



ע"פ 28090/02/15 - מדינת ישראל נגד ארז אדרי

בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

ע"פ 28090-02-15 מדינת ישראל נ' אדרי

לפני: כב' הנשיא אברהם טל - אב"ד

כב' השופטת זהבה בוסתן

כב' השופט ד"ר שמואל בורנשטיין

מדינת ישראל

המערערת

ע"י ב"כ עו"ד נעמה טל

נגד

המשיב

ארז אדרי

ע"י ב"כ עו"ד בנימין בן נתן

פסק דין

פתח דבר

1. לפנינו ערעור על הכרעת הדין של בית משפט השלום ברמלה, מיום 28/12/14 בת.פ. 42828-04-12, לפיה זוכה המשיב מעבירה של **החזקת סכין** מאחר שנפגעה זכותו להליך הוגן.
 2. כנגד המשיב הוגש כתב האישום אשר ייחס לו החזקת סכין כאשר ביום 22/05/11 בשעה 20:00 בקירוב, החזיק סכין בכיס מכנסיו הימני ברחוב יחזקאל בעיר רמלה.
 3. בהכרעת דינו קבע בית משפט קמא כי בעקבות העובדה שהשוטרים הבחינו במשיב יוצא מאזור שהיה בתצפית, ולפי שישנן ידיעות כי מדובר בתחנת סמים, התעורר חשד סביר לביצוע עבירת סמים על ידו, אשר הצדיק עריכת חיפוש ללא צו על גופו. המשיב עוכב ובחיפוש שנערך על גופו נתפסה סכין. המשיב נשאל על ידי השוטרים לסיבת נשיאת הסכין על גופו ובנקודה זו התעוררה מחלוקת בין הצדדים: בעוד שעל פי גרסת השוטרים טען המשיב כי הוא מחזיק בסכין לצורך הגנה עצמית, טען המשיב כי תשובתו הייתה שהוא מחזיק בה לצורכי עבודתו כמתקין תריסים. בית משפט קמא דחה את גרסתו של המשיב, אימץ את עדויותיהם של השוטרים וקבע כי המשיב לא עמד בנטל המוטל עליו להוכיח במאזן הסתברויות כי החזיק בסכין למטרה כשרה.
 4. בית משפט קמא קבע בהכרעת הדין כי עיכובו ותשאולו של המשיב במקום האירוע היו שלא כדין.
- ביחס לעיכובו של המשיב עובר לעריכת החיפוש על גופו, קבע בית משפט קמא כי העיכוב בוצע שלא על פי הנוהל הקבוע בחוק, שכן השוטרים לא הודיעו למשיב כי הוא מעוכב או עצור ולא הסבירו לו את הסיבה לעיכובו. בכך, פעלו השוטרים בניגוד להוראת סעיף 72 **בחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה - מעצרים), תשנ"ו-1996**, אשר מפנה לסעיף 24 בחוק, בשינויים המחויבים, וכמו כן פעלו בניגוד להוראת סעיף 5א **בפקודת המשטרה [נוסח חדש], תשל"א-1971**.



אשר לתשאלו של המשיב, קבע בית משפט קמא כי המשיב לא הוזהר כנדרש על ידי השוטרים שדבריו יכולים לשמש ראיה נגדו. הימנעות השוטרים מאזהרתו של המשיב פגעה בזכויותיו, בין היתר נפגעה זכותו לשתוק בחקירה וכן לא הודע לו על זכותו להיוועץ בעו"ד.

5. משהגיע למסקנה כי עיכובו של המשיב ותשאלו בשטח נעשו שלא כדין קבע בית משפט קמא כי זכותו של המשיב להליך הוגן נפגעה.

בבחינת מכלול האירועים סבר בית משפט קמא כי הנזק שיגרם לציבור כתוצאה מאי מיצוי הדין עם נאשם שהחזיק סכין ולא עלה בידיו להראות כי החזיק אותה למטרה כשרה, נמוך בהשוואה לתועלת האפשרית שיש בשמירה על הנהלים בעת עיכוב ותחקור ובהקפדת המשטרה על ביצוע פעולות אלה כנדרש על פי חוק.

לאור האמור הורה בית משפט קמא על "פסילת הראיה" ועל זיכויו של המשיב מהעבירה שיוחסה לו, בקבעו את הדברים הבאים:

"לאור האמור, והגם שלא מהטעם שהחיפוש לא היה חוקי, ומהטעם שנפגעה זכותו של הנאשם להליך הוגן, מצאתי לפסול הראיה, ואני מורה על זיכויו הנאשם מהעבירה, הגם שאיני מאמינה לדבריו" (עמ' 106 ש' 4-2 בהכרעת הדין).

תמצית טיעוני המערער

6. בית משפט קמא שגה כשהורה על זיכויו של המשיב, על אף שעמדה לפניו תשתית ראיתית מספקת, כנדרש בפלילים, להרשעתו בעבירה שיוחסה לו:

בהכרעת דינו קבע בית משפט קמא כי החיפוש על גופו של המשיב במקום האירוע נעשה כדין ובמהלך חיפוש זה אותרה ראיה חפצית - סכין, בכיס מכנסיו של המשיב. במהלך חקירתו של המשיב במשטרה, אשר גם לגביה נקבע כי היא נערכה כדין, הודה המשיב במיוחס לו בכך שאישר שהסכין שייכת לו וחזר על גרסתו לפיה הוא מחזיק בסכין להגנה עצמית. לדידה של המערער די בצירופן של הראיה החפצית והודעתו השנייה של המשיב כדי לבסס את הרשעתו.

7. בית משפט קמא שגה כאשר הרחיב את ההלכות המחייבות בעניין פסילת ראיות כפי שנקבעו בע"פ 5121/98 **יששכרוב נ' התובע הצבאי הראשי** (04/05/06), (להלן: "פס"ד **יששכרוב**"), וברע"פ 10141/09 **בן חיים נ' מדינת ישראל** (להלן: "פס"ד **בן חיים**"), וכאשר קבע כי משנפל פגם בעיכובו של המשיב, די בכך כדי להביא לפסילת כל ראיה שהושגה בקשר עם העבירה בה נחשד המשיב, ואין בתקינות ההליכים שננקטו כלפי המשיב לאחר עיכובו כדי לרפא פגם זה או להכשיר ראיות נוספות, אף אם מקורן עצמאי וחיצוני לאותו עיכוב ואף אם הושגו כדין.

8. בפס"ד **יששכרוב** נקבע כי אף אם בהשגת ראיה מסוימת הייתה כרוכה אי חוקיות כזו או אחרת, אין הדבר כשלעצמו מביא בהכרח לפסילת הראיה שהושגה שלא כדין. בפס"ד **בן חיים** חזר בית המשפט העליון על הקביעה האמורה והדגיש כי כאשר מדובר בראיות חפציות, שהן בעלות קיום עצמאי ונפרד מאי-החוקיות שהייתה כרוכה בהשגתן, לרוב לא יהיה באי החוקיות כדי לפגוע באמינותן של אותן ראיות.

9. בהתאם להלכות אלה, גם אם נפלה אי חוקיות כזו או אחרת בעיכובו של המשיב במקום האירוע, וגם



אם יש מקום לפסול את התשואה, יש באי החוקיות כדי להביא, לכל היותר, לפסילת הודאת המשיב בשטח. חרף האמור, אין באי החוקיות כדי להביא לפסילתן של יתר הראיות שנצברו לחובת המשיב ואשר מקימות תשתית ראייתית מספקת להרשעתו בדין.

10. כך, בענייננו, קבע בית משפט קמא, כי משהתקיים חשד סביר אשר הקנה עילה לביצוע חיפוש, היה החיפוש במקום האירוע כדין. זאת להבדיל מהמקרים שנדונו בפס"ד **יששכרוב** ובפס"ד **בן חיים**, שם בוצע חיפוש שלא כדין, אשר הניב ראיות חפציות שהיה בהן כדי להביא להרשעת המערערים. נוסף על כך, הראייה החפצית שנתפסה במהלך החיפוש (הסכין) לא נפסלה בענייננו, שכן מהכרעת הדין עולה שהראיה אותה פסל בית משפט קמא היא התשואה, אך לא הסכין. מכל מקום, אף אם סבר בית משפט קמא כי יש לפסול את הסכין כראיה, החלטתו לזכות את המשיב שגויה, משום שהיא מתעלמת מצבר הראיות הקבילות החיצוניות אשר הונחו לפניו.

11. בהתאם לפסיקה ראיות יכולות לעמוד בפני עצמן, וגם אם בשלב מסוים נפל בהן פגם, הדבר לא יביא בהכרח לפסילת הראיה. אף בעניין עפ"ג 47321-07-14 **אבשלמוב נ' מ"י** (30.10.14), אליו הפנה בית משפט קמא ואשר דן בסיטואציה דומה, נערך תחקור בשטח בלא אזהרה, וחרף זאת לא פסל בית משפט את הראיה (סכין) שנמצאה.

12. אף אם יש לפסול את הודאתו של המשיב בתשואה, הוא התבקש בחקירתו במשטרה להציג את גרסתו להחזקת הסכין, בלא להפנותו לדבריו לתשואה, כך שאין לומר כי הוא מצא עצמו כבול לגרסתו שם. בחקירה זו הוסברו למשיב זכויותיו, הוא ידע לכלכל את צעדיו, ואף יכול היה לבחור בזכות השתיקה. יתר על כן, אפילו הייתה נפסלת הודעתו בחקירה במשטרה, וכל שנותר הייתה הסכין לבדה, די בה, בגרסתו בבית המשפט, ובשקרו, וכן בעובדה שלא הובאו על ידו עדי הגנה, כדי להרשיעו.

13. בעדותו בבית המשפט אמר המשיב כי הוא החזיק את הסכין גם למטרת תיקון תריסים ומכאן אתה למד שהוא החזיק אותה לא רק למטרת תיקון תריסים. בתשואה מסר כי שהה במקום לצורך תיקון תריסים, וכשנמצאה הסכין הסביר כי היא מיועדת להגנה עצמית. בבית המשפט הוא קישר לראשונה את הסכין לתיקון התריסים.

14. כאשר בוחנים את התנהגות המשטרה באירוע הזה כמכלול, לא מדובר בהתנהגות חמורה המצדיקה את "חינוך" המשטרה והעגשת הציבור.

תמצית טיעוני המשיב

15. בהליך העיכוב והתשואה שנעשו למשיב בשטח נפלו פגמים רבים.

מדובר בהפרות מצטברות של הוראות החוק, העולות כדי פגיעה ממשית בזכויותיו המהותיות של המשיב. המשיב עוכב מבלי שנמסרה לו סיבת העיכוב, על אף ששאל אודותיה מספר פעמים. עובדת עצם עיכובו אף היא לא נמסרה לו והשוטרים שערכו אותו לא הזדהו לפניו. עיכובו של המשיב נעשה תוך הפרה של סעיף 72 **בחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה - מעצרים)**, **תשנ"ו-1996** ותוך הפרה של סעיף 5(א) **בפקודת המשטרה [נוסח חדש]**, **התשל"א-1971**.



16. כפי שקבע בית משפט קמא בהכרעת הדין, בתשאל שנעשה לו במקום מסר המשיב את גרסתו מבלי שנמסרה לו הודעה על זכויותיו. הגרסה שמסר המשיב הייתה גרסה מפלילה וההסבר שסיפק להימצאות הסכין אצלו הוא אבן הבריח של התיק כולו מבחינה ראייתית. משום כך, הפרת זכויותיו של המשיב על דרך אי הזהרתו בנוגע לחקירתו ולזכויותיו כנחקר, היא צורמת במיוחד.

17. הפרות אלה עניינן בזכויות יסוד חיוניות, שתכליתן הבטחת הליך הוגן. גם אם מקצת ההפרות מבטאות פגמים טכניים, הרי שהצטברותן צובעת את האירוע כולו באי חוקיות מובהקת היורדת לשורשו של עניין.

18. קביעתו של בית משפט קמא אודות חוקיות החיפוש מתייחסת רק למובן הצר והמילולי של החיפוש, המתאר את רגע הוצאת הסכין מכיס מכנסיו של המשיב. עם זאת, החיפוש במובן הרחב והמקובל, הכולל את כל השתלשלות האירועים החל מעיכובו של המשיב, החיפוש על גופו ותשאלו, היה בלתי חוקי.

מדובר באירוע רציף אחד, אשר נפלו בו פגמים מהותיים, הגם שראשיתו בחשד סביר כנדרש.

19. מהכרעת הדין עולה באופן ברור כוונתו של בית משפט קמא לפסול את הראיות שהושגו בשטח (ההודאה והסכין), גם אם הדבר לא צוין באופן מפורש.

ההודאה בשטח נגבתה לאחר שהופרו זכויותיו של המשיב ולא הוסבר לו כי שמורה לו הזכות לשתוק ולהיוועץ בסגור. הקשר בין הפרת הזכות לבין הראיה שהפרה זו הניבה (ההודאה) הדוק. פסילת ההודאה בשטח מתבקשת מאופי האירוע ועולה בקנה אחד עם הוראת סעיף 12 **בפקודת הראיות (נוסח חדש)**, **תשל"א-1971** ועם דוקטרינת הפסלות שנקבעה בפס"ד **יששכרוב**. לפיכך, בדין פסל בית משפט קמא את הודאתו של המשיב שנמסרה בשטח.

20. הסכין שנתפסה אינה יכולה לשמש ראיה לצורך הרשעתו של המשיב מאחר שהושגה כתוצר של התנהלותם הבלתי חוקית של השוטרים במקום האירוע.

על אף קביעתו של בית משפט קמא לפיה התעורר חשד סביר שהצדיק ביצוע החיפוש על גופו של המשיב, הרי שהחיפוש כולו נגוע באי חוקיות, כך ראה אותו בית משפט קמא וכך ראוי לראותו. הקביעה לפיה התקיים חשד סביר אינה מכשירה את האירוע כולו ומשכך, הראיה החפצית, שהשגתה היתה כרוכה בהפרת זכויותיו של המשיב, פסולה מלשמש ראיה לחובתו.

21. על אף הקביעה שהחקירה במשטרה בוצעה כדין, יש לפסול גם את ההודאה אשר נמסרה במשטרה. זאת משום שמדובר בראיה נגזרת אשר הושגה בעקבות הראיה הראשית והפסולה. חקירת המשיב במשטרה הייתה תוצר ישיר של השתלשלות האירועים בשטח, אשר כאמור נגועה באי חוקיות מהותית. חקירתו של המשיב התייחסה אך ורק לעצם החזקת הסכין ולא לעבירה נפרדת הקשורה לשימוש בה. מכאן כי בהתאם להלכת פרחי [ע"פ 4988/08 **פרחי נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 01/11/08)] יש להורות על פסילתה. יתר על כן, אפילו לא תיפסל הודאתו השנייה של המשיב במשטרה, לא ניתן לבסס עליה את הרשעת המשיב משום שההודאה נעדרת תוספת ראייתית של דבר מה נוסף.

22. טעמים נוספים מתקיימים במקרה זה המצדיקים את זיכויו של המשיב, לבד מאלה אשר עמדו בבסיס



הכרעת הדין:

ביחס לקביעה בדבר קיומו של חשד סביר, המשיב לא נצפה מבצע עבירה כלשהי, כעולה מחקירתו הנגדית של השוטר שעיקב את המשיב, ואין טענה או מידע על ביצוע עבירה כלשהי על ידו במועד הרלוונטי. הטענה נגדו מתמצית בעצם נוכחותו במקום המוגדר תחנת סמים. הימצאותו של אדם במקום מסוים, אף אם מקום זה מועד לביצוע עבירות, אינה מבססת "חשד סביר" ואין בה די כדי להצדיק חיפוש.

קביעתו של בית משפט קמא לפיה היה על המשיב "להסיר את החשד הסביר", בטעות יסודה. החשד הסביר מתגבש במועד ההחלטה לערוך את החיפוש, ואין לדרוש ממושא החיפוש להסיר את החשד כאשר מלכתחילה לא היה לו מקום. משלא התקיים "חשד סביר" לא היה מקום לערוך חיפוש על גופו של המשיב, לפיכך מסקנתו של בית משפט קמא, אשר הורה בסופו של דבר על פסילת הראיות שהושגו בעקבות אותו חיפוש, היא מוצדקת.

23. למשיב עומדת טענת "הגנה מן הצדק" שכן ניהול ההליך נגדו עומד בסתירה מהותית לעקרונות של צדק והגינות משפטית, וזאת לאור התנהלות המשטרה בשטח והתנהלות המאשימה. כך, הוצאת תעודת חיסיון במהלך חקירתו של השוטר בבית המשפט קמא, כשנתיים וחצי לאחר קרות האירוע שבגינו הוגש כתב האישום ולאחר שנחשף קו ההגנה של המשיב, נגועה בחוסר הוגנות כלפי המשיב. גם אם תוכשר איזו מהראיות שנפסלו, נדמה כי הרשעתו של המשיב היום, כארבע שנים לאחר האירוע המתואר בכתב האישום, תעמוד בסתירה לעקרונות של צדק והליך הוגן.

דין והכרעה

24. בין הצדדים נטושה מחלוקת באשר לפרשנות שיש לתת לפסק הדין של בית משפט קמא, אשר קבע כי יש "לפסול את הראיה", ועל בסיס קביעה זו זיכה את המשיב. לגישת המערערת, בית משפט קמא כיוון רק לתשאולו של המשיב במקום האירוע ולהודיה שהניב תשאול זה, ואילו לגישתו של המשיב כוונתו הייתה לפסול את שתי הראיות אשר הושגו בשטח, דהיינו, הן את ההודאה שנגבתה והן את הסכין שנתפסה. לפיכך, לטענת המערערת, הונחה לפני בית משפט קמא תשתית ראייתית מספקת להרשעת המשיב, בעוד שלשיטת המשיב לא עמדה המערערת בנטל הנדרש.

יש לציין כי בהודעת הערעור טענה המערערת כי בית משפט קמא לא הורה על פסילת הסכין שנתפסה, אולם בטיעוניה לפנינו אישרה כי פרשנות ב"כ המשיב לפיה בית משפט קמא פסל אף את הסכין כראייה, היא פרשנות אפשרית.

25. אכן, מקריאת הכרעת הדין של בית משפט קמא לא ברור מהי אותה ראיה שנפסלה. מכל מקום, לדידנו, בין כך ובין כך אין מקום להתערב במסקנתו של בית משפט קמא לפיה יש לזכות את המשיב, וזאת לאור דוקטרינת הפסילה הפסיקתית כפי שיובהר להלן.

26. דוקטרינת הפסילה הפסיקתית עוצבה, כאמור, בפס"ד **יששכרוב**. בהתאם לה, מסור לבית המשפט שיקול הדעת אם להורות על פסילתן של ראיות אשר הושגו שלא כדין, על מנת למנוע פגיעה מהותית בזכותו החוקתית של נאשם להליך הוגן, שלא בהתאם לתנאי פסקת ההגבלה שבחוק יסוד: כבוד האדם



וחירותו. הדוקטרינה קובעת נוסחת איזון גמישה אשר בוחנת, מצד אחד, אינטרסים וערכים ציבוריים שונים, בהם גילוי האמת, המלחמה בעבריינות, הגנה על שלום הציבור ועל זכויות נפגעי עבירה. מן הצד השני נבחן הצורך בהגנה על זכויות הנאשם ועל הגינות ההליך הפלילי.

27. בבואו לערוך את האיזון הראוי, על בית המשפט לשקול שיקולים רלוונטיים הנובעים משלוש קבוצות שיקולים עיקריות: קבוצת השיקולים הראשונה עניינה בחומרתה ואופייה של אי החוקיות שהייתה כרוכה בהשגת הראיה; קבוצת השיקולים השנייה עוסקת במידת ההשפעה של אמצעי החקירה הפסול על הראיה שהושגה, ובכלל זה נבחנת השאלה האם יש באי החוקיות שנפלה בהשגת הראיה כדי להשפיע על מהימנותה ועל ערכה הראייתי העצמאי של הראיה. בהקשר זה נקבע ככלל כי ככל שעסקינן בראיות חפציות, שהן בעלות קיום עצמאי ונפרד מאי החוקיות שהייתה כרוכה בהשגתן, לא יהיה באי החוקיות האמורה כדי לפגוע באמינותן; קבוצת השיקולים השלישית בוחנת את ההשפעה שתהיה לפסילת הראיה על מלאכת עשיית הצדק במובן הרחב והיא בוחנת, בין היתר, את המחיר החברתי הכרוך בפסילת הראיה אל מול התועלת החברתית העשויה לצמוח ממנה.

28. בסכמו את עיקרי דוקטרינת הפסילה הפסיקתית קבע בית המשפט העליון את הדברים הבאים בפסקה 76 לפס"ד יששכרוב:

"הנחת המוצא בשאלת קבילותן של ראיות היא זו הנוהגת עימנו מאז ומתמיד, ולפיה ראה שהיא רלוונטית - קבילה במשפט. עם זאת, בהתאם לדוקטרינה האמורה לבית-המשפט שיקול-דעת לפסילת קבילותה של ראיה בפלילים, אם נוכח לדעת כי הראיה הושגה שלא כדין וקבלתה במשפט תיצור פגיעה מהותית בזכותו של הנאשם להליך הוגן שלא בהתאם לגדריה של פסקת ההגבלה. מדובר בנוסחת 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.

נוסחת האיזון האמורה תיושם על-פי שיקול-דעתו של בית-המשפט בהתחשב בנסיבותיו של כל מקרה לגופו ובהתאם לאמות-המידה המנחות עליהן עמדנו. אמות-מידה אלה נוגעות לאופיה ולחומרתה של אי החוקיות שהייתה כרוכה בהשגת הראיה; למידת ההשפעה של אמצעי החקירה הפסול על הראיה שהושגה; וכן לשאלת הנזק מול התועלת החברתיים הכרוכים בפסילתה. הדוקטרינה האמורה תהא כללית ומיושמת על כל סוגי הראיות, לרבות הודאות נאשמים".

29. יישום דוקטרינת הפסילה הפסיקתית על עובדות המקרה בעניין יששכרוב, הוביל את בית המשפט העליון למסקנה כי לאור הפרת זכות ההיוועצות של הנאשם ואי החוקיות הכרוכה בה, יש לפסול את הודאת הנאשם כראיה. עם זאת, כאמור, נוסחת האיזון אינה מוגבלת לבחינת ראיות מסוג מסוים דווקא, וניתן לבחון לאורה את כלל סוגי הראיות, לרבות ראיות חפציות.

30. ואכן, בפס"ד **בן חיים** פיתח בית המשפט העליון את כלל הפסילה האמור והחיל אותו גם על ראיות



חפציות אשר הושגו שלא כדין. באותו עניין נפסלו סכין וסמים אשר נתפסו בחיפושים שנעשו בחריגה מסמכות ותוך פגיעה בזכות החוקתית לפרטיות. נקבע כי העבירות שבהן הואשמו הנאשמים שם - החזקת סכין שלא כדין והחזקת סמים לצריכה עצמית - אינן מן החמורות שבספר החוקים ועל כן מידת הפגיעה באינטרס הציבורי כתוצאה מפסילת הראיות והמחיר החברתי הכרוך בכך אינם גבוהים. על אף שמדובר בראיות חפציות, סבר בית המשפט העליון כי נוכח חומרת אי החוקיות שהיתה כרוכה בהשגתן והפגיעה הקלה יחסית באינטרס הציבורי שתיגרם כתוצאה מאי קבלתן, קבלת הראיות החפציות שנתפסו בשני החיפושים תביא לפגיעה בלתי מידתית בזכויות הנאשמים שם. מטעם זה הורה בית המשפט העליון על פסילתן של הראיות החפציות בקבעו את הדברים הבאים בפסקה 35 בפסק הדין:

"בבואנו לערוך את האיזון בין השיקולים המתנגשים שומה עלינו לזכור כי דוקטרינת הפסילה הפסיקתית שנקבעה בעניין ישכרוב נועדה בראש ובראשונה להגן על זכותו החוקתית של הנאשם להליך הוגן. לפיכך המבחן הבסיסי לפסילת ראיות שנקבע במסגרת הדוקטרינה הוא מבחן עמידת הפגיעה בזכות להליך הוגן כתוצאה מקבלת הראיה שהושגה שלא כדין בתנאי פסקת ההגבלה. במקרה שלפנינו נוכח חומרת אי-החוקיות שהייתה כרוכה בהשגת הראיות והפגיעה הקלה יחסית באינטרס הציבורי שתיגרם כתוצאה מאי-קבלתן נראה כי המסקנה המתחייבת היא כי קבלת הסכין בעניין בן חיים וקבלת הסמים בעניין ג'בלי כראיות תביא לפגיעה בלתי מידתית בזכויות שני המבקשים להליך הוגן. זאת ועוד, על אף שהראיות שנתפשו בשני החיפושים הן ראיות חפציות שיש להן קיום עצמאי ונפרד מאי-החוקיות שהייתה כרוכה בהשגתן, הרי במקרה דנן עסקינן בראיות שלא היו נמצאות על ידי המשטרה אלמלא החיפושים הבלתי-חוקיים. להשקפתי, לעובדה זו יש ליתן משקל במסגרת האיזון הכולל בבואנו לבחון את קבילות הראיות ויש בה כדי לתמוך בפסילתן".

31. ומן הכלל אל הפרט

ברי כי גם אם נפלו פגמים בעיכוב ובתשאול של המשיב בשטח, אין פירושו של דבר הוא כי בהכרח תפסלנה הראיות שנתפסו. בהתאם לדוקטרינת הפסילה הפסיקתית, כפי שעוצבה בפס"ד **ישכרוב ובן חיים**, יש לבחון אם פגמים אלה אכן מצדיקים את פסילת הראיות, לאמור, את הראיה החפצית (הסכין), וההסבר המפליל שמסר המשיב להחזקתה (הגנה עצמית). כמו כן יש לבחון אם אירועים נוספים שבאו לאחר שהושגו אותן ראיות, דהיינו החקירה במשטרה והעדות בבית המשפט יכולים להכשיר את הפגמים האמורים.

32. אנו סבורים כי בחינת הפגמים, מחד, והראיות המפלילות, מאידך (הן אלה שהושגו בזיקה ישירה לאותם פגמים והן אלה שהושגו בזיקה עקיפה להם), ראוי שתעשה כמכלול אחד שלם, בהתחשב בכך כי מדובר ברצף אירועים הבנוי חוליות הכרוכות זו בזו. לפיכך נראה לנו כי גישת המערערת, המבקשת להפריד את האירוע לשלבים שונים שכל אחד מהם עומד בפני עצמו - העיכוב, החיפוש, מציאת הסכין, התשאול, החקירה במשטרה והעדות בבית המשפט - היא הפרדה מלאכותית החוטאת למציאות. לפגמים שנפלו בעיכובו של המשיב, ובעיקר, לפגמים שנפלו בתשאולו בשטח, יש בוודאי השפעה על יתר הראיות, שכן העיכוב והתשאול מהווים רק חוליה אחת בשרשרת האירועים הכוללת.

33. בהתייחס להודאה המפלילה שנגבתה במסגרת התשאול, אנו סבורים כי צדק בית משפט קמא כשקבע



שהיעדר אזהרתו של המשיב עובר לתשאל, אי מסירת הודעה בדבר זכותו להימנע מהפללה עצמית ואי מסירת הודעה בדבר זכותו להיוועץ בעו"ד מהווים פגמים מהותיים שמידת פגיעתם בזכויותיו של המשיב גבוהה. לכך יש להוסיף נדבך נוסף והוא הפגם שמצא בית משפט קמא בעיכובו של המשיב, בכך שלא הודע לו שהוא מעוכב ולא נמסרה לו סיבת העיכוב, למרות בקשותיו בעניין זה.

34. בתשובה לשאלות שהופנו אליו בתשאל בשטח מסר המשיב גרסה מפלילה, דהיינו, שהחזיק בסכין למטרת הגנה עצמית, אשר ייתכן כי היה נמנע מלתתה לו היה מזהר כדין והיתה נמסרת לו הודעה על זכויותיו. לפיכך, הקשר בין אמצעי החקירה הפסול לבין הראיה אשר הושגה בסופו של דבר, הוא קשר קרוב וקיימת השפעה על ערכה הראייתית. יתר על כן, בשיקולי עלות מול תועלת ובחינת השפעתה של פסילת הראיה על עשיית הצדק במובן הרחב, אנו סבורים כי הכף נוטה לכיוון פסילת הראיה. יצוין כי מטיעוניה לפנינו נראה כי גם לשיטתה של המערערת מדובר בראיה שניתן להורות על פסילתה ואין מחלוקת של ממש בעניין זה (סעיף 18 בנימוקי הערעור, וכן בטיעוניה לפנינו עמ' 3 ש' 13 ואילך בפרוטוקול).

משכך, צדק בית משפט קמא כשקבע כי הודאת המשיב אשר נגבתה בשטח, פסולה מלשמש ראיה.

35. אלא שבכך לא סגי, שכן מוקד המחלוקת העיקרי בערעור זה נסוב סביב הראיה האחרת - היא הסכין שנתפסה במהלך החיפוש הגופני על המשיב. מדובר בראיה חפצית, אשר לכאורה יש לה קיום נפרד ועצמאי מאי-החוקיות הכרוכה בהשגתה. כאמור, בית משפט קמא לא הבהיר אם גם ראיה חפצית זו עצמה פסולה, או שמא פסולה היא הראיה הנוגעת להסבר שניתן בשטח למטרת ההחזקה, דהיינו, להגנה עצמית. עם זאת, גם אם צודקת המערערת בגישתה לפיה בית משפט קמא לא פסל ראיה זו לגופה, אלא רק את ההסבר שניתן להחזקה, אנו סבורים כי יש בפסלות זו כדי להקרין על מכלול הראיות שבתיק, לרבות על ההודאה שמסר המשיב בחקירתו במשטרה. אמת, כי במועד זה המשיב הוזהר כנדרש, והיה רשאי, לכאורה, למסור גרסה אחרת - שאינה מפלילה - ושאין קשורה לגרסה הראשונה, אלא שספק אם הוא אכן היה חופשי לעשות זאת, שכן לא ניתן לשלול את האפשרות כי המשיב ראה עצמו כבול בגרסה שמסר במהלך תשאולו בשטח, דהיינו, כי הסכין הוחזקה להגנה עצמית.

36. המערערת טוענת כי גם בנסיבות אלה אין לזכות את המשיב, שכן די בראיה החפצית (הסכין), בגרסתו של המשיב בבית המשפט, ובשקרו, וכן בעובדה כי לא הובאו על ידו עדי הגנה, כדי להרשיעו. כוונת המערערת היא לכך כי במהלך עדותו בבית המשפט עשה המשיב ניסיון לקשור את החזקת הסכין עם דברים שהשמיע במהלך התשאול לפיהם הוא שהה במקום למטרת תיקון תריסים, באומרו בעדותו כי הוא החזיק בסכין גם לתיקון התריסים. מכאן לומדת המערערת כי המשיב החזיק בסכין גם למטרת הגנה עצמית. אף אם נאמץ את גישת המערערת לפיה ניתן לתלות את הרשעתו של המשיב על התיבה "גם", עדיין הרושם הנוצר הוא כי אף ניסיון זה של המשיב במהלך עדותו בבית המשפט הוא פועל יוצא של גרסתו המפלילה הראשונה, שאותה יש לפסול. לפיכך נראה לנו כי גם בגרסתו של המשיב בבית המשפט אין כדי לרפא את הפגם שנפל בעיכובו ובתשאולו בשטח.



37. אין זאת אלא, כי הפגם בעיכוב ובתשאול, מקרין על המארג הכולל של הראיות הנוגעות להחזקת הסכין. בעניין זה יש לזכור כי העבירה בה הואשם המשיב היא החזקת סכין בלא שהוכיח כי החזיקה למטרה כשרה. גם אם הנטל להוכיח את כשרות מטרת ההחזקה מוטל על כתפי המשיב, עדיין שאלת מטרת ההחזקה עומדת בליבת העבירה, ומשנפגמה זכותו של המשיב בכל הנוגע למתן הסבר למטרת ההחזקה, משלא הוזהר כנדרש בטרם תושאל ובטרם מסר בעניין זה תשובה מפלילה, נראה לנו כי גם אם הסכין יכולה לעמוד לבדה כראיה, אין די בכך כדי להרשיע את המשיב.

38. למעלה מן הצורך נוסיף כי חרף קביעתו של בית משפט קמא, נותר בליבנו ספק אם בנסיבת העניין אף התקיים חשד סביר שהצדיק את ביצוע החיפוש, וממילא יתכן שיש לפסול אף את הראיה החפצית גופה.

בפס"ד **בן חיים** מנה בית המשפט העליון נסיבות שונות אשר עשויות להקים חשד סביר נגד אדם ולהצדיק עריכת חיפוש ללא צו על גופו, ובהן - מידע בדבר ביצוע עבירה במקום בו נמצא אותו אדם או בקרבתו, בצירוף השעה שבה הוא נמצא באותו מקום. נסיבות מחשידות אשר מצטרפות לכדי תמונה המציירת זיקה של פלוני לביצוע עבירה, מהוות יסוד סביר לחשד כלפי פלוני ומצדיקות הפעלת סמכות שוטר כלפיו.

עם זאת, כפי שקבע בית המשפט העליון בפרשת דגני, "חשד שהוא בגדר ניחוש גרידא - ואשר אינו מסתייע בעובדות, נסיבות או מידע אמין - אינו מספיק לצורך זה" (בג"ץ 465/75 **יצחק דגני נ' שר המשטרה** פ"ד ל(1) (351, 337)).

39. בעניינו, קבע בית משפט קמא בהכרעת דינו כי קם חשד סביר אשר הצדיק את עריכת החיפוש על גופו של המשיב, זאת לאחר שהמשיב נצפה יוצא מאזור המצוי תחת תצפית ובו על פי החשד מתנהלת תחנת סמים. מהממצאים העובדתיים שנקבע בפסק דינו של בית משפט קמא עולה כי המשיב נמצא "בקרבת מקום בקו ראייה למקום בו קיים מידע בדבר ביצוע עבירות סמים" (עמ' 96 ש' 20-21 בהכרעת הדין). החשד הסביר, כך על פי קביעת בית משפט קמא, עולה מכך שהמשיב נצפה באזור שבו מתנהלת, לכאורה, תחנת סמים (עמ' 97 ש' 15-18 בהכרעת הדין). עם זאת, אין קביעה לפיה המשיב נכנס או יצא מהמקום החשוד כתחנת סמים, ואף לא כי קיבל או מסר חפץ כלשהו. העד קושמר אף הבהיר כי פנה אל המשיב על מנת "**לקבל אינדיקציה מה יש במקום**" (עמ' 11 ש' 3 בפרוטוקול), ללמדנו כי לבד מנוכחותו במקום לא היתה נסיבה אשר החשידה את המשיב בביצוע עבירה, ועבירת סמים בפרט.

40. יתרה מזו - מיקומה המדויק של התחנה החשודה כתחנת סמים נותר חסוי וכל שידוע הוא כי המשיב נצפה "באזור זה" (עמ' 5 ש' 22-23 בפרוטוקול; עמ' 97 ש' 18 בפסק הדין של בית משפט קמא), כאשר החשד שעל יסודו בוצע החיפוש על גופו של המשיב נבע מעצם נוכחותו "בקו ראייתם" של השוטרים אשר ערכו תצפית על מקום החשוד כתחנת סמים. ספק בעניינו אם בכך די כדי לעמוד בדרישת הסף הראייתית לקיומו של "חשד סביר".

41. בהקשר זה יש להוסיף כי בית משפט קמא אמנם קבע כי היה חשד סביר אשר הצדיק עריכת חיפוש על גופו של המשיב, אולם בהמשך הגיע למסקנה שעיקובו של המשיב במקום האירוע ותחקורו שם, נעשו שלא בהתאם לנוהל הקבוע בסעיף 72 **בחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה - מעצרים), תשנ"ו-1996** ועל כן נעשו שלא כדין. כך, בין היתר, נקבע כי לא נאמר למשיב שהוא מעוכב או עצור ולא נמסרה לו סיבת העיכוב, על אף שאלותיו בעניין. אלא שעיקובו של המשיב לצורך עריכת החיפוש על



גופו, הוא עיכוב לכל דבר, וחלים עליו אותם כללים ומגבלות מכוח הנוהל האמור.

לעובדה שעיקובו של המשיב בשטח נעשה שלא כדין יש לכאורה השפעה ישירה על שאלת חוקיות החיפוש והיא מצטרפת למכלול הנסיבות המלמדות על פגיעה בזכויותיו של המשיב.

42. אם אמנם נפסלה הראיה החפצית, ממילא אף נשמט היסוד תחת הודאתו של המשיב אשר נגבתה בתחנת המשטרה [לעניין זה ראה ע"פ (י-ם) 2431-09-14 **פדר נ' מדינת ישראל** (4/6/2015)]. ראה זו, לבד מן העובדה שאינה יכולה לעמוד בפני עצמה, ואין בה כשלעצמה כדי להביא להרשעתו של המשיב, נגזרת כולה מהודאתו הראשונה והפסולה של המשיב אשר נגבתה בשטח שלא כדין. אזהרתו של המשיב עובר לחקירתו בתחנת המשטרה, אינה יכולה לרפא את הפגם שנפל בהליך לאחר שהוא מסר כבר את גרסתו המפלילה בשטח וחזר עליה לפני החוקר במשטרה.

43. סוף דבר - גם אם צודקת המערערת בטענתה העקרונית לפיה מידת ההשפעה של אמצעי החקירה הפסול על הראיה שהושגה היא נמוכה, בהתחשב במאפייניה של הראיה כראיה חפצית (הסכין), לא ניתן להתעלם מהפגם שנפל בחיפוש שנערך על גופו של המשיב נוכח הספק בדבר קיומו של החשד הסביר. גם אם קיים היה אותו חשד סביר, כפי שקבע בית משפט קמא, לא ניתן להתעלם מהפגם שנפל בעיקובו של המשיב ובתשאולו בהתייחס למטרת החזקת הסכין וההסבר המפליל שניתן על ידו בעניין זה. על אף החומרה שמייחס המחוקק לעבירה, המסווגת כעבירת פשע, מדובר בעבירה מניעתית כשלעצמה, אשר אינה כרוכה באלימות או בקרבנות.

נוסף על כך, תחילה פניית השוטרים למשיב נעשתה על רקע חשד לעבירת סמים. בהמשך, חשד זה נזנח וכתב האישום אשר הוגש כנגד המשיב בסופו של דבר מייחס לו עבירה שונה בתכלית. בנסיבות מיוחדות אלה, ובאיון כולל של האינטרסים הנוגדים, אנו סבורים כי אין מקום להתערב במסקנתו של בית המשפט קמא לפיה התועלת החברתית שיש בשמירה על זכויות הפרט וזכויותיהם של חשודים, עולה במקרה זה על הנזק שעלול להיגרם כתוצאה מפסילת הראיה ואי מיצוי הדין עם המשיב.

44. לאור כל האמור לעיל, אנו דוחים את הערעור.

ניתן היום ז' אייר תשע"ו (15 מאי 2016) במעמד ב"כ הצדדים והמשיב.

שמואל בורנשטיין, שופט

זרבה בוסתן, שופטת

אברהם טל, נשיא