

א

תיק פלילי 4598 / 01

מדינת ישראל, משטרה – מדור תביעות

ב

נגד

יהודה בן שושן

ג

בבית־משפט השלום בתל־אביב־יפו

[3.9.2003]

לפני השופט ג' נויטל

ד

נגד הנאשם הוגש כתב־אישום המייחס לו עבירה של החזקת סם מסוכן שלא לצריכה עצמית ועבירה של ניסיון השמדת ראיה. בכתב־האישום נטען כי הנאשם החזיק בביתו סם מסוכן שלא לצריכה עצמית, ובנסיבות מעצרו הכניס את הסם המסוכן לפיו וניסה לבולעו בכוונה למנוע שימוש בו כראיה. הנאשם טען כי איש המשטרה נכנס לביתו ללא עילה, תקף אותו, וכתוצאה מכך הושגה הראיה. לטענתו, התנהגותו הפסולה והבלתי חוקית של איש המשטרה פוסלת את הראיות.

ה

בית־משפט השלום פסק:

- (1) החיפוש שערך השוטר בגוף הנאשם, נעשה תוך חריגה מסמכות, ושלא כדין. לשוטר לא היה יסוד סביר להניח שהנאשם נושא עמו סם מסוכן ולכן לא היה יכול לערוך חיפוש מכוח [פקודת הסמים המסוכנים](#) [נוסח חדש], תשל"ג-1973. כמו כן, החיפוש נעשה בניגוד [לחוק סדר הדין הפלילי](#) (סמכויות אכיפה – חיפוש בגוף החשוד), תשנ"ו-1996 (להלן – חוק החיפוש) ולהנחיית פרקליטת המדינה (ד396 – ה, 1399, א403 – ב, א411 – ב).
- (2) התנהגות השוטר, שתפס את הנאשם בגרונו, תוך שימוש בכוח, ואילץ את הנאשם לפתוח את פיו ולמסור, נגד רצונו, את מה שיש בפיו, הייתה והינה התנהגות אסורה, ובלתי חוקתית, שהפרה הפרה חמורה הוראות [בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו](#) ופגיעה פגיעה קשה בזכויות יסוד של הנאשם – כבודו כאדם ופרטיותו. לא כל שכן, הייתה זו התנהגות שעלתה במידה רבה על הנדרש בנסיבות העניין (1395 – ז, א411 – ג).
- (3) על-כן, הראיה – הסם המסוכן שנתפס כתוצאה מפעולתו של השוטר, פסולה ובלתי קבילה מלשמש כראיה. פועל יוצא מפסלות הראיה היא גם פסלותן ואי-קבילותן של ראיות

נוספות, כמו אימרת הנאשם במשטרה, שלא היו באות כלל לעולם אלמלא תפיסת הסם באופן שעשה זאת השוטר (1395 – 1396 א, 1396 – 1407 ב – ד).
א (4) באין ראיות קבילות מספיקות נגד הנאשם, יש לזכותו (1396 א – ב).

א

ב

ג

ד

ה

ו

ז

חוקי יסוד שאוזכרו:

— [חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו](#), סעיפים 1, א1, 2.

א

חקיקה ראשית שאוזכרה:

— [פקודת הסמים המסוכנים](#) [נוסח חדש], תשל"ג-1973, סעיף 28(ב)(2).

— [פקודת סדר הדין הפלילי \(מעצר וחיפוש\)](#) [נוסח חדש], תשכ"ט-1969, סעיפים

22(א), 25(1), 29.

ב

— [חוק סדר הדין הפלילי](#) (סמכויות אכיפה – חיפוש בגוף החשוד), תשנ"ו-1996,

סעיפים 1, 2(ג), 2(ד), 3(א), 3(ג), 3(ד).

— [חוק הגנת הפרטיות](#), תשמ"א-1981, סעיפים 2(1), 18, 19, 32.

ג

פסקי-דין של בית-המשפט העליון שאוזכרו:

[1] [ע"פ 325/84 אברגיל נ' מדינת ישראל, פ"ד לח\(3\) 365](#).

[2] [בש"פ 2145/92 מדינת ישראל נ' גואטה, פ"ד מו\(5\) 704](#).

[3] [בג"ץ 465/75 דגני נ' שר המשטרה, פ"ד ל\(1\) 337](#).

[4] [בג"ץ 355/79 קטלן נ' שירות בתי הסוהר, פ"ד לד\(3\) 294](#).

ד

[5] [ע"פ 4188/93 לוי נ' מדינת ישראל, פ"ד מט\(1\) 539](#).

[6] [ע"פ 5026/97 גלעם נ' מדינת ישראל \(לא פורסם\)](#).

[7] [ד"נ 9/83 בית הדין הצבאי לערעורים נ' ועקנין, פ"ד מב\(3\) 837](#).

[8] [ע"פ 2180/02 קאסס נ' מדינת ישראל, פ"ד נו\(1\) 642](#).

ה

[9] [ד"פ 2316/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט\(4\) 589](#).

[10] [ע"פ 559/77 מאירי נ' מדינת ישראל, פ"ד לב\(2\) 180](#).

[11] [בג"ץ 249/82 ועקנין נ' בית הדין הצבאי לערעורים, פ"ד לז\(2\) 393](#).

ו

פסקי-דין של בתי-המשפט המחוזיים שאוזכרו:

[12] [ב"ש \(חי'\) 1048/02 רוז'ה נ' משטרת ישראל, פ"מ תשס"א\(2\) 638](#).

[13] [ב"ש \(י-ם\) 1153/02 מדינת ישראל נ' אברגיל, פ"מ תשס"א\(2\) 728](#).

[14] [תפ"ח \(י-ם\) 4047/01 מדינת ישראל נ' ללק \(לא פורסם\)](#).

[15] [ת"פ \(נצ'\) 511/97 מדינת ישראל נ' עודה \(לא פורסם\)](#).

ז

ספרים ישראלים שאוזכרו:

[16] י' קדמי על סדר הדין בפלילים (כרך א, תשנ"ז).

[17] א' [ברק פרשנות תכליתית](#) במשפט (תשס"ג).

[18] א' [ברק פרשנות במשפט, כרך ג](#), פרשנות חוקתית (תשנ"ד).

מאמרים ישראליים שאזכרו: א

[19] א' [ברק "הקונסטיטוציונליזציה של מערכת המשפט בעקבות חוקי-היסוד והשלכותיה על המשפט הפלילי \(המהותי והדיוני\)"](#) מחקרי משפט יג (תשנ"ו-תשנ"ז) 5.

[20] מ' אלון "חוקי היסוד – עיגון ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית – סוגיות במשפט פלילי" מחקרי משפט יג (תשנ"ו-תשנ"ז) 27.

[21] ע' גרוס "הזכויות הדיוניות של החשוד או הנאשם על פי [חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו](#)" מחקרי משפט יג (תשנ"ו-תשנ"ז) 155.

[22] ע' גרוס "כלל פסילה חוקתי – האם יש לו מקום בישראל" משפטים ל (תשנ"ט-תש"ס) 145.

[23] א' [הרנון "ראיות שהושגו שלא כדין"](#) – האם נשתנה המצב המשפטי בעקבות [חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו](#)? מחקרי משפט יג (תשנ"ו-תשנ"ז) 139.

[24] א' [ברק "בית המשפט העליון וחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו"](#) המשפט ב (תשנ"ה) 15.

[25] ב' [אוקון, ע' שחם "הליך ראוי ועיכוב הליכים שיפוטי"](#) המשפט ג (תשנ"ז) 265.

[26] א' [הרנון "ראיות שהושגו שלא כדין: מבט השוואתי"](#) ספר לנדוי (כרך ב, א' ברק, א' מזוז – עורכים, תשנ"ה) 9.

[27] ד' מנשה "על היעדר סמכות לשימוש בכוח לצורך חיפוש פנימי" משפט וממשל ו (תשס"א) 619.

[28] י' שחר "סדר-דין פלילי" ספר השנה של המשפט בישראל תשנ"ב-תשנ"ג (א' רוזן-צבי עורך, תשנ"ד) 375.

[29] מ' בן זאב "ראיות שהושגו שלא כהלכה – האמנם נפרצה הדרך לעקרון הפסילה" הפרקליט לב (תשל"ט-תש"ס) 466.

[30] א' [הרנון "ראיות שהושגו באמצעים בלתי הוגנים"](#) הפרקליט ספר היובל (תשנ"ד) 462.

תביעה לפי [פקודת הסמים המסוכנים](#) [נוסח חדש], תשל"ג-1973 וסעיף 242 [לחוק העונשין](#), תשל"ז-1977. התביעה נדחתה.

קובי סודרי – בשם הנאשם.

הכרעת דין

אני מזכה את הנאשם מהעבירות המיוחסות לו בכתב האישום.

בכתב האישום נטען (תמצית העיקר): ביום 11.4.2000, בביתו, החזיק הנאשם סם מסוכן מסוג הירוואין שלא לצריכה עצמית, במשקל 0.9740 גרם נטו, מחולק ל-14 אריזות נפרדות. בנסיבות מעצרו, הכניס הנאשם את הסם המסוכן דלעיל לפיו וניסה לבולעו בכוונה למנוע שימוש בו כראיה. מיוחסות לנאשם עבירה של החזקת סם מסוכן שלא לצריכה עצמית, ועבירה של ניסיון השמדת ראיה (כל ההדגשות שבהכרעת הדין הן שלי – ג' נ').

גירסת הנאשם בבית המשפט (תמצית העיקר): איש המשטרה נכנס לביתו ללא עילה, תקף וחנוק את הנאשם, וכתוצאה מכך הושגה הראיה. התנהגותו הפסולה והבלתי חוקית של איש המשטרה, פוסלת את הראיות. לחלופין, אם בית המשפט ידחה את הטענה, הרי שהסם המסוכן הוחזק על ידי הנאשם לצריכה עצמית (בעמ' 5 לפרוטוקול, ש' 3-18).

הכרעת הדין (בקליפת אגוז): לאחר ששמעתי וראיתי את עד התביעה השוטר אלי נקש (להלן – השוטר נקש), קראתי את הפרוטוקול ואת המסמכים, בחנתי ושקלתי את הראיות, ולאור היבטי המשפט בסוגיות הכרוכות בהתרחשות נושא כתב האישום, והנובע ממנה, אלה הן מסקנותיי:

1. החיפוש שערך השוטר נקש על/בגוף הנאשם, נעשה תוך חריגה מסמכות, ושלא כדין.

2. התנהגות השוטר נקש, כשתפס את הנאשם בגרונו, תוך שימוש בכוח, כשהוא מונע מהנאשם לבלוע, וכפועל יוצא – אילץ את הנאשם לפתוח את פיו, נגד רצונו, ולמסור, נגד רצונו את מה שיש בפיו, הייתה והינה התנהגות אסורה, שלא כדין, בלתי חוקתית, אלימה, מטוכנת ומשפילה, שהפרה הפרה חמורה הוראות בחוקי יסוד: כבוד האדם וחירותו ופגיעה פגיעה קשה בזכויות יסוד של הנאשם – בכבודו וכבודו ובפרטיותו. לא כל שכן, שהייתה זו התנהגות שעלתה במידה רבה על הנדרש בנסיבות העניין.

3. הראיה – הסם המסוכן – ת/2 (בעמ' 7 לפרוטוקול, ש' 11), שהושגה באופן המתואר לעיל, פסולה ובלתי קבילה אפוא מלשמש כראיה.

4. פועל יוצא מפסלות הראיה (הסם המסוכן) ת/2 דלעיל, היא גם פסלותן ואי-קבילותן של ראיות נוספות – אימרת הנאשם במשטרה (1/ת) – לרבות הודאתו שבה, ושבדוח המעצר – ת/2, דוח המעצר – ת/2, וחוות-הדעת – ת/3.

באין ראיות מספיקות קבילות נגד הנאשם וזאת לעניין שתי העבירות המיוחסות לו בכתב-האישום, יזוכה הנאשם בדינו.

אלה נימוקי המפורטים לזיכוי של הנאשם:

עת/1, השוטר נקש, העיד בבית-המשפט (תמצית העיקר): הם נכנסו לביתו של הנאשם. הוא הביין שלנאשם יש משהו בגרונו. הוא תפס את גרונו של הנאשם ולחץ עליו בכוח סביר כדי למנוע מהנאשם לבלוע. הנאשם לא רצה לפתוח את פיו. השוטר נקש מנע מהנאשם לבלוע. הנאשם פתח את פיו והוציא את הסם המסוכן שהיה בו (בעמ' 8 לפרוטוקול, ש' 11-12).

החיפוש של השוטר נקש על גופו/בגופו של הנאשם, היה שלא כדין:

1. בהנחה שהחיפוש (בלא צו חיפוש) שהשוטר נקש ביצע אצל הנאשם (ראה גם בסעיף 7 רישה, בדוח המעצר של הנאשם – ת/2) היה מכוח פקודת הסמים המסוכנים [נוסח חדש], תשל"ג-1973 (להלן – הפקודה), הרי שהחיפוש לא היה על-פי יסוד סביר שהשוטר נקש היה אמור להניח לפני ביצוע החיפוש, שלפיו הנאשם נושא עמו סם מסוכן (כאמור בסעיף 28(ב)(2) לפקודה); החיפוש שביצע השוטר נקש אצל הנאשם נעשה אפוא תוך חריגה מסמכות של השוטר נקש, ולא היה כדין.

(א) השוטר נקש העיד: הם הגיעו לבית של הנאשם במסגרת סיור שגרתי (בעמ' 8 לפרוטוקול, ש' 16-17). היינו, לא היה לשוטר נקש שום מידע ספציפי על ביצוע עבירת סמים על-ידי הנאשם או בביתו (השווה ואבחן: ע"פ 325/84 אברג'יל נ' מדינת ישראל (להלן – פרשת אברג'יל [1]), בעמ' 369 בין אותיות השוליים ג-ד; ב"ש 2145/92 מדינת ישראל נ' גואטה (להלן – פרשת גואטה [2]), בעמ' 709 בין אותיות השוליים ב-ד, בעמ' 710 מול אות השוליים ד). בכך שבאותו זמן הנאשם היה משתמש בסמים ועוסק בעבירות רכוש (בעמ' 7 לפרוטוקול, ש' 18), אין די כדי לשמש "יסוד סביר להניח" שהנאשם נושא עמו סם מסוכן, בעיתוי הספציפי של יום האירוע (השווה ואבחן: בפרשת גואטה [2], שם, שם; בפרשת אברג'יל [1], בעמ' 369 בין אותיות השוליים ה-ז, ובעמ' 370 מול אות השוליים א).

א (ב) השוטר נקש העיד: הוא שמע רעשים של צלופן, שבדרך-כלל משמש לאריזות סם (בעמ' 8 לפרוטוקול, ש' 4-1, 21-20; בעמ' 9 לפרוטוקול, ש' 21-18; בעמ' 13 לפרוטוקול, ש' 22-20).

ואולם:

ב השוטר נקש הסביר, שהיה זה רעש כמו של שקיות שמקבלים במכולת (בעמ' 8 לפרוטוקול, ש' 24; בעמ' 9 לפרוטוקול, ש' 23-21; נ/1 – ניילון). מדבריו ברי אפוא שברעשי ה"צלופן" – שקית המכולת ששמע, לא היה משום יסוד סביר להנחה שהנאשם נושא עמו סם מסוכן דווקא.

ג (ג) השוטר נקש העיד: בנוסף לרעש של הצלופן, הוא שמע דיבורים (בע' 9 לפרוטוקול, ש' 2-3, 23).

ואולם:

ד השוטר נקש העיד, שהוא לא זוכר ולא יודע להגיד איזה דברים הוא שמע, וגם בדוח שלו הוא לא כתב שום ציטוט של דברים ששמע (בעמ' 10 לפרוטוקול, ש' 7-2; בעמ' 9 לפרוטוקול, ש' 23). גם רכיב זה שהניע את השוטר נקש לפעולה, לא היה בו אפוא יסוד סביר להנחה כלשהי.

ה (ד) השוטר נקש העיד: הוא כתב בדוח שלו, שהם המתינו מספר דקות כדי לוודא כי אכן מדובר בסמים (בעמ' 9 לפרוטוקול, ש' 16-17).

ואולם:

ו השוטר נקש הסביר, שלשם כך (לשם וידוא שמדובר בסמים), הם שמעו צלופן, שזה כמו שקיות מכולת, והמשיכו דיבורים, והוא לא זוכר מה דובר (בעמ' 9 לפרוטוקול, ש' 23-18). ושוב: בצלופן (כמו שקית מכולת; נ/1 – ניילון) ובדיבורים, אין סבירות להנחה שדווקא בסמים עסקינן.

ז (ה) השוטר נקש העיד: רמת החשד עלתה (החשד שמדובר בפעילות סמים – בעמ' 9 לפרוטוקול, ש' 23-18). רמת החשד שעלתה באה לידי ביטוי בכך שהוא שמע דיבורים, הוא שמע צלופן, מקום הישיבה היה בסלון, מבינים שזה רעש לא סביר, רעש של צלופן יחד עם הדיבור בסלון (בעמ' 9 לפרוטוקול, ש' 24-29).

ואולם:

א רעש של צלופן עם דיבורים בסלון דווקא, אין בהם כדי להעלות רמת חשד. כאמור לעיל, אין בנתונים אלה אפילו כדי לשמש יסוד סביר להנחה הראשונית שהנאשם מחזיק סם. לא כל שכן להעלאת רמת החשד, כנטען. בכך שהנאשם ישב בסלון, אין ולא כלום לעניין זה.

ב (ו) השוטר נקש העיד: ראשו של הנאשם היה למטה, הדיבור שלו היה קצת שונה, דיבור קצת כבד, הוא הבין שיש לנאשם משהו בפה (בעמ' 10 לפרוטוקול, ש' 25-27; בעמ' 8 לפרוטוקול, ש' 5-6). הנאשם עשה תנועה מהירה של הטעיה, של הטמנת דבר מה בפה (בעמ' 11 לפרוטוקול, ש' 14-16). הוא ידע שזה סמים דווקא, כי מה מכניסים לפה? כשרואים משטרה ורוצים להעלים דבר מה מכניסים לפה בדרך-כלל (בעמ' 11 לפרוטוקול, ש' 11-12). בגלל תנועת ההטעיה שעשה הנאשם, הוא חשב שלנאשם יש בגרון סמים (בעמ' 11 לפרוטוקול, ש' 19-20).

ואולם:

ד השוטר נקש העיד: על השולחן בדירה, על הספה, בסביבה של הנאשם, הוא לא ראה איזה שהם אמצעים שמעידים על שימוש בסמים, כמו נייר כסף, פתילי נייר טואלט, כפית, מזרק. זאת ועוד: במקום, בסביבה של הנאשם, הוא לא ראה שום ניילון מסוג צלופן או אחר (בעמ' 11 לפרוטוקול, ש' 1-8).

זאת ועוד:

ח השוטר נקש העיד, שהוא לא ראה את הנאשם מכניס שום דבר לפה (בעמ' 11 לפרוטוקול, ש' 17-18). בכך שראשו של הנאשם היה למטה, ושדיבורו היה קצת כבד, אין די ליצירת יסוד סביר להנחה שהנאשם מחזיק סם מסוכן.

ט מכל הנסיבות שלגביהן העיד השוטר נקש בבית המשפט ושפורטו לעיל, מסתבר שלא היו בפני השוטר נקש ראיות – עובדות, נסיבות, או מידע אמין, שמספיקות/ים לגיבוש יסוד סביר להנחה, שכשהשוטר נקש נכנס לביתו של הנאשם, הנאשם נשא עמו סם מסוכן דווקא. הנסיבות שהיו בפני השוטר נקש יכלו, לכל היותר, לשמש בסיס לניחוש, להשערה או לתחושה מצידו בהקשר זה. בכך אין די (השווה בסוגיה: [בג"ץ 465/75](#) דגני נ' שר המשטרה (להלן – פרשת דגני [3]), בעמ' 351 מול אות השוליים ג, בעמ' 353 מול אות השוליים ה). אף ניתן לומר, שלאור הנתונים והנסיבות במקום כפי

א
 ב
 ג
 ד
 ה
 ו
 ז
 ח
 ט
 י
 יא
 יב
 יג
 יד
 טו
 טז
 טז

שהעיד בבית-המשפט השוטר נקש, אדם "בר דעת רגיל" לא היה כלל מגבש הנחה שהנאשם נושא עמו סם מסוכן (ראה בסוגיה: בפרשת דגני [3], בעמ' 351 מול אות השוליים ב). כל מה שהשוטר נקש שמע וראה, היה מצטייר בעיני אדם בר דעת רגיל, כלא שייך כלל לסמים, אלא כתופעות תמימות של היומיום – רעש של צלופן (כמו שקית שמקבלים במכולת), דיבורים ללא ידיעה של תוכנם, ישיבה של הנאשם בסלון דווקא, ראשו של הנאשם שמוט, ודיבורו קצת כבד. ודוק: עמידה בתנאי העובדתי של מה שהתרחש במקום – ה"יסוד הסביר להניח", תיבחן על-פי אמת מידה של האדם הסביר בנעליו של השוטר נקש, ולא בדיעבד על-פי אמת מידה מוחלטת של מה שהתרחש בפועל במציאות (ראה בסוגיה י' קדמי על סדר הדין בפלילים (כרך א) [16], בעמ' 440).

ג
 ד
 ה
 ו
 ז
 ח
 ט
 י
 יא
 יב
 יג
 יד
 טו
 טז
 טז

על-כן: המסקנה מעדותו של עד התביעה השוטר נקש, ומהאמור לעיל היא, שהחיפוש שביצע השוטר נקש אצל הנאשם (בלא צו חיפוש), לא היה על-פי יסוד סביר שהשוטר נקש היה אמור להניח לפני ביצוע החיפוש, שלפיו הנאשם נושא עמו סם מסוכן; החיפוש שביצע השוטר נקש בנאשם, נעשה אפוא תוך חריגה מסמכות של השוטר, ולא היה כדין.

ז
 ח
 ט
 י
 יא
 יב
 יג
 יד
 טו
 טז
 טז

(ז) אם ייטען, כי החיפוש שביצע השוטר נקש היה מכוח [פקודת סדר הדין הפלילי \(מעצר וחיפוש\)](#) [נוסח חדש], תשכ"ט-1969, היינו שהיה לשוטר נקש יסוד להניח שבביתו של הנאשם מתבצע או התבצע פשע (הקשור בסמים) ([סעיף 125\(א\)](#)) לפקודה דלעיל), הרי שגם במקרה זה, מותר לחפש רק "על" גופו של הנאשם ("על פני" גופו – [סעיף 22\(א\)](#)) לפקודה דלעיל), וגם זאת רק אם יש יסוד סביר לחשוד שהנאשם מסתיר אצלו חפץ שמחפשים ([סעיף 29](#)) לפקודה דלעיל). כאמור, יסוד סביר כזה, לא היה לשוטר נקש לפני שהוא ביצע את החיפוש בנאשם. המסקנה דלעיל, בדבר היות החיפוש שבוצע, שלא כדין, נותרת בעינה.

י
 יא
 יב
 יג
 יד
 טו
 טז
 טז

2. החיפוש שביצע השוטר נקש בנאשם, לא כל שכן אם לא ב"חיפוש" עסקינן – התנהגותו כשוטר כלפי הנאשם, נעשו בחריגה מסמכות, בניגוד [לחוק סדר הדין הפלילי \(סמכויות אכיפה – חיפוש בגוף החשוד\)](#), תשנ"ו-1996 (להלן – חוק החיפוש), ולהנחיית פרקליטת המדינה:

ט
 י
 יא
 יב
 יג
 יד
 טו
 טז
 טז

השוטר נקש העיד: הוא ניגש אל הנאשם, ותפס את גרונו של הנאשם. בהתחלה הפה של הנאשם היה סגור, הוא [הנאשם – ג' נ'] לא רצה לפתוח. אבל לאחר מכן, הוא פתח את פיו והוציא את זה (את הזרג ובו מנות הסם); בעמ' 8 לפרוטוקול, ש' 6-11; בעמ'

13 לפרוטוקול, ש' 7-19). בתפיסת הגרון הוא רצה שהנאשם לא יוכל לבלוע, למנוע את הבליעה, כדי למנוע מהנאשם להעלים ראיות (בעמ' 11 לפרוטוקול, ש' 25-29; בעמ' 12 לפרוטוקול, ש' 28-29). השוטר נקש השתמש לדבריו בכוח סביר, ומנע מהנאשם את הבליעה (בעמ' 12 לפרוטוקול, ש' 1-10).

(א) חיפוש כפי שביצע השוטר נקש כפי שהעיד לעיל, למעשה איננו חיפוש על גופו של הנאשם (כלשון [סעיף 28\(ב\)\(2\)](#) לפקודה), היינו חיפוש "על פני" גופו (כלשון [סעיף 22\(א\)](#) לפקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש) [נוסח חדש]), אלא זהו למעשה חיפוש בגופו של הנאשם. חיפוש כזה, איננו אחת מדרכי החיפוש המותרות לפי חוק החיפוש ([סעיף 1](#) בחוק החיפוש). גם לפי חוק החיפוש, לא היה אפוא השוטר נקש מוסמך לערוך חיפוש באופן שעשה.

(ב) גם אם נניח, שמבחינה פורמאלית, תפיסת גרונו של חשוד ומניעת בליעה, היא בבחינת "חיפוש חיצוני" לפי חוק החיפוש, הרי שכאמור, לא היה לשוטר נקש יסוד סביר לחשוד שבגופו של הנאשם נמצאת ראיה להוכחת ביצוע עבירה ([סעיף 3\(א\)](#)) לחוק החיפוש); גם לא נתבקשה הסכמת הנאשם לתפיסת גרונו עד כדי מניעת בליעה ([סעיף 2\(ג\)](#) לחוק החיפוש); גם לא נתקבל אישור של קצין משטרה לעריכת החיפוש, ולא ניתנה לנאשם הזדמנות לומר את דברו בעניין (סעפים 3(ג) ו-3(ד) לחוק החיפוש); תפיסת גרונו של הנאשם בכוח ומניעת בליעה של הנאשם, איננה שומרת כלל, לא כל שכן שאיננה שומרת באופן מרבי על כבודו של הנאשם, ואין בדרך חיפוש זו את המידה המועטה האפשרית של פגיעה ואי נוחות בנאשם; ההיפך הוא הנכון: דרך חיפוש זו פוגעת באופן בוטה בכבודו של הנאשם ובפרטיותו; היא הדרך הפוגענית ביותר, וזו הגורמת לנאשם את אי-הנוחות הרבה ביותר, להשגת המטרה הנטענת של החיפוש; גם בכך נוגד החיפוש שביצע השוטר נקש בנאשם, את חוק החיפוש ([סעיף 2\(ד\)](#)) לחוק החיפוש). לאור האמור לעיל, הרי שממספר "כיוונים" בחוק החיפוש, לפי מספר הוראות שונות שבו, השוטר נקש חרג מסמכותו כשערך את ה"חיפוש" בנאשם, באופן שעשהו. בנוסף, ברי כי אין לפתוח פתח לחיפוש בגופו של הנאשם באמצעות סמכות החיפוש ה"כללית" שבחקיקה הראשית ([בפקודת סדר הדין הפלילי \(מעצר וחיפוש\) \[נוסח חדש\]](#), ובפקודת הסמים המסוכנים דלעיל), שלא לפי חוק החיפוש (ראה בסוגיה [בג"פ 355/79 קטלן נ' שירות בתי הסוהר \[4\]](#), בעמ' 299 בין אותיות השוליים ד-1).

(ג) התנהגותו של השוטר נקש – תפיסת גרונו של הנאשם, תוך שימוש בכוח ומניעה מהנאשם את הבליעה של הסם – התנהגות כזו נדונה גם היא בסדרת דיונים שסוכמה במסמך מיום 3.11.1989 – 1/נ, בחתימת דורית ביניש, פרקליטת המדינה

א (כתוארה אז). כאמור במסמך נ/1 "העמדה הכמעט כללית של משתתפי הדיון היתה, כי השימוש בכוח למניעת בליעת סם... כרוך בנוק וסיכון גדול יותר מהתועלת המופקת מפעולה זו. כל זאת, בהתחשב בכמויות הסם שניתן בכלל להחזיק בפה, שאינן 'מסחריות', ובמשך הזמן הנדרש לבליעת הסם. חיפוש בפה מצריך הפעלת כוח מרובה באזור רגיש בגוף ועלול לגרום לפגיעות פיזיות רציניות באברים חיוניים כמו קנה הנשימה, המוח, והעיניים... לפיכך סוכם כי חיפוש בפה ללא הסכמת החשוד ותוך שימוש בכוח – ייאסר. המשטרה תוציא הנחייה ברוח זו שתובא לידיעת כל הנוגעים בדבר בדרגים השונים. עוד סוכם כי סוגיית החיפוש בגוף תוסדר בחקיקה ובחקיקת משנה, כאשר חיפוש כזה יהיה אפשרי רק בהסכמת החשוד או לפי צו בית משפט..." (במסמך נ/1, בסעיפים 2-4).

ג המסמך – נ/1 הוא סיכום דיון שהתקיים ביום 27.10.1989, לאחר קרות המקרה שנדון בנ"פ 4188/93 לוי נ' מדינת ישראל (להלן – פרשת לוי [5]), בעמ' 546 מול אות השוליים ה, שם נדונה הרשעתם של 3 שוטרים בגרימת מוות ברשלנות לאחר שהפעילו לחץ על צווארה ופיה של חשודה, כיוון שחשדו שהטמינה בפיה סם שקנתה. בית-משפט השלום באותה פרשה, מפי השופט ד' ארבל (כתוארו אז), אמר, בין השאר: "...השיטה שונתה לאחר מכן, וכיום נוהגים בשיטה שעל פיה אין מפעילים כוח על גרונו של חשוד, לוקחים אותו לתחנת המשטרה ומחכים עד שיפלוט את הסם בדרך הטבעית, או שיוציא את הסם מפיו" (פרשת לוי [5], בעמ' 547 בין אותיות השוליים ו-ז). כך נאמרו דברים ברורים על-ידי בית-המשפט לגבי אי-הפעלת כוח על גרונו של חשוד כבר לפני למעלה מ-15 שנה, והם יפים ביתר שאת כיום, כ-11 שנה לאחר חקיקת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, וכ-7 שנים לאחר חקיקת חוק החיפוש. כאמור, הדברים דלעיל מפי השופט ארבל (כתוארו אז), צוטטו ללא הסתייגות בבית-המשפט העליון, בפרשת לוי [5] (שם, שם).

ד על-כן: השוטר נקש ביצע חיפוש/התנהג באופן שנאסר למעלה מ-10 שנים לפני שהוא ביצע אותו – תפיסת גרונו של חשוד כדי למנוע ממנו בליעה של סם. מסמך סיכום הדיון מיום 3.11.1989 – נ/1 נסב גם על סיטואציה פיזית כזו; המסמך פתח בשאלת "השימוש בכוח למניעת בליעת סם" (בסעיף 1 רישה, במסמך נ/1). בגוף המסמך צוינו במפורש הנזק והסיכון הגדול הכרוכים גם בשימוש בכוח למניעת בליעת סם, בנוסף לחיפוש בפה (בסעיף 2 אמצע, במסמך נ/1). הנזקים הגופניים שעלולים להיגרם לאיברים חיוניים כפי שפורטו במסמך (בסעיף 2, פסקה 2, במסמך נ/1) רלוונטיים גם כשמדובר בתפיסה בכוח של גרונו של חשוד; הא ראייה, שכאמור, סיכום הדיון שבמסמך נ/1 נעשה אחרי קרות המקרה שנדון בפרשת לוי [5] – גרם מותה ברשלנות של

חשודה לאחר ששוטרים לחצו על צווארה ועל פיה; זאת, כשבפרשת לוי [5], בין השאר, צוטטו, בבית-המשפט העליון, ללא הסתייגות, לא רק סיכום הדיון שבמסמך נ/1, אלא גם דברו המפורש והברור של בית-משפט השלום מפי השופט ארבל (כתוארו אז), שלפיו כאמור, אין מפעילים כוח על גרונו של חשוד (בפרשת לוי [5], בעמ' 547 בין אותיות השוליים ו-1). זאת לא כל שכן כאשר ברוח המעצר של הנאשם – 2/ת, נרשם בסעיף 7(א) כך: "ערכתי חיפוש על גופו של העצור, ותפסתי... הבלש נקש תפס בתוך פיו של העצור שקית ניילון... ובתוכו חומר החשוד כסם..." (ראה גם בטופס לוואי למוצג סם – 3/ת, ב"נסיבות התפיסה"). היינו, לא רק תפיסת גרון אירעה בענייננו, אלא גם הוצאה מהפה של הסם.

(ד) השוטר נקש העיד: הוא תפס את הנאשם בגרונו, כשהלחיצה שלו על גרונו של הנאשם הייתה בכוח סביר (בעמ' 12 לפרוטוקול, ש' 4-8).

ואולם:

(1) לחיצה על גרונו של נאשם כדי למנוע ממנו לבלוע סם, כשלעצמה, איננה שימוש בכוח סביר. שימוש בכוח באופן כזה למטרה זו, כשלעצמו, איננו מצוי כלל במתחם הסבירות, והוא כאמור אסור, ללא קשר למידת הכוח שהופעלה, או לעובדה שהנאשם לא תאר פגיעה או נזק בעקבות פעולת השוטר נקש. מה גם, כפי שיפורט להלן, הייתה גם הייתה פגיעה קשה בזכויות יסוד של הנאשם עקב התנהגותו של השוטר נקש.

(2) השוטר נקש העיד, שמידת הכוח שהוא הפעיל על גרונו של הנאשם, מנעה מהנאשם את הבליעה (בעמ' 12 לפרוטוקול, ש' 9-10). זאת ועוד: השוטר נקש העיד, שלאחר שהוא תפס את הנאשם בגרונו, הפה של הנאשם היה סגור והוא לא רצה לפתחו, אבל לאחר מכן הוא פתח את פיו (בעמ' 8 לפרוטוקול, ש' 10-11). היינו, ברי שהשוטר נקש הפעיל על גרונו של הנאשם כוח של ממש, שמנע מהנאשם את יכולת הבליעה, ואילץ אותו, בכוח, לפתוח את פיו.

(3) לאור דברי השוטר נקש, ברי כי הנאשם כלשונו – "נתן" לשוטרים את הסם (בהודעת הנאשם במשטרה – 1/ת, ש' 13-14), שלא מרצונו החופשי; אילמלא אחז השוטר נקש בגרונו, מנע ממנו לבלוע, ואילצו לפתוח את פיו, הנאשם לא היה "נותן" לו את הסם. "נתינת" הסם לשוטר, הייתה סופו של תהליך שאותו תיאר השוטר נקש, כאמור. תיאורו הלא שנוי במחלוקת של עד התביעה – השוטר נקש עצמו, את אופן התנהגותו האסור – תפיסת הנאשם בגרונו תוך הפעלת כוח, ומניעה ממנו לבלוע – מייתר את גירסת הנאשם. בעובדה שהנאשם לא העיד בבית-המשפט, אין כדי להעלות או

להוריד לגבי הבסיס העובדתי השריר והקיים ממילא של הכרעת הדין – גירסתו של עד התביעה, השוטר נקש.

א

על-כן: החיפוש שביצע השוטר נקש בנאשם, לא כל שכן אם לא ב"חיפוש" עסקינן – התנהגותו כשוטר כלפי הנאשם, נעשו בחריגה מסמכות, בניגוד לחוק החיפוש, ולהנחיית פרקליטת המדינה (שגם צוטטה ללא הסתייגות בבית-המשפט העליון), הנחיה שהוצאה לאחר שנגרם מותה של חשודה על-ידי שוטרים, בין השאר עקב לחיצה על צווארה. השוטר נקש הפעיל כוח בלתי סביר בכך שתפס את גרונו של הנאשם, מנע ממנו את יכולת הבליעה, ואילץ אותו בכוח, לפתוח את פיו, לאחר שהנאשם סירב לפתחו.

ב

3. אופן התנהגותו של השוטר נקש, בתפיסת גרונו של הנאשם, תוך שימוש בכוח, חסימת השוטר נקש את אפשרות הבליעה אצל הנאשם, וכפועל יוצא – אילוק הנאשם לפתוח את פיו, נגד רצונו, ולמסור, נגד רצונו, את מה שיש בפיו, הייתה התנהגות אסורה ובלתי חוקתית, שהפרה הפרה חמורה הוראות שבחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ופגיעה קשה בזכויות יסוד חוקתיות של הנאשם – כבודו כאדם ופרטיותו:

ג

בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו (להלן – חוק היסוד), נקבע, בין השאר, כך:

ד

1. "עקרונות יסוד 1. זכויות היסוד של האדם בישראל מושתתות על ההכרה בערך האדם..."

מטרה 1א. חוק-יסוד זה, מטרתו להגן על כבוד האדם...

ה

שמירה על 2. אין פוגעים בחייו, בגופו, או בכבודו של אדם...
החיים, הגוף והכבוד

ו

הגנה על 4. כל אדם זכאי להגנה על חייו, על גופו ועל כבודו.
החיים, הגוף והכבוד

ז

פרטיות וצנעת 7. (א) כל אדם זכאי לפרטיות ולצנעת חייו.
הפרט

...

(ג) אין עורכים חיפוש ברשות היחיד של אדם, על

גופו, בגופו...

...

א

פגיעה בזכויות 8. אין פוגעים בזכויות שלפי חוק יסוד זה... ובמידה שאינה עולה על הנדרש...

...

ב

תחולה 11. כל רשות מרשויות השלטון חייבת לכבד את הזכויות שלפי חוק יסוד זה."

(א) זכויות האדם, לרבות ההגנה על כבוד האדם, ועל זכות האדם לפרטיות, עוגן בחוק היסוד כזכויות חוקתיות. חוק היסוד הוא חלק מהחוקה של מדינת ישראל. חוק היסוד מגן על גופו וכבודו של הנאשם. בחקיקת חוק היסוד, התרחשה קונסטיטוציונליזציה של המשפט הפלילי וההליך הפלילי. חוק היסוד משפיע בייחוד בתחום הפלילי. התנהגותו של השופט נקש בחיפוש בנאשם ותפיסת הסם מפיו, גם כפופים לחוק היסוד (ראה בסוגיה: השופט א' ברק ["הקונסטיטוציונליזציה של מערכת המשפט בעקבות חוקי היסוד והשלכותיה על המשפט הפלילי \(המהותי והדיני\)"](#) [19], בעמ' 12-13, 22; השופט א' ברק [פרשנות תכליתית](#) במשפט [17], פרק 4, בעמ' 436-437; מ' אלון "חוקי היסוד – עיגון ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית – סוגיות במשפט פלילי" [20], בעמ' 85; פרופ' ע' גרוס ["הזכויות הדיניות של התשור"](#) או הנאשם על פי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו" [21]; פרופ' ע' גרוס "כלל פסילה חוקתי – האם יש לו מקום בישראל" [22], בעמ' 178; פרופ' א' הרנן ["ראיות שהושגו שלא כדין"](#) – האם נשתנה המצב המשפטי בעקבות חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו?" [23], בעמ' 149; [ע"פ 5026/97](#) גלעם נ' מדינת ישראל (להלן – פרשת גלעם [6]), בסעיף 9 לפסק-הדין; ב"ש (חי') 1048/02 רז'ה נ' משטרת ישראל [12], בסעיף 11 סיפה לפסק-הדין; [ב"ש \(י-ם\) 1153/02](#) מדינת ישראל נ' אברג'יל [13], בעמ' 763 מול אות השוליים א). גם דיני החיפוש והתפיסה צריכים לקיים את דרישות פיסקת ההגבלה (ראה השופט ברק במאמרו דלעיל ["הקונסטיטוציונליזציה של מערכת המשפט"](#) [19], בעמ' 23).

ג

ד

ה

ו

ז

(ב) מושג המפתח הוא כבוד האדם. ביסוד "כבוד האדם" מונח הכבוד שיש ליתן לקיומו של בן האנוש בתור שכזה, לכושר הבחירה וההכרעה שלו, כפרט אוטונומי (ראה בסוגיה: השופט א' ברק ["בית המשפט העליון וחוק יסוד: כבוד"](#) האדם וחירותו" [24], בעמ' 16; בפרשת גלעם [6], בסעיף 9 לפסק-הדין). ביסוד "כבוד האדם" מונחת גם זכותו של אדם שלא להיות מושפל, נרמס ומבוזה בידי רשות מרשויות השלטון. בנוסף:

הזכות לפרטיות, היא אחת הנגזרות של הזכות לכבוד. הזכות לפרטיות היא מהחשובות שבזכויות האדם. פרטיותו של האדם היא כבודו ו"מבצרו" האישי והנפשי (בפרשת גלעם [6], שם, שם). בין הזכויות הנתונות לנאשם במסגרת ההליך הפלילי, כלולה גם הזכות להיות חסין מפני חיפוש ותפיסה בלתי סבירים (ראה בסוגיה: השופט א' ברק [פרשנות במשפט, כרך ג](#), פרשנות חוקתית [18], בעמ' 431-432).

(ג) חוק היסוד, כחלק מהחוקה של מדינת ישראל, נושם ערכי יסוד בסיסיים כגון חירות, כבוד האדם, פרטיות, צדק, הגינות. ערכים אלה הם אמת מידה לפירוש הזכויות המוגנות בחוק היסוד (ראה בסוגיה: השופט ברק בספרו הנ"ל פרשנות תכליתית במשפט [17], פרק 4, בעמ' 449, 459; השופטים ב' אוקון, ע' שחם "הליך ראוי ועיכוב הליכים שיפוטי" [25], בעמ' 269, 273). ערכי יסוד אלה מלמדים, עד כמה בלתי חוקתית ופוגענית בזכויות היסוד של הנאשם, הייתה פעולתו של השוטר נקש בביתו של הנאשם – תפיסת גרונו של הנאשם, מניעת בליעה של הנאשם, ואילוף הנאשם לפתוח את פיו בניגוד לרצונו. הייתה זו התנהגות בלתי סבירה בעליל, אלימה, מסוכנת, מקוממת, בלתי אנושית ומשפילה, שהתעלמה מקיומו של הנאשם כבן אנוש, הפכה אותו לחסר ישע וחסר רצון משלו, ופגעה בפרטיותו.

(ד) בנוסף לפגיעה האמורה בכבוד האדם של הנאשם, הרי שניתן לטעון שהביטוי "הטרדה אחרת" שבסעיף 1(2) לחוק הגנת הפרטיות, תשמ"א-1981, הינו לשון המעטה לתיאור הפגיעה הקשה בפרטיותו של הנאשם עקב פעולתו של השוטר נקש; ניתן לתהות כלום ניתן לשלול הגנה לזכות הפרטיות של הנאשם לפי חוק הגנת הפרטיות לגבי הטרדה פיזית שלו לא כל שכן פגיעה פיזית בו, כאשר חוק הגנת הפרטיות נתן גם נתן הגנות כנגד הטרדה ופגיעה קלה יותר – שאיננה פיזית?! (ראה הערת אגב ב"ד"נ [9/83](#) בית הדין הצבאי לערעורים נ' ועקנין [7], בעמ' 861 מול אות השוליים 1; ראה את דעת הרוב בעמ' 849-853).

כך או כך: בין אם התנהגות השוטר נקש כלפי הנאשם נכנסת בגדר הביטוי "פגיעה בפרטיות" שבחוק הגנת הפרטיות, ובין אם לאו, הרי שלפי השכל הישר ואמות המידה של "כבוד האדם" בחברה דמוקרטית נאורה, לפי ערכי יסוד של זכותו של אדם לחיים אנושיים אוטונומיים מוגנים, ללא פלישה ונגיעה של אדם אחר בגופו שלא כדין, והאדם עצמו הוא המחליט לגבי עצמאות הפעולות הטבעיות של איברי גופו, הרי שהתנהגות השוטר נקש פגעה גם פגעה קשות בפרטיותו של הנאשם, ורמסה אותו. זאת כשהשוטר נקש חדר באופן פיזי בוטה, אליו ומשפיל, לתחומו הגופני-האישי המוגן של הנאשם, ועשה בו מנהג בעלים שבידו הכוח מההתחלה – בכך שתפס בכוח את צווארו וחסם את

אפשרות הבליעה שלו, ועד הסוף – אילץ אותו בכך לפתוח את פיו ולתת לו את מה שבו. זו פגיעה מובהקת בפרטיות, פגיעה שאין לשוטר נקש הגנה מפניה (השווה בסוגיה: [סעיפים 18 ו-19 לחוק הגנת הפרטיות](#)). זאת לא כל שכן כאשר כאמור, התנהגותו הכוחנית והמשפילה של השוטר נקש הייתה מדעיקרא, שלא כדין, ואסורה. התנהגות השוטר נקש הפרה הפרה חמורה הוראות שבחוק היסוד, ופגיעה פגיעה קשה בזכויות היסוד של כבוד האדם ופרטיותו של הנאשם, רמסה את זכויות היסוד הללו, וזאת כשהפגיעה הייתה לחלוטין מיותרת, לא כל שכן שהפגיעה הייתה במידה שעלתה על הנדרש.

4. החיפוש בנאשם/התנהגותו של השוטר נקש כלפי הנאשם – כשתפס את הנאשם בגרונו, תוך שימוש בכוח, כשהשוטר מנע מהנאשם לבלוע, וכשאיילץ את הנאשם לפתוח את פיו נגד רצונו – הייתה פעולה במידה שעולה על הנדרש בניסבות העניין:

(א) תפיסה בגרונו של חשוד, שלא בהסכמתו, למנוע בליעה של סם, כשלעצמה, כמוסבר לעיל, היא אסורה. ממילא אפוא, זו פעולה משטרית שהיא במידה העולה על הנדרש.

(ב) השוטר נקש היה יכול לנקוט דרכי פעולה חלופיות, שהיו משיגות את אותה מטרה – תפיסת הסם, אך לא היו פוגעות בנאשם – לקחת את הנאשם לתחנת המשטרה, ולחכות עד שיפלוט את הסם בדרך טבעית, או שהנאשם יוציא את הסם מפיו (פרשת לוי [5], בעמ' 547 מול אות השוליים 1; ראה גם: פרשת אברג'יל [1], בעמ' 367 בין האותיות ב-ד, בעמ' 371 מול האותיות ה-1, בעמ' 372 מול אות השוליים 1). ממילא אפוא פעולתו של השוטר נקש כלפי הנאשם, הייתה במידה שעולה על הנדרש.

(ג) תפיסת הנאשם בגרון, תוך שימוש בכוח, כדי למנוע בליעה, הייתה פעולה במידה שעולה על הנדרש גם בהתחשב בכמות הסם שניתן בכלל להחזיק בפה, שאיננה כמות "מסחרית" (ראה במסמך סיכום הדיון 1/1, בסעיף 2, פיסקה 1, סיפה). אין ולא היה כל יחס, לא כל שכן יחס סביר, בין ה"רעה" שביקש השוטר נקש למנוע – העלמת ראיה (בעמ' 12 לפרוטוקול, ש' 21, 28-29) בבליעה על-ידי הנאשם של סם מסוכן בכמות שיחסית איננה גדולה, לבין האמצעי האסור שבו הוא השתמש למניעת אותה "רעה", כמתואר לעיל (ראה גם בפרשת לוי [5], בעמ' 547 בין אותיות השוליים ה-1) והפגיעה הקשה והחמורה שהייתה בהתנהגות השוטר נקש בזכויות יסוד של הנאשם, כאמור. מה גם, שהשוטר נקש לא העיד על אינדיקציה לסחר בסם מסוכן במקום, וכאמור הוא גם לא דאג במקום אמצעים המעידים על שימוש בסמים (בע' 11 לפרוטוקול, ש' 1-3).

בנוסף, השוטר נקש לא העיד שהנאשם נקט באלימות או התנגד לשוטרים, למעט התנגדותו בתחילה לפתוח את פיו; כשהודיעו לנאשם שהוא עצור, הוא בא, התלווה, והכול היה בסדר (בעדות השוטר נקש – בעמ' 8 לפרוטוקול, ש' 6-13). הנסיבות הללו מדגישות את אי-הסבירות הקיצונית שבפעולת השוטר נקש, פעולה המיותרת לחלוטין.

5. הסם שנתפס שלא כדין (וכן אימרת הנאשם במשטרה, דוח המעצר, וחוות-דעת המומחה), תוך הפרה חמורה של הוראות בחוק היסוד, ופגיעה קשה בזכויות יסוד של הנאשם, פסולים ובלתי קבילים כראיה:

הסניגור טען ושב וטען (על-אף אי-התנגדותו להגשת המוצג כראיה), כי ההתנהגות הפסולה והבלתי חוקית של אנשי המשטרה כל כך גדולה, שמן הראוי בנסיבות העניין לפסול את הראיות (בעמ' 5 לפרוטוקול, ש' 4-5; בעמ' 13 לפרוטוקול, ש' 25-27). דינה של טענת הסניגור – להתקבל: עקב פעולתו האסורה, שלא כדין, האלימה, המקוממת, והבלתי חוקתית של השוטר נקש, הרי שהראיה – הסם המסוכן שנתפס כתוצאה מפעולתו, היא פסולה ובלתי קבילה, כך גם אימרת הנאשם במשטרה (והודאתו), וכך גם דוח המעצר – ת/2, וחוות-הדעת – ת/3, כשכל אלו לא היו באים כלל לעולם, אלמלא תפיסת הסם באופן שעשה זאת השוטר נקש.

(א) חוק היסוד מצדיק מחשבה, דיון ובחינה מחודשים של ההלכה, שלפיה אין מקום לפסול ראיה רלוונטית אך ורק בשל האמצעים שנקטו לשם השגתה, אף אם האמצעים היו אלימים או משפילים, או שפגעו בזכות יסוד (פרופ' הרנון, במאמרו הנ"ל [23], בעמ' 140, 154; אלון, במאמרו הנ"ל [20], בעמ' 79, 82; פרופ' א' הרנון "ראיות שהושגו שלא כדין: מבט השוואתי" [26], בעמ' 1030; ד' מנשה "על היעדר סמכות לשימוש בכוח לצורך חיפוש פנימי" [27], בעמ' 639). לחוק היסוד שהוא חלק מהחוקה של מדינת ישראל, ולזכויות האדם שמעמדן הוא חוקתי, צריך שתהיה הגנה עם "שיניים" (השופט אהרון ברק, מתוך הרצאה במסגרת המכון להשתלמות שופטים, יולי, 2003). אין ערך לגבורות חוק היסוד בתחום האכיפה הפלילית אם אין נלווה לו כלל פסלות, בין ככלל גורף ובין ככלל של שיקול-דעת (פרופ' י' שחר "סדר-דין פלילי" [28], בעמ' 418-419; אלון, במאמרו הנ"ל [20], בעמ' 83). חוק היסוד יצר לא רק תפיסה חדשה באשר לעיגון הנורמטיבי של זכויות האדם כזכויות חוקתיות, אלא גם איפשר יצירת מוסד של תרופות חוקתיות ובתוכן התרופה של פטילת ראיות (פרופ' גרוס, במאמרו "כלל פסילה חוקתי – האם יש לו מקום בישראל" [22], בעמ' 178). ראיה שהושגה תוך פגיעה חמורה בכבוד האדם ובצנעתו – ניתן לפסול את קבילותה (אלון, במאמרו הנ"ל [20], בעמ' 83; ראה עוד בסוגיה: פרופ' גרוס, במאמרו "הזכויות הדיוניות של החשוד או הנאשם על פי

חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו" [21], בעמ' 181; השופט ברק, במאמרו "הקונסטיטוציונליזציה של מערכת המשפט בעקבות חוקי-היסוד והשלכותיה על המשפט הפלילי (המהותי והדיוני)" [19], בעמ' 24. הכלל צריך שיהיה, הפעלת התרופה של פסלות ראיות שהושגו תוך הפרה חמורה של זכות חוקתית. אם השגת ראיה לוותה בהפרה חמורה של זכות יסוד, יש לפסול את הראיה. זאת, במיוחד כאשר הראיה האמורה היא הראיה היחידה שבידי התביעה (השווה בסוגיה: ע"ג 2180/02 קאסס נ' מדינת ישראל [8], בפסק-דינו של השופט א' א' לוי, בסעיף 6 לפסק-דינו) ובהיעדרה מחויב בית-המשפט לזכות את הנאשם. העמדת עבריין לדין והענשתו על פגיעתו בחברה היא ערך חברתי חשוב, אולם אין זה הערך היחיד. כנגד הערך בדבר העמדה לדין יש להעמיד ערכים אחרים המאזנים אותו: הגנה על זכויותיו היסודיות של האדם והבטחת הגינות ההליך ושמירה על טוהר ההליך הפלילי. עם חקיקת חוק היסוד, ראיה שהושגה אגב רמיסת זכות המעוגנת בחוק היסוד, תיפסל. זהו המחיר החברתי למימוש האינטרס המוגן המעוגן בזכויות יסוד חוקתיות (פרופ' גרוס, במאמרו "כלל פסילה חוקתית – האם יש לו מקום בישראל" [22], בעמ' 181; דנ"ג 2316/95 גנימאת נ' מדינת ישראל [9], בעמ' 645 מול אות השוליים א).

(ב) לאור נסיבות העניין דנן כפי שפורטו לעיל, נכון ואף צודק הוא, שהסם המסוכן שהושג מהנאשם שלא כדין (כמפורט לעיל) על-ידי השוטר נקש, ייפסל מלשמש כראיה במשטרה ובבית-המשפט (וכן ייפסלו ראיות נוספות, כאמור לעיל ולהלן). זאת, הן מכוח סעיף 32 לחוק הגנת הפרטיות, והן, ובעיקר, כתרופה חוקתית עקב הפגיעה הקשה שפורטה לעיל בזכויותיו החוקתיות של הנאשם. דרך השגת הסם המסוכן כראיה על-ידי השוטר נקש, באמצעות תפיסת גרונו של הנאשם, תוך שימוש בכוח, חסימת יכולתו של הנאשם לבלוע, וכפועל יוצא – אילוח הנאשם לפתוח את פיו, נגד רצונו, ולמסור, נגד רצונו, את מה שיש בפיו, דרך מקוממת, לא אנושית, אלימה ומשפילה זו, מהווה הפרה חמורה של זכויות יסוד של הנאשם – זכותו לכבוד כאדם, זכותו לפרטיות, ורמיסתן של זכויות אלה. די בדרך זו כשלעצמה שבה הושג הסם המסוכן, כדי להביא לפטילת הסם המסוכן מלשמש כראיה (פרופ' גרוס, במאמרו "כלל פסילה חוקתית – האם יש לו מקום בישראל" [22], בעמ' 179; פרופ' גרוס, במאמרו "הזכויות הדיוניות של החשוד או הנאשם על פי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו" [21], בעמ' 181; השווה להצעה שבדוח ועדת השופט גולדברג, בין השאר לעניין הודאה, 1994, בעמ' 22; פרופ' הרנן, במאמרו "ראיות שהושגו שלא כדין" – האם נשתנה המצב המשפטי בעקבות חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו? [23], בעמ' 152; תפ"ח (י-ט) 4047/01 מדינת ישראל נ' ללק [14], בסעיף 10(ה) סיפה להכרעת-הדין).

כל זאת, מקל וחומר לנוכח מקרים שבהם בתי־משפט כבר הביעו את דעתם לאי־קבילות ראיה, במקרים שבהם לא הייתה הפעלת כוח פיזי, ולא הייתה השפלה והתערבות כה גסה בגוף הנאשם כבענייננו, ואלה המקרים: אי־קבילות מזכר עקב אי־אזהרה (ת"פ 511/97 (צ' 511/97 מדינת ישראל נ' עודה [15]); אי־מתן משקל למסדר תמונות שנערך בלי נוכחות סניגור (ע"פ 559/77 מאירי נ' מדינת ישראל [10]); ראה גם: מ' בן זאב "ראיות שהושגו שלא כהלכה – האמנם נפרצה הדרך לעקרון הפסילה" [29], בעמ' 467-468 בעקבות פרשת מאירי [10] דלעיל; ב"ש (י-ם) 1153/02 הנ"ל [13], בעמ' 765-766; אמירה לגבי אי־קבילות מסדר זיהוי בגלל מחדלים בעריכתו (ע"פ 2180/02 הנ"ל [8], בפסק־דינו של השופט א' א' לוי, בפסקה 6 לפסק־דינו).

על־כן: הדרך האסורה, האלימה, המקוממת, הלא אנושית, והמשפילה שבה נתפס הסם המסוכן מהנאשם על־ידי השוטר נקש, דרך שהפרה הפרה חמורה הוראות שבחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו ופגיעה פגיעה קשה בזכויות היסוד של הנאשם – כבודו כאדם ופרטיותו, היא כשלעצמה, מביאה לפסילת הסם המסוכן כראיה.

(ג) בנוסף: בחינה ויישום של מבחנים ושיקולים נוספים, מובילים גם הם לתוצאה של פסילת הראיה בענייננו (ראה לעניין השיקולים: פרופ' א' הרנון "ראיות שהושגו באמצעים בלתי הוגנים" [30], בעמ' 480 למטה; בג"ץ 249/82 ועקנין נ' בית הדין הצבאי לערעורים [11], בעמ' 436 בין אותיות השוליים א-ג; פרופ' גרוס, במאמרו "הזכויות הדיוניות של החשוד או הנאשם על פי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו" [21], בעמ' 181; "כלל פסילה חוקתי – האם יש לו מקום בישראל" [22], בעמ' 181, ה"ש 146; ע"פ 2180/02 הנ"ל [8], בסעיף 6 לפסק־דינו של השופט א' א' לוי).

אלה המבחנים והשיקולים הנוספים, ויישומם בענייננו

(1) הדרך שבה הושגה הראיה – דרך תפיסת הראיה – הסם המסוכן – תפיסת גרונן של הנאשם, תוך שימוש בכוח, מניעת בליעה של הנאשם, ואילוף הנאשם לפתוח את פיו בניגוד לרצונו – הייתה התנהגות אלימה, בלתי אנושית, ומשפילה.

(2) הייתה פגיעה בזכויות יסוד של הנאשם – התנהגות השוטר נקש פגיעה פגיעה קשה בזכויות יסוד של הנאשם – לכבוד ולפרטיות, רמסה אותן, והפרה אותן הפרה חמורה.

(3) הפרת הזכויות על-ידי המשטרה לא הייתה חד-פעמית – השוטר נקש העיד: היו מספר פעמים שהוא תפס חשודים בגרונם כדי למנוע מהם בליעה; נוהל "תפיסת גרון" לחשוד, היה קיים, והיו עושים את זה, בתחנה שלו, במרחב שלו, במחוז שלו (בעמ' 12 לפרוטוקול, ש' 16-19, 26-29; בעמ' 13 לפרוטוקול, ש' 1-2).

א

(4) שוטר – איש רשות מרשויות השלטון ואכיפת החוק, ולא אדם פרטי, הוא שנקט בדרך האסורה, שלא כדין והלא חוקתית להשגת הראיה – הסם המסוכן.

ב

(5) העבירה הנטענת – הוראת החיקוק של העבירות המיוחסות לנאשם – החזקת סם מסוכן שלא לצריכה עצמית, וניסיון להשמדת ראיה, היא של עבירות מסוג פשע. ואולם, כמות הסם המסוכן מסוג הירואין נושא כתב-האישום, יחסית איננה גדולה – 0.9740 גרם נטו בלבד (חוות-הדעת ת/3; ראה גם: במסמך סיכום הדיון נ/1, בסעיף 2, פסקה 1, סיפה).

ג

(6) לא הייתה דחיפות לנקוט בדרך הפעולה שבה נקט השוטר נקש; היו גם היו לשוטר נקש, ובנקל, דרכים חלופיות להשגת הראיה – הסם המסוכן, ללא פגיעה בנאשם, ובדרך חוקית: השוטר נקש יכול היה לקחת את הנאשם לתחנת המשטרה, ולחכות עד שיפלוט את הסם בדרך טבעית, או שהנאשם יוציא לבסוף, את הסם מפיו, בעצמו.

ד

(7) הראיה שהושגה שלא כדין, היא הראיה היחידה שהביאה לחקירה נגד הנאשם: הסם המסוכן, שהוא הראיה שהושגה מהנאשם שלא כדין ותוך הפרה חמורה של זכויות חוקתיות שלו, היא הראיה היחידה שהביאה למעצרו, לחקירתו באזהרה, ולהכנת חוות הדעת – ת/3 לגבי הסם. אלמלא אותה ראיה שהושגה שלא כדין כאמור, הרי שההליכים הפליליים דלעיל, כמו גם כתב-האישום שבתיק זה, לא היו באים כלל לאוויר העולם. על-כן, בנוסף לעצם פסלות הראיה-הסם המסוכן כאמור, הרי שפוטלים גם אימרתו של הנאשם במשטרה (ת/1) ובה גם הודאתו, דוח המעצר – ת/2, וחוות הדעת – ת/3.

ה

(8) קבלת הראיה עלולה להוות הכשר לדרך האסורה, הבלתי חוקתית, והמקוממת שננקטה על-ידי השוטר נקש, לתפיסת הסם (השווה בסוגיה [ע"9 559/77](#) הנ"ל [10]), בעמ' 182 בין אותיות השוליים ב-ג).

ז

סוף דבר

א לאור הראיות ולאור כל שפרטתי, שקלתי ובחנתי, הן עובדתית והן משפטית כמפורט לעיל, אני מחליט כדלקמן:

(א) החיפוש שערך השוטר נקש על/בגוף הנאשם, נעשה תוך חריגה מסמכות, ושלא כדין.

ב (ב) התנהגות השוטר נקש, שהשיג את הראייה-הסם המסוכן, כשהוא תופס את הנאשם בגרונו, תוך שימוש בכוח, כשהוא מונע מהנאשם לבלוע, וכפועל יוצא – אילץ את הנאשם לפתוח את פיו, נגד רצונו, ולמסור נגד רצונו את מה שיש בפיו, הייתה והינה התנהגות אסורה, שלא כדין, בלתי חוקתית, אלימה, מסוכנת ומשפילה, שהפרה הפרה חמורה הוראות [בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו](#), ופגעה פגיעה קשה בזכויות יסוד של הנאשם – בכבודו כאדם ובפרטיותו. לא כל שכן, שהייתה זו התנהגות שעלתה במידה רבה על הנדרש בנסיבות העניין.

ד (ג) הראיה – הסם המסוכן – ת/2, שהושגה באופן המתואר לעיל, פסולה ובלתי קבילה אפוא מלשמש כראיה.

ה (ג) פועל יוצא מפסלות הראיה (הסם המסוכן) ת/2 דלעיל, היא גם פסלותן ואי-קבילותן של ראיות נוספות – אימרת הנאשם במשטרה ((ת/1) לרבות הודאתו שבה ושברוח המעצר – ת/2), דוח המעצר – ת/2, וחוות הדעת – ת/3.

ו באין ראיות מספיקות קבילות נגד הנאשם וזאת לעניין שתי העבירות המיוחסות לו בכתב-האישום, יזוכה אפוא הנאשם כדינו.

ז אני מזכה אפוא, את הנאשם, מהעבירות המיוחסות לו בכתב-האישום.

ח ניתנה ביום, ו' באלול תשס"ג (3.9.2003), במעמד הצדדים.

ט

מיני-רציו:

א * ראיות – קבילות – ראיה שהושגה באמצעים פסולים
אי-קבילות ראיה שהושגה בדרך פסולה גוררת פסילת ראיות נלוות.

ב

ג

ד

ה

ו

ז