



ע"פ 3782/02/17 - אשר אלון נגד מדינת ישראל

בית המשפט המחוזי בחיפה

30 מרץ 2017

ע"פ 3782-02-17 אלון(עציר) נ' מדינת ישראל

לפני הרכב כבוד השופטים:
רון שפירא, סגן נשיא [אב"ד]
בטינה טאובר
תמר נאות פרי
המערער

אשר אלון (עציר) ע"י ב"כ עו"ד יניב אביטן (סנגוריה ציבורית)

נגד
המשיבה

מדינת ישראל
ע"י פרקליטות מחוז חיפה, מחלקה פלילית

פסק דין

השופט רון שפירא, סגן נשיא [אב"ד]:

בפנינו ערעור על הכרעת הדין של בימ"ש השלום בחיפה (כב' השופט ערן קוטון), אשר ניתנה במסגרת ת"פ 38139-10-14 ביום 22.11.16, במסגרתה הורשע המערער (הנאשם בבימ"ש קמא - יכונה להלן "המערער" לשם הנוחות) בעבירות של כניסה למגורים/תפילה לבצע עבירה לפי סעיף 406(א) + 29(א) לחוק העונשין, התשל"ז - 1977 (להלן: "החוק"); גניבה לפי סעיף 384 + 29(א) לחוק; נהיגה ללא רישיון נהיגה לפי סעיף 10א' לפקודת התעבורה; ועבירה של נהיגה ללא פוליסת ביטוח לפי סעיף 2א' לפקודת ביטוח רכב מנועי.

על פי עובדות כתב האישום, במועד הרלוונטי לכתב האישום התגוררה המתלוננת בדירת קרקע ברחוב קריית ספר בחיפה. בתאריך 19.10.14 בסמוך לשעה 13.40 יצאה המתלוננת מהדירה על מנת להשליך את האשפה למיכל שברחוב, השאירה את דלת הכניסה לביתה פתוחה לרווחה ונעדרה מביתה למספר דקות. במועד זה הגיעו המערער והנאשם 2 לכתב האישום למקום, באמצעות רכב מסוג אופל שהיה בחזקת המערער, אשר נהג בו ללא רישיון נהיגה וללא פוליסת ביטוח בתוקף. בנסיבות אלה, ירדו המערער והנאשם 2 מהרכב ונכנסו לדירת המתלוננת, בכוונה לבצע גניבה. בהיותם בתוך הדירה גנבו רכוש הכולל שעון מעורר, שעון יד, פלאפון מסוג LG 4 בצבע זהוב בהיר וכן זוג עגילים. המערער והנאשם 2 עזבו את הדירה עם הרכוש הגנוב, בכוונה לשללו לצמיתות מבעליו ונסעו מהמקום עם הרכב. בסמוך לשעה 14.30 נמצאו בחיפה על ידי שוטרים כאשר הם ברכב שהמערער נהג בו ונאשם 2 ישב בסמוך לו. ברשותם נמצא הרכוש הגנוב.

בכתב האישום יוחסו תחילה עבירות של כניסה למגורים וגניבה גם לנאשם 2, אשר הועמד לדין ביחד עם המערער.



במהלך הליך ההוכחות שהתקיים תוקן כתב האישום בכל הקשור בנאשם 2. נאשם 2 הודה והורשע בעבירה שיוחסה לו (החזקת נכס חשוד) ודינו נגזר. כן זומן בהמשך להעיד כעד מטעם המאשימה.

בימ"ש קמא ציין בהכרעת הדין כי המערער כפר במיוחס לו וטען כי מצא את הרכוש הגנוב בפח אשפה בשקית בסמוך למקום ממנו נגנב. המערער אישר כי נהג ברכב אך טען שהחזיק במועד הרלוונטי ברישיון נהיגה זר. כן נטען כי המערער יצא עם אנשי משטרה להובלה והצבעה על מנת להראות היכן מצא את הרכוש הגנוב וכי במקום בו מצא את הרכוש הגנוב נראו פריטים נוספים אשר המשטרה בחרה להתעלם מהם ולא ניסתה לברר מקורם. נוכח תגובת המערער התקיים בבימ"ש קמא הליך הוכחות. מטעם המאשימה העידו המתלוננת, נאשם 2 ושוטרים שהיו מעורבים בחקירת האירוע. מטעם ההגנה העיד המערער. המאשימה ביקשה כי המערער יתגונן גם בפני הרשעה אפשרית בעבירות לפי סעיפים 411, 412 או 413 לחוק העונשין.

בימ"ש קמא קבע בהכרעת הדין שניתנה בעניינו של המערער ביום 22.11.16 כי מהראיות שהובאו הוברר כי רכבו של המערער הנהוג בידו נצפה בידי שוטרים ברחוב החשמל. ליד המערער ישב נאשם 2. השוטרים הורו למערער לעצור ובהמשך בוצע חיפוש ברכב. במהלך החיפוש התגלה הרכוש הגנוב והמערער ונאשם 2 נעצרו. המערער טען בפני השוטרים כי מצא את הרכוש הגנוב. בהמשך, נוכח איתורו של טלפון נייד השייך למתלוננת, נוצר עמה קשר. כך הוברר כי רכוש נגנב מדירתה ושוטר הגיע לגבות את גרסתה בדירה. המתלוננת אמרה לשוטר שהיא חושדת בבחור גבוה ורזה שעלה לקומה השנייה, לקוסמטיקאית הדרה בקומה מעליה. במהלך חקירה למחרת היום, זיהתה המתלוננת את הרכוש הגנוב שנתפס ברכב. כן אמרה שלבחור אליו התייחסה אמש אין קשר לאירוע, היות והוא מקבל טיפול אצל הקוסמטיקאית והוא בנה של עורכת דין. המערער והנאשם 2 נחקרו יותר מפעם אחת וכל אחד מהם אף ערך שחזור של מעשיו. כן נערך עימות ביניהם. בימ"ש קמא סקר את הראיות שהוגשו לתיק ביהמ"ש ואת טענות הצדדים בסיכומיהם.

בכל הנוגע לעצירת רכבו של המערער ואיתור הרכוש הגנוב קבע בימ"ש קמא כי בהסתמך על עדויות השוטרים, לא מן הנמנע כי רכבו של המערער נעצר בידיהם נוכח זיהויו של המערער המוכר לשוטרים מעבודתם. עם זאת, השוטר ארקאן מנסור דיווח בדו"ח שערך כי קודם לאירוע ידוע היה שהמערער דרוש לחקירה. ואולם ארקאן מנסור לא ציין כי זו הייתה עילת העיכוב הראשונית. השוטרים אבי זגורי וחוסין גדיר לא התייחסו לסוגיה זו כלל בדוחות שערכו. כן צוין כי יומיים לאחר האירוע צצו באורח פלא מזכרי השלמה שערכו השוטרים. ביום 21.10.14, בשעה לא ידועה, כתב ארקאן מנסור (ת/34) כי מספר ימים לפני האירוע המדובר "**הוברר לי כי הנ"ל הוכרז כחב מעצר**". נקבע כי דברים אלו אינם מתיישבים במדויק עם האמור בדוח הפעולה לפיו "**אשר מוכר לנו מתחום העבודה הנ"ל נודע לנו לפני זה כי הוא דרוש לחקירה**" (ת/31). עוד ציין בימ"ש קמא כי באותו יום בשעה 13.30 במזכר אחר (ת/33) רשם ארקאן מנסור כי השעה בה הבחינו ברכב הייתה 14.15 "**אני זוכר את השעה מאחר ובשעה הזו שותפי התקשר לתחנה לברר בקשר לחשודים...**". כן צוין כי תשע דקות אחריו, בשעה 13.39, רשם אבי זגורי (ת/10) "**... הרכב נעצר בשעה 14:15 וזאת מאחר כי ברגע שעצרתי את הרכב התקשרתי לתחנה לצורך בדיקה לגביי אשר אלון בכדי לדעת האם הוא דרוש לחקירה לצין כי השעה הייתה 14:20 חמש דקות לאחר מעצר הרכב**". בימ"ש קמא ציין כי שני השוטרים לא ציינו משום מה במזכרי ההשלמה שערכו מה הייתה התשובה שהתקבלה מן התחנה בעקבות ההתקשרות. יתירה, מכך, צוין כי השוטרים לא הסבירו במזכרי ההשלמה כיצד זה שכחו לצין פרט כה חשוב בדוחות הפעולה שערכו, למרות שבדוחות (למשל, ת/36) צוין כי נוצר קשר עם התחנה, אך זאת לצורך אישור הבאת הרכב ולא לצורך בירור



אחר.

בימ"ש קמא ציין כי על פני הדברים נראה כי חוקיות "מעצר הרכב" ועיכובו של המערער הוטלו בספק בידי מאן דהוא כבר בשלב החקירה. צוין כי כפי הנראה חשב גורם ממונה או מייעץ בתחנת המשטרה שיש צורך להסביר את הסיבה להוראה שניתנה למערער לעצור את הרכב. לפיכך אף נערכו מזכרי השלמה. צוין כי בביהמ"ש תיאר כל אחד מן השוטרים הרלוונטיים את היות המערער "**חב מעצר**" או "**דרוש לחקירה**" כעילה המרכזית בגינה ניתנה ההוראה לעצור את הרכב. עם זאת, נקבע כי גרסתם של אבי זגורי ושל חוסיין גדיר בעניין זה היא גרסה כבושה שלא ניתן הסבר לכבישתה. בימ"ש קמא לא שוכנע במידה הדרושה כי ההוראה שניתנה למערער לעצור בצד הדרך ניתנה בעטיו של חשד ממשי. נקבע כי לא מן הנמנע כי ההוראה ניתנה עקב היכרות קודמת בין השוטרים לבין המערער. עם זאת, נקבע כי ארקאן מנסור היה מודע להיות המערער דרוש לחקירה והוא השוטר שעצר את המערער. בהקשר זה ציין בימ"ש קמא כי הנאשם 2 העיד כי "**... ירדו באו אלינו ואמרו לנאשם שהוא דרוש, בוא ואני אמרתי להם מה אתם צריכים אותי, אמרו לי רגע אתה כבר הולך שניה**". עוד ציין בימ"ש קמא כי אין מחלוקת כי בטרם תושאל המערער הוא לא הוזתר כי הוא חשוד בביצוע עבירה, לא הוקראו לו זכויותיו, לא צוין בפניו כי זכותו לשתוק ואף לא כי זכותו להיוועץ בעורך דין.

בכל הקשור לחיפוש שנעשה ברכב, סבר בימ"ש קמא כי אין לראות בתשאל שנערך לפני ואחרי החיפוש כחלק מן החיפוש אלא כהליך חקירתי. צוין כי החיפוש נעשה תוך קבלת הסכמה מדעת לאחר שהובהר למערער כי הוא רשאי לסרב לחיפוש וסירוב לא ייזקף לחובתו. לכן סבר בימ"ש קמא כי פגם של אי חוקיות מסוים דבק בעיכוב הראשוני, עת קיבל המערער הוראה לעצור את רכבו, ופגם נוסף עת תושאל לפני ואחרי החיפוש מבלי שזכויותיו כחשוד ונחקר נשמרו.

באשר להשלכותיהם של הפגמים האמורים קבע בימ"ש קמא כי על פי הפסיקה לא כל פעולה שלא כדין אמורה להביא לפסילת הראיה שהושגה באמצעותה וביהמ"ש נדרש למערך איזונים המשקלל בין היתר את עוצמת הפגם, עוצמת הפגיעה, טיב הראיה שנתפסה, ומשמעות פסילתה מבחינת האינטרס הציבורי. נקבע כי החיפוש ברכב בוצע בהתאם להלכה הפסוקה. נמסר למערער כי הוא רשאי לסרב לחיפוש וסירוב לא ייזקף לחובתו. כל השוטרים שנכחו באירוע ציינו פרט זה בדוחות שרשמו. כן קיבל בימ"ש קמא את דבריהם לפיהם הדברים נאמרו למערער הן על ידי אבי זגורי והן על ידי ארקאן מנסור. בימ"ש קמא ציין כי בשלב זה, עוד טרם בוצע החיפוש, נראה כי נוכח התנהגות המערער והנאשם 2 והדברים שנראו ברכב לפני ביצוע החיפוש, כבר התגבש חשד סביר לביצוע עבירת רכוש בקרב חלק מן השוטרים.

נקבע כי הפגמים בחוקיות השגת הראיה נוגעים להליך שקדם לחיפוש ולהליך שעקב אותו, היינו, לעצירת הרכב ובו המערער ולתשאל שנערך למערער מבלי שהוזתר כדין והועמד על זכויותיו כחשוד. באשר לתשאל שנערך סבר בימ"ש קמא כי נוכח גרסת המערער לא נפגעו זכויותיו באורח המצדיק את פסילת הדברים שכן לא הייתה בהם הודיה בביצוע עבירות הכניסה לדירה והגניבה. בימ"ש קמא ציין כי המערער טען כי מצא את הרכוש הגנוב בפח או בזבל וגרסתו בהבדלים מסוימים חזרה ונשנתה גם בהמשך החקירה. נקבע כי על פני הדברים נראה כי דבריו של המערער נמסרו מרצונו החופשי ולא מן הנמנע כי אי עמידה על זכויות המערער כחשוד וכנחקר מקורה בטעות או ברשלנות.

אשר לעצירת הרכב ציין בימ"ש קמא כי ההתלבטות בעניין זה אינה פשוטה. צוין כי השוטרים הורו תחילה למערער



לעצור את רכבו בשל היכרותם אותו ולא בשל סיבה אחרת. צוין כי אלמלא כן ספק אם היה רכבו נעצר בהוראתם ומטבע הדברים אף לא היה מתגלה בהמשך הרכוש הגנוב. בעקבות החיפוש הוברר כי בחזקת המערער נמצאים פריטים שנגנבו זה מקרוב מדירה אליה בוצעה כניסה שלא כדין. עסקינן בכניסה לדירת מגורים שהיא עבירת פשע ובגניבה של פריטים יקרי ערך. נקבע כי באיזון בין האינטרסים המתנגשים אי החוקיות שדבקה בעצירת הרכב ועיכוב המערער אינה כה קיצונית עד שיש בה להצדיק את פסילת תוצרי החיפוש שנערך כשלעצמו כדין. זאת בפרט שהוברר בדיעבד כי המערער הוכרז כחב מעצר (ת/35) כבר ביום 17.9.14 ותוקף ההכרזה היה עד 31.12.14, היינו גם בעת עיכובו. בימ"ש קמא ציין כי ארקאן מנסור אמר למערער **"שהוא דרוש"** ונאשם 2 שמע זאת. לכן סבר בימ"ש קמא כי לא יהיה זה נכון לפסול את תוצרי החיפוש, ראיות חפציות בעלות קיום עצמאי, באשר אי החוקיות שהובילה לתפיסתם הייתה מינורית באופן יחסי. כן הדגיש בימ"ש קמא כי לא מצא לקבוע שהחיפוש נערך שלא כדין, אלא שההוראה בדבר עצירת הרכב, היינו עיכובו, פעולה שהובילה לחיפוש, היא הנגועה באי חוקיות.

בנוגע לאיתור הרכוש הגנוב בחזקת המערער ובחינת מהימנות גרסתו ציין בימ"ש קמא כי המערער טען כי מצא את הרכוש שנגנב מדירת המתלוננת. מגרסתו ניתן היה להבין שמצא את הרכוש לאחר שאדם אחר גנב אותו ונטש אותו. צוין כי במהלך הדיון הוברר כי לבניין מגורי המתלוננת שתי כניסות. רק אחת מהן צולמה במהלך החקירה (ת/8, תמונה מס' 1). כן הוברר כי המתלוננת ראתה אדם כלשהו עולה מקומת מגוריה בבניין אל הקומה שמעליה, מקום בו עובדת קוסמטיקאית שפרטיה אף נמסרו לשוטר (ת/14). המתלוננת טענה תחילה כי כל הפריטים שנגנבו היו במקום אחד, אלא שבהמשך הסבירה כי חלק מן הפריטים היו במקום אחר. לפיכך אף נערכו בדירה בדיקות מז"פ יותר מפעם אחת הגם שאלו לא הניבו פירות ראייתיים. כן הוברר כי לא נערכו מהלכי חקירה מתבקשים על מנת לנסות לברר מיהו האדם שעלה אל קומת הקוסמטיקאית, לא נבחנה השאלה האם קיימות מצלמות אבטחה בסמוך, בפרט שהדירה נמצאת בקרבת מקום ספרייה, ולא נלקחו פרטי רכוש כלשהם שאותו במקום שבו המערער מצא לטענתו את הרכוש הגנוב (ת/25, עמ' 2, ש' 15 - 17).

יחד עם זאת, קבע בימ"ש קמא כי המאשימה עמדה בנטל ההוכחה המוטל על כתפיה ויש לקבל את טענתה לפי היה זה המערער שנכנס לדירת המתלוננת וגנב ממנה את הרכוש הגנוב. צוין כי המערער החזיק ברכוש הגנוב שנגנב זה מקרוב מדירת המתלוננת. מחלוקת מסוימת התעוררה בנוגע לשעה בה בוצעה הגניבה, אך בימ"ש קמא לא היה סבור כי יש לה משמעות רבה, שכן הניח לטובת המערער כי הגניבה בוצעה בדירת המתלוננת בפערי זמן המאפשרים לאדם כלשהו להיכנס ולגנוב ולהצפין בהמשך את הרכוש הגנוב. מכל מקום, נקבע כי בהיות המערער מחזיק ברכוש הגנוב כעבור זמן קצר למדי מעת שנגנב חל כלל תכיפות החזקה או **"החזקה התכופה"**. נקבע כי היה על המערער לסתור את החזקה התכופה ודי לו אם היה מצליח לעורר ספק בדבר אשמתו, אך בימ"ש קמא, לאחר שהתרשם מהמערער ובחן את יתר הראיות, לא סבר כי המערער הצליח לסתור את החזקה העומדת לחובתו ואף לא לעורר ספק סביר בדבר תחולתה.

נקבע כי גרסתו של המערער לא הייתה מהימנה דיה ולמעשה התפתחה נוכח הראיות אליהן נחשף במהלך החקירה ובמהלך ההליך. צוין כי על פי ת/9 ועל פי ת/36 עת הוצגו למערער העגילים שנתפסו ברכב מסר כי לא מדובר בעגילים מזהב. בהמשך אמר שיכול להיות שהם מזהב. כשהוצג לפניו שעון מזהב אמר **"זה סתם לא זהב"** וכי מצא אותו בפח. המערער לא אמר שמצא את הפריטים מתחת לשיח בחיפושו אחר ברזל ומתכת. אף לא נאמר מפי המערער מדוע אמר לשוטרים את שאמר. נקבע כי הדעת נותנת כי רצה להתחמק מלתת הסברים בדבר מקורם של העגילים ושל השעון. צוין כי הודעתו הראשונה של המערער נגבתה לאחר מעצרו וספק רב אם ניתנה לו הזכות להיוועץ בעורך דין לפני מסירת



גרסתו (ת/15 עמ' 2 ש' 6). עם זאת, כיוון שהמערער לא הודה במיוחס לו לא ראה בימ"ש קמא להרחיב בעניין וקבע כי אין לפסול את ההודעה אלא לתת לה את המשקל היחסי גם מתוך מודעות לעובדה שהמערער חש שלא בטוב במהלך גבייתה וביקש להפסיקה. ב-ת/15 טען המערער כי הוא והבכור שהיה אתו אוספים ברזל ונחושת ואלומיניום וכל הדברים שהיו באוטו נמצאו בפחי זבל או בחצרות בהם הם אוספים את הברזל. המערער אמר שהוא והנאשם 2 אוספים ברזל ומתכות ביחד כחודש ומשהו. המערער נשאל של מי הרכוש (רכוש יקר ופלאפון) וענה שאלה דברים שמצא עם הנאשם 2 ליד פחי זבל ושהם עובדים ביחד. בהודעה נוספת (ת/16) נשאל המערער על רישיון הנהיגה. בהודעה האחרונה (ת/24) הקפיד לשמור על זכות השתיקה ביחס למרבית השאלות שנשאל. משיצא להובלה והצבעה (ת/22, ת/25) הראה המערער לשוטרים היכן מצא את הרכוש הגנוב. לראשונה, בשלב זה, עת הצביע המערער על שיח בפינת הרחובות מוריה וקריית ספר (בו ממוקם בית המתלוננת) ציין כי הרכוש הגנוב היה בשקית. הוא הקפיד לומר כי נאשם 2 היה כל הזמן לידו. בימ"ש קמא קבע כי גרסת השקית וגרסת השיח שתיהן גרסאות כבושות שלא בא זכרן תחילה, עד הגיע המערער לאזור בו ממוקם בית המתלוננת. נקבע כי אף הגרסה לפיה נאשם 2 היה לידו הובהרה כבלתי מדויקת נוכח גרסתו של נאשם 2 שצוינה בהודעותיו, בעדותו ובשחזור שערך (ת/21, ת/22), לפיה בעת שמצא המערער את הרכוש הגנוב המתין נאשם 2 במקום אחר.

בימ"ש קמא ציין עוד כי בעימות עם נאשם 2 (ת/27) שמר המערער על זכות השתיקה ואף הציע לנאשם 2 לא לשתף פעולה בחקירה (עמ' 2, ש' 31). צוין כי בבימ"ש העיד המערער כי השניים התפצלו ומתחת לשיח בו נמצאה השקית היה צינור. נקבע כי צפייה בהובלה והצבעה שערך המערער מגלה כי השיח היה ממוקם בסמוך לצומת רחובות במקום סואן למדי ולא במקום שבו יש פחים או כניסות כפי שהעיד המערער. כן נקבע כי גרסת הצינור היא גרסה שנשמעה לראשונה בבית המשפט וזכרה לא בא מפי המערער בשלב כלשהו של החקירה. גרסה זו נכבשה לחלוטין עד לשלב הדיון ונקבע כי אין לתת לה משקל. זאת בפרט שכאשר בוצע הליך ההובלה וההצבעה והמערער גם בהיותו סמוך לשיח ולאחר שנבר בו ומתחתיו לא הזכיר את הצינור.

צוין כי בבית המשפט עמד המערער תחילה על דעתו כי כל הרכוש הגנוב אותר בשקית אחת ובפועל דבריו עומדים בסתירה חזיתית לאמור בדוחות הפעולה הראשוניים שנכתבו בידי השוטרים. צוין כי פרטי הרכוש הגנוב אותרו במקומות שונים ברכבו ומשמע כי גם אם כל הרכוש הגנוב נלקח בשקית אחת הרי ידע המערער מה יש בשקית ופיזר את פרטיה ברכבו לאחר ששב אליו. לכן נקבע כי אין לקבל את גרסתו לפיה לא היה ער ומודע לטיבו של הרכוש הגנוב (למעט השעון הגדול) עד למציאתו בידי השוטרים. כן סבר בימ"ש קמא כי אין לייחס מהימנות לטענת המערער כי הרכוש כולו היה בשקית אחת שלא היה מודע לתכולתה. בימ"ש קמא סבר כי המערער היה מודע היטב לפרטי הרכוש הגנוב אשר פוזרו ברכב וכך נמצאו בידי השוטר חוסיין גדיר. צוין כי השעון הגדול היה מונח לרגליו של נאשם 2 ואותר במקום שונה לחלוטין מיתר פרטי הרכוש הגנוב. כן צוין כי על פי גרסת הנאשם 2 לאחר רדתם מן הרכב ב"מרכז הכרמל" התפצלו הוא והמערער. הנאשם 2 נותר לדבריו לעמוד במקום מסוים בהמתנה למערער. המערער חזר לאחר כעשר דקות ובחזקתו השעון הגדול. נאשם 2 הבחין לדבריו רק בשעון הגדול ולא טען כי ראה את המערער מחזיק בשקית אשר בתוכה השעון הגדול. מכאן נקבע כי יש להבין שפרטי הרכוש הגנוב הנוספים אשר נמצאו בהמשך ברכב היו בחזקת המערער במקום שונה מן השעון הגדול ולאחר מכן פוזרו ברכב בכוונת מכוון. צוין כי מהשחזורים המתועדים בצילום שנעשו עם כל אחד מהנאשמים עולה כי המקום בו המתין נאשם 2, לטענתו, ועליו הצביע בשחזור ממוקם מטרים ספורים מן השיח מתחתיו המערער לטענתו מצא את הרכוש הגנוב. עם זאת, נאשם 2 טען כי ראה את הנאשם מגיע לעברו ובחזקתו השעון ולא אמר שראה את המערער מחפש מתחת לשיח ומוצא שקית ובה השעון הגדול והולך



לקראתו. נקבע כי נוכח מקום עמידתו אמור היה נאשם 2 לראות זאת וגם סוגיה זו משליכה על מהימנות גרסתו של המערער.

עוד התייחס בימ"ש קמא לסתירה בין גרסאות שני הנאשמים לפיה טען המערער כי השניים עוסקים באיתור פסולת נחושת וברזל במשך כחודש, לעומת טענת נאשם 2 לפיה מדובר בפעילות בת שלושה או ארבעה ימים בלבד. בנוסף נקבע כי לפי גרסת המערער ניתן להבין כי אדם כלשהו נכנס לדירת המתלוננת, בזמן הקצר בו לא שהתה בדירה, גנב פריטים ממקומות שונים בדירה והחביא את כולם מתחת לשיח. בדקות הספורות בהן הגיע המערער למקום הצליח באקראי לאתר את מקום המחבוא מתחת לשיח, ליטול את הרכוש הגנוב, לקחתו עמו, ולהמשיך בנסיעה עד למקום בו עוכב ונעצר. נקבע כי קשה למצוא סבירות או הגיון בגרסה זו וקשה עוד יותר לקבלה כמהימנה, שכן לו היה האדם העלום גונב את הרכוש היה גם לוקח אותו ולא מצפינו תחת שיח כלשהו שאינו מרוחק מן הדירה אשר ממנה נלקח הרכוש. כן נקבע כי קשה לקבל את הטענה שהדקות הספורות בהן היה מונח הרכוש הגנוב מתחת לשיח הן הדקות בהן הגיע המערער למקום, ובניגוד לגרסת הפח או הזבל מצא לנכון לחפש מתחת לשיח בדיוק במקום בו הונח הרכוש הגנוב זמן קצר קודם לכן. נקבע כי התלכדות הנסיבות החריגה והייחודית שתיאר המערער אינה סבירה, אינה הגיונית ואינה אמינה ומהימנה.

בימ"ש קמא העיר כי המערער אמנם טען טענות בחקירה ואלו לא קיבלו מענה חקירתי מלא והולם. כמו כן, צוין כי לא נעשה ניסיון חקירתי לאתר אדם שהיה בדירת הקוסמטיקאית הממוקמת מעל הדירה ממנה נגנב הרכוש. לא נמצאו טביעות אצבע בדירה ולא נעשה ניסיון לבחון אם קיימות מצלמות אבטחה בסמוך. אף שני מכשירי טלפון שנראו ברורות (וצולמו) בסמוך לשיח לא נתפסו ולא נעשה ניסיון לאתר טביעות אצבע עליהם. עם זאת, נקבע כי אנשי החקירות לא התעלמו לחלוטין מגרסת המערער ויצאו לשתי פעולות הובלה והצבעה בחברת כל אחד מן הנאשמים בניסיון להתחקות אחר נכונות הגרסה. החוקרת אף צעדה בחברת המערער לאורך הרחוב תוך הצבעה על הבניין בו ממוקמת הדירה בניסיון לברר אם המערער הגיע עד אליה בחיפושיו אחר מתכת וברזל. צוין כי ביהמ"ש אמור לבחון את ה"יש" הראייתי ולא כל מחדל חקירתי עשוי להביא לזיכוי. כן נקבע כי משגרסת המערער לא נמצאה מהימנה אין במחדלי החקירה הנטענים כדי להצדיק זיכוי בדיון. נקבע כי לא כל ספק יכול להביא לזיכוי נאשם ולשם יצירת ספק סביר על הנאשם להציג מסקנה חלופית סבירה למסכת הראיות, אשר הסתברותה ממשית ולא תלויה על בלימה. נקבע כי המערער לא הציג גרסה מהימנה וסבירה.

על כן, קבע בימ"ש קמא כי המערער ניצל הזדמנות. עם הגעתו לבניין המגורים ובראותו את דלת הבניין פתוחה נכנס לתוכו ודרכו נכנס לדירה. המערער גנב בזריזות את פרטי הרכוש וחבר לנאשם 2 שהמתין לו בקרבת מקום. נקבע כי זו ההתרחשות שאירעה ויש בה לבסס את העבירות המיוחסות למערער בכל הקשור לכניסה לדירה ולגניבה ממנה. כן נקבע כי לא הייתה מחלוקת לפיה המערער נעדר רישיון נהיגה ולכן גם פוליסת ביטוח המכסה את נהיגתו. על כן, הורשע המערער בעבירות המיוחסות לו בכתב האישום.

יצוין כי בגזר הדין מיום 19.12.16 נגזרו על המערער עונשים של 12 חודשי מאסר בפועל, בניכוי ימי המעצר מיום 19.10.14 ועד ליום 21.12.14, כאשר בימ"ש קמא הורה כי מתקופת המאסר שעליו לרצות לאחר ניכוי ימי המעצר ירוצו חמישה חודשי מאסר בחופף למאסר אותו הוא מרצה כעת והיתרה תרוצה במצטבר לו; כן הוטלו עליו 6 חודשי



מאסר על תנאי למשך שלוש שנים מיום השחרור שלא יעבור כל עבירת רכוש, למעט עבירה של החזקת נכס חשוד לפי סעיף 413 לחוק; פסילה מקבל או החזיק רישיון נהיגה למשך חמישה חודשים מיום השחרור; ופיצוי למתלוננת בסכום של 500 ₪. הערעור הוגש כנגד הכרעת הדין.

טענות המערער:

המערער טוען כי בימ"ש קמא מצא דופי בכל שרשרת ההתנהלות החל מהרגע בו הורו למערער לעצור רכבו בצד הדרך/הליך העיכוב הראשוני, המשך בתחקור הראשוני בשטח, פגיעה בזכויות יסוד - אזהרה, מתן זכות להיוועץ עם עו"ד וכיו"ב, כמו גם במסגרת חקירתו בתחנת המשטרה. נטען כי נוכח המחדלים שבימ"ש קמא עצמו מצא ועמד על קיומם, שומה היה לפסול את תוצרי הפעולה הפסולה ולהורות על זיכוי של המערער. כמו כן, לטענת המערער, גם בהתעלם ממחדלים מהותיים אלה, בחינה של העדויות והראיות בתיק צריכה הייתה להוביל לזיכוי, ולכן היה על בימ"ש קמא להורות על זיכוי ולו מחמת הספק.

לטענת המערער, המאשימה לא עמדה בנטל הראיה וההוכחה הרובץ לפתחה ולא עלה בידה להסיר את כל הספקות הסבירים ביחס לשאלת אשמו של המערער.

המערער טוען כי שגה בימ"ש קמא בסברו כי הפגמים המהותיים שנפלו בחוקיות עצירת רכבו ובהמשך ישיר לכך הפגמים במעצרו ובחיפוש ברכבו אינם מצדיקים את פסילת תוצרי החיפוש וכן את זיכוי. נטען כי שגה בימ"ש קמא שעה שלא נתן משקל כלל לעובדה כי המערער תושאל סמוך למעצרו מבלי שהוסברו לו כל זכויותיו, לרבות זכותו להיוועץ בעורך דין. נטען כי בימ"ש קמא קבע כי התשאול שנערך למערער לא היה חלק אינטגרלי מהחיפוש שנערך ברכבו אלא הליך חקירתי נפרד ועצמאי אשר נפל בו פגם, עם זאת סבר כי לא נפגעו זכויותיו של המערער באורח המצדיק את פסילת הדברים. נטען כי שגה בימ"ש קמא משקבע כי על אף הפגיעה החמורה בזכותו של המערער להיוועץ בעורך דין לפני חקירתו במשטרה, אין מקום לפסול את ההודעה. נטען כי שגה בימ"ש קמא שעה שלא נתן משקל בהכרעת דינו ליתר המחדלים בתיק זה בהם כשלה היחידה החוקרת, מחדלים אשר לטענת המערער יוצרים את הספק הסביר, בין היתר באשר לזהות הגנב וכשלעצמם מצדיקים להורות על זיכוי של המערער.

נטען כי הן בחקירתו במשטרה והן במסגרת עדותו בפני בימ"ש קמא מסר המערער גרסה סדורה באשר לנסיבות הימצאות החפצים בחזקתו, גרסה אשר עולה בקנה אחד עם חומר הראיות שהיה מונח בפני בימ"ש קמא. נטען כי בימ"ש קמא לא נתן כלל משקל לעובדה לפיה בסמוך לאירוע הפריצה לביתה של המתלוננת היא עצמה הבחינה בדמות חשודה שעלתה לקומה השנייה של בית המגורים. נטען כי בימ"ש קמא לא נתן משקל לעובדה כי חרף צמידות הזמנים, לא נעשתה כל פעולת חקירה לנסות ולאתר את אותו אדם, קל וחומר שלא נעשתה כל פעולה לצורך גביית עדות, טביעות אצבע וכיוצ"ב. נטען כי בעדותה הראשונה מציינת המתלוננת כי היא חושדת באותה דמות בה הבחינה אולם בעדותה השנייה היא מציינת כי היא בדקה את העניין ומסתבר שמדובר בבן של עורכת דין שעלה לקומה השנייה בה ממוקמת קליניקה של קוסמטיקאית. נטען כי המשטרה סמכה ידיעה על החקירה הפרטית שבוצעה על ידי המתלוננת ונמנעה מלדרוש ולבדוק את זהותו של אותו אדם, נסיבות הימצאותו במקום בשעות הצהריים, נסיבות הגעתו לקוסמטיקאית, קיומו של עבר פלילי בעבירות רכוש, טביעות אצבע והשוואה לפריטים שנמצאו בחזקת המערער ועוד מספר רב של פעולות ששומה היה לבצען על מנת לרדת לחקר האמת, לא כל שכן על מנת להסיר צל צלו של ספק



לפיו לא היה זה אותו פלוני שפרץ לביתה של המתלוננת וגנב את הרכוש ממנו. נטען כי בימ"ש קמא שגה כאשר קבע כי מחדל זה לא היה בו די לשם העלאת ספק באשר לזהות האדם שפרץ לבית המגורים של המתלוננת. כן נטען כי פגיעה נוספת נפלה שעה שבימ"ש קמא לא מצא כי עובדת הימצאותו של אחר סמוך לבית המתלוננת במסגרת אותן דקות ספורות שזו יצאה מביתה לזרוק את הזבל וחזרה אין בה כדי להקים ולו ספק ביחס לשאלה מי נכנס לביתה וגנב ממנו.

באשר לאי חוקיות העיכוב טוען המערער כי עצירת רכבו בוצעה ללא חשד סביר המצדיק את עיכובו. נטען כי עיכובו של המערער נגרם אך ורק עקב היכרות קודמת בין השוטרים לבין המערער ולכן לא מן הנמנע כי רכבו נעצר בידי השוטרים נוכח זיהויו וזה בלבד. ההגנה מפנה לדוחות הפעולה שנערכו על ידי השוטרים שהשתתפו בביצוע העיכוב ובהמשך בביצוע החיפוש ברכבו של המערער ובמעצר - רס"ר אבי זגורי (ת/9), רס"ר ארקאן מנסור (ת/31) ורס"ר חוסיין גדיר (ת/36). נטען כי הדרישה לקיומו של חשד, יסוד סביר לחשד, מהווה תנאי בלעדיו אין לרכישת הסמכות לביצוע הפעולה של הגבלת חופש תנועתו של אדם והגבלת חירותו [סעיף 66 לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה - מעצרים), התשנ"ו - 1996 (להלן: "חסד"פ מעצרים)]. נטען כי במקרה זה לא התקיים יסוד סביר לחשד. נטען כי על פי דו"ח הפעולה של רס"ר זגורי אבי - ת/9 - המערער עוכב במסגרת פעילות יזומה, כאשר השוטר ציין בדו"ח כי הבחין ברכב המוכר לו מעבודתו במשטרה כשייך למערער וביחד אתו ישב הנאשם 2 והוא מיד סימן להם לעצור. בדו"ח הפעולה שערך השוטר חוסיין גדיר ביום 19.10.14 לאחר האירוע נרשם ששותפו זגורי הבחין ברכב ומסר שזה המערער ברכב ומיד הם סימנו להם לעצור והרכב עצר. בדו"ח הפעולה שערך השוטר ארקאן מנסור ביום 19.10.14 לאחר האירוע נרשם כי היה עם אבי זגורי וחוסיין גדיר בלבוש אזרחי וניידת סמויה ברחוב החשמל וכאשר הגיעו לרחוב החשמל 2 הבחינו במערער אשר נסע ברכב שלו ומוכר להם מתחום העבודה ונודע להם לפני זה כי הוא דרוש לחקירה. השוטר ארקאן מנסור הודיע למערער כי יש חשד לגביו כי הוא דרוש לחקירה.

לטענת המערער, כפי שעולה מדוחות הפעולה של השוטרים אבי זגורי וחוסיין גדיר, רכבו נעצר בידי השוטרים אך ורק נוכח זיהויו כמי שמוכר להם מעבודתם מבלי שהתגבש יסוד סביר לחשד כלשהו ועל אחת כמה וכמה לביצוע עבירה פלילית. נטען כי אין חולק כי המערער היה מוכר לשוטרים והם זיהו אותו על פי מראה חיצוני ואף בשמו הפרטי. כן נטען כי רק השוטר ארקאן מנסור ציין בדו"ח הפעולה שערך כי המערער היה דרוש לחקירה. נטען כי השוטר זגורי ציין במסגרת חקירתו הנגדית בביהמ"ש כי לא עצר את המערער מתוך ידיעה כי הוא דרוש לחקירה וכן לא מתוך ידיעה אודות האירוע. השוטר חוסיין גדיר ציין כי המערער נעצר במסגרת צו הבאה. נטען כי טענה זו נשמעה לראשונה בביהמ"ש ואינה מתיישבת עם הרשום בדו"ח הפעולה שערך בסמיכות לאירוע ומטרתו לתעד את האירועים כהווייתם באופן המדויק ביותר. השוטר חוסיין גדיר ציין בעדותו כי לא ציין נתון זה במסגרת דו"ח הפעולה שערך (ת/32). נטען כי השוטר ארקאן מנסור העיד בביהמ"ש ביום 4.7.16 ובמהלך עדותו ציין כי ידע שהמערער דרוש לחקירה מספר ימים לפני האירוע. עם זאת, לא ציין בשום שלב כי עילת העיכוב הראשונית נסמכה על ידיעתו כי המערער דרוש לחקירה. כפי שעולה מדו"ח הפעולה פנייתו למערער נעשתה אך ורק בשל זיהויו רכבו אשר מוכר לו מעבודתו במשטרה. לכן נטען כי יוצא שהמערער עוכב עיכוב ראשוני שלא כדין אך ורק על סמך היכרות מוקדמת בינו לבין השוטרים. נטען כי אף בדו"ח המעצר שערך השוטר ארקאן מנסור (ת/32) סעיף 3, תחת הכותרת "**העובדות ששימשו יסוד לחשד שבוצעה עבירה**" נרשם "**הנ"ל מחזיק ברכוש החשוד כי גנוב**" "**עצרתי את החשוד בחשד שעבר עבירה החזקת נכס חשוד כגנוב 413**". כלומר, לא צוין דבר בדבר היותו של המערער דרוש לחקירה ולכן נטען כי ניתן ללמוד כי החשד הסביר התגבש לאחר עצירת רכבו של המערער משהבחין השוטר ברכוש הנמצא ברכבו.



המערער טוען כי יומיים לאחר האירוע השוטרים ערכו מזכרי השלמה (ת/34). במזכר שנערך על ידי השוטר ארקאן מנסור נרשם כי מספר ימים לפני האירוע הוברר לו כי המערער חב מעצר, בניגוד מוחלט לאמור בדו"ח הפעולה שנערך על ידו בסמוך לאירוע במסגרתו נרשם כי **"נודע לנו לפני זה כי הוא דרוש לחקירה"**. כן נטען כי באותו היום במזכר אחר נרשם על ידי השוטר ארקאן מנסור (ת/33) כי השעה שבה הבחינו ברכב הייתה 14:15 ולא 14:33 כפי שצוין בדו"ח הפעולה. נטען כי גם השוטר אבי זגורי רשם מזכר לפיו רכבו של המערער נעצר בשעה 14:15, שעה שבה התקשר למשטרה על מנת לברר האם המערער דרוש לחקירה. נטען כי השוטרים ערכו מזכרי השלמה מתוך ניסיון להכשיר את העיכוב הבלתי חוקי, בדיעבד. על כן, נטען כי השוטרים עיכבו את המערער ללא כל חשד ולו חשד סביר והחשד הסביר התגבש למצער רק לאחר עצירת רכבו של המערער, שעה שהבחינו ברכוש ברכבו. נטען כי באותה עת לא היה בידי השוטרים מידע כלשהו בדבר ביצועה של עבירת רכוש או על מעורבותו בעבירה פלילית כלשהי ובעבירת רכוש בפרט. נטען כי פניית השוטרים אל המערער על מנת שיעצור את רכבו הגבילה את חירותו לנוע באופן חופשי ולו לזמן קצר ומשכך יש לראות במעשה עיכוב כהגדרתו בחוק. כן נטען כי במצב דברים זה בו לשוטרים אין כל אפשרות חוקית לעכב את המערער, קמה למערער הזכות להתנגד לעיכוב, זכות אשר לא מומשה. ההגנה סבורה כי בנסיבות אלה, משלא הוכח כי היה למי מהשוטרים יסוד לחשד כי המערער עבר או עמד לעבור עבירה פלילית, לא היה ניתן להורות על עיכובו ומדובר בעיכוב שלא כדין. ההגנה מציינת כי גם בימ"ש קמא סבר כי עיכובו של המערער היה שלא כדין וכי המזכרים שנרשמו לאחר האירוע היו כתוצאה מההבנה הנ"ל ובניסיון להכשיר את העיכוב.

באשר לאי חוקיות החיפוש טוענת ההגנה כי אין מחלוקת שבמסגרת החיפוש נמצא ברכב רכוש, בין היתר רכוש אשר נגנב מביתה של המתלוננת. נטען כי עצם העובדה שרכבו של המערער נעצר בניגוד לדין וכתוצאה מכך המערער עוכב שלא כדין, יש בכך כדי להשליך על חוקיות החיפוש ברכבו של המערער ובהמשך על חוקיות מעצרו. נטען כי אלמלא העיכוב הבלתי חוקי לא היה מתבצע חיפוש ברכבו של המערער, בגינו המערער נעצר. לכן נטען כי באם תתקבלנה טענות המערער בדבר אי חוקיות העיכוב, אזי שלא היה מקום לערוך חיפוש ברכב ועל כן היה מקום להורות על פסילת הראיות שנתפסו בעקבות חיפוש זה. ההגנה מפנה לדו"ח הפעולה שנערך על ידי השוטר אבי זגורי (ת/9) אשר ערך את החיפוש ברכבו של המערער. נטען כי ממסמך זה ניתן ללמוד הן על העיכוב הלא חוקי, הן על החיפוש הלא חוקי והן על התשאול הראשוני שנערך למערער מבלי שהוסברה לו זכותו להיוועץ בעורך דין. באשר לחוקיות החיפוש נטען כי לא היה יסוד סביר לחשד הנדרש לצורך ביצוע החיפוש ברכב, זאת לפי דו"ח הפעולה שערך השוטר אבי זגורי (ת/9), ממנו עלה כי המערער והנאשם 2 היו לחוצים ומהחלון של הרכב היה ניתן להבחין בחלקי אלומיניום ובמספרי פח ובשעון זהב גדול שהיה מונח מקדימה בסמוך לרגליים. באשר להסכמה מדעת טוענת ההגנה כי נוסח ההודעה שמסר השוטר זגורי אינו משקף את רוח הדברים שיש למסור בהתאם לפסיקה. נטען כי אף לגרסתו של השוטר זגורי הוא שאל את המערער מה יש לו ברכב בטרם הסביר לו את זכותו לסרב לחיפוש. נטען כי השוטר הסביר למערער את זכותו לסרב, גם לפי גרסתו שלו, רק לאחר שהמערער כבר השיב לשאלת השוטר.

המערער טוען כי עובר לביצוע החיפוש ברכבו בוצעה פעולה חקירתית בניגוד לדין, זאת בעקבות שאלה שהפנה השוטר זגורי (ת/9) למערער, כאשר שאל את המערער מה יש לו ברכב והמערער השיב כי זו רק פסולת. נטען כי השאלה מהווה פתיחת חקירה המחייבת את אזהרת הנחקר כי תשובתו יכולה לשמש ראיה נגדו וכי הוא חשוד בביצוע עבירה ורשאי לשמור על זכות השתיקה ולהיוועץ בעורך דין. נטען כי מדו"ח הפעולה לא משתמע כי הדברים הובהרו למערער. לכן נטען כי עצם התשאול מהווה פגיעה מהותית בהליך ההוגן. כן נטען כי בהעדר מידע מוגדר המצדיק חקירה של חשד ביחס לעבירות קונקרטיים, לא היה לשוטר סמכות לתחקר או לתשאל את המערער. נטען כי ניסיונו של השוטר לדלות



מהמערער אינפורמציה כללית לגבי ביצוע עבירות יש בה משום פגיעה בוטה בזכויות הפרט ופעולה בחריגה מסמכות מצד השוטר זגורי. נטען כי מדובר בסיטואציה חקירתית ברורה והתנהגות השוטר משוללת בסיס חוקי, יש בה פגיעה בזכויות הפרט וניצול המעמד והתפקיד שלא למטרות הקבועות בחוק ואין ליתן לה יד. נטען כי אין מדובר בפגם נקודתי קצר, אלא בסדרה מתמשכת של פגמים, שכולם משמעותיים ויורדים לשורש זכויותיו של המערער. נטען כי ככל שהפגיעה עמוקה ויורדת לשורש הזכויות הבסיסיות של הפרט ויש בה פעולה בחוסר סמכות, המעשים מחייבים תוצאה אופרטיבית. נטען כי לכך יש להוסיף את העובדה שאלמלא אותם פגמים שהביאו לעצירת הרכב והחיפוש בו לא היה נתפס הרכוש. ההגנה סבורה כי ההליך ההוגן נפגע באופן משמעותי, באופן המצדיק את פסילת השאלה והתשובה, וכן מצדיק קביעה שהעיכוב נעשה שלא כדין וכן החיפוש שנעשה היה בלתי חוקי והממצאים אינם קבילים.

בנוסף, מפנה המערער לראיות וטעמים שצריכים היו להביא, לטענתו, לזיכוי, גם בהתעלם מרמיסת הזכויות כפי שפורטה. נטען כי עדותו של המערער הייתה קוהרנטית, רצופה ואמינה. נטען כי תיאר את כל שארע ללא ניסיון להפחית מחלקו שלו או חלקם של אחרים. נטען כי המערער ציין כי ביום האירוע נפגש עם הנאשם 2 בשכונת הדר בחיפה וביחד עלו לכרמל על מנת לאסוף מתכות, ברזל וכדומה. המערער ציין כי הוא והנאשם 2 נפרדו והלכו לכיוונים שונים וכך למעשה מציין נאשם 2 בעדותו. המערער ציין כי במסגרת ניסיונותיו לאתר מתכות הבחין בשקית המונחת מתחת לעשביה, הבחין כי יש בשקית שעון, לקח את השקית והלך לכיוון הרכב. המערער ציין כי לא פתח את השקית ולא בדק את תכולתה. בנוסף לשקית זו נמצאו על ידי הנאשמים מתכות אותן התכוונו למכור באותו היום בחוף שמן.

לגבי גרסת המתלוננת, אשר העידה בביהמ"ש ביום 9.2.16, נטען כי במסגרת חקירתה הראשית הוצגו לה הפריטים שנגנבו מביתה. חלק מהפריטים זוהו על ידיה וחלקם לא (ת/2 עמ' 2 ש' 34). בעדותה ציינה כי ביום ההתפרצות ראתה את מכשיר הטלפון שלה לאחרונה בין השעות 10.00 - 11.00, כאשר בשעה 15.30 קיבלה שיחת טלפון מביתה אשר הודיעה לה כי פרצו לביתה וגנבו את מכשיר הפלאפון. נטען כי מכך למדים כי לא ניתן לקבוע שמכשיר הפלאפון נגנב בזמן שהמתלוננת יצאה מביתה אל פח האשפה, אלא שמדובר בחלון זמנים רחב יותר, החל מהשעה 10.00 - 11.00, כאשר ראתה אותו ויזואלית לאחרונה עד השעה 15.30, עת קיבלה את שיחת הטלפון. נטען כי בהמשך, כאשר התבקשה לאשר את דבריה לפיהם לא ראתה את המכשיר במשך מספר שעות במהלך היום, ציינה כי ראתה אותו כל הזמן על השולחן, זאת בניגוד לאמירתה במשטרה כי ראתה את הטלפון לאחרונה בשעה 10.00 - 11.00 (ת/2 עמ' 2 ש' 20). נטען כי מכך ניתן ללמוד כי לא היה למתלוננת קשר עין עם מכשיר הטלפון בין השעות 10.00 - 11.00 ולא ניתן לשלול כי ההתפרצות לביתה התרחשה בכל זמן נתון. נטען כי בחקירתה במשטרה ציינה המתלוננת כי קיבלה את הלקוחה בשעה 10.00 בבוקר (ת/1 עמ' 2 ש' 3), אך בחקירתה הנגדית ציינה כי הלקוחה הגיעה בשעה 08.30 לערך עד 11.00. נטען כי גם אם גרסתה זו מתיישבת עם המציאות ולוח הזמנים, יש בכך כדי לסתור את גרסתה כי ראתה את מכשיר הפלאפון שהיה מונח על השולחן בפינת האוכל עד לשעה 11.00, כאשר בזמן זה שהתה עם הלקוחה במספרה. נטען כי המתלוננת אף ציינה כי ניתן לראות את פינת האוכל אך ורק דרך דלת המספרה, כך שהסבירות שראתה את מכשיר הטלפון בזמן זה נמוכה. בנוסף נטען כי המתלוננת נשאלה האם ברגע שהלקוחה הגיעה הן הלכו למספרה והשיבה "כן בעניינים שלנו" וכן אישרה כי במשך שעות לא יצאו מהמספרה. נטען כי המתלוננת לא יודעת לומר כיצד הגיעה הלקוחה אל המספרה ומציינת כי הלקוחה מגיעה לרוב במונית, אך היא לא ניגשה לראות ולא שוללת אפשרות שהגיעה בליווי בן משפחה.

עוד נטען שהמתלוננת מציינת כי מיד בסיום הטיפול בלקוחה החלה בניקיון הבית וסיימה בשעה 13.30 לערך. ציינה כי



יצאה מביתה על מנת לזרוק את האשפה וזו למעשה הפעם היחידה שיצאה מביתה. נטען כי המתלוננת אף מציינת כי על מנת להגיע לפח האשפה עליה לעבור בשביל שמוביל מביתה לפח האשפה, כאשר בשלב זה לא הבחינה באדם כלשהו הולך לכיוון הבית שלה, כך גם בדרך חזרה, כאשר פניה לכיוון הכניסה לבית. כן נטען כי המתלוננת מאשרת כי בזמן שהשקתה את הגינה הייתה מצויה בקשר עין עם פתח המבנה, כך שלמעשה קשר זה נותק למספר דקות בזמן ההליכה אל פח האשפה. נטען כי מדובר בהליכה קצרה של 2-3 דקות. נטען כי במהלך חקירתה החוזרת של המתלוננת נשאלה האם בזמן שהשקתה את הגינה יצרה קשר עין עם הכניסה לבית והיא השיבה כי היא יכולה לראות אם מישהו נכנס אבל אינה מתייחסת לכל מי שנכנס. נטען כי המתלוננת אף חזרה ואישרה כי כשפניה לכיוון הכניסה היא רואה את מי שנכנס. נטען כי המתלוננת מאשרת כי כשחזרה מפחי האשפה כאשר מבטה פונה לעבר הכניסה לבית הבחינה באדם עולה לקוסמטיקאית, אך שללה אפשרות כי אותו אדם ביצע את ההתפרצות לביתה. נטען כי במסגרת עדותה במשטרה, שם נשאלה האם היא חושדת במישהו מיד השיבה כי היא חושדת באותו בחור שעלה במדרגות. נטען כי המתלוננת מציינת כי יש שתי כניסות לבניין, כאשר הפורץ למעשה יכול היה להיכנס מהכניסה השנייה ולעלות אל הקוסמטיקאית. נטען כי בהמשך החקירה ציינה המתלוננת כי בירור שערכה עם שכנתה הקוסמטיקאית העלה כי מדובר בקליינט שלה ולכן אין סיכוי שמדובר במי שפרץ לביתה. עם זאת, המתלוננת לא ידעה לומר האם שוחחה על כך עם הקוסמטיקאית עובר למסירת העדות או לאחריה כך שלמעשה לא ניתן לומר האם החשד נשלל על ידה מלכתחילה. ההגנה טוענת כי די בבחינת עדות המתלוננת על מנת להבין כי עולה ספק באשר לזהות הפורץ, אשר יתכן והיה מוסר אם המשטרה הייתה מבצעת פעולות חקירה הכרחיות על מנת להביא למיצוי החקירה והגעה אל חקר האמת.

עוד טוען המערער כי מחדלי החקירה בתיק זה הביאו לפגיעה חמורה בהגנתו וכשלעצמם מצדיקים להורות על זיכוי, לכל הפחות מחמת הספק. נטען כי המשטרה לא בדקה ומיצתה כיווני חקירה חלופיים אשר בסופו של יום יכלו להביא לזיכוי של המערער מהעבירות המיוחסות לו. נטען כי מדובר במחדלים שקיפחו את יכולתו להתגונן, להתמודד עם חומר הראיות המפליל ולהוכיח את גרסתו. ההגנה מצביעה על מחדלי חקירה המתייחסים לגביית עדויות נוספות, איסוף ראיות וכדומה. בין היתר, צילום ותייעוד דרכי הכניסה/גישה לבניין מגורי המתלוננת - צולמה רק כניסה אחת כאשר קיימת כניסה נוספת; טביעות נעליים בזירה שלא נעשה ניסיון לאתרן; המשטרה לא פעלה לתפיסת מצלמות אבטחה למרות שהמתלוננת מתגוררת בסמיכות לספריה עירונית; הקוסמטיקאית המתגוררת בקומה השנייה בבניין של המתלוננת, אשר קיבלה במהלך היום לקוחות בביתה, לא נחקרה וגם לא הלקוחות שזומנו לשעות הרלוונטיות; לא נעשתה פעולת חקירה מתבקשת על מנת לברר מיהו האדם שעלה אל קומת הקוסמטיקאית ונצפה על ידי המתלוננת עולה במדרגות לקומה השנייה; המשטרה ביצעה הובלה והצבעה למערער במהלכה הצביע המערער על המקום ממנו נלקחו הפריטים, כאשר באותו מקום אף נמצאו חפצים נוספים, אך חפצים אלה לא נלקחו ולא נבדקו; לא נחקרה הלקוחה שהמתלוננת קיבלה בביתה ביום האירוע.

המערער טוען כי המשטרה נמנעה מלבצע פעולות חקירה או שלא ביצעה אותן כראוי או במלואן ולכן קיים קשר ישיר בין הפגם שנפל בעבודת המשטרה לבין קיפוח הגנתו. נטען כי במקרה זה הספק במשפט הפלילי פועל לטובת המערער ולכן יש להניח לטובתו את ההנחה העובדתית הטובה ביותר עבורו, קרי, שאדם אחר ביצע את הכניסה והגניבה מביתה של המתלוננת והרכוש שנתפס באמתחתו הינו רכוש שנמצא מונח במקום עליו הצביע במסגרת ההובלה וההצבעה שבוצעה במהלך החקירה המשטרית. נטען כי מכלול מחדלי החקירה פועל לטובת המערער במובן זה שעדים שלא נחקרו, יש להניח את האפשרות שאם היו נחקרים, היו תוצאות החקירה לטובתו של המערער, באופן שהיה בממצאים



בכדי לתמוך בגרסתו ועל כן עצם הימנעות המשטרה לאסוף ראיות שהיו בשליטתה וכן לחקור עדים נוספים ורלוונטיים מעוררת ספק סביר וספק זה עתיד לפעול לטובת המערער. נטען כי למרות שבימ"ש קמא קיבל את מרבית טענות ההגנה לעניין העיכוב, התשאול והפגיעה בזכות ההיוועצות של המערער, בסופו של יום קבע בימ"ש קמא כי יש מקום להרשיע את המערער בעבירות המיוחסות לו. כן נקבע כי המערער לא סתר את החזקה התכופה ולא הצליח לעורר ספק סביר בדבר אשמתו, זאת למרות שהוצגו לבימ"ש קמא מחדלי חקירה אשר מעצם קיומם יוצרים ספק ולו סביר המצדיק את זיכוי.

לטענת המערער, בימ"ש קמא קבע כי לא מן הנמנע שרכבו של המערער נעצר בידי השוטרים נוכח זיהויו של המערער המוכר לשוטרים מעבודתם ודחה על הסף את טענת השוטר ארקאן מנסור לפיה עיכב את המערער נוכח היותו דרוש לחקירה. נתון זה לא צוין על ידי השוטר ארקאן אף לא בדו"ח המערער שערך. עוד נקבע כי יומיים לאחר האירוע צו באורח פלא מזכרי השלמה שערכו השוטרים כאשר ברור כי האמור בהם אינו מתיישב עם העולה מדוחות הפעולה שנערכו בסמוך לאירוע. נטען כי נקבע כי על פני הדברים נראה כי חוקיות מעצר הרכב ועיכובו של המערער נעשו בניגוד להוראות החוק ובימ"ש קמא ביקר את התנהלות המשטרה אשר ניסתה ליצור עילה מוצדקת לעצירת הרכב. בימ"ש קמא ציין כי גרסת השוטרים היא גרסה כבושה ואין לה זכר בדוחות שנערכו על ידי השוטרים. נטען כי בסופו של יום קבע בימ"ש קמא כי לא שוכנע במידה הדרושה כי ההוראה שניתנה למערער לעצור בצד הדרך ניתנה בעטיו של חשד ממשי ולא מן הנמנע כי ההוראה ניתנה עקב היכרות קודמת בין השוטרים לבין המערער. נטען כי בימ"ש קמא אף קבע כי התשאול הראשוני שנערך למערער נעשה בניגוד להוראות החוק שעה שהמערער לא הוזנה כי הוא חשוד בביצוע עבירה, לא הוקראו לו זכויותיו, לא צוין בפניו כי זכותו לשתוק ואף לא כי זכותו להיוועץ בעורך דין. בימ"ש קמא אף דחה את הטענה כי התשאול שנערך למערער היה חלק בלתי נפרד מהחיפוש ברכב. נטען כי בימ"ש קמא ציין כי לדידו הפגמים בהשגת הראיה נוגעים להליך שקדם לחיפוש ולהליך שלאחר החיפוש. ההגנה סבורה כי די בכך שביהמ"ש קמא התחבט בשאלה מהי התוצאה האופרטיבית של שרשרת פגמים זו על מנת להמחיש את משמעות הפגיעה בזכויותיו של המערער אשר בסופו של יום הובילה לקיפוח הגנתו.

באשר לקביעותיו של בימ"ש קמא לעניין הספק הסביר טוען המערער כי בימ"ש קמא ייחס משקל רב לכך שבחקירתו במשטרה לא ציין המערער כי הרכוש נמצא מתחת לשיח בחיפוש אחר ברזל ומתכת וכי טענה זו לא נאמרה לשוטרים. נטען כי גרסה זו הועלתה על ידי המערער בהזדמנות הראשונה שעה שיצא לבצע הובלה והצבעה במסגרת החקירה ולפני שנחשף לראיות במסגרת ניהול ההליך ולכן לא ניתן לומר כי מדובר בגרסה כבושה. נטען כי אף בשלב העיכוב והחיפוש ציין המערער בפני השוטרים כי מדובר בפסולת שמצא. לכן נטען כי גם אם המערער לא ציין בפני השוטרים גרסה מלאה, לא ניתן להתעלם מהעובדה כי בסופו של יום המערער דבק בגרסתו כי מדובר בפסולת כבר בשלב ראשוני זה. נטען כי המערער נחקר בזמן שאינו חש בטוב ומבלי שהוסברו לו זכויותיו להיוועץ בעורך דין ולכן היה מקום לפסול הודעה זו ולחילופין לייחס לה משקל נמוך וכך באשר לגרסתו הראשונית במשטרה. נטען כי בימ"ש קמא בחר שלא ליתן אמון בעדות המערער, בין היתר בשל העובדה כי הרכוש נמצא על ידו ברחוב סואן ולכן כיוון שאין מדובר במקום שיש בו פחים או כניסות קשה להעריך שבמקום ניתן למצוא כלל מתכות שכן לא מדובר באזור של פחי זבל. נטען כי גם לגרסת המערער וגם לגרסת השותף, הם תרו אחר מתכות ופסולת באזור הכרמל. נטען כי עצם העובדה כי מדובר באזור מיושב ומאוכלס בשונה מאזורי תעשייה, אין בה כדי לשלול כי הגיעו למקום זה על מנת לאסוף פסולת.

המערער טוען כי בימ"ש קמא הוסיף וציין כי אין לייחס מהימנות לטענת המערער לפיה הרכוש כולו היה בשקית אחת



שלא היה מודע לתכולתה. עוד ציין כי ממיקומו של השותף, כפי שהצביע במהלך ההובלה וההצבעה, יש להסיק כי היה צריך לראות את המערער מחפש מתחת לשיח כשהשעון הגדול בידיו, ומשזה לא קרה, יש בכך כדי להשליך על מהימנות גרסת המערער. נקבע כי גרסת המערער לפיה אדם אחר הוא שנכנס לבית המתלוננת והסליק את הרכוש אינה מהימנה וסבירה. נטען כי בימ"ש קמא פירט את מחדלי החקירה אך ציין כי אנשי החקירות לא התעלמו לחלוטין מגרסת המערער וביצעו עמו הובלה והצבעה על מנת להתחקות אחר אמיתות גרסתו. בימ"ש קמא סבר כי לאחר בחינת ה"יש" הראייתי די בו ולכן לא כל מחדל חקירתי יוביל לזיכוי. ההגנה סבורה כי דווקא ה"אין" מכרסם באופן מהותי במשקל ה"יש" ולכן היה על בימ"ש קמא להורות על זיכוי של המערער. נטען כי בימ"ש קמא נקט בדרך של היפוך נטל הראיה. נטען כי המערער הציג בפני בימ"ש קמא אפשרות נוספת, ממנה עולה מסקנה אפשרית אחרת מלבד המסקנה המרשיעה, אשר זוכה לאחיזה בחומר הראיות. נטען כי די בשלל סימני השאלה, התהיות ומחדלי החקירה שהוצגו בפני בימ"ש קמא על מנת להציג אפשרות חלופית אחרת ולהעלות ספק סביר ביחס לאישומים שיוחסו למערער.

המערער טוען כי למצער, אם לא די בכל אלה כדי להורות על זיכוי, יש להורות על זיכוי מחמת הספק. נטען כי קיומם של ספקות רבים באשר להתרחשות האירוע, זהות האדם שנכנס לבית המתלוננת, עיתוי הכניסה לביתה ונטילת החפצים וכדומה מובילים למסקנה כי קיים קושי לקבוע האם ניתן להרשיע את המערער אך ורק על סמך הראיות שהיו בפני בית המשפט. נטען כי המתלוננת בחקירתה במשטרה ובעדותה בבימ"ש מציגת כי במהלך היום שהתה בביתה, למעט בשלב בו יצאה מהבית לפחי האשפה, פרק זמן שלא יעלה על מס' דקות. כן היא מאשרת כי עם סיום מלאכת השטיפה, לפני שיצאה מהבית לפחי האשפה, הבחינה באדם גבוה ורזה עולה במדרגות לבית בקומה השנייה, וככל הנראה לקוסמטיקאית המתגוררת בקומה זו. נטען כי המשטרה בחרה שלא לגבות עדות מהקוסמטיקאית באשר לזהות האדם ומעשיו וכן לא גבתה את פרטי הלקוחה שהגיעה אל המתלוננת כדי לתשאל אותה ולברר מי היה בקרבת מקום בזמן זה ולשלול את האפשרות שאדם אחר ביצע את העבירות. נטען כי המשטרה לא תרה אחרי מצלמות אבטחה בקרבת מקום. על כן, נטען כי לא ניתן לשלול את האפשרות שהגניבה בוצעה על ידי אדם אחר וכך עולה גם מעדות המערער לפיה ביום האירוע מצא שקית מתחת לעצים בסמוך לבית המתלוננת. נטען כי ראיות התביעה מבוססות בעיקרן על חזקה תכופה לפיה הרכוש הגנוב נמצא בחזקת המערער, על אף שהמערער מסר בו במקום גרסה מספקת ומשכנעת אשר יכולה וצריכה להחזיר את נטל ההוכחה לידי התביעה. נטען כי התביעה לא הוכיחה את אשמת המערער מעבר לספק סביר בנסיבות העניין ולכן יש לזכות את המערער ולו מחמת קיומו של ספק.

טענות המשיבה:

המשיבה טוענת כי בימ"ש קמא קבע שלא מן הנמנע שרכבו של המערער נעצר בידי השוטרים בשל העובדה שהם זיהו אותו והכירו אותו מכוח עבודתם ולכן עיכבו אותו. נטען כי בימ"ש קמא קבע כי הוא סבור שיש פגם מסוים בעיכוב הראשוני, אך בהמשך נקבע שלמרות הפגם הזה, לא כל פעולה שלא כדין אמורה להביא לפסילת הראיה שהושגה ובית המשפט אמור לעשות איזונים בין עוצמת הפגם ובין טיב הראיה שנתפסה ומשמעות פסילתה בבחינת האינטרס הציבורי. נקבע שבמקרה הזה באיזון בין האינטרסים, אי החוקיות אשר דבקה בעיכוב איננה קיצונית ומדובר באי חוקיות מינורית ולכן אין בכך כדי להצדיק את פסילת העיכוב ופסילת תוצרי החיפוש.

נטען כי בימ"ש קמא קבע כי החיפוש עצמו היה כדין. הבעיה לשיטת בימ"ש קמא היא רק בעיכוב הראשוני. נטען כי בימ"ש קמא הוסיף שאמנם השוטרים עצרו את המערער קודם כל כי זיהו אותו ממעורבותו באירועים קודמים, אבל



הובר גם בדיעבד שהוא חב מעצר והוגש לביהמ"ש ת/35 המעיד על כך שהוא חב מעצר והוכרז כחב מעצר כבר ביום 17.9.14. הכרזה זו הייתה בתוקף בזמן העיכוב. לכן השוטרים היו זכאים לעכב אותו. השוטר ארקאן אמר למערער שהוא דרוש לחקירה. הנאשם 2 העיד על כך ואישר את הנתון הזה. לכן נטען כי יש בכך כדי לרפא את הפגם בעניין העיכוב, שכן הוא היה דרוש לחקירה בתיקים אחרים. בימ"ש קמא בסופו של דבר החליט לא לפסול את תוצרי החיפוש וקבע שהחיפוש היה כדין ומה שנמצא בחיפוש, כל הרכוש הגנוב, מהווה ראיה.

המשיבה טוענת כי הראיה המרכזית הקושרת את המערער הם הדברים הגנובים שנמצאו ברכבו, מפוזרים במקומות שונים ברכב, ומדובר בחזקה תכופה. הרכוש הגנוב נמצא ברכבו זמן קצר לאחר שהדברים נגנבו מביתה של המתלוננת והנטל המוטל להפריך את החזקה הוא על המערער. נטען כי המערער מסר גרסת "בדים" כאשר טען שמצא את הרכוש הגנוב מתחת לשיח כאשר הגיע לחפש ברזל ואלומיניום. בימ"ש קמא קבע שצפה בשחזור ומדובר במקום סואן, גם מידעה אישית של ביהמ"ש, ולא נהוג למצוא שם שברי ברזלים ואלומיניום. נטען כי גרסת המערער מופרכת לחלוטין, אין שום הגיון למצוא תכשיטים ופלאפון זרוקים מתחת לשיח. גם הפלאפון של המתלוננת נמצא ברכב ואין הגיון בגרסה שמישהו אחר נכנס לדירת המתלוננת, גנב את הרכוש ולאחר מכן במקום להימלט עם הרכוש, זרק אותו מתחת לשיח. בימ"ש קמא לא האמין לגרסתו של המערער שאינה הגיונית ואינה סבירה וקבע שהיא אינה מהימנה. מדובר ברכוש גנוב שנמצא אצל המערער זמן קצר לאחר הגניבה והגרסה לפיה מישהו אחר גנב את זה, זרק והמערער הצליח למצוא את זה ולנסוע מקרית ספר עד לרחוב החשמל בזמן כה קצר הינה מגוחכת.

נטען כי באשר לאותו בחור שעלה אל הקוסמטיקאית בימ"ש קמא התייחס לכך וקבע שניתן היה לחקור אותו אבל מדובר במחדל זניח לעומת היש הראייתי - הרכוש הגנוב שהתגלה בחזקת המערער שעה לאחר האירוע.

עוד נטען כי אין פה עניין של פן כמותי מכיוון שמדובר בדברים שונים. נטען כי לגבי העיכוב הראשוני והשאלה אם הוא כדין או לא, בימ"ש קמא קבע כי גם אם העיכוב לא כדין, באיזון הכללי האינטרס הציבורי גובר על כך. נטען כי בימ"ש קמא עשה את האיזונים וקבע שהאינטרס הציבורי גובר ומדובר בפגם מינורי, כיוון שהמערער היה דרוש למערער והשוטרים עצרו אותו בין היתר כי היה דרוש למערער והם זיהו אותו. נטען כי בימ"ש קמא קבע שיש פגם בעיכוב, אך המשיבה סבורה שאין פגם בעיכוב, בין היתר בגלל שהמערער היה דרוש למערער וזה מרפא את הפגם, גם אם הוא קיים. לכן לא נפסל העיכוב ולא תוצרי החיפוש.

המשיבה טוענת כי החזקה התכופה היא קלאסית ומהירה מאוד וההסבר שנתן המערער הוא מופרך. נטען כי בימ"ש קמא לא התעלם מהפגם בעיכוב, אך בחר לא לפסול את הראיות ואין כל טעות בפסק הדין. נטען כי לגבי התשאל בשטח ואי האזהרה בימ"ש קמא לא קבע כי מדובר בפגם. נטען כי בימ"ש קמא אמר שיש פגם מסוים בתשאל, אבל במכלול האיזונים הפגם המיזערי אינו גובר על האינטרס הציבורי לכך שנתפס רכוש גנוב של המתלוננת מפוזר בחלקים שונים של הרכב. כן נטען כי בכל הנוגע לתשאל בימ"ש קמא קבע כי נוכח גרסת המערער לא נפגעו זכויותיו באורח המצדיק את פסילת הדברים שכן לא הייתה בהם הודיה בביצוע העבירות.

דין והכרעה:



לאחר שבחנתי את טענות הצדדים, את הכרעת דינו של בימ"ש קמא ואת תיק בימ"ש קמא, אציע לחברי להרכב לקבוע כי המשיבה לא עמדה בנטל המוטל עליה להוכיח את אשמתו של המערער מעבר לכל ספק סביר, וזאת בנוגע לעבירות הגניבה והכניסה למגורים/תפילה לבצע עבירה. לאור זאת, סבורני כי עלינו להורות על זיכוי של המערער מעבירות הגניבה והכניסה למגורים/תפילה לבצע עבירה. בכל הנוגע לעבירות נהיגה ללא רישיון נהיגה ונהיגה ללא פוליסת ביטוח לא הייתה מחלוקת לפיה המערער נעדר רישיון נהיגה ולכן גם פוליסת ביטוח המכסה את נהיגתו. על כן, סבורני כי המערער הורשע בדיון בעבירות אלה ויש להותיר הרשעתו בעבירות אלה על כן.

בטרם אפרט עמדתי ראוי לציין כי ב"כ המערער אינו מבקש להתערב בקביעות מהימנות ובממצאים עובדתיים של בית משפט קמא, מסוג אלו שערכאת הערעור אינה מתערבת בהם. טענותיו של המערער הן בעיקרן שתיים:

הטענה הראשונה - כי מכלול הראיות, גם לאחר שהוכשרו, אינו מבסס את הוכחת אשמתו של הנאשם במידה הנדרשת בהליך הפלילי, מעבר לספק סביר. כל זאת מאחר ולא בוצעו פעולות חקירה ולא נאספו ראיות שהיה על המאשימה לאסוף. לטענת ב"כ הנאשם, מחדלי חקירה אלו מעוררים ספק סביר באשמתו של המערער, באופן המצדיק זיכוי.

הטענה שניה - שאינה טענה משנית, היא כי במהלך החקירה קופחו זכויותיו הדיניות של המערער באופן שצריך היה להוביל אל המסקנה כי ראיות שנאספו, ושעל בסיסן הורשע הנאשם, אינן קבילות. זאת מהטעם שראיות אלו נאספו תוך פגיעה בזכויות מהותיות של הנחקר/המערער. מובן כי אם מתקבלת הטענה השנייה החסר בראיות, המבסס את טענת הספק הסביר עקב מחדלי חקירה, מתעצם.

כפי שאבהיר, הטענות בבית משפט קמא, כמו גם בפנינו, התארכו והתמקדו בסוגיות משפטיות מעניינות של חוקיות פעולות חקירה ופגיעה בזכויות נאשם. סוגיות אלו ראיות לדיון ואתיחס אליהן בהמשך. אלא שלטעמי, גם בהנחה שלא נפלו פגמים חוקתיים בהליך איסוף הראיות, גם אז יש לזכות את הנאשם מהעבירות שיוחסו לו בכתב האישום.

אבהיר להלן ואדון בשתי הטענות כסדרן.

מחדלי החקירה בהתייחס לעצם הראיות שנאספו:

אין חולק כי הממצא העובדתי העיקרי המבסס את הרשעתו של המערער במיוחס לו הוא החזקה התכופה ברכוש הגנוב שנתפס ברכבו זמן קצר לאחר שנגנב. לחזקה התכופה מצטרפות גרסאות המערער שהיו בלתי אמינות, לגישתו של בית משפט קמא, וגרסתו של הנאשם 2 לפיה המערער והוא נפרדו ולאחר זמן מה חזר המערער כשבדידו השעון שנמצא ברכבו. השאלה שיש לבחון היא האם די באלו כדי לבסס את הרשעתו של המערער בעבירות של כניסה למגורים לשם ביצוע גניבה, עבירה לפי סעיף 406(א) לחוק העונשין + עבירה של גניבה לפי סעיף 384 לחוק העונשין. סבור אני כי התשובה לשאלה זו שלילית.

כאמור, אין חולק כי הרכוש שנגנב מדירת המתלוננת אותר ברכבו של הנאשם, זמן קצר לאחר שנגנב. הגם שנאשם 2



העיד כי ראה את המערער מביא את השעון, לא העיד כי ראה את הרכוש הגנוב מובא ע"י המערער. המערער מסר כי מצא את הרכוש שנגנב. לעניין זה מסר גרסאות שאינן אחידות. מכאן שניתן ליחס לו, על פי הודאתו, את עצם הכנסת הרכוש הגנוב לרכב.

השאלה היא אם מכאן ניתן לבסס את הרשעתו בעבירות שיוחסו לו, שעניין בעצם הכניסה לבית דירת המתלוננת וביצוע הגניבה. יצוין כי במהלך הדיון ביקשה המאשימה כי המערער יתגונן גם בפני הרשעה אפשרית בעבירות לפי סעיפים 411 (קבלת נכסים שהושגו בפשע), 412 (קבלת נכסים שהושגו בעוון) או 413 (החזקת נכס חשוד כגנוב) לחוק העונשין. אלא שטענה זו נזנחה, לרבות בסיכומי המאשימה. ממילא הנאשם לא התגונן בפני הרשעה בעבירות אלו. בית משפט קמא לא דן, בהתאם, בשאלת הרשעתו בעבירות אלו.

מכאן שהשאלה שיש להכריע בה היא האם ניתן לקבוע, ברמה שמעבר לספק הסביר, וזאת על בסיס הראיות שהוצגו בפני בית משפט קמא (בהתעלם משאלת קבילותן) כי הנאשם הוא זה שנכנס לדירת המתלוננת וביצע את הגניבה. סבור אני, בכל הכבוד, כי התשובה לשאלה זו שלילית.

כפי שצוין, המתלוננת הבחינה באדם זר העולה במדרגות הבית בעת שיצאה את הבית כדי להשליך את האשפה. הצדדים דנו ארוכות בשאלה מדוע לא נבדקה זהותו של אותו אדם. כפי שצוין, המתלוננת בררה ומצאה כי האדם שעלה במדרגות הוא לקוח של קוסמטיקאית העובדת בקומה שמעל דירת המתלוננת. זהותו של אותו לקוח (הבן של עורכת הדין) לא נבדקה כלל. כמו כן לא נבדקו אפשרויות של כניסת אדם אחר לבניין מכניסה אחרת. כל אלו עלו בדיונים בבית משפט קמא.

ואולם מחדל החקירה העיקרי לא נדון, לא הועלה ע"י הצדדים ולא ניתן לו הסבר סביר ע"י גורמי החקירה. לא הובהר מדוע לא נערך מסדר זיהוי במסגרתו ניתן היה לבחון האם המתלוננת מזהה מי מהנאשמים כאדם שנכנס לבית המגורים. לא נטען כי הייתה מניעה לבצע מסדר זיהוי שכזה ומשלא בוצע מסדר זיהוי (אנושי או לחילופין מסדר זיהוי תמונות) קמה לזכותו של המערער ההנחה כי אם היה מתבצע מסדר זיהוי הייתה המתלוננת שוללת את זיהויו כמי שראתה נכנס לבניין.

בנסיבות אלו סבור אני כי לא ניתן לשלול את האפשרות כי אדם אחר, בין אם נאשם 2 או אדם שלישי שזהותו עלומה, הוא זה שביצע את הכניסה לדירה וגניבת הרכוש שהועבר מאוחר יותר לידי של המערער. המאשימה התמקדה בבית משפט קמא, כמו גם בפנינו, בשלילת גרסת המערער כי מצא את הרכוש שנגנב. הטיעון, כפי שהוצג, הוא שאם נשללת גרסת המציאה של הרכוש המסקנה המשפטית היא כי הנאשם/המערער הוא זה שנכנס לדירה וביצע את הגניבה. גרסה זו, על פניה, אינה האפשרות היחידה, זאת גם אם גרסת הנאשם נמצאת כבלתי אמינה. המאשימה לא ביקשה להרשיע את המערער מכוח דיני השותפות בביצוע הגניבה באופן שאדם אחר הוא זה שגנב את הרכוש מהדירה והעביר את הרכוש לידי. ממילא המערער לא התגונן מפני חלופה זו של האשמה. בנסיבות אלו סבור אני כי יש יותר מספק סביר בכל הנוגע לקביעה כי המערער הוא זה שנכנס לדירה וביצע את מעשה הגניבה. ונזכיר, כי גם כאשר מבוססת הרשעה על חזקת החזקה התכופה הרי ש"**על פי חזקה זו, אדם שנמצאים ברשותו טובין גנובים זמן קצר לאחר שנגנבו יוחזק כמי שגנב אותם, או למצער קיבל אותם לרשותו בידועו שהם גנובים**" [רע"פ 2653/15 משה אברהם נ' מדינת ישראל (12.8.2015)] (ההדגשה הוספה. ר.ש.). מכאן שאין די לבסס את הרשעת המערער בכניסה לדירה



וגניבה ממנה רק מכוח החזקה התכופה, וכאמור, חלופה אחרת לא נטענה ע"י המאשימה.

נזכיר כי הוראת סעיף 34כב' לחוק העונשין, שכותרתו 'נפקותו של ספק', מורה כי: (א) **"לא יישא אדם באחריות פלילית לעבירה אלא אם כן היא הוכחה מעבר לספק סביר"** (ב) **"התעורר ספק סביר שמא קיים סייג לאחריות פלילית, והספק לא הוסר, יחול הסייג"**. הכלל הוא, למן תיקון מספר 39 לחוק העונשין, כי די לו לנאשם לעורר ספק סביר, והנטל חוזר אל התביעה לעשות להסרת הספק על מנת להביא להרשעתו של הנאשם [ראו דברי ההסבר להצעת חוק העונשין (חלק מקדמי וחלק כללי), התשנ"ב - 1992, ה"ח 2098, 134. ראו גם: ע"פ 4784/13 ניר סומך נ' **מדינת ישראל** 18.2.2016, פסקה 92]. הדרישה להוכחה מעבר לספק הסביר נועדה גם להגן על אמון הציבור בהגנותו של ההליך הפלילי והיא פועל יוצא של עקרון בעל אופי חוקתי הנגזר מזכות היסוד של האדם לחירות אישית (סעיפים 1 ו- 5 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו). והנטל על התביעה להוכיח אשמה פלילית מעבר לספק סביר הוא אמצעי ראשון במעלה להתמודד עם החשש להרשעת שווא אשר עלולה לשלול מאדם שלא כדין את חירותו ואת שמו הטוב [ע"פ 2697/14 **ניסים דוד חדאד נ' מדינת ישראל** (6.9.2016), פסקה 12 לפסק דינו של כב' השופט מזוז].

במקרה שבפנינו, אי קיומו של מסדר זיהוי, ביחד עם הימנעות מבדיקת זהותו של אותו אדם נוסף שנכנס לבית מגורי המתלוננת, וההימנעות מבדיקת האפשרות שאדם אחר נכנס לבנין מהכניסה השנייה, ואף הימנעות מבדיקת שני מכשירי טלפון שנראו (וצולמו) בסמוך לשיח שלידו מצא המערער את הרכוש (לטענתו), כאשר אלו לא נתפסו ולא נעשה ניסיון לאתר טביעות אצבע עליהם, כל אלו מהווים מחדלי חקירה המעלים ספק סביר בכל הנוגע לקביעה כי הנאשם הוא זה שנכנס לדירה וביצע את הגניבה.

לענין מחדלי החקירה נזכיר כי: **"כידוע, עובדת קיומו של מחדל חקירה אין בה, כשלעצמה, להביא לזיכויו של נאשם. השאלה אותה נדרש בית המשפט לבחון היא האם מחדלי החקירה מקימים חשש כי הגנתו של הנאשם קופחה, מכיוון שנוצר לו קושי להתמודד עם חומר הראיות נגדו או להוכיח את גרסתו שלו (ראו: ע"פ 4226/11 אבו חדיר נ' מדינת ישראל, פסקה נב (15.2.2016) [פורסם בנבו]; ע"פ 5373/12 אבורמד נ' מדינת ישראל, פסקה 48 (15.4.2015) [פורסם בנבו]). ההכרעה בדבר נפקותם של המחדלים נעשית תוך שקלולם אל מול התשתית הראייתית שהונחה בפני הערכאה הדיונית ובהתאם לנסיבותיו של כל מקרה. כך, יש לבחון האם בהתחשב בתשתית הראייתית הקיימת בתיק ובספקות הספציפיים אותם מבקש הנאשם לעורר, מגיע משקלם של המחדלים לכדי יצירת ספק סביר (ע"פ 7066/13 אלמליח נ' מדינת ישראל, פסקה 81 (22.12.2015) [פורסם בנבו]; ע"פ 5386/05 אלחורטי נ' מדינת ישראל, פסקה ז(2) (18.5.2006) [פורסם בנבו] (להלן: עניין אלחורטי); עניין זכרייב, פסקה 112; עניין בשירוב, בפסקה 7...)"** [ע"פ 2697/14 הנ"ל, פסקה 91 לפסק דינו של כב' השופט ג'ובראן] (ההדגשה הוספה. ר.ש.).

שאלת הגדרתו של ספק סביר וקביעת סבירותו של הספק בכל מקרה ומקרה זכתה לדיון נרחב בפסיקה. ראו לענין זה את הסקירה שפורטה בפסק דינו של בית המשפט העליון ע"פ 7939/10 **זדורוב נ' מדינת ישראל** (23.12.2015), בפסק דינו של כב' השופט דנציגר (שהיה בדעת מיעוט לענין התוצאה הסופית):



350. מהו אותו "ספק סביר" החוצץ בין כף החובה לבין כף הזכות? בפסיקה לא ניתן למצוא מבחן ברור ואחיד לאפיונו ולתיחומו של מונח זה, חרף השימוש הרב שנעשה בו [ראו: יניב ואקי מעבר לספק סביר: גמישות ההוכחה בדין הפלילי 79 (2013) (להלן: ואקי מעבר לספק סביר); יניב ואקי "סבירותו של ספק: עיונים בדין הפוזיטיבי והצעה לקראת מודל נורמטיבי חדש" הפרקליט מט 483, 463 (התשס"ח) (להלן: ואקי סבירותו של ספק)]. יש הסבורים כי מן הראוי להימנע מהגדרתו של המונח "ספק סביר", בעוד שיש הגורסים כי כלל לא ניתן להגדירו. לשיטתם של אחרים, למרות הקושי בהגדרתו יש מקום להידרש לסוגיית פרשנותו של המונח [ראו: עניין דמיאניוק, עמ' 653-646; ואקי סבירותו של ספק, עמ' 483-479; ואקי מעבר לספק סביר, עמ' 81-71].

351. בפסיקה נעשו כמה ניסיונות הגדרה במרוצת השנים למונח "ספק סביר". הספק הסביר הוגדר ככזה המותיר, על-פי מבחני שכל ישר, היגיון וניסיון החיים, שאלה אמיתית באשר לאשמת הנאשם [ראו: עניין וקנין, פסקאות 46-47; עניין דמיאניוק, עמ' 653]. ברי כי לא כל ספק עונה למבחן זה: "עצם קיומם של ספקות והתלבטויות אינו גורר אחריו בהכרח את זיכוי של הנאשם. לא כל ספק הינו 'ספק סביר'. לא כל תהייה או קושיה הם מן הסוג והמידה, שיש בהם כדי לקעקע את הרשעתו של נאשם ולהטיל ספק סביר באשמתו" [עניין אל עביד, עמ' 859]. אכן, נפסק כי כדי להטיל ספק סביר "אין די בקיומה של אפשרות חלופית או קיומה של מערכת נסיבות אחרת" [ע"פ 1003/92 רסלאן נ' מדינת ישראל, [פורסם בנבו] פסקה 10 (23.1.1997) (להלן: עניין רסלאן)]. כך גם "אין די באפשרות תיאורטית, המעוגנת אך בספקולציות או בהשערות, אשר אינן נתמכות בראיות (או בהיעדרן)" [עניין בן-ארי, עמ' 437]. על הספק "לערער במידה הנדרשת את המערכת העובדתית והנסיבתית העולה מנסיבות המקרה, כך שלא תוכל לעמוד על רגליה מסקנה חד משמעית בדבר אשמתו של הנאשם" [ראו: עניין רסלאן, פסקה 10; ע"פ 3974/92 אזולאי נ' מדינת ישראל, פ"ד מז(2) 570, 565 (1993) (להלן: עניין אזולאי)]. נדרש "ספק ממשי ורציונלי המעוגן בעובדות המקרה" [עניין בן-ארי, עמ' 437]. ספק שכזה מתקיים כאשר ניתן להסיק מחומר הראיות מסקנה המתיישבת עם חפות הנאשם, שהסתברותה "אינה אפסית אלא סובסטאנטיבית" [ע"פ 409/89 רוימי נ' מדינת ישראל, פ"ד מד(3) 471, 465 (1990); עניין אזולאי, עמ' 570].

ראו בהקשר זה גם את דבריו היפים והמדויקים של השופט הנדל:

"לנוכח חשיבותו של הספק הסביר בדין הפלילי, בו הוא משמש ככלל-על, אומר זאת: לעיתים הספק "אובייקטיבי" ולעיתים "סובייקטיבי". יש שהוא מבוסס על נתון שאפשר להצביע עליו בקלות בראשית תהליכי ההכרעה, ויש שהוא נגזר מהליך פנימי של השופט, אשר מקנן בו ספק שהוא אינו מוכן לוותר עליו לאחר בחינת כל הראיות. ראוי לציין כי יש להיזהר ממצב בו תוך כדי השאיפה להגדרת הספק הסביר, בית המשפט משנה את המבחן או מגביל אותו. ודוק, "סביר" - לא פחות מכך אך גם לא יותר..." [ע"פ 273/14 מדינת ישראל נ' פארס, [פורסם בנבו] פסקה 5 (23.12.2014)].

352. יתרה מזאת. בע"פ 7401/07 מדינת ישראל נ' פלוני, [פורסם בנבו] פסקה 6 (31.7.2008) ובע"פ 10479/08 פלוני נ' מדינת ישראל, [פורסם בנבו] פסקאות 32-37



(11.6.2009) הדגשתי כי נמנה אני עם אלו הסבורים כי על השופט להאזין לקול מצפוני ולזכות את הנאשם שעה שלאחר בחינת כללם של דברים, אין הוא משוכנע כי המסקנה היחידה העולה מהמסכת הראייתית היא בדבר אשמתו, אלא נותר הוא עם ספקותיו אשר מונעים בעדו להורות על הרשעתו של הנאשם [לדין בהחלטתו של מודל ההכרעה המבוסס על "הפן הרגשי - סובייקטיבי של הספק" ...לדידי, הרציונל המקובל המסביר את הצורך ברף הוכחה של מעבר לכל ספק סביר בדין הפלילי, לפיו עדיף זיכוי מן הספק של האשם מקיום חשש להרשעת שווא של החף מפשע ... מסביר אף את הצורך לאפשר לשופט היושב בדין להסתמך בסופו של דבר על צו לבו. זאת, כאשר מצפוני מורה לו לזכות נאשם, אף אם אמות המידה הרציונאליות המקובלות מובילות למסקנה כי הנאשם ביצע את המיוחס לו".

כפי שנכתב גם בע"פ 1929/06 **פלוני נ' מדינת ישראל** (פסק דינו של כב' השופט א' א' לוי, 5.3.2009), לחוקרי המשטרה היו הזדמנויות רבות להבהיר את התמונה העובדתית במקרה דנן ומשנמנעו לעשות כן, יזקף הפער העובדתי לחובת התביעה. על כך נאמר גם בע"פ 10735/04 **גולדמן נ' מדינת ישראל** (20.2.2006), כי העדרה של ראיה אשר מקורה במחדלי רשות החקירה יזקף לחובת התביעה עת יישקל מכלול ראיותיה, מן הצד האחד, ויכולה היא לסייע בידי הנאשם עת ישקול ביהמ"ש אם טענותיו מקיימות ספק סביר, מן העבר האחר. נפקותו של המחדל תלויה בתשתית הראייתית הספציפית שהציגה התביעה, מחד, ובספקות הספציפיים אותם מעורר הנאשם, מאידך.

בעניינינו ניכרת גישתם של השוטרים והחוקרים, אשר המערער ועברו היו מוכרים להם, ואשר לא טרחו לברר את התמונה העובדתית המלאה ולבדוק את גרסתו של המערער. נראה כי מן הרגע הראשון עצרו את המערער על רקע היכרות קודמת וברגע שמצאו את הפריטים הגנובים ברכבו, לא טרחו לבדוק את גרסתו או לערוך את החקירה כפי שראוי היה לערכה. כפי שצ"ן כב' המשנה לנשיא א' ריבלין בע"פ 1929/06 הנ"ל, "**בהתקיים ספק - אין ספק. כך במשפט הפלילי וכך מקום בו הספק הוא סביר.**"

סבור אני כי על פי המבחנים שפורטו בפסיקה שנסקרה בהרחבה לעיל, וגם אם נתעלם מטענות שידונו בהמשך לעניין קבילות ראיות, לא ניתן לומר כי התשתית העובדתית שהובאה בפני בית משפט קמא מבססת, ברמה שמעבר לספק סביר, היתכנות לאפשרות יחידה והיא שהנאשם/המערער הוא זה שנכנס לדירת המתלוננת וביצע את הגניבה בפועל. מחדלי החקירה שפורטו מקימים חסר ראייתי המבסס ספק סביר באשמו של המערער.

מאחר, וכאמור לעיל, לא נדרש הנאשם להתמודד עם האשמה כי פעל במשותף עם אחר שנכנס לדירה, או לחילופין בעבירות שעניינן באחזקת הרכוש הגנוב לאחר שזה נגנב ע"י אחר, סבור אני כי כבר בשלב זה יש לזכותו מעבירות הרכוש שיוחסו לו בכתב האישום, ולו מחמת הספק הסביר.

הפגיעה בזכויותיו של המערער בזמן החקירה והשלכותיהן על קבילות הראיות שנאספו:

משהגעתי אל המסקנה כי לא הוכחה האשמה מעבר לספק סביר מתייתר, כך לכאורה, הצורך לדון בכל הנוגע לטענות המערער בעניין קבילות הראיות שנאספו בעניינו. עם זאת, ובנסיבות העניין, ראוי להתייחס לעובדות כפי שהוכחו בפני



בית משפט קמא.

אין חולק כי המערער הינו אדם המוכר למשטרה. מהעובדות שנקבעו ע"י בית משפט קמא עולה כי הגם שהיה דרוש לחקירה בעניין אחר, נעצר רכבו ע"י השוטרים שלא בהקשר לאותו עניין, אלא רק מאחר והשוטרים מכירים אותו על רקע מעורבותו בפלילים. כפי שקבע בית משפט קמא, לא הייתה עילה של חשד סביר שביססה את עיכוב הרכב ובו הנאשמים וגם השוטרים לא טענו זאת בזמן אמת, ובפועל "שיפצו" את גרסאותיהם במזכרים שנרשמו לאחר מספר ימים. עוד ציין בימ"ש קמא כי אין מחלוקת כי בטרם תושאל המערער לא הוזהר כי הוא חשוד בביצוע עבירה, לא הוקראו לו זכויותיו, לא צוין בפניו כי זכותו לשתוק ואף לא כי זכותו להיוועץ בעורך דין.

בכל הקשור לחיפוש שנעשה ברכב, סבר בימ"ש קמא כי אין לראות בתשאול שנערך לפני ואחרי החיפוש כחלק מן החיפוש אלא כהליך חקירתי. צוין כי החיפוש נעשה תוך קבלת הסכמה מדעת לאחר שהובהר למערער כי הוא רשאי לסרב לחיפוש וסירוב לא יזקק לחובתו. לכן סבר בימ"ש קמא כי פגם של אי חוקיות מסוים דבק בעיכוב הראשוני, עת קיבל המערער הוראה לעצור את רכבו, ופגם נוסף עת תושאל לפני ואחרי החיפוש מבלי שזכויותיו כחשוד ונחקר נשמרו.

באשר להשלכותיהם של הפגמים האמורים קבע בימ"ש קמא כי על פי הפסיקה לא כל פעולה שלא כדין אמורה להביא לפסילת הראיה שהושגה באמצעותה וביהמ"ש נדרש למערך איזונים המשקלל בין היתר את עוצמת הפגם, עוצמת הפגיעה, טיב הראיה שנתפסה ומשמעות פסילתה מבחינת האינטרס הציבורי. בימ"ש קמא ציין כי תוך כדי האירוע, עוד טרם בוצע החיפוש, נראה כי נוכח התנהגות המערער והנאשם 2 והדברים שנראו ברכב לפני ביצוע החיפוש, כבר התגבש חשד סביר לביצוע עבירת רכוש בקרב חלק מן השוטרים. בימ"ש קמא קבע כי באיזון בין האינטרסים המתנגשים, אי החוקיות שדבקה בעצירת הרכב ועיכוב המערער אינה כה קיצונית עד שיש בה להצדיק את פסילת תוצרי החיפוש שנערך כשלעצמו כדין. זאת בפרט שהוברר בדיעבד כי המערער הוכרז כחב מעצר (ת/35) כבר ביום 17.9.14 ותוקף ההכרזה היה עד 31.12.14, היינו גם בעת עיכובו.

נקבע כי הפגמים בחוקיות השגת הראיה נוגעים להליך שקדם לחיפוש ולהליך שעקב אותו, היינו, לעצירת הרכב ובו המערער ולתשאול שנערך למערער מבלי שהוזהר כדין והועמד על זכויותיו כחשוד. באשר לתשאול שנערך סבר בימ"ש קמא כי נוכח גרסת המערער לא נפגעו זכויותיו באורח המצדיק את פסילת הראיות שנגבו ממנו שכן לא הייתה בהם הודיה בביצוע עבירות הכניסה לדירה והגניבה. נקבע כי על פני הדברים נראה כי דבריו של המערער נמסרו מרצונו החופשי ולא מן הנמנע כי אי עמידה על זכויות המערער כחשוד וכנחקר מקורה בטעות או ברשלנות.

אם כן, לפי קביעותיו של בימ"ש קמא, עצירת הרכב של המערער ותשאולו היו נגועות באי חוקיות. כאמור, בימ"ש קמא לא מצא כי החיפוש ברכב נערך שלא כדין, אלא רק הפעולות שהובילו לחיפוש היו נגועות באי חוקיות. לאלה התווספו מחדלי חקירה שפורטו גם על ידי בימ"ש קמא בהכרעת הדין. מסקנתו של בית משפט קמא הייתה כי בנסיבות אלו אין מקום לפסול את קבילות הראיות שנאספו, הגם שכאמור נקבע כי פעולות החקירה בוצעו שלא כדין ותוך פגיעה בזכויות נאשם.



יצוין כי לשאלת איזון המידתיות שבפסילת ראיות על רקע של פגמים בהליך החקירה התבסס בית משפט קמא, בין היתר, על פסק דינו של בית משפט זה (במותב שונה) בעפ"ג 47321-07-14 **אבשלומוב נ' מדינת ישראל** (30.10.2014). בפסק הדין הנ"ל נסקרה בהרחבה ההתפתחות שחלה גם בארה"ב בפסיקה בכל הנוגע לפסילת ראיות והמגמה לצמצם את פסילת הראיות לאותם מקרים בהם נפגעו זכויות נחקרים פגיעה מכוונת בזכויות חשוד והתעלמות מכוונת מזכויותיו, במטרה להוציא ממנו הודאה, זאת להבדיל ממקרים בהם נפגעו זכויות הנחקר עקב רשלנות של שוטר בהיסח הדעת ובתום לב. [ראו: **Herring V. U.S.**, 555 U.S. (פסק דין מיום 14.1.2009); **U.S. V. Leon**, 468 U.S. 897; ראו גם: **Arizona V. Evans**, 514 U.S. 1, 14-15, פסק דין שקדם לפרשת Herring, שם הושארה שאלת קבילות ראיות שהושגו אגב ביצוע פעולה מוטעית עקב טעות של שוטר בתום לב, בצריך עיון].

לטעמי, על פי העובדות שבפנינו, לא ניתן להגדיר את התנהלות השוטרים במקרה זה כאי הקפדה על זכויות הנחקר/החשוד בהיסח הדעת ובתום לב. השוטרים מכירים את המערער על רקע היותו "לקוח מתמיד". מדובר בעבריו חוזר שעברו הפלילי עשיר. מכאן התייחסו אליו השוטרים כאל חשוד מעצם היותו נוכח והרשו לעצמם שלא להקפיד בזכויותיו. אין מדובר ברשלנות או בטעות שבהיסח הדעת ובתום לב. מדובר בהתעלמות מודעת מזכויות נחקר על בסיס ההנחה שממילא הוא עבריין מתמיד. נבהיר ונדגיש לעניין זה כי גם לאדם בעל עבר עשיר עומדת חזקת החפות בכל מקרה ומקרה ועומדות לו זכויותיו להיחקר בהתאם להוראות החוק. כך לא נעשה במקרה שבפנינו.

מכאן לשאלת קבילות הראיות שנאספו בהליך בו קופחו זכויותיו של המערער בעת חקירתו.

בפסק הדין שניתן ב-ע"פ 5121/98 יששכרוב נ' התובע הצבאי הראשי, פ"ד סא(1) 461 (2006) אימץ בית המשפט העליון, באופן חלקי, כללים לפסילת ראיות על רקע של פגיעה בזכויות נאשם בשלבי החקירה. פועל יוצא של ההחלטה בפרשת יששכרוב הוא שיקול דעת לבית המשפט לקבוע באילו מקרים תיפסל ראיה שהושגה עקב פגם בחקירה הפוגע בזכויות חשוד.

ב-ע"פ 7090/15 **חוסין ח'ליפה נ' מדינת ישראל** (25.8.2016) מבהיר בית המשפט העליון כי על פי דוקטרינת הפסלות הפסיקתית, שמקורה בפרשת יששכרוב, לבית המשפט מסור שיקול הדעת לפסול ראיה, אם נוכח הוא לדעת כי היא הושגה שלא כדין, וקבלתה במשפט תגרום לפגיעה מהותית בזכותו של הנאשם להליך הוגן. עוד נכתב בעניין ח'ליפה כי החלת הדוקטרינה במקרה קונקרטי מותנית בכך שהראיה הושגה שלא כדין, היינו תוך שימוש באמצעי חקירה המנוגדים להוראה הקבועה בחקיקה או בנהלים מחייבים, באמצעי חקירה בלתי הוגנים, או באמצעים הפוגעים שלא כדין בזכות יסוד מוגנת; ושקבלתה במשפט תפגע משמעותית בזכותו של הנאשם להליך הוגן, שלא על-פי גדריה של פסקת ההגבלה (ראו גם פרשת יששכרוב, בפסקאות 63-68). אמות המידה המנחות, בהקשר זה, הן: אופייה וחומריתה של אי החוקיות הכרוכה בהשגת הראיה; בחינת הנזק אל מול התועלת החברתיים הכרוכים בפסילת הראיה; ומידת ההשפעה של אמצעי החקירה על הראיה שהושגה (שם, בפסקאות 70-73). כלומר, נבחנת השפעתו בפועל של השימוש באמצעי החקירה הפסול על השגת הראיה. ייתכנו מקרים חריגים שבהם יפסול בית המשפט ראיה תוך שימוש בדוקטרינה הנ"ל, גם אם ניתן היה להכשיר את הראיה, תוך הרשעת הנאשם בעבירה המיוחסת לו בהתבסס על אותה ראיה, ככל שיימצא כי "נחצו קווים אדומים ובוצעו פעולות חקירה החותרות תחת יסודות ההליך הפלילי כהליך הוגן".



מדינת ישראל, [פורסם בנבו] בפסקה 2 לפסק דינה של כב' השופטת א' חיות (22.6.2009); ראו גם: ע"פ 7090/15 הנ"ל].

אציין לעניין זה כי בהקשר למידתיות הפגיעה בזכויות הנחקר יש לראות הן את עצמת הפרת הזכויות והן את כמות ההפרות. במקרה שבפנינו הופרו זכויותיו של המערער פעם אחר פעם. יתכן שכל אחת מההפרות, בפני עצמה, לא הייתה מקימה עילה ובסיס מספק לפסילת הראיות. ואולם כאשר מדובר ברצף של הפרות, יש להיבט הכמותי השלכה גם על מידתיות הפגיעה בזכויות היסוד בהליך הפלילי, בדרך של "כמות העושה איכות" [למצב בו שרשרת של פגיעות בזכויות, שכל אחת מהן קטנה, והיוצרת פגיעה משמעותית ראו, על דרך ההיקש, בע"פ 7704/13 **יעקב מרגולין נ' מדינת ישראל** (8.12.2015) פסקה 17 לפסק דינו של כב' השופט הנדל].

בהתאם, מתקיימים התנאים המצדיקים את פסילת הראיות שהושגו אגב ביצוע פעולות חקירה תוך פגיעה בזכויות הנחקר. אשר על כן סבור אני, וכך אציע לחברתי למושב לקבוע, כי במקרה זה מתקיימים התנאים המצדיקים את פסילת הראיות שנאספו בעת החיפוש שנערך ברכב וכן הדברים שנרשמו מפיו של המערער בעדויות שנגבו ממנו בטרם הוזרה וניתנה לו האפשרות להתייעץ עם עורך דין.

כפועל יוצא מכך, ואם תישמע דעתי, לא הוכח כי נתפס הרכוש הגנוב אצל המערער ונשמט הבסיס להרשעתו מכוח כלל החזקה התכופה (כל זאת מעבר לעמדותי, שפורטה לעיל, שבכל מקרה לא הוכח אשמו של המערער מעבר לספק הסביר).

סיכום הדיון בערעור לעניין הכרעת הדין:

השוטרים התייחסו אל המערער כמי שממילא הוא עבריין ובהתאם אין צורך להקפיד בזכויותיו. הזלזול בא לידי ביטוי באי הקפדה על זכויותיו הבסיסיות של המערער, ולמרבה הצער גם באי ביצוע פעולות חקירה בסיסיות.

כל אלו מביאים אל התוצאה לפיה יש מקום לפסול חלק מתוצרי החקירה והראיות שנאספו, ואולם מעבר לכך, לתוצאה לפיה לא עלה בידי המאשימה להוכיח את אשמו של המערער מעבר לספק הסביר.

בכל הנוגע לעבירות נהיגה ללא רישיון נהיגה ללא פוליסת ביטוח לא הייתה מחלוקת לפיה המערער נהג את רכבו כאשר הוא נעדר רישיון נהיגה ולכן גם נעדר פוליסת ביטוח המבטחת את נהיגתו. על כן, הורשע המערער בדין בעבירות אלה ויש להותיר הרשעתו בעבירות אלה על כנו.

הערות לעניין גזר הדין:

ב"כ הצדדים טענו בפנינו לעניין ההרשעה בלבד. לא הועלתה כל טענה לעניין העונש.



מעיון בגזר דינו של בית משפט קמא, אשר ראה את כל העבירות כמכלול, ניתן ללמוד כי עיקר רכיבי גזר הדין התייחסו לעבירות העיקריות שיוחסו למערער, עבירות הכניסה למגורים והגניבה. עניין זה עולה בבירור מטיב עונש המאסר שנגזר והערות בית המשפט בנוגע להליכי טיפול ושיקום בעת המאסר, כמו גם עונש המאסר המותנה שעניינו עבירות רכוש, והחויב בפיצוי המתלוננת.

הרכיב היחידי מבין רכיבי הענישה הקשור לעבירות התעבורה באופן מובהק הוא רכיב פסילת הנאשם/מערער מלקבל ולהחזיק ברישיון נהיגה למשך חמישה חודשים ממועד שחרורו ממאסר.

בנסיבות העניין, ואם תתקבל עמדת העניין הערער על הכרעת הדין, אציע לחברתי כי נותר את רכיב הענישה של חמשת חודשי פסילת הנאשם מלנהוג בעינם. יתר חלקי גזר הדין, שהתייחסו כולם לעבירות הרכוש, יבוטלו מעצם ביטולה של ההרשעה וזיכויו של המערער.

ר' שפירא, ס. נשיא

השופט בטינה טאובר:

לאחר שעיינתי בחוות דעתו המקיפה של חברי סגן הנשיא השופט רון שפירא, אני מצטרפת אליה ומסכימה עם נימוקיו ועם התוצאה אליה הגיע.

כפי שציין חברי סגן הנשיא השופט שפירא בחוות דעתו, טענותיו העיקריות של המערער מתמקדות בשתיים: הטענה האחת היא, כי מכלול הראיות שהוצגו בפני בית משפט קמא אינו מבסס את אשמו של המערער ברמה הנדרשת בהליך הפלילי, קרי מעבר לספק סביר, זאת על רקע מחדלי החקירה שבאו לידי ביטוי בהעדר איסוף ראיות ואי ביצוע פעולות שהיה על הרשות החוקרת לבצע. הטענה השנייה, עניינה בקיפוח זכויותיו הדיוניות של המערער, באופן שמצדיק את פסילתן של ראיות שהוצגו בפני בית משפט קמא ושעל בסיסן הורשע המערער.

הרשעתו של המערער בבית משפט קמא התבססה בעיקר על החזקה התכופה ברכוש הגנוב. בית משפט קמא נתן לחזקה התכופה את המשקל המכריע והרשיע את המערער בביצוע העבירות שיוחסו לו לרבות עבירה של כניסה לדירת המתלוננת וביצוע גניבה, וזאת על אף הפגמים שנמצאו בהתנהלות השוטרים וגורמי החקירה, ואשר באו לידי ביטוי בעיכוב המערער והתשאול שבוצע, באי בדיקת זהותו של אדם שנכנס לבניין בו מצויה דירת המתלוננת, הכנת מזכרים מותאמים, במועד שאינו ידוע, ובאופן שמקים חשד ל"שיפוץ גרסאות" בכל הנוגע לעיכוב המערער והתשאול, ואי הקפדה על זכויותיו הדיוניות של המערער בשלבי החקירה.

כידוע, טענה לקיומם של מחדלי חקירה מצריכה את בית המשפט לבחון האם אכן התקיימו המחדלים הנטענים והאם הם מקימים חשש כי הגנת הנאשם קופחה באופן המקשה עליו להתמודד עם חומר הראיות נגדו. עצם קיומם של מחדלי חקירה אינו מוביל בהכרח לזיכו, אלא אם מדובר בפגמים חמורים היוצרים לשורשו של עניין. ראה: ע"פ 2375/12 עמי



מזרחי נ' מדינת ישראל (06/08/13); ע"פ 557/06 עלאק נ' מדינת ישראל (11/04/07).

בענייננו, בחינתם של מחדלי החקירה הנטענים בראי העקרונות שפורטו לעיל מובילה לתוצאה הבלתי נמנעת, של ביטול הרשעתו של המערער בעבירת הכניסה לבית המתלוננת וביצוע גניבה. על פי גרסת המתלוננת בזמן שנעדרה המתלוננת מהבית, נכנס לבניין אדם מסוים שהיא לא יכלה לזהות. ידיעה זו נמסרה לגורמי החקירה, ואלה התעלמו ממנה, לא בחנו מי הוא אותו אדם שנכנס לבניין ויצאו מנקודת הנחה, ככל הנראה עקב היכרות מוקדמת עם המערער, כי המערער ביצע את העבירה. עוד התגלה במהלך ניהול ההליך בפני בית משפט קמא, כי עיכובו של המערער מלכתחילה נבע אף הוא רק מעצם אותה היכרות מוקדמת שהייתה למערער עם השוטרים. אותם שוטרים, אשר היו מעורבים בעיכוב המערער וחקירתו, הכינו, כך הסתבר במהלך החקירה הנגדית, מספר ימים לאחר חקירתו מזכרים שיש בהם כדי לכסות את הפגם שנפל באופן עיכובו של המערער, על רקע העובדה כי לא יכלו להצביע על "חשד סביר" שמצדיק את עיכובו של המערער. סבורני, כי פגמים אלה בהתנהלות גורמי החקירה, מותירים תחושה לא נוחה ובהצטברותם עולים לכדי פגמים היוורדים לשורשו של עניין המטילים ספק סביר באשר לביצוע עבירת הכניסה לבית וגניבת הרכוש.

התנהלות גורמי החקירה והפגמים שנפלו בה מכרסמים בחזקת התקינות ממנה נהנית הרשות, ובמכלול הנסיבות יש בה כדי לקעקע ולשמוט את הקרקע מתחת למשקלן של אותן ראיות, אשר הובילו להרשעתו של המערער בעבירת הכניסה לבית המתלוננת וביצוע גניבה, שכן נוכח מחדלים אלה, לא ניתן לקבוע מעבר לספק סביר, כי המערער ביצע את העבירות.

לאור האמור מצטרפת אני לתוצאה אליה הגיע סגן הנשיא השופט שפירא בחוות דעתו, ואף אני סבורה, כי המשיבה לא עמדה בנטל ההוכחה מעבר לספק סביר, כי המערער ביצע את עבירת הכניסה לבית וביצוע גניבה.

בטינה טאובר, שופטת

השופטת תמר נאות פרי:

קראתי בעיון את חוות דעתו המקיפה והמלומדת של האב"ד, סגן הנשיא כב' השופט שפירא, ואת חוות דעתה הבהירה והמנומקת של כב' השופטת טאובר. אני מצטרפת לתוצאה אשר אליה הגיעו חברי הנכבדים להרכב, אם כי לשיטתי תוצאה זו מתחייבת לאור המחדלים בכל הנוגע לעיכובו ותשאולו של המערער, ולאו דווקא בשל שהתשתית הראייתית אינה מלמדת על אשמתו ברף הנדרש.

אחדד בקצרה להלן את עמדותי לגבי משמעות הנתונים שהתבררו לגבי העיכוב והתשאול.

כבוד בית המשפט קמא קבע כי רכבו של המערער, והמערער בתוכו, עוכב רק בשל היכרותם של השוטרים את המערער, נוכח עברו הפלילי. ברי כי עיכוב שכזה אינו בדין. אמנם השוטר מנסור טען כי העיכוב נבע מהיותו של



המערער "דרוש מעצר" ואמנם הנאשם 2 אישר ששמע, במעמד העיכוב, שנאמר למערער כי הוא "דרוש" או "נדרש", אלא שיש יותר מספק לגבי סוגיה זו. הסבריו של מנסור לגבי סיבת העיכוב לא היו עקביים (שהרי במקום אחד טען כי המערער היה "חב מעצר" ובמקום אחר אמר שהיה "דרוש לחקירה" - ואלו שתי עילות שונות), והסבריו לא עלו בקנה אחד עם הסבריהם של שני השוטרים האחרים שהיו יחד עמו. עיכוב יכול להיות "כשר" אם קיימת עילת עיכוב מוצדקת רק מבחינת אחד מהשוטרים בזירה, ואין הכרח שלכל השלושה יהא אותו מידע המגבש את אותה עילת עיכוב בו-זמנית, אלא שדומה כי במקרה הנוכחי, גם לשוטר מנסור לא הייתה עילה ראויה לעיכוב. לגבי הניסיון של השוטרים הנוספים "להצטרף" למנסור, ולנסות ולאמץ בדיעבד את עילת העיכוב שלה טען מנסור - הרי שכבוד בית המשפט קמא התייחס באופן ברור לניסיון זה, אשר מעורר סימני שאלה נוגים, ובוודאי שהדברים יפים נוכח המזכרים שהוכנו לאחר מעשה - ואשר אף אליהם נדרש כבוד השופט קמא, ואין צורך להוסיף.

הוא הדין לגבי התשאל שבוצע מיד בסמוך לאחר העיכוב. אף התשאל בוצע תוך קיפוח זכויותיו של המערער ובניגוד לפסיקה מהעת האחרונה, ואין צורך להוסיף בהקשר זה על שנימק בפירוט כב' השופט קמא, ועל שכתבו כב' השופט סגן הנשיא שפירא וכב' השופט טאובר.

משמע, שבית המשפט קמא הנכבד הגיע - ובצדק - למסקנה לפיה העיכוב והתשאל לא היו כדין.

עתה, ממשיך וקובע השופט קמא - ואף לעמדה זו אני מסכימה - כי המשמעות של האמור אינה אבסולוטית, וכי יש מקום לשקול בכל מקרה ומקרה מה משקל יש ליתן לקביעות בדבר העיכוב והתשאל. דהיינו - כי לא כל פגיעה בזכויות האזרח במעמד העיכוב או התשאל מחייבת אוטומטית את המסקנה כי תוצרי החיפוש העוקב, פסולות הן מלשמש כראייה. השאלה מורכבת ותלויה נסיבות - כפי שנימק בית המשפט קמא.

בשלב הבא של הדיון, משתף כב' השופט קמא את הקורא בהתלבטות שהייתה לו לגבי האמור מעלה, מונה את נימוקיו לכאן ולכאן, ומסקנתו היא כי במכלול - הנסיבות במקרה זה אינן מצדיקות את המסקנה לפיה פירות החיפוש יפסלו מלשמש כראייה.

וכאן נפרדת דרכי מדרך הילוכו של כב' השופט קמא.

לשיטתי, בנסיבות של המקרה, בשל הצירוף של המחדל שהוביל לעיכוב הבלתי חוקי והמחדל שהוביל לתשאל הבלתי חוקי - יש לקבוע כי החיפוש העוקב היה אף הוא בלתי חוקי ותוצריו (דהיינו הרכוש הגנוב) אינם יכולים להוות ראיה קבילה.

ייתכן ולו היו הנתונים שונים מעט, בין אם לגבי העיכוב ובין אם לגבי התשאל - מסקנתי הייתה שונה ונקודת האיזון הייתה נעה מעט לכיוון עמדת המאשימה, אותה אימץ בית המשפט קמא. עם זאת, ולאחר שהתלבטתי אף אני לגבי הנסיבות הפרטניות של המקרה הנוכחי - מצאתי להצטרף לעמדת שני חברי הנכבדים להרכב לגבי תוצאות העיכוב והתשאל.



לאור האמור, אין צורך להרחיב באשר לנושא השני נשוא הערעור, והוא - מחדלי החקירה הנטענים והאפשרות שבעטיים לא ניתן ליישם את ההלכות בדבר "החזקה התכופה" על המקרה דכאן. אומר רק כי לשיטתי, לו היה מקום לקבל כראייה את פירות החיפוש ברכבו של המערער, לא היה מקום להתערב בקביעותיו של בית המשפט קמא לגבי החזקה התכופה ומשמעותה, אך כפי שצינתי - נוכח האמור לגבי הנושא הראשון, אין מקום שאפרט עוד לגבי הנושא השני, במסגרת פסק דין זה.

תמר נאות פרי, שופטת

הוחלט לקבל את הערעור במובן זה שהרשעת המערער בעבירות של כניסה לבית מגורים, במטרה לבצע עבירה לפי סעיף 406(א) + 29(א) לחוק העונשין, התשל"ז - 1977 (להלן: "החוק") ועבירת גניבה לפי סעיף 384 + 29(א) לחוק תבטל. המערער יזוכה מהאישום שיוחס לו בעניין ביצוען של עבירות אלו.

בכל הנוגע לעבירות של נהיגה ללא רישיון נהיגה לפי סעיף 10א' לפקודת התעבורה; ועבירה של נהיגה ללא פוליסת ביטוח לפי סעיף 2א' לפקודת ביטוח רכב מנועי - הרשעתו בעבירות אלה תישאר על כנה כפי שקבע בית משפט קמא.

כפועל יוצא מזיכויו המלא של המערער מעבירות הרכוש, כפי שפורט לעיל, יבוטלו כל רכיבי הענישה שהם פועל יוצא של הרשעת המערער בעבירות הרכוש, דהיינו: רכיב המאסר, המאסר המותנה ופיצוי המתלוננת.

רכיב הענישה של חמשת חודשי פסילת הנאשם מלנהוג, עונש שנגזר עליו בגין עבירות התעבורה והנהיגה ללא ביטוח שבביצוען הורשע, יישאר בעינו.

ניתן היום, ג' ניסן תשע"ז, 30 מרץ 2017, במעמד ב"כ הצדדים ובהעדר המערער, בהתאם לבקשתו.

תמר נאות פרי, שופטת

בטינה טאובר,
שופטת

רון שפירא, סגן נשיא
[אב"ד]