

עפ"ג 35094/04/14 - אליהו בנימין ששון נגד מדינת ישראל, סימי פז

בית המשפט המחוזי בחיפה

12 יוני 2014

עפ"ג 35094-04-14 ששון(אסיר) נ' מדינת ישראל ואח'

בפני הרכב כב' השופטים:

רון שפירא, סגן נשיא [אב"ד]

אברהם אליקים

בטינה טאובר

המערער

אליהו בנימין ששון

נגד

המשיבות

1. מדינת ישראל

2. סימי פז,

פסק דין

השופט א' אליקים:

מבוא והשאלות שבמחלוקת

עמוד 1

1. בפנינו ערעור על פסק דינו של בית משפט השלום בקריות (כב' השופט טורס) שניתן במסגרת ת"פ 15812-06-13, (להלן- בית משפט קמא). על פי כתב האישום יוחסו למערער שני אישומים ובכל אחד מהם עבירת התפרצות לדירת מגורים, עבירה לפי סעיף 406(ב) לחוק העונשין- התשל"ז 1977 (להלן- חוק העונשין) וגניבה עבירה לפי סעיף 384 לחוק העונשין.

בחפוש שנערך על ידי המשטרה בדירת המערער ועל גופו, ללא צו חפוש שפוטי, נתפסו כרטיס אשראי, טלפון, כסף זר ותכשיט שנגנבו מהדירה על פי האישום הראשון. בחפוש מאוחר יותר שנעשה באותו יום בדירת המערער ובהסכמתו לכאורה, אך ללא נוכחותו נתפס רכוש הקושר את המערער גם להתפרצות השנייה.

2. בית משפט קמא לאחר שמיעת העדויות, קבע כי נפלו פגמים בחוקיות שני החפושים, ובפסק דין מנומק ומפורט ולאחר איזון האינטרסים השונים, קבע כי יש לזכות את המערער מהמיוחס לו באישום השני ולהרשיעו בעבירות על פי האישום הראשון, ההרשעה מתבססת על כלל ה"חזקה התכופה".

בהתאם לכך נדון המערער לעונש של 20 חודשי מאסר בפועל, הופעל עונש של 10 חודשי מאסר מותנה במצטבר ובסה"כ על המערער לשאת ב-30 חודשי מאסר בפועל. בנוסף הוטל עונש של מאסר על תנאי והמערער חויב לפצות את המתלוננת, בעלת הדירה ממנה נגנב הרכוש על פי האישום הראשון, פיצוי בסך 20,000 ש"ח.

3. הערעור מופנה הן לענין הרשעת המערער באישום הראשון והן באשר לתקופת המאסר וגובה הפיצוי לנפגעת העבירה. המערער לא חולק כיום על יישום כלל "החזקה התכופה" אלא על קבילות הראיות שנתפסו בחיפוש הראשון, חפוש לא חוקי לטענתו שצריך להביא לפסילת הראיות שהושגו במהלך אותו חיפוש וכפועל יוצא זיכוי המערער גם מהאישום הראשון.

עובדות כתב האישום

4. נגד המערער הוגש כתב אישום אשר ייחס לו שתי עבירות התפרצות לדירות שאירעו בישוב רכסים. על פי האישום הראשון, בין התאריכים 26.5.13-30.5.13, במועד ובשעה מדויקת שאינם ידועים, התפרץ המערער לדירה ברחוב הרקפות 19 ברכסים באופן שנכנס דרך חלון חדר השינה, אליו טיפס וחיטט בחדרי השינה. בנסיבות אלו גנב כסף מזומן בסך של 4,000 ₪, ארנק שהכיל כרטיס אשראי וכסף מזומן בסך של 1,300 ₪, כסף זר, דרכון, קופסא שהכילה תכשיטי כסף וזהב ומכשיר טלפון נייד מסוג LG. הרכוש הנגנב היה בבעלותה של סימי פז.

על פי האישום השני, בין התאריכים 28.5.13-29.5.13, בין השעות 23:00-8:00, התפרץ המערער לדירה ברחוב האורנים 32 ברכסים וגנב תיק אישי אשר הכיל 2 פנקסי שיקים, תעודת זהות וכרטיס עבודה.

הקביעות העובדתיות על פי הכרעת הדין

5. תחילת הפרשה ביום 28.5.13 עת התקבל מידע אודות המערער בו נאמר כי המערער פרץ לדירה ברחוב כלניות

39 ברכסים וגנב תכשיטים וכסף וכי הוא משתמש ומחזיק בביתו סמים מכל הסוגים, המשטרה לא עשתה דבר בשלב זה. ביום 30.5.13 שעה 08.30 התקבל מידע נוסף ולפיו המערער מבצע התפרצויות לדירות ברכסים, מחזיק בביתו ברכוש גנוב וסמים מסוג "נייס גיי" וחשיש ומשתמש בהם, (ת/11).

בעקבות כך הגיע צוות בילוש לביתו של המערער, באותו יום (בשעה 09.15), בהתאם לעדויות ולדו"חות הפעולה של השוטרים, כאשר נכנסו לדירה הם הודיעו למערער על מעצרו "בגין התפרצות לדירה" (ת/9). לאחר מכן השוטרים פנו לבצע חיפוש בדירה (ת/9 שורה 8). השוטר חנן מלכה מצא על שולחן בדירה חומר חשוד כסם, המערער הודיע "שזה שלו לשימוש שלו" ועל כן נערך חיפוש על גופו ונמצאו בכיסיו ארנק, כסף זר, כרטיס אשראי על שם סימי פז, שרשרת/צמיד בצבע זהב וטלפון סלולרי מסוג LG (ראו ת/4, ת/7 והעדויות בעמודים 18-22).

אין מחלוקת בין הצדדים כי כרטיס האשראי, הטלפון, הכסף הזר והתכשיט שתוארו לעיל, נגנבו מביתה של סימי פז, בעלת הדירה כמתואר באישום הראשון (ראו עדותה של סימי פז עמוד 8-9 לפרוטוקול והצהרת הסנגור בסיכומיו, עמוד 20 בשורה 18).

תמצית מסקנותיו של בית משפט קמא בענין האישום הראשון

6. בית משפט קמא בהכרעת דינו קבע ביחס לחיפוש הראשון כי דו"ח המידע (ת/11), לא הקים סמכות חיפוש ללא צו שיפוטי, הן ביחס לעבירת הרכוש העולה ממנו והן ביחס לעבירת הסמים. השוטרים הגיעו לביתו של המערער, ללא סמכות ולכן קיים פגם בחוקיות ההגעה של השוטרים לדירה והכניסה לתוכה. כמו כן קיים פגם בחוקיות החיפוש על גופו של המערער מכוח אותו מידע.

אולם בית משפט קמא הוסיף וקבע כי לאור טענת המערער שסמים שנמצאו על שולחן בדירה, שייכים לו, קמה למשטרה, סמכות חיפוש עצמאית, בהתאם לסעיף 28(ב) לפקודת הסמים, וזאת במנותק מהסמכות על פי דו"ח המידע ולכן הגיע למסקנה כי אופייה של אי החוקיות וחומריתה, אינם בעוצמה גבוהה בנסיבות המקרה המיוחדות וכי לכל היותר מדובר בשיקול דעת מוטעה. לאחר ניתוח הפסיקה ואיזון האינטרסים השונים, החליט בית משפט קמא שלא לפסול את הראיות החפציות שנתפסו על גופו של המערער בחפוש הראשון, קביעה שהביאה להרשעתו במיחס לו באישום הראשון.

תמצית טענות המערער

7. המערער טוען כי טעה בית משפט קמא כשקבע כי משראו השוטרים את הסמים על השולחן בדירת המערער קמה להם סמכות חיפוש עצמאית, נפרדת ונבדלת מהסמכות הנתענת, אשר קמה לכאורה בעקבות קבלת המידע המודיעיני. עוד הוסיף כי טעה בית משפט קמא כי סדר האירועים בבית המערער היה שקודם נתפסו הסמים על השולחן ורק לאחר מכן בוצע החיפוש בבגדיו, כשהוא מפנה לדו"חות הפעולה של השוטרים (ת/9, ת/4 ות/7) בהם נרשם סדר האירועים מהרגע שבו הגיעו השוטרים לדירת המערער. מאחר וכל אחד מהשוטרים תיאר סדר אירועים אחר, לא ניתן לקבוע כי החיפוש בבגדיו של המערער נערך לאחר תפיסת הסמים. ולכן משקיים ספק באשר למועד תפיסת הסמים על השולחן ביחס לביצוע החיפוש בבגדי המערער יש לאפשר למערער ליהנות מהספק והשלכותיו.

המערער טוען כי מציאת החומר שהיה חשוד כ"נייס-גיא" לא הקימה לשוטרים סמכות לבצע חיפוש על גופו, לא היה מדובר בטעות בשיקול דעת אלא בטעות חמורה שהשוטרים סברו כי "נייס-גיא" הינו סם מסוכן. משקבע בית משפט קמא כי החיפוש על גופו ובבגדיו היה מתבצע בכל מקרה, ללא קשר למציאת הסמים בדירה לא היה מקום לקביעה שהחיפוש הפך לחוקי בשל מציאת הסמים. מציאת הסמים לא הייתה יכולה להכשיר פעולה לא חוקית שהייתה מתבצעת בכל מקרה.

לטענת המערער טעה בית משפט קמא בקובעו כי קמה לשוטרים סמכות חיפוש נפרדת לאחר מציאת הסמים על השולחן בדירה ולכן אי החוקיות אינה נוגעת לחיפוש עצמו אלא רק להגעה לדירה ולמעצרו של המערער. כניסת השוטרים לדירת המערער, מעצרו והחיפוש בדירה ועל גופו ובבגדיו היו לא חוקיים, לא מדובר בטעות בשיקול הדעת אלא בביצוע מספר פעולות אשר פגעו פגיעה קשה מאוד בחירותו של המערער בחוסר סמכות. ולכן מתבקש לקבוע כי הואיל והכניסה לדירה, המעצר והחיפוש היו לא חוקיים יש להורות על פסילת הראיות שהתקבלו באותו חיפוש.

8. באשר לחומרת העונש, המערער טוען כי מתחם הענישה שנקבע על ידי בית משפט קמא הוא רחב מדי, וכן טעה כשקבע כי הרף העליון של המתחם עומד על 30 חודשי מאסר בפועל, לא ניתן להתעלם מהענישה הנהוגה בעבירות דומות ובמקרים בהם לא ניתן למצוא ולו מקרה אחד שבו נגזר עונש הנמצא ברף העליון של מתחם הענישה.

באשר לגובה הפיצוי שנפסק למתלוננת טען המערער כי כמעט כל הרכוש שנגנב מהמערער הוחזר לה. תחושותיה הקשות של המתלוננת לא היו חריגות ביחס לקורבנות עבירה אחרים של עבירות התפרצות. מאחר שהמערער נידון לתקופת מאסר ממושכת מאוד, לא היה מקום להטיל עליו עונש של פיצוי כספי ובוודאי לא בשיעור של 20,000 ₪.

תמצית טענות המשיבה

9. המשיבה טענה כי בית משפט קמא דן בהרחבה בדוקטרינת הפסילה הפסיקתית, ועשה איזון רציני מעמיק ויסודי ביותר בעניין זה, ולבסוף קבע כי שני החיפושים שבוצעו היו בלתי חוקיים. בית משפט קמא עשה איזונים שקולים, סבירים והוגנים עת החליט להכשיר את הראיות שהושגו בחיפוש הראשון הנוגע לאישום הראשון. תכליתה של הדוקטרינה הושגה בפסילת הראיות שהושגו בחיפוש השני והמתייחסים לאישום השני שהביאו לזיכוי של המערער מאישום זה.

בית המשפט בשוקלו את כל השיקולים התייחס לחומרת העבירה, נסיבות העבירה, עדותה של הקורבן, ביחס לנזק שנגרם לה גם נזק חומרי ובעיקר נפשי. עבירת ההתפרצות הפכה למכת מדינה, המדובר בעבירה חמורה מאוד, ובהתאם לפסיקה ובין השאר פסק דין בענין יששכרוב, ככל שעולה חומרת העבירה הנטיה תהא יותר להכשיר את הראיות על אף פירות העץ המורעל.

המשיבה מוסיפה באשר לטענת המערער כי קיימים סתירות בין השוטרם ביחס לעיתוי ומקום מציאת חומר "נייס גיי". אכן כקביעת קמא מדובר בחוסר הלימה ולא בסתירות מובהקות. המשיבה מוסיפה כי פסק הדין מפורט מאוד, מנומק, עם קביעות משפטיות נכונות וצודקות.

ביחס למתחם הענישה המשיבה מציינת כי המתחם שנקבע סביר, בית המשפט התייחס לכל השלבים והנימוקים. לגבי העונש שנגזר על המערער הרי שנאמר כי העונש הוא באמצעו של המיתחם, למערער עבר פלילי עשיר וצדק בית משפט קמא שהפעיל את המאסר על תנאי במצטבר לעונש שהוטל עליו. מדובר בעונש סביר והוגן. באשר לגובה הפיצוי שנפסק למתלוננת, המשיבה טוענת כי הפיצוי אינו עונש, ולא צריך להיות קשר בין אורך תקופת המאסר לבין גובה הפיצוי.

דין והכרעה

10. השאלה העיקרית הטעונה הכרעה בתיק זה היא שאלה של איזון ראוי בין אינטרסים והאם תפיסת רכוש גנוב בפעולה משטרתית שתחילתה בלתי חוקית, חפוש ומעצר ללא בסיס חוקי, אך במהלכה קמה סמכות חפוש חוקית, ובהתחשב בעבירה המיוחסת למערער, יש לראות ברכוש שנתפס כפירותיו של העץ המורעל?

11. אקדים מאוחר למוקדם ואציין כי פסק דינו של בית משפט קמא מפורט ומנומק היטב, בית משפט קמא נימק וניתח בצורה יסודית ומעמיקה את הראיות והחומר הרלוונטי אשר עמד בפניו, הוא בחן ואיזן נכונה את השיקולים הראויים ולבסוף הגיע בין היתר למסקנה אותה אני מציע לאמץ במלואה, ולקבוע כי אין לפסול את הראיות אשר הושגו בחיפוש הראשון על אף אי החוקיות שבתחילתו.

12. עוד אוסיף כי לאחר ניתוח טענות הצדדים, אני סבור כי הבסיס העובדתי לפיו יש לבחון את הערעור צריך להיות על פי הקביעות העובדתיות שנקבעו ע"י בית משפט קמא, בפניו העידו העדים וידועה ההלכה כי ערכאת הערעור מתערבת בממצאים עובדתיים במקרים חריגים בלבד.

בהתאם לראיות ונמוקי בית משפט קמא אין זה המקרה המצדיק התערבותנו, (ראו למשל ע"פ 9612/10, ע"פ 64/11 וע"פ 112/11 **קוגמן נגד מדינת ישראל** (27.4.2014)).

הקביעה העובדתית הרלבנטית היא באשר לסדר האירועים לאחר כניסת השוטרים לדירה והקשר הסיבתי ביניהם. לאחר ניתוח עדויות 3 השוטרים והדו"חות (ת/4, ת/7, ת/9), קבע בית משפט קמא כי בטרם ביצוע החפוש על גופו של המערער, בוצע חפוש בדירה, נמצא סם על שולחן בסלון. המערער טען בשלב זה שהסם שייך לו ועל כן בוצע חיפוש גם על גופו, במהלכו התגלה הרכוש שנגנב מההתפרצות לדירתה של סימי פז כאמור באישום הראשון, עוד נקבע כי קיים קשר סיבתי עובדתי בין מציאת הסם בדירה, במהלך החיפוש בדירה, לבין החיפוש שנערך על גופו של הנאשם.

בהתחשב בנסיבות אלו, השוטרים שהגיעו לדירה ללא צו חיפוש ונכנסו לתוכה לביצוע מעצרו של המערער ללא

הצדקה חוקית, גילו מול עיניהם על שולחן בסלון, ביצוע לכאורה של עבירת סמים, כשהמערער קושר עצמו במפורש לשימוש בהם, וכל זאת על רקע מידע מודיעיני מיום החפוש ויומיים לפני כן (ת/11) בדבר עבירות סמים המתבצעות בדירה. בנסיבות אלו מאותו שלב קמה לשוטרים סמכות חפוש עצמאית וחדשה לביצוע חפוש ללא צו, בשל התקיימות התנאים הקבועים בסעיף 18(ב)(2) לפקודת הסמים המסוכנים [נוסח חדש] תשל"ג-1973:

"(ב) מבלי לפגוע בסמכות הכללית הניתנת לשוטר לערוך חיפוש, רשאי שוטר לערוך חיפוש בלא צו חיפוש:

(2) על גופו של אדם כאמור בסעיף 22 לפקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש) [נוסח חדש], התשכ"ט-1969 אף אם לא עצר אותו, אם יש לו יסוד סביר להניח שאותו אדם נושא עמו שלא כדין סם מסוכן".

13. קבילותן של הראיות החפציות שנתפסו בשלב זה, תקבע בהתאם ליישום הלכות יששכרוב וכן חיים. (ראו ע"פ 5121/98 **יששכרוב נ' התובע הצבאי הראשי**, פ"ד סא(1) 461 (2006) ורע"פ 10141 **בן חיים ואח' נ' מדינת ישראל** (6.3.2012)).

14. אקדים ואזכיר כי על פי דוקטרינת הפסילה הפסיקתית, עצם השגת הראיה שלא כדון, אינה מביאה לפסילתה של הראיה באופן מוחלט, בית המשפט בבואו להכריע בשאלת פסילתה של הראיה מפעיל את שיקול דעתו בהתאם לנסיבותיו של כל מקרה ומקרה תוך עריכת איזונים בין הערכים המתנגשים. כאשר יש לאזן בין היתר בין זכותו של הנאשם להליך הוגן ובין הערכים והאינטרסים לגילוי האמת, ההגנה על שלום הציבור ועל זכותו של נפגע העבירה.

באשר ליישום הלכת **יששכרוב** אפנה לפסק דינו של כב' השופט יצחק עמית:

"הלכת **יששכרוב** קובעת כלל פסלות יחסי, והיא לא באה להחליף את התכלית של חקר האמת. הא-ראיה כי אחד מהמבחנים של הלכת **יששכרוב** היא מידת השפעה של אמצעי החקירה הפסול על מהימנות הראיה שהושגה. לא סגי בפגם כלשהו שנפל בהליך החקירה, אלא יש לבחון את השפעת הפגם או אי החוקיות על מהימנות הראיה באספקלריה של חקר האמת, מתוך חשש כי ראיה פסולה היא גם ראיה לא מהימנה שאין להביאה בקהל הראיות. מכאן, שלא נס ליחה של תכלית חקר האמת לצד תכליות נוספות, והדברים נאמרו במפורש בהלכת **יששכרוב** (שם, עמ' 536): "ויודגש: אין בגישה זו קביעה כי ההגנה על זכויות הנאשם הפכה לתכליתם העיקרית של דיני הראיות או כי תכלית חקר האמת איבדה מחשיבותה. התכלית האחרונה בעינה עומדת והיא נותרה מטרה ראשית של דיני הראיות בפלילים, לשם בירור חפות או אשמה ולשם הגנה על שלום הציבור מפני הפשע ההולך וגואה שהפך למתוחכם ולמאורגן מבעבר. זאת ועוד; כפי שצוין לעיל, ההליך הפלילי אינו מתמקד רק בהגנה על זכויות החשוד והנאשם, אלא גם בהגנה על כבוד האדם ועל זכויותיהם של נפגעי העבירה בפועל או בכוח" ע"פ 5417/07 **ניקולאי בונר נ' מדינת ישראל** (30.5.2013).

15. ניתוח שלושת מבחני המשנה על פי הלכות **יששכרוב וכן חיים** מוביל למסקנה אחת, הראיות החפציות שנתפסו על גופו של המערער קבילות.

באשר לאופייה וחומריתה של אי החוקיות שהיתה כרוכה בהשגת הראיה, בהתאם לקביעת בית משפט קמא וחומר הראיות, מדובר בהתנהגות בתום לב מצד אנשי המשטרה, ובשל טעות בשיקול הדעת הגיעו ללא צו של שופט, לביתו של המערער בהסתמכם על מידע מודיעיני מיום ההגעה לדירה ויומיים לפני כן. הראיה החפצית שהושגה מכח סמכות חוקית עצמאית שקמה מרגע גילוי סמים על שולחן הסלון, היא ראיה מהימנה, ופעולות החקירה הפסולה לא השפיעו על מהימנותה כלל וכלל.

במקרה זה על פי מבחן הנזק מול התועלת החברתית הכרוכים בפסילת הראיה, יש להעדיף את האינטרס הציבורי ואינטרס נפגעת העבירה. בהתאם למתואר בגזר הדין, המערער פרץ לדירת שכנתו המוכרת לו, ביודעו כי הנה אישה מבוגרת, אלמנה ואם שכולה. לעניין זה אפנה לעדותה: "האדון הזה (מצביעה על הנאשם) כל בוקר היה אומר לי בוקר כשהייתי חוזרת מהליכה, הוא יודע מה עברתי בחיים, עזרתי לאמא שלו ז"ל, זה מה שהוא רצה? היה בא הייתי נותנת לי כל מה שהוא רוצה".

אמון הציבור במערכת המשפט, חומרת נסיבות ביצוע העבירות והפגיעה בבטחון הציבור, מחייבים במקרה זה להכשיר את קבילות הראיה, תוך דגש כי הפגיעה בזכויות המערער ע"י אנשי המשטרה נעשתה בתום לב ומתוך טעות בשיקול הדעת.

16. לאור כל האמור לעיל, צדק בית משפט קמא כאשר החליט שלא לפסול את הראיות החפציות אשר נתפסו בחיפוש הראשון ולכן דין הערעור על הרשעת המערער להידחות.

חומרת העונש

17. המערער טוען כי בית משפט קמא החמיר בעונשו ובכלל זה עקב קביעת מתחם ענישה רחב מדי (בין 12 ל-30 חודשי מאסר) ומבלי שהוצגו בפניו פסקי דין בהם נגזר עונש הנמצא ברף העליון של המתחם.

באשר לקשר שבין מתחם העונש ההולם לבין ענישה ספציפית אפנה לפסק דינו של כב' השופט א' שהם:

"כפי שצוין לעיל, אין זהות בין מתחם הענישה לבין רמת הענישה הנוהגת, ואין מקום להתערב במתחם גם אם תתקבל הטענה לפיה קיימים עונשים קלים יותר, שהוטלו במקרים דומים. אין צריך לומר, כי קביעת המתחם נעשית בדרך של הערכה, על יסוד כלל הנתונים והשיקולים העומדים לנגד עיני הערכאה הדיונית, ואין מדובר בפעולה אריתמטית, המבוססת על נוסחאות מתמטיות מדוייקות, ויש להתיר לבית המשפט מרחב מסוים של גמישות, כל עוד מצויה החלטתו במתחם הסבירות", ע"פ 200/13 שמואל ברמן נ' מדינת ישראל (5.2.2014).

בנוסף ראו פסק דינה של המשנה לנשיא כב' השופטת מרים נאור:

"ראשית, מתחם הענישה ההולם איננו זהה לטווח הענישה הנהוג. מדובר, כפי שהבהירה השופטת ארבל ב-ע"פ 1323/13 חסן נ' מדינת ישראל (5.6.2013), ב"יצורים" שונים זה מזה. מתחם העונש ההולם מגלם הכרעה ערכית המבוססת על שיקולים שונים, שמדיניות הענישה הנהוגה בעבירה הנדונה הוא רק אחד מהם. ...שנית, פסק דין בודד איננו קובע אפילו נתון עובדתי של טווח ענישה נהוג. "ע"פ 1182/14 פלונית נ' מדינת ישראל, (14.5.14).

18. בסופו של יום ערכאת הערעור אינה גוזרת מחדש את עונשו של נאשם אלא בוחנת את סבירות העונש שגזרה הערכאה הדיונית. ההתערבות בעונש תעשה מקום בו מצאה ערכאת הערעור כי נפלה בגזר הדין טעות מהותית או שהעונש שנגזר סוטה באופן קיצוני מרמת הענישה הראויה או רמת הענישה המקובלת במקרים דומים (ראו ע"פ 7430/13 וע"פ 8003/13 **טוחסנוב נגד מדינת ישראל** 3.3.2014).

העונש שהוטל על המערער במקרה זה אינו חורג ממתחם הסבירות, חשוב לציין כי בית משפט קמא אף לקח בחשבון בשיקולי הענישה את אי החוקיות בפעולות השוטרים. על פי נסיבות ביצוע העבירות והנסיבות האחרות לרבות עברו הפלילי העשיר של המערער והמאסר המותנה שהיה תלוי ועומד נגדו (ראו גליון ההרשעות ע/1 הכולל 37 הרשעות בעשרות עבירות סמים ורכוש), העונש היה צריך להיות חמור יותר ולכן אין להתערב בעונש המאסר לרבות הפעלת עונש מותנה במצטבר.

ראו לענין זה פסק דינו של כב' השופט יצחק עמית:

"אין צורך להכביר מילים על הטראומה שנגרמה למתלוננת, ועל כך שעבירת ההתפרצות מערערת את הביטחון האישי של הציבור וטמון בה פוטנציאל להתפתחות אלימה (ראו, לדוגמה, ע"פ 3297/10 **וולקוב נ' מדינת ישראל** (לא פורסם, 24.5.2012)). המערער ביצע את העבירה כשתלוי ועומד כנגדו עונש מאסר על תנאי של 10 חודשים ודומה כי לא שנה, לא למד ולא הפנים את לקחו והוא חוזר על מעלליו פעם אחר פעם. במצב דברים זה, אין מנוס אלא להרחיק את המערער לתקופה ארוכה מהציבור, על מנת להגן על הציבור מפני פגיעתו הרעה" ע"פ 6423/11 **דהן נגד מדינת ישראל** (2.7.2012).

19. באשר לבקשת המערער להפחתת גובה הפיצוי שנפסק לזכות נפגעת העבירה -20,000 ש"ח. נפגעת העבירה לא זומנה לדין בערעור ולכן איפשרנו לה להגיב בכתב או לטעון בפנינו בישיבת היום. לאחר שניתחתי את טענות הצדדים אני סבור כי יש לדחות את בקשת המערער ולמעשה מתייתר הצורך להמתין לתגובת נפגעת העבירה.

אפנה בענין זה לפסק דינו של כב' הש' י' דנציגר:

"באשר לטענת המערער כי הפיצוי שנפסק אינו משקף את הנזק שנגרם למתלוננת היות שנוזק כזה לא הוכח, יאמר כי שיעורו של הפיצוי הנפסק לטובת נפגע עבירה אינו מוכח במסגרת ההליך הפלילי, אלא זהו עניין להערכתו של בית המשפט. משכך, אין מקום להתערבותה של ערכאת הערעור בהערכה זו אלא במקרים יוצאי דופן בהם הערכאה הדיונית חרגה באופן קיצוני משיעור הפיצוי הראוי [ראו: ע"פ 10213/05 **פלוני נ' מדינת ישראל** (לא פורסם, 26.6.2006); ע"פ 420/09 הנ"ל, בפסקה 95 לפסק הדין]" ע"פ 194/08 **סבטלנה אורית זורין נ' מדינת ישראל** (7.9.2010).

פז סימי העידה בפני בית משפט קמא (ביום 12.11.13), מדובר בנפגעת עבירה כבת 70, אם שכולה, שחיה לבד, היא סיפרה את סיפור חייה ואת הפגיעה הקשה שנגרמה לה בעקבות ההתפרצות, היא תיארה את מצבה הנפשי ואת הפחדים שליוו אותה לאחר ההתפרצות. בנסיבות אלו בית משפט קמא לא חרג באופן קיצוני משיעור הפיצוי הראוי לנפגעת העבירה ודין הערעור גם בנושא זה להידחות.

סיכום

לאור האמור לעיל אמליץ לחבריי לדחות את הערעור.

א. אליקים, שופט

השופט ר' שפירא, סגן נשיא [אב"ד]:

אני מסכים עם חברי, השופט אליקים. גם אני סבור כי פסק דינו של בית משפט קמא ניתח נכונה את הראיות והסוגיות המשפטיות אליהן נדרש. הכרעת דינו מבוססת היטב, כמו גם גזר הדין. לא מצאתי עילה להתערב בהם.

אוסף עוד כי בפסיקת בית המשפט העליון שאוזכרה בפסק דינו של חברי ובפסק דינו של בית משפט קמא נקבע, כי קבילותה של ראייה שהושגה שלא כדיון, תהיה מסורה לשיקול דעתו של בית המשפט הדין בתיק, בכל מקרה לגופו, בהתאם לנסיבותיו וחומרם וכן בהתאם למידת הפגיעה בהגינות ההליך הפלילי וטוהרו. עוד הודגש הצורך לאזן בין ההגנה על זכויות הנאשם והגינות ההליך הפלילי מחד גיסא, אל מול ההגנה על האינטרס בחשיפת האמת העובדתית, הלחימה בעבריינות וההגנה על שלום הציבור מאידך גיסא.

סבור אני כי לעניין זה עלינו לעשות אבחנה בין תקלות בחקירה שהן פועל יוצא של טעות בתום לב או רשלנות של הגורם החוקר, לבין פגיעה מכוונת בזכויות חשוד והתעלמות מכוונת מזכויותיו, במטרה להוציא ממנו הודאה. מטרת התורה שפותחה בפסיקה בארה"ב וכוונתה "תורת פרי העץ המורעל" הייתה להגן על חשודים מפני התעמרות של גורמי חקירה. ואולם מקום בו טעה הגורם החוקר בתום לב, וזכויותיו של הנחקר כלל לא קופחו, אין מקום לפסול את תוצרי החקירה רק מהטעם שנעשתה טעות בהיסח הדעת, בתום לב או ברשלנות.

ככל שמדובר בטעות או ברשלנות, ובמיוחד כשאלו לא פגעו ברצונו החופשי של הנאשם, עת נחקר כחשוד או כאשר בוצע חיפוש בכליו, כי אז אין מקום לפסול את הראיות שהושגו במסגרת אותו הליך, זאת גם אם נפל בו פגם. ראה מגמה דומה גם בפסיקה בארה"ב, מקום הולדת תורת פרי העץ המורעל: **Herring V. U.S.**, 555 U.S. 135. (פסק דין מיום 14.1.2009); **Arizona V. Evans**, 514 U.S. 1, 14-15; **U.S. V. Leon**, 468 U.S. 897; פסק דין שקדם לפרשת Herring, שם הושארה שאלת קבילות ראיות שהושגו אגב ביצוע פעולה מוטעית עקב טעות של שוטר בתום לב, בצריך עיון.

סבור אני כי כך גם בענייננו, ככל שקיים פגם בהליך גבית עדות מהנאשם או אגב ביצוע חיפוש, הרי שלא כל פגם יוביל לפסילת הראייה שנאספה באותו הליך. על בית המשפט לבחון האם מדובר בפגיעה מכוונת בזכויות הנאשם, עת היה חשוד, או ברשלנות חמורה, ובעיקר - האם כתוצאה מאותו הפגם נפגע רצונו החופשי או שקופחו זכויותיו של הנחקר. במקרה בו מדובר בטעות שבהיסח הדעת או ברשלנות של שוטר, ולא נפגעו זכויות הנחקר, כי אז אין מקום לפסול את הראיות אך ורק מהטעם ששוטר טעה באופן ביצוע תפקידו.

ר. שפירא, ס. נשיא
[אב"ד]

השופטת ב' טאובר:

אני מסכימה.

ב. טאובר, שופטת

הוחלט לדחות את הערעור על כל חלקיו.

ניתן היום, י"ד סיוון תשע"ד, 12 יוני 2014, במעמד הצדדים ובאי כוחם.

ר. שפירא, ס. נשיא
[אב"ד] א. אליקים, שופט ב. טאובר, שופטת