



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:
מדינת ישראל
ע"י עו"ד אשר פרי

נגד

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

החלטה בשאלת קבילות סכין כראיה במשפט

הראיות

1. שלושה העידו במסגרתו של משפט זוטא שנערך לשם הכרעה בשאלת קבילות הראיה שהתביעה מבקשת להגיש. העדים הם שוטר שתפס לפי הטענה את הסכין, הנאשם ואחיו של הנאשם. כמו כן הוגש דו"ח הפעולה שכתב השוטר סמוך לאירועים.

2. בדו"ח הפעולה נ/2 שנכתב ביום 16.6.2016 כתב השוטר חוסאם טאפאש אודות האירועים שהתרחשו בסביבות 16:30 באותו יום, כך:

"במהלך סיור שגרתי בניידת כחול לבן... על רח' הכנסת לכיוון צפון יחד עם שותפי לניידת עידן רושרוש ממול לבניין 16 הבחנו בשני חשודים לבושים חולצות כחולות, וכאשר הבחינו בניידת הבחנתי כי אחד החשודים שנעמד בצד של הנהג מחוץ לרכב... קיה כחול אשר החשוד הנ"ל נראה מכניס דבר מה אל תוך הרכב תוך כדי שהוא מסתכל לכיוון הניידת ונראה וחשוד השני שנעמד בצד ימין של הרכב נראה נכנס במהירות אל תוך הרכב במושב שליד הנהג. לאור כך ביצענו פניית פרסה אליהם. החניתי את הניידת בצד הכביש וניגשנו אליהם. הזדהיתי בפניהם וביקשתי שיזדהו בפני. כאשר החשוד שהיה מחוץ לרכב בצד של הנהג מסר לי תעודה מזהה - פרטיו: ישראל וקנין... בבדיקת מסוף בעל ר.פ רב ללא הכרזות. החשוד שישב במושב שליד הנהג טען כי אין לו תעודה מזהה עליו ושהוא אחיו של ישראל, ומסר תעודה מזהה בע"פ - פרטיו: טל וקנין... הנ"ל זוהה ע"פ מסוף ואימות פרטים ללא חריג. לאור ההתנהגות של השניים בעת שהבחינו בניידת שאלתי את ישראל, שהוא בעל הרכב, אם יש דבר מה בתוך הרכב לא חוקי? ישראל ענה 'לא חפש חופשי' תוך כדי שאני שאני מסביר לישראל את זכויותיו



בחוק וכי אין הוא חייב להסכים לחיפוש ושסירוב לא יזקף כנגדו בבימ"ש הנ"ל קטע אותי וניגש אל הרכב תוך כדי שהוא אומר 'אם זה מעניין אותך אז יש לי את זה'. לציין כי כל זאת כאשר אני בקשר עין רציף איתו אשר ישראל נכנס אל תוך הרכב והוציא מהבר שבין שתי הכיסאות הקדמיים סכין פרפר בצבע שחור שמתקבעת... מייד תפסתי את הסכין... בשלב זה הזהרתי את ישראל כי אין הוא חייב לומר דבר וכל מה שהוא יגיד אני יתעד על גבי זכ"ד וזה עלול לבוא כנגדו בבימ"ש. ישראל המשיך לומר: 'זה של קטין'. אתמול לקחתי ממנו באזור יפו נראה מנופף עם הסכין ולכן לטענתי לקח ממנו את הסכין מאחר וזה מסוכן ולדבריו שכח אותה ברכב. בתשאול עם האח טל בהפרדה טען כי לא ידע לגבי הסכין ולא הבחין בה מקודם. לדבריו, הרכב שייך לאחיו והוא זה שנוהג ברכב בדרך כלל..."

3. בעדותו בבית המשפט, שנמסרה יותר משנתיים אחרי יום האירוע, חזר השוטר טאפש על האמור בדו"ח הפעולה שלו. השוטר טאפש לא ידע להסביר מדוע שותפו לניידת לא כתב דו"ח אודות המקרה. השוטר ציין כי שני החשודים לבשו חולצות כחולות זהות. לשאלת הסניגורית האם הבחין בכך שמדובר בחולצות עבודה של "תדיראן" השיב השוטר: "אוקיי. לבש חולצה. לא ייחסתי לזה חשיבות" [1]. השוטר הדגים את מעשהו של הנאשם שעורר את חשדו כהנחת חפץ בתוך המכונית ולא זריקה של החפץ לתוכה [2] והעיד שהוא אינו יודע מהו החפץ שהכניס [3]. לשאלת הסניגורית: "אז אם אני לצורך העניין מבחינה בניידת משטרתית ואני מכניסה תיק או ארנק או קולה לתוך הרכב ואתה מבחין בזה, אז זה מקים יס"ל?" השיב השוטר: "כמובן שלא, יש מבחן האדם הסביר ועל סמך ההתנהגות של החשודים שאנחנו מבחינים בהם ושומרים על קשר עין, זה מעלה את רמת החשד". השוטר חזר על תיאור התנהגותם של הנאשם ואחיו כפי שתיאר אותה בדו"ח הפעולה שלו. לשאלת הסניגורית: "אז אם אתה רואה אותי מבחינה בך בניידת ואני מכניסה משהו לרכב וחבר שלי נכנס במהירות למושב שליד הנהג אז זה יס"ל?" השיב השוטר לאחר השתהות: "תלוי בסיטואציה - עוד פעם - אם יהיה צורך אנחנו ניגש לברר. זה לפי מבחן האדם הסביר" [4]. השוטר עמד על כך שפנה אל הנאשם ואחיו לפני שידע על גיליון הרישומים הפליליים העשיר של הנאשם, ושלעברו הפלילי של הנאשם גם לא הייתה כל השפעה על החלטתו לבצע חיפוש ברכבו של הנאשם [5]. הסניגורית התקשתה לקבל מן השוטר תשובה לשאלה מדוע הודיע לטענתו לנאשם על זכותו לסרב לחיפוש ("אזהרת בן חיים") אם היה לו חשד סביר שהקנה לו סמכות לערוך חיפוש כזה. בסופו של דבר השיב השוטר: "אני עבדתי לפי הסמכות שלי ובסיטואציה הנ"ל היה מקום להלכת בן חיים ולהזהיר את החשוד" [6]. כלומר, נראה שהשוטר הכיר בכך שלא היה בסיס ראיתי שהקים לו סמכות לביצוע חיפוש שלא בהסכמה. השוטר לא זכר באיזו נקודה ב"אזהרת בן חיים" קטע אותו הנאשם, אך טען שאם כתב בדו"ח הפעולה את "אזהרת בן חיים" במלואה, יתכן שהנאשם קטע אותו בסיום המשפט [7]. השוטר טען כי בעת שהשמיע באוזני הנאשם את האזהרה עמד אחיו של הנאשם במקום אחר יחד עם השוטר האחר.

4. לשוטר לא היה הסבר לכך שלא העמיד את הנאשם על זכויותיו לפני שפנה אליו בשאלה "האם יש משהו לא חוקי ברכב?" [8]. השוטר סיפר כי הנאשם השיב לשאלתו אם יש דבר מה לא חוקי ברכב במילים: "חפש חופשי" (מכאן שבדו"ח הפעולה שתוכנו הובא לעיל נשמטה נקודה מתוך הציטוט, ומה שהיה צריך להיות כתוב שם כתשובתו של הנאשם לשאלת השוטר אם יש ברכב חפץ אסור בהחזקה, הוא: "לא. חפש חופשי"). כחלק מתשובתו לשאלה מה הכניס הנאשם לרכב ואם היה זה סכין השיב



השוטר: "הוא נשאל אם יש לו דבר מה לא חוקי בתוך הרכב והוציא את הסכין"[9].

5. הנאשם העיד בפניי כי הוא עובד בתחום המזגנים ונותן שירות במרכז הארץ. לדבריו, ביום האירוע נתן שירות יחד עם אחיו הצעיר ללקוח ברחוב הכנסת בגבעתיים. לאחר שסיימו את עבודתם בדירה חזרו למכונית והוא החל לסדר בה את כלי העבודה שאותם הכניס דרך הפתחים השונים של המכונית. לדבריו, ביצע את הפעולות במהירות כיוון שמיהר להגיע ללקוח נוסף. בחקירתו הנגדית סיפר הנאשם שהאיץ באחיו להיכנס למכונית. לדבריו, ראה את הניידת חולפת על פני הרכב ואת השוטר מסתכל לתוך רכבו, אך הופתע מכך שעשה פניית פרסה והחנה את הניידת ליד רכבו. השוטר הזדהה ולקח את תעודת הזהות שלו. בחקירתו הנגדית הוסיף הנאשם כי לא הייתה לשוטר כל סיבה לפנות אליהם ולכן הוא מייחס לו מניע לאומני ("אם את רואה שני אנשים עם כיפה כמוני, שני שוטרים ערבים עם זקנים..."[10]). בעדותו הראשית סיפר הנאשם שהשוטר שאל אותו לפשר מעשיו במקום ושלמיטב זכרונו הוא הסביר לשוטר כי התקין מזגן.

6. לדברי הנאשם, השוטר שאל אותו אם יש לו משהו שלא צריך להיות ברכב והוא השיב בשלילה. אז שאל אותו השוטר אם ימצא ברכב משהו לא חוקי אם יחפש בתוכו ולכן השיב לו: "לא. אתה יכול לחפש חופשי", זז מן הדלת וסימן לשוטר בידו שהוא יכול לחפש. אז התיישב לדבריו השוטר במושב שליד הנהג ותוך כדי שפתח את תא הכפפות אמר לו הנאשם: "חכה שניה. עצור", נכנס במקומו למכונית, פתח את ה"בר" וחיפש ומצא בין הניירות את הסכין ומסר אותו לשוטר כשהוא אומר לו: "אם זה מעניין אותך יש לי את הסכין הזאת, שדרך אגב לא שייכת לי". לאחר שנשאל על כך מפורשות על ידי הסניגורית אמר הנאשם כי השוטר הזהיר אותו באזהרה כלשהי, אך בוודאי לא אמר לו שאינו חייב להסכים לחיפוש, ושם היה אומר לו שזכותו לסרב לא היה מתיר לערוך חיפוש[11]. בחקירתו הנגדית סיפר הנאשם שהוא ואחיו עמדו יחד בעת שהשוטרים עמדו לידו ושאלו שמע את השיחה ביניהם[12]. בחקירתו הנגדית התקשה הנאשם להסביר את העובדה שבעדותו במשטרה כלל לא ציין שהשוטר התחיל בחיפוש בפועל בטרם מסר לו את הסכין[13]. הנאשם עמד על כך שמסר לשוטר את הסכין לאחר שהשוטר כבר ישב בתוך המכונית והתחיל לערוך חיפוש, אך עדיין לא התחיל "להפוך את האוטו". לאחר שבעדותו הראשית אמר הנאשם שהשוטר "פתח את תא הכפפות"[14], בחקירתו הנגדית אמר שהשוטר חיפש בתא הפתוח והוא עצר אותו כשהתכוון לפתוח את תא הכפפות[15]. לדברי הנאשם בחקירתו הנגדית, השוטר "התחיל להגיד לו את הפסוק" (הכוונה ל"אזהרת בן חיים") אך אינו זוכר היכן עצר אותו. אחר כך אמר שעצר אותו ממש בתחילת השמעת "הפסוק" שידוע לו מהזדמנויות אחרות שהוא ארוך - כלומר, עצר אותו לאחר שאמר 2-3 מילים ובטרם הגיע לזכות לסרב לחיפוש[16]. הנאשם אישר שהחוקר בתחנת המשטרה העמיד אותו על זכויותיו ולא התכחש גם לכך שלאחר שמסר את הסכין הודיע לו השוטר בשטח את זכויותיו, ואז הוא סיפר לשוטר איך הגיע אליו הסכין[17].

7. טל וקנין, אחיו של הנאשם, סיפר בעדותו הראשית[18] כי ביום הרלבנטי סיימו הוא ואחיו התקנת מזגן בגבעתיים, חזרו למכונית והתחילו להכניס לתוכה דברים. העד סיפר על רגשותיו הקשים כלפי המשטרה שקדמו לאירוע הרלבנטי, ואמר שכאשר עברה הניידת ליד מכוניתם הסתכל לעברה. לדבריו, השוטרים



חזרו והגיעו אליהם, שאלו לשלומם ואם יש משהו לא חוקי באוטו, ואחיו השיב בשלילה. העד טען שהשוטר חיפש ברכב בלי ליידע אותם בזכויותיהם לרבות הזכות לסרב לחיפוש. לטענתו, במהלך החיפוש מצא השוטר את הסכין ועצר את אחיו.

8. בחקירתו הנגדית אמר העד שלא שמע את כל דבריו של השוטר, אך עמד על כך שלא אמר דבר "על החיפוש או על הזכות לחיפוש". העד גם עמד על כך שהשוטר "פשוט ביצע חיפוש ומצא את הסכין הזאת" [19] והוסיף כי "הדלת שלי ליד הנהג הייתה פתוחה והוא נכנס, פתח את הבר והוציא את הסכין. ראה אותה ישר היא הייתה שם".

קביעת העובדות

9. מקובלים עלי דברי השוטר שלפיהם כשעבר עם הניידת ליד מכוניתם של הנאשם ואחיו ראה את הנאשם מניח דבר מה בתוך הרכב ואת אחיו של הנאשם נכנס למכונית במהירות. דברים אלה עולים בקנה אחד גם עם עדויות הנאשם ואחיו. אני קובע כעובדה שהנאשם ואחיו לבשו חולצות של "תדיראן". זאת, על בסיס עדות הנאשם הנתמכת בעדות השוטר על כך שלבשו חולצות כחולות זהות. אני מקבל בהקשר זה את עדות הנאשם ואחיו, שלא נסתרו, שהאירוע הרלבנטי התרחש לאחר שסיימו להתקין מזגן בדירה סמוכה למקום ההתרחשות. אין מחלוקת גם למעשה על כך שהשוטר הגיע למקום, הזדהה בפני הנאשם וביקש ממנו תעודה מזהה, ואני מקבל את עדותו שבדק במסוף וראה כי לחובת הנאשם גיליון רישום פלילי עשיר. אין גם מחלוקת על כך שהשוטר שאל את הנאשם אם יש דבר מה בלתי חוקי ברכב וזאת מבלי שהזהירו קודם לכן בדבר זכותו לשתוק ולהיוועץ בעורך דין או בדבר החיסיון מפני הפללה עצמית.

10. אשר לשאלת השמעת "אזהרת בן חיים" וכיצד הגיע לידי השוטר הסכין אני דוחה לחלוטין את עדותו של אחיו של הנאשם, שלפיה השוטר לא אמר דבר ומצא את הסכין בחיפוש שערך ברכב. זאת, כיוון שעדות זו סתרה הן את עדות השוטר והן את עדות הנאשם.

11. על בסיס עדות השוטר ובעיקר דו"ח הפעולה שכתב, אשר הוגש על ידי ההגנה, ועל בסיס עדותו של הנאשם אני קובע כי השוטר התחיל להשמיע לנאשם את "אזהרת בן חיים", אך נקטע על ידי הנאשם שמסר לו את הסכין. לא ניתן לקבוע איזה חלק מתוך האזהרה הספיק השוטר לומר בטרם נקטע על ידי הנאשם - כך סבור גם התובע [20]. אני דוחה בהקשר זה את טענת השוטר כי יתכן שנקטע לאחר שסיים להשמיע את האזהרה, שהרי אם סיים לומר את האזהרה לא היה כותב בדו"ח שהנאשם קטע אותו כשהשמיע אותה.

12. עדות הנאשם סתרה את עדות אחיו בשאלת אופיו של החיפוש שערך לטענתם השוטר - האח טען שהשוטר ערך חיפוש ממשי ברכב ומצא את הסכין בעצמו, בעוד הנאשם טען שהשוטר ערך חיפוש שטחי ברכב והוא עצמו מסר לו את הסכין. עדות הנאשם בחקירתו הנגדית סתרה את עדותו הראשית - בעוד



בעדות הראשית טען שהשוטר ערך חיפוש ממש ברכב ופתח את תא הכפפות, בחקירתו הנגדית טען שהשוטר ערך חיפוש שטחי בחלקיו הפתוחים של הרכב. הנאשם גם לא הכחיש בחקירתו הנגדית את טענת התובע כי בעדותו במשטרה לא טען שהשוטר חיפש בעצמו ברכב. אני מוצא את דו"ח הפעולה של השוטר שנכתב בסמוך לאירוע אמין באופן כללי וגם בהקשר זה. הממצא אודות אמינותו הכללית של הדו"ח מבוסס על כך שהשוטר לא טען שהעמיד את הנאשם על זכויותיו בפתח האינטראקציה ביניהם, על כך שהוא לא ניסה להסתיר את העובדה שהנאשם קטע אותו בטרם השלים את "אזהרת בן חיים", ועל כך שהנאשם מאשר למעשה את כל העובדות הכלולות באותו דו"ח. אין זה סביר גם שהשוטר מסר את "אזהרת בן חיים" הכוללת התייחסות לזכות לסרב לעריכת חיפוש לאחר שהתחיל בחיפוש. בנסיבות אלה אני קובע כי הנאשם מסר את הסכין לשוטר בטרם התחיל השוטר בחיפוש. עם זאת, אין כל ספק שהנאשם ואחיו הבינו שבכוונת השוטר לחפש ברכב. לפיכך, אני קובע כי הנאשם מסר את הסכין לשוטר בתגובה לשאלתו הראשונית של השוטר אם יש משהו לא חוקי בתוך הרכב (שנשאלה בלי שקדמה לה העמדת הנאשם על זכותו שלא להפלייל את עצמו), לאחר שהנאשם הבין שבכוונת השוטר לחפש ברכב ובטרם הושלמה השמעת "אזהרת בן חיים" (כלומר, בטרם הבהיר השוטר לנאשם כי זכותו לסרב לחיפוש). אזכיר בהקשר זה כי כאמור לעיל בעדותו במשפט השוטר עצמו ניתח את התנהגותו של הנאשם כך: "הוא נשאל אם יש לו דבר מה לא חוקי בתוך הרכב והוציא את הסכין"^[21].

ניתוח משפטי

חשד סביר

13. שוטר עבר בניידת ברחוב בגבעתיים בשעת אחר צהריים (16:30 באחד הימים הארוכים בשנה) וראה את הנאשם ואחיו לבושים בחולצות של "תדיראן" עומדים ליד מכוניתם. השוטר ראה כי השניים מבחינים בניידת. את הנאשם ראה מניח דבר מה בתוך המכונית דרך פתח הכניסה של הנהג ואת אחיו ראה נכנס במהירות למכונית (למושב שליד הנהג). בסיכומי אמר התובע: "על אף שאני יכול להבין שהיס"ל הוא לא מהחזקים, אני עדיין חושב שהוא כן נופל במתחם הסבירות"^[22]. הסניגורית לעומתו סבורה כי התנהגותם של הנאשם ואחיו לא הייתה התנהגות מעוררת חשד.
14. דעתי כדעת הסניגורית. התנהגותם של הנאשם ואחיו הייתה התנהגות שגרתית שאינה אמורה לעורר חשד מיוחד אצל שוטר. אין מי שלא הזדמן לו להניח דבר מה במכוניתו או להיכנס אליה במהירות. מדובר היה בשעת יום, ברחוב רגיל ובשני טכנאי שירות שלבשו חולצות של "תדיראן". אם חשד בהם השוטר בשל ההתנהגות שתיארתי, הרי שלא מדובר היה בחשד סביר כלל אלא בניחוש בלבד.
15. התנהגותם של הנאשם ושל אחיו לא הייתה כזו שמקימה לשוטר חשד סביר שנשק המוחזק שלא כדין נמצא בכלי תחבורה כלשון סעיף 3(ב) לחוק סמכויות לשם שמירה על ביטחון הציבור, תשס"ה-2005, או כזו שמבססת יסוד סביר לחשוד שהנאשם מחזיק דבר שהחזקתו אינה חוקית כלשון סעיף 5(5) לפקודת המשטרה [נוסח חדש], תשל"א-1971, או כזו שמקימה יסוד להניח שבוצע פשע כלשהו לפי



המבחן שבבסיס הסמכות לערוך "חיפוש במקום" שקבוע בסעיף 25 לפקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש) [נוסח חדש], תשכ"ט-1969, או כזו שמבססת יסוד סביר לחשד שבוצעה עבירה "בת מעצר" המאפשרת עיכוב רכב וחיפוש בתוכו לפי הוראות סעיף 71(א) לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה - מעצרים), תשנ"ו-1996 (להרחבה אודות המושג "חשד סביר" ראו למשל בג"ץ 465/75 **יצחק דגני נ' שר המשטרה** (1975) ופסקה 16 בפסק דינה של השופטת ביניש ברע"פ 10141/09 **אברהם בן חיים נ' מדינת ישראל** (2012)).

16. העובדה שהשוטר שאל את הנאשם שאלה כללית אם יש לו משהו בלתי חוקי ברכב (כלומר, לא שאל אודות סכין, נשק חם או סמים באופן ספציפי) ממחישה את העובדה כי לא היה לשוטר חשד מבוסס לביצוע עבירה. יתר על כן, העובדה שהשוטר החליט להודיע לנאשם כי זכותו לסרב לחיפוש מלמדת כי השוטר עצמו ידע כבר בזמן אמת כי חשדו אינו חשד סביר המקים עילה לחיפוש ברכב. כלשונו של השוטר עצמו: "אני עבדתי לפי הסמכות שלי ובסיטואציה הנ"ל היה מקום להלכת בן חיים ולהזהיר את החשוד"^[23].

17. כמובא לעיל, הנאשם העלה בעדותו סברה כי הרקע לפניית השוטרים אליו היה הבדלי לאום ביניהם (כפי תפיסתו עניין זה). אף הסניגורית הקדישה חלק מסיכומיה לטענה שפניית השוטר לנאשם ולאחיו הייתה בשל "תיוג אתני" (Racial profiling). אינני מתכוון לדון בטענה זו לעומקה כיוון שהסניגורית כלל לא חקרה את השוטר בעניין אפשרות זו וכיוון שממילא הדיון בה אינו נדרש לשם הכרעה בשאלת קבילות הראייה. עם זאת, אציין כהערה כללית שכאשר העובדות שאותן מציין השוטר כבסיס לפנייתו לאזרח אינן כאלה המעוררות חשד סביר נגד האזרח, טבעי הוא שיתעורר חשש שהשוטר פנה לאזרח בשל שיקולים שמעבר לאלה שאותם הוא מפרט. כאשר האזרח שאליו פונה השוטר ללא חשד סביר נגדו נמנה על מה שמכונה בדיני האפליה "קבוצה חשודה" (כלומר, קבוצה שיש חשד שהנמנים עליה מופלים לרעה בשל השתייכותם אליה - במקרה שלפני צעירים יהודים ממוצא מזרחי), צפוי שבמיוחד מי שפונים אליו יסבור שהסיבה לפניית השוטר אליו היא השתייכותו לקבוצה ולא מעשיו שלו - כלומר, שהפנייה אליו היא סטריאוטיפית ומפלה. ההקפדה על קיומו של חשד סביר חשובה לכן הן לשם מניעת אפליה והן לשם מניעת תחושות אפליה. התייחסות ל"תיוג אתני" ולאכיפה סטריאוטיפית מפלה ראו לאחרונה בפסקה 3 לפסק דינו של השופט פוגלמן ברע"פ 3829/15 **ירדאו קסאי נ' מדינת ישראל** (2018).

היעדרה של אזהרה בטרם הפנייה לנאשם

18. כאמור לעיל, על בסיס הראיות קבעתי כי הנאשם מסר לשוטר את הסכין בתגובה לשאלתו אם יש דבר מה לא חוקי ברכבו ולאחר שהשוטר הבהיר כי בכוונתו לערוך חיפוש ברכב והחל להשמיע באוזניו את "אזהרת בן חיים", אך לא השלימה. כיוון שהסכין נמסר לשוטר בתגובה לשאלה האם יש דבר מה בלתי חוקי ברכב, יש להדגיש כי לפניה זו של השוטר לנאשם לא קדמה אזהרה המעמידה אותו על זכויותיו החוקיות.



19. סעיף 2(2) לפקודת הפרוצדורה הפלילית (עדות) קובע כי "אדם, הנחקר כך, יהיה חייב להשיב נכונה על כל השאלות, שיציג לו בשעת החקירה אותו קצין משטרה, או קצין מורשה אחר כנ"ל, חוץ משאלות שהתשובות עליהן יהיה בהן כדי להעמידו בסכנת אשמה פלילית". סעיף 47(א) לפקודת הראיות [נוסח חדש], תשל"א-1971 קובע כי "אין אדם חייב למסור ראייה אם יש בה הודיה בעובדה שהיא יסוד מיסודותיה של עבירה שהוא מואשם בה או עשוי להיות מואשם בה". בע"פ 663/81 **אברהם חורי נ' מדינת ישראל** (1982) נקבע בהקשר זה על ידי השופט שמגר ש"איש אינו חייב להשיב על שאלה, אם התשובה לשאלה עלול להיות בה, לדעת בית המשפט, כדי להניח את היסוד להבאתו לדין פלילי של מי שמשיב את התשובה. זכות זו מתייחסת גם לדרישה להצגתם של מסמכים ומטלטלים אחרים". כלומר, החיסיון מפני הפללה עצמית משתרע לא רק על דברים שאדם מתבקש לומר, אלא גם על חפצים שהוא מתבקש למסור. כלשונו של השופט קדמי בספרו: "הזכות לחיסיון מפני הפללה עצמית, מתייחסת ל"הפללה" בהתבטאות - בע"פ או בכתב - לרבות בהצגה של חפצים מפלילים" (יעקב קדמי, **על הראיות**, חלק שלישי, עמ' 1056 (מהדורת 2009) וראו גם ע"פ 725/97 **הרמן קלקודה נ' הרשות לפיקוח חקלאי** (1998) ורע"פ 8600/03 **מדינת ישראל נגד שרון** (2003)).

20. כידוע, אנשי אכיפת החוק חייבים להעמיד חשוד על זכויותיו בטרם חקירתו - זכותו לשתוק וזכותו להתייעץ עם עורך דין. היעדרה של הודעה על הזכות להיוועץ בעורך דין היוותה כידוע בסיס לפסילת הודאה בע"פ 5121/98 **טור' (מיל) רפאל יששכרוב נ' התובע הצבאי הראשי** (2006), שבו התגבשה דוקטרינת פסילת הראיות הפסיקתית. כבר כעשור קודם לכן נפסלה הודאה שנמסרה ללא שקדמה לה אזהרה בדבר זכות השתיקה (ת"פ (מחוזי נצרת) 511/97 **מדינת ישראל נ' עדנאן עודה** (1997)). לאורך השנים נקבע בפסיקה שוב ושוב מפורשות כי החובה להזהיר חשודים חלה גם בשלב המכונה "תשאול", שהוא פנייה או חקירה ראשונית של החשוד הנערכת בדרך כלל בשטח. לעניין זה ראו למשל פסקי הדין של בתי המשפט המחוזיים בע"פ (מרכז-לוד) 28090-02-15 **מדינת ישראל נ' ארז אדרי** (2016) ובעפ"ג (חיפה) 47321-07-14 **רומן אבשלומוב נ' מדינת ישראל** (2014).

21. לנוכח האמור לעיל, אני מוצא כי השוטר שראה בנאשם חשוד הפר במקרה שבפני את חובתו להעמידו על זכויותיו כחשוד בטרם שאל אותו אם יש דבר מה לא חוקי ברכבו (גם כמי שלא עמד נגדו חשד מבוסס היה מקום מבחינה מהותית להודיע לו על זכותו שלא להפליל את עצמו). בהקשר זה אזכיר כי כעולה מדו"ח הפעולה של השוטר (נ/1) שהובא כמעט בשלמותו לעיל, הנאשם ואחיו הוחזקו על ידי השוטר כחשודים מן הרגע שבו חלף בניידת המשטרה שלו על פניהם.

22. הואיל ובמקרה שבפני נענתה שאלת השוטר במסירת חפץ ולא בתשובה מילולית, אזכיר כי כאמור לעיל החיסיון מפני הפללה עצמית חל גם על מסירת ראיות חפציות ולא רק על תשובות בעל פה. אוסיף ואזכיר עוד שברע"פ **בן חיים** שהוזכר לעיל נקבע כי חיפוש ללא עילה יהיה חוקי מכוח הסכמת האדם שברכשו מחפשים, רק אם השוטר הבהיר לו כי מותר לו לסרב ושלסירובו לא יהיו השלכות שליליות עליו (כלומר, רק כאשר מדובר בויתור "מִדְעָת" על זכויות). אני סבור כי בדומה לכך, מסירת ראייה פיזית מפלילה כתוצאה מפניה של שוטר לאזרח תעמוד במגבלות החוק רק אם נעשתה תוך "ויתור מדעת" של האזרח על החיסיון מפני הפללה עצמית (שהוא זהה למעשה בהקשר זה לזכות השתיקה המוקנית



לחשוד). כלומר, רק אם השוטר שפנה אליו הבהיר לו כי אינו חייב למסור ראייה שתפליל אותו ואם מדובר בחשוד יעמידו על זכויותיו כחשוד (גם אם השוטר עצמו הבין שלא מדובר בחשד סביר במובנו המשפטי של מושג זה). לעניין זה ראו **עפ"ג אבשלומוב** הנזכר לעיל. אדגיש בהקשר זה כי חובת קיומה של אזהרה בהקשר זה אינה נוגעת למסירת ראייה על ידי אזרח לשוטר מיוזמתו של האזרח ללא פנייה של השוטר שכמוה כמסירת הודאה ספונטאנית על ידי מי שאינו חשוד, ואינה נוגעת גם לתפיסת ראייה מפלילה על ידי השוטר במסגרת חיפוש שנערך כדין.

23. לסיום פרק זה אציין שהתובע טען בסיכומיו ששוטר מוסמך מכוח סמכויותיו הכלליות לשמירת הסדר הציבורי וביטחון הציבור לפנות לכל אזרח בשאלה אם הוא מחזיק דבר מה שאינו חוקי. נשאלת כמובן השאלה אם תנאי מסמך לפניה בשאלה כזו לאזרח הוא קיומו של חשד מבוסס נגדו או סמכות חיפוש בכליו מכוח הראיות נגדו או בשל מקום החיפוש (בכניסה לבניין ובמקומות נוספים קיימת סמכות חיפוש גם ללא חשד - ראו סעיף 3 לחוק סמכויות לשם שמירה על ביטחון הציבור, תשס"ה-2005). עמדת התביעה בעניין זה נדחתה בעבר בפסק דינו של השופט איתן קורנהאוזר בת"פ (ירושלים) 32274-02-14 **מדינת ישראל נ' דניאל נסים** (2016) ודעתי כדעתו. עם זאת, לנוכח השורה התחתונה של החלטתי שמבוססת על כך שבמקרה זה קבעתי שהפנייה לנאשם הייתה נגועה באי חוקיות כיוון שלא קדמה לפניית השוטר העמדתו של הנאשם על זכויותיו, אינני מוצא צורך להרחיב את הדיון בשאלה זו.

חוקיות תפיסת הראייה

24. לשם הכרעה בשאלת קבילות הראייה שנתפסה חשבות קביעותי אלה שפורטו לעיל: (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; (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.

25. הואיל ולא היה לשוטר חשד סביר נגד הנאשם והוא לא השלים להשמיע את "אזהרת בן חיים" לא הייתה לו סמכות חיפוש ברכב - לא מכוח סמכויותיו הקבועות בחוק ולא מכוח הסכמה. מכאן שמסירת הסכין על ידי הנאשם לא סיכלה חיפוש בסמכות שעמד להיות מבוצע. בהקשר זה יש להדגיש כי החוק מקנה סמכות חיפוש רק כאשר מתקיים חשד סביר או מקבילותיו בנסיבות מיוחדות (ראו פסקאות 15 ו-23 לעיל). בפסק הדין **ברע"פ בן חיים** שהוזכר לעיל נקבע שסמכות חיפוש יכולה לקום גם מכוח הסכמתו של חשוד לחיפוש בכליו, אך זאת רק אם השוטר הסביר לו כי זכותו לסרב לחיפוש ולא יהיו השלכות שליליות מבחינתו לסירובו זה. כיוון שהידיעה על הזכות לסרב לפניית השוטר היא שמכוננת את סמכות החיפוש בהסכמה, הרי שהסיבה לכך שלא הוסברה זכות הסירוב אינה משנה וכך גם אין



משמעות לכוונותיו הטהורות של השוטר בהקשר זה. אם לא ידע האדם על זכותו לסרב לחיפוש, הסכמתו לחיפוש אינה מקור סמכות לעריכת חיפוש.

26. זאת ועוד, הואיל והשוטר לא העמיד את הנאשם על זכויותיו בטרם פנה אליו בשאלה אם יש דבר מה בלתי חוקי ברכב, והנאשם מסר לו את הסכין כתוצאה מפנייתו זו אליו ולאחר שהבין שבכוונתו לחפש ברכב ולא מיוזמתו העצמאית והבלתי תלויה, יש לראות במסירת הסכין כוויתור שלא מדעת של הנאשם על החיסיון מפני הפללה עצמית (שבמקרה זה חופף כאמור לעיל במידה רבה לזכות השתיקה העומדת לחשוד). בנסיבות אלה הייתה תפיסת הסכין שלא כדין.

27. אדגיש כי רק הצטרפותו של כל ארבע הקביעות שבפסקה 24 זו לזו הפכה את תפיסת הראיה לבלתי חוקית. נראה כי די היה בשינוי אחת מקביעות אלה כדי להוליך לתוצאה אחרת. אם היה לשוטר חשד סביר נגד הנאשם הוא היה רשאי לערוך חיפוש ברכב והעובדה שהנאשם לאחר שהיה מבין שעומדים לחפש ברכבו, היה מקדים את החיפוש במסירת הסכין לא הייתה משנה (אך במקרה שבפניי לא היה חשד סביר ולכן לא קמה סמכות חיפוש מכוח החוק). אם היה השוטר מעמיד את הנאשם על זכויותיו בטרם שאל אותו אם יש דבר מה לא חוקי ברכב והנאשם היה בוחר למסור את הסכין, הייתה זו בחירה מדעת שהייתה מכשירה את תפיסת הסכין (אך במקרה שבפניי לא הודעו לנאשם זכויותיו של חשוד או שאין הוא חייב להפליל את עצמו והוא מסר את הסכין תוך ויתור שלא מדעת על החיסיון מפני הפללה עצמית). אם היה השוטר משלים להשמיע את "אזהרת בן חיים" הייתה קמה לו סמכות חיפוש ברכב והעובדה שהנאשם היה חוסך את הפעולה הפיזית של החיפוש לא הייתה משנה (אך במקרה שבפניי לא הושמעה האזהרה עד תומה ולכן לא קמה סמכות חיפוש מכוח הסכמה מדעת); אם היה הנאשם מוסר לשוטר את הסכין מיוזמתו ללא כל פניה של השוטר, הייתה תפיסת הסכין חוקית (אך במקרה שבפניי השוטר עצמו הבהיר שהנאשם מסר את הסכין בתגובה לפנייתו אליו בשאלה אם יש ברכבו דבר מה שאינו חוקי).

קבילות הראיה שנתפסה

28. בע"פ יששכרוב שהוזכר לעיל נקבע כי בית המשפט מוסמך לקבוע כי ראיה שנתפסה שלא כדין אינה קבילה, אך בטרם יעשה כן עליו לשקול שורת שיקולים הנוגעים לאופייה של אי החוקיות שהייתה נעוצה בהשגת הראיה ולחומרתה, למידת השפעת אי החוקיות שבתפיסת הראיה על הראיה עצמה ולנזק שיגרם מפסילת הראיה אל מול התועלת מפסילה כזו. ברע"פ בן חיים שהוזכר לעיל נפסלו ראיות פיזיות שנתפסו בחיפושים לא חוקיים - כלומר, נחלש מעמדו של השיקול הנוגע להשפעת אי החוקיות על הראיה עצמה.

29. תיק דומה ביותר לענייננו הוא זה שנדון בעפ"ג אבשלומוב שהוזכר לעיל. באותו תיק נחלקו דעות השופטים - שניים מהשופטים (רון שפירא ובטינה טאובר) קיבלו כראיה סכין שנתפס, ואילו השופט השלישי (אברהם אליקים) סבר כי יש לפסול את הראיה. כל השופטים הסכימו על כך ששוטר הפונה לאזרח בשאלה אם הוא מחזיק על גופו דבר מה בניגוד לחוק (כי הוא חושד שכך הדבר), חייב להעמידו



על זכותו שלא להשיב לשאלה זו. הואיל ובאותו מקרה לא העמיד השוטר את האזרח על זכותו זו, נקבע שנפל פגם בתפיסת הראיה. השופטים שהחליטו שהפגם שנפל בתפיסת הסכין אינו מצדיק פסילתו כראיה עשו זאת לאחר שקבעו כי לשוטר היה חשד סביר כשפנה אל האזרח. השופט שסבר שיש לפסול את הסכין עשה זאת לאחר שקבע שלא היה לשוטר חשד סביר (שופט זה גם לא שלל את גרסת הנאשם של שלפיה השוטר שאל את הנאשם: "מה יש לך בכיסים?" - שאלה שבה ראה שופט זה תחילתו של חיפוש). **בת"פ נסים** שהוזכר לעיל ואף בו נדון מקרה הדומה לענייננו פסל בית המשפט את הראיה.

30. במקרה שבפני לא מדובר בהפרה טכנית של כללי החקירה אלא בפגיעה חמורה בחיסיון מפני הפללה עצמית שהוא אחת הזכויות המרכזיות של נחקר. בניגוד למקרה שנדון **בעפ"ג אבשלומוב**, שבו נקבע בדעת רוב כי היה לשוטר חשד סביר, במקרה שבפני לא הייתה לשוטר סמכות לערוך חיפוש שהיה מוביל לתפיסת הסכין גם אלמלא נמסר על ידי הנאשם כתוצאה מפניית השוטר אליו. כלומר, במקרה שלפני אלמלא הפגיעה בזכויות לא היה נתפס הסכין. מכאן שבתפיסת הסכין בתיק שבפני תוך פגיעה בחיסיון מפני הפללה עצמית חומרה רבה בהרבה מאשר בתפיסת הראיה **בעפ"ג אבשלומוב**. במקרה שבפני גם לא הייתה כל סיבה שלא להעמיד את הנאשם על זכויותיו או כל קושי להעמיד אותו עליהן. אם מצרפים לכך את העובדה שהסכין נועד לשמש ראיה לעצם החזקתו ולא לביצועה של עבירה אחרת (חמורה יותר) באמצעותו, הרי שהתועלת בפסילת הראיה להבטחת הגינות ההליך עולה על הנזק שיגרם כתוצאה מפסילתה. כמובן, לאי החוקיות שנפלה באופן תפיסת הסכין אין השלכה על אמינותו כראיה, אך כפי שציינתי משקלו של שיקול זה הוא מצומצם יותר לאחר הכרעת בית המשפט העליון **ברע"פ בן חיים** שהוזכר לעיל (וראו גם ע"פ 4988/08 **איתן פרחי נ' מדינת ישראל** (2011) ורע"פ **קסאי** הנזכר לעיל).

31. לנוכח כל האמור לעיל, אני מוצא כי הפגם בחוקיות תפיסת הסכין מצדיק שלא לקבלו כראיה. לפיכך, אני פוסל את הסכין כראיה.

ניתנה היום, 24 בדצמבר 2018, בנוכחות הצדדים.

[1] פרוטוקול הדיון מיום 17.7.2018, עמ' 10, ש' 13-14.

[2] שם, עמ' 10, ש' 20-21.



[3] שם, עמ' 10, ש' 22 ואילך.

[4] שם, עמ' 11, ש' 15-25.

[5] שם, החל בעמ' 11, ש' 26 ועד עמ' 12, ש' 10.

[6] פרוטוקול הדיון מיום 17.7.2018, החל בעמ' 12, ש' 11 ועד עמ' 13, ש' 6.

[7] שם, עמ' 13, ש' 23-30.

[8] שם, החל בעמ' 13, ש' 7 ועד עמ' 14, ש' 6.

[9] שם, עמ' 10, ש' 24-27.

[10] שם, החל בעמ' 18, ש' 26 ועד עמ' 19, ש' 8.

[11] פרוטוקול הדיון מיום 17.7.2018, עמ' 15-17.

[12] שם, החל בעמ' 17, ש' 32 ועד עמ' 18, ש' 9.

[13] שם, עמ' 19, ש' 12-33, ובהמשך החל בעמ' 20 ש' 28.

[14] שם, עמ' 16, ש' 1.

[15] שם, עמ' 21

[16] שם, החל בעמ' 19, ש' 12 ועד עמ' 21, ש' 6.

[17] שם, עמ' 21, ש' 14-19.

[18] שם, עמ' 21-22.



[19] פרוטוקול הדיון מיום 17.7.2018, עמ' 23, ש' 16-18.

[20] פרוטוקול הדיון מיום 5.11.2018, עמ' 26, ש' 19-21.

[21] פרוטוקול הדיון מיום 17.7.2018, עמ' 10, ש' 24-27.

[22] פרוטוקול הדיון מיום 5.11.2018, עמ' 25, ש' 16.

[23] פרוטוקול הדיון מיום 17.7.2018, עמ' 13, ש' 5-6.