



ת"פ 28759/05/15 - מדינת ישראל נגד ערן מלכה, רונאל פישר, רות דוד, יאיר ביטון, שי (ישעיהו) ברס, יוסף נחמיאס, אביב נחמיאס

בית המשפט המחוזי בירושלים

ת"פ 28759-05-15

בפני כב' השופט משה סובל

המאשימה:

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

נגד

הנאשמים:

1. ערן מלכה (הופרד)
2. רונאל פישר (עצור בפיקוח)
3. רות דוד
4. יאיר ביטון
- ע"י עוה"ד איתן פלג ואסף גולן
5. שי (ישעיהו) ברס
6. יוסף נחמיאס
7. אביב נחמיאס

החלטה

בהחלטתי מאתמול (שניתנה במסגרת הפרוטוקול המוקלט) קבעתי כי במסגרת חקירתה הראשית של עדת המדינה ע' אודות האישום הראשון (פרשת יאיר ביטון), לא תהיה המאשימה רשאית להציג בפני העדה שאלות שעניינן דברים ומסמכים שהוחלפו בין נאשם 2 לבין נאשם 4, אלא אם כן תינתן הצהרה על ידי המאשימה לפיה לא ייעשה כל שימוש בתוכן עדות זו נגד נאשם 4 (יאיר ביטון) בהליכים פליליים אחרים, לרבות בהליכי חקירה. הוספתי כי נימוקי ההחלטה יינתנו במסגרת הכרעת הדין.

החלטה זו ניתנה במסגרת התנגדות שהעלה נאשם 4 להצגת שאלות לעדת המדינה על חילופי דברים ומסמכים בין עורך דינו - נאשם 2 - לבין, שכן לטענת נאשם 4 תשובות העדה לשאלות אלו יפרו את החיסיון המוקנה לו בסעיף 48 לפקודת הראיות [נוסח חדש], תשל"א-1971 (להלן - הפקודה). סעיף זה מרחיב את תחולת חיסיון התקשורת שבין עורך דין ללקוח גם ל"עובד של עורך דין אשר דברים ומסמכים שנמסרו לעורך הדין הגיעו אליו אגב עבודתו בשירות עורך הדין"; והרי עדת המדינה שימשה בתקופה הרלוונטית לכתב האישום בתפקיד מזכירה ועוזרת אישית של נאשם 2 (ראו סעיף 5 לחלק הכללי של כתב האישום).



בעקבות 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 לאלתר על ההחלטה במסגרת הליך ערעורי בפני בית המשפט העליון (לפי הנטען, מכוח הלכת בש"פ 658/88 חסן נ' מדינת ישראל), ובהתאם לבקשת הסניגור, ראיתי לפרוס כבר עתה את נימוקי ההחלטה בתמצית. למען הסדר הטוב אציין, כי בהחלטתי מהיום (שניתנה אף היא במסגרת הפרוטוקול המוקלט) הוריתי על עיכוב ביצוע ארעי של החלטתי מאתמול, כך שהיום לא המשיכה חקירתה הראשית של עדת המדינה. קבעתי 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 ובית המשפט העליון יורה על המשך עיכוב הביצוע.

במסגרת האישום הראשון מייחסת המאשימה מספר עבירות לנאשמים 1-4 (נאשם 1 הורשע בינתיים). נאשם 4 מואשם בקבלת נכסים שהושגו בפשע (עבירה לפי סעיף 411 לחוק העונשין, תשל"ז-1977) ובשיבוש 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 בתשובות העדה לשאלות בחקירה הראשית כדי להפר את החיסיון המוקנה ללקוח כלפי עורך דינו ועובדו, שכן הלכה פסוקה היא כי חיסיון זה אינו חל מקום בו במסגרת הקשר המתקיים בין עורך הדין ללקוח, לאחר שהלקוח כבר פנה אל עורך הדין על מנת לקבל ממנו את השירות המקצועי, מתבצעת עבירה פלילית על ידי מי מהשניים (ע"פ 670/80 אבוחצירא נ' מדינת ישראל, פ"ד לה(3) 681, 692-693 (1981) (להלן - עניין אבוחצירא); עחה"ס 1/81 מדינת ישראל נ' פלוני, פ"ד לו(1) 614, 615 (1981); על"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 בינו לבין עורך דינו (נאשם 2) אינו מגלה עבירה כלפיו. מאחר שהחיסיון לפי סעיף 48 לפקודה הוא חיסיון השייך ללקוח במטרה להגן על זכויותיו, אין נפקות לשאלה האם עדותה של עדת המדינה תבסס או לא תבסס ביצוע עבירה על ידי נאשם 2. נאשם 4 הוא בעל החיסיון והוא אינו מוותר עליו, ובכך די כדי לאסור על העדה להפר את החיסיון. בנוסף טוען נאשם 4 כי בהיות החיסיון הנדון חיסיון מוחלט ולא חיסיון יחסי, אין לאף בית משפט סמכות להסירו. המרב אותו רשאי בית המשפט לקבוע הוא שהחיסיון אינו חל בנסיבות מסוימות. אלא שסמכות זו מוקנית בשלב החקירה לבית משפט השלום, ולאחר הגשת כתב האישום ייתכן שהסמכות מוקנית למותב אחר שאינו דן בהליך העיקרי. מכל מקום, במקרה הנוכחי המותב הדן בהליך העיקרי עדיין לא נחשף לכל הראיות ואין בידיו לשלול את טענת נאשם 4 כי לא ביצע עבירה. משכך, החלטת בית המשפט המתירה את הצגת השאלות לעדת המדינה והמורה לעדה להשיב על שאלות אלה, אינה יכולה להיחשב אלא כהחלטה בדבר הסרת החיסיון, וכאמור אין לאף ערכאה שיפוטית סמכות ליתן החלטה כזו.

ככל שידיעתי מגעת, המקרה שלפנינו תקדימי מבחינת הסוגיה המתעוררת בו בקשר לחיסיון שבין עורך דין ללקוח.



ייחודיות המקרה נובעת מכך שעורך הדין והלקוח עומדים שניהם לדין באותו כתב אישום, בין היתר בגין דברים ומסמכים שהוחלפו ביניהם, כאשר הלקוח מתנגד לעדותה של עדת מדינה שאף היא כפופה לחיסיון (בהיותה עובדת של עורך הדין). הכרה בתחולת החיסיון במצב דברים כזה, חותרת תחת תכלית החיסיון, ואין למצוא לה כל הצדקה ברצינול אותו נועד החיסיון לשרת. כפי שנפסק, תכלית החיסיון לפי סעיף 48 לפקודה היא לאפשר לפרט ליהנות בצורה מיטבית וחופשית משירותיו המקצועיים של עורך הדין, שירותים החיוניים למערכת עשיית הצדק ולהשגת התועלת החברתית הצומחת מקיומו של שירות משפטי מקצועי. החיסיון לא נועד לאפשר ביצוע עבירות במסגרת מפגשים או התקשרויות בין עורך דין ללקוחו (בג"ץ 1437/02 **האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' השר לביטחון פנים**, פ"ד נח(2) 754, 746 (2004)), ומטרתו אינה "לאפשר לעורך הדין לשמש 'עיר מקלט' לביצוע עבירות" (בש"פ 7064/08 **מדינת ישראל נ' ברקו**, פס' 32 להחלטת כב' השופטת א' חיות (13.8.09)). התחום הפלילי-עברייני "מצוי הרחק הרחק מזה שהתכוון המחוקק להגן עליו בדרך של חיסיון בין הלקוח לבין עורך הדין ועובדיו" (עניין אבוחצירא, שם). לפיכך החיסיון אינו חל על תחום זה.

פסקי הדין של בית המשפט העליון בהם נקבעה הלכה זו, לא הסירו את החיסיון אלא קבעו כי אינו חל משום שמטרתו אינה מתקיימת. באותו אופן פעל בית המשפט העליון עת פסק כי החיסיון שבין עורך דין ללקוח אינו חל כאשר התנהגות הלקוח מלמדת כי ויתר על החיסיון (ע"א 44/61 **א. 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) 268, 266 (1966); רע"א 1863/98 **י. מזרחי קבלנות כללית בע"מ נ' סלנט** (20.4.98)); או כאשר עורך הדין מגיש תביעת שכר טרחה נגד לקוחו, מתגונן מפני תביעת רשלנות מקצועית או מנהל את הגנתו במסגרת הליכים משמעתיים הננקטים נגדו (רע"פ 751/15 **אברג'יל נגד מדינת ישראל**, פס' 17 לפסק דינו של כב' השופט א' שהם (9.12.15)). פסקי דין אלה לא שללו את אופיו האבסולוטי של החיסיון ואף לא פגעו בו, אלא קבעו את גבולות תחולתו תוך שהותירו את החיסיון מוחלט (כלומר שאינו ניתן להסרה מכוח שיקול הדעת של בית המשפט) בתוך גבולותיו.

כשם שבשורת התקדימים הנזכרים נקבע כי לאור תכלית החיסיון שבסעיף 48 לפקודה, אין תחולה לחיסיון בכל אחת מהנסיבות הקונקרטיות שנדונו; כך גם יש לקבוע כי החיסיון לא נועד לחול - ובפועל אינו חל - כאשר הלקוח עומד לדין יחד עם עורך דינו באשמה של ביצוע עבירה פלילית תוך כדי ההתקשרות ביניהם. כל מסקנה אחרת תקנה לעורך הדין וללקוח "עיר מקלט" מפני הליכים פליליים בגין ביצוע עבירות תחת המעטה של השירות המקצועי הניתן ללקוח, ותחסום בפני המאשימה את אפשרות ההוכחה כי תוך כדי ההתקשרות בוצעה פעילות עבריינית. מאחר שהחיסיון לא נועד לחול על סיטואציה כזו, הרי שאין לו תחולה גם אם בסופו של דבר ולאחר שמיעת הראיות יתברר כי לא בוצעה עבירה. אם לא נאמר כן, ייווצר מעגל שוטה, כמתואר לעיל, אותו החיסיון לא נועד ליצור.



לצד האמור, ובמיוחד לנוכח האפשרות שיתברר בדיעבד כי אי-ההכרה בתחולת החיסיון הביאה לחשיפת פרטים הנוגעים לדברים ומסמכים שהוחלפו בין עורך דין לבין לקוח שלא ביצע עבירה פלילית (דבר שיקרה אם יזוכה הלקוח בסיום המשפט), מחובתו של בית המשפט למזער ככל הניתן את מידת הפגיעה בלקוח. תחולתו של עיקרון המידתיות במסגרת החלטה בשאלת היקף תחולת החיסיון שבין עורך דין ללקוח, כבר הוכרה בפסיקה (עניין עו"ד פלונית, בעמ' 780). בהקשר הנדון כעת, חובת המידתיות מיושמת בקביעת מנגנון המבטיח כי המידע הנמסר בעניינו של הלקוח ישמש את המאשימה רק בהליך הפלילי שבמסגרתו נמסר המידע, ולא בכל הליך פלילי או חקירתי אחר. מנגנון כזה קבוע בסעיף 47(ב) לפקודה ביחס ל"חיסיון השימוש" המהווה תנאי לדחיית זכותו של עד לחיסיון מפני הפללה עצמית, וראוי לאמצו בדרך של היקש לסיטואציה הייחודית שלפנינו. הצעה ברוח דומה הועלתה בספרות המשפטית (נינה זלצמן "חיסיון התקשורת שבין עורך דין ללקוח: ראייה חיונית להגנת נאשם" **ספר שמגר** חלק ב, 501, 517-518, 523-525 (2003)) ובמשפט המשווה (שם, ה"ש 88 בעמ' 523).

אלה הם, בתמצית, נימוקי החלטתי.

המזכירות תשלח העתק החלטה זו לב"כ הצדדים.

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