

ע"פ 2868/13 - אלישע חייבטוב נגד מדינת ישראל

בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים פליליים

ע"פ 2868/13

לפני: כבוד המשנה לנשיאה ח' מלצר
כבוד השופט א' שהם
כבוד השופטת ד' ברק-ארז

המערער: אלישע חייבטוב

נ ג ד

המשיבה: מדינת ישראל

ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בבאר-שבע, מיום 28.4.2011, ב-תפ"ח 1171/07 שניתן על ידי כב' השופטים ר' יפה-כ"ץ - סג"נ; ו' מרוז; ו-א' ואגו

תאריך הישיבה: י"ז באדר התשע"ח (4.3.2018)

בשם המערער: עו"ד ד"ר חגית לרנאו; עו"ד דמיטרי ורניצקי

בשם המשיבה: עו"ד יאיר חמודות

פסק-דין
*

בהתאם לסעיף 218 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982, הננו מודיעים על זיכוי של המערער מהעבירות הבאות: קשירת קשר לביצוע פשע; רצח; ושוד. ההרשעה ביתר העבירות שיוחסו למערער תעמוד על כנה.

השופט א' שהם:

1. ביום 28.4.2011, הורשע המערער, אלישע חייבטוב, יליד 1970, בבית המשפט המחוזי בבאר שבע (כב' הרכב השופטים: ר' יפה-כ"ץ, סג"נ; ו' מרוז; ו-א' ואגו), בביצוע העבירות הבאות: רצח, לפי סעיף 300(א)(2) בצירוף סעיף 300(א)(3) לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: חוק העונשין); קשירת קשר לביצוע פשע, לפי סעיף 499(א)(1) לחוק העונשין; שוד, לפי סעיף 402(ב) לחוק העונשין; הפרת הוראה חוקית, לפי סעיף 287(א) לחוק העונשין; הדחה בחקירה, לפי סעיף 245 לחוק העונשין; ושיבוש מהלכי משפט, לפי סעיף 244 לחוק העונשין. ביום 30.5.2011, נגזר דינו של המערער למאסר עולם והוא חוייב בתשלום פיצויים בשיעור של ₪ 258,000 להורי המנוח.

2. הערעור שלפנינו נסב על הרשעתו של המערער בעבירות שפורטו בפסקה 1 לעיל.

עובדות כתב האישום שהוגש נגד המערער

3. כתב האישום, שהוגש ביום 14.11.2007, לבית המשפט המחוזי בבאר שבע (תפ"ח 1171/07), כולל שלושה אישומים שהמרכזי שבהם הוא האישום הראשון. באישום הראשון נטען, כי ביום 19.6.2002 או במועד סמוך לכך, קשרו המערער ואדם בשם סורן סורחנב, הידוע בכינויו ממוקה (להלן: ממוקה), קשר לבצע שוד במועדון סנוקר בשם "גרין ספורט", המצוי באזור התעשייה בשדרות (להלן: הסנוקר). במסגרת תוכנית הקשר ולשם קידומו, הצטייד המערער וממוקה במסכות שחורות, באקדח ובסכין. ביום 9.6.2002 סמוך לשעה 04:00 לפנות בוקר, החלו המערער וממוקה במימוש תוכנית הקשר בכך שנכנסו לסנוקר על מנת לבצע את השוד, שעה שהיו במקום שי אדרי ז"ל (להלן: המנוח), אוליב רזייב (להלן: אוליב) ואלכסנדר שמעונוב (להלן: שמעונוב). נטען בכתב האישום, כי המערער וממוקה נכנסו לסנוקר כאשר הם עוטים על פניהם מסכות שחורות; המערער אחז באקדח; וממוקה אחז בסכין. בשלב זה, קם המנוח, שהיה עובד הסנוקר, מכיסאו והתקדם לעברו של המערער. כפי שעולה מכתב האישום, המנוח הזיז את ידו של המערער, אשר אחזה באקדח, ואז ירה המערער במנוח "ירייה אחת אשר פגעה בריאתו השמאלית ובעורק ריאתי שמאלי וגרמה למותו". מיד לאחר מכן, נכנסו המערער או ממוקה לדלפק הסנוקר ונטלו משם סכום כסף, תוך שאחד מהם צועק לעבר אלכסנדר שמעונוב "אל תזוז". לאחר מכן, נמלטו המערער וממוקה מהמקום. במסגרת האישום הראשון יוחסו למערער עבירות של קשירת קשר לביצוע פשע, רצח ושוד.

4. באישום השני נטען, כי ביום 18.6.2002 (יום אחד לפני התרחשות האירוע המתואר באישום הראשון), התקיים דיון בבית משפט השלום באשקלון (כב' השופטת ד' כהן) בעניינו של המערער, ובסיומו ניתן על ידי בית המשפט צו הרחקה נגד המערער, ולפיו הוא לא יכנס לתחומי העיר שדרות, לתקופה של 30 ימים ולא יטריד את אשתו. בית המשפט התיר למערער להגיע מבית המשפט לשדרות בין השעות 12:00-19:00, לצורך הצטיידות בציוד אישי. נטען בכתב האישום, כי המערער הפר הוראה חוקית שניתנה לו על ידי בית המשפט, בכך ששהה בשדרות לאחר השעה 19:00.

5. מעובדות האישום השלישי עולה, כי ביום 8.2.2006, בהיות המערער נתון בחקירה, בקשר לאירוע המתואר באישום הראשון, התקשר המערער מתא המעצר, באמצעות טלפון נייד שמספרו 050-6907853, לאדם בשם גבריל מרדכיב (להלן: גבריל). באותה שיחה ביקש המערער מגבריל לומר, כי "לפני ארבע שנים (הוא) הגיע אליו לרמת גן בערב, בשעה עשר או עשר וחצי". כמו כן, התקשר המערער באמצעות אותו טלפון נייד אל אחיו איוון וביקש ממנו לגשת לגבריל ולומר לו כי המערער הגיע לביתו באותו יום בערב, וכי הוא היה "מסטול" ולא "היה בשדרות באותו יום". בנוסף, התבקש איוון לגשת לאמו של המערער ולבקש "שתגיד שהיא לא ראתה אותו, לא ביום ולא בלילה". עוד נטען, כי בהיותו עצור בפרשה זו, התקשר המערער באמצעות הטלפון הנייד לאדם בשם איגור גלגנה (להלן: איגור) ושאל אותו על מה הוא נחקר במשטרה "וזאת על מנת לתאם עדותו". במסגרת האישום השלישי יוחסו למערער עבירות של הדחת עד בחקירה ושיבוש מהלכי משפט.

הכרעת דינו של בית המשפט המחוזי

6. חוות הדעת בתיק נכתבה על ידי כב' השופטת ו' מרוז ואליה הצטרפו שני עמיתיה להרכב. בפתח הכרעת הדין פורטה בקצרה השתלשלות העניינים בפרשה זו, טרם הכניסה לעומקם של דברים. לאחר אירוע השוד והרצח ביום 19.6.2002, פתחה המשטרה בחקירה, בגדרה נאספו ראיות שונות ונגבו עדויות של עדי הראיה, אך מאמצי המשטרה לאתר את המבצעים עלו בתוהו. זמן קצר לאחר האירוע, וללא כל זיקה אליו, הורשע המערער בעבירה של הצתה - הצתת בית מגוריו בו התגוררו אשתו וששת ילדיהם - ונדון ל-5 שנות מאסר. בתאריך 16.3.2005, כשלוש שנים לאחר האירוע, התקבל מידע מודיעיני אצל קמ"ן כלא "דקל", המייחס את השוד והרצח למערער ולתושב שדרות המכונה ממוקה. עם קבלת המידע, פתחה המשטרה בחקירה סמויה נגד ממוקה, אך הלה נהרג בתאונת דרכים בחודש נובמבר 2005. החקירה הסמויה חודשה בתחילת שנת 2006 והתמקדה במערער. בתאריך 22.1.2006, נחתם "הסכם מדובבים" עם אדם שניתן לו המספר 41/06 (להלן: המדובב), ובמסגרתו התחייב המדובב לספק למשטרה שירותי דיבוב בתיק החקירה בעניינו של המערער. ההסכם תוקן ביום 26.1.2006, באופן שסכום התגמול עבור המדובב הוגדל. בו ביום, הוציאו חוקרי המשטרה את המערער מתאו בכלא "דקל" והעבירוהו לתא מעצר בעיר שדרות. במהלך הנסיעה מהכלא למתקן המעצר, הופגש המערער, באקראי כביכול, עם המדובב אשר הציג את עצמו כמי שנעצר בגין ביצוע עבירות סמים. בהגיעם למתקן המעצר, הושמו המערער והמדובב באותו תא מעצר. למחרת, נלקח המערער לדיון, בעניין שאינו קשור לחקירה, בבית משפט השלום בכפר סבא, והוחזר לתא המעצר בשדרות, בתאריך 26.1.2006, שם פגש בשנית במדובב. בשלב זה, הוקלטו השיחות בין השניים באמצעות מערכת אודיו. ביום 28.1.2006, הועברו השניים למתקן מעצר במשטרת קריית מלאכי, שם הותקן ציוד אלקטרוני לתיעוד שיחותיהם של המערער והמדובב, באמצעות אודיו ווידאו. במקביל, צפו חוקרי המשטרה בשניים והאזינו לשיחותיהם, לאורך כל שעות היממה, מתוך חדר עמדה, וכן תיעדו פרטים מהותיים שנצפו ונשמעו, ביומן העמדה (ת/26). בתאריך 8.2.2006, התוודה המערער, לכאורה, בפני המדובב על מעשי השוד והרצח שביצע ביחד עם ממוקה במועדון הסנוקר "ספורט גרין" בשדרות. בית משפט קמא ציין, כי הודאתו של המערער נקלטה בשלושה ערוצים: דבריו נקלטו באמצעים האלקטרוניים; המדובב האזין לדברים ודיווח על תוכנם לחוקרי המשטרה; וחוקר, אשר שהה באותה עת בעמדת ההאזנה, שמע אף הוא את תוכן ההודיה, צפה במתרחש בתא המעצר ותיעד את הדברים בזמן אמת. על יסוד ההודיה בפני המדובב, בצירוף ראיות תומכות, הגישה המשיבה את כתב האישום נגד המערער.

ההליך בבית משפט קמא

7. המערער יוצג במשפט על ידי עורכי דין מהסניגוריה הציבורית: עו"ד ד"ר חגית לרנאו ועו"ד דימיטרי ורניצקי.

בפתח ההליך, כפרו הסנגורים בעובדות כתב האישום, תוך התמקדות בטענה כי לא המערער הוא שביצע את העבירות. עם זאת, הסנגורים לא כפרו בעצם התרחשותו של האירוע ואף לא בקשר הסיבתי בין האירוע למות המנוח. בהתאם להסכמות אליהן הגיעו הצדדים, הוגשו לבית המשפט כל הראיות להוכחת התרחשות האירוע, מות המנוח, והקשר הסיבתי. כמו כן, הוגשו כראיה תקליטורים המתעדים את שיחותיהם של המדובב והמערער בתא המעצר, ככל שאלו היו רלבנטיים להודיית המערער בפני המדובב, וזאת בנוסף לתמלילי השיחות. מטעם המשיבה העידו המדובב, חוקרי המשטרה שהובילו את החקירה, ועדים אשר באמצעותם ביקשה המשיבה לתמוך ולחזק את הודיית המערער. עם סיום פרשת התביעה, ביקשה ההגנה לפסול את הודיית המערער, אך הבקשה נדחתה תוך קביעה, כי "לא היה בסיס חוקי להגשתה, כמו גם לא היה מקום להגישה במועד ובעיתוי כפי שהוגשה". הדיון נדחה לשמיעת ראיות ההגנה, ובפתח הדיון הנדחה הודיע המערער כי הוא מסרב להעיד כעד הגנה. בית משפט קמא ציין, כי באותו שלב הגיע המערער לבית המשפט כשהוא עוטה כיפה ובפיו הצהרה כי גורלו נתון בידי בורא עולם. בית משפט קמא הבהיר, כי עד לאותו מועד הופעתו של המערער "נעדרה סממנים המעידים על היותו אדם מאמין וירא שמייים". הסנגורים מסרו באותו מעמד, כי המערער חדל מלשתף עימם פעולה, ולהערכתם התערער מצבו הנפשי של המערער "ואין לו היכולת לקבל החלטה מושכלת ביחס להמשך ניהול משפטו". בנסיבות אלו, ביקשו הסנגורים לשחררם מהמשך ייצוגו של המערער, וגם המערער אמר כי אינו מעוניין בהמשך ייצוגו על ידי פרקליטיו, אך הבקשה נדחתה. בית משפט קמא הסביר למערער את השלכות סירובו להעיד והציע לו להיבדק על ידי פסיכיאטר, אך גם לכך סירב המערער בתוקף. חרף התנגדותו של המערער, הוא הופנה לבדיקה פסיכיאטרית, אך סירב להיבדק בטענה שאין בכך צורך. בתאריך 3.6.2014, התקיים דיון בבית משפט קמא ובמסגרתו נעשה ניסיון נוסף לשכנע את המערער למסור את עדותו. המערער עמד בסירובו ואמר כי אין לו מה לומר, והוסיף כי הוא ער לאפשרות שיוטל עליו עונש של מאסר עולם אם ימצא אשם. בית משפט קמא ציין, כי בשתיקה "רועמת" זו של המערער נחתם הדיון, לא לפני שההגנה הגישה חוות דעת של פסיכולוג קליני, מר יותם דגן, אשר חיווה את דעתו על אודות אישיותו של המערער, על נסיבות גביית ההודאה, והשלכות הדבר על תקפותה של ההודאה.

מהלך חקירתו של המערער

8. בית משפט קמא ציין בהכרעת דינו, כי בתאריך 22.1.2006, "נשלף" המערער מכלא "דקל" שם ריצה עונש מאסר. העברתו נועדה, לכאורה, לצורך הבאתו לבית משפט השלום בכפר סבא, ועל כן הצטייד המערער בצידוד בסיסי בלבד שנועד לימים ספורים, עד לחזרתו לכלא "דקל". בדרכו, הופגש המערער עם המדובב והשניים הושמו בתא המעצר במשטרת שדרות. בו ביום, הוצא המערער לחקירה ונחשד בחשד שווא, כי הוא ביצע, לכאורה, עבירות של התפרצות וגניבה, ביום 12.6.2002, בסנוקר "ספורט גרין", בו התרחשו השוד והרצח. המערער כפר באשמה, ולמחרת הוא הובא לדיון בבית משפט השלום בכפר סבא, והוחזר כעבור שלושה ימים. כאשר שב המערער לתא המעצר בשדרות הוא נפגש, פעם נוספת, עם המדובב, "אשר היציג עצמו בפניו כעבריין רב מעללים, העומד בראש ארגון פשע ועוסק בסמים, בעל כוח, כסף ומעמד רב עוצמה". בית משפט קמא הבהיר, כי עד ליום 6.2.2006, הוחזק המערער בתא המעצר במעמד של אסיר, מבלי שהוצא נגדו צו מעצר, והוא לא הובא בפני שופט להארכת מעצרו. מעת לעת, הוצא המערער לחקירות ותשאולים ביחס לחשד שהוטח בו, לפיו הוא ביצע עבירות של התפרצות וגניבה. כאמור, המערער הכחיש חשד זה אך אישר כי הסנוקר מוכר לו וכי הוא נהג לפקוד אותו לעיתים קרובות. כמו כן, נטל המערער חלק בהובלת החוקרים לשלושה מועדוני סנוקר באזור התעשייה בשדרות, וביניהם הסנוקר שבו התרחש האירוע, וכל זאת תוך החשדתו בכזב בביצוע עבירות של התפרצות וגניבה. יצוין, כי עם שובו של המערער מבית משפט השלום בכפר סבא, הוא התלונן בפני חוקריו על תנאי החזקתו וביקש לשוחח בטלפון עם בני משפחתו, תוך דרישה כי יתאפשר להם להביא לו בגדים וציוד אישי, אך בקשותיו נדחו. בנסיבות אלה, "הסתפק" המערער בנדיבותו ורוחב ליבו, לכאורה, של המדובב "אשר חלק עמו את מזונו, נתן לו סיגריות ואף השאיל לו מבגדיו". בהמשך, שב המערער ודרש לשוחח עם בני

משפחתו ולקבל באמצעותם ציוד אישי, וכן דרש להתקשר לעורך דין. בית משפט קמא ציין, כי "דרישותיו נדחו ב'לך ושוב', או אז הכריז המערער על שביתת רעב". ואכן, ביום 2.2.2006, אפשרו החוקרים למערער לשוחח עם אמו ועם אחיו, והוא קיבל ציוד אישי באמצעות האח. עוד עולה מהכרעת הדין, כי במהלך השהייה המשותפת עם המדובב, נצפו השניים כשהם מעשנים סמים בתא המעצר. בדיעבד, אישר המדובב כי הם צרכו חשיש והרואין, ולטענתו הוברחו הסמים על ידי המערער, עם שובו מבית המשפט בכפר סבא. לדברי המדובב, הסמים המסוכנים אזלו מספר ימים טרם מתן ההודיה על ידי המערער. בתשאל שנערך למערער ביחס למקום הימצאו בליל הרצח, טען המערער כי הוא קיים את צו בית המשפט (ת/30) ועזב את העיר שדרות ביום 18.6.2002, הגם שהוסיף כי יתכן שיצא את העיר בשעה מאוחרת יותר מזו שהותר לו. בית משפט קמא ציין, בהקשר זה, כי במסגרת החקירה הגלויה שנפתחה בעניינו של המערער, שב המערער וטען, "בגדר טענת אליבי", כי בליל הרצח הוא שהה בבית דודו, גבריל, ברמת גן. בית משפט קמא הדגיש, כי "הטענה הופרכה ועל כך אין מחלוקת". עוד ציין בית משפט קמא, כי במסגרת החקירה הסמויה הזכיר המערער את שמו של ממוקה, כמי שפגש בו טרם צאתו מהעיר שדרות כדי לרכוש סמים, אך לטענתו של המערער לא היו בידיו של הלה הסמים המבוקשים. באותו שלב, הבהיר ראש הצח"מ (להלן: משה) למערער כי קיים נגדו חשד לביצוע "משהו חמור" וכי הוא נטל "נשמה של בן אדם", והוסיף "תזכור, אני אוכיח לך שגם שוד עשית", אולם משה לא הציג, בשלב זה, חשד מפורש לביצוע העבירות שיוחסו מאוחר יותר למערער. בית המשפט ציין, בהקשר זה, כי "על רקע רמזיו של משה, תיאר [המערער] למדובב, באמצעות פנטומימה, מעשים אשר פורשו על ידי המדובב כהודיה במעשי השוד והרצח".

9. כאשר הפכה החקירה לגלויה, כתב המערער מכתב לבני משפחתו, אשר נתפס על ידי החוקרים, ובמסגרתו הוא הודיע לקרוביו כי "מישהו מפיל עלי צרה, עדיין לא יודע מי". בסיומו של המכתב, פנה המערער אל אחיו וביקש ממנו להתקשר לעו"ד בנייה, תוך מסירת מספר הטלפון שלו, וביקש כי הלה "יגיע אלי דחוף" (המכתב, ת/61). רק בתאריך 5.2.2006, כשבועיים לאחר שהועבר המערער לתא המעצר בשדרות, נחקר המערער תחת אזהרה בחשד לביצוע מעשי השוד והרצח בסנוקר, ובתגובה אמר המערער כי הוא לא ידבר ללא נוכחות עורך דין:

"בלי עו"ד, עד שאני לא מדבר עם עו"ד שלי אני לא רוצה לדבר כלום כי זה לא קשור אלי בכלל. אני רחוק מדברים האלה, חס וחלילה..."

על הזין שלי כל העולם, אני לא אומר כלום, אם זה לא מבינים על הזין שלי כל העולם ואל תשאל אותי כלום עד שיבוא עו"ד שלי ותרגום לרוסית" (ת/80א').

בתום החקירה, שב המערער לתא המעצר, ובאותו שלב היה ברור לו ולמדובב כי הוא עתיד להתייצב למחרת היום בפני שופט שלום לשם הארכת מעצרו, "ועל כן, (הם) טכסו עצה ביחס לייצוגו של [המערער] במהלך הדיון". המדובב הציע למערער את בא כוחו, עו"ד אביגדור פלדמן, ואילו המערער התלבט אם לקבל את ההצעה, שכן הוא חשש כי הלה לא יופיע לדיון. לבסוף, החליט המערער, בעצה אחת עם המדובב, כי אם עו"ד פלדמן לא יגיע לבית המשפט, הוא יתקשר לבא כוחו - עו"ד בנייה. עוד אמר המערער למדובב, כי עד אשר לא ייוועץ בעורך דין, הוא לא ישתף פעולה במהלך הדיון, ולדבריו:

"נחכה להם שמה, אני לא לדבר כלום עד שהוא לא יבוא... העורך דין בא, נדבר. אני צריך ימים זהו. שהוא צריך עו"ד בשביל שיגיש שיתנו יומיים כדי לבדוק את התיק" (נ/33).

10. בתאריך 6.2.2006, התקיים דיון בבית משפט השלום באשקלון (כב' השופט חסדאי) בבקשת המשטרה להאריך את מעצרו של המערער. החוקר טוביה צלח (להלן: צלח) הצהיר במהלך הדיון כי המערער אינו מעוניין בייצוג, "למרות שהסברנו לו את חשיבות הסנגור, הוא פגש בסנגור ציבורי ואמר לו שהוא לא רוצה שייצגו אותו". מסתבר, כי עורך הדין שהציע המדובב, עו"ד פלדמן, לא התייצב לדיון ונראה כי לא נעשתה אליו כל פניה בהקשר זה. בשל הצעתו של המדובב, לא יצר המערער קשר עם פרקליטו, עו"ד בנייה, ומשהוצע לו לשוחח עם סנגור תורן מטעם הסנגוריה הציבורית, סרב המערער לכך באומרו:

"אני לא צריך בינתיים עו"ד. אני צריך תרגום ברוסית. לא נתנו לי להתקשר לעו"ד שלי... אתמול נתתי טלפון של עו"ד שלי ועד עכשיו לא קיבלתי תשובה. לא נתנו לי להתקשר לעו"ד שלי... לא נותנים לי להתקשר לילדים שלי, לאמא שלי. אני דואג למשפחה שלי".

בית המשפט השלום ציין בהחלטתו, שבמסגרתה הוארך מעצרו של המערער עד ליום 16.2.2006, כי:

"פעמים מספר במהלך הדיון ובסיוע המתורגמת, ניסיתי לשכנע את החשוד להסכים להיות מיוצג בישיבת היום על ידי סנגור מהסנגוריה הציבורית אך הוא סירב לעשות כן בתוקף".

הודייתו של המערער בפני המדובב

11. ביום 8.2.2006, לאחר חזרתו של המערער מדיון המעצר, "החדיר" המדובב לתא המעצר טלפון נייד, כחלק מתרגיל חקירה, ואיפשר למערער לשוחח באמצעותו, עם מי שיחפוץ, והשיחות הוקלטו. באמצעות הטלפון הנייד, שוחח המערער עם קרובי משפחתו וחבריו. בין היתר, התעניין המערער בשאלת מותו של ממוקה, מתוך רצון לוודא כי הלה אכן נפטרה, למרות ששמע בכלא כי הלה נהרג בתאונת דרכים. כמו כן, ביקש המערער לבסס את טענת האליבי שלו, לפיה בליל הרצח הוא שהה אצל בן משפחתו גבריל. לצורך כך, שוחח המערער עם אחיו ועם גבריל עצמו. בית משפט קמא ציין, כי "אגב השיחות עם קרוביו, בין לבין, התוודה [המערער] בפני המדובב על מעשי השוד והרצח". בהכרעת הדיון הוקדש פרק נרחב להודייתו של המערער בפני המדובב, שאליה התייחס בית המשפט כ"ליבת הראיות מטעם התביעה". צוין בהכרעת הדיון, כי שיחותיהם של המערער והמדובב תועדו באמצעי אודיו, והחל מתאריך 28.1.2006 גם באמצעות מצלמת וידאו. עם זאת, הובהר כי "איכות ההקלטה ירודה וקיים קושי להבין את תוכן השיחות שבין השניים". עוד הודגש, כי שיחות החולין התנהלו בקול רם וברור, ואילו השיחות הנוגעות לאירוע עצמו נעשו בלחשושים ובסימני ידיים. מכאן מסיק בית משפט קמא, כי המערער "היה מודע לאפשרות שדבריו מוקלטים, ומכאן אמצעי הזהירות שנקט". גם המדובב ציין בעדותו בבית המשפט כי המערער העלה בפניו, לא פעם, את חששו שמא דבריו מוקלטים. כבר בשלב זה של הכרעת הדיון, הביע בית משפט קמא את דעתו כי:

"התנהגות זו של [המערער] מעידה על מודעות; מודעות לשיטות חקירה, לזכות השתיקה, מודעות לאפשרות של הפללה עצמית. [המערער] נהג זהירות, כאדם קר ומחושב, אשר ביקש למנוע את חשיפת האמת".

בית משפט קמא ציין, כי בלילה שבין 8.2.2006 ל-9.2.2006 התוודה המערער בפני המדובב על מעשי השוד והרצח. הובהר, כי שבוע קודם לכן הציג המערער בפני המדובב "בפנטומימה", דברים אשר פורשו על ידי המדובב כהודיה במעשי השוד והרצח "ועל כן, קנה המדובב מושג ראשון במה מדובר". בית משפט קמא ציין, כי המדובב נקט בשיטה מתוחכמת ומניפולטיבית "הגם שלא היה בה כדי חריגה מגבולות המנדט שקיבל". הואיל והחשדות נגד המערער היו גלויים, הקשה עליו המדובב בשאלות, מתוך דאגה כלפיו לכאורה, ובאמצעות השאלות ביקש המדובב להעמיד את המערער על נקודות התורפה שבסיפורו, "כדי 'להבטיח' את סודו לבל ייחשף". בית משפט קמא הוסיף עוד, כי המערער "הגיב כמצופה". שאלותיו של המדובב ערערו את בטחונו והוא נזקק לטלפון, אשר נפל לידיו כ"פרי בשל", "כדי לשוחח עם קרוביו לוודא עובדות, להסיר ספקות ובעיקר, לגבש את טענת האליבי שלו". בתאריך 8.2.2006 שעה 20:25, שוחח המערער עם אחיו, שעמו קיים המערער שלוש שיחות רצופות. המערער ביקש לברר אילו שאלות נשאל האח בחקירתו על אודות טענת האליבי שהוא העלה, ושמח לשמוע כי האח אמר לחוקרים שהמערער קיים את צו ההרחקה שהוצא נגדו, ונסע בו ביום (18.6.2002) לרמת גן. לאחר השיחה, נצפו המערער והמדובב כשהם מתלחשים "ומשוחחים בתנועות ידיים". המערער נישק את המדובב וסימן בתנועות ידיו כי הוא התקשר בטלפון הנייד והוסיף את המילה "מת" כשהכוונה לממוקה. בדבריו למדובב, נשמע המערער כשהוא אומר לגבי ממוקה "מת, שמעתי ככה בטלפון אמרו לי מתי מתקשר למישהו אמרו לי היה תאונה... הראש שלו במקום אחר". לשאלת המדובב, כיצד הגיע האירוע לכדי מעשה רצח, אמר המערער כי הוא וחברו בקשו לגנוב כסף אלא שהמנוח התקרב אליו ועל כן הוא ירה בו:

"מדובב: אבל למה באתם ככה (מסמן תנועה של אקדח)

מערער: לא, סתם אני אספר לך זה סתם.

מדובב: נו, כמה (כשהכוונה לכמה כסף)

מערער: היה ארבעים אלף

מדובב: ארבעים אלף... למה?

מערער: הוא בא אלי כמו מניאק (הכוונה למנוח)... הוא בא ככה, הוא בא (נצמד למדובב, מסמן רעול פנים) הוא יושב שם, אני ככה עומד מסתכל".

לשאלת המדובב, מדוע ירה במנוח אומר המערער:

"לא רציתי... כן, מניאק, אתה מבין... ממוקה עשה עם הסכין (עושה תנועה של הצמדת סכין לגרונו של המדובב)...

מדובב: ואתה עומד?

מערער: כן, אני (מדגים החזקה של אקדח עם תנועה לצדדים) וזה מניאק בא.

מדובב: אתה?

מערער: כן, אני עושה (מדגים החזקה של אקדח) הוא נתן בום ואני בום (מדגים ירי באמצעות ידיו).

מדובב: מה, הוא נתן לך בוקס

מערער: כן

מדובב: מה הוא מטומטם, הוא לא רואה אקדח?

מערער: כן, הוא עכשיו ואני ... (מבצע הדגמה של ירי) והוא נפל... ושמתי רגל

מדובב: איזה מטומטם

....

מערער: ... (לא ברור)... אם הוא לא, אני לא, אם הוא עושה לי ככה... הוא חי היום, נותן כסף ולך תזדיין".

בית משפט קמא מבין מתשובתו האחרונה של המערער כי "אם המנוח לא היה מתקדם כלפיו ונותן לו בוקס, אלא היה נענה לדרישה ונותן הכסף, כי אז היה נותר בחיים".

בהמשך, שואל המדובב את המערער לגבי המנוח: "אתה בטוח מת?", ועל כל משיב המערער "כן, כן בטח, היה אזכרה הכל, אני הייתי שם". לשאלת המדובב אם המנוח היה מרוקאי, משיב המערער "אדרי, מה מרוקאי... הוא היה סוהר משמר הגבול, אתה מבין".

מכאן מסיק בית משפט קמא, כי המערער "הכיר את קורבנו, המנוח, עלה על קברו, דומה שמצפונו העיקר עליו". בהמשך, מבהיר המערער כי הם עזבו את המקום ברכבו של ממוקה ולשאלת המדובב "ואיפה נפרדתם?" משיב המערער: "בשדרות". לשאלה אם נסע לרמת גן, אומר המערער: "לא, הייתי בשדרות, זהו". בהתייחס לנזיפת המדובב, כיצד הוא הולך לבצע שוד עם נרקומן, כשהכוונה לממוקה, מנסה המערער להתנער מהאירוע (ובלשון בית משפט קמא "מזגזג" את גרסתו), באומרו: "לא היה לי בעיה... אבל אני לא עשיתי כלום, לא עשיתי כלום, אח שלי".

המדובב מתעלם מנסיונו של המערער וממשיך בשאלותיו:

"מדובב: אף אחד לא ראה?"

מערער: לא

מדובב: רק אמוקה? (כך במקור)

מערער: כן

מדובב: ואם אמוקה הזו מת, למה?

מערער: זהו

מערער: אם סיפר את זה לאשתו זה סיפורים של...".

בית משפט קמא מבהיר, כי המערער העלה את החשש שמא ממוקה סיפר על האירוע לאשתו, "ברם חיש קל, ביטל האפשרות". לשאלת המדובב, מה עשה בקשר לבגדיו, השיב המערער "הכל שרוף", ולשאלה, האם ממוקה יודע היכן נשרפו הבגדים, אמר המערער: "לא, זה אני לבד, מה אני משוגע?". אשר לאקדח, אמר המערער כי אין סיכוי למוצאו, שכן "לא יכול להיות, אין, אין באדמה". ובהמשך, "... הכל מפרק... הכל חתיכה... זה שם, זה שם... אין פה כלום, זה הכל סמרטוט, זה נקי וזה פסס..." (המחשה לאש). המערער מעלה את החשש שמה הותקנו בסנוקר מצלמות אבטחה, אך מבטל חשש זה לנוכח המעצרים ההמוניים שביצעה המשטרה של "כל הגנבים, כל אנשי שדרות עצרו באותו יום", מה שמלמד כי למשטרה לא היה קצה חוט בחקירתה. בהמשך הכרעת הדין (פסקאות 140-147), מצטט בית משפט קמא באריכות את שיחותיו של המערער עם בני משפחתו בניסיון לבסס את טענת האליבי שהעלה, לפיה הוא שהה במועד הרצח והשוד ברמת גן. כמו כן, מבקש המערער לוודא כי ממוקה נפטר ומאיץ באחיו "מחר או מחרתיים... תלך לבית העלמין ותבדוק". ממכלול שיחותיו של המערער עם המדובב ומשיחות הטלפון שקיים עם בני משפחתו, מסיק בית משפט קמא כי מדובר בהודיה מלאה,

"ולפיה, בליל האירוע הגיע [המערער] עם ממוקה לסנוקר, שניהם רעולי פנים, בידו אקדח וביד ממוקה סכין, במטרה לגנוב כסף. כאשר המנוח פנה אליו והושיט לעברו ידו באגרוף, ירה [המערער] ירייה באוויר ולאחר מכן, ירייה מטווח קצר לעבר חזהו והרגו. אז נמלטו השניים מהמקום במכוניתו של ממוקה ונפרדו בעיר שדרות. את הבגדים שלבש באירוע - שרף, ואת האקדח - פירק, ואת חלקיו פיזר. שיחות הטלפון עם קרוביו, משלימות את דבריו למדובב, לכדי תמונה ברורה ובהירה".

תיאור האירוע

12. בהכרעת דינו, נדרש בית משפט קמא לקבוע ממצאים לגבי ההתרחשויות בזירת העבירה, בהסתמך על עדויות הנוכחים במקום וראיות פורנזיות שונות. בית משפט קמא ציין, כי מתוך העדויות והראיות שנאספו, סמוך לאחר האירוע, עולה כי השוד והרצח התרחשו בשעה 04:00 לערך. באותה עת, היו במועדון הסנוקר: המנוח ששימש כשומר ושניים נוספים - אוליב ושמעונב. הודעותיהם של השניים במשטרה הוגשו לבית המשפט בהסכמה. בהודעתו, ת/88א', אומר אוליב את הדברים הבאים, לגבי ההתרחשויות במקום:

"פתאום ראיתי 2 אנשים נכנסים עם מסיכה שחורה על הפנים, אחד מהם הוציא אקדח. שי (המנוח - א.ש.) תפס לבחור את האקדח והזיז לו את היד ואני מהר קמתי וברחתי ליד המקלות... ואז אני שמעתי ירייה..."

ובהודעה ת/88ג' הוסיף אוליב כדלקמן:

"ישבתי מול הדלפק ודיברתי עם שי... פתאום דלת נפתחה... נכנסו שני אנשים... שניהם היו עם מסכות על הראש רואים רק עיניים שלהם, אחד היה עם אקדח... הוא כיוון את האקדח לכיוון של שי ואיך שהוא ראה אותו אמר להם 'אה' הוא

אמר את המילה 'אה' פעמיים, לפני כן הוא ישב ואחרי זה הוא קם מהכיסא. הוא עם האקדח נפנף עם היד ושי קם הרים יד שמאל לכיוון האקדח... היד של האדם עם האקדח עפה לכיוון המקרר... ושי בא לקפוץ עליו והוא ירה... ואני שמעתי ירייה. אני פחדתי והורדתי את הראש שלי למטה והרמתי את הראש שוב. ראיתי שי נפל הרצפה ומישהו נכנס לכיוון הקופה, אני חושב זה היה עם האקדח... פתח מגירה... חיפש בתוך המגירות... הבחור השני פתח את הדלת הכניסה... השני היה לו משהו ביד...".

אוליב ציין, כי הוא שמע ירייה אחת בלבד, אך הוסיף כי שמיעתו לקויה והוא מתקשה לדבר וללכת בשל מצבו הבריאותי. לדברי אוליב, ידוע לו כי המנוח נהג להניח את הכסף הקטן בקופה ואילו את הכסף הגדול שמר בכיסו. בעדות נוספת שמסר, סיפר אוליב כי זמן קצר לפני שנכנסו רעולי הפנים לסנוקר, עזב את המקום בחור המכונה "דימה" (הכונה לדמטרי עבדוב, להלן: דימה), כשהוא מלווה בבחורה.

13. שמענוב היה בחלקו הפנימי של הסנוקר, כאשר שמע את המנוח צועק "הא" "זורק עצמו לעבר הדלת". לפתע שמע שמענוב ירייה אחת חלשה של אקדח. לדברי שמענוב, שני השודדים היו מצויידים, האחד בסכין והשני בנשק קטן ושחור. לאחר הירי,

"זה עם הנשק עמד ליד הדלת זה עם סכין הלך לקופה, פתח ורצה לקחת משהו. מתי אני הסתכלתי כבר שני עם נשק הסתכל לבחוץ והסתכל עליי עם נשק ואמר אל תזוז... הלכתי מתחת לשולחן... רק שם יד בקופה לקח כמה גרושים. לא חיפש הרבה זמן ואז יצאו מהר וסגרו את הדלת" (הודעת שמענוב, ת/87א').

14. שני העדים מסרו, כי כאשר רעולי הפנים עזבו את המקום, המנוח היה עדיין בין החיים. מחוות דעת פתולוגית (ת/23) עולה כי המנוח נפטר כתוצאה ממעבר קליע דרך בית החזה מקדימה לאחור. טווח הירי היה פחות ממטר אחד. מחוות דעת המעבדה הניידת של מז"פ (ת/22) עולה כי המנוח נורה סמוך לדלת הכניסה ולדלפק הקופה הרושמת במועדון. בזירה נתפס תרמיל אחד בקוטר 7.65 מ"מ, התואם את הקליע שהוצא מגוף המנוח. בית משפט קמא ציין בהכרעת דינו, כי הודית המערער "תואמת בפרטיה את תיאור האירוע על ידי העדים. בהודאה פרטים מוכמנים המעידים על אמיתות תוכנה".

יחסי המערער והמדובב

15. פרק נרחב בהכרעת הדין הוקדש לנושא המדובב, אופיו ואישיותו, היכרותו עם המערער, ולשאלה האם נוצרו ביניהם יחסי תלות או מרות. בית משפט קמא הדגיש, כי ההגנה טוענת שמערכת היחסים, אשר התפתחה בין המערער לבין המדובב, משליכה על קבילותה ומשקלה של הודית המערער. לטענת ההגנה, בין השניים נוצרו יחסי תלות ומרות, ובגדרם ביקש המערער לרצות את המדובב, להתרברב בפניו, ולספק תשובות לשאלותיו "אף במחיר מתן הודית שווא". עוד טוענת ההגנה, כי באמצעות תרגילי חקירה, תחבולות, ומניפולציות שהפעיל המדובב על המערער, נפגעו זכויותיו כאדם וכחשוד, ובנוסף נשללה הימנו החירות וחופש הרצון להחליט "באם לדבוק בזכות השתיקה". ההגנה טוענת בנוסף, כי יש לפסול את ההודיה גם מכוח כללי הפסילה הפסיקתית, "כפי שנקבעו בהלכת יששכרוב ובהלכת אלזם".

בית משפט קמא הבהיר בהכרעת דינו, כי המדובב הוא אדם מבוגר, בעל משפחה וסב לנכדים. לחובתו של

המדובב עבר פלילי עשיר, בעיקר בעבירות של סחר והחזקת סמים שלא לצריכה עצמית, והוא ריצה תקופות מאסר רבות וממושכות במהלך חייו. עוד צוין, כי המדובב היה נרקומן בעבר, לאורך שנים, ולטענתו הוא נגמל משימוש בסמים, זמן רב טרם שהחל את תפקידו כמדובב והוא כיום נקי מסמים. עם זאת, אישר המדובב כי הוא צרך סמים עם המערער, לאחר שאלה הוברחו, לטענתו, לתא המעצר על ידי המערער עצמו. המדובב הציג עצמו בפני המערער כ"מגה עבריו", העומד בראש ארגון פשע שעיסוקו סחר בסמים. עוד סיפר המדובב למערער, כי תחת פיקודו פועלים עשרות עבריינים "הסרים למרותו". המדובב התפאר במצבו הכלכלי האיתן, ולדבריו הוא חולש על "אימפריה" כלכלית. הוא הציג עצמו בשם יאסר ג'רושי, בן למשפחת עבריינים ידועה ברמלה, וסיפר למערער כי הוא נעצר בגין ביצוע עבירות סמים. לצד "המצג הכוחני ורב העוצמה" שהציג המדובב בפני המערער, הוא סיפר לו כי הוא חולה במחלת הסרטן וצוין בפניו, לא פעם, כי הוא עייף, תשוש וחולה, ולעיתים ביקש לקטוע את השיחות ביניהם כדי ללכת לישון.

16. כזכור, המפגש הראשון בין המדובב לבין המערער היה במכונית, בה הוסעו השניים לתא המעצר בשדרות. ההיכרות ביניהם הלכה והעמיקה עם שובו של המערער מהדיון בבית משפט השלום בכפר סבא, בתאריך 26.1.2006. עם שובו מהדיון, אמר המערער למדובב כי הוא "מת" להתקשר למשפחתו, לאחר 4 ימים שהוא לא שוחח עמה. עם זאת, גורס בית משפט קמא כי בשלב זה, "הניתוק ממשפחתו [של המערער] עדיין לא הכביד עליו, הגם שהיה צמא לשוחח עמה, אף העדר ציוד אישי לא העיק במידה ניכרת". באותה עת, התנהלה חקירה סמויה נגד המערער, והמדובב עדיין לא הספיק להתהדר בפניו "במלוא נוצותיו". בשלב זה, שאל המדובב את המערער אם הוא מעוניין בעורך דין, והלה השיב, כי "אין לי כסף לעורך דין", בציינו כי לא מדובר בעניין רציני. בחלוף הימים, חש המערער את עול הניתוק ממשפחתו והעדרו של ציוד אישי, והלין בפני המדובב על דחיית דרישותיו על ידי החוקרים, ב"לך ושוב". בית משפט קמא צוין, כי בתגובה לדברי המערער "התגייס" המדובב למענו, הוא "חלק עמו את מזונו, נתן לו סיגריות ואף השאיל לו מבגדיו". בתאריך 2.2.2006, התאפשר למערער לשוחח עם אמו ואחיו, והאחרון אף הורשה להביא למערער ציוד אישי. באותו שלב, התנהלה עדיין חקירה סמויה בעניינו של המערער, אך בית משפט קמא צוין, כי הופרחו כלפי המערער רמזים "מהם הוא הבין, כך נראה, כי מיוחסות לו עבירות חמורות מאוד, חמורות מאלו עליהן נחקר - אשר כשלעצמן, כלל לא הטרידו אותו". הקרבה בין המערער למדובב הלכה והעמיקה, התנהלו ביניהם שיחות חשאיות, היו הסתודדויות וסימני ידיים, ולטענת המדובב, המערער התוודה בפניו בביצוע הרצח "באמצעות פנטומימה". בית משפט קמא התרשם, כי ניכר על המערער שהוא היה ער לאפשרות כי שיחותיו עם המדובב מוקלטות.

17. בתאריך 5.2.2006, עם הפיכתה של החקירה לגלויה ולאחר שהמערער נחשד בביצוע מעשי השוד והרצח, הוצע לו המדובב, "שכבר היה לאיש סודו", את שירותיו של עורך דינו, עו"ד אביגדור פלדמן, לצורך הדיון בהארכת המעצר, שנועד למחרת היום. ניתן להבין מפסק דינו של בית משפט קמא, למרות שהדבר לא נאמר מפורשות, כי המדובב הוליך את המערער שולל, בכך שהוא הבטיח לו כי עו"ד אביגדור פלדמן יתייצב לדיון בהארכת המעצר, ומכל מקום עולה בבירור מחומר הראיות כי לא הייתה כל פנייה אל עו"ד פלדמן בעניין זה. נצוין, כבר בשלב זה, כי ניתן היה לצפות לקביעה מפורשת וברורה יותר של בית המשפט בכל הקשור לפנייה או העדר הפנייה אל עו"ד פלדמן, וזאת בשל חשיבות הדבר, כפי שיובהר בהמשך. אין מחלוקת, כי באותו שלב מסר המערער לאחד השוטרים את מס' הטלפון של בא כוחו, עו"ד בנייה, שכן, לגישת בית משפט קמא, המערער "לא סמך ידו על בא כוחו של המדובב, מה גם, שצוין בפניו כי אין לו כסף". כזכור, התייצב המערער לדיון בהארכת המעצר, לאחר שהוא נחשד בביצוע עבירות שוד ורצח, ללא עורך דין, "וסירב להסתייע בשירותיו של סנגור ציבורי, חרף עצת בית המשפט". בית משפט קמא התרשם, כי עם צאת החקירה הגלויה לדרך, התהדקו יחסי המערער והמדובב, והמערער שיתף אותו בפרטי החקירה, כאשר הידידות עם המדובב "החמיאה לו". בשיחותיו המוקלטות עם בני משפחתו, תיאר המערער את המדובב בפני אחיו, כ"קליבר", ובפני אמו כ"אדם טוב", והתפאר בידידות שניקמה ביניהם. עם זאת, לא נעלמה מהמערער הסכנה האפשרית הנשקפת לו מהמדובב והחשש הנלווה לכך, ועל כן ביקש מחבריו "לרחח" אחריו. כך, למשל, נקלטה שיחתו של המערער עם חברו

אלברט:

"מערער: משפחת ג'רושי מוכרת לך? ... מי אלו?

אלברט: מי הם?

מערער: כן, רציניים? ... הנה, אחד מהם יושב איתי. הוא עוזר, בקיצור, הוא הביא ת'חצוצרה (הכוונה לטלפון הנייד) להתקשר.

אלברט: למה, יש בעיה איתם?

מערער: אצלי כן, לא לא איתם, איתו הכל טוב, רק רציתי לברר בשביל עצמי".

בית משפט קמא ציין, כי בשיחה עם חבר אחר בשם דניס שאל המערער את בן שיחו, אם מוכר לו בחור בשם יאסר ג'רושי והלה השיב בשלילה. לשאלה, האם מוכרת לו משפחת ג'רושי השיב דניס בחיוב, ואז התגאה המערער בכך שיאסר ג'רושי נמצא איתו ועוזר לו.

בשיחה נוספת עם אלמוני, הזהירו הלה מפני המדובב:

"גבר: הכל בסדר. אני לא מבין מי זה שם, מי זה קווקזי שלנו, או שהוא רומי, או מי זה שם?

מערער: מוסלמי

גבר: אני חושב שהוא זה ... הומו (חשד להיותו מדובב)

מערער: לא, אולי אני לא יודע, אני לא יודע במדויק (לא ברור)

גבר: מה?

מערער: תקשיב... בטלוויזיה בעברית אתה רואה?

גבר: כן

מערער: תראה בחדשות, יאסר ג'רושי

גבר: מי?

מערער: יאסר ג'רושי... בחדשות... תראה, צריכים להראות אותו בטלוויזיה, אתמול היה המשפט שלו, מה אומרים שם?".

בית משפט קמא ציין, כי אזהרתו של החבר "ברורה וחדה", ואף המערער "הביע ספק כלפי המדובב". בית

משפט קמא הבהיר, בהקשר זה, כי בליל ההודאה הוסיפה אמו של המערער על ספקותיו, כפי שניתן ללמוד מהשיחה הבאה, שהתנהלה בשפה הקווקזית:

"מערער: הכניסו אלינו לכאן אדם מבוגר, הבנת?

האם: הוא לא ימכור אותך האיש המבוגר הזה?

מערער: לא, הוא אדם טוב

האם: כן, הם כולם טובים, בסדר (באירוניה). טוב אלוהים אתך".

התייחסות בית משפט קמא לטענות ההגנה לפיהן מדובר ביחסי מרות ותלות בין המערער למדובב

18. ההגנה טוענת כי הדינמיקה הייחודית שנוצרה בין המערער למדובב, הובילה לקיומם של יחסי תלות ומרות ביניהם. נטען, כי המערער היה בעמדה נחותה, אשר שללה הימנו את המודעות לטיבו האמיתי של הקשר, כך שנוצרה "סכנה מובנית מוגברת לרצונו החופשי של החשוד וממילא לזכות השתיקה העומדת לו". עוד נטען, כי מצוקת המערער, בדידותו, הרעב, וחוסר האונים שלו "הובילו לתלות במדובב, לרצון לרצותו ולהתרברב בפניו". את טענותיה אלה סומכת ההגנה על חוות דעת המומחה מטעמה, מר יותם דגן, פסיכולוג קליני, אשר חיווה את דעתו לגבי אישיותו של המערער, יחסיו עם המדובב; וההשלכות של הדבר על מתן ההודיה. בית משפט קמא ציין, כי חוות דעתו של מר דגן נערכה על בסיס צפייה של המומחה במספר מוגבל של קלטות, ובהסתמך על טיעוני ההגנה. המומחה גורס, כי המערער "נכנע בהדרגה ליחסי המרות", וכי המדובב הפך מבחינתו ל"מורה הנבוכים" שלו, ובכך קנה המדובב "עמדת השפעה ושליטה בו, שליטה שנראה כי פגמה מאוד באוטונומיה של [המערער] וביכולתו להבין נכונה את המציאות ולפעול באופן מותאם". עוד נטען על ידי ההגנה, כי המערער נקלע למשבר רגשי עקב מניעת טלפונים ומניעת אספקה וציוד אישי. לשיטת ההגנה, המשבר החל עוד ביום 2.2.2006, מספר ימים טרם מועד ההודיה, כאשר השבירה של המערער, "הניתוק שלו, והפגיעה בזכות ההיוועצות, העצימו מאוד את השליטה שיש למדובב עליו".

19. בהתייחס לטענות ההגנה, באשר למערכת היחסים שנוצרה בין המערער לבין המדובב, ציין בית משפט קמא כי מדובר בטענות שבעובדה שהיה על ההגנה להוכיח באמצעות ראיות. הובהר, כי רק המערער יכול להעיד על מצבו הנפשי, על תחושותיו, ועל השפעתו של המדובב עליו, ואולם משום שהמערער בחר בזכות השתיקה "נשמט היסוד לטענות ההגנה, אשר נותרו בגדר סברה". עוד ציין בית משפט קמא, כי בחקירותיו הגלויות "ניצב [המערער] כסלע איתן בפני חוקריו, לא מש מזכות השתיקה". לגישת בית משפט קמא, "שמירתו [של המערער] על זכות השתיקה בחקירה המשטרתית ובבית המשפט, תומכת במסקנה כי מדובר באדם בעל אופי חזק, חוסן ויציבות". על אופיו ואישיותו זו של המערער למד בית משפט קמא גם מהתנהגותו בבית המשפט, עת לא שעה לכללי הדיון, הטיח מילים קשות במדובב, והתעלם מהערות בית המשפט. בית משפט קמא הדגיש, כי בשל "עיקשותו, חשדנותו ודבקותו במטרה" של המערער, לא בנקל הצליח המדובב לרכוש את אמונו. לשיטתו של בית משפט קמא, המערער לא "התמסר" בקלות, ובוודאי שלא היה נתון למרותו של המדובב. אין בעובדה כי הוא פתח לבסוף את סגור ליבו, כדי להעיד, לשיטת בית משפט קמא, על כי "בוחר המציאות שלו נפגע או כי כושר שיפוטו לוקה". בית משפט קמא הוסיף עוד, כי ההודיה נמסרה לאחר שהמערער שוחח עם בני משפחתו ולאחר שקיבל את צידו האישי, בעקבות שביתת הרעב בה פתח. לפיכך, אין לקבל את טענת ההגנה בדבר ההשפעה המכרעת שהייתה לניתוקו של המערער, לתנאים "המשפילים" בהם הוחזק, או לרעב

בו היה נתון, על התנהלותו בליל מתן ההודיה. לגישת בית משפט קמא, לא הוכחה טענת ההגנה לפיה המערער הודה בפני המדובב בכדי לרצותו או להתרברב בפניו, וזאת בהעדר גרסה שנמסרה מטעמו של המערער. עוד נקבע, כי המדובב לא הפעיל על המערער אמצעים פסולים "הוא שאל שאלות, עורר תמיהות, דאגות, ברם לא נקט אמצעי אשר היה בו כדי להפר את האיזון הראוי אצל [המערער], בין הבחירה לשמור על זכות השתיקה ואי ההפללה לבין הצורך לחלוק עמו את אשר חווה". במהלך העימות בין המערער למדובב, משנשאל המערער מדוע הודה בשוד וברצח, טען המערער כי הוא ביקש "לבדוק את המדובב". מדבריו אלה של המערער, הסיק בית משפט קמא כי הוא אינו נתלה במצוקה, במצב נפשי קשה, או באובדן עשתונות, ועל כן "הניסיון להעמיד את הודייתו כפועל יוצא של יחסי מרות ומניפולציה, נכשל".

לסיכום עמדתו, נקבע על ידי בית משפט קמא, כי "יחסי הגומלין בין [המערער] למדובב, לא פגעו באוטונומיה הקנויה [למערער] לשמור על זכות השתיקה, להימנע מהפללה עצמית או לנהוג בכל דרך אחרת. [המערער] בחר לפתוח את סגור ליבו בפני המדובב, מרצון".

קבילותה ומשקלה של הודיית המערער בפני המדובב

20. בפתחו של פרק זה, ציין בית משפט קמא כי קיימים כיום שני מסלולים לבחינת קבילותה של הודייה. המסלול האחד, מעוגן בסעיף 12 לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א-1971 (להלן: פקודת הראיות), שלפיו ההודיה תהא קבילה אם ראה בית המשפט "שההודיה הייתה חופשית ומרצון". המסלול האחר מבוסס על דוקטרינת הפסילה הפסיקתית שהוכרה לראשונה בע"פ 5121/98 יששכרוב נ' התובע הצבאי, פ"ד סא(1) 461 (2006) (להלן: עניין יששכרוב), שלפיה ניתן לפסול ראייה בפלילים, אשר הושגה שלא כדין ותוך פגיעה מהותית בזכותו של הנאשם להליך הוגן.

21. על יסוד קביעותיו וממצאיו כמפורט לעיל, קבע בית משפט קמא כי הודייתו של המערער קבילה כראיה, בהתאם לסעיף 12 לפקודת הראיות, ועל כן פנה לבחון את שאלת משקלה של ההודיה. בית משפט קמא ציין, כי על פי ההלכה הנוהגת המבחנים העיקריים לבחינת משקלה של הודאת חוץ של נאשם הם: המבחן הפנימי, הבוחן את ההודאה על פי סימני האמת העולים ממנה, ובכלל זה הגיונה הפנימי, וסידורם או בלבולם של הפרטים המופיעים בה; והמבחן החיצוני, הבודק את ההודאה על פי סימני האמת החיצוניים הצפים מתוכה ושופכים אור על אמיתותה. אשר למבחן הפנימי, ציין בית משפט קמא כי מדובר בהודיה מקוטעת, שנמסרה בחלקים, ולעיתים בקודים או בסימנים. עם זאת, חלקי ההודיה מהווים פסיפס, אשר "מתקבץ למצרף שלם, הגם שלא מושלם, אשר בצירוף ראיות נוספות - משלים את התמונה לתמונה בהירה, המלמדת על אמיתות תוכנה של ההודאה". ההודאה כוללת פרטים מוכמנים רבים, שנמסרו ביוזמתו של המערער, ואשר מתיישבים היטב עם עובדות האירוע. בית משפט קמא ציין, כי המערער טען, אמנם, כי ירה שתי יריות, בניגוד לעדויות עדי הראייה והממצאים הפורנזיים, אך לגישת בית משפט קמא אין בכך "כדי לשמוט היסוד להודיה", שכן יתכן כי המערער סבר או הניח שהוא לחץ פעמיים על ההדק, בעוד שבפועל נורתה ירייה אחת בלבד. אשר לסכום הכסף שנשדד, נקב המערער בתחילה בסכום גבוה של 40,000 ₪, אך הוא תיקן את עצמו וציין כי הוא וממוקה גנבו מקופת הסנוקר סכום של 1,600 ₪, דבר המתיישב עם דברי שמעונוב לפיהם הכסף הגדול הוחזק בכיסו של המנוח ולא בקופת הסנוקר שנשדדה. עוד ציין בית משפט קמא, כי התביעה הציגה שלל ראיות המלמדות על קשריו ההדוקים של המערער עם ממוקה, לפני האירוע וביום האירוע עצמו. בית משפט קמא הבהיר, בהקשר זה, כי "עצם קיומו של

קשר בין [המערער] לבין ממוקה, ביום האירוע, יש בו משום חיזוק מה, לראיות המלמדות על ביצוע הרצח באמצעות השניים".

22. אשר למבחן החיצוני, ציין בית משפט קמא כי "ניסיונותיו הנואשים של [המערער] לבסס את טענת האליבי שלו, באמצעות קרובי משפחתו, כמו גם ניסיונו לוודא כי ממוקה אכן נפטרה, השיחות המרובות שערך בטלפון בנושאים אלו, אגב מסירת הודאתו למדובב, תומכים ומחזקים - באורח ניכר - את אמיתות תוכן הודאתו". חיזוקים נוספים להודייתו של המערער מצא בית משפט קמא בהיכרותו של המערער עם דימה, אשר עזב את הסנוקר זמן קצר לפני כניסתם של רעולי הפנים. כאשר הפגשו השניים, לכאורה באקראי, במסדרון תחנת משטרת קריית מלאכי, נצפה המערער כשהוא מסמן בידו לעבר דימה לשתיקה (המערער העביר את ידו על פיו). לגישת המשיבה, המערער הבחין בדימה עם צאתו מהסנוקר, ועל כן התערער חשד בליבו שמא דימה הבחין בו ובממוקה, והסגיר אותם. בית משפט קמא ציין, בהקשר זה, כי תנועת השתיקה מלמדת על חששו של המערער שמא דימה יפליל אותו, ולכך יש לצרף את שקריו של המערער ביחס להיכרותו המוקדמת עם דימה.

23. כראיית חיזוק חשובה, ראה בית משפט קמא את עדותה של גלינה סורחנוב (להלן: גלינה), אלמנתו של ממוקה. גלינה מסרה בעדותה, כי בעלה אכן מכונה ממוקה, וכי היא הייתה נשואה לו משנת 1998 ועד ליום מותו בתאונת דרכים, בשנת 2005. לדברי גלינה, בליל האירוע חזר ממוקה מאוחר הביתה ונראה "כזה לחוץ". לאחר זמן מה, סיפר לה ממוקה כי הוא היה בסנוקר עם מישהו והם הרגו אחד מהעובדים במקום. לדבריו, הוא שמע ירייה והאדם שהיה איתו יצא מתוך הסנוקר והם הלכו משם. ממוקה אמר עוד לגלינה, כי צריך לזרוק את בגדיו. הוא הסיר את חולצתו וקרע אותה, ואמר "שצריך לזרוק את כל הבגדים". לדברי גלינה, זמן מה לאחר האירוע היא החלה לקבל טלפונים מאנשים שאינה מכירה, אשר אמרו לה כי הם יודעים מה בעלה עשה ודרשו ממנה כסף תמורת שתיקתם. גלינה שוחחה על כך עם בעלה ושאלה אותו אם ייתכן שהבחור הנוסף שהיה באירוע סיפר על שקרה לאחרים, ובתגובה אמר לה ממוקה: "שהבחור הזה יושב בכלא והוא לא חושב שהוא יכול לספר". בית משפט קמא סבר, כי יש לראות בדברים שנאמרו על ידי ממוקה לרעייתו, בתכוף לאחר אירוע הרצח, כחריג לכלל הפוסל עדות שמיעה, בהתאם לסעיף 9 לפקודת הראיות, שכן ניתן לראות את הדברים כ"רס גסטא". לגישת בית משפט קמא, עדותה של גלינה מהווה ראיית סיוע ממשית להודייתו של המערער בפני המדובב.

24. בהכרעת הדין מופיעה התייחסות נרחבת לאופן ניהול עמדת ההאזנה, שהייתה מאוישת על ידי שוטרים 24 שעות ביממה, אשר צפו במערער ובמדובב ודיווחו ביומן העמדה (ת/26) "על כל אירוע או התרחשות בתא המעצר, אשר לסברתם, היה רלבנטי למהלך החקירה". למרות פגמים מסויימים שמצא בית משפט קמא באופן הפעלת עמדת ההאזנה ובתיעוד ההתרחשויות בתא המעצר, נקבע כי אין מדובר במעשים ובמחדלים שנעשו "בכוונת מכוון", בכדי למנוע מידע רלבנטי מההגנה. בליל ההודאה, 8.2.2006, היה בעמדת ההאזנה החוקר איציק חליוה (להלן: חליוה), אשר האזין לדברי המערער "וערך רישום מדויק על המתרחש בתא המעצר".

להלן הרישום ביומן העמדה, בשלב הקריטי של ההודיה בפני המדובב:

"21:00 - המדובב מוחזר לתא עם טלפון.

21:00 - החשוד כרגע מדבר בטלפון, לא שומעים דיבור. המדובב אמר לו 'מה מת', 'מת' אחרי שהוא סיים לדבר

בפלאפון. החשוד עושה עוד שיחה ואומר למדובב 'זהו, הוא מת על הזין שלי' ולוחץ יד למדובב. אומר למדובב שהוא ירה והוא שם רגל. המדובב מסמן עם גופו איפה הוא ירה והוא אומר לו בלב.

21:15 - מדבר על זה שהוא מת, שאשתו אמרה לו, החשוד אומר שזה היה בשתיים בלילה ומסמן למדובב עם האצבעות שהיה 2 יריות.

21:30 - החשוד מדבר בפלאפון.

21:40 - החשוד מדבר שוב עם המדובב על הרצח ועל המקום שבו היו אנשים, מדבר על מקומות סנוקר שהוא משחק.

21:50 - אנחנו מדברים עם המדובב ומדריכים אותו מה להגיד לו.

21:50 - החשוד מדבר בטלפון.

22:03 - החשוד מדבר על הרצח ואומר שהם באו ושמו מסיכות בחוץ ואף אחד לא ראה אותם והפחד שלו זה אם היה מצלמה במקום אבל לא יכול להיות מצלמה כי באותו יום לקחו כל הנרקומנים מהידיים. החשוד אומר שלא יכולים למצוא את הנשק כי הוא פירק את הנשק וזרק עם סמרטוט ואת כל הבגדים הוא שרף, אומר שלא ידע כמה יש בקופה, לקח רק 600 שקל אומר שהוא לא רצה לירות, אומר שממוקה היה עם סכין, אומר שהוא נתן לו בוקס ואז ירה והוא נפל, אומר שההוא היה מטומטם, אומר שאם הוא לא היה עושה לו ככה, הוא היה חי, איזה מטומטם... אומר שהאוטו שייך לממוקה והוא נהג ואומר ברחו מהמקום והם נפרדו והוא לא היה בשדרות היה ברמת גן. אומר שרק האישה של ממוקה יכולה לדבר" (ת/26 עמ' 52).

בית משפט קמא ציין, בהקשר זה, כי "הרישום ביומן העמדה על ידי החוקר חליווה, מהווה תמונת מראה להתרחשות בתא המעצר, כפי שנצפתה בקלטות ושוכתבה בתמלילים. הרישום נעשה בזמן אמת, בתמציתיות ובקיצור המתחייב מנסיבות הרישום". עוד נקבע, כי חליווה היה עד לרגע דרמטי בחקירה, "ותיעד אותו כמיטב יכולתו, תיאור אותנטי וספונטאני". העד התרשם, כי המערער אמר את הדברים ביוזמתו והם לא הושמו בפיו, ומבחינה זו ראה בית משפט קמא את עדותו של חליווה כ"מחזקת ותומכת באמיתות תוכן הודיית [המערער] וממילא, תומכת אף בגרסת המדובב...".

עדות המדובב בבית המשפט

25. מעבר לתוצרי השיחות בין המערער לבין המדובב, כפי שתועדו בתקליטורים ותומללו, נדרש בית משפט קמא בהרחבה לעדותו של המדובב בבית המשפט ולטיעוני ההגנה ביחס לעדות זו. ההגנה הצביעה על שקרים מהותיים שניתן למצוא בעדותו של המדובב, על מניפולציות שאפיינו אותו הן בתא המעצר והן בעדותו בבית המשפט, ועל המגמתיות שבדבריו. משקל רב מייחסת ההגנה לשימוש שעשו המערער והמדובב בסמים, בתא המעצר. נטען על ידי ההגנה, כי אין לקבל את גרסת המדובב, לפיה המערער הוא שהבריא את הסמים לתא המעצר, והאפשרות כי המדובב הוא שהחזיר את הסמים "מתיישבת יותר עם הנסיבות, בהיותו עבריין רב פעלים, שעיקר עיסוקו בסמים". עוד נטען על ידי ההגנה, כי מחומר הראיות עולות אינדיקציות לשימוש נרחב בסמים שעשו המערער והמדובב, "לאורך חלק ניכר מהחקירה ועד סמוך למועד מתן ההודאה, ביום 8.2.2006". כך, ביום 2.2.2006, נצפו השניים "מריצים" הרואין; ביום 3.2.2006, נרשם ביומן העמדה כי השניים מעשנים סמים; וביום 5.2.2006 נראו השניים "מריצים" סמים, פעם נוספת. באותו יום, נקרא המערער לחקירה, ומתרושמת שערך ראש הצח"מ משה עולה כי המערער הקיא, עובדה המאששת, לטענת

עמוד 16

ההגנה, את השימוש שנעשה בסמים.

בית משפט קמא ציין, כי "בהינתן הביקורת הנוקבת על התנהלות המדובב, הפנתה ההגנה את חיציה נגד המשטרה", באומרה כי:

"הראיות האובייקטיביות והברורות של שקריו של המדובב מטילות צל כבד על המקצועיות של משטרת ישראל בהפעלת מדובב בכלל והפעלת אדם זה בפרט. המסקנה היחידה האפשרית בסוף פרק זה היא הקביעה שבמקום להמשיך ולתת לו גיבוי אוטומטי היה ראוי לחקור את המדובב בגין עדות שקר, בידוי ראיות ושיבוש מהלכי משפט" (עמ' 122 לסיכומי הגנה).

26. לאחר בחינת מכלול הראיות בנוגע להתנהלותו של המדובב, קבע בית משפט קמא, כי למרות הטענות הקשות שבפי ההגנה, "חלקן אינן משוללות יסוד", אין בטענות אלה כדי לשמוט את הבסיס מתחת לעדות המדובב, "ככל שזו מתייחסת לנסיבות חילוץ הודיית [המערער]". עדות המדובב, בעניין זה, הייתה "בהירה וברורה" והיא מתיישבת עם עובדות האירוע, ולא נמצאו בה סתירות של ממש. לשיטתו של בית משפט קמא, לא הוצגה כל ראיה לפיה ההודיה חולצה מפי המערער תוך שלילת זכותו להימנע מהפללה עצמית, או תוך פגיעה "בשורת עשיית הצדק". בית משפט קמא ציין, כי המדובב אינו טלית שכולה תכלת ושירותיו נשכרו בידיעה שהוא עבריין ונרקומן. עוד הובהר, כי ספק אם דרכו של המדובב הייתה צולחת אלמלא דפוסי התנהגותו העבריינים, והשימוש שעשה בדרכים מניפולטיביות, כדי "להגיע לליבו של [המערער], לזכות באמונו ולהפוך לאיש סודו". דרכים אלו, כך קבע בית משפט קמא, "לא חרגו מהמותר, לא דבקה בהן אי חוקיות, אף לא שימוש בלתי לגיטימי בתחבולות". לפיכך, אין בשימוש בדרכים אלו, כדי לפסול את ההודיה שחילץ המדובב מהמערער. בית משפט קמא הוסיף וקבע, כי בפתח החקירה לא ידע המדובב מאומה על אודות האירוע, בו נחשד המערער, לבד מהעובדה כי למערער מיוחסת עבירה של רצח. בית משפט קמא אינו רואה פסול בכך שהמדובב הגיע בסופו של התהליך למסקנה מושכלת, לפיה המערער ביצע את העבירות שיוחסו לו, וזאת בין היתר, לאור דברי המדובב בעדותו בבית המשפט:

"זה הוא הפליל את עצמו. הוא אומר שחבר שלו מת וחבר שלו היה לו סכין. הוא היה לו אקדח. הוא לא אמר שממוקה היה לו אקדח אלא הוא החזיק באקדח, זה לא ממני, זה ממנו" (עמ' 427 לפרוטוקול).

בית משפט קמא ציין עוד, כי המערער והמדובב, שניהם עבריינים בעלי דפוסי התנהגות דומים, ולכן "ההתמודדות ביניהם הייתה שקולה למדי", וכראיה לכך יש לראות את תקופת הדיבוב הממושכת (כ-3 שבועות), מה גם שכנראה המערער היה ער לאפשרות שדבריו מוקלטים. לגישתו של בית משפט קמא, טענות ההגנה, לפיהן גרסת המדובב שקרית וכוזבת, "נסתרות מיניה וביה, בין היתר, לנוכח מודעותו לעובדה שדבריו מוקלטים ומתועדים... בנסיבות אלו, חזקה עליו, כי לא מסר פרטים כוזבים אודות האירוע". לפיכך, גם אם בעניינים מסויימים מסר המדובב פרטים כוזבים, הרי שהוא נזהר מלעשות כן כאשר העיד לגבי נסיבות הודייתו של המערער.

27. אשר לנושא השימוש בסמים, אישר המדובב כי נעשה שימוש בסמים בתא המעצר, "אחרי שרכשנו אמון ועישנו סמים ביחד והיה לנו כימיה" (עמ' 344 לפרוטוקול). לגרסת המדובב, הוא דאג לכך שהסם יאזל במהירות, "הן בשל רצונו שלא לשוב ולהתמכר לו, והן בהיותו מודע לחשיבות גביית ההודיה ללא השפעת סם על [המערער]". בהתאם לכך, גרס המדובב כי בעת מתן ההודיה לא היה המערער נתון להשפעת סמים. בית משפט קמא הטעים, כי הצפייה במערער

בעת מתן ההודיה, מתיישבת עם גרסת המדובב. בית משפט קמא ציין, בהקשר זה, כי המערער "נראה מפוקח ודבריו נאמרו בצלילות". משאין ראייה כי השניים השתמשו בסמים במועד ההודיה, קבע בית משפט קמא כי "ההודיה נמסרה ללא השפעה של סמים". גישה זו מתחזקת בהיעדר עדות מטעם המערער, "ביחס להשפעת הסמים על התנהגותו, התנהלותו וחושיו". עם זאת, הוסיף וקבע בית משפט קמא כי אין בכך כדי להכשיר את השימוש שעשו השניים בסמים בתא המעצר, "שימוש הנגוע באי חוקיות", ולא ידוע לבית המשפט אם המדובב נתן את הדין על כך.

28. ומכאן לטענה כי הודייתו של המערער "זוהמה" בשל כך שהמדובב הזכיר לראשונה כי: האירוע היה בשדרות; כי הרצח בוצע באמצעות אקדח; כי הרצח בוצע אגב שוד; אזכור שמו של ממוקה והיותו נרקומן; עובדת היותו של המנוח ממוצא מרוקאי; וכי הכדור הקטלני פגע בליבו. בית משפט קמא האמין למדובב כי הוא לא ידע כל פרט על אודות האירוע, לבד מהעובדה כי מדובר ברצח. לדברי המדובב, הוא דלה את כל הפרטים מהמערער בלבד, ולגבי העובדה כי האירוע התרחש בשדרות הסיק זאת המדובב מתוך דברי המערער לפיהם החוקרים ביקשו אותו להובילם לשדרות. בנסיבות אלה, קבע בית משפט קמא כי אין ראייה "לזיהום" החקירה "באמצעות מידע מוקדם שהומצא למדובב". עם זאת, ראה בית משפט קמא בחומרה את העובדה כי לא בוצע תיעוד לגבי התדריכים שנעשו למדובב, ולפיכך "אין לשלול האפשרות כי פרט כזה או אחר, הועבר לידיעת המדובב על ידי החוקרים במהלך התדריכים". מנגד, גם לא ניתן לשלול את האפשרות כי הפרטים נחשפו על ידי המערער באותן שיחות רבות וממושכות שבוצעו "בלחישות ובהסתודדויות". עוד ציין בית משפט קמא, כי נמסרו על ידי המערער פרטים מוכמנים רבים, "אשר ברור לגביהם" כי הם לא הושמו בפי המערער על ידי המדובב. אשר לטענות ההגנה כי חלק מדברי המערער למדובב אינו מתיישב עם נסיבות האירוע (למשל, לגבי מספר היריות שנורו; ומספר הנוכחים בסנוקר שלדברי המערער היה גדול - 5,4 אנשים), קבע בית משפט קמא כי אין להסיק מכך "מסקנות מרחיקות לכת". לשיטתו של בית המשפט, אף אם פרטים אלה אינם תואמים במלואם את המציאות, "הרי שהם עולים בקנה אחד עם התמונה הכוללת". לכך יש להוסיף את הימנעותו של המערער מלהעיד, כשמשמעות הדבר היא כי אין בפיו הסבר לפשר השיחות שניהל עם המדובב; מדוע הגיע כך לשאלותיו; ומדוע "נידב" אינפורמציה ואישר עובדות.

29. בהמשך הכרעת הדין, נדרש בית משפט קמא גם לטענות בדבר טובות ההנאה שקיבל המדובב. נטען על ידי ההגנה, כי בצד התגמול הכספי הנאה, בשל "חילוץ" ההודיה מהמערער, הובטח למדובב לנסות ולסייע לו בהליך משפטי שנוהל נגדו בגין נהיגה בזמן פסילה, ללא רישיון נהיגה וללא ביטוח. אין חולק, כי ביום 9.2.2006 (יום לאחר מתן ההודיה), גובש עבור המדובב הסדר טיעון מקל, ועל רקע זה טוענת ההגנה כי הייתה למדובב "מוטיבציה פנימית ברורה" להוציא מהמערער הודיה, "בכל מחיר". בית משפט קמא הבהיר, בהקשר זה, כי ראש הצח"מ הבטיח למדובב כי יפעל למען הקלה בעונשו, ובכך אין למצוא כל פסול. לשיטתו של בית משפט קמא, יש לראות בשתדלנותו של ר' הצח"מ להקלה בעונשו של המדובב משום "הכרח בל יגונה", ולא הוכחה כל זיקה בין הודייתו של המערער לבין טובת ההנאה שבה זכה המדובב. לסיכום חלק זה, קובע בית משפט קמא, כי "הוכח כי ההודיה ניתנה חופשית ומרצון; הוכחו הדרכים והשיטות בהן נקט המדובב לגבייתה; הוכח כי אין מדובר בהודאת שווא. די בכל אלו כדי ללמד על העדר זיקה בין ההודיה לטובת ההנאה".

מחדלי חקירה

30. בהתייחס לטענה בדבר קיומם של מחדלי חקירה, ציין בית משפט קמא כי המדובר, בעיקרו של דבר, בהיעדר תיעוד לגבי תדריכים שערכו החוקרים למדובב. לטענת ההגנה, יש למחדל זה משמעות מכרעת לצורך בחינת מהימנותו של המדובב, ובאותה מידה יש בו כדי "להטיל ספק במקצועיותם וישרם של ראש הצח"מ, משה, ויתר החוקרים בתיק".

עוד נטען, בהקשר זה, כי תיעוד שנערך בעניינים אחרים "היה מגמתי ויצר תמונה ראייתית חלקית, מעוותת ולא מאוזנת". בתגובה לטענות ההגנה, ציין בית משפט קמא כי החקירה, רובה ככולה, תועדה באמצעים אלקטרוניים ובאמצעות רישום, ולפיכך ההימנעות מתיעוד התדריכים, אינה מאיינת את מכלול הראיות בתיק, למרות שמדובר בפגם שראוי היה להימנע ממנו. לגישת בית משפט קמא, הביקורת שהטיחה ההגנה בחוקרי המשטרה "קיצונית בתוכנה ובמהותה", וגם אם יש להתייחס בחומרה למחדל, הרי שלנוכח הראיות שנאספו, "אין במחדל של אי תיעוד שיחות החוקרים עם המדובב, כדי לשמוט את היסוד לכלל החקירה ולהביא לזיכוי של [המערער]".

הטענה בדבר פגיעה בזכות ההיוועצות בעורך דין

31. בית משפט קמא ציין, כי בין התאריכים 22.1.2006-5.2.2006, הוחזק המערער בתא המעצר במעמד של אסיר. בתקופה זו הוצא המערער לחקירות ותשאולים "בגין חשד לביצוע עבירות של התפרצויות וגניבות לכאורה". בתאריך 5.2.2006, נחקר המערער לראשונה, תחת אזהרה, בחשד לביצוע מעשי השוד והרצח. למחרת, ביום 6.2.2006, הובא המערער לבית משפט השלום להארכת מעצרו, והמעצר הוארך מעת לעת עד אשר הוגש נגדו כתב אישום, כשאז נעצר המערער עד לתום ההליכים במשפטו. במקביל, ריצה המערער עונש של 5 שנות מאסר, החל מסוף שנת 2002 ועד לשנת 2007. בית משפט קמא פירט את מועדי החקירות והתשאולים שנערכו למערער, בהתייחס לסוגיית ההיוועצות בעורך דין:

א. בתאריך 22.1.2006, נחקר המערער לראשונה, תחת אזהרה, בחשד לביצוע עבירות של התפרצות וגניבה (ת/62). אין חולק, כי לא הודעה למערער זכותו להיוועץ בעורך דין והוא לא העלה מיזמתו בקשה בנדון.

ב. ביום 27.1.2006, נחקר המערער, פעם נוספת, בגין אותם חשדות (ת/63). גם הפעם לא הודעה למערער זכותו להיוועץ בעורך דין. לקראת סוף החקירה, אמר המערער לחוקר "אני לא רוצה לדבר בלי עורך דין", ובתגובה אומר לו החוקר (אריק תורג'מן) "מה קרה שעד עכשיו ענית ועכשיו אתה לא רוצה לענות?". החוקר התעלם מדרישתו של המערער והמשיך להציג לו שאלות.

ג. ביום 30.1.2006, במסגרת תשאול שערך למערער ראש הצח"מ, משה, העיר המערער כי הוא מבקש להיוועץ עם בא כוחו לשעבר, אשר ייצג אותו במסגרת "צירוף תיקים", וזאת, כפי שציין בית משפט קמא, "בשל החשש שעלה בליבו, שמא יועמד לדין בגין עבירה של הפרת חובה חוקית, אשר להבנתו, נשפט בגינה". המערער הוסיף כי יפנה לעורך הדין, כאשר יתאפשר לו הדבר, ועל כך אמר בית משפט קמא, כי "לא אצה לו [למערער] הדרך".

ד. בתאריך 31.1.2006, נחקר המערער, פעם נוספת, בחשד לביצוע עבירת התפרצות, ואף כאן לא הודעה למערער על זכות ההיוועצות העומדת לו, והוא לא דרש להיוועץ בעורך דין.

ה. ביום 2.2.2006, נערך למערער תשאול בעל פה על ידי החוקר צלח. במהלך התשאול, הופנו כלפיו רמזים, מהם הוא הבין כי החשדות העומדים נגדו חמורים מאלו בהם הוחשד. קודם לכן המערער לא הועמד על זכות ההיוועצות, ונרשמו מפיו הדברים הבאים:

"מערער: ... אין על מה לדבר. מה שרוצים דרך משפט או דרך עורך דין שלי וזהו.

חוקר: מי זה העורך דין שלך?

מערער: לא משנה. אני יתקשר

חוקר: מתי תתקשר?

מערער: אם צריך

חוקר: בטח שצריך

מערער: (לא ברור) בדיוק (לא ברור) והתברר שזה יש כבר (לא ברור) יש לי משפט... כן, יש לי משפט. העורך דין שלי חייב להיות בסגר(?). הוא בא אלי. אני חייב להתקשר לו. הוא יבוא זה... תיק שלי. רק התיק הזה יש לי. זהו. חוץ מזה זהו. אני נקי. אין לי בעיה. מה שאתם רוצים תעשו עם זה. זה טעות שלכם. עוד פעם אני חוזר טעות שלכם" (מ.ט. 52/60 עמ' 6).

בית משפט קמא מסיק מדבריו אלה של המערער, כי הוא "הפריח לאוויר הצהרה בדבר זכות ההיוועצות, אולם לא עמד על מימושה". עוד ציין בית משפט קמא, כי "נוח היה לו לדחות ההיוועצות, כאשר פטר העניין ב'לא משנה' ו'אם צריך'". בתום התשאול, שוחח המערער עם המדובב בסוגיה זו, והאחרון הציע לו את שירותיו של בא כוחו, עו"ד פלדמן או מי ממשדרו. בית משפט קמא ציין, בהקשר זה, כי המערער גילה עניין בעורך הדין, אך זאת לצורך נושאים אחרים שהטרידהו ולא לצורך החקירה דנן, שהייתה עדיין בגדר חקירה סמויה:

"מערער: תן לי את הטלפון (של עורך הדין) באמת אני אדבר על שלישי, אולי

מדובב: על שלישי, לא הולך על שלישי

מערער: כמה הוא רוצה?

מדובב: לא הולך על שלישי

מערער: לא, לעשות קודם כל חופש, חופש, בג"צ

מדובב: לא הולך על שלישי. תיקים. תיקים רציניים. זה שאתה רוצה לדבר איתו אולי אני יכול להביא אותך. מאה אלף דולר.. יש עו"ד אמרתי לך, הבאתי את הטלפון, זה רק לשבת איתו לדבר על התיק זה חמש אלף דולר.

מערער: אין לי תיקים. אני צריך בשביל שלישי... לא צריך אני. אני צריך בשביל שלישי, חופשות משהו כזה... משפחה... ילדים לעשות עם השם שלי, דברים כאלה" (נ/22 דיסק 20).

אף כאן סבור בית משפט קמא, כי המערער היה מודע לזכות ההיוועצות, "ברם בשלב החקירה בו היה מצוי - לא הוטרד הימנה ולא ביקש לאפשר לו לשוחח עם עורך דין מטעמו".

ו. בתאריך 5.2.2006, נחקר המערער, תחת אזהרה, על ידי ראש הצח"מ, משה, בחשד לביצוע עבירות שוד ורצח. סמוך לאחר תחילתה של החקירה, הצהיר המערער כי לא ידבר ללא עורך דין:

"מערער: אין מה לדבר. מתי יש עורך דין... שואלים לדבר. אתה רושם אני לא מבין. תרשום זה ככה, זהו, אין מה לדבר... עורך דין אני מדבר. זהו לא רוצה לדבר.

חוקר: לא רוצה לדבר רק עם עורך דין?

מערער: עורך דין ומישהו ברוסית מדבר אני... וזהו אני אתקשר... זה מעצבן אותי עוד הפעם (לא ברור) למה?" (מ.ט. 53/06 (1) עמ' 23).

בית משפט קמא ציין, כי "לאורך החקירה שב [המערער] על עמדתו באורח שיטתי, כאשר אמר 'אין מה לדבר. אמרתי לך עורך דין'". ראש הצח"מ המשיך בשלו, והציג בפני המערער שאלות תוך התעלמות מדרישתו. לאחר שהמערער חזר על הדרישה להיפגש ולהיוועץ בעורך דין, לא הפסיק החוקר את החקירה והמשיך בהצגת שאלותיו, ואילו המערער "דבק בעמדתו ודרש עורך דין". או אז, אמר החוקר למערער: "אין לי בעיה, יהיה לך עורך דין, תגיד מה שאתה רוצה", אך המשיך בחקירה. בית משפט קמא הטעים, כי בשלב זה המערער "נאחז בעמדתו והחוקר בשלו". לאחר זמן מה הפסיק החוקר את החקירה.

בעת הכנת האסמכתא לכליאה, על ידי ראש הצח"מ, נקלטו חילופי הדברים בינו לבין המערער:

"חוקר: אתה רוצה שאני אמלא לך בקשה לסנגור ציבורי?"

מערער: למה? יש לי

חוקר: יש לך?

מערער: כן

חוקר: מי הסנגור שלך

מערער: יש לי שמה (לא ברור)

חוקר: מי זה העורך דין?

מערער: אני לא יודע, שמה כתוב במעצר, יש לי איפה טלפונים שלי שמה (לא ברור)

חוקר: כן?

מערער: של ציבורי יש את ה... " (ת/87, מ.ט. 53/06 (1), עמ' 35-36).

בהתייחס לשיחה זו, ציין בית משפט קמא, כי המערער "דחה את הצעת החוקר להפנות אותו לסנגוריה הציבורית, ברם לא המציא פרטיו של עורך דין מטעמו".

32. המערער שב לאחר החקירה לתא המעצר, ושם הוא נועץ עם המדובב ביחס לדין בהארכת המעצר, אשר נועד ליום שלמחרת:

"מערער: בשבילך מה אני צריך עורך דין? בא למשפט אומר עוד יומיים, אני צריך ולסגור את התיק.

מדובב: הוא לא יכול לסגור את התיק מחר, זה לא כתב אישום

מערער: מה הוא יכול לעשות?

מדובב: הם לוקחים אותך לימים, הולכים לביהמ"ש אומרים אני רוצה 5 ימים, 10 ימים, 15 יום חקירה, אני מבקש לעצור אותו 15 יום יישאר פה אצלי לחקירה.

מערער: אחר כך אני יכול לדבר איתו?

מדובב: אתה יכול לבקש מהשופט, לא זה הרבה זה, אתה מדבר עם העורך דין אז השופט אומר אתה 10 ימים בחקירה

מערער: ובימים האלה אני אדבר עם העורך דין

מדובב: כן, בטח אתה תדבר עם העורך דין

מערער: זה מה שאני רוצה לשבת ולדבר כל הסיפור... נכון עכשיו אני מבין את זה, בשביל זה אני צריך עורך דין שמה" (ת/90).

בית משפט קמא מסיק מדו שיח זה, כי המערער "לא ייחס משקל רב לדין עצמו, אלא להיוועצות עם עורך דין לאחר שמעצרו יוארך, לגופו של עניין". המדובב שב והציע למערער את עורך דינו, ואף הצהיר כי שוחח עמו:

"מדובב: אמרתי לו ככה וככה. זה תיק ככה וככה. הוא אמר לי אין לי בעיה אני אבוא אמר לי מי משלם כסף אמרתי לא אל תדבר איתו עכשיו על כסף, מעצר ימים דבר איתי עד שיגיע כתב אישום אלוהים גדול, אם יהיה כתב אישום, בן אדם חף מפשע" (ת/89' עמ' 2).

יצוין, כבר עתה, כי בית משפט קמא לא נדרש לשאלות המתבקשות בהקשר זה: האם עו"ד פלדמן הוא אכן עורך דינו של המדובב? האם הוא שוחח עמו על אודות ייצוגו של המערער? האם הוא אמר למפעיליו או הונחה על ידם להציע למערער את עו"ד פלדמן (בהעדר תיעוד של השיחות בין החוקרים למדובב)? והעיקר - האם המדובב ביקש להוליך שולל את המערער באומרו לו כי ידאג להופעתו של עו"ד פלדמן, בודעו כי הלה לא יגיע לבית המשפט? חלף התייחסות לשאלות אלה, ציין בית משפט קמא כי המערער "חכך בדעתו, אם להיענות להצעת המדובב. הוא הביע ספק אם עורך הדין אכן יגיע לבית המשפט, לנוכח דברי המדובב כי לא יוכל להיפגש עמו קודם לכן". וכך באו לידי ביטוי הדברים, בשיחה ביניהם:

"מערער: בקשר לעורך דין..."

מדובב: מי? עורך דין שלי?

מערער: כן

מדובב: הוא לא יכול הוא אמר מחר בבוקר אני יבוא הוא נמצא באיך קוראים לו נתניה, אני מסביר לך אומר לך רק מחר בבוקר אתה אומר אני זה אלך בלי עורך דין בסדר לך בלי עו"ד?

מערער: אם לא בא אני אלך בלי עו"ד..."

מערער: תשאיר לי של פלדמן טלפון

מדובב: לא זוכר ת'טלפון, יש להם כרטיס

מערער: תשאיר לי טלפון אם לא לקחו אותי עד שהוא לא בא מהבוקר ולחקור אותי למשפט מהבוקר ולא יהיה לי עורך דין שלי, שיבוא למשפט יחכה לי שמה אני לא מדבר כלום עד שיבוא..." (ת/89ב' עמ' 4).

בית משפט קמא למד משיחה זו על התלבטותו של המערער: האם להיעזר בעורך הדין של המדובב, הגם שלא נפגש עמו? או שמא להתקשר לעורך הדין שייצג אותו בעבר, "ובכלל, האם יאפשרו לו להתקשר עם עורך דין? ומה לעשות אם לא יהיה מיוצג?" התחבטות זו באה לידי ביטוי בשיחה הבאה:

"מדובב: אתה יכול כל יום לדבר עם עורך דין

מערער: עכשיו לא נתנו לי לדבר

מדובב: מה זה לא נתנו לך לדבר?

מערער: כן, שוטר בא אומר זה

מדובב: החוקר אמר לך פה, לידי, תביא מס' עורך דין

מערער: אני אתקשר

מדובב: אני אתקשר אמרתי לך, אני אסדר לך את שלי, אתה אמרת לא צריך

מערער: כן

מדובב: אז אל תגיד לא נתנו לך לדבר, הוא רצה להתקשר לעורך דין אבל אתה אמרת אני אבוא עם עורך דין אחר לא אני אמרתי בוא אני אסדר לך את שלי אז אתה לא יכול להגיד לא.

מערער: מה אני יכול להגיד אם מחר בבוקר לא תאריך מעצר? למה?

מדובב: אין מחר בבוקר. עכשיו יש לך עורך דין, עכשיו אתה תקרא לו אם אתה רוצה ולא רוצה את פלדמן, קרא עכשיו לשוטר תגיד זה מספר עורך דין שיתקשרו אליו עכשיו שיבוא לבימ"ש אני בתיק חלש, או שייתן לחוקר שלך. תגיד לו משה משה אז הוא יתקשר אליו ואז הוא יתקשר לעורך דין.

מערער: זה ככה ילך, אני לא יודע

מדובב: אז אני מסביר לך אתה יכול עכשיו לקרוא זה מס' טלפון תתקשר ותגיד לו יש לי משפט מחר

מערער: הוא בא ישר לשם

מדובב: הוא בא ישר לשם

מערער: הוא פה לא בא עכשיו?

מדובב: פה הוא לא יבוא רק לשם וכשאתה מקבל ימים הוא יכול לבוא אליך

מערער: הבנתי, זה רציתי" (ת/89ב' עמ' 5).

בהתייחס לשיחה אחרונה זו, אומר בית משפט קמא:

"ההתחבטות צפה ועולה. הוא יתקשר? לא יתקשר? לא יודע! גבי דידו, משקל רב יש להיוועצות לאחר הארכת המעצר. הואיל והיה אסיר, הארכת המעצר לא העלתה או הורידה".

33. לבסוף, החליט המערער להתקשר לעורך דין בנייה ולשם כך הוא קרא ליומנאי בתחנת המשטרה ומסר לו את שמו של עו"ד בנייה ואת מספר הטלפון שלו. בית משפט קמא ציין, כי ביומן העמדה נכתב כי היומנאי התקשר לעו"ד בנייה "אולם אין לכך תימוכין בתיק החקירה". בסופו של יום, אמר המערער למדובב: "איזה צחוק יהיה אם אף אחד לא בא", ואכן איש לא הגיע כדי לייצגו ביום שלמחרת. בדיון בבית משפט השלום באשקלון, פתח החוקר צלח את טיעונו בכך שהוצע למערער סנגור ציבורי אך הוא סירב. בית משפט קמא הטעים, בהקשר זה, כי החוקר "לא ציין את העובדה כי [המערער] מסר מספר טלפון של עו"ד בנייה ליומנאי התחנה, ערב הדיון, על מנת שייצגו".

34. על יסוד העובדות שפורטו לעיל, טוענת ההגנה כי מדובר ב"מניפולציה מתואמת בין חוקרי המשטרה למדובב, אשר נועדה למנוע [מהמערער] ייצוג בהליך המעצר". עוד נטען, כי טענתה "המיתממת" של המשטרה, לפיה המערער לא היה מעוניין בייצוג, אינה מתיישבת עם השתלשלות העניינים המתוארת לעיל. בית משפט קמא ציין בהכרעת דינו, כי "הטענות אשר בפי ההגנה בדבר הפגיעה בזכות ההיוועצות של [המערער] בעורך דין עד לרגע חשיפת החקירה האמיתית המתנהלת כנגדו (5.2.2006), אינן משוללות יסוד". נקבע, כי התנהגות חוקרי המשטרה הייתה בלתי ראויה ובלתי נאותה. לאורך כל החקירה הסמויה התעלמו החוקרים מדרישותיו של המערער לשוחח עם עורך דין. משהפכה החקירה לגלויה והמערער דבק בעמדתו, "נאלץ ראש הצח"מ להפסיק החקירה, לא לפני שעשה ניסיונות חוזרים ונשנים להשלימה". עוד נקבע, כי גרסת ראש הצח"מ, לפיה איש לא מנע מהמערער להתקשר לעורך דין, וכי היה לאיל יד לעשות שימוש בטלפון, "מיתממת ומתחכמת". עולה מהראיות, כי איש לא העמיד לרשותו של המערער טלפון, ודרישותיו להפסיק את החקירות, עד שישוחח עם עורך דין, "נתקלו לרוב בחומה בצורה". הפתק שהעביר המערער ובו פרטיו של

עו"ד בנייה לא זכה לטיפול הולם, ואין חולק כי איש לא התקשר לעו"ד בנייה, ופשיטא הוא כי הלה לא הגיע לתחנת המשטרה או לבית המשפט. מסקנתו של בית משפט קמא היא, אפוא, כי "המשטרה לא קיימה, למצער, לא בדרך הראויה והמקובלת את זכות ההיוועצות העומדת [למערער]". בית משפט קמא ציין בנוסף, כי אין לשלול את האפשרות למניפולציה בין חוקרי המשטרה למדובב "אשר נועדה להשהות את היוועצות [המערער] עם עורך דין מטעמו, עד לאחר מועד הארכת המעצר". עם זאת, הוסיף וקבע בית משפט קמא, כי המדובב לא "חסם" את דרכו של המערער לפנות לעורך דין "ונזהר מלהבטיח או להתחייב לכך שעורך הדין מטעמו יתייצב לדיון". בית משפט קמא הוסיף וקבע, כי גם דרישותיו החוזרות ונשנות של המערער לשוחח עם עורך דין "מעוררות תמיהה". המערער העלה את הדרישות הללו בכל עת, אך בה בעת "לא חדל מלהתחבט ולהתלבט בנושא הייצוג המשפטי". עולה מדבריו של המערער למדובב, כי הוא לא בטח בסנגוריה הציבורית, ולכן לא אצה לו הדרך לפנות אליה, כאשר "לשירותיו של עורך דין פרטי, קצרה ידו מלהגיע". על כן, כך קבע בית משפט קמא, הוא "בחר לשבת על הגדר". כאשר דרש להיוועץ עם עורך דין, הוא לא הציג את פרטיו (למעט הפתק ששלח עם פרטי עו"ד בנייה), וכאשר נשאל במי הוא רוצה להיוועץ השיב המערער, כי הוא "יתקשר אחר כך". בית משפט קמא הוסיף עוד, כי רק כאשר המערער "נקלע למבוי סתום", ערב הדיון שנועד למחרת, הוא ביקש לאפשר לו להתקשר עם עו"ד בנייה.

בנסיבות אלה, סבר בית משפט קמא כי אנו מצויים בתחום האפור "בבחינת זה צודק ואף זה צודק", למרות שאין עוררין על כי "חובת המשטרה היא לאפשר את זכות ההיוועצות, זכות הנאשם לבחור אם לממשה".

35. השאלה אותה העמיד בית משפט קמא להכרעה, בנסיבות אלה, היא "האם הפגיעה בזכות ההיוועצות הייתה חמורה ובלתי מידתית באורח שפגע בזכות [המערער] להליך הוגן, תוך הפרת זכות השתיקה הקנויה לו?". לשאלה זו השיב בית משפט קמא בשלילה מהטעמים הבאים:

א. המערער נמנע ממתן עדות, ועלכן אין לדעת כיצד השפיעה עליו הפגיעה בזכותו להיוועץ בעורך דין. די בכך כדי לשמוט את הטענה כי מדובר בפגיעה חמורה ובלתי מידתית.

ב. כמתואר לעיל, המערער התחבט והתלבט בסוגיית היוועצות עם עורך דין. הוא לא ידע למילפנותו על מה להיוועץ. הדיון בהארכת המעצר לא הטריוויה, שכן ממילא הוא היה במעמד של אסיר ועלכן הארכת המעצר לא העלתה אהורידה לגביו.

ג. טרם שהחלה הדיון בהארכת המעצר, נתן בית המשפט למערער אפשרות להיוועץ עם סנגור ציבורי. הצעה דומה הופנתה אליו על ידי בית המשפט לאחר הדיון. המערער דחה הצעות אלו בתוקף, ובכך הביע את רצונו שלא להיוועץ עם סנגור ציבורי. לאחר הדיון, לא שב המערער לדרישתו להיוועץ עם עו"ד בנייה, או בכלעו "דאחר, ללמדרכיה הוא ויתר על זכות ההיוועצות.

ד. הודיית המערער בפניה למדובב במסרה לאחר שניתנה לו האופציה להתקשר ולהיוועץ עם עורך דין, באמצעות הטלפון שהוחדר לתא המעצר, ולאחר שביהמ"ש הציע לו אפשרות זו. המערער בחר לשוחח עם חבריו ומכריו סרבים, ברם נמנע, מתוך בחירה, מלהתקשר לעורך דין, ללמדרכי זכות ההיוועצות לא עמדה הבראש מעייניו של המערער והוא לא אראה מקום לנצלה.

ה. המערער הכירה בטאת כלליה החקירה המשטרית ותוהיה המודע לזכויותיו. ללמדנו, כי אשר הפגיעה בזכויותיו "כאבה" לו, הואידעהיטבכיצד לבטאת מחאתו ולממש את זכותו. כך, משנמנעוהימנושיחות לפון למשפחתו, הואפתחבשבתרעב, עדאשרניתלו מבוקשו. לעניינהיוועצותעםעורךדין- המערער לאנקטצעדים למימושזכויותיו, ללמדך כיחרףמודעותולחשיבותה של זכות זו - הואיתרעליהמתורבחירה.

36. לסיכום, קבע בית משפט קמא כי הפגיעה בזכות ההיוועצות במקרה דנן לא פגעה באופן חמור בחופש הבחירה של המערער ובאוטונומיה הרצון החופשי שלו במסירת הודאתו, ועל כן אין לפסול את קבילותה של ההודאה, בהתאם לסעיף 12 לפקודת הראיות. עוד נקבע, כי הפגיעה בזכות ההיוועצות אינה מהווה, בנסיבות העניין, משום פגיעה חמורה בתקינותו של ההליך, ועל כן אין תחולה לכלל הפסילה הפסיקתית. לבסוף, ציין בית משפט קמא, כי "ממילא, האפשרות לממש את זכות ההיוועצות ניתנה [למערער] עוד טרם הודה ברצח בפני המדובב". כוונת בית משפט קמא היא, כך נראה, לאפשרות שניתנה למערער להתקשר באמצעות הטלפון הנייד שסיפק לו המדובב, לכל גורם שברצונו להתקשר אליו.

טענת ההגנה מן הצדק

37. ההגנה טענה, כי עומדת למערער ההגנה מן הצדק בשל העובדה כי חקירתו התאפיינה ביחס פוגעני כלפיו, "כחשוד, כאסיר וכאדם". הדבר בא לידי ביטוי בזלזול בדרישות הבסיסיות של החוק ביחס לרישום ותיעוד הליכי חקירה; בעיכובים בהעברת חומרי חקירה; ובהעדר סדר ושיטה בקלטות ובדיסקים המתעדים את שיחותיו של המערער עם המדובב. בית משפט קמא חזר וקבע, כי טענות ההגנה אינן משוללות יסוד, אך אין מדובר "בפגיעות קיצוניות וחמורות, המגיעות כדי כרסום בתקינותו של ההליך, ולפיכך אין בהן כדי להצדיק את ביטולו של כתב האישום". זאת, בעיקר משמדובר בכתב אישום חמור ביותר, שעניינו ביצוע עבירות של שוד ורצח.

הימנעות המערער להעיד במשפט

38. בית משפט קמא הזכיר את הוראת סעיף 162(א) לחסד"פ, שלפיו הימנעות הנאשם מלהעיד עשויה לשמש חיזוק לראיות התביעה ואף סיוע לראיות אלה, "במקום שדרוש להן סיוע". במקרה דנן, המערער בחר שלא להעיד ולא נתן כל הסבר לפשר שתיתקו. בשתיקתו זו שמת המערער חלק ניכר מטענות ההגנה באשר לפגיעה החמורה בזכויותיו, ביחס למצוקה שהייתה מנת חלקו, לבדידות, לחוסר האונים שלו, ולהעדר כושר שיפוטי. בנסיבות אלה, קבע בית משפט קמא כי יש לראות בשתיקתו של המערער חיזוק של ממש להודייתו.

39. סוף דבר, על יסוד הראיות שהוצגו בפני בית משפט קמא, הוחלט, פה אחד, להרשיע את המערער בכל העבירות שיוחסו לו. ביום 30.5.2011, נגזר דינו של המערער למאסר עולם, והוא חויב בתשלום פיצויים למשפחת המנוח בסכום של 258,000 ₪.

עיקרי הטענות בערעור על הכרעת הדין

40. הודעת הערעור אוזת 182 עמודים, לבד מנספחים רבים, ולהלן נביא את תמצית הדברים, תוך התייחסות לנושאים העיקריים עליהם מבוסס הערעור. בפתח הודעת הערעור נכתבו הדברים הבאים, המשקפים את עמדת הסנגוריה בפרשה זו:

"חקירת המערער התנהלה באופן פוגעני, תוך התעלמות והפרת כל הוראות החוק בדבר זכויות חשודים, ואף תוך פגיעה בגרעין הבסיסי של זכויות אדם. במהלך כ-11 ימים הוחזק המערער בשליטה מוחלטת ומלאה של חוקריו, כשהוא מנותק לחלוטין מהעולם החיצוני: ללא כל גישה לטלפון; ללא עורך דין; ללא אפשרות לקבל ציוד אישי בסיסי; ללא טיול בחצר ואפשרות לנשום אוויר צח; ללא מפגש עם עצורים או אסירים אחרים מלבד המדובב ששהה עמו בתא; ללא אפשרות ליידע את משפחתו על מקום הימצאו או לדרוש בשלום; ללא גישה לערכאות משפטיות; מבלי שהוא יודע מהם החשדות המיוחסים לו; מבלי לקבל מידע על זכויותיו, הסיבה בגינה נשללו או משך הזמן שהוא צפוי להיות מוחזק בתנאים אלו בתוך תא המעצר".

נטען, כי במשך כשבועיים ימים הטיחו החוקרים במערער האשמות שווא כאילו הוא חשוד בהתפרצות לסנוקר, בו התרחש הרצח. בין לבין, הרבה ראש הצח"מ להטיח במערער רמזים מילוליים, "כדי לשתול בו את התחושה שחוקרי המשטרה יודעים שהוא ביצע מעשה איום ונורא". על אף הרמזים הללו, המערער הרבה להתלונן על כי הוא אינו מבין מדוע לא מחזירים אותו לכלא "דקל", ולשם מה חוקרים אותו "בדבר עבירות פחותות ערך שהתרחשו שנים קודם לכן".

41. עוד נטען, כי רק ביום 5.2.2006, בתום 14 ימים בהם הוחזק המערער מבלי שהודע לו טיב האשמות נגדו, נחקר המערער, לראשונה, ביחס לחשדות לביצוע עבירות של שוד ורצח, ולמחרת היום הוא הובא לבית המשפט, בפעם הראשונה, לדין בשאלת מעצרו. נטען על ידי ההגנה, כי לאורך כל הדרך, ולמעשה עד ליום 16.2.2006, המשיכה המשטרה למנוע מהמערער ליצור קשר עם עורך דין, תוך שימוש במניפולציות שונות, "ובניגוד להוראות החוק ולהנחיות שופט המעצרים". בנוסף, לאורך חלק גדול מהשהות המשותפת של המערער עם המדובב, סיפק הלה למערער סמים שונים, כולל סמים קשים מסוג הרואין, ואף הדריך אותו כיצד להשתמש בהם. עם זאת, ההגנה ציינה, בהקשר זה, כי בית משפט קמא קבע, על יסוד עדות המדובב, כי המערער הוא שהחזיר את הסמים לתא המעצר. ההגנה גם קובלת על העדר תיעוד של פעולות חקירה מרכזיות, לרבות המניפולציות הרבות שהפעיל המדובב כלפי המערער. ההגנה הוסיפה וטענה, כי "בתום כשלושה שבועות של ניתוק כמעט מוחלט, מניעת מפגש עם עורך דין, ותוך שהמדובב מעמיק ומבסס את פערי הכוח בינו לבין [המערער], קשר עצמו המערער לאירוע השוד והרצח, בהודאה לאקונית וחלקית לפני המדובב".

42. נטען בהודעת הערעור, כי בית משפט קמא אימץ בהכרעת דינו "חלק גדול מהביקורת של הסנגוריה לגבי הפגיעה בזכויותיו של המערער, הרשלנות וחסר המקצועיות בניהול ותיעוד החקירה, וכן לגבי חוסר המהימנות של עדי התביעה העיקריים, ובהם המדובב וראש הצח"מ". עם זאת, בית משפט קמא דחה את עוצמת הביקורת שהציגה ההגנה, וסבר בטעות, כך נטען, כי אין לקבל טיעונים אלה, רק בשל העובדה כי המערער לא העיד להגנתו. ההגנה הוסיפה וטענה, בהקשר זה, כי שגה בית משפט קמא "בקובעו כי החלטתו של המערער שלא להעיד שומטת את הקרקע תחת חלק גדול מטענות הסניגוריה". עוד נטען, כי זכותו של הנאשם שלא להעיד אינה מותנית בנסיבות מסוימות, ואין היא מכרסמת תחת זכותו לנהל משפט ולטעון להגנתו, "ואינה מגבילה את זכותו להסביר את חומר הראיות המצוי לפני בית המשפט או לבקש להסיק ממנו מסקנות לחפותו".

43. הטיעון המרכזי, העולה מהודעת הערעור, נוגע לשאלת קבילות הראיות שנאספו במהלך החקירה. לטענת ההגנה, שגה בית משפט קמא כאשר דחה את עמדת הסנגוריה לאי קבילות ההתוודות של המערער לפני המדובב, וזאת בהסתמך "הן על פרשנות ויישום סעיף 12(א) לפקודת הראיות והן על הלכות הקבילות על פי מבחני יששכרוף". נטען, בהקשר זה, כי לאחר שהמערער "נשלף" מכלא "דקל", שם הוא ריצה עונש מאסר, הועבר המערער לתא מעצר בשדרות, מבלי שנמסרו לו, במהלך השבועות הראשונים של החקירה, פרטים כלשהם לגבי הסיבה, בגינה הוא נחקר. לא נמסר לו מידע בדבר זכויותיו, או על הכוונה לשלול ממנו זכויות המגיעות לו כאסיר, ולא נאמר לו מה משך הזמן שבכוונת המשטרה להחזיק בו בתנאי מעצר, טרם החזרתו לכלא "דקל", או עד להבאתו בפני שופט מעצרים. לכך יש להוסיף, כך נטען, את השימוש הרב שנעשה בסמים בתא המעצר, והבנתו המוגבלת של המערער את הסיטואציות השונות, נוכח קשיי השפה וחוסר הבנתו את הרמזים שהפנו אליו חוקרי המשטרה. כאמור, ביום 22.1.2006, הועבר המערער מכלאו לתא המעצר בתחנת שדרות, שם הוא הוחשד בכזב באשמת התפרצות לבתי עסק בעיר שדרות. המערער שיתף פעולה בחקירה והכחיש את החשדות שהופנו אליו. באותו יום, חבר אליו המדובב, כאשר בחומר הראיות אין כל תיעוד לגבי תדרוך שקיבל המדובב, אם בכלל. ביום שלמחרת, 23.1.2006, נמסר למערער כי עליו לארוז את חפציו כדי לחזור לכלא, אך מדובר, לטענת ההגנה, בהטעייה כיון שכוונת החוקרים הייתה להמשיך ולחקור אותו. מיום 23.1.2006 ועד ליום 26.1.2006 הופסקה החקירה, מבלי שיש תיעוד לגבי מיקומו של המערער ותנאי החזקתו. ביום 26.1.2006, הופגש המערער בשנית עם המדובב בתא המעצר בשדרות, ומשיחותיהם באותו יום עולה כי המערער משווע לחזור לכלא "דקל", אותו הוא מכנה בית, וקובל על כך שלא ניתנה לו האפשרות להתקשר עם בני משפחתו. נטען, כי חרף הבטחות החוקרים כי יינתן למערער להתקשר לבני משפחתו ולקבל ציוד אישי, ניתנה הנחייה מפורשת שלא לאפשר למערער שיחות טלפון, כפי שעולה מהרישום ביומן העמדה, ת/26, לפיו: "נמסר ליומנאי שלא יאפשר לו [למערער] שיחות טלפון". ביום 27.1.2006, נחקר המערער בפעם השנייה באזהרה, על ידי החוקר אריק תורג'מן, בחשד לפריצה וגניבה ממועדון סנוקר (ההודעה, ת/63). במהלך החקירה, ביקש המערער להיפגש עם עורך דין וסירב לשתף פעולה, אך בהמשך יצא כדי להצביע על מועדוני סנוקר, שאותם הוא מכיר בעיר שדרות. נטען, בהקשר זה, כי החקירה לא הופסקה כדי לאפשר למערער לשוחח עם עו"ד ללא דיחוי, כדרישת סעיף 34(ב) לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה - מעצרים), התשנ"ו-1966 (להלן: חוק המעצרים), וכי צוות החקירה החליט שלא לאפשר למערער ליצור קשר עם עורך דין, מבלי שהחלטה תועדה בכתב כנדרש בסעיפים 34(ה) ו-34(ו) לחוק המעצרים.

ביום 28.1.2006, הועברה החקירה לתחנת קריית מלאכי, ומשלב זה הוחל תיעוד וידאו של החקירה, מבלי שהדבר נרשם ביומן העמדה, כפי שלא תועדה החלפת קלטות הווידאו. ביום 30.1.2006, נחקר המערער על ידי ראש הצח"מ, משה (להלן: משה או ראש הצח"מ), ובמהלך החקירה פיזר משה רמזים עבים, בנוגע לכך שהמערער ביצע עבירה חמורה. המערער לא הוזהר, באותו שלב, בביצוע עבירות השוד והרצח, אך משה הכניס לחקירה התבטאויות, כמו: "מהמקום שאני בא אליך יש דם שזועק מהאדמה"; "לפי מה שבדקתי עליך אתה לא נקי"; "ביום שאתה השתחררת, קרה משהו נורא ואיום"; "... עשית עבירה אפשר להגיד גם לקחת נשמה". ההגנה טוענת, כי המערער לא הבין כלל במה המדובר, וסבר כי הוא נחקר בגין פריצה לסנוקר, ובתגובתו לאשמה זו טען כי מדובר בטעות. המערער אף קשר את עצמו, ביוזמתו, לממוקה, והסביר כי הוא נפגש איתו כדי לרכוש ממנו סמים. מתמליל החקירה עולה בברור, כי המערער חושש מפני הטענה שהוא הפר את תנאי השחרור שהוטלו עליו בבית משפט השלום, ומסיבה זו טען כי הוא שהה ברמת גן במשך 30 ימים, גם אם יצא מהעיר שדרות באיחור מה. לאורך כל החקירה, כך טוענת ההגנה, מבקש המערער להיפגש עם עורך דין, תוך שהוא מפנה לעורך דין שייצג אותו בתיק שבגינה הוא מרצה עונש מאסר, אך ראש הצח"מ מתעלם מבקשותיו. המערער גם מבקש להתקשר למשפחתו, בכדי ליידע אותה שהוא חי, שכן המשפחה דואגת לשלומו, אך גם כאן נתקל המערער בחוסר היענות. עוד טוענת ההגנה, כי בדו"ח התשאול שנכתב על ידי ראש הצח"מ, (ת/84), נעדר לחלוטין כל אזכור כי המערער ביקש להיפגש עם עורך דין, ובקשותיו לאפשר לו לשוחח עם בני משפחתו, כאשר אין חולק כי הוא חזר והעלה דרישות אלה. בשל תסכולו ההולך וגובר של המערער, הוא הציע לשותפו לתא המעצר, המדובב, לעזור לו לשרוף את תא המעצר, באם לא יחזירו אותו לכלא "דקל". המערער אף מביע את

רצונו לפנות לערכאות משפטיות, בשל הפסקת הקשר בינו לבין משפחתו, ואינו מבין מדוע לא מביאים אותו בפני שופט להארכת מעצרו. ההגנה הוסיפה וטענה, כי בהמשך אותו ערב, מתרחשת, לדברי המדובב, תפנית בחקירה בכך שהמערער הודה, לכאורה, בפני המדובב, באמצעות פנטומימה, כי הוא הרג אדם באמצעות אקדח, שרף את בגדיו שלו, והשליך את האקדח בחולות אשקלון. נטען על ידי ההגנה, כי דבריו של המדובב לגבי ההודאה כביכול, מתבררים כעורבא פרח לאחר צפייה בקלטת הווידאו הנוגעת בדבר, ועוד עולה, לטענת ההגנה, כי במועד הרלוונטי היו נתונים השניים תחת השפעת סמים.

44. מקלטת ווידאו מס' 10, המתייחסת לתאריך 31.1.2006, עולה כי המערער ממשיך לשתף את המדובב בחששותיו לגבי בני משפחתו, ובחוסר ההבנה שלו על אודות הסיבות שבגינן הוא מוחזק במעצר ונחקר. ההגנה טוענת, כי ביום 1.2.2006, בתום 11 ימים "משליפתו" של המערער מכלא "דקל", הוא נמצא בנקודת שבירה. לצד תלונותיו "הרגילות", מלין המערער על חולשה פיזית, העדר אוויר, ועל כך שהוא מפריש דם בשתן ובשיעול. המערער מבקש לראות חובש ולהגיע לבית חולים. חרף זאת, אין כל תיעוד כתוב לגבי תלונתו של המערער על מצבו הרפואי, ולא ברור אם הוא נבדק על ידי חובש או רופא, ומה היו תוצאות הבדיקה. בשלב מסוים, באותו יום, מחליט המערער לפתוח בשביתת רעב, במחאה על התנאים בהם הוא מוחזק. גם ביום שלמחרת, 2.2.2006, מתעדות הקלטות, כך לטענת ההגנה, את המצוקה בה נמצא המערער. הוא מרבה לצעוק, זורק חפצים, ומתלונן על חולשה. באותו יום, נחקר המערער על ידי החוקר צלח, ומהקלטת המתעדת את החקירה עולה כי הוא נרגע מעט, לאחר שאפשרו לו לשוחח עם אמו. עם זאת, הודיע המערער כי הוא ממשיך בשביתת הרעב שלו עד שיאפשרו לו לקבל ציוד ובגדים נקיים. עוד נטען, כי המערער עדיין סבור, בשלב זה, כי הוא נחשד בהפרת הוראה חוקית, ולטענתו "הוא עשה צירוף תיקים וניתן לברר זאת אצל עורך הדין שלו". ההגנה מציינת, כי המזכר שכתב צלח באותו תשאל לא הוכנס לתיק החקירה, ולא תועדה דרישתו של המערער להיפגש עם עורך דין. נטען בנוסף, כי באותו יום (2.2.2006), נעשה על ידי המערער והמדובב שימוש נרחב בהרואין. בשיחותיו עם המדובב, ממשיך המערער ומלין על כי לא מאפשרים לו להיפגש עם עורך דין, והמדובב מציע לו לדבר עם עורך דינו בטלפון הציבורי, ובתגובה אומר המערער כי אין לו טלכרד. המערער ממשיך לטעון שהוא נקי "ואין שם כלום", תוך שהוא מתייחס לעבירות הרכוש, וכך אומר המערער: "אתה יודע מה הם אומרים? יענו אני גנבתי. חושבים ככה". למרות דברים מפורשים אלה, טוען המדובב כי המערער אמר לו כי הוא מודע לכך שהוא נחקר בגין ביצוע שוד ורצח, וזאת באמצעות פנטומימה, דבר שאינו עולה מקלטות הווידאו מאותו יום. באותו מעמד, מציע המדובב למערער להיעזר בעורך דין, אך המערער טוען כי אינו זקוק לעורך דין לגבי החקירה המתנהלת בעניינו, אלא לגבי ניכוי שליש בלבד ממאסרו, דבר המלמד, לשיטת ההגנה, כי המערער "לא הבין ולא ידע עד כמה חמורות החשדות הממשיות נגדו", בסוברו כי הוא נחקר בגין ביצוע עבירות רכוש קלות או הפרת הוראה חוקית. עוד נטען, כי בימים 3.2.2006 ו-4.2.2006, ימי סוף השבוע, קיימות אינדיקציות לשימוש נרחב בסמים. ביומן העמדה נרשם במפורש כי דווח לראש הצח"מ על השימוש שנעשה בסמים בתא המעצר, מבלי שננקטה כל פעולה על ידו החוקרים ביחס לכך. המערער חוזר על תלונותיו כי אין מאפשרים לו לשוחח עם משפחתו, והוא אינו מבין מדוע הוא מוחזק בתנאים הללו, ושוקל לחדש את שביתת הרעב שלו. נטען על ידי ההגנה, לגבי השימוש בסמים, כי עולה מהקלטות הרלוונטיות, כי "הסם מוחזק בשליטתו של המדובב אשר קורא [למערער], מחמם עבורו את הסם, ונותן לו לשאוף את אדיו".

45. ביום 5.2.2006 בשעות הבוקר, "בתום 14 ימים של שלילת זכויות מלאה והחזקתו של [המערער] במצב של אי-וודאות מתמשך", נלקח המערער לחקירה שבה נאמר לו, לראשונה, כי הוא חשוד בעבירות של שוד ורצח. לאורך כל החקירה, שבתחילתה נראה המערער כשהוא מקיא, אומר המערער כי לא ידבר לפני שייפגש עם עורך דין. כך, אומר המערער מפורשות לראש הצח"מ "לא רוצה שאלות לא כלום. אני רוצה לדבר עם עורך דין נראה עורך דין מה אומר". על כך אומר ראש הצח"מ "בסדר, אני אשאל אותך שאלות אתה תרצה תענה, אתה לא רוצה אל תענה", וממשיך בחקירה. כמו כן, מבקש המערער תרגום של החקירה לרוסית. נטען, כי החקירה מתחילה בשעות הבוקר ומסתיימת

לקראת השעה 13:00, כשרק אז "מקיים ראש הצח"מ את חובותיו לפי סעיפים 25 ו-26 לחוק המעצרים. הוא מקריא [למערער] את נוסח האזהרה, שואל אותו למי הוא רוצה להודיע על מעצרו ומציע לו למלא עבורו טופס בקשה לסנגור ציבורי". בתגובה, אומר המערער לראש הצח"מ כי יש ברשותו כרטיס ביקור של עורך דין, המייצג אותו מטעם הסנגוריה הציבורית, וכי הוא רוצה להתקשר אליו, כשהכוונה לעו"ד בנייה. עוד מעיר המערער לראש הצח"מ כי הוא עצור כבר שבועיים ולא 24 שעות, כפי שנרשם על ידי ראש הצח"מ באסמכתא לכליאה. למרות שחלפו 14 ימים ממועד הבקשה הראשונה של המערער לייצוג, ראש הצח"מ אינו פועל "ללא דיחוי", כדי לאפשר למערער לשוחח עם עורך דינו "ולהתכונן לקראת הדיון למחרת". ההגנה מוסיפה וטוענת, כי חלפו כשעתיים וחצי עד שהמערער מוחזר לתא המעצר, מבלי שקיים תיעוד בחומר החקירה לגבי המתרחש באותו פרק זמן. ההגנה תוהה מדוע לקח זמן כה רב כדי להחזיר את המערער לתא, "על מנת לקחת ממנו את מספר הטלפון של עורך הדין". מכל מקום, לא ניתנה למערער באותה הזדמנות האפשרות לשוחח עם עורך דינו, ולמרות בקשתו המפורשת של המערער, מנע ראש הצח"מ "לחלוטין" מהמערער לשוחח עם עו"ד בנייה. עם החזרה לתא, כך נטען, פעל המדובב "במרץ" כדי לשכנע את המדובב כי עורך דינו, עו"ד פלדמן, "שבדבר כישוריו ויתרונותיו התרברב המדובב לפני המערער מזה ימים רבים", יגיע לבית המשפט כדי לייצגו ללא תמורה. בין היתר, אומר המדובב למערער: "בכל מחיר הוא בא אליך", ולשאלת המערער "אם לא?", אומר המדובר "אין דבר כזה", וכן "הוא יבוא במאה אחוז". ההגנה מוסיפה וטוענת, כי בהמשך הדברים אומר המדובר למערער כי הוא כבר הסדיר את עניין תשלום שכר הטרחה של עורך דינו, "וניסה להניא אותו מלהתקשר לעו"ד בנייה". בהמשך, ולאחר שהמערער אומר כי הוא משוכנע בחפותו, מביע המערער את רצונו להיפגש עם עורך הדין עוד באותו יום, ושלא להמתין ליום שלמחרת, ועל כך מגיב המדובב באומרו: "הוא לא יבוא, אני מסביר לך הוא נמצא בנתניה. מסביר לך, אומר לך, רק מחר בבוקר הוא יבוא". בנוסף, כך לטענת ההגנה, המדובב מטעה את המערער באומרו לו כי ללא הוראה של בית המשפט, אין לעורך הדין סמכות לפגוש אותו בתחנת המשטרה. עוד נטען, כי עולה בבירור מהחומר, כי הצעת המדובב למערער לגבי שירותיו של עו"ד פלדמן, נעשתה בנוכחות חוקר המשטרה, ומסיבה זו נמנע המערער מלמסור לראש הצח"מ את מספר הטלפון של עו"ד בנייה. נטען בנוסף, כי בקלטת ווידאו מס' 27 מאותו יום (5.2.2006), נראים המערער והמדובב, כשהם "מריצים" הרואין פעם נוספת, כאשר בפעם זו החומר נמצא ברשותו של המדובב. למרות האמור, כך נטען, אין ביומן העמדה כל רישום לגבי שימוש בסמים. לאחר כשעתיים, בסמוך לשעה 21:30, המערער מבקש מהמדובב לרשום את פרטיו של עו"ד בנייה, והפרטים מועברים ליומנאי בבקשה למסור אותם למשה. לאחר זמן מה, חוזר היומנאי ואומר כי הוא דיבר עם משה "הוכל בסדר". כל ההתרחשות המתוארת אינה מתועדת בכתב, ונטען על ידי ההגנה כי לא נעשתה כל פנייה אל עו"ד בנייה, כדי "לידע אותו אודות בקשת המערער", והפתק שבו נרשמו פרטיו של עו"ד בנייה לא הוכנס לחומר החקירה. יצוין, כי בחקירתו הנגדית של המדובב בבית משפט קמא, הוא נשאל לגבי שאלת ייצוגו של המערער בדיון להארכת מעצרו, והוא אומר את הדברים הבאים:

"את יודעת. מהניסיון שלי שהם חוזרים מבית משפט אז העורכי דין, דבר ראשון שיש לו עורך דין אז הוא אומר לו - תיזהר ממדובבים. זה מתי שהוא חוזר מבית משפט הוא נהפך לנעול ופחדן ומתחיל לחשוש. למה העורכי דין תמיד אומרים לנאשמים - תיזהר שלא ישימו לך מדובב. תמיד מסבירים להם מה קורה בתאים" (עמ' 483 לפרוטוקול).

לשאלה, מדוע התאמץ המדובב כדי לשכנע את המערער לבטוח בעורך דינו, עו"ד אביגדור פלדמן, השיב המדובב באומרו: "אני לא זוכר מה היה".

46. תחת הכותרת "הטעיות ושקרים בנוגע לפגיעה בזכויות, במהלך דיון המעצר ביום 6.2.2006", טוענת ההגנה כי המשטרה והמדובב עשו יד אחת על מנת למנוע מהמערער ייצוג על ידי עורך דין. פרוטוקול הדיון בבית משפט השלום באשקלון מלמד, כי המערער סירב להיות מיוצג על ידי נציג הסנגוריה הציבורית שהיה במקום, על אף המלצת בית

המשפט. המערער חזר וטען, כי יש לו עורך דין משל עצמו, באומרו: "אני לא רוצה מינוי סנגור. אני רוצה להתקשר לעו"ד שלי שיתנו לי שיחה אני אדבר עם העו"ד שלי". המערער גם נוקב בשם עו"ד פרידמן כמי שלכאורה אמור לייצגו, אך ברור כי הכוונה היא לעו"ד פלדמן. בהמשך, אומר המערער: "אתמול נתתי טלפון של עו"ד שלי ועד עכשיו לא קיבלתי תשובה. לא נתנו לי להתקשר לעו"ד שלי". נוסף לשאלת הייצוג, קבל המערער בפני בית המשפט על הפגיעה בזכויותיו, ובין היתר טען כי נמנע ממנו לקבל ציוד בסיסי מבני משפחתו, ונאסר עליו לשוחח עמם. בדבריו לבית המשפט אמר המערער, בין השאר: "בבקשה אני רוצה לדבר עם אמא שלי, אני דואג לה ולדבר עם הילדים שלי. אני דואג, נופלים קסאמים בשדרות והם נמצאים בשדרות...". בית משפט השלום החליט על המשך מעצרו של המערער, אך ברור מהחלטה, כך לטענת ההגנה, כי המערער אינו מסרב לייצוג אלא שיש לו עורך דין משל עצמו, והוא מבקש להתקשר אליו. וכך נאמר בהחלטה: "החשוד סירב בכל תוקף להיות מיוצג ע"י סנגור מהסנגוריה הציבורית. טען שיש לו עו"ד אחר". על כן, קבע בית המשפט כי "מפקד המעצר מתבקש לאפשר למשיב ליצור קשר עם עורך דינו - עו"ד פרידמן מתל אביב". ההגנה טוענת, כי כוונתו הברורה של המערער היא, כאמור, לעו"ד פלדמן, ומכל מקום החלטתו של בית המשפט לא קויימה על ידי צוות החקירה. לסיכום, טוענת ההגנה כי "ברור לחלוטין שהחוקרים לא יכלו לאפשר [למערער] למלא את הוראת בית המשפט כפשוטה (שהרי עו"ד פרידמן או פלדמן היה פרי מניפולציה של המדובב). אך גם הפעולה הפשוטה של מתן אפשרות להתקשר לעו"ד בנייה, שכרטיס הביקור שלו היה בידיו של [המערער] - ומספר הטלפון שלו היה בידו החוקרים - לא התבצעה".

לאחר חזרתו של המערער לתא המעצר, הוא נפגש עם המדובב ודיווח לו כי עורך דינו לא הגיע.

47. לטענת ההגנה, גם ביום 8.2.2006, ממשיך המערער לנסות, בדרכים שונות, ליצור קשר עם העולם החיצוני ולדאוג לעצמו לעורך דין. בעצה אחת עם המדובב, כתב המערער מכתב לבני משפחתו, כשהכוונה היא שעורכת דינו של המדובב תעביר את המכתב לבני משפחתו. במכתב מבקש המערער מבני המשפחה להביא לו חפצים שונים, ולבקשתו רשם המדובב את מספר הטלפון של עו"ד בנייה, תוך פנייה מפורשת כי המשפחה תיצור עמו קשר (המכתב ותרגומו לעברית, סומונו ת/61). המכתב נמצא בחומר החקירה, ונראה שהוא לא הגיע ליעדו. יצוין, כי בשעה 18:15 הוצא המדובב לחקירה והוא העביר את המכתב לחוקרים, ומסר עדות בנוגע לנסיבות אלה, בקלטת ווידאו מס' 32 מאותו יום, נשמע המערער אומר למדובב: "למה לא בא לי עורך דין. למה אני נתתי מספר ולא בא עורך דין". עוד נטען, כי רק ביום זה, 18 ימים לאחר תחילת החקירה ו-4 ימים לאחר שהודע למערער על החשדות האמיתיים נגדו, הוחלט על ידי החוקרים לפעול ליצירת קשר עם עו"ד בנייה. עם זאת, גורסת ההגנה כי גם בשלב זה "לא ניתן לדעת אם אכן שוחחו עם עו"ד בנייה, מי שוחח עמו ומה נאמר בשיחה". מכל מקום, עולה מקלטת ווידאו 33, כי המדובב מנסה לעכב את מימוש זכותו של המערער להיוועץ בעורך דין, בכך שהוא אומר לו כי עו"ד בנייה לא יכול לייצגו, וממשיך להבטיח לו את עורך דינו, עו"ד פלדמן. יצוין, כי כאשר נשאל החוקר חליווה בבית המשפט, האם הבטחת המדובב למערער כי יגייס עבורו את עורך דינו נעשתה בדיעת החוקרים, השיב חליווה: "שאלה טובה, תשאלו את המדובב", ובהמשך טען: "אני לא שמעתי מזה, לא ידעתי מזה, וגם לא אמרנו לו את זה". ההגנה מטעימה, כי עקב המאמץ שהושקע בכדי להמשיך ולמנוע מהמערער ממימוש זכותו להיוועץ בעורך דין, פגש המערער בעורך דין רק ביום 16.2.2006, עת הובא להארכת המעצר השנייה.

באותו יום בערב (8.2.2006), חזר המדובב לתא המעצר כשהוא מצויד בטלפון סלולרי, אשר הועבר אליו לכאורה מעורך דינו, כאשר "הראיה המשמעותית ביותר בחומר הראיות מתגבשת במהלך שלוש השעות הבאות, שאז לכאורה [המערער] מתוודה לפני המדובב ומספר לו על השוד והרצח".

48. ביום 9.2.2006, נחקר המערער על ידי החוקר צלח, מבלי שהוצגו בפניו, במועד זה וגם בהמשך, הקלטות שמהן עולה לכאורה כי הוא מודה בביצוע העבירה. החקירה התמקדה בשאלה הנוגעת למועד נסיעתו של המערער משדרות לרמת גן. נטען, כי המערער אינו זוכר את הפרטים וכי קיים "קושי שפתי" בינו לבין החוקר, כאשר האחרון מתעלם מבקשתו של המערער להסביר את הדברים ברוסית. בהודעת הערעור הועלו טענות לגבי טקס השבעה שקיים המדובב עם המערער, שלפיו הוא מצרף אותו למשפחת ג'רושי ולוקח עליו חסות. בהמשך לטקס זה, נטען על ידי ההגנה, כי המשטרה והמדובב ערכו תרגיל חקירה שנועד לייצר, באופן כוזב, ראיה כאילו המערער מבקש לרצוח אדם המכונה דימה, בשל חשש, כביכול, כי הוא זה שהסגיר את המערער למשטרה.

ביום 26.2.2006, התקיים עימות בין המערער למדובב שבמהלכו מושתק המערער בצעקות כאשר הוא מנסה להכחיש את הדברים הבאים מפיו של המדובב. נטען, כי בשום שלב של העימות, ולמרות בקשותיו של המערער, החוקרים אינם משמיעים או מראים למערער "חלקים מהקלטת, בהם הוא נראה מודה לכאורה, ולא נותנים לו הזדמנות להתייחס לשיחות שהיו בינו לבין המדובב".

49. לסיכום חלק זה, טוענת ההגנה כי המערער,

"הוחזק בתנאי מעצר תוך שנשללו ממנו זכויותיו כחשוד, כאסיר וכאדם. בתוך כך נשללה ממנו הזכות לדעת בשל מה הוא נעצר, הקבועה בסעיף 24(א) לחוק המעצרים. כן נשללה ממנו הזכות להיפגש ולהיוועץ בעורך דין כלשון סעיף 34(א) לחוק המעצרים. אף זכות החשוד ליידע את בני משפחתו אודות מעצרו, נשללה ממנו וזאת בניגוד להוראות סעיף 33 לחוק המעצרים. בשל כך, נשלל מהמערער ציוד ואספקה בסיסית וזאת בהיותו שרוי בתנאי מעצר. לא זו אף זו, זכות החשוד לקבל מידע הנוגע למשך המעצר ותנאי החזקתו, וכן זכות הנגישות לערכאות שיפוטיות הופרו בניגוד לעקרונות היסוד של חוק המעצרים ולסעיפים 13 ו-17 לחוק".

ההגנה טוענת, כי "היחס שבין עוצמת הפגיעה בזכויות חוקיות וחוקתיות וזיקתן לראיות שנגבו, מחד גיסא, לבין חולשת הראיות שנאספו כתוצאה ישירה מפגיעה זו, מאידך גיסא, צריך להוביל למסקנה המשפטית שדין הראיות להיפסל ו/או שמשקלן אפסי".

50. בהמשך הודעת הערעור, טוענת ההגנה כי לא היה מקום להתעלם מחוות דעת המומחה מטעמה, שממנה עולה כי בדינמיקה הייחודית שנוצרה בתא המעצר, השתנו היחסים בין המערער למדובב, מיחסים של שותפים לתא "ליחסים של ראש משפחה וחייל". יחסים אלה מגלמים בחובם את הצורך של המערער בתמיכה ונקודת משען, "וגם את השאיפה הכמוסה שלו שהקשרים שהוא יוצר עם המדובב בתא יסייעו לו לרכוש כבוד ומעמד בעולם האסירים ויפתרו את המצוקות הכלכליות בהן נתונה משפחתו".

51. חלק אחר של הודעת הערעור הוקדש לסקירת מחקרים וכתביה אקדמית בקשר לתופעה שעניינה מתן הודאות שווא. ההגנה טוענת, כי בין גורמי הסיכון להודאות שווא ניתן למנות את אלה: משך החקירה; אמצעי חקירה לוחצים תוך פגיעה בזכויות החשודים; שימוש בסמים; זרות של הנחקר; וחוסר היכרות עם נורמות חברתיות. נטען, בהקשר זה, כי החשש להודאות שווא מתחדד כאשר ההודאה ניתנת לפני מדובב, "שעה שהחשוד כלל לא מודע למשמעות המשפטית של דבריו".

52. חטיבת טענות נוספת בהודעת הערעור נוגעת ל"כרסום במהימנות עדי התביעה", בדגש על מהימנותו של המדובב. נטען, בהקשר זה, כי חוסר מהימנותו של המדובב ניכר כמעט בכל משפט שיצא מפיו במהלך עדותו, "נוכח ריבוי השקרים, ההגזמות, הסילופים, חוסר הדיוק, ההטעיות ונסיגת המדובב לטענה שאינו זוכר". בין היתר, נטען לפער "בלתי נסבל" בין העדויות שמסר המדובב לבין ההתרחשויות שתועדו בתא המעצר; לשקרים לגבי גרסת ההודאה של המערער, באמצעות פנטומימה, כביכול; לבידוי ראיה מפלילה כלפי המערער, בנוגע לתוכנית לחיסולו של דימה; לשקרים לגבי השימוש בסמים בתא המעצר, ובעיקר בכל הנוגע לגרסת המדובב כי הוא פעל לסיים את השימוש בתוך יומיים, כדי שהסמים לא ישפיעו על פעילותו כמדובב; שקריו של המדובב לגבי בקשתו, כביכול, של המערער לרצוח את הגב' סורחנב, אלמנתו של ממוקה; והעיקר - תפיסת תפקידו כמדובב, להעביר לחוקרים פרטים המפלילים את המערער בלבד, מאחר שהמדובב היה "נעול" על הגרסה כי המערער הוא שרצח את המנוח. עוד נטען, בהקשר הנדון, כי חוקרי הצח"מ ניהלו את החקירה במגמתיות ובחובבנות רבה, שבאה לידי ביטוי באופן הפעלת המדובב, שהוא "עבריין פעיל". הטענות מופנות בעיקר לעבר ראש הצח"מ, משה, אשר היה אחראי על החקירה וניהל אותה, לפי הטענה, באופן רשלני וחובבני, "מבלי שחלק גדול מאוד מפעולות החקירה שנעשו במהלכה נרשמו ותועדו". ההגנה טוענת למחדל משמעותי ביותר, הנעוץ בחוסר תיעוד ורישום של דרך הפעלת המדובב, למרות שהתנהלו, לשיטת ההגנה, עשרות שיחות ארוכות בין החוקרים לבין המדובב.

53. בחלק המשפטי של הודעת הערעור נטען, כי יש לפסול את ההודיה, הן מכוח הדרישה הקבועה בסעיף 12(א) לפקודת הראיות, כי ההודיה "תהא חופשית מרצון", והן מכוח דוקטרינת הפסילה הפסיקתית, שנקבעה בהלכת יששכרוף. אשר למבחנים שגובשו בפסיקה באשר לתנאי הקבילות, לפי סעיף 12 לפקודת הראיות, נטען כי השילוב בין מניעת מפגש עם עורך דין למשך ימים ושבועות; חקירה ארוכה מאוד, המבוססת על בידודו של המערער; שלילת זכויותיו הבסיסיות; ולחצים אינטנסיביים מצידו של המדובב, כל אלה פגעו ברצונו הטוב והחופשי של המערער, באופן המוביל לפסלותה של ההודיה. עוד נטען, כי יש בעשיית שימוש במדובב אקטיבי, הנוקט בצעדים ותחבולות כדי לחלץ מפי החשוד מידע מפליל, כדי לפגוע ברצון החופשי ובזכות השתיקה של הנחקר. בהודעת הערעור הובהר, כי הסנגוריה אינה טוענת ששימוש במדובבים, ואפילו במדובבים אקטיביים, מהווה תמיד תחבולה פסולה, המביאה לפסלות ההודיה. עם זאת, נטען כי בית המשפט נדרש לרמה גבוהה ביותר של זהירות, בבואו לבחון את קבילותה של הודיה שניתנה בפני מדובב, וזאת "במיוחד כאשר מדובר במדובב אקטיבי ובמיוחד ככל ש'מארג האינטרסים' המלווה את נסיבות מתן ההודאה הוא צפוף ומורכב יותר, וככל שהחקירה מתנהלת בצורה רשלנית ומסתירה". למארג האינטרסים המורכב יש להוסיף גם את התגמולים הכספיים והתגמולים שווי הכסף, שאותם קיבל המדובב.

54. ההגנה טוענת עוד, כי ננקטו במהלך החקירה אמצעים פסולים שיש בהם כדי להביא לפסלות ההודיה. אמצעים פסולים אלה, אשר פגעו בצורה חריפה בחופש הרצון והבחירה של המערער, באו לידי ביטוי, בין היתר, ביצירת יחסי תלות ומרות בין המערער למדובב; בשימוש אינטנסיבי בסמים על ידי המערער והמדובב, תוך הסתרת הדבר, "בידיעת חוקרי הצח"מ ותוך גיבוי שלהם"; בגיוסו של המערער על ידי המדובב כחייל למשפחת הפשע; בשידול לרצח של דימה, והצעת המדובב לרצוח עדי תביעה נוספים; בבידוי ראיות והפללה כוזבת של המערער; ובפגיעה חמורה בזכות ההיוועצות, כפי שפורט בהרחבה לעיל. לכל אלה יש להוסיף את העובדה המטרידה, לפיה ניתן למדובב להבין כי אם יצליח "לפצח" את התיק, יסייעו לו החוקרים בתיק תעבורה חמור, בנינו אמור היה להיגזר דינו של המדובב למחרת היום.

55. ומכאן לנושא פסילת ההודיה מכוח דוקטרינת הפסילה הפסיקתית. נטען, בהקשר זה, כי בית משפט קמא קיבל את התיאור העובדתי שהציגה הסנגוריה לגבי הדרך בה נוהלה החקירה, לרבות בנושא הפגיעה בזכויותיו של המערער,

אך בית המשפט "לא נתן לפגיעה זו כל משקל". עוד נטען, כי החקירה בעניינו של המערער נעשתה תוך פגיעה מתמשכת ומקיפה במגוון זכויותיו של המערער כחשוד, וביניהן: פגיעה בזכות הגישה לערכאות שיפוטיות; פגיעה בזכות ההיוועצות; פגיעה בזכות ליידע את בני המשפחה לגבי מקום הימצאו; והזכות לקבלת מידע על אודות סיבת המעצר ומשכו. עוד נטען, כי גם אם לא היה בכוונתם של החוקרים לפגוע בזכויות אלה, לא יכול להיות ספק כי זכויותיו של המערער נפגעו, בעת "שהייתה לחוקרים רמה גבוהה של מודעות לפגיעות המתמשכות". עילה נוספת ונפרדת "שצריכה להתווסף למשקולות המחייבים פסלות ראיות במקרה זה", עולה מהעובדה הנטענת כי הליך המעצר שהתקיים בבית משפט השלום, ביום 6.2.2006, היה פגום מעיקרו, מאחר שמידע רב הוסתר משופט המעצרים. נטען, בהקשר זה, כי שופט המעצרים הוטעה לגבי פרטים רבים הנוגעים לחקירה, ובעיקר לגבי החקירה הארוכה שהתקיימה בתנאי מעצר, ללא סמכות כדין; הפגיעה המתמשכת בזכויותיו של המערער; והמניפולציות שננקטו על ידי המדובב והחוקרים כדי למנוע הימנו להיות מיוצג על ידי עורך דין. בנסיבות אלה, סבורה ההגנה כי קבלת ההודיה כראיה תפגע מהותית בזכותו של המערער להליך הוגן, ולטענתה ישום מבחני העזר שנקבעו בהלכת יששכרוב, מוביל למסקנה ברורה כי יש לפסול את ההודיה.

56. לחלופין, נטען על ידי ההגנה כי גם אם ייקבע שאין מקום לפסול את קבילותה של ההודיה, מן הראוי להפחית במשקלה, עד כדי קביעה כי משקלה של ההודיה אפסי, "וכי בכל מקרה אין לה די משקל כדי להוות ראיה מרכזית ועיקרית להרשעה ברצח". לגישת ההגנה, נסיבות מסירת ההודיה, תוך מעורבותו האקטיבית של המדובב בגיבושה, ובהינתן הפגיעה הקשה בזכויותיו של המערער, מחייבות את המסקנה כי משקלה של ההודיה אפסי. לצורך בחינת משקלה הפנימי של ההודיה יש לתת את הדעת, כך נטען, לעובדה כי פרטים רלוונטיים רבים באו מפיו של המדובב, כמו למשל מעורבותו של ממוקה באירוע; העובדה כי בוצע שוד; וכי השודדים הגיעו למקום ברכב. עוד נטען, כי ישנם פרטים רבים שהמערער מאשר, לנוכח שאלותיו של המדובב, למרות שהם אינם נכונים, כגון: מספר האנשים שהיה בסנוקר; העובדה שהמערער פירק את האקדח והשליך את חלקיו, למרות שהמערער אינו מבין דבר וחצי דבר באקדחים; והסכום שנלקח מהסנוקר - 1,600 ₪. נטען בנוסף, לקיומם של פרטים אותם מוסר המערער, למרות שהם אינם נכונים או שאין להם אחיזה ראייתית, כמו: ביצוע שתי יריות, בעוד שכל העדים מדברים על ירייה אחת בלבד; שריפת הבגדים, דבר שאין לו כל תימוכין; הטענה כי המנוח מת במקום, בעוד שעדי הראיה מסרו כי המנוח היה בין החיים באותו שלב; והצמדת הסכין על ידי ממוקה לצווארו של המנוח, עובדה שלא הייתה ולא נבראה. אשר למבחן החיצוני ומסירת פרטים מוכמנים, נטען כי מדובר בפרטים אשר דווחו על ידי עדי ראיה והיו ידועים לרבים מתושבי שדרות. חלק מהדברים נמסרו על ידי המדובב עצמו, לאחר שהוא קיבל מידע רב מהחוקרים, וחלק מהעובדות "הוא חסר אימות במציאות".

57. אשר לטענה כי המערער ניסה, בשיחותיו עם בני משפחתו, לשבש את החקירה במטרה להכין עבורו טענת אליבי כוזבת, גורסת ההגנה כי מדובר, הלכה למעשה, בקריאה לעזרה מצידו של המערער. נטען, בהקשר זה, כי שיחות הטלפון אותן מבצע המערער עם אָחיו ובן דודו, ביום 8.2.2006, "הם ניסיונות נואשים של אדם שחש שהמשטרה 'תופרת לו תיק' על לא עוול בכפו, המיועדים לגרום לכך שקרובי משפחתו יעידו לטובתו ויחלצו אותו מהסייט בו הוא נתון". עוד נטען, כי "העובדה שחלפו 4 שנים מיום האירוע והידיעה [שהמערער] הרבה להשתמש בסמים באותה התקופה תומכת בטענה כי מדובר בטעות", לגבי מועד הגעתו של המערער לרמת גן, ואין מדובר בניסיון "לתפירת" אליבי או לשיבוש מהלכי החקירה.

58. טענה נוספת שהייתה בפי ההגנה היא, כי עדותה של גלינה סורחנוב, אלמנתו של ממוקה (להלן: גלינה), אינה קבילה לגבי דברים שנאמרו לה על ידי בעלה. נטען, בהקשר זה, כי המבחן להתקיימותו של חריג הרס גסטה לכלל הפוסל עדות שמיעה, הינו מבחן מהותי ולא טכני, היינו: כי מדובר בנסיבות המקום והזמן, ומצבו הנפשי של האומר,

באופן המבטל את החשש לעדויות בלתי מהימנות. במקרה דנן, כך נטען, לא מתקיים המבחן המהותי, כיוון שהדברים שנאמרו, לכאורה, על ידי ממוקה לאשתו "הם גרסה מעובדת ומחושבת, הסותרת באופן מהותי את המאורעות כפי שמדווחים על ידי עדי ראיה אובייקטיביים וכפי שבאים לידי ביטוי מפורש בכתב האישום". כמו כן, לא מתקיימים, לטענת ההגנה, במקרה זה מבחני העזר לכלל הרס גסטה, והם: בו זמניות, וסערת רגשות של הדובר. האמירות המיוחסות לממוקה נמסרו כשעתיים לאחר האירוע, והייתה לו שהות "להירגע, לסדר את מחשבותיו ולעבד את גרסתו". עוד נטען, כי דבריה של גלינה יכולים לסבך את ממוקה אך לא את המערער, מאחר שממוקה לא גילה מי האדם הנוסף שהיה עמו.

59. בהמשך הודעת הערעור, נטען כי הימנעותו של המערער מלהעיד אינה מהווה סיוע לראיות התביעה. נטען, בהקשר זה, כי בית המשפט אינו חייב לראות בשתיקת הנאשם משום סיוע וחיזוק לראיות התביעה, וזאת "במיוחד במקרים בהם בית המשפט משתכנע ששתיקת הנאשם אינה נובעת מרצונו שלא להפיל עצמו אלא מסיבות אחרות". לטענת ההגנה, עם תום פרשת ההגנה חלה התדרדרות ממשית במצבו הנפשי של המערער. למעשה, המערער לא רק נמנע מלהעיד אלא סרב, באופן קטגורי ומוחלט, לקיים פרשת הגנה ובמקביל סרב לכל הצעה לנסות ולסיים את התיק בהסדר. עוד נטען, כי מדובר בהתנהגות חריגה ביותר של אדם, "אשר כמו איבד עניין בגורלו". בנוסף, המערער סרב באופן חד משמעי להיבדק על ידי מומחה מטעם הסנגוריה, או על ידי מומחה מטעם בית המשפט. בנסיבות אלה, ולאור הספק לגבי אמיתותה ומשקלה של הודאת החוץ, גורסת ההגנה, כי "לא יכולה שתיקת המערער להוות מקור עצמאי להשלמת חסר זה ואינה יכולה להוות סיוע להודאה בעייתית".

60. לבסוף, טוענת ההגנה כי המערער זכאי לחסות תחת ההגנה מן הצדק, באופן שיש לזכותו מכל אשמה או לבטל את כתב האישום נגדו. במקרה דנן, כך נטען, נפלו פגמים רבים בהליכי החקירה והמשפט, שאותם יש לבחון במנותק משאלת האשם או החפות. בין יתר הפגמים, מנתה ההגנה את אלו: החקירה התאפיינה ביחס פוגעני בזכויותיו של המערער כחשוד, כאסיר וכאדם; החקירה נערכה תוך זלזול מוחלט בדרישות הבסיסיות של רישום ותיעוד הליכי החקירה; החוקרים הפגינו זלזול מוחלט בערכאות השיפוטיות השונות, ולא הססו למסור מידע מטעה, תוך התעלמות מהוראות בית המשפט; חומר חקירה רלוונטי הועלם מעיני ההגנה; החקירה התנהלה תוך חוסר פיקוח על המדובר, כאשר חוסר התיעוד של תרגילי החקירה, שתואמו עמו, הביאו ל"זיהום החקירה"; ומתן הבטחה למתן טובות הנאה מפליגות למדובר, בכפוף לכך ששיגי הודאה מהמערער. במצב דברים זה, בצרוף העיכובים הרבים בהעברת חומרי חקירה וסחבת שחלה בקצב ניהול המשפט, לא הייתה אפשרות, לטענת ההגנה, לקיים משפט צדק בעניינו של המערער.

עיקרי טיעון מטעם המשיבה

61. בעיקרי הטיעון מטעם המשיבה נטען, כי אשמתו של המערער הוכחה, מעבר לספק סביר, בראיות איתנות ומשכנעות, הכוללות, בין היתר: עדי ראיה לשוד ולרצח המנוח, על ידי שני רעולי פנים; עדותה של גלינה, אלמנתו של ממוקה, שותפו של המערער לעבירות, על אודות התוודותו של בעלה בפניה, מיד בליל השוד; הודאתו של המערער בחקירתו במשטרה כי בליל הרצח הוא נפגש עם ממוקה; פעולותיו הנמרצות של המערער לוודא, במהלך מעצרו, שממוקה אכן מת; הפרכה פוזיטיבית של האליבי שייצר המערער; תיעוד פעולות המערער להדחת עדי האליבי, מתוך תא המעצר; איכוננו של המערער בשדרות ובאזור הרצח, חרף צו שיפוטי מאותו היום המרחיק אותו מהעיר; "הודאת המערער בפני מדובר בשוד וברצח תוך התייחסות לפרטים מוכמנים שונים". כחיזוק לכל אלה, רואה המשיבה בהחלטתו של המערער להימנע מלהעיד במשפטו, ושימוש נרחב בזכות השתיקה במהלך חקירתו.

62. אשר להודאתו של המערער, נטען על ידי המשיבה כי פעולת הדיבוב הוקלטה לכל אורכה, ואף "שלא הכל נקלט בהקלטה", הרי שצפייה בקלטות, ושמיעת עדות השוטר, אשר האזין לדיבוב, מעלה "תמונה של הודאה ברורה וחד משמעית של המערער בפני המדובב בשוד וברצח". על יסוד צפייה בקלטות הרלוונטיות ועיון בתמלילים, קבע בית משפט קמא, כי תוכן של השיחות בין המערער למדובב,

"... מלמד על הודיה מלאה שמסר [המערער] למדובב ולפיה, בליל האירוע הוא הגיע עם ממוקה לסנוקר, שניהם רעולי פנים, בידו אקדח וביד ממוקה סכין, במטרה לגנוב כסף. כאשר המנוח פנה אליו והושיט לעבר ידו באגרופ, ירה [המערער] ירייה באוויר ולאחר מכן, ירייה מטווח קצר לעבר חזהו והרגו. אז נמלטו השניים מהמקום במכוניתו של ממוקה ונפרדו בעיר שדרות. את הבגדים שלבש באירוע שרף, ואת האקדח פירק, ואת חלקיו פיזר. שיחות הטלפון עם קרוביו משלימות את דבריו למדובב, לכדי תמונה ברורה ובהירה..."

63. לטענת המשיבה, בית משפט קמא בחן את החומר הרב שהונח בפניו באופן קפדני, מאוזן ומשכנע, וקבע ממצאים עובדתיים ברורים. חלק ניכר מהקביעות העובדתיות מבוסס על התרשמות אישית מהעדים, ואף מדברים שאמר המערער בבית המשפט, חרף בחירתו שלא להעיד. עוד נטען, כי רוב רובן של הטענות בערעור מופנה כלפי קביעותיה העובדתיות של הערכאה הדיונית, הן באשר לראיות המבססות את אשמתו של המערער ברצח, והן באשר לטענות ההגנה בדבר פגמים שונים שנפלו בהתנהלות המשטרה, ולגבי הפגיעה הנטענת בזכויות המערער. המשיבה הוסיפה וטענה, כי בית משפט קמא לא התעלם מטענות ההגנה, ואף קיבל את חלקן, אך מצא כי "הפגמים והחוסרים עליהם הצביעה ההגנה, אינם ברמה כזו הפוגעת באמינות הראיות המרשיעות או בקבילותן". כך, למשל, קבע בית משפט קמא, לגבי אי תיעוד שיחות התדרוך שניהלו החוקרים עם המדובב, כי אכן מדובר בפגם, אך אין להרחיק לכת ביחס להשלכותיו, ואין בו "כדי לשמוט את היסוד לכלל החקירה ולהביא לזיכויו של [המערער]".

64. אשר למדובב, נטען על ידי המשיבה, כי בית משפט קמא ניתח בפירוט רב את עדותו, אישיותו, ואופן פעולתו בתיק, והגיע למסקנה חד משמעית כי ליבת עדותו אמת. בית משפט קמא קבע, בהקשר זה, כי "הסתירות, אי הדיוקים ודברי השקר, עליהם הצביעה ההגנה, מצויים בשולי הדברים, בפרטים שאינם נוגעים לאירוע, ולא היה בהם כדי להשפיע על התנהלות [המערער], או כדי לפגוע בחירותו להחליט אם להתוודות אם לאו".

65. בהתייחס למערער, נטען על ידי המשיבה כי בית משפט קמא התרשם ממנו וגיבש מסקנות ברורות "אודות אופן התנהלותו, אופיו החזק, והחלטתו שלא להעיד". המשיבה הוסיפה וטענה, כי המערער נהג באופן מניפולטיבי סביב החלטתו שלא להעיד, כפי שהתרשם בית משפט קמא. התרשמותו הישירה של בית משפט קמא מהמערער, בנוסף לתיעוד הנרחב, תיעוד חזותי ושמע, שהוגש לבית המשפט, "הותירו... רושם ברור לעניין אופיו ואופן התנהלותו של המערער", וכפי שקבע בית משפט קמא:

"שמירתו על זכות השתיקה, בחקירה המשטרית ובבית המשפט, תומכת במסקנה כי מדובר באדם בעל אופי חזק, חוסן ויציבות. בניגוד לטענת ההגנה, כי סבל מחולשה, מצוקה וחוסר אונים - התגלה [המערער] כלוחם עז. משנדחו דרישותיו לשוחח עם משפחתו ולקבל ציוד, הוא הכריז על שביית רעב, ממנה לא חדל, עד אשר השיג את מבוקשו. לא כך מתנהג אדם המצוי במצוקה, נחות וחוסר אונים, ובוודאי שאין זו דרך המאפיינת אדם הנעדר כוח שיפוט, לכאורה".

עוד נטען, כי בהחלטתו של המערער שלא להעיד "הותיר המערער חורים גדולים בראיותיו. במיוחד נכונים

הדברים בקשר להשפעה הסובייקטיבית שהייתה לפעולות חקירה שונות על הלך נפשו".

66. אשר להודאתו של המערער בפני המדובב, טענה המשיבה כי בית משפט קמא בחן בקפידה את מהימנותה של ההודיה, בציינו את העובדה כי לגבי תוכנה של ההודיה קיים תיעוד ויזואלי ותיעוד שמע, בנוסף לעדותו של המדובב. את ההודיה שמע בזמן אמת גם החוקר חליוה, שהיה בתפקיד בעמדת ההאזנה, והתרשם כי המערער אמר את הדברים ביוזמתו, מבלי שהם הושמו בפיו. המשיבה הוסיפה וטענה, כי לאור ההקשר שבו ניתנה ההודיה, והשתלבותה עם שיחות הטלפון שביצע המערער, באמצעות הטלפון הסלולרי, "במקביל ובהמשך להודאתו", ברור שאין מדובר "ברסיסי הודאה" אלא "בהודאה עשירה המשתלבת היטב בהתנהלות של המערער". להודיה זו יש להוסיף, כך נטען, את הפרטים המוכמנים העולים מהודייתו של המערער, ובכלל זה את עצם העלאת שמו של דימה. המדובב פעל, אמנם, בתחכום המותאם למשימה, אך הוא לא פגע באוטונומיה של המערער ולא חרג מהמותר, כפי שקבע בית משפט קמא, ולגישת המשיבה אין מקום להתערב בקביעה זו.

67. בהתייחס לטענה בדבר הפגיעה בזכות ההיוועצות של המערער, המשיבה אינה מתעלמת מקביעתו של בית משפט קמא כי החוקרים פעלו, בהקשר זה, באופן בלתי ראוי. עם זאת, סבורה המשיבה כי דרישותיו של המערער להיוועץ בעורך דין לא נאמרו מתוך כוונה מלאה לממש זכות זו, וכפי שקבע בית משפט קמא:

"... עמדת [המערער] - לפיה גמלה בליבו החלטה להיוועץ עם עו"ד, אשר לא היה לאל ידו לממשה - אף היא לא הוכחה. ספק רב, אם אכן היה [המערער] עושה שימוש בטלפון, לו היה ראש הצח"מ מעמידו לרשותו, ולו מהטעם שלא ידע למי לפנות. ולראיה - כאשר הגיע טלפון לידיו, בליל ההודיה, הוא נמנע מלהתקשר לעורך דין, הגם שהיה בידו לעשות כן".

לפיכך, ולאחר בחינת מכלול הנסיבות, וחרף הביקורת על התנהלותה של המשטרה, קבע בית משפט קמא כי חומרת הפגיעה בזכות ההיוועצות "איננה ברף המצדיקה את פסילת ההודאה". המשיבה טענה בנוסף, כי החקירה בתיק זה התנהלה קודם לפרסום פסק דינו של בית המשפט העליון בעניין יששכרוב, ולכך יש השלכה על אופן בחינת העניינים ועל תום ליבם של החוקרים.

68. לבסוף, ובנוגע לתנאי מעצרו של המערער במהלך חקירתו הסמויה, מצא בית המשפט דופי בהתנהלות המשטרתית, אך חומרת הפגיעה לא הייתה משמעותית, ומרבית התקלות תוקנו קודם להודייתו של המערער. עוד נטען, כי תנאי המעצר המכבידים, אף שלא היו ברף חמור יחסית, הוסרו מספר ימים קודם להודאתו של המערער, ועל כן השפעת הדבר על ההודאה אינה משמעותית, אם בכלל, ולפיכך אין קשר סיבתי בין הפסול הנטען לבין ההודאה. למען הסר ספק, מוסיפה וטוענת המשיבה, כי גם אם "נמשכה השפעה מסוימת של פעולות אלו" על הודאתו של המערער, אותה השפעה "לא הגיעה לרמה כזו שיש בה בכדי לפסול את הודאתו של המערער".

לאור האמור, מבקשת המשיבה לדחות את ערעורו של המערער.

הדין בערעור

69. במסגרת הערעור, קיימנו שלושה דיונים בתאריכים 27.1.2016, 13.9.2017 ו-4.3.2018. במהלך הדיון שהתקיים ביום 27.1.2016, הבענו את דעתנו כי, לנוכח חומרת האשמה והמשמעות שייחס בית המשפט המחוזי לסירובו של המערער להעיד כעד הגנה מטעמו, מוצע כי המערער ישקול מחדש את עמדתו, וככל שיחליט להעיד ולמסור את גרסתו, יוחזר התיק לבית המשפט המחוזי לשמיעת העדות. ב"כ המערער, עו"ד ד"ר חגית לרנאו, ביקשה בתום הדיון ליתן לה שהות להיפגש עם המערער, לשוחח עמו בעניין זה, ולהודיע לבית המשפט את עמדתו. לאחר מספר אורכות שהתבקשו, הודיעה ב"כ המערער, ביום 4.8.2016, כי התקיימו מספר מפגשים עם המערער, ולאחר זאת מסר המערער, כי הוא "אינו מעוניין בהתמשכות הליכים ומבקש כי עניינו יוכרע בבית המשפט העליון", ומתשובה זו נקל להבין כי הוא אינו מעוניין בהחזרת הדיון לבית המשפט המחוזי, לצורך שמיעת עדותו.

70. בישיבה מיום 13.9.2017, נשמעו טיעוניה של ההגנה, תוך שב"כ המערער, עו"ד לרנאו, מבהירה כי "התיק הזה מלא בפרטים", ולכן בכל אותם מקרים "שיורדים לפרטים", תהא הפנייה לסיכומים. בפתח דבריה אמרה עו"ד לרנאו, כי "בתרבות המשפטית של מדינת ישראל לזכות אדם שלא העיד זה נדיר שבנדירים". יחד עם זאת, ולנוכח המעשים הכל כך חמורים שבוצעו במהלך החקירה, יש לזכות את המערער מכל אשמה. הטענה הבסיסית שבפי ההגנה היא, כי ההודיה, אשר ניתנה לפני המדובב, ביום 8.2.2006, היא הודיית שווא. נטען, בהקשר זה, כי בית המשפט המחוזי לא דן בטענה זו לעומקה, בשל גישתו הבסיסית, לפיה אם המערער אינו עולה על דוכן העדים ואומר בלשונו כי מדובר בהודיית שווא, כי אז אין מקום להתייחס לטענה זו, ולבחון ראיות אחרות שבאמצעותן ניתן להגיע לאותה מסקנה. עו"ד לרנאו הוסיפה וטענה, כי קיימת ספרות עניפה שעניינה גורמי הסיכון למתן הודאות שווא, כאשר המחקרים מלמדים כי מאפיינים אישיותיים, כגון: זרות, חוסר הבנה של דברים, התנהגות חריגה, קשיי שפה, לצד לחצי החקירה, מובילים במקרים לא מעטים להודאות שווא. עוד נטען, כי זה המצב גם בענייננו, כאשר התנהגותו ומאפייניו האישיים של המערער, בנוסף ללחצים הקשים שהופעלו עליו, מחייבים בחינה זהירה ביותר של הודייתו, מחשש להודיית שווא. אשר לכשלים הבולטים בניהול החקירה, הצריכים להוביל לזיכוי, מנתה עו"ד לרנאו את אלה: האופן בו הופעל המדובב, שהוא "המנוע העיקרי של החקירה", אך בד בבד מייצר ראיות שווא ולפחות בשבעה מקרים מוסר לחוקרים גרסה שקרית לגבי מה שנעשה בתא; ניהול חקירה סמויה מבלי שנאמר למערער במה הוא חשוד באמת, ותחת זאת מייחסים לו ככזב עבירות רכוש והתפרצויות; פיזור רמזים לגבי "משהו נורא" שביצע המערער, מבלי להטיח בו ישירות את האשמה, על מנת שהוא יגיב לאותם רמזים; החזקתו של המערער במעצר, מבלי להוציא צו מעצר או להביאו בפני שופט במשך כשבועיים, תוך הפרה שערורייתית של חוק המעצרים; ומניעת מפגש עם עורך דין, למרות שהמערער חוזר ומבקש להיפגש עם עורך דין, תוך ניתוקו של המערער ממשפחתו. באותה תקופה הוחזק המערער בתא אחד עם המדובב "בציפייה שהלחץ יניב רמז לכך שהוא מבין במה הוא חשוד". בשלב מסוים, איפשרו החוקרים למערער לשוחח עם אמו, אך לא להיפגש או להיוועץ בעורך דין. עו"ד לרנאו התעכבה על שקריו של המדובב, אשר סיפר לחוקרים כי המערער הודה ברצח "בפנטומימה", כאשר צפייה בקלטת הרלוונטית מלמדת על ההפך הגמור. כמו כן, טען המדובב כי המערער ביקש לרצוח את האדם המכונה דימה, שעזב את הסנוקר לפני האירוע, כאשר עולה מהקלטות כי ההצעה באה מצידו של המדובב עצמו ואילו המערער מנסה להניאו מכך. לשאלת בית המשפט, כיצד ניתן לקבל את הטענה כי המדובב משקר לחוקרים לגבי הנעשה בתא, ביודעו כי הכל מצולם ומוקלט, השיבה עו"ד לרנאו כי המדובב "מתחיל את שקריו בזהירות", אך כאשר הוא רואה כי המשטרה אינה בודקת את דבריו, הוא עובר לשקרים מהותיים יותר. נטען, בהקשר זה, כי בית המשפט המחוזי קיבל את הטענה כי המדובב משקר בנושאים רבים, אך הוא הוסיף וקבע כי המדובב לא שיקר לגבי המהות של החקירה, ולכן ניתן לקבל את דבריו בנושא זה. לשאלת בית המשפט, ובהנחה שהחלקים המרכזיים של ההודיה מתועדים בוודא, איזו משמעות יש לייחס לשקרו של המדובב בנושאים אחרים, השיבה עו"ד לרנאו כי "יש חלקים שלמים שלא רואים בוודא", ואיננו יודעים מה בדיוק התרחש בתא המעצר. כמו כן, פרטים רבים עברו מהמדובב למערער, ומבחינה זו מדובר בחקירה מזוהמת שלא ניתן להסתמך עליה. עוד נטען, כי אין בפנינו הודאה מלאה אלא "פירורי הודאה", והסיפור שאותו מפרט בית המשפט המחוזי בהכרעת דינו "מעולם לא סופר". ההודיה הנטענת מתפרשת על פני פרק זמן של כשעתיים וחצי, כשבמהלכו מתקשר המערער לבני משפחתו, המדובב יוצר

דרמה גדולה בהציגו את עצמו כראש ארגון פשע שלמרותו סרים עשרות "חיילים", והוא מגלגל סכומי כסף דמיוניים, ובסופו של יום, הכל "מפוזר ואין סיפור". לשאלתנו, מדוע מבקש המערער לוודא כי ממוקה מת, לא ניתנה תשובה של ממש, ולא ניתן הסבר לגבי העובדה כי המערער ציין ביוזמתו שממוקה אחז בסכין, בעוד שהוא עצמו החזיק באקדח.

71. בהתייחס ל"ראיית הזהב", היינו הודייתו של המערער, טענה עו"ד לרנאו כי אין כל ראייה פורנזית המאמת את דבריו של המערער, וגם עדי הראייה אינם קושרים אותו לאירוע. עם זאת, אישרה עו"ד לרנאו כי המערער שהה בשדרות בלילה שבין 18 ל-19 יוני 2002, הוא הלילה שבו התרחש אירוע השוד והרצח, וזאת בניגוד לצו הרחקה שהוצא נגדו, ולפיו עליו להימצא ברמת גן. לטענת עו"ד לרנאו, השאלה הפרשנית העומדת על הפרק היא: האם הכחשתו של המערער את דבר הימצאותו בשדרות משקפת את רצונו להרחיק את עצמו מזירת האירוע, תוך ניסיון "לגרום לבני משפחתו להטות משפט ולתמוך בגרסה השקרית?"; או שמא מדובר בטעות של אדם אשר נחקר בחלוף כ-4 שנים לאחר האירוע? יש לזכור, כך הוסיפה וטענה עו"ד לרנאו, כי המערער אמר כל הזמן לחוקרים כי באותו ערב הוא השתמש באלכוהול ובסמים, "והיה מסטול מאוד". לטענת ההגנה, הפרשנות המוצעת על ידה, היינו כי מדובר בטעות תמימה, אינה פחות טובה מהפרשנות האחרת, ויש לה תימוכין בחומר הראיות. תמיכה ממשית בפרשנות זו מוצאת ההגנה בכך שלאורך כל החקירה מבקש המערער מחוקריו לבדוק את האליבי שלו, כשהוא משוכנע כי מדובר באליבי אמין ויציב, שאם רק ייבדק תסתיים החקירה בעניינו. לטענת עו"ד לרנאו, בשיחותיו של המערער מתוך תא המעצר, "הוא זועק למשפחתו בואו תעזרו לי, כי מה שהמשטרה עושה לי כאן זה שהיא תופרת לי תיק, ואני לא מבין למה ממשיכים להחזיק אותי בעניין האליבי".

72. בהמשך, טענה עו"ד לרנאו כי עיון בהודייתו של המערער כמכלול, מעלה כי היא סותרת בעניינים מהותיים את ההתרחשויות בזירת האירוע. כך, בין היתר, המערער מדבר על שתי יריות שביצע באקדח, בעוד שכל העדים מדברים על ירייה אחת בלבד; האירוע התרחש בסמוך לשעה 04:00 בעוד שהמערער מדבר על שעה מוקדמת יותר; המערער מסר כי ממוקה הצמיד סכין לצווארו של המנוח "דבר שלא היה"; נמצאו במקום 3 אנשים (המנוח ועוד שני לקוחות) בעוד שהמערער מדבר על מספר גדול יותר; המערער מסר כי בעט במנוח כדי לבדוק אם הוא הלך לעולמו, דבר שאינו נכון לדברי עדי הראייה; המערער מסר כי הוא וממוקה הגיעו ונמלטו ברכב, כאשר עדי הראייה מסרו כי "לא ראו אורות רכב"; המערער טען בתחילה כי הם שדדו ₪ 40,000 מהסנוקר ולאחר מכן שינה גרסתו ל-1,600 ₪, כאשר לטענת ההגנה "אין קשר בין מספרים אלה לבין הכסף שנלקח באותו ערב מהסנוקר". עוד נטען, כי דבריו של המערער לפיהם הוא שרף את בגדיו, ולאחר מכן פירק את האקדח והשליך את חלקיו, נראים בעיני ההגנה "כמופרכים וכבלתי הגיוניים". נטען בנוסף, כי לא נכללו בהודייתו של המערער פרטים מוכמנים כלשהם, שלא הגיעו לידיעתו מהסביבה והתקשורת, ומפיו של המדובב עצמו. פגם נוסף בהודייתו של המערער, מוצאת ההגנה בכך שהייתה למדובב מוטיבציה רבה "להגיע לתוצאה" עוד באותו ערב, כדי לזכות בהקלה מפליגה במשפטו, שנועד להתקיים למחרת היום, ונטען כי במדובב חשש לעונש הנמדד בשנות מאסר. כמו כן, ובנושא הסמים ישנן ראיות חד משמעויות לכך שהשימוש בסמים, לרבות בהרואין, נעשה עד למועד סמוך למסירת ההודיה, ובניגוד לקביעת בית המשפט טוענת ההגנה כי המדובב הוא שהכניס את הסמים, בהיותו "נרקומן וסוחר בסמים". עו"ד לרנאו הדגישה, כי בעניין זה היא אינה באה בטענות כלפי המדובב דווקא, ולשיטתה "הבעיה היא לא במדובב אלא בחוקרים", שאיפשרו מצב דברים זה. נטען, כי החוקרים "רואים הכל אך לא שמים לזה סוף".

73. אשר לעדותה של גלינה, שהיא לכאורה "מאוד חשובה ומסבכת", טוענת ההגנה כי הדבר אינו כך. עוד נטען, כי ככל שמדובר בראייה מסבכת "היא מסבכת את ממוקה ולא את [המערער]". לטענת ההגנה, דבריו של ממוקה לאשתו, אינם עומדים במבחני הרס גסטה, כיוון שאין מדובר בהיגדים ספונטניים, כשאין חשש שהאומר ישנה את תכנם. נטען, כי

לממוקה היה מספיק זמן כדי לעבד את הדברים, ולהתאים אותם לצרכיו. כך, למשל, מסר ממוקה לאשתו כי הוא לא כננס פנימה אלא חיכה מחוץ לסנוקר, דבר שאינו נכון. מבחינה זו אין מדובר בעדות ספונטנית, ולפיכך אין בפנינו חריג לכלל הפוסל עדות שמיעה. עוד נטען, כי מי שקושר את ממוקה לאירוע הוא המדובב, "ורק בפעם הרביעית" אמר המערער כי הוא היה בסנוקר ביחד עם ממוקה.

74. בפתח הישיבה שהתקיימה ביום 4.3.2018, ביקשה עו"ד לרנאו להשלים את טיעוניה, טרם שישמעו טיעוני המשיבה. לגבי לוחות הזמנים של הארכות המעצרים, מסרה עו"ד לרנאו כי הארכת המעצר הראשונה הייתה ביום 6.2.2006; הודייתו של המערער נמסרה ביום 8.2.2006; ואילו הארכת המעצר השנייה התקיימה ביום 16.2.2006, ובה היה המערער מיוצג על ידי עורך דין מטעם הסנגוריה הציבורית. ביום 8.2.2006, עובר למסירת ההודיה, אמר המדובב למערער כי עו"ד בנייה אינו יכול לייצגו, ומנסה לשדלו לדבר עם עורך הדין שלו (של המדובב). לשאלת בית המשפט, האם נבדק הנושא עם עו"ד אביגדור פלדמן, מסרה עו"ד לרנאו כי "עו"ד פלדמן לא ידע דבר על העניין הזה". יצוין, כי שאלנו במהלך הדיון את עו"ד חמודות, ב"כ המשיבה, האם מוסכם כי נאמר למערער שיפנו לעו"ד פלדמן ולא פנו, ועל כך הוא השיב: "זה היה תרגיל של המדובב". עו"ד לרנאו טענה בנוסף, כי בכל אותם מקרים בהם נפסלו ראיות בשל פגמים שנפלו בחקירה, לא הייתה הפרה כה בוטה של זכויותיו הבסיסיות של הנחקר, ואין מדובר רק בפגיעה בזכות ההיוועצות, "אלא גם בזכותו לדעת באיזו עבירה הוא מואשם וכלה בפגישה עם משפחתו". לדברי עו"ד לרנאו, אין להתנהלות החקירה במקרה דנן "אח ורע בתיקים שאני מכירה", דבר המוביל לפסלות ההודיה, בהתאם לסעיף 12 לפקודת הראיות, ובוודאי על פי דוקטרינת הפסילה הפסיקתית, בהתאם להלכת יששכרוף. עו"ד לרנאו חזרה וטענה, כי בסיטואציה שנוצרה בתא המעצר קנה המדובב שליטה מלאה על המערער, והלה התיימר לגייסו לארגון פשיעה.

75. בפתח דברי תשובתו לערעור, התייחס עו"ד יאיר חמודות, ב"כ המשיבה, להחלטתו של המערער שלא להעיד במשפטו. לטענת עו"ד חמודות, ככל שיש טענה לגבי קבילות ההודיה, בהתאם לסעיף 12 לפקודת הראיות, יש לקיים משפט זוטא בנושא הקבילות, כשאז על הנאשם להעיד בבית המשפט לגבי האמצעים הפסולים שנקטו נגדו, ומידת השפעתם על רצונו החופשי. במקרה דנן, כך נטען, נמנע המערער מלהעיד במסגרת משפט זוטא, ונמנע מלעשות כן כעד הגנה מטעמו במשפט העיקרי. בענייננו, יש ליחס חשיבות רבה להחלטתו של המערער שלא להעיד, שכן הוא "הודה, מפיו באים הדברים והוא אומר שעשה את המעשה", ולכן עליו להסביר "למה זה לא נכון". ההחלטה שלא להעיד, היא בחירה של אדם כשיר לעמוד לדיון, ולמרות שניתנו לו אין ספור הזדמנויות להעיד, הוא לא נתן הסבר של ממש להחלטתו להימנע מלמסור את גרסתו, "והדברים הם בעלי משמעות".

76. אשר להודיה עצמה, טען עו"ד חמודות כי גם אם ההודיה מתפרשת על פני מספר שעות, וגם אם מדובר בשאלות ותשובות, הרי שמדובר בהודיה קוהרנטית הכוללת פרטים רבים, ובמהלכה מגיב המערער ל"חששות" שמעלה המדובב, בכך שהוא מתקשר לבני משפחתו, ומבקש לוודא דברים ולתאם גרסאות. המערער נכנס בהודייתו לפרטי פרטים, וכך הוא מסר ביוזמתו כי הוא שרף את בגדיו, פירק את האקדח והשליך את חלקיו; הוא אומר למדובב כי אינו חושש מהימצאות טביעות אצבע במקום; שולל אפשרות לקיומם של מצלמות אבטחה, לאור מעצרים המוניים שביצעה המשטרה, כשהמשמעות היא שאין לה קצה חוט; מגיב בחשש רב כשעולה שמו של ממוקה, ומבקש לוודא כי הוא אכן מת, בכך שהוא שולח את אחיו לקברו; הוא אומר כי אם ממוקה לא מסר את שמו, אף אחד לא יכול להעיד נגדו; ומתאם טענת האליבי, כשהדבר האחרון שאפשר להגיד על כך הוא, כי מדובר בטעות תמימה. עוד נטען, כי באותו יום, 18.6.2002, הוצא למערער צו הרחקה משדרות, והוא הפר צו זה - ועל כך אין מחלוקת. לפיכך, הגרסה שהוא לא הפר את הצו אינה יכולה לנבוע מטעות תמימה. ממחקרי התקשורת עולה כי המערער היה בקשר עם ממוקה עוד באותו ערב, ואין חולק כי התנהלו ביניהם מספר שיחות טלפוניות. בהינתן העובדה כי המערער לא נתן הסבר לגבי כל

הפרטים המרשיעים, יש בכך כדי לבסס את הרשעתו ברצח.

77. בהתייחס לביקורתו של בית המשפט המחוזי, בהקשר לאופן התנהלות החקירה ובדגש על הפגיעה בזכות ההיוועצות, טען עו"ד חמודות כי יש להידרש לנושא הקשר הסיבתי, היינו, לשאלה האם הפגיעה בזכות ההיוועצות גרמה לו להודות במה שלא עשה? עוד נטען, כי בשיחותיו של המערער עם בני משפחתו הוא מוזהר מפני האפשרות כי מדובר במדובר, ולמרות זאת הוא מודה בביצוע העבירות. לשאלתנו, האם דין אזהרה הניתנת על ידי בני משפחה כדין אזהרה של עורך דינו, לו ניתנה למערער האפשרות להיפגש עם עורך דין, לא שמענו תשובה של ממש מפיו של עו"ד חמודות. בשלב זה, הערנו לעו"ד חמודות, כי בסיטואציה שבה מטיחים אשמות שווא במערער, כשהוא סמוך ובטוח כי אין יסוד להאשמות אלה, המערער יכול להחליט כי אינו זקוק לעורך דין, מה שאין כן כאשר מדובר בחשדות האמיתיים. על כך הגיב עו"ד חמודות באומרו, כי הדבר נעשה במסגרת תרגיל, כדי לגרום למערער לדבר על הנושא עם המדובר, והוסיף: "אני לא רואה איך מבחינתו זה פגע באופן עמוק ביכולת [של המערער]". עם זאת, אישר עו"ד חמודות כי נעשו דברים בלתי תקינים במהלך החקירה, לרבות בנושא העדר רישומים לגבי השיחות בין המדובר לבין החוקרים, ולגבי הכנסת הסמים לתא המעצר. בסופו של יום, סבור עו"ד חמודות כי למרות שמדובר בפגמים, יש להידרש לשאלה כיצד השפיעו פגמים אלה על רצונו החופשי של המערער למסור את הודייתו בפני המדובר. עו"ד חמודות סיים את דבריו באומרו, "יש לנו אדם שנרצח. אם כבודכם מקבלים שבאמת הוכח שהוא [המערער] הרוצח... במצב הזה האיזון צריך להיות מדוקדק. הוא קשה".

78. בתום הדיון ניתנה על ידינו החלטה בזו הלשון:

1. התיק נדחה לעיון.

2. בא כוח המשיבה ישיב בתוך שבועיים ימים לשאלות הבאות:

א. מי אחראי להעלאת האשמות השווא כנגד המערער בתחילת החקירה.

ב. מי אחראי למודעות שלתא בו שכן המערער הוכנס הרואין ושהדיבוב התקיים בתנאים אלה.

ג. אילו אמצעים ננקטו כנגד מי שהיו אחראים למחדלי החקירה ולהתנהלות הלא תקינה שהתגלתה כאן, ככל שהדברים אירעו, ואילו לקחים הופקו בעקבות המקרה, אם בכלל.

3. בא-כוח המערער יוכל להגיב להודעה של בא-כוח המשיבה הנ"ל תוך עשרה ימים מעת מסירתה.

4. תמו ונשלמו טענות הצדדים ובעקבות קבלת האמור בפיסקאות 2 ו-3 שלעיל - יכתב פסק הדין על יסוד כל החומר שבתיק, טיעוני באי-כוח הצדדים וההודעות המשלימות הנ"ל. הודעה על מועד השימוע תימסר לצדדים".

כמו כן, הותר להגנה לצרף מקורות אקדמיים ומשפטיים, בתמיכה לטענותיה בדבר קיומם של הודאות שווא, והחומר הוגש לעיונו.

79. א. במענה לשאלה הראשונה, מסרה המשיבה כי תרגיל החקירה, בו הוחשד המערער בעבירה שלא בוצעה, נועד לגרות את המערער לחשוב על אירוע הרצח "במטרה לקדם את פעולת הדיבוב". עוד נמסר, כי החשדת המערער בעבירה המדומה נעשתה על ידי צוות החקירה בלבד, ולא אושרה על ידי כל גורם אחר. הובהר, כי בתקופה הרלוונטית לחקירה לא היה צורך באישור גורם נוסף, בעוד שכיום ישנה דרישה להתייעצות צמודה עם הפרקליטות, וקבלת אישור מוקדם לביצוע תרגילי חקירה. האישור ניתן לאחר שיקול דעת מעמיק, ובהתאם לפסיקתו של בית משפט זה. בשנים האחרונות לא אושר תרגיל מסוג זה, ולא ידוע על מקרים אחרים בהם בוצע בפועל תרגיל, כאמור. על דבר התרגיל דווח לבית משפט השלום בדו"ח סודי, במסגרת תיאור החקירה הסמויה, בבקשה להארכת מעצר הימים (נ/6). נטען בנוסף, כי לא נערך דיון מעמיק בנושא זה בבית המשפט המחוזי, כמו גם בהודעת הערעור.

ב. במענה לשאלה השנייה, נמסר כי "המשך פעילות הדיבוב למרות שנודע על שימוש בסמים בתא, נעשה על דעת צוות החקירה ללא אישור מגורם אחר". המדובב נחקר על כך תחת אזהרה, בתום פעולת הדיבוב, וטען כי המערער הבריח את הסמים לתא המעצר "עבור מישהו אחר", בשו בו מדיון בבית המשפט. עוד נטען, כי לאחר שהמדובב דיווח על כך, נערך חיפוש בתא המעצר, אך לא נמצאו בו סמים מסוכנים. באשר לשלב שבו נודע לגורמי החקירה כי מדובר בסם מסוג הרואין, "הדברים לא התחדדו".

ג. במענה לשאלה השלישית, נמסר כי מאז שנת 2006, מועד בו התנהלה החקירה, ננקטו אמצעים רבים כדי לוודא "שהפעלת מדובבים תתבצע בצורה מסודרת עם מינימום תקלות, ומתוך קשב רב לפסיקות בית המשפט הנכבד". לגבי השינויים, העיד בבית המשפט המחוזי קצין המדובבים הראשי דאז, ובשיחה עם קצין המדובבים הראשי הנוכחי, רפ"ק משה עמר, עלו הדברים הבאים, שיובאו כלשונם:

1. בשנת 2009 הוקמה חוליית דיבוב ארצית במטה הארצי עם קצין דיבוב ארצי וקציני דיבוב מחוזיים הכפופים אליו, ולא ליחידות החוקרות.

2. הפעלת מדובב מתבצעת בהתאם לנוהל (סודי) כתוב המתעדכן מעת לעת, עד היום התעדכן שלוש פעמים. הנוהל נכתב ומתעדכן תוך התייעצות צמודה עם הפרקליטות ועובר את אישור הייעוץ המשפטי של המשטרה.

3. ישנה רפרנטיות ארצית מהפרקליטות לעניין דיבוב, אתה מתייעצת המשטרה, ואשר דואגת לעדכן את המשטרה אודות פסיקות חדשות של בית המשפט הנכבד.

4. נקבעו כללים מחמירים באשר לגיוס מדובבים, בין היתר נאסר להשתמש בנרקומנים או באנשים שהורשעו בעבירות מרמה וכדומה.

5. הקצאת מדובב לחקירה נעשית על ידי חוליית הדיבוב ולא על ידי היחידה החוקרת.

6. החוזה עם המדובב מתנה את התגמול בעבודה ולא בהבאת ראיות מפלילות והתגמול מוגבל לגמול כספי בלבד.

7. 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.

8. תדרוך המדובב נעשה בהתאם לטופס מובנה כתוב שהוא חלק מחומר החקירה הגלוי ומועבר להגנה.

9. החוזה עם המדובב קובע שורה של איסורים ותנאים עליהם מתחייב וחותם המדובב. החוזה כולל, בין היתר, איסורים מפורשים על שימוש בסמים במהלך הדיבוב והתערבות בתחום של הייעוץ המשפטי, כולל השפעה בעניין בחירת עו"ד או במתן עצה משפטית.

מצ"ב העתק טופס הסכם עם מדובב (החלק הגלוי).

10. במקרה ונודע על שימוש בסמים במהלך דיבוב אזי מופסקת פעילות הדיבוב והעסקת המדובב.

11. אחת לשנה עורך קצין מדובבים ארצי בחינה של כלל המדובבים ומתקבלת החלטה על המשך עבודה, הקפאה זמנית או הפסקת עבודה ביחס לכל מדובב.

ואכן, למסמך תשובות המדינה צורף עותק של "הסכם הפעלת מדובב", ובהמשך אתיחס לתנאים המופיעים בו, ככל שיהיה בכך צורך.

ד. המשיבה עדכנה כי ראש הצח"מ שהיה אחראי לחקירה, אינו עוסק עוד בתחום החקירות מזה מספר שנים.

80. בתגובת המערער לתשובת המשיבה, נכללו נושאים שונים מעבר למסגרת שאושרה בהחלטתנו מיום 4.3.2018, ולפיכך אינני רואה להתייחס אליהם ככל שהם אינם נוגעים לתשובת המשיבה. בתשובת המשיבה לשאלה הראשונה נאמר כי החשדת המערער בעבירה מדומה נעשתה על דעת צוות החקירה בלבד, ולא אושרה על ידי גורם אחר. בתגובה נטען על ידי ב"כ המערער, כי הייתה מעורבות של פרקליטות מחוז הדרום "וידיעתה על אופן ניהול החקירה לכל אורכה". כך, בסעיף 4 לחלק הכללי של הדו"ח הסודי (נ/6), אליו הפנתה המשיבה, נאמר מפורשות כי גובשה תוכנית עבודה לאיסוף ראיות, וכי "במסגרת הערכת המצב התקיימה פגישה עם פרקליטות מחוז דרום וזאת לצורך קבלת אישורים לתרגילי החקירה כנגד החשודים". מכאן, ומחומר נוסף שברשות ההגנה, עולה כי הפרקליטות הייתה מעורבת בחקירה והייתה ערה לאופן בו היא בוצעה. לעניין הכנסת הסמים לתא המעצר, נטען על ידי ב"כ המערער כי החקירה שנערכה למדובב היא חקירת סרק, שכל מטרתה לטשטש את האינטנסיביות של השימוש בסם במהלך החקירה, ולהטעות את בית המשפט. עוד נטען, כי על אף עדותו השקרית של המדובב וחוסר הסבירות לכך כי המערער הוא שהכניס את הסמים לתא, איש לא עימת את המדובב עם שקריו בנושא זה. אשר לשאלה השלישית, מסרה ההגנה כי היא "מברכת על השינויים שנערכו באופן הפעלת המדובבים בשנים האחרונות", אך אין בשינויים אלה כדי לתקן את הפגיעה החמורה בזכויותיו של המערער, ואת המאמצים הבלתי נדלים של הצח"מ והמדובב להסתירם ולהעלים מעיני בית המשפט. עוד נטען, כי על אף טענות קשות לגבי אופן ניהול החקירה במקרה דנן, והשקרים הרבים המיוחסים למדובב, לראש הצח"מ ולחוקרים נוספים, ככל הידוע לסנגוריה, "לא נערכה כל בדיקה מקצועית, משמעתית או אחרת,

לגבי ההתנהלות בתיק זה". נטען, בהקשר זה, כי לא נעשה דבר וחצי דבר לבחון את הטענות הקשות "ולהסיק מסקנות אישיות מתבקשות נגד המעורבים בחקירה".

דין והכרעה

81. בפתח הדברים, מן הראוי להדגיש כי הנושא העיקרי, עליו נסב הערעור שלפנינו, נוגע לקבילות הודייתו של המערער בפני המדובר, ביום 8.2.2006, ולחלופין הועלתה טענה באשר למשקלה של ההודיה. יאמר כבר עתה, כי המשיבה אינה טוענת כי ניתן לבסס את הרשעתו של המערער בעבירות השוד והרצח על ראיות אחרות, מעבר להודייתו של המערער, וגם לשיטתה מדובר בראיות המחזקות ומבססות את ההודיה, כך שאין מדובר בראיות עצמאיות לאשמתו של המערער. על רקע מרכזיותה של ההודיה, במסגרת התשתית הראייתית שהציגה המשיבה, יפים דבריו של השופט נ' הנדל בע"פ 4109/15 מירז נ' מדינת ישראל (9.7.2017) (להלן: עניין מירז):

"הדין המודרני מאזן - או אולי מפשר - בין היתרונות והחסרונות של הודאת הנאשם בכך שניתן לקבל ראייה זו, אך מתבקשת מידה רבה של זהירות. בשיטה הישראלית העניין בא לידי ביטוי באמצעות מבנה משפטי בן שלוש קומות. בקומה הראשונה מתגורר סעיף 12(א) לפקודת הראיות, לפיו:

'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'.

זוהי פסילה חקיקתית. בקומה השנייה מצויה פסילה פסיקתית, מכוח ע"פ 5121/98 יששכרוב נ' התובע הצבאי הראשי, פ"ד סא(1) 461 (2006) (להלן: עניין יששכרוב). המשותף לשתי הקומות הראשונות - קביעה אפשרית של בית המשפט לפיה ההודאה פסולה. בקומה השלישית בית המשפט אינו פוסל את ההודאה אלא שוקל אותה - תהליך שעשוי להביא לכך שההודאה לא תתקבל כראיה מרשיעה נגד הנאשם" (שם, בפסקה 3 לחוות דעתו של השופט הנדל).

82. על רקע הדברים הללו, זו תהא דרך הילוכנו בחלק זה של פסק הדין. בתחילה ידונו כללי הפסילה של הודיות, בהתאם לסעיף 12 לפקודת הראיות, לרבות השינויים שחלו בנושא זה לאחר מתן פסק הדין בעניין יששכרוב. במסגרת זו ידונו הסיכונים למתן הודאות שווא, והמענה שניתן לכך בפסיקתו של בית משפט זה. לאחר מכן, אתמקד בעקרונות הפסילה הפסיקתית, כפי שהותוו בעניין יששכרוב ובפסיקה העניפה שבאה לאחוריו. בהמשך, אדרש, במסגרת התשתית הנורמטיבית, לנושא מניעת מפגש עם עורך דין ומעמדה של זכות ההיוועצות, לנוכח העובדה כי מרבית הטענות בנושא הפסילה הפסיקתית נוגעות לפגיעה בזכות ההיוועצות. לבסוף, אדון בהלכות שעניינן הפעלת מדובבים בחקירה, ובכלל זה המותר והאסור בתחום הנדון, על פי הלכותיו של בית משפט זה. לאחר הצגת התשתית הנורמטיבית בנושאים השונים, אבחן את הטענות שהועלו במסגרת ערעור זה ואת תשובת המדינה לטענות אלה, תוך יישום התשתית משפטית - הלכתית, על עניינו של המערער.

קבילות הודאה בהתאם לסעיף 12 לפקודת הראיות

עמוד 44

83. סעיף 12 לפקודת הראיות קובע, כי הודאת חוץ של נאשם תהא קבילה אם בית המשפט שוכנע כי היא נמסרה באופן חופשי ומרצון. בראשית דרכו של כלל הפסילה, הוא פורש בפסיקה באופן שתכליתו להבטיח את אמינותן של ההודאות, שנגבו במהלך החקירה (ראו, בין היתר, ע"פ 270/65 קיסי נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יט (3) 561 (1965); ע"פ 412/70 ליבוביץ' נ' מדינת ישראל, פ"ד כה (2) 225 (1971)).

כפי שציין השופט ע' פוגלמן בע"פ 1292/06 תורק נ' מדינת ישראל (20.7.2009) (להלן: עניין תורק):

"בהמשך חל שינוי בתפיסה זו, ומבחן חופשיות הרצון נתפרש לא רק ככלי להבטחת מהימנותן של הודאות, אלא גם ככלי המשמש להגנה על טוהרו של ההליך הפלילי ועל זכויותיהם של נאשמים בגדרו של הליך זה, כמו גם כגורם מרתיע מפני שימוש באמצעי חקירה פסולים" (שם, בפסקה 37).

84. כעולה מן הסקירה המובאת, בהקשר זה, בעניין יששכרוב, החל מסוף שנות השבעים של המאה הקודמת, קיימות שתי גישות פרשניות ביחס לטעמיו של כלל הפסילה שבסעיף 12 לפקודת הראיות, כאשר נקודת המוצא בשתי הגישות הללו היא ההגנה על אמינותן של ההודאות, כאשר השוני מתבטא במשקל שניתן לתכלית של ההגנה על זכויותיו של הנחקר. על פי הגישה האחת, שדוברתה הוא השופט ח' כהן (ראו, למשל, ע"פ 183/78 אבו מידג'ם נ' מדינת ישראל, פ"ד לד (4) 533 (1980)), עיקר הדגש הוא על מהימנות ההודאה. בהתאם לגישה זו, גם אם הופעלו אמצעי חקירה פסולים באופן קיצוני, עדיין יש להידרש לשאלה האם במקרה הקונקרטי שללו אמצעי החקירה את רצונו החופשי של הנחקר. ככל שהתשובה לשאלה זו היא חיובית, תיפסל ההודאה מחשש להיותה הודאת שווא. ככל שיעלה כי, על אף השימוש באמצעי הפסול, נותרה בידי הנחקר יכולת הבחירה החופשית למסור את הודאתו, תתקבל ההודאה והדיון יתמקד במשקלה הראייתית. על פי הגישה הפרשנית האחרת, שדוברתה הבולט הוא הנשיא מ' לנדוי, אמצעי חקירה פסולים כגון אלימות פיזית, איומים בשימוש באלימות, פיתוי והשאה שאינם הוגנים, או הפעלת לחצים פסיכולוגיים אסורים על הנחקר, שוללים, מניה וביה, את קבילות הודאתו. גישה זו שמה את הדגש על זכויותיו של הנחקר לכבוד ולשלמות הגוף, והיא מניחה כי הודאה שנגבתה באמצעים פסולים אינה הודאת אמת, ולפיכך דינה פסילה. זאת, מבלי שיש צורך לבחון את מידת השפעתם בפועל של אמצעי החקירה הפסולים על רצונו החופשי של הנחקר ועל אמינות ההודאה (ראו, למשל, ע"פ 347/75 הירש נ' מדינת ישראל, פ"ד ל (3) 197 (1976)). המחלוקת הפרשנית הוכרעה בע"פ 115/82 מועדי נ' מדינת ישראל, פ"ד לח (1) 197 (1984) (להלן: עניין מועדי), לאחר שאומצה גישה ביניים שדוברתה הוא השופט א' גולדברג, ולפיה יש לבחון, מבחינה עובדתית, האם היה באמצעי הפסול כדי לשלול את רצונו הטוב והחופשי של הנחקר במסירת ההודאה, וכאשר התשובה היא חיובית, תיפסל ההודאה מחשש לאמינותה. עם זאת, באותם מקרים בהם הופעלו כלפי הנחקר אמצעי חקירה פסולים באופן קיצוני, כך שהפעלתם מגעת כדי "פגיעה בצלם דמות האדם", תפסל ההודאה, מניה וביה, מבלי לבחון את ההשפעה בפועל של אמצעי החקירה הפסול על חופשיות רצונו של הנחקר. במקרה מעין זה, ניתן משקל הבכורה להגנה על הזכות לכבוד ולשלמות הגוף והנפש. מאז ניתן פסה"ד בעניין מועדי, אומצה גישה פרשנית זו בפסיקתו של בית המשפט העליון, והיא זכתה לעיון מחדש בעניין יששכרוב, עת נקבע כי:

"חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו יצר הזדמנות למבט פרשני מחדש גם בנוגע לתכליתו של כלל הפסילה המעוגן בסעיף 12 לפקודת הראיות. בהתאם לרוחו ולעקרונותיו של חוק היסוד, מן הראוי לחזק כיום את מעמדה של התכלית בדבר הגנה על זכויותיו של הנחקר, כך שהיא תהווה טעם מרכזי העומד בפני עצמו לשם פסילת קבילותה של הודאה לפי סעיף 12 לפקודת הראיות. משמעות הדבר הינה כי בנסיבות מתאימות שיפורטו להלן, תיפסל קבילותה של הודאה לפי סעיף 12 הנ"ל בשל פגיעה שלא כדין בזכויותיו של הנחקר, וזאת אף כאשר אין מתעורר חשש בדבר אמיתות ההודאה" (הנשיאה ד' ביניש בפסקה 32).

"לצד ההגנה על שלמות גופו ונפשו של הנחקר נועד סעיף 12 לפקודת הראיות על פי לשונו המפורשת להגן על אוטונומיה הרצון ועל חופש הבחירה של הנאשם במסירת הודאתו בחקירה (הודאה 'חופשית ומרצון')... בהתחשב כך, פגיעה משמעותית וחמורה באוטונומיה הרצון ובחופש הבחירה של הנאשם במסירת הודאתו בחקירה, תוביל לפסילת ההודאה לפי סעיף 12 הנ"ל... פגיעה מן הסוג האמור היא שתוביל לפסילת קבילותה של ההודאה בהתאם לסעיף 12 הנ"ל, והכל בהתאם לנסיבותיו של כל מקרה לגופו... על פי רוחו והשראתו של חוק היסוד מן הראוי לקבוע כי ההגנה על חופש הרצון של הנחקר מהווה כיום תכלית העומדת בפני עצמה ומהווה טעם נכבד ועצמאי לפסילת קבילותה של ההודאה לפי סעיף 12 לפקודת הראיות" (שם, בפסקה 34).

סיכום ההלכה, בעידן שלאחר מתן פסה"ד בעניין יששכרוב, הוא, אפוא, כי "התכלית של הגנה על זכויות הנחקר - ובכלל זה גם ההגנה על הזכות לאוטונומיה של הרצון החופשי וחופש הבחירה - מהווה, אם כן, טעם מרכזי ועצמאי לפסילת קבילותן של הודאות לפי סעיף 12 לפקודת הראיות" (עניין תורק בפסקה 40: ע"פ 10477/09 מובארק נ' מדינת ישראל (10.4.2013) (להלן: עניין מובארק), בפסקה 38 לחוות דעתה של המשנה לנשיא (כתוארה אז) מ' נאור)).

85. אף אם צלחה ההודאה את מבחן הקבילות, בהתאם לסעיף 12 לפקודת הראיות, עדיין נדרש בית המשפט לבחון את משקלה הראייתי, וזאת על מנת להפיג את החשש שמא מדובר בהודאת שווא (ע"פ 8589/13 רמילאת נ' מדינת ישראל (27.1.2015) (להלן: עניין רמילאת), בפסקה 24 לחוות דעתו של השופט י' דנציגר, וראו גם, ע"פ 7939/10 זדורוב נ' מדינת ישראל (23.12.2015) (להלן: עניין זדורוב), בפסקה 48 לחוות דעתו של השופט י' דנציגר). חשש זה מפני הודאות שווא אינו חשש בעלמא, וכפי שהבהיר השופט א' א' לוי ברע"פ 4142/04 מילשטיין נ' התובע הצבאי, פ"ד סב(1) 378 (2006) (להלן: עניין מילשטיין):

"אמת, על פניו נראה כי הודאת שווא היא התנהגות שאינה רציונאלית. יחד עם זאת, עלינו לחזור ולשנן כי ציבור הנחקרים אינו עשוי מקשה אחת. לא כל הנחקרים מתנהגים בדרך שבה היינו מצפים מהאדם הסביר והמחושב לנהוג. חקירה מעמידה את הנחקר בסיטואציה מאיימת שהוא, לרוב, אינו רגיל בה. זוהי סיטואציה כופה מטבעה, המעמידה את הנחקר בפני לחצים רבים, בעיקר בשל האיום המרחף מעל לראשו - שמא יימצא אשם ויענש. לא בכדי נקבע כי החקירה - 'אפילו אם אין היא נעשית תוך כדי שימוש באמצעים פיזיים - פוגעת בחירותו של הנחקר. היא פוגעת לעיתים בכבודו ובצנעת הפרט שלו'... 'בהענקת הסמכות לקיים חקירה פלילית גלום כוח, וממילא כרוכה סכנה, לפגיעה בפרטיות הנחקרים, בכבודם, בחירותם ובקניינם'" (שם, בעמ' 298).

בע"פ 4179/09 מדינת ישראל נ' וולקוב (18.10.2010) (להלן: עניין וולקוב), הציג השופט נ' הנדל ממצאי מחקר, אשר בחן את תופעת הודאות השווא בקרב נאשמים (S.M. Kassin & L.S. Wrightsman, The Psychology of Evidence and Trial Procedure, Beverly Hills, CA, Sage, p. 67-94). ממחקר זה עולה, כי ניתן לחלק את הנחקרים, המוסרים הודאות שווא, לשלוש קבוצות: הקבוצה האחת היא של המוֹדֵה הוולנטרי, היינו מדובר בנחקר אשר מסיבותיו הוא, בלא קשר לחקירה ולנסיבותיה, מקבל על עצמו אחריות בגין מעשה שלא ביצע; על הקבוצה השנייה נמנה מי שמודה מתוך היענות לחוקריו, לאחר שעשה את שיקוליו והגיע למסקנה כי כדאי לו להודות, תוך שהוא קשוב לדברי חוקריו ומושפע מהם; הקבוצה השלישית כוללת את המודה מתוך הפנמה ושהוא נתון בבלבול. הוא מתחיל להטיל

ספק בדבר חפותו. המדובר בהפנמת שווא של הנחקר, בניסיון להתאים עצמו לעולם החקירה החיצוני. המודה מתוך קבוצה זו פועל מתוך שיקולים לא רציונאליים, בעטיו של הלחץ שבו הוא שרוי.

וכפי שציין השופט י' דנציגר בעניין רמילאת:

"את הודאות השווא ניתן למיין לשלוש קטגוריות: הודאות שווא רצונית, הודאות שווא עקב כפייה המובילה לכניעה והודאות שווא עקב כפייה פנימית" (שם, בפסקה 26, וראו גם, דו"ח הועדה לעניין הרשעה על סמך הודאה בלבד ולעניין העילות למשפט חוזר (1994); מאמרם של מרדכי הלפרט ובוטז סנג'רו "מכשל החלפת ההתניות להרשעה מוטעית על סמך הודאה - סולימאן אל עביד כמקרה מבחן (הצעה להיפוך בתפיסת ההודאה: מראה מרכזית המחפשת תוספת, לתוספת אפשרות לראיות מוצדקות" מחקרי משפט כו 733 (2010)).

כאמור, ובכדי להפיג את החשש להודאות שווא, יש לבחון בכובד ראש את משקלה הראייתי של ההודאה, ולנושא זה אפנה להלן.

86. בפסק דיני בע"פ 7090/15 ח'ליפה נ' מדינת ישראל (25.8.2016) (להלן: עניין ח'ליפה), התייחסתי לנושא זה באומרי:

"משקלה של הודאה נבחן באמצעות שני מבחנים מצטברים: מבחן פנימי ומבחן חיצוני (ראו ע"פ 774/78 לוי נ' מדינת ישראל, פ"ד לג(3) 228 (להלן: עניין לוי)). המבחן פנימי בוחן את משקלה של ההודאה לנוכח סימני האמת העולים ממנה 'כגון הגיונה או חוסר הגיונה הפנימי, סידורם או בלבולם של הפרטים הנמסרים בה וכיוצא בהם סימנים של שכל ישר המביאים אדם בר דעת להתייחס לדברי זולתו באימון' (ראו: עניין לוי, עמ' 234-235; עניין מילשטיין, בפסקה 16 לפסק דינו של השופט א' א' לוי). המבחן החיצוני עניינו בדרישה לתמוך את ההודאה בתוספת ראייתית מאמתת מסוג 'דבר מה נוסף', שתכליתה להפיג את החשש שהנאשם הודה במעשים שלא ביצע. נקבע בפסיקה, כי ניתן להסתפק בכל סוג של ראיה, ישירה ונסיבתית כאחת, שיש בה כדי לאשר את תוכן ההודאה (ראו: ע"פ 6977/03 סארה נ' מדינת ישראל, פסקה 19 (20.7.2009) (להלן: עניין סארה)). המבחן החיצוני בודק את ההודאה על פי סימני האמת החיצוניים לה, אשר יש בהם, לפי מבחני השכל הישר, כדי לשפוך אור על אמיתותה (עניין לוי, עמ' 234). שני המבחנים מקיימים ביניהם 'מקבילית כוחות', באופן שככל שההודאה זוכה למשקל רב יותר, כך יהיה צורך בתוספת ראייתית בעלת משקל משמעותי יותר (ראו: עניין מילשטיין, פסקה 20 והאסמכתאות שם, וראו גם, ע"פ 3873/08 אטיאס נ' מדינת ישראל (6.9.2010) בפסקה 113-114; ע"פ 2094/15 אטיאס נ' מדינת ישראל (1.9.2016) בפסקה 57 (להלן: עניין אטיאס); עניין רמילאת, בפסקה 26; וע"פ 3577/12 פריח נ' מדינת ישראל (23.7.2014) בפסקה כ').

השופט נ' הנדל הציע בחוות דעתו בעניין וולקוב, מבחן משולש לשם בחינת משקלה של ההודאה, ובלשונו:

"על פי המבחן המשולש המוצע יש לבדוק בהודאת חוץ של נאשם את ההיבטים הבאים: האחד, מי אמר. השני, מה אמר. והשלישי דבר מה... ההיבט הראשון עניינו זהותו של הנאשם. מי הוא הנאשם אשר הודה? האם, למשל, שייך הנאשם לאחת מהקבוצות אשר לחבריה נשקף סיכון גדול יותר למסירת הודאת שווא?... הניסיון המשפטי מלמד כי קיימות קבוצות סיכון החשופות יותר למנגנון העלול להוביל להודאת שווא. רשימת קבוצות הסיכון עשויה להשתנות

בהתאם לתמורות השעה והחברה... מעבר לבדיקת ההשתייכות הקבוצתית, על הערכאה המבררת ליתן דעתה להתרשמותה הישירה מן הנאשם, בניסיון לקבוע עמדה בשאלה האם הלה בעל מאפיינים אישיים המחזקים את האפשרות שמסר הודאת שווא... ההיבט השני הוא, כאמור, ה'מה'. בדיקת נושא זה דורשת התמודדות חזיתית עם פרטי ההודאה - הגיונה הפנימי, סבירותה, רציפותה, מידת הקוהרנטיות שבה וכיו"ב. כן יש חשיבות לשלב במהלך החקירה בו הודה הנאשם... היבט זה דומה למבחן הפנימי, אך הדגש הוא על כניסה לעובי הקורה של סיפור המעשה ועלילות החקירה... ההיבט השלישי הוא כאמור 'דבר מה'. ברם, הכוונה אינה רק בדיקת קיומו של דבר מה נוסף - דרישה ראייתית הכרחית לצורך קבלת ההודאה... לשם הפעלתו של שיקול דעת מעין זה, יש לעשות שימוש במבחן החיצוני במובן הבא: האם קיימים גם 'דבר מה חסר' או 'דבר מה סותר'..." (בפסקה 4 לחוות דעת השופט הנדל, וליישומו של המבחן המשולש ראו, למשל, עניין רמילאת בפסקאות 31-32).

דוקטרינת הפסילה הפסיקתית

87. הורתה ולידתה של דוקטרינת הפסילה הפסיקתית בפסק הדין שניתן בעניין יששכרוב, ולפיה:

"... לבית המשפט מסור שיקול-דעת לפסול קבילותה של ראיה בפלילים, אם הוא נוכח לדעת כי הראיה הושגה שלא כדין וכי קבלתה במשפט תיצור פגיעה מהותית בזכותו של הנאשם להליך פלילי הוגן החורגת מגדרה של פסקת ההגבלה..." (שם, בפסקה 63 לחוות דעתה של הנשיאה ביניש).

אשר לתנאי שעניינו "ראיה שהושגה שלא כדין" נקבע בעניין יששכרוב כי "מדובר בראיה 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" (שם, בפסקה 64). הובהר, כי שאלת העדר החוקיות או חוסר ההגינות של אמצעי החקירה, צריכה להיבחן על פי נסיבותיו של כל מקרה לגופו, וכי נדרשת זיקה בין הפעלת אמצעי החקירה הבלתי כשרים לבין השגת הראיה. התנאי האחר עניינו בזכותו של הנאשם להליך פלילי הוגן, והוא נועד להגן על זכויות הנאשם ועל הגינות ההליך הפלילי וטוהרו. נקבע, בהקשר זה, כי:

"בשיטות משפט זרות הקרובות לשיטתנו ואף באמנות בינלאומיות, כוללת הזכות להליך פלילי הוגן את זכותו של נאשם לדעת מדוע נעצר ובמה הוא מואשם, הזכות להיות מיוצג על ידי עורך דין, הזכות להיות נוכח במשפט, הזכות למשפט פומבי על-ידי ערכאה בלתי תלויה וניטרלית והזכות להתגונן במשפט ולהציג ראיות רלוונטיות... במדינות רבות בעלות מסורת משפטית דומה לשלנו וכן בפסיקתו של בית הדין האירופאי לזכויות אדם, נקבע כי הזכות להליך פלילי הוגן כוללת גם את זכות ההיוועצות בעורך דין ואף את זכות השתיקה והזכות מפני הפללה עצמית בשלב החקירה, אף שאין בכך כדי למנוע הסקת מסקנות שליליות משתיקתו של הנאשם בחקירתו..." (שם, בפסקה 66).

88. בגדרי הקווים המנחים להפעלת שיקול הדעת השיפוטי, מנתה הנשיאה ביניש את השיקולים הבאים, מבלי שיש לראות בכך רשימה סגורה:

א. אופייה וחומריתה של אי החוקיות שהייתה כרוכה בהשגת הראיה - במסגרת זו יש לבחון את עוצמתה של אי החוקיות, וכאשר מדובר בהפרה בוטה של הוראת חוק שנועדה להגן על זכויותיו של הנאשם, או בפגיעה חמורה בזכות יסוד מרכזית של הנחקר, תגדל הנטייה להורות על פסילת הראיה. יש גם לתת את הדעת לשאלה, האם פעלו רשויות אכיפת החוק בזדון או שמא בתום לב, כמו גם לנסיבות מקלות או מחמירות אחרות.

ב. מידת ההשפעה של אמצעי החקירה הפסול על הראיה שהושגה - במסגרת זו יש לבחון שתי שאלות, האחת - באיזו מידה אי החוקיות, שהייתה כרוכה בהשגת הראיה, עשויה להשפיע על מהימנותה ועל ערכה ההוכחתי של הראיה; והשניה - האם קיומה של הראיה הינו עצמאי ונפרד מאי החוקיות שהייתה כרוכה בהשגתה.

ג. הנזק מול התועלת החברתיים הכרוכים בפסילת הראיה - השאלה המתעוררת בקבוצת שיקולים זו היא, האם המחיר החברתי הכרוך בפסילת הראיה גבוה מן התועלת האפשרית שתצמח מכך. נקבע, בהקשר זה, כי יש לבחון את חשיבות הראיה להוכחת האשמה, מהות האשמה המיוחסת לנאשם, ומידת חומריתה. הנשיאה ביניש ציינה כי "מתן משקל לחשיבות הראיה ולחומרת העבירה המיוחסת לנאשם... אינו נקי מקשיים", ומאחר שיש פנים לכאן ולכאן, נותרה ההכרעה בנושא זה "לימים שיבואו".

לבסוף, ובאשר ליחס בין כלל הפסילה, הקבוע בסעיף 12 לפקודת הראיות, לבין דוקטרינת הפסילה הפסיקתית, נאמרו הדברים הבאים:

"... לצד התכלית שעניינה הגנה על אמינותן של הודאות נאשמים, מיועד כלל הפסילה הקבוע בסעיף 12 לפקודת הראיות להגן על זכותו של הנחקר לשלמות הגוף והנפש ועל זכותו לאוטונומיה של הרצון החופשי... לעומת זאת, דוקטרינת הפסילה הפסיקתית נועדה למנוע פגיעה שלא כדין בזכות להליך פלילי הוגן אם תתקבל הראיה במשפט... אשר על כן, מתקיימת הצדקה תכליתית לכך שדוקטרינת הפסילה הפסיקתית תחול על הודאות נאשמים לצידו של כלל הפסילה הקבוע בסעיף 12 לפקודת הראיות. בהתאם לכך, עשויה הודאת נאשם להימצא קבילה לפי הוראת סעיף 12 לפקודת הראיות אך להיפסל במסגרת דוקטרינת הפסילה הפסיקתית ולהפך" (שם, בפסקה 75).

89. על דרך יישומה של דוקטרינת הפסילה הפסיקתית נעמוד בפרק הבא, הנוגע לזכות הייצוג על ידי סנגור וזכות ההיוועצות. יובהר, כי למרות שהדוקטרינה מדברת על פסילת כל ראיה שהיא, ולא דווקא הודאה הנמסרת במהלך חקירה פלילית, עוסקת הפסיקה, ברובה הגדול, בטענות לפסילת הודיות. חריג לאמור לעיל, ניתן למצוא בע"פ 4988/08 פרחי נ' מדינת ישראל (1.8.2011) (להלן: עניין פרחי), שם הבקשה נוגעת לפסילת ראיית ד.נ.א., שנעשה בה שימוש בניגוד להתחייבות מפורשת שניתנה לבעל הדגימה.

הערה נוספת נוגעת לשיקול שעניינו חומרת העבירה. כזכור, נותר נושא זה בלא הכרעה בעניין יששכרוב, אך מפסיקתו העקבית של בית משפט זה ניתן לומר כי חומרת העבירה לא תהווה שיקול להימנע מפסילת הראיה, בהתאם לדוקטרינת הפסילה הפסיקתית, שכן דווקא בעבירות חמורות יש להקפיד על זכותו של הנאשם להליך הוגן, ואין כל היגיון בהפעלת הדוקטרינה בעבירות קלות בלבד (ראו, בהקשר זה, עמדתי בע"פ 3239/14 חמאיסה נ' מדינת ישראל (8.11.2006) (להלן: עניין חמאיסה) וברע"פ 1921/18 חברת דור חקלאים בע"מ נ' מדינת ישראל (27.5.2018); עמדת השופט א' א' לוי בעניין פרחי; עמדת השופט נ' הנדל בע"פ 5956/08 אל עוקה נ' מדינת ישראל (23.11.2011); עמדת השופט י' דנציגר בע"פ 10049/08 אבו עצא נ' מדינת ישראל (23.8.2012) (להלן: עניין אבו

עצא); אך ראו דעתו החולקת של השופט י' עמית בע"פ 5417/07 בונר נ' מדינת ישראל (30.5.2013).

הזכות למפגש עם עורך דין ומעמדה של זכות ההיוועצות

90. בפסק דיני בע"פ 8347/13 פלוני נ' מדינת ישראל (11.2.2016) בפסקה 15, עמדתי על הזכות לייצוג בהליך פלילי, באומרי את הדברים הבאים:

"כידוע, הזכות לייצוג בהליך פלילי, נחשבת לאחת מזכויות היסוד של הנאשם, ותכליתה להבטיח קיומו של משפט צדק (ע"פ 134/89 אברג'יל נ' מדינת ישראל, פ"ד מד(4) 203 (1990); בג"ץ 515/74 פלוני נ' מפקד משטרה צבאית חוקרת, פ"ד כט(2) 169, 171 (1975)). זכות זו נגזרת, בין היתר, מעקרון השוויון, לפיו הצדדים במשפט הפלילי - קרי המדינה והנאשם - אמורים להיות שווי מעמד, במסגרת ההליך המשפטי. הואיל והמדינה מיוצגת על-ידי פרקליט מקצועי, מן הראוי, בשל עקרון השוויון, כי גם הנאשם יהיה מיוצג על-ידי סנגור (אליהו הרנון "הגנה משפטית לנאשמים ולחשודים" משפטים ד 567, 568-567 (1972) (להלן: הרנון)). זכותו של הנאשם להיות מיוצג, נובעת מן ההנחה כי ייצוגו בהליך הפלילי יטיב עימו ועשוי למנוע הרשעות שווא, שעה שהיעדר ייצוג עלול לפגוע ביכולת הגנתו של הנאשם, ובמימוש זכויותיו הדיוניות והמהותיות, במסגרת ההליך הפלילי המתנהל נגדו (ע"פ 816/10 גולד נ' מדינת ישראל, פסקה 11 (3.9.2012) (להלן: עניין גולד); ע"פ 7335/05 הסנגוריה הציבורית מחוז נצרת נ' מדינת ישראל, פ"ד ס(2) 346, 354 (2005); הרנון, בעמ' 568). זכות הייצוג של נאשם בהליך הפלילי, נועדה גם על מנת להבטיח את האינטרס הציבורי בכללותו, שעניינו בירור האמת וקיומו של משפט צדק (ע"פ 3179/13 ווינר נ' מדינת ישראל, פסקה 34 (15.6.2015)...; עניין גולד, בפסקה 12; קנת מן "אפליית נאשמים לרעה על רקע חוסר ביצוע החקירה שכנגד" הפרקליט לח 466, 469-470 (1990)).

ברע"פ 8094/12 אבו טיר נ' מדינת ישראל (7.1.2014), הוספתי את הדברים הבאים, בהקשר לטענה שעניינה כשל בייצוג:

"בין יתר העקרונות הכלליים וההסדרים הנגזרים מן הזכות להליך הוגן, נמצאת גם זכותו של הפרט לייצוג הולם במסגרת ההליך הפלילי. חשיבותה של הזכות לייצוג הולם, נובעת בשל היותה של זכות זו כלי יעיל במאבקו של הפרט על חפותו, כאשר ייצוג מעין זה מאפשר לו לשטוח כדבעי את מלוא טענותיו בפני בית המשפט, ואגב כך, גם לקדם את השאיפה להוציא את האמת לאור. ואולם, יעילותה של זכות הייצוג תוטל בספק, מקום בו ייצוגו של הנאשם יהיה פורמאלי בלבד או רצוף בכשלים מהותיים, החותרים, באופן משמעותי, תחת סיכויי להוכיח את חפותו. לפיכך, הבטחת הגינותו של ההליך הפלילי, בכל הקשור לייצוגו של הפרט, הביאה לצמיחתה של טענת ה'כשל בייצוג' (שם, בפסקה 10, וראו גם, דברי חברי השופט (כתוארו אז) ח' מלצר בע"פ 740/12 מדינת ישראל נ' ברסקי (21.7.2014) (בפסקה 21).

91. כפועל יוצא מזכותם של נאשם ושל חשוד בביצוע עבירה, לייצוג משפטי, נגזרת גם זכות ההיוועצות, המעוגנת כיום בסעיף 34(א) לחוק המעצרים, ולצידה מופיעה בסעיף 32 לחוק המעצרים חובת היידוע בדבר זכות ההיוועצות בעורך דין, אשר נזכרת גם בסעיף 19 לחוק הסניגוריה הציבורית, התשנ"ו-1995. בעניין יששכרוב נאמרו הדברים הבאים לגבי זכות ההיוועצות:

"זכותו של עצור להיות מיוצג על ידי עורך דין ולהיוועץ בו הוכרה כזכות יסוד מרכזית בשיטתנו המשפטית עוד בימי הבראשית של בית משפט זה... חשיבותה של זכות הפגישה וההיוועצות עם סנגור בשלב החקירה נובעת מכך שככלל, חקירה על ידי אנשי מרות מהווה סיטואציה מורכבת ולוחצת עבור כל מי שנחקר בתנאי מעצר כשהוא ניצב לבדו אל מול חוקריו. הדעה המקובלת היא כי זכות הייצוג וההיוועצות בעורך דין מסייעת לשמירה על זכויותיהם של נחקרים, להבטחת הגינותם של הליכי החקירה ולמניעת ניצול לרעה של פערי הכוחות המובנים בין העצור לאנשי המרות החוקרים אותו. בהקשר זה, ניתן להצביע על מספר טעמים המצדדים בזכותו של העצור לייצוג משפטי בשלב החקירה: ראשית, היוועצות העצור עם עורך דינו מסייעת לוודא כי העצור מודע למכלול זכויותיו, ובהן הזכות לחקירה הוגנת בלא שיופעלו עליו אמצעי חקירה פסולים, החיסיון מפני הפללה עצמית וכן זכות השתיקה. ההנחה היא כי עורך הדין יקפיד על מתן הסבר לעצור בדבר זכויותיו בחקירה בלשון מובנת ופשוטה, וכן יבאר לו את המשמעויות הנלוות לאי מסירת גרסה בחקירת המשטרה. כבר נאמר בפסיקתו של בית משפט זה כי: 'הזכות לסנגור טומנת בחובה את האפשרות הלגיטימית שעורך דין ייעץ לחשוד או לנאשם לשתוק ולא למסור כל הודעה למשטרה' (ע"פ 747/86 אייזמן נ' מדינת ישראל, פ"ד מב(3) 447 (1988), בעמ' 452 לפסק דינו של השופט א'גולדברג). מטעם זה, נהוג לראות בזכות ההיוועצות בעורך דין אספקט אחר של זכות השתיקה" (שם, בפסקה 14 לחוות דעתה של הנשיאה ד' ביניש).

רציונל נוסף, העומד בבסיסה של זכות ההיוועצות, נוגע ל"יכולתו של עורך הדין לפקח על הליך החקירה ולהוות גורם מפקח על תקינות החקירה ועל אמינות הראיות המושגות בה, ובמיוחד במניעת הודאות שווא" (ע"פ 7758/04 אלקאדר נ' מדינת ישראל (19.7.2007), וראו גם, ע"פ 1301/06 עזבון המנוח יוני אלזם ז"ל נ' מדינת ישראל (22.6.2009) (להלן: עניין יוני אלזם ז"ל) בפסקה 25 לחוות דעתו של השופט א' א' לוי, בפסקאות 7-8 לחוות דעתה של השופטת (כתוארה אז) א' חיות, ובפסקאות 4-6 לחוות דעתו של השופט י' דנציגר).

בעניין אבו עזא, ציין השופט דנציגר כי בשל היותה של זכות ההיוועצות זכות מהותית ויסודית, יש להקפיד על קיומה בתנאים הולמים, מבחינת המקום והזמן, וכאשר נטען כי החשוד ויתר על זכות ההיוועצות, יש להראות כי מדובר בויתור מפורש, שכן לדידו של השופט דנציגר,

"אין לאפשר היסק בדבר ויתור משתמע על הזכות להיוועץ בעורך דין. הטעם לכך, הוא שזכות ההיוועצות היא המפתח להגשמת יתר זכויותיו של החשוד והנאשם בהליך הפלילי שכן, כפי שהודגש לעיל, מטרתו של המפגש עם עורך הדין היא לאפשר היוועצות המעמידה את הנחקר על מלוא זכויותיו ומאפשרת פיקוח על אופן ניהול החקירה בזמן אמת. זכות ההיוועצות היא בריח התיכון ותנאי בלעדיו אין לשם הגשמת מכלול זכויות החשוד והנאשם בהליך הפלילי.

זאת יש לזכור, במהלך חקירתו במשטרה נתון החשוד בלחץ נפשי כבד, בין היתר בשל ההאשמות המוטחות בו, ובשל ניתוקו מסביבתו הטבעית וממשפחתו ונוכח פער כוחות מובנה בין הנחקר לבין חוקריו. במצב דברים זה מעייניו של החשוד אינם נתונים במלואם לעמידה על זכות ההיוועצות, ומשכך סבורני כי לא ניתן לראות באי עמידתו המפורשת על זכותו להיוועץ בעורך דין משום ויתור על זכות זו" (שם, בפסקה 108).

דבריו אלה של השופט דנציגר מקובלים עליי לחלוטין, ואף אני סבור כי מוטלת החובה על גורמי החקירה לברר, אם אכן מוותר החשוד על זכות ההיוועצות. כמו כן, יש לתעד את דבר הויתור בהקלטת וידאו-אודיו, בכדי לאפשר ביקורת שיפוטית, בשלב מאוחר יותר, בנוגע למימוש זכות ההיוועצות על ידי החשוד. בהמשך, אומר השופט דנציגר בעניין אבו עזא, כי:

"... הכרה באפשרות הויתור המשתמע על זכות ההיוועצות היא פתח למניפולציות רבות. משכך, אופן הויתור על זכות ההיוועצות צריך שיבטיח כי הנחקר מבין את משמעות הויתור על זכותו. לכן גם אם ויתור על זכות ההיוועצות הוא אפשרי צריך שהויתור יעשה מדעת ובאופן מפורש" (שם, בפסקה 109).

92. על חשיבותה ומעמדה של זכות ההיוועצות, ניתן ללמוד מפסקי דין שונים שבהם הוחלט על פסילתה של הראיה (הודאה או שחזור), בשל הפגיעה המהותית בזכות ההיוועצות. אחד מפסקי הדין הבולטים, מלבד עניין יששכרוב עצמו, הוא עניין יוני אלזם ז"ל, שבו נפסלה הודאתו של המערער בשל פעולתם של המדובבים, אשר חתרו תחת זכויותיו הבסיסיות של המערער, ובראשן זכות השתיקה וזכות ההיוועצות. בע"פ 6144/10 גטצאו נ' מדינת ישראל (10.4.2013) (להלן: עניין גטצאו), הובעה הדעה על ידי השופט (כתוארו אז) ס' ג'ובראן כי יש לפסול הודאה של המערער בשל כך שנמנעה ממנו האפשרות להיוועץ בעו"ד; בע"פ 9956/05 שי נ' מדינת ישראל (4.11.2009) (להלן: עניין שי), נפסלה הודאתו של המערער בשל כך שחקירתו לא הופסקה, למרות בקשתו להיוועץ בעורך דין, וכך סיכמה את הדברים הנשיאה ד' ביניש:

"אני סבורה כי אי הפסקת החקירה לצורך מתן אפשרות למערער לממש תחילה את זכותו להיוועץ בעורך-דין כפי שביקש, עלתה כדי פגיעה חמורה בזכות ההיוועצות באופן המחייב את פסילת קבילותה של ההודעה הנדונה בהתאם לאמות-המידה שנקבעו בהלכת יששכרוב" (שם, בפסקה 13).

בעניין חמאיסה, נפסל שחזור שערך המערער בשל פגיעה חמורה בזכות ההיוועצות, וכפי שצינתי בפסקה 44:

"... הנני סבור כי מדובר בהפרה חמורה של זכות ההיוועצות, הפרה שמבטאת חוסר התייחסות של אנשי המשטרה, וזאת בלשון המעטה, לחובה הנובעת מזכות זו. לאי החוקיות, הטמונה בהתנהלותה של הרשות החוקרת, יש חומרה נוספת, הנובעת מנסיבותיו הספציפיות של המקרה, בהן היה המערער מנוע מלהיפגש עם עורך דין מהעת בה נעצר".

הוסיפה על כך חברתי, השופטת ד' ברק-ארז, שהייתה חברת ההרכב, את הדברים הבאים:

"הקביעה כי בנסיבות העניין יש הצדקה לפסול את דו"ח השחזור מלשמש ראיה קבילה מקובלת עלי לחלוטין. יש להצטער על כך שאנו שבים ונתקלים במקרים של פגיעה חמורה בזכות ההיוועצות של חשודים. אין צורך להכביר מלים על חשיבותה של זכות ההיוועצות, והדברים נכונים בבחינת קל וחומר כאשר החשוד אינו בן המקום ואף שפת החקירה אינה שגורה בפיו. דומה כי בשלב הנוכחי החובה לאפשר את זכות ההיוועצות - במתכונת מעשית ואפקטיבית - אמורה הייתה להיות לחם חוקם של כלל החוקרים, וככל שניסיון החיים מלמד שאין אלה פני הדברים יש להפיק לקחים מכך" (בפסקה 2 לחוות דעתה).

הפעלת מדובבים בחקירה פלילית-כללי

93. בחוות דעתו בעניין יוני אלזם ז"ל, חזר השופט א' א' לוי על ההלכה, לפיה:

"... עצם השימוש במדובבים מהווה תחבולת חקירה לגיטימית, ואין לראות אותו כמעשה תרמית הפוסל את קבילותה של ההודאה... השימוש במדובבים אקטיביים, היינו, מדובבים המנסים, באופן פעיל, לחלץ מן החשוד מידע ואינם ממתנים עד שהוא יחשוף מידע רלוונטי מיוזמתו שלו - נתפס אף הוא כאמצעי חקירה לגיטימי... בצד האמור יש לזכור, כי השימוש במדובב אינו אלא תחבולה חקירתית, ולפיכך, נוהגת לגביו ההבחנה הרגילה בין תחבולה חקירתית מותרת לתחבולה פסולה" (שם, בפסקה 25).

השופט (כתוארה אז) א' חיות התייחסה, אף היא, לנושא המדובבים בציינה, כי:

"עוד נפסק כי הפעלת מדובב כשלעצמה אינה מפרה את זכות החשוד לאי הפללה עצמית, שכן בידיו לשמור על זכות השתיקה בכל הנוגע לנושא החקירה גם בשיח ושיג שהוא מקיים עם המדובב... כך הוא באשר להפעלת מדובב פאסיבי, העוקב אחר מעשיו ומהלכיו של החשוד ומגיב לפניותיו (אך לא יזם אותן), וכך גם באשר להפעלת מדובב אקטיבי, הנוקט צעדים להוצאת מידע מפליל מפי החשוד... עם זאת, ברי כי השימוש במדובבים כפוף אף הוא לעקרונות הכלליים המבחינים בין תחבולה חקירתית מותרת לתחבולה חקירתית פסולה. אכן, השימוש בתחבולות הוא הכרח בל יגונה בשל המציאות הקשה והפשעה הגוברת עימה נאלצים גורמי אכיפת החוק להתמודד, אך כפי שכבר נפסק יש גבולות לתחבולות... ובבואנו לבחון האם מדובר בתחבולה לגיטימית או בתחבולה שאינה לגיטימית, יש לבדוק האם היה בתחבולה כדי להפר את זכותו של החשוד להימנע מהפללה עצמית או כדי לפגוע בשורת עשיית הצדק" (שם, בפסקה 4 לחוות דעתה בעניין יוני אלזם ז"ל, וראו גם, ע"פ 2831/95 אלבה נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(5) 221, 291-292 (1996); ע"פ 6021/11 יוסף נ' מדינת ישראל (24.2.2014) בפסקה 15).

94. על חשיבות תדרכם של המדובבים, תוך הבהרת הכללים המותרים לפעולתם, עמד השופט דנציגר בע"פ 8743/09 מנקין נ' מדינת ישראל (13.2.2013), בציינו כי:

"... הגם שהפעלת מדובבים הינה שיטת חקירה מקובלת ואין בה כשלעצמה פסול אינהרנטי, על פעולת המדובבים צריך שיחולו סייגים ברורים וחד משמעיים. על מפעיליהם להבהיר להם מראש את 'גבולות הגזרה' בהתאם לכללים שנקבעו בפסיקתו של בית משפט זה. כמו כל תרגיל חקירה, גם פעולת המדובבים צריך שתהיה סבירה ומידתית באופן שאינו שולל מהחשוד את זכויות היסוד המוקנות לו ובהן זכות השתיקה והזכות המשלימה אותה - הזכות להיוועץ עם עורך דין בתנאי חיסיון... בין היתר נקבע בפסיקתו של בית משפט זה כלל חד משמעי לפיו חל איסור על מדובבים להשחיר את שמו של הסנגור לפני החשוד, שכן פעולה זו עשויה לפגוע בהגשמת מימושה של זכות ההיוועצות שהיא לא אחת ערובה משמעותית להגשמת יתר זכויות החשוד... בפרשה אחרת הדגשתי כי אסור לרשות החוקרת, ומכאן שגם לא למדובבים המופעלים על ידה, ליתן עצה משפטית לחשוד שכן מתן ייעוץ משפטי לחשוד היא פעולה ייחודית השמורה ליחסים האקסקלוסיביים שבין החשוד לסנגור... אל להם למדובבים, כמו גם לחוקרים עצמם, לחדור למתחם יחסי עורך הדין ולקוחו... לא זאת אף זאת, גם אם החשוד עצמו פונה למדובבים לשם קבלת עצה משפטית, צריך שהמדובבים יתעלמו מפנייתו זו ולא ינסו לשכנע את החשוד כי פעולה זו או אחרת תיטיב את מצבו במישור המשפטי" (שם, וראו גם, ע"פ 4029/08 פלוני נ' מדינת ישראל (10.7.2012) (להלן: עניין פלוני); לביקורת על השימוש במדובבים להשגת ראיות מפלילות, ראו: בועז סנג'רו "השימוש בתחבולות ובמדובבים לשם גביית הודאות - הרהורים בעקבות ע"פ 1301/06 עזבון המנוח יוני אלזם ז"ל נ' מדינת ישראל" עלי משפט ט 399, 408-411 (2011)).

עוד נקבע בעניין פלוני, כי אין מקום להבטיח למדובב בונוס או תגמול גבוה יותר בגין חילוץ הודאה מפלילה מפיו של החשוד, וכפי שציין השופט (כתוארו אז) ס' ג'ובראן בע"פ 2642/10 איסאקוב נ' מדינת ישראל (28.11.2011) (להלן: עניין איסאקוב), כי:

"העובדה שלמדובב מובטח בונוס, ששוויו פי עשרה משכרו בגין יום עבודה אחד, בתמורה להשגת הודאה מן החשוד, מייצרת תמריץ חזק ביותר למדובב ועשויה להשפיע על אופן ביצוע תפקידו ועל העדות שהוא מוסר בבית המשפט. באופן עקרוני, אני סבור כי עדיף לנסח הסכמים אלו באופן המנטרל ככל האפשר את האינטרסים הזרים העשויים להשפיע על פעולותיו של המדובב כלפי החשוד. כאשר לא ניתן לנטרלם, הרי שמוטל על בית המשפט, לבחון ביתר זהירות, את הראיות המושגות באמצעות המדובב" (שם, בפסקה 24 לחוות דעתו).

אין ספק, כי הבטחת תמריץ כספי ישיר או טובת הנאה אחרת, בגין השגת הודאה מפלילה, מעצימה עד מאוד את האינטרס האישי של המדובב להגיע לתוצאה הכוללת הודאה בעבירה, ומדרבנת אותו לעשות כל שביכולתו כדי להשיג את הדבר "לרבות נקיטת פעולות המצויות על הגבול שבין הפסול למותר. פועל יוצא של התנהלות מסוג זה עלול להיות השגת הודאות שווא והרשעת חפים מפשע" (עניין פלוני בפסקה 31, וראו גם, עניין סארה בפסקאות 14-15).

ומן הכלל אל הפרט

95. בחלק זה של פסק הדין אבחן את טענותיו של המערער לפסלות הודייתו בהתאם לסעיף 12 לפקודת הראיות, ואת הטענות החלופיות לעניין משקלה של ההודיה. לאחר מכן, אדרש לטענות הנוגעות לפסילתה של ההודיה בהתאם לדוקטרינת הפסילה הפסיקתית. בהמשך, אדון באופן פרטני בפעילותו של המדובב במקרה דנן, ובפגמים הרבים שנפלו באופן הפעלתו, ולסיום - אסכם את פסק הדין בכללותו.

הטענות לפסילת ההודיה בהתאם לסעיף 12 לפקודת הראיות

96. טרם שנחל את דיוננו, בהקשר לטענות לפסילת ההודיה מכוח סעיף 12 לפקודת הראיות, מן הראוי להסיר מעל שולחנו את הטענה כי אין מדובר כלל בהודיה, אלא ברסיסי דברים, שאינם עונים להגדרה של הודיה. כפי שהובהר בעניין אטיאס, אין דינה של הודיה הנמסרת במסגרת חקירה, להודיה בפני מדובב. במקרה האחרון "אין לצפות כי הודיית הנאשם תהיה קוהרנטית ומלאה, ובהחלט יתכן שפרטים מסוימים, לעיתים אף פרטים הנוגעים לליבת מסכת האירועים העבריינית, ישמטו ממסגרת ההודיה" (פסקה 54 לחוות דעתו של השופט נ' סולברג), וראו גם, דברי השופט י' עמית בפסקה 7 לחוות דעתו בעניין זדורוב, שם מציע השופט עמית להתייחס להודיה בפני מדובב כאל "התוודות" בפני מי שאינו איש מרות). לאור האמור, נאמר בעניין אטיאס כי,

"אינם דומים דברים הנאמרים במסגרת שיחת רעים, בין אדם לזולתו השווה לו, ובה צד אחד מבקש לשפוך את ליבו ולפרוק את חששותיו לפני מי שהוא רואה כאיש שיחו ורעו, לבין דברים הנאמרים בשיח הקודר המאפיין את יחסי חוקר-חשוד של שאלות ותשובות, ובו כל צד מנהל 'קרב מוחות' ומבקש להכשיל את זולתו" (שם, בפסקה 54).

97. למרות השוני בין שני סוגי ההודיות, תמים דעים אני עם בית משפט קמא כי את דבריו המוקלטים של המערער למדובב, ניתן לרכז ולסכם באופן הבא:

"בליל האירוע הגיע המערער עם ממוקה לסנוקר, שניהם רעולי פנים, כאשר בידו של המערער אקדח ובידו של ממוקה סכין, במטרה לגנוב כסף מהמקום. כאשר המנוח פנה אל המערער והושיט את ידו בתנועת אגרופ, ירה המערער ירייה אחת באוויר ולאחר מכן ירייה נוספת מטווח קצר לעבר חזהו של המנוח והרגו. מיד לאחר מכן, נמלטו השניים מהמקום ברכבו של ממוקה ונפרדו בעיר שדרות. המערער שרף את הבגדים שלבש בעת האירוע, ואת האקדח פירק ופיזר את חלקיו".

הדברים הללו עולים בקנה אחד עם הרישום ביומן העמדה (ת/26), שנערך בזמן אמת, על ידי החוקר חליווה, אשר הוסיף ברישומיו כי המערער אמר, בהתייחס למנוח, כי "הוא נתן לו בוקס ואז ירה והוא נפל, אומר שההוא היה מטומטם, אומר שאם הוא לא היה עושה ככה הוא היה חי, איזה מטומטם".

הנה כי כן, מדובר בהודיה בביצוע המעשים המתוארים בכתב האישום, גם אם חסרים בה פרטים מסויימים, אשר הושלמו בהמשך, בראיות שהובאו בפני בית משפט קמא.

98. ומכאן לטענות הנוגעות לקבילותה של ההודיה. הטענה העיקרית שהועלתה על ידי ההגנה היא, כי נוצרו יחסי תלות ומרות בין המערער לבין המדובב, כאשר בתא המעצר התקיימה מערכת יחסים המבוססת על פערי מעמד וכוח בולטים. מערכת יחסים זו, לצד ניתוקו של המערער מהעולם החברתי והמשפחתי שלו ושליטת כל זכויותיו כעצור, גרמו, כך נטען, לפגיעה חמורה בחופש הבחירה ובאוטונומית הרצון החופשי שלו. טענה נוספת נוגעת לפגיעה החמורה בזכות ההיוועצות של המערער, פגיעה שעליה עמד בית משפט קמא בפסקאות 309-312 להכרעת דינו.

99. תמים דעים אני עם בית משפט קמא, כי יש לדחות טענות אלה, ככל שהן נוגעות לשאלת קבילותה של ההודיה, בהתאם לסעיף 12 לפקודת הראיות. ראשית, ובמישור העובדתי, נקבע כי מערכת היחסים בין המערער לבין המדובב לא התאפיינה, כלל ועיקר, בהפעלת מרות מצידו של המדובב, ולא נוצרו ביניהם יחסי תלות, אשר שללו את חופש הבחירה של המערער. המערער, כמו המדובב, לא היה זר לעולם העבריני, וכזכור הוא נשפט ל-5 שנות מאסר בגין הצתת בית מגוריו, ולחובתו עבר פלילי נוסף. על אף האמון הרב שרכש המערער למדובב, וזו הרי הציפיה מכל פעולת דיבוב, לא התבטל המערער בפני המדובב והוא עמד בתוקף על מימוש זכויותיו, לרבות בנושא הקשר עם משפחתו, דבר שהתממש רק לאחר שביתת רעב שקיים המערער. לפיכך, וחרף המניפולציות שעשה המדובב, והתנהלות החוקרים במהלך החקירה, אין לומר כי דין הודייתו של המערער להיפסל מהטעם הראשון שהעלתה ההגנה.

אשר לפגיעה בזכות ההיוועצות, עליה ארחיב את הדיבור בפרק הבא, מקובלנו כי עצם הפגיעה בזכות זו אינו מובילה, מניה וביה, לפסלות ההודיה, ויש לבחון כל מקרה ומקרה לגופו.

"סיכומם של דברים, אף שמקבלת אני את עמדתם של באי כוח המערער לפיה יש לפרש את הוראת סעיף 12 לפקודת הראיות בהשראתו של חוק היסוד, יש לדחות את טענתם לפיה אי מתן הודעה כדין בדבר זכות השתיקה או זכות ההיוועצות בעורך דין, מחייבת בהכרח את פסילתה של ההודאה לפי סעיף 12 הנ"ל. אף כי פגיעה בזכויות האמורות תהווה שיקול נכבד במסגרת בחינת קבילותה של ההודאה, אין מדובר בשיקול בלעדי או מכריע. בהתאם ללשונה ולתכליתה של הוראת סעיף 12 הנ"ל, יש לפסול מכוחה הודאה רק כאשר הפגיעה שלא כדין בזכות השתיקה או בזכות ההיוועצות בעורך דין יצרה פגיעה משמעותית וחמורה באוטונומית הרצון ובחופש הבחירה של הנאשם במסירת הודאתו. קיומה של פגיעה כאמור תיבחן על פי נסיבותיו של כל מקרה לגופו" (שם, בפסקה 36 לחוות דעת הנשיאה ביניש).

ואמנם, בעניין יששכרוב הוחלט שלא לפסול את הודאתו של המערער מכוח סעיף 12 לפקודת הראיות, מאחר שהוא הוזהר בדבר זכותו לשתוק, ולאחר שנפגש עם סנגורית צבאית, הוא בחר להשיב לשאלות חוקריו. דומני, כי אף כאן אין לומר כי ההפרה החמורה של זכות ההיוועצות הובילה לפגיעה מהותית באוטונומית הרצון החופשי של המערער ובחופש הבחירה שלו. המערער היה מודע לזכויותיו ועמד בתוקף על מימושו, ואין ניתן לומר, לגבי הודייתו בפני המדובב, כי רצונו החופשי נפגע מהותית, בשל התנהלות החוקרים והמדובב במהלך החקירה, עד כי יש להורות על פסילתה של ההודאה, בהתאם לסעיף 12 הנ"ל. לכך יש להוסיף את העובדה כי לא התקיים "משפט זוטא" לגבי קבילותה של ההודאה, בהתאם לסדרי הדין המקובלים, והמערער לא העיד לגבי נסיבות מסירת ההודאה על ידו (על חשיבות קיומו של משפט זוטא, שבו אמור הנאשם למסור את גרסתו לגבי נסיבות גביית ההודאה, ראו: בנימין בלום, יורם רבין וברק אריאל "אופן בחינת הודאות חשודים בדין הפלילי בישראל: בחינה מהותית ופרוצדורלית של היחס בין סעיף 12 לפקודת הראיות לדוקטרינת הפסילה הפסיקית" משפטים מו 815 (תשע"ח)). אין צריך לומר, כי בהעדר גרסה, הבאה מפי המערער עצמו שבה הוא מבהיר, עד כמה נפגע רצונו החופשי ומה מידת ההשפעה של ההפרות על חופש הבחירה שלו, קיים קושי של ממש לקבל את הטענה לפסילת ההודאה.

100. ומכאן לנושא משקלה של ההודאה, הנבחן באמצעות מבחן פנימי ומבחן חיצוני. כאמור, המבחן הפנימי נועד לבדוק עד כמה ההודאה, כשהיא עומדת לעצמה ומתוכה, מעוררת אמון. אף כאן, יש לתת את הדעת לשוני בין הודאה הנמסרת בחקירה פלילית לבין הודאה או התוודות בפני מדובב, כאשר, בדרך כלל, אין בהודאה בפני האחרון "משום תיאור ממצה ומדויק של האירועים, המתעמק בפרטי פרטים" (עניין אטיאס בפסקה 54). ככלל, כאשר מדובר בהודאה בפני מדובב יש להשלים את הפרטים החסרים באמצעות חומר ראיתי נוסף. ואם נחזור לענייננו, סבורני כי ההודאה בפני המדובב צולחת את המבחן הפנימי: יש בה סדר, היגיון וקוהרנטיות, ויש בה סימנים שעל פי השכל הישר, ניתן לרכוש לה אמון. אשר למבחן החיצוני, שלפיו יש להציג "דבר מה נוסף" להודייתו של הנאשם, נראה כי אף כאן הוצגה תשתית ראייתית מספקת לחיזוקה של ההודאה, ובכלל זה ניתן למנות את אלה: עדויותיהם של עדי הראיה שהיו במועדון הסנוקר, התואמות את דבריו של המערער, גם אם קיימים הבדלים מסוימים בין הגרסאות; מחקרי התקשורת, מהם עולה כי התקיים קשר אינטנסיבי בין המערער לממוקה בליל האירוע; עדותה של גלינה, לגבי הדברים שנאמרו לה על ידי בעלה, ממוקה, לאחר האירוע, התומכים בהודייתו של המערער, גם אם אין בהם כדי לסבך אותו ישירות; וניסיונותיו של המערער לתאם גרסת "אליבי", לפיה הוא שהה ברמת גן במועד האירוע. לכך יש להוסיף את שתיקתו של המערער בבית המשפט, שתיקה שלא ניתן לה הסבר של ממש, דבר העשוי לשמש חיזוק ואף סיוע למשקל ראיות התביעה (סעיף 162(א) לחסד"פ, וראו בהקשר זה: ע"פ 8080/12 מדינת ישראל נ' אולמרט (28.9.2016) בפסקאות 87-89 לחוות דעתו של השופט (כתוארו אז) ס' ג'ובראן; ע"פ 2406/09 אלבו נ' מדינת ישראל (15.9.2010) בפסקאות 21-22 לחוות דעת הנשיאה ד' ביניש; ע"פ 2132/04 קייס נ' מדינת ישראל (28.5.2007) בפסקה 33 לחוות דעת השופט א' א')

לוי; עניין מילשטיין בפסקאות 11-13 לחוות דעתה של השופטת ע' ארבל)). לפיכך, ולמרות שנכללו בהודיה פרטים מסוימים שאינם מדויקים, ולמרות קיומם של חוסרים כאלה ואחרים, נראה כי ההודיה צולחת גם את המבחן החיצוני.

לסיכום חלק זה, יש לדחות את טענות ההגנה באשר לקבילות הודייתו של המערער בפני המדובב, כמו גם את הטענות בדבר משקלה הפנימי והחיצוני של ההודיה. במסקנה זו לא תם דיונו, ושאלה נפרדת היא, האם הפרת זכויותו של המערער, ובראשן הפגיעה החמורה בזכות ההיוועצות, צריכות להוביל לפסילת הודייתו של המערער מכוח דוקטרינת הפסילה הפסיקתית, ולכך אפנה עתה.

הטענות לפסילת ההודיה מכוח דוקטרינת הפסילה הפסיקתית

101. לצורך הדיון בחלק זה, נזכיר בקצרה את השתלשלות העניינים, מאז הועבר המערער לתא המעצר בשדרות, ועד להארכה השנייה של מעצרו, ביום 16.2.2006. המערער, אשר ריצה עונש מאסר בן 5 שנים בכלא "דקל", הועבר, ביום 22.1.2006, לתא המעצר בתחנת שדרות, מבלי שהודע לו דבר על סיבת מעצרו (בניגוד לסעיף 24(א) לחוק המעצרים); מבלי שהוא נעצר בתחנת המשטרה (לפי סעיף 25 לחוק המעצרים); מבלי למלא דו"ח מעצר (סעיף 26 לחוק המעצרים); מבלי להודיע על דבר המעצר לאדם קרוב (סעיף 33(א) לחוק המעצרים); ומבלי להביאו בפני שופט, תוך 24 שעות ממועד מעצרו (סעיף 29 לחוק המעצרים)). יצוין, בהקשר זה, כי אין נפקא מינה לעובדה כי המערער היה אסיר באותה עת, שכן עם הוצאתו מהכלא והעברתו למעצר, השתנה מעמדו לסטטוס של עצור, וגורמי החקירה היו מחוייבים לפעול בהתאם לאמור בחוק המעצרים. אין חולק, כי עד ליום 2.2.2006, נמנעה מהמערער האפשרות למסור הודעה על מעצרו לבני משפחתו, כאשר הקשר עם בני המשפחה נוצר רק לאחר שהמערער פתח בשביתת רעב, כשאז גם התאפשר לו לקבל מהם ציוד בסיסי. בין התאריכים 23.1.2006-26.1.2006, שהה המערער מחוץ לתא המעצר בשדרות, וככל הנראה התקיים הליך משפטי כלשהו בעניינו, מבלי שקיים תיעוד לגבי תקופה זו. בתאריכים 22.1.2006; 27.1.2006; 30.1.2006; 31.1.2006; ו-2.2.2006, נחקר המערער ונערכו לו תשאולים, כאשר במסגרת זו יוחסו למערער, בכזב, האשמות שעניינן גניבה והתפרצויות, כאשר באותה תקופה התנהלה כלפיו חקירה סמויה לגבי עבירות השוד והרצח. בכל החקירות והתשאולים הללו, וכפי שעולה מחומר הראיות, דרש המערער להיפגש עם עורך דין ולהיוועץ בו. ביום 5.2.2006, הפכה החקירה הסמויה לגלויה, ובמועד זה הוזהר המערער, לראשונה, כי הוא חשוד בביצוע עבירות של שוד ורצח בסנוקר בשדרות. גם הפעם דרש המערער להיות מיוצג על ידי עורך דין, והודיע כי אינו מוכן לענות לשאלות, עד שייפגש עם עורך דין ויזומן מתורגמן לרוסית. בית משפט קמא קבע, בהקשר לפגיעה בזכות המפגש וההיוועצות עם עורך דין, את הדברים הבאים:

"הטענות אשר בפי ההגנה, בדבר הפגיעה בזכות ההיוועצות של [המערער] בעורך דין עד לרגע חשיפת החקירה האמיתית המתנהלת נגדו (5.2.2006), אינן משוללות יסוד. התנהגות חוקרי המשטרה התגלתה כבלתי ראויה ולא ניאותרה. לאורך החקירה הסמויה, התעלמו החוקרים מדרישותיו של [המערער] לשוחח עם עורך דין. משהפכה החקירה לגלויה [והמערער] דבק בעמדתו, נאלץ ראש הצח"מ להפסיק החקירה, לא לפני שעשה ניסיונות חוזרים ונשנים להשלימה" (פסקה 309 להכרעת הדין).

ועוד נקבע בהכרעת הדין, כי:

"גרסת ראש הצח"מ לפיה, איש לא מנע [מהמערער] להתקשר לעורך דין וכי היה לאיל ידו לעשות שימוש בטלפון - מיתממת ומתחכמת. מתמלילי החקירות והתשאולים עולה, כי איש לא העמיד לרשות [המערער] טלפון. דרישותיו להפסיק החקירות עד שישוחח עם עו"ד נתקלו לרוב בחומה בצורה. הפתק שהעביר לראש הצח"מ ובו פרטיו של עו"ד בנייה - לא זכה לטיפול הולם. ברי כי איש לא התקשר לעו"ד בנייה, שכן אין על כך תיעוד ובמבחן התוצאה, הלה לא הגיע לתחנת המשטרה, אף לא לבית המשפט. המשטרה לא קיימה, למצער, לא בדרך הראויה והמקובלת את זכות ההיוועצות העומדת [למערער]" (פסקה 310 להכרעת הדין).

102. בהמשך אותו יום, 5.2.2006, שוחח המדובב עם המערער לגבי ההליך המשפטי הצפוי לו למחרת היום, בבית משפט השלום באשקלון. המדובב אמר, בין היתר, למערער, תחת עיניהם הפקוחה של החוקרים, כי הוא שוחח עם פרקליטו, עו"ד אביגדור פלדמן, ותאם עמו כי הוא יגיע לבית המשפט, על מנת לייצג את המערער. באותו מעמד, הבהיר המדובב למערער כי אין צורך לזמן עורך נוסף מטעמו. כמו כן, הסביר המדובב למערער כי הפרקליט אינו יכול לפגוש אותו בתחנת המשטרה, לפני הדיון המשפטי, בלא קבלת אישורו של בית המשפט. וכך תועדו הדברים בהקלטת השיחה בין המדובב לבין המערער (ראו, תמלול הקלטת ת/89ב):

"מדובב: אמרתי לו (לעו"ד פלדמן - א.ש.) ככה וככה. זה תיק ככה וככה. הוא אמר לי אין לי בעיה אני אבוא. אמר לי מי משלם כסף? אמרתי לו, אל תדבר איתו עכשיו על כסף, מעצר ימים דבר איתי עד שיגיע כתב אישום אלוהים גדול, אם יהיה כתב אישום, בן אדם חף מפשע

...

מערער: בקשר לעורך דין...

מדובב: מי? עורך דין שלי?

מערער: כן

מדובב: הוא לא יכול (הכוונה לפגישה מוקדמת לפני הדיון בבית המשפט - א.ש.). הוא אמר מחר בבוקר אני יבוא. הוא נמצא באיך קוראים לו נתניה, אני מסביר לך אומר לך רק מחר בבוקר. אתה אומר אני זה אלך בלי עורך דין, בסדר לך בלי עו"ד.

מערער: אם לא בא אני אלך בלי עו"ד...

...

מערער: ... תשאיר לי של פלדמן טלפון.

מדובב: לא זוכר ת'טלפון, יש להם כרטיס.

מערער: תשאיר לי טלפון אם לא לקחו אותי עד שהוא לא בא מהבוקר ולחקור אותי למשפט מהבוקר ולא יהיה לי עורך

דין שלי, שיבוא למשפט יחכה לי שמה אני לא מדבר כלום עד שיבוא...".

מהמשך השיחה בין המדובב למערער מסיקה ההגנה, כי העלאת שמו של עו"ד פלדמן נעשתה בנוכחות אחד החוקרים, ואין מדובר בפעולה עצמאית שנהגתה ובוצעה על ידי המדובב בלבד:

"מדובב: אתה יכול כל יום לדבר עם עורך דין

מערער: עכשיו לא נתנו לי לדבר

מדובב: מה זה לא נתנו לך לדבר?

מערער: כן, שוטר בא אומר זה

מדובב: החוקר אמר לך פה, לידי, תביא מס' עורך דין

מערער: אני אתקשר

מדובב: אני אתקשר אמרתי לך, אני אסדר לך את שלי, אתה אמרת לא צריך.

מערער: כן

מדובב: אז אל תגיד לא נתנו לך לדבר, הוא רצה להתקשר לעורך דין אבל אתה אמרת אני אבוא עם עורך דין אחר. לא אני אמרתי בוא אני אסדר לך את שלי אז אתה לא יכול להגיד לא.

מערער: מה אני יכול להגיד אם מחר בבוקר לא תאריך מעצר? למה?

מדובב: אין ממחר בבוקר. עכשיו יש לך עורך דין, עכשיו תקרא לו אם אתה רוצה לא רוצה את פלדמן, קרא עכשיו לשוטר, תגיד זה מספר עורך דין שיתקשרו אליו עכשיו לבית המשפט, אני בתיק חלש, או שייתן לחוקר שלך. תגיד לו משה משה אז הוא יתקשר אליו ואז הוא יתקשר לעורך דין.

מערער: זה ככה ילך, אני לא יודע

מדובב: אז אני מסביר לך, אתה יכול עכשיו לקרוא זה מס' טלפון תתקשר ותגיד לו יש לי משפט מחר.

מערער: הוא בא ישר לשם

מדובב: הוא בא ישר לשם

מערער: הוא פה לא בא עכשיו?

מדובב: פה הוא לא יבוא רק לשם, וכשאתה מקבל ימים הוא יכול לבוא אליך

מערער: הבנתי, זה רציתי".

בית משפט קמא מציין, כי לאחר התלבטות, ולמרות דבריו המפורשים של המדובב כי הוא שוחח עם עו"ד פלדמן והלה יגיע ישירות לבית המשפט, החליט המערער להתקשר לעו"ד בנייה, ולשם כך קרא ליומנאי בתחנת המשטרה ומסר לו את שמו של עו"ד בנייה ואת מספר הטלפון שלו. בית משפט קמא ציין, בהקשר זה, כי ביומן העמדה נכתב שהשוטר התקשר לעו"ד בנייה, "אולם אין לכך תימוכין בתיק החקירה". לכך יש להוסיף, כי לא הובאה כל ראיה, ממנה עולה כי התקיימה שיחה עם עו"ד בנייה, עובר לדיון המעצר. המערער, אשר ציפה כי יופיעו לדיון שני עורכי הדין (עו"ד בנייה ועו"ד פלדמן), אמר בסופו של יום למדובב: "איזה צחוק יהיה אם אף אחד לא בא", ואכן איש לא הגיע כדי לייצגו ביום המחרת.

בהקשר להתנהלות זו של המדובב, אומר בית משפט קמא את הדברים הבאים:

"הטענה בדבר מניפולציה אפשרית בין חוקרי המשטרה לבין המדובב, אשר נועדה להשהות את ההיוועצות של [המערער] עם עורך דין מטעמו, עד לאחר מועד הארכת המעצר, על פניה, אף היא אינה בלתי אפשרית, הגם שהמדובב וראש הצח"מ הכחישו העובדות. עם זאת, יצוין, כי המדובב לא 'חסם' את דרכו של [המערער] לפנות לעורך דין מטעמו ונזהר מלהבטיח או להתחייב לכך שעורך הדין מטעמו יתייצב לדיון" (פסקה 311 להכרעת הדין).

על דבריו אלו של בית משפט קמא, אבקש להעיר מספר הערות:

- א. אין חולק, כי המדובב אמר למערער מפורשות כי הוא שוחח עם עורך דין פלדמן וקבע עימו כי הלה יתייצב למחרת בבוקר בבית המשפט, על מנת לייצג את המערער בדיון המעצר. לפיכך, אין בידי לקבל את דברי בית משפט קמא, לפיהם המדובב "נזהר מלהבטיח או להתחייב לכך שעורך דין מטעמו יתייצב לדיון".
 - ב. עולה מהראיות, כי המדובר במניפולציה של המדובב, אשר הולך שולל את המערער, בודעו כי עו"ד פלדמן לא יתייצב לדיון, מאחר שהוא מעולם לא שוחח עמו על כך. האם בפנינו מניפולציה משותפת למדובב ולצוות החקירה? לשאלה זו אין תשובה ברורה, הגם שאין מחלוקת על כך שבעמדת ההאזנה נשמעו חילופי הדברים בין המדובב לבין המערער, וניתן היה למנוע את מה שכונה על ידי ב"כ המשיבה, "כתרגיל חקירה של המדובב".
 - ג. כאמור, אין כל תימוכין לכך שמי מבין אנשי צוות החקירה טרח להתקשר לעו"ד בנייה ולוודא עימו כי יתייצב לדיון, ויש לזכור כי מדובר בהארכת מעצר ראשונה, לאחר שהמערער הוחשד בביצוע עבירות של שוד ורצח בסנוקר.
- אשר לשאלה, האם מדובר בתוכנית, אשר נועדה להשהות את המפגש בין המערער לבין עורך הדין עד לאחר הדיון בהארכת המעצר, דומה כי על כך ניתן ללמוד מדברי המדובב עצמו, בהשיבו לשאלותיה של עו"ד לרנאו בבית משפט קמא:
- "את יודעת, מהניסיון שלי שהם חוזרים מבית משפט אז העורכי דין דבר ראשון שיש לו עורך דין אז הוא אומר לו - תיזהר ממדובבים. זה מתי שהוא חוזר מבית משפט הוא נהפך לנעול ופחדן ומתחיל לחשוש. למה העורכי דין תמיד אומרים לנאשמים - תיזהר שלא ישימו לך מדובב. תמיד מסבירים להם מה קורה בתאים" (עמ' 483 לפרוטוקול).

הדברים מדברים בעד עצמם, וכל המוסיף גורע.

103. השלב הבא בהשתלשלות עניינים עגומה זו, מוביל אל ההליך שהתקיים בבית משפט השלום באשקלון, למחרת היום (6.2.2006), כפי שהוא מתועד בפרוטוקול הדין, נ/7. באופן בלתי מפתיע, לא התייצבו לדין בהארכת המעצר, עו"ד פלדמן ועו"ד בנייה, או כל עורך דין אחר מטעמו של המערער. בנסיבות אלה, הוצע למערער להיעזר בסנגור תורן, מטעם הסנגוריה הציבורית, שנכח בבית המשפט באשקלון, אך המערער סרב לכך. בפתח הדין בבית המשפט (בפני כב' השופט ד' חסדאי) הצהיר החוקר צלח: "[המערער] לא רוצה ייצוג בתיק, למרות שהסברנו לו את חשיבות הסנגור. הוא פגש בסנגור הציבורי ואמר לו שהוא לא רוצה שייצגו אותו".

על כך אומר המערער:

"אני לא מעוניין בייצוג מן הסנגוריה הציבורית. אני מבקש לייצג את עצמי. אני לא צריך בינתיים עו"ד. אני צריך תרגום ברוסית... אתמול נתתי טלפון של עו"ד שלי ועד עכשיו לא קיבלתי תשובה. לא נתנו לי להתקשר לעו"ד שלי...".

בהמשך אומר המערער:

"אני לא רוצה מינוי סנגור. אני רוצה להתקשר לעו"ד שלי. שיתנו לי שיחה אני אדבר עם העו"ד שלי... לא נותנים לי להתקשר לילדים שלי, לאמא שלי. אני דואג למשפחה. המשפחה שלי בשדרות".

החוקר צלח מגיב על דברי המשיב באומרו, כי בשל אופי העבירה שבה הורשע המערער "חל איסור מוחלט ליצור קשר עם אשתו ועם משפחתו". יצוין, כי ההגנה חולקת, מכל וכל, על דבריו אלה של החוקר צלח ולטענתה לא קיים איסור כזה, כאשר דבריו אלה של החוקר אינם מדויקים, בלשון המעטה. עוד מסר החוקר, כי הוא אישית, כמו גם חוקרים אחרים בצוות החקירה, איפשר למערער להתקשר לאמו ולאחיו, והאח הביא לו אתמול (5.2.2006) ציוד. עוד נטען, כי נמסרה לאח הודעה על קיומו של הדין, אך הלה הודיע כי לא יוכל להגיע לבית המשפט. לאחר שבית המשפט חזר והמליץ למערער להיעזר בסנגור ציבורי, אמר המערער:

"אני לא צריך עו"ד מהמדינה... יש לי עו"ד פרטי. אני רוצה להתקשר אליו ורק אותו אני רוצה".

המערער הוסיף עוד בדבריו לבית המשפט: "האם ידוע לך שקיבלתי את כל הדברים וכל הציוד רק אחרי שעשיתי שביתת רעב". בהמשך אומר המערער, כי הוא מבקש לחזור לכלא "דקל", "איפה שאני חי 3 שנים", וכן דרש כי יאפשרו לו לשוחח עם אמו ועם ילדיו. לדברי המערער, הוא דואג לבני משפחתו, כיוון ש"נופלים קסאמים בשדרות והם נמצאים בשדרות". לבסוף, אומר המערער: "יש לי עו"ד משלי, עורך דין פרידמן, עו"ד מתל אביב". יצוין, בהקשר זה, כי לטענת ההגנה נהיר וברור הוא כי המערער טעה בשמו של עורך הדין, שעה שהכוונה הברורה היא לעו"ד פלדמן. בית משפט קמא נמנע מלקבוע ממצא בעניין זה, אך נראה כי הצדק עם ההגנה, וכי המערער טעה בשמו של עו"ד פלדמן. סבורני, כי לא הייתה כל סיבה למסור את שמו של עו"ד פרידמן, שם שלא עלה כלל בשיחותיו של המערער עם המדובב. בהחלטתו להאריך את מעצרו של המערער ב-10 ימים, עד ליום 16.2.2006 שעה 12:00, הבהיר השופט חסדאי כי

קיים חשד שהמערער ביצע את העבירות המיוחסות לו, כאשר ימי המעצר דרושים כדי להמשיך בחקירה ולמנוע את שיבושה. אשר לעניין הייצוג, ציין השופט חסדאי כי המערער סירב בכל תוקף להיות מיוצג על ידי סניגור מהסנגוריה הציבורית, וטען כי יש לו עורך דין אחר. השופט חסדאי חתם את החלטתו באומרו, כי "מפקד המעצר מתבקש לאפשר [למערער] ליצור קשר עם עורך דינו - עו"ד פרידמן מתל אביב".

המערער הוחזר לתא המעצר, מבלי שפגש או נועץ בעורך דין עד להארכת המעצר הנוספת, ביום 16.2.2006. כזכור, ביום 8.2.2006, התוודה המערער בפני המדובר בביצוע השוד והרצח במועדון הסנוקר בשדרות, ביחד עם חברו ממוקה.

104. המסקנה המתבקשת ממכלול הדברים שפורטו לעיל, ברורה בתכלית: במקרה דנן, מניעת האפשרות מהמערער להיוועץ בעורך דין, במשך למעלה משלושה שבועות, עולה כדי פגיעה מהותית וחריפה בזכות ההיוועצות העומדת לו. בנסיבות העניין, הפגיעה בזכות ההיוועצות היא בעוצמה גבוהה ביותר, ונראה כי גורמי החקירה עשו הכל, בסיועו של המדובר, למנוע מהמערער לממש את זכותו הבסיסית ולהיוועץ בעורך דין. אין כל ספק בעיניי, גם לאור דבריו של המדובר באשר לנוהגם של עורכי דין להזהיר את לקוחותיהם מפני מדובבים, כי הפגיעה החמורה בזכות ההיוועצות השליכה על השגתה ועל תוכנה של ההודיה, כאשר אין חולק כי בחקירותיו הנוספות של המערער, הוא הכחיש בתוקף את המיוחס לו. בית משפט קמא הכיר, אמנם, בכך כי מדובר בפגיעה בזכות ההיוועצות, אך לטעמו אין מדובר בפגיעה חמורה ובלתי מידתית, "באורח שפגע בזכות [המערער] להליך הוגן, תוך הפרת זכות השתיקה הקנויה לו". בית המשפט הציג חמישה טעמים התומכים, לשיטתו, בעמדה זו. ראשית, אומר בית משפט קמא כי המערער נמנע ממתן עדות, ועל כן אין לדעת כיצד השפיעה עליו הפגיעה בזכותו להיוועץ בעורך דין, ודי בכך כדי לשמוט את הטענה, לפיה מדובר בפגיעה חמורה ובלתי מידתית בזכות ההיוועצות. אין בידי לקבל נימוק זה, שכן - בניגוד לעמדה שהבעתי בהקשר לטענה בדבר פסילת ההודיה מכוח סעיף 12 לפקודת הראיות - הרי שבמקרה דנן ניתן לקבוע, באופן אובייקטיבי, כי מדובר בהפרה חמורה של זכות ההיוועצות העומדת למערער, ולפיכך אין חשיבות מכרעת לשמיעת עדותו. כאשר מדובר בעתירה לפסילת הראיה מכוח דוקטרינת הפסילה הפסיקתית, נקודת המבט מופנית, ככלל, אל דרך התנהלותה של החקירה, ומידת ההקפדה על זכויותיו הבסיסיות של הנחקר, כאשר תחושותיו של הנחקר ודבריו לגבי מידת ההשפעה של האמצעים הפסולים על מסירת ההודיה, אינם עומדים במרכזו של הדיון. עם זאת, וכאשר מדובר בהפרה גבולית, שלא כמו בענייננו, אפשר שהימנעותו של הנאשם מלהעיד תכריע את הכף, לכאן או לכאן.

הנימוק השני, אותו נתן בית משפט קמא, הוא כי המערער "התחבט והתלבט בסוגיית ההיוועצות עם עורך דין. הוא לא ידע למי לפנות ועל מה להיוועץ", וכי נושא הארכת המעצר לא הטרידו, כיוון שממילא הוא היה במעמד של אסיר. גם נימוק זה אינו מקובל עליי. אין חולק כי המערער דרש, לאורך כל הדרך, להיפגש עם עורך דין והדבר נמנע ממנו. העובדה כי המערער התלבט ולא עמד על שלו עד לפתיחת החקירה הגלויה, נעוצה בכך כי גורמי החקירה ייחסו לו, באותו שלב, אשמת שווא של התפרצויות וגניבות, דבר שלא הדיר שינה מעיניו, ביודעו כי אין לו לחשוש מפני אשמות אלה. מעת שהחקירה הפכה לגלויה, והמערער ניצב בפני הארכת מעצר, הוא עמד בתוקף על זכותו להיות מיוצג על ידי עורך דין, לפי בחירתו.

הנימוק השלישי, נוגע לסירובו של המערער להיוועץ בסנגור ציבורי, למרות המלצתו החמה של בית משפט השלום באשקלון. אכן, המערער סירב להיוועץ בסנגור תורן מטעם הסנגוריה הציבורית, לאחר שעורכי הדין, שהיו אמורים להופיע מטעמו, לא הגיעו. אינני סבור כי יש לבוא בטרוניה אל המערער בנסיבות אלה, לאחר שהוא הופקר לנפשו בדיון המעצר, וקשה לדרוש ממנו ליתן אמון בסנגור מזדמן, שאינו מכיר אותו ואינו בקי בענייניו. יצוין, כי אין

בעובדה שהמערער לא חזר על דרישתו להיוועץ בעו"ד בנייה או בכל עו"ד אחר, לאחר שהסתיים הדיון בבית משפט השלום, כדי להעיד שהוא "וויתר על זכות ההיוועצות", כפי שקבע בית משפט קמא.

הנימוק הרביעי הוא, כי המערער לא ניצל את האופציה להתקשר לעורך דין, כאשר הוחדר לתאו טלפון סלולרי, ביום 8.2.2006, ומכאן מסיק בית משפט קמא, כי "זכות ההיוועצות לא עמדה בראש מעייניו והוא לא ראה מקום לנצלה". גישתו זו של בית משפט קמא אינה מקובלת עליי. המערער ניצל את ההזדמנות שנקרתה בפניו, כאשר הוכנס לתאו טלפון נייד, כדי לחזק את טענת האליבי שלו, ובאותה הזדמנות גם לבדוק, מחמת הזהירות, פרטים מסויימים לגבי המדובב. קשה לדרוש ממנו, בנסיבות אלה, כי ינסה ליצור קשר עם עורך דין, אשר בוודאי יתהה לגבי נסיבות ההתקשרות, וכלל לא ברור אם מספר הטלפון של עורך דינו היה ברשותו של המערער בתא המעצר. מכאן אין להסיק, כלל ועיקר, כי נושא המפגש עם עורך דין, תוך מיצוי זכות ההיוועצות, לא עמד בראש מעייניו של המערער.

הנימוק החמישי והאחרון, עניינו בכך שהמערער היטיב להכיר את כללי החקירה המשטרית והיה מודע לזכויותיו, ובניגוד להתקשותו על מיצוי זכויותיו בעניינים אחרים, הרי שכשדובר בזכות ההיוועצות הוא "לא נקט צעדים למימוש זכויותיו". מכאן מסיק בית משפט קמא, כי המערער ויתר על זכות ההיוועצות, "מתוך בחירה". אף נימוק זה אינו נראה בעיניי, כיוון שאין לדרוש מנחקר לנקוט בצעדי מחאה או אף בשביתת רעב, כדי לממש את זכותו הבסיסית להיפגש עם עורך דין ולהיוועץ בו. מחובתם של החוקרים להודיע לנחקר על זכות ההיוועצות העומדת לו, ולאפשר לו להיפגש עם עורך דין ללא דיחוי, ועל אחת כמה וכמה כאשר הנחקר חוזר ודורש להיפגש עם עורך דינו. אין בעובדה, כי המערער לא נקט בצעדים דרסטיים יותר, במטרה לממש את זכותו זו, כדי ללמד על כי הוא וויתר על אותה זכות "מתוך בחירה", ונראה בעליל כי ההיפך הוא הנכון.

105. לסיכום, ולנוכח עוצמת הפגיעה בזכות ההיוועצות של המערער במהלך החקירה, ומאחר שהפגיעה החמורה בזכות זו השליכה על השגתה ועל תוכנה של ההודיה בפני המדובב, יש להורות על פסילתה של הראיה. זאת, על מנת למנוע פגיעה מהותית ובלתי מידתית בזכותו של המערער להליך הגון, כמו גם פגיעה בהגינותו של ההליך הפלילי. מאחר שהרשעתו של המערער בעבירות השוד והרצח במועדון הסנוקר, מבוססת על הודייתו בפני המדובב, ולאור עמדתו כי יש לפסול את ההודיה, אציע לחבריי לזכות את המערער מעבירות אלה: קשירת קשר לביצוע פשע, לפי סעיף 499(א)(1) לחוק העונשין; רצח, לפי סעיפים 300(א)(2) ו-300(א)(3) לחוק העונשין; ושוד לפי סעיף 402(ב) לחוק העונשין.

בהמשך, אתיחס להרשעתו של המערער בעבירות שיוחסו לו באישומים השני והשלישי לכתב האישום, אך קודם לכן אעמוד על דרך הפעלתו של המדובב במקרה דנן ועל הפגמים שנפלו בפעילותו, וזאת בעיקר לצורך הפקת לקחים.

דרך הפעלתו של המדובב והפגמים שנפלו בפעילותו

106. אין חולק, וגם בית משפט קמא עמד על כך, כי במקרה דנן היו תקלות רבות ונפלו פגמים לא מעטים בדרך הפעלתו של המדובב, ובאופן שבו הוא פעל, אל מול המערער. בראש ובראשונה, יש לראות כפגם מהותי את העובדה כי לא נערכו תרשומות ואין בנמצא תיעוד לגבי תדרוכים שנעשו למדובב, כך שאין לדעת מהן ההנחיות שניתנו לו, ועד כמה נמסרו לו פרטים על אודות האירוע בסנוקר, אם בכלל. המדובר בתקלה חמורה, שהביאה להשמעת טענות שונות מטעם ההגנה, לגבי תוכן השיחות שהתנהלו בין המדובב לבין אנשי צוות החקירה (לגבי חשיבות עריכת תרשומות ביחס לפעולות החקירה, ראו עניין שי, והפסיקה המאוזכרת שם). יצוין, כי בתשובות המשיבה לשאלות בית המשפט, מיום

25.3.2018, נאמר בסעיף 3 א.1., כי בהתאם לשינויים המערכתיים שננקטו בנושא זה, הרי שכיום "תדרוך המדובב נעשה בהתאם לטופס מובנה כתוב שהוא חלק מחומר החקירה הגלוי ומועבר להגנה".

תקלה שנייה נוגעת לעובדה, כי המערער והמדובב עשו שימוש בסמים, כולל בהרואין, במשך מספר ימים עובר למסירת ההודיה על ידי המערער. המדובב עצמו הוא נרקומן, אשר טען כי נגמל מסמים, אך כאמור חזר לעשות בהם שימוש בתא המעצר. אין בידי לומר, כי הדבר נעשה במכוון על מנת להחליש את מעצוריו של המערער, להגביר את מידת האמון בינו לבין המדובב, ולהקל על קבלת ההודיה ממנו. ואולם, אין ספק כי פעילות זו בתא המעצר נצפתה על ידי החוקרים והם לא עשו דבר כדי לקטוע אותה, בעודה באיבה. המשיבה מסרה, אמנם, כי המדובב נחקר באזהרה בנושא זה, אך לא ידוע אם ננקטו נגדו צעדים משפטיים כלשהם. יש לראות בחומרה רבה התנהלות זו, המנוגדת לכללים בסיסיים של חקירה, ואין צריך לומר כי המטרה אינה מצדיקה את כל האמצעים. אין זה מתקבל על הדעת, כי בידיעת גורמי החקירה התבצע שימוש מסיבי בסמים בתא המעצר, כולל בסמים קשים, ומלבד דיווח לראש הצח"מ לא נעשה על ידי צוות החקירה דבר. אציין, לעניין זה, כי אין כל נפקא מינא לשאלה, האם המערער הוא שהחדיר את הסם, או שמא עשה כן המדובב - כפי שטוענת ההגנה. מתשובות המדינה ניתן להבין, כי הנוהלים בנושא זה חודדו וכיום נאסר להשתמש בנרקומנים כמדובבים, וחל איסור מפורש על שימוש בסמים בתא המעצר.

נושא נוסף שיש לתת עליו את הדעת, נוגע לפעילותו של המדובב כדי לשכנע את המערער להיעזר בשירותיו של עו"ד אביגדור פלדמן, תוך שהוא מוליך אותו שולל, בידעו כי אין כל ממש בהבטחותיו, לפיהן הלה יגיע לבית המשפט. אף כאן, נעשה הדבר תחת עינם הפקוחה של גורמי החקירה, אשר לא זו בלבד שלא פעלו על מנת להבטיח את התייצבותו של עורך הדין שהתבקש על ידי המערער, הם גם לא מנעו את המניפולציה החמורה בה נקט המדובב, והותירו, הלכה למעשה, את המערער לנפשו. עוד יש לראות בחומרה את דבריו של המדובב לפיהם עורך הדין אינו יכול לפגוש את המערער בבית המעצר, אלא באישור בית המשפט, דבר שכידוע אינו נכון, ויש בו כדי להטעות את המערער. המשיבה הבהירה, בהקשר זה, כי על פי הנוהלים הקיימים כיום, וכעולה מטופס התחייבותיו של המדובב: "המדובב לא ישפיע על החשוד ולא ישכנעו בכל הקשור לבחירת עורך דין ולא ישכנעו כנגד עורך דין זה או אחר", ובסעיף אחר לכתב ההתחייבות נאמר, כי "המדובב לא ייעץ לחשוד כל עצה הקשורה בייעוץ משפטי כזה או אחר, אם מניסיונו או מידע כללי שלו".

נושא אחרון, אך לא פחות חשוב, נוגע לתגמול שקיבל המדובב, ונזכיר, בהקשר זה, את טענת ההגנה, לפיה ניתן למדובב להבין כי אם הוא ישיג הודאה מפיו של המערער, הוא יזכה להקלה משמעותית במשפט, הצפוי לו למחרת היום. עיינתי בתמלילי השיחה בין המדובב לבין ר' הצח"מ בנושא זה, ולמרות שאין מדובר בהבטחה מפורשת, ניתן להבין מדברי ר' הצח"מ כי יש קשר בין השגת ההודאה, עוד באותו ערב, לבין ההקלה הצפויה למדובב. במבחן התוצאה, המדובב השיג את ההודיה המקווה וזכה, למחרת היום, להקלה מפליגה בעונשו. אין צריך לומר, כי מתן תגמול מיוחד ומשמעותי למדובב בגין הצלת הודיה מפי נחקר, יוצרת כר נרחב לניגוד עניינים ומעודדת פעילות בלתי חוקית של המדובב, וברי כי הדבר פסול בתכלית, כפי שנקבע בפסיקתו של בית משפט זה. עם זאת, עולה מהנוהלים החדשים התקפים כיום, כי "החווה עם המדובב, מתנה את התגמול בעבודה ולא בהבאת ראיות מפלילות, והתגמול מוגבל לגמול נפשי בלבד".

דיון לגבי האישומים השני והשלישי

107. במסגרת האישום השני, יוחסה למערער עבירה של הפרת הוראה חוקית, לפי סעיף 287(א) לחוק העונשין, בשל כך שהוא הפר צו של בית משפט, האוסר עליו להימצא בעיר שדרות, מיום 18.6.2002 החל מהשעה 19:00. אין חולק, וגם המערער הודה בכך, כי הוא שהה בשדרות לאחר השעה 19:00, ולפיכך הוכחה העבירה המיוחסת לו באישום זה. האישום השלישי נוגע לשיחותיו הטלפוניות של המערער מתוך תא המעצר, ביום 8.2.2006, עם בני משפחתו ומקורביו (כמו, גיבריל, איוון אחיו, ואיגור חברו), במסגרתם פעל המערער כדי לשדלם למסור הודעת שקר, לגבי הגעתו לרמת גן ביום 8.2.2006, ובכדי לתאם עימם את טענת האליבי שלו. בית משפט קמא קבע כעובדה, כי המערער ביצע את השיחות, בידעו כי הוא הפר את צו ההרחקה שניתן בעניינו, ומתוך כוונה לבסס את טענת האליבי הכוזבת שלו. אשר לאיגור, נקבע כי המערער ביקש לבדוק עימו באיזה עניין הוא נחקר במשטרה, וזאת "על מנת לתאם את עדותו". לפיכך, החליט בית משפט קמא להרשיע את המערער בעבירות שיוחסו לו במסגרת האישום השלישי.

108. לא שמענו טיעון לגבי השאלה, מה דין הרשעתו של המערער, בעבירות שיוחסו לו באישומים השני והשלישי, במקרה של זיכוי מעבירות השוד והרצח. חרף זאת, הנני סבור כי פסילת הודייתו של המערער אינה שוללת, בהכרח, את קיום הרשעתו ביתר העבירות, שכן אין מדובר בעבירות הנגזרות מן ההודיה, אלא עסקינן בעבירות עצמאיות, המוכחות בראיות נפרדות (השוו לעניין פרחי, שם אושרה ההרשעה למרות פסילת ראיית ה-ד.נ.א., וזאת על יסוד ראיות אחרות הנגזרות מאותה ראייה).

בהינתן הרשעתו של המערער בעבירות שיוחסו לו באישומים השני והשלישי, אציע להשית עליו עונש של 4 שנות מאסר, מהן 3 שנים לריצוי בפועל, שמניין מתום ריצוי עונש המאסר שהוטל עליו בתיק ההצתה, והיתרה על תנאי ל-3 שנים לבל יעבור אחת העבירות בהן הורשע בתיק זה.

סוף דבר

109. אציע לחבריי לזכות את המערער מהעבירות שיוחסו לו בגדרי האישום הראשון, ולהותיר על כנה את הרשעתו בעבירות הכלולות באישומים השני והשלישי. כמו כן, אציע להעמיד את עונשו של המערער על 4 שנות מאסר, מתוכן 3 שנים לריצוי בפועל והיתרה על תנאי.

110. לאחר שעיינתי בדברי חבריי, הנני מבקש להוסיף את ההערות הבאות:

א. אני מצטרף לדברי חברתי, השופטת ד' ברק-ארז, כי ניתן לפסול את הודייתו של המערער גם בשל השימוש שנעשה בסמים בתא המעצר, על ידי המדובב והמערער. מקובל עליי כי מדובר, במקרה דנן, בחציית קו אדום, וזאת בעיקר שעה שגורמי החקירה היו מודעים לפעולותיו של המדובב ולא ראו לנכון להפסיק אותן. כפי שהובהר על ידי חברתי, קיים חשש תמידי שמא הודיה הנמסרת סמוך לצריכתם של סמים מסוכנים, היא הודיית שווא או הודיה שלא נמסרה באופן חופשי ומרצון.

ב. הנני מסכים לדבריו ולדרך ניתוחו של חברי, המשנה לנשיאה ח' מלצר, באשר לתחולתה של דוקטרינת ההגנה מן

הצדק במקרה דנן. לא נדרשתי לנושא זה בפסק דיני, לאור התוצאה שאליה הגעתי, אך נראה, כי בהינתן ההפרות החמורות, והתנהלות גורמי החקירה, שהייתה נגועה בליקויים מהותיים ביותר (ראו, פסקה 11 לחוות דעתו של חברי), ניתן לקבל את טענת ההגנה מן הצדק, שהועלתה על ידי ב"כ המערער.

ג. לאור חומרת הפגמים, האופן שבו התנהלה החקירה, וההפעלה הבעייתית של המדובב במקרה דנן, ולמרות שנמסר לנו כי הופקו הלקחים הנדרשים, מן הראוי כי פסק דיננו יובא לעיונו ולטיפולו של היועץ המשפטי לממשלה, כפי שהציע חברי השופט מלצר.

שׁוֹפֵט

השופט ד' ברק-ארז:

1. רשויות אכיפת החוק חותרות לפענח רצח בלתי-פתור ולהעמיד לדין את האחראי למעשה. האם מקדשת מטרה זו את כל אמצעי החקירה? בעיקרו של דבר, זוהי השאלה שניצבה במרכזו של הערעור שבפנינו. התשובה לכך - המבוססת על עקרונות חשובים שכבר נקבעו בפסיקתו של בית משפט זה - היא ברורה: גם לפעולתן של רשויות אכיפת החוק יש להציב קווים אדומים. הפעלת מדובב תוך פגיעה קשה בזכויות החשוד וללא בקרה של ממש חותרת תחת יסודות ההגנות של ההליך הפלילי. אני מצטרפת אפוא לפסק דינו המשכנע והמקיף של חברי השופט א' שהם, כדרכו וכך גם ביום פרישתו. אני מסכימה עמו כי חרף השאלות הקשות שנתרו תלויות ועומדות באשר לאשמתו של המערער בעבירות שיוחסו לו - אין מוצא מקבלת הערעור.

2. בחקירתו של המערער במקרה זה נפלו מספר פגמים קשים. חברי מתמקד בפגיעה הקשה בזכות ההיוועצות של המערער. אני תמימת דעים עם דבריו בעניין זה. בנוסף לכך, אני סבורה כי אף השימוש המשותף בסמים של המדובב והמערער עולה כדי פגם עצמאי שלא נופל בעוצמתו מהפגיעה בזכות ההיוועצות. כל אחד מהיבטים אלה מטיל "צל" על הודאת המערער בפני המדובב, והצטרפותם של הצללים זה לזה יוצרת חשכה גדולה שאינה מאפשרת להסתמך על ההודאה לצורך הרשעה.

זכות ההיוועצות

3. רבות נאמר בפסיקתנו על חשיבותה של זכות ההיוועצות. חברי פרס בעניין זה יריעה רחבה, ובמסגרתה חזר והדגיש את מושכלות היסוד בעניין: זכותו של עציר להיות מיועץ על ידי עורך דין ולהיוועץ בו היא זכות חשובה שההגנה עליה הכרחית לצורך הבטחת הגינותו של ההליך וקיומו של משפט צדק (ראו: ע"פ 5121/98 יששכרוב נ' התובע הצבאי

הראשי, פ"ד סא(1) 461, 495-501 וההפניות הרבות שם (2006)). למרבה הצער, חקירתו של המערער באזהרה נעשתה תוך הפרה בוטה של זכות ההיוועצות שלו. הפגיעה כאן הייתה במספר רבדים. ראשית, לא פעם אחת נחקר המערער מבלי שהחוקרים הודיעו לו על זכותו להיוועץ בעורך דין, אלא מספר פעמים, וזאת לאורך תקופה בת שלושה שבועות. שנית, זכות ההיוועצות נשללה מן המערער חרף דרישותיו המפורשות בעניין - שהרי הוא חזר והצהיר, מספר פעמים, כי הוא מעוניין בייצוג, ודרש שלא להשיב על שאלות החוקרים בטרם ישוחח עם עורך דין. חרף זאת, התעלמו החוקרים מדבריו והמשיכו בחקירה. שלישית, בדיון שהתקיים בהארכת מעצרו של המערער ציין נציג המשטרה בפני בית המשפט כי המערער אינו מעוניין בייצוג, חרף העובדה שיום קודם לכן ביקש המערער מיומנאי בתחנת המשטרה ליצור קשר עם עורך דין שייצג אותו בעבר על מנת שהלה יגיע לייצגו בדיון. כפי שציין חברי השופט שהם, אין כל תימוכין בתיק החקירה לכך שהיומנאי אכן התקשר לעורך דינו של המערער. לא זו אף זו: הגם שבסיום הדיון הורה בית משפט השלום לאפשר למערער ליצור קשר עם עורך דינו (אם כי נפלה שגגה בהתייחס לשמו של עורך הדין), המערער הוחזר לאחר הדיון לתא המעצר מבלי שפגש או נועץ בעורך דין עד להארכת המעצר הנוספת. רביעית, ולבסוף, ניתן להצביע על השפעתו של המדובב על זכות ההיוועצות של המערער, כאשר המדובב הציע למערער בשיחות ביניהם להיעזר בעורך דינו ואף אמר לו מפורשות כי קבע עמו שיתייצב לדיון המעצר של המערער וייצג אותו בו (מה שכמובן היה שקר). המדובר אפוא לא רק במחדלים, אלא גם בפעולות אקטיביות, ואף במעשי הטעייה ממש - כלפי המערער ואף כלפי בית המשפט. השלם בעניין זה אף עולה על סך כל חלקיו.

השימוש בסמים

4. במהלך שהייתם המשותפת של המערער והמדובב בתא המעצר צרכו השניים במשותף סמים. כמו התרחשויות אחרות בתא, מעשים אלה בוצעו כאשר אנשי צוות החקירה - מפעיליו של המדובב - צופים במתרחש והם אף תועדו באמצעי תיעוד שונים. כך, בפסק דינו של בית המשפט המחוזי צוינו במפורש שלוש הזדמנויות שבהן נעשה שימוש משותף בסמים, לרבות סמים קשים מסוג הרואין. המדובב, שנחקר בהמשך הדברים תחת אזהרה בגין צריכת סם מסוכן, אישר כי השתמש עם הנאשם בסמים בתא המעצר וטען כי עשה כן כחלק מהליך החקירה.

5. אכן, בית משפט זה הכיר לא אחת בכך שהשימוש של רשויות החקירה ב"תחבולות חקירה", ובכלל זה במדובבים, הוא הכרחי בל יגונה, בשל הצורך להתמודד עם המכשולים שמציבה פשיעה מתוחכמת בפני גורמי אכיפת החוק (ראו למשל: ע"פ 2094/15 אטיאס נ' מדינת ישראל, פסקה 42 (1.9.2016) (להלן: עניין אטיאס); ע"פ 4109/15 מירו נ' מדינת ישראל, פסקה 26 לפסק דינו של השופט (בדימ') צ' זילברטל (9.7.2017)). אולם, בצד זאת, נפסק כי לא כל תחבולה היא לגיטימית, ובפרט לא כזו השוללת - על רקע המצג הכוזב שבבסיסה - את יכולת הבחירה של הנחקר אם למסור את הודאתו (שם, בפסקה 25 לפסק דינו של השופט זילברטל).

6. על רקע זה, אני סבורה שהשימוש שעשו המדובב והמערער בסמים במסגרת הימצאותם המשותפת בתא המעצר הביא לחצייתו של קו אדום, באופן שמחייב לפסול את הודאתו של המערער בפני המדובב. שימוש בסמים במסגרת של חקירה פלילית מעורר קשיים מהותיים במספר היבטים. בראש ובראשונה, שימוש בסמים מסוכנים מהווה עבירה פלילית, על כל המשתמע מכך. בעצם ביצוען של עבירות במסגרת פעולות הנמנות על אמצעי חקירה יש כדי לטשטש את הגבול המפריד בין הגורמים האמונים על אכיפת החוק לבין העולם העברייני. ניסיון להגיע לחקר האמת אשר כרוך בהפרה של דיני העונשין חותר תחת שלטון החוק, מביא לפגיעה באמון הציבור ברשויות האכיפה ומכתים את ההליך הפלילי בכללותו. יתרה מכך, סמים הם גורם מטשטש תודעה, דבר שמעורר קושי העומד בפני עצמו כשעסקינן בחקירה של חשוד. חומרים משכרים עשויים להשפיע על יכולת הבחירה של אדם ועל הבנתו את המציאות. במובן זה,

הודאה שניתנה בסמוך לצריכתם של סמים מלווה בחשש אינהרנטי שמא החשוד לא הודה באופן חופשי ומרצון, ומעוררת ספק בדבר אמיתות הדברים.

7. הדברים מקבלים משנה תוקף בנסיבות הנוגעות לעניינינו, אשר מהן מצטיירת תמונה מטרידה ביותר ביחס לניהול חקירתו של המערער בשלב שבו שהה במחיצת המדובב. לא אחת הודגשה בפסיקה הזהירות שראוי לנקוט בעת הפעלת מדובבים, וזאת הן לנוכח העובדה שמדובר ב"תחבולת חקירה", אך גם משום שהמדובבים אינם, על דרך הכלל, אנשי חוק, ולעיתים מדובר בעבריינים המקבלים גמול על חילוץ ראיות מפלילות מפי חשודים (ראו: עניין אטיאס, בפסקה 43). בעניינינו, כמתואר לעיל, תא המערער שבו שהה המדובב והמערער היה נתון לפיקוח של עמדת האזנה שאוישה במשך 24 שעות על-ידי שוטרים. על-אף שצריכת הסמים של השניים תועדה, לא ננקטו פעולות התערבות על-ידי הנוגעים בדבר, והמשך פעילות הדיבוב חרף המידע על השימוש המשותף בסמים בתא נעשה על דעת צוות החקירה ללא אישור מגורם אחר. אין מדובר אפוא ברשלנות גרידא. יתרה מכך, בנסיבות העניין מתעוררים סימני שאלה מטרידים ביחס לזהות הגורם שהכניס את הסמים לתא המערער. המדובב טען כי המערער הוא שסיפק את הסמים, אולם ההגנה הכחישה טענה זו ובית המשפט המחוזי לא הכריע באופן מחייב בעניין. כפי שקבע חברי, שאלה זו אינה מורידה מחומרתם של הדברים. אף אם נניח כי המדובב "נגרר" לשימוש בסמים, הרי שגורמי החקירה אשר הפעילו אותו היו מודעים לפעולותיו ולא ראו לנכון להפסיק אותן או לעמוד על הבעייתיות שבהן. זהו אפוא מקרה מובהק של ליקוי מאורות בכל הנוגע לשימוש במדובב ולהצבת גבולות לפעילותו.

8. חומרת הדברים בולטת עוד יותר נוכח העובדה שהמדובב עצמו היה בעבר מכור לסמים ואף ריצה עונשי מאסר בגין עבירות סמים שונות. אם כן, לא זו בלבד שנעשה בתא המערער שימוש בסמים, ואף סמים קשים, תחת עיניהם של חוקרי המשטרה - אלא שהדבר נעשה על ידי עבריין מורשע בעבירות סמים שעבר תהליך גמילה, תוך חשיפתו לסיכון של נפילה חוזרת לבור ההתמכרות. לא יפלא אפוא כי לפי גרסת המדובב, הוא דאג לכך שהסם ייזל במהירות, בין היתר בשל רצונו שלא להתדרדר שוב לשימוש בסמים. המדינה הבהירה בפנינו כי הנהלים בנושא חודדו וכי כיום לא נעשה שימוש במכורים לשעבר לסמים כמדובבים, ואף קיים איסור מפורש על שימוש בסמים בתא המערער (ראו: פסקה 106 לפסק דינו של חברי). המקרה שבפנינו מלמד כי נהלים אלה ראויים, ואף מדגיש את החשיבות הרבה שבהקפדה עליהם.

9. ראוי להדגיש, כי הימצאותו של המדובב בתאו של המערער לא הייתה תולדה של מקרה, ופעולות הדיבוב שהובילו למתן ההודאה אינן פרי של יוזמה ספונטאנית מצדו. המדובב הוכנס לתאו של המערער על-ידי גורמי החקירה באופן מתוכנן, לא לפני שחתם על הסכם עם הרשויות שלפיו הוא יזכה לתגמול בעבור מתן שירותי דיבוב בתיק. התא שבו שהה השניים היה נתון, בכל שעות היממה, להאזנה ולאמצעי תיעוד נוספים. ניתן היה לצפות כי בצד ההשקעה והתכנון הכרוכים בפעילותו של המדובב בנסיבות התיק דנן, יוגדרו למדובב גם גבולות ברורים ביחס למותר והאסור במסגרת החקירה. כאמור, המדינה שבה והדגישה בפנינו כי פעילותם של מדובבים כיום מוסדרת בנהלים ברורים יותר מהימים שבהם התרחשו האירועים שעליהם נסב תיק זה. אם נהלים אלה יישמרו, הרי שהתוצאה שאליה הגענו תהיה תחומה לנסיבותיו של המקרה שבפנינו. מבחינה זו, הדברים הם בידיה של המשטרה.

לשאלת ההגנה מן הצדק

10. אחר הדברים האלה, הועברה לעיוני חוות דעתו של חברי המשנה לנשיאה ח' מלצר, המסכים אף הוא שדין

הערעור להתקבל, אך ממקד את טעמיו לכך בדוקטרינה של הגנה מן הצדק. אף אני מוצאת חשיבות רבה בשימוש בהגנה מן הצדק במקרים המתאימים (ראו למשל: חוות דעתי בע"פ 5975/14 אגבריה נ' מדינת ישראל (31.12.2015); ע"פ 7621/14 גוטסדינר נ' מדינת ישראל, פסקאות 42-69 לפסק דיני (1.3.2017)). אולם, בנסיבות העניין אני מבקשת להשאיר בצריך עיון חלק מן ההבחנות שעליהן עמד חברי המשנה לנשיאה, הבחנות שלא התלבנו כל צורכן בהליך שבפנינו. הטעם לדבר נעוץ בכך שלצד ההיבטים המשותפים לדוקטרינת הפסילה הפסיקתית ולדוקטרינת ההגנה מן הצדק - הנובעים מכך ששתיהן מכוונות להגנה על זכויות יסוד ועל הגינות ההליך - ההבחנות ביניהן נדרשות לדיון נוסף. במובן מסוים, ניתן לומר שדוקטרינת הפסילה הפסיקתית היא כלל קונקרטי יותר, שעל פני הדברים יש לתת לו עדיפות כאשר הפסול בהתנהגותן של רשויות התביעה דבק בשלב של איסוף הראיות, להבדיל מפגמים שעניינם עצם ההעמדה לדין וניהול ההליך הפלילי. זאת ועוד: חברי המשנה לנשיאה הצביע על האפשרות של העמדה חוזרת לדין במקרה שבו ההליך המשפטי מסתיים בביטול כתב האישום בלבד, בעוד אני סבורה כי זוהי תוצאה שאינה חפה מקשיים במקרה שבו התקיים הליך פלילי מלא (להבדיל מן המצב ה"קלאסי" של ביטול כתב האישום בשלב מקדמי, בהתאם לגישה הרואה בטענה של הגנה מן הצדק טענת "סף"). מכל מקום, החשוב בענייננו הוא - ולדעה זו שותפים כולנו - כי לא הכול כשר בשם מיצוי הדין.

סוף דבר

11. סימני שאלה מוסיפים לרחף באשר לזהות האדם שירה למוות בשי אדרי ז"ל באותו ערב מר ונמהר. אולם, בתנאים שנוצרו לא ניתן להלום הרשעה בפלילים על סמך הראיות שבפנינו. זהו אחד מאותם מקרים שבהם מתברר כי הפעלת אמצעי חקירה פסולים בתכלית אינה רק פוגעת בזכויות, אלא גם מסכלת את התכלית של בירור האמת ואכיפת הדין.

ש ו פ ט ת

המשנה לנשיאה ח' מלצר:

1. אני מצטרף בהסכמה לתוצאה ולחוות דעתו המקיפה והמעמיקה של חברי, השופט א' שהם, וכן להערותיה של חברתי, השופטת ד' ברק-ארז.

2. בשל חשיבות הסוגיות שעלו בערעור זה - הנני מרשה לעצמי להוסיף דברים אחדים ובעיקר באשר לעילה הנוספת שנטענה על-ידי ב"כ המלומדים של המערער והיא: ההגנה מן הצדק, שגם מכוחה ניתן היה להיענות למערער. ואולם טרם שאני מגיע לשם אציין כי בפסק-דין אמריקאי ידוע (1980) *United States v. Henry* 447 U.S. 264 - בית המשפט העליון של ארה"ב פסק (כמונו כאן), שם בדעת רוב של 6 כנגד 3 ועל רקע ההוראות הקונסטיטוציוניות האמריקאיות המיוחדות להם, כי הודאה שנמסרה על-ידי נחקר בפני מדובב בעקבות שידולים מצידו, כאשר מהנחקר מנמעה האפשרות להתייעץ עם עו"ד - **פסולה**.

3. ועתה להגנה מן הצדק. ב-ע"פ 371/06 פלוני נ' מדינת ישראל (30.04.2008) התבטאתי בהקשר זה כך:

"ההגנה מן הצדק, שעוגנה כיום בסעיף 149(10) לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982 (להלן: חסד"פ) ראויה להתפרש על בסיס המבחנים המנחים שנקבעו בע"פ 4855/02 מדינת ישראל נ' בורוביץ, פ"ד נט(6) 776 (2005) **כנקודת מוצא**. ואולם היא בהחלט צפויה להתפתחויות נוספות בעתיד. אלו יביאו לכך שערכים של צדק והגינות משפטית ילוו - עתה במצוות המחוקק - את ניהול ההליך הפלילי (לרבות באשר להחלטה בדבר הגשת כתב אישום), כך שלא תיווצר "סתירה מהותית" (ולא רק כזו שהיא "חריפה" ו"דוקרת את העין") בין העקרונות הנ"ל לבין הצורך בהעמדה לדין ובניהול המשפט. ראו: זאב סגל ואבי זמיר, "**הגנה מן הצדק באור חוק סדר הדין הפלילי - סדר חדש של הגינות משפטית**", ספר דיוויד וינר על המשפט הפלילי 231 (2009) (להלן: סגל וזמיר)."

עיינו גם בחוות דעתי ב-ע"פ 1292/06 תורק נ' מדינת ישראל (20.07.2009).

התיק שלפנינו מדגים את הצורך בהתפתחות נוספת כזו בסוגיית ההגנה מן הצדק, ואולם אפתח במושכלות יסוד.

4. ההגנה מן הצדק נשאבת ממספר תחומים במשפט. עיינו: ישגב נקדימון הגנה מן הצדק 47-195 (מהדורה שניה 2009) (להלן: נקדימון). מבין אלה אציין את המקורות הבאים:

(א) **המשפט החוקתי** - זאת מכוח זכויות היסוד של הנאשם כאדם (ראו הרחבה בפיסקאות 5-8 שלהלן).

(ב) **המשפט המינהלי** - מכוח הביקורת השיפוטית על החלטות רשויות האכיפה. עיינו: דניאל פרידמן "שיקול דעת שיפוטי בהעמדה לדין פלילי" הפרקליט ל"ה 155 (תשמ"ג); נקדימון, בעמ' 139-166; סגל וזמיר.

(ג) **דין סטטוטורי** - מכוח הוראת סעיף 149 לחסד"פ, המורה כדלקמן:

"לאחר תחילת המשפט רשאי הנאשם לטעון טענות מקדמיות ובהן: ... (10) הגשת כתב אישום או ניהול ההליך הפלילי עומדים בסתירה מהותית לעקרונות של צדק והגינות משפטית" (ההדגשות שלי - ח"מ).

עיינו: נקדימון 77-125.

אתמקד פה בעיקר בפן החוקתי, ואעשה זאת מיד בסמוך.

5. כבר בפרשת *Salmon v. Humphrys* [1976] 2 All E.R. 497 [1977] AC 1 הלורד *D.P.P.* הורד קבע שהדוקטרינה של Abuse of Process (היא "האם המולידה" והמקבילה הבריטית להגנה מן הצדק שלנו) מעניקה לבתי המשפט את הכח לעכב הליכים פליליים שהינם "Oppressive and Vexatious", ובסמכות זו יש משום: "Great Constitutional Importance", ולכן ראוי לשמר אותה בקנאות (שם, בעמ' 528).

6. אצלנו מאז שחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו נכנס למשפטנו **ברמה החוקתית**, הרי שכוחו של בית המשפט להפעיל את ההגנה מן הצדק נגזר מהזכות לחירות אישית (סעיף 5 לחוק היסוד הנ"ל), או מהזכות לכבוד (סעיף 2 לחוק היסוד הנ"ל). ראו: בעז אוקון ועודד שחם "הליך ראוי ועיכוב הליכים שיפוטי" המשפט ג 265 (תשנ"ו) (להלן: אוקון ושחם); נקדימון בעמ' 167-185). בנוסף לכך ההגנה מן הצדק נשענת על הזכות להליך הוגן, הנלמדת גם היא מהזכות לכבוד (ראו: אהרן ברק, כבוד האדם כרך ב 863-879 (2014)) ועיינו: דברי השופט א' לוי ב-ע"פ 4596/05 רוזנשטיין נ' מדינת ישראל, פ"ד ס(3) 353, 424-425 (2005), ודברי המשנה לנשיאה א' ריבלין ב-בש"פ 8820/07 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד סג(3) 500, 530-531 (2010), **או** מסעיף 11 לחוק היסוד הנ"ל, **או** מחוק יסוד: השפיטה.

הנה כי כן מאז חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, כדברי אוקון ושחם במאמרם:

"סדרי הדין הפליליים 'עלו כיתה'. מענף פרוצדורלי הם הפכו לכלי מרכזי בשירות זכות היסוד החוקתית. אם זכויות הנאשם במשפט הפלילי נגזרו עד היום מהוראות סדרי הדין, "מעטה יגזרו הוראות סדרי הדין הפלילי מזכויות האדם המוגנות בדבר הליך פלילי (א' ברק פרשנות במשפט - פרשנות חוקתית 63 (ירושלים 1994))." (שם, בעמ' 265).

7. להגנה מן הצדק שלוש תכליות בסיסיות:

(א) מטרה תרופתית.

(ב) מטרה הרתעתית.

(ג) מטרה של מימוש יושרה מוסרית, שהיא בבסיס השיטה.

עיינו: Andrew Choo, Abuse of Process and Judicial Stays of Criminal Proceedings 18-19 (2nd ed. Oxford University Press, 2008); Colin Wells, Abuse of Process 7-8 (3rd ed. Oxford University Press, 2017) (להלן - **Wells**).

8. נוכח האמור לעיל - פגיעה בזכות הנחקר, או הנאשם להליך הוגן, או הפרה של זכויותיו לחירות, או לכבוד, צריכות לעמוד בתנאי "פיסקת ההגבלה" שמכוח סעיף 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, וההגנה מן הצדק היא **התרופה** למקרים של **כשל** בקיום הדרישות הללו. סעד זה מתבקש גם מכוח סעיף 11 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, המורה כדלקמן:

"כל רשות מרשויות השלטון (ובית המשפט בכלל זה - תוספת שלי - ח"מ) חייבת לכבד את הזכויות שלפי חוק יסוד זה".

9. במה שונה איפוא הסעד שמכוח ההגנה מן הצדק מהפסילה הפסיקתית, שהוכרה בהלכת יששכרוב (רע"פ 5121/98, פ"ד סא(1) 461 (2006))?

ניתן למנות מספר הבדלים בין שתי טענות ההגנה הנ"ל, וכאן אציג הדברים בראשי פרקים בלבד:

עמוד 71

כל הזכויות שמורות לאתר פסקי דין - verdicts.co.il ©

(א) ההגנה מן הצדק מעוגנת כיום **בחוק** (סעיף 149 (10) לחסד"פ), ואילו הפסילה הפסיקתית היא הלכתית בלבד (כמעמדה של ההגנה מן הצדק קודם לתיקון החסד"פ).

(ב) קבלת הטענה של ההגנה מן הצדק אין בה כדי להוות זיכוי של הנאשם מן העבירה שיוחסה לו, שכן הדין בטענה מתנהל במנותק משאלת אשמתו, או אחריותו, או חפותו של הנאשם. ראו: ע"פ 2910/94 יפת נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(2) 360, 221 (1996) (להלן: עניין יפת); ע"פ 4855/02 מדינת ישראל נ' בורוביץ, פ"ד נ(6) 807, 776 (2005) (להלן: עניין בורוביץ); נקדימון, בעמ' 491-493.

(ג) התוצאה של קבלת הטענה בדבר הגנה מן הצדק כיום (לאחר תיקון החסד"פ והכללת סעיף 149(10) בו) היא: **ביטול האישום**, בו בזמן שקבלת הטענה של "פסלות פסיקתית" היא **זיכוי**, ככל שהראיות שנפסלו הן היחידות עליהן יכול האישום להתבסס.

(ד) מהאמור בפיסקה ג' שלעיל עולה שוני נוסף, שהרי לאחר ביטול האישום ניתן לחדש, בסייגים במקרים מיוחדים, את האישום (למשל אם מתגלות ראיות עצמאיות חדשות). השוו אצלנו לסעיף 94 לחסד"פ ועיינו: נקדימון, בעמ' 498 ה"ש 8.

בבריטניה נושא זה נדון בהרחבה בפרשת *R v. Maxwell* [2010] UKSC 48, אשר קרובה בחלקה בעובדותיה למקרה שלפנינו. בפרשה האנגלית האמורה Maxwell ואחיו הורשעו בשוד ורצח, לאחר ש-Maxwell הודה, בעת שהיה בכלא, בעבירות הנ"ל בפני מדובב, וזה טען כי לא קיבל תמורה בעבור פעילותו כמדובב ועדותו במשפט. לאחר ההרשעה הסתבר כי לזכות המדובב הופקד סכום כסף משמעותי (10,000 ליש"ט) בקרן שנפתחה עבורו על-ידי המשטרה וכן ניתן לו היתר לצרוך סמים, לבקר בבתי בושת בחסות המשטרה, בצד כך שלא נפתחה כנגדו חקירה בתיקים שונים. נקבע איפוא כי עדותו של המדובב במשפט שבו הורשעו Maxwell ואחיו היתה עדות שקר.

ביני לביני, Maxwell שהורשע כאמור, מסר **לאחר משפטו** מספר הודאות, שבגדרן הודה מרצונו הטוב בביצוע העבירות שבהן הורשע וציין כי הוא מצטער על מה שעשה ומבקש לחזור למוטב.

השאלה היתה איפוא אם עומדת לו ההגנה מן הצדק (בגין שקרי המדובב במשפט והתנהלות המשטרה במכלול), או שניתן לשפוט אותו מחדש, בשים לב להודאותיו המאוחרות, שנמסרו מרצונו החופשי.

בדעת רוב נפסק שם כי ניתן להעמיד את Maxwell לדין מחדש על יסוד הודאותיו המאוחרות, אף כי דעת המיעוט סברה שהודאות אלו ניתנו רק בעקבות הרשעתו, שהיתה מבוססת כאמור על אדני שקר והתנהלות פסולה של המשטרה, ולכן עיכוב המשך ההליכים מתבקש.

עיינו, גם: **Wells**, בעמ' 13-14.

(ה) הפסילה הפסיקתית היא **מכוונת ראיות**, ואילו ההגנה מן הצדק היא **מכוונת הליך** ועל פי הלכת בורוביץ היא צריכה לצלוח שלושה שלבים כדי שתתקבל (זיהוי הפגם וסיווג עוצמתו כחמור, שקילת האיזון בין האינטרסים הרלבנטיים

הנוגדים והעדפת עקרונות של צדק והגינות משפטית על פני הצורך במיציא הדין, והתאמת הסעד לליקוי). ראו: נקדימון, בעמ' 73-68. מעבר לכך ההגנה מן הצדק מכוונת עצמה לנאשם, להגינות ההליך כלפיו ולצדק, ונותנת עדיפות לערכים אלה על פני הצורך בהרשעה. עיינו: אוקון ושחם, בעמ' 279.

(ו) הפסילה הפסיקתית נושאת פניה **לעבר** (נסיבות ההודאה, או דרך השגת הראיה) ואילו ההגנה מן הצדק יוצאת לדרך ממה שקרה, אך מדגישה את ההשלכות של הדבר על התנהלותן של הרשויות **בהווה** ועל תדמית מערכת המשפט **בזמן נתון ובעתיד**. ראו פסק הדין הניו-זילנדי: *Wilson v. The Queen* [2015] NZSC 189 para. 40 (בפרשה זו כדי להעניק "אמינות" לשוטרים שחדרו, במסווה, לתוך ארגון פשע שעסק בסמים - הוצאו כנגד השוטרים המתחזים "צווי מעצר" מפוברקים, והדברים אף הוסתרו מהשופט שדן במעצרים (אף שהוסברו לשופט הממונה עליו). מאחר ו-*Wilson* הודה באשמתו במסגרת הסדר טיעון טרם שנודעו מעשי המרמה הנ"ל מטעם הרשות - נשאלה השאלה אם הטענה של ההגנה מן הצדק תעמוד לו בשל ההתנהלות הקשה של המשטרה, והעובדה שחבריו שלא הודו במשפט - זכו. בסופו של דבר הרשעתו בוטלה בגין הצורך להשוות את דינו לדין חבריו). עיינו גם: *Wells*, para. 1.43-1.58.

10. לאחר שהצגתי את הכללים החלים על ההגנה מן הצדק והשווייתי אותם לכללי הפסילה הפסיקתית - אעבור עתה בקצרה לישום הדברים על ענייננו, שכן אם המערער לא היה מזוכה מחמת פסילת הודאותיו, הייתי מציע להפעיל פה את ההגנה מן הצדק.

11. במקרה שלפנינו התנהלות הגוף המשטרתי החוקר היתה נגועה ב-7 ליקויים מהותיים ביותר:

(1) המערער נחקר במעמד של "עצור" במשך כשבועיים ימים (במסגרת זו נאסר עליו גם להתקשר טלפונית עם משפחתו, אף שהיו באותה תקופה מטחי רקטות שפגעו בעיר מגוריו שדרות), והכל מבלי שהובא בפני שופט כדי שיחליט בדבר מעצרו (בנוסף על היותו במעמד של אסיר באותו הזמן).

(2) בפני המערער הוטחו בתחילה האשמות שווא, שהחוקרים ידעו שאין בהן אמת.

(3) מהמערער נמנעה זכות היועצות עם עו"ד, והמדובב, בידיעת החוקרים, גרם בדברי כחש לכך שתישלל מהמערער האפשרות להיפגש עם עוה"ד בו בחר.

(4) התדריכים שניתנו למדובב לגבי הפעלתו לא הועלו על הכתב.

(5) למדובב הובטחו הבטחות החורגות מהמותר, והן היו בחלקן גם תלויות תוצאות (השגת הודאה מהמערער).

(6) המערער והמדובב הורשו להשתמש בתאם בסמים ואפילו בהרואין (המערער לא היה מנוסה קודם לכן בסם זה, ויתכן ושימוש זה השפיע לרעה על חופשיות רצונו ועל יציבותו הנפשית לאחר מכן).

(7) משופט המעצרים הוסתרו עובדות רלבנטיות (כמו מעצרו הלא חוקי של המערער במשך כשבועיים ימים, ההגבלות שהוטלו עליו ודרכי חקירתו).

12. מכלול הפגמים הנ"ל עומד לפיכך אפילו בתנאי המחמיר שנקבע ב-עניין יפת, שדרש כי על מנת שתתקבל טענת הגנה מן הצדק יש להוכיח "התנהגות בלתי נסבלת ושערורייתית" של הרשות (כאן הגוף החוקר). עיינו: שם, בעמ' 370. מקל וחומר שהתנהלות זו עומדת בדרישות (המקלות יותר), שהותוו לצורך קבלת הטענה של ההגנה מן הצדק ב-עניין בורוביץ.

לסיכום נקודה זו אוסיף כי לא כך צריכה להיערך חקירה ביחס לעבירות פליליות במדינה דמוקרטית, והסטייה שחלה כאן מהוראות של **חיקוקים מפורשים** (המסדירים הליכי מעצר וחובת היוועצות) מלמדת שהפגיעה שהתרחשה במכלול בזכויות היסוד החוקתיות - איננה עומדת בדרישות שב"פיסקת ההגבלה" כי הפגיעה תהיה בחוק (פה היתה הפרת חוק מצד החוקרים) וכי ההתנהלות (ככל שהיא פוגעת) תהלום את ערכיה של ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית **ולא תעלה על הנדרש**.

13. במהלך הדיונים ולאחריהם נמסר לנו כי הופקו לקחים מהפרשה, ואולם התנהלויות מעין אלו של רשויות החקירה והשלכותיהן על **ההווה והעתיד** מביאות אותי למסקנה שעל היועץ המשפטי לממשלה להידרש לעניין, ולכן הנני מציע כי פסק דינו זה יועבר לעיונו ולטיפולו.

14. מבלי לגרוע מכל האמור לעיל אדגיש כי לבנו עם משפחת הנרצח שי אדרי ז"ל, ואולם בנסיבות המכלול לא היה מנוס מהתוצאה.

15. טרם סיום עלי לציין כי ב"כ שני הצדדים עשו בתיק הקשה שלפנינו עבודה מקצועית למופת וגילו הגינות הראויה לשבח.

ועתה לדברי פרידה.

ברכות עם פרישתו של חברי, השופט א' שהם

16. לקראת חתימה על פסק דין חשוב זה, אותו משמיע חברי, השופט א' שהם ביום פרישתו (ונפלה בחלקי הזכות להשתתף עמו בכך) - רואה אני להזכיר כי את השופט א' שהם הכרתי לראשונה לפני כשלושים שנה בהיותו תובע צבאי ראשי, אשר בחר בי לייצגו בפרשה שבה נקבעו הוראות הפתיחה באש בצה"ל (ראו: ע"פ 486/88 סמ"ר אנקונינה נ' התובע הצבאי הראשי, פ"ד מד(2) 353 (1990)). אף שטיעונינו לא התקבלו במלואם באותה פרשה - מדינת ישראל יצאה נשכרת מאותו פסק דין, ואני זכיתי להתוודע למפקד, שהפך לימים גם לחבר. בכך נסגר בשלב זה המעגל.

מאז הצטלבו דרכינו לא אחת בתפקידיו של השופט שהם כפרקליט צבאי ראשי וכמשנה לנשיא בית הדין הצבאי לערעורים, ולאחרונה גם בעת כהונתנו המשותפת בבית משפט זה. לאורך תקופה זו כולה למדתי להעריך את השופט

שהם יותר ויותר - על יסודיותו, בקיאותו, ישרו, ישרתו וצניעותו.

הנה כי כן אורי שהם, כשמו כן הוא - זורה אור על כל סביבתו והוא כשהם יקר (אבן יקרה, שהיתה מאבני החושן - ראו: שמות כ"ה); לפיכך כשם שבשעתו שאלו באבני החושן - למשפט (במדבר כ"ז, כ"א), כך גם היום רבים יחלו ומייחלים רבים למוצא פיו של חברנו שהם, ומובטחני שעוד נכונו לו עלילות.

לא נותר לנו איפוא אלא לאחל לשופט שהם ומשפחתו: בריאות, אושר והצלחה גם בהמשך הדרך.

המשנה לנשיאה

הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט א' שהם.

פסק הדין יועבר לעיונו ולטיפולו של היועץ המשפטי לממשלה.

ניתן היום, כ"א באב התשע"ח (2.8.2018).

שופט ת

שופט

המשנה לנשיאה
