

המערער:

א. [REDACTED]
 ע"י ב"כ עו"ד אבי כהן (17943)
 בית הדר דפנה, רחוב שאול המלך 39 ת"א מיקוד: 64928
 טל': 03-6296542, נייד: 052-4333325 פקס: 03-6093929

- נ ג ד -

המשיבה:

מדינת ישראל (באמצעות פמ"מ)

הודעת ערעור

מוגשת בזאת הודעת ערעור לבית משפט נכבד זה על פסק דינו של בית משפט השלום לנוער בפתח-תקווה (כב' השופטת ש. עצמון הלוי) בת"פ 19-01-43000 מיום 19.7.2021.

המערער הורשע בביצוע עבירות של קשירת קשר לביצוע פשע (עבירה לפי סעיף 499(א)(1) לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: "החוק"), הצתה (עבירה לפי סעיף 448 רישא לחוק, נשיאת נשק שלא כדין (עבירה לפי סעיף 144(ב) לחוק, נשוא האישום הראשון בהן כפר; וכן בעבירות נהיגה ללא רישיון (עבירה לפי סעיף 10(א)+62(1)+38(1) לפקודת התעבורה [נוסח חדש] התשכ"א-1961) והפרעה לשוטר במילוי תפקידו (עבירה לפי סעיף 275 לחוק), נשוא האישום השני, בהן הודה.

על המערער הושתו עונשים כדלקמן:

- 9 חודשי מאסר לריצוי בעבודות שרות, בקיזוז ימי מעצרו.
- 6 חודשי מאסר על תנאי לתקופה של 3 שנים בגין עבירות נשק, או עבירת הצתה לרבות סיוע או ניסיון לעוברן.
- 3 חודשי מאסר לתקופה של 3 שנים בגין עבירה כלפי שוטרים, לרבות סיוע או ניסיון לעוברן.
- פיצוי למתלונן בסך 3,000 ₪
- פסילת נהיגה לתקופה של 6 חודשים.

הערעור מופנה כלפי הברעת הדין ולחלופין, כלפי חומרת העונש.

ואלה נימוקי הערעור:

1. רקע

1. ביום 9.1.2019 בשעה 04:31 לפנות בוקר, נעצר המערער (להלן – "אמיתי"), קטין שגילו צעיר מ-16 שנים, ללא כל רישום פלילי באותה עת, לראשונה בחייו, בחשד להשלכת בקבוקי תבערה לעבר בית מגורים בראש העין ארבעה ימים קודם לכן, ובחשד לנהיגה ללא רישיון ולהפרעה לשוטר בעת מילוי תפקידו, עובר למעצרו (לימים, האישום הראשון והאישום השני, בהתאמה).
2. סמוך לאחר מעצרו, לפנות בוקר, נלקח אמיתי לחקירה, בה שיתף פעולה באופן מלא עם חוקריו. בהודעתו ראשונה זו, כפר אמיתי בחשד הראשון (עבירות של קשירת קשר לביצוע פשע, הוצתה ונשיאת נשק שלא כדין), והודה בחשדות השניים (עבירות של נהיגה ללא רישיון ונהיגה והפרעה לשוטר במילוי תפקידו). מספר שעות מאוחר יותר, בצהרי אותו היום, ובטרם ננקטו פעולות חקירה נוספות, הוכנס לתא המעצר בו שהה אמיתי מדובב משטרתי.
3. במהלך הדיבוב, התחזה המדובב לצעיר בעל ניסיון בעולם הפלילי, שמתוכו יכול ליעץ לאמיתי כיצד לכלכל את צעדיו בחוויה המאיימת של מעצרו הראשון. המדובב זיהה, לדבריו שלו (כפי שיובא להלן), את נקודת התורפה של אמיתי – געגועיו הקשים לאמו – לחץ עליה וניצלה לצורך הכוונתו ודרבנו להודות בעבירות ו"לסיים עם זה", כדי שיוכל לשוב ולראותה.
4. בראשית הדיבוב הכחיש אמיתי שוב ושוב את מעורבותו בעבירות המיוחסות, אך בתום שעות דיבוב, ללא שינה מספקת, מבלי שהצליח להכניס דבר מאכל לפיו, ובהיותו שרוי במצוקה עמוקה, נשבר הקטין ומסר התוודות בפני המדובב. בחקירתו הגלויה כפר בהתוודות זו.
5. כאמור, ביום 19.7.2021 הורשע אמיתי במכלול האישומים בבית המשפט לנוער, שבבית משפט השלום בפתח תקווה. כפי שציננה השופטת קמא בפסקה הראשונה להכרעת הדין, "הראייה עליה מבוססת הרשעתו של אמיתי היא הודאתו בפני המדובב (ת/1 ו ת/2)".
6. הסניגוריה סבורה, בכל הכבוד, כי שגתה כב' השופטת קמא בדחותה את עתירתה לפסילת הודאתו זו של אמיתי, הן לפי סעיף 12 לפקודת הראיות [נוסח חדש], תשל"א-1971 (להלן: פקודת הראיות"), והן לפי כלל הפסילה הפסיקתית שעוגן בע"פ 5121/98 רפאל יששכרוב נגד התובע הצבאי, פ"ד סא(1) 461 (להלן: "הלכת יששכרוב").

2. עיקרי טיעון

7. שגה בית המשפט קמא עת דן את המערער כבגיר, בכך שלא ייחס משקל מספק למשמעותם המלאה של מאפייני קטינותו בבחינת השפעת תחבולת הדיבוב עליו ועל כשרות הודאתו.
8. הערעור מושתת על שתי טענות מרכזיות, אשר כל אחת מהן עומדת בפני עצמה והצטברותן יחד צריכה להוביל לזיכויו של המערער.
9. ראשית, שגה בית המשפט קמא, שעה שלא פסל את התוודותו של המערער בפני המדובב, הן מכח סעיף 12 לפקודת הראיות והן מכח דוקטרינת הפסילה הפסיקתית (הלכת יששכרוב). זאת, לאור הנסיבות בהן ניתנה התוודותו, ובכללן: גילו הצעיר מ-16 שנים בעת החקירה, העובדה שהוא נעדר עבר פלילי וזה היה לו מעצרו הראשון, העובדה שיוחסה לו עבירת הצתה שלא גרמה כל נזק, מחסורו בשינה ובמזון, מצוקתו הרגשית העמוקה בתא המעצר והעובדה שהיה נתון לפעולת דיבוב אקטיבי על ידי מדובב בגיר, שניצל במכוון את חולשתו והבטיח לו שאם יודה, יזכה לראות את הוריו.

10. שנית, שגה בית המשפט קמא, שעה שלא ביטל את האישום הראשון כנגד המערער ולא זיכה אותו בדין, מחמת הגנה מן הצדק. לא יעלה על הדעת שדווקא בסוגיה הרגישה והמורכבת של הפעלת תחבולת הדיבוב הקיצונית כלפי קטינים, שהם מהפגיעים שבנחקרים, אין בנמצא כל הנחיית פרקליט מדינה, ואין כל אפשרות לנהל פיקוח או ביקורת חוקתית על התנהלות המשטרה בעניין זה. בעניינו של המערער התקיימו הפרות וליקויים רבים מנשוא: הפרות חוק הנוער וזכויותיו כנחקר קטין, הפרת חוק חקירת חשודים, הפרות נוהלי הדיבוב, הפרת חובות תיעוד, הפרות זכויות דיוניות ועוד. כל אלה מצטברים לכדי פגיעה אנושה בזכותו של המערער להליך הוגן ולכבוד, וזועקים לזיכוי מחמת הגנה מן הצדק.
11. לאור שורת ההפרות החמורות בתיק, בשלה העת שבית המשפט המחוזי, בשבתו כערכאת הערעור לנוער, יתקן את המעוות ויגלה דעתו באשר לגבולות ולבלמים הראויים בהפעלת תחבולת הדיבוב מרחיקת הלכת כלפי קטינים.

3. נימוקי הערעור

- א. **"דרכי חקירה המותרות כלפי בוגר אפשר שייאסרו לגבי קטינים"** (כב' הרכב השופט פינקלשטיין, תפ"ח (מחוזי מרכז) 10101-11-09 מדינת ישראל נ' ע' ש' (פורסם ביום 29.11.2015) (להלן: "עניין ע' ש'").

על תחבולת הדיבוב

12. הפעלת מדובבים הוכרה בהלכה הפסוקה כתרגיל חקירה לגיטימי. עם זאת, מדובר באחת מתחבולות החקירה הממוקמת ברף העליון של מדרג הפעלת הכח מצד רשויות האכיפה על הפרט (ר' ד"ר חגית לרנאו וציפי גיטר-גדרון, "חקירה בשטח אפור – שימוש במדובבים", **הסניגור** 277, 4, (2020) (להלן: "לרנאו וגיטר-גדרון"). בשורה של פסקי דין מהשנים האחרונות, פסל בית המשפט העליון הודאות שמסרו נאשמים באישומים פליליים חמורים ביותר בפני מדובבים שונים, לאחר שנעשה בתחבולה שימוש חורג (ר' ע"פ 6652/97 ולדימיר שמידט נ' מדינת ישראל (נבו) 31.10.2000); ת"פ (מחוזי ירושלים) 453/97 מדינת ישראל נ' יוסף שך (נבו) 24.09.2003); ע"פ 1301/06 עזבון המנוח יוני אלזם ז"ל נ' מדינת ישראל, סג(2) 177 (2009) (להלן: "עניין אלזם"); ע"פ 2868/13 אלישע חייבטוב נ' מדינת ישראל (פורסם ביום 02.08.2018) (להלן: "עניין חייבטוב"), ובכלל זה, נפסלו גם הודאותיהם של קטינים שנמסרו למדובבים משורות כוחות הביטחון (ר' ת"פ (מרכז) 893-01-16 מדינת ישראל נ' פלוני (מיום 1.1.2019) (להלן: "ת"פ 893-01-16"); תפ"ח (מחוזי נצרת) 44182-03-16 מדינת ישראל נ' פלוני (פורסם ביום 11.02.2019) (להלן: "תפ"ח 44182-03-16").

13. לאור זאת, חזר בית המשפט העליון והדגיש כי יש לקבוע כללים ונהלים, עליהם יורחב להלן, בנוגע למותר ולאסור בדיבוב, על מנת למנוע קלקולים, פגמים אסורים וחציית "קווים אדומים", הפוגעים בעת ובעונה אחת בזכויות החשודים ובחקר האמת. במקביל, נמתחה ביקורת חריפה בקרב מלומדים וחוקרים על השימוש במדובבים בחקירות, תוך אזכור מחקרים מקיפים שנערכו בעולם, לפיהם שימוש במדובבים מהווה את אחד מגורמי הסיכון החזקים ביותר למתן הודאת שווא, ובעקבותיה, להרשעת שווא. (ר' ניר פלסר "תיחום גבולות השימוש במדובבים משטרתיים סמויים לאור חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו", **מאזני משפט** ג (תשס"ה); **לרנאו וגיטר-גדרון** לעיל; בועז סנג'ור, "השימוש בתחבולות ובמדובבים לשם גביית הודאות", **עלי משפט** ט (תשע"א)).

דיבוב קטינים

14. ההגנה תטען, כי הפעלת מדובבים – תחבולה המושתתת על מצג כוזב המעלים מעיני החשוד את היותו נתון למעקב וחקירה – כלפי קטינים – הסובלים לכתחילה מפגיעות יתרה בהליכי מעצר וחקירה וממועדות מוגברת לקרוס בפני מניפולציות חקירתיות ותעתועי תפישה, בעבירה קלה כבחמורה, חוצה קו אדום בהפעלת כוחן הכופה של רשויות האכיפה כלפי קטינים.

15. לאורך השנים הכירו בתי המשפט בהבדלים העמוקים בין קטינים ובגירים בהליכי חקירה, ובצורך לתת להבנה זו ביטוי של ממש בדין. יפים ונכוחים לעניין זה דברי כב' אב"ד פינקלשטיין בעניין ע' ש', שם נפסק מפיו, כי לא כל אמצעי שנמצא כשר בשימוש כלפי בגירים, יוכשר כלפי קטינים. כך בלשונו (פסקה 334):

"שונה הוא הנחקר הקטין מן הנחקר הבגיר – במבנה אישיותו, בסף רגישותו, בבשלותו ובתלותו במבוגרים. הספרות והפסיקה הכירו בכך שתגובתו של קטין לשלילת חירותו וללחצי החקירה מעמידה אותו בסיכון מוגבר להודאת שווא, ועל כן דרכי חקירה המותרות כלפי בוגר אפשר שייאסרו לגבי קטינים."

16. ילדים ובני נוער נבדלים ממבוגרים מבחינה התפתחותית, התנהגותית וקוגניטיבית. בני נוער מתאפיינים ביכולת פחותה לעמוד בתנאי לחץ ובידוד חברתי, ולהתנגד למי שנראים בעיניהם כמבוגרים בעלי סמכות. בהמשך לכך, סובלים הם מיכולת עמידה פחותה במניפולציות רגשיות ותחושתיות, המקובלות בחקירות פליליות ומכושר שיפוט לקוי בקבלת החלטות, הנובע מיכולת פחותה להעריך את ההשלכות והסיכונים העתידיים של בחירותיהם, ומנטייה ביולוגית לבכר סיפוקים מידיים. בעשורים האחרונים, הצטבר ידע מחקרי רב מתחום הנוירו-פסיכולוגיה שביסס ונימק את נטייתם של בני נוער לאימפולסיביות בממצאים אמפיריים. מתקרים אלה הוכיחו כי האונה הקדמית במח, האחראית על שליטה עצמית, תכנון אסטרטגי ויכולת קבלת החלטות סבוכות אינה מפותח אצל בני נוער ומבשילה רק בשנות העשרים המוקדמות לחיים. הבדלים אלה הופכים בני נוער פגיעים במיוחד בהליכי חקירה. **כיום שוררת הסכמה רחבה בקרב חוקרים על כך שקטינים נמנים על קבוצות האוכלוסייה המועדות ביותר למסירת הודאות שווא בחקירות משטרתיות** (ר' נטע פת, "'אם לא תאכל, יבוא שוטר'" או – על פגיעותם הרבה של קטינים בחקירה משטרתית והצורך בהסדרת כללים ייחודיים" **הסיניגור** 231, 4, (2016); דו"ח ועדת גודלברג, לעניין הרשעה על סמך הודאה בלבד והעילות למשפט חוזר (1994), עמ' 9, 41-45).

17. חשיפתם לתחבולת הדיבוב הנושאת עצמה סיכון מוגבר לכך, יוצרת "מכפיל סיכון" המגדיש את הסאה, פוגע בזכויות היסוד שלהם לכבוד ולהליך הוגן, ומחבל באינטרס הציבורי לחקר האמת. ההגנה תטען, כי שגה בית משפט קמא בדונו את המערער כבגיר. נראה כי דרושה בעניין זה קביעתו של בית המשפט הנכבד, שתבהיר את האבחנה החשובה בין קטינים לבגירים בהליכי חקירה, ואת השלכותיה לעניין הפעלת מדובבים: איסור על הפעלת דיבוב סמוי כלפי קטינים, או למצער, קביעת דיבוב סמוי כאמצעי אחרון בחקירות קטינים, בעבירות חמורות שבחמורות בלבד ולאחר מיצוי מכלול פעולות החקירה האפשריות. זאת, לצד קביעת נהלים ייחודיים ושקופים לדיבובים אלה, שיתנו ביטוי ראוי לפגיעות ולמאפיינים הייחודיים של קטינים בהליכי חקירה ויעניקו להם את ההגנות הראויות להם, כחשודים, כנחקרים וכאנשים.

ב. התוודות של אמיתי בפני המדובב

18. הסניגוריה תטען, כי שגה בית משפט קמא בקבלו את התוודות של המערער בפני המדובב כראיה כשרה בעלת משקל מלא. וכי ראוי היה לפוסלה לפי סעיף 12 לפקודת הראיות או מכח דוקטרינת הפסילה הפסיקתית (הלכת יששכרוב). לחלופין, ייטען כי ראוי היה לייחס להתוודות משקל אפסי בהכרעת הדין.

ב.1 פסילת הודאתו של אמיתי לפי ס' 12 לפקודת הראיות

19. לטענת הסניגוריה, שגתה כב' השופטת קמא בקובעה בעמ' 214 סעיף 4 להכרעת הדין, כהאי לישנא: "בנסיבות אלה, איני סבורה כי העובדה שהמדובב אמר לנאשם כי אם יודה, יוכל לפגוש את הוריו היא זו "שפיתתה" אותו להודות במעשה שלא עשה ואין בה כדי לשבש את יכולת הבחירה של הנאשם ואת רצונו הפנימי להכחיש או להודות".

20. סעיף 12 לפקודת הראיות [נוסח חדש], תשל"א-1971 קובע כי: "עדות על הודיית הנאשם כי עבר עבירה, תהא קבילה רק אם הביא התובע עדות בדבר הנסיבות שבהן ניתנה ההודיה ובית המשפט ראה שההודיה היתה חפשית ומרצון."

21. הנסיבות בהן ניתנה ההודאה כוללות את היותו של אמיתי נער צעיר מ-16 שנים באותה העת, שנעצר ונלקח לחקירה לראשונה בחייו, בלא בלוויית מבוגר קרוב, באישון לילה. לא ניתנה לו הזדמנות מספקת להשלים את שעות השינה שהחסיר והוא סבל מעייפות, מקור (עמ' 1 ש' 29, עמ' 2 ש' 29-39 לתמליל הדיבוב שסומן ת/2, להלן: "תמליל הדיבוב"). כל ההפניות בפרק זה מתייחסות לתמליל הדיבוב, ומחוסר וודאות מאיים באשר לבאות, שעורר אצלו תחושת דחק וחרדה אמיתית. הוא התקשה לישון ולאכול (עמ' 11 ש' 37: "באמא שלי לא יכול לאכול"). במצוקתו, שב הנער וסיפר למדובב, כי מאשימים אותו ב"דבר שלא עשה", כי "אינו קשור להצתה", אך "המשטרה אינה מאמינה לוי" (עמ' 3 ש' 20-14, עמ' 6 ש' 16, עמ' 7 ש' 12, עמ' 8 ש' 32, עמ' 12 ש' 10, עמ' 14 ש' 6, 8). הוא חש לכוד ואבוד. וכמו כל ילד השרוי במצוקה, ביקש אמיתי את הוריו. שוב ושוב חזר בפני המדובב על געגועיו העמוקים לאמו ולאביו. שוב ושוב חזר על כך, לבסוף כבר בבכי ממש, ויושם אל לב בעניין זה, כי מדובר בנער מתבגר, שלא בקלות יזיל דמעה בפני גבר זר. ר' עמ' 5 ש' 7: "לא ראיתי את אמא שלי שבועיים"; שם ש' 11: "וגם את אבא שלי חודש"; עמ' 9 ש' 1: "מהר מת לראות את אמא שלי לחבק אותה לנשק אותה"; עמ' 9 ש' 30: "נכון דיברנו כמה אמא חשובה?" ש' 34: "מת לראות את אמא שלי"; ש' 38: "לראות את אבא שלי, את אמא שלי את סבתא שלי"; עמ' 11 ש' 14: "בלי לראות את אמא שלי אחי, אני בחיים ... לא קודם כל אני יודע שאני אלך לאבא שלי קצת אני צריך בית"; עמ' 12 ש' 37-38, בוכה, "מתפרק אחי"; עמ' 17 ש' 31: "רוצה את אמא שלי"; עמ' 19 ש' 7: "אתה יודע מה בא לי, הדבר הכי פשוט, לשבת בספה לראות טלוויזיה בבית על ידי אמא שלי".

22. המדובב זיהה את פגיעותו של אמיתי סביב געגועיו להוריו וניצל אותה לצורך חילוץ הודאה מהנער, כפי שאף אמר מפורשות בעדותו: "הסקתי מסקנה שאני הולך על [צ"ל עד] הסוף, עד שהייתי נחוש להוציא את ההודאה, אני משחק על הנושא של המשפחה גם שלי וגם שלו" (עמ' 33 ש' 8-7 לפרוטוקול הדיון), ובהמשך: "אני הבנתי עוד לפני שסיפר לי שזו נקודת התורפה שלו" (שם, ש' 21). באופן מניפולטיבי, גרס המדובב לנער לחשוב שהוא נתון בסביבה בטוחה, בה, בשונה מחדר החקירות, מותר לו להיחשף בחולשתו (ר', בין היתר, ע' 12, ש' 31: "אני לא יודע למה באמת נכנסת לי ללב, כי יש לנו את המכנה המשותף של אמא"; ובהמשך אותו העמוד, ש' 37: "אתה יכול לבכות זה בסדר").

23. בנסיבות אלה, כשהוא מבודד ומערער, הושיט המדובב לאמיתי קרש הצלה – אפשרות להינצל מקירות תא המעצר הסוגרים עליו ולהגשים את משאלתו העמוקה, בדמות הבטחה שאם יודה, יוכל "לסיים את זה" – ר' עמ' 6 ש' 6: "תמיד תחשוב על אמא"; ובהמשך, בתשובה לגעגועי אמיתי להוריו, עמ' 9 ש' 39: "אז תסיים את זה תסיים"; עמ' 10 ש' 2: "אם עשית משהו תבוא ותהיה גבר תגיד עשית ותסיים עם זה."

ברגע שלא תעשה את זה, זה יחזור על עצמו. לא תבוא ותגיד זה יחזור על עצמו ועוד יותר אתה תגרום לאמא שלך ולאבא שלך צער. תשמע, אתה מסתכל לי בעיניים אבל לא באת ממשפחה הרוסה כמוני"; עמ' 12 ש' 9: "תן למשטרה את מה שהיא רוצה"; עמ' 15 ש' 1-2: "תבוא תגיד להם עשיתי א', ב', ג' תגמור עם זה כמה שיותר מהר, כי בסופו של דבר אם תישאר בשלך, יחזירו אותך לפה ושתגיע תתחרפן"; עמ' 15 שורה 4: "אתה מתחרפן פה תבוא ותגיד להם תשמעו עשיתי א', ב', ג', אני מצטער, אני מודה, פחדתי להודות. לא יודע תמצא, מה שאתה חושב". ובהמשך, עמ' 17 ש' 32: "אתה תראה אותה (את אמך) מחר"; עמ' 18 ש' 27: "תפסיק את זה תפצה אותם אחי. תפוס את עצמך בידיים תראה לאיזה מצב הגעת כאילו אתה מאכזב אותם. תראה מה זה גורם לך. עדיף שתאכזב חבר אחד, שניים עשר, עשרים, מאשר שתאכזב את המשפחה שלך". או במילותיו של המדובר על דוכן העדים: "אני אומר לו שאח"כ הוא יראה אותם, אחרי שיודה" (עמ' 35, ש' 1 לפרוטוקול הדיון).

24. ודוק, על פי הפסיקה צריכה הפגיעה באוטונומית הרצון ובחופש הבחירה של אמיתי להיבחן בהתאם לנסיבותיו האינדיבידואליות של המקרה (ר' י. קדמי על הראיות, 80 (2009), ע"פ 8867/16 גזאל נ' מדינת ישראל, (24.2.2016), פסקה 17), בחינה סובייקטיבית מעיני הנחקר (ר' עוד דברי כב' הנשיאה ביניש בעניין יששכרוב, פסקה 36, ודברי כב' השופט שוהם בע"פ 2868/13 חייבטוב נ' מדינת ישראל פסקה 99 (2.8.2018)).

25. לא יכולה להיות מחלוקת כי הבטחה זו מהווה פיתוי אדיר ופסול, שפגע עמוקות באוטונומית הרצון של אמיתי במצב הפגיע בו היה שרוי, אפילו אם המדובר עצמו לא ראה בכך פיתוי. לא רצון חופשי להודות הביא את אמיתי להתוודות בפני המדובר, כי אם רצון להיחלץ מסיטואציית המעצר הקשה והמאיימת בה היה נתון. בחווייתו שלו, בתוך מעצר שסגר עליו מכל הכיוונים ולדבריו הפחיד אותו "עד מוות" (עמ' 38, ש' 18, 10 לפרוטוקול), היו לאמיתי ידידותו וקרבתו של המדובר, שהציג עצמו כבמקש טובתו וכמי שנהנה מניסיון קודם במעצרים וחקירות, כמים לצמא. בתוך מצוקה עמוקה, האיר לנער אדם מבוגר פנים, והציע לו פתח מילוט בדמות האפשרות לזכות לראות ולחבק את הוריו. והנער, באופן מובן כל כך, עבר בו. על פי הפסיקה, ברי כי די בכך שהמדובר פיתה את אמיתי להודות במעשה באופן שפגע באוטונומית הרצון כדי לפסול את הודאתו.

26. בהלכת יששכרוב (פיסקה 34), קבעה כב' השופטת ביניש לעניין הפסילה החוקתית מכח סעיף 12 לפקודת הראיות, שאין טעמה של פסילה זו נעוץ רק בחשש לאמיתות ההודאה, אלא "שעל פי רוחו והשראתו של חוק יסוד כבוד האדם וחירותו, מן הראוי לקבוע כי ההגנה על חופש הרצון של הנחקר מהווה כיום תכלית העומדת בפני עצמה ומהווה טעם נכבד ועצמאי לפסילת קבילתה של ההודאה לפי סעיף 12 לפקודת הראיות". (הדגשה שלי א.כ.).

27. בת"פ 453/97 זיכה בית המשפט המחוזי בירושלים (כב' השופט רביד) את הנאשם מביצוע עבירת הריגה, לאחר שאותו נאשם הודה בפני מדובר. בית המשפט קבע כי המדובר ניסה לטעת הרגשת ייאוש אצל הנאשם, גרם לו ללחץ נפשי ולמצוקה הנובעים מבדידותו, ולכן פגע ברצונו החופשי ויש לפסול את הודאתו. ויפים הדברים לעניינינו.

28. ר' גם דו"ח הוועדה בראשות כב' השופט גולדברג לענין הרשעה על סמך הודאה ולענין העילות למשפט חוזר – התשנ"ה – 1994.

29. בע"פ 645/05 זלינגר נ' מ"י (5.12.06) קבע בית המשפט העליון כי פגיעה באוטונומית הרצון של הנחקר במסגרת הודאתו, תוביל לפסילתה וכי כיום טיבם והיקפם של אמצעי החקירה הפסולים עשוי להיות רחב מבעבר. למשל, באמצעי חקירה המנוגדים להוראות חוק או נוהל מחייב, באמצעים בלתי הוגנים, או באמצעים הפוגעים שלא כדין בזכות יסוד מוגנת". (ההדגשה שלי א.כ.).

30. זאת ועוד, שגתה כב' השופטת קמא בקובעה כי הטענה שהמדובר ניצל את מצוקתו של אמיתי וגעגועיו לאמו ופיתה אותו להודות, אינה מתיישבת עם העובדה שלא הודה לאחר הדיבוב בפני החוקרת מירי כהן

(10/ת) והמשיך לכפור בחשדות נגדו, גם כאשר הוצג בפניו המדובב. בכל הכבוד, קו מחשבה זה צריך היה להביא את כב' בית המשפט קמא למסקנה הפוכה: המדובב פגע ברצונו החופשי של אמיתי באמצעות דברי הפיתוי המובהקים. לאחר מכן, כאשר הוצא מהתחום האפור של חוסר הוודאות אל חדר החקירות ואל חלוקת התפקידים המפורשת שבו, התאושש. התבהרו לו האינטרסים השונים וחזרו אליו יכולת הבחירה ורצונו החופשי. כעת יכול היה להחליט באופן אוטונומי יותר, אם לכפור או להודות במעשה.

31. גם קביעת כב' השופטת קמא בפסקה 8 להכרעת הדין, כי גם כאשר נטע המדובב באמיתי תקווה לשחרור, הרי שלא עשה זאת בלשון של הבטחה אלא בעידוד, הינה בכל הכבוד, סמנטית בלבד. דברי המדובב כללו בתוכם תנאי ברור, שאם יודה תתגשם המשאלה העמוקה ביותר שהעסיקה את מחשבותיו. והראיה, שהודאתו של אמיתי בפני המדובב החלה רק בעקבות דברי הפיתוי הנ"ל ולא לפני כן.

32. הודאתו של אמיתי יכולה להיות קבילה כנגדו רק אם יגיע בית המשפט הנכבד למסקנה, מעל לכל ספק סביר, כי הודאתו ניתנה מרצון טוב וחופשי בהתאם לדרישות סעיף 12 לפקודה. בע"פ 2831/96 יוסף אלקרעאן נ' מדינת ישראל, תקדין עליון כרך 98 (3) 38, 42, אשרר בית המשפט העליון את קביעתה של הערכאה הדיונית, כהאי ליסנא:

"אף שאין ביכולתנו לקבוע פוזיטיבית ממצא ברור בשאלת הסיבה שהביאה את הנאשם, להודות לפתע באשמה, לא נחה דעתנו שההודיה ניתנה מרצון טוב וחופשי. הנטל בעניין זה מוטל, כאמור, על התביעה ועליה לעמוד במידת ההוכחה מעבר לכל ספק סביר. התביעה לא עמדה בנטל זה ולא הניחה את דעתנו כי לא אמצעי פסול הביא את הנאשם למסור הודאתו... הדין אינו מתיר להכשיר הודיה מקום שלא הוכח שניתנה מרצונו החופשי של הנחקר או שקיים ספק סביר בנקודה זו".

33. יתרה מזאת, לצורך הקביעה במשפט הזוטא, אין בית המשפט נדרש לתת את הדעת לשאלת מהימנותה של ההודאה. אדרבא, אפילו שוכנע בית המשפט שתוכן ההודיה אמת, אין בכך כדי להכשירה אם מתברר על פי מבחן סובייקטיבי, כאמור, כי נשלל רצונו החופשי, של הנחקר מחמת אמצעי פסול שנקט כלפיו".

34. בע"פ 400/66 אבו חצירה נ' מדינת ישראל, פ"ד כ (4) עמ' 787, עמ' 792 קובע בית המשפט העליון: "בית המשפט נדרש לבדוק את טיב התחבולה, הפיתוי או ההבטחה, אם היה בו בכוח או בפועל, כדי לשלול מהנאשם את רצונו החופשי" (ההדגשה שלי, א.כ.). בענייננו, נקט המדובב כלפי אמיתי באמצעי פיתוי והשאה בלתי הוגנים בעליל תוך ניצל בוטה של מצוקתו הקשה, גילו הצעיר מאד, געגועיו להוריו, עייפותו הרבה ומצבו הנפשי השביר. אמיתי חזר ואמר למדובב שאינו קשור להצתה, אך זה לא הרפה ממנו והפעיל במשך שעות מכבש לחצים של פיתויים פסיכולוגיים מניפולטיביים במטרה לשכנעו שבמידה שיוודה, הרי שישוחרר ממעצרו ויזכה לפגוש את הוריו, אליהם כמה. בהקשר זה, אסור, כמובן, להתעלם מהבדלי הגיל הבולטים, מהעובדה שהמדובב התייצג כעבריינין רב מעללים, למול קטין בן פחות מ-16 שנים, ללא כל רישום פלילי, הנתון בתנאי מעצר קשים ביותר, לראשונה בחייו.

35. המדובב ניצל את מצוקתו הנפשית של הנער ואת געגועיו העזים להוריו באופן ציני. הוא נקט כלפי אמיתי במניפולציות זולות ופסולות של פיתוי והשאה שאין בוטות מהן, תוך מתן הבטחות שווא, אשר פגעו קשות ברצונו החופשי. שבר את רוחו, שכנעו ושידלו להודות, תוך הבטחה שאם יעשה כן, ישוחרר ממעצרו ויזכה לפגוש את הוריו. יושב ויודגש, כי גם אליבא דמאשימה עצמה, התוודותו של אמיתי הגיעה רק אחרי ש"התפרק", כתוצאה מכך שהמדובב ניצל את "נקודת התורפה" שלו, ופיתה אותו להודות. פגיעה חמורה זו, מעוררת חשדות העולים בהרבה על 'ספק סביר' שהתוודותו לא נמסרה מרצון חופשי, וצריכה לפיכך להביא לפסילה מלאה של הודאת החוץ שמסר.

2.ב. פסילת הודאתו של אמיתי לפי דוקטרינת הפסילה הפסיקתית (הלכת יששכרוב)

36. שגתה כב' השופטת קמא בקובעה בסעיף 25 להכרעת הדין כי לא נפל פגם בביצוע הדיבוב, ובדחותה את טענת ההגנה כי יש לפסול את ההתוודות שחולצה במהלכו על פי כלל הפסילה הפסיקתית.

37. דוקטרינה זו, שנקבעה לראשונה בהלכת **יששכרוב**, תקעה יתד בהלכה הפסוקה מבית מדרשו של בית המשפט העליון. בעניין זה נפסק לראשונה כי **"ראיה שהושגה שלא כדין תיפסל אם קבלתה במשפט תיצור פגיעה מהותית בזכות להליך הוגן"** (שם, פסקה 67). מאז ניתן פסק דין מכונן זה, קנתה הלכת יששכרוב שביתה בפסיקה בית המשפט העליון ובשיטה המשפטית כולה. ובימים אלה אף מבקש המחוקק לעגנה בחקיקה ראשית (ר' הצעת חוק ממשלתית לתיקון פקודת הראיות (מס' 19) (פסילת ראיה), התשפ"ב-2021, שעברה בקריאה ראשונה במליאת הכנסת ביום 8.11.2021).
38. בע"פ 1301/06 **עזבון המנוח יוני אלזם ז"ל נ' מדינת ישראל**, פ"ד ס"ג (2) 177 (2009) פסקה 2, קבעה כב' השופטת (כתארה אז) חיות, כי יש לפסול את הודאת הנאשם "אם ימצא שבוצעו פעולות חקירה החותרות תחת יסודותיו של ההליך הפלילי כהליך הוגן וזאת גם אם ניתן היה להרשיע את הנאשם בעבירה המיוחסת לו בהתבסס על אותה ראיה, אילו נכון היה בית המשפט להשלים עם הפסול שבה. פסילה כזו של הראיות נדרשת באותם מקרים חריגים בכל מדינה המחויבת לערכים דמוקרטיים ולהגנה על זכויות אדם הנשמרת לבל תוקרב זכותו של חשוד או נאשם להליך פלילי הוגן על מזבח הצורך להלחם מלחמה בלתי מתפשרת בפשיעה. מלחמה נחושה בפשיעה – כן, מלחמה בכל מחיר תוך הקרבת ערכי יסוד דמוקרטיים – לא ולא".
39. בשל רגישותה הרבה של תחבולת הדיבוב, וקרבתה המובנית לתחום האפור, יושמה הלכה זו לא פעם לצורך פסילת התוודויות שמסרו נחקרים בפני מדובבים. כך היה בעניין **אלזם** שהוזכר לעיל; כך קבע גם כב' השופט שוהם בנוגע להתוודות שמסר נחקר בפני מדובב, בעניין **חייבטוב** (פסקה 105). וכן הדגישה כב' הנשיאה חיות בפוסלה את הודאתו של נאשם בגיר בפני מדובבים בע"פ 6932/17 **מדינת ישראל נ' יוסף** (11.10.18) פסקה 25, **רק כיוון שהיה בה לפגוע בזכותו להליך הוגן ובטוהר ההליך המשפטי**. על עקרון יסוד זה עמד כב' השופט א.א. לוי בע"פ 4988/98 **פרחי נ' מדינת ישראל**, פ"ד ס"ה (1) 626 פסקה 19 (2011), שם הטעים כי "קבלת ראיה רק עקב חשיבותה לתביעה עלולה לפגוע גם באמון הציבור ברשויות השלטון, וליצור תחושה כי האדם הוא כלי משחק בידי השלטון המשנה את הכללים בהתאם לצרכיו". חזר על כך אף כב' השופט סולברג ברע"פ 7052/18 **מדינת ישראל נ' רפי רותם** (5.5.20). פסקה 34, בהדגישו כי בהלכת יששכרוב נקבע, כי בנסיבות מסוימות, "ניתן לפסול ראיה שהולדתה בחטא גם אם בכוחה לתרום לחקר האמת".
40. כך, בת"פ 62470-07-14 (מחוזי ב"ש) **מ"י נ' פלוני** (4.8.14), זיכה בית המשפט המחוזי בב"ש (כב' השופטת חיימוביץ) קטין מביצוע עבירת שוד לאחר שדובב על ידי שני שוטרים שהתחזו לעבריינים, ונקבע כי מדובר בשימוש בתרגיל חקירה בלתי לגיטימי – **למרות שעסקינן היה בקטין בעל עבר פלילי נכבד, אשר ריצה מאסר בפועל קודם לכן, בשונה מובהק מאמיתי**.
41. בית המשפט העליון אף הדגיש, שיש להחיל את כלל הפסילה הפסיקתית גם בעבירות החמורות ביותר בספר החוקים, כולל בעבירת רצח, **"שכן דווקא בעבירות חמורות יש להקפיד על זכותו של הנאשם להליך הוגן ואין כל הגיון בהפעלת הדוקטרינה בעבירות קלות בלבד"** – דברי כב' השופט שוהם בעניין **חייבטוב** (פסקה 89). ור' לעניין זה דברי כב' השופט הנדל בע"פ 5956/08 **אל עוקא נ' מדינת ישראל** (23.11.2011) פסקה 12; כב' השופט דנציגר בע"פ 10049/08 **אבו עזא נ' מדינת ישראל** (23.8.2012), פסקה 139.
42. התפתחות זו בהלכה הפסוקה, של פסילת קבילותן של ראיות משקפת את עליית מעמדה של זכות הנאשם להליך הוגן. יודגש כי הפסיקה שהובאה לעיל התייחסה לפסילת הודאה של נאשמים בגירים ויש ליתן לה משנה תוקף עשרות מונים שעה שעסקינן בקטינים, דוגמת אמיתי, נער צעיר מ-16 שנים, ללא כל רישום פלילי, הנתון במעצר לראשונה בחייו.

ב.2.1. מבחני הפסילה הפסיקתית

43. בפסקה 64 לפסק הדין **בעניין יששכרוב**, הגדירה כב' השופטת (כתארה אז) ביניש מהי ראייה שהושגה כלא כדין: "השאלה מהי ראייה שהושגה "שלא כדין" אינה ניתנת לתשובה מדויקת וממצה. ככלל, ניתן לומר כי מדובר בראייה שהושגה באמצעי חקירה בלתי חוקיים, קרי - מנוגדים להוראה הקבועה בחוק, בתקנה או בנוהל מחייב; באמצעים בלתי הוגנים; או באמצעים הפוגעים שלא כדין בזכות-יסוד מוגנת." להלן נסקור את ההפרות השונות שאירעו בעניינו של אמיתי:

הפרות הוראות חוק בחקירתו של אמיתי

44. בעניינינו הפרה המשטרה באופן בוטה שורה של הוראות חוק מפורשות מחוק הנוער (שפיטה, ענישה ודרכי טיפול), תשל"א-1971 (להלן: "**חוק הנוער**", או "**החוק**"):

- א. לא החוקר פקד אריאל כהן ולא המדובב הינם "חוקרי נוער" בהכשרתם.
 - ב. סעיף 9 ד' (3) לחוק קובע, כי יותר לבצע חקירה של קטין בשעות הלילה רק לאחר שקצין ממונה התייעץ עם חוקר נוער והורה על כך בהחלטה מנומקת בכתב וגם זאת בהתקיים תנאים מסוימים. בעניינינו, לא נערכה בעניינינו כל התייעצות עם חוקר נוער, לא נרשמה החלטה מנומקת בכתב ואף לא התקיימו התנאים שמנויים בסעיף.
 - ג. סעיף 9 ו' (ג) (1) לחוק קובע, כי "כאשר נעצר קטין חשוד יודיע על כך הקצין הממונה ללא דיחוי ולאחר שיידע את הקטין כי בכוונתו לעשות כן להורו ואם לא ניתן לאתר את הורה הקטין במאמץ סביר- לקרוב אחר" – הוראת חוק זו לא קוימה בעניינינו.
 - ד. סעיף 9 ו' (ג) (3) לחוק קובע, כי כאשר – "החליט הקצין הממונה על מעצרו של קטין חשוד, לפי הוראות סעיף 27 לחוק המעצרים, יודיע על כך גם לקצין המבחן" – הוראת חוק זו לא קוימה בעניינינו.
 - ה. סעיף 9 ח' (א) לחוק קובע, כי קטין זכאי שהורה או קרוב אחר יהיה נוכח בחקירתו אלא אם כן הורה קצין מוסמך בהחלטה מנומקת בכתב על התחלת חקירה הקטין בלי להמתין לנוכחות הוריו". לא ניתנה בעניינינו כל החלטה מנומקת בכתב.
 - ו. סעיף 9 י' קובע כי קצין מוסמך להורות בהחלטה מנומקת בכתב כי קטין ייחקר בשעות הלילה בנסיבות מסוימות. דיבובו של אמיתי נמשך במשך 19 שעות כולל במשך כל הלילה. אמנם בחלק משעות אלה ישן אמיתי, אך הדיבוב לא נפסק בהחלטת המדובב, שדווקא הוסיף לפנות לאמיתי לאחר שהנער אמר שברצונו לשכב לישון (רי' עמ' 20-21 לתמליל דיבוב, ובפרט ש' 31-36: "אמיתי: אנסה לשים את הראש. (מילה לא ברורה) אחי. מדובב: אני פה אח שלי. שומע? אמיתי: נו. מדובב: אם אני נרדם ובא לך לדבר וזה.. אמיתי: נו. מדובב: את ה יכול להעיר אותי הכל טוב. בסדר?"). לא ניתנה בעניינינו כל החלטה מנומקת בכתב.
 - ז. סעיף 13 ב' לחוק מסייג את סעיף 13 א' ומתיר להחזיק קטין בתחנת משטרה, (ולא בבית מעצר לנוער) רק לצורך חקירה ובלבד שיוחזק בנפרד ולא יבוא במגע עם חשודים או עצורים בגירים – בעניינינו, הדיבוב התקיים בתחנת המשטרה ולא בבית מעצר לנוער, תוך מגע צמוד בין אמיתי לבין המדובב הבגיר. ראשית, יש בכך משום הוכחה ששעות הדיבוב נחשבות לשעות חקירה, עליהן חלה מגבלת איסור החקירה בלילה, דלעיל, שכן רק באיפיון זה ניתן להכשיר את הלנת הקטין בתחנת משטרת כפר סבא. שנית, שגתה כב' השופטת קמא כשלא מצאה פגם בהלנת הנער הצעיר בתא אחד עם מדובב מבוגר, שבעיני אמיתי נתפש כעבריין מבוגר בעל עבר פלילי.
45. בנוסף לכך, הפרה המשטרה בעניינו של אמיתי אף הוראות חוק נוספות מחוק סדר הדין הפלילי (חקירת חשודים), תשס"ב-2002 (להלן: "**חוק חקירת חשודים**"):

א. סעיף 17(1) לחוק חקירת חשודים קובע שכל חקירה בחשד לעבירה שהעונש המרבי בגינה עולה על עשר שנות מאסר, תתועד בתיעוד חזותי. גם במקרה החריג בו לא יתאפשר תיעוד זה, דורש החוק (שם, 7(2)) את אישורו המנומק של הקצין הממונה בכתב. בית המשפט העליון הדגיש בשורה ארוכה של פסקי דין את חשיבותו הרבה של התיעוד בכגון דא, בחינת אין לו לדין אלא מה שענינו רואות. ר' למשל ע"פ 173/88 **אסרף נ' מ"י**, פ"ד מ"ד (1) 785; ע"פ 747/86 **מיכל הילל נ' מ"י**, פ"ד מ"ב 3 447; ע"פ 2519/92 **חטיב נ' מ"י**, תקדין עליון 93 (2) 1497; רע"פ 3445/01 **אלמליח נ' מ"י**. בענייננו לא נערך כל תיעוד חזותי של הדיבוב, כמתחייב בחוק, ולא ניתן כל אישור מנומק לכך ע"י הגורם המוסמך בכתב. כב' השופטת קמא הסכימה בסעיף 23 להכרעת הדין כי עדיף היה שיהיה תיעוד חזותי, אך לא נתנה כל משקל למחדל זה בפסק דינה. מדובר בפגם חמור הנוגד את הדין, הפוגע אנושות במשקל הדיבוב ומונע מבית המשפט הנכבד פיקוח אמיתי, ממראה עיניים, על אופן התנהלות הדיבוב – הבעות הפנים, תנועות, איזמים, פיתוי וכיוצ"ב. יפים לעניין זה דברי כב' השופט א' לוי ברע"פ 4142/04 **מילשטיין נ' התובע הצבאי הראשי** (פורסם ביום 14.12.06), פסקה 25:

"אין צורך להבהיר, כי החשש לעיוות דין שנגרם כתוצאה מהרשעה המבוססת על הודאת שווא הוא קטן יותר שעה שמדובר בחקירה שתועדה באופן חזותי, ושתיעוד זה מונח בפני הערכאה הדיונית, היכולה להתרשם - באופן בלתי אמצעי. כמעט - מדרך עריכתה של החקירה, התנהגותו של הנאשם והתנהלות חוקריו."

ב. יצוין בהקשר זה, כי במסגרת **תזכיר חוק חקירת קטינים**, שנוסח כאמור בעקבות המלצותיה של ועדת שפירא, הוצע לעגן את הצורך לקבוע חובת תיעוד חזותי של כל חקירה משטרתית כנגד קטין בחשד לעבירת פשע. בנוסף לכך, תיעוד חזותי מלא של פעולות דיבוב הוכר בקרב חוקרים העוסקים בתחום הרשעות השווא כאחד מהכלים החשובים ביותר לצמצום הרשעות שווא והגברת הסיכויים לחשיפתן (ר' לעניין זה **לרנאו וגיסר-גדרון** לעיל). שילוב שני טעמים אלה לעניין נחקרים בגירים, משמיע על אחת כמה וכמה את חשיבותו הקרדינלית של תיעוד וידאו מקיף ומלא של פעולת דיבוב כלפי קטין, ואת היותו של תיעוד כזה תנאי יסוד לבחינת כשרות כל ראייה שנאספה במהלך תחבולת הדיבוב. יפים לעניין זה דברי כב' השופט סאאב דבור בתפ"ח - 44182-03-16, שם פסל בית המשפט הנכבד לנוער את הודאתו של קטין שמסרה בפני מדובבים בגירים, בין היתר בשל היעדרו של תיעוד חזותי (פסקה 178):

"העדרו של תיעוד שכזה גורם לבית המשפט, לעתים, לגשש באפלה. בהקשר זה, דומה, כי אין צורך להכביר במלים על החשיבות הקיימת אשר לתנועות גוף וסימנים, שהצדדים לשיחה, מחליפים ביניהם בזמן שהותם בתוך התא. והרי, לעתים, תנועת גוף אחת שווה אלף מילים. לפעמים, התנהלות שקטה המלמדת על דינמיקה מסוימת יכולה לחרוץ גורלה של טענה מסוימת. צא ולמד, אדם יכול ללמדנו על צפונות לבו, כוונותיו ואו מאווייו לא רק ממילותיו ואו מדבריו שנאמרים מפיו. אלא, מתנועותיו ושפת גופו. לעתים תנועת גוף אחת מדברת אלינו יותר מאלף מילים. מן המפורסמות הוא, כי נחקרים ואו חשודים ואו עדים מעדיפים לעתים להוציא את אשר בלבם בצורה של תנועה, סימן ואו אות. משכך, אל לה, לרשות החוקרת, לחסום את עיני הרשות השופטת על ידי הצבת חייץ בינה של זו האחרונה לבין ההתרחשויות בתוך תא הדיבוב. נהפוך הוא, שקיפות, חשיפה למערך הכוחות ולדינמיקה בתוך תא הדיבוב תסייע רבות במסע החיפוש אחר האמת ואחר התוצאה הנכונה והצודקת, בנסיבות העניין."

ג. לא בכדי הכיר המחוקק בפגיעותם הרבה של קטינים בחקירה ובצורכם היתר בהגנה, אשר באו לידי ביטוי בתיקון 14 לחוק הנוער משנת 2009, שהעניק לקטינים זכויות ייחודיות: הזכות להיוועץ בהוריהם לפני החקירה ולא רק עם עו"ד, הזכות לנוכחות הורים בחקירה והזכות שלא להיחקר בשעות הלילה. כל אחת ואחת מזכויות האלה נרמסו ברגל גסה בנסיבות חקירתו ודיבובו

של אמיתי. בהקשר זה יצוין כי בשנים האחרונות ניתנו בבתי המשפט לנוער מספר פסקי דין שזיכו נאשמים קטינים בדין, על רקע הפרות הוראות אלה מחוק הנוער (ר' למשל ת"פ 11102-02-12 מדינת ישראל נ' פלוני (לא פורסם, 13.9.2016)). בת"פ 23167-04-06 מדינת ישראל נ' פלוני (לא פורסם, 3.7.2017), פסלה כב' השופטת לחיאני-שהם את הודאתו של הקטין במשטרה, והטעימה: "תיקון 14 לחוק הנוער נכנס לתוקף לפני שנים רבות ועד היום חוששני כי משטרת ישראל לא טרחה להפנים את חשיבות קיומו של החוק בכלל וההכרח לבצעו ככתבו וכלשונו בפרט".

46. הכשרת ההפרות שאירעו במסגרת דיבובו של אמיתי מעלה חשש כבד ל"מדרון חלקלק" מסוכן, שעלול להביא לכך שהוראות מפורשות של חוק הנוער יאבדו את משמעותן המעשית, כיוון שניתן יהיה להתעלם מהן כליל תוך פגיעה ב"מסלול העוקף" של הדיבוב.

הפרות זכויותיו של אמיתי, כחשוד, כנחקר וכקטין

47. חוקרי המשטרה לא מיצו את החקירה בעניינו של אמיתי בטרם הפעילו כנגדו את אחת מתחבולות החקירה הקיצוניות והפוגעניות ביותר בסל הכלים החקירתי, העומד לרשות המשטרה. אמנם טען בעניינו קצין החקירות, פקד אריאל כהן, כי הפעלת מדובב היא פעולה מורכבת, שהמשטרה נוהגת זהירות רבה בהפעלתה על קטינים וכי גורמים מקצועיים נוספים מלווים את הדיבוב ואף מעבירים לקצין המדובבים את גילו של הקטין המדובב ואת רישומו הפלילי. דא עקא, מדובר, בכל הכבוד, באמירות שאין מאחוריהן מאומה. לאחר מעצרו של אמיתי, לא ביצעה המשטרה פעולות חקירה בסיסיות וחיוניות, שפגיעתן בחירותו ובכבודו של אמיתי, כחשוד בכלל וכקטין בפרט, פחותה. בידי חוקרי המשטרה מצויים אמצעי חקירה רבים ומגוונים ואין להעלות על הדעת שבית המשפט לנוער יתיר דיבוב של קטינים, מתחת לגיל 16, ללא כל עבר פלילי, הנתונים במעצר לראשונה בחייהם בכל עבירה קלה כבחמורה ובשלב ראשוני והתחלתי כל כך של החקירה. חוקריו של אמיתי לא ניסו לזהות באמצעי מעבדה טכנולוגיים מתקדמים האם גובהו ומבנה גופו עולים בקנה אחד עם אחד הבחורים שהופיע בסרטון, לא המתינו לתוצאות בדיקות פורנזיות, לא עימתו אותו עם החשודים האחרים בפרשיה ועוד. בו ביום מעצרו, בטרם נעשתה כל פעולת חקירה לבד מגביית אמירתו הראשונה – בה שיתף פעולה באופן מלא עם חוקריו – פנו החוקרים ישירות אל התותח הכבד ביותר בארגון הכלים, והכניסו לתאו מדובב. בשעה 04:13 לפנות בוקר נעצר, וכבר בצהרי אותו היום הוכנס לתאו המדובב.

48. ההלכה הפסוקה, מאז הלכת יששכרוב, עוסקת באופן ברורה וחד משמעי בדיבוב של בגירים. אין מחלוקת כי דיבוב קטינים התבצע, אך במשורה. ניתן למנות את פסקי הדין שהתפרסמו בעניין זה על כף יד אחת, במקרים של אין ברירה כשכלו כל הקיצין ובעיקר בקרים בהם דובר בעבירת רצח. מצב זה רחוק כרחוק מזרח ממערב מעניינו.

49. כאמור לעיל, השלב ההתפתחותי בו נמצאים קטינים, דוגמת אמיתי, מסכן אותם והופך אותם פגיעים במיוחד אף בחקירה רגילה, קל וחומר שבנחיתות מובנית למול מדובב אקטיבי מבוגר, הבקיא ברזי בית המעצר והליכי החקירה והמשפט. קטינים נוטים לאימפולסיביות, מושפעים מלחצים חיצוניים ומונעים מהרצון להיחלץ מהסיטואציה המלחיצה של המעצר והחקירה בדרך המהירה והזמינה להם – הודאה. בנסיבות אלה, מהווים כר קל ונוח למדובב אשר פוגע בנקל ברצונם החופשי. יתרה מזו, קטינים חסרי עבר פלילי, כאמיתי, אינם מכירים את זכויותיהם, ולעתים אינם מבינים את מלוא משמעותן והשלכותיהן, אף לאחר שהוקראו להם. הם אינם מכירים את הטרמינולוגיה של ההליך הפלילי, את מבנה בית המעצר, או את השלבים השונים הצפויים להם בהליך. בשל העובדה שממעטים לדובב קטינים, רובם המוחלט אינם מוזהרים מפני תחבולה זו מפי סגוריהם ואינם יודעים שאפשרות כזו קיימת כלל. תחושת הזרות וחוסר הודאות הזו בסביבה שנחווית כעוינת – מאיימת מאד, ומייצרת חרדה אדירה. כך שמעבר לפגיעותם, מועדים הם במידה יתרה לבקש קרבה בשותפיהם לתא, וכך להיחשף בפני מדובבים.

50. לתדהמתנו, טען המדובר בעדותו שלא ידע בעת הדיבוב שאמיתי הינו קטין (עמ' 14 ש' 21-19, עמ' 24 ש' 18 לפרוטוקול), זאת בניגוד לתמליל עצמו ולעדויות של רפ"ק סילברה בבית המשפט קמא. מדובר בעובדה מהותית הנוגעת למהימנות המדובר ויותר מכך מלמדת שהבין בדיעבד את הבעייתיות הנוצרת בהתנהלותו, שאם לא כן, מדוע ישקר שקר כה מהותי בבית המשפט קמא. יודגש כי אמיתי אמר למדובר במפורש כי הוא בן 16 שנים וכי אין לו רקע פלילי (עמ' 3 ש' 12 לתמליל הדיבוב), בניגוד מובהק לעדותו זו של המדובר במשפט. יודגש כי בשום מקום לא תיעד רפ"ק סילברה קצין המדובבים, אם הבהיר למדובר שאמיתי הינו קטין ואף אישר בעדותו כי אינו זוכר זאת (עמ' 102 ש' 18-16 לפרוטוקול). נתון מהותי זה אינו מתועד בת/3.

51. יתרה מזאת, בעדותו בפני בית המשפט קמא, אישר קצין המדובבים עצמו, רפ"ק סילברה, בהגינותו שכיום מקפידה המשטרה שדיבוב קטינים יערך רק בקטין שמלאו לו 17 שנים (עמ' 114 ש' 19 לפרוטוקול). ברי, אפוא, כי גם המשטרה והפרקליטות הבינו היטב את הבעייתיות הרבה בדיבובו של אמיתי.

52. אמנם, הובאו בפני בתי המשפט מקרים בהם נערך דיבוב גם לקטינים. דא עקא, טרם נערכה על ידי בית המשפט העליון בחינה חוקתית של הפעלת מדובבים כנגד קטינים, או של הגבולות והבלמים הראויים לה. וקל וחומר, שלא הותרו הפרות כה בוטות ומצטברות של חוק הנוער ושל זכויות הנחקר הקטין. הדברים מקבלים משנה תוקף עת עסקינן בקטין שגילו פחות מ-16 שנים, ללא כל רישום פלילי, הנתון במעצר לראשונה בחייו. יתירה מכך, הסניגוריה תטען, כי דיבובו של קטין ובוודאי דיבוב כה אקטיבי (ויוזכר, כי המדובר העיד מפורשות מעל דוכן העדים בבית משפט קמא, כי היה "נחוש להוציא את ההודאה" (עמ' 33 ש' 7-8 לפרוטוקול)), אינו מתחשב בשום אופן במאפייני הקטינות ובפגיעויות הגלומות בהן, ומשכך, פוגע פגיעה קשה בזכויותיהם של נחקרים קטינים. אפילו מופעל מדובר כלפי קטין, קל וחומר שלא במתכונת שהתקיימה, אלא אך ורק כמוצא אחרון שבאחרונים, תוך הקפדה הדוקה על הוראות חוק הנוער, רק לאחר שמוצו פעולות חקירה שונות שפגיעתן פחותה ובשום פנים לא מיד עם פתיחת החקירה, כפי שנעשה בענייננו.

ב.2.2. יישום אמות-המידה להפעלת שיקול-הדעת השיפוטי במסגרת דוקטרינת הפסילה הפסיקתית

בענייננו

53. הלכת יששכרוב קובעת שלוש אמות מידה עיקריות המהווה את "נוסחת האיזון", שצריכה להנחות את שיקול הדעת השיפוטי, בשעת בחינת קבילותה ומשקלה של ראיה שהושגה שלא כדין:

א. אופייה וחומרתה של אי החוקיות שהיתה כרוכה בהשגת הראיה (פסקה 69 לעניין יששכרוב)

בענייננו, אין מדובר בהפרה זניחה או טכנית של כלל חקירה, כי אם בהפרה חמורה דברי חקיקה ראשית, של נוהלי משטרה מחייבים, של עקרונות יסוד בשיטתנו המשפטית ושל זכויות הליבה של החשוד הקטין במסגרת הבטחת הליך הוגן: הזכות שינהגו בו בכבוד בהתאם לגילו, למידת בשלותו ובגרותו הקוגניטיבית, ולשלומו הגופני והנפשי; זכות השתיקה שלו, וחסינו מפני הפללה עצמית; הכרה באחריותו הפלילית המופחתת, ובאינטרס השיקום כאינטרס ראשון במעלה בהליך פלילי כנגד קטין.

ב. מידת ההשפעה של אמצעי החקירה הפסול על הראיה שהושגה

לא יכולה להיות מחלוקת על כך שעל אף כל קשייו ומצוקתו, אמיתי כפר בחשדות נגדו בחקירה הגלויה ואף הכחיש בתחילה את מעורבותו במעשה בפני המדובר. לבד מההתוודות שמסר לבסוף, לא נמצאו ראיות עצמאיות שקשרו אותו לזירה או לעבירות שיוחסו לו, ואלמלא שבר המדובר את רוחו, לא ניתן היה להרשיעו בדין. חיזוק משמעותי לכך, ניתן למצוא בעובדה שתיקי החקירה כנגד חבריו, שלא עברו דיבוב, נסגרו.

ג. הנזק החברתי מול התועלת החברתית הכרוכים בפסילת הראיה

דיבוב קטינים נעשה עד כה במקרים בודדים וקיצוניים, בליט ברירה ולאחר שמוצו פעולות החקירה והובילו למבוי סתום, וגם זאת, בעבירות רצח (פרשת "דומא"), אינוס בנסיבות מתמירות, וכיוצא באלה עבירות פשע חמור. המאשימה הצליחה למצוא מקרה בודד שכזה, בו הוגש כתב אישום להרכב בבית המשפט המחוזי מרכז. אין הסניגוריה מקלה ראש כמובן בעבירה המיוחסת לאמיתי, אך חשוב לתת את הדעת על מכלול הנסיבות. **עסקינן בחשד לעבירות הצתה, שלא גרמה לכל פגיעה בנפש או ברכוש, ושהמאשימה עצמה מצאה לנכון להגיש את כתב האישום בעניינו לבית משפט השלום לנוער.** אפילו קצין המדובבים של מחוז מרכז מזה למעלה מעשור, מר אבי סילבר, אישר בעדותו כי לא זכור לו מקרה בו הופעל מדובב כנגד קטין שנחשד בהצתה שלא גרמה נזק (עמ' 114, ש' 18). לאור כל זאת, לא ניתן לשקול את החשדות המיוחסים לנוער, למול הנזק החברתי שנגרם ממתן היתר בדיעבד לרשויות האכיפה להפר את זכויותיהם של הפגיעים שבחשודים - קטינים צעירים, וברי כי הנזק עולה עשרות מונים על התועלת.

54. היטיבה לבטא את הדברים כבי' השופטת ברק ארז בפסק דינה בעניין **חייבטוב**, עת פסלה את הודאתו של המערער בעבירת רצח בפני מדובב (שם עסקינן בנאשם בגיר ובעל עבר פלילי כבד שהורשע בבית המשפט המחוזי בעבירת רצח, בשונה מובהק מעניינינו) (פסקה 12 לחוות דעתה של כבי' השופטת ברק-ארז): "לא כך צריכה להיערך חקירה ביחס לעבירות פליליות במדינה דמוקרטית והסטייה שחלה כאן מהוראות של **חוקים מפורשים** מלמדת שהפגיעה שהתרחשה במכלול זכויות היסוד החוקתיות – אינה עומדת בדרישות "שבפסיקת ההגבלה" כי הפגיעה תהיה בחוק (פה הייתה הפרת חוק מצד החוקרים) וכי ההתנהלות (ככל שהיא פוגעת) תהלוס את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית ולא תעלה על הנדרש" (ההדגשה במקור, א.כ.).

55. לאור נסיבות חקירתו של אמיתי: גילו הצעיר מ-16 שנים, העובדה שזה היה לו מעצרו הראשון, היותו עייף מאד לאחר ארבעה לילות נטולי שינה והמצוקה הרגשית הקשה בה היה מצוי בתא המעצר, מחד גיסא; ולאור האופן בו נערך הדיבוב: מספר שעות בודדות אחרי מעצרו של הקטין, בשעות הלילה, על ידי מדובב מבוגר ואקטיבי שאינו חוקר נוער מוסמך או אפילו מדובב מוסמך, במגמה מוצהרת לחלץ מהנער הודאה, ותוך ניצול מצוקתו בהבטחה מפורשת שאם יודה בעבירות המיוחסות לו, יזכה לראות את הוריו, מאידך גיסא – תטען הסניגוריה כי התוודותו של אמיתי בפני המדובב הושגה שלא כדין, בדרך שיש בה כדי לפגוע קשות בזכותו להליך הוגן. משכך, ראויה היא להיפסל מכח דוקטרינת הפסילה הפסיקתית.

ב.3. ביטול האישום כנגד אמיתי מכח הגנה מן הצדק

56. הסניגוריה טוען, כי בעניינו של אמיתי הצטברו הפרות, פגמים וליקויים רבים מנשוא (שחלקם נסקרו לעיל) שהביאו לפגיעה עמוקה בזכותו החוקתית להליך הוגן, במידה הזועקת לביטול האישום נגדו מכח הגנה מן הצדק.

ב.3.1. היעדר הנחית פרקליט מדינה בעניין דיבוב קטינים

57. למרבה התדהמה, הסתבר, לראשונה בתיק דנן, כי אין בנמצא הנחיות פרקליט המדינה בכל הקשור להפעלת מדובב כלפי קטין. על אף ההכרה ההולכת וגוברת – הן בהלכה הפסוקה, הן בבית המחוקקים, והן בקרב מלומדים – במאפייניהם הייחודיים ובפגיעותם הייחודית של קטינים במסגרת הליכים פליליים, דווקא אחת מתחבולות החקירה המורכבות, הרגישות ומרחיקות הלכת ביותר – דיבוב- לא עברה, ככל הידוע לנו, הסדרה ייעודית מלאה לעניין הפעלתה על קטינים.

58. צדקה כב' חשופטת קמא בפסקה 26 להכרעת הדין, בקובעה כי ראוי שתהא הנחיה כזו, כיוון [ש-] "לגישתי, מדיניות השימוש בדיבוב בחקירת קטינים, צריכה לקחת בחשבון את פגיעותם המיוחדת של קטינים בגילאים הצעירים ואת רגישותם להשפעות חיצוניות וגם את ההיבטים החוקיים הייחודיים של חקירת קטינים – כמו חובת נוכחות הורים בחקירה (אם כי לא רלוואנטיים כשקטין מצוי במעצר) הגבלה על שעות החקירה, החזקה בבית מעצר לקטינים ואיסור על החזקה בחברת חשודים ועצורים בגירים. לכן גם לדעתי נכון לקבוע בנוהל מסודר כיצד להביא מאפיינים יחודיים אלה לביטוי בדיבוב קטינים במהלך חקירה".
59. בע"פ 7984/18, **מדינת ישראל נ' פלוני** (19.2.19) (להלן: "**הלכת פלוני**"), קבע בית משפט העליון פה אחד (מפי כב' השופטים נ. הנדל, ע. ברוך, א. שטיין) כי על המדינה להעביר לסניגוריה את הנחיותיו החסויות של פרקליט המדינה בנוגע להפעלת מדובבים בחקירת סמויה, בכדי שהסניגוריה תוכל לבחון ולבקר את יישום הוראות ההנחיה ו/או הסטייה מהן וכן את חוקיותה של ההנחיה בהשוואה לחקיקה ראשית ולחוקי היסוד.
60. בעניין זה, עתרה הסניגוריה לקבלת נוהלי משטרת ישראל עצמם. המשיבה ופרקליט המדינה התנגדו לבקשה זו נחרצות, ואף תמכו התנגדותם בהוצאת תעודת חיסיון. בית המשפט העליון דחה את בקשת ההגנה, בהשיבו לה כי נוהלי משטרת ישראל מבצעיים וכי לא יהיה בהם כדי לסייע בידה, היות ש**נוהלי המשטרה נגזרו מהנחיותיו של פרקליט המדינה – אותן תקבל ההגנה לידיה**.
61. בעקבות פסק הדין הנ"ל ו**חרף תעודת החיסיון שהוציאה המדינה**, פורסמה הנחיה 14.26 מתאריך 18.12.19 ברבים, **לאחר שנקבע כי היא נחוצות להגנת המערערים**. כיום מצויה היא גם בצקלונם של הסניגורים ושל בתי המשפט.
62. בעניינינו, עתרה הסניגוריה לכב' השופטת קמא להורות למשיבה להעביר לידיה את נוהלי המשטרה העוסקים בסוגיית דיבוב הקטינים. בית המשפט קמא הנכבד דחה את עתירתה, בקובעו כי עסקין בנהלים מסווגים. זאת, אף שבשונה מהלכת פלוני, לא הוציאה המשיבה תעודת חיסיון בנוגע לנוהלי משטרת ישראל בסוגיה המכרעת דנן, וחשוב מכך, אף **שלא מתקיים התנאי המאזן שנטען בהלכת פלוני, לאור העובדה שאין בנמצא הנחיית פרקליט מדינה בנושא**.
63. בעניינינו של אמיתי, אפוא, נוצר מצב אבסורדי ובלתי ראוי בעליל, הפוגע בזכותו החוקתית להליך הוגן, שעה שידי הסניגוריה כבולות, ואין לה למעשה כל יכולת לבקר את התנהלות החקירה ולבחון האם פעלה המשטרה כדין. **לאור הלכת פלוני**, היפה לעניינינו, מן הראוי היה, באין הנחית פרקליט מדינה מסודרת בנושא שבלב המחלוקת דנן, להעביר לידי הסניגוריה את נוהלי המשטרה הנ"ל, החיוניים להגנתו של אמיתי.
64. אך לאחרונה, בחודש יולי 2021, הגיש מבקר המדינה הנכבד מסקנות בסוגיה דנן, בהן ביקר קשות את העדרן של הנחיות פרקליט המדינה בנוגע לשיקולים שעל פרקליט לשקול בבואו לאשר תרגיל חקירה דוגמת הפעלת מדובב (ר' דו"ח מבקר המדינה 71ג, התשפ"א-2021). עוד נקבע כי אין הנחיה של פרקליט המדינה המגדירה מהם השיקולים שעל הפרקליט לשקול בבואו לאשר תרגיל חקירה שכזה וכי הפרקליטים שמאשרים את תרגיל החקירה ואשר אמורים לקבוע את התנאים לביצועו, אינם מנמקים את הטעמים לאישור (אי עמידה בחובת הנמקה).
65. דברים נכוחים ונוקבים אלה נכתבו בעניינם של בגירים וברי כי הינם נכונים שבעתיים בעניינם של קטינים דוגמת אמיתי – שהושם במעצר לראשונה בחייו, בטרם מלאו לו 16. בעוד למבקר המדינה אין סמכות לפסול ראיות, הרי שסמכות זו נתונה כולה לבית המשפט הנכבד.
66. בהמשך לסוגיות החשובות מחוק הנוער שהעלתה כב' השופטת קמא, ייטען כי ישנן סוגיות חשובות רבות נוספות שנותרו בשלב זה ללא מענה: מי מוסמך לדובב קטינים? איזו הכשרה עוברים מדובבים אלה? האם מדובר בחוקרי נוער? האם ישנה חובה ליידע מדובב כי החשוד הנחקר הינו קטין? על מי חלה החובה? האם

ישנה חובת תיעוד של יידוע זה? כמה שעות ברצף יכולה פעולת דיבוב של קטין להימשך? האם מותר למדובב להציג לקטין מידע כוזב על אודות "ניסיון העבר" המדומה שלו, לאור המחקר הענף על השפעתו הקוגניטיבית העמוקה של מידע כוזב על קטינים? האם ישנה חובת תיעוד אודיו-ויזואלי של דיבוב קטינים? האם מותר למדובב לתת לקטין טובות הנאה, דוגמת סיגריות, קפה או בגדים נקיים? האם יותר לדובב קטין שלא ישן ולא אכל בשעות שקדמו לדיבוב? ועוד כהנה שאלות שונות. **ללא הנחיית פרקליט מדינה, אין ביכולת הסניגוריה לבקר את חוקתיותם של נוהלי המשטרה לעניין קטינים, ככל שישנם, הן בעניינו הפרטי של אמיתי והן במישור הנורמאטיבי הרחב.**

67. בית המשפט העליון גילה דעתו לא פעם, על החשיבות האדירה שלשמירה על טוהר ההליך הפלילי וזכותו של הנאשם להליך הוגן בשיטתנו, הבאה לידי ביטוי מוחשי ביכולתו הממשית להעמיד הגנה אפקטיבית שתוכל לצמצם את פער הכוחות המובנה בין המדינה המאשימה והפרט:

68. ברע"פ 3199/20 דניס זייצב נ' מדינת ישראל (12.8.21) זיכה בית המשפט העליון את המערער, עת נקבע כי החיפוש בעניינו נערך שלא כדין, מכיוון שנעשה ללא אמות מידה ברורות שהסדירו את האופן בו ראוי היה לבצעו. נוכח זאת, פסק בית המשפט העליון כי **על המדינה לפעול להסדרת הנחיות ונהלים אשר יעמדו תחת ביקורת שיפוטית לבחינת התאמתן לדרישות החוק והפסיקה**. יצוין, כי בימים אלה דחה בית המשפט העליון בקשה לדיון נוסף שהגישה המדינה בנושא, תוך הבהרה שאכן **חודשה הלכה בעניין זה** (ר' דנ"פ 5862/21 מדינת ישראל נ' דניס זייצב (פורסם ביום 30.1.2022), ויפים הדברים לעניינו; בבש"פ 1758/20 אוריך ואח' נ' מדינת ישראל (כב' השופטים ח. מלצר, נ. סולברג, ג. קרא), קבע בית המשפט העליון, כי "פגיעה בהגינות ההליך החקירתי אינה פוגעת בלגיטימיות ההחלטה השיפוטית לבדה, אלא גם ביחסי הכוחות בין הצדדים להתדיינות. ההליך הפלילי בנוי על כללים, הוראות ופרטים. הללו נועדו, בין היתר לאזן את יחסי הכוחות בין עוצמתה של הרשות החוקרת לבין החשוד והנאשם בפלילים. אי עמידת הרשות החוקרת בכללים החלים גם עליה, מקנה לה יתרון בלתי הוגן בהליך הפלילי ופוגעת באיזון שבינה לבין החשוד או הנאשם" (פיסקה 41 לפסק הדין).

69. גם בקרב חוקרים ומלומדים ניתן משנה חשיבות להקפדה על תקינות והגינות ההליך הפלילי, תוך הקפדה על סמכות המינהל בכל הנוגע לזכויות הפרט בהליך הפלילי. המלומד, פרופ' אורן גזל-אייל, מדגיש במאמרו "פגיעה בזכויות יסוד "בחוק" או "לפי חוק" (משפט וממשל כרך ד', חוברת 2, יוני 2018), כי "כוחה של רשות מנהלית לפגוע בזכות יסוד מותנה בקיום ראייה לכך שהמחוקק התכוון להתיר לרשות לפעול באופן הפוגע בזכות היסוד הנדונה". וכן, "אם השגת מטרת החוק אינה דורשת פגיעה בזכות היסוד, לא תותר פגיעה כזו, אף אם בנסיבות העניין היא סבירה", "וכאשר צפויה פגיעה בעקרונות יסוד, מצטמצם עד למאד מתחם הסבירות. הרשות מחויבת לבחור באפשרות שתשיג את תכלית החוק, תוך פגיעה מינימאלית בזכות היסוד. לעתים איזון זה אינו מתיר בפני הרשות כל שיקול דעת אלא עליה "לבחור" בפעולה חוקית אחת העומדת לפנייה... תנאי בסיסי להפעלת כל סמכת מנהלית – ובכלל זה להפעלת סמכות באופן הפוגע בזכות יסוד – הוא קיומה של הסמכה לביצוע המעשה בחוק. תנאי זה נובע מכוח עקרון החוקיות". ר' גם דבריו הנכוחים של המלומד פרופ' א. פורת במאמרו "הגנה מן הצדק בעידן החוקתי" (קריית המשפט, תשס"א 2001 בכרך א' 381, 401): "בית המשפט הנכבד מהווה חומת מגן להגנת זכויות יסוד של הפרט ומניעת מתן היתר לשימוש באמצעים פסולים, בלתי חוקתיים בעליל, אשר מכרסמים בזכויות יסוד חוקתיות ומן הראוי ליתן להן מעמד של בכורה, שאם לא כן תשארנה קביעות בית המשפט העליון בגדר אמירות בעלמא, חלילה, ללא יישומן הלכה למעשה".

ב.2.3. הפרות ופגמים בדיבובו של אמיתי

70. כאמור לעיל, רב הנסתר על הגלוי בכל הנוגע לנוהלי הדיבוב הפנימיים של משטרת ישראל. עם זאת, אף ביחס מספר הנהלים המצומצם שברשותנו, נפלו בענייננו פגמים רבים, מהותיים ומצטברים, בדיבובו של אמיתי.

71. באופן בלתי מתקבל הדעת, נכון לעת הזאת, הסדרתו הנורמטיבית של מערך הדיבוב בכלל, ודיבוב הקטינים בפרט, לוטה במידה רבה בערפל. מערך הדיבוב מוסדר ככלל בנהלים פנימיים של משטרת ישראל, החסויים מעיני הציבור וההגנה, מבלי שהוציאה בעניינם תעודת חיסיון. זאת, כולל הנוהל הפנימי לעניין דיבוב קטינים, שמעולם לא עמד לביקורת חוקתית, על אף רגישותו הרבה. אין בנמצא כל הנחיית פרקליט מדינה לעניין הפעלת מדובבים בחקירה גלויה, וחמור מכך, אין בנמצא כל נוהל, הנחייה או הוראה לעניין המורכב והרגיש של הפעלת הכלי הקיצוני של דיבוב כלפי נחקרים קטינים. סוגיה זו תידון בהרחבה בהמשך.

72. לאורך השנים, נחשפו במסגרת הליכים פליליים שונים מספר הנחיות פנימיות מחייבות של משטרת ישראל מתוך נוהל הפעלת המדובבים החסוי. בענייניו של אמיתי, לא זו בלבד שלא נעשתה כל התחשבות בקטינותו, אלא שאף הופרו מספר הנחיות מרכזיות מנוהל הפעלת המדובבים הכללי, הנוהג ככלל בחשודים בגירים. כך למשל, הופרו הנהלים הבאים שנחשפו במסגרת עניין חייבטוב (ר' פסקה 79(ג) לעניין חייבטוב, נ/2 – הודעת פרקליטות המדינה שהוגשה לבית המשפט העליון בעניין חייבטוב, מיום 25.3.18):

א. "הקצאת מדובב לחקירה נעשית על ידי חוליית הדיבוב ולא על ידי היחידה החוקרת." (שם, סעיף 5);

בענייננו, המדובב היה שוטר סיור (בגיר כמובן, המבוגר מהנער הנחקר בעשור), אשר נלקח למשימה מספר דקות לפני כן, ללא כל הכשרה, וחשוב מכל – לא השתייך ליחידה המשטרתית העוסקת בדיבוב. למדובב לא היתה גם כל הכשרה כחוקר, קל וחומר כמדובב.

ב. "המדובב מבודד מצוות החקירה ואין מגע ישיר ביניהם – תדרוך המדובב נעשה על ידי קצין הדיבוב המחוזי ולא על ידי צוות החקירה, גביית הודעות מהמדובב נעשית על ידי שוטר שאיננו חלק מצוות החקירה" (שם, סעיף 7);

בעניינו, הוראה זו לא קוימה. קצין המדובבים עצמו, משנשאל אם הורה למדובב לצאת באמצע פעולת הדיבוב ולהעמיד פנים ששוחח טלפונית עם עורכת דינו, השיב: "יכול להיות שהוא יצא ודיבר עם צוות החקירה"(!).

ג. תדרוך המדובב נעשה בהתאם לטופס מובנה כתוב שהוא חלק מחומר החקירה הגלוי ומועבר להגנה (שם, סעיף 8); הוראה זו לא קוימה בענייננו.

73. יתרה מזאת, לפי עדותו של קצין המדובבים סילברה, בהנחיות הפנימיות ישנו איסור מפורש על המדובב מפורשות להבטיח כל הבטחה בתמורה להודאה. משנשאל על כך שהמדובב בענייננו הבטיח לאמיתי שאם יודה יראה את הוריו, השיב: "לא תקין. להבטיח הבטחות אסור" (עמ' 126 ש' 21 לפרוטוקול). יתרה מזאת, המדובב עצמו היה מודע לאיסור זה, כפי שניתן לראות במסמך הרענון שלו, מיום 12.5.2020. הנחייה זו הופרה ברגל גסה בענייננו, שעה שהמדובב הבטיח לאמיתי שהיה שרוי במצוקה, כי אם יודה, יזכה לראות את אביו ואמו. לא זו אף זו, אפילו החוקרת המנוסה, גב' מירי כהן, אישרה במפורש ומעבר לנחוץ שאסור היה למדובב להגיד לאמיתי שאם יודה הוא ייפגש עם הוריו (עמ' 85 ש' 8-7 לפרוטוקול).

74. בהמשך לסוגיית התיעוד החזותי, יצוין כי נפלו פגמים רבים מאד גם בהיבטי תיעוד נוספים של הפעלת המדובב כנגד אמיתי:

- א. אין תיעוד של פניית החוקר, פקד אריאל כהן לקצין המדובבים סילברה ו/או לפרקליטות. יתרה מזאת, קצין המדובבים של מחוז מרכז מזה למעלה מעשור, אמר מפורשות בעדותו שאינו מתעד שיחות (עמ' 116, ש' 14), כך שלא ניתן לקבל זאת כטעות חד-פעמית.
- ב. אין תיעוד של בקשת אישור תרגיל החקירה עבור קטין בנסיבותיו של אמיתי ואין תיעוד של אישור התרגיל בנסיבות אלה, באופן שיאפשר ביקורת כלשהי.
- ג. המדובב לא תיעד את הנחיות שקיבל מקצין המדובבים סילברה, כך שלא ניתן לדעת לאל נכון, אם קצין המדובבים יידע את המדובב כי מדובר בנחקר קטין, אם לא, ולא ניתן לפקח על עמידת הנחיות הקצין בהוראות חוק הנוער (עמ' 13 ש' 32, עמ' 14 ש' 5-1 לפרוטוקול).

3.3.3. אכיפה בדרנית

75. צדקה כב' השופטת קמא בקובעה (בפסקה 46 לפסק הדין) כי "בשנים האחרונות התגבשה התפיסה לפיה די בתוצאה המפלה כדי להקים טענת אכיפה בדרנית ואין צורך בהוכחת מניע או כוונה פסולים בכדי להעביר לרשות את נטל ההוכחה כי פעלה מטעמים ענייניים וסבירים," על פי פסק דינה של כב' השופטת דפנה ברק-ארז בע"פ 8551/11 סלכגי נ' מדינת ישראל (12.8.12).
76. בענייננו, אין חולק כי ישנו סרטון המתעד שלושה אנשים מבצעים את עבירת ההצתה. במידה שייקבע, בניגוד לעמדת הסניגוריה, שהודאתו של אמיתי בפני המדובב הינה ראיה קבילה, הרי שעסקינן בעדות שותף המפלילה את גברילוב וקוממי, באופן המקים צורך "בדבר לחיזוק" בלבד, על מנת להביא להרשעתם בדין. בנוסף, במקרה זה יתגבש סיכוי סביר להרשעתם לנוכח שקריהם בחקירה, שמירתם על זכות השתיקה בחקירה (שיכולים אף לשמש "סיוע"), תרגיל החקירה שקוים בין אמיתי לבין קוממי שמצא כי קוממי שותף למעשה, קיומו של מניע, הפרכת טענות האליבי שהעלו, ועוד.
77. כב' השופטת קמא קבעה, מבלי שדקה פורתא, כי קיים הבדל ראייתי בין אמיתי לבין קוממי וגברילוב, שהצדיק את העובדה שהתיק נגדם נסגר בעילה של "חוסר ראיות מספיקות". בכל הכבוד, הסיבה היחידה שיכולה היתה להסביר את בחירת המשיבה שלא להעמידם לדין, נעוצה בעובדה שהמשיבה עצמה הבינה היטב שהודאתו של אמיתי בפני המדובב אינה קבילה או למצער, משקלה אפסי.
78. ברע"פ 1611/16 מדינת ישראל נ' יוסי יוסף ורדי (פורסם ביום 31.10.2018), גילה בית המשפט העליון דעתו, ומצא להחיל את דוקטרינת ההגנה מן הצדק מטעמי אכיפה בדרנית גם במקרים של הפליה רשלנית מצד הרשות, ובכלל זה, בעניין הגשת כתבי אישום כנגד תשודים. ויפס הדברים לענייננו.
79. לאור האמור לעיל, קמה לאמיתי עילה לביטול כתב האישום נגדו מטעמי הגנה מן הצדק בשל אכיפה בדרנית.
80. לא בכדי לימדנו כב' הנשיא ברק בהלכת גנימאת (בש"פ 537/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט (3) 355, 421) כי יש ליתן מעמד חוקתי לזכויות האדם כשהדבר ישפיע בראש ובראשונה בהליך הפלילי. כן קבע במאמרו כהאי לישנא: "מבחן של זכויות האדם הוא בעוצמת פעולתה הלכה למעשה של המשטרה באכיפת... תפקיד זה מוטל תחילה על המשטרה ולאחר מכן על בתי המשפט. מקום שהמשטרה לא נקטה באיזון הראוי, שומה על בית המשפט לעשות כן". וכן: "טול את זכויות האדם ונטלת מהמדינה הדמוקרטית את נשמתה. אין מנוס אפוא מהתמודדות יום יומית, שעה שעה עם זכויות האדם. עמידה על המקום היא נסיגה, ונסיגה קטנה סופה נסיגה רבתי. זכויות האדם אינן מתגשמות מעצמן: נדרשת הגנה יומיומית עליהן. הגנה זו בידי המשטרה היא, אם תשכיל להגשים את תפקידה, יהא טעם לחיינו. אם תיכשל בכך, ניכשל כולנו".

4.ב. משקלה של ההתוודות

81. כאמור לעיל, נטען בהרחבה ראוייה התוודותו של אמיתי בפני המדובר להיפסל, הן מכח סעיף 12 לפקודת הראיות, הן מכח דוקטרינת הפסילה הפסיקתית והן מטעמי הגנה מן הצדק, בשל האופן והנסיבות בהן נגבתה. לחלופין, סבורה הסניגוריה כי אפילו תתקבל התוודותו כראיה קבילה, ראוי יהיה להפחית משמעותית את משקלה, ואין להסכין עם הרשעתו של המערער על בסיסה.
82. הרבה בטרם חקיקת חוקי היסוד והשלכותיהם על ענייננו, נתן בית המשפט העליון ביטוי חד משמעי לפגיעה בזכויותיו של חשוד וזאת במילים כדורבנות שאינן משתמעות לשתי פנים – בע"פ 559/77 מאירי נ' מדינת ישראל, פ"ד לב (2) 180 זיכה בית המשפט העליון את הנאשם בקובעו כהאי לישנא: "כאשר מבלבלת ומקלקלת המשטרה את חקירתה תוך כדי התעלמות מהנחיותיו והוראותיו של בית משפט זה, הגיע הזמן שנפחית משקלן של ראיות אלה, שהושגו שלא כהלכה עד כדי אפס". חובתנו היא בשמירה על זכויות האדם ובהבטחת חריותיו, כפי שהן מנת חלקן בחברה דמוקרטית אשר החוק שולט בה. תנאי בל יעבור לכל מלחמה בפשע הוא שהלוחמים יהיו שומרי החוק ויקפידו על קלה כבתמורה בפעולתם שלהם, ובמידה שהם מזלזלים או מתרשלים בקיום חובותיהם כלפי האזרחים הנלכדים ברשתם, בה במידה גורמים הם במו ידיהם להכשרת הפשע ולהגברתו והדברים פשוטים".
83. מאפייני הקטינות האובייקטיביים מחייבים שינויים בהתנהלות רשויות האכיפה, לצורך השמירה על טוהר והגינות ההליך, ולמעלה מכל – על יכולתו של ההליך הפלילי להביא למשפט צדק. אף שבתי המשפט לנוער מקפידים לאכוף הפרות של הוראות חוק הנוער, אין בכך, למרבה הצער, כדי לפרוש מעטה הגנה מספק לכל קשת הפגיעות בזכויותיהם של קטינים בהליך הפלילי. לאור זאת, הסניגוריה תטען, כי דוקטרינת "ההגנה מן הצדק", שעניינה בשמירה על טוהר ההליך ובהגנה על זכויות נאשמים וחשודים, צריכה לשמש אכסניה מתאימה לביצור זכויותיהם של קטינים בהקשרים החורגים מלשון החוק הדיוני היבש. "ראוי כי בית המשפט יבחן את התנהלותה של הרשות מנקודת מבטו של הקטין, וזאת בפרט בנוגע לשימוש בתחבולות חקירה למיניהן, אשר חושפות את נחיתותו ביתר שאת" (ר' נועה זעירא ורביע אגבריה "על קטינים, סוכנים ומה שביניהם: לקראת הרחבה של דוקטרינת "ההגנה מן הצדק" לאור מאפייני הקטינות", הסניגור 261 4 (2021)).
84. לאור האמור לעיל עותרת הסניגוריה לבית המשפט הנכבד להורות על זיכוי של אמיתי בעילה של הגנה מן הצדק.
85. לכל הפחות, עותר המערער להורות למשיבה להעביר לידי הסניגוריה את נוהלי משטרת ישראל בסוגיה, שלא הוצאה כל תעודת חיסיון בעניינם, להורות על ביטול הכרעת-הדין ולהחזיר את הצדדים לבית המשפט קמא הנכבד, על מנת לאפשר לאמיתי לנהל כהלכה את הגנתו, כאשר הנהלים מצויים בפניה.
86. בית המשפט לנוער אמון על זכויותיו החוקתיות של קטין דוגמת אמיתי. באופן שבו בוצע הדיבוב כלפיו נחצו "קווים אדומים" רבים, ללא כל הנחיות של פרקליט המדינה ותוך הפרה מהותית ומצטברת של הוראות מפורשות של חוק הנוער. בסוגיה חוקתית ועקרונית כל כך, מן הראוי שערכאת הערעור הנכבדה, היושבת על המדוכה כבית משפט לנוער, תאמר את דברה בקול צלול וברור ותורה על פסילת הודאתו של אמיתי בפני המדובר, בעילה של הגנה מן הצדק, או למצער, על הפחתת משקלה עד לאפס, לאחר שנמנעה ממנו זכותו החוקתית להליך הוגן.

ד. סיכום

87. בפני בית המשפט הנכבד בשבתו כערכאת ערעור בבית משפט לנוער עומד תיק בעל השלכות רוחביות מהותיות עקרוניות וחוקתיות. לאור כל האמור לעיל, עותרת הסניגוריה לבית המשפט הנכבד להורות על פסילת הודאתו של הנער אמיתי בפני המדובר הן בהתאם לסעיף 12 לפקודת הראיות והן בהתאם לעקרונות החוקתיים שהותוו בהלכה הפסוקה בנוגע לדוקטרינת פסילה הפסיקתית. בנוסף לכך עותרת הסניגוריה לבית המשפט הנכבד להורות כי יש לזכות את אמיתי בעילה של הגנה מן הצדק, לאור הפגמים המהותיים הרבים שנפלו בחקירתו ובדיבובו של אמיתי, ובראשם, העובדה שלא קיימות הנחיות פרקליט המדינה בסוגיה הרגישה שבמחלוקת. זאת, שעה שנדחתה עתירת הסניגוריה לקבלת נהלי משטרת ישראל (חרף העדרה של תעודת חסיון), בסוגיה זו, באופן שמנע מאמיתי יכולת אמיתית להתגונן במשפטו, כפי שנקבע פה אחד בהליכת פלוני.

88. הראיות הנסיבתיות האחרות שעומדות לחובת אמיתי יכולות, לכל היותר, לשמש חיזוק בלבד, והעובדה שהחשודים הנוספים בתיק, גברילוב וקוממי, לא הועמדו לדין על סמך אותן הראיות בדיוק ואף ראיות חזקות מהן, מקימה לאמיתי עילה מובהקת לזיכויו מטעמי אכיפה בררנית והגנה מן הצדק.

89. לאור כל האמור לעיל, עותר אמיתי לבית המשפט הנכבד להורות על זיכויו המלא בדין מהאישום הראשון, עקב העדר ראיות מספיקות, ולחלופין "מחמת הספק".

90. לבסוף, סבורה הסניגוריה כי אין בשום פנים ואופן להסכין עם המצב הפרוץ בו מפעילות הרשויות את אחת מתחבולות החקירה הפוגעניות ביותר – דיבוב סמוי – כלפי קטינים צעירים, בהתבסס על שיקול דעת מינהלי בלבד, בנהלים החסויים מעיני הציבור והסניגוריה, ללא כל אסדרה שקופה של גבולות, איזונים או כללים, וללא כל יכולת להפעלת פיקוח שיפוטי חוקתי על תקינות הליך. לאור זאת, עותרת הסניגוריה לבית המשפט הנכבד, בשבתו כערכאת ערעור לנוער, שיגלה דעתו באשר לגבולות ולכללים הראויים לשימוש בתחבולה הקיצונית של הפעלת מדובר כלפי קטינים.

91. בהמשך ישיר לכך, עותרת הסניגוריה לבית המשפט הנכבד לפסוק כי במקרה דנן לא היתה כל הצדקה להפעלת תחבולת הדיבוב הקיצונית כנגד הנער, והשימוש בה היה פוגעני, בלתי-מידתי ופסול. נוכח מכלול הנסיבות הייחודיות בתיק, פגע הדיבוב עמוקות באוטונומיות הרצון של אמיתי ובזכויותיו החוקתיות להליך הוגן ולכבוד, ומשכך, ראויה התוודותו להיפסל בדין.

ה. לחלופין, ערעור על חומרת העונש

92. נוכח תסקיר שרות המבחן, צדק בית המשפט קמא הנכבד בהשיתו על אמיתי מאסר מותנה מרתיע שיתנופף כחרב מעל לצווארו וכן פיצוי למתלונן ופסילת רישיון הנהיגה שלו.

93. עם זאת, שגתה כב' השופטת קמא בגזירה על אמיתי, בנוסף לייתר רכיבי הענישה, גם 9 חודשי מאסר לריצוי בעבודות שרות וזאת חרף שורה של טעמים מצטברים לקולא בעניינו:

א. העובדה שעסקינן בנער צעיר לימים, שגילו מתחת ל-16 שנים בעת המקרה, כך שאף לא התקרב לגיל הבגרות. ההלכה הפסוקה מייחסת משמעות רבה לכך לעניין העונש;

ב. היותו נעדר כל עבר פלילי בעת המקרה;

ג. העובדה שלא נפתחו נגד אימתי תיקים חדשים במשך למעלה מ-3 שנים;

ד. העובדה שאמיתי עבר הליך גמילה משמעותי וממושך בקהילה טיפולית והינו נקי משמוש בסמים;

ה. העובדה שאמיתי עומד להתגייס ליחידה קרבית בצה"ל ולתרום את תרומתו לחברה ולמדינה באופן המשרת את האינטרס הציבורי;

- ו. מבלי להקל ראש בחומרת העבירות, יש לייחס משקל לעובדה שלא נגרמה כל פגיעה בנפש או ברכוש;
- ז. העבודה שרק אמיתי נענש בגין החטא, בעוד האחרים שביצעו את העבירות כלל לא הועמדו לדין ולא נענשו במאומה. מדובר בנתון משמעותי לעניין העונש, בשל טענת האכיפה הבררנית.
94. לאור כל האמור לעיל עותרת הסניגוריה לבית המשפט הנכבד להורות על ביטול עונש המאסר לריצוי בעבודות שרות שהושת על המערער ולהותיר את יתר רכיבי הענישה בעינם.



אבי כהן, עו"ד
ב"כ המערער



פרידה וול, עו"ד
ב"כ המערער