

## רעפ 5334/23 - אברהם אברגל נ' מדינת ישראל

### בית המשפט העליון רע"פ 5334/23

לפני:

כבוד השופט י' אלרון  
כבוד השופט א' שטיין  
כבוד השופטת ר' רונן

המבקש:

אברהם אברגל  
נ ג ד

המשיבה:

מדינת ישראל  
בקשת רשות ערעור על פסק דינו של בית  
המשפט המחוזי מרכז-לוד ב-ע"פ  
10002-03-21 מיום 3.7.2022 שניתן על ידי  
השופטים מ' ברנט, ש' בורנשטיין ו-מ' קרשן

תאריך הישיבה:

כ"ד באדר ב  
התשפ"ד  
(3.4.2024)

בשם המבקש:

עו"ד סיגל בלום

בשם המשיבה:

### פסק-דין

השופט י' אלרון:

1. חיפוש לא חוקי שבוצע על בסיס פרשנות לא נכונה של הצו; השלכותיו על קבילות הראיות שנתפסו; והשימוש שעושה משטרת ישראל בתצלומי אוויר בבקשותיה למתן צווי חיפוש. אלו הסוגיות הניצבות לפנינו.

החיפוש המשטרתי שהניב את הראיות שהובילו להרשעת המבקש בוצע באופן פגום כמעט מתחילתו ועד סופו - החל משלב הוצאת הצו, דרך שלב הכניסה לקרוואן שבו מתגורר המבקש וכלה באופן ביצוע החיפוש לאחר מכן.

לשיטתי, אין מנוס מפסילת ראיות שהושגו באופן פסול שכזה, ומשכך יש לקבל את הבקשה ואת הערעור ולזכות את המבקש.

2. נגד המבקש הוגש כתב אישום המייחס לו עבירות של החזקה/שימוש בסמים שלא לצריכה עצמית וכן החזקת כלים להכנת סם שלא לצריכה עצמית. בית משפט השלום ברמלה (ת"פ 26079-01-20; השופטת ר' גלט) קבע כי "נחצו קווים אדומים על ידי המשטרה" באופן המחייב את פסילת הסמים שנתפסו בחיפוש שבוצע בקרוואן המשמש למגורי המבקש ובשל כך זיכה אותו מהעבירות שיוחסו לו. המשיבה ערערה לבית המשפט המחוזי מרכז-לוד על הכרעת הדין המזכה (ע"פ 10002-03-21; השופטים מ' ברנט, ש' בורנשטיין ו-מ' קרשן) וערעורה התקבל תוך שנקבע כי החיפוש נעשה כדין. משכך, המבקש הורשע בעבירות אשר יוחסו לו והדין הוחזר לבית משפט השלום לגזירת העונש.

בית משפט השלום גזר על המבקש ביום 26.12.2022 עונש של 4 חודשי מאסר בפועל לריצוי בדרך של עבודות שירות, לצד עונש מאסר על תנאי וענישה נלווית. ערעור המבקש על גזר דינו לבית המשפט המחוזי נדחה.

3. משראינו ליתן רשות ערעור וקיימנו דיון בבקשה כבערעור, המבקש יכונה מכאן ואילך - המערער.

עיקרי כתב האישום

4. כתב האישום הוגש נגד המערער ואדם נוסף - דוד שלתיאל (להלן: שלתיאל). לפיו, השניים התגוררו במועד הרלוונטי במתחם שבו שני קרוואנים ברחוב הקישון במושב ישרש - המערער התגורר בקרוואן בצד השמאלי של המתחם ושלתיאל התגורר בקרוואן בצד הימני של המתחם.

5. ביום 30.12.2019 בשעה 2:00 או סמוך לכך, הגיעו השוטרים למתחם האמור מצוידים בצו חיפוש והחלו לחפש בשני הקרוואנים. ברחבי הקרוואן שבו התגורר המערער נתפסו סמים מסוכנים מסוג קנבוס במשקל כולל של כ-865 גרם נטו וחשיש במשקל כולל של כ-1.37 גרם נטו. בקרוואן שבו התגורר שלתיאל, נתפסו סמים מסוכנים מסוג קנבוס במספר מקומות, במשקל כולל של כ-14 ק"ג נטו, וכן מדבקות לקופסאות חלוקה של סמים, קופסאות פח ומכסי פח ושני אקדחים אשר בכל אחד מהם מחסנית טעונה.

6. למערער יוחסו כאמור עבירות של החזקה/שימוש בסמים שלא לצריכה עצמית, לפי סעיפים 7(א) ו-7(ג) רישא לפקודת הסמים המסוכנים [נוסח חדש], התשל"ג-1973 (להלן: פקודת הסמים המסוכנים); וכן החזקת כלים להכנת סם שלא לצריכה עצמית, לפי סעיף 10 רישא לפקודת הסמים המסוכנים.

7. צו החיפוש: ביום 17.12.2019 הגישה המשטרה בקשה להוצאת צו חיפוש. בבקשה הצהיר רס"ל דוד שושן (להלן: שושן), החתום על הבקשה, כי שלתיאל, מרחוב קישון במושב ישרש, "עוסק בסחר בסמים". בית המשפט התבקש ליתן צו המאפשר עריכת חיפוש כדין בכתובת שפרטיה צוינו בתצלום אוויר (המכונה גם - תצ"א) שצורף לבקשה. פרטי המקום תוארו כך: "קישון, ישרש (תצ"א מצורפת) שטח, יח' דיור ומחסנים". עוד צורף לבקשה מזכר הבהרה בחתימת שושן, שבו נכתב: "ע"פ הצבעה של המקור סומן השטח בתצ"א המצורפת כמקום מגוריו של דוד שלתיאל [...] לציין שזה מעבר לכל ספק מקום מגוריו הנוכחי של הנ"ל. הנ"ל משכיר שם את היחידת דיור ללא חוזה". יודגש, כי במועד הגשת הבקשה הוצג בפני השופטת ז'דיבון סגל מידע מודיעיני לגביו הוצאה תעודת חיסיון. תוכן הידיעות המודיעיניות עסק בשלתיאל בלבד ושמו של המערער לא הוזכר בהן. השופטת דיבון סגל נעתרה לבקשת המשטרה, תוך שצוין כי מותר החיפוש אצל שלתיאל "מרחוב קרן היסוד 27, ע"פ תצ"א, מושב ישרש" וכי החיפוש ייערך בפני שני עדים.

8. אפנה עתה לתיאור האופן שבו בוצע החיפוש ולמהלכו:

תיאור המתחם: כל אחד מהקרוואנים במתחם - זה שבו מתגורר המערער וזה שבו מתגורר שלתיאל, מוקף חצר מגודרת ובעל שער כניסה משלו. בין שני הקרוואנים קיים מגרש חניה שבו המבנה העיקרי בבעלות אדם בשם דוד עמר. להתרשמותו של בית משפט השלום, הקרוואנים מרוחקים זה מזה מספר עשרות מטרים.

מהלך החיפוש: ביום 30.12.2019, בסמוך לשעה 2:00, הגיעו כוחות מג"ב ובילוש למתחם. לפי הכרעת הדין של בית משפט השלום, בביצוע החיפוש נטלו חלק כ-10 שוטרים לפחות. חלקם פרצו לקרוואן שבו התגורר שלתיאל, וחלקם לקרוואן שבו מתגורר המערער ואשר גם שלתיאל שהה בו באותה העת. השוטרים נכנסו במקביל לשני הקרוואנים. השוטר נסימי (להלן: נסימי), מפקד כוח מג"ב במקום, העיד שזיהה קרוואן מצד שמאל, הורה לצוות להיכנס לתוכו, ראה סמים על השולחן והורה לעצור את כל הנוכחים.

הכרעת הדין המזכה של בית משפט השלום

9. בפתח הדיון המערער כפר במיוחס לו בכתב האישום וטען נגד חוקיות החיפוש שבמהלכו נתפסו הראיות לחובתו באופן המוביל לפסילתן. טענתו זו היא שניצבה במרכזה של הכרעת הדין.

10. בית משפט השלום קבע כי השימוש בתצלום אוויר במסגרת בקשה למתן צו חיפוש, שבה מסומן

מבנה או תא שטח מסוים, נעשה במקרים שבהם האתר מושא החיפוש נעדר שמות רחובות ומספרי בתים סדורים או במקרים שבהם קיים מידע חלקי בלבד על אודות המיקום. עוד הוסיף: "ככל שסימון זה [על גבי תצלום האוויר - י' א'] מלווה בהצהרת החוקר לגבי מהימנותו, מגלים בתי המשפט נכונות להחשיבו כראיה מספקת לעניין הכתובת לחיפוש [...]". בנוסף צוין, כי המקרים שבהם בית המשפט מסתפק בסימון הכתובת על גבי תצלום אוויר הם חריגים, וכי מדובר בפרקטיקה הנהוגה כמעין "הכרח בל יגונה" ודווקא בשל כך חוקרי המשטרה מחויבים לנהוג ביתר זהירות.

בית משפט השלום תיאר כי בנסיבות אלו קיימת חובת זהירות גבוהה יותר מן החובה בבקשות "רגילות" לצווי חיפוש, מאחר שבמקרה זה המשטרה מגישה בקשה למתן צו חיפוש על אף שאין בידה לעמוד בדרישה הבסיסית של ציון הכתובת המדויקת. הודגש, כי מתן צו חיפוש על סמך תצלום אוויר אינו נועד להעניק יתרון כלשהו לחוקרי המשטרה, כפי שהשתמע מעדויות השוטרים במקרה זה, וכי הוא אינו מהווה היתר גורף ומרחיב לחיפוש בכל תא השטח. משכך, נדחתה פרשנות המשיבה כי צו החיפוש חל על כל המתחם, שהרי החיפוש הותר אצל המחזיק בלבד - שלתיאל. עוד צוין, כי מנוסח הבקשה והמזכר שצורף לה עולה בבירור כי המשטרה ידעה ששלתיאל אינו המחזיק הבלעדי בתא השטח, אלא שוכר יחידת דיור בלבד. תצלום האוויר עצמו תואר בהכרעת הדין באופן הבא:

"צילום חלקי של תצלום אוויר כלשהו, על גבי דף 4A, ללא כל ציון של מועד הצילום, וללא ציון המקור [...] התצלום מטושטש, ולא ניתן להבין מתוכו בבירור, אילו מבנים מצויים בתוך תא השטח. [...] בתצלום נראים מספר מבנים, אך בשום אופן לא ניתן לזהות בו יחידות דיור, ולא קרוואנים, כך שברור כי בית המשפט לא ידע ולא יכול היה לדעת בשעת מתן הצו, מהם המבנים בתא השטח ומה מספרם. בנוסף, לא הובא לידיעת בית המשפט קיומם של מספר מחזיקים במבנים. בנסיבות שכאלה, לא עולה על הדעת כי בית המשפט התיר חיפוש גורף בכל מקום ואתר בתוך תא השטח".

11. בהמשך לכך, נקבע כי נפלו פגמים בהיערכות המשטרה לביצוע החיפוש, כאשר שושן, שעל בסיס המזכר שכתב ניתן הצו, כלל לא הכיר את המתחם ולא ידע אילו מבנים ומחזיקים מצויים שם. צוין כי אף לא נערכה בדיקה מוקדמת של המתחם, כגון בדרך של פניה לבעל המתחם - מר דוד עמר, וזאת למרות שחלפו שבועיים מיום מתן הצו עד למועד ביצוע החיפוש.

12. אשר לאופן ביצוע החיפוש: בית משפט השלום סקר את עדויות השוטרים שנשמעו לפניו, וביניהם את דבריו של נסימי; כמו גם את דברי השוטר כובני, אשר סיפר כי בהתקרב לקרוואן שבו התגורר המערער ראה כי הדלת "טיפה פתוחה" ומיד נכנס לבית כשהוא חש בריח סמים. נדחתה טענת המשיבה כי השוטרים נכנסו לקרוואן בו מתגורר המערער לפי שיקול דעתם משדלתו הייתה פתוחה ושלתיאל נכח במקום. נקבע כי "קשה להניח" כי דלת הקרוואן הייתה פתוחה בשעת לילה מאוחרת בליל חורף, וכי גם דלת פתוחה אינה מקנה זכות לחדור לרשות הפרט. כך גם עובדת היותו של שלתיאל בתוך הקרוואן אינה מאפשרת את החיפוש משצו החיפוש הורה מפורשות כי את החיפוש יש לבצע רק

ביחידת הדיור של שלתיאל. בעיקר - נקבע כי טענה זו מניחה את המבוקש שהרי לשוטרים נודע על נוכחותו של שלתיאל בקרוואן רק משנכנסו באופן לא חוקי לתוכו.

ביחס לאפשרות ביסוס החיפוש על חשד סביר כלפי המערער, צוין כי המשיבה אישרה בסיום פרשת ההוכחות כי לא תעתור לקביעה שכזו. עוד הובהר, כי אין צורך לדון האם הפגם שבהתנהלות השוטרים תוקן בשל הסכמה מדעת, משלא נעשה כל ניסיון לקבל הסכמה שכזו. נוסף לכך, החיפוש בקרוואן בו מתגורר המערער בוצע ללא עדים כנדרש. מכלל טעמים אלו, בית משפט השלום כינה את אופן ביצוע החיפוש כ"כושל" וציין כי השוטרים פעלו בהעדר כל מודעות לגבולות סמכותם, להוראות הדין ולזכויות הפרט.

13. בשלב זה בית משפט השלום פנה לדון במשמעויות הנגזרות מאי-חוקיות ביצוע החיפוש, תוך יישום דוקטרינת הפסילה הפסיקתית. הודגש כי ביצוע חיפוש משטרתי פתאומי בביתו של אדם, ללא סמכות ומבלי שקם נגדו כל חשד, גורם לפגיעה קשה בזכות להליך הוגן. פגם זה חמור במיוחד משמדובר במבצע חיפוש יזום ומתוכנן, שנפלו בו כשלים רבים במספר שלבים. בראי זאת, נקבע כי לא ניתן "להשקיף" על התנהלות השוטרים כטעות בתום לב, וכי המקרה מבטא התנהלות מודעת, ולכל הפחות עצימת עיניים, לזכויות המערער ולפגיעה בהן. אף צוין כי המקרה חושף "בעייתיות מערכתית" נוכח האופן שבו המשיבה מפרשת את גבולות הסמכות בעת ביצוע צווי חיפוש. משכך, אופיו של הפסול בחיפוש הוא "מן הרף הגבוה ביותר".

בית משפט השלום עמד על כך שאלמלא הפגם, לא היה נודע לשוטרים על הימצאות הסמים, ולצד זאת על כך שמדובר בראיה חפצית, שבה בדרך כלל הפגם שדבק באופן השגתה אינו משפיע על מהימנותה. במסגרת בחינת המחיר החברתי הכרוך בפסילת הראיה לעומת התועלת החברתית שבפסילתה, הודגש, בין היתר, טיב האישום, כאשר לא מיוחסת למערער עבירה של סחר בסמים, אלא החזקה שלא לצריכה עצמית, וכן צוין שלפי חוות דעת מומחה החומר שנתפס הוא חומר צמחי שריכוז החומר הפעיל בו נמוך יחסית. כמו כן, אין מדובר בכמות סם גבוהה במיוחד ו"אין המדובר בעבירה מן הרף החמור". נקבע על כן כי התועלת מפסילת פירות החיפוש הפסול עולה עשרת מונים על אינטרס האכיפה נגד עבירת הסמים. בשקלול אמור - נפסלו הסמים שנתפסו בבית המערער מלשמש כראיה.

14. לאחר זאת, בית משפט השלום נדרש להכריע באשר לקבילות הראיות הנגזרות - הודעות המערער שבהן הודה בהחזקת הסמים. המערער לא העיד להגנתו, כך שלצורך הרשעתו על בסיס אמרות חוץ אלו נדרש "דבר מה" נוסף. נקבע כי אמרות המערער הן בעלות זיקה ישירה לחיפוש הפסול "ונמסרו כשהוא חש עצמו כבול לחלוטין לממצאי החיפוש, ולהודאתו בפני השוטרים". בהתאם, נפסלו הודעות המערער (ת/6 ו-ת/7) מלשמש כראיה קבילה.

משהסמים שנתפסו נפסלו לשימוש כראיה בדומה להודעות המערער, ומשאין די בשתיקתו לביסוס

הרשעה - זוכה מן המיוחס לו.

הערעור הראשון לבית המשפט המחוזי

15. ערעור המשיבה לבית המשפט המחוזי על הכרעת הדין התקבל, ברוב היבטיו. כך, נקבע שאין לקבל את קביעת בית משפט השלום כי צו החיפוש התיר חיפוש במקום מגוריו של שלתיאל בלבד. צוין, כי משהמטרה לא ידעה את מקום מגוריו המדויק של שלתיאל "טוב עשתה [...] כאשר בקשה לתחום את החיפוש לתא שטח שסומן בצורה ברורה בתצלום אוויר".

16. בניגוד לקביעת בית משפט השלום, נקבע כי תצלום האוויר לא היה כלי עזר, אלא חלק מן התשתית העובדתית אשר הוצגה ושעל בסיסה ניתן הצו. לשיטת בית המשפט המחוזי, "הפרשנות האפשרית היחידה" לעניין היקף צו החיפוש היא שניתן בו היתר לחפש בכל תא השטח המסומן בתצלום האוויר, אשר כלל גם את הקרוואן שבו התגורר המערער. משכך, החיפוש בוצע כדין ובהתאם לצו החיפוש, לא כל שכן שעה שבמהלך החיפוש השוטרים נתקלו בשלתיאל בקרוואן בו מתגורר המערער.

17. בית המשפט המחוזי הוסיף וקבע כי לא הוצגה כל ראיה שלפיה המשטרה העלימה מהשופט דיון סגל פרט כזה או אחר, לרבות עובדת קיומם של מספר מחזיקים במתחם; וכי גם לו היה מתברר שהמשטרה לא סיפקה מידע מספק לצורך דיוק צו החיפוש, עדיין אין פירוש הדבר שהצו שיצא תחת ידי בית המשפט הוא חסר תוקף. בנוסף, נקבע כי בית משפט השלום לא דק פורתא ביחס לטיב הבהרת המשיבה כי לא תבסס את חוקיות החיפוש על החשד הסביר שהיה מחוץ לקרוואן אלא על חוקיות הצו. נומק כי טענת המשיבה הייתה שבמסגרת ביצוע צו החיפוש החוקי שהיה בידם, השוטרים נכנסו לקרוואן הראשון שראו, ובתוכו ראו את הסמים באופן שעורר אצלם חשד גם לביצוע פשע זה מקרוב, באופן המאפשר להם לבצע חיפוש בתוכו ללא צו. על כן, גם אם היה נקבע שנפל פגם בחוקיות הצו, ולא כך, השוטרים אשר נכנסו לקרוואן לא יכלו להתעלם מחשד קונקרטי לביצוע פשע לנגד עיניהם.

נוכח מסקנה זו, בית המשפט המחוזי לא נדרש להכריע ביחס לקביעות בית משפט השלום בדבר נפקות הפגם בהליך החיפוש ולעניין הראיות הנגזרות. בכל זאת, הוסיף וציין כי בית משפט השלום לא שקל כהלכה את המחיר החברתי הכרוך בפסילת ראיית החיפוש, כך שממילא לא התחייבה פסילת הראיות הנגזרות, ובוודאי שכך ביחס להודאה השניה שמסר, אשר ניתנה לאחר שהמערער כבר נועץ בעורך דין. אשר לפגם בכך שהחיפוש בוצע ללא שני עדים שאינם שוטרים, נקבע כי אין זה מוצדק לפסול בגינו את ממצאי החיפוש שכן מדובר באי-חוקיות בדרגה נמוכה יחסית אשר קשה לראות כיצד פגעה בזכויות המערער. מטעמים אלו, הערעור התקבל בעיקרו, המערער הורשע במיוחס לו, והדין הוחזר, כאמור, לבית משפט השלום לגזירת עונשו.

גזר הדין של בית משפט השלום והערעור השני לבית המשפט המחוזי

עמוד 6

18. לאחר שמיעת הטענות לעונש, בית משפט השלום גזר על המערער עונש של 4 חודשי מאסר בפועל לריצוי בדרך של עבודות שירות; 7 חודשי מאסר על תנאי, לבל יבצע עבירות סמים מסוג "פשע" למשך שנתיים; קנס כספי בסכום של 1,500 ש"ח; פסילה מנהיגה ברכב, למשך 4 חודשים; ו-4 חודשי פסילה על תנאי, לבל יבצע עבירת סמים מסוג פשע למשך שנתיים. הפעם הזו הגיש המערער ערעור לבית המשפט המחוזי ביחס לחומרת עונשו וערעורו נדחה.

19. להשלמת התמונה יצוין, כי שלתיאל הודה בעובדות כתב אישום מתוקן במסגרת הסדר טיעון, ונגזרו עליו עונש של 9 חודשי מאסר בפועל לריצוי בדרך של עבודות שירות וכן עונשים נלווים.

עיקרי טענות הצדדים בהליך שלפנינו

20. על פי הנטען בבקשת רשות הערעור, המקרה שלפנינו מעורר שתי סוגיות משפטיות מובהקות החורגות מעניינו הפרטני של המערער. הסוגיה הראשונה: מהו היקף חובת הגילוי המוטלת על המשטרה בבקשה לקבלת צו חיפוש במקרקעין, ובפרט בעת בקשה להוצאת צו חיפוש במקרקעין שאינו מציין כתובת של דירה ספציפית, אלא מפנה לתא שטח גיאוגרפי לפי תצלום אוויר? הסוגיה השנייה: מהו היקף סמכות החיפוש לפי צו במצב שבו במקום החיפוש קיימים מספר בתים שונים, אשר בחלקם החשוד כלל אינו מחזיק?

21. המערער עמד בבקשתו על הפגיעה בפרטיות הגלומה בביצוע חיפוש בביתו של אדם, כמו גם על הפגיעה בכבודו, בחירותו ובאוטונומיה על מרחבו האישי. בנוסף, הרחיב על אופן הוצאתם של צווי חיפוש לפי סעיף 23 לפקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש) [נוסח חדש], התשכ"ט-1969 (להלן: הפקודה), כאשר הדיונים בעניינם נערכים באופן שגרתי במעמד צד אחד, באופן המחייב זהירות ודקדקנות של בית המשפט ושל נציג משטרת ישראל המופיע לפניו. זאת לצורך ביצוע איזון עדין בין זכויותיו החוקתיות של החשוד וזכויות צדדים שלישיים, לבין הצורך החקירתי הקיים על בסיס התשתית הראייתית המקימה חשד לביצוע עבירה לה טוענת המשטרה.

בהקשר זה המערער הפנה לקביעות בית משפט זה בדנ"פ 1062/21 אור"ן נ' מדינת ישראל (11.1.2022) (להלן: דנ"פ אור"ן), המלמדות לשיטתו, בין היתר, על החשיבות הרבה שבית המשפט רואה בזהירות שבהוצאת צווי חיפוש ובהקפדה על מידתיותם. הודגש, כי אותם העקרונות חלים, ביתר שאת, כאשר מדובר בכניסה לרשות היחיד של אדם שלא היה כל מידע לחובתו ולא הייתה כל הצדקה לפריצה לביתו. נטען אפוא כי על הרשות החוקרת לברר ולהציג לבית המשפט תמונה מלאה ביחס לפגיעה הצפויה בצדדים שלישיים כתוצאה מהיעתרות לבקשת המשטרה.

22. באופן קונקרטי בעניינו של המערער - נטען כי מחדל הרשות היה חמור, לאור הסתמכותה על

תצלום אוויר ובו סימון השטח שבו ניתן היתר לשוטרים לחפש אצל שלתיאל. במקרה כזה, לטענת המערער, היה על המשטרה לוודא כי שלתיאל הוא המחזיק בשטח שסומן, ואם לא היה בידם להצהיר על כך במידת ודאות מספקת, נדרש היה להציג זאת לבית המשפט כחלק מחובת המשטרה להציג לבית המשפט את מלוא המידע הנחוץ, לרבות "חללים" במידע. הודגש, כי במקרה זה התבקש חיפוש ב"יח" דיוור ומחסנים, מבלי לפרט כי קיימות מספר יחידות דיוור ולא אחת בלבד; וכן כי כעולה מעדות השוטרים, היה ידוע להם כי יש מספר קרוואנים במתחם, אולם הדבר "לא עניין אותם". המערער הוסיף וטען בדבר היקף הפרטים שראוי לציין במקרים שבהם המשטרה מבקשת להסתמך על תצלום אוויר לצורך קבלת צו חיפוש.

23. בנוסף, הועלתה טענה לעניין היקף סמכות השוטרים בעת מימוש צו החיפוש - האם החיפוש מוגבל למושא הצו, או שהשוטרים רשאים לחפש בכל תא השטח אשר נכתב בצו החיפוש, בין אם הוא מוחזק על ידי החשוד ובין אם לאו. על פי הנטען, השופטת דיבון סגל לא נתנה למשטרה "יד חופשית" לחפש בכל תא השטח שסומן בתצלום האוויר, אלא רק אצל שלתיאל, אשר בעניינו התגבשה תשתית ראייתית. כלומר, כאשר מצוין בצו החיפוש כי עליו להיעשות אצל מחזיק ספציפי, על השוטרים לחפש רק במקום המוחזק על ידו, ולא במקומות המוחזקים על ידי אנשים בלתי מעורבים, גם אם מבחינה טכנית נכללים בצו מקומות שכאלו. עוד נטען שכאשר מתקבל מידע חדש ביחס למקום החיפוש עם הגעת המשטרה לשטח, עליה לשוב לבית המשפט ולבקש כי ישקול בשנית את הבקשה לאחר שיוצג לו המידע הרלוונטי. זאת, בדומה לנהלי המשטרה ביחס לחיפוש אצל עורך דין שבו נחשפים השוטרים לחומרים אשר ייתכן שחל עליהם חיסיון.

24. המערער שב וטען כי בהתאם לדברי בא-כוח המשיבה בסיכומיו לפני בית משפט השלום, המשיבה התמקדה בחוקיות הצו והסכימה כי היא לא תסתמך על חשד סביר שהתגבש עובר לכניסת השוטרים לקרוואן. מעבר לכך, נטען כי בכל מקרה סמכויות הכניסה והחיפוש מותנות בכך שקיים יסוד סביר להניח כי במקום הרלוונטי מבוצע פשע או שפשע בוצע שם זה מקרוב, ולכן חשד שהתעורר רק לאחר הכניסה למקום אינו מספק. כמו כן, נטען כי בית המשפט המחוזי יישם באופן שגוי את דוקטרינת הפסילה הפסיקתית, כאשר נתן משקל משמעותי לחומרת העבירה ובין היתר בשים לב לכך שהמשיבה עצמה עתרה להשית על המערער עונש מאסר בפועל שניתן לרצות בעבודות שירות, וכן לעונש אשר בסופו של יום נגזר עליו - 4 חודשי מאסר בפועל לריצוי בעבודות שירות, המלמד על כך שאין מדובר בעבירה חמורה במיוחד.

25. המשיבה, מצידה, סבורה כי לא נפל פגם בהליך הוצאת צו החיפוש. נטען כי המשטרה מסרה לבית משפט השלום את כל המידע שהיה ברשותה, בהתחשב בכך שלא ידעה את מקום המגורים המדויק של שלתיאל. צו החיפוש ניתן לפי תצלום אוויר שבו מסומן המבנה המרכזי בשטח. נומק, כי בית משפט השלום ידע כי שלתיאל מתגורר בקרוואן אשר לא ניתן לראותו בתצלום האוויר ובכל זאת לא מצא להגביל את צו החיפוש לקרוואן שלו בלבד "אלא נעתר לבקשת המשטרה לחפש בכל השטח המסומן



בתצלום האווירי וגם במחסנים".

מלבד זאת, המשיבה מבקשת להבחין בין שלב הכניסה לקרוואן בו מתגורר המערער לשלב החיפוש. לשיטתה, הכניסה לקרוואן נעשתה כדין בהינתן שהשוטרים לא ידעו מהי הכתובת המדויקת של שלתיאל, ואילו לאחר שנכנסו לקרוואן החיפוש נעשה מכוח סעיף 25(א) לפקודה מאחר שהשוטרים הבחינו כי במקום מתרחשת עבירה מסוג פשע. בנוסף לכך, הועלתה טענה כי בית משפט השלום שקלל, בעת מתן צו החיפוש, את הפגיעה האפשרית בצדדים שלישיים, והחליט לתת את הצו לפי תצלום האוויר בידעו כי ישנם מחזיקים נוספים. זאת, מבלי לדרוש מהמשטרה בדיקות נוספות ומבלי שסבר כי הצו בלתי מידתי. בהקשר זה הועלתה דוגמה למצב שבו קיים חשד להחזקת נשקים על-ידי חשוד מסוים במתחם מאהלים משותפים ללא כתובת, באופן שיחייב חיפוש בשטח אשר יסומן על גבי תצלום אוויר.

לשיטת המשיבה, כניסה הדרגתית לקרוואנים, לאחר דפיקה על דלתם ובירור זהות המחזיק, הייתה מאפשרת את העלמת הראיות בשני הקרוואנים. עוד נטען, כי עובדת נוכחותו של שלתיאל בקרוואן של המערער מקימה עילה נוספת לכניסה ולחיפוש בקרוואן של המערער. המשיבה הוסיפה כי היא אינה רואה להתייחס לקביעות בית משפט השלום אשר הורו על פסילת ראיות נגזרות והיא מפנה לעניין זה לפסק דינו של בית המשפט המחוזי.

26. בתשובה לתגובת המשיבה, חידד המערער וטען כי עוד לפני הגעת השוטרים לתא השטח היה ידוע להם כי קיימים שם שני קרוואנים, אולם "לא עניין" אותם איזה מהם מוחזק על ידי שלתיאל. אם כן, אין מדובר במקרה שבו המשטרה הציגה לפני השופטת שנעתרה לבקשה למתן צו חיפוש את מלוא המידע שהיה ברשותה. עוד נטען, כי הכניסה לקרוואן שבו מתגורר המערער לא הייתה שגיאה בתום לב, שכן השוטרים כלל לא העניקו חשיבות לזהות המחזיק בכל קרוואן. בנוסף, המערער טוען נגד פרשנות המשיבה כי צו החיפוש כלל מעין "הסכמה מכללא" של בית המשפט לחיפוש אצל מחזיקים נוספים במבנים אשר אינם מוחזקים על ידי שלתיאל. נומק, כי אפילו המשטרה לא פירשה כך את הצו, כפי שניתן ללמוד מהעובדה שלא נעשה חיפוש בבית המרכזי שבמתחם. המערער שב והדגיש כי הצו הוגבל לחיפוש במקרקעין המוחזקים על ידי שלתיאל.

27. לאחר הדיון, ובאופן חריג, המשיבה ביקשה להגיש השלמת טיעון. משהותר לה, הגישה השלמת טיעון קצרה לה צורף מכתב של ניצב-משנה ניסן מיכו מחטיבת המודיעין של המשטרה. בהתבסס על מכתב זה, נטען כי יש השלכות רחב ממשיות לאופן פירוש צווים שניתנו לפי תצלום אוויר, וכי אם הפרשנות הנטענת תתקבל "יהיה בכך כדי לפגוע פגיעה ממשית ביכולת המשטרה להילחם בפשיעה הגואה בחברה הישראלית". המערער הגיב להשלמת הטענות, וטען, במישור הדיוני, כי הוא מתנגד להגשת הנספח המהווה למעשה ראייה חדשה אשר הוגשה שלא כדין, ואשר נדרש היה להגישה לפני

הערכאות קמא. לגופם של דברים, נטען כי המערער אינו חולק על כך שבית המשפט מוסמך להתיר למשטרה לחפש על בסיס תצלום אוויר, אלא כי טענותיו הן ביחס לחובות המוטלות על המשטרה לצורך כך.

דיון והכרעה

28. לא אחת אנו נדרשים לדון בנפקותם של פגמים שנפלו בשלב כזה או אחר של הליך החקירה הפלילית. המסגרת הנורמטיבית לבחינת פגמים מעין אלו והשלכותיהם הראייתיות נדונה בפסיקה פעמים רבות (ראו, מני רבים: ע"פ 5121/98 יששכרוב נ' התובע הצבאי, פ"ד סא(1) 461 (2006) (להלן: הלכת יששכרוב); ע"פ 4988/08 פרחי נ' מדינת ישראל, פ"ד סה(1) 626 (2011) (להלן: עניין פרחי); רע"פ 3199/20 זייצב נ' מדינת ישראל (12.8.2021) (להלן: עניין זייצב); ולאחרונה, בפסק דינה של חברתי, השופטת ר' רונן, בע"פ 8313/22 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 11 (7.5.2024)). דילמות מסוג זה, בדבר המשמעות הראייתית של פגמים בהליך החקירה, על כלל היבטיהן, מעסיקות שיטות משפט רבות ומלוות גם את שיטת המשפט הישראלית מזה עשרות שנים.

אשר על כן, לו המשיבה הייתה מסכימה כי נפל פגם בהליך הוצאת צו החיפוש או מימושו, המחלוקת בבקשה שלפנינו הייתה מתוחמת ליישום הוראות הדין במקרה הקונקרטי שלפנינו. בהתאם, הייתה ניתנת רשות ערעור רק בנסיבות המקימות חשש לעיוות דין או אי צדק מהותי (ראו והשוו: רע"פ 7901/23 אמסלם נ' מדינת ישראל (7.4.2024); רע"פ 2919/22 שעבאן נ' מדינת ישראל (1.8.2022)).

אלא שהמחלוקת בענייננו רחבה הרבה יותר. עמדת המשיבה, עמדה מרחיקת לכת, היא שמרגע שניתן צו חיפוש על בסיס תצלום אוויר, כל השטח המסומן בתצלום הוא שטח שמותר לחפש בו, גם אם הוא לא מוחזק על-ידי מי שהצו הופנה כלפיו ומי שבעניינו התגבשה התשתית הראייתית למתן הצו. לכן, לשיטתה, כלל לא נפל פגם במקרה דנן. כלומר, אין מדובר בתקלה, כי אם בהתנהלות נכונה וראויה שאף רצוי לשמר. מכאן חשיבותה העקרונית של הסוגיה, המצדיקה דיון חריג ב"גלגול שלישי".

טרם אתייחס לפרטי המקרה, אציג את התשתית הנורמטיבית הנדרשת.

צו חיפוש בחצרים - מסגרת נורמטיבית

29. חיפוש בחצרים הוא אחד מבין אמצעי החקירה אשר הדין מקנה בידי רשויות אכיפת החוק. סמכות זו, כיתר הסמכויות הנתונות לשוטרים בכלל וסמכויות החיפוש בפרט, מבטאת את האיזון שקבע המחוקק בין האינטרס הציבורי בתפקוד יעיל ואפקטיבי של המשטרה לבין הצורך בהגנה על זכויות האזרחים עימם באה המשטרה במגע (רע"פ 10141/09 בן חיים נ' מדינת ישראל, פ"ד סה(3) 305,

328-329 (2012) (להלן: עניין בן חיים)). חיפוש שכזה, בדומה לחיפוש על גופו של אדם או בכליו "משיל ממנו את פרטיותו, לעיתים תוך פגיעה בכבודו ובאוטונומיה שלו. על כן, דרך הכלל, בהיעדר הסמכה מפורשת בחוק, אין לערוך חיפוש מעין אלו [...] (עניין זייצב, בפסקה 16).

זאת ועוד: לכל אדם עומדת זכות חוקתית לאי-עריכת חיפוש ברשות היחיד, המעוגנת בסעיף 7(ג) לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו (אהרן ברק, חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק-יסוד: חופש העיסוק כרך ג - זכויות חוקתיות מסדרת פירוש לחוקי היסוד 1567 (יצחק זמיר עורך 2023); לעניין השלכותיו הנוספות של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו בהקשר זה, ראו: ע"פ 1641/04 לוינ' מדינת ישראל, פ"ד נט(3) 785(2004)).

בהתאם, מרחב הפעולה של רשויות החקירה כפוף למגבלות ולסייגים שנועדו להבטיח הליך הוגן ואת מידתיות הפגיעה בזכויות נחקרים וצדדים שלישיים. אף נקבע כי הקפדה על ביצוע נאות של צו חיפוש הוא "מידה המתחייבת מזכויות היסוד של האדם: סעיף 7(ב)-(ג) לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו" (בש"פ 3377/97 תאופיק נ' מדינת ישראל (6.6.1997)). בסיס נוסף לחובה זו, ניתן למצוא בעקרון חוקיות המנהל - שהרי בעריכת חיפוש מפעיל שוטר את סמכויותיו השלטוניות ועליו לעמוד באמות המידה שנקבעו בהוראות המשפט המינהלי ובחוקי סדר הדין הפלילי. ההקפדה על הוראות אלו חיונית כאשר בידי רשויות החקירה סמכויות המתירות להן לפגוע בזכויות אדם, ולעיתים בזכויות הבסיסיות ביותר של אדם (עניין בן חיים, בפסקה 22).

30. במרוצת השנים, נקבע כי להפרת מגבלות הדין עלולות להיות השלכות במישור הראייתי בדמותו של כלל הפסילה. במקרים שבהם בוצע חיפוש שלא כדין - הדבר עלול למנוע את השימוש בתוצרי החיפוש כראיה בבית משפט, כפי שנקבע בעבר בפסיקה, וכעת מעוגן בסעיף 56א לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א-1971 (להלן: פקודת הראיות; ראו גם: ע"פ 3992/22 ותד נ' מדינת ישראל, פסקה 32 (7.5.2023)).

31. על בסיס עקרונות אלו, יש לקרוא את דברי החקיקה הרלוונטיים. הפרק השלישי לפקודה עוסק בסמכות החיפוש, היקפה ובאופן ביצועו. חיפוש בחצרים יכול להתבצע על פי צו - לפי סעיף 23 לפקודה; או שלא על פי צו, אך בנסיבות מוגדרות ומתוחמות (לפי סעיף 25 לפקודה). הסמכות הרלוונטית למקרה שלפנינו מעוגנת בסעיף 23 לפקודה, שזו לשונו:

צווי חיפוש

רשאי שופט ליתן צו לערוך חיפוש בכל בית או מקום (להלן - צו חיפוש) אם -

(1) החיפוש בו נחוץ כדי להבטיח הצגת חפץ לצורך כל חקירה, משפט או הליך אחר;

(2) יש לשופט יסוד להניח שהוא משמש להחסנתו או למכירתו של חפץ גנוב, או שנשמר בו או מוחסן בו חפץ שנעברה בו או לגביו עבירה, או ששימש, או מתכוונים להשתמש בו, למטרה לא-חוקית;

(3) יש לשופט יסוד להניח שנעברה עבירה או שמתכוונים לעבור עבירה נגד אדם הנמצא בו.

32. באופן משלים, סעיף 24 לפקודה שעניינו "סמכות לפי צו חיפוש", מרחיב ומתאר, בין היתר, כי צו חיפוש ישמש אסמכתה לשוטר לערוך חיפוש בבית או במקום לפי האמור בצו החיפוש ולתפוס כל חפץ הנחזה כמתואר בצו ולעשות בו כאמור בצו; לעצור כל אדם הנמצא בבית או במקום ונחזה כמי שיש לו, או שהייתה לו, יד בעבירה שנעברה, או שמתכוונים לעבור, באותו חפץ או לגביו (סעיף 24(א) לפקודה). סעיף 24(ב) לפקודה אף מקנה סמכות לעורך החיפוש, בנסיבות מסוימות, לתפוס חפץ שלא הוזכר בצו.

33. צווי חיפוש לפי סעיף 23 לפקודה מתבקשים, וניתנים, על פי רוב, במעמד צד אחד. המשמעות המעשית של כך, היא שאל מול עמדת המשטרה וטיעוני בקשתה, לא ניצב סניגור לטעון בשם האדם הרלוונטי שמבוקש לחדור לחצריו. גם עמדתם של צדדים שלישיים אשר עלולים להיפגע ממימוש צו החיפוש אינה נשמעת (יעקב קדמי על סדר הדין בפלילים: חלק ראשון - הליכים שלפני משפט כרך ב 679 (2008) (להלן: קדמי); עמיקם הרפז ומרים גולן משפט ושיטור: זכויות אדם וסמכויות משטרה 174 (2018)). מתכונת דיונית זו היא, פעמים רבות, כורח המציאות של צרכי החקירה. בכל זאת, יש בה כדי להקים חשש משמעותי שבמעמד זה תיפגענה זכויות של האדם מושא הצו ושל צדדים שלישיים במידה העולה על הנדרש. מכאן ההקפדה המתחייבת על הליך הוצאת הצו, דיוק פרטיו ואופן ביצועו.

34. היבט זה בא לידי ביטוי גם בהחלטות נציבות תלונות הציבור על שופטים, שגם בהן הודגשה חשיבות ההקפדה על הוצאת צווי חיפוש מלאים בהתאם לדין, וזאת, בין היתר, על מנת שלא ליצור תחושה כי ההחלטה על מתן הצו ניתנה כלאחר יד (ריכוז החלטות וחוות דעת נציבות תלונות הציבור על שופטים, ירושלים התש"פ-2020, עמ' 115-116 (להלן: ריכוז החלטות הנציבות)). בדומה, הנוהל הרלוונטי של משטרת ישראל (נוהל אח"מ 300.01.066 בקשה להוצאת צו חיפוש - טופס מ-3097, סעיף 3א(3) (1.2.2014)) קובע אף הוא כי על בקשה להוצאת צו חיפוש להיות "נכונה ומדויקת"; ומוסיף בדבר החובה לפרט בפני השופט "ולהעמיד לביקורת שיפוטית את הראיות או המידע בגינו מבוקש החיפוש. ויש להימנע מניסוחים כלליים" (שם, סעיף 3א(4)). על מידת הדיוק הנדרשת בצווי החיפוש, ניתן ללמוד גם מקביעות הערכאות הדיוניות אשר מדי יום עוסקות בסוגיה זו (ראו למשל: ת"פ (שלום ת"א) 6476-01-19 מדינת ישראל נ' כהן (3.2.2020); ת"פ (שלום ת"א) 63817-07-21 מדינת ישראל נ' גומה (19.12.2022)).

35. אם כן, המשטרה חייבת להציג לפני השופט הדין בבקשה למתן צו החיפוש את מלוא המידע הקיים, בדיוק המרבי שניתן. ניתן למצוא שורשים לחובה זו במשפט החוקתי, בהוראות הפקודה, בפסיקת בית

משפט זה ובהנחיות הפנימיות של משטרת ישראל עצמה.

צו חיפוש על בסיס תצלום אוויר

36. על רקע האמור, יש לבחון את השימוש בתצלום האוויר לצורך בקשה למתן צו חיפוש. במקרה הפשוט, בידי המשטרה מצויה כתובת ספציפית ומדויקת שבה ידוע בוודאות כי נמצא המחזיק הרלוונטי לבקשה. במקרים מורכבים יותר, שבהם אין מספרי בתים, או שמדובר במתחם אשר לא ניתן לציין כתובת מדויקת בעניינו, נדרש לערוך התאמות מסוימות. הדבר אינו גורע מכך שהחובה לדייק ככל שניתן בבקשתה עודנה מוטלת על המשטרה, כמבקשת צו החיפוש.

אותה הזהירות הנדרשת מהמשטרה כמבקשת הצו במקרים שבהם קיים קושי לתאר באופן מדויק את המבנה מושא צו החיפוש, מתחייבת גם בנוסח צו החיפוש עצמו. כפי שנכתב בהחלטות נציבות תלונות הציבור על שופטים: "באזור בו אין מספרי בתים ראוי לתת בצו תאור מפורט ככל האפשר של הבית (כגון, צורתו החיצונית, שמות שכניו, מספר הקומות בו, סימנים מיוחדים אם ישנם - והרשימה איננה מלאה). זאת כדי למנוע תקלות העלולות לקרות, כשזיהוי הבית נעשה על פי צו החיפוש רק על ידי הצבעת מודיע שמתלווה לשוטרים" (ריכוז החלטות הנציבות, בעמ' 115-116).

37. במישור הסמכות אין פגם בהוצאת צו החיפוש תוך היעזרות בתצלום אוויר, ואף לא נטען אחרת לפנינו. אלא שהצגת התצלום, כאמצעי זיהוי חלופי למקרקעין שבהם מבוקש לבצע חיפוש, אינה מרחיבה את צו החיפוש מעבר להיקפו ה"טבעי". תצלום האוויר מהווה אמצעי גידור לצו החיפוש, ולא אמצעי מרחיב המטשטש את הגבולות בין המותר לאסור; התצלום נועד לדייק את צו החיפוש, ואינו נועד לאפשר באופן גורף, חלילה, חיפוש אצל צדדים שלישיים אשר איתרע מזלם להתגורר בסמוך למושא הצו; תצלום האוויר נועד לצמצם אפשרות פגיעה במידה העולה על הנדרש ולמנוע תקלות, ולא על מנת לפתוח פתח לפגיעה קשה פי כמה. במילים אחרות: תצלום האוויר מהווה תחליף לכתובת מדויקת, הא ותו לא.

מכאן, שכאשר ניתן צו חיפוש אצל מחזיק ספציפי על בסיס תשתית ראייתית קונקרטיה שהתגבשה ביחס למחזיק זה, חיפוש אשר התבצע אצל מחזיק אחר אשר בדיעבד מתברר כי אף הוא מתגורר באזור - הוא פגום. מבחינה זו, דומה המצב למצב שבו מתבקש צו למחזיק מסוים בכתובת ספציפית, ובעת מימוש הצו מתברר כי לא מדובר בכתובת הנכונה או כי הכתובת אינה מדויקת. כאשר מדובר בבקשה למתן צו חיפוש לפי סעיף 23 לפקודה, אי-התאמה בין המחזיק לכתובת שצוינה בצו החיפוש, משמעותה פגם בצו החיפוש. חומרת הפגם והשלכותיו יידונו בכל מקרה לגופו.

בהתאם, וכנגזר מכך: זולת אם נכתב אחרת באופן מפורש, כאשר ניתן צו חיפוש בסיוע תצלום אוויר לא

ניתן ללמוד שבית המשפט היה מודע לכך שקיימים צדדים שלישיים באותו תא שטח; כי בית המשפט שקלל את הפגיעה האפשרית בהם; וכי למרות זאת העניק צו חיפוש גורף עבור תא שטח זה. לא כל שכן, כאשר התמונה העובדתית המוצגת לבית המשפט היא כזו אשר לא ניתן ללמוד ממנה על קיומם של צדדים שלישיים אשר עלולים להיפגע, ובפרט כאשר הצו המבוקש נוקב בשמו של החשוד, כמו במקרה שלפנינו. כלומר, משלא הוצג לפני בית המשפט מידע ממנו הוא יכול ללמוד על כך שישנם צדדים שלישיים באותו תא שטח, כמובן שלא ניתן לפרש את החלטתו ככזו המתירה פגיעה בזכויותיהם.

מן הכלל אל הפרט

38. מכאן להתרחשות הדברים בהליך זה:

39. ראשית, קיים פער לא מוסבר בין הכתובת שצוינה בבקשה לצו החיפוש - רח' קישון במושב ישרש, לבין הכתובת המופיעה בצו החיפוש עצמו - "רחוב קרן היסוד 27". מדובר בצו חיפוש שניתן לכתובת אחרת מזו שבה מתגורר מושא הצו - שלתיאל.

40. שנית, תצלום האוויר שעל בסיסו ניתן הצו אינו ברור כלל ועיקר. כפי שציין בית משפט השלום, מדובר בדף מטושטש שלא ניתן ללמוד ממנו על פרטי השטח המסומן ואף לא ניתן לראות בו את הקרוואן שבו מתגורר שלתיאל (פסקה 19 לתגובת המשיבה). דומני כי אותה חובה אשר חלה על המשטרה לדייק כמיטב יכולתה ביתר פרטי בקשתה לצו החיפוש, היא שמחייבת אותה גם להציג לפני בית המשפט תצלום אוויר עדכני ומדויק ככל שניתן, אשר יאפשר לשופט לבחון באופן המיטבי את תא השטח אשר מבוקש לערוך בו חיפוש.

41. שלישית, העמדה העקבית אשר הוצגה על ידי השוטרים בבית המשפט, הייתה כי מבחינתם אין זה משנה מי המחזיק בכל נכס במתחם, היות שניתן להם צו חיפוש המאפשר להם, לשיטתם, לחפש בכל תא השטח המסומן בתצלום האוויר. כאמור, זוהי פרשנות לא נכונה של צו החיפוש שניתן - השימוש בתצלום נעשה רק בשל העדר כתובת מדויקת, כך גם לדברי שושן: "ש. למה היית צריך לצרף את התצ"א. ת. כי לא היה לי מספר כתובת [...]". (פרו' דיון מיום 17.12.2020, עמ' 20, ש' 15-16).

אל מול תכלית זו, לא ניתן לקבל גישה גורפת כי כלל לא משנה מי גר באותו תא שטח שלגביו הוצא הצו - כוחו של צו החיפוש יפה כלפיו. אלא שזו בדיוק הגישה שהוצגה על ידי השוטרים בעדותם. כך למשל, כאשר נסימי נשאל על ידי בית המשפט "האם ענין אותך כשהגעת לשם כמפקד הכח מי גר בכל קרוואן", השיב "לא עניין אותי" (שם, עמ' 34, ש' 4-5), וזאת על אף שידע מראש כי יש שני קרוואנים במתחם (שם, בעמ' 33, ש' 30-32). שוטר אחר, עידו אנג'ל, העיד "ברגע שיש צו חיפוש על תצ"א כל התצ"א היא המתחם [...]". (שם, עמ' 36, ש' 16); וכך גם העיד השוטר נחמיה קובני: "אני יכול לחפש

בכל המתחם גם אם זה של נשוא הצו, גם אם זה חלק לא של נשוא הצו אבל זה המתחם" (שם, עמ' 29, ש' 30).

גישה זו איננה מקובלת עלי כלל ועיקר. לעניין זה, אני שותף לעמדת בית משפט השלום אשר דחה בתוקף פרשנות רחבה מעין זו לצו החיפוש. צו החיפוש התייחס במפורש למחזיק ששמו שלתיאל, שבעניינו התגבש המידע שהצדיק את מתן הצו. שלתיאל גר בקרוואן אחר, המוקף גדר ואשר רחוק עשרות מטרים מהקרוואן שבו מתגורר המערער. על כן, החיפוש בקרוואן של המערער הוא בגדר תקלה משמעותית. מעבר לכך, בשום פנים ואופן, לא יכולה המשטרה להפגין שוויון נפש כלפי אפשרות ביצוע חיפוש ללא צו במקרקעין של אדם שאין לו, למיטב ידיעתה, כל קשר לחשדות שהובילו למתן הצו. אם כן, נקודת המוצא של ההליך שלפנינו הייתה צריכה להיות כי הליך הוצאת הצו ויישומו הובילו לתקלה, אשר כעת יש לדון במשמעויותיה הראייתיות.

זאת ועוד, מעיון במסמכים אשר הונחו לפני השופטת שדנה בבקשה למתן צו החיפוש, התרשמתי, בדומה לבית משפט השלום, כי הצו לא ניתן תוך שקלול אפשרות הפגיעה בצדדים שלישיים. נהפוך הוא: במזכר ההבהרה שצורף לבקשה למתן צו החיפוש נכתב כי השטח שבתצלום האוויר הוא "מעבר לכל ספק מקום מגורו הנוכחי" של שלתיאל. אמנם לא נכתב במפורש כי מדובר במקום מגוריו של שלתיאל בלבד, אך הרושם שנוצר אצל בית המשפט שהעניק את צו החיפוש הוא ברור, וממילא אין כל אינדיקציה לכך שהתכוון להעניק צו כה גורף אשר חל על מלוא השטח המסומן בתצלום, יהיו המחזיקים בו אשר יהיו.

אגב כך יודגש, על רקע החששות אשר הועלו על ידי המשיבה, כי האפשרות לעשות שימוש בתצלום אוויר כתחליף לכתובת עודנה קיימת. אף אין לשלול מצב שבו יש מידע מודיעיני המצדיק מתן צו חיפוש בתא שטח מסוים, וכי יינתן צו חיפוש ביחס לו הגם שהצו יכול להוביל לפגיעה בזכויותיהם של צדדים שלישיים. אולם, זאת יש לעשות באופן מושכל ומחושב כנגזר מנסיבות המקרה. השימוש בתצלום כאמצעי מרחיב לצו החיפוש, באופן כמעט אקראי, כפי שנעשה בהליך זה, הוא שאין לקבל.

42. רביעית, החיפוש עצמו בוצע ללא שני עדים כמתחייב מסעיף 26 לפקודה (על חשיבות ההקפדה על הוראות סעיף זה, ראו ע"פ 482/20 מטר נ' מדינת ישראל, פסקה 11 (4.6.2020); וכן: קדמי, בעמ' 684), ובניגוד לדרישה זו שנכללה במפורש גם בצו החיפוש עצמו. מדובר בפגם חמור כשלעצמו, ופי-כמה בהתחשב ביתר נסיבות המקרה.

43. משעד כה נימקתי מדוע צו החיפוש שניתן אינו חל על הקרוואן שבו מתגורר המערער, אדרש לטענות החלופיות שהועלו על ידי המשיבה בניסיון לאתר עוגן חוקי לביצוע החיפוש. תחילה, איני רואה ממש בטענות המשיבה בדבר ביסוס החיפוש על קיומו של חשד סביר. על פי הנטען, הכניסה לקרוואן

שבו מתגורר המערער נעשתה בעת שהשוטרים לא ידעו את הכתובת המדויקת של שלתיאל ולאחר שהבינו את "טעותם", משכנסו הבחינו בסמים והריחו אותם, קמה עילת חיפוש בקרוואן. גם אם במישור העובדתי הייתה מתקבלת גרסה זו, הרי שאין בה כדי לרפא את עיקר הפגם - התפיסה השגויה של צו החיפוש שניתן על בסיס תצלום האוויר. היינו, בין כה וכה הכניסה הראשונית לקרוואן שבו מתגורר המערער הייתה שלא כדין. מעבר לכך, בית משפט השלום, אשר שמע לפניו את העדים, הטיל ספק בגרסה שלפיה דלת הקרוואן הייתה מעט פתוחה.

באשר לטענה כי נוכחות שלתיאל בקרוואן מקימה עילה נוספת לכניסה ולחיפוש בקרוואן, הרי שמדובר בטענה שהועלתה לפנינו באופן לאקוני ביותר ולא נתמכה בטיעון משפטי מבוסס, ולא בכדי. צו החיפוש אינו "עוקב" אחר שלתיאל, ואינו מקנה זכות חיפוש בכל מקום שבו שלתיאל מצוי אלא במקום קונקרטי ביחס לאדם קונקרטי. מדובר בצו ביחס לחצרים ספציפיים הנקובים בו (קדמי, בעמ' 680), וכאמור הצו לא התייחס לקרוואן שבו מתגורר המערער. הנה כי כן, מדובר בחיפוש שבוצע שלא כדין, תוך הפרת גבולותיו של הצו.

44. לנוכח פגמים אלו, ובוודאי בהצטברם, מסקנתי היא שיש לפסול את הסמים שנתפסו במסגרת החיפוש הלא חוקי מלשמש כראיה. זאת, על בסיס דוקטרינת הפסילה החוקתית שנקבעה בהלכת יששכרוב ובפסקי הדין המאוחרים יותר שניתנו בעקבותיה, ואשר עוגנה כאמור (לאחר האירועים מושא ההליך שלפנינו) בסעיף 56א לפקודת הראיות. על אופן יישומה של הדוקטרינה, עמד חברי, השופט א' שטיין:

"בהקשרו של כלל הפסילה החוקתית, מן הראוי הוא שנחזור ונדגיש כי כלל זה צריך להיות מופעל אך ורק כתגובה להפרתה של אחת מזכויות הבסיסיות של נאשם אשר הפרתה, וכן השגת ראיה מפלילה אשר באה בעקבותיה, עולות כדי פגיעה בליבת ההליך ההוגן [...]. הווה אומר: לא כל הפרת זכות אשר נתונה לחשוד או לנאשם, לא כל סטייה מהשורה, ולא כל טעות מצדם של חוקרי משטרה ובעלי תפקידים אחרים האמונים על אכיפת הדין הפלילי תביא לפסילתה של ראיה אשר הושגה בעקבות אותה הפרה, סטייה או טעות" (ע"פ 6359/21 מדינת ישראל נ' אל עמראני, פסקה 45 (8.9.2022)).

בענייננו, מתקיים אפוא התנאי המקדמי להחלת הלכת יששכרוב, שלפיו הראיה הושגה שלא כדין. מדובר באי-חוקיות בוטה ברמת חומרה משמעותית ביותר, עת שנעשה חיפוש באישון ליל במקום מגוריו של המערער שלא כדין, מבלי שיש כל חשד נגדו ועל בסיס פרשנות מעוותת לחלוטין של צו החיפוש שניתן. כאמור, מדובר במספר פגמים שנפלו, אשר חלקם אינם קשורים אחד לשני, ואשר התרחשו הן בשלב הבקשה למתן הצו הן בשלב ביצועו. כמו כן, קשה לומר שמדובר בטעות בתום-לב מצד השוטרים, והעמדה העקרונית שהובעה על ידי השוטרים שהעידו לפני בית משפט שלום, בדבר היקף סמכות החיפוש ואופן ביצועו, הייתה מטרידה למדי.



כך גם שיקול של מידת ההשפעה של אי-החוקיות, מוליך אף הוא לעבר פסלות הראיות, וזאת גם בהתחשב בכך שמדובר בראיות חפציות שאין חשש לכך שאי-החוקיות שבהשגתן השליכה על מידת מהימנותן (לעניין היקף תחולתה של הדוקטרינה ביחס לסוגי הראיות השונות, ראו יניב ואקי דיני ראיותכרך ב (2021) 261-265(להלן: ואקי)). בהעדר כל חשד כלפי המערער לא היה מתבצע כל חיפוש בקרוואן שבו הוא מתגורר אלמלא העובדה כי התגורר, במקרה, ליד שלתיאל (ראו והשוו: רע"פ 3829/15 קסאי נ' מדינת ישראל, פסקה 40 (20.12.2018)).

מסקנה דומה עולה מהשוואת המחיר החברתי הכרוך בפסילת הראיה לתועלת החברתית שבפסילתה, אשר אף היא מטה את הכף לטובת פסילת הראיה. יש לציין, כי בסופו של יום נגזר על המערער עונש של 4 חודשי מאסר בפועל לריצוי בדרך של עבודות שירות, כך שאין מדובר במצב שבו פסילת הראיה עלולה לפגוע יתר על המידה באינטרסים של לחימה בפשע והגנה על שלום הציבור (ראו והשוו: עניין זייב, בפס' 24; וכן ואקי, בעמ' 275).

45. על כן, נותר לבחון מה דין ההודעות שמסר המערער בחקירותיו במשטרה, בהן הודה בהחזקת הסמים. כהערה מקדימה, כפי שנכתב בהכרעת הדין של בית משפט השלום "לא נטען מטעם התביעה כי יש מקום להרשעת הנאשם [המערער - י' א'] על בסיס הודעותיו בלבד". במסגרת הערעור, בית המשפט המחוזי הפך את קביעות בית משפט השלום ביחס לחוקיות החיפוש, והוסיף כי לשיטתו לא התחייבה פסילת הראיות הנגזרות. יוצא שבעת הזו, כפי שציין בית משפט השלום, לא ניצב לפנינו טיעון מוצק מטעם המשיבה המאפשר הרשעה על בסיס הודעות המערער בלבד.

בין אם כך ובין אם אחרת, לעניין קבילות ההודעות שמסר המערער כראיות נגזרות לתפיסת הסמים, אני סבור כי יש לקבל את עמדת בית משפט השלום. הודעות המערער קשורות בקשר הדוק - עובדתי ומשפטי, לחיפוש הלא-חוקי שהתבצע בקרוואן שבו הוא מתגורר. במקרים רבים אדם נעצר בשל חשדות כאלו ואחרים, מודה, וטוען לפגם באופן שנגבתה הודאה. אז, נדרש לדון בקבילות הודאות עוקבות או ראיות חפציות שהושגו לאחר ההודאה ותוך שימוש במידע שנכלל בה.

המקרה שלפנינו שונה - המערער שהה במקום מגוריו, ביתו מבצרו, ולא נחשד בדבר עת שפרצו פנימה השוטרים. כל הפרדה בין המפגש שבין המערער לשוטרים במסגרת החיפוש הלא-חוקי שהניב את תפיסת הסמים שאינם יכולים לשמש כראיה, לבין הודאה בדיעבד בהחזקת הסמים - מוקשית בנסיבות אלו. מתקיימת אפוא זיקה מהותית וקשר סיבתי מובהק, בין הפסול שנפל בראיה הראשית - החיפוש הלא-חוקי - ובין הראיות הנגזרות (עניין פרחי, בפסקה 20; ראו והשוו לשיקול שנכלל בהלכת יששכרוב - האם הראיה היתה מתגלית או מושגת על-ידי רשויות אכיפת החוק, גם לולא השימוש באמצעי החקירה הבלתי כשרים (שם, בפס' 70 לחוות דעתה של השופטת ד' ביניש)). אם תרצו, ניתן להבחין בין מקרה שבו באחת מבין חוליות שרשרת פעולות אכיפת החוק נפל פגם כזה או אחר; לבין מקרה שבו חולייתה הראשונה, המשמעותית והיסודית של שרשרת פעולות האכיפה היא-היא שטבולה כל כולה

באי-חוקיות משמעותית. במקרים שכאלו, הפסול שנפל בראיה הראשית מכתים את הראיה הנגזרת באופן היורד לשורש העניין (עניין פרחי, בפסקה 20).

46. אשוב בהזדמנות זו על עמדתי העקרונית כלפי גישה שלפיה "המטרה מקדשת את האמצעים", כך שלצורך גילוי וסיכול פגיעה ניתן להשלים עם סטייה מהוראות הדין באשר לצווי חיפוש:

"מתיאור תרחישים אלו משתמעת הצדקת ביצועו של חיפוש [...] המגלמת בתוכה מֶסָר, אם לא הכרה משתמעת, לפיו המטרה מקדשת את האמצעים. זאת כמעין פשרה (רופפות המגבלות המוטלות כיום על ניהול חיפוש ששכרה בצדה), אל מול הבטחה לכאורה להגברה מאסיבית של כמות העבירות שתתגלנה. משכך, מה לנו להקפיד על הכללים והחוק ועל מגבלות סמכותם של החוקרים?; מה לנו להידרש לטענות על פגיעה בזכויותיהם של נחקרים?; ולשם מה לנו לפעול להצר את צעדי השוטרים והחוקרים? - הרי אם נרפה את הרסן, נגלה ביתר קלות עבריינות. זאת על חשבון רמיסת זכויות הפרט ופגיעה בפרטיות. עמדה כזו אין לקבל. מחויבותו של בית המשפט לשמירת קיומו של הליך הוגן היא מושכל ראשון במעלה המהווה את אבן היסוד עליו נסמך המשפט הפלילי. בהתאם, חובה על בית המשפט למנוע שימוש לרעה בכוח הרב שיש לחוקר אל מול נחקר, ולאזן כוח רב זה על ידי הקפדה כי חוקרי המשטרה מקיימים את הוראות החוק ככתבן וכלשונו" (דנ"פ אוריך, פסקה 42 לחוות דעתי; וראו גם: חוות דעתי בע"פ 4946/20 אינעלם נ' מדינת ישראל (6.6.2022); וכן יוסף אלרון "המשפט הפלילי - על צומת דרכים" ספר סלים ג'ובראן 841 (אהרן ברק ואח' עורכים 2023)).

47. אז כהיום, יש לשוב ולהדהד כי על בית משפט זה מוטלת החובה להגן על הפרט מפני שימוש גורף ופסול בסמכויות גופי החקירה ומפני חריגתם מסמכות. גישה המשלימה עם כל פגם, המעדיפה פעם אחר פעם את האינטרס הציבורי שבהרשעת עבריינים, הסולדת מטענות לפגיעה בזכויות נחקרים וחשודים; היא גישה אשר תוביל, בין היתר, להתדרדרות בתפקוד גופי החקירה, לירידה באמון הציבור באותם גופים ולפגיעה קשה בכל אותם פרטים אשר זכויותיהם נפגעו עד כדי נרמסו. וכפי שציינתי במקרה קודם: "דווקא סבלנותו היחסית של המשפט הישראלי לראיות שהושגו שלא כדין במסגרת ההליך העיקרי מחייבת הקפדה על זכויותיהם של נחקרים כבר בשלבי החקירה המוקדמים. האינטרס הציבורי שבמיצוי החקירה אינו חזות הכול - ולהגנה על הזכות לפרטיות של חשודים בביצוע עבירה פלילית ושל גורמים אחרים המעורבים בפרשה או צדדים שלישיים שאין להם ולא כלום עם הפרשה המתנהלת, חשיבות בלתי מבוטלת" (בש"פ 7917/19 אוריך נ' מדינת ישראל, פסקה 30 (25.12.2019)).

לא בחפץ לב יש להורות על זיכוי מי שבידי המשטרה היו ראיות חפציות המלמדות על אשמתו, אולם לעיתים אין מנוס מתוצאה זו - וכזה הוא המקרה שלפנינו.

48. עוד יש להוסיף, בגדר למעלה מן הצורך, כי לגישתי גם אם לא היינו רואים לנכון לפסול את

הראיות לחובת המערער כאמור, ניתן היה לזכותו גם מטעמי הגנה מן הצדק. דוקטרינת ההגנה מן הצדק חלה במגוון רחב של מקרים בהם ניתן להצביע על פגם חריף וחמור בהתנהלות רשויות האכיפה והתביעה (דנ"פ 5387/20 רותם נ' מדינת ישראל, פסקה 4 לחוות דעתי (15.12.2021)). דוקטרינה זו מעוגנת כעת בסעיף 149(10) לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982, הקובע כי נאשם רשאי להעלות טענה מקדמית שלפיה "הגשת כתב האישום או ניהול ההליך הפלילי עומדים בסתירה מהותית לעקרונות של צדק והגינות משפטית". ביחס להצדקה הניצבת בבסיס הדוקטרינה, פורט:

"ההצדקה המרכזית לשימוש בסמכות זו היא הרצון להבטיח כי רשויות החוק ינהגו באופן ראוי, כמתחייב ממעמדן כגוף שלטוני. היא נועדה לשמש בלם לפעילות אכיפה שלוחת רסן, עיוורת לאינטרסים זולתה, המתכחשת לזכויות הנאשם ולערכים של שלטון חוק. זוהי סמכות יוצאת דופן, וכך גם הנסיבות המצדיקות את הפעלתה. היא משלבת בתוכה מארג מורכב של ערכים מתחרים: קידום האינטרס הציבורי שבהעמדה לדין של עבריינים בצד ההכרח להקפיד בזכויות הנאשם; הרצון להגיע לחקר האמת, אך לא בכל מחיר; הגנה על ביטחון הציבור בצד החובה לשרש שימוש לרעה בכוח שלטוני" (ע"פ 4596/05 רוזנשטיין נ' מדינת ישראל, פ"ד ס(3) 353, 374-375 (2005)).

בכוחה של דוקטרינת ההגנה מן הצדק להוביל לתוצאות מגוונות - כגון ביטול האישום, תיקון כתב האישום, המרת סעיפיו לעבירות קלות יותר או פסילת ראייה ספציפית (זאב סגל ואבי זמיר "הגנה מן הצדק באור חוק סדר הדין הפלילי - סדר חדש של הגינות משפטית" ספר דיוויד וינר על משפט פלילי ואתיקה 231, 259 (2009)).

היחס שבין דוקטרינת ההגנה מן הצדק לבין דוקטרינת הפסילה הפסיקתית, נדון מספר פעמים בעבר בפסיקה (ראו למשל: פסק דינו של המשנה לנשיאה ח' מלצר, בע"פ 2868/13 חייבטוב נ' מדינת ישראל (2.8.2018)). כאשר בעניין פרחי, תואר כי "התכלית של הוגנות ההליך משמשת להם מכנה משותף" (שם, בפסקה 10 לחוות דעתו של השופט א' א' לוי). עם זאת, השימוש בדוקטרינת ההגנה מן הצדק, על המבחן התלת-שלבי שביישומה, נתפס כנדיר ודרמטי יותר, בין היתר בהתחשב בכך שבכוחה להוביל במישרין לביטול האישום.

במקרה שלפנינו, לא ארחיב בדבר ניתוח יישומה של דוקטרינת ההגנה מן הצדק והיחס שבין הדוקטרינות, הואיל וממילא תוצאת פסילת הראיות לפי דוקטרינת הפסילה הפסיקתית מובילה לזיכוי המערער. כהערת אגב, אומר כי בנסיבות אלו של ריבוי פגמים כפי שהתרחשו בהליך זה, אשר שורשם באי-כיבוד זכויות המערער תוך אימוץ פרשנות מרחיבה באופן קיצוני לצו החיפוש שניתן; כאשר צו החיפוש ניתן על בסיס מידע חסר ואף שגוי; והואיל ולאחר כל זאת החיפוש בוצע תוך הפרת החובה לבצעו בנוכחות שני עדים (בניגוד להוראה המפורשת הכלולה בצו החיפוש) - דוקטרינת ההגנה מן הצדק יכולה הייתה להוביל לתוצאה דומה.

אוסף, מבלי לקבוע מסמרות, כי ייתכן שהמקרה שלפנינו מתאים יותר ליישום דוקטרינת ההגנה מן הצדק על פני חברתה, בהתחשב בכך שמדובר בהפרה בוטה ומשהפגם שבלב ההליך הוא בהחלטה המודעת של משטרת ישראל להעניק פרשנות כה רחבה לצו החיפוש. משמע, אין מדובר בשגגה נקודתית של שוטר בעיצומו של החיפוש או במהלך חקירה, אלא בכשל "מערכתי" כפי שציין בית משפט השלום.

49. משתמה בחינת המקרה במבט לאחור, יש להפנות מבט לעתיד: במסגרת הליך זה התברר, בין היתר, כי אין נוהל סדור ביחס לאופן שימוש בתצלום אוויר במסגרת בקשות למתן צו חיפוש. נחשפנו למעשה, כמעט באורח מקרי, לתפיסות סותרות באופן מהותי באשר לטיב השימוש בתצלום אוויר בהקשר זה. בהתחשב בפערים דרמטיים אלו, דומני כי טוב יעשו הגורמים הרלוונטיים אילו יגבשו נוהל אשר יכווין וייתחם את השימוש בתצלום אוויר, באופן אשר יקדם בהירות, ודאות וימנע תקלות דומות.

50. מכלל טעמים אלו, אציע לחברי ולחברתי כי נקבל את הערעור ונורה על זיכוי של המערער.

ש ו פ ט  
השופט א' שטיין:

אני מסכים.

ש ו פ ט

השופטת ר' רונן:

אני מסכימה.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט י' אלרון.  
ניתן היום, ח' בתמוז התשפ"ד (14.7.2024).

ש ו פ ט

ש ו פ ט