



ת"פ 18516/09/15 - מדינת ישראל נגד וואל אבו עליון

בית משפט השלום בקריית גת- בשבתו בבימ"ש אשקלון

ת"פ 18516-09-15 מדינת ישראל נ' אבו עליון

בפני כב' השופטת נועה חקלאי

מדינת ישראל

ע"י ב"כ עו"ד נופר לוי

נגד

וואל אבו עליון

ע"י ב"כ עו"ד סגי זקס

המאשימה

הנאשם

הכרעת דין

בהתאם למצוות סעיף 182 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב] תשמ"ב 1982, אני מודיעה כי זיכיתי את הנאשם.

ולהלן הנימוקים:

רקע

1. כנגד הנאשם הוגש כתב אישום המייחס לו עבירה של החזקת סכין שלא למטרה כשרה, עבירה על סעיף 186(א) לחוק העונשין, התשל"ז 1977.

על פי עובדות כתב האישום ביום 3.3.15 בשעה 00:51 בחוף בר כוכבא באשקלון, החזיק הנאשם סכין, בדלת הנהג שברכבו, ולא הוכיח כי החזיקו למטרה כשרה.

2. הנאשם כפר במיוחס לו. בתשובתו לאישום הודה בכך שהסכין היה ברכבו, אך טען שהחזיקו במסגרת העברת דירה יחד עם חפצים נוספים שהיו ברכב.

3. מטעם המאשימה העידו השוטרים דניאל אקסלרוד ודניאל ברוסאן, אשר היו בזירת האירוע, כמו כן הוגשו בהסכמה אמרת הנאשם (ת/1), דוח פעולה שערך השוטר קמנסקי ולרי (ת/2) דוח פעולה שערך השוטר אקסלרוד (ת/3) דוח הפעולה שערך השוטר ברוסאן (ת/4) והסכין שנתפס ברכב (ת/5).

מטעם ההגנה העיד הנאשם.



4. ב"כ המאשימה בסיכומיה ביקשה להרשיע הנאשם. לדבריה הסכין נתפס עוד לפני שבוצע חיפוש ברכב. לשיטתה גם אם בית המשפט יקבע שהחיפוש החל עוד בטרם מציאת הסכין, היה יסוד סביר לחשד אשר הצדיק את ביצוע החיפוש גם ללא הסכמת הנאשם. לטענתה הנאשם לא עמד בנטל הרובץ לפתחו להוכיח כי היתה מטרה כשרה להחזקה בסכין, הצביעה על הסתירות בעדותו, טענה כי הנאשם בישיבת המענה הודה בהחזקת הסכין ולפיכך עניין זה לא טעון הוכחה.

5. ב"כ הנאשם בסיכומיו ביקש לזכות הנאשם.

ב"כ הנאשם זנח טענתו בדבר העדר זיהוי של הסכין, לאחר שהנאשם עצמו העיד כי הסכין שנתפס הוא הסכין שהיה ברכבו.

ב"כ הנאשם עמד על כך שהחיפוש ברכב נעשה שלא כדין, לא ניתנה הסכמה לבצע החיפוש ולא היה יסוד סביר לחשד המצדיק ביצוע חיפוש. לדבריו החיפוש החל עוד לפני שנפתחה דלת הרכב ואין חשיבות אם נפתחה על ידי השוטר או על ידי מי מיושבי הרכב. לא היתה הצדקה להציץ לתוך הרכב עם פנס. לדבריו, התשאול שנערך לנאשם בשטח פגע בזכות ההיוועצות שלו.

עוד טען ב"כ הנאשם כי הנאשם מסר גרסה הגיונית ומתקבלת על הדעת באשר לסיבת הימצאות הסכין ברכב ועמד בנטל הרובץ לפתחו להוכיח כי החזיק בסכין למטרה כשרה.

לדבריו, כפירת הנאשם בחוקיות החיפוש היתה ברורה לאורך כל הדרך, גם אם לא נאמרה במפורש בישיבת המענה, ההליך הפלילי הוא לא "משחק אשקוקי", הנאשם לא הודה בחוקיות החיפוש וכל המשפט התנהל בשאלה זו. לשיטתו, המחלוקת היתה ממוקדת וברורה גם לתביעה, אשר ניהלה את פרשת התביעה בהתאם ועמדה על הבאת כל הראיות הנוגעות לתפיסת הסכין.

דין והכרעה

האם הסכין נתפס בטרם החל החיפוש?

9. בין הצדדים התגלעה מחלוקת האם, כפי שטענה המאשימה, השוטר הבחין בסכין עוד לפני שהחל בחיפוש, או שהשוטר הבחין בסכין לאחר שהחל בחיפוש, כפי שטען ב"כ הנאשם.

10. בדוחות הפעולה שערכו השוטרים אקסלרוד וברוסאן בזירת האירוע, (ת/3, ת/4), לא הוזכר כלל כי בוצע חיפוש ברכב ועל גופם של יושבי הרכב, לא הוזכרה המילה חיפוש, לא נערך דוח חיפוש ולא מולא דוח תפיסה וסימון. לפיכך אין בדוחות השוטרים כדי לשפוך אור על השאלה מתי החל החיפוש ואיך הוא נערך.

השוטר היחיד שהתייחס לחיפוש, הוא השוטר קמינסקי, אשר ציין בדוחו שערך (ת/2) כי השוטרים ברוסאן ואקסלרוד ביצעו חיפוש על גופם של יושבי הרכב וברכב עצמו. השוטר קמינסקי הגיע למקום, לצורך סיוע, לאחר שהסכין כבר נתפס ולפיכך אין בדוח הפעולה שערך כדי לשפוך אור על נסיבות תפיסת הסכין.

11. הסכין נמצא בדלת הרכב. כך ציין השוטר אקסלרוד בדוח הפעולה (ת/3): "הבחנתי בסכין



גדולה **בצד הדלת מונחת**. כך העיד בבית המשפט: "איך שניגשתי ליד דלת הנהג, פתח לי הנהג, פתאום אני רואה **ליד תא בדלת** סכין" (עמ' 6 ש' 20).

12. מכיוון שהשוטר אקסלרוד הבחין בסכין, רק לאחר שנפתחה דלת הרכב, מצאתי חשיבות לברר מי פתח את דלת הרכב.

אין בידי לקבל את טענת ההגנה כי גם אם הנהג פתח ביוזמתו את דלת הרכב, ללא כל דרישה מהשוטר, ניתן לקבוע כי החיפוש החל. החיפוש התחיל מרגע שהשוטר עשה פעולות המלמדות על חיפוש, או מרגע שדרש מיושבי הרכב לעשות את הפעולות הללו. בענייננו, החיפוש החל מרגע שהשוטר פתח את דלת הרכב או דרש מהיושבים ברכב לפתוח את הדלת, או מרגע שהאיר עם הפנס אל תוך הרכב והחל מחפש בו, גם אם עשה כן בעודו עומד מחוץ לרכב.

מי פתח את דלת הנהג?

13. השוטר אקסלרוד בדוח הפעולה שערך, ציין כי "כאשר פתח לי הנהג את הדלת, הבחנתי בסכין גדולה בצד הדלת מונחת" (ת/3), קרי לפי הרשום בדוח, הנהג הוא זה שפתח את דלת הרכב.

בעדותו בבית המשפט השוטר אקסלרוד לא נשאל במפורש מי פתח את דלת הרכב, אך כפי שעולה מעדותו, הוא התייחס לעניין פתיחת הדלת במרומז.

לא ניתן להתעלם מהסתירות בעניין התייחסותו לפתיחת הדלת: פעם אחת תיאר שהנהג פתח את הדלת ובפעם האחרת העיד שהוא זה אשר פתח את הדלת:

"איך שניגשתי ליד דלת הנהג, **פתח לי הנהג**, פתאום אני רואה ליד תא בדלת סכין. זה מספיק עילה לחיפוש." (עמ' 6 ש' 20-21)

ובהמשך:

"**ברגע שפתחתי את הדלת** תפסתי את הסכין ואח"כ בוצע החיפוש". (עמ' 6 ש' 23).

14. לא ברור הכיצד הבחין השוטר אקסלרוד בסכין אשר היה מונח ליד תא בדלת, האם נעזר בפנס, כפי שחברו לחיפוש, השוטר ברוסאן, נעזר בפנס? אין כל התייחסות בדוח הפעולה או בעדות שניתנה בבית המשפט לאופן שבו בוצע החיפוש.

15. השוטר ברוסאן בדוח הפעולה שערך (ת/4) לא התייחס כלל לפתיחת דלת הנהג. הוא לא ראה את הפעולות שעשה השוטר אקסלרוד. כך העיד:

"ש. מי שעושה חיפוש בצד השני זה דניאל? ת. נכון. ש. אתה ראית מה הוא עושה? ת. לא, אני עסוק בחלק שלי והוא עסוק בחלק שלו." (עמ' 11 ש' 12-13).

השוטר ברוסאן אף הוא לא מילא דוח חיפוש ולא התייחס לחיפוש שבוצע, מעבר לדבריו שהאיר עם פנסו האישי בין רגליו של הנוסע והבחין בבקבוקי אלכוהול. (ת/4).

16. עדויות השוטרים לא היו נחרצות בעניין פתיחת דלת הנהג, לעומתם הנאשם העיד באופן



נחרץ שהשוטר אקסלרוד הוא שפתח את דלת הנהג:

"ש. הנהג פתח את הדלת? ת. לא. הנהג פתחו עליו את הדלת." (עמ' 20 ש. 9-10).

"אני זוכר טוב, ישבתי עם בן דוד שלי שישב מאחורה, ראיתי את הדלת כשהיא נפתחה, הנהג הסתכל לכיוון שלי, היינו מדברים. בפעם אחת נפתחה הדלת וראינו את השוטר. ואז השוטר היה לידי ואני פתחתי לו את הדלת" (עמ' 20 ש' 16-18).

"אני דיברתי עם הנהג, הוא מסתכל אלי מדבר אליי. כששמענו את הדלת נפתחת, הסתכלנו לכיוון של ההוא, ראינו את השוטר עומד ופותח את הדלת...." (עמ' 20 ש' 26-28).

17. הנאשם לא זימן לעדות מטעמו את נהג הרכב אשר היה יכול לשפוך אור על נסיבות פתיחת הדלת, ועל פי ההלכה הימנעותו מהעדת העד פועלת נגדו. (ראו ע"א 2275/90 לימה חברה ישראלית לתעשיות כימיות בע"מ באמצעות בנין דור בע"מ נ' פרץ רוזנברג, פ"ד מז(2), 605, 614-615 (1993))

18. על אף הימנעות הנאשם מהעדת נהג הרכב, לאחר שבחנתי את עדויות השוטרים, לאור אי הבהירות בעניין אופן פתיחת הדלת ואופן ביצוע החיפוש, בהעדר פרטים המלמדים הכיצד הבחין השוטר אקסלרוד בסכין שהיה מונח ליד תא בדלת, בהעדר הפירוט הנדרש בדוחות הפעולה, בהעדר דוחות חיפוש, תפיסה וסימון ולאור נחרצותו של הנאשם, נותר בליבי הספק, שמא השוטר אקסלרוד הוא שפתח את דלת הנהג, או הבחין בסכין לאחר שהאיר למקום עם פנס או לאחר שהחל בחיפוש.

מספק זה זכאי הנאשם ליהנות.

19. לפיכך, לא אוכל לאמץ את דבריו של השוטר אקסלרוד: "אין שניגשתי ליד דלת הנהג, פתח לי הנהג, פתאום אני רואה ליד תא בדלת סכין." זה מספיק עילה לחיפוש. (עמ' 6 ש' 20-21).

מעתה ואילך יעשה הניתוח המשפטי מתוך הנחה כי הסכין נמצא ברכב לאחר תחילת החיפוש, ולא היווה את הבסיס החוקי אשר הקנה את זכות החיפוש, קרי הסכין לא היווה את "היסוד הסביר" שבעטיו נערך החיפוש.

חוקיות החיפוש ברכב

סמכות החיפוש

6. סעיף 7 (ג) לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו קובע את נקודת המוצא בעניין החיפוש:

"אין עורכים חיפוש ברשות היחיד של אדם, על גופו, בגופו או בכליו".

זכות יסוד זו הינה זכות יחסית, והפגיעה בזכות זו תיעשה אך ורק בהתאם לאמות המידה הקבועות בחוק היסוד, קרי רק על פי הסמכה מפורשת, באופן מידתי אשר יגשים את תכליתו ומבלי לפגוע בזכות היסוד מעבר לנדרש.

7. קיימים סעיפי חוק שונים המסדירים את סמכויות החיפוש, זאת במטרה לאזן בין הצורך לאפשר תפקוד יעיל ואפקטיבי של המשטרה לבין הצורך להגן על זכויות אדם של האזרחים עימם המשטרה



באה במגע.

סעיף החוק הרלוונטי לפרשה שבפניי הוא סעיף 25 לפקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש) [נוסח חדש], התשכ"ט-1969, המסדיר את סמכותו של השוטר לערוך חיפוש שלא על פי צו חיפוש:

"שוטר רשאי, בלא צו-חיפוש, להיכנס ולחפש בכל בית או מקום אם -

(1) יש לשוטר יסוד סביר להניח שמבצעים שם פשע, או שפשע בוצע שם זה מקרוב..."

8. השאלה המתבקשת היא מה התוכן שיש לצקת למושג: "יסוד סביר להניח"?

ברע"פ 10141/09 **אברהם בן חיים נ' מדינת ישראל**. (להלן - "הלכת בן חיים") נקבע כי החשד הסביר הוא בעיקרו מבחן אובייקטיבי שבו נדרש בית המשפט להעריך את סבירות שיקול דעתו של השוטר שערך את החיפוש.

בית המשפט העליון ציין (בפסקה 16) אמות מידה שעשויות בנסיבות מתאימות לגבש חשד סביר ולהצדיק חיפוש ללא צו, כך למשל: מידע אודות תיאורו של אדם שביצע עבירה, או בדבר המקום בו נמצא, התנהגות מחשידה של אותו אדם, וכו' תוך שנקבע כי אמות מידה אלה אינן ממצות.

עוד נקבע כי "סבירות" החשד תיבחן בכל מקרה על פי נסיבותיו.

20. אם כן, יש לבחון האם בנסיבות שבפניי החשד שקינן בליבם של השוטרים כשהחליטו לבצע חיפוש, היה סביר, באופן שיש בו כדי להצדיק ביצוע חיפוש ללא צו שיפוטי.

ויודגש, סמכות החיפוש אינה נקבעת בדיעבד על פי הממצאים שנתפסו, אלא נקבעת מראש, עוד בטרם ביצוע החיפוש.

יסוד סביר להניח שמבוצע פשע

21. האדן העיקרי עליו הושתתה החלטת השוטרים לבצע חיפוש היא התנהגותם המחשידה של יושבי הרכב: הימצאות הרכב במקום מבודד וחשוך, התכופותו המהירה של הנאשם וזריקת חפץ.

22. כך לדברי השוטר אקסלרוד:

"כשאתה מתקרב לבן אדם והוא מסתכל עליך ומתכופף זה מעלה חשד. הוא **רואה שוטר ומתכופף** זה מעלה חשד" (עמ' 6 ש' 12-13).

"בן אדם שמסתכל עלי מתחיל להתכופף וקם זה חשוד" (עמ' 7 ש' 9).



"אנחנו מתקרבים לרכב, רואים מישהו יושב ליד הנהג, **מסתכל עלינו מתכופף בזריזות וזרק משהו**" (עמ' 6 ש' 17-18).

23. כך לדברי השוטר ברוסאן:

"ש. כשהוא מתכופף וקם, מה יש בזה שמעורר יסוד סביר בתוך הרכב? מה החשד?

ת. זה היה **במקום חשון שלא מיועד לכניסת רכבים**. מעבר לזה הוא עשה זאת כשהבחין בכוחלים של הניידת, אז עשה תנועה מהירה כלפי מטה, נשאר שתי שניות ואז חזר חזרה." (עמ' 10 ש' 13-16).

"זה היה במקום חשון, הכוחלים נראים מרחוק ואם רואים כוחלים זו ניידת. במקום חשון הכוחלים מתפזרים בכל המקום. אני לא רואה אבל אני יודע שכאשר הגעתי עם כוחלים הוא התכופף והתרומם במהירות" (עמ' 10 ש' 19-21).

24. לא ניתן להתעלם מהפערים בעדויות בעניין זריקת החפץ:

השוטר ברוסאן כלל לא ראה חפץ שנזרק: הוא לא העיד על כך שהנאשם זרק דבר מה. עניין זה אף לא נרשם בדוח שערך (ת/4).

השוטר אקסלרוד ציין כי הנאשם הסתובב הבחין בשוטרים הסתכל עליהם, התכופף בזריזות וזרק משהו, אלא שלא ברור באיזה מרחק היה מהרכב כאשר הבחין לדבריו בזריקת החפץ, במהלך החיפוש לא אותר החפץ שלכאורה נזרק. זאת ועוד, קיימות סתירות בעדותו, באשר לשאלה אם החפץ נזרק בתוך הרכב או מחוץ לרכב:

בדוח הפעולה (ת/3) רשם השוטר אקסלרוד כי הנאשם: "התכופף ונראה כאילו מכניס **זורק משהו ליד המושב**".

בעדותו בבית המשפט, בניגוד לתיאור שמסר בדוח הפעולה העיד השוטר אקסלרוד כי ראה את הנאשם זורק משהו מהרכב החוצה: "אני רואה אותו מתכופף וזורק משהו... הוא זרק את זה **מהרכב החוצה**" (עמ' 5 ש' 27-6 ש' 1).

הנאשם שלל מכל וכל שזרק משהו: "שקר וכזב" (עמ' 22 ש' 11).

25. בשים לב שהשוטר ברוסאן לא ראה חפץ שנזרק, בשים לב שלא נתפס חפץ כאמור ובשים לב לסתירות בעדותו של אקסלרוד בעניין זריקת החפץ, לא שוכנעתי כי הנאשם זרק דבר מה מידו.

26. לא ניתן להתעלם מהפערים בעדויות השוטרים בעניין תיאור ההתכופפות:

השוטר אקסלרוד תיאר שהנאשם הסתובב, הסתכל על השוטרים ולאחר מכן התכופף, הוא כלל לא התייחס לאורות הכוחלים של הניידת.

לעומתו, השוטר ברוסאן לא ציין שהנאשם הסתובב והסתכל עליהם, אלא להיפך, לדבריו הם הגיעו אל הרכב מאחור מצד שמאל וכשהנאשם התכופף והתרומם הוא לא היה עם פניו לעבר השוטרים גבו מופנה אליהם (עמ' 10 ש' 5-8). לדבריו הנאשם התכופף לאחר שהבחין באורות הניידת.



הנאשם העיד כי לא זוכר שהתכופף: "אני אומר שאני לא זוכר שהתכופפתי.... יכול להיות שכן. השתייה הייתה לידי מקדימה, אם בקש ממני משהו. אני לא זוכר שהתכופפתי". (עמ' 22 ש' 13-21).

לדבריו כלל לא הבחין בשוטרים: "אני לא ידעתי בכלל איך הגיעו. ישבנו ברכב.... אני לא ראיתי את האוטו שלהם" (עמ' 20 ש' 3-5).

27. לאור המפורט לעיל, והגם ששוכנעתי כי הנאשם התכופף, לא שוכנעתי כי עשה כן לאחר שהסתובב והבחין בשוטרים, ואף לא שוכנעתי כי עשה כן כי הבחין באורות הכחולים של הניידת.

28. עצם התיאור לפיו רכב חונה בחניה מבודדת בחוף הים, 3 נערים יושבים ברכב כשהאורות דולקים בתוך הרכב ואחד הנערים מתכופף לרגע קט, (מבלי שיש אינדיקציה לכך שהוא נוקט בפעולות כדי להסתיר דבר מה) אין בו לדעתי, כדי להקים יסוד סביר להניח שמבוצע שם פשע, או שעבירת פשע בוצעה זה מקרוב.

חיפוש ללא הסכמה - הלכת בן חיים

29. בענייננו, אין מחלוקת כי בוצע חיפוש ברכב, מבלי שהתבקשה ומבלי שניתנה הסכמת הנאשם לביצוע החיפוש וכי לא הוסברה לו זכותו לסרב לחיפוש.

כך העיד השוטר ברוסאן:

"ש. ביקשת רשות לבצע חיפוש? ת. **לא ביקשתי רשות**. הודעתי לו שאני מחפש, כי יש לי יסוד סביר" (עמ' 10 ש' 26-27).

"ש. מישהו אמר לנוסעים שזכותם לסרב לחיפוש? ת. לא" (עמ' 11 ש' 16-17).

לפיכך, בענייננו לא קיימת סמכות לביצוע חיפוש מכח הסכמת הנאשם, בהתאם להלכת בן חיים.

סיכום ביניים - חוקיות החיפוש

30. נדמה כי השוטרים הזדרזו לבצע חיפוש בהסתמך על חששות סובייקטיביים שהתעוררו בקרבם ביחס ליושבי הרכב, מבלי להקפיד בזכות היסוד של הנאשם לפרטיותו, ומבלי להקפיד על מילוי דווקני של הוראות החוק המסמיכות לבצע החיפוש.

31. כפי שציננה ב"כ המאשימה בסיכומיה ביחס לשוטר אקסלרוד: "מדובר בשוטר שח"מ, שוטר צעיר ביותר" (עמ' 27 ש' 24-25).



יכול ובשל חוסר ניסיונו במלאכת השיטור, לא ערך השוטר אקסלרוד דוח חיפוש, דוח תפיסה וסימון, ולא תיעד בצורה מפורטת את כל הדברים בהם הבחין ואת כל הפעולות שביצע כסדרן. העדר התיעוד הנדרש, לא מאפשר כיום לקבוע קביעות נחרצות באשר לאופן ביצוע החיפוש ולנסיבות מציאת הסכין, מבלי שיוותר מקום לספק.

32. בשל כך, אני קובעת כי בנתונים הללו, ומבלי שניתנה הסכמת הנאשם, לא הונחה בפניי תשתית ראייתית מספקת המקימה "יסוד סביר להניח" שמבוצע פשע ולפיכך לא קמה סמכות לבצע חיפוש ברכב.

פסלות הראיה

33. בע"פ 5121/98 **רפאל יששכרוב נ' התובע הצבאי הראשי**, נקבעה הלכה המקנה לבית המשפט שיקול דעת באשר לפסילת קבילותן של ראיות שהושגו שלא כדין, אם נוכח בית המשפט כי הראיה הושגה שלא כדין וקבלתה תפגע באופן מהותי בזכותו של הנאשם להליך הוגן. כן נקבע:

"הנחתהמוצאבשאלתקבילותןשלראיותהיאזוהנהגתעימנומאזומתמיד, ולפיהראיהשהיאירלונטית-קבילהבמשפט. עםזאת, בהתאםלדוקטרינהאמורהלבית-המשפטשיקול-

דעתלפסילתקבילותהשלראיהבפלילים,

אםנוכחלדעתכיהראיההושגהשלאכדיןקבלתהבמשפטתציורפגיעהמהותיתבזכותושהנאשםלהליךהוגןשל אבהתאםלגדריהשלפסקתההגבלה.

מדוברבנוסחתאיזוןעקרוניתהשואפתלהשגתפשרהראויהביןמכלוללהזכויותהאינטרסיםהרלוונטייםלשאלתקבילותןשלראיותשהושגוהשלאכדין, ובהם:חשיפתהאמתהעובדתית,

הלחימהבעבריינותוכןההגנהעלשלוםהציבורועלזכויותנפגעהעבירהמחדגיסא;אלמולההגנהעלזכויותהנאשםועלהגינותההליךפליליטוהרומאידגיסא".

34. נקבע כי נוסחת האיזון תיעשה על פי שיקול דעתו של בית המשפט, בהתאם לנסיבותיו הפרטניות של כל מקרה ומקרה, ובהתאם לאמות המידה הנוגעות לאופייה ולחומרתה של אי החוקיות שהייתה כרוכה בהשגת הראיה, למידת ההשפעה של האמצעי הפסול על הראיה שהושגה ולהשפעת פסילת הראיה על מלאכת עשיית הצדק במובנה הרחב.

35. נסיבות התיק שבפני דומות בעיקרן לנסיבות שנדונו בעניין בן חיים (שם שוטר דרש מהנאשם לרוקן את תכולת כיסיו, וכך נתפס הסכין שבכיסו. נקבע כי החיפוש נערך שלא כחוק (לא ניתנה הסכמת אמת לחיפוש)).

בשל הדמיון בשיקולים לפסלות הראיה, מצאתי להביא ככתבם וכלשונם, את דבריה של כב' הנשיאה בדימוס, הש' ד. בייניש, אשר ניתחה, בסעיף 35 לפסק הדין, את השיקולים השונים לפסלות הראיה, בהתאם למתווה שהתווה בעניין יששכרוב:

"יישום השיקולים המנחים שנקבעו בעניין יששכרוב במקרים שלפנינו (עניין בן חיים ועניין ג'בלי) מעורר התלבטות שאינה פשוטה. מחד גיסא עסקין בראיות שנתפשו בשני חיפושים שנערכו ללא כל הסמכה בחוק ואף ללא קבלת הסכמה מדעת של האזרחים מושאי החיפוש. אין מדובר באי-קיום נוהל זה או אחר על ידי המשטרה או בהפרה טכנית של כלל כלשהו, אלא בחיפושים שנעשו בחריגה מסמכות ותוך פגיעה בזכות החוקתית לפרטיות. כמו כן העבירות שבהן הואשמו המבקשים בעניין בן חיים ובעניין ג'בלי -



החזקת סכין שלא כדין והחזקת סמים לצריכה עצמית - אינן נמנות עם העבירות החמורות בספר החוקים ואינן כרוכות כשלעצמן באלימות או בקורבנות. על כן מידת הפגיעה באינטרס הציבורי כתוצאה מפסילת הראיות והמחיר החברתי הכרוך בכך אינם גבוהים במיוחד. השיקולים של חומרת אי-החוקיות הכרוכה בהשגת הראיה והשפעת פסילת הראיות על מלאכת עשיית הצדק מטים, אפוא, את הכף לפסילת הראיות שנתפשו על ידי המשטרה בשני המקרים. מאידך גיסא, הראיות שבהן עסקינן הן ראיות חפציות שאמינותן אינה שנויה במחלוקת והן בעלות קיום עצמאי ונפרד מאי-החוקיות שהייתה כרוכה בהשגתן. בנסיבות אלה השיקולים הנוגעים למידת ההשפעה של אמצעי החקירה הפסול על הראיה שהושגה מטים את הכף לקבלת הראיות על אף אי-החוקיות שהייתה כרוכה בהשגתן.

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 (ראו עניין ישכרוב, בעמ' 564). אכן, נוכח העובדה שבית המשפט נדרש בהתאם לדוקטרינת הפסילה הפסיקתית לבחון את קבילות הראיה שהושגה שלא כדין במשקפי הפגיעה בזכות להליך הוגן, יש טעם בהבחנה שלה טוענים המבקשים בין ראיה חפצית שקשורה בקשר הדוק לאי-החוקיות שבהשגתה לבין ראיה חפצית שהייתה מתגלה גם בלי הפעלת אמצעים בלתי-חוקיים על ידי המשטרה. בהקשר זה יוער כי בפסק הדין בעניין ישכרוב נקבע כי:

"משקלם של השיקולים המצדדים בקבלתן של ראיות חפציות הוא בדרך כלל רב... עם זאת, ראוי להדגיש כי גם בהקשר זה, אין מדובר בכלל נוקשה והדבר תלוי בנסיבותיו של כל מקרה לגופו" (ראו עניין ישכרוב, בעמ' 565).

36. כאמור, כמו בעניין בן חיים, גם במקרה שבפני עסקינן בראיה חפצית שהושגה שלא כחוק, שלא היתה מתגלה אלמלא האמצעי הפסול. גם בעניין בן חיים, העבירה שיוחסה היא החזקת סכין שלא למטרה כשרה. גם שם, כמו במקרה שבפני לא נעשה שימוש בסכין, העבירה לא נעברה באלימות ולא היו קורבנות.

37. לפיכך, לאור הדמיון הרב בנתונים הדרושים לעניין, המסקנה אליה הגיעה כב' הנשיאה בדימוס, יפה גם בענייננו, ולפיכך אני קובעת כי גם בתיק שלפני, בנסיבות הקיימות, קבלת הסכין כראיה תביא לפגיעה בלתי מידתית בזכויות הנאשם להליך הוגן.

אשר על כן אינני מקבלת את הסכין שנתפס כראיה.

38. למקרים דומים ראו גם ע"פ (י-ם) 2431-09-14 **ליאת פדר נ' מדינת ישראל**, (04/06/2015); עפ"ת (ת"א) 37065-11-12 **תמיר בוזו נ' מדינת ישראל**; ת"פ (אילת) 21747-09-12



מדינת ישראל נ' רפאת טוויל (14.4.15); ת"פ (רמלה) 37605-09-12 מדינת ישראל נ' חאדר אבו חאלד (30.6.14); פ"ל (י-ם) 6798-08-13 מדינת ישראל נ' יקיר שמש (19.3.14); ת"פ (ת"א) 27302-01-12 מדינת ישראל נ' אלכסנדר מסלר (17.6.12);

מה הנפקות המשפטית של פסלות הראיה?

9. נשאלת השאלה, האם פסלות הסכין כראיה מובילה בהכרח לזיכוי של הנאשם? האם אין די במארג הראיות שהוצגו לבית המשפט, גם ללא הסכין, כדי לקבוע שהמאשימה עמדה בנטל הבאת הראיות הרובץ לפתחה?

10. השאלה מתחדדת על רקע העובדה כי בתשובתו לכתב האישום (פרוטוקול מיום 5.2.17) הנאשם הודה בכך שהחזיק בסכין ברכבו ולא טען בשלב זה לאי חוקיות החיפוש.

11. ב"כ הנאשם בסיכומיו ציין כי הגם שלא התייחס במפורש לחוקיות החיפוש בשלב המענה, הרי שכפר בכך מכל וכל. לדבריו ההליך הפלילי אינו "משחק אשקוקי", לא בכדי הנאשם עמד על חקירתם הנגדית של כל עדי התביעה, שהרי אילו לא היתה לו כל טענה בדבר חוקיות החיפוש, היה מסתפק בהעדת הנאשם לצורך הוכחת כשרות המטרה בגינה הוחזק הסכין.

לדבריו הטענה בדבר אי חוקיות החיפוש היתה ברורה וממוקדת, ואף המאשימה בחרה לנהל את פרשת התביעה באופן המלמד כי הבינה ששאלת חוקיות החיפוש היא בלב המחלוקת.

שאלת חוקיות החיפוש תפסה נתח נכבד מהדין בעניינו של הנאשם, וניתנה לצדדים האפשרות המלאה להציג עמדותיהם בסוגיה זו, הן בשלב הבאת הראיות והן בשלב הסיכומים.

טוב היה עושה ב"כ הנאשם, אילו היה מפרט את גדר המחלוקת כבר בשלב המענה.

עם זאת, בתיק שבפני, הגם ששאלת החוקיות לא עלתה בשלב המענה, נדמה כי המאשימה הבינה היטב את גדר המחלוקת, ואף ניהלה את כל פרשת התביעה באופן המלמד כי שאלת חוקיות החיפוש עומדת בלב המחלוקת.

12. בנסיבות אלה, ומשברור לכל כי הנאשם כופר בחוקיות החיפוש, הגם שלא פירט זאת מפורשות בשלב המענה, תחושת ההגינות אינה מאפשרת להתעלם מכך.

13. יצוין כי גם בעניין בן חיים הנאשם בתשובתו לאישום הודה בהחזקת הסכין ולא טען לחוקיות החיפוש.

ראו בעניין זה התייחסותו של בית המשפט המחוזי בע"פ (ת"א) 7250/09 מדינת ישראל נ' בן חיים, בסעיף 27 לגזר הדין, לתשובתו של בן חיים לאישום:

"למעשה, הודה המשיב בהחזקת הסכין הן בתשובה לכתב האישום והן בהודעתו במשטרה (ת/3)....

תשובת המשיב, כלשונה היתה: "אני מודה שהחזקתי סכין ברח' נווה שאנן בת"א. זה לא סכין, זה מחזיק מפתחות, כל אדם מחזיק אותו, לא היתה כוונה".

המשיב הודה, איפוא, בבית המשפט, בהחזקת "סכין", שהיא מחזיק מפתחות. המשיב לא טען שהחפץ



הזה נתפס אצלו בחיפוש בלתי-חוקי וכן לא טען, כי נשא את החפץ, בהנחה שהוא סכין, למטרה כשרה כלשהי."

14. על אף שבתשובתו לכתב האישום הודה הנאשם שהחזיק בסכין ולא העלה בשלב זה את שאלת חוקיות החיפוש, מצא לנכון בית המשפט העליון לזכותו, וכך קבע (פסקה 34 לפסק הדין):

"... יש להבהיר כי נוכח מהות העבירות בהן מואשמים המבקשים בעניין בן חיים ובעניין ג'בלי, ברי כי פסילת הראיות שנתפשו בשני החיפושים (הסכין בעניין בן חיים והסם בעניין ג'בלי) תביא לזיכוי שני המבקשים. בהקשר זה יוער, כי גם המדינה לא טענה לפנינו כי ניתן להרשיע את המבקשים בעבירות האמורות בלי שיתקבלו הראיות שנמצאו בשני החיפושים."

15. לאור כל האמור, אני קובעת כי פסלות הראיה בנסיבות תיק זה, מובילה לזיכוי של הנאשם.

סיכום של דבר

16. קבעתי כי לא הוכח שהנהג הוא שפתח את דלת הרכב ולא הוכח מתי החל החיפוש ובאיזה אופן בוצע, על כן, הנחתי לטובת הנאשם שהשוטר אקסלרוד הבחין בסכין שעל הדלת לאחר שהחל בחיפוש וכי הסכין לא היווה את העילה לחיפוש.

17. לא שוכנעתי כי היה יסוד סביר להניח כי מבוצעת עבירה מסוג פשע, או שבוצעה עבירה כזו זה מקרוב:

לא שוכנעתי כי הנאשם הבחין בשוטרים בטרם התכופף ברכב, לא שוכנעתי כי הנאשם זרק דבר מה בתוך הרכב או מחוצה לו.

עצם התיאור שהרכב חנה באזור חשוך בחוף הים כשהאור הפנימי ברכב דלק, וכי אחד מיושבי הרכב התכופף לרגע קט, לא מקים חשד העולה כדי "יסוד סביר להניח שמבוצע פשע" באופן המקנה סמכות חיפוש ברכב. לפיכך קבעתי שהסכין נתפס בחיפוש לא חוקי.

18. על אף שהפרת זכויות הנאשם לא נעשתה בזדון, והגם שלא נפגעה מהימנותו של המוצג שנתפס בחיפוש הלא חוקי, הגעתי לכלל מסקנה כי באיזון בין האינטרסים שעל הפרק, גובר בזו הפעם הצורך להגן על תקינות ההליך הפלילי, על פני הצורך בשמירה על שלומו ובטחונו של הציבור, ולפיכך פסלתי את הראיה שנתפסה בחיפוש הלא חוקי.

19. הגם שבמענה לכתב האישום הודה הנאשם שהחזיק בסכין, הרי שלאור טענותיו ביחס לחוקיות החיפוש, ולאחר שפסלתי את הסכין כראיה בשל חיפוש לא חוקי, אני קובעת כי המאשימה לא עמדה בנטל ההוכחה הרובץ לפתחה להוכיח מעבר לכל ספק כי הנאשם החזיק בסכין.

20. לפיכך, ומשלא עמדה המאשימה בנטל ההוכחה הרובץ לפתחה, לא עבר הנטל אל הנאשם להוכיח את מטרתה הכשרה של ההחזקה בסכין, ולפיכך לא מצאתי להידרש לשאלה זו במסגרת הכרעת הדין ולשאלות שנגזרות ממנה (כגון חוקיות התשואול שנערך לנאשם).

21. לאור האמור, ומשהמאשימה לא הוכיחה מעבר לכל ספק כי הנאשם ביצע את העבירה המיוחסת לו, אני מזכה את הנאשם מחמת הספק.

המוצג - סכין- יושמד.

זכות ערעור תוך 45 יום.

ניתנה והודעה היום כ' אלול תשע"ז, 11/09/2017 במעמד הנוכחים.