



ת"פ 54180/04/15 - מדינת ישראל נגד פלוני

בית משפט השלום בנצרת

20 אוקטובר 2015

ת"פ 54180-04-15 מדינת ישראל נ' פלוני (קטין)

בפני כב' השופטת טל ויסמן בן שחר
המאשימה
נגד
הנאשם
פלוני (קטין)
נוכחים:

מטעם המאשימה קרן לרנר
מטעם הנאשם עו"ד לואי דיאב מטעם הסנגוריה הציבורית מחוז הצפון

פרוטוקול

הכרעת דין

עניינה של החלטה זו בסוגיית כשרותו של קטין, לתת הסכמה לחיפוש שנערך בכליו, בהעדר חשד סביר המצדיק ביצועו, זאת ללא הסכמת נציגו.

בפתח דבריי אודיע כי החלטתי לזכות את הקטין מן המיוחס לו.

ואלה העובדות הצריכות לעניין:

כנגד הנאשם, יליד 3.1.97, הוגש כתב אישום המייחס לו עבירה של החזקת אגרופן או סכין למטרה לא כשרה, לפי סעיף 186(א) לחוק העונשין, התשל"ז-1977.

על פי כתב האישום, בתאריך 10.12.14 בשעה 21:00 או בסמוך לכך, בשכונת הר יונה בנצרת עלית, נמצא הנאשם כשהוא מחזיק על גופו אגרופן מחוץ לתחום ביתו או חצריו ולא היה בידו להוכיח כי החזיקה למטרה כשרה.

בתשובה לכתב האישום, טען ב"כ הנאשם כי נפלו פגמים רבים בהליך, המצדיקים ביטולו של כתב האישום. ב"כ הנאשם ביקש להגיש את כל חומר הראיות הקיים בתיק ועל בסיסו לסכם טענותיו ואילו התובע התנגד וביקש להעיד את השוטר הרלוונטי. בהמשך, הודיעה התביעה כי היא חוזרת בה מהתנגדותה, ונתנה הסכמתה להגשת חומר הראיות הקיים. התיק



נדחה לשמיעת סיכומי טענות הצדדים, בע"פ.

ראיות התביעה:

1. דו"ח פעולה/תפיסה וסימון מאת השוטרים אחמד רחיל מיום 10.12.14 (סומן ת/1)-

מהדו"ח עולה כי במועד הרלוונטי, בשעה 21:00, עת ביצעו השוטרים (אחמד רחיל ושלושה נוספים) פעולת בילוש בשכונת הר יונה, הבחינו בשני צעירים שעלו במדרגות, מכיוון הפארק לכיוון רחוב עטרה. השוטרים אחמד ומזאריב ניגשו אליהם, הזדהו בפניהם כשוטרים, והצעירים מסרו את שמם המלא ומס' תעודת זהות. השוטרים אחמד ניגשו לנאשם וביקש שיזדהה בפניו, אך האחרון טען שאין בידיו תעודה מזהה וציין את מקום מגוריו. השוטרים שאלו אותו אם הוא מסכים כי יבצע חיפוש על גופו ולאחר שענה לו "אין בעיה, אין עלי כלום, תעשה חיפוש", הבהיר לו השוטרים כי הוא לא חייב להסכים לחיפוש וכי סירובו לא ישמש נגדו כראיה. הנאשם הסכים לחיפוש וטען שוב כי אין על גופו דבר. השוטרים ערך חיפוש על גופו, ובתוך כיש חולצתו מצא אגרוף בצבע כסף עם גולגולת. לשאלה מדוע החזיק את האגרוף השיב הנאשם: "להגנה עצמית, שלא יתקפו אותי". השוטרים הודיעו לו כי הוא מעוכב בחשד להחזקת כלי תקיפה, העלה אותו לניידת והביאו לתחנת המשטרה, שם רשם דו"חות רלוונטיים, ואת האגרוף העביר לחוקר, להמשך טיפול. השוטרים הוסיפו וביקש מהקטין לדבר עם הוריו ולהודיעם על דבר העיכוב, אך הקטין סרב להודיע על כך להוריו ומאן למסור את מס' הטלפון שלהם.

2. **הודעת הנאשם מיום 10.12.14 בשעה 21:30 (סומן ת/2)-** כעולה מההודעה, הבין הנאשם את האשמה המיוחסת לו וסרב להיוועץ בעורך דין או במי מבני משפחתו. עת הוצג בפניו האגרוף שנתפס, אישר הנאשם כי האגרוף שייך לו, כי קנה אותו בחנות לפני כחודשיים והסביר כי הוא מחזיק אותו לצורך הגנה עצמית. לשאלת החוקר, השיב כי זו הפעם הראשונה שהוא נושא איתו את האגרוף וכי הוא מודע לכך שנשיאתו אסורה על פי חוק.

3. חומר החקירה שהוגש, כלל מסמכים נוספים, כמפורט להלן: דו"ח עיכוב (ת/3), דו"ח פעולה ממוחשב (ת/4), טופס יידוע חשוד בדבר זכויותיו - בטרם חקירה (ת/5), טופס חקירת חשוד קטין בשעות הלילה (ת/6), טופס חקירת חשוד קטין בלא נוכחות הורה או קרוב אחר (ת/7), תצלום של האגרוף +זכ"ד (ת/8) ומזכר המתעד את שרשרת המוצג -האגרוף שנתפס (ת/9).

4. **טיעוני התביעה:**

לעמדת המאשימה, חומר הראיות מבסס את אשמתו של הקטין במיוחס לו, ברמת ההוכחה הנדרשת בפלילים.

5. לעניין החיפוש - הנאשם נתן הסכמה מדעת לעריכת החיפוש וזאת בהתאם לכללים שנקבעו ברע"פ 10141/09 **אברהם בן חיים נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו- 6.3.12) (להלן: "**הלכת בן חיים**"). לפיכך משבוצע חיפוש חוקי בכליו, הראיה שנתפסה, קרי האגרוף, הינה כשרה, כמו גם הודאתו של הנאשם בשטח ובתחנת המשטרה.

6. **טיעוני ההגנה:**



לטענת הסנגוריה, משלא נתקיים חשד סביר שהוביל לביצוע החיפוש על גופו של הקטין, הסכמתו בלבד, אינה יכולה להוות מקור סמכות לאותו החיפוש. אמנם השוטר פעל לכאורה ע"פ הכללים שהותוו בהלכת בן חיים אולם לעמדת הסנגור המלומד, פסק הדין האמור התייחס לחיפוש שנערך בבגירים ולא בקטינים. בא כוח הקטין הפנה, אף הוא, את בית המשפט לרע"פ האמור, להתייחסותו של בית המשפט העליון לפערי הכוחות בין אנשי המשטרה הניצבים למול האזרח הפשוט ולדעת המיעוט לפיה כל הסכמה, לרבות הסכמה מדעת, אינה יכולה להכשיר חיפוש, לגביו לא התעורר חשד סביר.

7. פעולת החיפוש הינה פעולה משפטית, הפוגעת בזכות הקטין לפרטיות ועל כן הסכמה לחיפוש טעונה הסכמת נציגו של הקטין, זאת לפי חוק הכשרות המשפטית והאפוסטרופסות, תשכ"ב-1962 (להלן: "**חוק הכשרות המשפטית**"). לפיכך, חרף העובדה כי הנאשם נתן בפועל את הסכמתו לעריכת החיפוש, הרי שהסכמה זו אינה תקפה, משלא נתבקשה וממילא לא ניתנה הסכמתם של הוריו, ועל כן החיפוש אינו חוקי.

8. לדידו - עת נערך חיפוש לא חוקי על גופו של הקטין, יש לפסול את הראיה שהושגה באמצעותו. הסנגור הפנה לפסיקה ענפה שדנה בשלל מקרים בהם פסילת הראיות הובילה לזיכויים של קטינים מן המיוחס להם.

9. בנוסף טען הסנגור כי התשאל שנערך לקטין בשטח אינו חוקי, נוכח העובדה כי לא הוסברו לו זכויותיו, ביניהן זכות השתיקה וזכותו להיוועץ בעורך דין ועל כן, לדידו, יש בכל אלה כדי להוביל לזיכוי המלא של הנאשם מן המיוחס לו.

10. עובדות מוסכמות:

ביום 10.12.14, בשעה 21:00, במהלך סיור משטרי, בשכונת מגורים, נתן הנאשם את הסכמתו לבקשת שוטר, לערוך חיפוש על גופו, זאת לאחר שהשוטר הסביר לו את זכותו לסרב לחיפוש, והבהיר לו כי סירובו לא ישמש כנגדו.

11. הסכמתו של הקטין לביצוע החיפוש היא שהיוותה את מקור הסמכות לבצעו, ואין מחלוקת כי לא התעורר חשד כלשהו, בגינו בוצע החיפוש (ר' סיכומי התביעה, עמ' 6 שורות 22-27).

12. במהלך החיפוש שערך השוטר, מצא אגרוף בכיס חולצתו של הקטין.

13. לשאלת השוטר, הסביר הנאשם כי הוא מחזיק את האגרוף לצורך הגנת עצמית.

14. הנאשם עוכב והובא לחקירה בתחנת המשטרה, שם הובהרו לו כל זכויותיו כקטין. הנאשם סרב להודיע על דבר חקירתו להוריו, וסרב לממש את זכותו להיוועצות בעורך דין.

14. הנאשם הודה כי האגרוף שייך לו וכי הוא מחזיק בו לצורך הגנה עצמית.

15. יריעת המחלוקת:

א. האם הסכמתו של הקטין לביצוע החיפוש, יכולה להוות מקור סמכות לביצוע החיפוש, זאת בהעדר מקור סמכות חוקי אחר?



ב. אם ימצא כי החיפוש היה בלתי חוקי, האם יש בכך כדי לפסול את הראיה שנתפסה במסגרתו, בהתאם לדוקטרינת הפסילה הפסיקתית שנקבעה בע"פ 5121/98 טור' **רפאל יששכרוב נ' התובע הצבאי** (פורסם בנבו- 04.05.06) (להלן: "**עניין יששכרוב**")?

16. דיון והכרעה:

בבואי לבחון את חוקיות החיפוש שנערך במקרה דנן, באין דבר חקיקה המתייחס מפורשות לשאלת סמכותו של שוטר לערוך חיפוש על גופו של **קטין** בהסכמתו בלבד, בהעדר עילה חוקית אחרת לעריכת החיפוש, אבקש ללמוד על כוונת המחוקק מתוך הוראות החוק הקיימות, המתייחסות לביצוע חיפוש בקטינים. בהתאם לממצאים, אבחן יישומה של ההלכה הפסוקה הקיימת, בעניינם של בגירים, לענייננו.

117. סעיף 7(ג) לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (להלן: "**חוק היסוד**") קובע כי: "אין עורכים חיפוש ברשות היחיד של אדם, על גופו, בגופו או בכליו". אין מחלוקת כי עריכת חיפוש על גופו של אדם, פוגעת בזכותו החוקתית לפרטיות, וליכולתו להחליט מי, אם בכלל, יהא רשאי לגעת בגופו, לבחון את כליו וכו'..

18. סעיף 8 לחוק היסוד קובע כי: "אין פוגעים בזכויות שלפי חוק יסוד זה אלא בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה ובמידה שאינה עולה על הנדרש, או לפי חוק כאמור, מכוח הסמכה מפורשת בו".

19. כב' הנשיאה בדימוס, הש' בייניש, קבעה כי: "עריכת חיפוש בידי שוטר מבוצעת מכוח סמכויותיו השלטוניות ומחייבת עמידה באמות המידה שנקבעו בהוראות המשפט המנהלי ובחוקי סדר הדין הפלילי, הקובעות את היקף סמכויותיהם של השוטרים ואת התנאים להפעלת סמכויות אלה (כמפורט בפסקה 16 לעיל). העיקרון בדבר חוקיות המינהל, המבוסס מימים ימימה בשיטתנו המשפטית, קובע כי אין לרשות מינהלית (ולעניין זה גם שוטר בודד הוא רשות מינהלית) אלא אותן סמכויות הקבועות בחוק ואין היא רשאית לפעול בלא הסמכה כזו (ראו י' זמיר הסמכות המינהלית (מהדורה שנייה, כרך א', 200, 73-82). חשיבותו של עקרון חוקיות המינהל מקבלת משנה תוקף כאשר מדובר בסמכויות המתירות לרשות המינהלית לפגוע בזכויות אדם מוגנות, ובוודאי כך כאשר מדובר בסמכויותיו של שוטר הרשאי במסגרת סמכויותיו ובנסיבות המתאימות, לפגוע בזכויות הבסיסיות ביותר של אדם" (ר' הלכת בן חיים, פסקה 22 לפסק דינה של השופטת בייניש).

20. כאמור - החקיקה הפלילית הקיימת, לרבות פקודת המשטרה, חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה - חיפוש בגוף ונטילת אמצעי זיהוי), תשנ"ו- 1996 (להלן: "**חוק החיפוש**") ופקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש) (נוסח חדש), תשכ"ט- 1969 (להלן: "**פסד"פ**") לא מתייחסת לביצוע חיפוש בהעדר חשד סביר לנשיאת נשק, כקבוע בסעיף 3(ב) לחוק סמכויות לשמירה על ביטחון הציבור, תשס"ה- 2005 או בהעדר "יסוד להניח" כי בוצעה עבירה, כדרישת סעיף 25 לפסד"פ.

21. בסקירת הוראות החוק נמצא כי המחוקק בחר לייחד מספר הוראות לביצוע חיפוש בקטינים, ואלה יפורטו להלן: פרק ו' לחוק החיפוש עניינו בחיפוש בהסכמה בגוף אדם שאינו חשוד ובסימן ב' שבו יוחדו הוראות לעניין קטינים ואנשים עם מוגבלות שכלית.

סעיף 14 לחוק החיפוש קובע כי:



"(א) מצא שוטר כי **קיים צורך** לערוך חיפוש לפי פרק זה בקטין, או באדם עם מוגבלות שכלית או באדם שקיים חשש לגביו כי הוא אדם עם מוגבלות שכלית (בפרק זה - אדם עם מוגבלות שכלית), לא יערוך את החיפוש אלא אם כן **נוסף על ההסכמה בכתב של הקטין** או של האדם עם המוגבלות השכלית, **נתן גם האפוטרופוס את הסכמתו בכתב**. לא היה לקטין או לאדם עם מוגבלות שכלית אפוטרופוס, רשאי בית המשפט, לבקש שוטר, למנות לו אפוטרופוס לדין לצורך קבלת הסכמה לפי סעיף זה" (ה.ש. - ט.ו.).

22. סעיף 16(ה) לפקודת המטא"ר מיום 7.4.10, הדן בחיפוש חיצוני בהסכמה - בגוף **אדם שאינו חשוד** ושהוא קטין או אדם עם מוגבלות שכלית - מפנה לסעיף 17 לפקודה הקובע בס"ק (ב) כי:

"מצא שוטר כי **יש צורך**, לפי פקודת המטא"ר הזאת, לערוך חיפוש בקטין או באדם עם מוגבלות שכלית שאינם חשודים, יערוך את החיפוש רק אם התקיימו **כל אלה**: (1) הקטין או האדם עם המוגבלות השכלית, נתן את הסכמתו בכתב לעריכת החיפוש.

(2) **האפוטרופוס של הקטין** או של האדם עם המוגבלות השכלית **נתן את הסכמתו בכתב** לעריכת החיפוש.

הסכמת האפוטרופוס נדרשת בכל מקרה למעט מקרים המנויים בסעיף ד.

אם אין לקטין או לאדם עם המוגבלות השכלית אפוטרופוס, יפנה שוטר לבית משפט בבקשה למנות לו אפוטרופוס לדין, לצורך קבלת הסכמה לפי סעיף זה" (ה.ש. - ט.ו.).

23. הנה כי כן נמצא כי עת קיים צורך לערוך חיפוש בקטינים, **אשר אינם חשודים** בביצוע עבירה, קבע המחוקק חובה לקבל הסכמה בכתב לביצוע החיפוש, גם מהקטין עצמו וגם מאפוטרופסו. סעיפים אלה מטרתם לענות על הצורך המתעורר לעיתים לערוך חיפוש על אנשים, במסגרת חקירתה של עבירה מסוימת, כדוגמת: קרבן העבירה, או עדים, שאינם חשודים בביצוע העבירה.

24. בהלכת בן חיים ניתחה כב' הנשיאה בדימוס, השופטת ביניש, את פערי הכוחות האינהרנטיים הטמונים ביחסים שבין המשטרה לאזרחים, וקבעה כי: "ניתן להניח כי ככלל, כאשר שוטר מבקש את הסכמתו של אדם לעריכת חיפוש, יסבור אותו אדם כי השוטר פועל במסגרת סמכויותיו ולא ייטה לעמוד על זכויותיו. בנוסף לכך ניתן להניח כי פעמים רבות, ובמיוחד אצל אזרחים נורמטיביים ושומרי חוק, עצם המפגש עם שוטר המבקש לערוך חיפוש בכליו, על גופו או בביתו של אדם, גורם לתחושות של מתח נפשי וחשש, שעלולות גם הן להביא לכך שהאדם יחשוש מלעמוד על זכויותיו וזאת, אף אם אלה ידועות לו. אכן ניתן לומר שככלל בנסיבות בהן אדם נפגש עם שוטר המבקש לערוך חיפוש על גופו, בכליו או בביתו, רצונו העיקרי של האדם מושא החיפוש הוא להביא לסיום המפגש מהר ככל הניתן". (פסקה 27 לפסק דינה של הש' ביניש).

25. באותו עניין, כב' השופט דנציגר, התייחס אף הוא לפערי הכוחות המובנים בסיטואציה בה ניצב שוטר למול אזרח, ומבקש להסביר לו כי סירוב לחיפוש לא יעמוד לחובתו, וקבע, בדעת מיעוט, כי קיים יותר מחשש סביר כי במקרים רבים ייתן האזרח את הסכמתו לבקשת השוטר, בשל החשש מתוצאות סירובו, ועל כן הסכמה בנסיבות אלה, לאו הסכמה היא. בסיום דבריו ציין כי: "הדברים נכונים ביתר שאת בנוגע לאנשים המשתייכים לקבוצות אוכלוסייה מוחלשות כגון קטינים, עובדים זרים, מהגרי עבודה וכן אלו הלוקים בשכלם ובנפשם". (פסקה 3(ב) לפסק דינו של הש' דנציגר).

26. עוד מוצאת אני לנכון לציין את עמדתו של כב' השופט ג'ובראן, כפי שהובעה באמרת אגב, במסגרת



פסק דין מאוחר יותר, לפיה טרם הוכרעה השאלה אם הסכמה מדעת יכול ותכשיר חיפוש נעדר סמכות, זאת משום שבהלכת בן חיים, הייתה תמימות דעים כי לא התקיימה הסכמה כאמור (ר' רע"פ 229/12 **צבי כהן נ' מדינת ישראל**, פורסם בנבו-16.10.12).

27. ואכן - בנסיבות שבפניי, דומני כי קביעות אלה, של דעת הרוב, ושל דעת המיעוט, כמו גם תהיותיו של כב' השופט ג'ובראן, מקבלות משנה תוקף. בהעדר צורך כלשהו, כאמור בפסקה 23 שלעיל, ומשלא התעורר כל חשד, נראה כי השוטר ניגש לקטין, וביקש ממנו לערוך חיפוש על גופו, באופן אקראי לחלוטין, בלי כל סיבה נראית לעין, ואף בהעדר סיבה נסתרת. התנהגות זו פגעה פגיעה משמעותית וניכרת בפרטיותו של הקטין ויהא זה סביר להניח, כי הנער, שצעד לתומו עם חברו, בשעת ערב, בשכונת מגורים שקטה, נכנס ללחץ עת נתקל בשוטר שביקש ממנו להזדהות ולא הייתה ברשותו תעודת זהות, וביקש להיעתר ולהסכים לכל מה שנתבקש, ולו בכדי שיוכל לפנות לדרכו.

28. כידוע - ביחס לבן חיים, קבע בית המשפט העליון כי הליך מסודר של מתן הסכמה מדעת, הכולל הסבר מפורט בדבר הזכות לסרב לביצוע החיפוש, תוך שימת דגש כי לא יהיה בו כדי לפעול לחובתו, יכול וכשיר חיפוש כאמור, זאת אף ללא מקור סמכות, בחקיקה הקיימת. מר בן חיים, אדם מבוגר, בעל עבר פלילי וניסיון חיים, רוקן בעצמו את תוכן כיסיו בפני אוכפי החוק, ועשוי היה להבין את המוסבר לו, לו נעשה כן.

עם זאת, סבורה אנוכי כי עניינו של הקטין שבפניי, שונה בתכלית.

29. ספק רב בעיני אם ההסבר שניתן לנער, בן כפר, שנקרה לעיר הסמוכה, והסתבך במפגש עם אוכפי חוק מזדמנים, שביקשו רשות לחטט בכיסיו, יכול היה להובילו, למתן הסכמה מדעת. אל מסקנה זו הגעתי, הן בהתבסס על התייחסותו של המחוקק לחיפוש בקטינים, מקום שבחר לדרוש הסכמת נציגו של קטין, בהוראות חוק רלוונטיות המיוחדות להם, הן על עמדת כב' השופטים דנציגר וג'ובראן כפי שהובעה לעיל, והן על ניסיון החיים והשכל הישר, כשופט נוער, הפוגשת מדי יום עשרות נערים, נאשמים בדין, ונחשפת ליכולותיהם, התמודדותם והבנתם את ההליכים המתנהלים כנגדם.

30. כאמור - הוראות החוק שאזכרתי לעיל, מחייבות קבלת הסכמה כפולה לביצוע חיפוש, "**הקיים צורך**" לבצעו: הן את הסכמת הקטין והן את הסכמת הוריו, בכתב.

אם קבע המחוקק כי עת עסקין בחיפוש מוצדק, נדרש אישור הורים לביצוע חיפוש על קטין, על אחת כמה וכמה, יידרש אישור זה, עת מדובר בחיפוש נעדר הצדקה/צורך כלשהו לבצעו.

31. הוראת חוק רלוונטית נוספת, קבועה **בחוק הכשרות המשפטית**.

סעיף 4 לחוק קובע כי: "פעולה משפטית של קטין טעונה הסכמת נציגו..".

32. בספרות המשפטית מתייחסים למונח "פעולה משפטית", בדרך-כלל, כאל **פעולה היוצרת, משנה או מבטלת זכויות וחובות**. הלכה למעשה, הכוונה לפעולה במסגרתה **מופעלת סמכות (power) לשינוי זכויות וחובות במסגרת המשפט (act in the law)** (ר' א. ברק"א אחריות שילוחית למעשה של מורשה בפקודת הנזיקין", **הפרקליט** כא תשכ"ה (204). הגדרה נוספת למונח בספרות המקצועית מתייחסת לפעולה משפטית כאל **הבעת רצון, אשר מביאה ליצירה, שינוי, או ביטול של מצב משפטי** (ר' פבלו לרנר, **ההתחייבות החד צדדית** (האוניברסיטה העברית בירושלים), 2002, עמ' 22-21).



הרציונאל הניצב בבסיס הסעיף האמור, עניינו בהמרת הרצון הבלתי בשל של הקטין, ברצון הבשל של נציגו.

34. סעיף 5 לאותו חוק קובע כי פעולה משפטית של קטין שנעשתה שלא בהסכמת נציגו, ניתנת לביטול בתנאים מסוימים ואילו סעיף 6, קובע סייג לביטול פעולות:

"פעולה משפטית של קטין שדרכם של קטינים בגילו לעשות כמוה, וכן פעולה משפטית בין קטין לבין אדם שלא ידע ולא היה עליו לדעת שהוא קטין, אינה ניתנת לביטול כאמור בסעיף 5 אף שנעשתה שלא בהסכמת נציגו, אלא אם היה בה משום נזק של ממש לקטין או לרכושו".

35. בענייננו: לאור ההגדרות האמורות, נראה כי מתן הסכמה לעריכת חיפוש הינה "פעולה משפטית" לכל דבר ועניין ועת עסקינן בקטין הנדרש לתת הסכמה כאמור, הרי שטעונה היא הסכמת נציגו. במצב דברים זה היה על התביעה להוכיח כי הסכמה לחיפוש הינה פעולה "שדרכם של קטינים בגילו לעשות כמוה", שכן "המסתמך על הסייג, עליו רובץ נטל ההוכחה לקיום יסודותיו, עליו יהיה לשכנע את בית המשפט, כי דרכם של קטינים בגילו של הקטין הנדון לעשות פעולות משפטיות כאלה. דרך ההוכחה תהיה הבאת ראיות על נוהג קיים של עשיית פעולות כאלה על ידי קטינים, מבלי הצורך לבקש את הסכמת ההורים" (ר' י' אנגלרד, **חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות תשכ"ב-1962**, סעיף 13-1, מהדורה שניה, תשנ"ה - 1995, עמ' 100 (להלן: "**ספרו של י' אנגלרד**").

36. עת אבחן אם פעולה זו, יכול ותכנס בגדר הסייג, כ"פעולה שדרכם של קטינים בגילו לעשות כמוה", אמצא כי: "המבחן של החוק אינו קשור באישיותו של הקטין העומד לפנינו ובתכונותיו השכליות. המבחן הוא חיצוני (אובייקטיבי), דהיינו: מודדים את פעולתו לפי דרכם של קטינים בגילו. זהו מבחן גמיש, וכל פעולה יש לבחון לא רק לפי טבעה אלא גם לפי גיל הקטין.המבחן הוא גמיש גם מבחינת תוכנו, זאת לפי התפתחות החברה הישראלית..." (ר' **ספרו של י' אנגלרד הנ"ל**, עמ' 98-97).

37. ב"כ המאשימה לא טען בפני כי מתן הסכמה לחיפוש על הגוף, הינה "פעולה שדרכם של קטינים בגילו לעשות", ולאור המבחנים האמורים, לרבות עמדת המחוקק, כפי שהובעה בחיקוקים השונים שאזכרתי לעיל, ספק בעיני אם פעולה זו, יכול ותכנס בגדר הסייג האמור.

38. עוד אציין כי הוראות חוק הכשרות המשפטית, בעיקרן מתייחסות לדין האזרחי, אולם באין דין מהותי ספציפי, הקובע אחרת, ניתן ללמוד גם מהוראות אלה, על כוונת המחוקק, על כשרותו המוגבלת של קטין לתת הסכמה, בעצמו, ועל הצורך בהסכמת נציגו בנוסף להסכמתו שלו.

39. נערים רבים באים בפני בית המשפט לנוער, רובם המכריע מיוצגים ומלווים ע"י הוריהם, ועם זאת, מדי יום, עומדת אני מקרוב, על היראה והחשש הניכרים במבטם, על חוסר ההבנה והרצון לרצות, על הנכונות להסכים להליך טיפולי המוצע להם, ע"י בית המשפט ו/או ע"י קצין המבחן התורן, הנוכח באולם, גם אם מסתבר, בדיעבד, כי לא הבינו את מהות הדברים די הצורך. לא בכדי קבע המחוקק, מספר הוראות חוק המעניקות להורה הקטין מעמד כשותף פעיל וחשוב בהליך הפלילי המתנהל כנגד ילדו (לדוגמה: סעיפים 9(ו), 9(ח), 19 לחוק הנוער (שפיטה, ענישה ודרכי טיפול) התשל"א - 1971), ומכך אלמד ואסיק לגבי נחיצותו, אף במפגש מרצון עם רשויות האכיפה, ובצורך לקבל הסכמה מדעת, יסודית ומבוססת של מבוגר אחראי, בנוסף להסכמת הקטין, לחיפוש מבוקש.

40. **לסיכום:** נוכח כל האמור לעיל הגעתי לכלל מסקנה כי החיפוש שנערך על גופו של הקטין שבפניי, היה



בלתי חוקי.

41. משמצאתי כי נפלו פגמים בחוקיות החיפוש שנערך בעניינו של הקטין, עולה שאלת נפקותם של פגמים אלה והשפעתם על קבילות הראיה, האגרוף שנתפס בכיס חולצתו, במהלך החיפוש.

42. דוקטרינת הפסילה הפסיקתית, מקנה לבית המשפט שיקול דעת באשר לפסילת ראיות שהושגו שלא כדין (ר' עניין יששכרוב, בעמ' 561-562). לפיה, על בית המשפט לאזן בין הגנה על שלום הציבור, לחימה בפשע וגילוי האמת לבין הגנה על זכויות הנאשם והגינות המשפט הפלילי.

43. לשם עריכת האיזון הנדרש, על בית המשפט להתחשב בשלוש קבוצות של שיקולים רלוונטיים:

א. **אופייה וחומרתה של אי החוקיות שהייתה כרוכה בהשגת הראיה.** במסגרת זו יש לבחון את מהות ההפרה, עוצמת הפגיעה בזכויות הנחקר והאם השימוש באמצעי החקירה הפסולים נעשה במכוון ובזדון או בתום לב. מבחני עזר נוספים, בוחנים את הקלות בה ניתן היה להשיג את הראיה באופן חוקי, והאם הראיה הייתה מתגלית או מושגת על-ידי רשויות אכיפת החוק, גם לולא השימוש באמצעי החקירה הבלתי כשרים.

ב. **מידת ההשפעה של אמצעי החקירה הפסול על הראיה שהושגה.**

ג. **השפעת פסילת הראיה על מלאכת עשיית הצדק במובנה הרחב,** זאת ע"י השוואת המחיר חברתי הכרוך בפסילת הראייה להוכחת האשמה, מהות העבירה המיוחסת לנאשם ומידת חומרתה.

44. **מן הכלל אל הפרט:**

אי החוקיות שהייתה כרוכה בהשגת האגרוף הינה משמעותית ונוכחת ונראה כי זכותו של הקטין לפרטיות כמו גם זכותו לחופש תנועה וניידות, הופרו הפרה בוטה, עת צעד לתומו, עם חברו, בשעת ערב, נערך חיפוש על גופו, ללא כל סיבה, נמצא האגרוף האמור והוא עוכב ונלקח לתחנת המשטרה. גם אם אניח כי השוטרים לא פעלו בזדון, מובן כי אלמלא נערך החיפוש, הרי שהראיה לא הייתה נתפסת כלל.

בהלכת בן חיים קבעה כב' הנשיאה בדימוס, השופטת ביניש כי: "כאשר החיפוש נעשה ע"י שוטר, עוצמת הפגיעה בזכותו המוגנת של חשוד היא רבה יותר, מאשר בנסיבות בהן האדם עצמו מרוקן את כיסיו" (פסקה 18 לפסק דינה), ונראה כי הדברים יפים לענייננו, עת הוציא דווקא השוטר את האגרוף, מכיס חולצתו של הקטין.

עוד קבעה השופטת בייניש באותו פס"ד כי עבירת החזקת סכין אינה נמנית עם העבירות החמורות בספר החוקים, שכן אינה כרוכה כשלעצמה באלימות או בקרבנות והסיקה כי: "נוכח חומרת אי החוקיות שהייתה כרוכה בהשגת הראיות והפגיעה הקלה יחסית באינטרס הציבורי שתגרם 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 עסקין בראיות שלא היו נמצאות ע"י המשטרה אלמלא החיפוש הבלתי חוקיים. להשקפתי, לעובדה זו יש ליתן משקל במסגרת האיזון הכולל בבואנו לבחון את קבילות הראיות ויש בה כדי לתמוך בפסילתן" (ר' פסקה 35 לפסק דינה של הנשיאה).

45. לאור האמור לעיל אקבע כי יש לפסול כראיה את האגרוף שנתפס על גופו של הקטין.



46. משנפסל האגרוף כראיה בתיק, עולה השאלה האם יש לזכות את הצעיר או שמא לקבוע כי ביצע את העבירה, בהסתמך על ראיה אחרת והיא הודאתו המשטרית, במסגרתה מסר כי החזיק באגרוף להגנה עצמית. בבחינת הודאתו במשטרה, מצאתי כי גם עדותו, מבוססת, על הראיה שנמצאה במסגרת החיפוש הלא חוקי, ודי אם אפנה לשורה הראשונה בהודעה: "אני איש משטרה.. מודיעך כי הנך חשוד בכך שהיום ברשותך בנצרת עלית, רחוב עטרה, נתפס אגרוף, אשר על פי החוק החזקתו אסורה".

47. ב"כ הקטין העלה השגות בדבר התשאל שערך השוטרים לקטין, מבלי שהוסברו לו זכויותיו.

כאמור - לאחר החיפוש ותפיסת האגרוף, שאל השוטר את הנער מדוע הוא מחזיק את האגרוף והאחרון השיב "להגנה עצמית, שלא יתקפו אותי".

48. אין מחלוקת כי התשאל נעשה ללא אזהרת הנאשם כדן, מבלי שניתן לו הסבר על זכויותיו לרבות זכות להיוועצות עם עורך דין וזכות השתיקה. הצגת השאלות האמורות, הינה בבחינת פעולת חקירה לכל דבר ועניין, ועל כן חייבים היו השוטרים להזהיר את הצעיר, מבעוד מועד. משלא עשו כן הרי שפגעו בזכויותיו החוקתיות (לעניין זה ר' עפ"ג (חי') 47321-07-14 **רומן אבשלומוב נ' מדינת ישראל**, פורסם בנבו-30.10.14)

49. לא נעלם מעיני גילו המתקדם של הקטין בעת הרלוונטית, כמו גם סירובו, בשלב מאוחר יותר, בתחנת המשטרה, להיוועצות בעורך דין, ולהיחקר בנוכחות הוריו, אולם לידיי אין באלה כדי לרפא את הפגמים שנפלו בעריכת התשאל המתואר. המחוקק אמר את דברו באופן ברור וחד, בכל הנוגע לחקירת קטינים, עד גיל 18, ועל משטרת ישראל לכבד הוראות אלה.

50. לאור כל המקובץ, הנני מזכה את הנאשם מן המיוחס לו בכתב האישום.

ניתנה היום, י"ז אב תשע"ה, 02 אוגוסט 2015, בהעדר הצדדים.

ניתנה והודעה היום ז' חשוון תשע"ו, 20/10/2015 במעמד הנוכחים.

טל ויסמן בן שחר, שופט

[פרוטוקול הושמט]

החלטה

עמוד 9



מתירה את פרסום הכרעת הדין, תוך חיסיון כל פרט מזהה של הקטין.

ניתנה והודעה היום ז' חשוון תשע"ו, 20/10/2015 במעמד הנוכחים.

טל ויסמן בן שחר , שופטת

הוקלד על ידי נופר הרוש