



בש"פ 194/21 - רמי יוגב נגד מדינת ישראל

בבית המשפט העליון

בש"פ 194/21

לפני:

כבוד השופט א' שטיין

העורר:

רמי יוגב

נגד

המשיבה:

מדינת ישראל

עררלפי סעיף 74(ה) לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982, על החלטת בית המשפט המחוזי תל אביב-יפו (השופט א' הימן) שניתנה ביום 13.12.2020 בבע"ח 66885-11-20

בשם העורר:

עו"ד אבי כהן; עו"ד פרידה וול

בשם המשיבה:

עו"ד ארז בן-ארויה; עו"ד גיא רוסו

החלטה

1. לפניי עררלפיסעיף 74(ה) לחוקסדרהדיןפלילי [נוסחמשולב], התשמ"ב-1982 (להלן: חסד"פ), עלהחלטתושלבייתהמשפט המחוזיתל אביב-יפו (השופט א' הימן) אשר ניתנה ביום 13.12.2020 בבע"ח 66885-11-20 ואשרדחתהאתבקשתהעוררלקבלמהמדינה חומרים ומידע שלשיטתו מהווים "חומר חקירה" בר-גילוי כהגדרתו בסעיפים 74(א) ו-74(א1) לחסד"פ.

2. בקשה כאמור הוגשה בקשר לאישומים המתבררים בגדרו של ת"פ (מחוזי ת"א) 15164-01-19 ושל ת"פ (מחוזי ת"א) 57347-07-20 (שייקראו להלן יחדיו: ההליך העיקרי). ההליך העיקרי נסוב על פרשה חמורה של הברחת כמויות גדולות מאד של סם מסוכן מסוג קוקאין מדרום אפריקה לישראל באמצעות אנשי-פנים שעובדים בנתב"ג



בתפקידים שונים. לטענת המדינה, העורר היה אחד מאותם עובדים אשר ניצלו את מעמדם ואת גישתם למקומות שונים בנתב"ג כדי להוציא לפועל את מבצע ההברחה. העורר, מצדו, מכחיש האשמה זו מכל וכל וטוען לחפותו. המדינה תבקש להוכיח את אשמת העורר במיוחס לו באמצעות עדויותיהם של שני עדי מדינה, א.א. ו-ב.ב., ובעזרת ראיות אחרות.

3. הערר נסוב על חלק מהחומר המבוקש על ידי העורר, לאמור:

א. סרטוני אבטחה של מצלמות הקיימות בנתב"ג- נטען כי תוצרי המצלמות בנתב"ג מהווים חומר חקירה, ויש בהם כדי לשפוך אור על מסלולו של הבלדר, על העברת המזוודה שהכילה את הסם, ועל מסלולו הלכאורי של העורר, אשר כופר בהשתתפותו במבצע ההברחה. נטען כי שגה בית משפט קמא כאשר קבע שלא מדובר ב"חומר חקירה" וכי החומרים שנאספו על ידי המשטרה הועברו לעיון העורר. לטענת העורר, מדובר בחומר חקירה מובהק אשר יש בו כדי לבסס את טענתו כי לא הוא, אלא אדם אחר, העביר את המזוודה עם קוקאין - זאת, בניגוד לעדותו של א.א. נגדו. העורר מוסיף וטוען, כי בעזרת סרטוני האבטחה ניתן יהא לבדוק את מהימנות גרסתו של א.א. וכי מטעם זה הוא זכאי לקבלם לעיונו. לחלופין טוען העורר, כי לכל הפחות יש לספק לו מזכר הבהרה המפרט את תוצרי המצלמות בנתב"ג שהמשטרה צפתה בהם וכן את מפת המצלמות בנתב"ג.

ב. חומרים הנוגעים למר עמיר לביא - נטען כי עם פרסום הפרשה בתקשורת פנה מר עמיר לביא לרשויות החוק וביקש למסור מידע, לפיו המעורב בפרשת הסמים יחד עם עד המדינה א.א. הוא לא העורר, אלא אדם אחר ששמו ניסן דאי. העורר מפרט וטוען, כי מחקירתו של לביא הצטיירה תמונה כי הלה מסר בעבר מידע למשטרת ישראל אודות עסקאות ייבוא סמים בהן היה מעורב א.א.. במסגרת הבקשה שהוגשה לבית משפט קמא, ביקש העורר לקבל לעיונו את חקירותיו הקודמות של לביא ואת המידע שהלה מסר בכל הנוגע למעורבותו של א.א. בפעילות עבריינית בכלל, ובייבוא סמים לישראל בפרט. בהקשר זה נטען, כי בית משפט קמא שגה בקבעו שלא מתקיים כל קשר בין חקירותיו הקודמות של לביא לבין הפרשה הנוכחית. העורר סבור כי בין שתי אלו קיים קשר הדוק.

ג. פלט איתוראן של רכביו של עד המדינה א.א. - בהקשר זה נטען כי לעיון ההגנה הועבר פלט מחודש יוני 2018 בלבד, ואולם עובדות כתב האישום נפרסות לאורך תקופה ארוכה יותר. לטענת העורר, בא-כוח המדינה ציין בדיון בבית משפט קמא כי אין חולק על כך שמדובר בחומר חקירה; ואולם, לאור העלות הגבוהה הכרוכה בהפקת הפלט, הופק מידע עבור חודש אחד בלבד. העורר טוען כי שגה בית משפט קמא כאשר קבע כי אין לחייב את המדינה להפיק את הפלט החסר.

ד. איכונים של מכשיר הטלפון הנייד של מר ניסאן דאי; פלט שיחות ותכתובות בין ניסן דאי לבין א.א. בתקופה נשוא כתב האישום; פלט שיחות בין דניאלה, רעייתו של ניסן דאי, לבין א.א.-העורר טוען כי שגה בית משפט קמא כאשר קבע כי אין כל ראיה הקושרת את ניסן דאי לייבוא הסמים ודחה את בקשתו של העורר לקבלת החומרים הקשורים לניסן דאי. נטען כי ניסאן דאי, כמו העורר, עבד באגף הביטחון של חברת אל-על, ולו נגישות לאותם אזורים מסווגים שהיו נגישים לעורר. העורר טוען כי אם יקבל לידיו את החומרים המבוקשים, יוכל לחזק את התשתית הראייתית הקושרת את ניסן דאי להברחות הסם ועל ידי כך להוכיח כי



הוא - העורר - חף מפשע. בהקשר זה, נטען כי העורר הראה שמדובר בחומר רלבנטי להגנתו. העורר מוסיף וטוען, כי בשום לב לעדותו של עמיר לביא, ולכך שביום תפיסת המעורבים בפרשה ומעצרים ביצע עד המדינה א.א. שיחת ווטסאפ עם רעייתו של ניסן דאי, דניאלה, זכות העורר לגילוי המידע - כחלק מזכותו להליך הוגן - גוברת על אינטרס הפרטיות של ניסן דאי.

ה. מועד תחילת המו"מ עם עד המדינה ב.ב., לרבות מועד הפניה של ב.ב. לרשויות האכיפה, וכל המסמכים הנוגעים לעד המדינה ב.ב. - העורר טוען כי המדינה חזרה בה מהצהרתה בפני בית משפט קמא כי מדובר בחומר חקירה; ולפיכך, לא אפשרה לו לצלם את החומר הנוגע ל-ב.ב. העורר מוסיף וטוען כי מדובר בחומר חקירה - זאת, בין היתר, מאחר שמהימנותו של ב.ב. היא שאלה מרכזית ומהותית מאד בפרשה.

4. לאחר דין ודברים, שב בא-כוח המדינה, בהמלצת בית המשפט, ובדק את עניינם של תוצרי המצלמות בנתב"ג; ולאחר בדיקה, הודיע לבית המשפט ולבאי-כוח העורר כי כל התוצרים אשר מתעדים את נוכחותו או את פועלו של אחד המעורבים בפרשה נמסרו להגנה, וכי הסרטונים שבהם נציגי המדינה עיינו ולא ראו בהם איש מהמעורבים בפרשה לא הורדו כקבצים מהמערכת הממוחשבת של מצלמות האבטחה בנתב"ג, ומן הסתם לא נמסרו להגנה. לאור הצהרה זו, ולנוכח חזקת התקינות אשר חלה עליה ועל כלל פעולות המדינה במסגרת הליכי הגילוי לפי סעיף 74 לחסד"פ (ראו: פסקאות 56-61 להחלטתי בבש"פ 1378/20 זגורי נ' מדינת ישראל (7.4.2020) (להלן: עניין זגורי)), אצא מן ההנחה כי כל תוצרי המצלמות בנתב"ג אשר עשויים להיות רלבנטיים להליך העיקרי נמסרו להגנה.

5. לאחר שעיינתי בכתובים שהוגשו על ידי בעלי הדין ושמעתי את טענותיהם בדיון שהתקיים ביום 19.1.2021, הגעתי למסקנה כי דין הערר להידחות; ואפרט.

א. סרטוני אבטחה של מצלמות הקיימות בנתב"ג

6. כפי שכבר נאמר, הנני יוצא מהנחת המוצא שכל התוצרים של מצלמות נתב"ג, לרבות כל מזכר הקשור לתוכן, אשר הגיעו לידי המשטרה והתביעה, נמסרו להגנה.

7. העורר סבור כי נוכח המחלוקת באשר למה שהוא עשה או לא עשה במסגרת הפרשה נשוא התיק העיקרי, הצילומים שנקלטו במצלמות נתב"ג בזמנים הרלבנטיים להליך העיקרי עשויים להועיל להגנתו, ועל כן גם הם בגדר "חומר חקירה" לעניינו של סעיף 74 לחסד"פ.

8. בטענה זו אין ממש. כפי שהוסבר על ידי בעניין זגורי, "חומר חקירה" בו הנאשם זכאי לעיין, הוא "חומר שנאסף או שנרשם על ידי הרשות החוקרת כחלק מאותה חקירה [...]. אשר הביאה להגשת כתב האישום נגד הנאשם" ואשר "עובר בהצלחה את מבחן הרלבנטיות הראייתית" (ראו שם, פסקאות 7-8). הווה אומר: חומר שבפועל לא נאסף על ידי הרשות החוקרת, ושכל כך איננו מצוי בידי התביעה, איננו בגדר "חומר חקירה" בר-גילוי. במסגרת הליכי הגילוי לפי סעיף 74 לחסד"פ, המדינה חייבת לתת לנאשם רק את מה שיש לה, ולא את מה שאין לה; ולנאשם אין שום זכות להשלמת חקירה (ראו: בש"פ 2447/16 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 22 ("קיים קושי בשימוש בסעיף 74



לחסד"פכמקור לחיוב לגלות מה שאיננו קיים, או ליצירתו של החומר הנדרש, בבחינת יש מאין" (10.8.2016), להבדיל מהזכות לטעון, בגדרי ההליך העיקרי, לקיומם של מחדלי חקירה כאלה או אחרים ולהשלכותיהם על תוצאות משפטו (ראו: בש"פ 4357/05 חטאב נ' מדינת ישראל, פסקה 8 (1.7.2005); וכן ע"פ 5956/08 אל עוקה נ' מדינת ישראל, פסקה 17 לפסק דינו של השופט נ' הנדל (23.11.2011)).

9. יחד עם כך, העורר, כמו כל נאשם, זכאי לזמן למתן עדות כל אדם והינו גם זכאי לדרוש כי אדם אשר זומן למסירת עדותו יציג, במסגרת ההליך העיקרי, כל מסמך הרלבנטי לאותו הליך אשר מצוי בחזקתו או בשליטתו. זכות כאמור עומדת לעורר, כמו לכל נאשם בפלילים, מכוחו של סעיף 108 לחסד"פ, כפי שהוסבר בעניין זגורי (ראו שם, פסקאות 12-19). העורר יהא אפוא זכאי לממש את זכותו האמורה ביחס לסרטוני המצלמות בנתב"ג, שלטענתו חסרים לו, כל אימת שאלו יימצאו רלבנטיים וקבילים הראיה בהליך העיקרי על ידי בית המשפט אשר דן באותו הליך. חזקה על בית המשפט שדן בהליך העיקרי כי יידע לתת צווים מתאימים בכגון דא, לכשיידרש. המדינה, כאמור, סבורה שהסרטונים החסרים אינם שייכים לעניין ועל כן לא יהא מקום להגישם כראיה בהליך העיקרי. העורר, מצדו, רשאי אמנם לחלוק על כך, אולם אין הוא רשאי לדרוש מהמשטרה להוריד עבורו את קובצי הסרטונים החסרים ממערכת המצלמות של נתב"ג.

ב. חומרים הנוגעים למר עמיר לביא

10. במהלך הדיון הובהר כי מדובר בחומרים שמצויים בתיק חקירה אחר שכלל אינו נוגע לפרשה נשוא ההליך העיקרי.

11. כפי שהוסבר בעניין זגורי, תיק חקירה שנפתח בעניינו של אדם אחר, שאינו הנאשם ושאין קשור לתיק העיקרי, איננו בגדר "חומר חקירה" שהמדינה חייבת להעמידו לעיון הנאשם מכוחו של סעיף 74 לחסד"פ (ראו שם, פסקאות 80-82). לצד זאת, אם העורר סבור כי התיק החקירה של עמיר לביא מכיל חומרים ספציפיים אשר עשויים לסייע לזכרון, פתוחה בפניו הדרך להגיש למותבשדן בהליך העיקרי בקשה ממקודדת מנומקת לפי סעיף 108 לחסד"פ בדבר גילויים והצגתם של חומרים ספציפיים מאותו תיק (ראו עניין זגורי, פסקה 79).

ג. פלט איתוראן של רכביו של עד המדינה א.א.

12. בדומה לסרטי המצלמות בנתב"ג שלא הועתקו על ידי המשטרה, פלט האיתוראן שלא הופק איננו בגדר חומר חקירה ואינו בר-גילוי בגדרי סעיף 74 לחסד"פ.

13. לצד זאת, כמובהר בעניין זגורי, שמורה לעורר הזכות לקבלת מידע הרלבנטי למשפטו מחברה שמנהלת את האיתוראן – זאת, במסגרתו של סעיף 108 לחסד"פ. הנני מודע לכך שהפקתו של מידע כאמור עשויה להיות כרוכה בהוצאה כספית ניכרת, אך איני רואה סיבה להידרש לכך בעת הזאת. חזקה על המותב אשר דן בהליך העיקרי שיידע להחליט נכון גם בעניין הזה, שכאמור איננו חלק מההליך המתקיים בפני בגדרו של סעיף 74 לחסד"פ.



ד. איכונים של מכשיר הטלפון הנייד של מר ניסאן דאי; פלט שיחות ותכתובות בין ניסן דאי לבין א.א. בתקופה נשוא כתב האישום; פלט שיחות בין דניאלה, רעייתו של ניסן דאי, לבין א.א.

14. מסמכים אלה אינם מצויים בתיק החקירה, ונראה כי מדובר בחומרים שטרם הופקו. גם כאן מדובר אפוא במסמכים שאינם בני-גילוי בגדרו של סעיף 74 לחסד"פ.

15. לצד זאת, כמובהר בעניין זגורי, שמורה לעורר הזכות לקבלת מסמכים כאמור או מידע אודותיהם במסגרתו של סעיף 108 לחסד"פ, כל אימת שמדובר בחומר אשר ימצא רלבנטי למשפטו על ידי המותב שדן בהליך העיקרי.

ה. מסמכים הקשורים למו"מ עם עד המדינה ב.ב., לרבות מועד הפנייה של ב.ב. לרשויות האכיפה, וכל המסמכים הנוגעים לעד המדינה ב.ב.

16. כפי שהובהר בעניין זגורי, מגעים שהמשטרה והתביעה מנהלים עם אדם אשר גויס על ידיהם כעד מדינה שאמור להעיד נגד הנאשם, לרבות כל הסכם שנעשה עם אותו אדם וכל הבטחה שניתנה לו, הם בני-גילוי כחלק מ"חומר החקירה" בגדרו של סעיף 74 לחסד"פ (ראו שם, פסקאות 11 ו-22). העורר זכאי אפוא לקבל מידי המדינה את כל המסמכים הקשורים למשא ומתן עם ב.ב., לרבות מועד פנייתו של ב.ב. לרשויות האכיפה, וכן כלמזכר או מסמך אחר הקשור לעניינו של ב.ב. כעד מדינה בהליך העיקרי.

17. המדינה הצהירה לפני כי חומרים כאמור הועברו במלואם לבאי-כוח העורר. בהתבסס על הצהרה זו ועל חזקת התקינות (ראו פסקאות 56-61 להחלטתי בעניין זגורי), הנני קובע אפוא כי העורר מימש את זכות העיון שלו ביחס לחומרים אלה.

סוף דבר

18. אשר על כן, אני דוחה את הערר.

ניתנה היום, י"ב בשבט התשפ"א (25.1.2021).

ש ו פ ט