלת חוקיות האמצעים ששימשו להשגתה, דהיינו: קבילותה של הראייה לחוד ושאלת חוקיות האמצעים ששימשו להשגתה לחוד. על פי גישה זו, אם ראייה הושגה על ידי איש רשות שלא כדין, הדבר עשוי להקים עילה לניהול הליכים משפטיים נגדו, לרבות במישור המשמעתי, אך אין בכך כדי להשפיע על קבילות הראייה עצמה.

27. לא כאן המקום לערוך דיון מקיף בקשיים השונים שמעוררת גישה מסורתית זו, אך חשוב לציין כי הפתרון של נקיטת הליכים משפטיים נפרדים ונוספים נגד שוטרים הוא פשוט בלתי מציאותי, בפרט במערכת משפט בעלת מבנה אדברסרי כשלנו. במערכת משפט כזו ההליך המשפטי מבוסס על התמודדות בין הצדדים, ועל כן אין זה סביר לצפות מרשויות אכיפת החוק שינהלו הליכים משפטיים דווקא נגד אותם שוטרים שהשיגו את הראיות שאפשרו להן לזכות בדין.

ואכן, המציאות מלמדת שהליכים כאמור נגד שוטרים אינם מתנהלים, ושוב המקרה שלפניי יוכיח: גם במקרה דנא, בו אישרה ב"כ המאשימה בהגינותה כי רבה את הפרות הדין המהותיות שנפלו הן בדרך עריכת החיפוש והן בדרך תיעודו (ר' בעמ' 3 לסיכומיה), לא נטען כי יש כוונה כלשהי לנקוט בהליכים כאלה או אחרים נגד מי מהשוטרים שהשתתפו בחיפוש. יתר על כן, אף לא נטען כי היה מקרה כלשהו בעבר בו ננקטו על ידי המדינה או המשטרה הליכים נגד שוטר שביצע חיפוש שלא כדין.

28. היבט זה הינו על כן חשוב וראוי להדגשה, משום שיש בו כדי להצביע על כך שבהיעדר פסילה פסיקתית שיטתית של ראיות, הפרות הדין הכרוכות בעריכת חיפושים תישארנה ללא מענה כלשהו. לפיכך, מדיניות משפטית שבה הכלל אינו פסילה של ראיות שהושגו בחיפוש שלא כדין עלולה אף לעודד חיפושים כאלה, למצער מתוך ההנחה שישנו סיכוי של ממש כי ראיות שנתפסו בחיפושים כאלה בסופו של דבר תתקבלנה בבית המשפט.

כפי שצוין כבר לעיל, החובה לערוך חיפושים במעמד שני עדים ניטראליים מטילה נטל מבצעי לא קל על המשטרה. מכאן, שדווקא בעניין זה יש להקפיד, משום שאחרת המציאות תהא - כפי שלמרבה הצער היא משתקפת מפסיקת השנים האחרונות - שחיפושים ייערכו שלא במעמד עדים; והכל חרף הוראות הדין ואף בניגוד להוראות שיפוטיות ספציפיות.

29. במסגרת הלכת **יששכרוב**, שניתנה כבר לפני למעלה מעשור שנים, נדחתה הגישה המסורתית שתוארה לעיל ונקבעה תחתיה דוקטרינת פסילה פסיקתית המאפשרת ומחייבת, בנסיבות מסוימות, פסילת ראיות שהושגו שלא כדין. הלכת **יששכרוב** לא אמצה את מודל הפסילה הפסיקתית המתבסס על תכלית הרתעתית כלפי רשויות אכיפת החוק, וזאת מנימוקים שונים שאין צורך להידרש להם כאן, אלא קבעה מודל אחר, המתבסס על תכלית ההגנה על טוהר ההליך השיפוטי.

יחד עם זאת, יש להדגיש כי הלכת **יששכרוב** לא פסלה, כלל ועיקר, את התכלית ההרתעתית ואף ראתה בה תוצאת-לוואי רצויה של דוקטרינת הפסילה הפסיקתית שנקבעה:

**...אין בתכלית ההרתעתית-חינוכית כדי להוות בסיס איתן לעיצובה של דוקטרינה לפסילת ראיות שהושגו שלא כדין בשיטתנו המשפטית. נוכח מחויבותו של בית-משפט זה מאז ומתמיד להגנה על זכויות האדם ובהשראתם של חוקי היסוד בדבר זכויות האדם, נראה כי התכלית של הגנה על הגינות ההליך הפלילי וטוהרו, הן התכליות הראשיות שסייעו בעיצובה של הדוקטרינה הנדונה. התכלית ההרתעתית-חינוכית עשויה להוות תוצאת לוואי אפשרית - ואף רצויה - של פסילת הראיות במסגרתה של דוקטרינה זו (ר' בהלכת **יששכרוב**, בפסקה 61 לפסק הדין. ההדגשה הוספה).**

30. הנה כי כן, המסקנה המתבקשת היא שהגיעה העת והגיעה השעה לקבוע כי הפעלת דוקטרינת הפסילה הפסיקתית במקרים כגון דא - דהיינו: במקרים בהם נערך חיפוש ללא עדים, בניגוד להוראות צו שיפוטי ושלא במסגרת החריגים שנקבעו בסעיף 26(א) לפסד"פ, כאשר הראייה שנתפסה בחיפוש מהווה ראייה מרכזית נגד הנאשם ועל כן בקבלתה יש משום פגיעה מהותית בזכותו להליך הוגן - תיעשה בדרך של פסילת קבילות הראייה שנתפסה, למעט בנסיבות חריגות.

במילים אחרות: **במקרים כגון דא הכלל יהא פסילת הראייה, כאשר רק בנסיבות חריגות, או בהתקיים אינטרס ציבורי כבד משקל, ניתן יהיה להכשיר את הראייה.**

31. דומה כי רק בדרך זו ניתן יהיה לתקן את המצב הקיים ולהביא לשינוי בהתנהלות המשטרה בעת עריכת חיפושים, כמו גם להגן על יושרתו וטהרתו של ההליך השיפוטי. הותרת מצב הדברים הנוכחי על כנו - מצב בו המשטרה מתעלמת באופן חוזר ונשנה מהוראות שיפוטיות בדבר עריכת חיפושים בפני עדים - אינה מתקבלת על הדעת. יתר על כן, כמעט אין צריך לומר שמתן הכשר שיפוטי לראיות שנתפסו שלא כדין עשוי כשלעצמו לחתור תחת הלגיטימיות של ההליך השיפוטי ואף לסתור את התכלית של הגנה על טוהר ההליך השיפוטי, יושרתו והגינותו, העומדת ביסוד הלכת **יששכרוב**.



32. חשוב להדגיש כאן, כי הקביעה בדבר פסילת תוצרי חיפוש שנערך על ידי שוטרים שלא כדין אינה פסיקה שהינה, כביכול, "נגד" המשטרה, אלא בדיוק ההיפך הוא הנכון. אכן, דומה כי לא ניתן להפריז בחשיבות תפקידיה של המשטרה לעצם קיומה של החברה התרבותית המאורגנת. כבר שנו רבותינו שאלמלא מוראה של מלכות "איש את רעהו חיים בלעו" (מסכת אבות ג', ב'), והדברים הם בעלי משנה תוקף במאה ה-21, שבה נושאי ביטחון הפנים עברו לקדמת הבמה ולעיתים אף עולים בחשיבותם על נושאי ביטחון החוץ.

33. ואולם, דווקא נוכח חשיבות תפקידיה של המשטרה, כרשות אכיפת החוק המרכזית במדינה, ישנה חשיבות עצומה לאמון הציבור בה ובפעולותיה. זאת, בין השאר משום שעל מנת שתוכל למלא את תפקידיה כהלכה, המשטרה זקוקה לשתוף פעולה מצד הציבור הרחב הן בהגשת תלונות ובמסירת מידע והן בסיוע לשוטרים הממלאים את תפקידיהם בשטח. פשיטא, כי אמון הציבור לא יושג במקום שבו הרשות אוכפת-החוק אינה מקיימת את החוק בעצמה, ודברים אלה הם בבחינת מובנים-מאליהם. לפיכך, קיימת חשיבות ראשונה-במעלה לדוגמא האישית הניתנת לציבור על ידי שוטרים - החל מאופן נהיגתם של שוטרים בניידות משטרה בכבישים, עבור בדרך בה הם מנהלים חקירות פליליות וכלה באופן בו הם ממלאים הוראות שיפוטיות.

34. מציאות בה שוטרים מקיימים הוראות שבצווי חיפוש שיפוטיים באופן סלקטיבי, דהיינו: מקיימים את ההוראות הנוחות להם (ההיתר לקיים חיפוש בבית פרטי) אך מתעלמים מההוראות שאינן נוחות להם (ההוראה לקיים את החיפוש במעמד שני עדים שאינם שוטרים), אינה מציאות שקיומה עשוי להתקבל על הדעת במדינת חוק. לא זו אף זו: יש בה כדי לפגוע באופן ממשי בתדמית המשטרה ובאמון הציבור בה, ואף לעודד תחושות של ניכור ועוינות. לפיכך, פסילת ראיות שנתפסו בדרך זו עולה בקנה אחד גם עם האינטרס המשטרתי המערכתי.

## ו. היישום למקרה דנא:

35. במקרה דנא כתב האישום הוגש בהתבסס על הראייה שנתפסה בחיפוש שנערך בביתו של הנאשם, דהיינו הסמים, כמו גם התבטאותו של הנאשם בהתייחס לראייה זו, שנאמרה במהלך החיפוש. דא עקא, שבחיפוש נפלו מספר פגמים מהותיים והוא נערך שלא כדין. החיפוש נערך ללא עדים, בניגוד להוראה מפורשת בצו שיפוטי ושלא במסגרת החריגים שנקבעו בסעיף 26(א) לפסד"פ. בנוסף, נפלו פגמים חמורים הן בתיעוד הטעמים לעריכת החיפוש בדרך שבה הוא נערך, ואף זאת בניגוד להוראות סעיף 26(א) הנ"ל, והן באי מתן הסברים לנאשם אודות זכויותיו הרלוואנטיות (לפירוט המלא ר' בפסקה 14 דלעיל).

36. בנסיבות אלה, המסקנה המתחייבת - בהתאם לדרך הראויה להפעלת דוקטרינת הפסילה הפסיקתית בכגון דא, כאמור בפסקה 30 דלעיל - היא שיש לפסול את הראייה שנתפסה בחיפוש, דהיינו הסמים, וכתולדה מכך גם את התבטאותו של הנאשם ביחס לסמים שנאמרה במהלך החיפוש.

37. בעניין אחרון זה יש לציין כי תורת "פירות העץ המורעל" אמנם לא נתקבלה במשפטנו, במסגרת הלכת **יששכרוב**, אך כאשר מדובר בהתבטאות ביחס לחפץ שנתפס במסגרת חיפוש שלא כדין - וקבילותו כראייה נפסלה - יש לפסול גם את ההתבטאות. זאת, משום שאם לא תאמר כן ניתן יהיה להכשיר-כביכול כל חיפוש שלא כדין באמצעות חילוץ הודאה ביחס לחפץ שנתפס במהלך החיפוש

(בעניין זה השווה לעובדות שעמדו ביסוד הלכת **בן חיים**, שם זוכה המבקש על אף שהודה בהחזקת החפץ דשם). התוצאה המשפטית הינה, אפוא, זיכוי של הנאשם, כפי שהודע ברישא להכרעת הדין.

38. לא למותר להוסיף, כי נוכח הצטברות הפגמים המהותיים במקרה דנא, כמו גם מכלול נסיבות העניין, מסקנת הזיכוי מתחייבת אף תוך יישום "סטנדרטי" של הלכת **יששכרוב** והלכת **בן חיים**. מחד גיסא, התיק נגד הנאשם מבוסס כל כולו על ראייה שנתפסה תוך הפרת דין ופגיעה בזכויות הנאשם ועל כן בקבלתה יש משום פגיעה מהותית בזכותו של הנאשם להליך הוגן. מאידך גיסא, הגם שמדובר במקרה בו נתפסו סמים בכמות לא מבוטלת, מדובר בכמות שאינה מציבה את המעשה ברף חמור באופן מיוחד.

39. נוכח הקביעה האחרונה הנ"ל אין צורך להידרש כאן לאמירה בהלכת **יששכרוב**, שלפיה "**כאשר העבירות המיוחסות לנאשם חמורות מאד**" ייתכן שראוי להימנע מפסילת ראייה שהושגה שלא כדין (ר' שם, בפסקה 72). יוטעם עם זאת, כי אמירה זו הושאר בצריך-עיון בהלכת **יששכרוב** עצמה, ובפסיקה מאוחרת יותר נשמעו הסתייגויות לגביה (ר' למשל ע"פ 5956/08 **אל עוקה נ' מדינת ישראל** (2011)). עוד יש לציין, במישור זה, כי העבירות בהן הואשם הנאשם אינן עבירות המופנות נגד קורבן עבירה ספציפי - להבדיל, למשל, מעבירות אלימות - ועל כן אף אין צורך להידרש כאן לעריכת איזונים בין זכויות נפגע העבירה לבין זכויות הנאשם.

40. לבסוף ובשולי הדברים ראוי להעיר, כי דו"ח החיפוש המשטרתי הסטנדרטי, בו השתמש במקרה דנא השוטר מאירוב (טופס משטרתי ט-3146; ת/13), לכאורה אינו עולה בקנה אחד עם הוראות סעיף 26(א) לפסד"פ והפסיקה הרלוואנטית. זאת, הן בהיבט של מתן ההסברים לתופס הבית או המקום אודות זכויותיו והן בהיבט של תיעוד דבריו בהקשר זה. אף שגם נושא זה היה כבר מושא לביקורת פסיקתית, דומה כי דבר לא נעשה (ר' ת"פ 23135-06-12 (טבריה) **מדינת ישראל נ' רחמני** (2014), שאוזכר גם לעיל).

המזכירות תמציא אפוא הכרעת דין זו ליועץ המשפטי למשטרת ישראל, המתבקש לבחון את הטופס האמור ואת השינויים הנדרשים בו בהתאם לדין ולפסיקה. ב"כ המאשימה תואיל לוודא המצאת הכרעת הדין ליועץ המשפטי למשטרת ישראל.

ניתנה היום, יום ראשון כ"ב אלול תשע"ו, 25 ספטמבר 2016, במעמד הצדדים.