

על קטינים, סוכנים ומה שביניהם: לקראת הרחבה של דוקטרינת "ההגנה מן הצדק" לאור מאפייני הקטינות

עו"ד נועה זעירא*, עו"ד רביע אגבריה**

מבוא

קטינים, אך מתמקדת בעיקר בהפרת הכללים הקבועים בחוק הנוער. בפרק השני נדגים כיצד ניתן להתייחס למאפייני הקטינות אף במקרים שבהם הפגיעה אינה נופלת בגדרי סדרי הדין הייעודיים לקטינים, דרך ניתוח דוקטרינת "הסוכן המשטרתי המדיח" המהווה מקרה פרטי של "הגנה מן הצדק". במסגרת זו נבקש להראות, כי כאשר מפעילה המשטרה סוכנים סמויים כלפי חשודים קטינים, יש מקום לבחון את פעולותיה בחומרה יתרה תוך הרחבת תחולתה של דוקטרינת הסוכן המדיח. בפרק השלישי נטען, כי יש מקום להרחיב את הדוקטרינה הכללית יותר של "ההגנה מן הצדק" כאשר נעשה בה שימוש לשם בחינת התנהלות הרשות אל מול חשודים ונאשמים קטינים.

א. פגיעותם המיוחדת של קטינים בהליך הפלילי: מעבר לחוק הנוער

המאפיינים ההתנהגותיים והקוגניטיביים הייחודיים של קטינים מציבים אותם בעמדת חולשה מוגברת שעה שהם נתקלים במערכת האכיפה, הבנויה מלכתחילה להתמודדות עם בגירים. הגם שהמשפט הפלילי אינו עיוור למאפייני הקטינות ומבחין בין קטינים לבגירים במסגרת הדין המהותי והן במסגרת הדין הפרוצדורלי, כפי שיתואר להלן, ההסדרים הקיימים כיום בדין המבקשים להרחיב את ההגנה המשפטית על חשודים או נאשמים קטינים הם מצומצמים למדי, וניכר כי אינם מספקים מענה מקיף לנחיתותם של נאשמים וחשודים קטינים.

במישור המהותי, בנוסף לקביעת השיקום כשיקול ראשון במעלה,⁵ גיל האחריות הפלילית מבטא הכרה בקיומם של הבדלים המצדיקים פטור מענישה מחמת קטינות.⁶ בהקשר זה התייחס בית המשפט העליון לממד השרירותי של קו גבול הנקבע על-פי גיל, והכיר בקטינות כגורם העשוי להשפיע לשם בחינת מידת האחריות גם במסגרת גילאי האחריות הפלילית:

ילדים ובני נוער הם שונים ממבוגרים מבחינה התפתחותית, קוגניטיבית והתנהגותית. על אף שהבחנה זו כמעט מובנת מאליה, ישנו עיסוק מחקרי הולך וגובר בתחומי הפסיכולוגיה ומדעי הקוגניציה באשר לטיבם של אותם מאפיינים המייחדים את הקטינים כקבוצה.¹ מחקרים אלה מבססים את ההבנה האינטואיטיבית לפיה ילדים ובני נוער נוטים לקחת יותר סיכונים מאשר בגירים, מתקשים לשלוט בדחפים שלהם ואינם יודעים להעריך כראוי את ההשלכות של מעשיהם.² בשל מכלול תכונות זה מועדים קטינים במיוחד לתחבולות משטריות למיניהן, ומשכך חשופים ביתר שאת לפגיעה בזכויותיהם כתוצאה מן ההליך הפלילי.³

לא בכדי אפוא נקבעו כללים פרוצדורליים ייעודיים במסגרת חוק הנוער,⁴ שמתווים את אופני החקירה וההעמדה לדין של קטינים. כללים אלה מציבים דרישות סטטוטוריות להתנהלותה של חקירת קטינים, ומשכך יש להם נפקות גם בשלב המשפט עצמו, שכן הם מאפשרים לבית המשפט לבחון מתי קופחו זכויותיו של קטין. ואולם, ייתכנו מקרים נוספים שבהם מתעוררת תחושה קשה של אי צדק עקב התנהלות הרשויות כלפי קטינים בשל היותם קטינים, אף מבלי שהופרו בעניינם הוראות חוק הנוער. כך, למשל, נטען כי הכנסת מדובב לתא מעצר של קטין עשויה להיתפס כבלתי סבירה בנסיבות העניין מחמת קטינותו, על אף שאינה אסורה כשלעצמה - בחוק הנוער, ובכלל. מאמר זה יתמקד באותם מקרים בהם נגרם לקטינים עוול כתוצאה מניצול פגיעותם המיוחדת גם ללא הפרה מפורשת של כללי חוק הנוער. במסגרת זו, נטען כי דוקטרינת "ההגנה מן הצדק" יכולה לשמש אכסניה מתאימה לבחינתם של מקרים מעין אלה ומתן מענה ראוי להם.

מהלך הטיעון יהיה כדלקמן: בפרק הראשון נעמוד על פגיעותם המיוחדת של קטינים בהליך הפלילי. בתוך כך נצביע על תחילתה של מגמה בפסיקה המתייחסת בחומרה לפגיעה בזכויותיהם של

* עורכת דין בסניגוריה הציבורית הארצית.

** התמחה בסניגוריה הציבורית הארצית ובין השנים 2017-2018 שימש שם כעורך דין במחלקת תיקי בית המשפט העליון.

תודתנו נתונה לד"ר ענת הורוויץ ולעו"ד רחל דניאלי, שהיו שותפות לגיבוש הרעיונות שבבסיס המאמר, והעירו על טיוטות קודמות. תודה גם למערכת **הסניגור**, ובמיוחד לד"ר איילת עוז, על הערות מאירות עיניים.

1 ראו למשל, Jeffrey Arnett, *Reckless Behavior in Adolescence: A Developmental Perspective*, 12 DEVELOPMENTAL REV. 339 (1992) (להלן: Arnett).

2 Laurence Scott & Elizabeth Steinberg, *Less Guilty by Reason of Adolescence: Developmental Immaturity, Diminished Responsibility, and the Juvenile Death Penalty*, 58(12) AMERICAN PSYCHOLOGIST 1009 (2003).

3 בהקשר השפעתם בשלב החקירה המשטרית, ראו נטע פת "אם לא תאכל, יבוא שוטר" או - על פגיעותם הרבה של קטינים בחקירה משטרית והצורך בהסדרת כללים ייחודיים "הסניגור" 231 4 (יוני 2016) (להלן: פת).

4 חוק הנוער (שפיטה, ענישה ודרכי טיפול), התשל"א-1971, ולהלן: חוק הנוער או החוק.

הלילה. עוד קובע החוק הסדרים פרטניים אשר גוברים על כללי סדר הדין הנוהגים כלפי בניגרים, כגון תיחום תקופת ההתיישנות לשנה. הכללים הייחודיים משקפים את עמדת המחוקק, "ברוח האמנה הבין-לאומית בדבר זכויות הילד ובהתאם לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. תפיסה זו מבקשת להגן על זכויותיו של קטין כחשוד וכנאשם בביצוע עבירות, תוך התחשבות בכישוריו המתפתחים, ובעקרון-העל של טובת הקטין".¹¹

חרף חשיבותו של חוק הנוער, ניכר כי ההגנה המשפטית שהוא מספק לנאשמים קטינים מוגבלת ומתמקדת בעיקר בהיבטים הפרוצדוראליים של החקירה המשטרית. פת מתייחסת בהרחבה להיקף הזכויות המוגבל שמקנה החוק ולקשיים הכרוכים במימושן, ולאור זאת טוענת כי ההגנות הקיימות אינן מספקות מענה הולם לעמדת הנחיתות המבנית של קטינים במעמד החקירה המשטרית. במסגרת זו, היא עומדת על כך שהזכויות הפרוצדורליות אינן מוחלטות בשל החריגים הרחבים בחוק המאפשרים לשלול אותן, מחדלי משטרה העשויים לסכל את מימושן והיידוע החלקי והבלתי מספק בדבר קיומן, וכן מחמת נטייתם של קטינים לוותר בעצמם על זכויותיהם.¹² יתר על כן, היא מראה כי זכויות אלה - אפילו אם יקוימו במלואן - אינן נדרשות לשלל היבטי החקירה המשטרית שעלולים לפגוע בקטינים באופן מיוחד.¹³

התייחסות הפסיקה להפרת זכויות קטינים: תחילתה של מגמה

בשנים האחרונות ניכר עיסוק הולך וגובר של בתי המשפט לנוער בכללים הפרוצדורליים הקבועים בחוק הנוער. עיסוק זה בא לידי ביטוי - בין היתר - בנקיטת סעדים נחרצים, כגון פסילת ראיות, העשויים להביא לזיכויים של הנאשמים. פסק הדין הבולט ביותר בהקשר זה ניתן בבית המשפט המחוזי-מרכז על-ידי השופט פינקלשטיין בתפ"ח 10101-11-09 **מדינת ישראל נ' ע' ש'**, שבמסגרתו נפסלה הודאתו של קטין בן 16 שהואשם ברצח, מפאת הפגמים הרבים אשר נפלו בחקירתו.¹⁴ בתוך כך, הדגיש בית המשפט את חשיבות הוראותיו של חוק הנוער והתייחס להפרת חובת התייעוד של מהלך החקירה, להיעדר אזהרת הקטין כנדרש בהתאם לסעיף 9ט(א) לחוק הנוער, להפרת זכויותיו שלא להיחקר בשעות הלילה (סעיף

"הקטין הנו דמות מתפתחת. כך, ניצב הקטין בשיטת המשפט הישראלית על קו התפר שבין אחיו הקטן בן ה-21, שאינו אחראי כלל, לבין אחיו הגדול שמעל לגיל 81. הסדר המשפטי דורש סימון גבול מדויק - גיל 21 על פי חוק הנוער הישראלי. עם זאת, ההתפתחות אינה נעשית בין רגע אלא מהווה תהליך הדרגתי. מציאות זו מצדיקה התחשבות במעמד הקטין בבוא בית המשפט לגזור את עונשו".⁷

על אף חשיבותה של פסיקה זו, שיקול האחריות המופחתת רלוונטי בדין כיום לשלב גזירת העונש בלבד, ואינו מקבל ביטוי של ממש בשלב הכרעת הדין.⁸ פסיקה דומה קיימת גם בארצות הברית, ובשנים האחרונות ניתן להבחין בהתייחסות הולכת וגוברת לספרות ולתובנות המחקריות לגבי מאפייני הקטינות והשפעתם על ההליך הפלילי. כך למשל, בשורה של פסקי דין עקרוניים שעסקו בשאלה האם קטינים ראויים לענישה המחמירה ביותר בספר החוקים האמריקני.⁹ במסגרת זו הדגיש בית המשפט העליון את ההבדלים בין קטינים לבגירים כהצדקה להחרגתם מגדרי עונשים אלה:¹⁰

"As compared to adults, juveniles have a 'lack of maturity and an underdeveloped sense of responsibility'; they 'are more vulnerable or susceptible to negative influences and outside pressures, including peer pressure'; and their characters are 'not as well formed.'"

הבנה זו, לפיה קטינות משליכה באופן ישיר על ייחוס האחריות ומשכך גם על מידת הפליליות שבמעשה, מעידה על ניצני חשיבה מחדשת בפסיקה האמריקנית ביחס לתכונותיהם הייחודיות של קטינים והצורך לקחת אותן בחשבון כשיקול מכריע בעת החלת הסטנדרט המשפטי בפלילים.

ההיבט הפרוצדורלי, מתבטאת ההכרה בייחודם של קטינים בקביעת כללים ייעודיים בחוק הנוער לעניין חקירה והעמדה לדין. בתוך כך, מקנה החוק שורה של זכויות ייחודיות לנאשמים וחשודים קטינים, וביניהן הזכות להיוועצות עם הורים לפני החקירה בנוסף לעורך דין, הזכות לנוכחות הורים בחקירה והזכות שלא להיחקר בשעות

5 ס' 1א לחוק הנוער.

6 ס' 134 לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: חוק העונשין).

7 ראו ע"פ 5048/09 **פלוני נ' מדינת ישראל**, פס' 5.5 לפסק דינו של השופט הנדל (פורסם בנוב, 14.2.2010) (להלן: עניין **פלוני**).

8 יחד עם זאת, יצוין כי שיקול השיקום עשוי להטות את הכף לעבר תוצאה של אי הרשעה.

9 Roper v. Simmons, 543 U.S. 551 (2005), שבו נקבע כי אין להחיל - באופן קטגורי - את עונש המוות על קטינים; Graham v. Florida, 560 U.S. 48 (2010) (להלן: עניין **Graham**).

10 קודם; ו-Miller v. Alabama, 567 U.S. 460 (2012), שם נקבע כי אין להטיל עונש של מאסר עולם ללא שחרור על תנאי, על קטין שהורשע ברצח.

11 עניין **Graham**, לעיל ה"ש 9, בפס' 68, מפי השופט קנדי (ההדגשות אינן במקור). פסק דין נוסף שהתייחס להבדלים בין קטינים לבגירים הוא J. D. B. v. North Carolina, 564 U.S. 261 (2011).

12 אשר עסק בשאלה האם קטין בן 13 שנחקר באזהרה בשטח בית הספר יכול היה להבין כי אינו נתון במעצר. באותו מקרה חזר בית המשפט העליון על ההבדלים בין קטינים לבגירים, והדגיש את הצורך להתחשב בהם בעת בחינת התנהלותן של רשויות האכיפה.

13 דברי ההסבר להצעת חוק הנוער (שפיטה, ענישה ודרכי טיפול) (תיקון מס' 14), התשס"ו-2006, ה"ח הממשלה 244, 468, 12.6.2006.

שהינו חשוד קטיין¹⁹. עוד הוער בשולי פסק הדין, כי "תיקון 14 לחוק הנוער נכנס לתוקף לפני שנים רבות ועד היום חוששני כי משטרת ישראל לא טרחה להפנים את חשיבות קיומו של החוק בכלל וההכרח לבצעו ככתבי וכלשונו בפרט"²⁰.

סעד מסוג אחר שניתן בערכאות הנוער לנוכח אי עמידה על כללי הפרוצדורה הייחודיים לקטינים הוא ביטול כתב האישום. במסגרת זו, התקבלה בבית משפט לנוער בנתניה טענה של "הגנה מן הצדק" בעבירה של תקיפת שוטר לפי סעיף 273 לחוק העונשין, בשל שורה ארוכה של ליקויים אשר נפלו במהלך החקירה.²¹ השופטת פרוינד עמדה על הפגמים המרובים שנפלו בהליך, בין היתר, בנוגע לאזהרת הקטיין ויידועו בדבר זכויותיו, מסירת הודעה על חקירתו להורה או קרוב אחר, חקירתו בשעות הלילה, ועוד. פסק הדין מתח ביקורת קשה על התנהלות המשטרה:

"הופרו אחת אחר השניה כל החובות החקוקות ומעגנות זכויות החשוד הקטיין. חלקו זכו להתייחסות באישורו הכתוב של הקצין הממונה, (הגם שלא מצאתי כי נימוקיו רלוונטיים לנאשם שבפני), אולם חלקן של הזכויות זכו להתעלמות מוחלטת.

...

הצטברותן של הפרות אלה המתעלמות לחלוטין מהוראות חוק הנוער, משל לא אמר המחוקק את דברו מעולם, עולים לשיטתי, כדי התנהגות שערווייתית של הרשות"²².

החלטה דומה ניתנה גם על-ידי בית המשפט לנוער בתל אביב-יפו בת"פ 33833-03-16 **מדינת ישראל נ' פלוני**,²³ שביטל כתב אישום בגין תקיפה הגורמת חבלה של ממש מכוח סעיף 380 לחוק העונשין. טענות הנאשם התבססו, בין היתר, על הפרת זכויותיו על פי חוק הנוער: חקירתו ללא נוכחות הורה, פגיעה בזכותו להתייעץ עם עורך דין, עריכת החקירה בשפה העברית על אף היותו עולה חדש מצרפת, תיעוד לקוי של מהלך החקירה ועוד. בית המשפט התרשם כי בנסיבות העניין היה הקטיין במצוקה ולא הבין את המתרחש סביבו, מה שהביאו לוותר על זכויותיו. כמו כן, ניתנו באחרונה החלטות המורות על ביטול כתבי אישום מפאת פגמים בהליך הגשתו, דוגמת שיהוי²⁴ והיעדר עריכת שימוע כדין.²⁵

9) ולנוכחות הורה בחקירה (סעיף 9ט), כמו גם לשימוש באמצעי לחץ בלתי נאותים כגון כבילתו והותרתו בתא המתנה במשך שעות ארוכות.

מקרה נוסף בו ניתן סעד של פסילת ראיות הוא ת"פ 56704-12-16 **מדינת ישראל נ' מ.א.**, שנדון בבית המשפט לנוער בטבריה בפני השופטת אימבר.¹⁵ כנגד הנאשם הוגש כתב אישום בגין עבירה של זיוף שטר כסף לפי סעיף 462(2) לחוק העונשין. בית המשפט זיכה את הנאשם מן העבירה, לאחר שפסל את הודאתו במשטרה, את הראיות החפציות שנתפסו וכן את התשאל שנערך בשטח. הפסילה התבססה על הפרה שיטתית של זכויות הקטיין: אי מתן הסבר בדבר זכותו לסרב לחיפוש, תשאל בשטח ללא אזהרה וללא מתן הסבר על זכות השתיקה, חקירה ללא נוכחות הורים, ואי יידוע בדבר הזכות להיוועץ בסניגור ציבורי. עוד פסיקה שפסלה ראיות בעקבות הפרת הוראות חוק הנוער ניתנה בבית המשפט לנוער בצורת, גם כן על-ידי השופטת אימבר, בת"פ 21564-03-16 **מדינת ישראל נ' פלוני**.¹⁶ לנאשם באותו עניין יוחסה עבירה של סיכון חיי אדם במזיד בנתיב תחבורה לפי סעיף 332א(א) לחוק העונשין. בית המשפט פסל את הודעותיו של הקטיין במשטרה לנוכח הפגמים הבאים: היעדר יידועו בדבר זכותו למינוי סניגור ציבורי, פגיעה בזכותו לנוכחות הורה במעמד החקירה, והפרת החובה לתעד את החקירה בשפתו, וכתוצאה מכך זיכה אותו מחמת הספק. כן יצוין ת"פ 11102-02-15 **מדינת ישראל נ' פלוני** שניתן בבית המשפט לנוער בתל אביב-יפו על-ידי השופט שילו.¹⁷ בתיק זה הנאשם זוכה מחספר עבירות תעבורה עקב פסילת הודאתו בתשאל ראשוני שנערך בבית החולים, על-ידי מי שאינו חוקר נוער, בהיעדר נוכחות הורה ובלא שיועד כראוי בדבר זכותו להיוועץ עם עורך דין.

עוד פסק דין שראוי לציין בהקשר של פסילת ראיות ניתן בבית המשפט לנוער באשקלון, בת"פ 23167-04-16 **מדינת ישראל נ' פלוני**.¹⁸ כתב האישום ייחס לנאשם עבירה של מעשה פיזיות ורשלנות, לפי סעיף 338א(3) לחוק העונשין. בית המשפט זיכה את הנאשם לאחר ניהול משפט זוטא, אשר הביא לפסילת הודאתו במשטרה. בהכרעת הדין התייחסה השופטת לחיאני שוהם ל"צבר בלתי סביר של ליקויים שחברו זה לזה, המבטאים התעלמות מוחלטת מהוראות המחוקק וקיפוח זכויותיו של הנאשם,

12 פת, לעיל ה"ש 3, בעמ' 7.

13 שם, בעמ' 10.

14 תפ"ח (מחוזי - מר) 10101-11-09 **מדינת ישראל נ' ע' ש'**, פס' 388-390 (פורסם בנוב, 2015.11.29) (להלן: עניין ע' ש').

15 ת"פ (נוער - טב') 56704-12-16 **מדינת ישראל נ' מ.א.** (פורסם בנוב, 2017.12.25); ייצוג על-ידי עו"ד שלמה אלכביר.

16 ת"פ (נוער - נצ') 21564-03-16 **מדינת ישראל נ' פלוני** (לא פורסם, 2018.7.6); ייצוג על-ידי עו"ד ואסים שחאדה.

17 ת"פ (נוער - ת"א) 11102-02-15 **מדינת ישראל נ' פלוני** (לא פורסם, 2016.9.13); ייצוג על-ידי עו"ד עידית קן ציפור.

18 ת"פ (נוער - אש') 23167-04-16 **מדינת ישראל נ' פלוני** (לא פורסם, 2017.7.3); ייצוג על-ידי עו"ד אלון קוצר.

19 שם, בפס' 20 (ההדגשה נוספה).

20 שם, בפס' 24 (ההדגשה נוספה).

21 ת"פ (נוער - נת') 53267-02-15 **מדינת ישראל נ' פלוני** (לא פורסם, 2017.7.5); ייצוג על-ידי עו"ד עזר מבורך ועו"ד דפנה רינסקי.

22 שם, בעמ' 82 (שורות 27-29) ובעמ' 83 (שורות 15-16) בהתאמה (ההדגשה במקור).

ב. חשיבה מחודשת על קטינים בהליך הפלילי: "הסוכן המדיח" כמקרה בוחן

בתאריך 15.5.2017 - בו חל "יום הנכבה" - קיימה המשטרה מבצע שבמסגרתו התחזו בלשים לחיילי צה"ל חמושים, ונסעו בתוך שכונת עיסאווייה שבירושלים המזרחית באוטובוס "אגד" ממוגן אשר רושת במצלמות מבעוד מועד. כבר עם כניסתו לעיסאווייה אותתו לנהג מספר תושבים מודאגים, שסברו כי תעה בדרך וסימנו לו לחזור על עקבותיו. האוטובוס התעלם מן האזהרות והמשיך לנסוע באיטיות, כשהוא מתפתל בין הרחובות הצרים. בשלב מסוים חלף האוטובוס על פני עלי (שם בדוי), נער בן 15 שטייל באותה העת עם כלבו. בתחילה אותת עלי לאוטובוס לבל ימשיך בנסיעתו, אולם משזה המשיך בדרכו במרכז השכונה - הצטרף לקבוצת ילדים ונערים אשר זרקו לעבר הרכב אבנים ועצמים נוספים. האוטובוס נפגע, ונגרמו לו נזקי רכוש.

שניים נעצרו בעקבות המבצע המשטרתי האמור: עלי בן ה-15 וקטין נוסף בן 13. כבר בחקירה הודה עלי במעשה והתנצל, ובתחילת משפטו חזר על הודאתו בעובדות המקרה, ככל שהן נוגעות אליו. יחד עם זאת, הוא ביקש להכליל בכתב האישום נסיבות נוספות של האירוע העולות מחומר החקירה בתיק. לעניין זה הובאו ראיות לפיהן מטרתו של המבצע המשטרתי הייתה להתסיס את נערי עיסאווייה ולהביאם לידי תקיפת הסוכנים הסמויים, שהיו כאמור מחופשים לחיילים. מטרה זו צוינה מפורשות בדוחות פעולה משטרתיים, ונלמדה אף מן השימוש באוטובוס עצמו ככלי לאיסוף ראיות, וכן מהבחירה ביום הנכבה למועד המבצע - הגם שלא נרשמו אירועים חריגים או נימוקים אחרים העשויים היו להצדיק כניסה לשכונה.

טענותיו של עלי בבית המשפט המחוזי בירושלים נדחו, ובית המשפט הרשיע את עלי בעבירות של ייזוי אבנים לעבר כלי תחבורה וחבלה במזיד לרכב, לפי סעיפים 332א(ב) ו-413 לחוק העונשין, בהתאמה.³⁰ עלי ערער על הרשעתו לבית המשפט העליון.³¹ במוקד הערעור ניצבה הטענה כי מעורבותה היזומה והפעילה של הרשות באירוע עולה כדי הדחה משטרתית המקימה לו הגנה מן הצדק, חזאת בראש ובראשונה משום היותו קטין.

דוקטרינת הסוכן המשטרתי המדיח

התפיסה לפיה התערבות משטרתית בהיווצרות מעשה העבירה

סקירת פסקי הדין הנ"ל - כולם מן השנים האחרונות - מלמדת על רגישות גדלה בקרב בתי המשפט לנוער להפרות זכויותיהם של קטינים על-פי חוק הנוער, ומעידה על נכונותם של השופטים לטפל בתופעה באמצעות סעדים חריפים של פסילת ראיות וביטול כתבי אישום. יחד עם זאת, נראה כי עניין ע' ש' עודנו חריג בנוף הפסיקה, לא רק בשל התוצאה העוצמתית של זיכוי מעבירת הרצח, אלא בעיקר לנוכח נימוקי בית המשפט, שהדגישו את ייחודו של "הנחקר הקטין" ואת עובדת היותו שונה מן הנחקר הבגיר "במבנה אישיותו, בסף רגישותו, בבשלותו ובתלותו במבוגרים".²⁶ עוד בולט פסק הדין בהתייחסותו לפגמים שאינם נובעים ישירות מהפרת סדרי הדין הייעודיים לקטינים. כך, נדרש השופט פינקלשטיין להפעלת לחצים נפשיים על הקטין על-ידי המשטרה, באמצעות שיטות חקירה שעשויות היו להיות לגיטימיות אילו נעשה בהן שימוש כלפי בגירים.²⁷ כפי שעולה מסקירת פסקי הדין לעיל, בתי המשפט לנוער אמנם פסלו ראיות או ביטלו במקרים נוספים כתבי אישום מחמת הפגיעה בזכויותיהם של קטינים, אך הסעדים הללו נפסקו בעיקר במקרים שבהם הופרו הוראות חוק הנוער באופן מובהק ולעתים אף בבוטות.

נראה, אם כן, כי הפסיקה עדיין אינה מתייחסת למאפייני הקטינות במצבים גבוליים, בהם נפגעות זכויותיהם המהותיות של קטינים חרף העמידה על הכללים הפרוצדורליים הייעודיים בעניינם. להלן נבקש לטעון כי יש מקום להתחשב בתכונותיהם הייחודיות של קטינים גם במקרים כגון אלה, על רקע ההבנה לפיה המנגנונים שנקבעו בחוק הנוער אינם מגשרים על כל הפערים המהותיים שמקורם במאפייני הקטינות.²⁸ הרי קטין שנחקר בתחנת המשטרה לעולם יימצא בנקודת נחיתות אל מול הנחקר הבגיר, אפילו אם לא ייחקר בשעות הלילה או אם הוריו ינכחו במעמד החקירה, וכך גם לגבי קטין הפוגש במדובב בתא המעצר, אף בהינתן שאותו מדובב פעל בהתאם לחוק ובכפוף להנחיית הממונים עליו.

בפרק הבא נדון בדוקטרינת "הסוכן המשטרתי המדיח", המהווה מקרה פרטי של "הגנה מן הצדק", כדוגמה לאופן שבו ניתן - ואף מוצדק - להתחשב במאפייני הקטינות גם מחוץ להקשר הפרוצדורלי. נדגים את מהלך הטיעון באמצעות תיק בו ייצגנו ושהגיע לפתחו של בית המשפט העליון, אם כי בסופו של יום לא הבשיל כדי דיון מקיף בנושא.²⁹

23 ת"פ (נוער - ת"א) 33833-03-16 **מדינת ישראל נ' פלוני** (פורסם בנבו, 3.10.2017); ייצוג על-ידי עו"ד מיטל רון.
 24 ת"פ (נוער - נצ') 71558-01-08 **מדינת ישראל נ' פלוני** (לא פורסם, 4.6.2018); ייצוג על-ידי עו"ד שלמה טדרי ועו"ד דניאל וייס. מדובר בהחלטה לביטול כתב האישום שניתנה בבית המשפט לנוער בנצרת על-ידי השופטת אימבר. שני קטינים הואשמו בהצתה לפי סעיף 448(א) לחוק העונשין, והעלו טענת הגנה מן הצדק שהתמקדה בהגשת כתב האישום בשיהוי ניכר - יומיים בלבד לפני תום תקופת ההתיישנות. בית המשפט הדגיש את ייחודו של הסדר ההתיישנות הקבוע בסעיף 14 לחוק הנוער, שתכליתו למנוע העמדה לדין של קטינים בחלוף זמן ממושך מדי לאחר ביצוע העבירה, תוך מתן דגש לשיקולי שיקום. כן התייחס בית המשפט לחוסר הסבירות שדבק בהחלטה המינהלית להעמיד את הנאשמים לדין בנסיבות אלה.
 25 ת"פ (נוער - טב') 9980-08-16 **מדינת ישראל נ' ר.ח.** (פורסם בנבו, 6.12.2016); ייצוג על-ידי עו"ד אליאס אבו עטא. נגד הנאשם הוגש כתב אישום המייחס לו עבירה של תקיפה וחבלה ממשית בהתאם לסעיף 382(א) לחוק העונשין. הנאשם טען לשני פגמים בהליך הגשתו של כתב האישום: אי קיום שימוע כדין ושיהוי. בית המשפט לנוער בטבריה קבע כי הצטברות הפגמים מצדיקה את ביטולו של כתב האישום, תוך הדגשת הפרת שתי הוראות שונות של חוק הנוער: סעיף 1ב לעניין זכותו של הקטין להביע את עמדתו, וסעיף 14 לעניין ההתיישנות.
 26 עניין ע' ש', לעיל ה"ש 14, בפס' 334.

עשויה להקים הגנה לנאשם הוכרה על-ידי הפסיקה עוד בשנת 1956:

“שיטה נפסדת היא להכשיל אדם ולהביאו לידי עבירה, כדי שאפשר יהיה לתפשו בקלקלתו ולכלאו. אפילו סבורה המשטרה שהאיש עלול לבצע פשעים על-פי יזמתו הוא, דרך הפרובוקציה איננה דרך נאותה למניעת פשעים”.³²

כיום מהווה דוקטרינת הסוכן המשטרתי המדיח חלק מטענת “ההגנה מן הצדק”³³ ובמסגרתה נבחנים שני יסודות משלימים: יסוד סובייקטיבי, שבוחן את נטייתו המוקדמת של הנאשם לבצע את העבירה; ויסוד אובייקטיבי, המתמקד בפעולת הרשות ובודק האם מעורבותה בדבר העבירה עלתה כדי התנהגות בלתי נסבלת.

היסוד הסובייקטיבי מתמקד בהלך רוחו של הנאשם, ובודק האם היה מבצע את העבירה גם אלמלא ההתערבות מצד המשטרה.³⁴ המבחן הסובייקטיבי עוגן בפסיקתו של בית המשפט העליון האמריקני,³⁵ הקובעת כי יש לבחון את נטייתו המוקדמת של הנאשם לביצוע העבירה בלא קשר לפעולות הרשות.³⁶ ככל שהתביעה מצליחה להוכיח כי הייתה לנאשם נטייה שכזאת, אזי מעשי ההדחה המשטרתיים לא יפטרו אותו מאחריות פלילית. היסוד הסובייקטיבי מבטא את העיקרון לפיו יש להבחין בין האזרח שומר החוק, שנקלע לביצוע העבירה אך בשל מעורבות הרשות ולכן זכאי להגנה, לבין מי שהיה עובר על החוק ממילא, גם בלעדי השידול מצד הסוכן.

היסוד האובייקטיבי שם דגש על פעולת הרשות. מקורו אף הוא בדין האמריקני,³⁷ ועניינו בבחינת פעולות רשויות האכיפה ותורמתן להיווצרות מעשה העבירה. מבחן זה מהווה פועל יוצא של הזכות להליך ראוי,³⁸ ונועד לספק לנאשם הגנה מקום בו חורגת הרשות מסמכותה ונוקטת באמצעים בלתי סבירים לשם העמדתו לדין. הגישה האובייקטיבית “הטהורה” גורסת כי אין למחול על התנהגותה הנפסדת של הרשות אפילו בהינתן שקיימת לנאשם נטייה פלילית,³⁹ אולם ישנן גישות אשר נוקטות בעמדה מרוככת יותר וכוללות במבחן האובייקטיבי גם אלמנטים סובייקטיביים.⁴⁰ כך, הדוקטרינה הישראלית - המשלבת כאמור בין היסוד האובייקטיבי ליסוד הסובייקטיבי - קבעה נוסחת ביניים, שלפיה על סוכן המשטרה הסמוי להימנע מהפעלת אמצעי לחץ מוגזמים לצורך שכנועו של הנאשם לבצע את עבירה.⁴¹

הקניית הגנה לנאשם במקרה שבו הודח לביצוע העבירה על-ידי המשטרה נשענת, אם כן, על שני רציונלים מרכזיים: הראשון, לפיו יש לייחס אשמה פחותה למי שביצע את העבירה בעקבות מעורבות של סוכן משטרתי סמוי; והשני, כי אין להעמיד לדין מקום בו הייתה מעורבות מופרזת של הרשות בדבר העבירה.

הרחבת דוקטרינת הסוכן המשטרתי המדיח לאור מאפייני הקטניות

דוקטרינת הסוכן המשטרתי המדיח אינה מתייחסת לקטינים באופן מיוחד, אלא מספקת מבחנים כלליים שנועדו להחלה על סיטואציה עובדתית נתונה לשם ההכרעה בה. באופן ספציפי, בוחנת הדוקטרינה מתי יש לעשות שימוש בדין הפלילי בהינתן מעורבות משטרתית בביצוע העבירה. על רקע ההכרה הגוברת בדבר השונות ההתנהגותית-קוגניטיבית של קטינים, עלתה בספרות המחקר האמריקנית טענה, כי הגנת הסוכן המשטרתי המדיח אינה מגשימה את תכליותיה ביחס לקטינים, כל עוד היא מתעלמת ממאפייניהם הייחודיים.⁴²

במסגרת זו, בחנה החוקרת לילי כץ בהקשר של הדין בארצות הברית, את שני מבחני הדוקטרינה: המבחן הסובייקטיבי והמבחן האובייקטיבי. אשר למבחן הסובייקטיבי, טוענת כץ כי הבדיקה האם מתקיימת נטייה מוקדמת מניחה מצב של “עבריינות נמשכת” - כלומר, אדם שהוא “עברייני” בהווייתו יהיה בעל נטייה לבצע עבירות, בניגוד ל“אזרח הישר” שלא היה מסתבך בפלילים אלמלא מעורבות המשטרה. לשיטתה, עמדה זו אינה מתיישבת עם האופן שבו אנו תופסים קטינים, כמי שנוטים לפעול בצורה פזיזה וחסרת אחריות.⁴³ עוד טוענת כץ, כי ראיית קטין כבעל נטייה עבריינית מוקדמת חותרת תחת פסיקתו של בית המשפט העליון בארצות הברית שנזכרה לעיל, אשר קבעה כי קטינים הם פחות אשמים מבגירים באופן קטגורי.⁴⁴ על כן, טוענת כץ, מאפייני הקטניות שוללים את ההצדקה שבבסיס המבחן הסובייקטיבי, ויש אפוא להימנע מלעשות בו שימוש כלפי קטינים.

בנוגע למבחן האובייקטיבי, המתמקד כאמור בבחינת פעולת הרשות, נטען כי אף הוא אינו מותאם להתמודד עם מאפייני הקטניות הייחודיים. המבחן האובייקטיבי מניח “אדם סביר”, שלאורו נבדקת התנהלות המשטרה: פעולה של סוכן סמוי תהווה הדחה פסולה,

27 ראו למשל שם, בפס' 387: “צוות החקירה מנה חוקרים ותיקים המורגלים בחקירות של עבריינים קשים. [...] 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 שנצטרך ונחקר לראשונה, לא התאים לגילו ולמידת בגרותו. מדובר בליקוי בסיסי ובעל משמעות בחקירה”.

28 ראו פת, לעיל ה"ש 3, בעמ' 7.

29 ע"פ 4531/18 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בבנו, 26.7.2018) (להלן: ע"פ 4531/18).

30 ת"פ 53222-05-17 מדינת ישראל נ' פלוני (לא פורסם).

31 כתבי המאמר, ביחד עם עו"ד ד"ר ענת הורוויץ, ייצגו את עלי בהליך הערעור. עו"ד לאה צמל ייצגה בהליך בבית המשפט המחוזי.

32 ע"פ 20/56 ברנדווין נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד י 769, 770 (1956), מפי השופט מ' לנדוי.

33 ע"פ 1224/07 בלדב נ' מדינת ישראל, פס' 72 (פורסם בבנו, 10.2.2010); ע"פ 307/17 זוננישוילי נ' מדינת ישראל (פורסם בבנו, 21.3.2017).

34 ישגב נקדימון הגנה מן הצדק 225 (מהדורה שנייה, 2009) (להלן: נקדימון).

35 ראו, למשל, Jacobson v. United States, 503 U.S. 540 (1992).

במאמרה - בהקשר האמריקני - בעד עריכת התאמות בדוקטרינת הסוכן המשטרתי המדיח כאשר מדובר בנאשמים שהם קטינים.

מבחינת התנהלות הרשות, נטען כי יש פסול בעצם התמקדותו של המבצע המשטרתי בעבירה של ידוי האבנים - המזוהה באופן מובהק עם קטינים⁴⁶ - המתעצם לנוכח העובדה כי מי שנתפסו בסופו של דבר היו כאמור שני קטינים. על רקע זה הוטעם, כי יש לבחון ברגישות את האמצעים בהם נקטה המשטרה כלפי הקטינים אשר ביקשה לתפוס בשעת המעשה. כך, למשל, ניתן דגש להתחפשותם של השוטרים לחיילים חמושים, שנועדה לעורר פחד, בעיקר בקרב ילדים; וכן לאופן שבו התכוננו השוטרים לפעולה, שמטרתה המוצהרת הייתה "יצירת חיכוך" מול תושבי השכונה. בנוסף, צוין התאריך שנבחר לקיום המבצע - יום הנכבה - שהוא מטבע הדברים רגיש ומועד לפורענות.

בהתאם לאמור נטען, כי אילו היה המבצע מכוון כלפי בגירים, ייתכן שניתן היה לראות את התנהלות הרשות כלגיטימית.⁴⁷ אולם בהינתן מיקודו של המבצע בקטינים, ומאחר שקטינים הם אלה אשר "בלעו את הפיתיון", התערבותה הנרחבת של המשטרה בדבר היווצרות העבירה עלתה כדי הדחה, ועל כן התקיימו יסודות המבחן האובייקטיבי.

לשם ביסוס קיומו של המבחן הסובייקטיבי, הוצג האופן שבו תפס עלי את פעולות המשטרה. ביום המבצע טייל עלי ברחוב עם כלבו. הוא לא יצא מהבית בכוונה ליידות אבנים, ואף לא עשה כן בעת המפגש הראשוני שלו עם האוטובוס, למרות שכניסתו לשכונה נתפסה בעיניו כאירוע חריג שהפתיע והלחיץ אותו. תחילה, אם כן, הוא אותת לעבר האוטובוס, כפי שעשו מספר תושבים אחרים שהבחינו בו נוסע לאיטו. אך ככל שהתקדם האוטובוס בנסיעתו, ילדים ונערים החלו ליידות לעברו אבנים, ובשלב זה הצטרף עלי לחבורה ונגרר אחריהם. בנוסף, פורטו מאפייניו האישיותיים וההתנהגותיים של עלי, הסובל מטראומה כתוצאה מאלימות שספג ממוריו בבית הספר וכן אובחן כבעל תפקוד גבולי.

בחינת האירוע מנקודת מבטו של עלי, תוך שימת לב להבדלים בינו לבין תושבי השכונה הבגירים, ממחישה עד כמה הושפעה התנהגותו מן האופן שבו תפס את המבצע המשטרתי וחש מאוים מן הסוכנים המחופשים לחיילים. עוד נטען, כי התאמת המבחן הסובייקטיבי

אם הביאה את "האדם הסביר" לכדי ביצוע עבירה. כך מצביעה על הבעייתיות שבהחלת מבחן זה על קטינים, הנובעת מעיוורונו להיותם נוחים במיוחד להשפעה וחשופים ביתר שאת ללחצים חיצוניים. משכך, לשיטתה, תחבולות ופרובוקציות העשויות להיות לגיטימיות לשם תפיסת בגירים אינן בהכרח כשרות אם מי שנמצא "על הכוונת" הוא קטין.

דרך יישום התובנות בדבר מאפייני הקטינות על המבחנים האמורים, מראה כך כי דוקטרינת הסוכן המדיח בתצורתה הנוכחית עושה עוול לנאשמים קטינים. מסקנה זו נתמכת בשני מקרים מן הפסיקה האמריקנית, בהם נעשה שימוש בסוכני משטרה סמויים בבתי ספר במטרה לתפוס קטינים מבצעים עבירות סחר בסמים. בשני המקרים התחזו הסוכנים לתלמידים, ושידלו קטינים למכור להם מריחואנה. אף על פי שהסוכנים השתמשו באמצעי שכנוע "רכים" שנשענו על יצירת יחסי חברות ואמון, טוענת כך כי יש לבחון את הפעולות שלהם תוך שימת לב לרגישות של קטינים להשפעות חיצוניות, ובפרט ללחץ חברתי, ולנטייתם לפעול בפזיזות מבלי לשקול את מלוא ההשלכות של מעשיהם. כך, התנהלות משטרתית העשויה להיתפס כלגיטימית כלפי בגירים עולה כדי הדחה פסולה ביחס לקטינים, משום שסף הגירוי שלהם נמוך יותר באופן משמעותי.

לנוכח האמור, מציעה כך לערוך התאמות למבחן האובייקטיבי מקום בו נעשה שימוש בסוכני משטרה כלפי קטינים, תוך זניחת המבחן הסובייקטיבי כליל במצבים כאלה. במסגרת זו, מוצע כי במקום להעמיד במרכז המבחן את "האדם הסביר", על פעולת המשטרה להיבחן מנקודת מבטו של **הקטין הסביר**, תוך שימת לב לנטייתו לאימפולסיביות, רגישותו ללחצים חיצוניים והיותו נוח להשפעה. עיצוב המבחן מחדש הכרחי לשיטתה לשם שמירה על תכליות הדוקטרינה, המבקשת למנוע התנהלות נפסדת של הרשות ולפטור מאחריות נאשמים שפעלו בעקבות ההדחה המשטרתית.⁴⁵

ע"פ 4531/18: ניסיון ליישום הטענה בהקשר הישראלי

בחזרה למקרה של עלי, שנתפס מיידה אבנים לעבר אוטובוס מלא בשוטרים סמויים אשר נכנס לשכונת עיסאווייה ביום הנכבה. במסגרת הערעור שהוגש לבית המשפט העליון, נטען כי מעורבות המשטרה בתיק זה עלתה כדי הדחה פסולה, המקימה לעלי הגנה מן הצדק. הטיעון נשען, בין היתר, על המסד התיאורטי שהניחה כך

36 נקדימון, לעיל ה"ש 34, בעמ' 210.
 37 הגישה האובייקטיבית הופיעה כדעת מיעוט בכמה מקרים שדנונו בבית המשפט העליון (Sorrells v. United States, 287 U.S. 435 (1932));
 (United States v. Russell, 411 U.S. 423 (1973)), ואילו חלק מן המדינות אימצו אותה באופן מוחלט.
 38 נקדימון, לעיל ה"ש 34, בעמ' 210.
 39 רע"פ 1201/12 **קטיני נ' מדינת ישראל**, פס' 7 לפסק דינו של השופט הנדל (פורסם בנבו, 9.1.2014).
 40 זהו הדין הנוהג בקנדה, למשל, וכן בחלק ממדינות ארצות הברית.
 41 ע"פ 360/80 **מדינת ישראל נ' אפנר**, פ"ד לה (1) 228, 332 (1980).
 42 Lily N. Katz, *Tailoring Entrapment to the Adolescent Mind*, 18 U.C. Davis J. Juv. L. & Pol'y 94 (2014). להלן: Katz. הואיל ובית המשפט העליון בישראל התבסס, כאמור, על הגנת ה-entrapment האמריקנית בעת עיצוב המבחנים של דוקטרינת הסוכן המשטרתי המדיח, מאמר זה רלוונטי אף לדין הישראלי, כפי שיוזגם בפרק הבא.
 43 בהקשר זה מתייחס המאמר למחקרים פסיכולוגיים שהראו כי לא ניתן להבחין בין קטין בעל מאפייני אישיות "קרמינליים" לבין קטין שהתנהגותו

לקטינים צריכה גם לבטא רגישות ללחץ החברתי שהיה נתון בו, ולעובדת היגרוותו אחר הילדים האחרים.

טענות אלה הועלו במסגרת ערעורו של עלי לבית המשפט העליון תחת המסגרת של "הגנה מן הצדק", הן ביחס להכרעת הדין הן בנוגע לחומרת העונש. בסופו של יום, נדחה הערעור לגופו מבלי שנערך דיון בשאלת ההדחה המשטרית והתאמתה למאפייני הקטינות.⁴⁸ יחד עם זאת, לנוכח היעדר התייחסותו של בית המשפט העליון לסוגיה, נראה כי לא נסגרה הדלת מפני העלאתן של טענות מעין אלו בעתיד במסגרת דוקטרינת "ההגנה מן הצדק" גם בהקשרים נוספים.

ג. מ"סוכן מדיח" להרחבה של דוקטרינת ההגנה מן הצדק לגבי קטינים

קטינים שונים כאמור מבגירים: ביכולותיהם הקוגניטיביות, בתגובותיהם לסביבה, במידת אפשרותם להתנגד ללחצים המופעלים עליהם, ועוד. בסקירתנו עד כה הוצגה פסיקה עדכנית של בתי המשפט לנוער המעידה על נכונות גוברת להתייחס למאפייני הקטינות, אך זאת רק בהינתן הפרות ברורות של הוראות חוק הנוער. הואיל והסדר החקיקתי כשלעצמו אינו מתחשב במאפיינים הללו די הצורך, יוצא שנותרים בעינם מקרים נוספים בהם נפגעים קטינים בשל נחיתותם המובנית, אשר אינם זוכים למענה בפסיקה. בפרק הקודם הדגמנו באמצעות טענת הסוכן המשפטי המדיח כיצד ניתן לשלב במסגרת הדוקטרינה המשפטית את התובנות בדבר השונות בין קטינים לבגירים. כעת נבקש להרחיב את היריעה ולשלב את הטיעון במסגרת דוקטרינת ההגנה מן הצדק באופן כללי.

תכליתיה המרכזיות של ההגנה מן הצדק הן הבטחת טוהר ההליך הפלילי והגנה על זכויות הנאשם. מטרת אלה תקפות ביתר שאת מקום בו עסקינן בקטינים, שחשופים לפגיעה, להשפעה ולווייתור על זכויותיהם ביתר קלות. ניתן למצוא רוח גבית לתפיסה זו בדבר המימד "הסובייקטיבי" בהגנה מן הצדק בפסיקתו של בית המשפט העליון מן העת האחרונה. באחד מפסקי הדין העקרוניים שניתנו בסוגיה זו לאחרונה, רע"פ 1611/16 **מדינת ישראל נ' רודי**,⁴⁹ עמד השופט מלצר על עקרונות היסוד שבבסיס ההגנה מן הצדק:

"דוקטרינת ההגנה מן הצדק - כשמה כן היא - שמה לאל את הפגיעה בתחושת הצדק **מנקודת מבטו של הנידון**, ואילו שאלת המניע, או המטרה העומדת בבסיס הפעולה

המפלה של הרשות, לעומת זאת, איננה העיקר שלאור מבחנת פסלות מעשה האכיפה במסגרת עקרון ההגנה מן הצדק (אם כי, כפי שיובהר להלן, גם לשיקולים אלה יש מקום במסגרת עקרון זה).⁵⁰

דברים אלה מתיישבים עם טענתנו, לפיה יש לבחון את פעולות הרשות כלפי קטינים ברגישות יתרה, תוך שימת לב לפגיעות הנגזרת ממאפייניהם הייחודיים. בהתאם, מתבקשת הרחבת תחום התפרסותה של ההגנה מן הצדק, כך שתוכל לתפוס ברשתה את אותם מקרים בהם מקופחות זכויותיהם של קטינים מבלי שהופרו בהכרח הוראות חוק הנוער.

החלת הדוקטרינה נעשית בשלושה שלבים: בשלב הראשון, בוחר בית המשפט את הפגמים בהליך ועוצמתם; בשלב השני, נבדקת השאלה האם, לנוכח עוצמת הפגמים, פוגע קיומו של ההליך בתחושת הצדק וההגינות; בשלב השלישי, נערך איזון בין הפגמים לאינטרסים נוספים, במטרה לפסוק את הסעד ההולם.⁵¹ להלן נדגים כיצד ניתן לשלב במסגרת הדוקטרינה בחינה המשקללת את מאפייני הקטינות.

ראשית, באשר לזיהוי הפגם ועוצמתו, על בית המשפט לצאת מנקודת ההנחה כי פגמים שאינם יורדים לשורש ההליך בעבור נאשם בגיר עלולים לקבל משמעות אחרת כאשר מדובר בנאשם קטין. כך למשל, לגבי דחיית האפשרות להשתמש בשירותים בעת החקירה, שימוש בצעקות ואיומים, או אי אספקה של ארוחה בעת חקירה ממושכת. אף ששיטות חקירה אלה לא יעלו בהכרח כדי הפרות מהותיות של זכויות הנחקר הבגיר באופן שישליך למשל על שאלת קבילות האמרה או משקלה, הן משפיעות באופן אחר על הנחקר הקטין, משום היותו נוח להשפעה ונתון יותר ללחצים פיזיולוגיים ונפשיים. שיטות חקירה מעין אלה עלולות אפוא להוביל קטינים לוותר ביתר קלות על זכויותיהם, ולהיחשב לפגמים הפוגעים בחוש ההגינות והצדק.

ייתכן אף כי תחבולות מסוימות שעשויות להיחשב כלגיטימיות כשלעצמן אילו היו מופעלות כלפי בגירים, יעלו כדי פגם ממשי כאשר הן מופעלות כלפי קטינים. כך למשל, נראה כי השימוש במדובבים כלפי קטינים מעורר קושי מיוחד, שמתעצם נוכח ההנחה כי המדובב הוא - על דרך הכלל - בגיר. בהקשר זה, מן הראוי לשוב ולבחון

משקפת חוסר בגרות בלבד (שם, בעמ' 140). כן ראו אצל Arnett, לעיל ה"ש 1, שהראה כי נטייתם של קטינים לפעול בצורה פזיזה וחסרת אחריות פוחתת באופן ניכר ועקבי עם ההתבגרות, ומשכך - עצם ההשתייכות לקבוצת גילאים מסוימת (בין גיל 12 לגיל 18, לערך) מעלה את הסיכוי להתנהגות מעין זו. 44 ראו הפסיקה שנזכרה לעיל בה"ש 9.

Katz, לעיל ה"ש 42, בעמ' 144.

46 הדבר עולה הן מפסיקתו של בית המשפט העליון (ראו, למשל, ע"פ 5371/14 **פלוני נ' מדינת ישראל**, פ"ס 9 (פורסם בנבו, 16.9.2014) וע"פ 411/09 **גדיר נ' מדינת ישראל**, פ"ס 3 לפסק דינו של השופט לוי (פורסם בנבו, 21.4.2009)), הן מהנחיית פרקליט המדינה "מדיניות האכיפה בעבירות של ידוי אבנים" **הנחיות פרקליט המדינה** 2.19 (2009), המתבססת על נתונים מטעם המשטרה, והן מדברי ההסבר להצעת חוק העונשין (תיקון מס' 122), התשע"ו-2015, 84.

47 לצד האמור, יצוין כי לשיטתנו קיימים טעמים חזקים להקמת "הגנה מן הצדק" למערער אף אם היה מדובר בבגיר. לעניין זה ראו פסק דינו של בית המשפט המחוזי בירושלים בע"פ (מחוזי - י-ם) 19136-09-16 **מדינת ישראל נ' בן גיגי** (פורסם בנבו, 21.08.2017), שם נדון אירוע דומה, שעסק בבגירים ובמוקדו ניצב מבצע משטרתי שמטרתו הייתה אף היא להביא לכדי חיכוך בין אזרחים תושבי סוסיא שבדרום הר חברון, לבין סוכני משטרה סמויים שהיו

אינטרס השיקום כעיקרון ראשון במעלה.⁵³ נקודת המוצא השונה לגבי קטינים, המעוגנת גם בחוק הנוער, מהווה אפוא קביעה ערכית של המחוקק שצריכה להשליך גם על אופן עריכת האיזון האמור.

לבסוף, נבקש להתייחס בקצרה לדוקטרינות נוספות שניתן להרחיב את תחומי התפרסותן בעת החלתן לגבי קטינים. הלכת **יששכרוב**, למשל, שאף היא מוכוונת "להגנה על זכויות יסוד ועל הגינות ההליך",⁵⁴ יכולה להימצא ראויה לבחינה. כך, לדוגמה, ניתן לשקול את הגמשתו של מבחן מידת ההשפעה של אמצעי החקירה הפסול על הראיה שהושגה,⁵⁵ שעה שמדובר בעד או נאשם קטין. מאפייני הקטינות משליכים באופן ישיר על הערכת המידה שבה אי החוקיות משפיעה על עצמאותה, מהימנותה וערכה של הראיה, בפרט כאשר מדובר בראיות מילוליות שנמסרו בתנאי חקירה.

סיכום

במאמר זה ביקשנו להפנות את הזרקור למשמעות הדוקטרינרית שניתן להעניק לפגיעותם של קטנים בהליך הפלילי בשל מאפייניהם הקוגניטיביים, ההתפתחותיים והפסיכולוגיים הייחודיים. הגם שבתי המשפט לנוער מגלים הקפדה ביחס להפרת הכללים הקבועים בחוק הנוער, הרי שאין בכך כדי לספק מענה למלוא הפגיעה בזכויותיהם של קטינים בהליך הפלילי. לאור זאת, ביקשנו להציע חשיבה מחדשת על תחולת דוקטרינת "ההגנה מן הצדק", שעניינה בשמירה על טוהר ההליך ובהגנה על זכויות נאשמים וחשודים, בהקשר של מאפייני הקטינות. במסגרת זו טענו כי יש מקום להרחבת הדוקטרינה לנוכח מאפייני הקטינות, כדי שתוכל לתת מענה למקרים בהם נפגעות זכויותיהם של קטינים חרף עמידה על כללי הפרוצדורה של חוק הנוער. לשיטתנו, ראוי כי בית המשפט יבחן את התנהלותה של הרשות מנקודת מבטו של הקטין, וזאת בפרט בנוגע לשימוש בתחבולות חקירה למיניהן, אשר חושפות את נחיתותו ביתר שאת.

את הקביעות המאפשרות שימוש במדובבים כלפי נחקרים קטינים, בהתחשב בנחיתותם המיוחדת בסביבה העוינת של תא המעצר. על האפשרות לעשות שימוש בדוקטרינה של הגנה מן הצדק, גם מקום בו בית המשפט אינו סבור כי מתקיימים מבחני דוקטרינת הפסילה הפסיקית, עמד לאחרונה השופט מלצר בע"פ 2868/13 **חייבטוב נ' מדינת ישראל**.⁵² בהתאם לגישה זו, הרי שגם אם הפסיקה לא תאמץ איסור קטגורי לגבי השימוש במדובבים כלפי קטינים, הרי ששימוש כזה עדיין יהיה נתון לבחינה בכל מקרה לגופו במסגרת ההגנה מן הצדק. בתוך כך, יש ליתן את הדעת לפגיעה בתחושת הצדק מנקודת מבטו של הקטין, שבמקרים רבים כלל אינו מודע לאפשרות קיומו של מדובב ולמשמעותם של דברים שניתן ויאמר מחוץ לחדרי החקירה. גם השימוש בשקרים, שהפסיקה נוטה לראות בהם שיטת חקירה לגיטימית, מחייב לשיטתנו בחינה קפדנית יותר כאשר מדובר בקטינים, בשים לב לקלות בה ניתן להשפיע עליהם, לחוסר ניסיון החיים שלהם, ולנטייתם להאמין יותר לגורמי סמכות.

שנית, בנוגע לבחינת פגיעתו של ההליך בתחושת הצדק וההגינות. אין ספק כי היותם של קטינים נוחים יותר להטיה ולהשפעה משליכה באופן ישיר על מידת הפגיעה של תחבולות משטרתיות למיניהן בזכויותיהם ובטוהר ההליך. הנטייה המוגברת של קטינים למסור הודאות שווא, יכולתם הפחותה להתנגד ללחצים, רצונם המוגבר לרצות את החוקרים הבגירים ושלל מאפיינים ייחודיים נוספים, בכוחם לשנות את התמונה באופן משמעותי כאשר בוחנים את השפעתם של פגמים הנוגעים לחקירה ולאופן העמדתם לדין על תחושת הצדק בהליך.

שלישית, במסגרת האיזון שיש לערוך בין הפגמים לאינטרסים נוספים של ההליך הפלילי, מן הראוי לתת משקל נוסף לעובדה כי פגיעה בזכויותיהם של קטינים אינה שקולת ערך לפגיעה בזכויותיהם של בגירים, בשל ההכרה באחריותם הפלילית המופחתת והעדפת

מחופשים לפלסטינים. בעניין זה נחלקו הדעות בשאלת זיכוי המערער מכוח דוקטרינת ההגנה מן הצדק, אולם השופטים היו תמימי דעים באשר להתנהלות המשטרה הבעייתית, וקבעו כי זו עוררה פרובוקציה באופן שיש בה, לכל הפחות, כדי להביא לאי-הרשעתו.

48 ע"פ 4531/18, לעיל ה"ש 29. יצוין כי טענותינו לעניין העונש התקבלו באופן חלקי ביותר, כך שבוטל רכיב המאסר חלף קנס שהושת במסגרת גזר הדין המקורי.

49 רע"פ 1611/16 **מדינת ישראל נ' ורדי** (פורסם בנבו, 31.10.2018).

50 שם, בפס' 88ג) (ההדגשה אינה במקור).

51 ע"פ 7621/14 **גוטסדינר נ' מדינת ישראל**, פס' 43 לפסק דינו של השופט הנדל (פורסם בנבו, 1.3.2017).

52 ע"פ 2868/13 **חייבטוב נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 2.8.2018) (להלן: פרשת **חייבטוב**).

53 ראו עניין **פלונני**, לעיל ה"ש 7.

54 ראו לעניין זה דבריה של השופטת ברק-ארז בפרשת **חייבטוב**, לעיל ה"ש 52, בפס' 10.

55 ע"פ 5121/98 **יששכרוב נ' התובע הצבאי**, פס' 71 (פורסם בנבו, 4.5.2006).