

ע"י ב"כ עו"ד אריאל עטרי ו/או עו"ד
יונתן הופמן ו/או עו"ד עידן בוטבול
מרח' בן יהודה 42, ירושלים
טל. 02-6231841, 050-8323323
פקס. 02-6231851

העורר

נגד

מדינת ישראל

המשיבה

הודעת ערר

תוכן עניינים

3.....	הקדמה
4.....	השתלשלות העניינים
5.....	מסגרת הדיון
5.....	דיון בשאלת סעיף המסגרת המתאים ; 43 לפקודה או 108 לחוק
8.....	נפתח בניתוח סעיף 43
10.....	ניתוח ההחלטה בענין אלמאמוניה
12.....	ניתוח סעיף 108
16.....	לסיום הדיון בסעיפים 43 ו-108
16.....	המותב המתאים
	דיון בשאלת המותב המתאים וזכות העיון של הפרקליטות בראיות כפי
20.....	שבאו לביטוי בדיון בפני כב' השו' זילברטל בבש"פ 2502/14
21.....	על זכות הנאשם לא לגלות לתביעה את ראיותיו
22.....	השלכות סיווג הבקשה, לפי סעיפים 43 ו-108 על פסיקת בית המשפט
23.....	מקרה בוחן
27.....	הפגיעה ביכולת הנאשם לחקור חקירה נגדית אפקטיבית

29הזכות להימנע מהפללה עצמית
29נפקותו של סעיף 83 לחוק
30ההשלכה של המגמה המאפשרת קיום דיון במעמד הסניגור, בלבד, על הבקשה לא לגלות את הראיות המתקבלות - לתביעה
33חוסר סמכות בית המשפט להורות על העברת הראיות
34על זכות הערר
35תקיפת החלטה בבקשה לפי סעיף 108 בדרך של עתירה לבג"ץ והקריאה לתיקון החוק
38סעי' 3 לחסד"פ
39קיום זכות ערר משיקולי צדק ופרקטיקה
41המגמה העקבית של שופטי בית המשפט העליון לקיים דיון ענייני בעררים בנושא גילוי ראיות לפי סעי' 108
43התייחסות להחלטת בית המשפט קמא
45מקרים קודמים בפסיקת בתי המשפט
45סוף דבר

ע"י ב"כ עו"ד אריאל עטרי ו/או עו"ד
יונתן הופמן ו/או עו"ד עידן בוטבול
מרח' בן יהודה 42, ירושלים
טל. 02-6231841, 050-8323323
פקס. 02-6231851

העורר

נגד

מדינת ישראל

המשיבה

הודעת ערר

מוגש בזאת ערר על החלטת בית המשפט המחוזי בתל-אביב בת"פ [REDACTED] מיום 18.12.17 (כ"ב השו' ל. מרגולין-יחידי), בה הורה בית המשפט על מחיקת ארבע בקשות לגילוי ראיות שהגיש העורר.

הקדמה

1. עניינו של ערר זה היא החלטה-שיפוטית שפְטלה את זכותו של נאשם לא לגלות לתביעה את תוכן ראיות ההגנה. כידוע, מעמדת הנחיתות המובנית של נאשם בהליך הפלילי, אחת הזכויות הבודדות השמורות לו, מול עצמת המדינה וכלי איסוף הראיות הרבים העומדים לרשותה – היא הזכות לאסוף ראיות להגנתו בלי לגלותן לתביעה.
2. ההחלטה נשוא ערר זה משנה סדרי עולם, בקֹבעה כי גם אם נאשם אינו חייב לגלות את ראיותיו לתביעה – הרי אם, כאשר אין לו ברירה והוא נאלץ לבקש את עזרת בית המשפט, בפתח משפטו, לקבל **אותן ראיות** מצד שלישי – **בעצם פנייתו לבית המשפט**, הוא מאבד את הזכות שהתביעה לא תראה את הראיות אותן הוא מבקש לקבל.
3. בערר זה יבקש העורר לבטל את ההחלטה להעביר את החומר המבוקש על ידו לידי התביעה, הן לגופה של טענה והן מאחר שבית המשפט אינו מוסמך להורות על העברת חומר כזה לידיה.

השתלשלות העניינים

4. נגד העורר הוגש כתב אישום לבית המשפט המחוזי בת"פ [REDACTED].
כתב האישום מצ"ב – נספח א'.
5. סנגורו הח"מ של העורר החל ליצגו, בשלב מאוחר ועד ימים ספורים לפני פתיחת פרשת התביעה, ניסו הצדדים להגיע להסכמות שימנעו את הצורך בשמיעת עדים. משהסתבר לעורר שעומדים להישמע עדים בתיק - הגיש ארבע בקשות לגילוי ראיות לפי סעיף 108 לחוק ולפי סעיף 43 לפקודה. הבקשות נגעו לחומרים שהוחזקו על-ידי מוסדות חינוך, קופת חולים, שירות המבחן והמשטרה.
הבקשות מצ"ב – נספחים ב'4-1.
6. לפי הנוהל הפנימי של בית המשפט הועברו הבקשות לשופטת שדנה בתיק העיקרי ומשפ"ק ב"כ הנאשם כי הדיון יועבר **למותב אחר** - החליטה כי היא זו שתדון בבקשות.
ההחלטה מצ"ב – נספח ג'.
עם זאת, בסוף הדיון המקדמי הנזכר, שלא התייחס לגוף הבקשות, העירה השופטת קמא כי בכוונתה להורות שכל חומר שיתקבל על פי הצו שתתן, ככל שתיעתר לבקשות, **יועבר לתביעה**, בד בבד עם העברתו להגנה.
7. בתגובה, ביקש הסניגור לטעון כי הזכות כי ראיות הגנה לא תיחשפנה לתביעה שמורה לנאשם, גם כשהוא נזקק לפנות לבית המשפט לשם קבלתן. מטעם זה, בקש הנאשם לטעון כי אין מקום להעביר את תוצרי הבקשות לתביעה. העורר בקש שנושא זה יוכרע **לפני** הדיון בבקשות; שכן אם יוחלט להעביר את החומר לתביעה – הדבר עלול לרוקן מתוכן את היכולת של ההגנה להשתמש בתוצרי הבקשות ואולי אף לפגוע בהגנתו.
8. בית המשפט שמע את טענות הצדדים באולם. לאחר הפסקה, נציגת המדינה פנתה לפרקליטות המדינה, ולאחריה הודיעה כי נמסר לה ששאלת העברת הראיות שמבקש נאשם לקבל מצד שלישי לידי הפרקליטות - מעולם לא הוכרע על ידי בית המשפט העליון.
בית המשפט ביקש כי הנאשם יבהיר אם בכוונתו לעמוד על הבקשות במקרה שבקשתו שלא להעביר את הראיות לפרקליטות - תידחה. הנאשם הבהיר כי במקרה כזה - יתבקש בית המשפט שלא ליתן צווים בבקשות שהגיש, על מנת שיוכל לנקוט בצעדים המשפטיים המתאימים, דהיינו לערור על החלטת בית המשפט. בית המשפט בקש הבהרה לגבי המשך ההליכים בעקבות ההחלטה. חילופי ההודעות וההחלטות מצ"ב – נספח ד'.

9. בהמשך לאמור, דחתה השופטת קמא את ההחלטה ביום 18.12.17 ואף מחקה את הבקשות עצמן. השופטת החליטה כי ככל שיהיה מקום להיעתר לבקשות ולהורות על העברת ראיות לנאשם – חומר זה יועבר אף לידי הפרקליטות.
ההחלטה מצ"ב – נספח ה'.

10. בערר זה יטען העורר כי שגה בית משפט קמא משהחליט לדון בבקשות ומשהורה להעביר את תוצרי הצווים לידי המאשימה ויבקש, אפוא, להפוך החלטה זו.

מסגרת הדיון

11. הדיון בערר זה יעסוק בזכותו של הנאשם כי ראיות הגנה לא יועברו לתביעה, גם במקום בו הוא נאלץ לבקש אותן באמצעות צו שיפוטי, לשם כך, יידרש דיון אף בשאלת המסגרת המשפטית הנכונה להכרעה בשאלות הקשורות לגילוי ראיות להגנה (דיון לפי סעיף 43 או לפי סעיף 108) בעקבות ההחלטה שניתנה בענין **אלמאמוניה**, ופועל יוצא מכך בשאלת המותב שאמור לדון בבקשות.

לסיום ולמען הסר ספק, יתקיים דיון בזכות הערר הניתנת, במקרים דומים, ע"י בית המשפט העליון.

מאחר שהבסיס לדיון הוא הוראות החוק הרלבנטיות, נפתח בדיון בהן. הוראות החוק הרלבנטיות לדיון הינן סעיף 108 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], תשמ"ב-1982 (להלן "החוק") וסעיף 43 לפקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש) [נוסח חדש], תשכ"ט-1969 (להלן "הפקודה").

דיון בשאלת סעיף המסגרת המתאים ; 43 לפקודה או 108 לחוק

כללי

12. הבקשות דנן הוגשו לפי סעיף 43 לפקודה ו-108 לחוק.

13. בבש"פ 9305/08 פלוני נ' בית ספר אל מאמוניה לבנות (פורסם בנבו, 03.12.2008) נדונו הכלים העומדים לרשות המבקש לקבל ראיות המוחזקות על-ידי צד שלישי.

על-פי סעיף 108 לחוק:

"בית המשפט רשאי, לבקשת בעל דין או מיזמת בית המשפט, לצוות על עד שהוזמן או על כל אדם אחר להמציא לבית המשפט במועד שיקבע בהזמנה או בצו, אותם מסמכים הנמצאים ברשותו ושפורטו בהזמנה או בצו".

”ראה שופט שהצגת חפץ נחוצה או רצויה לצרכי חקירה או משפט, רשאי הוא להזמין כל אדם, שלפי ההנחה החפץ נמצא בהחזקתו או ברשותו, להתייצב ולהציג את החפץ, או להמציאו, בשעה ובמקום הנקובים בהזמנה.”

14. שני הסעיפים הנזכרים הם-הם הדרך בה אפשר המחוקק לנאשם לאסוף ראיות לקראת משפט; אותן ראיות מהן הדיר את התביעה וקבע שלא תוכל לעיין בהן.

בטיעוננו להלן נראה כי סעיף 43 לפקודה הוא הסעיף שעל-פי לשונו מתאים לקבלת חומר ראיות שכזה.

15. כאמור, דיון בשיוך הסעיפים נערך בבש"פ 9305/08 פלוני נ' ביה"ס אלמאמוניה לבנות. החלטה זו אינה מחייבת מאחר שהש' ארבל דנה בה במותב-יחיד, אך חשיבותה היא בהיותה בסיס לדיונים שיבואו בעקבותיה ובסיס לניתוח הדרך הנכונה בערר זה. נקודת המוצא של השופטת ארבל בענין אלמאמוניה היתה כי חלק מזכותו החוקתית של נאשם למשפט הוגן כוללת את זכותו לקבל ראיות המוחזקות על-ידי צד שלישי בפתח משפטו. כיום, איש אינו חולק על זכות זו.

16. באותה החלטה התלבט בית המשפט בשאלת הסעיף המתאים. על מנת להגשים זכות זו, פרש בית המשפט את סעיף 108 לחוק פרשנות מורחבת החלה על שני מצבים:

הראשון, כי באמצעות שימוש בסעיף יכול נאשם לקבל מיז עם תחילת משפטו, ראיות המוחזקות אצל צד שלישי.

השני, כי באמצעות שימוש בסעיף יכול נאשם לדרוש מצד שלישי להגיע, במסגרת פרשת ההגנה עם ראיות ולהציגן במהלך עדותו.

עד לדיון ומתן ההחלטה בענין אלמאמוניה – לא נעשה שימוש בבקשות לפי סעיף 108 לשם קבלת חומר בתחילת המשפט, אלא אך ורק, לפי הגיונו של הסעיף, כפי שנרחיב בהמשך, כאשר נאשם בקש לזמן עד שיביא ראיות במסגרת פרשת ההגנה. בעקבות אותה החלטה שדנה בבקשת הנאשמים ע"פ סעיף 43 ו-108 "נחשף" כליי שהיה חדש לכלל עורכי הדין – ומאז הוגשו מאות בקשות לפי סעיף 108 בבתי משפט בכל הארץ, ואולי אף מעבר לכך. הבקשות הוגשו לפי סעיף 108, בלבד, לאור החלטת הש' ארבל (הח"מ המשיך להגיש בקשות לפי סעיף 43 ו-108).

מטעם זה, ועוד לפני שנעשה השימוש בסעיף זה - נפוץ, כפי שהמצב הינו

היום - שקפה החלטת כב' השו' ארבל את המצב שהיה בתקופת שקדמה למתן החלטתה, באופן הבא:

"בעוד שבקשה לפי סעיף 74 לחסד"פ תוגש בדרך כלל עוד לפני תחילת שלב ההוכחות, שהרי הסנגוריה נדרשת לעיין בחומר זה בטרם תחילת פרשת ההוכחות. לעומת זאת בקשה לפי סעיף 108 לחסד"פ תוגש פעמים רבות לאחר שהתחילה פרשת ההוכחות, אשר במהלכה התגלה לסנגור כי קיים חומר אשר עשוי לעזור להגנת מרשו. הבחנה זו אינה חותכת כמובן אלא רק מאפיינת, וודאי שניתן להגיש בקשות לפי סעיף 74 לחסד"פ לאחר תחילת פרשת ההוכחות, **בעוד שבקשות לפי סעיף 108 לחסד"פ ניתן להגיש עוד בטרם התחיל שלב זה של המשפט.**"

17. בהמשך נצביע על כך שהשימוש בסעיף 108 אינו הולם את נסיבות ההליכים של בקשות דומות, ואולם, אין חולק כי לפי ההחלטה – השימוש שיכול להיעשות בסעיף הוא לשם גילוי ראיות לנאשם, מידי צד שלישי, בפתח המשפט או בפרשת ההגנה.

כיום, השימוש הנפוץ ביותר בסעיף 108 לחוק, מאז הלכת אלמאמוניה הוא השימוש הראשון, דהיינו כאשר נאשמים מבקשים, כבר בפתח משפטם, לקבל לידן ראיות המוחזקות על-ידי צדדים שלישיים והכל על-מנת שראיות אלה ישמשו אותם **בחקירת עדי התביעה** (כך נעשה, לדוגמא, במקרים הבאים: תפ"ח (מחוזי י-ם) **מדינת ישראל נ' שבן** 16-05-45893 (החלטה מיום 15.11.16); ת"פ (מחוזי י-ם) **מדינת ישראל נ' ליסון** 14-11-55590 (החלטה מיום 21.5.15); תפ"ח 17-05-5710 (מחוזי באר שבע) **מדינת ישראל נ' איסייב** (החלטה מיום 1.1.18); תפ"ח (מחוזי נצרת) **23996-06-16 מדינת ישראל נ' נסאר ואח'** (החלטה מיום 22.9.16); ת"פ (שלום י-ם) 16-09-3094 **מדינת ישראל נ' נועם ראובן ווגנר** (פורסם בנבו, 13.10.2017); תפ"ח (מחוזי ב"ש) 15-03-4319 **מדינת ישראל נ' ציון בן חמו** (פורסם בנבו, 30.10.2016); תפ"ח (מחוזי נצ') 17-01-41205 **ראיד בן חנא רושורוש נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 04.07.2017); ת"פ (שלום רמ') 16-09-12310 **משטרת ישראל תביעות- שלוחת רמלה נ' מרים סעאידה** (פורסם בנבו, 29.10.2017); ת"פ (שלום קריות) 16-10-40398 **מדינת ישראל נ' סבטלנה אוסטנין** (פורסם בנבו, 03.05.2017)).

מנגד, **כיום**, נדירות ההחלטות בהן נעשה שימוש בסעיף 108 לחוק במסגרת פרשת ההגנה. על ההשלכה של מצב זה – בהמשך.

18. את הבקשות נשוא ערר זה הגיש העורר לפי סעיף 43 לפקודה וסעיף 108 לחוק: לפי סעיף 43 מאחר שהוא האכסניה הטבעית להן, כפי שנראה, ולפי סעיף 108 לאור המתווה שנקבע בענין **אלמאמוניה**.

19. לענין זה חשוב להדגיש כי הצווים הניתנים, מעשה יום-יום, ע"י בתי המשפט מורים לצדדים שלישיים **שאינם עדים, בהכרח, במשפט** – להעביר ראיות, לאחר שהוגש כתב האישום ולפני שנשמעו הראיות, לידי הנאשמים ובאי כוחם, ואלה מחליטים אם להשתמש בהם וכיצד. על אף שזכותו של נאשם לקבל ראיות כאלה באמצעות צו שיפוטי הפכה להיות חלק טבעי מהמשפט הפלילי, מסתבר שדרך יישומה שוגה, לעתים, בחתירה תחת זכויותיו של הנאשם, מתוך אי הבנת הרציו שבבסיס הסעד לו זכאי הנאשם, כפי שארע במקרה דנן.

20. ואולם, על אף שהמטרה – מקובלת, הדרך שהותוותה ע"פ ההחלטה בפרשת אלמאמוניה – גרמה לתקלות, ולימדה שיש לבחון מחדש את המתווה שנקבע באותו ענין בשאלה אם סעיף 43 או סעיף 108 הם האכסניה הנכונה לבקשות כאלה, לאור לשון הוראות החוק והפרשנות שקבלו, בשנים שחלפו מאז.

21. בערר זה יטען המערער כי סעיף 108 ו- 43 באים לתת מענה למצבים ולצרכים **שוניים בתכלית**, כעולה מתוך לשונם, וכי סעיף 43 הוא הסעיף שעל פיו יש ליתן את הצו המורה על העברת ראיות לנאשם:

נפתח בניתוח סעיף 43

22. סעיף 43 בא להבטיח שחומר ראיות שיכול לסייע לנאשם בהגנתו "לצרכי חקירה **או משפט**" – יגיע לידי לשם הכנת הגנתו. כך, לדוגמא, נתאר לעצמנו חשוד שנחקר בקשר לעבירות הטרדה ממתקן בזק ונטען כלפיו שטלפן למתלונן מטלפון מזוהה בביתו והטרידו. אדם שנאשם בעבירה כזו יוכל, לדוגמא, לבקש מבית המשפט להורות לחברת הטלפון למסור לידו פלט שיחות שיצאו מביתו במועד הרלבנטי ולעשות בו שימוש ככל שימצא לנכון.

פעולה שכזו הביאה, לדוגמא, לזיכוי של חשוד בתיק אונס אכזרי ע"י בית המשפט העליון (ע"פ 10000/06 פלוני נ' מ"י (תק-על)).

23. כפי שניתן להבין בנקל מעניק סעיף 43 כלי בעל חשיבות עצומה בו יש לסייע להגנת נאשמים וחשודים.

מן העבר השני, זהו כלי בעל חשיבות עצומה אף למשטרה ולרשויות אכיפת החוק. ואכן, מידי שבוע מגישים נציגי המדינה לבתי המשפט שלום מאות

בקשות לפי סעיף 43 לגילוי חומר ראיות המצוי בידי גורמים שלישיים; באמצעות צוים כאלה הם מקבלים פלטי טלפון, דפי חשבון, תיקים רפואיים ופסיכיאטרים (כעולה מבש"פ 10032/06 הנזכר) וכל ראיה אחרת המצויה בידי צדדים שלישיים. דיונים אלה נעשים במעמד צד אחד ואין מגלים את תוכן הדיונים לצדדים השלישיים או לנפגעים מהצוים. האחרונים אף לא יודעים על עצם הבקשות והצוים שנמסרים לצדדים השלישיים.

24. הראיות שניתנות להשגה באמצעות השימוש בסעיף 43 הן רבות ומגוונות והן כלי חשוב ביותר ליציקת תוכן לזכותו של הנאשם או חשוד למשפט הוגן, באשר יש בו לאפשר גישה לראיות רבות החורגות מתיק החקירה המשטרתי המתגבש נגדו, שכן תיק כזה כולל ראיות שהמשטרה בחרה לאסוף, לפי שיקוליה, **בלבד**.

25. לשון סעיף 43 אינה מותירה מקום לספק כי גם **נאשם** יכול להיעזר בו במהלך משפטו, באשר לשונו עוסקת במסמכים הדרושים "לצרכי חקירה או **משפט**".

26. ודוק, בית המשפט הבא להכריע בבקשות מקבל לעיונו את חומר החקירה ועל פיו מורה על מתן הצו, כאשר החלטתו מהווה סוף פסוק והחומר שעל גילוויו הוא מורה אינו מגיע לעיונו.

27. לשון סעיף 43 אף מלמדת כי הצו הניתן עשוי לחייב המצאת הראיה המבוקשת **לאדם מסוים שבקש את הצו "בשעה ובמקום הנקובים בהזמנה"**. אין כל ציון לפיו יש להמציא את הראיה **לבית משפט**, ולו ברמז. **אין גם כל צורך שהראיות המבוקשות יוגשו במהלך המשפט או כי המביא אותן יהיה עד בבית המשפט**. ואכן, בשימוש היומיומי בסעיף זה מורים בתי המשפט לבתי חולים, לדוגמא, למסור לנציג המשטרה או לבעל דין המציג צו שיפוטי שניתן לפי סעיף 43, חומר רפואי, כנזכר בצו **ולא לבית המשפט**.

גם השו' ארבל ציינה כי:

"סעיף 43 לפסד"פ, אשר למרות המינוח בו הוא משתמש עוסק גם בהמצאת מסמכים, מיועד למקרים בהם ההליך הרגיל של "חיפוש ותפיסה" אינו ההליך היעיל או האפקטיבי לגילוי או לתפיסתו של חפץ או מסמך. כך למשל, **כאשר יש בסיס להנחה כי מחזיק החפץ או המסמך**

יסרב למוסרו (יעקב קדמי על סדר הדין בפלילים 534 (חלק ראשון, מהדורה מעודכנת, 2003); רע"פ 8600/03 מדינת ישראל נ' שרון, פ"ד נח(1) 748, 767 (2003)). **תכליתו של הסעיף הינה לקדם את צרכי החקירה או המשפט** (ע"פ 1761/04 שרון נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(4) 9, 17 (2004) (להלן: עניין שרון)). (ההדגשות שלנו, א.ע.).

ואולם, השו' ארבל קבעה, בסופו של יום, כי צוים מן הסוג הנדון – ניתנים לפי סעיף 108 דוקא ולא לפי סעיף 43.

ניתוח ההחלטה בענין אלמאמוניה

28. נלך, כעת, עקב בצד אגודל, אחר הנמקותיה של כב' השו' ארבל לבחירתה בסעיף 108 כאכסניה ונראה כי הגיעה העת לשנותן, הן לאור לשון החוק והן לאור שינוי המציאות מאז. השופטת ארבל נמקה את העדפת סעיף 108 על פני סעיף 43 בכך שסעיף 43 ממוקם בפקודה שעוסק, בעיקר, בענייני מעצר וחיפוש, שנעשות, בעיקר בשלב החקירה – ולפיכך קבעה כי בקשה של נאשם לקבלת ראיות מצד שלישי המוגשת לאחר שהוגש כתב אישום – אינה מתאימה לסעיף, מחמת מיקומו בפקודה.

29. דיון **בנימוק הראשון** שהביאה השו' ארבל מדוע מקומו של השימוש בסעיף 43 הינו רק לפני תחילת המשפט – מלמד כי אינו יכול לעמוד. לפי החלטתה, סעיף 43 אינו מתאים לבקשת נאשם לאחר תחילת משפטו מאחר ש"סעיף 43 ממוקם במסגרת פקודה שעניינה הוראות הקשורות למעצר ובעיקר לחיפוש. מאחר שפעולות אלו נעשות בעיקרן בשלב החקירתי, אך טבעי הוא להניח כי סעיף 43 עוסק אף הוא בשלב זה".

הקושי בטיעון זה הינו, בראש ובראשונה, שהוא עומד בניגוד גמור **ללשונו הברורה של החוק** לפיה השימוש בסעד שמעניק החוק ייעשה בכל מקרה בו "ראה שופט שהצגת חפץ נחוצה או רצויה לצרכי חקירה או משפט", משמע, מול עיני המחוקק עמדו, בפירוש, האפשרויות של מתן צו, לפי הסעיף, הן בחקירה והן במשפט, והוא בחר לכלול את **שניהם**, ולא להסתפק בהליכי חקירה.

ממילא, אמנם זכותו של בית המשפט היא לפרש חוק – ואולם, אין חולק כי פרשנות זו תידחה, לעולם, מפני לשונו הברורה של החוק, חוץ מבמקרים קיצוניים שבקיצוניים והמקרה שבפנינו ודאי אינו כזה (ר' ע"א 4609/12 **אגף המכס והמע"מ - מס קניה נ' טמפו תעשיות בירה בע"מ** (פורסם בנבו, 24.06.2015)).

המסקנה המתבקשת היא שלאור לשונו הברורה של החוק יש לומר כי סעיף 43 חל גם **במשפט עצמו**, לאחר שהוגש כתב אישום, ולא רק בשלב החקירה.

30. ואולם, גם בהנמקת כבי השו' ארבל לגופה – קשיים של ממש: על פי ההחלטה, מאחר שהפקודה עוסקת "בעיקר בחיפוש", ומאחר שפעולות חיפוש נעשות, בעיקרן, בשלב החקירתי, "אך טבעי הוא להניח" שאף סעיף 43 עוסק בשלב זה.

נימוק זה נתקל בקשיים במספר מובנים:

ראשית, גם בחוקים שעניינם אחד, יכולות להימצא הוראות חוק העוסקות בנושא אחר ועדיין הן במלוא תקפן. משמע, אפילו אילו היתה הפקודה עוסקת בנושא אחר, עדיין אילו נכללו בו הוראות חוק בנושא אחר – היתה חובה לכבדן.

שנית, בענייננו, כפי שכתבה כבי השו' ארבל, **עיקר** ההוראות עוסק בחיפוש ומעצר. "עיקר" אך לא כלל.

שלישית, נקבע כי עיקר ההוראות עוסק אף בחיפוש. והרי אין לך חיפוש לשם חיפוש; חיפוש נעשה **לשם תפיסה**. ממילא, גם לשיטת השו' ארבל עיקר החוק עוסק אף בתפיסה, וממילא מיקום הסעיף בפקודה מחזק את השימוש הטבעי בו-דוקא בכל הנוגע לתפיסת חפצים וראיות על-ידי כל אדם.

רביעית, העובדה שתפיסת חפצים וראיות נעשית בעיקר בשלב החקירתי, נכונה ואינה נכונה, במובן הבא: תפיסת ראיות **על-ידי המשטרה** אכן נעשית בשלב החקירה, שכן זוהי זירת זמן-האיסוף הטבעית מבחינתה, ואולם, עובדה זו היתה ידועה היטב למחוקק וכזכור הוא בחר להעניק **אותה** זכות אף לאזרח מן השורה, בין בשלב החקירה ובין בשלב המשפט. לגבי אזרחים, זירת זמן-האיסוף הטבעית היא **לאחר** תחילת המשפט. ממילא, העובדה שפעולות התפיסה **של המשטרה** נעשות, בעיקרן, בשלב החקירה, אינה אמורה להשליך על פרשנות הסעיף בנוגע לאזרח, שלגביו פעולות אלה נעשות לאחר תחילת המשפט.

31. לאור כל האמור, ברור כי ההנמקה שניתנה לקביעה כי סעיף 43 אינו מתאים

לבקשת נאשם לאחר שהוגש נגדו כתב אישום – אינה יכולה לעמוד.

לא זו אף זו, לשונו של סעיף 43 מתאפיינת **ביחס שווה לאזרח ולשוטר** הבאים לבקש סעד לפיו; שניהם זכאים לקבל ראיות, לפי לשונו, אם יבקשו צו וישכנעו את בית המשפט בצדקת בקשתם. לענין זה ראה אף דברי כבי השו' מלצר לפיהם "דיון ראשוני בבקשות של נאשם למתן צו כמו זה שהתבקש כאן, המופנה לחברת תקשורת, אפשר שיקוים במעמד צד אחד וזאת מכוח אנאלוגיה לפרקטיקה שנהגה בעבר לגבי בקשות שהוגשו על פי סעיף 43 לפקודה (עיינו: רע"פ 8600/03 **מדינת ישראל נ' גלעד שרון**, פ"די נח(4) 1) **ועקרונות השוויון**".

העורר יטען כי על פי לשון הסעיף אין מקום למנהג איפה ואיפה; המחוקק סבר שדרך הפניה לשופט, דרך הטיעון ודרך קבלת הראיות – כולן זהות בשני המקרים, כאשר, כמובן, לבית המשפט שיקול דעת בכל מקרה כיצד לנהוג

ומה להחליט.

הפניית אזור לשימוש בסעיף 108, שכפי שנראה - חוטאת ללשון החוק, מחד, ובכך מטילה על האזור מגבלות שהמחוקק בחר לא להטיל עליו בהליך כזה, מאידך – ולפיכך אינה חוקית, ואינה יכולה לעמוד.

ניתוח סעיף 108

32. סעיף 108, מנגד, עוסק במצב אחר והוא בא לענות על צרכים אחרים. סעיף זה בא לתת מענה לצד המבקש להמציא לבית המשפט מסמכים ומוצגים. אלמלא סעיף זה, לא ניתן היה להגיש ראיות באמצעות צד שלישי המחזיקים בידיו. כך לדוגמא, נתאר לנו מצב בו תובע או סנגור מבקשים להגיש פלטי טלפון הרלבנטיים למשפט – במהלך המשפט. החוק אפשר לזמן עד מטעם חברת התקשורת לבית המשפט. ואולם, אם יגיע העד מטעם חברת הטלפון בידיים ריקות – לא הועילה עדותו דבר והראיות אותן מבקש המזמין להגיש לבית המשפט לא תוגשנה ולא תהיה אפשרות להגישן.

33. מטעם זה, בא המחוקק וקבע את סעיף 108 שלפיו, במצב שכזה, כאשר יש צורך בהגשת מוצג המוחזק ע"י צד שלישי – יהא רשאי כל צד לבקש צו המורה לעד להגיע ולהביא עמו את המציג או המסמך הרצויים, שאלמלא סעיף זה לא יכול היה להגישם.

34. זו גם הסיבה שבסעיף 108 הטרמינולוגיה היא "להמציא לבית המשפט" ולא נזכרת בו המצאה לצדדים אחרים או המצאה של המוצג לאדם שייקבע בצו, שכן סעיף 108 עוסק רק במתן מענה לצורך להגשת ראיה המוחזקת אצל צד שלישי לבית המשפט.

35. ברור שהנחת המחוקק, בחוקקו את סעיף 108 היא שהעתק הראיה שהגשתה מבוקשת לפי סעיף 108, כבר הגיע לבעל-הדין המזמין את הצד השלישי עם הראיה המבוקשת, מבעוד מועד, מכח צו שניתן לפי סעיף 43. סעיף 108, אפוא, בא לפתור בעיה פורמאלית ולא בא לגרוע מהשימוש בסעיף 43 או למנוע מצד כלשהו לקבל ראיות או מוצגים מבעוד מועד, כאמור.

36. לסיום חלק זה נדגיש; משפט איננו רק הצגת מסמכים ומסמכים שכנגד. לחקירה נגדית יעילה יש משקל מרכזי בחשיפת האמת. מאחר שההכרעה בשיטת המשפט הישראלית נעשית לפי התרשמויות מעדים המעידים בבית המשפט – חובה לאפשר לצד הבא לחקור עד גישה כל הראיות היכולות לסייע לו לפני תחילת מסירת אותן עדויות ולפני שבית המשפט מגבש דעה והתרשמויות מעדי התביעה. נראה כי מדובר במושכלות יסוד ואולם בשל חשיבותן לדיון אנו מעלין אותן על הכתב.

37. מן העבר השני, גם הניתוח שערכה השו' ארבל לסעיף 108 בו מצאה אכסניה לבקשת תפיסה של אזרח שמשפטו החל - אינו הולם את לשון החוק. נביא, תחילה, את דברי כב' השו' ארבל:

"מנגד, סעיף 108 מצוי בסימן העוסק בהזמנת עדים והמצאת מסמכים (אם כי בפרק שכותרתו היא "הליכים שלפני המשפט", אך נראה כי הכוונה היא להליכים בטרם תחילת פרשת ההוכחות), דבר המלמד על השתייכותו לשלב שלאחר הגשת כתב האישום"

38. עיון בלשון סעיף 108 מלמד כי, כפי שציינה השו' ארבל – סעיף זה עוסק, בפירוש, בהמצאת מסמכים "לבית המשפט" "במועד שיקבע בהזמנה או בצו"; ברור, לחלוטין, שהסעיף אינו עוסק בתרחיש בו אנו עוסקים, דהיינו במצב בו מתבקשת העברת ראיות לנאשם. מסקנה זו מתבקשת מניתוח פשוט של לשון הסעיף:

א. ראשית, מיקומו של הסעיף בחוק, אינו מותר מקום לדמיון: בשונה מהפקודה, בה נעשה שימוש בלעדי לתפיסת ראיות, סעיף 108 ממוקם בחוק לאחר הפרק העוסק בהגשת האישום, לאחר הפרק שעוסק ב"זימון משפט" בפרק שכותרתו "המצאת עדים והמצאת מסמכים": סעיף 106 עוסק ב"הזמנת עד" ולפיו "בית המשפט יזמין, לבקשת בעל-דין, כל אדם להעיד במשפט...". סעיף 107 שבא אחריו מצייר את "צורת ההזמנה ותכנה" ואילו סעיף 108, בהמשך טבעי לסעיפים הקודמים, עוסק ב"צו להמצאת מסמכים ומוצגים". לאחר שהוסדרה דרך זימון עדים למתן עדות על מה שראו או שמעו בסעיפים הקודמים, עוסק הסעיף בדרך להגשת מוצגים באמצעות עד, במהלך המשפט.

ואכן, כפי שציינה השופטת ארבל, לשון הסעיף מלמדת על "השתייכותו לשלב שלאחר הגשת כתב אישום" ואם לדייק, זהו הסעיף המעניק לבית המשפט או לצד את הזכות והסמכות לדרוש מעד להביא לבית המשפט ראיה לשם הגשתה במהלך עדותו.

עניינו הרואות, סעיף 108 אינו עוסק בהמצאת ראיה לאחד הצדדים אלא לבית המשפט, ואין הדבר נעשה לפני המשפט אלא במסגרת מסירת העדות בבית המשפט, כפי שהיטיב להגדיר זאת כב' השו' עמית בש"פ 8252/13 מדינת ישראל נ' ליאל שיינר (פורסם בנבו, 23.01.2014). יוער בהקשר זה, כי ההחלטה המקיפה והמעמיקה בעניין שיינר, יצאה מנקודת מוצא מפורשת של דיון לפי סעי' 108 כנדבך מעל להחלטה בענין אלמאמוניה. באותו מקרה לא נשקל, כלל, שימוש בסעי' 43, שכן, כפי שנאמר בו "סעיף 43 לפסד"פ עניינו בהליכים טרם

הגשת כתב אישום כך שאיננו נדרשים לו (ראו החלטת השופטת ארבל בבש"פ 3945/13 פלוני נ' מדינת ישראל [פורסם בנבו] (12.6.2013)).
ממילא, הדיון המפורט שנעשה שם אינו יכול לשמש לנו מדריך, מאחר שארגז הכלים שבו השתמש בית המשפט - היה חסר כלי מרכזי שאיש מהצדדים לא בקש להשתמש בו. יתכן מאד שבחינת התמונה המלאה היתה מובילה את כב' השופט עמית, בהחלטתו המקיפה והמעמיקה, לתוצאות שונות. לא זו אף זו, הניתוח שנעשה באותו עניין התבסס על שורה של הנחות עובדתיות שגם אם נזכרו ע"י כב' השופט ארבל - אינן משקפות את המציאות, כפי שפירטנו בסעיפים 28-31 לערר זה.

לסיכום נקודה זו, מיקום הסעיף מלמד שהוא אינו האכסניה הטבעית להוראת חוק העוסקת במסירת ראיות לידי נאשם, בדומה להסדר הנהוג לפי סעיף 43, ללא זימון כל עד למשפט וזמן רב לפני תחילת שמיעת הראיות.

ב. שנית, לקושי האמור נוספת לשונו הברורה של הסעיף.
אין חולק על זכותו של נאשם לקבל לידי ראיות לפני תחילת המשפט. מאות החלטות שניתנו מאז ההחלטה בענין אלמאמוניה הורו על מסירת ראיות כאלה לנאשמים.
בכל ההליכים הללו הבקשות היו להמציא לידי הנאשם את החומר ולא לידי בית המשפט. יש ובית המשפט עשוי להחליט כי עליו לבחון את הראיות בטרם העברתם ואולם, לעולם, בית המשפט אינו היעד של הצו אלא הנאשם, שאליו מתבקשת העברת הראיות.
מכיוון שכך, לשונו של סעיף 108 העוסקת בסמכות "לצוות... להמציא לבית המשפט", ולא לנאשם, מלמדת שעניינו של סעיף זה אינו בבקשות מן הסוג המבוקש בענייננו, אלא בזימון עד לעדות בבית המשפט כשהראיות שהצגתן נדרשת - בידיו.
מנגד, לשון סעיף 43 עוסקת במי שמתבקש "להתייצב ולהציג את החפץ, או להמציאו, בשעה ובמקום הנקובים בהזמנה". הסעיף אינו דורש, בשום אופן, שהראיה תוצג בבית המשפט, או שהמציג יהיה עד במשפט. לפי לשון הסעיף ברור שתוכן הצו יכול להיות להעביר לנאשם או לאזרח המבקש את הראיה המבוקשת, כפי שאכן נעשה, בפועל, בשימוש היומיומי, במאות בקשות שמגישה המשטרה מדי שבוע.
עניינו הרואות, אם כן, שלשון סעיף 108 אינה מתאימה לסעד הנדון במקום בו סעיף 43 מתאים לסעד זה ככפפה ליד, ובפועל אף נעשה בו שימוש כזה.

39. לסיום ההתייחסות להחלטת כב' השופט ארבל נציין כי גם ההנמקה האחרונה שהביאה אינה מבססת, בהכרח, את מסקנתה:

"לבסוף, עמדה זו נתמכת בפסיקה העוסקת בעניינים אלו. במספר מקרים בהם התבקש, בדומה למקרה דנן, עיון בחומר שלא נתפס על-ידי המשטרה ולא היה בחזקתה או בחזקת התביעה, כאשר דובר על שלב שלאחר הגשת כתב האישום, נעשה שימוש בסעיף 108 לחסד"פ (ראו למשל עניין מסארווה, בעמ' 382; בש"פ 8555/06 פלוני נ' מדינת ישראל ([פורסם בנבו], 9.11.06); בש"פ 3831/02 מצרי נ' מדינת ישראל ([פורסם בנבו], 7.6.02) (להלן: עניין מצרי); בש"פ 2481/96 רבינק נ' מדינת ישראל, פ"ד (2) 498 (1996); עניין גופמן). במקרה נוסף אף נאמר מפורשות כי עניינו של סעיף 108 לחסד"פ הוא בשלב הבאת הראיות (בג"ץ 9264/04, פסקה 10 לפסק הדין). מנגד, כאשר דובר על צו להמצאת חפץ או מסמכים טרם הגשת כתב אישום נעשה שימוש בסעיף 43 לפקודה (עניין שרון).

סעיף 43 לפסד"פ, אם כן, עניינו בהליכים שטרם הגשת כתב אישום. סעיפים 74 ו-108 לחסד"פ עניינם בהליכים שלאחר הגשת כתב האישום (ראו גם משה שלגי וצבי כהן סדר הדין הפלילי 71 (מהדורה שניה, 2000) (להלן: שלגי וכהן)).

גישה זו לוקה במספר קשיים:

ראשית, סעיף 43 היה, שנים רבות, בבחינת סעיף שנסתר מעיני הכל, כאשר המשטרה עושה בו, בלבד, שימוש. בענין **שרון**, זמן קצר לפני שהגיע ענין **אלמאמוניה** לדיון – נעשה שימוש ראשון בסעיף. יש לקשר זאת אף להכרות של הכל עם חוק סדר הדין הפלילי ופחות עם פקודת סדר הדין הפלילי.

כך או אחרת, העובדה היא שבכל ההחלטות שהביאה כב' השופטת ארבל – לא נשקלו השימוש בסעיף 43 והתאמתו והשאלה שהונחה בפני בית המשפט, באותם מקרים, נבעה מסעיף 108 בלבד (כך גם בענין **מסראווה** שאותו מרבים לצטט, בהקשר זה). ממילא, העובדה שבאותן החלטות לא נעשה שימוש בסעיף 108 – חסרת משמעות.

אם כן, לא החלטה שיפוטית ניתבה את הדיון, באותם מקרים, לסעיף 108 אלא העובדה שהבקשות הוגשו, מלכתחילה, לפי חכמת הסנגורים שהכירו את סעיף 108, בלבד.

שנית, מן העבר השני, בענין **שרון**, לא ניתן היה להשתמש בסעיף 108 מאחר שסעיף זה פורש את מצודתו רק על המשפט. מכיוון שכך השימוש בסעיף 43 הלם את המקרה. **ואולם**, כפי שפתחנו, סעיף 43 אינו מצמצם עצמו רק לשלב החקירה, אלא שכפי שהוא מכיל את שלב החקירה – הוא מכיל גם את שלב

המשפט.

שלישית ואחרונה, השו' ארבל הפנתה לספרם של **שלגי וכהן**. ואולם, גם שם נאמר שסעיף 43 יכול לשמש את הנאשם במהלך המשפט לשם תפיסת ראיות "שופט של בית משפט שלום, או שופט של בית משפט מחוזי (שופט מחוזי - משמע, הדבר נעשה בעיצומו של משפט א.ע.). רשאי להזמין כל אדם להתייצב ולהציג חפץ, או להמציאו, בשעה ובמקום הנקובים בהזמנה, אם ראה השופט שהצגתו של החפץ נחוצה או ראויה לצרכי חקירה או משפט" (ההדגשות שלנו א.ע.).

40. לסיכום נקודה זו, ניתוח הדרך בה נבחר סעיף 108 כאכסניה להליך של גילוי ראיות לנאשם בענין **אלמאמוניה** – לוקה בקשיים של ממש, כאשר סעיף 43 הינו, על פניו, המקום המתאים והראוי להליך, הן לפי לשון הסעיף והן לפי מיקומו. יתר חלקי ההחלטה של השו' ארבל נבעו משיוך ההליך לסעיף 108 ולפיכך לא נעסוק בהם עתה ולא ניגע בפנים נוספות של התאמת סעיף 43 להליך דנן.

לסיום הדיון בסעיפים 43 ו-108

41. לסיום פרק זה נציין כי אכן סעיף 43 הינו סעיף פחות מוכר. יש להניח כי יש לזקוף את "חוסר מזלו" לעובדה שהוא ממוקם בפקודה ולא בחוק. יצוין כי הפקודה נגרעת, פיזית, מחלק מקבצי החקיקה ולא פעם נתקל הח"מ במשפטנים שלא יודעים על קיומה. ואולם, השימוש בסעיף זה בחיי המעשיים – רב.

42. המחוקק העמיד לרשות המשטרה והנאשמים את סעיף 43, ככלי בעל חשיבות מרכזית לגילוי האמת.

43. לאור זאת מתבקש בית המשפט להעמיד את סעיף 43 במקומו הראוי, כפי שהחל בית משפט זה להנהיג בע"פ 1761/04 שרון נ' מ"י פד"י נ"ח (4) 9, ולקבוע כי פניית העוררים לשימוש בכלי זה הינה הדרך הראויה, בנסיבות העניין.

המותב המתאים

44. בעניננו, השופטת הדנה בתיק העיקרי החליטה להותיר את הדיון בבקשות בידיה, מאחר שהמשפט החל והחלה שמיעת העדויות.

45. שיוך הבקשות לסעיף 108 יצר תקלה נוספת, מאחר שלאור לשונו קבעה השו' ארבל כי הבקשה תידון לפני בית המשפט הדין במשפט. כך אכן משתמע

מסעיף 108 והדבר אף הגיוני בזכרנו מהי משמעותו האמיתית של הסעיף; דיון בזימון עד במהלך המשפט שבאופן טבעי יוכרע על-ידי המותב הדין בתיק. בענין **אלמאמוניה** נקבע שבית המשפט הדין בתיק – יחליט אם לדון בבקשה או להעבירה למותב אחר.

ואולם, התוצאה של בחירה זו - קשה מאד. אין חולק כי חשיפת שופט, מקצועי ככל שיהיה, לראיות שלא בהכרח יוגשו במהלך המשפט טומנת בחובה בעייתיות של ממש. מטעם זה תוקן סעיף 74 והוסף סעיף 74(ג) לפיו הדיון בבקשות לגילוי חומר חקירה יועברו לשופט שאינו דן בתיק העיקרי – וכך כל הבקשות לגילוי חומרי חקירה מנותבות לשופטים תורנים.

46. ההחלטה בענין **אלמאמוניה** יצרה קושי עצום שמערכת משפט תקינה אינה יכולה לסבלו: נניח, לשם ההמחשה, שאדם שהורשע, בעבר, בתקיפת אשתו ביום 1.1.2015. בשנת 2016 הוגש נגדו כתב אישום חדש בו נטען שאנס את אשתו בשנים 2015-6, מדי שבוע, ושדד בנק בהזדמנות אחרת. לנאשם נודע כי צד ג' מחזיק הקלטה בה אשתו ספרה שמאז הרשתו הקודמת של בעלה בהכאתה – לא נגע בה, או, לחלופין, שמאז ההרשעה הגביר את צריכת הסמים שלו ומסתובב עם עברייני רכוש מוכרים, אך אינו נוגע בה. אין ספק שלנאשם יש ענין לבקש לקבל את החומר המוחזק בידי צד ג' ושחומר זה טומן בחובו פוטנציאל לזכותו ואולם, הנאשם לא יעז להגיש בקשה לקבל את החומר לפי סעיף 108, מאחר שהבקשה תובא בפני השופט שאמור להכריע באשמתו – **ועצם** העיון בבקשה או הדיון בה יחשפו בפניו את הרשתו הקודמת של הנאשם, או, לחלופין, את הטענות שהוא מסתובב עם עברייני רכוש או צורך כמות גדולה של סמים – דבר שעלול לפגוע בו במשפט. או נאשם שמבקש חומר בו מסופר או עלול להיות מסופר על בעיה נפשית ממנה הוא סובל, פגיעה מינית שעבר, ולהבדיל, פגיעה מינית שפגע, על בגידה שבגד באשתו ממנה עלול בית המשפט להסיק על חוסר אמינותו וכיו"ב.

47. מערכת משפט צודקת חייבת לאפשר לנאשם כזה את הזכות לבקש ולקבל את החומר שהוא מבקש – בלי לחשוש שמא השופט שדן בתיק העיקרי ידע על קיומו או יראה אותו. ודוק, על פי **אלמאמוניה** ההרכב צריך להשתכנע שיש מקום להעביר את הדיון. וכי איך יכול נאשם לסביר את הסיבה להעברה במקום בו כל רצונו הוא לא לחשוף אותה!?

48. ניתוב ההחלטה לשופט שדן בתיק העיקרי הוא אילוץ הנובע מלשון סעיף 108. סעיף 43 לעומת זאת, מאפשר קיום הדיון בפני כל שופט. יאמר האומר, מה הדין במקרה שרק היכרות עם התיק והראיות שנשמעו מאפשרת הכרעה בבקשה?
על כך נשיב:

ראשית, ההחלטה על המותב תיעשה על-ידי שופט תורן. שופט שכזה ישמע את הטענות ויוכל להחליט מיהו המותב הראוי, בין אם הוא ובין אם המותב שדן בתיק.

שנית, 99% מהבקשות לגילוי ראיות נידונות לפני תחילת שמיעת העדויות. **שלישית**, הטיעון על "הכרות" עם הראיות כסיבה לקיים את הדיון בפני שופטי המותב העיקרי – אינה הולמת את המציאות המוכרת:

א. כל דיון לפי סעיף 74, יהא השלב של המשפט העיקרי אשר יהא, מועבר לשופט תורן (אגב, כך גם בענייננו, מתנהלת, במקביל בקשה לגילוי ראיות לפני שופט תורן) ומעולם לא שמענו שהיה בכך להפריע לשופט להכריע בבקשה, למרות שמדובר, הלכה למעשה, בבקשה מקבילה ולעתים זהה.

ב. נסיונו של הח"מ מלמד ששופטי ישראל התברכו ביכולת לקבל החלטות גם בתיקים רחבי היקף: כך הדבר נעשה בערעורים, מעשה יום ביומו, כאשר צדדים מצליחים להעביר בתמצית את עיקרי טענותיהם, גם כשמדובר בחומר רב.

ג. הלכה למעשה, שופטים תורנים שדנים בבקשות המשטרה לפי סעיף 43 מקבלים החלטות בתיקים בהם נציגי המשטרה מגיעים עם ארגזי ראיות כבדי משקל, מבלי שאיש יטען כי אינם יכולים לקבל החלטה בתיקים רק מאחר שלא ניהלו את החקירה.

ד. כך נכון הדבר גם כאשר שופטים מכריעים בבקשות למעצר עד תום ההליכים, לאחר שעיינו בראיות רבות והכריעו בהם. במקרים בהם קיימים שופטים כאלה – קיימת להם עדיפות עצומה על פני שופטים בתיק העיקרי שכלל לא מכירים את הראיות בתיק.

ה. אפילו אילו נשמעו ראיות בתיק, ברוב המוחלט של התיקים, מדובר בעשרות עמודים שאינם שונים משום חומר כתוב הכלול בחומר החקירה ומובא לעיון והכרעת שופטי מעצרים.

49. מעבר לכל האמור, קיימת בעיה של ממש בקביעת ברירת מחדל לפיה השופט בתיק העיקרי יצטרך לשמוע טענות ולעיון בראיות, כמתבקש מהכרעה, עוד בטרם החל המשפט. במסגרת כזו הוא נאלץ לעיון בראיות שאולי לא יוגשו במשפט, חלקן עלולות להיות ראיות שמשחירות את הנאשם, לשמוע טענות שמקומן במשפט עצמו.

נזקו של הליך זה עצום ובמקרים רבים לא הפיך.

כה חמור הוא שלשמו, באופן יוצא דופן, חוקק סעיף 74(ג) המורה על העברת הדיון לשופט שאינו דן בתיק העיקרי.

50. הבעייתיות המובנית בחשיפת חומרים אותם מבקש נאשם לקבל לידיו, לעיני בית המשפט הדן בתיק העיקרי היתה, בעבר, אף נחלתו של סעיף 74 לחוק.

משכך, כל אימת שפניית סניגור לתביעה לקבלת חומרי חקירה העלתה חרס, **עתר הסניגור לבית המשפט העליון, בשבתו כבית המשפט הגבוה לצדק**, כדי שזה יורה לתביעה להעביר לידיו את החומרים המבוקשים מבלי שאלה ייחשפו לעיניו של בית המשפט הדן בתיק – דבר שמעבר להצפת בית המשפט העליון, גרר אף סירבול ועיכובים מיותרים של ההליך העיקרי. בעקבות קריאתו של בית המשפט הנכבד בע"פ 633/83 **אנג'ל נ' מ"י**, עליו נעמוד בהמשך, תיקן המחוקק את החוק ופתח ערוץ נוסף, הוא סעיף 74(ג) – לפיו כאשר התביעה מסרבת להמציא לנאשם חומרי חקירה, יכול הנאשם לפנות לבית המשפט בבקשה לקבלת חומרי חקירה, אשר תידון על-ידי **מותב שאינו המותב הדן בתיק העיקרי**; וכך נכתב בהצעת חוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], תשמ"ב-1982 (תיקון מס' 16), התשנ"ג-1993 (ה"ח 2194):

"אף שאין בחוק סדר הדין הפלילי הוראה מפורשת השוללת מבית המשפט הדן בעניין את הסמכות להיזקק לטענותיה של הסניגוריה כי לא אופשר לה לעיין בחומר חקירה מסויים הנמצא בידי התביעה, **התפתח במשך השנים נוהג בבתי משפט מחוזיים שלא לדון בבקשות מסוג זה מן הטעם שהדבר עלול לגרום לכך שבית המשפט יעיין בחומר שעשוי לאחר מכן לשמש כראיה מבלי שהובא בפניו בדרך המקובלת**. על כן התפתח נוהג נוסף שלפיו הסניגורים פונים לבית המשפט הגבוה לצדק כל אימת שהם סבורים שלא נתאפשר להם העיון בראיות התביעה.

לדעת נשיא בית המשפט העליון, וכן לדעת הועדה לסדר הדין הפלילי, הפניה לבית המשפט הגבוה לצד איננה רצויה, כי יש בה כדי להאריך ללא צורך את משך ההפסקה בדיון העיקרי."

51. הדיון בבקשות שהגיש העורר ממחישות היטב את הבעייתיות הנזכרת: אחת הבקשות מתייחסת לקבלת חומר מהתיק הנוגע לעורר בשירות המבחן, לשם הוכחת גרסה שקרית שמסרה אחת המתלוננות, שעבדה בשירות המבחן, שלא במסגרת הפגישה המקורית עם קצינת המבחן. מדובר במתלוננת שעבדה, באותו זמן, בשירות המבחן, במחלקה מקבילה. כידוע, תסקיר מעצר – חסוי מפני כולי-עלמא, בכלל, ומפני השופט הדן בתיק העיקרי, בפרט. תסקיר מעצר כולל, פעמים רבות, מידע מפליל על נאשם, מצביע על מסוכנות גבוהה וכיו"ב, פרטים שגם ללא מגבלה חוקית – ברור כי אסור שהשופט הדן בתיק העיקרי יעיין בהם. בעניינו, השופטת שדנה בתיק העיקרי לא ראתה כל בעיה בכך שתכריע בבקשה וברור כי ככל שהשופטת הדנה בתיק העיקרי היתה דנה בבקשה – היתה מעיינת בחומר הנוגע לתסקיר ולנאשם היה נגרם נזק לא הפיך.

המקרה דנן ממחיש, אפוא, מדוע הדיון בבקשות דומות חייב להיעשות לפי ההסדר הקבוע לגבי בקשות לפי סעי' 74, דהיינו, העברה לשופט שאינו דן בתיק העיקרי.

52. המסקנה המתבקשת מכל האמור היא שברירת המחדל חייבת להיות העברת הדיון בבקשות לשופט שאינו דן בתיק העיקרי על מנת שידון בהן, וכי אפילו יהיה מקום לשקול ניתוב התיק להרכב הדן בתיק – ההחלטה תתקבל על ידי השופט התורן. כך מחייבים ההגיון, הצדק ולשון סעיף 43.

דיון בשאלת המותב המתאים וזכות העיון של הפרקליטות בראיות כפי שבאו לביטוי בדיון בפני כב' השו' זילברטל בבש"פ 2502/14

53. בהקשר זה ראוי לציין את דבריו הנכוחים של כב' השו' זילברטל בבש"פ 2502/14 פלוני נ' לשכת הרווחה המחלקה לשירותים חברתיים (פורסם בנבו, 24.04.2014) ואת עמדת הפרקליטות. באותו מקרה הוגש ערר על החלטת בית המשפט המחוזי לפי סעיף 43 לפקודה וסעיף 108 לחוק, לפיה חומר שיתקבל מצד שלישי יועבר אף לפרקליטות ולפיה הדיון בבקשה לפי סעיף 108 יתקיים בפניו. הנאשם, באותו מקרה, ערר על ההחלטה לבית המשפט העליון ובמהלך הדיון (פרוטוקול והחלטה מצ"ב – נספח ו') העיר כב' השו' זילברטל לפרקליטה – מספר הערות, בעקבות הערות אלה – ומשהבינה ב"כ המדינה כי אם לא תקבל את הצעות כב' השו' זילברטל תינתן החלטה הקובעת אמירות אלה במסגרת החלטה – קיימה התייעצות שבסופה הסכימה שהתיק יידון בפני שופט תורן וכי הדיון יתקיים בפתח המשפט.

בנוסף לאמור, לאחר ששבה מהתייעצות הסכימה ב"כ המדינה כי הראיות תועברנה לסניגור בלי שהפרקליטות תעיין בהן ("לבקשת חברי אנו לא נעיין בחומר" (סוף הפרוטוקול).

עמדות אלה משקפות את הדרך הנכונה בה יש ללכת, גם לשיטת הפרקליטות.

54. במאמר מוסגר נציין כי אין מקום לטענה כאילו עמדה זו אינה מחייבת את המדינה. לפרקליטות המדינה יש כח נדיר, בהיותה שולטת בכל ההליכים הפליליים המגיעים לפתחו של בית המשפט העליון. בדרך זו, יש בידיה כח ל"פורום שופינג" על מנת לעצב את פסיקת בית המשפט העליון לפי דעותיהם של שופטים שנוחים לה. כך, במקום בו שופט מביע, במהלך הדיון, דעה המנוגדת לעמדת הפרקליטות, לפרקליטות הכח למנוע מתן החלטה כזו,

מתוך ראייה רוחבית שנכון 'לותר' בתיק אחד, עד שיגיע הדיון לשופט שדעתו נוחה לפרקליטות ושם לעמוד על קבלת החלטה שתקבל את עמדתה. במובן זה הפרקליטות היא קרטל של גוף אחד. בדרך זו מעצבת הפרקליטות את פסיקת בית המשפט העליון. מטעם זה, וכדי למעט ממשקלו של מהלך זה של הפרקליטות – על בית המשפט העליון ליתן משקל ממשי גם לדעות שופטיו שבאו לידי ביטוי בדיונים שלא הסתיימה בהחלטה מפורטת, בהם הסכימה המדינה לקבל את עמדות השופטים המנוגדות לעמדתה.

על זכות הנאשם לא לגלות לתביעה את ראיותיו

55. הסכמתה של הפרקליטות לא לעיין בחומר, בהמשך לדיון בפני כב' השופט זילברטל לא היתה רק פרי ניתוח הגיוני ושכל ישר השמים מול עיניהם את ההיגיון העומד מאחורי סדר הדין הפלילי וזכות הנאשם להליך הוגן – לכללים מעשיים, אלא גם שיקפה את ההלכה הנוהגת.

56. מושכלות יסוד הן שבהליך הפלילי אין למדינה זכות לעיין בראיות שאספה ההגנה. כך כתב, לדוגמא, כב' הנשיא שלמה גרוניס ברע"א 3312/04 **אשורנס ג'נרל דה פרנס ואח' נ' הכונס הרשמי בתפקידו כמפרק בנק צפון אמריקה בע"מ** (26.10.2005, פורסם בנבו, פסקה 17):

"בהליך הפלילי באים בפני בית המשפט שני צדדים שבמקרה הרגיל קיים פער כוחות משמעותי ביניהם. מצד אחד עומדת התביעה, אשר משאבי המדינה מאחוריה, ומן הצד האחר מוצאים אנו את הנאשם, שבדרך כלל משאביו מצומצמים ובמקרים רבים נשען הוא על הסניגוריה הציבורית. פער הכוחות המובנה הוא שמסביר קיומם של כללים שונים בדיון הפלילי. כך למשל, נזכיר את הכלל שלפיו זכאי הנאשם לעיין בחומר החקירה (סעיף 74 לחוק סדר הדין הפלילי) בלא שקיימת זכות מקבילה לתביעה (למעט לעניין עדויות מומחה של ההגנה: ראו סעיף 83 לחוק סדר הדין הפלילי)."

כן ראה ע"פ (מח' ת"א) 071035/99 **אשר בודהנה נ' מדינת ישראל** (28.12.99), פורסם בנבו, פסקה 5):

"יתר על כן, אינני מבין את הקביעה, כי על המערער להכין חוות דעת משלו כדי שהבוחר, כעד תביעה יוכל להתייחס אליה. הרי הנאשם אינו חייב לגלות את ראיותיו לתביעה, מלבד אם ניתן צו לפי סעיף 83 לחוק סדר הדין הפלילי

[נוסח משולב], התשמ"ב-1982, וגם זאת רק לגבי חוות דעת "שהנאשם מתכוון להביא"; אי אפשר להורות לנאשם להכין ולהגיש חוות דעת.

השלכות סיווג הבקשה, לפי סעיפים 43 ו-108 על פסיקת בית המשפט

57. השלכות הסיווג השגוי, לעניות דעתנו, של הבקשה – כבקשה לפי סעיף 108, באה לביטוי בהחלטות של בתי המשפט מאז ניתנה החלטת כב' השו' ארבל. הקושי שעמד בפני השופטים שדנו בנושא היה במספר נושאים:

הראשון, תיאור השימוש בסעיף 108, שהסתמך על ההחלטה בענין **אלמאמוניה** ושקף את המציאות שקדמה לה והונצח בה, הפך להיות, מכח ההחלטה לשיקוף-לא-נכון של המציאות שהשתנתה בינתיים: כפי שציינו, לפני ענין **אלמאמוניה** לא נעשה הוגשו בקשות לפי סעיף 108 בתחילת המשפט ובעקבותיה הוגשו מאות רבות של בקשות כאלה. והיום כל שיח על שימוש בסעיף 108 הינו אך ורק על שימוש זה. השימוש בסעיף בשלב פרשת ההגנה הפך לזניח, אם בכלל.

התוצאה היא שההחלטות שניתנו מאז הניחו מציאות-שגויה לפיה שימוש העיקרי הנו בפרשת ההגנה. דבר זה משליך על שאלת המותב המתאים (שאלת זימון עדים היא בהכרעת המותב העיקרי בו בזמן ששאלה של גילוי ראיות נדונה בפני שופט תורן), שאלת יכולת התביעה לעיין בראיות (יש הבדל עצום אם הראיה מוצגת על-ידי העד באולם למצב בו היא מתקבלת בתחילת המשפט לשם חקירת עדי התביעה) ועוד.

השני, בית המשפט העליון לא נזקק, כמעט לחלוטין, לעיסוק בסעיף 108 בשל התפיסה, השגויה לטעמנו, שלא ניתן לערער על החלטות בעניינו.

השלישי, בשימוש בסעיף 108 כאכסניה לבקשה לגילוי ראיות שבידי צד שלישי בתחילת המשפט – יש משום כפיית הפרשן על הטקסט, שכן על פי פשט לשונה של הוראת הסעיף היא כלל לא מתאימה לכך, כפי שפירטנו למעלה, בו בזמן שלשון סעיף 43 תואמת ככפפה ליד. התוצאה היתה ששופטים הסיקו מלשונו של סעיף 108 מסקנות שהתבססו, בצדק מבחינתם, על לשונו – והתוצאה היתה, מטבע הדברים, בעייתית.

העורר יטען כי שימוש בסעיף 43 מתיר את כל הקושיות ומאפשר שימוש נכון ותכליתי של החוק.

58. אחת הדרכים האפקטיביות ביותר העומדות לרשות נאשם לשם השגת חומרי הגנה שלא נאספו על ידי המדינה ושלא סווגו על ידיה כ"חומר חקירה" הינה באמצעות שימוש בסעיף 108 לחוק.

59. הנחיתות הנזכרת של נאשם נובעת, בין היתר, מכך שלרשות המשטרה והמדינה עומדים תקציבים כמעט בלתי מוגבלים וכוח כמעט מוחלט לאסוף ראיות ולחקור עדים כדי לבסס את אשמתו של האזרח. קשה לדמיין ראייה שהמשטרה לא יכולה לשים עליה את ידיה בשלב החקירה. מטעם זה ישנה משמעות רבה לכלל כלל שמעניק לנאשם עליונות כלשהי על פני התביעה, כגון האפשרות להפתיע את עדי המאשימה באמצעות ראיות שהוא אוסף.

60. חשיפת התביעה לחומרי ההגנה – שוללת מהנאשם את האפשרות לעשות שימוש אפקטיבי באותם חומרים. בית משפט נכבד זה עמד על חשיבות "זכות ההפתעה" שעומדת לנאשם במשפט פלילי. לעניין זה נפנה להחלטת כב' השו' בך בבש"פ 1628/90 שחדה בן עודה אבו רקייק נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו):

"לצורך ביסוס טענתו זו הגיש לי הסניגור המלומד מסמך, המכיל את פרטי טיעונו בעניין זה, וביקש שאתייחס למסמך זה כאל חומר "חסוי", במובן זה שלא יתגלה תוכנו לבא-כוח התביעה.

נערתתי לבקשה זו של הסניגוריה. בדיוק כפי שמותר לתביעה להגיש לעתים חומר חסוי לבית המשפט בעת הדיון בעניין מעצרו של חשוד על-מנת לוודא שלא תסוכל האפקטיביות של חקירה משטרתית, כך יש גם לאפשר לסניגוריה שלא לגלות את כל קלפיה בשלב הדיון המוקדם בעניין בקשתו של הנאשם להשתחרר בערובה, כך שלא יישמט מידיה גורם ההפתעה בו היא מתכוונת להיעזר במהלך המשפט."

מקרה בוחן

61. לצורך הדיון הבה נתאר מצב בו ראובן נאשם בעבירה של קבלת דבר במרמה משמעון. בכתב האישום נטען כי ראובן לקח משמעון מכונית, במרמה, ולא שילם תמורתה. ראובן טען בחקירתו כי שלם עבור המכונית בהמחאה פתוחה בגובה 42,345 ₪ של לוי, המתגורר בחו"ל.

עד התביעה המרכזי, שמעון, מכחיש את טענת ראובן וטוען שלהד"מ; לדברי שמעון מעולם לא קבל המחאה של לוי, בכלל, ומעולם לא קבל המחאה בסכום 42,345 ש"ח, בפרט.

62. לחלופין, הבה נתאר מצב שבו ראובן שותק בחקירתו, מאחר שאינו רוצה לספר כי קבל את המחאה של לוי - מאישה איתה הוא מנהל קשר אינטימי

מחוץ לנישואין, כדי לא לפגוע ביחסיו עם אשתו או אולי עבור עבודה שבצע ללא דיווח לרשויות המס, וברור לו שחשיפתה עלולה להפליל אותו. לו יצויר ששמעון מסר למשטרה את הסכם המכר מיום 12.12.2012 בו התחייב ראובן לשלם סכום של 42,345 ₪ והעיד שראובן לקח את הרכב 'לבדיקה', באותו יום, ונסע עם הרכב ולא שב, במרמה.

63. נשוב לנאשם ראובן: לאחר שהוגש נגדו כתב אישום נודע לראובן כי ההמחאה הנזכרת, עם חתימת שמעון על גבה, מוחזקת בידי חלפן כספים מקומי. ברור לו שהמחאה זו יכולה לסייע לו לחשוף את שקריו של שמעון: אם מאחר שחתימת שמעון מצויה על גבה, אם מאחר שהיא נושאת את הסכום המדויק, ואם מאחר שהיא נושאת את אותו תאריך של ההסכם. ראובן מאמין שהטחת ההמחאה, ששמעון מכחיש את קיומה, במהלך החקירה הנגדית - תפתיע אותו, תגרום לו לאיבוד שיווי המשקל ותשאיר רושם על בית המשפט שאמור להכריע באשמתו ותטה את הכף לעבר זיכויו.

יצוין כי ראובן אינו חייב להציגה במשפט לשם חקירת ראובן על תכנה; לעתים די לסנגורו, היודע, בודאות, את תכנה להטיח בו דברים הידועים לו מעיון בה ("אתה טוען שאינך זוכר?! בוא ואזכיר לך, חתמת על ההמחאה בעט בצבע ירוק!" "אתה כותב 'מאתים ₪' בלי א' - כך: 'מתים ₪', נכון?!") "על ההמחאה היה כתם חום למטה", "ההמחאה היתה מקופלת לארבע כשקבלת אותה!" ; וכיוצא בזה דברים שילמדו את שמעון שההמחאה בידי הסנגור ולפיכך אין טעם שימשיך להתכחש לה ומכל מקום אין ספק שיקשה עליו להעז פניו בסיטואציה כזו ולשקר. נסיונו של הח"מ מלמד כי לעתים די בכך שהעד המשקר מניח שבידי הסניגור הראיה המפריכה את טענותיו - כדי לשנות את גרסתו, ולחזור בו מהודעה שקרית שמסר במשטרה.

64. עתה, לאחר שנודע לראובן על קיומה של ההמחאה, הוא פונה לחלפן לוי ומבקש לקבל עותק ממנה.

בתרחיש א' - לוי נעתר לבקשה ומוסר לידי ראובן את ההמחאה. כעת יכול ראובן, שנצר את דבר קיום הראיה המזכה בליבו ולא גילה עליה לתביעה או לשמעון, לעשות שימוש בראיה; ראובן יכול להפתיע את שמעון בחקירתו ולנהל חקירה נגדית מוצלחת שתחשוף את שקריו ותוביל לזיכויו.

מנגד, הבה נתאר לעצמנו מצב שונה; בתרחיש ב' שמעון, חלפן הכספים, אינו מסכים למסור את ההמחאה לראובן וראובן נזקק לצו שיפוטי על מנת להשיג את הראיה.

השאלה נשוא ערר זה היא האם רק בגלל שנזקק לצו שיפוטי, בתרחיש האחרון, יאבד ראובן את זכותו לא לגלות לתביעה את ראיותיו ואת דבר קיום ההמחאה!?

שאלה זו עומדת במוקד הערר דנן.

65. בהמשך לאמור, הבה נתאר לנו ששמעון מסר בהודעתו במשטרה שראובן נעלם עם רכבו, לא שב אליו, ומעולם לא יצר עמו קשר, ומנגד, טוען שמעון ששמעון משקר; שמעון מוסר בהודעתו כי שוחח עם שמעון מספר רב של פעמים, ממכשיר הטלפון שהיה רשום ע"ש גרושתו, בעשרה תאריכים ושעות אותם הוא מפרט בהודעתו, תוך ציון משך השיחות ופרטיהן. יתר על כן, ראובן סיפר בהודעתו במשטרה כי באותן עשר שיחות ממושכות שוחחו השניים על עסקה עתידית נוספת. ראובן הוסיף וסיפר כי לאחר שגילה ששמעון ניסה לרמות אותו באותה עסקה, הטיח זאת בפני שמעון בשיחה העשירית – ושאחרי אותה שיחה סיפר לכל הסובבים אותו כי שמעון רמאי. הדבר נודע לשמעון ושבווע אחר כך, שלושה חדשים לאחר שמסר את הרכב וקבל את התשלום עבורו, הגיש נגדו שמעון את התלונה. ראובן מבקש להוכיח את דבר קיום השיחות, אך גרושתו, שמצויה אתו בסכסוך גירושין, מכחישה את קיום השיחות וטוענת שאינה מכירה את שמעון, לא טלפנה אליו, מעולם, וכי אף הנאשם לא טלפן אל שמעון מקו הטלפון שלה, מעולם.

66. ברור לראובן שאם יצליח להוכיח את הקשר הטלפוני בינו לבין שמעון, לאחר קבלת הרכב, באמצעות הצגת פלט תקשורת מהחברה הסלולרית המציג את עשר השיחות הנזכרות – יפריך את עדות שמעון, יציג אותו כשקרן, יבסס את טענתו לגבי העיתוי של הגשת התלונה ויוביל לזיכויו.

67. לחלופין, יתכן מצב שבו ראובן שותק, בחקירתו ולא מספר על שיחות אלה, או, כפי שמלמד נסיונו של הח"מ, במהלך השיחה הראשונה שקיים ראובן עם סנגורו, לאחר שהוגש נגדו כתב אישום, מספר על כך לשאלות של הסנגור שמחפש כל בדל ראיה שתוכל לסייע לראובן. עתה, לאחר שסנגורו הסביר לו כי נקודה זו עשויה להיות בעלת חשיבות, למרות שלא עלתה בהודעתו הלקונית במשטרה, מבקש ראובן לקבל את פלט השיחות בין אשתו לבין עד התביעה, במועדים שפרט.

68. במאמר מוסגר יצוין כי נסיונו של הח"מ מלמד כי פעמים רבות, כאשר הצד השלישי מתבקש על-ידי סנגור להעביר חומר רלבנטי עמדת המחזיק (בעיקר גופים מוסדיים) - היא ניטרלית: "ככל שבית משפט יורה לי – אעביר לך כל ראיה שבידי לידיך". כך היה קורה, בדוגמה שהבאנו, אם המחזיק של ההמחאה היה בנק דיסקונט, וכך גם נוהגות כל חברות התקשורת המתבקשות לגלות מחקרי תקשורת לנאשמים (או למשטרה).

69. נשוב, כעת, לדוגמא שהבאנו למעלה בעניין ראובן ושמעון. עסקינן במצב בו קיימת ראייה מזכה שיכולה לסייע לנאשם לחשוף את שקרי עדי התביעה העיקריים: ככל שבידי הנאשם יעלה להשיג את הראייה בכוחות עצמו – יוכל לעשות שימוש בראייה מבלי שלמאשימה, וממילא לעדי התביעה, ייוודע עליה.

מנגד, אם לוי, חלפן הכספים הנזכר, אינו מסכים למסור את ההמחאה – וראובן ייזקק לצו שיפוטי, לשיטת בית משפט קמא – **יאבד הנאשם את כל יתרונו, רק בגלל שהוא נזקק לעזרת בית המשפט.** פסיקה כזו הופכת את בית המשפט מגורם ניטרלי לחלק מהמנגנון התביעתי, לכל דבר וענין.

70. נזכיר, המחוקק ראה בערך זה של הותרת הראיות בידי הנאשם – כה חשוב, עד כדי כך **שלבית המשפט אין סמכות להורות לנאשם להעביר לתביעה עותק מההמחאה שקיבל בהסכמת המחזיק לוי, בתרחיש א',** כאשר קבל את ההמחאה, בלי התערבות של בית המשפט.

71. יתר על כן, כאשר נאשם מבקש לקבל פלטי תקשורת באמצעות צו, הוא **חייב לשלם מכיסו, לעתים, עשרות אלפי שקלים כדי לקבלם.** יתר על כן, הוא משלם גם שכר לסנגורו על מנת שיגיש בקשה לקבל את הראיות הללו.

לפי החלטת בית המשפט אמור מעתה שלא זו, בלבד, שעל הנאשם להעביר את החומר לידי התביעה אלא הוא גם אמור לממן את הפקת הראיות שאותן יעביר לתביעה (ואולי אף כאלה שיפלילו אותו. אך על כך, בהמשך). העורר יטען כי אין זה מתקבל על הדעת, גם מטעם זה, שנאשם יידרש למסור למדינה עותק מראיותיו רק מאחר שנזקק לעזרת בית המשפט בבקשתו צו שיפוטי.

72. לא זו אף זו, גם בנושא זה האבסורד – זועק: הנאשם יכול לפנות לחברת תקשורת, לבקש ולקבל פלט שיחות **שיצאו** ממכשיר הטלפון שלו, ללא צו שיפוטי. אין חולק כי התביעה **אינה** יכולה לקבל עותק ממנו. מנגד, אם הנאשם רוצה להראות כי בדוגמא הנזכרת היה בינו לבין המתלונן קשר טלפוני ממושך – הוא נאלץ לבקש צו שיפוטי, לפי נהלי חברות התקשורת.

ברור לכל בר דעת שאין מקום לערוך אבחנה כזו רק בגלל נהלי חברות התקשורת; אבחנה בה יש לפגוע בזכות כה חשובה של נאשם.

73. כך גם אם, לדוגמא, פלונית טוענת שהנאשם אנס אותה לפני שלוש שנים, והוא מבקש להראות שהיא חיזרה אחריו עוד שנה אחר כך באינספור שיחות טלפון מקו הטלפון של אחותה. לשם כך מבקש הנאשם צו המורה על פירוט

שיחות נכנסות מקו טלפון זה אליו, בלבד.
יש בהחלטה לפיה רק בשל היזקקותו לעזרת בית המשפט – יאבד נאשם את
היתרון-הדל שהמחוקק מעניק לו – משום גזל כבשת הרש.

הפגיעה ביכולת הנאשם לחקור חקירה נגדית אפקטיבית

74. ודוק, המציאות הנוהגת היא שפרקליטים ותובעים מכינים את העדים
המעידים מטעם התביעה לעדות, ובכלל זה מציגים בפניהם כל ראייה
שעשויה להיות מוצגת בפניהם ולהביך אותם או לסתור את עדותם. תובעים
עושים כל שביכולתם למנוע הפתעות מעדי התביעה הצפויים להעיד מטעמם.
ממילא יובן כי העברת ראיות ההגנה לתביעה, רק בשל עצם הגשת הבקשה
לבית המשפט, מרוקנת מתוכן את האפקטיביות של חקירתו הנגדית של העד
ועל-ידי חשיפת החומר לתביעה פוגע בית המשפט, באופן ישיר וחד משמעי,
בזכותו החוקתית של הנאשם למשפט הוגן ולחקירה נגדית שנחשבת כדרך
הטובה ביותר העומדת לרשות נאשם לחשוף את האמת.

75. לעניין אחרון זה, ראוי להזכיר את חשיבותה של החקירה הנגדית, כפי שבאה
לביטוי בפסיקה ובספרות המשפטית. לעניין זה ר' פסק דינו של כב' השופט
(כתוארו אז) א' רובינשטיין ברע"א 5281/06 צ'מפיון מוטורס נ' עוז (פורסם
בנבו):

"על מהותה וחשיבותה של החקירה הנגדית נאמר:
"החקירה שכנגד רואים אותה כמכשיר היעיל ביותר
שהומצא עד היום והמשמש בידי בעל-דין לשם גילוי
האמת במשפט" (בג"ץ 124/58 היועץ המשפטי לממשלה נ'
השופט המנהל את החקירה המוקדמת, פ"ד יג(1) 5, 23
(השופט - כתארו אז - אגרנט)... הזכות העקרונית לקיים
חקירה שכנגד נותרה בעינה" (רע"א 2508/98 מתן י.
מערכות תקשורת ואיתור בע"מ נ' מילטל תקשורת בע"מ,
פ"ד נג(3) 26, 35 (המשנה לנשיא ש' לוין); ראו גם ע"פ
5329/98 דג'אני נ' מדינת ישראל, פ"ד נז(2) 273, 280
(השופטת פרוקצ'יה))."

לא זו אף זו, הזכות לחקירה נגדית הוכרה כחלק מזכות היסוד של בעל דין
למשפט הוגן. המערער יפנה אל דבריו המאלפים של בית המשפט העליון
שנאמרו בע"פ 107/74 אדנאן ג'מיל אבו מחסן נ' מדינת ישראל שעמד על
מהותה וחשיבותה של זכות עקרונית זו :

”חקירת-שתי-וערב של עד התביעה על-ידי הנאשם או סניגורו היא מזכויות היסוד של נאשם להבטחת משפט הוגן. הרבה דברים נאמרו בשבחה של חקירת-שתי-וערב כמכשיר אפקטיבי לגילוי האמת וכגולת הכותרת של שיטת המשפט האנגלו-סכסית. לא אחת העלה בית-משפט זה על נס את גודל ערכה ויסודיותה של החקירה הנגדית ודן בתוצאות שלילתה העשויה לגרום עוול.”

חשיבותה של זכות זו מתעצמת בפרט כאשר בהליך פלילי עסקינן. יפים לעניין זה דבריה של פרופ' נינה זלצמן במאמרה ”גביה מוקדמת של עדות, אמרה בכתב, והחקירה שכנגד בהליך הפלילי” **עיוני משפט ח 584, 586** (1981):

”חיוניותה של החקירה שכנגד, כאמצעי לבחינת אמינותה של עדות, מחייבת, כי הזכות (במובן של כוח) להשתמש באמצעי זה בבית המשפט תוענק לכל בעל דין לשם תקיפתה של עדות, שתכנה מכוון לפגוע באינטרס לו הוא טוען בדיון המשפטי המתנהל בענינו. כאשר ההליך הוא הליך פלילי, רוכשת החקירה שכנגד מעמד מיוחד בסדרי הדין. והכוח המוענק לנאשם לחקור חקירת שתי וערב כל עד, אשר עדותו עלולה להפילו מבטא את דרך מימושה של זכות העימות, (Right of Confrontation) המוענקת לכל נאשם במשפט. זכות העימות של הנאשם שואבת מן החזקה בדבר חפותו של כל אדם, כל עוד לא הוכחה אשמתו על-פי דין, ומן הדרישה, הנגזרת הימנה, לניהול הוגן של ההליך הפלילי. זכות יסוד זו מחייבת, כי יינתנו בידי הנאשם הכלים הדרושים, כדי שיוכל לערוך כיאות את מערך הגנתו במשפט, ולהתמודד בבית המשפט עם כל עדות אשר תכנה עלול לשמש ראיה להרשעתו.”

76. העורר יטען כי חשיפת חומרי ההגנה לעיון התביעה טומנת בחובה פגיעה קשה ביכולתו לעמת את עדי התביעה עם חומרי ההגנה. העורר יטען כי צעד זה ירוקן מתוכן את היכולת לממש את זכותו היסודית לחקירה נגדית אפקטיבית ויפגע פגיעה קשה ולא הפיכה בזכותו החוקתית למשפט הוגן.

77. מטעמים אלו, יטען העורר כי שגה בית משפט קמא עת הורה כי כל תוצרי בקשות הסנגוריה יועברו, בד בבד, גם לתביעה, ויטען כי אין מקום להעמידו הנאשם בסיכון של חשיפת חומרי ההגנה לעיון התביעה.

78. כאמור, עד כמה שידיעתנו מגעת, וכפי שנמסר על-ידי פרקליטות המדינה, לא קיימת התייחסות לנושא בפסיקת בית המשפט העליון, וכשהנושא עלה לדיון פרקליטות המדינה הסכימה כי החומר יועבר לנאשם, בלי שתוכל לעיין בתוכנו.

מכל מקום, נפנה, לדוגמא, להחלטות שנתנו בערכאות הדיוניות, בנדון; נפנה להחלטת בית המשפט המחוזי בירושלים בבע"ח 43173-02-14 ששון נ' מדינת ישראל בו הורה השופט פרקש על העברת מחקרי תקשורת שהתבקשו לפי סעיף 108 לעיון הנאשם בלבד. ההחלטה מצ"ב – נספח ז'.

כמו כן, נפנה לשתי החלטות כב' השו' ח. מינץ, זמן קצר לפני מינויו לבית המשפט העליון ענין 14847-07-15 ורון נ' סלקום ואח' בו הורה על העברת מחקרי תקשורת ואיכונים, בהתאם לסעיף 108 לעיון ההגנה, בלבד. הבקשות וההחלטות מצ"ב – נספח ח'.

79. לאור כל האמור, יתבקש בית המשפט לבטל את ההחלטה ולהורות כי כל חומר שיתקבל – יועבר לידי הנאשם, בלבד, ולא יועבר לידי התביעה.

הזכות להימנע מהפללה עצמית

80. כן יש להזכיר, בהקשר זה, את זכותו של נאשם להימנע מהפללה עצמית; נאשם זכאי לאסוף ראיות שעלולות להפלילו ועדיין זכותו שאיש לא ידע על קיומן באופן שיהיה בהן פוטנציאל להפלילו. איננו מדברים על מקרה זה דווקא, אלא ברמה העקרונית, שכן נאשם אינו יודע, בדרך כלל, מה יהיה תוכן הראיות שיימסר לידי, בדיוק. נאשם יכול לחשוב שרישומי בית הספר בתקופה הרלבנטית עשויים לסייע לו להפריך את טענת העדה. ואולם, עליו לקחת בחשבון אפשרות שברישומים אלה יימצא דבר שיש בו להפלילו.

81. מטעם זה, חשיפת חומרים שכאלה לעיון המאשימה – אינה עולה בקנה אחד עם זכות הנאשם להימנע מהפללה עצמית.

נפקותו של סעיף 83 לחוק

82. סעיף 83 לחוק קובע מהו המקרה היחיד בו רשאי בית משפט "לצוות על הנאשם או על סנגורו" לאפשר לתביעה עיון בראיות הגנה: "(1) לאפשר לתובע לעיין בכל זמן סביר בכל חוות דעת בכתב או בתעודת רופא שהנאשם מתכוון להביאן לפני בית המשפט כראיה

(2) לערוך בכתב את עיקר תכנה של עדות מומחה שהנאשם מתכוון להשמיע, ולאפשר לתובע בכל זמן סביר לעיין בו
(3) לאפשר לתובע להעתיק מסמכים כאמור".

83. כפי שניתן לראות גם סמכות זו מצומצמת:

ראשית, זהו המקרה היחיד בו בית משפט מוסמך ליתן צו כזה.
שנית, המקרה מצומצם לענין של העדת מומחה מטעם ההגנה.
שלישית, סמכות בית המשפט, גם בנושא מצומצם וקיצוני זה, הנה אך ורק לגבי חומר "שהנאשם מתכוון להביא כראיה" ולא לכל חומר המוחזק בידיו, גם בנושא מצומצם זה.

84. אם כן, גם ההסדר החוקי המסדיר את החריג מחזק את הכלל לפיו בשום מקרה אחר לא ניתן לחייב נאשם למסור ראיות לתביעה, לא באופן ישיר ולא באופן עקיף, שאחרת – היה הדבר מוסדר בחוק.

ההשלכה של המגמה המאפשרת קיום דיון במעמד הסניגור, בלבד, על הבקשה לא לגלות את הראיות המתקבלות - לתביעה

85. בשנים האחרונות, מקבלת העמדה לפיה כדי לשמר את "יתרון ההפתעה" של נאשם, בבואו לחקור את עדי התביעה, חיזוק של ממש בהחלטות בית המשפט העליון המתירות לסניגורים לקיים את הדיון בבקשות לפי סעיף 108 לחוק, במעמד צד אחד.

86. כפי שציינו למעלה, חשיפת תוצרי הבקשות טומנת בחובה פוטנציאל לפגוע בחקירה הנגדית, באופן לא הפיך; **מקובל על הכל כי כאשר עד יודע מהו החומר המוחזק בידי הגוף החוקר – הדבר עלול לפגוע, אנושות, בחקירה.**

כך טוענים נציגי המשטרה, במאות ואלפי בקשות לפי סעיף 43 לפקודה המוגשות לבתי המשפט, מדי יום; באי כח המדינה אינם מוכנים שנחקרים, בין אם עדים ובין אם חשודים, ידעו איזה חומר הגיע לידיהם, על מנת שיוכלו להפתיע אותם בחקירה, להטיח בהם דברים כשהם אינם מוכנים – מתוך אמונה שרק בדרך כזו יוכלו לחשוף את האמת.
בקשות אלה מתקבלות כולן, ב-100% מהמקרים, כאשר בתי המשפט אינם מתירים את עצם גילוי הבקשות, מתוך הבנה כי הדבר נדרש לשם קיום חקירה אפקטיבית.

העורר טוען טענה זהה: סניגור האמור לחקור את עדי התביעה נמצא באותו מקום **בדיוק**, שכן רצונו הוא לחקור **באותה מידה** של אפקטיביות את עדי התביעה.

הצורך בחקירה אפקטיבית אינו מתקיים רק כאשר שוטרים חוקרים ואוספים ראיות נגד אזרח. האינטרס הציבורי וזכותו של כל אזרח למשפט הוגן מחייבים להתיר חקירה אפקטיבית גם לנאשם, על מנת להעמיד במבחן את העדויות שאספה המשטרה.

העורר יטען כי אין שום סיבה לנהוג מנהג איפה ואיפה בנאשם המבקש לא לפגוע בחקירה הנגדית שהוא מבקש לערוך לעדי התביעה.

87. ואם יאמר האומר כיצד יכריע בית המשפט בבקשה כזו?!
התשובה היא: באותה דרך בה הכריע בבקשות שהוגשו לפי סעיף 43 מטעם המשטרה, במעמד צד אחד.

שוטרים מגיעים לבית המשפט מדי יום, מוזהרים כי עליהם לומר אמת ומצהירים שטענותיהם אמת. בד בבד, הם מציגים לשופט את חומר החקירה המלא ובתי המשפט רואים בכך די לשם הוצאת צווים שיפוטיים לפי סעיף 43.

כך, לדוגמא, נהג בית המשפט המחוזי בבאר שבע, בהסכמת הפרקליטות, 5710-05-17 (מחוזי באר שבע) **מדינת ישראל נ' איסייב**. טענות סנגורו הח"מ של הנאשם הועלו בדיון במעמד צד אחד, ביום 1.1.18, הסניגור הגיש את חומר החקירה לעיון השופטים, ובית המשפט הורה על העברת הראיות לידי המבקש.

88. ואכן, כך גם כתב, לדוגמא, כב' השו' מלצר בבש"פ 3886/08 **פלוני נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 07.08.2008) כשקבע בקשר לבקשות לגילוי ראיות לפי סעיף 108 כי:

"ככל שיבקש העורר לקיים את הדיון במעמד צד אחד בלבד, יהיה עליו לשטוח עתירתו זו בפני בית המשפט אליו תוגש הבקשה החדשה, אשר בשל הדחיפות הנטענת תוכל להישמע גם בפגרה... דיון ראשוני בבקשות של נאשם למתן צו כמו זה שהתבקש כאן (לפי סעיף 108, א.ע.), המופנה לחברת תקשורת, אפשר שיקוים במעמד צד אחד וזאת מכוח אנאלוגיה לפרקטיקה שנהגה בעבר לגבי בקשות שהוגשו על פי סעיף 43 לפסד"פ"

ברור לכל שמדובר בכיבוד רצון הנאשם לשמר את ראיותיו מבלי לגלות אותן לתביעה.

89. ביטוי דומה למגמה זו ניתן בהחלטת כב' השו' סולברג בבש"פ 8576/17 **אבו באך גאלו נ' מדינת ישראל**, שניתנה לפני שבועות ספורים, בלבד, (פורסם בנבו, 03.12.2017), בה התיר קיום דיון בבקשה לפי סעיף 108 במעמד

הסניגור, בלבד, תוך העברת הודעה לתביעה על עצם קיומה של בקשה, בלבד, מבלי להעביר לידיה אף את תוכן הבקשה! גם כאן, מתן האפשרות לנהל את הליך גילוי הראיות לנאשם מידי צד ג' במעמד צד אחד משקף את ההבנה של חשיבות שימור האוטונומיה של ההגנה בכל הנוגע לקבלת ראיות עליהן לא תדע התביעה.

ואם כך נקבע לגבי שמירת הדיון מפני הפרקליטות – יש לקבוע כי קל וחומר שאין מקום לגלות את תוכן הראיות גופן.

90. לתוצאה דומה ניתן להגיע מכוח סמכותו הטבועה של בית המשפט בכגון דא. עמדה על-כך כב' השו' (כתוארה דאז), מ. נאור בבש"פ 2270/06 חאלד אל עילווי נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו) בו הורתה על שמיעת טענות ההגנה בפניה בערר על החלטה בבקשה לגילוי חומר חקירה לפי סעיף 74 לחסד"פ, חרף העובדה שבית משפט קמא סירב לעשות זאת בדיון בפניו:

"ב-בש"פ 2752/06 קרוכמל נ' מדינת ישראל עורר הסניגור, עו"ד סודרי, על כך שבית המשפט המחוזי (כב' השופט ק' ורדי), סרב להורות על גילוי תרשומות פנימיות לרבות תרשומת שבין המשטרה והפרקליטות. הוא ביקש כי לשם כך אשמע (במעמד הסניגור בלבד) את קו ההגנה, דבר שהערכאה הראשונה סרבה לעשותו. ב"כ העורר טוען כי שגה בית המשפט קמא בכך שסרב לשמוע את הנימוקים החסויים במעמד צד אחד. במהלך הדיון על פה ועל אף התנגדות בא-כוח המדינה עיינתי (שלא כערכאה הראשונה) בהסברים של הסניגור שנמסרו לי בכתב (החלטה מיום 18.5.2006). על החלטה זו שלא נומקה אבקש להרחיב מעט את הדיבור נוכח ההתנגדות הנחרצת שגילתה המדינה ביחס לעיון בחומר המוגש על ידי ההגנה לעיון בית המשפט בלבד, כאשר לפרקליטות אין אפשרות להגיב. לא אחת מעיין בית המשפט בעניינים שונים בחומר חסוי מפני הנאשם (או החשוד) ובא-כוחו, אותו מבקשת המדינה להציג ולנאשם ולבא כוחו אין אפשרות להגיב. לبيت המשפט יש שיקול דעת אם לעיין, לבקשת ההגנה, בחומר החסוי מפני התביעה. הכרנו בכך בהקשרים שונים: כך לענין בקשה להסרת חסיון (ע"פ 889/96 מאזריב מוחמד נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(1) 433, 468 (1997) (דברי הנשיא ברק); בש"פ 1924/93 גרינברג נ' מדינת ישראל, פ"ד מז(4) 766, 768 (1993); כך גם לענין

בקשה לשחרור בערובה [בש"פ 597/93 מדינת ישראל נ' אבוטבול, פ"ד מז \(1\) 340](#), 343-344 (1993) והאסמכתאות המובאות שם). כפי שציין השופט בד כשעיין בחומר שהגישה הסנגוריה אשר היה "חסוי" בפני התביעה:

"בדיוק כפי שמותר לתביעה להגיש לעתים חומר חסוי לבית המשפט בעת הדיון בעניין מעצרו של חשוד על-מנת לוודא שלא תסוכל האפקטיביות של חקירה משטרתית, כך יש גם לאפשר לסניגוריה שלא לגלות את כל קלפיה בשלב הדיון המוקדם בעניין בקשתו של הנאשם להשתחרר בערובה, כך שלא יישמט מידיה גורם ההפתעה בו היא מתכוונת להיעזר במהלך המשפט (ראה בעניין זה גם החלטתי [בב"ש 1062/84 \[קוסטין נ' מדינת ישראל, פ"ד לח \(4\) 806](#)] בעמ' 809, והשווה [ב"ש 64/87 \[ואנונו נ' מדינת ישראל, פ"ד מא \(3\) 533](#)], בעמ' 537). מובן, שבעת שקילת משקלו של אותו חומר חסוי ייקח בית המשפט בחשבון, שלא הייתה הזדמנות לבא-כוח המדינה להתייחס לדברים הכלולים בו" [ההדגשות הוספו - מ"נ] [\(בש"פ 1628/90 אבו רקייק נ' מדינת ישראל, פ"ד מד \(3\) 314 \(1990\)\)](#).

6. הדוגמאות הללו אינן בגדר רשימה סגורה. הדבר מסור לשיקול דעתו של השופט היושב בדיון וכך עשיתי בענייננו. (ההדגשות שלנו א.ע.).

חוסר סמכות בית המשפט להורות על העברת הראיות

91. העורר יטען כי ההחלטה שניתנה על-ידי בית המשפט קמא ניתנה בחוסר סמכות שכן בית המשפט קמא לא היה מוסמך להורות, הלכה למעשה, להעביר ראיות הגנה – לידי התביעה.

92. כפי שפירטנו, סעיף 83 לחוק קובע מהו המקרה היחיד בו רשאי בית משפט "לצוות על הנאשם או על סנגורו" לאפשר לתביעה עיון בראיות הגנה ומקרה זו אינו נופל לגדרי סעיף 83.

93. לאור האמור יובן כי בית המשפט אינו מוסמך ליתן צו כאמור ובית המשפט מתבקש בית המשפט לבטל את ההחלטה, אף מן הטעם שניתנה בחוסר סמכות.

על זכות הערר

כללי

94. בשולי הדברים, נאמר מספר מילים על זכות הערר בהליך זה, למקרה בו המדינה תעלה טענה בדבר זכותו של העורר להגיש ערר זה.

95. מאז תחילת פיתוח הכללים בקשר לשימוש בסעיף 108 לחוק בבית משפט נכבד זה – דומה שיש פער עצום בין השימוש בסעיף 'בשטח' בחיי היום-יום בבתי המשפט, לבין הרושם שנוצר לגבי השימוש בו.

96. בפסיקת בית משפט העליון – נוצר רושם כאילו השימוש בסעיף 108 הינו, בעיקרו, דרך להגשת מסמכים **במסגרת פרשת ההגנה** על דרך זימונו של עד, בעיצומו ולקראת סיומו של המשפט, להביא מסמך או ראיה לדיון בפני המותב הדן בתיק העיקרי.

זו גם הסיבה שבגללה ניתן היה לפרש את ההכרעה בבקשה כזו, באותן החלטות, כסוג של החלטת ביניים בהליך פלילי.

המציאות, כפי שהראינו וכפי שניתן לראות באתרים משפטיים – שונה בתכלית ומלמדת שקרוב לכל החלטות הנוגעות בסעיף 108 התקיימו בתחילת המשפט, ולא בפרשת ההגנה.

97. על חשיבות ותדירות השימוש בסעיף 74 לחוק (נוסח משולב) התשמ"ב-1982 (להלן – סעיף 74) לשם גילוי חומר חקירה וביסוס זכות נאשמים למשפט הוגן – דומה שאין צורך להרבות בדברים. הליך זה הפך לחלק מובנה וחשוב של כל הליך פלילי. ואולם התייחסות הפסיקה והמחוקק ליישום הסעיף מלמדת כי יש לומר כי קיימת זכות ערר על החלטות לפי סעיף 108 ו-43. אשר לחומר חקירה המצוי בידי המדינה - אין חולק על חיוניות וחשיבות זכות הערר.

כך, לדוגמא, אם מחזיקה **המדינה מחקרי תקשורת העוסקים באיכון** המתלונן בהם יש ללמד כי המתלונן כלל לא היה בזירת האירוע הנטען: ככל שהמדינה מסרבת לגלותם (בעקבות בקשה שהגישה לבית המשפט, לפי סעיף 108 לחוק או 43 לפקודה, לקבלם מחברת תקשורת) – והנאשם יבקש לקבלם

לפי סעיף 74; אם בית המשפט יחליט לא לגלותם לנאשם – **יוכל הנאשם להגיש ערר לערכאה גבוהה יותר**, שכן ברור לכל שלא יהיה כל טעם בהשגה על החלטה זו במסגרת הערעור על הרשעתו.

98. ואולם, בעניננו, השאלה היא מה הדין **באותם מחקרי תקשורת**, במקרה שהמשטרה לא אספה אותם, למרות שיש בהן רלבנטיות להגנת נאשם? נניח שהמשטרה לא בקשה לתפוס את **אותם מחקרי תקשורת** ואיכונים, מחמת עצלנות, חקירה מגמתית שחוששת מתוצאות הבדיקה או, אפילו, שיקולים תקציביים (יש למשטרה מכסה כספית תקופתית לשם הזמנת פלטים כאלה – והדבר מחייב קביעת סדרי עדיפויות) – ועדיין הנאשם מבקש לקבלן כדי להוכיח את חפותו?! **בפני הנאשם פתוחה הדרך לבקש את אותם פלטים בדיוק** על פי סעיף 43 או 108. אין כל הגיון לומר שזכות הערר שהיתה נתונה לנאשם בשאלת גילוי ראיות אלה, אילו אספה אותן המשטרה – 'תתאדה' כאשר יבקש לגלותן לו, בדרך אחרת. התוצאה של פרשנות כזו, עלולה להיות שדוקא רשלנות המשטרה או חקירה מגמתית של המשטרה ואיסוף ראיות חלקי – יפגעו בזכות הנאשם וימנעו ממנו זכות לערור על החלטה בנדון. יש בכך משום הוספת חטא על פשע.

99. על האמת להיאמר: אין כל שוני-מהותי בין הליך לפי סעיף 108 ו-43 כאשר הבקשה מוגשת לפני תחילת המשפט, לדיון בבקשה לפי סעיף 74, בכל הנוגע לרצון לגלות ראיה להגנה, לאחר שמסתבר שמדובר בראיה רלבנטית.

תקיפת החלטה בבקשה לפי סעיף 108 בדרך של עתירה לבג"ץ והקריאה לתיקון החוק

100. ניתן להגיש עתירה לבית משפט זה בשבתו כבית משפט גבוה לצדק, הן בקשר לטענה שההחלטה ניתנה בחוסר סמכות והן לגופו של ענין – בשל היעדר אפשרות תקיפה אחרת של ההחלטה. דרך זו נמצאה ע"י בית משפט נכבד זה כראויה ולגיטימית בסוגיה מסוימת זו של גילוי ראיות, בתקופה בה היתה קבועה בחוק רק הזכות לבקש את חומר החקירה, לפי סעיף 74, לפני שנקבע, בחוק, בפירוש, שקיימת עליה זכות ערר:

כך נאמר, לדוגמא, בע"פ 633/83 **אנג'ל נ' מ"י**:

" (ב) בית המשפט, הדין בכתב-אישום פלוני, נרתע, בדרך כלל, מן הדיון המפורט במחלוקת בין התביעה לסניגוריה, הסבה על קיומו או על אי-קיומו של הנדרש בסעיף 74, כי (השווה סעיפים 44-46 לפקודת

הראיות [נוסח חדש], תשל"א-1971). "ההכרעה בכגון דא עלולה לחייב לא אחת את העיון בחומר, אשר עליו חלוקים בעלי הדין, ובית המשפט, השומע את המשפט, מבקש להימנע מכך. נותרת על-כן דרך הפנייה לבית המשפט הגבוה לצדק, כי המחוקק לא יצר, משום-מה, מערכת ערר נפרדת, במסגרת הדין הפלילי, שתפטור את הצדדים מן ההיזקקות לבית המשפט הגבוה לצדק דווקא. ראוי נושא זה כי ייבחן מחדש, כדי שפתרונה של מחלוקת כגון זו יימצא בתחומיו של בית המשפט - אם כי לאו דווקא המותב - שדן בעניין".

101. באופן דומה, נאמרו הדברים הבאים בבג"צ 233/85 אלהווייל נ' מ"י, כאשר הוגשה עתירה לבג"צ בערעור על החלטה לא לגלות חומר חקירה, לפני שנקבעה זכות ערעור, המדברים בעד עצמם:

"לאור ההתפתחויות הנ"ל, שאירעו בקשר לבקשת העותרים, טוענים המשיבים, בתור טענה מקדמית, שבית-משפט זה אינו מוסמך לדון בעתירה, שכן זו הוגשה אמנם באופן פורמאלי כנגד המשטרה ופרקליטות המחוז, אך מבחינה מהותית יש בה למעשה משום ניסיון לערער על החלטת בית המשפט המחוזי בעניין הנדון. והרי הלכה פסוקה היא, כי לא ניתן לערער על החלטות ביניים של בית המשפט בערכאה ראשונה במשפטים פליליים, למעט ערעורים המותרים על-פי דין מיוחד, כגון ערעור על סירובו של שופט לפסול את עצמו לדון באותו משפט, על-פי סעיפים 146 ו-147 לחוק סדר הדין הפלילי. לעניין הלכה זו ראה, לדוגמה, בג"צ 361/67 [1], בעמ' 368 וכך בג"צ 398/83 [2]. בבג"צ האחרון קבע מ"מ הנשיא שמגר (כתוארו אז) לאמור (בעמ' 470):

"טענות דיוניות לסוגיהן, המועלות לפני ערכאת השיפוט הפלילית ושהן בתחום הכרעתה, אינן נדונות בבית המשפט הגבוה לצדק, אלא - אם יש מקום וצורך בכך - לפני ערכאת הערעור, המעבירה פסק-דינו של בית המשפט הדין בעניין פלילי תחת שבט הביקורת, והוא כל עוד לא נקבע אחרת על-פי הוראותיו של החוק החרות".

הלכה זו, היינו שאין בית-משפט לערעורים דן בערעור על החלטת ביניים במשפט פלילי, אכן מושרשת

ומקובלת, אולם אינני משוכנע שיש להחילה על מקרה, שבו מנסה הסניגוריה לאלץ את רשויות התביעה לקיים את החובה המוטלת עליהן על-פי סעיף 74 לחוק סדר הדין הפלילי...

מ"מ הנשיא שמגר (כתוארו אז), אשר לפניו התבררה בקשה להביא לפסילתם של שופטי בית המשפט המחוזי אשר ישבו לדיון במשפט הנדון, תיאר את השתלשלות העניינים בעניין בקשת הסניגוריה וציין, בעמ' 598 של פסק דינו בע"פ 633/83):

"נותרת על-כן דרך הפנייה לבית המשפט הגבוה לצדק, כי המחוקק לא יצר, משום-מה, מערכת ערר נפרדת, במסגרת הדין הפלילי, שתפטור את הצדדים מן ההיזקות לבית המשפט הגבוה לצדק דווקא".

אמנם קיים הבדל בין המקרה, שנדון בע"פ 633/83 [3] הנ"ל, לבין המקרה דנן, בכך שבמשפט ההוא סירב בית המשפט המחוזי להחליט בעניין בקשת הסניגוריה מטעמים פרוצדוראליים, ואילו במקרה שלפנינו נדחתה הבקשה על-פי שיקולים מהותיים לגופה של הבקשה; אך לדעתי, אין הסמכות של בית המשפט הגבוה לצדק תלויה בטיב הנימוקים, אשר בעטיים נדחתה בקשת הסניגוריה על-ידי בית המשפט קמא.

נראה, שבאותם מקרים, שבהם נטען ומוכח, לכאורה, כי התביעה אינה ממלאת את חובתה על-פי סעיף 74 לחוק סדר הדין הפלילי, ובית המשפט הגבוה לצדק נוכח, כי בית המשפט של הערכאה הראשונה אינו יכול או אינו רוצה להוציא כנגד התביעה צו כמבוקש על-ידי הסניגוריה, והינו סבור, כי בנסיבות העניין אין אפשרות להגיש ערעור על פסק הדין הסופי של בית המשפט קמא כדי לספק לסניגוריה תרופה יעילה, כי אז לא ינעל בית משפט זה את שעריו בפני עתירת הנאשם נגד התביעה הכללית".

102. עינינו הרואות כי בית המשפט העליון לא נתן להיעדר סעיף מפורש המקנה זכות ערר לפגוע בזכויות הנאשם בכל הנוגע לגילוי ראיות, דן בפניות שהופנו אליו בנושא, כאילו הוא יושב בערר, וקרא למחוקק לשנות את המצב החוקי,

גם מבחינה רשמית וקריאה זו הובילה לתיקון סעי' 74, והענקת זכות ערר, לא רק על פיפסיקת בית המשפט העליון אלא אף בחוק מפורש.

103. לאור האמור ולפי פסיקת בית המשפט, בענייננו, ניתן לבקש ולקבל סעד מבית המשפט הנכבד, גם נגד בית המשפט קמא, על פעולתו בחוסר סמכות, ועל החלטתו לגופה וכן הלאה.

104. ואולם, העורר יטען כי דרך המלך היא קיום דיון בהודעת הערר, כמות שהיא, תוך קביעה ברוח פסיקה קודמת של בית המשפט העליון כי **כלל אין מדובר בהחלטת ביניים במשפט פלילי** שכן "בנסיבות העניין אין אפשרות להגיש ערעור על פסק הדין הסופי של בית המשפט קמא כדי לספק לסניגוריה תרופה יעילה", כאמור.

105. דומה כי הגיע הזמן שבית המשפט הנכבד יאמר את דברו למחוקק, בנושא זה, ממש כפי שדבריו בקשר לזכות הערר לפי סעיף 74 לחוק הובילו לתיקון החוק בעקבות שינוי המצב המשפטי בפסיקת בית המשפט העליון.

סעי' 3 לחסד"פ

106. יתר על כן, לתוצאה דומה ניתן להגיע מניתוח הזכויות המונחות על כפות המאזניים:

הזכות לעיון בראיות לשם הגנת נאשם הוכרה כחלק מזכות היסוד של נאשם למשפט הוגן. לענין זה אין כל הבדל בין חומר ראיות המוחזק בידי המדינה לכזה המוחזק בידי גורם שלישי אותו המדינה לא תפסה.

107. הליכי גילוי ראיות הוכרו כחלק מקדמי של המשפט ושל הגשמת זכות נאשם למשפט הוגן ומעבר לכך דומה שברור שהשכל הישר אינו יכול להשלים עם פגיעה כה אנושה בזכויות הנאשם וכך גם ההגיון המשפטי והרצון להגשים זכויות יסוד במשפט פלילי.

108. ככל שמאן דהוא יבקש להיתלות באילנות פורמליים – דומה שסעיף 3 לחוק לפיו "בכל ענין של סדר הדין שאין עליו הוראה בחיקוק, ינהג בית המשפט בדרך הנראית לו טובה ביותר לעשיית צדק" – ישמש לו מענה נאות, שכן בדיוק לשם מקרים כאלה נחקק סעיף זה.

כפי שראינו בענין אמג'ל – קיומה של זכות ערר על הליכי גילוי ראיות נתפס כנושא שבו בית המשפט העליון סבר שיש מקום להתערבות ולסלילת דרך, שלא היתה קיימת עד אז, לשם עשיית צדק.

אנו מצויים באותו מקום בדיוק, עם סעיפים שלא היו, בזמן מתן פסה"ד בענין אנג'ל בשימוש, ורק מטעם זה לא נזכר שם.

דומה שהגיע הזמן לתקן זאת.

קיום זכות ערר משיקולי צדק ופרקטיקה

109. העורר יטען כי גישה לפיה ערעור על החלטה בסוגיית העברת מחקר תקשורת החיוני לביסוס חפות נאשם – יידון רק במסגרת ערעור שיגיש נאשם על פסק הדין, לאחר עשרות ישיבות ומאות ואלפי דפי פרוטוקול – פוגעת בעשיית הצדק ולא מעשית אף מבחינה פרקטית. בפרט נכונים הדברים, בידענו שערר כזה יידון, באופן **מיידי**, במקרה בו המשטרה בקשה וקבלה צו זהה שהוביל לתפיסת אותה ראיה ממש והנאשם מבקש לקבלה מידיה.

העורר יטען כי ניסיון לאבחן בין המצבים, כשמתבקש צו כזה ע"י נאשם בתחילת המשפט – מלאכותי.

110. בטרם נצביע, בפרק הבא, על החלטות בית המשפט העליון המקיימים דיונים, הלכה למעשה, בעררים על החלטות לפי סעי' 43 ו-108, נתאר לעצמנו מה **המשמעות הפרקטית** של אי בירור הנושא כעת וקיום דיון בערר על ההחלטה במסגרת הערעור על הכרעת הדין בסוף המשפט, בפעם הראשונה. כך ייראו הדברים:

הצדדים יגיעו לערעור ו**בדיון ראשון** יטענו, תחילה, בנושא הערעור על גילוי הראיות. שלושת שופטי ההרכב הדין בערעור לא יוכלו לדון בכך, מבלי שהחומר יהיה לפנייהם, והדיון יידחה לשם הבאת החומר על-ידי המחזיק. **בדיון השני** ייאלצו שלושת השופטים לעיין בראיות המבוקשות ולהכריע בשאלת מסירתן. ככל שיחליטו על אי מסירתן – יימשך הדיון בערעור. ואולם, ככל שיחליטו שיש מקום למסירתן יהיה מקום לדחות את הדיון בערעור, כדי לאפשר לנאשם לקבלן לידי ולעיין בהן ולהכין טיעון מתאים. **בדיון השלישי** עשוי הנאשם לבקש להשיב את הדיון לבית המשפט קמא, תוך ניתוח ההשלכות הפוטנציאליות של החומר שהתקבל על חקירת כל העדים שהעידו. ודוק, עיון בהחלטות בית המשפט העליון בעררים בנושא גילוי חומר חקירה מלמד כי חלק נכבד מהן מתקבל. אין סיבה לחשוב שהמצב יהיה שונה בגילוי ראיות לפי סעי' 43 ו-108.

כעת, כשיבקש הנאשם להשיב את הדיון לבית המשפט קמא, על מנת שיתקיים דיון כאשר הראיה החדשה בידיו: בית המשפט העליון יימצא בפני מעמד מורכב: אין חולק כי לנאשם היתה זכות לחקור את עדי התביעה עם הראיות החדשות בידו, שכן אין לדעת לאיזו תוצאה היה מוביל השימוש בראיות החדשות, בהתחשב בכך ש"אין חקר לתבונת סניגור מוכשר". ברור, לחלוטין, שאיש לא היה חולק על כך שאילו היה מקבל את הראיות לפני תחילת המשפט היה רשאי לחקור כל אחד מעדי התביעה – על תכנון.

יתר על כן, אין ספק שהנאשם רשאי להביא עדי הגנה נוספים שפרטיהם נגלו

לו מהחומר החדש, דבר שודאי היה עושה אילו היה נודע לו על הראיות בתחילת המשפט ואיש לא היה יכול למנוע זאת ממנו ועתה אין לדרוש ממנו לגלות מיהם עדי ההגנה שהוא מבקש להביא וככל שיבקש להביא עדים נוספים להגנתו – איש אינו יכול למנוע זאת ממנו.

ברור לכל שזוהי הדרך הצודקת היחידה לאפשר שימוש בראיות חדשות כאלה.

ואולם, בית המשפט עלול להתלבט בשיקולי יעילות, בשל ההכבדה על המערכת כולה, כתוצאה מהמהלך הנזכר ומשום כך – לדחות את הצדק מפני היעילות, שכן העדפת עשיית הצדק עלולה לחייב את בית המשפט העליון לבטל את הכרעת הדין, שיתכן שכללה קביעות מהימנות שהתבססו על הראיות המקוריות ועתה עלולות לחייב העברת הדיון למותב אחר שישמע את המשפט מתחילתו.

יתר על כן, המשימה לנסות ולהעריך כיצד כל ראייה שעתה נחשפת היתה משתלבת במארג הראיות בדרך לזיכוי או להרשעה – היא בלתי אפשרית, שכן הדבר תלוי בתוכן החקירה הנגדית, בתשובות העדים, ובמהלכים שמובילים למהלכים אחרים שאיש אינו יכול לצפות, וודאי לא להתנבא כיצד היו מתרחשים, רטרואקטיבית.

111. על כגון דא העיר כב' השו' מלצר בדיון שהתקיים בבש"פ 9343/16 פלוני נ' מ"י כאשר נציג המדינה טען כי אין מקום להתיר ערר על החלטה בענין סעי' 108 הבאה לברר קשר קודם בין שתי המתלוננות, ופועל יוצא מכך, הדבר יתברר רק בפרשת ההגנה (ודבר זה הרי יקרה, אם לא תינתן זכות ערר לבירור מיידי של בקשה לגילוי ראיות לפי סעי' 43 ו-108):

"איך הוא יחקור אותן? (עמ' 3 שו' 24)...אם יש טענה כזו, נכון לברר אותה, למה המשחק הזה? (שו' 34).

ולאור עמדת המדינה כי יש לאפשר לנאשם לבקש לקבל את הראיות רק בפרשת ההגנה, דבר שמשמעותו השבת עדי התביעה, ובמקרה זה – המתלוננות, להיחקר על הראיות שהתקבלו, העיר: "אם תצדקו ויכול להיות שמשפטית אתם צודקים, אתם תגרמו להכבדה עליהן (על המתלוננות א.ע.). פעם נוספת ואני רוצה לחסוך את זה...בשביל מה לזמן את המתלוננות פעמיים?" (עמ' 4 שו' 26)

ובהמשך העיר לב"כ המדינה: "נניח שדברו (המתלוננות ביניהן) – והיא תגיד שלא דברו. ואז הוא (הסניגור) יגיד: הנה פלט של שיחה! את לא מדייקת!" נציג המדינה השיב: "אז תיפתח בפניו הדרך (להגיש בקשה לגילוי התקשורת ביניהן לפי סעי' 108)" ועל כך העיר כ"ה השו' מלצר: אז לא תיפתח, הוא לא יכול להטיח בה את הדבר הזה" (עמ' 8 שו' 27-32) (ההערות בסוגריים שלנו – א.ע.).

פרוטוקול הדיון מצ"ב – נספח ט'.

112. דברים דומים השמיע כב' השו' זילברטל בבש"פ 2502/14 הנזכר (ר' נספח ו'), לאמר:

"אנו מכניסים את 108 כי זה לא חומר חקירה במובנו הרגיל לכן הסניגור נאלץ כבר בשלב המוקדם של המשפט לבקש את זה. הסניגור צריך להכיר את החומר הרשמי הזה, המתועד הזה שישנו, ואין מקום שנדחה אותו וכי הבקשה שלו תשאר תלויה ועומדת לשלב ההגנה... כדי שהסניגור יכין כמו שצריך (את החקירה, א.ע.) הוא חייב לדעת פרטים כאלה ואחרים כדי שהוא יוכל לעמת אותה. אם אחרי חקירתה ישקול בית המשפט זה יהיה מאוחר מדי. מה, נזמין אותה שוב לדוכן העדים? זה לא עובד כך".

113. מדברים אלה ניתן ללמוד בדרך של קל וחומר עד כמה אין זה נכון לדחות את ההכרעה בשאלות גילוי הראיות לשלבים מאוחרים של המשפט: אם בקורת זו נמתחה לגבי דחיית ההכרעה לפרשת ההגנה – דחייה לשלב הערעור על אחת כמה וכמה.

114. הדרך האחרת, הפשוטה וההגיונית יותר, היא לתת גושפנקא רשמית להליך שמתרחש בשטח, ולהתיר עררים על החלטות לפי סעיף 108 ו-43, תוך קריאה למחוקק להסדיר זאת אף באופן רשמי, כפי שנעשה בענין סעיף 74: שם הותרו עררים, בפועל, והמחוקק נקרא לשנות את המצב החוקי, ושינה אותו, בהמשך.

115. המסקנה המתבקשת היא שגם משיקולים של יעילות וגם משיקולי צדק – יש מקום לקיים דיון בערר עתה.

המגמה העקבית של שופטי בית המשפט העליון לקיים דיון ענייני בעררים בנושא גילוי ראיות לפי סעי' 108

116. ואכן, מעיון בפסיקתו של בית המשפט העליון למדים ששופטי בית המשפט העליון הקפידו, פעם אחר פעם, לקיים דיון ענייני בכל מקום בו ערר על החלטה לפי סעיף 108 הונח על שולחנם.

117. מסגרת לאמור צריכים להיות דבריו של בית המשפט העליון שהצביעו על מגמה לייעל את ההליך הפלילי ולא לפצלו, באופן מלאכותי, כפי שבאה לביטוי בעע"מ 1786/12 ג'ולאני נ' מ"י (פורסם בנבו) בו ניכרים הרצון והנכונות של בית המשפט העליון לייעל את ההליך הפלילי ולכלול בהליך

הפלילי גם הליכי גילוי ראיות לפי חוקים אחרים (שם, חוק חופש המידע) - כדי למנוע סחבת וסרבול.

118. דומה שהרצון לגבור על מכשלה-מדומה זו אף הניע את כב' השו' ארבל בבש"פ 3945/13 פלוני נ' מ"י וחברת סלקום בע"מ (פורסם בנבו, 9.6.13) להכתיר בקשה לפי סעיף 108, רטרואקטיבית, כבקשה לפי סעיף 74 – כדי לאפשר לדון בערעור עליה (ולקבלו), ובדרך זו לנוס מהבעייתיות שעלולה לעלות מסירוב לקיים דיון בערעור-מידי על הליך לפי סעיף 108 ומהותרת הדיון בערעור על החלטה לפי סעיף 108 לערעור על פסק הדין הסופי.

עיון בהחלטה זו מלמדת שבדרך למסקנה זו "נאלץ" בית המשפט לגלות גמישות מחשבתית ומילולית יוצאי דופן שספק אם היה עורך אילו עמד בפניו מוצא נוח יותר. יודגש שהניתוח המוצע על ידנו, המאפשר דיון כזה במסגרת ערר, לא עלה שם וממילא לא נדון.

לאור זאת, ניתן להגיע לבירור השאלה בערר דנן דרך המנסרה של בש"פ 3945/13 ואולם, דומה כי נכון יותר יהיה לקבל את הפרשנות שהצענו למעלה, לפיה כלל אין מדובר בהליך ביניים במשפט פלילי, אלא בהליך עצמאי ולפיכך ניתן לערור עליו.

119. כך נהג, לדוגמא, כב' השו' רובינשטיין בבש"פ 3577/13 חן נ' מ"י, כאשר קבל, ללא כחל ושרק, ערר שהגישו נאשמים על החלטות שלא למסור להם חומר חקירה, מחד, וראיות שהתבקשו לפי סעיף 108, מאידך. דומה שעצמת וחשיבות הזכות לעיין בראיות בהן יש לסייע לנאשם בהגנתו - מכרעת והמהות גוברת על הפרוצדורה, אם בכלל יש באחרונה לצמצם את זכותו של נאשם, במקום בו, כאמור, יש בסיס לטענה כי אין מדובר בהחלטת ביניים.

120. כך גם דן כב' השופט זילברטל בערר שהוגש בבש"פ 2502/14 הנזכר (ר' נספח ו'), לגופו של ענין, והוביל את המדינה להסכים לקבלת הערר לגופו.

121. באופן דומה, אך לפני שבועות ספורים, קיים כב' השו' סולברג דיון לגופו של ענין בערר על החלטה לפי סעיף 108 בבש"פ 8576/17 אבו באך גאלו נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 03.12.2017).

122. כך גם נהג כב' השו' מלצר כאשר בא לפניו ערר דומה בבש"פ 9343/16. באותו מקרה הוגש ערר על החלטה בבקשה לפי סעיף 108. במהלך הדיון טענה המדינה לאי קיום זכות ערר. השופט מלצר העיר לב"כ המדינה הערות נוקבות, כפי שפרטנו למעלה, אולם, למרבה הצער, לאחר שדציין כי "זה יקח קצת זמן, כי זה ערר שמעורר שאלות", לא הספיק לפסוק לפני שהמשפט

הגיע לסימומו והערר לא הוכרע. יצוין כי הח"מ העלה, באותו מקרה, טענות מהותיות, בין היתר בשאלת המותב המתאים וב"כ המדינה בקש שהדיון יועבר למותב תלתא, בשל עקרוניות הסוגיה.

123. עינינו הרואות, בית משפט נכבד זה, אינו נמנע מלקיים דיון לגופם של עררים על החלטות דומות כאשר החלטתו הסופית נגזרת מהתמונה הכוללת ומהצורך לעשות צדק-רוחבי ולא רק נקודתי.

124. המגמה הנזכרת מובילה למקום העולה מדברי ההסבר לחוק ופסה"ד בענין אנג'ל שהובאו לעיל, לפיהם אין מקום לדחות עררים בנימוקים פרוצדורליים, שכן הליך גילוי ראיות הינו חלק מהותי מזכות נאשם למשפט הוגן.

כך גם כאן, נושא הליכי גילוי ראיות לפי סעיף 108 הוא נושא שחשיבותו גדלה בשנים האחרונות והפוטנציאל של סיוע לנאשם בהגנתו זהה לפוטנציאל של הליכי הגילוי לפי סעיף 74.

125. ממילא, נטען כי הגישה השיפוטית הנכונה והראויה היא זו המעדיפה קיום בירור ענייני, כפי שעשו כב' השו' ארבל, סולברג, זילברטל, רובינשטיין ואחרים.

התייחסות להחלטת בית המשפט קמא

126. ראשית, התקלה הראשונה שיצאה מתחת קולמוסו של המותב קמא היה סירובו לקיים דיון בבקשה לפי סעי' 43 לפסד"פ. הבקשות הוגשו הן לפי סעי' 108 והן לפי סעי' 43. על השלכותיו של סעי' 43 עמדנו למעלה. חרף זאת, פתחה השופטת את החלטתה בכך ש"נקודת ההנחה" להחלטתה היא לשונו של סעי' 108, בלבד.

העורר יטען כי די בכך להצדיק ביטול ופסילת ההחלטה.

127. שנית, אשר לקביעות בקשר לזהות המותב – הרחבנו בפרק המתאים.

128. שלישית, בית המשפט קמא דחה את טענת הסנגור כי חשיפת הראיות עלולה לפגוע בהגנתו, בנימוק שלפיו "עיקר החקירה הנגדית נעשית בדרך שגרה ביחס לחומרים המהוים חומר חקירה בתיק וגלויים בפני שני הצדדים ועדיין הכלי של חקירה נגדית הוא יעיל ואפקטיבי מאד". בכך נפלה השופטת לכלל טעות: קיים הבדל תהומי בין פוטנציאל התועלת לנאשם בין ראיות שידועות לצד שכנגד לכאלה שאינן כאלה. אכן, על נאשמים לחקור עדי תביעה על סמך חומר חקירה הידוע לתביעה ומכח זה לעדי התביעה אותם מכינים תובעים-לדיון, ונתקלים, מכח זאת, בקשיים רבים. ואולם, החקירה הנגדית אפקטיבית עשרות מונים כאשר עד התביעה אינו יודע על חומר שמחזיק

סניגור. מנסיון של קרוב לשלושים שנות הופעה בהליכים פליליים בבתי משפט, מעיד הח"מ כי השקרים המהדהדים ביותר של עדי תביעה מתגלים דוקא בחקירתם הנגדית ביחס לראיות שלא ידעו על קיומן. או אז, לאחר שהעד טווה את שקריו, מתוך הנחה שהאמת לא תתגלה, שכן מדובר בדברתו מול דברת הנאשם – הראיה החדשה המלמדת ששיקר היא זו שמטה את הכף, פעמים רבות; הסיבה שבגללה העד היה מוכן לשקר – היתה ידיעתו שאין ראיה לסתור את דבריו. **בדרך זו, חשיפת הראיה לתביעה – משבשת, במובן הפשוט והבסיסי ביותר, את היכולת לחשוף את האמת.**

רביעית, בית המשפט קמא קבע כי המשפט אינו מיועד "לאפשר יתרונות טקטיים לצד זה או אחר". כלל זה שיפה למישורים אחרים של המשפט, אינו יפה בנושא גילוי ראיות. כפי שפרטנו למעלה 100% מדיוני המשטרה לקבל ראיות ע"י צווים שיפוטיים נעשים ללא ידיעת הצד שכנגד, ותוך איסור פרסום, מתוך הבנה שבנושא זה – אי גילוי הדבר לצד שכנגד אינו ענין של "יתרון טקטי" אלא הנו דבר בסיסי שבא למנוע פגיעה באפקטיביות של החקירה. על כך, בדיוק, אנו מדברים, ומטעם זה, בין היתר, הוכרה זכותו של נאשם לא לגלות את ראיותיו למדינה.

חמישית, השופטת דחתה את הטענה על חשש מהפללה עצמית בשל "אפיה הכללי של הטענה". היא הנותנת. זהו חלק מהבעיה של קיום דיון בפני המותב הדן בתיק העיקרי. השופטת דנה בתיק העיקרי ואמורה לקבוע אם להאמין לנאשם אם לאו. כיצד יכול נאשם להעלות בפניה חששות מפורטים למה וכיצד עלול חומר מסוים להפלילו?! וכי אין זה ברור **שבעצם** הצגת ההנמקה הוא פוגע בהגנתו?!

זוהי אחת הסיבות שמנינו לכך שהניתוב של בקשות כאלה אמור להיות לשופט תורן ולא לשופט שדן בתיק העיקרי!

129. התייחסות לפסקי הדין שהביאה השופטת, מחד, ולהתייחסותה לפסיקה שהביא העורר מצורפת בזאת – **נספח י'.** ממילא יובן שגם בהתייחסות בית המשפט קמא לפסיקה מטעם העורר לא מצאנו דיון ענייני.

130. **ראוי לציין כי טענות אחרות שהעלה העורר, שאחת העיקריות בהן היתה הטענה שהנאשם היה זכאי לקבל ולהחזיק ראיות אלה, מבלי שהתביעה תעיין בהן או תדע על קיומן, אלמלא נזקק לצו שיפוטי – ואין זה מתקבל על הדעת שדוקא פנייתו לקבל סעד – תוביל לפגיעה בזכויותיו – זכו לדממה מטרידה בהחלטה. השופטת לא מצאה לטענה זו כל מענה.**

131. העורר מתכבד לצרף, שורה של החלטות התומכות בטענותיו בערר זה: מעבר לפסקי הדין שאוזכרו, מצורפות הבקשה וההחלטה בבע"ח 43173-02-14 שם הורה נשיא בית המשפט המחוזי בירושלים על העברת החומר לידי הנאשם, בלבד (ר' נספח ז').
כן מצ"ב בקשה והחלטת בית המשפט המחוזי בירושלים בבע"ח 8876-04-14 **אבו גאנם נ' סלקום** שם הורה להעביר את החומר לידי הנאשם, בלבד:

"אין מקום להמציא את הנתונים לבית המשפט או למדינה, שכן המדינה במסגרת פעולות החקירה שהיא מוסמכת לבצע, רשאית לבקש ולקבל את המידע האמור. בנוסף, מאחר שמדובר בחומר המבוקש על ידי ההגנה, בשיקול דעתה של ההגנה יהיה אם להגישו לבית המשפט ואין מקום שבית המשפט ייחשף אליו מיוזמתו"

הבקשה וההחלטה מצ"ב – נספח י"א.
כן מצורפת החלטת כב' שופטת בית המשפט המחוזי בבאר שבע דינה כהן בשבתה כבית משפט שלום בת"פ 38355-09-14 **פרי נ' רשות הטבע והגנים** בהן ניתן החומר אף לנאשם בלבד, בהסכמת ב"כ המדינה. הבקשה וההחלטה מצ"ב – נספח י"ב.

כן מופנה בית המשפט להחלטת בית המשפט המחוזי בנצרת בתפ"ח 2323996-06-16 **מדינת ישראל נ' נסאר ואח'** (החלטה מיום 29.11.16) שם ביקשה ב"כ המאשימה לקבל לידיה חומרים שהועבר לנאשמים לאור בקשתם לקבלת ראיות. ב"כ הנאשם הח"מ התנגד לבקשה מהטעם שבקשת ב"כ המאשימה נעדרת כל בסיס חוקי ובית המשפט קיבל את התנגדות הח"מ ודחה את בקשת ב"כ המאשימה.

סוף דבר

132. ערר זה בא לאפשר עשיית צדק עם הנאשם, כל נאשם, ולנסות לצמצם, ולו במעט, את היתרון-העצום שקיים למדינה בכל הנוגע לאיסוף ראיות. לנאשם, כל נאשם, נתונות הזכות לא לגלות לתביעה את הראיות שהצליח לאסוף, וכן הזכות לא לחשוף בפני בית המשפט ראיות אלה, עד למועד שיבחר להציגן, אם בכלל.
זכויות אלה – נתפסות חלק בסיסי מזכות הנאשם להתגונן, ומזכותו החוקתית למשפט הוגן שמרכיב מרכזי בה הוא לחקור את עדי הצד שכנגד חקירה נגדית אפקטיבית, שכוללת את הזכות להפתיעם.

133. עניינו של ערר זה הוא בניסיון לפגוע בזכויות הנאשם, דוקא במקום שבו הוא מצוי בעמדת הנחיתות הגדולה ביותר, והוא נזקק לצו שיפוטי, לשם הגשמת זכויותיו. לשיטת בית המשפט קמא בנקודה זו הוא מאבד את הזכות שבית המשפט והתביעה לא יוכלו לראות את ראיותיו. העורר יטען כי זהו גזל כבשת הרש.

134. בנסיבות אלה, מתבקש בית המשפט להשיב את הצדק על כנו, ולבטל את ההחלטות נשוא הערר.



אריאל עטרי, עו"ד
ב"כ העורר