

**ת"פ 28759/05 - מדינת ישראל נגד ערן מלכה, רונאל פישר, רות דוד, יair ביטון, שי (ישעהו) ברס, יוסף נחמיאס, אביב נחמיאס**

בית המשפט המחויזי בירושלים

ת"פ 28759-05-15

בפני כב' השופט משה סובל

המואשימה:

מדינת ישראל  
באמצעות המחלקה לחקירות שוטרים ובאמצעות  
פרקיליות מחוז תל-אביב (מיסוי וכלכלה)

נגד

הנאשמים:

1. ערן מלכה (הופרד)
2. רונאל פישר (עוצר בפיקוח)
3. רות דוד
4. יair ביטון
5. שי (ישעהו) ברס
6. יוסף נחמיאס
7. אביב נחמיאס

**החלטה**

בהחלטה מאתמול (שניתנה במסגרת הפרוטוקול המוקלט) קבעתי כי במסגרת חקירתה הראשית של עדת המדינה ע' אודות האישום הראשון (פרשת יair ביטון), לא תהיה המואשימה רשאית להציג בפני העדה שאלות שעניין בדברים ומסמכים שהוחלפו בין נאשם 2 לבין נאשם 4, אלא אם כן תינתן הצהרה על ידי המואשימה לפיה לא יעשה כל שימוש בתוכן עדות זו נגד נאשם 4 (air ביטון) בהליכים פליליים אחרים, לרבות בהליכי חקירה. הוסיף כי נימוקי ההחלטה ניתנו במסגרת הכרעת הדין.

החלטה זו ניתנה במסגרת התנגדות שהעלתה נאשם 4 להציג שאלות לעדת המדינה על חילופי דברים ומסמכים בין עורך דין - נאשם 2 - לביןו, שכן לטענתו נאשם 4 תשובה העדה לשאלות אלו יפרו את החיסין המוקנה לו בסעיף 48 לפיקודת הראות [נוסח חדש], תשל"א-1971 (להלן - הפקודה). סעיף זה מרחיב את תחולת חיסין התקשרות שבין עורך דין ללקוח גם לעורך דין אשר דברים ומסמכים שנמסרו לעורך דין הגיעו אליו אגב עבודתו בשירות עורך דין; והרי עדת המדינה שימהה בתקופה הרלוונטיות לכתב האישום בתפקיד מזכירה וועזרת אישית של נאשם 2 (ראו סעיף 5 לחלק הכללי של כתב האישום).

עמוד 1

כל הזכויות שמורות לאתר פסק דין - או © verdicts.co.il

ב叵ומות החלטה זו, נמסרה בפתח ישיבת ההוכחות שנקבעה להיום הצהרה מטעם המאשימה התואמת את הנדרש על פי ההחלטה. מאחר שב"כ נאשם 4 הודיע באותו מעמד על כוונתו להשיג לאלאר על ההחלטה במסגרת הליך ערורי בפני בית המשפט העליון (לפי הנטען, מכוח הלכת בש"פ 658/88 **חסן נ' מדינת ישראל**), ובהתאם לבקשת הסניגור, ראייתי לפروس כבר עתה את נימוקי ההחלטה בתמצית. למען הסדר הטוב אצ"נ, כי בהחלטתי מחייב (שניתנה אף היא במסגרת הפרוטוקול המוקלט) הוריתי על עיכוב ביצוע ארעי של החלטתי מתמול, כך שהיום לא המשיכה חקירתה הראשית של עדת המדינה. קבועתי כי החקירה הראשית תימשך בישיבת ההוכחות הבאה (הקבועה ליום 5.1.17) אלא אם כן יוגש ערעור לבית המשפט העליון עד ליום 1.1.17 ובירת המשפט העליון יורה על המשך עיכוב הביצוע.

במסגרת האישום הראשון מיחסת המאשימה מספר עבירות לנאים 1-4 (נאשם 1 הורשע בinityים). נאשם 4 מואשם בקבלת נכסים שהושגו בפשע (עבירה לפי סעיף 411 לחוק העונשין, תש"ז-1977) ובшибוש מהלכי משפט (עבירה לפי סעיף 244 לחוק). לטענת המאשימה, נוכח כוונתה להוכיח באמצעות עדת המדינה כי נאשם 4 ביצע עבירות אלו יחד עם נאשם 2, לא יהיה בתשיבות העדה לשאלות בחקירה הראשית כדי להפר את החיסין המוקנה ללקוח כלפי עורך דין ועובדו, שכן הלהקה היא כי חיסין זה אינו חל מקום בו במסגרת הקשר המתקיים בין עורך הדין ללקוח, לאחר שהליך כבר פנה אל עורך דין על מנת לקבל ממנו את השירות המקצועי, מתבצעת עבירה פלילית על ידי מי מהשניים (ע"פ 670/80 **אבותצירא נ' מדינת ישראל**, פ"ד לה(3) 681, 692-693 (1981) (להלן - עניין אבותצירא); עחה"ס 1/81 **מדינת ישראל נ' פלוני**, פ"ד לו(1) 614, 615 (1981); עלי"ע 17/86 **עו"ד פלונית נ' לשכת עורכי הדין**, פ"ד מא(4) 770, 777-779 (1987) (להלן - עניין עו"ד פלונית)).

מנגד, טוען נאשם 4 כי האמור בכתב האישום באשר לדברים שהוחלפו בין עורך דין (נאשם 2) אינו מגלה עבירה כלפיו. מאחר שהחיסין לפי סעיף 48 לפקוודה הוא חיסין השיך ללקוח במטרה להגן על זכויותיו, אין נפקות לשאלת האם עדותה של עדת המדינה תבטס או לא תבטס ביצוע עבירה על ידי נאשם 2. נאשם 4 הוא בעל החיסין והוא אינו מותר עליו, ובכך די כדי לאסור על העדה להפר את החיסין. בנוסף טוען נאשם 4 כי בהיות החיסין הנדון חיסין מוחלט ולא חיסין ייחסי, אין אף בית משפט סמכות להסירו. המרב אותו רשאי בית המשפט לקבוע שהוא שהחיסין אינו חל בנסיבות מסוימות. אלא שנסיבות זו מוקנית בשלב החקירה בבית משפט השלום, ולאחר הגשת כתב האישום יתכן שהסמכות מוקנית למוטב אחר שאינו דין בהליך העיקרי. מכל מקום, במקרה הנוכחי המוטב דין בהליך העיקרי עדין לא נחשף לכל הריאות ואין בידי לשלול את טענת נאשם 4 כי לא ביצע עבירה. משכך, החלטת בית המשפט המתירה את הצגת השאלות לעדת המדינה ומורה לעדה להסביר על שאלות אלה, אינה יכולה להיחשב אלא כהחלטה בדבר הסרת החיסין, וכאמור אין אף ערכאה שיפוטית סמכות ליתן החלטה זו.

כל שידיעתי מעתה, המקרה שלפניו תקדימי מבינת הסוגיה המתעוררת בו בקשר לחיסין שבין עורך דין ללקוח.

יחודיות המקרה נובעת מכך שעורך הדין והליך עומדים שניים לדין באותו כתב אישום, בין היתר בגין דברים ומסמכים שהוחלפו ביניהם, כאשר הליך מתנגד לעדותה של עדת מדינה שף היא כפופה להחישון (בהתוותה עובדת של עורך הדין). הכרה בתחילת החישון במצב דברים זהה, חותרת תחת תכילת החישון, ואין למצוא לה כל הצדקה ברצינול אותו ועוד החישון לשורת. כפי שנפסק, תכילת החישון לפי סעיף 48 לפוקודה היא לאפשר לפרט ליהנות בצורה מיטבית וחופשית משירותיו המקצועיים של עורך הדין, שירותים החינויים למערכת עשיית הצדקה ולהשגת התועלת החברתית הצומחת מקיומו של שירות משפטי מקצועי. החישון לא עוד לאפשר ביצוע עבירות במסגרת מפגשים או התקשרות בין עורך דין ללקוח (בג"ץ 1437/02 **האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' השר לביטחון פנים**, פ"ד נח(2) 754, 746), ומטרתו אינה "לאפשר לעורך דין לשמש 'עיר מקלט' לביצוע עבירות" (בש"פ 7064/08 **מדינת ישראל נ' ברקו**, פס' 32 להחלטת כב' השופט א' חיות (13.8.09))). התחום הפלילי-ערבייני "מצוי הרחק מזוה שהתקoon המחוקק להגן עליו בדרך של חישון בין הליך לבין עורך דין ועובדיו" (ענין אבוחצירה, שם). לפיכך החישון אינם חל על תחום זה.

פסק דין של בית המשפט העליון בהם נקבעה הלכה זו, לא הסירו את החישון אלא קבעו כי אינם חל משפטו אינו מתקיים. באותו אופן פעל בית המשפט העליון עת פסק כי החישון שבין עורך דין ללקוח אינו חל כאשר התנהגות הליך מלמדת כי יותר על החישון (ע"א 44/61 **רובינשטיין ושות' בע"מ נ' מפעלי טכסטיל נצרת בע"מ**, פ"ד טו 1599, 1602 (1961); ע"א 50/66 **קלבר נ' קרן**, פ"ד כ(2) 266, 268 (1966); רע"א 98/1863 **י. מזרחי קבלנות כללית בע"מ נ' סלנט** (20.4.98)); או כאשר עורך דין מגיש תביעה שכר טרחה נגד ללקוח, מתגונן מפני תביעה רשלנות מקצועיית או מנהל את הגנתו במסגרת הליכים ממשעתי הננקטים נגדו (רע"פ 751/15 **אברג'יל נגד מדינת ישראל**, פס' 17 לפסק דיןו של כב' השופט א' שהם(9.12.15)). פסק דין אלה לא שללו את אופיו האבסולוטי של החישון ואף לא פגעו בו, אלא קבעו את גבולות תחולתו תוך שהותירו את החישון מוחלט (כלומר שאינם ניתן להסרה מכוח שיקול הדעת של בית המשפט) בתחום גבולותיו.

כשם שבשורת התקדים נקבע כי לאור תכילת החישון שבסעיף 48 לפוקודה, אין תחוללה לחישון בכל אחת מהנסיבות הקונקרטיות שנדרנו; אך גם יש לקבוע כי החישון לא עוד לחול - ובפועל אינם חל - כאשר הליך עומד לדין יחד עם עורך דין באשמה של ביצוע עבירה פלילית תוך כדי ההתקשרות ביניהם. כל מסקנה אחרת תקינה לעורך דין וללקוח "עיר מקלט" מפני הליכים פליליים בגין ביצוע עבירות תחת המיטה של השירות המקצועי הניתן ללקוח, ומחסום בפני המשימה את אפשרות ההוכחה כי תוך כדי ההתקשרות בוצעה פעילות ערבינית. מאחר שהחישון לא עוד לחול על סיטואציה זו, הרי שאין לו תחוללה גם אם בסופו של דבר ולאחר שמיעת הריאות יתרברר כי לא בוצעה עבירה. אם לא נאמר כן, ייווצר מעגל שוטה, כמתואר לעיל, אותו החישון לא עוד ייצור.

לצד האמור, ובמיוחד לנוכח האפשרות שיתברר בדיון כי אי-ההכרה בתחולת החיסין הביאה לחשיפת פרטיהם הנוגעים לדברים ומסמכים שהוחלפו בין עורך דין לבין לocket להוציא עבירה פלילית (דבר שיקריה אם יזכה הocket בסיום המשפט), מחייבתו של בית המשפט למזער ככל הנימן את מידת הפגיעה בocket. תחולתו של עיקרון המידתיות במסגרת החלטה בשאלת היקף תחולת החיסין שבין עורך דין לocket, כבר הוכרה בפסקה (ענין עו"ד פלונית, בעמ' 780). בהקשר הנדון כת, חובת המידתיות מיושמת בקביעת מגנון המבטיח כי המידע הנמסר בעניינו של הocket ישמש את המאשימה רק בהליך הפלילי שבמסגרתו נמסר המידע, ולא בכל הליך פלילי או חקירותי אחר. מגנון זהה קבוע בסעיף 47(ב) לפוקודה ביחס ל"חיסין השימוש" המהווה תנאי לדחיית זכותו של עד לחיסין מפני הפללה עצמית, וראוי לאמצzo בדרך של היקש לסייעו היחודית שלפנינו. הצעה ברוח דומה הועלתה בספרות המשפטית (نينה זלצמן "חיסין התקשרות שבין עורך דין לocket: ראייה חיונית להגנת נאשם" **ספר שmagר חלק ב**, 501, 518-517, 525-523 (2003)) ובמשפט המשווה (שם, ה"ש 88 בעמ' 523).

אליה הם, בתרמיצית, נימוק ההחלטה.

**המצוירות תשליך העתק ההחלטה זו לב"כ הצדדים.**

ניתנה היום, כ"ז כסלו תשע"ז, 27 דצמבר 2016, בהעדר הצדדים.