



עפ"ג 47321/07/14 - רומן אבשלומוב נגד מדינת ישראל

בית המשפט המחוזי בחיפה בשבתו כבית-משפט לערעורים פליליים

30 אוקטובר 2014

עפ"ג 47321-07-14 אבשלומוב(אסיר) נ' מדינת ישראל

בפני הרכב כב' השופטים:
רון שפירא, סגן נשיא [אב"ד]
אברהם אליקים
בטינה טאובר
המערער
נגד
המשיבה

רומן אבשלומוב (אסיר)

מדינת ישראל

פסק דין

השופט א' אליקים:

מבוא

1. המערער פגש בפגישת אקראי בשני אנשי משטרה, בשעה 02:45 לפנות בוקר בגן ציבורי.

אין מחלוקת כי המערער ידע כי מדובר באנשי משטרה וכי לשאלתם השיב כי אין ברשותו תעודה מזהה. לשאלה הבאה של השוטרים האם הוא מחזיק על גופו דבר מה בניגוד לחוק כטענת השוטרים, או "מה יש לך בכיסים?" כטענת המשיב, הוא השיב מיד, "כן יש לי סכין" ומסר לידי השוטרים סכין שהיה תלוי על חגורתו מאחור.

2. לאחר שמיעת עדויות הורשע המערער בבית משפט השלום בקריות (להלן-בית משפט קמא) במסגרת ת"פ 2743-05-14, (כב' השופט מוחמד עלי), בעבירה של החזקת סכין למטרה לא כשרה, עבירה לפי סעיף 186(א) לחוק העונשין התשל"ז-1977 (להלן-החוק).

בהכרעת הדין נקבע כי התנהגות השוטרים מהווה חיפוש, חיפוש כדין, מכוח סעיף 28(ב)(2) לפקודת הסמים המסוכנים [נוסח משולב], התשל"ג-1973 (להלן-פקודת הסמים) בשל חשד סביר שהצדיק את עריכתו. לאחר שמיעת הטיעונים לעונש, נדון המערער למאסר בפועל לתקופה של 6 חודשים בניכוי ימי מעצרו, עונש מאסר מותנה בן 6 חודשים הופעל במצטבר, כך שהמערער החל ביום 1.5.2014 לשאת בעונש מאסר של 12 חודשים.

תמצית טענות הצדדים

עמוד 1



3. המערער הגיש ערעור על הרשעתו ועל גזר הדין, לטענתו מדובר בחיפוש שנעשה שלא כדין מאחר ולא התעורר כלפיו חשד סביר.

ב"כ המערער הסתמך בטיעונו על בג"צ 465/75 דגני נגד שר המשטרה פ"ד לד(1) 337, (להלן-ענין דגני) ורע"פ 10141/09 בן חיים נגד מדינת ישראל (6.3.2012), (להלן-ענין בן חיים), בנוסף טען כי פניית השוטרים אליו מהווה חקירת חשוד מבלי שידעו אותו בדבר זכויותיו, ומשתי סיבות אלה ביקש לפסול את הראיה-הסכין ולזכותו מכל אשמה.

לחלופין, ביקש להפחית את עונש המאסר שהוטל עליו-6 חודשי מאסר בפועל, בהתחשב בין השאר בכך שלא נגרמה פגיעה כתוצאה מהעבירה, המערער מסר את הסכין לשוטרים מיד שנשאל על כך וכי נכפה עליו חיפוש מבלי שהיה מעורב בעבירה, גם לא בעבירת סמים.

4. המשיבה במסגרת טיעוניה בפנינו, טענה כי לא מדובר בחיפוש אלא שלב מקדים, מידתי של "מלל מתענין" שאינו פעולת חקירה ואינו מצריך אזהרה או הבהרה באשר לזכויותיו של חשוד. אם ייקבע כי מדובר בחיפוש, ביקשה לקבל את קביעותיו של בית משפט קמא, החיפוש נעשה בהסתמך על חשד סביר, וגם אם יקבע כי החיפוש לא היה כדין, היא סבורה בהסתמך על פסקי דין שונים, כי אין במקרה זה הצדקה לפסול את הראיה-הסכין.

באשר לעונש לטענתה בהתחשב בגליון הרישום הפלילי של המערער והתנהגותו, אין להתערב גם בגזר הדין.

הסוגיות שבמחלוקת בערעור

הסוגיה הראשונה- עובדתית, מהו תוכן השאלה שהפנו השוטרים לנאשם, "האם אתה מחזיק על גופך דבר מה בניגוד לחוק" כטענת השוטרים או "מה יש לך בכיסים" ולאחר שרוקן את כיסיו נשאל "האם יש עוד דברים עליך?" כטענת המערער.

הסוגיה השנייה- משפטית, מה משמעות הפעולה שבוצעה על ידי השוטרים בהצגת השאלה או השאלות, האם מדובר בבירור כללי, האם מדובר בחקירה או האם מדובר בחיפוש.

אין מחלוקת כי אם מדובר בחקירה, החקירה נעשתה שלא כדין מבלי להבהיר למערער את זכויותיו ואז תשאל השאלה האם יש לפסול את הראיה שנתפסה והביאה למעשה להרשעת המערער.

אין מחלוקת כי אם מדובר בחיפוש, החיפוש לא נעשה בהסכמה אלא מכוח פקודת הסמים ולכן יש לבדוק האם החיפוש התבסס על חשד סביר. אם לא יאומצו קביעותיו של בית משפט קמא וייקבע כי החיפוש נעשה שלא בהסתמך על חשד סביר, תתעורר אותה שאלה באשר לפסלות הראיה.



-במידה וההרשעה תוותר על כנה, יש לבחון טענות המערער לענין העונש.

דין

אקדים מאחר למוקדם ואבהיר כי בסופו של יום המחלוקת תוכרע על פי השאלה בדבר קבילות הראיה החפצית על סמך דוקטרינת הפסילה הפסיקתית, מאחר ולדעתי בין אם התשאל היווה חלק מהליך חקירה ובין אם התשאל היה חלק מפעולת חיפוש, במקרה זה לא הוצגה בפני המערער האפשרות שלא להפליל את עצמו ומסקנת בית משפט קמא בדבר קיומו של חשד סביר אינה מקובלת עליי.

מהו תוכן השאלה/שאלות שנשאל המערער.

צודק ב"כ המערער ובית משפט קמא לא הכריע במחלוקת העובדתית באשר לתוכן השאלות שהוצגו למערער על ידי השוטרים.

למעשה בית משפט קמא גם לא הכריע באשר לסתירות העולות מתוכן השאלות וזהותו של השואל על פי שלושת המוצגים, ת/2, ת/3, ת/7.

על פי ת/2 השוטר חלווה שערך את המסמך הוא זה ששאל את השאלה שבמחלוקת, על פי ת/7 אותו שוטר טוען כי שותפו שאל את השאלה, גם תוכן השאלה משתנה ממזכר למזכר.

5. במידה והשאלה שהופנתה לנאשם כגרסתו בהודעתו (ת/1), היתה "מה יש לך בכיסים" ולאחר שרוקן את כיסיו נשאל "האם יש עוד דברים עליך?", הרי שמדובר בחיפוש לכל דבר ואפנה לענין **בן חיים** הנ"ל, אשר בו רוכזו 3 תיקים שונים. בענינו של בן חיים שהיה אחד מהתיקים תוארו כך העובדות, לאחר שנערך בירור באשר לזהותו של בן חיים, "בשלב זה ביקש אחד השוטרים מהמבקש להוציא את מה שהוא מחזיק בכיסיו. המבקש עשה זאת ואז נתגלתה סכין שהחזיק", הצדדים ובית המשפט העליון, ראו בתשאל זה חיפוש.

6. בית משפט קמא ניתח את הסוגיה בהסתמך על גרסאות השוטרים במזכרים (ת/3 ות/7) ומתקבל הרושם כי להערכתו זו הגרסה העובדתית המחייבת (ייתכן בשל העובדה כי ת/7 הוגש בהסכמה) ובהמשך הוא מגיע בסעיף 7 להכרעת הדין למסקנה כי מתוכן השאלה שנשאל המערער, יש לקבוע כי מדובר בחיפוש.

7. אבהיר כי השאלה גם אם תוכנה היה כגרסת השוטרים, היא שאלה היוצרת רושם כי מדובר כחלק מהליך חיפוש. לא מדובר בשאלה כללית, אלא בשאלה בקשר להחזקת חפץ "על גופו" של החשוד באותה עת ואולי לא במקרה הגיב המערער מיידית בריקון כיסיו, ואפנה בענין זה לקביעת כב' הנשיאה בדימוס השופטת ד' בייניש בענין **בן חיים**:

"אולם עצם העובדה שהאדם מסייע לחיפוש בכך שהוא פועל בהתאם להוראת השוטר אינה מוציאה את הפעולה מגדר "חיפוש" כמשמעותו בחוק. זאת, כיוון שהוראת

עמוד 3



השוטר לאדם לרוקן את כיסיו נועדה להשיג אותה מטרה שחיפוש הנעשה על ידי השוטר עצמו נועד להשיג - איתור חפץ אסור או מסוכן הנישא על ידי האדם מושא החיפוש"

במקרה זה לפי גרסת השוטרים לא ניתנה הוראה למערער לבצע פעולה אלא נשאלה שאלה, לגביה קבע בית משפט קמא כממצא כי מדובר בפעולת חיפוש, אניח בשלב זה כי מדובר בחיפוש.

האם החיפוש נעשה כדין

8. החיפוש נעשה בעקבות מפגש אקראי, ללא צו חיפוש וללא היכרות מוקדמת בין השוטרים לבין המערער.

בית משפט קמא קבע כי החיפוש נעשה כדין, מכוח סעיף 28(ב)(2) לפקודת הסמים בשל חשד סביר שהצדיק את עריכתו. ואפנה להוראת הפקודה, שוטר רשאי לערוך חיפוש ללא צו חיפוש "אם יש לו יסוד סביר להניח שאותו אדם נושא עמו שלא כדין סם מסוכן", ואני אדגיש כי לא די ביסוד סביר להניח כי בוצעה עבירה כל שהיא אלא החשד צריך להתייחס לעבירה ספציפית של נשיאת סם מסוכן.

9. בית משפט קמא קבע בסעיפים 19-21 להכרעת הדין בהסתמך על העדויות את הממצאים העובדתיים הבאים המביאים לקיומו של אותו חשד סביר אותם הוא מסכם כך:

"החשד נבע מצבר של נתונים: הימצאות הנאשם בשעה 2:45 בגן ציבורי הידוע כמקום בו מתבצעת פעילות עבריינית של סחר בסמים; התמקמות השוטרים בגן ללא קשר כלל בהימצאות הנאשם ומבלי שידעו כי הוא מתעתד לחלוף במקום; והתנהגות הנאשם. הנאשם חלף כשהוא נראה מתנדנד, נפל מהקורקינט וניסה להמשיך בנסיעה כשהוא מסתכל "בחשדנות לעבר השוטרים" ולאחר מכן נראה לחוץ, דיבורו מחשיד ומפיו נודף ריח של אלכוהול".

10. כשמדובר בהליך פלילי, המסקנה העולה מנתונים אלו כשמדובר בהליך פלילי אינה מובילה בהכרח לקיומו של יסוד סביר להניח שאותו אדם נושא עמו שלא כדין סם מסוכן. אזכיר כי עוד בטרם התחיל הליך החיפוש כאמור לעיל, נפל המערער מהקורקינט ונערכה שיחה ממרחק קצר בינו לבין השוטרים, כשהוא מתואר "דיבורו היה מהיר ומגמגם ומפיו נדף ריח חזק של אלכוהול", לשוטרים לא היה מידע ספציפי כי במקום עומדת להתרחש עבירת סמים ובכלל זה לא היה להם מידע כל שהוא בקשר למערער.

ריח חזק של אלכוהול, אותו הריח השוטר יכול להסביר את נפילתו של המערער, בלי קשר לביצוע עבירה כל שהיא ובכלל זה עבירה על פי פקודת הסמים ואולי לא במקרה אחד השוטרים, חלווה במזכרו ת/2 מסביר כי מבחינתו הוא לא ביצע חיפוש כלל כי מיד שניגשתי אליו במענה לשאלה הוא הוציא את הסכין, "טרם הסברתי לו לגבי הסכמה לחיפוש" וגם בדו"ח הפעולה המשלים שנכתב על ידו בעקבות דרישה להשלמת חקירה, הוא לא מצוין כי חשד שהמערער מחזיק בסם מסוכן. חיזוק לכך אני מוצא גם בתוכן השאלה, המערער לא נשאל אם הוא מחזיק בסמים אלא האם הוא מחזיק "דבר מה" בנגוד לחוק, (ת/3, לפי ת/2 השאלה האם הוא מחזיק "משהו שאינו חוקי"). עוד ניתן לראות כי בדו"חות הפעולה ת/2 ת/3 שנערכו בסמוך לאירוע, לא מזכירים השוטרים כי הגיעו למקום בשל היותו



קשור בפעילות סמים, אלא "במהלך פעילות בילוש יזומה", כך שב"זמן אמת", לא היה חשד קונקרטי לביצוע עבירות סמים.

מיותר לציין באשר למהותו של החשד הסביר כפי שנקבע על ידי השופט מ' שמגר (כתוארו אז) בענין **דגני** אליו הפנה ב"כ המערער:

"השוטר שוקל את כלל הנסיבות והעובדות בפניו, הן אלה המחשדות והן אלה הפוטירות את החשוד מזיקה לעבירה, ואם מצטיירת בעיניו תמונה לאורה היה אדם בר-דעת רגיל, מגבש חשד, הרי נוצר בכך יסוד סביר לחשדו והוא רשאי לעצור את החשוד, אם הנסיבות מחייבות נקיטת צעד זה. תמציתו של האמור לעיל היא כי אמונה סבירה באשמתו של פלוני היא סיבה מספקת להפעלת סמכויותיו של השוטר".

אדם בר דעת רגיל, אשר היה רואה את המערער לחוץ ושתוי, לא היה מגיע לאמונה סבירה כי הוא מחזיק סמים ולענין זה לשעה המאוחרת אין משקל מכריע וגם לא למיקומו של הארוע גן בו התבצעו בעבר עסקאות סמים, (השוטרים ראו את המערער במקום בגפו, מבלי שהכירוהו ומבלי שהיה להם מידע מוקדם על עסקה העומדת להתבצע), בדיעבד גם לא נתפסו סמים בחזקתו של המערער.

11. המסקנה המתבקשת, בין אם מדובר בתשאול שאינו חלק מחיפוש ובין אם מדובר בחיפוש, הראיה החפצית-הסכין הושגה שלא כדין תוך פגיעה בפרטיותו של המערער.

אם מדובר בתשאול כגרסת המשיבה בפניו, השאלה שנשאל בענין החזקת דבר "בניגוד לחוק" כורכת באופן טבעי את החובה להזהיר את הנשאל כי אם הוא עבר על החוק יש לו זכויות בהתאם לחוק לרבות הזכות לאי הפללה עצמית.

ואם מדובר בחיפוש כקביעת בית משפט קמא, מצבור הנתונים שעמדו לנגד השוטרים לא מקים חשד סביר לביצועו של חיפוש מכח פקודת הסמים ולכן הראיה הושגה שלא כדין.

האם יש לפסול הראיה-הסכין שנתפסה

12. דוקטרינת הפסילה הפסיקתית נקבעה בע"פ 5121/98 **יששכרוב נ' התובע הצבאי הראשי**, פ"ד סא(1) 461 (2006). על פי אותה הלכה, ראיה שהושגה שלא כדין, אינה ראיה אותה חייבים לפסול, אלא בית משפט נדרש להפעיל את שיקול דעתו בהתאם לנסיבות המקרה, לערוך איזון בין הערכים המתנגשים ולבחון את עוצמת ואופי הפגיעה הצפויה בזכות להליך הוגן כתוצאה מקבלת הראיה.

13. בענין **בן חיים**, המצב העובדתי והמשפטי דומה מאוד לתיק שבפניו ולכן מתחייבת לדעתי תוצאה זהה גם בהליך זה.

באותו מקרה קבע בית המשפט העליון כי סכין נתפשה שלא כדין, (בענין בן חיים דובר על חיפוש בהסכמה מבלי



שהוסברה לנאשם הזכות שלא להסכים, כך שהסכמתו לא היתה הסכמה מדעת), ובכך נגרמה פגיעה בלתי חוקתית בזכות להליך הוגן של הנאשם, הראיה נפסלה והנאשם זוכה.

הראיה בתיק שבפנינו היא ראיה חפצית- דהיינו יש לה קיום עצמאי ונפרד מאי-החוקיות שהייתה כרוכה בהשגתה. התנהגות השוטרים היתה תמתי לב, הם תשאלו את המערער, לאור התנהגותו, נפילתו, השעה והמקום, מבלי כוונה לפגוע בזכויותיו.

מנגד חשוב להדגיש כי העבירה שבוצעה באמצעות אותה סכין, אינה חמורה, מדובר בעבירה של החזקת סכין שלא כדין שלא נעשה בה שימוש לבצוע עבירה אחרת ולכן מידת הפגיעה באינטרס הציבורי כתוצאה מפסילת הראיה והמחיר החברתי הכרוך בכך אינם גבוהים במיוחד.

העובדה כי השוטרים לא יידעו את המערער בדבר זכויותיו, עובר לתשואל או בעת ביצוע חיפוש ללא חשד סביר, הביאה לפגיעה מהותית בזכויותיו החוקתיות להליך הוגן ולכן יש לפסול קבילותה של הראיה.

סיכום

לאור האמור לעיל אמליץ לחבריי לקבל את הערעור, לזכות את המערער ולהורות על שחרורו המיידי מבית הסוהר. לאחר שקראתי את חוות דבר חבריי, הגם שנשארתי בעמדתי, אני מצטרף לדעתם בדבר ההתערבות בגזר הדין והפחתת העונש כאמור בחוות דעתו של סגן הנשיא, כב' השופט רון שפירא.

**אברהם אליקים,
שופט**

השופט ר' שפירא, סגן נשיא [אב"ד]:

1. דעתי שונה מדעת חברי, השופט אליקים, בכל הנוגע לפגם שהתעורר, לכאורה, באופן פניית השוטרים למערער. שותף אני למסקנה כי נפל פגם בפעולת השוטרים כאשר לא הזהירו את המערער כי הם פונים אליו בשאלה על רקע של חשדם ולא הבהירו לו את זכויותיו שלא להשיב לשאלה. הגם שנפל פגם אינני סבור כי די בכך לפגוע בכשרות הראיה שהגיעה לידי השוטרים כתוצאה מאותו פגם בחקירתם. כפועל יוצא מהאמור סבור אני כי דין הערעור על הכרעת הדין להדחות.

עם זאת סבור אני, כי בנסיבות המקרה ראוי להתערב בגזר דינו של בית משפט קמא ולהקל בדינו של המערער. אבהיר להלן.

הערעור על הכרעת הדין



2. העובדות הנדרשות לעניין פורטו בהרחבה בפסק דינו של חברי.

3. ככל שהדבר נוגע לשאלת ביצועו של חיפוש, סבור אני כי במקרה זה כלל לא בוצע חיפוש בכליו של המערער. להבדיל מהמקרה שנדון ברע"פ 10141/09, **פרשת בן חיים**, במקרה שבפנינו לא התבקש המערער לרוקן את כיסיו. מעדותו במשטרה ת/1 עמ' 2 ש' 8 עולה כי השוטר שאל אותו **"מה יש לך בכיסים"** ובתגובה הוציא המערער את תחולת כיסיו, בלא שהתבקש לעשות כן. בהמשך נשאל אם יש עליו דבר מה נוסף והוציא את הסכין שהיה מחובר לחגורתו מאחור. תיאור זה שמסר המערער בחקירתו הראשונה זהה לתיאור שמסר השוטר עידן חליוה במזכר ת/2 ובהמשך במזכר ת/3. תיאור דומה מסר שוטר נוסף בשם מרדכי אלפסי שנכח בזירה במזכר ת/7. הטענה שהשוטרים ביקשו מהמערער לרוקן את כיסיו עלתה לראשונה בעדותו של המערער בבית משפט קמא (עדות מיום 12/6/14 עמ' 8 ש' 24). שם לראשונה אמר המערער כי **"בא אלי שוטר ואמר לי להוציא מה שיש לכם בכיסים"**. בכל יתר עדותו חזר המערער על גרסתו כפי שנמסרה במשטרה, גרסה שהיא זהה לגרסתם של השוטרים בכל הנוגע להשתלשלות האירועים, לרבות הסבריו של המערער להחזקת הסכין. מכאן מתחזק הרושם כי הגרסה המאוחרת, לעניין הדרישה לריקון הכיסים, נולדה בשלב מאוחר יותר (ככל הנראה לאחר שהמערער, אז נאשם, החכים משמיעת טענות בא כוחו המלומד במסגרת מ"ת 14-05-2755 ועיון בהחלטת בית המשפט שם במסגרת הליך המעצר). סבור אני כי ניתן לקבוע ממכלול הראיות כי המערער לא התבקש לרוקן את כיסיו אלא נשאל אם הוא מחזיק על גופו דבר מה לא חוקי, ובתגובה הוציא מיד את כל החפצים שהיו על גופו (בסוברו שאין פגם בהחזקתם) ומסר את החפצים, לרבות הסכין, לידי השוטרים.

4. מכאן לשאלה האם קינן בלב השוטרים **"חשד סביר"** שעל בסיסו פעלו כפי שפעלו. בעניין זה שונה דעתי מדעתו של חברי. עד התביעה השוטר עידן חליוה רשם בדו"ח פעולה ת/3 את תיאור האירוע, נפילת המערער והקורקינט וציין כי המערער **"...נראה מנסה להמשיך בנסיעה ומסתכל בחשדנות לעברינו התנהגות זו החשידה אותו כי יתכן והנ"ל מעורב בעבירה..."**. בעדותו בבית המשפט חזר העד על גרסתו והסביר, במענה לשאלות הסיגור בחקירה נגדית (עדות מיום 12/6/14 עמ' 6 ש' 28 עד עמ' 7 ש' 2):

**"ש.כתבתם בדו"ח שהבחנתם שהוא לחוץ. על סמך מה כתבת שהוא לחוץ?
ת. זה שהוא עמד 20 סמ' ממני. זה היה אחרי שהתקרבותי אליו.
ש. מה שלמעשה עורר את החשד שלך, זה שבזמן שהוא נסע בקורקינט הוא
מעד ממנו וחזר ורצה לשוב ולנסוע?**

**ת. נכון.
ש. בזמן אמת היה עוד משהו מחשיד?
ת. הייתה הסתכלות שלו לצדדים."**

השוטר אלפסי מסר תיאור דומה במזכר ת/7 שהוגש לבית המשפט. העד לא התבקש להעיד בבית המשפט.



5. מכאן השאלה האם סביר הוא כי נסיבות אלו, כפי שתוארו ע"י שני השוטרים, עוררו את חשדם. לעניין זה הביא חברי בציטוט את הדברים שנאמרו ע"י כב' השופט שמגר (כתוארו אז) בפרשת **דגני** ולפיהם **"השוטר שוקל את כלל הנסיבות והעובדות בפניו, הן אלה המחשדות והן אלה הפוטירות את החשוד מזיקה לעבירה, ואם מצטיירת בעיניו תמונה לאורה היה אדם בר-דעת רגיל, מגבש חשד, הרי נוצר בכך יסוד סביר לחשדו..."** (ההדגשה הוספה. ר.ש.) לעניין זה הסבור אני כי התשובה לשאלה חיובית.

שני השוטרים תארו אירוע שעל רקע המקום, השעה והנסיבות, עורר את חשדם. מדובר בממלאי תפקיד ציבורי הפועלים במסגרת תפקידים ומומחיותם כשוטרי בילוש. עומדת לזכותם חזקת תקינות פעולתם, במובן זה שבהעדר ראיה לסתור יש לקבל את גרסתם, כי על פי תמונת המצב כפי שהם ראו אותה, על בסיס ניסיונם המקצועי, מדובר בנסיבות המעוררות חשד. סבור אני כי את דבריו של השופט שמגר לעניין **"אדם בר-דעת רגיל"** יש לפרש כשוטר בילוש רגיל בר-דעת. כי הרי זה יחודו של מקצוע הבילוש ואיסוף המודיעין. האדם הרגיל והסביר יכול שלא יבחין כלל במעשה עבירה המתבצע לאור יום מול עיניו. אנשי בילוש, מודיעין וחקירות מתמחים באיתור אותם סימנים מעוררי חשד. ולכן בהחלט סביר הוא כי איש בילוש או מודיעין המעורה בזירה מסוימת ובדפוסי התנהגות מקובלים אצל השחקנים באותה זירה, יזהה התנהגות מחשידה שאדם אחר כלל לא יבחין בהם ו/או יראה אותם כעניין של מה בכך.

6. במקרה שבפני סברו שני השוטרים, על רקע ניסיונם המקצועי, היכרותם עם הזירה, שעת האירוע וכן היכרותם עם תופעות התנהגות, כי האופן בו נהג המערער בזירה מעורר חשד. לא נטען ואין ראיה כי פעלו ממניעים פסולים ובדיעבד, כך עולה מהמצאים, היה גם בסיס לחשדם. מכאן סבור אני כי פנייתם אל המערער בוצעה על בסיס חשד סביר (הגם שהשוטרים לא הספיקו לבצע חיפוש).

7. עם זאת, מעת שפנו השוטרים אל המערער בשאלה **"האם הוא מחזיק על גופו דבר מה בניגוד לחוק"**, כפי שטוען השוטר עידן חליוה במזכר ת/3 ובעדותו בבית המשפט, הרי שמדובר בפתיחת חקירה בדרך של הצגת שאלה שמשמעה **"האם אתה מבצע כעת עבירה כלשהי"**. שאלה מסוג זה, הנשאלת על בסיס חשד סביר שקינן בליבם של השוטרים, מחייבת, לגישתי, גם את אזהרת הנחקר כי תשובתו, בין אם במילים או בהתנהגות, יכולה לשמש ראיה כנגדו בבית המשפט. מדובר בשאלה שהיא פעולת חקירה לכל דבר ועניין, וכפועל יוצא מכך חלים עליה גם הכללים בדבר אזהרת חשוד בחקירה. ההימנעות מאזהרת המערער (החשוד דאז) בדבר זכויותיו ומשמעות תשובתו פגעה בזכויותיו החוקתיות.

8. מכאן מתעוררת השאלה האם העדר אזהרה ופגיעה בזכויות חוקתיות, בנסיבות כפי שפורטו, צריך להוביל, בהכרח, לפסילת הראיה שהושגה אגב פגיעה בזכויותיו של החשוד. כפי שציין חברי, עניין זה נתון לשיקול דעתו של בית המשפט. דעתי לעניין תוצאת הפגיעה החוקתית והשלכותיה על קבילות הראיה החפצית שנתפסה, בנסיבות המקרה, שונה מדעתו של חברי.

בע"פ 5121/98 **יששכרוב נ' התובע הצבאי הראשי**, פ"ד סא(1) 461 (2006) אימץ בית המשפט, באופן חלקי, את תורת פרי העץ המורעל. כפי שציין חברי, פועל יוצא של ההחלטה בפרשת יששכרוב הוא שיקול דעת



לבית המשפט לקבוע באילו מקרים תיפסל ראייה שהושגה עקב פגם בחקירה הפוגע בזכויות חשוד. לעניין זה ראוי ללמוד מהתפתחות ההלכה בארה"ב, מקום הולדתה של תורה זו.

תורת פרי העץ המורעל באה אל העולם על רקע תופעה שהייתה נפוצה אז, בעיקר במדינות הדרום של ארה"ב, בהם נעצרו חשודים, בעיקר בני מיעוטים, ע"י אנשי משטרה שבאמצעים אלו ואחרים, חלקם כוחניים, גבו מהם הודעות בביצוע עבירות. עם השנים רוככה ההלכה כאשר בתי המשפט עושים את האבחנה בין תקלות בחקירה שהן פועל יוצא של טעות בתום לב או רשלנות של הגורם החוקר, לבין פגיעה מכוונת בזכויות חשוד והתעלמות מכוונת מזכויותיו, במטרה להוציא ממנו הודאה. ככל שמדובר בטעות או ברשלנות, ובמיוחד כשאלו לא פגעו ברצונו החופשי של הנאשם, עת נחקר כחשוד, כי אז אין מקום לפסול את הראיות שהושגו במסגרת אותו הליך, זאת גם אם נפל בו פגם. ראו לעניין זה:

Herring V. U.S., 555 U.S. (פסק דין מיום 14.1.2009);

U.S. V. Leon, 468 U.S. 897

ראו גם: **Arizona V. Evans**, 514 U.S. 1, 14-15, פסק דין שקדם לפרשת Herring, שם הושארה שאלת קבילות ראיות שהושגו אגב ביצוע פעולה מוטעית עקב טעות של שוטר בתום לב, בצריך עיון.

9. כפי שציין חברי - אין כל טענה או ראייה כי פעולת השוטרים בזירה נעשתה שלא בתום לב או בכוונה לפגוע בזכויות המערער, אז החשוד. לכל היותר ניתן ליחס לשוטרים טעות או התרשלנות. במקרה שבפנינו סבור אני כי התנהגות השוטרים לא פגעה ברצונו החופשי של המערער כחשוד שפעל בכל עת מרצון חופשי. ניתן ללמוד על כך שרצונו החופשי של המערער לא נפגם מהעובדה שגם לאחר האירוע בזירת הגן הציבורי, בהמשך אותו הלילה, כאשר הובא למשטרה ונחקר, מסר המערער כי אינו מעוניין להתייעץ עם עורך דין וחזר בחקירתו בדיוק על אותם דברים שאמר לשוטרים בזירה, כפי שתועדו על ידם בדוחות הפעולה. מכאן סבור אני כי בפועל לא נפגם רצונו החופשי של המערער עקב פעולתם של השוטרים, והראיה החפצית נמסרה לשוטרים מרצונו החופשי של המערער, ובכל מקרה בלא שקמו טעמים המצדיקים את פסילתה של הראייה ע"י בית המשפט.

אשר על כן סבור אני כי יש לדחות את הערעור, ככל שהוא מתייחס להכרעת הדין.

הערעור על העונש שגזר בית משפט קמא

10. לעניין זה סבור אני כי יש מקום לקבל את הערעור ולהקל בדינו של המערער. בית משפט קמא קבע כי מתחם העונש ההולם לעבירה שבביצועה הורשע המערער עומד בין עונש של מאסר מותנה לעונש של שמונה (8) חודשי מאסר, ובחר לגזור על המערער (הנאשם בבית משפט קמא) עונש של שישה (6) חודשי מאסר, אליהן הצטרפו גם שישה חודשי מאסר מותנה שהופעל. סה"כ נגזרו על המערער שנים עשר (12) חודשי מאסר לריצוי בפועל ועוד עונש צופה פני עתיד.



11. ככל שהדבר נוגע למתחם העונש ההולם, לא מצאתי כי נפל פגם בגזר דינו של בית משפט קמא המצדיק את התערבותנו במתחם שנקבע. עם זאת סבור אני כי שגה בית משפט קמא בקביעת העונש הראוי שיש לגזור בתוך המתחם ובהתחשב במכלול הנסיבות. סבור אני כי בהביאנו בחשבון את מכלול הנסיבות, יש לקבל את הערעור ולהפחית בעונשו של המערער.

סעיף 40 יא' לחוק העונשין התשל"ז - 1977 קובע כי "בגזירת העונש המתאים לנאשם כאמור בסעיף 40ג(ב), רשאי בית המשפט להתחשב בהתקיימות נסיבות שאינן קשורות בביצוע העבירה, המפורטות להלן, ובמידה שבה התקיימו, ככל שסבר כי ראוי לתת להן משקל בנסיבות המקרה,..." בהמשך מפרט הסעיף מספר נסיבות שניתן להביאן בחשבון ובהן: שיתוף הפעולה של הנאשם עם רשויות אכיפת החוק (סעיף 40יא'(4)) והתנהגות רשויות אכיפת החוק (סעיף 40יא'(9)).

12. במקרה שבפנינו, שיתוף הפעולה של המערער עם רשויות החוק היה מלא. הוא מסר לידי השוטרים את הסכין מבלי שהתבקש לעשות כן והודה מיד בהחזקתו, הן בזירה ובהמשך בחקירתו בתחנת המשטרה. מנגד, וכפי שצוין, לא מילאו השוטרים את חובתם להזהיר את המערער (החשוד דאז) וכפועל יוצא מכך נפגעו זכויותיו החוקתיות.

13. בנסיבות אלו, והגם שעברו הפלילי של המערער מכביד, סבור אני כי היה מקום לגזור עליו עונש קל יותר במתחם העונש ההולם, כפי שקבע בית משפט קמא. בהביאי בחשבון את מכלול הנסיבות, לרבות עברו הפלילי של המערער, סבור אני כי היה ראוי להסתפק במקרה זה בגזירת עונש של חודש אחד של מאסר לריצוי בפועל, אליו יתווסף עונש המאסר המותנה שהופעל. כפי שצוין בית משפט קמא, אין עילה שלא להפעיל את עונש המאסר המותנה במצטבר לעונש שנגזר בעבור ביצוע העבירה בה הורשע המערער.

סיכום

14. אשר על כן, ואם תישמע דעתי, ידחה הערעור על הכרעת הדין ונקבל את הערעור על גזר הדין, באופן שבו נורה כי עונש המאסר שייגזר על המערער, כפועל יוצא מהרשעתו, יעמוד על חודש אחד של מאסר, אליו יתווספו ששת חודשי המאסר המותנה, כך שבסך הכל ירצה המערער עונש של שבעה (7) חודשי מאסר שמניינם מיום מעצרו, 1/5/14.

יתר חלקי גזר דינו של בית משפט קמא יעמדו בעינם.

רון שפירא, סגן נשיא
[אב"ד]



השופט ב' טאובר:

1. לאחר שעיינתי בחוות דעתם של חברי ובמחלוקת שנפלה ביניהם, מקובלת עליי העמדה וכן התוצאה הסופית, כפי שנקבעה בפסק דינו של כב' האב"ד סגן הנשיא השופט שפירא.

עמדותיהם של חברי, בכל הנוגע להכרעת הדין, נבדלות בעיקר בשתי סוגיות עקרוניות: הסוגיה הראשונה עניינה, האם החיפוש או התשאול שביצעו השוטרים היה כתוצאה מחשד סביר. הסוגיה הנוספת, שחברי נבדלים בעמדתם, נוגעת לסוגיה, מה דינן של הראיות שהושגו על ידי השוטרים, לנוכח מסקנתם, כי בין אם מדובר בפעולת חיפוש או תשאול, נפל פגם בפעולות השוטרים, כאשר לא הבהירו למערער את זכויותיו.

2. באשר לסוגית קיומו של חשד סביר אצל השוטרים, לנוכח הודעותיהם של השוטרים חליוה ואלפסי ועדותו של השוטר חליוה, אשר נסקרה בהרחבה בפסק דינו של כב' האב"ד סגן הנשיא השופט שפירא, לאור פירוט אירועי הרקע, המקום, השעה והתנהלות המערער, אכן תמונת המצב הכוללת הצביעה על סימנים מעוררי חשד.

המושג "יסוד סביר לחשד" עניינו חשד אובייקטיבי ומשמעותו היא, שאותו חשד היה מתגבש אצל שוטר סביר בנעליו של השוטר דנן. ראה: יעקב קדמי, **סדר הדין בפלייליים**, חלק ראשון (מהדורה מעודכנת) תשס"ג-2003. המאפיין של "יסוד סביר" מבטא רמת וודאות, הנמוכה מוודאות מוחלטת והיא אף אינה מקבילה לראיות לכאורה. המונח חשד סביר אינו ניתן להגדרה ממצה וחד משמעית, הוא עשוי להיות כלי קיבול לעובדות שנקלטו על ידי השוטר עצמו ואפשר שהחשד יהיה מבוסס על נתונים שנקלטו בחושי של השוטר, על רקע ניסיונו המקצועי. היסוד הסביר לחשד נבחן על רקע נסיבותיו הפרטניות של כל מקרה ומקרה. ובלשונו של כב' השופט שמגר (כתוארו אז) **בפסק דין דגני**, שם נקבע כדלקמן:

"מה הנתונים עליהם יכול השוטר לבסס חשדו; יכול הוא לפעול על-פי מגוון של נתונים ועובדות שהגיעו לידיעתו במישרין, החל מן ההסתכלות הישירה על האירוע, וכלה בהבחנה באחד מחושי האחרים (כגון הריח של אופיום או חשיש). יכול גם שהחשד של השוטר יתבסס על טענותיו של צד שלישי, היינו אין הכרח שהחשדות היו תולדה של עובדות אותן חזה במו עיניו או חש בחושי במישרין".

בנסיבות כפי שתוארו על ידי חברי, מקובלת עלי מסקנתו של כב' האב"ד סגן הנשיא השופט שפירא, לפיה פעולות השוטרים נבעו מחשד סביר שקינן בליבם, וזאת לאור כל הסימנים שנתגלו בשטח. הן השוטר חליוה בעדותו בפני בית משפט קמא והן השוטר אלפסי במזכר ת/7 שהוגש לבית משפט קמא, תיארו אירוע שהתרחש באישון לילה, במקום הידוע כמקום בו מתבצעת פעילות עבריינית של סחר בסמים, שעה שלכל אלה יש להוסיף את התנהגותו המחשידה של המערער. לדברי השוטרים, המערער חלף על פניהם, כשהוא נראה מתנדנד, נפל מהקורקינט, ניסה להמשיך בנסיעה, כשהוא מסתכל "בחשדנות לעבר השוטרים", ולאחר מכן נראה לחוץ ודיבורו מחשיד.



סבורני, כי התמונה הכוללת כפי שתוארה, אף אם אין די בכל אחת מהנסיבות כשלעצמה לבסס חשד סביר, הרי שהשילוב ביניהן הוא המקיים את החשד הסביר והמוביל למסקנה, כי שוטר סביר היה חושד שהמערער היה מעורב בביצוע עבירה.

3. עמדתם של חבריי, לפיה נפל פגם בהתנהלות השוטרים בפנייתם למערער, בלא אזהרת המערער, מבלי שהבהירו לו את זכויותיו ותוך פגיעה בזכויותיו החוקתיות, מקובלת עליי. ואולם, אף אני סבורה, כי אין בכך כדי לפסול את הראיה שהושגה (הסכין) באופן אוטומטי, אלא עניין זה נתון לשיקול דעתו של בית המשפט, כפי שנאמר מפורשות בפסק דין יששכרוב:

"מאחר ודוקטרינת הפסילה החוקתית אינה מבוססת בעיקרה על תכלית הרתעתית-חינוכית, אין לאמץ בשיטתנו המשפטית את תורת 'פירות העץ המורעל'. שאלת קבילותה של ראיה שאותרה בעקבות ראייה פסולה אחרת, תיבחן על פי נסיבותיו של כל מקרה לגופו. ובהתחשב בהשפעה שתהא לקבלתה של ראיה, כאמור, על זכותו של הנאשם להליך פלילי הוגן".

ועוד הובהר בפסק הדין לעניין יישומה של ההלכה, כדלקמן:

"... לבית המשפט שיקול דעת לפסילת קבילותה של ראיה בפלילים, אם נוכח לדעת כי הראייה הושגה שלא כדין וקבלתה במשפט תיצור פגיעה מהותית בזכותו של הנאשם להליך הוגן שלא בהתאם לגדריה של פסקת ההגבלה. מדובר בנוסחת איזון עקרונית השואפת להשגת פשרה ראויה בין מכלול הזכויות והאינטרסים הרלבאנטיים לשאלת קבילותן של ראיות שהושגו שלא כדין ובהם; חשיפת האמת העובדתית, הלחימה בעבריינות וכן ההגנה על שלום הציבור ועל זכויות נפגעי עבירה מחד גיסא, אל מול ההגנה על זכויות הנאשם ועל הגינות ההליך הפלילי וטוהרו, מאידך גיסא".

4. כפי שצינו חבריי, באשר לאופייה וחומרתה של אי החוקיות בהשגת הראיה, הרי שזו במדרג הנמוך והמינורי ביותר. בנסיבות המקרה, אין כל טענה או ראיה, כי פעולת השוטרים נעשתה בכוונה לפגוע בזדון בזכות המערער או בחוסר תום לב. לכל היותר, המדובר בהתנהלות מתוך טעות או התרשלות.

באשר למידת ההשפעה של אי החוקיות על השגת הראיה, בענייננו מדובר בראיה חפצית, בעלת קיום עצמאי ונפרד מאי החוקיות שהייתה כרוכה בהשגתה ואין באי החוקיות כדי לפגוע במהימנותה ובמשקלה של הראיה (פסק דין יששכרוב, פסקה 71). זאת ועוד, מהתנהלות המערער, הן בזירת האירוע והן בחקירתו בתחנת המשטרה, ניתן להתרשם בבירור, כי פניית השוטרים למערער לא פגעה ברצונו החופשי של המערער, שכן גם בחקירתו חזר על הגרסה, שמצאה ביטוי בדו"חות הפעולה שנערכו על ידי השוטרים.



לבסוף, הסכין שנתפסה אצל המערער אינה רק ראיה על החזקת סכין, אלא הלכה למעשה הינה העבירה עצמה. על רקע העובדה, שהתנהלות השוטרים לא שללה את רצונו החופשי של המערער ואין המדובר, אפוא, בפגיעה בלתי מידתית בזכותו של המערער להליך הוגן ובטוהר ההליך המשפטי. זאת ועוד, לא ניתן גם להתעלם מן הנזק העשוי להיגרם לאכיפת הסדר הציבורי ולחקר האמת בנסיבות בהן בשל התנהלות בלתי ראויה ו/או בלתי חוקית של אנשי הרשות תיפסלנה הראיות שנגבו כליל. לפיכך נראה כי הפתרון הראוי בנסיבות מעין אלה יהא כי הראיה אכן תתקבל ותשמש לחובתו של הנאשם ואולם בכפוף לשיקולי הערכת המשקל הרלוונטי, ובלשונו של פרופ' ג' הלוי, תורת דיני הראיות, (כרך ג'), (2013), עמ' 273-274:

"נוסף על כך, היה באימוצה של גישה זו כדי לחזק ערכים קהילתיים. לדידה של גישה זו, אין זה צודק, לעניין אכיפת הסדר הציבורי וחקר האמת, לפטור עברין בלא כלום אך בשל פגיעתם של אנשי הרשות בסדרי הדין המחייבים. עבריינותו של העברין אינה 'מתקזזת' עם התנהלותם הבלתי-ראויה או הבלתי-חוקית של אנשי הרשות. 'קיצוץ' זה יוביל לפגיעה בציבור הנאלץ לשאת את פעילותו של אותו עברין נוכח אזלת ידיהן של רשויות אכיפת החוק. הפתרון הראוי במסגרת גישה זו הוא, כי הראיה אכן תתקבל ותשמש לחובתו של הנאשם בכפוף לשיקולי הערת המשקל הרלוונטיים, ובמקביל יועמדו אנשי הרשות שסרחו לדין (משמעתי או פלילי, לפי העניין). אין בעבריינות מסוג אחד כדי לכפר על עבריינות מסוג אחר.

גישה זו עולה בקנה אחד גם עם הרציונל הבסיסי בדיני העונשין המודרניים בדבר קידומה של השליטה החברתית המשפטית. אם אדם אחד גנב חפץ מאדם אחר והאדם האחר בתגובה גנב מאותו אדם חפץ אחר, אין גניבתם של השניים "מתקזזת" זו כנגד זו ואין שניהם פטורים מאחריות פלילית. המצב המשפטי הנכון במשפט הפלילי בהקשר זה הוא, כי שניהם יועמדו לדין בגין גניבה, כל עברין בגין גניבתו הוא. המניע לגניבה אינו מעלה ואינו מוריד לעניין זה והעמדתה של הגניבה כתגובה לגניבה אחרת אינו מהווה צידוק לביצועה של הגניבה. מעבר לכך, ההנחה הייתה, כי בית המשפט הנו מקצועי ועשוי לבחון כל ראיה לגופה, וכי אין הוא נתון להשפעתן של התרשמויות חיצוניות בלבד, כפי שעשוי חבר מושבעים להיות מושפע בנקל."

5. אשר על כן, מצטרפת אני לעמדתו של כב' האב"ד סגן הנשיא השופט שפירא וסבורה, כי דין הערעור על הכרעת הדין להידחות.

6. בכל הנוגע לערעור המערער על גזר הדין, על רקע מכלול הנסיבות כפי שתוארו בהרחבה בחוות הדעת של חברי ולנוכח שיתוף הפעולה של המערער, כמו גם הפגם שנפל בהתנהלותם של השוטרים, מצטרפת אני למסקנה, כי יש להתערב בגזר דינו של המערער ולהקל על עונשו, הכל כמפורט בפסק דינו של כב' האב"ד סגן הנשיא השופט שפירא.

בטינה טאובר, שופטת



הוחלט ברוב דעות לדחות את הערעור, ככל שהוא מופנה כנגד הכרעת הדין.

הוחלט פה אחד לקבל את הערעור על גזר הדין, להקל בדינו של המערער באופן שבו יעמוד עונש המאסר על חודש אחד של מאסר, אליו יתווספו ששת חודשי המאסר המותנה, כך שבסך הכל ירצה המערער עונש של שבעה (7) חודשי מאסר שמניינם מיום מעצרו, 1/5/14.

יתר חלקי גזר דינו של בית משפט קמא יישארו בעינם ללא שינוי.

ניתן היום, ו' חשוון תשע"ה, 30 אוקטובר 2014, במעמד הצדדים ובאי כוחם.

בטינה טאובר, שופטת

אברהם אליקים,
שופט

רון שפירא, סגן נשיא
[אב"ד]