

תאריך – 3/10/17

לפני כבוד השופט נעם שילו

המאשימה:

מדינת ישראל
ע"י ב"כ עו"ד תביעות ת"א

נגד

הנאשם:

XXXXX XXX
ע"י ב"כ עו"ד מיטל רון

החלטה

בדיון שהתקיים לפניי ביום 17/7/17 הועלתה הבקשה מטעם ב"כ הנאשם לביטול כתב האישום כנגדו מטעמים של הגנה מן הצדק.

כנגד הנאשם הוגש כתב אישום בגין ביצוע עבירה של תקיפה הגורמת חבלה ממש – עבירה לפי סעיף 380 לחוק העונשין, תשל"ז – 1977 (להלן: "חוק העונשין").

מעובדות כתב האישום עולה כי בתאריך 8/11/15 בשעה 14:50 בערך, בפנימיית "XXXX" ברחוב XXXXX (להלן: "המקום"), שיחק הנאשם כדורגל בסמוך למקום בו ישבה XXXXXX, ילידת 2001 (להלן: "המתלוננת").

בנסיבות אלה ולאחר שהכדור פגע במתלוננת מספר פעמים, העירה על כך המתלוננת לנאשם וכשהנאשם התעלם ממנה אמרה לו המתלוננת שתפוצץ לו את הכדור. או אז תקף הנאשם את המתלוננת שלא כדין וללא הסכמתה בכך שדחף אותה.

בהמשך, לאחר חילופי קללות בין המתלוננת לנאשם, התקרב הנאשם למתלוננת והמתלוננת דחפה את הנאשם במטרה להרחיקו ממנה והסתובבה עם גבה לנאשם. או אז תקף הנאשם את המתלוננת שלא כדין וללא הסכמתה בכך שבעט ברגלה.

המתלוננת הסתובבה בחזרה לכיוונו של הנאשם ושאלה אותו "אם מגרד לו בגוף" ובתגובה תקף אותה הנאשם שלא כדין וללא הסכמתה בכך שהיכה בכל חלקי גופה באמצעות אגרופים, לרבות אגרוף בבטן וכתוצאה מכך נפלה המתלוננת.

בהמשך לכך, בעודה שרועה על הרצפה, המשיך הנאשם לתקוף את המתלוננת בכך שבעט בראשה.

כתוצאה ממעשיו של הנאשם, נזקקה המתלוננת לטיפול רפואי ונגרמו לה חבלות של ממש בדמות: כאבי ראש, בחילות, סימון חבלה שטחי באזור פרונטלי מימין ושפשופים קלים בצוואר הקדמי ובפנים.

טענות ב"כ הנאשם:

ב"כ הנאשם טענה כי מדובר באכיפה בררנית פסולה ובהפרה בוטה של הזכויות הקבועות בחוק הנוער (שפיטה, ענישה ודרכי טיפול), תשל"א – 1971 (להלן: "חוק הנוער"), כאשר לשיטתה מכלול הפגמים ועוצמתם המצטברת מחייבת ביטול כתב האישום וזיכוי הנאשם.

בטיעוניה התייחסה ב"כ הנאשם לטענות ולפגמים הבאים:

חקירת הקטין ללא נוכחות הורה – לטענתה המאשימה הפרה באופן בוטה את הוראות סעיף 9(ב) לחוק הנוער, כאשר החוקר בחקירת הנאשם מציין כי בתחילת החקירה הוא התקשר לאביו של הקטין על מנת שיתייצב להיות נוכח בחקירת בנו, האב הודיע כי יגיע תוך כשעה לתחנה, וחרף זאת ממשיך החוקר בחקירה ללא נוכחות הורה וזאת בניגוד להוראות החוק.

הפרת זכות היועצות עם עורך דין - ב"כ הנאשם הפנתה בעניין זה לע"פ 10049/08 וטענה כי הנאשם לא הבין את משמעות הוויתור על זכותו זו, כאשר בית משפט עליון הבהיר כי הוויתור צריך להיות - מדעת. לטענתה, הנאשם לא קיבל ייעוץ בטרם חקירתו.

קבילות ההודעה – לטענתה, עיון בהודעה מעלה כי חקירת הנאשם תורגמה מצרפתית לעברית ע"י השוטרת XXXXXX, שאינה מתורגמנית. עוד טענה כי היה על המשטרה לרשום את ההודעה בשפתו של הקטין ואין מחלוקת כי אינה רשומה בשפתו ואין תיעוד חזותי של החקירה.

עוד ביקשה לפסול את הליך התשאול שבוצע בפנימייה המפורט בדו"ח הפעולה של XXXXXX, מהטעם כי הושג שלא כדין.

אכיפה בררנית - לטענתה, המאשימה נמנעה מהגשת כתב אישום כנגד המתלוננת כאשר מעדויות בתיק עולה כי המתלוננת תקפה ראשונה את הנאשם. בעניין זה הפנתה לע"פ 15757-04-11 מחוזי ת"א.

כמו כן, טענה כי אין בתיק רשימת חומר חקירה בניגוד לסעיף 74 לחסד"פ.

ב"כ המאשימה ביקשה להגיב לטענות בכתב וביום 16/8/17 הוגשה תגובתה בכתב לטענות שהועלו.

תשובת המדינה:

לעניין חקירת הנאשם שלא בשפת אימו והיעדר תיעוד חזותי, נטען כי אכן חקירתו של הקטין **תורגמה** מהשפה העברית לשפה הצרפתית עבור הקטין **ע"י השוטר XXXXX**.

כמו כן צוין כי בתיק החקירה **היה קיים דיסק חזותי** של החקירה אך הוא **אינו תקין** ולא ניתן לצפייה **ובנוסף לא נשמר העתק של הדיסק בתחנה**.

באשר לחקירת הנאשם ללא נוכחות הורה, תשובת המדינה הייתה כי החוקר התקשר לאביו של הקטין, **אשר מסר כי יגיע לתחנה תוך שעה וחצי**, כאשר בהמשך **נשאל הקטין** באם רצונו להיוועץ בעורך דין או בהוריו, והוא השיב בשלילה. **או אז התחילה החקירה**.

עוד נטען כי, **הנאשם חתם על טופס** "יידוע חשוד קטין בדבר זכויותיו בטרם חקירה", טופס המפרט את מלוא זכויותיו. כך לשיטתה, הנאשם וויתר על ייעוץ עורך דין ונוכחות הוריו ולכן אין מקום לטענות ב"כ הנאשם בעניין זה.

לטענת המדינה, גם אם הנאשם היה שותק בשטח ו/או בתחנה, הרי שיש די ראיות אחרות בתיק לבסס את אשמתו ולכן גם אם הייתה פגיעה בזכויותיו, הרי שמדובר בפגיעה מינורית, בוודאי לא כזו המצדיקה את ביטול כתב האישום.

לעניין טענת **אכיפה בררנית**, נטען כי חלקו של הנאשם באירוע שונה באופן מהותי מחלקה של המתלוננת, ולכן היה מקום לבצע אבחנה בין השניים. **אף אם המתלוננת היא זו שפתחה באלימות, הרי שזו הייתה מינורית** וחומר הראיות מצביע על כך שהנאשם תקף אותה בבריונות, ואף בעט בראשה שעה שכבר הייתה שרועה על הרצפה. כאשר כתוצאה מכך, נחבלה ונזקקה לטיפול רפואי ואילו לנאשם לא נגרמו חבלות.

עוד צוין, כי בעקבות האירוע נפתח תיק כנגד המתלוננת אשר נסגר ביום 18/7/16 כתיק ט.מ.

לטענת המדינה, לא נפלו בעניינו של המשיב פגמים בעוצמה גבוהה כזו המצדיקים צעד כה קיצוני של ביטול כתב האישום, כאשר ניתן לנהל את ההליך הפלילי בצורה הוגנת בנסיבות העניין.

המדינה התייחסה בטיעוניה לדוקטרינת ההגנה מן הצדק וטענה כי תתקבל לעיתים רחוקות. בעניין זה הפנתה לע"פ 4855/02 מ"י נ' בורוביץ וציטטה בין היתר כי ביטול ההליך הפלילי מטעמי הגנה מן הצדק מהווה אפוא מהלך קיצוני שבית המשפט אינו נזקק לו אלא במקרים חריגים ביותר... עוד הפנתה לע"פ 7014/06 מ"י נ' לימור, שם נקבע לדבריה מבחן משולש לבחינת טענת ההגנה, הכוללים בשלב ראשון בחינה של הפגמים שנתגלו בהליך המשפטי שננקטו כנגד הנאשם ומהי עוצמתם, בשלב השני יש לקבוע האם ניתן לקיים את ההליך הפלילי בצורה הוגנת וצודקת חרף הפגמים שנתגלו בו, כאשר בשלב זה על בית המשפט לאזן בין האינטרסים הרלוונטיים השונים תוך התחשבות בנסיבות כל מקרה ומקרה והתייחסות, בין היתר, לחומרת העבירה המיוחסת לנאשם, למידת הפגיעה ביכולתו להתגונן כראוי ולמידת אשמתה של הרשות. בשלב השלישי כפי שנקבע בפס"ד זה, על בית המשפט לבדוק במידה והשתכנע כי ההליך אכן נוהל באופן אשר נוגד את עקרונות הצדק וההגינות, האם ניתן לנקוט באמצעים מתונים יותר מאשר ביטול כתב האישום על מנת לרפא את הפגמים.

כן טענה, כי על מנת לקבל טענה של הגנה מן הצדק, על הנאשם להוכיח כי בחקירה נפלו כשלים חמורים של הרשויות הנוגעות בדבר והפנתה בעניין זה ל ת"פ 8168/95 פלינק נ' מ"י.

בסוף טיעוניה ביקשה שלא לקבל את בקשת הנאשם ולדחותה על הסף.

ביום 11/9/17 הוגשה תשובת ב"כ הנאשם לתגובת המאשימה לטענות שהועלו על ידיה וטענה כי יש לדחות על הסף את עמדת המאשימה לפיה גם אם הייתה פגיעה בזכויותיו של הנאשם הרי שזו מינורית ואינה מצדיקה ביטול כתב האישום.

לטענתה בתגובת המאשימה אין כל התייחסות לטענות ההגנה ביחס לפגמים היורדים לשורשו של עניין חקירת הקטין ולהליך התשאול. כך לדבריה, החוקרים ידעו כי הקטין עולה מצרפת שאינו קורא או דובר את השפה העברית, חרף זאת נערך לו הליך תשאול במקום האירוע, זאת בהיעדר מתורגמן ומבלי שהבין או יכול היה להבין את האזהרות אשר הושמעו לו ע"י השוטר. לפיכך, לטענתה מדובר בהליך תשאול פגום ויש לפסול אותו בהתאם להלכת יששכרוב.

עוד טענה, כי גם הליך חקירתו של הנאשם בתחנה בוצע בניגוד לחוק סדר הדין הפלילי (חקירת חשודים), התשס"ב – 2002, כך חקירתו לא תועדה בשפתו ולא תועדה בתיעוד חזותי או קולי וכן החקירה תורגמה ע"י שוטרת שאינה מתורגמנית כנדרש.

עוד הוסיפה בעניין זה, כי ביום 4/1/17 פנתה אל המאשימה בבקשה לאשר העתקת דיסק שנמצא בתיק החקירה, כאשר ביום 26/2/17 הגיבה המאשימה כי לא קיים בתיק העתק דיסק נוכח העובדה כי אין בתיק זה כל חובת תיעוד חזותי.

מאידך, בתגובה שהוגשה לבית המשפט נטען כי רק בשל תקלה טכנית הדיסק לא ניתן לצפייה, ולא נשמר העתק נוסף בתחנה.

לדבריה מדובר במחדל של המשטרה ובעניין זה הפנתה לפסק דינו של כב' השופט א' רובינשטיין בע"פ 1840/16 יהודה אדרי נ' מ"י (פורסם בנבו ביום 1/2/17) וציטטה כך: "ואולם, היינו רוצים לקוות כי מקום שישנם מחדלים, גם אם אינם בזדון אך מגלים משגה מקצועי משמעותי, יזכו דברינו לטיפול ראוי, וחוששנו שאם לא יינתן לכך ביטוי בפסקי הדין תחלוף השיירה ותעבור ועולם כמנהגו ינהג."

עוד הפנתה בעניין זה לסעיפים 2 ו-8 ל חוק סדר הדין הפלילי (חקירת חשודים) וכן להנחיות ראש אח"מ במשטרת ישראל בעקבות בג"צ 3587/07 הוועד הציבורי נגד עינויים נ' משטרת ישראל מיום 20/5/09, הקובעות כך כפי שציטטה ב"כ הנאשם: "(1) כל חקירת חשוד, החל משלב התשאול, תתועד בכתב בשפה בה הוא נחקר, כלומר בשפה שהוא דובר (2) ניתן לתעד את החקירה בכתב בשפה שבה החשוד נחקר, חובה לתעד אותה בתיעוד חזותי או קולי."

כן טענה, כי בית משפט עליון עמד לא אחת על חומרה הגלומה בהפרת הוראות חוק חקירת חשודים ובפרט אי תיעוד הודעת נחקר בשפתו והפנתה לפסק דינו של כב' השופט י' דנציגר בע"פ 7974/07 הונצ'אן נ' מדינת ישראל.

באשר לתרגום חקירת הקטין ע"י שוטרת שאינה מתורגמנית, הפנתה לע"פ 3250/10 פלוני נ' מדינת ישראל, שם לדבריה, בית משפט עליון הורה על זיכוי של המערער מעבירות אינוס בין היתר בשל מחדלי חקירה חמורים לרבות תרגום שבוצע בתחנת המשטרה ע"י שוטרת שאינה מתורגמנית במקצועה.

באשר לזכות הקטין להיוועצות עם עורך דינו טרם החקירה, טענה, כי עמדת המשיבה אינה ברורה בעניין זה, כאשר נטען על ידיה כי הקטין היה מודע היטב לזכויותיו עת חתם

על טופס ידוע זכויותיו ובחר לוותר עליהן, שעה שאין ראייה כי הטופס הנ"ל נרשם בשפתו ו/או תורגם על ידי מתורגמן.

עוד בעניין זה, טענה כי בסניגוריה הציבורית לא התקבלה כל פנייה בעניינו של הקטין. אין לקבל את הטענה כי ויתר על זכותו זו מאחר ואין כל אינדיקציה לטענתה, לכך שהקטין הבין על מה הוא חותם.

באשר לחשיבותה של הזכות להיוועצות בעורך דין הפנתה לפסק דינו של כב' השופט י' דנציגר בע"פ 10049/09 ראתב אבו עזא נ' מ"י, וציינה כי בית משפט עליון עמד על כך כי יש לוודא כי החשוד מבין את משמעות הוויתור על מנת שהוויתור יהיה מדעת ובאופן מפורש.

באשר לחקירת הקטין ללא נוכחות הורה, הרי שכאן שוב חזרה על טענתה בדבר אי עיכוב ביצוע החקירה עד להגעת ההורה של הקטין הנחקר, חרף העובדה כי האב הבהיר כי יגיע. בעניין זה הפנתה לת"פ 44705-08-14, שם לדבריה, עמד בית משפט לנוער על כך וקבע כי באותו מקרה לא מצא כל נימוק הגיוני להחלטה לחקור קטין שם, ללא נוכחות הורה ונקבע כי הופרו זכויותיו ללא הצדק.

באשר לטענה בדבר אכיפה בררנית, חזרה על טענתה כי המתלוננת היא זו אשר נקטה ראשונה באלימות כלפי הנאשם והפנתה להודעת המתלוננת וכן לעדותה של XXXX מיום 8/11/15 והודעת XXXXXX מאותו יום.

בעניין זה נטען כי מדובר בעדות מול עדות של מעורבים בקטטה והפנתה ל ע"פ 6328/12 מ"י נ' פולדי פרץ וכן לע"פ 15757-04-11 מ"י נ' גרינוולד ואח'.

ההלכה :

יפים לעניינו דבריו של כבוד השופט צ' זילברטל בע"פ 481/12 פלוני נ' מדינת ישראל [פורסם בנבו] (30.12.14) פסקה 31 :

"נוסף לאמור לעיל, במהלך העיון בחומר הראיות הטרידוני מאוד פגמים אשר עניינם אינו דווקא פגיעה בזכויות החשודים באופן ישיר, כי אם פגמים הפוגעים פגיעה עמוקה ביכולתה של המשטרה, כרשות החוקרת, לרדת לחקר האמת. כך, חלקן של החקירות נוהלו בעברית על אף ששפת אימם של כלל החשודים והקטינים המעורבים בפרשה

היא השפה הערבית. מבלי להידרש לפגיעה האפשרית של מצב זה בזכויות החשודים הנחקרים, הרי שסיטואציה בה נחקר אינו מבין היטב את השאלות שנשאל ותשובותיו הן בהתאם לכך, פוגעת באופן ממשי ביכולתה של המשטרה להסיק מסקנות ולעבד מידע מחקירה זו; במצב בו נחקר אינו יכול למסור את גרסתו בצורה בהירה ויכולת ההבנה של הצדדים (החוקר והנחקר) היא חלקית בלבד, הגרסאות המצויות בידי המשטרה הן עילגות וחלקיות, וממילא נפגעת יכולתה של המשטרה להוביל ולנהל את החקירה באופן אפקטיבי, אשר יוביל לתוצאות ממשיות."

ראו תפ"ח 10101-11-09 מדינת ישראל נ' ע' ש' (קטין) ואחי מראה מקום: פדאור 15 (62) 648 בית המשפט המחוזי מרכז-לוד בשבתו כבית משפט לנוער. שם נאמר:

"...שיטה של תשאול נעלם היא הפרה מכוונת של חובת התייעוד על פי דין. להפרה מכוונת כזו יש משמעות כשנדונה שאלת פסלותה של ההודאה. וכפי שנקבע בעניין יששכרוב, בעת שנדון המסלול החקיקתי לבחינת הודאות (בס' 46):

קבלתה במשפט של ראייה שהושגה שלא כדין על-ידי גורמי אכיפת החוק, עשויה בנסיבות מסוימות לפגוע בערכים מרכזיים בשיטתנו המשפטית ובהם - עשיית הצדק, שמירה על הגינות ההליך הפלילי וטוהרו וכן הגנה על כבודו של הנאשם וחירותו. על-פי תפיסה רחבה של מלאכת עשיית הצדק, אין היא מתמצית בחשיפת האמת וביישום נכון של הדין על עובדותיו של מקרה נתון; עשיית הצדק מבוססת גם על הדרך באמצעותה מגיע בית-המשפט להכרעה בנסיבות העניין שבפניו. השתתת ההרשעה על ראייה שהושגה נעשתה בדרך בלתי חוקית או תוך פגיעה משמעותית בזכות אדם מוגנת, מאפשרת לגורמי החקירה להנות מפרי חטאם והיא עלולה ליצור תמריץ לפעולות חקירה בלתי כשרות בעתיד. קבלת ראייה כאמור עלולה להצטייר כמתן גושפנקא מצד בית-המשפט לאי-החוקיות האמורה וכמתן יד גם אם לאחר מעשה להתנהגותם הבלתי כשרה של גורמי החקירה. בהתחשב בכך, בנסיבות מסוימות עלולה קבלתה של הראייה במשפט, לפגוע בהגינות ההליך השיפוטי ובטוהרו. עוד עלול להיפגע אמון הציבור במערכת השיפוטית שתפקידה להגן על זכויות הפרט מפני מעשים שלטוניים בלתי חוקיים. כבר נאמר בפסיקתנו בהקשר אחר כי: "תוצאת ההליך אינה הכרעה משפטית התלויה בחלל האוויר. יש עימה גם הכרעה באשר לדרך הראייה לניהול ההליך ולשמירה על זכויותיהם של המתדיינים בפניו של בית-המשפט...פגם דיוני חמור הינו במידה רבה פגם מהותי

חמור" (דברי הנשיא ברק במ"ח 7929/96 קוחלי הנ"ל בעמ' 564). אשר על כן, עשיית הצדק במובנה הרחב ושמירה על ארון הציבור במערכת השיפוטית; ההגנה על זכויות הנאשם ועל הגינות ההליך הפלילי וטוהרו; וכן האינטרס המשותף לכלל ולפרט גם יחד בפסילת אמצעי חקירה בלתי חוקיים ובהרתעת הרשות החוקרת מפני נקיטת אמצעים דומים בעתיד; כל אלה תומכים בכך כי בנסיבות מתאימות, אי חוקיות משמעותית בהשגת הראיה תוביל לפסילתה אף אם אין חשש לגבי אמיתות תוכנה.

פגמי התשאול, התיעוד ומתן הזכויות לנאשם 1 – סיכום

361. אני סבור שהפגמים שנסקרו לעיל, היינו התשאול הנעלם לאורך כל החקירה ומשמעותו הקשה, כפי שהתבארה, יחד עם פגמיו של התשאול המקדים והעדר אזהרה כדין והודעה כדין לנאשם 1 על זכויותיו, לרבות זכות ההיוועצות בעו"ד, במיוחד כשמדובר בקטין – די בהם כדי לפסול את קבילותן של כל אמרותיו. בוודאי שכך הדבר לגבי אמרותיו המפלילות

387. דומני כי עם כל ההבנה לקשייה של המשטרה, ולצורך בחקירה נמרצת של תיק רצח חמור, ביקורתו של הסנגור מוצדקת ברמה המהותית ולא דווקא הפורמלית. צוות החקירה מנה חוקרים ותיקים המורגלים בחקירות של עבריינים קשים. מונקר, אילן לוי, וכן מוהנא, לא עסקו בעבר בחקירת תיק רצח שבו החשודים הם קטינים. נראה שלא הכירו את זכויותיהם המיוחדות של קטינים בחקירה, הנובעות מגילם הצעיר. על כן, אופי החקירה של הקטין בן ה-16 שנעצר ונחקר לראשונה, לא התאים לגילו ולמידת בגרותו. מדובר בליקוי בסיסי ובעל משמעות בחקירה.

המסלול הפסיקתי

388. ציינתי את הפגמים הלא מעטים שהתגלו בחקירתו של הנאשם 1. כשיקולים עיקריים לפסילת אמרותיו הטעמתי את פגמי התשאול הנעלם והתשאול המקדים, העדר אזהרה כדין והודעה כדין לנאשם על זכויותיו, וכן את הלחץ הנפשי המוגזם שהופעל עליו בדרכים שונות. כל אלה מתעצמים כאשר מדובר בקטין בן 16. מניתי גם ליקויים נוספים בחקירה זו, שאיני מקל בהם ראש, אך הם בדרגות חומרה פחותות, ולדעתי לא היו אמורות כשלעצמם להביא לפסלות אמרותיו של הנאשם.

סבורני כי המסקנה בדבר אי קבילות האמרות נכונה גם בבחינת הדברים לפי המסלול הפסיקתי שהתחדש בהלכת יששכרוב, וכי לענייננו אין הבדל מהותי בין שני מסלולי הבחינה השיפוטית

(השוו עניין **אבו עצא**, ס' 139). על כן, אדרש לבחינה זו בקצרה, תוך שאתבסס על מסקנותיי שפורטו לעיל בבחינת המסלול **החקיקתי**.

389. הקווים המנחים שהוזכרו בהלכת **יששכרוב** לעניין הפעלת שיקול הדעת השיפוטי לפי דוקטרינת הפסילה הפסיקתית - הם אופייה וחומריתה של אי החוקיות שהייתה כרוכה בהשגת הראיה, מידת השפעתו של אמצעי החקירה על הראיה שהושגה, ובחינת הנזק מול התועלת החברתיים הכרוכים בפסילת הראיה. ואולם אין זו רשימה סגורה, ולעולם על בית המשפט להגיע למסקנה כי קבלת הראיה שהושגה שלא כדין תוביל לפגיעה ממשית בזכותו של הנאשם להליך פלילי הוגן (ס' 69 לפסק הדין).

ככל שמדובר בשיקול **הראשון**, הרי שבענייננו אין מדובר בהפרות זניחות של כללי החקירה התקינה, **אלא בשורה של הפרות חמורות של זכויות יסוד מרכזיות**, לאורך כל החקירה. זהו שיקול מרכזי לפסילתן של אמרות הנאשם 1. זאת ועוד, ככל שמדובר בעניין התשאולים הנעלמים שהיו לאורך כל החקירה, הרי שמדובר בהפרה מכוונת וקשה, שאינה מאפשרת לבית המשפט לעמוד על האינטראקציה המלאה שבין החוקרים לנחקר. יפים לכאן דברי הנשיאה ביניש בעניין **יששכרוב**:

ראוי לבחון האם רשויות אכיפת החוק עשו שימוש באמצעי החקירה הבלתי כשרים במכוון ובזדון או שמא בתום-לב. כאשר גורמי החקירה הפרו במכוון את הוראות הדין המחייבות אותם, או פגעו ביודעין בזכות מוגנת של הנחקר, יש בכך כדי להעצים את חומרת ההפרה של כללי החקירה התקינה ואת הפגיעה האפשרית בהגינות ההליך אם תתקבל הראיה במשפט. התנהגות פוגענית מכוונת מצד גורמי החקירה עשויה אפוא להוות נסיבה כבדת-משקל בעד פסילת הראיה, גם כאשר הפגם אינו חמור (ס' 70 לפסק הדין).

קל וחומר – כשמדובר בפגמים חמורים כאמור.

באשר לשיקול **השני**, **נראה כי החקירה הבלתי הוגנת השפיעה על התנהגותו של הנאשם 1 בתקירותיו**, כפי שפורט בהרחבה, ועל ערכם ההוכחתי של דבריו. עניין זה יתבאר יותר משאדון במשקל דבריו בחקירותיו הרבות שעברו שינויים רבים. כמו כן, מדובר בענייננו באמרות שנתן הנאשם, ולא בראיות חפציות, כגון נשק או סם, שיש להן קיום עצמאי ונפרד מאי החוקיות שהייתה כרוכה בהשגתן.

באשר לשיקול השלישי, שעניינו שיקולי נזק ותועלת חברתיים, סבורני כי התועלת בפסילת האמרות במקרה זה עולה על הנזק הכרוך בכך. ידועים בעניין זה דבריה של הנשיאה ביניש כי אפשר שפסילת ראייה עשויה לפגוע יתר על המידה באינטרסים של ההגנה על שלום הציבור - כאשר מדובר בנאשם שמיוחסות לו עבירות חמורות מאוד. ואולם, הנשיאה ביניש הייתה ערה שדברים אלה אינם נקיים מקשיים והותירה סוגיה זו "לימים שיבואו" (ס' 73 לפסק הדין). נראה כי הפסיקה שלאחר הלכת יששכרוב דחתה את ההשקפה האמורה, וכיום חומרת העבירה המיוחסת לנאשם כשלעצמה אינה מצדיקה את קבלת הראייה שהושגה שלא כדין (ראו למשל, ע"פ 4988/08 פרחי נ' מדינת ישראל (1.8.2011), ס' 19 לפסק הדין של השופט א' לוי; ע"פ 5956/08 אל עוקה נ' מדינת ישראל (23.11.2011), ס' 12 לחוות דעתו של השופט הנדל, וס' 6 לחוות דעתו של השופט דנציגר; ע"פ 6144/10 גטצאו נ' מדינת ישראל (10.4.2013), ס' 30 לפסק הדין של השופט ג'ובראן). אעיר עוד, כי הגם שמיוחסת לנאשם 1 עבירת רצח, הרי שניתוח אמרתיו ובחינת מכלול החומר מעלים ספק רב אם מלכתחילה נכון היה לייחס לנאשם 1 עבירת רצח להבדיל מעבירות אחרות קלות יותר. לעניין זה ראו ס'...להלן...."

הערת בית משפט זה:

אני סבור שהדברים ברורים מאוד לאור טענות ב"כ הנאשם ותשובת המדינה.

עוד ראו:

מטרתה של חקירת משטרה - "אינה מציאת ראיות להרשעתו של חשוד, אלא **מציאת ראיות להשיפת האמת**, בין אם אמת זו עשויה להוביל לזיכוי של חשוד ובין אם היא עשויה להוביל להרשעתו".

(ע"פ 721/80 תורג'מן נ' מדינת ישראל, פ"ד לה (2) 472,466)

ראו, ת"פ 687-08-12 מדינת ישראל נ' עוידה מחוזי י-ם [29/4/14] מפני כב' השו' משה יועד הכהן.

....."

135. על מחדלי חקירה נכתב רבות. כך למשל, נפסק בע"פ 557/06 עלאק נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 11.4.2007):

"...כידוע, מחדלי חקירה אינם מובילים בכל מקרה לזיכויו של נאשם (פרשת בשירוב הנ"ל; ע"פ 6040/05 אלנבארי נ' מדינת ישראל, לא פורסם [פורסם בנבו]; ע"פ 3214/06 פינר נ' מדינת ישראל, טרם פורסם [פורסם בנבו]). כאשר נטענת מפיו של נאשם טענה בדבר מחדלים מעין אלה, מוטל על בית-המשפט לשאול את עצמו אם המחדלים הם כה חמורים ויורדים לשורשו של עניין, עד כי קם חשש שהנאשם יתקשה להתמודד כראוי עם חומר הראיות העומד נגדו, והגנתו תימצא חסרה ומקופחת (ע"פ 5386/05 אלחורטי נ' מדינת ישראל, לא פורסם [פורסם בנבו]). להלן: פרשת אלחורטי; ע"פ 6679/04 סטקלר נ' מדינת ישראל, לא פורסם [פורסם בנבו]; בן סימון הנ"ל). משקלו והשפעתו של המחדל החקירתי נבחנים לא רק בהתייחס למחדל החקירתי כשהוא לעצמו, אלא תוך שקלולו לאור מכלול הראיות שהונחו בפני בית-המשפט. העדר ראייה שמקורה בחקירת משטרה, ייזקף לחובתה של התביעה בעת שקילת מכלול ראיותיה, ויכול הוא לסייע לנאשם כשבית-המשפט ישקול אם טענותיו מקימות ספק סביר (פרשת אלחורטי הנ"ל; ע"פ 5152/04 אגרונוב נ' מדינת ישראל, לא פורסם [פורסם בנבו]; ע"פ 4384/93 מליקר נ' מדינת ישראל, לא פורסם [פורסם בנבו])" (הדגשות שלי מ.ה.). ..."

עוד ראו לעניין מחדל אי מתן הייעוץ המשפטי – ע"פ 10049/08 ראתב או עצא נ' מ"י.

"בשלב הראשון, נדרש לקבוע כי בהתנהלות התביעה נפל פגם וכי פגם זה הוא בעוצמה גבוהה... אלא שאין די בקביעה זו, וכי לא כל פגם, ואפילו היה זה פגם משמעותי, יביא לביטול כתב האישום. בשלב השני, יש לקבוע כי המשך ההליך המשפטי נגד הנאשם כרוך בפגיעה ממשית בעקרונות של צדק והגינות... בשלב השלישי, יש לקבוע כי אין בנמצא אמצעי מתון יותר שיכול להוות תרופה לפגם".
(ת.פ. (ה"א) 1903/14 מדינת ישראל נ. רפא סיינוב [פורסם בנבו]).

סיכום:

דומה כי הובאה כל הפסיקה המתאימה למצבים שתוארו כאן, ופעולות המשטרה הנוגדות את חוק הנוער וחוקים החלים על חקירה בכלל ואיסוף ראיות.

מכיוון שהליך הוכחות טרם התקיים הרי שלא נחשף בית המשפט למסמכים עצמם, או לחוסר שבהם, לא נשמעו עדים, ואין לו לבית המשפט אלא להסתמך על דברי ועמדות הצדדים כפי שהובאו לפניו במסגרת בקשת הנאשם לבטל את כתב האישום כנגדו.

אין חולק כי:

הקטין נחקר לבדו ללא נוכחות אביו.
הקטין נחקר בשפה עברית כאשר נטען כי החקירה תורגמה מעברית לצרפתית על ידי שוטר.
הדיסק שתיעד את החקירה [על פי הדין] תקול, ואין עותק בתחנת המשטרה.
מכאן שאין תיעוד חזותי של החקירה.
הקטין הוחתם על הסכמות ו/או מסמכים בעברית.
הקטין אינו דובר עברית אלא צרפתית בהיותו אז, עולה חדש.
הקטין תושאל מחוץ לתחנה [לזכור, אינו דובר עברית].
נטען כי ממילא גם אם הוזהר לא הבין את מהות האזהרות מחוסר ידיעת השפה.
הקטין לא זכה לקבל ייעוץ מעו"ד בטרם נחקר.
כנגד המתלוננת לא הוגש כתב אישום למרות שהיא גם נקטה באלימות באירוע.

לא ברור כלל לבית המשפט האם הקטין הבין את אשר אירע מסביבו, ולא ניתן לצפות במהלך החקירה עצמה.
לא ניתן לקבל מצב בו קטין שאינו יודע עברית יוחתם על מסמכים בעברית וייטען כי הבין על מה חתם.
בנסיבות אלו מתוסף לכך הפגם כי הקטין לא זכה לייעוץ משפטי כחוק בטרם נחקר כאשר כבר אמרתי כי החתמתו על מסמך בעברית כאילו אינו מעוניין בייעוץ, לא מקובלת עליי.
הקטין לא זכה לכך שאביו יישב לידו בחקירה על אף שהאב אמר כי יגיע בתוך שעה וחצי, זמן סביר בהחלט, והיה על המשטרה להמתין לו.

בשלב הראשון, נדרש לקבוע כי בהתנהלות התביעה נפל פגם וכי פגם זה הוא בעוצמה גבוהה... אני קובע כי הפגמים הללו הינם בעוצמה גבוהה.

אלא שאין די בקביעה זו, וכי לא כל פגם, ואפילו היה זה פגם משמעותי, יביא לביטול כתב האישום.

בשלב השני, יש לקבוע כי המשך ההליך המשפטי נגד הנאשם כרוך בפגיעה ממשית בעקרונות של צדק והגינות... **אני קובע כי המשך ההליך המשפטי יהיה כרוך בפגיעה ממשית בעקרונות של צדק והגינות** לאור התנהגות המשטרה מול הקטין כפי שתוארה לפניי ופירטתי לעיל.

בשלב השלישי, יש לקבוע כי אין בנמצא אמצעי מתון יותר שיכול להוות תרופה לפגם.. **אין בנמצא אמצעי מתון יותר שיכול להוות תרופה לפגמים שנפלו בטיפול בקטין.**

המשטרה לא פעלה על פי האמור בחוק הנוער וכל זכות בסיסית של הקטין נלקחה ממנו.

לא זו אף זו אין בית המשפט יכול לחזות או לצפות בתיעוד חזותי של החקירה שנוהלה לא בשפתו של הקטין וללא תרגום הנדרש על פי דין. ויודגש כי לאור העובדה שהקטין דובר צרפתית והחקירה נוהלה בעברית [בתרגום שוטרת] **חובה היה לתעד חזותית** את החקירה והטענה לתקלה לא יכולה לעמוד למדינה ולפגוע בזכויות הקטין להליך צודק והוגן.

תשאול, ככל שנוהל בוודאי שלא יקובל בבית משפט זה, כאשר הקטין חייב להיות מוזהר ולקבל זכויותיו כנדרש ובדין, בוודאי שייפסל אם יוגש, כאשר ברור כי הקטין אינו דובר עברית.

לאור כל הנ"ל ובנסיבות אלו לא ברור כי גם אם ינוהל הליך של הוכחות כי בית המשפט יוכל להתעלם מפגמים שורשיים ומהותיים אלו שנפלו בטיפול חקירת הקטין, ולכן אין מנוס אלא לקבל את בקשת ב"כ הקטין **ולבטל את כתב האישום בתיק זה**. עליו לציין כי גם אם ינוהל הליך הוכחות לאור הפגיעות בזכויות הקטין תמיד ישאר ספק סביר האם הודה כי לא ידע את השפה, האם פעל מתוך מצוקה כאשר נחקר ללא נוכחות הורה, האם תרגום על ידי שוטרת נעשה מדויק כפי שצריך, ועוד. ואם הספק ימשיך לקנן בליבי לא יהיה בראיות לשכנעני כי הנאשם אכן ביצע את המיוחס לו מעל ומעבר לכל ספק סביר ולכן הליך ההוכחות מתייתר.

לכן אני מורה על ביטול כתב האישום כנגד הנאשם בתיק זה.

דיון יום 19/12/17 מבוטל.

זכות ערעור כחוק.

מזכירות תודיע לצדדים.

לאחר העברת ההודעה מזכירות תסגור את התיק.

ניתנה היום, י"ג תשרי תשע"ח, 03 אוקטובר 2017, בהעדר הצדדים.

A handwritten signature in black ink, consisting of several connected strokes that form a stylized, somewhat abstract shape.

נגם שילר, שופט