

## ע"פ 482/20 - כסאב מטר נגד מדינת ישראל

### בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים פלייליים

ע"פ 482/20

לפני: כבוד השופט נ' סולברג  
כבוד השופטת ד' ברק-ארז  
כבוד השופט ג' קרא

המערער: כסאב מטר

נגד

המשיבה: מדינת ישראל

ערעור על גזר הדין של בית המשפט המחוזי בחיפה מיום 3.12.2019 בת"פ 6997-06-18 שניתן על ידי כבוד השופט ד' פיש

תאריך הישיבה: כ"ז באייר התש"פ (21.5.2020)

בשם המערער: עו"ד מטאנס זידאן

בשם המשיבה: עו"ד שרית משגב

### פסק-דין

השופט נ' סולברג:

1. ערעור על גזר הדין של בית המשפט המחוזי בחיפה מיום 3.12.2019, בת"פ 6997-06-18 (השופט ד' פיש), במסגרתו נגזרו על המערער, כסאב מטר, עונשים של 4 שנות מאסר בפועל, ו-12 חודשי מאסר על-תנאי. כמו כן, חולט לטובת אוצר המדינה סכום כסף של 15,120 ₪ שנתפס בבית המערער.

2. בפתח הדברים יצוין, כי הערעור הוגש תחילה הן נגד הכרעת הדין, הן נגד גזר הדין, אך בתחילת הדיון שהתקיים לפניו, הודיע בא כוח המערער כי הוא חוזר בו מן הערעור שהגיש נגד הכרעת הדין.

רקע ועיקרי כתב האישום

3. מטר, יליד שנת 1962, התגורר בדירה ביישוב אעבלין. ביום 3.5.2018, לבקשת המשטרה, חתם בית משפט השלום בעכו על צו חיפוש, בגדרו הורשתה המשטרה לבצע חיפוש בביתו של מטר, ללא התראה מוקדמת. בצו נקבע, כי החיפוש יתבצע בנוכחות שני עדים שאינם שוטרים, בהתאם להוראות סעיף 26 לפקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש) [נוסח חדש], התשכ"ט-1969 (להלן: הפסד"פ). ביום 23.5.2018, באישון ליל, בוצע חיפוש בדירתו של מטר, בנוכחותו ובנוכחות אחיינו - ג'ורג'. במהלך החיפוש, נעשה שימוש בכוח ע"י צוות השוטרים, מטר נורה באקדח טייזר, נעצר, נאזק, ולאחר מכן הובהל לבית חולים. על-פי המתואר בדוח הפעולה (ת/7), במסגרת החיפוש נתפסו בביתו של מטר כסף מזומן בסך של 15,120 ₪; 3 פלאפונים; 5 משקלים דיגיטליים; חומר החשוד כסם, במשקל של 3.3 גרם (חוות דעת שהוגשה מאוחר יותר, קבעה כי מדובר בסם הרואין במשקל של 2.41 גרם נטו); שקית ובה חומר לא מזוהה בצבע חום, במשקל של 63.8 גרם ברוטו (חוות הדעת קבעה כי מדובר בהרואין במשקל של 62.85 גרם נטו); חומר החשוד כסם מסוג מריחואנה, במשקל של 1.8 גרם ברוטו (חוות הדעת קבעה כי מדובר בסם מסוג קנביס, במשקל של 1.28 גרם נטו); וחומרי אריזה בכמות גדולה.

4. ביום 5.6.2018 הוגש כתב אישום נגד מטר. על-פי המתואר בכתב האישום, בתאריך 23.5.2018 החזיק מטר על רצפת ביתו בסמוך לשירותים, סם מסוכן מסוג הרואין, במשקל כולל של 62.85 גרם נטו בתוך שקית, וכמו כן החזיק בנפרד ובאותו מקום, הרואין במשקל כולל של 2.41 גרם נטו בתוך ניילון נצמד; כל זאת שלא לצריכה עצמית וללא רישיון מאת המנהל. בנוסף, 5 משקלים דיגיטליים הוחזקו על-ידי מטר בביתו. עוד מתואר, כי במהלך החיפוש שנערך בביתו ביום 23.5.2018, איים מטר על אחד השוטרים שלקח חלק בחיפוש באומרו: "שהוא ישב מאסר, אבל כאשר ישתחרר עוד יפגוש אותו, ושאעבלין קרובה לקריית אתא". בתשובתו לכתב האישום, הודה מטר בהחזקת הסם, אך טען כי מדובר בכמות קטנה מזו המצוינת בכתב האישום, וכי הסם נועד לשימוש עצמי. את הטענה בדבר השמעת איום כלפי אחד השוטרים, הכחיש מטר.

תמצית הכרעת הדין

5. לאחר סקירה ארוכה של עדויות העדים השונים וטענות ב"כ הצדדים, הרשיע בית המשפט המחוזי את מטר בעבירה של החזקת סם מסוכן שלא לצריכה עצמית בלבד לפי סעיף 7(א) + (ג) רישא לפקודת הסמים המסוכנים [נוסח חדש], התשל"ג-1973 (להלן: הפקודה), ובעבירה של איומים לפי סעיף 192 לחוק העונשין, התשל"ז-1977. בפתח הדברים, קבע בית המשפט - בניגוד לטענת המשיבה - כי החיפוש שבוצע בביתו של מטר היה בלתי-חוקי. בית המשפט נמנע מלהכריע האם אחיינו של מטר, ג'ורג', היה כשיר להעיד על החיפוש, שכן בכל מקרה, לא קוימו הוראות סעיף 26 לפסד"פ ודרישת צו החיפוש, לפיהן על החיפוש להתבצע בנוכחות שני עדים. טענת המשיבה כי מתקיים בעניינו הריג הקבוע בסעיף 26(א)(3) לפסד"פ, נדחתה על-ידי בית המשפט. נקבע, כי לא הייתה כל מניעה לערוך פרוטוקול בזמן אמת כנדרש בהוראת החוק, אך כזאת לא נעשה; ממילא, לא הוכח כי מטר ביקש שהחיפוש יערך שלא בפני עדים. בית המשפט הוסיף וצוין, כי מעדותו של אחד השוטרים עולה, שההחלטה להימנע מהבאת עדים נוספים, חרף נוכחותם של בני משפחה בסמוך, התקבלה על יסוד החשש מפני הפרעה למהלך החיפוש.

6. בשלב זה, פנה בית המשפט לדחות את גרסתו של מטר. נקבע, כי הודאת מטר בחקירת המשטרה על החזקת כ-30 גרם של הרואין, ניתנה מרצון חופשי. עוד נקבע, כי הסמים לא הוחזקו לשימוש עצמי בלבד. בית המשפט עמד על החזקה הקבועה בסעיף 31(3) לפקודה לפיה, מי שהחזיק סם בכמות העולה על המפורט בתוספת השנייה, חזקה כי לא החזיק בו לצורך שימוש העצמי בלבד, וקבע כי זו לא נסתרה. הסבריו של מטר ביחס לפשר סכום הכסף שנמצא בביתו בשעת החיפוש, לא התקבלו על דעתו של בית המשפט. אשר לכמות הסם שהחזיק מטר, אימץ בית המשפט את עמדת המשיבה, חרף קביעתו כי החיפוש שנערך בביתו של מטר בוצע שלא כדין. כך קבע בית המשפט לעניין זה: "מחד, קיים האינטרס הציבורי של הגנה על הציבור והעמדת עבריינים לדין ומאידך, האינטרס הציבורי של הגנה על חפים מפשע כנגד שתילת ראיות ע"י גורם כלשהו. לו גרסתו של הנאשם במשטרה הייתה מתיישבת, ואילו באופן כללי, עם הכמות או המשקל של הסמים שנתפסו, דהיינו [...] יתכן והיה מקום לקבל את גרסתו לפיה שקית אחת הייתה בבעלותו, בעוד שהשנייה יתכן והשתלה ע"י מאן דהוא כפי שטען. הואיל ונתפסו שתי שקיות [...] - ממצא שלא מתיישב עם גרסתו - לא אוכל לקבל את גרסתו בהקשר זה ועל כן יש להרשיעו במיוחס לו בכתב האישום". אשר לעבירת האיומים, בית המשפט נתן אמונו בעדויות השוטרים, מצא כי גרסת מטר שקרית, והרשיע אותו במיוחס לו בכתב האישום.

תמצית גזר הדין

7. בית המשפט המחוזי סקר את כתב האישום ואת טענות הצדדים לעונש, ולאחר מכן פנה לגזור את עונשו של מטר. תחילה, עמד בית המשפט על הערכים המוגנים שנפגעו כתוצאה מביצוע העבירה: בריאות הציבור, שלום הציבור, והצורך להגן על הציבור מפני עבירות. לאחר מכן, סקר בית המשפט את עברו הפלילי של מטר. צוין, כי הורשע בעבר בעבירות של איומים (מספר הרשעות); החזקה/שימוש בסמים שלא לצריכה עצמית (מספר הרשעות); תקיפה סתם (בן זוג); תיווך בעסקי סמים מסוכנים; חבלה כשהעברין מזויין; נשיאת סכין למטרה לא כשרה; תקיפת שוטר כשהשוטר מזוין; בנשק חם/קר; הפרעה לשוטר במילוי תפקידו; תקיפה הגורמת חבלה של ממש; משחקים אסורים; העלבת עובד ציבור; ותקיפת שוטר במילוי תפקידו. בגין עבירות אלו, ריצה מטר מספר תקופות של מאסר בפועל. מן הרישום הפלילי התעבורתי עולה, כי בעברוכעשר הרשעות בעבירות תעבורה. בית המשפט זקף לחובתו של מטר את התכנון שקדם לביצוע העבירה, ואת הנזק הפוטנציאלי שהיה טמון בה. מאידך הובהר, כי מידת הפגיעה היתה בינונית, שכן לא הוכח ביצועו של סחר בפועל. בהסתמך על האמור, העמיד בית המשפט את מתחם העונש ההולם בגין שתי העבירות - שהיוו אירוע אחד מתמשך - על 3-5 שנות מאסר בפועל.

8. על רקע זה, פנה בית המשפט לגזור את העונש המתאים. לצורך כך, עמד בית המשפט על הנסיבות שאינן קשורות בביצוע העבירה: לחובתו של מטר עבר פלילי מכביד, שלא הרתיע אותו מלשוב פעם אחר פעם ולהסתבך בפלילים; מטר אמנם ציין, כי הוא מבקש הזדמנות נוספת על מנת לסייע להוריו החולים, אך לא לקח אחריות אמיתית על מעשיו ולא הביע חרטה עליהם; לבסוף צוין, כי מטר מכור לסמים מזה שנים רבות. נוכח האמור, הכריז בית המשפט על מטר כסוחר סמים, וגזר עליו את העונשים המפורטים ברישא לפסק הדין.

מכאן הערעור שלפנינו.

9. מטר טוען כי משעה שקבע בית המשפט המחוזי שהחיפוש היה בלתי-חוקי, היה עליו לפסול את הראיות שהושגו במהלך החיפוש, ולאמץ את גרסתו של מטר באשר לכמות הסמים שהחזיק. בא-כוחו של מטר עמד על תכליות דרישת סעיף 26 לפסד"פ, כי הליך החיפוש יבוצע במעמד שני עדים. בראש ובראשונה, דרישת החוק נועדה למנוע פגיעה מיותרת בקניין, בפרטיות, ובכבוד האדם; שנית, היא יוצרת שקיפות באשר לאופן פעילות מערכת איפוף החוק, ומגבירה

את אמון הציבור במערכת; לבסוף, היא מקשה על העלאת טענות סרק, ומצמצמת את הצורך בעריכת דיונים לבירור טענות בדבר השתלת ראיות. מטר מוסיף וטוען, כי שגה בית המשפט כאשר לא הפעיל את כלל הפסילה הפסיקתית. לשיטתו ראוי לקבוע, כי כאשר מתקיים חיפוש שלא כדין - ללא נוכחות עדים, אם נתפסת במהלך החיפוש ראייה מרכזית, היא תחשב בלתי קבילה, למעט במקרים חריגים. בא-כוחו של העותר מטעים, כי ההתעלמות השיטתית של המשטרה מהוראות הדין - בלתי מתקבלת על הדעת, וכי הכשרת הראיות, חותרת תחת הלגיטימיות של ההליך השיפוטי וסותרת את התכליות העומדות ביסוד ההלכה שנקבעה בע"פ 5121/98 יששכרוב נ' התובע הצבאי, סא(1) 461 (2006) (להלן: הלכת יששכרוב). נוכח האמור, סבור מטר כי יש לתת את הדעת על השלכות אי-חוקיות החיפוש לגבי קביעת העונש הראוי, ולהפחית מחומרת עונשו.

10. כאמור לעיל, בדיון שהתקיים לפנינו חזר בו מטר מן הערעור על הכרעת הדין, וביקש להתמקד בהשלכות אי-חוקיות החיפוש על העונש. נטען, כי משקבע בית המשפט כי החיפוש שבוצע בביתו של מטר היה בלתי-חוקי, נדרש היה לייחס לכך חשיבות בעת גזירת העונש ולהפחיתו בהתאם. ב"כ המשיבה דחתה את הטענה. לדידה, לא נפל כל פגם בחיפוש שערכה המשטרה. היא הגישה דוח חיפוש שנערך במקום על-ידי השוטרים שנכחו בזירת האירוע, וכן דוח פעולה שמולא כחצי שעה לאחר שנסתים החיפוש. לטענתה, המסמכים הללו עונים על דרישת הפסד"פ לערוך פרוטוקול המתעד את בקשת בעל הבית כי החיפוש יערך שלא בפני שני עדים. עוד הזכירה ב"כ המשיבה, כי עד אחד - ג'ורג', היה נוכח בעת החיפוש ואף חתם על דוח החיפוש. המשיבה סבורה בהסתמך על פסיקה של בית משפט זה, כי בנסיבות של עריכת חיפוש ללא התראה מוקדמת, הדרישה לערוך פרוטוקול בזמן אמת איננה סבירה. נוכח האמור, ב"כ המשיבה אינה רואה כל הצדקה להקל בעונשו של מטר. היא הטעימה, כי המתחם שנקבע עומד על 3-5 שנות מאסר, ועל-אף שלא הייתה ולו נסיבה אחת לקולא, מצא בית המשפט המחוזי לנכון לגזור את עונשו של מטר באמצע מתחם הענישה. לקראת סוף הדיון, נחלקו ביניהם באי כוח הצדדים, האם ג'ורג' שימש כעד חיפוש כשר, אם לאו.

#### דיון והכרעה

11. לאחר שעיינתי בהכרעת הדין ובגזר הדין, ולאחר שנתתי דעתי על טענות ב"כ הצדדים, אלו שבכתב ואלו שבעל-פה, באתי לכלל מסקנה כי דין הערעור להתקבל, באופן שתקופת המאסר תקוצר. בית המשפט המחוזי קבע, כי החיפוש שנערך בביתו של מטר בוצע שלא כדין. מסקנתו-זו מקובלת עלי, אף כי נימוקי שונים מנימוקיו. סעיף 26 (א)(3) לפסד"פ קובע כך: חיפוש, בין על פי צו ובין שלא על פי צו, ייערך בפני שני עדים שאינם שוטרים, זולת אם - (3) תופש הבית או המקום שבו נערך החיפוש, או אחד מבני ביתו הנוכחים שם, ביקש לערכו שלא בפני עדים; הבקשה תפורש בפרוטוקול שיערך. הצדדים נחלקו ביניהם בעניין מעמדו של דוח הפעולה ת/7 שנערך כמחצית השעה לאחר סיום החיפוש. מטר טוען, כי אין הוא עולה כדי 'פרוטוקול', ואילו ב"כ המשיבה סבורה, כי מדובר בפרוטוקול שנערך כדת וכדין, תוך שהיא נסמכת על פסק הדין בע"פ 2570/17 קריחלי נ' מדינת ישראל (17.01.2018). בית המשפט המחוזי נדרש למחלוקת האמורה, וקבע כי לא ניתן לראות בדוח הפעולה משום 'פרוטוקול', לצורך הוראת סעיף 26(א)(3) לפסד"פ. כשלעצמי, איני רואה צורך לטעת מסמרות בשאלה זו. גם אילו נערך פרוטוקול חיפוש כדין, אין די בעצם קיומו לצורך היתר ביצוע חיפוש משטרתי שלא בפני שני עדים. הוראת הפקודה מפורשת וברורה - פרוטוקול אינו מהווה תחליף לדרישת נוכחותם של עדים בעת החיפוש, אלא כלי לתיעוד בקשת תופס הבית כי החיפוש יערך שלא בפני עדים. הבקשה, היא אשר מייתרת את הצורך בעדים; לא הפרוטוקול. עיון בת/7 הנזכר מעלה, כי לא מתועדת ב'פרוטוקול' הסכמה מפורשת של תופס הבית לעריכת חיפוש שלא בפני עדים, לבטח לא בקשה כאמור (ראו גם יעקב קדמי על סדר הדין בפלילים חלק ראשון, ב 684 (מהדורה מעודכנת, 2008)). לאור זאת, בדיון קבע בית המשפט המחוזי - אמנם מטעם אחר - כי החיפוש שבוצע בביתו של מטר היה בלתי חוקי.

12. עתה, להשלכות אי-חוקיות החיפוש על גזר הדין. בית המשפט המחוזי סלל לו דרך משלו להכרעה בדבר קבילות הראיות שהושגו בדרך פסולה. הוא איזן, חיקר ותיקן כראוי בעיניו. ואולם, לא נדרשה סלילת דרך חדשה בשאלה זו; כבר דשו בה רבים. הלכת יששכרוב הציבה זה מכבר אמות מידה להכרעה בדבר קבילותן של ראיות כאלו, ובית המשפט המחוזי לא נדרש אלא ליישם את ההלכה, על מבחניה. מכל מקום, המערער בחר למקד את טענותיו בערעור כלפי גזר הדין; גם ב"כ המדינה טענה לפנינו כי אם אכן נפל פגם בחיפוש, אפשר כי היה מן הראוי ליתן לו ביטוי בגזר הדין: "קשה לי לדעת מה ראה בית משפט בקביעתו שנפל פגם. יש לנו 2 פרוטוקולים שמכסים את הסיטואציה בכל מידה שהיא, והעובדה שלא ראו בכך הקלה בגזר הדין היא שבצדק לא הייתה כאן הקלה. אולי לפי מחשבת במ"ש הייתה צריכה להיות אבל לפי האמת לא צריכה להיות" (עמוד 3 לפרוטוקול הדיון). משכך, נצעד גם אנחנו בעקבות ב"כ הצדדים.

13. בשעה שבית המשפט המחוזי ניגש לגזור על מטר את העונש המתאים, הוא פירט את עברו הפלילי; ציין את העדר קבלת האחריות מצדו; והפטיר בכך שלא נשמעה מפיו הבעת חרטה. נסיבות מקילות שיליצו יושר בעדו של מטר, לא מצא בית המשפט. דומני, כי משנמצא ממש בטענת המערער בדבר אי-חוקיות החיפוש, ובכך התמקד ערעורו, מן הראוי ליתן לכך ביטוי בגזר הדין. יחד עם זאת, הנסיבות שאינן קשורות בביצוע העבירה, אלו המתוארות לעיל, צריכות אף הן להילקח בחשבון.

14. נוכח האמור, ולאחר מתן הדעת על השיקולים שמכאן ומכאן, ומחמת הפגם שנפל בחיפוש המשטרתי, אציג לחברי להפחית חצי שנה מעונש המאסר שהוטל על המערער.

## שׁוֹפֵט

### השופט ד' ברק-ארז:

1. אני מסכימה לפסק דינו של חברי השופט נ' סולברג, ומבקשת להוסיף מספר מלים בסוגיית החיפוש.
2. כפי שהסביר חברי, על-פי סעיף 26(א) לפקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש) [נוסח חדש], התשכ"ט-1969 (להלן: פקודת סדר הדין הפלילי), חיפוש משטרתי צריך להיערך בפני שני עדים שאינם שוטרים אלא אם מתקיימים החריגים המנויים בו. דרישה זו אינה פורמאלית גרידא, אלא מכוונת להגשים תכליות מהותיות חשובות, שעניינן שמירה על פרטיות והבטחת האמינות והניטרליות בביצוע החיפוש. יש אפוא מקום לכך שהפרה של חובה זו, ולא כל שכן ללא סיבה נראית לעיל, תובא בחשבון בשלב גזר הדין, על בסיס העיקרון של הגנה מן הצדק, שלעתים משפיע רק בשלב העונש (ראו למשל: ע"פ 7621/14 גוטסדינר נ' מדינת ישראל, פסקאות 49 ו-50 לפסק דינו של השופט נ' הנדל, פסקה 58 לפסק דינו של השופט י' עמית ופסקה 70 לפסק דיני (1.3.2017)); רע"פ 3829/15 קסאי נ' מדינת ישראל, פסקה 32 לפסק דיני (20.12.2018)).

3. אכן, פקודת סדר הדין הפלילי היא דבר חקיקה ישן ששורשיו בתקופת המנדט הבריטי, אך בהיבט זה ודאי שלא נס לחו. על חשיבותה של הדרישה לנוכחות שני עדים ניתן ללמוד גם מעיון בהצעת החוק הממשלתית המקיפה שהוכנה בנושא ופורסמה ברשומות (ראו: הצעת חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה - המצאה, חיפוש ותפיסה), התשע"ד-2014). אף הצעה זו חוזרת ומאמצת את הדרישה לנוכחותם של שני עדים, כאחת הערובות להבטחת תקינותו

והגינותו של ההליך הפלילי (ראו: סעיף 28 להצעת החוק, שבדברי ההסבר לו צוין כך: "מוצע לקבוע הוראות בדבר עריכת החיפוש בפני שני עדים והנסיבות שבהן אפשר לוותר על נוכחותם (בדומה להסדר הקבוע בסעיף 26 לפסד"פ). מוצע כי ככלל, חיפוש ייערך בפני שני עדים בגירים שאינם שוטרים. שני העדים יהיו כאלה שאינם קשורים לרשות החוקרת, שכן תפקידם לשמש נציגי ציבור המסייעים בפיקוח על דרך עריכת החיפוש בידי גורמי האכיפה"). לכאורה, הדברים מלמדים על החשיבות הנמשכת שמייחסת הרשות המבצעת עצמה לדרישה שעניינה נוכחות עדים ניטרליים. ועל כך נאמר - ראוי שיהיה לא רק נאה דורש אלא גם נאה מקיים. ההפחתה בגזר הדין במקרה זה היא נדרשת ואני מסכימה אפוא לפסק דינו של חברי.

שופטת

השופט ג' קרא:

אני מסכים לפסק דינו של השופט נ' סולברגולהערתה של חברתי השופטת ד' ברק-ארז.

שופט

לפיכך הוחלט כאמור בפסק הדין של השופט נעם סולברג.

ניתן היום, י"ב בסיון התש"פ (4.6.2020).

שופט

שופטת

שופט

---