

בי"ש/11/13

מוגבל

בבית הדין הצבאי לערעורים

בפני:

תא"ל דורון פיילס - המשנה לנשיא

בעניין:

מ/7444819 סגן אדם מלול - המבקש

(ע"י בי"כ, עו"ד שמי כחן; עו"ד די"ר חיים משגב)

נגד

התובע הצבאי הראשי - המשיב

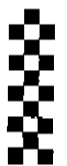
(ע"י בי"כ, רס"ן אלון רווה)

בקשה לעיון בחומר חקירה לפי סעיף 74 לחוק סדר הדין הפלילי. הבקשה התקבלה.

החלטה

1. בית הדין המחוזי חרשע את המבקש, סגן אדם מלול, וגזר את עונשו, בקשר לעבירות שעניין נקיטת אלימות כלפי תושבים פלסטינים, במהלך פעילות בכפר באיו"ש. על ההרשעה ועל חומרת העונש הגיש המבקש ערעור לבית דין זה. במהלך הדיון בערעור, הסתבר כי כנגד מפקד החטיבה שבה שירת המבקש, אל"ם איתי וירוב (להלן: "המח"ט" או "אל"ם וירוב"), נפתחה חקירה, שעסקה בהתבטאויותיו, בכתב ובעל פה, במסגרת החליכים בעניינו של המבקש. מהתבטאויות אלו השתמע, לכאורה, כי המח"ט לא ראה פסול בנקיטת אלימות כלפי תושבים פלסטינים, במהלך פעילות מבצעית, בנסיבות מסוימות. הובהר, כי החקירה נפתחה רק כשתם ההליך בבית הדין המחוזי. משעלה עניין החקירה, טרם סיומה, במסגרת הדיונים בערעור, ראה מותב בית הדין לערעורים להשהות את הדיון בכדי להתין לתוצאותיה.

2. בתום החקירה, ביום 30/12/2010 ניתנה חוות דעתו של הפרקליט הצבאי הראשי לתיק. הפצ"ר ראה שלא לנקוט נגד מפקד החטיבה צעדים משפטיים והורה על סגירת תיק חקירה. בעקבות פניית הסנגורים לתביעה הצבאית, בבקשה



ב"ש/11/13

מוגבל

לקבלת העתק מחוות הדעת, התקבלה ביום 13/1/2011 בבית הדין "הודעת עדכון נוספת מטעם התביעה". בהודעה נמסר, כי "בשלב זה, לא מסתמן קשר (הנחיה או פקודה לביצוע) בין הנחקר הנ"ל [המח"ט - ד.פ.] לבין מעשי האלימות שבוצעו על ידי המערער בתיק זה". עוד הובא בהודעת תקצית מהחלטת הפצ"ר כדלקמן:

"בחנית כלל תומר החקירה שנאסף על ידי מצי"ח - אשר כלל עדויות שנגבו מחיילים ומפקדים רבים ששירתו תחת פיקודו בחטיבה - לא העלתה, כי במסגרת תפקידו של אל"ם וירוב כמח"ט כפיר, העביר חלה מסרים בלתי חוקיים בכל הנוגע לחתנהלות חיילי החטיבה בלחימה בכלל, ומול אוכלוסייה אזרחית בפרט. אדרבא, מהעדויות שנגבו במסגרת החקירה עלה, כי אל"ם וירוב פעל רבות להטמעת נהלים וביצוע פקודות חינוכיות ופיקודיות, שמטרתן מניעת פעילות בלתי חוקית כלפי אוכלוסייה מקומית. בתום בחינת ממצאי החקירה החליט הפצ"ר שלא לנקוט צעדים משפטיים נגד המח"ט בעניין זה".

התביעה הצבאית עמדה על סירובה למסור את חוות הדעת המלאה לעיונה של ההגנה, בציינה כי "הפרטים המצוינים מעלה הם הפרטים המירביים היכולים להימסר" לידעת ההגנה (חודעה מיום 13/1/2011, בעמ' 2).

3. בעקבות עמדה זו של התביעה, פנו סנגוריו של המבקש ביום 26/1/2011 לבית הדין, בבקשה לעיין בתיק החקירה כנגד המח"ט ובחוות דעתו של הפרקליט הצבאי הראשי, שבה פורטו נימוקיו לסגירת התיק, במלואה. להשקפתם, מאחר שתיק החקירה נפתח בעקבות דבריו של אל"ם וירוב בבית הדין, בעדותו במסגרת ההליך המשפטי כנגד המבקש, תוכנו רלוונטי להליך הערעור ומשכך, הוא בגדר "תומר חקירה" בתיק דנו, כמובנו של מונח זה בסעיף 74 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982. לטענת ההגנה, בהיותו קצין זוטר, פעל המבקש בהתאם לחוראות מפקדיו, המח"ט ומג"ד 92, סא"ל שמעון הרוש (להלן: "סא"ל הרוש" או "המג"ד"). במאמר מוסגר יצוין, כי המג"ד העיד אף הוא מטעם ההגנה בבית הדין קמא וגם כנגדו נפתחה חקירת מצי"ח, בחשדות דומים לחשדות שהועלו כנגד המח"ט. חקירה זו עודנה מתנהלת, כאמור בהודעתה של התביעה הצבאית מיום 16/5/2011, והסנגורים הביעו עמדתם במהלך הדיון לפניי וכן, מאוחר יותר, בכתב, כי בכוונתם לפנות לבית דין זה בבקשה לעיין בתיק החקירה, לכשתסתיים.

כאמור, טוענת ההגנה, כי במסגרת עדויותיהם בבית הדין קמא, אישרו המפקדים כי "המעשים המיוחסים לנאשם על פי כתב האישום הינם סבירים,

ב"ש/13/11

מוגבל

מידתיים וכך הם הנחו את המערער לנהוג במקרים דומים" (בקשה מיום 26/1/2011, בעמ' 4). כנגד המבקש, המוציא לפועל של אותן הנחיות, הוגש כתב אישום והוא נמצא אשם בדינו, בעוד שתיק החקירה כנגד המח"ט, אשר הכתיב את המדיניות, נסגר והוא כלל לא הועמד לדין. במצב דברים זה, עולח חשש להתנהלות לקויה של רשויות התביעה בעניינו של המבקש, באשר "אף אחד לא יכול לומר שיש פה הגינות משפטית כשהסגן מועמד לדין ומפקדיו יוצאים פטורים" (פרוטוקול הדיון מיום 2/5/2011, בעמ' 5). לשם בילסוסה של טענה זו, דרושים להגנה נימוקי הפצ"ר לסגירת תיק החקירה בעניינו של המח"ט.

טענה נוספת שהעלו הסנגורים, הנגזרת לשיטתם מטענה זו, היא טענת הגנה מן הצדק, (אשר מעוגנת בסעיף 351(ב)(6) לחוק השיפוט הצבאי ובסעיף 149(10) לחוק סדר הדין הפלילי). זאת, בשל מדיניות של איפה ואיפה, לכאורה, מצד התביעה הצבאית, אשר בחרה להעמיד לדין את המבקש בלבד, בלא שמפקדיו יתנו את הדין על חלקם במעשים המתוארים בכתב האישום, בהתירם לכאורה הפעלת כוח כנגד אוכלוסיה אזרחית בלתי-מעורבת, במהלך פעילות מבצעית.

4. התביעה הצבאית התנגדה לבקשה וטענה, כי עצם העובדה שהחקירה כנגד המח"ט נפתחה בעקבות התבטאויותיו במהלך עדותו בבית הדין איננה הופכת את ממצאיה לחומר חקירה בעניינו של המבקש. המח"ט לא היה מעורב ישיר במעשים שבחס הורשע המבקש ואף לא היה עד להם. "אלים וירוב זומן כעד הגנה על מנת לחוות דעתו באופן חיצוני, כמי ששימש מפקדו בעת הרלוונטית, אודות מעשיו של המבקש" (תגובת התביעה מיום 8/3/2011) ולכן, "זה קשור באופן שרירותי למלול ואקראי כי העובדה, הדברים שנאמרו במשפטו של סגן מלול נאמרו ביחס למידתיות הפעלת הכוח. האמירות היו מנותקות מהמסד הראיתי שהיה בתיק" (פרוטוקול הדיון מיום 2/5/2011, עמ' 9). משנקבע על ידי הפרקליט הצבאי הראשי, כי לא הועברו על ידי המח"ט לחילי החטיבה מסרים בלתי-חוקיים אשר לאופן ההתמודדות עם אוכלוסיה אזרחית בשעת לחימה, "העברת החומר המבוקש על-ידי ההגנה לא זו בלבד שאינו חיוני להגנת הנאשם [כך במקור – ד.פ.] אלא שאין בו דבר (וליתר דיוק – אף חצי דבר) העשוי לגרום לו לנאשם עיוות דין. אדרבא, נראה כי חיפוכם של דברים כיון הוא..." (תגובת התביעה מיום 8/3/2011, בעמ' 4).

עוד טענה התביעה, כי לבד מחוסר הרלוונטיות של החומר להגנתו של המבקש, מונעים שני שיקולים נוספים את העברתו לידי ההגנה. הראשון – חוות דעתו של הפצ"ר מוגדרת ב"תרשומת פנימית", שכן היא מהווה למעשה סיכום ועיבוד של חומר החקירה המצוי בידי התביעה. "תרשומת פנימית" היא, על-פי הפסיקה, חריג להגדרה המרחיבה של המונח "חומר חקירה" וככלל, לא תועבר לעיון

ב"ש/11/13

מוגבל

ההגנה. לשיטת התביעה, די לה להגנה ב"תמצית קצרה" של חוות הדעת, זו המופיעה בהודעתה מיום 13/1/2011, ובהעברת המידע על עצם מתן ההחלטה. שיקול נוסף, המצריך איזון עם זכותו של המבקש לנהל את הגנתו, הוא זכותם של צדדים שלישיים, בהם מתלוננים ועדים, למניעת פגיעה בכבודם ופרטיותם. לגישת התביעה, "אין להתעלם מן הפגיעה, הקרובה לוודאי, בפרטיותו של אל"ם וירוב כתוצאה מהעברת החומר המבוקש", בחיותה של חוות הדעת "אישית" במהותה. מטעם זה התביעה אף ביקשה מבית הדין, כי יורה על קבלת עמדתו של אל"ם וירוב לעניין מסירת חוות הדעת לעיון ההגנה.

אשר למסגרת הדיונית לבקשה, טענה התביעה, כי הכלל בזכר סופיות הדיון מונע מההגנה להעלות בפני ערכאת הערעור טענת הגנה מן הצדק, בהתבסס על דבריו של המח"ט, משזו נשקלה כבר ונדחתה לגופה על-ידי בית-הדין הנכבד קמא.

5. ביום 22/3/2011 התקבלה עמדתו של אל"ם וירוב לבקשה. אל"ם וירוב, באמצעות בא-כוחו, סא"ל (מיל') עודד סבוראי, הצטרף לעמדת התביעה וביקש מבית הדין להורות, כי תיק החקירה בעניינו לא יועבר לעיונה של ההגנה. זאת, ראשית, מן הטעם של חוסר רלוונטיות, בהעדר קשר ענייני בין החומר שנאסף בתיק החקירה לבין ההליך כנגד המבקש; ושנית, בשל הפגיעה שתיגרם לפרטיותו אם יתאפשר העיון בתיק. לשיטתו של סא"ל סבוראי, משלא חבשילה החקירה בעניינו של אל"ם וירוב לכדי כתב אישום, אין ליתן לה פומבי, כפי שהיה נעשה אילו היה מתקיים הליך משפטי, בדלתיים פתוחות. לכן, אין מקום לחשוף את חומר החקירה אף בחליף בעניינו של המבקש עוד סבור סא"ל סבוראי, כי די להגנה בעדותו של אל"ם וירוב, אשר נשמעה בפירוט בבית הדין קמא בשתי הזדמנויות – בהליך בעניינו של המבקש ובעניינו של נאשם נוסף בפרשה, סמ"ר אביתר גדסי (להלן: "סמ"ר גדסי"). אילו סברו הסנגורים, כי קיים צורך בהבהרות נוספות, היה עליהם לפנות לבית הדין קמא בבקשה לשמיעה חוזרת של העדות.

ביום 2/5/2011 התקיים דיון בבקשה. במהלך הדיון, ניתנה לסא"ל סבוראי הזדמנות להוסיף ולהשמיע עמדתו גם בעל-פה. במסגרת טיעונו, שב וחזר על עיקרי הדברים, כפי שהוצגו בעמדתו הכתובה, כאמור לעיל.

6. בעקבות הערותיי, במהלך הדיון, באו הצדדים לידי הסכמה דיונית בכל הנוגע לתיק החקירה. פרטי הסכמה זו הובאו בהחלטתי, בסיומו של אותו הדיון. תמציתה – כי אבדוק ואחליט האם יש לתיק החקירה נגיעה לעניינו של המבקש ואם אסבור שכך הוא, יועבר התיק לעיון הסנגורים, בהשמטות מסוימות. אם יחפצו הסנגורים לחעתיק חלק מן החומר, יפנו בעניין בנפרד. עוד נקבע שם,

ב"ש/11/13

מוגבל

משעמדו הצדדים על עמדותיהם, כי אחליט בשאלת העברת חוות דעת הפצ"ר, לגופה.

בהמשך להחלטה זו, לאחר שעיינתי בתיק החקירה וסברתי, כי יש לה נגיעה לענייניו של המבקש, הוריתי ביום 15/5/2011 לתביעה לאפשר לסנגורים לעיין בו, מבלי להעתיקו. באשר לחוות דעתו של הפרקליט הצבאי הראשי, קבעתי כי החלטתי תינתן בנפרד.

הסנגורים פנו וביקשו כי יינתן להם גם להעתיק חלקים מן החומר, אולם בהמשך חזרו מן הבקשה. החלטה זו עניינה, אפוא, בשאלת העברת חוות הדעת. יצוין כי התביעה הסכימה, בשלב מתקדם של ההליך, להעביר רק את פרק המסקנות מחוות הדעת. הסנגורים עמדו על בקשתם לקבל את חוות הדעת בשלמותה.

הרקע הנורמטיבי

7. זכות העיון בחומר חקירה – כללי

הביטוי "חומר חקירה", אשר לנאשם זכות לעיין בו, בהתאם לסעיף 74 לחוק סדר הדין הפלילי, פורש בפסיקה בצורה רחבה, בשל התפיסה שלפיה יש להעביר לידי ההגנה את מירב החומר האפשרי, הרלוונטי לאישום, כחלק מזכותו החוקתית של נאשם לחליך הוגן (וראו לעניין זה ע"פ 2910/94 יפת נ' מדינת ישראל, פ"ד (2) 221, 353 (1996); מ"ח 3032/99 ברנס נ' מדינת ישראל, פ"ד (3) 354 (2002); בג"ץ 11339/05 מדינת ישראל נ' בית-המשפט המחוזי בבאר-שבע, פ"ד סא(3) 93 (2006)). בעניין זה נאמרו לאחרונה על-ידי בית המשפט העליון הדברים הבאים:

"... אין מימושה של זכות העיון בחומר החקירה מצטמצם לאינטרס של הנאשם המבקש להתגונן מפני האישום נגדו. זכות העיון היא בגדר אינטרס ציבורי רחב בתקינות ההליך הפלילי והוגנותו ובחשיפת האמת, כך שיתאפשר לבית-המשפט לעשות מלאכתו בחשיפת האמת לאחר שהונחו בפניו גרסת המאשימה לאירוע נשוא כתב האישום אל מול גרסת הנאשם...
לאורן של מחותה ותכליותיה של זכותו של הנאשם לנחל הגנתו, פורש המונח 'חומר חקירה' בפסיקה הישראלית מתוך מגמה מרחיבה, ככולל כל חומר הקשור באופן ישיר או עקיף לאישום ונוגע ליריעה הנפרשת במחלף המשפט... אין מדובר בהגדרה נוקשה וממצה, אלא בהגדרה אמורפית וגמישה שיישומה מונחה בשכל הישר ובמגמה לאפשר לסנגוריה הזדמנות הוגנת להפין את הגנת הנאשם...
ואכן, מוטת כנפיו של המונח 'חומר חקירה' רחבה היא: בלב-לבו מצוי 'הגרעין הקשה' של ראיות התביעה, שעליו

ב"ש/11/13

מוגבל

תבסס התביעה את האישום... ואולם, כחומר חקירה ייחשבו גם ראיות 'השייכות באופן הגיוני לפריפריה של האישום במשמע'... נדרשת על כן 'בדיקה פרטנית חמתייחסת לחומר הקונקרטי, למאפייניו ולטיבו... וזבאו בחשבון מכלול השיקולים הקשורים בחומר הנדון. ותיבחן זיקתו של החומר לאישום ולנאשם, ותיבחן גם האפשרות הסבירה כי תהיה בו תועלת להגנת הנאשם. כל ראיה שיימצא כי עשויה היא להיות רלוונטית לעניין המתברר במשפט, תיכלל בגדר 'חומר חקירה' שחובה למוסרו לעיון הסנגוריה'... (בש"פ 6507/09 קצב נ' מדינת ישראל (טרם פורסם, 13.9.2009). להלן: "עניין קצב").

ולעניין השפעת תכליתה של זכות העיון על הגדרתו המרחיבת של המונח 'חומר חקירה':

"קולמוסים רבים נשתברו בניסיון להגדיר מהו חומר חקירה ולאפיינו. ככלל, כל חומר שקשור באופן ישיר או עקיף לאישום ונוגע ליריעה הנפרשת במהלך האישום הפלילי הוא 'חומר חקירה'... 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 לחסד"פ – קיום זכותו של הנאשם למשפט הוגן... (בש"פ 10283/09 לדר נ' מדינת ישראל (טרם פורסם, 19.1.2010). להלן: "עניין לדר").

עם זאת, קבע בית המשפט כי לפירוש המרחיב למונח 'חומר חקירה' ישנם גבולות וכי:

"במסגרת שיקול הדעת של התביעה – הכפוף לביקורת 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 הוזייל נ' משטרת ישראל, פ"ד לט (4) 124) (עניין לדר לעיל).

וכן:

"... אין לחייב את התביעה במסירת חומרים לפי סעיף 74 לחסד"פ אם מדובר בניסיון ספקולטיבי בלבד לאיתור חומר שיסייע לנאשם בחגנתו, שיהא בבחינת 'Fishing Expedition'... מכאן, כאשר מונחת על שולחנו של בית המשפט בקשה לפי סעיף 74(ב) לחסד"פ, שומה על הסגור להראות כי בקשתו נשענת על נקודת אחיזה ממשית... (עניין קצב לעיל).

ב"ש/11/13

מוגבל

מטרתו של צמצום זה, הבהיר בית המשפט העליון, היא הבטחת "יעילות ההליכים על-ידי שלא הצדדים, לא בית המשפט, יוצפו בחומר בלתי-רלוונטי אלא יתמקדו בשאלות הצריכות הוכחה, בירור וליבון" (שם).

8. חומר חקירה – הסייג בדבר תרשומות פנימיות, הטעמים לו וחריגיו לטענת התביעה, כאמור, את חוות דעתו של הפצ"ר ניתן לסווג כ"תרשומת פנימית" ובחיתח כזו, אין למוסרה לעיון ההגנה. בפסיקת בית המשפט העליון נאמרו הדברים הבאים אשר לקטגוריה זו:

"אחד מסוגי החומרים, אשר נקבע בפסיקה כי יבואו ככלל בגדר חריג לעיקרון הגילוי, הן תרשומות פנימיות של רשויות החקירה והתביעה. מסמכים פנימיים אלה – דוגמת: סיכומי חקירה, עיבוד וניתוח הראיות וחיונים פנימיים של רשויות החקירה והתביעה – לא יחשבו ברגיל לחומר חקירה, ולא יהיו כפופים לחובת גילוי ולזכות העיון..." (בש"פ 7553/10 בר אומר נ' מדינת ישראל (טרם פורסם, 7.12.2010). לחלן: "עניין בר אומר").

עוד בואר בפסיקה, כי הטעם להימנעות ממסירת חומר כאמור הוא:

"...האינטרס הציבורי במתן האפשרות לעובדי ציבור להביע דעתם בחופשיות וללא מורא במהלך עבודתם, מבלי שיחששו שהדברים ימצאו דרכם לגורמים חיצוניים למערכת. התבטאותם החופשית של עובדי הציבור יש בה, כך על-פי תפישה זו, כדי לאפשר להם להביא לידי ביטוי את ניסיונם ועמדתם המקצועית ובכך להבטיח קבלתה של החלטה מקצועית, נכונה ומבוססת" (עניין קצב).

משכך, "תרשומות אלה לא תיחשבנה לחומר חקירה" כל עוד אינן מכילות מידע מהותי בנוגע לאישום" (שם). זאת, "אלא אם הן עומדות במבחנים שנקבעו בפסיקה לחומר חקירה" (עניין קצב) – משמע – "אלא אם ניתן לשכנע שהם ירלוונטיים לחקירה או לכתב האישום" (יעקב קדמי, על סדר הדין בפלילים, חלק שני – הליכים שלאחר כתב אישום (א) 722 (2003)).

בפסיקה הותוו הקריטריונים המנחים לבחינתם של מסמכים וראיות, על-מנת לקבוע האם משתייכים הם לקטגוריה של "תרשומת פנימית":

"האם מדובר בראיות עצמאיות שהושגו בדרך כזו או אחרת במסגרת חקירת המשטרה, או שמא מדובר בסיכומים ותרשומות פנימיים של גורמי החקירה והתביעה, שיש בהם ניתוח או הסקת מסקנות על בסיס חומר הראיות חגולמי..." (עניין בר אומר לעיל).

ב"ש/11/13

מוגבל

בעניין קרוב – בקשת ההגנה לעיין בתרשומת ראיון עד שנערכה על-ידי פרקליט
– נפסק כי:

"... תרשומת שכזו תיחשב, בהתאם לעניין בוחביץ, כחומר חקירה אם במסגרת הראיון מסר העד מוזמתו פרטים עובדתיים חדשים ומהותיים... כל עוד לא נמצא כי בראיון העד הועלו פרטים חדשים או מידע שיש בו לסייע בהגנת הנאשם ולא נמצא בידו עד כה, ועיקר החידוש שיש בתרשומת הוא בהצצה שהיא מאפשרת אל חילוקי דעות פנימיים והרהורים שונים שהתעוררו אצל התביעה בנוגע לתיק, אין מקום למסירת התרשומת" (עניין קצב).

מהאמור ניתן ללמוד, כי יש להבחין בין חומר חדש שנאסף על ידי הרשויות, לבין מסמכים והתכתבויות שונות, המכילים עיבוד והסקת מסקנות של גורמי התביעה, חילופי דברים, התייעצויות ותיעודם של חילוקי דעות. ככלל, אין הצדקה להעביר לעיונה של ההגנה חומר מהסוג האחרון, כחלק מ"חומר החקירה", מאחר שהוא נסמך על "החומר הגולמי", המצוי כבר בידה.

9. משמעות התיבה "החומר... הנוגע לאישום"

על-מנת לקבוע האם יש להעביר לידי ההגנה חומר, שעשוי להתפס, באופן ראשוני, כ"תרשומת פנימית", יש לברר תחילה, כאמור, האם הוא בעל נגיעה לשאלות הנדונות בפני בית הדין והמצויות במחלוקת בין הצדדים, כהוראת סעיף 74(א) לחסד"פ. ניתן לאתר בפסיקה מספר מבחני משנה, אשר ישמשו בהמשך למענה על סוגיה זו.

א. רלוונטיות - מידת הזיקה של החומר המבוקש לנושאים המתבררים במשפט. ככל שהקשר בין החומר הנדון לבין ההליך המשפטי הדוק יותר, כך תגבר הנטייה למוסרו לידי ההגנה. ומנגד, ככל שייקבע שהחומר הנדון יותר שולי ופריפריאלי, ביחס לטיב המחלוקת בין הצדדים, תגבר נטיית בית המשפט להימנע מלהגדירו כ"חומר חקירה" ולאפשר להגנה לעיין בו. בכך מוגשמת למעשה תכליתה של זכות העיון, שנועדה לאפשר לנאשם לנהל את חגנתו בצורה המיטבית ולהבטיח את זכותו החוקתית להליך הוגן, תוך הימנעות מהצפת בתי המשפט בחומר ראיות בלתי-רלוונטי.

הסוגיה האמורה התעוררה בבש"פ 5423/01 אל חאק נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 5.8.2001). העורר הועמד לדין באשמת רצח וטען להגנתו, כי מותה של חמנוחה נגרם למעשה עקב שימוש יתר בסמים. בסמוך לאירועים נשוא כתב האישום, מינה שר הבריאות ועדה לבדיקת המצב

ב"ש/11/13

מוגבל

במכון לרפואה משפטית, בראשות השופט סגלסון ("ועדת סגלסון"). תמצית דו"ח ועדת סגלסון פורסם באינטרנט והעורר ביקש לקבל לעיונו את הדו"ח המלא, שבו פורטו אי-סדרים רבים שנתגלו בתחומים שונים של עבודת המכון. זאת, לצורך תקיפת מהימנותו של העד המומחה מטעם התביעה, מנהל המכון לרפואה משפטית דאז, פרופ' יהודה חיס. בית-המשפט העליון דחה את הבקשה וקבע, כי לא ימסר לידי ההגנה דו"ח חקירה כללי, אשר איננו נוגע במישרין לסוגיה המתבררת במהלך המשפט:

"כאשר מדובר בדוח חקירה פנימית יש להבחין בין בדיקה שנעשתה בקשר לעניין המתברר בהליך שבפני בית-המשפט לבין בדיקה כללית הנוגעת לעניינים אחרים... בבוא בית-משפט לבחון קיומה של חובה למסור את החומר לסנגוריה יביא בגדר שיקוליו גם את השיקול הנוגע לטיבו ומהותו של החומר המבוקש. בעניינו של העותר מדובר בדוח המסכם תחקיר פנימי אשר לא נערך בהקשר לעניין הנדון במישרין במשפט, והוא מסוג הדוחות והרישומים שככלל אין הרשות חייבת למוסרם, כשם שאין חובה עליה למסור תרשומות והתייעצויות פנימיות אפילו נוגעות הן לעניין הנדון...".

בעניין בר אושר דלעיל התעוררה סוגיה דומה. העוררת הואשמה בעבירות של רצח והריגה. נטען כנגדה, כי בעקבות סכסוך עם שכנתה ההרה, דקרה אותה, גרמה למותה ובהמשך, גם למות בנה התינוק, ארבעה ימים לאחר שילדה. לאחר האירוע, מונה על-ידי מפקד המחוז הדרומי של המשטרה צוות בדיקה, במטרה לבחון את השתלשלות העניינים אשר הובילה לתוצאה הטראגית האמורה ולטיפול משטרת אשדוד בפניית העוררת אליה, עובר לאירוע. במסגרת חומר החקירה שהועבר לידי ההגנה, עם הגשת כתב האישום, הועברו גם ראיות שנאספו על-ידי צוות הבדיקה. העוררת ביקשה לעיין בנוסף גם במסמך הסיכום אשר הוכן על-ידי הצוות וטענה, כי המסקנות המופיעות בו עשויות להועיל להגנתה. בית-המשפט העליון קיבל את הערר, בחטעימו כי:

"בעניין אל חאק נקבע כי דו"ח החקירה המבוקש היה כללי באופיו ונגע לעניינים אחרים מהמקרה הקרקטי שעמד באותה עת בפני בית המשפט ולכן אין מקום להעבירו. מכך, ניתן ללמוד שכאשר מדובר בבדיקה פרטנית לגבי נושא הנדון בפני בית המשפט – יש מקום להעביר לידי ההגנה דו"ח חקירה מעין זה. יתר על כן, הטיעון שמדובר ב'תרשומת פנימית' שגילויה עלול לפגוע בסדרי עבודתן של רשויות החקירה מתעלם מנסיבות היווצרותו של המסמך שהוא הערר ומהותו המיוחדת, שהרי מסמך זה איננו בבחינת 'סיכום חקירה', או התכתבות רגילה הקשורה בחקירה...

ב"ש/11/13

מוגבל

הבדיקה שנעשתה על ידי הוועדה הבודקת היא קונקרטיית ונוגעת למקרה שמתברר עתה בפני בית המשפט הנכבד קמא, במשמעות החבחנה שהוצעה בעניין אל-חאק. נכון אמנם שבידי העוררת ובאי-כוחה מצויות כבר כל חראיות שחיו בידי הוועדה הבודקת ואולם אין בכך כדי לשלול את האפשרות שבסיועו של מסמך הסיכום, יוכלו, אולי, באי-כוחה של העוררת להיעזר לצורך העלאת טיעוני ההגנה, שהרי אין חקר לתבנות סגור מוכשר, ואין לנחש כיצד היה יכול לנצל את החומר הנמצא לפניו..." (עניין בר אושר, החדגשות שלי - ד.פ.).

גם בבית דין זה נפסק לאחרונה, בדומה, כי:

"... הקביעה, אם חומר ראייתי כזה או אחר מהווה חומר חקירה, נגזרת לא רק מאופיו האובייקטיבי של החומר אלא גם מאופי 'בקעת המחלוקת' המתגלעת בין שני הצדדים במשפט" (עלב"ש/09/185 התובע הצבאי הראשי נ' טור' קריוצ'קוב (2009)).

מחמובאות לעיל עולה, כי בבואו להחליט האם יש לאפשר להגנה לעיין במסמך מסוים, על בית-המשפט לבחון את מידת הרלוונטיות של החומר שבו מבקשת ההגנה לעיין, בשים לב לטיב המחלוקת שבין הצדדים, לנסיבות היווצרות המסמך המבוקש ולקשר שלו להליך שלפני בית-המשפט.

ב. חבחנה נוספת שמצויה בפסיקה היא בין מסקנות וקביעות סופיות, לבין דו"חות, חוות דעת והתייעצויות מקדימות, אשר מהווים את התשתית לקראת אותה קביעה סופית:

"הדוח המבוקש [במסגרת הבקשה לעיון בחומר חקירה - ד.פ.] הועבר לפרקליטת המדינה וליועץ המשפטי לממשלה, הטיפול בו טרם חסתיים, ולפיכך, המשמעות של המסקנות טרם נקבעה. יש להניח כי בתום הטיפול בדוח ישקלו הגורמים המוסמכים את הצורך לפרסם את הדוח לידיעת הציבור כולו. על רקע זה, ובהתחשב במידת הרלוונטיות של החומר, כפי שפורטה לעיל, ניתן לקבוע כי אין על התביעה חובה למסור את הדוח המבוקש" (עניין אל חאק, החדגשות במקור - ד.פ.).

סוגיה קרובה נדונה בע"א 7759/01 הוצאת עיתון הארץ בע"מ נ' משרד המשפטים (לא פורסם, 1.6.2004). שם פורסמה מלכתחילה ברבים חוות דעתו של היועץ המשפטי לממשלה, אשר הורה לסגור את תיק החקירה כנגד ראש הממשלה ורעייתו. הדיון שם נסב סביב השאלה, האם יש לפרסם בנוסף גם את חוות דעתה של פרקליטת המדינה בנושא, אשר

ב"ש/11/13

מוגבל

הוגשה ליועץ המשפטי, שימשה חלק מהתשתית לחוות דעתו של היועץ ואף נזכרה בה במפורש. על אף מעמדה הבכיר של פרקליטת המדינה, נקבע במקרה זה, כי חוות דעתה היא בגדר תרשומת פנימית, בדומה לכל חליפת מכתבים או התייעצות פנימית בתוך המשטרה והפרקליטות, באשר שימשה כנדבך בלבד בהתייעצות, לקראת קבלת ההחלטה הסופית, על-ידי היועץ המשפטי. משכך, לא הותרה חוות הדעת לפרסום במלואה, אך בהוראת בית-המשפט העליון, פרסם היועץ תמצית שלה. זאת, בשל חשיבותו הציבורית של העניין הנדון.

יצוין, כי לא דובר בעניין זה בבקשה לעיון בחומר חקירה, במסגרת הליך פלילי, אלא בעתירה מנהלית, לפי חוק חופש המידע, התשנ"ח-1998.

ג. מידת ביסוסה של טענת ההגנה מן הצדק – העלאת טענה מקדמית זו עשויה להרחיב את יריעת המחלוקת שבין הצדדים ובהתאמה, גם את הגדרת "חומר החקירה" בתיק, אל מעבר לעובדות המתוארות בכתב האישום והמסד הראייתי שעליו הוא מבוסס, שכן טענת ההגנה מן הצדק איננה עוסקת בחכרח בעובדות המקרה, כפי שהן באות לידי ביטוי בכתב האישום, אלא בהתנהלותן של רשויות התביעה והחקירה טרם הגשת כתב האישום, עובר לחגשתו ובמהלך ניהול המשפט –

"בחודש פברואר 1996 נפל דבר במשפט הפלילי של מדינת ישראל. בית-המשפט העליון, מפי השופט דב לוין קבע בפסק דין עקרוני כי 'בית-המשפט במדינת ישראל שיקול דעת לעכב הליכים, משאין באפשרותו להעניק לנאשם משפט חוגן ואו משיש בניהול המשפט משום פגיעה בחוש הצדק וההגינות, כפי שבית-המשפט רואה אותו". בקביעה האמורה – אשר נכללה בפסק דין שעסק באחת הפרשות שהסעירו בשעתן את הציבור בישראל, היא פרשת יפת – הצחיר בית-המשפט העליון על קיומה במשפטנו הפלילי של דוקטרינת ה'הגנה מן הצדק'. בהתאם לדוקטרינה זו, אשר ערש לידתה במשפט המקובל האנגלי ושהיבטים חשובים שלה פותחו במשפט האמריקני, רשאי בית-המשפט חדן בעניין פלילי לבטל כתב אישום או לעכב הליך פלילי שהגשתו או בירור עומדים בסתירה לעקרונות של צדק ושל הגינות משפטית.

לפי ההלכה שנפסקה בפרשת יפת, ה'הגנה מן הצדק' תופעל במקרים שבהם ימצא בית-המשפט, שבפניו הובא נאשם בפלילים, כי הגשת כתב האישום, פעולות רשויות השלטון עובר להגשתו או ניהול המשפט עשו כדי 'התנהגות בלתי נסבלת'; היינו, 'התנהגות שערווריייתית, שיש בה משום רדיפה, דיכוי והתעמרות בנאשם... המדובר במקרים שבהם חמצפון מזדעזע ותחושת הצדק

ב"ש/11/13

מוגבל

האוניברסלית נפגעת, דבר שבית-המשפט עומד פעור פה מולו ואין הדעת יכולה לסובלו.
 כתשע שנים לאחר מכן, בחודש מרס 2005, הרחיב בית-המשפט העליון הלכה זו באופן משמעותי, במסגרת פרשת בורוביץ'. נפסק כי היהגנה מן הצדק עשויה לחול בכל מקרה שבו קיומו של החליך הפלילי פוגע באופן חרוף או ממשי בתחושת הצדק וההגינות כפי שזו נתפסת בעיניו של בית-המשפט, ואף כאשר אין מדובר בהתנהגות שערווריתית של הרשות, אלא למשל בהתנהלות רשלנית שלה או אפילו בנסיבות שאינן תלויות ברשות כל עיקר (ישגב נקדימון, הגנה מן הצדק 21 (מחדורה שנייה, 2009)).

בסמוך לאחר חקיקתו של סעיף 149(10) לחוק סדר הדין הפלילי, כאשר עלה הצורך לפרשו ולבחון, האם עשה שינוי כלשהו בדוקטרינת ההגנה מן הצדק, כפי שנקבעה בהלכה הפסוקה, נקבע על-ידי בית-המשפט העליון, כי הסעיף עיגן את הדוקטרינה, "כפי שפותחה בפסיקתו של בית משפט זה" (ע"פ 7014/06 מ"י נ' מרגלית (לא פורסם, 4.9.2007)). על אף קביעה זו, שלפיה לא שינה עיגון הדוקטרינה בחקיקה את המצב המשפטי, כפי שהיה ערב התיקון, ישנה חשיבות לעצם העיגון, בשל חצבתה בדרגה נורמטיבית של חקיקה ראשית,

"מתוך הכרה בערכם הרב של תפקידיה במסגרת המשפט הפלילי, המנהלי והחוקתי שלנו. הפיכתה של הדוקטרינה ההלכתית להגנה חקוקה יכולה לבטא את הכרתה של החברה, באמצעות בית המחוקקים, בחשיבות המגון שמציגה היהגנה מן הצדק על זכויותיו של הפרט מפני פגיעה שלטונית ובחשיבות סמכות הביקורת השיפוטית שהיא מעניקה לבית המשפט על מעשי הרשות במיתחם הרחב של ההליך הפלילי" (נקדימון, בעמ' 79).

באשר להשפעתה של הדוקטרינה על הסוגיה של זכות העיון בחומר חקירה, הוסיף המלומד נקדימון והרחיב את היריעה, בציינו כי:

"לדעתי, מן הראוי להכיר בסמכותו של בית-המשפט הפלילי לחייב את הרשות לגלות לנאשם, במסגרת דיון בטענת יהגנה מן הצדק, גם מסמכים, מידע וחומר אחר, שאינם בבחינת 'חומר חקירה' במשמעות סעיף 74 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], אך שהם רלוונטיים לטענת היהגנה מן הצדק שמעלה הנאשם. המקור המשפטי להבאת חומר כאמור על-ידי הרשות בפני בית-המשפט יכול להימצא לדעתי, במקרים המתאימים, בסעימים 3 ו-108 לחוק סדר הדין הפלילי...; בחוק חופש המידע, תשנ"ח-1988 (נקדימון, בעמ' 487. החדגשות שלי - ט.ד.).

ובהמשך:

ב"ש/11/13

מוגבל

"נראה לי כי... כדי ליתן לבית המשפט הפלילי אמצעים אפקטיביים לבירור ממצה של טענת ה'הגנה מן הצדק', יש להכיר בכוחו לחייב את התביעה להציג בפניו את כל הפרטים הנוגעים למכלול האופף את ההעמדה לדין. חנה כי כן, במקרים הראויים שבהם הנאשם יציג תשתית לכאורית ראשונית שיש בה כדי לתמוך בטענתו, דומה כי יחא זה מן הראוי להורות לתביעה להשלים את התמונה העובדתית בכל אותן סוגיות שלנאשם לא הייתה, מטבע הדברים, נגישות אל פרטיהן. במקום שהנאשם יעלה את טענת ה'הגנה מן הצדק' בחסתמך על הנתונים שבידו, על הרשות להידרש לסתור טענה זו על סמך החומר הצריך לעניין המצוי ברשותה. הימנעותה מעשות כן, שעה שעיקר הראיות הנוגעות לעניין מצויות בידיה ולא בידי הנאשם, עשויה להביא לקבלת טענת ה'הגנה מן הצדק' ולו מטעם זה בלבד" (נקדימון, בעמ' 489).

בעניין לדר, הפנה בית-המשפט העליון לדבריו של המלומד נקדימון אשר הובאו לעיל, אודות חרבת סמכותו של בית-המשפט לאפשר עיון בראיות התביעה, אף כאשר אלו אינן מוגדרות כתומר חקירה. בית-המשפט הסתייג באופן חלקי מהתזה שהציג נקדימון וקבע, כי לשם חיוב התביעה להציג להגנה ולבית-המשפט מסמכים וראיות אשר אינם בגדר תומר חקירה, לצורך ביסוס טענת הגנה מן הצדק,

"אין צורך להישען על המטרייה הרחבה שפורש סעיף 3 האמור ומוטב להיעזר בכלים משפטיים רגילים. זאת, תוך הכרה בקיומה של טענת הגנה מן הצדק ורגישות לאבחנה בין שלביו השונים של המשפט... מבלי לקבוע מסמרות בדבר, ככל שהסנגור יבסס לכאורה את טענתו בדבר 'הגנה מן הצדק' – כך גם יתחזק 'האינטרס' של התביעה להסביר את שיקוליה" (שם, ההדגשות שלי – פ.ד. 5).

זכות העיון בתומר שהוא חיצוני לראיות ונוגע לשיקולי הרשות הוכר, גם אם באופן חלקי, בב"ש(מחוזי-ב"ש) 21777/08 מדינת ישראל נ' בן עברי (לא פורסם, 13.5.09). פסק דין זה אוזכר בבש"פ 2467/10 רכטמן נ' הרשות להגבלים עסקיים (טרם פורסם, 15.4.10). כבוד השופט מלצר ציין לגבי הסוגיה הנדונה, כי בנסיבות העניין שנדון שם מתייתר "...הדיון האפשרי בשאלה מעניינת זו, שלמיטב ידיעתי טרם נפסקה בה הלכה".

דומה כי הדוקטרינה של "הגנה מן הצדק" הולכת ותופסת לה שביתה בעולם המשפט הישראלי. העיגון החקיקתי של העקרונות שגובשו קודם בפסיקה והדיון ההולך ומתרבה בדוקטרינה, במקרים קונקרטיים, ממחישים כי עניין לנו בכלי עבודה משפטי מעשי שהשימוש בו הולך

ב"ש/11/13

מוגבל

ומתבסס. הדוקטרינה, מעצם טיבעה, הרחיבה את הדיון המשפטי הפלילי, מעבר לחצר המוגבלת של עובדות המקרה הנדון, לשטח רחב יותר, אשר כולל עובדות שנוגעות להתנהלותן וליקוליהן של רשויות החקירה והתביעה, לפני תחילת המשפט ולעיתים גם במהלכו; בעניינו של הנאשם הקונקרטי, אך לעיתים גם בענייניהם של אחרים, שעשויים להשפיע על המקרה הנדון. כדי שחהגנה תוכל לעשות שימוש בדוקטרינה באופן אפקטיבי, לקידום הגנתו של הנאשם, יש ליתן בידיה כלים מעשיים לכך, ובכלל זה, במקרים המתאימים, לחשוף בפניה מסמכים אשר מלמדים על התנהלות הרשויות ושיקוליהן. אין זה מן הנמנע כי מסמכים אלה אינם נופלים להגדרות ה"קלאסיות" שהיו מקובלות ל"חומר חקירה", אולם, במקרים קונקרטיים, הם עשויים להיות נחוצים לשם בירור וביסוס טענת "הגנה מן הצדק", ועל כן יש לראות בהם "חומר חקירה". מובן כי יש לעשות כן בוחרות, תוך שמירה מיטבית על אינטרסים מוגנים אחרים. בהקשר זה מסכים אני כי תנאי הוא, כפי שמציע נקדימון, כמובא לעיל, כי הנאשם יציג תשתית לכאורית ראשונית שיש בה כדי לתמוך בטענותיו...".

10. פגיעה באינטרסים של צדדים שלישיים

התרת העיון במסמכים וחומר ראיות, הנחשבים ל"חומר חקירה" רלוונטי, מצריכה לעיתים בחינת שיקול נוסף – הפגיעה שעלולה להיגרם עקב כך לזכויות היסוד של עדים ומתלוננים לפרטיות ולכבוד. זכותו של נאשם להליך הוגן, המקימה את זכות העיון בחומר חקירה, איננה מוחלטת, אלא יחסית ולעיתים, יש לאזנה מול אינטרסים מנוגדים שונים. כפי שבואר בפסיקה, דרישת האיזון מתעוררת לאחר שמסיק בית-המשפט, ביישום המבחנים לעיל, כי הרלוונטיות של החומר המבוקש להליך היא רחוקה ושולית:

"ככל שהזיקה בין החומר הנדון לבין השאלות העשויות להיות במחלוקת במשפט רחוקה יותר, כך ניתן להביא בחשבון במסגרת הבדיקה הקונקרטית שיקולים נוספים. יש להביא בגדר השיקולים את מידת הפגיעה שעלולה להיגרם לאחרים – עדים וקורבנות עבירה – ממסירת החומר לנאשם, וכן אינטרסים ציבוריים חיוניים העלולים להיפגע כתוצאה מחשיפת החומר בעומדם אל מול הזיקה השולית והחלשה שבין החומר לפוטנציאל ההגנה של הנאשם... ניתן להגדיר את הנוסחה ביחס לחובה למסור 'חומר חקירה' כך: בהתנגשות חזיתית, כאשר על כפות המאזניים מונחים זה מול זה זכותו של הנאשם למשפט הוגן אל מול ההגנה על פרטיותם של עדים, משקלח של זכות האשם למשפט הוגן יכריע את הכף, ודינם של השיקולים חנוגדים לסגת. אולם כאשר

ב"ש/11/13

מוגבל

זכותו של הנאשם להתגונן אינה נפגעת, או כשהאפשרות שהיא תיפגע היא רחוקה ובלתי משמעותית, יש לתת משקל הולם לזכויותיהם של עדים וקורבנות העבירה ולאינטרס הציבורי בקיום הליכי משפט, באכיפת החוק ובחשיפת עבירות.

אכן, הפגיעה בפרטיותם של העדים היא לעתים בלתי נמנעת במהלך המשפט, אך היא צריכה להיות מידתית, ויש להקפיד על כך שלא תעלה על הנדרש לשם מתן הזדמנות הוגנת לנאשם להתגונן. מעבר לכך, יש להגן על העדים ועל המתלוננים כדי שלא ייפגעו זכויות היסוד שלהם לפרטיות ולכבוד" (בג"ץ 620/02 התובע הצבאי הראשי נ' בית-הדין הצבאי לערעורים, פ"ד נו(4) 625 (2003). להלן: "עניין התצ"ר"; כן ראו והשוו – עניין קצב).

באשר לאופן האיזון בין האינטרסים המתחרים נקבע שם כי "הפרקטיקה הראויה במהלך הדברים הרגיל היא להפריד בין חלקיה השונים של בדיקת הפוליגרף ולמסור לסנגוריה את השאלות והתשובות הנוגעות לנושא האישום ואת תוצאות הבדיקה, ואת אלה בלבד". עקרון זה יפה, כמובן, גם לענייננו.

דיון והכרעה

11. לאור העקרונות שהותוו לעיל, עיינתי בחוות דעתו של הפצ"ר ומצאתי לחירות על העברתה לעיון ההגנה, בהשמטות מסוימות.
12. אין חולק, כי החקירה כנגד אל"ם וירוב נפתחה בעקבות התבטאויותיו בתצהיר שהוגש מטעמו, במסגרת ערעור המעצר, ובעדותו כעד הגנה, במסגרת שמיעת הראיות בעניינו של המבקש. הצדדים חלוקים ביניהם אך בשאלת מחותנו של הקשר בין שני ההליכים – טכני או ענייני. אינני מקבל את טענת התביעה הצבאית בעניין זה, לפיה הקשר בין חקירת המח"ט לבין ההליך כנגד המבקש הוא שרירותי ואקראי (ראו בפסקה 4 לעיל). אכן, לא נטען בשום שלב על-ידי ההגנה, כי אל"ם וירוב נטל בפועל חלק במעשים שבגינם הורשע המבקש, או שחיה עד להם. ההגנה טוענת, כי מעשיו של המבקש נבעו במישרין מהמסרים שהעביר אל"ם וירוב, מפקד חטיבת "כפיר" דאז, לחיילי ולקציני החטיבה. על מסרים אלה נסבחו עדותו של אל"ם וירוב לפני בית הדין קמא. בעקבות העדות, נפתחה חקירת מצ"ח כנגדו, בחשד כי מאותם המסרים עולה היתר, המנוגד לדיון, להשתמש בכוח כנגד אוכלוסייה אזרחית בלתי-מעורבת. זוהי החקירה שפירותיה חס נשוא הבקשה דנן. לכן, מצאתי כי קיים קשר ענייני מובהק בין חקירתו של המח"ט לבין עניינו של המבקש.
13. טענות ההגנה בערעור נוגעות, בין היתר, לרוח שהשרה המח"ט בחטיבתו, בנוגע לאופן שבו על חייליה וקציניה לנהוג, בבואם במגע עם אוכלוסייה אזרחית,

ב"ש/11/13

מוגבל

ולהשפעתה של מדיניות המח"ט על התנהלותו של המבקש ועל פעולותיו נשוא כתב האישום. מדיניות נטענת זו עומדת בבסיס טענת ההגנה מן הצדק ומרחיבה את יריעת המחלוקת שבין הצדדים אל מעבר לגדריו של המסד הראייתי, אשר בבסיס כתב האישום. בהודעת הערעור וכן בטיעוניהם בהליך שלפניי, הטעימו הסנגורים כי בכוונתם לבססה על חשש מפני אכיפה בררנית בעניינו של המבקש, ביחס למח"ט. בהקשר זה יוער, כי למעשה, לא מדובר בשתי טענות, אלא בטענה אחת – הגנה מן הצדק מחמת הפליח בהעמדה לדין:

"טענת האכיפה הבררנית יכולה לעלות כיום בפני בית- המשפט הפלילי הדין בכתב האישום שהוגש נגד הטוען להפלייתו לרעה לעומת אחרים, שביצעו מעשי עבירה דומים או זהים ולא הועמדו לדין, וזאת כחלק מדוקטרינת ה'הגנה מן הצדק'. פסלות ההפליה תוכרע על-פי טיב מניעיה של חרשות, אשר הבחינה בין שניים בהעמידה לדין רק אחד מהם" (נקדימון, בעמ' 398).

טענה זו לא נטענה בעלמא. בחנתי את טענת ההגנה ואת תשובת התביעה על רקע גרסאותיו השונות של המח"ט, זו שמסר בעדותו בהליך ההוכחות בעניינו של המבקש, בחליך בעניינו של סמ"ר גדסי וכן בחקירתו במצ"ח. מצאתי, כי לכאורה קיים שוני בין הגרסאות וכי בסגירת התיק ניתן, כך נראה, משקל בכורה לגרסה המאוחרת דווקא.

כעולה מפסיקת בית המשפט העליון אשר אוזכרה לעיל, ככל שתבסס החגנה את טענתה, כך יגבר האינטרס לחייב את התביעה "להסביר" את שיקוליה, בהתייחס לאותה הטענה (עניין לדר). מאחר שמצאתי, כאמור, כי הטענה מבוססת באופן מספק לצרכו של שלב דיוני זה, אני סבור שרלוונטיים לחגנה נימוקיו המלאים של הפצ"ר לסגירת תיק החקירה והתשתית העובדתית שבבסיסם, כדי לאפשר לסנגורים לבסס כדבעי את טענתם להגנה מן הצדק, בשל אכיפה בררנית, ואף להציגה בבוא היום, בפני מותב בית-הדין הדין בערעור. יש, על כן, לאפשר להם לעיין בחוות דעת הפצ"ר במלואה (בהשמטות מסוימות, כפי שיבואר להלן), על התשתית העובדתית המפורטת בה, שממנה נובעות המסקנות וההחלטה.

14. גם כשמורחב גדרו של "חומר חקירה" בשל העלאת טענת הגנה מן הצדק, למסמכים אשר נוגעים להתנהלות הרשויות, יש לעשות כן תוך שמירה מיטבית על האינטרסים שחביאו להגנה על "תרשומות פנימיות" מפני עיון. כפי שבואר לעיל, הבחין בית-המשפט העליון בפסיקתו בין עיבוד של חומר קיים, הכולל התייעצות פנימית, לקראת קבלת החלטה סופית, לבין חומר ראיות חדש. במקרים מסוימים ניתן משקל לכך כי, להבדיל מחתייעצות פנימית, המסמך המדובר הוא מסמך סופי ומחייב. בענייננו, חוות דעתו של הפצ"ר איננה נדבך או

ב"ש/11/13

מוגבל

שלב בדרך למסקנה, אלא היא-היא החלטה הסופית והמחייבת בעניינו של המח"ט, אשר התקבלה על-ידי העומד בראשה של מערכת התביעה הצבאית. על מעמדו של הפצ"ר, כראש התביעה הצבאית, ועל אמות המידה הגבוהות המנחות פעולתו, כנושא משרה בשירות הציבורי, עמד בית-המשפט העליון בבג"ץ 7195/08 אבו רחמה נ' הפצ"ר, בפסי' 66-67 (טרם פורסם, 1.7.2009):

"הפצ"ר עומד בראש התביעה הצבאית ומפקח על השלטת המשפט בצבא. הוא ממונה על התביעה הצבאית, ומפעיל את סמכויותיו תוך התחשבות באינטרס הציבור, ובכלל זה באינטרס הצבא. הפעלת סמכויות הפצ"ר במסגרת אינטרס הצבא היא עניין נורמטיבי, המתבסס על הכרעה ערכית באשר לתועלת ולנוק שיצמחו למסגרת הצבאית מהחלטה כזו או אחרת... הפרקליט הצבאי, ככל נושא משרה שלטונית, חייב לפעול בהגינות, ביושר לב ובתום לב; עליו לפעול בסבירות ובמידתיות; עליו להתחשב בשיקולים הרלבנטיים, ובהם בלבד, ועליו להימנע מכל הפלייה פסולה; עליו לגלות עצמאות בהחלטתו, בהיותו אחראי לשלטון החוק בצבא. הפרקליט הצבאי הראשי, בדומה ליועץ המשפטי לממשלה, עומדים כל אחד בראש מערכות התביעה הנתונות לאחריותם, זה בראש התביעה הצבאית וזה בראש התביעה הכללית. על הדמיון באופי בין תפקיד היועץ המשפטי לממשלה לזה של הפרקליט הצבאי הראשי, כמי שעומדים בראש מערכות התביעה הנתונות לאחריותם, עמד בית משפט זה לא אחת..."

בחוות דעתו של הפצ"ר, בהיותה חוות דעת סופית ומחייבת אין כדי לחשוף התלבטויות, התייעצויות, דיונים פנימיים וכדומה. בנסיבות הקונקרטיות של ענייננו, משהונחת, באופן ראשוני, תשתית לטענת חגנה מן הצדק, אין מניעה, אפוא, לאפשר להגנה לעיין בחוות הדעת כולה, בהשמטות מסוימות, אשר נוגעות לענייניו האישיים של המח"ט.

15. בשולי הדברים, מצאתי לנכון לחתייחס לטענה נוספת של התביעה, בדבר סופיות חדיון ועיתוי הגשת הבקשה דגן לעיון בחומר החקירה. התביעה התייחסה בתגובתה למועד העלאת הבקשה לעיון בחומר החקירה, במסגרת הליך הערעור. לשיטתה, יש לדחות את הבקשה גם מן הטעם שטענת ההגנה מן הצדק נדונה לגופה ונדחתה על-ידי בית-הדין קמא, במסגרת הכרעת חדיון בעניינו של המבקש. ואולם, הטענה אשר נדונה בפני בית-הדין קמא נגעה, למעשה, להשפעת התערבותו של אלוף פיקוד המרכז על ההליך, כאשר נזף במח"ט בעקבות דבריו כעד מטעם ההגנה. טענה זו אכן נדונה ונדחתה לגופה. לעומת זאת, שאלת האכיפה הבררנית התעוררה רק לאחר שניתן פסק דין בעניינו של המבקש וחוגש עליו ערעור, כאשר התברר דבר קיומה של חקירת מצ"ח בעניינו של המח"ט. חטענה נוגעת ליחס שבין העמדתו לדין של המבקש, לעומת סגירת החקירה

ב"ש/11/13

מוגבל

בעניינו של המח"ט, ללא נקיטת צעדים משפטיים. כפי שהובהר לעיל, העיכוב בפתיחה בחקירה כנגד המח"ט היה מכוון ונבע מחלטה הפצ"ר לנהלה רק לאחר שיסתיים ההליך בעניינו של המבקש בערכאה הראשונה. במצב הדברים זה, אין מנוס משמיעת הטענה לראשונה על-ידי ערכאת הערעור וכתוצאה מכך, יש אף לאפשר להגנה לעיין בחומר חקירה נוסף.

סוף דבר

16. לאור האמור לעיל, אני מורה על העברת חוות דעתו של הפרקליט הצבאי הראשי בתיק מצ"ח שרון ושומרון, שמספרו 133/10, בעניינו של אל"ם איתי וירוב, לעיונם של סגוריו של המבקש. לשם איזון בין אינטרס המבקש לנהל את הגנתו כדבעי לבין זכותו של אל"ם וירוב לכבוד ולפרטיות, אני מורה כי מהעותק של חוות הדעת אשר יועבר לעיונם של הסגורים יושמטו הקטעים הבאים, אשר נוגעים להליך הנזיפה הפיקודית:

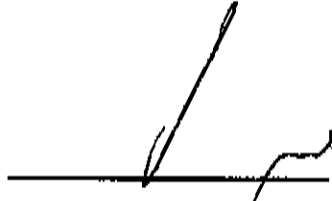
- א. בעמוד 6 לחוות הדעת, החל מהכותרת "ההליך הפיקודי" ועד לכותרת "עדותו במשפטו של סמ"ר גדסי".
- ב. בעמוד 31 לחוות הדעת, סעיף ד' כולו.

ניתנה היום, ה' באלול התשע"א, 4 בספטמבר 2011 בלשכה ותועבר לצדדים על ידי המזכירות.

דודן פיילס, תא"ל
המשנה לנשיא בית הדין הצבאי
ל ע ר ע ו ר י ס

העותר: צבא
רס"ר מירב
מ"מ * בית חדין
למקור זלקוביץ'



חתימת המגיה: 
תאריך: 19/9/11