



עמ"ת 71039/11/16 - מדינת ישראל נגד סטיב סלידו (עציר)

בית המשפט המחוזי בבאר שבע

עמ"ת 71039-11-16 מדינת ישראל נ' סלידו(עציר)
תיק חיצוני: 482724/2016

בפני	כבוד השופט אלון אינפלד
העוררת	מדינת ישראל ע"י ב"כ עו"ד אסיף גיל, תביעות דרום
נגד	
משיבה	סטיב סלידו (עציר) ע"י ב"כ עו"ד רינת יהב

החלטה

האישום הטענות וההחלטה

1. לפני ערר המדינה על החלטת בית משפט השלום בבאר שבע (כב' השופטת ש. חביב) מיום 29/11/2016 בה הורה על שחרורו של המשיב לחלופת מעצר בתנאי "מעצר אדם" ובתנאים נוספים.
2. נגד המשיב הוגש כתב אישום המייחס לו עבירת החזקת סמים שלא לצריכה עצמית. על פי הנטען, החזיק המשיב ביחידת המגורים שלו סם מסוכן מסוג MDMA במשקל כולל של 19.1949 גרם, וכן 7 יחידות של סם מסוכן מסוג LSD, שלא לצריכתו העצמית. כן נטען כי המשיב החזיק בדירה משקל אלקטרוני קטן.
3. כתב אישום זה מבוסס על חיפוש שנערך ביחידת הדיור של המשיב.
4. בד בבד עם הגשת כתב האישום, הוגשה בקשה למעצרו של המשיב עד תום ההליכים. המדינה בבקשתה התבססה על הראיות בדבר החיפוש ומציאת הסמים. לעניין העילה, הפנתה המדינה לחזקת המסוכנות, לעברו הפלילי המכביד של המשיב והעובדה כי נגד המשיב תלויים ועומדים מספר תיקי מב"ד.
5. בדיון לפני בית משפט השלום, לא הייתה מחלוקת על קיומה של עילת מעצר. יחד עם זאת, טענה הסנגורית כי אין ראיות לכאורה. זאת, משום שהחיפוש בדירה לא היה חוקי ולפיכך דין הראיות, הסמים שנתפסו בחיפוש, להיפסל.
6. הסנגורית טענה בדיון כי לא ברור הבסיס החוקי של החיפוש. זאת, מפני שבדו"ח החיפוש נרשם כי החיפוש נערך על פי צו, אף כי ברור מתוך החומר שלא כך הוא. הסנגורית טענה שלא ברור מתוך החומר מה היה היסוד הסביר לחיפוש, ועולה מהדו"חות כי השוטרים אף לא הסבירו למשיב מה הבסיס החוקי לחיפוש שהם



עורכים. הסנגורית הצביעה על כך שהמשיב נעצר עוד בטרם נערך החיפוש, הוא הודיע מפורשות שהוא אינו מסכים לעריכת החיפוש בדירה ולא נכון היה לעלות עמם לדירה לבצע את החיפוש. החיפוש אף בוצע שלא בנוכחות עדים. לשיטת הסנגורית, יש לדון בשאלת חוקיות החיפוש כבר בשלב המעצר, שכן מדובר בטענה "שיורדת לשורשו של עניין", באשר פסילת הראיות תביא לקביעה בדבר העדר ראיות לכאורה.

7. ב"כ המדינה הסביר כי אכן הסימון בטופס, לפיו החיפוש היה על פי צו, הוא סימון שגוי. החיפוש היה ללא צו. יחד עם זאת ציין, כי החיפוש בוצע על יסוד מידע מודיעיני אשר לגביו מתבקשת תעודת חיסיון. מכאן, שהיה יסוד סביר על פי דין לבצע את החיפוש ללא צו. לעניין העדרם של עדים בחיפוש, הפנה התובע לדברי השוטרים לפיהם שאלו את המשיב אם הוא מעוניין בנוכחות עדים, אך זה לא שיתף עמם פעולה. זאת, למרות שהובהר לו שהחיפוש הוא חוקי. עוד טענה המדינה כי, כאשר על פני הדברים קיימת סמכות, מן הראוי להשאיר את בירור הפרטים להליך העיקרי, ולהורות על מעצרו של המשיב עד תום ההליכים.

8. בית משפט השלום קיבל בעיקרו של דבר את טענת הסנגוריה וקבע כי "יקשה על המאשימה לבסס הרשעה בתיק דנ". נוכח ההצהרה כי היה מידע מודיעיני רלוונטי, יצא בית המשפט מהנחה כי יש להניח שהייתה סמכות לבצע חיפוש בבית, אף ללא צו שיפוטי. בית המשפט התמקד באופן עריכת החיפוש, כעולה מדו"ח הפעולה של השוטר סרגיי, ראש הצוות, ועמד על כך שלא הוסבר למשיב מהי עילת החיפוש. זאת, כאשר כל שהוסבר לו, לאחר שהתנגד לחיפוש הוא כי החיפוש חוקי והוא נוגע לסמים. בית המשפט הסביר כי אמנם, לא צריכה להתקבל הסכמתו לצורך החיפוש, אך יש לראות את התנהגות השוטרים כ"דורסנית". בית המשפט קבע כי "יש מקום לדרוש כי עילת החיפוש תוצג לחשוד עובר לעריכת החיפוש באופן שניתן יהיה להבין אותה, ועל מנת להשיג שיתוף פעולה מלא עם החיפוש".

9. בית המשפט הבהיר שאין אינדיקציה שהחיפוש עצמו נעשה באופן אלים. אולם "ניתן היה ורצוי היה והיה מקום לבצע אותו באופן ידידותי יותר לחשוד במובן זה שהיה מקום להסביר לו את עילת החיפוש". שכן, גם בהתקיים סמכות חיפוש, אין היתר לנ ג דורסנות ובחוסר תשומת לב "לזכויותיו הבסיסיות בין היתר הזכות לפרטיות ולחירות".

10. בית המשפט סבר כי, בנסיבות אלה, אין הצדקה לכך שהחיפוש נערך ללא נוכחות עדים. בית המשפט סבור כי הסגנון הדורסני של הבלשים הוא אשר הביא להעדר שיתוף פעולה של המשיב. כך, שכאשר נשאל אם רצונו בעדים לחיפוש, הוא לא שיתף פעולה. בהקשר זה, הדגיש בית המשפט, שלא ניתן להבין מתוך הדו"חות במה מתבטא חוסר שיתוף הפעולה, אם בשתיקה, אם בסירוב או בהתנהגות אחרת. בית המשפט הדגיש כי בחסר זה לעצמו יש כדי לפגום בחוקיות החיפוש ובוודאי במשקלו. בית המשפט העיר עוד, כי עבר מספיק זמן מאז חודשו הלכות **בן חיים** (רע"פ 10141/09 **בן חיים נ' מדינת ישראל** (מיום 6.3.12)) ו**יששכרוב** (רע"פ 4289/11 **ברק יששכר נ' תצ"ר** (מיום 27.6.11)) "ובית המשפט מצפה מהשטח כי יפנים את ההנחיות של הפסיקה ביחס לאופן עריכת החיפוש ועילות החיפוש ואת היחס לזכויות חשודים".

11. למרות כל האמור, לא ראה בית המשפט לקבוע חד משמעית שאין ראיות לכאורה ולהורות על שחרור ללא תנאי. זאת, במיוחד בשים לב לחומרת העבירה והעבר הפלילי, למרות שהוא ישן יחסית. בית המשפט קבע כי "המסוכנות המצטברת היא יחסית גבוהה, אך בדרך הפעולה שנקטו השוטרים במסגרת החיפוש יש כדי להקהות אותה ולהוציא ממנה את העוקץ". האיזון שמצא בית המשפט היה בקביעה של חלופת מעצר, אך חלופה שאינה מכבידה מאוד כ"מעצר בית", אלא חלופה רכה יותר בדמות "מעצר אדם" בפיקוח ההורים,



תוך קביעת תנאים נוספים.

הערר וטיעוני הצדדים

12. **ערר המדינה** התמקד בשאלת חוקיות החיפוש בבית המשיב, בהעדר מחלוקת על העילה ועל הראיות עצמן.

13. טענת המדינה היא כי השוטרים הגיעו אל בית המשיב והמתינו מחוץ לו, בעקבות מידע מודיעיני "חם" שהתקבל ביחידה החוקרת, לפיו המשיב מחזיק בביתו סמים שלא לצריכה עצמית. לטענת המדינה, מידע זה מקים עילה לחיפוש אף ללא צו שיפוטי, שכן קיים יסוד סביר להניח שמתבצע במקום פשע, וזאת בהתאם לסעיף 25 לפקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש) [נוסח חדש], התשכ"ט-1969 (להלן: "**פסד"פ**"). המדינה אף ציטטה בהודעת הערר פרפרזה מן המידע.

14. לטענת המדינה, עת הגיע המשיב סמוך לביתו, הודיעו לו השוטרים כי הוא מעוכב בחשד להחזקת סמים וכי בכוונתם לבצע חיפוש בביתו, בגופו וברכבו. החיפוש בגוף וברכב לא העלה דבר. אז, הודיעו הבלשים למשיב כי בכוונתם לבצע חיפוש בביתו. המשיב התנגד וביקש כי יוצג לו צו שיפוטי. השוטר סרגיי הסביר למשיב כי, למרות שאין צו שיפוטי מדובר בחיפוש חוקי, אך המשיב סירב לשתף פעולה והתנגד לביצוע החיפוש. השוטר סרגיי הודיע למשיב כי הוא עצור.

15. עוד טוענת המדינה כי, בשלב זה, הובילו השוטרים את המשיב לדירתו, למרות התנגדותו. בפתח הדירה, נשאל המשיב אם הוא מעוניין בנוכחותם של שני עדים, אך המשיב לא שיתף פעולה. אז, החלו השוטרים בחיפוש ונמצאו הסמים המפורטים בכתב האישום. המדינה מדגישה עוד שגם בית משפט השלום יצא מנקודת הנחה כי, מכוח המידע שהתקבל "זה מקרוב", הייתה סמכות לערוך חיפוש שלא בהסכמה.

16. המדינה חולקת על קביעת בית משפט השלום לפיה שגו השוטרים כאשר לא הסבירו למשיב את עילת החיפוש. לשיטת המדינה, די בכך שהוסבר שיש חשד להחזקת סמים וכי בתשובה לשאלה אם יש צו שיפוטי נאמר כי מדובר בחיפוש חוקי, למרות העדר הצו. המדינה מדגישה כי דרישה כזו, למתן הסבר מפורט, מעבר למה שאמרו השוטרים, אינה עולה מהלכת **בן חיים** או הפסיקה שבאה בעקבותיה. המדינה סבורה שבית המשפט שגה בהקישו בין דיני המעצר לבין דיני החיפוש, כאשר אכן קיימת חובה להסביר את עילת המעצר, אך אין חובה מקבילה להסביר את עילת החיפוש.

17. המדינה סבורה גם שלא נפל פגם בכך שהחיפוש נעשה ללא עדים במקרה זה. זאת, משום שהמשיב נשאל לגבי אפשרות של נוכחות עדים בחיפוש, אך לא שיתף פעולה. המדינה סבורה כי נסיבות אלה מקימות את החריג לכלל בדבר עריכת חיפוש בנוכחות עדים, האמור בסעיף 26(א)(1) לפסד"פ "לא ניתן בנסיבות העניין ובגלל דחיפותו" לערוך חיפוש בנוכחות עדים.

18. המדינה גם מחתה נגד הערכת בית המשפט את התנהלות השוטרים כ"דורסנית", כזו הפוגעת בזכויות. המדינה סבורה כי מתיק החקירה עולה שהחיפוש, אשר נעשה אמנם בנחישות, נעשה באופן הוגן וראוי, ובהתאם לנורמות שנקבעו בחוק ובפסיקה.



19. המדינה סבורה שבנסיבות אלה נכון היה לקבוע כי הראיות לכאורה ועילת המעצר במקומן עומדות, ובשים לב לעבר הפלילי ותיקי המב"ד, נכון היה להורות על מעצר עד תום ההליכים.

20. **הסנגורית בתשובתה** הסבירה כי אף אם הייתה מוצגת הפרפרזה מן המידע המודיעיני לפני בית משפט השלום, עדיין הייתה החלטת בית משפט השלום נכונה. שכן, בית המשפט הניח כי הייתה קיימת עילה לחיפוש. הסנגורית המלומדת הסבירה כי הנקודה העיקרית היא התנהלות השוטרים במהלך האירוע. המשיב, אשר היה כבר עצור בעת החיפוש ולא יכול היה להתנגד, סבר שאין סמכות לחיפוש. אולם השוטרים לא הסבירו לו את זכויותיו, ובכך מנעו ממנו למצותם.

21. הסנגורית הדגישה בטיעונה שלא די בקיום הסמכות לחיפוש. שכן, המשיב לא ממש את זכותו לנוכחות עדים במקום, משום שלא הוסבר לו כי מדובר בזכות שלו. המשיב אמנם נשאל אם הוא מעוניין בנוכחות עדים מטעמו. אולם, לא הוסבר לו כי עומדת לו זכות לנוכחות עדים, על מנת שיחליט החלטה מושכלת בהקשר זה. הסנגורית הסכימה כי אם אדם אינו משיב לשאלות השוטרים בדבר עדים, ניתן לערוך את החיפוש ללא עדים. אולם, לשיטתה, פעולה כזו תלויה בכך שהוסברה לו משמעות הדברים.

22. עוד טענה הסנגורית, כי יש פגם בכך שלא נערך פרוטוקול נפרד לחיפוש, כמצוות המחוקק בסעיף 26 לפסד"פ, אשר קבע כי כאשר מתקבלת החלטה לערוך חיפוש ללא עדים, בין בהסכמה ובין שלא בהסכמה, יש לרשום את נסיבות ההחלטה, או דבר ההסכמה, ב"פרוטוקול". לשיטתה, אין מדובר כאן בפגם טכני בלבד. שכן במקרה זה אכן לא ברור מה בדיוק נאמר למשיב, ובמה מתבטא אי שיתוף הפעולה שלו. מכאן, שאי הקפדה על הוראות המחוקק בדבר עריכת הפרוטוקול, יצרה תוצאה שיש לה משמעות רבה, שנערך חיפוש ללא עדים, כאשר הסיבה לכך לא באמת ברורה.

23. לעניין החובה להודיע את עילת החיפוש, הסכימה הסנגורית שאין חובה לפרט באופן מדויק את הראיות אשר מקימות יסוד סביר לחשד. יחד עם זאת, לשיטתה, צריך היה להסביר כי למשטרה יש יסוד סביר להניח שיש סמים בבית, ומכאן שקמה סמכות חיפוש. לשיטתה, האמירה כי "החיפוש חוקי" אינה מספקת לעניין זה.

דין - הפרמטרים לפסילת ראיות בשלב המעצר - שתי הקדמות

24. נפסק לא אחת כי המקום המתאים לבירור קבילותן של ראיות הוא ההליך העיקרי ולא הליך המעצר (ראו לדוגמא בש"פ 7562/15 **עיאש נ' מדינת ישראל** (מיום 24.11.15, מפי כב' השופט חיות) וכן בש"פ 5966/15 **אבו סאלח נ' מדינת ישראל** (מיום 6.10.15, מפי כב' השופטת ברק-ארז, והפסיקה המאוזכרת שם)). אם כי, מקובל גם הסייג כי כלל זה חל רק "מקום בו הראיה לכאורה הנדונה אינה בלתי קבילה בעליל" (כלשונו של כב' השופט זילברטל בבש"פ 4667/12 **אזולאי נ' מדינת ישראל** (מיום 28.6.12)). השופט זמיר פסק כי, מקום בו "קיימת סבירות" כי הראיה תתקבל, ניתן להסתמך עליה בשלב המעצר. אולם, אם אין כל סיכוי שהראיה תתקבל, לא נכון לסמוך עליה בהחלטת מעצר (בש"פ 2871/94 **פרץ נ' מדינת ישראל** (מיום 20.6.94)).

25. הכלל הפסיקתי האמור, לכאורה מופיע גם בגרסה אחרת, המקלה יותר עם הנאשם, וזאת בבש"פ 8731/11 **ורוחבסקי נ' מ"י** (מיום 1.1.12, מפי ש' ארבל), המיוסד על בש"פ 1572/05 **זוארץ נ' מדינת**



ישראל (מיום 10.4.05, מפי השופטת פרוקצ'יה). על פי ניסוח זה של הכלל, במסגרת הערכת הראיות לפי הלכת **זאדה**, יש להעריך מהו הסיכוי שהראיה הפסולה לכאורה, לבסוף תתקבל כראיה קבילה. אז, יש ליתן לראיה זו משקל מתאים, בעת הערכת סיכויי ההרשעה על פי המכלול. אולם, יש לציין כי הלכה זו לא נאמרה אודות ראיות תביעה אשר טיבן במחלוקת, כבמקרה דנן, אלא במקרה קיצוני יותר. הכלל נאמר לגבי ראיות אשר בעת הדיון במעצר אינן קבילות בעליל, אך אפשר שתהפוכנה לקבילות בעתיד. זאת, כאשר הדבר תלוי בהתרחשות עתידית, כגון קבילות הודעת השותף, אשר טרם ידוע אם יעיד במשפט המאוחד.

26. אם כן, הכלל הוא שבעת הערכת הראיות בשלב המעצר עד תום ההליכים, יש להניח כי הראיות הן קבילות. רק במקרה בו הראיות אינן קבילות בעליל, מחמת פגם ברור, או כי הסבירות לקבלתן נמוכה בהחלט, ניתן להתעלם מהם, או להפחית ממשקלן. יש לבחון המקרה שלנו על פי מתווה זה.

27. **אוסוף ואקדים** כי, לדעתי, מקום בו מבקש צד לחדש **חידוש משפטי**, בדיני הראיות או דיני העונשין, יחול כלל דומה. שאלות מורכבות וחדשות בדיני ראיות ודיני עונשין, ראוי להם לידון בתיק העיקרי, ולא בשלב המעצר. שכן, בתיק העיקרי מתבררות העובדות היטב עד תומן, הטענות נשמעות בנחת ונידונות למלוא עומקן, ושם נדרש כי ההכרעה תינתן באופן חד משמעי ומחייב לגופו של עניין. לעומת זאת, החלטת המעצר היא מטבעה החלטה זמנית, על יסוד ראיות לכאורה, בטרם הוברר העניין עד תומו. על יסוד עובדתי גמיש זה, לא נכון לחדש הלכות, מלבד הלכות בדיני המעצרים עצמם, כמובן.

28. **עוד יש לומר** כי עלינו, בערכאות הנמוכות, בניגוד לבית המשפט העליון, לנקוט בזהירות רבה במיוחד לפני פסיקה של חידוש משפטי, שאינו נדרש בהכרח. אכן, לא פעם אין מנוס מכך שבית המשפט יכריע בשאלה חדשה או קשה. אולם, כאשר נראה שיש מקום לקביעת כלל חדש, או הרחבה חדשה של כלל משפטי קיים, בעניינים שגורתיים ולא מקרי גבול קשים, עלינו, בערכאות נמוכות, להניח כי ההלכה המצויה תישאר על כנה, אלא אם אין מנוס מחידוש. שנינו "כל המשנה, ידו על התחתונה".

דיון - הראיות וההלכה החדשה

29. פרטתי לעיל בהרחבה את טענות הצדדים, על מנת להראות כי, במקרה דנן, הדברים אינם פשוטים כלל ועיקר. לטעמי, לא ניתן לומר כי מקרה זה מצדיק חידוש משפטי, כלל חדש לפסילת ראיות, אשר תקבע בערכאת הדיון, ובמיוחד בהליך מעצר. זאת, הן משום שהעובדות במקרה דנן אינן ברורות כל צרכן, בשלב זה, והן משום שהחידוש עצמו המוצע על ידי בית משפט השלום הוא אכן חידוש של ממש. זאת, מבלי לקבוע מסמרות בשאלה אם החידוש המשפטי עצמו הוא חידוש נכון ונדרש.

30. לעניין הודעת עילת החיפוש לחשוד או מחזיק, בית המשפט היה מוטרד מאוד מכך שלא הודעה עילת החיפוש. אולם, עולה מן המזכר של ראש הצוות סרגי כי "ניגשתי... הזדהיתי... והסברתי לו שהוא מעוכב בחשד להחזקת סמים ושאינו הולך לערוך חיפוש על גופו, ברכבו ובביתו". משמע, הוסבר למשיב כי יש חשד לעבירת סמים, וחשד זה הוא העילה לעיכוב ולחיפוש, לרבות החיפוש בתוך הבית.

31. אם כן, יש ממש בטענת המדינה לפיה הייתה סמכות חיפוש, הודע על קיומו של חשד להחזקת סמים בשלב העיכוב, נאמר כי חשד זה הוא הבסיס גם לחיפוש, והוסבר כי במקרה זה החיפוש בבית הוא חוקי, למרות שאין צו. כך, לכאורה, יצאה המשטרה ידי כל חובותיה. שכן, עילת החיפוש הייתה היסוד הסביר לחשד בדבר החזקת סמים, שעמדה גם ביסוד עילת העיכוב והמעצר. יסוד, שהיה קיים מתוך מידע "חם", כלשון התובע.



טיב החשד - הודע. חוקיות החיפוש - נאמרה. היה ברור גם מהקשרם של דברים כי החיפוש נועד לאתר הסמים הקיימים, על פי אותו החשד. חסר היה רק ההסבר המשפטי לחשוד, הקושר את שני הדברים. היינו כי עצם קיומו של חשד סביר, להחזקת סמים בפועל, היא היא המאפשרת את עריכת החיפוש ללא צו, על פי דין. אולם, לכאורה אין מדובר בפגם ברור בהתנהלות המשטרה, שכן לכאורה, כטענת המדינה, אין חובה בחוק להודיע את עילת החיפוש, ולמעשה העילה הודעה, רק שלא ניתן ההסבר המשפטי.

32. לעניין העדים, הרי המשטרה הציעה למשיב לזמן שני עדים לחיפוש. הוא לא שיתף פעולה, ולכאורה אין לו להלין אלא עצמו. לא ייתכן שבהעדר הסכמה לחיפוש ללא שני עדים, מבלי שבעל הנכס נאות להזמין בפועל שני עדים, לא תוכל המשטרה לערוך חיפוש. כך מודה גם הסנגורית. הרי כך יוכל כל אחד למנוע כל חיפוש, על ידי הימנעות משיתוף פעולה. פשוט, שיש לפרש הפקודה באופן המאפשר עריכת חיפוש ללא עדים בתנאים כאלה.

33. מהצד השני מובנת, לפחות במידה מסוימת, טענת הסנגורית והתרעומת של בית משפט השלום על ההתנהלות של השוטרים. המשיב דרש כי לא יערך חיפוש ללא צו. משתמע לכאורה, אולי, כי הוא נכון היה לשיתף פעולה בחיפוש חוקי, אך התנגד לחיפוש שאינו חוקי. על פי דו"ח הפעולה לא ניתן למשיב הסבר משפטי, מדוע החיפוש הוא חוקי. כל שנאמר לו זה "החיפוש חוקי", ככותרת סתמית. כותרת, אשר בעיני החשוד הסקפטי אודות התנהלות המשטרה, עלולה להיות בלתי נכונה. קיימת אפשרות תיאורטית, כי לו הוסבר למשיב כי, כאשר קיים חשד סביר, אפילו מבלי לפרט המקור לחשד, מותר לערוך חיפוש, אפשר שלא היה מתנגד. ייתכן גם שהיה משתף פעולה ומזמין שני עדים, במקום לעמוד בהתנגדותו.

34. אם כן, ייתכן, שהתנהלות נעימה יותר הייתה מסייעת להביא לשיתוף פעולה. אולם, איני מקבל את תיאור החיפוש כ"דורסני", כפי שניסח זאת בית משפט השלום, לפחות לא על פי הראיות כפי שהן נראות בשלב מקדמי זה. עם זאת, יש ממש באמירה כי למדנו מהלכת **בן חיים**, כי ישנה חשיבות, אנושית וחוקתית, למתן הסבר בהיר לחשוד אודות זכויותיו. אולם, עם כל ההבנה לעמדת הסנגוריה, אני סבור כי ההלכה שמבקשת הסנגוריה לקבוע היא בבחינת חידוש, היינו כי נדרש היה הסבר משפטי מפורט, לפיו החשד הסביר לעבירה המתקיימת בפועל (או "זה מקרוב") מקים עילה לחיפוש לא צו. הדעה, לפיה העדרו של הסבר כזה פוסל את הראיות, היא חידוש מפליג. חידוש, שאינו פשוט כלל ועיקר, ובוודאי שאינו מתאים להיות נדון בשלב המעצר.

35. אני מסכים עם בית משפט השלום כי אילו היה ברור מתוך תיק החקירה, שדין תוצאות החיפוש להיפסל בהליך העיקרי, היה הדבר משליך על קיומן של ראיות לכאורה, כאמור. אך הדברים רחוקים מכך, רחוקים מאוד.

36. נכון, שהלכת **יששכרוב** והלכת **בן חיים** קבעו כי ראיה יכולה להיפסל אך משום העדר הסבר על הזכויות. אולם, בכל זאת מדובר היה במציאות אחרת, בה העדר אזהרה בדבר זכות (היועצות או סירוב לחיפוש), הביאה לשיתוף פעולה או הקנתה את הסמכות, אשר כתוצאה ממנה התקבלה ראיה מפלילה. משמע, שם הייתה להסכמה שלא על פי הסבר תוצאה של ממש. כאן, הייתה לכאורה עילה לערוך חיפוש ללא צו בכל מקרה, והמשיב לא שיתף פעולה. זוהי מציאות שונה לגמרי.

37. יתרה מכך, קשה לדעת אם החלטת המשיב שלא לשיתף פעולה קשורה באמת, באיזשהו אופן, לכך שבאמת לא הבין כי קיימת סמכות חיפוש בהתקיים חשד סבר, ומשום כך התנגד. דומה כי יש לקחת טענה זו של העורר, הבא מפי הסנגורית בטרם העיד עליה כלל, עם קב של חומטין. יש לתהות אם באמת טעה



המשיב טעות משפטית בתום לב. קיימת אפשרות, קרובה וסבירה, כי המשיב לא התנגד לחיפוש על גופו וברכב, משום שידע שאין שם סמים. אולם, כאשר ביקשו לערוך חיפוש בדירה, והוא ידע כי ניתן בקלות למצוא סמים, חיפש כל דרך אפשרית למנוע החיפוש. תחילה, בטענות משפטיות לפיהן יש צורך בצו, ומשלא הצליח לדחות הגזרה בטענה משפטית זו, הפסיק לשתף פעולה כדי להקשות, ורק משום כך לא ביקש עדים. השאלה אם מדובר בזעקה בתום לב מתוך שגיאה משפטית או זעקה שהיא בבחינת "דמעות תנין", טענה בירור עובדתי. בירור, היכול להיעשות רק בתיק העיקרי.

38. אומר, כי אני בטוח לגמרי שיש חובה על עורך חיפוש להודיע מהי בדיוק עילת החיפוש, והדבר צריך עיון, לאחר טיעון משפטי מסודר, מנומק ומעמיק, במקרה המתאים. מכל מקום, אף בהנחה כי עצם הפגיעה בזכות אכן מחייבת מתן הסבר, מתוך ההיגיון החוקתי של הדברים, צריך עיון גדול לגבי היקפה המדויק של חובה כזו. אולם, פשוט לי לגמרי, שלא נכון ולא ראוי לחייב שוטר לומר מהן הראיות עליהן הוא מסתמך. בדרך כלל, אין זכות לחשוד לדעת, בשלב זה, אם החיפוש הוא על יסוד מידע, האזנת סתר, עדות של סוכן סמוי שטרם נחשף או כל ראייה אחרת. זהו שלב ראשוני, שלב של תחילת החקירה, וראוי שלא לסכל החקירה על ידי פירוט הראיות לאוזני החשוד שטרם נחקר.

39. יתרה מכך, כפי שהוסבר במאמרו היפה של עו"ד יגאל בלפור (**הסנגור** 235, אוקטובר 2016, עמ' 4), אפילו אין צורך כי השוטר המבצע את החיפוש ידע מהו היסוד לחשד. שכן, לא פעם מדובר ב"חשד מועבר" (כלשונה של השופטת חיימוביץ בעפ"ת (באר שבע) 29882-01-15 **גבאי נ' מדינת ישראל**, מיום 23.2.15), בו לא מי שמבצע החיפוש בפועל הוא אשר גיבש את החשד והחליט על החיפוש. כמו במקרה דנן, שהעניין החל אצל איש מודיעין, אשר קיבל מידע, גיבש חשד, והחליט על החיפוש. אולם, איש המודיעין לא ביצע החיפוש בעצמו, אלא נתן ההוראה לבלשים בשטח. בלשים, אשר אינם יודעים, ואינם צריכים לדעת, מי הוא המקור המודיעיני ומה בדיוק הוא אמר. כפי שהוסבר בהלכת **גבאי**, כנכתב במאמר הנ"ל של עו"ד בלפור, וכמשתמע לכאורה מרע"פ 9025/15 **הרשמן נ' מדינת ישראל** (מיום 30.12.15, מפי השופט שהם), אם בבית המשפט מעידים גם השוטר אשר גיבש החשד וגם השוטר שביצע החיפוש, ניתן להוכיח בכך את חוקיות החיפוש. זאת, אפילו כאשר השוטר המבצע את החיפוש לא יודע את מקור החשד. ודוק, **אם השוטר המבצע את החיפוש אינו יודע מהו היסוד לחשד, אינו יכול, ובוודאי שאינו חייב, חוקתית, להודיעו לחשוד.** בהקשר זה יאמר כי השופט שהם, בעניין **הרשמן**, נזהר אפילו מלקבוע מסמרות בהנחה שעל המדינה להביא לעדות את השוטר המחליט, במקרים של "החשד המועבר". מכל מקום, אפילו בהנחה לטובת הנאשם, שההלכה היא כנפסק בעניין **גבאי**, פשיטא שהשוטר המבצע אינו חייב לדעת מהו היסוד לחשד, וממילא אינו חייב להודיע לחשוד.

40. אכן, קיימת אפשרות שהפסיקה תקבע כי קיימת חובה להודיע מהו הבסיס החוקי לחיפוש, לפחות ברמת ההצהרה כי "יש צו חיפוש" או "אין צו שיפוטי אבל יש חשד סביר כי מתבצעת עבירה של החזקת סמים כעת". אולם, מעבר לכך שהדבר לכאורה נעשה במקרה דנן, כפי שהצביע התובע, דרישה כזו אינה עולה מלשון החוק, בניגוד לדיני המעצרים שם קיימת חובה כזו.

41. בהקשר זה חשוב לציין גם כי בהלכת **בן חיים** עצמה, אחד המערערים שעניינו נדון באותו פסק דין עקרוני, **ויקטור עייש**, הורשע על יסוד חיפוש שנערך בביתו ללא עדים, כי "העדיף" חיפוש ללא עדים (ראו סעיף 10 לחוות דעתה של הנשיאה בייניש). ערעורו נדחה גם בבית המשפט העליון, שכן נקבע שלמרות שההסכמה לחיפוש הייתה פגומה (כמו אצל המערערים שזוכו, **גיבלי ובן חיים**), הרי שהחיפוש היה חוקי בכל זאת, **משום עצם קיומה של העילה האחרת**. שכן, המידע שם התקבל "זה מקרוב" אודות הסמים בבית (סעיף



37 לחוות דעתה של הנשיאה בייניש). כך, למרות שהתנהגות השוטרים שם לא עמדה בסטנדרט שנקבע בפסק הדין (אזהרה בדבר זכות סירוב לחיפוש), די היה בעילה לקיום חיפוש ללא הסכמה, כדי להכשיר את החיפוש. **בית המשפט העליון כלל לא שאל עצמו, אם ההסכמה לקיום החיפוש, במתכונת של חיפוש ללא עדים, ניתנה מדעת ולאחר הסבר, וכלל לא בחן את השאלה אם קיומה החובה להסביר את עילת החיפוש, כתנאי לקבילות.** אם כן, החידוש שמבקשת הסנגוריה לחדש במקרה זה מרחיק לכת, שהרי ההלכה לא נקבעה כך, בנסיבות דומות מאוד, גם כאשר בית המשפט העליון עסק בסוגיה קרובה עד מאוד. אם כן, **אין לומר כי מדובר בחידוש צפוי ומסתבר. לפיכך, מבלי לקבוע מסמרות, לצורך שלב זה בלבד, יש להניח כי ההלכה בעניין זה תישאר על מכונה, והסמים שנתפסו יחשבו כראיה קבילה.**

42. אודה, כי מצאתי עניין בטענת הסנגוריה כי יש פגם גם בכך שלא קיומה ההוראה לרשום "פרוטוקול" של החיפוש, על פי לשון הפקודה. טענה, לפיה זהו פגם היכול להביא לפסלות הראיה, ומכל מקום לפרשנות הסיטואציה לטובת המשיב, כאשר הדו"ח אינו ברור. אמנם לכאורה, תשובת המדינה, לפיה דו"ח הפעולה ודו"ח החיפוש מקיימים חובה זו, נראית נכונה. אולם, לא הייתי פוסל טענת הסנגוריה על הסף גם כן. שכן, עניין הפרוטוקול אינו מופיע בשום מקום בפסד"פ, אלא בסעיף 26, בהקשר לעריכת חיפוש שלא בנוכחות עדים. ייתכן שכוונת המחוקק היא שכאשר אין עדים אובייקטיביים, המפקחים על פעולת החיפוש, חובת התיעוד החלה על השוטר המבצע את החיפוש היא חובה מוגברת, ומחייבת מסמך "פרוטוקול" נפרד בו יופיע, לכל הפחות, נימוק להעדרם של העדים או ביטוי מפורט לטיב ההסכמה לוותר עליהם.

43. יש לקחת בחשבון בהקשר זה, כי טופס דו"ח החיפוש המשטרתי הסטנדרטי, לכאורה אמור לשמש כ"פרוטוקול" במקרים כאלה. הרי הוא מכיל רובריקות מתאימות לרישום ההסכמה לחיפוש ללא עדים, או לרישום הנימוק לכך שהדבר נעשה ללא הסכמה, בהתאמה ללשון הפקודה. אולם, בתיקנו, רובריקות אלה ריקות, ולכאורה יש בכך תקלה של ממש. מצד שני, המרחב לרישום בטופס מועט עד מאוד, ויש פרטים לא מעטים בעניין זה, המפורטים בדו"ח הפעולה. זאת, כאשר הפירוט היותר מלא, במקרים כאלה, גם לשיטת הסנגוריה, הוא לכאורה רצוי ועדיף יותר. מכל מקום, הטענה כי עצם העדרו של רישום נפרד בדו"ח החיפוש הוא פגם היורד לשורש העניין, למרות הרישום בגוף דו"ח הפעולה, היא טענה מרחיקת לכת. בוודאי שטענת פסלות, בהקשר טכני זה, היא בבחינת חידוש מפליג, אשר צריך ויכול להיבדק רק במסגרת התיק העיקרי, ואינו בעל סיוכים טובים. זאת, למרות שאני מסכים כי הרישום בדו"ח הפעולה של סרגי, יכול היה להיות מלא יותר ובהיר יותר.

סיכום לעניין הקבילות

44. **סיכומי של דבר**, הכלל בפסיקה הוא ששאלות של פסלות ראיות לא נדונות בשלב המעצר, אלא בתיק העיקרי, אלא אם כן הנסיבות מלמדות בעליל כי ראיה מסוימת צפויה להיפסל במשפט. לטעמי, הקביעות בדבר פסלות לכאורה של הראיות בתיק זה, מוקדמות וטעונות בירור עובדתי מעמיק יותר, אשר יתקיים בהליך העיקרי. הטענה העובדתית העיקרית של הסנגוריה, לפיה לא הודע על עילת החיפוש, אינה מתיישבת יפה עם לשון הדו"ח. זאת, בהנחה שאין חובה לפרט ראיות, ובהנחה שאין חובה ליתן הסבר משפטי לחשוד, מדוע ומתי חשד סביר יכול להצדיק חיפוש ללא צו. הקביעות המשפטיות של בית משפט השלום, לפיהן חובה ליתן הסבר מפורט בדבר טיב עילת החיפוש ולא די בכותרת; כי חובה ליתן התראה כי קיימת זכות לשני עדים בחיפוש, ולא די בשאלה בדבר הרצון בעדים; והקביעה כי אי קיום חובות אלה, או העדר נימוסין ראויים בחיפוש, יכולים להביא לפסלות ראיה אף אם כל החיפוש עצמו נערך בסמכות, הן כולן



חידושים של ממש. חידושים, שאינם מאוד משכנעים, לפחות בנסיבות מקרה זה, אף כי אינם לגמרי מופרכים. חידושים, אשר ספק אם ראוי לעשותן בערכאות הדיון, ואף אם כן, בוודאי שלא ראוי להידרש להם אלא במסגרת התיק העיקרי.

45. התוצאה היא אפוא כי, לצורך שלב זה של ההליך, יש לראות את תוצאות החיפוש כראיות קבילות. משמע, אין פגם בראיות לכאורה.

עילה, חלופה ותוצאה

46. בהתקיים ראיות לכאורה, אין מחלוקת על עילת המעצר. צדק בית המשפט אשר קבע כי במקרה זה המסוכנות גבוהה למדי.

47. אפשרות החלופה נדונה על יסוד ההנחה כי יש פגם בראיות, ולא בהנחה כי הראיות טובות. על פני הדברים, משנקבע כי קיימות ראיות טובות, הרי שחזקת המסוכנות במקומה עומדת, וברי שבשים לב לטיב העבירה, אין מקום לחלופה שנקבעה, ואפילו לא לחלופה "משפחתית" של מעצר בית בעיר המגורים, בה בוצעה העבירה.

48. בשים לב לעבר הפלילי בעבירות סמים, רכוש ואלימות (כולל שלשה מאסרים בפועל בשש השנים האחרונות), לשתי הרשעות בהפרת הוראה חוקית (יולי ודצמבר 2011) ולתיקי המב"ד (הוצגו כתבי אישום בעבירות סמים לשימוש עצמי ועבירות רכוש), **לכאורה אין מקום לחלופת מעצר כלל.** מכל מקום, הנטל על הנאשם לשכנע כי קיימת אפשרות לחלופה, ולו במרחק משמעותי, עם ערבים מעולים וערבויות מכבדות, הוא בוודאי כבד עד מאוד.

49. לכאורה, די באמור כדי להורות על מעצר עד תום ההליכים. אולם, מכיוון שעניין החלופה בהנחה שהראיות טובות, לא נדון בצורה מסודרת, יש לחשוש שמא יש לסנגורית טענה נוספת לעניין החלופה, שלא באה לידי ביטוי בפרוטוקול שעסק בעיקר בראיות. לפיכך, אין לסגור הדלת סופית לפני אפשרות זו.

50. הערר מתקבל. המשיב יעצר עד תום ההליכים.

51. אולם, אם תראה הסנגורית כי יש בידה חלופה טובה מאוד, ויש לה טענה טובה, שטרם נשמעה, היכולה להצדיק קבלה של חלופה כזו למרות עילת המעצר המובהקת, רשאית היא להגיש בקשה מנוקמת לעיון חוזר לבית משפט השלום, מבלי להצביע על שינוי נסיבות.

ניתנה היום, י"א כסלו תשע"ז, 11 דצמבר 2016, בנוכחות
המשיב, ב"כ עו"ד יהב והתובע עו"ד גיל.

