



## בג"ץ 366/12 - התובעת הצבאית הראשית נ' בית הדין הצבאי לערעורים ואח'

סדר דין פלילי - חומר חקירה

בג"ץ 366/12 - התובעת הצבאית הראשית נ' בית הדין הצבאי לערעורים ואח'עליון  
בג"ץ 366/12

התובעת הצבאית הראשית

נגד

1. בית הדין הצבאי לערעורים

2. סגן אדם מלול

בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

[28.01.2013]

לפני: כבוד השופט א' רובינשטיין

כבוד השופט נ' הנדל

כבוד השופט צ' זילברטל

עתירה למתן צו על תנאי ובקשה לצו ביניים

בשם העותרת - עו"ד הילה גורני; עו"ד נעמי גרנות

בשם המשיבים - עו"ד ד"ר חיים משגב; עו"ד שמעון כהן

תאריך הישיבה: י"ב בניסן תשע"ב (4.4.12)

פסק-דין

השופט א' רובינשטיין:

א. עניינה של העתירה, החלטת בית הדין הצבאי לערעורים להעביר לעיון המשיב 2 (להלן המשיב), אשר הועמד לדין בגין תקיפת תושבים מקומיים בכפר קדום שבשומרון, חוות דעת מנומקת של הפרקליט הצבאי הראשי, שבמסגרתה הורה על סגירת תיק חקירה של אחד העדים במשפט (מפקד החטיבה בה שירת).

רקע

ב. בשנת 2009 הוגש נגד המשיב (יחד עם אחר) לבית הדין הצבאי המחוזי כתב אישום, בעבירות של תקיפה בנסיבות מחמירות ושל התנהגות שאינה הולמת בעת תשאול תושבים מקומיים בגדרי פעילות מבצעית בכפר קדום שבשומרון. ביום 4.5.09 העיד במשפט (מטעם ההגנה) מפקד החטיבה בה שירת המשיב (להלן מפקד החטיבה), ונטען כי בעדותו ניתן היה למצוא, לכאורה, לגיטימציה להפעלת כוח במסגרת סוג הפעילות בה השתתף המשיב. בסופו של הליך (ביום 13.12.09) הרשיע בית הדין הצבאי המחוזי את המשיב בעבירות המיוחסות לו, וכלפי פסק דין זה הוגשו ערעורים הדדיים (ערעור התביעה מכוון נגד קולת העונש).



ג. בעקבות הדברים שאמרו במהלך עדותם במשפט, נפתחה נגד מפקד החטיבה ומפקד הגדוד (שאף הוא העיד במשפט) חקירת משטרה צבאית, אשר נסתיימה רק לאחר הכרעת הדין בעניינו בבית הדין המחוזי. העיון בחוות דעתו של הפרקליט הצבאי הראשי הקודם (האלוף מנדלבלט) שבמסגרתה הוחלט על סגירת תיק החקירה נגד מפקד החטיבה ללא הגשת כתב אישום (להלן ההחלטה), הוא העומד ביסוד ההליך שלפנינו.

ד. ביום 26.1.11 לאחר שהדיון בערעור כבר החל, ביקשה ההגנה מבית הדין הצבאי לערעורים לחייב את התביעה (לפי סעיף 74 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], תשמ"ב - 1982) להעביר לעיונה - כחומר חקירה - הן את ההחלטה והן את תיק החקירה שהתנהלה נגד מפקד החטיבה. בין היתר הוטעם, כי מן ההחלטה שלא להעמיד לדין את מפקד החטיבה משמע, שדבריו מעל דוכן העדים במשפטו של המשיב אכן שיקפו את הנורמות שנהגו ואת הפקודות שניתנו לחיילים. ועוד נטען, כי חומרים אלה יכולים לתמוך בטענה להגנה מן הצדק (גם בהקשר של אכיפה בירנית). בסופו של דבר צומצמה הבקשה, וממילא גם ההליך שלפנינו, לעיון בהחלטה בלבד (תיק החקירה הועבר לעיון ההגנה בהחלטה נפרדת).

ה. העותרת התנגדה לבקשה, בין היתר בטענה כי אין מדובר בחלק מחומר החקירה בעניינו של המשיב - שכן הקשר בין ההליכים אקראי ורופף; כי אף אם מדובר בחומר חקירה אין להעבירה בהיותה "תרשומת פנימית"; וכן, כי יש להתחשב בפרטיותם של האנשים שנזכרו בהחלטה, ובפרט במפקד החטיבה. מפקד החטיבה התנגד, כך נראה, גם הוא להעברת ההחלטה. בשלב מסוים הסכימה התביעה להעביר למשיב את פרק המסקנות בלבד מתוך ההחלטה, אך ההגנה עמדה על דרישתה לקבלה במלואה, ומכאן הצורך בהחלטה שיפוטית.

ו. ביום 4.9.11 קיבל בית הדין הצבאי לערעורים (בדן יחיד) את עמדת המשיב, והורה על העברת ההחלטה להגנה, בכפוף להשמטת שני קטעים שנועדה לשמור על כבודו ופרטיותו של מפקד החטיבה (ההחלטה מפי המשנה לנשיא תא"ל פיילס). נקבע כי בהתאם להלכת אל חאק (בש"פ 5425/01 אל חאק נ' מדינת ישראל, פ"ד נה(5) 426) והלכת בר אושר (בש"פ 7553/10 בר אושר נ' מדינת ישראל (לא פורסם)), השאלה אם דוחות בדיקה הם חלק מחומר חקירה תלוי, בין היתר, בטיב הזיקה בין הדו"ח לבין ההליך הפלילי הקונקרטי. בהקשר זה הובאו דברי השופט מלצר בעניין בר אושר:

"בעניין אל חאק נקבע כי דו"ח החקירה המבוקש היה כללי באופיו ונגע לעניינים אחרים מהמקרה הקונקרטי 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...

הגעתי למסקנה כי יש להעביר לידי העוררת את מסמך סיכום המסקנות, שהרי הבדיקה שנעשתה על ידי הוועדה הבודקת היא קונקרטית ונוגעת למקרה שמתברר עתה בפני בית המשפט הנכבד קמא, במשמעות ההבחנה שהוצעה בעניין אל-חאק" (פסקאות 12-15).



ז. בהקשר שלפנינו הוטעם, בין היתר, כי החקירה נגד מפקד החטיבה נפתחה בעקבות דבריו במשפטו של המשיב, והיא רלבנטית לגבי טענות ההגנה הנוגעות "לרוח שהשרה המח"ט בחטיבתו". נקבע, כי למצער במידה הנדרשת בשלב דיוני זה, הציגה ההגנה ביסוס מספק להעלאת טענת הגנה מן הצדק, ובהקשר זה יש חשיבות לנימוקים לסגירת התיק נגד מפקד החטיבה. עוד הוזכרה הדעה, לפיה במסגרת דיון בטענת הגנה מן הצדק יש לאפשר עיון גם בחומרים החורגים מהגדרים הרגילים של "חומר חקירה" (י' נקדימון, הגנה מן הצדק (מהדורה שניה, 2009) 487). כן נקבע, כי מדובר בסיכום סופי ומחייב אשר אין בו "כדי לחשוף התלבטויות, התייעצויות, דיוניים פנימיים וכדומה" (עמוד 18) וממילא אין הוא בא בגדרי תרשומת פנימית. בהינתן האמור נקבע, כי על התביעה להעביר את ההחלטה במלואה לעיון ההגנה (בכפוף לשני הקטעים שהושמטו, כאמור, מטעמי הגנה על פרטיותו וכבודו של מפקד החטיבה). טענות העותרת

ח. העותרת לא השלימה עם החלטה זו, ובהתבסס על זכות הערר הקבועה בסעיף 74(ה) לחוק סדר הדין הפלילי הגישה ערר לבית הדין הצבאי לערעורים. ואולם, ביום 23.10.11 דחה בית הדין (בהרכב שלושה) את הערר, בקבעו כי אין הוא מוסמך לדון בערר על החלטת בית הדין הצבאי לערעורים בדן יחיד. לאחר מכן הגישה העותרת בקשת רשות ערעור לבית משפט זה לפי סעיף 440ט לחוק השיפוט הצבאי (בש"פ 8614/11 התובע הצבאי הראשי נ' פלוני (לא פורסם)), ואולם גם זאת נדחתה (בהחלטת השופט הנדל מיום 1.12.11), בקביעה כי בית משפט זה אינו מוסמך אף הוא לדון בערר על החלטת ביניים דוגמת זו שלפנינו (בין היתר בהסתמך על רע"פ 1535/01 התובע הצבאי הראשי נ' אל"מ רחמים כהן (לא פורסם)). מכאן קצרה הדרך להגשת העתירה שלפנינו ובראשה הטענה, כי זכות הערר הקבועה בסעיף 74 לחוק סדר הדין הפלילי מצדיקה את פתיחת שערי בית משפט זה להשגות העותרת. ט. במוקד העתירה עומדת הטענה, כי ההחלטה מהווה "תרשומת פנימית" שאין להעבירה להגנה. בין היתר נטען, כי שגה בית הדין הצבאי במסקנות שהסיק מעניין אל חאק, שכן באותו עניין קבע בית המשפט, כי הדו"ח שנערך בדבר התנהלות כללית במכון לרפואה משפטית אינו רלבנטי להגנה; ואולם לא ניתן להסיק ממנו, כי אילו היה הדו"ח רלבנטי הוא היה נמסר להגנה. בכל הנוגע להסתמכות על עניין בר אושר, במסגרתו הועבר להגנה דו"ח פנימי של המשטרה לגבי טיפולה בפניות הנאשמת כדי לבסס טענת הגנה עצמית, נטען כי מדובר בפסק דין הסוטה "מן הפסיקה הברורה והעקבית של בית המשפט הנכבד בנושא של תרשומות פנימיות". עוד הוזכר, כי המדינה הגישה ערר כלפי החלטת בית משפט מחוזי, בהליך אחר, המבוססת על עניין בר אושר (אך עיון בהחלטת השופט (כתארו אז) גרוניס מעלה כי הסוגיה לא נדונה לגופה; ראו בש"פ 9329/11 מדינת ישראל נ' אלחיאני (לא פורסם)). הוזכר, כי גם ההחלטה בעניין בר אושר מבוססת על היסק שאינו מחויב מעניין אל חאק, ועל ההנחה לפיה, אם היה דו"ח הבדיקה באותו עניין רלבנטי הוא היה מועבר להגנה.



י. נטען, כי בית הדין ביסס את עמדתו בדבר הרחבת היקף החומר המועבר להגנה כשעולה טענה להגנה מן הצדק גם על החלטת השופט הנדל בעניין לדר (בש"פ 10283/09 לדר נ' מדינת ישראל (לא פורסם)), ואולם נטען כי כל שנקבע באותה החלטה הוא, כי "ככל שהסנגור יבסס לכאורה את טענתו בדבר 'הגנה מן הצדק' - כך גם יתחזק 'האינטרס' של התביעה להסביר את שיקוליה" (פסקה 4(ג)), ולא נאמר דבר בעניין היקף החומר שעל התביעה להעביר להגנה במסגרת זכות העיון (אף נאמר, כי יש מקום להבחין "בין שלביו השונים של המשפט. למשל, בין העברת חומר חקירה לבין שמיעת המשפט לגופו"). הוזכר כי בעניין אבו חטאב (בש"פ 4357/05 אבו חטאב נ' מדינת ישראל (לא פורסם)) ציין השופט (כתארו אז) גרוניס, "הבה נניח, כי המשטרה או הפרקליטות אכן היו מכינות מסמך, שבו היו מפורטים שיקוליהן בנוגע לשחרורם ואי העמדתם לדין של יתר המעורבים בפרשה. דעתי היא, כי אם אותו מסמך אמנם היה קיים, הרי הוא ממילא היה נחשב למסמך פנימי של הרשויות וככזה לא היה בגדר 'חומר חקירה' שלנאשם יש זכות לעיון בו" (פסקה 8), וכי כלל זה יש להחיל בעניינו.

י"א. נטען, כי טענת ההגנה מן הצדק, מכוחה עותר המשיב לעיון בהחלטה אינה חזקה. בכל הנוגע לטענה לאכיפה ברחיק נטען, כי מפקד החטיבה לא היה מעורב באירוע ואין להשוות בין עניינו לעניינו של המשיב; בכל הנוגע לטענה, כי המשיב פעל בהתאם למסרים שהעביר מפקד החטיבה נטען, כי מלוא חומר החקירה (הן מתיקו שלו והן מתיק חקירת מפקד החטיבה) נמסר להגנה - כך שהיא יכולה לבסס את עמדתה עליו, מבלי להיזקק להחלטה. עוד הודגש, כי מסקנת ההחלטה היא, שאין לייחס משקל של ממש לדברים שאמר מפקד החטיבה מעל דוכן העדים במשפטו של המשיב, וממילא היא פועלת לחובת המשיב בכל הנוגע לטענתו לגבי הנחיות מפקד החטיבה. נטען, כי אם בית הדין המחוזי החליט שלא לייחס משקל לגירסה שמסר מפקד החטיבה בפניו, ההגנה לא תצא נשכרת מעיון בהחלטה שבמסגרתה הועלתה גרסה שונה במידת מה, ואשר פועלת עוד פחות לטובת המשיב.

י"ב. בתגובה תמציתית שהוגשה מטעם המשיב (ביום 3.4.12) נטען, בין היתר, כי אין לאפשר השגה על החלטת ביניים של בית הדין הצבאי באמצעות עתירה לבית המשפט הגבוה לצדק - ובפרט שעה שמדובר בהליך בבית דין צבאי, המתייחס לפעילות צבאית ומצוי במומחיותם של שופטי בית הדין הצבאי; נטען, כי ההחלטה אינה "תרשומת פנימית" ודינה כדין "הכרעה של ערכאה שיפוטית או מעין שיפוטית, ואין לכנותה 'תרשומת פנימית'"; כן הוזכר, כי ההרכב הדין בערעור דחה את הדיון מספר פעמים על מנת להמתין לתוצאות החקירה נגד מפקד החטיבה ומפקד הגדוד, ומכאן שאף שופטיו סברו כי תוצאות אלה רלבנטיות להליך. הוזכרה חובת השקיפות החלה על הרשות הציבורית, חובת השמירה על זכויותיו של המשיב, והטענה כי לא יתכן שתיק החקירה נגד הקצין הבכיר (מפקד החטיבה) ייסגר בעוד שנגד הזוטא (המשיב) מתנהל הליך משפטי.



י"ג. בדיון בפנינו (ביום 4.4.12) עיינו בהסכמת הצדדים בנוסח המלא של ההחלטה (אשר נותרה לעיונו), וכן הובהר כי מלוא חומר החקירה עליו היא מבוססת הועבר להגנה. מטעם המדינה נטען, בין היתר, כי ההחלטה בעניין בר אושר אכן חריגה, כי בהליכים פליימיים אין מועברות לנאשמים חוות דעת של פרקליטים, וכי במקרה של טענה להגנה מן הצדק שוקלת הפרקליטות מה מתוך עמדתה בוחרת היא לחשוף כדי להתמודד עם הטענה - ואין בהעלאת טענה מסוג זה כדי להרחיב את היקף זכות העיון לפי סעיף 74 לחוק סדר הדין הפלילי. נטען, אף אם החלטה זו או אחרת אינה כוללת מימד של התלבטות, עדיין מדובר בתרשומת פנימית. באי כוח המשיב התייחסו, מנגד, לסיטואציה הקשה אליה נקלע המשיב, קצין צעיר בפעילות מבצעית, אשר קיבל במשפט גיבוי ממפקדיו בדבר המותר והאסור בפעילות מסוג זה, ועתה מונעת ממנו התביעה חומרים העשויים לבסס את הגנתו. לשאלתנו הסכים בא כוח המשיב לראות את העתירה כאילו הוצא בה צו על תנאי (לצערנו לא מצא הדבר ביטוי בפרוטוקול), ובאה שעת הכרעה. דיון והכרעה

י"ד. לאחר בחינת טענות הצדדים בכתב ובעל פה, ועיון בהחלטה נשוא העתירה, אציע לחברי להיעתר לעתירה בעיקרה. עם זאת אציין כבר כאן, כי המדובר בעתירה המכוונת לעיקרון, שכן עיון בהחלטה נשוא המחלוקת מגלה, כי כשלעצמה דומה כי ברובה הגדול ניתנת היתה למסירה על פי תוכנה; והשאלה לאמיתה היא איפוא במישור העקרוני, מעבר לשאלה הספציפית. עוד יש לזכור, כי האופן הדיוני בו התפתחה הפרשה שלפנינו חריג, ומבחינות רבות לא דוקא רצוי. ככלל המצב הרצוי הוא, בכפוף לאמור להלן, שהלכות משפטיות מסוג זה - הנוגעות להיקף חומר החקירה המועבר לנאשמים בהליך המתנהל בפני בית דין צבאי - ייקבעו, בראש וראשונה, ומכל מקום תחילה, על ידי בתי הדין הצבאיים עצמם. סעיף 307 לחוק השיפוט הצבאי קובע, בלאקוניות מסוימת: "עם מסירת העתק כתב-האישום לנאשם, יש להודיע לו כי הוא וסניגוריו רשאים לעיין בחומר הבדיקה או החקירה המוקדמת או חקירת סיבות המוות ולהעתיק ממנו פרטים, חוץ מאותם פרטים שפרקליט צבאי אסר, מטעמי בטחון, את העיון בהם כאמור".

וכפי שנאמר בעניין רחמים כהן, בתי הדין "נוהגים לפרש את הוראות סעיף 307 לחוק השיפוט הצבאי, תשט"ו-1955, הדנה בזכות העיון של הנאשם בחומר החקירה, ברוח סעיף 74 הנ"ל". בתי הדין הצבאיים הם שעיצבו את היקף זכות הגילוי באמצעות ההיקף לקיים בדין הפלילי בישראל, ויש לאפשר להם להמשיך ולפתח הלכות אלה באופן המתאים לנסיבותיהם (הסדרה חקיקתית של הסוגיה מצויה בהצעת חוק השיפוט הצבאי (תיקון מס' 64 והוראת שעה) (סדר דין פלילי וראיות), תשע"א - 2011 (הצעות חוק הממשלה תשע"א 1514, 1520) אם כי ההתאמות המוצעות של סעיף 74 לחוק סדר הדין הפלילי לנסיבות של משפט צבאי אינן נוגעות לענייננו).

ט"ו. ואולם לא נימנע מאמור את אלה: פשיטא, כי בהתאמות המחויבות על ההלכות להיות ברוח הדין הפלילי הכללי, שכן שיטתנו המשפטית אחת היא ויש לשאוף להרמוניה בתוכה; ואכן פסיקת בתי הדין הצבאיים בעניין זה חשופה לביקורת שיפוטית של בית משפט זה הן כערכאת ערעור במקרים מיוחדים (ראו סעיף 440 לחוק השיפוט הצבאי), והן בשבתו כבית משפט גבוה לצדק (בהקשר זה ראו, לדוגמה, בג"ץ 620/02 התובע הצבאי הראשי נ' בית הדין הצבאי לערעורים, פ"ד נז(4), 625), וגם בכך יש כדי לקרב בין הכללים החלים - ואולם בנידון דידן לא קיים בית הדין הצבאי דיון בהרכב שלושה בסוגיה, וסבורני כי עדיף היה ליתן לו לעצב תחילה את היישום הראוי, בנסיבות צבאיות, של זכות העיון, ולהידרש למעמדן של החלטות הפרקליט הצבאי הראשי בהקשר זה. לא למותר להזכיר את דברי הרכב שופטיו של בית הדין הצבאי לערעורים, אשר קבע כי אינו מוסמך לדון בערר על החלטת המשנה לנשיא:



"לא מן הנמנע שיש מקום לדיון נוסף בהחלטה שניתנה, לאור התקדים שהיא מהווה כאשר ניתנה על ידי שופט יחיד של בית הדין הצבאי לערעורים, ולהחלטה זו יכולות להיות השלכות לעומק ולרוחב על בתי הדין הצבאיים של הדרגה הנמוכה יותר, כאשר הכלל הרגיל בפסיקה הינו שחוות דעת פנימית איננה מהווה, בדרך כלל, חומר חקירה..." (עמוד 4).

דברים אלה, שנאמרו בהרכב שלושה, יכולים ללמד על עמדות שונות בין שופטי בית הדין הצבאי לערעורים, ובנסיבות רגילות טוב היה אילו היו מתבררים במסגרת בית דין זה.

העיון בהחלטה: המישור העקרוני הכללי

ט"ז. בנתון לאמור אציין, כי ככלל מסמך פנימי המשקף את שיקולי התביעה באשר להעמדה, או לאי-העמדה, לדין הוא תרשומת פנימית שאין חובה להעבירה לעיון ההגנה במסגרת זכות העיון המוקנית לנאשם לפי סעיף 74 לחוק סדר הדין הפלילי. כך במערכת התביעה האזרחית וכך, לכאורה, גם במערכת הצבאית. דומני, כי מסמך במסגרתו מורה התביעה (בעניינו ראש התביעה הצבאית) לגורמי הרשות (בעניינו יחידת המשטרה הצבאית אשר במסגרתה נוהלה החקירה נגד מפקד החטיבה ומכותבים נוספים) על סגירת תיק חקירה, משורה של שיקולים שחלקם נוגעים לחומר הראיות (המצוי בידי ההגנה) וחלקם לענייני האישיים של הנחקר (לרבות הליכים מקבילים שהתנהלו בעניינו), בא - ככלל (ואדגיש: ככלל) - בגדרי תרשומת פנימית שאין חובה להציגה להגנה (ולא למותר להזכיר, כי כאן מדובר בהצגה להגנה בתיק אחר).

י"ז. אחד האינטרסים העומדים ביסוד העיקרון לפיו אין מעבירים להגנה תרשומות פנימיות של הרשות, נוגע לאינטרס "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" (בש"פ 6507/09 קצב נ' מדינת ישראל (לא פורסם) פסקה 14 - השופט ארבל).

(ראו גם הגישה העקרונית שהובעה בע"א 7759/01 הוצאת עיתון הארץ בע"מ נ' משרד המשפטים, פ"ד נח(5) 150). אינטרס זה חל ביסודו לגבי מסמכים דוגמת ההחלטה נשוא עתירה זו: יש לאפשר לגורמי הרשות להתבטא באופן חופשי ואמיתי לגבי הסיבות לסגירת תיק; כך גם בדיונים פנימיים נוספים. נשוא בנפשונו, כי הגורם המחזיק דעתו בגדרי הרשויות השונות יחשוש (מה שקורה, דומה, אולי כבר כיום) להביע דעתו פן תידלוף ויבולע אם לנושא ואם לו עצמו - מה דמות תהא לאיכות הדיון וההחלטות, כשהמדברים ידברו לפרוטוקול במקום לעניין, משל היו מצויים במסיבת עיתונאים.



י"ח. האינטרס הציבורי מחייב, כי הגורם המחליט בפרקליטות הצבאית יוכל להסביר לגורמים השונים הנזקקים להחלטתו בלא כחל ושרק על שום מה החליט להורות על סגירת התיק - לרבות שיקולים מערכתיים ואישיים - בלא שיחשש פן יעשה שימוש לא ראוי במסמך זה על ידי גורמים שונים; כך כאשר ההחלטה משקפת התלבטות וכך כאשר היא נחרצת. ושוב, לא למותר לציין - ככלל ובענייננו - כי מלוא החומר הגולמי העומד ביסוד ההחלטה מצוי בידי ההגנה. במספר מובנים באה ההחלטה נשוא ההליך שלפנינו בגדרים אלה. "סיכומי חקירה, עיבוד וניתוח הראיות ודיונים פנימיים של רשויות החקירה והתביעה" (בש"פ 10480/07 בניזרי נ' מדינת ישראל (לא פורסם) פסקה 10 - השופט מלצר) - אינם באים בגדרי זכות העיון, ודומה כי כך לגבי ההחלטה נשוא ההליך זה (ראו גם בש"פ 10787/06 אבו שחאדה נ' מדינת ישראל (לא פורסם)). בהקשר זה הובאו (בפסקה י') דברי השופט (כתארו אז) גרוניס בעניין אבו חטאב המטעימים את "פנימיותו" של מסמך שיקולים אשר אינו מהווה חומר חקירה.

י"ט. אבל איננו שוכחים גם את אינטרס הציבור בשקיפות שלטונית, כ"אור השמש המטהר" שבדבריו הזכורים של השופט לואי ברנדיס, ואת האיזון בינו לבין הצורך בדיון חופשי. לעניין זה נזכיר, כי בידי הגורם המחליט לבחור לפרסם חלקים מהחלטתו ככל שהוא רואה בכך אינטרס ציבורי - ואכן יהיו לא אחת מקרים בהם יוחלט בכיוון זה. דומני שכך נהגו, ככלל, במקרים של חקירות מקרי מוות בצה"ל שאינו בקרב ועוד. ניתן גם לעשות שימוש בכלל "העיפרון הכחול" ולמסור את המסמך בהשמטות מסוימות. מכל מקום, היועץ המשפטי לממשלה נוהג לשתף את הציבור בהחלטות מנומקות (שזכו לשם "דו"ח ציבורי") כשבחקירת איש ציבור עסקינן, מתוך העניין הציבורי שבדבר (במובחן מן השאלה מה בא בגדרי "חומר חקירה" לפי סעיף 74 לחוק סדר הדין הפלילי); השקיפות הנדרשת ממערכת ציבורית תומכת בגישה ליברלית בהקשר זה, וכבר ציין בית משפט זה בעניין הוצאת עיתון הארץ הנזכר, כי "גם כשהרשות חוששת שהגילוי עלול לפגוע בה, מוטלת עליה חובה לבדוק שמא ניתן לגלות את המידע 'תוך השמטת פרטים, תוך עריכת שינויים או תוך התניית תנאים בדבר דרך קבלת המידע והשימוש בו' (סעיף 11 לחוק [חופש המידע, תשנ"ח - 1998 - א"ר])" (עמוד 161 - המשנה לנשיא מצא).

העיון בהחלטה: המישור הפרטני הקונקרטי

כ. על רקע האמור, ומתוך הנחה כי יש להותיר את התאמת ההלכות הנוהגות בבתי המשפט בישראל לנסיבותיהם של בתי הדין הצבאיים, אציין - מעבר לעמדה העקרונית אשר הוצגה מעלה - מספר עניינים קונקרטיים אשר בנסיבות תומכים בקבלת העתירה ברובה. עמדתי בהקשר זה מתבססת גם על עיון בהחלטה וסקירת מכלול נסיבותיו של ההליך המתנהל נגד המשיב. היא מבוססת על גישה כללית יותר - לרבות בכל הנוגע להכרעה שיפוטית לגבי גילוי מסמכים בהליכים אזרחיים - לפיה "עיון במסמך מאפשר בנסיבות לקבל החלטה מושכלת ומוארת" (רע"א 7867/06 פקיד שומה חיפה נ' לוסקי (לא פורסם); רע"א 5806/06 עיזבון המנוח נמירובסקי ז"ל נ' שימקו (לא פורסם) פסקה 11); ובמקום אחר:

"ראוי שבית המשפט יבחן מסמך שמתבקש לגביו חיסיון כדי לעמוד על טיב הנושא - פעולה שהיתה עשויה בהקשר דנא לייתר את ההליכים בבית משפט זה ואולי חלקם בבית המשפט המחוזי, ולאזן מילתא זוטרתא היא" (רע"א 2498/07 מקורות חברת מים בע"מ נ' בר (לא פורסם) פסקה י'(1)).



כך במישור האזרחי והמינהלי וכך במישור הפלילי: "סבורני, שככלל ראוי שבית המשפט יעיין בעצמו בחומר, שעה שישנה מחלוקת באשר לחומר חקירה" (בש"פ 5766/10 נפד נ' מדינת ישראל (לא פורסם) פסקה י"ב). בענייננו בחינת ההחלטה לגופה על רקע ההליך הפלילי הקונקרטי, ועל רקע העמדות והטענות שהציגו הצדדים במסגרתו, תומכת - כאמור - בקבלת העתירה ברובה. אדרש למספר עניינים קונקרטיים.

כ"א. ראשית, בכל הנוגע לטענות ההגנה שעניינן הנחיות מפקד החטיבה: בהקשר זה מלוא חומר החקירה שנאסף בענייננו של מפקד החטיבה הועבר להגנה. ככל שחומר זה תומך בטענת ההגנה, אין כל מניעה כי תעתור להציגו בערעור (בכפוף לכללים הדיוניים הרלבנטיים). בכל הנוגע למסירת ההחלטה עצמה יש לזכור, כי שאלת היקפו של החומר המועבר לעיון ההגנה אינה נבחנת בחלל ריק, והיא מחייבת התייחסות למכלול האישומים והראיות שבתיק, לתרומה העשויה להיות לעיון בחומר המבוקש בנסיבות התיק הספציפי ולא יזון בינה לבין שיקולים שכנגד (בג"צ 9264/04 מדינת ישראל נ' בית משפט השלום בירושלים (פורמלי), פ"ד ס(1) 360, 380-381; בש"פ 2043/05 מדינת ישראל נ' זאבי (לא פורסם) פסקה 13; בש"פ 91/08 מדינת ישראל נ' שיבלי (לא פורסם) פסקה 6).

כ"ב. בענייננו נהיר לכל הצדדים, כי הגירסה שהציג מפקד החטיבה מעל דוכן העדים במשפטו של המשיב צועדת לקראת המשיב יותר מהגירסה שהציג מפקד החטיבה בחקירתו שלו. קשה לראות כיצד נימוקי סגירת התיק נגד מפקד החטיבה, אשר מאמצים את הגירסה הפחות נוחה להגנה (בעקבות ההסברים שנתן מפקד החטיבה בחקירה לדברים שהשמיע מעל דוכן העדים) עשויים לסייע לה. בהקשר זה סבורני, הן מתוך ניתוח המכלול, והן בעקבות עיון בהחלטה לגופה, כי העברת ההחלטה להגנה לא תסייע לה לבסס את טענתה בדבר הסתמכות על הנחיות מפקד החטיבה. בהקשר זה כבר מונחת בפני בתי הדין הצבאיים גירסת מפקד החטיבה מעל דוכן העדים, וזו - כאמור - תומכת בעמדת ההגנה יותר מן הגירסה שעלתה במסגרת חקירת מפקד החטיבה; כך מטבע האנוש וכך בפועל.

כ"ג. שנית, בכל הנוגע לטענה שעניינה אכיפה בררנית, ידוע להגנה (גם מתוך חומר החקירה בתיקו של מפקד החטיבה), כי לשיטת מפקד החטיבה טעה הוא בהתנסחויותיו בעדותו במשפט, וכי דבריו הובנו שלא כהלכה. בהינתן אמירות אלה, וככל שהן התקבלו על דעת הפרקליט הצבאי הראשי, דומה לכאורה כי אין בענייננו בסיס משמעותי לטענה בדבר אכיפה בררנית - מה גם שמפקד החטיבה לא היה מעורב באירוע נשוא האישום מזה, וכן ננקט נגדו הליך פיקודי מזה (ראו סעיף 18 לעתירה). ובכל מקרה, השאלה מדוע העדיף הפרקליט הצבאי הראשי את גירסתו המאוחרת של מפקד החטיבה (ראו עמוד 17 להחלטת בית הדין הצבאי לערעורים), ומדוע הסתפק בהליך הפיקודי (אשר ההגנה אינה חשופה, גם לפי הכרעת בית הדין הצבאי לערעורים, לתוצאותיו), באה - לדידי - בגדר תרשומת פנימית שאין חובה להציגה בפני התביעה כחלק מזכות העיון.



כ"ד. מטבע הדברים, וכפי שהובא מעלה מעניין לדר, ככל שתעלה ההגנה טענה לאכיפה בדרנית במהלך המשפט, תיאלץ התביעה להציג את שיקוליה - או לשאת בתוצאות הדיוניות העלולות להיות להימנעותה מכך. שיקולי התביעה לגופם יוצגו בפני בית הדין לערעורים, והוא יוכל להכריע בטענות ההגנה מן הצדק. שני שיקולים אלה עניינם התועלת שעשויה להיות להגנה מעיון בהחלטה בנסיבות הקונקרטיות, ודומני - לאחר העיון בהחלטה - כי הם מחלישים מאוד את אינטרס ההגנה לקבלה. אולי לא למותר להזכיר, כי גם ערר המדינה בעניין אלחיאני, במסגרתו ביקשה לתקוף את הכרעת בית משפט זה בעניין בר אושר, נדחה ללא דיון בשאלות העקרוניות, בקביעה כי עיון בחומר לגופו מעלה שאין בו כדי לסייע להגנה.

כ"ה. שלישית, שיקול נוסף אשר לדידי כמעט מייתר בנסיבות את קודמיו: התביעה הסכימה להעביר להגנה את פרק המסקנות שבהחלטת הפרקליט הצבאי הראשי (ראו עמוד 5 להחלטת בית הדין הצבאי נשוא העתירה; עמוד 9 לפרוטוקול הדיון מיום 1.9.11). עיון בפרק זה, תוך השוואתו ליתר חלקי ההחלטה, מעלה כי מדובר בפרק המהווה תמונה משקפת של החומרים הרלבנטיים (השוו בג"צ 9197/06 יחיא נ' ראש המטה הכללי-צבא הגנה לישראל (לא פורסם) פסקה י"ט). ניתן להבין מפרק זה מדוע החליט הפרקליט הצבאי כפי שהחליט, ובהצטרף לחומר החקירה המלא שכבר הועבר לידי ההגנה, אינני רואה כיצד יתר חלקי ההחלטה עשויים להועיל לה (מעבר לחיסכון בזמן הנובע מכך שהתביעה עיבדה וסדרה את חומר הראיות בתיק, אך דבר זה אינו מצדיק עיון; ראו בש"פ 7008/97 מדינת ישראל נ' הורוביץ, פ"ד נא(5) 224). אכן, העותרת לא חזרה על הצעתה בפנינו, ובהינתן האמור מעלה יתכן כי לא היתה עילה לחייבה להעביר פרק זה מן ההחלטה להגנה, ואולם משהביעה התביעה את הסכמתה לעניין זה, סבורני כי בנסיבות מחייבת ההגנות לאפשר להגנה לחזור בה מהתנגדותה להצעה.

סוף דבר

כ"ו. הרצון לאפשר לבתי הדין הצבאיים לקבוע בעצמם את יישום העקרונות בתחום זה, יחד עם היעדר הרלבנטיות המהותית של ההחלטה עצמה להגנת המשיב בהליך הנוכחי (בפרט לאחר שחומר החקירה כולו הועמד לעיון ההגנה), העיקרון הבסיסי לפיו גם תרשומת המורה על סגירת תיק (אגב סיכום מלוא חומר הראיות הקיים בתיק, וסקירת הנסיבות האישיות ושיקולי התביעה) באה ככלל בגדר תרשומת פנימית, והצעת העותרת (במסגרת הדיון בבית הדין הצבאי לערעורים) להעמיד לעיון ההגנה את פרק המסקנות - כל אלה מוליכים לקבלת העתירה ברובה על יסוד נסיבותיה הקונקרטיות. אציע איפוא לחברי להפוך את הצו למוחלט, ולקבוע כי רק פרק המסקנות של ההחלטה יועבר לעיון ההגנה. בהחלטת בית הדין הצבאי נאמר כי מפרק המסקנות יושמט סעיף ד' בעמוד 31; על מנת שהתמונה תהא ברורה להגנה ככל האפשר, ראוי לציין כי עניינו של סעיף זה צעד פיקודי שננקט נגד מפקד החטיבה - בכפוף לאמירה זו לגבי אכן אין הכרח לחשפו, והוא גם אינו מעלה ומוריד לנידון דידן. באופן האמור אנו נעתרים לעתירה, בנסיבות ללא צו להוצאות.

ש ו פ ט

השופט צ' זילברטל:

אני מסכים עם חברי השופט א' רובינשטיין שככלל מסמך המפרט את שיקולי התביעה באשר להעמדה או אי העמדה לדין הוא בגדר תרשומת פנימית שאין חובה להעביר להגנה במסגרת הזכות לעיון בחומר חקירה. עקרון זה חל על חוות דעתו של הפרקליט הצבאי הראשי לעניין סגירת תיק החקירה של מפקד החטיבה בה שירת המשיב 2, שהוא עד במשפטו של המשיב 2.

די בכך כדי להביא לקבלת העתירה כמפורט בפסק דינו של השופט רובינשטיין.



ש ו פ ט

השופט נ' הנדל:

אני מסכים. מקובלת עלי עמדת חברי במישור הכללי, וכן העמדה המפורטת של חברי השופט א' רובינשטיין במישור הקונקרטי של תיק זה. אוסיף רק כי העברת תרשומת פנימית לחוד, וטענת ההגנה מן הצדק על בסיס אכיפה בררנית לחוד. ועוד: חובת הגילוי של חומר החקירה לחוד והגנה מן הצדק במהלך המשפט לחוד. לאמור - אין באי העברתה של תרשומת פנימית למנוע מהסנגור להעלות טענת הגנה מן הצדק על בסיס אכיפה בררנית, ועל בית המשפט להכריע בטענה. כפי שציינתי בבש"פ 10283/09 לדר נ' מדינת ישראל (19.1.2010): "ככל שהסנגור יבסס לכאורה את טענתו בדבר "הגנה מן הצדק" - כך גם יתחזק "האינטרס" של התביעה להסביר את שיקוליה". לאמור - ככל שטענת ההגנה מן הצדק בעלת עוצמה גבוהה, יהא על התביעה להתמודד עימה במהלך המשפט. ואילו כאן, במקרה הקונקרטי, הובאה התמונה הכללית לידיעת הסנגוריה, באופן שאינו פוגע בהגנתו, לרבות הטענה האמורה.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט א' רובינשטיין.

ניתן היום, י"ז בשבט התשע"ג (28.1.13).