



בש"פ 7990/14 - אליהו מקונן נגד מדינת ישראל, ח.א

בבית המשפט העליון

בש"פ 7990/14

לפני: כבוד השופטת א' חיות

העורר: אליהו מקונן

נ ג ד

המשיבים: 1. מדינת ישראל
2. ח.א

ערר על החלטת בית המשפט המחוזי בבאר שבע מיום
26.10.2014 בבע"ח 48553-09-14 שניתן על ידי
כבוד השופט נ' אבו טהה

תאריך הישיבה: י"ב בכסלו התשע"ה (4.12.2014)

בשם העורר: עו"ד נועם בונדר

בשם המשיבה 1: עו"ד חיים שוויצר

החלטה

ערר לפי סעיף 74(ה) לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982 (להלן: חוק סדר הדין הפלילי)
על החלטת בית המשפט המחוזי בבאר שבע (כב' השופט נ' אבו טהה) מיום 26.10.2014 בבע"ח 48553-09-14
הדוחה את בקשת העורר לעיון בחומר חקירה.

עמוד 1



1. נגד העורר הוגש כתב אישום ובו שני אישומים המייחסים לו ביצוע עבירות שוד, קשירת קשר לפשע והדחה בחקירה. לפי עובדות האישום הראשון, ביום 20.8.2014 בסמוך לשעה 03:00 לפנות בוקר הגיעו העורר והקטין ח.א. (המשיב 2 בהליך דן - להלן: השותף), לחנות הממוקמת בתחנת הדלק "דור אלון" בקרית גת כשהעורר אוחז בידו מטף כיבוי אש ומתיז לכיוון הרצפה ולכיוונו של עובד החנות אשר היה אותה העת מאחורי דלפק המכירה, ואילו השותף שלף סכין וצעק על העובד "לשים את הכסף בשקית". העובד הוציא 1,200 ש"ח והניחם בשקית ובהמשך ברחו העורר והשותף מהמקום עם שלל השוד. לפי עובדות האישום השני, במהלך עימות שקיימו גורמי החקירה בין העורר לשותף, איים העורר על השותף במטרה להפחידו ולהניאו מלמסור הודעה מפלילה נגדו.

2. העורר טוען כי חומר הראיות נגדו מתבסס על עדותו המפלילה של השותף, וכי בלעדיו לא ניתן היה להגיש נגדו את כתב האישום האמור. העורר מוסיף וטוען כי בחקירתו הראשונה במשטרה הכחיש השותף את מעורבותו באירוע מושא כתב האישום אך בעדותו השנייה הודה, ולאחר שהחוקר המשטרתי נקב בשמו של העורר, אישר השותף כי העורר לקח גם הוא חלק בשוד והוסיף כי העורר אילץ אותו באיומים להשתתף בשוד.

מן הטעמים האלה ועם הימשכות ההליכים נגדו, הגיש העורר בקשה לעיון בחומר חקירה לפי סעיף 74(ב) לחוק סדר הדין הפלילי ובמסגרתה עתר לקבלת גיליון הרישום הפלילי של השותף וכן לקבלת דו"ח פסיכיאטרי שנערך בעניינו של השותף בהליך פלילי שהתנהל נגדו בבית המשפט המחוזי בשבתו כבית משפט לנוער. עוד עתר העורר לקבלת סרטונים בהם מתועד השוד שבוצע לכאורה וכן דוחות שנערכו על ידי פקחי השיטור העירוני אשר עיכבו את העורר לאחר השוד.

3. ביום 26.10.2014 דחה בית המשפט קמא את בקשת העורר. אשר לרישום הפלילי של השותף, קבע בית המשפט קמא כי מעיון בו לא נמצאה זיקה בין תוכנו לבין טיעוני העורר ועל כן אין בחשיפתו כדי לסייע להגנתו. אשר לדו"ח הפסיכיאטרי, קבע בית המשפט קמא כי ככל שקיים דו"ח כזה, על העורר להגיש בקשה לחשיפתו לפי סעיף 108 לחוק סדר הדין הפלילי בפני המותב הדן בתיק העיקרי ומותב זה ישקול אותה. אשר לסרטונים, קבע בית המשפט קמא כי הסרטונים הרלוונטיים נמסרו לעותר זה מכבר והוא הדין באשר לדוחות שרשמו פקחי השיטור העירוני. עוד נקבע כי טענת העורר לפיה יתכן וקיימים דוחות נוספים היא טענה בעלמא שנטענה ללא ביסוס.

4. מכאן הערר שלפני.

העורר טוען כי שגה בית המשפט קמא בדחותו, ללא הנמקה, את הבקשה לקבלת גיליון הרישום הפלילי של השותף. לטענת העורר חשיפת העבר הפלילי של השותף שהינו עד התביעה המרכזי במשפטו היא משמעותית ביותר לצורכי הגנתו, בייחוד בהינתן העובדה כי מדובר, לדברי העורר, בעבר שהיקפו ניכר. אשר לדחיית הבקשה לקבלת הדו"ח הפסיכיאטרי בעניינו של השותף, נטען בערר כי החלטת בית המשפט קמא בעניין זה היא לקונית, כי המדינה כלל לא טענה כי החומר המבוקש אינו חומר חקירה אלא רק כי חל עליו חיסיון ועל כן יש לקבל את הסכמת השותף לעיון בו על ידי העורר, וכן כי בדומה לגיליון הרישום הפלילי, הדו"ח הפסיכיאטרי הנוגע לשותף חשוב להגנת העורר לצורך ביסוס טענות שברצונו להעלות נגד כשירותו של השותף ונגד מהימנות עדותו. עוד נטען כי העובדה שהשותף הסכים להגשת חוות דעת פסיכיאטרית בעניינו בהליך שהתנהל נגדו בבית המשפט המחוזי, בשבתו כבית משפט לנוער, והנוגע לאותו האירוע שהוא נושא כתב האישום נגד העורר, כמוה כויתור על החיסיון ולכן יש לדחות את טענת המדינה לפיה נדרשת הסכמת השותף לכך שהעורר יעין בחומר המבוקש. אשר לדחיית הבקשה לקבלת דוחות העיכוב, נטען כי גם בעניין זה



החלטת בית המשפט קמא אינה מנומקת וכן כי רישום הדוחות לוקה באי-סדרים.

5. הדיון בערר נקבע ליום 4.12.2014 וביום 3.12.2014, הגישה המדינה בקשה להרחבת הרכב ולדחיית מועד הדיון בערר מן הטעם שעולה בו סוגיה משפטית כבדת משקל והיא - האם לבית המשפט הדן בבקשה לפי סעיף 74 לחוק סדר הדין הפלילי, יש סמכות לדון ולהורות על עיון בחומרים חסויים. המדינה טוענת כי מפסיקת בית משפט זה עולות שתי אסכולות בשאלה זו: האסכולה הראשונה, הדומיננטית, גורסת כי הסמכות לדון ולאפשר עיון בחומרים אלו נתונה על פי סעיף 108 לחוק אך ורק למותב הדן בתיק העיקרי. האסכולה השנייה סוברת כי הסמכות לדון בבקשה לעיון בחומר חסוי נתונה גם לבית המשפט הדן בבקשה לפי סעיף 74. לא למותר לציין כי בקשה דומה להרחבת הרכב הוגשה לאחרונה על ידי המדינה ונדחתה על ידי השופט י' דנציגר בבש"פ 6679/14 פלונית נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 24.11.2014). המדינה טוענת כי בהכרעתו של השופט דנציגר בעניין זה נפלה טעות, ולשיטתה ההכרעות הסותרות בסוגיה מכבידות על המערכת וגורמות לריבוי הליכים. על כן, טוענת המדינה כי ראוי להכריע בין שתי האסכולות האמורות ולהרחיב את ההרכב הדן בערר. המדינה מוסיפה כי נוכח לוח הזמנים הקבוע לשמיעת ההליך העיקרי, הרחבת המותב לא תצריך ביטול דיונים שכבר נקבעו.

העורר מצידו מתנגד לבקשה להרחבת הרכב ובהודעתו מיום 3.12.2014 הוא טוען כי המחלוקת אותה מתארת המדינה אינה מתעוררת במקרה דנן, משום שלשיטתו השותף ויתר על החסיון בנוגע לעברו הפסיכיאטרי, כאמור.

6. בדיון מיום 4.12.2014 חזר בו העורר מטענותיו באשר לדוחות העיכוב ומשכך התייתר הצורך לדון בהן. אשר לרישום הפלילי של השותף, טען בא כוח המדינה כי צדק בית המשפט קמא בקובעו כי אין להעביר את גיליון הרישום הפלילי של השותף לידי העורר משום שהוא אינו רלוונטי להגנתו וכן משום שהעורר הוא קטין. אשר לבקשה להרחבת הרכב, טען בא כוח המדינה כי ככל שתדחה הבקשה, הרי שעל בית משפט זה לדחות את הערר ולהותיר על כנה את החלטתו של בית המשפט קמא. בהחלטה שניתנה בתום הדיון נקבע כי המדינה תעביר את הדו"ח הפסיכיאטרי בעניינו של השותף לעיונו של בית המשפט וכן כי היא תפנה לסנגורו של השותף ותקבל את עמדתו בעניין גילוי החומר האמור לעורר. ביום 10.12.2014 עדכנה המדינה כי בא כוחו של השותף, עו"ד שי פלד, מתנגד לגילוי החומר הפסיכיאטרי לעורר.

7. דין הערר להתקבל בחלקו.

סעיף 74 לחוק סדר הדין הפלילי קובע, בחלקו הרלוונטיים, כי:

"74. עיון בחומר החקירה

(א) הוגש כתב אישום בפשע או בעוון, רשאים הנאשם וסניגורו, וכן אדם שהסניגור הסמיכו לכך, או, בהסכמת התובע, אדם שהנאשם הסמיכו לכך, לעיין בכל זמן סביר בחומר החקירה וכן ברשימת כל החומר שנאסף או שנרשם בידי הרשות החוקרת, והנוגע לאישום שבידי התובע ולהעתיקו.

(ב) נאשם רשאי לבקש, מבית המשפט שאליו הוגש כתב האישום, להורות לתובע להתיר לו לעיין בחומר שהוא, לטענתו,



חומר חקירה ולא הועמד לעינו.

הזכות המוקנית לנאשם לעיין בחומר חקירה נועדה לאפשר לו לממש את זכות היסוד שלו להליך משפטי הוגן ולהעניק לו הזדמנות נאותה להתגונן מפני האישומים המיוחסים לו. על כן נקבע בפסיקת בית משפט זה כי יש לפרש באופן רחב את המונח "חומר חקירה" ולכלול בו כל חומר הקשור במישרין או בעקיפין לאישום וליריעה הנפרסת בהליך הפלילי נגד הנאשם (ראו, למשל, בש"פ 9322/99 מסארווה נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(1) 376, 381-383 (2000); בג"צ 9264/04 מדינת ישראל נ' בית משפט השלום בירושלים, פ"ד ס(1) 360, 388-389 (2005)). גישה זו, הידועה גם כמבחן הרלוונטיות, סויגה עם זאת ונקבע כי אין להרחיבה "לראיות שחשיבותן ונגיעתן לאישום הפלילי הינה שולית ורחוקה מדי" (בש"פ 8406/12 אלמוני נ' מדינת ישראל, פס' 11 (3.12.2012); וראו גם בש"פ 3099/08 אברהמי נ' מדינת ישראל, פס' 7 (23.2.2009)).

8. סעיף 74(ו) לחוק סדר הדין הפלילי מוסיף ומסייג את זכות העיון בקובעו כי "אין בסעיף זה כדי לפגוע בהוראות פרק ג' לפקודת הראיות [נוסח חדש], תשל"א-1971", המפרטות עדויות וראיות שונות שחל עליהן חיסיון. סעיף 78 לחוק סדר הדין הפלילי מסייג אף הוא את זכות העיון וקובע כי "הוראות סעיף 74 אינן חלות על חומר שאי-גילוי מותר או שגילוי אסור לפי כל דין, אולם הוראות סעיף 77 חלות עליו". סעיף 78 נדון בהרחבה בפסיקת בית משפט זה, בין היתר, באשר להעברת חומר פסיכיאטרי חסוי ובבש"פ 5400/01 פלוני נ' מדינת ישראל (6.8.2001) נקבע לעניין זה כי:

"אין זה מובן מאליו כי כל חומר רפואי או פסיכיאטרי הנוגע לעד, למתלונן או למתלוננת במשפט אכן רלוונטי לעניין הנדון בבית המשפט. [...] עם זאת, אפילו נמצא החומר בשליטת התביעה והוא חומר חקירה מובהק, אין היא רשאית למסרו לידי הסניגוריה, אם על פי טיבו מדובר בחומר חסוי.

סעיף 74 לחוק העוסק בזכותו של הנאשם לעיין בחומר החקירה, אינו חל על מצב שבו מדובר בחומר חקירה שחל עליו חיסיון [...]

בדרך כלל כשחומר הנוגע למצבו הבריאותי או הנפשי של העד נמצא בידי התביעה או בשליטתה, ניתן כבר ויתור על סודיות והוסר החיסיון, ואז כמובן, תהיה התביעה חייבת למסרו לעיון הסניגוריה. אם אין ויתור על סודיות או שלא ניתן ויתור על סודיות ביחס לחשיפת החומר בפני הסניגוריה, הרי נוכח הוראות סעיפים 74(ו) וסעיף 78 לחוק כאמור לעיל, מנועה התביעה מלמסרו עד שיוסר החיסיון" (פס' 3, הדגשות הוספו; ראו גם, בש"פ 8935/04 אוחיון נ' מדינת ישראל, פ"ד נט(3) 49, 55 (2004); בש"פ 9322/08 מדינת ישראל נ' אלמטילאל, פס' 6 (20.11.2008); בש"פ 5221/08 מוחמד נ' מדינת ישראל, פס' 10 (1.9.2008)).

ממובאה זו אנו למדים כי התביעה אינה רשאית להעביר לסניגוריה חומרי חקירה הנוגעים לעד או למתלונן מקום שבו חל חיסיון על חומרים אלו. לצורך כך נדרשת החלטה מקדימה על הסרת החיסיון או ויתור על החיסיון מצד בעליו.

9. בענייננו, מבקש העורר לעיין ברישום הפלילי של השותף וכן בדו"ח הפסיכיאטרי שנערך בעניינו ומתעוררת השאלה במסגרת איזה הליך רשאי הוא לבקש חומרים אלו: האם בבקשה לפי סעיף 74 לחוק סדר הדין הפלילי כטענת



העורר, או שמא בבקשה לפי סעיף 108 לחוק זה כקביעת בית המשפט קמא בכל הנוגע לדו"ח הפסיכיאטרי. אשר לרישומי הפלילי של השותף קבע בית משפט זה בהתייחסו לסעיף 5(א) לחוק המרשם הפלילי ותקנת השבים, התשמ"א-1981 (להלן: חוק המרשם הפלילי), כי בית משפט הדן בבקשה לפי סעיף 74 לחוק סדר הדין הפלילי, רשאי להורות על העברת גיליון הרישום הפלילי של עד או של מתלונן לידי ההגנה, ללא צורך בהליך נוסף או מקביל לעניין זה, הגם שעל הרישום הפלילי חל חסיון (בש"פ 5881/06 בניזרי נ' מדינת ישראל, פס' 11 (7.2.2007)). לפיכך, הייתה רשאית הסנגוריה לבקש את רישומי הפלילי של השותף במסגרת בקשה לפי סעיף 74 לחוק סדר הדין הפלילי.

אשר לדו"ח הפסיכיאטרי שנערך בעניינו של השותף - בית משפט זה קבע לא אחת כי בקשות הנוגעות למסמכים דומים יש להגיש על פי סעיף 108 לחוק סדר הדין הפלילי, בפני המותב הדן בהליך העיקרי (בש"פ 6679/14 פלונית נ' מדינת ישראל, פס' 21 (לא פורסם, 24.11.2014); בש"פ 8252/13 שיינר נ' מדינת ישראל, פס' 45-46 (23.1.2014) (להלן: עניין שיינר); בש"פ 5190/14 אבו גנאם נ' מדינת ישראל, פס' 15-16 (26.8.2014) (להלן: עניין אבו גנאם); בש"פ 8555/06 פלוני נ' מדינת ישראל, פס' ז'ח' (9.11.2006)). אמנם, במקרים מסוימים הובעה גם גישה אחרת, ולפיה ניתן לדון בבקשות כאלה גם במסגרת סעיף 74 לחוק (וראו: עניין אבו גנאם, פס' 14; עניין שיינר, פס' 16-17). משכך יש צדק בטענת המדינה כי מן הראוי לבחון שאלה זו בהרכב ולקבוע בה הלכה אחידה. עם זאת, נראה לי כי בנסיבות המקרה דנן ונכח המסקנה שאליה הגעתי, אותה אפרט להלן, ניתן להותיר את ההכרעה בסוגיה עקרונית זו למקרה מתאים ואילו המקרה דנן אינו מצריך את הרחבת המותב לצורך בירורה.

הרישום הפלילי

10. לאחר שעיינתי ברישומי הפלילי של השותף נראה לי, בשונה מעמדתו של בית המשפט קמא, כי יש בו רלוונטיות מסוימת גם אם לא רבה, להגנת העורר ועל כן יש להעבירו לעיון העורר. זאת, בין השאר, בשים לב לעובדה שהמדובר בגיליון פלילי של עד שהוא על פי הנטען שותף לפשע וכן בשים לב לאופי העבירות הכלולות בו ולמועד ביצוען. בנסיבות אלה נסוגה בעיני התכלית השיקומית שביסוד החיסיון הניתן למידע מן המרשם הפלילי, מפני זכותו של הנאשם להליך הוגן והפגיעה בזכות לפרטיות של העד אף היא אינה נושאת משקל מכריע בנסיבות אלה (השוו: בש"פ 5535/13 מדינת ישראל נ' שימשילשווילי, פס' 7 (15.8.2013); בש"פ 7421/13 קניאס נ' מדינת ישראל, פס' 5 (10.11.2013)).

הדו"ח הפסיכיאטרי

11. אשר לדו"ח הפסיכיאטרי שנערך בעניינו של השותף. בית המשפט קמא קבע כזכור כי על העורר להגיש בקשה בעניין זה בפני המותב הדן בתיק העיקרי לפי סעיף 108 לחוק סדר הדין הפלילי, וזאת בשל החסיון החל על המידע שנתבקש. העורר טוען מצדו כי השותף הסכים להסרת החסיון משעה שביקש כי תוגש בעניינו חוות דעת פסיכיאטרית בהליך הפלילי שהתנהל נגדו בגין אותו אירוע וזו אף הועברה לידי המדינה. משכך, ובהסתמך על בש"פ 5400/01, נטען כי על המדינה להעביר את החומר לידי העורר.

דין הטענה להידחות. אכן, כפי שנקבע בבש"פ 5400/01 "בדרך כלל כשחומר הנוגע למצבו הבריאותי או



הנפשי של העד נמצא בידי התביעה או בשליטתה, ניתן כבר ויתור על סודיות והוסר החיסיון" (בש"פ 5400/01, פס' 3, הדגשה הוספה). אולם באותה פסקה עצמה מוסיף בית המשפט וקובע כי "אם אין ויתור על סודיות או שלא ניתן ויתור על סודיות ביחס לחשיפת החומר בפני הסנגוריה, הרי נוכח הוראות סעיפים 74(ו) וסעיף 78 לחוק כאמור לעיל, מנועה התביעה מלמסרו עד שיוסר החיסיון" (הדגשה הוספה). בעניינו, לא הרים העורר את הנטל המוטל עליו להוכיח כי השותף יותר על סודיות והתיר את חשיפת החומר המבוקש בפניו. לא זו אף זו: המדינה טענה בפני בית המשפט קמא והיא אף חזרה וטענה זאת בדיון שנערך בבית משפט זה, כי לא נתקבלה כל הסכמה מצד השותף לויתור על סודיות ביחס לחשיפת החומר בפני העורר, ובהודעתה מיום 10.12.2014 עדכנה המדינה כי בא כוחו של השותף מתנגד מפורשות לחשיפת המידע המבוקש. עיון בפרוטוקול הדיונים בעניינו של השותף בבית המשפט לנוער במ"ת 39677-08-14 מלמד אף הוא כי לא ניתנה כל הסכמה מפורשת או מכללא לכך שהדו"ח הפסיכיאטרי בעניינו של השותף ייחשף בפני העורר או בפני צד שלישי אחר וטענת העורר לפיה כל אימת שבהליך אחד חושף אדם מידע חסוי בפני הרשויות, הן חייבות להעבירו לנאשמים בהליכים פליליים בהם אותו אדם הוא מתלונן או עד, גם אם הוא התנגד לחשיפתו, אינה יכולה להתקבל. גישה זו נוגדת את התכלית שבבסיס מוסד החיסיון ופוגעת באופן בלתי מאוזן בעקרונות יסוד של צנעת הפרט ושל כבוד האדם עליהן נועד מוסד זה להגן. בנסיבות אלו החומר המבוקש על-ידי העורר עודנו נתון בחיסיון.

עם זאת, בהינתן נסיבות המקרה דנן והעובדה כי עניין לנו, על-פי הנטען, בשותף לדבר עבירה, שהוא קטין, אשר הדו"ח הפסיכיאטרי בעניינו ניתן במסגרת הליכים שהתנהלו בפני בית המשפט המחוזי בשבתו כבית המשפט לנוער (ביחס לאותו אירוע שוד שלגביו הועמד העורר לדיון) מוטל על החומר המבוקש - לצד החיסיון מכוח הוראת סעיף 50(א) לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א-1971 - גם איסור פרסום לפי סעיף 9 לחוק הנוער (שפיטה, ענישה ודרכי טיפול), התשל"א-1971 (להלן: חוק הנוער). איסור זה חל על הליכים המתנהלים בעניינו של קטין בבית המשפט לנוער והדו"ח הפסיכיאטרי שהעיון בו נתבקש בעניינו, בא אף הוא בגדר מגבלה זו. לעניין איסור הפרסום מכוח הוראות סעיף 9 לחוק הנוער, הדרך שהותוותה על ידי בית משפט זה היא שיש לפנות תחילה אל בית המשפט לנוער בבקשה להסיר את איסור הפרסום החל על החומר המבוקש (בש"פ 4747/11 פלוני נ' מדינת ישראל, פס' 3, 5 (26.10.2011)); בש"פ 1408/14 פלוני נ' מדינת ישראל, פס' 10-11 (23.3.2014)). במילים אחרות, כדי שהעורר יוכל לקבל לעיונו את החומר הפסיכיאטרי המבוקש, נדרשת תחילה החלטה של בית המשפט לנוער אשר דן בעניינו של השותף באשר להסרת איסור הפרסום החל על המידע האמור. בדונו בבקשה זו, חזקה על בית המשפט לנוער כמי שדן בעניינו של הקטין וכמי שאמון על שמירת זכויותיו, כי יאפשר לצדדים הנוגעים בדבר להשמיע את טיעוניהם ויערוך איזון ראוי בנסיבות העניין בין זכותו של העורר להליך הוגן ובין זכותו של הקטין לאיסור פרסום, באשר למידע הפסיכיאטרי הנוגע לעניינו. קביעותיו של בית המשפט לנוער עשויות ליתר את המשך בירור סוגיית הסרת החיסיון המוטל על אותו הדו"ח במקרה דנן - אך ככל שביטולה של סוגיה זו לא יתיתר גם לאחר החלטת בית המשפט לנוער בעניין איסור הפרסום, כי אז אני נוטה לדעה שיש אכן להוסיף ולברר בפני המותב השומע את ההליך העיקרי בעניינו של העורר במסגרת בקשה על פי סעיף 108 לחוק סדר הדין הפלילי, כקביעת בית המשפט קמא. עם זאת, נוכח מחלוקת הפוסקים בסוגיה זו וככל שהעורר יעמוד על דעתו כי ה"אכסניה" לבירור היא סעיף 74 לחוק, יתכן שלא יהיה מנוס מלהביא את הסוגיה להכרעה בפני מותב שלושה, כבקשת המדינה.

הערר מתקבל, אפוא, באופן חלקי, במובן זה שגיליון הרישום הפלילי של השותף יועבר לעורר על-ידי המדינה ללא דיחוי, ואילו לעניין העברת המידע לעניין הדו"ח הפסיכיאטרי שנערך בעניינו של השותף, הערר נדחה ככל שהוא נסמך על בקשה לעיון מכוח סעיף 74 לחוק סדר הדין הפלילי.

ניתנה היום, ז' בטבת התשע"ה (29.12.2014).

עמוד 6



ש ו פ ט ת