



ע"פ 2272/06/18 - מאור כהן נגד מדינת ישראל

בית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית-משפט לערעורים פליליים

ע"פ 2272-06-18 מאור כהן נ' מדינת ישראל 21.5.2019

בפני כבוד השופט ארנון דראל
כבוד השופטת ענת זינגר
כבוד השופטת חגית מאק-קלמנוביץ'
המערער מאור כהן
באמצעות עוה"ד מאיה ברקאי, אלכס גפני (הסנגוריה הציבורית)
נגד המשיבה מדינת ישראל
באמצעות עו"ד יובל קדר מפרקליטות מחוז ירושלים

פסק דין

השופט א' דראל:

מבוא ורקע עובדתי

1. לפנינו ערעור על פסק דינו של בית משפט השלום בירושלים (כב' השופטת ג' סקפה-שפירא) בת.פ. 13654-08-15 הערעור מוסב על הכרעת הדין מיום 27.2.17, בגדרה הורשע המערער בעבירה של החזקת סכין - לפי סעיף 186 לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: **חוק העונשין**), ועל גזר הדין מיום 23.4.18 בגדרו הוטל על המערער עונש של שני חודשי מאסר שירוצו בעבודות שירות, מאסרים על תנאי וצו מבחן.

2. בכתב האישום שהוגש נגד המערער נטען כי ביום 2.8.15 בסמוך לשעה 20:00 ברחוב הכרפס בשכונת גילה בירושלים, הוא החזיק בסכין מחוץ לתחום ביתו או חצריו ולא הוכיח כי החזיק אותה למטרה כשרה. ביום 22.2.16 הופיעו המערער ובא כוחו לפני בית משפט קמא ובא כוח המערער מסר את התשובה לאישום. טענת ההגנה שהועלתה הייתה כי "הנאשם החזיק את הסכין למטרה כשרה", וזאת בהינתן כי המערער, שעבד באותה עת בתליית שלטים, החזיק את הסכין על מנת לעזור לדודתו לחתוך טפט.

3. חרף יריעת המחלוקת שמוקדה בתשובה לאישום במהלך שמיעת הראיות נחקרו השוטרים והעדים מטעם המשיבה, על אודות החיפוש שנערך והחשדות שעמדו בבסיס פעולותיהם. טענה נוספת שהועלתה על רקע אובדן הסכין מושא כתב האישום הייתה כי אינה מקיימת את הגדרת "סכין", שכן לא הוכח כי להבה מתקבע.



הכרעת הדין

4. לאחר שמיעת הראיות וסיכומי הצדדים נתן בית משפט קמא את הכרעת הדין. בית המשפט קיבל את עדותם של השוטרים באשר לנסיבות עצירת הרכב, הפנייה לערוך חיפוש בו והשלכת הסכין מצד המערער תוך שדחה את עדות המערער בהיותה גרסה כבושה וכן דחה את עדותם של עדי ההגנה. באשר לשאלה האם מדובר בסכין העונה על ההגדרה המופיעה בסעיף 184 לחוק העונשין החליט בית משפט קמא לסמוך על התיאור שנתן השוטר רועי בן עמי שבדק את הסכין בזמן אמת ורשם בדו"ח שערך כי מדובר בסכין בעל להב מתקבע. בית המשפט הסביר כי "משעה שהעד כתב בדו"ח, על-פי בדיקה של הסכין שערך, והעיד, כי מדובר בסכין בעלת להב מתקבע ועדותו נמצאה מהימנה, ומשעה שאפילו הנאשם עצמו לא טען בעדותו אחרת, די בכך כדי לקבוע שלהב הסכין אמנם מתקבע..." (פסקה 24 להכרעת הדין).

5. אשר לנסיבות שבהן נמצאה הסכין בית משפט קמא קבע כי על פי הראיות שהוגשו המערער נסע ברכב יחד עם אביו ואחיו והם החנו את הרכב ברחוב הכרפס בשכונת גילה. שוטרי הביטחון ניגשו לרכב וביקשו לערוך חיפוש בו ועל גופם של נוסעיו, וזאת על פי הנחייה שקיבלו מראש הצוות. המערער התבקש להתלוות לשוטר בן קורנפלד ולשוטר נוסף למבואת בניין סמוך, מקום מוצנע שבו ייערך חיפוש על גופו, והתלווה אליהם. תוך כדי הליכה לאותה מבואה ובטרם החל החיפוש על גופו, המערער הכניס ידו לתוך מכנסיו באזור האשכים, הוציא סכין והשליכה הצידה. הסכין נתפסה על ידי השוטר וכאשר נשאל הנאשם על אודות הסכין, השיב כי אינה שלו (פסקה 25 להכרעת הדין).

6. מכאן פנה בית משפט קמא לדון בשאלת חוקיות החיפוש. בית המשפט מצא בתחילת הדיון כי מתוך הקביעות העובדתיות שקבע עולה, כי הסכין לא נתפסה במהלך חיפוש שנערך בגופו של המערער כי אם הושלכה על ידו טרם ביצוע החיפוש, ונאספה על ידי השוטר מהקרקע ומשכך קבע כי שאלת חוקיות החיפוש כלל אינה רלוונטית.

7. בבחינת למעלה מן הצורך, ונוכח העובדה כי הסכין הושלכה על ידי המערער בשלב בו היה נתון למרות השוטרים, ואשר ניתן לטעון לגביו כי הוא מהווה בפועל ראשיתו של חיפוש, דן בית המשפט בשאלת חוקיותו של החיפוש. בעניין זה קבע בית המשפט כי קיים ספק סביר בדבר חוקיות החיפוש, בהיעדר כל גרסה המסבירה מה היסוד הסביר לחשד שבוצע פשע, שיש בו כדי להצדיק חיפוש ללא צו בהתאם לסמכות הנתונה לשוטרים לפי סעיף 25 לפקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש) [נוסח חדש], התשכ"ט-1969. מסקנת בית משפט קמא הייתה כי יש להתייחס לחיפוש ככזה שנעשה שלא כדין, וזאת בשים לב לעדות השוטרים כי קיבלו הוראה מראש הצוות לבצע את החיפוש מבלי שהובאה עדות נוספת.

8. השלב הבא בניתוח שנערך בהכרעת הדין היה בחינת דינה של הראיה שנתפסה. בית המשפט פרט בהכרעת הדין את ההלכה כפי שנקבעה בע"פ 5121/98 **רפאל יששכרוב נ' התובע הצבאי הראשי**, פ"ד סא(1) 461 (2006) (להלן: **עניין יששכרוב**) והזכיר את האיזון שיש לערוך בין מכלול הזכויות והאינטרסים הנלווים, ובהם חשיפת האמת העובדתית, לחימה בעבריינות, הגנה על בטחון ושלום הציבור, הגנה על זכויותיו של חשוד ונאשם וטוהר ההליך הפלילי. עוד הזכיר בית משפט קמא את אמות המידה שנקבעו ליישומה של נוסחת האיזון ובהן אופייה וחומרתה של אי החוקיות שהייתה כרוכה בהשגת הראיה, מידת ההשפעה של האמצעי הפסול על הראיה שהושגה ובכלל זה יש לבחון את טיבה של הראיה, ושאלת הנזק אל מול התועלת החברתיים הכרוכים בפסילת הראיה.



9. נוכח האמון שרחש בית המשפט לעדויות השוטרים שפעלו על פי הוראה מראש הצוות, שהוביל למסקנה כי השוטרים ביצעו את החיפוש מתוך סברה כנה לקיומה של עילת החיפוש, מצא בית המשפט כי אין מדובר באי חוקיות בוטה. באשר למידת ההשפעה של האמצעי הפסול הזכיר בית המשפט כי המערער השליך את הסכין ומכל מקום מדובר בראיה חפצית, ולצד כל אלה הוזכר פוטנציאל הסיכון הגדול לפגיעה מסכין שחשוד אוזח בגופו. על יסוד הנימוקים שפורטו ומשמצא כי אין לקבל את ההסבר שנתן המערער למטרת החזקת הסכין, הרשיע בית משפט קמא את המערער בעבירה של החזקת סכין.

גזר הדין

10. לאחר מתן הכרעת הדין הורה בית משפט קמא על הגשת תסקיר בעניינו של המערער. לאחר קבלתו גזר בית המשפט את דינו של המערער. בגזר הדין ציין בית המשפט את נסיבות חייו המורכבות של המערער, שסיים עשר שנות לימוד במסגרות שחלקן חרדיות, עמד על כך שלא גויס לצבא על רקע מעצר בית ממושך שבו שהה במשך למעלה משנה. בית המשפט ציין את המורכבות המשפחתית שבתוכה המערער גדל, את היעדר ההרשעות הקודמות ואת העובדה כי המערער התקשה לקבל אחריות מלאה על מעשיו. בית המשפט הזכיר את התרשמות שירות המבחן מכך שהמערער מודאג בנוגע לעתידו על רקע אותה מורכבות משפחתית וכי הוא מעוניין לקיים אורח חיים נורמטיבי ללא מעורבות בפלילים, עד כדי כך שהוא נמנע מפעילויות המאפיינות את בני גילו, בשל החשש שלו מהשתלשלות אירועים שתוביל למעורבותו בפלילים. הערכת קצינת המבחן הייתה כי ההסתובבות עם סכין נעשתה לצורך תחושת ביטחון והגנה וכי למערער כוחות חיוביים ויכולת להשתלב בהליך טיפולי. עמדת קצינת המבחן בתסקיר המשלים הייתה, כי על רקע השתלבות המערער בהליך טיפולי ובסדנת "חוק ומשפט" כי יש להימנע מלגזור על המערער מאסר ולו בעבודות שירות חרף חומרת העבירה, שכן ענישה כזו עלולה להביא לתיג עצמי שלילי ועלולה לחשוף את המערער לגורמי שוליים. ההמלצה הייתה לצו מבחן ולשירות לתועלת הציבור בהיקף של 200 שעות.

11. מתחם הענישה שנקבע בגזר הדין החל בשני חודשי מאסר לריצוי בעבודות שירות והוא מגיע עד ל-15 חודשי מאסר. אשר לעונש המתאים בתוך המתחם בית משפט קמא נתן דעתו לגילו הצעיר של המערער, בן 22 בעת מתן גזר הדין, לביצוע העבירה זמן קצר לאחר שמלאו לו 20, ולהיעדר של רישום פלילי, ואילו מן הצד האחר לכך שלא נטל אחריות על מעשיו. בהביאו בחשבון את כל אלה העמיד בית המשפט את העונש על תחתית מתחם העונש ההולם - שני חודשי מאסר שירוצו בעבודות שירות, ומאסרים על תנאי. כן הוטל על המערער צו מבחן למשך שנה וחצי.

עיקרי הטענות

12. באי כוח המערער טענו בכתב ובעל פה באשר לחוקיות החיפוש. עמדתם היא כי מציאת הסכין הייתה במסגרת החיפוש שנערך למערער וכי לא ניתן לערוך את ההבחנה שערך בית משפט קמא בין השלב שבו הובל המערער על ידי השוטרים למקום ביצוע החיפוש לבין החיפוש עצמו. עמדת באי כוח המערער היא כי באותו שלב היה המערער במעמד של מעוכב, והעיכוב נעשה שלא כדין. שמיטת הסכין מצדו של המערער אינה מצדיקה את החיפוש בדיעבד ואין לקבל את הבחנה המלאכותית בין שמיטת הסכין לבין החיפוש. משכך פני הדברים באי כוח המערער טוענים כי השלכת הסכין נעשתה כחלק בלתי נפרד מהחיפוש ומשנפלה אי חוקיות בחיפוש הרי שמדובר בראיה שנתפסה במסגרת חיפוש לא חוקי.



13. באי כוח המערער מוסיפים כי בית המשפט התעלם בהכרעת הדין מההלכה שנקבעה ברע"פ 10141/09 **אברהם בן חיים נ' מדינת ישראל** (6.3.2012)(להלן: עניין **בן חיים**), שם יושם כלל הפסילה הפסיקתית לצורך פסילת ראייה חפצית בנסיבות דומות ולכן טענו לכך שיש לקבוע כי הפרת החוקיות במקרה הזה הינה בוטה ואיננה יכולה לאפשר את ההסתמכות על הראייה. באי כוח המערער חלקו על ההנמקה שנתן בית משפט קמא להתנהלות השוטרים ועל כך שהניח שפעלו מכוח פקודה שקיבלו. באי כוח המערער טוענים כי השוטרים היו חייבים לבדוק אם הפקודה שקיבלו היא חוקית ולהימנע מביצוע חיפוש לא חוקי. מסקנת באי כוח המערער היא כי הסכין שנתפסה היא ראייה פסולה.

14. לחלופין באי כוח המערער טוענים כי לא הוכח מעבר לספק סביר כי הסכין היא מתקבעת. לטענתם בשל אובדן הסכין לא עמדה לפני בית משפט קמא הראייה הטובה ביותר ולא ניתן היה להסתמך על עדותו של השוטר בן עמי על הסכין שבדק. טענה אחרת שהעלו באי כוח המערער נוגעת לסתירת החזקה שבחוק בדבר המטרה להחזקת הסכין. לדידם בית משפט קמא היה יכול לקבל את גרסת המערער ולהימנע מלייחס לחובתו את שתיקתו במשטרה נוכח ההסבר שניתן.

15. לצד הערעור על הכרעת הדין, בית המשפט התבקש להתערב בגזר הדין ולאמץ את המלצת שירות המבחן כפי שבאה לידי ביטוי בתסקיר ולהטיל על המערער שירות לתועלת הציבור לצד צו המבחן. באי כוח המערער מפנים לכך שהמדובר בבגיר-צעיר שעבר הליך שיקום. עמדתם היא כי מתחם העונש ההולם מתחיל בעונש של מאסר מותנה ונוכח המלצת שירות המבחן יש לקבוע עונש קל יותר.

16. בא כוח המשיבה לא חלק על כך שבניהול ההליך לפני בית משפט קמא נפלו תקלות וכי המשיבה הייתה צריכה להוכיח את ההצדקה לעיכוב ולחיפוש. עם זאת, הוא הטעים כי האשם אינו מוטל רק על המאשימה אלא מקורו בתשובה לאישום, שבה נמנע בא כוח המערער מלטעון לאי החוקיות. מכל מקום עמדת המשיבה היא כי לא נפלה טעות מלפני בית משפט קמא בקביעה כי באותו שלב שבו הלך המערער עם השוטר טרם החל החיפוש ולכן השלכת הסכין באותו שלב אינה הופכת את הסכין לראייה פסולה. אשר לשאר נקודות המחלוקת בא כוח המשיבה ביקש מבית המשפט לאמץ את הקביעות העובדתיות שנקבעו בהכרעת הדין. לצד טענות אלה עמד בא כוח המשיבה על הטעמים שבגינם אין לקבל את הערעור גם אם מדובר בחיפוש לא חוקי או בעיכוב שנעשה שלא כדין.

17. בהתייחסו לגזר הדין הסכים בא כוח המשיבה, בהגנותו, בתשובה לשאלה האם לא צריך היה להביא לידי ביטוי את אי חוקיות החיפוש בעת קביעת העונש, כי "בסיגים של המקרה הנוכחי, של שאלת טרום החיפוש, נכון היה להתחשב בקביעה זו, אך במידה מצומצמת... יש לתת לאי החוקיות משקל מסוים ובמקרה זה משקל מצומצם וניתן היה ללכת לקראת המערער עוד צעד..." (עמ' 9)

דין והכרעה

18. לאחר עיון בעמדות הצדדים ובטענותיהם בכתב ובעל פה הגעתי לכלל מסקנה כי יש לדחות את הערעור על הכרעת הדין ולקבל את הערעור על גזר הדין (במובן זה שעונש המאסר בעבודות שירות יומר בשירות לתועלת הציבור לפי המלצת שירות המבחן). אפרט להלן את הנימוקים למסקנה זו.



הערעור על הכרעת הדין

19. הדיון בהכרעת הדין מחייב בחינתן של מספר שאלות:

- א. האם הפלתה או נפילתה של הסכין היו במסגרת חיפוש;
- ב. ככל שהתשובה חיובית האם החיפוש שנערך בוצע בהתאם להוראות החוק;
- ג. ככל שהתשובה לשאלה זו היא שלילית מהי תוצאתו של החיפוש הבלתי חוקי;
- ד. האם הוכח כי המדובר בסכין מתקבעת.

20. נפתח בשאלה האם בשלב שבו הסכין נתגלתה שלב החיפוש החל. בית משפט קמא השיב לשאלה זו בשלילה וכפועל יוצא מכך סבר כי אין רלוונטיות לחוקיות החיפוש, ודין טענת המערער לכך שהסכין נתפסה במהלך חיפוש לא חוקי, להידחות. דעתי, בכל הכבוד, שונה, וזאת מטעם דיוני ומהותי.

21. בפן הדיוני - ההבחנה שנערכה בהכרעת הדין כלל לא הועלתה על ידי המשיבה בסיכומיה לפני בית משפט קמא, והמשיבה התמקדה בטענה כי המדובר בחיפוש שנעשה כדין, וכך גם טענות בא כוח המערער בבית משפט קמא לא עסקו בשאלה זו. הנה כי-כן לצדדים לא התאפשר להידרש בסיכומיהם לקביעה האפשרית כי אין מדובר כלל בחיפוש, ומבחינה זו ספק אם היה מקום להעלאת הטענה ביוזמת בית המשפט מבלי שניתנה לצדדים הזדמנות להתייחס אליה.

22. אלא שלא זה הטעם העיקרי לעמדתי כי יש לראות את הסכין ככזו שנתפסה במהלך חיפוש בלתי חוקי. איני סבור כי יש מקום לערוך את ההבחנה בין שלבי החיפוש כפי שנערכה ועמדתי היא שאין מקום לצמצם את תחומיו של החיפוש אך ורק להיבט הפיסי שבו השוטר שעורך את החיפוש מבצע אותו על גופו של החשוד. לדידי, שלב החיפוש החל בשלב שבו הודיע השוטר למערער כי הוא מעוניין לחפש על גופו והורה לו לסור עמו הצדה למקום מוצנע שבו יוכל לערוך את החיפוש. את ההבהרה כי מדובר בחיפוש, וכי לחשוד יש את הזכות שלא להסכים לעריכתו היה על השוטר לומר כבר אז.

23. אמות המידה לזיהוי תחילתו של הליך החיפוש אינן מוגדרות בחוק, ואולם בעניין **בן חיים** נקבע שהוראת השוטר לחשוד לרוקן את כיסיו נכללה במסגרת החיפוש אף שהשוטר טרם ביצע פעולת חיפוש פיסי. באותו העניין (שם, פסקה 18) בית המשפט קבע כי בזיהוי רגע תחילת החיפוש עלינו להתחשב במטרת הפעולה:

"כיוון שהוראת השוטר לאדם לרוקן את כיסיו **נועדה להשיג אותה מטרה** שחיפוש הנעשה על



ידי השוטר עצמו נועד להשיג - איתור חפץ אסור או מסוכן הנישא על ידי האדם מושא החיפוש, בנסיבות בהן מדובר ב"מציאת" החפץ בנוכחות השוטר ולבקשתו.

(ההדגשה הוספה - א' ד')

24. בעפ"ג (חי') 47321-07-14 **רומן אבשלומוב נ' מדינת ישראל**, פסקה 7 (30.10.2014) (להלן: עניין **אבשלומוב**) נדונה השאלה האם פנייתם של שוטרים בשאלה "מה יש לך בכיסים?" הייתה חלק מחיפוש. בית המשפט השיב לשאלה זו בחיוב. במקרה אחר הנוגע לאחזקת סמים נקבע שאלה נתפסו במסגרת חיפוש על אף שהנאשמת הושיטה אותם מרצונה לשוטר בתגובה להוראתו להציג לו דברים שהיא נושאת על גופה, וזאת עוד בטרם הגיעה שוטרת שתערוך את החיפוש (ת"פ (ת"א) 50516-05-13 **מדינת ישראל נ' יוסף יחיא סיים** (25.10.2016)). באישום בדבר החזקת סכין שלא למטרה כשרה בית המשפט פסק ששאלות שוטר בדבר החזקת דבר מה אסור ברכב היו למעשה חיפוש שבוצע שלא כדין כאשר הפניה על ידי גורם בעל מרות יוצרת רושם ששאלתו מחייבת מענה (ת"פ (שלום י-ם) 32274-02-14 **מדינת ישראל נ' דניאל נסים** (8.5.2016)). במקרה שלפנינו מדובר כאמור במתן ההוראה למערער לסור הצידה כדי שניתן יהיה לערוך את החיפוש הפיזי על גופו במקום מוצנע ולדעתי אותה הליכה הייתה כבר חלק מהחיפוש ואינה נפרדת ממנו.

25. מכל מקום, גם אם נניח כי טרם החל החיפוש הרי שבאותו שלב היה המערער בסטטוס של מעוכב, מבלי שקמו התנאים לעיכוב ומבלי שנמסר לו על השינוי במעמדו. וגם מטעם זה התהליך נגוע באי חוקיות.

26. מכאן לדיון החלופי שערך בית משפט קמא בנוגע להשלכות אי החוקיות. בעניין זה מקובלת עלי עמדתו של בית משפט קמא כי אין לפסול את הראיה החפצית - הסכין.

27. על אף ההתנהלות הפסולה של המשטרה שפגעה בזכותו של המערער להליך הוגן, קבילות הראיה תיקבע לפי אמות המידה שנקבעו בעניין **יששכרוב** להפעלת שיקול הדעת השיפוטי בפסילת ראיה או בהכשרתה, שנועדו להביא לכך שרק פגיעה מהותית בזכות החשוד בניגוד לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו ושאינה עומדת בתנאי פסקת ההגבלה, תביא לפסילתה של הראיה. לפיכך אבחן את אופייה וחומרתה של אי החוקיות שהיתה כרוכה בהשגת הראיה, מידת ההשפעה של אמצעי החקירה הפסול על הראיה שהושגה, ואת הנזק מול התועלת החברתיים הכרוכים בפסילת הראיה (שם, פסקאות 69-74). אין מניעה שדוקטרינת הפסלות הפסיקתית תחול על פעולות חקירה שהתרחשו לפני הגשת כתב האישום (רע"פ 851/09 **מאיר שמש נ' מדינת ישראל**, פ"ד סד (1) 288, 305 (2010)).

28. מקובלת עלי עמדתו של בית משפט קמא, הנסמכת על ממצאי המהימנות שקבע באשר לעדויות השוטרים כי פעלו על פי הוראה שקיבלו מראש הצוות וכי ביצעו את החיפוש מתוך סברה כנה שישנה עילה לביצוע החיפוש. נוסף כי במקרה זה אכן נפלה תקלה מלפני המשיבה בהוכחת הטעמים לחיפוש או בהוכחת קיומם, אך האחריות לכך אינה רובצת רק לפתחה של המשיבה אלא גם לפתחו של המערער. בא כוח המערער לא העלה בתשובתו לאישום כל טענה באשר לחוקיות החיפוש וטען רק כי הסכין שנתפסה הוחזקה למטרה כשרה. השלב הראשון שבו המשיבה הייתה יכולה להבין שקו ההגנה שונה היה במהלך החקירה הנגדית, וזאת נוכח השאלות שבא כוח המערער הפנה לעדים מטעם המשיבה. מכל מקום, אין יסוד לייחס למשיבה שימוש מכוון, בזדון או בחוסר תום לב בסמכות שלא



כחוק (עניין **בן חיים**, פסקה 34). מכאן שאי החוקיות במקרה זה, כפי שקבע בית משפט קמא, אינה אי חוקיות בוטה.

29. כפי שציין בית משפט קמא מידת ההשפעה של האמצעי הפסול על השגת הראיה היא פחותה יחסית מקום בו מדובר בראיה חפצית ובהינתן כי המערער עצמו הוא שהשליך את הסכין, לפי ממצאי העובדה והמהימנות שבית משפט קמא קבע, וזו לא נמצאה במהלך חיפוש בגופו אלא בעת שהלך למקום בו עתיד היה החיפוש הפיסי להיערך (ר' לעניין זה עניין **בן חיים**, פסקה 34 לחוות דעתה של כב' הנשיאה (בדימ') ד' ביניש ולעומת זאת עמדתו החולקת של כב' השופט י' דנציגר, פסקה 2(ב)).

30. לא מצאתי ממש בטענות המערער לעניין הקביעה כי הסכין מתקבעת וכן לעניין מטרת ההחזקה. בשני עניינים אלה קבע בית המשפט ממצאים עובדתיים מובהקים, על יסוד האמון שרחש לעדויות השוטרים וחוסר האמון שנתן בגרסת המערער והעדים מטעמו. איני רואה מקום להתערב בקביעות אלה.

31. על יסוד כל האמור יש לדחות את הערעור על הכרעת הדין. אוסיף כי בהינתן נסיבות המקרה ואף שנתתי דעתי לכך שהמערער הוא בגיר-צעיר לא ראיתי כי מתקיימות הנסיבות המאפשרות להימנע מהרשעתו ולהסתפק בקביעה שביצע את העבירה.

הערעור על גזר הדין

32. שונים פני הדברים בכל הנוגע לגזר הדין. טרם הדין בערעור לגופו של עניין ביקשנו וקיבלנו תסקיר משלים מאת שירות המבחן. בתסקיר המשלים מיום 24.3.19 עמדה קצינת המבחן על קורות חייו של המערער, התייחסותו לעבירה ועל דאגתו לעתידו. קצינת המבחן הזכירה את הדאגה הנובעת מהמעורבות הפלילית של אביו של המערער ואת רצונו הכן לקיים אורח חיים נורמטיבי. היא העריכה על יסוד שיחותיה עם המערער כי החזקת הסכין נעשתה לצורך תחושת בטחון והגנה וציינה כי במהלך תקופת הדחייה וצו המבחן המערער השתלב בסדנת "חוק ומשפט" באוניברסיטה העברית, הגיע למרבית המפגשים והסתייע בסדנה בהתמודדותו מול גורמי סמכות. עוד ציינה את השתלבותו בקבוצה טיפולית ארוכת טווח ואת הגעתו של המערער לכל המפגשים שהתקיימו עד לאותה עת. התסקיר מציין השתתפות פאסיבית במפגשים אך מזכיר כי המערער קשוב לדברי חברי הקבוצה, מזדהה ולומד מהתכנים ומהחוויות העולים במסגרת הקבוצתית. קצינת המבחן המליצה על ביטול ההרשעה ועל מתן עונש של שירות לתועלת הציבור והמשך צו המבחן.

33. מצאנו כי יש לאמץ את עמדת שירות המבחן למעט בעניין ביטול ההרשעה, וזאת על יסוד שני טעמים חלופיים. הטעם הראשון נשען על המשקל שיש לתת לאי החוקיות, אף אם לא הביאה לפסילת הראיה. כפי שציין בא כוח המשיבה, ניתן להתחשב באי החוקיות בעת גזירת הדין (לשיטתו לא נכון לעשות כן במקרה זה ולמצער בהיקף קטן). התחשבות כזו, הנשענת על התנהלות לא ראויה של גורמי האכיפה, יכולה להיעשות בתוך המתחם מכוח סעיף 40א(ט) לחוק העונשין, המאפשר התחשבות בהתנהגות גורמי אכיפת החוק בין הנסיבות הרלוונטיות לקביעת עונשו של הנאשם בתוך מתחם העונש ההולם (עניין **אבשלומוב**, דעת הרוב של כב' סגן הנשיא (כתוארו אז) ר' שפירא).



34. נתיב אחר המוביל לאותה תוצאה הוא מכוח ההלכה שנקבעה בעניין ההגנה מן הצדק (ר' ע"פ 4855/02 **מדינת ישראל נ' ד"ר איתמר בורוביץ**, פ"ד נט(6) 776, 807-808 (2005), רע"פ 1498/07 **יוחאי הרשברג נ' מדינת ישראל**, עמ' 9 (18.3.2007), ע"פ 5124/08 **טארק ג'אבר נ' מדינת ישראל**, פסקה 31 (4.7.2011), ע"פ 7621/14 **אהרן גוטסדינר נ' מדינת ישראל**, פסקה 49 (1.3.2017)) והיקש ממנה לדוקטרינת הפסלות הפסיקתית המעוגנת בהלכת **יששכרוב (ר' בג"ץ 9131/05 ניר עם כהן ירקות אגודה שיתופית חקלאית בע"מ נ' מדינת ישראל - משרד התעשייה המסחר והתעסוקה**, פסקה 5 (6.2.2006)).

35. כידוע, הלכת **יששכרוב** מחילה נוסחת איזון לפיה ראייה שהושגה שלא כדין תיפסל רק אם קבלתה תפגע באופן מהותי בזכות הנאשם להליך הוגן (עניין **יששכרוב**, עמ' 82). דהיינו, בתנאים מסוימים ראייה יכולה להיות קבילה למרות שנתקבלה באמצעים פסולים והפגם בראייה יכול ויקבל מענה בסעדים חלופיים - פלייליים, משמעתיים, נזיקיים וחוקתיים (שם, עמ' 75). אחד מהם יכול להיות הקלה בעונשו של הנאשם, אף אם הראייה אינה נפסלת.

36. לעניין זה התייחסה כב' השופטת ד' ברק-ארז בפרשת **ירדאו קסאי** וקבעה כי ניתן להקל בעונש המוטל על מי שעובר עבירה, גם בשל התנהלות רשויות האכיפה, תוך החלתה של הדוקטרינה של הגנה מן הצדק ובחירה בסעד הרך יותר של הקלה בעונש:

"לשיטתי ההקלה בעונש במקרה זה נובעת לא רק מן הזיכוי מאחת העבירות, אלא מבטאת אי-נחת רבה מהתנהלותן הכוללת של רשויות האכיפה בעניין ומעוצמתה של חוויית הפגיעה מנקודת מבטו של המערער, גם בשלב שהתרחש בתחנת המשטרה... אפילו לא היה מזוכה המערער מן העבירה כאמור, ניתן היה להגיע לתוצאה זו בגדר הדוקטרינה של הגנה מן הצדק, כפי שטען גם המערער בבקשה דנן, וזאת על יסוד בחירה בסעד הרך יחסית של הקלה בעונש."

(רע"פ 3829/15 **ירדאו קסאי נ' מדינת ישראל**, פסקה 32 (20.12.2018) יצוין כי מדובר בדעת יחיד)

37. מכל מקום, אף מבלי להידרש להקלה בענישה הנובעת מהתנהלות המשטרה, מצאתי כי מוצדק להקל בעונשו של המערער. בין שניתן לקבוע בהינתן מכלול הנסיבות מתחם ענישה הולם המתחיל מעונש קל יותר ובין שניתן לחרוג מהמתחם שנקבע משיקולי שיקום, יש לקבל את המלצת שירות המבחן בכל הנוגע לעונש (ולא לביטול ההרשעה). המערער הוא בגיר-צעיר, שזו היא הרשעתו הראשונה, אין לו תיקים פתוחים מאוחרים לאותו מקרה, הוא משתף פעולה עם שירות המבחן ונתרם מההליך הטיפולי. לצד כל אלה, נוכח הרקע המשפחתי, שהוא מאוד לא שגרתי, כפי שפורט בתסקיר, המדובר בהישג לא מבוטל, המצדיק הקלה בעונשו, והימנעות מהטלתו של עונש מאסר בפועל, גם אם ירוצה במסגרת עבודות שירות.

סיכום

38. על יסוד האמור אני מציע לחברותי כי נדחה את הערעור על הכרעת הדין, נקבל את הערעור על גזר



הדין ונטיל על המערער עונש של 200 שעות שירות לתועלת הציבור חלף עונש המאסר בעבודות שירות. יתר חלקי גזר הדין יעמדו בעינם.

39. שירות המבחן יכין תכנית מתאימה בתוך כחודש ויעביר אותה לבית המשפט ולבאי כוח הצדדים. התיק יובא לעיון ביום 1.7.19 לצורך מתן החלטה משלימה.

ארנון דראל, שופט

השופט ע' זינגר:

אני מסכימה.

ענת זינגר, שופטת

השופטת ח' מאק-קלמנוביץ':

אני מסכימה.

**חגית מאק-קלמנוביץ,
שופטת**

הוחלט כאמור בפסק דינו של כב' השופט א' דראל.

ניתן היום, ט"ז באייר התשע"ט 21.5.19 בהעדר הצדדים.

**חגית מאק-קלמנוביץ,
שופטת**

**ענת זינגר,
שופטת**

ארנון דראל, שופט