



ת"פ 66313/12/15 - אליהו ארוש, נחמן בן דוד נגד מדינת ישראל

בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"פ 66313-12-15 מדינת ישראל נ' עליאש ואח'

לפני	כבוד השופטת לימור מרגולין-יחידי
מבקשים	אליהו ארוש
	ע"י ב"כ עו"ד פינטו - גפסון
	נחמן בן דוד
	ע"י ב"כ עו"ד ציוני
נגד	מדינת ישראל
משיבים	ע"י ב"כ עו"ד תבור ואפלבוים-גרוזמן

החלטה

עניינה של החלטה זו בבקשת המאשימה להגיש כמוצגי תביעה, במהלך פרשת התביעה, פרוטוקולים של עדויות נאשמים 15 ו- 13 בהליך אחר מוקדם, שלא היוו חלק מחומר החקירה בהליך שלפניי במועד הגשת כתב האישום.

השתלשלות הארועים ביחס לאיתור הפרוטוקולים מההליך המוקדם

העדויות נושא הבקשה ניתנו במסגרת ת.פ. (י-ם) 2077/06 מדינת ישראל נ' אריש, כשנאשם 15 היה אחד הנאשמים, ונאשם 13 העיד כעד הגנה מטעמו (להלן: "ההליך המוקדם").

אין מחלוקת בין הצדדים בדבר פוטנציאל הרלבנטיות של גרסת נאשמים 15 ו-13 בהליך המוקדם לנושאים הטעונים הכרעה בהליך שלפניי, בכל הנוגע למעמדם של נאשמים 15 ו- 13 בנאשמת 8, וזאת במנותק מטענות הנוגעות למשקל הדברים ונסיבות אמירתם.

אין מחלוקת שבחומר החקירה היה מצוי מקטע מתוך הכרעת הדין בהליך המוקדם, בו קיימת התייחסות לגרסת נאשמים 15 ו- 13 בכל הנוגע למעמדם בנאשמת 8, ואף אין מחלוקת שהמאשימה אינה יכולה להגיש כראייה את המקטע מהכרעת הדין.



הפרוטוקולים של עדויות נאשמים 13 ו- 15 בהליך המוקדם לא היו ברשות המאשימה בעת הגשת כתב האישום, ולא היו חלק מחומר החקירה, הגם שהובהר שנעשו ניסיונות בשלב החקירה לאתרם, בין היתר בפניית חוקרי רשות המיסים למזכירות ביהמ"ש בירושלים.

הן המאשימה והן ב"כ נאשם 15 ראו חשיבות באיתור הפרוטוקולים מההליך המוקדם. המאשימה, כך הובהר, כדי לעבות את ראיותיה, בעיקר בעניינו של נאשם 15, אך גם בעניינו של נאשם 13, בכל הנוגע למעמדם בנאשמת 8, והסנגורית על מנת להיערך להגנת נאשם 15.

לאחר הגשת כתב האישום, עם מינויה, פנתה ב"כ נאשם 15 למאשימה בבקשה לאיתור הפרוטוקולים מההליך המוקדם וקבלתם, כמו גם חומרים נוספים מהתיק, המאשימה נענתה לפנייה, ולאחר פרק זמן הודיעה לסנגורית כי לא הצליחה לאתר את החומרים.

בנסיבות המתוארות ביקשה הסנגורית מביהמ"ש שלא ליתן מענה לאישום מטעם נאשם 15 עד לאחר קבלת החומרים מההליך המוקדם.

בהתחשב בכך שמועד תחילת שמיעת הראיות נקבע ליום 1.2.17, ובשל הצורך בתחילת גדרי המחלוקת בין הצדדים עובר למועד הבאת הראיות, לא נעניתי לבקשה. עם זאת, הלכה למעשה לא הוגשה תשובת נאשם 15 לאישום טרם תחילת שמיעת הראיות, ובדין בו החלו להשמע ראיות, ביום 1.2.17, לאחר שהסנגורית הביעה שוב את עמדתה כי החומר חשוב מבחינתה, אפשרתי לה לכפור כפירה כללית בלבד ולפרט את הכפירה רק בחלוף שלושים ימים נוספים. זאת, כדי שאם יתקבלו הפרוטוקולים מההליך המוקדם בתקופת האורכה, תוכל הסנגורית להציג את קו ההגנה של נאשם 15 בהתחשב באמור בהם, ואם יתקבלו הפרוטוקולים במועד מאוחר יותר, תוכל לבקש ששינוי בקו ההגנה של נאשם 15 לא יעמוד לחובתו. לצד זאת, הצעתי לסנגורית להגיש עתירה לביהמ"ש לקבל את הפרוטוקולים ולקיים את הדיון בבקשה בהקדם ואף בפניי, כדי לאפשר לסנגורית למצות את מהלכיה ולקבל לידיה כל חומר רלבנטי להליך בטרם מתן תשובה מפורטת לאישום.

ואולם, הסנגורית נמנעה מטעמים השמורים עמה מנקיטת כל הליך נוסף באותה עת, היינו לא הגישה עתירה כלשהי בהליך שלפניי, ובאותו מועד לא הגישה לביהמ"ש בירושלים בקשה לעיון בתיק מטעם נאשם 15 כבעל דין. חלף זאת, הוגשה הכפירה המפורטת ביום 16.2.17, בטרם חלפה האורכה.

עתירת המאשימה להגיש את הפרוטוקולים שבמחלוקת נשמעה לראשונה ביום 5.4.17.

ב"כ נאשם 15 ונאשם 13 הביעו בדין את התנגדותם להגשת הפרוטוקולים.

באותו דיון, בשל ריבוי הטענות וגיווןן, הוריתי לצדדים להעלות את טענותיהם על הכתב, ואכן הוגשו טיעונים בכתב מטעם כל הצדדים. לבקשת ב"כ נאשם 15 אפשרתי השלמה של הטיעון בע"פ לאחר חקירת יחיאל ארד מרשות המיסים. כמו



כן לצורך בחינת טענות הגנה מן הצדק שהועלו הקשורות בין היתר לעדים שנשמעו בפרשת התביעה, המתנתי לסיום פרשת התביעה, וזאת לאור עמידת הסנגורית על עתירתה שההכרעה בטענות לפגיעה בהליך הוגן תנתן אף היא בטרם פרשת ההגנה.

לזו הסוגיות שבמחלוקת

טיעוני הצדדים עוסקים בארבעה היבטים עיקריים, שהם עצמאיים, אם כי משליכים זה על זה:

ההיבט הראשון, נוגע למעמד הפרוטוקולים מההליך המוקדם, והאפשרות להגישם בפרשת התביעה ללא עד, כאמרת חוץ של נאשם, כמו גם טענות הנוגעות לפגיעה בזכות הנאשמים לאזרה מפני הפללה עצמית המשליכה על האפשרות לעשות בעדויות שימוש כלשהו.

ההיבט השני, נוגע לנסיבות ולעיתוי השגת הפרוטוקולים, לאחר הגשת כתב האישום, בהקשרן של ההלכות הנוגעות לביצוע השלמות חקירה ולאיסוף של חומרי חקירה באיחור והאפשרות לעשות בהם שימוש.

ההיבט השלישי, עוסק בשאלת הפגיעה בהגנת הנאשמים ובהזדמנות הסבירה שלהם להתגונן בהיבטים המהותיים והדיוניים, היינו בבחירת קו הגנה ובצורך לשנותו, כמו גם בהשפעה של הכשרת הפרוטוקולים בדיעבד על חקירות עדים והצגת ראיות, לרבות טענה לפגיעה ביכולת נאשם 15 לטעון שאין להשיב לאשמה.

ההיבט הרביעי, עניינו בפגיעה נטענת בהליך ההוגן, המצדיקה לפי טענת ההגנה תוצאה של אי קבלת הפרוטוקולים כראייה, וזאת בשל שלושה טעמים: האחד, בשל ניצול מידע שמסרה ב"כ נאשם 15 למאשימה במהלך מפגש ביניהם וביצוע פעולות שהניבו את איתור הפרוטוקולים רק בשל אותו מידע, והכל כדי לצלוח טענה שאין להשיב לאשמה ולהרשיע את נאשם 15 בכל מחיר. השני, באיתור מאוחר סלקטיבי רק של הפרוטוקולים אך לא של סיכומי המאשימה, הדרושים להגנה להוכחות דיבור בשני קולות. השלישי, בעצם דיבור המדינה בשני הליכים פליליים בשני קולות. יצוין כי טענות אלה הן רלבנטיות רק אם המסקנה היא שהפרוטוקול קביל כראייה.

מעמד הפרוטוקולים - הגשתם ללא עד ומשמעות העדר אזהרה ביחס להפללה עצמית

דומה שההגנה אינה חולקת על כך שהודיית נאשם מחוץ לכותלי ביהמ"ש יכולה להימסר אף במסגרתו של הליך שיפוטי אחר בו מעיד הנאשם, והדברים הם בבחינת מושכלות ראשונים (י. קדמי "על הראיות" (חלק ראשון) בע' 17 - 18).

בכל הנוגע להגשת הפרוטוקולים להגנה שתי טענות עיקריות: הראשונה, לפיה משלא הוזהרו הנאשמים בהליך המוקדם בדבר זכותם להמנע מהפללה עצמית, לא ניתן לעשות כלל שימוש בפרוטוקולים של עדויותיהם בשל הפגיעה בזכויותיהם. טענה זו היא במישור הראייתי - המהותי, ויש בה שלילה של האפשרות להכשיר את הפרוטוקולים בכל שלב של ההליך לפני ובכל דרך.



הטענה השניה, המכוונת למצב שבו ביהמ"ש אינו פוסל את קבילות הפרוטוקולים באופן גורף, מתמקדת בהיבט הראייתי של אופן הכשרת הפרוטוקולים כראייה, ולפיה יש להוכיח את נסיבות מסירת האמרות המפורטות בפרוטוקולים באמצעות עד ו/או באמצעות הנאשמים, ולא ניתן להגיש את הפרוטוקולים כשלעצמם ללא עד שיכשירם. בהתאם לטענה זו, בהנתן העובדה שאין למאשימה עד תביעה שיכשיר את הפרוטוקולים, הרי שניתן יהיה להגישם רק בשלב החקירה הנגדית של נאשמים 15 ו- 13 באמצעות הנאשמים.

הטענה לפיה הפרוטוקולים אינם יכולים להיות קבילים משום שקופחה זכות נאשמים 15 ו- 13 להמנע מהפללה עצמית בעת מסירת עדותם בהליך המוקדם, עומדת, להשקפתי, בניגוד להוראות הדין ולאופן שבו מפורשת הזכות להמנע מהפללה עצמית, וכן אינה מתיישבת עם השכל הישר בנסיבותיהם הקונקרטיות של ההליך המוקדם ושל ההליך שלפני.

סעיף 47 לפקודת הראיות [נוסח חדש], תשל"א - 1971 (להלן: "פקודת הראיות"), שכותרתו "**ראיות מפלילות**", קובע שאין אדם חייב למסור ראייה אם יש בה הודיה בעובדה שהיא יסוד מיסודותיה של עבירה שהוא מואשם בה או עשוי להיות מואשם בה. ודוק, החסיון מפני הפללה עצמית אינו קובע כללים של חוסר קבילות, אינו אוסר על קבלת ראייה מפלילה ככל שנמסרה, ואינו קובע חסיון מוחלט. מדובר בזכות לחסיון שהיא במידה רבה רדומה, במובן זה שהיא מצויה בראש ובראשונה בידיעתו האישית של האדם שמתבקש למסור ראייה, והוא שאמור לעורר אותה ולבקש הגנה מפני אפשרות להפללה עצמית, כקבוע ברישא של ס"ק (ב), לפיה: "**ביקש אדם להימנע ממסירת ראייה מחמת שהיא עשויה להפלילו**". זאת ועוד, העתירה להמנע ממסירת ראייה מפלילה תכליתה לאפשר לאדם להמנע ממסירת ראיות שעשויות להפלילו, ובהתאמה מקומה הגיאוגרפי בשלב שקודם למסירת הראייה. עשה אדם שימוש בזכותו האמורה, וביהמ"ש נענה לבקשתו, לא יידרש למסור ראייה מפלילה, ואם הורה לו ביהמ"ש למסור את הראייה למרות טענתו להפללה עצמית, הרי שהוא מוגן מפני השימוש באותה ראייה לצורך הפללתו בהליך אחר. לעומת זאת, אם לא נעשה שימוש בזכות האמורה, והאדם השיב ללא התנגדות, הרי שככלל הוא מוחזק כמי שויתר על החסיון, אין הוא יכול לעתור בדיעבד לחסות את דבריו, ותשובתו קבילה כראייה נגדו בכל הליך ובכל עת (י. קדמי "**על הראיות**" (חלק שלישי) בע' 1056, 1060, 1062).

ועוד ראוי לציין, כי על ביהמ"ש לא מוטלת חובה גורפת להזהיר את האדם בטרם מסירת הראייה, בדבר הזכות להמנע מהפללה עצמית, ולא תשמע טענה שלא הוסבה תשומת הלב לזכות להמנע מהפללה עצמית. במיוחד נכונים הדברים בהקשרו של נאשם המיוצג במשפט בו הוא מוסר את הראייה, ועולה להעיד להגנתו, כשבהקשר זה יש לזכור שהזכות להמנע מפני הפללה עצמית אינה חלה על נאשם שבחר להעיד במשפטו לגבי העבירה בה הוא מואשם באותו משפט (סעיף 47(ג) לפקודת הראיות). למען שלמות התמונה, יצוין כי בהקשרו של עד שאינו מיוצג, נקבע בהלכה הפסוקה שבאותם מקרים שהאפשרות להפללה עצמית מזדקרת לעיני ביהמ"ש, ראוי שביהמ"ש יעמיד את העד על זכותו להמנע מהפללה עצמית. מבלי למעט מן האמור, נקבע שאם לא הועמד העד על זכותו ומסר את הראיות המפלילות, אין בכך כדי לפגוע בקבילותן, אלא לכל היותר להשפיע על משקלן (קדמי לעיל, בע' 1062).

יישום ההלכות האמורות על העדויות שמסרו נאשמים 15 ו- 13 בהליך המוקדם, בהתחשב בזיקתן להליך שלפני, מעלה כי בהתאם להוראות הדין אין בסיס לדרישה להעניק חסינות בדיעבד לאותן עדויות, אף אם הן עשויות לתרום להפללת הנאשמים, ואף אין הצדקה לציפייה מצד הנאשמים לקבל חסינות בדיעבד. זאת, בהתחשב בכך שלפי המידע שנמסר על



ידי הצדדים - שכן את הפרוטוקולים של העדויות לא ראיתי - נאשם 15 בחר מיוזמתו למסור את הדברים בפרשת ההגנה שניהל במסגרת חקירתו הראשית, ואף העיד לשם כך את נאשם 13 כעד הגנה, וביקש באמצעות תשובותיו ועדות נאשם 13, לבסס טענות הגנה בהליך המוקדם, כך שממילא לא יכול היה להנות מזכות להמנע מפני הפללה עצמית. בנוסף, נאשם 15 היה מיוצג, רק הוא ידע באותה עת את המשמעות של תשובותיו ביחס למעמדו בנאשמת 8 בכל הנוגע לעבירות נוספות, כשמדובר בעדות שניתנה שנים אחדות לפני החקירות בהליך שלפניי, ובנושא שהוא כשלעצמו ניטרלי לחלוטין - מעמדו של הנאשם כמנהל/בעלים בחברה שהיא חוקית ולגיטימית, והוא יכול היה להיוועץ בעורך דינו בעניין זה במידת הצורך. לכך יש להוסיף את העובדה שנאשם 15 לא ביקש לעשות שימוש בזכות להמנע מהפללה עצמית בשום שלב, אלא מסר מרצונו את עדותו. בנסיבות אלה, לא הייתה מוטלת על שום גורם החובה להעמידו על האפשרות שיפיל את עצמו, כשהאפשרות של סיכון להפללה עצמית כלל לא הייתה בידעת גורם שהוא זולת נאשמים 15 ו- 13. אותם הדברים נכונים בהתאמות המחויבות גם ביחס לנאשם 13, שבחר להעיד כעד הגנה. נאשם 13 אמנם לא היה מיוצג, אך תשובותיו ביחס למעמדו ומעמד נאשם 15 בנאשמת 8 אינן מסוג התשובות שאפשרות ההפללה העצמית מזדקרת בהן, עד כי היה מצופה מגורם כלשהו להזהירו מפני השלכות עדותו.

לאור המקובץ, טענת ההגנה לפיה לא ניתן לעשות שימוש בפרוטוקולים ובעדויות המתועדות בהם, ולא ניתן להגישם לביהמ"ש בשל הפגיעה בזכות להמנע מהפללה עצמית, נדחת.

הטענה הנוספת נוגעת לאופן הגשת הפרוטוקול ועיתוי הגשתו. לטענת ההגנה, הגשת הפרוטוקול מחייבת העדת עד רלבנטי ביחס לנסיבות מתן האמרה, וזאת מכוח הוראות סעיפים 11 ו- 12 לפקודת הראיות. אלא שבכל הנוגע לפרוטוקול ביהמ"ש קיימות הוראות ספציפיות מיוחדות המפורטות בסעיפים 134 - 139 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], תשמ"ב - 1982. הוראות אלה קובעות את חובת ביהמ"ש לתעד את מהלך המשפט בפרוטוקול שישקף את כל שהתרחש במשפט וכל שנאמר במסגרת הבאת הראיות, מאפשרות תיקון של הפרוטוקול במידת הצורך, ומורות בסעיף 139 שכותרתו "**הפרוטוקול - ראייה לכאורה**", כי: "**פרוטוקול ישמש ראיה לכאורה למהלך המשפט**". משכך, בהעדר ראייה לסתור, מתקבל פרוטוקול דיון של הליך שיפוטי כראייה לעצם קיומו ולהיותו אמיתי, במובן אותנטיות התיעוד שבו, היינו שהדברים נאמרו על ידי מי שנרשם כדובר בפרוטוקול, בעיתוי ובנסיבות שתועדו בפרוטוקול, וזאת להבדיל מראייה לאמיתות האמור בו. כפועל יוצא מכך, בהקשר של קיומו והאותנטיות שלו מהווה הפרוטוקול מסמך שלא נדרש עד שיכשירו, ובמובן זה הוא דומה במהותו לתעודה ציבורית, הגם שהאחרונה מתקבלת ללא עד גם כראייה לקיומה ולהיותה אותנטית, ובשונה מפרוטוקול גם לאמיתות תוכנה (ע"פ 312/73 **מצרוה נ' מדינת ישראל**, י. קדמי "**על הראיות**" (חלק שני) בע' 654 - 655).

מטיעוני ההגנה עולה שלא התבקש תיקון הפרוטוקול בהליך המוקדם, ולא נטענו טענות על ידי נאשם 15, לפיהן הפרוטוקול לא משקף את שאמרו הוא ועד ההגנה מטעמו, נאשם 13. להיפך, כמשתמע מטיעוני הצדדים, הדברים המתועדים בפרוטוקול נאמרו על ידי הנאשמים 15 ו- 13 לקידום טענת הגנה, כשעל אותה טענה חזר נאשם 15 גם בביהמ"ש עליון. גם בטיעון לפניי לא נטען שנפלה טעות בתיעוד הדברים בפרוטוקולים.

בנסיבות אלה, מהווים הפרוטוקולים ראייה לכאורה לכך שהדברים המתועדים בהם מפי נאשמים 15 ו- 13 אכן נאמרו על ידם בהליך המוקדם, ואין צורך בעד שהוא, לבטח לא המותב ששמע את ההליך המוקדם, שיאשר את אותנטיות



התיעוד.

למען שלמות התמונה יובהר כי אין במסקנה זו כדי להביע עמדה לגבי משקל האמרות של הנאשמים, לרבות בהקשר של טענות שנרמזו שלא נמסרו עובדות אמת בהליך המוקדם כדי לקדם קו הגנה מסוים, כשבטענות אלה, משמעותן ומשקל האמרות ניתן יהיה להכריע רק בתום ההליך.

כעולה מן המקובץ, הפרוטוקולים קבילים כראיות ואין צורך בעד לשם הגשתם.

הפקת הפרוטוקולים לאחר הגשת כת"א - אפשרות המאשימה להשתמש בחומר

הפעולה שביצע ב"כ המאשימה לאחר הגשת כתב האישום בעצם הפקת הפרוטוקולים מההליך המוקדם, מהווה מעין פעולה של השלמת חקירה, שלא בוצעה על ידי גורמי חקירה אלא על ידי גורמי התביעה. בנסיבות אלה אבחן אותה ברוח הנחיית פרקליט המדינה מס' 6.11 שעניינה "השלמת חקירה לאחר הגשת כתב אישום" (להלן: "ההנחייה").

בהתאם להנחייה, בקבלת החלטה מראש אם לבצע השלמת חקירה, יש משמעות לשיקולים שונים שפורטו בהרחבה בהנחייה, ואין צורך לפרטם במסגרת החלטה זו. יישום חלק מאותם שיקולים במסגרת ביקורת שיפוטית על התנהלות המאשימה, מעלה כי מתקיימים השיקולים הבאים: ראשית, השלמת החקירה לאחר הגשת כתב האישום מהווה המשך ישיר לפעולות חקירה להשגת הפרוטוקולים שבוצעו על ידי גורמי החקירה טרם הגשת כתב האישום (סעיף 10 להנחייה). שנית, הפעולות הראשונות לאיתור הפרוטוקולים לאחר הגשת כתב האישום, נעשו לבקשת ב"כ נאשם 15 (סעיף 7(4) להנחייה), הגם שלא הניבו תוצאות. שלישית, מדובר בפעולה מעין טכנית של שליפת פרוטוקולים קיימים מתוך תיק ביהמ"ש, ואין מדובר בהשלמת חקירה לשם יצירת ראיות חדשות (סעיף 9(2) להנחייה ה"ש 4).

בחינת הנתונים דלעיל מעלה שהתנהלות המאשימה אמנם אינה בדרך המלך, עם זאת, יש משמעות לכך שמתקיימים שיקולים כמפורט לעיל, המתיישבים עם אפשרות לביצוע הפעולה הנזכרת בהתאם לרוח ההנחייה.

זאת ועוד, לא זו בלבד שפעולת ההשלמה הייתה מעין טכנית, כאמור, אלא גם שבעקבות הפעולה שבוצעה לא היה חידוש מבחינת תוכן המידע שנאסף, שכן בחומר החקירה שהיה קיים בתיק עם הגשת כתב האישום, יש את סיכום אותו מידע, כפי שהשתקף במקטע מתוך הכרעת הדין בהליך המוקדם. אמנם מדובר היה בראייה שלא ניתן לעשות בה שימוש, אף שניתן היה להטיחה בפני הנאשמים, אך בכל הנוגע לעצם הידיעה על תוכן הפרוטוקולים, לא בא המידע בהפתעה לסנגורים, ואכן, לא נטען שהיה בו חידוש.

בנוסף, יש משמעות לכך שתוכן החומרים נושא ההשלמה מצוי בראש ובראשונה בידיעת הנאשמים, הן במובן זה שהם בעלי הידיעה הטובה ביותר ביחס למעמדם בנאשמת 8, והן במובן זה שהם אלה שמסרוהו בשעתו בהליך המוקדם, כך שעבורם באופן ספציפי לא באו הדברים בהפתעה.



צירוף כל השיקולים שפורטו, מביאני למסקנה שאף שהיה מקום למאמץ רב יותר מצד גורמי החקירה בפעולות לאיתור הפרוטוקולים בטרם הגשת כתב האישום, ואף שלא בוצעה פעולת השלמת חקירה בדרך המלך, כאמור, אין מקום שלא לאפשר את הגשת הפרוטוקולים מטעמים הקשורים בעיתוי הפקתם, וזאת כמובן בכפוף לכך שאשתכנע כי ניתנת לנאשמים הזדמנות סבירה להתגונן, ועל כך אעמוד בהמשך.

להשלמת פרק זה, ראוי להעיר שבטיעון מפורט בדיון ביום 5.4.17, לא טענה ב"כ נאשם 15 שלא ניתן להגיש את הפרוטוקולים כלל, ולא חלקה על זכותה של המאשימה לעמת את נאשם 15 עם הפרוטוקול במסגרת פרשת ההגנה בחקירתו הנגדית, ובלשונה: **"אז למה זה צריך להיות עכשיו? פרשת הגנה שיחקרו אותו שיחקרו אותו על זה. למה זה צריך להיות עכשיו?"** (ע' 1936). עיקר טענתה של הסנגורית, אם כן, בהקשר זה נגע לעיתוי הגשת הראייה, וזאת בשל רצונה שהראייה לא תהא מונחת בפני ביהמ"ש בשלב של סיום פרשת התביעה והעלאת טענה שאין להשיב לאשמה, כפי שהבהירה בפתח התנגדותה: **"לאור הבעיות שישנם בטענות בתיק, אני מחכה ל no case, אני מחכה ל no case מועכשיו בעצם כל הקו שלי משתנה"** וכן: **"ללא הראייה הזאת יכולנו לטעון no case"** (ע' 1926, 1937). הנה כי כן, לא עצם פעולת ההפקה של הפרוטוקולים לאחר הגשת כתב האישום על ידי המאשימה שלא בדרך המלך, הוא שעמד בבסיס טרוניית ב"כ נאשם 15, אלא עיתוי הגשתם, נושא שההגנה רואה בו פגיעה בהגנת נאשם 15, ויבחן להלן במסגרת בחינת שאלת הפגיעה בהזדמנות הסבירה להתגונן.

ההזדמנות הסבירה להתגונן והפגיעה הנטענת בהגנת הנאשמים

שאלת הפגיעה בהגנת הנאשמים ובהזדמנות הסבירה להתגונן, שהיא, כמובן, השאלה המרכזית במסגרת ההחלטה שלפניי, נבחנת בפן המהותי והדיוני, מבחינת ההשפעה על קו ההגנה ועל אופן ההתנהלות הדיונית בחקירת עדים, בהבאת ראיות ובניהול ההגנה. בהקשר זה יש לזכור כי הבחינה היא אם בנסיבות העניין נגרם לנאשמים עיוות דין ואי צדק בשל הגשת הפרוטוקולים שבמחלוקת, ולא אם יש בפרוטוקולים תרומה לביסוס התזה של המאשימה, שכן הנחת המוצא היא שהמאשימה מבקשת להגיש את הראיות מטעמה, משום שהיא סבורה כי בכך היא מעבה את ראיותיה נגד הנאשמים ועמדה זו כשלעצמה, היא ככלל עניינית וסבירה. זאת ועוד, את מידת הפגיעה בהזדמנות הסבירה להתגונן, יש לבחון על סמך טענות קונקרטיות להבדיל מהצהרות כלליות, תוך שנלקחים בחשבון גם פתרונות שתכליתם הקטנת עוצמת הפגיעה הפוטנציאלית.

ב"כ נאשם 15 טוענת שהכפירה המפורטת שמסרה התבססה על כך שלא קיים חומר מתוך ההליך המוקדם שניתן להגישו ואף להציגו לנאשם 15, וכי אם יוגשו הפרוטוקולים תאלץ לשנות את התשובה לאישום, כשעצם השינוי כמו גם תוכן השינוי יפגעו בנאשם 15, שיאלץ להסביר את הדברים. עוד היא מדגישה כי שליפת הפרוטוקולים על ידי המאשימה וההצהרה על הרצון להגישם, בוצעו לאחר 15 ישיבות, ולאחר שחקרה עדים בהתאם לקו ההגנה שגיבשה. יוער כי על אף הערות מצד המאשימה לא פירטה הסנגורית בטיעוניה באופן קונקרטי טענות ביחס לעד מסויים או ראייה ספציפית. ב"כ נאשם 13 הצטרף לטיעוני חברתו, מבלי שהוסיף פירוט ביחס לפגיעה הנטענת בהגנת נאשם 13.

ב"כ המאשימה בתגובתם הדגישו כי עד למועד שבו התבקשה הגשת הפרוטוקולים, נחקרו עדים ספורים בלבד, אשר כלל לא הכירו את נאשמת 8 ואת נאשמים 15 ו- 13, וממילא חקירותיהם על ידי הסנגורים של נאשמים 15 ו- 13 היו מצומצמות ולא נגעו למעמד הנאשמים בנאשמת 8. לאחר מועד זה הורה ביהמ"ש להגנה לנהל את הגנתה תוך לקיחה



בחשבון של האפשרות שהפרוטוקולים יתקבלו כראייה, כך שבעת חקירת העד המרכזי פדוא שייח, כבר הייתה ההגנה ערוכה לשינוי האפשרי. בנוסף, ציינו ב"כ המאשימה כי ביהמ"ש העלה אפשרות שההגנה תגיש במידת הצורך תשובה חדשה, והמאשימה לא תוכל לעשות שימוש בתשובה המקורית, כך שתוכנה, כמו גם אי ההתאמה בינה לבין התשובה המקורית, ככל שקיימת, לא יעלו כלל. לפיכך, לטענתם לא נגרם עיוות דין לנאשמים.

בחינה של מכלול הנתונים מעלה כי קיימת פגיעה מסוימת בהגנת הנאשמים, בעיקר נאשם 15, הנובעת מהעובדה שהתשובה לאישום הוגשה על בסיס הראיות שהיו קיימות בתיק במועד התשובה, וגיבוש קו הגנה בהתאם אליהן. עם זאת, כפי שצוין בפתיח, ניתנה להגנה האפשרות להשהות את מועד הגשת כפירתה המפורטת, ולמצות קודם לכן מהלכים לאיתור הפרוטוקולים, והיא בחרה מטעמיה לא לעשות זאת. בכך, במידה מסוימת חשפה ההגנה את עצמה לקושי עליו היא מלינה בטיעונה.

בנוסף, גם במצב הדברים הקיים, מידת הפגיעה תחומה, וזאת בהתחשב בכך שפרשת ההגנה טרם החלה וממילא נאשם 15 ו- 13 לא העידו, וכן בהתחשב בעובדה שבכל ימי הדיונים שקדמו לבקשה, העידו שלושה עדים בלבד הנוגעים לנאשמת 8 ו/או לנאשם 15 (פאוזי חסונה, אבו שקרה, אליהו אליצור), ובמועד של הגשת הבקשה, כשכוונת המאשימה הייתה ידועה לסנגורים, העיד עד נוסף (יוסף קנפלמכר), ואף לא אחד מהעדים התייחס למעמד הנאשמים 15 ו- 13 בנאשמת 8. בהקשר של הטענה לפגיעה בהגנת הנאשמים, יש לחזור ולהזכיר שהמידע בפרוטוקולים מצוי היה בידיעת ההגנה והנאשמים, כך שאין מדובר במידע חדש או מפתיע.

לכך יש להוסיף את העובדה שקיימים מנגנונים ברורים לצמצום מידת הפגיעה, בכך שאותם עדים יעידו פעם נוספת, אם יש בכך צורך, וכן שתנתן להגנה האפשרות להגיש תשובה אחרת לאישום, תוך שהתשובה המקורית או אזכורים שלה בכל הקשר, לא יהוו חלק מפרוטוקול ביהמ"ש ויוצאו מהתיק, כך שלא ניתן יהיה להתייחס לתשובה המקורית בכל דרך.

אשר לפגיעה הנטענת בהגנת נאשם 15 בשל סיכול תכניתו לטעון שאין להשיב לאשמה אם יוגשו הפרוטוקולים, ספק בעיניי אם מהלך דיוני מתוכנן שאמור להתרחש בסיום פרשת התביעה, נמנה על אותם נושאים המבססים פגיעה מהותית בהגנת נאשם הראויה להגנת ביהמ"ש, שכן הפגיעה הנטענת מתמקדת, אם לא מתמצה, בנקודת זמן אחת במהלך התיק והיא בעלת היבטים טקטיים יותר מאשר מהותיים, אם כי איני מוצאת צורך להביע עמדה חד משמעית בעניין זה. אעיר, עם זאת, שלא נוכחתי שהראייה היחידה בתיק בנושא מעמד הנאשמים 15 ו- 13 בנאשמת 8 היא הפרוטוקולים, שאז עשויה הייתה להיות לכך משמעות אחרת, אלא נשמעה גם עדות פדוא שייח, שהוגשו במהלכה מוצגים שיש בה התייחסות לנאשמים 15 ו- 13 ואופי מעורבותם מול העד, כמו גם התייחסות ולו במשתמע לזיקתם לנאשמת 8, ולכך יש משמעות בהקשר של טענת אין להשיב לאשמה ומידת הפגיעה הנטענת בהגנה.

אשר לפגיעה בהגנת נאשם 13, כל שנאמר ביחס לנאשם 15 יפה גם ביחס לנאשם 13, כשלגביו לא פירט הסנגור כל נתונים הנוגעים לקו ההגנה או לעדויות, על כל המשתמע מכך.

סיכומי של דבר, לא נוכחתי כי יש בקבלת הפרוטוקולים כדי לפגוע באופן מהותי בזכות הנאשמים להגנה ובהזדמנות



הסבירה להתגונן ואין בקבלתם כדי לגרום לעיוות דין.

טענות הגנה מן הצדק ופגיעה בהליך הוגן

טענות שעניינן פגיעה בהליך הוגן והגנה מן הצדק, נועדו ליתן סעד לנאשם בגדרי ההליך הפלילי בשל התנהלות לא תקינה של המערכת, וזאת במנותק מהיבטים של דיני ראיות וסדרי דין ומשאלת אשמתו או חפותו. לפיכך, אף שבהתאם לדיני הראיות ולסדרי הדין המסקנה היא שאין לקבל את ההתנגדות, הפרוטוקולים קבילים כראייה ללא צורך בעד שיגישם, ויש להתיר את הגשת הפרוטוקולים מההליך המוקדם, עדיין שומה על ביהמ"ש לבחון אם נפלו פגמים בהתנהלות המערכת המצדיקים מסקנה שונה.

ב"כ נאשם 15 טוענת כי בעקבות פנייתה למאשימה ופגישה במשרדי המאשימה, במהלכה חשפה בפני המאשימה כי עד התביעה צדוק סונה הבעלים של נאשמת 8 אינו בארץ ולא יהיה זמין לעדות, והבהירה למאשימה כי אין למאשימה ראיות ומוטב לה שתחזור בה מכתב האישום, ראתה המאשימה צורך בהול לאתר את הפרוטוקולים, שלא ראתה חיוניות לאתרם עובר להגשת כתב האישום ולא הצליחה לאתרם לאחר פניית הסנגורית. לשיטתה מדובר בניצול לרעה של המידע שהתקבל בהליכי מו"מ לשם פגיעה בנאשם 15. ב"כ נאשם 15 ביקשה כי ההכרעה בטענה תנתן בטרם שלב פרשת ההגנה.

לצורך בחינת טענת הסנגורית, אני נסמכת על טיעוני הצדדים לגבי תוכן פגישתם, כשאין מחלוקת כי הסנגורית טענה בפני המאשימה שצדוק סונה אינו מתגורר בישראל ולא ניתן יהיה להעידו. אף אם בהתאם ללוחות הזמנים ולסמיכות הארועים, לא ניתן לשלול את הקשר בין הפגישה לפעולה שביצע הפרקליט במערכת נט המשפט לאיתור הפרוטוקולים, אין בהתנהלות המתוארת כדי לבסס התנהלות המצדיקה סעד במישור של הליך הוגן ופגיעה בצדק. זאת, בעיקר משום שהמידע שמסרה הסנגורית הוא מידע שהמאשימה הייתה ממילא נחשפת אליו בתוך שלב פרשת התביעה בעת הנסיונות לאתר את צדוק סונה, ככל שאלה לא היו צולחים, כפי שאכן קרה, כך שאין במידע כל נתונים חדשים, סודיים, נסתרים בעניינים של תוכן ומהות, המצויים רק בידיעה האישית של ההגנה, אלא רק הקדמה לכל היותר של מועד ידיעת המאשימה על חוסר האפשרות להעיד את צדוק סונה. משכך, בניגוד לטענת הסנגורית, ערכו של המידע שנמסר על ידה בעניין צדוק סונה הוא מועט, אם בכלל. מסקנה זו פוטרת אותי מן הצורך להדרש לשאלת אופיו ומהותו של אותו מפגש, ולשאלה אם היו מוטלות על המאשימה מגבלות כלשהן אם היה נמסר לה מידע מהותי בעל ערך באותו מפגש, והיא הייתה מבקשת להסתמך עליו, ואין צורך להתייחס לפסיקה אליה הפנתה הסנגורית ולאבחנות בינה לבין הנטען בפניי.

אשר לשתי הטענות הנוספות שעניינן חוסר איתור סיכומי המאשימה בתיק המוקדם וטענה של דיבור בשני קולות, מדובר בטענות שאין מקום להכריע בהן בשלב זה, אלא רק לאחר שביהמ"ש יווכח, אם יווכח, שאכן יש דיבור בשני קולות. לעניין עמדת המאשימה בתיק המוקדם, מטיעוני הסנגורית עולה שאותה עמדה משתקפת בהכרעת הדין של ביהמ"ש בתיק המוקדם, וחזקה על המאשימה שלא תתנגד בנסיבות כאלה, לגבש הצהרה מוסכמת בתיק שלפניי ביחס לעמדת המאשימה בהליך המוקדם בהתאם למפורט בהכרעת הדין, ככל שהעמדה נלמדת מהכרעת הדין. לא מצאתי גם ממש בטענה בדבר שלילת פרוטוקולים מסויימים מתוך תיק כולל, שכן כעולה מטיעוני הצדדים, התייחסות נאשמים 15 ו- 13 לנאשמת 8, מקורה בקו הגנה שגיבש נאשם 15 במענה לכתב אישום שכלל לא עסק בנאשמת 8, כך שממילא כל עוד לא יטען אחרת, אין לביהמ"ש הנחה או ציפיה שפרוטוקולים נוספים או ראיות נוספות מההליך המוקדם יהיו רלבנטיים



להליך שלפניי, ומכל מקום פתוחה בפני ההגנה האפשרות לטעון גם עתה אחרת ולבסס זיקה ורלבנטיות לחומרים נוספים מתוך ההליך המוקדם.

במאמר מוסגר אוסיף כי במישור של טענות מן הצדק, יש גם משמעות לכך שהסנגורית ביקשה מהמאשימה את איתור הפרוטוקולים ושהיא בחרה לא למצות מהלך לקבלת הפרוטוקולים בפנייה לביהמ"ש בטרם מתן תשובה לאישום, כפי שהוצע לה כמפורט לעיל.

אשר לטענות שהעלתה הסנגורית ביחס להחשדת נאשם 15 בעבירות בתיק זה, רק בשל היותו יעד מודיעיני של המשטרה, התקשיתי לרדת לסוף דעת הסנגורית בכל הנוגע לקשר שבין טענה זו לבין התנגדותה להגשת הפרוטוקולים, ודומה שמדובר בטענת הגנה מן הצדק של רדיפה או שרירות ללא קשר להתנגדות שביחס אליה ניתנת ההחלטה. מבלי למעט מהאמור, אעיר שעל יסוד עדויות גורמי החקירה הרלבנטיים שנשמעו בפרשת תביעה, לא מצאתי כי יש בסיס לטענה זו, ולא התרשמתי מרדיפה אישית לא עניינית או שרירותית אחרי נאשם 15. בהקשר זה אציין כי גורמי החקירה מרשות המיסים פירוטו ראיות שנאספו על ידם במהלך החקירה, שביססו להבנתם חשדות נגד נאשם 15 שדי בהם כדי להצדיק באותה עת חקירה באזהרה, וזאת ללא קשר למקטע מתוך הכרעת הדין שלא התרשמתי שמי מגורמי החקירה נסמך עליו.

כעולה מן המקובץ, לא מצאתי בשלב זה כי מתקיימת פגיעה בהליך ההוגן המצדיקה תוצאות אופרטיביות של אי קבלת הפרוטוקולים כמוצגי תביעה. לעניין הטענה לדיבור בשני קולות תוכל ההגנה לחזור ולהעלותה בסיום ההליך, במידת הצורך.

סוף דבר

בחינת כל הטענות שנטענו מעלה שאין בטיעוני ההגנה כדי לפסול את הגשת הפרוטוקולים של עדויות נאשמים 15 ו-13 בהליך המוקדם כהודיות חוץ של נאשמים.

לפיכך, אני מתירה את הגשת הפרוטוקולים כמוצגי תביעה.

אין בהחלטתי לקבל את הפרוטוקולים כמוצגי תביעה כדי למנוע מההגנה לטעון בסיום ההליך טענות שונות, לרבות טענות הנוגעות למשקל הדברים שנאמרו מפי נאשמים 15 ו-13 בפרוטוקולים של עדויותיהם בהליך המוקדם.

ב"כ נאשם 15 ו-13 רשאים במידת הצורך לעתור למשיכת תשובתם המפורטת לאישום וכל אזכור שלה והחלפתה בתשובה עדכנית, כשבמקרה כזה לא תוכל המאשימה לעשות כל שימוש בתשובות המקוריות, וכן רשאים לבקש, במידת הצורך, להעיד בשנית עדי תביעה שנשמעו לפני 5.4.17, בכל הנוגע למעמד הנטען של נאשמים 15 ו-13 בנאשמת 8.

ההחלטה תשלח למאשימה ולב"כ נאשמים 15 ו-13 בפקס.

עמוד 10



ניתנה היום, ט' תמוז תשע"ז, 3/7/2017, בהעדר הצדדים.