



ת"פ 28021/05/16 - מדינת ישראל נגד רדואן דכה

בית משפט השלום בתל אביב - יפו

ת"פ 28021-05-16 מדינת ישראל נ' דכה(עציר)
לפני כבוד השופטת דנה אמיר

בעניין: מדינת ישראל

המאשימה

נגד

רדואן דכה

הנאשם

הכרעת דין

רקע, עובדות כתב האישום והמענה

1. כתב האישום מייחס לנאשם ביצוע עבירה של הסגת גבול פלילית לפי סעיף 447(א) לחוק העונשין, תשל"ז-1977 (להלן: "**החוק**"), ועבירה של ניסיון גניבה לפי סעיף 384 ו - 25 לחוק.
2. על פי המפורט בכתב האישום, ביום 29.1.16 בשעה 16:30 או בסמוך לכך, הסיג הנאשם גבול לחצר בניין ברחוב המעפילים 35 בבת ים, כדי לעבור עבירה, בכך שנכנס לחצר, פירק 2 בלוני גז מחיבוריהם וניסה לפרק עוד 2 בלוני גז בכוונה לגנבם, אך נתפס בכף על ידי עוברי אורח.
3. במענהו לכתב האישום מיום 20.6.17 כפר הנאשם בעובדות כתב האישום, נטען כי הנאשם היה שיכור בעת האירוע ולא ניתן להעמידו לדין בעבירות המיוחסות לו (טענה אשר נזנחה במסגרת הסיכומים). ב"כ הנאשם טענה למחדלי חקירה ופעולות שנעשו בשטח שלא כדין.
4. ביום 1.2.18, בפתח דיון ההוכחות הראשון, העלתה ב"כ הנאשם טענה מקדמית לפיה לא היה מקום להאשים את הנאשם בעבירה של הסגת גבול משלא הוזהר ונחקר לגביה, כן ביקשה לקיים משפט זוטא בקשר להודעת הנאשם מיום 31.1.16 ואף טענה כי יש לפסול את שתי הודעות הנאשם (מיום 29.1.16 ומיום 31.1.16) מכוח דוקטרינת הפסילה הפסיקתית. הצדדים הסכימו כי הראיות הנקודתיות ביחס למשפט הזוטא ישמעו במהלך המשפט, וכי הכרעה בו תינתן במסגרת הכרעת הדין. בנוסף, באותו מועד קבעתי כי ההכרעה בבקשה לפסילת הודעות הנאשם מכוח דוקטרינת הפסילה הפסיקתית תינתן במסגרת הכרעת הדין. בדיון ביום 25.2.18 הסכימו הצדדים כי הכרעה בטענה המקדמית להעדר חקירה ואזהרה בעבירת הסגת גבול ומשמעותה תינתן במסגרת הכרעת הדין.



משפט זוטא

5. על פי טענת ב"כ הנאשם יש לפסול את ההודעה שמסר הנאשם במשטרה ביום 31.1.16 (במ/2) משבעת גביית ההודעה הבטיחה השוטרת מזין, אשר חקרה את הנאשם, לנאשם, כי אם יודה תשחרר אותו ממעצר. לטענתה ניתן ללמוד על הדברים מדברי הנאשם בבמ/2 "מה את רוצה שאני אודה, ואז את משחררת אותי" בתחילת ההודעה (ש' 2 לבמ/2), לצד אסמכתת שחרור הנאשם (נ/1) מאותו היום. ב"כ הנאשם טענה כי השוטרת מזין לא הסבירה בעדותה בבית המשפט מדוע לא הבהירה לנאשם ותיעדה בהודעה הכתובה כי לא הבטיחה לו דבר בתמורה להודאתו.

6. ב"כ המאשימה טענה כי טענת הזוטא לא נטענה במועד שכן לא הועלתה במועד מתן המענה לכתב האישום. עוד טענה כי בהודעה במ/2 אין הודאה בעובדות ומשכך אין כל רלוונטיות לטענה. כך לטענתה, מעיון בבמ/2 עולה כי הנאשם לא הודה בהסגת גבול, לא בגניבה ולא בניסיון גניבה. בנוסף לטענתה הנאשם לא שוחרר בתום החקירה כך שלא הוכח כל אמצעי פסול. עוד הפנתה לעדותה של השוטרת מזין בבית המשפט והכחשתה החד משמעית בדבר הבטחה מהסוג הנטען וביקשה לאמצה.

7. בחינת טענת זוטא נעשית על פי סעיף 12(א) לפקודת הראיות [נוסח חדש] תשל"א-1971: "עדות על הודית הנאשם כי עבר עבירה, תהא קבילה רק אם הביא התובע עדות בדבר הנסיבות שבהן ניתנה ההודיה ובית המשפט ראה שההודיה היתה חופשית ומרצון." בע"פ 5121/98 טור' רפאל יששכרוב נ' התובע הצבאי הראשי (2006) (להלן: **הלכת יששכרוב**) הבהיר בית המשפט העליון כי פסילת הודאה מכוח ס' 12 לפקודת הראיות דורשת פגיעה משמעותית במהלך החקירה בזכותו של הנחקר לשלמות גופו ונפשו, אוטונומיות הרצון החופשית שלו וחופש הבחירה שלו. לאור זאת, ההלכה היא כי בית המשפט יבחן האם הופעל על הנאשם לחץ שבגיניו איבד הנאשם את היכולת לשלוט ברצונו וההודעה שמסר לא ניתנה מרצונו החופשי. בין אבות הפסול אשר נקבעו בפסיקה כלולה גם נקיטת תחבולות המתאפיינות ביסוד של מרמה; פיתוי והשאה, שמשמען הבטחת טובת הנאה ממשית ומוחשית לנחקר, כנגד ויתור על זכותו לחיסיון מפני הפללה עצמית (ראו דבר"י השופט דנציגר בע"פ 10049/08 אבו עצא נ' מדינת ישראל (23.8.2012)). ככלל, במסגרת משפט זוטא לא יבחן בית המשפט את תוכן הראיות כי אם רק את נסיבות קבלתן, למעט אם ישנה סיבה ממשית לבחינת תוכן הראיה, כנדרש במקרה הנדון.

8. בבמ/2 מוסר הנאשם מספר גרסאות, מאשר כי שהה בחצר הבניין, בחלקה מאשר כי פירק את בלוני הגז והתכוון לגנבם ובחלקה מכחיש זאת. בנסיבות אלה אתייחס לדבריו כסוג של הודאה וכך גם טענה הסנגורית, ולכל הפחות ראשית הודייה. לאחר עיון בטענות הצדדים, עדות השוטרת מזין ועדותו של הנאשם בקשר לנסיבות מסירת הודעתו במ/2 ואף בהודעה במ/2 עצמה - מצאתי לדחות את הבקשה לפסילת במ/2 על בסיס הטענה לפיה הובטח לנאשם שישוחרר ממעצרו ככל שיוודה. השוטרת מזין העידה באופן ברור ומשכנע באשר לנסיבות גביית ההודעה, והבהירה כי מה שנרשם בהודעה הוא שנאמר. עוד אישרה כי לא היה אירוע מיוחד בעת גביית ההודעה מהנאשם. השוטרת מזין הכחישה באופן נחרץ כי ניתנה כל הבטחה לנאשם לפיה ישוחרר ממעצר בתמורה להודייתו בביצוע העבירות. כן הבהירה שהיא מבינה ומודעת לכך שהבטחה מסוג זה היא מעשה פסול (עמ' 37 ש' 29-30 לפרוטוקול), והתרשמתי כי היא דוברת אמת. לא מצאתי טעם לפגם בכך שלא ציינה מפורשות בגוף ההודעה כי לא הבטיחה לו דבר בתמורה להודיה, ולא בוסס כי ניתנה כל הבטחה על ידה כאמור.



9. מנגד, גם על פי מלל ההודעה פונה הנאשם לשוטר מזין מיוזמתו ואומר: **"מה את רוצה שאני אודה, ואז את משחררת אותי"** לאחר דברים אלה נשאל הנאשם על ידה: **"במה אתה רוצה להודות?"**. אך מיד לאחר מכן כלל לא מודה הנאשם אלא אומר: **"אני לא גנבתי את בלוני הגז. אני הייתי מתחת לבניין... אני השתנתי שמה..."**. המפורט כשלעצמו מטיל ספק במהימנות טענתו בדבר ההבטחה שניתנה. בנוסף, עומדת עדות הנאשם בבית המשפט אשר התפתחה והשתנתה במהלך מסירתה באשר לנסיבות גביית במ/2, ואינני מוצאת ליתן בה אמון. כך, לדברי הנאשם בחקירה ראשית **"היא הבטיחה לי. היא אמרה לי: תודה ואני משחררת אותך"** (עמ' 56 ש' 12 לפרוטוקול). בחקירה נגדית דבריו נשמעו מעט שונים: **"אני זוכר שהיא אמרה לי משהו כמו: אני משחררת אותך אז אני אמרתי לה: את רוצה שאני אודה?"** גם מדברים אלה ניתן ללמוד כי הוא זה אשר הציע להודות בתמורה לשחרורו ולא להיפך כפי שטען, ואין כל ראייה כי השוטר מזין הסכימה לעסקה זו או עודדה אותה. לאחר מכן מסר הנאשם שאינו זוכר מה אמרה לו השוטר (עמ' 61 ש' 5-9 לפרוטוקול). חרף זאת בחקירתו הנגדית השיב **"היא רמזה לי: תודה, אני משחררת אותך. במילים אלה"** (עמ' 64 ש' 17 לפרוטוקול). בנוסף, וביחס לכך שעל פי המפורט בבמ/1 לא הודה למרות אותה הבטחה נטענת, השיב: **"אני אמרתי לה את האמת. היא לא מאמינה לי. היא אומרת לי: אני לא מאמינה לך. היא אמרה לי: אז תמציא משהו אחר. במילים אלה"** (עמ' 65 ש' 1-2 לפרוטוקול). המדובר בגרסה כבושה, טענה בדבר אמירת דברים אלה על ידי השוטר מזין לא נטענה על ידי ההגנה עובר למועד עדות הנאשם והשוטר אף לא נחקרה לגביהם בחקירתה הנגדית על ידי הסנגורית. בנוסף, בדברים אלה יש מן ההפרזה וחוסר סבירות.

10. בנסיבות אלה, מצאתי לקבל את גרסתה של השוטר מזין, כי לא הבטיחה לנאשם לשחרר אותו ממעצר בתמורה להודייתו בביצוע העבירות, משכך - טענת הזוטא נידחת.

דוקטרינת הפסילה הפסיקתית

11. לטעמה של ב"כ הנאשם יש לפסול את ההודעות אשר נגבו מאת הנאשם, במ/1 ו-במ/2, מכוח דוקטרינת הפסילה הפסיקתית. לטענתה, הודעות אלה נגבו לאחר תשאל בלתי חוקי שערך השוטר אייבנמן בשטח, אשר לטענתה במהותו מהווה חקירה של ממש, משלא הוזנה הנאשם טרם התשאל שנערך (ת/5). בהקשר זה הפנתה להלכת יששכרוב ולע"פ (מרכז) 28090/02/15 **מדינת ישראל נ' אדרי** (15.5.2016) (להלן: **עניין אדרי**) וטענה כי חקירות הנאשם (במ/1 ו-במ/2) הן תולדה של אותו תשאל בלתי חוקי ומטעם זה יש לפסלן כראייה. כן הפנתה לת"פ (ת"א) 16795/10/15 **מדינת ישראל נ' אהל ואח'** (8.2.2017) (להלן: **"עניין אהל"**).

12. כידוע, סוגיית קבילותן של הודאות נבחנת בשני מסלולים: על פי סעיף 12 לפקודת הראיות שעניינו משפט זוטא, ועל פי דוקטרינת הפסילה הפסיקתית, שהותוותה בהלכת יששכרוב. על פי דוקטרינת הפסילה הפסיקתית, ניתן לטעון לפסילת ראיות ובכללן הודאות והודעות נאשם, אשר אינן כוללות הודייה בביצוען של העבירות. לבית המשפט נתון שיקול דעת לפסול את קבילות הראייה אם הראייה הושגה שלא כדין וקבלתה במשפט תיצור פגיעה מהותית בזכות של הנאשם להליך פלילי הוגן החורגת מגדריה של פסקת ההגבלה. במסגרת זו תיבחן אופיה וחומרתה של אי-החוקיות שבהשגת הראייה, מידת ההשפעה של האמצעי הפסול על הראייה שהושגה, והשפעת פסילת הראייה על מלאכת עשיית הצדק במובנה הרחב, על ידי השוואת המחיר החברתי הכרוך בפסילת הראייה לתועלת החברתית שבפסילתה. על בית המשפט לאזן בין הצורך להגן על זכויות הנאשם ועל הגינות ההליך הפלילי, לבין ההגנה על האינטרסים של גילוי האמת, הלחימה בפשע וההגנה על שלום הציבור ועל זכויותיהם של נפגעי עבירה. לבית המשפט שיקול דעת בקשר לפסילת ראיות שהושגו שלא כדין ואין המדובר בפסילתן האוטומטית.



13. **בענין אדרי** עוכב המשיב לאור חשד לביצוע עבירת סמים ולאחר שנערך חיפוש על גופו בו נמצא סכין, תושאל באשר לנסיבות נשיאתה. באותו מקרה נקבע כי עיכובו של הנאשם היה שלא כדין ולא על פי הנהלים וכך גם תשאולו, משלא הוזר כנדרש כך שזכויותיו, ובכלל זאת זכותו לשתוק בחקירה ולהיוועץ בעורך דין נפגעו. בית המשפט פסל את הודיית המשיב אשר ניתנה במעמד התשאול וככל הנראה אף את הסכין שנתפסה כראייה והורה על זיכויו. בפסק דינו הבהיר בית המשפט המחוזי כי פגמים אשר נפלו בתשאול או עיכוב אינם מביאים לתוצאה אוטומטית של פסילת ראיות אשר הושגו במסגרתם, ויש לבחון האם המדובר בפגמים המצדיקים את פסילתן. יש לבחון את הפגמים והראיות המפלילות (אלה שהושגו בזיקה ישירה לפגמים וכן אלה שהושגו בזיקה עקיפה) כמכלול, שכן המדובר ברצף אירועים "הבנוי מחוליות הכרוכות זו בזו". במסגרת זו יש לבחון האם המדובר בפועל יוצא של הגרסה הראשונה והמפלילה. במקרה זה אישר בית המשפט המחוזי את זיכויו המשיב לאור פסילת התשאול בו מסר המשיב גרסה מפלילה ופסילת הסכין כראייה ומטעמים נוספים. נקבע כי היעדר אזהרתו של החשוד ואי ידועו בזכויותיו מהווים פגמים מהותיים שמידת פגיעתם בזכויותיו של המשיב גבוהה, לצד כשלים נוספים. (ראו גם דעתו של השופט הרמלין בענין אהל).

14. בראי האמור יבחנו הנסיבות בעניינו. במקרה דנן העיד השוטר אייבנמן ערך את דוח הפעולה בו מפורט התשאול לנאשם (ת/5). על פי המפורט בו הגיעו השוטר אייבנמן ומתנדב למקום בעקבות הודעת המודיע נבייב אשר אף הצביע על הנאשם. השוטר אייבנמן ביקש מהנאשם להזדהות והוא הזדהה. בנפרד פנה למודיע נבייב אשר מסר כי שכנו ראה את הנאשם וחושד בו שגנב בלוני גז, השכן רץ אחרי הנאשם והמודיע החליף אותו בריצה אחרי הנאשם. השוטר אייבנמן פנה לנאשם ושאל אותו מה עשה ברח' המעפילים 35 והוא מסר כי הוא מאוים על ידי משפחות פשע ולכן נכנס מאחורי הבניין, כאשר נשאל איזה משפחות פשע השיב "לא משנה" ואמר שנכנס כדי להשתין, מישהו החל לרוץ אחריו, הוא נבהל והחל לברוח. לאחר זאת הודיע אייבנמן לנאשם כי הוא מעוכב "עד לביוריים". השוטר אייבנמן העיד כי פנייתו לנאשם לא הייתה בגדר חקירה כי אם תשאול ראשוני, על מנת להבין את הסיטואציה, ואין הוא סבור כי נכון היה לעכב את הנאשם קודם לאותו בירור, ועל כן אף לא הוזר טרם התשאול. לדבריו, היה עליו לקבל הסבר עוד טרם עיכובו שכן יתכן והיה לנאשם הסבר מניח את הדעת. עוד ציין כי המודיע עמו שוחח לא ראה את העבירה הנטענת בעיניו אלא רק סיפר דברים שמסר לו שכנו (עמ' 48 - 49 לפרוטוקול).

15. דבריו והסברו של השוטר אייבנמן מקובלים עלי. נסיבות אלה שונות מעניין אדרי, שם לאחר חיפוש (אשר נקבע כי לא היה חוקי) בו נמצאה סכין, וקם בבירור חשד סביר לביצוע עבירה תושאל הנאשם ללא אזהרה ואף מסר גרסה מפלילה (הסכין היא לשם הגנה עצמית). גם בענין אהל, שם העיר השופט הרמלין הערותיו מבחינת למעלה מן הצורך, דובר בביצוע חיפוש לא חוקי ותשאול בעקבותיו. (ראו גם עפ"ג (מחוזי - חי') 47321-07-14 **אבשלומוב נ' מדינת ישראל** (30.10.2014) שם צוין כי נוסח וסוג השאלה לנאשם "האם הוא מחזיק על גופו דבר מה בניגוד לחוק" משמעותו שאלה האם הוא מבצע עבירה כלשהיא המחייבת את אזהרת הנאשם (בשונה מעניינו). למרות האמור, ולאחר בחינת המקרה בהתאם לכללי דוקטרינת הפסילה הפסיקתית לא מצא בית המשפט הורות על פסילת הראייה). בנוסף, תשובתו של הנאשם לשוטר אייבנמן איננה בגדר הודאה והיא אף לא הובילה אותו לשוב ולהודות גם בחקירה. מבחינת הראיות עולה כי הנאשם אף לא "כבל" עצמו לגרסה שמסר במסגרת התשאול, ולא חש מחויב לאותה גרסה. ראשית, כבר בעת התשאול נמסרו על ידי הנאשם למעשה שתי גרסאות שונות. שנית ועיקר, מעיון בבמ/1, הודעתו הראשונה של הנאשם, עולה כי בפתח הודעתו לא חזר על הדברים שמסר בתשאול אלא טען כי יצא "**להליכה**" לאור הוראות הרופא, שמע צעקות "**תעצור תעצור ומישהו רץ**" ונבהל (עמ' 2 לבמ/1). כך הנאשם לא חזר על דבריו בדבר הימצאותו בחלק האחורי של הבניין בשל חששו ממשפחות פשע או כדי להשתין כדבריו בתשאול. גם כאשר נשאל באופן ברור "**מה עשית בבנין ברח' המעפילים 35 בבת ים**" השיב: "**...אני עברתי משם זה רחוב**" (ש' 20 לבמ/1).



16. לאור המפורט, גם אם הייתי קובעת כי התשאל ללא אזהרת הנאשם כחוק יש בו טעם לפגם, ואיני סבורה כאמור, מקרה זה אינו נופל בגדר המקרים המצדיק פסילת התשאל, ובוודאי שאינו מצדיק פסילת ההודעות שמסר הנאשם בחקירה מכוח דוקטרינת הפסילה הפסיקתית. זאת בראי המבחנים שנקבעו לתחולתה, אופיו של הפגם (ככל שהיה נקבע שקיים פגם) שבכל מקרה מידת חומרתו אינה גבוהה, ובשים לב לכך שכאמור לעיל, גרסאותיו בהודעותיו אינן בעלות זיקה עקיפה לראיות אשר הושגו באופן לא חוקי.

17. באופן דומה איני מוצאת כי עיכובו ומעצרו של הנאשם נגועים באי חוקיות כפי שטענה ההגנה. בעת התשאל, סיפק הנאשם הסבר מבולבל והחליף גרסאות. חוסר היכולת של הנאשם לספק הסבר סביר להימצאותו במקום, בצירוף זיהוי הנאשם על ידי נביב, עד ראיה חסר פניות, מהווה הצדקה ל"עיכובו עד לבירורים". לפי דוח הפעולה (ת/5) השוטר איבנמן הודיע לחשוד כנדרש כי הוא מעוכב. גם מעצרו של הנאשם היה חוקי. לפי דוח הפעולה (ת/5) לאחר שהשוטר איבנמן דיבר עם העד מסיקה, אשר תיאר באוזניו את לבוש החשוד וסיפר שראה אותו מפרק בלוני גז בחצר ביתו, ניגש השוטר איבנמן לנאשם והודיע לו שהוא עצור בגין ניסיון גניבה.

18. לבסוף, באשר לבקשה לפסול את הודעת הנאשם במ/2 משלא הובהרו לו החשדות כנגדו בפתח ההודעה וכל שנאמר ונרשם הוא "בהמשך להודעתך הקודמת" - איני מוצאת להיעתר לבקשה. החשד לביצוע עבירה של ניסיון גניבה נמסר לנאשם בעת שנעצר ובפתח חקירתו הראשונה במ/1. הגם שראוי להבהיר לחשוד בראשיתה של כל חקירה מחדש במה הוא חשוד כחלק מן האזהרה, מתשובותיו של הנאשם במ/2 עולה בבירור כי הוא מבין היטב את החשד נגדו ואף מבין כי המדובר באותו העניין בגינו נחקר יומיים קודם ובגינו עצור. כך, ממש בפתח ההודעה במ/2 לאחר ששאל **"מה את רוצה שאני אודה ואת משחררת אותי"** לאחר שאלתה הפתוחה של החוקרת **"במה אתה רוצה להודות?"** השיב **"אני לא גנבתי את בלוני הגז..."** (במ/2 ש' 4). והדברים מדברים בעד עצמם. בנוסף, קיימת סתירה פנימית בין טענת ההגנה לפיה הובטח לנאשם על ידי השוטרת מזין כי הנאשם ישוחרר באם יודה לבין הטענה לפיה לא הובהרו לו ולא ידע מהם החשדות כנגדו. וכי במה נטען שביקשה השוטרת מזין כי יודה? בענייננו הסבירה החוקרת שהמשיכה את חקירתו מלפני יומיים ועל כן ציינה בהודעה **"בהמשך להודעתך הקודמת"**, ואין מקום לטענה כי החשוד האמין שמדובר בחקירה בדבר אירוע אחר לגמרי מזה שנעצר ונחקר בגינו יומיים קודם לכן ועדיין עצור. בנסיבות אלה, אין באי פירוט החשד במ/2 להוות פגם היורד לשורשו של עניין המביא לפסילת ההודעה בהתאם לדוקטרינת הפסילה הפסיקתית המפורטת לעיל.

טענת מחיקת אישום הסגת גבול

19. טענה נוספת מטעם ההגנה היא כי לא ניתן להעמיד את הנאשם לדין בגין עבירת הסגת גבול מאחר ולא הוזרז ולא נחקר בקשר לעבירה זו.

20. לטענת ב"כ המאשימה, הגם שלא נאמר לנאשם ספציפית שהוא חשוד בהסגת גבול, נחקר הנאשם אודות נסיבות הכניסה לבניין ברחוב המעפילים 35 בבת ים, ומסר את גרסה בעניין זה בשתי הודעותיו (במ/1 ו-במ/2). לטענתה, הסגת הגבול היא חלק בלתי נפרד מהאירוע כולו מאחר והכניסה הייתה דרושה לשם גניבת בלוני הגז. בנסיבות אלה לטענתה ידע הנאשם היטב מה מיוחס לו והתגונן מההאשמה של הסגת גבול כבר בחקירותיו במשטרה.



21. עיון בהודעות הנאשם במ/1 ו-במ/2 מלמד כי הצדק עם המאשימה. לנאשם ניתנה ההזדמנות להבהיר מה עשה בבניין הנדון, והוא אף מסר גרסאותיו בעניין (במ/1 ש' 19,52,59,41,46; במ/2 ש' 32,33), כך שאין המדובר במקרה בו לא ניתנה לנאשם ההזדמנות למסור גרסה ביחס לעובדות. יש לזכור כי עבירת הסגת הגבול במקרה זה שלובה בעבירת ניסיון הגניבה שכן על פי עובדות כתב האישום, הניסיון לגניבת בלוני הגז היה מחצר הבניין שבגין השהות בה הואשם הנאשם בהסגת גבול (ראו והבחינו: ע"פ (מחוזי - נצ') 48240-04-17 **פלוני נ' מדינת ישראל** (23.1.2018) שם להבדיל מעניינו, דובר על העדר אזהרה וחקירה באשר לעובדות עצמן, כך שלא ניתנה לנאשם הזדמנות להעלות גרסתו באשר לאירוע). מובן כי הכלל הוא שנאשם יוזהר באופן מפורש ביחס לעבירות בהן הוא חשוד, יחד עם זאת אין בכך כדי להביא באופן אוטומטי לביטול האישום (ראו: ע"פ (מחוזי - ת"א) 70035/04 **מדינת ישראל נ' חננה ואח'** (2004)). נקבע כי העדרה של אזהרה, ועוד יותר מכך, העדרו של הסבר, במה הוא נחשד, עשויים לקפח את הגנתו מחד גיסא ולפגוע במשקל הודאה מאידך גיסא וכל מקרה יבחן על פי נסיבותיו כך שתבחן הפגיעה ביכולתו של הנאשם להתגונן. כידוע, בנסיבות ההפרדה בין הרשות החוקרת לבין הרשות התובעת, קורה לעיתים שהרשות החוקרת מציינת בעת החקירה סעיפי עבירה מסוימים, והתובע הבוחן את חומר החקירה מוצא לנכון לייחס לנאשם בכתב האישום סעיפי עבירה אחרים. כל עוד מדובר באותה מסכת עובדתית לגביה נחקר הנאשם, אין בכך משום פגם ממשי המצדיק ביטול סעיף אישום (ראה: ת"פ (ב"ש) 54713/07/10 **מדינת ישראל נ' מקונן סיבהט** (6.7.2012) והפסיקה המפורטת שם). הנאשם לעולם מודה או כופר בעובדות כתב האישום והוראות החיקוק הן רק נגזרת מן העובדות.

22. במקרה דנן לא נטענה מטעם ההגנה טענה קונקרטית לגבי פגיעה ממשית בהגנת הנאשם מהעדר ציון העבירה ולא הונח בסיס עובדתי לטענה. הנאשם כאמור נשאל אודות נסיבות הימצאותו בחניית הבניין ומסר גרסאותיו. הנאשם בחר שלא להעיד במשפט (למעט עדותו ביחס לטענת הזוטא) ולמסור כל גרסה אחרת או נוספת לאלה שמסר. ככל שהיה מעלה גרסה אחרת או נוספת זו הייתה נשקלת בראי העדר האזהרה כאמור, כך שיתכן והכללים המחמירים בדבר בחינת גרסה חדשה כגירסה כבושה לא היו מוכנים. בנסיבות המפורטות לעיל אני מוצאת כי במקרה זה לנאשם הייתה הזדמנות להתגונן מפני אישום של הסגת גבול ולא נגרמה פגיעה ממשית בהגנתו או בזכותו להליך הוגן, וודאי לא באופן המצדיק ביטול האישום. על כן טענות ההגנה בהקשר זה נידחות.

עיקר הראיות - דיון והכרעה

23. מטעם המאשימה, הוצגו עדויותיהם של העדים ארתור נבייב (להלן: "**נבייב**") ובני מסיקה (להלן: "**מסיקה**") שהיו מהימנות וסדורות, ואשר השתלבו והשלימו האחת את השנייה לצד עדותו של השוטר אייברמן ודוח הפעולה שערך ת/5. לדבריי העד מסיקה, ראה אדם נוגע בבלוני הגז שלו המצויים בחניית הבניין ברח' המעפילים 35 בבת ים. לדבריו: "**אני מסתכל ככה ורואה אדם ממש ניגש. פותח את בלוני הגז. שני הבלוני גז שלי היו כבר בחוץ והוא בדרך כבר לקחת את הבלון השלישי.**" (עמ' 8, שורה 3 לפרוטוקול). מסיקה הוסיף כי כששאל את הנאשם לפרש מעשיו, הנאשם ברח. לדבריו: "**התחלתי לרדוף אחריו ולא הורדתי את העיניים ממנו. אני חושב שהוא לבש חולצה צהובה עם קפוצ'ון וג'ינס. עקבתי אחריו, רדפתי וצעקתי "גנב, גנב, גנב", הוא הביא ריצה מאוד מהירה אבל אני לא הורדתי ממנו את העיניים. והשכן בבלוק ממול... אמרתי לו: הבחור הזה גנב. הצבעתי לו על הנאשם. הוא התחיל לרוץ אחריו השכן ותפס אותו. ואז ראיתי אותו בניידת..."** (עמ' 8 ש' 1-10 לפרוטוקול). מסיקה אף זיהה את הנאשם בבית המשפט כמי שפירק את בלוני הגז (עמ' 12 ש' 24 לפרוטוקול). בחקירתו הנגדית אף הבהיר כי אמר לנבייב "**זה גנב תפוס אותו, הוא התעסק עם בלוני הגז**" (עמ' 12 ש' 4-5 לפרוטוקול). עדותו של מסיקה הייתה כאמור סדורה ומאופיינת בפירוט רב ודיוק, מסיקה אף התעקש באשר למספר



בלוני הגז שפורקו (שנים היו מפורקים "והשלישי בדרך") גם בחקירה נגדית (עמ' 14 ש' 6-7 לפרוטוקול).

24. גם העד נביב מסר גרסה סדורה ומפורטת והסביר כי החל לרדוף אחרי הנאשם משראה אדם בורח, ראה את שכנו רודף אחריו והשכן אמר לו כי האדם ניסה לגנוב בלוני גז (עמ' 15 ש' 15-17 לפרוטוקול). לדבריו בשלב כלשהו נעלם הנאשם מזוית עינו, הוא המשיך לרוץ לכיוון רח' הפלמ"ח בעקבות אנשים והשיג את הנאשם. לדבריו צילם את הנאשם בטלפון שלו וביקש ממנו שיעצור ותוזמן נידת אך הוא לא הסכים לעצור. לדבריו: **"התקשרתי למוקד באותו רגע, בזמן שהייתי בטלפון... הוא המשיך לברוח. המשכתי לרוץ אחריו... כיונתי את הכוח למקום. הניידת הגיעה ועצרו אותי במקום"** (עמ' 15 ש' 15-24 לפרוטוקול). נביב העיד כי אין לו יחסים קרובים עם מסיקה שהיה יחסית חדש בבנין (עמ' 15 ש' 32 לפרוטוקול). עדותו של נביב תואמת לעדות מסיקה, העדים מסיקה ונביב חסרי כל ענין בהפללת הנאשם ולא הכירו אותו עובר לאירוע. שני אלה אף אינם מכירים היכרות עמוקה או מצויים בקשר, ולא הוכח כל מניע לתיאום גרסאות ביניהם.

25. עדות נביב אף משתלבת עם עדות השוטר אייברמן ודוח הפעולה שהגיש ת/5 בנוגע לנסיבות מעצרו של הנאשם לאחר מרדף. בחינת עדותו של מסיקה מול דוח הפעולה שנערך על ידי השוטר אייברמן ת/5 מעלה כי קיים פער מסוים וקטן בין גרסאותיהם. כך, בדוח הפעולה ת/5 נרשם כי לדבריי מסיקה הבחין מסיקה בנאשם מפרק שני בלוני גז קטנים כששניים נוספים כבר עמדו מפורקים. המדובר בפער קטן וחסר משמעות מול גרסת מסיקה בעדותו לפיה הבחין בנאשם מפרק בלון שלישי לאחר ששניים עמדו מפורקים. בנוסף, על פי עדותו של מסיקה, פנה מסיקה לנאשם בעת שהיה בניידת ליד השוטר אשר אמר לו **"תעוף מפה"** (עמ' 11, עמ' 12 לפרוטוקול), זאת בניגוד לעדותו של אייברמן לפיה המתלוננים לא שוחחו על הנאשם לידו (עמ' 50 ש' 21 לפרוטוקול). פער זה ניתן להסבר לאור נוכחות מתנדב ביחד עם השוטר אייברמן בעת האירוע, כשלא מן הנמנע שהמתנדב הוא השוטר שהיה סמוך לנאשם ולמסיקה באותו הרגע. עדותו של השוטר אייברמן גם היא הייתה סדורה וברורה ואף אישרה את עדות נביב לפיו הצביע על הנאשם לשוטרים מיד כשהגיעו, כפי שאף נכתב בת/5.

26. לצד הראיות הסדורות המפורטות לעיל גרסאותיו רוויות הסתירות של הנאשם בהודעותיו במשטרה (במ/1 ובמ/2). כך בבמ/1 טען תחילה כי **"עשה הליכה"** בעצת רופאו כששמע צעקות **"תעצור תעצור ומישהו רץ ואלה שהתלוננו ראו אותו עולה באוטו ונסע. עכשיו אני הייתי באיזור את יודעת יש היום דקירות דוקרים ערבים אנשים, ראיתי מישהו רץ לכיוון שלי ופחדתי ממנו ברחתי אחורה קצת הוא רץ אחרי אמרתי לו מה אתה רוצה ממני, אמר תעצור תעצור רצה לצלם אותי צילם אותי בטלפון שלו. הוא אמר שכל הזמן גונבים בלוני גז והוא חשד בי זה לא נגב זה נשאר במקום..."** (ש' 6-13 לפרוטוקול). עוד טען כי לא היה בתוך הבנין אלא עבר משם לטענתו **"זה רחוב"**. בהמשך טען כי ברגע ששמע שהאדם שרץ אחריו מדבר עברית עצר ודיבר איתו. לדבריו **"חיכיתי איתו עד שהמשטרה הגיעה"** (ש' 33 לבמ/1) זאת בניגוד מוחלט לעדויות נביב והשוטר אייברמן (ת/5). עוד ענה כי מסר בתשאול שעצר בבנין להשתין כדי שהשוטר יניח לו אך לדבריו **"זה לא היה בבנין שלו בכלל (צ"ל בכלל - הטעות במקור - ד.א.) זה היה בדיוק בפינה"** (ש' 51 לבמ/1).

27. בהודעתו במ/2 מסר הנאשם גרסה שונה. לאחר ששאל **"מה את רוצה שאודה"** טען כי לא גנב את בלוני הגז וכי השתין היכן שנמצאים בלוני הגז (עמ' 5 לבמ/2) ובניגוד לגרסתו בבמ/1. בנוסף ובניגוד להודעתו בבמ/1 אישר כי נגע בבלונים אך טען שלא גנב אותם (ש' 7 לבמ/2). עוד הוסיף כי לא פירק את הבלונים ולדבריו: **"היו שם שני**



אנשים, אחד רדף אחרי והשני ישב ליד הבלונים אולי הוא פירק את הבלונים (ש' 15-16 לבמ/2). בהמשך אישר כי פירק את הבלונים **"כן פירקתי"** ואף הסביר כי ניתן לפרק ביד את ההברגה ללא כלי פריצה (ש' 18-20 ו- 36 לבמ/2). לאחר מכן טען כי פירק רק בלון אחד (ש' 39 לבמ/2). לדבריו פעל כאמור כי היה מסטול ושתה באותו היום. עוד הוסיף כי לא רצה לקחת את הבלונים, כי היה קצת עצבני מהבית אך בהמשך אישר **"חשבתי מאסטה אולי אני אמכור, אבל אז אמרתי זה כבד איפה אני אסחוב את זה"** (ש' 47 לבמ/2).

28. בעת המשפט בחר הנאשם להעיד רק בנוגע לטענתו לפסילת במ/2 במסגרת משפט הזוטא, כך שאיני נותנת דעתי לגרסתו בעת עדותו בבית המשפט. גרסאותיו של הנאשם אשר פורטו לעיל, אשר אף כוללות בחלקים מהן ראשית הודייה אם לא מעבר לכך, במיוחד לו בכתב האישום, אינן סדורות, מלאות סתירות ואיני מוצאת ליתן בהן אמון. כך בדבר הסבריו לסיבת שהותו בבנין והתנהלותו במהלך האירוע, מהן ניתן ללמוד כי לא ניסה לגנוב את בלוני הגז או להימלט ממסיקה ונבייב (שמחלקם הגדול אף חזר בהודעה עצמה) ואף אם לא אזקוף לחובתו כחיזוק את בחירתו שלא למסור גרסה ביחס לאירועים (למעט משפט הזוטא) בעת המשפט.

29. המאשימה ביקשה להציג כראיה את התמונות ת/א-1 ות/ב-1. לטענת ב"כ הנאשם אין מקום לקבל התמונות כראיה מאחר ושרשרת המוצג ביחס אליהן פגומה. בהקשר זה יש טעם בדבריה. מבחינת עדויות השוטר מזין והשוטר יהושפט עולה כי בהקשר זה כשלה המשטרה בתיעוד כנדרש את הליך קבלת התמונות והעברתן מאחד לשני. כך, לא ניתן לקבוע בבירור איזה תמונות קיבלה השוטר מזין לטלפון הנייד שלה מהשוטר אייבמן, אשר ציין בדוח הפעולה ת/5 כי צילם בלוני גז במקום ואף הוסיף שמסיקה מסר לו שעוד שני בלונים היו מפורקים ועמדו מחוץ לעמדה על החול. כן לא ניתן לדעת בוודאות איזה תמונות העבירה לשוטר יהושפט. השוטר מזין לא צירפה עותק מהתמונות למזכר שערכה ת/3. השוטר יהושפט לא ערך מזכר המזהה את התמונות שקיבל לידיו (הגם שבעת עדותו טען כי מבדיקה שערך לפני העדות בבית המשפט המדובר בתמונות ת/א-1 ות/ב-1). לא ניתן לדעת האם התמונות ת/א-1 ות/ב-1 הן של בלוני גז מהבנין האמור בבת ים או שמא חל בלבול והמדובר בבלוני גז מבנין אחר בעיר אחרת. בנוסף, מעיון בהודעת הנאשם במ/2 נראה דווקא כי התמונה שהוצגה לו איננה התמונות הנדונות ויתכן שהמדובר בתמונה אשר נטען שצולמה על ידי נבייב, זאת לאור תשובת הנאשם **"בחר ביקש ממני לעצור, כדי שהוא יצלם אותי"** (במ/2 ש' 53) ואשר לא נמצאה. יש לזכור כי על פי הראיות שלח שוטר אייבמן לשוטר מזין תמונות מהאירוע בווטסאפ והיא שלחה אותם במייל ליהושפט רק ב- 4.2.16 ובת/5 ציינה כי קיבלה אותן באותו היום, קרי 4.2.16 ולאחר חקירת הנאשם. בסיכומים ציינה ב"כ המאשימה כי השוטר יהושפט הבהיר את הבעייתיות בהליך שרשרת המוצג ביחס לתמונות באותו המועד וכי כיום התהליך הוא אחר וכולי תקווה כי תקלות מעין אלה לא ישנו. יחד עם זאת, בנסיבות אשר פורטו והגם שהשוטרים אייבמן, מזין ויהושפט העידו אודות התמונות, לא מצאתי לקבלן כראיה לאור הקושי בשרשרת המוצג והעדר מאפיינים ברורים בתמונות עצמן (כגון מאפייני מקום - כתובת על גבי בנין וכדומה).

30. אבהיר כי אין באמור כדי למנוע הרשעת הנאשם בניסיון גניבת בלוני הגז על סמך הראיות אשר הוצגו בהתאם לעדותו של מסיקה, לאור מהימנותו הרבה, גרסתו הסדורה והתמיכה ברכיביה על ידי אחרים ובין היתר גרסת הנאשם עצמו אשר אישר כי פירק את בלוני הגז: **"כן פירקתי, ש:איך פירקת את בלוני הגז? ת:זה אפשר לפרק ביד, מסובבים את זה ביד, אני סובבתי בהברגה ואז שמעתי בן אדם וברחתי"**.

31. נתתי דעתי לטענת ההגנה כנגד ההחלטה שלא לבצע בדיקת טביעות אצבע לבלוני הגז אך איני מוצאת



כי המדובר במחדל חקירתי במקרה זה, ובוודאי שלא כזה היורד לשורש העניין, לאור הראיות אשר פורטו. יש לזכור כי מעדותו של השוטר אייבנמן עולה כי המדובר בהחלטה מושכלת אשר התקבלה על ידי הגורמים המוסמכים ונמסר לו כי לא ניתן לקבל ממצאי טביעות אצבע מבלוני גז. דברים אלה לא נסתרו, וההגנה אף לא ביקשה לזמן כעד את הגורם האמון על ראיות פורנזיות.

32. טרם הכרעה שקלתי גם את טענת ההגנה בדבר מחדלי חקירה בקשר לזיהוי הנאשם. כבר כאן המקום לציין כי לא התרשמתי כי קיימת מחלוקת אצל הנאשם או בכלל בדבר הימצאותו במקום (והרי הנאשם הודה בכך בעצמו), בדבר המרדף אחריו (הנאשם עצמו מאשר זאת וכך גם מסיקה ונבייב) ובדבר הצילום על ידי נבייב (גם אותם מאשר הנאשם). בנוסף, יש לתת את הדעת לעדותם של מסיקה ונבייב לפיה הצביע מסיקה על הנאשם לנבייב ועדותו של נבייב לפיה הצביע על הנאשם לשוטר אייבנמן, אשר נתמכה במפורט בת/5 ועדותו של אייבנמן. על כן והגם שעדיף היה שהנאשם היה מצולם בעת מעצרו בתחנה, ואף שהתמונה שצילם נבייב תועבר באופן מסודר למשטרה, כך שהשוטרת תציין במזכר כי קיבלה את התמונה ותתייקה בתיק החקירה, אין בטענות בדבר צבע החולצה אותה לבש הנאשם (אל מול צבע הקפוצ'ון וצבע המעיל) בנסיבות, כדי להביא לספק סביר בדבר זיהוי של הנאשם. עוד יש לזכור כי הנאשם התבקש לתאר את לבושו בגוף הודעתו וכי בת/5 פירט אייבנמן כי מסיקה מסר שהנאשם לבש מעיל אדום עם קפוצ'ון. בנסיבות אלה אין בכך שלא צולם הנאשם כדי להוות מחדל חקירתי, ובוודאי שלא כזה המצדיק זיכוי של הנאשם.

33. מעבר לצורך אבהיר כי טעותו של העד מסיקה בדבר צבע החולצה של הנאשם כצבוב בעת עדותו אינו מטיל דופי בזיהוי הנאשם על ידו. העד מסיקה טען בעקביות כי ראה את הנאשם מפרק בלוני גז בחצר ביתו והצביע עליו לשכנו נבייב באומרו "זה הבחור שגנב". מסיקה ואף הנאשם עצמו מעידים כי בעת האירוע היה אור בחוץ כך שתנאי הראות היו טובים. בדוח הפעולה של השוטר אייבנמן ת/5 עולה כי מסיקה דיווח לו שהבחין בחשוד עם מעיל אדום עם קפוצון (כפי שלבש הנאשם באירוע) שפירק שני בלוני גז. במקרה הנדון אמנם אין המדובר בזיהוי "במסדר זיהוי" פורמלי אלא ב"זיהוי ספונטני" אגב מפגש מזדמן. נקבע כי ניתן להחיל גם בהקשר זה את ההלכה המכשירה את עדותו של קצין המשטרה, שבנוכחותו נעשה אותו זיהוי ספונטני כראיה לעצם קיומו של הזיהוי ולאמיתות לכאורה. (ראה: ע"פ 3727/93 **עלי עזאמי נ' מדינת ישראל** (17.5.1994) (להלן: "**עניין עזמי**"). בפסיקה נקבע כי במסגרת שיקוליו יבחן בית המשפט את נסיבות הזיהוי: "**משקלו הראייתי של 'זיהוי ספונטני' נתון לשיקול דעת בית המשפט על בסיס הנסיבות שבהן התרחש הזיהוי.**" עוד נקבע בעניין עזאמי: "**מטבע הדברים שבמקום שהיה בנסיבות 'לרמז' על כך שהמזוהה הוא זה שנחשד בביצוע העבירה מתכרסם משקלו הראייתי של הזיהוי.**" למעלה מן הצורך אציין כי גם בבית המשפט זיהה מסיקה את הנאשם כמי שפירק את בלוני הגז בחצר ביתו וברח כשפנה אליו (עמ' 12, שורה 24 לפרוטוקול), (עמ' 10, שורה 24 לפרוטוקול).

34. העובדה שהעדים ראו שהנאשם יושב בניידת המשטרה איננה פוסלת את זיהוי הנאשם על ידם ואף אינה מכרסמת במשקלו הראייתי של הזיהוי. העד נבייב זיהה את החשוד והצביע עליו לשוטר עוד לפני שנעצר והושם בניידת (ראו ת/5 ועדות נבייב). בת/5 אף מתאר השוטר אייבנמן כי מסיקה דיבר עמו ומסר לו תיאור של הנאשם ומעשיו עוד לפני שראה אותו בניידת. מכאן שמדובר בזיהוי ספונטני ואקראי. הנאשם לא הוצג בפני מסיקה ונבייב כמי שנעצר, אלא הזיהוי קדם לתיגו של הנאשם כחשוד וכעצור.



35. לאור המפורט לעיל אני קובעת כי הנאשם פירק את בלוני הגז כפי שתואר בכתב האישום ועסק בפירוק הבלון השלישי עת נצפה על ידי מסיקה, זאת בהתבסס על עדותו של מסיקה ועל דבריו של הנאשם עצמו בבמ/2: **"ת:כן פירקתי, ש:איך פירקת את בלוני הגז? ת:זה אפשר לפרק ביד, מסובבים את זה ביד, אני סובבתי בהברגה ואז שמעתי בן אדם וברחתי. ש: למה פירקת? ת:סתם, ועזבתי אותם, ובן אדם ראה אותי. אחרי זה בן אדם שאלה למה עשיתי את זה, לא היה לי מה להגיד לו הייתי מסטול."** במעשים אלו ניסה הנאשם ליטול ולשאת דבר הניתן להיגב בלי הסכמת הבעל, במרמה ובלי תביעת זכות בתום לב. כאשר נשיאה היא לרבות הסרתו ממקומו של המחובר לאחר ניתוקו הגמור. הנאשם טען בחלק מגרסאותיו שלא התכוון לגנוב את בלוני הגז. אך בחקירתו במ/2 ש' 47 מסר: **"חשבתי מאסטלה אולי אני אמכור, אבל אז אמרתי זה כבד איפה אני אסחוב את זה"**. כלומר, כוונתו בשעת הנטילה הייתה לשלול הדבר מבעלו שלילת קבע. דברים אלו מוכיחים יסוד נפשי של כוונה לגנוב.

36. נתתי דעתי למיקום רכבו של הנאשם ביפו, במרחק ממקום האירוע, והקושי הכרוך בנשיאת בלוני הגז לרכב, ככל שהתכוון הנאשם לשאתם לשם. המדובר בטענה שובת לב. יחד עם זאת, הנאשם עצמו אישר כאמור כי חשב לשאת וליטול את בלוני הגז מהמקום כשהחליט לפרקם, ואין כל הכרח כי ייקח אותם עד לרכבו, לצורך העניין יכול להחביאם במקום מסוים ולשוב ולאספם. יתרה מכך, הנאשם עצמו מסר כי ביתו (בניגוד לרכבו) קרוב למקום האירוע. כך לדבריו **"יצאתי הלכתי הייתי בעמידר, אם אני חוצה את הכביש מהבית שלי אני בעמידר..."** (ש' 7-8 לבמ/1) וכן **"אני הייתי מתחת לבניין, בבת ים זה קרוב לבית שלי..."** (ש' 4 לבמ/2). בנסיבות אלה, ובראי כלל הראיות אשר פורטו, אין במיקום הרכב כדי ללמד על ספק סביר בהתקיימותם של יסודות העבירה אצל הנאשם.

37. בנוסף, אני קובעת כי הנאשם הסיג גבול בהימצאותו בשטח הבניין המדובר בכתב האישום, בהתבסס על עדות העד מסיקה בבית המשפט לפיה בלוני הגז נמצאים בחלק האחורי של הבניין בחניון (עמ' 11, שורה 14 לפרוטוקול) וגרסת הנאשם בבמ/2. מן המפורסמות כי בניין משותף הוא שטח פרטי של הדרים בו ואינו שטח ציבורי. בחוק המקרקעין תשכ"ט-1969 בתוספת תקנון מצוי של בעלי הדירות בבית המשותף בסעיף 1 סעיף ההגדרות מוגדר רכוש משותף כ"כל חלקי הבית המשותף חוץ מן החלקים הרשומים כדירות... המיועדים לשמש את כל בעלי הדירות או מרביתם..." ובחוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, תשס"א-2000 בסעיף 2, סעיף ההגדרות מוגדר מקום ציבורי כ"כל מקום המיועד לשימוש הציבור, לרבות..." מכאן אנו למדים כי הרכוש המשותף לכלל בעלי הדירות בבית המשותף אינו נחלת הכלל. באשר ליסוד הנפשי, לעניינה של עבירה זו די בכך שהעברין יודע ברמת הסתברות גבוהה כי התנהגותו תביא לתוצאה האסורה קרי "לעבור עבירה" ואין צורך בחפץ מצדו באותה תוצאה. (ראה: ת"פ (ת"א) 10120/08 מ"י מדור תביעות פלילי- ת"א נ' אייל שמואלי (9.12.2013)). במקרה שלפנינו הרי מצאתי כי הנאשם שהה במקום תוך שניסה לגנוב את בלוני הגז. משכך, וודאי שהיה בו גם את היסוד הנפשי הדרוש לביצוע העבירה.

38. באשר לעתירה לזיכוי של הנאשם מטעמי הגנה מן הצדק, אשר נטענה ביחס לכלל המחדלים בכתב האישום: משנדחו מרבית טענות ההגנה בהקשר זה ובכללן הטענה לתשואל, עיכוב ומעצר לא חוקיים, וכן נדחתה הטענה לתחולתה של דוקטרינת הפסילה הפסיקתית וטענת הזוטא, נותרנו עם מחדלי חקירה הנוגעים לפגם בשרשרת המוצג של התמונות ת/1 ות/1ב אשר הביאו לפסילתן כראיה ומחדל הנוגע לתמונה אותה צילם נביב אשר לא נמצאה. בנוסף, העדר בדיקת מז"פ בשאלה האם הבלונים היו מפורקים (כשבהקשר זה יש לזכור כי מסיקה העיד כאמור והנאשם אף אישר כי פירק בלוני גז בהודעתו במ/2). לאחר בחינת אופי המחדלים, הראיות וכלל הנסיבות אני מוצאת כי אין המדובר במחדלים היורדים לשורשו של העניין ואין בהם כדי להביא לביטול כתב האישום על פי מבחן שלושת



השלבים לתחולת ההגנה (ע"פ 4855/02 מדינת ישראל נ' בורוביץ', פ"ד נ"ט (6) 776) (להלן: "**הלכת בורוביץ**") ואף בראי בע"פ 7621/14 **גוטסדינר נ' מדינת ישראל** (1.3.2017).

39. לטעמי, עוצמת הפגמים במקרה זה איננה ברף הגבוה, הגם שעדיף היה שאלה לא יקרו, ואף התרשמתי שהמחדלים לא נגרמו בזדון. בכל מקרה, כאמור, אינני מוצאת כי המדובר בפגמים היורדים לשורשו של עניין, אשר היה בהם כדי למנוע יכולתו של הנאשם להתגונן כראוי, או כי המדובר בפגיעה משמעותית בזכויותיו. יש לזכור כי אין מחלוקת אמיתית באשר לזיהוי של הנאשם (זאת ביחס להעדרה של התמונה אשר צולמה על ידי נבייב) והקביעה כי בלוני הגז פורקו מבוססת על עדות מסיקה אך גם על גרסת הנאשם עצמו בבמ/2. אינני מוצאת כי בנסיבות המקרה יש מקום להורות על זיכוי הנאשם אף מטעמי אינטרס ציבורי. ועוד יש לזכור את שנקבע בהלכת בורוביץ: "**ביטולו של הליך פלילי מטעמי הגנה מן הצדק מהווה מהלך קיצוני שבית המשפט אינו נזקק לו אלא מטעמים חריגים**".

19. נוכח כל המפורט לעיל, ומשמצאתי כי המאשימה הוכיחה מעל לכל ספק סביר ביצוע העבירות המיוחסות לנאשם בכתב האישום על ידו, אני מרשיעה את הנאשם בביצוע עבירה של ניסיון גניבה על פי סעיף 384 ביחד עם סעיף 25 לחוק ובהסגת גבול על פי סעיף 447(א) לחוק.

ניתנה היום, ה' תמוז תשע"ח, 18 יוני 2018, במעמד הצדדים