



ע"פ 2403/20 - מדינת ישראל נגד פלוני, פלוני

בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים פליליים
ע"פ 2403/20

לפני:

כבוד השופט י' עמית
כבוד השופטת ע' ברון
כבוד השופט י' אלרון

המעוררת:

מדינת ישראל

נגד

המשיבים:

1. פלוני
2. פלוני

ערעור על הכרעת הדין של בית המשפט המחוזי באר
שבע בתפ"ח 065237-12-15 שניתנה ביום
12.03.2020 על ידי כבוד השופטים א' ואגו, א'
אינפלד וא' חזק;
בקשה מטעם המשיבים 1-2 למחיקת הערעור על
הסף

תאריך הישיבה:

י' בחשון התשפ"א (28.10.2020)

בשם המעוררת:
בשם המשיב 1:
בשם המשיב 2:

עו"ד חיים שווייצר
עו"ד הרצל סמילה
עו"ד רובי גלבע

פסק-דין

השופט י' עמית:

ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בבאר שבע (כב' השופטים א' ואגו, א' אינפלד וא' חזק) מיום
12.3.2020 בתפ"ח 65237-12-15. הערעור מכוון להחלטות בית משפט קמא שקיבל את עתירת המשיבים להסרת
חיסיון מכוח תעודת חיסיון שהוצאה לפי סעיף 45(א) לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א-1971 (להלן: פקודת
הראיות). בעקבות החלטות אלה, הודיעה המעוררת (להלן: המדינה) כי היא חוזרת בה מהאישום השני בכתב האישום,



מה שהוביל לזיכוי המשיבים מהעבירות שיוחסו להם באישום זה.

1. זו הפעם השנייה שהמשיבים זוכו מהאישום השני וזו הפעם השנייה שהנושא מגיע לפתחו של בית משפט זה, כפי שיפורט להלן.

ביום 30.12.2015 הוגש כנגד המשיבים כתב אישום הכולל שני אישומים. האישום הראשון גולל מסכת קשה של עבירות אינוס, אלימות ואיומים שביצע המשיב 1 בבת זוגו (להלן: המתלוננת). באישום זה טרם ניתנה הכרעת דין, נכון למועד כתיבת שורות אלה.

לפי האישום השני, המשיבים קשרו קשר לביצוע פשע וניסו לשדל שניים אחרים – עדי התביעה א' ו-ב' – לרצוח את המתלוננת. בהתאם לכתב האישום, פנה המשיב 2 לחברו לעבודה (להלן: א') ושאל אותו אם הוא מכיר אנשים שיכולים לרצוח מישהי. בפגישה שנערכה ביום 19.11.2015 בקריית גת בין המשיב 1 לבין א' וחברו של א' (להלן: ב'), אמר המשיב 1 כי הקורבן המיועד היא אישה המתגוררת באשדוד, שהוא "העלה אותה לארץ, ובזבז עליה הרבה כסף, והיא בגדה בו והלכה עם מישהו אחר". למחרת שוחח א' עם המשיב 2, שאמר כי ידבר עם המשיב 1 לשם תשלום מקדמה על סך 3,000 ₪, וכי התשלום המלא יעמוד על 30,000 ₪. כשהבינו א' ו-ב' כי המשיבים נחושים להשלים את התוכנית, פנו למשטרה ודיווחו על כך.

2. בטרם החלה שמיעת הראיות בתיק, הגיש בא-כח המשיב 2 "בקשה לגילוי חומר חקירה לפי סעיף 74(א) לחוק סדר הדין הפלילי" (להלן: העתירה הראשונה), במסגרתה עתר לקבל חומר חקירה שלא הועבר לידי ההגנה, בין היתר בנוגע לתיעוד שיחות שהתקיימו בין גורמי משטרה לבין עדי התביעה א' ו-ב' (להלן ביחד גם: העדים), בטרם נגבו במשטרה הודעותיהם הגלויות. המדינה הבהירה כי החומר המבוקש חסוי מכוח תעודת חיסיון שהוצאה בתיק זה ונחתמה על-ידי שר הפנים, וחוסה בין היתר את "כל הקשרים, השיטות ודרכי הפעילות של משטרת ישראל עם כל המעורבים ו/או הנחקרים בתיק זה, בין אם היו קיימים ובין אם לאו".

בית המשפט (כב' השופט נ' אבו טהה) קבע שיש להתייחס לבקשה כאל עתירה לגילוי ראייה חסויה לפי סעיף 45 לפקודת הראיות, והורה על העברת הדין בעתירה להרכב שדן בתיק העיקרי. בהחלטתו מיום 18.1.2017 הורה ההרכב על דחיית העתירה. בין היתר, נקבע כיהחומר הרלוונטי חוסה תחת תעודת החיסיון, וכי לנוכח קו ההגנה המסתמן מהמענה לכתב האישום, אין בחומר החסוי דבר החיוני להגנת המשיב 2.

3. ביום 5.6.2018 הגיש בא-כח המשיב 2 עתירה נוספת לגילוי ראייה חסויה (להלן: העתירה השנייה), במסגרתה נטען כי ישנה אינדיקציה לכך שהעדים קיבלו טובות הנאה תמורת מסירת המידע ועדותם בתיק, ולפיכך יש לראותם כעדי מדינה. בעקבות דיון בעתירה שהתקיים במעמד צד אחד, הסכימה המדינה למסור להגנה פרפרזה מהחומר החסוי, לפיה העד ב' קיבל תמורה כספית בהמשך למסירת הודעתו במשטרה.

4. ביום 15.11.2018 הגישו המשיבים עתירה שלישית לגילוי ראייה חסויה (להלן: העתירה השלישית), במסגרתה ביקשו להסיר את החיסיון מכל הראיות הנוגעות לעדים א' ו-ב', ולקבל תיעוד של כל פעולות המודיעין ותוצריהן שהתקבלו מהם בפרשה הנדונה. המשיבים טענו כי מהפרפרזה עולה שיש לראות את העדים א' ו-ב' כעדי מדינה; כי



לנוכח היעדר המידע הרלוונטי במועד עדותם, נפגעה היכולת לחקורם כדבעי על אודות קשריהם עם המשטרה ונסיבות קבלת טובת ההנאה; וכי יש לזמנם בשנית למתן עדות.

המדינה גרסה שיש לדחות את העתירה. בין היתר, נטען כי העד ב' קיבל תמורה כספית זמן רב לאחר שמסר את הודעתו במשטרה וללא התניה ביחס אליה, וכי לנוכח כתב האישום, א' ו-ב' אינם שותפים לדבר עבירה ולכן אינם עדי מדינה.

5. בטרם ניתנה החלטה בעתירה השלישית, הורה בית משפט קמא על החזרת א' ו-ב' לדוכן העדים. ביום 7.4.2019 העיד א' בשנית ונחקר על-ידי באי-כוח המשיבים. בין היתר, נשאל א' על אודות קשריו הקודמים של ב' עם משטרת ישראל. המדינה התנגדה לשאלות אלו בטענה כי הן מפרות את תעודת החיסיון, וביקשה מבית המשפט למחוק מהפרוטוקול את השאלות ואת התשובות שניתנו ביחס לחלקן. בית המשפט קבע שיש להתיר את חקירת העדים בסוגיית קשריהם עם המשטרה מעבר לגבולות הפרשה הנדונה. לנוכח האמור, הודיעה המדינה כי היא נאלצת לחזור בה מהאישום השני כדי שלא להפר את החיסיון, ובית המשפט זיכה את המשיבים מהעבירות שיוחסו להם באישום זה.

6. המדינה הגישה ערעור לבית משפט זה על זיכוי המשיבים, בטענה שכל עוד לא ניתנה החלטה שמקבלת את העתירה לגילוי ראיה, אין מקום להורות לעד לענות לשאלות המפרות את תעודת החיסיון. בפסק דינו מיום 21.11.2019 קיבל בית משפט זה את הערעור (ע"פ 3427/19, להלן: פסק הדין הראשון). נקבע כי עתירה לגילוי ראיה צריכה להיות מוכרעת בהחלטה מנומקת, ולא בעקיפין או במשתמע כבדרך אגב במהלך דיון הוכחות בהליך העיקרי. התיק הוחזר אפוא לבית המשפט המחוזי למתן החלטה בעתירה.

7. בהחלטתו מיום 3.12.2019 הורה בית משפט קמא על הסרת החיסיון מהסיפא של התעודה, שעניינה "כל הקשרים, השיטות ודרכי הפעילות של משטרת ישראל עם כל המעורבים ו/או הנחקרים בתיק זה, בין אם היו קיימים ובין אם לאו". נקבע שהסרת החיסיון עשויה להיות משמעותית וחיונית להגנת המשיבים, באופן שגובר על האינטרס הציבורי שבבסיס חיסוי הפרטים הרלוונטיים. נציין כי החלטת בית המשפט ניתנה בשני נוסחים, שהאחד מהם חסוי מפני ההגנה. בית המשפט עמד על כך שהאישום השני מבוסס על עדותם של א' ו-ב' לגבי תוכנה של פגישה מסוימת מיום 19.11.2015, ומכאן ששאלת מהימנות גרסתם חיונית לביסוס האישום. נקבע כי בשים לב לסוגיית הגמול שקיבל ב' עבור הודעתו במשטרה, יש לאפשר להגנה לברר את סוגיית מהימנות העדים, וכי לשם כך נחוץ לבחון את קשרי העדים עם המשטרה בהקשר רחב יותר.

8. המדינה הגישה לבית משפט קמא בקשה לעיון חוזר, בטענה כי לאחר שניתנה ההחלטה בעתירה, התקבל מהמשטרה מסמך שנותן תשובה לשאלה עובדתית שהייתה טעונה בירור במסגרת העתירה. לאחר שעין במסמך במעמד צד אחד, הורה בית משפט קמא בהחלטתו מיום 22.1.2020 על דחיית הבקשה, וגם החלטה זו ניתנה בשני נוסחים, שהאחד מהם חסוי.

9. ביום 5.2.2020 הגישה המדינה שוב בקשה לעיון חוזר בהחלטות מיום 3.12.2019 ומיום 22.1.2020. המדינה ציינה כי זו הפעם היא נכונה להעביר לידי ההגנה מזכרים, או פרפרזה רחבה של המזכרים, שהיו חסויים עד כה, על אודות מפגשים מקדימים עם העדים, ואשר נכתבו על-ידי אנשי המשטרה שנכחו במפגשים אלו. המדינה הוסיפה כי במידה שההגנה תחפץ בכך, ניתן יהיה לזמן את אנשי המשטרה לחקירה נגדית בבית המשפט, והמדינה לא תתנגד



לשאלות הנוגעות למפגשים אלו. עם זאת, הודגש כי המדינה עומדת על הותרת החיסיון על כנו בכל הנוגע לקשרים קודמים בין העדים למשטרה, ככל שהיו.

10. ביום 18.2.2020 דחה בית המשפט את הבקשה, וקבע כי לנוכח הנימוקים שהוצגו בהחלטה החסויה מיום 22.1.2020, אין די בחשיפת החומרים הנוגעים לפגישות עם העדים בתיק זה בלבד.

המדינה הודיעה כי היא עומדת על הותרת החיסיון על כנו בכל הנוגע לקשרים קודמים של העדים עם המשטרה, אם וככל שהיו, ולכן אין לה אלא לחזור בה מהאישום השני פעם נוספת, וביום 12.3.2020 הורה בית המשפט על זיכוי המשיבים מאישום זה.

11. מכאן הערעור שלפנינו, שתוקף כאמור את החלטות בית משפט קמא בעניין הסרת החיסיון.

לטענת המדינה, מידע על אודות קשרים קודמים של עד עם המשטרה הוא חומר חסוי באופן מובהק. לטענתה, במידה שבית משפט קמא ימצא, בסוף ההליך, כי ללא מידע על אודות קשריהם הקודמים של עדי התביעה עם המשטרה, אם בכלל היו כאלה, יש כדי לפגוע במהימנותם של העדים, הרי שבית המשפט רשאי כמובן לקבוע שאין לסמוך על עדויותיהם ושיש לזכות את הנאשמים לגופו של אישום. ואולם, אין להקדים הכרעה זו ואין להורות על גילוי החומר החסוי, רק לנוכח האפשרות הספקולטיבית שמא בית המשפט יתקשה בסופו של דבר לקבוע את מהימנות העדים ללא החומר החסוי.

12. עודנו באים לבחון את טענת המדינה לגופה, נקדים ונסלק מעל דרכנו טענות סף שהעלו המשיבים.

לטענת המשיבים, פסק הדין הראשון כלל לא ביטל את זיכוי המשיבים מהעבירות של האישום השני, אלא רק החזיר את התיק לבית משפט קמא למתן החלטה בעתירה השלישית. עוד נטען כי המועד להגשת ערעור חלף בטרם הוגש הערעור על-ידי המדינה, באשר ה"מרוץ" להגשתו החל, לכל המאוחר, עת ניתנה החלטת בית משפט קמא ביום 3.12.2019 בעתירה השלישית; וכי המדינה לא הייתה רשאית להגיש את הבקשה לעיון חוזר אלא לנקוט אחת משתיים: להסיר את החיסיון או לחזור בה מכתב האישום.

13. דין טענות הסף להידחות.

עיון בפסק הדין הראשון מעלה כי בית המשפט ביטל את החלטת בית משפט קמא להורות על הסרת החיסיון וקיבל את הערעור. כך נכתב במפורש בסיפא של פסק דינו של השופט נ' הנדל, שאליו הצטרפו השופטת ד' ברק-ארזוהשופט ד' מינץ:

סוף דבר, אציע לחבריי לקבל את הערעור, ולהחזיר את התיק לבית המשפט המחוזי על מנת לתת החלטה בעתירה לגילוי ראיה. לשם כך ההרכב יקבע דיון וישמע טיעונים משלימים על פי שיקול דעתו.



המשמעות של פסק הדין הראשון היא אפוא ביטול הזיכוי והחזרת הדין לבית משפט קמא. פסק הדין ביטל למעשה את הודעת המדינה מיום 7.4.2019 בדבר חזרתה מהאישום השני, ואת זיכוי המשיבים בעקבות זאת. התקופה להגשת הערעור היא 45 יום החל מיום 12.3.2020, עת ניתן פסק הדין שזיכה את המשיבים מהאישום השני, ומכאן שהערעור, שהוגש ביום 5.4.2020, הוגש במועדו.

ככלל, כאשר בית המשפט נעתר לעתירה לגילוי ראיה לפי סעיף 45 לפקודת הראיות ומורה על גילוייה, הרי שבהיעדר זכות ערעור על החלטה זו – שהיא בגדר החלטת ביניים שאין עליה זכות ערעור – יחול העיקרון "האשמת – גילית" (כלשונו של השופט א' שטיינבש"פ 1378/20 זגורי נ' מדינת ישראל, בפסקה 38 (7.4.2020) (להלן: עניין זגורי); בש"פ 6185/20 גופשטיין נ' מדינת ישראל, בפסקה 7 (19.10.2020)). במילים אחרות, עומדת בפני המדינה הברירה לעשות אחת משתיים: לגלות את הראיה, או לחזור בה מכתב האישום כדי להימנע מחשיפת הראיה הכרוכה בפגיעה באינטרס חיוני (ראו, לדוגמה, ע"פ 5114/97 סלימאני נ' מדינת ישראל, פ"ד נה(2) 723, 721 (1997); ע"פ 621/01 מדינת ישראל נ' דרויש, פ"ד נה(2) 823, 828 (2001); בש"פ 120/10 פלוני נ' מדינת ישראל, בפסקה 19 (24.2.2010); בש"פ 8585/12 פלוני נ' מדינת ישראל (23.1.2014)). אם חזרה בה המדינה מכתב האישום, הדבר מביא לזיכוי של הנאשם (ראו, לדוגמה, בש"פ 4288/13 אוחנה נ' שר הביטחון – מדינת ישראל, בפסקה 14 (23.10.2013); בש"פ 4873/17 יפה נ' שר הביטחון (6.7.2017)).

עם זאת, בין שתי אפשרויות אלה קיימת גם אפשרות שלישית, והיא לפנות לערכאה הדיונית בבקשה לעיון חוזר, מקום בו ניתן להצביע על שינוי נסיבות (ע"פ 462/07 מדינת ישראל נ' עיזאת חמאד, בפסקה 5 (20.2.2007) (להלן: עניין חמאד)). לטעמי, טרם זיכוי עקב חזרה מכתב אישום, שצפוי להביא את הנושא לפתחה של ערכאת הערעור, רשאית התביעה למצות את טענותיה ולעתור לעיון חוזר בהחלטה על הסרת החיסיון, אם בשל טעמים נוספים שנשמטו מעיני הערכאה הדיונית, אם בשל שינוי נסיבות. כך, במקרה דנן, בעקבות החלטת בית משפט קמא, בחנה התביעה פעם נוספת את החומרים שתחת תעודת החיסיון, ולאחר התייעצות עם גורמי המודיעין הרלוונטיים, הגיעה למסקנה כי היא נכונה לחשוף בדרך של פרפרזה מפורטת את שנאמר במפגשים בין עדי התביעה למשטרה, קודם למסירת הודעותיהם במשטרה.

14. לאור זאת, אני סבור כי התביעה רשאית הייתה לחזור ולפנות לבית משפט קמא בבקשה לעיון חוזר. עם זאת, ארשום "הערת אזהרה" בפני התביעה. ברגיל, כאשר מוצאת תעודת חיסיון, נקודת המוצא נוכח חזקת ההגנות שבה מעמיד בית המשפט את התביעה היא שכל מה שניתן לחשוף בפני ההגנה נחשף מלכתחילה, והמידע החסוי תחת תעודת החיסיון הוא כזה שאכן לא ניתן לחשוף אותו. אין לקבל מצב שבו תעודת החיסיון היא בבחינת חומה ראשונה שמעמידה התביעה, שניתן לסגת ממנה אם וכאשר בית המשפט מורה על הסרת החיסיון, ואז לחשוף חלק מהחומר, בבחינת נסיגה טקטית אל החומה השנייה. המקרה שלפנינו הוא חריג, בהיבט זה שהמדינה נכונה כעת לחשוף חלק מהחומר שהיה חסוי תחת תעודת החיסיון, אך ככל שבעתיד יתברר כי כך נוהגת המדינה תדיר, ייתכן שבית המשפט יראה בכך טקטיקה פסולה.

15. ומכאן לגופו של ערעור.

המסגרת הנורמטיבית הצריכה לענייננו היא סעיף 45(א) לפקודת הראיות, שהתקבל במסגרת תיקון מס' 17 לפקודת הראיות וקובע כלהלן:



חסיון לטובת הציבור

45. (א) אין אדם חייב למסור, ובית המשפט לא יקבל, ראייה אם שר הביע דעתו, בתעודה חתומה בידו, כי מסירתה עלולה לפגוע בענין ציבורי חשוב, אלא אם מצא בית המשפט הדין בדבר, על-פי עתירת בעל דין המבקש גילוי הראייה, כי הצורך לגלותה לשם עשיית צדק עדיף מן הענין שיש לא לגלותה, ובהליך פלילי – כי הראייה עשויה להועיל להגנת הנאשם ומידת התועלת שבה להגנה עולה על הענין שיש לא לגלותה, או שהיא חיונית להגנת הנאשם.

(ב) אין בבירור עתירה כאמור בסעיף קטן (א) כדי לעכב את הדיון בהליך העיקרי למעט במקרים שבהם הכרעה בעתירה נחוצה להמשך הדיון.

(ג) בית המשפט רשאי להעביר את הדיון בעתירה לשופט יחיד שאינו דן בתיק, ואם היה בית המשפט הרכב – לשופט יחיד שהוא אחד משופטי ההרכב או שאינו דן בתיק.

(ד) (1) השר לביטחון הפנים רשאי לאצול את סמכותו לפי סעיף זה לאחד מאלה (בסעיף קטן זה – ממונה על חסיונות): [...]

(2) אצילה לפי פסקה (1) יכול שתהיה לכמה ממונים על חסיונות;

(3) דין ממונה על חסיונות כדין עובד המדינה לענין חיקוקים אלה: [...]

תכליתו המרכזית של תיקון מס' 17 לפקודת הראיות, שהביא במקביל לתיקון מס' 75 בחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982 (להלן: "החסד"פ), היא למנוע פגיעה במערך המודיעין באמצעות צמצום החומר המודיעיני שנמסר לנאשם, מבלי שהדבר יפגע בהגנתו של הנאשם (ראו גיל שפירא וישי שרון "צריך עיון: הערות ראשוניות בעקבות תיקון מס' 75 לחוק סדר הדין הפלילי" הסניגור 253 (2018)). ככלל, לנאשם אין זכות עיון בחומר מודיעיני שנאסף או נרשם על ידי רשות מודיעין, אלא אם כן הוא נכלל באחת מארבע הקטגוריות המפורטות בסעיף 74(א)(2) לחסד"פ (לאחר תיקון מס' 75), קרי: "חומר שמתייחס לעובדות המתוארות בכתב האישום, לתוכן עדות שאמורה להישמע בשלב בירור האשמה, לראייה שאמורה להיות מוגשת כאמור או למהימנות של עד מרכזי".

בענין זגורידן השופטא' שטיין בהרחבה במונח "מהימנות של עד מרכזי", שלגביו יש לנאשם זכות עיון גם בחומר מודיעיני. נקבע כי אין לפרש את המונח ככולל חומר שהשלכתו על מהימנות העד היא כללית בלבד, כמו מידע שמצביע על מעורבות העד במעשים פליליים, או על היותו עבריין מסוכן או אדם לא ישר ובלתי אמין באופן כללי. אלא, הכוונה היא לחומר מודיעיני אשר "קשור קשר קונקרטי לתוכן העדות שהעד עתיד למסור, או מסר, למניעיו הקונקרטיים להעליל על הנאשם העומד לדין, וכיוצא באלה [...]" חומר שיש לו השלכה קונקרטית על תוכן העדות שהעד מסר, או עתיד למסור, במשפטו של הנאשם – זאת, להבדיל מחומר אשר נוגע לענין צדדי והשלכתו על מהימנותו של העד היא כללית גרידא". הטעם לכך הוא, שמידע מודיעיני שנועד אך ורק להציג עד תביעה מרכזי באור שלילי כדי להטיל ספק כלליבאמינותו, אינו מביא תועלת ממשית להגנה, להבדיל ממידע שיכול לשמש את ההגנה כדי להטיל ספק קונקרטי מוגדר בעדותו של העד.

16. ההגנה דן מבקשת לעמוד על קנקנם של עדי התביעה ולערער את מהימנותם, ולשם כך, היא מבקשת להסיר



את החיסיון. לשיטת ההגנה, העובדה שעד התביעה קיבל תמורה עבור עדותו בפרשה דנן, מעידה על כך שהייתה לו ציפיה לקבל תמורה, מה שעשוי להשליך על הערכת מהימנותו. האם מדובר ב"מידע קונקרטי" דיו שיש בו כדי לסייע להגנה במלאכתה זו?

17. מן המפורסמות הוא, שאין לחשוף מקורות מידע מודיעיניים של המשטרה, שהרי "אין כלל ספק כי חשיפת זהותו של מודיען עלולה לגרום לפגיעה-ולעתים קשה-בעבודת המשטרה, שהרי חשיפה זו כרוכה בפעמים רבות בסכנה מוחשית לחייו של המודיען, ומותר להניח כי מעטים יהיו מוכנים לחשוף את עצמם בפני סכנה זו" (עניין חמאד, בפסקה 5; וראו בדומה ע"פ 383/71 יהודאי נ' מדינת ישראל, פ"ד כו(1) 273, 267 (1972); ע"פ 1335/91 אבו פאדה נ' מדינת ישראל, פ"ד מו(2) 120, 127 (1992); בג"ץ 64/91 חילף נ' משטרת ישראל, פ"ד מז(5) 657, 653 (1993). למקרה בו ביטל בית משפט זה זיכוי בעקבות חזרת המדינה מהאישום לאחר שהערכאה הדיונית הורתה לחשוף את שמו של המקור, ראו פסק דינו של חברי השופט י' אלרון בע"פ 5033/19 מדינת ישראל נ' אבו חדיר (19.8.2019)). לעיתים, לא רק חשיפת שמו של המקור, אלא אפילו מועד מסירת המידע עלול לסכן את שלומו של המקור ולפגוע באינטרס הציבורי הגלום בשיתוף פעולה עם המשטרה, וראו החלטת השופט מ' מרגלית בע"פ (ק"ש) 2145-08-19 מיוסט נ' מדינת ישראל (15.2.2020)).

אלא שבמקרה דנן, בניגוד למקרה הרגיל שבו זהותו של מקור משטרתי היא חסויה, זהותם של עדי התביעה ידועה היטב למשיבים, שהרי על פי כתב האישום, המשיב 2 הוא שפנה אליהם על מנת להזמין את הרצח. לאור זאת, תהינו מה עומד מאחורי תעודת החיסיון. על פי סמכותנו לפי סעיף 46(א) לפקודת הראיות ניהלנו דיון במעמד צד אחד עם באי כוח המדינה, על מנת להבין מדוע המשטרה עומדת בתוקף על הטלת חיסיון על קשרים קודמים של עדי התביעה עם המשטרה. תשובתה של המדינה הפיסה את דעתנו. לשיטתה, עצם הידיעה אם אדם מסוים הוא מקור או היה בעבר מקור אם לאו, היא כשלעצמה חסויה. אם מקורות יידעו שהם עלולים להיחשף כמקורות משטריים, הם לא ישתפו פעולה עם המשטרה והאינטרס הציבורי יימצא נפגע. ככל שבית המשפט יתיר להגנה לשאול על קשרים קודמים של עדי התביעה עם המשטרה, ואין נפקה מינה אם היו להם קשרים קודמים אם לאו, הרי שלעצם ההיתר לשאול שאלות מהסוג האמור עלולות להיות השלכות רוחב קשות על עבודת המשטרה, וכפועל יוצא על שלום הציבור וביטחונו.

זו הסיבה שבגינה המדינה אינה נכונה לאשר או להכחיש אם עדי התביעה שימשו בעבר כמקורות משטריים, ותעודת החיסיון הצטמצמה אפוא אך ורק לשאלת קיומם של קשרים קודמים, אם בכלל, בין עדי התביעה למשטרה. בנושא זה, הוגש לנו מסמך חסוי, שענינה של הערכאה הדיונית טרם שזפה.

18. לאחר שעיינו במסמך החסוי, הגענו למסקנה כי אין בו ראייה חיונית להגנת המשיבים, ולכאורה, אף לא ראייה שעשויה להועיל להגנתם (ההבחנה של המחוקק בין חומר שהוא חיוני להגנתו של הנאשם לבין חומר שיש בו אך כדי להועיל להגנת הנאשם, שמובילה לשתי רמות איזון שונות, יסודה בפסק הדין של השופט (כתוארו אז) א' ברק בב"ש 838/84 ליבני נ' מדינת ישראל, פ"ד לח(3) 739, 729 (1984); וראו לדוגמה החלטותיו של השופט מ' מזוז בבש"פ 3921/19 ח'לף נ' מדינת ישראל (4.7.2019) ובש"פ 3584/18 פלוני נ' מדינת ישראל (24.6.2018)).

19. אשר על כן, אנו מורים כלהלן: פסק דינו של בית משפט קמא יבוטל, ולמען הסר ספק, אנו מורים על ביטול הזיכוי של המשיבים מהאישום השני. על המאשימה להעביר לעיון ההגנה פרפרזה מפורטת של שתי הידיעות בדבר המפגש של אנשי המשטרה עם עדי התביעה (ידיעה שהספרות הראשונה שלה הם 15-05 וידיעה שהספרות הראשונה



שלה 16-00), וכן להביא לעיונו של בית המשפט את החומר החסוי שהוגש לנו, כך שבית המשפט יהיה מודע לתוכנו. למעשה, מדובר במסמך אחד בלבד, שרק עליו חל כיום החיסיון (המסמך בחתימת רמ"ד איסוף יומינט).

נדגיש כי בית משפט קמא אינו כבול להערכתנו-שלנו את משקלו של החומר החסוי. בשלב זה, האפשרות שההגנה תקעקע את מהימנות עדי התביעה לנוכח תשובותיהם בחקירה נגדית, איננה מצדיקה לטעמנו את הסרת החיסיון. ברם, כמי שבקעת המחלוקת מוכרת לו היטב כערכאה הדיונית הבקיאה בתיק, רשאי בית משפט קמא להגיע למסקנה אחרת, וככל שימצא בהמשך כי יש בחיסיון החומר כדי לפגוע בהגנתם של המשיבים – הוא רשאי לפעול כחוכמתו.

20. בשולי הדברים אציין כי לא בנקל הגעתי לתוצאה שאליה הגעתי. חלפו כ-5 שנים מאז האירועים המתוארים באישום השני, והמשיבים כבר זוכו פעמיים. יש בכך משום עינוי דין מבחינת המשיבים ובמיוחד לגבי המשיב 2, שהאישום של קשירת קשר לביצוע פשע וניסיון לשידול לרצח הוא האישום היחיד המיוחס לו. דומה כי טוב יעשו הצדדים אם יבחנו האפשרות לסיים את התיק שלא בדרך של המשך שמיעת ראיות.

21. סוף דבר, אציע לחברי לקבל את הערעור, לבטל את זיכויים של המשיבים מהאישום השני, ולקבוע כי החלטתו של בית המשפט המחוזי המורה על הסרת החיסיון באשר לקשרים קודמים של עדי התביעה, אם בכלל, עם המשטרה – מבוטלת. התיק יוחזר לבית המשפט המחוזי להמשך הדיון.

ש ו פ ט

השופט י' אלרון:

1. אני מסכים לפסק דינו של חברי השופט י' עמית ולתוצאה אליה הגיע.

לצד זאת, אבקש לייחד מספר מילים באשר לנקיטה בהליך של בקשה לעיון חוזר בהחלטה על גילוי ראיה חסויה.

2. אכן, נוסף על שתי האפשרויות העומדות בפני התביעה לאחר שבית המשפט המחוזי הורה על גילוי הראיה החסויה – לגלותה או לחזור בה מכתב האישום – ישנה גם אפשרות שלישית, והיא להגיש לערכאה הדיונית בקשה לעיון חוזר בהחלטתה.

ואולם, במקרה דנן, לא מצאתי כי התקיים התנאי המקדים של שינוי נסיבות המצדיק דיון מחודש בהחלטה לגלות את הראיה החסויה, כגון כי חלף זמן ניכר מאז מתן ההחלטה או כי נתגלתה ראיה חדשה רלוונטית (ראו והשוו ע"פ 462/07 מדינת ישראל נ' חמאד, בפסקה 5 (20.2.2007); להלן: ענין חמאד). לטעמי, אין בקבלתו של המסמך



מידי המשטרה (כמתואר בפסקה 8 לפסק דינו של השופטעמית) כדי להוות שינוי נסיבות כאמור, שכן הראיות החסויות אותן ביקשה התביעה להציג במסגרת בקשתה לעיון חוזר היו בידה אף קודם לכן, והרי רשויות החקירה והתביעה חד הן לענין גיבוש התשתית הראייתית והצגתה בפני הערכאה המבררת.

3. יתירה מזאת, והיא העיקר. כבכל זכות דיונית, גם השימוש בהליך של הגשת בקשה לעיון חוזר מטעם התביעה צריך להיעשות באופן מושכל ומידתי (והשוו, בשינויים המתחייבים, להגשת בקשה לעיון חוזר לפי סעיף 52 לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים), התשנ"ו-1996; ראו לענין זה בש"פ 1523/18 מדינת ישראל נ' פלוני, בפסקה 14 להחלטתי (22.2.2018)). זאת, הן בשל המשאבים השיפוטיים המוגבלים, והן – ובעיקר – כדי למנוע פגיעה בזכותו של נאשם להליך הוגן.

4. בנסיבות דנן, הגשת הבקשות לעיון חוזר על ידי התביעה מעוררת אי-נוחות רבה.

בקשה לעיון חוזר אינה בבחינת "מקצה שיפורים". אין לקבל מצב שבו במסגרת בקשה כאמור תחשוף התביעה טפח נוסף מהמידע החסוי, שאותו סירבה לגלות קודם לכן מטעמי חיסיון, וזאת בבחינת "מחווה של רצון טוב" מצידה, ועל מנת להצדיק את בקשתה שלא לחשוף את יתרת המידע החסוי. שהרי ממה נפשך, אם מדובר בחומר חסוי, מדוע מסכימה התביעה להציג בשלב זה של ההליך, ואם אין מדובר בחומר חסוי, מדוע לא חשפה אותו התביעה מלכתחילה.

5. הקושי בהתנהלותה של התביעה באופן הגשת הבקשות לעיון חוזר במקרה זה מקורו בפערי הכוחות האינהרנטיים בין התביעה להגנה בסוגיה של ראיות חסויות. להבדיל מהתובע, הסניגור מגשש באפילה בעת שעליו לטעון בבית המשפט להסרת החיסיון שהוטל, והוא מטיל על כן את יהבו על בית המשפט כדי שיאמוד נכונה את החומר החסוי המונח בפניו ואת פוטנציאל חיוניותו של חומר זה להגנת הנאשם. בנסיבות אלה, מובן כי על התביעה להקפיד שבעתיים על שימוש ראוי בזכויותיה הדיוניות, מתוך מודעות לכך שחשיפת הראיות החסויות לגופן נעשית במעמד צד אחד.

מן הראוי אפוא כי עמדתה של התביעה בשאלת המידע שיש לחסותו תגובש כבר בתחילת ההליך, בהתאם לשיקולים המצדיקים הטלת חיסיון לטובת הציבור לפי סעיף 45(א) לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א-1971 (להלן: פקודת הראיות), ובעמדתה זו, המשקפת את האינטרס הציבורי, עליה לדבוק לאורך כל ההליך.

אך מובן הוא כי בגיבוש עמדתה על התביעה לקחת בחשבון את האפשרות שהערכאה הדיונית תורה על הסרת החיסיון, על כל המשמעות הנובעות מכך. לו תקפיד התביעה לנהוג בהתאם להנחיה זו, המתחייבת מעקרון זכותו של נאשם להליך הוגן, לא יוצר מצב של הגשת בקשות חוזרות ונשנות לעיון חוזר בהחלטה המורה על גילוי ראיה חסויה.

6. על אף האמור, וחרף העובדה שמצאתי טעם בטענות סניגוריהם של המשיבים בענין זה, לא מצאתי כי יש בהתנהלות האמורה של התביעה כדי להותיר את הכרעת הדין המזכה על כנה, בפרט לנוכח החומרה הרבה שטומן בחובו כתב האישום שהוגש נגד המשיבים (והשוו לענין חמאד, בפסקה 5).

7. ועוד זאת. השימוש המושכל בהליך של בקשה לעיון חוזר נדרש גם כדי למנוע התמשכות הליכים שעלולה להביא



לעינוי דין עבור הנאשם. ניהול ההליך בערכאה הדיונית ובערכאת הערעור לסירוגין, כפי שקרה בנסיבות דנן, חותר תחת הכלל הבסיסי לפיו בהליך הפלילי לא קיימת זכות ערעור על החלטת ביניים, דוגמת החלטה בעתירה לגילוי ראיה חסויה לפי סעיף 45 לפקודת הראיות.

טוב יעשה אפוא בית המשפט המחוזי אם יוסיף לנהל את ההליך הפלילי עד תומו, תוך שיתיר לצדדים להציג את ראיותיהם ולנהל את חקירות העדים במגבלות החיסיון, וכן לטעון להערכת משקלן וקבילותן של הראיות שבאו בפניו; וככל שדעתו תהא שיש לזכות את המשיבים או מי מהם בתום ההליך בשל היעדר תשתית ראייתית מספקת להרשעה, כנדרש על פי דין במישור הפלילי, יתן לכך ביטוי בהכרעת דינו.

8. בסופו של דבר, אני מצטרף לעמדת השופט עמית כי יש לקבל את הערעור, לבטל את זיכויים של המשיבים מהאישום השני ולהשיב את התיק לבית המשפט המחוזי להמשך שמיעת ראיות.

ש ו פ ט

השופט ע' ברון:

אני שותפה ל"הערת האזהרה" שהציב חברי השופט י' עמית על הטקטיקה של הוצאת תעודת חיסיון "רחבה" על ידי התביעה, ולאחר מכן נסיגה ממנה בחלקה ככל שבית המשפט מורה על הסרת החיסיון; ומסכימה גם עם הזרקור שהאיר חברי השופט י' אלרון בחוות דעתו על המידתיות והאיפוק שיש לנהוג בנקיטת הליך של בקשה לעיון חוזר בהחלטה על גילוי ראיה חסויה.

הגשת בקשות לעיון חוזר ובתוך כך חשיפת המידע "בתשלומים" על ידי התביעה, כפי שאירע בענייננו, בניסיון להתגבר באופן זה על החלטת בית המשפט בדבר הסרת החיסיון מהמידע החוסה תחת תעודת החיסיון, אינה פרקטיקה ראויה. יש בה למעשה גם להאריך, במידה רבה באופן מלאכותי, את מרוץ הזמנים להגשת ערעור על הכרעת דין מזכה – שהיא פועל יוצא של החלטה בדבר הסרת חיסיון מצד אחד, ועמידת המדינה על הותרת החיסיון מצד שני. ואולם חרף הביקורת על התנהלות התביעה במקרה דנן, דעתי כדעת חבריי, שאין בכך כדי "לגבור" על חומרת המעשים והעבירות המיוחסים למשיבים עד כדי הותרתה של הכרעת הדין המזכה רק משום כך.

אני מצרפת אפוא את הסכמתי לפסק דינו של השופט עמית, שלפיו דין הערעור להתקבל. ומשמע, שתבטל החלטת בית המשפט המחוזי בדבר הסרת החיסיון מן הסיפא לתעודת החיסיון, בכל הנוגע לקשרים קודמים של עדי התביעה עם המשטרה; יבטל זיכויים של המשיבים מן האישום השני; והתיק הפלילי ימשיך להידון לגופו בבית המשפט המחוזי.

