



ת"פ 44002/09/16 - מדינת ישראל נגד עדן ישראל וקנין

בית משפט השלום בתל אביב - יפו

ת"פ 44002-09-16 מדינת ישראל נ' וקנין

לפני כבוד השופט איתי הרמלין

בעניין: מדינת ישראל

ע"י עו"ד אשר פרי

המאשימה

נגד

עדן ישראל וקנין

ע"י עו"ד שירה קידר

הנאשם

הכרעת דין

מן הטעמים שיפורטו להלן החלטתי לבטל את כתב האישום נגד הנאשם.

1. הנאשם מואשם בכך שביום 16.6.2016 החזיק במכוניתו סכין.

2. בפתחו של המשפט נעתרתי לבקשת הסניגורית לקיים משפט זוטא בשאלת קבילות הסכין כראיה במשפט לנוכח נסיבות תפיסתו (ראו החלטה מפורטת מיום 27.4.2018). לעניין זה אחזור בהמשך הכרעת הדין.

3. בסיומו של משפט הזוטא קבעתי בהחלטה מפורטת מיום 24.12.2018 כי אין לקבל את הסכין כראיה במשפט בשל הצטרפותן של מספר נסיבות עובדתיות: (1) השוטר פנה לנאשם ולאחיו בלי שהיה לו חשד סביר נגדם; (2) השוטר שאל את הנאשם אם יש ברכבו דבר מה לא חוקי מבלי שהעמידו קודם לכן על זכויותיו ובראשן זכותו שלא להפליל את עצמו. כיוון שראה בו חשוד היה עליו להעמידו על זכויותיו כחשוד; (3) השוטר (שהבין ככל הנראה שבהיעדר חשד סביר לא קמה לו סמכות חיפוש) לא השלים את השמעת "אזהרת בן חיים" ולא ניתן לקבוע איזה חלק ממנה הספיק להביא לידיעת הנאשם ולכן יש לדון בחוקיות התפיסה מתוך הנחה שהזכות לסרב לחיפוש לא הובהרה לנאשם; (4) הנאשם מסר לשוטר את הסכין שהיה ברכבו לא מיוזמתו העצמאית והבלתי תלויה, אלא כתוצאה משאלתו של השוטר אם יש ברכב דבר מה לא חוקי ולאחר שהבין שבכוונת השוטר לערוך חיפוש ברכב. בין היתר התחשבתי בהחלטתי לפסול את הסכין כראיה במשפט בכך שבמקרה זה לא מדובר בהפרה טכנית של כללי החקירה אלא בפגיעה חמורה בחיסיון מפני הפללה עצמית שהוא אחת הזכויות המרכזיות של נחקר. עוד התחשבתי בכך שאלמלא הפגיעה בזכויות שהוזכרה לעיל, לא היה נתפס הסכין. זאת, הואיל ולשוטר לא היה חשד סביר שיקים עילה לחיפוש. התחשבתי גם בכך שלא הייתה כל סיבה שלא להעמיד את



הנאשם על זכויותיו או כל קושי להעמיד אותו עליהן. כמו כן התחשבתי בכך שהסכין נועד לשמש ראיה לעצם החזקתו ולא לביצועה של עבירה אחרת (חמורה יותר) באמצעותו, ומכאן שהתועלת בפסילתו כראיה להבטחת הגינות ההליך עולה על הנזק שיגרם כתוצאה מפסילתו.

קבילות הודאותיו של הנאשם במשטרה

4. אין מחלוקת כי לאחר תפיסת הסכין הודה למעשה הנאשם בפני השוטרי בשטח ומאוחר יותר בפני החוקר בתחנת המשטרה בהחזקת הסכין. אין גם מחלוקת למעשה שהנאשם הודה על ידי השוטרים בטרם הודה. הסניגורית מבקשת שדברי הנאשם לשוטרי בשטח והודעת הנאשם בחקירתו בתחנת המשטרה, שיש בה משום הודאה בהחזקת הסכין, יפסלו מלשמש כראיה במשפט. זאת, כיוון שהן ראיות הנגזרות מתפיסת הסכין. התובע מנגד טוען כי פסילת ההודאות במקרה זה תהווה "הכנסת דוקטרינת פירות העץ המורעל דרך החלון".

5. דוקטרינת פסילת הראיות הפסיקתית כוננה בע"פ 5121/98 **טור' רפאל יששכרוב נ' התובע הצבאי הראשי** (2006). בפסק דין זה נקבע אמנם בין היתר כי אין לאמץ לשיטת המשפט הישראלית את הדוקטרינה האמריקאית של "פירות העץ המורעל", שמשמעותה העקרונית היא שתפיסה לא חוקית של ראיה תוביל לא רק לפסילתה של הראיה שנתפסה שלא כדין ("העץ"), אלא גם של כל הראיות שנתפסו כתוצאה מן התפיסה הבלתי חוקית ("הפירות"). עם זאת, נקבע בע"פ **יששכרוב** ש"שאלת קבילותה של ראיה שאותרה בעקבות ראיה פסולה אחרת, תבחן על-פי נסיבותיו של כל מקרה לגופו ובהתחשב בהשפעה שתהא לקבלתה של ראיה כאמור על זכותו של הנאשם להליך פלילי הוגן. בהקשר זה, יהא על בית-המשפט לבחון את מכלול השיקולים עליהם עמדנו לעיל, ובהם: אופיה וחומרתה של אי החוקיות שהובילה להשגת הראיה הראשונה, טיב הראיה הנגזרת בה מדובר, והזיקה בינה לבין אי החוקיות שהיתה כרוכה בניהול החקירה" (פסקה 71 לפסק דינה של השופטת דורית ביניש).

6. בע"פ 4988/08 **איתן פרחי נ' מדינת ישראל** (2011) ניתח השופט אדמונד לוי בהרחבה את הסוגיה של פסילת ראיה נגזרת, ובין היתר כתב כי: "כדי שראיה נגזרת תפסל מלשמש במשפט, על המערער הנטל להוכיח כי בדומה לראיה הראשית שנפסלה, קבלתה של הראיה הנגזרת תוביל לפגיעה מהותית שאיננה מידתית בזכותו להליך הוגן... בתוך כך, יש להביא בחשבון את אופייה הייחודי של הראיה הנגזרת, הבא לידי ביטוי בזיקה המתחייבת בינה ובין הראיה הראשית... ככל שהזיקה בין הראיות חזקה יותר, עשויה אי החוקיות שדבקה בראיה הראשית להכתיב גם את הראיה הנגזרת, וכך תגבר הנטייה לפוסלה... ומהי הזיקה אשר תוביל לקביעה כי אי-החוקיות שבראיה הראשית הפסולה דבקה גם בראיה הנגזרת? מבחינה עובדתית נדרש קשר של סיבתיות בין קיומה של הראיה הראשית לאפשרות השגתה של הראיה הנגזרת ממנה... לכך יש להוסיף דרישה של סיבתיות משפטית, הטומנת בחובה שיקול דעת שיפוטי באשר לנסיבות התומכות בפסילת הראיה הנגזרת... במישור הקבילות, הקשר הסיבתי-משפטי מבטא את קיומה של זיקה מהותית בין הפסול שנפל בראיה הראשית ובין הראיה הנגזרת. כאשר חרף קיומה של סיבתיות עובדתית, התקיים נתק מהותי בין הפסול שנפל בראיה הראשית ובין הראיה הנגזרת,



תקטן הנטייה לפסול את הראיה הנגזרת. טלו למשל מקרה שבו המשטרה מבצעת חיפוש לא חוקי בביתו של אדם, ובחיפוש נמצא נשק שעל פי החשד שימש לביצוע עבירה. בעל הנשק מובל לחקירה, ושם - לאחר שהוזהר כדין - מודה בביצוע העבירה. האם נאמר כי הודאתו - שנגבתה כדין - פסולה אך מהטעם שיש קשר סיבתי עובדתי בין החיפוש הבלתי חוקי לגביית ההודאה? לכך יש להשיב בשלילה. אי-החוקיות שדבקה בכלי הנשק אינה פוגמת בהודאה, שכן מדובר בראיה בעלת אופי שונה, שתוכנה לא ניתן להסקה מקיומו של כלי הנשק, ושנמסרה באופן חופשי ומרצון כאשר באותה עת עמדו לחשוד כל זכויותיו והגנותיו. באלה יש לנתק את הקשר הסיבתי בין אי-החוקיות שבהשגת הנשק להודאה. לעומת זאת, טלו מקרה שבו המשטרה מבצעת חיפוש לא חוקי בביתו של אדם, ובחיפוש זה נמצא מסמך המפליל את בעליו בביצוע עבירה מסוימת. המשטרה שמודעת לקושי שבהגשת המסמך לבית-המשפט, מצלמת את המסמך ומגישה את הצילום (ולא את המקור) כראיה במשפט. האם נאמר כי העותק המצולם יהיה קביל במשפט? במצב זה סבורני כי אין חולק שאי-החוקיות שדבקה במסמך המקורי יורדת לשורשיו של המסמך המצולם..." (פסקה 20 לפסק דינו של השופט לוי).

7. התובע נתלה בטיעונו בשתי הדוגמאות שמביא השופט לוי בסיומו של הקטע שציטטתי לעיל, והצביע על הפער שבין המקרה שבפניי (שבו מדובר בתפיסת ראיה בחיפוש לא חוקי והודאה בחקירת המשטרה בהחזקת החפץ שנתפס) לבין הזיקה ההדוקה שבין מסמך להעתקו הצילומי, שמביא השופט לוי כדוגמה למקרה שבו מוצדק לפסול את הראיה הנגזרת. עוד טען התובע כי ההודאה במשטרה במקרה שבפניי כנגזרת של תפיסת הסכין בחיפוש לא חוקי זהה לדוגמה שמביא השופט לוי למקרה שבו אין לפסול ראיה נגזרת. אני דוחה טענות אלה של התובע. ברי כי השופט לוי בחר במכוון ככלי רטורי בדוגמה הקיצונית ביותר של מסמך והעתקו הצילומי כדי להמחיש את העובדה שיש מקרים שבהם איש לא יחלוק על כך שפסילת הראיה המקורית מחייבת פסילת ראיה הנגזרת ממנה. ואולם, אם בכך היה מתמצה היקף פסילת הראיות הנגזרות, ניתן היה לראות בכך קביעה של כלל פסילה ריק מתוכן. המקרה שבפניי גם אינו דומה כלל לדוגמה שנותן השופט לוי למקרה שבו אין לפסול את הראיה הנגזרת. ברור שכוונתו של השופט לוי בדוגמה זו היא למקרה שבו אדם מודה בחקירתו בביצוע עבירה באמצעות חפץ שנמצא ברשותו בחיפוש בלתי חוקי, אך העבירה שבה הוא מודה אינה עצם החזקת החפץ, אלא עבירה אחרת. זאת, שהרי השופט לוי מציין מפורשות שתוכנה של ההודאה בדוגמה שנתן אינו ניתן להסקה מעצם תפיסת החפץ בחיפוש הבלתי חוקי. אם להרחיב את הדוגמה של השופט לוי: ברי כי אם בחיפוש נתפס כלי נשק ובחקירה באזהרה הודה הנאשם כי בשעה 15:00 בתאריך מסוים שנתיים קודם לכן בדירה שבקומה שלישית מימין ברחוב אברהם כהן שבעיר באר אביב רצח את פלוני אלמוני, אין בין תפיסת הסכין לתוכן ההודאה זיקה גדולה. זאת, בניגוד למקרה שבו היה האדם מודה בחקירה רק בעצם החזקת כלי הנשק שנתפס ברשותו.

8. התובע הפנה עוד לשורת פסקי דין שבהם לא נפסלו הודאות שנמסרו במשטרה אף על פי שקדם להן הליך פגום, כיוון שבטרם מסירת ההודאה נועץ הנאשם בעורך דין - גם אם לא בהכרח ממש בסמוך למסירת ההודאה (ע"פ 8219/13 **אחמד סרחאן נ' מדינת ישראל** (2014), ע"פ 4818/16 **פלוני נ' מדינת ישראל** (2018), ע"פ 846/10 **סאלח בדוי נ' מדינת ישראל** (2014)). לטענת התובע, עצם ההודעה לנאשם בטרם הודה כי זכותו להיוועץ בעורך דין, כפי שהיה במקרה שבפניי שבו הודיעו לנאשם



על זכות זו אך הוא לא מימש אותה, שקולה בהקשר הרלבנטי להתייעצות עם עורך דין. אני דוחה גם טענה זו של התובע. העובדה שבראשית חקירתו במשטרה הודיע השוטר לנאשם כי זכותו להיוועץ בעורך דין משמעותה היא שאין פסול בהודאה כראיה עצמאית, אך אין משמעות הדבר בהכרח שאין היא פסולה כראיה נגזרת. כפי שכתב השופט לוי בע"פ פרחי: "על פי רוב, בחינת חוקיותה של הראיה הנגזרת, במנותק מן הראיה הראשית, תוביל למסקנה כי קבלתה במשפט לא תוביל לפגיעה קשה בהוגנות ההליך, המצדיקה את פסילתה. במקרים אלה יש ליתן משקל מרכזי לאופי הזיקה הקיימת בינה ובין הראיה הראשית". התייעצות עם עורך דין בשלב שבין תפיסת ראיות באופן פסול לבין מסירת הודאה על ידי החשוד מחלישה את הזיקה שבין הראיה שנתפסה באופן פסול לבין מסירת ההודאה. לעומת זאת, עצם ההודעה על הזכות להיוועץ, אינה מחלישה זיקה זו כלל. לא למותר לציין שאין בדברי אלה כמובן כדי לומר כי אין לפסול הודאה בכל מקרה שקדמה לה היוועצות עם עורך דין.

9. התובע התייחס עוד לשני פסקי דין של בתי משפט מחוזיים שבהם נפסלו הודאות בהחזקת חפץ אסור בהחזקה שנמסרו במסגרת חקירה באזהרה, כיוון שקדמה להם תפיסה לא חוקית של אותו חפץ. אשר לע"פ (מרכז - לוד) 28090-02-15 **מדינת ישראל נ' ארז אדרי** (2016) הצביע התובע על כך שבית המשפט התייחס לכך שהנאשם הודה בתשואול פסול בשטח בהחזקת החפץ והודאתו במשטרה היא המשך ישיר לכך. לטענת התובע, במקרה שבפני לא הודה הנאשם בתשואול בלתי חוקי בשטח. טענה זו של התובע מתעלמת כמובן מכך שקבעתי תוך אימוץ גרסת השוטר, שבעקבות פניית השוטר בשטח לנאשם בשאלה אם יש לו דבר מה לא חוקי ברכב, שלא קדמה לה אזהרה, מסר לו הנאשם את הסכין במו ידיו (לא קיבלתי את גרסת הנאשם שהסכין נמצא בחיפוש שערך השוטר). מעשה שיש בו כמובן לכל הפחות ראשית הודאה - שלא לומר הודאה בהתנהגות ממש. כלומר, המקרה שבפני אינו שונה במהותו מזה שנדון בע"פ אדרי. התובע התייחס גם לפסק הדין שניתן בע"פ (ירושלים) 2431-09-14 **ליאת פדר נ' מדינת ישראל** (2015), שם נקבע שפסילתם של סמים שנתפסו בחיפוש בלתי חוקי מרוקנת מתוכן את ההודאה בהחזקתם שנמסרה בחקירה. על פסק דין זה אמר התובע כי מדובר בפסק דין חריג שאינו עולה בקנה אחד עם ההלכה שנקבעה בע"פ פרחי. דעתי אינה כדעתו של התובע גם בעניין זה.

10. הסניגורית הפנתה לשורת פסקי דין של בית משפט השלום שבהם נפסלו הודאות בחקירה כראיות הנגזרות מתפיסה לא חוקית של חפץ שהנאשם מואשם בחזקתו. בין פסקי הדין שאליהם התייחסה הסניגורית: ת"פ (תל אביב) 6221-12-16 **מדינת ישראל נ' ניסים אוהיון** (2018), ת"פ (תל אביב) 29684-12-16 **מדינת ישראל נ' מני יקובוב** (2017), ת"פ (תל אביב) 15052-07-15 **מדינת ישראל נ' אלכסנדר גונצ'רוב** (2016), ות"פ (תל אביב) 50516-05-13 **מדינת ישראל נ' חנה ביניאשוילי** (2016).

11. הקשר בין ראיה חפצית מפלילה הנמצאת בידי המשטרה להודאה שבאה כתוצאה מכך שהחשוד יודע שהראיה המפלילה בידי המשטרה הוא קשר הדוק. זאת, ניתן ללמוד למשל מכך שהודאות שניתנות לאחר שהוצגו לנחקרים ראיות מזויפות המפלילות אותם לכאורה בביצוע עבירה, נתפסות ככאלה שאין ניתנות מתוך רצון חופשי. הצגת ראיות מזויפות מפלילות לכאורה לנחקרים הביאה לכן לפסילתן של



הודאות עוד בטרם כוננה דוקטרינת הפסילה הפסיקתית (מכוח הוראותיו של סעיף 12 לפקודת הראיות [נוסח חדש], תשל"א-1971). כפי שסיכמה את ההלכה בעניין זה השופטת מרים נאור: "הנה כי כן, לפני פרשת יששכרוב נמנעה הפסיקה מלפסול הודאות של חשוד אשר הוטעה על ידי שוטרים בעל פה, אך פסלה ביום ראיות בכתב או זיוף ראיות חפציות. ההבחנה האמורה בין אמירת אי אמת לבידוי ראיה מבוססת על הרעיון כי באמירת אי-אמת על ידי איש מרות נשמרת יכולתו של הנחקר, אשר יודע את המציאות לאשורה, לקבל החלטה חופשית אם להודות או לאו. שכן מול טענה זו יכול הנחקר להציג את גרסתו שלו ונטל ההוכחה יוטל על החוקרים ועל התביעה. בידוי ראיה לעומת זאת, עלול להביא למצב שבו הנחקר החף יסבור שלא תהיה לו יכולת להוכיח את חפותו ועל כן ימסור הודאת שווא" (ע"פ 2939/09 **נחום פילצה נ' מדינת ישראל** (2009)).

12. אם הצגה של ראיה מפלילה מזויפת לחשוד נחשבת ככזו השוללת את חופש הבחירה שלו אם להודות או שמא לא להודות בביצוע עבירה, קל וחומר שחשוד שיודע שנתפס ממנו חפץ האסור בהחזקה שהוא יודע בוודאות שהוא ראיה אמיתית שנתפסה ממנו, צפוי להודות בחקירה בהחזקת החפץ. מכאן שהודאה בהחזקת חפץ שנתפס בחיפוש היא נגזרת ישירה וקרובה מאד של החיפוש. כיוון שכך, כאשר נפסל כראיה חפץ אסור בהחזקה שנתפס בחיפוש בלתי חוקי, יש מקום לפסול ככלל גם הודאה בהחזקת החפץ שבאה בעקבות התפיסה וכתוצאה ישירה ממנה.

13. לנוכח האמור לעיל (ובהיעדר אזהרה בטרם מסירת הסכין כאמור בהחלטתי בעניין קבילות הסכין עצמו) אני פוסל את הודאותיו של הנאשם שנמסרו לשוטר בשטח ולחוקר בתחנת המשטרה.

עדותיו של הנאשם במשפט הזוטא ותוצאתה המשפטית

14. עם פסילת ראיות התביעה - הסכין שנתפס ברשותו של הנאשם וההודאות שניתנו לפי הטענה במהלך טיפולה של המשטרה בתיק - היה אמור תיק זה להסתיים לכאורה בזיכויו של הנאשם בהיעדר ראיות נגדו. ואולם, עדותו של הנאשם במסגרת משפט הזוטא שבמהלכה הודה בכך שברכבו נתפס סכין, מחייבת התייחסות נוספת. זאת, לנוכח הוראת סעיף 154 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], תשמ"ב-1982, הקובע:

154. דין עובדה שהודו בה

עובדה שנאשם הודה בה יראוה כמוכחת כלפיו זולת אם ראה בית המשפט שלא לקבל את ההודיה כראיה או שהנאשם חזר בו מן ההודיה לפי סעיף 153.

15. כפי שהזכרתי לעיל, דוקטרינת פסילת הראיות הפסיקתית כוננה בע"פ **יששכרוב** בשנת 2006. פסק



הדין המכונן בעניין פסילתן של ראיות "חפציות" (כלומר, חפצים המהווים ראיה) ניתן בשנת 2012 (רע"פ 10141/09 **אברהם בן חיים נ' מדינת ישראל**). ואולם, כפי שצינתי כבר בת"פ (תל אביב) 16795-10-15 **מדינת ישראל נ' אליעזר אהל** (2017), גם בחלוק יותר מעשור מאז שניתן פסק הדין בע"פ **יששכרוב** טרם ניתנו תשובות לשאלות מעשיות רבות שמעוררת דוקטרינת הפסילה החוקתית (לעניין זה ראו פסקה 77 בע"פ **יששכרוב**). ההקשר החשוב לענייננו הוא שבהיעדר הסדרה ברורה נמנעים מרבית הנאשמים מלהעיד במשפטם אודות נסיבות החיפוש שנערך אצלם. זאת, בשל החשש שבעדותם במשפט ישאלו אם החזיקו את החפץ שנמצא בחיפוש הבלתי חוקי, ואם יאשרו עובדה זו יהיה בכך משום הודאה בהחזקתו (כשמדובר באישום בעבירות החזקה יהיה בכך משום הודאה בעבירה שבה הם נאשמים), וכל שאלת חוקיות החיפוש ופסילת החפצים שנתפסו בו תתרוקן מחשיבות מעשית. אברהם בן חיים עצמו, נושא פסק הדין המכונן בעניין פסילת ראיות "חפציות", נמנע מסיבה זו מלהעיד במשפטו. זאת, כעולה מפסק הדין של הערכאה הראשונה בת"פ (תל אביב) 6454/07 **מדינת ישראל נ' אברהם בן חיים** (2009) שבו נאמר: "צודק בא כוח הנאשם בטענתו כי הנאשם לא יכול היה לעלות לדוכן העדים על מנת להעיד על העדר ההסכמה, כאשר בחקירתו הנגדית היה נאלץ להודות בהחזקת הסכין, שאז גם אם היה בית המשפט קובע כי הסכין לא תוצג כראיה, דהיינו, הראיה אינה כשרה ואינה קבילה, עדיין יכולה היתה התביעה לבסס את הראיות לאשמתו של הנאשם מעצם הודייתו בעדותו בהחזקת הסכין הנדונה. במצב זה, אין לזקוף לחובתו של הנאשם את בחירתו שלא להעיד". הקושי בהימנעות הנאשם מלהעיד נעוץ בכך שבחלק מהמקרים, ובהם המקרה שבפניי כעת, נסיבות תפיסת הראיות שנויות במחלוקת בין השוטר לבין הנאשם, ולא רק המשמעות המשפטית של נסיבות אלה. כיוון שכך, אם הנאשם מנוע מלהעיד במשפטו אודות נסיבות תפיסת הראיות, יהיה בית המשפט חייב לבחון את חוקיות תפיסת הראיות על בסיס גרסת השוטר בלבד, וכתוצאה מכך לא ניתן יהיה לממש באופן ראוי את דוקטרינת פסילת הראיות.

16. בניסיון להתמודד עם הבעיה שתיארתי לעיל (ומסיבות נוספות), עתרה כאמור לעיל הסניגורית בפתח המשפט לכך ששאלת קבילות הסכין כראיה תוכרע במסגרת משפט זוטא. בהחלטה מפורטת מיום 27.4.2018 הבעתי את דעתי כי הדרך שתעניק את המשמעות הגדולה ביותר לדוקטרינת פסילת הראיות הפסיקתית היא בכך שבמקרים המתאימים יתקיים הליך נפרד בשאלת הקבילות שידון בפני שופט אחר מזה הדין באשמת הנאשם. זאת, בדומה למצב בארצות הברית שם נערך ה-Suppression hearing בפני שופט ולא בפני המושבעים המכריעים באשמת הנאשם. עם זאת, קבעתי שקיומו של הליך מעין זה מצריך שינוי בחקיקה הקיימת. בהחלטתי הצבעתי על הקשיים שבדין בשאלת הקבילות של ראיה לאור דוקטרינת הפסילה הפסיקתית במסגרת משפט זוטא. בין היתר ציינתי כי הכרעה בסוגית הקבילות במסגרת משפט זוטא שידון בנסיבות תפיסת הראיה בלבד, תחייב להגביל את השאלות בחקירה הנגדית, כך שיעסקו רק בנסיבות התפיסה ולא בעבירה בגינה הוגש כתב אישום. עוד ציינתי כי לחלופין ניתן היה אולי להגביל את הקבילות במשפט של הדברים שנאמרו במסגרת משפט הזוטא, אך לא אימצתי פתרון זה לנוכח הבעייתיות הטמונה בו ופורטה בהחלטתי. ציינתי גם באופן מיוחד את הקושי של נאשם להעיד על נסיבות התפיסה של החפץ בלי להודות בעצם החזקתו. על אף הקשיים שעליהם הצבעתי, החלטתי להיעתר לבקשה לקיום משפט זוטא במקרה זה, כיוון שסברתי שעשוי להיות לו יתרון על פני הכרעה בשאלת הקבילות ללא משפט זוטא. אציין כי לא קבעתי בהחלטתי שכל שאלה של קבילות ראיה לאור דוקטרינת פסילת הראיות הפסיקתית צריכה להיות נידונה במסגרת משפט זוטא. קביעותי התבססו על כך שמדובר במקרה זה בתיק שכל עניינו עבירה של החזקת חפץ אסור בהחזקה,



שההגנה טוענת שנתפס שלא כדין. בהחלטתי ציינתי שבחקירה הנגדית יוכל התובע לשאול שאלות רק על נסיבות תפיסת החפץ אך לא על העבירה המיוחסת לנאשם.

17. החשש שאותו הבעתי בהחלטתי התממש עוד בטרם תחילת חקירתו הנגדית של הנאשם במשפט הזוטא, שכן הנאשם הזכיר מיזמתו בעדותו הראשית מספר פעמים את העובדה שברשותו (במכוניתו) היה סכין.

18. התובע ביקש שהנאשם יורשע על בסיס הודאתו במסגרת משפט הזוטא. הסיגורית טענה מנגד כי אין מקום להרשיע את הנאשם על בסיס הודאתו במשפט הזוטא כיוון שהרשעה שכזו תחתור תחת הרציונל לקיומו של משפט הזוטא. לדברי הסיגורית, יש לראות את משפט הזוטא כ"בועה" בתוך המשפט שהדברים שנאמרים בה משמשים רק לצורך הכרעה בסוגיית קבילות הראיה. עוד טענה הסיגורית שבע"פ אדרי הנזכר לעיל אושר הזיכוי בערעור אף על פי שהנאשם העיד במשפט, כיוון שבית המשפט ראה בעדותו במשפט כנגזרת נוספת של עיכובו הבלתי חוקי שהביא לפסילת הסכין שנתפס ברשותו. מכאן לדעת הסיגורית שיש להתייחס באופן דומה גם לדבריו של הנאשם שבפניי במסגרת משפט הזוטא.

19. עיון בהכרעה של בית המשפט המחוזי בלוד בע"פ אדרי ובפסק הדין של הערכאה הראשונה באותו תיק (ת"פ (רמלה) 42828-04-12 מדינת ישראל נ' ארז אדרי (2014)) מעלה כי הנאשם שזוכה אמנם העיד באותו תיק בבית המשפט ואישר שבכליו נמצא סכין. עיון בפסק הדין בערעור מעלה גם כי בית המשפט המחוזי אמנם קשר בין תוכן עדותו של הנאשם במשפט לבין עיכובו הבלתי חוקי, תשאולו הפגום, גרסתו בשטח והעדויות שמסר במשטרה אשר אותה פסל כראיה נגזרת. נראה שהקשר שבו מדובר נוגע להסבריו של הנאשם אשר למטרת החזקת הסכין, שהייתה שנויה במחלוקת, ולא לעצם החזקת הסכין (התביעה ביקשה להיאחז בכך שבבית המשפט הנאשם צירף את המילה "גם" למטרה הכשרה להחזקת הסכין שאותה תיאר בעדותו). כלל לא ברור מפסק הדין שבית המשפט המחוזי ראה בדברי הנאשם בבית המשפט משום הודאה, ובוודאי שבפסק הדין בית המשפט המחוזי לא פסל מפורשות הודאה של הנאשם במסגרת עדותו בבית המשפט כראיה נגזרת. פסק הדין לא מתייחס כלל להוראת סעיף 154 לחסד"פ וודאי שלא נערך בו דיון בהשלכותיו של סעיף זה.

20. עיון בפסקי דין של בתי משפט השלום שבהם זוכו נאשמים מעבירות החזקה בשל פסילת הראיות ה"חפציות" שנתפסו ברשותם של הנאשמים, מעלה כאמור לעיל כי מרביתם של נאשמים אלה לא העידו במשפטם. בפסיקה ניתן למצוא עם זאת גם מספר מקרים שבהם זיכה בית המשפט נאשמים בתיקים מסוג זה אף על פי שהעידו במשפטם. כך למשל בת"פ (כפר סבא) 5719-04-10 מדינת ישראל נ' אליהו גוהרי (2011) זיכה בית המשפט נאשם מאשמה של החזקת סכין, אחרי שפסל את הסכין כראיה בשל נסיבות תפיסתו, אף על פי שהנאשם העיד במשפטו. זאת, כיוון שלאחר פסילת הסכין לא יכול היה בית המשפט להתרשם ממאפייניו של הסכין, ולכן קיבל את גרסתו של הנאשם שהסכין הוחזק למטרה כשרה. בת"פ (רמלה) 46745-10-10 רשות הטבע והגנים ירושלים נ' מוחמד ריאן (2014) ובת"פ



(רמלה) 30774-07-10 **מדינת ישראל נ' ליאב סבג** (2015) זוכו נאשמים מעבירות החזקה אחרי פסילת המוצגים הפיזיים בשל נסיבות תפיסתם. בית המשפט נימק את זיכויים על אף הודאתם בפניו בהחזקה במהלך עדותם, בכך שגם בעניינו של בן חיים עצם החזקת הסכין לא הייתה שנויה במחלוקת ואף על פי כן הנאשם זוכה בבית המשפט העליון (אזכיר כי בן חיים לא העיד במשפטו - א"ה). בת"פ (שלום ת"א) 27302-01-12 **מדינת ישראל נ' אלכסנדר מסלר** (2012) פסל בית המשפט סמים שנתפסו בחיפוש בלתי חוקי, ואחר כך זיכה את הנאשם כשהוא מציין כי "המאשימה לא טענה (ובצדק) כי ניתן להרשיע את הנאשם בלי שהסמים שנתפסו בחזקתו יתקבלו כראיה, כך שפסילת הראיה מובילה לזיכוי של הנאשם". וראו דוגמה נוספת לזיכוי של נאשם מעבירת החזקה לאחר פסילת המוצג הפיזי ועל אף הודאת הנאשם במסגרת עדותו בת"פ (תל אביב) 13802-07-13 **מדינת ישראל נ' רוני זוארץ** (2015).

21. אני דוחה את טענת הסניגורית שלפיה ניתן להתעלם מהודאתו של הנאשם בהחזקת הסכין במסגרת משפט הזוטא. אם ניתן להתעלם מהודאה של הנאשם בעדותו בבית המשפט, הרי אין כל צורך בקיומו של משפט זוטא. זאת, שהרי אם ניתן להתעלם מהודאת הנאשם במשפט, יכול היה הנאשם להעיד כעד הגנה במשפט עצמו, להודות שנתפס ברשותו סכין, ולבקש שבית המשפט יתעלם מהודאתו. סעיף 154 לחסד"פ חל על עדותו של הנאשם במשפט הזוטא בדיוק כפי שהוא חל על עדותו בפרשת ההגנה. לא בכדי קבעתי מראש לכן שהתובע לא ישאל את הנאשם במסגרת משפט הזוטא שאלות שנועדו להפילול בהחזקת הסכין, אלא רק שאלות שמטרתן לברר את נסיבות התפיסה בלבד. הנאשם, שיכול היה להעיד אודות "חפץ" שנתפס ברשותו, הוא שהעיד מיזמתו בעדותו הראשית על כך שברשותו נמצא סכין. זאת, אף על פי שכפי שהזכרתי לעיל בהחלטתי לקיים משפט זוטא התייחסתי לקושי המשפטי והמעשי הנוגץ בקביעה שדברים שנאמרו במשפט הזוטא לא יהיו קבילים במשפט עצמו, ולא בחרתי באפשרות זו.

22. במהלך הסיכומים בעל פה הבהירה הסניגורית שאינה טוענת שהסכין הוחזק למטרה כשרה ואף אינה טוענת כי לנוכח פסילת הסכין כראיה, לא הוכחו תכונותיו של הסכין או שמדובר באולר ולא בסכין. כאשר אפשרתי לסניגורית להשלים בכתב את סיכומיה אשר לטענתה שיש להתעלם מהודאת הנאשם במסגרת עדותו במשפט הזוטא, ביקשה הסניגורית לסגת מהסכמתה לכך שמדובר בסכין כמשמעותו בחוק. אינני מוצא מקום לאפשר לנאשם לחזור בו מהודאתו (באמצעות הסניגורית) שהסכין שבו מדובר תואם את ההגדרה החוקית ושלא מדובר באולר, שכן לא מתקיימות כל נסיבות המצדיקות חזרה מההודאה בנסיבה זו (הואיל והסניגורית אינה טוענת שעומדת לנאשם ההגנה של "מטרה כשרה" להחזקת הסכין, ממילא נראה כי ההבחנה בין סכין לאולר מאבדת מחשיבותה). חשוב מכך, ההגדרה החוקית של סכין בסעיף 184 לחוק העונשין כ"כלי בעל להב או כלי אחר שסוגל לדקור או לחתוך" תואמת את הגדרתו של סכין בשפה המדוברת (ואף רחבה ממנה), ומכאן שהודאת הנאשם (שוב ושוב) בעדותו במשפט הזוטא בכך שהחזיק סכין, די בה כדי להוכיח שהחזיק סכין כמשמעותו בחוק.

הגנה מן הצדק



23. לנוכח הודאתו של הנאשם בהחזקת הסכין בעדותו במשפט הזוטא העלתה ההגנה טענה חלופית שלפיה יש לבטל את כתב האישום נגד הנאשם מכוחה של הגנה מן הצדק בשל הפגמים בפעולת גורמי אכיפת החוק. התובע מתנגד לקבלת הטענה של הגנה מן הצדק במקרה זה כיוון שלדעתו הפגמים בפעולת המשטרה במקרה זה אינם כה חמורים שהם מצדיקים ביטולו של כתב האישום.

24. טענה של הגנה מן הצדק הועלתה בפני כפתרון תיאורטי אפשרי לקושי של הנאשם להעיד על נסיבות תפיסת הראיות מבלי שיפיל את עצמו במסגרת עדות גם בת"פ (תל אביב) 19159-05-16 **מדינת ישראל נ' סולימנוב** (2017), אלא ששם הגיעו הצדדים להסדר טיעון ולא נדרשתי להכריע בה. בהחלטתי לערוך משפט זוטא בתיק שבפניי כעת (החלטה מיום 27.4.2018) התייחסתי ליחס בין הדוקטרינה של הגנה מן הצדק לדוקטרינת פסילת הראיות הפסיקתית וכתבתי בין היתר ש"קיימת חפיפת-מה בין דוקטרינת הפסילה הפסיקתית לפי הלכת יששכרוב לבין טענת הגנה מן הצדק, במובן זה שפגמים בהתנהלות החוקרים עשויים לשמש בסיס לטענת הגנה מן הצדק", כפי שציין השופט עמית בהערת האגב שלו בפסק הדין בעניין גטצאון[1] ... עם זאת, מדובר בשתי דוקטרינות נפרדות ושונות. אחת היא דוקטרינה ראייתית שיכולה להוביל לכך שכתוצאה מפסילת ראיה לא תוכח אשמתו של הנאשם מעבר לספק סביר, ולכן הוא יזוכה. השנייה היא דוקטרינה שמקורה בדיני המניעות ואולי גם בדינים נוספים שמחוץ לדיני הראיות. שימוש בדוקטרינה שנייה זו יכול להביא לביטולו של כתב האישום על ידי בית המשפט (בעבר מכוח סמכותו הטבועה של בית המשפט והיום מכוח סעיף 150 לחוק סדר הדין הפלילי)".

25. במהלך ניהולו של המשפט בתיק זה (לאחר שקיבלתי את ההחלטה לקיים משפט זוטא ובטרם מת הכרעת הדין) קיבל בית המשפט העליון את פסק הדין בע"פ 2868/13 **אלישע חייבטוב נ' מדינת ישראל** (2.8.2018). באותו פסק דין זוכה הנאשם מעבירה של רצח בשל פגמים חמורים שנפלו בחקירתו, והביאו לפסילת הראיות נגדו מכוח דוקטרינת פסילת הראיות הפסיקתית. שניים מן השופטים (חנן מלצר ואורי שהם) קבעו כי הפגמים שנפלו בחקירת המשטרה באותו תיק מצדיקים גם קבלת הטענה החלופית של הגנה מן הצדק. השופטת דפנה ברק-ארז בחרה להשאיר את הסוגיה הנוגעת להגנה מן הצדק "בצריך עיון" וכתבה ש"במובן מסוים, ניתן לומר שדוקטרינת הפסילה הפסיקתית היא כלל קונקרטי יותר, שעל פני הדברים יש לתת לו עדיפות כאשר הפסול בהתנהגותן של רשויות התביעה דבק בשלב של איסוף הראיות, להבדיל מפגמים שעניינם עצם ההעמדה לדין וניהול ההליך הפלילי"[2].

26. אין ספק שבמקרה שבו הפגמים בפעולת הרשות נפלו בפעולת איסוף הראיות יש לבחון את השלכותיהם של הפגמים בראש ובראשונה באספקלריה של דוקטרינת פסילת הראיות. עם זאת, מפסיקת בית המשפט העליון עולה בבירור כי דוקטרינת פסילת הראיות ודוקטרינת ההגנה מן הצדק אינן מוציאות זו את זו. מכאן שלאחר הבחינה בראי דוקטרינת פסילת הראיות, אם לא הובילה פסילת הראיות לזיכוי הנאשם ניתן לבחון את הפגמים שנפלו בפעולת הרשות בשלב איסוף הראיות גם באספקלריה של דוקטרינת ההגנה מן הצדק.



27. דוקטרינת פסילת הראיות הפסיקתית אמנם הובילה אותי למסקנה שיש לפסול את כל ראיות התביעה שנאספו בתיק זה בחקירת המשטרה, אך אין היא יכולה להוליך לזיכוי של הנאשם, כיוון שכאשר העיד בעניין נסיבת תפיסת הסכין במשפט הזוטא הודה מבלי משים בהחזקת הסכין.

28. אני סבור שהפגם שנפל במקרה זה בתפיסת הסכין (אשר הביא אותי כמפורט לעיל לפסול את כל ראיות התביעה) הוא פגם חמור בפעולת הרשות גם בראי הדוקטרינה של הגנה מן הצדק. פניית השוטרים לשני טכנאי מזגנים צעירים שעמדו ליד רכבם באמצע היום ברחוב בגבעתיים נעשתה ללא כל חשד סביר, והעלתה אצלם חשש מובן כי נעשתה על רקע השתייכותם הקבוצתית. הנאשם נשאל אם ברשותו חפץ אסור בהחזקה מבלי שהועמד על זכותו שלא להשיב על שאלה זו ולהתייעץ עם עורך דין, אף על פי שהשוטר ראה בו חשוד. כתוצאה משאלת השוטר שלא קדמה לה אזהרה ועוד בטרם הספיק השוטר ליידע את הנאשם כי זכותו לסרב לחיפוש, מסר לו הנאשם את הסכין כהקדמה לחיפוש שעמד השוטר לערוך ברכבו של הנאשם (הרחבה בדבר נסיבות תפיסת הסכין ראו בהחלטתי במשפט הזוטא מיום 24.12.2018).

29. אני סבור שניהולו של משפט בגין עבירה של החזקת סכין כאשר הסכין נתפס בנסיבות כפי שנתפס במקרה זה (ואשר תוארו בהרחבה בהחלטתי במשפט הזוטא) עומד בסתירה מהותית לעקרונות של צדק והגינות משפטית. יתכן שניתן לומר גם שניהול המשפט לאחר פסילת כל ראיות התביעה מכוח דוקטרינת פסילת הראיות הפסיקתית עומד בסתירה מהותית לעקרונות של צדק והגינות משפטית. כך או כך, בהתחשב בכך שהנאשם מואשם בהחזקת הסכין שנתפס שלא כדין בלבד, אני סבור כי הסעד הראוי לפגיעה בזכויות הנאשם באופן שבו נתפס הסכין הוא ביטול כתב האישום שהוגש נגדו בגין החזקתו.

30. לנוכח כל האמור לעיל והואיל ומתקיימים שלושת המבחנים שנקבעו בע"פ 4855/02 **מדינת ישראל נ' ד"ר איתמר בורוביץ** (2005), אני קובע כי עומדת לנאשם הגנה מן הצדק, ומבטל את כתב האישום.

זכות ערעור תוך 45 יום לבית המשפט המחוזי.

ניתנה היום, 22 בספטמבר 2019, במעמד הצדדים



[1] עפ 6144/10 **טדרוס גטצאו נ' מדינת ישראל** (2013).

[2] השופטת ברק-ארז אף הוסיפה הסתייגות מן האפשרות שעלתה בפסק דינו של השופט מלצר להעמיד לדין מחדש את מי שכתב האישום נגדו בוטל בתום משפטו מכוחה של ההגנה מן הצדק.