



ע"פ 35952/01/22 - אייל כריסטופר יונקץ נגד מדינת ישראל, פרקליטות מחוז חיפה-פלילי

בית המשפט המחוזי בחיפה בשבתו כבית-משפט לערעורים פליליים

ע"פ 35952-01-22 יונקץ נ' מדינת ישראל
תיק חיצוני: 547144/2018
לפני הרכב כבוד השופטים:
השופט אברהם בולוס [אב"ד]
השופט מאזן דאוד
השופט מוחמד עלי
המערער

אייל כריסטופר יונקץ
ע"י ב"כ עוה"ד לאוניד פרחובניק

נגד
המשיבה

מדינת ישראל
פרקליטות מחוז חיפה-פלילי
ע"י ב"כ עוה"ד שרון איל

ערעור מיום 17.1.22 על הכרעת הדין מיום 15.12.21 וחומרת העונש בגזר הדין מיום 15.12.21 של בית משפט השלום בחיפה (כב' השופט ט. תדמור זמיר) בתיק 59229-04-19

פסק דין השופט א' בולוס [אב"ד]:

לפנינו ערעור המערער על הרשעתו בהכרעת הדין מיום 20.1.21 וחומרת העונש בגזר הדין מיום 15.12.21, שניתנו בביהמ"ש השלום חיפה (כב' סג"נ השופט טל תדמור-זמיר).

כתב האישום

1. כנגד המערער הוגש לביהמ"ש קמא כתב אישום בגדרו יוחס לו ביצוע עבירת גניבה - עבירה לפי סעי' 384 לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: **חוק העונשין**).

2. מעובדות כתב האישום עולה, כי בתאריך 10.12.18 סמוך לשעה 15:14 המערער נכנס לרשת "סופר פארם" שבמרכז חורב (להלן: "**החנות**"), לקח מהמדף בקבוק בושם מסוג "אין פולו" בשווי של 289 ₪, הכניסו לשקית שהייתה ברשותו ויצא מהחנות מבלי לשלם עבורו.

נטען בכתב האישום, כי במעשיו המערער גנב את הבושם, ללא הסכמת הבעלים, במרמה ובלי תביעת זכות בתום לב, כשהוא מתכוון בשעת הנטילה לשלול את הרכוש מבעליו שלילת קבע.

3. בדיון שהתקיים לפני ביהמ"ש קמא ביום 26.1.20 המערער כפר באמצעות ב"כ בזו הלשון:



"ב"כ הנאשם:

הנאשם כופר בעובדות שבכתב האישום. אין טענת אליבי, אין טענת זוטא.

אנו סבורים שהיסוד הנפשי לא התקיים בנסיבות האירוע. הטענה של היסח דעת, לא במודע."

4. לאור האמור התקיימו בפני ביהמ"ש קמא מספר ישיבות לשמיעת עדי הצדדים. מטעם המשיבה (המאשימה בהליך קמא) העידו שלושה עדים - קב"ט החנות (להלן: **הקב"ט**), השוטר שהגיע למקום לאחר האירוע (להלן: **השוטר**) ושומר נוסף שגבה את הודעת המערער, כן המשיבה גם הגישה שלושה סרטונים קצרים ממצלמות האבטחה שבחנות; ואילו מטעם ההגנה העיד רק המערער בעצמו.

הכרעת הדין

5. בפתח הכרעת הדין ביהמ"ש קמא הזכיר, כי אין מחלוקת בין הצדדים שהמערער הסתובב בחנות כשהוא מחזיק במספר שקיות. בשלב מסוים הוא נטל מאחד המדפים בקבוק בושם אותו הכניס לאחת השקיות. בהמשך לכך הוא גם נטל שקית במבה, ניגש לקופה, שילם עבור שקית הבמבה בלבד והמשיך בדרכו לכיוון היציאה מהחנות עד אשר עוכב על ידי הקב"ט.

6. ביהמ"ש קמא נדרש לטענת המערער לעניין קבילות הסרטונים. בהקשר זה ביהמ"ש קמא סקר את עדותו של הקב"ט אשר נכח בחדר הבקרה והבחין בגבר שחובש כובע ומחזיק שקיות, שהתנהג באופן מוזר ליד מדפי הבשמים. אותו גבר עשה סיבוב בחנות, חזר לקיר הבשמים, לקח בקבוק בושם והכניסו לתוך שקית שהייתה ברשותו. לאחר מכן, ניגש לאזור אחר בחנות, לקח שקית במבה, שילם רק עליה, עבר את קו הקופות ויצא מהסניף.

הקב"ט העיד כי הוא רץ אל המערער, ושאל אם ייתכן ששכח לשלם על משהו? ולשאלה זו המערער ענה בשלילה, כן תיאר כי המערער "התחיל לגמגם ונכנס ללחץ והייתי בטוח שהוא עשה את המעשה שהוא עשה ... " (עמ' 13 לפרו', ש' 12-15). מיד לאחר מכן הקב"ט ביקש את המערער להתלוות אליו לחדר בחנות והוא, הקב"ט, פתח את השקית שהייתה ברשות המערער ומצא בושם שפורק מהאריזה שלו ועטוף בנייר כסף. הקב"ט הסביר כי כאשר הבושם עטוף בנייר כסף הוא אינו "מצפצף" והעיד כי הודיע למערער שהוא מעוכב עד שתגיע המשטרה.

עוד הסביר, כי בחנות היו 32 מצלמות שמכוונות כל אחת למקום אחר. הקב"ט הוסיף כי טכנאי שעובד בחברה הוא שהוריד את הסרטונים לדיסק שאותו העבירו למשטרה.

7. ביהמ"ש קמא הוסיף, כי בדו"ח הפעולה ת/1 השוטר ציין את העובדה לפיה הקב"ט הציג לו סרטון ראשוני שבו המערער נראה לוקח את הבושם ולאחר מכן מתעסק עם השקית שלתוכה הכניס את בקבוק הבושם. השוטר ציין בדו"ח ת/1 כי שלח את הסרטון לחוקר תורן, כן השוטר העיד בהקשר זה: "בטח צילמתי בטלפון ושלחתי לחוקר תורן" (עמ' 6 לפרו', ש' 11-16).

8. ביהמ"ש קמא ציין התרשמותו החיובית משני עדים אלה ולאחר מכן עמד על תוכנם של שלושת הסרטונים בהם צפה. בסרטון הראשון שאורכו 46 שניות, נצפה המערער כשהוא חובש כובע מצחייה ומחזיק בידו שתי שקיות של רשת "סטימצקי" ושקית אחת של רשת "אפריל". המערער נצפה לוקח מהמדף בושם באריזה



ומעביר אותו מיד ליד, לאחר שהוא מסתכל לצדדים. בהמשך המערער נצפה הולך לבית המרקחת בחנות, לוקח מספר ונראה כממתין לתורו.

בסרטון השני שאורכו אף הוא 46 שניות, נצפה המערער הולך הלך ושוב במעבר, בין מדפים של מוצרי טואלטיקה, תוך שהוא עסוק בתוכן השקית של סטימצקי. בשלב זה הבושם לא היה מוחזק בידי המערער. בסרטון השלישי, 2 דקות אורכו, נצפה המערער כשהוא עומד מאחורי קיר ולא ניתן להבחין במעשיו. בשלב כלשהו המערער נצפה במצלמה כשהוא "מתעסק" בשקית אחת ולאחר מכן בשקית נוספת, עד שהוא יוצא מקו המצלמה.

9. ביהמ"ש קמא היה ער לעובדה כי הסרטונים לא מתעדים את פרק הזמן המלא שבו שהה המערער בחנות, ואף נראה שצולמו באמצעות הטלפון הנייד של השוטר שהוזעק לחנות. למרות זאת, ביהמ"ש קמא דחה את טענת המערער לחוסר קבילות סרטונים אלה.

ביהמ"ש קמא הזכיר, כי כדי לקבל תיעוד חזותי כראיה יש לבחון האם תיעוד זה משקף נאמנה את שאירע במציאות מבלי שבוצע בו שינוי או עריכה. במקרה דנן, הסרטונים הוצגו למערער בחקירתו תחת אזהרה והוא שזיהה את עצמו ולא טען בשום שלב כי הם אינם משקפים נאמנה את התנהלותו בחנות (ת/6, ש' 51-70). בעדותו בבית המשפט המערער אמנם טען כי הסרטונים ערוכים, ברם הוא לא נתן אף הסבר לטענה זו. מהעובדה שהמערער למעשה מאשר את תוכן הסרטונים הרי נכון לקבוע את קבילותם.

יחד עם זאת, משום שסרטונים אלה מתעדים רק חלקים משהות המערער בחנות, ביהמ"ש קמא מצא כי משקלם כראיה עצמאית מוגבל ויש לבחון אותם לצד יתר הראיות והעדויות שנשמעו בתיק.

10. לאחר מכן, ביהמ"ש קמא נדרש לטענת המערער לעניין אי חוקיות החיפוש שביצע הקב"ט בכליו, ואשר לגישתו מצדיקה פסילת כל הראיות שנמצאו בחיפוש זה. דיון זה פתח ביהמ"ש קמא במסקנתו: "אומר כבר עתה כי לדידי החיפוש שביצע הקב"ט בכליו של הנאשם בוצע שלא בסמכות ומכאן שלא כדין." (פסקה 13 להכרעת הדין).

יחד עם זאת, ביהמ"ש קמא בהתייחסו אך ורק לנייר הכסף שנמצא באותו החיפוש, הוסיף כי ראיה זו הושגה שלא כדין וקיימת זיקה בין החיפוש הבלתי חוקי ובין השגתה. עם זאת, ביהמ"ש קמא בדעה כי חומרת אי החוקיות אינה ברף גבוה, שכן התנהגותו של המערער: "כפי שנצפתה במצלמות האבטחה בחנות, הקימה חשד סביר לביצוע עבירת גניבה. אי החוקיות במקרה דנן נובעת ממיהות המחפש - הקב"ט - ולא מהפעולה עצמה ולכן אני סבורה כי חומרתה אינה ברף גבוה. ועוד - לאי החוקיות אין במקרה דנן השפעה על אמינות הראיה. הנאשם עצמו אינו מכחיש כי החזיק בשקית נייר כסף, אלא טוען כי מטרת החזקתו הייתה שונה מזו שמייחסת לו המאשימה (הנאשם טען שנייר הכסף משמש לעטיפת מוצרי גבינה, לשמירה על הטמפרטורה שלהם - זה המקום לציין כי המאשימה אמנם טענה שעטיפת בקבוק הבושם בנייר הכסף מעידה על כוונת הנאשם לגנבו, כיוון שיש בה כדי לנטרל את הזמזם שמוצמד לבקבוק, ברם לא הוכיחה את טענתה ואיני סבורה כי הנושא מצוי בדיעה שיפוטית." (פסקה 15 להכרעת הדין).

11. ביהמ"ש קמא הסביר, כי היסוד הנפשי הדרוש להרשעה בעבירת הגניבה הוא מודעות כלפי רכיבי היסוד העובדתי של העבירה, כולל רכיבי המרמה והעדר תביעת זכות בתום לב, לצד המטרה - לשלול שלילת קבע.



משום שעסקינן במחשבות שבליבו של המבצע, מחויב בית המשפט להסיק מסקנות לעניין היסוד הנפשי מכלל הנסיבות החיצוניות שהוכחו, על פי היגיון הדברים והפרשנות הנאותה שיש לתת להתרחשויות. מנגד, כל שנדרש מהנאשם הוא להטיל ספק בדבר כוונתו ובעניין זה עליו להראות כוונה להחזיר אשר נטל. אחרי סקירה זו באשר ליסוד הנפשי שבעבירת הגניבה ונטלי ההוכחה, ביהמ"ש קמא הביא את נימוקיו העומדים ביסוד מסקנתו להרשיע את המערער, ואשר הם:

א. התרשמותו השלילית מעדות המערער ומהסבריו כי היה "במצב בלבולי". באשר להסבר זה הודגש כי המדובר הוא בגרסה כבושה שלא קיבלה ביטוי בזמן חקירתו במשטרה לאחר האירוע. ולעניין דבריו בעדותו כי היה ביכולתו לשלם את מחירו של בקבוק הבושם באמצעות כרטיס אשראי הנתען שהיה ברשותו אז, הרי בהודעתו (ת/6) שנגבתה מיד לאחר האירוע, הוא לא זכר סכום הכסף שהיה בכרטיס אשראי זה שהיה ברשותו (ש' 81-80)), ולמרות הזמן שחלף מאז האירוע ועד לעדותו הוא לא טרח לתמוך טענתו זו במסמכים כלשהם.

ב. צוין, כי אין מחלוקת שהמערער הכניס את הבושם לשקית של רשת "סטימצקי" שבה הוא החזיק, דבר שהוא אשר בהודעתו וגם בעדותו (עמ' 36 לפרו', ש' 27-28). כן הוסיף ביהמ"ש קמא בזו הלשון: "בעברו את קו הקופות, בקבוק הבושם היה מפורק מאריזתו המקורית (ראו את עדות הקב"ט בעמ' 10 לפרוט' בש' 14-15, לצד עדותו של השוטר בעמ' 5 לפרוט' בש' 10 ולצד ת/1 בשורה השנייה מהסוף). הנאשם נשאל בחקירתו כיצד בקבוק הבושם הגיע לנייר הכסף ולא יכול היה ליתן לכך הסבר שיניח את הדעת (ת/6 בש' 38-39). בעדותו בבית המשפט הנאשם חזר על הטענה שנייר הכסף נועד כדי לשמור על טריות מוצרי מזון קרים, ברם לא התייחס לעדויות הקב"ט והשוטר, שלפיהן הבושם לא היה נתון באריזתו המקורית (עמ' 41 לפרוט' בש' 9-4; עמ' 46 לפרוט' בש' 18-1). אין מחלוקת כי ביום האירוע לא היו בשקית של הנאשם מוצרי מזון. לדידי, די בכך כדי להפריך את טענת הנאשם כי הוא התכוון לקנות את הבושם כמתנה לאביו מחד גיסא וכדי ללמד על מודעותו של הנאשם לכך שהבושם מצוי בשקית ועל כוונתו לשלול את הבושם מהחנות שלילת קבע, מבלי לשלם עבורו" (פסקה 18 להכרעת הדין).

עוד הוסיף ביהמ"ש קמא, כי המערער הוא שהעיד באשר למטרת כניסתו לחנות ביום האירוע כדי לקנות לאביו את הבושם, דבר שלא מתיישב עם טענתו כי שכח מעניין בקבוק הבושם שבשקית, והוסיף בהדגישו "הדעת נותנת שאדם שמתכוון לקנות בקבוק בושם כמתנה לאחר, אינו מוציא את הבקבוק מאריזתו המקורית, אלא מעניק אותו כמתנה באותה אריזה, אף אם אין בכוונתו לעטוף אותה בנייר עטיפה (ראו עדות הנאשם בעמ' 42 לפרוט' בש' 21-22). פירוק הבושם מאריזתו המקורית מעיד יותר מכל על מודעותו של הנאשם לכך שלא הייתה לו תביעת זכות על הבושם, היינו, שלא היה בכוונתו לשלם עבורו בצאתו מהחנות."

ג. התנהגותו של המערער בחנות, כפי שהיא באה לידי ביטוי בסרטונים, מלמדת אף היא על מודעותו לקיומו של הבושם בשקית ועל כוונתו לשלול אותו שלילת קבע מבלי לשלם עבורו.

ד. הבושם לא היה המוצר היחיד שהמערער נטל מהחנות, ודווקא הוא ראה לשלם על המוצר הזול (שקית הבמבה). מה גם, שהמערער שהה בחנות זמן קצר ובחלק ניכר ממנו הוא היה עסוק בשקית



שאלה הוא הכניס את בקבוק, מכאן הטענה כי שכח מעניין הבושם, אינה הגיונית.

ה. הקב"ט העיד, כי כששאל את המערער בעניין הבושם האחרון "התחיל לגמגם" - התנהגות אשר לגישת ביהמ"ש קמא מלמדת על מודעותו לכך שלא שילם עבור הבושם.

12. ולסיום, ביהמ"ש קמא הדגיש שלא עלה בידי המערער לספק סיפור חלופי שיעורר ספק בנוגע למודעותו להימצאות הבושם בשקית, או בנוגע למטרתו לשלול אותו מבעליו שלילת קבע ומבלי לשלם עבורו. ביהמ"ש קמא גם התייחס לטענת המערער לקיומם של מחדלי חקירה, והכוונה לאי הצגת הסרטונים במלואם לבית המשפט והעדר תמונה של הבושם, חרף עדותו של השוטר כי הוא צילם את הבקבוק בהגיעו למקום האירוע. למרות מחדלים אלה ומשום שהונחה תשתית ראייתית מספקת להוכחת אשמתו של המערער, ביהמ"ש קמא בדעה כי יש להרשיעו בעבירה שיוחסה לו בכתב האישום.

גזר הדין

13. ביהמ"ש קמא ציין כי המדובר בעבירת רכוש שפוגעת בזכות הקניין, כן הוסיף כי מנעד הענישה בעבירות גניבה נע בין מאסר על תנאי ובין מאסר בפועל, בהתחשב בשווי הגניבה וכלל הנסיבות ביצוע העבירה.

14. בהמ"ש קמא הזכיר, כי עסקין בעבירת גניבה ברף נמוך, שווי הגניבה אינו רב (כ - 290 ₪), ולמעשה הרכוש אף הוחזר לבעליו מיד בתום האירוע. ביהמ"ש קמא שקל לקולה את העובדה כי אין לחובת המערער הרשעות קודמות, את נסיבותיו האישיות והטיל עליו מאסר על תנאי לתקופה של 4 חודשים למשך 3 שנים והתנאי הוא שהמערער לא יעבור את העבירה שבה הוא הורשע וגם תשלום קנס בסך 1500 ₪.

תמצית טענות הצדדים

15. הודעת הערעור אותה הגיש המערער מחזיקה 20 עמודים. מעיון בהודעה זו ולאחר שמיעת טיעוני הצדדים בדיון שהתקיים לפנינו, ניתן לסכם שהמערער טוען כי ביהמ"ש קמא נקלע לטעות משלא פסל את כל תוצרי החיפוש הלא חוקי אותו ביצע הקב"ט. ביהמ"ש קמא היה חייב לבחון השלכת חיפוש זה הנגוע באי חוקיות על כלל הראיות שהתקבלו בעקבותיו ולא רק באשר לנייר הכסף.

המערער גם טען, כי טעה ביהמ"ש קמא במסקנתו לעניין קבילות הסרטונים חרף העובדה שהם משקפים תיעוד חלקי בלבד, ודרך הפקתם הלקויה באמצעות צילום שנעשה בנייד של השוטר. סרטונים אלה אינם קבילים, ולחילופין האמינות והמהימנות שניתן לייחס להם מוטלות בספק גדול.

עוד טען המערער, כי מחדלי החקירה אף הם מטים את הכף לזיכוי. שכן העובדה שלא הוצגו סרטונים מלאים וגם לא תמונתו של בקבוק הבושם, הדבר קפח את זכותו של המערער למשפט הוגן.

באשר לעונש, נטען כי ביהמ"ש קמא החמיר עם המערער ולא נתן משקל הולם לנסיבות לקולה, כמו להיעדר עבר פלילי. היה נכון להימנע מהרשעת המערער, מהטלת קנס ומאסר על תנאי ולהסתפק בהתחייבות.

16. מנגד המשיבה בדעה, כי הכרעת דינו של ביהמ"ש קמא מנומקת ומבוססת על התרשמות בלתי אמצעית



מהעדים וקביעת ממצאי עובדה. ביהמ"ש קמא צדק במסקנתו כי אשמת המערער הוכחה נוכח מצבור הראיות שלא הותיר אף ספק לעניין כוונתו של המערער לגנוב את בקבוק הבושם.

גם באשר לעונש אין הצדקה להתערב, שכן ביהמ"ש קמא ערך איזון ראוי ונתן את דעתו לכלל הנסיבות.

דין והכרעה

17. כידוע, בהתאם לדוקטרינת הפסילה הפסיקתית בית המשפט מוסמך לפסול ראיות שהושגו שלא כדין, אלא שסמכות זו היא יחסית וגמישה. תכליתה של סמכות זו היא למנוע פגיעה מהותית בזכותו החוקתית של נאשם להליך הוגן באמצעות קבלת ראיה שהושגה בדרכים שאינן כשרות (ע"פ 5121/98 **יששכרוב נ' התובע הצבאי**, פ"ד סא(1) 461, עמ' 561-562 (2006)(להלן: עניין **יששכרוב**)). בישום דוקטרינה זו יש לערוך איזון בין הצורך להגן על זכויות הנאשם, לבין אינטרסים שונים שגם משקלם הוא רב, כמו גילוי האמת, הגנה על שלום הציבור ועל זכויותיהם של נפגעי עבירה. בעריכת האיזון יש להתחשב בשלוש קבוצות של שיקולים (עניין **יששכרוב**, עמ' 562-566).

הראשונה, סבה סביב חומרת אי החוקיות: "**בהקשר זה נבחנות על ידי בית המשפט, בין היתר, מהות ההפרה ועוצמת הפגיעה בזכויות הנחקר, וכמו כן נבחנת השאלה האם השימוש באמצעי החקירה הפסולים נעשה במכוון ובזדון או בתום-לב.**" (רע"פ 10141/09 **אברהם בן חיים נ' מדינת ישראל**, פסקה 34 לחו"ד כב' הנשיאה ביניש (6.3.12)(להלן: עניין **בן חיים**)).

השנייה, ממוקדת במידת ההשפעה שיש לאי החוקיות על הראיה שהושגה: "**בהקשר זה נדרש בית המשפט לבחון באיזו מידה אי-ההגינות שהייתה כרוכה בהשגת הראיה עשויה להשפיע על מהימנותה ועל ערכה הראייתי, והאם לראיה שהושגה שלא כדין ישנו קיום נפרד ועצמאי מאי-החוקיות או אי-ההגינות שהייתה כרוכה בהשגתה. במסגרת קבוצת שיקולים זו עשויה להיות חשיבות רבה לאופיה של הראיה ששאלת קבילותה עומדת על הפרק. כך למשל, כאשר מדובר בראיות חפציות שהן בעלות קיום עצמאי ונפרד מאי-החוקיות שהייתה כרוכה בהשגתן, ובדרך כלל לא יהיה באי-החוקיות האמורה כדי לפגוע באמינותן.**" (עניין **בן חיים**, פסקה 34 לחו"ד כב' הנשיאה ביניש).

השלישית, נשקלת עוצמת הפגיעה באינטרס הציבורי בעקבות פסילת הראיה: "**הפרמטרים העיקריים לפיהם נערכת השוואה זו הם חשיבות הראיה להוכחת האשמה, מהות העבירה המיוחסת לנאשם ומידת חומרתה. חשוב לציין עם זאת, כי שאלת ההתחשבות בפרמטרים אלה אינה נקייה מקשיים והיא לא הוכרעה בעניין **יששכרוב**.**" (עניין **בן חיים**, פסקה 34 לחו"ד כב' הנשיאה ביניש).

18. המערער, כאמור, טען לפסילת שלוש ראיות מכוחה של דוקטרינת הפסילה הפסיקתית - נייר הכסף, בקבוק הבושם ועדות הקב"ט לפיה עת ערך את החיפוש והוציא את בקבוק הבושם, ראה כי הבקבוק נפרק מאריזתו. לעניין נייר הכסף אין לי צורך להידרש מהטעם שביהמ"ש קמא לא ייחס משקל כלשהוא למציאתו בשקית בה אחז המערער משלא הוכח כי עטיפת בקבוק הבושם בנייר כסף מנטרלת את ההתרעה מפני גניבה.

19. באשר לבקבוק הבושם, אזכיר כי לא הבקבוק וגם לא צילום ממנו הוגשו כראיות, ומכאן אין כל ראיה



חפצית שניתן לפסול. אף יתרה מכך, על קיומו של בקבוק זה ניתן לעמוד מדברי המערער עצמו אותם מסר ביום האירוע במסגרת הודעתו וגם מדברים שהעיד בפני ביהמ"ש קמא. הוזהר אומר, קיומו של הבקבוק, העובדה כי המערער נטל בקבוק זה, הכניסו לשקית ועבר את קו הקופות אינו שנוי במחלוקת בין הצדדים. המערער היה שהודה בכל ההזדמנויות, גם בתשובתו לכתב האישום, באשר לבקבוק הבושם ונטילתו.

גם אם נראה בהודאתו במשטרה כראיה נגזרת מבקבוק הבושם שהושג בעקבות חיפוש לא חוקי, וקיים קשר סיבתי עובדתי בין החיפוש הבלתי חוקי גם להודאה זו, הרי לא מתקיים הקשר הסיבתי המשפטי הדרוש. הקשר הסיבתי המשפטי בא לידי ביטוי בקיומה של זיקה מהותית בין הפסול בהשגת הראיה הראשית לבין איתור הראיה הנגזרת. מכאן, בקיומה של סיבתיות עובדתית, וכל עוד לא התקיימה זיקה מהותית ביהמ"ש יטה לאשר את הראיה הנגזרת. **"טלו למשל מקרה שבו המשטרה מבצעת חיפוש לא חוקי בביתו של אדם, ובחיפוש נמצא נשק שעל פי החשד שימש לביצוע עבירה. בעל הנשק מובל לחקירה, ושם - לאחר שהוזהר כדין - מודה בביצוע העבירה. האם נאמר כי הודאתו - שנגבתה כדין - פסולה אך מהטעם שיש קשר סיבתי עובדתי בין החיפוש הבלתי חוקי לגביית ההודאה? לכך יש להשיב בשלילה. אי-החוקיות שדבקה בכלי הנשק אינה פוגמת בהודאה, שכן מדובר בראיה בעלת אופי שונה, שתוכנה לא ניתן להסקה מקיומו של כלי הנשק, ושנמסרה באופן חופשי ומרצון כאשר באותה עת עמדו לחשוד כל זכויותיו והגנותיו. באלה יש לנתק את הקשר הסיבתי בין אי-החוקיות שבהשגת הנשק להודאה"** (ע"פ 4988/08 איתן פרחי נ' מדינת ישראל, פסקה 20 (1.8.2011) (להלן: עניין פרחי)).

אמנם בעניין **בן חיים** ביהמ"ש עליון הורה על פסילת הסכין שנמצאה ברשותו בעקבות חיפוש בלתי חוקי ועל זיכוי מהעבירה של החזקת סכין שלא כדין, וזאת על אף שהודה בהחזקת סכין בחקירתו במשטרה וגם בתשובתו לכתב האישום (עניין **בן חיים**, פסקה 4 לחו"ד הנשיאה ביניש). לתוצאה זו הגיע ביהמ"ש עליון: **"בהקשר זה יש להבהיר כי נוכח מהות העבירות בהן מואשמים המבקשים בעניין בן חיים ובעניין ג'בלי, ברי כי פסילת הראיות שנתפשו בשני החיפושים (הסכין בעניין בן חיים והסם בעניין ג'בלי) תביא לזיכוי שני המבקשים. בהקשר זה יוער, כי גם המדינה לא טענה לפנינו כי ניתן להרשיע את המבקשים בעבירות האמורות בלי שיתקבלו הראיות שנמצאו בשני החיפושים."** (עניין **בן חיים**, פסקה 34 לחו"ד כב' הנשיאה ביניש).

הוזהר אומר, ההבדל נטוע בחומרת העבירה שלה יש לייחס משקל רב במלאכת האיזון. שעה שעסקין בעבירה קלה יחסית (כמו החזקת סכין) והראיה הראשית נפסלה משום שאותרה בעקבות חיפוש לא חוקי, הנטייה תהיה לזיכוי למרות ההודאה המאוחרת - היא הראיה הנגזרת; ואילו בעבירות חמורות (כמו עבירות הנשק) ההתייחסות תהיה שונה (ע"פ 4039/19 **דניאל נחמני נ' מדינת ישראל**, פסקה 50 לחו"ד כב' השופט עמית (17.3.21)).

כך או אחרת, בעניינו המערער דבק באותה הודאה בתשובתו לכתב האישום וגם בעדותו בפני ביהמ"ש קמא לאחר שהוזהר כי מחובתו לומר אמת. למרות שעסקין בעבירה קלה יחסית, הרי בעניינו המערער עלה על דוכן העדים ומסר גרסה מפורטת, כך שגם אם טענתו לפסילת הודאתו במשטרה בזיקה לבקבוק הבושם תתקבל, עדיין תעמוד על מכונה ובמלוא העוצמה עדותו המפורטת בפני ביהמ"ש קמא.

20. לעניין עדותו של הקב"ט אני סבור כי הדין עם המערער. ראינו מקודם כי ביהמ"ש קמא יחס משקל של ממש לעדות הקב"ט אשר מסר כי הוציא את בקבוק הבושם מהשקית ללא אריזתו. לעניות דעתי המדובר במובהק באמרה שהיא ראיה נגזרת פסולה שאין ליחס לה משקל כלשהו. החיפוש היה שלא בסמכות ומכאן עוצמת ההפרה והפגיעה בזכויות המערער הן משמעותיות. בעקבות חיפוש זה, בהתאם לגרסת הקב"ט, הוא



נחשף לבקבוק הבושם כשהוא מחוץ לאריזתו. זוהי ראייה נגזרת שהתקבלה בעקבות חיפוש לא חוקי שחשף את הראיה הראשית, כאשר ברור כי קיימת זיקה עניינית ומהותית בין החיפוש הלא חוקי שבמסגרתו נמצאה הראיה הראשית לעדות הקב"ט - היא הראיה הנגזרת (עניין **פרחי**, פסקה 20).

נוסיף לכל האמור שלא מדובר בראיה חפצית בעלת קיום עצמאי וגם לא בעבירה מהחמורות בקודקס הפלילי, כך שדחיית הראיה לא תוביל לפגיעה קשה באינטרס הציבורי. מכאן, אני סבור כי נכון לפסול דבריו אלה של הקב"ט ולא לייחס להם משקל כלשהו זאת למרות התרשמותו החיובית של ביהמ"ש קמא מעדותו. עם זאת, חשוב להדגיש כי מסקנה זו לא משליכה על התוצאה הסופית נוכח קיומן של ראיות אחרות בעלות עוצמה שבכוחן לבסס את הרשעת המערער, כפי שאדרש בהמשך הדברים.

21. כזכור המערער טען, כי ביהמ"ש קמא נקלע לטעות משקבל את הסרטונים כראיות. לגישתו סרטונים אלה אינם קבילים משום שהם מתעדים חלק משהותו בחנות, וגם נוכח דרך העתקתם באמצעות הטלפון הנייד של השוטר. ידועה המגמה בדיני הראיות לפיה מעמד הבכורה יינתן למבחני המשקל והמהימנות על פני מבחני הקבילות, מכאן סרטונים שהועתקו או משקפים חלק מההתרחשות ככלל אין לפסול, אלא יש לבחון באופן קפדני לשם קביעת משקלם (ע"פ 2286/14 **מיכאל גייבדנוב נ' מדינת ישראל**, פסקה 27 (23.11.15); ראו גם ע"פ 4481/14 **פלוני נ' מדינת ישראל**, פסקה 35 (16.11.2016)).

ועוד, כפי שביהמ"ש קמא ציין בהכרעת הדין המערער עצמו לא חלק על התכנים של הסרטונים, דבר שבפני עצמו מכשיר את קבלתם (ע"פ 6411/98 **נחום מנבר נ' מדינת ישראל**, פ"ד נה(2) 150, עמ' 186 (5.12.2000)). ביהמ"ש קמא גם נתן את דעתו לטענות המערער וייחס לסרטונים את המשקל הראוי גם בהתחשב בעובדה שסרטונים אלה הם חלקיים.

יתרה מכך, טענתו של המערער בהקשר זה מוקשית בעיני מהטעם שהוא לא טען להתרחשות אחרת בחנות שהיא בעלת משקל או כזו שעשויה לחזק את הגנתו ואשר לא תועדה בגדרי סרטונים אלה. ושוב, הוא המערער שלא חלק על תכני הסרטונים וגם לא טען כי סרטונים אלה לא משקפים אירועים בעלי חשיבות בזיקה לשאלה העומדת לדיון.

22. עוד טען המערער, כי מחדלי החקירה אף הם מטים את הכף לזיכוי. לשיטתו העובדה שלא הוצגו סרטונים מלאים וגם לא תמונות בקבוק הבושם, הדבר קפח את זכותו של המערער למשפט הוגן. בהתאם לפסיקה, ככלל, הטענה בדבר קיומם של מחדלי חקירה מחייבת בחינה כפולה - תחילה על בית המשפט לבחון אם קיימים מחדלים ולאחר מכן עליו לקבוע האם בעקבות אותם מחדלים קופחה הגנתו של הנאשם באופן שהקשה עליו להתמודד עם חומר הראיות העומד נגדו (ע"פ 6679/04 **סטקלר נ' מדינת ישראל**, פסקה 35 (11.5.06); ע"פ 10596/03 **בשירוב נ' מדינת ישראל**, פסקה 20 (4.6.06)).

אך בצד זאת יש להדגיש: "... כי אין מוטלת על התביעה החובה להציג את הראיה הטובה ביותר, ודי כי תציג ראיה מספקת. בסופו של יום, שאלת נפקותם של מחדלי חקירה מוכרעת בהתאם לנסיבות המקרה הפרטניות, תוך בחינת השאלה אם יש בתשתית הראייתית אשר הונחה לפתחו של בית-המשפט, כדי לבסס את הרשעת הנאשם בעבירה שיוחסה לו במידה הנדרשת בפלילים..." (ע"פ 7320/07 **פלוני נ' מדינת ישראל**, פסקה 16 (13.5.09); ראו גם: ע"פ 5152/04 **אגרונוב נ' מדינת ישראל**, פסקה 10



(23.6.05); ע"פ 5822/08 טרייטל נ' מדינת ישראל, פסקה 32 (12.3.09); ע"פ 1645/08 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 29 (3.9.09).

באשר לבקבוק הבושם שלא נתפס, ובהנחה כי מדובר במחדל, הרי הדבר לא מעלה ולא מוריד. המערער עצמו מאשר את קיומו, את נטילתו והוצאתו מהחנות. ואילו באשר להיעדר סרטונים המשקפים את שהיית המערער במלואה בחנות, אין לדבר כל השלכה על המסקנה הסופית. המערער עצמו, כפי שהקדמתי, לא הצביע על אף חשיבות בהצגת יתר הסרטונים, גם לא הסביר כיצד מחדל נטען זה פגע בזכויותיו או בהגנתו וסיכוייה?.

23. עתה נסכם את ממצאי העובדה שהוכחו בפני ביהמ"ש קמא:

- א. המערער נכנס לחנות כשהוא מחזיק שקיות בידו.
- ב. מדברי המערער עולה כי התכלית מאחורי כניסתו לחנות הייתה לשם קניית בקבוק בושם כמתנה לאביו (ת/6, ש'95, עמ' 36 לפרו', ש' 28).
- ג. המערער התקרב למדפי הבשמים ונטל בקבוק בושם באריזתו. אכן כפי התרשמות ביהמ"ש קמא התנהגותו הייתה מוזרה וניתן להבחין כי הסתכל לצדדים.
- ד. בשלב מאוחר יותר המערער הכניס בקבוק זה לאחת השקיות.
- ה. בסרטונים (בהם צפינו במהלך הדיון ובזמן כתיבת פס"ד זה) רואים את המערער כשהוא "בוחש" שוב ושוב בשקית באמצעות ידו.
- ו. לאחר מכן, המערער נטל שקית במבה, ניגש לקופה ושלם בגין שקית זו בלבד.
- ז. הקב"ט רץ לכיוון המערער שהיה ביציאה מהחנות, ניגש אליו ושאל האם המערער שכח משהו באחת השקיות?, והוסיף בעדותו "התחיל לגמגם ונכנס ללחץ והייתי בטוח שהוא עשה את המעשה שהוא עשה ... " (עמ' 13 לפרו', ש' 12-15).
- ח. המערער לא הוכיח כי היה ביכולתו לשלם את מחיר בקבוק הבושם, גם לא במהלך הדיון שהתקיים בפני ביהמ"ש קמא. אמנם המערער במסגרת עדותו מסר "בגלל שידעתי שזה פחות או יותר המחיר, הטענתי 400 ₪ על מנת לכסות את זה בכל מקרה" (עמ' 43 לפרו', ש' 16-17). אלא, שעדותו בביהמ"ש לא מתיישבת עם דבריו בחקירתו במשטרה ביום האירוע אז מסר כי לא זכור לו אם היה מספיק כסף בכרטיס האשראי (ת/6, ש' 81). מכל מקום, היה מצופה כי במסגרת הדיון המערער יציג ראיה לעניין טענתו כי בסמוך לפני כניסתו לחנות דאג לטעינת כרטיס האשראי בסכום מספיק, דבר שבהחלט היה עשוי לאשש את טענתו באשר ליכולתו לשלם את מחירו של בקבוק הבושם - דבר שלא נעשה. ואוסף לכל האמור התרשמותו השלילית של ביהמ"ש קמא מהמערער ועדותו, והמסקנה המבקשת היא כי המערער לא עמד בנטל זה.

24. עבירת גניבה הוגדרה בזו הלשון:

"383. (א) אדם גונב דבר אם הוא -



(1) נוטל ונושא דבר הניתן להיגנב, בלי הסכמת הבעל, במרמה ובלי תביעת זכות בתום לב, כשהוא מתכוון בשעת הנטילה לשלול את הדבר מבעלו שלילת קבע;

25. היסוד הנפשי בעבירת גניבה הוא של מחשבה פלילית - מודעות ליסודות העובדתיים בצירוף כוונה מיוחדת של "שלילת קבע". קיימות גישות לכאן ולכאן לעניין סיווג יסוד המרמה כעובדתי או כנפשי, שכן למרות שהוא מבטא מאפיין עובדתי של המעשה, ליסוד זה גם היבט נפשי שבא לידי ביטוי בכך שמעשה הגניבה יתאפיין בחוסר יושר שהוא מושג מתחום המוסר הנבחן בעיקר לפי אמת מידה אובייקטיבית ((ע"פ 7641/09 הירשזון נ' מדינת ישראל, פסקה 44 (4.7.2011), ראו גם : קדמי, הדין בפלילים, חלק שני, עמ' 642-643 , (להלן: קדמי).

בהתאם להלכה ליסוד המרמה : "צריך להתקיים במחשבתו ובכוונתו של הנאשם, אך אין לבחנו רק על פי קנה המידה הסובייקטיבי של נאשם בעל מושגי מוסר מעוותים... אלא על פי קנה המידה של בני אדם רגילים הגונים... וניתן להיעזר בבירור כוונתו של הנאשם, בקנה המידה של מושגי 'יושר' ו'אי יושר' של האדם הסביר השואל את עצמו אם הנאשם אכן חשב והאמין שהוא נוהג ביושר" (ע"פ 360/82 משריקי נ' מדינת ישראל, פ"ד לז(2) 124, 135(1983)).

26. לא יכולה להיות מחלוקת כי יסוד המרמה התקיים בענייננו, הרי אין מי שיחלוק על כך כי נטילת בקבוק הבושם ללא תשלום תמורתו נגועה בחוסר יושר ואינה מוסרית. המחלוקת הטעונה הכרעה סבה סביב היסוד הנפשי "כשהוא מתכוון בשעת הנטילה לשלול את הדבר מבעלו שלילת קבע". המערער טען לאורך כל הדרך כי המדובר בשכחה ובטעות בתום לב (ת/6 ש' 89, עמ' 37 לפרו', ש' 37), ולא קיימת מודעות גם לא כוונה לנטילת בקבוק הבושם מבעליו לצמיתות. נוכח הקושי בהוכחת קיומה של כוונה מיוחדת זו - נטל שמוטל כמובן על התביעה - הפסיקה יחסה ליסוד זה את המשמעות של "היעדר כוונה ממשית להחזיר" (קדמי, עמ' 655). הווה אומר, היסוד הוא שלילי ומכאן יש להסתפק ברמת הוכחה הפחותה מזו הדרושה בפלילי לשם הוכחתו: "ובפועל - די לעניין זה בלקיחה ללא רשות, המלווה באי החזרה מיידית, זאת, בכפוף להקמת ספק לפחות מצדו של הנאשם בדבר קיומה של כוונה להחזיר ויכולת לעשות כן" (קדמי, עמ' 655).

27. כשמסקיפים על מכלול העובדות שהוכחו אין מנוס מהמסקנה כי המערער כן התכוון לשלול את בקבוק הבושם שלילת קבע. התנהלותו המוזרה בחנות, הכנסת בקבוק הבושם לתוך השקית, העובדה כי נכנס כטענתו לשם קניית בקבוק בושם ויצא לאחר ששילם על שקית הבמבה בלבד, חוסר הסבירות בטענתו כי שכח מעניין בקבוק הבושם למרות שכניסתו הייתה לשם רכישתו ועל אף שפרק הזמן שחלף עד ליציאתו הינו קצר, התרשמות הקב"ט כי המערער נלחץ ואף החל לגמגם, וגם הימנעות המערער מהנחת תשתית ראייתית באשר ליכולתו לשלם את תמורת בקבוק הבושם למרות שהדבר בהישג ידו.

אמנם המערער טען לאורך כל הדרך לטעות בתום לב, אלא שטענה זו, לכשעצמה, וכשאין בצידה דבר מה נוסף תומך רחוקה מלהקים את הספק הדרוש.



מכל האמור, אני סבור כי בדין הרשיע ביהמ"ש קמא את המערער בביצוע עבירת גניבה.

28. המערער טען גם לביטול הרשעתו. בהקשר זה חשוב להזכיר, כי לפני פתיחת הליך זה המערער הוא שדחה את ההצעה לסגירת תיק החקירה בהסדר מותנה. לא זו אף זו, במהלך הדיון בערעור זה היה המערער שדחה את האפשרות לביטול ההרשעה "אני אמשיך להילחם על חפותי" (עמ' 2, ש' 22). המערער לא מודה וניהל את ההליך בביהמ"ש קמא ובערכאת הערעור עד תום - וזו זכותו, אינו נוטל אחריות וגם לא טען לנזק כלשהיא בעקבות ההרשעה וממילא נזק כזה, לא כל שכן קונקרטי וחמור, לא הוכח (רע"פ 7224/14 **פרנסקי נ' מדינת ישראל**, פסקה 10 (10.11.2014); רע"פ 3589/14 **לוזון נ' מדינת ישראל**, פסקה 8 (10.6.2014); רע"פ 1439/13 **קשת נ' מדינת ישראל**, פסקה 9 (4.3.2013); רע"פ 8627/12 **הנסב נ' מדינת ישראל**, פסקה 12 (31.12.2012)). בנסיבות אלה, ועל אף העובדה שהעבירה בה הורשע המערער כן מאפשרת הימנעות או ביטול ההרשעה, אין מקום להיעתר לבקשתו זו.

29. גם טענתו באשר לחומרת העונש דינה דחיה. העונש הוא סביר ולא מצדיק התערבותה של ערכאת הערעור.

30. מכל האמור לעיל, אציע לחברי לדחות את הערעור, הן באשר להרשעת המערער והן לעניין העונש.

אברהים בולוס, שופט (אב"ד)

השופט מ' דאוד:

אני מסכים.

מאזן דאוד, שופט

השופט מ' עלי:

אני מסכים.

מוחמד עלי, שופט



הוחלט פה אחד לדחות את הערעור על שני חלקיו.

ניתן היום, כ"ז ניסן תשפ"ב, 28 אפריל 2022, בנוכחות
הצדדים.

מוחמד עלי, שופט

מאזן דאוד, שופט

אברהים בולוס, שופט [אב"ד]