

עפ"ג 35094/04 - אליהו בנימין ששון נגד מדינת ישראל, סימי פז

בית המשפט המחוזי בחיפה

12 יוני 2014

עפ"ג 35094-04-14 ששון(אסיר) נ' מדינת ישראל וOTH

בפני הרכב כב' השופטים:

רון שפירא, סגן נשיא [אב"ד]

אברהם אליקים

בטינה טאובר

המערער

אליהו בנימין ששון

נגד

המשיבות

1. מדינת ישראל

2. סימי פז,

פסק דין

השופט א' אליקים:

מבוא והשאלות שבמחלוקת

עמוד 1

1. בפניו ערעור על פסק דין של בית משפט השלום בקרים (כב' השופט טורס) שנית במסגרת ת"פ 13-06-15812, (להלן - בית משפט קמא). על פי כתב האישום יוחסו לערעor שני אישומים ובכל אחד מהם עבירות התפרצויות לדירת מגורים, עבירה לפי סעיף 406(ב) לחוק העונשין התשל"ז 1977 (להלן - חוק העונשין) וגנבה עבירה לפי סעיף 384 לחוק העונשין.

בחפש שנערך על ידי המשטרה בדירת המערעor ועל גופו, לא צו חפש שפטוי, נתפסו כרטיס אשראי, טלפון, כסף זר ותכשיט שנגנבו מהדירה על פי האישום הראשון. בחפש מאוחר יותר שנעשה באותו יום בדירת המערעor ובהסכמה לכואה, אף לא נוכחות נתפס רכוש הקשור את המערעor גם להתרצויות השנייה.

2. בית משפט קמא לאחר سمיעת העדויות,קבע כי נפלו פגמים בחוקיות שני החפשים, ובפסק דין מנומך ומפורט ולאחר איזון האינטראסים השונים,קבע כי יש לocket את המערעor מהמיוחס לו באישום השני ולהרשיעו בעבירות על פי האישום הראשון, הרשות מתבססת על כלל ה"חזקת התקופה".

בהתאם לכך נדון המערעor לעונש של 20 חודשים מאסר בפועל, הופעל עונש של 10 חודשים מאסר מותנה במצטבר ובסה"כ על המערעor לשאת ב-30 חודשים מאסר בפועל. בנוסף הוטל עונש של מאסר על תנאי והמערעor חייב לפצות את המתלוונת, בעלת הדירה ממנה נגנב רכוש על פי האישום הראשון, פיצוי בסך 20,000 ש"ח.

3. הערעור מפנהן להענין הרשות המערעor באישום הראשון והן באשר לתקופת המאסר וגובה הפיצוי לנפגעת העבירה. המערעor לא חולק ביום על "שם כליל" חזקה התקופה" אלא על קבילות הראיות שנתפסו בחיפוש הראשון, חופשי לא חוקי לטענותו שצריך להביא לפסילת הראיות שהושגו במהלך אותו חיפוש וכפועל יצא זיכוי המערעor גם מהאישום הראשון.

### עובדות כתוב האישום

4. נגד המערעor הוגש כתוב אישום אשר ייחס לו שתי עבירות התפרצויות לדירות שאירעו בישוב רכסיים. על פי האישום הראשון, בין התאריכים 30.5.13-26.5.13, במועד ובשעה מדוקת שאינם ידועים, התפרץ המערעor לדירה ברחוב הרקפות 19 ברכסיים באופןן דרך חלון חדר השינה, אליו טיפס וחיטט בחדרי השינה. בנסיבות אלו גנב כסף מזומנים בסך של 4,000 ש"ח, ארנק שהכיל כרטיס אשראי וכסף מזומנים בסך של 1,300 ש"ח, דרכון, קופסה שהכילה תכשיטי כסף זהב ומכשיר טלפון נייד מסוג LG. הרכוש הנגנבן היה בבעלותה של סימית פז.

על פי האישום השני, בין התאריכים 29.5.13-28.5.13, בין השעות 08:00-23:00, התפרץ המערעor לדירה ברחוב האורנים 32 ברכסיים ונגנב תיק אישי אשר הכיל 2 פנקסי שיקם, תעודה זהות וכרטיס עבודה.

### הקביעות העובדיות על פי הכרעת הדין

5. תחילת הפרשה ביום 13.5.28 עת התקבל מידע אודוט המערעor בו נאמר כי המערעor פרץ לדירה ברחוב קלניות

39 ברכסים וגנב תכשיטים וכסף וכי הוא משתמש ומחזיק בביתו סמים מכל הסוגים, המשטרה לא עשתה דבר בשלב זה. ביום 30.5.13 שעה 08.30 התקבל מידע נוסף ולפיו המערער מבצע התפרצויות לדירות ברכסים, מחזיק בביתו ברכוש גנוב וسمים מסוג "ニinis גי" וחשי ומשתמש בהם, (ת/11).

בעקבות כך הגיע צוות בילוש לבתו של המערער, באותו יום (בשעה 09.15), בהתאם לעדויות ולדו"חות הפעולה של השוטרים, כאשר נכנסו לדירה הם הודיעו לumarur על מעצרו " בגין התפרצויות לדירה" (ת/9). לאחר מכן השוטרים פנו לבצע חיפוש בדירה (ת/9 שורה 8). השוטר חנן מלכה מצא על שולחן בדירה חומר חשוד כסם, המערער הודיע "זהה שלו לשימוש שלו" ועל כן נערך חיפוש על גופו ונמצאו בכיסיו ארנק, כסף זר, כרטיס אשראי על שם סימי פז, שרשרת/צמיד בצבע זהב וטלפון סלולרי מסוג LG (ראו ת/4, ת/7 והעדויות בעמודים 22-18).

אין מחלוקת בין הצדדים כי כרטיס האשראי, הטלפון, הכסף הזר והתכשיט שתוארו לעיל, נגנו מabitah של סימי פז, בעלת הדירה כמתואר באישום הראשון (ראו עדותה של סימי פז עמוד 9-8 לפרטוקול והצהרת הסגנון בסיכון, עמוד 20 בשורה 18).

#### **תמצית מסקנותיו של בית משפט קמא בעניין האישום הראשון**

6. בית משפט קמא בהכרעת דינו קבע ביחס לחיפוש הראשון כי דו"ח המידע (ת/11), לא הקים סמכות חיפוש ללא צו שיפוטי, הן ביחס לעבירות הרכוש העולה ממנו והן ביחס לעבירות הסמים. השוטרים הגיעו לבתו של המערער, ללא סמכות ולכן קיימ פגם בחוקיות ההגעה של השוטרים לדירה והכניסה לתוכה. כמו כן קיימ פגם בחוקיות החיפוש על גופו של המערער מכוח אותו מידע.

אולם בית משפט קמא הוסיף וקבע כי לאור טענת המערער שסמים שנמצאו על שולחן בדירה, שייכים לו, קמה למשטרת, סמכות חיפוש עצמאית, בהתאם לסעיף 28(ב) לפקודת הסמים, וזאת במונתק מהסמכות על פי דו"ח המידע ולכן הגיע למסקנה כי אופייה של אי החוקיות וחומרתה, איןם בעוצמה גבוהה בנסיבות המקרה המיעילות וכי לכל היותר מדובר בשיקול דעת מוטעה. לאחר ניתוח הפסיכה ואיזון האינטרסים השונים, החליט בית משפט קמא שלא לפסול את הריאות החפות שנטפסו על גופו של המערער בחיפוש הראשון, קבעה שהביאה להרשעתו במიוחס לו באישום הראשון.

#### **תמצית טענות המערער**

7. המערער טוען כי טעה בית משפט קמא כשהקבע כי משראו השוטרים את הסמים על השולחן בדירה המערער קמה להם סמכות חיפוש עצמאית, נפרדת ונבדلة מהסמכות הנטענת, אשר קמה לכארה בעקבות קבלת המידע המודיעיני. עוד הוסיף כי טעה בית משפט קמא כי סדר האירועים בבית המערער היה שקדם נתפסו הסמים על השולחן ורק לאחר מכן בוצע החיפוש בבגדיו, כשהוא מפנה לדו"חות הפעולה של השוטרים (ת/9,ת/4 ות/7) בהם נרשם סדר האירועים מהרגע שבו הגיעו השוטרים לדירת המערער. לאחר כל אחד מהשוטרים תיאר סדר אירועים אחר, לא ניתן לקבוע כי החיפוש בבגדיו של המערער נערך לאחר תפיסת הסמים. וכן משקיים ספק באשר למועד תפיסת הסמים על השולחן ביחס לביצוע החיפוש בבגדי המערער יש לאפשר למערער ליהנות מהספק והשלכותיו.

המעורער טוען כי מציאת החומר שהיא חשוד כ"ניסי-גיא" לא הקימה לשוטרים סמכות לבצע חיפוש על גופו, לא היה מדובר בטעות בשיקול דעת אלא בטעות חמורה שהשוטרים סברו כי "ניסי-גיא" הינו סם מסוכן. משקע בית משפט קמא כי החיפוש על גופו ובבגדיו היה מתבצע בכל מקרה, ללא קשר למציאת הסמים בדירה לא היה מקום לקביעה שהחיפוש הפך לחוקי בשל מציאת הסמים. מציאת הסמים לא הייתה יכולה להכשיר פעולה לא חוקית שהייתה מתבצעת בכל מקרה.

לטענת המעורער טעה בית משפט קמא בקובעו כי קמה לשוטרים סמכות חיפוש נפרדת לאחר מציאת הסמים על השולחן בדירה וכן אי החוקיות אינה נוגעת לחיפוש עצמו אלא רק להגעה לדירה ולמעצרו של המעורער. כניסה השוטרים לדירת המעורער, מעצרו והחיפוש בדירה ועל גופו ובבגדיו היו לא חוקיים, לא מדובר בטעות בשיקול הדעת אלא בבחירה מספר פעולות אשר פגעו פגעה קשה מאוד בחירותו של המעורער בחוסר סמכות. וכן מתבקש לקבוע כי הויל והכניסה לדירה, המעצר והחיפוש היו לא חוקיים יש להורות על פסילת הראיות שהתקבלו באותו חיפוש.

8. באשר לחומרת העונש, המעורער טוען כי מתחם הענישה שנקבע על ידי בית משפט קמא הוא רחב מדי, וכן טעה שכקבע כי הרף העליון של המתחם עומד על 30 חודשים מאסר בפועל, לא ניתן להתעלם מהענישה הנוגה בעבירות דומות ובמקרים בהם לא ניתן למצוא ולן מקרה אחד שבו נגזר עונש הנמצא ברף העליון של מתחם הענישה.

באשר לגובה הפייצוי שנפסק למתלוונת טען המעורער כי כמעט כל הרכוש שנגניב מהמערערת הוחזר לה. תחשותיה הקשות של המתלוונת לא היו חריגות ביחס לקורבנות עבירה אחרים של עבירות התפרצויות. מאחר שהמערער נידון לתקופת מאסר ממושכת מאוד, לא היה מקום להטיל עליו עונש של פייצוי כספי ובוואדי לא בשיעור של 20,000 ₪.

#### **למציאת טענות המשיבה**

9. המשיבה טענה כי בית משפט קמא דין בהרחבה בדוקטרינת הפסילה הפסיכית, ועשה זאת רצינית מעמיק ויסודי ביותר בעניין זה, ולבסוף קבע כי שני החיפושים שבוצעו היו בלתי חוקיים. בית משפט קמא עשה איזונים שקולים, סבירים והוגנים עת החליט להכשיר את הראיות שהושגו בחיפוש הראשון הנוגע לאישום הראשון. תכליתה של הדוקטרינה הושגה בפסקית הראיות שהושגו בחיפוש השני והמתיחסים לאיםום השני שהביאו לזכותו של המעורער מאיושם זה.

בית המשפט בשוקלו את כל השיקולים התייחס לחומרת העבירה, נסיבות העבירה, עדותה של הקורבן, ביחס לנזק שנגרם לה גם נזק חומרי ובעיקר נפשי. עבירות התפרצויות הפכה למכת מדינה, הדבר עבירה חמורה מאוד, בהתאם לפסיקה ובין השאר פסק דין בענין יששכרוב, ככל שעולה חומרת העבירה הנティיה תהא יותר להכשיר את הראיות על אף פירות העז המורעל.

המשיבה מוסיפה באשר לטענת המערער כי קיימים סתיות בין השוטרים ביחס לעיתוי ומקום מציאת חומר "נישגי". אכן כקביעת קמא מדובר בחוסר הלימה ולא בסתיות מובהקות. המשיבה מוסיפה כי פסק הדין מפורט מאוד, מנוון, עם קביעות משפטיות נכונות וצדוקות.

ביחס למתחם הענישה המשיבה מצינית כי המתחם שנקבע סביר, בית המשפט התייחס לכל השלבים והניסיוקים. לגבי העונש שנגזר על המערער הרי שנאמר כי העונש הוא במציאותו של המתחם, למערער עבר פלילי עשיר וצדוק בית משפט קמא שהפעיל את המאסר על תנאי במצטבר לעונש שהוטל עליו. מדובר בעונש סביר והוגן. באשר לגובה הפיזי שנפסק למתלוננת, המשיבה טוענת כי הפיזי אינם עונש, ולא צריך להיות קשר בין אורך תקופת המאסר לבין גובה הפיזי.

### דין והכרעה

10. השאלה העיקרית הטעונה הכרעה בתיק זה היא שאלת אם ראיון איזון ראו בין אינטראסים והאם תפיסת רכוש גנוב בפועלו מושטרתית שתחליתה בלתי חוקית, חופשי ומוצר ללא בסיס חוקי, אף במהלך קמה סמכות חופש חוקית, ובהתחשב בעבירה המיוחסת למערער, יש לראות ברכוש שנחטף כפирותו של העץ המורעל?

11. אקדמיים מאוחר למועד ואצין כי פסק דין של בית משפט קמא מפורט ומנומך היטב, בית משפט קמא נימק וניתח بصورة יסודית ומעמיקה את הראיות והחומר הרלוונטי אשר עמד בפניו, הוא בוחן ואיין נכונה את השיקולים הרואים ולבסוף הגיע בין היתר למסקנה אותה אני מציע לאמצ' במלואה, ולאחר מכן אין לפסול את הראיות אשר הושגו בחיפוש הראשון על אף אי החוקיות שบทחלתו.

12. עוד אוסיף כי לאחר ניתוח טענות הצדדים, אני סבור כי הבסיס העובדתי לפיו יש לבחון את הערעור צריך להיות על פי הקביעות העובדיות שנקבעו ע"י בית משפט קמא, בפניו העידו העדים וידועה ההלכה כי ערכאת הערעור מתערבת במקרים עובדיים במרקם חריגים בלבד.

בהתאם לראיות ונמקי בית משפט קמא אין זה המקרא המצדיק התערבותנו, (ראו למשל ע"פ 10/9612, ע"פ 64/11 וע"פ 11/12 **קוגמן נגד מדינת ישראל** (27.4.2014)).

הקביעה העובדתית הרלבנטית היא באשר לסדר האירועים לאחר כניסה השוטרים לדירה והקשר הסיבתי ביניהם. לאחר ניתוח עדויות 3 השוטרים והדו"חות (ת/4, ת/7, ת/9), קבע בית משפט קמא כי בטרם ביצוע החפש על גופו של המערער, בוצע חיפוש בדירה, נמצא סמ' על שולחן בסלון. המערער טען בשלב זה שהשם שיר לו ועל כן בוצע חיפוש גם על גופו, במהלך התגללה הרכוש שנגנב מההתפרצויות לדירתה של סימ' פז כאמור באישום הראשון, עוד נקבע כי קיים קשר סיבתי עובדתי בין מציאת הסם בדירה, במהלך החיפוש בדירה, לבין החיפוש שנערך על גופו של הנאסם.

בהתחשב בנסיבות אלו, השוטרים שהגיעו לדירה לא צו חיפוש ונכנסו לתוכה לביצוע מעצרו של המערער לא

הצדקה חוקית, גלו מול עיניהם על שולחן בסלון, ביצוע לכואורה של עבירות סמים, כשהמערער קשור עצמו במפורש לשימוש בהם, וכל זאת על רקע מידע מודיעיני מיום החפש ווימיים לפני כן (ת/11) בדבר עבירות סמים המבוצעות בדירה. בנסיבות אלו מאותו שלב קמה לשוטרים סמכות חופש עצמאית וחדשה לביצוע חופש ללא צו, בשל התקיימות התנאים הקבועים בסעיף 18(ב)(2) לפקודת הסמים המסוכנים [נוסח חדש] תשל"ג-1973:

"(ב) מבלי לפגוע בסמכות הכללית הנינתנת לשוטר לעורוך חיפוש, רשאי  
שוטר לעורוך חיפוש בלבד צו חיפוש:

(2) על גוף של אדם כאמור בסעיף 22 לפקודת סדר הדין הפלילי (מעצר  
וחיפוש) [נוסח חדש], התשכ"ט-1969 אף אם לא עצר אותו, אם יש לו יסוד  
סביר להניח שהוא אדם נושא עמו שלא כדין סם מסוכן".

13. קבילותן של הראות החפציות שנתפסו בשלב זה, תקבע בהתאם ליישום הילכות ישכרוב ובן חיים. (ראו ע"פ 5121/98 **ישכרוב נ' התובע הצבאי הראשי**, פ"ד סא(1) 461 (2006) ורע"פ 10141 ב' חיים ואח' נ' מדינת ישראל (6.3.2012)).

14. אקדמיים ואזרחים כי על פי דוקטרינת הפסילה הפסיכית, עצם השגת הראה שלא כדין, אינה מביאה לפסילתנה של הראה באופן מוחלט, בית המשפט בבוואו להכריע בשאלת פסילתנה של הראה מפעיל את שיקול דעתו בהתאם לנטיותיו של כל מקרה ומרקחה תוך עירicht איזוניים בין הערכיהם המתנגדים. כאשר יש לאזן בין היתר בין זכותו של הנאשם להליך הוגן ובין הערכיהם והאינטרסים לגילוי האמת, ההגנה על שלום הציבור ועל זכותו של נפגע העבירה.

באשר ליישום הילכת **ישכרוב** אפנה לפסק דיןו של כב' השופט יצחק עמיות:

"הילכת **ישכרוב** קובעת כלל פסילות יחסית, והוא לא באה להחליף את התכליות של חקר האמת. הא-ראיה כי אחד מה מבחנים של הילכת **ישכרוב** היא מידת ההשפעה של אמצעי החקירה הפסול על מהימנות הראה שהושגה. לא סגי בפעם כלשהו שנפל בהליך החקירה, אלא יש לבחון את השפעת הפגיעה או אי ה חוקיות על מהימנות הראה באספקלה של חקר האמת, מתוך חשש כי ראה פסולה היא גם ראה לא מהימנה שאין להביאה בקהל הראות. מכאן, שלא נס ליהה של תכליות חקר האמת לצד תכליות נוספות, והדברים נאמרו במפורש בהילכת **ישכרוב** (שם, עמ' 536): "וiodges: אין בגישה זו קביעה כי ההגנה על זכויות הנאשם הפכה לתוכליות העיקריות של דיני הראות או כי תכליות חקר האמת איבדה מחשיבותה. התכליות האחרונות בעינה עומדת והיא נותרה מטרה ראשית של דיני הראות בפלילים, לשם בירור חפות או אשמה ולשם הגנה על שלום הציבור מפני הפשע ההולך וגואה שהפרק למתוחכם ולמאורגן מבעבר. זאת ועוד; כפי שצווין לעיל, ההליך הפלילי אינו מתמקד רק בהגנה על זכויות החשוד והנאשם, אלא גם בהגנה על כבוד האדם ועל זכויותיהם של נפגעי העבירה בפועל או בכוח" ע"פ 5417 ניקולאי בונר נ' מדינת ישראל (30.5.2013).

15. ניתוח שלושת מבחני המשנה על פי הילכות **יששכרוב ובן חיים** מוביל למסקנה אחת, הראות החפציות שנתפסו על גופו של המערער קבילות.

באשר לאופיה וחומרתה של אי החקיקות שהיא כרוכה בהשגת הראה, בהתאם לקביעת בית משפט קמא וחומר הראות, מדובר בהתנגדות בתום לב מצד אנשי המשטרה, ושל טעות בשיקול הדעת הגיעו ללא צו של שופט, לבתו של המערער בהסתמכם על מידע מודיעיני מיום ההגעה לדירה וויומיים לפני כן. הראה החפצת שהושגה מכח סמכות חוקית עצמאית שקבע גילוי סמים על שולחן הסלון, היא ראה מהימנה, ופעולות החקירה הפסולה לא השפיעו על מהימנותה כלל וכלל.

במקרה זה על פי מבחן הנזק מול התועלות החברתיות הכרוכים בפסילת הראה, יש להעדיף את האינטראס הציבורי אינטראס נפגעת העבירה. בהתאם למtower גזר הדין, המערער פרץ לדירת שכנתו המוכרת לו, ביוודע כי הנה אישה מבוגרת, אלמנה ואם שכלה. לעניין זה אפנה לעודתה: "האדון הזה (מצבעה על הנאשם) כל בוקר היה אומר לי בוקר כשהיא חזרה מהליכה, הוא יודע מה עברתי בחיים, עזרתי לאמא שלו ז"ל, זה מה שהוא רוצה? היה בא הייתי נותנת לי כל מה שהוא רוצה".

אמון הציבור במערכת המשפט, חומרת נסיבות ביצוע העבירות והפגיעה בבטחון הציבור, מחיבבים במקרה זה להכשיר את קבילות הראה, תוך דגש כי הפגיעה בזכויות המערער ע"י אנשי המשטרה נעשתה בתום לב ומתרע טעות בשיקול הדעת.

16. לאור כל האמור לעיל, נכון בית משפט קמא כאשר החלטה שלא לפסול את הראות החפציות אשר נתפסו בחיפוש הראשון ולכן דין העורר על הרשות המערער להידחות.

### **חומרת העונש**

17. המערער טוען כי בית משפט קמא החמיר בעונשו ובכלל זה עקב קביעת מתחם ענישה רחבה מד"י (בין 12 ל-30 חודשים מאסר) ומוביל שהוצגו בפניו פסקין דין בהם נגזר עונש הנמצא ברף העליון של המתחם.

באשר לקשר שבין מתחם העונש ההולם לבין ענישה ספציפית אפנה לפסק דיןו של כב' השופט' א' שהם: "כפי שצווין לעיל, אין זהות בין מתחם הענישה לבין רמת הענישה הנווגת, ואין מקום להתערב במתחם גם אם תתקבל הטענה לפיה קיימים עונשים קללים יותר, שהוטלו במקרים דומים. אין צורך לומר, כי קביעת המתחם נעשית בדרך של הערכה, על יסוד כלל הנתונים והשיקולים העומדים לניגוד עני הערקה הדינית, ואין מדובר בפעולה אРИתמטית, המבוססת על נוסחאות מתמטיות מדוייקות, ויש להתריר לבית המשפט מרחב מסוים של גמישות, כל עוד מצויה החלטתו במתחם הסבירות", ע"פ 13/200 **שמעואל ברמן נ' מדינת ישראל** (5.2.2014).

בנוסף ראו פסק דיןה של המשנה לנשיא כב' השופטת מריר נאור:

"ראשית, מתחם הענישה ההולם אינו זהה לטווח הענישה הנהוג. מדובר, כפי שהבהיר השופטת ארבל ב-ע"פ 1323/13 **חسن נ' מדינת ישראל** (5.6.2013), ב"יצורים" שונים זה מזה. מתחם העונש ההולם מגלה הכרעה ערכית המבוססת על שיקולים שונים, שמדיניות הענישה הנהוגה בעבירה הנדונה הוא רק אחד מהם. ... שנית, פסק דין בוודד אכן קובל אפילו נתון עובדתי של טווח ענישה נהוג. " ע"פ 1182/14 **פלונית נ' מדינת ישראל**, (14.5.14).

18. בסופה של יום ערכאת הערעור אינה גוזרת מחדש את עונשו של הנאשם את סבירות העונש שגזרה הערוכה הדינונית. ההתערבות בעונש תעשה מקום בו מצאה ערכאת הערעור כי נפלת בגין בגזר הדין טענות מהותית או שהעונש שנגזר סוטה באופן קיצוני מרמת העונשה הרואה או רמת העונשה המקובלת במקרים דומים (ראו ע"פ 7430/13 וע"פ 8003/13 **טוחסנוב נגד מדינת ישראל** (3.3.2014)).

העונש שהוטל על המערער במקרה זה אינו חורג ממתחם הסבירות, חשוב לציין כי בית משפט קמא אף לחייב בחשבו בשיקולי העונשה את אי החוקיות בפעולות השוטרים. על פי נסיבות ביצוע העבירות והנסיבות האחרות לרבות עברו הפלילי העשיר של המערער והמاسر המותנה שהוא תלוי ועומד נגדו (ראו גלון הרשעות ע/1 הכול 37 הרשעות בעשרות עבירות סמים ורוכש), העונש היה צריך להיות חמוץ יותר וכן אין להתערב בעונש המاسر לרבות הפעלת עונש מוותנה במצבה.

ראו לעין זה פסק דין של כב' השופט יצחק עמית:

"אין צורך להזכיר מיללים על הטראותו שנגרמה למתלוונת, ועל כך שעבירות ההתקפות מערערת את הביטחון האישי של הציבור וטמון בה פוטנציאלי להתקפות אלימה (ראו, לדוגמה, ע"פ 3297/10 **ולקוב נ' מדינת ישראל** (לא פורסם, 24.5.2012)). המערער ביצע את העבירה כשתלו ועומד כנגדו עונש מסר על תנאי של 10 חודשים ועודמה כי לא שנה, לא למד ולא הפנים את廉 והוא חוזר על מעליו פעמיחר. במצב דברים זה, אין מנוס אלא להרחיק את המערער לתקופה ארוכה מהציבור, על מנת להגן על הציבור מפני פגיעתו הרעה" ע"פ 6423/11 **דhn נגד מדינת ישראל** (2.7.2012).

19. באשר לבקשת המערער להפחית גובה הפיizio שנפסק לזכות נפגעת העבירה - 20,000 ש"ח. נפגעת העבירה לא זומנה לדין בערעור ולכן אפשרנו לה להגביב בכתב או לטעון בפניינו בישיבת היום. לאחר שנייתחתי את טענות הצדדים אני סבור כי יש לדחות את בקשת המערער ולמעשה מתיתר הצורך להמתין לתגובה נפגעת העבירה.

aphael בעין זה לפסק דין של כב' הש' י' דנציגר:

"באשר לטענת המערער כי הפיizio שנפסק אינו משקף את הנזק שנגרם למתלוונת היה שנדק זהה לא הוכח, יאמר כי שיוערו של הפיizio הנפסק לטובת נפגע עבירה אינו מוכח במסגרת ההליך הפלילי, אלא זהה עניין להערכתו של בית המשפט. משכך, אין מקום להתערבותה של ערכאת הערעור בהערכתה זו אלא במקרים יוצאי דופן בהם הרכאה הדינונית חריגה באופן קיצוני משיעור הפיizio הראוי [ראו: ע"פ 10213/05 **פלוני נ' מדינת ישראל** (לא פורסם, 26.6.2006); ע"פ 420/09 הנ"ל, בפסקה 95 לפסק הדין] ע"פ 194/08 **סובלנה אורית זורי נ' מדינת ישראל** (7.9.2010)."

פ"ז סמי העידה בפני בית משפט קמא (ביום 12.11.13), מדובר בנפגעת עבירה כבת 70, אם שכלה, שחיה בלבד, היא סיפה את סיפור חייה ואת הפגיעה הקשה שנגרמה לה בעקבות ההתקפות, היא תיארה את מצבה הנפשי ואת הפחדים שלו אותה לאחר ההתקפות. בנסיבות אלו בית משפט קמא לא חרג באופן קיצוני משיעור הפיizio הראוי לנפגעת העבירה ודין הערעור גם בנושא זה להידחות.

לאור האמור לעיל אמלץ' לחברי לדוחות את הערעור.

**א. אלקיים, שופט**

**השופט ר' שפירא, סגן נשיא [אב"ד]:**

אני מסכימ עם חברי, השופט אלקיים. גם אני סבור כי פסק דיןו של בית משפט קמא ניתח נכונה את הריאות והסוגיות המשפטיות אליו נדרש. הכרעת דיןנו מבוססת היטב, כמו גם גזר הדין. לא מצאת עילה להתערב בהם.

אוסיף עוד כי בפסקת בית המשפט העליון שאוזכרה בפסק דיןו של חברי ובפסק דיןו של בית משפט קמא נקבע, כי קבילותה של ראייה שהושגה שלא כדין, תהיה מסורה לשיקול דעתו של בית המשפט הדן בתיק, בכל מקרה לגופו, בהתאם לניסיונותיו וחומרתו וכן בהתאם למידת הפגיעה בהגנות ההליך הפלילי וטוהרו. עוד הודגש הצורך לאזן בין ההגנה על זכויות הנאשם והגינות ההליך הפלילי מחדGIS, אל מול ההגנה על האינטרס בחשיפת האמת העובדתית, הלחימה בעבריות וההגנה על שלום הציבור מצדךGIS.

סביר אני כי לעניין זה علينا לעשות אבחנה בין תקלות בחקירה שהן פועל יוצא של טעות בתום לב או רשלנות של הגורם החוקרי, לבין פגעה מכוונת בזכויות חסוד והתעלמות מכוונת מזוכיוטו, במטרה להוציאו ממנה הוודה. מטרת התורה שפותחה בפסקה בארה"ב וכונתה "תורת פרי העץ המורעל" הייתה להגן על חזודים מפני העתרמות של גורמי חקירה. ואולם מקום בו טעה הגורם החוקרי בתום לב, וזכויותו של הנחקר כלל לא קופחו, אין מקום לפסול את תוצרי החקירה רק מהטעם שנעשתה טעות בהיסח הדעת, בתום לב או ברשלנות.

כל שמדובר בטיעות או ברשלנות, ובמיוחד כאשר שאלו לא פגעו ברצונו החופשי של הנאשם, עת נחקר מחדש או כאשר בוצע חיפוש בכללו, כי אין מקום לפסול את הריאות שהושגו במסגרת אותו הליך, זאת גם אם נפל בו פגם. ראה מגמה דומה גם בפסקה בארה"ב, מקום הולדת תורה פרי העץ המורעל: 135 U.S., 555 U.S. Herring V. U.S., 555 U.S. (14.1.2009); 14-15 U.S. 1, 468 U.S. 897; Arizona V. Evans, 514 U.S. V. Leon. שקדם לפרשת Herring, שם הושארה שאלת קבילות ריאות שהושגו אגב ביצוע פעולה מוטעית עקב טעות של שוטר בתום לב, בצריך עיון.

סביר אני כי כך גם בעניינו, ככל שקיים פגם בהליך בית עדות מהנתאים או אגב ביצוע חיפוש, הרי שלא כל פגם יוביל לפסילת הריאות שנאפסה באותו הליך. עת בית המשפט לבחון האם מדובר בפגיעה מכוונת בזכויות הנאשם, עת היה חדש, או ברשלנות חמורה, ובעיקר - האם כתוצאה ממשהו הפגם נפגע רצונו החופשי או שקופו זכויותו של הנחקר. במקרה בו מדובר בטיעות שבהיחס הדעת או ברשלנות של שוטר, ולא נפגעו זכויות הנחקר, כי אין מקום לפסול את הריאות אך ורק מהטעם ששוטר טעה באופן ביצוע תפקידו.

ר. שפירא, ס. נשיא  
[אב"ד]

השופטת ב' טאובר:

אני מסכימה.

**ב. טאובר, שופטת**

**הוחלט לדחות את העrüור על כל חלקינו.**

ניתן היום, י"ד סיון תשע"ד, 12 יוני 2014, במעמד הצדדים ובאי כוחם.

ר. שפירא, ס. נשיא  
[אב"ד]

ב. טאובר, שופטת

א. אלקיים, שופט

ב. טאובר, שופטת

ר. שפירא, ס. נשיא

[אב"ד]