



ע"פ 10002/03/21 - מדינת ישראל נגד אברהם אברגל

בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ע"פ 10002-03-21 מדינת ישראל נ' אברגל
תיק חיצוני: 561505/2019

לפני	כבוד השופטת בכירה מ' ברנט
	כבוד השופט ש' בורנשטיין
	כבוד השופט מ' קרשן
המערערת	מדינת ישראל
נגד	
המשיב	אברהם אברגל
בשם המערערת:	עו"ד קרן לוי
בשם המשיב:	עו"ד שירן ברגמן

פסק דין

השופט מיכאל קרשן:

1. מונח לפנינו ערעור המדינה על פסק דינו של בית משפט השלום ברמלה (כב' השופטת ר' גלט) בת"פ 26079-01-20 מיום 21.1.2021, בגדרו החליט בית המשפט קמא לזכות את המשיב מביצוע העבירות שיוחסו לו בכתב האישום - החזקת סם מסוכן והחזקת כלים - לאחר שמצא לפסול את הסמים שנתפסו וכן את הודאות המשיב, וזאת מכוח דוקטרינת הפסילה הפסיקתית.

ההליך בבית המשפט קמא

2. לפי עובדות כתב האישום, שהוגש נגד שניים: המשיב ודוד שלתיאל (להלן: **שלתיאל**), במועד הרלבנטי לכתב האישום התגוררו שני הנאשמים בשני קרוואנים ברח' הקישון במושב ישרש (להלן: **המתחם**). המשיב התגורר בקרוואן בצד השמאלי של המתחם (להלן: **קרוואן 1**) ואילו שלתיאל התגורר בקרוואן בצדו הימני (להלן: **קרוואן 2**).

עובר ליום 30.12.2019 קשר שלתיאל קשר עם אחר שזהותו ידועה למערערת להחזיק שני אקדחים בקרוואן 2. ביום 30.12.2019 בשעה 2:00 הגיעו שוטרים למתחם במסגרת צו חיפוש מס' 42522-12-19 (להלן: **צו החיפוש** או **הצו**). השוטרים ערכו חיפוש בשני הקרוואנים ובמסגרת החיפוש נתפסו הדברים הבאים: בקרוואן 1 נתפסו שקית ובה קנבוס במשקל 252.7 גרם נטו; בארון המטבח שלוש שקיות ובהן קנבוס במשקל 99.4 גרם נטו; במגירות המטבח שקיות חלוקה, שני משקלים ושקית ובה קנבוס במשקל כ-2 גרם נטו; בארון ליד המיטה שקית ובה קנבוס במשקל של 471.7 גרם נטו; בחדר השירותים קנבוס במשקל 38.8 גרם נטו; בסלון



קנבוס במשקל 1.3 גרם נטו וקנבוס במשקל 0.2 גרם נטו; כרטיסיות ומדבקות מיתוג; בארון סך של 5,900 ₪ ובמזנון סך של 100 יורו. **סך הכול נתפסו בקרוואן 1 קנבוס במשקל 864.9 גרם נטו וחשיש במשקל 1.37 גרם נטו.**

בקרוואן 2 נתפסו שני אקדחים וכן מדבקות לקופסאות חלוקה של סמים, קופסאות פח ומכסי פח.
3. יצוין כבר עתה כי שלתיאל הודה בעובדות כתב אישום מתוקן, במסגרת הסדר טיעון, בביצוע עבירה של קשירת קשר לפשע, ועניינו הופרד.

4. המשיב הודה בתפיסת כל הדברים שפורטו בכתב האישום בקרוואן 1 ובכך שהתגורר בקרוואן זה. המשיב בחר לא להעיד להגנתו והמחלוקת בין הצדדים נגעה בראש ובראשונה לחוקיות החיפוש.

5. להלן העובדות אשר נתבררו בבית המשפט קמא:

- הבקשה לצו החיפוש כוונה כלפי שלתיאל. נרשם בה כי הנ"ל עוסק בסחר בסמים.
- לבקשה לצו החיפוש צורף מזכר (ת/3) בו נרשם כך: "ע"פ הצבעה של המקור סומן השטח בתצ"א המצורפת כמקום מגוריו של דוד שלתיאל ת.ז. 038034468. לציין שזה מעבר לכל ספק מקום מגוריו הנוכחי של הנ"ל. הנ"ל משכיר שם את היחידה דייר ללא חוזה" (השגיאה במקור - ההרכב).
- לבקשה לצו החיפוש צורף גם תצלום אוויר עליו סימנה המשטרה בצבע צהוב משבצת בגודל של 2 סמ"ר לערך, במרכז האזור המצולם. בדיעבד התברר כי השטח המתוחם בתצלום האוויר כלל את שני הקרוואנים: קרוואן 1 וקרוואן 2.
- ביום 17.12.2019 נעתר בית המשפט (כב' השופטת ז' דיבון) לבקשה והוציא צו חיפוש בזו הלשון: "אני מתיר למשטרת ישראל לערוך חיפוש אצל דוד שלתיאל ת.ז. 038034468 ברחוב קרן היסוד 27 על פי תצ"א במ/4-3".
- לשוטרים שביצעו את צו החיפוש נאמר שיש לחפש בכל המתחם.
- בליל 30.12.2019 בסמוך לשעה 2:00 הגיעו כוחות מג"ב ובילוש למתחם במושב ישרש. חלק מן השוטרים פרצו לקרוואן הימני (קרוואן 2), בו התגורר שלתיאל, וחלק לימני (קרוואן 1), בו התגורר המשיב.
- השוטרים שפרצו לקרוואן 1 הריחו סמים וראו סמים על השולחן. הם הורו לנוכחים, לרבות המשיב ושלתיאל (שלטענתו ביקר בבית שכנו), לשכב על הרצפה והודיעו להם על מעצרם.
- מיד לאחר שהודע לו על מעצרו נטל המשיב אחריות לכל הסמים שנתפסו. המשיב הוביל את השוטרים ברחבי ביתו והצביע על כל המקומות בהם הוחזקו סמים.
- במסגרת החיפוש המקיף שנערך בקרוואן 1 נתפסו כל הסמים והכלים המפורטים בכתב האישום.
- באמרתיו במשטרה (ת/6 ו-ת/7) הודה המשיב, הלכה למעשה, בכל אשר יוחס לו בכתב האישום.

6. בית המשפט קמא קבע בהכרעת דינו את הקביעות הבאות:

7. המשטרה חבה חובת זהירות כאשר היא מבקשת להוציא צו חיפוש. עליה לדייק בפרטי הצו לרבות הכתובת המדויקת בה מבוקש החיפוש. הצד השני של אותה מטבע היא חובתו של בית המשפט להקפיד על קיומם של מלוא הפרטים הנדרשים והרלבנטיים בהוצאת צו חיפוש.



8. המקרים בהם מסתפק בית המשפט בסימון הכתובת על גבי תצ"א הם חריגים, בבחינת "הכרח בל יגונה" במקרים בהם לא ניתן לזהות במדויק את כתובת החיפוש, ועל כן על חוקרי המשטרה לנהוג יתר זהירות, על מנת למנוע טעויות הנעוצות בעמימות הכתובת.
9. נוכח האמור, את הסימון על גבי התצ"א אין לפרש כמתן היתר גורף ומרחיב לחיפוש בכל תא השטח המסומן, אלא להפך: בבוא המשטרה לבצע צו שכזה עליה החובה לאתר את הכתובת המדויקת שלגביה צוין החשד בבקשה ולהגביל עצמה לחיפוש במקום זה בלבד.
10. את צו החיפוש במקרה דנן יש לפרש, על פי לשונו ולשון המזכר המצורף, כך שהתיר חיפוש רק אצל המחזיק, שלתיאל.
11. תצלום האוויר שצורף לבקשה היה מטושטש, לא ניתן היה לזהות בו יחידות דיור או קרוואנים, ולא הובא לידיעת בית המשפט קיומם של מספר מחזיקים במבנים. "לא עולה על הדעת כי בית המשפט התיר חיפוש גורף בכל מקום ואתר בתוך תא השטח".
- את הסימון על גבי תצלום האוויר יש להבין רק ככלי עזר שנועד לתת לבית המשפט מושג אודות האזור בו נמצאת כתובתו של שלתיאל, וזאת בשל היעדר כתובת מדויקת.
12. בבוא השוטרים למתחם היה זה מחובתם לאתר בתחומו את הכתובת המדויקת של יחידת הדיור בה מתגורר החשוד, שלתיאל, ולחפש רק בה.
13. במקרה דנן מבקש הצו (בן שושן) לא הכיר את המתחם אלא הסתמך בעניין זה על הצבעת מקור. בן שושן לא יידע בכך את בית המשפט ועל כן "הליך הבקשה נעשה בקלות דעת". בנסיבות אלה היה עליו לדאוג כי ביצוע הצו יעשה כדין, כלפי נשוא הצו בלבד, ללא חריגה וללא פגיעה בזכותם של אחרים לפרטיות.
- בנוסף, היה על המשטרה לערוך בדיקה מוקדמת של המתחם, על מנת ללמוד מי הם דרי המקום והיכן הם מתגוררים, ואפשר היה גם לפנות לבעל המתחם (המשכיר), שזומן למתן הודעה רק לאחר מעשה. לרשות המשטרה עמד פרק זמן של כשבועיים בו יכולה הייתה להיערך לביצועו כהלכה.
14. **נוכח כל האמור לעיל נקבע כי החיפוש בקרוואן 1, בו התגורר המשיב, בוצע ללא סמכות.**
15. בית המשפט קמא מצא כי נפל פגם נוסף בחיפוש, אשר למעשה נערך "ללא עדים". בדוח החיפוש (ת/14) נרשם כי החיפוש בקרוואן 1 בוצע "אצל שלתיאל" ואילו המשיב נרשם כעד לחיפוש בביתו שלו, ובנוסף השוטרים הודיעו לעצורים האחרים כי הם יהיו עדים לחיפוש ושמותיהם נרשמו בדוח, אך הם סירבו לחתום עליו. בית המשפט קמא דחה את טענת המדינה כי המשיב ויתר על נוכחות עדים בחיפוש, בין היתר



משום שדבר הוויתור לא תועד בדוח החיפוש.

16. בית המשפט קמא לא מצא לדון בחוקיות החיפוש באספקלריה של עילת החיפוש ללא צו, על יסוד חשד סביר שהתגבש בלב השוטרים בשעת ביצוע החיפוש, לאחר שמצא כי המערערת נסוגה מטענה זו לאחר שמיעת העדים.

17. בית המשפט קמא נפנה בשלב זה לבחון את נפקות "אי חוקיות" החיפוש בהתאם לכללים שנקבעו על ידי בית המשפט העליון בע"פ 5121/98 טור' **יששכרוב נ' התובע הצבאי הראשי**, פ"ד סא(1) 461 (4.5.2006) (להלן: **הלכת יששכרוב**) ורע"פ 10141/09 **בן חיים נ' מדינת ישראל**, פ"ד סה(3) 305 (6.3.2012) (להלן: **הלכת בן חיים**). הוא קבע כי אי החוקיות שנפלה בצו החיפוש חמורה ביותר. היא פגעה בזכותו של המשיב להליך הוגן (בשלב הגשת הבקשה להוצאת הצו וכן במסגרת ביצועו) והיא תולדה של מחדל משמעותי בהפעלת שיקול הדעת של המשטרה ואף משקף "בעייתיות מערכתית"; כי מידת ההשפעה של אי החוקיות על השגת הראיה היא מוחלטת; וכי המחיר החברתי הכרוך במקרה זה בפסילת הראיה אינו רב, שכן המשיב לא הואשם בעבירה של סחר בסם מסוכן, אלא בהחזקה בלבד.

18. בית המשפט קמא החליט לפסול לא רק את הראיה החפצית (הסמים והכלים) אלא אף את אמרות המשיב, שנגזרו ממנה. בהכרעת הדין נקבע כי קיימת "סיבתיות משפטית" בין ראיות אלה לראיה הראשית שנפסלה, וממילא, בהיעדר "דבר מה לחיזוק", לא היה באמרות המשיב די על מנת להרשיעו.

תמצית ערעור המדינה

19. המערערת סבורה כי שגה בית המשפט קמא בסוברה כי זנחה טענתה בעניין תחולת עילת החיפוש ללא צו במקרה דנן, והיא מביאה אסמכתאות לתמיכה בעמדתה כי מעולם לא חזרה בה מטענה זו. כבר מטעם זה סבורה המערערת כי יש לקבל את הערעור.

20. לדעת המדינה, כיוון שאין מחלוקת שמשה שפתחו השוטרים את דלת קרוואן 1 ראו שם סמים, הרי שעם פתיחת דלתו של קרוואן 1 התגבשה אצל השוטרים עילת החיפוש המנויה בסעיף 25 לפקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש) [נוסח חדש], התשכ"ט-1969 (להלן: **פסד"פ**), שלדעת המדינה יכולה בנסיבות העניין לקום במקביל לעילת החיפוש הנובעת מצו החיפוש.

21. המערערת סבורה כי גם לשיטת בית המשפט קמא רשאים היו השוטרים, שפעלו במסגרת צו החיפוש, להיכנס לקרוואן 1, שכן לא ידעו באותו שלב באיזה מן הקרוואנים מתגורר שלתיאל. במצב דברים זה, ובוודאי משהתברר כי שלתיאל נמצא דווקא בתוך קרוואן 1, לא נפל כל פגם בפעולות השוטרים.

22. עוד טוענת המערערת כי בהינתן העובדה שהנחת העבודה של השוטרים שביצעו את צו החיפוש הייתה שזה חלש על כל המתחם, לא נפל כל פגם בחיפוש שביצעו.

23. המדינה אינה מקבלת את קביעתו המוחלטת של בית המשפט קמא, לפיה כאשר עסקין בצווי חיפוש הניתנים על סמך הצבעה על תצלום אוויר אין בצו כדי לתת רשות גורפת לחיפוש בכל תא השטח. קביעה זו אף משיגה את גבולו של בית המשפט שהוציא את צו החיפוש, אשר חזקה עליו ששקל את כל השיקולים הצריכים לעניין בעת שהוציא תחת ידו את צו החיפוש. מכל מקום, לעמדת המדינה התנהלותם של השוטרים



בפרשם את צו החיפוש, ובפועלם בהתאם לו, הייתה סבירה, ולא הייתה כל הצדקה לקבוע שנפלה אי-חוקיות במעשיהם.

24. עוד טוענת המערערת כי השוטרים שביצעו את הצו לא ידעו ולא יכולים היו לדעת היכן בדיוק מתגורר שלתיאל. הם נכנסו (גם) לקרוואן 1 ורק אז התברר להם כי שם מתגורר המשיב (הגם שכאמור שלתיאל נכח במקום). אלא שבשלב זה כבר ראו את הסמים ועל כן רשאים היו, בהתאם לעילת החיפוש הסטטוטורית, לחפש במקום.

25. לענין העדים במהלך החיפוש טוענת המדינה, בין היתר, כי בית המשפט קמא התעלם בהכרעת דינו מראיה שהוגשה בהסכמה (ת/13 - דוח הפעולה של רס"ר יניב בנימין), ממנה עולה כי השוטר שאל את המשיב אם הוא רוצה עדים לחיפוש, והמשיב השיב "יש פה מספיק אנשים שיהיו עדים לחיפוש". רס"ר בנימין חזר על הדברים בעדותו בבית המשפט, הם נתמכים באמרות המשיב, והמשיב כלל לא התמודד עמם שכן בחר לא להעיד להגנתו.

26. הגם שעמדתה הבסיסית היא שלא נפל פגם בחיפוש, סבורה המערערת כי שגה בית המשפט קמא כאשר מצא לפסול את הראיות נגד המשיב בהתאם לדוקטרינת הפסילה הפסיקתית. בוודאי כך ביחס לראיות הנגזרות - אמרות המשיב.

תמצית תשובת המשיב

27. המשיב סומך ידיו על נימוקי הכרעת הדין המזכה.

28. לדעת המשיב, המדינה אכן חזרה בה בבית המשפט קמא "באופן חד משמעי" מן הטענה כי התגבשה במקרה דנן עילת חיפוש סטטוטורית, ובכל מקרה בנסיבות הענין אין חולק כי השוטרים לא נכנסו לקרוואן 1 על בסיס החשד הפרטני כי מתבצע שם פשע, אלא רק מכוח צו החיפוש.

29. לענין נוכחות העדים לחיפוש טוען המשיב כי מדובר בפגם נלווה לפגם העיקרי שנפל בחיפוש, ואולם יש לתת את הדעת לכך שהנוכחים האחרים בקרוואן בו בוצע החיפוש לא יכולים היו לשמש עדים לו משום שבעצמם היו אותה עת חשודים בהחזקת הסמים.

30. המשיב סבור כי בנסיבות שפורטו בהכרעת הדין היה מקום להחיל את דוקטרינת הפסילה הפסיקתית, לפסול את הראיות שנאספו בזמן החיפוש וכן את אמרותיו במשטרה.

הדין לפני ערכאת הערעור

31. ביום 23.5.2021 התקיים דיון ראשון בערעור לפני מותב אחר (כב' השופט העמית א' טל וכב' השופטים ש' בורנשטיין ומ' ברנט). בתום הדיון קבע בית המשפט מועד למתן פסק הדין.

32. לאחר הדיון הגישו הצדדים השלמות טיעון בכתב, ובין היתר התייחסו במסגרת זו לתזכיר חוק לתיקון פקודת הראיות (פסילת ראיה), אשר משרד המשפטים פרסם לעיון הציבור ביום 26.6.2021.



33. ביום 2.1.2022 הודיעה נשיאת בית המשפט לצדדים כי נבצר בטווח הזמן הקרוב מכב' השופט העמית א' טל ליתן פסק דין ובקשה אותם להודיע האם מסכימים הם כי פסק הדין יינתן על ידי שני חברי ההרכב המקורי האחרים, ושופט נוסף שיפסוק בהתאם למסמכים בתיק.

34. המשיב ביקש כי הערעור יידון מחדש לפני הרכב חלופי, וכך היה. ביום 8.5.2022 קיים המותב הנוכחי דיון בערעור ונתנה לצדדים ההזדמנות לשטוח טענותיהם מחדש.

דין והכרעה

35. ערעור המדינה בדין יסודו, ברוב היבטיו.

חוקיות החיפוש

36. לדעתי אין לקבל את קביעתו של בית המשפט קמא, כי צו החיפוש התיר חיפוש רק במקום מגוריו של שלתיאל.

37. צו החיפוש אכן נועד לאפשר למשטרה לחפש במקום מגוריו של שלתיאל אולם מן הראיות שבאו לפני בית המשפט קמא הוכח בבירור כי המשטרה לא ידעה את מקום מגוריו המדויק של מושא הצו, אלא רק שהלה שכר יחידת דיור בכתובת מסוימת במושב ישרש. בנסיבות אלה טוב עשתה המשטרה כאשר בקשה לתחום את החיפוש לתא שטח שסומן בצורה ברורה בתצלום אוויר.

בניגוד לסברתו של בית המשפט קמא, תצלום האוויר לא היה אך "כלי עזר" עבור בית המשפט אלא חלק מהתשתית העובדתית שהוצגה ושעל בסיסה ניתן הצו. ואכן, בית המשפט שחתם על הצו התיר למשטרה לחפש אצל שלתיאל בתא השטח המתוחם בתצלום האוויר. כך באופן כללי, ואולי אף ביתר שאת נוכח העובדה שהכתובת שהופיעה בבקשה להוצאת צו החיפוש ("קישון, ישרש, תצ"א מצורפת") שונה מזו שרשמה המשטרה בצו ("רח' קרן היסוד 27, ישרש").

38. סבורני כי הפרשנות האפשרית היחידה לעניין היקף צו החיפוש הוא שניתן בו היתר לחפש בכל תא השטח המסומן, שכלל כידוע את קרוואן 1.

39. מכאן עולה כי השוטרים ערכו חיפוש בדין, בהתאם לצו שהוצא בדין, גם בקרוואן 1. לא נפל אפוא פגם כלשהו בפעולת השוטרים בהתאם לצו החיפוש החוקי שהיה בידם, אף כי ההיתר היה לחפש אצל שלתיאל. בוודאי ובוודאי משעה שבמהלך החיפוש נתקלו בשלתיאל עצמו בתוך קרוואן 1.

40. נוכח האמור, ובהינתן יריעת המחלוקת בבית המשפט קמא, הרי שכבר בשלב זה ניתן היה לקבל את ערעור המדינה ולהרשיע את המשיב בעובדות כתב האישום.

41. אך בכך לא די, שכן, כפי שיפורט להלן, לא מצאתי כוח משכנע גם בקביעותי האחרות של בית המשפט קמא.

42. חלק מקביעותי של בית המשפט קמא נסמכות על סברתו שהשוטרים לא נהגו כהלכה בשלב הגשת הבקשה להוצאת צו חיפוש. עמדה זו לא אוכל לקבל.



אמנם צדק בית המשפט קמא בקבעו כי חובה על הרשות החוקרת לעשות כל שביכולתה על מנת לדייק בפרטי הצווים שהיא עותרת לקבל [ראו: נוהל אגף חקירות ומודיעין במשטרה "בקשה להוצאת צו חיפוש - טופס מ-3097" (1.2.2014); דנ"פ 1062/21 **אוריך נ' מדינת ישראל** (11.1.2022)], פסקה 67 לפסק דינה של כב' הנשיאה א' חיות], אולם בנסיבות מקרה זה לא באה לפני בית המשפט קמא כל ראיה שלפיה המשטרה העלימה משופטת המעצרים פרט כזה או אחר שמצוי היה בידיעתה, לרבות קיומם של מספר מחזיקים במתחם.

יתרה מכך, גם אם היה מתברר שהמשטרה לא סיפקה לשופטת המעצרים די מידע על מנת שתוכל לדייק את הצו שהוציאה, אין פירוש הדבר שהצו שיצא תחת ידיה מחוסר תוקף. למעשה ההפך הוא הנכון, לפחות במצב הדברים הרגיל אין תוקף הצו תלוי בתהליך הוצאתו, ובוודאי שבהקשר זה אין בודקים את טיב שיקול הדעת השיפוטי שהופעל בעת הוצאת הצו.

43. זאת ועוד. נראה כי בית המשפט קמא לא דק פורתא באשר לטיב הבהרת המדינה שלא תבסס את חוקיות החיפוש על החשד הסביר שהיה מחוץ לקרוואן ותבקש להתמקד בחוקיות הצו. המדינה הבהירה (ר' עמ' 57 לפרוטוקול הדיון בבית המשפט קמא) כי לא תטען שהתגבש אצל השוטרים חשד סביר שהצדיק חיפוש בקרוואן 1 ללא צו בעת ששהו מחוצה לו, אך באותה נשימה הסבירה שכאשר נכנסו לתוכו ראו השוטרים (וחלקם אף הריחו) סמים מסוכנים.

למעשה, טענת המדינה, אז כהיום, הייתה כי במסגרת ביצוע צו החיפוש החוקי שהיה בידם, נכנסו השוטרים לקרוואן הראשון שראו, וכאשר היו בתוכו ראו את הסמים ועל כן התעורר בלבם גם חשד לביצוע עבירת פשע זה מקרוב, אשר אפשר להם לחפש בתוכו גם ללא הצו.

עמדה משפטית זו של המערערת מקובלת עליי. בצדק צוין בהודעת הערעור כי ישנם תרחישים עובדתיים בהם עומדות לשוטר בעת ובעונה אחת מספר עילות חיפוש, וישנם אף מצבים, כגון המקרה שלפנינו, בהם עילה אחת "רוכבת" על גב חברתה. מכאן עולה למעשה כי אף אם היינו קובעים שנפל פגם בחוקיות צו החיפוש שהיה בידם (ואיננו קובעים כך), ברור שהשוטרים שנכנסו לקרוואן לא יכלו להתעלם מן החשד הקונקרטי לביצוע עבירה מסוג פשע לנגד עיניהם, ובנסיבות העניין רשאים היו לחפש בקרוואן 1 גם אם לא היה בידם צו חיפוש.

44. משאלו הן מסקנותיי ביחס לחוקיות החיפוש לא ראיתי צורך לבחון לעומק את קביעות בית המשפט קמא לעניין נפקות הפגם שנפל לתפיסתו בחיפוש, וכן לעניין הראיות הנגזרות - הלוא הן הודאות המשיב.

יוער רק כי, לדידי, בית המשפט קמא לא שקל כהלכה את המחיר החברתי הכרוך בפסילת ראיית החיפוש, בהתאם להלכת **יששכרוב**, מחיר הנובע מכך שלא ניתן יהיה להרשיע אדם שהחזיק כמות לא מבוטלת של סמים וכלים המעידים על עיסוק משמעותי בתחום הסמים להפצה.

כן ראיתי לציין שבעיניי לא התחייבה כל עיקר פסילת הראיות הנגזרות - הודאותיו המפורטות של המשיב בהחזקת הסמים שנתפסו בקרוואן 1 - אף לנוכח קביעתו השגויה של בית המשפט קמא שנפל פגם חמור בחוקיות החיפוש. כזכור המשיב בחר לא להעיד במשפטו, ולכן לא ברור כיצד קבע בית המשפט קמא כי הלך הרוח שלו בעת החיפוש היה כזה שהרגיש "לכוד" בידיעה אודות תפיסת הסמים. יתרה מכך, הודאתו השנייה של המשיב נמסרה שבוע לאחר החיפוש, לאחר שכבר נועץ בעורך דין, ואף אם היה מקום לפסול את הודאתו הראשונה קשה למצוא הצדקה של ממש לפסילת ההודאה השנייה.

חיפוש בנוכחות עדים

45. צו החיפוש התיר למשטרה לחפש כאמור בפני שני עדים שאינם שוטרים כפוף להוראות סעיף 26



לפסד"פ.

46. מן הראיות שבאו לפני בית המשפט קמא עלה כי השוטרים שביצעו את החיפוש בקרוואן 1 סברו תחילה כי הם מחפשים במקום מגוריו של שלתיאל, עד שפגשו במשיב שאמר להם כי הקרוואן שלו. בכל מקרה, בשלב הראשון, כאשר הבחינו בסמים גלויים בתוכו ראו בכל הנוכחים חשודים. חרף זאת, בדוח החיפוש נרשמו כל הנוכחים, פרט לשלתיאל ולרבות המשיב בעצמו, כעדים לחיפוש. יתרה מכך, מעדויותיהם של השוטרים עלה כי סברו שאין בכך כל פגם, שהלוא היו במקום נוכחים רבים. בנוסף נטען כי המשיב ויתר על נוכחות עדים בחיפוש במקום מגוריו, בהתאם להוראת סעיף 26(א)(3) לפסד"פ בכך שהסכים להוביל את השוטרים ברחבי קרוואן 1 והראה להם את הסמים.

לדעת המערערת, לפי פסיקת בית המשפט העליון דרישת הוויתור על העדים על ידי מחזיק המקום היא מהותית ולא פורמאלית, ובנסיבות העניין לא היה מקום לשלול את הסכמת המשיב כי הנוכחים במקום ישמשו כעדים. 47. גישה זו לא אוכל לקבל.

הדרישה כי חיפוש במקום יתבצע בנוכחות עדים שאינם שוטרים היא דרישה מהותית. תפקידה להבטיח את מהימנות התיעוד שעורכים אנשי המרות.

רשאי המחזיק לבקש לערכו שלא בפני עדים ובהתאם להוראת סעיף 26(א)(3) לפסד"פ על הבקשה להיות **מפורשת** בפרוטוקול שייערך. בענייננו אין חולק שבקשה כזו אינה מופיעה בפרוטוקול שנערך. אמנם אחד השוטרים (רס"ר יניב בנימין) רשם בדוח הפעולה שלו (ת/13) כי שאל את המשיב אם הוא רוצה עדים לחיפוש, והמשיב השיב "יש פה מספיק אנשים שיהיו עדים לחיפוש", ואמנם כבר נפסק כי "הבקשה, היא אשר מייתרת את הצורך בעדים; לא הפרוטוקול" [ע"פ 482/20 **מטר נ' מדינת ישראל** (4.6.2020)], אלא שבנסיבות העניין ספק בעיניי אם ניתן לראות בדברים אלה שאמר המשיב בתגובה לבקשת השוטר, לא מרצונו שלו, כבקשה שמייטרת את הצורך בעדים לחיפוש, מה גם שפרוטוקול החיפוש דווקא כלל רשימת עדים - שאיש מהם, לרבות המשיב שנטען כי ויתר על נוכחות עדים לחיפוש, לא הסכים לחתום עליו.

48. במצב דברים זה סבורני שצדק בית המשפט קמא כאשר קבע שלא הייתה במקרה זה הסכמה מפורשת של תופש הבית לעריכת חיפוש שלא בפני עדים.

49. נפל אפוא פגם בחוקיות החיפוש, משזה לא נערך - בהתאם לצו - בפני שני עדים שאינם שוטרים. ואולם בהליך שלפנינו הכול מסכימים שפגם זה אינו עומד בליבת העניין (סעיף 12 לסיכומי המשיב לפנינו).

ואכן אין כל הצדקה לפסול בשל פגם זה את ממצאי החיפוש.

מדובר באי-חוקיות בדרגה נמוכה יחסית, שבנסיבות העניין קשה לראות כיצד פגעה בזכותו של המשיב - שהודה מיד והוביל את השוטרים לכל המקומות בקרוואן 1 בו היו סמים - להליך הוגן. בנסיבות העניין לא ניתן לקבוע כי שיקול הדעת שהפעילה המשטרה היה לקוי באופן משמעותי ומידת ההשפעה של אי החוקיות על השגת הראיה שולית לחלוטין. על כל אלה יש להוסיף כי, כפי שצוין למעלה, המחיר החברתי של פסילת ראיות החיפוש, כבד למדי [השוו: ע"פ (מחוזי-ים) 10297-02-21 **מדינת ישראל נ' שמעון** (19.5.2022)].

התוצאה

50. לו תישמע דעתי נקבל את ערעור המדינה ונרשיע את המשיב, על יסוד הראיות שהונחו לפני בית המשפט קמא, בביצוע כל המיוחס לו בכתב האישום, וכתוצאה מכך בעבירה של החזקת סם, לפי סעיף 7 לפקודת הסמים המסוכנים [נוסח חדש], התשל"ג-1973 ובעבירה של החזקת כלים, לפי סעיף 10 רישא לפקודת



הסמים המסוכנים [נוסח חדש], התשל"ג-1973.
51. הדין יוחזר לבית המשפט קמא לשם קביעת העונש.

השופטת הבכירה מיכל ברנט:

אני מסכימה.

השופט שמואל בורנשטיין:

אני מסכים.

הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט מ' קרשן.

ניתן היום, ד' תמוז תשפ"ב, 03 יולי 2022, בהעדר הצדדים.

מיכאל קרשן, שופט

שמואל בורנשטיין, שופט

מיכל ברנט, שופטת בכירה
אב"ד