

ע"פ 26353/03/23 - יעקב אמסלם נגד מדינת ישראל

בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ע"פ 26353-03-23 אמסלם נ' מדינת ישראל

בפני **כבוד השופטת מרשק מרום, אב"ד**
כבוד השופט העמית צלקובניק
כבוד השופט ארד-אילון
מערער **יעקב אמסלם ע"י ב"כ עוה"ד שירן ברגמן**
נגד **מדינת ישראל באמצעות פמ"מ וע"י ב"כ עוה"ד איריס פיקר-סגל**
משיבה

פסק דין

השופטת מרשק-מרום, אב"ד:

1. ערעור על הכרעת-דין מיום 2.10.2022 שניתן בבית המשפט השלום ברמלה (כבוד השופט איל כהן) בת"פ 29414-02-20, במסגרתה הורשע המערער לאחר שמיעת ראיות בביצוע עבירה של **החזקת סכין** לפי סעיף 186(א) לחוק העונשין, התשל"ז - 1977 (להלן: חוק העונשין).

המערער אינו מערער על גזר-הדין, בו הוטל עליו עונש הכולל מאסר על תנאי וקנס.

2. המערער הורשע בכך, שביום 30.8.18 בשעה 2:58 לערך, נהג ברחוב שפירא שבבאר יעקב, ובנסיבות אלו החזיק בתא הכפפות של הרכב סכין מתקבעת שאורך להבה כ-10 ס"מ לצורך הגנה עצמית וללא מטרה כשרה.

3. טיעוני ההגנה בבית-המשפט קמא, בדומה לטיעונים לפנינו, עניינם בשאלת חוקיות התנהלות השוטר במקום וכפועל יוצא - עתירה לפסול ראיה בדמות הסכין שנתפסה במהלך חיפוש.

הכרעת הדין נושא הערעור

4. ליבת ראיות המאשימה היא עדות השוטר מזרחי, אשר לא זכר את פרטי האירוע, נסמך על דו"ח פעולה שכתב, ובחקירה נגדית הרחיב באשר לדרך התנהלותו על דרך הכלל.

5. מדו"ח הפעולה (1/ת) עולה, כי השוטר ופקח שעבד עמו הקימו מחסום. בעת שהגיע רכב המערער, סימן השוטר למערער לעצור באמצעות פנס. לצד המערער ישבה חברתו, והשוטר שאל את המערער האם הכל תקין ומהיכן הם מגיעים. בשלב זה החל המערער בנסיעה ובתגובה הורה השוטר למערער לעצור בצד בקרבת הניידת. אז שאל אותו השוטר "האם יש משהו שלא צריך להיות ברכב" והמערער השיב בשלילה. השוטר התרשם כי המערער נראה "לחוץ". בשלב זה הריח ריח של סם העולה מן הרכב.

השוטר ביקש מן השניים לצאת מן הרכב על מנת לערוך בו חיפוש, ושאל את מערער האם יש ברכב משהו שלא אמור להיות בו. המערער השיב כי חברתו "עישנה ג'וינט אחד לפני שיצאנו מהבית וזהו אין לנו כלום". עוד אמר לשוטר, כי "אתה לא יכול לערוך חיפוש אם אני לא מסכים לך". השוטר הבהיר כי הוא רשאי לחפש לאחר שהריח סם. בחיפוש שערך תפס את הסכין נושא האישום, נייר מגולגל ובו חומר החשוד כסם, נייר נוסף ובו שרידי חומר החשוד כסם, ארנק ובו שקית עם שרידי סם ומספריים שרופים בקצותיהם.

בחלק האחורי של הרכב נתפס משקל וכן תיק חום, ולגביו טען המערער כי הוא מכיל מוצרי היגינה של חברתו. השוטר התיר למערער לפתוח בעצמו את התיק, והמערער הוציא ממנו שני "דברים" והשליך אותם לעבר שיחים. מיד לאחר מכן ישב על ברכיו ואמר כי הוא עצור עכשיו, וכי אינו מתנגד למעצרו. המערער נעצר וחברתו עוכבה. לאחר הגעת שוטרים נוספים למקום, פנו השוטר והפקח לחפש בשיחים. בחלוף דקות איתר השוטר צנצנת ובה חומר החשוד כסם. סמוך לאחר מכן איתר הפקח חומר נוסף החשוד כסם, העטוף בשתי שקיות.

6. השוטר העיד, בין היתר, כי קיימים שני סוגי מחסומים: האחד הוא מחסום תעבורתי, שתכליתו לאתר עבירות תנועה, ובמהלכו הוא נוהג שלא להבליט נוכחות. האחר הוא מחסום המכונה "חצי פלילי", ומדובר במחסום יזום הממוקם שלא בשל התראה מסוימת ותכליתו אכיפה כללית. על פי עדות השוטר, המחסום אותו הציב בנסיבות יחד עם שותפו הוא "מחסום חצי", שמיקומו נקבע בהתאם לשיקול דעתו. ככלל, לאחר הקמת מחסום, העד נוהג לבדוק כמעט כל רכב במגבלות יכולתו ובאופן שימנע יצירת פקק תנועה.

7. השוטר עמד על כך כי הריח סם במהלך האירוע, והבהיר כי הוא מכיר את הריח משגרת עבודתו כשוטר ברמלה. השוטר שלל מכל וכל את האפשרות לפיה עיכב את המערער בשל חזותו החיצונית.

8. החוקר ששון העיד באשר לנסיבות גביית הודעת המערער, אשר הוזרה כדין והתייעץ עם סניגור טרם החקירה. בחקירתו הודה כי הוא משתמש בסמים מסוג גראס וכי הוא נוהג לעשנם בסופי שבוע. עוד הודה כי החזיק בסכין להגנה עצמית בשל המצב הביטחוני וכי לא ידע שהדבר אסור על פי חוק. המערער הודה כי במהלך האירוע הוא זרק שקית וקופסה. לדבריו החזיק ברכב בפטריות יער שאינן סמים.

9. בית-המשפט קמא קבע, כי המאשימה הוכיחה שהמערער ביצע את העבירה המיוחסת לו, וכי לא נפל פגם בעיכוב המערער ותשאולו או בחיפוש שנערך ברכבו, וכי ממילא אין כל הצדקה לפסול את הסכין כראיה.

10. בית-המשפט קמא פירט את תכני עדות השוטר וקבע כי הוא התרשם מעדות אמינה ומהימנה, ובהינתן העובדה שלא נשמעה כל עדות במסגרת פרשת ההגנה, הרי שעובדות המקרה הן כפי שפורטו בעדות השוטר ובתיעוד בדו"ח הפעולה.

11. כפועל יוצא, קבע בית-המשפט קמא את הכרונוולוגיה הרלבנטית: עצירת הרכב לבדיקה בשעה 1:50 בלילה; התשאול במילים האם הכל תקין ומהיכן מגיעים; תגובת המערער אשר התחיל בנסיעה; הוראת השוטר למערער לעצור ושאלתו האם יש דבר מה ברכב שלא אמור להיות בו; תשובת המערער אשר השיב בשלילה אך נראה "לחוץ"; במקביל השוטר הריח ריח סם; הוראת השוטר למערער ולחברתו לצאת את הרכב לצורך חיפוש וחזרה על שאלתו האם יש משהו שלא אמור להיות ברכב; תשובת המערער לפיה חברתו עישנה סמים בטרם יצאו לנסיעה, וכי השוטר אינו רשאי לערוך חיפוש ברכב ללא הסכמתו.

12. בית-המשפט קמא קבע, כי רכב המערער עוכב בלי שעלה עובר לעיכוב חשד סביר לביצוע עבירה; החשד התגבש בלב השוטר לאחר העיכוב; החיפוש נערך לאחר התגבשות החשד הסביר ולא בשל תשובות המערער; המערער נעצר בשל כך שהשליך את תוצרי החיפוש לשיחים והמשיך בהתנהגות מפלילה לאחר מכן.

13. בית-המשפט קמא דחה את טענת ההגנה לפיה השוטר פעל באופן אקראי או מתוך אכיפה בררנית - לאור עדותו המהימנה של השוטר.

14. בית-המשפט קמא קבע, כי לא נפל כל פגם בעיכוב ובתשאול הראשוני, וכי השוטר פעל כדין במסגרת תפקידו לגלות עבירות ולמנען - לרבות באשר לעבירות הנעברות במרחב הציבורי ובדרכים. מקור הסמכות לפיה פעל הוא בסעיף 3 ו-5 לפקודת המשטרה (נוסח חדש), תשל"א - 1971 (להלן: "הפקודה").

15. בית-המשפט קמא דן בפרשנות סעיפים אלו וקבע, כי נוכח המצב הביטחוני ומצב הפשיעה בארץ, אינטרס הציבור - לרבות אינטרס המערער - הוא כי בצד ההגנה על זכויות האזרח, יוותרו בידי המשטרה יכולות של ממש לבצע את מלאכתה. הקמת מחסום היא פעולה משטרתית מוכרת ורווחת ולא ניתן להפריז בנחיצותה לשם סיכול פעילות פלילית או ביטחונית. הקמת מחסום מגלמת ניראות של אכיפת החוק ככלי להרתעה ולחיזוק תחושת הביטחון בציבור - ויתרה מכך: פרשנות זו עומדת בהלימה עם מילות החוק.

16. עוד נקבע, כי שאלה בנוסח: "מה שלומכם? האם הכל בסדר?" מפי השוטר אינה מהווה פגיעה בפרטיות, ולכל היותר מדובר בפגיעה זניחה אל מול האינטרס הציבורי לעיל.

17. אך מתבקש הוא, כי שוטר יפעל ביעילות, תוך מיצוי יכולותיו המקצועיות, לרבות אינטואיציה,

"חוכמת חיים" ו"תחושת בטן" - תכונות הראויות לטיפוח.

18. פועל יוצא מקביעות אלו הוא, כי גם בהעדרו של חשד סביר, המשטרה רשאית להקים מחסום "חצי פלילי" במרחב הציבורי, ולעכב יושבי רכב נוסע על-מנת לעמוד על טיבם כחלק מתפקידו להבטיח את שלום הציבור. עיכוב ותשאול הנעשים בנסיבות אלו יתבצעו באופן מהיר וקצר ככל הניתן מבלי לפגוע בפרטיות האזרח, תוך הקפדה על כלל זכויותיו, לרבות זכותו לאי-הפללה עצמית.

19. אשר להמשך: תחילת נסיעתו של המערער כ"מענה" לפנייתו הראשונית של השוטר תמוהה, ואך סביר כי הדליקה נורת אזהרה אצל השוטר. בנסיבות אלו, השוטר היה מחויב להמשיך בבדיקת קיומו של חשד סביר, כשבשלב זה הבחין כי המערער נראה "לחוץ" ואף הריח ריח של סם. בהינתן קיומו של חשד סביר, החיפוש היה מחויב המציאות בנסיבות.

20. אשר לתשאול קבע בית-המשפט קמא, כי התנהלות השוטר אמנם לא היתה מיטבית, במובן זה שבשתי הזדמנויות מצא לשאול את המערער שאלת בעלת פוטנציאל מפליל. חרף האמור, החיפוש בוצע בלא קשר לתשובותיו, ובשל העובדה שמדובר בראיה חפצית - הרי שלא בשל שאלות השוטר יורשע המערער. בית-המשפט קמא ציין, כי המערער הוא אדם אשר ידע לעמוד על זכויותיו.

21. בית-המשפט קמא הוסיף, כי גם לו היה מוצא פגם בעצם עיכוב המערער ובתשאולו, לא היה בכך כדי לסייע להגנתו - שכן אין המדובר בפגם משמעותי המצדיק את פסילת הסכין כראיה (תוך הפניה לכל הפסיקה הרלבנטית).

22. על יסוד כל האמור לעיל, ומשנמנע המערער מלטעון להחזקת הסכין למטרה כשרה, בית-המשפט קמא הרשיעו בעבירה של החזקת סכין שלא כדין לפי סעיף 186 לחוק העונשין.

נימוקי הערעור

23. הערעור מעלה סוגיה מהותית העוסקת בשאלה האם גם בהעדרו של חשד סביר לביצוע עבירה, המשטרה רשאית להקים מחסום במרחב הציבורי, ולעכב יושבי רכב נוסע על מנת לעמוד על טיבם. עסקינן במצב בו הרכב מעוכב, הנהג מתושאל על-ידי השוטר וזאת ללא כל חשד לביצוע עבירה כלשהי וכן מבלי שהנהג נדרש להציג רישיונות.

24. מעדות השוטר עולה, כי הוא הקים מחסום יזום, כשבאזור הרלבנטי לא היתה התרעה כלשהי. במסגרת אכיפה ערטילאית במחסום בחר השוטר, לפי קריטריונים לא ברורים, וככל הנראה נשענים על האינטואיציה שלו בלבד, את מי לעכב ומה לשאול.

25. ליבת טענות ההגנה נסובה על העיכוב של הרכב, עיכוב שאינו חוקי תוך תשאול פסול, אשר הוביל לאותה אינטראקציה שבסופה נתפסה הסכין.
26. בשום שלב לא התבקש המערער להציג רישיון, ולטענת המערער, לשוטר לא הייתה כל סמכות לעכב את הרכב ולחפש בו, משלא היה כל חשד סביר לביצוע עבירה פלילית ושלא על-מנת לקיים אכיפה תעבורתית. השאלות שנשאל פוגעות בפרטיותו, נעדרות כל סמכות חוקית, וכל מטרתן היא להתרשם באופן כללי ואינטואיטיבי מן המערער ומאזרחים אחרים הנוסעים לתומם בכבישי הארץ, לא באזור רגיש ולא בעיתוי רגיש.
27. אותו עיכוב שאינו חוקי, הוא זה שהביא לחיפוש ברכב שהוביל לסכין ומכאן שעסקינן בראייה שהושגה באופן בלתי חוקי שיש להורות על פסילתה, בהסתמך על כלל הפסילה הפסיקתי וכן על תיקון 19 לפקודת הראיות. יש ליתן משקל לעובדה שפעמיים נשאל בשטח שאלות שעלולות להוביל להפללתו, וזאת בלי שהועמד על זכויותיו טרם מענה.
28. במדינה דמוקרטית שוחרת זכויות אדם, אין כל מקור חוקי לשוטר לשאול אזרח תמים מהיכן הוא מגיע - אדם לא חייב כל דין וחשבון באשר לתנועתו במרחב הציבורי, אף לא לשוטר. השוטר מזרחי פגע בחופש התנועה של המערער ואף בפרטיותו וזאת ללא כל הצדקה או מקור סמכות חוקי כלשהו.
29. פעולת המשטרה במקרה זה - עיכוב לגילוי עבירות ללא קיום חשד סביר - נמצאת בדרגה חמורה של אי חוקיות, לפי שורת המבחנים שקבע בית-המשפט העליון לפסילת ראייה שהתקבלה שלא כדין.
30. לעיכוב הראשוני ולתשאול הראשוני, כמו גם לעיכוב השני לאחר שהמערער כבר בחר להמשיך ולנסוע עם רכבו, הייתה השלכה ישירה ומידית על הרחת ריח הסם ועל החיפוש ברכב ומציאת הסכין. המקרה דנן אינו, למרבה הצער, מקרה חריג וחד פעמי, ועל כן עולה הצורך להעביר מסר ברור בשם האינטרס הציבורי באשר לזכויותיו הבסיסיות של אזרח במדינה דמוקרטית ושוחרת זכויות אדם, הנע במרחב הציבורי.
31. ב"כ המערער היפנה לבג"ץ 4455/19 עמותת טבקה - צדק ושוויון ליוצאי אתיופיה נ' מדינת ישראל (25.1.21) (להלן: **בג"צ טבקה**), בו נקבע, כי החוק לפיו שוטר רשאי לדרוש מאזרח להציג בפניו תעודת זהות אינו מסמיך אותו לבצע פעולות שיטור נוספות, בהן תשאול. גם בדיון הנוסף שהתקיים בתיק זה (דנג"ץ 2707/21 **משטרת ישראל ואח' נ' עמותת טבקה ואח'** (29.12.21) - להלן: **דנג"צ טבקה**) עמדת המדינה הייתה כי המערער היה חופשי לעזוב מבלי להשיב לשאלות השוטר, מאחר ולא היה כל חשד סביר לביצוע עבירה.
32. בעניינו של המערער, העיכוב והתשאול הראשוני היו שלא כדין, וכן גם העיכוב הנוסף, לאחר

שהמערער בחר להמשיך לנסוע, שכן היה זכאי שלא לענות לתשאל הראשוני ולעזוב את המקום.

33. שגה בית-המשפט קמא כאשר לא קבע כי הסכין היא ראיה שהתקבלה שלא כדין, וכאשר לא זיכה את המערער על בסיס האמור בהתאם לפס"ד יששכרוב. לטענת ב"כ המערער, פסיקת בית-המשפט העליון מאוחרת יותר קבעה, כי חומרת העבירה לא מהווה משקל מספק להכשרת ראיה שהתקבלה שלא כדין. יתרה מכך: קביעת בית-משפט קמא לגזירת עונש מאסר מותנה (בתחתית המתחם) תומכת בפסילת הסכין כראיה ובזיכוי המערער מהעבירה שיוחסה לו.

34. **לאור האמור לעיל, מתבקשים אנו לקבל את הערעור ולהורות על זיכוי המערער.**

תשובת המדינה

35. ב"כ הפרקליטות סמכה ידיה על הכרעת-דינו של בית-המשפט קמא, אשר קבע כי מקור הסמכות לפיו פעל השוטר כדין הוא סעיפים 3 ו-5 לפקודת המשטרה, ומבססים סמכות לשוטר להקים מחסום ולעכב יושבי רכב נוסע, לשם שמירת הסדר הציבורי.

36. העיכוב שבוצע והתשאל הראשוני בעת הגעת המערער למחסום היו חוקיים וללא פגם, כפי שקבע בית-המשפט קמא. בהמשך, העיכוב בוצע לאחר שגובש חשד סביר, נוכח הנסיעה מהמחסום, התנהלותו הלחוצה של המערער וריח הסם שעלה מהרכב.

37. השוטר שאל את המערער האם קיים ברכב דבר מה אסור רק לאחר שהתגבש חשד סביר, וזאת על מנת למזער את הפגיעה במערער מעצם החיפוש ברכב.

38. יש לדחות את טענת ההגנה לפיה הסכין שנמצאה היא ראיה שיש לפסול בהתאם לתיקון 19 לפקודת הראיות ולהלכת יששכרוב, לאור העובדה כי לא נפל פגם בעיכוב המערער ובחיפוש, ולחלופין אין להורות על פסילת ראיה בכל מקרה של פגיעה בזכויות נאשמים וחשודים.

39. יש לדחות את טענת ההגנה לפיה עיכוב ותשאל המערער היוו פעולות שלטון שרירותיות אל מול הפרט. בית-המשפט קמא נתן אמון בעדותו של השוטר מזרחי, כי במסגרת המחסום כל רכב נבדק אלא אם השוטר היה עסוק בעיכוב רכב אחר, דבר המעיד על כך שלא מדובר בפעולות שרירותיות.

דין והכרעה

40. במהלך הדיון ב"כ המערער זיקק את טיעונו והבהיר, כי אין מחלוקת שקיימת לשוטר הסמכות להקים מחסום; עם זאת, במחסום הוא מוסמך אך ורק לבדוק רישיונות או לעשות חיפוש ברכב ולתשאל את הנהג לאחר שהוא מעמידו על זכויותיו - בכפוף לקיומו של חשד סביר. בעניינו של המערער, אסור היה לשוטר לתשאל את המערער, אסור היה לו להורות לו לעצור שכן הוא היה "חופשי לעזוב", ולבסוף אסור היה לו לשאול את המערער שאלות עם פוטנציאל מפליל.

41. אתחיל בעקרונות יסוד מרכזיים, בעת שאנו מתבקשים לבחון תקינותה וחוקיותה של פעילות משטרתית:

" **שוטר ממלא את תפקידו מכוח סמכויות שהקנתה לו המדינה לטובת שמירה על החוק ועל ביטחון הציבור. סמכויות חשובות שניתנו לו עוסקות בשימוש בכוח, שהמדינה מייחדת לעצמה ולפועלים בשמה'; ... 'על השוטרים להקפיד לשמור על מגבלות הכוח שהם מפעילים במסגרת פעילות משטרתית, כדי שלא יחרגו מסמכות [...]. זאת, מתוך הכרה בערך חיי אדם והזכות לחיים ולכבוד'... היא לא נועדה להפיל את חיתתה על הסביבה, והיא מנועה מעשיית שימוש בכוחה שלא למטרה לשמה הוא הופקד בידיה...**" (פסקה 8 לבג"ץ 1397/21 אריק שקלובסקי נגד המחלקה לחקירות שוטרים (19.06.2022), לרבות ציטוט מבג"ץ 4845/17 חמדאן נגד היועץ המשפטי לממשלה (28.10.2019), ובג"ץ 7141/05 ויתקין נגד מפכ"ל המשטרה (27.2.2006)).

42. על רקע עקרונות יסוד אלו, יש לפרש את המקור הנורמטיבי לסמכותו של השוטר להקים מחסום, עליו כאמור אין מחלוקת. כפי שקבע בית-המשפט קמא, תפקידי המשטרה והשוטרים מוגדרים בסעיפים 3 ו-5 לפקודה.

סעיף 3 לפקודה, שעניינו **"תפקידי המשטרה"**, קובע:

"משטרת ישראל תעסוק במניעת עבירות ובגילויין, בתפיסת עבריינים ובתביעתם לדין, בשמירה הבטוחה של אסירים, ובקיום הסדר הציבורי וביטחון הנפש והרכוש".

סעיף 4 לפקודה מצוין את סמכותם הכללית של שוטרים, ואילו סעיף 4א לפקודה מקנה לשוטר סמכויות מרחיבות במקרה קיומו של חשש ממשי לפגיעה חמורה בביטחון הנפש או הרכוש.

סעיף 5 לפקודה ממשיך וקובע:

"במיוחד, ובלי לגרוע מהוראות סעיפים 4 ו-4א, יהא מתפקידו של כל שוטר -

(1) לקיים סדר בדרכים הציבוריות, ברחובות הציבוריים, במעברים, ברציפים, במקומות נחיתה, ברציפי רכבות, בנמלים, בנהרות, בתעלות, באגמים ובכל מקום שיש לציבור גישה אליו;

(2) ...

(3) ליתן דעתו על עבירות הנעברות בדרך, בכביש, ברחוב, במעבר או במקום ציבוריים;

(4) ...

43. כפי שציין בית-המשפט קמא, עסקינן בסמכויות כלליות, וברי כי יישומן נעשה בהתאם ובכפוף להוראות חוק ספציפיות, לרבות כאלה העוסקות בעיכוב, חיפוש ומעצר. עם זאת, אין לקבל את טענת ההגנה לפיה, שוטר במחסום מוגבל לבצע בדיקת רישיונות לפי תקנה 9 לתקנות התעבורה, או לבצע עיכוב או חיפוש רק בהתקיים חשד סביר.

44. כפי שהעיד השוטר מזרחי (עדות שנקבעה כאמינה ומהימנה), השוטר הקים מחסום "חצי פלילי", שהוא מחסום יזום שמוקם לצרכי אכיפה כללית, ולא בשל התראה מסוימת. השוטר העיד, כי הוא נוהג לבדוק כמעט כל רכב במגבלות יכולתו, ובאופן שימנע יצירת פקק תנועה - ועל רקע קביעת בית-המשפט קמא כי המדובר בעדות אמינה, אין מקום להתערב בקביעה לפיה השוטר לא ביצע "פרופיילינג" או אכיפה סלקטיבית במחסום.

45. עם עצירת הרכב לבדיקה במחסום, השוטר העיד כי הוא מקיים בדיקה ראשונית שמהותה הסתכלות ברכב ושיחה עם הנהג. לגישתי, אין המדובר בתשאול אלא ב"מלל מתעניין" ("מה שלומכם? האם הכל בסדר?"), או ב"שאלה כללית" (להבדיל מהוראה, כפי שאירע בעניינו של **בן-חיים** ברע"פ 10141/09 **בן חיים נגד מדינת ישראל** (6.3.12), להלן: **פס"ד בן-חיים**) שאין בה כל מימד של פגיעה בפרטיות. בצדק קבע בית-המשפט קמא, כי קיום שיחה מעין זו עם נהג במחסום מצויה במסגרת סמכותו של השוטר, כחלק מניסיון לעמוד על טיבו ומעשיו של הנהג במרחב הציבורי לצורך קיום הסדר ותפקידו למנוע עבירות, כקבוע בסעיפים לעיל בפקודה (ראו הניתוח הפרשני של בית-המשפט קמא בפסקאות 42 - 48).

46. אם כן, הניסיון של ההגנה לצמצם את דרכי פעולתו של השוטר במחסום אין לו כל בסיס בחוק - ויתרה מכך, נוגד את השכל הישר ואת האינטרס הציבורי של כל האזרחים לאפשר לשוטר במחסום לפעול באופן מידתי לצורך מילוי תפקידו. אני רואה עין בעין עם בית-המשפט קמא בקביעתו לפיה, חברה חפצת חיים צריכה לעודד שוטרים לפעול במסגרת החוק, ביעילות, ובאופן אשר יביא לידי ביטוי את ניסיונם ואת יכולותיהם המקצועיות - לרבות אותה "אינטואיציה" או "תחושת בטן" הנרכשות עם השנים, והמייחדות את עבודת השיטור אשר באה לידי ביטוי גם במחסום אקראי "חצי פלילי".

47. על כן, אני דוחה את טענות ההגנה לגבי שלב ראשוני זה וקובעת, שהמטרה רשאית להקים מחסום במרחב הציבורי, ובמסגרת תפקידו לפי סעיף 5 לפקודת המטרה, השוטר מזרחי פעל כדין, משערך שיחה או בירור כללי עם המערער באופן מהיר וקצר על מנת לעמוד על טיבם של יושבי הרכב תוך יישום ניסיונו המקצועי ויכולותיו, מבלי לפגוע בפרטיותו ותוך הקפדה על כל זכויותיו.

48. אלא, שהמערער הוא שהסלים את האירוע, ובמקום לענות לשאלה הכללית והראשונית של השוטר מזרחי, בשלב זה החל המערער בנסיעה ובתגובה הורה השוטר למערער לעצור בצד בקרבת הניידת. טענתו של הסניגור לפיה המערער היה "חופשי לעזוב" ("free to leave"), מושג שנדון בהרחבה **בבג"צ טבקה**), ועל כן תגובתו בדמות הנסיעה אינה יכולה להוות עילה לעיכוב - דינה להידחות. הסיטואציה דנן אינה דומה לסיטואציה התחומה מאד אשר נדונה **בבג"צ טבקה** - האם שוטר מוסמך במסגרת תפקידו לדרוש מעובר אורח להציג לו תעודה מזהה ומשהוצגה התעודה לבצע פעולות שיטור נוספות מבלי שקיים חשד סביר, כאשר שם הבסיס הנורמטיבי לפעולת השוטר נדונה לפי חוק החזקת תעודת זהות והצגתה, תשמ"ג - 1982 וברקע טענות אפליה כלפי אוכלוסייה מסוימת. בפסק-הדין נקבע (בדעת רוב), כי סעיף 2 לחוק תעודת זהות מסמיך שוטר לדרוש מאדם תעודה מזהה במסגרת מילוי תפקידו, גם אם לא התעורר חשד סביר. עם זאת, סמכות זו כפופה לתנאים שונים בחוק המעצרים ולקיומה של זיקה בין הדרישה להזדהות לבין המידע המצוי בתעודת הזהות, והסעיף אינו מסמיך שוטר לבצע פעולות שיטור נוספות. עיון בפסק-דין של דעת הרוב **בבג"צ טבקה** וכן בפסק-הדין **שדנג"צ טבקה** מעלה, כי קביעות אלו ישימות אך ורק לגבי הסיטואציה המסוימת מאד שנבחנה שם (אשר גוררת בחובה גם תיוג והשפלה במרחב הציבורי), ולא מצאתי כל בסיס להרחיבן לבחינת התנהגותו של שוטר במחסום שמטרתו אכיפה כללית, שמירה על הסדר ומניעת עבירות.

49. כאמור, התנהגותו של המערער בכך שפשוט החל בנסיעה במחסום במקום לענות לשאלות הכלליות של השוטר היא מפלילה באופן מובהק, ובלשון המעטה בית-המשפט קמא כינה אותה כ"תמוהה". אך מתבקש הוא, שהתנהלות זו תדליק נורת אזהרה בליבו של השוטר, וכל קביעה אחרת חוטאת לאינטרס הציבורי - שכן מצופה משוטר מקצועי שלא יתעלם מהתנהגות זו ויאפשר למערער להמשיך בדרכו ללא בדיקה. על כן, אין כל פגם בכך שהשוטר הורה למערער לעצור.

50. בנוסף לנסיעה הפתאומית במחסום, המערער השיב בשלילה לשאלת השוטר האם יש דבר-מה ברכב שלא אמור להיות בו ונראה "לחוץ", במקביל השוטר הריח ריח סם, המערער הודה בכך שחברתו עישנה סמים בטרם יצאו לנסיעה - ודי בנתונים אלו כדי לגבש קיומו של חשד סביר המבסס את סמכות השוטר לערוך חיפוש ברכב.

51. במהלך חלק זה של האירוע, השוטר שאל את המערער פעמיים שאלה בעלת פוטנציאל מפליל ("האם יש משהו שלא צריך להיות ברכב?"; "האם יש ברכב משהו שלא אמור להיות בו"). צודק הסניגור, כי שאלה מסוג זה, המבוססת על חשד סביר שקינן בליבו של השוטר, מחייבת את אזהרת הנחקר כי תשובתו - בין במילים, בין בהתנהגות, יכולה לשמש ראיה כנגדו בבית-המשפט, וההימנעות מאזהרת

המערער בדבר זכויותיו ומשמעות תשובתו מהווה פגם.

52. כאן מתעוררת השאלה האם העדר אזהרה בנסיבות אלו צריך להוביל, בהכרח, לפסילת הראיה - הסכין - אשר הושגה לפי הטענה אגב פגיעה בזכויותיו של המערער. על-פי דוקטרינת הפסילה הפסיקתית אשר עוצבה בע"פ 5121/98 **יששכרוב נגד התובע הצבאי הראשי**, פ"ד סא(1) 461 (2006) (להלן: **פס"ד יששכרוב**), לבית-המשפט מסור שיקול-הדעת אם להורות על פסילתן של ראיות אשר הושגו שלא כדין, על מנת למנוע פגיעה מהותית בזכותו החוקתית של נאשם להליך הוגן, שלא בהתאם לתנאי פסקת ההגבלה שבחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. הדוקטרינה קובעת נוסחת איזון גמישה אשר בוחנת, מצד אחד, אינטרסים וערכים ציבוריים שונים, בהם גילוי האמת, המלחמה בעבריינות, הגנה על שלום הציבור ועל זכויות נפגעי עבירה. מן הצד השני נבחן הצורך בהגנה על זכויות הנאשם ועל הגינות ההליך הפלילי.

בבואו לערוך את האיזון הראוי, על בית המשפט לשקול שיקולים רלוונטיים הנובעים משלוש קבוצות שיקולים עיקריות: קבוצת השיקולים הראשונה עניינה בחומרתה ואופייה של אי החוקיות שהייתה כרוכה בהשגת הראיה; קבוצת השיקולים השנייה עוסקת במידת ההשפעה של אמצעי החקירה הפסול על הראיה שהושגה, ובכלל זה נבחנת השאלה האם יש באי החוקיות שנפלה בהשגת הראיה כדי להשפיע על מהימנותה ועל ערכה הראייתי העצמאי של הראיה. בהקשר זה נקבע ככלל כי ככל שעסקינן בראיות חפציות, שהן בעלות קיום עצמאי ונפרד מאי החוקיות שהייתה כרוכה בהשגתן, לא יהיה באי החוקיות האמורה כדי לפגוע באמינותן; קבוצת השיקולים השלישית בוחנת את ההשפעה שתהיה לפסילת הראיה על מלאכת עשיית הצדק במובן הרחב והיא בוחנת, בין היתר, את המחיר החברתי הכרוך בפסילת הראיה אל מול התועלת החברתית העשויה לצמוח ממנה (ראו בעיקר בפסקה 76).

בפס"ד בן חיים בית-המשפט העליון פיתח את כלל הפסילה האמור והחיל אותו גם על ראיות חפציות אשר הושגו שלא כדין. באותו עניין נפסלו סכין וסמים אשר נתפסו בחיפושים שנעשו בחריגה מסמכות ותוך פגיעה בזכות החוקתית לפרטיות. נקבע כי העבירות שבהן הואשמו הנאשמים שם - החזקת סכין שלא כדין והחזקת סמים לצריכה עצמית - אינן מן החמורות שבספר החוקים ועל כן מידת הפגיעה באינטרס הציבורי כתוצאה מפסילת הראיות והמחיר החברתי הכרוך בכך אינם גבוהים. על אף שמדובר בראיות חפציות, סבר בית המשפט העליון כי נוכח חומרת אי החוקיות שהייתה כרוכה בהשגתן והפגיעה הקלה יחסית באינטרס הציבורי שתיגרם כתוצאה מאי קבלתן, קבלת הראיות החפציות שנתפסו בשני החיפושים תביא לפגיעה בלתי מידתית בזכויות הנאשמים שם, ומטעם זה הורה בית המשפט העליון על פסילתן של הראיות החפציות (ראו בעיקר בפסקה 35 לפסק-הדין).

53. כמו בית-המשפט קמא, גם אני סבורה כי אין המדובר בפגם משמעותי המצדיק את פסילת הסכין כראיה. עסקינן במערער, אשר הוא זה שהביא להסלמת האירוע לאחר שנסע מהמחסום בתגובה לשיח של השוטר. לעומתו, השוטר פעל בתום לב ולא בכוונת זדון, כאשר בעדותו בבית-המשפט הבהיר, כי הוא נוהג לשאול האם יש דבר שלא צריך להיות ברכב, שכן מבחינתו עדיף שבמקרה וקיים דבר מה אסור, הנהג ימסור אותו לידי, וכך לייתר את הצורך בחיפוש ברכב. בנוסף, כפי שבית-המשפט קמא ציין, המדובר במערער אשר היה מודע היטב לזכויותיו, ועיננו הרואות, שחרף העובדה שלא הוזהר, הסכין

נמצאה שלא בתגובה לתשובות המערער לתשאל של השוטר, כך שהראיה החפצית נמצאה שלא כתוצאה מהפגם הנטען.

54. אם כן, התנהגות השוטר לא היתה מיטבית אך ורק בהקשר של התשאל בשתי ההזדמנויות בכך שלא הזהיר את המערער (וכך גם הודה השוטר בעדותו בבית-המשפט), וכפי שקבע בית-המשפט קמא, אין המדובר בפגם משמעותי המצדיק את פסילת הסכין כראיה. בהתחשב בעוצמה המינורית של הפגם הנטען, אין מקום להתחשב בטיעון ההגנה, לפיו המדובר בעבירה המצויה ברף חומרה נמוך. התנהלות של המערער במחסום, העובדה שנמצאה סכין בתא הכפפות של הרכב (שלטענת המערער משמשת אותו להגנה עצמית), וכל הפעילות שהתרחשה לאחר מכן, גם אם המערער לא עמד בגינה לדין (מציאת חומר חשוד כסם ברכב יחד עם משקל, והשלכת תוכן התיק שנמצא ברכב לעבר שיחים, כשהשוטר הוא שהרשה למערער לפתוח את התיק) מלמדים, כי קיים אינטרס ציבורי ממשי בהעמדת המערער לדין - אל מול פגיעה מזערית, אם בכלל, בזכויותיו. המערער אף לא העיד בבית-המשפט, ובמרכז קו ההגנה עומדת התקפה על שוטר אשר מילא את תפקידו במקצועיות במחסום - כשאינן למערער אלא להלין על עצמו משהביא להסלמת האירוע.

55. על כן, מסקנתי היא, כי המשטרה פעלה כדין בעת שנערך שיח בין השוטר לבין המערער שישב ברכב במחסום שהוקם לצרכי אכיפה כללית, ובהמשך עוכב הרכב כדין לאחר שהמערער נסע מהמחסום. עם גיבוש חשד סביר, נערך חיפוש ברכב במהלכו נמצאה הסכין, ואין בעובדה שהמערער לא הועמד על זכויותיו בשתי הזדמנויות שונות כשנשאל שאלה עם פוטנציאל מפליל כדי להביא לפסילת הראיה.

56. לאור כל האמור לעיל, אציע לחבריי לדחות את הערעור.

דנה מרשק-מרום, שופטת

השופט צלקובניק:

אני מסכים.

יורם צלקובניק, שופט עמית

השופט ארד-אילון:

אני מסכים.

דרור ארד-אילון, שופט

סוף דבר: הוחלט על דחיית הערעור, כאמור כפסק-דינה של השופטת מרשק-מרום.

המזכירות תמציא את פסק-הדין לב"כ הצדדים, והסניגור ימציאו למערער.

ניתן היום, י"א אלול תשפ"ג, 28 אוגוסט 2023, בהעדר הצדדים.

דרור ארד-אילון, שופט

יורם צלקובניק, שופט עמית

דנה מרשק מרום, שופטת