

בתי המשפט

ב"ש 9415/09
תפ 285/08
10.3.10

בבית משפט המחוזי בירושלים

לפני: כב' השופט יוסף שפירא

בעניין:

1. מירון בן טוביה רכטמן
 2. אמיר בן אריאל אטקין
 3. בטי בם בע"מ
- ע"י ב"כ עו"ד ד"ר חיים משגב

המבקשים

נ ג ד

1. מדינת ישראל

ע"י ב"כ היועץ המשפטי לממשלה עוה"ד גולן גנטי
ועו"ד עינת גרוסמן נציגת היועץ המשפטי לממשלה

2. מאיר בן זשיק קילים (הנאשם 4)

3. קלמן בן זשיק קילים (הנאשם 5)

4. קילים אלקטרוניקה בע"מ (הנאשמת 6)

ע"י ב"כ עו"ד יצחק יגור ועו"ד דורון טל

5. צבי זילברבוים בע"מ (הנאשם 7)

6. י.א.צ. זילברבוים בע"מ (הנאשמת 8)

ע"י ב"כ עו"ד אורן גלעדי

המשיבים

החלטה

האם מסמכים המצויים בבקשה לעיכוב הליכים שהוגשה ליועץ המשפטי לממשלה בעניינו של נאשם מהווים חומר חקירה לעניין כתב האישום נגד נאשמים אחרים באותו תיק פלילי? בתוך כך, האם חוות דעת רפואיות שהוגשו ליועץ המשפטי בגדרה של הבקשה לעיכוב הליכים הינן חסויות? אלה השאלות המרכזיות בבקשה זו.

בהליך זה מבוקש על ידי שלושה נאשמים בת.פ. 285/08, להורות למאשימה לגלות כל חומר חקירה הנוגע להליכי עיכוב ההליכים נגד נאשם אחר, מר צבי זילברבוים. כתב האישום נושא עבירות הקשורות לעריכת הסדרים כובלים על פי חוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988 (להלן: "חוק ההגבלים") וחוק העונשין התשל"ז-1977, בתחום שירותי הגברה ותאורה.

טענת המבקשים הינה כי מדובר בחומר חקירה כמשמעותו בסעיף 74 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982 (להלן: "החוק").

עיקרי הבקשה:

1. כנגד הנאשמים, ובכללם מר זילברבוים, הוגש כתב אישום בעבירות על פי חוק ההגבלים. המבקשים טוענים כי היועץ המשפטי לממשלה הודיע כי נפלה "טעות סופר" בהחלטתו לעכב את ההליכים נגד מר זילברבוים, וניתנה החלטה מתוקנת וכי הדבר תמוה. לאחר מכן צורף נוסח חדש של ההחלטה, אולם זו אינה חתומה. לפיכך נטען בבקשה כדלקמן:

"(א) מכל מקום, עתה, משנולדה גרסה חדשה של ההחלטה של היועץ המשפטי לממשלה, שעליה אין חותם, אולי, מטעמים של חשש מפני התוצאות של חתימה על מסמך-ציבורי, שאי-אפשר להגזים בחשיבותו ובמרכזיותו, הסותר, ללא הסבר של ממש מסמך קודם באותו עניין בדיוק, קמה ועולה העילה לדרוש מן המאשימה חשיפה מלאה של כל המסמכים הרלוונטיים - והם בוודאי עומדים למבחן הרלוונטיות שקבע ביהמ"ש העליון - הנוגעים לעיכוב ההליכים נגד צבי זילברבוים.

(ב) אין לקבל את גרסתה של הגב' עינת גרוסמן, מן המחלקה לעיכוב הליכים, מי שהועילה בטובה לנפק מכתב-הסבר שאינו עומד בכל אמת-מידה של תקינות ציבורית כפי שזו מתבקשת ממי שעומד בראש הפירמידה של רשויות אכיפת החוק" (שם, סעיף 9).

כן מוסיף ב"כ המבקשים כי מדובר באכיפה בררנית, ומכאן שיש לגלות את כל המסמכים הנוגעים לעיכוב ההליכים, לרבות עמדותיה של המאשימה, הבקשה, חוות הדעת הפסיכיאטרית והגשת תצהיר הסבר של עו"ד גוטליב עצמה ולא מטעם אחרים. כן מקשה הוא, כיצד אדם אינו כשיר לעמוד לדין ובו זמנית הוא כשיר להעיד נגד חבריו לשעבר לכתב האישום.

טענה נוספת הינה כי לא מדובר ב"תרשומות פנימיות", אלא במסמכים רשמיים ובעמדות רלוונטיות של המאשימה. תקינות ציבורית מחייבת שקיפות וגילוי כל החומר (בש"פ 6507/09).

תגובת המדינה (משיבה 1) (להלן: "המשיבה" או "המדינה")

2. המשיבה טוענת כי ההחלטה המחייבת על נימוקיה, היא זו המצויה בתיק עיכוב ההליכים והחתומה על ידי המחליט. עיון בנוסח המלא והמקורי של ההחלטה (נספח ב') מצביע על כך כי השיקולים שעמדו בבסיס קבלת הבקשה, הינם שיקולים הנוגעים לנסיבותיו האישיות של זילברבוים בלבד, קרי: גילו, מצבו הרפואי והפסיכיאטרי והערכת הגורמים המקצועיים בדבר הקשר בין מצבו הרפואי והפסיכיאטרי לבין ההליך הפלילי שהוא צפוי לעבור. עובדה זו הובהרה זה מכבר למבקשים בתגובה מטעם המדינה.

אין המדובר בגרסה חדשה, כטענת ב"כ המבקשים, כי אם בהצגת הנוסח המלא והמקורי של ההחלטה בבקשה לעיכוב הליכים של זילברבוים.

בדרישה לצירוף תצהיר של המשנה ליועץ המשפטי לממשלה לעניין נוסח ההחלטה שצורף לתגובה מטעם היועמ"ש בהיותו נוסח ההחלטה המלא והמקורי, אין כל ממש. משחלה על המדינה חזקת התקינות וזו הודיעה, במסגרת התגובה כי זהו נוסח ההחלטה, כפי שנרשם על ידי המשנה ליועץ המשפטי לממשלה, ביום 25.5.09, בתיק עיכוב ההליכים - אין כל בסיס לדרישת תצהיר לצורך אימות האמור בהודעה זו. יתר על כן, כפי שלא יעלה על הדעת לבקש תצהיר משופט על פסק דין שנכתב ונחתם על ידו, ודאי שאין לכך מקום בנסיבות שנוסח ההחלטה ונימוקיה גלוי ומובא לידיעת הצד המעוניין. ההחלטה מדברת בעדה.

עיכוב ההליכים בעניינו של זילברבוים ניתן בשל נסיבותיו האישיות ובעיקר בשל מצבו הרפואי הייחודי של זילברבוים – ואילו המבקשים ויתר הנאשמים לא הגישו בקשות לעיכוב הליכים.

ככלל, מסמכים מתיקי עיכוב הליכים אינם בגדר "חומר חקירה" שיש למוסרו למבקשים, כמשמעותו בסעיף 74 לחוק, קרי: אינו "חומר שנאסף ונרשם ע"י הרשות החוקרת", ואינו חומר שצריך להימצא בידי רשויות החקירה ו/או התביעה. החומרים אותם עותרים המבקשים לקבל לידיהם, הינם חומרים ש"נוצרו", במסגרת הליך של עיכוב הליכים, שהוא הליך סטטוטורי נפרד וחיצוני לחקירה, ולמטרה זו בלבד. מיקומו הכרונולוגי על ציר הזמן של ההליך הפלילי, הינו לאחר סיום החקירה ולאחר הגשת כתב האישום.

סעיף 231 לחוק קובע כי מרגע הגשת כתב האישום ועד למועד הכרעת הדין יש ליועץ המשפטי לממשלה, לרבות מי שהואצלה לו סמכותו, סמכות לעכב את ההליכים. שיקול הדעת בהפעלת סמכות זו הינו רחב ועיקרו מתן ביטוי ל"עניין הציבורי" עליו מופקד היועץ המשפטי לממשלה (להלן: "היועץ") היועמ"ש בכל הנוגע לאכיפת החוק הפלילי (בג"צ 4723/96 עטייה נ' היועץ המשפטי לממשלה פ"ד נא(3) 714). סעיף 232 לחוק מעניק ליועץ המשפטי לממשלה סמכות לחדש הליכים, לאחר שעוכבו, במגבלות הקבועות שם.

תמיהות וספקולציות כנטען בבקשה ובדיון – לא די בהן כדי להצדיק את חשיפת החומר. בית המשפט לא צריך להביא בחשבון אפשרויות הגנה ערטילאיות שאינן נראות לעין ואל לו לתת ידו ל"מסע דיג" שאין רואים את תכליתו המעשית (בג"צ 233/85 עלי אל הווייל נ' משטרת ישראל, פ"ד לט(4), 124 (1985); בש"פ 6507/09 משה קצב נ' מדינת ישראל, תק – על 2009(3), 3798, 3801 (2009)).

זכותו של נאשם לקבל לידי חומרים שאינם נוגעים באופן אינהרנטי לאישום, מוגבלת ומצומצמת מכוחם של זכויות יסוד ושל אינטרסים ציבוריים אחרים.

3. חשיפת חומר מתיק עיכוב הליכים פוגעת בזכויות יסוד לפרטיות ולכבוד של מי שמבקש את עיכוב ההליכים בעניינו. כמו כן חשיפת חומר מתיק עיכוב ההליכים פוגעת במוסד עיכוב ההליכים בכללותו. זאת משום שמסירת המסמכים כאמור עלולה להרתיע את המבקשים את העיכוב מלטעון את כל טענותיהם תוך פירוט מצבם האישי או הרפואי, באופן חופשי וגלוי – שמא מידע רגיש, אישי ופרטי זה יועבר לידי צדדים שלישיים וייחשף ברבים. ועוד, חשיפתם של מסמכים פנימיים מתיק עיכוב ההליכים, שעניינם חוות דעת והיוועצויות עלולה לפגוע בהליך ההיוועצות הפנימי בין גורמי התביעה ובאופן קבלת ההחלטות בתיקי עיכוב ההליכים. מעבר לכך, הרחבת המונח "חומר חקירה", הרחבה משמעותית ושגויה, עלולה להכביד על ההליך הפלילי שלא לצורך ולהביא להתמשכותו.

לרוב מדובר בבקשה המנוסחת כטיעונים של הנאשם או של בא כוחו באשר לדיות הראיות ולעניין לציבור בהמשך ניהול ההליך הפלילי. עמדות אלה אינן בגדר "חומר חקירה", בהיותן סברה ועיבוד של חומר הראיות הגולמי בתיק, אשר הועבר, מטבע הדברים, לעיונם של הנאשמים האחרים.

פעמים רבות כולל החומר המוגש במסגרת תיק "עיכוב הליכים" פרטים אישיים רגישים, החוסים תחת זכותו של מגיש הבקשה לעיכוב הליכים לפרטיות ולכבוד. לפיכך, אין להעביר את בקשתו של זילברבוים לעיכוב הליכים, על צרופותיה, לעיון המבקשים, ללא הרשאה של זילברבוים או לכל הפחות, מבלי ליתן לו להשמיע את דברו. זילברבוים, באמצעות בא כוחו, התנגד לחשיפת הבקשה לעיכוב הליכים, על צרופותיה, כעולה מתגובתו לבקשה שבנדון, אשר הועברה לעיונו ומטענותיו בדיון בפני בית המשפט.

החומר הרפואי שצורף לבקשה, לרבות חוות הדעת הפסיכיאטרית, חוסה תחת חיסיון, לפי סעיף 49 לפקודת הראיות (נוסח חדש), התשל"א – 1971. (להלן: "**פקודת הראיות**") ואין לראות בכך שהחומר צורף לבקשה לעיכוב הליכים, כויתור כללי על החיסיון מצדו של זילברבוים, כלפי כולי עלמא, ובכלל זה המבקשים (י. קדמי, **על הראיות** (2003) חלק שני, עמ' 967).

4. עמדותיה של המאשימה, לרבות תכתובות בין הגורמים השונים בתביעה ובפרקליטות וכן המלצות פנימיות שגובשו על ידי גורמים ממליצים לגורם המוסמך, אשר יש בהן התייחסות לנטען בבקשה לעיכוב הליכים ועיבוד וחיווי דעה אודות חומר הראיות הגולמי בתיק (אשר הועבר לעיון המבקשים במסגרת התיק הפלילי) – הינן תרשומות פנימיות.

ההחלטה בדבר עיכוב הליכים לא נועדה להביא את זילברבוים כעד במשפטם של המבקשים. כך עולה בבירור מנוסח ההחלטה המלא והמקורי וכן מהשתלשלות העניינים, שהובאה על ידי המשיבה, בתגובה מטעם היועמ"ש, לפני משורת הדין, באופן חריג ומבלי

שהדבר יהווה תקדים. זאת, על אף שסברה שאין בתיק מתיק עיכוב ההליכים דבר שהינו בבחינת 'חומר חקירה' והדבר נעשה לשם הזהירות בלבד.

במסגרת מכלול המידע שהובא בפני המשנה ליועץ המשפטי לממשלה, במועד שקילת הבקשה, דווח על ידי הפרקליטה בפרקליטות המדינה, אשר טיפלה בתיק (להלן: "הפרקליטה"), כי קוימו שיחות התייעצות עם התביעה, אשר המליצה לעכב את ההליכים בעניינו של המבקש נוכח מצבו הרפואי, בכפוף לאימות מצבו זה (באמצעות בדיקות על ידי מומחים רפואיים מטעם המדינה). התביעה מצאה שמצבו הפיזי וגילו של מר זילברבוים מצדיקים את עיכוב ההליכים נגדו. יחד עם זאת, חששה התביעה שהבקשה לעיכוב הליכים, טומנת בחובה גם ניסיון להימנע ממתן עדות מצד זילברבוים כעד תביעה בעתיד, ולפיכך ביקשה לברר מהי יכולתו להגיע לדיון ולמסור עדות כעד תביעה. היינו, התביעה ביקשה לוודא כי זילברבוים לא יעשה שימוש בעיכוב ההליכים כנימוק לאי הגעתו להעדה בבית המשפט. בהמשך, לאחר שהובהר לתביעה על ידי ב"כ המבקש שהמבקש לא טוען להעדר יכולת להעיד בשל מצבו הבריאותי הנוכחי, הביעה התביעה, בפני הפרקליטה, את עמדתה התומכת לעיכוב ההליכים בתיק, נוכח מצבו הבריאותי של המבקש. הודעתו של מר זילברבוים כפי שהועברה על ידי ב"כ נמסרה זה מכבר לידי המבקשים. כל השתלשלות העניינים הזו כאמור הועברה לידי המבקשים במסגרת התגובה מטעם היועץ (נספח ו').

תגובת משיבים 4-2 (נאשמים 4-6)

5. משיבים אלה ביקשו מב"כ המדינה את הנימוקים להודעת המאשימה מיום 8.6.09 בדבר עיכוב ההליכים נגד זילברבוים, ומן התשובה שניתנה בהתאם להחלטת בית המשפט מיום 9.6.09, עולה כי נפלה טעות סופר והדבר תמוה. כך גם לגבי תשובת עו"ד גלעדי ב"כ זילברבוים, לפיה יכול מרשו להעיד. לאור התמיהות הצטרפו לבקשה דנן. לעיון בחומר החקירה חשיבות רבה לניהול הליך הוגן, כך אף לגבי חומר שאינו ישיר אלא נמצא "בפריפריה של האישום" או ניחן ב"רלוונטיות גבולית". דהיינו, למינוח חומר חקירה מסגרת רחבה (פרשת צוברי, שם, 633), החובקת את פוטנציאל ההגנה של הנאשם (פרשת אברהמי, פרשת מאסרווה – ראו להלן). במקרה הנדון הואיל והעבירות נשוא כתב האישום מחייבות מעצם טיבן "יסוד הדדי" בין המשיבים לבין זילברבוים, הוכחתן או הפרכתן מלמדת על הצורך בחשיפת החומר. זילברבוים הפך בין ליל לעד תביעה, דבר המלמד על משקלו הסגולי האימננטי גם לשיטת התביעה.

לאבחנה הרפואית של זילברבוים השלכה על תפקודו ונודעת לה משמעות מרחיקת לכת לגבי הנאשמים, ואף לענין מהימנותו של העד (פרשת אזולאי, 45,49).

ההגנה אינה מחויבת להצביע באותות ובמופתים, בשלב זה, על השימוש הקונקרטי שייעשה בחומר החקירה המתבקש, או על הרלוונטיות הבלתי אמצעית שלו לטענות ההגנה שכבר נטענו. די בכך כי קיימת היתכנות שהחומר הנדון נוגע ליכולתם להתגונן מפני כתב האישום וכי הוא מצוי במסגרת פוטנציאל ההגנה של הנאשמים, לפי דידם של סגוריהם.

אף אם מדובר בתרשומות פנימיות שאין לגלותן (ולא כך היא), נוכח הנסיבות החריגות והשפעת אי-הגילוי על זכות הנאשמים להליך הוגן, יש לשקול לחרוג ממנהג זה (בש"פ 2270/06 **חאלד אל עילווי נ' מדינת ישראל**).

6. ככל זכות יסוד, גם הזכות לפרטיות המנויה בסעיף 7 לחוק-יסוד: כבוד אדם וחירותו, איננה זכות אבסולוטית וניתן ואף ראוי לגרוע ממנה לתכלית ראויה ובמידה שאינה עולה על הנדרש.

זילברבוים ישמש כעד תביעה, והמאשימה יודעת כי הוא סובל מבעיות נפשיות או רפואיות. כך, באופן שאינו חריג לכל עד אחר, חשפה התביעה את מר זילברבוים לצורך, שמא נאמר, לחובה, לחשוף גם את פרטיהן של אותן בעיות, ככל שיכולה להיות להן רלוונטיות למהימנותו כעד.

כל אימת שקיימת אפשרות סבירה לסיוע בהגנתו של נאשם, יש להבטיח את זכותו להליך הוגן, **חרף הכרסום בזכות לפרטיות** (בש"פ 6237/06 **הנרי קלושנדלר נ' מדינת ישראל**).

בהתייחס לטענה כי חוות הדעת הפסיכיאטריות והרפואיות שנמסרו לתביעה אגב הבקשה לעיכוב הליכים חוסה תחת חיסיון, המשיבים 2-4 סוברים כי אין בכך כדי למנוע את גילויין בסייגים שייקבעו על ידי בית המשפט (בש"פ 2043/05 **מדינת ישראל נ' גד זאבי**, תק-על 2005(3)). (להלן: "**פרשת זאבי**").

אל מול זכותו של מר זילברבוים לפרטיות, עומדת פגיעה רבתי בהליך ההוגן של הנאשמים הנותרים. זאת, גם נוכח ההחלטה האקסצנטרית של התביעה, להותיר את החברה שבבעלות מר זילברבוים כנאשמת, וליצור בכך אי שוויון וא-סימטריה מובנת בנגישות למידע קריטי, בין הנאשמת 8 לבין הנאשמים 1 עד 6.

7. ב"כ משיבים 2-4 מציין כי המדינה טוענת כי ההחלטה על עיכוב ההליכים נתקבלה:

"...על יסוד אמות-המידה הרגילות, אשר נקבעו במסגרת הנחיית היועץ המשפטי לממשלה בדבר עיכוב הליכים פליליים (מס.4.3030)...".

ומפנה הוא לסעיף 2.2 להנחיות היועץ המשפטי לממשלה בנוגע לעיכוב הליכים פליליים מס. 4.3030 (51.000), המורה בזו הלשון:

"כמו כן, טעמים שיש בהם כדי לרכז את חומרת העבירה, כגון, רקע אישי של הנאשם או מצב בריאותו של הנאשם, בדרך-כלל יש להם מקום בבית-המשפט, בעת הטיעונים לעונש, אך אין בהם כדי להצדיק עיכוב ההליכים." (ההדגשה - ע"י ב"כ משיבים 2-4).

כך אף לגבי הטענה כי ההחלטה **"לא נועדה להביא את זילברבוים כעד במשפטם של המבקשים"**. תחת זאת, צוין בתגובת המדינה בסעיף 35 כי :

"התביעה מצאה שמצבו הפיזי וגילו של מר זילברבוים מצדיקים את עיכוב ההליכים נגדו. יחד עם זאת, חששה התביעה שהבקשה לעיכוב הליכים, טומנת בחובה ניסיון להימנע ממתן עדות כעד תביעה... לאחר שהובהר לתביעה על ידי ב"כ המבקש שהמבקש לא טוען להעדר יכולת להעיד בשל מצבו הרפואי הנוכחי, הביעה התביעה, בפני הפרקליטה, את עמדתה התומכת לעיכוב ההליכים בתיק, נוכח מצבו הרפואי של המבקש." (ההדגשות – במקור).

בחלוף זמן מה, הובהר לתביעה על ידי בא כוחו של מר זילברבוים, עו"ד אורן גלעדי, כי מצבו הרפואי הנוכחי של המבקש יאפשר לו להעיד עבור התביעה, ואז, הפכה התביעה לתומכת **"נלהבת"** בעיכוב ההליכים כנגדו.

המשיבים תמהים כלום תיתכן דיאגנוסטיקה רפואית על פיה, מר זילברבוים יכול להעיד בשבתו על ספסל אחד ונופל למשכב בספסל האחר? אדם, אשר לכאורה מצבו הבריאותי והנפשי הינו כה חריג וקיצוני עד שמוצדקת הפטרתו מעונשו של הליך פלילי, הופך, באחת לכשיר להעיד מטעם המאשימה.

8. די בטעמים של תקינות ציבורית כדי לחייב את רשויות התביעה לשפוך אור על צירוף המקרים המשונה שתואר לעיל. נסיבות אלה מעוררות חשד ממשי באשר למהימנותו של מר זילברבוים, מי שעתיד להעיד מטעמה של התביעה בתיק זה. כאמור, סוברים המשיבים 2-4, כי במלאכת שקילת העתירה דנן, אין להתייחס אליה כאל בקשה לעיון בתיק עיכוב הליכים כלל ועיקר. המדובר בבקשה לחשיפת חומר הרלוונטי להגנתם של הנאשמים בעניינו של עד תביעה שההליכים הפליליים נגדו עוכבו.

אל מול עיכוב ההליכים ניתנה התחייבות מפורשת ליתן עדות מטעם התביעה, ניתן להשאיל לעניינו מעניין הסכם עד מדינה לפיו כל מידע רלוונטי שמסר עד כזה לחוקריו מהווה חומר חקירה באופן מובהק (ע"פ 79/73 **ניסים לביא נ' מדינת ישראל**, פ"ד כח(2) 510).

במסגרת טענותיהם המקדמיות, בפני המותב השומע את התיק העיקרי, העלו משיבים אלה, כדבריהם, טענה של **"הגנה מן הצדק"**, שעסקה, בין היתר, בהתנהלות רשויות התביעה עד כה בעניין דנן, הן בהפעלתם של **"סוכנים מדיחים"** במהלך החקירה, הן במחדלי חקירה נוספים, הן ביחס להחמרת סעיף האישום בעקבות השימוע והן ביחס לשימוש בהליך הפלילי תחת נקיטה בהליכים

מנהליים (אכיפה בלתי שוויונית ובלתי מידתית). לנוכח כך, טוענים הם כי על בית המשפט להתיר את גילוי של החומר נשוא העתירה, וביתר שאת.

9. באשר לחסך הראייתי האינהרנטי העומד בפני הטוען להגנה מן הצדק, מביאים הם מדברי המלומד ישגב נקדימון, בספרו "הגנה מן הצדק", נבו הוצאה לאור, תשס"ד, כדלקמן:

"קושי נוסף נעוץ בכך שחלק ניכר מן העובדות והמסמכים הנוגעים למכלול שהוביל להגשת כתב האישום מצוי ברשות או בידיעתה של הרשות, ואין הוא מצוי בחזקתו של הנאשם. החסרון הראייתי האמור יהא בעייתי עוד יותר מקום שחלק נכבד מהמסכת הנזכרת אינו בא לידי ביטוי במסמכים או בראיות מוחשיות אחרות, אלא מצוי רק בתחום שיקול הדעת של רשויות אכיפת החוק." (שם, 423).

מקום בו מבקשים המשיבים 2-4 לערוך שימוש אד הוק, בחומר חקירה מוגדר, ולצורך ביסוס טענותיהם להגנה מן הצדק, ראוי להיעתר לבקשתם ביד רחבה. אך לאחרונה, נעתר בית המשפט בב"ש (י-ם) 9674/09 יהושפט תור נ' מדינת ישראל, תק-של 2009(4), 10317, 10319 (2009), (להלן: 'פרשת תור') לבקשה מכוח סעיף 74, לחוק בנסיבות בהן נתבקש גילוי של חומר חקירה, כדי לעשות בו שימוש קונקרטי לביסוסה של טענת הגנה מן הצדק:

"אכן, במקרה דנן, לא מדובר ב"מסע דיג". המבקש חפץ לעשות בחומר שיתגלה לו שימוש קונקרטי לביסוס טענת ההגנה מן הצדק. שהרי לראשונה הודע לו על סגירת התיק מפאת חוסר ראיות. זכותו של הנאשם לדעת על בסיס אלו עובדות ועל בסיס אלו נימוקים ניתנה ההוראה בכל זאת להגיש כתב אישום. לכאורה, ניתן לטעון שהנאשם יכול לבדוק אם החלטת התביעה בכל זאת להגיש כתב אישום היתה נכונה אם לא במהלך הדיון בתיק הפלילי לגופו. אלא שפה נזקק הנאשם לחומר נשוא בקשה זו כדי לבסס כבר מתחילתו של המשפט טענה של "הגנה מהצדק" שאם תתקבל, לא יהיה כל צורך לדון בכתב האישום לגופו." (שם, פסקה 10).

תגובת משיבים 5, 6 (נאשמים 7, 8)

10. משיבים אלה (מר זילברבוים, שההליכים נגדו עוכבו, והחברה שבשליטתו), מתנגדים לבקשה ממספר טעמים:

א. אין מדובר בחומר חקירה על פי סעיף 74 לחוק, והוא אינו רלוונטי לאישום נשוא התיק העיקרי. כמו כן מר זילברבוים לא חתם על הסכם עד מדינה, ולא קיבל כל הבטחה כי עיכוב ההליכים נגדו נעשה בתמורה לכך שימסור עדות נגד הנאשמים האחרים בתיק. מצבו הרפואי אינו בגדר חומר חקירה, חוות הדעת הפסיכיאטרית הינה חסויה והמשיב 5 לא ויתר על זכותו

לחיסיון על מסמך זה. כשם שנקבע בפסיקה, בהשלכה, כי מצבה הרפואי של מתלוננת אינה מהווה חומר חקירה.

ב. שמירה על זכויות עדים. הזכות להליך הוגן אינה זכות מוחלטת (בש"פ 9322/99 – מסארווה). הבקשה מהווה "מסע דייג" הנוגע למצבו הרפואי של העד, ולא הובאה ראיה כלשהי שהחומר רלוונטי להגנת הנאשמים. יש למצוא האיזון בין זכויות הנאשם לזכויות עד, והרחבת הגדרת "חומר חקירה" עלולה לפגוע בזכויות אחרים (בג"צ 9264/04 ; בג"צ 620/02 – ראו להלן).

ג. החומר בענין זילברבוים אינו רלוונטי להגנת הנאשמים, ובמיוחד החומר הרפואי. כך גם מצבו הרפואי הינו עכשוי, ואינו נותן מענה לאירועים שהיו בזמנו נשוא האישום.

דיון :

11. הבקשה שלפני באה בגדרה של הוראת סעיף 74 לחוק, הקובע:

"74. (א) הוגש כתב אישום בפשע או בעוון, רשאים הנאשם וסניגורו, וכן אדם שהסניגור הסמיכו לכך, או, בהסכמת התובע, אדם שהנאשם הסמיכו לכך, לעיין בכל זמן סביר בחומר החקירה וכן ברשימת כל החומר שנאסף או שנרשם בידי הרשות החוקרת, והנוגע לאישום שבידי התובע ולהעתיקו.

(ב) נאשם רשאי לבקש, מבית המשפט שאליו הוגש כתב האישום, להורות לתובע להתיר לו לעיין בחומר שהוא, לטענתו, חומר חקירה ולא הועמד לעיונו.

(ג)...".

חומר חקירה מהו?

12. נראה כי אין מחלוקת בין הצדדים שהוראת חוק זו אוחדת בעקרון יסוד בתחום זכויותיו של נאשם, שעה שבידי המאשימה אמצעים בשלב החקירה, ומשאבים לנהל את המשפט עם העמדת נאשם לדין.

בתוך כך, כבר נפסק לא אחת כי הוראת חוק זו נועדה לאפשר לנאשם "לקיים את הזכות למשפט הוגן, באופן שתינתן לנאשם הזדמנות מלאה להבין את הגנתו נגד האישומים המיוחסים לו" (בש"פ 9322/99 מסארווה נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(1) 376, 381 ; בש"פ 2043/05 מדינת ישראל נ' גד זאבי, (אתר נבו)). (להלן: "פרשת זאבי").

אין בחוק סדר הדין הפלילי הגדרה חד משמעית למונח "חומר חקירה", ואולם הפסיקה

דנה בסוגיה ונקבע, לא אחת, כי מדובר בחומר רלוונטי לאישום הפלילי, שנאסף על ידי הרשויות החוקרות במהלך החקירה בואכה הגשת כתב האישום. כך אף יתכן והביטוי יקבל משמעות רחבה או מצומצמת שתשען אף על השכל הישר והדבק הדברים. כך גם יש לבחון את הרלוונטיות שלו לאישום, לנאשם, למהותו וזיקתו לכתב האישום, עובדותיו ונסיבותיו.

התייחס לכך כב' השופט דוד חשין בבש"פ 6237/06 הנרי קלושנדלר נ' מדינת ישראל (אתר נבו), (17.12.06), בצינו:

"בית משפט זה קבע, לא אחת, כי "חומר חקירה" אינו ניתן להגדרה אלא באופן כללי (שם, שם), וכי השאלה אם חומר מסוים הוא אכן חומר חקירה, תוכרע באופן פרטני "על פי טיבו של החומר ומידת זיקתו לסוגיות הנדונות בהליך הפלילי אשר במסגרתו הוא מבוקש" (בש"פ 11042/04 פלוני נ' מדינת ישראל, החלטה מיום 30.12.2004; להלן – בש"פ פלוני). עוד נפסק, כי יש לנקוט פירוש מרחיב למונח "חומר חקירה" (בש"פ מסארווה, עמ' 381), וכי לעניין זה על בתי המשפט "להיות מודרכים על-ידי כללי השכל הישר ועל-ידי המגמה לאפשר לסנגוריה הזדמנות הוגנת להכין את הגנתה" (בג"ץ 233/85 אל הווייל נ' משטרת ישראל, פ"ד לט(4) 124, 129). עם זאת, בהפעלת שיקול הדעת של בית המשפט, אין גם להפליג למרחקים ולכלול במונח "חומר חקירה" ראיות שהרלוונטיות שלהם לכתב האישום היא רחוקה ושולית (שם, שם). (שם, פסקה 7).

(כן ראו: בש"פ 6820/09 גבאי נ' מדינת ישראל (אתר נבו) (10.9.09)).

13. על הקושי בהגדרת המונח עומד אף כב' השופט נ' הנדל בבש"פ 10283/09 אליק לדר נ' מדינת ישראל (אתר נבו) (19.1.10), (להלן: "פרשת אליק לדר"), בצינו:

"קולמוסים רבים נשתברו בניסיון להגדיר מהו חומר חקירה ולאפינו. ככלל, כל חומר שקשור באופן ישיר או עקיף לאישום ונוגע ליריעה הנפרשת במהלך האישום הפלילי הוא "חומר חקירה" (ראו בש"פ 9322/99 מסארווה נ' מ"י, פ"ד (1) 376 (2000). להלן: עניין מסארווה). מבחן העל לסיווג "חומר חקירה" הוא מידת הרלוונטיות שלו. מכך נגזרת השאלה מהו "חומר חקירה" שיש להעמידו לעיון הסנגוריה. ההכרעה בעניין תיעשה באופן פרטני ותיבחן על פי תכליתה של הוראת סעיף 74(א) לחסד"פ – קיום זכותו של הנאשם למשפט הוגן (ראו בש"פ 5425/01 אל חאק נ' מ"י (פורסם בנבו), (5.8.2001)). התכלית האמורה אינה עניינו של הנאשם בלבד, אלא מהווה אינטרס ציבורי מובהק. מימושן של זכות ההגנה והזכות להליך הוגן מותנה בכך שמלוא החומר הנוגע לעניינו של נאשם יוצג בפניו (ראו ע"פ 4765/98 אבו סעדה נ' מ"י, [פורסם בנבו]), ולו כדי שהנאשם יוכל לכלכל את הגנתו נוכח חומר הראיות שהצטבר נגדו" ... (שם, פסקה 3).

"ודוק; אין לפרש את המונח "חומר חקירה" פירוש דווקני ומצמצם, המוגבל לחומר הראיות הנוגע אך ורק במישרין לעבירה המיוחסת לנאשם. הנטייה היא למתן פירוש מרחיב. די גם בנגיעה עקיפה. לשון אחרת; "חומר חקירה" הוא גם ראיות השייכות באופן הגיוני "לפריפריה של האישום", אשר להן עשויה להיות רלוונטיות לאישום או לניהול ההגנה. עם זאת, במסגרת שיקול הדעת של התביעה – הכפוף לבקרת בית המשפט – אין לכלול במונח "חומר חקירה" ראיות שהרלוונטיות שלהן לאישום הפלילי הנדון רחוקה ושולית (ראו עניין נמרודי; בג"ץ 5274/91 חוזה נ' שר המשטרה, פ"ד מו (1) 724 (1992); בג"ץ 233/85 אל הווייל נ' משטרת ישראל, פ"ד לט (4) 124). בהיבט המעשי, התורם כתמיד לעיצוב היישום של העקרונות המחייבים, ראוי להעיר שלוש הערות: האחת היא שלעיתים ובמינון הנכון, עשו היקף החומר להשפיע על הדרך בה בוחנת התביעה את סיווגו. השנייה, הסנגוריה מוגבלת ביכולתה לתאר מהי מידת הרלוונטיות של חומר שטרם עיינה בו. זוהי בעיה מובנית שאין להתעלם ממנה. שלישית, על אף האמור, ישנן טענות מסוימות המופנות כלפי הגינותה של התביעה שמחייבות את הסנגוריה להצביע על תשתית עובדתית או לפחות על ראשיתה של תשתית עובדתית לביסוסן (ראו בש"פ 2602/96 זינגר נ' מ"י, פ"ד נ (3) 231 (1996))." (שם, פסקה 3).

קביעת ממצאים ומסקנות לסוגיית "חומר חקירה"

14. עיינתי בתיק עיכוב ההליכים בבחינת ביקורת שיפוטית להגנת זכות הנאשם להליך הוגן, חרף שאף הצצה זו אל חוות הדעת מהווה פגיעה בפרטיות משיב 5 (ראו בג"צ 9264/04 מדינת ישראל נ' בית משפט שלום ירושלים, (אתר נבו) (6.6.05) ("בג"צ היומנים"). התיק מכיל, מטבע הדברים, את בקשתו של ב"כ זילברבוים עו"ד א' גלעדי ואת המסמכים הרפואיים התומכים בה.

בנוסף מצויים בתיק חליפת המכתבים, החלטת היועץ המשפטי לממשלה, והמכתב לרשות ההגבלים אשר צורפו כנספחים לתגובת המדינה בבקשה זו, וכן התכתובת הפנימית עם הרשות להגבלים. אין בתיק העיכוב כל חומר שנאסף או נרשם על ידי הרשות החוקרת הנוגעת לאישום. כל החומר הנ"ל עוסק במצבו של מר זילברבוים לצורך סוגיית עיכוב ההליכים. בהעדר פירוט מעבר לאמור בתגובת המדינה, לא ניתן לנחש, ואולי אף אין צורך בכך בשלב זה בגדרה של בקשה זו, מה היה הלך המחשבה של המשיבה להחלטה לעכב את ההליכים.

למעשה מבוקש מהמדינה ליתן הסברים או "פרטים נוספים" וספק אם המקום לכך בבקשה זו, שעה שמדובר לא בחקירה עצמה נשוא האישום אלא בעניין חיצוני לאישום, כנטען על ידי המשיבה.

15. הטענה כי מר זילברבוים הינו עד חשוב ומרכזי, אין לה רלוונטיות בבקשה זו. זוהי למעשה הערכה של המבקשים או משיבים 2-4, ובשלב המשפט בתיק העיקרי, יוכלו הם להתייחס אף למצבו. אף לגבי הטענה כי יש השלכה לחומר הרפואי שהגיש לצורך עיכוב ההליכים, כך גם הטענה כי חרף מצבו הרפואי הוא נכח לאחרונה בסיור קבלנים לקראת הגשת מרכז חדש, אליה התייחסתי בבקשה שהוגשה בנפרד ונדחתה על ידי, באשר מהימנותו תבחן במהלך עדותו בתיק העיקרי.

אין מדובר בעד מדינה, ואין כל מסמך בתיק העיכוב המעיד על כך (ראו ע"פ 7450/01 אשרף אבו ליטאף נ' מדינת ישראל (אתר נבו) (31.7.07)).

חוות הדעת הרפואיות כראיה חסויה

16. המדינה טוענת כי החומר הרפואי שצורף לבקשה חוסה תחת חיסיון לפי סעיף 49 לפקודת הראיות, ומשיבים 2-4 טוענים, כאמור לעיל, כי אין בכך כדי למנוע את גילוי, אף אם הדבר כרוך בסייגים שבית המשפט ייקבע, בהסתמכם על האמור בפרשת זאבי. הקטעים המצוטטים על ידי משיבים 2-4 מפסק הדין אמנם עוסקים באיזון הפגיעה באינטרס הציבורי אל מול מתן עדיפות לערך עשיית משפט צדק, אולם כב' השופטת א' פרוקצ'יה, מוסיפה כדלקמן:

"שאלת תחולתם של החסיונות המוכרים בפקודה איננה מתעוררת, דרך כלל, ביחס לחומר שעל פי טיבו אינו מוגדר כ"חומר חקירה", שכן ממילא אין מדובר בחומר ראיות רלבנטי למשפט. אולם בגדר סיווג החומר ל"חומר חקירה" ולחומר שאיננו כזה משום העדר חשיבותו להגנת הנאשם, ניתן משקל לפוטנציאל הפגיעה האפשרית בערכים מוגנים, הכרוך בהצגת ראיה שאינה מועילה לקיום משפט הוגן. במצב שבו, מצד אחד, הראיה אינה מועילה לקיום משפט הוגן, ומצד שני, הצגתה עלולה לגרום פגיעה בלתי ראויה באדם או בערך ציבורי חשוב תימנע חשיפתו של החומר לעיון. ברוח זו פסק בית משפט זה בבג"צ 620/02 התובע הצבאי הראשי נ' בית הדין הצבאי, פד"י נז(4) 625 (פסקה 6) (מפי השופטת ביניש):

"לא תמיד תתחייב המסקנה כי חומר שנאסף במהלך החקירה הוא חומר שבסעיף 74(א) לחסד"פ חל עליו. כך למשל, יש וחומר מגיע לתיק החקירה באקראי, ואינו רלוונטי לחקירה, ואף אינו יכול לסייע להגנה בשום דרך. יתירה מזו: חשיפתו עלולה לגרום נזק לאינטרס ראוי אחר... כך, למשל, עשוי, להיות כאשר ישתרבבו להאזנות סתר שבוצעו כדין במהלך החקירה שיחות פרטיות של אנשים שאינם קשורים לחקירה ולנושאה. כך גם עשוי להיות המצב כאשר מגיע לתיק החקירה חומר הנוגע לחקירה אחרת, שיש לה קשר עקיף בלבד לעניין הנדון". (שם, פסקה 13).

מכל מקום, אף אם נניח כי מדובר בחומר הנכלל במונח "הפריפריה של האישום", הרי שכב' השופטת א' פרוקציה מוסיפה בפרשת זאבי כדלקמן:

"מכאן, כי לא כל חומר המצוי פיסית בידי התביעה עונה להגדרת "חומר חקירה" הנוגע לאישום, או לפריפריה של האישום, ומקום שמדובר בחומר הנוגע בצנעת הפרט, ינתן משקל לערך ההגנה על הפרטיות, ובלבד שלא יהא בו כדי לגבור על זכות הנאשם למשפט הוגן (בג"צ 9264/04 מדינת ישראל נ' גיא שרים, ואחרים (טרם פורסם). בש"פ 3642/04 סרפו נ' מדינת ישראל, תק-על 2004(2) 1428)." (שם, שם).

מעיון בתיק העיכוב ולאור האמור לעיל, נראה בעיני כי החומר המצוי בה תואם הוא קביעה זו של בית המשפט העליון, וערך הגנת הפרטיות במקרה דנן גובר.

המדינה טוענת שאין לקבל את דעת משיבים 2-4 בעניין זה, שכן חומר חסוי אין לראותו, בהקשר בקשה לעיכוב הליכים, כויתור כללי על החיסיון ומפנה לבש"פ 5400/01 פלוני נ' מדינת ישראל, תק-על 2001(3), 244, (2001) (להלן: בש"פ 5400/01) אשר דן, כאמור, בחשיפתו של חומר רפואי של עד, שם קובעת כב' השופטת (כתוארה אז), ד' ביניש, כדלקמן:

"... אפילו נמצא החומר בשליטת התביעה והוא חומר חקירה מובהק, אין היא רשאית למסרו לידי הסניגוריה, אם על פי טיבו מדובר בחומר חסוי. כאשר חומר חסוי מצוי בידי התביעה או בשליטתה, עליה להודיע כל כך לסניגוריה כדי לפתוח בפניה את הדרך לבקש הסרת החיסיון מהחומר האמור." (שם, 245).

לפיכך טוענת המשיבה, כי הואיל ומר זילברבוים התנגד לחשיפתו של החומר, היא מנועה מלמוסרו, גם מטעמי חיסיון, וככל שברצון המבקשים לקבלו, הרי עליהם למצוא בסיס חוקי אחר לבקש זאת.

על הקורלציה בין חומר חקירה וחיסיונות, עומד כב' השופט י' עמית בבש"פ 120/10 פלוני נ' מדינת ישראל (אתר נבו) (24/2/10), (להלן "פרשת פלוני"), בציינו:

"למרות שהמסלול של קבלת חומר חקירה והמסלול של עתירה לגילוי ראיה הם שני מסלולים שונים, שהתכלית שעומדת בבסיס כל אחד מהם שונה ודרך הפעולה לגבי כל אחד מהם שונה, יש חפיפה מסוימת בין שני המסלולים. זאת, מאחר שברשימת חומר החקירה לפי סעיף 74(א) לחסד"פ יש ליתן פירוט ברמה זו או אחרת של חומר החקירה החסוי ולו ברמת הפשטה גבוהה (כגון:

זכ"דים, דו"חות פעולה, הקלטות, תמלילים וככל שניתן, תוך אזכור תאריכים או שם עורך המסמך). בכך, מתאפשר להגנה לקבל אינדיקציה כלשהי לגבי הראיות תחת כנפי החיסיון, אך כל זאת, בכפוף לכך שאין בפירוט כדי לחתור תחת החיסיון עצמו (לתיחום בין "משבצת" הדיון לפי סעיף 74 לחוק לבין "משבצת" הדיון לפי סעיפים 44-46 לפקודה ראו החלטתי בבש"פ 198/10 אלהואשלה נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 3.2.2010). (שם, פסקה 15).

17. אשר לטענת משיבים 2-4 לפיה שאלת הרלוונטיות של חומר חקירה תבחן במשקפיו של סניגור (ע"פ 35/50 מלכה נ' היועץ המשפטי, פ"ד(ד), 429; 'פרשת מאסרווה'), הרי שבין אם מטרת הבקשה ועמדת משיבים 2-4 הינה להסתייע בה לצורך טענת הגנה מן הצדק, ובין אם המטרה הינה מטעם טקטי זה או אחר, אין לכך חשיבות לעצם העניין, כפי שמעיר לעניין זה כב' השופט י' עמית בפרשת פלוני הנ"ל, כדלקמן:

"שנינו ולמדנו כי אין חקר לתבונתו של סנגור מוכשר (ראו: ע"פ 35/50 מלכה נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד ד, 429, 433 (1950)), אך אין מדובר בסיסמא בעלמא, ועל מנת להעריך חיוניותה של ראייה חסויה להגנתו של נאשם, בית המשפט נדרש גם לקו ההגנה של הנאשם על רקע חומר הראיות הגלוי (ראו, לדוגמה: בש"פ 155/08 מאמון אבו טיר נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 19.5.2008), בפסקאות 8-9). ודוק: "הקופסא השחורה" הכוללת מידע מודיעיני חסוי אינה בידיעתו של הנאשם והוא בבחינת מי שאינו יודע לשאול לגבי המידע החסוי." (שם, פסקה 2-3).

יוצא אפוא, שבבקשה דנן הודיעה המשיבה כי החומר חסוי, על מנת לאפשר למבקשים לבקש הסרתו, יש להודיע להם על כך כפי שמוסיפה כב' השופטת ביניש בבש"פ 5400/01 הנ"ל, כדלקמן:

"בעניין זה אנו מודרכים על-ידי שתי הוראות חוק העוסקות בסוגייה. בסעיף 78 רישא לחוק סדר הדין הפלילי נאמר בזו הלשון:

"הוראות סעיף 74 אינן חלות על חומר שאי גילוי מותר או שגילוי אסור לפי כל דין".

בסעיף 74(ו) לחוק נקבע כך:

"אין בסעיף זה כדי לפגוע בהוראות פרק ג' לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל "א-1971".

פרק ג' לפקודת הראיות הוא הפרק הדין בחסיונות לרבות חיסיון רופא-פסיכיאטר או פסיכולוג. מכל אחת מהוראות אלה בנפרד, ובוודאי מהשילוב שביניהן, עולה כי סעיף 74 לחוק העוסק בזכותו של הנאשם לעיין בחומר החקירה, אינו חל על מצב שבו מדובר בחומר חקירה שחל עליו חיסיון (ראו: בש"פ 3403/98 יוסף סוויסה נ' מדינת ישראל, פ"ד נב(620) 2). כאשר אנו עוסקים בחומר חקירה

שחל עליו חיסיון, ראוי שייעשה למסירתו לידי הסניגוריה בכפוף לאמות המידה הקבועות בפקודת הראיות ביחס לגילוי של חומר חסוי. בדרך כלל כשחומר הנוגע למצבו הבריאותי או הנפשי של העד נמצא בידי התביעה או בשליטתה, ניתן כבר ויתור על סודיות והוסר החיסיון, ואז כמובן, תהיה התביעה חייבת למסרו לעיון הסניגוריה. אם אין ויתור על סודיות או שלא ניתן ויתור על סודיות ביחס לחשיפת החומר בפני הסניגוריה, הרי נוכח הוראות סעיפים 74(ו) וסעיף 78 לחוק כאמור לעיל, מנועה התביעה מלמסרו עד שיוסר החיסיון. על כן, הדרך לחשוף את חומר החקירה החסוי בהעדר ויתור על החיסיון אינה בערר על פי סעיף 74(ה), אלא בהליך שנועד להסרת החיסיון." (שם, 246).

תרשומות פנימיות

18. ב"כ משיבים 2-4 מציע לשקול אם יש לחרוג ממנהג זה שאין לגלות תרשומות פנימיות. כתנא דמסייע מסתמך הוא על האמירה בבש"פ 2270/06 חאלד אל עילווי נ' מדינת ישראל (אתר נבו) 7.9.06, המלמד, לטעמו, כי יש צורך בהפעלת סמכותו של בית המשפט בקשר עם עיון בחומר החקירה "בגמישות יתרה", כדבריו, כשהוא מפנה לקטעים מתוך החלטתה של השופטת מ' נאור (שם, פסקה 10), כמצוטטים על ידו ואינם ברצף, כך:

"לא אחת נאמר שאין לך כלל שאין לו יוצא מן הכלל. דומני שדוגמא מובהקת ניתן למצוא בתחום בו עסקינן – סוגיית העיון בחומר החקירה. בע"פ 400/84 מדינת ישראל נ' שרה אנג'ל פ"ד מ(3) 481 (1986) עמד בית המשפט על כך שהכלל הוא דו"חות מעקב לא יבואו בדרך כלל בגדר "חומר חקירה". עם זאת בנסיבות אותו עניין דוחות מעקבים בימים הרלבנטיים לארועים נשוא האישום היו בגדר חומר חקירה שהיה צורך להעביר לעיון, על כן, לכללים עשויים להיות חריגים... דומה שהמעין בפרשת אנג'ל הנ"ל אינו יכול שלא לתהות אם כל מי שהיה עומד בנעליו של התובע באותה פרשה ועל פי המידע שהיה ברשותו של התובע אכן היה עומד מבעוד מועד על כך שישנו חומר ראיות מחוץ לתיק החקירה שיש חובה לגלותו להגנה."

"על כן מתחייב מישנה זהירות בקביעת היקפו של חומר חקירה. בהקשר זה כמו בהקשרים משפטיים רבים לא ניתן להסתפק בקונפקציה. יש צורך ב"תפירה ידנית" שתתאים לנסיבותיו של כל עניין ועניין." (תגובת משיבים 2-4, ע' 7, סעיף 22).

לא אוכל להצטרף לדעתו של ב"כ המשיבים 2-4, שכן מדובר בהקשר אחר, שכן כב' השופטת נאור מתייחסת "בין הנקודות" בקטע המצוטט לסיווג החומר על ידי הפרקליטות, כנאמר שם:

"...כובד האחריות מוטל על הפרקליטות בעת הסיווג אם לפנינו חומר ראיות שיש להעמידו לרשות ההגנה. לא אכחד..."

בין שני הקטעים, אותם מצטט ב"כ המשיבים 2-4, מוסיפה כב' השופטת נאור כדלקמן:

"ואולם, גם כאשר פרקליט המטפל בתיק פעל בתום לב גמור אך התוצאה האובייקטיבית היא שנמנע גילוי של חומר שטעון היה גילוי, ונראה בדיעבד שייתכן והיה בכך כדי לעוות את הדין עיוות שלא יוכל לתקן עוד – יכול הדבר בנסיבות מסוימות להביא לידי זיכוי של הנאשם (ע"פ 179/79 מדינת ישראל נ' גברון פ"ד לד(2) 688 (1980))." (שם, שם).

הנה כי כן, אם קוראים את כל הקטעים ברצף, בהחלטת כב' השופטת נאור, נמצא למדים שמדובר במקרה שבו ברור (בדיעבד) כי היה בו משום "עיוות דין שלא יוכל לתקן עוד", הרי שיש לבדוק אם מדובר בחריג. ודוק, בפרשת שרה אנג'ל הנ"ל היה מדובר בדוחות מעקב של צוות החקירה בימים הרלוונטיים לארועים נשוא האישום.

עוד מוסיפה כב' השופטת נאור בהמשך, כדלקמן:

"עם זאת החלוקה לכללים ולחריגיהם היא חלוקה שיש עמה תועלת. הכללים מקלים על תהליך המיון. במקרים רבים הכללים כה ברורים ומלאכתו של הפרקליט היא כמעט טכנית וקלה. לא תמיד כך הוא. על כל העוסקים במלאכה ליתן לעצמם דין וחשבון ולבחון אם ענין זה או אחר נופל לגדר כלל ידוע (כגון: "תרשומות פנימיות אינן חלק מחומר חקירה") או שיש לבחון אם יש מקום לקבוע, בנסיבותיו של ענין זה או אחר – חריג לכלל. כללים שהתגבשו הם בוודאי בגדר נקודת מוצא ראויה, גם אם אין הם נקודת סיום". (שם, פסקה 11).

19. נשוב אפוא לסיווג התרשומות במקרה שלפניי.

כאן אין מדובר בתרשומות פנימיות הנוגעות לחומר הראיות שנאסף על ידי הרשות החוקרת או התביעה, אלא בתיק נפרד ושונה, דהיינו רחוקים יותר מבחינת דרוגם.

כן התייחס בית המשפט (כב' השופט י' זמיר) לסוגיה בפרשת נמרודי (בש"פ 4157/00 נמרודי נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(3), 625 (2000), בצינו:

"עם זאת, זכות העיון (וההעסקה) של העורך כפופה לחריגים. מה הם החריגים? ראשית, הקטעים בחומר הנוגעים לצנעת הפרט, שבא-כוח העורך הסכים לוותר על העיון בהם. ראו לעיל פסקה 7. שנית, מסמכים פנימיים, כלומר, מסמכים שאינם מכילים מידע מהותי בנוגע לחקירה של עובדי הפרקליטות, אלא תיעוד של דיונים והתכתבויות פנימיים בתוך המשטרה והפרקליטות בנוגע לחקירה זאת.

לפי הדין, מסמכים כאלה אינם נוגעים לאישום ואינם חלק מ"חומר החקירה" שהתביעה חייבת להעמיד לעיונו של הנאשם. ראו בג"ץ 1885/91 צוברי נ' פרקליטות מחוז תל-אביב, פ"ד מה(3), 630, 633 (3); מ"ח 6148/95, בש"פ 1780/96 עזריה נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(361) 361.

334 (2); בש"פ 7008/97 מדינת ישראל נ' הורוביץ, פ"ד נא(224) 5). עם זאת, חשוב להבהיר ולדייק בהיקף התחולה של חריג זה: בניגוד למקרה הרגיל, בו הפרקליטות ניצבת לצד המשטרה ומסייעת לה בחקירה, במקרה הנדון הפרקליטות היתה גם מושא (אובייקט) של חקירת המשטרה. (שם, 635).

כאמור הבקשה בנושא הגנה מן הצדק נדונה בגדרו של ההליך העיקרי, ובהקשר זה מציין כב' השופט הנדל בפרשת אליק לדר הנ"ל, כי הקושי טמון בכך שהעורר חפץ בפועל לעיין, בין היתר, בתרשומות פנימיות, ומביא הוא מדברי כב' השופטת א' פרוקצ'יה (בהסכמת הנשיא א' ברק וכב' השופטת (בדימוס) ט' שטרסברג-כהן) בבג"צ 1689/02 נמרודי נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נד(חלק שישי), 49, כדלקמן:

"אולם, זכות העיון של ההגנה בחומר חקירה כפופה לחריגים, וביניהם החריג הנוגע למסמכים פנימיים בתיק המשטרה והפרקליטות שאינם מכילים מידע מהותי בנוגע לאישום. מסמכים אלה אינם חלק מחומר החקירה ואינם חייבים בהעמדה לעיון. מאחורי חריג זה עומד הרציונל כי קיים אינטרס ציבורי כי עובדי ציבור במהלך עבודתם יוכלו להביע את דעותיהם ומסקנותיהם בלא לחשוש שהדברים יגיעו לידי גורמים חוץ-מערכתיים (בש"פ 7008/97 מדינת ישראל נ' הורוביץ, פד"י נא(224, 229) 5; בג"צ 2534/97 חה "כ יחב נ' פרקליטת המדינה, פד"י נא(4, 39) 3; מח 6148/95 בש"פ 1780/96 עזריה נ' מדינת ישראל, פד"י נא(334) 2; בש"פ 5425/01 אל חאק נ' מדינת ישראל. (שם, 63)

ובהמשך מציינת כב' השופטת פרוקצ'יה:

"הסיווג של מסמך כמסמך פנימי אינו תמיד קל, והוא מחייב הפעלת שיקול-דעת בהתאם למבחן אם יש בו מידע מהותי הנוגע לאישום אשר קיומו עשוי לתרום להגנתו של הנאשם, והוא חשוב לצורך ניהול משפט הוגן (ראה בש"פ 4157/00 הנ"ל [23], בע"מ 635-636). עולה אפוא ככלל כי התכתבויות פנימיות אינן חומר חקירה, אלא אם כן הן כוללות מידע מהותי לחקירה או לכתב-האישום (י' קדמי על סדר הדין בפלילים (כרך ב) [31], בעמ' 628)". (שם, 63)

הנה כי כן מקובלת עלי עמדת המשיבה כי מדובר בתרשומות פנימיות שאין לאפשר עיון של ההגנה בהן, ואין בהן כדי להוות חריג על פי הפסיקה כמובא לעיל.

(לפסיקה מאוחרת יותר, ראו: "בש"פ 10480/07 שלמה בניזרי נ' מדינת ישראל (אתר נבו) (7.2.07)).

סיכום

20.

א. אשר לדרישה שעל המשיבה להגיש תצהיר של המשנה ליועץ המשפטי לממשלה, הרי שאין יסוד לה, והיא נדחית בזאת הן לאור ההסבר שניתן על ידי המשיבה לעניין שינוי נוסח ההחלטה והן מכח חזקת התקינות החלה על המשיבה. מכל מקום המשיבה מסרה למבקשים הבהרות בנוגע להשתלשלות העניינים ולהחלטה בדבר עיכוב ההליכים.

ב. גם בהינתן שחומר המצוי בתיק עיכוב הליכים של נאשם מסוים בכתב אישום משותף עם נאשמים אחרים, ושהתקבל בהליך נפרד לאחר הגשת כתב האישום, ייתכן שייחשב כחומר "בפריפריה של האישום", ואולם לגבי החומר הרפואי, בהיותו חסוי, יש לפעול כפי שהותווה בבש"פ 5400/01 הנ"ל.

ג. אשר לתרשומות פנימיות בתיק העיכוב, אלה אינן בגדר חומר חקירה, ומכל מקום לאחר עיון בהן הגעתי למסקנה כי אין בתרשומות בתיק העיכוב חומר שעשוי להיות חריג לכלל, באשר אין זיקה בינו לבין פוטנציאל ההגנה של המבקשים או משיבים - 2-4 או כי אי גילויים יפגע בניהול הליך הוגן בעניינם.

ד. כן לקחתי בחשבון אף את זכויותיו של זילברבוים לפרטיות וכן לאינטרס הציבורי בכללותו בשמירה על מוסד עיכוב ההליכים, במטרה לאפשר לפונים למוסד זה לטעון בחופשיות תוך פירוט מצבם האישי והרפואי ללא חשש שמידע רגיש ייחשף לצד שלישי או ברבים.

ה. אשר לטענות בדבר נחיצות גילוי תיק עיכוב ההליכים לצורך בירור הבקשה בטענת ההגנה מן הצדק, שהועלתה בתיק העיקרי, אציין כי לאור כל האמור לעיל, אין מקום לקבלה. כך גם ההפניה לפרשת תור אינה מועילה באשר מדובר שם בחומר ששייך לעניין גופו באשר הינו קשור לסגירת התיק נשוא העניין מפאת חוסר ראיות, כאשר רק בשלב מאוחר יותר הוגש כתב אישום.

הבקשה נדחית אפוא.

ניתנה היום, 10/03/2010, כ"ד/אדר/תש"ע, בהעדר הצדדים.

יוסף שפירא 54678313-9415/09

יוסף שפירא, שופט