



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים פליליים

ע"פ 7388/20

לפני: כבוד השופט י' עמית
כבוד השופט י' אלרון
כבוד השופט ש' שוחט

המערער: עמירם בן אוליאל

נגד

המשיבה: מדינת ישראל

ערעור על הכרעת דינו וגזר דינו של בית המשפט המחוזי
מרכז-לוד ב-תפ"ח 932-01-16 מהימים: 18.5.2020;
7.9.2020 ו-14.9.2020 שניתנו על ידי הנשיאה ר' לורד
והשופטים צ' דותן ו-ד' עטר

תאריך הישיבה: ד' באדר ב' התשפ"ב (07.03.2022)

בשם המערער: עו"ד אביגדור פלדמן; עו"ד יהושוע רזניק;
עו"ד עומרי ברבש

בשם המשיבה: עו"ד ארז בן ארויה; עו"ד רחל זוארץ-לוי;
עו"ד יעל עצמון

בשם נפגעי העבירה: עו"ד עומר חמייסי

פסק-דין

השופט י' אלרון:

בית המשפט המחוזי מרכז-לוד (הנשיאה ר' לורד, השופט צ' דותן והשופט ד' עטר) הרשיע את המערער ב-תפ"ח 932-01-16, לאחר שמיעת ראיות, בשלוש עבירות של רצח, שתי עבירות של ניסיון רצח, שתי עבירות הצתה, ועבירה של קשירת קשר לביצוע פשע ממניע גזעני; וכן זיכה אותו מחמת הספק מעבירה של חברות בארגון טרור. בגין

מעשיו, נגזר על המערער עונש של שלושה מאסרי עולם אשר ירוצו במצטבר; 20 שנות מאסר נוספות אשר ירוצו במצטבר; וכן פיצוי כספי.

המערער הורשע, בין היתר, ברציחת בני משפחת דוואבשה: ההורים – סעד ורהאם ז"ל, בנם – עלי ז"ל, ובניסיון הרצח של בנם הנוסף – אחמד, אשר נפצע קשות ושרד. זאת, משנקבע כי באישון ליל, עת שבני המשפחה ישנו בביתם, המערער השליך לתוכו בקבוק תבערה וריסס על קירות סמוכים כתובות: "נקמה" ו"יחי המלך המשיח". האירוע נצרב בתודעה הציבורית כ"פיגוע בדומא".

בחלוף כמעט חצי שנה, המערער נעצר והועבר לחקירת שירות הביטחון הכללי. המערער שתק בחקירתו 17 ימים ולאחר שהופעלו כלפיו בחקירתו אמצעים המכונים "אמצעים מיוחדים" – הודה. בחקירה שנערכה בסמוך לאחר מכן, הודה שנית. במסגרת משפט הזוטא שהתקיים בבית המשפט המחוזי לאחר שחזר בו מהודאותיו, נקבע כי הודאות אלו אינן קבילות.

כ-36 שעות לאחר סיום החקירה הראשונה שבה הופעלו אותם אמצעים, המערער הודה בפעם השלישית; לאחר מכן, ביצע הליך "הובלה והצבעה" בזירת האירוע; ובימים העוקבים, הודה פעמים נוספות – הודאות מאוחרות אלו נמצאו קבילות, והן שהובילו להרשעת המערער.

על רקע השתלשלות דברים זו, סוגיית קבילותן של חלק מהודאות המערער אשר לא נפסלו ונקבע כי הן קבילות, היא הניצבת במוקד הערעור, המופנה כלפי החלטת בית המשפט המחוזי במשפט הזוטא מיום 19.6.2018 (להלן: ההחלטה במשפט הזוטא), הכרעת הדין מיום 18.5.2020 וגזר הדין מיום 14.9.2020.

תמצית כתב האישום

1. כתב האישום הוגש נגד המערער ונאשם נוסף (להלן: הקטיון). בחלקו הכללי מתואר, כי בשנים 2009-2013 פעילים יהודים ביצעו ברחבי המדינה ובשטחי יהודה ושומרון פעולות אשר כונו "תג מחיר" וכללו הצתת רכוש השייך למוסלמים ולנוצרים תוך ריסוס כתובות בעלות תוכן פרובוקטיבי ומתריס.

באמצעות פעולות אלו, ביקשו להוביל לתסיסה בקרב האוכלוסייה הערבית והפלסטינית אשר תאלץ את כוחות הביטחון והמשטרה להפנות את משאביהם להשבת

הסדר והביטחון על כנו. "מטרת העל" של דרך פעולה זו, הייתה להרתיע את מקבלי ההחלטות במדינת ישראל מפינוי ישובים ומאחזים בשטחי יהודה ושומרון, שמא הדבר יוביל לפעולות נוספות והפרות סדר.

בשנתיים אשר קדמו להגשת כתב האישום, החלה לפעול התארגנות חדשה של פעילים שביקשו לקדם תפיסה אידיאולוגית קיצונית ואלימה, שמטרתה לערער את יציבותה של מדינת ישראל באמצעות טרור ואלימות (להלן: ההתארגנות). פעילי ההתארגנות ביצעו אירועי אלימות קשים אשר כוונו לפגיעה בנפש, להתססה, ולהצתת תבערה ביטחונית אלימה על רקע לאומני-דתי.

כתב האישום מונה שמונה אישומים, ומתוכו יוחסו למערער האישום הראשון – חברות בארגון טרור; והאישום השני – הפיגוע בדומא. אישומים אלו יפורטו להלן.

האישום הראשון

2. בהמשך למתואר בחלקו הכללי של כתב האישום, נטען כי בתקופה הרלוונטית, המערער, הקטין ואחרים היו חברים בארגון טרור אשר שם לו למטרה לגרום לתבערה ביטחונית על רקע לאומני ובין-דתי. תכניות הפעולה של הארגון כללו פגיעה בערבים חפים מפשע, ברכושם וכן בקודשי דת נוצרים ומוסלמים.

מטרת הפעולות האלימות שביצעו במסגרת ארגון הטרור הייתה להעביר מסר מרתיע ולזרוע אימה ופחד בקרב האוכלוסייה הלא יהודית, מתוך מניע אידיאולוגי. זאת, בכוונה להוביל לשינוי מדיניות השלטון ולכך שמדינת ישראל תתנהל בהתאם לחוקי התורה. על כן, יוחסה למערער עבירה של חברות בארגון טרוריסטי, לפי סעיף 3 לפקודת מניעת טרור.

המערער זוכה כאמור מאישום זה והמשיבה לא ערערה על זיכוי.

האישום השני

3. במועד הרלוונטי לכתב האישום, המערער והקטין התגוררו לסירוגין במאחזים הסמוכים לכפר דומא שבשומרון (להלן: דומא או הכפר). לאחר שבסוף חודש יוני 2015 נרצח בסמוך לכפר מלאכי רוזנפלד ז"ל על ידי מפגעים פלסטינים, במהלך חודש יולי 2015 המערער והקטין קשרו קשר לבצע פיגוע נקמה נגד ערבים. לצורך כך, השניים

נפגשו במאחז "גאולת ציון", שם שוחחו על האפשרות לבצע פיגוע. בהמשך, נפגשו פעם נוספת במאחז "ישוב הדעת" (להלן: ישוב הדעת), ותצפתו לעבר דומא ולעבר הכפר מג'דל בני פדל (להלן: מג'דל). באותו מפגש, שוחחו על מטרות אפשריות לביצוע הפיגוע ועל האפשרות להצית בתים בשני כפרים אלו.

מספר ימים עובר למועד ביצוע הפיגוע, המערער והקטין נפגשו פעם נוספת. בפגישה זו, הקטין עדכן את המערער כי מתצפית אשר ביצע הוא למד כי ניתן לבצע פיגוע בשני הכפרים באותו הלילה. השניים סיכמו כי יבצעו פיגוע בדומא, ובמידת האפשר, מיד לאחר מכן גם במג'דל. עוד קבעו, כי הפיגוע יבוצע בלילה שבין 30.7.2015 ל-31.7.2015. לצורך כך, תיאמו להיפגש במועד שנקבע במערה אשר בישוב הדעת (להלן: המערה). בהמשך לאמור, המערער הכין שני בקבוקים המלאים בנוזל דליק, סמרטוטים, מצית, קופסת גפרורים, כפפות ותרסיס צבע שחור, והכניסם לתיק אותו שמר בסמוך לביתו (להלן: התיק).

ביום 30.7.2015, בשעה 23:00 או בסמוך לכך, המערער נטל את התיק והלך לכיוון המערה. בשעה 00:00 לערך, הקטין, אשר שהה באותה העת במאחז המכונה "גבעת הבלאדים", עזב את המקום בכוונה לחבור למערער על מנת לבצע עמו את הפיגוע המתוכנן.

מסיבה אשר אינה ידועה למשיבה, המפגש המתוכנן בין השניים לא צלח – המערער הגיע למערה, אולם לא איתר את הקטין. לאחר שהמתין כשעה, החליט לבצע לבדו את הפיגוע. המערער צעד לעבר הכפר, וכאשר הגיע לפאתיו הסיר את אחת מהחולצות אשר לבש, קשר את שרווליה סביב ראשו על מנת להסתיר את פניו ועטה כפפות על ידיו.

המערער חיפש בית מטופח אשר אינו נטוש ובעל סממנים המעידים כי הוא מיושב, עד אשר הגיע לבסוף בסמוך לביתו של מאמון דוואבשה (להלן: מאמון), ולבית הסמוך לו – הבית בו התגוררו סעד, רהאם, אחמד, ועלי דוואבשה (להלן: במשותף: בני משפחת דוואבשה; ובהתאמה: בית משפחת דוואבשה).

באותה העת בני משפחת דוואבשה ישנו בחדר השינה בביתם, ואילו ביתו של מאמון היה ריק מאדם. המערער טיפס מעל גדר בטון שהקיפה את הבתים, ניגש לביתו של מאמון, מצא חלון שאינו נעול ופתח אותו. אז, התרחק מעט מהחלון והוציא מתיקו סמרטוטים ושני בקבוקים המלאים בנוזל דליק.

המערער הסיר את פקקי הבקבוקים ושם אותם בתיק, דחף באמצעות מקל את הסמרטוטים לפיית הבקבוקים והניחם על הרצפה. בשלב זה, הוציא מהתיק תרסיס צבע, וריסס באמצעותו על קיר ביתו של מאמון את המילה "נקמה" וצייר סמל מגן דוד. על החומה המקיפה את מתחם הבתים ריסס את המילים: "יחי המלך המשיח" וצייר כתר.

בשלב זה, המערער הדליק באמצעות מצית את אחד מבקבוקי התבערה והשליכו לביתו של מאמון מבעד לחלון אותו פתח. את התיק ותרסיס הצבע השליך גם כן לתוך הבית. כתוצאה ממעשים אלו, ביתו של מאמון עלה באש.

מיד לאחר זאת, המערער התקדם לבית משפחת דוואבשה כשבידו בקבוק תבערה נוסף. לאחר שניסה לפתוח שני חלונות ללא הצלחה, איתר חלון שלישי – חלון חדר השינה בו ישנו באותה העת בני משפחת דוואבשה. חלון זה היה פתוח, מסורג וסגור ברשת. המערער הסיט את הרשת, הדליק את בקבוק התבערה והשליכו לעבר החלון המסורג. הבקבוק התנפץ על הסורגים, והמערער נמלט מהמקום.

אש אחזה בארבעת בני המשפחה. ההורים ברחו מהבית, הילד אחמד הצליח להגיע לפתחו, והתינוק עלי נותר במיטתו. שכנים שהגיעו למקום פינו את סעד, רהאם ואחמד לקבלת טיפול רפואי. בשל האש לא ניתן היה להוציא את עלי עד להגעת כוחות הכיבוי. עלי מת במקום, סעד מת מפצעיו ביום 8.8.2015, וביום 7.9.2015 רהאם מתה אף היא מפצעה. אחמד אושפז בבית חולים שיבא כאשר הוא סובל מכוויות, הונשם למשך שמונה ימים, עבר מספר ניתוחים ועד להגשת כתב האישום היה מאושפז בבית החולים.

4. בגין מעשים אלו יוחסו למערער בכתב האישום שלוש עבירות רצח, לפי סעיף 300(א)(2) לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (כנוסחו אז) (להלן: חוק העונשין); שתי עבירות ניסיון רצח, לפי סעיף 305 לחוק העונשין; שתי עבירות הצתה, לפי סעיף 448 סיפא לחוק העונשין; ועבירה של קשירת קשר לביצוע פשע ממניע גזעני, לפי סעיף 499(א)(1) לחוק העונשין, בנסיבות סעיף 144 לחוק העונשין.

הודאות המערער והחלטת בית המשפט המחוזי במשפט הזוטא

5. משהמערער והקטין טענו כי ההודאות שמסרו בחקירותיהם אינן קבילות, בית המשפט המחוזי קיים משפט זוטא ממושך לצורך הכרעה בטענותיהם. במשפט הזוטא

נשמעו עדויות חוקרי השב"כ, השוטרים והמדובבים המעורבים בחקירה וכן – המערער; הקטין; עוה"ד איתמר בן גביר – סגורו של המערער בשלב החקירה; ומומחים מטעם הקטין.

6. טרם אפרט את עיקרי קביעות בית המשפט המחוזי במשפט הזוטא, ולצורך בהירות הדברים, אתאר בתמציתיות את השתלשלות הדברים העובדתית ביחס להודאות המערער.

המערער נעצר ביום 1.12.2015 ונלקח לחקירת שב"כ. במהלך 21 הימים הראשונים של חקירתו היה מנוע מלהיפגש עם עורך דינו, וזאת בהתאם להחלטות בית המשפט שהתקבלו מעת לעת. עד ליום 17.12.2015 בשעות הערב, המערער שתק בחקירותיו. תרגיל מדובבים שנערך בתקופה זו לא הניב אף הוא תוצרים של ממש.

ביום 17.12.2015 בשעה 23:40 החלה "חקירת צורך" אשר נמשכה עד השעה 7:00 למחרת בבוקר (להלן: חקירת הצורך הראשונה). במהלך חקירה זו הופעלו כלפי המערער "אמצעים מיוחדים". זמן קצר לאחר תחילת השימוש באמצעים אלו, המערער הודה בביצוע הפיגוע בדומא. יצוין, כי לטענת המשיבה העיתוי שנבחר לנקיטת אותם אמצעים מיוחדים נבע מתוצרי חקירות הקטין מהימים 15.12.2015 ו-16.12.2015, אשר הגבירו במידה ניכרת את החשד למעורבות המערער בפיגוע.

כ-3 שעות לאחר סיום חקירת הצורך הראשונה, התחדשה חקירת המערער, וזאת עד סמוך לשעה 15:00. בחקירה זו המערער חזר על הודאתו, אף על פי שבמסגרתה לא הופעלו "אמצעים מיוחדים". המשיבה לא עתרה לקבל כראייה את תוצרי חקירה זו או את תוצרי חקירת הצורך הראשונה.

7. למחרת, ביום 19.12.2015, המערער נחקר פעם נוספת בין השעות 15:55-9:35 וחזר על הודאתו. בשים לב לפרק הזמן שחלף מסיום חקירת הצורך, המשיבה ביקשה כי תוצרי חקירה זו יתקבלו כראייה, אולם עמדתה נדחתה. בית המשפט המחוזי קבע כי הנטל הרובץ לפתחה של המשיבה להוכחת מתן ההודאה באופן חופשי ומרצון הוא כבד, ואילו בנסיבותיה של חקירה זו, היא לא עמדה בו. במסגרת הדיון בערעור, ולאור הכרעת בית המשפט המחוזי, המשיבה אינה משיגה על קביעה זו. על כן, שאלת קבילות תוצרי חקירה זו אינה עומדת על הפרק.

באותו היום, בשעה 19:00, נערכה חקירה נוספת אשר תועדה בתיעוד חזותי (ת/3), ואשר המערער חזר בה על הודאתו. בית המשפט המחוזי מצא כי תוצרי חקירה זו הם קבילים. באותו הלילה, שבין הימים ה-19.12.2015 ל-20.12.2015, המערער ביצע הליך "הובלה והצבעה" (להלן: השחזור) בזירת הפיגוע, אשר תועד חזותית (ת/4). בית המשפט המחוזי קבע כי הודאת המערער במסגרת השחזור קבילה כראיה.

8. בימים שלאחר מכן, בוצעה למערער בדיקת פוליגרף וכן נערכו חקירות נוספות, ביניהן חקירה מוקלטת שהתקיימה ביום 21.12.2015, בשעות אחר הצהריים. גם בחקירה זו המערער שב והודה (ת/5). תוצרי חקירות אלו, נמצאו אף הם קבילים כראיה.

בסמוך לאחר החקירה המוקלטת שנערכה ביום 21.12.2015, בשעה 19:00 החלה "חקירת צורך" נוספת במהלכה הופעלו כלפי המערער בשנית "אמצעים מיוחדים" (להלן: חקירת הצורך השנייה). אין חולק כי תוצרי חקירה זו אינם קבילים כראיה. מיד עם סיומה, הסתיימה תקופת מניעת המפגש שבין המערער לסנגורו, והמערער פגש את סנגורו דאז, עו"ד בן גביר. בחקירה שנערכה לאחר מכן, ביום 22.12.2015 בשעה 19:05, המערער ביקש לחזור בו מהודאתו.

9. משהצגתי את השתלשלות אירועים זו ואת מסקנותיו של בית המשפט המחוזי במשפט הזוטא ביחס לקבילות ההודאות השונות שהמערער מסר, ארחיב כעת באשר לנימוקיו.

בהחלטתו, בית המשפט המחוזי נדרש לסוגיית תחולת סייג הצורך, כקבוע בסעיף 34 לחוק העונשין, בנסיבות שלפנינו. נקבע, כי סוגיה זו אינה דורשת הכרעה, מאחר ששאלת קיומה של הגנת הצורך ושאלת קבילותן של ההודאות שהושגו – נפרדות הן. היינו, אף אם עומדת לחוקרים הגנת הצורך בגין מעשיהם, הרי שהשימוש ב"אמצעים מיוחדים" יכול לעלות לכדי "אמצעי פסול" לעניין סעיף 12 לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א-1971 (להלן: פקודת הראיות). לכן, גם אם עומדת לחוקרים הגנת הצורך, היא אינה משליכה על קבילות ההודאה בהתאם לסעיף 12 לפקודת הראיות.

עם זאת, בית המשפט המחוזי קבע כי נדרשת הכרעה ביחס ל"סבירות עמדת המוצא של החוקרים" באשר לקיומה של תשתית טרור, הפיגועים המיוחסים לה, והשתייכות המערער והקטין לאותה תשתית. לצורך כך הסתמך, בין היתר, על חוות דעת (ת/60) שערך מי ששימש ראש שלוחת הדסק של גזרת שומרון ובנימין, בחטיבה לסיכול טרור וחתרנות בקרב יהודים וזרים.

מסקנת בית המשפט הייתה כי עמדת המוצא של חוקרי השב"כ במהלך החקירה לפיה המערער והקטין שייכים לקבוצת פעילים המכונה "הגבעונים" וכי הם פעלו בשלב מסוים כחלק מתשתית אידיאולוגית קיצונית המכונה "תשתית המרד" – הייתה סבירה. בדומה, נקבע כי הנחת חוקרי השב"כ שהמשך פעילותה של תשתית זו עלול לגרום לפגיעה ברכוש ובנפש – סבירה אף היא. מטעם זה, נקבע כי: "מטרת החקירה הייתה בעיקרה סיכולית, גם אם היא כללה שאלות רבות אודות אירועי העבר והפיגוע בדומה בפרט" (ההחלטה במשפט הזוטא, פסקה 172).

בהתבסס על האמור, בית המשפט המחוזי פנה לבחון את מידת הפגיעה של האמצעים המיוחדים שהופעלו בזכויות המערער והקטין. בית המשפט הפנה לעדות המערער בחקירתו בה תיאר את הכאב העז שנגרם לו כתוצאה מהשימוש באמצעים אלו וכן את הקללות וההשפלות שהוטחו בו במהלך החקירה; לחוסר הוודאות של הנחקרים מהעתיד לבוא, במובן זה שהם אינם יודעים עד להיכן תגיע התנהגותם האלימה של חוקריהם כלפיהם; וכן ניתנה התייחסות על אודות השפעת חקירת הצורך על מצבם הנפשי של המערער והקטין. בהתאם, נקבע כי האמצעים המיוחדים שהופעלו פגעו "פגיעה חמורה בזכות היסוד של הנאשמים [המערער והקטין – י' א'] לשמירה על שלמות הגוף והנפש" (שם, פסקה 189).

10. בהינתן קביעות אלו, בית המשפט המחוזי הוסיף ובחן את סוגיית קבילות ההודאות שמסר המערער. תחילה הגיע לכלל מסקנה כי הפגיעה בזכויות המערער והקטין כאמור מחייבת את פסילת ההודאות שהושגו בחקירות הצורך עצמן – וזאת מכוח סעיף 12 לפקודת הראיות. כך סיכם בית המשפט המחוזי את ממצאיו בעניין זה:

"האמצעים המיוחדים שהופעלו פגעו בזכותם של הנאשמים [המערער והקטין – י' א'] לשלמות הגוף והנפש וכללו פגיעה פיסית, לחץ נפשי ואלמנטים של השפלה ופגיעה בכבוד. בחינת האמצעים שהופעלו, תדירותם, ומשך הפעלתם, כמו גם תיאור הנאשמים והחוקרים את מהלך החקירות, מחייבת לקבוע כי מדובר בפגיעה חמורה בזכויות היסוד הבסיסיות [...] פגיעה זו מחייבת פסילתן של ההודאות בענייננו, אף מבלי לבחון את השפעתם בפועל של האמצעים על חופשיות רצונם של הנחקרים" (ההחלטה במשפט הזוטא, פסקה 192).

על כן, נקבע כי יש לפסול את כל ההודאות שנגבו במהלך חקירות הצורך (שם, פסקה 197).

11. בית המשפט המחוזי המשיך בהציגו את השאלה האם האמצעים המיוחדים שהופעלו הם "עינויים" כהגדרת מונח זה בדין הבינלאומי או בפסיקה. לעניין זה קבע, כי לא מתחייב להכריע בשאלה זו, הואיל ולצורך בחינת טענות המערער בראי סעיף 12 לפקודת הראיות די בקביעה כי מדובר באמצעים פיזיים אשר השימוש בהם יוצר כאב פיזי ממשי ולחץ נפשי משמעותי.

12. מחלוקת נוספת שנדונה, עניינה תחולת דוקטרינת הפסילה הפסיקתית, כפי שנקבעה בע"פ 5121/98 יששכרוב נ' התובע הצבאי, פ"ד סא(1) 461 (2006) (להלן: הלכת יששכרוב). לטענת המשיבה, ככל שעומד לחוקרים "סייג הצורך" הרי שאין מעשה הנוגד את הדין, ואין מקום לפסול מכוח דוקטרינה זו את הודאות המערער.

גם בסוגיה זו, נקבע כי לא נדרש להכריע מאחר שההודאות שנמסרו בחקירות הצורך נפסלו בהתאם לסעיף 12 לפקודת הראיות. לצד זאת, בית המשפט המחוזי הביע עמדה כי אין מקום לקבוע באופן גורף כי הודאות אשר נגבו בחקירות צורך פסולות כראיה בהתאם לדוקטרינת הפסילה הפסיקתית, וכי נכון שסוגיה זו תיבחן במקרה המתאים לכך ובהתאם לנסיבות הספציפיות של המקרה (ההחלטה במשפט הזוטא, פסקה (203)).

13. אשר לקבילות ההודאות המאוחרות לחקירת הצורך הראשונה – נקבע, כי בהתאם לכלל לפיו אין בפסילתה של הודאה עקב פגמים שנפלו בגבייתה כדי לפסול הודאה מאוחרת, יש לבחון האם הגורמים אשר הביאו לפסילת ההודאה הראשונה עומדים בתוקפם. אשר על כן, ובהתאם לקביעות בית משפט זה בעניין ע"פ 1776/06 אל סיד נ' מדינת ישראל (5.9.2011) (להלן: עניין אל סיד), יש לבחון האם ניתן הקשר בין האמצעים הפסולים שהופעלו על המערער, לבין הודאותיו בחקירותיו העוקבות.

כנקודת מוצא לבחינה זו, בית המשפט המחוזי הבהיר כי הנטל המוטל על המשיבה הוא כבד, בין היתר מאחר שבחקירת הצורך הופעלו "אמצעים פסולים ברף גבוה", ובהינתן שהמשיבה צריכה להוכיח מעבר לספק סביר כי הודאותיו העוקבות של המערער ניתנו באופן חופשי.

בבוחנו זאת, בית המשפט המחוזי התייחס למספר נתונים, ובכללם: הזמן שחלף מאז חקירת הצורך הראשונה; התנהלות המערער בחקירות; ה"אוירה" באותן חקירות; זהות החוקרים; ועדויות המערער והחוקרים באשר לחקירות אלו.

לבסוף, כמפורט לעיל, בית המשפט המחוזי הגיע למסקנה כי תוצרי החקירה המוקלטת שהתקיימה ביום 19.12.2015 הם קבילים, משהודאת המערער במסגרתה נמסרה באופן חופשי ומרצון. כמוה גם ההודאה שהמערער מסר במסגרת הליך השחזור, וכך גם כי תוצרי החקירות שהתקיימו בלילה שבין ה-20.12.2015 ל-21.12.2015 קבילים אף הם. בדומה, נקבע כי ההודאה שהמערער מסר בחקירה המוקלטת שנערכה בשעות הערב ביום 21.12.2015 – נמסרה אף היא באופן חופשי ומרצון.

14. ההגנה טענה לשני פגמים נוספים – פגיעה בזכות ההיוועצות של המערער נוכח מניעת המפגש עם עורך-דינו, והעדר אזהרת המערער בדבר זכות השתיקה העומדת לו. על רקע טענות אלו, בית המשפט המחוזי בחן את שאלת קבילות ההודאות העוקבות בהתאם לדוקטרינת הפסילה הפסיקתית. אשר למניעת המפגש – נקבע כי זו נעשתה כדין ומתוך "שיקולים סיכוליים כנים", ועל כן אינה מהווה עילה לפסילת ההודאות. ביחס לאי אזהרת המערער – נקבע כי העדר האזהרה בכל אחת מהחקירות אינה מהווה פגם הפוגע בזכותו של המערער להליך הוגן באופן המצדיק את פסילת ההודאות.

בית המשפט המחוזי נדרש לבחינת קבילותן של ההודאות גם בהיותן "ראיות נגזרות" של ראיה פסולה, ונקבע כי בנסיבות דנא קבלת ההודאות העוקבות אינה פוגעת בפגיעה מהותית ולא מידתית בזכות המערער להליך הוגן, ואינה הופכת את המשפט בכללותו לבלתי הוגן.

15. אשר על כן, נקבע לבסוף כי הודאותיו העוקבות של המערער החל מיום 19.12.2015 בערב ועד לחקירת הצורך השנייה – קבילות, הן לפי סעיף 12 לפקודת הראיות; הן לפי דוקטרינת הפסילה הפסיקתית; הן מנקודת בחינה של "ראייה נגזרת".

עיקרי הכרעת הדין

16. בהתבסס על קביעותיו במישור קבילות הודאות המערער, בית המשפט המחוזי פנה לקביעת המשקל הראייתי שיש להקנות להודאות הקבילות.

בהתאם למבחן הפנימי, הבוחן את משקל ההודאה לאור סימני האמת העולים ממנה – נקבע כי משקלן הפנימי הוא "גבוה ביותר", מאחר שמדובר בהודאות עקביות מפורטות וסדורות, מהן עולים "אותות אמת רבים".

אשר למבחן החיצוני, המבקש לתמוך את ההודאה בתוספת ראייתית מאמתת מסוג "דבר מה נוסף" – בית המשפט המחוזי מצא כי יכולת המערער לשחזר את האירוע אינה רק ראייה נלווית להודאות, אלא גם ראייה נוספת המאמתת את ההודאות. זאת, נוכח יכולת המערער "לשחזר כמעט ללא היסוס" את המסלול שעשה ואת פעולותיו בזירת הפיגוע.

עוד נקבע, כי המערער הכיר פרטי חקירה מוכמנים – כגון את הרכב שחנה בסמוך לכניסה לבתים וצבעו; את מאפייני החלונות דרכם נזרקו בקבוקי התבערה; זיהוי החלון שדרכו נזרק בקבוק התבערה לבית משפחת דוואבשה; האופן בו בקבוק תבערה זה התנפץ על סורגי החלון כך שרק חלקו חדר לתוך הבית; מאפייני בקבוקי התבערה עצמם – בקבוקי זכוכית ירוקים; ומאפיינים נוספים הייחודיים לזירת האירוע.

הודגש, כי חלק מפרטים מוכמנים אלו כלל לא היו ידועים לחוקרים במועד שבו נמסרו על ידי המערער. בית המשפט המחוזי קבע כי הסבריו של המערער לידעת הפרטים המוכמנים, עת שביקש לחזור בו מהודאותיו, אינם משכנעים. בהתאם, הגיע לכלל מסקנה כי צבר הפרטים המוכמנים שנכללו בהודאות המערער מהווים תוספת ראייתית משמעותית.

בית המשפט המחוזי הוסיף, כי לא נמצא "דבר מה סותר" המפחית ממשקלן הגבוה של ההודאות הקבילות. בהקשר זה, נדחתה טענת ההגנה כי מעשה ההצתה בוצע על רקע פלילי בשל סכסוכים בין חמולות בכפר דומא, ונקבע כי הימנעות המערער מלהעיד במשפטו, לאחר שהעיד כאמור במסגרת משפט הזוטא, עולה אף היא כדי "דבר מה נוסף" לחיזוק המשקל הראייתי של הודאותיו.

כמו כן, נדחתה טענת האליבי אשר הועלתה על ידי המערער, לפיה שהה עם רעייתו בעת האירוע. זאת, בין היתר, מאחר שהפרטים שמסרה רעייתו בהקשר זה "אינם מבוססים ואינם עקביים", כלשון בית המשפט המחוזי; וכן מחמת שנמצאו סתירות בין פרטים אלו לבין ראיות אחרות.

17. על רקע קביעה זו, לפיה המערער הוא שביצע את ההצתה, ומשאין חולק כי מותם של בני משפחת דוואבשה נגרם כתוצאה ממנה, בית המשפט בחן האם התקיים היסוד הנפשי הנדרש לצורך הרשעה בעבירת הרצח (כנוסחה דאז).

בית המשפט המחוזי הגיע לכלל מסקנה כי למערער הייתה כוונה להמית את המנוחים. זאת, על בסיס חזקת הכוונה, ומאחר שהמערער עשה שימוש בבקבוקי תבערה

להצתת הבתים; בחר להצית בית מגורים בשעת לילה מאוחרת בעודו ער לקיומו של רכב שחונה בסמוך לו כך שבסבירות גבוהה בני הבית ישנים בבית; בשל אופן ביצוע ההצתה; ונוכח דבריו של המערער במסגרת הודאותיו, אשר אינם עולים בקנה אחד עם טענתו כי לא התכוון לגרום לפגיעה בנפש כפי שאירע.

כן נקבע, כי לאירוע בדומא קדם שלב תכנון משמעותי, לרבות מפגשים עם הקטין, תצפיות לעבר הכפר והכנת תיק עם ציוד – לרבות בקבוקי הזכוכית וג'ריקן המכיל בנזין. אשר לרכיב הקנטור – נקבע כי מאחר שהמערער כלל לא הכיר את המנוחים, ובחר בהם כקורבנותיו רק בשל היותם פלסטינים, מובן כי לא קיים כל קנטור מצדם.

18. קביעות אלו הוליכו את בית המשפט המחוזי למסקנה כי תיקון 137 לחוק העונשין, הידוע כרפורמה בעבירות ההמתה, אינו מהווה דין מקל עבור המערער. זאת, מאחר שמתקיימות, לכל הפחות, הנסיבות המחמירות הקבועות בסעיפים 301א(1) ו-301א(4) לחוק העונשין. משמע, הרפורמה אינה מהווה דין מקל עבור המערער ואין ליישם את הוראותיה בעניינו.

19. בנוסף, המערער הורשע בשתי עבירות של ניסיון רצח, בגין זריקת בקבוק התבערה לביתו של מאמון והפגיעה הקשה שנגרמה לאחמד; בעבירת ההצתה, משהמערער שילח אש בבתייהם של מאמון ושל בני משפחת דוואבשה; ובעבירת קשירת קשר לביצוע פשע ממניע גזעני, בשל הגרסה אשר מסר בהודאותיו על אודות הקשר שקשר עם הקטין.

לצד זאת, המערער זוכה מעבירה של חברות בארגון טרור. בית המשפט המחוזי קבע כי קיים קושי לקבוע במידה הנדרשת בהליך הפלילי, בהתאם למסמכים הגלויים אשר צורפו לחוות הדעת המודיעינית, כי קיים ארגון טרור; וכי אף אם יונח קיומו של הארגון, לא הוצגו די ראיות לקבוע מעבר לספק סביר את חברות המערער בו.

20. לאחר הכרעת הדין, סנגורו של המערער דאז הגיש בקשה לזימון אחמד וסבו, חוסיין דוואבשה, לעדות. נטען, כי לידי הסנגור הגיעה ראיה חדשה – ראיון שנערך עם הסב, בו מסר כי אחמד היה ער בזמן הפיגוע והוא יודע למסור פרטים על שאירע. לאחר שאחמד סירב בתוקף להגיע לבית המשפט, הצדדים הסכימו כי על מנת שלא לפגוע בו, תוגשנה בהסכמה כתבות עיתונאיות בהן אחמד מתראיין ומספר על האירוע, חלף עדותו. לטענת ההגנה, דבריו של אחמד מעוררים ספק סביר בדבר אשמתו של המערער.

בהכרעת דין משלימה מיום 7.9.2020, נקבע כי לא ניתן לבסס ממצאים עובדתיים על סמך גרסתו של אחמד. זאת, מאחר שאחמד היה בן 5 במועד האירוע; בהתחשב בטראומה שנגרמה לו; ובשל חלוף הזמן המשמעותי מאז האירוע. משכך, בית המשפט המחוזי קבע כי הראיה החדשה אינה מעוררת ספק בדבר אשמתו של המערער, ועל כן נדחתה עתירת ההגנה לזיכויו לאחר הכרעת הדין.

גזר הדין

21. במסגרת הטיעונים לעונש, העידו חוסיין דוואבשה – אביה של המנוחה רהאם, ונאצר דוואבשה – אחיו של המנוח סעד. כמו כן הוצגו תמונות המתעדות את מצבו הרפואי של אחמד לאחר הפיגוע, לרבות הצלקות שנותרו על גופו וכן מסמכים רפואיים המתעדים את מצבו הקשה בעת הגעתו לבית החולים.

עוד הוגש גיליון הרישום הפלילי של המערער, המלמד כי לחובתו 5 הרשעות קודמות, בין היתר, בעבירות של כניסה לשטח סגור, התפרעות, הפרעה לעובד ציבור והפרעה לשוטר. כן הוצגו לבית המשפט המחוזי שני מכתבים מאת רעיית המערער, בהם טענה כי הוא חף מפשע.

22. המשיבה טענה כי המערער פעל מתוך תכנון מוקדם, ולאחר שגמלה בליבו ההחלטה לרצוח ערבים רק בשל היותם ערבים, מטעמי נקמה. בהתאם, עתרה לגזור על המערער, בגין עבירות הרצח בהן הורשע, שלושה עונשי מאסר עולם אשר ירוצו במצטבר.

אשר לעבירות הנוספות בהן הורשע, נטען כי יש לקבוע שהעונש בגין ירוצה אף הוא במצטבר. המשיבה עמדה במסגרת זו על הערכים החברתיים אשר נפגעו במעשיו של המערער, וכן על הפגיעה הקשה שנגרמה לאחמד, מעבר לאובדן הוריו ואחיו התינוק. נטען, כי נסיבות ביצוע העבירות והמניע שבבסיסן, מחייבות כי יגזרו על המערער עונשים הקרובים לעונשי המקסימום הקבועים בחוק, באופן שבו יהא עליו לרצות במצטבר, בנוסף לשלושה עונשי מאסר עולם, עונש של 40 שנות מאסר נוספות.

עוד טענה המשיבה, כי יש לחייב את המערער בתשלום פיצויים עבור עזבונות המנוחים בסכום המקסימלי שניתן, בגין כל אחת מעבירות הרצח בהן הורשע, בנוסף לפיצוי בסכום המקסימלי עבור אחמד, ותשלום פיצוי למאמון בגין הפגיעה ברכושו.

23. מנגד, ההגנה טענה כי אין מקום להטיל על המערער עונשים נפרדים בגין כל אחת מעבירות הרצח, אלא עונש מאסר עולם אחד בלבד. כן נטען, כי אופן התנהלות החקירה, ובפרט העובדה כי הופעלו "אמצעים מיוחדים" פיזיים כלפיו מצדיקים הקלה בעונשו.

24. בית המשפט המחוזי קבע כי יש לראות במותם של כל אחד משלושת הקורבנות כמעשה רצח נפרד, כך שיש לגזור על המערער בגין עבירות הרצח עונש של שלושה מאסרי עולם. בהעדר נסיבות מיוחדות המצדיקות חפיפה של העונשים, נקבע כי מאסרי העולם ירוצו במצטבר.

ביחס לעבירות הנוספות בהן המערער הורשע, בית המשפט המחוזי נתן דעתו לערכים המוגנים בבסיס עבירות אלו – קדושת החיים, שלמות הגוף והזכות לביטחון, וקבע כי עוצמת הפגיעה בהם חמורה מאוד. בנוסף, התחשב בכך שמעשיו של המערער גרמו לפגיעה בסדר הציבורי, בתדמיתה ובביטחונה של מדינת ישראל. כמו כן, בית המשפט המחוזי לקח בחשבון את המניע הגזעני לביצוע העבירות, התכנון המשמעותי שקדם להן והנזק שנגרם ואף עלול היה להיגרם כתוצאה ממעשיו של המערער.

אשר לנסיבות אשר אינן קשורות בביצוע העבירות, נשקלו לקולה גילו הצעיר של המערער; נסיבותיו המשפחתיות; היותו אב לילדה קטנה; וכן התנהלות רשויות החקירה בעניינו, במסגרתה הופעלו כאמור "אמצעים מיוחדים". לחומרה – נשקלו עברו הפלילי של המערער והעובדה כי לא לקח אחריות על מעשיו.

בשקלול האמור, נגזר על המערער עונש של 17 שנות מאסר בפועל בגין ניסיון הרצח של אחמד ועונש של 10 שנות מאסר בפועל בגין ניסיון הרצח שעניינו הצתת ביתו של מאמון. בית המשפט המחוזי הורה כי עונשים אלו ירוצו חלקם בחופף וחלקם במצטבר, באופן שבו המערער יישא בגין עבירות אלו עונש כולל של 20 שנות מאסר, אשר ירוצה במצטבר לשלוש מאסרי העולם שנגזרו עליו.

בנוסף, הוטל על המערער לשלם פיצוי בסכום המרבי הקבוע בחוק, 258,000 ש"ח, לכל אחד מעזבונות המנוחים סעד, רהאם ועלי; פיצוי לאחמד דוואבשה, בסכום של 200,000 ש"ח; ופיצוי למאמון דוואבשה בסכום של 20,000 ש"ח.

25. להשלמת התמונה העובדתית, יצוין כי לאחר ההחלטה במשפט הזוטא, הגיעו הקטין והמדינה להסכמה על הסדר טיעון חלקי (כמפורט בע"פ 7482/20 פלוני נ' מדינת

ישראל, פסקה 11 לחוות דעתי (15.7.2021)). לבסוף, על הקטין נגזר עונש מאסר בפועל של 42 חודשי מאסר לצד ענישה נלווית. ערעור הקטין על הרשעתו בעבירה של חברות בארגון טרור ועל חומרת העונש – נדחה (שם).

תמצית טענות הצדדים בערעור

26. במוקד הערעור ניצבת החלטת בית המשפט המחוזי במשפט הזוטא. בפרט, השגת הסנגורים על המקום בו בחר בית המשפט המחוזי למתוח את "קו הגבול" שבין ההודאות הפסולות, להודאות הקבילות.

סנגוריו של המערער העלו מספר טענות עיקריות. תחילה, טענו כי במישור העקרוני יש לאמץ כלל "יצוק בעופרת" כלשונם, השולל כל הודאה שניתנה לאחר הפעלתם של אמצעים מיוחדים, כל עוד ה"מעונה" מצוי בשליטת ה"מענה". לגישתם, אף אם לא תתקבל טענה עקרונית זו, הרי שבית המשפט המחוזי שגה באופן בו ניתק בין חקירת הצורך וההודאות שנמצאו כלא קבילות, לפי סעיף 12 לפקודת הראיות, לבין ההודאות העוקבות אשר נמצאו קבילות.

בנוסף, נטען כי בנסיבות העניין אין מנוס מהכרעה בשאלת תחולתו של סייג הצורך. לטענת הסנגורים, הטעם להפעלת האמצעים המיוחדים לא היה צורך סיכולי או קיומה של "פצצה מתקתקת" אלא רצון עז של חוקרי השב"כ לפענח את הפיגוע בדומא. מכאן, שבהעדר קביעה לפיה סייג ה"צורך" מתקיים, יש לפסול את תוצרי כל החקירות שנבעו מהשימוש באותם אמצעים.

כמו כן, נטען כי בניגוד לקביעת בית המשפט המחוזי, מקרה זה מחייב הכרעה בעניין יחסי הגומלין שבין כלל הפסילה הפסיקתית לקיומה של הגנת הצורך, היות שבהעדר קביעה בדבר קיומה של הגנת הצורך, האמצעים שהופעלו עומדים "חסרי הגנה" ומשכך מתחייבת פסילתן של ההודאות העוקבות.

עוד השיגו הסנגורים על המשקל הראיתי אשר ניתן להודאות הקבילות, וזאת בפרט אל מול הודעותיו של מר אברהם דוואבשה (להלן: אברהם); טענו לפגמים באופן בו התבצע הליך השחזור; לפגיעה בזכות ההיוועצות של המערער; ואף טענו כי המערער כלל לא התכוון להמית את יושבי הבית, ומשכך לא מתקיים היסוד הנפשי הנדרש לשם הרשעתו בעבירות אשר יוחסו לו.

27. בתגובה, המשיבה הבהירה כי אין חולק שהפעלת אמצעים פיזיים בחקירת שב"כ פוגעת פגיעה קשה בזכויותיו של הנחקר, ועל כן יש להתייחס ל"חקירות צורך" בחרדת קודש. עם זאת, ובמענה לטענות העקרוניות שהעלו הסנגורים בהיבט זה, עמדה על כך שהמסגרת הנורמטיבית לבחינת קבילות ההודאות העוקבות היא זו הקבועה בסעיף 12 לפקודת הראיות ובדוקטרינת הפסילה החוקתית.

כמו כן, המשיבה אינה חולקת על כך שסייג הצורך אינו משמש כמקור סמכות להפעלת אמצעי חקירה פיזיים, כפי שנקבע בבג"ץ 5100/94 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נג(4) 817 (1999) (להלן: עניין הוועד הציבורי), אלא שככל שנעשה שימוש באמצעים פיזיים, עשוי לעמוד לחוקרים בנסיבות מסוימות – סייג הצורך שימנע את העמדתם לדין.

בנסיבות אלה, נטען כי החוקרים סברו כי הם ניצבים בפני מצב של "תשתית מתקתקת" שהמערער הוא חלק ממנה, ולכן פעלו על מנת לסכל פיגועים עתידיים. משכך, עומד להם סייג הצורך. כן נטען, כי הם הפעילו אמצעים פיזיים באופן מידתי ומוגבל, וכי אלו אינם בגדר "עינויים".

לשיטת המשיבה, בית המשפט המחוזי יישם כנדרש את שנקבע בעניין אל טיד, בבוחנו האם קיים קשר סיבתי בין הפעלת האמצעים להודאות העוקבות. זו, כך נטען, השאלה המכריעה הן בהתאם לסעיף 12 לפקודת הראיות, הן בהתאם להלכת יששכרוב והן על פי ע"פ 4988/08 פרחי נ' מדינת ישראל, פ"ד סה(1) 626 (2011) (להלן: עניין פרחי).

לטענת המשיבה, בניגוד לנטען בערעור, המערער שלט במובנים רבים בחקירתו, והחליט במודע ומרצונו החופשי במה להודות ובמה לא. המשיבה אף טוענת כי מתיעוד הודאת המערער עולה כי הוא היה נינוח, ולמרות עייפותו הצליח להיות מרוכז וענייני. המשיבה ייחסה חשיבות גם לעובדה כי כאשר המערער לא היה מודע לכך שהחקירה מתועדת בתיעוד חזותי וקולי, הוא שב וסירב לעלות את גרסתו על הכתב. בהיבט זה הדגישה כי המערער העיד במשפט הזוטא, באופן שאיפשר לבית המשפט המחוזי להתרשם ממנו באופן בלתי אמצעי.

ביחס למשקל שבית המשפט המחוזי ראה לייחס להודאות הקבילות של המערער, המשיבה סמכה ידיה על קביעות בית המשפט המחוזי בעניין זה. המשיבה הדגישה כי המערער הרחיב ביחס לפרטים שוליים, מבלי שנשאל עליהם מפורשות; לא

היסס לומר כי ישנם פרטים שהוא אינו זוכר; ידע לפרט פרטים מוכמנים, שחלקם אף לא היו ידועים באותה העת לחוקריו; וכי הדרך בה תיאר את השתלשלות האירועים מלמדת כי מסר גרסה אותנטית ומהימנה. המשיבה הוסיפה כי המערער אף ברר בין אירועים בהם הודה, למעשים אותם הכחיש – באופן הסותר את הטענה כי הודאתו הינה תוצר של פחד ואימה.

כמו כן, לטענת המשיבה הליך השחזור שהמערער ביצע מלמד על אותנטיות גרסתו, מאחר שהוא מסר פרטים רבים והדגים אותם באופן טבעי, באופן שרק אדם שנכח במקום וביצע את המעשים יכול היה לשחזרם.

אשר לטענת המערער בדבר פגיעה בזכות ההיוועצות, המשיבה טענה כי הייתה הצדקה למניעת המפגש, וכי העילות למניעת המפגש היו מבוססות היטב בחומר החקירה ובתמונת המודיעין שהיו מצויים בידי החוקרים בזמן אמת. אשר לטענות כי חוקרי המשטרה הלעיטו את המערער בעצות משפטיות – נטען כי טענה זו כלל לא הועלתה בערכאה דלמטה; כי ממילא ניסיונות השוטרים לשכנע את המערער למסור הודעה כתובה אינם מהווים עצה משפטית; ואף אם הדברים מהווים עצה כזו, הרי שבפועל היא לא השפיעה על המערער, אשר התמיד בסירובו להודות בפני השוטרים.

ביחס לטענות המערער על הודעתו של אברהם, הודגש כי הוא היה עד תביעה שההגנה ויתרה על עדותו, והודעותיו הוגשו בהסכמה מסויגת. לשיטת המשיבה, טענותיו של המערער ביחס להודעה זו מהוות ניסיון להתנער מהסכמת הצדדים על הגשת הודעותיו. כן נטען, כי ממילא, אף אם שני מפגעים הציתו את בית משפחת דוואבשה, הדבר אינו מקים ספק סביר באשמת המערער, היות שהאפשרות שהוא מסתיר מבצע נוסף אינה מופרכת לאור סירובו להפליל פעילים נוספים, נוכח החשיבות המיוחדת שהוא רואה באיסור "דין מוסר".

לעניין טענות המערער כי לא התקיים היסוד הנפשי לצורך הרשעתו בעבירת הרצח, הדגישה המשיבה כי אין להתערב בקביעת בית המשפט המחוזי כי כוונת המערער נלמדת ממעשיו, המשקפים סבירות גבוהה ביותר לפגיעה בנפש. עוד הודגש, כי המערער בחר שלא להעיד במסגרת משפטו, ולכן לא ניתן היה לברר עמו את הסתירות שהתגלעו בהודאתו לעניין זה.

28. במהלך הדיון בערעור שמענו באריכות את באי כוח הצדדים, אשר שבו על עיקר טענותיהם שהועלו בכתב. הסנגורים הדגישו בחריפות רבה את הפסול שבשימוש

ב"עינויים", בהיותם פוגעים בזכות הבסיסית ביותר של אדם – לשלמות גופו. כן עמדו פעם נוספת על השתלשלות הדברים העובדתית ושבנו וטענו כי לא צורך סיכולי עמד מאחורי השימוש באמצעים המיוחדים, אלא רצון עז לפענח את הפיגוע בדומא. עוד טענו, כי להיטות החוקרים לעשות שימוש באמצעים אלו נבעה מהקרבה לפקיעת תקופת מניעת המפגש בין המערער לעורך דינו, בחלוף 21 יום ממעצרו.

מנגד, המשיבה ביקשה להסתמך על קביעותיו העובדתיות של בית המשפט המחוזי, ולאמץ את מסקנותיו המשפטיות. המשיבה הדגישה כי חקירת המערער בוצעה לצרכים סיכוליים מובהקים, אשר בעטיין הוחלט על שימוש ב"אמצעים מיוחדים" לאחר שהקטין מסר כאמור מידע אשר סיבך את המערער בביצוע הפיגוע בדומא. המשיבה שבה והדגישה כי המערער ידע למסור בהודאותיו שורת פרטים מוכמנים, באופן המלמד על משקלן הראייתי הגבוה.

29. יצוין, כי לאחר הדיון הסנגורים הגישו "בקשה להבהרת טיעון", בה ביקשו להבהיר היבטים בטיעונם על רקע תוכנו של פרוטוקול הדיון. בהחלטה מיום 5.4.2022 נעתרנו לבקשה זו. על כן, טיעון זה אף הוא היה בפנינו לצורך כתיבת פסק הדין.

דיון והכרעה

30. תחילה, אבחן את טענות הצדדים בהתייחס לקבילות ההודאות העוקבות; לאחר מכן, אמשך לבחינת המחלוקת ביחס למשקל הראייתי שניתן להודאות הקבילות; ולבסוף – אכריע בטענות הצדדים לעניין הפגיעה בזכות ההיוועצות של המערער ובדבר התקיימות היסוד הנפשי הנדרש לצורך הרשעתו בעבירת הרצח.

א. קבילות ההודאות העוקבות

31. כפי שציינתי בפתח חוות דעתי, סוגיית קבילות ההודאות שהמערער מסר בחקירת הצורך הראשונה ובחקירות שנערכו בסמוך אחריה אינה ניצבת להכרעתנו. אין חולק כי הודאות אלו אינן קבילות. המחלוקת נותרה אפוא ביחס לקביעות בית המשפט המחוזי בדבר קבילות ההודאות אשר המערער מסר החל מ-36 שעות לאחר סיום חקירת הצורך הראשונה, ועד לתחילת חקירת הצורך השנייה (לעיל ולהלן: ההודאות העוקבות או ההודאות הקבילות).

32. ההכרעה במחלוקת שבין הצדדים בסוגיה זו מורכבת ממספר רבדים: ראשית, יש להידרש לטענה העקרונית של הסנגורים, כי מעת שהופעלו "אמצעים מיוחדים", דינן של כל ההודאות שהושגו לאחר מכן – פסלות; שנית, יש לבחון את קבילות ההודאות העוקבות בראי סעיף 12 לפקודת הראיות; שלישית, יש לבחון את קבילות ההודאות העוקבות בהתאם להלכת יששכרוב והפסיקה שבאה בעקבותיה.

א.1. פסלות "אוטומטית" של הודאות עוקבות?

33. סנגוריו של המערער מבקשים מאתנו לאמץ, כעקרון, גישה לפיה מרגע שנעשה שימוש ב"אמצעים מיוחדים", החשש כי יעשה בהם שימוש פעם נוספת עודנו "מרחף" בחלל חדר החקירה, באופן השולל באופן מוחלט את קבילותן של ההודאות העוקבות. כך מתחייב לשיטתם נוכח טיבם הפסול של "עינויים" (ראו והשוו: בנימין בלום, יורם רבין וברק אריאל, "אופן בחינת הודאות חשודים בדין הפלילי בישראל: בחינה מהותית ופרוצדוראלית של היחס בין סעיף 12 לפקודת הראיות לדוקטרינת הפסילה הפסיקתית" משפטים 815, 825 (2017) (להלן: בלום, רבין ואריאל)).

34. טענה זו אינה נטולת היגיון. במידה מסוימת, מפתה לאמצה. זאת, בין היתר, מאחר שגישה חלופית מקימה חשש שמא במקרים עתידיים גופי החקירה יבחרו לעשות שימוש ב"אמצעים מיוחדים" בתקווה כי אלו יניבו הודאת אמת, אשר גם אם תיפסל, ניתן יהיה "להכשירה" באמצעות הודאות מאוחרות לה (על חשש דומה במהותו, אם כי בנסיבות שונות לחלוטין, עמדתי בחוות דעתי בדנ"פ 1062/21 אור"ך נ' מדינת ישראל בנסיבות שונות לחלוטין, עמדתי בחוות דעתי בדנ"פ 11.1.2022) (להלן: דנ"פ אור"ך)).

במילים אחרות: אם נאפשר לרשויות החקירה להשיג "פריצת דרך" בחקירה באמצעים פסולים, ונפנה את מבטנו רק לשלב שלאחר השימוש באותם אמצעים, הרי שעולה חשש כי הלכה למעשה נאפשר, ואולי אף נתמרץ, שימוש באמצעים אלה (ראו גם: חוות דעתי בע"פ 4946/20 אינעלם נ' מדינת ישראל (6.6.2022)).

35. על אף החשש האמור, פסיקתו העקבית של בית משפט זה אינה מכירה בפסלות אוטומטית של הודאות מאוחרות כדוגמת זו הנטענת לפנינו. למעשה, הסנגורים מבקשים מאתנו לאמץ בנסיבות אלו, על רקע עקרונות חוקתיים, את תורת "פרי העץ המורעל". אולם, דוקטרינה זו נדחתה במשפט הישראלי, גם במסגרת הלכת יששכרוב (דנ"פ אור"ך, פסקה 8 לחוות דעתי; ע"פ 4039/19 נחמני נ' מדינת ישראל, פסקה 50 (17.3.2021); עניין פרחי, פסקה 20).

משפטנו אימץ גישה שונה, המבכרת איזון בין מגוון שיקולים ואינטרסים. כך נבחנו עד עתה טענות דומות, גם בנסיבות שבהן הופעלו "אמצעים מיוחדים" כלפי נחקרים. לגישה זו יתרונות וחסרונות. יש התומכים בה כמו גם אלו המבקרים אותה. מכל מקום – הלכה מושרשת היטב היא, ובהתאם לה מתחייב לנהוג גם בעניינו של המערער.

36. בהקשר זה יצוין, כי רק לאחרונה תוקנה פקודת הראיות ונוסף לה סעיף 56א אשר כותרתו "סמכות לפסילת ראיה שהושגה שלא כדין". זו לשון הסעיף:

"56א. (א) בית המשפט הדן במשפט פלילי רשאי שלא לקבל ראיה שהושגה שלא כדין, ובכלל זה הודעת נאשם או עד, חפץ או כל ראיה אחרת, אם שוכנע שקבלתה במשפט תפגע באופן מהותי בזכות להליך הוגן, בשים לב לאופייה ולחומרתה של ההפרה, למידת ההשפעה של ההפרה על הראיה שהושגה ולעניין הציבורי שבקבלת הראיה או באי-קבלתה; בסעיף קטן זה, "הפרה" – השגת ראיה שלא כדין.

(ב) אין באמור בסעיף קטן (א) כדי לפגוע בכללים לפסילת ראיות הקבועים בהוראות חיקוק אחרות."

אם כך, הרי שגם כעת לא נקבע כלל של פסלות "אוטומטית" של ראיות עוקבות או נגזרות, אלא עוגנה במפורש בפקודת הראיות סמכותו של בית המשפט לפסול ראיות אשר הושגו שלא כדין, תוך התחשבות במגוון שיקולים (ראו גם: דברי ההסבר להצעת חוק לתיקון פקודת הראיות (תיקון מס' 19) (פסילת ראיה), התשפ"ב–2021, ה"ח 1453, 56–57).

37. המקרה שלפנינו, חריג ככל שיהיה, אינו מצדיק הבחנה עקרונית בין עניינו של המערער למקרים דומים אשר קדמו לו. אם כך, אין לנו אלא להוסיף ולצעוד בדרך אשר החקיקה הרלוונטית ופסיקת בית משפט זה מתווה לבחינת טענות המערער. דרך זו, קובעת שני אפיקים לבחינת קבילותה של הודאת חוץ של נאשם:

האחד – מבחן סטטוטורי המעוגן בהוראת סעיף 12 לפקודת הראיות, הקובע כי הודאת חוץ של נאשם תהא קבילה רק מקום בו הוכח שההודאה הייתה "חופשית ומרצון";

השני – דוקטרינת הפסילה הפסיקתית שהתגבשה ועוגנה בהלכת יששכרוב, במסגרתה נתון לבית המשפט שיקול דעת לקבוע כי הודאה אינה קבילה מקום בו הגיע למסקנה כי זו הושגה שלא כדין וכי קבלתה כראיה במשפט תגרום לפגיעה מהותית בזכותו של הנאשם להליך הוגן (ע"פ 4109/15 מירז נ' מדינת ישראל, פסקה 23 לחוות דעתו של השופט צ' זילברטל (9.7.2017) (להלן: עניין מירז); ע"פ 6435/12 דמסה נ' מדינת ישראל, פסקה 34 (9.1.2017); ע"פ 9808/06 סנקר נ' מדינת ישראל, פסקה 11 (29.7.2010); יניב ואקי דיני ראיות כרך ב', עמ' 885 (2021) (להלן: ואקי, כרך ב)). על היחס שבין אפיקים אלו לבחינת קבילות הודאות, נכתב בספרות המשפטית:

"מדובר אפוא בשתי דוקטרינות המשלימות אחת את רעותה מבחינה נורמטיבית, וכל אחת נועדה להבטיח היבט אחר של זכויות החשוד: סעיף 12 נועד להגן על אוטונומיית הרצון של נחקרים, ודוקטרינת הפסילה הפסיקתית נועדה לשמור על שלטון החוק" (בלום, רבין ואריאל, עמ' 824; ראו גם: ואקי, כרך ב, עמ' 915-917).

38. כמצוות ההלכה המחייבת, מבחנים אלו יושמו על ידי בית המשפט המחוזי. לאורם, עלינו לבחון כעת האם שגה באופן המצדיק את התערבות ערכאת הערעור בקביעותיו.

א.2. קבילות ההודאות העוקבות בהתאם לסעיף 12 לפקודת הראיות

39. סעיף 12(א) לפקודת הראיות, מורה:

"עדות על הודיית הנאשם כי עבר עבירה, תהא קבילה רק אם הביא התובע עדות בדבר הנסיבות שבהן ניתנה ההודיה ובית המשפט ראה שההודיה היתה חפשית ומרצון" (ההדגשה הוספה – י' א').

על אודות הפרשנות שיש ליתן לתיבה "חפשית ומרצון", נקבע: "אדם המצוי בחקירה בגין עבירות שבביצוען הוא חשוד נתון בלחץ נפשי ואי-נוחות פיזית שהם אינהרנטיים למצב שבו הוא שרוי. ברי אפוא שלמונח "חופשית ומרצון" לא ניתנה משמעות מילולית. ואמנם, לפי המשמעות שניתנה למונח זה בפסיקתו של בית המשפט במהלך השנים, הודאת נאשם תיפסל אם הופעל עליו בעת החקירה "לחץ חיצוני", שהיה בו כדי לשלול את יכולתו לבחור אם לעשות שימוש בחיסיון מפני הפללה עצמית ובזכות השתיקה..." (ע"פ 5954/06 סרנצ'וקוב נ' מדינת ישראל, פסקה 11 (13.10.2010); ראו גם: ע"פ 1094/07 דדון נ' מדינת ישראל, פסקה י"ח (3.7.2008); בלום, רבין ואריאל, עמודים 817-823).

כן הובהר, כי בחינת חופש הרצון של הנאשם היא סובייקטיבית, ומותאמת לנסיבותיו הקונקרטיות של כל מקרה ונסיבותיו האישיות של הנאשם (יעקב קדמי על הראיות חלק ראשון 50 (2009) (להלן: קדמי, חלק ראשון); יניב ואקי דיני ראיות כרך א', עמ' 232 (2021)).

40. שאלה נגזרת היא, כיצד משפיע פגם הפוסל הודאה מסוימת על קבילות הודאה המאוחרת לה? בעניין זה נפסק, כי "... העובדה, שהודאה ראשונה הושגה באמצעים הפוסלים אותם בעדות, אין בכוחה לפסול הודאה שניה, שנתקבלה כדת, ובלבד שבינתיים הוסרה השפעת הגורמים (גורמי פחד או תקוה או כדומה) שפעלו על נפש הנאשם בעת מתן הודאתו הראשונה..." (ע"פ 307/60 יאסין נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יז(3) 1541, 1556 (1963) (להלן: עניין יאסין); ראו גם: ע"פ 377/67 דהאן נ' מדינת ישראל, פ"ד כג 197, 214 (1969)).

במרוצת השנים, הלכה זו התפתחה בנסיבות דומות ליישום מבחן של קשר סיבתי: "פסילת הודאה אחת אינה בהכרח גוררת פסילת הודאה אחרת. יש להחיל מבחן של קשר סיבתי בין [ה]אמצעי הפסול שננקט בהודאה שנפסלה לבין ההודאה האחרת לגביה לא ננקט אמצעי פסול" (עניין אל סיד, פסקה 11; ראו גם: ע"פ 10477/09 מובארק נ' מדינת ישראל, פסקה 62 (10.4.2013); ע"פ 5975/14 אגבריה נ' מדינת ישראל, פסקה 34 (31.12.2015); ע"פ 1272/13 אכתילאת נ' מדינת ישראל, פסקה 38 (11.11.2013); ע"פ 5956/08 אל עוקה נ' מדינת ישראל, פסקה 14 לחוות דעתו של השופט נ' הנדל (23.11.2011); ואקי, כרך ב, עמ' 894-895). מדובר אפוא בהלכה מושרשת היטב.

41. אם כך, השאלה אשר עלינו להשיב לה, אינה האם נכון למתוח "קו גבול" כפי שעשה בית המשפט המחוזי בהחלטתו במשפט הזוטא, בין פסלות לקבילות, אלא היכן ראוי למקמו. סוגיה זו, היא הניצבת למעשה בלב ליבו של הערעור, ולה אדרש כעת.

אקדים ואומר, כי בחירת בית המשפט המחוזי בדבר מיקום "קו גבול" זה אינה נטולת קשיים. ככלל, בחינה האם הודאה ניתנה מ"רצון חופשי", פעמים רבות, אינה פשוטה (ראו: אסף הרדוף "רעיון בלתי קביל, אמת לא נוחה: פסילת ראיות בגין אופן השגתן" משפט וממשל כ 141, 156-157 (2019) (להלן: הרדוף, רעיון בלתי קביל)). הדבר נכון ביתר שאת בנסיבות דנא.

אין לכחד, המקרה אשר לפנינו מעורר בהיבט זה קושי מיוחד – המערער שתק כאמור בחקירתו 17 יום, עד אשר הודה זמן קצר לאחר תחילת הפעלתם של אותם

"אמצעים מיוחדים". האמצעים המיוחדים הופעלו פעם נוספת, בחקירת הצורך השנייה, ולכן נשאלת השאלה האם תיתכן הודאה אשר ניתנת באופן "חופשי ומרצון" בפרק זמן שבין שתי חקירות צורך?

42. יוער, כי המחלוקת העובדתית המצומצמת בין הצדדים באשר לפרטי האמצעים המיוחדים אשר הופעלו בחקירת המערער, הוכרעה בהחלטת בית המשפט המחוזי במסגרת משפט הזוטא (שם, פסקה 179). אין אפוא חולק, כי כלפי המערער הופעלו, בשתי חקירות הצורך שנערכו לו, אמצעים שגרמו לו לכאב. כאמור, עד להפעלתם במסגרת חקירת הצורך הראשונה – המערער שמר על שתיקה.

43. אם כך, עלינו לבחון כאמור האם קיימת עילה להתערבות בקביעות בית המשפט המחוזי באשר לעיתוי שבו "פגה" השפעת האמצעים הפסולים, במובן המשפטי, באופן המצדיק את קבלת ההודאות העוקבות.

קביעת בית המשפט המחוזי התבססה על ניתוח – מדוקדק וסדור – של נסיבותיה של כל חקירה וחקירה; זהות החוקרים; מהלך החקירות; תיעוד החקירות (היכן שקיים); פרק הזמן בו המערער נח בין החקירות; עדויות החוקרים והמערער; ה"אווירה" באותן חקירות, ועוד. כאמור, התקיים משפט זוטא רחב היקף במסגרתו העידו, בין היתר – חוקרי השב"כ המכונים "נצר"; "סטיבן"; "ינאי"; "פרנקו"; "ויליאם"; "שאול"; "קני"; "ניסן"; "ברונו"; "רוני"; "יורי"; "אלישע"; "אסף"; "פרץ"; "ג'ייסון"; "אדרי"; "ממן"; "גורדון"; "דדי"; "מיגל"; וכן – איש השב"כ המכונה "אמיתי"; חוקרי משטרה; סנגורו של המערער דאז, עו"ד בן גביר; ואף המערער עצמו.

נשמעו עשרות עדים לאורך דיונים רבים. עדותם נפרסת על פני כ-1000 עמודי פרוטוקול. בהתבסס על עדויות אלו, בית המשפט המחוזי הגיע למסקנה כי ההודאות העוקבות קבילות בהתאם לסעיף 12 לפקודת הראיות.

44. הלכה ידועה היא, כי ערכאת הערעור תימנע מלהתערב בממצאי העובדה והמהימנות של הערכאה הדיונית. לערכאה הדיונית נתון יתרון אינהרנטי להתרשם, באורח ישיר, מן העדים שהופיעו בפניה, מאופן מסירת עדותם, מהתנהלותם על דוכן העדים, ומשפת גופם: "כל אלה, מאפשרים לערכאה הדיונית לתור, באופן מיטבי, אחר "אותות האמת" המתגלות בעדויות. זאת, בעוד שמסקנותיה של ערכאת הערעור מתבססות, בדרך כלל, על החומר הכתוב המונח לפניה... (ע"פ 7090/15 ח'ליפה נ' מדינת ישראל, פסקה 44 (25.8.2016) (להלן: עניין ח'ליפה)).

נפסק לא אחת, כי ההתרשמות הבלתי אמצעית מן העדויות היא מיתרונותיה הגדולים של הערכאה הדיונית (ע"פ 3873/08 אטיאס נ' מדינת ישראל, פסקה 90 (6.9.2010); ראו גם: ע"פ 406/78 בשירי נ' מדינת ישראל, פ"ד לד(3) 422, 393 (1980)).

זאת ועוד, בהקשר הדומה לענייננו, קבע השופט מ' לנדוי לפני כ-70 שנה בע"פ 69/53 סיף נ' היועץ המשפטי לממשלת ישראל, פ"ד ז 801 (1953) (להלן: עניין סיף):

"ייתכן שאילו ישבנו אנחנו בדין, היינו מגיעים למסקנה אחרת, אבל אין די בזה לסתירת מסקנתו של השופט המלומד. [...] השאלה באיזה מצב נפשי היה הנאשם שרוי שעה שנתן את הודעתו, הנה שאלת עובדה מובהקת, וגם בית-המשפט היושב בערעור יתייחס אליה כאל שאלת עובדה. עם כל הכרוך בזה, וישתמש לגביה בכללים הרגילים בנוגע לאפשרויות ההתערבות בממצאיו העובדתיים של השופט שישב בדין" (שם, פסקה 9; ההדגשה הוספה – י' א; ראו והשוו: קדמי, חלק ראשון, עמ' 112).

45. משזהו הכלל, הרי שבמקרה הנדון, בהתחשב בהיקף משפט הזוטא שהתנהל והעדויות הרבות שנשמעו במסגרתו, עלינו לנהוג בריסון רב טרם נתערב בממצאיה העובדתיים של הערכאה הדיונית.

אדגיש בהקשר זה, כי היכן שניתן "לצמצם" את הפער שבין הערכאה הדיונית לערכאת הערעור, באמצעות צפייה בתיעוד החקירות המוקלטות והשחזור, עשיתי כן. אולם, הפער עודנו קיים והוא משמעותי ביותר.

למעשה, לאורכה ולרוחבה של ההחלטה במשפט הזוטא שזורות קביעות מהימנות ועובדה שמקורן בהתרשמות בית המשפט מן העדים שהעידו לפניו. קביעות אלו הן הניצבות בבסיס המסקנה כי ההודאות העוקבות ניתנו באופן "חופשי ומרצון".

46. כך למשל, ביחס לחקירתו המתועדת של המערער ביום 19.12.2015 (ת/3) – בית המשפט המחוזי קבע כי סירוב המערער למסור גרסה בפני חוקרי המשטרה לא נבע מהבנתו כי הם לא יפעלו באלימות כלפיו, כטענתו במשפט הזוטא, אלא מהכרתו כי גרסתו תירשם והוא יידרש לאשרה בחתימתו. על רקע זה, המערער חשש כי הדבר עלול לשמש כראיה בעלת משקל משמעותי נגדו (ההחלטה במשפט הזוטא, פסקה 262).

עוד קבע בית המשפט המחוזי כי: "ההתרשמות הבלתי אמצעית ממיגל במהלך עדותו בבית-המשפט וכן בחקירות הנאשם [המערער – י' א'] שתועדו, מלמדת כי מדובר בחוקר חכם, מנוסה מאוד, מכיר את נקודות החולשה של הנחקר ומנצלן בתבונה במהלך החקירה" (שם, פסקה 264); והוסיף כי: "בעדותו בבית המשפט התרשמתי כי מדובר בעד אמין, שלא היסס לומר דברים שיכולים להועיל ולשמש דווקא את ההגנה" (שם).

בהתבסס על קביעות אלו ביחס למיגל, בית המשפט המחוזי הוסיף וקבע כי צורת החקירה של חוקר השב"כ מיגל, השונה מזו של חוקרי המשטרה, היא שגרמה למערער לשתף עמו פעולה מבלי שיעשה שימוש באיומים או ניסיונות שכנוע שאינם לגיטימיים.

קביעה משמעותית נוספת של בית המשפט המחוזי, אשר אף היא הושתתה על העדויות שנשמעו לפניו, הייתה כי מה שהניע את המערער לבצע את השחזור, לאחר מעין "משא ומתן" שניהל עם מיגל בעניין, הייתה הבנתו כי הליך זה יקרב אותו באופן משמעותי לסיום החקירה. בדומה, בית המשפט המחוזי דחה את גרסת המערער כי פחד וחשש ממיגל. גם את מסקנתו זו ביסס, בין היתר, על עדות המערער כפי שנשמעה לפניו.

47. אשר להליך השחזור (ת/4) – בית המשפט המחוזי דחה את טענת המערער כי עובר לעריכתו מיגל הגיע לתאו של המערער והזהיר אותו "שלא לעשות בעיות" בשחזור. זאת, בהסתמך על הודאת המערער כי הוא שביקש ממיגל להגיע לתאו, ולנוכח עדות מיגל לפיה תוכן שיחתם היה שאלת המערער האם יהיו "ערבים בשטח" ובקשתו לקבל פרטים טכניים על זמן היציאה לשחזור. ביחס להשגות הסנגורים על כך שמיגל הצטרף להליך השחזור, נקבע כי ראוי היה שמיגל ימנע מכך. עם זאת בית המשפט המחוזי התרשם, לנוכח עדויות מיגל והמערער שנשמעו לפניו, כי נוכחותו של מיגל לא השפיעה על הלך הרוח של המערער בשחזור.

בית המשפט המחוזי אף מצא להתבסס במידה רבה על עדות המערער לפיה הרושם המתקבל מצפייה בסרטון השחזור הוא כי הדברים נעשו מבחירה ומרצון חופשי. בהתאם, דחה את גרסת המערער בחקירתו הנגדית כי השיב לחוקרי המשטרה שהליך השחזור נעשה "יחסית" בדרך נעימה ומכובדת אך מאחר שחשש כי הדבר ייחשב כחזרה מהודאה שתוביל לכך שהוא יעונה. ממצאים אלו, הם שהוליקו את בית המשפט המחוזי למסקנה כי תוצרי השחזור – קבילים.

בהתייחס לחקירה שנערכה בבוקר יום 20.12.2015 – המערער טען בעדותו, כי לאחר שסירב לבצע בדיקת "פוליגרף", אחד מהחוקרים אמר לו שכנראה הוא מבין "רק

בדרכים הקשות" (פרוטוקול דיון מיום 14.5.2017, עמ' 954, ש' 10). בעדותם, הכחישו החוקר "דדי" והחוקר "סטיבן" כל איום על המערער על מנת שיסכים לביצוע הפוליגרף. בית המשפט המחוזי מצא להעדיף את עדות החוקרים ביחס להתרחשויות בחקירה זו על פני עדות המערער.

בדומה, נדחו טענותיו העובדתיות של המערער כי הופעלו נגדו אמצעים פסולים בחקירות שנערכו בלילה שבין 20.12.2015 ל-21.12.2015. לעניין זה נסמך על עדויות חוקרי השב"כ "דדי" ו-"גורדון". אף ביחס לחקירה המוקלטת השנייה, שנערכה ביום 21.12.2015 בשעות הערב, התרשם בית המשפט המחוזי כי יכולותיו וכישוריו של מיגל כחוקר הם ששכנעו את המערער לשתף פעולה בחקירה, וכי העובדה שמיגל נכנס לחדר החקירה לא התפרשה אצל המערער כאיום.

48. הנה כי כן, קביעות בית המשפט המחוזי בדבר ניתוק ה"קשר הסיבתי" בין האמצעים שהופעלו בחקירת הצורך להודאות הקבילות הושתתו אפוא על מגוון ראיות, ובכללם: תיעוד חזותי וקולי של חלק מההקלטות; זכ"דים שערכו חוקרי השב"כ; והעדויות כפי שנשמעו לפניו. עדויות אלו שימשו חלק מרכזי ביותר בקביעות בית המשפט המחוזי.

49. סנגוריו דהיום של המערער (עורכי הדין א' פלדמן ו-י' רזניק) משיגים, בלשון חריפה, על קביעותיו והבחנותיו של בית המשפט המחוזי. אולם, בסופו של יום, המחלוקת מתכנסת להכרעה עובדתית נקודתית ביחס לאותן חקירות בהן המערער הודה ולגזירת המסקנה המשפטית מהן.

הכרעה זו אכן אינה פשוטה, והיבט מרכזי בה נסמך על התרשמות הערכאה הדיונית מן העדים שהעידו לפניה – ובראש ובראשונה, ממיגל ומהמערער. לאחר שעיינתי לא אחת בחומר הראיות, ובפרט בתיעוד החזותי והקולי של החקירות, של השחזור, ובפרוטוקולים של החקירות – השתכנעתי כי ממצאיו העובדתיים של בית המשפט המחוזי מנומקים, סדורים והגיוניים. אין עילה להתערבות ערכאת הערעור בהם.

50. מכאן לטענות הצדדים ביחס לעניין אל סיד, ולהשוואה בין נסיבות לנסיבות שלפנינו. מכלול הדברים הוא, כי בין המקרים ישנן נקודות דמיון וגם נקודות שוני משמעותיות. ככלל, הפרמטרים שנשקלו בעניין אל סיד, נבחנו גם בענייננו. לרבות, פרק הזמן שחלף מהפעלת האמצעים המיוחדים להודאה; ה"אוירה" באותן חקירות; זהות החוקרים; מידת "שליטת" הנחקר בסיטואציה וכיו"ב.

בהינתן זאת, ובהתבסס על קביעתי לעיל בדבר אי התערבות בממצאיו העובדתיים של בית המשפט המחוזי, איני סבור כי נסיבות המקרה שלפנינו מחייבות מסקנה שונה מזו שבעניין אל טיד. בית המשפט המחוזי נתן דעתו לקביעות שבעניין אל טיד, ויישמן כראוי על נסיבות המקרה שלפניו. גם בעשותו כן – לא שגה.

51. נוכח כל זאת, מסקנתי היא שאין מקום להתערב בקביעה כי ההודאות המאוחרות קבילות בהתאם לסעיף 12 לפקודת הראיות.

א.3. בחינת קבילות ההודאות העוקבות בהתאם לדוקטרינת הפסילה הפסיקתית

52. משהגעתי עד כה למסקנה כי אין עילה להתערב בקביעות בית המשפט המחוזי בדבר קבילות ההודאות בהתאם לסעיף 12 לפקודת הראיות, אוסיף ואבחן את הסוגיה בהתאם לדוקטרינת הפסילה הפסיקתית – היא הלכת יששכרוב.

53. תמצית הלכת יששכרוב, היא כי לבית המשפט נתון שיקול דעת לקבוע כי הודאה אינה קבילה מקום בו הגיע למסקנה כי זו הושגה שלא כדין וקבלתה כראיה במשפט תגרום לפגיעה מהותית בזכותו של הנאשם להליך הוגן. נקבע, כי מדובר בנוסחת איזון עקרונית השואפת להשגת פשרה ראויה בין מכלול הזכויות והאינטרסים הרלוונטיים לשאלת קבילותן של ראיות שהושגו שלא כדין – בכלל זה, 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.

בגדר זאת, בית המשפט נדרש לקחת בחשבון, בין היתר, את אופייה וחומרתה של אי-החוקיות שהייתה כרוכה בהשגת ההודאה; מידת ההשפעה שהייתה לאמצעי החקירה שאינו חוקי על אמינות ההודאה שהושגה; והנזק והתועלת החברתיים הכרוכים בפסילת ההודאה (עניין מירז, פסקה 23 לחוות דעתו של השופט צ' זילברטל; ע"פ 3239/14 חמאיסה נ' מדינת ישראל, פסקאות 35-36 והאסמכתאות המופיעות שם (8.11.2016); עניין ח'ליפה, פסקה 51).

כמו כן יודגש, כי תנאי מקדמי להחלת הלכת יששכרוב, הוא כי הראיה הושגה שלא כדין (רע"פ 3829/15 קסאי נ' מדינת ישראל, פסקה 33 לחוות דעתו של המשנה לנשיאה ח' מלצר (20.12.2018); הרדוף, רעיון בלתי קביל, עמ' 160).

54. בהקשר זה יובהר, כי שני המסלולים לבחינת קבילות ההודאה – זה הקבוע בסעיף 12 לפקודת הראיות וזה שנקבע בהלכת יששכרוב – עשויים בהחלט להניב תוצאות שונות. למשל, מקום בו תידרש פסילת הודאה לפי סעיף 12 לפקודת הראיות נוכח אובדן אוטונומיית הרצון של הנחקר, אולם זאת מבלי שחוקריו פעלו שלא כדין (בלום, רבין ואריאל, עמוד 823), במצב דברים שכזה, התנאי המקדמי האמור, אינו מתמלא.

אפשרות זו מוליכה אותנו לשאלה אשר הציבו הסנגורים בערעור זה – האם עומד לחוקריו של המערער סייג הצורך. ככל שכן, ייתכן שהתנאי המקדמי, כי הראיה הושגה שלא כדין – כלל אינו מתקיים.

בהקשר זה, הסנגורים שבים ועומדים על טענתם כי חקירת הצורך לא הייתה אלא "חקירת צורך שלא היה בה צורך" כלשונם. לדבריהם, לאחר חקירת הצורך הראשונה השב"כ נהג באופן מתוחכם אשר נועד לשוות לחקירה "ניחוח סיכולי", מתוך ציפייה כי לדבר יהיה משקל כאשר בית המשפט יידרש לדון בסוגיה. על כן, השימוש באמצעים המיוחדים לא נעשה לצרכים סיכוליים, אלא לצורך פענוח הפיגוע בדומא. מסקנה זו, מחייבת לשיטת הסנגורים את פסילת ההודאות העוקבות. לטענה זו אדרש כעת.

55. סייג הצורך מעוגן בסעיף 34א לחוק העונשין, הקובע:

"לא יישא אדם באחריות פלילית למעשה שהיה דרוש באופן מיידי להצלת חיו, חירותו, גופו או רכושו, שלו או של זולתו, מסכנה מוחשית של פגיעה חמורה הנובעת ממצב דברים נתון בשעת המעשה, ולא היתה לו דרך אחרת אלא לעשותו".

סעיף זה יש לקרוא בשילוב עם סעיף 34טז לחוק העונשין, לפיו סייג הצורך לא יחול "כאשר המעשה לא היה סביר בנסיבות העניין לשם מניעת הפגיעה". תחולת סייג הצורך מותנית אפוא בחמישה תנאים מצטברים: כי המעשה היה דרוש באופן מיידי; כי הסכנה שהביאה לעשיית המעשה הייתה מוחשית; כי הפגיעה שאותה ביקש המעשה למנוע היא פגיעה חמורה באחד מהאינטרסים המנויים בסעיף 34א לחוק העונשין; כי

בפני העושה לא עמדה חלופה אחרת מלבד המעשה; וכי המעשה מידתי ביחס לפגיעה החמורה הצפויה (בג"ץ 9018/17 טביש נ' היועץ המשפטי לממשלה, פסקה 38 לחוות דעתי (26.11.2018) (להלן: עניין טביש)).

בעניין הוועד הציבורי, נקבע כי דרישת ה"מיידיות" הכלולה בסעיף 34 לא לחוק העונשין כאמור, מתייחסת למיידיות המעשה ולא למיידיות הסכנה (שם, פסקה 34). משכך, דרישה זו מתקיימת גם אם הסכנה עלולה להתממש לאחר ימים או אף שבועות ממועד החקירה.

יצוין, כי עד לפסק הדין בעניין הוועד הציבורי, עמד סייג הצורך בבסיס הנחיות השב"כ שכללו היתר לעשות שימוש באמצעי חקירה הכוללים אמצעים פיזיים, בהיעדר ברירה אחרת, ובמקרה שהדבר דרוש באופן מידי להצלת חיי אדם. בהסתמך על סייג זה, בשילוב עם המלצות דו"ח ועדת החקירה לעניין שיטות החקירה של השב"כ בנושא פעילות חבלנית עוינת, בראשותו של הנשיא מ' לנדוי, משנת 1987, אישרה ועדת שרים מיוחדת לעניין חקירות בשב"כ נוהל שכונה "נוהל היתרים", אשר כלל היתרים להפעלת אמצעים פיזיים בחקירה כאשר החוקר סבר, במקרה נתון, כי יש הצדקה לעשות שימוש באמצעים אלו (להרחבה בדבר ההתפתחות הפסיקתית והחקיקתית ביחס לשימוש ב"אמצעים מיוחדים", ראו חוות דעתי בעניין טביש).

56. בענייננו, בית המשפט המחוזי אמנם הניח על שולחנו את שאלת קיומו של סייג הצורך לחוקרים בנסיבות ענייננו, אולם סבר כי היא אינה דורשת הכרעה, היות ששאלת קיומה של הגנת הצורך, ושאלת קבילותן של ההודאות שהושגו, הן שאלות נפרדות.

במישור העקרוני, בית המשפט המחוזי צדק גם בקובעו זאת, מאחר שבפסיקת בית משפט זה נקבע כי אף אם התנהגות חוקרי השב"כ מוצדקת הרי ש"אין בכך בהכרח לסלול את הדרך לקבילות ההודאה ולהעניק לה משקל ממש. התנהגות חוקרי השב"כ לחוד ובחינת הודאת המערער שנגבתה על ידם לחוד" (עניין אל סיד, פסקה 5).

היינו: אף אם עומד לחוקרים סייג הצורך, הדבר אינו מכריע לעניין שאלת קבילות ההודאה, ולו מן הטעם כי הדבר אינו משליך על בחינת קבילות הודאה בהתאם לסעיף 12 לפקודת הראיות. גם במקרה ההפוך, שבו נקבע כי אין להחיל את סייג הצורך, קביעה שכזו אינה מחייבת באופן אוטומטי את פסילת ההודאות העוקבות.

במישור הקונקרטי, דומה כי הטענה אשר הוצגה לפנינו בדבר פסלות ההודאות העוקבות מכוחה של הלכת יששכרוב, היא למעשה כפולה: טענה ראשונה – היא כי האמצעי הפסול כביכול, השפיע ישירות על מסירת ההודאות העוקבות באופן המחייב את פסילתן; טענה שנייה – היא שיש לבחון את ההודאות העוקבות בתור ראיות נגזרות מהראיה הפסולה, ומטעם זה לקבוע כי הן אינן קבילות כראייה.

57. ביחס לטענה הראשונה – הרי שאם ייקבע כי סייג הצורך עומד לחוקרי השב"כ, ייתכן כי בכך נסללת הדרך, בהקשרה של הלכת יששכרוב, לקבילות ההודאות שהמערער מסר אף בחקירות הצורך עצמן.

עם זאת, אם יקבע כי סייג הצורך אינו עומד לחוקרים, הרי שהמבחן שיש ליישם על מנת לבחון את קבילות ההודאות העוקבות הוא, בין היתר, מבחן דומה לזה שנבחן לצרכי סעיף 12 לפקודת הראיות. זאת, בהתאם לקביעות שבעניין אל טיד, הדורש זיקה סיבתית בין אמצעי החקירה הבלתי חוקי להשגת ההודאה (ע"פ 204/10 עבדל-קאדר נ' מדינת ישראל, פסקה 21 (25.7.2011); ואק"י, כרך ב, עמ' 909-910). ביישום לפרטי מקרה זה – תיבחן קיומה של זיקה בין ה"אמצעים המיוחדים" לכל אחת מההודאות העוקבות.

בחינה זו תניב תוצאה דומה לקביעות לעיל ביחס לקבילות ההודאות העוקבות בהתאם לסעיף 12 לפקודת הראיות. משמע, בשלב מסוים, כ-36 שעות לאחר סיומה של חקירת הצורך הראשונה, ניתק הקשר הסיבתי בין האמצעים המיוחדים להודאות המערער. לשון אחר: אם נקבע, כממצא עובדתי, כי המערער לא מסר את ההודאות העוקבות בהשפעת השימוש הקודם שנעשה ב"אמצעים המיוחדים", ממצא זה מחייב בנסיבות העניין דחיית קיומה של זיקה סיבתית בין אותם אמצעים להודאות העוקבות – אף בבחינה סוגיה זו לצרכי תחולתה של הלכת יששכרוב. כך או כך, אין נפקות לשאלת התקיימות סייג הצורך לצורך ההכרעה בטענה זו.

58. כעת לטענה השנייה – ככל שסייג הצורך עומד לחוקרי השב"כ כאמור, הרי שייתכן שכלל אין מדובר ב"ראיה פסולה", ומשכך אין מקום לבחון את קבילותן של ראיות הנגזרות ממנה. בהקשר זה, בית המשפט המחוזי הניח, לטובת המערער (ההחלטה במשפט הזוטא, פסקה 352), כי דין ההודאות שנגבו בחקירות הצורך להיפסל גם מכוחה של הלכת יששכרוב, ולא רק מכוח סעיף 12 לפקודת הראיות. על רקע זה, הוסיף ובחן את ההודאות העוקבות בראי ההלכה בדבר קבילות ראיה נגזרת, בהתאם לקביעות בית משפט זה בעניין פרחי.

הנחה מקלה זו אניח אף אני. בהתאם לה, אבחן את קביעות בית המשפט המחוזי. בעניין פרחי, בית משפט זה דן בשאלת ההשפעה של אי-החוקיות שדבקה בראיה הראשית על הראיות הנגזרות ממנה אשר איתורן התאפשר הודות לקיומה. נקבע, כי בעוד שככלל ראיה נגזרת תהיה קבילה במשפט, היא אינה חסינה לעולם מפני פסילה.

על מנת שראיה נגזרת תיפסל מלשמש במשפט, על המערער הנטל להוכיח כי בדומה לראיה הראשית שנפסלה, קבלתה של הראיה הנגזרת תוביל לפגיעה מהותית שאיננה מידתית בזכותו להליך הוגן (עניין פרחי, פסקה 20; דנ"פ אוריר, פסקה 121 לחוות דעתה של הנשיאה א' חיות). בגדר זאת הובהר, כי:

"אמות המבחן לכך יהיו אותם שיקולים המשמשים את הראיה הראשית בשינויים המתאימים. בתוך כך, יש להביא בחשבון את אופייה הייחודי של הראיה הנגזרת, הבא לידי ביטוי בזיקה המתחייבת בינה ובין הראיה הראשית. על פי רוב, בחינת חוקיותה של הראיה הנגזרת, במנותק מן הראיה הראשית, תוביל למסקנה כי קבלתה במשפט לא תוביל לפגיעה קשה בהוגנות ההליך, המצדיקה את פסילתה. במקרים אלה יש ליתן משקל מרכזי לאופי הזיקה הקיימת בינה ובין הראיה הראשית. ככל שהזיקה בין הראיות חזקה יותר, עשויה אי החוקיות שדבקה בראיה הראשית להכתיב גם את הראיה הנגזרת, וכך תגבר הנטייה לפוסלה. התכלית של מבחן הזיקה נוגעת בעיקרה להוגנות ההליך" (עניין פרחי, פסקה 20).

59. אשר לזיקה שבהתקיימה יקבע כי אי החוקיות שבראיה הראשית תוביל לפסילת הראייה הנגזרת, נקבע כי: "מבחינה עובדתית נדרש קשר של סיבתיות בין קיומה של הראיה הראשית לאפשרות השגתה של הראיה הנגזרת ממנה [...] לכך יש להוסיף דרישה של סיבתיות משפטית, הטומנת בחובה שיקול דעת שיפוטי באשר לנסיבות התומכות בפסילת הראיה הנגזרת". בנוסף הודגש ש"הסתפקות בסיבתיות העובדתית עומדת בסתירה להנחת המוצא עליה חזרנו, והיא שדוקטרינת פירות העץ המורעל לא התקבלה בשיטתנו. דרישת הסיבתיות המשפטית באה למנוע החלה עקיפה של הדוקטרינה, לצד הכרה באפשרות כי במקרים חריגים, בהם הפסול שנפל בראיה הראשית מכתיב את הראיה הנגזרת באופן היורד לשורש העניין, יהיה זה צודק לפוסלה" (שם).

קביעה משמעותית נוספת בעלת חשיבות לענייננו, נכללה בעניין ע"פ 6144/10 גטצאו נ' מדינת ישראל (10.4.2013), בו הוסיף השופט ס' גוברמן: "בהקשרנו, לאחר שאדם מפליל עצמו בהודאה שניתנה שלא כדין, יש לבחון בקפדנות יתרה האם הראיות הנגזרות מאותה ההפלה הן ראיות שאמינותן אינה מוטלת בספק, ואשר אפשר שהיו מושגות גם ללא האמצעי הפסול, או שמא עסקינן בראיות הנובעות במישרין מהראיה הפסולה, שלא

היה ניתן להשיגן בדרך אחרת, ולכן ראוי שהפגם שדבק בראייה הפסולה ידבוק גם בס" (שם), פסקה 16 לחוות דעתו).

60. זהו, אפוא, המבחן שיש ליישם בענייננו, כאשר הראיה הראשית היא הודאת המערער בחקירת הצורך הראשונה והראיות הנגזרות הן ההודאות העוקבות.

בהתייחס לקשר הסיבתי העובדתי, בית המשפט המחוזי אימץ למעשה את טענת הסנגורים כי מתקיים קשר זה בין ההודאה שהמערער מסר בחקירת הצורך הראשונה לבין ההודאות העוקבות; אשר לקשר הסיבתי המשפטי – ציין כי ההודאות העוקבות אינן בגדר ראיה הוזהר לראייה הפסולה ואף כי השוני ביניהם אינו "טכני בלבד". זאת, משמדובר בהודאות שנגבו בנסיבות שונות לחלוטין, על ידי חוקרים שונים, ואשר קיים פער זמנים משמעותי ביניהן. אשר על כן, הגיע בית המשפט המחוזי לכלל מסקנה כי קבלת ההודאות העוקבות אינה פוגעת פגיעה מהותית ולא מידתית בזכויותיו של המערער – ומשכך, אין לפסול אותן.

61. אף אני נכון להניח, בדומה לבית המשפט המחוזי, כי מתקיים קשר סיבתי עובדתי – היינו, כי בהעדר ההודאה הראשונה, המערער לא היה מודה פעמים נוספות. כאמור, אין די בכך, נדרש גם קשר סיבתי משפטי. בהיבט זה, דומה כי הזיקה הקיימת עניינה השיקול הטבעי שעושה נאשם המודה פעם נוספת במעשיו, כי הודאתו כבר בידי החוקרים. על אודות המשמעות המשפטית של שיקול שכזה, נקבע בעניין סיק', כי ככל שההודאה המאוחרת ניתנה באופן חופשי ומרצון, אין לקחת בחשבון את ההשפעה שהייתה על המערער לעובדה כי כבר מסר הודאה קודמת (שם, פסקאות 12-13; ראו והשוו: ע"פ 378/03 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה ז' (21.4.2005)).

הדברים אמנם נקבעו לצרכי המבחן הקבוע בסעיף 12 לפקודת הראיות, ואולם נוכח טיבו של מבחן הקשר הסיבתי המשפטי אני סבור כי כוחם יפה גם לענייננו. מלבד זאת, יש להידרש גם להבדלים שבין הראיה שנפסלה לראיות הנגזרות – בהיבט הזמן שחלף; זהות החוקרים שלפניהם ההודאה נמסרה; והשוני ב"אווירה" שבין החקירות. כמו כן, נוכח סוג הראיה, הודאה מפורטת, הרי שהעובדה כי מדובר בראיה נגזרת אינה מגבירה את החשש לאמינותה, מעבר לחשש הקיים ביחס לאמינות ההודאה הראשונה. אם כך, בשקלול נסיבות אלו, איני מוצא להתערב במסקנת בית המשפט המחוזי לפיה ההודאות העוקבות קבילות גם בתור ראיות נגזרות.

ב. משקלן הראייתי של הודאות המערער

62. עד כה דנתי בסוגיית קבילות ההודאות העוקבות. כדברי הנשיא מ' שמגר: "... קבלת הודאה על-ידי בית-משפט אין פירושה עדיין שבית המשפט יכול להסתמך על תוכנה כעל ראיה אמינה. אחרי שהודאה מתקבלת, נותרת עדיין השאלה הנפרדת, והיא, מה משקלה של ההודאה: על בית המשפט להסיק ולקבוע, אם האמור בהודאה הוא בגדר דבר אמת" (ד"נ 3081/91 קוזלי נ' מדינת ישראל, פ"ד מה(4) 441 (1991)). משכך, יש להכריע בטענות הסנגורים במישור המשקל שבית המשפט המחוזי ראה להעניק לאותן הודאות קבילות.

63. אקדים ואומר, כי בעוד ששאלת קבילות ההודאות העוקבות עוררה לבטים מסוימים, הממצאים ביחס למשקל הראייתי שיש להקנות להודאות הקבילות שמסר המערער – ברורים בהרבה. לא בכדי בחרו סנגוריו של המערער למקד את טענותיהם במישור קבילות ההודאות, להבדיל ממשקלן.

64. המסגרת הנורמטיבית לבחינת משקל הודאה פורטה בפסק דינו של השופט א' ברק בע"פ 774/78 לוי נ' מדינת ישראל, פ"ד לג(3) 228 (1979):

"משקל זה נבחן בשני מבחנים – פנימי וחיצוני. המבחן הפנימי ("משקל עצמי") בודק את ההודאה על פי סימני האמת העולים מתוכה, כגון הגיונה או חוסר הגיונה הפנימי, סידורם או בלבולם של הפרטים הנמסרים בה וכיוצא בהם סימנים של שכל ישר המביאים אדם בר דעת להתייחס לדברי זולתו באימון. המבחן החיצוני ("דבר מה") בודק את ההודאה על פי סימני אמת שהם חיצוניים להודאה ואשר יש בהם, לפי מבחני השכל הישר, כדי להשליך אור על אמיתותה. בין שני מבחנים אלה קיימים קשרי גומלין. כך, למשל, ככל שמשקלה העצמי של ההודאה הוא גדול יותר, כן קטן הצורך להיזקק למבחן החיצוני של ה"דבר מה" (שם, עמ' 233; ראו גם: ע"פ 3880/17 זיאדאת נ' מדינת ישראל, פסקה 16 (31.12.2019); ע"פ 4609/14 בסט נ' מדינת ישראל, פסקה 21 (1.3.2015); ע"פ 3140/10 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 7 (25.11.2012)).

65. על רקע קביעות אלו, וכהערה מקדימה, הרי שאם ככלל בית המשפט נדרש להיזהר ולגלות ספקנות מסוימת טרם הרשעת נאשם על בסיס הודאתו – במקרה זה מצווה עלינו לנקוט בזהירות כפולה ומכופלת. הסכנה הטמונה בהרשעות שווא מרחפת מעל כל הליך שבו הרשעת הנאשם מבוססת בעיקרה, על הודאתו (ראו דליה דורנר "מלכת הראיות נ' טארק נוג'דאת – על הסכנה שבהודאות שווא וכיצד להתמודד עימה" הפרקליט מט 7

(תשס"ז); מרדכי קרמניצר "הרשעה על סמך הודאה בלבד – האם יש בישראל סכנה להרשעת חפים מפשע?" המשפט א 205 (1993)).

על החשש לאמינותה ומהימנותה של הודאה שהושגה תוך נקיטה באמצעי לחץ פיזי אין צורך להכביר במילים. חשש זה קיים, גם אם במידה פחותה, כאשר עסקינן בהודאות העוקבות להודאה שהושגה באמצעים אלו.

66. כשדברים אלו לנגד עיניי, אפנה לבחון האם נפל פגם בקביעות בית המשפט המחוזי ביחס למשקל ההודאות הקבילות. נקודת המוצא גם לבחינה זו מצויה בהלכה כי ערכאת הערעור ממעטת להתערב בממצאי עובדה וקביעות מהימנות של הערכאה הדיונית, לרבות במשקל הראייתי שייחסה הערכאה הדיונית לראיות הקבילות (ע"פ 8589/13 רמילאת נ' מדינת ישראל, פסקה 7 לחוות דעתו של השופט נ' סולברג (27.1.2015) (להלן: עניין רמילאת)).

כעת, למען הבהירות ולצורך ניתוח הסוגיה, אציג בהרחבה את פרטי הודאת המערער, כפי שנמסרה בחקירתו המוקלטת מיום 19.12.2021 – המערער תיאר כי רצה לנקום את רציחת מלאכי רוזנפלד ז"ל (ת/13, עמ' 7, שורות 15-17), ופירט את התכנון שקדם לפיגוע ביחס למפגשיו הקודמים עם הקטין. עוד מסר, כי הכין, בין היתר, שני בקבוקי מיץ ענבים בצבע ירוק, אותם מילא בבנוזין. כאשר נשאל האם מדובר בבקבוקי פלסטיק, השיב כי מדובר בבקבוקי זכוכית (ת/3ט, עמ' 2, ש' 15). בנוסף, מסר כי הצטייד בספריי גרפיטי בצבע שחור (שם, עמ' 3, ש' 6).

המערער הרחיב כי בערב האירוע, לאחר שלא איתר את הקטין בנקודת המפגש, התקדם לעבר פאתי הכפר וקשר את חולצתו על פניו, כדי להסתירם. הוא פירט על הדרך בה צעד – כיצד עבר בין הבתים, חצה מטע זיתים ופסע בתוך הכפר עד אשר איתר בתים אותם החליט להצית. המערער הסביר כי בחר להצית בתים אלו, ולא בתים הנמצאים בקצה הכפר, כדי "שיהיה יותר הרתעה" (שם, עמ' 5, ש' 39), ועל מנת להפחיד את האוכלוסייה הערבית. כאשר נשאל מה ראה כאשר הגיע לבתים, תיאר "מכונית שחורה חונה" (שם, עמ' 6, ש' 14).

לאחר מכן, סיפר כי קפץ מעל חומת בטון והסתובב סביב ביתו של מאמון עד שמצא חלון פתוח שהיה "חלון הזה ימין שמאלה" (שם, עמ' 7, ש' 7). בשלב זה, הסביר כיצד הכין את בקבוקי התבערה, ולצורך כך התרחק "טיפה" שמאלה מהחלון; הניח את הבקבוקים על הרצפה ופתח אותם; ורחף בעזרת "מקל או משהו" את הסמרטוטים לתוך

הבקבוקים (שם, עמ' 7). המערער הוסיף כיצד הלך לרסס את הכתובות שהופיעו על החומה הסמוכה באמצעות ספריי הגרפיטי.

כאשר נשאל על ידי החוקר האם הכין את הבקבוקים לפני ריסוס הכתובות או להפך, השיב כי אינו זוכר. המערער ידע לתאר כי ריסס את המילה "נקמה" מצד שמאל של החלון וכתובת נוספת – "יחי המלך המשיח" – על חומה מצדו הימני של החלון. אז, סיפר כיצד פתח את החלון, הדליק את בקבוק התבערה וזרק אותו פנימה. כמו כן, מסר כי זרק את התיק עם הספריי לתוך הבית, לקח עמו את בקבוק התבערה השני ועבר את הגדר המפרידה בין שני הבתים.

במענה לשאלת החוקר בדבר המרחק שבין שני הבתים, השיב "שלוש מטר ארבע מטר" (שם, עמ' 9, ש' 20). המשיך וסיפר, כי בהגיעו לבית משפחת דוואבשה ניגש לחלון וניסה לפתוח אותו. משחלון זה לא נפתח, ניסה לפתוח חלון אחר – עד אשר הגיע לחלון השלישי ש"כאילו הוא היה פתוח, רק היה רשת כאילו נגד גוקים כזה" (שם, עמ' 9, ש' 37-36). הוא הסביר כי הזיז את הרשת, הדליק את הבקבוק השני, וזרק אותו לתוך הבית. לשאלת החוקר, השיב כי למיטב זכרונו היו סורגים בחלון זה, והבקבוק התנפץ בחלון על הסורגים והתחיל לבעור. המערער דייק את דבריו והסביר כי הבקבוק "התנפץ בחוץ" וכי ראה שהחלון בוער.

עוד סיפר המערער כיצד התחיל לברוח ונפל לאחר מספר צעדים, כי אינו יודע כתוצאה ממה נפל והוסיף בתיאור ציר בריחתו. לדבריו, עצר באמצע הדרך, הוריד את הכפפות אותן לבש ושרף אותן יחד עם המצית והגפרורים שהיו בידו (ת/3יא, עמ' 1, ש' 16-23). לבסוף, שב לישון במשאת בה התגורר בישוב הדעת, אשר בה ישנו באותה העת אשתו ובתו.

המבחן הפנימי

67. מבחן זה בוחן כאמור את ההודאה על-פי סימני האמת העולים מתוכה, הנלמדים מנוסח הדברים, מידת הפירוט שבהם והגיונם הפנימי (ע"פ 7532/12 איטל נ' מדינת ישראל, פסקה 140 (11.12.2016)).

בענייננו, כנסקר לעיל, ישנה הודאה מפורטת וסדורה הכוללת פרטים רבים ותיאור רציף אשר נמסר במענה לשאלות פתוחות של החוקר. היכן שפרטים מסוימים לא היו זכורים למערער, הוא אמר זאת. המערער חזר על הודאה זו, מספר פעמים, ושחזר אותה בזירת האירוע. המערער תיאר דברים שנקלטו בחושיו, וסיפר את שאירע ברצף, ללא היסוס של ממש ולפי סדר כרונולוגי. לא אחת, הוסיף פרטים ונתונים מבלי שנשאל עליהם.

בדומה לבית המשפט המחוזי, אף אני התרשמתי מצפייה בתיעוד הליך השחזור כי בניגוד לטענת הסנגורים, המערער התמצא בזירה ללא קושי, והדגים את ביצוע הדברים באופן שתואם להודאותיו. האפשרות כי ידע לעשות כל זאת על בסיס ניחושים – נשללה על ידי בית המשפט המחוזי, בצדק רב. יצוין, כי טענת הסנגורים לפיה ראש הצוות במשטרה אשר ניהל את הליך השחזור, ארז אמויאל (להלן: ארז), הכיר את פרטי הודאתו של המערער – נדחתה, וזאת לאחר שארז נחקר ממושכות בבית המשפט.

כמו כן, לצד הודאת המערער בביצוע הפיגוע בדומא, התמיד בהכחשת מעורבותו באירועים ביטחוניים אחרים, באופן המגביר את המשקל הפנימי של הודאתו (ראו והשוו: עניין רמילאת, פסקה 6 לחוות דעתו של השופט נ' סולברג). עוד יש לציין, כי המערער הודה במיוחס לו מספר פעמים, כאשר גרסתו נותרה עקבית.

68. כאן המקום לעמוד בשנית על טענות הסנגורים ביחס לנוכחות מיגל בהליך השחזור. לטענתם, נוכחות מיגל שימשה כמעין אזהרה למערער, לבל יבחר שלא לשתף פעולה עם הליך השחזור. מיגל העיד בבית המשפט המחוזי, כי התלווה להליך השחזור בשל חשיבותו ובהיותו ראש צוות החוקרים. אף אני סבור, כי מוטב היה שמיגל היה נמנע מכך.

עם זאת, מתייעוד השחזור עולה כי מיגל, אשר הכיר כאמור את פרטי הודאת המערער, לא נטל חלק פעיל בהליך השחזור אשר נוהל על ידי חוקרי המשטרה ובהובלת ארז. משכך, גם במישור המשקל הראייתי שיש להעניק לשחזור – נוכחותו של מיגל אינו פוגמת בו.

69. אשר על כן, בדומה לבית המשפט המחוזי, התרשמתי כי משקלן הפנימי של הודאות המערער בחקירות המוקלטות ובשחזור הוא גבוה ביותר.

70. מבחן זה דורש לתמוך את ההודאה בתוספת ראייתית מאמתת מסוג "דבר מה נוסף" על מנת להפיג את החשש כי הנאשם הודה במעשים שלא ביצע. תוספת ראייתית זו יכולה להיות ישירה או נסיבתית, ובלבד שיש בה כדי לאמת את תוכן ההודאה. במסגרת מבחן זה, נבדקת ההודאה על פי סימני האמת החיצוניים לה, שיש בהם, לפי מבחני השכל הישר, כדי לשפוך אור על אמיתותה (ע"פ 4818/16 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 34 (9.1.2018); קדמי, חלק ראשון, עמ' 142-149).

71. בהכרעת הדין נקבע כי ישנן מספר תוספות שכאלו – יכולת המערער לשחזר את המסלול שעשה ופעולותיו בזירה; העובדה שהמערער מסר בחקירותיו פרטי חקירה מוכמנים; וכן הימנעות המערער מלהעיד. בנוסף, נדחו טענות ההגנה ל"דבר מה סותר" הפוגם במשקל ההודאות. אפנה כעת לניתוח ממצאים אלו בהתאם לטענות הצדדים.

יכולת המערער לשחזר את האירוע

72. הלכה היא, כי "יכולתו של המערער לשחזר בפרוטרוט את מהלכיו, תוך הבאת פרטי פרטים של מעשים ותנועות, שיש בהם כדי להצביע על התמצאותו של המערער במה שנעשה במקום ביצוע העבירה בעת הרצח ואשר הולמים את ממצאי המטרה, כפי שנתגלו מיד אחרי הרצח, יש בה גם כן כדי להוות "דבר מה נוסף" (ע"פ 692/78 פרץ נ' מדינת ישראל, פ"ד לג(2) 242, 247 (1979)). לצד זאת, הובהר כי כוחו הראייתי של השחזור מותנה בהיותו שחזור המודה עצמו, ולא שחזור "מטעם" החוקרים או על פי הנחייתם (קדמי, חלק ראשון, עמ' 158).

73. אף אני צפיתי, כאמור, בתיעוד השחזור. העולה ממנו, בשילוב עם קביעותיו העובדתיות של בית המשפט המחוזי, הוא שהמערער שחזר את מעשיו באופן התואם להודאתו ולמציאות העובדתית ב"שטח", כ-5 חודשים לאחר יום האירוע, ללא היסוס של ממש, ובעודו מפגין בשעת לילה מאוחרת התמצאות בזירה מורכבת.

טענת הסנגורים כי ארז הכיר את פרטי הודאת המערער – נדחתה כאמור. מהתיעוד אף עולה בבירור כי למרות שהמערער מוחזק באופן צמוד, הוא זה אשר מוביל את הליך השחזור, ולא מי מבין יתר הנוכחים.

74. אם כך, המערער ידע להדגים ברציפות את שרשרת הפעולות שתיאר בהרחבה בהודאתו, תוך התאמתן לתוואי השטח. המסקנה היא, כי יכולת המערער לשחזר את האירוע בהתאם להודאתו אכן עולה כדי "דבר מה נוסף" המאמת את ההודאות שמסר.

פרטים מוכמנים

75. לפרטים מוכמנים, בהיותם פרטים אשר המערער לא יכול היה לדעת על אודותם אלמלא ביצע את העבירה המיוחסת לו, תפקיד מרכזי בחיזוק משקלה הראייתי של הודאה. על כך הרחיב השופט א' גרוניס:

"כאשר נכללים בהודיה פרטים מוכמנים, אשר מי שלא היה מעורב באירוע העברייני לא אמור לדעת אותם, יש בכך משום חיזוק רב ערך לאמיתותה של ההודיה. [...] ידיעת פרטים מוכמנים נחשבת לחיזוק איכותי במיוחד, עד כי נקבע בפסיקה שהיא עשויה לעלות כדי סיוע [...] עם זאת, חשוב להבהיר, כי עשויות להיות דרגות שונות של ידיעת פרטים מוכמנים, ובהתאם עשוי להשתנות משקלו של נתון זה. בגדר הערכת משקלם של הפרטים המוכמנים יש חשיבות הן למרכיב הכמותי והן למרכיב האיכותי. מן הבחינה הכמותית, ככל שמספרם של הפרטים המוכמנים שמכילה ההודיה גדול יותר, כך קטן החשש שמקור ידיעתו של המודה אינו מעורבותו באירוע [...] מן הבחינה האיכותית, ככל שהפרט הינו "מוכמן" יותר - קרי, ייחודי לאירוע העברייני המסוים ולידיעתו של העושה הספציפי - כך גדל המשקל שיש לייחס לו" (ע"פ 4179/09 מדינת ישראל נ' וולקוב, פסקה 23 (18.10.2010); ראו גם: ע"פ 6679/04 סטקלר נ' מדינת ישראל, פסקה 26 (11.5.2006); ע"פ 1193/16 סונגו נ' מדינת ישראל, פסקה 55 (17.5.2018)).

76. המערער כלל בהודאותיו שורת פרטים מוכמנים – הוא מסר כי בסמוך לבתים חנה רכב "חדש" ו"יוקרתי" בצבע שחור, ובשחזור הצביע מיוזמתו על המיקום בו חנה (ת/ב, עמ' 7, ש' 17; עמ' 9, ש' 9). זאת, כאשר צבע הרכב כלל לא היה ידוע לחוקרים באותה העת (ראו הקביעות שבפסקה 94 להכרעת הדין).

נוסף על כן, המערער ידע להרחיב על מאפייני החלונות אשר דרכם נזרקו בקבוקי התבערה. בגדר זאת, מסר כי בהגיעו לבית משפחת דוואבשה, ניסה לפתוח ללא הצלחה שני חלונות, ואילו החלון השלישי היה פתוח אך חסום ברשת נגד יתושים (ת/ט, עמ' 10-9):

"נחקר (המערער – י' א'): ניגשתי לחלון אחד וניסיתי לפתוח אותו, לא נפתח, חלון שני גם לא נפתח ואז הגעתי לשלישי, משכתי את החלון, חלון אחד כאילו נפתח לי. [...] כאילו הוא היה פתוח, רק היה רשת כאילו נגד גוקים כזה.
 חוקר: כן.
 נחקר: הזזתי אותה, הדלקתי את הבקבוק השני, וזרקתי לבפנים.
 חוקר: ואז מה קרה?
 נחקר: לא ראיתי אותו נדלק.
 חוקר: אבל לפני שזרקת על החלונות האלה, היו סורגים או שזה כמו בבית הראשון בלי סורגים.
 נחקר: לפי מה שזכור לי היו סורגים.
 חוקר: היה סורגים?
 נחקר: כן.
 חוקר: מה, קרה משהו כשזרקת את הבקבוק האחרון?
 נחקר: התנפץ והתחיל לבעור.
 חוקר: איפה הוא התנפץ?
 נחקר: בחלון על הסורגים, לא יודע בדיוק.
 חוקר: זאת אומרת הוא לא נכנס כמו שהוא לתוך הבית, הוא התנפץ בחוץ, או שהוא נכנס שלם לתוך הבית?
 נחקר: התנפץ בחוץ, אולי יש דברים שלא נכנסו לבפנים. [...] לא יודע, נראה שהוא הצליח לעבור בין הסורגים ואז התנפץ, אני ראיתי אש נלוותה, הוא התנפץ איפה שהוא, לא יודע אולי התנפץ מחוץ לסורגים, לא נראה שהוא עבר בין הסורגים והתנפץ.
 חוקר: הבנתי אוקי, ואז מה הבחנת, מה קורה אחרי שזרקת את הבקבוק על החלון?
 נחקר: ראיתי שמתחיל לבעור והתחלתי לברוח."

את שתיאר המערער הדגים באופן טבעי בשחזור, בעודו מפרט כיצד הסיט את הרשת שניצבה בחלון (ת/4ב, עמ' 13, ש' 5). זאת כאשר דבר קיומה של הרשת, לא היה ידוע לחוקרים באותה העת מאחר שהיא התכלתה כמעט לחלוטין בשריפה (ראו פסקה 95 להכרעת הדין).

המערער ידע גם לתאר את הכיוון אליו הוסטה הרשת – משמאל לימין, וגם זאת מבלי שנשאל על כך ובאופן התואם את התמונות מזירת האירוע. בנוסף, ידע לזהות בשחזור ללא קושי את החלון אשר דרכו הושלך בקבוק התבערה לבית משפחת דוואבשה, על אף שלא נותרו עליו סממנים ייחודיים במועד השחזור.

כאמור, המערער פירט גם על אופן התנפצות בקבוק התבערה השני, על סורגי החלון – כך שרק חלק ממנו חדר לבית (ת/3ט, עמ' 9-10); ידע למסור פרטים על בקבוקי התבערה עצמם – כי מדובר בבקבוקי זכוכית ירוקים (ת/4ב, עמ' 18-19; ת/3ט, עמ' 2);

ואף מסר בהודאתו המוקלטת הראשונה מספר מאפיינים של זירת האירוע, לרבות המרחק בין שני הבתים לתוכם זרק בקבוק תבערה (ת/ט, עמ' 9, ש' 20) ומאפייניהם הכלליים.

77. לאחר שביקש לחזור בו מהודאתו, המערער ניסה להסביר את ידיעת הפרטים הרבים שמסר בכך שלמד אותם מחוקריו ומאמצעי התקשורת. טענה עובדתית זו נדחתה באופן מפורט ומנומק בהכרעת הדין. נימוקיו של בית המשפט המחוזי בהקשר זה, מבוססים היטב על חומר הראיות שהונח לפניו. במידה רבה, טענות אלו אף נזנחו על ידי המערער בערעור.

78. יוער, כי אין חולק על כך שהמערער שגה כאשר הצביע במהלך השחזור על עמודי בטון הסמוכים לזירה, ואמר כי לדעתו הם לא היו קיימים בליל האירוע. אולם, שלא כטענת הסנגורים, איני סבור כי יש ליתן לכך משקל כה משמעותי. למעשה, אך טבעי הוא שכ-5 חודשים לאחר המעשה המערער לא יזכור באופן מושלם כל פרט ופרט. לא כל שכן, כאשר מדובר בפרט שולי ביותר. העובדה כי המערער זכר באופן שגוי פרט כלשהו אשר אינו נוגע ללב העניין, נסוגה אל מול הגרסה המפורטת אותה מסר והדגים, המתיישבת עם יתר חומר הראיות.

79. בערעור, הסנגורים אמנם ניסו להפחית מחשיבות הפרטים המוכמנים שהמערער ידע למסור, אולם טיעונים אלו נותרו ברמה הכללית בלבד. לא נלווה להם הסבר של ממש לכמותם ו"איכותם" של הפרטים המוכמנים אותם המערער הכיר וציין.

המסד העובדתי הקיים, תומך אם כך במסקנה כי אין עסקינן בשרשרת ניחושים "מוצלחים". הודאות המערער מלמדות על היכרות מעמיקה עם הזירה, מתיישבות עם העובדות כהווייתן, ומצביעות על היותן הודאות אמת.

80. בהינתן קביעות אלו, לפיהן יכולת המערער לשחזר את המעשה והפרטים המוכמנים אותם ידע, מספקים את התוספת הראייתית הנדרשת להרשעתו, לא נדרש לדון באפשרות כי הימנעות המערער מלהעיד במהלך המשפט, להבדיל מעדותו במשפט הזוטא, עולה אף היא כדי תוספת ראייתית מסוג "דבר מה נוסף".

81. כעת אפנה לטענות הסנגורים בדבר קיומו של "דבר מה סותר" (ע"פ 4275/16 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 79 (9.6.2017)). אקדים ואומר, כי גם בטענות אלו איני מוצא ממש. טענות אלו נבחנו על ידי בית המשפט המחוזי לעומק. כך בכלל, וכך בפרט

ביחס להודעות שמסר אברהים, בהן מתמקד טיעונם של הסנגורים כעת. קביעות בית המשפט המחוזי, גם בהקשר זה, מקובלות עליי.

אוסוף, כי גם אם הודעותיו של אברהים מעוררות שאלות שנתרו ללא מענה, וזאת בין היתר לנוכח הסכמת הצדדים להגשתן כך שאיברהים לא נחקר בבית משפט על אודותיהם " ... כשם שאין בקיומו של "דבר מה נוסף" כדי להבטיח הרשעה – כך אין בקיומם של "דבר מה סותר" או "דבר מה חסר" להוביל בהכרח לזיכוי. תפקידו של בית המשפט לבחון את המכלול על פי הכלל במשפט הפלילי של "הספק הסביר" (ע"פ 6296/13 אדריס נ' מדינת ישראל, פסקה 13 (22.3.2015)).

82. מכלול הדברים הוא, כי המערער מסר, מספר פעמים, הודאה מפורטת ורלוויית פרטים מוכמנים; שחזר את פרטי הודאתו בשטח; ולאחר שחזר בו מהודאתו, לא היה בידיו לספק הסבר של ממש לידיעתו פרטים אלו. קביעת בית המשפט המחוזי שהמשיבה הוכיחה ברף הנדרש במשפט הפלילי כי המערער הוא זה אשר ביצע את הפיגוע בדומא – בדין יסודה.

ג. טענות המערער לפגיעה בזכות ההיוועצות

83. טענת הסנגורים לפגיעה בזכות ההיוועצות של המערער היא כפולה: ראשית נטען, בדומה לטענותיהם לפני הערכאה קמא, כי מניעת ההיוועצות נעשתה מטעמים פסולים; שנית נטען, כי בחקירות העוקבות חוקרי המשטרה "הלעיטו" כלשונם, את המערער בעצות משפטיות בדבר משמעות ההודאה הקודמת אותה מסר במסגרת חקירת הצורך הראשונה.

84. אשר לטענה הראשונה – הרי שזו נבחנה, היטב, על ידי בית המשפט המחוזי. מסקנותיו ונימוקיו בהקשר זה, המבוססים אף הם על ממצאי עובדה מובהקים, מקובלים עליי ואיני רואה צורך לחזור על הדברים.

85. בהתייחס לטענה השנייה – דומה כי טענה זו לא נטענה כלל לפני בית המשפט המחוזי, לא כל שכן ב"עוצמה" בה היא נטענת כעת, כך שממילא ספק רב אם יש מקום לדון בה בשלב זה. בכל זאת אוסף, כי טענות המערער מופנות כלפי הערות חוקרי המשטרה בחקירות השונות. אולם, המערער לא מסר בעקבות זאת הודאות לפני חוקרי המשטרה, וניכר כי הערותיהם לא הניאו אותו מסירובו להודות בפניהם. משכך, אף לו היה נופל פגם בדבריהם של חוקרי המשטרה, הרי שפגם זה נעדר זיקה סיבתית לראיה –

ההודאות הקבילות (ראו והשוו: ע"פ 5417/07 בונר נ' מדינת ישראל, פסקה 14 (30.5.2013)).

אשר על כן, לא מצאתי כי נפל פגם בזכות ההיוועצות של המערער. ודאי שלא פגם בעל משקל ממשי.

ד. קיומה של "החלטה להמית"

86. לטענת הסנגורים, המערער לא התכוון ולא רצה במות המנוחים. הסנגורים מבקשים להתבסס על דבריו של המערער, בחקירתו שנערכה ביום 19.12.2015 כי לא תכנן שייהרגו אנשים, וכי סבר שברגע שהבית יבער יושביו יימלטו (ת/3יא, עמ' 2-3). עוד מבקשים הם להסתמך על דבריו של המערער בחקירה מאוחרת יותר, לפיהם לא תכנן פגיעה בנפש "ברמות כאלה" אלא "קצת שאיפת עשן, כאילו לא יודע משהו בקטנה..." (ת/5, עמ' 30, ש' 1-3).

87. טיעון זה מבקש לערער על קיומו של היסוד הנפשי הנדרש להרשעת המערער בעבירת הרצח כנוסחה אז. יסוד נפשי זה מורכב משלושה רכיבים: החלטה להמית, הכנה והיעדר קנטור (ע"פ 2333/17 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 11 לחוות דעתי (2.12.2018)). הרכיב עליו חולקים הסנגורים, הוא קיומה של "החלטה להמית".

על מנת שייקבע כי מתקיימת "החלטה להמית", יש להוכיח כוונה הן במישור השכלי – כי מבצע העבירה צפה את התוצאה הקטלנית; והן במישור הרצוני – כי המבצע שאף להגשים תוצאה קטלנית זו (ע"פ 9604/04 כריכלי נ' מדינת ישראל, פסקה 11 (4.9.2007) (להלן: עניין כריכלי)).

בהינתן הקושי להבחין בצפונות ליבו של נאשם, הוכרה במשפטנו "חזקת הכוונה", כאינדיקציה לקיומה של החלטה להמית. בהתאם לחזקה זו, על פי ניסיון החיים אדם הנוקט בקו התנהגות מסוים חזקה כי התכוון לתוצאות הנובעות, באופן טבעי ובהסתברות גבוהה, מהתנהגותו זו. במילים אחרות "... אדם בר-דעת הפועל מרצון חופשי מתכוון להביא לתוצאות הטבעיות של מעשהו" (ע"פ 2418/17 קוטינה נ' מדינת ישראל, פסקה 16 (25.10.2018)). על טיבה של חזקת הכוונה וטעמיה, הרחיב השופט א' שטיין:

"חזקה זו ניתנת לסתירה במקרים חריגים [...] ויסודותיה נטועים בשתי מערכות דינים: דיני ראיות ודיני עונשין.

במישור של דיני הראיות, החזקה מעמידה לרשות בתי המשפט קיצור דרך למסקנה העובדתית כי הנאשם התכוון לגרום לתוצאה האסורה. באין ראיות לסתור, מסקנה זו עולה בקנה אחד עם העובדות כהווייתן ברוב רובם של המקרים, למעט מקרים חריגים ביותר; ומשכך, ניתן וראוי להסתמך עליה כאל ממצא עובדתי בגדרו של משפט פלילי. [...] חזקת הכוונה מקבעת את התובנה הבסיסית כי כוונה מצויה בפעילות סינרגטית ומתואמת של המוח ושאר חלקי גופו של מבצע העבירה, ולא מחוצה לה" (שם, פסקה 16).

כמו כן, חזקת הכוונה אינה אלא כלי עזר ראייתי, המחייב שימוש זהיר. די לנאשם לעורר ספק סביר על מנת ליטול מחזקה זו את כוחה; אולם אין די בהעלאת תיאוריה חסרת בסיס שאין לה כל הוכחה או אחיזה בעובדות, לגיבוש ספק סביר שכזה (עניין כריכלי, פסקה 11).

88. בנוסף לחזקת הכוונה, התגבשו בפסיקה מספר מבחני עזר לקביעה האם התקיימה ההחלטה להמית. במסגרת מבחני עזר אלו יבחן בית המשפט, בין היתר, את הכלי ששימש לביצוע המעשה ואופן ביצוע המעשה (ע"פ 1474/14 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 76 (15.12.2015)).

89. בענייננו, אין באמירות אלו כדי להוביל למסקנה כי לא התקיים היסוד הנפשי הנדרש. בחקירתו, המערער הודה כי מבחינתו הבתים לתוכם זרק את בקבוקי התבערה היו נראים "בתים בשימוש" (ת/ט, עמ' 11, ש' 5). המערער גם ראה כאמור כי סמוך לבית חונה רכב (שם, עמ' 6, ש' 14). המשמעויות שיש להסיק מכך בדבר היתכנות היותם של יושבי הבית בתוכם – ברורות. אני תוהה – האם יכול להיות ספק בדבר הכוונה כאשר מאן דהוא משליך בקבוק תבערה לתוך בית שיושביו ישנים?

אף המערער אינו משיג באופן ממשי על כך, ועל כן תקוותו כי חרף השלכת בקבוק תבערה לבית מאויש לא יגרם ליושביו נזק ממשי – חסרת בסיס. התוצאה הטבעית והטראגית של השלכת בקבוק תבערה לבית מגורים מאויש היא גרימת מותם של יושביו.

תקוותו הנטענת של המערער כי יושבי הבית יימלטו, לא רק שאינה עולה בקנה אחד עם רצונו לגרום ל"פגיעה בנפש" כעולה מהודאתו (כמפורט בסעיף 186 להכרעת הדין), אלא אף סותרת את הדרך שבה נהג בפועל. אשר על כן, גם בהיבט זה, מסקנתו של בית המשפט המחוזי נכונה ואין להתערב בה.

90. טרם סיום, מספר הערות משלימות.

91. אשוב ואדגיש, כי בערעור זה לא נדרשנו להכריע בדבר קבילות הודאות שהושגו בחקירות הצורך עצמן תוך שימוש ב"אמצעים מיוחדים". התשובה לכך במקרה שלפנינו היא ברורה – הן אינן קבילות. הסוגיה לה נדרשנו, במישור קבילות ההודאות, היא היכן, מבחינה משפטית, פוקעת השפעתן הפוסלת של ה"אמצעים המיוחדים" על ההודאות המאוחרות שהמערער מסר. התשובה לשאלה זו מותנית כאמור במאפייניו הסובייקטיביים של כל נאשם, ובנסיבות הפרטניות של המקרה. אלו שהניבו את התוצאה שהתקבלה.

92. המקרה שלפנינו הוא אכן מורכב ומערור סוגיות משפטיות ומוסריות כבדות משקל. אודה, כי ההכרעה בערעור זה אינה פשוטה ואף לוותה בהתלבטות קשה ביחס לקבילות ההודאות העוקבות. מדובר במקרה קיצון, הן מבחינת חומרת העבירה שיוחסה למערער; הן מבחינת חומרת האמצעים שהופעלו כלפיו; הן מבחינת השתלשלות העניינים העובדתית במהלך 21 הימים הראשונים לחקירת המערער.

93. בסופו של יום, בהתאם למבחנים המשפטיים המחייבים, בפרט בראי ההלכות הקובעות את היקף התערבותה של ערכאת הערעור בקביעות עובדה של הערכאה הדיונית – דין הערעור להידחות.

בכל זאת אודה, כי נותרתי מוטרד במידה מסוימת מפני העתיד לבוא, בהינתן המסר אשר ייקלט אצל גופי החקירה נוכח תוצאה זו. היכן שבית משפט זה קבע בעבר את פסלותן של הודאות בשל פגיעה בזכות ההיוועצות – חשיבותה רמה ככל שתהא, נותר כעת על כנה קביעה כי הודאות עוקבות להודאות שהושגו באמצעות לחץ פיזי – קבילות הן.

אין לי אלא לעמוד פעם נוספת על חריגות הנסיבות שלפנינו, בהן הוצגו מספר הודאות אשר במסגרת משפט זוטא מקיף ביותר נקבע כי נותק הקשר הסיבתי ביניהן לבין האמצעים המיוחדים שהופעלו בחקירת הצורך. ממצאיו העובדתיים של בית המשפט המחוזי בהקשר זה נחרצים וברורים. אין עילה להתערב בהם, והם מחייבים מסקנה משפטית כי ההודאות העוקבות קבילות. מכאן, קצרה הדרך לדחיית הערעור.

94. המשיבה מחתה בטיעוניה על מיקוד ההליך דנן בפעולות החוקרים וגופי החקירה. מוטב היה לו הייתה נמנעת מכך. על גופי החקירה לדעת כי אמצעים חריגים כפי שהופעלו במקרה דנן, ייבדקו בסופו של יום "בזכוכית מגדלת" ויעמדו, מטבע הדברים, במוקד בחינת קבילותן של ההודאות אותן מסר הנאשם.

95. משהערתי את האמור במישור הכללי, אשוב ואתמקד בעניינו של המערער, אשר פסק דין זה חותם את ההליך הפלילי נגדו בגין ביצוע הפיגוע בדומא. הוכח אפוא ברף הנדרש בדין הפלילי כי המערער הוא שהצית באותו לילה חשוך את ביתם של בני משפחת דוואבשה, בהשליכו בקבוק תבערה דרך חלון הבית.

לדברי המערער, הוא יצא לנקום את רציחתו של מלאכי רוזנפלד ז"ל. נקמתו המתועבת הייתה "נקמת דם". דמם של בני משפחת דוואבשה החפים מפשע – ההורים, סעד ורהאם, ותינוקם בן השנה וחצי, עלי דוואבשה ז"ל, אשר נשרף למוות במיטתו. איזו מין נקמה נפשעת היא זו? משפחה שלמה הישנה במיטתה, מצאה עצמה באישון הלילה במלכודת מוות של המערער אשר יצא למסע נקם לרצח ערבים באשר הם ערבים. את זאת, אין הדעת יכולה להכיל ולסבול.

מי ששרד – אחמד, נותר יתום, ונושא על גופו ובנפשו את צלקות הפיגוע. הפיגוע גדע באכזריות בלתי נתפסת את חיי משפחת דוואבשה, משפחה שמנתה הורים ושני בנים צעירים, והותיר את אחמד לבדו.

מעשי המערער כמתואר בפסק דין זה מזעזעים ומעוררי חלחלה, חומרתם מדברת בעד עצמה, ונראה שכל מילת גנאי לא תשקף את גודל הזוועה שבהם. מעשים אלו אף סותרים ומנוגדים לכל ערכי המוסר והתרבות היהודית, המחנכת לסבלנות ולסובלנות. שנאת בני דתות אחרות, כמו גם גזענות לשמה, אינה מדרכה של היהדות.

משחר ילדותו, משנן כל ילד בארץ הזו את עשרת הדברות, ובכלל זה את הדיבר השישי "לא תרצח" האוסר בתכלית האיסור ליטול חייו של אחר. על כך יש להוסיף, את שנכתב במסכת אבות "חביב אדם שנברא בצלם" (משנה, אבות ג, יד), שנאמר "כי בצלם אלוהים עשה את האדם" (בראשית, א, כז).

מעשים נוראים כפי שביצע המערער, פוגעים גם במרקם החיים המשותפים, אשר הוא ממילא עדין ושברירי. הבעתי לא אחת את דעתי שיש להעניש בחומרה רבה את המבצעים עבירות הפוגעות במרקם חיים זה, וזאת ללא כל הבדל אם בני דת כזו או

אחרת (ראו: ע"פ 4585/22 מדינת ישראל נ' ערדאט (25.7.2022); ע"פ 577/22 מדינת ישראל נ' אוחנינה (6.3.2022); ע"פ 159/22 מדינת ישראל נ' אבו תאיה (2.3.2022)).

ראוי שהדברים יאמרו בצורה ברורה ונרחצת: ידעו הכול כי בתי משפט לא יגלו כל סבלנות לפורעי חוק, תהא דתם אשר תהא; וביתר שאת, כאשר העבירות מבוצעות על רקע מניע אידיאולוגי-גזעני.

96. אשר על כן, אציע לחבריי כי נדחה את הערעור, על כל חלקיו.

ש ו פ ט

השופט י' עמית:

1. חקירת צורך מזה וחקירת צורך מזה ובתוכם מספר הודאות. זה קו הגבול מכאן עד כאן וקו הגבול הוא מסוכן ויש להלך בו בזהירות. חברי, השופט י' אלדון, בחן את קו הגבול ועמד על מורכבות הסוגיה ואין לי אלא להצטרף למסקנתו. אסב תשומת לב הקורא לעובדה, הזניחה וחסרת החשיבות, כי המערער לא העיד במשפטו ולא טען בערעור דנן כי הוא חף מפשע.

2. פרשת רצח הנער אבו חדיר ארעה בתחילת חודש יולי 2014 וחוללה זעזוע במדינה, אך דומה כי גלי הזעזוע פסחו על המערער שיצא לבצע את זממו כשנה לאחר מכן. את פסק הדין בעניין אבו חדיר (ע"פ 2067/16 פלוני נ' מדינת ישראל (8.2.2018)) סיימתי במילים הבאות, שלצערי הרב, יפות גם לענייננו:

"המעשים שביצעו המערערים, הפכו זה מכבר לפרשת אבו חדיר, וחרגו מד' אמותיו של תיק פלילי רגיל. הרצח מצריך חשבון נפש נוקב בחברה הישראלית בנוגע להתמודדות עם תופעות הגזענות וגרורותיהן, בדק בית מן המסד ועד לטפחות, בבחינת דע את נתיבי הגזענות, ראה דרכיה הרעות ובערת הרע מקרבך".

ש ו פ ט

השופט ש' שוחט:

מקובלים עלי מסקנותיו של חברי הש' אלדון בכל הנוגע לקבילותן של ההודאות העוקבות, אותן שתי הודאות מהימים 19.12.2015 ו- 21.12.15, בהן פירט המערער את השתלשלות האירועים, שלב אחרי שלב, החל מהבשלת הרעיון בקרבו ועד לביצועו המלא של הפשע המזעזע והמחליא מושא כתב האישום. הצפייה בתיעוד החזותי של החקירות בהן ניתנו הודאות אלה (ת/3 על כל חלקיו ות/5 על כל חלקיו) כמו גם בתיעוד החזותי של הליך ההובלה וההצבעה (ת/4), שתאם, כמעט אחד לאחד את התיאור שמסר בהודאותיו, מסירים כל ספק כי ידו של המערער הייתה במעשה הנורא.

דינו של הערעור על הכרעת הדין וגזר הדין להידחות.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט י' אלדון.

ניתן היום, ה' באלול התשפ"ב (1.9.2022).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט