



בע"ח (תל אביב) 44271-03-15 - אלי טרטנר נ' פרקליטות מחוז תל אביב פלילי

בע"ח (תל-אביב-יפו) 44271-03-15 - אלי טרטנר ואח' נ' פרקליטות מחוז תל אביב פלילי ואח' שלום תל-אביב-יפו
בע"ח (תל-אביב-יפו) 44271-03-15

1. אלי טרטנר

2. מרדכי אמברם

נגד

1. פרקליטות מחוז תל אביב פלילי

2. אושרה דנה

3. עופר רגב

4. אברהם אבולעפיה

5. ישראל יצחקי

בית משפט השלום בתל-אביב-יפו

[01.06.2015]

כבוד השופט ירון גת

ב"כ מבקש 1 עו"ד מורנו

ב"כ מבקש 2 עו"ד באום

ב"כ משיבה 1 עו"ד בילנקה

ב"כ משיבה 2 עו"ד דחוח

ב"כ משיבה 3 עו"ד ברטל

ב"כ משיבה 4 עו"ד זיבנברג

ב"כ משיבה 5 עו"ד רחמן

החלטה

מבוא

הבקשה והצדדים

1. לפני בקשה מטעם המבקשים להורות למשיבה 1 להשיב להם מסמכים שמסרו לה במסגרת הליך שימוע טרם הגשת כתב אישום, ובקשה לאסור על המשיבה 1 להעביר את המסמכים לצדדים שלישיים, או להציגם לצדדים שלישיים.

2. המבקשים הם שניים מהנאשמים בתיק העיקרי.



המשיבה 1 היא המאשימה בתיק העיקרי.

יתר המשיבים הם יתר הנאשמים בתיק העיקרי.

רקע עובדתי וההליכים עד כה

3. בתאריך 7.8.12 שיחק אלון רון ז"ל כדורסל עם חברים במגרש בבית הספר "אביב" שבתל-אביב. במהלך המשחק נתלה המנוח על טבעת הסל. בעודו תלוי קרס עמוד הכדורסל, נפל על המנוח, ולדאבון הלב גרם למותו.

4. המבקשים ויתר הנאשמים הם בעלי תפקידים בעיריית תל-אביב ובבית הספר, הקשורים לתחומי הספורט, החינוך וההחזקה, אשר, על פי הנטען, אחראים להחזקת הסל שקרס.

5. לאחר חקירה ממושכת נשלחו למבקשים וליתר הנאשמים מכתבי יידוע המיידעים אותם על כוונתה של המשיבה 1 להגיש נגדם כתב אישום בגין גרימת מותו של המנוח ברשלנות, והמזמינים אותם לקיים הליך שימוע טרם הגשת כתב האישום.

המשיבה 1 קבעה כי הליך השימוע יתבצע בכתב.

6. המבקשים מימשו את האפשרות לקיום השימוע בכתב, והגישו למשיבה 1 את טענותיהם הכתובות, בצירוף מסמכים שונים.

7. טענות המבקשים בשימוע לא התקבלו וביום 11.2.15 הוגש כתב אישום כנגד המבקשים וכנגד יתר הנאשמים,

המייחס להם עבירה של גרימת מוות ברשלנות, לפי סעיף 304 לחוק העונשין, תשל"ז-1977.

8. בד בבד החליטה המשיבה 1 כי בכוונתה לצרף את המסמכים שהגישו המבקשים במסגרת הליך השימוע לחומר החקירה בתיק, בהיותם רלוונטיים לכתב האישום, לטענתה, וכן לעשות בהם שימוש מלא כבכל חומר חקירה קביל אחר, לרבות העברתם ליתר הנאשמים, שימוש בהם לצורך הכנת עדי תביעה רלוונטיים לעדות, ושקילת הגשתם כראיה בבית המשפט.

9. המבקשים ביקשו מהמשיבה 1 שלא לכלול את המסמכים בחומר החקירה, להימנע מהעברתם ומהצגתם לצדדים שלישיים, ולהשיבם לידיהם.

המשיבה 1 סירבה.

על רקע סירוב זה הוגשה הבקשה שלפני.

10. זהו השלב לתאר את אופי המסמכים הנדונים, אשר הוגשו לעיוני - המסמכים הנדונים הנם מסמכים מזמן אמת, קרי מסמכים שנערכו טרם קורות אירוע המוות, ורובם כוללים חילופי תכתובות רשמיות, בזמן אמת, בין גורמים שונים בעיריית תל-אביב-יפו.

אין מחלוקת בין הצדדים כי המסמכים לא היו מצויים בחזקת המשיבה 1 טרם הליך השימוע, ולא הייתה לה כוונה להשיגם.

עם זאת, אין מחלוקת גם, כי מדובר במסמכים שהמשיבה 1 או המשטרה יכולות לתפוס כראיה, בהתאם לדין, ישירות מהגורמים המחזיקים במסמכים אלו במקור, וכי אילו כך היה נעשה אזי המסמכים היו חומר חקירה רגיל וקביל.

עוד אין מחלוקת על כך שלא חל חיסיון כלשהו על המסמכים כשלעצמם, כגון חיסיון עורך-דין-לקוח, חיסיון מסמכים שנערכו לקראת משפט וכיו"ב.

11. עוד יש להעיר, כי מוסכם על כל הצדדים שישנם ניגודי עניינים בין חלק מהנאשמים.



סמכות בית המשפט לדון בבקשה

12. המשיבה לא העלתה למעשה טענה כנגד סמכות בית המשפט לדון בבקשה, ובתגובתה התייחסה עניינית ומהותית לבקשת המבקשים.

לפיכך, אין מחלוקת בנושא הסמכות.

13. למעלה מן הצורך, אעיר כי לבית המשפט סמכות לדון בבקשה הן מכוח הוראת סעיף 3 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982 (להל: "החסד"פ); כפי שפורש בפסיקה ובספרות, גם בהקשר של בקשות מסוג זה [ראו, למשל: ב"ש (מחוזי ת"א) 90469/06, מדינת ישראל נ' נטוויז'ן בע"מ (פורסם בנבו, 23.4.06), והן מכוח דוקטרינת הביקורת המנהלית בפלילים] [ראו: בג"ץ 9131/05 ניר עם כהן ירקות אגודה שיתופית חקלאית בע"מ ואח' נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 6.2.2006); בג"ץ 4388/08 שמואל ואח' נ' היועמ"ש ואח', תק-על 2008(2), 3736 (11.6.08); רענ ג די, דוקטרינת הביקורת המנהלית בפלילים, ספר אליהו מצא (2015), 529].

השאלות הדורשות הכרעה בבקשה דן

14. כאמור, המבקשים מבקשים להורות למשיבה 1 להשיב להם מסמכים שמסרו לה במסגרת הליך השימוע, וכן לאסור על המשיבה 1 להעביר את המסמכים לצדדים שלישיים או להציגם לצדדים שלישיים.

15. למעשה, הבקשה העיקרית של המבקשים הנה שבית המשפט יקבע קביעה עקרונית כי מסמכים הנמסרים מההגנה לתביעה במסגרת הליך שימוע טרם הגשת כתב אישום לא יכולים כלל להיכלל במסגרת "חומר החקירה", וכי קיים חיסיון על מסמכים אלו.

כמו כן, המבקשים מבקשים לקבוע כי בכל מקרה חל חיסיון על המסמכים בנסיבות הספציפיות של המקרה דנן. 16. בחינת הבקשה והתגובה לה מלמדת, כי לצורך הכרעה בבקשה זו עומדות להכרעה מספר שאלות הנוגעות להליך השימוע טרם הגשת כתב אישום, והן:

א. מהו טיבו של הליך השימוע, ומהם הרציונאלים והמטרות לקיומו?

ב. האם מסמכים הנמסרים לתביעה במסגרת הליך שימוע הנם בעלי פוטנציאל להפוך ל"חומר חקירה"?

ג. האם חלה מגבלה עקרונית כלשהי על גילוי מסמכים הנמסרים לתביעה במסגרת הליך שימוע ועל השימוש בהם, כגון חיסיון או אי-קבילות?

ד. האם בנסיבות הספציפיות של המקרה דנן חל חיסיון על המסמכים שמסרו המבקשים למשיבה 1 בהליך השימוע? 17. על מנת להכריע בשאלות אלו, אתחיל בסקירת טענות הצדדים ביחס לשאלות שבמחלוקת ואמשיך בדיון והכרעה בכל אחת מן השאלות שבמחלוקת.

טענות הצדדים



18. באשר לשאלת טיבו של הליך השימוע והרציונאליים והמטרות לקיומו - טוענים המבקשים כי הליך השימוע הוא במהותו הליך חוץ משפטי חלופי (בדומה להליך גישור), הכולל בתוכו משא ומתן בין הצדדים, ושכוחו להוביל לפתרון סכסוכים שלא באמצעות בית המשפט. הליך שכזה מחייב הידברות מהותית לגופו של עניין בנוגע לנושאים אשר מצויים תחת מחלוקת, ואין כל הצדקה לאפשר לצד היריב ליהנות מהם. לעמדה עקרונית זו הצטרפו המשיבים 2-6.

המשיבה 1, לעומת זאת, טוענת כי עיקר מטרתו של הליך השימוע הינה מתן הזדמנות לחשוד לשטוח את גרסתו ואת טענותיו לפני התביעה במטרה להניא אותה מלהגיש כנגדו כתב אישום. לפיכך, לשיטת המשיבה, המדובר בהליך שבמהותו הוא הליך מנהלי של שימוע, ואין המדובר במשא ומתן.

19. באשר לשאלה האם מסמכים הנמסרים לתביעה במסגרת הליך שימוע הנם בעלי פוטנציאל להפוך ל"חומר חקירה" - טוענים המבקשים, כי מכיוון שעל מסמכים המוגשים בהליך שימוע חל חיסיון, המתחייב מטיבו של ההליך, ומכיוון שהמשיבה 1 לא השיגה את המסמכים בעצמה באמצעות השלמת חקירה, מסמכים אלו כלל לא יכולים להיכלל במסגרת "חומר החקירה" בתיק, ולא ניתן בכלל לשקול את כלילתם ב"חומר החקירה".

המשיבה 1, לעומת זאת, טוענת כי המסמכים הנדונים הנם בגדר "חומר חקירה" מובהק. לטענת המשיבה 1 היא כפופה לכללי המשפט הפלילי, ועל כן מכוח סעיף 74 לחסד"פ היא מחויבת להעמיד לעיון ההגנה, לאחר הגשת כתב האישום, את כל "חומר החקירה" המצוי ברשותה.

לשיטת המשיבה 1 הגדרתו של חומר כ"חומר חקירה" נקבעת, כפי שנקבע בפסיקה, "על פי טיבו של החומר ומידת זיקתו לסוגיות הנדונות בהליך הפלילי אשר במסגרתו הוא מוגש". כלומר, המבחן הוא מבחן הרלוונטיות בלבד. לטענת המשיבה 1 המסמכים דנן הם מסמכים בעלי רלוונטיות מובהקת לכתב האישום ונוגעים לסוגיות המצויות בלב ליבו של תיק זה.

עוד מציינת המשיבה 1, כי נקבע לא פעם שגם חומר שאינו נמצא פיזית בתיק החקירה, אך נמצא בשליטתן ובהישג ידן של רשויות אכיפת החוק, או שהוא צריך להימצא בידיהן, יכול שיחשב כ"חומר חקירה".

המשיבה 1 מוסיפה כי היה בידיה, מכוח סעיף 43 לפקודת סדר הדין הפלילי, להורות ליחידה החוקרת לתפוס את המסמכים ולחקור אודותיהם. כמו כן, היא יכלה לפנות לעיריית תל-אביב-יפו או לכל גורם אחר שהמסמכים המצויים ברשותו. אולם היא נמנעה מלעשות כן כיוון שסברה כי אין זה ראוי להשהות את הטיפול בתיק זמן נוסף, כאשר מדובר בהשלמת חקירה מלאכותית, בהינתן שהמסמכים כבר מצויים בידיה וחקירה אודותיהם לא הייתה משנה את התמונה בכללותה.

לפיכך, טוענת המשיבה 1, לאחר שהמסמכים הועברו לידיה הייתה מוטלת עליה חובה לכלול את החומר בתוך "חומר החקירה", על כל המשתמע מכך על פי דין.

עוד יצוין, כי המשיבה 2 טענה, שאף אם טענות המבקשים תתקבלנה בכוונתה לפנות לבית המשפט בבקשה לקבל את המסמכים הנדונים מכוח סעיף 74 לחסד"פ או מכוח סעיף 108 לחסד"פ.



20. באשר לשאלה האם חלה מגבלה עקרונית כלשהי על גילוי מסמכים הנמסרים לתביעה במסגרת הליך שימוע ועל השימוש בהם - טוענים המבקשים, כי על מסמכים שנמסרו במסגרת הליך שימוע חל חיסיון, וזאת מעצם הצגתם במסגרת הליך השימוע, ועל כן על המשיבה 1 להשיבם לידיהם ולהימנע מלעשות בהם כל שימוש, לרבות הגשתם כראיה במשפט, לרבות העברתם לצדדים שלישיים, ובכלל זה ליתר הנאשמים, ולרבות הצגתם לעדי תביעה במסגרת הכנתם לעדות במשפט.

ודוק, אין בפי המבקשים טענה לחיסיון המסמכים כשלעצמם (כגון טענה שמדובר במסמכים החסויים מכוח חיסיון עו"ד-לקוח), אלא טענתם היא שהמסמכים חסויים מעצם הצגתם במסגרת הליך השימוע. לטענת המבקשים, ישנה הצדקה עקרונית לקבוע חיסיון על מסמכים הנמסרים במסגרת הליך שימוע מכמה טעמים: ראשית, על יסוד זכותו החוקתית של נאשם להליך פלילי הוגן;

שנית, על יסוד זכותו של נאשם שלא לחשוף את קו הגנתו עד אשר ימצא לנכון וזכותו להפתיע את העדים; שלישית, על יסוד האינטרס הציבורי למיצוי הליכים חלופיים ליישוב סכסוכים, תוך חסכון במשאבי ציבור יקרים ופתרון סכסוכים שלא באמצעות בית המשפט, וזאת לאור טיבו ההידברותי של הליך השימוע לשיטת המבקשים. המשיבים 2-6 הצטרפו לטענה העקרונית של המבקשים.

מנגד, טוענת המשיבה 1, כי המבקשים לא הציגו כל חיסיון המעוגן בדין לביסוס בקשתם, וכן לא הציגו כל הצדקה ליצירת חיסיון חדש על מסמכים שנמסרו במסגרת הליך שימוע.

לטענת המשיבה 1, לאור טיבו ומהותו של הליך השימוע, אין בתפיסת מסמכים שנמסרו על ידי חשוד בהליך שימוע ובכלילתם ב"חומר החקירה" כדי לפגוע בזכות להליך הוגן באופן המצדיק יצירת חיסיון כאמור. כמו כן, אין בטענות המבקשים ביחס לפגיעה בזכותם שלא לחשוף את קו הגנתם וביחס לפגיעה בזכותם להפתיע את העדים כדי להצדיק יצירת חיסיון כאמור.

בנוסף, לאור טיבו המנהלי שימועי של הליך השימוע, ומכיוון שאין המדובר במשא ומתן, אין באינטרס הציבורי למיצוי הליכים חלופיים ליישוב סכסוכים שלא באמצעות בית המשפט, כדי להצדיק יצירת חיסיון כאמור.

21. באשר לשאלה האם בנסיבות הספציפיות של המקרה דן חל חיסיון על המסמכים שמסרו המבקשים למשיבה 1 בהליך השימוע - טוענים המבקשים כי המבקש 1 כתב במכתב השימוע במפורש את המלים "מבלי לפגוע בזכויות", וכי המבקש 2 כלל בתכתובתו עם המשיבה 1 הוראה מפורשת, לפיה יש להשיב לידיו את המסמכים שהוצגו בהליך השימוע, אין להעבירם לצדדים שלישיים, ובכלל זה לנאשמים האחרים, ואין לראות בהם חלק מחומר החקירה, והכל כל עוד יוחלט על הגשת כתב אישום.

לטענת המבקשים יש במילים אלו כדי להפוך את המסמכים לחסויים על פי דין במקרה הספציפי דן, וללמד על חוסר תום לב של המשיבה 1 ועל חוסר הגינותה.

לטענת המשיבה 1, למעט המילים "מבלי לפגוע בזכויות" במסגרת מכתב השימוע לא הציב המבקש 1 כל דרישה באשר להשבת המסמכים שצירף לידי, עד למועד בו הודיעה המשיבה למבקש על החלטתה להגיש נגדו כתב אישום. ביחס למבקש 2, טוענת המשיבה 1, כי מכתב השימוע, בצירוף המסמכים, נמסר בתאריך 30.11.14 מבלי שנלוותה לו בקשה כלשהי ביחס למסמכים, ורק בתאריך 21.12.14 פנה המבקש 2 בבקשה שלא להציג את המסמכים בפני החשודים האחרים.

לטענת המשיבה 1, בשום שלב לא הובטח למבקשים דבר ולא נאמר להם דבר שישתמע ממנו כי בכוונת המשיבה 1 להיעתר לבקשתם ביחס לחיסוי המסמכים.



לפיכך, טוענת המשיבה 1, אין במלים "מבלי לפגוע בזכויות", שצוינו במכתבו של המבקש 1, וכן במכתב הנלווה שהגיש המשיב 2, כדי לייצר חיסיון למסמכים במקרה הנדון.
22. כעת אפנה לדיון והכרעה בבקשה ובטענות הצדדים.

דיון והכרעה

23. לאחר בחינת טענות הצדדים באתי לכלל מסקנה כי דין הבקשה להידחות.
למסקנה זו מספר טעמים:

ראשית, סבורני כי מסמכים הנמסרים מההגנה לתביעה במסגרת הליך שימוע טרם הגשת כתב אישום הנם בעלי פוטנציאל להפוך ל"חומר חקירה".

שנית, סבורני שאין הצדקה לקבוע קביעה עקרונית כי חל חיסיון על מסמכים אשר נמסרו מההגנה לתביעה במסגרת הליך שימוע טרם הגשת כתב אישום, הגם שיש הצדקה לקביעה עקרונית כי חלה אי-קבילות יחסית על מסמכים שכאלו;

שלישית, סבורני כי המסמכים הנדונים הנם בגדר "חומר חקירה" בתיק דנן.

רביעית, סבורני כי אין הצדקה לקבוע כי בנסיבות הספציפיות של המקרה דנן חל חיסיון על המסמכים שמסרו המבקשים למשיבה 1 בהליך השימוע, גם לא לנוכח הסייגים שציינו המבקשים בתכתובותיהם עם המשיבה 1.

24. כעת, אפנה לבחינה מפורטת של השאלות העומדות להכרעה בבקשה זו וכך אנמק את מסקנותי.

הליך השימוע - טיבו, מטרתו והרציונאליים לקיומו

25. כאמור, השאלה הראשונה הדורשת הכרעה בבקשה זו הנה שאלת טיבו של הליך השימוע, מטרתו והרציונאליים לקיומו.

המענה על שאלה זו יהווה את המסד התיאורטי העקרוני למענה על יתר השאלות הדורשות הכרעה בבקשה זו.

26. לשם מענה על שאלת טיבו של הליך השימוע, אדרש לבחינת עקרונות המשפט המנהלי בנושא השימוע, לבחינת הנחיות היועץ המשפטי לממשלה ביחס להליך השימוע טרם הגשת כתב אישום, לבחינת הוראות החוק בנושא, לבחינת דברי ההסבר להצעת החוק, לבחינת פסיקה בנושא, לבחינת הספרות המקצועית בנושא, וכן לבחינת הפרקטיקה הנוהגת בפועל.

27. לאחר בחינת טיבו של הליך השימוע בראי המקורות האמורים, מסקנתי הנה שהליך השימוע טרם הגשת כתב אישום הנו בעל אופי דואלי - הוא בעל מאפיין שימועי-מנהלי כמו גם בעל מאפיין הידברותי.

28. המאפיין השימועי-מנהלי של הליך השימוע מתבטא בכך שמדובר בהליך מנהלי המתקיים טרם הגשת כתב אישום ומטרתו היא מתן הזדמנות הוגנת לחשוד להציג את טענותיו לפני התביעה ולשכנעה להימנע מהגשת כתב אישום בכלל או בחלק מן העבירות.

המדובר בכלי בקרה מנהלי למניעת טעויות קשות הכרוכות בעינוי דין ובפגיעה קשה בזכויותיו של אדם ובחירויותיו. המדובר בהליך שהוא חלק אינטגרלי מההליך הפלילי.



המדובר בהליך שהצדדים לו אינם שווים.

המדובר בהליך וולונטרי מבחינת החשוד, שכן לא מוטלת עליו כל חובה בדין לקיימו.

29. המאפיין ההידברותי של הליך השימוע מתבטא בכך שבמקרים רבים ההליך כולל ניהול משא ומתן בין הצדדים לצורך גיבוש הסכמות, שיכול ויבשילו לכדי הסדר טיעון, מלא או חלקי, אשר יוצג לבית המשפט כבר עם הגשת כתב האישום.

מדובר בהליך שיכול להניב חסכון בהליכים ובמשאבים ציבוריים יקרים, הן של התביעה והן של בית המשפט, וכן לשקף תהליך רצוי של "רכישת סיכונים" מצד שני הצדדים. משכך, ייתכן שהליך השימוע יכול להידברות מהותית לגופו של עניין בנוגע לנושאים אשר מצויים תחת מחלוקת.

30. על המאפיין השימועי-מנהלי של הליך השימוע ניתן ללמוד ממספר מקורות:

א. על אופיו המנהלי של הליך השימוע ניתן ללמוד, ראשית, משמו של ההליך - "שימוע".

מוסד השימוע הוא מוסד שמקורו בכללי הצדק הטבעי של המשפט המנהלי.

כמו כן, ניתן ללמוד על האופי המנהלי של ההליך מסעיף 6 להנחיית היועץ המשפטי לממשלה, אשר הגדירה לראשונה את מהותו של הליך זה - "טיעון לפני הגשת כתב אישום פלילי (שימוע)", הנחיה 4.3001 (51.015) מיום 1.7.1991 (להלן: "הנחיית היועמ"ש" או "ההנחיה").

ההנחיה מכירה בכך שכללי המשפט המנהלי חלים על הליך השימוע ועל כן חלה חובה לתת לחשוד הזדמנות הוגנת להציג את עמדתו (סעיף 6).

על זיקתו של הליך השימוע למשפט המנהלי ראו גם: יובל ליבדרו, זכות השימוע בפלילים - היבטים פרקטיים, הסניגור 118, עמ' 5 (להלן: "ליבדרו"); תומר אורינב, סוגיות שימושיות בסדר דין פלילי, עמ' 254 (להלן: "אורינב").

ב. על מהותו השימועית של הליך השימוע, כהליך שמטרתו מתן הזדמנות הוגנת לחשוד להציג את טענותיו בפני התביעה ולשכנעה להימנע מהגשת כתב אישום בכלל או בחלק מן העבירות, ניתן ללמוד, ראשית, משמו של ההליך - "שימוע".

עוד ניתן ללמוד על מהותו השימועית של ההליך מהנחיית היועמ"ש, אשר אף מקשרת בין ההנחיה לבין הוראות סעיף 60א לחסד"פ ומבהירה כי ההליך המוגדר בסעיף 60א הוא למעשה הליך השימוע (סעיפים 4-5, 11). ניתן ללמוד על מהותו השימועית של ההליך גם מהוראות סעיף 60א לחסד"פ, אשר אמנם אינו משתמש במונח "שימוע", אך מציין, בס"ק (ד), כי: "חשוד ראשי, בתוך

30 ימים מיום קבלת ההודעה, לפנות בכתב לרשות התביעה הכאמור בסעיף קטן (ב),

בבקשה מנומקת, להימנע מהגשת כתב אישום, אומהגשת כתב אישום בעבירה פליונית..."

כמו כן ניתן ללמוד על מהותו השימועית של ההליך מדברי ההסבר להצעת החוק שהוסיפה את סעיף 60א לחסד"פ - הצעת חוק סדר הדין הפלילי (תיקון מספר 26) (זכות השימוע), תשנ"ט-1999, עמוד 376 (ה"ח 2802).

בנוסף, ניתן ללמוד על מהותו השימועית של ההליך גם מפסיקת בית המשפט העליון - ראו, למשל: בג"צ 5577/13 שלמה לחיאני נ' היועץ המשפטי לממשלה ואח' (פורסם בנבו, 22.8.13); בג"ץ 4388/08 שמואל נ' היועמ"ש (פורסם בנבו, 11.6.08).

על מהותו השימועית של הליך השימוע ניתן ללמוד גם מהספרות המקצועית בנושא - ראו: גבריאל הלוי, תורת הדין הפלילי, כרך א', הוצאת הקריה האקדמית אונו, 2011, עמ' 544 (להלן: "הלוי"); מנחם רובינשטיין ודורון מורל,

זרקור למשפט הפלילי - המשפט הפלילי המעשי, הוצאת מנדור, 2013, עמודים 35-38 (להלן: "רובינשטיין ומורל");



רובינשטיין ומורל מציינים בספרם במפורש כי "הליך השימוע אינו הליך של משא ומתן בין הסניגור לבין התובע, לכן לא חל על הליך זה האיסור שלא להשתמש בתוכן הדברים שנאמרו על-ידי בא-כוח שני הצדדים" (עמודים 35-38).
ג. על כך שהליך השימוע הנו חלק אינטגרלי מההליך הפלילי ולא הליך חיצוני, נפרד, או חוץ-משפטי, ניתן ללמוד, ממספר נתונים: הזיקה הישירה של הליך השימוע להליך הפלילי; השלב בהליך הפלילי בו מתקיים הליך השימוע; היכולת לבצע השלמות חקירה בעקבות הליך השימוע; זהות הגורם שבפניו נערך השימוע; וחשיפת קו ההגנה במסגרת הליך השימוע.

על הזיקה הישירה של הליך השימוע להליך הפלילי ניתן ללמוד, ראשית, מהנחיית היועמ"ש - בסעיף 8 להנחיה מובהר כי יש זיקה הדוקה בין החקירה לבין הליך השימוע.

עוד ניתן ללמוד על הזיקה בין הליך השימוע לבין ההליך הפלילי ממיקומו של סעיף 60א בתוך החסד"פ. כמו כן, בחינת מהותו של הליך השימוע ומטרתו מלמדת כי לא מדובר בהליך בדיקה נפרד וחיצוני בעל מטרות חוץ-פליליות, כגון וועדת חקירה או תחקיר, אלא מדובר בהליך הכולל בירור ובדיקה במסגרת ההליך הפלילי, שבסופו נבחנת אפשרות להשתתף אחריות פלילית ואשם פלילי.

בחינת מהותו של הליך השימוע מלמדת גם כי לא מדובר בהליך שנועד לייצר מנגנון חלופי ליישוב סכסוכים, המתקיים במקביל להליך הפלילי, כגון הליך גישור, אלא מדובר בכלי בקרה למניעת טעויות בתוך ההליך הפלילי עצמו. על הזיקה הישירה בין הליך השימוע לבין ההליך הפלילי ניתן ללמוד גם מהוראת סעיף 60א(ו) לחסד"פ, אשר קובעת כי אין בהליך שימוע כדי לשנות מהוראות סעיף 74 לחסד"פ.

לכן, לחשוד ולבא כוחו ישנה ידיעה וציפייה סבירה לכך שטענות המועלות בהליך השימוע ומסמכים המוצגים בהליך זה הופכים לחלק מההליך הפלילי ולא מצויים מחוצה לו.

בחינת השלב בהליך הפלילי בו מתקיים הליך השימוע מלמדת, כי מדובר בהליך הממוקם על קו התפר שבין החקירה המשטרתית לבין הגשת כתב האישום והעברת המשך הטיפול לבית המשפט - "השימוע הוא פעולת הכנה בתיק, המתקיימת בין העברת תיק החקירה לידי רשויות התביעה ובין קבלת ההחלטה באשר להעמדה לדין" (הלוי, 544). על היכולת לבצע השלמות חקירה בעקבות הליך השימוע ניתן ללמוד הן מהוראות הדין, שאינן מונעות זאת, הן מהפרקטיקה הנוהגת בפועל, והן מהספרות המקצועית בנושא (הלוי, 544; רובינשטיין ומורל, 35). יש לציין, כי לעיתים החשוד ובא כוחו בעצמם מבקשים, במסגרת הליך השימוע, לבצע השלמות חקירה כאלו ואחרות. לפיכך, קיימת ידיעה וציפייה סבירה מצד החשוד ובא כוחו, כי ניתן לבצע השלמות חקירה גם לאחר השימוע ובעקבותיו.

הגורם שבפניו נערך השימוע הוא, על-פי רוב, אותו הגורם שאמור להחליט על הגשת כתב האישום, ולא גורם חיצוני ונפרד. בדרך-כלל הגורמים שליוו את החקירה ואשר אמורים לנהל את התיק בהמשך בבית המשפט לוקחים חלק בהליך השימוע. על כך ניתן ללמוד מסעיף 9 להנחיית היועמ"ש, וכן מהספרות המקצועית (רובינשטיין ומורל, 35; אורינב, 254).

על כך שהליך השימוע כרוך באופן אינהרנטי בחשיפת קו ההגנה של החשוד ניתן ללמוד הן מתוך זהות הגורם שבפניו נערך הליך השימוע, הן מתוך הפרקטיקה הנוהגת, והן מתוך הספרות המקצועית -



הלוי מציין בספרו: "כמו כן, עשוי החשוד לחשוף בפני התביעה את קווי ההגנה שלו, ובכך לאבד את יתרון ההפתעה..." (הלוי, 544).

רובינשטיין ומורל מצינים בספרם: "סניגור עלול להיות 'נלהב' מדי בהליך השימוע, ועליו להיות זהיר. חשיפה מוקדמת ומיותרת עלולה לסייע לתביעה לאתר ולגלות חסרים או להעלות רעיונות כיצד תוכל לשפר את חומר הראיות המצוי בחזקתה. טוב יעשה הסניגור אם ישקול בכובד ראש אם ראוי בכלל לקיים את הליך השימוע או לוותר עליו ולשמור את ארסנל הראיות והטענות המשפטיות והאחרות שיש בידיו למועד ניהול התיק הפלילי עצמו" (רובינשטיין ומורל, 35). ד. על כך שהצדדים להליך השימוע אינם שני צדדים שווים (כבהליך משא ומתן אזרחי) ניתן ללמוד הן מהוראות סעיף 60א לחסד"פ, והן ממעמדה הייחודי של התביעה בהליך הפלילי.

לתביעה בהליך הפלילי מעמד מיוחד: ראשית, התביעה בעלת כוח ועוצמה רבים בהרבה משל החשוד, וטרם הגשת כתב האישום היא אף מחזיקה בידע ("חומר החקירה") שאינו חשוף עדיין לחשוד ולבא כוחו; שנית, לתביעה חובות חוקתיות, מנהליות וציבוריות נרחבות, וזאת בשל היותה אמונה על האינטרס הציבורי במובנו הרחב. האינטרס הציבורי הרחב כולל את אינטרס החברה ככלל ואת זכויות הקורבנות הפרטניים, ואלו מחייבים חתירה מתמדת לגילוי האמת, לעשיית צדק, להגנה על שלום הציבור והקורבנות ולמיצוי הדין עם עבריינים. כמו כן, האינטרס הציבורי הרחב כולל גם את ההגנה על זכויותיהם של חשודים אחרים באותו תיק להליך הוגן בעניינם.

ה. על כך שהליך השימוע הוא הליך וולונטרי, המוגדר כזכות המוענקת לחשוד ולא כחובה, ניתן ללמוד מהוראות סעיף 60א לחסד"פ (השימוש במונח "רשאי" בס"ק ד').

מוולונטריות ההליך משתמע גם שאי מימוש זכות השימוע אינה פועלת לחובת החשוד/הנאשם בכל צורה שהיא. לכן, ברי כי יש בחשיפת טענות ומסמכים במסגרת הליך שימוע משום סיכון שעל החשוד ובא כוחו לקחת בחשבון בטרם קיום הליך השימוע (ראו: ליבדרו, 5; רובינשטיין ומורל, 35).

31. על המאפיין ההידברותי של הליך השימוע ניתן ללמוד ממספר מקורות.

ראשית, הנחיית היועמ"ש מתייחסת להליך השימוע במפורש גם כאל הליך של "הידברות", אם כי מאפיין זה הנו משני בהנחיה (סעיף 2).

שנית, גם הפסיקה הכירה בכך שלהליך השימוע יש מאפיין הידברותי, בנוסף למאפיין המנהלי-שימועי. כך, בת"פ (שלום ת"א) 18743-12-11 מדינת ישראל נ' אשר (פורסם בנבו, 13.10.13) (להלן: "עניין אשר") נפסק כי "בבסיסו של השימוע נעוץ רציונאל דומה הנועד למנוע התדיינויות ממושכות שלא לצורך בתוך כותלי בית המשפט... כאן המקום לציין, כי הפרקטיקה מלמדת שהליכי שימוע הביאו לא אחת את המאשימה להימנע מהגשת כתב אישום או לצמצמו במידה ניכרת ואף לא אחת מוגשים לבתי המשפט כתבי אישום המלווים בבקשה לקביעת מועד להצגת הסדר טיעון שגובש על-ידי הצדדים במסגרת הליך של שימוע. פרקטיקה זו אך מלמדת כי הליכי השימוע מונעים הלכה למעשה התדיינויות שלא לצורך בבית המשפט".

שלישית, גם הספרות המקצועית הכירה במאפיין ההידברותי של הליך השימוע, כמאפיין משני (ראו: רובינשטיין ומורל, 35-38).



- לבסוף, הפרקטיקה הנוהגת בפועל מלמדת, כי פעמים רבות הליך השימוע הופך למשא ומתן בין הצדדים לצורך גיבוש הסכמות, שיכול ויבשילו לכדי הסדר טיעון, מלא או חלקי, אשר יוצג לבית המשפט כבר עם הגשת כתב האישום.
32. על פי העולה מהמקובץ המאפיין הדומיננטי של הליך השימוע הוא המאפיין המנהלי-שימועי ואילו המאפיין המשני של הליך השימוע הוא המאפיין ההידברותי.
- מסקנה זו מושתתת על בחינת שמו של ההליך ומקורותיו המנהליים, כמו גם על בחינת בסיסו הנורמטיבי (הגדרתו בסעיף 60א לחסד"פ ובהנחיית היועמ"ש), ועל המטרות והרציונאלים המרכזיים להליך זה, כפי שנותחו בפסיקה ובספרות המקצועית.
33. כעת, לאחר שהגדרנו את טיבו ומהותו של הליך השימוע, נעבור לבחינת יתר השאלות הדורשות הכרעה בבקשה זו, וזאת על סמך המסקנות דלעיל ביחס לטיבו של הליך השימוע.
- האם מסמכים הנמסרים מההגנה לתביעה במסגרת הליך השימוע הם בעלי פוטנציאל להפוך ל"חומר חקירה"?
34. לאור הגדרתו של "חומר חקירה" בפסיקה, לאור חובותיה הייחודיות של התביעה בהליך הפלילי, ולאור המאפיין המנהלי-שימועי הדומיננטי של הליך השימוע - סבורני כי מסמכים הנמסרים לתביעה במסגרת הליך השימוע הנם בעלי פוטנציאל להפוך ל"חומר חקירה".
- הגדרת "חומר חקירה"
35. על פי הפסיקה בחינת שיוכו של חומר ל"חומר החקירה" נעשית על בסיס מבחן הרלוונטיות, בהתאם לשכל הישר ולניסיון החיים.
- המגמה בפסיקה היא לפרש את המונח "חומר חקירה" באופן רחב, הכולל כל חומר הקשור במישרין או בעקיפין לאישום.
36. נפסק כי השאלה אם חומר מסוים אכן מהווה "חומר חקירה" תוכרע באופן פרטני "על פי טיבו של החומר ומידת זיקתו לסוגיות הנדונות בהליך הפלילי אשר במסגרתו הוא מבוקש" [בש"פ 11042/04 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 30.12.14); בש"פ 3099/08 אברהמי נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו)].
37. עוד נקבע בפסיקה, כי גם חומר שאינו נמצא פיזית בתיק החקירה, אך נמצא בשליטתן ובהישג ידן של רשויות אכיפת החוק או שצריך להימצא בידהן, יכול וייחשב ל"חומר חקירה" - ע"פ 1152/91 סיקסיק נ' מדינת ישראל פ"ד מו(5); בש"פ 5400/01 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 6.8.2001); בש"פ 3831/02 מצרי נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(5), 337; בש"פ 8294/03 מקסימוב נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(1) 49; בג"ץ 9264/04 מדינת ישראל נ' שרים, פ"ד ס(1), 360.
38. לפיכך, המבחן להגדרת חומר חקירה הנו מבחן הרלוונטיות, והוא בלבד.
- חובות התביעה ביחס לבחינת "חומר החקירה"
39. ברי כי התביעה כפופה לכללי המשפט הפלילי, ועל כן, מכוח סעיף 74 לחסד"פ, היא מחויבת להעמיד לעיון כלל הנאשמים, לאחר הגשת כתב האישום, את כל חומר החקירה המצוי ברשותה.



40. כאמור, לתביעה מעמד מיוחד וממנו נגזרות חובות חוקתיות, מנהליות וציבוריות ייחודיות נרחבות. חובות התביעה מחייבות חתירה מתמדת לגילוי האמת, לעשיית צדק, להגנה על שלום הציבור ועל הקורבנות ולמיצוי הדין עם עבריינים, כמו גם הקפדה על מימוש זכויותיהם של כלל החשודים בתיק להליך הוגן בעניינם ולמתן אפשרות להיערך כראוי למשפטם.
- חובות אלו רלוונטיות גם ביחס לבחינת סיווגו של חומר כ"חומר חקירה" - ראו: בש"פ 6695/11 מדינת ישראל נ' פלוני (פורסם בנבו, 27.9.11); בש"פ 8252/13 מדינת ישראל נ' שיינר (פורסם ביום 23.1.14); בש"פ 7585/14 שטרם נ' מדינת ישראל, תק-על 2014(4), 6827 (18.11.14).
41. לכן, במסגרת חקירה פלילית, כל אימת שהתביעה נחשפת לחומר מסוים או אף רק מודעת לעצם קיומו, חובתה לבחון תמיד האם מדובר ב"חומר חקירה", כמשמעותו על פי דין, וזאת לשם קידום חקר האמת ועשיית הצדק, כמו גם לשם שמירה על זכויות כלל הנאשמים בהליך להליך הוגן.
- הבחינה חייבת להיות בחינה מהותית על פי דין, ולא ניתן לפסול מראש חומר מסוים מפני בחינה זו.
- בחינת מעמדם של חומרים שנמסרו מההגנה לתביעה במסגרת הליך שימוע
42. לאור המאפיין המנהלי-שימועי הדומיננטי של ההליך השימועי, מסמכים הנמסרים לתביעה במסגרת הליך השימוע נמסרים לידיה באופן וולונטרי, במסגרת ההליך הפלילי, ומתוך מודעות לחובותיה הייחודיות.
43. לפיכך, ישנה ידיעה וציפייה סבירה של החשוד ובא כוחו לכך שכל חומר הנמסר לתביעה במסגרת הליך השימוע ייבחן על ידה במסגרת מבחני "חומר החקירה" המהותיים הקבועים בדין, ועלול למצוא את דרכו אל תוך "חומר החקירה" בתיק. בכך יש משום סיכון עבור החשוד ובא כוחו, שעליהם לקחת בחשבון טרם הליך השימוע.
44. אשר על כן, לאור הגדרת "חומר חקירה" באמצעות מבחן הרלוונטיות, לאור חובותיה הייחודיות של התביעה, ולאור המאפיין המנהלי-שימועי הדומיננטי של הליך השימוע - מסמכים הנמסרים לתביעה במסגרת הליך השימוע הם בעלי פוטנציאל להפוך ל"חומר חקירה".
45. היה וחומר שנמסר לתביעה במסגרת הליך השימוע לא סווג כ"חומר חקירה", על התביעה להשיבו לחשוד לפי בקשתו, וזאת בהיותו קניינו הפרטי של החשוד ובהיעדר עילה שבדין להמשך החזקת ותפיסתו.
46. היה וחומר שנמסר לתביעה במסגרת הליך השימוע סווג כ"חומר חקירה", קמה החובה לבדוק האם ישנן מגבלות כלשהן על גילוי של החומר ועל השימוש בו נוכח קיומם של זכויות או אינטרסים מוגנים המצדיקים מגבלות שכאלו. מגבלות אלו יכולות להתבטא, בין היתר בקיומם של חיסיון או אי-קבילות.
47. על כן, נפנה כעת לבחון האם חלה מגבלה עקרונית כלשהי על גילוי מסמכים הנמסרים לתביעה במסגרת הליך שימוע ועל השימוש בהם.
- האם חלה מגבלה עקרונית כלשהי על גילוי מסמכים הנמסרים לתביעה במסגרת הליך שימוע ועל השימוש בהם?



48. בחינת הזכויות והאינטרסים המתחרים בסוגיית גילוי מסמכים הנמסרים במסגרת הליך שימוע והשימוש בהם לאור ההלכה הפסוקה בנושא ועל רקע טיבו של הליך השימוע, מובילה אותי למסקנה שאין הצדקה לקבוע כי קיים חיסיון על מסמכים אלו, אך יש הצדקה לקבוע אי-קבילות יחסית של מסמכים אלו. להלן אנמק את מסקנתי.
49. זהו המקום להזכיר כי אין בפי המבקשים טענה לחיסיון המסמכים עצמם (כגון חיסיון עורך-דין-לקוח, או חיסיון מסמכים שהוכנו לקראת הליך משפטי), אלא טענתם היא לקיום חיסיון הנובע מהליך השימוע עצמו. אימתי ישנה הצדקה להטלת מגבלות על גילויים של מסמכים ועל השימוש בהם
50. נקודת המוצא בשיטת המשפט הישראלית, הן בהליכים אזרחיים והן בהליכים פליליים, היא גילוי מלא של חומרים רלוונטיים.
- הגילוי המלא של חומרים רלוונטיים הוא הכלל והגבלת הגילוי היא החריג [ראו: רע"א 2498/06 מקורות חברת מים בע"מ נ' בר (ניתן ביום 27.6.07); רע"א 637/00 בנק דיסקונט לישראל בע"מ נ' אברת, פ"ד נה(3) 661; רע"א 4249/98 סוויסה נ' הכשרת הישוב, פ"ד נה(1) 515].
- כלל הגילוי מושתת על שני אדנים מרכזיים: ראשית, האינטרס הציבורי רב המשקל של גילוי האמת; ושנית, זכויות הצדדים בהליך האדברסרי.
51. עם זאת, שיטת המשפט הישראלית מכירה גם בחריגים לכלל הגילוי.
- לעיתים ישנם זכויות ואינטרסים מוכרים ומוגנים, אשר מצדיקים הטלת מגבלות שונות על גילוי של חומר מסוים ו/או על השימוש בו, ואשר גוברים על האינטרס הציבורי בדבר גילוי האמת ועל זכויות ואינטרסים מתחרים נוספים [ראו: רע"א 1412/94 הסתדרות מדיצינית הדסה עין כרם נ ג ד מאח', פ"ד מט(2) 512].
52. הסוגים הנפוצים של מגבלות על גילוי של חומר מסוים ו/או על השימוש בו הם החיסיון ואי-הקבילות. חיסיון ואי-קבילות
53. המשותף לחיסיון ואי-קבילות הוא הטלת מגבלות שונות על גילוי של חומר מסוים ו/או על השימוש בו בשל קיומם של זכויות ואינטרסים מוגנים הגוברים על האינטרס הציבורי בדבר גילוי האמת ועל זכויות ואינטרסים מתחרים נוספים.
- עם זאת, ישנם הבדלים מהותיים בין החיסיון לבין אי-הקבילות.
54. חיסיון חל במצבים בהם קיימת מסגרת חיצונית מסוימת שבתוכה נאמרים דברים או נמסרים מסמכים, וישנם זכויות או אינטרסים מוגנים ברי משקל ניכר הגוברים על זכויות ואינטרסים מתחרים, ואשר מצדיקים קביעת איסור על גילוי הדברים והמסמכים ועל השימוש בהם, והכל מתוך רצון להבטיח את המשך קיומה המלא והאפקטיבי של אותה מסגרת.
- דוגמאות נפוצות למסגרות שכאלו הן: מסגרת יחסי עורך-דין-לקוח, מסגרת יחסי רופא-חולה, מסגרת של הכנת מסמכים לקראת משפט ועוד.



55. חיסיון חל רק במקרה בו מסירת המידע או המסמכים הייתה קשורה באופן דומיננטי ומובהק לאותה מסגרת חיצונית שיש רצון להבטיח את המשך קיומה המלא והאפקטיבי [ראו: רע"א 5756/06 אליהו חברה לביטוח בע"מ נ' פי. אד בע"מ (ניתן ביום 21.1.07); רע"א 8221/05 המגן חברה לביטוח בע"מ נ' שירותי בריאות כללית (ניתן ביום 15.11.05); רע"א 1412/94 הסתדרות מדיצינית הדסה עין כרם נגד מאח', פ"ד מט(2) 512].
56. חיסיון משמעו מניעת גילוי של המסמך לאחרים ומניעת כל שימוש בו, לרבות מניעת הגשתו כראיה בבית המשפט. לכן, חיסיון על מסמך כולל גם אי-קבילות של המסמך [ראו: רע"א 8943/06 גיא יוחנן נ' סלקום ישראל בע"מ (לא פורסם, 18.11.2009); רע"א 6546/94 בנק איגוד לישראל בע"מ נ' אזולאי ואח', פ"ד מט(4) 54; יצחק עמית, קבילות, סודיות, חסיון ואינטרסים מוגנים בהליכי גילוי במשפט האזרחי - ניסיון להשלטת סדר, ספר אורי קיטאי, הוצאת נבו, 2007, 247].
57. חיסיון יכול להיות מוחלט, קרי חיסיון שלא ניתן לבטלו (למשל: חיסיון עורך-דין-לקוח). חיסיון יכול להיות יחסי, קרי חיסיון שניתן לבטלו בנסיבות מסוימות, באם ישנם זכויות ואינטרסים מתחרים שמשקלם רב יותר (למשל: חיסיון לטובת הציבור מכוח סעיף 45 לפקודת הראיות [נוסח חדש], תשל"א-1971).
58. חיסיון יכול להיות יציר חקיקה (למשל: החסינות הקבועים בפרק ג' לפקודת הראיות). חיסיון יכול להיות יציר פסיקה [למשל: חיסיון עיתונאי - ב"ש 298/86 ציטרין נ' לשכת עורכי הדין, פ"ד מא(2) 337]. חיסיון יציר פסיקה תמיד יהיה חיסיון יחסי [רע"א 8943/06 גיא יוחנן נ' סלקום ישראל בע"מ (לא פורסם, 18.11.2009)].
59. אי-קבילות חלה במצבים בהם קיימות ראיות רלוונטיות מסוימות, אך ישנם אינטרסים וזכויות מוגנים וברי משקל, הגוברים על זכויות ואינטרסים מתחרים, ואשר מצדיקים קביעת איסור על הגשת הראיות לבית משפט במסגרת הליך משפטי.
60. אי-קבילות משמעה מניעת היכולת להגיש את המסמך כראיה בבית המשפט, אך אין משמעה מניעת גילוי של המסמך לאחרים ומניעת כל שימוש בו.
- לכן, אי-קבילות אינה כוללת חיסיון ויכול שמסמך יהיה לא קביל אך לא יהיה חסוי [רע"א 8943/06 גיא יוחנן נ' סלקום ישראל בע"מ (לא פורסם, 18.11.2009)].
61. היקף המגבלות על גילוי החומר ועל השימוש בו רחב יותר במצב בו ישנו חיסיון לעומת מצב בו ישנה אי-קבילות. לכן עוצמת הזכויות והאינטרסים המוגנים המצדיקים חיסיון הנה גדולה מעוצמת הזכויות והאינטרסים המוגנים המצדיקים אי-קבילות.
62. ישנה אי-קבילות המבוססת על טעמים ראייתיים, כגון אי-קבילות עדות מפי השמועה ואי-קבילות תוצאות בדיקת פוליגרף. מעמדה של אי-קבילות מסוג זה הולך ומצטמצם בשנים האחרונות בשל ההכרה במקצועיות השופטים ומתוך המגמה הפסיקתית לעבור מכללי קבילות לכללי משקל.
63. ישנה אי-קבילות המבוססת על האינטרס הציבורי להבטחת המשך קיום מלא ואפקטיבי של הליך מסוים, כגון אי-קבילות מסמכים שהוחלפו בין צדדים במשא ומתן בהליך אזרחי.
- הרציונאל לאי-קבילות מסוג זה דומה לרציונאל לחיסיון, אך במקרים אלו עוצמת האינטרס אינה חזקה דיה בכדי להצדיק חיסיון.



- בשל הדמיון ברציונאל במקרים אלו חל לעיתים בלבול מושגים ואי-הקבילות מכונה בטעות חיסיון הגם שאין המדובר בחיסיון. כך הוא המצב לגבי אי-קבילות מסמכים שהוחלפו בין צדדים במשא ומתן בהליך אזרחי [ראו: ע"א 172/89 סלע חברה לביטוח בע"מ נ' סולל בונה, פ"ד מז(1) 311].
64. בהליכים פליליים ישנה אי-קבילות המבוססת על טעמים חוקתיים, הקשורים בזכויות יסוד של הנאשם, כגון הזכות להליך הוגן וזכויות נוספות הנגזרות מהזכות להליך הוגן, כמו זכות ההיוועצות בעורך דין, וכן על האינטרס הציבורי בדבר שמירת הגינות ההליך הפלילי וטוהרו.
- כך, נוצרה בפסיקה דוקטרינת הפסילה הפסיקתית ממנה נגזרו אי-קבילות של הודעת נאשם במשטרה אשר נגבתה תוך הפרת זכותו להיוועצות בעורך דין [ראו: ע"פ 5121/98 יששכרוב נ' התובע הצבאי, פ"ד סא(1) 461 (להלן: "עניין יששכרוב")], וכן אי-קבילות תוצרי חיפוש שנערך שלא כדין [ראו: ע"פ 10141/09 בן-חיים נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 6.3.12) (להלן: "עניין בן-חיים")].
- מעמדה של אי-קבילות זאת הולך ומתרחב בפסיקה בשנים האחרונות, מתוך ההכרה ההולכת וגוברת במעמדה החוקתי של הזכות להליך הוגן ומתוך החשיבות הרבה של שמירת הגינות ההליך הפלילי וטוהרו.
65. ישנה אי-קבילות יצירת חקיקה, כגון סעיף 13 לחוק האזנת סתר, תשל"ט-1979 וסעיף 32 לחוק הגנת הפרטיות, תשמ"א-1981.
- ישנה אי-קבילות יצירת הפסיקה, כגון דוקטרינת הפסילה הפסיקתית.
66. על פי רוב, אי-קבילות היא יחסית, קרי היא ניתנת לביטול בנסיבות מסוימות.
- האם ישנה הצדקה להטלת מגבלות על גילוי מסמכים שנמסרו מההגנה לתביעה בהליך שימוע ועל השימוש בהם?
67. ניתן להעלות מספר זכויות ואינטרסים מוגנים העשויים לתמוך בהטלת מגבלות על גילוי מסמכים שנמסרו בהליך שימוע ועל השימוש בהם:
- א. זכותו של נאשם להפתיע את העדים וזכותו שלא לחשוף את קו הגנתו בשלב מוקדם - זכותו של נאשם שלא לחשוף את קו הגנתו בשלב מוקדם ולהפתיע את העדים היא אמנם זכות מוכרת אך היא בעיקרה זכות דיונית-טקטית בעלת עצמה חלשה יחסית.
- למעשה, זכות זו אינה קיימת באופן עצמאי ונראה כי היא נגזרת מזכות השתיקה, משיטת המשפט האדברסרית ומנטלי ההוכחה בהליך הפלילי. בהתאם לכך, ככל שההליך הפלילי מתקדם עצמתה של זכות זו נחלשת.
- פסיקת בית המשפט העליון העלתה ביקורת ביחס לזכות זו, ומביקורת זו ניתן ללמוד על עצמתה הנמוכה - ראו: ע"פ 6836/95 חכמי נ' שופטת בית משפט השלום בתל-אביב-יפו, פ"ד נא(3), 750.
- בנוסף, כאמור, הליך השימוע הנו חלק אינטגרלי מההליך הפלילי, שבעקבותיו ניתן לבצע השלמות חקירה, ועל כן בחירתו של נאשם לחשוף את קו הגנתו במסגרת הליך השימוע דומה במידה מסוימת לבחירתו לחשוף את קו הגנתו במסגרת חקירת המשטרה.
- כמו כן, יש לזכור כי הליך השימוע הנו הליך וולונטרי ואי קיומו אינו פועל לחובת הנאשם. על כן, בידי החשוד/הנאשם הברירה לבחור שלא לחשוף את קו הגנתו בשימוע, או לחשוף אותו באופן חלקי, ובחירה שכזו לא פועלת כנגדו.
- לפיכך, אני סבור כי משקלה של זכות זו כזכות התומכת בהטלת מגבלות על גילוי מסמכים שנמסרו בהליך השימוע הוא משקל נמוך.
- ב. חיסיון על ראיות שנאספו מטעם ההגנה -



הטענה לחיסיון ראיות שנאספו מטעם ההגנה היא, למעשה, הרחבה של החיסיון מפני הפללה עצמית. אינני סבור שיש הצדקה להרחבה זו ביחס למסמכים שהוצגו בהליך שימוע.

אין מחלוקת שהנאשם חופשי לאסוף ראיות ולשמרן לעצמו.

עם זאת, לאור האינטרס בדבר חקר האמת, לאור הרצון למנוע שיבוש הליכי משפט ולאור הוראת סעיף 74 לחסד"פ - בהליך פלילי אין לנאשם זכות קנויה לאסוף ראיות ולהסתירן ככל העולה על רוחו, ובמקביל אין חובה על אחרים לאפשר זאת להגנה. לכן, מרגע שראיות אלה הוצגו בפני התביעה הן "יצאו" למעשה מרשותו של הנאשם, ודין להיבחן ככל "חומר חקירה".

הליך השימוע הנו חלק אינטגרלי מההליך הפלילי, שבעקבותיו ניתן לבצע השלמות חקירה, ועל כן בחירתו של נאשם להציג מסמכים שיש בידיו במסגרת הליך השימוע דומה לבחירתו להציג מסמכים במסגרת חקירת המשטרה. גם כאן יש לזכור כי הליך השימוע הנו הליך וולונטרי שאי קיומו אינו פועל לחובת הנאשם. על כן, החשוד/הנאשם יכול לבחור שלא לחשוף בפני התביעה את הראיות שאסף, או את חלקן, ובחירה זו לא תפעל לחובתו. לפיכך, אני סבור כי גם משקלה של זכות זו כזכות התומכת בהטלת מגבלות על גילוי מסמכים שנמסרו בהליך השימוע הנו משקל נמוך.

ג. זכותו של החשוד/הנאשם להליך הוגן -

זכותו של החשוד/הנאשם להליך פלילי הוגן הוכרה בפסיקה כזכות יסוד, הנגזרת מהזכות החוקתית לכבוד.

לאור חשיבותה הרבה של הזכות להליך הוגן המגמה בפסיקה היא למתן פרשנות מרחיבה לזכות זו.

אכן, חשוד הבוחר לקיים הליך שימוע צריך להיות מודע לכך שמסמכים שמסר במסגרת הליך זה עלולים להפוך ל"חומר חקירה" ולשמש כבסיס להשלמת חקירה.

עם זאת, סבורני כי לחשוד הבוחר לקיים הליך שימוע יש ציפייה סבירה ולגיטימית כי המסמכים שמסר במסגרת ההליך לא ישמשו כראיה נגדו במשפט. זאת, מכיוון שמדובר בהליך וולונטרי שמטרתו לבחון אפשרות להיטיב עם החשוד תוך מתן 'הזדמנות הוגנת' להצגת טיעוניו, מכיוון שמדובר במסמכים שהתביעה לא הייתה ערה להם ולא אספה אותם בעצמה במסגרת חקירת המשטרה, ולאור המאפיין ההידברותי של הליך השימוע.

על כן, סבורני כי שימוש במסמכים שמסר החשוד במסגרת הליך השימוע כראיה נגדו במשפט מהווה פגיעה בזכותו להליך הוגן.

כאמור, הפסיקה הכירה באפשרות להגביל את הגילוי של ראיה ואת השימוש בה, בין היתר בשל הפגיעה בזכות להליך ההוגן (ראו: עניין יששכרוב ועניין בן-חיים).

לפיכך, משקלה של הזכות להליך הוגן כזכות התומכת בהטלת מגבלות על גילוי מסמכים שנמסרו בהליך השימוע הנו משקל גבוה.

עם זאת, סבורני כי ביחס לגילוי מסמכים שנמסרו בהליך שימוע הזכות להליך הוגן יכולה להצדיק רק מגבלה מסוג של אי-קבילות ולא מסוג של חיסיון. זאת, מכיוון שהציפייה הסבירה הלגיטימית של החשוד היא שהמסמכים שמסר במסגרת ההליך לא ישמשו כראיה נגדו במשפט, ולא שהמסמכים שמסר לא יכללו במסגרת "חומר החקירה" או לא ישמשו כבסיס להשלמת חקירה. כמו כן, הפסיקה שהכירה באפשרות להטיל מגבלות על גילוי ראיה ועל השימוש בה בשל הפגיעה בזכות להליך הוגן קבעה מגבלות מסוג אי-קבילות בלבד ולא מסוג חיסיון (ראו: עניין יששכרוב ועניין בן-חיים).



ד. האינטרס הציבורי בדבר שמירת הגינות ההליך הפלילי וטוהרו - האינטרס הציבורי בדבר שמירת הגינות ההליך הפלילי וטוהרו הוכר בפסיקה כאינטרס מוגן, חשוב ולגיטימי. הפסיקה הכירה באפשרות להגביל את הגילוי של ראיה ואת השימוש בה, בין היתר בשל הפגיעה באינטרס הציבורי בדבר שמירת הגינות ההליך הפלילי וטוהרו (ראו: דוקטרינת הפסילה הפסיקתית - עניין יששכרוב ועניין בן-חיים). סבורני כי שימוש במסמכים שמסר חשוד לתביעה במסגרת הליך שימוע כראיה נגדו במשפט פוגע באינטרס הציבורי בדבר הגינות ההליך הפלילי וטוהרו. זאת, מכיוון שמדובר בהליך וולונטרי שמטרתו לבחון אפשרות להיטיב עם החשוד, מכיוון שמדובר במסמכים שהתביעה לא הייתה ערה להם ולא אספה אותם בעצמה במסגרת חקירת המשטרה, ולאור המאפיין ההידברותי של הליך השימוע.

לפיכך, משקלו של האינטרס הציבורי בדבר שמירת הגינות ההליך הפלילי וטוהרו כאינטרס התומך בהטלת מגבלות על גילוי מסמכים שנמסרו בהליך השימוע הנו משקל גבוה.

עם זאת, סבורני כי ביחס לגילוי מסמכים שנמסרו בהליך שימוע האינטרס הציבורי בדבר שמירת הגינות ההליך הפלילי וטוהרו יכול להצדיק רק מגבלה מסוג של אי-קבילות ולא מסוג של חיסיון. זאת, מכיוון שהפסיקה שהכירה באפשרות להטיל מגבלות על גילוי ראיה ועל השימוש בה בשל הפגיעה באינטרס הציבורי בדבר שמירת הגינות ההליך הפלילי וטוהרו קבעה מגבלות מסוג אי-קבילות בלבד ולא מסוג חיסיון (ראו: עניין יששכרוב ועניין בן-חיים).

ה. האינטרס הציבורי בדבר סיום סכסוכים משפטיים בדרכים חלופיות - אין חולק כי האינטרס הציבורי בדבר סיום סכסוכים משפטיים בדרכים חלופיות הנו אינטרס ציבורי מוכר, מוגן וחשוב. אינטרס ציבורי זה נובע בראש ובראשונה מהצורך הלגיטימי לחסוך בהליכים משפטיים ובמשאבים ציבוריים יקרים של בית המשפט ושל הצדדים.

אינטרס ציבורי זה מחייב עידוד ויצירת תמריצים לשימוש אפקטיבי בדרכים החלופיות המוכרות לסיום סכסוכים משפטיים מחוץ לכותלי בית המשפט, כגון הליכי גישור ומשא ומתן.

הצורך בעידוד דרכים חלופיות לסיום סכסוכים משפטיים הוכר גם בהליך הפלילי [ראו: ת"פ (שלום ת"א) 2511-01-14 מדינת ישראל נ' סמקו (פורסם בנבו, 1.6.14) - מגבלות על תיקון כתב אישום בעקבות הליך גישור; ת"פ (שלום ת"א) 363-5-13 מדינת ישראל נ' דגן ואח' (פורסם בנבו, 2.12.14) - מגבלות על תיקון כתב אישום בעקבות הליכי משא ומתן].

לאור המאפיין ההידברותי של הליך השימוע, ניתן לראות גם בהליך זה כהליך חלופי לסיום סכסוכים משפטיים. משכך, קיים אינטרס ציבורי לעודד קיום שימועים אפקטיביים, אשר יכולים להביא לחסכון בהליכים משפטיים ובמשאבי ציבור יקרים.



בפסיקה נקבע כי אם צד ידע שטענות ומסמכים שמסר בהליך החלופי יוכלו לשמש את הצד שכנגד כראיה בהמשך במסגרת ההליך המשפטי הפורמאלי, הוא יטה שלא לשתף פעולה עם הליך כזה וכך ההליך החלופי יהפוך לבלתי אפקטיבי ככלי לחסכון בהתדיינות ובמשאבי ציבורי. כך נקבע בפסיקה ביחס להליכי משא ומתן ופשרה בהליך אזרחי [ראו: ע"א 440/75 זנדבנק נ' דנצינגר, פ"ד ל(2), 260; ע"א 230/47 פיינברג נ' קרלינר, פ"ד ד 361; רע"א 8320/08 א.ד. אסולין השקעות ופיננסים בע"מ נ' החברה העירונית לפיתוח אשדוד בע"מ (פורסם בנבו, 21.7.09); ע"א 2235/04 בנק דיסקונט לישראל בע"מ נ' שירי (פורסם בנבו, 27.6.06); ע"א 172/89 סלע חברה לביטוח בע"מ נ' סולל בונה פ"ד מז(1), 311].

ישנם פסקי דין שקבעו קביעות דומות גם ביחס להליך השימוע, בשל המאפיין ההידברותי שלו - ראו: עניין אשר. דעות דומות הובעו גם בספרות המקצועית - ראו: הלוי, עמ' 433-4.

כתוצאה מהחשש להרתעת צדדים מנטילת חלק בהליכים חלופיים ליישוב סכסוכים על ידי שימוש בדברים ובמסמכים שנמסרו בהליכים אלו כראיה בהליך המשפטי הפורמאלי נקבעו בחקיקה ובפסיקה כללים של אי-קבילות מסמכים אלו במסגרת ההליך המשפטי הפורמאלי [ראו, למשל: סעיף 79ג(ד) לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], תשמ"ד-1984, הדין בגישור בהליך האזרחי, ולפיו "דברים שנמסרו במסגרת הליך גישור, לא ישמשו ראיה בהליך משפטי אזרחי"; רע"א 8320/08 א.ד. אסולין השקעות ופיננסים בע"מ נ' החברה העירונית לפיתוח אשדוד בע"מ (פורסם בנבו, 21.7.09)]. גם בהליך הפלילי נקבעו כללים דומים - ראו: סעיף 67ז(ו) לחסד"פ, הדין בסגירת תיק בהסדר מותנה וקובע כי "הודיית חשוד בעובדות המהוות עבירה, במסגרת הסדר, לא תשמש ראיה נגדו בהליך פלילי בשל עובדות אלה"; וכן סעיף 143א(ו) (1) לחסד"פ הקובע כי פרוטוקול דיון מקדמי במשפט הפלילי "לא יועבר לעיון השופט שימשיך לדון בכתב האישום".

בעניין אשר נקבעה קביעה דומה גם ביחס לדברים שנכתבו על ידי חשוד או בא כוחו ונמסרו לתביעה במסגרת הליך השימוע: "על מנת לשמר את מעמדו וחשיבותו של הליך השימוע, יש לקבוע כללים ואיזונים שתכליתם לקדם מימוש הזכות לשימוע על-ידי חשודים או עורכי דינם בהתאם לסעיף 60א(ד) לחוק סדר הדין הפלילי. בהקשר זה, חוששני כי קבלת מכתב ששלח נאשם במסגרת הליך השימוע עלולה ליצור תמריץ שלילי ולהביא לכך שחשודים (או עורכי דינם) יימנעו משיגור מכתבים שכאלה ובכך לפגוע, בעקיפין, במוסד השימוע - המהווה כאמור כלי יעיל ושימושי בהגשמת התכלית שנועד לקדם - ולהפכו לאות מתה... מסקנתי בדבר החלת כלל אי הקבילות על דברים שנכתבו על-ידי חשוד או בא כוחו והועברו לידי המאשימה במסגרת הליך של שימוע".

לפיכך, סבורני כי האינטרס הציבורי בדבר סיום סכסוכים משפטיים בדרכים חלופיות תומך בהגבלת היכולת לעשיית שימוש במסמכים שנמסרו במסגרת הליך השימוע כראיות במסגרת ההליך המשפטי הפורמאלי.

עם זאת, סבורני כי ביחס לגילוי מסמכים שנמסרו בהליך השימוע האינטרס הציבורי בדבר סיום סכסוכים משפטיים בדרכים חלופיות יכול להצדיק רק מגבלה מסוג של אי-קבילות ולא מסוג של חיסיון. זאת, לאור הדומיננטיות של המאפיין השימועי-מנהלי של הליך השימוע לעומת המשניות של המאפיין ההידברותי של הליך זה. כמו כן, בכל המקרים בהם הכירו המחוקק והפסיקה בהטלת מגבלות על היכולת לעשיית שימוש במסמכים שנמסרו במסגרת הליכים חלופיים - לרבות הליכים בהם המאפיין ההידברותי הוא הדומיננטי, כגון הליכי משא ומתן - היו אלו מגבלות מסוג של אי-קבילות בלבד ולא מסוג של חיסיון.

סיכומי של דבר - סבורני כי הן זכותו של החשוד להליך הוגן, הן האינטרס הציבורי בדבר שמירת הגינות ההליך הפלילי וטוהרו, והן האינטרס הציבורי בדבר סיום סכסוכים משפטיים בדרכים חלופיות תומכים בהגבלת היכולת לעשיית שימוש במסמכים שנמסרו במסגרת הליך השימוע כראיות במסגרת ההליך המשפטי הפורמאלי.



68. ניתן להעלות מספר זכויות ואינטרסים התומכים בגילוי מסמכים שנמסרו בהליך שימוע, ואשר שוללים הטלת מגבלות על גילוי מסמכים אלו ועל השימוש בהם:
- א. האינטרס הציבורי בדבר חקר האמת ועשיית צדק - אין חולק כי מדובר באינטרס ציבורי רב משקל וחיוני. למעשה, בשל אינטרס ציבורי זה הכלל בשיטת המשפט הישראלית הוא גילוי והגבלת הגילוי היא הריג. לאור הדומיננטיות של המאפיין השימועי-מנהלי של הליך השימוע אני סבור כי משקלו של האינטרס הציבורי בדבר חקר האמת ועשיית צדק כאינטרס השולל הטלת מגבלות על גילוי מסמכים שנמסרו בהליך השימוע ועל השימוש בהם הוא משקל גבוה.
- ב. האינטרס הציבורי בהגנה על הציבור מפני עבריינים - אין חולק כי מדובר באינטרס ציבורי רב משקל וחיוני. לאור הדומיננטיות של המאפיין השימועי-מנהלי של הליך השימוע אני סבור כי משקלו של האינטרס הציבורי בהגנה על הציבור מפני עבריינים כאינטרס השולל הטלת מגבלות על גילוי מסמכים שנמסרו בהליך השימוע ועל השימוש בהם הוא משקל גבוה.
- ג. זכויות הקורבנות לעשיית צדק פרטני בעניינם ולהגנה על שלומם - בשנים האחרונות הכירו המחוקק והפסיקה בזכויות הקורבנות לעשיית צדק בעניינם ולהגנה על שלומם כזכויות מוכרות, לגיטימיות, מוגנות וחשובות, גם במסגרת ההליך הפלילי. לפיכך, אני סבור כי משקלן של זכויות הקורבנות לעשיית צדק פרטני בעניינם ולהגנה על שלומם כזכויות השוללות הטלת מגבלות על גילוי מסמכים שנמסרו בהליך השימוע ועל השימוש בהם הוא משקל ממשי.
- ד. זכותם של חשודים/נאשמים אחרים באותו הליך להליך הוגן, להכנת הגנתם כראוי, ולקבלת חומר חקירה מלא בעניינם - אין חולק כי שעה שישנם מספר חשודים במסגרת אותו הליך לכל החשודים עומדת זכות זהה להליך הוגן, להכנת הגנתם כראוי, ולקבלת חומר חקירה מלא בעניינם.
- ייתכנו מקרים בהם אותם מסמכים אשר אחד החשודים מבקש להגביל את גילויים ואת השימוש בהם בשל מסירתם במסגרת הליך השימוע יהיו נחוצים לחשודים אחרים כ"חומר חקירה" ולצורך הכנת הגנתם כראוי. לפיכך, אני סבור כי משקל זכותם של חשודים/נאשמים אחרים באותו הליך להליך הוגן, להכנת הגנתם כראוי, ולקבלת חומר חקירה מלא בעניינם, כזכות השוללת הטלת מגבלות על גילוי מסמכים שנמסרו בהליך השימוע ועל השימוש בהם, הוא משקל ממשי.
69. לאחר עריכת איזון בין הזכויות והאינטרסים התומכים בהטלת מגבלות על גילוי מסמכים שנמסרו בהליך שימוע ועל השימוש בהם לבין הזכויות והאינטרסים התומכים בגילוי מסמכים אלו ובשימוש בהם, מסקנתי הנה כי ישנה הצדקה לקבוע מגבלות מסוימות על גילויים של מסמכים אלו ועל השימוש בהם.
- מסקנתי זו מבוססת על מעמדה הרם של הזכות להליך הוגן, על חשיבותם הרבה של האינטרס בדבר שמירת הגינות ההליך הפלילי וטוהרו ושל האינטרס בדבר סיום סכסוכים משפטיים בדרכים חלופיות, כמו גם על המאפיין ההידברותי של הליך השימוע.
- איזה סוג של מגבלה - חיסיון יציר פסיקה או אי-קבילות יצירת פסיקה?



70. לאחר בחינת כלל הזכויות והאינטרסים הרלוונטיים ועריכת איזון ביניהם, סבורני כי ישנה הצדקה לקבוע מגבלה מסוג של אי-קבילות על מסמכים שנמסרו מההגנה לתביעה במסגרת הליך שימוע.
71. כאמור לעיל כל הזכויות והאינטרסים התומכים בהטלת מגבלות על גילוי מסמכים שנמסרו בהליך שימוע ועל השימוש בהם מצדיקים אך ורק קביעת מגבלה מסוג של אי-קבילות ולא מסוג של חיסיון.
72. יתרה מכך, אל מול הזכויות והאינטרסים התומכים בהטלת מגבלות על גילוי המסמכים עומדים זכויות ואינטרס כבדי משקל התומכים בגילוי המסמכים ובשימוש בהם, ועל כן אין הצדקה לקביעת מגבלה קיצונית מסוג של חיסיון. קביעת חיסיון משמעותה חיוב התביעה להשיב לנאשם את המסמכים ואיסור על כל שימוש בהם, לרבות שימוש לצורך השלמות חקירה ולרבות העברתו כחומר חקירה לנאשמים אחרים. מגבלה שכזו פוגעת יתר על המידה באינטרס הציבורי בדבר חקר האמת ועשיית הצדק, באינטרס הציבורי בהגנה על הציבור מפני עבריינים, בזכויות הקורבנות ובזכויות יתר הנאשמים באותו הליך.
73. עוד יש לזכור, כי לזכותו של נאשם להפתיע את העדים ולהימנע מחשיפת קו הגנתו בשלב מוקדם כמו גם לזכותו לשמור על ראיות שאסף מטעמו ניתן משקל נמוך כזכויות התומכות בהטלת מגבלות על גילוי מסמכים שנמסרו בהליך שימוע ועל השימוש בהם.
74. הדומיננטיות של המאפיין השימועי-מנהלי של הליך השימוע לעומת המשניות של המאפיין ההידברותי של הליך השימוע תומכת אף היא במסקנה לפיה ישנה הצדקה לקביעת מגבלה מסוג אי-קבילות בלבד.
- הליך השימוע אינו מסגרת חיצונית להליך הפלילי, אלא מדובר בשלב בתוך ההליך הפלילי, בין החקירה לבין הגשת כתב האישום, אשר יכול להוביל גם לביצוע השלמות חקירה, ואשר נערך על-ידי אותו גורם שמלווה את החקירה ואמור להחליט על הגשת כתב האישום. משכך, אין הוא מסוג ההליכים החיצוניים והנפרדים המצדיקים קביעת מגבלה קיצונית מסוג של חיסיון.
- לא למותר להוסיף, כי גם ביחס להליכי משא ומתן אזרחיים נקבעה מגבלה של אי-קבילות בלבד ולא מגבלה של חיסיון, חרף בלבול המושגים לעיתים [ראו: ע"א 172/89 סלע חברה לביטוח בע"מ נ' סולל בונה, פ"ד מז(1), 311; רע"א 8320/08 א. ד. אסולין השקעות ופיננסים בע"מ נ' החברה העירונית לפיתוח אשדוד בע"מ (לא פורסם, 7.1.09)].
75. לפיכך, סבורני כי ישנה הצדקה לקבוע מגבלה מסוג של אי-קבילות על מסמכים שנמסרו מההגנה לתביעה במסגרת הליך שימוע.
- אי-הקבילות היא יחסית
76. על-פי רוב אי-קבילות היא יחסית, ובמיוחד אי-קבילות יצירת הפסיקה.
- כך, בעניין יששכרוב נקבע כי הודעה שנגבתה מחשוד תוך פגיעה בזכות ההיוועצות בעורך-דין היא בלתי קבילה, אלא אם כן מתקיימות נסיבות המצדיקות את קבלתה בכל זאת. בעניין יששכרוב ניתנו דוגמאות לאותן נסיבות המצדיקות את קבלת ההודעה.
77. לאור הדומיננטיות של המאפיין השימועי-מנהלי של הליך השימוע לעומת המשניות של המאפיין ההידברותי, וכן לאור חשיבות הזכויות והאינטרסים התומכים בגילוי המסמכים שנמסרו בהליך השימוע, סבורני כי גם אי-הקבילות של מסמכים שנמסרו מההגנה לתביעה בהליך השימוע היא אי-קבילות יחסית.



78. אשר על כן, בנסיבות מסוימות ניתן יהיה לקבל מסמכים שנמסרו מההגנה לתביעה בהליך השימוע כראיה במשפט חרף אי-הקבילות.
- בין יתר השיקולים שיש לשקול בעניין זה ניתן למנות את השיקולים הבאים: חומרת העבירות, טיב המסמכים וערכם הראייתי, התנהלות הצדדים בהליך השימוע, מידת המרכזיות שקיבל המאפיין ההידברותי בהליך השימוע הספציפי, זכויותיהם של נאשמים אחרים באותו הליך ועוד.
- במקרים בהם יתקבלו המסמכים כראיה חרף אי-הקבילות יוכל בית המשפט להתייחס לפגיעה בזכות הנאשם להליך הוגן במסגרות אחרות, כגון טענות הגנה מן הצדק או שיקולי הענישה.
- משמעות הקביעה שאין חיסיון אך יש אי-קבילות יחסית
79. לקביעה לפיה על מסמכים שנמסרו בהליך שימוע חלה אי-קבילות יחסית אך לא חל חיסיון יש מספר משמעויות:
- א. המסמכים יכולים להיכלל ב"חומר החקירה";
 - ב. התביעה יכולה להחזיק במסמכים ולא מוטלת עליה חובה להשיבם לחשוד;
 - ג. מותר לתביעה לבצע השלמות חקירה על בסיס המסמכים;
 - ד. התביעה מחויבת להעביר את המסמכים גם לנאשמים אחרים באותו ההליך, ככל שמדובר ב"חומר חקירה";
 - ה. מותר לתביעה להיעזר במסמכים במסגרת הכנת עדות לעדות;
 - ו. אסור לתביעה להגיש את המסמכים כראיה בבית המשפט במסגרת ההליך המשפטי, אלא אם כן קיימות נסיבות המצדיקות את קבלת המסמכים כראיה בכל זאת.
80. אי-קבילות מסמכים שנמסרו מההגנה לתביעה במסגרת הליך שימוע תבוא לידי ביטוי במלוא עוזה במקרים בהם החשוד מסר לתביעה מסמכים שאין ביכולת התביעה להשיגם בעצמה.
- דוגמא לכך מובאת בעניין אשר (מסמך שכתב החשוד ומסר לתביעה במסגרת השימוע ולאחר מכן התביעה ביקשה להגישו כראיה כנגדו במשפט).
81. כאשר מדובר במסמכים שהתביעה יכולה להשיגם ולתפסם בעצמה, על-פי דין וישירות מהמקום המקורי בו הם מצויים, נראה לכאורה כי כלל אי-הקבילות מיותר ומטיל דרישה מלאכותית על התביעה לפעול להשגת המסמכים בעצמה על מנת שיהיו קבילים. סבורני, כי גם במקרים כאלו נכון לעמוד על כלל אי-הקבילות, הן מהבחינה העקרונית לאור הנימוקים המצדיקים את כלל אי-הקבילות, והן מהבחינה המעשית-ראייתית לאור כלל הראייה הטובה ביותר, לאור הצורך לבדוק את אותנטיות המסמכים ושלמותם וכן את קיומם של מסמכים קשורים רלוונטיים נוספים, ולאור החובה הקיימת ממילא להגשת המסמכים באמצעות עורכיהם.
- יתרה מכך, בהתאם לנסיבות הקונקרטיות של כל מקרה ומקרה, באם התביעה תפעל לתפיסת המסמכים המקוריים בעצמה בעקבות הליך השימוע ותבקש להגישם כראיה במשפט חרף כלל אי-הקבילות, יוכל הנאשם להעלות טענות בנוגע להתנהלות התביעה במסגרת של טענות הגנה מן הצדק וכד'.
- הערה



82. לאור אי קיומו של חיסיון על מסמכים הנמסרים מההגנה לתביעה בהליך שימוע, ובשים לב כי רבים מן החשודים אינם מיוצגים על-ידי עורך-דין בשלב זה, מן הראוי שבהודעה הנשלחת לחשוד בהתאם לסעיף 60א(ד) לחסד"פ יצוין במפורש כי נתונים ומסמכים שימסור החשוד לתביעה בהליך השימוע אינם חסויים, כי הם עלולים להיחשב ל"חומר חקירה", וכי ניתן יהיה לבצע השלמות חקירה על בסיסם.
- סיכום ביניים
83. מסמכים הנמסרים לתביעה במסגרת הליך שימוע פלילי הם בעלי פוטנציאל להפוך ל"חומר חקירה".
84. על מסמכים הנמסרים מההגנה לתביעה במסגרת הליך שימוע פלילי לא חל חיסיון, אך כן חלה אי-קבילות יחסית. מן הכלל אל הפרט
85. לאחר בחינת פרטי המקרה דנן לאור המסגרת העיונית דלעיל, סבורני כי דין הבקשה להידחות מכיוון שהמסמכים שמסרו המבקשים 1 ו-2 לתביעה במסגרת הליך השימוע הם "חומר חקירה", ומכיוון שלא חל עליהם חיסיון.
86. סבורני כי על המסמכים שמסרו המבקשים 1 ו-2 לתביעה במסגרת הליך השימוע חלה אי-קבילות יחסית. עם זאת, מכיוון שמדובר בשאלה של קבילות, אשר ההכרעה בה מסורה למותב שידון בתיק העיקרי, מכיוון שהכרעתי אינה מחייבת מותבים אחרים, ומכיוון שמדובר באי-קבילות יחסית - סוגיית קבילות המסמכים הקונקרטיים בתיק דנן תיוותר להכרעת המותב שידון בתיק העיקרי.
- האם המסמכים הנדונים הם בגדר "חומר חקירה"?
87. לאחר שקבעתי כי מסמכים הנמסרים לתביעה במסגרת הליך השימוע הם בעלי פוטנציאל להפוך ל"חומר חקירה", יש לבחון האם המסמכים הנדונים הנם בגדר "חומר חקירה" בתיק דנן, וזאת על-פי המבחנים שנקבעו בפסיקה.
88. במסגרת הבקשה הוצגו לעיוני כתב האישום, המסמכים הנדונים, טיעוני המבקשים בשימוע וטיעוני הצדדים בבקשה זו.
89. לאחר עיון בכתב האישום ובמסמכים הנדונים ולאחר בחינת טענות הצדדים אני סבור כי מבחינה מהותית המסמכים הנדונים הם בגדר "חומר חקירה".
- עיקר המסמכים הנדונים הם תכתובת בזמן אמת בין נושאי תפקיד בתקופות שונות בעיריית תל-אביב, חלקם עדי תביעה וחלקם חשודים/נאשמים. גם יתר המסמכים הם מסמכים מזמן אמת שנערכו על ידי גורמים שונים. המסמכים עוסקים בסוגיות המצויות בלב ליבו של התיק, קרי עוסקים, במישרין או בעקיפין, בשאלת האחריות של הגורמים השונים למותו של המנוח. משכך, מדובר במסמכים הרלוונטיים לאישום.



90. למעשה, אף אחד מהצדדים לא העלה טענה כי מבחינה מהותית המסמכים הנדונים אינם בגדר "חומר חקירה" ואינם רלוונטיים לאישום.
- גם המבקשים לא טענו זאת, ועצם צירוף המסמכים במסגרת הליך השימוע מהווה אינדיקציה לכך שהם עצמם סבורים שמדובר בחומר רלוונטי לצורך בחינת האחריות במקרה דנן.
- המבקשים התמקדו בטענה העקרונית שהמסמכים כלל לא יכולים להיחשב ל"חומר חקירה", מלכתחילה, מעצם הצגתם במסגרת הליך השימוע. טענה זו, כאמור, נדחתה.
91. מכיוון שמדובר במסמכים שמקורם ברשומות עיריית תל-אביב-יפו ובגופים מוכרים נוספים, כך שאין חולק שהמשיבה 1 או המשטרה יכולות לתפסם על-פי דין, הרי שהמסמכים מצויים בשליטתן של רשויות אכיפת החוק או שצריכים היו להימצא בשליטתן.
92. אשר על כן, המסמכים הנדונים הם "חומר חקירה".
93. כאמור, לאחר שנקבע כי המסמכים הנדונים הם "חומר חקירה" יש להוסיף ולבחון האם ישנן מגבלות כלשהן על השימוש במסמכים נוכח קיומם של אינטרסים מוגנים המצדיקים מגבלות על גילוי של החומר ועל השימוש בו.
94. כפי שנקבע לעיל, מכיוון שמדובר במסמכים שנמסרו מההגנה לתביעה במסגרת הליך שימוע חלה המסמכים אי-קבילות יחסית, אך לא חל עליהם חיסיון.
- האם בנסיבות הספציפיות של המקרה דנן חל חיסיון על המסמכים שמסרו המבקשים למשיבה 1 בהליך השימוע?
95. כאמור, על מסמכים שנמסרו מההגנה לתביעה במסגרת הליך שימוע לא חל חיסיון.
96. לטענת המבקש 1, בכותרת מכתב השימוע נכתבו במפורש המלים "מבלי לפגוע בזכויות".
- לטענת המבקש 1, יש במלים אלו כדי לבסס את קיומו של חיסיון על המסמכים שמסר למשיבה 1 במסגרת הליך השימוע במקרה הספציפי.
- אין בידי לקבל טענה זו.
97. ראשית, המבקש 1 לא פירט במכתב השימוע כל בקשה, דרישה או התניה מפורשת ביחס למסמכים המצורפים, ובכלל זה לא כלל בקשה ברורה למניעת האפשרות לראות בהם "חומר חקירה", ולא כלל בקשה ברורה להימנע מגילויים לצדדים שלישיים או מעשיית שימוש אחר בהם. כמו כן, אין חולק כי בשום שלב המשיבה 1 לא הבטיחה למבקש 1 דבר ולא נאמר לו דבר שישתמע ממנו כי בכוונתה להסכים לחיסוי המסמכים.
- שנית, הביטוי "מבלי לפגוע בזכויות" לקוח מעולם המשא ומתן בהליכים אזרחיים, וגם בהקשר זה הפסיקה מעולם לא ראתה בביטוי זה כמקום חיסיון, אלא כאינדיקציה לקיומה של אי-קבילות בלבד [ראו: ע"א 172/89 סלע חברה לביטוח בע"מ נ' סולל בונה, פ"ד מז(1) 311]. יתרה מכך, בפסיקה נקבע כי לרישום הביטוי "מבלי לפגוע בזכויות" אין משמעות כשלעצמו, ויש לבדוק בכל מקרה את מהות הדברים באותו מקרה מסוים. רישום הביטוי מהווה אינדיקציה לכך שמדובר בהליכי פשרה, אך זוהי אינדיקציה בלבד, ובכל מקרה יש לבחון את מלוא הנסיבות על מנת לקבוע האם אכן מדובר בהליכי פשרה. כך או כך, כאמור, אף אם מדובר בהליכי פשרה, על המסמכים חלה אי-קבילות בלבד ולא חיסיון. מאחר שקבעתי כי על מסמכים הנמסרים מההגנה לתביעה בהליך שימוע חלה אי-קבילות יחסית, הרי שלרישום הביטוי "מבלי לפגוע בזכויות" על גבי מכתב השימוע אין משמעות במישור העקרוני.



בהקשר של הליך השימוע, רישום הביטוי "מבלי לפגוע בזכויות" יכול להוות אינדיקציה לכך שהמאפיין ההידברותי היה מרכזי יותר בהליך שימוע מסוים, ונתון זה יכול להשליך על מידת היחסיות של אי-הקבילות באותו מקרה. כמו כן, רישום הביטוי וההתייחסות אליו יכולים להיבחן במסגרת טענות הגנה מן הצדק שיכול הנאשם להעלות בהליך העיקרי. אולם, רישום הביטוי לא יכול להקים חיסיון.

שלישית, נוכח הדומיננטיות של המאפיין השימועי-מנהלי של ההליך השימוע, היה על המבקש 1 ועל בא כוחו לדעת כי לא יחול חיסיון על המסמכים המצורפים, אף אם נכתב הביטוי "מבלי לפגוע בזכויות", והיה עליהם לצפות את האפשרות שהמסמכים יהפכו לחלק מ"חומר החקירה".

98. לטענת המבקש 2 בתכתובות השימוע ציין בא כוחו כי המסמכים נמסרים אך ורק לצורך הליך השימוע, וכי במידה שיוחלט על הגשת כתב אישום יש להשיבם למבקש 2, להימנע מלראות בהם "חומר חקירה" ולהימנע מהעברתם לצדדים נוספים.

99. לטענת המבקש 2, יש בהבהרות ברורות אלו כדי לבסס את קיומו של חיסיון על המסמכים שמסר למשיבה 1 במסגרת הליך השימוע במקרה הספציפי. אין בידי לקבל טענה זו.

100. ראשית, מכתב השימוע מטעם המבקש 2, בצירוף המסמכים, נמסר בתאריך 30.11.14, מבלי שנלוותה לו בקשה כלשהי ביחס למסמכים. רק בתאריך 21.12.14 פנה המבקש 2 בבקשה שלא להציג את המסמכים בפני החשודים האחרים. כמו כן, אין חולק כי בשום שלב המשיבה 1 לא הבטיחה למבקש 2 דבר ולא נאמר לו דבר שישתמע ממנו כי בכוונתה להיעתר לבקשתו ביחס לחיסיון המסמכים.

בנסיבות אלו, כאשר הדרישה נעשית בדיעבד, לאחר שהמסמכים כבר נמסרו למשיבה 1 ונבחנו על ידה והיא כבר לא יכולה להתעלם מהם, לא ניתן לייחס לדרישת המבקש 2 משקל של ממש. לאור חובותיה הייחודיות של התביעה והאינטרסים עליהם היא אמונה, לא ניתן להעלות כלפיה דרישה כאמור בדיעבד.

דרישת המבקש 2 בדיעבד יכולה להוות אינדיקציה לכך שהמאפיין ההידברותי היה מרכזי יותר בהליך השימוע דנן, ונתון זה יכול להשליך על מידת היחסיות של אי-הקבילות במקרה זה. כמו כן, דרישת המבקש 2 יכולה להיבחן במסגרת טענות הגנה מן הצדק, שייתכן ויועלו על ידי המבקש 2 בהליך העיקרי. אולם, הדרישה בדיעבד לא יכולה להקים חיסיון.

שנית, גם כאן, נוכח הדומיננטיות של המאפיין השימועי-מנהלי של ההליך השימוע, היה על המבקש 2 ועל בא כוחו לדעת כי לא יחול חיסיון על המסמכים המצורפים באם הם נמסרים לכתחילה ללא כל סייג או דרישה, והיה עליהם לצפות את האפשרות שהמסמכים יהפכו לחלק מ"חומר החקירה" בנסיבות אלו.

101. ככל שהמבקשים חפצו בחיסיון המסמכים דנן, במובן של השבתם לידיהם ומניעת כל שימוש בהם באם יוגש כתב אישום, היה עליהם לפנות למשיבה 1 מראש, טרם פירוט טענות השימוע לגופן וטרם חשיפת קו ההגנה והצגת המסמכים עצמם, להציג למשיבה 1 את דרישתם בבירור, ולקבל מבעוד מועד את הסכמתה של המשיבה 1 לדרישה זו.

102. לפיכך, אינני סבור כי בנסיבות הספציפיות של המקרה דנן חל חיסיון על המסמכים שמסרו המבקשים למשיבה 1 בהליך השימוע.



משמעות היעדר חיסיון במקרה דנן

103. משמעות היעדר חיסיון על המסמכים שמסרו המבקשים למשיבה 1 כוללת, בין היתר, את ההשלכות הבאות:
א. המסמכים יכולים להיכלל במסגרת "חומר החקירה". כפי שנקבע לעיל, לאור מהותם של המסמכים הם אכן חלק מ"חומר החקירה" במקרה דנן;

ב. המשיבה 1 יכולה להחזיק במסמכים ולא מוטלת עליה חובה להשיבם למבקשים;

ג. מותר למשיבה 1 לבצע השלמות חקירה על בסיס המסמכים;

ד. המשיבה 1 מחויבת להעביר את המסמכים גם לנאשמים אחרים בהליך דנן, מכיוון שמדובר ב"חומר חקירה";

ה. מותר למשיבה 1 להיעזר במסמכים במסגרת הכנת עדות לעדות.

ההכרעה הקונקרטית בשאלת קבילות המסמכים הנדונים

104. כאמור, קבעתי כי מכיוון שמדובר במסמכים שנמסרו במסגרת הליך שימוע חלה עליהם אי-קבילות יחסית.

105. מכיוון שהמבקשים ביקשו לקבוע חיסיון ולא אי-קבילות; מכיוון שמדובר בשאלה של קבילות, אשר ההכרעה בה מסורה למותב שידון בתיק העיקרי; מכיוון שהכרעתי אינה מחייבת מותבים אחרים; מכיוון שמדובר באי-קבילות יחסית; ומכיוון שישנם בתיק נאשמים נוספים שעשויים לבקש את הגשת המסמכים כראיה מטעמם - ככל שתתבקש הגשת

המסמכים כראיה במשפט, ההחלטה הקונקרטית בשאלת קבילות המסמכים הנדונים תיוותר להכרעת המותב שידון בתיק העיקרי.

106. בכל מקרה, המשיבה 1 רשאית לפעול לתפיסת המסמכים המקוריים ולבקש להגישם כראיה, והכל בהתאם לדרישות הדין ולמגבלותיו. במקרה כזה, ברי כי המבקשים יהיו רשאים להעלות בפני המותב שידון בתיק העיקרי טענות שונות ביחס להתנהלות המשיבה 1.

סוף דבר

107. דין הבקשה להידחות.

108. המבקשים ביקשו לקבוע כי מסמכים הנמסרים מההגנה לתביעה במסגרת הליך שימוע לא יכולים להיכלל ב"חומר החקירה" וכי חל עליהם חיסיון. עוד ביקשו המבקשים לקבוע, כי במקרה דנן חל על המסמכים חיסיון לאור רישומים ובקשות שכללו בתכתובותיהם עם המשיבה 1.

בקשות אלו של המבקשים נדחו. קבעתי כי מסמכים הנמסרים מההגנה לתביעה במסגרת הליך שימוע יכולים להיכלל ב"חומר החקירה", וכי לא חל עליהם חיסיון. עוד קבעתי כי המסמכים דנן הם בגדר "חומר חקירה". כמו כן קבעתי כי אין ברישומים ובבקשות שכללו המבקשים בתכתובותיהם עם המשיבה 1 כדי להקים חיסיון במקרה דנן.

לפיכך, גם בקשת המבקשים להורות למשיבה 1 להשיב לידיהם את המסמכים ולאסור עליה להעבירם לצדדים שלישיים נדחתה.

109. כאמור, הגם שלקבעתי על מסמכים הנמסרים מההגנה לתביעה במסגרת הליך שימוע חלה אי-קבילות יחסית, ההחלטה הקונקרטית בעניין קבילות המסמכים דנן מסורה למותב שידון בתיק העיקרי.

110. אם כן - הבקשה נדחתה.

111. על מנת לאפשר לצדדים לערער על החלטה זו, אני מורה על עיכוב ביצוע החלטתי זו למשך 21 ימים מהיום. משמעות עיכוב הביצוע היא שמירת הסטטוס-קוו הנוכחי, קרי המסמכים יוותרו בחזקת המשיבה 1, אך היא לא תהא רשאית לעשות בהם כל שימוש.

המשיבה 1 תשלח נציג על מנת שייקח בחזרה את המסמכים שהוגשו מטעמה לעיוני. זכות ערעור כחוק.

המזכירות תשלח העתק מהחלטה זו לבאי כוח הצדדים.

ניתנה היום, י"ד סיוון תשע"ה, 01 יוני 2015, בהעדר הצדדים.