



**ע"פ 740/12 - המערערת ב-ע"פ 740/12 והמשיבה ב-ע"פ
772/12: מדינת ישראל נגד המשיב ב-ע"פ 740/12 והמערער ב-ע"פ
772/12: דוד ברסקי**

בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים פליליים

ע"פ 740/12

ע"פ 772/12

לפני:

כבוד השופט א' רובינשטיין

כבוד השופט ח' מלצר

כבוד השופטת ד' ברק-ארז

המערערת ב-ע"פ 740/12 והמשיבה ב-ע"פ 772/12: מדינת ישראל

נ ג ד

המשיב ב-ע"פ 740/12 והמערער ב-ע"פ 772/12: דוד ברסקי

ערעור וערעור שכנגד על פסק דינו של בית המשפט המחוזי תל אביב (כב' השופט
ע' מודריק (סג"נ)) מהתאריכים: 25.9.2011 ו-12.12.2011 ב-ת"פ
22887-02-10

עו"ד יעל שרף

בשם המערערת ב-ע"פ 740/12 והמשיבה ב-ע"פ
772/12:

עמוד 1



בשם המשיב ב-ע"פ 740/12 והמערער ב-ע"פ 772/12
עו"ד משה יוחאי; עו"ד מורן סדייב

פסק-דין

השופט ח' מלצר:

1. לפנינו ערעור וערעור נגדי על פסק-דין של בית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו (כב' השופט ע' מודריק) בת"פ 22887-02-10. בית המשפט המחוזי הרשיע את המשיב ב-ע"פ 740/12 והמערער ב-ע"פ 772/12 (להלן: המערער) בעבירה של חבלה בכוונה מחמירה, לפי סעיף 329(א)(1) לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: חוק העונשין)), במסגרת האישום הראשון בכתב האישום (להלן: האישום הראשון), ובעבירות של: תקיפת עובד ציבור, לפי סעיף 381(ב) לחוק העונשין, ו-איומים, לפי סעיף 192 לחוק העונשין, במסגרת האישום השני בכתב האישום (להלן: האישום השני). בית המשפט המחוזי הנכבד השית על המערער עונש של 60 חודשי מאסר בפועל ו-18 חודשי מאסר על תנאי, בגין האישום הראשון, וכן 12 חודשי מאסר בפועל ו-12 חודשי מאסר על תנאי, בגין האישום השני, שירוצו בחופף לעונש שהושת בגין האישום הראשון. בנוסף בית המשפט הפעיל מאסר מותנה בן 12 חודשים שנגזר על המערער בתיק אחר, אשר נקבע כי ירוצה במצטבר לעונשים שהושתו בגין כתב האישום הנ"ל. בית המשפט קבע לפיכך כי המערער יישא במצטבר 72 חודשי מאסר בפועל.

ערעורו של המערער נסוב הן על הכרעת הדין והן על חומרת העונש, בעוד שערעורה של המדינה נסוב על קולת העונש.

במרכזו של הערעור על הכרעת הדין עומדות שתי סוגיות: האחת, ייצוגו של המערער במהלך המשפט, והשנייה נוגעת לקבילותן ומהימנותן של הראיות שהוצגו כנגד המערער ביחס לאישום הראשון. תחילה אציג את הנתונים הרלבנטיים להכרעה, ולאחר מכן אדון בערעור על הכרעת הדין, ובערעורים על גזר הדין.

התשתית העובדתית

2. ביחס לאישום הראשון כתב האישום מתאר אירוע אלים ביותר. השתלשלות האירועים, לפי כתב האישום, היתה כדלקמן: בתאריך 22.12.2009, בשעות הערב, הגיע המערער, בלווית שותפים בלתי ידועים, לביתו של ל' (להלן: המתלונן). המערער ושותפיו אספו את המתלונן לתוך רכב והסיעוהו לשטח בפאתי היישוב "כפר-אז"ר" (להלן: זירת האירוע). בזירת האירוע המערער ושותפיו הפליאו מכות במתלונן, לרבות הטחת לבנת בניין בראשו של המתלונן ונעיצת אצבעות בעיניו. לאחר שסיימו להכות את המתלונן, כך על פי כתב האישום, השאירו המערער ושותפיו את המתלונן לגורלו בשלולית מים סמוכה. כתוצאה מהמכות שספג - נגרמו למתלונן חבלות רבות, אשר בעטיין נזקק לאשפוז בבית-חולים למשך 8 ימים שבמהלכם אף נותח.



3. ביחס לאישום השני כתב האישום מתאר אירוע אלימות נוסף, שהתרחש במתקן מעצר בבית משפט השלום בתל-אביב-יפו. לפי המתואר בכתב האישום, במהלך שהותו במתקן המעצר - המערער תקף סוהר, כתגובה להפעלת כוח שבה נקט הסוהר, כדין, כלפיו לשם אכיפת הסדר במתקן המעצר. עוד נאמר בכתב האישום כי המערער איים על הסוהר במילים: "אני אזיין אותך, אני אפגע בך, חתיכת זבל, אתה לא יודע עם מי יש לך עסק".

ההליך המשפטי - סוגית הייצוג

4. בהתחשב בכך שכפי שצינתי לעיל, אחד מיסודות הערעור שלפנינו נוגע לייצוג המשפטי של המערער, אפרט בהרחבה להלן את העובדות הרלבנטיות ביחס לסוגיה זו.

5. בישיבת ההקראה, מתאריך 2.3.2010, המערער ציין כי עורכת הדין הפרטית שמינה לייצוגו, עוה"ד שילה, שוחררה מייצוגו על-ידי השופטת ח' כוחן. לפיכך נקבע כי ימונה למערער עורך-דין מן הסנגוריה הציבורית. בישיבה שלאחר מכן, בתאריך 2.5.2010 ביקש עורך הדין א' חובב, בשם הסנגוריה הציבורית, שלא להתמנות בתיק המדובר, נוכח הצהרותיו של המערער כי איננו מעוניין בייצוג מטעם הסנגוריה הציבורית. בית המשפט קמא שחרר איפוא את הסנגוריה מייצוג, מהטעם שציין עורך הדין חובב, תוך שהוא קובע כי אם המערער לא ישכור שירותי סנגור עד למועד הישיבה הבאה - יתקיים, הדיון ללא סנגור. במאמר מוסגר יצוין כי באותה ישיבה ביקש המערער מכב' השופט ע' מודריק לפסול את עצמו - בקשה אותה דחה השופט ואשר ערעור עליה נדחה גם הוא על-ידי בית משפט זה.

6. בתאריך 8.6.2010 התקיימה ישיבת הוכחות, שבה המערער לא היה מיוצג. בתום ישיבה זו, ועל רקע טענותיו של המערער בדבר חומרי חקירה שלא הצליח לעיין בהם בשל קשיים טכניים, ציין בית המשפט כדלקמן:

"בנסיבות המתוארות נראה לי שנחוצה מחשבה שנייה בעניין ייצוג [המערער]... נראה לי לנכון, לפנות אל הסנגוריה הציבורית המחוזית... בבקשה שהסנגוריה הציבורית תחזור ותקבל על עצמה את הייצוג כך שבכל מקרה תהיה נוכחות של סנגור באולם בית המשפט. ניתן יהיה במעמד התביעה לברר עם בית המשפט את אופי השרות שייתן בית המשפט [צ"ל: הסניגור - ח"מ] כך שלא תהיה מצידו פעולה בניגוד לרצונו של [המערער] ומנגד לא יהיה מצב שעדויות ומסמכים יועברו מתיקי התובע לתיק בית המשפט בלי שעין כלשהי שמייצגת אינטרס של [המערער] ראתה אותם...".

7. בהודעה מטעם הסנגוריה הציבורית, שהתקבלה בבית המשפט בתאריך 22.6.2010, עמדה הסנגוריה הציבורית על עמדתה שאין מקום למנותה לייצג את המערער - וזאת נוכח חוסר האמון שלו בסנגורים מטעמה ונוכח פרטים נוספים שאותם הסנגוריה המחוזית ראתה עצמה מנועה מלפרט. עקב תגובה זו, בתאריכים: 7.7.2010 ו- 13.7.2010 התקיימו ישיבות הוכחות נוספות, שבהן המערער לא היה מיוצג. בתום הישיבה שהתקיימה בתאריך 13.7.2010, לאחר שהמערער הצהיר כי יהיה מוכן לשתף פעולה עם כל סנגור שהסנגוריה הציבורית תעמיד לו, פנה בית המשפט, פעם נוספת, לסנגוריה הציבורית על מנת שתעמיד סנגור לרשותו של המערער. שני סנגורים נוספים שמונו למערער - עורך הדין א' דוידוב ועורך הדין ג' גבאי - הופיעו, כל אחד מהם, לישיבה אחת, וביקשו גם הם להשתחרר מהייצוג, בלא שפירוטו את הסיבה.



8. בדיון להארכת מעצרו של המערער מעבר לתשעה חודשים, שהתקיים בפני בית משפט זה בתאריך 9.11.2010, שחררה חברתי השופטת מ' נאור את הסנגוריה הציבורית מהופעה במסגרת אותה בקשה, תוך שהיא מציינת כי השחרור איננו "בהליך עצמו" (בש"פ 8004/10).

בישיבה שנערכה בבית המשפט קמא הנכבד, בתאריך 16.11.2010 (שהתקיימה בהיעדר נציג המאשימה נוכח שביתת הפרקליטים), הופיעה עורכת הדין ש' ברגמן, מטעם הסנגוריה הציבורית, אשר טענה כי התנהלות המערער מול הסנגורים שמונו לו מוכיחה כי המערער איננו מעוניין בייצוג מהסנגוריה הציבורית – וזאת בניגוד לטענותיו בפני בית המשפט. בעקבות דברים אלו קבע בית המשפט הנכבד קמא כדלקמן:

"אין לי כל סיבה להניח שהדיווח שאני מקבל מן הסנגוריה הציבורית אינו דיווח אמין על מערכת היחסים שבין [המערער] לבין כל אחד משלושת הסנגורים הציבוריים שעד עכשיו הועמדו לו. עובדה פשוטה היא שעד כה לא מצליח שום סנגור מן הסנגוריה הציבורית "להיקלט" כסנגור בתיק... מכאן שפשוט אין ברירה בידי אלא לפטור את הסנגוריה הציבורית כליל מחובת הייצוג... אם לא יתברר בישיבת המשך שתהיה בעוד שעה קלה שיש איזה שהוא סיכוי לייצוג פרטי, לא יהיה מנוס אלא להמשיך ולקיים את ברור האישום [כשהמערער] איננו מיוצג למרות חומרתן היחסית של העבירות".

9. במהלך ישיבה שהתקיימה בתאריך 9.12.2010 שאל בית המשפט המחוזי הנכבד את המערער אם יסכים שעורך הדין ר' ליטן ייצגו, דרך ה"אכסניה" של הסנגוריה הציבורית. המערער השיב על כך בחיוב, ואולם בישיבה שנערכה בתאריך 28.12.2010, המערער וקרוב משפחה מטעמו טענו כי גם עורך הדין ליטן חזר בו מהסכמתו. בית המשפט המחוזי פנה פעם נוספת לסנגוריה הציבורית על מנת שתסייע במציאת עורך דין פרטי שיסכים לקחת על עצמו את הייצוג בתנאים של הסנגוריה הציבורית, וזו השיבה, בהודעה מתאריך 9.1.2011, כי עורכי הדין ליטן ואוחנה אינם מעוניינים לייצג את המערער וכי אין ביכולתה של הסנגוריה הציבורית לסייע במציאת ייצוג למערער, או לייצגו בעצמה.

10. בישיבה שהתקיימה בתאריך 31.1.2011 קבע בית המשפט הנכבד קמא כי נוכח כשלון המאמצים להסדיר סנגוריה למערער, המשפט יימשך כשהמערער מייצג את עצמו, עם זאת בית המשפט הדגיש כי כל החובות והמחויבויות של בית-משפט בנסיבות של העדר ייצוג למערער, מוכרות לו, והוא מצידו יעשה את שמוטל עליו בהקשר זה. עקב החלטה זו, בתאריך 31.1.2011 התקיימה ישיבת הוכחות נוספת שבה המערער ייצג את עצמו ואף חקר חלק מהעדים בחקירה נגדית.

11. בישיבה שהתקיימה בתאריך 21.2.2011 התייצב עורך הדין ד' ניר והביע נכונות לייצג את המערער. בית המשפט המחוזי קבע מועד לבירור סוגית הייצוג, אך המשיך בניהול שמיעת ההוכחות באותה ישיבה, בהעדר המערער, שהורד לחדר המעצר נוכח הפרעותיו.

12. בישיבה שהתקיימה בתאריך 2.3.2011 ביקש גם עורך הדין ניר להשתחרר מייצוג המערער בשל חילוקי דעות בנוגע לניהול התיק. בית המשפט המחוזי ציין כי הסכמתו לבקשת השחרור באה על רקע ההתרחשויות הקודמות בתיק בנוגע לסנגורים שהופיעו מטעם המערער, וכי ייתכן שבנסיבות אחרות לא היה מסכים לשחרר את עורך הדין. בהמשך אותה ישיבה ובחמש הישיבות שלאחר מכן ייצג המערער את עצמו.



13. בישיבה שהתקיימה בתאריך 30.6.2011 התייצב עורך הדין ד' ונטורה על מנת לעזור בייצוג המערער, ואולם המערער הבהיר לבית המשפט הנכבד קמא כי שירותיו של עורך הדין ונטורה נתבקשו לצורך הדיון בסוגית פסלותו של השופט ע' מודריק ולצורך ערעור על החלטת הפסלות וכי המערער איננו מבקש את שירותיו בהמשך הדיון בתיק העיקרי.

14. נוכח כל האמור לעיל, הכרעת הדין ניתנה לבסוף, תוך שהמערער לא היה מיוצג בהליך.

הכרעת הדין והסוגיה הראייתית

15. בית המשפט המחוזי הנכבד הרשיע את המערער בעבירות שיוחסו לו באישום הראשון, וזאת על בסיס מספר ראיות ישירות ונסיבותיות, שיתוארו מיד בסמוך:

(א) ראיות ישירות: אין חולק כי המתלונן הותקף באופן חמור בזירת האירוע (להלן: התקרית). השאלה, אשר דרשה את הכרעתו של בית המשפט המחוזי היתה מעורבותו של המערער בתקרית. בית המשפט הצביע על ארבע ראיות ישירות שהוצגו כנגד המערער, כדלהלן:

(1) דברי המתלונן בהאזנת הסתר: המשטרה ביצעה האזנת סתר למתלונן במהלך שהותו בבית החולים (לעיל ולהלן: האזנת הסתר). ההקלטה של האזנת הסתר היתה באיכות נמוכה. יחד עם זאת, ניתן היה לשמוע, כי בשיחה שביצע המתלונן עם אחד מחבריו, הוא ציין את שמו של המערער כמי שהיה מעורב באופן פעיל בתקרית: "דודו. לא. הוא קפץ עלי... תפס אלה... בראש... חזק...".

(2) דברי המתלונן בפני המפקח קרסקו: משיחה שניהל המתלונן עם מפקח המשטרה, משה קרסקו (להלן: המפקח) בתאריך 4.2.2010, ותועדה בכתב על ידי המפקח, ניתן ללמוד שהמערער נטל חלק בתקרית. במזכר שערך המפקח נכתב כך:

"בתאריך הנ"ל בסיום חקירתו של [המתלונן], ליוויתי את הנ"ל לכיוון היציאה מהתחנה. במהלך השיחה שלי עימו אמרתי לו שאני סקרן רק על דבר אחד וזה 'למה דודו עשה לך את זה?' [המתלונן] ענה לי: 'אחי על כלום. אני לא יודע'. חזרתי ושאלתי אותו שוב: 'מה, גנבת אותו? אמרת משהו על חברה שלו?' הנ"ל השיב: 'אחי על כלום. אם הייתי עושה משהו הייתי אוכל אותה כמו גבר, אבל לא עשיתי כלום'. שאלתי את [המתלונן] שוב: 'אז למה שיעשה לך את זה אם לא עשית לו כלום?' הנ"ל אמר לי: 'אם הייתי אומר לך לא היית מאמין'. ואז הוסיף: 'אבל אתם בטח כבר יודעים הכול'".

יצוין כי למרות ההתבטאויות הנ"ל, בעדותו בבית המשפט - המתלונן לא חזר על הדברים הנ"ל (הן על דבריו בהאזנת הסתר, והן על דבריו בשיחתו עם המפקח), ומסר גרסה אחרת, כפי שאפרט בהמשך.

(3) הודעת ספיר במשטרה: ספיר, חברה של המתלונן, אשר פגשה אותו בבית החולים, פירטה בהודעתה



במשטרה את השתלשלות התקרית. לפי הודעתה, המערער הגיע ברכב עם נוספים אל פתח הבית שבו היא התגוררה יחד עם המתלונן. המתלונן נדרש להצטרף אל המערער לנסיעה ברכבו, ולאחר מכן, לפי מה שסיפר לה המתלונן בבית החולים, התרחשה התקרית, בה נטל המערער חלק מרכזי.

ספיר, ניסתה תחילה להימנע ממתן עדות בבית המשפט, אולם לבסוף, ספיר העידה במשפט מטעם ההגנה. בעדותה, ספיר מסרה כי היא הונחתה לומר את הפרטים הכלולים בהודעתה במשטרה, והם אינם נכונים. עם זאת, בית המשפט לא מצא את עדותה זו של ספיר כמהימנה.

(4) הודעת רועי במשטרה: רועי, אף הוא חבר של המתלונן, אשר ביקרו בבית החולים, מסר במשטרה, כי המתלונן סיפר לו שהמערער לקח חלק בתקרית האלימה כנגד המתלונן. יחד עם זאת, בעדותו בבית המשפט, הכחיש רועי את אשר נאמר בהודעתו, אולם סירב למסור גרסה אחרת (הוא הוכרז כעד עוין).

(ב) ראיות נסיבתיות: כחיזוק לראיות הישירות שלעיל, בית המשפט המחוזי הצביע גם על מספר ראיות נסיבתיות:

(1) ממצאים מזירת האירוע: במרחק של כ-100 מטרים מבתי התושבים בכפר אז"ר, נמצאה לבנה שעליה כתמי דם של המתלונן. באותו המקום, נמצא גם מכשיר טלפון סלולארי, אשר שויך למערער על פי עדויות של גרושתו של המערער ושל מי שהשכירה לו דירה. מפירוט השיחות שבוצעו במכשיר עולה כי המערער קיים שיחות אחדות עובר לאירוע האלימות, אך בזמן האירוע ולאחריו לא בוצעו שיחות במכשיר.

(2) פניית המערער לבית החולים איכילוב: המערער התקבל לטיפול רפואי בבית החולים איכילוב סמוך לשעה שבה אושפז המתלונן. המערער נמלט מבית החולים, בניגוד למצוות הרופאים, וניסיונות של המשטרה לאתר לא צלחו, אלא כחודש וחצי לאחר האירוע.

(3) עדותו של המתלונן במשפט: המתלונן סרב להשיב לשאלות התובע, נהג באופן כללי בעיונות כלפי התביעה, סירב לחזור על דברים שהשמיע מחוץ לכותלי בית המשפט, ולא הסכים לנקוב בשם התוקף. יתרה מזו, בעדותו בבית המשפט המתלונן מסר תיאור התרחשות קצר שממנו עולה, שהמערער סייע למתלונן להיחלץ מזירת האירוע, שטף את פניו, ואמר לו להזמין אמבולנס. בית המשפט קמא הנכבד מצא גרסה זו כלא מהימנה, נוכח סתירות בינה לבין דברים אחרים שאמר המתלונן שתועדו הן בחקירות המשטרה, הן בהאזנת הסתר, והן על ידי עדי שמיעה. למעשה, בית המשפט קבע כי עדותו של המתלונן, על אף שנמצאה כלא מהימנה, מהווה ראיה נסיבתית לכך שהמערער אכן היה בזירת האירוע בעת התקרית.

(ג) כנתון רקע נוסף לראיות הנ"ל – בית המשפט ציין כי המערער סירב לאפשר למשטרה לבדוק את מצבו הגופני, וגם שמר בדבקות על זכות השתיקה בחקירתו.

16. בית המשפט המחוזי הרשיע את המערער גם על העבירות מושא האישום השני, וזאת בעיקר על סמך עדותו של



הסוהר שהותקף. המערער עצמו, לא העיד במשפט, ובהודעה שמסר במשטרה אמר כי על אף שהיה מגע פיזי בינו לבין הסוהר, המגע בוצע, לטענתו, כהגנה עצמית. בית המשפט מצא את עדות הסוהר מהימנה, זאת, בין היתר, נוכח סירובו של המערער להעיד.

17. בגין ההרשעות הנ"ל - בית המשפט המחוזי הנכבד השית על המערער את העונשים הנזכרים בפסקה 1 שלעיל.

מכאן הערעורים שבפנינו, על הכרעת הדין ועל חומרת העונש מטעם המערער מחד גיסא, ועל קולת העונש מטעם המדינה מאידך גיסא. פירוט יבוא להלן.

טענות הצדדים

18. כאמור, המערער מייסד את ערעורו ביחס להכרעת הדין על שני אדנים: סוגית הייצוג והסוגיה הראייתית. פירוט יבוא להלן.

סוגית הייצוג: המערער טוען כי נוכח חומרת העבירות בהן הואשם, היה על בית המשפט למנות לו סניגור מראשיתו של ההליך המשפטי שהתנהל כנגדו. משנמנע בית המשפט לעשות כן, נפגעה זכותו של המערער להליך הוגן. כך, למשל, נפגעה, בין היתר, זכותו לעיין בחומרי החקירה, וזאת בהעדר יכולת לצפות ולהאזין לדיסקים, אשר הועברו לעיונו על ידי התביעה במהלך שהותו במעצר - ובהקשר זה ניתן להניח, שאם היה מיוצג, היה בידי בא-כוחו לעיין בחומר הנ"ל.

הסוגיה הראייתית: המערער טוען כי בית המשפט לא הצליח לגבש תשתית ראייתית מספיקה על מנת להרשיעו, ביחס לעבירה מושא האישום הראשון, וזאת מחמת שני טעמים:

(א) הודעותיהם של ספיר ורועי אינן קבילות, שכן הן מהוות עדויות שמיעה (מפי המתלונן), אשר לא נאמרו בהזדמנות הראשונה שנקרתה למתלונן להלין על מעשה האלימות, ומשכך אין תחולה לחריג לכלל הפוסל עדות שמיעה, המצוי בסעיף 10 לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א-1971 (להלן: פקודת הראיות).

(ב) מתוך דברי המתלונן שהוקלטו בהאזנת הסתר, לא ניתן לייחס למערער את העבירות שיוחסו לו, וזאת הן מחמת אי הבהירות בדברי המתלונן (נוכח איכות ההקלטה), והן משום שהמתלונן ייחס את מעשה האלימות ל"דודו", בעוד במקום אחר בהקלטה, נשמע כי הוא מכנה את המערער "דודי".

לבסוף, המערער טען באופן לקוני למדי כי "באם לא ימצא בידי בימ"ש נכבד זה לזכות המערער או להשיב התיק לביהמ"ש קמא הנכבד לצורך שמיעתו בשני, יתבקש בימ"ש נכבד זה להקל בעונשו של המערער".

19. המדינה סומכת מנגד את ידיה, על פסק דינו של בית המשפט המחוזי. ביחס לאי קבילותן של הראיות, המדינה



טוענת, שההרשעה לא התבססה בעיקרה על הודעותיהם של ספיר ורועי, ודי בראיות הנוספות כדי להוכיח מעבר לספק סביר כי המערער אכן ביצע את העבירות המיוחסות לו.

המדינה אף מערערת על קולת העונש. לטענתה, שגה בית המשפט בכך שלא התחשב בחומרת מעשי המערער, הן ביחס לאישום הראשון והן ביחס לאישום השני. עוד שגה בית המשפט לטענתה, בכך שהורה על חפיפת העונש בגין שני האישומים.

דיון והכרעה

20. אקדים מסקנה להנמקה ואציין כבר כאן כי אני סבור שדין שני הערעורים להידחות, וכך גם אציע לחברי שניעשה. את נימוקי לתוצאה זו אביא מיד בסמוך – תחילה ביחס להכרעת הדין ולאחר מכן ביחס לגזר הדין. זה המקום להוסיף ולציין כי נוכח העובדה שהמערער לא היה מיוצג בערכאה הדיונית ראיתי לנכון גם לעיין בפרוטרוט בפרוטוקול בית המשפט המחוזי הנכבד ובראיות שהוגשו שם (השוו: ע"פ 3314/06 אייזנקוט נ' מדינת ישראל (11.1.2010) (להלן: ענין אייזנקוט)).

דחיית ערעורו של המערער ביחס להכרעת הדין

סוגית הייצוג

21. סעיף 15 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], תשמ"ב-1982 (להלן: החסד"פ) קובע כך:

"15. (א) נאשם שאין לו סניגור, או חשוד בעבירה אשר לשם בירורה הוחלט לגבות עדות לאלתר לפי סעיף 117 ואין לו סניגור, ימנה לו בית המשפט סניגור אם נתקיים בו אחד מאלה:

(1) הוא הואשם ברצח או בעבירה שדינה מיתה או מאסר עולם או שהואשם בבית משפט מחוזי בעבירה שדינה מאסר עשר שנים או יותר, או שהוא חשוד בביצוע עבירה כאמור."

(ההדגשות שלי - ח"מ)

סעיף זה מעגן בחוק, את זכותו של הנאשם לייצוג בהליך הפלילי. זכות זו מאפשרת לנאשם או לחשוד לנהל באופן ראוי ויעיל את הגנתו, ולממש את זכויותיו להליך הוגן על פי דין (ראו: ע"פ 307/72 עמיאל נ' מדינת ישראל פ"ד כח(1) 622 (1974)); ע"פ 7335/05 הסניגוריה הציבורית, מחוז נצרת צפון נ' מדינת ישראל, פ"ד ס(2) 346, 354, 361-362 (2006) (להלן: ענין הסניגוריה הציבורית); ועיינו: איתן מגן "הזכות לייצוג בפלילים" הפרקליט מד 243 (תש"ס)).

22. יחד עם זאת, החוק מכיר במקרים בהם, בית המשפט יהיה פטור מלמנות סניגור לנאשם. בענין זה קובע סעיף 17 לחסד"פ כדלקמן:

"17. סניגור שהנאשם העמיד לעצמו לא יפסיק לייצגו כל עוד נמשך המשפט או הערעור שלשמן הועמד, אלא ברשות בית



המשפט; סניגור שמינהו בית המשפט לא יפסיק לייצג את הנאשם אלא ברשות בית המשפט.

(ב) הרשה בית המשפט לסניגור להפסיק לייצג את הנאשם מחמת שלא שיתף פעולה עם סניגורו, רשאי בית המשפט, על אף האמור בסעיף 15, לא למנות לנאשם סניגור אחר אם ראה שאין בכך להועיל".

הנה כי כן, במקרים בהם לאחר שבית המשפט מינה לנאשם סניגור, אך מסתבר כי אין שיתוף פעולה בין השניים, רשאי בית המשפט להתיר לסניגור להפסיק לייצג את הנאשם. במקרים אלו, אם מצא בית המשפט כי אין עוד טעם במינוי סניגור לנאשם, הוא רשאי גם שלא למנות לנאשם סניגור אחר. בהקשר זה כתבה חברתי, השופטת א' חיות כך:

"האפשרות שניתנה לבית-המשפט לחרוג מן הכלל בדבר חובת מינוי סניגור מבטאת הכרה בכך שקיימות נסיבות שבהן מינוי כזה לא יועיל, ולפיכך אין טעם להורות עליו. כמו כן מבטא הסעיף הכרה באוטונומיה של נאשם להחליט בעצמו על דרך ניהול הגנתו" (ע"פ 5889/01 נחום נ' מדינת ישראל, פ"ד נט(5) 817, 825 (2005)).

בהקשר זה יודגש – רק במידה ובית המשפט משוכנע כי אין במינוי סניגור אחר לנאשם כדי להועיל, ישתמש בית המשפט בסמכותו לפי סעיף 17 לחסד"פ שלא למנות סניגור. זאת ועוד – אחרת; גם במקרים חריגים שכאלה – מוטלות על בית המשפט חובות מוגברות לשמירה על זכויות הנאשם (ראו: ע"פ 406/78 בשירי נ' מדינת ישראל, פ"ד לד(3) 393, 467 (1980); עניין הסנגוריה הציבורית, בעמ' 356).

עוד יש לציין, שפעמים, במקרים בהם בית המשפט לא ממלא את חובתו למינוי סניגור על פי החסד"פ, ככל שיש חובה כזו ולא מתקיים החריג – עשוי הדבר להוביל לביטול פסק הדין, ולהחזרת הדיון לבית משפט קמא על מנת שישמע מחדש את פרשת ההגנה וסיכומי הצדדים (ראו למשל: ע"פ 2535/98 מנדורי נ' מדינת ישראל (14.5.2002) (להלן: עניין מנדורי)).

23. לאחר שביארתי את הדין החל ביחס למינוי סניגור, אשוב כעת לבחון את העניין שבפנינו ואדגיש:

(א) המערער הואשם, בין היתר, בעבירה של חבלה בכוונה מחמירה לפי סעיף 329(א)(1) לחוק העונשין, שעונשה המירבי הוא 20 שנים. במקרה כזה, בית המשפט מחויב למנות לו סניגור, על פי סעיף 15 לחסד"פ.

האם בית המשפט המחוזי הנכבד מילא כאן את חובתו לפי החסד"פ? כפי שפירטתי לעיל בהרחבה, נראה כי כב' השופט ע' מודריק עשה כל שלא ידו כדי לדאוג לייצוג ראוי למערער. בתוך כך, ניסה השופט למנות למערער סניגורים רבים, אך אלה, בזה אחר זה, ביקשו כולם להשתחרר מייצוג, אם משום חוסר שיתוף פעולה מצד המערער, ואם מסיבות עלומות, שניתן רק לשער את טיבן. לאור זאת, ציין כב' השופט מודריק, אשר עמד על הזכות לייצוג, וחשיבותה במסגרת ההליך הפלילי, כדלקמן:

"כל החובות והמחויבויות של בימ"ש בנסיבות של העדר ייצוג לנאשם מוכרות לי ובוודאי שאעשה את שמוטל עלי לעשות".



(החלטה מתאריך 31.1.2011)

(ב) בנסיבות הנ"ל – אין מקום לקבל את טענתו של המערער ביחס להעדר הייצוג. לא ייתכן מצב בו מעשיו החוזרים והנשנים של המערער, שסיכלו כל ניסיון של בית המשפט להעמיד לו ייצוג הולם, יובילו לביטול פסק הדין שניתן בעניינו (והשוו עניין מנדורי, בו ביטל בית המשפט את פסק הדין של בית משפט קמא נוכח העדר ייצוג, תוך שציין כי: "ניסיון החיים מלמד, כי המערער היה מתרצה, לו היה מתמנה סניגור לייצוגו"; למותר לציין, כי טענה זו איננה רלבנטית בענייננו).

24. בשולי הדברים מוצא אני עם זאת להעיר כי התוצאה, לפיה בתיק כמו זה המערער נותר להתמודד בהליך הפלילי ללא כל ייצוג, איננה תוצאה אידיאלית. הנה כי כן, זו הזדמנות נוספת לשוב ולהזכיר, בהתבסס על דברי חברי, השופט א' רובינשטיין, כי ראוי לשקול ייסוד מוסד של "עורך דין כונן", הקיים בארצות הברית (ראו לעניין זה את הדעות השונות, אשר הובעו בנושא זה בעניין הסנגוריה הציבורית, וכן דברי בענין אייזנקוט, המפנים הערות בהקשר זה – לשיקול דעת המחוקק).

בחינת הסוגיה הראייתית

25. אקדים ואומר, כי דעתי היא, שהצדק עם המערער בשאלת קבילותן של ההודעות שמסרו ספיר ורועי במשטרה. עם זאת, כפי שציננה בפנינו ב"כ המשיבה בדיון, די בראיות האחרות שנאספו כדי להכריע, מעבר לספק סביר, כי המערער ביצע את העבירות המיוחסות לו גם באישום הראשון. ארחיב ואבהיר הדברים מיד.

סעיף 10 לפקודת הראיות

26.

אמרה של קרבן אלימות

סעיף 10 לפקודת הראיות קובע כהאי ליסנא:

"10. עדות על אמרה שאמר אדם שנעשה בו, לפי הטענה, מעשה אלימות, והאמרה נוגעת לאותו מעשה או לנסיבות-לואי שלו, תהא קבילה... ובלבד שנתקיימה באותה אמרה אחת מאלה:

(1) היא נאמרה בשעת מעשה האלימות, או בסמוך לאחריו, או לאחר שהיתה לו ההזדמנות הראשונה להתאונן עליו".

עיקרה של המחלוקת המשפטית שנתגלעה בין הצדדים בעניין הודעותיהם של ספיר ורועי, מתייחס למילים "...בסמוך לאחריו, או לאחר שהיתה לו ההזדמנות הראשונה להתאונן עליו" שבסעיף 10(1) סיפא הנ"ל. השאלה שמעלה

עמוד 10



הערעור שבפנינו הינה האם האמרות שמסר המתלונן לספיר ולרועי אכן ניתנו בסמוך לאחר מעשה האלימות, או לחלופין, בהזדמנות הראשונה.

27. מתוך הפסיקה עולה כי סמיכות הזמנים תיבחן לפי נסיבות המקרה הפרטני (ראו: ע"פ 8641/12 סעד נ' מדינת ישראל, בפסקה 9 לפסק דינו של השופט נ' סולברג (5.8.2013); ע"פ 1645/08 פלוני נ' מדינת ישראל, בפסקה 20 (3.9.2009); ע"פ 7293/97 ז'אפר נ' מדינת ישראל, פ"ד נב(5) 469, 460 (1998) (להלן: ענין ז'אפר)). עוד נקבע כי, פעמים, סמיכות הזמנים הנדרשת על מנת להיכנס לגדרי הסעיף לא תסתכם בסמיכות של דקות ספורות. כך, ב-ע"פ 3737/91 חיר נ' מדינת ישראל, פ"מ מו(3) 273, 276 (1992) נקבע כי:

"כאמור בפסקה (1) לסעיף 10, המדובר בדברים הנאמרים בשעת מעשה האלימות או בסמוך לאחריו, או לאחר שהייתה לקורבן האלימות ההזדמנות הראשונה להתאונן עליו. התיבה "בסמוך לאחריו" מתפרשת על-פי הנסיבות. היא איננה מתייחסת רק למניין של דקות, אלא יכולה לחפוף גם משך זמן ארוך יותר.

כך קיבל בית משפט זה מכוח הוראותיו של סעיף 10(1) הנ"ל גם הוכחה בדבר אמרה שהושמעה מספר שעות אחרי האירוע".

(והשוו גם: ע"פ 8704/09 באשה נ' מדינת ישראל פסקאות 5-2 לפסק דינו של השופט י' עמית (11.11.2012))

יחד עם זאת, דרישת "סמיכות הזמנים" לא התאינה, ושני המבחנים ("סמיכות הזמנים" ו"ההזדמנות הראשונה") עודם מתבררים לאור הטעם העומד ביסוד החרג המצוי בסעיף 10 לפקודת הראיות, וכפי שכתב השופט י' קדמי ב-ע"פ 5730/96 גרציאני נ' מדינת ישראל (18.5.1998), בפסקה 4:

"הטעם לקבילות של האמרות שסעיף 10 הנ"ל מדבר בהן, נעוץ בהנחה, שכאשר קרבן של אלימות אומר דברים הנוגעים למעשה האלימות לו היה לקרבן, אין דעתו נתונה לאמירת שקר; וניתן על כן לקבל את דבריו כמשקפים את האמת.

הטעם לקבילות האמרות בנסיבות הקבועות בסעיף האמור נעוץ, איפוא, בקיומה של "זיקה מקשרת" בין מעשה האלימות לבין האימרה שאומר קרבנה של האלימות; כאשר זיקה זו מסלקת את החשש, שמא האימרה כוזבת. זיקה כזו יכולה, על פי טיבה, להתקיים, רק במקום שבו יש "סמיכות זמנים" בין האלימות לבין האימרה; באופן שהאימרה נאמרת תחת "השפעתה" של האלימות".

(וראו גם: ענין ז'אפר, בעמ' 469; ע"פ 3695/99 אבו-כף נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(5) 597, 618-619 (2000))

28. ומן הכלל אל הפרט – במקרה שבפנינו, לא דובר בסמיכות זמנים של דקות או שעות, בין אירוע האלימות לדברי המתלונן, אלא של ימים; על כן לא ניתן לומר שהדברים נאמרו בהזדמנות הראשונה שהיתה למתלונן להלין על מעשה האלימות.

למעשה, דבריו של המתלונן נאמרו לספיר ולרועי כשלושה ימים לאחר התקרית. במהלך הימים הללו ניהל



המתלונן שיחות רבות עם משפחתו, חבריו ואנשי משטרה (כפי שעולה מדו"ח האזנת הסתר). בנסיבות אלו, קשה לקבל את הטענה כי דבריו של המתלונן לספיר ולרועי נאמרו "תחת השפעה של האלימות" והם נכללים במסגרת החרג המצוי בסעיף 10 לפקודת הראיות.

עוד אוסיף, כי במקרה דנן, גם אם היו דבריו של המתלונן באוזני ספיר ורועי נכללים בגדר החרג המצוי בסעיף 10 לפקודת הראיות, עדיין לא ברור שניתן היה לקבל את הודעותיהם. רועי וספיר הכחישו במשפט את הדברים שמסרו למשטרה, ומשכך, על מנת להכשיר את ההודעות שמסרו נדרש לצרף לחרג שבסעיף 10 לפקודת הראיות גם את סעיף 10א לפקודת הראיות (בדבר אמרת עד מחוץ לבית משפט). צירוף שני חריגים על מנת להכשיר עדות שמיעה – איננו דבר מובן מאליו (והשוו: ע"פ 400/81 מחג'נה נ' מדינת ישראל פ"ד לח(4) 767 (1981), ומנגד: ע"פ 895/09 פינטו נ' מדינת ישראל (22.3.2010)). יחד עם זאת, משקבעתי כי הראיות (הודעותיהם של ספיר ורועי) אינן צולחות את מבחני סעיף 10 לפקודת הראיות, שוב אין צורך איפוא להידרש לאפשרות לצרף את שני החריגים הנ"ל, על מנת להכשירן.

משקלן של הראיות הנוספות

29. חרף האמור לעיל, דעתי היא כי מתוך מכלול הראיות שהוצגו בפני בית המשפט המחוזי, ניתן היה להרשיע את המערער בעבירות המיוחסות לו, וזאת גם מבלי להתחשב בהודעותיהם של ספיר ורועי. ההנמקה לכך תובא להלן.

30. כאמור, ההרשעה התבססה על שתי ראיות ישירות נוספות:

ראשית, דברי המתלונן בהאזנת הסתר, בה נשמע המתלונן אומר, בין היתר: "דודו. לא. הוא קפץ עלי... תפס אלה... בראש... חזק..." (ראיה זו הוגשה ללא התנגדות, בדיון מתאריך 7.7.2011 (ת/22)).

שנית, תגובת המתלונן לשאלת המפקח "למה דודו עשה לך את זה?", בגדרה אמר: "אחי על כלום. אני לא יודע" (ראיה זו הוגשה ללא התנגדות, בדיון מתאריך 7.7.2011 (ת/29)).

יצוין כי הראיות הנ"ל קיבלו חיזוק, כנדרש בסעיף 10א(ד) לפקודת הראיות, באמצעות ראיות נסיבתיות למכביר.

31. המערער טען כי הראיות הנ"ל אינן ברורות, ולא ניתן להסיק מהן כי הוא אכן זה שגרם לתקרית האלימה, מה גם שהמערער מכונה שם: "דודו", ולא "דודי" (שזה כינויו של המערער על פי טיעונו).

דעתי היא, כי למרות טענתו זו של המערער, ניתן לפרש את הראיות הישירות שנותרו, בהצטרף כלל הראיות הנסיבתיות, כמצביעות על המערער כאשם בעבירות המיוחסות לו באישום הראשון. כפי שהזכרתי לעיל, בפני בית המשפט המחוזי הוצגו ראיות נסיבתיות למכביר המקשרות את המערער לזירת האירוע, אשר פורטו בפסק הדין: מכשיר הסלולרי של המערער שנמצא בזירה; פנייתו של המערער לבית החולים באותה העת בה אושפז המתלונן; העובדה שהמערער עזב את בית החולים בניגוד למצוות רופאיו, ולא ניתן היה לאתרו למשך זמן רב; מעבר לכך – מתוך עדות המתלונן עולה שהיה קשר



בין המערער לזירת האירוע. בהקשר לראיות נסיבתיות אלו – יש לחזור ולהזכיר כי המערער סירב לשתף פעולה עם החוקרים ולהסביר את הדברים.

נוכח מכלול הראיות הנסיבתיות, עולה איפוא מעבר לספק סביר, כי הפרשנות הנכונה להודעות של המתלונן, הן בהאזנת הסתר והן בדבריו למפקח, היא שהמערער אכן הוא שביצע את העבירות המיוחסות לו באישום הראשון (כאן, יש לציין עוד, כי לאחר שהאזנתי להקלטות האזנת הסתר הבחנתי שאכן איכותן של ההקלטות גרועה וכי עולה לכאורה שדובר שם אמנם ב"דודו", ואולם הדבר איננו חד משמעי. יחד עם זאת, נוכח העובדה ששמו של המערער: "דוד" – דומה שאין לשוני בין: "דודו" לבין "דודי", אם היה כזה, חשיבות מכרעת).

32. העולה מן המקובץ מלמד – על אף שאני מקבל את טענת המערער ביחס לאי-קבילותן של ההודעות שמסרו ספיר ורועי – כי צדק בית המשפט המחוזי בהרשיעו את המבקש גם לגבי העבירה שיוחסה לו באישום הראשון.

עתה לאחר שהכרעתי כי המערער אכן הורשע כדין בעבירות שיוחסו לו, אפנה לדון בערעור על גזר הדין.

בחינת הערעורים על גזר הדין (מטעם המערער ומטעם המדינה)

33. אקדים ואזכיר, כי כלל ידוע הוא שערכאת הערעור לא תתערב בגזר דינה של הערכאה הדיונית, אלא אם כן מדובר בסטייה מהותית ממדיניות הענישה הראויה, או כאשר מתקיימות נסיבות מיוחדות המצדיקות את הדבר (ראו: ע"פ 1242/97 גרינברג נ' מדינת ישראל (3.2.1998); ע"פ 9097/05 מדינת ישראל נ' ורשילובסקי (3.7.2006); ע"פ 3091/08 טרייגר נ' מדינת ישראל (29.1.2009); ע"פ 6877/09 פלוני נ' מדינת ישראל (25.6.2012)).

34. בענייננו הנני סבור כי לא התקיימו אותן נסיבות, אשר מצדיקות את התערבותנו בעונש שהשית בית המשפט המחוזי הנכבד, כפי שאבאר מיד.

אמנם, הצדק עם המדינה, כי לחובת המערער עומדים שיקולים רבים, כבדי משקל, אשר בכוחם להביא להחמרה בענישה: למערער עבר פלילי מכביד, הכולל עבירות אלימות רבות, שבגין גם ריצה מאסר בפועל מספר פעמים. בנוסף, המערער לא לקח אחריות על מעשיו בגין העבירות מושא הערעורים, וגם בתסקיר שירות המבחן צוין, כי ההליך הפלילי לא השפיע על המערער כלל, ולא הביא אותו לבחון אפשרות של שינוי בהתנהגותו. עוד יש להזכיר בהקשר זה, כי ביחס לעונש שהושת על המערער בגין העבירה, מושא האישום השני (בן 12 חודשי המאסר), נקבע כי המערער ירצה אותו בחופף לעונש שנגזר עליו בגין האישום הראשון, כלומר, ההרשעה באישום השני לא החמירה למעשה את עונשו של המערער.

יחד עם זאת, שיקולים אלו המצדיקים לכאורה החמרה – לא נעלמו מעיני בית המשפט המחוזי הנכבד, והדבר מתבטא אף בעונשו הכולל של המערער, שאכן איננו קל. על המערער הושתו 5 שנות מאסר בפועל בגין עבירה של חבלה בכוונה מחמירה – ועונש זה אכן מצוי ברף הגבוה של הענישה על עבירות מסוג זה (השוו: ע"פ 9184/06 מדינת ישראל נ' כהן (19.9.2007); ע"פ 3914/08 מדינת ישראל נ' עאסלה (23.10.2008); ע"פ 6347/12 מדינת ישראל נ' מרה



(13.5.2013)). יתר על כן, בנוסף לעונש המאסר בן 60 החודשים, הופעל לגבי המערער עונש מאסר על-תנאי בן 12 חודשים שרביץ עליו ונקבע שזה ירוצה במצטבר לעונש בן 5 השנים שהושת עליו, כך שבסך הכל על המערער לרצות 6 שנות מאסר.

בהתחשב בכל הנ"ל, ובכך שאין זו דרכה של ערכאת הערעור למצות את הדין עם המערער, לא מצאתי כי ישנה במקרה שלפנינו סטייה משמעותית ממדיניות הענישה לקולא המצדיקה התערבות, ועל כן אני בדעה כי דינו של ערעור המדינה להידחות.

מאידך גיסא, לאור חומרת העבירות בהן הורשע המערער, דעתי היא כי עונש של 5 שנות מאסר, בגין העבירות מושא הערעור, על אף שקשה הוא – הינו הולם את חומרת מעשי המערער, בהתחשב בנסיבות העבירות ובנסיבותיו האישיות, ולמצער, אין בו כדי סטייה משמעותית לחומרא ממדיניות הענישה. יתר על כן, העבירות בוצעו כאשר על המערער היה תלוי ועומד מאסר על-תנאי. זאת ועוד – העובדה שהעונש בגין העבירה השניה, שבה הורשע המערער, הוחפף לעונש הראשון "ממתנת" את רף הענישה הגבוה יחסית שננקט כלפיו בגזירת עונשו בגין העבירה, מושא האישום הראשון. עוד יצוין, כי המערער אף לא הציג בפנינו בפרוטרוט סיבה ראויה, אשר מצדיקה הקלה בעונשו מעבר לאמירה הכללית כי: "באם לא ימצא בידי בימ"ש נכבד זה לזכות המערער... יתבקש בימ"ש נכבד זה להקל בעונשו של המערער". לפיכך גם דין ערעורו של המערער בעניין גזר הדין להידחות.

סוף דבר

35. נוכח כל האמור לעיל, דעתי היא כי דין שני הערעורים, הן ערעור המערער והן ערעור המדינה להידחות, וכך אציע לחברי שניעשה.

ש ו פ ט

השופט ד' ברק-ארז:

אני מסכימה לפסק דינו של חברי השופט ח' מלצר.

אכן, נקודת המוצא בכל הנוגע לייצוגו של נאשם במשפט היא החובה להקפיד על זכות הייצוג, אולם טענות המבוססות על זכות זו לא יכולות לשמש מגן למי שבאופן חוזר ונשנה מסרב לשתף פעולה עם סניגוריו, ואף מסכל את ייצוגו על-ידם (ראו גם החלטתי בבש"פ 7365/13 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקאות 11-9 (11.11.2013)). בנסיבות העניין, המערער סירב באופן עקבי לשתף פעולה עם הסיוע המשפטי שהועמד לרשותו. במקביל לכך, בית המשפט המחוזי היה מודע לאחריות המוטלת עליו בניהול ההליך בתנאים אלה ופעל באופן אקטיבי על מנת להעמיד את המערער על זכויותיו.

על רקע זה, חזר חברי והזכיר הצעות שהועלו לשקול את החלופה של מינוי "עורך דין כונן" שילווח את משפטו של עמוד 14



נאשם, מבלי לייצגו. כאמור, חברי השופט א' רובינשטיין נדרש לאפשרות זו לראשונה בדעת יחיד בפסק דינו בע"פ 7335/05 הסנגוריה הציבורית – מחוז נצרת נ' מדינת ישראל (15.9.2005), ואף חברי השופט מלצר חזר והתייחס לדברים בע"פ 3314/06 אייזנקוט נ' מדינת ישראל (11.1.2010). זאת, בהשראת המוסד של standby counsel במשפט האמריקאי, שאולי אף עדיף לכנותו "פרקליט מלווה", ביטוי המעיד על תוכנו של מוסד זה באופן מדויק יותר – עורך דין המלווה את המשפט, מבלי לייצג את הנאשם. על רקע דברים אלה, אני מוצאת לנכון להעיר כי הגם שהרעיון של מינוי עורך דין מלווה הוא מעניין, הוא מעורר שאלות לא פשוטות הנוגעות הן לאוטונומיה של הנאשם (ולגבולות הפטרנליזם ביחס אליה) והן לפן הדיוני של ניהול המשפט (בכל הנוגע ללוחות זמנים, זכות עיון במסמכים, נוכחות בדיונים ועוד).

במשפט האמריקאי ההכרה במוסד של "פרקליט מלווה" הוא יציר הקונפליקט בין ההכרה בזכותו החוקתית של הנאשם לייצוג לפי התיקון השישי לחוקה האמריקאית לבין זכותו לבחור בייצוג עצמי (*pro se*) המבטא את חירותו האישית והאוטונומיה שלו. בפסק הדין בעניין (1975) 422 US 806 (*Faretta v. California*) שבו הוכרה הזכות החוקתית לייצוג עצמי, הוסיף בית המשפט העליון האמריקאי כי במקרה שבו הנאשם מממש את הזכות הזו עדיין קיימת אפשרות למינוי של פרקליט מלווה – בין משום שהנאשם מעוניין בעזרה ובין משום שבית המשפט סבור שכך ראוי לעשות (שם, בעמ' 835). עם זאת, הניסיון המצטבר מיישומו של מוסד זה לימד כי הוא מעורר גם שאלות ומחלוקות – בעיקר בכל הנוגע לאיזון בינו לבין שליטתו של הנאשם בהליך. כך למשל, בעניין (1984) 465 U.S. 168 (*McKaskle v. Wiggins*) טען הנאשם כי מעורבות היתר של הפרקליט המלווה פגעה בזכותו לייצוג עצמי. בנוסף, התברר כי עם מינוי של פרקליט מלווה נוצרת לעתים "חלוקת עבודה" בייצוג בינו לבין הנאשם בכל (מצב שכונה לעתים גם "ייצוג היברידי"), וזו עשויה לעורר קשיים בניהול ההליך. ראו: Marie Higgins Williams *The Pro Se Criminal Defendant, Standby Counsel, And The Judge: A Proposal For Better-Defined Roles* 71 U. Col. L. Rev 789 (2000). פעילותם של פרקליטים מלווים עוררה, במהלך השנים, אף שלל שאלות הנוגעות לרגולציה האתית של פעילותם. ראו: Anne Bowen Poulin, *Ethical Guidance for Standby Counsel in Criminal Cases: A Far Cry from Counsel*, 50 Am. Crim. L. Rev. 211 (2013)). בהמשך לכך, יש לתת את הדעת על הבחנות רלוונטיות, ובהן השאלה האם הנאשם מעוניין בסיוע מקצועי, לצד החלטתו לייצג את עצמו, או שאינו מעוניין בכל עזרה; יכולתו של הנאשם להבין את מלוא המשמעות של ויתור על זכות הייצוג (בשים לב לגילו ולמצבו הנפשי) ועוד. אין צריך לומר שבנסיבות העניין, איננו נדרשים להחליט בשאלות חשובות אלה, ובשאלות נוספות הקשורות בהן, ועל כן אני מבקשת להותיר את הסוגיה כולה בצריך עיון.

ש ו פ ט ת

השופט א' רובינשטיין:

א. מסכים אני לתוצאה שאליה הגיע חברי השופט מלצר.



ב. אשר לייצוג, אוסיף כי גם בהנחה המוצדקת של מצבו החלש יותר של נאשם בתיק פלילי לעומת המדינה המאשימה, והצורך המובנה והראוי בייצוג, אין להלום תמונה "אנטי קפקאית" כפי שהוצגה כאן, של מצעד עורכי דין בזה אחר זה ש"נגעו" בתיק ומטעמים השמורים עמם ובעיקר עם המערער לא קיבלו עליהם את הייצוג; דבר זה אומר דרשני לגבי המערער, מבלי לפגוע. בית משפט, גם לנאשם בפלילים, אינו "תכנית כבקשתך" שניתן לדלג בה כאוות הנפש; לכן טענות המערער בנושא זה אינן יכולות להתקבל כתמות לב. נזכיר כי בנסיבות כאלה של היעדר ייצוג – לצד זכויות הנאשם שהן עיקר – גם מלאכת בתי המשפט, הדיוני והערעורי, קשה שבעתיים. בכך יש רק כדי להוסיף על אשר כתב חברי, וכן אין לדעתי לייתר כל עיקר את הערתו בפסקה 24 באשר לתוצאה המעשית הקשה של ניהול משפט הוכחות בלא ייצוג; ראוי מאוד איפוא לשקול מוסד של "עורך דין כונן" כדי לסייע לנאשמים בכגון דא. לאחר שנכתב האמור, ראיתי את הערות חברתי השופטת ברק-ארז. אין ספק כי המושג של "עורך דין כונן" או "מלווה" אינו פשוט, והשאלות שהועלו בארה"ב ושפירטה חברתי יוכיחו. אלא שבסופו של יום, המתח הוא בין רע לרע פחות, בין פתרון חלקי לבעיה לבין בעיה מסוימת לפתרון; והבעיה של נאשמים סרבני ייצוג או מתישי ייצוג קיימת, ועדיף בעיני פתרון שאינו מושלם (ואכן כזה הוא) על היעדר פתרון בכלל. הטעם הוא, כאמור, שמירה ככל שניתן על זכויות הנאשם, אך עזרה לבית המשפט אינה מילתא זוטרתא אף היא.

ג. אשר לסוגיה הראייתית, מקובל עלי ניתוחו של חברי. אזכיר רק, כי סוגיית "סמיכות הזמנים" ו"ההזדמנות הראשונה", שבמקרה דנא היא סטטוטורית על פי סעיף 10(1) לפקודת הראיות, עשויה להתעורר בהקשרים אחרים גם במקרים לא-סטטוטוריים, כמו בנושא "החזקה התכופה" (ראו חוות דעתה של חברתי השופטת ברק-ארז בע"פ 8584/13 שטארה נ' מדינת ישראל (30.6.14) פסקאות 22-25 והערותי באותו פסק דין). "סמיכות הזמנים" בענייננו נוגעת ללוחות הזמנים שקובע סעיף 10(1) לעניין אמרת קרבן אלימות, ו"החזקה התכופה" הנזכרת עניינה הימצאות טובין גנובים בידי אדם זמן קצר (תכופ) לאחר גניבתם. נסיבות שני העניינים אינן זהות, כמובן, אך הצד השווה הוא האתגר שבפני בית המשפט להעריך את המצב הראייתי באורח שיש בו צדק.

ד. ולבסוף, לעניין הראיות הנסיבותיות המהוות חלק מן המארג בתיק דנא, נושא זה עולה גם בגדרי המשפט העברי; ראו סקירתו המאלפת של ד"ר יעקב שפירא מן המחלקה למשפט עברי במשרד המשפטים (אתר המשרד) "ראיות בפלילים במשפט העברי" (וכן פרשת השבוע גליון 440, נשא תשע"ד), וראו גם דברי הרשב"א (ר' שלמה בן אדרת; ספרד, המאה ה"ג), המובאים שם, האומר (שו"ת הרשב"א ג', שצ"ג):

"ורואה אני: שאם העדים נאמנים אצל הברורים (הברורים הם דייני הקהילה – א"ר) רשאים הן לקנוס קנס ממון או עונש הגוף, הכל לפי מה שיראה להם, וזה מקיים העולם. שאם אתם מעמידין הכל על הדינין הקצובים בתורה, ושלא לענוש אלא כמו שענשה התורה: בחבלות וכיוצא בזה, נמצא העולם חרב, שהיינו צריכים עדים והתראה, וכמו שאמרו ז"ל: 'לא חרבה ירושלים אלא שהעמידו דבריהם על דין תורה'."

הדברים מדברים בעדם; הגם שראיות נסיבותיות ביסודן אינן קבילות במשפט העברי, ישנה התייחסות לצרכי השעה, והן עשויות להתקבל כדי לתקן עולם.



ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט ח' מלצר.

ניתן היום, כ"ג בתמוז התשע"ד (21.7.2014).

ש ו פ ט ת

ש ו פ ט

ש ו פ ט
