



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 4922/19

לפני:

כבוד השופט י' עמית
כבוד השופט ע' גרוסקופף
כבוד השופט א' שטיין

העותרים:

1. אפרים נוה
2. בר כץ

נגד

המשיבות:

1. מדינת ישראל - פרקליטות מחוז מרכז (פלילי)
2. נשיאת בית השלום בראשון לציון

עתירה למתן צו על תנאי

תאריך הישיבה:

כ"ג בחשוון התש"ף (21.11.2019)

בשם העותרים:

עו"ד בעז בן צור, עו"ד כרמל בן צור ועו"ד גיא רוה
עו"ד רן רוזנברג

בשם המשיבות:

פסק-דין

השופט י' עמית:

עניינה של עתירה זו בממשק שבין הליכי הגילוי והעיון במשפט הפלילי להליכי הגילוי והעיון על פי חוק חופש המידע, התשנ"ח-1998 (להלן: חוק חופש המידע). נקדים ונאמר כי העתירה שבפנינו היא חריגה במובן זה שהיא מתימרת לתקוף בבג"ץ החלטת ביניים בהליך פלילי.

ההליך בבית משפט השלום

1. כנגד שני העותרים הוגש בבית משפט השלום בראשון לציון כתב אישום (ת"פ 58959-12-18 מדינת ישראל נ' נוה וכץ) המייחס לכל אחד מהם עבירות של כניסה ויציאה מישראל שלא כחוק בצוותא וקבלת דבר במרמה בצוותא (סעיפים 7 ו-12(4) לחוק הכניסה לישראל, התשי"ב-1952 (להלן: חוק הכניסה לישראל), וסעיפים 415 רישא ו-29 לחוק העונשין, התשל"ז-1977).

בעקבות הגשת כתב האישום, הגישו העותרים לבית המשפט שדן בעניינם בקשה לקבלת החומרים הבאים:

(-) כל כתבי האישום שהוגשו בשבע השנים האחרונות – ולחלופין בשלוש השנים האחרונות – בעבירות לפי חוק הכניסה לישראל ובעבירה של קבלת דבר במרמה, במקרים של כניסה או יציאה בלתי מתועדת של אזרחים ישראלים, נושאי דרכון תקף, שלא היתה מגבלה משפטית או מניעה משפטית או אחרת לכניסתם וליציאתם מן הארץ;

(-) תיקי החקירה המלאים לגבי כתבי אישום אלה;

(-) נתונים מלאים ביחס לכל המקרים בשבע השנים האחרונות – ולחלופין בשלוש השנים האחרונות – בהם התקיימה יציאה או כניסה לישראל ללא הצגת דרכון; מה עלה בגורלם של מקרים אלה; וככל שלא הוגש כתב אישום לגבי מקרים אלה, מסמך מסכם הכולל "תיאור ההחלטה לסגור את התיק וליבת העובדות ששימשו בסיס להחלטה הסגירה".

נתונים אלה נדרשים, לטענת העותרים, נוכח החשש לאכיפה ברונית בעניינם, באשר לא עלה בידיהם לאתר במאגרים המשפטיים ולו מקרה דומה אחד. לגישת העותרים, באמצעות המידע המבוקש בכוונתם להוכיח כי כעניין שבמדיניות נהגה המאשימה לסגור אירועים דומים ללא חקירה, ולמצער ללא הגשת כתבי אישום.

2. את בקשתם לקבלת המידע סמכו העותרים על חוק חופש המידע, וטענו כי הזכות לקבלת המידע עומדת לכל אזרח, ובוודאי לעותרים שלהם אינטרס אישי מובהק לעיון בחומר. העותרים הסתמכו בטענתם זו על שלוש ההלכות הבאות: הלכת סגל (ע"מ 2398/08 משרד המשפטים נ' סגל (19.06.2011)); הלכת ג'ולאני (ע"מ 1786/12 ג'ולאני נ' מדינת ישראל – המשרד לביטחון פנים (20.11.2013)); והלכת וייס (ע"מ 2668/15 מדינת ישראל נ' וייס (18.11.2015)). לטענת העותרים, בקשתם נופלת בגדרי סעיף 74 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982 (להלן: החס"ד"פ), ולחלופין, בגדרי סעיף 108 לחס"ד"פ.

3. מנגד, התביעה טענה כי קיימת משרעת של 'עבריינות מעבר' בדרגות חומרה שונות כגון: עבריינות מעבר המבוצעת הן בכניסה הן ביציאה; תוך הצגת מצגי מרמה פוזיטיביים כלפי העמדה הממוכנת/המפקחים; תוך תכנון מראש; בצוותא חדא עם אחר או בסיוע אחר; כזו המבוצעת על ידי מנועי כניסה/יציאה לעומת מי שאינם כאלה (כמו העותרים); כזו המבוצעת על ידי בעלי הרשעות קודמות לעומת נטולי הרשעות קודמות (כמו העותרים). מכל מקום, נטען כי מדיניות האכיפה בתחום עבריינות המעבר היא

יציבה וקבועה, וכי בחודש יולי 2018, כשלושה חודשים לפני שהעותרים נתפסו לכאורה בקלקלתם, גובשה מדיניות של החמרה בעבירות אלה, באופן שלעבירות של כניסה או יציאה לישראל בניגוד לחוק הכניסה לישראל, נוספה גם עבירה של קבלת דבר במרמה.

4. בהחלטתו מיום 10.7.2019 (להלן: ההחלטה או החלטת בית משפט השלום), סקר בית משפט השלום (כב' הנשיאה ע' רון) את ההלכות הנוהגות לגבי סעיף 74 לחסד"פ. נקבע כי בקשתם של העותרים אינה נופלת בגדרו של סעיף 74 לחסד"פ, ויש לבחון אותה בגדרו של סעיף 108 לחסד"פ ובמסגרת טענה של הגנה מן הצדק לפי סעיף 149(10) לחסד"פ.

בית המשפט בחן את הפסיקה הרלוונטית והגיע למסקנה כי על מנת להוכיח טענת אכיפה בררנית, "על הנאשם להוכיח תחילה תשתית ראייתית ברמה שתספיק להעברת נטל הראיה אל כתפי המאשימה". אמנם, לנוכח חוסר האיזון ביחסי הכוחות בין הצדדים, אין להכביד על הנאשם, אך עם זאת, אין להביא לתוצאה של מתן תמריץ להגשת בקשות מעין אלה.

בית משפט השלום מצא כי ההגנה לא ביססה תשתית ראייתית ראשונית לטענת האכיפה הבררנית. בפני העותרים הוצגו כ-20 דוגמאות לתיקים בהם הוגשו כתבי אישום בגין עבירות של כניסה ויציאה מישראל, כל תיק ותיק נבחן על פי נסיבותיו, וחזקה על המאשימה כי פעלה מתוך שיקולים ענייניים בלבד. ובכלל, הביקורת השיפוטית על החלטה של המאשימה להעמיד לדין, תיעשה אך במקרים חריגים.

בשורה התחתונה הבקשה נדחתה, ועל כך נסבה העתירה שלפנינו.

העתירה, הסעדים שנתבקשו וטענות הצדדים

5. העותרים ביקשו בעתירתם לבטל את החלטת בית משפט השלום ולהורות למדינה להעביר לידיהם את המידע שנתבקש במסגרת הבקשה נשוא ההחלטה. העתירה משתרעת על פני 20 עמודים אך ניתן לתמצת את עיקריה בשורות הבאות.

נטען כי בניגוד להחלטתו של בית משפט השלום, המידע שביקשו העותרים הוא בגדר חומר חקירה רלוונטי ומשכך היה על בית המשפט להכריע בבקשתם לפי סעיף 74 לחסד"פ. ההחלטה על ההעמדה לדין התקבלה לאחר שהמשיבה בחנה את מדיניות ההעמדה לדין ואיתרה כתבי אישום הדומים לשיטתה למקרה הנדון, כך שהחומר מצוי

בידי המשיבה ובתיק החקירה. לדידם של העותרים, גם מידע עקיף לאישום הוא בבחינת חומר חקירה, ודי בכך שהמידע מצוי בידי הפרקליטות (ולמצער צריך להימצא בידיה) ונאסף בקשר לעניינם כדי שיחשב לחומר חקירה.

עוד נטען, כי בית משפט קמא הקדים את הנטל המוטל על הטוען להגנה מן הצדק בשל אכיפה בירנית משלב הוכחת הטענה לשלב בו מתבקש מידע שיסייע להוכחתה. החלטת בית משפט קמא התקבלה בחוסר סמכות ותוך פגיעה בזכויותיהם הדיוניות, שכן בית המשפט הכריע בטענה המקדמית לאכיפה בירנית לגופה מבלי שנטענה וחרף השלב המוקדם בו מצוי ההליך – טרם הקראת כתב האישום.

נטען כי בית המשפט קבע כי לצורך קבלת המידע יש להוכיח חשד ראשוני לאכיפה בירנית, אך קביעה זו אינה מעוגנת בדין וסוטה מפסיקתו המחייבת של בית משפט זה. לשיטתם של העותרים, אין לצפות מנאשם הסובל מנחיתות אינהרנטית בנגישות למידע להוכיח בשלב הראשוני את מדיניות ההעמדה לדין של המאשימה, והדבר יוביל לריקון הטענה לאכיפה בירנית מתוכנה. מכל מקום, העותרים סבורים כי עמדו בנטל הדרוש לקבלת המידע, וכי אין להסתפק בהחלטת בית משפט קמא המורה למשיבה למסור לעותרים מידע חלקי.

מטעמים אלה סבורים העותרים, בעיקרו של דבר, כי עניינם נופל בגדר המקרים החריגים בהם יתערב בית המשפט הגבוה לצדק בהחלטת ביניים בהליך הפלילי.

6. בתגובתה המקדמית לעתירה טענה המשיבה כי דין העתירה להידחות על הסף, בין היתר מכיוון שאין היא באה בקהלם של המקרים הנדירים המצדיקים את התערבותו של בית משפט זה בהחלטות ביניים בהליכים פליליים.

לגופו של עניין טענה המשיבה, בין היתר, כי בהתאם לפסיקתו של בית משפט זה בעניין וייס, הנטל להוכחת קיומה של אכיפה בירנית מוטל על כתפי הנאשם, ובהעדר ראיות ראשוניות לטענה – אין לעותרים מסגרת דיונית לבקש מידע הקשור להוכחתה. כך, לדעת המשיבה, בקשת העותרים אינה באה בגדר סעיף 74 לחסד"פ אלא בגדר סעיף 149(10) לחסד"פ שעניינו בהגנה מן הצדק.

7. העותרים הגישו תשובה לתגובת המשיבה, וטענו, בין היתר, נגד פרשנות המשיבה לעניין וייס. לשיטתם, פסק הדין בעניין וייס אינו עוסק בשאלה המהותית בדבר הנטל המוטל על נאשם המבקש לקבל מידע להוכחת טענה של אכיפה בירנית. נוכח

עמדתה העקרונית של הפרקליטות וחוסר האחידות בפסיקת הערכאות הדיוניות בעניין זה, מבקשים העותרים את התערבות בית משפט זה.

סמכות בג"ץ לדון בעתירה

8. המשוכה המקדמית הניצבת בפני העותרים היא גבוהה. ככל שעניינם של העותרים נכנס בגדרו של סעיף 74 לחסד"פ, הרי שעומדת להם זכות ערר לבית המשפט המחוזי מכוח סעיף 74(ה) לחסד"פ. ככל שעניינם של העותרים נכנס בגדרו של סעיף 108 לחסד"פ, הרי שמדובר בהחלטת ביניים שאין עליה זכות ערר, וניתן לערער על ההחלטה במסגרת הערעור על פסק הדין.

9. הלכה ידועה ומושרשת במשפטנו היא כי בג"ץ לא יתערב בהחלטות ביניים הניתנות בגדרו של הליך פלילי, אלא במקרים חריגים ונדירים. כך לגבי כל החלטת ביניים במהלך משפט פלילי, וכך גם לגבי החלטות ביניים שעניינן סעיף 74 לחסד"פ.

בעבר הרחוק ניתן להצביע על מספר פסקי דין שבהם דן בג"ץ לגופם של דברים בנושאים מובהקים שנופלים בגדר סעיף 74 לחסד"פ. בבג"ץ 233/85 אל הוזייל נ' משטרת ישראל, פ"ד לט(4) 124 (1985), השופט ג' בך דן בשאלה אם חומר חקירה בתיק של עד מדינה הוא רלוונטי, ודחה את העתירה לגופה. בבג"ץ 1885/91 צוברי נ' פרקליטות מחוז ת"א, פ"ד מה(3) 630 (1991), השופט בך נדרש לגופה של טענה כי מסמכים ומידע המוגשים ל"שופט-מעצרים" הם בגדר חומר חקירה.

לא אכחד כי בקריטריונים הנהוגים כיום, לא היה מקום לדון כלל בעתירות אלה, ודומה כי ניתן להסביר את הדברים בכך שבאותה תקופה, אך החלו להתגבש ההלכות לגבי הליכי העיון על פי סעיף 74 לחסד"פ. על כך ניתן ללמוד מדברי השופט (כתוארו אז) מ' חשין בבג"ץ 5274/91 חוזה נ' שר המשטרה, פ"ד מו(1) 724 (1992): "השאלה, אם ראוי הוא כי הפורום שידון בדרישה לגילוי חומר הראיות יהיה בית המשפט שלפניו מתברר המשפט הפלילי או אם יהיה זה בית המשפט הגבוה לצדק או אם ידונו בנושא השניים גם יחד, יש בה פנים לכאן ולכאן".

היום כבר אין פנים לכאן ולכאן, וההלכה ברורה וידועה ולפיה הפורום בנושא של גילוי ועיון בחומרי חקירה הוא בית המשפט הדן בתיק הפלילי ולא בג"ץ. במהלך 25 השנים האחרונות, החריגים שנדונו בבג"ץ הם מעטים ונעדר יספרם. בעניין התוצ"ד (בג"ץ 620/02 התובע הצבאי הראשי נ' בית הדין הצבאי, פ"ד נז(4) 625 (2003)), העתירה נדונה

לגופה, מאחר שהופנתה כנגד בית הדין הצבאי לערעורים, שאינו נמנה עם בתי המשפט הרגילים שחוק יסוד: השפיטה דן בהם. בנוסף, מדובר היה בעתירה עקרונית שהשלכותיה חרגו מגדר התיק, והסירוב לדון בעתירה לגופה עלול היה לגרום לתוצאה בלתי הפיכה. בעניין דוד אפל (בג"ץ 5207/04 אפל נ' היועץ המשפטי לממשלה (20.5.2010)) נדחתה בקשה לקבל את כל תוצרי האזנת הסתר, אך שאלת הסמכות לא נדונה וככל הנראה לא הועלתה כלל על ידי הצדדים. בפרשת היומנים (בג"ץ 9264/04 מדינת ישראל נ' בית משפט השלום בירושלים, פ"ד ס(1) 360 (2005)), מצא בג"ץ להתערב לאחר מספר פעמים בהן הסוגיה נושא הדיון היטלטלה שוב ושוב בין הערכאות. זאת, בעיקר בשל החשש לפגיעה בלתי הדירה בצד שלישי (המתלוננת באותה פרשה) וכן מאחר שהעתירה העלתה שאלות עקרוניות בעלות השלכות רחבות טווח, שחוזרות פעמים רבות בערכאות הדיוניות, והיה צורך להבהיר את הדין באותן סוגיות.

10. עם חלוף השנים והצטברות מאות ההלכות בנושא סעיף 74 לחסד"פ, דומה כי התמעטו השאלות העקרוניות שנותרו "פתוחות" ואשר מצריכות הבהרה או התערבות של בג"ץ, כחריג לכלל לפיו בג"ץ אינו יושב כערכאת ערעור על החלטות ביניים בהליכים פליליים.

על רקע הלכה זו, מצאנו שלא לדון לגוף טענות העותרים בנסיבות הקונקרטיות של כתב האישום דנן. עם זאת, בשלב זה אין לראות בהחלטת בית משפט השלום סוף פסוק לגבי טענת העותרים לאכיפה בדרנית. זאת, משום שיש ממש בטענות העותרים כי טענותיהם התמקדו בשאלת הגילוי והעיון, אך עדיין לא ניתנה להם ההזדמנות לשטוח את מלוא טענותיהם במסגרת תשובתם לכתב האישום ובמסגרת טענה מקדמית של הגנה מן הצדק.

בכפוף להערה זו, ונוכח אי הבהירות שנוצרה לכאורה בעקבות פסק הדין בעניין וייס, מצאנו לנכון להתייחס לשאלות עקרוניות שיש להן השלכות רוחב, לגבי הממשק בין זכות העיון הציבורית לפי חוק חופש המידע לבין זכות הנאשם לגילוי ולעיון בהליך הפלילי.

מסלולי הגילוי והעיון בדין הפלילי

11. אך לאחרונה עמדתי על חמישה מסלולי גילוי ועיון בחומרי חקירה (בג"ץ 5676/19 וורקה טקה נ' המחלקה לחקירות שוטרים בפרקליטות המדינה (29.10.2019)), כמפורט להלן:

(-) זכות העיון הציבורית מכוח חוק חופש המידע. מימוש זכות זו נעשה בדרך של עתירה לבית המשפט לעניינים מינהליים (סעיף 17(א) לחוק חופש המידע).

(-) סעיפים 74 ו-108 לחסד"פ – סעיפים שנכנסים לפעולה רק לאחר הגשת כתב אישום. הזכויות על פי סעיפים אלה ניתנות למימוש במסגרת ההליך הפלילי עצמו.

(-) זכות העיון הפרטית במשפט המינהלי. זכות זו נגזרת מזכות הטיעון, ולפיה הפרט זכאי לעיין בכל החומר המצוי בידי הרשות שנוגע לעניינו-שלו. מימוש זכות זו נעשה בדרך של עתירה לבג"ץ.

(-) זכותו של חשוד לעיין בחומרי חקירה טרם שימוע ולמטרת השימוע, בהתאם לסעיף 60א לחסד"פ ולהנחיית היועץ המשפטי לממשלה מס' 4.3001. מימוש זכות זו נעשה בדרך של עתירה לבג"ץ (ראו בג"ץ 2678/07 נשיא המדינה משה קצב נ' היועץ המשפטי לממשלה (23.4.2007)).

(-) הנחיית פרקליט המדינה 14.8 בנושא "בקשה מצד גורמים שונים לעיין במידע המצוי בתיק חקירה" (התשמ"א) (להלן: הנחיית פרקליט המדינה). מימוש זכות זו נעשה בדרך של עתירה לבג"ץ.

12. עניינו-שלנו מתמקד בטענה של נאשם בהליך פלילי לאכיפה בררנית. אין חולק כי דרך המלך להעלאת טענות נגד פגמים שנפלו בהגשת כתב אישום – לרבות טענה לאכיפה בררנית – היא במסגרת ההליך הפלילי (בג"ץ 9131/05 ניר עם כהן ירקות אגודה שיתופית חקלאית בע"מ נ' מדינת ישראל – משרד התעשייה המסחר והתעסוקה, פסקאות 4-5 (6.2.2006); רענן גלעדי "בית המשפט הפלילי בשבתו כבג"ץ – הלכת ניר עם כהן ודוקטרינת הביקורת המינהלית בפלילים – חלק א" הסניגור 190, 5-6 (2013)). הסוגיה שלפנינו היא מה הדרך שבה יכול נאשם לקבל נתונים ומידע שיסייעו בידו להוכיח, במסגרת ההליך הפלילי, טענה לאכיפה בררנית.

הצדדים התמקדו בשני המסלולים הראשונים – סעיפים 74 ו-108 לחסד"פ וחוק חופש המידע. עודנו באים לדון בממשק בין שני מסלולים אלה, נבחן אם הנחיית פרקליט המדינה יכולה אף היא להיות אכסניה ראויה לקבלת נתונים ומידע לצורך העלאת טענה לאכיפה בררנית.

13. הנחיית פרקליט המדינה לא חלה מקום בו הוגש כתב אישום, שאז נכנסים לפעולה סעיפים 74 ו-108 לחסד"פ. ההנחיה גם קובעת כי "חוק חופש המידע אינו חל על מידע כאמור". ההנחיה משקפת בעיקרה את זכות העיון הפרטית, שמכוחה אדם רשאי לעיין בחומר החקירה בעניינו בתיק שנסגר, אם לצורך הגשת ערר על החלטת הסגירה או לצורך הגשת תובענה אזרחית (בג"ץ 10271/02 פריד נ' משטרת ישראל מחוז י-ם, פ"ד סב(1) 106 (2006); בג"ץ 9022/07 בן שבת נ' מדינת ישראל – משטרת נהריה (11.8.2008)). הנחיית פרקליט המדינה הרחיבה את זכות העיון הפרטית לגורמים נוספים ולבעלי אינטרסים נוספים, כמו חברת ביטוח שמבקשת לעיין בתיק חקירה הנוגע לתאונת דרכים, על מנת לבחון אם הנהג בתאונה אכן היה המבוטח. זכות העיון על פי הנחיית פרקליט המדינה כפופה לכללים ולשיקולים שנקבעו בה, והעיון בחומר מותנה בקיומו של אינטרס אישי ולגיטימי של המבקש ובעיתוי שלא יהיה בו לפגוע בחקירה הפלילית או בהליך הפלילי הנובע ממנה.

לטעמי, ממכלול ההוראות בהנחיה עולה כי היא נסבה על עיון בתיק חקירה מסוים, ולא בתיקי חקירה שאינם מושא האינטרס האישי הישיר של מבקש העיון (ולא נעלם מעיני כי על פי ההנחיה ניתן לבקש לעיין בתיק חקירה גם לצרכי מחקר). הנחיית פרקליט המדינה נוגעת לחומרי חקירה בתיק שלמבקש העיון נגיעה ואינטרס אישי לגביו, ונראה כי תיקי חקירה שנסגרו נגד חשודים אחרים אינם נופלים לגדרה. למעשה, הנחיית פרקליט המדינה מהווה מבחינה מסוימת "תמונת ראי" לסעיף 74 לחסד"פ, באשר שני מסלולים אלה עוסקים בחומר ב"תיק החקירה", להבדיל מחומר שאינו בתיק החקירה. לכן, איני סבור כי הנחיית פרקליט המדינה יכולה להוות את האכסניה המתאימה לבקשת נאשם לקבלת נתונים על תיקי חקירה אחרים. לא אכחד כי השופטים ד' ברק-ארז ו-נ' הנדל הביעו דעה אחרת בעניין ג'ולאני, ועל כך אעמוד להלן. מכל מקום, גם העותרים לא טענו לזכות עיון מכוח מסלול זה.

בין גילוי ועיון בדין הפלילי לגילוי ועיון על פי חוק חופש המידע

14. הליכי הגילוי והעיון על פי חוק חופש המידע מתנהלים בזירת המשפט המינהלי, וכאמור, האכסניה לעתירות בעניינים אלו היא בית המשפט לעניינים מינהליים. לעומת זאת, הליכי הגילוי והעיון במשפט הפלילי מתנהלים במסגרת סעיפים 74 ו-108 לחסד"פ ובמסגרת ההליך הפלילי גופו.

ניתן להצביע על ארבעה רציונלים עיקריים בבסיס הליכי הגילוי והעיון לפי סעיף 74 לחסד"פ והם: זכותו של הנאשם למשפט הוגן; זכותו של הנאשם לערוך הגנתו ולהיערך כראוי למשפט; הערך של גילוי האמת; וצמצום פערי הכוחות בין התביעה להגנה (ראו החלטתי בבש"פ 8252/13 מדינת ישראל נ' שיינר, פסקה 11 והאסמכתאות שם (23.1.14)).

הרציונלים שבבסיס הזכות הציבורית לגילוי ועיון מכוח חוק חופש המידע הם שונים, וניתן להעמידם על שניים אלה: "הטעם הדמוקרטי" – לפיו הזכות לדעת ולהיחשף למידע היא אמצעי חשוב להגשמת הערך של חופש הביטוי, על אגד הזכויות הנכללות בו; ו"טעם הבעלות" – לפיו הרשויות מחזיקות במידע כנאמן של הציבור, שהוא הבעלים של המידע. משני רציונלים עיקריים אלה מסתעפים צידוקים וטעמי-משנה, כמו בקרה על מעשי השלטון; חיזוק ה"היגיינה הציבורית"; שיפור איכותה של פעולת הרשות; גיבוש סדר היום הציבורי וחיזוק אמון הציבור בעקבות שקיפות הליך קבלת ההחלטות על ידי הרשות (ע"מ 3300/11 מדינת ישראל – משרד הבטחון נ' "גישא" מרכז לשמירה על הזכות לנוע, פסקה 6 (5.9.2012); ע"מ 398/07 התנועה לחופש המידע נ' מדינת ישראל – רשות המיסים, פ"ד סג" (1) 284, 313-316 (2008); ע"מ 7744/10 המוסד לביטוח לאומי נ' מנגל (15.11.2012); ע"מ 5089/16 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' בנק ישראל (30.5.2018)).

15. נוכח הרציונלים השונים והתכליות השונות שבבסיס שני הליכים אלה, לא ייפלא כי ההלכות לגביהם שונות וקיימת פסיקה עניפה לגבי שני המסלולים. אחד ההבדלים הבולטים בין שני המסלולים הוא נושא הרלוונטיות. לצורך גילוי ועיון במסלול של סעיף 74 לחסד"פ, הרלוונטיות היא תנאי מקדמי שאין בלתו. על הנאשם להראות תחילה כי הראיה המתבקשת היא רלוונטית, ורק לאחר שהוא צולח שלב זה, מגיע שלב האיזון בין זכותו לעיין בחומר לבין חיסיון יחסי או אינטרס נוגד אחר. לעומת זאת, בהליכי גילוי ועיון על פי חוק חופש המידע, מבקש המידע אינו נדרש לצלוח את שלב הרלוונטיות. מבקש המידע לא נדרש להראות טעם או סיבה בגינם הוא מבקש את המידע, הגם שקיומו של אינטרס אישי ממשי לחומר המבוקש, עשוי לחזק את זכות העיון הציבורית-כללית ולהטות את נקודת האיזון לטובתו.

16. לצורך דיונו נסתפק אפוא בשלושת הבדלים עיקריים אלה שבין הליכי הגילוי והעיון בדין הפלילי לעומת הליכי הגילוי והעיון על פי חוק חופש המידע: אכסניה שונה (מינהלי לעומת פלילי); תכליות ורציונלים שונים; תנאים וחריגים ואיזונים שונים.

מהבדלים אלה נגזרות תוצאות שונות. במסגרת ההליך הפלילי ניתן לקבל חומר שלא ניתן לקבל על פי חוק חופש המידע, ולהיפך, במסגרת חוק חופש המידע ניתן לקבל חומר שלא ניתן לקבלו במסגרת ההליך הפלילי. בדומה, כך גם בהליכי גילוי ועיון במשפט האזרחי:

”העובדה שלא ניתן לקבל מידע מסוים מכוח הוראות חוק חופש המידע אין משמעותה בהכרח שלא ניתן לקבלו במסגרת הליכי גילוי בתביעה אזרחית [...] על כן, ייתכנו מצבים שבהם לא יהיה ניתן לקבל מידע מסוים במסגרת הליך אזרחי (אם מן הטעם שהוא אינו רלבנטי להליך ואם מטעמים דיוניים אחרים) אך ניתן יהיה לקבלו מכוח הוראות חוק חופש המידע. מנגד, ייתכנו מצבים בהם ניתן יהיה לקבל מידע מסוים במסגרת הליך אזרחי אך לא ניתן יהיה לקבלו מכוח הוראות חוק חופש המידע בשל הסייגים הקבועים בו” (רע”א 8224/15 תנובה מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע”מ פסקה 18 (29.3.2016)).

יתרה מזאת. למעשה, במסגרת סעיף 74 לחסד”פ הנאשם מבקש עיון במסמכים המהווים ”חומר חקירה”. לעומת זאת, חומר חקירה הוא מידע אשר מוחרג במפורש מתחולתו של חוק חופש המידע, לאור סעיף 14(א)(9) לחוק, הקובע כי הוראות החוק לא יחולו על ”מערכי המודיעין והחקירות של משטרת ישראל, וכן יחידות נוספות אשר השר לבטחון הפנים, באישור הועדה המשותפת, קבע אותן בצו”. מכאן, שכל אחד מהמסלולים פועל באופן שונה ונוגע למידע שונה, ואין ממלכה נוגעת ברעותה.

17. על רקע השוני בין שני המסלולים, עלתה שאלת ”גבולות הגזרה” בין הליכי הגילוי והעיון במסלול הפלילי, לבין הליכי הגילוי במסלול המינהלי לפי חוק חופש המידע. שאלה זו התעוררה בעיקר בהקשר של טענה לאכיפה בדרנית במסגרת טענת הגנה מן הצדק בהליך הפלילי. בסוגיה זו ניתן להצביע על שלוש תחנות בפסיקה, עליהן אעמוד להלן.

הלכות סגל-ג'ולאני-וייס

18. עודנו באים לבחון את שלוש התחנות הבאות, נסב את תשומת לב הקורא לעובדה חשובה. כל שלוש התחנות נמצאות במסלול המינהלי, וכולן נדונו במסגרת ההליך המינהלי על פי חוק חופש המידע.

19. התחנה הראשונה בדרכנו היא עניין סגל. באותו מקרה, היה מדובר בנאשם שהועמד לדין בעבירה של העלבת עובד ציבור. הנאשם העלה טענת הגנה מן הצדק במסגרת ההליך הפלילי, ובמקביל פנה בהליך על פי חוק חופש המידע, וביקש לעיין בכל ההחלטות על העמדה לדין בעבירות המגבילות את חופש הביטוי במהלך תקופה של מספר שנים. משנדחתה בקשתו, עתר הנאשם לבית המשפט לעניינים מינהליים וכך הגיע העניין לפתחו של בית המשפט העליון.

הדיון בבית המשפט העליון נעשה כולו באספקלריה של חוק חופש המידע, והתמקד בשאלה מהי "הקצאת משאבים בלתי סבירה" על פי סעיף 8(1) לחוק. פסק הדין העיקרי נכתב על ידי השופטת (כתוארה אז) נאור, והשופט (כתוארו אז) גרוניס הוסיף את ההערה הבאה:

"העניין שמטריד אותי במיוחד הוא הממשק בין ההליך הפלילי לבין ההליך לפי חוק חופש המידע, התשנ"ח-1998 (להלן – החוק) [...] מנקודת מבט זו בהחלט ראוי לאפשר לנאשם לעיין בהחלטות רלוונטיות של התביעה הכללית. כמו כן, אם לא תינתן לנאשם גישה להחלטות, ספק אם יוכל הוא לבסס טענה בדבר אכיפה בררנית.

הנאשם במקרה זה, הוא המשיב, פתח בהליך לפי החוק, בעוד ההליך הפלילי תלוי ועומד. ניהול שני הליכים מקבילים אינו ראוי ואינו יעיל, כפי שיוסבר עתה [...]

[...] האם יעלה על הדעת שגם במקרה שיגרתי יהא צורך לעכב את ההליך הפלילי עד להכרעה בהליך המקביל שיתנהל לפי החוק? [...]

[...] אין צידוק לעכב את ההליך הפלילי, שנפתח עם הגשתו של כתב אישום, עד שתיפול הכרעה בהליך לפי החוק. עם זאת, אין סיבה שהנאשם יידרש לוותר על טענתו בדבר אכיפה בררנית, אך מן הטעם שאין לעכב את ההליך הפלילי עד להכרעה בהליך לפי החוק. התשובה צריכה להימצא, לטעמי, בקביעה של כללים דומים לעניין היקף הגילוי בין אם מדובר בהליך הפלילי ובין אם מדובר בהליך לפי החוק. [...] בכל מקרה יש להיזהר מאימוץ של כללים שיתנו תמריץ לנאשם להעלות טענה בדבר אכיפה בררנית בלא כל בסיס ורק מתוך מטרה לעכב את התנהלותו של ההליך הפלילי (הדגשה הוספה – י"ע).

20. התחנה השנייה בדרכנו היא עניין ג'ולאני. באותו מקרה, הוגש כנגד הנאשמים כתב אישום שייחס להם עבירות של החזקה בתנאי עבדות. הנאשמים העלו טענת הגנה של אכיפה בורנית, ותוך כדי ההליך הפלילי פנו במסלול של חוק חופש המידע. משנדחתה בקשתם עתרו לבית המשפט לעניינים מינהליים, וכך הגיע העניין לפתחו של בית המשפט העליון.

השופטת ד' ברק-ארז עמדה על הטענה של הגנה מן הצדק בהליך הפלילי שבמסגרתה "יכול נאשם להעלות, במקרים מתאימים, טענת אכיפה בורנית. על-פי פסיקתו של בית משפט זה, לטענה של אכיפה בורנית יש להניח תשתית עובדתית מבוססת [...] (הדגשה הוספה – י"ע). מכאן ואילך ממשיך הדיון באספקלריה של חוק חופש המידע על הסייגים שבו, ובמיוחד סייג ההכבדה בסעיף 8(1) לחוק וכן סעיף 14(א)(9) לחוק, אשר מוציא מגדר תחולתו של החוק את גופי החקירה של המשטרה, כך שהחוק לא חל ישירות על תיקי החקירה, בין אם הועברו לידי הפרקליטות ובין אם נותרו בידי המשטרה. השופטת ברק-ארז יצאה מנקודת הנחה כי תמצית העובדות בתיקי החקירה שנסגרו והתשתית העובדתית שביסוד ההחלטות לסגור את התיקים הללו ונימוקיהן, אינן בגדר חומר חקירות גולמי ולכן ספק אם החומר נופל לגדרו של סעיף 14(א)(9) לחוק, ועל הספק להיזקק לטובת מבקש המידע. אך גם אם נניח שחל החריג, הרי שלשיתתה היה מקום למסור את החומר נוכח סעיף 10 להנחיית פרקליט המדינה, לפיו יש ליתן משקל לזיקה של המבקש להליך הפלילי. לגישתה:

"[...] כאשר נאשם במשפט פלילי מבקש מידע הדרוש לו לצורך ההליך הפלילי עצמו, נקודת המוצא צריכה להיות אוהדת לבקשה, בכפוף לחריגים כדוגמת הקצאת משאבים בלתי סבירה, פגיעה בלתי מידתית בפרטיותם של צדדים שלישיים (תוך שימת לב מיוחדת לנפגעי עבירות) ועוד" (שם, פסקה 27).

נדגיש כי הדברים נכתבו במסגרת דיון על פי חוק חופש המידע ובהמשך נבחן הנושא באספקלריה של סייג ההכבדה בסעיף 8(א) לחוק חופש המידע. כאמור, כל מבקש מידע על פי החוק זכאי לקבל את המידע מבלי להצביע על סיבה לבקשתו. עם זאת, הדגישה השופטת ברק-ארז כי:

"התשובה לשאלה האם הונח בסיס לכאורי לאכיפה בורנית הופכת להיות חשובה אף יותר באותם מקרים

שבהם חוק חופש המידע אינו חל והבקשה לגילוי מידע מוגשת רק לפי הנחיית פרקליט המדינה – היינו, כאשר הבקשה מתייחסת במישרין לחומרים שהופקו בידי מערך המודיעין והחקירות של המשטרה, ולפיכך חל עליה החריג שנקבע בחוק בסעיף 14(א)(9) "ש"ס, פסקה 30).

באותו מקרה, ובאספקלריה של הכבדה על פי חוק חופש המידע, מאחר שהיה מדובר ב-15 תיקי חקירה בלבד, הגיעה השופטת ברק-ארז למסקנה כי גילוי המידע לא יגרום להכבדה ממשית על הרשות.

21. כל האמור לעיל נאמר באספקלריה של חופש המידע. לגבי הדין במסגרת ההליך הפלילי, השופטת ברק-ארז הותירה את הדברים בצריך עיון, תוך שהיא מעירה כי שאלת יחסי הגומלין בין עיון בחומר חקירה לפי סעיף 74 לחסד"פ לבין עיון בחומרים שעשויים לסייע לנאשם מכוח חוק חופש המידע, נותרה "פתוחה" בעניין סגל, וכי "חשוב להקפיד שבקשות לעיון על-פי חוק חופש המידע לא תשמשנה בסיס להארכת ההליך הפלילי, בעיקר בשים לב שהן נמצאות מחוץ למסגרת המפקחת של בית המשפט הדן בכתב האישום". בשורה התחתונה נאמר בנושא זה כי יש "להותיר את הדיון הכולל בשאלה של בחירה בין החלופות השונות לקבלת מידע לעת מצוא, לאחר שיוצגו לבית המשפט מלוא הטיעונים הרלבנטיים. כפי שצינתי לעיל, שאלה נכבדה זו נותרה 'פתוחה' בעניין סגל, ואין לנו צורך להכריע בה גם כעת" (ש"ס, פסקאות 39, 43).

22. השופט הנדל סבר כי באותו מקרה חוק חופש המידע כלל לא חל, מאחר שהבקשה לקבל את תמצית העובדות בתיקי החקירה שנפתחו בחשד לביצוע עבירת החזקה בתנאי עבדות, חלה על מידע שנוצר, נאסף או מוחזק על-ידי מערך החקירות של משטרת ישראל, ולכן נופל לחריג הקבוע בסעיף 14(א)(9) לחוק. לגישתו, ניתן היה לקבל את המידע מכוח ההסדר הקבוע בהנחיית פרקליט המדינה, וראוי כי ההליך הדיוני בהשגה על החלטה לפי הנחית פרקליט המדינה ייערך במסגרת ההליך הפלילי, כבקשה לפי סעיף 74 לחסד"פ במובן הרחב.

השופט דנציגר לא הכריע במחלוקת לגבי המסלול בו יש לילך, אך קבע כי נקודת המוצא המהותית צריכה להיות גילוי רחב ככל הניתן מקום בו אי חשיפת החומר תביא לקיפוח הגנתו של הנאשם במשפט הפלילי, וכי חובת גילוי זאת נגזרת בראש ובראשונה מחובת ההגינות המוגברת של המדינה. עוד ציין כי

"לא ניתן להעלות על הדעת כי מחד גיסא, במישור הפלילי יוטל על נאשם נטל כבד לבסס את טענתו לאכיפה בדרנית, כפי שעמדה על כך השופטת ברק-ארז, אך מאידך גיסא, במישור המנהלי תתנער המדינה מחובת הגילוי החלה עליה באופן שישלול מנאשם את האפשרות להוכיח את טענותיו לאכיפה בדרנית" (הדגשה הוספה – י"ע).

23. סיכום ביניים: פסקי הדין בעניין סגל ו-ג'ולאני הותירו בצריך עיון את שאלת היחס בין המסלול הפלילי לבין המסלול לפי חוק חופש המידע. אמנם הנשיא גרוניס והשופט דנציגר הביעו דעתם כי הכללים לעניין היקף הגילוי במסלול הפלילי צריכים להיות דומים לאלה שעל פי חוק חופש המידע (ואף זאת רק מקום בו אי חשיפה החומר תביא לקיפוח הגנת הנאשם). אך מדובר באמרות אגב במסגרת הליך על פי חוק חופש המידע, ולא בכדי התריעה השופטת נאור בעניין סגל כי "לדעתי אין מקום להכריע במסגרת הליך זה בשאלה האם יכול היה המשיב לקבל את ההחלטות אותן ביקש במסלול הפלילי, באמצעות סעיף 74 לחוק סדר הדין הפלילי (כחומר חקירה) או באמצעות סעיף 108 לחוק סדר הדין הפלילי (בקשה לצו להמצאת מסמכים ומוציגים)" (שם, פסקה 53).

בנקודה זו אנו מגיעים אל התחנה השלישית בקו האוטובוס המאסף של חוק חופש המידע – הלכת וייס.

הלכת וייס

24. גם בעניין וייס מדובר היה בנאשם בהליך פלילי בעבירות של ביטוי שפתיים. הנאשם פנה תוך כדי ההליך הפלילי אל בית המשפט לעניינים מינהליים בעתירה לפי חוק חופש המידע, והמדינה ערערה לבית המשפט העליון על החלטת בית המשפט למסור לו מאות תיקי החלטה בעבירות הקשורות לחופש הביטוי. המדינה טענה כי לגבי חומרים שנאשם זכאי לקבלם לצורך להגנתו, יש לייחד את המסלול הפלילי, כך שלצד חומרי החקירה להם זכאי הנאשם מכוח סעיף 74 לחסד"פ, ניתן לפנות לקבלת חומרים בגדרי הגנה מן הצדק במסגרת סעיף 149(10) לחסד"פ.

גישה זו התקבלה על ידי בית המשפט ומפאת חשיבות הדברים נביא את החלק האופרטיבי מפסק דינו הקצר של המשנה לנשיאה, השופט רובינשטיין, במלואו:

"טענה זו נראית לנו במקומה במישור הכללי. איננו סבורים, ובכך אנו משלימים את ההכרעות בפרשות סגל וג'ולאני, כי יש מקום ל'כרכור' בין בתי המשפט ולעירוב

תחומין, וגם לעיכובו של ההליך הפלילי בשל 'חישוב המסלול מחדש' במישור המינהלי, דבר שעליו התריע בית משפט זה בעניין סגל (ראו פסקה 4 לחוות דעתו של השופט (כתארו אז) גרוניס שם). המסלול הפלילי אחד ואחד הוא, ודרכו צריך וניתן להגיע לכל חומר שבית המשפט סבור כי יעשה צדק עם הצדדים ובמיוחד עם הנאשם, ולכבד את מלוא זכויותיו, גם לגבי חומרים רלבנטיים שאינם נופלים לתוך הקטגוריה של חומר חקירה לפי סעיף 74. יש לשמור על נקיונו ושלמותו של המסלול הפלילי, שהמחוקק עיצב בקפידה לשם עשיית הצדק. אין בכך כדי למנוע מנאשם, ככל אדם אחר, לפנות בבקשה ואחר כך בעתירה לפי חופש המידע, אך מעמדו ככל אדם, ואין לו כנאשם 'זכויות יתר' לפי חוק חופש המידע. מקום מיצוי זכויותיו בהליך הפלילי הוא ההליך הפלילי. המסלול המוצע לפי סעיפים 149(10) ו-108 לחוק סדר הדין הפלילי עשוי וצריך לענות על צרכי ההגנה, ועדיין נותרים אנו במסלול הפלילי. נדמה שבכך נפתר לעת הזאת הנושא העקרוני שעלה כאן.

[...]

במישור העקרוני העמדנו דברים על מכונם לעניין 'ייחוד ההליך הפלילי' לקבלת חומרים מכל סוג, במובן זה שבעתיד יטופלו בקשות מעין אלה שעלו כאן בגדרי ההליך הפלילי" (שם, פסקאות ד, ט; הדגשות הוספו – י"ע).

הלכת וייס לא יצרה דוקטרינת גילוי חדשה במסלול הפלילי

25. העותרים מפרשים את הלכת וייס באופן הבא. לגישתם, כל הזכויות שהיו נתונות עד כה לנאשם לפי חוק חופש המידע, עומדות לזכותו גם במסגרת ההליך הפלילי עצמו. לשיטתם, בית המשפט של פלילים נדרש להפעיל לגבי בקשת הנאשם לקבלת מידע, את אמות המידה המקלות של חוק חופש המידע, ובעיקר, את היעדר הצורך להצביע על רלוונטיות או הצורך להניח תשתית ראייתית כלשהי לטענה בגינה נדרש המידע, ובמקרה שלפנינו, לטענה של אכיפה בורנית. לשיטתם, בית המשפט העליון יצר בעניין וייס דוקטרינה הלכתית חדשה שניתן לכנותה "דוקטרינת חופש המידע בפלילים" (לגישה זו ראו, בהרחבה, רענן גלעדי "דוקטרינת חופש המידע בפלילים – בעקבות ע"מ 2668/15 מ"י נ' הלל וייס" הסניגור 230 עמ' 4 (5/2016)).

26. לדידי, גישתם של העותרים מפרשת שלא כהלכה את הלכת וייס. אכן, גם הלכת וייס ניתנה בגדר הליך על פי חוק חופש המידע, אך הפעם, שלא בהערת אגב, הכיר בית המשפט כי העמיד דברים על מכונם.

קריאה זהירה של הדברים בעניין וייס מלמדת כי דרישת הרלוונטיות עדיין קיימת, גם לגבי חומרים שאינם נופלים לגדרו של סעיף 74, כמצוטט לעיל. משמע, הלכת וייס לא התיימרה להטמיע את הדין המינהלי של חוק חופש המידע בתוך ההליך הפלילי, שהרי על פי חוק חופש המידע, הרלוונטיות לא נדרשת. ובכלל, אילו התיימרה הלכת וייס "להזריק" את חוק חופש המידע המינהלי לתוך המסלול הפלילי, מדוע נאמר, כמצוטט לעיל, כי הנאשם רשאי, ככל אדם אחר, לפנות גם בעתירה לפי חופש המידע?

27. ככלל, מיקומו של סעיף 74 לחסד"פ הוא בתחילת ההליך הפלילי. הלכת וייס העתיקה את הבקשה לגילוי ולעיון, שנועדה לאשש טענה לאכיפה בורנית, אל שלב הטענות המקדמיות לפי סעיף 149(10), כאשר האמצעי הדיוני שנועד לשם כך הוא סעיף 108 לחסד"פ. כל זאת, מבלי לגרוע מזכותו של נאשם לפנות, ככל אדם, בבקשה לפי חוק חופש המידע, אשר תיבחן בהתאם לסייגים ולאיוונים הקבועים בחוק זה, ומבלי שהדבר יעכב את ההליך הפלילי. לכך נתכוון בית המשפט בהלכת וייס באומרו כי יש לחדול מ"לכרר" בין שני ההליכים.

ההליך הפלילי לחוד וההליך המינהלי לחוד. הלכת וייס אכן משלימה את הלכות סגל וגולדאני, באשר הלכות אלה לא התיימרו להחדיר את הוראות חוק חופש המידע אל תוך ההליך הפלילי עצמו. אין ממלכה נוגעת ברעותה, שור וחמור לא יחרשו יחדיו, ואין להרכיב יצור כלאיים של הליך פלילי והליך מינהלי שיחרשו יחדיו בשדה הפלילי שבו חורשת "אט-אט ומתוך זהירות ותבונה, מחרשת הדין הפלילי" (דברי השופט מ' זילברג בע"פ 53/54 אש"ד מרכז זמני לתחבורה נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד ח(2) 785, 818 (1954)). ההליך הפלילי הוא אחד ואחר, ובמסגרת סעיף 108 לחסד"פ, רשאי בית המשפט, לצורך טענת הגנה מן הצדק וככל שהוא סבור כי הדבר יעשה צדק עם הנאשם, להרחיב את היקף הגילוי והעיון "גם לגבי חומרים רלבנטיים שאינם נופלים לתוך הקטגוריה של חומר חקירה לפי סעיף 74", כמצוטט לעיל בהלכת וייס.

28. אם כן, במה נשתנה ההליך הפלילי מההליך המינהלי בנושא שלפנינו?

על פי חוק חופש המידע, מבקש המידע לא נדרש להניח כל תשתית ראייתית לבקשתו. אך בהליך הפלילי, לא די לנאשם להגות את מילת הקסם "אכיפה בורנית" על מנת לפתוח את פתח מערת המידע. דווקא נוכח הנפקות של קבלת טענה לאכיפה בורנית, עד כדי אפשרות לביטול כתב האישום, נדרש בית המשפט "לסנן" טענות אלה גם בשלב הגילוי, שאם לא כן, אין לדבר סוף.

ודוק: לצורך קבלת הטענה לאכיפה בררנית גופה, נדרש הנאשם לסתור את חזקת התקינות המינהלית. כפי שמציינת השופטת ברק-ארז בעניין ג'ולאני, "לטענה של אכיפה בררנית יש להניח תשתית עובדתית מבוססת" (שם, פסקה 23). על הטוען לאכיפה בררנית לעבור מספר משוכות ש"הנטל להוכיחם, שאיננו פשוט כלל וכלל, מוטל על הנאשם, באשר הפרקליטות, ככל רשות מינהלית, נהנית מהחזקה לפיה פעולותיה נעשות כדין" (ע"פ 3215/07 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 37 (4.4.2008)).

אכן, ניתן למצוא בפסיקה גוונים שונים לגבי הרף הראייתי הנדרש על מנת לערער את חזקת התקינות המינהלית ולהעביר את הנטל אל הרשות. יש המקלים ויש המחמירים:

"כידוע, לרשות המינהלית עומדת חזקת התקינות המינהלית, שלפיה מוחזקת היא כמי שפעלה כדין – כל עוד לא הוכח אחרת [...] על-מנת להפריך חזקה זו, על הנאשם הטוען לאכיפה בררנית לנסות לסותר ולהוכיח כי בוצעה לכאורה הבחנה לא ראויה בין מי שנתונייהם הרלוונטיים שווים. משעה שהוצג בסיס ראייתי כאמור, מתערערת חזקת התקינות והנטל יעבור אל כתפי הרשות המינהלית, אשר תתבקש להוכיח כי האכיפה – אף שהיא נחזית בררנית על-פני הדברים – התבססה על שיקולים עניינים בלבד, שיש להם משקל מספיק כדי לבסס עליהם את החלטתה (עניין זקין, בעמ' 308; עניין פלוני, פסקה 37). להשקפתי, בשלב זה של העברת הנטל, די יהא בהצבעה על מקרים ספורים – ואני נכון להניח לטובת המשיבים ולצורך הדיון כי במקרים מסוימים, אף על מקרה אחד – לצורך העברת הנטל לשכמה של הרשות. טעם הדבר הוא כי הרשות היא שנהנית מנגישות עדיפה למידע הרלוונטי, ולה – להבדיל מן הנאשם – נגישות לעובדותיהם של מקרים דומים שאירעו בעבר [...] משכך, אם נמצא לכאורה יסוד בראיות לטענה של אכיפה בררנית – ובשלב זה אין להכביד בדרישה – יועבר הנטל לסתור את טענת האכיפה הבררנית אל כתפי הרשות (ע"פ 6328/12 מדינת ישראל נ' פרץ, פסקה 38 לפסק דינו של השופט ע' פוגלמן (10.9.2013)).

ומנגד:

"נראה, כי על הנאשם להראות, כי לאורך זמן ובאופן שיטתי (או קרוב לכך) קיבלו הרשויות המינהליות במקרים דומים החלטות שונות מאלה שנתקבלו במקרה שלו" (שם, פסקה 4 לפסק דינו של הנשיא גרוניס).

ההליך דכאן עניינו גילוי מידע ומסמכים ולא הכרעה בטענת האכיפה הבררנית גופה. איננו נדרשים אפוא במסגרת פסק דין זה לקבוע מסמרות לגבי הנטל שמוטל על הנאשם בהליך הפלילי כדי לסתור את חזקת התקינות. החשוב לענייננו הוא, שהנאשם אינו יכול לפטור את עצמו מהנטל של הנחת תשתית ראשונית לצורך קבלת מידע הנוגע למדיניות האכיפה, בטענה כי על פי חוק חופש המידע הוא ממילא זכאי לקבל את המידע והנתונים. אין לקבל את טענת העותרים כי עצם הנטל להניח תשתית ראייתית כלשהי לטענה של אכיפה בררנית, קולע את הנאשם ל"מעגל שוטים", באשר על מנת להוכיח טענת אכיפה בררנית העותרים נזקקים למידע. טענה מעין זו נשמעת לעיתים תכופות גם לגבי התנאי המקדמי של רלוונטיות – הכיצד יכול נאשם להוכיח כי מסמך מסוים הוא רלוונטי לקו ההגנה שלו, אם לא מתאפשר לו לעיין תחילה באותו מסמך. אלא שטענות מעין אלה נדחו בפסיקה, והתנאי המקדמי של רלוונטיות נותר כתנאי סף.

29. השורה התחתונה היא, שהנטל הראשוני לצורך קבלת מידע ומסמכים לשם העלאת טענה לאכיפה בררנית מוטל על הנאשם. אין להפוך את היוצרות, באופן שהליכי הגילוי והעיון ישמשו בסיס להנחת התשתית הראייתית הראשונית בבחינת "נעשה ונשמע" – נקבל את המידע והמסמכים מתוך תקווה כי מהם תצמח התשתית הנדרשת להגנה מן הצדק. גישה זו מקובלת גם בקרב תומכיה המובהקים של הגנה מן הצדק "במקרים הראויים שבהם הנאשם יציג תשתית לכאורית ראשונית שיש בה כדי לתמוך בטענתו, דומה כי יהא זה מן הראוי להורות לתביעה להשלים את התמונה העובדתית בכל אותן סוגיית שלנאשם לא הייתה, מטבע הדברים נגישות אל פרטיהן" (ישגב נקדימון הגנה מן הצדק 412, ה"ש 140 (מהדורה שניה, 2009) (הדגשה הוספה – י"ע) (להלן: נקדימון)).

מכאן, שאין להורות לתביעה למסור מידע מכוח סעיף 108 לחסד"פ ללא ראיות ראשוניות, ושימוש בסעיף זה ייעשה רק לאחר שהנאשם פסע אל גדרה של הטענה לאכיפה בררנית לפי סעיף 149(10) לחסד"פ.

איננו קובעים מסמרות לגבי רף הנטל הראשוני שנדרש מנאשם, אך ניתן לומר כי הרף לצורך קבלת מידע ומסמכים נמוך מהרף שנדרש להוכחת האכיפה הבררנית עצמה. זאת, בהיקש לפסיקה במשפט האזרחי, לפיה נדרשת תשתית ראייתית ראשונית על מנת לקבל גילוי מסמכים במסגרת הליכי תובענה ייצוגית, אך הנטל לשם כך נמוך מהנטל הנדרש לאישור הבקשה עצמה (רע"א 494/16 הראל חברה לביטוח בע"מ נ' עזר, פסקה 13 (19.5.2016)). בדומה, במסגרת הליכי תביעה נגזרת וההליך המקדמי של סעיף 198א לחוק החברות, תשנ"ט-1999: "התשתית הראייתית והמשפטית הדרושה לשם

אישורה של בקשה לגילוי מסמכים, צרה מזו הנדרשת לאישורה של התביעה הנגזרת עצמה" (רע"א 3912/18 שי סיני נ' עמית גנסין, פסקה 8 (16.8.2018); רע"א 2903/13 אינטרקולוני השקעות בע"מ נ' שמואל שקדי, פסקה 64 (27.8.2014) 1 רע"א 5403/17 ר'בקה טכנולוגיות בע"מ נ' חברת כימיקלים לישראל בע"מ, פסקה 19 (5.12.2017)).

בהיבט זה, ככל שבית המשפט לא השתכנע כי הנאשם הצליח לעמוד בנטל הראשוני לשם קבלת מידע ומסמכים במסגרת סעיף 108 לחסד"פ, וככל שאין בידי הנאשם חומר נוסף לבסס את טענתו לאכיפה בררנית, הרי שעל דרך של קל וחומר, יש להניח כי הנאשם לא עמד בנטל הגבוה יותר של הנחת תשתית עובדתית מבוססת לשם הוכחת אכיפה בררנית במסגרת סעיף 149(10) לחוק.

העותרים הדגישו כי בטיעון בפני בית משפט השלום שמרו על זכותם לטעון לגופה של טענה לאכיפה בררנית. כעת, משהסרנו את הספקות בשאלת היחס בין המסלול הפילי למסלול על פי חוק חופש המידע, מצאנו ליתן לעותרים חלק ממבוקשם במובן זה שהם רשאים לחזור לבית משפט השלום, ולהעלות את טענתם לקבלת מידע או מסמכים במסגרת סעיף 108, ולאכיפה בררנית גופה, במסגרת הטענה המקדמית לפי סעיף 149(10) לחסד"פ; ובית משפט השלום יפעל כחוכמתו.

אכיפה בררנית וסעיף 74 לחסד"פ

30. העותרים טענו כי הם זכאים לקבל את המידע והנתונים שנתבקשו על ידם במסלול של סעיף 74 לחסד"פ. אציין כי אפשרות זו הועלתה גם בספרות האקדמית - ראו מיכל טמיר אכיפה סלקטיבית 404-407 (2008). המחברת עומדת על כך שבארצות הברית הנאשם זכאי לדרוש עיון במסמכים "המטריאליים להגנת הנאשם", בעוד שהנוסח של סעיף 74 לחסד"פ רחב יותר ולכן ניתן לכלול בו לא רק טענות הנוגעות לאישום עצמו אלא גם טענות הנוגעות להתנהגות רשויות האכיפה. עוד לאפשרות זו ראו אצל נקדימון בעמ' 412-414, הרואה גם בסעיף 3 לחסד"פ כמקור לסמכות בית המשפט לחייב את הרשות לגלות לנאשם מסמכים לצורך הגנה מן הצדק (סעיף 3 קובע כי "בכל עניין של סדר הדין שאין עליו הוראה בחיקוק, ינהג בית המשפט בדרך הנראית לו טובה ביותר לעשיית צדק"). לטעמנו, הוראות סעיפים 74 ו-108 לחסד"פ הן ההוראות המסדירות את נושא הגילוי והעיון, כך שאין להידרש להוראה הכללית בסעיף המעוגנת בסעיף 3 (בש"פ 213/19 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 25 (6.2.2019)).

איני רואה לקבל את טענת העותרים. השימוש במסלול של סעיף 74 לחסד"פ לצורך זה, נשלל בעניין ג'ולאני, הגם שמבלי להכריע בנדון: "חובתה של המדינה לפי סעיף 74 היא להתיר לנאשם לעיין בחומר חקירה הנוגע לאישום שבידי התובע. דהיינו: חומר חקירה משטרתית ביחס לנאשם אשר הוביל להחלטה להגיש כתב אישום נגדו. תיקי חקירה נגד נאשמים אחרים שנסגרו, לכאורה, אינם נכנסים לתחומו של סעיף 74" (שם בפסקה 5; הדגשה הוספה – י"ע). מכל מקום, בפסק הדין בעניין וייס נשלל המסלול של סעיף 74 לחסד"פ וכך גם בפסיקה בעקבות הלכת וייס, כמפורט להלן.

בבש"פ 2242/16 מדינת ישראל נ' מזרחי (31.3.2016) הוגש כנגד הנאשם כתב אישום המייחס לו ייבוא של כ-2.5 מיליון ביצים משטח הרש"פ ללא היתר כדין. הנאשם ביקש במסגרת סעיף 74 לחסד"פ את כל תיקי החקירה וכתבי האישום שהוגשו ב-3 השנים האחרונות בעניין הברחת ביצים מאזורי הרשות לשטח מדינת ישראל. בית המשפט המחוזי נעתר לבקשה על אף שציין בהחלטתו כי לא הובאו בפניו "ראיות או בדלי ראיות" בהקשרה של טענת האכיפה הבררנית. בית המשפט העליון הפך את ההחלטה, וכך נאמר על ידי השופט פוגלמן, בהסתמך על הלכת וייס:

"השאלה היחידה לפתחי עניינה במיקום הגיאומטרי המתאים בגדרי ההליך הפלילי עצמו לבירור בקשת נאשם לקבלת מידע כאמור. לעניין זה מקובלת עלי עמדת העוררת כי בנסיבות המקרה שלפנינו, סעיף 74 אינו המקום המתאים לכך [...] מרחיבה ככל שתהיה הפרשנות הנוהגת, מקובלת עלי טענת העוררת כי תנאי יסוד לסיווגו של חומר כ'חומר חקירה' הוא כי הוא נוגע לאישום שבידי התובע אשר מפניו צריך הנאשם להתגונן, כעולה מלשונו של סעיף 74. כפי שהובהר בעניין שיינר, הכוונה היא לחומר אשר יש לו זיקה להליך הפלילי ולאישום שבמסגרתו הוא מבוקש [...] כמו גם לחומר שהתביעה הסתמכה עליו – למצער באופן עקיף – בבססה את האישומים הפרטניים שיוחסו לנאשם [...] בהתאם לאמת המידה האמורה סבורני כי גם אם ננקוט גישה 'ליברלית', החומר המבוקש על ידי המשיב אינו יכול להיחשב כ'חומר חקירה' כאמור בסעיף 74 לחסד"פ, באשר אין הוא קשור לתשתית הראייתית שעליה מבוסס האישום" (שם בפסקאות 5-6; הדגשה במקור – י"ע).

בדומה, כך נקבע גם בבש"פ 2447/16 פלוני נ' מדינת ישראל (10.8.2016). באותו מקרה, הוגש כנגד הנאשם כתב אישום המייחס לו עבירות מין בשתי קטינות. הנאשם הגיש בקשה בגדר סעיף 74 לחסד"פ, על מנת לבסס טענה אכיפה בררנית, ובגדרה עת לקבל "מידע על אודות נתוני אכיפה ומדיניות העמדה לדין במקרים בהם הוגש כתב

אישום, אשר כלל עבירה של אינוס (ללא חדירה של ממש)”. לדידי, בקשה זו מעידה על הקלות הבלתי נסבלת של העלאת טענה לאכיפה בדרנית ועל הצורך בהצבת תשתית ראייתית ראשונית. מכל מקום, הבקשה נדחתה על ידי השופט (כתוארו אז) ח’ מלצר בצינו כי:

”הדרך הדיונית לנקוט בה לשם קבלת החומרים המבוקשים איננה באמצעות סעיף 74 לחסד”פ, ודין של בקשות כאלו להתברר בגדר ההליך העיקרי ויש לעשות זאת במסגרת של העלאת טענות מקדמיות (כאן בהתאם לסעיף 149(10) לחסד”פ). בשלב זה של ההליך – העורר יכול להגיש את בקשתו בהתאם לסעיף 108 לחסד”פ, שכן סעיף זה, בין היתר, מאפשר להגנה לקבל מסמכים שאינם מצויים בידה” (שס, פסקה 27).

31. העותרים טענו כי למרות זאת, הם זכאים למידע במסלול של סעיף 74 לחסד”פ, מאחר שהתביעה ממילא אספה חומרים מתיקי חקירה אחרים על מנת לבחון אם יש מקום להגיש כתב אישום כנגדם, על פי המדיניות ששררה קודם לכן.

דין הטענה להידחות. התביעה הצביעה על כ-20 תיקים אחרים, ולאחר הדיון בבית משפט השלום הוסיפה עוד מספר תיקים, על מנת “להתגונן” ולהדוף את הטענה לאכיפה בדרנית, ואין לראות בחומר שנאסף על ידה לשם כך משום חומר חקירה הנוגע לאישום שבידי התובע.

סיכום

32. נסקור להלן ובתמצית את התחנות בהן חלפנו:

(-) דרך המלך להעלאת טענות נגד פגמים שנפלו בהגשת כתב אישום – לרבות טענה לאכיפה בדרנית – היא במסגרת ההליך הפלילי.

(-) הרציונלים הניצבים בבסיס הליכי הגילוי והעיון לפי סעיף 74 לחסד”פ, שונים מהרציונלים שבבסיס הזכות הציבורית לגילוי ועיון מכוח חוק חופש המידע. לפיכך, אין חפיפה מלאה בין סוגי המידע שניתן לקבל בשני המסלולים: במסגרת ההליך הפלילי ניתן לעיתים לקבל חומר שלא ניתן לקבל על פי חוק חופש המידע, ולהיפך, במסגרת חוק חופש המידע ניתן לעיתים לקבל חומר שלא ניתן לקבלו במסגרת ההליך הפלילי.

(-) ההליך הפלילי לחוד וההליך המינהלי לחוד. הלכת וייס, שהשלימה את הפסיקה שניתנה בעניין ג'ולאני וסגל, לא התיימרה להטמיע את הדין המינהלי של חופש המידע אל תוך ההליך הפלילי, אלא העתיקה את הבקשה לגילוי ולעיון שנועדה לאשש טענה לאכיפה בדרנית, ומיקמה אותה בשלב הטענות המקדמיות לפי סעיף 149(10) לחסד"פ.

(-) האמצעי הדיוני להעלאת הדרישה לקבלת חומר לצורך ביסוס הטענה לאכיפה בדרנית הוא סעיף 108 לחסד"פ, ולא סעיף 74 לחסד"פ. אין בכך כדי לגרוע מזכותו של נאשם, כמו כל אדם אחר, לפנות בבקשה במסלול של חוק חופש המידע, ואולם לא יהא בכך כדי לעכב את ההליך הפלילי.

(-) הנטל להנחת תשתית ראייתית ראשונית לביסוס הדרישה לגילוי מידע ומסמכים בנוגע למדיניות האכיפה מוטל על הנאשם. בכגון דא, לא די בעצם העלאת טענה לאכיפה בדרנית על מנת להורות לתביעה למסור מידע מכוח סעיף 108 לחסד"פ. טיבו של הנטל הראשוני המוטל על הנאשם ייבחן בכל מקרה לפי נסיבותיו, אך מובהר כי הרף לצורך קבלת מידע ומסמכים נמוך מהרף שנדרש לצורך סתירת חזקת התקינות ולהוכחת האכיפה הדרנית עצמה.

(-) המסגרת לבירור טענות בדבר אכיפה בדרנית היא סעיף 149(10) לחסד"פ.

33. אשר על כן, מובהר כי עדיין עומדת לעותרים הזכות לקבלת מידע או מסמכים באמצעות סעיף 108 לחסד"פ, והזכות להעלות את טענתם לאכיפה בדרנית במסגרת סעיף 149(10) לחסד"פ.

בכפוף לאמור לעיל העתירה נדחית.

ש ו פ ט

השופט ע' גרוסקופף:

אני מסכים.

ש ו פ ט

השופט א' שטיין:

אני מסכים.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט י' עמית.

ניתן היום, י"א בכסלו התש"ף (9.12.2019).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט