



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
המאשימה (המשיבה):
ע"י עו"ד לילי קצב
נגד

הנאשם (המבקש):
ע"י עו"ד שירה קידר
עדן ישראל וקנין

החלטה בבקשה לקיום משפט זוטא

1. נגד המבקש הוגש כתב אישום המייחס לו עבירה של החזקת סכין. רשימת עדי התביעה כוללת שני שוטרים וחפץ המתואר כ"סכין/דוקרן/אולר".

2. הנאשם מתכוון לטעון במשפט נגד קבילות הראיות נגדו שהן החפץ שנתפס והודאתו. הטענות הן מכוחה של דוקטרינת פסילת הראיות הפסיקתית שהורתה בפסקי הדין בעניין **יששכרוב [1]** ו**בן חיים [2]**. הנאשם מבקש כי טענותיו ידונו במסגרת משפט זוטא, שבו יוחלט אם לפסול את החפץ שנתפס כראיה. התביעה מתנגדת לבקשת הנאשם וטוענת כי יש לבחון את הטענות במסגרתם של סדרי הדין הרגילים.



3. כהצדקה לבקשתה מצביעה הסניגורית על כך שנאשמים רבים הטוענים כי יש לפסול את הראיות נגדם מכוחה של דוקטרינת הפסילה הפסיקתית בתיקים שעניינם החזקת חפץ אסור, נמנעים מלהעיד בפרשת ההגנה במשפטם בדבר נסיבות תפיסת הראיות. זאת, כיוון שבעדותם יהיו חייבים להשיב לשאלה אם החזיקו בחפץ האסור, ואם יפלילו את עצמם בכך, לא תהיה עוד כל משמעות לשאלת נסיבות תפיסת החפץ, מפני שההחזקה בו תוכח בעצם הודאתם.

4. הסניגורית מצביעה על פתרונות שונים לבעיה שעליה הצביעה, שננקטו בתיקים אחרים. כך למשל בת"פ (כפר סבא) 5179-04-10 **מדינת ישראל נ' אליהו גוהרי** (2011) זיכה בית המשפט את הנאשם מעבירה של החזקת סכין לאחר שפסל את הסכין מלשמש כראיה, אף על פי שהנאשם העיד בפניו כי החזיק בסכין. בית המשפט נימק את הזיכוי בכך שבהיעדר הסכין אין הוא יכול לקבוע אם מאפייניו של הסכין תואמים את דרישות החוק. בתיקים נוספים שאליהם מפנה הסניגורית זוכו נאשמים מעבירות של החזקת חפץ אסור לאחר שנפסלו הראיות החפציות נגדם אף על פי שבעדויותיהם במשפט הודו למעשה בהחזקת החפץ. בית המשפט זיכה נאשמים אלה מבלי שהצדיק זאת בקושי ראיתי ספציפי לבסס הרשעה על הודאותיהם (ראו: ת"פ (רמלה) 46745-10-10 **רשות הטבע והגנים נ' מוחמד ריאן** (2014), ת"פ (רמלה) 30774-07-10 **מדינת ישראל נ' ליאת סבג** (2015) ות"פ (תל אביב) 27302-01-12 **מדינת ישראל נ' אלכסנדר מסלר** (2012), שבו ציין בית המשפט שהתביעה הסכימה לזיכוי הנאשם אם הראיה החפצית תפסל). עוד הפנתה הסניגורית להחלטת ביניים מיום 6.2.2018 בת"פ (תל אביב) 18168-02-15 **מדינת ישראל נ' תומר לוי** שבו הסכימו הצדדים להצעת בית המשפט שלפיה לאחר שמיעת ראיות התביעה כולן, יוכל הסניגור לבקש כי הנאשם יעיד רק לעניין נסיבות תפיסת הראיות ולא יחקר על האשמה גופא. עם זאת, בסופו של דבר במהלך שמיעת עדויות עדי התביעה באותו תיק הגיעו הצדדים להסדר טיעון שבמסגרתו הודה הנאשם והורשע, כך שלא התקבלה החלטה סופית של בית המשפט בעניין סדר הדין.

5. בבקשתה לקיים משפט זוטא שבו ייבחנו טענותיו של הנאשם מכוח דוקטרינת פסילת הראיות הפסיקתית מסתמכת הסניגורית על דעת היחיד של השופט סלים ג'ובראן בע"פ 6144/10 **טדורס גטצאו נ' מדינת ישראל** (2013), על מאמרם של ברק אריאל, בנימין בלום ויורם רבין "אופן בחינת הודאות חשודים בדין הפלילי בישראל: בחינה מהותית ופרוצדוראלית של היחס בין סעיף 12 לפקודת הראיות לדוקטרינת הפסלות הפסיקתית", **משפטים מ"ו**, עמ' 815 (2017) ועל דברים שכתבתי בהחלטה בת"פ (תל אביב) 19159-05-16 **מדינת ישראל נ' אדוארד סולימנוב** (2017).

6. התביעה מסתמכת בהתנגדותה לבקשה לקיים משפט זוטא על החלטה לדחות בקשה דומה שהוגשה בת"פ (תל אביב) 60543-02-15 **מדינת ישראל נ' לוטפי עאמר** (17.7.2016). התובעת מביאה בתגובתה שניים מנימוקי בית המשפט באותה החלטה. ראשון הנימוקים מתוך ההחלטה הוא שלפי סדרי הדין המוכרים בחקיקה ובפסיקה בישראל, משפט זוטא מתקיים רק לשם בחינת קבילות הודאה לפי סעיף 12 לפקודת הראיות (כלומר, בחינה אם ההודאה ניתנה מתוך רצון חופשי). התובעת עצמה טוענת בהקשר זה כי סדרי דין נקבעים על פי חוק. הנימוק השני מתוך אותה החלטה הוא שההכרעה בשאלת חוקיות חיפוש אינה בינארית וטענות בדבר חוקיות החיפוש נבחנות על רקע נתונים ושיקולים רבים, ולכן



לא ניתן להפריד את בירור הטענה בדבר חוקיות החיפוש משמיעת כלל הראיות. התובעת מדגישה את עמדתה שלפיה לנוכח מורכבות ההחלטה אם לפסול ראייה מכוח דוקטרינת הפסילה הפסיקתית יש הכרח לשמוע את כל הראיות בטרם הכרעה, ולכן לטענתה משפט זוטא שהבחינה בו היא נקודתית אינו מסגרת מתאימה לבירור הטענה.

7. התובעת מוסיפה וטוענת כי אין מקום לעריכת משפט זוטא לבירור הטענה כי יש לפסול כראיה חפץ שנתפס בחיפוש בלתי חוקי, משום שממילא יתכן כי קיימות נגד הנאשם ראיות נוספות שאותן יוחלט אולי שיש לקבל. בעניין זה מפנה התובעת להחלטה בע"פ (תל אביב) 11347-03-15 **מדינת ישראל נ' חנה ביניאשוילי** (2015).

8. התובעת מוסיפה וטוענת כי קיום משפט זוטא יפגע ביעילות הדיון, כיוון שיחייב שמיעה כפולה של עדים.

9. לסיום טוענת התובעת כי קבלת הבקשה עשויה להביא לכך שבקשות דומות לקיום משפט זוטא יוגשו בקשר לקשת רחבה של טענות הנוגעות לקבילות ראיות.

הכרעה:

10. במשך כשישים השנים הראשונות לאחר קום המדינה לא הכיר המשפט הישראלי באפשרות לפסול ראייה בשל התנהגות פסולה של הרשויות שהובילה להשגתה. זאת, למעט בשלושה מקרים שנקבעו בחוק. המקרה הראשון הוא זה שבו הודאת חשוד במשטרה ניתנה שלא מרצונו החופשי (למשל כתוצאה מאלימות שהופעלה נגדו על ידי החוקרים) - כפי שנקבע בסעיף 12 לפקודת הראיות [נוסח חדש], תשל"א-1971. המקרה השני הוא של ראייה שנתקבלה בהאזנת סתר בלתי חוקית - כפי שנקבע בסעיף 13 לחוק האזנת סתר, תשל"ט-1979. המקרה השלישי הוא של ראייה שהושגה תוך פגיעה בפרטיות כמובנה בחוק - כפי שנקבע בסעיף 32 לחוק הגנת הפרטיות, תשמ"א-1981.

11. בשנת 2006 קבע בית המשפט העליון ב**פסק הדין בעניין יששכרוב** שהוזכר לעיל, כי בית המשפט מוסמך באופן כללי לפסול ראיות שנתפסו שלא כדין על ידי הרשויות גם במקרים אחרים משלושת המקרים הקבועים בחקיקה שהוזכרו לעיל. בית המשפט קבע כלל פסילה גמיש שאינו מחייב פסילה של כל ראייה שנתפסה שלא כדין. בית המשפט העליון ציין שורה ארוכה של שיקולים שאותם יש לשקול לצורך הכרעה אם לפסול ראייה שהושגה שלא כדין. קבוצת השיקולים הראשונה עניינה באופייה של אי החוקיות שהייתה כרוכה בהשגת הראיה ובחומרתה של אותה אי חוקיות. קבוצת השיקולים השנייה נוגעת למידת ההשפעה של האופן הפסול שבו נתפסה הראיה על הראיה עצמה. קבוצת השיקולים השלישית נוגעת לבחינת הנזק החברתי שיגרם כתוצאה מפסילת הראיה אל מול התועלת החברתית שתצמח מפסילתה. בשנת 2012 החיל בית המשפט העליון ב**פסק הדין בעניין בן חיים** שהוזכר לעיל את דוקטרינת הפסילה הפסיקתית גם על ראייה חפצית שנתפסה בחיפוש בלתי חוקי.



12. פסק הדין בעניין **יששכרוב** שכונן את דוקטרינת פסילת הראיות השאיר שאלות רבות פתוחות. כדבריה של השופטת דורית ביניש בפסקה 77 לפסק הדין: "פסק-דינו מניח תשתית לאימוצה של דוקטרינה פסיקתית לפסילת ראיות שהושגו שלא כדין, אולם אין בדברינו משום מענה מלא למכלול השאלות הכרוכות באימוצה של דוקטרינה כאמור. כך למשל, אין בפסק-דינו התייחסות לשאלה האם בקשה לפסילת ראיה שהושגה שלא כדין שמורה לנאשם בלבד או שמא גם התביעה יכולה להעלותה; או למשל: על מי הנטל להוכיח את המישור הראייתי הכרוך בבקשה לפסילה כאמור ומהו השלב המתאים להעלותה. שאלות אלה יזכו בוודאי למענה בעתיד - אם בדרך של חקיקה שתהא תואמת להוראותיו של חוק היסוד, ואם בפסיקתו של בית-המשפט בדרך של צעידה זהירה ממקרה למקרה".

13. כפי שצינתי בפסק הדין בת"פ (ת"א) 16795-10-15 **מדינת ישראל נ' אליעזר אהל** (2017) ובהחלטה בעניין **סולימנוב** שהוזכרה לעיל ואשר על האמור בה אחזור להלן, אף כי חלף יותר מעשור מאז שניתן פסק הדין בעניין **יששכרוב** עד היום לא נקבע בחקיקה או בפסיקת בית המשפט העליון סדר דין מיוחד לדיון בטענה כי יש לפסול ראיה מכוחה של דוקטרינת פסילת הראיות הפסיקתית. בפסק דין **נטצאו** שהוזכר בבקשת ההגנה בתיק זה, אכן הציע השופט ג'ובראן את האפשרות כי טענה שכזו תידון במסגרת משפט זוטא, אך היה זה בהערת אגב, והשופט יצחק עמית בהערת אגב משלו באותו פסק דין הביע עמדה הפוכה השוללת את השימוש במשפט זוטא לשם בירור טענת פסלות ראיה מכוח דוקטרינת הפסילה הפסיקתית. השופט עמית נימק את עמדתו בהכבדה על בית המשפט הנועצה בצורך לקבל החלטה נפרדת בעניין קבילות הראיה באמצע המשפט ובכך שההחלטה אם לקבל את הראיה צריכה להתקבל על רקע מכלול הראיות. עוד יש לציין שבדנ"פ 5852/10 **מדינת ישראל נ' מאיר שמש** (2012) שבו קבע בית המשפט העליון בדעת רוב כי בטענות בעניין פסלות ראיה יש לדון במסגרת ההליך העיקרי וזאת בשל גמישותה ויחסיותה של דוקטרינת פסילת הראיות הפסיקתית, כתבה השופטת ביניש בהערת אגב בפסקה 30 כי "אין חולק כי מבחינת סדר הבאת הראיות במשפט ניתן בהחלט לדון בשאלת קבילותה של ראיה זו או אחרת מייד לאחר פתיחת המשפט" (כך נעשה למשל בעניין ראיית ה-DNA בתפ"ח (תל אביב) 1084/06 **מדינת ישראל נ' איתן פרחי** (החלטה מ-26.4.2007)). הדברים האמורים לעיל ממחישים את העובדה שלא נקבעה הלכה בשאלה אם אפשר ואם רצוי לקיים משפט זוטא לבירור טענה לפסלות ראיה מכוח דוקטרינת פסילת הראיות הפסיקתית. בצד זאת יש לשים לב לכך שאיש משופטי בית המשפט העליון שהעירו הערות אגב בנושא זה לא העלה את הטיעון הניב ברש טיעוני התביעה בפניי (בהתבסס על החלטת בית משפט השלום בעניין **עאמר**) שלפיו לא ניתן לקיים משפט זוטא לבירור טענת פסלות הראיה, כיוון שהוא אינו מעוגן בחוק.

14. דוקטרינת פסילת הראיות הפסיקתית היא אכן דוקטרינה "יחסית" וגמישה, אך תנאי בסיסי להפעלה נכונה שלה הוא בירורן של העובדות במקרה הספציפי. במקרים רבים כדי לברר לאשורן את הנסיבות שהובילו לתפיסת הראיה שאותה מבקשים לפסול, על בית המשפט לשמוע גם את עדותו של הנאשם (לעניין זה ראו **פסק הדין בעניין ביניאשוילי** שהוזכר לעיל). הדברים נכונים במיוחד במקרים שבהם מדובר בראיה חפצית שנתפסה אצל הנאשם. כך למשל, במקרה שבו טוען שוטר שערך חיפוש בכליו של הנאשם כיוון שהתנהגותו עוררה אצלו חשד, יש לשמוע גם את עדות הנאשם אודות התנהגותו כדי לקבוע אם אמנם קם חשד סביר נגדו. כך גם למשל במקרה שבו לא הייתה עילה לחיפוש, אך נטען כי הנאשם הסכים שיערך חיפוש כזה תוך "ויתור מדעת" על זכויותיו, יש מקום לשמוע את עדות הנאשם



בשאלה אם הסכים לחיפוש ומה היו הנסיבות שבהן ניתנה הסכמתו זו (שהרי בפסק הדין בעניין בן חיים שהוזכר לעיל, נקבע בדעת רוב ששוטר המעוניין לבצע חיפוש על אדם ללא עילה מכוח החוק, אינו חייב להחתימו על מסמך שבו מאשר אותו אדם שהוסבר לו כי אינו חייב להסכים לחיפוש).

15. כאשר השאלה אם לפסול חפץ שנתפס כראיה נדונה במסגרת סדר הדין הרגיל, אין הנאשם יכול להעיד ולמסור את גרסתו אשר לאופן תפיסת הראיה. הסיבה לכך היא שאם הנאשם מעיד במסגרת פרשת ההגנה במשפט, יכול התובע לשאול אותו האמנם החזיק בחפץ שנתפס ובכך לייתר את הדין בשאלה כיצד נתפס החפץ כראיה בחקירת המשטרה. אם כתוצאה ממצב דברים זה הנאשם אינו מעיד כדי להימנע מהפללה עצמית, בית המשפט נאלץ להכריע בשאלה כיצד נתפסו הראיות בהסתמך על עדויותיהם של עדי התביעה בלבד, ובכך נפגעת יכולתו לברר את הנסיבות האמיתיות של תפיסתן.

16. כאמור לעיל, ההגנה הפנתה בבקשתה לפסקי דין שבהם זיכו שופטי שלום נאשמים אף על פי שהודו בהחזקת חפץ אסור בהחזקה בעדותם בפרשת ההגנה במשפט (עדות שניתנה כדי לבסס טענה שיש לפסול את אותו חפץ כראיה נגדם). בהקשר זה יש להזכיר, שעובדה שהנאשם מודה בה במשפט אינה טענה הוכחה נוספת (כך לפי סעיף 154 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], תשמ"ב-1982). כלומר, אם כחלק מעדותם במשפט הודו הנאשמים באותם תיקים בהחזקת החפץ האסור לא הייתה אמורה להיות חשיבות ראייתית לכך שהחפץ עצמו נפסל כראיה מכוח דוקטרינת פסילת הראיות הפסיקתית, שהרי מבחינת דיני הראיות די היה בהודאת הנאשמים במשפט כבסיס ראייתי להרשעה. כמובן, לא תמיד תסכים התביעה (מתוך הגינות בלבד) לכך שפסילת הראיה תביא לזיכו הנאשם כפי שהסכימה באחד התיקים שאליהם הפנתה ההגנה. התביעה גם תוכל לשאול נאשם שמעיד בפרשת ההגנה במשפט על מאפייניו של סכין שבו החזיק, ובכך להתגבר ראייתית על העובדה שהסכין עצמו נפסל כראיה, ולמנוע את זיכו הנאשם כתוצאה מאי הוכחת מאפייניו של הסכין, כפי שקרה באחד התיקים שאליהם הפנתה ההגנה. אשר לשני פסקי הדין הנוספים שאליהם הפנתה ההגנה ושהם לא צוין טעם מיוחד לזיכו - אף שלא נאמר בהם כך, יתכן שתוצאתם נבעה למעשה גם מדוקטרינת ההגנה מן הצדק ולא נסמכה רק על דוקטרינת פסילת הראיות הפסיקתית.

17. יש לזכור כי פסק הדין בעניין בן חיים עסק בפסילת ראיה חפצית מכוח דוקטרינת פסילת הראיות הפסיקתית ולא בביטול כתב אישום מכוח דוקטרינת ההגנה מן הצדק. אמנם "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 גטצאו שהוזכר לעיל. 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[3] 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).



18. כאמור לעיל, במצב העניינים הנוכחי בית המשפט מתקשה לקבל את מלוא הראיות שראוי שיהיו בידיו לשם הכרעה בשאלה אם יש לפסול ראייה מכוח דוקטרינת פסילת הראיות הפסיקתית. זאת, משום שנאשם החולק על הנסיבות העובדתיות של תפיסת הראייה כפי שהוצגו על ידי עדי התביעה אינו יכול להעיד ולהציג בעדותו את גרסתו העובדתית בעניין זה בלי להיות חשוף לחקירה נגדית מלאה אודות אשמתו בביצוע העבירה. הכרעה בשאלה אם לקבל ראייה מסוימת על בסיס עדויות צד אחד בלבד היא פחות אמינה, נוגדת את עקרונות הצדק ומצמצמת מאד את כוחה של דוקטרינת הפסילה הפסיקתית.

19. יתר על כן, דחיית ההכרעה בעניין קבילות ראייה לסיום המשפט מקשה על בירור האמת באופן נוסף. זאת, כיוון שנאשם ש"יהמר" שהראייה החפצית נגדו תפסל בהכרעת הדין והוא יזוכה, ימנע מלהעיד בפרשת ההגנה. תוצאה זו אינה רצויה כיוון שלעדויות של הנאשם בפרשת ההגנה יש כמובן תרומה גדולה לבירור האמת גם בהיבטים שאינם קשורים לשאלה אם לפסול ראייה זו או אחרת. בהקשר זה דוגמה שגרתית לדילמה לא רצויה שאלה נקלע נאשם המואשם בעבירה של החזקת סכין, כמו הנאשם שבפניי, היא במקרה שבו הוא מבקש לטעון שתי טענות - הן שהסכין נתפס ממנו שלא כדין ויש לפסול אותו כראייה והן שהחזיק בסכין למטרה כשרה, ולכן לא עבר עבירה. דחיית ההכרעה בטענה לפסלות הסכין כראייה עד לסיום המשפט מאלצת לעיתים את הנאשמים לבחור בין שתי טענות אלה, שיכולות כמובן מבחינה עובדתית ומשפטית להתקיים זו בצד זו. זאת, כיוון שמדובר בטענות שאינן סותרות מבחינה עובדתית, שהרי יתכן שסכין שהוחזק למטרה כשרה נתפס באופן בלתי חוקי על ידי המשטרה. יתר על כן, מדובר בשתי טענות הנוגעות למישורים משפטיים שונים - הטענה כי התפיסה נעשתה שלא כחוק היא בעלת השלכות במישור הראייתי, ואילו הטענה כי הסכין הוחזק למטרה כשרה נוגעת למישור המהותי של האחריות הפלילית. מנגד, במצב שבו הנאשם אינו יודע אם הראייה החפצית תפסל, העובדה שסעיף 162 לחוק סדר הדין הפלילי קובע כי הימנעות הנאשם מלהעיד במשפט עשויה לשמש חיזוק או אף סיוע לראיות נגדו, יכולה לגרום להגנה לזנוח את הטענה מכוח דוקטרינת הפסילה הפסיקתית ולהעיד את הנאשם לעניין המטרה הכשרה, ובכך תפגע שלא בצדק זכותו של הנאשם לטעון מכוחה של דוקטרינת פסילת הראיות הפסיקתית.

20. הפתרון הרצוי לקושי שהוצג לעיל הוא בקביעת סדר דין שיאפשר לבית המשפט גם לקבל את כל הראיות הנדרשות לצורך הכרעה בשאלה אם לפסול ראייה (כולל עדות הנאשם) וגם לשמר את אופייה ה"יחסי" והגמיש של דוקטרינת פסילת הראיות הפסיקתית המחייב שקילת מערכת שיקולים רחבה בטרם הכרעה.

21. לנוכח השיקולים הנוגדים והואיל והמחוקק לא קבע עד היום סדר דין מיוחד להכרעה בטענה לפסלות ראייה מכוח דוקטרינת פסילת הראיות הפסיקתית, אני סבור כי על בית המשפט להתקדם כהגדרתה של השופטת ביניש בפסק הדין בעניין יששכרוב "בצעידה זהירה ממקרה למקרה" ולא לקבוע מראש פתרון אחד שיחול בהכרח על כל המקרים.

22. אני סבור שהמקרה של אישום בסעיף חוק יחיד שעניינו החזקת חפץ אסור בהחזקה כגון סכין הוא



מקרה מיוחד בהקשר זה. מערכת השיקולים שעל בית המשפט לשקול לצורך הכרעה בשאלה אם לפסול כראיה את החפץ שבהחזקתו מואשם הנאשם בתיקים מעין אלה היא צרה יותר מאשר מקרה שבו על בית המשפט לשקול אם לפסול חפץ מלשמש כראיה לביצוע עבירה שאינה נעוצה בעצם החזקת חפץ זה - כגון מכשיר טלפון, מסמך או אבן שנתפסו באופן בלתי חוקי בתיק רצח, אונס, תקיפה או איומים ואשר יחד עם ראיות אחרות בלתי תלויות מהווים מסד ראיותי לאשמת הנאשם. בתיקים של החזקת סכין כזה שבפניי, אין במקרה הרגיל בידי המדינה ראיות שהן בלתי תלויות לחלוטין בתפיסת הסכין. כיוון שכך, בתיקים מעין אלה אין כל קושי ליישם את דוקטרינת פסילת הראיות הפסיקתית על כל מורכבותה מבלי להמתין לתום המשפט. עם זאת, כאמור לעיל, אני סבור כי רצוי שלצורך קביעת העובדות שבבסיס ההכרעה יוכל בית המשפט לשמוע את עדות הנאשם אם זה יבחר להעיד בפניו.

23. כפי שכתבתי בהחלטה בעניין **סולימנוב** שהוזכרה לעיל, אני סבור שהפתרון המובהק ביותר לבעיה שהצגתי - פתרון אשר יאפשר לנאשם להביא בפני בית המשפט את גרסתו לאופן תפיסת הראיה מבלי שעדותו תפליל אותו בעצם החזקת החפץ האסור בהחזקה - יינתן בקביעה שבקשה לפסילת ראיה על רקע נסיבות תפיסתה בתיקים מעין אלה תידון בהליך נפרד לחלוטין ובפניי שופט אחר בטרם ישמעו ההוכחות בתיק, ועדותו של הנאשם בהליך מוקדם זה לא תהיה קבילה נגדו במשפט עצמו. זהו מצב הדברים בארצות הברית שבה נידונות טענות כאלה ב-suppression hearing בפניי שופט בטרם פתיחת המשפט, ולא בפני המושבעים שדנים במשפט עצמו, ועדותו של הנאשם בהליך המוקדם אינה יכולה להיות מוגשת כראיה לאשמתו בפרשת התביעה במשפט עצמו. כפי שציינתי באותה החלטה (שאף היא ניתנה בתיק שבו הואשם הנאשם בהחזקת סכין), ההלכה בעניין אי קבילות הודאת הנאשם בהליך המוקדם כראיה להוכחת האשמה עצמה במשפט גופא נקבעה בבית המשפט העליון האמריקאי במקרה שבו הנאשם נאלץ לטעון לבעלות בחפץ על מנת לקבל מעמד לטעון שאינו קביל. בית המשפט ציין שהדילמה היא חמורה במיוחד כאשר מדובר בתיק שבו הנאשם מואשם בעבירה של החזקת דבר שאסור להחזיקו, שכן אז עליו לבחור בין ההגנה החוקתית מפני חיפוש ותפיסה בלתי חוקיים לבין החיסיון החוקתי מפני הפללה עצמית -

The dilemma faced by defendants like Garrett is most extreme in prosecutions for "possessory crimes, for then the testimony required for standing itself proves an ...element of the offense

Thus, in this case, Garrett was obliged either to give up what he believed, with advice of counsel, to be a valid Fourth Amendment claim or, in legal effect, to waive his Fifth Amendment privilege against self-incrimination. In these circumstances, we find it intolerable that one constitutional right should have to be surrendered in order to assert another. We therefore hold that, when a defendant testifies in support of a motion to suppress evidence on Fourth Amendment grounds, his testimony may not thereafter be admitted against him at trial on the issue of guilt unless he makes no "objection

[⁴]. **Simmons v. United States**, 390 U.S. 377 (1968)).



24. בפסקה 20 בפסק דין שמש שהוזכר לעיל, מסכמת השופטת ביניש את הפרוצדורה לדיון בבקשה לפסילת ראייה הננקטת במדינות שבהן כלל הפסילה דומה לזה שנקבע בארץ, בכך ש"באנגליה ניתן להכריע בשאלת קבילות ראייה שנטען כי הושגה שלא כדין, על סמך טיעונים בכתב או בהליך של מעין משפט זוטא בלא נוכחות המושבעים. הליך זה מתקיים בדרך כלל בסמוך לפני הגשת הראייה במשפט ... בקנדה קבע בית המשפט העליון כי טענות לפסילת ראיות המבוססות על הפרת הוראות הצ'רטר הקנדי משנת 1982 הנוגעות לזכות החוקתית להליך הוגן צריכות להתברר בפני בית המשפט הדן בהליך העיקרי ולא בהליך משפטי מקדמי, לפני שהוגש כתב האישום.... בדרום-אפריקה קבע בית המשפט החוקתי כי טענות בדבר אי-קבילות ראיות בשל פגיעה בזכות החוקתית להליך הוגן צריכות להיות מוכרעות על ידי בית המשפט שדן בהליך הפלילי עצמו ולא בהליך משפטי נפרד ... באוסטרליה נתון לבית המשפט שיקול דעת לקבל הכרעה מקדמית בשאלת קבילותן של ראיות לפני שהן מוגשות במסגרת המשפט..."

25. הסניגורית בתיק שבפניי מבקשת שלשם פתרון הבעיה שעליה הצבעתי יתקיים משפט זוטא בעניין קבילות הראייה בפרשת התביעה במשפט עצמו (כפי שמתקיים באנגליה למשל). הקושי בפתרון זה בהשוואה לפתרון של קיום הליך נפרד בפני שופט אחר נעוץ בכך שהוא כרוך בהגבלת החקירה הנגדית של הנאשם במסגרת משפט הזוטא כך שהשאלות לא יגעו במעשה שבו מואשם הנאשם. לחלופין יהיה צורך להגביל את קבילות דבריו של הנאשם במסגרת משפט הזוטא במשפט עצמו. הגבלת קבילות עדותו של הנאשם היא פתרון בעייתי הן משום שהם ישמעו במשפט עצמו, ולכן לפי הכללים הרגילים הם אמורים להיות קבילים להוכחת אשמתו, והן משום שישמעו בפני השופט שישמע את התיק עצמו ונראה כי ציפיה שהשופט יכריע במשפט בלי להיות מושפע מהדברים ששמע במשפט הזוטא היא בעייתית. בעיה שנייה שמעלה פתרון זה קשורה בכך שבעוד שבמשפט הזוטא הקלאסי נחקר הנאשם רק על אופן גביית הודאתו בחקירת המשטרה ולא על מעשה העבירה שבו הוא נאשם^[5], הרי שכאשר מדובר בבקשה לפסול ראייה חפצית בשל נסיבות תפיסתה, קשה בחלק ניכר מהמקרים להעיד אודות נסיבות התפיסה בלי להודות בעצם החזקת החפץ שמבקשים לפסול כראיה. יש לזכור גם כי פסילת הראייה החפצית תחייב לפסול אף את עדויות השוטרים במשפט על כך שהחפץ היה ברשות הנאשם, ולעיתים גם לשקול לפסול הודאת חוץ בהחזקת החפץ האסור שנתן הנאשם בעקבות תפיסת החפץ על ידי המשטרה - ראו פסק דינו של השופט אדמונד לוי בע"פ 4988/08 איתן פרחי נ' מדינת ישראל (2011). בהקשר זה יש לציין כי במשפט הזוטא הקלאסי, העוסק בנסיבות גביית הודאת חוץ של נאשם, מוסמך השופט לעיין בהודאת החוץ השנייה במחלוקת, ואם החליט לפסול אותה עליו להתעלם במשפט עצמו מתוכנה^[6]. כלומר, עליו להתעלם בהכרעת הדיון מתוכן של ראייה שקבע שאינה קבילה גם אם נחשף לו במהלך משפט הזוטא.

26. מן הטעמים המובאים לעיל נראה כאמור, שהפתרון שיקנה את המשמעות הגדולה ביותר להלכות בית המשפט העליון בדבר פסלות ראייה חפצית מכוח דוקטרינת פסילת הראיות הפסיקתית, הוא שההכרעה בטענות בדבר קבילותו כראיה של חפץ שהנאשם מואשם בהחזקתו, תתקבל בהליך מוקדם נפרד ובפני שופט אחר מזה שעתידי לשמוע את המשפט. זאת, בדומה לכך שבמדינות אחרות ההחלטה בעניין זה מתקבלת על ידי השופט ולא על ידי המושבעים הדנים בתיק, וכפי שבקשה לקבלת חומר חקירה לפי סעיף 74 לחוק סדר הדין הפלילי נידונה בישראל בפני שופט אחר מזה ששומע את המשפט עצמו.



מבחינת הקניית משמעות לכלל הפסילה הפסיקתית, פתרון זה עדיף על המצב המשפטי הקיים שעל קשייו הצבעתי לעיל ועל הפתרון של שימוש במשפט זוטא שאף על קשייו הצבעתי.

27. אשר ליעילות הפתרון - במבט ראשון נראה אולי כי הוספת הליך מוקדם בפני שופט אחר תסבך את ההליך המשפטי, ואולם הואיל ובמקרים רבים הטענה לפסלות ראייה היא טענתו היחידה של הנאשם, יתכן שדיון מוקדם בטענת הפסלות ייתר את שמיעת המשפט כולו ודווקא יתרום ליעילות ההליך המשפטי. יש לציין בהקשר זה שכבר כיום נידונים מרבית התיקים הפליליים בבתי משפט השלום בפני שופטים שונים בשלב ההקראה וההליכים המקדמיים ובשלב ההוכחות - זאת, מטעמי יעילות דווקא.

28. עם זאת, אני סבור שקביעה כי טענה בדבר פסלות ראייה מכוח דוקטרינת פסילת הראיות תתברר בהליך מוקדם בפני שופט אחר מחייבת שינוי חקיקה. זאת, כיוון שלפי הדין הישראלי בירור אשמתו של הנאשם "בהליך העיקרי" נעשה על ידי שופט אחד בכל שלבי ההליך, אלא אם נקבע אחרת בחוק. יתר על כן, סעיף 143א(ד) לחוק סדר הדין הפלילי, העוסק בדיון מקדמי שנערך בפני שופט אחר מזה שישמע את הראיות, אינו מזכיר אפשרות לדון במסגרתו בטענה לפסלות ראייה ויוצר על פניו הסדר שלילי בעניין זה.

29. במצב דברים זה יש לבחון האם הפתרון של משפט זוטא שלו עותרת ההגנה בתיק זה עדיף באופן משמעותי על המצב הקיים והאם אימוצו מצריך שינוי חקיקה.

30. כפי שאסביר להלן אני סבור כי על אף מגרעותיו, קיום משפט זוטא לשם בחינת טענה לפסלות ראייה חפצית שהיא חפץ אסור בהחזקה שהנאשם מואשם בהחזקתו כאישום עיקרי (כלומר, לא כנספח לאישום בשימוש פסול באותו חפץ), עדיף על בחינת הטענה במסגרת סדרי הדין ה"רגילים". אני סבור גם שאימוצו של פתרון זה אינו מצריך שינוי חקיקה.

31. קיומו של משפט זוטא יפתור את הפרדוקס שבפניו ניצב כיום נאשם שמבקש להוכיח במשפטו כי נסיבות תפיסת הראיה היו אחרות מאלה שלהן טוענת המשטרה, ולכן מוצדק לפסול את הראיה מכוח דוקטרינת פסילת הראיות הפסיקתית. זאת, כיוון שכמוסבר לעיל, במשפט המתנהל לפי סדרי הדין ה"רגילים" אם יעלה הנאשם להעיד - יפליל את עצמו בהחזקת החפץ האסור; אם לא יעלה להעיד - תעמוד בפני בית המשפט רק גרסתם של השוטרים אודות אופן תפיסת הראיה, שלא בהכרח מצדיקה את פסילת הראיה. קיומו של משפט זוטא שבו תוגבל האפשרות לחקור את הנאשם לעניינים הנוגעים לנסיבות התפיסה בלבד (על אף הקושי הנעוץ בכך כמוסבר לעיל), תאפשר לו להביא בפני בית המשפט את נסיבות התפיסה בלי להפליל את עצמו בביצוע העבירה. הכרעה כי הראיה קבילה עוד במהלך פרשת התביעה גם תגדיל כמוסבר לעיל את הסיכוי שהנאשם יעיד בפרשת ההגנה במשפטו. עדות הנאשם במשפט הזוטא בעניין נסיבות תפיסת הראיה תתרום ליכולתו של בית המשפט לברר את העובדות בעניין זה לאשורן לצורך קבלת החלטה בעניין הקבילות לפי דוקטרינת פסילת הראיות הפסיקתית. עדותו של הנאשם בפרשת ההגנה תאפשר לבית המשפט לקבל תמונה שלמה יותר של העובדות לשם הכרעה במשפט.

32. טענתה של התביעה שלפיה יש לדחות את הבקשה לקיים משפט זוטא לבחינת קבילותה של הראייה שבמחלוקת כיוון שהחוק אינו קובע סדר דין כזה לבירור שאלה זו, היא נגזרת של טענה שנדחתה בפסק



דין יששכרוב עצמו, שבו טענה המדינה שבית המשפט אינו מוסמך לקבוע דוקטרינה של פסילת ראיות כיוון שזהו תפקידו של המחוקק. על כך כתבה השופטת ביניש בפסקה 52 לפסק הדין: "טענה זו דינה להידחות. חוקי היסוד בדבר זכויות האדם אינם קובעים כל הוראה בדבר תרופות או סעדים בגין פגיעה בזכויות המוגנות במסגרתם. את שתיקתו של חוק היסוד בעניין זה אין לפרש כהסדר שלילי. כידוע, סעיף 1א לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו קובע כי תכליתו של חוק היסוד הינה "להגן על כבוד האדם וחירותו, כדי לעגן בחוק-יסוד את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית". בלא סעדים בגין הפרת הזכויות המוגנות במסגרת חוק היסוד, תתרוקן ממשמעותה התכלית שעניינה הגנה על זכויות אלה. אכן, התפקיד של גיבוש הסעדים בגין הפרתן של זכויות חוקתיות מוטל בראש ובראשונה על כנסת ישראל. בידיה הכלים הראויים ליצירת הסדר כולל שיוביל להתאמה בין הפגיעה בזכות החוקתית לבין הסעד בגין כך. עם זאת, בהעדר קביעה סטטוטורית בעניין זה, מוסמך בית-המשפט לעצב סעדים מתאימים בגין הפרת הזכויות המוגנות בחוקי היסוד. זאת, מכוח חובתו הפוזיטיבית להגן על זכויות אלה ובהתאם לתפיסה הכללית של שיטתנו המשפטית כי במקום שבו הזכות - שם התרופה (ubi ius ibi remedium) (ראו: ברק - שופט בחברה דמוקרטית הנ"ל, בעמ' 237-238; ברק - פרשנות חוקתית הנ"ל, בעמ' 365 ו-703; ד' ברק-ארז עוולות חוקתיות-ההגנה הכספית על הזכות החוקתית (תשנ"ד) 151 (להלן: ברק-ארז); ע' גרוס "תרופות חוקתיות" משפט וממשל ד (תשנ"ח) 433, 436-439 (להלן: גרוס - תרופות חוקתיות)". כהמשך לדברים אלה יש לומר כי חובתו של בית המשפט להגן על זכויות היסוד החוקתיות מחייבת אותו גם לבחור בסדרי דין מתאימים שיאפשרו לברר האמנם נתפסה ראייה באופן בלתי חוקי. זאת, שהרי בירור שכזה הוא תנאי מקדים להכרעה בשאלה האם יש מקום לפסול את הראיות בשל אותה פגיעה בזכויות בהתאם למבחנים שנקבעו בפסק הדין **בעניין יששכרוב** ובפסיקה שאחריו. זה המקום להזכיר כי בניגוד למהלך דיני ראיות שנעשה על ידי בית המשפט העליון בעצם גיבושה של דוקטרינת פסילת הראיות הפסיקתית, דווקא ניתן למצוא עוגן בחוק לכך שבית המשפט יקבע סדר דין מתאים לבירור טענה לפסלות ראיה הואיל והמחוקק לא עשה כן. עוגן זה נמצא בסעיף 3 לחסד"פ הקובע כי "בכל עניין של סדר הדין שאין עליו הוראה בחיקוק, ינהג בית המשפט בדרך הנראית לו טובה ביותר לעשיית צדק".

33. יתר על כן, קשה לראות בהחלטה לקיום משפט זוטא לבירור טענה לפסלות ראיה משום חידוש ממשי בסדרי הדין. משפט הזוטא נקלט במשפט הישראלי מן המשפט הארץ ישראלי של תקופת המנדט הבריטי באמצעות סעיף 11 לפקודת סדרי השלטון והמשפט, תש"ח-1948[7]. באותה עת שימש משפט הזוטא לבחינת טענה לפסלות הודאה כיוון שלא ניתנה מרצון חופשי. זאת, משום שדיני הראיות באותם הימים לא כללו הוראות לפסילת ראיות אחרות שנתפסו שלא כדין. כך היה גם מצב הדברים באנגליה עצמה באותה התקופה. אני סבור כי יש להשתמש ברמת הפשטה גבוהה ולראות במשפט הזוטא שהמשפט הישראלי ירש מן המשפט המקובל ככלי דיוני הנתון בידיו של בית המשפט לבירור טענות לפסלות ראיה שנתפסה שלא כדין. מכאן שבית המשפט מוסמך להשתמש בכלי של משפט זוטא גם לבירור טענות לפסלות ראיה לפי דוקטרינת פסילת הראיות הפסיקתית (שכאמור לעיל אף היא לא עוגנה עד היום בחוק). זאת, כפי שכאמור בפסקה 20 בפסק **דין שמש** שהובאה לעיל, באנגליה משמש כלי זה גם לבחינת טענות בדבר פסלות ראיות חפציות, אפשרות שנוספה מאוחר גם למשפט האנגלי[8].

34. אדגיש כי העובדה שהכלי של משפט זוטא מצוי בארגז הכלים הדיוניים של בית המשפט, אין משמעותה שמתאים להשתמש בו בכל מקרה שבו מועלית טענה לפסלות ראיה לפי דוקטרינת פסילת הראיות



הפסיקתית. כאמור לעיל, מצאתי כי כלי זה מתאים לשימוש במקרים שבהם הנאשם מואשם בעבירה של החזקת חפץ אסור בהחזקה כאישום עיקרי, אותו חפץ אסור הוא הראיה שאותה מבקש הנאשם שבית המשפט יפסול כראיה והנאשם מבקש להעיד בעניין זה. זאת, כיוון שהשאלה אם לפסול את החפץ כראיה במקרים אלה היא פחות מורכבת.

35. אשר לטענתה של התביעה כי הפתרון של שימוש במשפט זוטא אינו יעיל כיוון שהוא מחייב שמיעה כפולה של עדויות, אציין כי ניתן להפוך את ההליך ליעיל יותר באימוץ מנגנון שהתפתח במשפט הישראלי לשיפור יעילותו של משפט הזוטא ה"קלאסי" המתקיים לבחינת קבילות הודאה לפי סעיף 12 לפקודת הראיות. לפי מנגנון זה עדויות עדי התביעה המעידים במשפט הזוטא אינן מפוצלות. כלומר, עדי התביעה שעדותם נדרשת במשפט הזוטא, מוסרים עדות מלאה על כל העניינים שהם אמורים להעיד עליהם במשפט ונחקרים עליהם בחקירה נגדית פעם אחת בלבד - הן לצורך המשפט "הגדול" והן לצורך משפט הזוטא. יתר על כן, פסילת הראייה המרכזית בתום משפט הזוטא עשויה במקרים רבים כמוון להביא לסיומו של המשפט מייד לאחר ההחלטה במשפט הזוטא, ללא צורך בשמיעת עדים נוספים ואף ללא צורך במתן הכרעת דין מנומקת, ובכך לתרום ליעילות הדיון ולא לפגוע בה.

36. לסיום אזכיר כי דוקטרינת פסילת הראיות הפסיקתית באה לעולם כדי להגן על זכותו של הנאשם להליך הוגן. הזכות להליך הוגן הוכרה במשפט הישראלי כזכות יסוד לפני שנים רבות. כיום אין גם מחלוקת שבהיבטים מסוימים שלה - ויש האומרים בכולם - הזכות להליך הוגן זכתה למעמד של זכות יסוד חוקתית מוגנת (לעניין זה ראו למשל: בש"פ 8823/07 פלוני נ' מדינת ישראל (2010) וע"פ פרחי שהוזכר לעיל). לעומת זאת, שיקול היעילות הוא אמנם שיקול חשוב במערכת המשפט, אך מדובר בערך מסדר שני בלבד. במצב דברים שכזה ברור כי לעיתים תהיה הצדקה לפגיעה מסוימת ביעילות הדיון למען ההגנה על זכות היסוד להליך הוגן. כדברי השופט יצחק זמיר בבג"ץ 6055/95 שגיא צמח נ' שר הבטחון (1999): "ההגנה על זכויות האדם כרוכה לא פעם במחיר. החברה צריכה להיות מוכנה לשלם מחיר סביר בעבור הגנה על זכויות האדם". בבג"ץ צמח נקבע שההגנה על זכותם החוקתית של חיילים לחירות מצדיקה הוצאות תקציביות משמעותיות כתוצאה מקיצור תקופת מעצרים של החיילים עד להבאתם בפני שופט. בענייננו מוצדקת פגיעה קלה יחסית ביעילות הדיון שאולי תגרם כתוצאה מבירור הטענה שיש לפסול הראיה במשפט זוטא, למען הבטחת זכות היסוד להליך הוגן.

37. נוכח כל האמור לעיל אני נעתר לבקשת ההגנה וקובע כי טענת ההגנה שיש לפסול את הראיה החפצית שנתפסה בתיק זה תתברר במסגרת משפט זוטא שבמסגרתו לא ישאל הנאשם שאלות אודות עצם החזקת הסכין המיוחסת לו, אלא לעניין אופן תפיסת הראיות בלבד. מטעמי יעילות וכמקובל במשפט הישראלי עדויות השוטרים שתפסו את החפץ לא יפוצלו. כלומר, עדותו של שוטר במשפט הזוטא תקיף את כל העניינים שעליהם הוא אמור להעיד במשפט. כמקובל במשפט זוטא אני מורה להגנה להגיש לבית המשפט עד 10 ימים לפני ישיבת ההוכחות מסמך שבו תציג את טענותיה הרלבנטיות למשפט הזוטא ורשימה של עדי התביעה שעדויותיהם רלבנטיות לבירור טענותיה. ההגנה תמסור העתק מסמך זה גם לתביעה על מנת שתוכל להיערך לדיון.



ניתנה היום, 24 באפריל 2018, בהעדר הצדדים.

[1] ע"פ 5121/98 טור' (מיל') רפאל יששכרוב נ' התובע הצבאי הראשי (2006).

[2] רע"פ 10141/09 אברהם בן חיים נ' מדינת ישראל (2012).

[3] ראו בג"ץ 1563/96 עו"ד מרדכי כץ נ' היועץ המשפטי לממשלה (1997).

[4] לעניין האפשרות להשתמש בעדות הנאשם בהליך פסילת הראיות לשם סתירת עדותו של הנאשם במשפט ראו למשל:

Morgan G. Graham, "The use of Suppression Hearing Testimony to impeach", Indiana Law Journal, (1984) 295;

Elizabeth P. Marsh, "Does Evidence Law Matters in Criminal Suppression Hearings", Loy.L.A.Rev, (1992) 987;

[5] ראו יעקב קדמי, **על הדין בפלייליים**, חלק ראשון, בראש עמוד 124 (2009).

[6] ראו יעקב קדמי, **על הראיות**, חלק ראשון, בראש עמוד 126 (2009).

[7] על עניין זה כמו גם על ההיסטוריה של משפט הזוטא באנגליה ראו מאמרם של אריאל, בלום ורבין שהוזכר לעיל.

[8] ראו פסקה 50 לפסק דינה של השופטת ביניש בעניין **יששכרוב** וכן סעיף 78 ל-Police and Criminal Evidence Act 1984, שעניינו Exclusion of unfair evidence.