



בש"פ 6883/15 - פלוני נגד מדינת ישראל

בבית המשפט העליון
בש"פ 6883/15

לפני: כבוד השופט י' עמית

העורר: פלוני

נ ג ד

המשיבה: מדינת ישראל

עתירה לגילוי ראייה חסויה עפ"י החלטת בית המשפט
המחוזי בירושלים בתיק ע"ח 22532-06-156 שניתנה
ביום 16.9.2015 על ידי כבוד השופט ב' גרינברג

תאריך הישיבה: כ' בכסלו התשע"ו (2.12.2015)

בשם העורר: עו"ד ציון אמיר ועו"ד אנה קרנץ
בשם המשיבה: עו"ד שרית משגב

החלטה

ענייננו בבקשה לגילוי תחקיר צבאי על אף הוראת החסיון הקבועה בסעיף 539א לחוק השיפוט הצבאי, התשט"ו-1955 (להלן: חוק השיפוט הצבאי).

ערר על החלטת בית המשפט המחוזי ירושלים (כב' השופט ב' גרינברג) מיום 16.9.2015 בע"ח 22532-06-15, בגדרה נדחתה בקשת העורר להורות למשיבה להעביר לעיונו את התחקיר.

1. נגד העורר הוגש ביום 23.11.2014 כתב אישום המייחס לו עבירת הריגה לפי סעיף 298 לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: חוק העונשין). על פי הנטען בכתב האישום, ביום 15.5.2014 הוצב העורר, ששירת בתקופה הרלוונטית כמפקד כיתה במג"ב, בעמדה שלטת באיזור כפר ביתוניא (להלן: המרפסת) כחלק מהיערכות ל"יום הנכבה". העורר הוגדר כאחראי לירי כדורי גומי במקרה הצורך, וצויד בכדורי גומי ומחסנית תחמישים עם כדורי סרק, שהובחנה ממחסנית רגילה בהיותה צבועה באדום. נטען כי בשלב כלשהו, העורר הכניס כדור חי למחסנית התחמישים במטרה



לירות אותו במפירי סדר. בשעות הצהריים, התקרבו מפירי סדר, וביניהם נאדים נווארה (להלן: המנוח), שהתפרעו במרחק של כ-80-60 מ' מהמרפסת, ובין היתר, החלו ליידות אבנים לעבר החיילים. במהלך האירוע קיבל העורר אישור לירות במידת הצורך כדורי גומי לעבר מפירי הסדר. סמוך לשעה 13:45, בעוד המנוח צועד באזור כשידיו לצידי גופו, ירה העורר כדור חי לעבר המנוח ממחסנית התחמישים. הקליע חדר לחזה של המנוח ויצא דרך הגב מימין, ובכך גרם למותו.

2. עוד באותו יום, ובעקבות מות המנוח ואדם נוסף במהלך אירועי הפרות הסדר, נערך תחקיר של האירוע המבצעי על ידי מח"ט בנימין (להלן: התחקיר). לאחר הגשת כתב האישום, פנה בא כוחו של העורר לפרקליט הצבאי הראשי בבקשה לעיין בתחקיר בטענה שהוא חיוני להגנת העורר. ביום 3.6.2015 השיבה הפרקליטות לעותר כי אין מקום להעברת התחקיר לידי, זאת, הן בשל החיסיון החל על התחקיר מכוח חוק השיפוט הצבאי, והן לגופו של עניין, מאחר שאין בתחקיר כדי לסייע להגנת העורר. בתשובתה של הפרקליטות נאמר כי ככל שהעורר מעוניין לעיין בתחקיר, עליו לפנות בבקשה לבית המשפט.

3. העורר פנה לבית משפט קמא בבקשה לפי סעיפים 74 ו-108 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], תשמ"ב-1982 (להלן: החסד"פ) להורות על העברת התחקיר לידי. במהלך הדיון ביום 8.7.2015, העביר ב"כ המשיבה לעורר סיכום של התחקיר, בו נאמר, בין היתר, כי קיימים מספר סימני שאלה ביחס לאירוע, וביניהם: האם בוצע ירי חי לעבר המפגינים; אם כן, מה היה מקור הירי; והאם קיים קו ירי בין המרפסת לבין מיקום המנוח שעה שנורה.

לאחר העיין בסיכום התחקיר, הודיע העורר כי הוא עומד על בקשתו לקבל את התחקיר במלואו. ביום 20.8.2015 התקיים דיון המשך בבית משפט קמא, ולאחר שהומצאה חוות דעת משלימה בעניין קו הירי (להלן: חוות הדעת המשלימה) ניתנה החלטת בית משפט קמא מושא ערר זה, הדוחה את הבקשה.

בית המשפט קבע כי החיסיון הקבוע בסעיף 539א(ב) לחוק השיפוט הצבאי הוא יחסי, ועל בית המשפט לבחון האם החומר החסוי נחוץ לנאשם "לשם עשיית צדק". בעקבות עיון בתחקיר, נקבע כי לא היה מקום לקביעה הראשונית של הפרקליטות, לפיה אין בחומר התחקיר כדי לסייע להגנת העורר. התחקיר אכן העלה שאלות חשובות להגנתו של עורר בכך שקבע כי קיים קו ירי גבולי בין המרפסת לבין המנוח, אך בחוות הדעת המשלימה נותח הנושא של קווי הירי לעומק על פי מיקומים שונים של הכוח על המרפסת, והובהר כי בחלק מהעמדות על המרפסת יש קווי ירי לעבר המנוח. בשורה התחתונה נקבע כי הסיכום שהועבר לעורר ביום 8.7.2015, ביחד עם חוות הדעת המשלימה, מכילים את כל הפרטים החיוניים להגנתו של העורר, ועל כן נדחתה הבקשה.

על כך נסב הערר שלפניי.

4. העורר טוען כי שגה בית משפט קמא בקבעו כי סיכום התחקיר וחוות הדעת המשלימה מכילים את כל המידע החיוני להגנתו. נטען, בין היתר, כי מקום עמידתו של העורר במרפסת בעת הירי היא שאלה מרכזית בהליך העיקרי, וכי התחקיר השלם, הכולל שחזורים של אנשי הכוח שהיו על המרפסת ומסקנות הגוף הצבאי שחקר את העניין סמוך לאירוע, חיוניים ביותר לסוגיה מרכזית זו. כך גם שאלות נוספות שנכללו בסיכום התחקיר - כגון האם בכלל בוצע ירי, ואם הירי בוצע מהמרפסת - נוגעות ללב-ליבו של ההליך העיקרי, ויש לחשוף בפניו את עמדת הצבא בעניין, כמו גם את הראיות שנגבו לצורך עריכת התחקיר.



התחקיר הצבאי

5. בשנת 1997 נוסף לחוק השיפוט הצבאי סעיף 539א הקובע כלהלן:

תחקיר צבאי

539א(א) בסעיף זה -

"תחקיר" - בירור שנערך בצבא, בהתאם לפקודות הצבא, בנוגע לאירוע שהתרחש במהלך אימון או פעילות מבצעית, או בקשר אליהם;

"גוף חוקר" - קצין בודק, משטרה צבאית חוקרת או שופט חוקר;

"גוף ציבורי" - משרדי הממשלה, או גוף אחר ששר הבטחון קבעו בצו;

"משפט" - כהגדרתו בסעיף 538(ב);

"קצין בודק" - קצין בודק כמשמעותו בסעיף 252(א)(2) ו-(3).

(ב) על אף האמור בכל דין, יחולו לענין תחקיר הוראות אלה:

(1) הדברים שהושמעו בתחקיר, פרוטוקול התחקיר, כל חומר אחר שהוכן במהלכו, וכן הסיכומים, הממצאים והמסקנות (להלן - חומר התחקיר), לא יתקבלו כראיה במשפט, למעט במשפט בשל מסירת ידיעה כוזבת או העלמת פרט חשוב בתחקיר;

(2) חומר התחקיר יהיה חסוי בפני כל אדם ואולם הוא יימסר, כולו או חלקו, רק לאותם גופים בצבא שהתחקיר דרוש להם לצורך מילוי תפקידם; הוראות פסקה זו לא יחולו על חומר ארכיוני שזכות העיון בו הוגבלה בחוק הארכיונים, התשט"ו-1955, או לפיו, אך התקיימו כל התנאים לחשיפתו לעיון הקהל אשר נקבע לפי החוק האמור ובלבד שעברה תקופה של עשר שנים מיום הפקדתו;

(3) חומר התחקיר לא יימסר לגוף חוקר;

(4) (א) חומר התחקיר יימסר לפרקליט הצבאי הראשי או לנציגו, לפי בקשתו, בנוגע לאירוע מסוים או בנוגע לסוגי



אירועים;

(ב) מצא הפרקליט הצבאי הראשי או סגנו כי חומר התחקיר מגלה חשד לביצוע עבירה, המצדיק בדיקה או חקירה על ידי גוף חוקר, רשאי הוא, לאחר שנועץ בקצין שדרגתו אלוף לפחות, להורות בכתב, לגוף חוקר, לפתוח בבדיקה או בחקירה;

(ג) הורה הפרקליט הצבאי הראשי או סגנו לפתוח בבדיקה או בחקירה, יתאר בהוראתו את נסיבות האירוע שבעקבותיו נערך התחקיר, ואת הסיבות אשר בשלן עלה החשד לביצוע העבירה; ואולם לא יצורף להוראה דבר מחומר התחקיר, והיא לא תצביע על חשד כלפי אדם שהיה מעורב באירוע;

(5) הרמטכ"ל או מי שהוא הסמיך לכך, רשאי לאשר העברת סיכום ממצאי התחקיר או חומר התחקיר, כולו או חלקו, לגוף ציבורי שהמידע דרוש לו, לצורך מילוי תפקידו בלבד, וכן רשאי הוא לאשר העברת סיכום ממצאי התחקיר לאדם הנוגע בדבר; ואולם לא יועבר חומר או סיכום כאמור, אם קיים חשש כי העברתו תפגע בבטחון המדינה;

(6) על אף האמור בפסקה (5), חומר התחקיר או סיכום ממצאיו, לא יועבר למי שעורך חקירה פלילית על פי דין;

(7) ועדת משנה של ועדת החוץ והבטחון של הכנסת, ששיבותיה חסויות, תקבל לפי בקשתה, את חומר התחקיר.

סעיף 539א קובע אי קבילות וחסיון בדיבור אחד. מאחר שהתחקיר אינו קביל, ברי כי לא ניתן להגישו כראיה בבית המשפט, אך אין משמעות הדבר כי הפרטים הנכללים בתחקיר אינם יכולים לסייע לנאשם בהגנתו (על ההבחנה בין אי קבילות לבין חסיון, ראו, לדוגמה, רע"א 6546/94 בנק איגוד בע"מ נ' אזולאי, פ"ד מט(4) 54 (1995); עע"מ 6013/04 מדינת ישראל משרד התחבורה נ' חברת החדשות הישראלית בע"מ (2.1.2006); רע"א 8943/06 יוחנן נ' סלקום ישראל בע"מ (18.11.2009); יצחק עמית "קבילות, סודיות, חסיון ואינטרסים מוגנים בהליכי גילוי במשפט האזרחי - נסיון להשלטת סדר" ספר אורי קיטאי 247 (2007)).

6. הרציונלים שבבסיס חסיון התחקיר המבצעי נדונו בהרחבה בפסיקת בית המשפט (בג"ץ 9197/06 יחיא נ' הרמטכ"ל (10.12.2007) (להלן: עניין יחיא); בג"ץ 2366/05 עטווה אלנברי נ' ראש המטה הכללי (29.6.2008) (להלן: עניין אלנברי); וכן ראו החלטת בית הדין הצבאי לערעורים ב"ש 42/03 התובע הצבאי נ' אלדד בנימין (5.5.2004) (להלן: עניין בנימין). אציין כי ההחלטה בעניין בנימין בוטלה, לבקשת הצדדים, בפסק דין קצר בבג"ץ 6221/04 פלוני נ' התובע הצבאי הראשי (3.4.2006), מבלי שהובעה דעה לגבי תוכן פסק הדין ולגבי הצו החדש, שאותו אזכיר בהמשך).

בעניין אלנברי עמדה השופטת ע' ארבל על כך שפעילות מבצעית מתאפיינת בכך שהיא מתקיימת בתנאי שטח ואי וודאות ותוך סיכון הכוח. על מנת לשמור על האפקטיביות של התחקיר הצבאי, נדרשים המעורבים באירוע המבצעי להקפיד על דיווח אמת (עוד על מהותו ומאפייניו של התחקיר הצבאי ראו בג"ץ 6208/96 מור חיים נ' צבא ההגנה לישראל, פ"ד נב(3) 845, 835 (1998); בג"ץ 7232/01 מהדי יוסוף נ' ממשלת ישראל, פ"ד נז(5) 561 (2003)). החסיון בא למנוע את הדילמה שעשויה לעמוד בפני המשתתפים בתחקיר - החשש כי אמירת האמת בתחקיר תשמש לחובתו של המדווח ותבסס כנגדו מסקנה פלילית:



"הניסיון מלמד כי תחקירים משמשים לא פעם את רשויות החקירה, ועדויות, כמו גם מסקנות התחקירים, מוגשות כראיה בבתי המשפט ובבתי הדין ועומדים לחובתם של הנידונים. מצב זה יכול להרתיע את המעורבים בתחקיר מלמסור עדות, ומקשה על הגופים השונים להגיע לחקר האמת, לשפר ולתקן את הטעון תיקון. מתעורר, אם כן, הצורך לסייג את קבילותו של חומר שהוכן ונמסר במסגרתו של תחקיר צבאי, בבתי משפט ובבתי דין. מוצע להבהיר כי התחקיר הינו קודם כל כלי בידי רשויות הצבא. לפיכך ככלל לא ימסר תוכן הדברים שהושמעו בתחקיר, ממציאו ומסקנותיו" (הצעת חוק השיפוט הצבאי (תיקון מס' 35) (תחקיר מבצעי) התשנ"ז-1997 (ה"ח 2625, התשנ"ז, עמ' 364)).

תנאי לגילוי האמת בתחקיר הוא הפרדתו מהספירה הפלילית, וכפי שנאמר בעניין בנימין "הענן הפלילי, אם יפציע מעליה, יפגע בבית גידולה, ולא יאפשר לה לטעת שורשים ולצמוח". החסין מנטרל אפוא את המתח המובנה בין החובה למסור את האמת בתחקיר לבין הזכות של החייל שלא להפליל את עצמו. בעוד שההליך הפלילי צופה פני עבר ומטרתו לברר מה אירע, התחקיר המבצעי צופה פני עתיד. התחקיר הוא כלי למידה ולא כלי חקירה, מכשיר שהוא חלק מההווה הצבאי וחלק מתרבות ארגונית המעודדת ביקורת לשם לימוד והפנמת לקחים במבט צופה פני עתיד. על רקע זה, הלכה ונשתרשה התפיסה של "קדושת" התחקיר הצבאי, ושל יצירת "שטח סטרילי" מהתערבותו של המשפט הפלילי.

7. נוכח חשיבותו של החסין לתרבות הארגונית של דיווח אמת בתחקיר, התחבטה הפסיקה בשאלה אם בחסין מוחלט או יחסי עסקין. בעניין יחיא, נטה השופט א' רובינשטיין לדעה כי החסין הוא מוחלט (שם, פס' ט"ז). בעניין אלנברי, הגיעה השופטת ע' ארבל למסקנה כי מדובר בחסין יחסי אך רחב (שם, פסקה 23), ולתוצאה דומה - לפיה מדובר בחסין "רחב מאד, גם אם לא מוחלט" - הגיע בית הדין הצבאי בעניין בנימין (שם, פסקה 43). שאלת מהותו של החסין נדונה גם בבתי המשפט המחוזיים. כך, בת.פ. (מחוזי ת"א) 40145/04 פרקליטות מחוז המרכז נ' אגרביה (23.12.2004) קבע השופט קרא כי "לשון הסעיף היוצרת את החסין הינה גורפת, נחרצת וקטגורית". בע"א (מחוזי חי') 2829/04 עזבון המנוח נזמי מוסא אבו חתלה ז"ל נ' מדינת ישראל (28.12.2005), נקבע על ידי השופט פינקלשטיין כי "נטעים, כי למידת לקחים מבצעיים, ופירוט מה שנראה כתקלה מבצעית בעיני עורך התחקיר, הם מאושות התחקיר הצבאי, ואף הטעם לחסינו בחוק - חסין שאינו יחסי" (שם, פס' 18). בת.א. (מחוזי י-ם) 1145/99 ג'אעוני נ' מדינת ישראל (11.2.2002) נקבע על ידי השופט דרורי כי מדובר בהוראת חסין גורפת, מלבד החריג הקבוע בסעיף קטן 539(ב)(5) הקובע את סמכותו של הרמטכ"ל לאפשר למסור ל"אדם הנוגע בדבר" סיכום של ממצאי תחקיר (שם, פס' 27). השופט דרוריהשאר בצריך עיון את השאלה אם גם ניזוק מירי צה"ל הינו בגדר "אדם הנוגע בדבר". גם השופט אוקון בת.א. (מחוזי י-ם) 1630/99 עקל נ' מדינת ישראל (28.11.2002) גרס כי ניתן לפרוץ את הוראת החסין רק באמצעות סעיף קטן (ב)(5), והוסיף כי לדעתו, קרבן האירוע או המתלונן הוא נוגע בדבר (שם, פס' 19).

8. נראה כי בעקבות פסק הדין בעניין אלנברי וההתלבטות בפסיקה לגבי אופי החסין, תיקן מחוקק המשנה את צו השיפוט הצבאי (קביעת גוף ציבורי), תשנ"ט-1999 (להלן: הצו), והוסיף את ההוראה הבאה בס"ק 1(5):

1. לענין סעיף 539א לחוק, כל אחד מאלה הוא גוף ציבורי:

(1) הכנסת;



(2) מבקר המדינה;

(3) הרשות הלאומית לבטיחות בדרכים;

(4) המוסד לבטיחות וגיהות בעבודה;

(5) בית דין צבאי בשבתו כדן יחיד או בית משפט, הדן בבקשת נאשם העומד לדין בקשר לאירוע שנחקר בתחקיר, להתיר לו לעיין בחומר התחקיר, מהטעם שהצורך בהתרת העיון לשם עשיית צדק עדיף מן הענין שיש שלא להתיר את העיון; בפסקה זו, "בית דין צבאי" או "בית משפט" - למעט השופט הדן באישום;

...(6)

...(7)

הוראה זו מתירה את הספקות לגבי טיבו של החסיון. מהוראות הצו אנו למדים כי מחוקק המשנה ראה את החסיון על פי סעיף 539א כחסיון יחסי, שנוסחת האיזון בו, המתירה את העיון "לשם עשיית צדק עדיף מן הענין שיש שלא להתיר את העיון", דומה לנוסחת האיזון בחסיונות הסטוטוריים-היחסיים למיניהם "כי הצורך לגלות את הראיה לשם עשיית צדק עדיף מן הענין שיש לא לגלותה" (ראו: סעיפים 49-50א לפקודת הראיות [נוסח חדש], תשל"א-1971 (להלן: פקודת הראיות); סעיף 21(ב) לחוק זכויות החולה, התשנ"ו-1996).

לא אכחד כי למקרא הצו, הרהרתי ביני לבין עצמי אם לא היה מקום לתקן את סעיף 539א גופו. זאת, על רקע תכליתי ולשונו המפורשת של הסעיף, המבקש להגן על התחקיר הצבאי ביצירת חסיון קשיח בכפוף לחריגים הקבועים בחוק עצמו. המשמעות של סעיף 1(5) לצו היא מרחיקת לכת, באשר לאור נוסחת האיזון הקבועה בצו, עולה לכאורה שהחסיון של תחקיר צבאי אינו שונה מכל חסיון יחסי אחר.

ככל שידיעתי מגעת, הנושא של חסיון תחקיר צבאי לאחר תיקון הצו טרם נדון בבית משפט זה. לטעמי, בבוא בית המשפט לאזן בין האינטרסים הנוגדים, עליו להעמיד לנגד עיניו את הרציונל שבבסיס החסיון של תחקיר צבאי, תוך שמירת ה"שטח הסטרילי" שבין הספירה המבצעית לספירה הפלילית. חסיון יחסי, כשמו כן הוא, עדיין חסיון הוא, והגילוי הוא חריג לחסיון. לכן, יש להישמר מפני כרסום זוחל במעטפת החסיון של התחקיר הצבאי, כדי להימנע ממצב בו החסיון יישאר להלכה על כנו, אך למעשה יפרץ לכל רוח. מצאתי לרשום "הערת אזהרה" זו, מאחר שכאשר עסקינן בחומר חקירה רגיל הנבחן באספקלריה של סעיף 74 לחסד"פ, בית המשפט בוחן תחילה אם החומר רלוונטי להגנת הנאשם. כאשר בתחקיר צבאי עסקינן, הרי שמטבע הדברים התחקיר עומד במבחן הרלוונטיות, שהרי התחקיר מתייחס לאירוע מושא כתב האישום. הפועל היוצא מכך הוא, שיש להעביר את מרכז הכובד לאיזון בין האינטרסים המתנגשים - הגנת הנאשם מזה וקדושת התחקיר מזה. בחינת התסקיר צריכה להיעשות גם באספקלריה של ההלכה הידועה במקומותינו כהלכת "אין חקר", שהרי שנינו ולמדנו כבר בשנים הראשונות של המשפט בארץ כי "אין חקר לתבונתו של סניגור מוכשר" (ע"פ 35/50 מלכה נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד ד 429, 433 (1950)).

חשוב להדגיש כי בניגוד לחסיון לטובת המדינה או לטובת הציבור, על פי סעיפים 44-45 לפקודת הראיות, הרי שהדגש במלאכת האיזון בין הגנת הנאשם וקדושת התחקיר אינו על סודיות החומר או על החשש לביטחון המדינה.



אדרבה, כאשר התחקיר מתייחס לפעילות מבצעית שנעשתה בפומבי, ההנחה היא שרובו ככולו של התחקיר אינו כולל סודות רגישים או פרטים שיש להחסותם משיקולים של ביטחון שדה. ובקיצור לא בענייני סודיות עסקינן אלא בשמירה על מוסד התחקיר הצבאי, מהשיקולים שפורטו לעיל.

ככל שבית המשפט מוצא כי יש בתחקיר פרטים החיוניים להגנת הנאשם, ראוי כי חשיפת החומר תיעשה במידה הנדרשת. לשם כך רשאי בית המשפט לדרוש כי רק הסניגור יעיין בחומר, או שהנאשם והסניגור יתחייבו שלא להעביר את החומר לצדדים שלישיים ולא לעשות בו שימוש שלא לצרכי המשפט.

9. משהזכרנו חומר חקירה, אדגיש כי הצו לא נוקב בהוראת סעיף 74 לחסד"פ. אך ההגדרה בס"ק 1(5) לצו, "בית משפט" - למעט השופט הדן באישום, מלמדת אותנו כי מחוקק המשנה סבר שדרך המלך לדון בבקשה לעיין בתחקיר, דומה לזו הקבועה בסעיף 74(ג) לחסד"פ, קרי, שלא בפני המותב הדן בתיק העיקרי. בכך הבדיל מחוקק המשנה את הבקשה לעיין בתחקיר, מעתירה לגילוי ראיה לפי סעיף 45 לפקודת הראיות (שכותרתו "חסיון לטובת הציבור"), עתירה שעל דרך הכלל נדונה בפני המותב הדן בתיק העיקרי (להבחנה בין מסלול הדיון לפי סעיף 74 לחסד"פ לבין מסלול הדיון בעתירה לגילוי ראיה לפי סעיפים 44-46 לפקודת הראיות ראו החלטתי בבש"פ 198/10 אלהואשלה נ' מדינת ישראל (3.2.2010)).

[במאמר מוסגר: אנצל הזדמנות זו כדי להסתייג מהאמור בע"פ 1554/13 פלוני נ' מדינת ישראל (19.5.2015), שם נאמר בהערת אגב כי דיון בעתירה לגילוי ראיה לפי סעיף 45 לפקודת הראיות, בפני המותב הדן בתיק העיקרי, הוא נוהג לא מקובל ואף ראוי להימנע ממנו. אלא שהפרקטיקה המקובלת היא כי עתירה לגילוי ראיה במהלך בירור תיק פלילי נדונה בפני המותב הדן בתיק העיקרי. לטעמי, פרקטיקה זו משקפת גם את המשפט הרצוי, מאחר שבמצב הדברים הרגיל, המותב הדן בתיק העיקרי, הוא הפורום המתאים לבחינת העתירה החסויה, על רקע מיקומה של הראיה בשדה המריבה בין הצדדים ולאחר שבקעת המחלוקת נגלתה לעיני המותב הדן בתיק (בש"פ 6392/97 בלביסי נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(5) 176, 181 (1997) והאסמכתאות שם)].

10. מחוקק המשנה לא קבע כי הדיון בבקשה לעיין בתחקיר ייעשה במסלול של בקשה לעיין בחומר חקירה על פי סעיף 74 לחסד"פ, אך גם לא קבע כי המסלול הוא של עתירה לגילוי ראיה לפי סעיף 44 או 45 לפקודת הראיות, מה שמעורר את השאלה הבאה: האם דיון בבקשה לעיין בתחקיר מכוח הצו, יכול להיעשות במעמד צד אחד? דומה כי מתקין הצו לא נתן דעתו לשאלה זו, שהתעוררה במהלך הדיון בפניי, לאחר שהמשיבה ביקשה ליתן הסברים במעמד צד אחד, ככל שהדבר ידרש.

במצב בו מוצאת תעודת חסיון לטובת המדינה או לטובת הציבור, קבע המחוקק כי בירור העתירה לגילוי ראיה ייעשה בדלתיים סגורות ורשאי בית המשפט להפנות שאלות ולקבל הסברים במעמד צד אחד (סעיף 46 לפקודת הראיות, תקנות סדרי הדיון (עתירה לגילוי ראיה), תשכ"ט-1969). בהיעדר הוראה דומה בצו, ומאחר שדיון במעמד שני הצדדים להליך הפלילי הוא זכות הנובעת משיטתנו המשפטית ומסעיף 3 לחוק-יסוד: השפיטה, הקובע כי "בית משפט ידון בפומבי, זולת אם נקבע אחרת בחוק או אם בית המשפט הורה אחרת לפי חוק", ניתן להגיע למסקנה כי אין מקום לקיים דיון במעמד צד אחד (וראו: אהרן ברק "זכות הגישה למערכת השיפוט" ספר שלמה לזין 31 (2013)). מנגד, גם במסגרת בקשה לגילוי ולעיין בחומר חקירה, המתנהלת במסלול של סעיף 74 לחסד"פ, הכירה הפסיקה בחריגים המאפשרים לבית המשפט לקיים דיון במעמד צד אחד, לדוגמה, לבקשת ההגנה על מנת שלא לחשוף את קו הגנתה



(בש"פ 4764/06 מדינת ישראל נ' אופנר (15.6.2006)). על האפשרות לקיים דיון במעמד צד אחד במגוון של סיטואציות, עמדה השופטת (כתוארה אז) מ' נאור:

"לא אחת מעיין בית המשפט בעניינים שונים בחומר חסוי מפני הנאשם (או החשוד) ובא-כוחו, אותו מבקשת המדינה להציג ולנאשם ולבא כוחו אין אפשרות להגיב. לבית המשפט יש שיקול דעת אם לעיין, לבקשת ההגנה, בחומר החסוי מפני התביעה. הכרנו בכך בהקשרים שונים: כך לענין בקשה להסרת חסיון (ע"פ 889/96 מאזריב מוחמד נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(1) 468, 433 (1997) (דברי הנשיא ברק); בש"פ 1924/93 גרינברג נ' מדינת ישראל, פ"ד מז(4) 766, 768 (1993); כך גם לענין בקשה לשחרור בערובה בש"פ 597/93 מדינת ישראל נ' אבוטבול, פ"ד מז(1) 340, 343-344 (1993) והאסמכתאות המובאות שם)..."

[...] הדוגמאות הללו אינן בגדר רשימה סגורה. הדבר מסור לשיקול דעתו של השופט היושב בדיון וכך עשיתי בענייננו" (בש"פ 2270/06 אל עילווי נ' מדינת ישראל, פס' 5-6 (7.9.2006) (הדגשה הוספה - י"ע)).

(עוד לאפשרות של דיון במעמד צד אחד, ראו החלטתה של השופטת ע' ארבל בבש"פ 3945/13 פלוני נ' מדינת ישראל (12.6.2013)).

כפי שלבית המשפט יש סמכות לשמוע את הסברי המדינה במעמד צד אחד גם בהליך לפי סעיף 74 לחסד"פ, כך גם בהליך לעיון בתחקיר המתנהל מכוח סעיף 539א. עם זאת, המדובר בחריג שיש לעשות בו שימוש מצומצם, מקום בו נוכח בית המשפט לדעת כי חיוני לשמוע את הסברי המדינה לצורך קבלת החלטה מבלי לחשוף את הדברים בפני ההגנה.

11. לאור ההפרדה שביקש המחוקק לעשות בין הליכי התחקיר לבין הספירה הפלילית, עולה השאלה אם הפרקליטות עצמה רשאית לעיין בממצאי התחקיר. העורר הלין על כך שהפרקליטות עיינה בחומר החקירה, על אף הוראת סעיף 539א(ב)(6) לחוק השיפוט הצבאי, הקובע כי "(...) חומר התחקיר או סיכום ממצאיו, לא יועברו למי שעורך חקירה פלילית על פי דין".

דין הטענה להידחות. הפרקליטות אינה גוף חוקר והסעיף הרלבנטי לגביה הוא סעיף קטן (ב)(5), הקובע כי "הרמטכ"ל או מי שהוא הסמך לכך, רשאי לאשר העברת סיכום ממצאי התחקיר או חומר התחקיר, כולו או חלקו, לגוף ציבורי שהמידע דרוש לו, לצורך מילוי תפקידו בלבד(...)". סעיף 539א(א) מגדיר "גוף ציבורי" בזה הלשון: "גוף ציבורי" - משרדי הממשלה, או גוף אחר ששר הבטחון קבעו בצו". הפרקליטות היא חלק ממשרד המשפטים ועל כן יש לראות בה "גוף ציבורי". מכאן נובעת סמכות הפרקליטות לעיין בתחקיר, על מנת לקבל החלטה מושכלת לגבי בקשת העיון.

אציין כי בהנחייה פנימית של הפרקליטות מיום 3.8.2008 נקבע שהפרקליט המטפל לא יעיין בתחקיר, בבחינת "חומה סינית" בפרקליטות עצמה. בנוסף, הפרקליטות מקפידה, על פי הצהרתה, שלא להעביר את ממצאי התחקיר למצ"ח או לכל גוף אחר. עוד נמצאתי למד מההנחיה הפנימית כי מקום בו מתרשמת הפרקליטות שממצאי התחקיר חיוניים להגנת הנאשם, מועברת לרמטכ"ל באמצעות הפצ"ר בקשה פרטנית לאישור העברת סיכום ממצאי התחקיר



לנאשם, בהתאם לסמכותו לפי סעיף 539א(ב)(5) להעביר "סיכום ממצאי התחקיר לאדם הנוגע בדבר". ודוק: סיכום ממצאי התחקיר ולא התחקיר בשלמותו.

יישום הדברים במקרה דנן

12. ומהתם להכא.

איני רואה להידרש לבסיס הראייתי שבבסיס כתב האישום, מאחר שאין ענייננו בשאלה אם יש ראיות לכאורה, אלא בשאלה אם התחקיר יכול לתרום להגנתו של העורר. עינתי בחומרי החקירה ובתחקיר, ומצאתי כי מעבר לסיכום שכבר הועבר לידי ההגנה, אין בו כדי לתרום להגנת העורר. בנימוקי הערר ובטיעון בפניי, נטען על ידי העורר כי התחקיר כולל מן הסתם ממצאים העשויים לשפוך אור על שאלות מהותיות בתיק, כגון: פעולות החקירה שבוצעו בסמוך לאירוע; עדויות או אמירות של חיילים שהשתתפו באירוע; עדויות של גורמים פלסטיניים; שחזורים שבוצעו; חיפושים שנערכו; או צילומים מזירת האירוע.

ולא היא. התחקיר מתפרס על פני פחות משמונה עמודים, כאשר עיקר ההתייחסות היא להיערכות לקראת אירועי "יום הנכבה"; הכשרתם, ניסיונם, הכנתם, ופריסתם של הכוחות; ניהול כללי של התנהגותם של המפקדים והלוחמים; ולקחים. יש בתחקיר פרטים רלבנטיים לאירוע, אך כאלה הידועים היטב לעורר באשר הם מופיעים בחומר החקירה - כי בשעה 17:30 נערך תחקיר ראשוני בשטח על ידי המח"ט ומפקד האוגדה, וכי לאחר האירוע בוצעה בדיקה על ידי המח"פ לכלל הלוחמים כדי לוודא שלא נורתה אש חיה. גלוי וידוע כי באותה עת לא היו ידועים פרטים שנתבררו כעבור זמן (כמו התאמת הקליע שנטען כי חדר לגופו של המנוח לקנה הרובה של העורר), וידוע גם כי מסקנת התחקיר הייתה שלא נעשה שימוש בירי חי. ההתייחסות הספציפית לנסיבות מותו של המנוח, כמו גם שאר ממצאי התחקיר, היא כוללנית: אין בה פירוט או אזכור של חייל זה או אחר, אין תיאור של שחזורים או עדויות של מי מהשוטרים או החיילים.

בסיכום התחקיר שהועבר לעורר בדיון הראשון בפני בית משפט קמא, מצוטטות מספר שאלות שהועלו בתחקיר. בתחקיר המלא אין התייחסות לשאלות אלו מעבר למצוטט - אין נימוקים, אין ממצאים, ואין כל דבר נוסף שעשוי להועיל לעורר בהגנתו. חוות הדעת המשלימה לעניין קווי הירי מכילה את העובדות שעשויות לענות על חלק מהשאלות שהועלו בתחקיר, וחוות דעת זו הועברה במלואה לידי העורר. יש לזכור כי מטרת התחקיר לא הייתה לגלות מי גרם למותו של המנוח, אלא ללמוד ולהפיק לקחים, ברמה המערכתית, כדי למנוע מקרה דומה בעתיד.

13. על פניו אין בתחקיר חומר סודי שחשיפתו עלולה לפגוע בבטחון שדה, אך כבר עמדנו על כך שהחסיון של התחקיר הצבאי אינו נובע מחשש לגילוי סודות, אלא מעצם חשיבות ההפרדה בין ההליך הפלילי לבין התחקיר הצבאי, לאור התכליות שבבסיס התחקיר.

14. סוף דבר, שהערר נדחה.

ניתנה היום, כ"ה בכסלו התשע"ו (7.12.2015).

ש ו פ ט
