



בבית המשפט העליון

בש"פ 5612/18

בש"פ 5682/18

לפני: כבוד השופט י' אלרון

העורר בבש"פ 5612/18: אלעד גבאי

העורר בבש"פ 5682/18: דוד בוחבוט

נגד

המשיבה: מדינת ישראל

ערר על החלטות בית המשפט המחוזי בירושלים מיום
11.7.2018 במ"ת 14394-04-18 ומיום 18.7.2018 במ"ת
14012-05-18 שניתנו על ידי כבוד השופטת ת' בר אשר

תאריך הישיבה: י"ח באב התשע"ח (30.7.18)

בשם העורר בבש"פ 5612/18: עו"ד דוד יפתח; עו"ד דן ענבר

בשם העורר בבש"פ 5682/18: עו"ד עינב יתח; עו"ד יוסף רועי אטיאס

בשם המשיבה: עו"ד נילי פינקלשטיין

החלטה

העררים שבפניי מעלים שאלות עקרוניות הנוגעות להשלכותיהם של פגמים שנפלו לכאורה בפעולות החקירה ובתוצריהם על המשקל שיש לייחס לראיות בהליך המעצר עד תום ההליכים.

1. לפניי שני עררים על החלטות בית המשפט המחוזי בירושלים (השופטת ת' בר-אשר) במ"ת 14394-05-18 מיום 11.7.2018 (להלן: ההחלטה הראשונה) ובמ"ת 14012-05-18 מיום 18.7.2018 (להלן: ההחלטה השנייה), בגדרם הורה בית המשפט על מעצרו של שני העוררים עד תום ההליכים המשפטיים נגדם.

בהסכמת הצדדים, ומשהעררים עוסקים באותה מסכת עובדתית וראייתית, החלטתי לדון בשני העררים במאוחד.

כתבי האישום

2. כתבי האישום שהוגשו נגד העוררים ביום 7.5.2018 מייחסים להם עבירות של ניסיון רצח, חבלה חמורה בנסיבות מחמירות, ונשיאת נשק. לעורר בבש"פ 5612/18 (להלן: גבאי) יוחסה בנוסף עבירה של שיבוש הליכי משפט. לעורר בבש"פ 5682/18 (להלן: בוחבוט), יוחסה, באישום נפרד, עבירה של החזקת סם לשימוש עצמי.

3. על פי העובדות המתוארות בכתבי האישום שהוגשו נגד העוררים, בוחבוט הוא חברו הקרוב של גבאי, ושניהם יחד עבדו עבור אברהם גבאי, אביו של גבאי (הוא הנאשם 2 בכתב האישום המתוקן שהוגש נגד השניים).

במועד מסוים החליט גבאי לרצוח את שמעון סרויה, עמו היו גבאי ואביו מסוכסכים. גבאי ובוחבוט חברו יחד לצורך הגשמת מטרה זו. ביום 27.9.2017 בשעה 24:00 או בסמוך לכך, עמד סרויה יחד עם חברו דודו צורף ברחוב ביאליק 17 בבית שמש, מחוץ לרכבה של ל', אשר הגיעה למקום על מנת להשיב לצורף כסף. באותה עת הגיעו למקום בוחבוט וגבאי כשהם רכובים על קטנוע השייך לגבאי, חבושים בקסדות, כאשר בוחבוט נוהג בקטנוע וגבאי רכוב אחריו עם אקדח 9 מ"מ בידו, במטרה לרצוח את סרויה. משהתקרבו למקום עומדם של סרויה וצורף, האטו את הקטנוע, וגבאי ירה לעבר סרויה וצורף שלושה כדורים, ממרחק של שלושה מטרים, בכוונה להרוג את סרויה. לאחר מכן נמלטו השניים מהמקום.

כתוצאה מהירי, נפצע סרויה מקליע אשר חדר לירך שמאל שלו ושבר את עצם הירך. סרויה הובהל לבית החולים, נותח בהרדמה כללית והקליע הוצא מגופו. כמו כן, נפצע צורף מקליע אשר חדר לבטנו. צורף הובהל אף הוא לבית החולים ובניתוח דחוף בוצעה כריתת 120 ס"מ מהמעי הדק וכן כריתת השסתום האילוסצקי בבטנו. הירי גרם גם לפגיעה ברכבה של ל'.

4. כתב האישום שהוגש נגד גבאי מוסיף ומתאר כיצד הלה ברח מביתו ולא התייצב לחקירה כנדרש. על פי המתואר, ביום 11.1.2018 הוצא צו מעצר נגד בוחבוט וגבאי בחשד לביצוע נסיון רצח. בוחבוט נעצר ביום 23.1.2018. למחרת היום, הגיעו שוטרים לביתו של גבאי על מנת לעצרו, יידעו את בני משפחתו על קיום צו המעצר וכן השאירו זימון עבורו להגיע למשטרה, הן בביתו הן בביתה של בת זוגו. השוטרים עשו כן פעמים נוספות במהלך שלושת החודשים הבאים, עד למעצרו של גבאי ביום 13.4.2018 בעיר אילת.

במהלך תקופה זו סייע אביו של גבאי לבנו להימלט, ובמסגרת זו הכין לו דרכון שיאפשר לו להימלט מישראל וכן תדרך אותו לגבי האופן שבו עליו לנהוג כדי להקשות על חקירת המשטרה ולשבשה, ובין היתר מסר לו פרטים על חקירתו של בוחבוט.

5. כתב האישום שהוגש נגד בוחבוט כלל אישום נוסף, שעל פיו ביום 23.2.2017 בשעות הלילה נמצא בוחבוט יושב יחד עם אחרים ברכב בסמוך לבית שמש, כשהוא מחזיק בכיס מכנסיו סם מסוכן מסוג קוקאין במשקל 0.2 גרם, ללא היתר כדין וללא רישיון מאת המנהל.

6. לצורך הבנת הרקע לטענות הצדדים בעררים, אדרש עתה לתיאור פעולות החקירה שנעשו בעניינם של בוחבוט וגבאי בטרם הגשת כתב האישום.

פעולות החקירה

7. בוחבוט נעצר לראשונה כאמור ביום 23.1.2018. מרביתו של חומר החקירה שנאסף עד אותה עת כלל ראיות באשר לעצם קיומו של האירוע, ומיעוטו כלל ראיות נסיבתיות שבכוון לקשור את גבאי ובוחבוט לאירוע, בין היתר איתור הקטנוע ששימש על פי הנטען את היורים, המצויי בבעלות גבאי. בהתבסס על ראיות אלו הוצאו צווי המעצר נגד בוחבוט וגבאי.

8. בפתח הודעתו הראשונה מיום 23.1.2018, שנמסרה פחות משעתיים לאחר מעצרו, הודיע בוחבוט לחוקריו כי הוא שומר על זכות השתיקה עד שיתאפשר לו להיפגש עם עורך דיין. אמנם חוקריו אפשרו לו לשוחח שיחה טלפונית קצרה עם באת-כוחו, אך לא היתה זאת התייעצות של ממש, בשל כך שזו היתה עסוקה בדיון אחר.

למחרת היום בשעה 13:40 ניתנה הנחייתו של הקציין הממונה על החקירה, בהתאם לסמכותו על פי סעיפים 34(ד) ו-34(ה) לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים), התשנ"ו-1996 (להלן: חוק המעצרים), למנוע מבוחבוט להיפגש עם עורך דינו, וזאת לאחר שהתרשם "ממכלול פעולות חקירה המתבצעות כלפי דור בוחבוט החשוד בביצוע ניסיון רצח וכן פעולות נוספות במטרה לבצע מעצר של חשוד נוסף".

9. במהלך ארבע חקירותיו מיום 23.1.2018, 24.1.2018 ו-25.1.2018, שנערכו כולן בטרם מומשה זכותו להתייעץ עם עורך דינו, הכחיש בוחבוט את המיוחס לו ושמר על זכות השתיקה. רק בערבו של יום 25.1.2018 ניתנה לבוחבוט האפשרות להודיע לעורך דינו על מקום מעצרו ולהתייעץ עמו. זאת, לא לפני שהושלמה פעולת חקירה הכוללת הכנסת מדובבים לתאו של בוחבוט, כמתואר להלן.

10. ביום 24.1.2018 ולמחרתו, הוכנס בוחבוט לתאי מעצר בהם שהו חמישה שוטרים סמויים בפרקי זמן שונים (להלן: המדובבים). לטענת המשיבה, במסגרת שיחותיו עם המדובבים הודה בוחבוט במעורבותו באירוע והפליל את גבאי, באופן המקים ראיות לכאורה נגד שניהם.

הדיכוב אמנם הוקלט ותומלל, אך לטענת המשיבה חלק לא מבוטל מהדברים שאמר בוחבוט לא הוקלט, משום שבשל חששו של בוחבוט מהקלטות הוא סימן חלק מהדברים בתנועות ידיים, ומשום שבשלב מסוים פתח המדובב אסי את זרם המים בתא כדי להרגיע את חששו של בוחבוט מפני הקלטת השיחה, דבר ששיבש את הקלטת השיחה באופן תקין. כל אחד מהמדובבים ערך ביום 25.1.2018 דו"ח פעולה במסגרתו העלה על הכתב את עיקרי הדברים שאמר בוחבוט, לא בהכרח על פי סדר אמירתם. מבין חמשת הדו"חות, התייחסו טענות הצדדים לשלושה בלבד – הדו"חות של המדובבים אסי, ליאור וקובי – ועל כן יתוארו להלן שלושת הדו"חות הללו בלבד.

11. מדו"ח הפעולה של אסי עולה כי הוא פגש את בוחבוט בתא המעצר בו שהה, ביום 25.1.2018 בשעה 17:30 אחר הצהריים. בוחבוט סיפר לאסי שהוא עצור בשל ניסיון רצח של שמעון סרויה. לשאלת אסי, "למי הוא קשור ועם מי הוא עובד", השיב בוחבוט "אבי גבאי". בוחבוט הביע את חששו ששיחתם בתא המעצר מוקלטת, ולכן אסי הציע לו להיכנס עמו למקלחת, שם פתח את ברז המים כדי להקשות על הקלטת השיחה (כך עולה גם מזכ"ד של אסי מיום 14.5.2018).

בשיחה במקלחת, לשאלת אסי, אמר בוחבוט שהיה בעת האירוע עם אלעד גבאי. לשאלה "איך, ברגל, רכב?" סימן בידו תנועה של אופנוע ואמר "TMAX". לשאלת אסי מי נהג, טפח בידו על חזהו. לשאלת אסי "איך עשיתם", הוא סימן בידו תנועה של אקדח. כאשר נשאל "מי לחץ מי ירה?", השיב "אלעד ירה". אסי הוסיף ושאל "איפה הוא קיבל את הכדורים?", ובוחבוט ענה "בבטן ובצד" והוסיף שהיה עם סרויה אדם נוסף שאינו מכיר. לשאלת אסי "איפה הם היו, ברכב?" השיב בשלילה, וסימן באצבעות הפוכות תנועות של הליכה. אסי שאל עוד "איך הם לא סיימו את העבודה" ובוחבוט סימן בידו "סימן של שקשוק נשק", ולשאלת אסי "מה קרה" השיב "מעצור". בהמשך שאל אסי "מה נסגר עם האקדח, רק שלא ימצאו אותו, מה עם טביעות אצבע, מצלמות", ובוחבוט השיב "אין מצב אנחנו לא ילדים, יודעים את העבודה" וסימן בידו סימון של כפפות וכיסוי פנים.

לאחר שיצאו השניים מהמקלחת, שאל אסי "אם גבאי דואגים לו" ובוחבוט השיב שהם "הביאו לו את העורך דין" והוא מאמין שהם דואגים גם למשפחתו. לאחר מכן אמר בוחבוט "אני לא יודע מה הם רוצים ממני" והוסיף כי "זה משגע אותו" שהודיעו לו שייערך לו עימות והוא לא יודע עם מי.

12. מדו"ח הפעולה של ליאור עולה כי הוא פגש את בוחבוט בתא המעצר ביום 24.1.2018. בוחבוט סיפר כי הוא עצור בגין נסיון רצח, כאשר במהלך האירוע נפצעו שני אנשים – שמעון סרויה ודודי צורף – האחד נפצע בבטנו והשני ברגלו. בוחבוט ציין כי אביו של גבאי "סידר לו עכשיו עורכי דין".

בוחבוט הוסיף וסיפר על שני אירועים (שעל פי בדיקת המשטרה אכן התרחשו בפועל). האירוע הראשון אירע כאשר היה בדרכו לאילת עם גבאי וחברים נוספים. לדבריו בעת שעצרו בדרכם ב"אקו" בבית שמש, "קפצו עליהם בילוש" ומצאו אצלו "נקודה אחת של קריסטל". בוחבוט סיפר שהספיק לזרוק חמישה גרם של קריסטל, שלא נתפסו על ידי השוטרים. לאחר מכן חזר למקום ובעליו השיב לו את הסם שזרק. כמתואר בפסק דינו של בית משפט קמא, האירוע המתואר נבדק, ונמצא כי אמנם נפתח תיק חקירה נגד בוחבוט בחשד להחזקת סמים מיום 24.2.2017 (פל"א 17-86070).

האירוע השני התרחש בעת שביצע עבודות שירות בבסיס שריון באזור לטרון, וגנב אקדח מסוג "יריחו" בצבע כסף. כאמור בפסק דינו של בית משפט קמא, אירוע זה אכן התרחש ביום 31.10.2013, ונגד בעל האקדח הוגש כתב אישום בגין הזנחת כלי

ירייה. בוחבוט נחקר לגבי הפרשה (פל"א 481535-13). יחד עם זאת, נמצא כי אין התאמה בין סוג האקדח שצוין על ידי בוחבוט לבין האקדח שנגנב.

בהמשך התפתחה בין השניים שיחה לגבי סיבת מעצרו של בוחבוט. בוחבוט אמר שהחוקרים הראו לו תמונה של אופנוע שנראה חדש יותר מהאופנוע של גבאי. כן סיפר בוחבוט שאחות של חברו אלירן, ששמה נטלי, מסרה הודעה במשטרה בה ציינה שראתה אותו ואת גבאי נוסעים באופנוע ביום האירוע, אך ציין כי "אין מה לדאוג ממנה כי היא משוגעת שלא רוצה שאח שלה יסתובב איתו [עם בוחבוט] ועם אלעד", ולאחר האירוע הוא וגבאי הלכו לאביה של הבחורה ו"אמרו לו שיעביר לה מסר שלא תפתח ת'פה שלה".

בדו"ח נכתב עוד כי למחרת, ביום 25.1.2018, שאל ליאור את בוחבוט "האם הוא רגוע והכל נקי", תוך שסימן לו בידו צורה של מסכה וכפפות, ובוחבוט מצידו סימן סימן של מצית ואמר "שהוא לא דואג כי הוא דאג לדברים בעצמו ושאין להם כלום".

בהמשך אמר בוחבוט, ביחס להתכתבויות שהראו לו החוקרים בין שתי בנות מבית שמש, בהן צוין כי בוחבוט ירה בסרויה, כי "זה סתם שמועות ושכל בית שמש אומרים שהוא ירה ושנשים סתם מדברים".

13. דו"ח הפעולה של קובי חוזר על הדברים שאמר בוחבוט לליאור בשיחתם, שקובי היה עד לה. בנוסף לכך ציין קובי כי הוא שאל את בוחבוט "איזה מן 'עבודה' זאת לירות לאנשים בבטן וברגל" ובוחבוט ענה שלא הוא ירה, וכי אם הוא היה יורה "זה היה נגמר אחרת".

14. בתחילת חודש פברואר 2018 שוחרר בוחבוט ממעצרו. על פי האמור בהחלטתו הראשונה של בית משפט קמא, היה זה כדי שלא לשבש את החקירה בעניינו של גבאי.

כל אותה עת נמלט גבאי מהמשטרה, חרף פעולות שונות שנעשו כדי לאתרו (כמתואר בדו"חות שונים הנכללים בקלסר החקירה "נסיונות איתור אלעד"). גבאי נעצר רק ביום 13.4.2018 באילת. בחקירותיו שמר על זכות השתיקה.

15. בסמוך לאחר מעצרו של גבאי, נעצר שוב גם בוחבוט. בחקירותיו מיום 10.4.2018 ו-12.4.2018, בעת מעצרו השני, הטיחו החוקרים בבוחבוט את הדברים שאמר בשיחותיו עם המדובבים, אך הוא שמר על זכות השתיקה.

16. מחומר הראיות עולה עוד כי ביום 10.4.2018 ערכו החוקרים "תרגיל חקירה", במסגרתו, כך נראה, הוצע לכאורה לבוחבוט כי יעיד נגד שותפו לעבירה, ובתמורה יזכה להקלה משמעותית בעונשו. כן הוצע לבוחבוט להתייעץ על אפשרות זו עם אמו, שפגשה אותו במקום מעצרו. תובנה זו נלמדת הן ממזכרו של החוקר שי מנדל מיום 11.4.2018 הן מתמלול השיחה בין בוחבוט לאמו מיום 10.4.2018.

כך הציג זאת החוקר במזכרו:

"שאלתי אותו אם הוא רוצה לראות אותה [את אמו – י' א'] בכדי להתייעץ איתה על המשך דרכו והוא ענה כן ואמר לי כי הוא ישאל אותה מה היא אומרת ומה שהיא תגיד הוא יעשה ואם הוא נכנס לתוך תהליך כזה של לשתף פעולה עם המשטרה הוא רוצה את האישור שלה" (מזכרו של החוקר שי מנדל מיום 11.4.2018).

מיד לאחר מכן נערכה פגישה בין בוחבוט ואמו, והשיחה ביניהם הוקלטה ותומללה ללא ידיעתם. במסגרת שיחה זו אמר בוחבוט לאמו כי החוקרים הציגו לו תמלול של תוכן השיחות המוקלטות בינו לבין המדובבים, בהן "נפל", כלשונו, "עם שלושה מדובבים" (עמ' 4) להם אמר "שזה אני והכל" (עמ' 2), "כאילו שהודיתי שאמרתי להם" (עמ' 6). בוחבוט הוסיף כי "אני הולך לבית סוהר, הוא [גבאי – י' א'] יהיה בחוץ" (עמ' 4).

לצד זאת, כאשר נשאל על ידי אמו "למי אמרת את זה?", השיב "לא אמרתי לאף אחד" (עמ' 2), וכאשר נשאל שוב בהמשך על ידה מיהם המדובבים, "מעניין מי אלה, למי אמרת, אתה זוכר?" השיב "לא יודע. לא זוכר. לא אמרתי דבר כזה, לא יודע מה הם רוצים" (עמ' 9).

בוחבוט ואמו שקלו את האפשרות של הסדר טיעון, במסגרתו יודה בוחבוט ויעיד נגד שותפו לביצוע העבירה, תוך שהזכירו את החשש מפני משפחת גבאי אם יבחר בוחבוט בדרך זו. לכל אורך השיחה ניכרת המצוקה הרבה והפחד שבוחבוט חש, בהיותו נתון בין הפטיש לסדן, כאשר מצד אחד אם יודה ויפיל את חברו "הם [משפחת

גבאי – י' א' לא יעזבו אותנו" (עמ' 6) ומצד שני אם לא יעשה כן, הוא "הולך לאכול תיק" (עמ' 4) וצפוי לתקופת מאסר ממושכת.

17. כעולה ממזכרו של החוקר, לאחר פגישתו של בוחבוט עם אמו, הוא שאל את החוקר "מתי חותמים כבר, נראה לי עשיתם לי קטע", והחוקר השיב לו "עכשיו זה תהליך וכרגע זה בטיפול הקצינים". לאחר מכן אמר בוחבוט לחוקר "בסוף תפסתם את הקטנוע אה?", והשיב בחיוב לשאלת החוקר "אם הם עשו את הירי עם הקטנוע".

ההליך בבית משפט קמא

18. יחד עם כתבי האישום הוגשו לבית המשפט המחוזי בירושלים בקשות למעצרו של העוררים ואביו של גבאי עד תום ההליכים נגדם.

בבקשות נטען, ביחס לעוררים, כי למשיבה ראיות לכאורה להוכחת אשמתם, לרבות הודאתו של בוחבוט במיוחס לו בפני מדוכב, בה הפליל גם את גבאי, וכן ראיות נוספות. כן צוין כי לבוחבוט עבר פלילי, הכולל הרשעה במספר עבירות של החזקת סכין, עבירות רכוש, הפרת הוראה חוקית, איומים, תקיפה הגורמת חבלה של ממש ועבירות נוספות, דבר המלמד על מסוכנותו. אשר לגבאי, נטען כי מתנהל בעניינו הליך פלילי נוסף בעבירות של קבלת דבר במרמה, הפרעה לשוטר והחזקת שטר כסף מזויף.

על פי הנטען, העבירות המיוחסות לעוררים ונסיבות ביצוען מקימות באופן ברור עילת מעצר נגד העוררים, על פי סעיף 21(א)(1)(ב) לחוק המעצרים, שכן שחרורם עלול לסכן את ביטחון הציבור. כן נטען כי אין בנמצא כל חלופה שיש בה כדי להבטיח את מטרות המעצר.

19. הדיון בשתי הבקשות למעצרו של העוררים ואביו של גבאי אוחד; אך בעקבות בקשות הצדדים הדיון בעניינו של אביו של גבאי הוקדם, ובהחלטת בית המשפט מיום 21.5.2018 הוא שוחרר בתנאים.

על פי בקשת בא-כוחו של בוחבוט, פוצל הדיון גם בעניינם של העוררים.

20. ביום 11.7.2018 ניתנה החלטתו הראשונה של בית המשפט המחוזי, אשר הורתה על מעצרו של גבאי עד תום ההליכים לנוכח קיומן של ראיות לכאורה. נקבע כי בשל מסוכנותו, ובשל הימלטותו מהחקירה, אין מקום לבחינת חלופת מעצר.

בהחלטתו ציין בית המשפט כי חומר הראיות הוא רב, תוך שהדגיש כי הראיות המרכזיות שלגביהן גם נשמעו מרבית טענות הצדדים, הן הראיות בעניין דבריו של בוחבוט בפני המדובבים. בהקשר זה נקבע, כי בשלב ההחלטה על המעצר עד תום ההליכים, אין מקום לבחינת סתירות לכאורה בראיות, חסרים בראיות או טענות באשר למהימנות המדובבים, אלא די בכך שיש בתוכם של דו"חות הפעולה כדי לבסס ראיות שבכוחן להוכיח את עובדות כתב האישום.

באשר לכך, נפסק כי בדו"חות האמורים ישנו "כוח ראייתי אשר די בו כדי להניח יסוד סביר להרשעת המשיב [גבאי – י' א']". עוד נקבע כי בדבריו למדובבים תיאר בוחבוט עובדות אשר הוכחו באמצעות ראיות אחרות, לרבות הרכיבה על הקטנוע, ואופי פציעתם של סרויה וצורף. בית המשפט הוסיף, כי דבריו של בוחבוט לאמו מחזקים את קיומן של ראיות לכאורה, שכן הוא אישר שסיפר למדובבים על האירוע, הזכיר את מעורבותו של גבאי ומשפחתו, "ומכל מקום בשום שלב לא הכחיש את העובדה שעבר עבירה אשר בעטייה הוא צפוי לעונש מאסר ממושך".

21. ביום 18.7.2018 ניתנה החלטתו השניה של בית המשפט המחוזי, אשר הורתה על מעצרו של בוחבוט עד תום ההליכים. בית המשפט קבע כי כל אותן ראיות לכאורה שעמדו לחובתו של גבאי, עומדות גם לחובתו של בוחבוט, ודי בהן כדי לקבוע כי ישנן ראיות לכאורה לשם הוכחת העבירות בהן הוא מואשם, באופן המקיים עילת מעצר נגדו. בית המשפט ציין עוד, כי מסוכנותו של בוחבוט נלמדת גם מעברו הפלילי המכביד, אשר פורט בהחלטה.

בית המשפט דחה את טענת באי-כוחו של בוחבוט, לפיה יש להורות על שחרורו ממעצר בשל כך שמניעת זכות ההיוועצות חרגה ממשך הזמן המותר על פי דין, וזאת על בסיס הקביעה שמניעת ההיוועצות נמשכה פחות מעשרים וארבע שעות, אותן יש למנות מעת שניתנה החלטת הקצין הממונה (יום 24.1.2018 בשעה 13:40) ולא מעת מעצרו (23.1.2018 בשעה 9:50).

בית המשפט הוסיף, כי אפילו נפל פגם בזכות ההיוועצות של בוחבוט עם סנגוריו, אין מדובר בפגם מהותי, שכן "ספק אם היה בכך כדי לשנות מן העובדה שהוא בחר לדבר עם המדובבים שהיו בתאו", ומכל מקום, הוא נמנע מלהשיב לשאלות חוקריו, כך שממילא הוא לא מסר כל הודעה או הודאה בטרם נועץ עם עורך דינו. עוד נקבע, כי במקרה זה גוברים השיקולים המצדיקים את המשך המעצר – לנוכח חומרת

העבירות, מסוכנותו של בוחבוט ואינטרס ההגנה על הציבור – ועל כן יש להותיר את שאלת קיומו של הפגם לבחינה במסגרת ההליך העיקרי.

טענות הצדדים בעררים

22. בערר שהגיש בוחבוט, נטען כי בפעולות החקירה נפלו פגמים חמורים באופן הפוגע פגיעה מהותית בזכותו להליך הוגן, ועל כן יש להורות על שחרורו ממעצר כבר בשלב זה.

כך, נטען כי החלטת הקצין הממונה על מניעת המפגש לא נומקה כנדרש. בהקשר זה נטען עוד, כי "תכלית המניעה היתה אך ורק כדי למקסם את הסיכוי שהעורר 'ייפול במלכודת' תרגילי החקירה הצפויים לו ויותר על זכויותיו שלא במודע, ולא מטעמי נחיצות השלמת פעולת חקירה כנדרש בחוק".

כן נטען כי זכות ההיוועצות עם עורך דינו נמנעה במשך פרק זמן הארוך מ-24 שעות, שכן יש למנות פרק זמן זה מעת המעצר ולא מעת מתן ההחלטה על מניעת המפגש. בהקשר זה נטען כי הקצין הממונה קבע את שעת תחילת מניעת המפגש חמש דקות לפני תחילת חקירתו השניה של בוחבוט, באופן מלאכותי, על אף שמניעת המפגש החלה למעשה עוד קודם לכן.

בוחבוט הדגיש, כי רצונו להיוועץ עם עורך דינו שב ועולה הן בחקירותיו הן בשיחותיו עם המדובבים בתאו, אשר כחלק מתרגיל החקירה הטעו אותו לחשוב שמניעת המפגש מצביעה על נסיבות חריגות של ביצוע העבירות ועל ראיות שקיימות בידי החוקרים.

לבסוף נטען בהקשר זה, כי בניגוד לנהלים, נמסרה ההחלטה על מניעת המפגש רק לבוחבוט ולא לסנגוריו.

23. אשר לדברים שמסר למדובבים, נטען כי אלו האשימו אותו בשיתוף פעולה עם המשטרה ועל כן לא היתה לו ברירה אלא "להציג עצמו כעבריין על מנת לשרוד בתא".

עוד נטען כי "הפרטים שמסר לכאורה בנוגע לאירוע אינם מחדשים דבר ולא נמסר על ידו ולו פרט חקירתי מוכמן אחד". על פי הנטען, כל הפרטים שמסר למדובבים הוטחו בו בחקירתו, או פורסמו בתקשורת עוד טרם מעצרו, וכי ביחס

לפרטים מסוימים קיימת אי-התאמה בין הגרסה שמסר בוחבוט למדובכים לבין פרטי האירוע.

24. לעניין האמור בשיחתו של בוחבוט עם אמו, נטען כי מדובר בשיחה שהתנהלה בקשר להצעת החוקר לפיה ישמש בוחבוט עד מדינה, ועל כן בהתאם להנחיית היועץ המשפטי לממשלה מס' 4.2201, אשר צורפה להודעת הערר, על חילופי הדברים בין בוחבוט לאמו לחסות תחת צילה של תעודת חיסיון.

לגוף העניין, נטען כי הדברים שנאמרו בשיחה זו אינם מצביעים על כך שהודה בפני המדובכים אלא "מעידים על בלבול קשה וחוסר אונים".

25. בערר שהגיש גבאי, נטען כי עצמת הראיות בתיק אינה מצדיקה את מעצרו של העורר, וכי יש להורות על בדיקת חלופת מעצר, בפרט לנוכח גילו הצעיר ועברו הפלילי הנקי.

לטענת גבאי, לא ניתן לסמוך על הדברים שאמר לכאורה בוחבוט לאסי, שתועדו בדו"ח הפעולה, כראיה יחידה המפלילה את גבאי, בפרט כאשר אסי שיבש במכוון את ההקלטה כאשר פתח את ברוז המים.

כמו כן, נטען כי אין התאמה מלאה בין תמליל השיחה בין בוחבוט לאסי לבין האמור בדו"ח הפעולה של אסי. בהקשר זה, הצביע גבאי על כך שעל פי תמליל השיחה, מיד לאחר סגירת ברוז המים במקלחת, אמר בוחבוט לאסי כי "ירו ביד ברגל בזה... רוקנו עליו מחסנית שלמה מהחלון" (עמ' 22 לתמליל השיחה עם אסי מיום 25.1.2018). על פי הנטען, דברים אלו אינם עולים בקנה אחד עם עובדות האירוע, בהן העובדה שנורו שתי יריות בלבד (ולא מחסנית שלמה) וכן שהירי בוצע מקטנוע חולף (ולא מחלון רכב). מכאן, לטענת גבאי, שבוחבוט לא הכיר את העובדות מכלי ראשון. כן נטען, כי דברים אלו של בוחבוט לא נזכרו בדו"ח הפעולה שכתב אסי, דבר המעיד על היעדר מהימנותו של דו"ח הפעולה.

26. בדיונים שנערכו לפני, טענה באת-כוח המשיבה כי החלטת בית משפט קמא מבוססת היטב על פי חומר הראיות, ואין להתערב בה.

על פי הנטען, דו"חות המדובכים מהווים "תשתית ראייתית עשירה", כלשון באת-כוח המשיבה, ויש לייחס מהימנות רבה למדובכים, שהינם שוטרים, ולדו"חות

הפעולה שכתבו. באת-כוח המשיבה הדגישה כי אין מחלוקת שישנם פערים בין תמליל השיחות עם המדובבים לבין דו"חות הפעולה, אך ציינה כי "הפערים הם אינהרנטיים לסוג כזה של תוצרים כאשר מדובר בפעולות דיכוב", מקום בו החשוד מוסר חלק מתשובותיו בלחש או בתנועות ידיים, באופן שאינו מתועד בתמלילים.

עוד נטען, כי הפרטים שמסר בוחבוט למדובבים ביחס לשני האירועים הנוספים מחזקים את האותנטיות של הודאתו לכאורה בפני המדובבים. כמו כן, על פי הנתען, הדברים שאמר בוחבוט לאמו בשיחתם מחזקים אף הם את הודאתו זו. אשר לטענת בוחבוט בדבר אי-קבילותו של תמלול השיחה בינו לבין אמו כראיה, נטען כי לא ניתנה לבוחבוט "הצעה קונקרטית" לשמש כעד מדינה, אלא מדובר ב"אופי כללי מאוד של הצעה", וכי החוקר בסך הכל "עודד את דור [בוחבוט] לעבור לצד של התובעים ולדאוג לעצמו", כלשון באת-כוח המשיבה.

אשר למועד תחילתה של מניעת המפגש בין בוחבוט לבאי-כוחו, נטען כי יש לדחות את בירורן של טענות בוחבוט בעניין זה להליך העיקרי, ובשלב זה ניתן להסתפק בכך שבוחבוט קיים שיחה עם באת-כוחו לפני שהחלה החקירה, ואף היה מיוצג בדיון שהתקיים באותו יום לצורך הארכת מעצרו.

דיון והכרעה

27. העררים שבפניי מעוררים, כאמור, שאלות עקרוניות הנוגעות לנפקותם של פגמים שנפלו לכאורה בפעולות החקירה ובתוצריהם במסגרת הדיון בבקשה למעצר עד תום ההליכים.

יש להדגיש, כי בשלב זה אין אנו עוסקים בשאלת קבילותה ומשקלה של ההודאה שמסר לכאורה בוחבוט בפני המדובבים; שאלה זו תדון בתיק העיקרי לפי מבחני החקיקה והפסיקה, בהתאם לסעיף 12 לפקודת הראיות [נוסח חדש], תשל"א-1971 ולהלכת יששכרוב (ע"פ 5121/98 יששכרוב נ' התובע הצבאי, פ"ד סא(1) 461 (2006)).

בשלב זה של הדיון בתיק המעצר, תבחן רק השאלה האם בראיות שהוצגו – ובעיקר דו"חות הפעולה של המדובבים ותמליל השיחה של בוחבוט עם אמו – יש כדי לשמש תשתית ראייתית לכאורית מספקת לצורך מעצרו של העוררים.

יחד עם זאת, כבר בשלב מוקדם זה של ההליך הפלילי יש לתת את הדעת לשאלת אופיין של הראיות העומדות לחובת הנאשם, ובכלל זה בחינת הנסיבות בהן הושגו, ככל שיש בכך כדי ללמד על חולשה מסוימת שנפלה בתשתית הראייתית הלכאורית.

28. כפי שפורט לעיל, הראיה המרכזית וכבדת המשקל שעשויה לכאורה להפליל את העוררים היא הדברים שאמר לכאורה בוחבוט למדובב אסי ואשר לא נשמעו בהקלטה ואולם תועדו בדו"ח הפעולה של אסי. לכך מצטרפים גם הדברים שאמר בוחבוט למדובבים ליאור וקובי, וכן דברים שאמר בוחבוט לאמו כאשר להודאתו לכאורה בפני המדובבים.

ואולם, בהשגת ראיות אלו נפלו מספר קשיים, אשר משליכים לטעמי באופן ישיר על הערכת משקלן כבר בשלב זה של הדיון בעילות מעצרים של העוררים, כפי שיפורט להלן.

29. הקושי הראשון והמהותי הוא שיבוש ההקלטה של שיחת המדובב אסי עם בוחבוט, אשר גרם לכך שתוכן השיחה ביניהם לא הוקלט במלואו.

מטרתו של המדובב אסי בפתיחת ברז המים במקלחת היא אמנם ברורה; פעולה זו נועדה לעורר את אמונו של בוחבוט, שחשש מהקלטות בתא המעצר. ברם, פעולה זו אכן הגשימה את מטרתה, תוך שגרמה לתוצאה של שיבוש ההקלטה, באופן המאלץ את בית המשפט הבוחן את הראיות להסתמך אך ורק על דו"ח הפעולה שכתב אסי לאחר מכן (והזכ"ד המשלים מיום 14.5.2018). תוצאה זו בעייתית כשלעצמה.

כך, במיוחד כאשר גם המשיבה מסכימה לקיומם של פערים בין השיחה המוקלטת לבין דו"ח הפעולה, וכאשר העוררים הצביעו על חסרים שנפלו, לכאורה, בדו"ח הפעולה הכתוב של אסי, אשר מטבע הדברים אינו משקף במדויק את כל אמירותיו של בוחבוט.

30. הקושי השני הוא השימוש בדברים שאמר בוחבוט לאמו כראיה לחובתו, וזאת לאחר שהוצע לו לכאורה להעיד נגד שותפו לעבירה בתמורה להקלה בעונשו.

אמנם, השאלה אם אכן הוצע לבוחבוט לשמש עד מדינה שנויה במחלוקת בין הצדדים, והיא תוכרע בהליך העיקרי. יחד עם זאת, לשאלה זו רלוונטיות כבר בשלב זה

של הדיון בתיק המעצר, שכן התשובה לה משליכה באופן ישיר על האפשרות לשימוש בתמליל השיחה בין בוחבוט לאמו, וזאת לנוכח הנחיית היועץ המשפטי לממשלה בעניין "עד מדינה" מיום 30.8.2005 (מס' הנחיה 4.2201) אשר הוגשה לעיוני.

מחומר הראיות שהוגש (ובפרט ממזכרו האמור של החוקר שי מנדל וכן מתוכן השיחה בין בוחבוט לאמו) עולה כי לכאורה החוקרים הם שהציעו לבוחבוט עסקה כלשהי, ולא היתה זו יוזמה של בוחבוט עצמו, דבר התומך במסקנה כי אין זה מן הראוי שייעשה שימוש במידע שמסר בוחבוט לכאורה במהלך השיחה עם אמו, גם אם המשא ומתן בינו לבין החוקרים לא השתכלל לכדי הסכם עד מדינה.

31. הקושי השלישי הוא פגם שנפל לכאורה בזכות ההיוועצות של בוחבוט עם עורכי דינו, תוך הפרה מסוימת של זכותו להליך הוגן.

זכות ההיוועצות נחשבת לאחת מזכויות היסוד של נאשם, ומטרתה להבטיח משפט צדק, שכן היעדרו של ייצוג משפטי עלול להביא להרשעת שווא, אם בשל פגיעה ביכולת הגנתו של הנאשם אם בשל פגיעה במימוש זכויותיו הדיוניות והמהותיות (ראו ע"פ 816/10 גולד נ' מדינת ישראל, בפסקה 11 (3.9.2012); וראו גם, מהעת האחרונה, ע"פ 2868/13 אלישע חייבטוב נ' מדינת ישראל, בפסקה 90 (2.8.2018); להלן: עניין חייבטוב).

הזכות להיוועצות מעוגנת בסעיף 34 לחוק המעצרים. אך בעוד ששלושת סעיפי המשנה הראשונים בסעיף זה מבטיחים את מימושה המהותי של הזכות, שלושת סעיפי המשנה הבאים מסייגים את זכות ההיוועצות במקרים חריגים. בענייננו, רלוונטיים סעיפים 34(ד) ו-34(ה) המורים כך:

"(ד) נמצא העצור באותה עת, בעיצומם של הליכי חקירה או של פעולות אחרות הקשורות בחקירה, באופן שנוכחותו נדרשת כדי להשלים, ועריכת הפגישה עם עורך הדין ללא דיחוי, כאמור בסעיף קטן (ג), 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 שהפסקה 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".

32. כפי שתואר לעיל, בוחבוט נחקר לראשונה כשעתיים לאחר מעצרו, ביום 23.1.2018. בפתח החקירה הוא ביקש להתייעץ עם עורך דין, ואכן ניתנה לו האפשרות לשוחח בטלפון עם באת-כוחו. ואולם, כעולה מהודעתו, כמו גם מהאמור בהחלטת בית משפט קמא, וכפי שנטען בפניי בעל פה, לא היתה זו התייעצות של ממש מכיוון שבאת-כוחו היתה עסוקה אותה עת בדיון אחר. משכך, סירב בוחבוט לענות לשאלות החוקרים תוך שהדגיש שבכוונתו לשמור על זכות השתיקה עד שיפגוש את באת-כוחו ויתיעץ עמה. בוחבוט חזר על עמדתו זו גם בחקירותיו הבאות בימים שלאחר מכן.

33. כאמור, רק במזכרו מיום 24.1.2018, בשעה 13:40, למעלה מיממה לאחר מעצרו של בוחבוט, הורה הקצין הממונה על החקירה על מניעת מפגש של החשוד (בוחבוט) עם סנגורו, בהתאם לסמכותו לפי סעיפים 34(ד) ו-34(ה) לחוק המעצרים. מבלי להכריע בשאלה האם החלטה זו הינה מנומקת דיה על פי דרישת סעיף 34(ה) לחוק המעצרים, כטענת באי-כוחו, אין בידי לקבל את קביעת בית משפט קמא, לפיה בנסיבות העניין שלילת זכות ההיוועצות של בוחבוט נמנית מרגע מתן ההחלטה האמורה.

סעיף 34(ה) לחוק המעצרים מורה במפורש כי מניעת המפגש בין העצור לעורך דינו לא תעלה על 24 שעות מעת המעצר. לפיכך, גם אם חתם הקצין הממונה על החלטת המניעה למחרת היום בשעה 13:40, הרי שעשרים וארבע השעות יחלו להיספר משעת המעצר, או מעת שנמנעה בפועל פגישתו של העצור עם עורך דינו, לפי המאוחר.

34. בענייננו, משנקבע בהחלטת בית משפט קמא כי אין לראות בשיחת הטלפון שקיים בוחבוט עם באת-כוחו מימושה המלא של זכות ההיוועצות, ומשנדמה שאף המשיבה לא חלקה על כך, אני סבור כי יש למנות את מניעת המפגש עוד קודם למועד בו הורה עליה בפועל הקצין הממונה.

כך, בפרט כאשר הודיע בוחבוט כבר בפתח אותה חקירה, כאשר נשאל "מה יש לך לומר על החשדות נגדך", כי "אני שומר על זכות השתיקה עד שאני אדבר עם העורכת דין שלי", וכאמור חזר על כך מספר פעמים לאורך חקירותיו.

איני מקבל את ההשוואה שביקשה באת-כוח המשיבה לערוך בעניין זה בין המקרה שלפנינו לבין המקרה שנדון בהחלטתי בבש"פ 5653/18 פלוני נ' מדינת ישראל (26.7.2018), שכן באותו עניין, כפי שנקבע, "עובר למניעת המפגש, נכח הלה [העורר – י' א'] בדיונים שהתקיימו בעניינו, שמע את החשדות נגדו, מסר גרסה ופגש בבא-כוחו אף יותר מפעם אחת". בנסיבות העניין שלפניי, לא נטען כי בוחבוט פגש בעורכי דינו כדי להיוועץ בהם, או כי במהלך הדיון בהארכת מעצרו ניתנה לו ההזדמנות לשוחח עם באי-כוחו.

התוצאה היא כי על פני הדברים חרגה מניעת המפגש באופן משמעותי ממסגרת הזמן המותרת על פי חוק.

35. אמנם, בכך בלבד אין כדי להצדיק שחרורו של חשוד ממעצר, שכן כפי שנפסק מניעת זכות ההיוועצות כשלעצמה אינה "ערך מוחלט", אלא יש לבחון שיקולים נוספים המצדיקים את המשך המעצר, בהם האינטרס הציבורי, ערך גילוי האמת, הלחימה בפשע וההגנה על שלום הציבור (בש"פ 9220/12 פרץ נ' מדינת ישראל, בפסקה 9 (26.12.2012); להלן: עניין פרץ). שאלת הפגם שנפל בזכות ההיוועצות צריכה להתברר במסגרת ההליך העיקרי, בו ייערך איזון בין מידת הפגיעה בזכויות החשוד לבין ערכים ואינטרסים נוספים (בש"פ 1636/13 קאניאוונג נ' מדינת ישראל, בפסקאות י'-י"א (24.3.2013); בש"פ 2347/16 פלוני נ' מדינת ישראל, בפסקה 24 (19.4.2016)).

ואולם, בענייננו, אין בידי לקבל את מסקנת בית משפט קמא לפיה אפילו נפל פגם בזכות ההיוועצות, אין מדובר בפגם מהותי, שכן ספק אם היה בכך כדי לשנות מהעובדה שבוחבוט בחר לדבר עם המדובבים בתאו.

הפגיעה בזכות ההיוועצות יכולה, בנסיבות מסוימות, להשפיע על נסיבות מסירת הודאה בפני מדובב, בפרט כאשר סוגית מניעת המפגש בין החשוד לעורך דינו נדונה בשיחה עם המדובב, תוך הצעת פרשנות כזו או אחרת על ידי המדובב לגורמים שהביאו את החוקרים להחליט על מניעת המפגש (לעניין האיסור על מדובב ליתן עצה משפטית לחשוד, ראו: ע"פ 8743/09 מנקין נ' מדינת ישראל, בחוות דעתו של השופט י')

דנציגר (13.2.2013). אכן, לא בכדי לפחות בחלק מהמקרים שבהם קבע בית משפט זה כי נפגעה זכות ההיוועצות של החשוד, בכך שנמנעה ממנו האפשרות להיפגש עם עורך דינו, היה זה בנסיבות בהן מסר החשוד הודאה בפני מדוכב (ראו, בין היתר, עניין חייבטוב; ע"פ 1301/06 עזבון המנוח יוני אלזם ז"ל נ' מדינת ישראל, פ"ד סג(2) 177 (2009)).

בדומה, אין בידי גם לקבל את מסקנת בית משפט קמא, לפיה ממילא במשך פרק הזמן של מניעת המפגש "נמנע [בוחבוט] מלהשיב לשאלות חוקריו, כך שממילא לא מסר כל הודעה, או הודאה, בעת שנחקר ובעת שנגבו ממנו ההודעות". זאת, שכן כאמור, מניעת זכות ההיוועצות יכולה היתה להשפיע גם על מסירת הודאתו לכאורה של בוחבוט בפני המדוכבים, כנטען על ידי המשיבה, ומכל מקום השלכותיה על מצבו הנפשי של חשוד ועל התנהגותו רחבות מגדרי המתרחש בחדר החקירות בלבד.

בהצטרף הפגם שנפל בזכות ההיוועצות עם הקושי הראייתי שהוצג לעיל ועם ההצעה שהוצעה לכאורה לבוחבוט להודות במעשה ולהפליל את שותפו לעבירה בתמורה להקלה בעונשו, ולנוכח טענות באי-כוחו של בוחבוט באשר לעיסוק הנרחב בנושא מניעת המפגש במסגרת שיחות המדוכבים עם בוחבוט, שאין לבטלן כלאחר יד, אני סבור כי להפרה לכאורה של זכות ההיוועצות בנסיבות העניין יש נפקות ומשקל גם בהליך הדיוני של הבקשה למעצר עד תום ההליכים, ואין להותיר את הדיון בה רק להליך העיקרי (וראו והשוו: עניין פרץ, בפסקה 10).

36. מטבע הדברים, החקירה המשטרתית יכולה להתנהל בשום שכל, בתבונה, ואף בתחבולה, ובלבד שהדבר לא יפגע בזכויותיהם של הנחקרים, לא יפגום בתוצרי החקירה העתידיים, לא יעמיד בספק את דבר קבילותם ואף לא יפחית ממשקלם הראייתי.

37. לנוכח כל האמור, אני סבור כי לפגמים שנפלו לכאורה בתשתית הראייתית ובזכות ההיוועצות של בוחבוט, יש השלכה על שאלת קיומן של ראיות לכאורה כבר בשלב הדיון במעצרו של העוררים. מבלי לקבוע מסמרות בסוגיות אלו, אשר תדונה לעומקן בהליך העיקרי, תוך התייחסות יסודית למשקלן ולקבילותן של הראיות, אני סבור כי הפגמים האמורים מצדיקים בחינתה של חלופת מעצר הדוקה בעניינם של העוררים.

38. אשר על כן, אני מקבל את העררים, באופן שהדיון בעניינם של העוררים יוחזר לבית משפט קמא, לצורך בחינת חלופת מעצר.

ניתנה היום, י"ב באלול התשע"ח (23.8.2018).

ש ו פ ט