



בית המשפט המחוזי בבאר שבע

תפ"ח 17-06-39446 מדינת ישראל נ' אלבחירי ואח'

לפני: כבוד סגן הנשיאה, השופט נתן זלוצ'ובר – אב"ד
כבוד השופט שלמה פרידלנדר
כבוד השופטת דינה כהן

המאשימה: מדינת ישראל

נגד

הנאשמים: 1. יונס אלבחירי (עצור)
2. סאגר אלבחירי (עצור)
3. מחמד אלבחירי (עצור)

החלטה בבקשת התביעה להפרדת משפטים

השופט נתן זלוצ'ובר:

1. כתב האישום בתיק זה מייחס לשלושת הנאשמים עבירות של רצח בכוונה תחילה, חטיפה לשם רצח והשמדת ראיה, עבירות לפי סעיפים 300(א)(2), 372 ו-242 לחוק העונשין, התשל"ז-1977 ובנוסף נאשם 1 מואשם גם בעבירה של איומים – עבירה לפי סעיף 192 לחוק הנ"ל. בתמצית ייאמר, כי על פי כתב האישום הנאשמים 1 ו-2 הם אחים ונאשם 3 הוא בנו של נאשם 1. המנוחה היא בתו של אחיהם ז"ל של נאשמים 1 ו-2. עובר ליום 17.5.3 הנאשמים חשדו שהמנוחה מקיימת קשר עם גברים. על כן הם התכנסו בבית הנאשם 1 והחליטו לחטוף אותה על מנת להמיתה. באותו יום סמוך לשעה 07:23 המנוחה צעדה בלקייה בשביל המוביל לביתה, כמפורט בכתב האישום, הנאשמים 1 ו-2 הכניסו את המנוחה בניגוד לרצונה לרכב בו נהג נאשם 3 ונסעו מהמקום לאזור ביתו של נאשם 1 שנמצא בפזורה לא רחוק מצומת גורל. על פי כתב האישום, הנאשמים 1 ו-2 בנוכחות נאשם 3, הובילו אותה בסמוך לבית כדי לרצוח אותה, הנאשם 2 אחז במנוחה ונאשם 1 שעמד מאחוריה סובב את ראשה בתנועה חדה על מנת לגרום למותה. המנוחה נפלה והנאשמים סברו שהיא מתה. הנאשמים הרימו את המנוחה, שמו אותה בתוך חבית פח יחד עם חפציה. הנאשמים 2 ו-3 שאבו בניזין מרכב. הנאשמים שפכו את הבניזין אל תוך החבית על גופה וחפציה של המנוחה ושרפו אותה במשך כשעתיים וזאת על מנת למנוע אפשרות של זיהוי המנוחה ואיתורה. כעבור כשעתיים, הנאשמים לקחו את שרידי הגופה, הכניסו אותם לשק וקברו אותה בבור עמוק מחוץ לביתו של נאשם 1 בסמוך לבית.



בית המשפט המחוזי בבאר שבע

תפ"ח 17-06-39446 מדינת ישראל נ' אלבחירי ואח'

2. בתיק זה התביעה הביאה את ראיותיה ואף הכריזה: "אלו עדיי". ביום 25.12.19, העיד עד הגנה 1 (שוטר) וכן נאשם 1, לאחר שבחר להעיד, כמעט סיים את חקירתו הראשית.

בשלב זה, הודיע ב"כ נאשם 3 שנאשם 3 לא יעיד להגנתו, ובא כוח נאשם 2 אמר שהוא טרם החליט אם נאשם 2 יעיד.

לאור האמור, הגישה התביעה בקשה להפרדת משפטיהם של הנאשמים זה מזה. שמענו את טענות באי כוח הצדדים בהרחבה בשאלות ובסוגיות הנוגעות לבקשה מורכבת זו. הסנגורים מתנגדים לבקשה.

3. השאלה הראשונה שעלינו לדון בה היא האם יש להיעתר לבקשת התביעה ולהפריד את משפטים של הנאשמים. שאלה זו הופכת למורכבת במיוחד לאור השלב בו נמצא המשפט עתה, דהיינו כאשר התחלנו בשמיעת ראיות ההגנה ונאשם 1 למעשה כמעט סיים את חקירתו הראשית.

סעיף 88 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982 קובע: **"בית המשפט רשאי בכל שלב לפני הכרעת הדין, לצוות על הפרדת המשפט באישום פלוני שנכלל בכתב האישום, או על הפרדת משפטו של נאשם פלוני שהואשם עם אחרים"**.

בבג"צ 398/83 הרצל אביטן נ' ד"ר וינוגרד ואח', פ"ד לו(3) 467, נקבע:

"עריכתו של כתב האישום, תוך צירוף אישומים או נאשמים, אינה בגדר תוצאה בלתי משתנה או בלתי הדירה שהיא מעין סוף פסוק: סעיף 88 לחוק הנ"ל קובע, כי בית המשפט רשאי בכל שלב שלפני הכרעת הדין לצוות על הפרדת המשפט באישום פלוני, שנכלל בכתב האישום, או על הפרדת משפטו של נאשם פלוני בכתב האישום יחד עם אחרים... לצורך העניין שלפנינו די אם נזכיר, כי הפרדה אפשרית לא רק בעת תחילתו של המשפט אלא בכל שלב שבו, ואף היא איננה בגדר סוף פסוק שאין אחריו ולא כלום וראה סעיף 90 לחוק הנ"ל, והכל, כמובן, אם קיימים הטעמים לכך, כפי שהובהרו בפסיקתנו".

וראה בסוגיה של צירוף אישומים, הפרדת המשפט ואיחוד משפטים גם בבג"צ 4451/04 קסטוריאנו נ' כב' השופטת ח. כוחן ואח'.

כמו כן ראה ע"פ 11426/03 חואמדה נ' מדינת ישראל שם נקבע:

"הסמכות להפריד את משפטיהם של נאשמים שנגדם הוגש כתב אישום משותף מעוגנת בסעיף 88 לחוק סדר הדין הפלילי, המעניק לבית המשפט סמכות "לצוות על הפרדת המשפט באישום פלוני שנכלל בכתב האישום, או על הפרדת משפטו של נאשם פלוני שהואשם עם אחרים" בכל שלב שלפני הכרעת הדין, אם מיוזמתו ואם על-פי בקשת אחד הצדדים....כמצוין לעיל, סניגורו של אוסמה ביקש להעיד את עבד כעד הגנה. משנדחתה בקשתו, הוא לא הגיש בקשה להפרדת הדיון. אפשרות זו הועלתה רק בשלב הסיכומים, וגם זאת, מבלי שהוגשה בקשה פורמאלית בעניין. בהקשר זה יש לומר, כי ככלל, יש לשאוף לכך שבקשה להפרדת דיון תוגש לפני תחילת הדיון במשפט או עובר לשמיעתן של הראיות (יעקב קדמי על סדר הדין בפלילים חלק שני 688 (מהדורה מעודכנת, 2003). להלן: סדר הדין בפלילים; ע"פ 56/51 מזרחי נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד ה 1504, 1513 (1951). להלן: עניין מזרחי). ברם, נוכח החשיבות הרבה אותה מייחסת שיטת המשפט שלנו לזכותו של נאשם לנהל את הגנתו באופן מלא ומקיף – כחלק מזכותו להליך הוגן – ונוכח כך שסעיף החוק מאפשר הפרדה בכל שלב של ההליך עד להכרעת הדין ולא רק בתחילתו (וראו בעניין זה



בית המשפט המחוזי בבאר שבע

תפ"ח 17-06-39446 מדינת ישראל נ' אלבחירי ואח'

דבריו של מ"מ הנשיא (כתוארו אז) מ' שמגר בבג"צ 398/83 אביטן נ' ד"ר א' וינוגרד, פ"ד לז(3) 467, 469-470 (1983)) יש להידרש לשאלה האם, בנסיבות המקרה שלפנינו, ראוי היה כי בית המשפט המחוזי יורה, מיוזמתו הוא, על הפרדת משפטיהם של עבד ואוסמה ומה התוצאה של הימנעותו מלעשות כן. שיקול מרכזי בעניין זה הוא קיומו של עיוות דין הנובע מהפרדת משפטיהם של הנאשמים או מהותרתם מאוחדים. זאת, חרף כך ששיקול זה לא נזכר מפורשות בסעיף 88 לחוק סדר הדין הפלילי:

'הן באיחוד והן בהפרדה יש מעמד מרכזי לשיקול של מניעת עיוות דין, אף-על-פי שמרכיב נורמטיבי זה מוזכר מפורשות רק בסעיף 90 [לחוק סדר הדין הפלילי, ע' פ'] ואינו נכלל במילותיו של סעיף 88 [לחוק סדר הדין הפלילי]' (ע"פ 350/91 ממנן נ' מדינת ישראל, פ"ד מה(2) 345, 350 (1991). כן ראו: ע"פ 777/80 בינאשולי נ' מדינת ישראל, פ"ד לז(2) 452, 467 (1983) המתייחס לסעיף שלפנינו כפי נוסחו בחוק סדר הדין הפלילי, תשכ"ה-1965 אשר קדם לחוק סדר הדין הפלילי בנוסחו הנוכחי; ע"פ 266/82 הררי נ' מדינת ישראל, פ"ד לז(4) 1, 11-12 (1983); ע"פ 917/81 כהן נ' מדינת ישראל, פ"ד לז(4) 645, 649 (1982)).

בשאלה מהו אותו עיוות דין שיש למנוע, כבר נקבע בע"פ 56/51 מזרחי נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד (ה) 1504 בעמ' 1513: **"כאן וודאי אין די בהשערות וניחושים על היתרונות שהנאשם עלול היה ליהנות מהם אילו יופרד הדיון אלא חייבים להצביע על עיוות דין מסוים, ודאי וקונקרטי שנגרם בפועל ממש לאותו מערער"** (צוטט בע"פ 11426/03 הנ"ל בהסכמה).

תוצאת האמור היא שהגם שהמילים "עיוות דין" לא מוזכרות בסעיף 88 לחסד"פ כפי שאוזכרו בסעיף 89 לחסד"פ, אנו סבורים שגם במסגרת סעיף 88 כאשר בית המשפט מפעיל את שיקול דעתו בשאלה אם להפריד את המשפט, שיקול זה הוא שיקול מרכזי.

הפרדת המשפט בנסיבותיו של תיק זה, אפילו בשלב זה, לא תגרום עיוות דין למי מהנאשמים, כאשר בהקשר זה הכוונה היא לכך שלא תיגרם פגיעה ביכולתו של מי מהנאשמים להתגונן כראוי. מנגד, אם לא ניעתר לבקשה, יתכן שהדבר יוביל לזיכויו בתיק חמור ביותר מסיבות שהן פרוצדוראליות וטכניות מבחינת דיני הראיות ולא משום שלמסקנה זו הגענו לאחר ששקלנו את כל הראיות שניתן היה להציג לפנינו ולאחר בחינתן נותר בליבנו ספק סביר בדבר אשמתם של הנאשמים. וראה ד"ר חיה זנדברג, **זכויות נאשמים: הזכות למשפט נפרד** (נבו 2001), עמ' 25:

"ההליך הפלילי צריך להיות הליך שבמסגרתו תתברר האמת, כלומר במסגרתו יתברר מי הוא שהפר את דיני העונשין המהותיים".

ובמה הדברים אמורים: כתב האישום שהוגש בתיק זה הוגש נגד שלושת הנאשמים. על פי טענת התביעה, הנאשם 3, מפליל לכאורה באמרותיו במשטרה, שכבר הוגשו לתיק בית המשפט, את הנאשמים 1 ו-2 והנאשם 2 באמרותיו במשטרה מפליל, לכאורה, את הנאשמים 1 ו-3. אם נאשמים 2 ו-3 לא יעידו בתיק זה להגנתם, ומשפטיהם לא יופרדו ממשפטו של נאשם 1, התוצאה עלולה להיות שהדברים שמסרו



בית המשפט המחוזי בבאר שבע

תפ"ח 17-06-39446 מדינת ישראל נ' אלבחירי ואח'

מחוץ לכותלי בית המשפט לא יהיו קבילים נגד הנאשם 1 ולא יהיו קבילים האחד נגד רעהו, משום שהימנעותם מלהעיד תגרום לכך שלא יהיו עדים במשפט, ולפיכך דבריהם גם לא יהיו קבילים מכוח סעיף 10א לפקודת הראיות.

אנו סבורים שלא יהא זה נכון לפגוע פגיעה כה קשה באינטרס הציבור לברר את כל הראיות והעובדות הנדרשות כדי שבית המשפט יוכל להגיע לתוצאה הנכונה והצודקת בפרשה כאובה זו, בה מצאה המנוחה את מותה בנסיבות כה טראגית, בין אם יהיה זיכוי ובין אם תהיה הרשעה.

עיוות דין, בהקשר זה, אינו רק בחינת הפגיעה הפוטנציאלית בהגנת הנאשם אלא גם הפגיעה הפוטנציאלית באינטרס הציבור; כפי שכבר נאמר לעיל, הואיל וסבורים אנו שבהפרדת המשפטים לא ייגרם עיוות דין לנאשמים, ובאי הפרדתם עלול להיגרם נזק בלתי הפיך ועיוות דין לאינטרס הציבור שימנע מבית המשפט להגיע לחקר האמת, אנו מורים על הפרדת המשפטים של הנאשמים.

4. השאלה השנייה בה עלינו להחליט היא האם כל אחד מהמשפטים המופרדים יישמע בפני הרכב אחר או שכל המשפטים יישמעו בפנינו. סעיף 89 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982, קובע כי: "ניתן צו להפרדת המשפט, יוגש כתב אישום אחר בשל האישום שהמשפט עליו הופרד או נגד הנאשם שמשפטו הופרד; ורשאי בית המשפט, אם הוא סבור שלא ייגרם על ידי כך עיוות-דין, להמשיך במשפט שהופרד מן השלב שאליו הגיע לפני ההפרדה".

במקרה שלפנינו, כתב האישום הוגש 18/6/17, שמיעת פרשת התביעה החלה ביום 20/3/18 והתנהלה במשך יותר מ-23 ישיבות וביניהן ביקור לילי של בית המשפט בזירת העבירה שחייב הערכות לוגיסטיות מורכבת יחסית.

רק לשם הדגמה יאמר: השוטר דיוויד סנדרוביץ נחקר 3 ישיבות רצופות, ארוכות: רס"ב ליאור וקנין העיד במשך שתי ישיבות רצופות. נצ"מ שלומי בן-שושן העיד במשך 3 ישיבות. הוגש כתב אישום אחד נגד שלושת הנאשמים מטעמים של יעילות, רצון שלא להכביד על בית המשפט, רצון שלא להכביד על העדים והתביעה ולמנוע החלטות סותרות אפשריות של ההרכבים השיפוטניים.

במקרה זה, כל ראיות התביעה (למעט עדויות נאשמים שמבקשים עתה לשמוע את עדותם כעדי תביעה), כבר נשמעו לפנינו. העברת משפטם של הנאשמים שהופרדו להרכבים אחרים, בנסיבות אלה, עלולה לגרום מצב שההרכבים החדשים יאלצו לשמוע מחדש, בכל אחד מההרכבים החדשים, את כל עדי התביעה על כל המורכבות וחוסר היעילות שמתלווה לכך.



בית המשפט המחוזי בבאר שבע

תפ"ח 17-06-39446 מדינת ישראל נ' אלבחירי ואח'

מנגד, אם הרכב זה – אנחנו – נמשיך בשמיעתם של המשפטים, כולל אלו שהופרדו, נוכל גם לקבוע שניתן להמשיך במשפט מהשלב שאליו הגענו או כמעט מהשלב אליו הגענו. בכל מקרה, חייבים אנו לשקול שיקול מרכזי של מניעת עיוות-דין למי מהנאשמים בכל אחת מההחלטות בה נבחר.

אנו סבורים שהדרך היעילה והנכונה היא שהרכב זה ישמע גם את המשפטים שהופרדו ממשפטו של נאשם 1, ולא יגרם בכך עיוות-דין למי מהנאשמים.

בשיטת המשפט בישראל, השופטים הם אנשי מקצוע וחזקה שידעו להתעלם מראיה שאינה קבילה ולנטרל השפעות שמהן חוששים באי כוח הנאשמים.

בענין זה ראה ע"פ 56/51 יעקב ויצחק מזרחי נגד היועץ המשפטי, פ"ד ה 1054 בעמ' 1510-1513. במקרה שם, ההגנה ביקשה להפריד משפטים של שני נאשמים שהם אחים, בין היתר, בטענה ששמיעת משפטם יחד עלולה להוביל לכך שבית המשפט "ינהל פנקסות כפולה" ושלא מדעת יושפעו השופטים מראיות שאינן קבילות. בית המשפט קבע:

"... אין אני גורס השקפה זו... נאמנים עלי דברי השופטים המכובדים כי הם ידעו יפה יפה להפריד בין הדבקים, ולא ערבו כלל את התחומין בבואם לנצל את חומר ההוכחות לצרכי מתן פסק הדין. היינו: הצורך להסיח דעת מעדות בלתי כשרה שהגיעה לאזני השופט, יכול להיווצר, ... גם במשפטו של נאשם יחיד, ולכן אין 'סכנה' זו, כשלעצמה, מחייבת את הפרדת הדיון בין שני הנאשמים".

נאשם 1 בכל מקרה בחר להעיד ובכל מקרה עדותו קבילה, בין אם יופרד המשפט ובין אם לא יופרד, גם נגד הנאשמים האחרים ובתנאים מסוימים קבילים נגדם גם דבריו מחוץ לכותלי בית המשפט שכן הוא עד במשפט. דין זה חל גם על נאשם 2, אם יבחר להעיד, (יצוין, שנאשם 2 אמר שטרם החליט בעניין זה).

ביחס לנאשם 3 שבחר לא להעיד וכך גם לגבי נאשם 2, אם יבחר לא להעיד – לאחר הפרדת משפטם, כאשר ייקראו עתה להעיד כעדים, כל אחד כנגד הנאשמים האחרים במשפטם, לא תפגע זכות השתיקה שלהם כנאשמים ודברים שיאמרו במשפטם של האחרים, אינם קבילים נגד עצמם, ועדותם, ובתנאים מסוימים גם הדברים שאמרו מחוץ לכותלי בית המשפט, יהיו קבילים רק נגד הנאשמים האחרים.

ערים אנו להבחנה האמורה בנוגע לקבילות דבריהם של הנאשמים שלא יעידו כנאשמים אך יעידו כעדים במשפטם של אחרים, ואנו מזהירים עצמנו בעניין זה ונפעל כנדרש על פי הדין ובזהירות המתחייבת.

עוד אנו מבהירים את הברור מאליו, כי תישמרנה לנאשמים שיוזמנו להעיד כעדים לאחר שמשפטם הופרד, זכויותיהם על פי סעיף 47 לפקודת הראית.



בית המשפט המחוזי בבאר שבע

תפ"ח 17-06-39446 מדינת ישראל נ' אלבחירי ואח'

לאור האמור, ובשלב זה של המשפט כאשר המשפטים מופרדים, אנו סבורים שעלינו לשמוע גם את המשפטים המופרדים בהרכב זה, באופן יעיל ונכון המצמצם אפשרות של החלטות סותרות, ובלא שייגרם עיוות-דין לנאשמים, כאשר בעניינו של כל נאשם יוחלט על פי התשתית הראייתית הקבילה לגביו.

5. השאלה השלישית בה יש לדון היא, מהו השלב ממנו יישמעו שלושת המשפטים שהופרדו בתיק זה?

התביעה ביקשה להמשיך בשמיעת משפטו של כל אחד מהנאשמים מהשלב שבטרם הכרזתה "אלו עדיי", ולאפשר לתביעה להזמין לדוכן העדים כעדי תביעה את הנאשמים 2 ו-3, כל אחד כעד במשפטו של נאשם 1 ושל הנאשם האחר.

נראה כי דרך המלך, על פי לשון סעיף 89 לחסד"פ היא שבמשפט שהופרד, המשפט לא יימשך מהמקום בו הופסק בטרם שהופרד אלא מתחילתו אך רשאי בית המשפט להמשיך את המשפט שהופרד מן השלב שאליו הגיע לפני ההפרדה וזאת בתנאי שהוא סבור שלא ייגרם על ידי כך עיוות-דין.

השאלה מהו השלב ממנו יישמעו שלושת המשפטים שהופרדו הייתה מקבלת משנה תוקף לו החלטנו שהמשפטים המופרדים יועברו להרכבים אחרים. במקרה כזה, כל הרכב היה מחליט על פי שיקול דעתו מאיזה שלב הוא ימשיך במשפט כאשר היה קשה מאוד להרכב שמשפטו של נאשם הועבר אליו, להמשיך את המשפט מהשלב שעד אליו הגענו.

הואיל והחלטנו שאנו (הרכב זה), נמשיך את שמיעתם של כל המשפטים, גם אלה שהופרדו, השאלה הופכת להיות תיאורטית ובמצב דברים זה, על משפטו של כל נאשם להימשך, בעיקרון, מהנקודה בה הופסק בטרם החלטה זו.

עתה יש להכריע בשאלה, אם רשאים אנו להתיר לתביעה, לאחר שהחלה פרשת ההגנה, לחזור ולזמן עדי תביעה (הנאשמים שמשפטם הופרד)?

התביעה שגתה כשיצאה מהנחה שכל הנאשמים יעידו להגנתם ועל כן לא הגישה כתבי אישום נפרדים או לא ביקשה את הפרדת המשפטים, על כל הכרוך בכך, לפני שהכריזה: "אלו עדיי".

עד ההגנה הראשון שהעיד הוא חוקר שהעיד כעד תביעה ועתה הוחזר לדוכן העדים כעד הגנה לאחר שההגנה ביקשה שיחזור כעד תביעה והתביעה סירבה לכך. אף שמדובר בעד הגנה – מהותית זהו עד תביעה שהוחזר לדוכן העדים בנקודה קונקרטית ומצומצמת וגם התרנו להגנה לחקור אותו בחקירת שתי וערב תוך חריגה מכללי החקירה הראשית.

עד ההגנה השני הוא נאשם 1 שהעיד להגנתו בחקירה ראשית שאף שכמעט הסתיימה, טרם הסתיימה.



בית המשפט המחוזי בבאר שבע

תפ"ח 17-06-39446 מדינת ישראל נ' אלבחירי ואח'

מהאמור למדים, שגם אם טכנית ופרוצדורלית התחלנו בשמיעת עדי ההגנה, הרי מהותית טרם נעשו דברים משמעותיים או בלתי הפיכים בפרשת ההגנה.

בנוגע לאפשרות הסטייה מהפרוצדורה הקשיחה במקרים חריגים מאד, ראה את קביעותיו של הנשיא זמורה בע"פ 1/48 סילוסטר נגד היועץ המשפטי לממשלת ישראל, פ"ד א 5, 18, שחזרו עליהן בפסיקה שוב ושוב ואף הוסיפו.

ראה ע"פ 951/80 קניר נ' מדינת ישראל, כרך לה (3) עמ' 505, 516.

וכן ראה ע"פ 7702/10 קובי כהן נגד מדינת ישראל, שם נידונה השאלה:

"מה על בית המשפט לעשות כאשר הוא מבקש לעיין בראיה מסוימת שלא הוגשה לו על ידי הצדדים, כאשר לא מתקיימים התנאים הקבועים בסעיף 167 לחוק סדר הדין הפלילי, המסמיכים אותו להביא ראיה זו מיוזמתו. ביתר פירוט ולעיצומו של עניין, מה יעשה בית המשפט במצב כמו זה שהתעורר בענייננו, כאשר הוא מבקש לעיין בהודעותיה של המתלוננת במשטרה, על מנת לעמוד על טיבן של טענות הסנגור בדבר סתירות העולות מהן בגרסתה של המתלוננת, אך הסנגור מסרב לבקשתו של בית המשפט להגיש הודעות אלו לעיונו. האם עלינו לומר, כי מזכותו של הסנגור לנהל את הגנתו של הנאשם כראות עיניו, ובכלל זה להימנע מהגשתן של ראיות מסוימות לבית המשפט, נגזר על בית המשפט לגשש באפילה, מבלי שיעמדו לרשותו הכלים והאמצעים הדרושים לו, בכדי לברר טענות אלו לאשורן? לטעמי, יש להשיב על שאלה זו בשלילה." (שם בפסקה 45).

בית המשפט קבע:

"ואולם, אל מול זכותו של הנאשם להליך הוגן ניצבת גם מטרת העל של דיני הראיות והדין הפלילי להגיע לחקר האמת, וחובתו של בית המשפט לפעול לשם הגשמתה של מטרה זו. ואכן, עוד מראשיתה של שיטתנו המשפטית, התגבשה ההכרה כי על אף השיטה האדברסרית הנוהגת במשפטנו, ועל אף החשיבות הקיימת לניהול ההליך המשפטי בהתאם לסדרי הדין המקובלים, אין השופט רשאי לשבת מן הצד כאשר הדבר עלול לסכל את מטרתו העיקרית של ההליך המשפטי, להוציא משפט צדק ואת האמת לאור (ראו, ע"פ 4946/07 מקלדה נ' מדינת ישראל (19.2.2009), פסקה 9 לפסק דינה של השופטת ע' ארבל; עניין זמל, עמ' 232 לפסק דינו של השופט צ' ברנזון; וראו גם, קרמניצר התאמת ההליך הפלילי, בעמ' 492-495; וגרוס שיטת הדיון האדורסרית, עמ' 867-869). " (שם בפסקה 44)

בפסקה 46 שם: "אכן, אין הוראת חוק מפורשת החלה על מצב כמו זה שהתעורר בענייננו, אך לדעתי, אין משמעות הדבר כי אין לבית המשפט הכלים או הסמכות לאזן בין זכותו של הנאשם להליך הוגן וזכויותיו הדיוניות הנגזרות ממנה, לבין הצורך והחובה להגשים את תכליתו של ההליך הפלילי להביא לחקר האמת ולכונן משפט צדק. כפי שהובהר לעיל, בית המשפט אינו רשאי לשבת בחיבוק ידיים, כאשר הוא נוכח לדעת שכללי הפרוצדורה אינם מאפשרים לו לנהל ההליך תקין; ויפים לעניין זה דבריו של השופט (כתוארו אז) א' ברק בפסק דינו בעניין קניר:

'הליך זה אינו תחרות או מאבק בין תובע לנאשם, אשר כל סטייה מכללי התחרות או המאבק יש בה כדי להכריז על המנצח. ההליך הפלילי הוא מסגרת דינים, הבאים להגשים את המשפט הפלילי, דהיינו, לקבוע חפות או אשמה. לשם כך על ההליך הפלילי לחשוף את האמת, וזו מטרתו העיקרית. כמובן, עמידה על כללים וחשיפת האמת אינן שתי משימות נוגדות. נהפוך הוא: הכללים באים לקבוע סטנדרט של ניהול משפט, אשר – על-פי ניסיון החיים – יש בו כדי להביא לחשיפת האמת, ובכך תואמות שתי משימות אלה. עם זאת, יש ועמידה פורמאלית על סדר הכללים בעניין מיוחד יהיה בה כדי לגרום לעיוות דין, אם בדרך של הרשעת החף מפשע ואם בדרך של זיכוי הנאשם. בנסיבות אלה יש לשאוף לכך, כי הכללים עצמם ייתנו לבית המשפט סמכות ושיקול-דעת לעשות צדק.

[...]

ניסיון החיים, אשר גיבש את כללי הדיון, קבע איזון עדין בין צורכי הנאשם מזה לבין צורכי החברה מזה. צורכי הנאשם, אלה צרכיו האמיתיים למשפט הוגן, אם בשלב החקירה ואם בשלב המשפט. צורכי החברה, אלה צרכיה האמיתיים להרשעת האשמים ולזיכוי החפים מפשע. איזון עדין זה מתערער, כאשר כללי הדיון מופעלים, באופן שפגמים וכישלונות



בית המשפט המחוזי בבאר שבע

תפ"ח 39446-06-17 מדינת ישראל נ' אלבחירי ואח'

טכניים של התביעה או של ההגנה חורצים את גורל המשפט. אמון הציבור בתבונת המערכת הפלילית מתערער, שכן אין הוא רואה - בלשון של הנשיא זמורה - ששופטיו נכנסים לטרקלין, שבו דנים על חטא ועונשו, אלא רואה הוא את שופטיו עומדים בפרוזדור ודנים על עניינים טכניים גרידא. כיצד ניתן יהיה להסביר את זיכוי של המערער בעניין שלפנינו, אם זיכוי זה מתבסס אך על טעות טכנית גרידא של התביעה? וכיצד ניתן יהיה להסביר הרשעת אדם בשל טעות טכנית של סניגורו? אכן, החשש הוא, שהדיון הפלילי – במקום להיות מערכת מאוזנת ומבוקרת, שנועדה לחשוף את האמת – יהפוך לכר נרחב לטכסיסים והשהיות בעלי אופי פורמלי גרידא. (שם, בפסקה 3). "

אנו סבורים, כי התרת זימון הנאשמים (שמשפטים הופרד), בשלב זה של המשפט כעדי תביעה במשפטים של הנאשמים האחרים, אין בו עיוות דין. מנגד אם לא נתיר זאת עלול להיגרם עיוות דין קשה ביותר ובלתי הפיך שיש בו כדי להביא לכך שמחסום פרוצדורלי ימנע את חקר האמת בפרשה קשה זו.

לפיכך, הואיל והנאשמים 2 ו-3 יוזמנו עתה כעדי תביעה, זה במשפטו של זה, וכל אחד מהם במשפטו של נאשם 1, אנו סבורים שיהא זה נכון וצודק לשמוע את המשפט מהמקום אליו הגענו בטרם הכריזה התביעה "אלו עדיי" על מנת שהתביעה תוכל לזמן את הנאשמים כעדי תביעה במשפטים של נאשמים אחרים.

כך היה המצב לו הגישה התביעה את בקשתה בשלב שלפני הכרזתה שסיימה את הבאת הראיות – ואז היינו מתירים את הפרדת המשפט, ובאופן מהותי המצב עתה דומה לאמור, שכן הנאשם 1 טרם סיים את חקירתו הראשית, ועל פי בחירתו הוא יוכל להעיד שוב חקירה ראשית או להמשיכה מהמקום בו הפסיק ולהתייחס, אם יש צורך בכך, גם למה שנובע מהחלטתנו היום ולנאשמים האחרים בכל מקרה עומדת הזכות לחקור אותו בחקירה נגדית מלאה. גם אם סובר מי מהצדדים שנגרם עיוות דין מהתוצאה יש בדרך זו כדי לרככו.

6. למעלה מן הנדרש ובשולי הדברים, אנו מבהירים כי גם לו דחינו את בקשת התביעה לשנות מהדרך הרגילה בסדר הדין הפלילי ולא היינו מאפשרים לזמן נאשמים שמשפטים הופרד כעדים מטעם התביעה במשפטים של אחרים, לאחר שהסתיימו ראיות התביעה, פתוחה הייתה בפני התביעה האפשרות להגיש בקשה לפי סעיף 167 לחוק סדר הדין הפלילי, שכותרתו ראיות מטעם בית המשפט – "סיימו בעלי הדין הבאת ראיותיהם, רשאי בית המשפט אם ראה צורך בכך, להורות על הזמנת עד – ואפילו כבר נשמעה עדותו בפני בית המשפט – ועל הבאת ראיות אחרות, אם לבקשת בעלי דין ואם מיוזמת בית המשפט".

הקושי בדרך זו הוא בכך שיש להמתין לסוף המשפט, על מנת שבית המשפט יוכל לאשר הזמנת עדים, שבמהותם הם נאשמים שיהיו עדי תביעה, כעדים מטעם בית המשפט. ועל כן הדרך שנבחרה היא עדיפה במניעת הפגיעה הנטענת בהגנת הנאשמים בשל השלב המוקדם יותר של המשפט בו נתבקשו ואפשרנו את העדת הנאשמים כעדים.

קושי נוסף מהותי נובע מכך שעל בית המשפט לנקוט זהירות מיוחדת ויתרה, שעה שעושה הוא שימוש בסמכות על פי סעיף זה, וזאת על מנת למנוע מצב בו הדבר "ייצר" ראייה שטרם באה



בית המשפט המחוזי בבאר שבע

תפ"ח 17-06-39446 מדינת ישראל נ' אלבחירי ואח'

לעולם וראה בעניין זה ע"פ 5617/15 מועתז מריסאת נ' מדינת ישראל ובמיוחד כך כאשר מדובר בזימון נאשמים כעדי תביעה.

במקרה זה גם לו יחד עם הבקשה להפרדת המשפט, הייתה מוגשת בקשה שנפעיל את סמכותנו לצורך זימון הנאשמים כעדים במשפטם של האחרים, על פי סעיף 167 לחסד"פ, סבורים אנו שלא היה בהיעתרותנו לבקשה כזו משום יצירת ראייה שלא הייתה קיימת. האמרות של כל הנאשמים מחוץ לכותלי בית המשפט אינן בבחינת הפתעה לנאשמים ולבאי כוח הצדדים. אמרות הנאשמים כבר הוגשו לבית המשפט במהלך פרשת התביעה ומצויות בתיק בית המשפט. אומנם אמרתו של כל אחד מהנאשמים קבילה נגדו אך נאשם שלא מעיד להגנתו והמשפטים לא הופרדו כאמור, לא תהיה אמרתו קבילה נגד נאשם אחר בפרשה, אך אין לנאשם זכות קנויה לכך שמשפטו לא יופרד מהנאשמים האחרים ושהוא לא ייקרא להעיד נגד נאשם אחר. לאור האמור, נראה שגם לדרך זו, לו כך בחרה התביעה, היינו נוטים להיעתר ולאפשר בנסיבותיו של תיק זה לזמן את הנאשמים שמשפטם הופרד כעדים במשפטם של האחרים, שכן בכך היינו מסירים מכשול בדרך לחקר האמת ואין גם בדרך זו עיוות-דין לנאשמים הגם שהדרך הראשונה – זו שנבחרה – עדיפה.

השופט שלמה פרידלנדר:

אני מסכים.

כב' השופטת דינה כהן:

אני מצטרפת לדברי חברי ולהנמקה אך מעירה שבנוגע לאמור בסעיף 6 לעיל, הואיל והתביעה לא השתיתה את בקשתה על סעיף 167 לחסד"פ – יש להשאיר את הדברים "בצריך עיון".

אשר על כן הוחלט: אנו מורים על הפרדת המשפטים של הנאשמים, קובעים כי המשך המשפטים המופרדים יישמע לפנינו ומתירים לתביעה לזמן כעדי תביעה כל אחד מהנאשמים במשפטו של האחר.

ניתנה היום, י' שבט תש"פ, 05 פברואר 2020, בהעדר הצדדים.

1

2

דינה כהן, שופטת

שלמה פרידלנדר, שופט

נתן זלוצובר, שופט -אב"ד
סגן הנשיאה

3