



ת"פ 28759/05/15 - מדינת ישראל נגד ערן מלכה, רונאל פישר, רות דוד, יאיר ביטון, שי (ישעיהו) ברס, יוסף נחמיאס, אביב נחמיאס

בית המשפט המחוזי בירושלים
בפני כב' סגן הנשיא משה סובל

ת"פ 28759-05-15

המאשימה

נגד

הנאשמים

מדינת ישראל

1. ערן מלכה
2. רונאל פישר
3. רות דוד
4. יאיר ביטון
5. שי (ישעיהו) ברס
6. יוסף נחמיאס
7. אביב נחמיאס (עניינו הסתיים)

החלטה

1. החלטה זו עוסקת בעתירה שהגיש נאשם 4, ושאליה הצטרף נאשם 2, לגילוי ראיה לפי סעיף 45 לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א-1971.
2. העתירה הוגשה בתחילה לגבי שתי תעודות חיסיון: תעודה שהוצאה על ידי השר לביטחון הפנים ביום 29.6.15, ותעודה מתוקנת שהוצאה על ידי ממונה על חסיונות ביום 5.2.17. בעקבות הדיון שהתקיים בפניי צומצמה העתירה (עמ' 15804-15806 לפרוטוקול), והיא מתייחסת עתה רק לפרט מס' 18 בתעודת החיסיון מיום 29.6.15: "חלק מתוכנה של מדיית הקלטה המסומנת מ"ט 197/15 ח מיום 8-9.6.15, כמפורט להלן: ממונה 43:37-43:05". מדובר במקטע באורך של כ-30 שניות מתוך התיעוד החזותי בחדר שבו נערכה חקירת נאשם 4 במשרדי מח"ש ביום 8.6.15. המקטע מתעד שיחה שהתקיימה בחדר החקירה בין סגן ראש מח"ש, עו"ד משה סעדה; ראש צוות החקירה, רפ"ק עו"ד דובי שרצר; ופרקליטה נוספת. בעת השיחה נאשם 4 לא נכח בחדר. תעודת החיסיון קובעת כי מסירת תוכן השיחה (לאמור התיעוד הקולי שלה) עלולה לפגוע בעניין ציבורי חשוב שהוא אחד או יותר מאלה: "לסכן שלומם של בני אדם; לפגוע בשיתוף הפעולה של הציבור עם המשטרה ועם מח"ש; לסכל פעולות חקירה עתידיות; לחשוף שיטות עבודה ודרכי פעולה של המשטרה ושל מח"ש ולפגוע ביעילות פעולותיהן".
3. נאשם 4 טען בעתירתו כי המקטע האמור הוא בבחינת חומר חקירה אשר היה על המאשימה למסרו להגנה ולא לחסותו, וכי לא נמסרה לו פרפראזה ביחס לעיקרי השיחה אשר יכולה להעיד האם מדובר בראיה חיונית להגנתו.
4. במהלך הדיון בעתירה טענה ב"כ המאשימה כי המקטע הנדון הוא שיח פנימי בין גורמי החקירה והפרקליטות, אשר נקלט באמצעי התיעוד החזותי המותקנים בחדר החקירה למרות שלאור מהותו כשיח פנימי כלל לא היה אמור להיות מתועד. לטענתה, האינטרס הציבורי בשמירה על שיח פתוח וחופשי בתוך רשויות החקירה והתביעה



הוא בגדר "עניין ציבורי חשוב" כאמור בסעיף 45 לפקודת הראיות, ולפיכך מהווה עילה להוצאת תעודת חיסיון לטובת הציבור על פי סעיף זה. כמו כן, נופל אינטרס זה בגדר הצורך המפורט בתעודת החיסיון שבהבטחת יעילות פעולות המשטרה ומח"ש ובהגנה של שיטות ואמצעי הפעולה שלהן. ב"כ המאשימה הבהירה כי המיקום הגיאוגרפי שבו נערכה השיחה (חדר חקירה) הוא זה אשר הביא לכך שהיא נקלטה בצוותא חדא עם חומרי החקירה, באופן שאפשר לחסות את תוכנה לפי סעיף 45 לפקודה. עם זאת הוסיפה כי מבחינה מהותית תוכן השיחה עצמו הוא בגדר תרשומת פנימית ואינו יכול להיחשב כלל כחומר חקירה שאותו זכאית ההגנה לקבל לפי המבחנים הקבועים בסעיף 74 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], תשמ"ב-1982 (להלן - החסד"פ). לפיכך אילו השיחה הייתה מתקיימת במקום אחר ולא בחדר חקירה מתועד, תוכנה לא היה מועבר להגנה אף בהעדר הוצאת תעודת חיסיון לגביה.

5. ההגנה מצידה ביקשה שבית המשפט יאזין למקטע שבמחלוקת ויבחן האם יש בו מידע העשוי להועיל להגנת הנאשמים. לצד זאת הדגישו הסניגורים כי לשיטתם דין תעודת החיסיון, ככל שהיא נוגעת במקטע האמור, להתבטל בכל מקרה היות שלא ניתן לראות ברצונה של המדינה להימנע מהעברת תרשומת פנימית משום "עניין ציבורי חשוב" לצורך הוצאת תעודת חיסיון לפי סעיף 45 לפקודת הראיות. עוד לטענתם, לאחר ביטול התעודה תהיה המאשימה מנועה מלטעון כי לא מדובר בחומר חקירה שיש להעבירו להגנה, שהרי הוצאת תעודת חיסיון תיתכן רק לגבי חומר המוגדר כחומר חקירה.

6. מקובלת עלי עמדת ההגנה.

החיסיון על תרשומות פנימיות של הרשות המינהלית הוא יציר הפסיקה. מטרתו לאפשר לעובדי הציבור להביע בחופשיות את דעותיהם ומסקנותיהם ובכך לקדם ולייעל את סדרי עבודת הרשויות הממונות על אכיפת החוק ולשמור על איכות החלטותיהן (בש"פ 7008/97 מדינת ישראל נ' הורוביץ, פ"ד נא(5) 224, 229 (1997); בש"פ 10787/06 אבו שחאדה נ' מדינת ישראל, פסקה 7 (17.1.07)). מכוחו של חיסיון זה, תיעוד של דיונים והתכתבויות פנימיים בתוך המשטרה והפרקליטות בנוגע לחקירה פלילית אינו נחשב לחלק מ"חומר החקירה" שהתביעה חייבת להעמיד לעיונו של הנאשם לפי סעיף 74 לחסד"פ (בש"פ 4157/00 נמרודי נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(3) 625, 635 (2000) והאסמכתאות שם). ודוק: לעיתים תרשומות פנימיות מקיימות זיקה לאישום ולנאשם ועשויות להיות רלוונטיות להגנתו. לכן "נכון יותר לומר כי תרשומות פנימיות אומנם עשויות להיות חומר חקירה, אלא שמול זכות הנאשם לעיין בהן ניצב החיסיון היחסי של תרשומות פנימיות" (יצחק עמית, חסינות ואינטרסים מוגנים - הליכי גילוי ועיון במשפט האזרחי והפלילי (2021) עמ' 219).

היחסיות של החיסיון על תרשומות פנימיות באה לידי ביטוי במצבים שבהם התרשומת עשויה להיות חייבת בכל זאת בגילוי, כגון, תרשומות מסוימות במהלך ראיון של פרקליט עם עד (בש"פ 3221/12 פלוני נ' מדינת ישראל (1.7.12); בש"פ 6740/13 מדינת ישראל נ' פלוני (19.1.14); בש"פ 213/19 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 38 (7.4.20)) או רישומים מסוימים ביומן מבצעים של היחידה החוקרת (בש"פ 6856/16 ביטון נ' מדינת ישראל, פסקה 12 (15.11.16); רע"א 2097/16 מדינת ישראל נ' רופל, פסקה 13 (1.1.17)). במצבים אלה, ההוראה על גילוי התרשומת הפנימית היא פרי איזון שעורך בית המשפט: "בית המשפט נדרש לאזן על פי מקבילית הכוחות בין עוצמת הראיה וחשיבותה להגנתו של הנאשם לבין החיסיון היחסי של התרשומות" (עמית, בספרו הנ"ל, עמ' 788). העובדה שמדובר בתרשומת פנימית מתבטאת במיקום של נקודת האיזון: ככלל, זכות העיון בחומר החקירה לפי סעיף 74 מתפרשת באופן רחב ככוללת כל חומר הקשור במישרין או בעקיפין לאישום גם אם מדובר בנגיעה רחוקה, פריראית או מסופקת, ובלבד שקיים קצה חוט הקושר את החומר לאישום (בש"פ 9322/99 מסארווה נ' מדינת



ישראל, פ"ד נד(1) 376, 381 (2000); בג"ץ 9264/04 מדינת ישראל נ' בית משפט השלום בירושלים, פ"ד ס(1) 360, 388-389 (2005)). לעומת זאת, כאשר החומר שהנאשם מבקש לעיין בו הוא תרשומת פנימית, הגישה המרחיבה והליברלית מסויגת בכך שניתן משקל גם לאינטרס הציבורי המונח ביסוד החיסיון היחסי של תרשומת פנימית. לכן, אף שקשר רופף אל האישום עשוי להספיק להתרת עיון "רגיל" לפי סעיף 74 לחסד"פ, במקרה של תרשומת פנימית נגזרת מעיקרון מקבילית הכוחות דרישה לזיקה משמעותית וקרובה יותר של החומר אל האישום (בש"פ 91/08 מדינת ישראל נ' שיבל, פסקאות 6 ו-10 (13.2.08); בש"פ 6507/09 קצב נ' מדינת ישראל, פסקה 14 (13.9.09); בש"פ 6740/13, לעיל, פסקה 8).

7. במקרה הנוכחי, תוכנה של השיחה שתועדה בהקלטה נושא תעודת החיסיון אינו מכיל פרט כלשהו שיש בו לחשוף שיטות עבודה ודרכי פעולה של המשטרה או של מח"ש. ב"כ המאשימה לא טענה כי השיחה כללה פרט מוכמן מסוג זה; ומכל מקום לאחר שהאזנתי בעצמי להקלטה (בהתאם לסעיף 46א) לפקודת הראיות) מצאתי כי לא נאמר בה דבר שתוכנו נופל לגדר אחד מהעניינים הציבוריים החשובים המנויים בתעודת החיסיון (ראו ציטוט התעודה לעיל בפסקה 2). תעודת החיסיון הוצאה אפוא לגבי המקטע שבמחלוקת, לא בשל תוכן הדברים אלא, כפי שאישרה ב"כ המאשימה בדיון, לצורך שמירה על האינטרס הציבורי בחיסוי תרשומות והתייעצויות פנימיות. דא עקא, לא למטרה זאת נועדה תעודת חיסיון לפי פקודת הראיות; ובכל מקרה אותו "עניין ציבורי חשוב" כפי שהוגדר בתעודת החיסיון נושא העתירה אינו פורש את רשתו על אינטרס זה.

כאמור, השר לביטחון הפנים הביע דעתו בתעודה כי גילוי תוכן השיחה עלול "לחשוף שיטות עבודה ודרכי פעולה של המשטרה ושל מח"ש ולפגוע ביעילות פעולותיהן". אלא שהעובדה שגורמי המשטרה והפרקליטות מקיימים ביניהם שיחות והתכתבויות פנימיות היא מן המפורסמות, כך שגילוי תוכן השיחה לא יחשוף עובדה זאת. גם יעילות פעולותיהן של המשטרה ושל מח"ש לא תיפגע מגילוי תוכן השיחה, באשר לא יהיה בכך להעמיד את החוקרים והפרקליטים בפני החשש שחילופי דברים ביניהם יזלגו החוצה, אלא רק בפני הצורך להקפיד על כך שהשיח הפנימי שהם מקיימים יתבצע במקומו המתאים ולא בתוך חדר חקירה המתועד בהקלטה.

8. לא בכדי ניסוח ההנמקה של תעודת החיסיון בענייננו נעשה כך שהעניין שעליו התעודה באה להגן אינו כולל בתוכו הגנה על תרשומות פנימיות כשלעצמן (כל עוד אין בגוף התרשומת פרט או מידע קונקרטי שגילוי תוכנו עלול לפגוע באחת התכליות המנויות בתעודה). למטרה זו נועד החיסיון היחסי על תרשומות פנימיות שיצרה הפסיקה כמבואר בפסקה 6 לעיל, שבהקשר של הליכים פליליים מתבטא בהיקף ההגדרה של "חומר חקירה" לפי סעיף 74 לחסד"פ ובאיזון הנערך בגדרו של הסעיף בהתאם למקבילית הכוחות בין האינטרס הציבורי בחיסוי תרשומות פנימיות לזכות של הנאשם להליך הוגן. העברת ההגנה על תרשומות פנימיות מן "המגרש" של סעיף 74 לחסד"פ ל"מגרש" של פרק הראיות החסויות בפקודת הראיות, אינה יכולה להתקבל בשל מספר טעמים:

ראשית, החיסיון ההלכתי של תרשומות פנימיות, כמוהו כמרבית החסיונות, "בבחינת זכות יתר שעליה ניתן לוותר במפורש או במשתמע, או אף בטעות, אם לא נשמעת התנגדות במועד למסירת המידע החסוי. ואולם, לא כך לגבי החיסיון לטובת המדינה ולטובת הציבור. הוראת אי הקבילות מכוונת כלפי בית המשפט, כך שגם אם בטעות נמסרה ראייה בניגוד להוראות החיסיון, על בית המשפט להימנע מקבלתה" (עמית, בספרו הנ"ל, עמ' 744). אכן, סעיף 45 לפקודת הראיות מנוסח בלשון של איסור המופנה בין היתר כלפי בית המשפט ("בית המשפט לא יקבל"). משעה שהפסיקה הפקידה בידי רשויות התביעה את הכוח לסרב להעביר לנאשם תרשומת פנימית (בכפוף לביקורת שיפוטית לפי סעיף 74(ב) לחסד"פ), לא מתעורר צורך, ואין כל הצדקה, שהשר לביטחון הפנים יאסור על בית המשפט לקבל ראייה שתוכנה אינו עלול לפגוע בעניין ציבורי חשוב, רק בשל היותה תרשומת פנימית ואפילו אם



ניתנה לכך הסכמת התביעה.

שנית, הוצאת תעודת חיסיון חלף הימנעות ממסירת החומר להגנה במסגרת החסד"פ משפיעה גם על המבחן המשמש לאיזון בין האינטרסים השונים. לצורך הסרת חיסיון שהוטל לפי סעיף 45 לפקודת הראיות על בית המשפט להשתכנע "כי הראיה עשויה להועיל להגנת הנאשם ומידת התועלת שבה להגנה עולה על העניין שיש לא לגלותה, או שהיא חיונית להגנת הנאשם". דרישה זו לחיוניות או לתועלת שתצמח להגנה מהראיה, הוספה במסגרת תיקון מס' 17 לפקודה משנת 2016 על יסוד ההחלטה המנחה בב"ש 838/84 ליבני נ' מדינת ישראל, פ"ד לח(3) 729 (1984). באותה פרשה הבהיר כב' השופט ברק כי "יש לבחון את חשיבותה היחסית של אותה ראיה, תוך מתן משקל לראיה, בהתייחס לקשת האפשרויות שבין חשיבות אפסית לבין חיוניות מרובה", וכי החיסיון יבוטל רק אם משקל הראיה עולה על משקלו של האינטרס הציבורי אשר בגינו הוצאה תעודת חיסיון (שם, בעמ' 738). מבחן זה אינו זהה בהכרח למתכונת שעל פיה מתבצע איזון האינטרסים במסגרת סעיף 74 לחסד"פ אפילו כאשר מדובר בתרשומת פנימית. ממילא החלטת מבחן זה על גילוי תרשומת פנימית כתוצאה מהוצאת תעודת חיסיון, עשויה להחמיר עם הנאשם מעבר לצורך וללא כל טעם מבורר, בהינתן שבלאו הכי בידי התביעה לסרב להעמיד את החומר לעיונו בהתבסס על החיסיון של תרשומות פנימיות.

שלישית, העברת הדין לגבי תרשומת פנימית מהחסד"פ לפקודת הראיות פוגעת בנאשם מבחינה דיונית, שכן בעוד שעל דחיית בקשה לעיין בחומר חקירה לפי סעיף 74 לחסד"פ עומדת לנאשם זכות ערר, אין לנאשם אפשרות לערור על דחיית עתירה להסרת חיסיון, ותקיפת ההחלטה אפשרית רק במסגרת ערעור על הכרעת הדין (בש"פ 8401/96 חאג' יחיא נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(4) 869 (1996); בש"פ 3403/98 סוויסה נ' מדינת ישראל, פ"ד נב(2) 620 (1998)).

9. אין זה המופע הראשון שבו אינטרס ציבורי, חרף חשיבותו, אינו עולה כדי "עניין ציבורי חשוב" לצורך הוצאת תעודת חיסיון לפי סעיף 45 לפקודת הראיות. כידוע, בתיקון מס' 75 לחסד"פ משנת 2016 נקבע מנגנון להגבלת עיון של נאשם בחומר מודיעיני ללא היזקקות להליך של הוצאת תעודת חיסיון לפי פקודת הראיות. בדברי ההסבר להצעת החוק המתקן נאמר כי קביעת חיסיון שבדין על חומר מודיעיני נחוצה בין היתר היות ש"עלול להתרחש מצב שבו בתיק מסוים לא ניתן להצביע על נזק קונקרטי שייגרם לפעולת מערך המודיעין בשל חשיפת החומר, ועל כן לא ניתן לבקש תעודת חיסיון באותו תיק. ואולם ארגוני הפשיעה עלולים לצרף יחד מידע זה לפיסות מידע הנמסרות באופן דומה בתיקים אחרים, וכך לקבל תמונה של פעולת מערך המודיעין, באופן שיפגע בתפקודו ובהשגת מטרותיו ואף יסכן חיי אדם" (הצעות חוק הממשלה - 848, מיום 11.2.14, עמ' 396). הוא הדין לענייננו: בהעדר נזק קונקרטי שייגרם לפעולת מערך החקירה והתביעה בשל חשיפת תוכן השיחה, לא ניתן להוציא עליה תעודת חיסיון לצורך קידום האינטרס הציבורי הכללי של הגנה על תרשומות פנימיות.

דוגמא נוספת: בע"א 2629/98 השר לביטחון פנים נ' וולפא, פ"ד נו(1) 786 (2001) בוטלה תעודת חיסיון לטובת הציבור שהוצאה מכוח סעיף 45 לפקודת הראיות בעטיו של האינטרס הציבורי שלא לחשוף מקורות מידע של המשטרה. בית המשפט העליון נימק את ההחלטה בכך שבנסיבות הקונקרטיות של אותו מקרה, שבהן לא התבקש מידע לגבי מודיע שזהותו חסויה, קיימים נתונים שיש בהם "כדי להבחין מקרה זה ממקרים אחרים ולשלול במידה רבה את החשש הכללי מפני הרתעת אזרחים ממסירת מידע מפליל" (שם, עמ' 796; ההדגשה הוספה). בדומה לכך בענייננו, הנתונים הקונקרטיים הנוגעים לשיחה שמבוקש לגלות את תוכנה (המוקלט) מבדלים את המקרה ממקרים אחרים שמתעורר בהם הצורך לחסות תרשומות פנימיות במטרה להבטיח את האינטרס של עובדי הציבור לקיים שיח כן ופתוח מבלי לחשוש שדבריהם ייחשפו.



10. בהקשר זה אין בידי לקבל את טענת המאשימה כי תעודת החיסיון בענייננו הוצאה בשל כך שהשיחה בין הפרקליטים והחוקר התקיימה במקום שבו היא לא הייתה אמורה להתקיים וכפועל יוצא נקלטה בתיעוד חזותי. בידוע כי "חומר חקירה" לצורך סעיף 74 לחסד"פ אינו מוגבל לחומרים כתובים אלא כולל גם הקלטות קול או תמונה (בש"פ 2043/05 מדינת ישראל נ' זאבי, פ"ד ס(2) 446, 471 (2005); בש"פ 6022/96 מדינת ישראל נ' מזוז, פ"ד נ(3) 686, 688-689 (1996)). העובדה שההקלטה היא של שיחה בין גורמי אכיפת החוק אינה משנה את סיווגו של החומר ואינה מצדיקה להתייחס אליו באופן שונה בכל הנוגע למסלול הנורמטיבי לגיבוש החיסיון.

11. לאור הטעמים שפורטו, תעודת החיסיון מיום 29.6.15 אינה יכולה לעמוד לגבי פרט מס' 18 שבה. פועל יוצא מכך הוא שלגבי פרט זה עומדת למאשימה אחת משתי האפשרויות שנקבעו בהלכה הפסוקה למצב שבו בית המשפט מבטל תעודת חיסיון (ברירה שאותה הגדיר לאחרונה כב' השופט שטיין: "עיקרון 'האשמת - גילית'" (בש"פ 1378/20 זגורי נ' מדינת ישראל, פסקה 38 (7.4.20); ראו עוד פרשת ליבני, לעיל, בעמ' 737-736). אפשרות שלישית, שלפיה לאחר קבלת עתירה להסרת חיסיון יתחיל דיון חדש בשאלת הרלוונטיות של החומר לפי סעיף 74(ב) לחסד"פ - כפי שטוענת המאשימה שראוי לערוך במקרה הנוכחי - אינה בגדר אפשרות קיימת; ובהשאלה מדברי כב' השופט עמית: "אין לקבל מצב שבו תעודת החיסיון היא בבחינת חומה ראשונה שמעמידה התביעה, שניתן לסגת ממנה אם וכאשר בית המשפט מורה על הסרת החיסיון" (ע"פ 2403/20 מדינת ישראל נ' פלוני, פסקה 14 (9.11.20)). בחירתה של המדינה לנסות להגן על סודיות המידע על ידי הוצאת תעודת חיסיון לפי סעיף 45 לפקודת הראיות, טומנת בחובה הכרה בכך שמדובר במידע רלוונטי, וכתוצאה נטילת הסיכון שאם הנאשם יגיש עתירה לגילוי הראיה ובית המשפט ישתכנע כי יש להסיר את החיסיון או אז המידע יגולה (אלא אם כן ההליך הפלילי יופסק). כדברי כב' השופטת פרוקצ'יה:

"מקום שמדובר בראייה רלבנטית לאישום המהווה 'חומר חקירה' כמוגדר בחוק, יצרה פקודת הראיות מנגנון מיוחד לבחינת מעמדה של הראייה לצורך הצגתה במשפט במסגרת כללים הנוגעים לראיות חסיונות. כללי החסיונות עוסקים בראיות רלבנטיות המהוות 'חומר חקירה', והם בוחנים את מידת חיוניותן של ראיות כאמור להגנת הנאשם, כנגד הפגיעה העלולה להיגרם לאינטרס ציבורי כללי בהצגתן" (בש"פ 2043/05 מדינת ישראל נ' זאבי, פ"ד ס(2) 446, 461 (2005); ההדגשה במקור).

וכן דברי כב' השופטת ביניש:

"הדרך לחשוף את חומר החקירה החסוי בהעדר ויתור על החיסיון אינה בערר על פי סעיף 74(ה), אלא בהליך שנועד להסרת החיסיון. עם הסרת החיסיון, תהיה התביעה מחויבת להעבירו לידי הסניגוריה כמו כל חומר חקירה אחר, בהתאם להליך הקבוע בסעיף 74 לחוק" (בש"פ 5400/01 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 3 (6.8.01); ההדגשה הוספה).

12. לאותה תוצאה ניתן להגיע גם בדרך הבאה: הוצאת תעודת החיסיון על תוכן המקטע שבמחלוקת הביאה להכפפת החומר להוראת סעיף 74(ו) לחסד"פ: "אין בסעיף זה כדי לפגוע בהוראות פרק ג' לפקודת הראיות [נוסח חדש], תשל"א-1971, כמו גם להוראת סעיף 78 רישא לחוק זה: "הוראות סעיף 74 אינן חלות על חומר שאי-גילוי מותר או שגילוי אסור לפי כל דין". כתוצאה מתחולת הוראות אלו נחסמה בפני נאשם 4 (העותר) הדרך לבקש מבית משפט זה את העמדת החומר לעיונו לפי סעיף 74(ב) לחסד"פ או לערור לבית המשפט העליון לפי סעיף 74(ה) על החלטה בבקשה לפי סעיף 74(ב). לעניין זה ראו בש"פ 687/96 גיל נ' מדינת



ישראל, פ"ד נג(3) 804 (1999), שבו אושרה החלטת בית המשפט המחוזי לדחות בקשה של נאשם לגילוי חומר חקירה לפי סעיף 74(ב) לחסד"פ, ובעיקר חומר שלגביו הוציא שר המשטרה תעודת חיסיון לפי סעיף 45 לפקודת הראיות והנאשם כפר בחוקיות התעודה בטענה שהוצאתה נעשתה לאחר חלוף המועד שבו מותר היה להוציאה. דחיית בקשת הנאשם לעיון בחומר נומקה בכך שבהתאם למבחנים הקבועים בפקודת הראיות לא נמצאה עילה לביטול החיסיון בידי בית המשפט. כב' השופט מצא הוסיף, לצד אישור החלטת בית המשפט המחוזי, כי לנאשם אף לא עמדה הזכות לערור לבית המשפט העליון למרות שהוא הכתיר את בקשתו לבית המשפט המחוזי כבקשה לפי סעיף 74(ב) לחסד"פ:

"מעת שהוצאה תעודת חיסיון, הדרך היחידה הפתוחה בפני נאשם המבקש לעיון בחומר שהתעודה אוסרת את מסירתו, היא הגשת עתירה לגילוי הראיה. במסגרת הדיון בעתירה כזאת, בין שהוגשה לפני תחילתה של פרשת הראיות ובין שהוגשה במהלכו של המשפט, רשאי הנאשם להעלות כל טענה שבכוחה (אם תתקבל) לשכנע את בית המשפט להיענות לבקשתו ולחייב את המדינה לגלות לו את החומר החסוי. דין החלטתו של בית המשפט בעתירה כזאת כדין כל החלטת ביניים במשפט פלילי בנושא קבילותן של ראיות, וסעדו האפשרי היחיד של הנפגע מהחלטה כזאת הוא הגשת ערעור על הכרעת הדין שתינתן במשפט, אם וכאשר תקים לו ההכרעה זכות ערעור. ודוק: סיווגה של עתירה לגילוי ראיה, בתורת שכזאת, איננו נגזר מן הכותרת המתנוססת בראשה, או מסוג הטענות שעליהן היא נסמכת... גם בקשה לעיון בחומר חקירה שיש לגביו תעודת חיסיון, הסומכת על היותה של התעודה בטלה מעיקרה, אף היא בגדר עתירה לגילוי ראיה, שההחלטה בה אינה מקימה זכות ערר" (שם, בעמ' 812-813).

בדומה דבריו של כב' השופט קדמי:

"בקשה לעיון בחומר חקירה שהוצאה לגביו תעודת חיסיון, משקפת למעשה עתירה להסרת החיסיון, שהרי כל עוד תעודת החיסיון בתוקפה - אין מקום לעיון. בבקשה כזו יש לדון אפוא כאילו הייתה מלכתחילה עתירה להסרת חיסיון. כך הם פני הדברים כאשר תעודת החיסיון מוצאת לפני הגשת כתב האישום, וכך הם פני הדברים, כאשר מדובר בתעודת חיסיון שהוצאה במועד מאוחר יותר. הכותרת 'בקשה לעיון בחומר חקירה' אינה משנה את אופייה האמיתי של הבקשה" (שם, בעמ' 816; ראו בדומה בש"פ 4859/10 הררי נ' מדינת ישראל (7.7.10); בש"פ 8935/04 אוחיון נ' מדינת ישראל, פ"ד נט(3) 49, 53-55 (2004)).

בהתאם לכך נקבע בהנחיית פרקליט המדינה מס' 6.1 בנושא "עיון הנאשם בחומר החקירה לאחר הגשת כתב אישום נגדו", סעיף 30:

"הדרך להביא לחשיפת חומר שחל לגביו חיסיון בפני הסניגוריה, אינה בהליך לפי סעיף 74 אלא בהליך להסרת החיסיון, בהתאם להוראות פרק ג' לפקודת הראיות, או הדין שקבע את החיסיון".

נאשם 4 הלך אפוא בדרך היחידה שעמדה לרשותו על פי הדין לצורך השגת אפשרות עיון בתוכן מקטע ההקלטה, בהינתן שמעת שהוצאה תעודת החיסיון לא עמדה בפניו כל אפשרות להגיש בקשה לעיון בחומר לפי סעיף 74(ב) לחסד"פ הגם שטענתו הייתה כי תעודת החיסיון נטולת תוקף מעיקרה. משעה שהגשת העתירה הייתה הדרך היחידה לקבלת אפשרות עיון בחומר, קבלת העתירה מהווה ההכרעה היחידה בעניין זה, ואחריה אין ולא כלום.

13. התוצאה היא שהעתירה מתקבלת לגבי פרט מס' 18 בתעודת החיסיון מיום 29.6.15. טענת המאשימה כי אין עליה לגלות חומר זה לפי סעיף 74 לחסד"פ, נדחת.



המזכירות תשלח את ההחלטה לב"כ הצדדים.

ניתנה היום, י"ז אייר תשפ"ב, 18 מאי 2022, בהעדר הצדדים.