



ת"פ 45285/08/15 - מדינת ישראל נגד גבריאלי קריכלי

בית משפט השלום בקריות

ת"פ 45285-08-15 מדינת ישראל נ' קריכלי(עציר)

בפני כבוד השופט יוסי טורס

בעניין: מדינת ישראל
ע"י ב"כ עו"ד ע. לוי
נגד
המאשימה

גבריאלי קריכלי
ע"י ב"כ עו"ד נ. עאמר
הנאשם

הכרעת דין

בהתאם לסעיף 182 לחוק סדר הדין הפלילי, תשמ"ב-1982, אני מורה על זיכוי של הנאשם.

1. הנאשם הועמד לדין ויוחסה לו עבירה של התפרצות לדירת מגורים וגניבה ממנה. על השתלשלות העניינים הבאה אין מחלוקת בין הצדדים.

ביום 16.8.15 בסביבות השעה 06.30 חדר אדם לדירת מגוריה של המתלוננת. לאחר שהניסה אותו בצעקותיה, התקשרה המתלוננת למשטרה בשעה 06.30 וזו הגיעה לדירתה דקות ספורות לאחר מכן. לשוטר שהגיע לדירתה מסרה המתלוננת כי לא תוכל לזהות את האדם שנכנס לדירתה אך הוא היה "קצת מלא, גבוה, צבע עור שזוף כהה, לבש חולצה קצרה כחולה כהה עם פסים מכנס ג'ינס קצר" (ת/8). כשלוש שעות לאחר מכן הודיעה המתלוננת למשטרה כי מבירור שערכה אצל המפעיל הסלולרי שלה, עלה כי האדם שפרץ לדירתה עשה שימוש במכשיר הטלפון שלה. המתלוננת מסרה למשטרה את מספר הטלפון שאליו התקשר אותו אדם וכן מסרה שמחפוש שעשתה עם בתה במנוע החיפוש "גוגל" עלה כי המספר שייך לאישה בשם הניה חנוך מרחוב החשמונאים 8 קריית מוצקין. בהמשך התברר, לפי נתוני החברה הסלולרית, כי שיחה זו נעשתה בשעה 06.32 (ת/15). בשעות הערב של אותו יום שוב פנתה המתלוננת למשטרה והודיעה כי קיבלה שיחת טלפון מאישה שאינה מוכרת לה אשר ביקשה למכור לה את מכשיר הטלפון שנגנב ממנה תמורת 200 ש"ח. המתלוננת מסרה



כי ניסיונה לחזור למספר זה (באמצעות "כוכבית 42") נכשל שכן היה זה מספר חסוי. המשטרה ביקשה לקבל צו שיורה לחברת הטלפונים למסור לה את פרטי המספר ממנו בוצעה שיחה זו, אך הגם שקיבלה צו כאמור, לא פעלה לקבלת הנתונים ואלו נותרו עלומים עד היום.

2. ביום 18.8.15 ביקשה המשטרה מבית המשפט צו מעצר ביחס לנאשם (בהיעדרו). החשד נפל על הנאשם בשל כך שבניגוד לפרטים שמסרה המתלוננת ביחס לבעלים הרשום של המספר אליו בוצעה השיחה, מרישומי המשטרה עלה כי המספר שייך דווקא לאמו של הנאשם. בית משפט השלום דחה את בקשת המשטרה תוך שציין כי אין די בראיות אלו "לקשור החשוד". עם זאת, בשעות הלילה של יום זה עוכב הנאשם לפי הוראת החוקר האחראי על התיק והובא לחקירה בפני חוקרת תורנית סמוך לשעה 01.30. במהלך עיכובו לבש הנאשם חולצת פסים כחולה קצרה ומכנס קצר אפור/כחול. בחקירה זו מסר הנאשם פרטים אשר יש בהם לשיטת המאשימה, להוות הודיה בביצוע העבירה. בהמשך הוצגה החולצה שלבש הנאשם בפני המתלוננת והיא אישרה כי זו החולצה שלבש האדם שפרץ לדירתה. ביחס למכנסים טענה המתלוננת שאינה בטוחה שאלו המכנסים שלבש הפורץ.

3. המאשימה סבורה שדי בראיות אלו על מנת להוכיח מעבר לכל ספק סביר, כי הנאשם הוא שפרץ לדירת המתלוננת. המאשימה טוענת כי בהודאתו קשר עצמו הנאשם לביצוע העבירה בכך שמסר כי "יכול להיות" שפרץ לדירה ובהמשך מסר פרטים שיכול לדעת רק מבצע העבירה כגון העובדה שדלת הדירה הייתה סגורה אך לא נעולה וכי הטלפון שנגנב היה מסוג LG בצבע לבן. לכך מתווספת העובדה שהנאשם נמצא לבוש בחולצה אותה זיהתה המתלוננת כחולצה שלבש הפורץ וכי בוצעה שיחת טלפון דקות ספורות לאחר האירוע לבית אמו.

4. את טענות ההגנה ניתן לחלק לשלוש קבוצות. הראשונה עניינה טענות נגד הודיית הנאשם. בעניין זה טען הנאשם בתחילה טענת זוטא שעסקה בשעת החקירה ובמצבו הגופני של הנאשם. בהחלטת מיום 1.11.15 דחיתי טענה זו. עם זאת ציינתי כי:

"לא היה זה נכון לקיים את החקירה בשעה בה קיומה. לא היה צורך חקירתי שהצדיק את קיומה בשעה כה מאוחרת, בוודאי כאשר הנאשם עייף עד כדי שנוטה להירדם. חקירה בתנאים אלו גורמת פגיעה מעבר לנדרש להשגת המטרה... אין לכחד. במצבו של הנאשם ולאור השעה המאוחרת, היו אלו תנאי חקירה קשים יחסית והם העמידו אותו במצב לא פשוט, בין רצונו לישון ובין הצורך בהמשך החקירה כפי שדרשה החוקרת."

5. בסיכומיו טען הסנגור לפסילת ההודיה, הפעם בהתאם לכלל הפסלות הפסיקתי כפי שגובש בפרשת יששכרוב (רע"פ 5121/98 טור' רפאל יששכרוב נ' התובע הצבאי הראשי (4.5.06); להלן "פרשת יששכרוב"). בעניין זה נטען כי עיכובו של הנאשם לצורך חקירתו היה בלתי חוקי, שכן נעשה שלא לתכלית ראויה וכן שלא על פי תשתית ראייתית שהצדיקה זאת. בנוסף נטען כי ההחלטה



לחקור את הנאשם בשעת לילה מאוחרת, בניגוד לנוהלי המשטרה, כאשר הנאשם עייף ורדום, מצדיקה את פסלות ההודיה בהתאם להלכת יששכרוב. ביחס להודיה נטען גם כי אף אם תתקבל היא כראיה, היא אינה כוללת פרטים מוכמנים, בניגוד לטענת המאשימה.

6. קבוצת הטענות השנייה מתייחסת ליתר הראיות, אשר הן ראיות נסיבתיות. ביחס לזיהוי החולצה טען הסנגור כי הנאשם נעצר שלושה ימים לאחר ההתפרצות ואין וודאות שלבש ביום האירוע את החולצה עמה עוכב. כן טען הסנגור לפסילת הליך הזיהוי בעניין זה שכן הוא נעשה על דרך הצגת החולצה למתלוננת, ללא פריטים דומים נוספים וללא נוכחות סנגור. כן נטען שאין מדובר בחולצה ייחודית. ביחס למספר המחויג טען הסנגור כי המאשימה לא הציגה ראיה קבילה מחברת הטלפונים בדבר הבעלות במספר זה. נטען כי אין די בכך שהמשטרה טוענת שברישומיה מופיעה אם הנאשם כבעלים של המספר וכי היה על המאשימה להמציא אישור מחברת הטלפונים. עוד נטען שאין לקבל את עדות החוקר שטען כי עת התקשר למספר המחויג אמו של הנאשם ענתה לו, שכן במזכר לא נרשם המספר אליו חייג החוקר. כן נטען שאין וודאות כי הגורם שעמו שוחח החוקר היא אכן אמו של הנאשם.

7. קבוצת הטענות השלישית עוסקת במחדלי חקירה. הסנגור טען כי יש לראות בעובדה שהמשטרה לא פעלה לממש את הצו שקיבלה לצורך בירור המספר ממנו התקשרה אותה אישה למתלוננת, משום מחדל חקירה ממשי שיכול היה להביא את החוקרים לפורץ האמיתי ולהוות ראיה מזכה עבור הנאשם.

8. אפנה לבחון את הראיות ובתחילה את קבילותה של הודיית הנאשם.

קבילות הודיית הנאשם בהתאם למבחני הלכת יששכרוב

9. טענות הסנגור בעניין זה מכוונות להליך גביית הודעתו של הנאשם ביום 19.8.15 (ת/1). במהלך חקירה זו מסר הנאשם פרטים שיש בהם לשיטת המאשימה לשמש ראיות לחובתו. כך מסר הנאשם כאשר הוטח בו שהוא זה שביצע את הפריצה לדירה כי "יכול להיות שכן...אני זוכר שהיה לי טלפון שאני לא יודע איך הגיע אלי". בהמשך מסר שמדובר היה בטלפון מסוג LG לבן וכן שדלת הדירה לא הייתה נעולה אלא סגורה בלבד. ההודעה אינה כוללת סיפור מפורט של מעשה העבירה, אלא אמירות בודדות ולאקוניות כמפורט לעיל. עם זאת מוסכם על ההגנה שמדובר בראיות שיש להן משקל לעניין הוכחת האשמה. לאור כך טען הסנגור שיש לפסול את קבילותה של ת/1 כראיה.

10. כידוע, בחינת קבילותה של הודיית נאשם יכולה להתבצע בשני מסלולים מקבילים - המסלול החקיקתי הקבוע בסעיף 12 לפקודת הראיות, תשל"א - 1971 (להלן - "פקודת הראיות") והמסלול הפסיקתי, כפי שעוצב בפרשת יששכרוב. כאמור לעיל, לאחר שנוהל משפט זוטא, דחיתי את טענת



הסנגור לפסילת ההודיה בהתאם למבחני סעיף 12 לפקודת הראיות. בהחלטתי זו נקבעו ממצאים עובדתיים ואחרים, אשר יהיו רלוונטיים גם לבחינה במסלול הפסיקתי.

11. בהלכת יששכרוב נקבע כלל פסילה פסיקתי, המקנה בידי בית המשפט סמכות להביא לפסילת ראיה שהושגה שלא כדין. עם זאת אין מדובר בפסילה אוטומטית אלא מדובר בעילת פסילה שבשיקול דעת, המצריכה איזון בין מספר רב של שיקולים. בעניין זה ראוי להפנות לע"פ 10477/09 **מובארק ואח' נ' מדינת ישראל** (10.4.2013), שם ציינה כב' הנשיאה נאור כך:

"הדרך השניה לבחינת קבילות הודאה, לפי הלכת **יששכרוב**, היא דוקטרינת הפסילה הפסיקתית שנקבעה בהלכה זו. מדובר בעילת פסילה שבשיקול דעת בית המשפט, אשר תופעל כאשר מגיע בית המשפט למסקנה שההודאה נגבתה שלא כדין וקבלתה במשפט תיצור פגיעה מהותית בזכותו של הנאשם להליך פלילי הוגן החורגת מגדריה של פסקת ההגבלה (פס' 63 שם). התנאים לתחולת דוקטרינת הפסילה החוקתית הם שהראיה הושגה שלא כדין (באמצעי חקירה המנוגדים להוראה הקבועה בחקיקה או בנוהלים מחייבים, באמצעי חקירה בלתי הוגנים או באמצעי חקירה הפוגעים שלא כדין בזכות-יסוד מוגנת) - ושקבלתה במשפט תפגע משמעותית בזכותו של הנאשם להליך הוגן שלא על-פי גדריה של פסקת ההגבלה (שם, פס' 63-68). קווים מנחים להפעלת שיקול הדעת לפי דוקטרינת הפסילה הפסיקתית הם, בין השאר אופייה וחומרתה של אי החוקיות שהייתה כרוכה בהשגת הראיה (שם, פס' 70), מידת ההשפעה של אמצעי החקירה על הראיה שהושגה (שם, פס' 71) ובחינת הנזק מול התועלת החברתיים הכרוכים בפסילת הראיה (שם, פס' 72-73)."

12. בחינת קבילותה של הודיית הנאשם, בהתאם לכלל הפסילה הפסיקתי, מתחילה אפוא בשאלה האם היא הושגה שלא כדין. המונח "שלא כדין" עניינו "באמצעי חקירה המנוגדים להוראה הקבועה בחקיקה או בנוהלים מחייבים, באמצעי חקירה בלתי הוגנים או באמצעי חקירה הפוגעים שלא כדין בזכות-יסוד מוגנת" (ע"פ 10477/09 **מובארק ואח' נ' מדינת ישראל** (10.4.2013)). הסנגור טוען כי חקירתו של הנאשם בשעת לילה מאוחרת (בשעה 1.30 לאחר חצות) כאשר הוא עייף ורדום, הייתה אסורה על פי הפסיקה, כמו גם מנוגדת לנהלים המשטורתיים ובלתי הוגנת. עוד נטען כי הנאשם היה מעוכב אותה עת ועיכובו היה שלא כדין. אבחן להלן טענות אלו. בתחילה אדון בשאלה אם נפל פגם בחקירתו של הנאשם, בשל השעה בה בוצעה ומצבו. לאחר מכן אדון בשאלה אם עיכובו היה כדין ואם יש לראות בו קשר לאופן השגת הראיה.

חקירה בשעת לילה מאוחרת

13. לחקירתו של חשוד באזהרה השלכות הרות גורל עבורו. תשובותיו עלולות להביא להרשעתו, לסבכו, או למצער, לפתיחת הליך פלילי נגדו, אף אם יזוכה בו בסופו של דבר. לאור כך, ברי כי חקירתו של חשוד שאינו מצוי במלוא חושיו, עלולה להתברר כפוגענית במיוחד ואף בלתי הוגנת. חקירה בשעת לילה מאוחרת עלולה למצוא את החשוד עייף עד כדי פגיעה ביכולתו להבין את



מהלכה ואת טיב ומהות השאלות שהוא נשאל. עיפוטו של הנחקר עלולה לפגום בדריכותו וביכולתו להתגונן כראוי מפני החשדות. היא אף עלולה להביאו להשיב לשאלות במהרה, וללא מתן תשומת לב מספקת, במטרה להביא לסיומה המהיר של החקירה. עיפוטו של הנחקר עלולה גם להביאו לוותר על זכות ההיוועצות, בין בשל חוסר יכולת להבין את חשיבותה בשל מצבו ובין על מנת להימנע מדחיית סיומה של החקירה, בשל העיכוב הנגרם במימוש הזכות. (וראוי לעניין זה לציין לחיוב את השינוי שחל במדיניות הסנגוריה הציבורית בעת האחרונה לפיה היא מאפשרת היוועצות (ראשונית) בסנגור ציבורי "עשרים וארבע שעות ביממה").

14. אין למצוא הוראת חוק האוסרת חקירת חשוד בגיר בשעת לילה מאוחרת. ביחס לקטינים קיים בנושא איסור מפורש (ראה סעיף 9' לחוק הנוער (שפיטה ענישה ודרכי טיפול), תשל"א-1971). עם זאת נקבע בפסיקה כי "שונה היא חקירה בשעות לילה מאוחרות מחקירה בשעות היום, ועל נושא זה להישקל גם כשמדובר בהודאות של בגירים" (תפ"ח (מרכז) 10101-11-09 **מדינת ישראל נ' ע' ש' (29.11.15)**, ההדגשה שלי - י"ט).

15. כן נקבע בעניין זה כי :

"באין טעמים מיוחדים להצדיק אחרת, יש לקיים חקירות של חשודים בשעות היום. סטייה מן האמור, במיוחד כל אימת שהחקירה התנהלה בשעה מאוחרת יותר, תיתכן רק מקום שהייתה הצדקה עניינית לקיום החקירה בשעות מאוחרות. הצדקה כזו עשויה להתקיים, למשל, כאשר יש צורך בשמיעה מיידית של תגובת החשוד, כדי למנוע אובדן ראיות." (ת.פ (מח' י-ם) 1238/00 **מדינת ישראל נ' משה עטיה (1.9.03)**).

וכן,

"... אכן רצוי להימנע מחקירות בלילה, גם בגלל האפשרות שהחשוד לא יהיה במיטבו בשעה מאוחרת, מבחינת הבנת השאלות ויכולתו להשיב עליהן בצורה מושכלת, וגם למען מראית פני הצדק. ואולם, נסיבות המעצר, רצף האירועים, סמיכות הזמנים ושיקולי חקירה, כוח אדם וזמן, בהחלט יכולים להוות משקל נגד אל מול זכותו זו של החשוד." (ת.פ (מח' י-ם) 341/04 **מדינת ישראל נ' שלומי יוסף (26.8.04)**)

בעניין זה מציין המלומד י. קדמי כי:

"ככלל יש לקיים חקירות של חשודים בשעות היום. ניתן לסטות מן הכלל אך ורק כאשר ישנה הצדקה עניינית לקיום החקירה בשעות הלילה" (קדמי, **על הראיות (2009)** בעמ' 63 (להלן - "קדמי, על הראיות")).



16. ראוי אפוא, ככלל, שלא לקיים חקירה בשעת לילה מאוחרת, אלא בהתקיים צורך חקירתי שיש בו חשיבות העולה על הפגיעה שעשויה להיגרם לחשוד בשל חקירתו בשעת לילה מאוחרת. בעניין זה ראוי להפנות לדברים הבאים:

"לדעתי, כאשר מדובר במעצר לילי ובחקירה בשעות לא רגילות, האלמנטים החשובים שצריכים לקחת בחשבון, בין היתר, הם אלו (שאינם מהווים רשימה סגורה): נסיבות מעצרו של החשוד, מידת ערנותו, הבנתו למה שהוא נשאל ומה הוא משיב, מידת החומרה שבעבירה המיוחסת לו, מידת הצורך לקבל תגובתו על מנת לנהל חקירה מסודרת; וכן הצורך שלא לאבד ראיות נחוצות, או לפגוע בתכנון פעולות חשובות, כגון זיהוי, מעצר, חיפוש, בריחה וכד', שלא ניתן לדחות, ודחייתם עלולה לחבל ביעילות החקירה. "

(ת"פ (מח' ים) 341/04 **מדינת ישראל נ' שלומי יוסף** (26.8.04))

17. המשטרה עצמה ראתה חשיבות להסדיר את נושא שעות החקירה וגיבשה את "נוהל תנאי חקירה הוגנים - שעות חקירה, מס' 03.300.064" (להלן - "נוהל שעות חקירה"). בנוהל שעות חקירה צוין כי "מקורו בהערות בתי המשפט בדבר משך תשאולם של חשודים וחקירתם של חשודים ותנאי החקירה, ואשר לדעת בית המשפט היה בהם כדי להשפיע על שלילת זכותו היסודית של החשוד לחקירה הוגנת...". בהתאם לאמור בנוהל שעות חקירה "ככלל אין לתשאל חשודים בשעות הלילה (מעבר לשעה 23.00) אלא בנסיבות מיוחדות שיפורטו בכתב ובאישור רמח"מ...כאשר צרכי החקירה מחייבים זאת". הנוהל מפרט את התנאים שיהוו "צרכי חקירה" שיצדיקו מתן אישור כאמור. התנאים הנם שמדובר בעבירה שבוצעה "זה מקרוב"; שקיים חשש להעלמת רכוש, להשפעה על עדים, לפגיעה בנפש או ברכוש בזמן הקרוב. כן ניתן לקיים חקירה בשעות הלילה בהסכמת החשוד או אם הוא מוגדר "דרוש לחקירה" או "חב מעצר". עוד קובע הנוהל (סעיף 2(ז)) כי "יש להקפיד הקפדת יתר במקרים של חקירה בשעות לא מקובלות כי ינוהל רישום הטעמים המיוחדים לחקירה...בשעות חריגות".

18. החוקרת שחקרה את הנאשם הודתה כי כלל אינה מכירה את נוהל שעות חקירה ולא ראתה כל פסול בחקירת בגיר בשעת לילה מאוחרת. בעמדה זו החזיקו גם יתר החוקרים שטיפלו בתיק. יצוין כי הנוהל אף לא היה מוכר לב"כ התביעה המשטרתית, אשר ביקש לברר אם מדובר בנוהל תקף (והתברר שאכן כן). למען הסר ספק יובהר כי מדובר בנוהל משטרתית שאף פורסם בהתאם לחוק חופש המידע (ראה נ/1).

19. אין מחלוקת בין הצדדים כי לא התקבל אישור כנדרש בנוהל שעות חקירה לשם חקירתו של הנאשם בשעה בה נחקר. אין גם מחלוקת שההחלטה לחקור את הנאשם בשעה כה מאוחרת לא התקבלה לאחר הפעלת שיקול דעת (דחיפות החקירה מול השעה המאוחרת ומצבו הגופני של החשוד), אלא מדובר היה בפעולה שגרתית שלא הצריכה מבחינת החוקרת התורנית כל שיקול דעת. המאשימה גם לא טענה במהלך המשפט לצורך חקירתי כלשהו שהצדיק (ולו בדיעבד) חקירה בשעה כה מאוחרת בלילה וממילא שלא הוכיחה קיומו של צורך כאמור. יובהר כי הסנגור טען



מפורשות להיעדר צורך שכזה וחרף זאת לא טענה המאשימה שהייתה קיימת הצדקה לחקירה בשעה זו בשל טעמים שבחקירה. מכאן, שאף אם מדובר בנטל רדום (ואינני קובע כך) לא נעשה כל ניסיון להתמודד עם הטענה שעמדה בבסיס קו ההגנה.

20. למען שלמות התמונה יובהר שמהראיות שהובאו בפני, אכן נראה שלא הייתה כל הצדקה לחקירה לילית בשעה כה מאוחרת ודבר לא מנע מהמשטרה להמתין עם חקירתו של הנאשם עד למחרת בבוקר. אמנם מדובר היה בעבירת פשע, ואף כזו שבוצעה בנסיבות מחמירות יחסית (התפרצות לדירתה של אישה קשישה) אולם חלף זמן ממשי מאז ביצועה (שלושה ימים). חלוף הזמן במקרה זה מקשה מאוד על מציאת הצדקה לחקירה בשעה כה מאוחרת.

21. אציין עוד כי אף בהתאם לנוהל שעות החקירה, פרק הזמן שחלף, במקרה זה, מאז ביצוע העבירה אינו יכול להוות טעם המצדיק חקירה בלילה, שכן נקבע בו שעל העבירה להתבצע "זה מקרוב" - מונח שפורש בפסיקה כנמדד בשעות ולא בימים (רע"פ 10141/09 **בן חיים ואח' נ' מדינת ישראל** (6.3.12)). אמנם בפרשת בן חיים הנ"ל מדובר היה בפרק זמן המקנה סמכות חיפוש ללא צו, אולם הרציונל של קביעה זו יפה גם לענייננו. פרק הזמן המוגדר "זה מקרוב" מבטא את הדחיפות הקיימת לביצוע הפעולה הרלוונטית, דחיפות שמקורה בסמיכות זמנים לאירוע, אשר היא המקנה את סמכות הפעולה. ניתן להצדיק חקירה בשעת לילה מאוחרת - אשר מטבעה אינה נוחה לחשוד ועלולה לפגוע בזכויותיו - אם מדובר בעבירה שבוצעה זמן קצר קודם לכן. חקירה המתבצעת בסמיכות לביצוע העבירה, עשויה להביא לאיתור מהיר של ראיות מתכלות, למציאת רכוש גנוב, למניעת שיבוש החקירה ועוד יתרונות שמקנה החקירה המידית. כאשר חולף פרק זמן משמעותי, יתרונות אלו אינם מושגים בהכרח ובכל מקרה הם - כשלעצמם - אינם מצדיקים חקירה בתנאים קשים אגב פגיעה בזכויות החשוד.

ודוק: מובן כי ניתן לקיים חקירה בשעת לילה מאוחרת, אף לאחר ימים רבים מאז ביצוע העבירה, אך זאת באם קיים צורך חקירתי אחר המצדיק זאת ונוהל חקירה לילית מתייחס לכך במפורש, וכך גם הפסיקה. אדגיש להמחשה כי המשטרה בענייננו, לא ראתה כלל לנכון לבצע הליך חיפוש כלשהו אף לאחר שהנאשם קשר עצמו לביצוע העבירה, ללמדנו שלא הייתה כל דחיפות חקיריתית שחייבה לחקור את הנאשם בשעת לילה מאוחרת, עד כי לא ניתן היה להמתין שעות ספורות.

22. הנה כי כן, לא הייתה כל הצדקה חקיריתית לקיים את החקירה בשעת לילה כה מאוחרת והמאשימה למעשה מודה בכך. הדבר אף נעשה בניגוד לנוהל שעות חקירה. לאור כך הדברים שנאמרו ביחס לבחינת ההודאה על פי מבחני סעיף 12 לפקודת הראיות, יפים גם לענייננו: "ככל שמדובר בשעה מאוחרת יותר...ולא הייתה לכך הצדקה עניינית, ייטה בית המשפט לראות בכך משום נקיטה בהליך חקירה פסול המכוון להצלת הודיה בדרך בלתי הוגנת" (קדמי, על הראיות, בעמ' 63).

מצבו של הנאשם בעת החקירה.



23. הסנגור טוען שהנאשם היה רדום ועייף בעת החקירה וכי יש בכך משום נקיטה בשיטת חקירה לא הוגנת. כפי שיובהר להלן, יש ממש בטענות הסנגור בעניין זה וההחלטה לקיים את החקירה בשעת לילה כה מאוחרת, במצבו של הנאשם, הייתה בלתי הוגנת והיא פגעה מעבר לנדרש בזכויותו להיחקר בתנאים סבירים והוגנים.

24. מהעדויות שהובאו בפני עלה כי הנאשם נמצא על ידי השוטר חוסרי, בשעה 23.07 כאשר הוא ישן בשיחים מחוץ לדירת אמו (ת/3 וכן עדות השוטר בעמ' 11 לפיה שותפו העיר אותו). גם אם אני שאין מדובר בשינה עמוקה, מצב זה מעיד בבירור על עייפות. בשלב זה הוא עוכב והובא לחוקרת התורנית בתחנת המשטרה. הנאשם נחקר בשעה 01.26 ועד השעה 01.46. במהלך החקירה טען הנאשם בפני החוקרת "אני לא יודע מה אני מדבר תני לי ללכת לישון" ובסיומה של החקירה ציינה החוקרת כי "החשוד נירדם לסירוגין". שורה זו נרשמה בסופה של החקירה במסגרת "הערה", אך החוקרת לא ידעה לומר מתי החל הנאשם להירדם "לסירוגין". עם זאת ציינה כי "אם היה נרדם לא הייתי חוקרת אותו. זה לא היה בהתחלה בוודאות הוא תקשר וענה לעניין" (בעמ' 6) וכן "לא יכולה להגיד כמה פעמים הוא נרדם. יכולה להגיד שזה בשלבים האחרונים של החקירה מאחר ולא הייתה לי בעיה של תקשורת איתו" (בעמ' לפרוט' 7). מנגד, הנאשם העיד במסגרת עדותו במשפט הזוטא כי החוקרת "לחצה עלי כל הזמן, אני ישן על השולחן והיא כל שניה מעירה אותי, תקום תקום אתה בחקירה. אמרתי לה תני לישון ותחקרו אותי אחר כך והיא ממשיכה, אז דיברתי, אמרתי מה שאמרתי".

25. לאור כך קבעתי בהחלטתי במסגרת משפט הזוטא כי מקובל עלי שהנאשם היה עייף ורדום במהלך חקירתו. מסקנה זו עולה בבירור מבדיקת מצבו טרם החקירה ובמהלכה. כאמור, השוטרים מצאו את הנאשם ישן בשיחים. מדובר בנתון חריג המצביע בבירור על מצבו של הנאשם ועל כך שהיה עייף עד כדי שנרדם ברחוב. כפי שהעיד הנאשם במהלך משפט הזוטא, הוא נרקומן שנים רבות. שעת הלילה בה נמצא ישן בשיחים, בצירוף היותו נרקומן, מלמדים על מצב ערנותו בעת עיכובו.

26. חקירתו של הנאשם הייתה כשעתיים וחצי לאחר עיכובו והיא החלה, כאמור, בשעת לילה מאוחרת (1.30 לאחר חצות). במהלך החקירה טען הנאשם בפני החוקרת כי הוא עייף ומבקש לישון. בסיומה של החקירה ציינה החוקרת כי הנאשם "נרדם לסירוגין". שילוב נתונים אלו, היינו מצבו של הנאשם כפי שמצא אותו השוטר, ההמתנה בת שעתיים וחצי בחדר העיכוב ומצבו בעת החקירה כפי שתועד, מלמדים כי במהלך החקירה היה הנאשם עייף ורדום. אמנם ההערה לפיה הנאשם "נרדם לסירוגין" צוינה רק בסופה של החקירה אולם יש בהערה זו להעיד על מצבו לכל אורך החקירה. בעניין זה יובהר כי החוקרת לא ידעה לומר באילו נקודות זמן במהלך החקירה נרדם הנאשם (שהרי היה זה לסירוגין). יתרה מזו, מדובר בחקירה קצרה בת 20 דקות ואינני סבור כי מצב ערנותו (או עייפותו) של הנאשם השתנה משמעותית במהלך פרק זמן קצר זה. אעיר עוד שאין ללמוד מכך שהנאשם השיב לשאלות על כי היה ערני. תשובותיו של הנאשם, כפי שניתנו, אינן מעידות בהכרח על ערנות, אלא דווקא מתיישבות היטב עם עייפות. מדובר בתשובות לאקוניות, בנות מספר מילים, ללא כל סיפור ותיאור של האירוע. כך למשל כאשר הוטח בנאשם מיד בתחילת החקירה כי הוא חשוד



שפרץ לדירה וגנב מכשיר טלפון נייד השיב "יכול להיות שכן, אני לא יודע, הייתי כל כך מסומם שאני לא זוכר מה עשיתי. אני זוכר שהיה לי פלאפון שאני לא יודע איך הוא הגיע אלי". מספר שאלות לאחר מכן, לגביהן ניתנו תשובות קצרות מאוד, טען הנאשם "אני לא יודע מה אני מדבר תני לי ללכת לישון". התנהלות זו בוודאי שאינה מעידה על ערנות, ובשים לב למכלול הנתונים שאפפו את החקירה, מסקנתי היא כאמור שהנאשם היה עייף ורדום במהלכה.

27. בהחלטה בעניין משפט הזוטא קבעתי על כן כי:

"מקובל עלי שלא מדובר היה במצב בו הנאשם ישן שנת ישרים במהלך החקירה, עד כדי חוסר יכולת לתקשר עמו כלל. לדידי, מדובר היה במצב בו הנאשם היה עייף מאוד, נרדם ומתעורר לסירוגין, מעין "נים ולא נים". זהו מצב בו ניתן לתקשר עם הנחקר, אך מובן שהוא אינו במלוא חושיו וכוחו".

וכן,

"...במצבו של הנאשם ולאור השעה המאוחרת, היו אלו תנאי חקירה קשים יחסית והם העמידו אותו במצב לא פשוט, בין רצונו לישון ובין הצורך בהמשך החקירה כפי שדרשה החוקרת."

28. שילוב הקביעה שלא היה צורך חקירתי שהצדיק כלל חקירה בשעה כה מאוחרת, עם מצבו כאמור של הנאשם, מביא למסקנה כי החקירה נוהלה לא רק תוך הפרת הנוהל והכללים שנקבעו בנושא, אלא אף בחוסר הגינות. חשוד זכאי, במסגרת זכותו להליך הוגן, כי יתאפשר לו להיחקר בתנאים סבירים והכל אם אין צורך חקירתי דחוף המצדיק קיומה של חקירה בתנאים נוחים פחות לחשוד. אין זה ראוי לחייב חשוד לעמוד לחקירה ולהשיב לשאלות שיש בהן להפלילו, כאשר הוא מצוי במצב של עייפות קשה בשעת לילה מאוחרת. אכן, "לא אחת חקירה היא "קרב מוחות" בין החוקר לבין הנחקר, שעשוי להיות כרוך גם בתשישות פיזית של הנחקר, או אף בעייפות נפשית שלו. בתוך הקשר מורכב זה, שומה על גורמי החקירה לחתור כל העת למציאת האיזון הראוי בין ההגנה על זכויות הנחקר, מחד גיסא, לבין הגשמתו של האינטרס הציבורי, מאידך גיסא" (ע"פ 1784/14 **אשרף אעשור נ' מדינת ישראל** (3.9.15), ההדגשה שלי - י"ט).

29. לאור כך, גם אם ניתן להצדיק במקרה מסוים חקירה בשעות הלילה, על החוקר ליתן דעתו למצבו של הנחקר. באם מדובר בחשוד רדום, עייף וחלש, עליו להביא בחשבון את הפגיעה הנגרמת לו בשל תנאי החקירה, אל מול צרכי החקירה והפגיעה שתגרם לחקירה באם ביצועה ידחה. במקרה שלפני, הגם שממילא לא היה נכון לקיים החקירה בלילה (אף אם הנאשם היה ערני) לא זכיתי לכל הסבר מדוע לא אפשרה החוקרת לנאשם לישון, לצבור כוחות ולקיים את החקירה בשעות הבוקר,



כאשר הוא ערני ומאושש. הנאשם ביקש בחקירתו "תני לי ללכת לישון" ולא קיבלתי כל הסבר מדוע עמדה החוקרת על קיום החקירה בשעה זו ובמצבו של הנאשם, כאשר לא הייתה כל דחיפות ובהילות שמנעה את קיומה בשעות הבוקר.

30. המסקנה העולה אפוא מהאמור לעיל היא שחקירתו של הנאשם הייתה בניגוד לנהלים, בנגוד לכללים שבפסיקה ואף בלתי הוגנת.

בחינת עיכובו של הנאשם.

31. בעניין זה טוען הסנגור כי לא ניתן היה לעכב את החשוד לחקירה בשעות הלילה, שכן ממילא לא ניתן היה לחקור אותו בשעה זו. לטענתו היה צריך למסור לנאשם הזמנה לחקירה ולא לעכבו על אתר, בדרך של הסעתו בניידת לתחנת המשטרה. עוד טוען הוא כי עיכובו כאמור, ללא שינוי בתשתית הראייתית, אינו חוקי שכן יש בו משום עקיפת ההחלטה השיפוטית שדחתה אותו יום בקשת מעצר. אדון בטענות אלו כסדרן.

32. עיכובו של אדם מוגדר בסעיף 66 לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה-מעצרים), תשנ"ו-1996 (להלן - "חוק המעצרים") כ"הגבלת חירותו של אדם לנוע באופן חופשי, בשל חשד שבוצעה עבירה...כאשר הגבלת החירות מסויגת מראש בזמן ובתכלית...".

סעיף 67 לחוק המעצרים קובע את סמכויות השוטר להורות על עיכובו של אדם:

67. (א) היה לשוטר יסוד סביר לחשד כי אדם עבר עבירה, או כי הוא עומד לעבור עבירה העלולה לסכן את שלומו או בטחונו של אדם, או את שלום הציבור או את בטחון המדינה, רשאי הוא לעכבו כדי לברר את זהותו ומענו או כדי לחקור אותו ולמסור לו מסמכים, במקום הימצאו.

(ב) שוטר רשאי לדרוש מאדם להילוות עמו לתחנת המשטרה או לזמנו לתחנת המשטרה למועד אחר שיקבע, אם נתקיימו שניים אלה:

(1) יש יסוד סביר לחשד שהוא עבר עבירה או יש הסתברות גבוהה שהוא עומד לעבור עבירה כאמור בסעיף קטן (א);

(2) הזיהוי היה בלתי מספיק, או לא ניתן לחקור אותו במקום הימצאו.

33. עיכובו של אדם הנה הגבלת חירות ממשית. אף אם מדובר בפגיעה פחותה ממעצר, עדיין אין להתעלם מחומרתה ומהצורך להקפיד על מימושה בהתאם להוראות החוק ושלא מעבר לנדרש.



בעניין זה אפנה לדברים שנאמרו על ידי כב' השופט דנציגר ברע"א 4672/14 **יהודה גליק נ'**
מדינת ישראל (6.1.15):

"עיכוב של אדם לצורך חקירתו על-ידי שוטר, ככל הגבלה אחרת על זכות התנועה שלו, הינו פגיעה בחירותו האישית של אדם המוכרת כזכות חוקתית בסעיף 5 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו... משכך, כדי לבסס את הסמכות לעיכובו של אדם, יש לעמוד בתנאי פסקת ההגבלה שבסעיף 8 לחוק היסוד. למותר לציין שעל העיכוב לעמוד בהוראותיהם המגבילות של סעיפים 66, 67 ו-68 לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה - מעצרים), התשנ"ו-1996 המהוות את ההסדרה התחקיתית העדכנית בסוגיה זו"

34. בענייננו הופעלה הסמכות שבסעיף 67(ב) לחוק המעצרים, שעניינה דרישה מהנאשם להילווה לשוטר לצורך חקירתו בתחנת המשטרה. השאלה היא אם בכך פעלה המשטרה כראוי, בשים לב למכלול הנסיבות. לדעתי, הדרישה מהנאשם להילווה לשוטר לצורך חקירה, בנסיבות העניין הכוללות, הייתה בלתי ראויה והיה בה משום פגיעה בלתי מידתית בזכויות הנאשם. אפרט.

35. נקודת המוצא היא שאת ההחלטה בדבר עיכובו של הנאשם לא קיבל השוטר בשטח וכי הוא לא נתקל בו באקראי. ההחלטה התקבלה על ידי החוקר הממונה על התיק (אבי אוחיון) אשר הורה בשעת לילה מאוחרת לחוקרת אוחנה לרשום מזכר בנושא ולבקש מהסויר לעכבו. תפקידו של השוטר המעכב היה, אפוא, ביצועי בלבד. הוא לא הפעיל כל שיקול דעת עצמאי, אלא ביצע הוראות. מכאן שההחלטה על העיכוב התקבלה במשרדי החקירות, בתנאים נוחים, על ידי מי שכל העובדות היו ידועות לו. את שיקול דעתו של החוקר אוחיון יש, אפוא, לבחון לצורך קביעת חוקיות העיכוב במקרה זה (ראה בהשוואה עפ"ת (ב"ש) 29882-01-15 **טל יהושע גבאי נ' מדינת ישראל** (23.2.15)).

36. קבעתי כאמור כי לא היה צורך חקירתי דחוף, שחייב חקירה על אתר, מבלי יכולת המתנה בת שעות ספורות וזאת במיוחד לאור חלוף הזמן. עובדות אלו היו כמובן ידועות לאוחיון. קבעתי גם כי נוהל שעת חקירה, ופסיקת בתי המשפט, קובעים כי חקירה בשעת לילה כה מאוחרת, אינה ראויה (ואף פסולה לעיתים) כאשר לא קיימת הצדקה חקירתית לכך. לאור כך מתחייבת המסקנה כי עיכובו של הנאשם - על דרך של דרישה להילווה על אתר לשוטר - לא היה לתכלית ראויה, שהרי אם לא ניתן לחקור את הנאשם בטווח הזמן המרבי של העיכוב (היינו עד השעה 02.00 לפנות בוקר, ראה סעיף 73(ב) לחוק המעצרים המגביל את משך העיכוב לשלוש שעות בלבד), הכיצד ניתן לומר שהעיכוב היה לתכלית ראויה. לעניין זה ראוי לשוב ולהידרש להגדרת העיכוב בסעיף 66 לפיה עיכוב הוא הגבלת חירות "מסויגת מראש בזמן ובתכלית". כאשר תכלית העיכוב במקרה זה לא הייתה אפשרית ליישום, נראה שההחלטה להורות על עיכובו הייתה שגויה.

ודוק: מובן שאין לשקול במסגרת ניתוח זה את שאלת המסוכנות, שכן נושא זה אינו קשור לעיכוב לצרכי חקירה,



אלא למעצר, בקשה אשר נדחתה אותו יום על ידי בית המשפט.

37. גם עיקרון המידתיות מוביל למסקנה לפיה לא היה נכון לדרוש מהנאשם להילוות לשוטר על אתר בלילה. החובה לנקוט אמצעי שפגיעתו בחירות האזרח פחותה, לצורך השגת המטרה, מוכרת היטב בדיני המעצרים והיא מהווה עקרון על הנובע מפסקת ההגבלה שבחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. חוק המעצרים קובע שורה של אמצעי אכיפה בעלי מידת פגיעה שונה בחירותו של האזרח. בהתאם לחובה לעשות שימוש באמצעי פוגעני פחות, מצווה למשל בית המשפט להימנע ממעצרו של חשוד או נאשם, אם ניתן להשיג את תכלית המעצר בדרך של חלופת מעצר שפגיעתה בחירותו של החשוד או הנאשם פחותה (ראה סעיפים 13(ב) וכן 21(ב)(1) לחוק המעצרים). כן, קובע סעיף 23(ג) לחוק המעצרים ביחס לסמכות שוטר לעצור אדם כי "לא יעצר אדם ... אם ניתן להסתפק בעיכוב".

38. סעיף 67(ב) לחוק המעצרים מאפשר לשוטר לדרוש מאדם להתייבב לחקירה בשתי דרכים. הדרך האחת היא דרישה להילוות אליו על אתר לתחנה. הדרך השנייה, והפוגענית פחות, היא "לזמנו לתחנת המשטרה למועד אחר שיקבע" (סעיף 67(ב) לחוק המעצרים). ברי כי מדובר באמצעי פוגעני פחות, אשר יש להעדיפו על פני דרישה להילוות לשוטר באופן מידי לתחנה, והכל כמובן אם אין צורך חקירתי דחוף, שאינו מאפשר המתנה בת מספר שעות להגעת החשוד. דרך פעולה זו אף מצוינת במפורש **בפקודת המטה הארצי 14.01.34 "עיכוב, מעצר ושחרור" (8.10.13)**, הקובעת בסעיף 3(ב)(ג) כי "ככלל, במקום שאין בכך להפריע להמשך הטיפול המשטרתי, יש להעדיף זימונו של אדם לתחנת המשטרה, על פני הדרישה להילוות לשוטר". ראוי לעניין זה להפנות לדברים שציין בית המשפט העליון בע"פ 1784/14 **אשרף אעשור נ' מדינת ישראל** (3.9.15):

"אנו מוצאים לנכון להעיר כי ראוי שהעוסקים במלאכת החקירות יוסיפו לבחון בכל מקרה ומקרה לא רק אם התכלית העומדת ביסוד החקירה היא ראויה, אלא גם אם האמצעי שננקט אינו חורג מן הנדרש בנסיבות העניין."

39. לחובה הכללית לעשות שימוש באמצעי מידתי יותר, שיש בו להשיג את המטרה, מתווספות במקרה זה נסיבות העניין, היינו שעת הלילה והאופן בו מצא השוטר את הנאשם. קבעתי לעיל שמדובר היה בשעה מאוחרת והנאשם היה במצב שאינו הולם חקירה. זימונו לחקירה למחרת בבוקר, היה מאפשר לו להגיע לחקירה במצב גופני טוב יותר. לאור כך, מתחזקת המסקנה שהיה מקום לעשות שימוש באמצעי פוגעני פחות.

40. בסיכומיו טען ב"כ המאשימה כי "מחומר החקירה עולה שהנאשם ידע שהמשטרה מחפשת אותו ועל פי הנתונים ניתן היה לראות שהוא לא יגיע מרצונו ... הוא מוכר למשטרה...". טיעון זה אינו מבוסס עובדתית. לא הובאו בפני כל ראיות לפיהן הנאשם ידע שהמשטרה מחפשת אותו ובכל מקרה אין מחלוקת שלא נמסרה לו הזמנה לחקירה. ב"כ המאשימה טען כי מדברי הנאשם בת/4 ניתן ללמוד כי ידע שהמשטרה מחפשת אותו. הכוונה היא לכך שהנאשם אמר שאמו לא הכניסה אותו הביתה כי "הייתי דרוש למשטרה". משפט זה אינו מבסס מסקנה שלפיה היה קיים חשש סביר



שהנאשם היה מתחמק מחקירה אם היה מזומן. לא ברור מתי ידע הנאשם על כך שהמשטרה מחפשת אותו והאם ניתן לבסס על פרק זמן זה מסקנה בדבר חשש סביר להתחמקות מחקירה. הנאשם לא נשאל בנושא זה כל שאלה ובמיוחד מדוע לא התייצב לחקירה. נקודה חשובה יותר היא שנקודת הזמן הרלוונטית לבחון את נכונות שיקול הדעת היא בעת ביצוע העיכוב. בשלב זה הרי המשטרה לא ידעה שהנאשם שמע מאמו שהוא דרוש לחקירה (פרט שעלה רק בחקירתו), היא אף לא מסרה לו מעולם כל זימון לחקירה. לאור כך מובן שהחוקר שהורה על עיכובו בדרך של הבאתו לאלתר לתחנה, לא יכול היה לראות בו כמי שהסעד המתון יותר אינו יעיל בעניינו.

41. לאור כך, לא הובאו בפני ראיות מהן אוכל לקבוע שהיה בסיס למסקנה שהנאשם לא יתייצב לחקירה, אם יזומן. טענות אלו נטענו ללא כל ביסוס עובדתי ואני דוחה אותן. סיכומי של דבר, שלא הוכח כי היה מקום לדרוש מהנאשם להילוות לשוטר והיה בכך גם פעולה בניגוד לפקודת המטה הארצי 14.01.34

42. כאן המקום להידרש למשמעות קביעתו של בית משפט השלום, אשר דחה באותו היום בקשה להורות על מעצרו של הנאשם. בהחלטתו קבע בית משפט השלום כי "בשלב זה החלטתי כי אין בחומר הראיות די כדי לקשור את החשוד. יש לעבות החשד הסביר טרם בקשת מעצר נוספת". הסנגור טוען כי מדובר בקביעה שיפוטית שמנעה שימוש בסמכות העיכוב, על בסיס אותה תשתית ראייתית. המאשימה סבורה כי אין מניעה לבצע עיכוב לאחר החלטה כגון זו, בשל כך שמדובר באמצעי פוגעני פחות ממעצר.

43. אינני סבור כי החלטת בית משפט השלום מנעה, כשלעצמה, מהמשטרה לעשות שימוש בסמכות העיכוב. מסקנה זו יפה אף אם עצמת החשד לא השתנתה מאז החלטת בית המשפט. מסקנה אחרת תמנע מהמשטרה, לאחר שבקשתה למעצר נדחתה על בסיס ראייתית, לא רק לדרוש מהחשוד להילוות לשוטר לצורך חקירה, אלא אף לזמנו לחקירה, שהרי הדרישה הראייתית בסעיף 67(ב) לחוק המעצרים זהה ביחס לשתי האפשרויות. מסקנה זו אינה סבירה ואינה ראויה.

44. אני מוכן, אפוא, לצאת מנקודת הנחה שנדרשת תשתית ראייתית חלשה יותר לצורך עיכוב מאשר לצורך מעצר וזאת בשל הפגיעה הקלה יותר הנגרמת מעיכוב לעומת מעצר (ראה למשל עמ"ת 37575-12-11 **פלונית נ' מדינת ישראל** (17.1.12)). עם זאת, מובן שעדיין נדרשת תשתית ראייתית שאינה בבחינת חשד "סתם" אלא חשד ממשי המקים "בסיס להנחה שהנעכב עבר עבירה" (קדמי, **סדר הדין בפלילים (חלק ראשון הליכים שלפני משפט)**, בעמ' 6; בש"פ 5610/06 **אלישבע פדרמן נ' מדינת ישראל** (25.7.06)). אף בהינתן מסקנה זו, נראה כי במקרה זה לא היה זה ראוי ומידתי, לדרוש מהנאשם להילוות לשוטר בשעת לילה לחקירה, לאור החלטת בית המשפט שקבעה שלא קיימת תשתית ראייתית מספקת הקושרת בין הנאשם לעבירה. אסביר.

45. אכן, "עיכוב הוא צורה קלה יותר של הגבלת חופש התנועה לעומת מעצר" (רינת קיטאי סנג'רו,



המעצר: שלילת החירות טרם הכרעת הדין, בעמ' 81) ואולם במקרה זה התבטא עיכובו של הנאשם בהגבלת חירות לא קלה ופגיעה ממשית בחירותו ובזכויותיו. כאמור לעיל, הנאשם נמצא על ידי השוטר שנשלח לעכבו, ישן בשיחים מחוץ לדירת אמו. הנאשם הוער משנתו, נערך עליו חיפוש, הוא הוכנס לניידת משטרה והוסע לתחנת המשטרה, שם הוחזק כשעתיים וחצי ולאחר מכן נחקר, בעודו עייף ורדום.

46. הנה כי כן, מבחינת יכולתה של המשטרה לשלוט בתנועותיו של הנאשם ולקבוע את שעת החקירה ותנאיה, לא היה הבדל ממשי בין עיכובו של הנאשם למעצרו. אכן, מעצרו של אדם (עליו הוחלט בהיעדרו) יכול להימשך עד 24 שעות (ראה סעיף 17(ג) לחוק המעצרים), בעוד שעיקוב חשוד מוגבל לשלוש שעות בלבד עם אפשרות להאריכו לשלוש שעות נוספות (ראה סעיף 73 (ב) לחוק המעצרים). במובן זה עיכובו של אדם הנה הגבלה פחותה ממעצר. הבדל נוסף נעוץ בעובדה שניתן לכלוא עצור בתא מעצר בעוד שמעוכב ימתין לרוב בתחנה או בתא מעוכבים שאינו תא מעצר. עצור ניתן אף לאזוק (אף כי אין מדובר בסמכות אוטומטית, אלא נדרשת הצדקה לאיזוק) (ראה בעניין זה קדמי, **סדר הדין בפלילים (חלק ראשון הליכים שלפני משפט)**, בעמ' 78). הבדלים אלו, מבלי להקל בהם ראש, אינם בעלי משקל רב לענייננו עת בוחנים אנו את אופן גביית הודייתו של הנאשם. החשוב הוא שמבחינת יכולת ניהול החקירה והשליטה על הנאשם, השיגה המשטרה באמצעות העיכוב את שנמנע ממנה בהחלטת בית המשפט שסירב להוצאת צו מעצר.

יוער בהקשר זה, כי אם הנאשם היה מסרב לעיכוב, היה בכך להוות עילה מיידית למעצרו על ידי השוטר (סעיף 23(ב) לחוק המעצרים). אף בכך יש ללמד על הזהות העניינית שבין המעצר לעיכוב במקרה זה.

47. המסקנה העולה אפוא מהניתוח דלעיל היא כי נפל פגם בחוקיות עיכובו של הנאשם וזאת בשל הנימוקים הבאים:

א. תכלית העיכוב הייתה להביא את הנאשם לחקירה בתחנה. חקירה זו הייתה בלתי אפשרית לאור שעת עיכובו והיעדרה של הצדקה חקירתית לחקירה לילית. לכן מדובר היה בעיכוב מחוסר תכלית.

ב. ההחלטה לעשות שימוש בסמכות הפוגענית יותר, היינו לדרוש מהנאשם להילוות לשוטר על אתר, הייתה בלתי מידתית וניתן היה להשיג את תכלית העיכוב בדרך פוגענית פחות והיא לזמנו לחקירה בשעות הבוקר. הדברים יפים במיוחד לאור מצבו של הנאשם כפי שמצא אותו השוטר והחלטת בית המשפט שסירב להורות על מעצרו. החלטה זו הייתה גם בניגוד לפקודת המטה הארצי 14.01.34 הקובעת שיש להעדיף זימון לחקירה על פני דרישה להילוות לשוטר. המאשימה לא הוכיחה הצדקה לשימוש בסעד פוגעני זה.



ג. במקרה זה - ולצורך בחינת השפעת העיכוב על השגת הראיה - עיכובו של הנאשם היה דומה במידה רבה למעצרו. בשים לב להחלטת בית המשפט, הייתה זו דרך פעולה בלתי הוגנת שיש בה משום עקיפת החלטת בית המשפט.

48. סיכומו של דבר בעניין בשאלה האם ההודיה הושגה שלא כדין: מהניתוח שלעיל עולה כי חקירתו של הנאשם בשעת לילה מאוחרת הייתה בניגוד לנהלי המשטרה והפסיקה וזאת בשל כך שלא הוצג צורך חקירתי המצדיק זאת. לאור כך מדובר "מדובר בהליך חקירה פסול המכוון להצלת הודיה בדרך בלתי הוגנת" (קדמי, על הראיות בעמ' 63). החקירה הייתה אף בלתי הוגנת לאור מצבו הפיזי של הנאשם. לכך יש הוסיף כי בשעת החקירה היה הנאשם מעוכב וכי בחוקיות העיכוב נפלו פגמים.

האם יש מקום לפסול את ההודיה ?

49. דוקטרינת הפסילה הפסיקתית קבעה כלל פסילה יחסי. זיהויו של פגם בהשגת הראיה ואף פגיעה בזכויות הנאשם, אינם גוררים פסילה אוטומטית של הראיה. בהלכת **יששכרוב** נקבע כי ראיה שהושגה שלא כדין תיפסל רק אם קבלתה במשפט תיצור פגיעה משמעותית בזכותו של הנאשם להליך הוגן. נקבע כי "לבית-המשפט מסור שיקול-דעת לפסול קבילותה של ראיה בפלילים, אם הוא נוכח לדעת כי הראיה הושגה שלא כדין וכי קבלתה במשפט תיצור פגיעה מהותית בזכותו של הנאשם להליך פלילי הוגן החורגת מגדרה של פיסקת ההגבלה" (הלכת יששכרוב, פסקה 63). במסגרת זאת, עוצבה נוסחת איזון עקרונית הכוללת שלושה מבחני עזר: אופייה וחומרתה של אי החוקיות שהייתה כרוכה בהשגת הראיה; מידת ההשפעה של אמצעי החקירה הפסול על הראיה שהושגה; הנזק מול התועלת החברתיים הכרוכים בפסילת הראיה (יששכרוב, פסקאות 70-74). בעניין זה צוין בפרשת יששכרוב כי מדובר "[ב] נוסחת איזון עקרונית השואפת להשגת פשרה ראויה בין מכלול הזכויות והאינטרסים הרלוונטיים לשאלת קבילותן של ראיות שהושגו שלא כדין, ובהם: חשיפת האמת העובדתית, הלחימה בעבריינות וכן ההגנה על שלום הציבור ועל זכויות נפגעי העבירה מחד גיסא; אל מול ההגנה על זכויות הנאשם ועל הגינות ההליך הפלילי וטוהרו מאידך גיסא".

אבחן להלן את נתוני המקרה על פי מבחנים אלה.

50. **אופייה וחומרתה של אי החוקיות:** במקרה שלפנינו חברו יחדיו מספר גורמים ההופכים את אי החוקיות הכרוכה בהשגת ההודיה לבעלת מדרג חומרה ממשי. כאמור, חקירה בשעת לילה מאוחרת הנה הליך פוגעני שראוי להימנע ממנו, אלא במצבים בהם הדבר מתחייב. עם זאת, מובן כי לא כל חקירה לילית שבוצעה ללא הצדקה חקירתית, תוביל למסקנה שמדובר באי חוקיות בעלת מדרג חומרה גבוה. קביעת חומרתה של אי החוקיות מחייבת בחינה של מכלול הנסיבות ובהן שעת החקירה; משכה; מצבו של החשוד (האם היה עייף או שמא ערני חרף השעה) והאם מצבו כאמור היה ברור לחוקר; האם ביקש מהחוקר להפסיק את החקירה; האם הגיע לחקירה מרצונו חרף השעה, או שמא עוכב או נעצר ובחירתו נשללה; וכן מהות העבירה הנחקרת.



51. בענייננו תחילת החקירה הייתה בשעה מאוחרת יחסית, לאחר 01.30. מדובר בשעה בה עיפות של הנחקר, אינה טעונה הוכחה של ממש. עם זאת, הוכח שהנאשם היה עייף ורדום בשעת החקירה. הוא אף ביקש מהחוקרת ללכת לישון וטען "אני לא יודע מה אני מדבר" והחוקרת אף רשמה הערה כי הנאשם "נרדם לסירוגין". חקירה בתנאים אלו גורמת פגיעה מעבר לנדרש להשגת המטרה. בעניין זה נקבע כי "... מניעת שינה לתקופה ארוכה, או מניעת שינה בלילה בלא שצורכי החקירה יחייבו זאת, הוא שימוש באמצעי חקירה מעבר למידה הדרושה" (בג"ץ 5100/94 **הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל** (6.9.99)).

52. אין די בכך שמדובר בחקירה קצרה כדי לשנות מסקנה זו. אכן, לרוב דנה הפסיקה במקרים בהם מדובר היה בחקירות ארוכות ומתישות שהתמשכו אל תוך הלילה. ואולם גם חקירה שהחלה בשעת לילה מאוחרת, כאשר הנאשם כבר עייף ותפקודו לקוי, מהווה התנהגות פסולה (ראה למשל ת.פ. (מח'-חי') 42/83 **מדינת ישראל נ' ג'יבאלי**, פס"מ תשמ"ד (א) 93 ; קדמי, על הראיות, בעמ' 63).

53. לכך יש להוסיף כי הנאשם היה מעוכב אותה עת במסגרת עיכוב שנפל פגם בחוקיותו. עיכובו של הנאשם גרם למצב בו נכפה עליו להיחקר בשעות הלילה, ונשללה ממנו היכולת לבחור להיחקר בתנאים סבירים והוגנים יותר. המאשימה טענה כי שעת החקירה הייתה "תולדה של שעת העיכוב" וביקשה לראות בכך נסיבה המצדיקה את החקירה כפי שבוצעה (סעיף 9 לסיכומי המאשימה בכתב). מדובר בטיעון ההופך בין סיבה למסובב. שעת העיכוב לא נכפתה על המשטרה. היא שבחרה כיצד לבצעו ובאיזו שעה. קבעתי שהייתה זו החלטה מושכלת של החוקר האחראי, החלטה בה ראיתי פגם בשיקול הדעת. העיכוב אינו צורך חקירתי המצדיק פגיעה בזכויות, אלא הוא אמצעי לקיום החקירה. במקרה זה העיכוב לא רק שלא הצדיק את החקירה הלילית, אלא הוא מהווה חוליה נוספת בשרשרת הפגמים שנפלו בחקירתו של הנאשם.

54. אזכיר שוב - נקודת המוצא היא שלא היה צורך חקירתי שהצדיק לחקור את החשוד בלילה כשהוא עייף. כפי שהובהר לעיל, בהחלט יתכנו מצבים בהם הצורך החקירתי יצדיק קיומה של חקירה בשעות לילה מאוחרת גם אם הנאשם עייף. ואכן נקבע לא אחת כי "עיפותו של נחקר, והיותו נתון לשאלות במשך פרק זמן ארוך 'הינם לעתים תוצאה בלתי נמנעת מחקירה או תוצאה נלווית לחקירה. זהו חלק מ'אי-הנוחות' הטבוע בחקירה" (ע"פ 10715/08 **ולס נ' מדינת ישראל** (1.9.2009)). ואולם בעניין נקבע גם כי "חשוב לחזור... למושכלות ראשונים: לעתים התמשכות חקירה באופן שפוגע בשעות השינה של הנחקר עשויה להיות נחוצה, אולם מצב דברים זה אמור להיות תולדה של צורך חקירתי, להבדיל מאשר תכלית עצמאית לשם שבירת רוחו של הנחקר" (ע"פ 1784/14 **אשרף אעשור נ' מדינת ישראל** (3.9.15)).

55. במסגרת ההחלטה במשפט הזוטא קבעתי כי ההחלטה לחקור את הנאשם בשעת לילה מאוחרת לא הייתה מכוונת לשם ניצול מצוקתו, אלא מדובר היה "בחוסר הקפדה על זכויותיו". לדידי, אין



בעובדה זו להקהות את חומרת הדברים ואת חוסר ההגינות שהם מבטאים כלפי הנאשם וזכויותיו במקרה זה. כאשר אין הצדקה חקירתית, אין זה נכון לחקור אדם באישון לילה, במיוחד אם הוא רדום ומבקש לישון במהלך חקירתו. לו היה הנאשם ערני ולשעת החקירה לא הייתה השפעה ממשית על יכולתו להתמודד עם החקירה, ניתן היה לייחס משקל ממשי לטענה זו. ואולם, כאשר לשעה המאוחרת מאוד מצטרף מצבו של הנאשם - שהיה גלוי ונהיר לחוקרת אשר אף תיעדה זאת - המסקנה שונה.

56. **מידת ההשפעה של אי החוקיות על הראיה שהושגה** - במסגרת מבחן זה על בית המשפט לבחון אם לאי החוקיות השפעה אפשרית על מהימנות הראיה וערכה ההוכחתי. ככל שעולה הסבירות לפגיעה במהימנות הראיה, ייחלש המתח בין הצורך בחשיפת האמת והרצון להבטיח קיומו של הליך הוגן. לעניין זה על בית המשפט להבחין בין ראיה חפצית - שיש לה קיום עצמאי ומהימן במנותק מאי החוקיות שבהשגת הראיה - לבין ראיה מילולית, כגון הודאת חשוד.

57. לעיפות של נחקר השלכה ברורה על האפשרות לפגיעה בהימנות הדברים שהוא מוסר. עיפות ממשית של נחקר עלולה להביאו למסירת פרטים כוזבים, בין בשל חוסר הבנה ובין על מנת לקצר את משך החקירה ולזכות באפשרות לישון. עיפותו של הנחקר עלולה לפגום בדריכותו וביכולתו להתגונן כראוי מפני החשדות. היא אף עלולה להביאו להשיב במהרה על שאלות במטרה להביא לסיומה המהיר של החקירה. עיפותו של הנחקר עלולה גם להביאו לוותר על זכות ההיוועצות, בין בשל חוסר יכולת להבין את חשיבותה בשל מצבו ובין על מנת להימנע מדחיית סיומה של החקירה, בשל העיכוב הנגרם במימוש הזכות. (וכאמור לעיל, הסנגוריה הציבורית מאפשרת היוועצות במשך כל שעות הלילה).

58. עיון בטופס חקירתו של הנאשם מגלה כי תשובותיו היו לאקוניות. אין בהן כל סיפור במלל חופשי, אלא מענה קורקטי לתשובות החוקרת. אמנם הנאשם משיב לשאלות מרצונו ולא נגרמה לו פגיעה ממשית באוטונומיה. מטעם זה דחיתי את טענתו במשפט הזוטא. ואולם, עת דנים אנו בשאלת מידת ההשפעה של אי החוקיות על השגת הראיה, סבורני כי מתחייבת קביעה בדבר קשר אפשרי בין תוכנה של ההודיה לאמצעי הפסול.

59. כאן המקום להתייחס לטענת המאשימה בעניין ע"פ 1784/14 **אשרף אעשור נ' מדינת ישראל** (3.9.15). המאשימה טענה כי במקרה זה לא נפסלה הודאת נאשם חרף העובדה שנחקר שעות רבות מבלי שניתן לו לישון. המאשימה טוענת כי בעניינו של הנאשם כאן מדובר היה בחקירה בת 20 דקות בלבד, כך שעל דרך קל וחומר אין לפסול את ההודיה. אינני מקבל טיעון זה, שכן הוא מתעלם מהרציונל שעמד בבסיס ההחלטה בפרשת **אשרף הנ"ל**. במקרה זה נמנע בית המשפט העליון מקביעה אם אופן חקירת הנאשם היה שלא כדין וצוין כי אף אם היה נקבע כך, לא היה מקום לפסילת ההודיה בשל "מסקנתנולפיה[הנאשם - י"ט]בחרלהודותבמיוחסלולאמחמתעיפותו" (פסקה 70 לפסק הדין). חיזוק למסקנה זו ראה בית המשפט העליון בכך שהנאשם שם בחר לחזור על



הודאתו גם בהודאות נוספת שמסר, לאחר שהתאפשר לו לישון. עניינו שונה. כפי שצינתי לעיל, במהלך חקירתו של הנאשם ניתן לזהות סימני עיפות מובהקים, הבאים לידי ביטוי בתשובות לאקוניות, באמירות מפורשות בדבר עיפות ובעובדה שהנאשם נרדם במהלך החקירה, שהייתה קצרה יחסית. מכאן שניתן לראות קשר אפשרי בלתי מבוטל בין תוכנם של הדברים לעיפותו של הנאשם. גם מהות ההודיה שאינה הודיה ברורה המתארת את האירוע, אלא אמירה לפיה "יכול להיות" שביצע את המעשה, מחזקת מסקנה זו. חיזוק נוסף למסקנה זו ניתן לראות בכך שבחקירה הנוספת (לאחר שינה) לא שב הנאשם על הודייתו אלא דווקא התכחש לביצוע העבירה וזאת בניגוד לפרשת אשרף הנ"ל.

60. **שיקולי נזק ותועלת חברתיים:** אין חולק שלנאשם מיוחסת עבירה חמורה, אשר בוצעה אף בנסיבות לא קלות. עם זאת, הדעה השלטת בבית המשפט העליון היא כי שחומרת העבירה המיוחסת לנאשם, כשלעצמה, אינה מצדיקה קבלת ראיה שהושגה שלא כדין (ראו למשל, ע"פ 4988/08 פרחי נ' מדינת ישראל (1.8.2011), השופט א' לוי; ע"פ 5956/08 אל עוקה נ' מדינת ישראל (23.11.2011), השופטים הנדל ודנציגר; ע"פ 6144/10 גטצאו נ' מדינת ישראל (10.4.2013), השופט ג'ובראן). לאור כך, חומרת העבירה במקרה זה אינה מהווה מחסום לפסילת ההודיה. מנגד, חומרתה של האי החוקיות ממשיית וקיימת אף אפשרות להשפעה של אי החוקיות על השגת הראיה.

61. לאור כל זאת אני סבור שקבלת הודייתו של הנאשם, באופן בו נגבתה, היינו תוך עיכובו המידי בשעת לילה מאוחרת, כאשר הוער משנתו בשיחים, וחקירתו כשהוא עיף עד כדי הירדמות, תביא לפגיעה חמורה בזכותו להליך הוגן, וזאת מעבר לנדרש. נתתי דעתי לחומרת העבירה, לרצונה של המשטרה למצוא את מבצעה, לעובדה כי מדובר היה בהפרת נהלים ואי חוקיות אשר לא בוצעו מתוך מטרה לפגוע בנאשם, אלא מתוך חוסר רגישות לזכויותיו והפעלת שיקול דעת בלתי נכון. לאחר שקלול נתונים אלו נותרתי בתחושה שקבלתה של ראיה זו, תגרום לפגיעה ממשיית בזכותו להליך הוגן, בין היתר בשל הקשר האפשרי של מצבו של הנאשם למהימנות הראיה. לאור כך אני מחליט שלא לקבל כראיה את ת/1.

62. בעניין זה אפנה למקרה דומה במעט בו נפסלה הודאת נאשם, אשר נחקר כאשר רגלו שבורה וטרם שהוענק לו טיפול רפואי. בית המשפט קבע כי שיקול הדעת של החוקרים לקיים את החקירה טרם הענקת טיפול רפואי לחשוד שנאבק מכאבים היה שגוי והביא לפגיעה בזכותו של הנאשם להליך חקירתי הוגן. לאור כך נפסלה ההודיה, הגם שלא נמצא זדון בפעולות החוקרים או קשר אפשרי למהימנותה (ת"פ (ת"א) 9148-02-11 מדינת ישראל נ' אופיר-עופר שלום (22.4.12); כב' השופט בני שגיא).

63. ודוק: ההודעות ת/4, ת/5 הן קבילות כמובן והחלטה זו אינה עוסקת בהן, שכן לא נפל בהשגתן כל פגם. כפי שצינתי בהחלטה בעניין משפט הזוטא, לאחר החקירה הראשונה זכה הנאשם בשעות שינה ומכאן שפג כוחו של האמצעי הפסול שהביא לפסילת ההודעה הראשונה.



בחינת יתר הראיות

64. בסיכומיה לא התייחסה המאשימה לשאלה אם די בראיות הנוספות שהוצגו, לצורך הרשעה, גם ללא הודיית הנאשם. ניתן אף להבין מסיכומי ב"כ המאשימה כי הוא סבור שהמסקנה המרשיעה נלמדת משילובן של ראיות אלו עם ההודיה, כך שאין די בראיות אלו לבדן. עם זאת אבחן להלן, האם יש די ביתר הראיות לצורך ביסוס מסקנה מרשיעה.

65. אין מחלוקת בין הצדדים כי ביום האירוע, בשעה 06.32 בוצעה שיחה ממכשיר הטלפון הסלולרי שנגנב למתלוננת למספר טלפון 04-8742677 (להלן - "המספר המחויג"). טענת המאשימה היא כי מספר זה לאמו של הנאשם. הסנגור טוען שעובדה זו לא הוכחה כנדרש.

66. את הדיון בנושא זה אפתח ואומר כי קשה שלא להביע תרעומת על מחדלה של המשטרה, אשר לא טרחה להשיג פלט בעלויות ביחס למספר טלפון זה. מדובר בפעולה פשוטה ושגרתית, אשר הייתה חוסכת את הדיון שהתנהל בנושא וניתן להצר על כך. לא נותר אלא לדון בשאלה אם הוכח הקשר בין מספר זה לאמו של הנאשם, חרף היעדרה של "הראיה המתבקשת".

67. החוקר אוחיון העיד כי מרישומי המשטרה עולה שמספר זה רשום על שם אם הנאשם. הוא גם העיד כי מדובר במערכת אשר "עושה סנכרון בין כמה מערכות ביניהן מערכת בזק". אינני סבור שמדובר בראיה שניתן להוכיח באמצעותה את הקשר שבין האם למספר הטלפון. ראשית, לא הוגש פלט כלשהו מהמערכת. אף מזכר בנושא לא הוגש והפרטים הובאו בעדותו של החוקר מזיכרונו. כן, מדובר למעשה בעדות מפי השמועה. על מנת להוכיח את הנתונים המופיעים במערכת, כראיה לאמיתות תכנם, היה על המאשימה להגיש, למצער, ראיות שהיה בהן לאפשר קבלת הראיה כראיה מוסדית. הסנגור התנגד לעדות זו (אם כי באיחור מה, ראה עמ' 25 לפרוט') ולאור כך אני קובע כי מדובר בעדות מפי השמועה שאינה קבילה (ראה בהשוואה ע"פ 4229/14 **סופיאן סעאידה נ' מדינת ישראל** (6.7.15)).

68. החוקר אוחיון הוסיף וטען כי התקשר בעצמו למספר המחויג ואמו של הנאשם ענתה לו. בהינתן אמון בעדות זו, הרי שאף אם לא הוכחה בעלות רישומית של האם במספר המחויג, יש בכך להוכיח קשר פיזי למספר טלפון זה והרי זהו הקשר הרלוונטי לענייננו. הסנגור מקשה וטוען כי אין וודאות שהאישה שהשיבה לשיחה הייתה אמו של הנאשם. אכן, אין וודאות בנושא (במובן המוחלט של המילה) ואולם די בראיות שהובאו על מנת לבסס מסקנה סבירה ביותר, במידה הנדרשת, שהאישה שהשיבה לשיחה הייתה אמו של הנאשם. ראשית אומר כי אני מקבל את גרסתו של אוחיון בדבר קיומה של שיחה זו. הדבר עולה בבירור מנ/4 אשר הוגש על ידי ההגנה ולא מצאתי כל סיבה שלא לקבל עדות זו. למעשה הסנגור לא חלק על קיומה של השיחה, אלא העיר שלא נרשם במזכר המספר אליו חייג החוקר. גם בעניין זה העיד החוקר כי חייג אל המספר מושא ענייננו הגם שלא רשם זאת במזכר. אני מקבל עדות זו כמהימנה. במועד הרלוונטי לא היה בידי החוקר להעריך את



חשיבותו של המספר, כראיה בפני עצמה, ומקובל עלי שבשלב זה ביקש רק לזמן את האם לחקירה. יש לזכור כי השיחה בוצעה לאחר שהחשוד נחקר בפעם הראשונה ומסר פרטים שסיבכו אותו בביצוע העבירה, כך שלנושא המספר לא הייתה מבחינת החוקר חשיבות ממשית בפני עצמה, בשלב זה. בשיחה זו קיבל החוקר מהאישה עמה דיבר פרטים רבים על הנאשם כמפורט בנ/4. מובן שפרטים אלו אינם קבילים כראיה להוכחת תכנם (שהרי זו עדות מפי השמועה) אולם יש לעצם אמירתם משמעות ראייתית לחיזוק המסקנה שהאישה שהשיבה לשיחה הייתה אמו של הנאשם. לכך יש להוסיף כי בחקירה מיום 20.8.15 התבקש הנאשם להשיב הכיצד זה שמהמכשיר שנגנב בוצעה שיחה זמן קצר לאחר הגניבה למספר המחויג. החוקר פירט בפני הנאשם את המספר המלא (04-8742677) והחשוד השיב "תעזוב אותי בשקט". בהמשך ביקש החוקר מהנאשם הסבר בדבר משמעותה של שיחה זו, תוך שציין בפניו במפורש כי מספר זה הוא המספר בביתו. הנאשם לא השיב לשאלה ושמר על זכות השתיקה.

69. לכך יש להוסיף כי בת/3 צוין כי ממספר טלפון זה התקשרה אמו של הנאשם והודיעה שבנה, אותו מחפשת המשטרה, נמצא מתחת לביתה. הדו"ח הוגש ללא כל התנגדות מטעם הסנגור באמצעות עורכו - השוטר חוסרי. בסיכומי תשובה טען הסנגור כי אין לראות בדו"ח זה ראיה להוכחת הבעלות של האם במספר זה שכן אפשר ומדובר בטעות ואדם אחר התקשר ממספר זה. מסכים אני שלא ניתן לראות בת/3 כמוכח את בעלות האם במספר הטלפון. ואולם, ברי שיש לראות בו כמוכח שאדם כלשהו התקשר ממספר זה והודיע שהנאשם נמצא במקום פלוני, בו אכן נמצא לאחר זמן קצר. אדם זה ידע שהמשטרה מחפשת אחר הנאשם וכי הוא נרקומן. כך נאמר בדו"ח אשר הוגש בהסכמת הסנגור ללא כל התנגדות. מכאן, שהאמור בדו"ח, לכל הפחות, מחזק את הקשר שבין המספר המחויג לבין אדם הקשור לנאשם.

די בראיות אלו על מנת לבסס מסקנה ברורה לפיה מספר הטלפון המחויג מקושר לדירת האם.

70. **זיהוי החולצה:** ביום האירוע מסרה המתלוננת תיאור של פרטי הלבוש שלבש הפורץ. בהודעתה מסרה המתלוננת כי הפורץ לבש "חולצה קצרה כחולה כהה עם פסים" (ת/8 אשר הוגשה בהסכמה). בדיווח המשל"ט מאותו יום נרשם כי המתלוננת מדווחת על גנב שלבש "חולצה עם פסים" (ת/7 אשר הוגש בהסכמה). באותו יום מסרה המתלוננת הודעה נוספת ובה תיארה את הפורץ כמי אשר לבד "חולצת פסים כחולה" (ת/10 אשר הוגש בהסכמה). בחקירה נוספת, ביום 20.8.15 הוצגה בפני המתלוננת החולצה עמה נתפס הנאשם ביום 18.8.15 בשעות הלילה. עם הצגתה בפניה מסרה המתלוננת "כן זה החולצה היה גם לחולצה של הפורץ צווארון כזה בדיוק וגם בדיוק אותם צבעים" (ת/11 אשר הוגש בהסכמה). אציין כי ביחס למכנסיים, טענה המתלוננת כי אינה בטוחה שמדובר במכנסיים שלבש הפורץ (ת/11). בעניין זה יודגש כי בהודעתה הראשונה (ת/8) טענה המתלוננת שהפורץ לבש מכנס ג'ינס קצר ואין חולק שהמכנס שהוצג בפניה (עמו נתפס הנאשם, עמ' 8 לת/6) אינו מכנס ג'ינס אלא מכנס בד בצבעים כחול/אפור עם הדפסים המזכירים מכנס צבאי.



71. הסנגור טוען שאין לקבל ראיה זו כראיית זיהוי ובכל מקרה יש ליתן לה משקל אפסי. הטענה מתבססת על אופן עריכת פעולת החקירה. לשיטת הסנגור היה צריך לקיים מסדר זיהוי חפצים, במסגרתו היה צריך להציג לעדה שמונה פריטי לבוש דומים. כמו כן היה מקום לזימון הסנגור למסדר.

72. אכן, בהליך זיהוי של החולצה נפלו פגמים ממשיים, כפי שאפרט להלן.

73. כאשר עד נחשף במהלך ביצוע עבירה, לחפץ כלשהו שאינו מוכר לו, והמשטרה מבקשת שיזהה אותו, עליה לעשות כן בדרך שיהיה בכוחה לבחון את יכולתו של העד לזהות את החפץ וזאת במסגרת מסדר זיהוי של חפצים. בעניין זה מציין קדמי כך:

"מסדר זיהוי של חפצים יש לקיים, ככל האפשר, על פי הכללים המסדירים מסדר זיהוי של אדם... הצגת החפץ גופו (או תמונתו) בפני העד המזהה כשהוא בודד משמיטה את הבסיס מתחת למשקלו הראייתי של הזיהוי. כוחו של מסדר זיהוי נעוץ בהוכחת יכולתו של העד להצביע על החפץ על פי זכרונו כשהוא מצוי יחד עם חפצים אחרים דומים לו" (קדמי, על הראיות בעמ' 1279).

כן ראה בעניין זה:

"גם אם נכונה טענת התביעה שלא היה עוד טעם לחפש אחר טביעות אצבע על רימון שהוטמן באדמה משך כשלושה חודשים, הרי שמן הראוי היה לערוך למסילתי מסדר זיהוי חפצים לרימון שנתפש. הצגת תמונה יחידה של הרימון שנתפש, אינה יכולה לשמש תחליף למסדר זיהוי. הצגת פריטים נוספים ודומים למושא הזיהוי בפני העד, הם שמקטינים את הסיכון לטעות בזיהוי הפריט"

(ע"פ 5544/91 אבנר מויאל ואח' נ' מדינת ישראל (15.2.95))

74. במקרה זה, כאמור, החוקר אוחיון הציג למתלוננת את החולצה שלבש הנאשם, לבדה, וביקש ממנה לזהותה. הליך זה אינו מסדר זיהוי שכן הוא לא העמיד את יכולת הזיכרון של המתלוננת במבחן. אין בתשובתה של המתלוננת תשובה נכונה או שגויה, אלא תשובתה אינה עומדת כלל במבחן. פגם זה יורד לשורשו של ההליך ומקשה על מתן משקל ממשי להליך זה לצורך קביעת זהות בין החולצה שלבש הפורץ לזו של הנאשם. כך למשל בעת תיאוריה הרבים את החולצה שלבש הפורץ לא טענה היא שמדובר היה בחולצה עם צווארון והנה עת הוצגה בפניה החולצה היא מצאה לנכון לתלות, בין היתר, את מידת בטחונה בזהות שבין החולצות, דווקא בקיומו של צווארון (ת/11). נכון היה להציג בפני המתלוננת שמונה חולצות דומות (ולא זהות), ולבחון אם אכן היא מזהה את חולצתו של הנאשם, ולא כל חולצה דומה אחרת.



75. פגם נוסף שנפל בהליך הזיהוי עניינו בהיעדרו של סנגור מההליך. כידוע, הפסיקה קבעה לא אחת כי יש לזמן את סנגורו של החשוד למסדר זיהוי (ע"פ 4514/10 מוחמד דיבה נ' מדינת ישראל (3.9.12)). "זכות זו באה להבטיח כי אופן ניהול המסדר יהיה תחת עינו הפקוחה והמפקחת של נציג מטעם החשוד. בכך מובטח כי מסדר הזיהוי ייערך בהתאם לכללים, וכי בסוף המסדר תתקבל תוצאה אמינה ככל האפשר, שאינה לוקה בפגמים פרוצדוראליים או מהותיים שיש בהם כדי לפגוע באמון שבית המשפט מקנה לזיהוי, וממילא במשקלו הראייתי" (ע"פ 4514/10 מוחמד דיבה נ' מדינת ישראל (3.9.12)).

אין בעובדה שמדובר היה בזיהוי של חפץ, ולא של אדם, לשנות ממסקנה זו. ראה:

"איני רואה כל סיבה "להפלות לרעה" מסדר זיהוי חפצים ולקבוע שאליו לא יוזמן סניגור לבין מסדר זיהוי של אדם ולקבוע כי אליו יש להזמין סניגור".
(ת"פ (מחוזי חיפה) 20903-03-12 מדינת ישראל נ' מוסא טבאש (21.3.13)).

76. נראה כי במקרה זה לא זומן הסנגור שכן החוקר לא סבר שהוא עורך כלל מסדר זיהוי. הנה כי כן, אופן עריכת הזיהוי במקרה זה גרם לשתי תקלות הכרוכות האחת בחברתה, הן ביחס לאופן בו בוצע ההליך והן ביחס לעובדה כי נעדר ממנו הסנגור.

77. עם זאת, הפגם בדבר היעדרו של סנגור אינו חותר תחת קבילותה של ראיית הזיהוי. מדובר בפגם שעניינו במשקל שיש להעניק לראייה, אם כי "במקרים שבהם הפגמים הם חריגים וקיצוניים עלול משקל הזיהוי להישלל כליל" (ע"פ 4514/10 מוחמד דיבה נ' מדינת ישראל (3.9.12)). בפסיקה נקבעו שיקולים שיש לשקול לצורך בחינת השפעת הפגם על משקל הראייה. בעיקרון מדובר בשאלה אם היעדרו של הסנגור פגע בזכותו של החשוד לעמוד על זכויותיו. "ככל שזכויותיו של החשוד נשמרו אף על פי שהסניגור לא נכח, דומה כי יהיה בשיקול זה כדי לתמוך בהפעלת החריג" (ע"פ 4514/10 מוחמד דיבה נ' מדינת ישראל (3.9.12)). בנוסף, יש לבחון אם המסדר תועד כך שמתאפשרת ביקורת מאוחרת על אופן עריכתו והתנהלות הגורמים האחראיים עליו.

78. במקרה זה, כאמור, לא בוצע כלל מסדר זיהוי. לאור כך חשיבות שאלת היקף הפגיעה שגרם היעדרו של הסנגור לזכויות הנאשם, מצומצמת, שכן ממילא אין מדובר בראיית זיהוי שניתן להעניק לה משקל כשל מסדר זיהוי. עם זאת אומר כי נראה שהיעדרו של הסנגור תרם ממשית לפגם זה שכן הדעת נותנת שלו זומן הסנגור, הוא היה מעמיד את החוקר או חיון בפני טעותו והיה מתקיים מסדר זיהוי כהלכתו. עוד ראוי לציין שבבית המשפט העידה המתלוננת כי זכרה "ממש" את חולצתו של הפורץ והסבירה שכאשר הוצגה בפניה החולצה היא ביקשה לכבות את האור כי רצתה לדמות את



מצב התאורה עת ראתה את הפורץ. נושא זה נרשם במזכר של החוקר אוהיון (ת/13) ואולם אין די לדעתי בתיעוד זה על מנת להביא למסקנה כי הוא מאפשר ביקורת מספקת על האופן בו התנהלו הדברים ולאור כך, בולט בחסרוננו תיעוד חזותי של ההליך.

79. סיכומו של דבר. אין מדובר במסדר זיהוי. העובדה שהסגור לא נכח בהליך (אף כפי שבוצע) מפחית עוד יותר את משקל הראיה, הנמוך ממילא. לכך יש להוסיף את היעדרו של תיעוד חזותי של ההליך. לאור כך, אינני סבור שניתן לקבוע באמצעות ראיה זו כי המתלוננת זיהתה את החולצה שנתפסה על הנאשם עת נעצר, כזו שלבש הפורץ. במילים אחרות אין מדובר בחולצה זהה. ודוק: אין במסקנה זו להפחית ממהימנות המתלוננת. נתתי אמון בדבריה והתרשמתי מכנותה ואמונתה שמדובר באותה חולצה. עם זאת, ההליך כפי שבוצע אינו מאפשר ליתן לעדותה בעניין זה את המשקל שניתן לתת להליך זיהוי תקיני.

80. עם זאת עדיין נותר התיאור שמסרה המתלוננת בדבר החולצה שלבש הפורץ. המתלוננת מסרה שמדובר בחולצה כחולה עם פסים. תיאור זה חזר על עצמו מספר רב של פעמים טרם שהמתלוננת ראתה את החולצה בתחנת המשטרה. החולצה שהנאשם לבש עת נעצר עונה באופן חלקי על תיאור זה. מדובר בחולצה אשר הצבע השולט בה הוא תכלת, ויש בה פסים בצבע לבן וכן כחול (ת/6, עמ' 8).

81. בהקשר זה יש לציין כי הנאשם לא נעצר בסמוך לביצוע העבירה אלא לאחר כשלושה ימים (כ-65 שעות ליתר דיוק). הנאשם ציין בחקירתו כי החליף בגדים לפני "יומיים שלושה" (ת/4 שלא נפסלה). הסגור ביקש שאקבע שמדובר ביומיים בלבד ואם כך יקבע הרי שאין להסיק בהכרח שהנאשם לבש חולצה זו ביום האירוע. אכן, מגרסת הנאשם לא ניתן לדעת בדיוק מתי החליף הנאשם את בגדיו וכפועל יוצא, האם אכן לבש ביום האירוע חולצה זו דווקא. גרסתו מקרבת אותו לעבר קביעה כזו ואולם, מתחייבת זהירות בנדון ועל כן אקבע כממצא שלנאשם חולצה העונה באופן חלקי על התיאור שמסרה המתלוננת וכי אפשרי בהחלט שלבש אותה ביום האירוע.

82. כעת באים אנו לשאלה אם די בראיות אלו על מנת להוכיח מעבר לכל ספק סביר שהנאשם הוא מבצע העבירה. נזכיר כי נותרנו עם העובדה שהפורץ חייג למספר טלפון המצוי בדירת אמו של הנאשם דקות ספורות לאחר שנמלט וכי הוא לבש חולצת פסים כחולה. לכך יש להוסיף את הקביעה כאמור לפיה אפשרי בהחלט שהנאשם לבש חולצה בעלת מאפיינים דומים ביום האירוע ובכל מקרה שיש ברשותו חולצה כזו. ודוק: הקביעה כי מי שהתקשר הוא הפורץ, נלמדת מכוחה של החזקה התכופה.

83. מדובר בראיות נסיבתיות, אשר יש לבחון אם הן מקיימות את הכלל הנוהג ביחס לראיות מסוג זה, היינו כי יש בהן לבסס מסקנה לוגית אחת בלבד, בדבר אשמתו של הנאשם וזאת מעבר לכל ספק סביר. ראה:



"בסופו של תהליך, על בית המשפט להשתכנע כי המסקנה הסבירה היחידה הנובעת ממכלול הראיות הנסיבתיות היא שהנאשם הוא זה שביצע את העברה על-מנת להרשיעו. לפיכך, כל עוד ניתן הסבר סביר אחר למכלול הראיות, לא ניתן יהיה להרשיע את הנאשם ... מאידך גיסא, לא כל הסבר חלופי שולל את הרשעת הנאשם; כאשר מדובר בהסבר מאולץ או תאורטי, שאינו מעורר ספק סביר כלשהו, יורשע הנאשם...חשוב לציין כי אף שהחלק השלישי של המבחן מעביר כביכול את נטל ההסבר אל כתפי הנאשם, מדובר בנטל טקטי בלבד; בסופו של דבר, חובתה של התביעה היא להוכיח מעבר לספק סביר את אשמתו של הנאשם, והיא גם זו אשר צריכה להוכיח שהמסקנה הסבירה היחידה העולה מן הראיות הנסיבתיות היא מסקנה מרשיעה; יחד עם זאת, יש משמעות רבה לגרסה הנמסרת מפיו של הנאשם ולמהימנותה, וזו נלקחת בחשבון שעה שבית המשפט בוחן אם קיימים הסברים סבירים אחרים למכלול הראיות. הנטל המוטל על הנאשם להציג הסבר חלופי סביר לראיות הנסיבתיות, יכבד ככל שראיות אלו מבססות מסקנה מפלילה חזקה." (ע"פ 3652/14 מוחמד כנעאני נ' מדינת ישראל (28.12.15))

84. אינני סבור שראיות אלו מבססות מסקנה לוגית אפשרית אחת, לפיה הנאשם הוא דווקא שביצע את ההתפרצות וזאת ברמה הנדרשת במשפט הפלילי. דומני כי עצמתה של המסקנה המפלילה אף רחוקה משמעותית מרף זה. למסקנה זו אני מגיע אף בהינתן העובדה שהנאשם לא העיד (למעט במשפט הזוטא שלא עסק בשאלות אלו) וממילא אפוא שלא מסר גרסה תמימה ביחס לעובדות אלו. אסביר.

85. בהתאם למבחן התלת שלבי שתואר לעיל, יש לשאול, בשלב השני, אם מתקבלת ממכלול הראיות הנסיבתיות תמונה לכאורית לפיה הנאשם הוא מבצע העבירה. רק אם התשובה חיובית, יש לפנות ולבחון אם קיים תרחיש חלופי מזכה.

86. העובדה שהפורץ התקשר למספר הטלפון המצוי בבית אמו של הנאשם דקות ספורות לאחר האירוע, יוצרת חשד לא מבוטל לפיו אחד מתושבי הבית קשור לאירוע. ואולם מנתון זה יכולות לעלות מספר מסקנות אפשריות, אשר רק אחת מהן היא כי הנאשם הוא שביצע את השיחה. אפשר שאדם המכיר את מי מבני הבית עשה זאת, אפשר שמדובר היה בטעות במספר ואפשר שהיה זה הנאשם. יוזכר כי לא הוכח כלל מי התגורר בבית זה (זולת האם). עוצמתו המסבכת של נתון זה אינה גבוהה אפוא. מדובר אמנם "בקצה חוט", אך לא מעבר לכך. מסקנה זו אינה משתנה באופן ניכר גם כאשר לוקח אני בחשבון את הראיה הנוספת בדבר החולצה, ובכל מקרה אין בשתי ראיות אלו להביאני לכלל מסקנה לפיה מדובר בתצרף ראיתי המביא לכלל מסקנה לכאורית לפיה הנאשם הוא מבצע העבירה. מכאן שאין כלל צורך לדון בשלב השלישי, שעניינו בחינת ההסבר המזכה שמוסר הנאשם.

87. ואולם, אף אם אניח שמתקיים במקרה זה השלב השני ועבר לידי הנאשם הנטל הטקטי להציג תרחיש חלופי, דומני כי ההגנה עמדה בו ללא כל קושי. לא התעלמתי מהעובדה שהנאשם שמר על



זכות השתיקה בחקירותיו (שלא נפסלו) וכך גם עשה בבית המשפט (למעט בהליך הזוטא). אין בכך לשנות ממסקנה זו, שכן "כאשר חומר הראיות עצמו תומך בזיכוי, השתיקה או השקרים - הווי אומר, הכישלון בהרמת הנטל הטקטי - אינם משנים את התמונה" (ע"פ 6392/13 **מדינת ישראל נ' מאיר קריאף** (21.1.15)). התרחיש החלופי - לפיו לא הנאשם הוא שביצע את העבירה - חרף ראיות נסיבתיות אלו, ברור מאליו ועולה מהראיות עצמן. בהחלט אפשרי, כאמור, שאדם אחר התקשר לדירת אמו של הנאשם מיד לאחר האירוע וכי אדם זה אינו הנאשם, אף אם יש ברשות הנאשם חולצה בעלת מאפיינים חלקיים דומים ואפשרי שלבש אותה ביום זה. תרחיש זה אינו תיאורטי, אינו דחוק ובוודאי שאינו בלתי סביר. תרחיש אפשרי הוא בהחלט. בדיוק כשם שאפשרי התרחיש האחר. אין די בכך, לצורך הרשעה פלילית.

התוצאה היא אפוא שאני מורה על זיכוי של הנאשם.

ניתנה היום, א' שבט תשע"ו, 11 ינואר 2016, במעמד הצדדים