



ת"פ 18294/11/17 - מדינת ישראל נגד חן סלטי

בית משפט השלום ברחובות

ת"פ 18294-11-17 מדינת ישראל נ' סלטי
בפני כבוד השופטת אדנקו סבחת- חיימוביץ

בעניין: מדינת ישראל

המאשימה

נגד

חן סלטי

הנאשם

נוכחים:

ב"כ המאשימה עו"ד עדי סעדיה

ב"כ הנאשמת עו"ד בנימין בן נתן

הנאשמת בעצמה

הכרעת דין

כמצוות המחוקק אני מודיעה על זיכוייה של הנאשמת מבלי להשיב לאשמה.

כתב האישום

1. כנגד הנאשמת הוגש כתב האישום מייחס לה עבירות של החזקה בסם מסוכן שלא לצריכה עצמית, עבירה לפי סעיף 7(א)+7(ג) רישא לפקודת הסמים המסוכנים (נוסח חדש), תשל"ג-1973 (להלן: "**פקודת הסמים**") והחזקת כלים להכנת סם שלא לצריכה עצמית, עבירה לפי סעיף 10 רישא לפקודת הסמים.

על פי האמור בכתב האישום, ביום 18.6.17 במסגרת חיפוש בביתה של הנאשמת נמצאו סמים מסוכנים מסוג קנבוס במשקל 196.90 גרם נטו, בתוך שקית במרפסת הבית, ובמשקל של 17.10 גרם נטו בתוך קופסא מעל המקרר בבית. כן נמצא משקל אלקטרוני במגירה סמוכה למיטה בחדר השינה.

המענה לכתב האישום

2. הנאשמת כפרה במיוחס לה וטענה שהחיפוש נערך שלא כדין ולכן יש לפסול את הראיות שנתפסו במסגרתו. ככל שתידחה הטענה, הרי שהסמים הוחזקו לצריכתה העצמית של הנאשמת.



העובדות שאינן במחלוקת

3. ביום 13.6.17 ניתן צו חיפוש (ת/2) על ידי שופט על שם מר אביתר סיאני, בכתובת זכריה מדאר 2 ברחובות (להלן: "הכתובת"), בחשד לביצוע עבירות של סחר בסמים (להלן: "הצו"). בצו נקבע שהחיפוש יערך על ידי שני עדים שאינם שוטרים.
4. בדירה בכתובת הנ"ל ישנן שתי יחידות דיור. באותה העת התגוררו הנאשמת ובן זוגה באחת מיחידות הדיור, כך שהחיפוש בוצע בביתם ולא בביתו של מר סיאני.
5. אין מחלוקת בדבר שרשרת מוצגים והעובדה שמה שנתפס בחיפוש הוא סם מסוכן.
6. בפרפרזה על בסיסה הוצא הצו צוין כך "ברחוב זכריה מדאר 2 ישנו בחור תימני כבן 30 בקומה הראשונה אשר סוחר בסמים מסוג חשיש ובתוך הבית מגדל סמים מסוג מריחואנה ויש הרבה סמים בבית והרבה שתילים והוא מגדל הרבה זמן, בכל היום מגיעים אליו הרבה אנשים אשר קונים ממנו סמים".
7. במסגרת עתירה לגילוי ראיה, נמסר כי הפרפרזה מתייחסת למר אביתר סיאני, וכי אין כל היכרות בין מוסר הידיעה לבין מר סיאני או לנאשמת או בן זוגה.

עתירת ההגנה

8. בתום פרשת התביעה ביקשה ההגנה להורות על זיכוייה של הנאשמת מבלי להשיב לאשמה בהתבסס על פגמים בהליך החיפוש בגינם יש לפסול את הראיות שנתפסו במהלכו.

טענות הצדדים בתמצית

9. לטענת ב"כ המאשימה די בקיומן של ראיות דלות ובסיסיות כדי לחייב את הנאשמת להשיב לאשמה. בשלב זה בית המשפט אינו נדרש לבחון מהימנות ומשקל הראיות.
- הצו ניתן לכתובת בה מתגוררת הנאשמת ולכן קמה לשוטרים סמכות חיפוש בביתה. גם אם נפלה טעות בשקול דעת במתן הצו אין משמעות הדבר שהצו בטל.
- הנאשמת ובן זוגה מסרו שהם שוכרים את הדירה ממר סיאני, אך השוטר לא יכול היה לבדוק את נכונות החוזה ומאחר שלא פתחו לו את הדלת החליט לעשות סריקה במקום, פעולה שאין לראות בה כחיפוש. השוטר ראה את הסמים מבצבצים מהשקית והורה לאחר לבדוק את תכולתה. לאחר מכן, בשלב החיפוש, נאמר לנאשמת ובן זוגה שיש להם זכות לנוכחות עדים והם ויתרו על כך. בן זוגה של הנאשמת נכח בחיפוש.
- תכלית נוכחות עדים בחיפוש הינה לצמצם מחלוקת עובדתית וטענות ששוטרים שתלו ראיות ולנאשמת אין טענות מסוג זה.
- גם אם נפל פגם בחיפוש אין לפסול את הראיות, שכן בהתאם לפסיקה הפסילה אינה אוטומטית אלא במקרים



חריגים בשל פגיעה ממשית בזכויות החשוד ובשים לב לאופייה וחומרתה של אי החוקיות, וזו אינה בעוצמה רבה.

ב"כ המאשימה ביקשה לאמץ את עדויות השוטרים לפיהן הוצע לנאשמת ובן זוגה נוכחות עדים לחיפוש והנאשמת נכחה במהלך החיפוש.

10. לטענת ב"כ הנאשמת החיפוש נערך שלא כדין ולכן דיין של כל הראיות שנתפסו להיפסל.

החיפוש לא נערך בנוכחות שני עדים ולא הוסבר לנאשמת ובן זוגה שהוויתור צריך להיות על פי בקשה מפורשת שלהם. לא די בכך שהשוטר שאל את בני הזוג אם הם רוצים עדים אלא עליו להסביר להם שצריך שני עדים ושהם היחידים שיכולים לוותר על כך.

החיפוש בוצע בשתי נקודות זמן ואי החוקיות נוגעת לשתייהן. הראשונה, שכונתה על ידי השוטר "סריקה" בה ראה שקית בפינת המרפסת והציץ בה הוא חיפוש לכל דבר ועניין. השנייה, חיפוש נוסף בו לא הוסבר לנאשמת ובן זוגה על זכותם לנוכחות שני עדים.

בשני המקרים היה צריך להעמיד את הנאשמת ובן זוגה על זכותה ורק אז לבצע את החיפוש.

השוטר לוי ביצע סריקה, כי הבין שלא יכול לבצע את החיפוש עצמו בהתאם לצו. מרגע שהוא ראה שקית היה צריך להעמיד את הנאשמת ובן זוגה על זכותם לפני שבדק את תכולתה.

מדובר בדירה המפוצלת לשתי יחידות דיור ולכן ולא ברור מדוע החיפוש נערך דווקא אצל הנאשמת ומדוע לא נעשתה בדיקה שמר סיאני אכן מתגורר בכתובת בטרם הוצאת הצו או לאחר מכן בטרם עריכת החיפוש עצמו. משהוצג חוזה שכירות על שם הנאשמת לא היו צריכים השוטרים לבצע את החיפוש בביתה, כי ברור שמר סיאני לא מתגורר במקום.

דין והכרעה

חוקיות החיפוש

11. סעיף 26 לפקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש) [נוסח חדש], תשכ"ט-1969 (להלן: "**הפקודה**") קובע כך:

"(א) 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. סעיף 28 לפקודה קובע, כי "**תופש הבית או המקום שמחפשים בו, או אדם מטעמו, יינתן לו להיות נוכח בחיפוש, ולפי דרישתו יימסר לו העתק של רשימת החפצים שנתפסו, חתום בידי העדים או בחותמתם.**"

עמוד 3



13. דרישת הנוכחות לשני עדים אינה עניין שולי וקל ערך. אי קיום הוראה זו שומט את הבסיס החוקי לביצוע החיפוש ופגם דבק בראיות שנתפסו מכח אותו חיפוש.

בהתאם לדברי השופט בדימוס י. קדמי בספרו **על סדר הדין בפלילי**, חלק ראשון (מהדורה מעודכנת, חלק ב', תשנ"ח עמ' 669) "**אין די בשאלה המופנית למחזיק במקום אלא יש צורך בבקשה מפורשת מצידו לאחר שניתן לו הסבר באשר לזכותו לפי סעיף 26(א) לפסד"פ**".

וכן "**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**" (שם, עמ' 684).

14. נוכחות שני עדים הינה חובה מהותית שאי קיומה הופך את הליך החיפוש שלא כדין.

כך נקבע בע"פ (נצ) 38/83 **בן קיקי נ' מדינת ישראל** ((31.12.83), עמ' 191-192):

"אמור על כן, לא די בכך שהשוטר ישאל את האדם אם רצונו בעדים, אלא עליו להסביר לו כי הוראת החוק מחייבת נוכחות עדים בעת החיפוש, וכי ניתן לוותר על עדים רק על פי בקשה מפורשת של בעל המקום.

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

אין זה עולה בקנה אחד עם דרישת החוק לנהוג כפי שטוען שנהג העד נתנאל, היינו לשאול את הנאשם אם הוא מעוניין בעדים, מבלי להסביר לו קודם לכן כי החוק מחייב נוכחות עדים.

...

אי קיומן של הוראות אלה על ידי המשטרה, עושות את החיפוש לבלתי חוקי מעיקרו, שכן אין החוק מתיר כל שקול דעת לשוטרים להחליט כיצד והיכן לבצע את החיפוש, ועליהם לקיימו אך ורק לפי הקבוע בחוק".

15. בתפ 59911-12-13 **מדינת ישראל נ' פרי** ((20.4.15), פסקה 19) נקבע "**מכאן שסעיף 26(א)(3) וסעיף 28 לפקודה מאבחנים בין תופש המקום לעדים ויש בכך כדי ללמד כי לא חד הם, גם לענין סעיף 26(א) רישא. מסקנה זאת מתבקשת גם מהצורך ליתן לסעיפי חוק שונים פרשנות אחידה**".

16. השוטר **גל לוי** סיפר שהגיע לדירת הנאשמת לבצע את צו החיפוש.

הם ראו אדם בחלון הדירה, העד הזדהה כשוטר, אותו אדם סגר את התריס ולכן הם עלו לבית, דפקו בדלת ולא פתחו להם בטענה שאותו אדם אינו לבוש. לאחר כמה דקות פתחו להם את הדלת.

הדירה מחולקת לשתי יחידות דיור. בני הזוג טענו שהם שוכרים את יחידת הדיור ממר סיאני. לדבריו, "**הסברתי להם בשלב הראשוני שיש לנו צו חיפוש על הכתובת על שם של מי שכביכול שהם שוכרים ממנו את הדירה וביקשתי מהם לערוך סריקה ראשונית בדירה ולראות שאכן מדובר בשני אנשים שלא קשורים, לא הכרתי את שניים שבדירה. רציתי לבדוק שהוא לא גר ואין מישהו שגר שם. במהלך הסריקה זיהיתי במרפסת שקית**



עם חומר חשוד כסם אלון גבאי ביקש לבדוק אותה וזיהה שמדובר בשקית עם גראס. כיוון שנמצאו סמים בדירה הודעתי להם שבכל זאת נעשה חיפוש בדירה כי יש סמים בדירה. בחיפוש נתפסו עוד סמים במס' מקומות בדירה לא זוכר בדיוק איפה במטבח משהו כזה וזהו" (עמ' 20 שורות 24-29).

לאחר מציאת הסמים "שאלתי אם הם רוצים שיהיו עדים בחיפוש הם לא רצו והתחלנו את החיפוש" (עמ' 22 שורות 2-3).

ככלל, העד מבצע בדיקה בכל בית שבו אינו יודע מי גר בפועל במקום. העד ביצע סריקה בתוך הדירה כדי לחפש את מר סיאני (עמ' 24 שורות 25-26) ולא הכחיש שבכך בעצם בוצעה פעולה שהיא חיפוש.

על שלב מציאת הסמים בעת החיפוש אחר סיאני סיפר כך:

"ת. .. טכנית הצגתי את עצמי ואת צו החיפוש ותוך כדי ביצעתי סריקה.

ש. נכנסת לתוך החדרים

ת. כן.

ש. בשלב הזה לטעמך לא היה צריך שני עדים ביצעת סריקה לבדך

ת. לא לטעמי, לפי שיקול דעתי.

ש. הם נמצאים עם השוטר אלון

ת. בית פלוס מינוס כמו החדר זה לא וילה שעולים קומות זו יחידת דיור הם רואים אותי בכל שלב נתון.

ש. אתה אומר שיש מרפסת

ת. המרפסת פתוחה. מספיק שאני עומד בכניסה למרפסת אני רואה את כל המרפסת. מפה המרחק 15 מטר.

ש. אתה נכנס לתוך הפינה שם

ת. לא צריך להגיע לשם. שאני עומד במרפסת אני רואה את כל המרפסת היא גם קטנה.

ש. אני אומר לך שבשלב הזה כבר הלכת חיפשת בתך הבית לא רק שלא אמרת להם שצריך 2 עדים גם לא לקחת אותם לסיבוב בתוך הבית. ראית שמבצבץ משהו וראית שזה סמים

ת. גבאי בדק" (עמ' 25 משורה 25 עד עמ' 26 שורה 15).

העד הודה שלא הסבירו לבני הזוג על זכותם לשמור על זכות השתיקה או להיוועץ בעורך דין. לדבריו, אם לא היה לבני הזוג מה להסתיר היו פותחים את הדלת מיד.



בהתאם לשרטוט שערך העד, ת/7, יש דלת חיצונית ולאחריה שתי דלתות של שתי יחידות הדיור. כשהדלת החיצונית נפתחה הוא ראה שיש 2 יחידות. לדבריו הוא לא בדק את יחידת הדיור השנייה מאחר שידע שמר סיאני מתגורר בדירת הנאשמת ואין לעד הסבר מדוע לא רשם זאת בדו"פ (עמ' 23 שורות 5-19).

אישר שבני הזוג מסרו שהם שוכרים אך הכחיש שהציגו לו חוזה שכירות, בניגוד לדו"פ של השוטר גבאי. בהמשך הוסיף שאינו זוכר אם הוצג לו חוזה ובכל מקרה היה צריך לבדוק שזה בתוקף.

17. מ- ת/7 שרטוט של השוטר לוי ניתן לראות שלאחר דלת הכניסה הראשית ישנן שתי יחידות דיור בכתובת אליה הגיעו, הכתובת של מר סיאני בהתאם לצו החיפוש.

אזור תפיסת הסם סומן על ידי השוטר לוי בפניה השמאלית במרפסת, כך שאין מדובר בסמים שנמצאו במקום מרכזי ובולט בדירה והיה צריך לחפש כדי למצוא אותם, אף אם החיפוש היה אחר מר סיאני.

18. השוטר **אלון גבאי** מסר שהשוטרים דפקו בדלת, שמעו רעש בכתובת, והדלת לא נפתחה. מחשש להעלמת ראיות הם השתמשו בכח, באמצעות פטיש, נגרם נזק לדלת, ואז פתחו להם את הדלת בני זוג שלא היו נשוא הצו.

השוטרים הזדהו ואז "השוטר גל ראש הצוות ערך סריקה ראשונית לוודא שאין אדם נוסף בבית. במהלך הסריקה מצאנו חומר חשוד של סם בבית הודיע לנוכחים שנערוך חיפוש בכל מקרה למרות שנושא הצו לא נמצא מאחר ואותר בבית חומר חשוד כסם. השוטר גל שאל אותם אם הם רוצים עד נוסף לחיפוש הם אמרו שלא ציינתי בדוח הפעולה והחיפוש. במהלך החיפוש נמצא חומר חשוד כסם משקל דיגיטלי וטלפון הכל נמצא על ידי ומפורט בדוח פעולה" (עמ' 27 שורות 23-27 וכן עמ' 28 שורה 12).

מדברי העד ברור שהשוטרים לא ראו בחיפוש אחר מר סיאני בדירה כחיפוש והיא הוגדרה על ידם כ"סריקה" ראשונית:

"ש. בשלב שמראים את חוזה השכירות אתם מבינים שאביתר לא גר פה בגלל זה אתם מבקשים לעשות סריקה

ת. נכון.

ש למה בשלב הזה אתם לא באים ואומרים להם יש לכם אפשרות לשני עדים. רק לאחר שנתפסה השקית רק אז

ת. אני חושב שיש הבדל בין סריקה לראות שאין אדם נוסף לבין חיפוש שהוא יותר קפדני והרסני למציאת סמים.

ש. ברגע שאני נכנס בין החדרים לעשות סריקה גם אם זה במבט בשלב הזה זו סריקה לא חיפוש ולא צריך להודיע להם את נושא של שני עדים



ת. יש זכות צריך להיות איתם עדים אם גל לא שאל זה שיקול שלו ראש הצוות מנהל את הפעילות וכל את השיחה בינו לבין הנוכחים תשאל אותו" (עמ' 28 שורות 17-27).

מדברי העד ברור שהחיפוש אחר מר סיאני בתוך הדירה נעשה על ידי השוטר לוי עם כניסתם לדירה, בגפו, ללא עדים, ללא נוכחות המחזיקים בנכס, כך שלא ברור באיזה נסיבות נמצאה שקית הסם.

העד הודה שהיו צריכים להיות עדים לחיפוש אבל הדבר נתון לשיקול דעתו של השוטר לוי ואליו יש להפנות את השאלות בנושא.

לגבי הליקויים בסימון על גבי דוח החיפוש הסביר העד "בדרך כלל אני עובד מאוד מסודר גם שאני כותב דוח חיפוש. במקרה הזה אני באמת לא זוכר למה לא חתם או לא רשום מסרב לחתום" (עמ' 29 שורות 19-20).

לגבי חשיבות הסימון על גבי סעיפי דוח החיפוש והחתימה הסביר "ידוע לי חשיבות העדים בחיפוש ידוע לי ציון בדוח החיפוש ידוע לי חשיבות חתימתו של אותו חשוד. שוב לא זוכר למה זה חסר. בדרך כלל אני עובד מאוד מסודר מקפיד לרשום את כל הדברים. הפעם לא רשום לי למה לזה לא בוצע" (עמ' 29 שורות 24-26).

העד מכיר את החובה להסביר זכויות לחשודים בעת תשאול בשטח אך במקרה זה לא הוא ביצע תשאול לבני הזוג, תפקידו היה לעכב את הנאשמת ולא לתשאל אותה.

העד מסר שאינו זוכר את מבנה המקום, גם לאחר שהוצג לו השרטוט של השוטר לוי (ת/7) ואינו זוכר שמדובר בדירה מפוצלת.

19. השוטר ארז בסטקר מסר שהמתין למטה כדי למנוע בריחה של מושא צו החיפוש. השוטר לוי אמר לו להביא פטיש ולום, כי לא פתחו להם את הדלת. לאחר שבני הזוג פתחו את הדלת "גל נכנס פנימה הם טענו שהוא לא גר שם סיאני ואז גל ביקש לבצע סריקה אמר שמצא סמים ומכאן התחיל החיפוש. חן טענה בסיום שהסמים שלה ועיכבנו אותם לתחנה" (עמ' 30 שורות 22-23). מעדות זו ברור שנערך תשאול לנאשמת עוד בטרם הועמדה על זכויותיה, וכי עם הכניסה לדירה השוטר לוי החל בחיפוש.

העד אישר שהנאשמת ובן זוגה מסרו שמר סיאני גר שם בעבר, וכי הם שוכרים ממנו את הדירה.

לדבריו, הסברת זכויות לבני הזוג היה באחריות השוטר לוי "מי שמנהל את החיפוש. גל מנהל את המשימה ומה שהיא אמרה רשמתי. אבל השיחה מול גל" (עמ' 31 שורה 7).

העד אישר שלא העמיד את הנאשמת על זכויותיה:

"ש. באיזה שלב אמרת לה שזכותה לשמור על זכות השתיקה ולא להפליל את עצמה לה ולחשוד השני

ת. אני לא אמרתי. אם הייתי אומר היית רושם" (עמ' 31 שורות 8-9).
עמוד 7



20. השוטר **תומר גלבע** סיפר שהציג בפני הנאשמת את שקיות הסמים שנתפסו ואינו יודע באיזה חלק של הבית נתפסו.

אינו יודע אם נערך חיפוש ביחידת הדיור השנייה המצויה באותה הכתובת.

לדבריו, "... באמת צו החיפוש ככל שזכור לי היה על שם סיאני. הם הגיעו לשם היה קושי להיכנס לדירה ובסופו של דבר **הם נכנסו עשו סריקה קצרה ובאקראי מצאו את הסמים**" (עמ' 20 שורות 24-26).

21. מדוה"פ של השוטר סהר שמעון (נ/1) שנכח בדירה אך לא נטל חלק בחיפוש, עלה שהנאשמת ובן זוגה עוכבו לחקירה לאחר ממצאי החיפוש.

הנאשמת בחקירתה מיום 18.6.18 (ת/4) הודתה שהחזיקה בסמים לשימושה העצמי. לדבריה, השוטרים ערכו חיפוש בבית אף שהבהירה להם שהיא גרה בדירה ולא מר סיאני, שמשכיר לה את הדירה.

22. בדוח החיפוש (ת/8) אין תיעוד ביחס לנסיבות בהן נערך החיפוש משלא נערך פרוטוקול כנדרש בחוק. החיפוש נערך בהשתתפות ארבעה שוטרים. בסעיף ב' סומן, כי החיפוש נערך בהתאם לצו שיפוטי אצל מר סיאני ואילו הנאשמת ובן זוגה נרשמו כעדים לחיפוש.

בסעיף ג' נרשם "**נשוא הצו משכיר את הדירה ל- 2. השניים לא רצו עד נוסף בחיפוש. נגרם נזק לידיית הפנימית של דלת הבית**".

בסעיף ו' חתם בן זוגה של הנאשמת כעד לחיפוש.

23. בת"פ (טב) 23135-06-12 **מדינת ישראל נ' רחמני** (23.4.14) (עמ' 7) קבע בית המשפט כי "... **הנטל הוא על התביעה להוכיח כי החיפוש נערך כדין וככל שהפרוטוקול מפורט יותר ואף מוסרט, יקל הדבר בהוכחת היסודות הנדרשים**".

24. בדירה נכחו הנאשמת ובן זוגה. כך שלא נכחו במקום שני עדים אובייקטיביים שישמשו כעדים לחיפוש.

25. אין בידי לקבל טענות השוטרים והמאשימה, כי מה שהוגדר על ידי השוטרים "סריקה ראשונית" אינו בבחינת חיפוש. בין שמדובר בחיפוש אחר מר סיאני ובין שמדובר ב"סריקה" אחרת, עסקינן בחיפוש לכל דבר ועניין וכבר בשלב זה היה צריך להעמיד את הנאשמת ובן זוגה על זכויותיהם לנוכחות שני עדים או בקשה מפורשת מצידם לוותר על נוכחות העדים ולערוך פרוטוקול בהתאם. כך גם בחיפוש השני שנערך לאחר שנמצאו הסמים במרפסת. משהסמים נמצאו במרפסת בחיפוש הראשון אליו לא התלווה איש מהמחזיקים בנכס או עדים מטעמם, הרי שלא ברור באילו נסיבות נמצאו הסמים שהיו בפינה במרפסת ולא במקום בולט בתוך הדירה.

26. נוכח כל האמור לעיל, משנערך החיפוש שלא בהתאם להוראות סעיף 26(א) לפקודה הרי שמדובר בחיפוש שנערך שלא כדין.

לא הנאשמת ולא בן זוגה ביקשו לערוך את החיפוש ללא נוכחות עדים ולכן גם לא מתקיימת החלופה לפי סעיף 26(א)(3).



תוצאות החיפוש שלא כדין

27. בע"פ 5121/98 **יששכרוב נ' התובע הצבאי הראשי** (4.5.06), קבע בית המשפט העליון, כי בתי המשפט מוסמכים לפסול ראיות שהושגו בניגוד לחוק.

הפסילה אינה אוטומטית ועל בית המשפט להתחשב בשלוש קבוצות של שיקולים בבחון האם לפסול ראיה שהושגה שלא כדין. הקבוצה הראשונה של השיקולים נוגעת לאופייה של אי החוקיות שהייתה כרוכה בהשגת הראיה ולמידת חומרתה; הקבוצה השנייה נוגעת למידת ההשפעה של האמצעי הפסול על הראיה שהושגה; והקבוצה השלישית עניינה בנזק הצפוי לחברה אל מול התועלת הצפויה לה אם תפסל הראיה.

28. ברע"פ 10141/09, 617/10, 5758/10 **בן חיים ואח' נ' מדינת ישראל** (6.3.12) נדונה סוגיית קבילותן של ראיות חפציות שנמצאו בחיפושים שנערכו שלא כדין. בית המשפט פסל את הראיות שנתפסו עקב חיפוש שלא כדין (בהעדר עילה) ומשלא ניתנה "הסכמה מדעת" על ידי מי שהחיפוש נערך עליו או בביתו.

29. בע"פ 5956/08 **אל עוקה נ' מדינת ישראל** (23.11.11) נקבע, כי חומרת העבירה כשלעצמה אינה יכולה להוות שיקול משמעותי אם בכלל להצדקת קבלת ראיות שהושגו בצורה פסולה.

יתירה מכך בע"פ 4988/08 **איתן פרחי נ' מדינת ישראל** (1.8.11) נקבע כך:

"נמצא, כי קבוצת שיקולים זו משמשת למעשה חרב פיפיות - בעוד שהדעת לא סובלת זיכוי של מי שביצע מעשים כה חמורים, החשיבות בהגנה על הוגנות ההליך ושמירה על זכויות הנאשם, מתגברת דווקא במקרים אלה. מלאכת עשיית הצדק במובנה הרחב כוללת גם את האינטרס שבכיבוד זכויות נאשמים. קבלת הראיה עקב חשיבותה לתביעה עלולה לפגוע גם באמון הציבור ברשויות השלטון, וליצור תחושה כי האדם הינו כלי משחק בידי השלטון המשנה את הכללים בהתאם לצרכיו. לאור זאת, סבורני כי כאשר הפגיעה בהוגנות ההליך כפי שמשתקפת ממכלול השיקולים והנסיבות היא חמורה, אין בקבוצת השיקולים הזו כדי להכשיר את הראיה אף כשהעבירות המיוחסות לנאשם הינן מהחמורות בספר החוקים, וחיוניותה להרשעתו היא נכבדת".

30. בתיקים אליהם הפנתה ב"כ המאשימה דובר בחשוד שהוא מושא הצו להבדיל מענייננו שהיה ברור שהנאשמת לא קשורה לצו והקשר שלה הוא הכתובת שרשומה על גבו ולכן היה מקום לנקוט זהירות גדולה יותר ביישום התנאים לעריכת החיפוש, כך שזו תועמד על זכויותיה ותוותר מרצונה על נוכחות שני העדים. השוטר לוי ערך חיפוש אותו הגדיר "סריקה" עם כניסתו לדירה מבלי שהתמלאו מי מהתנאים בסעיף 26(א) לפקודה או האמור בצו השיפוטי.

31. באיזון שבין השיקולים השונים הניצבים להכרעה בפניי, הגעתי לכלל מסקנה שיש לפסול את הראיות.

ראשית, מדובר בהפרה כפולה של הדין, הן של הוראות סעיף 26(א) והן של צו שיפוטי שקבע מפורשות שהחיפוש ייערך בפני שני עדים שאינם שוטרים.



שנית, היה ברור שמושא הצו מר סיאני אינו מתגורר בדירה או קיים ספק לגבי הקשר שלו לדירה אליה הגיעו השוטרים. לא ברור למה בשלב בו הנאשמת מסרה שמר סיאני לא מתגורר שם לא נעשה ניסיון לבדוק האם הוא מתגורר ביחידת הדיור השנייה באותה הכתובת. מדובר ב- 4 שוטרים שהגיעו למקום ולכן לא הייתה כל מניעה ששניים יישארו בדירת הנאשמת ושניים יבדקו האם מר סיאני מתגורר ביחידת הדיור השנייה. השוטרים לא שקלו האפשרות שטעו בכתובת ושיש לבדוק את יחידת הדיור השנייה.

שלישית, חיפוש השוטר אחר מר סיאני בדירה, כדי לעמוד על טענות הנאשמת שאינו מתגורר שם, הוא בבחינת חיפוש. משעלה חשש שאין מדובר בביתו של מושא הצו, מר סיאני, היה על השוטרים לנקוט בזהירות גדולה יותר ביחסם לזכויותיה של הנאשמת שהצו לא הופנה כלפיה. דהיינו, להעמיד את הנאשמת ובן זוגה על הסכמה מדעת לעריכת חיפוש בביתם אחר מר סיאני או לערוך את החיפוש בהתאם לתנאים שנקבעו בצו השיפוטי, בנוכחות שני עדים או בבקשה מפורשת של הנאשמת שהחיפוש יערך ללא נוכחות עדים.

הגדרת החיפוש כ"סריקה", גם אם סברו כך השוטרים, היא עקיפה של התנאים לעריכת חיפוש, כאשר מושא הצו אינו נוכח בבית ויש ספק בנוגע לקשר שלו לכתובת נשוא הצו.

יוער, כי יש טעם לפגם בכניסתו של שוטר ובדיקת הבית מבלי שהייתה למי מהמחזיקים בבית האפשרות להתלוות אליו, על מנת לאפשר להם לדעת באילו נסיבות נמצאו הסמים, אף ללא קשר לשאלת חוקיותו של החיפוש.

רביעית, לנאשמת לא הוסברו זכויותיה בקשר לחיפוש, לרבות חיפושו של מר סיאני בדירה. אלמלא החיפוש אחר מר סיאני לא היה השוטר לוי מוצא את הסמים. אלמלא מציאת הסמים בחיפוש זה, הרי שלפי השוטרים לוי וגבאי לא היה נערך החיפוש השני שבוצע בדירה.

גם בחיפוש השני שנערך לאחר מציאת הסמים הנאשמת לא הועמדה על זכויותיה. בהעדר תיעוד בדוח החיפוש לא הוכח שהוסברו לנאשמת זכויותיה ושהיא ויתרה על נוכחות עדים בחיפוש.

חמישית, חומרת העבירה בנסיבותיו של תיק זה לא יכולה להוות שיקול בגינו יש להימנע מפסילת הראיות.

32. נוכח כל המפורט לעיל אני סבורה שמדובר באי חוקיות שפגיעתה חמורה בזכותה של הנאשמת ובלעדי החיפוש שנערך שלא כדין לא היו מתגלות הראיות שנתפסו. שני חיפושים נערכו ללא נוכחות עדים, ללא בקשה מדעת של הנאשמת לעריכתן ללא נוכחות עדים. התועלת בהקפדה על עריכת חיפושים באופן הקבוע בחוק עולה על הנזק מפסילת הראיות שנתפסו, הסמים והמשקל האלקטרוני, ולכן אני מורה על פסילתם מלשמש כראיות במשפט.

33. בע"פ 28090-02-15 **מדינת ישראל נ' אדרי** (15.5.16) נקבע, כי משנפסלה הראיה לא ניתן לבסס הרשעה על הודאה שנמסרה על בסיסה. בענייננו, הנאשמת הודתה שהסמים הם שלה כבר בשלב התשאול בביתה מבלי שהועמדה על זכויותיה. בהמשך חזרה על גרסה זו בחקירתה, ת/4, ומשהודאה זו מקורה בתשאול לא ניתן לבסס הרשעה על הודאה זו.



סוף דבר

34. קבעתי כי החיפוש נערך שלא כדין ומכאן שיש לפסול את הראיות שנתפסו, הסמים והמשקל. נוכח פסילת הראיות ובהעדר ראיות אחרות להוכחת האשמה, אני מזכה את הנאשמת מהעבירות שיוחסו לה בכתב האישום.

זכות ערעור כחוק.

ניתנה היום, ט"ז טבת תשע"ט, 24 דצמבר 2018, במעמד הצדדים