



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים פליליים

ע"פ 1301/06

בפני: כבוד השופט א' א' לוי
כבוד השופטת א' חיות
כבוד השופט י' דנציגר

המערער: עזבון המנוח יוני אלזם ז"ל

נגד

המשיבה: מדינת ישראל

ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בתל-אביב, מיום 9.11.05, בת.פ.ח. 1023/04, שניתן על ידי כבוד השופטים: ב' אופיר תום, מ' סוקולוב, י' שנלר

תאריך הישיבה: כ"ה באייר התשס"ט (19.05.09)

בשם המערער: עו"ד נהרי שרון; עו"ד מירב נוסבאום

בשם המשיבה: אורי כרמל

פסק-דין

השופט א' א' לוי:

מבוא

1. ביום 5.3.2003 נרצח המנוח חנניה אוחנה בחניית ביתו בידי שני אלמונים שארבו לו במקום החל משעות הבוקר. אחד מן האלמונים ירה לעבר המנוח מספר רב של כדורים מטווח קצר בעת שהוא נכנס לרכבו, בעוד שותפו לעבירה מצית רכב גנוב מסוג 'רנו' עימו הגיעו מבצעי העבירה לזירה ובו הסתתרו עובר לאירוע. אשתו של המנוח, אשר נכחה במקום וחזתה במתרחש, עשתה כמצוות המרצחים ונשכבה על הקרקע עד שהם נמלטו מהמקום רכובים על אופנוע. מסכת אירועים זו הונצחה במצלמת וידאו שהותקנה בחניון על-ידי המנוח, אולם גם צפייה בקלטת לא סייעה בזיהוי מבצעיו של הרצח, הואיל ובמהלכו הם חבשו לראשם קסדות אופנוע כהות.

2. תשעה חודשים לאחר הרצח, ובעקבות חקירה מאומצת, נעצר יונתן אלזם (להלן: "אלזם") בחשד למעורבות במעשה. בכתב-אישום שהוגש בעקבות כך תואר אלזם כמי שקשר עם אחד – שמעון זריהן (להלן: "זריהן") – לרצוח את המנוח על רקע מאבק בין ארגוני פשיעה. בתום משפט ממושך הרשיע בית-המשפט המחוזי בתל-אביב את אלזם בעבירות שיוחסו לו – רצח וקשירת קשר לביצוע פשע לפי סעיפים 300(א)(2) ו-499(א) לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: "חוק העונשין"). אלזם אמור היה להעיד כעד תביעה במשפטו של זריהן, אולם שעות ספורות לפני העדתו הוא נמצא מוטל חסר הכרה בתא הכלא בו שהה, ולאחר זמן קצר נפטר. נסיבות המוות נותרו עלומות עד עצם היום הזה (ראו בג"צ 11528/05 בני משפחת יוני אלזם ז"ל נ' כבוד השופטת גלית ציגלר (לא פורסם, 14.12.05)). במסגרת הערעור שבפנינו משיגים בני משפחתו של אלזם כנגד ההרשעה.

השתלשלות החקירה בעניינו של אלזם ועיקריה של הכרעת הדין

3. אלזם עוכב לחקירה, לראשונה, בנמל התעופה בן-גוריון ביום 8.4.2003. במהלך חיפוש הוא נשאל, בין היתר, לפרשם של סימני כוויה שנתגלו בחלק החיצוני של כפות ידיו, ועל כך השיב כי נכווה ממגע עם רדיאטור של רכב. תשובה זו עוררה חשד, הואיל ולכאורה כוויות מסוג זה אמורות להיווצר בחלקה הפנימי של כף היד. עוד עוררה חשד העובדה שאלזם לא פנה לקבלת טיפול רפואי בכוויות (ת/56). ביום 31.12.2003 נעצר אלזם בשנית בנמל התעופה, יחד עם חברו טל אמיר (להלן: "אמיר"), ובסופה של חקירה שנערכה לו הוחלט על מעצרו. בשלב זה נחתם בידי רפ"ק שמעון אלימלך – אשר שימש, בהמשך, כאחד מחוקריו המרכזיים של אלזם – טופס "איסור פגישת עו"ד-לקוח", שתוקפו עד ליום המחרת בשעה 08:00 בבוקר. מניעת מפגש זו התייחסה לאלזם, לאמיר ולזריהן אשר יוצגו, באותו שלב במשותף בידי עו"ד יוסי זילברברג. לזה האחרון נמסרה הודעה על מעצרו של השלושה וכן על האיסור לפגוש אותם (ת/12; עמ' 107 ועמ' 421 לפרוטוקול). יצוין כבר עתה, כי בשלב זה, נעשתה מניעת המפגש בהתאם לנהלים הנדרשים, והיא אינה שנויה במחלוקת בערעור שבפנינו.

למחרת, כאשר פקע תוקפה של ההוראה בדבר מניעת מפגש, נפגש אלזם עם עו"ד זילברברג בבית המשפט, עובר לדיון בבקשה להארכת מעצרו. מנקודת זמן זו ועד ליום 4.1.2004, לא התקיימה פגישה נוספת בין השניים, ומדברים שאמר אלזם למדובבים שהוכנסו לתאו עולה, כי הוא חש אכזבה קשה מהתנהלות עורך הדין (עמ' 6 לת/37-32; עמ' 4 לת/37-33; עמ' 80 לת/37-34).

במהלך הימים הבאים נחקר אלזם פעמים רבות, אולם שמר על זכות השתיקה. כעולה מעדותו של ראש צוות החקירה בפרשה, פקד בן-שושן, כבר בראשית החקירה – וכחלק מהטקטיקה בה הוחלט לנקוט – נרמז לאלזם כי בידי המשטרה מצויים כל הפרטים הקשורים לרצח, לרבות חלקו שלו בפרשה (ראו, לדוגמה, עמ' 3 לת/26; עמ' 10 לת/27א; עמ' 423 לפרוטוקול). למותר לציין, כי אותה שעה – וכפי שהתברר לאלזם בהמשך – לא היה בידי המשטרה מידע ממשי אודות זהותם של מבצעי הרצח.

ביום 4.1.2004 נפגש אלזם עם עו"ד שרית עוז, ממשרדו של עו"ד זילברברג, ולמחרת הוא הודיע ששוב אינו מעוניין להיות מיוצג בידי אותו סנגור וכי מינה אחר – עו"ד שרון נהרי (ת/16; ת/38; עמ' 121 לפרוטוקול). בין השעות 07:30-12:40 של יום 5.1.2004 נחקר אלזם שוב, וגם הפעם שמר על זכות השתיקה. במהלך חקירה זו הוא הודיע לחוקרים כי בטרם יחליט אם למסור גרסה בדעתו להיוועץ בעורך-דין (עמ' 2, 5 ו-6 לת/26). החוקרים דיברו על ליבו וניסו לשכנעו כי אין צורך באותה התייעצות, אולם אלזם לא שעה לדבריהם, ואף עדכן את החוקרים כי עו"ד נהרי נמצא בדרכו לבית המעצר (ראו עמ' 6 לת/26; עמ' 9 ועמ' 35 לת/27א). בתום החקירה ביקש אלזם מן החוקרים להחזירו לתאו "על מנת לחשוב".

4. עם שובו לתא המעצר פנה אלזם לשותפו לתא, שבפועל היה מדובר משטרתי, וסיפר לו על חששו מפני המידע הרב המצוי בידי חוקרי המשטרה (עמ' 37 לת/37-56). בהמשך, אמר למדובב כי הוא מתכוון להתוודות ולשים קץ לייסוריו, וביקש את עצת המדובב כיצד לעשות זאת מבלי להסגיר את חלקו של שותפו במעשה, ומבלי שיתבקש לשמש עד מדינה (עמ' 22 לת/37 - 56). המדובב ייעץ לאלזם לכנות את שותפו "איקס", ומנקודה זו ואילך, התוודה אלזם, הלכה למעשה, באוזני המדובב על מעורבותו ברצח המנוח (עמ' 38 ואילך לת/37-56). כך לדוגמה מסר למדובב כי שותפו היה זה שלחץ על ההדק וגרם למותו של המנוח, שעה שהוא – אלזם – הצית את הרכב עמו הגיעו לזירה, פעולה שבמהלכה נכווה בידי (עמ' 41-42 לת/37-56). אלזם הוסיף ומסר, כי אשתו של המנוח הייתה עדת ראיה לאירוע, ועוד ציין, שאת האופנוע עמו נמלטו, רכש עובר לאירוע ורשם אותו על-שמו של קרוב משפחה (שם, בעמ' 60). אלזם ידע לציין עוד, כי שני כלי נשק שימשו לביצוע הרצח, והוא אף נקב בסוגם (אקדח תשעה מ"מ ואקדח תופי – שם, בעמ' 59).

לכל אורך השיחה ביניהם עודד המדובב את אלזם להודות בביצוע העבירות גם בפני חוקריו, תוך שהוא מרגיע אותו כי הודאה כזו לא תחייב אותו להפליל את השותף.

דברים אלה נפלו, ככל הנראה, על אוזניים קשובות, הואיל ובתום השיחה עם המדוכב ביקש אלזם להביאו בפני רס"מ שלמה מנצור, אותו הכיר מחקירות קודמות (עמ' 53 לת/37 – 56). בקשה זו הועלתה על ידי אלזם בשעה 15:10, והואיל ואותה שעה שהה רס"מ מנצור בתחנת המשטרה ברמלה, נשלחה ניידת שהביאה את אלזם ממקום מעצרו בתחנת בית שמש.

5. ביני לביני, בשעה 15:49, יצר עו"ד נהרי – סניגורו החדש של אלזם – קשר עם צוות החקירה וביקש לפגוש את מרשו, אולם הובהר לו כי האחרון מצוי בחקירה ועם סיומה תוכל הפגישה להתקיים (ת/50). פגישה כאמור לא נערכה אלא ביום המחרת חרף פניות טלפוניות חוזרות ונשנות של עו"ד נהרי לצוות החקירה, ובעניין זה נשוב לעסוק בהרחבה בהמשך. מכל מקום, לאור בקשתו להיפגש עם מנצור, הוצא אלזם בשעה 16:10 מתאו בבית המעצר בבית שמש כדי לנסוע עם החוקרים למשרדי החקירות של הימ"ר ברמלה, וגם בשלב זה חזר אלזם והודה במעורבותו ברצח, תוך שהוא מתאר את חלקו של "איקס" מבלי לנקוב בשמו (ת/29). אלזם סיפר לחוקר, כי התוכנית לרצוח את המנוח התגבשה כחודש או חודשים עובר למימושה, וכי שותפו הוא שהכניס אותו בסוד העניינים. ביום שקדם לביצוע הרצח הוא הגיע עם שותפו לזירה, אולם תוכניתם השתבשה מאחר והמנוח הגיע למקום מלווה באדם נוסף. הם שבו לזירה ביום המחרת כשאלזם נוהג ברכב מסוג רנו אקספרס ושותפו רכוב על גבי אופנוע מסוג טימקס 500 שצבעו כחול. השניים המתינו בחניון ביתו של המנוח בתוך רכב "הרנו", וכאשר נכנס המנוח אל החניון – מלווה באשתו – החליטו השניים לפעול. שותפו של אלזם התקרב למנוח והחל לירות בו, בעוד שאלזם מצית את מכונית ה"רנו". וזו הייתה, בלשונו של אלזם, השתלשלות הדברים בהמשך:

"אשתו של [המנוח] התחילה לצעוק אני הייתי בהלם, לא ידעתי מה לעשות, שפכתי דלק בתוך האוטו ומרוב הבלבול הדלקתי את עצמי בתוך האוטו עפתי החוצה והתחלתי להישרף להידלק התחלתי לכבות את עצמי הייתי עם כפפות גומי כמו של הרופאים כל הידיים שלי נשרפו, כל הגומי נדבק לי בידיים התחלתי לקבל כאבים שלא יכולתי לתפקד לא ידעתי לאן ללכת אשתו של [המנוח] המסכנה שכבה על המדרגות ובכתה" (שם, בעמ' 4).

אלזם ציין, כי בסערת האירוע עמד על כך ששכח בתוך הרכב שעלה בלהבות את השלט לשער החשמלי של החניה – אותו גנב מאחד הרכבים במקום, ועל כן נטל מרכבו של המנוח שלט נוסף עמו פתח את השער, ובהמשך נמלט מהמקום עם שותפו כאשר הם רכובים על גב האופנוע. לכל אורך החקירה הביע אלזם את תחושת החרטה

המלווה אותו מאז המקרה, ואת רצונו לשאת בעונש, לשקם את חייו ולחזור לדרך הישר. בתוך כך הוא פרץ בבכי, הודה שוב ושוב לרס"מ מנצור על היחס האבהי שהעניק לו, וניכר בו כי הודאתו בעבירות עוררה בקרבו תחושת הקלה (עמ' 1-2, 18-12, 25, 32 לת/29א). בתום החקירה, פנה אלזם למנצור ושאל אותו מהו המידע המצוי בידי צוות החקירה ומה מקורו, ומנצור השיב לו שהמידע מסתכם בסרט הוידאו המתעד את הרצח (עדותו של פקד בן-שושן, עמ' 126 לפרוטוקול). מיד לאחר מכן, נלקח אלזם לחדרו של מפקד היחידה, שם הפתיעו אותו אנשי צוות החקירה בעוגת יום הולדת, וברכות על "הצטרפותו למשפחת הימ"ר" (עמ' b20 לת/37-57; עמ' 127 לפרוטוקול; עמ' 10 להכרעת הדין).

6. בהמשך, הוחזר אלזם לתאו, והמדובבים עודדו אותו לספר את שעל ליבו נוכח התרשמותם כי מצב רוחו היה ירוד. מתיעוד השיחה שהתנהלה ביניהם ומעדות המדובבים בפני בית המשפט עולה, כי אלזם הטיח בהם דברים קשים על העצות שהשיאו לו ואשר הובילו אותו, למגינת ליבו, לחשוף את גרסתו ו"עשו אותו עד" (עמ' b26 ועמ' b29 לת/37-57). במהלך שיחתו עם המדובבים הבין אלזם - ככל הנראה, על יסוד הדברים שאמר לו מנצור בתום החקירה - כי טענת החוקרים לפיה כל המידע הרלוונטי בפרשה היה מצוי בידיהם, לא הייתה נכונה; כי איש לא הלשין עליו; וכי למעשה, הוא היה זה שחשף, לראשונה, את פרטיה של פרשת הרצח שלא היו ידועים לחוקרים עד אז. חששו העיקרי של אלזם היה כי בעקבות הודאתו הוא ייקרא להעיד נגד שותפו למעשה ויהפוך, על כורחו, לעד מדינה, עניין שממנו חשש עד כדי כך שאיים לשים קץ לחייו (ובלשונו, "מתי שיגידו שזה זה, אני משפיר את עצמי לדם" עמ' b30 לת/37). אלזם נתבקש לשחזור את האירועים, אולם סירב בטענה כי הוא חש ברע (ת/40). בסופו של דבר, הוא נלקח לבצע שחזור למחרת היום, וחזר פעם נוספת על פרטי ההודאה, תוך שהוא ממחיש לחוקריו את ההתרחשות בזירה (ת/30).

בשובו מהשחזור נפגש אלזם לראשונה עם עו"ד נהרי, אשר החליף, כזכור, את סנגורו הקודם, ובחקירות הבאות חזר בו אלזם מהודאותיו וטען לחפותו. לגרסתו, הודאותיו ניתנו עקב לחצים פסולים שהופעלו עליו, ובכללם - שלילת זכותו להיוועץ בעורך-דין, איומים שהופנו כלפיו על-ידי החוקרים, מניעתם של כלי רחצה ובגדים, ופיתויו בידי המדובבים שהוכנסו לתא המעצר (ת/31-35). עוד טען אלזם, כי הגרסה אותה מסר מקורה בדברים שלמד מפיהם של המדובבים, שותפיו לתא (ת/42). במכתב ששלח בהמשך לחוקריו הוסיף אלזם וטען, כי הוא הודה ברצח לאחר שנאמר לו כי אם יעשה כן ישתחרר לביתו (ת/43ב). לדבריו, הפרטים אותם מסר בהודאות נודעו לו

מכתבות שהתפרסמו בעיתונות, משמועות, ממידע שנמסר לו על-ידי החוקרים ומהדמיון (שם).

אלזם המשיך וכפר בעבירות שיוחסו לו גם במהלך המשפט, ואף ניהל משפט זוטא נוכח טענתו בדבר אמצעים פסולים ששימשו בחקירתו. ראשית, טען אלזם, כי בחמשת ימי המעצר שקדמו למסירת ההודאות, מנעו ממנו החוקרים אפשרות להיפגש עם סנגור, דבר שגרם לו לחוש כי נזנח לאנחות. ולא רק זאת, אלא שהחוקרים והמדובבים ליבו תחושה זו, ואף ניסו לשכנעו כי אינו זקוק כלל לשירותיו של סנגור. שנית, במהלך החקירה השמיעו החוקרים באוזניו הבטחות שונות מהן ניתן היה להבין כי הודאתו בעבירות תוביל לשחרורו ממעצר, להמרת עבירת הרצח בה נחשד לעבירה קלה יותר, וכתוצאה מכך גם לקיצור תקופת מאסרו. בהבטחות אלה, נטען, דבקו פיתוי והשאה שיש בהם כדי לפסול את ההודאות שנרשמו מפיו. לבסוף, טען אלזם, כי התחבולות שהופעלו על-ידי המדובבים הובילו להפרתה של זכות השתיקה הנתונה לו, ואף מטעם זה ראוי לפסול את ההודאות.

7. בהחלטתו מיום 22.2.2005 קבע בית המשפט המחוזי, כי הודאותיו של אלזם כשרות לשמש ראיות במשפטו. בית המשפט מצא, כי גם אם נסיבות המקרה מלמדות על התנהגות פסולה מצד החוקרים, ואף אם אלה נקטו באמצעי חקירה לא כשרים, אין מדובר באמצעים קיצוניים המצדיקים את פסילת ההודאות באופן אוטומאטי, אלא יש לבחון את השפעתם הסובייקטיבית על רצונו החופשי של אלזם (עמ' 41 להכרעת הדין). בהמשך, נקבע כי ההודאה של אלזם לא נבעה מאובדן רצונו החופשי כתוצאה משימוש באמצעי חקירה פסולים, אלא מהחלטה מודעת ומושכלת שקיבל על יסוד נתונים שצירף זה לזה לאורך ימי מעצרו. נקבע, כי "אף שהיה בכל מצרף הנסיבות בהן היה [אלזם] שרוי במשך חמשת ימי מעצרו – כולל תרגילי החקירה, המדובבים, והתחושות שנבעו מבידודו – כדי לגרום לו לדבר, הרי עשה כן, ביסודו של דבר, מן הטעמים שמנה באוזני מנצור, בפתח התוודותו בפניו" (עמ' 42 להכרעת הדין). כן ראו עמ' 72 להכרעת הדין). קביעה זו של בית המשפט המחוזי התבססה על דבריו של אלזם בהודאה עצמה, על דברים שאמר למדובבים וכן על סימני האמת שעלו, להשקפת בית המשפט המחוזי, מן ההודאה (עמ' 42 להכרעת הדין). בהקשר זה הוסיף בית המשפט וקבע, כי טענותיו של אלזם בדבר המניעים להתוודותו השקרית היו "מופרכים וחסרי כל פרופורציה" ואין ליתן בהם אמון. בנוסף, ניתן משקל לעובדה שאלזם נמנע מלהעיד במשפט הזוטא, תוך שבית המשפט קובע, כי העובדה שאלזם העיד כעד הגנה במשפט עצמו איננה ממלאת את החסר. זאת, משום שעדותו במשפט ניתנה לאחר ההכרעה בקבילותן של ההודאות, ואף לגופה היא הייתה בלתי סדורה ובלתי עקבית (עמ' 42-43

להכרעת הדין). לבסוף, ניתן משקל לאיזון בין זכויותיו של אלזם כנאשם – שאכן נפגעו עקב התנהלות החקירה בעניינו – לבין המטרה של מלחמה בפשיעה והבטחת שלום הציבור. נקבע, כי תוצאת האיזון בין שיקולים אלה נוטה אף היא לטובת קבלת הודאותיו של אלזם כראיות במשפט.

8. בנקודה זו, פנה בית המשפט לבחון את טענות הפסלות שהעלה אלזם לגופן. ראשית, נדונה הטענה בדבר מניעת מפגש בינו לעורכי הדין בימי המעצר שקדמו להתוודותו בפני מנצור. בית המשפט מצא, כי בשלב ראשון נעשתה מניעת המפגש על פי הנהלים המקובלים והיא אינה שנויה במחלוקת, ועל כן על הדיון להתמקד במה שאירע לאחר פקיעתה של אותה מניעת מפגש. בהקשר זה צוין, כי עם פקיעתה של מניעת המפגש הרשמית, נפגש אלזם עם עו"ד זילברברג בבית המשפט, ועם עורכת הדין שרית עוז ממשרדו, בבית המעצר. פגישות אלה, כך צוין, לא ענו, אמנם, על דרישות החוק לעניין הצורך בקיום מפגש ענייני עם עורך דין, אולם הן "שברו את מעגל הבדידות ואת תחושת הנטישה" שחש אלזם (עמ' 51 להכרעת הדין). עוד צוין, כי בכל הנוגע לפרק זמן זה, לא ניתן להטיל את מלוא האשמה על מניעת המפגש על כתפי המשטרה מפאת התקשורת הלקויה שנוצרה בין אלזם לעו"ד זילברברג (עמ' 51 להכרעת הדין). בית המשפט ציין, כי אכזבתו של אלזם מן הייצוג המשפטי שניתן לו באותו שלב אכן לובתה בידי המדובבים, "אשר חתרו להעמקת תסכולו ואכזבתו מעורך הדין, במסגרת התרגיל החקירתי שלפיו פעלו מולו. עם זאת, ברור שמקורה הראשון היה במערכת יחסיו הלקויה של הנאשם עם עורך הדין עצמו" (עמ' 52 להכרעת הדין).

9. השקפתו של בית המשפט המחוזי באשר למניעת המפגש עם עו"ד נהרי – בשלב שבין ההתוודות בפני המדובבים למסירת ההודאה למנצור – הייתה שונה בתכלית. נקבע, כי בשלב זה נבעה מניעת המפגש מתפיסתם של החוקרים לפיה העברתו של אלזם מבית המעצר בו שהה למקום הימצאו של מנצור, היא חלק אינטגרלי של החקירה ("אולי הוא לא ישב מול חוקר בפועל, אבל הוא היה בדרך לחקירה, מבחינתו זה חקירה"). עדותו של פקד בן-שושן, בעמ' 260 לפרוטוקול, וכן מן החשש, שאם תינתן לאלזם אפשרות לשוחח עם עורך דינו, הוא ישמור על זכות השתיקה בחקירה שעתידה הייתה להתנהל בפני מנצור. בית המשפט המחוזי קבע, כי רפ"ק אלימלך ופקד בן-שושן קיבלו החלטה מודעת ומכוונת למנוע את המפגשים בין אלזם לעורך דינו עד לאחר מסירתה של הודאה מלאה וביצוע השחזור, הגם שזה האחרון שב וביקש מהחוקרים לקיים פגישה כזו. "עצם מניעת המפגש עם עו"ד נהרי מיד עם קבלת בקשתו" – התריע בית-המשפט – "צריכה בדיקה מדוקדקת במשטרה, ומוטב שעה אחת קודם" (עמ' 50 להכרעת-הדין). בהקשר זה הוסיף וציין כי הטיעון לפיו יש

לראות, ככלל, בהודאה ובשחזור שלאחריה חקירה אחת נמשכת שאין להפסיקה – אינו מקובל עליו, והוא אף אינו עולה בקנה אחד עם דברים שנמסרו על ידי חוקרי משטרה אחרים (עמ' 57 להכרעת הדין).

חרף כל האמור סבר בית המשפט המחוזי, כי מניעת המפגש – חמורה ככל שהייתה – אינה מביאה לפסילתן של ההודאות שמסר אלזם. זאת, משום שבסופו של דבר, החלטתו של אלזם להודות הייתה "החלטה מודעת שבאה לאחר מחשבה, ושהתבססה על רצון חופשי. כך, בהסתמך על דברי הנאשם עצמו למדובכים בתאו, ולחוקר מנצור, אשר הקרינו, לדעתנו, אמת" (עמ' 53 להכרעת הדין). בהמשך, ציין בית המשפט, כי בטענותיו של אלזם – לפיה ניסו החוקרים והמדובכים לשכנעו כי ננטש בידי חבריו וכי אינו זקוק לעורך דין – יש ממש, וכי אלזם אכן חש, כאמור, תחושות קשות של נטישה ובדידות. ברם, אף בכך אין כדי להקים עילת פסלות. "אין לשכוח גם כאן" – ציין בית המשפט – "כי לא דברים אלה של החוקרים, הם שגרמו ל[אלזם] להודות במה שהודה. תגובתו על ההזנחה – הריאלית או הנדמית – מצד עו"ד זילברברג, לא הייתה הרמת ידיים כאמור. האקט בו נקט היה החלפתו של הסנגור, ביום החמישי למעצרו, בעורך דין חדש; כאשר במקביל הודיע למדובכים על רצונו להודות בבקשו לעשות כן, בפני רס"מ מנצור" (עמ' 56 להכרעת הדין).

10. טענתו הנוספת של אלזם – בדבר הבטחות שכביכול ניתנו לו כי ישוחרר ממעצרו, ויקוצר העונש שיושת עליו עד לכדי שלוש שנים – נדחתה, נוכח המסקנה כי היא לוקה בחוסר בהירות, הגזמה והיעדר הגיון, וכן שהוא נעדר בסיס ראייתי. השלכותיה של הודאה ברצח, נקבע, היו ברורות לאלזם כל העת ומה גם שהקלטות מחדר החקירות לא העלו כל רמז להבטחות קונקרטיות מהסוג אליהן כיוונה ההגנה (עמ' 60-61 להכרעת הדין). בהקשר זה נקבע עוד, כי טענתו של אלזם – לפיה הבטחות אלו ניתנו מחוץ לחדר החקירות – אינה מבוססת מבחינה ראייתית, וממילא, מדובר בגרסה כבושה שלכבישתה לא ניתן הסבר מניח את הדעת (עמ' 62 להכרעת הדין).

11. הטענה אודות שימוש בתחבולות פסולות על-ידי החוקרים – ובכלל זה, השתלת מדובכים בתא המעצר בו שהה והקלטת שיחותיהם עמו, וכן יצירת לחץ נפשי בלתי הוגן – נדחתה אף היא. כאשר להשגותיו של אלזם לעניין השימוש במדובכים נקבע, כי שיטת חקירה זו עולה בקנה אחד עם דרכי החקירה המוכרות בשיטתנו. בתוך כך הודגש, כי הדברים שמסר אלזם למדובכים "באו מיוזמתו שלו, ובעקבות החלטתו לשבור את שתיקתו. כל זאת, תוך הפגנת שליטה מלאה במצב, לצד יכולת ניתוב הדברים שהחליט לאומרם לחבריו לתא... המדובכים לא שללו מ[אלזם] את יכולת

הבחירה החופשית שנותרה בידי, ואשר אפשרה לו להחליט, אם לספר על מעורבותו ברצח, אם לשתוק" (עמ' 69 להכרעת הדין). סיכומו של דבר, קבע בית המשפט, התוודותו של אלזם בפני המדוכבים הייתה "החלטה חופשית שמקורה בבחירתו שלו בלבד" (שם), ולא בהפעלה בלתי ראויה של המדוכבים ששהו עמו בתא.

12. גם טענת הזוטא לפיה לחץ נפשי פסול שהופעל על אלזם הוא שהביאו להודות – נדחתה. בית המשפט המחוזי ציין, כי אין ספק שהלחץ הנפשי בו היה נתון אלזם במהלך ימי מעצרו, היה רב וכבד, וכי הוא היה נתון במצוקה במהלך חמשת ימי המעצר שקדמו להתוודותו בפני החוקרים ומנצור (עמ' 53 להכרעת הדין). מצוקה זו, שהלכה והחריפה במהלך ימי המעצר, מקורה היה "בעצם שהותו במעצר ובעצם תחושת חוסר האונים שהתחייבה מכך בדרך הטבע. המשכה, בתחושת הבדידות שחש כמתואר, פרי החששות שהלכו והתעצמו בליבו, שחבריו העצורים בפרשה, כבר הודו והלשינו גם עליו, כולל זריהן שאותו העריץ וכיבד" (שם). בצד האמור צוין, כי מקורן של תחושות אלה היה בנפשו של אלזם פנימה, וכידוע "אין בתחושות פנימיות כאמור, הגורמות ללחץ פנימי שבגיננו מחליט הנאשם למסור הודאה, כדי להשליך על קבילותה של זו, כל עוד עשה הנחקר כן מרצונו הטוב והחופשי" (עמ' 54 להכרעת הדין). באותה רוח ציין בית המשפט, כי "על אף הקושי והמצוקה שאכן הכבידו על [אלזם] מאד, ועל אף הלחצים שבאו מצד החוקרים והמדוכבים בנצלם מצוקתו, אין לומר על כל אלה שהגיעו לרמת הלחצים השוברים רוחו של נחקר, והמביאים אותו להודות במה שלא עשה" (עמ' 70 להכרעת הדין). כלפי אלזם, נקבע, לא ננקטו אלימות, איומים או אמצעים משפילים שמטרתם הייתה לגרום לו לתחושת חוסר אונים, להיפך, החוקרים – ורס"מ מנצור בעיקר – עשו כל שביכולתם כדי לשכנע את אלזם להתוודות מבלי לנקוט באמצעים אלה, ואלזם לא איבד את יכולתו לבחור בין מסירת הודאה להימנעות ממסירתה (עמ' 72 להכרעת הדין).

13. משזו הייתה ההכרעה בסוגיית קבילותן של ההודאות, נפנה בית-המשפט לבחון מהו המשקל הראוי להן. נקבע, כי בהודאות שנמסרו בפני המדוכבים ובפני רס"מ מנצור ניתן למצוא סימני אמת רבים, ומשכך ראוי להעניק להן משקל רב: בשתי ההודאות הביע אלזם צער וחרטה על מעורבותו בביצוע הרצח ורצון לשאת בעונש, להשתקם ולנהל אורח חיים נורמטיבי; בשני המקרים הוא נמנע באופן עקבי מהפללת שותפו לעבירות; ההודאה שנמסרה למדוכבים, כך צוין, חפה מכל לחץ ופיתוי ונאמרה מתוך רצון לחלוק את לבטיו עם מי שחשבים, בטעות, לחבריו לצרה; אלזם לא הצליח להסביר מהו האינטרס שבמסירת הודאת שווא בפני המדוכבים בנסיבות אלה; סימני אמת התגלו גם בהתנהגותו של אלזם עם שובו לתא המעצר, לאחר שמסר את הודאתו בפני

רס"מ מנצור. גם אז הודה אלזם בביצוע העבירות, ולא הלין באוזני המדובבים על כי מסר זה עתה הודאת שווא.

14. אולם מעבר לכל אלה – עמד בית-המשפט בהרחבה על כך שאלזם חשף בהודאותיו שורה של פרטים מוכמנים, המצביעים על אמיתותן של ההודאות. ראשית, אלזם ציין כי הוא ושותפו ביקשו לבצע את הרצח יום לפני שבוצע בפועל, אולם תכנון זה לא יצא אל הפועל בשל כך שהמנוח הגיע למקום כשהוא מלווה באדם נוסף. ואכן, מצלמת הוידאו שהוצבה במקום קלטה התרחשות כזו ביום שקדם לרצח, ובין לווייתו של המנוח – העד אילן נעמן – אישר בבית-המשפט כי שהה עימו באותו מועד, ואף זיהה במקום אופנוע מסוג טימקס, אשר חנה לצד רכבו של המנוח. שנית, אלזם ידע לנקוב בסוג הרכבים עימם הגיעו לזירה, ובמקום אכן נמצאה רנו אקספרס שרופה, ומצלמת הוידאו שהוצבה במקום קלטה את מבצעי העבירות נמלטים על גבי אופנוע. וכאן המקום לציין את עדות בן דודו של אלזם – העד יוסי אבן – שמסר כי הגם שהיה בעליו הרשום של אופנוע מסוג טימקס, בפועל היה זה אלזם שרכש אותו והחזיק בו. בית-המשפט דחה את הטענה כי פרטים מוכמנים אלה הגיעו לידיעת אלזם ממקורות שונים, ועל כן אין בהם כדי להצביע על מעורבותו בביצוע העבירות.

15. לבסוף, קבע בית המשפט כי להודאותיו של אלזם נמצאה תוספת ראייתית בצורת "דבר מה נוסף", בין היתר, בסרטים שהופקו ממצלמות האבטחה בזירת הרצח, בכוויות שנמצאו על כפות ידיו ותאמו את גרסתו בדבר הצתת הרכב, בדבריו אודות אופנוע הטימקס הכחול שאכן היה ברשותו בזמנים הרלוונטיים, וכן בעדויותיהם של אילן נעמן ואשתו של המנוח, אשר חזקו את גרסתו (עמ' 80 להכרעת הדין). לאחר כל אלה קבע בית המשפט המחוזי, כי מעמדו של אלזם הוא כשל מבצע בצוותא, משום שהמעשים אותם ביצע במעמד בו נרצח המנוח "בוצעו על ידו בעקבות הקשר הפלילי שקשר עם שותפו לעבירה, ואשר במסגרת חלוקת התפקידים בו, ביצע את חלקו בעשייה הפלילית שייעודה היה רצח המנוח" (עמ' 87 להכרעת הדין). מכך הסיק בית המשפט המחוזי, כי אין נפקא מינה לשאלת טיב המעשים שביצע כל אחד מן השותפים לרצח במסגרת הקשר, "ובלבד שהוכח כי השניים, שחברו יחדיו, חתרו לאותה מטרה פלילית; וכי לא דובר בתרומה פיזית חסרת כל ערך, שתרום מי מהם לביצוע העבירה" (שם). מסקנה זו היא שהובילה לקביעה לפיה יש לראות את אלזם כמבצע בצוותא של עבירת הרצח ולא כמסייע לביצועה. לאור כל אלה, הרשיע בית המשפט המחוזי את אלזם בעבירות של רצח וקשירת קשר לביצוע פשע, וכנגד תוצאה זו מופנה הערעור שבפנינו.

16. בהודעת ערעור מפורטת שטח בפנינו עו"ד נהרי את השגותיו כנגד הכרעת-הדין. מרבית הטענות בערעור התמקדו בסוגיית קבילות הודאותיו של אלזם, ודיות הראיות ששימשו להן כתוספת. ראשית, נטען כי הודאותיו של אלזם במהלך החקירה ניתנו תוך הפרת זכותו להיוועץ בעורך דין. בהקשר זה נטען, כי החוקרים עצמם הודו בכך שביקשו לגרום לאלזם לחוש תחושות של בדידות אשר יובילו אותו למסירת הודאה, ולשם כך סיכלו את האפשרות להפגישו עם באי-כוחו, הן בשלב בו יוצג בידי עו"ד זילברברג, והן בשלב בו יוצג בידי עו"ד נהרי. עוד נטען, כי הפגיעה שנגרמה לאלזם בעטייה של מניעת המפגש החריפה נוכח מאמציהם של החוקרים והמדובבים להסיתו נגד סנגוריו. בהקשר זה נטען, כי החוקרים ניסו לשכנע את אלזם כי אין לו צורך בסנגור, וכי הסנגור ששכר מתרשל במלאכתו – וגם זאת נעשה כדי למנוע את המפגש ביניהם, לשבור את רוחו ולהביאו להודות בעבירות אותן לא ביצע. ואם בשל כל אלה – כך נטען – מלכתחילה ראוי היה לפסוק כי הודאותיו של אלזם אינן עומדות בתנאיו של סעיף 12 לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א-1971 ("עדות על הודיית הנאשם כי עבר עבירה, תהא קבילה רק אם ... ההודיה הייתה חופשית ומרצון"), וודאי שיש לפסול אותן עתה, לאור ההלכה שיצאה מבית-משפט זה בע"פ 5121/98 יששכרוב נ' התובע הצבאי הראשי (טרם פורסם, 4.5.06) להלן: עניין יששכרוב). הלכה זו – שניתנה לאחר שבית-המשפט המחוזי סיים את מלאכתו – הכירה בזכות ההיוועצות כזכות יסוד, והתוותה את הדרך לפסילת הודאה שהושגה תוך הפרת זכויותיו של נאשם גם במקרים החורגים מגדרו של סעיף 12 הנ"ל.

בהמשך, נטען כי בעניינו של אלזם ננקטו שיטות חקירה בלתי הוגנות המביאות אף הן לפסילת ההודאות. בין היתר, עקב כך שצרכיו הבסיסיים נמנעו ממנו, וכי המדובבים שהוכנסו לתאו היו מדובבים "אקטיביים". בהקשר זה ביקש עו"ד נהרי להבחין בין מדובב "פאסיבי" – אשר הנאשם מודה בפניו מיוזמתו – לבין מדובב "אקטיבי" אשר גורם לנחקר לאבד את כוח רצונו ולהודות בביצוע העבירות, עניין הכרוך, לשיטתו, בפגיעה בזכות השתיקה. בחינת השיחות שהוקלטו בתא המעצר מלמדת, כך לטעמו, כי המדובבים לא שקטו על שמריהם עד שהובילו את אלזם להודות בביצוע העבירות, ובנסיבות אלו יש לפסול את התודותיו בפניהם. ועוד נטען, כי על אלזם הופעל במהלך החקירה לחץ נפשי בלתי הוגן להודות, שמקורו בליבוי תחושות הבדידות והנטישה שחש. כן נטען, כי במהלך החקירה הופעלו כלפי אלזם פיתוי והשאה בלתי הוגנים, שכן לכל אורך הדרך נאמר לו שאם יודה בביצוע העבירות נזקו יהיה קטן יותר – הוא ישתחרר מהכלא לאחר מספר שנים ולא יורשע בעבירת רצח.

הבטחות מעין אלו, נטען, פוסלות את ההודאות שהושגו בעקבותיהן. לבסוף, נטען כי גם אם אין באמצעים שהופעלו בחקירה כדי להביא לפסילת ההודאות, כי אז יש לקבוע שמשקלן נמוך עד כדי כך שלא ניתן לבסס עליהן הרשעה בפלילים.

17. המדינה מצידה סבורה, כי לצורך ביסוס הרשעתו של אלזם די בהתוודותו בפני המדובבים והחזוקים הראייתיים הרבים אשר נמצאו לה. בהקשר זה הודגש, כי התוודות זו קדמה למניעת המפגש עם עורך-דין נהרי ולהודאה בפני מנצור, ולפיכך, הצורך לדון במניעת מפגש זו – המצויה בליבת טענות הערעור שלפנינו – מתייטר.

גדרי הדיון: הגרסה שנמסרה למדובבים

18. חלקו הארי של הערעור שבפנינו מתמקד בשאלת קבילותה של ההודאה אותה מסר אלזם לחוקרים ביום 5.1.2004, ובעיקר בנושא מניעת המפגש בינו לבין עו"ד נהרי עובר למסירתה של הודאה זו. אלא, שכטענת המדינה, נוכח כך שאלזם חשף את מעורבותו ברצח המנוח בפני המדובבים עוד קודם למסירת ההודאה לחוקרים, אין למעשה צורך של ממש להידרש לשאלת קבילותה של הודאה זו. הדברים שאמר אלזם למדובבים נמסרו בהליך חקירתי שהתנהל בנפרד מן החקירה הגלויה, וכבר נקבע כי קבילות הדברים שנאמרו בגדרו של הליך חקירתי נפרד כזה, אינה תלויה בקבילות הדברים הנמסרים במהלך החקירה הגלויה:

“החקירה הסמויה – באמצעות המדובב – מציגה הליך עצמאי ונפרד מן החקירה הגלויה; ובתור שכזו, אין קבילות הדברים שנאמרו... במהלכה ומשקלם הראייתי קשורים לקבילותם ומשקלם של הדברים שאמר [הנחקר באותו עניין] בחקירה הגלויה. הדברים שנאמרו... למדובב... אלה הם דברים שנאמרו... בגילוי לב ומתוך רצון כן לשתף אותו במשא הכבד של המצוקה הנפשית בה היה נתון” (ע”פ 6366/98 סולטאן נ’ מדינת ישראל (לא פורסם, 13.10.1999) פסקה 3 לפסק דינו של השופט קדמי).

הצורך לדון בשאלת קבילותה של ההודאה שנמסרה לחוקרים מתייטר, נוכח כך שבטענות המעטות יחסית שנטענו ביחס לקבילות הגרסה שמסר אלזם למדובבים אין ממש, ועל כן מדובר בגרסה שדי היה בה – בהצטרפה לראיות החיצוניות המאששות אותה – כדי לבסס את הרשעתו בעבירת הרצח. בצד האמור, כמו בית המשפט המחוזי אף אני סבור, כי התנהלותן של רשויות החקירה עובר לגבייתה של ההודאה שנמסרה לחוקרים אינה חפה מפגמים, ולעניין זה אתייחס בהרחבה בהמשך. מכל מקום, נוכח

האמור, השאלה שתעמוד במוקד הדיון היא שאלת קבילותם של הדברים שנמסרו למדובבים, ובכך אעסוק להלן.

19. בפתח הדיון בשאלה זו אומר, כי חרף ההבדלים הקיימים בין מסירת גרסה לאיש מרות להתוודות בפני מי שאינו נציג של הרשות, החילה הפסיקה את אמת המידה הקבועה בסעיף 12 לפקודת הראיות – מסירת ההודאה באופן חופשי ומרצון:

“לעניין החובה להוכיח כי נתקיימו התנאים הקבועים בסעיף 12 הנ”ל לפקודה, אין לדעתי נפקא מינה אם הדברים הושמעו באוזניו של איש הרשות או באוזני אדם אחר כלשהו; אחת היא ומסירתם באופן חפשי ומרצון טעונה הוכחה בכל מקרה” (ע”פ 15/78 ביבס נ’ מדינת ישראל פ”ד לב (3) 64, 75 (1978); והשוו: ע”פ 113311/03 קיס נ’ מדינת ישראל, פ”ד נט (3) 453, 461-462 (2004); יעקב קדמי על הראיות חלק ראשון בעמ’ 11. להלן: על הראיות).

דברים אלה כוחם יפה, כמובן, גם ביחס למסירת גרסה מפלילה למדובב. אכן, יתכנו מצבים בהם יפעיל מדובב כלפי הנחקר אלימות או איומים, או ינסה לפתותו להודות בעבירה שלא ביצע (ע”פ 1520/97 חדד נ’ מדינת ישראל (לא פורסם, 18.12.2000) פסקה 8. להלן: פרשת חדד; ע”פ 4577/98 דין נ’ מדינת ישראל, פ”ד נה(2) 405, 412 (2001) פסקה 12). לפיכך גם ביחס לאמרה מסוג זה נדרש כי בית המשפט ישתכנע שהיא ניתנה מרצון חופשי.

בפסיקה נקבע, כי הודאה תחשב ככזו שניתנה “חופשי ומרצון”, רק מקום שלא הופעלו בגבייתה אמצעי לחץ חיצוניים – להבדיל מלחץ שמקורו בנפשו של הנחקר פנימה – שהיה בהם כדי לשלול את יכולתו לבחור בין מסירת הודאה להימנעות ממסירתה (ראו פרשת חדד הנ”ל, בעמ’ 412. לדיון בהשפעתו של לחץ פנימי ראו ע”פ 5614/92 מדינת ישראל נ’ מטיקה, פ”ד מט(2) 669, 678 (1995); ע”פ 715/78 לוי נ’ מדינת ישראל, פ”ד לג(3) 228, 233 (1979). להלן: פרשת לוי). מבין אמצעי הלחץ החיצוניים שנדונו בפסיקה, הרלוונטיים לענייננו הם פיתוי, השאה ושימוש בתחבולות חקירה לא הוגנות. בנוסף לכך, גם הפרתה של זכות ההיוועצות עם עורך-דין עשויה להוביל, בנסיבות מסוימות, לפסילתה של הודאה (ל”אבות הפסול” העשויים להוביל לפסילתה של הודאה, ראו על הראיות חלק ראשון, בעמ’ 53. לעניין זכות ההיוועצות ראו עניין יששכרוב, פסקאות 14-16 לפסק דינה של הנשיאה ביניש).

הפסיקה התחבטה לא מעט בשאלה אימתי עשוי השימוש באמצעי חקירה כאלה שעליהם עמדנו, להוביל לפסילתה של הודאה שמסר נחקר. לאחרונה נקבע, בעניין יששכרוב, כי מקום בו הסב השימוש בהם פגיעה "משמעותית וחמורה" לאוטונומיית הרצון וחופש הבחירה של הנאשם, תיפסל ההודאה מכוחו של כלל הפסילה הקבוע בסעיף 12 (שס, בפסקה 34). בצד האמור הודגש, כי לא "כל פגיעה בזכות מוגנת של הנחקר תוביל בהכרח לפסילת קבילותה של הודאתו לפי סעיף 12 לפקודת הראיות... נוסחו ולשונו של סעיף 12 לפקודת הראיות מעידים כי כלל הפסילה המעוגן בו, נועד להגן מפני פגיעה משמעותית באוטונומיית הרצון של הנאשם במסירת הודאתו. לפיכך, פגיעה מן הסוג האמור היא שתוביל לפסילת קבילותה של הודאה בהתאם לסעיף 12 הנ"ל, בהתאם לנסיבותיו של כל מקרה לגופו" (שס, בפסקה 34). יצוין, כי פסק הדין בעניין יששכרוב ניתן לאחר שהוכרע ונגזר דינו של אלזם, אולם אין ספק, ועל כך לא חלקה המשיבה, כי הוא חל על הערעור התלוי ועומד בפנינו (וראו בעניין זה דברי בע"פ 8332/05 איסקוב נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 26.7.2007) פסקה 23. להלן: עניין איסקוב). מצוידים בכללים המנחים שהותוו בפסיקה, נפנה לבחינת הטענות המבקשות להשיג על קבילות הגרסה שמסר אלזם למדובבים שהיו עימו בתא. הדיון בכל אחת מן הטענות בנושא הקבילות ייעשה באופן דו-שלבי: ראשית תיבחן השאלה, אם אמנם הופעלו על אלזם אמצעי חקירה פסולים, ובהמשך תיבחן שאלת השפעתם של אמצעים אלה – ככל שנקטו – על אוטונומיית הרצון החופשי של אלזם בהתוודותו בפני המדובבים.

(א) זכות ההיוועצות בעורך דין

20. בפתח הדיון בנושא זה נזכיר, כי מניעת המפגש הרשמית – עליה הוחלט עם מעצרו של אלזם – לא הייתה שנויה במחלוקת בבית המשפט המחוזי, והיא אף אינה שנויה במחלוקת בערעור שבפנינו. מוקד הדיון הוא, אפוא, במה שאירע עם פגיעתה. כעולה מן הסקירה שהובאה לעיל, למחרת פגיעתה פגש אלזם את עו"ד זילברברג בבית-המשפט, במהלך הדיון בהארכת מעצרו. מדברים שאמר אלזם בהמשך למדובבים המשטרתיים שהוכנסו לתאו עולה, כי במעמד זה ייעץ לו עורך דינו לשמור על זכות השתיקה (עמ' 14 לת/33-37). בימי המעצר השני והשלישי (ימים ה'-ו', 2.1.02-3.1.03) – בהם לא התקיימה מניעת מפגש פורמאלית – לא נערך מפגש נוסף ביניהם. בעדותו בפני בית המשפט הסביר עורך-דין זילברברג, כי התנהלות זו נבעה מכך שאין הוא נוהג לבקר את לקוחותיו בימים בהם מתקיים דיון בעניינם בבית המשפט או במהלך סופי השבוע:

"... ביום הדיון, אחרי שהסתיים הדיון, אף פעם לא מבקרים... יום חמישי זה היה יום הדיון. שבת אתה לא יכול לבקר. ביום שישי נכון לא בקרתי אותו. זה היה היום היחידי שהייתה לי האפשרות לבקר אותו ולא ביקרתי אותו ביום שישי... יום ראשון, ממש בשעות הבוקר המוקדמות, ביקשתי מעו"ד שלי שרית עוז, שזה היום היחידי כביכול, יום עבודה ראשון שהיה, ביקשתי מעו"ד שלי שרית עוז לבקר אותו בתחנת המשטרה בבית שמש, ותוך כדי זה שאמרתי לה שאני ביום ראשון בצהריים אני אהיה אצלו. שתדגיש, אני אהיה אצלו ביום ראשון בצהריים" (עמ' 713-714 לפרוטוקול).

ואכן, ביום ראשון, ביקרה עורכת-דין עוז בבית המעצר בו שהה אלזם, ובין השניים נערך מפגש קצר. עם עזיבתה של עורכת הדין את בית המעצר, הוכנס שוב אלזם לתא אותו חלק עם המדובבים. כפי שצוין בקצרה לעיל ובניגוד למתוכנן, לא ביקר עו"ד זילברברג את אלזם בשעות אחר-הצהריים של יום א', 4.1.2004. זאת, משום שלטענתו, החל משעות הצהריים של אותו יום הוא עשה ניסיונות חוזרים ונשנים - שלא צלחו - לתאם פגישה עם מרשו:

"עשיתי שיחות טלפון, מספר רב של שיחות טלפון באותו יום... וכל השיחות האלה נועדו אך ורק על מנת, וזה מה שהבהרתי עם הימ"ר, שאני רוצה להיפגש עם הלקוח שלי יונתן אלזם ואני רוצה להיפגש איתו כעו"ד... אני שוחחתי איתו [עם רכז היחידה] בצהריים וביקשתי לראות את יהונתן אלזם, והוא אמר לי יותר מאוחר... כל השיחות שלי במטרה לפגוש את הלקוח שלי, את יהונתן אלזם, שהיה לקוח שלי באותה תקופה... כי כל הזמן אמרו לי שהוא בחקירות, בחקירה, בחקירות. כל הזמן. אני אמרתי אני רוצה לראות אותו למספר דקות, וכך עד שבשעה עשרה לאחת... בשביל להיפגש איתו... אני ממש ביקשתי בכל, ברבע לאחת אפילו הייתי... עשרה לאחת הייתי מוכן כבר גם בעשרה לאחת ללכת להיפגש איתו" (עמ' 694-695 לפרוטוקול. כן ראו עמ' 703 ועמ' 721 לפרוטוקול).

מכאן הטענה, כי חרף העדרה של מניעת מפגש פורמאלית, מנעו החוקרים מאלזם להיפגש באופן מיידני וללא דיחוי עם עורך דינו ביום א', ה-4.1.2004, עובר להתוודות בפני המדובבים וכי עובדה זו עולה לכדי פגיעה בזכות ההיוועצות שעמדה לו.

21. לא מצאתי בפסק דינו של בית המשפט המחוזי הכרעה במחלוקת העובדתית באשר להתרחשויות של יום 4.1.2004. בית המשפט המחוזי אמנם ציין, כי עו"ד זילברברג לא פנה בטרוניה לאיש מגורמי החקירה או לממונים עליהם בגין ההתנהלות הנטענת כלפיו, וכי לעניין זה לא ניתן הסבר מניח את הדעת (עמ' 36 להכרעת הדין; עמ' 717-718 לפרוטוקול). ועוד, מפרוטוקול הדיון עולה, כי הטענות בדבר ניסיונות החוקרים למנוע מפגש נוסף של עו"ד זילברברג עם אלזם, לא הובאו לידיעת עו"ד שפטל – שייצג את אלזם בדיון בבית המשפט המחוזי – אלא רק עובר לעדותו של עורך-דין זילברברג בבית המשפט, ובעקבות פגישה אקראית בינו לבין עורך-דין שפטל (עמ' 691 לפרוטוקול). עוד צוין בהכרעת הדין, כי חוקריו של אלזם הכחישו תיאור זה של ההתרחשויות וטענו, כי "פרט ליום המעצר וליום בו מסר את הודאתו בפני מנצור, לא מנע איש מעו"ד זילברברג לפגוש את הנאשם. אם לא נפגש עמו, לא היה זה אלא בשל העובדה שלא טרח לבקרו" (עמ' 11 להכרעת הדין). אולם, לאחר שעמד על טענות ההגנה לעניין מניעת המפגש הנוסף בין עו"ד זילברברג למרשו ביום 1.4.2004, ולעובדה שלהעלאתן במועד כה מאוחר לא ניתן הסבר מניח את הדעת, לא קבע בית המשפט המחוזי כל ממצא עובדתי קונקרטי בעניין זה, לאמור, אם, כפי שנטען, לא ניתנה לעו"ד זילברברג האפשרות להיפגש, ללא דיחוי, עם מרשו ביום א', 4.1.2004. חרף העדרו של ממצא עובדתי כאמור, נקבע בהכרעת הדין כי על פגישתו של עו"ד זילברברג עם אלזם הוערמו קשיים מעבר "למותר ולמקובל" (עמ' 51 להכרעת הדין).

22. המדינה משיגה בעיקרי הטיעון שלה על קביעה זו שכן לעמדתה, משתמעת ממנה הטלת אחריות, ולו מוגבלת, על החוקרים לאי-קיומה של פגישה נוספת בין אלזם לעורך דינו ולא כך היא (סעיף 30 לעיקרי הטיעון). סבורני, כי יש ממש בטענת המדינה בעניין זה, שכן ברור כי לא ניתן להטיל אחריות על גורמי המשטרה לאי-קיומו של מפגש נוסף בין אלזם לעורך דינו, בהעדר ממצא עובדתי ברור ומגובש לפיו עו"ד זילברברג אכן ניסה להיפגש עם מרשו וחוקרי המשטרה מנעו זאת. מאידך, נוכח העדרו של ממצא עובדתי ברור בנושא זה, גם אין לומר כי טענתו של עו"ד זילברברג הופרכה כליל. ברם, אף לו הייתי קובע, על יסוד הנחה המיטיבה עם אלזם, כי זכותו להיוועץ בעורך דיין נפגעה, לא היה בכך כדי להוביל לפסילת הודאתו בפני המדובבים, כפי שיפורט להלן.

ראשית, אף אם נצא מתוך הנחה כי גרסתו של עו"ד זילברברג משקפת את האירועים כהווייתם, ספק בעיני אם בנסיבות המקרה שלפנינו ניתן לומר כי זכותו של אלזם להיוועץ בעורך דיין נפגעה באופן מהותי. אכן, סעיף 34(ב) לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים), התשנ"ו-1996 מורה כי אם "ביקש עצור להיפגש

עם עורך דין או ביקש עורך דין שמינהו אדם קרוב לעצור להיפגש עמו, יאפשר זאת האחראי על החקירה, ללא דיחוי" (ההדגשה הוספה). לכאורה, נראה כי דרישה זו לא באה על סיפוקה בענייננו, שכן עו"ד זילברברג יצר קשר עם רשויות החקירה לאורך מספר שעות, וחרף זאת לא ניתן לו להיפגש עם מרשו. אולם, אין לשכוח כי שעות ספורות עובר לפניות של עו"ד זילברברג, נפגש אלזם עם עורכת דין אחרת שאף היא הייתה אמונה על ייצוגו. שאלה אחרת היא מה תדירות המפגשים אותם צריכות רשויות החקירה לאשר, אולם, שאלה זו אינה דרושה להכרעתנו בגדרי הערעור הנוכחי, הואיל וגם אם הייתי מניח כי זכותו של אלזם להיוועץ בעורך דין אכן הופרה – וכאמור, ספק בעיני אם זה המצב – הרי שהלכת יששכרוב מורה כי אף מקום בו הופרה זכות ההיוועצות של נחקר, אין משמעות הדבר בהכרח כי הודאתו תיפסל, אלא יש לבחון אם חופש הבחירה שלו נפגם באופן משמעותי (ליישומה של הלכת יששכרוב בהקשר דומה ראו: ראו ע"פ 3097/04 סויסה נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 25.10.2006) פסקאות 28-27 לפסק דינו של השופט ג'ובראן; עניין איסקוב, פסקה 23). בית המשפט המחוזי סבר כי לא זה היה מצב הדברים בענייננו של אלזם, ומסקנתו זו מקובלת עלי. כאמור, אין אנו עוסקים במצב של מניעת מפגש כפשוטה. מכאן, שמשקלה של מניעת המפגש הנטענת על האוטונומיה של הרצון החופשי הוא, ממילא, נמוך. שנית, בית המשפט המחוזי קבע – וקביעה זו מקובלת עלי אף היא – כי הדברים שאמר אלזם למדובכים נבעו מיוזמתו שלו, ומהחלטה שקיבל לשבור את שתיקתו. החלטה זו, כך עולה מחומר הראיות, גמלה בלבו של אלזם עוד טרם שב לחדר החקירות, ולפיכך הוא פנה למדובכ כדי שיעץ לו באיזו דרך יהיה נכון לחשוף את גרסתו:

"תקשיב [דיברתי] איתם... אמרתי לו תשמע... הם רוצים לדעת כאילו את הגרסה... אמרתי לו אם אני נותן גרסה ואני יודע שזה יכול להיות כרוך בתיק... אני לא נותן בכלל גרסה... בגלל זה יוצא כאילו הלשנתי... עכשיו אני לא יודע כמו שאתה אומר אם אני אספר את זה לעו"ד... אז מה אני צריך לעשות עכשיו? אמרתי תשמע תן לי לחשוב בתא אני אדבר עם העו"ד שלי אז אני אתקשר אלייך שתבוא לפה... חשבתי על משהו אחר תקשיב אתה אני רוצה שתיתן לי עצה" (עמ' 4-7 לת/37-56).

מנקודה זו ואילך, סיפר אלזם למדובכ אודות התנהלות החקירה, וביקש את עצתו כיצד לחשוף את האירועים מבלי להפליל את שותפו ולהפוך לעד מדינה ("עכשיו תגיד לי יכול להיות מצב כזה שאני לא אצא מלשין בשום פנים ואופן", עמ' 22 לת/37-56). התנהלותו של אלזם במעמד זה לא הייתה התנהלות של אדם שחופש הבחירה שלו נפגם באופן משמעותי או אבד. אלזם הפגין שליטה במצב, מנע מן המדובכים את

המידע שלא היה מעוניין לחשוף – זהותו של האדם שירה במנוח – ועמד על כוונתו להתוודות ועל המניעים המנחים אותו (עמ' 69 להכרעת הדין). מכאן מסקנתי, כי גם לו היינו קובעים כי חוקרי המשטרה הערימו קשיים על פגישתו של אלזם עם עו"ד זילברברג – ובעניין זה כאמור, אין בפנינו ממצא עובדתי ברור – הרי שלא היה בכך כדי לפגום בקבילות הגרסה שמסר למדובכים.

23. זהו לדעתי מצב הדברים גם באשר לניסיונות – הבלתי מוכחים – של צוות החקירה ללבות את תחושת הבדידות והנטישה של אלזם, ולשכנעו כי הוא אינו זקוק לשירותיו של עורך דין. ראשית, כפי שצוין בהכרעת הדין, מקור תחושתו של אלזם כי נזנח בידי עו"ד זילברברג היה בליבו פנימה, ואין מדובר ברעיון "שהושתל" במוחו באמצעות תחבולות חקירה. שנית, מהתנהלותו של אלזם – ובעיקר מבקשתו להחליף את עו"ד זילברברג בעו"ד נהרי – עולה, כי תחושות הבדידות והנטישה שחש לא הובילו אותו לאיבוד עשתונות, והוא פעל מתוך שיקול דעת כאשר החליט על החלפת הייצוג. סיכומו של דבר, נוכח מסקנתי כי לא התקיימה בענייננו של אלזם פגיעה מהותית בזכותו להיוועץ בעורך דין, מקובלת עלי מסקנתו של בית המשפט המחוזי כי אף שדרך הפעולה של צוות החקירה לא היתה נקיה מפגמים, לא היה בה כדי לשלול את הרצון החופשי של אלזם, ולא היא שגרמה לו להתוודות בפני המדובכים.

עו"ד נהרי הוסיף וטען, כי גם אם ימצא כי לא היה מקום לפסול את התוודותו של אלזם בפני המדובכים מכוחו של מבחן הרצון החופשי הקבוע בסעיף 12 לפקודת הראיות, ראוי היה לעשות זאת מכוחה של דוקטרינת הפסילה הפסיקתית שעוגנה בפסק הדין בעניין יששכרוב. אין בידי לקבל השקפה זו. פסילת ראייה מכוחה של דוקטרינה זו תיעשה מקום בו נוכח בית המשפט לדעת כי הראייה הושגה שלא כדין; כי קבלתה במשפט תיצור פגיעה מהותית בזכותו של הנאשם להליך פלילי הוגן; וכי הפגיעה האמורה חורגת מגדרה של פסקת ההגבלה הקבועה בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. להשקפתי, תנאים אלה אינם מתקיימים במקרה שבפנינו, נוכח קביעתי כי לא נמנעה פגישה של אלזם עם עו"ד זילברברג, וממילא אין מדובר בראייה שהושגה שלא כדין תוך פגיעה בזכות ההיוועצות עם עורך דין.

24. בטרם אסיים את הדיון בטענות העוסקות במניעת המפגש, לא אוכל להתעלם מהתמונה העגומה העולה מפסק דינו של בית המשפט המחוזי, באשר להתייחסות גורמי החקירה לזכותו של חשוד לפגוש את עורך דינו. על פי ממצאו של בית המשפט המחוזי, בליכם של חלק מחברי צוות החקירה גמלה החלטה לדחות ככל הניתן את פגישתו של אלזם עם עורך דין, מתוך מחשבה כי אם זו תתקיים, יחזור בו אלזם

מנכונותו למסור הודאה וישוב ויתבצר בזכות השתיקה. החלטה זו עמדה בתוקפה עד לאחר שאלזם יצא עם חוקריו לביצוע השחזור. במהלך החקירות גם הופנו כלפי אלזם מספר לא קטן של אמירות שנועדו לשכנע אותו כי הוא כלל אינו זקוק לעורך-דין, זאת בניגוד גמור להיגיון המונח בבסיסם של דברי חקיקה העוסקים בחובת היידוע של נאשם אודות זכותו להיוועץ בסנגור (וראו לעניין זה סעיף 32 לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים), התשנ"ו-1996, וסעיף 19 לחוק הסנגוריה הציבורית, התשנ"ו-1995). בהקשר זה ייאמר, כי לא רק התנהלותם של החוקרים בזמן אמת, אלא גם דבריהם מעל דוכן העדים, מעידים על השקפה הנוטה להקל ראש בזכויותיו של הנאשם לטובת גבייתה של הודאה. כך למשל, השיב רפ"ק אלימלך כאשר נשאל אודות הטעם בגינו נמנעה פגישתם של עו"ד נהרי ואלזם: "אתה שואל ברצינות איזה נזק ייגרם, באמת. מה חשבת שאחרי שהוא ייפגש עם עו"ד, הוא היה מדבר, הוא היה מפסיק לדבר..." (ראו עמ' 541 לפרוטוקול).

25. נדמה כי אין צורך לומר כי טעם זה אינו מהווה עילה למניעת מפגש בין חשוד לעורך דינו. פסיקתו של בית משפט זה עמדה על כך עוד בראשית ימיה, כאשר נקבע כי המשטרה רשאית שלא לאפשר לנחקר להיוועץ בעורך דינו, רק בהתקיים סיבה מוצדקת לכך, ו"החשש, פן עשוי עורך-הדין להשפיע על העציר לבל ימסור הודעה למשטרה, אינו מהווה סיבה שכזאת" (ע"פ 307/60 יאסין נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יז(3) 1541, 1570 (1963)). דומה כי כוחה של קביעה זו חזק מאי-פעם, נוכח השינויים שחלו במעמדה של הזכות להליך הוגן בכלל, ובמעמדה של זכות ההיוועצות בפרט (באשר לשינויים במעמדה של הזכות להליך הוגן ראו: בג"צ 11339/05 מדינת ישראל נ' בית המשפט המחוזי באר-שבע (לא פורסם, 8.10.2006); ע"פ 4596/05 רוזנשטיין נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 30.11.2005) פסקה 53; דיוויד וינר "בעקבות פרשת עמוס ברנס: הזכות החוקתית להליך פלילי הוגן" קריית המשפט ד' (תשס"ד/ה - 2004/5). לעניין השינויים שחלו במעמדה של זכות ההיוועצות ראו בהקשר זה פרשת יששכרוב פסקאות 14-15 לפסק דינה של הנשיאה ביניש; עניין איסקוב בפסקה 23).

על רקע זה אין מנוס מלשוב ולהזכיר, כי זכות ההיוועצות בעורך דין היא אחת הזכויות החשובות הנתונות לנאשם במהלך החקירה המשטרית. רציונאל אחד המונח בבסיסה של זכות זו, הוא הרצון לאפשר לעורך הדין ליידע את הנחקר בדבר מכלול הזכויות המוקנות לו במהלך החקירה, לרבות זכותו לחקירה הוגנת וזכותו שלא להפליל את עצמו (פרשת יששכרוב בפסקה 14 והאסמכתאות המופיעות שם). ברם, לצד הרציונאל הזה מתקיים רציונאל מרכזי נוסף "והוא 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 (לא פורסם, 19.7.2007, ההדגשה הוספה). כן ראו: פרשת יששכרוב בפסקה 14; דן ביין "זכותו של חשוד הנתון במעצר לסנגור בהליכי חקירה – לקראת פתרונות של 'פשרה'" הפרקליט לט(1) 108, 112-109 (תש"ן); יאיר תירוש "הזכות לייצוג משפטי בחקירה – כללי הצייד במבחן המשפט המשווה" משפט וצבא יד 91, 95 (תש"ס). אכן, מטרתה של החקירה המשטרית אינה לחלץ, בכל מחיר, הודאה מפיו של החשוד אלא לתור אחר ראיות לחשיפת האמת (ע"פ 721/80 תורג'מן נ' מדינת ישראל, פ"ד לה (2) 466, 472 (1981); ע"פ 4223/07 פלוני נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 29.11.2007) פסקה 20 לפסק דינו של השופט ג'ובראן), והשמירה על זכות ההיוועצות עם עורך דין מסייעת בקידומה של מטרה זו.

על חוקרי המשטרה להקפיד, אפוא, בזכות ההיוועצות של הנחקר הקפדה יתרה, אשר תשתקף הן במדיניות ברורה של גורמי החקירה באשר לנסיבות בהן ניתן להפעיל את סמכות מניעת המפגש, הן בהצגתה בפני חשוד הנתון בחקירה, והן בהפעלתה על פי המתווה שנקבע בסעיף 34 לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים), התשנ"ו-1996 (להלן: "חוק המעצרים"). כפי שציין בית המשפט המחוזי, לא זו התמונה המצטיירת מעובדות המקרה שלפנינו. מעדויות אנשי משטרה בפני בית משפט קמא עולה בכירור העדרם של נוהל או מדיניות אחידה בדבר הפעלת סמכות מניעת המפגש. ואם בכך לא די, הרי שאף אם הייתי מניח כי שלב הביניים בין ההתוודות בפני המדובבים להתוודות בפני מנצור אכן מהווה חלק אינטגרלי של החקירה – ובשאלה זו, כאמור, אינני מכריע – הרי שמניעת המפגש לא נעשתה על פי הנוהל הקבוע בסעיף 34(ב) לחוק המעצרים, המחייב כי מניעת המפגש תעשה בהחלטה מנומקת בכתב, ולא בדרך של דחיית פניותיו של עורך הדין בלך ושוב.

(ב) שיטות חקירה בלתי הוגנות: מניעת צרכים בסיסיים והשימוש במדובבים

26. כזכור, בהקשר זה נטען, כי במהלך חקירתו של אלזם הופעלו אמצעי חקירה בלתי הוגנים, שעיקרם מניעת צרכים בסיסיים ושימוש בטכניקת דיבוב אקטיבית. אדון בטענות אלה כסדרן.

בפתח הדברים ייאמר, כי הטענה בדבר מניעת צרכים בסיסיים נטענה באופן סתמי וללא כל סימוכין. בנסיבות אלה, ולאור האסמכתאות המובאות בעיקרי הטיעון של המשיבה – והמעידות על כך שמאלזם לא נמנעו צרכים בסיסיים, דוגמת מקלחת

וכדומה – החלטתי שלא להרחיב את הדיון בסוגיה זו וטענות הערעור המתייחסות אליה נדחות.

באשר לשאלה אם הפעלת המדובכים בענייננו מהווה אמצעי פסול שיש בו כדי להצדיק את פסילת ההודאות שמסר אלזם - הטענה העיקרית שהועלתה בהקשר זה הייתה, כי המדובכים שהוכנסו לתאו של אלזם ביצעו את מלאכתם בדרך "כזויה ונלוזה", הואיל והם דובכו אותו באופן שאין אקטיבי ממנו, ואף הסיתו אותו נגד סניגורו.

לא אוכל לקבל טענות אלה. ראשית יודגש, כי עצם השימוש במדובכים מהווה תחבולת חקירה לגיטימית, ואין לראות אותו כמעשה תרמית הפוסל את קבילותה של ההודאה (ע"פ 476/79 בולוס נ' מדינת ישראל, פ"ד לה (1) 785, 806-805 (1980); פרשת דיין בעמ' 411; ע"פ 854/02 אדרי נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 25.3.2002) פסקה 11). השימוש במדובכים אקטיביים, היינו, מדובכים המנסים, באופן פעיל, לחלץ מן החשוד מידע ואינם ממתנינים עד שהוא יחשוף מידע רלוונטי מיוזמתו שלו – נתפס אף הוא כאמצעי חקירה לגיטימי (ע"פ 378/03 פלוני נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 21.4.2005, פסקה 6 לפסק דינו של השופט רובינשטיין. לעמדה אחרת בדבר הלגיטימיות של שימוש במדובב אקטיבי, ראו ניר פלסר "תיחום גבולות השימוש במדובכים משטרתיים סמויים לאור חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו" מאזני משפט ג 439 (תשס"ג-ד). לביקורת על גישתו של פלסר ראו: גדי אשד החקירה המשטרתית והמודיעין האנושי משפט וצבא יח, 223 (תשס"ה)).

בצד האמור יש לזכור, כי השימוש במדובב אינו אלא תחבולה חקירתית, ולפיכך, נוהגת לגביו ההבחנה הרגילה בין תחבולה חקירתית מותרת לתחבולה פסולה:

"הנה כי כן, חוקרי המשטרה רשאים, ולעיתים אף חייבים, להשתמש בתחבולות; אך על האמצעים שהם נוקטים להיות סבירים. מה גדרה של סבירות זו? דומה שאת גבול ההיתר תוחמים שני סייגים עיקריים: האחד, שאין להשתמש בתחבולה המפרה את זכות החשוד להימנע מהפללה עצמית; והשני, שאין לנקוט אמצעי חקירה שהשימוש בהם פוגע בשורת עשיית הצדק. את גבולותיהם של סייגים אלה יש להציב תוך התחשבות בנסיבותיו הקונקרטיות של המקרה הנתון" (ע"פ 2831/95 אלבה נ' מדינת ישראל פ"ד נ(5) 221, 291 (1996). ההדגשות הוספו. להלן: פרשת אלבה. כן ראו: ב"ש 22/87 ביטר נ' מדינת ישראל, פ"ד מא (1) 52, 56 (1987)).

האם חצתה בענייננו פעולתם של המדובבים את הקו המפריד בין תחבולה מותרת לאסורה? להשקפתי, יש להשיב על שאלה זו בשלילה. נזכיר, אלזם שמר בשלביה הראשונים של החקירה, על זכות השתיקה וסרב למסור מידע כלשהו. ברקע חקירתו עמד, כזכור, מקרה רצח שאירע על רקע מלחמה בין גורמים שונים בעולם התחתון, ואשר חייב פענוח מהיר. בנסיבות אלו, הוחלט להיעזר במדובבים, שכאמור, עצם הפעלתם אינה פוגעת בזכות השתיקה, ואין בה משום חוסר צדק. אמת, המדובבים לא שקטו על שמריהם ועשו כל שביכולתם כדי להביא את אלזם לחשוף את חלקו ברצח. הם גם ניסו להעצים – לשם קידום החקירה – את תחושות הבדידות והנטישה שחש אלזם, תוך שהם פועלים בתיאום עם החוקרים, אשר ניצלו את הדברים שמסר אלזם למדובבים כדי לקדם את החקירה הגלויה. אולם, נמצא כי מתכונת פעולתם של המדובבים לא חרגה מגבולות הסביר והמקובל, ולא היה בה כדי לשלול מאלזם את יכולת הבחירה בין חשיפת הפרשה להמשך הסתרתה. הדברים עולים בבירור מדבריו למדובבים, דברים אשר נאמרו מיוזמתו שלו, ותוך שהוא בורר, באופן מושכל ומודע, את המידע אותו חשף בפניהם (ראו לעניין זה עמ' 69 להכרעת הדין). מכאן, שהמבחנים שנקבעו בעניין אלבה לצורך אבחנה בין טכניקת חקירה כשרה לפסולה, מובילים למסקנה לפיה לא נפל פגם באופן הפעלתם של המדובבים במקרה הנוכחי.

אותם טעמים מובילים גם למסקנה לפיה לאור אמות המידה שהותוו בפסק הדין בעניין יששכרוב, הפעלתם של המדובבים אינה מובילה, בנסיבות המקרה שלפנינו, לפסילת התוודותו של אלזם בפניהם. מן הדברים שנאמרו לעיל עולה, כי התוודותו של אלזם לא נבעה מפגיעה – לא כל שכן פגיעה משמעותית וחמורה – באוטונומיה של הרצון החופשי שלו, אלא מהחלטה מודעת ומושכלת שקיבל תוך שהוא מנתב את המצב בהתאם לאינטרסים שלו, כפי שהבין אותם באותה עת.

ג) פיתוי והשאה

27. כזכור, נטען כי במהלך חקירתו הונח לפתחו של אלזם פיתוי – הבטחה להמרת עבירת הרצח שיוחסה לו בעבירה קלה יותר והקלה בעונש – ועקב כך אין לומר כי הודאתו היתה חופשית ומרצון. כבר בפתח הדיון ייאמר, כי טענה זו רלוונטית ביחס להודאות שנמסרו לחוקרים, ולא ביחס להתוודות בפני המדובבים. שהרי משסבר אלזם כי המדובבים הם עצורים שמצבם ומעמדם זהה לשלו, ברור כי לא הייתה להם – מבחינתו – יכולת להבטיחו דבר (והשוו לעניין זה ע"פ 7951/98 ולנסיה נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 5.4.2001) פסקה 8; ע"פ 28/59 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה,

פ"ד יג 1205, 1208 (1959). להלן: ע"פ 28/59; על הראיות חלק ראשון בעמ' 72). טענת הפיתוי וההשאה רלוונטית, אפוא, רק במישור ההודאה שמסר אלזם לחוקרים, אולם משקבענו כי שאלת קבילותה של הודאה זו אינה טעונה הכרעה במקרה שבפנינו, מתייטר הצורך לדון בטענה זו.

28. סיכומם של דברים: להשקפתי, בהינתן קיומה של התוודות מוקדמת בפני המדובבים, אין צורך להכריע בשאלת קבילותה של ההודאה המאוחרת שנמסרה לחוקרים. לגופו של עניין אני סבור, כי דינן של הטענות שהועלו כנגד קבילותה של ההודאה שנמסרה למדובבים להידחות, וכי הודאה זו קבילה כראיה לכל דבר ועניין. אוסיף ואומר, כי נוכח קביעתי זו, מתייטר הצורך לדון בטענתו של אלזם לפיה עם תום משפט הזוטא היה על בית המשפט לקבוע, מכוחו של סעיף 158 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב] התשמ"ב-1982, כי אשמתו לא הוכחה. בשלב זה עמדה בפני בית המשפט המחוזי הודאה קבילה של אלזם בדבר מעורבותו ברצח, וברי כי אין מדובר במצב דברים בו אין בנמצא ראיות לכאורה להוכחת האשמה עליו חל סעיף 158 לחוק סדר הדין הפלילי. שאלה נפרדת היא, מהו משקלה הפנימי של הודאה זו, ואם נמצאו לה התימוכין הראייתיים הדרושים. בשאלה זו אעסוק להלן.

ההשגות כנגד משקלה של ההודאה בפני המדובבים וידיעת הפרטים המוכמנים

29. עו"ד נהרי טען בפנינו, כי אף אם נותיר על כנה את קביעתו של בית המשפט המחוזי בדבר קבילותה של ההתוודות בפני המדובבים, הרי שמשקלה של זו אפסי. בנוסף, העלה עו"ד נהרי בפנינו שורה של טענות ביחס לפרטים מוכמנים שנכללו בהודאותיו של אלזם, הואיל ולטעמו אלה אינם מספקים את התמיכה הנדרשת להודאות. יצוין, כי חלק מן ההשגות שהועלו בפנינו רלוונטיות להודאה שנמסרה לחוקרים ולא להתוודות בפני מדובבים, העומדת, כזכור, בליבת הדיון. אשר על כן יפורטו להלן אלו מבין טענותיו של עו"ד נהרי הרלוונטיות להתוודות בפני המדובבים, ואליה בלבד.

30. ראשית, נטען כי העובדה שאלזם זיהה אופנוע מסוג 'טימקס' כחול מחוץ לחדר החקירות, כאופנוע ששימש אותו ואת שותפו, אינה יכולה להיחשב פרט מוכמן. זאת, מאחר שלא הוצגה כל ראיה התומכת בהימצאותו של אופנוע מסוג זה בזירה. העד אילן נעמן – אשר ליווה את המנוח לרכבו יום לפני הרצח – היה היחיד שמסר תיאור של אופנוע כזה, אולם גרסה זו נמסרה לראשונה תשעה חודשים לאחר האירוע. בהקשר זה נטען עוד, כי החוקרים הובילו את אלזם לדווח על אופנוע 'טימקס' כחול, בכך שהציבו

רכב כזה בתחנת המשטרה, הראו לו תמונה של האופנוע במהלך חקירתו, ועימתו אותו עם בן דודו שהחזיק באופנוע מסוג זה. עוד נטען, כי אף בדבריו של אלזם בעניין סוג האקדחים ששימשו לביצוע העבירות אין לראות פרטים מוכמנים, הואיל ולא נקבע כל ממצא באשר לסוג האקדחים מהם נורה המנוח. לבסוף, טען הסנגור המלומד כי הודאותיו של אלזם 'שותקות' לגבי שורה של עניינים מהותיים – לרבות מקום המחבוא של הנשק והבגדים שלבשו מבצעיו של הרצח, זווית הירי במנוח, העובדה שעל הנשק ששימש לרצח הורכב משתיק קול, ועוד – וכל אלה מטילים צל כבד על אמיתות הודאתו.

ד"ר

31. כידוע, מכוח ההלכה הפסוקה נקבע משקלה של הודאה על פי שני מבחנים מצטברים: המבחן הפנימי - המבקש לבחון את משקלה של ההודאה לגופה לאור סימני האמת העולים ממנה - והמבחן החיצוני, המבקש לבחון קיומן של אינדיקציות ראייתיות מסוג "דבר-מה נוסף" התומכות בהודאה (ראו פרשת מילשטיין, פסקאות 16 - 17 לפסק הדין והאסמכתאות המופיעות שם; ע"פ 6613/99 סמירק נ' מדינת ישראל פ"ד נו (3) 529, 557 (2002); פרשת לוי בעמ' 235). להשקפתי, בענייננו, שני המבחנים גם יחד מובילים למסקנה כי יש לייחס להודאתו של אלזם משקל מכריע, ודי בה – בהצטרפה לאינדיקציות החיצוניות אליהן אתייחס בהמשך – כדי לבסס את המסקנה בדבר מעורבותו של אלזם ברצח.

ראשית אומר, כי קביעותיו של בית המשפט המחוזי לעניין משקלה של ההתודות בפני המדובבים גופה – מקובלות עלי. כפי שצוין בהכרעת הדין, אלזם גולל את סיפור הרצח בפני המדובבים כמשיח לפי תומו, לאחר שבמהלך ימי המעצר טעה לחשוב כי המדובבים הם אנשי אמונו. אלזם עשה זאת בהמשך להחלטה מודעת שקיבל לחשוף את גרסתו בחקירה, ומתוך רצון להיעזר בניסיונם של המדובבים כדי להודות בפני החוקרים בכפוף לתנאים שיכתיב להם. בנוסף, כפי שציינתי, גרסה זו ניתנה מרצונו הטוב והחופשי של אלזם, ומבלי שהופעלו עליו אמצעים שהסבו פגיעה באוטונומיה של הרצון החופשי שלו. אוסיף ואומר, כי אף לגופו של עניין עולים מהודאה זו סימני אמת, הנלמדים משליטתו של אלזם בפרטים המרכזיים של אירוע הרצח והסדר ההגיוני שבו תוארו. בהקשר זה אוסיף, כי העובדה שהגרסה שנמסרה למדובבים איננה כוללת את כל פרטי האירוע – כפי שאלה נחשפו בהודאה שמסר אלזם למנצור – אינה מפחיתה ממשקלה של גרסה זו. נזכור, כי מדובר בשיחה שניהל אלזם לפי תומו עם שותפיו לתא, תוך שהוא מבקש לקבל ייעוץ בדבר האופן בו יחשוף את

גרסתו בפני החוקרים, ולא במעמד פורמאלי ומסודר של מסירת עדות. משכך, העובדה שבשיחה זו לא נחשפו פרטי האירוע כולם אינה מעוררת, לדעתי, תמיהות ואין בה כדי להפחית ממשקלה הפנימי של הגרסה שמסר אלזם למדובכים. סיכומו של דבר אני סבור, כי התוודותו של אלזם בפני המדובכים עומדת במבחן המשקל הפנימי.

32. באשר לדרישה לראיות החיצוניות המוסיפות נופך של מהימנות להודאה, נקבע כי דרישה זו היא "גמישה ובעלת רקמה פתוחה" (עניין מילשטיין, בפסקה 20), ועשויה לבוא על סיפוקה בדרכים שונות, לרבות בשקרו של הנאשם; הפרכתה של טענת אליבי; ידיעת פרטים מוכמנים; התבטאויות המעידות על תחושת אשם מצד הנאשם; הוכחה המצביעה על הימצאותו בזירת האירוע בעת ביצוע העבירה; שחזור האירוע בידי הנאשם, ועוד. ולעניינו של ערעור זה - פרטיה המהותיים של הודאת אלזם זכו לאישוש בראיות חיצוניות שונות, שדי בהן כדי להוות "דבר-מה נוסף" לביסוס ההודאה. ראשית, כפי שצינתי, רצח המנוח תועד על ידי מצלמות האבטחה. סרט הוידאו שהופק מהן מאמת את עיקרי ההתרחשות כפי שתיאר אותם אלזם באוזני המדובכים, לרבות המילוט מן הזירה על-גבי אופנוע מסוג "טימקס", שזוהה על ידי אלזם מחוץ לחדר החקירות; העובדה ששני הרוצחים חבשו לראשיהם קסדות; נוכחותה של אשת המנוח בזירה; שריפת הרכב; ושימוש בשני אקדחים לשם ירי במנוח. לאלה, מצטרפות גם הכוויות על ידיו של אלזם, המחזקות את גרסתו בפני המדובכים, לפיה הוא נפגע בידיו כאשר הצית את הרכב עימו הגיעו הוא ושותפו לזירה. אזכיר, כי בית המשפט המחוזי לא נתן אמון בהסבריו של אלזם לעניין היווצרותן של אותן כוויות, כפי שדחה את הטענה לפיה יכול היה אלזם לדעת את הפרטים המוכמנים ממקורות שונים מבלי להיות נוכח בזירה. אלה הם ממצאים שבעובדה אשר נקבעו בידי הערכאה הדיונית, ולא מצאתי מקום או עילה להתערב בהם. אשר על כן, מסקנתי היא כי המבחן החיצוני למשקלה של ההודאה – קיומו של "דבר-מה נוסף" – מתקיים בענייננו.

33. בטרם חתימת הדיון, מצאתי לנכון להתייחס לשאלת משקלו של התמליל ת/36 אשר הוגש – בהסכמת הצדדים – כראיה בערעור. מן התמליל עולה, כי בשיחה שנערכה בין אלזם למדובב סמוך לפני הגשת כתב האישום, הכחיש אלזם כליל את מעורבותו ברצח המנוח, וטען כי הודה בלחצם של איומים שהופנו אליו, פעולתם של המדובכים שפיתו אותו, ומאחר ונמנע ממנו לפגוש את עורך דינו (עמ' 3-5 לתמליל ת/36). הקלטת ת/36 הועברה, עוד במהלך הדיון בבית המשפט המחוזי לידיה של ההגנה, ובית המשפט המחוזי סבר כי משנמסרה להגנה הראיה העיקרית (הקלטת), אין מקום לחייב את התביעה לתמלל אותה (עמ' 56 לפרוטוקול). חרף אותה החלטה לא

טרחה ההגנה להגיש לבית המשפט המחוזי תמליל מטעמה, ומותר לתהות מדוע נמנעה מכך אם סברה כי היה באותו תמליל כדי לסייע בהגנת המערער. כך או כך, נוכח מארג הראיות עליו עמדתי, משקלו של התמליל האמור אינו רב, שכן כפי שהבהירה המשיבה במהלך הדיון בבית משפט קמא, תרגיל הדיכוי שתועד בתמליל של קלטת ת/36 נעשה כניסיון אחרון לחלץ מאלזם פרטים נוספים אודות מעורבים אחרים ברצח, ובאותו שלב, ניתן היה להניח כי אלזם כבר היה מודע לכך שבני שיחו הם מדובבים מטעם המשטרה (עמ' 64 לפרוטוקול).

34. לסיכום, הודאתו של אלזם הייתה, כשלעצמה, אותנטית ובעלת משקל, ובנוסף היא אומתה, ברמה הנדרשת, בראיות חיצוניות נוספות. נוכח כך אני סבור כי די היה בהודאה זו – בהצטרפה לראיות החיצוניות עליהן עמדתי – כדי לבסס את הרשעתו של אלזם בעבירת הרצח.

הטענות באשר לתעודת החיסיון

35. עניין נוסף אליו התייחס הערעור, הוא החלטתו של בית-המשפט המחוזי בעתירה לגילוי ראיה שהוגשה במהלך המשפט. העתירה התייחסה לשתי תעודות חיסיון שהוצאו מכוח סעיף 45 לפקודת הראיות: האחת אסרה על גילוי זהותם של מי שמסרו למשטרה מידעים מודיעיניים במהלך החקירה, בעוד שהתעודה השנייה אסרה לגלות את תוכן חקירתו של אחד – יורם אמירה, שנחשד תחילה במעורבות בפרשה, אולם בסופו של יום לא הוגש נגדו כתב-אישום. לאחר שעיינתי בחומר הראיות הרלוונטי, דחה בית המשפט את העתירה הואיל והגיע למסקנה כי אין בו כדי לסייע להגנתו של אלזם, וכי חשיפתו תפגע קשות באינטרס הציבורי ואף עלולה לסכן חיי אדם. בא-כוחו של אלזם סבור כי החלטה זו שגויה היא, שכן המידעים המודיעיניים מצביעים על כך שאדם אחר ביצע את הרצח, דבר ההופך את מוסרי המידעים לעדי הגנה פוטנציאליים. באשר לחקירתו של יורם אמירה, נטען כי העובדה שלא זומן כעד תביעה מתיישבת עם ההנחה כי מסר בחקירתו עובדות התומכות בחפותו של אלזם.

דיון

36. סעיף 45 לפקודת הראיות – מכוחו הוצאה תעודת חיסיון שלהסרתה עתר אלזם – קובע, כי "אין אדם חייב למסור, ובית המשפט לא יקבל, ראיה אם שר הביע דעתו, בתעודה חתומה בידו, כי מסירתה עלולה לפגוע בעניין ציבורי חשוב, אלא אם מצא בית המשפט הדן בדבר, על פי עתירת בעל דין המבקש גילוי הראיה, כי הצורך לגלותה

לשם עשיית צדק עדיף מן העניין שיש לא לגלותה". בהידרשה לפרשנותה של אמת-מידה זו קבעה הפסיקה, כי בגדרי ההליך הפלילי עשיית צדק משמעותה ניהולו של הליך פלילי הוגן, המוביל לחשיפת האמת, לזיכוי החף ולהרשעת החייב ואינו כרוך ביצירתו של עיוות דין (ב"ש 838/84 ליבני נ' מדינת ישראל פ"ד לח (3) 729, 738 (1984); ע"א 2629/98 השר לבטחון פנים נ' וולפא, פ"ד נו(1) 786, 793 (2001). להלן: עניין וולפא; ע"פ 951/80 קניר נ' מדינת ישראל, פ"ד לה (3) 516, 505 (1981); ע"פ 1903/99 חסין נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 7.4.2008) פסקה 7; נ' זלצמן "אמת עובדתית" ו'אמת משפטית" - מניעת מידע מבית-המשפט לשם הגנה על ערכים חברתיים" עיוני משפט כד 263 (תשס"א)). מכאן המסקנה שמקום בו חומר הראיות לגביו הוצאה תעודת החיסיון חיוני להגנת הנאשם, יש להורות על גילוי. ודוק: שאלת חיוניותה של ראייה פלונית להגנתו של נאשם אינה אקדמית או תיאורטית, אלא היא נבחנת על פי נסיבותיו הקונקרטיות של כל מקרה, תוך הערכה של מקומה ומשקלה במכלול הראייתי; לאור טיבה של המחלוקת הנטושה בין הצדדים; נוכח ממצאיה של הכרעת הדין; ולאור השאלה אם בראייה זו גלום פוטנציאל העשוי – על פי קנה מידה אובייקטיבי – לעורר ספק סביר באשמתו של הנאשם (בש"פ 1924/93 גרינברג נ' מדינת ישראל, פ"ד מז(4) 766, 771 (1993); בש"פ 6392/97 בלביסי נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(5) 176, 181 (1997); ע"פ 621/01 מדינת ישראל נ' חמדאן, פ"ד נה(2) 823, 828 (2001). להלן: עניין חמדאן; דברי השופט דורנר בע"פ 889/96 מזאריב נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(1) 443, 433 (1997)).

37. השאלה הניצבת בפנינו היא, אפוא, אם לאור המכלול הראייתי עליו עמדתי, חשיפת זהותם של מוסרי המידעים – שתוכנם נמסר לאלזם – וחשיפת תוכן הודעותיו של אמירה הייתה חיונית להגנה הואיל והיתה עשויה, על פי קנה מידה אובייקטיבי, לעורר ספק סביר באשמתו. להשקפתי, על שאלות אלו יש להשיב בשלילה. כפי שצינתי, הרשעתו של אלזם התבססה על הודאתו שלו – שנתמכה בשורה ארוכה של ראיות תומכות שנמצאו לה. מן הטעם הזה, שאלת זהותם של מקורות שמסרו ידיעות בתחילת החקירה אינה יכול לעורר ספק, סביר ומשמעותי, במעורבותו של אלזם ברצח. לכך יש להוסיף את קביעתו של בית המשפט המחוזי, לפיה חלק מהמידעים הינם בגדר שמועות שמקורן עלום; לגבי חלקן, די במסירת תוכנן כאשר חשיפת מוסרן אינה יכולה להועיל להגנה; בחלק מהמקרים קיים ריחוק בין המקור למעורבים הנטענים; ובחלק אחר של המקרים כלל לא ניתן לזהות את המקור לידיעה (עמ' 6 להחלטה בעתירה להסרת החיסיון). עוד יצוין, כי חרף כך שאלזם קיבל לידי את תוכנן של הידיעות, הוא נמנע מלזמן עדי הגנה מטעמו, ובכללם יורם אמירה, שהתביעה וויתרה על העדתו. סיכומו של דבר, טענות הערעור לעניין אי-הסרתו של החיסיון נדחות.

מעורבותו של אלזם – ביצוע בצוותא או טיוע?

38. הסוגיה האחרונה אליה מתייחס הערעור, היא קביעתו של בית-המשפט המחוזי כי אלזם הינו מבצע בצוותא של הרצח, חרף העובדה שלא נטל חלק בירי. נטען, כי מעשיו של אלזם – המסתכמים בהצתת הרכב וגניבת השלט – נועדו להקל על מבצעה העיקרי של העבירה להימלט, ובנסיבות אלו יש לראותו אך כמסייע. עוד נטען, כי מהודאותיו של אלזם עלה כי הוא לא יזם את ביצוע העבירות, לא הכיר את המנוח, לא היה שותף לקבלת ההחלטות בנוגע לאירוע, ועל כן יש לראותו שותף משני בלבד.

דיון

39. קביעתו זו של בית המשפט המחוזי לעניין מעמדו של אלזם במעגל העברייני, מקובלת עלי, ולא מצאתי עילה לשנות ממנה. בפסיקתו של בית משפט זה נקבע, כי מבצעים בצוותא הם מי שנטלו חלק ישיר בביצוע העבירה ושימשו גוף אחד לביצועה (ע"פ 2796/95 פלוניס נ' מדינת ישראל פ"ד נא(3) 388, 403 (1997)). להלן: פרשת פלוניס), שעה שפעולתו של כל אחד מהם מהווה חלק פנימי ואינטגרלי של הביצוע העיקרי, ובכל אחד מהם מתקיים היסוד הנפשי להרשעה ומודעות לעצם הפעולה בצוותא (ע"פ 2103/07 הורוביץ נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 31.12.2008), פסקה 47; ע"פ 5727/00 פינצ'וק נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 13.3.2003), פסקה 7). בהקשר זה יודגש, כי ביצוע פיסי של יסוד מיסודות העבירה אינו תנאי הכרחי להגדרתו של פלוני כמבצע בצוותא (פרשת פלוניס בעמ' 403; ע"פ 2801/95 קורקין נ' מדינת ישראל, פ"ד נב(1) 791, 802 (1998); ע"פ 3006/96 מטיאס נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 8.9.1997)). כבית המשפט המחוזי אף אני סבור, כי היסודות הדרושים להרשעתו של אלזם כמבצע בצוותא של עבירת הרצח – עליהם עמדתי לעיל – מתקיימים בעניינו. חרף כך שאלזם לא היה זה שירה במנוח, הרי שמדבריו למדובכים עולה בבירור כי הוא היה חלק מן ההיערכות המוקדמת לביצוע הרצח, בין היתר, בדרך של שינוי המספר שהתנוסס על אופנוע המילוט; המארב למנוח בו השתתף יחד עם שותפו; והצתה של הרכב בו הגיעו לזירה כדי לסלק ראיות מפלילות. מהתיאורים שמסר אלזם למדובכ עולה, אפוא, כי מעשיו בוצעו על רקע תכנון מוקדם ו"חלוקת עבודה" ברורה מוסכמת בינו לבין שותפו, וכי בניגוד לנטען כאן, הוא לא היה גורם שולי בביצוע המעשה. כל אלה מובילים למסקנה כי לא הוכחה עילה לשנות מקביעתו של בית המשפט המחוזי לפיה ביצע אלזם את עבירת הרצח בצוותא חדא עם שותפו.

סיכומו של דבר, דעתי היא כי דינו של הערעור להדחות.

40. לאחר הדברים האלה הביעו חברי את דעתם, ובעקבות כך נטלתי לעצמי חרות להוסיף את אלה:

(א) השופטת חיות סבורה, כי בעקבות ההלכה שנפסקה בעניין יששכרוב, לא ניתן עוד להסתפק במבחן היחיד לפיו בחן בית משפט קמא את קבילות הודאותיו של אלזם, היינו, בחינת השפעתם של פעולות המדובבים והחוקרים על אוטונומיית הרצון וחופש הבחירה שלו, אלא יש לבחון את קבילות הודאותיו של אלזם גם על פי דוקטרינת הפסילה הפסיקתית. לעמדתה, יש לפסול את התוודותו של אלזם בפני המדובבים מכוחה של דוקטרינה זו, הואיל ובנסיבות המקרה שלפנינו "חרגו פעולות המדובבים... מגדר התחבולות הלגיטימיות בחקירה והתדרדרו לכלל פעולות פסולות החותרות תחת זכויותיו הבסיסיות ביותר של אלזם כחשוד בהליך פלילי ובהן: זכות השתיקה וזכות ההיוועצות" (פסקה 5 לחוות דעתה של השופטת חיות). את עיקר ביקורתה מכוונת השופטת חיות כלפי ניסיונותיהם של המדובבים לשכנע את אלזם כי עורך דינו דאז, אינו מייצגו נאמנה וכי עליו להחליפו באחר, ובהקשר זה היא סבורה כי הדברים שאמרו המדובבים לאלזם עלו לכדי מעורבות-יתר בסוגיות שעסקו בזכות הייצוג שלו, והייתה בהם משום הסגת גבול אסורה למתחם מוגן בו אין דריסה לחוקרים, סוכנים או מדובבים. ועוד היא סבורה, כי המדובבים ייעצו לאלזם שלא לשמור על זכות השתיקה כפי שיעץ לו עורך הדין זילברברג, אלא לפתוח בפני החוקרים את סגור לבו (פסקה 6 לחוות דעתה של השופטת חיות), ובכך היה כדי לפגוע בזכות השתיקה של אלזם. את מסקנותיה באשר להתנהלותם של המדובבים סיכמה השופטת חיות כך:

"במקרה דנן עולה בבירור מחילופי הדברים המצוטטים כי פעילות המדובבים היא שגרמה לאלזם לוותר על זכות השתיקה, בניגוד לעצה מפורשת שקיבל בעניין זה מסניגורו אותה חשף בפני המדובבים...כפי שצוין מכיר הדין הישראלי בפעילותם של מדובבים אקטיביים כתחבולה לגיטימית, גם אם יש בפעילות זו כדי לגרום לחשוד להפר את שתיקתו ולספר למדובבים פרטים על האירוע שבגיניו הוא נחקר...אך דומה כי במקרה דנן חצו המדובבים את הגבול. הם שידלו את אלזם לוותר על זכות השתיקה, לאחר שגרמו לו לפקפק בעצותיו של הסניגור. לצורך כך לא היססו המדובבים להטיל דופי ביושרה המקצועית של סניגורים בכלל ושל הסנגור המסוים בפרט ואף שכנעו את אלזם לפטור ובינתיים השיאו הם לאלזם עצות 'משפטיות', תוך הצגה מוטעית של הדברים... ופיתוח תלות מצד אלזם בהם... בכך,

כאמור, פגעו המדובבים לא רק בזכות השתיקה שעמדה לאלזם אלא גם בזכות נוספת שהוכרה בדין כזכות מן המעלה הראשונה העומדת לחשוד בפלילים, היא הזכות להיות מיוצג בידי עורך דין ולהיוועץ בו" (פסקה 7 לפסק דינה של השופטת חיות).

בגין פגיעה בזכויות אלה, קובעת השופטת חיות, כי ראוי "לפסול כבלתי קבילה את הודאתו של אלזם בפני המדובבים וכן את הודאותיו בפני החוקרים ובמהלך השחזור משום שהודאות אלה ניתנו כולן בעקבות התחבולות הפסולות שנקטו המדובבים בענייניו וכתוצאה ישירה מאותן תחבולות" (פסקה 8 לחוות הדעת). עוד היא סבורה, כי פעולתם של המדובבים פגעה בחופש הרצון של אלזם ומשכך, פסילת הודאותיו מתחייבת גם מכוחו של סעיף 12 לפקודת הראיות.

(ב) המחלוקת בין חברתי לביני מתרכזת, למעשה, בזיקה שבין התודותו של אלזם בפני המדובבים להודאה הפורמאלית שמסר לחוקרים, ובשאלה אם בנסיבות המקרה שלפנינו חרגה הפעלתם האקטיבית של המדובבים מן הסביר והמקובל, עד שהפכה לתחבולת חקירה שהשימוש בה אינו לגיטימי.

כפי שציינתי בחוות-דעתי, הפסיקה ראתה את החקירה הגלויה בפני אנשי רשות ואת החקירה הסמויה בידי מדובבים כשני מהלכי חקירה נפרדים, ולהשקפתי, כך נכון להתייחס לשני מהלכי חקירה אלה גם בעניינינו. מכך מתחייבת, כמובן, גם התייחסות שונה לשתי ההודאות שמסר אלזם. אוסיף ואומר, כי גם לאחר שעיינתי היטב בחוות דעתה של חברתי, לא שוכנעתי כי בנסיבות המקרה שלפנינו פעלו המדובבים תוך חריגה קיצונית ממתכונת ההפעלה הרגילה, עד כדי הפרת זכויותיו של אלזם. באשר לזכות ההיוועצות בעורך דין, הטכניקה בה פעלו המדובבים הייתה פשוטה. הם זיהו את כעסו של אלזם כלפי עורך דינו, הבינו כי הוא חש שנזנח לאנחות, וניסו למנף את תחושותיו אלו לשם קידום החקירה. ויודגש, המדובבים לא היו אלה שנטעו בקרבו של אלזם את המחשבה שעורך דינו זנח אותו. תחושה זו של אלזם מקורה היה בזעם שחש הוא עצמו כלפי הסנגור, נוכח התנהגותו בדיון בהארכת המעצר, ועקב כך שלא בא לבקרו במהלך סוף השבוע בו היה עצור. אלזם הביע את תחושותיו בעניין זה באופן ברור (ובוטת) בפני המדובבים. כך, במקום אחד הוא אמר: "העו"ד הבן זונה שלי, אני אזיין אותו. מאנייק זה אמרתי לך. וואלה זה משגע אותי. מעניין למה הוא לא בא הבן זונה" (עמ' 3 לת/37-32). ובמקום אחר הוא אמר: "הוא אפילו לא בא לתחנה, לא כלום, הוא שום דבר... תיק אחושרמוטה, הוא לוקח אותי, עדיין לא רואה אותי בכלל. היה יותר עדיף אני אעלה לבית המשפט לבד" (עמ' 80 לת/37-34). אלזם גם התייחס

מפורשות להתנהלותו של עורך הדין זילברברג בהליך הארכת המעצר שהתנהל בעניינו:

”אני אומר לך אין לי עו”ד. אפילו לא אמר לי שקיבלתי ימים... זרק אותי ישר ככה, אמר לו טוב, יאללה, קחו אותו, תביאו את זריהן... אני גם לא יודע כמה ימים יש לי. השוטר אמר לי... הביא לי אני רואה הארכה עד השמיני. איזה בן זונה הוא אני לא מאמין” (עמ’ 79 לת/37-34).

תחושותיו של אלזם כלפי סנגורו לא היו, אפוא, פרי פעולתם של המדובבים, אלא נבעו ממכלול נסיבות מעצרו של אלזם. דבריה של חברתי בדבר חובתן של רשויות החוק לכבד את זכות ההיוועצות של חשוד או נאשם בפלילים – דברי טעם הם, ובית משפט זה עמד לא אחת על כך שמחובתן של הרשויות לכבד את זכות ההיוועצות של נאשם בפלילים, נגזר גם איסור על שלילה גורפת וכללית של אמון הנאשם בעורך הדין המייצג אותו (וראו לעניין זה: ע”פ 7443/06 ארקה נ’ מדינת ישראל (לא פורסם, 28.9.2008) פסקה 32 לפסק דינו של השופט גרוניס; ע”א 4241/06 לוי נ’ מדינת ישראל (לא פורסם, 12.3.2009) פסקה 17 לפסק דינה של השופטת ארבל). אולם, המקרה שבפנינו שונה מאותם מקרים אשר נדונו בפסיקה, הן משום שאין מדובר בפעולת חקירה של חוקרים אלא בפעולה של מדובבים, והן משום שתחושותיו של אלזם עצמו הם שהביאו לפגיעה באמונו בסנגורו.

ג) לעניין זכות השתיקה אומר, כי עקרונית, ניסיונם של המדובבים לעודד את אלזם להתוודות בפני חוקריו אינו פסול בעיני. זו הייתה תכלית הפעלתם, והפסיקה כבר קבעה לא אחת כי אין בעידוד כזה כדי להפר את זכות השתיקה של חשוד בפלילים. חברתי מציינת בחוות דעתה, כי ”מזכות השתיקה נגזרת חובת החוקר להבהיר לחשוד טרם שימסור גרסתו, כי אין הוא חייב לומר דבר, וזאת על מנת לוודא כי הוא ער לזכותו הבסיסית לשתיקה, וכן על מנת לוודא כי ויתר במודע ומתוך רצון חופשי על זכות זו בעת מסירת אמרתו. במקרה דנן עולה ברור מחילופי הדברים המצוטטים לעיל, כי פעילות המדובבים היא שגרמה לאלזם לוותר על זכות השתיקה, בניגוד לעצה מפורשת שקיבל בעניין זה מסניגורו אותה חשף בפני המדובבים” (פסקה 7 לחוות דעתה של השופטת חיות). מאליו ברור, וזאת הדגישה גם השופטת חיות בחוות דעתה, כי כריכתן של חובת האזהרה והפעלת מדובבים יחד בכריכה אחת - איננה מתקבלת על הדעת, שכן אזהרה כזו שומטת את הקרקע תחת האפשרות להפעיל מדובבים בחקירה. כך או כך, כבית המשפט המחוזי אף אני סבור, כי הקשר הסיבתי בין הפעלתם של המדובבים להתוודותו של אלזם - אינו כה ברור ומובהק. בית המשפט

המחוזי קבע - לאחר שבחן את הראיות ושמע את עדותו של אלזם עצמו - כי התוודותו לא באה על רקע אמצעי החקירה שהופעלו כלפיו. אמצעים אלה לא היו אמנם נטולי השפעה, אולם בסופו של יום קיבל אלזם החלטה מודעת ומושכלת להודות. החלטה זו נבעה מאמונתו - שהתבררה, בסופו של דבר, כמוטעית - כי בידי החוקרים מצוי מידע הקושר אותו לרצח המנוח. קביעה זו, שהיא קביעה עובדתית, עולה לדעתי בקנה אחד עם הדברים שאמר אלזם למדובבים ולחוקרים, וכן עם דברים שאמר מעל דוכן העדים בבית המשפט. סיכומו של דבר, אינני סבור כי בהפעלתם של המדובבים בענייננו נפל פגם המצדיק את פסילת התוודותו של אלזם בפניהם.

ש ו פ ט

השופטת א' חיות:

לצערי, איני רואה עין בעין עם חברי השופט א' לוי באשר לתוצאותיו של ערעור זה ואילו נשמעה דעתי היה הערעור מתקבל והיינו מורים על זיכוי של המנוח יונתן אלזם (להלן: אלזם) מעבירת הרצח ומעבירת קשירת הקשר לביצוע פשע בהן הורשע. אלה טעמי -

1. הרשעתו של אלזם התבססה בעיקרה על הודאות שמסר לגבי מעורבותו בביצוע הרצח: האחת בפני המדובבים שהוכנסו לתא המעצר בו הוחזק (הודאה מיום 5.1.2004, ת/37-56 (להלן: ההודאה בפני המדובבים), והשניה בפני חוקרי המשטרה בחקירתו הגלויה (הודאה מיום 5.1.2004, ת/29, להלן: ההודאה בפני החוקרים). כמו כן שב אלזם והודה במעשים שיוחסו לו במהלך שחזור הרצח שנערך ביום 6.1.2004 (ת/30, להלן: השחזור). בבית המשפט המחוזי ניהל אלזם "משפט זוטא" בו טען כי ההודאות שמסר אינן קבילות, בין היתר, משום שנמסרו כתוצאה מלחצים נפשיים שהפעילו עליו חוקרי המשטרה והמדובבים שהוכנסו לתאו וכן משום שמנעו ממנו שלא כחוק להיפגש עם עורך דינו. בהחלטתו מיום 20.2.2005 החליט בית המשפט המחוזי לקבל את הודעותיו של אלזם אך ראה לציין כי הוא עושה זאת "לא בלב קל" בקובעו כי אין לבטל את הטענות הקשות שהעלה אלזם נגד התנהלות חוקרי המשטרה במקרה דנן, במיוחד בכל הנוגע למניעת המפגשים עם עורכי דינו. זאת להבדיל מטענותיו בעניין המדובבים שהסתייעות בהם על ידי המשטרה, כך קבע בית המשפט, כבר הוכרה

כ"תחבולה חקירתית מותרת". בית המשפט הוסיף וקבע עם זאת כי התנהלות החוקרים "קשה וראויה לגינוי ככל שתהיה" אינה מציבה בסיס אובייקטיבי לפסילת הודאותיו של אלזם בפניהם בהדגישו כי יש לבחון בכל מקרה ומקרה האם התחבולה שנקטה כנגד הנחקר יש בה כדי לשלול את יכולת הבחירה שלו, אם לא ובמקרה דנן, כך קבע, לא נשללה יכולת הבחירה של אלזם, וכלשונו:

"גם אם לכאורה נעשה בתיק זה, שימוש באמצעי פסול, הרי, אין גם מנוס מקביעה, כי לא בגין השימוש באמצעי הזה, באה ההודעה מפי הנאשם, אלא בגין החלטתו שלו לנקות מצפונו, כמוצהר בהודעתו, מבלי להכחיש" (שם, פסקה 8).

על דברים דומים חזר בית משפט קמא בהכרעת הדין מיום 8.11.2005 בציינו:

"במרכז הנימוקים לדחיית טענות ההגנה במשפט הזוטא, ניצבה המסקנה אליה הגענו, כי גם אם ענין לנו בהתנהלות פסולה של החוקרים, כנטען, וגם אם באמצעים פסולים בהם נקטו אלה, עסקינן, הרי, אין מדובר באמצעים פסולים קיצוניים, הגוררים פסלות אוטומטית של הודאה שנגבתה במסגרתם.

...

ככאלה, לא די היה בקביעת פגימותם של האמצעים הנדונים, או, בהכרזה על פסלותם, על מנת לקבוע אי קבילות ההודאות שנגבו באמצעותם. עדיין, נדרשה בחינת השלכותיהם על הנאשם הספציפי הזה, סובייקטיבית, שרק אם שללו אלה את רצונו החופשי של הנאשם, והביאוהו להודות במה שלא עשה, דינן פסילה.

לשון אחר, המבחן העיקרי שהצבנו לנגד עינינו בבחינת קבילותן של ההודאות, היה, מבחן החופשיות והרצון באמירתן על ידי הנאשם, ובנגזר, שאלת האמת העולה מהן" (פסקה 51 להכרעת הדין).

בית המשפט הוסיף וציין בהכרעת הדין כי ההתוודות של אלזם לא באה בעקבות האמצעים שנקטו נגדו או בעקבות שבירת רוחו "אלא בעקבות החלטה מודעת שקיבל" ובאשר למניעת המפגש עם עורך הדין שרון נהרי לפני ההודאה בפני החוקרים קבע בית המשפט כי אף שיש לגנות את התנהגות חוקרי המשטרה בהקשר זה אין מקום לפסול את ההודאות שכן -

"לא היה בהתנהלות המתוארת של החוקרים בכל הנוגע לכיבוד זכות המפגש וההיוועצות של הנאשם, כדי להביאו למצב של שבירת רוח ושל התוודותו, שלא מרצון על מעשים שלא עשה, וממילא לא היתה למניעה

זו השלכה על האמת שהשתקפה מהודאותיו" (פסקה 69 להכרעת הדין).

כנגד קביעות אלה ואחרות מופנה הערעור שבפנינו אשר הוגש על ידי יורשיו של אלזם לאחר שהוא מצא את מותו בין כותלי הכלא. משלא העלתה המשיבה טענת סף באשר להגשת הערעור על ידי היורשים ראינו להידרש לגופן של הטענות שהועלו בערעור (לרציונל שביסוד גישה זו ראו והשוו: תקנה 36 לתקנות סדר הדין הפלילי, תשל"ד-1974; ע"פ 1619/00 אלרוזי נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 28.11.2000)).

2. כשישה חודשים לאחר שיצאה תחת ידי בית המשפט המחוזי הכרעת הדין המרשיעה בעניינו של אלזם ניתן בבית משפט זה פסק הדין בע"פ 5121/98 יששכרוב נ' התובע הצבאי הראשי (לא פורסם, 4.5.2006) (להלן: עניין יששכרוב), שכבר נזכר בפסק דינו של חברי השופט א' לוי, ובו נקבעה הלכה חדשה בכל הנוגע לקבילותן של ראיות אשר הושגו בדרך פסולה. ככל שהדבר נוגע לקבילותן של הודאות נאשמים הוכרו בעניין יששכרוב שני מסלולים לבחינתה של שאלת הקבילות: האחד הוא המסלול הסטטוטורי הקבוע בסעיף 12 לפקודת הראיות [נוסח חדש], תשל"א-1971 (להלן: פקודת הראיות) לפיו תהא הודאה קבילה "רק אם הביא התובע עדות בדבר הנסיבות שבהן ניתנה ההודאה ובית המשפט ראה שההודאה היתה חפשית ומרצון". על פי סעיף זה, כך נקבע בעניין יששכרוב, תפסל הודאה אם הוכח כי נגרמה "פגיעה משמעותית וחמורה באוטונומית הרצון ובחופש הבחירה של הנאשם במסירת הודאתו בחקירה" (פסקה 34 לפסק-הדין) והודגש כי אף שבעבר נשענה ההצדקה לפסילתה של הודאה לפי סעיף 12 הנ"ל על ההנחה כי שלילת חופש הבחירה של הנחקר מקימה בהכרח חשש לאמינות הודאתו, הרי שברוח חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו ובהשראתו יש לראות בהגנה על חופש הרצון של הנחקר "תכלית העומדת בפני עצמה ומהווה טעם נכבד ועצמאי לפסילת קבילותה של ההודאה לפי סעיף 12 לפקודת הראיות" (שם, שם). מסלול נוסף לבחינת קבילותן של ראיות שנקבע בעניין יששכרוב הוא דוקטרינה פסיקתית לפסילת ראיות שהושגו שלא כדין בהליך פלילי, וזו תמציתה:

"הנחת המוצא בשאלת קבילותן של ראיות היא זו הנוהגת עימנו מאז ומתמיד, ולפיה ראייה שהיא רלוונטית - קבילה במשפט. עם זאת, בהתאם לדוקטרינה האמורה לבית-המשפט שיקול-דעת לפסילת קבילותה של ראייה בפלילים, אם נוכח לדעת כי הראייה הושגה שלא כדין וקבלתה במשפט תיצור פגיעה מהותית בזכותו של הנאשם להליך הוגן שלא בהתאם לגדריה של פיסקת ההגבלה. מדובר בנוסחת איזון עקרונית השואפת להשגת פשרה ראויה בין מכלול הזכויות והאינטרסים

הרלוונטיים לשאלת קבילותן של ראיות שהושגו שלא כדין, ובהם: חשיפת האמת העובדתית, הלחימה בעבריינות וכן ההגנה על שלום הציבור ועל זכויות נפגעי העבירה מחד גיסא; אל מול ההגנה על זכויות הנאשם ועל הגינות ההליך הפלילי וטוהרו מאידך גיסא.

נוסחת האיזון האמורה תיושם על-פי שיקול-דעתו של בית-המשפט בהתחשב בנסיבותיו של כל מקרה לגופו ובהתאם לאמות-המידה המנחות עליהן עמדנו. אמות-מידה אלה נוגעות לאופיה ולחומרתה של אי החוקיות שהיתה כרוכה בהשגת הראיה; למידת ההשפעה של אמצעי החקירה הפסול על הראיה שהושגה; וכן לשאלת הנזק מול התועלת החברתיים הכרוכים בפסילתה. הדוקטרינה האמורה תהא כללית ומיושמת על כל סוגי הראיות, לרבות הודאות נאשמים" (שס, פסקה 76).

הנה כי כן, על פי דוקטרינה זו מחויב בית המשפט בכואו להחליט בשאלת קבילותה של ראיה אשר לגביה מועלית טענה כי הושגה שלא כדין, לאזן בין מכלול השיקולים, הזכויות והאינטרסים הרלוונטיים להליך הפלילי ובהם: הצורך להגיע לחקר האמת, הצורך להילחם בפשיעה ולהגן על שלום הציבור, וכן החובה להגן על טוהר ההליך הפלילי ועל זכויותיהם של חשודים ונאשמים (ראו והשוו רע"פ 4142/04 מילשטיין נ' התובע הצבאי הראשי, פסקה 1 לפסק דינה של השופטת ע' ארבל (לא פורסם, 14.12.2006) (להלן: עניין מילשטיין)). ודוק - אין מדובר במאזני שקילה שיש לעינם בכל מקרה ובהחלט ייתכנו מקרים חריגים בהם יראה בית המשפט לנכון לפסול את הראיות אם ימצא כי נחצו קווים אדומים ובוצעו פעולות חקירה החותרות תחת יסודותיו של ההליך הפלילי כהליך הוגן וזאת גם אם ניתן היה להרשיע את הנאשם בעבירה המיוחסת לו בהתבסס על אותה ראיה, אילו נכון היה בית המשפט להשלים עם הפסול שבה. פסילה כזו של הראיות נדרשת באותם מקרים חריגים בכל מדינה המחויבת לערכים דמוקרטיים ולהגנה על זכויות אדם הנשמרת לבל תוקרב זכותו של חשוד או נאשם להליך פלילי הוגן על מזבח הצורך להלחם מלחמה בלתי מתפשרת בפשיעה. במילים אחרות, מלחמה נחושה בפשיעה - כן, מלחמה בכל מחיר תוך הקרבת ערכי יסוד דמוקרטיים - לא ולא (ראו והשוו: בג"ץ 11339/05 מדינת ישראל נ' בית-המשפט המחוזי בבאר-שבע, פסקה 7 לפסק דינה של השופטת א' פרוקצ'יה (לא פורסם, 8.10.2006); אליהו הרנון "ראיות שהושגו שלא כדין - האם נשתנה המצב המשפטי בעקבות חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו?" מחקרי משפט יג 139 (תשנ"ו); עמנואל גרוס "כלל פסילה חוקתי - האם יש לו מקום בישראל?" משפטים ל 145 (תשנ"ט); ניר פלסר "תיחום גבולות השימוש במדובבים משטרתיים סמויים לאור חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו" מאזני משפט ג 439, 484-488 (תשס"ה) (להלן: פלסר)).

עוד ראוי לציין כי דוקטרינת הפסילה הפסיקתית אשר קבע בית המשפט בעניין יששכרוב הינה דוקטרינה של "בטלות יחסית" השונה מכללי הפסילה הגורפים הנוהגים בהקשר זה בארצות הברית (בכפוף לחריגים שהוכרו) ומתורת "פירות העץ המורעל" הנוהגת שם, לפיה פוסל בית המשפט האמריקאי לא רק את הראיה שהושגה כתוצאה ישירה מהפרת זכותו החוקתית של הנאשם אלא גם כל ראיה אחרת שאותרה במישרין או בעקיפין באמצעות המידע שנחשף באותה ראיה ראשונה (ראו עניין יששכרוב, פסקה 56). במאמר מוסגר יצוין כי בארה"ב חל לאחרונה כרסום מסוים בכללי הפסילה ובפסק הדין בעניין *Herring v. United States*, 129 S.Ct. 695 (2009) שניתן על ידי בית המשפט העליון של ארה"ב נקבע כי חיפוש בלתי חוקי שבוצע בעקבות טעות של המשטרה הנובעת מרשלנות נקודתית, להבדיל משגגה עקבית או חוסר זהירות כלפי הזכויות החוקתיות של חשוד, לא יוביל לפסילת הראיות שנמצאו באותו חיפוש.

3. הנה כי כן, בעקבות ההלכה שנפסקה בעניין יששכרוב, אותה החיל בית המשפט גם על הליכים תלויים ועומדים (שם, פסקה 78), לא ניתן להסתפק עוד במבחן היחיד אשר לפיו בחן בית משפט קמא את קבילות הודאותיו של אלזם, דהיינו: בחינת ההשפעה שהיתה לפעולות המדובבים והחוקרים ולמניעת המפגש עם עורכי דינו על אוטונומיית הרצון וחופש הבחירה שלו. מעתה עלינו להוסיף ולבחון את קבילות הודאותיו של אלזם גם על פי דוקטרינת הפסילה הפסיקתית, שמא יתברר כי יש לפסול הודאות אלה או איזו מהן בשל העובדה שהושגו באמצעים בלתי כשרים וקבלתן במשפט פגעה בזכותו של אלזם למשפט הוגן.

פעילותם האקטיבית של המדובבים וקבילות הודאותיו של אלזם

4. השופט א' לוי עמד בפסק-דינו על כך שהפעלת "מדובב" - סוכן המוכנס לתאו של חשוד ומתחזה לעבריין שנכלא על מנת להוציא מפי החשוד דברים אותם נמנע מלמסור בחקירתו - הוכר כתחבולה חקירתית מותרת וכדברי בית משפט זה בע"פ 4577/98 ד"ר נ' מדינת ישראל, פ"ד נה(2) 405, 411 (2001):

"המציאות מלמדת כי במקרים רבים נוטה חשוד לפתוח את סגור לבו בפני מי שעצור עמו ולהימנע מכך בחקירה בפני איש מרות, ואם בדרך זו ניתן לתרום לחשיפתן של עבירות ולהעמדתם של עבריינים לדין, כי אז אין מנוס מלעשות שימוש גם באמצעי חקירה זה".

עוד נפסק כי הפעלת מדובב כשלעצמה אינה מפרה את זכות החשוד לאי הפללה עצמית, שכן בידי לשמור על זכות השתיקה בכל הנוגע לנושא החקירה גם

בשיח ושיג שהוא מקיים עם המדוכב (ראו ע"פ 2831/95 אלבה נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(5) 221, 292 (1996) (להלן: עניין אלבה)). כך הוא באשר להפעלת מדוכב פאסיבי, העוקב אחר מעשיו ומהלכיו של החשוד ומגיב לפניותיו (אך לא יוזם אותן), וכך גם באשר להפעלת מדוכב אקטיבי, הנוקט צעדים להוצאת מידע מפליל מפי החשוד (ראו ע"פ 378/03 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה ז(6) (לא פורסם, 21.4.2005). להבחנה בין מדוכב אקטיבי למדוכב פאסיבי ראו פלטר, 466-458, ולגישות השונות בעניין הלגיטימיות שבהפעלת מדוכבים ראו: פלטר; מאיר גלכוע "תחבולות בחקירה והכסא הזז בקודש הקודשים" הסניגור 75, 5 (2003); גדי אשד "החקירה המשטרית והמודיעין האנושי" משפט וצבא 18, 223, 261-268 (תשס"ו)). עם זאת, ברי כי השימוש במדוכבים כפוף אף הוא לעקרונות הכלליים המבחינים בין תחבולה חקירתית מותרת לתחבולה חקירתית פסולה. אכן, השימוש בתחבולות הוא הכרחי בל יגונה בשל המציאות הקשה והפשיעה הגוברת עימה נאלצים גורמי אכיפת החוק להתמודד, אך כפי שכבר נפסק "יש גבולות לתחבולות" (ראו ע"פ 9613/04 בן-סימון נ' מדינת ישראל, פסקה ל(2) (לא פורסם, 4.9.2006)), ובבואנו לבחון האם מדוכב 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 (ראו: עניין אלבה, 291-292; יעקב קדמי על הראיות 66-70 (חלק ראשון, 2003) (להלן: קדמי)).

5. חברי השופט לוי סבור כי במקרה דנן "מתכונת פעולתם של המדוכבים לא חרגה מגבולות הסביר והמקובל, ולא היה בה כדי לשלול מאלזם את יכולת הבחירה בין חשיפת הפרשה להמשך הסתרתה" (פסקה 25 לפסק-דינו). למסקנה זו לא אוכל להצטרף. בעיני חרגו פעולות המדוכבים במקרה זה מגדר התחבולות הלגיטימיות בחקירה והתדרדרו לכלל פעולות פסולות החותרות תחת זכויותיו הבסיסיות ביותר של אלזם כחשוד בהליך פלילי ובהן: זכות השתיקה וזכות ההיוועצות. עד כמה חרגו פעולות המדוכבים במקרה דנן מגדר תחבולות שהן לגיטימיות ניתן ללמוד מעיון בתמלילי ההקלטות של השיחות שהתנהלו בין אלזם למדוכבים, מהן עולה כי המדוכבים פעלו באופן שיטתי על מנת להבאיש בפני אלזם את ריחו של הסנגור שמינה (עורך-דין זילברברג) לאחר ששמעו שהוא מאוכזב ממנו ואף יעצו לו שלא להישמע להנחיותיו והרחיקו לכת באומרם כי עליו לפטרו ולהחליפו בעורך-דין אחר. כך נשאל אלזם פעמים רבות על ידי המדוכבים מדוע עורך הדין לא התקשר אליו ולא בא לבקרו: "העורך שלך עצלן... אתה צריך לרדת עליו" (עמ' 16 לת/37-33); "היה צריך להיות לצדך" (עמ' 18 לת/37-33); "אם הוא מזלזל ולא דואג לך לדברים האלו הקטנים אז מה הוא עשה מה, איך הוא ידאג לך לדברים הגדולים [אתה] צריך לקחת לך איזה עורך דין שבאמת ירוץ בשבילך" (עמ' 20 לת/37-33; כן ראו עמ' 19 לת/37-48). עוד אמרו

המדובבים לאלזם כי עורך הדין שלו היה צריך להגיש ערעור על ההחלטה לעוצרו (עמ' 58 לת/37-34). המדובבים אף דירבנו את אלזם להחליף עורך דין והציעו לו את עורך הדין של אחד מהם (שרון [נהרין]) ואמרו "הוא יתקשר ל... יגיד לו אתה מפוטר תחתום להם מסמך... שאתה רוצה שהוא ייצג אותך" (עמ' 82 לת/37-34; כן ראו עמ' 26 לת/37-35); "אתה צריך לחכות עד שעורך דין שלך יבוא תגיד לו תשמע אני לא רוצה שתייצג אותי" (עמ' 4 לת/37-36). אחד המדובבים אף התחייב לדבר עם עורך דין שרון נהרי עבור אלזם על מנת שייצג אותו במקום עורך דין יוסי זילברברג (עמ' 66 לת/37-58). עוד "התריעו" המדובבים בפני אלזם כי בין עורכי-דין למשטרה תמיד יש ניגוד אינטרסים וכי התנהלותו של עורך הדין תמנע אפשרות להגיע להסדר מול המשטרה: "אומר לך חכה... ובסופו של דבר בדקה ה-99 אומר בוא נלך עכשיו, אבל כבר מה, מאוחר, הבנת ואז הם לא יסכימו...", ועוד הוסיפו: "תבין העו"ד מושך, אתה מבין, הוא לא יושב פה... הנה יש לך עו"ד איפה הוא עכשיו?" (עמ' 6-4 לת/37-48B). המדובבים הוסיפו ואמרו לאלזם כי עורך דין זילברברג פועל בניגוד אינטרסים כיוון שהוא מייצג גם את שותפו למעשה שמעון זריהן "אתה מבין בסופו של דבר הכל יתגלה הוא יעזוב אותך, כי הוא צריך לייצג ת'הוא... כי הוא בעל הבית. הוא מייצג אותך, הוא ששלח אותך, הבנת" (עמ' 27-28 לת/37-48B). ועוד אמר אחד המדובבים כי מדובר ב"קומבינה בין העו"ד לשמעון" (עמ' 10 לת/37-49B). כשאלזם שב על כך שהוא צריך לשבת עם עורך דינו "ולהכין תוכנית" אמר לו המדובב "אני רוצה להזהיר אותך ממה[ה]. יש עורכי דין שיכולים למכור אותך - הבנת...". (עמ' 20 לת/37-49B). גם אחרי שאלזם הודה בפני החוקרים המשוכו המדובבים לומר לאלזם "איפ[ה] העו"ד שלך... הוא לא מבקר את שמעון, לא שואל אותו מה עם יונתן אה, דבר, למה כולם הפקירו אותך למה כולם עזבו אותך תגיד לי אתה, למה עורכת דין שבאה לפה שיקרה אותך... יוסי [עו"ד זילברברג - א.ח.] איפ[ה] הוא, לא בא אתמול... תתחיל להסיק מסקנות בעצמך ותבין" (עמ' 32-33 לת/37-57B). המדובב אף אמר: "אמרתי לך אתה צריך לפטר את יוסי" ואף הסביר לאלזם כיצד עליו לחתום על מסמך בדבר פיטוריו (עמ' 3-4 לת/37-58, כן ראו עמ' 17-18 לת/37-58). עוד אמרו המדובבים "העורך דין שלך לא בא. העורך דין יש לו משהו אחר... הוא לא יכול לייצג אותך והוא מיצג את הדבר האחר..." "יש לך אתה תשובה למה הוא לא בא?" (עמ' 6-7 לת/37-58; כן ראו עמ' 40-41 לת/37-58). אחד המדובבים אמר לאלזם שעורכי דין הופכים הרבה פעמים לשוטרים ולשופטים ושאל "אתה מספר לו על רצח אתה מספר לו על משהו, מה הוא עושה הרי הוא חתום על סודיות", אלזם השיב "רץ למשטרה לספר" והמדובב אישר "הגעת מהר לזה" בצינון שיש הבדל בין עורך דין שחתום על סודיות לבין רופא החתום על סודיות (עמ' 25 לת/37-50A ועמ' 1 לת/37-50B).

6. מעורבות-יתר זו מצד המדובבים בסוגיות הנוגעות לזכות הייצוג של אלזם חמורה היא ויש בה בעיני משום הסגת גבול אסורה ל"מתחם מוגן" אליו אל להם לחוקרים, לסוכנים או למדובבים להיכנס. אכן, מתוך חילופי הדברים המצוטטים לעיל עולה בכרור כי המדובבים דאגו באופן שיטתי להעצים את כעסו של אלזם על סנגורו ולתקוע טריז ביניהם ואף הצליחו לערער לחלוטין את יחסי האמון בין הסנגור לבינו וגרמו לו להרגיש כי ננטש על ידו. התנהלותם זו של המדובבים בעייתית וחמורה במיוחד נוכח העובדה כי בדברם סרה בסנגור שילבו המדובבים "עצה" כי אל לו לשעות לעצת הסנגור ולשמור על זכות השתיקה בחקירה וכי מוטב לו לוותר על זכות זו. המדובבים אף מתחו ביקורת קשה על עצתו של הסנגור באומרם "מצידו עדיף לו שהבחור שלו ימשיך לשתוק ואז עם הזמן הכל ייפתח, מה אכפת לו הכסף שלו הוא מקבל, הוא ישן בבית שלו" (עמ' 11 לת/37-33). ובמילים אחרות, עצת הסנגור לאלזם כי ישמור על זכות השתיקה הוצגה בפניו על ידי המדובבים כעצה המכוונת לתועלתו של הסנגור ולא לתועלתו של אלזם. אם לא די בכך, המדובבים בלהיטותם הרבה לגרום לאלזם להפר את שתיקתו, הטעו אותו באומרם כי ויתור מצידו על זכות השתיקה יחייב את השוטרים "לפתוח לך דברים שיש להם ... ואז אתה מבין איפה אתה עומד מה המצב שלך", אך אם החשוד שותק "אתה לא יודע כלום עורך דין שלך לא יודע כלום ... אתה מקבל הכל במכה אחת ... אז ישר מביא אותך בכתב אישום... ואתה מגלה שהיו לך הרבה דברים שיכלת להעזר בהם. אתה מבין גם יכלת גם למנוע כתב אישום או לפתוח לתת להם לראות אם התמונה יותר נכונה, אתה מבין, במקום שישומו לך כמה סעיפים בתיק, יכולת לצמצם את הסעיפים" (עמ' 11-12 לת/37-33. ראו גם עמ' 46 לת/37-39). המדובבים אף יצרו אצל אלזם את הרושם כי אם יודה במעשים המיוחסים לו יהיה לכך ביטוי בעונש שייגזר עליו אף שידעו כי הוא נחשד בביצוע רצח והסבירו לו תוך הטעייתו כי שותפים לעבירה נענשים כל אחד לפי חלקו במעשה "שאתה בא ועושה סדר בעניינים אתה מבין אז כל אחד מקבל את החלק שלו ומה שמגיע" (עמ' 10 לת/37-36). עוד הסבירו לו המדובבים תוך הטעייתו כי לפי חלקו בעבירה נראה שיואשם בקשירת קשר לביצוע פשע בלבד בציינם, בין היתר, כי העונש בגין עבירה זו יכול להגיע לשבע-שמונה שנים "גם חמש... אתה גם יכול לקבל פחות" (עמ' 53 לת/37-39). למשמע דברי המדובבים אמר להם אלזם שוב ושוב כי לפני שהוא מודה הוא "צריך לראות עורך דין" (עמ' 10 לת/37-36, עמ' 27 לת/37-38, עמ' 49 לת/37-38), "אני חייב התייעצות עם עורך דין כדי לראות מה...". (עמ' 18 לת/37-48). "אני חייב עו"ד דחוף לנקות את הראש להוציא את מה שיש לי ... חייב עו"ד אתה לא יודע מה עובר עליי" (עמ' 24-25 לת/37-48). אך המדובבים דחקו בו להודות ואמרו לו בתגובה כי אין טעם שימתין להתייעצות עם עורך דינו, כי עורך הדין לא יודע דבר מעבר למה שהוא יספר לו וכי הוא יושב במעצר עד שיוגש כתב אישום "כשבא להם".

לשאלתו של אלזם "אז יעני עדיף כבר ללכת לתת להם גרסה" השיב המדובר "לא לחכות. לא לחכות" (עמ' 88 לת/37-38). כמו כן אמר המדובר: "קודם כל תן גרסה... ואז העו"ד בא, זה, סוגר לך את העסקה" (עמ' 13 לת/37-39). עוד שואל המדובר "אם אתה בטוח בעצמך אתה רואה את כל הסרט הזה ממה אתה מפחד? למה אתה מחכה. תענה לי למה אתה שותק". אלזם השיב: "לא יודע מחכה להתייעץ עם עו"ד" ענה לו המדובר: "עוזב עו"ד. אתה עו"ד של עצמך... אתה לא צריך אף אחד יש לך ראש ובתוך הראש מה יש לך מוח ושכל..." (עמ' 31 לת/37-48A); "[עורך הדין] לא ידריך אותך איך למסור את הגרסה" (עמוד 7 לת/37-50A). ומשניסה אלזם במצוקתו להעלות אפשרות לפיה "עו"ד ישב איתי אני אסגן את כל מה שאני צריך ואני אלך אליהם עם זה" השיב לו המדובר "לא לא לא הוא ידע העו"ד מעט דברים" שאל אותו אלזם "אז מה אני אביא את העו"ד אחרי שכבר עשיתי את הכל?" השיב לו המדובר "כן זהו" (עמ' 10-11 לת/37-56).

7. זכות השתיקה הנתונה לנאשם על פי חוק (ראו סעיף 161 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], תשמ"ב-1982), עומדת גם לחשוד הנחקר בידי איש מרות (ראו: רע"א 5381/91 חוגלה שיווק (1982) בע"מ נ' אריאל, פ"ד מו(3) 378, 381 (1992); רע"פ 3445/01 אלמליח נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(2) 865, 869 (2002)) והיא כרוכה ושלובה בחזקת החפות העומדת לכל אדם אשר נגדו מתנהל הליך פלילי. אכן, שתיים אלה - זכות השתיקה וחזקת החפות - הינן "מהאדנים עליהם שעונים דיני העונשין שלנו" והן מהוות אבני בסיס להגנה על זכותו של נאשם להליך הוגן (ראו עניין מילשטיין, פסקה 8 לפסק דינו של השופט א' לוי והאסמכתאות המובאות שם). מזכות השתיקה נגזרת חובת החוקר להבהיר לחשוד טרם שימסור גירסתו, כי אין הוא חייב לומר דבר, וזאת על מנת לוודא כי הוא ער לזכותו הבסיסית לשתוק, וכן על מנת לוודא כי ויתר במודע ומתוך רצון חופשי על זכות זו בעת מסירת אימרתו (ראו ע"פ 6613/99 סמירק נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(3) 529, 544-545 (2002) (להלן: עניין סמירק); למטרותיה ולמקורותיה של זכות השתיקה ראו בני שטיינברג "מה נותר מן האזהרה על זכות השתיקה?" הפרקליט מח 163, 165-170 (2004) (להלן: שטיינברג); פלטר, 454-443). במקרה דנן עולה בברור מחילופי הדברים המצוטטים לעיל כי פעילות המדובבים היא שגרמה לאלזם לוותר על זכות השתיקה, בניגוד לעצה מפורשת שקיבל בעניין זה מסנגורו אותה חשף בפני המדובבים (ראו עמ' 14 לת/37-33). כפי שצוין מכיר הדין הישראלי בפעילותם של מדובבים אקטיביים כתחבולה לגיטימית, גם אם יש בפעילות זו כדי לגרום לחשוד להפר את שתיקתו ולספר למדובבים פרטים על האירוע שבגינו הוא נחקר (לגישה שונה, למשל במשפט הקנדי, האוסרת על מדובבים לשדל חשודים באופן אקטיבי למסור מידע מפליל בשל הפגיעה בזכות השתיקה ראו:

R. v. Broyles [1991] 3 S.C.R. 151 (להלן: עניין Hebert); *R. v. Liew* [1999] 3 S.C.R. 227; S.C.R. 595. אך דומה כי במקרה דנן חצו המדובבים את הגבול. הם שידלו את אלזם לוותר על זכות השתיקה, לאחר שגרמו לו לפקפק בעצותיו של הסנגור. לצורך כך לא היססו המדובבים להטיל דופי ביושרה המקצועית של סנגורים בכלל ושל הסנגור המסוים בפרט ואף שכנעו את אלזם לפטרו ובינתיים השיאו הם לאלזם עצות "משפטיות", תוך הצגה מוטעית של הדברים, כמפורט לעיל, ופיתוח תלות מצד אלזם בהם עד כי בשלב מסוים אף אמר להם "כאילו אלוהים שלח לי שתי מלאכים" (עמ' 20 לת/37-57) ובכית המשפט העיד אלזם בהקשר זה: "חשבתי שהם אנשים רגילים שעצורים והם כאילו כביכול הראו לי ידע שהם מבינים במשפט, מה הולך, איך הולך ואני לא הבנתי כלום והם התחילו פשוט להסביר לי מה לעשות, ראיתי אותם כאנשים שרוצים לעזור לי, כי אין לי עו"ד, אין לי כלום, אני לא מבין מה הולך והקשבתי להם, הקשבתי להם מה שהם אמרו לי. היום אני יודע שזה טפשי, אבל הקשבתי להם" (עמ' 1058 לפרוטוקול).

בכך, כאמור, פגעו המדובבים לא רק בזכות השתיקה שעמדה לאלזם אלא גם בזכות נוספת שהוכרה בדין כזכות מן המעלה הראשונה העומדת לחשוד בפלילים, היא הזכות להיות מיוצג על ידי עורך דין ולהיוועץ בו (ראו עניין סמירק, 553-554; ע"פ 1094/07 דדון נ' מדינת ישראל, פסקה כ"א (טרם פורסם, 3.7.2008) (להלן: עניין דדון); ע"פ 3097/04 סויסה נ' מדינת ישראל, פסקה 26 (לא פורסם, 25.10.2006); בג"ץ 1437/02 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' השר לביטחון פנים, פ"ד נח(2) 746, 761 (2004) וכן ראו סעיף 34 לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה-מעצרים), תשנ"ו-1996 (להלן: חוק המעצרים)). בחקירתו בבית המשפט אף הודה אחד המדובבים כי הוא וחברו דיברו סרה בסנגור כדי להלחיץ את אלזם ולתת לו תחושה שעורך הדין שלו הפקיר אותו (עמ' 616 לפרוטוקול) וכפי שראינו, בסופו של דבר עלה הדבר בידם. אלזם אשר הביע לאורך כל שיחותיו עם המדובבים את רצונו להיוועץ בסנגור טרם שיחליט אם להודות או להמשיך לשתוק (כפי שייעץ לו הסנגור לכתחילה), שוכנע בסופו של דבר על ידי המדובבים כי אין בכך טעם לאחר שאלה הבאישו את ריחו ולא נרתעו מלומר לצורך כך, בין היתר, כי הוא אינו פועל למען האינטרסים שלו ואינו יכול לסייע לו במאום ובלשונם "עזוב עו"ד. אתה עו"ד של עצמך ... אתה לא צריך אף אחד".

על הקשר ההדוק הקיים בין זכותו של החשוד להיוועץ בעורך דין ובין זכות השתיקה עמד בית משפט זה לא אחת בציינו כי זכות ההיוועצות משלימה אותה ואינה אלא "אספקט אחר של זכות השתיקה" (ראו: ע"פ 96/66 טאו נ' היועץ המשפטי

לממשלה, פ"ד כ(2) 539, 545-546 (1966); ע"פ 747/86 אייזנמן נ' מדינת ישראל, פ"ד מב(3) 447, 452 (1988); עניין סמירק, 553; ע"פ 7758/04 אלקאדר נ' מדינת ישראל (טרם פורסם, 19.7.2007), והמקרה דנן אכן משקף וממחיש היטב את הקשר הקיים בין שתי זכויות אלה ואת העובדה כי פגיעה באחת מהן גוררת כמעט בהכרח פגיעה גם באחרת ובעיני לא ניתן להשלים עם תוצאה זו. בשונה מחוקרי המשטרה לגביהם מודע החשוד לתפקידם כגורמי חקירה והם מצידם מחויבים להזהירו וליידע אותו על דבר זכות השתיקה העומדת לו, אין הדבר כך באשר למדובכים. משכך ייתכן (ואינני אומרת שזהו המקרה שבפנינו; ראו והשוו ע"א 4241/06 לוי נ' מדינת ישראל-משטרת ישראל, פסקה 17 לפסק דינה של השופטת ע' ארבל (טרם פורסם, 12.3.2009)) כי תרגילי חקירה אשר אילו ביצע אותם חוקר גלוי כלפי החשוד לא היה בהם כדי לפסול את הודאתו או את אמירותיו כבלתי קבילות, יפסלו את ההודאה או את האמירות מקום שאלה בוצעו על ידי מדובב אקטיבי. בהקשר זה ראוי לזכור כי שיחות אשר ייתכנו כמותן בין עצורים "אמיתיים" לא תמיד הן לגיטימיות מקום שבו מדמים שיחות כאלה באמצעות מדובכים אקטיביים ויש להקפיד כי פעילותם של מדובכים אלה לא תחרוג מגדר תחבולה מותרת ותפגע, כמו שאירע לדידי במקרה דנן, פגיעה ממשית וקשה בזכויות היסוד של החשוד. ודוק, פגיעה כזו נגרמת לא רק מקום שבו משכנע המדובב את החשוד לבדות דברים מליבו אלא גם כאשר נפגע חופש הרצון של החשוד וכאשר נפגעת זכותו להליך הוגן, בהיות אלה ערכים שההגנה עליהם "מהווה כיום תכלית העומדת בפני עצמה ומהווה טעם נכבד ועצמאי לפסילת קבילותה של הודאה", הן לפי סעיף 12 לפקודת הראיות והן על-פי דוקטרינת הפסילה הפסיקתית (ראו עניין יששכרוב, פסקאות 34, 65-68).

8. על הזכות להליך הוגן כבר נפסק כי היא:

"זכות רבת-היבטים. עקרונות שונים משמשים בהבטחתה. הקפדה בהם 'הינה בבחינת מקדם בטחון בעל חשיבות עליונה בעשיית הצדק המהותי ובשמירה על זכויותיהם של חשודים, נאשמים ועדים במסגרת הליך פלילי' (בג"צ 6319/95 חכמי נ' לוי פ"ד נא(3) 750, 755). תפקידם הוא לאזן את יחסי-הכוח הבלתי-שוויוניים שבין הנאשם לבין התביעה, הנהנית ברגיל ממעמד דיוני עדיף ומיתרונות נוספים, וכן להבטיח כי לנאשם תינתן הזדמנות מלאה להציג גרסת חפות ולפעול להוכחתה" (ע"פ 4596/05 רוזנשטיין נ' מדינת ישראל, פסקה 53 (לא פורסם, 30.11.2005) (להלן: עניין רוזנשטיין)).

הזכות להיוועץ בעורך דין ולהיות מיוצג על ידו וכן זכות השתיקה והזכות מפני הפללה עצמית נמנים עם מופעיה המובהקים של הזכות להליך הוגן (ראו: עניין יששכרוב, פסקה 66; עניין רוזנשטיין, פסקה 53) ואלה נפגעו לדעתי פגיעה חמורה ובלתי מידתית במקרה דנן. משכך ומשאין מדובר בראיה שיש לה קיום "עצמאי ונפרד מאי החוקיות שהיתה כרוכה בהשגתה" (עניין יששכרוב, פסקה 71), ראוי בעיני לפסול כבלתי קבילה את הודאתו של אלזם בפני המדובבים וכן את הודאותיו בפני החוקרים ובמהלך השחזור, משום שהודאות אלה ניתנו כולן בעקבות התחבולות הפסולות שנקטו המדובבים בעניינו וכתוצאה ישירה מאותן תחבולות. בית משפט קמא ציין אף הוא בהכרעת דינו כי תרגילי החקירה, המדובבים והתחושות שנבעו מבידודו גרמו לאלזם לדבר אך סבר עם זאת כי ההתוודות שלו בפני החוקרים לא באה "בעקבות שבירת רוחו ... אלא, בעקבות החלטה מודעת שקיבל..." (פסקה 52). את מסקנתו זו ביסס בית משפט קמא על "סימני האמת שעלו... מהודאותיו", בהדגישו את העובדה שבפתח ההודאה בפני החוקר הכריז אלזם בפניו בדמעות ובסערת רגשות כי החליט להודות בחלקו בפרשה בשל "הצורך העז שעלה בו לנקות מצפונו ולהיטהר" ואף הודה לחוקרים שעזרו לו להגיע להחלטה זו ולהקל מעצמו את תחושות האשמה (פסקה 15). מסקנתי כאמור שונה. אכן, אין לשלול את האפשרות כי הרצון לנקות את מצפונו היה אחד הטעמים שהובילו את אלזם להודות במעשים המיוחסים לו. כמו כן ניתן בהחלט להבין כי מעמד ההודאה בפני החוקר היה מבחינתו מעמד טעון ברגשות. יחד עם זאת, נוכח עוצמת הלחצים הבלתי לגיטימיים שהפעילו המדובבים על אלזם ונוכח הפגיעה הממשית שפגעו בזכותו להליך הוגן, בין היתר בכך שגרמו למשבר אמון בינו ובין סנגורו ובכך ששכנעו אותו להתעלם מעצת הסנגור לשמור על זכות השתיקה, מתבקשת בעיני המסקנה כי אלמלא כל אלה ספק רב אם אלזם היה מוסר את ההודאות שמסר וניתן להניח ברמת הסתברות גבוהה כי היה דבק בעצת סנגורו ושומר על זכות השתיקה. אשר לפתיח של ההודאה בפני החוקרים ולרגשי החרטה וההקלה שהביע אלזם שם, לא למותר להעיר כי פתיח זה נבע אף הוא במידה לא מבוטלת מהמלצתם המפורשת של המדובבים אשר יעצו לו לומר לחוקרים "אני גם רגוע עכשיו, אני הורדתי אבן מהלב... תגיד לו שאני גם עם כל זה אני לא הרגשתי טוב ואני מתחרט ואני מצטער וזה וזה" (ראו עמ' 84 לת/37-56).

עוד יצוין כי ככל שהדבר נוגע לשחזור התרשם אף בית משפט קמא כי דבריו של אלזם בשחזור היו מאולצים עד כי ראה לקבוע שמשקלה של הודאה זו "שואף לאפס", אם כי נראה שמרכז הכובד בקביעתו זו הושם על מניעת המפגש בין אלזם לסנגורו החדש, עורך דין שרון נהרי, ועל כך אעמוד בהמשך. אוסיף ואומר כי אף אם גורמי החקירה פעלו בנסיבות העניין בתום לב ולא התכוונו בזדון להפר את זכויותיו

של אלזם, אין בכך כדי לרפא את הפגם שנפל במעשיהם. העובדה כי להודאתו של אלזם חשיבות מכרעת להוכחת אשמתו וכן העובדה כי יוחסה לו עבירה חמורה, היא עבירת הרצח, אין בהן בעיני כדי לשנות ממסקנה זו ובעניין יששכרוב עמדה השופטת ביניש (כתוארה אז), בלא להכריע בדבר, על כך ש"ההתחשבות בשיקולים האמורים עלולה להוביל לידי כך שדווקא בחקירות של פשעים חמורים בהן זכותו החוקתית של הנאשם לכבוד ולחירות ראויה להגנה משמעותית, תפחת ההקפדה על הכללים לניהול חקירה הוגנת ותקינה" (שם, פסקה 73; וראו גם: ע"פ 645/05 זליגר נ' מדינת ישראל, פסקה 26 (לא פורסם, 5.12.2006) וכן עניין Hebert, 188-189).

9. פסילת הודאותיו של אלזם מתחייבת בעיני בנסיבות העניין גם לפי הוראת סעיף 12 לפקודת הראיות, כמשמעות וכפירוש אשר ניתנו להוראה זו בפסיקה כהוראה הפוסלת הודאת נחקר אם הופעל עליו "לחץ חיצוני" פסול שהיה בו כדי לשלול את יכולתו לבחור באופן חופשי בין מסירת הודאה לבין עשיית שימוש בזכות השתיקה ובחיסיון מפני הפללה עצמית (ראו: עניין יששכרוב, פסקה 23; עניין דדון, פסקה י"ח(3)). תוצאה זו יפה בייחוד נוכח הדגש המושם בהקשר זה לפי הלכת יששכרוב על הפגיעה באוטונומיית הרצון החופשי באופן שהשאלה אם הדברים שנמסרו אמת הם או לאו, איננה מהווה עוד השאלה היחידה המכריעה את הכף בהקשר זה (שם, פסקה 34).

מניעת המפגש עם עורך-הדין נהרי

10. טענה נוספת שהועלתה מטעם אלזם לעניין פסילת ההודאות שמסר בחקירה ובמהלך השחזור נוגעת לכך שהחוקרים מנעו שלא כדין את המפגש בינו ובין סנגורו החדש, עורך-דין שרון נהרי. חברי השופט לוי אימץ לעניין זה את עמדת המדינה כי הצורך לדון בטענה זו נתייטר מאחר שניתן לבסס את הרשעתו של אלזם על הודאתו בפני המדובבים והוא הדין באשר לטענות הנוספות שהעלה אלזם בעניין פיתוי והשאה פסולים שננקטו בעניינו מצד החוקרים. גם לדידי ניתן לייתר את הדיון בטענות אלה אך זאת מן הטעם ההפוך, דהיינו בשל הפסול שדבק בפעילותם של המדובבים אשר כאמור די בו בעיני כדי להוביל לפסילת הודאותיו של אלזם כולן. למעלה מן הדרוש ובשל חשיבותה הכללית של סוגיית המפגש בין סנגור לעצור, אתיחס אליה בקצרה להלן.

הזכות למפגש כאמור מעוגנת בהוראת סעיף 34 לחוק המעצרים הקובע:

”(א) עצור זכאי להיפגש עם עורך דין ולהיוועץ בו.

(ב) ביקש עצור להיפגש עם עורך דין או ביקש עורך דין שמינהו אדם קרוב לעצור להיפגש עמו, יאפשר זאת האחראי על החקירה, ללא דיחוי.

(ג) פגישת העצור עם עורך הדין תיעשה ביחידות ובתנאים המבטיחים את סודיות השיחה, אולם באופן המאפשר פיקוח על תנועותיו של העצור.

(ד) נמצא העצור באותה עת, בעיצומם של הליכי חקירה או של פעולות אחרות הקשורות בחקירה, באופן שנוכחותו נדרשת כדי להשלימם, ועריכת הפגישה עם עורך הדין ללא דיחוי, כאמור בסעיף קטן [ב], מחייבת את הפסקתם או את דחייתם למועד אחר, והקצין הממונה בדרגת רב פקד ומעלה (להלן בסעיף זה - הקצין הממונה) סבר כי הפסקתם או דחייתם עשויה לסכן, באופן ממשי, את החקירה, רשאי הוא להורות בהחלטה מנומקת בכתב, שפגישת העצור עם עורך הדין תידחה לזמן הנדרש כדי להשלים את הפעולה, ובלבד שההפסקה לא תעלה על שעות ספורות.

(ה) סבר הקצין הממונה כי פגישת העצור עם עורך הדין עלולה לסכל או לשבש מעצרו של חשודים נוספים באותו ענין, למנוע גילוי ראיה או תפישת דבר שהושג בקשר לאותה עבירה, רשאי הוא להורות, בהחלטה מנומקת בכתב, שהפגישה תידחה לתקופה הנדרשת, ובלבד שהיא לא תעלה על 24 שעות משעת המעצר.

(ו) על אף הוראות סעיף קטן (ב), רשאי הקצין הממונה בהחלטה מנומקת בכתב להורות שלא לאפשר פגישת עצור עם עורך דין, לתקופה שלא תעלה על 48 שעות משעת המעצר, אם שוכנע שהדבר דרוש לשם שמירה על חיי אדם או לצורך סיכול פשע, או שהדבר כרוך בעבירת בטחון והתקיימה עילה מהעילות המפורטות בסעיף 35(א); אין בהוראות סעיף קטן זה כדי לגרוע מזכותו של עצור, שביקש זאת, שתינתן לו הזדמנות סבירה להיפגש עם עורך דין לפני שיובא לבית המשפט בענין מעצרו.”

בפסק-דינו עמד חברי השופט לוי על חשיבותה של הזכות הנתונה לעצור בחוק להיפגש עם עורך דינו ועל הרציונלים העומדים בבסיסה (פסקה 24 לפסק-הדין), ואין צורך לחזור על הדברים. הנה כי כן, ככלל ומתוקף הוראת סעיף 34(ב) המצוטטת לעיל יש לאפשר פגישה בין עצור לעורך דין “בהקדם ובאופן מיידי ככל הניתן”, לפי בקשת מי מהם (ראו ע”פ 5203/98 חסון נ’ מדינת ישראל, פסקה 7 (לא פורסם, 6.3.2002) (להלן: עניין חסון)). עם זאת, זכותו של העצור להיפגש עם עורך דין ללא דיחוי איננה זכות מוחלטת ונקבעו לגביה מספר חריגים (ראו סעיפים 34(ד)-(ו) ו-35 לחוק

המעצרים). החריג הרלבנטי לענייננו הוא זה הקבוע בסעיף 34(ד) לחוק המעצרים, ולפיו רשאי קצין בדרגת רב פקד ומעלה להורות בהחלטה מנומקת בכתב על דחית הפגישה בשעות ספורות לשם השלמת פעולות החקירה, אם העצור נמצא בעיצומם של הליכי חקירה או של פעולות אחרות הקשורות בחקירה ונוכחותו נדרשת כדי להשלימם בעוד שעריכת הפגישה עם עורך הדין ללא דיחוי תחייב את הפסקתם או את דחייתם למועד אחר ותסכן בכך לדעת הקצין, באופן ממשי, את החקירה.

לטענת המדינה הסמכות לדחות את המפגש כאמור בסעיף 34(ד) לחוק המעצרים קמה כאשר מתבקש מפגש בין עורך-דין ללקוח בעיצומה של דינאמיקה המתפתחת באופן טבעי בחקירה וכאשר קיומו של המפגש עשוי לסכן באופן ממשי את האפקטיביות שלה ואת היכולת להשיג ראייה. בענייננו, כך הוסיפה המדינה, בקשתו של עורך-דין שרון נהרי לפגישה הגיעה לאחר שאלזם התוודה בפני המדובכים וביקש לבוא בפני חוקר המשטרה כדי להשלים את הוידוי. בנסיבות אלה סברו החוקרים כי המשך חקירתו בפניהם היא מהלך משלים לפעולת המדובכים, וכי החקירה היתה מצויה בנקודה קריטית אשר הצדיקה את דחיית המפגש על מנת לא לעצור את הדינאמיקה שנוצרה. העובדה שאלזם התוודה בפני המדובכים בבית המעצר בבית שמש ושהיה עליהם להעבירו לבית המעצר ברמלה לצורך המשך החקירה הגלויה, אין בה לגישת המדינה כדי לשנות ממסקנה זו. המדינה מאשרת אמנם כי חוקרי המשטרה טעו בכך שלא קיבלו כל החלטה פורמאלית על מניעת המפגש שנתבקש, אך לדעתה אין בכך כדי להוביל לפסילת ההודאה ויש לבחון את הדברים מבחינה מהותית ומכל מקום אין מדובר בהתנהלות זדונית ונעדרת תום לב מצד החוקרים. לבסוף טענה המדינה כי יש ליתן משקל לכך שאלזם נפגש במהלך מעצרו עם סנגוריו הקודמים והיה מודע לזכותו לשתוק בחקירה. בנסיבות אלה, כך נטען, לא נגרמה פגיעה משמעותית בזכותו של אלזם להליך הוגן, על פי הקריטריונים שנקבעו בהקשר זה בעניין יששכרוב.

11. אין חולק כי במקרה דנן לא נתקבלה החלטה מנומקת בכתב לעניין דחיית המפגש בין אלזם לעורך-דין נהרי, כנדרש על פי סעיף 34(ד) לחוק המעצרים. אי קיום מצוות המחוקק בעניין זה מהווה בעיני פגם מהותי שכן משמתבקשת חריגה מן הכלל המורה כאמור על קיום המפגש ללא דיחוי, ראוי הוא כי הגורם המוסמך לכך יקפיד לפעול בעניין זה בהתאם להוראה המפורטת בסעיף 34(ד) לחוק המעצרים ולקיים את תנאיה. משלא נעשה כן במקרה הנדון קשה לעמוד על הטעמים שהובילו להחלטה בדבר דחיית המפגש בעת קבלתה. בדיעבד הסבירו החוקרים במהלך עדותם בבית המשפט כי דחו את מועד המפגש משום שחששו שאם אלזם יפגש עם עורך דינו הוא ימנע מלדבר, וכבר עמד חברי השופט לוי בהקשר זה על עדותו של רב-פקד אלימלך

שהעיד באומרו "מה חשבת שאחרי [ש]הוא ייפגש עם עו"ד, הוא היה מדבר, הוא היה מפסיק לדבר" ועוד הוסיף "הרי אנחנו יודעים שמיד אחרי שהוא הודה והוא נפגש, אחרי שנגמר כל הסיפור והוא עשה שחזור, הוא נפגש עם שרון נהרי ודקה אחרי זה, הוא פתאום לא קשור לאירוע, הוא לא יודע על מה מדובר" (עמ' 541-542 לפרוטוקול). פקד גיל בן-שושן העיד אף הוא כי "מבחינתנו בכית המעצר הוא יושב ומתכנן למסור גרסה למשטרה, זה הזמן מבחינתנו, מה שעמלנו כל כך כל הזמן אנחנו עכשיו באים וקוצרים באותן שעות ומבחינתי, אני מגדיר את זה עוד פעם, במקרה הספציפי הזה שבו נמסר לעו"ד שרון נהרי שלא יפגוש בו, מבחינתי זה לצורכי חקירה, כי אם אני בא ומשבית את העניין והראיה לכך יום למחרת בדיוק אחרי שהוא מקבל את הגרסה, מה ש[אלזם] אמר, אנחנו מתהפכים ומקבלים גרסה סתומה לחלוטין" (עמ' 136 לפרוטוקול). תמימת דעים אני עם חברי השופט לוי כי על פי ההלכה הנוהגת עימנו טעם זה כשהוא לעצמו, אסור לו שיהווה עילה למניעת מפגש בין עצור לעורך דינו וספק בעיני אם בנסיבות המקרה דנן היתה אכן עילה מספקת לדחיית המפגש בין אלזם לעורך-דין נהרי ב"תפר" שבין הודאתו בפני המדובבים לבין הודאתו בפני החוקרים, על פי התנאים הקבועים לכך בסעיף 34(ד) לחוק המעצרים (ראו והשוו ע"פ 8332/05 איסקוב נ' מדינת ישראל, פסקה 23 (טרם פורסם, 26.7.2007)). מכל מקום, בוודאי שלא ראוי היה למנוע את המפגש ביניהם עד לאחר השחזור שבוצע ביום המחרת (השוו עניין 1011, פסקה 7).

בית משפט קמא סבר אף הוא כי "עצם מניעת המפגש עם עו"ד נהרי, מיד עם קבלת בקשתו ביום ה-5.1.04, ואף לאחר מסירת ההודאה על ידי הנאשם למנצור, צריכה בדיקה מדוקדקת במשטרה, ומוטב שעה אחת קודם" (פסקה 61 לפסק הדין). הוא אף דחה את גישת חוקרי המשטרה לפיה יש לראות בהודאה ובשחזור "חקירה אחת נמשכת, שאין להפסיקה" (פסקה 66 לפסק הדין). יחד עם זאת סבר בית משפט קמא כי אין בכך כדי לפסול את הודאותיו של אלזם כראיות וזאת, בין היתר, משום שעל אף התנהלותם של החוקרים שיקפה התוודותו של אלזם את האמת ובאה ממניעים שבלבו פנימה. אינני משוכנעת כי מסקנה זו מתיישבת עם המבחנים שנקבעו בעניין יששכרוב (שנפסק, כאמור, לאחר מתן הכרעת הדין על ידי בית משפט קמא) לבחינת קבילותן של ראיות בהליך הפלילי. מכל מקום וכפי שצוין לעיל, די לדידי בטעמים שמניתי לעניין הפגמים שנפלו בפעילותם של המדובבים על מנת לפסול את הודאותיו של אלזם במקרה דנן.

12. סוף דבר - אילו נשמעה דעתי היינו פוסלים את הודאותיו של אלזם וקובעים כי לא ניתן לבסס עליהן ממצאים מרשיעים. הפועל היוצא מכך הוא כי יש לזכות את אלזם

מן העבירות בהן הורשע משום שהרשעתו נשענת במידה מכרעת על הודאותיו אלה
 וכלשון בית משפט קמא:

[בלא ההודאות] "לא ניתן היה לבסס קישרו של [אלזם]
 למעשה הפשע, באין עדות מפי עד ראייה ישיר לארוע
 הרצח, ובאין אפשרות זיהוי הדמויות המופיעות בסרטי
 מצלמות האבטחה בחניון, שבהן תועד הרצח כמתואר"
 (פסקה 48 להכרעת הדין).

ש ו פ ט ת

השופט י' דנציגר:

1. במחלוקת שנפלה בין חבריי, השופטים א' לוי וא' חיות, תמים דעים אני עם
 חברתי השופטת חיות וסבורני כי מן הראוי לקבל את הערעור שאותו הגישו יורשיו של
 המנוח יונתן אלזם ז"ל על הרשעתו בעבירת הרצח ולזכותו ממנה. הטעמים להחלטתי
 זו זהים לטעמים שאותם פירטה השופטת חיות בחוות דעתה המפורטת והמנומקת ואני
 מחרה מחזיק אחריה ביחס לכל אחד ואחד מהם.

2. אין מחלוקת כי הפעלת מדובב, כשלעצמה, אינה פוגעת בזכותו של חשוד לאי
 הפללה עצמית, וזאת בין אם מדובר במדובב "אקטיבי", אשר כשמו כן הוא – מנסה
 לדובב את החשוד ולהוציא ממנו, בתחבולות, פרטים ואף הודאה במעשים המיוחסים
 לו; ובין אם מדובר במדובב "פאסיבי" שאינו יוזם פנייה לחשוד ומגיב לפניותיו של
 האחרון בלבד. ואולם, פעילותם האקטיבית של המדובבים במקרה שלפנינו, או שמא
 יש לומר – פעילותם האקטיבית יתר על המידה – חרגה מגבולותיהן של "תחבולות
 לגיטימיות". מצטרף אני למסקנתה של השופטת חיות בעניין זה, לפיה פעילות זו פגעה
 בשתי זכויות הבסיסיות ביותר של אלזם – זכות השתיקה וזכות ההיוועצות.
 הדוגמאות הרבות שהביאה חברתי מתוך תמלילי השיחות שבין המדובבים לבין אלזם
 ממחישות היטב כיצד באה לידי ביטוי פגיעה זו, שבשום אופן אינה יכולה להיחשב
 לתחבולה לגיטימית.

3. חברתי פירטה באריכות במסגרת חוות דעתה כיצד פגעה פעילותם של
 המדובבים בזכויות היסוד של אלזם ודבריה, כאמור, מקובלים עליי כולם. ואולם, מבלי
 להמעיט מחשיבותה של זכות השתיקה – שהיא כמעט בלתי נפרדת מזכות ההיוועצות

ומהווה, במידה רבה, את צידו השני של המטבע – ומהפגיעה בזכות זו בעניינו של אלזם, ברצוני להוסיף ולהדגיש עד כמה חמורה בעיני הפגיעה שבוצעה בזכותו של אלזם להיוועץ עם עורך דינו.

4. כבר נקבע בפסיקתו של בית משפט זה כי "זכותו של עצור להיפגש עם עורך-דין זכות יסוד היא לו" [בג"צ 3412/91 סופיאן נ' מפקד כוחות צה"ל, פ"ד מז(2) 843, 847]. נראה כי אין מקום להכביר במילים על הרציונאל הניצב בבסיסה של זכות ההיוועצות וכי לא יכולה להיות מחלוקת על זכותו של כל אדם להיוועץ בעורך דין ובפרט כאשר הוא נחשד בפלילים. זכות ההיוועצות בעורך דין עוגנה בדברי חקיקה רבים ואלו רק חלק מהם: סעיף 22 לחוק לשכת עורכי הדין, התשכ"א – 1961; סעיפים 13-18 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב – 1982; סעיפים 21, 28, 32, 34 ו-35 לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים), התשנ"ו – 1996; סעיף 22 לחוק לתיקון סדרי הדין (חקירת עדים), התשי"ח – 1957; סעיף 8 לחוק סמכויות שעת חירום (מעצרים), תשל"ט – 1979.

תפקידו של הייצוג המשפטי בהליך הפלילי הוא למנוע פגיעה בהליך הוגן מחמת העדר הבנה מצד החשוד של רזי ההליך עצמו ומזכות זו נגזרת זכות ההיוועצות. בית משפט זה, הן בשבתו כבית משפט גבוה לצדק והן בשבתו כבית משפט לערעורים פליליים, עמד לא אחת על חשיבותה הגדולה של זכות ההיוועצות, שהיא, זכות יסוד בסיסית וראשונה במעלה של כל אדם הנחשד בפלילים. עמדה על כך כבוד השופטת מ' נאור בבג"צ 1437/02 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' השר לביטחון פנים, פ"ד נח(2) 746, 754:

"...נקודת המוצא לדיון היא זכותו של אדם, ואסיר בכלל זה, להיות מיוצג בידי עורך-דין על-פי בחירתו ולשם כך להיוועץ עמו בתנאי חיסיון. על זכות זו ועל חשיבותה עמד בית-המשפט פעמים רבות עוד לפני העידן החוקתי, כנגזרת של סעיף 22 לחוק לשכת עורכי הדין [...] בית המשפט חזר והדגיש את חשיבותה של הזכות האמורה גם אחרי העידן החוקתי [...]"

זכותו האמורה של אדם ואסיר להיוועץ עם עורך-דין כבחירתו בתנאים המבטיחים את החיסיון אכן, היא בגדר מושכלות יסוד.

[וראו גם: בש"פ 5136/98 מנבר נ' מדינת ישראל (לא פורסמה, 26.8.1998); ע"פ 5121/98 רפאל יששכרוב נ' התובע הצבאי הראשי (לא פורסם, 4.5.2006) (להלן – עניין יששכרוב); ע"פ 1094/07 דדון נ' מדינת ישראל (לא

פורסם, 3.7.2008); ע"פ 648/77 קריב נ' מדינת ישראל
 פ"ד לב(2) 729 (1978); ע"פ 307/60 יאסין נ' היועץ
 המשפטי לממשלה, פ"ד יז(3) 1541 (1963); איתן מגן
 "הזכות לייצוג בפלילים" הפרקליט מד (תשנ"ט) 243
 [להלן – מאמר מגן]

5. גם בית המשפט העליון של ארה"ב עמד לא אחת על חשיבותה של זכות ההיוועצות של חשוד בעורך דינו, שהיא זכות חוקתית בשיטת המשפט האמריקאית, בקובעו (דברי השופט Stevens):

"In my judgment, police interference in the attorney-client relationship is the type of governmental misconduct on a matter of central importance to the administration of justice that the Due Process Clause prohibits. Just as the police cannot impliedly promise a suspect that his silence will not be used against him and then proceed to break that promise, so too police cannot tell a suspect's attorney that they will not question the suspect and then proceed to question him. Just as the government cannot conceal from a suspect material and exculpatory evidence, so too the government cannot conceal from a suspect the material fact of his attorney's communication. Police interference with communications between an attorney and his client violates the due process requirement of fundamental fairness."

[*Moran v. Burbine*, 475 U.S. 412, 467-68 (1986)]

ובמקום אחר נקבע על ידי השופט Brennan:

"The right to the assistance of counsel guaranteed by the Sixth and Fourteenth Amendments is indispensable to the fair administration of our adversarial system of criminal justice. Embodying "a realistic recognition of the obvious truth that the average defendant does not have the professional legal skill to protect himself," [...] the right to counsel safeguards the other rights deemed essential for the fair prosecution of a criminal proceeding [...] Once the right to counsel has attached and been asserted, the State must of course honor it. This means more than simply that the State cannot prevent the accused from obtaining the assistance of counsel. The Sixth Amendment also imposes on the State an affirmative obligation to

respect and preserve the accused's choice to seek this assistance. We have on several occasions been called upon to clarify the scope of the State's obligation in this regard, and have made clear that, at the very least, the prosecutor and police have an affirmative obligation not to act in a manner that circumvents and thereby dilutes the protection afforded by the right to counsel."

[*Maine v. Moulton*, 474 U.S. 159, 170-171 (1985)]

6. דברים אלו מדברים בעד עצמם ונדמה כי לא יכולה להיות מחלוקת בדבר חשיבותה הגדולה של זכות זו, שהיא בבחינת זכות יסוד לכל דבר ועניין ויש הטוענים כי אף בבחינת זכות חוקתית [להשלכותיו של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו על זכותו של אדם לייצוג משפטי ראו מאמר מגן, בעמודים 260-261].

7. מעיון בתמלילי השיחות שנערכו בין אלזם לבין המדובבים, אשר דוגמאות רבות מתוכם הובאו במסגרת חוות דעתם של חבריי, עולה כי במקרה שלפנינו נרמסה זכות זו ברגל גסה. המדובבים, לא זו בלבד שהניאו את אלזם מלהיוועץ בעורך דינו, תוך שהם מדברים בו סרה – תופעה חמורה כשלעצמה – אלא שהם גם הטעו את אלזם בנוגע למצבו המשפטי ואף הביאו לכך שפיטר את בא כוחו הראשון ובחר תחתיו את עורך הדין שעליו הם המליצו. מסכים אני עם חברתי השופטת חיות כי בנסיבות אלה, אליהן מצטרפת הפגיעה החמורה בזכות השתיקה של אלזם כפי שפורטה בחוות דעתה של חברתי, לא זו בלבד שיש לפסול את קבילות הודאותיו של אלזם על פי סעיף 12 לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א – 1971 אלא אף ניתן לפוסלן לפי דוקטרינת הפסילה הראייתית אשר נקבעה בעניין יששכרוב.

8. לאור כל האמור לעיל, מצטרף אני למסקנתה של חברתי השופטת חיות כי יש לפסול את הודאותיו של אלזם וכי לא ניתן לבסס עליהן ממצאים מרשיעים, באופן שיש לזכותו מן העבירות שבהן הורשע, שכן הרשעתו נסמכת על הודאות אלה.

9. אני תיקווה כי תרומתו של פסק-דין זה תהא בכך שהוא יתריע על שמותר ועל שאסור בכל הקשור לאופן הפעלתם של מדובבים, על מנת שלא יחצו את הגבול הדק שבין תחבולת חקירה מקובלת ולגיטימית לבין הפרה של זכויות החשוד.

אי לכך, הוחלט ברוב דעות לקבל את הערעור ולזכות את המערער – יוני אלזם
ז"ל, מהעבירות שיוחסו לו.

ניתן היום, ל' בסיון התשס"ט (22.06.09).

ש ו פ ט

ש ו פ ט ת

ש ו פ ט