



**בש"פ 2161/16 - העוררת בבש"פ 2161/16, והמשיבה בבש"פ
2354/16: מדינת ישראל נגד המשיב 1 בבש"פ 2161/16, פלוני, המשיב
2 בבש"פ 2161/16 והעורר בבש"פ 2354/16, פלוני**

בבית המשפט העליון

בש"פ 2161/16

בש"פ 2354/16

כבוד השופט ע' פוגלמן
מדינת ישראל

לפני:
העוררת בבש"פ 2161/16
והמשיבה בבש"פ 2354/16

נ ג ד

המשיב 1 בבש"פ 2161/16: 1. פלוני
המשיב 2 בבש"פ 2161/16: 2. פלוני
והעורר בבש"פ 2354/16:

ערים על החלטת בית המשפט המחוזי בירושלים (כב'
השופט ד' טפרברג) בבע"ח 48544-12-15 מיום
21.2.2016

תאריך הישיבה: י"ג באדר ב' התשע"ו (23.3.2016)

בשם העוררת בבש"פ 2161/16 עו"ד שאול כהן
והמשיבה בבש"פ 2354/16:

בשם המשיב 1 בבש"פ 2161/16: עו"ד דוד הלוי

בשם המשיב 2 בבש"פ 2161/16 עו"ד יצחק במ
והעורר בבש"פ 2354/16:

החלטה

עמוד 1



ערר המדינה על החלטת בית המשפט המחוזי בירושלים (כב' השופט ד' טפרברג) שבה התקבלו - באופן חלקי - בקשות המשיבים בבש"פ 2161/16 (להלן יחד: המשיבים) לעיין בחומרי חקירה לפי סעיף 74 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982 (להלן: החוק); וערר המשיב 2 בבש"פ 2161/16, הוא העורר בבש"פ 2354/16 (להלן: פלוני), על אותה החלטה.

רקע והליכים קודמים

1. נגד המשיבים ואחרים הוגש כתב אישום המייחס להם עבירה של תקיפה בנסיבות מחמירות ממניע גזעני לפי סעיף 29 לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: חוק העונשין) וסעיף 379 לחוק העונשין בנסיבות סעיף 382(א) וסעיף 144 לחוק זה; וכמו כן עבירה של ניסיון תקיפה בנסיבות מחמירות ממניע גזעני לפי סעיפים 29 ו-379 לחוק העונשין, בנסיבות סעיפים 382(א), 25 ו-144 לחוק זה. לפי עובדות כתב האישום, בעקבות אירועים קודמים שבהם הותקפו רועי צאן פלסטינים בסמוך ליישוב "כוכב השחר" (להלן: מקום האירוע), ביום 16.4.2015 הצטרף בלש סמוי (להלן: הבלש), כשהוא מחופש לרועה, לרועי צאן פלסטינים (להלן: רועי הצאן) שרעו את צאנם במקום האירוע. בסמוך לשעה 11:00 הגיע פלוני למקום כשהוא רכוב על סוס וקרא לעבר רועי הצאן להמתין. במקביל יצר פלוני קשר עם המשיב 1 בבש"פ 2161/16 (להלן: אלמוני) ועם אחרים נוספים וקרא להם להגיע למקום האירוע. זמן קצר לאחר מכן הגיעו למקום אלמוני ואחרים בשני כלי רכב שבהם אלות, מקלות וחפץ חד. פלוני הצטרף לחבורה. בשלב זה החלה החבורה להתקדם לעבר רועי הצאן והבלש, כשאחדים ממנה אוחזים בכלי התקיפה. החבורה ניסתה לתקוף את הבלש ורועי הצאן ממניע גזעני באמצעות זריקת אבנים, ואחת מהן פגעה בגבו של אחד מרועי הצאן. רועי הצאן והבלש התפצלו בשלב זה, ואלמוני התקדם אל עבר רועי הצאן כשהוא אוחז בידו אלה. בשלב מסוים שניים מהאחרים - שאינם מזוהים על ידי המשטרה - תקפו שניים מרועי הצאן, ואחד האחרים שבר את שינו הקדמית של אחד מרועי הצאן באמצעות אגרופ.

2. במסגרת ההליך הפלילי המתנהל נגדם הגישו המשיבים, כל אחד בנפרד, בקשה לעיין בחומר חקירה לפי סעיף 74 לחוק, ובהן ביקשו שיימסרו להם, בין היתר, המסמכים הבאים: (1) תכניות לפעילות המשטרתית באירוע נושא האישום (להלן: פקודת המבצע); (2) תיעוד האירוע נושא כתב האישום כפי שנערך על ידי תצפיות צבאיות או על ידי גורמים אחרים (להלן: תיעוד האירוע); (3) מידע בדבר תלונות קודמות על גניבת צאן מאזרחים ישראלים באזור האירוע (להלן: תלונות קודמות); (4) מידע שנאסף לגבי מעורבים נוספים באירוע שאינם מואשמים בכתב האישום (להלן: מעורבים נוספים); (5) רשימת חומרי חקירה. להשלמת התמונה יוער כי ביום 6.5.2015 הוציאה המדינה תעודת חיסיון לפי סעיף 45 לפקודת הראיות [נוסח חדש] התשל"א-1971 - שהומצאה לי לבקשתי - המגדירה במדויק את המידע החסוי בתיק.

3. ביום 21.2.2016 הכריע בית המשפט המחוזי בירושלים (כב' השופט ד' טפרברג) בבקשות המשיבים. בעניין בקשת המשיבים לקבל חומרים הקשורים בתכנון הפעולה המשטרתית נקבע כי יש להעביר לרשות המשיבים את עמוד 4 לפקודת המבצע, שעניינו "מקרים ותגובות" (להלן: עמוד 4 לפקודה). הוטעם כי לעמוד זה רלוונטיות לתיק הפלילי והוא מהווה חומר חקירה. בית המשפט לא מצא כי יתר העמודים שבפקודת המבצע רלוונטיים להגנת המשיבים, ולפיכך קבע כי אין לסווגם כחומר חקירה. אשר לתיעוד האירוע נקבע כי אין בפני בית המשפט כל תשתית לקיומו של תיעוד שכזה, וגם אילו היה קיים - היה הוא "חוסה תחת תעודת החיסיון שהוציאה המדינה". אשר למידע בדבר תלונות קודמות ומידע לגבי מעורבים נוספים צוין כי לא ניתן להתייחס לבקשות [המשיבים - ע' פ'] כאשר [המדינה] טוענת, כי אינם קיימים ברשותה.



מכאן לעררים שלפניי.

הערר בבש"פ 2161/16

4. ערר המדינה מופנה להחלטת בית משפט קמא שלפיה עליה למסור את עמוד 4 לפקודה לידי המשיבים. לטענתה, עמוד זה אינו בגדר "חומר חקירה" על פי מבחני הפסיקה שנקבעו לעניין זה, וכך גם פקודת המבצע בכללותה. לדברי המדינה, פקודת המבצע היא מסמך פנימי שתכליתו פנים-ארגונית ואין בו כדי לסייע לבירור האישום נגד המשיבים. עוד נטען כי פקודת המבצע אינה כוללת מידע בדבר ניהול וביצוע הפעילות המבצעית בפועל אלא תרחישים אפשריים ודרכי תגובה המתאימות להם, ומשכך אין בה כדי ללמד על פעולת המשטרה בזמן אמת. מסירת פקודת המבצע - או חלקים ממנה - לידי המשיבים, עלולה, כך המדינה, להוביל לפגיעה ממשית ביכולתם של כוחות הביטחון להיערך לפעילות מבצעית עתידית, שכן המידע הכלול בה יש בו כדי לחשוף שיטות פעולה ודרכי היערכות ארגונית. על כן סבורה המדינה כי נוכח זיקתה השולית של פקודת המבצע לבירור האישום נגד המשיבים, יש להעדיף את האינטרס הציבורי ולהורות על אי מסירת הפקודה או מקצתה.

5. בדיון לפניי סמכו המשיבים ידיהם על החלטת בית משפט קמא לעניין מסירת עמוד 4 לפקודה. לשיטת אלמוני, האירוע נושא האישום הוא תולדה של הפעילות שבעניינה הופקה פקודת המבצע, ובבחינת התכנון יש כדי ללמד על ההתנהלות בפועל ועל פערים שבין התכנון לבין המעשה. כל אלה, כך נטען, נדרשים לשם ביסוס הגנת המשיבים. לעניין זה הוסיף פלוני כי פקודת המבצע נדרשת הן לביסוס טענת הגנה מן הצדק, הן לצורך חקירה נגדית של העדים המרכזיים בפרשה לרבות הבלש, שטיב פעולתו ומהימנותו מצויים בלב בירור האישום.

הערר בבש"פ 2354/16

6. בבש"פ 2354/16 השיג העורר, פלוני, על כל אחת מקביעות בית משפט קמא הנסקרות לעיל. אשר לפקודת המבצע, נטען כי היה מקום להורות על מסירת הפקודה בשלמותה (תחת מסירת עמוד 4 לפקודה בלבד) שכן יש בה, כך נטען, כדי לסייע בביסוס טענת הגנה מן הצדק וכדי לאפשר חקירה נגדית יעילה; (2) לעניין תיעוד האירוע - באמצעים שונים - הטעים העורר כי קבלת התיעוד תסייע לו בחקירת הכוחות שפעלו בשטח. בקשתו של פלוני בעניין זה היא כי ככל שישנה תעודת חיסיון רלוונטית - היא תוצג לו. לחילופין, אם אין בנמצא כזו, יימסר לו התיעוד עצמו ואם זה אינו קיים, יימסר לו מידע בדבר הפעולות שנעשו לשם איתור החומר; (3) לטענת פלוני, המידע על אודות תלונות קודמות באזור בדבר גניבת צאן נדרש כדי לשלול את המניע הגזעני המיוחס למשיבים. עוד נטען כי מידע זה מצוי בידי המדינה (בין אם בידי המשטרה ובין אם בידי הצבא). לעניין זה צירף פלוני מסמך צבאי שעניינו חשד לגניבת צאן ממאחז המכונה "עדי-עד" המצוי בסמיכות לשוב שילה; (4) לעניין המידע על אודות מעורבים נוספים באירוע נטען כי זיהוי המעורבים וחקירתם יועילו לבירור האישום, וכי אם לא קיים מידע שכזה אזי יוכל פלוני לטעון נגד הטענה לביצוע בצוותא; (5) אשר לרשימת חומרי החקירה נטען כי המשיבים קיבלו "מפתחות תיק" בלבד ולא רשימה מסודרת ומפורטת כפי שנדרש.

7. ביום 29.3.2016 הגישה המדינה בהסכמה תשובה בכתב לערר ואליה צורפו חומרי החקירה (שכן בשל תקלה הזימון שנשלח אליה התייחס רק לעררה שלה והגשת הערר של פלוני לא הייתה בידיעתה באותו שלב); (1) בכל הנוגע לפקודת המבצע סומכת המדינה על טיעוניה בבש"פ 2161/16 המוזכרים לעיל; (2) לעניין תיעוד האירוע נטען כי בבירור שנעשה עם היחידה החוקרת עלה כי לא קיים תיעוד מן הסוג המבוקש מעבר לזה שהועבר לידי המשיבים; (3)

עמוד 3



לעניין תלונות קודמות נטען כי אין בידי המדינה תיעוד משטרתי או צבאי של גניבות צאן מאזרחים ישראלים ממקום האירוע, וכי המסמך שצירף פלוני אינו רלוונטי למקום האירוע שכן הוא עוסק באזור אחר. עוד נטען כי המידע המבוקש אינו עולה כדי "חומר חקירה" שכן אין בחומר המבוקש לסייע בבירור האישום, בכל הקשור לקיומו של מניע גזעני המבוסס על ידיעתו הסובייקטיבית של פלוני; (4) אשר למידע על אודות מעורבים אחרים שאינם מואשמים בכתב האישום נטען כי אין למדינה כל מידע על זהותם; (5) ולעניין רשימת חומרי החקירה נטען כי זו הועברה לידי ההגנה זה מכבר, למעט רשימת המדיה המגנטית שתימסר לידי ההגנה בהקדם האפשרי.

דין והכרעה

8. כידוע, הוראת סעיף 74(א) לחוק מעגנת את זכותו של נאשם לעיין בחומר המצוי בידי גורמי החקירה והתביעה בנוגע לאישום. ביסוד סעיף זה עומד העיקרון שלפיו לנאשם זכות לנהל את הגנתו כשהוא מכיר את מלוא חומר החקירה הנוגע לעניינו. זאת, בצד חשיבותם של ערך גילוי האמת, והשאיפה לצמצם את פערי הכוחות המובנים בין התביעה לבין ההגנה (בש"פ 8252/13 מדינת ישראל נ' שיינר, פסקה 11 (23.1.2014) (להלן: עניין שיינר)). כדי להבטיח את זכותו של הנאשם למשפט הוגן נהוג לתת פרשנות מרחיבה למונח "חומר חקירה", ולפיה יכללו בו כל פרטי המידע שבכוחם לסייע לנאשם להתגונן מפני האישום שנגדו (שם). ברם, על הנאשם להראות שהמידע נוגע לאישום וכי יש לו זיקה להליך הפלילי המתנהל (בש"פ 2242/16 מדינת ישראל נ' מזרחי, פסקה 5 (31.3.2016) (להלן: עניין מזרחי); בש"פ 8406/12 אלמוני נ' מדינת ישראל, פסקאות 10-11 (3.12.2012); בג"ץ 9264/04 מדינת ישראל נ' בית משפט השלום בירושלים, פ"ד ס(1) 360, 388-389 (2006) (להלן: עניין בית משפט השלום)). על רקע זה אפנה עתה לחומרים נושא העררים שלפניי.

9. פקודת המבצע - כאמור, המדינה טוענת כי יש לראות בפקודת המבצע כולה תרשומת פנימית שאינה באה בגדר "חומר חקירה", וכי מטבעה של פקודת מבצע - הנערכת טרם מתרחש אירוע - אין בה לסייע לבירורם של אישומים. אין בידי לקבל טענה גורפת זו. פקודת מבצע היא תכנית לקיומה של פעילות משטרתית פרטנית. אין מדובר בתכנית שעניינה כללי שאך יושמה באירוע נושא הפקודה - כגון נהלי עבודה (והשוו לבש"פ 6717/12 מדינת ישראל נ' אהרון, פסקאות 13-15 (18.12.2012)) - אלא בתכנית הנגזרת ממאפיינים פרטניים של האירוע. משכך, נוצרת לכאורה זיקה בין פקודת המבצע לבין האירוע נושא האישום, כך שבדין לא לומר א-פרוורית כי לא מדובר בחומר חקירה. זאת לבטח כאשר מדובר בפקודה למבצע של אכיפת חוק יזומה - להבדיל מפקודת מבצע העוסקת באכיפה פסיבית (כמו למשל אבטחה של אירוע הומה אדם). לאור מאפיינים אלה, ובשים לב לצורך בפרשנות רחבה, קשה להלום מסקנה שלפיה פקודות מבצע - או תכניות לפעולה משטרתית פרטנית המוכתרות בשם אחר - אינן חומר חקירה באופן גורף.

10. לחיזוק מסקנה זו ניתן להשוות את עניינה של פקודת מבצע לסוגיה אחרת של אכיפת חוק יזומה - היא הסוגיה של הפעלת סוכנים משטרתיים. אף אם לא ניתן לגזור גזירה שווה מוחלטת בין השניים, בשני המקרים מדובר בתכנונה של פעילות משטרתית עתידית קודם להתרחשותה לשם היערכות מיטבית של הכוחות הרלוונטיים. עיון בהחלטות עבר הנוגעות לבקשות לפי סעיף 74 לחוק לעיין בתכניות להפעלת סוכנים משטרתיים מעלה כי ההכרעה באותם מקרים נעשתה בכל מקרה לגופו, כאשר הבחינה אם קיימת רלוונטיות לבירור האישום נערכה באופן פרטני ביחס לחלקים השונים של התכניות (בש"פ 6249/14 ברכה נ' מדינת ישראל, פסקה 7 (23.10.2014); בש"פ 3152/05 בן יעיש נ' מדינת ישראל (10.5.2005) (להלן: עניין בן יעיש)).



11. בהתאם, גם במקרה דנן סבורני כי יש לבחון את חלקיה השונים של פקודת המבצע ולברור את המוץ מן התבן - את חומר החקירה הרלוונטי לאישום מן התרשומת הפנימית ומן החומר שמידת תרומתו לבירור האישום זניחה או לא קיימת. ולענייננו: שוכנעתי כי - על רקע ההתרחשויות הקונקרטיות במקרה זה ולפי אמות המידה שנקבעו בהלכה הפסוקה - עמוד 4 לפקודה הוא חומר חקירה רלוונטי לבירור האישום, וכי עשוי להיות בו פוטנציאל מסוים לעימות עדי המשטרה עם הנאמר שם בחקירתם. זאת, מבלי לקבוע מסמרות באשר לעצמתו של הפוטנציאל או מידת התועלת שתהיה להגנה מהנאמר שם. שקלתי את האינטרס הציבורי שעליו מצביעה המדינה ואת השלכות הרוחב האפשריות של הכללת מידע הכלול בפקודת מבצע בגדר חומר חקירה (ראו עניין בן יעיש, פסקה 7), ברם בשים לב לכך שלמדינה עומדת האפשרות להוציא תעודת חיסיון ביחס למידע - ככל שהיא רואה לנכון לעשות כך - איני סבור כי האינטרס הציבורי מטה את הכף נגד סיווגו של המידע המבוקש כחומר חקירה בהליך הנוכחי. ברי כי אין באמור כדי להביע עמדה בשאלת גילוי של החומר, למקרה שבו תוצא תעודת חיסיון ויתבקש גילוי הראיה. בצד זאת, ולאחר שעיינתי בפקודת המבצע כולה, לא שוכנעתי כי יש בשאר חלקיה כדי לסייע לבירור האישום.

12. אשר לחומרים המבוקשים הנוספים - כעולה מהודעת המדינה מיום 29.3.2016, אין בידה תיעוד של האירוע שלא נמסר לידי ההגנה; ולא קיים בידה מידע על אודות מעורבים נוספים בו. אכן, המונח חומר חקירה כולל לא רק פרטי מידע המצויים בידי התביעה אלא גם מידע שצריך ואמור להיות בידה (בש"פ 3831/02 מצרי נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(5) 337, 339 (2002)). ברם נקודת המוצא לעניין חומר שאינו מצוי בידי המדינה הוא כי זה אינו עולה כדי חומר חקירה (בש"פ 9322/99 מסארווה נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(1) 376, 381-382 (2000) (להלן: עניין מסארווה)). המדינה עמדה על כך שערכה בירור בעניין זה. בשים לב לחזקת התקינות העומדת לטובת גורמי התביעה והחקירה - שלא נסתרה בהליך זה (עניין בית משפט השלום, בעמ' 373-374; עניין מסארווה, בעמ' 382) - איני רואה להיעתר לערר במישור זה. בדומה, לא מצאתי לקבל את הערר בכל הקשור בתיעוד תלונות קודמות. בהקשר זה נמסר מטעם המדינה כי אין בנמצא מידע - משטרתי או צבאי - על אודות תלונות מסוג זה באזור האירוע, וחזקת התקינות האמורה פועלת לטובתה גם בהקשר זה. בהצגת קיומה של תלונה קודמת הנוגעת לשוב אחר אין כדי לשנות ממסקנה זו. כמו כן, דומה כי החומר המבוקש בעניין זה אינו עולה כדי "חומר חקירה" באשר אין הוא קשור לתשתית הראייתית שעליה מבוסס האישום (ראו עניין מזרחי, פסקה 6).

13. אחרון נותר לדון ברשימת חומרי החקירה שהומצאה לי לבקשתי. עיון ברשימה מעלה כי היא עומדת בקריטריונים שהוצבו בפסיקה לרשימות מעין אלו (בש"פ 683/15 הירשמן נ' מדינת ישראל, פסקה 6 (5.2.2015)). זאת, בכפוף להצהרתה של המדינה כי רשימת המדיה המגנטית תועבר בהקדם לידי ההגנה.

סופו של דבר: שני העררים נדחים כאמור בפסקאות 9-13. למדינה תינתן ארכה בת 30 ימים להעברת עמוד 4 לפקודה לידי המשיבים לשם מיצוי האפשרות להוציא תעודת חיסיון בעניין פקודת המבצע, ככל שנדרש.

ניתנה היום, כ"ה באדר ב' התשע"ו (4.4.2016).

ש ו פ ט