



ע"פ 56115/01/16 - אנדרי טמקין, מיכאל וקסמן נגד מדינת ישראל

בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו בשבתו כבית-משפט לערעורים פליליים

ע"פ 56115-01-16 טמקין ואח' נ' מדינת ישראל

בפני כבוד הנשיאה דבורה ברלינר, אב"ד

כב' השופט ג'ורג' קרא, ס"נ

כב' השופטת אסתר נחליאלי-חיאט

המעוררים: 1. אנדרי טמקין

2. מיכאל וקסמן

נגד

המשיבה: מדינת ישראל

פסק דין

ערעור על הכרעת הדין בת"פ 33705-03-15 שניתנה ביום 3.1.16 על-ידי כב' השופט ש. בקר.

בהכרעת הדין הורשע המערער מס' 1 בהחזקת מקום הימורים או הגרלות, עבירה על סעיף 228 רישא לחוק העונשין; המערער 2 הורשע בהגרלות והימורים אסורים עבירה על סעיף 225 לחוק.

האישום:

1. אלה העובדות הרלוונטיות המצויות בכתב האישום:

בתאריך 5.3.14 החזיק המערער 1 (להלן: "**אנדרי טמקין או מערער מס' 1**") ברח' סוקולוב 49 בחולון במקום למשחקים אסורים (להלן: "**המקום**"). ספציפית המשחק האסור שנוהל באותו יום עניינו בכך שהשחקן: "**לוחץ על כפור המריץ תמונות באופן אקראי עד לעצירתו, במידה ומתקבל רצף השחקן עשוי לזכות בנקודות אותן ניתן להמיר כסף**" (עולה מן הראיות כי רצף התמונות הופיע על צג מחשב. המקלדת שימשה ככלי המשחק- הכפתור עליו לחץ השחקן). מי שארגן את המשחק היה מיכאל וקסמן (להלן: "**וקסמן או מערער 2**"). וקסמן על-פי הנטען נכח במקום, פתח אותו, קיבל כסף מהשחקנים והזין בתמורה נקודות למכונה.

הערה מקדימה:

2. הכרעת הדין ניתנה בצמוד לשמיעת הסיכומים בתיק. ההגנה מצידה הגישה סיכומים בכתב שהשתרעו על פני עמודים רבים ולכך הוסיפה טיעונים בעל-פה. בדיעבד הצמידות בין שמיעת הסיכומים לבין מתן פסק הדין מהווה אחד הנושאים העיקריים עליהם מלין הסנגור בהודעת הערעור כשהטענה היא, שבית משפט למעשה לא ראה את התמונה המלאה לנגד עיניו, לא העמיק חקר בעובדות הרלוונטיות, לא

התייחס לטיעוניו של הסנגור וכיו"ב.

לאחר שבחנו את המכלול הגענו לכלל מסקנה, כי גם אם עלה בידי הסנגוריה להצביע על היבט זה או אחר אליהם לא התייחס בית משפט קמא - הנה המסקנה הסופית אליה הגיע בית המשפט נכונה ומעוגנת היטב בחומר הראיות שהיה בפניו. לא הצמידות הכתיבה את התוצאה אלא הראיות הרלוונטיות.

התשתית הראייתית:

3. עד התביעה העיקרי שהעיד הינו השוטר ברוך גרינשפון (להלן: "**גרינשפון**") שהגיש את ת/1. ת/1 הוא דו"ח פעולה המתעד את מה שהתרחש בתאריך הרלוונטי. על-פי האמור בו גרינשפון הגיע למקום עם שוטרים נוספים כשבידיו צו חיפוש. המקום מורכב משתי קומות. לדבריו של גרינשפון: "**אחרי שחוצים את דלת הכניסה יש חלוקה, יש דלת אחת שמובילה למטה... ומאותו מקום יש עליה לקומה השניה. צו החיפוש חל על שתי הקומות**" (ר' עמ' 5 שורות 9-12 לפרוטוקול). עם הגיעם למקום דפק גרינשפון על דלת הכניסה, הזדהה כשוטר אולם הדלת לא נפתחה. גרינשפון צעק: "משטרה לפתוח", צעק גם כי בידיו צו חיפוש. עדיין הדלת לא נפתחה. משכך, עלה גרינשפון לקומה ב' של המקום. לדבריו: "**עליתי למעלה לראות אם יש אנשים. יש עליה שניה למקום**". כאשר עלה לקומה השניה היזז אחת ממכונות הוידאו שהיו במקום, מאחורי מכונת הוידאו גילה את "המוחות" של מכונות מזל שפעלו במקום והיו ממוקמות בקומת הקרקע. הוא זיהה והכיר את "המוחות" מעבודתו במחלק מוסר של המשטרה.

במקביל שמע כי הדלת בקומת הקרקע נפתחה, הוא הבחין בשלושה גברים המנסים להימלט בריצה מהמקום. הוא צעק אחריהם, "עצור משטרה", והשלושה אכן עצרו. בדיעבד, השלושה שמדובר בהם הינם: המערער מס' 2 וכן שניים נוספים דוד סלמן ומאיר שאשא.

לאחר פרק זמן קצר יצא מקומת הקרקע גבר נוסף שזוהה כמערער מס' 1, שצעק שהמקום הוא שלו. גרינשפון מצדו העביר העתק של הצו שהיה בידו לידי מערער מס' 2, שאל אותו אם הוא מעוניין בנוכחות עדים לצורך חיפוש. מערער 2 טען כי לא הוא המחזיק בנכס אלא מערער 1 ששוכר אותו ממנו. מערער 1 התבקש לשמש כעד לחיפוש, המערער 2 הסתפק בנוכחותו לצורך החיפוש והודיע כי אין צורך בעדים נוספים. בהמשך לכך נערך חיפוש בהסכמה על כל ארבעת הגברים: שני המערערים וכן השניים הנוספים שהוזכרו, סלמן ושאשא.

בחיפוש אצל מערער 2 נתפסו מפתחות שהובהר שאחד מהם פותח את דלת הכניסה למקום.

מערער 1 החל לתאם גרסאות בכך שצעק, כי הוא בעל המקום ואין צורך לעצור גם את מערער 2. עוד צעק שבמקום בכלל לא היו הימורים.

השוטר הנוסף שהיה במקום, רן אליה, חיבר באמצעות כבל מאריך את "המוחות" שהיו בקומה העליונה לחשמל, שאז נדלקו שני צגי מחשב בקומה התחתונה ועל הצגים הופיע כיתוב של "מולטי-גיים" (משחק מחשב).

לדברי גרינשפון (על-פי האמור ב-ת/1) "**בשלב זה ערך הצוות חיפוש במקום ובמהלכו נתפסו המוצגים הבאים: 2 לוחות עץ ואליהם מחוברים 6 "מוחות" של מכונות מזל, 6 מקלדות מחשב, 2 צגי מחשב ו-**



2 מצלמות במעגל סגור. באזור הדלפק נמצאה מעטפה ובה כסף מזומן בסך 800 ₪.

4. התשתית הראייתית כללה גם את הודעתו ועדותו של העד סלמן. העד סלמן מסר הודעה במשטרה. בעדותו בבית המשפט חזר בו מהאמור בה, שעל כן הוכרז כעד עוין והודעתו הוגשה (ת/3). ב-ת/3 מספר סלמן חד משמעית כי הגיע למקום כדי להשתתף במשחק מזל ובפועל אכן השתתף בו. לדבריו: **"בחרתי מכונת מזל"**, לאחר מכן נתן למערער 2 בהתחלה 100 ₪ אח"כ פעמיים נוספות 100 ₪ בכל פעם, סה"כ 300 ₪. על כל 100 ₪ **"הוא הכניס לי 100 נקודות בעזרת מפתח שהיה לו"**.

המשחק הספציפי שבו שיחק נקרא "שמפניה": **"יש תמונה עם צורות, אני בוחר את גובה ההימור, אח"כ אני בוחר כמות שורות, לוחץ על הכפתור, התמונות מתחילות להסתובב עד שנעצרות. במידה ויש רצף זהה של תמונות זכיתי, אם לא הפסדתי"**.

סלמן נשאל במפורש:

"ש: זה משחק של מזל או שכל?"

ת: מזל."

על פני הדברים התיאור של המשחק הוא חד, קצר ונוקב ואמירתו של סלמן כי מדובר במשחק מזל סוגרת את המעגל.

5. ראיה נוספת שעמדה בפני בית משפט קמא הינה הדו"ח שנערך על-ידי השוטר הנוסף שהיה במקום, רן אליה, ת/4. אליה הוא זה שחיבר את "המוחות" לחשמל: **"הבחנתי והבנתי כי אין חשמל במקום ובעקבות כך המכונות למטה לא פעלו. בעקבות כך חיברתי כבל מאריך למקור מתח אחר, לפתע המכונות פעלו"** העד גם צילם את כל החדרון עם המכונות (ת/6).

התשתית הראייתית כללה גם ראיות נוספות, לרבות עדויותיהם של המערערים, אולם כבסיס לממצאיו של בית משפט קמא די לנו במפורט לעיל.

עיקר ממצאיו של בית משפט קמא:

6. באשר לחיפוש שנערך במקום:

אליבא דבית משפט קמא: **"מן הראוי היה שלא לערוך את החיפוש כפי שנערך באופן בו גרינשפון מחפש לבד ומוצא לבד את "המוחות" בקומה השניה של בית העסק, אולם גרינשפון עלה למעלה משום שהדלת לא נפתחה, חרף הכרזתו כי מדובר במשטרה עם צו חיפוש בידה"**.

נסיבות אלה: **"מרככות במידה רבה את הטענות על אי החוקיות שיכול ודבקה בחיפוש האמור"**.



לא יעלה על הדעת שגרינשפון השתיל את "המוחות" במקום ולפיכך, גם אם נפל פגם מסוים בחוקיות החיפוש, משום שהוא לא נערך בנוכחות עדים, אין בכך כדי לפגוע בקבילות ממצאי החיפוש דהיינו כי, בקומה השניה היו "מוחות" השייכים למערערים. המסקנה האופרטיבית היא, כי "המוחות" אותם מצא גרינשפון בקומה השניה של העסק אכן שייכים למערערים.

ממצא נוסף, השוטרים חיברו את "המוחות" אל החשמל וברגע זה נדלקו האורות במסכי המחשב בקומה למטה: **"וראה זה פלא, על האקרנים מופיע מולטי-גיים"**. בית המשפט קיבל את דברי השוטרים כי המולטי-גיים: **"אינו אלא שער מחשבי אל עולם של כתריסר משחקי מזל שונים"**.

לא ייתכן שחיבור אותם "מוחות" למקור חשמל יניב תוך שניות ספורות הופעתם של משחקים אסורים על מסכי המחשב, אם אלה (המוחות) לא היו שם מלכתחילה.

7. מכאן לעדותו של סלמן:

בית המשפט העדיף כאמור את האמור בהודעתו במשטרה ת/3 על פני גרסתו בבית המשפט: **"עדותו של סלמן היתה מביכה והלה הרחיק עצמו מכל גילוי של אמת חרף נסיונו של בית המשפט להבהיר לו, כי מה שיאמר על-ידו בבית המשפט לא יגרום לפתיחת תיק נגדו בהימורים"**.

סלמן בהודעתו במפורש דיבר על משחק מזל ואין מקום שלא לקבל את דבריו.

לא זו בלבד שסלמן תיאר את המשחק במדויק, הוא קשר את המערער מס' 2 לניהול המשחק, שהרי לדבריו את הכסף נתן למערער מס' 2. כדי להשלים את התמונה, אצל מערער מס' 2 נתפסו מיד לאחר כניסת השוטרים שלושה שטרות של 100 ₪ בכיסו (בנוסף לשטר נוסף בן 200 ₪), נתון התואם את גרסתו של סלמן באשר לפירוט הסכום שהשקיע באותו יום במשחקים.

בית המשפט דחה את טענתו של סלמן לפיה, הגרסה במשטרה היתה שילוב יצירתי בינו ובין השוטר, כאשר כל מעייניו היו בחתימה על הודעה כל שייאמר בה את אשר ייאמר ובלבד שיוכל לעזוב את המקום. חיזוקים לגרסתו של סלמן במשטרה מצא בית המשפט בלוח התצלומים ת/6 מהם עולה תמונה של "מולטי-גיים" על המסכים לצד שלושת השטרות שהוזכרו לעיל שנתפסו אצל מערער 2 ובנוסף, המפתח של מקום העסק שנמצא אף הוא אצל מערער 2.

עדותו של סלמן כשהיא מצטרפת לגרסתו של גרינשפון, כפי שהיא עולה מ-ת/1 ומעדותו בבית המשפט, די בהן כדי להוכיח את חלקו של מערער 2. באשר למערער מס' 1, הוא הודה לאורך כל הדרך כי הוא מחזיק המקום והשאלה היתה האם נוהלו במקום משחקי מזל. שאלה זו נענתה בממצאים העובדתיים שפורטו לעיל.

הערעור:

8. ב"כ המערערים מלא טענות כרימון כלפי בית משפט קמא אשר קבע קביעות: **"אשר מלבד היותן כתובות בשפה פואטית עם משלים וביטויים זרים..."** - אין להם ביסוס בראיות.

עמוד 4



על אלה עומד הסנגור:

באשר לחיפוש - החיפוש היה בלתי חוקי. אין קשר בין הסבירות שבהשתלת "מוחות" על-ידי השוטרים לבין חוקיותו של החיפוש. התביעה היא שצריכה להוכיח את חוקיות החיפוש ורק לאחר שזה יוכח, ניתן להתייחס לממצאים: **"אימתי נדרש מהמחזיק בנכס כתנאי מקדים לטעון להשתלת מה שנמצא בכדי לברר את חוקיות החיפוש"** (עמ' 2 להודעת הערעור סעיף 3א').

החיפוש היה לא חוקי משום שנערך בלא עדים, תוך ביצוע פעולות נוספות כמו חיבור "המוחות" לחשמל. גרינשפון עשה חיפוש למעלה ולא סריקה בלבד כפי שסבר וקבע בית משפט קמא.

הסנגור חולק על בית משפט קמא באשר לסיבה שבשלה עלה גרינשפון לקומה השניה. גרינשפון לא עלה משום שחיפש דרך להיכנס למקום, אלא משום שרצה לערוך חיפוש. בפועל החיפוש אכן נערך. אין מדובר בכך שגרינשפון "חד העין", כפי שהגדיר אותו בית משפט קמא, הבחין במקרה "במוחות" לאחר שהזיז את אחת ממכשירי הוידאו, אלא בחיפוש אותו התכוון גרינשפון לעשות ואכן עשה.

הפגם הנוסף בחיפוש עניינו פעולותיו של השוטר רן אליה. השוטר רן אליה חיבר כבל מאריך ל"מוחות" שלא היו מחוברים לחשמל כלל ובכך **"עשה פעולות ששינו מהיסוד את המצב הקיים"** (עמ' 3 סעיף 5 להודעת הערעור), לפיכך: **"... את התוצאה הסופית, קרי: הפעלת משחקי מזל, אם אכן הופעלו, לא ניתן לייחס למערערים"**. האדם היחיד שהפעיל משחקי מזל במקום הוא השוטר אליה.

בנוסף לאמור לעיל, בפי הסנגור טענות רבות על חוסר התייעוד: לא של הפעלת "המוחות", אין הסרטה של כל האירוע שהתרחש במקום חרף הנוהל להסריט פעולות מסוג זה, לפיכך לא ידוע אם "המוחות" אכן הפעילו דבר מה למטה או היו מסוגלים לכך. המערערים היו אזוקים למטה בעוד אליה מתעסק למעלה בהפעלת "המוחות".

9. באשר לעדותו של סלמן, לטענת הסנגור, לא היה מקום להעדיף את הגרסה במשטרה על פני העדות בבית המשפט. נימוקיו של בית המשפט להעדפת האמור בהודעה על פני הגרסה בבית המשפט אינם יכולים לעמוד. אין כל חוסר סבירות בטענתו של סלמן כי הוא נדחק לחתום על ההודעה בשל חששו מפגיעה הן בעבודתו והן במשפחתו. דבריו של סלמן בעדותו בבית המשפט בנושא זה היו סדורים, אפשריים ובפני בית המשפט לא היה כל ממצא שסתר אותם. בית משפט קמא סבר כי רק **"ילד או פגוע מח"** יכול לחתום על הודעה שלא משקפת את האמת ומשום כך סירב לקבל את גרסתו של סלמן ועדותו בבית המשפט ובכך שגה. בנוסף תוקף הסנגור את החיזוקים שמצא בית משפט קמא לעדותו של סלמן כנדרש מכח סעיף 10א' לפקודת הראיות.

הסנגור מלין על כך שבית המשפט לא התייחס לעובדה שהאדם הנוסף שהיה במקום, מאיר שאשא, לא נחקר וממילא לא הובא לבית המשפט. זהו חוסר אמיתי בראיות.

10. באשר לעצם קיומו של משחק אסור, כזכור, גם הקביעה כי התנהל במקום משחק אסור נשענת על



עדות של סלמן. לדברי הסנגור, לא היה מקום להסתפק בעדותו של סלמן. צריכה להיות חו"ד מומחה המוכיחה כי אכן מדובר במשחק אסור. גם אם ניתן להסתמך על עדויות שחקנים להוכחת משחק אסור, לא היה מקום להסתפק בעדות של שחקן יחידי ומכל מקום, על העדות היה להיות מלאה, מפורטת, נתמכת ומגובה בראיות (סעיף 10 עמ' 14 להודעת הערעור).

קונקרטי לענין תוכן דבריו של סלמן, הסנגור טוען כי: "רכיב הזכיה על כל חלקיו נעדר כלל מעדותו של סלמן במשטרה. פרט לסלמן אף שוטר לא העיד על אופיו של המשחק. שום שוטר לא מצא נקודות במסכים..." ולפיכך, לא הוכח הרכיב הבסיסי של עצם קיומם של משחקי מזל.

11. בנוסף, תוקף הסנגור את ממצאיו של בית המשפט בעניינו של מערער מס' 1. בית המשפט קבע כי המערער 1 הוא "קוף" וזאת משום שמערער 1 הודיע קבל עם ועדה, כי הוא הבעלים של המקום. לדברי הסנגור, מה לא סביר בכך שבעל המקום יודיע לשוטרים כי הוא בעלי המקום. לא היה כל מקום על בסיס זה להגיע למסקנה כי המערער 1 הוא ה"קוף". התבטאותו הציורית של בית המשפט כי: **"תפקידו של מערער 1 היה לזרוק עצמו על רימון המשטרה"** איננה יכולה להוות תחליף לראיות אמיתיות.

סיכום הטענות:

מדובר בחיפוש שאיננו חוקי, ממצאיו לא תועדו כהלכה, לא היתה בפני בית משפט ראיה לכך שמדובר במשחק אסור ומן הראוי לזכות את המערערים.

המדינה תומכת בפסק דינו של בית משפט קמא ומנימוקיו.

דין והכרעה

12. חרף טיעונו "הדרמטי" של הסנגור הן בהודעת הערעור והן בדיון בפנינו, איננו סבורים כי המסקנה אליה הגיע בית משפט קמא שגויה. אכן לשונו של בית המשפט ציורית, כהגדרתו של הסנגור, ונעשה שימוש בביטויים צבעוניים וא-משפטיים. אין בכך כדי להצביע על שגגה במסקנה הסופית.

להלן נתייחס בקצרה לעובדות הרלוונטיות לשיטתנו:

באשר לחיפוש: אין מחלוקת כי השוטרים הגיעו למקום כשבידם צו חיפוש חוקי חתום על-ידי שופט שהתיר להם עריכת חיפוש בשתי הקומות של המקום. לא היה גם חולק על כך שהשוטרים עמדו בחוץ וקראו לעבר מי שנמצא בפנים, כי מדובר במשטרה וכי בידם צו חיפוש. עד לשלב זה הלכו השוטרים בדרך המלך. הם התכוונו לבצע את החיפוש בהתאם לצו שהיה בידיהם ואיש אינו מטיל ספק בכך.

העלילה הסתבכה כאשר הדלת לא נפתחה. גרינשפון העיד כי הוא שמע רחש של אנשים מאחורי הדלת. גם בממצא זה לא היה ספק ומכאן שהיה מקום לסברתו, כי מי שנמצא בפנים מסרב במכוון לפתוח את הדלת. משכך, האופציה שעמדה בפני השוטרים היתה אחת משתיים, פריצת הדלת או חיפוש אחרי מקום כניסה אחר.



גרינשפון העיד כי הוא ידע על קיומן של המדרגות והאפשרות להיכנס לקומה השניה מפשיטה קודמת שנערכה במקום. איננו רואים כל פסול בהחלטתו לבחור בדרך זו, במקום פעולה אלימה של פריצת הדלת תוך גרימת נזק לרכוש. השוטרים הפעילו שיקול דעת ושיקול הדעת היה במקומו. לא ניתן לצפות כי ימתינו במקום עד אשר יעלה הרצון מפני מי מהמצויים מאחורי הדלת לפתוח אותה, או לחילופין כאמור לנקוט בדרך אלימה.

סיכום ביניים: כניסתו של גרינשפון אל הקומה השניה סבירה וחוקית.

13. השאלה השניה שעל הפרק היא, האם ערך גרינשפון חיפוש בקומה השניה עם כניסתו אליה.

כפי שצוין לעיל, לדברי גרינשפון, עם עלייתו למקום הוא הזיז אחת מהמכונות וידאו ואז הבחין במספר "מוחות". "המוחות" מוכרים לו מעבודתו במחלק מוסר. בחקירתו הנגדית של גרינשפון הטיח בו הסנגור:

"ש: בפועל התחלת בחיפוש לבד?"

ת: אני לא חושב שהתחלתי בחיפוש. אני חושב שביצעתי את הסריקות הראשוניות שלי.

ש: אתה מתחיל את הסריקה בקומה השניה ללא נוכחות המחזיק או של בעלים או של עדים?

ת: נכון מאוד".

לטענת הסנגור, גרסת הסריקה היא "מגוחכת" ובפועל מדובר בחיפוש. הגם שבית המשפט לא קבע במפורש אם אכן מדובר בתחילת החיפוש, נראה שקיבל את טענתו של הסנגור לענין זה. יחד עם זאת, כפי שצוין לעיל, סבר שאפילו נפלה אי חוקיות מסוימת בחיפוש, הרי מדובר באי חוקיות מרוככת שאינה **"דוקרת את העין"** ואין בה כדי לפסול את התוצרים של אותו חיפוש.

14. דעתנו היא כי אכן אין מקום לפסול את תוצרי החיפוש. נחזור ונזכיר את העובדות, גרינשפון עלה לקומה השניה משום שחיפש דרך להיכנס למקום לאחר שהמערערים נמנעו מלפתוח את הדלת בקומת הקרקע. אי פתיחת הדלת פתחה פתח אחר - הפתח לפתרון אלטרנטיבי. כפי שאמרנו לעיל, מקובל עלינו לחלוטין שיקול הדעת שהופעל במקרה זה והעדפתו של גרינשפון לעלות לקומה השניה במקום לנפץ את הדלת. משהיה כבר למעלה אכן ערך גרינשפון סריקה ראשונית שבמהלכה הפעיל את הידע שהיה לו בשל פשיטה קודמת שלה היה שותף. הפעילות הפיזית שנעשתה הינה הסטתו של אחד ממכשירי הוידאו שמאחוריו התגלו "המוחות". ספק אם ניתן לקרוא לכך חיפוש, מכל מקום חיפוש כהלכתו נערך בשלב מאוחר יותר, לאחר שהוצג בפני המחזיקים צו חיפוש ומערער 2 הסתפק בנוכחותו של מערער 1 וויתר על נוכחות אדם נוסף.

הפעילות שבה נקט גרינשפון, דהיינו הסטת מכשיר הוידאו היא כמעט פעילות אינסטינקטיבית. גרינשפון פעל בתום לב שהרי היה בידיו צו שיפוטי והוא רשאי היה לערוך את החיפוש. היגררתו להסטת מכשיר הוידאו היא מובנת. גם אם נצא מתוך הנחה כי נפל פגם בדרך עריכת החיפוש משום שלא נערך בנוכחותם של שני עדים ולא



תועד בצורה אופטימלית, אין בכך כדי להביא למסקנה שהממצאים המתועדים בו - אינם קבילים. בע"פ 1554/13 **פלוני נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו 19.5.15), חזר לאחרונה בית המשפט העליון על ההלכה המקובלת עלינו מימים ימימה ולפיה: **"...גם אם נפל פגם בהליכי החיפוש והתפיסה אין בכך בהכרח כדי לפסול את הראיות..."**.

אמות המידה אותן יפעיל בית המשפט לענין פסילה פסיקתית של ראיה, נקבעו אף הן זה מכבר כדלקמן:

א. אופיה וחומריתה של חוסר החוקיות או אי ההגינות שהיו כרוכים בהשגת הראיה כשהכלל הוא כי אין דינה של הפרה טכנית זניחה או קלת ערך של כללי החקירה התקינה כהרי הפרה חמורה של כללים אלה.

ב. האם רשויות אכיפת החוק עשו שימוש באמצעים הבלתי כשרים בזדון או שמא בתום לב. הפרה במכוון של הוראות הדין - תעצים את חומרת ההפרה.

ג. האם מתקיימות נסיבות מקלות שבכוחן להפחית מחומריתה של אי החוקיות שהיתה כרוכה בהשגת הראיה כך למשל כאשר אי החוקיות נועדה למנוע את העלמתה או השמדתה של ראיה חיונית.

ד. באיזו מידה של קלות ניתן היה להשיג את הראיה באופן חוקי.

ה. האם הראיה היתה מתגלית או מושגת גם ללא השימוש באמצעי החקירה הבלתי כשרים. כאשר התשובה לשאלה זו חיובית עשוי הדבר להפחית מעוצמת הפגיעה בזכותו של הנאשם למשפט הוגן אם תתקבל הראיה במשפט (ע"פ 5121/98 **יששכרוב נ' התובע הצבאי הראשי**, פ"ד סא(1) 461 (2006)).

לענייננו - כל אמות המידה שפורטו לעיל, מצביע על כך שהפגם, ככל שנפל, הוא קטן מינורי ואינו מצדיק פסילת תוצאות החיפוש. בהנחה שהסטת מכשיר הוידאו מסמן את תחילת החיפוש, מדובר בהפרה טכנית וזניחה של הכללים, שנעשתה בתום לב שהרי בידי גרינשפון היה צו, והפעולה לא נועדה לעקוף את הצורך בקיומו של צו. המוחות היו מתגלים בחיפוש שנערך כדין. לענין זה יש משמעות גם לאמירתו של בית משפט קמא (שקוממה את הסנגור) ולפיה, אין חשש שגרינשפון השתיל את המוחות.

גרינשפון לא התכוון לשנות את הממצאים בשטח, לא להוסיף ולא לגרוע. המוחות היו מתגלים ככל הנראה גם בחיפוש שתחילתו לא בהסטת מכשיר הוידאו.

15. באשר לנדבך השני עליו מושתת הכרעת הדין, קרי: קיומם של משחקי מזל:

כזכור, הבסיס הראייתי לקביעה כי אכן מדובר במשחק מזל מצוי בגרסתו של סלמן. לא מצאנו לנכון להתערב בהחלטתו של בית המשפט, להעדיף את הגרסה במשטרה על פני העדות בבית המשפט. ההחלטה על העדפה מושתתת על קביעות מהימנות חד משמעיות. כפי שציטטנו לעיל, בית משפט קמא קבע כי עדותו של סלמן היתה



מביכה. מדובר בממצא המבוסס על התרשמות שעליה מופקדת הערכאה הדיונית.

ככלל: "... הלכה מיוסדת היטב היא כי אין בית המשפט של ערעור נוהג להתערב בממצאים עובדתיים שקבעה הערכאה הדיונית ובמיוחד, מקום שבו ממצאים עובדתיים אלה נקבעו על יסוד התרשמות ישירה מן העדים..." (ע"א 7376/02 כהן נ' מ"י, פ"ד נז (4), 565 (2003)). האמור לעיל נאמר בהקשר מדויק לסוגיה שבפנינו קרי: העדפת האמרה במשטרה על פני העדות בבית המשפט. ובבחינת למעלה מן הנדרש: גם אם נצא מנקודת הנחה, כי ערכאת הערעור עומדת בנושא זה בנעלי הערכאה הדיונית, ושמורים לה כל הכלים שהיו שמורים לערכאה הדיונית, גם אז איננו סבורים שיש להתערב במסקנה.

עיינו בהודעתו של סלמן במשטרה. מדובר בעדות ברורה, חד משמעית המכילה גרסה לא מסובכת. סלמן מתאר משחק מזל "קלסי". הדברים כבר הובאו תוך התייחסות לממצאיו של בית משפט קמא ולא נחזור עליהם. משחק המזל שהוא מתאר הוא משחק פשוט. אין כל סיבה להניח שסלמן לא הבין מה הוא אומר או כי לא דייק. מרבית הגרסה ניתנת באופן רציף בשיח חופשי, ללא שאלות כלשהן של השוטר, אין על כן כל בסיס לטענה שנכנע לתכתיב כלשהו של השוטר שגבה את ההודעה. על פני הדברים גם לא היתה סיבה לכך. סלמן לא ניסה לספק פרטים שאותם לא ידע, כך למשל כאשר נשאל:

"ש: מי כיבה את מכונת המזל?"

ת: לא יודע. זה נסגר פתאום אחרי שהוא אמר שיש משטרה בחוץ".

16. נציין עוד כי סלמן נחקר כעד ללא אזהרה ומבלי שנחשד בביצוע העבירה ועל כן, על פני הדברים, לא נראה כי ניסה להתנער מאחריות.

בין היתר, טען סלמן בבית המשפט כי למעשה בא למקום כדי לגלוש באינטרנט, בבית אין לו אינטרנט והוא בא על כן למקום לצורך זה. עיון בפרוטוקול עדותו בבית המשפט מצביע על כך, שלא היתה גרסה סדורה וברורה לענין הגלישה באינטרנט. העד לא יכול היה לציין לאיזה אתרים הוא גלש, הזכיר בין היתר אתרי היכרויות, אולם לא פירט מעבר לכך חרף חקירה נגדית ארוכה. העד נשאל באשר לסכומי הכסף שאותם העביר על-פי האמור בהודעתו במשטרה לידיו של המפעיל והתכחש לכך, לדבריו, שילם רק 20 ₪, 30 ₪ עבור גלישה באינטרנט. העד נשאל:

"ש: אז מה נכון... 20, 30 ₪ או 100, 100, 100?"

ת: ה- 100 ועוד 100 אולי אני המצאתי. גלישה נכונה.

ש: ...כמה כסף שילמת?"

ת: לא זוכר... 100, 100, 300 ... לא זוכר".

הנה כי כן, במקום הגרסה הברורה והסדורה המצויה בהודעה במשטרה, בא מלל חסר היגיון וחסר פרטים שאותו אמור היה בית המשפט לאמץ, אליבא דההגנה. בית המשפט לא ראה לאמץ גישה מבולבלת זו וקשה



לבקר החלטה זו. הדעת נותנת כי אם אכן היה מדובר בגלישה תמימה באינטרנט, היתה בפי העד גרסה בהירה, סדורה, בעלת פרטים הניתנים לבדיקה. נדגיש עוד כי, גם בגרסה בבית המשפט לא התכחש העד טוטאלית לענין העברת סכומים של 100, 200 ₪ כמפורט לעיל. סכומים אלה, אם אכן הועברו, מתיישבים אך ורק עם משחקי מזל ולא עם גלישה באינטרנט שעולה 20-30 ₪.

התובעת הפנתה את תשומת לבנו לכך שלא נמצא גם שטר של 20 ₪ במקום. גם אם איננו מייחסים לנתון זה משקל רב, האמור לעיל די בו להביא למסקנה שאין מקום להתערב בהעדפה של האמור במשטרה על פני הגרסה בבית המשפט. לכל האמור לעיל נוסיף את מושכל היסוד ולפיו, משקלה של גרסה כבושה מטבע הדברים נמוך יותר, במיוחד כך בנסיבות שבהן לא הוכחה כל הפעלת לחץ על העד למסור את גרסתו במשטרה.

17. באשר לחיזוקים, גם בנושא זה נראה לנו כי אכן היה בפני בית משפט קמא חיזוק הנדרש מכח סעיף 10א' לפקודת הראיות לצורך העדפת הגרסה במשטרה. החיזוקים שמנה בית המשפט הם: עדותו של גרינשפון, ת/6 צילומי מסך צגי המחשב שנתפסו בקומה הראשונה שהופעלו באמצעות חיבור "המוחות" לחשמל (ר' עדותו של רן אליה). בית המשפט ראה חיזוק גם בסכומי הכסף, שלוש שטרות של מאה ₪ שנמצאו אצל מערער 2 ומפתח העסק שנמצא בכיסו של מערער 2.

נראה לנו כי החיזוקים הללו די בהם לפיכך, תיוותר בעינה הקביעה כי גרסתו של סלמן במשטרה תתקבל על קרבה ועל כרעיה.

18. התוצאה היא כי, יש בפנינו ראיות לכך שבמקום נתפסו מכוונות למשחקי מזל והתקיים בפועל משחק מזל. בכך יש תשובה גם לטענתו הנוספת של הסנגור ולפיה, משחקי מזל יש להוכיח באמצעות חו"ד מומחה. גם הסנגור מסכים כי הפסיקה כבר הכירה בכך שניתן להוכיח משחקי מזל באמצעות השחקנים, אלא שלשיטתו צריך להיות שחקן מומחה. המשחק שעליו מדבר סלמן הוא משחק פשוט, לא צריך להיות מומחה כדי להבין את הכללים ומשום כך אין בטענה ממש.

סוף דבר:

השילוב בין עדותם של גרינשפון, סלמן ואליה מוכיח את האמור בכתב האישום מעבר לכל ספק סביר.

מקובלת עלינו מסקנתו של בית משפט קמא, כי גם אם נפל פגם בחיפוש, הפגם איננו מהותי ובמכלול הנסיבות הוא איננו יכול להביא לפסילת התוצרים.

אנו דוחים את הערעור.

ניתן והודע היום ג' ניסן תשע"ו, 11.4.2016 במעמד הנוכחים.



אסתר נחליאלי-חיאט,
שופטת

ג'ורג' קרא, ס"נ

דבורה ברלינר, נשיאה
אב"ד