

ת"פ 20481/06/13 - מדינת ישראל - פמ"ד נגד יצחק אסייג - בעצמו

בית משפט השלום בבאר שבע

11 פברואר 2014

ת"פ 20481-06-13 מדינת ישראל נ'
אסייג

כב' השופט ד"ר יובל ליבדרו

המאשימה:	מדינת ישראל - פמ"ד ע"י ב"כ המתמחה שירלי הדר
נגד הנאשם:	יצחק אסייג - בעצמו ע"י ב"כ עו"ד ליאור כהנא

הכרעת דין

החלטתי לזכות את הנאשם מן המיוחס לו בכתב האישום.

מבוא: א.

1. בפניי טענתו של ב"כ הנאשם לפיה אין על הנאשם להשיב לאשמה המיוחסת לו וכי יש לזכות את הנאשם כבר עתה, עם סיום פרשת התביעה.

2. מהחלק הכללי של כתב האישום שהוגש כנגד הנאשם עולה כי החברות "Hugo Boss" (להלן: חברת "בוס"), "nike international ltd." (להלן: חברת "נייק") ו-"puma se" (להלן: חברת "פומה") הינן חברות בינלאומיות, אשר מייצרות ומשווקות מוצרי אופנה. לחברות סימן רשום ברשות הפטנטים.

מעובדות כתב האישום עולה כי בתאריך 16.5.12 בוצע חיפוש בביתו של הנאשם, ברחוב רמת מגשימים 2 בערד, מכוח צו חיפוש של בית משפט. לאחר החיפוש הני"ל, בוצע חיפוש ברכבו של הנאשם, בהסכמתו, ונתפסו בו 83 חולצות הנחזות להיראות כפרטי לבוש שיוצרו על ידי חברת "בוס" שעליהן חיקוי סימן מסחר רשום של החברה, וזאת בלא רשות החברה או מי מטעמה; 178 חולצות הנחזות להראות כחולצות על ידי חברת "נייק" שעליהן חיקוי סימן מסחר רשום של החברה וזאת בלא רשות החברה או מי מטעמה; ו-20 חולצות הנחזות להראות חולצות שיוצרו על ידי חברת "פומה" שעליהן חיקוי סימן מסחר רשום של החברה, וזאת בלא רשות החברה או מי מטעמה. במעשיו אלו, החזיק הנאשם ועסק במכירת טובין, לשם מסחר, שסומנו או יובאו לישראל שלא כדין.

3. בתשובתו לכתב האישום, ביקש הנאשם לקבוע את התיק לשמיעת הוכחות והוסיף כי יש לו טענות ביחס לקבילות חומר הראיות (שלא על בסיס טענת זוטא כי אם על בסיס דוקטרינת הפסילה הפסיקתית) תוך שהוא מצהיר כי הוא מסכים כי כל חומר הראיות שנמצא בתיק המאשימה יועבר לעיון בית המשפט לצורך קבלת החלטה בשאלת הקבילות ותוך שהוא מצהיר כי הוא מוותר על חקירת מי מעדי התביעה המפורטים בכתב האישום.

4. בהתאם לאמור, הגישה המאשימה את כל חומר הראיות בתיק וקלסר חומר החקירה ובו הראיות סומנו ת/1 - ת/16. לאחר הגשת הקלסר, הכריזה המאשימה "אלו עדיי" ובסמוך לכך טען ב"כ הנאשם את טענת "אין להשיב לאשמה".

5. טענת הנאשם לפיה אין עליו להשיב לאשמה, נשענת על חמש רגליים:

ראשית, החיפוש המוזכר בכתב האישום נעשה ללא צו של בית משפט ולמצער לא קיים צו החיפוש של בית המשפט.

שנית, החיפוש בבית נערך ללא נוכחות של עדים מתאימים.

שלישית, החיפוש ברכב, בו נמצאו פרטי הלבוש כאמור בעובדות כתב האישום, נערך ללא שהתעורר חשד כנדרש עובר לחיפוש.

רביעית, החיפוש ברכב נערך ללא הסכמה של הנאשם ולחלופין ללא הסכמה מדעת.

חמישית, החיפוש ברכב נערך ללא נוכחות של עדים.

ב"כ הנאשם, הוסיף וטען כי נוכח כל הטענות הללו, החיפוש שנעשה בביתו וברכבו פסול, החולצות שנתפסו אינן קבילות כראיה והראיות הנגזרות כתוצאה מתפיסת החולצות, אינן קבילות אף הן, וזאת לרבות ההודעות וחוות הדעת.

ב"כ הנאשם הדגיש כי החיפוש בביתו של הנאשם נעשה, לכאורה, לאחר שהתעורר חשד ביחס לבנו של הנאשם והבקשה לצו חיפוש הוגשה בעניינו של בנו של הנאשם, בעוד שבסופו של יום החולצות שנתפסו נמצאו בחיפוש ברכבו של הנאשם.

ב"כ הנאשם הדגיש כי בחומר הראיות שהוגש לבית המשפט אין את צו החיפוש ולטענתו הדבר הינו בגדר "מחדל משמעותי היורד לשורשו של עניין" (עמ' 4 שורה 15 לפרוטוקול) שכן, לא ניתן כיום לבחון האם החיפוש נערך על פי הצו, אם לאו.

עוד הדגיש ב"כ הנאשם כי על פי דיני החיפוש, יש מקום שהחיפוש יהיה בנוכחות של שני עדים, אף אם החיפוש

מתבצע ברכב, ועל העדים להיות עדים ניטראליים ולא בני משפחה ובעניין זה הפנה לפסיקה.

ב"כ הנאשם הוסיף בעניין זה כי לא התעורר לגביו חשד עובר לחיפוש ברכבו שכן עובר לחיפוש ברכבו שימש הוא כעד לחיפוש בעניין בנו, בביתו שלו, מה שמלמד כי הוא לא היה בגדר חשוד.

ב"כ הנאשם הוסיף כי לא התעורר כל חשד סביר בעניינו של הנאשם ולכן לא ניתן היה לערוך חיפוש ברכבו בהעדר צו של בית משפט. ב"כ הנאשם טען כי לו היה הצו, שלטענת המאשימה הוצא, מתייחס גם לרכבו של הנאשם, לא היה כל מקום שהשוטר יבקש את הסכמתו של הנאשם עובר לחיפוש ברכבו של הנאשם.

6. ב"כ המאשימה טענה כי יש לדחות את הטענה כי אין להשיב לאשמה והוסיפה כי המאשימה הביאה ראיות שדי בהן כדי לחייב את הנאשם להשיב לאשמה.

עוד טענה ב"כ המאשימה כי הואיל והראיות הוגשו בהסכמה, ללא חקירה נגדית, כאשר בת/5 צוין שהחיפוש נעשה מכוח צו, הרי שעולה שמדובר בעובדה שאינה שנויה במחלוקת ולפיכך, החיפוש והחולצות שנתפסו בעקבותיו הפכו חוקיים וקבילים.

ב"כ המאשימה הוסיפה כי הודאת הנאשם במיוחס לו, או ראשית הודאתו, הייתה חופשית ומרצון ומכאן שאין מקום לפסילה פסיקתית בהתאם להלכות בית המשפט העליון ברע"פ 10141/09 **אברהם בן חיים ואח' נ' מדינת ישראל**, פורסם באתר בתי המשפט (להלן: "**הלכת בן חיים**") ובע"פ 5121/98 **יששכרוב נ' התובע הצבאי הראשי**, פד"י סא' (1) 461 (2006) (להלן: "**הלכת יששכרוב**").

ב. דין

(א) חוקיות החיפוש

(1) חיפוש על פי צו.

7. אקדים ואומר כי סבור אני, לאחר בחינת טענות הצדדים, שהחיפוש ברכב, בו נתפסו החולצות, נערך שלא כדין.

8. תחילה, אבחן את הטענה לפיה החיפוש ברכב היה לפי צו בית משפט.

סבור אני כי יש לדחות טענה זו.

עיון בת/7, הבקשה להוצאת צו חיפוש, מלמד כי הבקשה הוצאה ביחס ל"אביחי אסייג", בנו של הנאשם, בחשד לביצוע עבירה של "רכוש גנוב" (כך במקור, י.ל.). בבקשה התבקש לבצע חיפוש ב"ביתו, מחסניו, חצרותיו ורכבו". אין מחלוקת כי החולצות לא נתפסו ברכבו של אביחי אסייג כי אם ברכבו של אביו של אביחי אסייג - הוא הנאשם. לא מצאתי מדוע יש לבצע את "הקפיצה" מרכבו של הבן המוזכר בבקשה לרכבו של האב בו נתפסו החולצות.

9. מעבר לפער שבין רכב הבן ורכב האב, סבור אני כי אף מיתר הראיות בתיק עולה כי החיפוש ברכבו של האב לא נעשה על פי צו בית משפט.

מת/5, דוח הפעולה של השוטר בוריס סרילביץ', עולה כי: "הגעתי בעקבות צו בית משפט לערוך חיפוש בכתובת אשר מתגורר בה החשוד אסייג אביחי... ואמרנו לו שיתקשר להוריו ושיגיד להם שיגיעו לבית בעקבות צו חיפוש שיש ברשותי... כעבור מספר דקות הגיעו ההורים רחל ויצחק אסייג (הנאשם, י.ל.)... ונתנו להם העתק מצו בית המשפט לערוך חיפוש... במהלך החיפוש נתפסו מספר מוצגים... כמו כן החשוד אביחי אסייג עוכב על ידי השוטר נועם שוהם... לאחר העיכוב ביקשתי מהאבא יצחק אסייג לעשות חיפוש ברכב והנ"ל פתח לי את הרכב וברכב ראיתי כמות גדולה של בגדים..."

מן האמור עולה שבעוד שביחס לבית בו נערך החיפוש לא ביקש השוטר סרילביץ' כל הסכמה ממאן דהוא לבצע את החיפוש, נוכח העובדה שהוא אחז בצו חיפוש, הרי שביחס לחיפוש ברכב, נאלץ השוטר סרילביץ' לבקש את ההסכמה של הנאשם. ברי, כי לו הצו היה כולל אפשרות לבצע חיפוש גם ברכב של הנאשם, לא היה נדרש השוטר סרילביץ' לבקש את הסכמתו של הנאשם כפי שלא נדרש לגבי הבית.

לא זו אף זו. לו היה הצו כולל גם את האפשרות לבצע חיפוש ברכבו של הנאשם דווקא, ספק אם הנאשם יכול היה להיות עד לחיפוש בביתו. כעולה מת/5 וכן מדוח החיפוש, ת/8, הנאשם היה בגדר עד לחיפוש. ברי כי הנאשם לא יכול להיות גם העד לחיפוש וגם הבעלים של המקום החשוד בביצוע העבירה - הוא הבעלים של הרכב. לא למותר לציין כי ת/8 שהוא דוח החיפוש שנעשה, על בסיס צו החיפוש, לא מתייחס כלל לחיפוש שנעשה ברכב והחיפוש ברכב נעשה בסמוך לאחר החיפוש בבית.

10. מעבר לכל האמור לעיל, ברי כי מחדל המאשימה להציג את צו החיפוש שעל בסיסו טוענת המאשימה כי בוצע החיפוש, יוצר, למצער, ספק בשאלת תחולת הצו על רכבו של הנאשם.

ודוקו. מוכן אני להניח, נוכח הסכמת ב"כ הנאשם להגיש את חומר החקירה, לטובת המאשימה, כי החיפוש בבית בוצע על פי צו.

יחד עם זאת, אין בכך כדי ללמד בהכרח כי הצו כלל הרשאה לחיפוש ברכבו של הנאשם. כזכור, כעולה מת/7, הבקשה לצו חיפוש, החשוד היה בנו של הנאשם והבקשה כללה התייחסות לרכבו - הרכב של בנו של הנאשם.

נדמה כי מחדל זה של המאשימה, אף אם לא נעשה בכוונת מכוון (ואינני סבור שהייתה כל כוונה שכזו), מסב נזק ראייתי לנאשם, באשר יוצר הוא חוסר וודאות עובדתית בשאלת היקף תחולתו של צו החיפוש. התרופה הראויה לנזק שכזה תהיה ביצירת הנחה עובדתית לטובת הנאשם לפיה הצו לא התייחס לרכבו של הנאשם.

לעניין החלטת דוקטרינת הנזק הראייתי במשפט הפלילי ראו, בין היתר, ע"פ 2869/09 **זינאתי ואח' נ' מדינת ישראל**, פורסם באתר בתי המשפט; מאמרו של השופט ר. שפירא: "**מחדלים בחקירת משטרה והשלכותיהם על ההליך הפלילי**", הסניגור 97, 98; ת.פ (מחוזי י"ם) 102/99 **מדינת ישראל נ' אוסאמה סאלם**, פורסם באתר נבו וספרי: "**נזק ראייתי במשפט הפלילי**", הוצאת "אוצר המשפט".

(2) חיפוש שלא על פי צו

11. בהעדר צו שיפוטי לביצוע חיפוש, יכולים להיות שני בסיסים לביצוע החיפוש. הבסיס הראשון נמצא בסעיף 25 לפקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש) [נוסח חדש], התשכ"ט - 1969 לפיו: "שוטר רשאי, בלא צו חיפוש, להיכנס ולחפש בכל בית או מקום אם -

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

(2) תופס הבית או המקום פונה לעזרת המשטרה;

(3) אדם המצוי שם פונה לעזרת המשטרה ויש יסוד להניח שמבוצעת שם עבירה;

(4) השוטר רודף אחרי אדם המתחמק ממעצר או נמלט ממשמורת חוקית".

הבסיס השני לביצוע חיפוש ללא צו, יכול להיות שעה שמתקבלת הסכמה מדעת וזאת בהתאם להלכת בן חיים, בפסקה 31:

"סיכומו של דבר, בהעדר מקור סמכות אחר ובנסיבות המצדיקות זאת, הסכמתו של אדם לעריכת חיפוש על גופו, בכליו או בביתו, עשויה להוות מקור סמכות עצמאית לביצוע החיפוש. באותן נסיבות תוכל ההסכמה לשמש תחליף לדרישת החשד הסביר... או לדרישת היסוד להניח' כי

בוצעה עבירה, הקבועה בסעיף 25 לפקודת סדר הדין הפלילי. אין חולק כי תנאי לכך הוא שאותה הסכמה תהיה הסכמת אמת מודעת ורצונית. כדי להבטיח זאת אין די בבקשת הסכמתו של אדם מושא החיפוש לעריכת החיפוש אלא יש להבהיר לו במפורש כי נתונה לו הזכות לסרב לביצוע החיפוש וכי הסירוב לא ייזקף לחובתו".

יודגש כי בהמשכה של פסקה 31 הנ"ל, בית המשפט העליון קובע כי ראוי שלאחר החיפוש ירשם דוח על ידי השוטר שערך את החיפוש ובו תהיה תרשומת אודות נסיבות החיפוש שנערך.

12. סבור אני כי אף לא אחד משני הבסיסים הנ"ל, לחיפוש ללא צו בית משפט, מתקיים בענייננו.

לא נטען על ידי המשטרה ואף לא על ידי המאשימה, כי לשוטרים שערכו את החיפוש בביתו של הנאשם, בעניין בנו, היה יסוד, באותה העת, להניח שמבוצע ברכבו של הנאשם פשע, או שפשע בוצע שם זה מקרוב. עובר לחיפוש ברכבו של הנאשם, הנאשם, להבדיל מבנו, לא נחשד במאומה. לחשד שכזה אין כל תימוכין בראיות שבפני.

13. לא זו אף זו. מהראיות שבפני עולה כי ההסכמה שניתנה על ידי הנאשם לביצוע החיפוש, לא הייתה הסכמה מדעת כפי שזו הוגדרה בהלכת "בן חיים" הנ"ל. אין בכל החומר שבפני ובמיוחד בת/5, דוח הפעולה של השוטר סרילביץ', אשר הוא זה שפנה וביקש את ההסכמה מהנאשם לחיפוש, כל תימוכין לכך שנאמר לנאשם שיש לו זכות לסרב לחיפוש וכי היה ויעמוד על זכות זו הדבר לא יהיה לו לרועץ. מן האמור עולה כי החיפוש היה בהסכמה של הנאשם, אך לא בהסכמה מדעת. כאמור לעיל, לא די שהחיפוש יעשה בהסכמת מי שמחפשים אצלו, שכן על החיפוש להיות בהסכמה מדעת, כתנאי להכשרת החיפוש.

14. מעבר לכל האמור, סבור אני כי גם החיפוש ברכב צריך לעמוד בכללי החיפוש ובראש ובראשונה עליו להיות תחת פיקוח ובקרה, דהיינו בליווי של שני עדים, דבר שלא נעשה. ראו בעניין זה ע"פ (מחוזי נצרת) 38/83 **בן קיקי נ' מדינת ישראל**.

(ב) האם החיפוש הלא חוקי פוסל את הראיות.

הראיות הישירות - החולצות

עמוד 6

15. לאחר שקבעתי כי החיפוש ברכבו של הנאשם היה שלא כדין, יש לבחון עתה את תוצאות החיפוש, דהיינו האם העובדה שהחיפוש היה לא חוקי פוסל את הראיות שנתפסו אגב חיפוש זה, דהיינו פוסל את החולצות מלשמש כראיה קבילה.

16. סבור אני כי בנסיבות העניין, יש להורות על פסילת הראיות שנתפסו בחיפוש, דהיינו להורות על פסילת החולצות מלשמש כראיה קבילה.

17. ניתן להורות על פסילת הראיות הן מכוח עילת פסילה חוקית והן מכוח עילת פסילת פסיקתית, אולם בראש ובראשונה יש לחזור ולהזכיר את הפגיעה בזכויות האדם הכרוכה מחיפוש לא חוקי בכליו של אדם. סעיף 7 (ג) לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו קבוע כי: "אין עורכים חיפוש ברשות היחיד של אדם, על גופו, בגופו או בכליו". הזכות לפרטיות עוגנה בחוק היסוד כזכות חוקתית, אשר ניתן לפגוע בה רק בהתאם לפסקת ההגבלה, דהיינו בהתאם לחוק ומכוח הסמכה מפורשת בחוק. כאמור לעיל, החיפוש שנעשה בכליו של הנאשם, ברכבו של הנאשם, נעשה שלא בהתאם לחוק או מכח הסמכה מפורשת ואף לא בהתאם להלכה הפסוקה ומכאן שהפגיעה בזכותו החוקתית של הנאשם לפרטיות נעשתה שלא כדין.

18. לא זו אף זו. סעיף 32 לחוק הגנת הפרטיות, התשמ"א - 1981 קובע כי: "חומר שהושג תוך פגיעה בפרטיות יהיה אסור לשמש ראיה בבית משפט, ללא הסכמת הנפגע, זולת אם בית המשפט התיר מטעמים שירשמו להשתמש בחומר, או אם היו לפוגע, שהיה צד להליך, הגנה או פטור לפי חוק זה".

19. נדמה כי מעבר לעילת הפסילה של חוק הגנת הפרטיות הנ"ל, עילת הפסילה הטבעית יותר, והמתבקשת בענייננו, היא עילת הפסילה הפסיקתית שהוכרה בהלכת יששכרוב.

20. בהתאם לדוקטרינת הפסילה הפסיקתית, מוקנה לבית המשפט שיקול דעת לפסול ראיות שהושגו שלא כדין. במסגרת זו בית המשפט בוחן את הנסיבות הספציפיות של המקרה שלפניו כשמצד אחד עליו לשקול את הפגיעה בזכויות הנאשם והצורך לשמור על הזכות להליך הוגן, ומן הצד השני, עליו לשקול את האינטרסים הציבוריים השונים, לרבות הגנה על שלום הציבור ומיצוי הדין עם פורעי חוק.

21. במסגרת האיזון שבין השיקולים על בית המשפט לתת דעתו לשלוש קבוצות שיקולים.

הקבוצה הראשונה נוגעת לאופי וחומרת אי החוקיות שהייתה כרוכה בהשגת הראיה.

בקבוצת השיקולים השנייה, בית המשפט בוחן את מידת ההשפעה של אמצעי החקירה הפסול

על הראיה שהושגה.

במסגרת קבוצת השיקולים השלישית, בית המשפט בוחן את השפעת פסילת הראיה על מלאכת עשיית הצדק במובנה הרחב, דהיינו, בחינת השוואת המחיר החברתי הכרוך בפסילת הראיה לתועלת החברתית שבפסילתה.

22. יישום השיקולים המנחים שנקבעו בהלכת יששכרוב, מוביל למסקנה כי יש להורות על פסילת הראיות שהושגו בחיפוש בענייננו.

החיפוש בענייננו נערך כאמור, ללא הסמכה בחוק ואף ללא הסכמה מדעת של הנאשם. החיפוש נעשה אגב פגיעה לא קלה בזכות המהותית והחוקתית של הנאשם, הזכות לפרטיות. חרף חלוף השנים מאז שהלכת יששכרוב ואף מאז שהלכת בן חיים באו לעולם, ההסכמה שנתבקשה הייתה הסכמה שלא מדעת והראיות הושגו שלא כדין.

אכן, הואיל ומדובר בראיות חפציות (החולצות) לא קיים חשש למהימנות הראיות כשלעצמן. יחד עם זאת, בנסיבות העניין אני סבור כי המחיר החברתי שיהיה כרוך בפסילת הראיות הוא מחיר לא גבוה ושיש מקום לשאת בו וזאת נוכח חומרת הפגיעה בזכות להליך הוגן של הנאשם מחד גיסא ונוכח העובדה שמדובר בעבירה שאינה מן החמורות שבספר החוקים מאידך גיסא. כאמור, הנאשם הואשם בעבירה שהיא בגדר עוון.

23. יואר כי גם בהלכת בן חיים הנ"ל, החליט בסופו של יום בית המשפט העליון לזכות שניים מתוך שלושת המערערים בהתבסס על פסילת ראיות שהושגו בחיפוש לא חוקיים, תוך שימוש בדוקטרינת הפסילה הפסיקתית שהותוותה בהלכת יששכרוב. (פסקאות 34 ו- 35 להלכת בן חיים). במקרה השלישי בו הוחלט שלא לפסול את הראיות שהושגו בחיפוש, נקבע כי החיפוש היה כדין.

24. לסיכום, אני סבור שיש מקום להורות על פסילת החולצות שנתפסו בחיפוש לשמש כראיה קבילה במשפט.

הראיות הנגזרות

25. שאלה נפרדת שיש לשאול היא האם יש לפסול גם את הראיות שנגזרו מהראיות שהושגו, הראיות הישירות שנפסלו בשל החיפוש הלא חוקי. בענייננו, ישנן שתי קבוצות של ראיות שיש לבחון את קבילותן.

הראשונה, היא קבוצת הראיות הקשורה בחוות הדעת שהוגשו בתיק ואשר קובעות כי למעשה החולצות של החברות השונות הן מזויפות. הקבוצה השנייה, קשורה באמרותיו של הנאשם מהן

עולה, לכל הפחות, ראשית הודאה של הנאשם.

26. אף כאן אקדים ואומר כי סבור אני שיש להורות על פסילת הראיות הנגזרות.

אכן, בהלכת יששכרוב הבהיר בית המשפט העליון כי "תורת פרי הערץ המורעל" לא נתקבלה בישראל ואולם, שאלת פסילתן של ראיות נגזרות לא נשללה מכל וכל אלא הושארה היא לבחינה בכל תיק ותיק (פסקה 71).

27. סבור אני כי המבחן המרכזי לפסילתן של ראיות נגזרות הוא מבחן זיקת הגומלין שבין הראיה הישירה, שנפסלה, לבין הראיה הנגזרת. ככל שקיים קשר תוכני ומהותי בין הראיה הישירה שנפסלה לבין ראיה נגזרת שהושגה באמצעות אותה ראיה ישירה, הרי שיש להורות על פסילתה של הראיה הנגזרת.

יש לבחון בין היתר את השאלה האם קבלתה של ראיה הנגזרת, להבדיל מהראיה הישירה אשר כבר נפסלה, תוביל לפגיעה מהותית בזכות הנאשם להליך הוגן.

28. בערעור פלילי 4988/08 פרחי נ' מדינת ישראל, פורסם בנבו, קבע כבוד השופט לוי בפסקה 20 כי:

" ... ככל שהזיקה בין הראיות חזקה יותר, עשויה אי החוקיות שדבקה בראיה הראשית להכתיים גם את הראיה הנגזרת, וכך תגבר הנטייה לפוסלה. התכלית של מבחן הזיקה נוגעת בעיקרה להוגנות ההליך. קבלה של ראיה נגזרת בעקבות הבחנה טכנית בינה לבין זו הראשית, עשויה לחטוא למטרה זו כאשר הראיות קשורות זו לזו באופן הדוק ... מבחינה עובדתית נדרש קשר של סיבתיות בין קיומה של הראיה הראשית, לאפשרות השגתה של הראיה הנגזרת ממנה ... לכך יש להוסיף דרישה של סיבתיות משפטית הטומנת בחובה שיקול דעת שיפוטי כאשר לנסיבות התומכות בפסילת הראיה הנגזרת".

29. יישום מבחן הזיקה על קבוצת הראיות הראשונה שבפניי, זו הקשורה בחוות הדעת מוביל למסקנה כי יש לפסול גם את חוות הדעת דהיינו, את ת/13- ת/15. סבור אני כי קיים קשר הדוק וזיקה מוחלטת ומהותית בין החולצות שנתפסו לחוות הדעת, שכן חוות הדעת התבססו על השוואת החולצות עצמן, שנפסלו, לנתונים שאמורים להיות במוצרי לבוש מקוריים של אותן חברות.

ברי, כי לא ניתן מחד גיסא לפסול את החולצות עצמן ומאידך גיסא, להכשיר חוות דעת

המתבססת על אותן חולצות.

קבלת חוות הדעת כראיות קבילות תפגע פגיעה מהותית בזכותו של הנאשם הליך הוגן ומכאן שיש להורות על פסילתן.

30. בכל הקשור לקבוצת הראיות הנגזרות השנייה, זו הקשורה לאמרותיו של הנאשם, הזיקה היא פחות הדוקה ויש לבחון היטב את שאלת פסילת ראיות אלו.

יחד עם זאת, כבר עתה אציין כי גם בהלכת בן חיים, זיכוי אחד הנאשמים נעשה חרף קיומה של הודאה (פסקה 4 לפסק הדין) תוך שבית המשפט העליון מציין בתחילת פסקה 34 הדברים הבאים:

"בהקשר זה יש להבהיר כי נוכח מהות העבירות בהן מואשמים המבקשים...ברי כי פסילת הראיות שנתפסו בשני החיפושים (הסכין בעניין בן חיים והסם בעניין ג'יבלי) 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".

סבור אני כי אף בענייננו, נוכח פסילת הראיה החפצית אין מנוס מזיכוי הנאשם, חרף אמרתו של הנאשם.

31. יחד עם האמור לעיל, יש לתת הדעת לכך שכבוד השופט א' לוי מצא להביא כדוגמא בפסק הדין פרחי הנ"ל את ההודאה כדוגמא לראיה נגזרת שניתן להכשירה אם זו נתנה לאחר חיפוש לא חוקי, ואולם, מדגיש כבוד השופט א' לוי כי גם על ראית ההודאה עצמה להיות כשרה וקבילה כדין, ובלשונו: **"אי - החוקיות שדבקה בכלי הנשק אינה פוגמת בהודאה, שכן מדובר בראיה בעלת אופי שונה, שתוכנה לא ניתן להסקה מקיומו של כלי הנשק, ושנמסרה באופן חופשי ומרצון כאשר באותה עת עמדו לחשוד כל זכויותיו והגנותיו. באלה יש לנתק את הקשר הסיבתי בין אי - החוקיות שבהשגת הנשק להודאה".** (פסקה 20 לפסק דין פרחי הנ"ל).

32. בענייננו, סבור אני כי נפלו פגמים שונים בשמירה על זכויותיו והגנותיו של הנאשם, עת נגבו אמרותיו (אמרה ותשאול), ומכאן שלא נותק הקשר הסיבתי המשפטי שבין הראיה הראשית - החיפוש ותוצריו לראיה הנגזרת - האמרות.

33. הפגם הראשון שנפל ארע עוד בסמוך לאחר החיפוש, עת השוטר סריליביץ' תשאל את הנאשם, שנחשד בפניו מרגע שראה החולצות ברכבו, וזאת מבלי להזהירו כדין ולהודיע לו שיש לו זכות לשתוק ולהיוועץ בעורך דין. (ת/5 ש' שורה שביעית מהסוף). לעניין זהות התשאול לחקירה ראו סעיף 1 לחוק סדר הדין הפלילי (חקירת חשודים), התשס"ב-2002.

34. סבור אני כי התשאול שנעשה לנאשם בשטח, מבלי שנשמרו זכויות החקירה שלו, יוצר קשר סיבתי משפטי בין החיפוש הלא חוקי לבין אמרתו המאוחרת במשטרה. למעשה הנאשם כבר היה מוגבל עד מאוד לגרסתו שניתנה בתשאול וספק אם נשארה לו בחירה חופשית בחקירתו נוכח גרסה המוקדמת שניתנה בשטח והראיות שנתפסו בצורה לא חוקית והוצגו בפניו.

35. אם לא די בכל האמור, עיון מדוקדק בחקירתו של הנאשם מלמד כי גם שם פגעו החוקרים בזכויותיו הדיוניות של הנאשם. ראשית, הנאשם לא הודע אודות זכותו להיוועץ בעורך דין. בת/1 - חקירת הנאשם - עולה כי הנאשם נשאל אם הוא רוצה להוועץ בעו"ד והנאשם השיב שהוא לא צריך.

הדרישה מהיחידה החוקרת בשלב זה היא לא לשאול את החשוד אם הוא רוצה להיוועץ בעורך דין אלא להודיע לו כי יש לו זכות להיוועץ בעורך דין. בעניין זה ראו פסקה 16 להלכת יששכרוב שכותרתה: "חובת היידוע לגבי זכות ההיוועצות":

"מזכותו של העצור להיות מיוצג על-ידי עורך-דין ולהיוועץ בו, נגזרת זכותו לקבל הודעה על הזכות האמורה מצד גורמי החקירה. הטעם לכך הוא כי ללא ידיעה על הזכות הנדונה, לא יהיה העצור מודע לזכותו לבקש להיוועץ בעורך-דינו, והדבר עלול לפגוע בזכות ההיוועצות גופה ואף להוביל בנסיבות מסוימות לפגיעה בהגינות החקירה".

כן ראו בג"צ 3412/91 סופיאן נ' מפקד כוחות צה"ל, פד"י מז (2), 843 בעמ' 850.

36. שנית, הדרישה המלאה מבחינת יידוע החשוד על-ידי גורמי החקירה אודות זכות ההיוועצות כוללת גם את החובה להודיע לחשוד שיש לו גם את הזכות להיוועץ בעורך דין מטעם הסנגוריה הציבורית.

בעניין זה ראו סעיף 19 לחוק הסניגוריה הציבורית, התשנ"ו-1995 וסעיף 32 לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה-מעצרים), התשנ"ו-1996.

כן ראו בעניין זה דברי בית המשפט העליון בע"פ 8974/07, הונציאן לין נגד מדינת ישראל, פורסם בנבו בפסקאות כ'- כו' לחוות דעתו של השופט א' רובינשטיין.

לסיכום, סבור אני כי עת שאלה היחידה החוקרת את הנאשם אם הוא רוצה להיוועץ בעורך דין לא מילאה היחידה החוקרת אחר חובת היידוע שלה אודות זכות ההיוועצות.

37. הנה כי כן, בנפול אותן הגנות על תקינות וכשרות אמרתו של הנאשם, ולמצער

בקיומן של פגיעות בזכויות הנאשם בכל הקשור לאמרותיו, נשמר הקשר הסיבתי המשפטי בין הראיה הלא חוקית תוצר החיפוש- החולצות- לאמרותיו.

סבור אני כי הכשרת אמרותיו של הנאשם (האמרה והתשאול), חרף הקשר המהותי בין לבין הראיה הלא קבילה וחרף הפגיעה בזכויות הנאשם שנלוותה אליהן, תוביל לפגיעה מהותית בזכות להליך הוגן.

(ג) האם על הנאשם להשיב לאשמה.

38. לאחר שבחנו את שאלת חוקיות החיפוש (על-פי צו בית משפט ושלא על-פי צו), ולאחר שבחנו את נפקות אי חוקיות החיפוש (פסילת הראיות הישירות והנגזרות) יש לבחון עתה האם על הנאשם להשיב לאשמה.

39. סעיף 158 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982 קובע כי:

"נסתיימה פרשת התביעה ולא הוכחה האשמה אף לכאורה, יזכה בית המשפט את הנאשם...".

ההלכה הפסוקה מלמדת כי יש להציג בשלב זה :

"ראיות במידה היוצרת אותה מערכת הוכחות ראשונית, המעבירה את הנטל של הבאת ראיות... מן התביעה לנאשם". (ע"פ 732/76 מדינת ישראל נ' כחלון, פד"י לב(1) 170, 180-179).

40. לאחר שהוריתי על פסילת החולצות מלשמש כראיה קבילה ועל פסילת הראיות הנגזרות - חוות הדעת השונות ואמרות הנאשם, סבור אני כי לא מתגבשת אותה מערכת ראיות ראשונית המצדיקה להעביר את נטל הבאת הראיות מהמאשימה אל הנאשם, ואשמתו לא הוכחה אף לכאורה ומכאן שאין על הנאשם להשיב לאשמה.

41. בטרם חתימה אציין כי בעת האחרונה הערכאות הדיוניות מיישמות יותר ויותר את הלכות בית המשפט העליון ולא פעם מוצאות לזכות נאשמים מטעמים של פסילת ראיות על בסיס חיפוש לא חוקי. בעניין זה ראו, בין היתר, ת.פ. 25097-01-12 מדינת ישראל נ' אלאשוילי, (עבירה של החזקת סם שלא לצריכה עצמית, 29 גרם קוקאין); ת.פ. 52892-05-10

מדינת ישראל נ' שמואל אלבו (החזקת סם לצריכה עצמית); ת.פ. 18129-03-11 **מדינת ישראל נ' כחלון** (החזקת סכין). בכל המקרים האלו זוכו נאשמים כבר בשלב סיום פרשת התביעה. לא למותר לציין כי ישנה פסיקה ענפה של הערכאות הדיוניות בהן זוכו נאשמים על בסיס הלכת בן חיים עם תום המשפט. נדמה כי בחינה זו של חוקיות החיפוש לא פסחה על מערך התביעה. בעניין זה ראו סיכום מאמרו של הסנגור הציבורי הארצי, ד"ר יואב ספיר: "**פעולה קולקטיבית: הסניגוריה הציבורית כקהילה של סניגורים**", הסניגור 200, ממנו עולה כי בעקבות פניה מרוכזת של הסניגוריה הציבורית החליטה התביעה לחזור בה מ-73 כתבי אישום על בסיס טענות של חיפוש לא חוקי בהתאם להלכת בן חיים.

ג. סיכום:

42. לאור כל האמור לעיל, אני מורה על זיכוי של הנאשם מן המיוחס לו בכתב האישום.

זכות ערעור לבית המשפט המחוזי תוך 45 ימים מהיום.

ניתנה והודעה היום י"א אדר תשע"ד, 11/02/2014 במעמד הנוכחים.

ד"ר יובל ליבדרו, שופט