



בש"פ 296/18 - פלוני נ' מדינת ישראל

בבית המשפט העליון

בש"פ 296/18

כבוד השופט י' עמית
פלוני

לפני:
העורר:

נגד

המשיבה:
מדינת ישראל
ערר על החלטת בית המשפט המחוזי בתל אביב
בת"פ 514-03-17 שניתנה ביום 18.12.2017
על ידי כבוד הש' ל' מרגולין-יחידי

עו"ד אריאל עטרי ועו"ד יונתן הופמן
עו"ד נעמי גרנות

בשם העורר:
בשם המשיבה:

החלטה

1. ההסדרים בנושא חשיפת מידע וראיות מהווים נדבך חשוב במערכת סדר הדין הפלילי. ככלל, קו פרשת המים הוא הגשת כתב אישום. עד אז, ההגנה מתמודדת עם חשדות כשעיניה מכוסות, מבלי לדעת מהן הראיות המוחזקות בידי רשויות החקירה והתביעה. לאחר הגשת כתב אישום, ההגנה זכאית לקבל לידיה את מלוא חומר החקירה. עם זאת, סוגיות של היקף, תזמון ואופן חשיפת חומר החקירה לעיני ההגנה, מהוות כר פורה להתדיינויות משפטיות גם לאחר השלב המקדמי של חשיפת חומר החקירה, וגם במהלך המשפט.

2. הדיון הנוכחי מצריך היכרות עם שלוש הוראות חוק:

סעיף 74 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982 (להלן: החסד"פ):

עיון בחומר החקירה

74. (א) (1) הוגש כתב אישום בפשע או בעוון, רשאים הנאשם וסניגורו, וכן אדם שהסניגור הסמיכו לכך,

עמוד 1



או, בהסכמת התובע, אדם שהנאשם הסמיכו לכך, לעיין בכל זמן סביר בחומר החקירה וכן ברשימת כל החומר שנאסף או שנרשם בידי הרשות החוקרת, והנוגע לאישום שבידי התובע ולהעתיקו; [...]

(ב) נאשם רשאי לבקש, מבית המשפט שאליו הוגש כתב האישום, להורות לתובע להתיר לו לעיין בחומר שהוא, לטענתו, חומר חקירה ולא הועמד לעיונו.

(ג) בקשה לפי סעיף קטן (ב) תידון לפני שופט אחד ובמידת האפשר היא תובא בפני שופט שאינו דן באישום [...]

סעיף 108 לחסד"פ:

צו להמצאת מסמכים ומוצגים

108. בית המשפט רשאי, לבקשת בעל דין או מיזמת בית המשפט, לצוות על עד שהוזמן או על כל אדם אחר להמציא לבית המשפט במועד שיקבע בהזמנה או בצו, אותם מסמכים הנמצאים ברשותו ושפורטו בהזמנה או בצו.

סעיף 43 לפקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש) [נוסח חדש], התשכ"ט-1969 (להלן: הפסד"פ):

הזמנה להציג חפץ

43. ראה שופט שהצגת חפץ נחוצה או רצויה לצרכי חקירה או משפט, רשאי הוא להזמין כל אדם, שלפי ההנחה החפץ נמצא בהחזקתו או ברשותו, להתייב ולחפץ את החפץ, או להמציאו, בשעה ובמקום הנקובים בהזמנה.

[במאמר מוסגר: המונח "חפץ" מוגדר בפסד"פ: "לרבות תעודה, מסמך, חומר מחשב או בעל חיים".]

הנה כי כן, סעיף 74 לחסד"פ מעניק להגנה זכות לעיין בחומר החקירה לאחר הגשת כתב אישום (בעבירות מסוג פשע או עוון). סעיף 108 מסמך את בית המשפט להורות לעד או לאדם אחר להמציא מסמכים המצויים ברשותו. השימוש המקובל בסעיף זה הוא בתחילת המשפט או במהלכו, כאשר עד עולה על הדוכן, בית המשפט יכול להורות לו לחשוף מסמך המצוי ברשותו. סעיף 43 לפסד"פ מסמך את בית המשפט להורות לכל אדם להציג חפץ המצוי ברשותו אם הדבר נחוץ "לצרכי חקירה או



משפט", והוראה כללית זו עומדת במוקד ההליך הנוכחי.

3. הערר שבפניי מעלה על שולחן הדיונים את מערכת היחסים בין שלוש הוראות החוק האמורות. כאן המקום לציין כי איננו חורשים תלמים חדשים, וסוגיה זו כבר נדונה בעבר. בפרט ראויות לציון ההחלטה בבש"פ 9305/08 פלוני נ' בית ספר אל מאמוניה לבנות (3.12.2008) (להלן: עניין אל מאמוניה) וההחלטה בבש"פ 8252/13 מדינת ישראל נ' שיינר (23.1.2014) (להלן: עניין שיינר). לכן, לא אחזור על הדברים ואפנה את הקורא לאמור בהחלטות אלה.

את ההבחנות המפורטות בעניין אל מאמוניה ניתן להציג באמצעות טבלה מסדרת:

השלב הרלוונטי	החומר עליו חל	הגורם המבקש	מותב	זכות ערר
סעיף 43	לפני הגשת כתב אישום	?	שופט תורן	?
סעיף 74	לאחר הגשת כתב אישום ובדרך כלל לפני תחילת ההוכחות	חומר שנוגע לליבת האישום	שופט תורן	יש
סעיף 108	בתחילת המשפט או במהלך דיוני ההוכחות	חומר שאינו בלב האישום	מותב שדן באישום	אין

יוער כי לא מדובר בקביעות נחרצות, אלא בהבהרה של היישום המקובל של הוראות הסעיפים השונים. נביא שלוש דוגמאות למקרים שאינם "מציתים" לאיפיונים שבטבלה: בקשה לפי סעיף 74 יכולה להיות מוגשת גם במהלך דיוני ההוכחות; בקשה לפי סעיף 74 יכולה להיות מוגשת גם למותב בתיק העיקרי; המותב בתיק העיקרי שמקבל לידיו בקשה לפי סעיף 108, יכול להעבירה להחלטתו של שופט תורן (ראו למשל בש"פ 2502/14 פלוני נ' לשכת הרווחה המחלקה לשירותים חברתיים (24.4.2014) (להלן: בש"פ 2502/14)).

עוד אציין, כי בעניין שיינר עמדתי בהרחבה על ההבדלים בין הוראתו של סעיף 74 לבין הוראת סעיף 108. בין היתר, פירטתי את הטעמים לכך שבמקרים מורכבים – בהם מתעוררות סוגיות של סודיות, חסיונות ואינטרסים מוגנים אחרים – דרך המלך היא הגשת בקשה לפי סעיף 108. עוד אפנה לפסק הדין שניתן בהרכב שלושה בבש"פ 8815/15 סעד נ' מדינת ישראל (10.5.2016). שם נקבע כי לבית המשפט הדין בבקשה לפי סעיף 74 יש סמכות לדון גם בחומר ראיות שחל עליו חיסיון, אך ככלל יש



להעדיף את המסלול של סעיף 108 והשימוש בסעיף 74 ייעשה במשורה, תוך מודעות בית המשפט לעדיפות זו, ותוך הנמקת הבחירה במסלול של סעיף 74.

4. כדי לרדת לסוף דעתו של העורר, יש לשים לב לכך שמנקודת המבט של ההגנה, סעיף 108 טומן בחובו סיכון. כפי שצינתי בעניין שיינר, כאשר הבקשה מוגשת מכוח סעיף זה, "להגנה לא ניתנת אפשרות לעיין בחומר קודם לכן כדי לבחון אם 'הלנו אתה אם לצרינו' [...] בית המשפט היושב על מדין נחשף לחומר שעשוי להיות לחובת הנאשם ואשר ההגנה אינה מעוניינת כי יוגש לתיק" (שם, בפסקה 15).

5. על רקע התשתית הנורמטיבית המתוארת לעיל, נגיע לטענותיו של העורר כאן.

נגד העורר הוגש כתב אישום המייחס לו עבירות של אלימות במשפחה והתעללות בקטינים בני משפחה. הסניגור פנה לבית המשפט בבקשות לגילוי ראיות לפי סעיף 108 לחסד"פ ולפי סעיף 43 לפסד"פ, והודיע מראש כי אם החומרים לא יובאו לעיונו בלבד – הוא מבקש לחזור בו מהבקשות ולא לדון בהן לגופן. הבקשות מתייחסות, בין היתר, לתיעוד רפואי, לתיעוד שיחות של אחת המתלוננות עם קצינת המבחן, ולתיעוד ממצלמות האבטחה בתחנת משטרה. כמקובל בבקשות לפי סעיף 108, הבקשות הועברו לעיון המותב שדן בתיק העיקרי (השופטת ל' מרגולין-יחידי). בקשה להעביר את הבקשות למותב אחר – נדחתה בהחלטה מיום 5.12.2017. בא-כוחו של העורר העלה טענה עקרונית, לפיה הוא זכאי לקבל לידי את הראיות שהתבקשו, מבלי שהן יועברו במקביל לידי התביעה. טענה זו נדחתה בהחלטתו של בית המשפט המחוזי מיום 18.12.2017, אשר התייחס לבקשה בעיקרה כבקשה לפי סעיף 108 לחסד"פ והדגיש כי חומר שמושג בהליך זה – נחשף בדרך כלל לעיני שני הצדדים.

על החלטה זו נסב הערר שבפניי.

6. בערר נטען, בין היתר, כי החלטתו של בית המשפט המחוזי "משנה סדרי עולם", משום שהיא מאלצת את העורר לחשוף לעיני התביעה את הראיות שהוא מבקש. בד בבד, בא-כוח העורר מודע לכך שעמדתו מנוגדת להחלטה בעניין אל מאמוניה, ולדבריו הגיעה העת לסטות מהחלטה זו. העורר העלה על נס את הטענה כי לנאשם יש זכות לקבל לידי ראיות שהתביעה ובית המשפט לא נחשפו אליהן. זאת, בעיקר כדי לשמר את יתרון ההפתעה ולתרום לאפקטיביות של החקירה הנגדית שבמהלכה תוכל ההגנה להציג ראיה חדשה ומפתיעה. העורר מבקש כי מי שידון בבקשות לפי סעיף 43 לפסד"פ יהיה שופט תורן; שתינתן זכות ערעור על ההחלטה; שניתן יהיה לקיים דיון במעמד ההגנה בלבד בלי שהתביעה תדע על כך; ושם הבקשה תתקבל, החומר יועבר רק לידי הסניגור, שיוכל להחליט אם לעשות בו שימוש. העורר מנסה להשיג את המטרות הללו, בדגש על המטרה הראשונה



של הפתעת העדים, באמצעות הכרה בזכותה של ההגנה להגיש בקשה לפי סעיף 43 לפסד"פ.

7. על פי שורת הדין, בטרם נגיע לדון בטענותיו של העורר לגופן, שאלה נכבדה ומקדמית היא אם עומדת לו זכות לערער על החלטתו של בית המשפט המחוזי, שהיא החלטת ביניים בהליך פלילי. ואולם, מכיוון שהתשובה לשאלה זו קשורה בטבורה לטענות המהותיות, נשהה את הדיון בשאלה זו ונתייחס לטענות עצמן.

שימוש בסעיף 43 לפסד"פ על-ידי ההגנה בשלב המשפט

8. לנוחות הקורא, נביא שוב את נוסח הסעיף:

הזמנה להציג חפץ

43. ראה שופט שהצגת חפץ נחוצה או רצויה לצרכי חקירה או משפט, רשאי הוא להזמין כל אדם, שלפי ההנחה החפץ נמצא בהחזקתו או ברשותו, להתייצב ולהציג את החפץ, או להמציאו, בשעה ובמקום הנקובים בהזמנה.

העורר הדגיש כי על פי לשונו של הסעיף, הוא עוסק בהשגת ראיה "לצרכי חקירה או משפט", והלשון איננה מלמדת על כוונה לייעד את הסעיף לצרכי התביעה בלבד. כמו כן צויין כי אין בסעיף רמז לכך שבית המשפט עצמו צריך להיחשף לראיה שנתבקשה. מנגד, המדינה הדגישה את מיקומו של הסעיף במסגרת דבר חקיקה שמסדיר את סמכויות המשטרה בנושאי מעצר וחיפוש, וטענה כי תכליתו של הסעיף היא לשרת את צרכי החקירה והתביעה.

טענה נוספת בפי העורר היא השאיפה לסימטריה בין הצדדים. לשיטתו, כשם שהמשטרה עושה שימוש בסעיף 43 לצרכיה ואוספת ראיות שלא בהכרח מוגשות לבית המשפט, אין למנוע מן ההגנה לעשות צעדים דומים. על כך השיבה המדינה כי לא כל סמכות הנתונה לרשויות התביעה מוקנית מיניה וביה גם להגנה, ונוכח תפקידיה של מערכת התביעה והחובות המוטלות עליה – אין בכך פגם.

לשיטתו של העורר, ההבחנה בין סעיף 43 לבין סעיף 108, היא שהראשון נועד לסייע לצדדים לאסוף ראיות, והשני מסדיר את הגשת הראיות לבית המשפט. המדינה חלקה על כך וטענה כי התיזה המוצעת תיצור שני מסלולים זהים ומקבילים להשגת ראיות על-ידי ההגנה, ואין בכך היגיון.



9. במחלוקת זו, הדין עם המדינה.

העורר מנסה לשנות את המצב המשפטי הקיים, ולפרוץ לטובת ההגנה דלת שננעלה זה מכבר, ולכך אינני רואה להיעתר. בעניין אל מאמוניה נאמר:

"סעיף 43 ממוקם במסגרת פקודה שעניינה הוראות הקשורות למעצר ובעיקר לחיפוש. מאחר שפעולות אלו נעשות בעיקרן בשלב החקירתי, אך טבעי הוא להניח כי סעיף 43 עוסק אף הוא בשלב זה [...]"

נראה כי בסעיפים 43 לפסד"פ ו-108 לחסד"פ ניתן לעשות שימוש הן ביוזמת ההגנה והן ביוזמת התביעה ואף ביוזמתו של בית המשפט. עם זאת, נראה כי מטבע הדברים, לאור השלב בו מוגשות הבקשות, בקשות על-פי סעיף 43 לפסד"פ תוגשנה בדרך כלל על-ידי התביעה, בעוד שבקשות על-פי סעיף 108 לחסד"פ תוגשנה בדרך כלל על-ידי ההגנה" (שם, בפסקאות 9-10).

דברים ברוח זו חזרו ונשנו בפסיקה. בהחלטה בבש"פ 6521/09 פלוני נ' מדינת ישראל, בפסקה 6 (7.9.2009) נאמר: "באשר לסעיף 43 לפסד"פ, ברי שהבקשה, אשר הוגשה על-ידי ההגנה בשלב שלאחר הגשת כתב האישום, אינה יכולה לחסות תחת סעיף זה". בבש"פ 3945/13 פלוני נ' מדינת ישראל, בפסקה 6 (12.6.2013) (להלן: בבש"פ 3945/13): "סעיף 43 לפסד"פ עניינו בהליכים שטרם הגשת כתב אישום, בעוד שסעיפים 74 ו-108 לחסד"פ עוסקים בהליכים שלאחר הגשת כתב אישום". בעניין שניר, בפסקה 14, ציינתי כי "סעיף 43 לפסד"פ עניינו בהליכים שטרם הגשת כתב אישום". בבש"פ 2713/17 פלוני נ' בנק דיסקונט בע"מ, בפסקה 6 (27.3.2017) נאמר כי "הדרך להגשת בקשה לקבלת חומרים באמצעות סעיף 43 לפסד"פ פתוחה רק בשלב בו טרם החל המשפט, קרי בשלב החקירה". ובבש"פ 4533/17 מדינת ישראל נ' זאודי (14.6.2017): "סעיף 43 לפסד"פ מיועד לחול עוד בטרם התחיל המשפט, דהיינו בשלב החקירה. זאת, להבדיל מסעיף 108 לחסד"פ, המיועד למקרים בהם הבקשה להמצאת מסמכים או מוצגים מוגשת לאחר תחילת המשפט" (פסקה 13; להלן: עניין זאודי). המסקנה היא כי הפסיקה דחתה שוב ושוב את הניסיון לעשות שימוש בסעיף 43 כדי לאפשר להגנה להשיג ראיות במהלך המשפט.

10. ודוק: מבחינה לשונית גרידא, הוראת סעיף 43 יכולה לשאת את הפרשנות המוצעת על ידי העורר, ולמרות זאת יש לדחותה. הדרך שבה התפרש סעיף 43 בפסיקה עד כה היא הגיונית, תואמת את הפרקטיקה, מתיישבת עם מיקומו של הסעיף בפסד"פ ועם תכליתו של הסעיף, ומשתלבת היטב בשאר הוראות החוק הרלוונטיות ובפסיקה קודמת. פרשנות זו הולמת גם את העיקרון הבסיסי אשר מבחין בין שלב החקירה לפני הגשת כתב אישום לבין ההליך הפלילי שנפתח בהגשת כתב אישום. כפי



שפתחנו ואמרנו, קו פרשת המים לעניין גילוי ראיות בהליך הפלילי הוא הגשת כתב אישום. החל מרגע זה, הנאשם זכאי להיחשף לחומר החקירה וההליך המשפטי העיקרי מתנהל "בקלפים פתוחים" מצד התביעה.

עד להגשת כתב האישום, הרשות החוקרת איננה חייבת לחשוף את החומרים והראיות שהולכים ומצטברים. הטעמים לכך ברורים: יעילות מערכתית וחשש מפני שיבוש החקירה (רע"פ 11364/03 פלוני נ' משטרת ישראל, פ"ד נח(5) 583, 591 (2004); גבריאלי הלוי תורת הדיון הפלילי כרך ב 537-536 (2011) (להלן: הלוי)). לעומת זאת, החל מהגשת כתב האישום, זכותו של הנאשם להגן על עצמו תופסת את מרכז הבמה, ובתוך כך נודעת חשיבות רבה לגילוי חומרי החקירה. כפי שהזכרתי בעניין שיינר:

"תכלית הגילוי היא להוציא את האמת לאור, כי אילולא זכות זו, נשללת מהנאשם האפשרות לסתור ראיה או לבחון מהימנות ראיה [...] באמצעות הגילוי מתאפשר לנאשם לבחון את הראיות שבכוונת התביעה להסתמך עליהן ולהכין הגנתו בהתאם [...] האפשרות של הנאשם להכיר את חומר הראיות נגדו ולהיערך כראוי למשפט משרת את האינטרס הציבורי של ירידה לחקר האמת כך שבדין יימצא חייב רק מי שאשמתו הוכחה [...] טעם נוסף לחובת הגילוי הוא זכותו של נאשם למשפט הוגן" (בפסקה 11; וראו את האסמכתאות שהובאו שם).

תכליות אלה של הליכי גילוי ראיות בסדר הדין הפלילי יוצרות הסדר א-סימטרי. כאמור, עם פתיחת ההליך המשפטי, הרשות החוקרת חייבת להעביר לנאשם את כל חומר החקירה בעניינו. יתר על כן, הנאשם אף רשאי לבקש חומרים נוספים, שלא נמצאים בידי המשטרה, מכוח סעיף 74 לחסד"פ (בג"ץ 9264/04 מדינת ישראל נ' שרים, פ"ד ס(1) 360, 372-375 (2005) (להלן: ענין שרים)). התביעה חושפת בפני ההגנה את כל הראיות הרלוונטיות (בכפוף לחריגים), ומהלך זה אינו הדדי, שכן ההגנה פטורה מחובה מקבילה, והיא יכולה לתזמן את חשיפת הראיות מטעמה ולהפתיע את התביעה (בכפוף לחריג של חוות דעת מומחה, המעוגן בסעיף 83 לחסד"פ). בכך ניתן ביטוי גם להכרה בפערי הכוחות בין הצדדים להליך הפלילי, ובצורך לפצות את הנאשם על חולשתו ביחס לעוצמתן של רשויות החקירה והתביעה (בש"פ 11042/04 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד נט(4) 203, 206 (2004); בש"פ 6695/11 מדינת ישראל נ' פלוני, בפסקה 5 (27.9.2011); הלוי, בעמ' 535 ו-555).

ומזוית נוספת: מתן אפשרות להגנה לבקש מבית המשפט במעמד צד אחד, ללא ידיעת התביעה, לקבל חומר מכוח סעיף 43 לפסד"פ היא מתכון לתקלות, לפגיעה בפרטיות, בחסיונות ובאינטרסים אחרים, ואף לשיבוש הליכי חקירה ומשפט, גם אם הדברים נעשים בתום לב. כך, לדוגמה, צירף העורר כנספח לעתירתו (נספח י"ב) דוגמה לבקשה במעמד צד אחד שהפנה לשופט בית משפט השלום בתיק אחר,



תחת הכותרת "בקשה לגילוי ראיות לפי סעיף 108 לחסד"פ ולפי סעיף 43 לפסד"פ", במסגרתה עתר להורות על העברת חומר מתיקו האישי של אחד מעדי התביעה במקום עבודתו. בבקשה, שבית המשפט נעתר לה, אף מודגש כי בית המשפט מתבקש להורות למקום העבודה להימנע מחשיפת החומר בפני נציגי המאשימה ועדי התביעה. לטעמי, קשה להלום כי בית המשפט יעתר לבקשה כגון דא. שמא יש באותו מסמך כדי לפגוע בפרטיותו של העד? שמא בחיסיון רפואי? ושמא מתנהלת חקירה סמויה נגד אותו עד או חקירה בפרשה אחרת הקשורה לאותו עד, והעברת המסמך עשויה לפגוע בחקירה. יתרה מזו, כאשר יש מספר נאשמים בתיק, היענות לבקשה של אחד הנאשמים עלולה לפגוע בנאשם אחר.

השופט נ' סולברג התייחס לבקשה שהוגשה במעמד צד אחד ללא ידיעת התביעה כאל תקלה, באומרו:

"כידוע, ברירת המחדל ודרך הכלל היא כי דיון במשפט פלילי יתקיים במעמד שני הצדדים. גם כאשר מתקיים היוצא מן הכלל, ומוצדק לנהל דיון במעמד צד אחד, הרי שעל הצד השני לדעת על עצם קיומה של הבקשה לעשות כן" (בש"פ 8576/17 גאלו נ' מדינת ישראל (3.12.2017) (להלן: עניין גאלו)).

11. אין עוררין על חשיבותה של החקירה הנגדית, ואין ספק כי ההגנה אינה חייבת לחשוף ראיות שנאספו על-ידה, אך הנחות אלה אינן מובילות למסקנה שאליה חותר העורר. ההבחנה בין ראיות שההגנה השיגה בעצמה, לבין ראיות שהיא מבקשת מכוח צו שיפוטי, היא רלוונטית לצורך השאלה מי ייחשף לחומר המבוקש ומהו ההליך המתאים להשגתו. אכן, ככלל, הדין הפלילי מכיר במצבים שבהם בקשה להגשת ראיה תידון במעמד צד אחד. בשלב החקירה ברי כי יש לכך הצדקות, כאמור. בשלב המשפט, הנטייה היא שלא לאפשר מהלכים כאלה, הגם שבמקרים חריגים אין לשלול את האפשרות כי גם ההגנה תוכל לבקש דיון במעמד צד אחד במסגרת דיון בבקשה לגילוי ראיה (ראו והשוו: עניין גאלו; בש"פ 6071/17 מדינת ישראל נ' פישר, בפסקה 33 (27.8.2017) (להלן: עניין פישר); בש"פ 4764/06 מדינת ישראל נ' אופנר, בפסקה 2 (15.6.2006); בש"פ 3945/13, בפסקה 6; רע"פ 8600/03 מדינת ישראל נ' שרון, פ"ד נח(1) 748, 765 (2003) (להלן: עניין שרון)). בנוסף, כפי שכבר נקבע בעניין מאמוניה ובעניין שיינר, המותב שדן בתיק העיקרי רשאי להפנות את הבקשה להחלטתו של שופט תורן. בכך ניתן למצוא מענה סביר ומספק לצרכי ההגנה בשלב המשפט ואיני רואה צורך ביצירת מסלול דיוני נוסף.

12. ראוי לציין כי בתי המשפט הקדישו החלטות לא מעטות לפיתוח סעיף 74 ועיצוב גבולותיו, כדי שההגנה תוכל לנצל אותו באופן אופטימלי, תוך התחשבות באינטרסים נוגדים (ראו עניין שיינר בפסקה 11 והפסיקה שהוזכרה שם). למעשה, התיזה שמציע העורר כיום, חותרת תחת המבנה הפסיקתי



הקיים ומייתרת אותו, שהרי לשיטתו של העורר - ההגנה רשאית לעשות שימוש במסלול עוקף, באמצעות סעיף 43. לא שוכנעתי כי קיימת הצדקה ליתן יד למהלך כזה.

מבחינה מערכתית אבקש להוסיף כי כבר כיום מערכת היחסים בין סעיפים 74 ל-108 איננה תמיד ברורה, והוספה של רכיב שלישי למערכת עלולה לסבך עוד יותר. לא בכדי התקשה העורר להציג דוגמה להחלטה שבה התאפשר להגנה לעשות שימוש בסעיף 43 לפסד"פ, ויובהר כי גם בהחלטות שצורפו כנספחים לערר (ז-ח, יא-יב), לא נאמר כי הן ניתנו מכוח סעיף זה (בע"ח 43173-02-14 - ההחלטה היא לפי סעיף 74 וסעיף 108; תפ"ח 14847-17-15 - בבקשות נאמר כי הן הוגשו לפי סעיף 108 ולפי סעיף 43; ת"פ 8876-04-14 - בהחלטה לא נאמר מהו הסעיף הרלוונטי; ת"פ 38355-09-14 - הובהר כי ההחלטה ניתנה מכוח סעיף 108).

עוד בהיבט המערכתי אציין כי כבר כיום, ההליך הפלילי סובל מריבוי הליכים שהם "לוויינים" להליך העיקרי ולעיתים מכבידים על התקדמות ההליך העיקרי:

(-) בקשה למעצר עד תום ההליכים - וזכות ערר;

(-) בקשה לעיון חוזר (ללא הגבלה מספרית של הבקשות) - וזכות ערר;

(-) בקשה לפי סעיף 74 - וזכות ערר;

(-) עתירה לגילוי ראיה (חסיון לפי סעיפים 44-45 לפקודת הראיות);

(-) בקשה לפי סעיף 108;

(-) בקשה לחילוט - וזכות ערר;

(-) הליכי גישור.

כמעט כל אחד מהליכים אלה, ככל שאינם נדונים בפני המותב העיקרי, עשוי לידון בפני שופט אחר, מה שמכביד עוד יותר על המערכת המשפטית העמוסה בלאו הכי (פתרון אפשרי, אך לא תמיד מעשי, הוא להצמיד "שופט צללים" אשר ילווה את התיק בכל הליכי הלווין לעיל לצד ההליך העיקרי). מכל מקום, גם בהיבט מערכתי זה, אין מקום להוסיף הליך נוסף לפי סעיף 43 לפסד"פ, הליך אשר יטשטש עוד יותר את קו הגבול, שממילא לא תמיד חד וברור, בין סעיפים 74 ו-108.

העורר הדגיש כי הפרקטיקה המקובלת כיום היא שבקשות לפי סעיף 108 מוגשות בתחילת ההליך



ולא במהלך פרשת ההגנה. טענה זו אינה יכולה לסייע לו, ושמא אף להיפך: אם בתחילת ההליך ההגנה מגישה בקשות לפי סעיף 108 ולפי סעיף 74, קשה להלום כי במקביל יפתח מסלול דינוי נוסף, לפי סעיף 43.

13. חשוב להדגיש: אם הסנגור צופה כי הליכי הגילוי יניבו ראיה מזכה – חזקה עליו שיבקש לעשות בה שימוש, בלי קשר לשאלה מי ייחשף אליה ומתי. לעומת זאת, אם הנאשם מוכן לוותר מראש על האפשרות להשיג ראיה, רק מתוך חשש שהיא עלולה להשחיר את דמותו בעיני בית המשפט, כנראה שהפוטנציאל המזכה של הראיה הוא קלוש או ספקולטיבי מלכתחילה, בבחינת מסע דיג. למעשה, לשיטתו של העורר, הוא אינו צריך לעבור כלל דרך מבחן הרלוונטיות, ודי בהשערה שמא מסמך מסוים או ראיה מסוימת עשויים לסייע לו בהגנתו ולסייע לו להפחית עד תביעה. כיוון שכך, הטענה ל"גזל כבשת הרש" משוללת יסוד. לא כבשה עומדת לפנינו אלא גזת צמר, והיא לא נלקחת מידי הנאשם, אלא שהדרך אליה עוברת במסלולים הדיוניים שנקבעו בחוק (סעיף 74 או סעיף 108 לחסד"פ).

14. הסניגור המלומד העלה על נס את יתרון ההפתעה של עד בחקירה הנגדית. לשיטתו, חשיפת ראיה שהתבקשה על ידו, מקהה את גורם ההפתעה מאחר שהתביעה, מן הסתם, תכין את עדיה מראש לאותה ראיה (הנחה עליה חלקה בתוקף באת כוח המשיבה).

ככלל, איני רואה פגם בהפתעת עד במהלך חקירתו הנגדית, שהרי אחת מתכליותיה של החקירה הנגדית היא לערער מהימנותו של העד. ראיה שהעד מכיר קודם לכן, עשויה לאפשר לו לתמרן מראש בין הגרסאות השונות, להחליק זוויות, לעגל פינות ולשפר עמדות לקראת עדותו וחקירתו הנגדית. הפתעת העד עשויה לאפשר חקירה נגדית אפקטיבית יותר. לא דומה תגובתו הספונטנית של העד על דוכן העדים לגרסה שמוסר העד לאחר שהוא יכול להתכונן בשובה ונחת לכל שאלה וראיה שתוצג בפניו וכבר שנינו ולמדנו כי החקירה הנגדית היא גולת הכותרת של דיני הראיות (אליהו הרנון דיני ראיות כרך א 106 (תש"ל); "המכשיר היעיל ביותר שהומצא עד היום והמשמש בידי בעל דין לשם גילוי האמת במשפט" (ע"פ 2603/90 אלפאר נ' מדינת-ישראל, פ"ד מה(3) 799, 807 (1990)). עוד על חשיבותה של החקירה הנגדית ראו ע"פ 7653/11 ידען נ' מדינת ישראל והאסמכתאות שם ((26.7.2012).

אכן, אין לפקפק ביתרון הטקטי של גורם ההפתעה בחקירתו של עד, מה שעשוי, בתורו, לתרום לחקר האמת, אך גם אין להפריז ולהניח כי חשיפת הראיה לעיני התביעה מעקרת את היכולת להפיק תועלת מחקירה נגדית של העדים. מכל מקום, משקלו של אלמנט ההפתעה אינו כזה שיש בו כדי "לעקם" את הדין ולפתוח בפני ההגנה מסלול חשאי לפי סעיף 43 לפסד"פ, במעמד צד אחד, שתוצריו אף אינם אמורים להיחשף בפני בית המשפט.



בהקשר זה, לא למותר לציין כי הנאשם אינו מחוייב לחשוף את קו ההגנה שלו, אך "חסיון קו ההגנה של הנאשם אינו זכות דיונית מהמעלה הראשונה" (עניין פִּיֶּשֶׁר, בפסקה 33. ראו גם ההפניות שם וכן בג"ץ 6319/95 חכמי נ' שופטת בית-משפט השלום בתל-אביב-יפו, פ"ד נא(3) 766, 750 (1997)). מכל מקום, החקירה הנגדית היא כלי דיוני וראייתי חשוב ביותר, והיא נשארת כזו גם אם במהלכה לא נשלפו שפנים מן הכובע. למעשה, כאלה הן החקירות הנגדיות שנערכות על-ידי הפרקליטות בהליכים פליליים, ומטבען הן נטולות ראיות חדשות ומפתיעות. מנגד, בידי ההגנה אף נותרה היכולת להפתיע עדים, ולהציג בפניהם ראיות שהושגו באופן עצמאי. כאמור, העורר לא מסתפק בכך ומשאלתו היא מרחיקת לכת: הוא מבקש לעשות שימוש בבית המשפט, באמצעות מנגנון שנקבע בחוק, כדי להשיג ראיה לידיו - ולעיניו בלבד - תוך כדי ההליך המשפטי. הפרשנות המקובלת והראויה של סעיף 43 אינה מאפשרת מהלך דיוני מעין זה.

[במאמר מוסגר אציין כי לדעתי יש יתרונות בחשיפת הראיות בשלב מוקדם של ההליך פלילי גם לעיני בית המשפט; ראו: מרדכי קרמניצר "התאמת ההליך הפלילי למטרה של גילוי האמת, או האם לא הגיעה העת לסיים את עונת המשחקים" משפטים יז 492, 475 (תשמ"ז-תשמ"ח); יצחק עמית "על הצורך בשינוי בהליך הפלילי" הסניגור 83 (2004)].

15. שאלות וסוגיות נוספות שהוזכרו במסגרת הערר - אינן טעונות הכרעה בהליך זה.

השאלה הכללית יותר, האם חשוד יכול להגיש בקשה לפי סעיף 43 בשלב החקירה, איננה מתעוררת במקרה הנוכחי. עם זאת, בהקשר זה ראוי להזכיר את הצעת חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה - המצאה, חיפוש ותפיסה), התשע"ד-2014, ה"ח 579, 867. סעיף 5 להצעת החוק נועד להחליף את סעיף 43 לפסד"פ, ומובהר בו כי הוראת החוק מיועדת להפעלת סמכות על-ידי שוטר. בדברי ההסבר אף צויין כי "החוק המוצע אינו משנה את ההסדר הקיים לעניין זה, אלא תוחם את מטרותיו וגבולותיו". הצעת החוק עברה קריאה ראשונה וממתינה לדיון בוועדת חוקה, חוק ומשפט.

ככל שהצעת החוק תצלח את הליך החקיקה, החוק יספק מענה ברור. עד אז, איננו נדרשים לקבוע מסמרות אך כשלעצמי, אני נוטה לעמדה לפיה סעיף 43 מיועד לרשויות החקירה והתביעה בלבד. כך עולה מהפרקטיקה לפיה המשטרה פונה בשלב החקירה מכוח סעיף זה לשופט התורן בבקשה לצווי חיפוש ותפיסה למיניהם; כך עולה משמה של הפקודה (מעצר וחיפוש); כך עולה ממיקומו של הסעיף בפקודה, שמגדירה את סמכויותיהם של גורמי החקירה (פרק 2 לפקודה עניינו במעצר, פרק 3 עניינו בחיפוש, פרק 4 עניינו בתפיסת חפצים וסעיף 43 נמצא בפרק של "הוראות כלליות"); כך משתמע גם מאמרות אגב בפסיקה (ע"פ 1761/04 שרון נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(4) 9, 14 (2004): "סעיף 43 קובע שני תנאים מצטברים שעל התביעה לשכנע בהתקיימותם [...] אך התקיימותם של שני תנאים אלה אינה מובילה בהכרח להוצאתו של צו, כמבוקש על-ידי התביעה" (ההדגשות הוספו - י"ע)). כך



עולה גם מדברי השופטת ע' ארבל בעניין אל מאמוניה בפסקה 9: "סעיף 43 ממוקם במסגרת פקודה שעניינה הוראות הקשורות למעצר ובעיקר לחיפוש. מאחר שפעולות אלו נעשות בעיקרן בשלב החקירתי, אך טבעי הוא להניח כי סעיף 43 עוסק אף הוא בשלב זה [...] סעיף 43 לפסד"פ, אם כן, עניינו בהליכים שטרם הגשת כתב אישום...". מנגד, יש הסבורים כי האפשרות להשתמש בהוראת הסעיף נתונה גם להגנה (יעקב קדמי סדר הדין בפלילים - חלק ראשון כרך ב 750 (2008) (להלן: קדמי); וראו גם לעיל פסקה 8).

נוכח המסקנה כי העורר לא היה רשאי להגיש את בקשותיו מכוח סעיף 43, גם אין צורך להכריע בשאלה הכללית לגבי קיומה של זכות לערער על החלטה לפי סעיף זה. הפקודה לא מקנה זכות ערעור, אך גם באת-כוח המדינה הסכימה כי הפרקטיקה נוטה לבטא הכרה באפשרות לערער (כך נעשה בעניין שרון; וראו דנג"ץ 492/18 מליניאק נ' משטרת ישראל (25.1.2018); ע"פ (מחוזי ת"א) 71737/05 ניסים נ' גינת (9.3.2006)). לעומת זאת, על החלטה לפי סעיף 108 לחסד"פ יחול הכלל הרגיל לפיו אין ערעור על החלטות ביניים בהליך פלילי למעט במקרים חריגים (בהקשר זה ראו: עניין אל מאמוניה, בפסקה 6; בש"פ 4318/07 גופמן נ' מדינת ישראל (10.6.2007); בש"פ 3945/13, בפסקה 9; ובש"פ 2502/14 שם לא נדרש בית המשפט לשאלת זכות הערר על החלטה לפי סעיף 108 לאור הסכמת הצדדים).

השאלה אם התביעה יכולה להגיש בקשה לפי סעיף 43 בשלב המשפט, גם היא איננה מתעוררת ואיני נדרש להביע עמדה (אך ראו לעיל בפסקה 8; וכן קדמי, בעמ' 747).

13. סיכום: סעיף 43 לפסד"פ אינו כלי לאיסוף ראיות על ידי ההגנה, הוא לא מקנה לנאשם זכות לבקש להמציא לידיו ראיה במהלך המשפט או בשלבי החקירה קודם לכן, ובוודאי שלא במעמד צד אחד וללא ידיעת התביעה על כך.

לפיכך הערר נדחה והחלטתו של בית משפט קמא תעמוד על מכונה.

ניתנה היום, כ"ח באדר התשע"ח (15.3.2018).

ש ו פ ט