

## ת"פ 34940/07/13 - מדינת ישראל נגד אילן יעיש

בית משפט השלום ברחובות

04 נובמבר 2014

ת"פ 34940-07-13 מדינת ישראל נ' יעיש

בפני כב' השופטת אפרת פינק  
המאשימה  
נגד  
הנאשם  
מדינת ישראל  
אילן יעיש

נוכחים:

ב"כ המאשימה עו"ד שני קופנהגן

הנאשם בעצמו

ב"כ הנאשם עו"ד עזרא יצחקי

[פרוטוקול הושמט]

### הכרעת דין

#### מבוא

1. נגד הנאשם הוגש כתב אישום המייחס לו עבירה של החזקת סם לצריכה עצמית, לפי סעיף 7(א) יחד עם סעיף 7(ג) סיפא לפקודת הסמים המסוכנים [נוסח חדש], התשל"ג - 1973 (להלן - "פקודת הסמים המסוכנים").
2. לפי המיוחס בכתב האישום, ביום 2.1.13, בשעה 14:00 או בסמוך לכך, נערך חיפוש בביתו של הנאשם ברחוב דוד שמעוני 7, ברחובות (להלן - "הבית"). במהלך החיפוש נתפס סם מסוכן מסוג חשיש במשקל 5.39 גרם נטו (להלן - "הסמים").

#### התשתית העובדתית

עמוד 1

3. בין הצדדים אין מחלוקת עובדתית של ממש. בהסכמת הצדדים, לא נשמעו עדים בתיק וכל המסמכים הוגשו בהסכמה.

4. ממכלול המסמכים שהוגש לבית המשפט (ת/1 - ת/9) עולה התשתית העובדתית, כדלקמן:

א. ביום 2.1.13 הגיעו שוטרים לביתם המשותף של הנאשם ואשתו, וזאת על מנת לבצע חיפוש. החיפוש נערך לפי צו של בית המשפט (כבוד השופטת יעל טויסטר) מיום 31.12.12. הצו התיר למשטרה לערוך חיפוש בבית אשתו של הנאשם ולתפוס סמים. בצו צוין, כי החיפוש יערך בפני שני עדים שאינם שוטרים, וזאת בכפוף להוראות סעיף 26 לפקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש) [נוסח חדש], התשכ"ט - 1969 (להלן - "פקודת מעצר וחיפוש").

ב. עם הגיעם של השוטרים לחצר הבניין, פגשו את אשתו של הנאשם וביקשו ממנה לעלות לבית, והיא ביקשה מהשוטרים להמתין עד לבוא הנאשם. כאשר הנאשם הגיע, הודה כי הוא מחזיק בבית "קססה" לשימוש עצמי. בהמשך לכך, עלו השוטרים עם הנאשם לבית, בעת שאשתו נותרה למטה. במהלך החיפוש, הוביל הנאשם את השוטרים, תחילה, למטבח והצביע על נייר מגולגל ובו סם מסוג חשיש. כמו כן אמר הנאשם לשוטרים כי ייתכן שימצאו עוד. בהמשך לכך, המשיכו השוטרים בחיפוש ומצאו בכיס הפנימי של המעיל סם נוסף מסוג חשיש.

ג. בדיעבד נשקלו הסמים ונמצא כי משקלם נטו הוא 5.3945 גרם.

ד. במהלך חקירתו במשטרה, הודה הנאשם כי הסמים שלו וכי הם משמשים אותו לשימוש העצמי.

### **גדר המחלוקת**

5. המחלוקת בתיק היא משפטית: האם החיפוש שבמהלכו נתפס הסם בביתו של הנאשם היה כדין? ואם החיפוש לא היה כדין, מה נפקותו?

6. לטענת באת כוח התביעה, אכן נערך החיפוש בנוכחות עד אחד בלבד, וזאת בניגוד לסעיף 26(א) לפקודת מעצר וחיפוש. עם זאת, ייתכן כי מדובר במקרה הנופל תחת החרג שבסעיף 26(א)(3), משמע כי אחד מבני ביתו של הנאשם ביקש לערוך את החיפוש בנוכחות עד אחד בלבד, וזאת הגם שאין לכך כל תיעוד. לדבריה, מנסיבות הענין, ניתן להבין כי אשתו של הנאשם בחרה שלא להשתתף בחיפוש.

7. עוד טענה, כי גם אם נפל פגם בחיפוש, אין בכך כדי להביא לפסילת הראיה שהושגה בחיפוש, וזאת משום שאין קשר בין אי החוקיות שבחיפוש לבין הראיה שהושגה. לטענתה, הנאשם עצמו הוביל את השוטרים לחלק מהסם וכן ציין כי ייתכן ויש סם נוסף בבית השייך לו. בתמיכה לטיעוניה, הגישה את פסק הדין בע"פ (מחוזי, ת"א) 77250/09 **מדינת ישראל נ' בן חיים** (7.7.09).

8. יאמר כבר בשלב זה, כי אין זה ראוי להגיש לבית המשפט פסק דין מחוזי שנהפך לאחר מכן בבית המשפט העליון. קל וחומר, כאשר דברים אמורים בפסק דין של בית המשפט העליון, אשר קבע הלכה שהביאה לשינוי משפטי.

9. בא כוח הנאשם טען, כי החיפוש אינו כדין, מאחר שנערך בפני הנאשם עצמו ולא בפני שני עדים, כדרישת סעיף 26 לפקודת מעצר וחיפוש. בנוסף טען, כי הנאשם לא יכול לשמש כעד נגד עצמו, ומכאן כי החיפוש לא נערך בפני עדים כלל.

10. לטענתו, אי החוקיות של החיפוש פוסלת את המוצג, משמע הסם, שנתפס במהלכו.

בא כוח הנאשם הפנה למבחנים שנקבעו ברע"פ 10141/09 **בן חיים נ' מדינת ישראל** (6.3.12) (להלן - "**הלכת בן חיים**"), ולפסקי דין שניתנו בעקבותיו, אשר לפיהם נפסל מוצג בעקבות אי חוקיות של החיפוש. לטענתו, מאחר שמדובר בסם בכמות קטנה, הרי שיש בכך כדי להשליך על האיזון בין האינטרסים השונים העומדים על הפרק.

## **דין והכרעה**

האם החיפוש היה כדין?

11. סעיף 26(א) לפקודת מעצר וחיפוש קובע, כדלקמן:

"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.

12. השופט (בדימוס) יעקב קדמי בספרו **על סדר הדין הפלילי - חלק ראשון** (מהדורה מעודכנת, תשס"ח), חלק ב', בעמ' 684, אומר לענין סעיף 26(א)(3) לפקודת מעצר וחיפוש כדלקמן:

"על השוטר להסביר לאדם הנוגע בדבר כי החוק מחייב נוכחות עדים בעת החיפוש וכי ניתן לוותר על נוכחותם רק על-פי בקשה מפורשת של בעל המקום".

13. חובת הנוכחות של שני עדים לחיפוש, אשר אינם אנשי משטרה, היא חובה מהותית. מטרתה בקרה על החיפוש בשני מובנים: האחד, שמירה מפני פגיעה מיותרת בפרטיותו, בקניינו ולעיתים גם בגופו של האדם שבביתו נערך החיפוש; השני, בקרה על מהלכי החיפוש וזאת על מנת להבטיח שלא תועלינה טענות כי שוטרים הטמינו את החפץ בבית.

14. על הרציונל שבנוכחות שני עדים, דווקא, ניתן ללמוד מן המשפט העברי. הרמב"ם הסביר מדוע יש צורך בשני עדים, כדלקמן:

"למה הצריכה התורה שני עדים: שבזמן שיבואו לפני הדין שני עדים, ידון על פי עדותן, אף על פי שאינו יודע אם באמת העידו או בשקר".

15. משמעות הדבר, כי יש ערך ראייתי לנוכחותם של שני עדים אובייקטיביים לחיפוש, דווקא, משום שיש בכך כדי לחזק את העדות.

16. במקרה שלפנינו, החיפוש אמנם נערך לפי צו, אולם הוא לא נערך בפני שני עדים, וזאת בניגוד להוראות החוק ולצו עצמו, אשר הורה כי החיפוש יערך בפני עדים.

17. יתר על כן, גם לא מתקיים החריג שבסעיף 26(א)(3) לפקודת מעצר וחיפוש. איש לא ביקש לערוך את

החיפוש שלא בפני עדים. ממילא לא נרשמה בענין זה כל בקשה בפרוטוקול. לא השתכנעתי כי ניתן לראות בבקשה של אשתו של הנאשם להמתין לנאשם, או באי נוכחותה בחיפוש, משום בקשה משתמעת כי החיפוש יערך שלא בפני עדים. כאמור, לפי הוראות הסעיף, על בקשה לערוך את החיפוש ללא נוכחות עדים להיות מפורשת ומתועדת בפרוטוקול, והיא אינה יכולה להיות משתמעת. יתר על כן, בהמשך להלכת בן חיים, לו היתה בקשה של הנאשם או של אשתו, כי עדים כלל לא יהיו נוכחים בחיפוש, כי אז היה צורך לוודא כי הבקשה היא מודעת ורצונית וכי המבקש מבין את השלכותיה.

18. כאן המקום להעיר, כי הגם שהחיפוש נערך שלא בנוכחות שני עדים, לא ניתן לומר, כי החיפוש נערך ללא נוכחות עדים כלל, כטענת בא כוח הנאשם. סעיף 26(א) עניינו בעדים לחיפוש, להבדיל מעדים במשפט. הנאשם שימש כעד לענין החיפוש, וזאת הגם שהפך מאוחר יותר לנאשם בתיק. יש לזכור גם, כי הצו הופנה מלכתחילה כנגד אשתו של הנאשם, ומכאן כי לא יכול להיות ספק שהנאשם רשאי היה לשמש עד לחיפוש. מכאן שהחיפוש נערך בנוכחותו של עד אחד.

19. לאור כל האמור, משנערך החיפוש שלא בהתאם להוראות סעיף 26(א) לפקודת מעצר וחיפוש, הרי שמדובר בחיפוש שנערך שלא כדין.

#### נפקות עריכת החיפוש שלא כדין - הדין

20. משקבעתי כי החיפוש נערך שלא כדין, מתעוררת שאלת נפקותו של הפגם והשפעתו על קבילות הראיות בתיק.

21. בע"פ 5121/98 **יששכרוב נ' התובע הצבאי**, פ"ד סא(1) 461 (להלן - "**הלכת יששכרוב**") קבע בית המשפט העליון כי אין בעצם השגתה של ראייה שלא כדין, כדי להביא באופן "אוטומטי" לפסילתה, תוך שהתווה את דוקטרינת הפסילה הפסיקתית. לפי דוקטרינה זו, בהחלטה אם לפסול ראיות שהושגו שלא כדין על בית המשפט לאזן בין הערכים המתנגשים, כאשר על כפות המאזניים עומדים מחד, הצורך להגן על זכויות הנאשם ועל הגינות ההליך הפלילי, ומנגד, ערכים ואינטרסים ציבוריים שונים, וביניהם גילוי האמת, הלחימה בפשע וההגנה על זכויותיהם של נפגעי עבירה.

22. לפי הלכת יששכרוב, במסגרת האיזון על בית המשפט להתחשב בשלוש קבוצות של שיקולים: הקבוצה האחת, אופיה וחומריתה של אי-החוקיות שהיתה כרוכה בהשגת הראייה. יש לבחון, בין היתר, את מהות ההפרה ועוצמת הפגיעה בזכויות; הקבוצה השנייה, מידת ההשפעה של הפגם על הראייה שהושגה. בהקשר זה על בית המשפט לבחון באיזו מידה עשוי הפגם להשפיע על מהימנותה ועל ערכה הראייתית של הראייה. כך למשל, בדרך כלל לא תהיה פגיעה באמינותן של ראיות חפציות שהן בעלות קיום עצמאי ונפרד מאי-החוקיות; הקבוצה השלישית נוגעת להשפעת פסילת הראייה על מלאכת עשיית הצדק במובנה הרחב, תוך השוואה בין המחיר החברתי הכרוך בפסילת הראייה לבין התועלת החברתית שבפסילתה. בהקשר זה יש לשקול את חשיבות הראייה להוכחת האשמה, מהות העבירה המיוחסת לנאשם ומידת חומריתה.

23. בהלכת בן חיים יישם בית המשפט העליון את דוקטרינת הפסילה הפסיקתית שנקבעה בהלכת יששכרוב, וזאת ביחס לסכין וסמים שנתפסו במסגרת שני חיפושים שנערכו שלא כדין. בית המשפט קבע, כי בהחלטה אם לפסול את הראיות יש לאזן בין השיקולים הבאים: החיפוש נערך תוך חריגה מסמכות ופגיעה בזכות החוקתית לפרטיות; העבירות של החזקת סכין שלא כדין והחזקת סמים לצריכה עצמית אינן חמורות ואינן כרוכות כשלעצמן באלימות או בקורבנות. מכאן כי מידת הפגיעה באינטרס הציבורי כתוצאה מפסילת הראיות והמחיר החברתי הכרוך בכך אינם גבוהים במיוחד; המדובר בראיות חפציות שאמינותן אינה שנויה במחלוקת והן בעלות קיום עצמאי ונפרד מאי-החוקיות שהייתה כרוכה בהשגתן.

24. באיזון בין השיקולים קבע בית המשפט העליון בהלכת בן חיים, כי נוכח חומרת אי-החוקיות שהייתה כרוכה בהשגת הראיות והפגיעה הקלה יחסית באינטרס הציבורי שתיגרם כתוצאה מאי-קבלתן, המסקנה המתחייבת היא כי קבלת הסכין והסמים כראיות תביא לפגיעה בלתי מידתית בזכויות המבקשים להליך הגון. יתר על כן, על אף שהראיות שנתפסו בשני החיפושים הן ראיות חפציות, הרי שמדובר בראיות שהמשטרה לא היתה מאתרת אלמלא החיפושים הבלתי-חוקיים. בהקשר זה ציין בית המשפט, כי יש טעם להבחנה בין ראיה חפצית שקשורה בקשר הדוק לאי-החוקיות שבהשגתה לבין ראיה חפצית שהייתה מתגלה גם בלי הפעלת אמצעים בלתי-חוקיים.

25. בהמשך לכך התעוררה השאלה בדבר דינה של "ראיה נגזרת", משמע ראיה שהושגה בעקבות ראיה פסולה אחרת, וזאת בדיון בע"פ 4988/08 פרחי נ' מדינת ישראל (1.8.11). בית המשפט העליון קבע, כי הגם שדוקטרינת "פירות העץ המורעל" לא התקבלה בשיטת המשפט הישראלית, ראיה נגזרת לא תהיה חסינה לעולם מפני פסילה, אלא שיש להחיל גם לגביה את דוקטרינת הפסילה הפסיקתית. כדי שראיה נגזרת תיפסל, יש לבחון אם קבלתה תוביל לפגיעה מהותית שאיננה מידתית בזכותו של הנאשם להליך הגון. אמות המידה לכך יהיו אותם השיקולים המשמשים לבחינת הראיה הראשית, בשינויים המתאימים. בין היתר יש להביא בחשבון את אופייה הייחודי של הראיה הנגזרת והזיקה בינה ובין הראיה הראשית.

26. עוד קבע בית המשפט העליון בענין פרחי, כי על פי רוב, בחינת חוקיותה של הראיה הנגזרת, במנותק מהראיה הראשית, תוביל למסקנה כי קבלתה במשפט לא תוביל לפגיעה קשה בהוגנות ההליך, המצדיקה את פסילתה. ככל שהזיקה בין הראיות חזקה יותר, עשויה אי החוקיות שדבקה בראיה הראשית להכתיב גם את הראיה הנגזרת. מבחינה עובדתית נדרש קשר של סיבתיות בין קיומה של הראיה הראשית לאפשרות השגתה של הראיה הנגזרת ממנה. לכך יש להוסיף סיבתיות משפטית, הטומנת בחובה שיקול דעת שיפוטי באשר לנסיבות התומכות בפסילת הראיה הנגזרת. כאשר קיים נתק מהותי בין הפסול שנפל בראיה הראשית ובין הראיה הנגזרת, תקטן הנטייה לפסול את הראיה הנגזרת. כך למשל, כאשר המשטרה מבצעת חיפוש לא חוקי בביתו של אדם ונמצאת ראיה חפצית, ולאחר מכן מודה האדם בביצוע העבירה, אי-החוקיות לא תדבק בהודאה (שם, בסעיף 20).

27. מפסיקת בית המשפט העליון עולה, כי יש לבחון את נפקותה של אי-החוקיות ביחס לראיות הקיימות בתיק, וזאת בהתאם למתווה הבא: תחילה יש לבחון אם מדובר בראיה ראשית או שמא בראיה נגזרת; אם מדובר בראיה ראשית - יש ליישם לגביה את דוקטרינת הפסילה הפסיקתית תוך איזון בין שלוש קבוצות השיקולים שנקבעו בהלכת יששכרוב; אם מדובר בראיה נגזרת - יש ליישם לגביה את דוקטרינת הפסילה הפסיקתית, תוך בחינת הזיקה בינה לבין הראיה הראשית, כאמור בענין פרחי.

#### נפקות עריכת החיפוש שלא כדין - במקרה שלפנינו

28. אפנה, אפוא, ליישום הלכות בית המשפט העליון ביחס למקרה שלפניי.

29. הראיות בתיק מבוססות על שני אדנים עיקריים: האחד, הסמים שנמצאו בחיפוש בביתו של הנאשם; השני, הודאות הנאשם.

30. תחילה לשאלת פסילת הסמים שנתפסו במהלך החיפוש.

31. באיזון בין השיקולים העומדים על הכף, הגעתי למסקנה כי יש לפסול את ראית הסמים: החיפוש נערך שלא בנוכחות שני עדים, וזאת בניגוד לסעיף 26(א) לפקודה. משמע, כי החיפוש נעשה תוך חריגה מסמכות. בחיפוש שלא בנוכחות שני עדים יש חשש לפגיעה מיותרת בפרטיותו, בקניינו ולעיתים גם בגופו של האדם שבביתו נערך החיפוש, ואין בו כדי להבטיח בקרה ראויה על מהלכי החיפוש; העבירה של החזקת סמים לצריכה עצמית אינה חמורה ומכאן כי מידת

הפגיעה באינטרס הציבורי כתוצאה מפסילת הראיה אינה גבוהה; המדובר בראיה חפצית שאמינותה אינה שנויה במחלוקת והיא בעלת קיום עצמאי. עם זאת, ראיית הסמים לא היתה מתגלה אלמלא החיפוש.

32. דין של הודאות הנאשם שונה.

33. הנאשם למעשה הודה כי הוא מחזיק סם בביתו, וזאת במספר שלבים: קודם לחיפוש בבית, הודה הנאשם כי הוא מחזיק "קססה" בבית. בהמשך לכך, הוביל את השוטרים לסם מגולגל בנייר; לאחר מציאת הסם, ובעוד השוטרים בביתו, הודה הנאשם כי ייתכן שקיים סם נוסף בבית. בעקבות זאת, המשיכו השוטרים בחיפוש ומצאו סם נוסף בתוך כיס המעיל; בשלב השלישי, הודה הנאשם במהלך חקירה במשטרה, כי הסמים שנמצאו, הן בנייר המגולגל והן בכיס המעיל הם שלו.

34. הודאת הנאשם הראשונה איננה ראייה נגזרת. הודאת הנאשם, כי הוא מחזיק "קססה" בבית ניתנה קודם לחיפוש וודאי אינה קשורה לחיפוש. אין בחיפוש, גם אם נערך שלא כדין, כדי לפגום בהודאה זו.

35. הודאת הנאשם השניה, שלפיה ייתכן שקיים סם נוסף בבית, באה כבר אגב החיפוש ובמהלכו. גם הודאת הנאשם השלישית בחקירתו במשטרה, למצער ככל שהיא נוגעת למציאת הסם הנוסף בכיס המעיל, באה בעקבות החיפוש בבית. אמנם, ניתן לומר, כי הודאותיו השניה והשלישית של הנאשם, לפחות ככל שהן נוגעות לסם שנמצא בכיס המעיל, הן בגדר ראייה נגזרת, אשר התקבלה בעקבות החיפוש. עם זאת, לא מצאתי כי יש מקום לפסול הודאות אלו. כפי שקבע בית המשפט העליון בענין פרחי, כאשר קיים נתק מהותי בין הפסול שנפל בראיה הראשית ובין הראיה הנגזרת, תקטן הנטייה לפסול את הראיה הנגזרת. במקרה שלפנינו, הודאת הנאשם מנותקת מהפסול שדבק בראיה הראשית. הנאשם לא הודה בשל החיפוש, והראיה היא שהודה כבר קודם לחיפוש באשר לחלק מהסם שבביתו. למעשה, באי נוכחות שני עדים בחיפוש, לא היה כדי להעלות או להוריד מהודאות הנאשם.

36. לאור האמור, לא מצאתי כי מתקיימים התנאים לפסילת הודאות הנאשם ודי בהודאותיו כדי לשמש בסיס מספק להרשעתו בדיון, וזאת הגם שקבעתי כי הסם עצמו נפסל.

## סוף דבר

37. הגעתי למסקנה כי יש לפסול את ראיית הסמים. עם זאת, הודאות הנאשם עומדות כשלעצמן ודי בהן כדי להביא להרשעתו בעבירה של החזקת סמים לצריכה עצמית.

38. לאור האמור, אני מרשיעה את הנאשם בעבירה של החזקת סמים לצריכה עצמית במשקל 5.3945 גרם נטו, לפי סעיף 7(א) יחד עם סעיף 7(ג) לפקודת הסמים.

**ניתנה והודעה היום י"א חשוון תשע"ה, 04/11/2014 במעמד הנוכחים.**

[פרוטוקול הושמט]

### **החלטה**

משמדובר בהחזקה של כמות קטנה של סם והנאשם למעשה הודה בהחזקה, אלא שניהל הוכחות הקשורות בשאלה משפטית ולאור העובדה כי בשנים האחרונות מנסה הנאשם לחזור למוטב, אני מוצאת מקום לבקש משירות המבחן לערוך תסקיר בעניינו.

לאור האמור, יידחה הטיעון לעונש ליום 1.3.2015 בשעה 8:30.

שירות המבחן יערוך תסקיר מבחן בעניינו של הנאשם ויגישו לבית המשפט עד ליום 24.2.2015.

הממונה על עבודות השירות יערוך חוות דעת בעניינו של הנאשם.

לנוחיות שירות המבחן והממונה פרטי הנאשם הם - 052-7008705 וכתובת - שמעוני דוד 7 רחובות.

פרטי הסגור - פקס 03-5611368.

המזכירות תמציא העתק של הפרוטוקול הן לשירות המבחן והן לממונה על עבודות השירות.

מובהרת לנאשם חובת ההתייצבות וכי לא יקבל הזמנה נוספת. עוד מובהר לנאשם כי במידה ולא יתייצב יוצא כנגדו צו הבאה וניתן יהיה לדון בהעדרו.

**ניתנה והודעה היום י"א חשוון תשע"ה, 04/11/2014 במעמד הנוכחים.**

הוקלד על ידי אירית שיר