



בש"פ 6856/16 - יאיר ביטון נגד מדינת ישראל

בבית המשפט העליון

בש"פ 6856/16

לפני:
העורר:
כבוד השופט צ' זילברטל
יאיר ביטון

נגד

מדינת ישראל

המשיבה:

ערר על החלטתו של בית המשפט המחוזי בירושלים
בתיק בע"ח 8500-12-15 שניתנה ביום 2.8.2016 על
ידי כב' השופט רפי כרמל

י"ב באלול התשע"ו (15.9.16)

תאריך הישיבה:

עו"ד איתן פלג; עו"ד אסף גולן
עו"ד עמרי כהן; עו"ד קרן אלטמן

בשם העורר:
בשם המשיבה:

החלטה

ערר על החלטתו של בית המשפט המחוזי בירושלים מיום 2.8.2016 בבע"ח 8500-12-15 (כב' השופט ר' כרמל), בגדרה נדחתה בחלקה בקשת העורר לפי סעיף 74 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982 (להלן: החסד"פ) לקבלת חומרים שונים במסגרת ההליך המתנהל בעניינו.



1. נגד העורר ושה נוספים הוגש כתב אישום המייחס להם עבירות רבות במסגרת 15 אישומים. במוקד המעשים המתוארים בכתב האישום מצויות פעולות שביצע עו"ד רונאל פישר, הנאשם 2 (להלן: פישר), יחד עם רפ"ק ערן מלכה, הנאשם 1 (להלן: מלכה), בגדרן הודלף חומר מחקירות משטרתיות שונות בהן היה מלכה מעורב במסגרת תפקידו כראש צוות ביחידה הארצית למאבק בפשיעה כלכלית ביחידת להב 433 (להלן: להב 433; אירועים אלה יכוננו להלן: הפרשה). לעורר מיוחסים אישומים אחדים, ובמסגרתם הוא מואשם, בין היתר, בעבירות של מרמה ושיבוש הליכי משפט.

כעולה מכתב האישום, מעורבותו המרכזית של העורר בפרשה הייתה קשורה בפעולות שנועדו להתריע בפניו על קיומה של חקירה סמויה שהתנהלה לצורך בירור הקשר בין הגורמים הקשורים ליצחק אברג'יל לבין חברה בה היה העורר בעל שליטה (להלן: פרשת מעשה ניסים), ולהכינו לקראת חקירתו-שלו כחשוד בפרשה זו. כתב האישום מייחס לעורר שיבוש הליכי משפט בגין שימוש בחומרי חקירה סמויים. נטען, כי חומרים אלו הושגו על-ידי מלכה והובאו לידיעתו של העורר על-ידי פישר ועו"ד רות דוד, הנאשמת 3, שייצגו את העורר בתקופה הרלבנטית לחקירה, וזאת על-מנת שהעורר יתכונן לחקירתו המתוכננת לאחר שהיא תהפוך לגלויה (להלן: מועד הפרוץ) ולאחר מעצרו העתידי.

2. על-מנת לבסס את הגנתו, הגיש העורר לבית המשפט המחוזי בקשה לקבלת 17 פריטים שונים הכלולים, לטענתו, בחומר החקירה בתיק או שיש בהם כדי להועיל להגנתו. בית המשפט המחוזי לא נדרש לחמישה פריטים שנתבקשו, שכן מחלוקות אלה באו על פתרון טרם למתן ההחלטה. בית משפט קמא הורה על העברת חלק מהחומרים לידי ההגנה, שכן מצא כי חומרים אלו רלבנטיים לאישום וטמון בהם פוטנציאל להועיל להגנתו של העורר. בקשת העורר לקבל את יתר הפריטים נדחתה מטעמים שונים.

3. כלפי החלטתו של בית המשפט המחוזי בעניין חלק מהחומרים הוגש הערר דנא. קביעותיו של בית המשפט לעניין החומרים המבוקשים במסגרת הערר יובאו להלן, בצירוף טענות העורר בפני בית משפט זה.

ממצאי הבירור הפנימי שנעשה בלהב 433

4. בית משפט קמא דחה את בקשת העורר לקבל חומרים הקשורים לבירור הפנימי שנערך בלהב 433 הנוגע להדלפת חומרים ומידע במסגרת פרשת מעשה ניסים (פסקה 4 להחלטתו של בית המשפט המחוזי). נקבע, כי העורר מבקש חומרים שכלל לא ברור אם הם קיימים ואינם מצויים בידי המשיבה. עוד נקבע, כי ממילא חומרים אלו אינם רלבנטיים לעניינו של העורר.

בערר נטען, כי שגה בית המשפט כשקבע כי חומרים אלו אינם רלבנטיים להליך הפלילי בעניינו של העורר, וזאת מבלי שבית המשפט קיבל את החומרים המדוברים ועיין בהם. לשיטתו של העורר, ממצאי הבירור קשורים קשר הדוק לעניינו, שכן הדלפת מידע היא הנושא המרכזי בכתב האישום, וככל שנערכה חקירה או בדיקה נוספת בעניין, ממצאיה באים בגדר "חומר חקירה". עוד נטען, בין היתר, כי אף אם חומרים אלו אינם נמצאים בפועל בידי הפרקליטות, הם מצויים בידי רשות חוקרת אחרת, ולפיכך הם ברשות

המשיבה.

בדיון שנערך לפני ביום 15.9.2016, חזרו באי-כוח העורר על עיקר הטענות שהועלו במסגרת כתב הערר. המשיבה מצדה טענה, כי הבדיקה שנערכה בלהב 433, כבקרה פנימית, נועדה לבחון קיומם של נזקים פוטנציאליים שהיו יכולים להיגרם ליחידה עקב ההדלפות. בתום הבדיקה נמצא כי לא בוצעו הדלפות נוספות על-ידי מלכה, מעבר לאלה שהיה ידוע עליהן זה מכבר ושהחומר לגביהן הועבר לידי העורר. על כן, הוטעם כי ממצאים אלו אינם תוצר של חקירה, אלא ממצאי בדיקה פנימית, ואף אם נתגלו הדלפות בפרשות נוספות, ממילא אין להן כל קשר לעורר, כך שלא מדובר ב"חומר חקירה" הנוגע לאישום נגדו. נוכח האמור, המשיבה סבורה כי אין כל מקום להעביר את ממצאי הבדיקה לעורר. כמו כן, נטען כי לא קיים כל מסמך המסכם את ממצאי הבדיקה, כך שכלל לא קיים חומר שניתן להעבירו לעורר.

בהחלטתי שניתנה בתום הדיון בערר, הוריתי למשיבה להגיש לעיון בית המשפט תרשומת שתערך על-ידי גורם שהיה שותף לבדיקה בלהב 433 ושתפרט את אופי הפעולות שבוצעו במסגרת הבדיקה. בהמשך לאמור, ביום 31.10.2016 הוגשה תרשומת זו לעיון בית המשפט. אדרש לאמור בה במסגרת פרק הדיון וההכרעה.

חומרים בעניין ביטול "הפרוץ"

5. כעולה מכתב האישום נשוא הערר דנא, בין יתר פריטי המידע הסמוי שהגיעו לידי העורר היה המועד בו החקירה בפרשת מעשה ניסים נועדה להפוך לגלויה והעורר היה אמור להיעצר על-ידי כוחות המשטרה, הוא "מועד הפרוץ". במועד זה התאשפז העורר בבית החולים. בהמשך לאמור, ועל-מנת להיערך למועד מעצרו החדש של העורר (שהובא לידיעתם של העורר ושל פישר על-ידי מלכה, לפי הנטען), הלן פישר את העורר בביתו במועד הנמסר, שם נעצר האחרון על-ידי הרשויות. בגין מעשים אלו יוחסה לעורר עבירה של שיבוש הליכי חקירה ומשפט.

העורר טען בבית המשפט המחוזי כי המיוחס לו מבוסס על הנמסר בחקירותיהם של חוקרי משטרה שלקחו חלק בישיבות לצורך תכנון "מועד הפרוץ", כאשר החקירות נערכו לאחר האירועים המתוארים לעיל. העורר סבור כי יש לאפשר לו לעיין בתיעוד ביטול ה"פרוץ" מזמן אמת, על-מנת לבסס טענות בדבר שיבוש פעולות משטרתיות. על כן, העורר ביקש לקבל חומרים "מזמן אמת" המתעדים את תכנון "מועד הפרוץ" וסיכול תכנית זו, לרבות יומני מבצעים, פקודות מבצע, פרוטוקולים מישיבות וכו'.

בית משפט קמא קבע כי קיים חוסר בהירות לעניין טיבו של החומר המבוקש, וכי עיקר התרשומות המבוקשות הן פנימיות ולכן לא נכללות ב"חומר החקירה". כמו כן, בית המשפט קיבל את טענת המשיבה כי דו"חות הפעולה המעידים על התכניות האופרטיביות במסגרת פרשת מעשה ניסים מצויים בחומר שהועבר לידי ההגנה, כך שאין ביומני המבצעים כדי לסייע לעורר (פסקה 5).

במסגרת הערר נטען, כי תוכן של הישיבות והתכניות האופרטיביות בפרשת מעשה ניסים נוגע ישירות לטענות בדבר שיבוש הליכי חקירה המועלות נגד העורר. לגישתו של העורר, לא ניתן להסתפק בדו"חות הפעולה בעניין זה, המכילים אמרות שמסרו חוקרי



משטרה בדיעבד על-אודות שיבוש ההליכים הנטען, וזאת כאשר קיימים חומרים ותיעוד מזמן אמת שעשויים להבהיר את השתלשלות העניינים. עוד נטען, כי אין די בסיווג החומרים כ"תרשומות פנימיות" כדי לשלול את זכות ההגנה לעיין בהם, שכן נדרשת בחינה פרטנית של החומר הקונקרטי בנסיבות העניין על-מנת לקבוע אם קיימת הצדקה להעבירו להגנה. מכל מקום נטען, כי שגה בית המשפט המחוזי כשדחה את בקשת העורר מבלי שעיין בעצמו בחומרים המדוברים.

במסגרת הדיון בפני טענה המשיבה כי רק החומרים המתעדים מבצעים ופעולות משטרתיים שבוצעו בפועל הם בבחינת חומר חקירה, בהפנותה לפסיקת בית משפט זה (בש"פ 2286/10 פלוני נ' מדינת ישראל (14.4.2010)); בש"פ 7185/08 מזעל נ' מדינת ישראל (8.9.2008); בש"פ 10787/06 אבו שחאדה נ' מדינת ישראל (17.1.2007)). המשיבה סברה כי התיעוד הרלבנטי לתכנון וביצוע "מועד הפרוץ" מצוי בידי ההגנה, ולא עומדת לעורר זכות לעיין בחומרים נוספים בעניין. בתום הדיון הוריתי למשיבה להודיע לבית המשפט האם קיים מסמך או רישום מזמן אמת המתעד את ביטול "הפרוץ" ביום 7.5.2014, וככל שתיעוד כזה ימצא, הוא יועבר לעיין בית המשפט. בהתאם לאמור, תיעוד מסוג זה הוגש לעיוני ביום 31.10.2016.

חומרים הקשורים לעניין מר אביגדור ליברמן

6. העורר עתר לקבל את כלל החומרים הנוגעים להחלטה שלא לייחס עבירה של שיבוש הליכי משפט וחקירה למי שהיה הנאשם בת"פ (שלום-ים) 57926-12-12 מדינת ישראל נ' ליברמן (להלן: עניין ליברמן). נטען כי הנאשם בעניין ליברמן קיבל לידיו חומרים בקשר עם חקירה פלילית שהתנהלה בעניינו, בידעתו שמדובר בחומרים מסווגים שמסירתם לידיו היא בניגוד לחוק. העורר סבר כי השוואת המקרה שלו לעניין ליברמן מעידה על התנהגות מפלה מצד המשיבה, וטען כי החומרים המבוקשים עשויים לסייע לו בהשלמת טענה זו.

בית משפט קמא דחה את הבקשה, בקבעו כי מדובר בשתי פרשות נפרדות שנסיבותיהן שונות, כך שאין בחומרים המבוקשים קשר למקרה של העורר. צוין, כי בקשת העורר, הפורשת יריעה רחבה, מלמדת על ניסיון לקבל חומרים כדי לנסות למצוא דבר שיכול לסייע להגנה, אך זאת מבלי שהובהר מה מידת הרלבנטיות שלהם לעניינו (פסקה 6).

בדיון שנערך בפני טענה המשיבה כי סעיף 74 לחסד"פ אינו המסגרת המתאימה לבקשת חומרים מהסוג שבנדון, וככל שהעורר סבור כי מדובר באכיפה בדרגתית בעניינו ומבקש לקבל לידיו חומרים במטרה להוכיח זאת, עליו לטעון זאת בבית המשפט המחוזי במסגרת סעיף 108 לחסד"פ, שעניינו הזמנת עדים ומסמכים. מכל מקום נטען, כי נסיבותיו של העורר נבחנות מאלה ששררו בעניין ליברמן, ואין מקום לגזור גזרה שווה בין המקרים.

בהמלצתי, חזרו בהם באי-כוח העורר מבקשתם לקבל את החומרים שבנדון, כך ששאלה זו אינה עוד עומדת להכרעה במסגרת הערר דנא.



ממצאי הבירור המשמעותי שנערך לניצב ירון בארי

7. העורר מבקש לקבל לעיונו מנציבות שירות המדינה חומר הנוגע לכלל הנושאים שנמצאו מתאימים לבירור משפטי לגבי חלקו של ניצב ירון בארי (להלן: בארי) במעשים המתוארים בכתב האישום. צוין, כי אישום 12 מייחס לפישר ניסיון לשחד את בארי, שבתקופה הרלבנטית שימש ראש אגף משאבי אנוש במשטרה, ובעקבות כך התנהל בעניינו הליך משמעותי. בהחלטתו, עמד בית המשפט על כך כי ספק אם קיים קשר לעניינו של העורר, וככל הנראה לא מדובר בהליך לגילוי ראיות לפי סעיף 74 לחסד"פ. מכל מקום נקבע, כי מדובר בזכויות של צדדים שלישיים, ובהתחשב במכלול השיקולים שצוינו, אין מקום להורות על העברת חומר זה (פסקה 8).

בערר נטען ששגה בית משפט קמא כשקבע כי החומר המבוקש אינו רלבנטי לעניינו של העורר, שכן נראה כי כך נקבע מבלי שבא-כוח המשיבה ובית המשפט עיינו בחומרים. לגופו של עניין טען העורר, בין היתר, כי אין בעובדה שחלקו של בארי במעשים נושא כתב האישום התברר במסגרת הליך משמעותי, במובחן מחקירה פלילית, כדי לומר שהחומרים אינם באים בגדר "חומר חקירה", וזאת כיוון שמחלקת המשמעת בנציבות ממונה גם על בדיקת חשדות מסוימים הקשורים לבארי ולפישר. לבסוף נטען, כי מדובר בבירור משמעותי שקשור באופן ישיר לחשדות המועלים בכתב האישום שהוגש נגד העורר, ולכן אין בסיס לקביעה שמדובר בפגיעה בזכויותיו של צד שלישי.

במסגרת הדיון טענה המשיבה כי אין כל קשר בין ההליך המשמעותי של בארי לבין עניינו של העורר, נוכח העובדה שהעורר לא הועמד לדין במסגרת האישום הקשור לבארי, ובארי אינו עד תביעה נגד העורר. בא-כוח העורר סבר מצדו כי מאחר שפישר ממלא תפקיד מרכזי באישומים במסגרתם הועמד העורר לדין, כל המתרחש בגדר היחסים שבין בארי לפישר רלבנטי גם לעניינו של העורר. כמו כן, נטען כי עצם העובדה שהעורר נחקר באזהרה בקשר למעשים המיוחסים לבארי מעידה על הקשר לממצאי הבירור המשמעותי. לצורך המשך בחינת הנושא, הוריתי למשיבה להודיע לבית המשפט אם במהלך הבירור המשמעותי נזכר שמו של העורר. בהמשך לכך הוגש לעיון בית המשפט, וכן לעיון באי-כוח העורר, העתק מסמך בחתימתו של רפ"ק אלה חדד, המאשר כי שמו של העורר לא הועלה במהלך הבירור.

חומרים הקשורים לעו"ד ניסים מרום ולמגעים שנוהלו עם עדת המדינה בפרשה

8. כעולה מכתב האישום (אישום 13), החל משנת 2012 ליווה עו"ד ניסים מרום (להלן: עו"ד מרום), מטעם פרקליטות מחוז תל-אביב, את החקירות בעניין פרשת מעשה ניסים. לפישר ולנאשמת 3 מיוחס ניסיון לגרום לעו"ד מרום להתמודד על תפקיד מחוץ לפרקליטות, במטרה שיחדל מטיפול בתיק. בהמשך לכך ולאחר שעו"ד מרום עמד על הקשר בין פישר לבין העורר, ניהל עו"ד מרום שיחות על-אודות הצעתה של הנאשמת 3 עם פרקליטים נוספים וחוקרי משטרה. במסגרת בקשתו לבית המשפט המחוזי, עתר העורר לקבל לידי חומרים הנוגעים לבירור שנערך בלהב 433 בהמשך לדיווחיו של עו"ד מרום.

בנוסף, העורר ביקש לקבל חומרים שנאספו בעניין המגעים שניהלו חוקרי מח"ש ופרקליט מטעם פרקליטות מחוז תל-אביב (להלן: עו"ד סעדה), בין היתר, עם עדת המדינה בפרשה, או מי מטעמה, בכל הקשור להסכם עמה.
עמוד 5



באשר לחומרים הקשורים לדיווחיו של עו"ד מרום, ציין בית משפט קמא כי הצדדים אינם חלוקים על כך שהמשיבה אינה מחזיקה בחומרים המבוקשים, והמחלוקת מתמקדת בבקשת העורר שהמשיבה תורה לנוגעים בדבר לערוך תיעוד רטרואקטיבי של דיווחים ומגעים אלו. נפסק, כי ככל שחומרים אלו קיימים, עומדת להגנה אפשרות לקבל אותם במהלך שמיעת הראיות, אך אין מקום להורות על תיעוד רטרואקטיבי במסגרת הליך לפי סעיף 74 לחסד"פ (פסקה 9). כלפי החומרים הקשורים למגעים שניהלו חוקרים וגורמים נוספים עם עדת המדינה, נקבע כי ניתן לברר פרטים אלו במהלך המשפט, ואין צורך להעבירם לידי ההגנה במסגרת "חומר חקירה". אף לעניין זה נקבע, כי ככל שהחומרים קיימים, ניתן יהיה לקבלם במהלך שמיעת הראיות, אך כאשר מדובר בנתונים שלא תועדו, אין מקום להורות על תיעוד רטרואקטיבי (פסקה 10).

בערר טוען העורר, כי החובה להעמיד חומר חקירה לעיון הנאשם כוללת את החובה להעלות אמרות עדים על הכתב, כך שכל שהדברים לא תועדו בזמן אמת, על המשיבה לתעדם בדיעבד, וזאת בהסתמכו על הפסיקה של בית משפט זה (בש"פ 4357/05 אבו חטאב נ' מדינת ישראל (1.7.2005) (להלן: עניין אבו חטאב); ע"פ 4855/02 מדינת ישראל נ' בורוביץ, פ"ד נט(6) 776 (2005); בש"פ 5856/02 פרי נ' מדינת ישראל (27.8.2002) (להלן: עניין פרי)).

בא-כוח המשיבה טען, בהפנותו לפסיקת בית משפט זה, כי סעיף 74 לחסד"פ אינו בגדר מקור לחובה לקיים חקירה, ורק עניין שהועלה על הכתב זה מכבר הוא בבחינת חומר חקירה. בהתייחסותו לעו"ד מרום בפרט, הוסיף בא-כוח המשיבה כי אין בדיווחיו כל קשר לעורר כיוון שזה האחרון לא הואשם במסגרת האישום 13, כך שממילא אין בתיעוד המבוקש כדי לסייע לעורר. בכל הקשור לחסרים בתיעוד המגעים שנהלו עם עדת המדינה, הטעים בא-כוח המשיבה כי אין זה ראוי שתוטל על פרקליטים חובה לתעד את הנאמר בפגישות, שכן הדבר ימנע מפרקליטים לבצע את תפקידם ולנהל הליכי משפט. המשיבה הוסיפה כי קיימים מזכרים שונים המתעדים את המגעים עם עדת המדינה אשר מצויים בחומר החקירה.

9. בסיכום הערר נטען, כי החלטתו של בית המשפט המחוזי ניתנה בהעדר נימוקים לדחיית הבקשות, כמו גם בהעדר טעמים לכך שבית המשפט לא קיבל לעיונו את החומרים המבוקשים עובר למתן ההחלטה, וזאת כאשר העורר הרים את הנטל הראשוני להראות כי החומרים המבוקשים קשורים לעניינו. על כן, בשים לב לחובת ההנמקה, נטען כי בית משפט קמא לא נתן את דעתו לטענותיו של העורר, או למצער כי דעתו לא קיבלה ביטוי במסגרת החלטתו.

דיון והכרעה

10. לאחר עיון בערר על נספחיו ובחומרים שהוגשו לבית משפט זה, כמו גם שמיעת טיעוני הצדדים, הגעתי למסקנה כי דין הערר להידחות ברובו ולהתקבל בעניין הבקשה לקבלת הרישום ביומן המבצעים בלבד. יובהר, כי העניין העומד להכרעה בערר דנא היא הגדרתם של הפריטים המבוקשים כ"חומר חקירה", המקימה לעורר זכות לעיון בהם.

כלל ידוע הוא כי כל חומר שיש לו זיקה ישירה או עקיפה לאישום בגינו הועמד הנאשם לדין הוא בגדר "חומר חקירה", ויש לקבוע זאת על-סמך בחינה פרטנית של טיב החומר המבוקש ומידת הקשר לאישום (ראו: בש"פ 2886/16 גורבאן נ' מדינת ישראל, פסקה 11 (11.5.2016) (להלן: עניין גורבאן); בש"פ 8252/13 שיינר נ' מדינת ישראל, פסקה 11 (23.1.2014), והאסמכתאות שם; בש"פ עמוד 6

1355/98 בן ארי נ' מדינת ישראל, פ"ד נג(2) 1, 5-6 (1998); בג"ץ 233/85 אל הוזייל נ' משטרת ישראל, פ"ד לט(4) 124, 129 (1985) (להלן: עניין אל הוזייל)). כדי לשמור על זכות הנאשם להליך הוגן, כמו גם על האינטרס הציבורי בבירור האמת, הפסיקה נוקטת בגישה מרחיבה באשר לסיווגם של חומרים כ"חומר חקירה". ואולם, זכות זו אינה בלתי-מוגבלת, ועל הנאשם המבקש להגדיר חומר כזה או אחר כ"חומר חקירה" להראות "יסוד של ממש להשערה או לתקווה ... כי החומר אכן ישפיע על בירור האישום נגדו" (בש"פ 4157/00 נמרודי נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(3) 625, 632 (2000); ראו גם: עניין גורבאן, פסקה 11)). לפיכך, נתונים שזיקתם לאישום רחוקה, ומבוססת על השערות בלתי-ממוקדות באשר לקיומם של חומרים אשר קשורים לעניינו של הנאשם, לא ייחשבו "חומר חקירה". אפנה עתה לבחינה של הפריטים המבוקשים והיותם "חומר חקירה", לפי סדרם, בהתאם לאמור לעיל.

ממצאי הבירור הפנימי שנערך בלהב 433

11. איני סבור כי החומרים שבנדון הם בגדר "חומר חקירה" מבחינת העורר. בחנתי את החומר שנמסר לעיון בית המשפט, הכולל פרטים בדבר סוגי הבדיקות הפנימיות שנערכו ביחידה המדוברת לאחר מעצרו של מלכה על-מנת לברר קיומן של הדלפות נוספות על-ידו, כמו גם קיומו של נזק עקב מעשיו, ובהם - בדיקות במערכות ממוחשבות, שיחות עם צוותי מודיעין ומח"ש ובדיקות החומרים שהגיעו מרשויות שונות לידי מלכה לבקשתו. לא התקיימו חקירות פורמליות של עדים. נראה כי המהלכים שבוצעו לא הניבו ממצאים וחומר נוסף שלא הובא לידי ההגנה זה מכבר, ושהוא רלבנטי להליך שמתנהל בעניינו של העורר. בא-כוח העורר גם לא הניח בפני בית משפט זה תשתית כדי לבסס טענה הסותרת מסקנה זו. גם אופי הבדיקות שנערכו, שהיו במידה רבה בבחינת "בקרת נזקים", והמסקנה אליה הגיעו הבודקים, מחזקים את המסקנה כי לא נוצרו, אגב אותן בדיקות, חומרים שניתן לסווגם כ"חומרי חקירה" בעניינו של העורר.

חומרים בעניין ביטול "הפרוץ"

12. בחנתי את הדיווח הרשום ביומן המבצעים שהוגש לעיון בית המשפט, ומצאתי כי יש בחומר זה קשר ישיר להליך המתנהל בעניינו של העורר ולהגנתו. איני סבור כי יש ממש בטענת בא-כוח המשיבה לפיה רק רישומים של פעולות שבוצעו בפועל הם בבחינת "חומר חקירה", במובחן מרישומים בנוגע לתוכניות שלא מומשו. מעיון בפסקי הדין אליהם הפנה בא-כוח המשיבה, עולה כי בית המשפט דחה בקשות לקבלת חומרים המתעדים פעולות חקירה שלא בוצעו במקרים בהם חשיפת מידע זה עמד לפגוע בפעולותיו הסמויות של הגוף החוקר, או במקרים בהם נקבע כי אין כל פריט מידע בחומרים אלו שיכול לסייע להגנת הנאשם. אין זה המקרה שלפנינו, שכן מדובר במידע שנחשף במסגרת כתב האישום (עובדת ביטול ה"פרוץ" נוכח הדלפה נטענת לעורר), ושיש לו זיקה ישירה להליך שמתנהל נגד העורר. ויודגש, אין בהיות המסמך "פנימי" כדי למנוע בהכרח סיווגו כ"חומר חקירה", כטענת המשיבה, שכן הדבר נתון לבחינה פרטנית במסגרת נסיבות המקרה. לדוגמה, יש להבחין בין רישומים העשויים להעיד על פעולות שבוצעו בזיקה לנאשם, לבין התכתבויות פנימיות לעניין המשך החקירה או שהן בגדר דין וחשבון פנימי בעניין, שאינם נחשבים "חומר חקירה" (השוו: בש"פ 2270/06 עילוי נ' מדינת ישראל, פסקה 17 (7.9.2006), והאסמכתאות שם)). לא זו בלבד, נוכח העובדה שמיזכרים לעורר מעשים שהובילו לביטול המבצע ב"מועד הפרוץ", ההגיוני הוא שיבקש לקבל חומרים בדבר פעולות שלא בוצעו, לרבות רישום שנערך ב"זמן אמת" באשר לביטול הפעולה, מועד הרישום, הסיבות לביטול וכו'. במקרה מיוחד זה, כשמדובר בהחלטה על ביטול של מהלך חקירתי, כאשר הטענה היא שעצם הביטול נבע מפעילות פלילית של הנאשם, הדיון הפנימי, והוא בלבד, מלמד על השיקולים לביטול



הפרוץ ועשוי להצביע על הקשר - או העדרו - בין מהלכיו של העורר לבין ההחלטה על הביטול. על כן, רישום שנעשה בישיבה פנימית של הצח"מ, או תיעוד דומה, חייב להיות מוגדר, שלא כרגיל, כ"חומר חקירה". המסמך שהועבר לעיוני בסוגיה הנדונה (נספח ב' להודעת המשיבה מיום 31.10.2016), שהוא דיווח שהועבר על-ידי היחידה, הוגדר על-ידי המשיבה כמסמך פנימי "הכולל מידע מסווג". כיוון שקבעתי כי מדובר בחומר חקירה שהנאשם רשאי לעיין בו, תשקול המשיבה האם לפעול לקבלת תעודת חסיון. ככל שלא תוצא תעודה כאמור, יועבר המסמך לעיון ההגנה.

ממצאי הברור המשמעותי בעניינו של ניצב בארי

13. טענת העורר לפיה הממצאים שבנדון הם בגדר "חומר חקירה" מרחיבה את גבולות הגדרת סעיף 74 לחסד"פ יתר על המידה. ראשית, העורר לא הועמד לדין בקשר למעשים שתוארו באישום הקשור לבארי, וכפי שנמסר, שמו של העורר כלל לא נזכר במהלך הברור המשמעותי. מלבד מעורבותו של פישר במעשים שיוחסו לבארי, העורר לא הציג הסבר בדבר קשר אפשרי בין חומרים אלו לעניינו. דומה כי טענה לפיה הקשר לעורר מתבסס על מעורבותו של פישר היא בבחינת השערה לא ממוקדת לקיומו של חומר בעניינו של העורר. לא-ז-אף-ז, ככל שחומר שקשור לעורר אכן קיים, ממילא נראה כי היה בעל זיקה שולית לאישומים שגובשו נגדו. על כן, ממצאי הברור אינם בבחינת "חומר חקירה". נוכח מסקנה זו, איני נדרש לטענות העורר הנוגעות לקבלת חומרים שעולים מברורים וחקירות שנעשו במסגרת הליך משמעותי.

חומרים הקשורים לעו"ד ניסים מרום

14. העורר מבקש שיופק תיעוד למפרע של הברורים שנעשו בעקבות דיווחיו של עו"ד מרום, בסברו כי חומרים אלו הם "חומר חקירה". איני סבור שראוי לקבל את הערר בנקודה זו. ראשית, בניגוד להנחת המוצא של העורר, לא השתכנעתי כי החומרים שבנדון רלבנטיים לעניינו באופן שיש להגדירם "חומר חקירה". החומרים אינם בעלי זיקה ישירה לאישום שהוגש נגד העורר והתשתית הראייתית עליה הוא מבוסס בפרשה דנא, וטענת העורר לפיה קיים קשר בין הדיווחים לבין המיוחס לו היא בבחינת ספקולציה בלבד. ויודגש, נדרשת אינדיקציה קונקרטיית לכך שיימצאו חומרים בתיק חקירה בפרשה אחרת שרלבנטיים להליך המתנהל בעניינו של הנאשם כדי להצדיק הגדרתם כ"חומר חקירה", ואין להסתפק בהשערות בדבר קיומם של חומרים העשויים לסייע להגנתו (ראו: בש"פ 4508/15 סבג נ' מדינת ישראל, פסקה 9 (9.7.2015); עניין אל הוזייל, עמ' 132). כפי שצינתי לאחרונה, מסקנה זו מקבלת משנה תוקף מקום בו השגת החומרים על-ידי התביעה כרוכה בהפקתם במיוחד, בדיעבד, פעולה השמורה למקרים חריגים בהם מדובר בטענת הגנה הנוגעת באופן ישיר לעניינו של הנאשם או נדרשת בדיקה חוזרת של טענת ההגנה בידי המשטרה (ראו: בש"פ 6871/16 דיסי נ' מדינת ישראל, פסקה 11 (26.9.2016); ראו גם: בש"פ 9322/99 מסארוה נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(1) 376, 383 (2000)).

באשר לבקשת העורר לתיעוד רטרואקטיבי של דיווחיו של עו"ד מרום - ככלל, סעיף 74 לחסד"פ נועד להעברת חומרים קיימים מידי גורמי החקירה לידי הנאשם, ואינו יכול לשמש מקור חובה להפקת חומרי חקירה שאינם בנמצא (ראו: בש"פ 7955/13 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 17 (10.4.2014)). בית משפט זה הכיר באפשרות המצומצמת להורות על תיעוד בדיעבד של פעולות חקירה מובהקות מקום בו חומר זה לא הועלה על הכתב בניגוד למקובל ולמתחייב (ראו: עניין אבו חטאב, פסקה 7; עניין פרי, פסקה 3).



במובחן מהדוגמאות שהזכיר העורר, בהן היה מדובר בחקירות של עדים במסגרת הליכים משפטיים, לא ניתן לומר שהמקרה שלפני, בו מבוקשת יצירת מסמך בעניין הדיווחים, הוא בגדר פעולת חקירה מובהקת. לפיכך, אין מקום להורות על תיעוד בדיעבד של תוכן השיחות שנערכו בעניין. נוכח האמור, לא מצאתי הצדקה להורות על תיעוד רטרואקטיבי של דיווחיו של עו"ד מרום, ודין הערר בכל הקשור לחומרים אלו להידחות.

חומרים בעניין המגעים שנוהלו עם עדת המדינה בפרשה

15. על גוף חוקר חלה חובה לתעד, במידת פירוט סבירה, משא ומתן לקראת כריתת הסכם עם עד מדינה (ראו: ע"פ 1361/10 מדינת ישראל נ' זגורי, פסקה ל"א (2.6.2011)). לא הונחה בפני תשתית עובדתית מספקת כדי להתייחס לגופן של טענות העורר בדבר רישום חסר של תוכן השיחות עם עדת המדינה. מבלי שאביע עמדה נחרצת בעניין, נדמה כי היה מקום לתיעוד משמעותי יותר של המגעים עם עדת המדינה ועם אחרים מטעמה במסגרת המשא ומתן. ואולם, אין ברישום לקוני או תמציתי כדי לחייב בכל מקרה את השלמתו במסגרת הליך לפי סעיף 74 לחסד"פ, שכן, כאמור, מהלך זה שמור למצבים חריגים בהם פעולות חקירות מובהקות לא תועדו כלל בהתאם לחובה המוטלת על הגורם החוקר. כפי שעמדתי על כך לעיל, אין זה ראוי שסעיף 74 לחסד"פ ישמש מקור חובה לחובות שאינן מעוגנות במפורש בדין או בהלכה הפסוקה. במקרה דנא אין לומר שהתיעוד בעניין המגעים עם עדת המדינה אשר הובילו לחתימה על ההסכם עמה לקוי וחלקי עד כדי שיהיה מקום לחייב את הרשויות לתעד בדיעבד מהלכים שלא תועדו לפרטיהם. קיומו של רישום תמציתי או חסר של פעולות חקירה אינו מקים, כשלעצמו, זכות לנאשם לחייב את הרשות להשלים את החסר במסגרת זכויותיו לעיין בחומר חקירה, אלא רק במצבי קיצון. עובדת היות הרישום חסר או חלקי עלולה להיזקף לחובת המאשימה בשלב בחינת מכלול הראיות ולעובדה זו יכולות להיות נפקויות שונות נוספות. מאידך גיסא, אם נחייב את הרשות החוקרת, בכל מקרה של רישום חלקי או תמציתי, להוסיף פרטים לרישומים שנעשו במהלך החקירה, תהיה בכך הכבדה בלתי סבירה, מה גם שרישום בדיעבד לעולם מעורר בעיות לגבי מידת דיוקו ומהימנותו. כאמור, הדבר שמור למקרי קיצון של העדר כל תיעוד לפעולת חקירה שחייבת להיות מתועדת או כאשר התיעוד כה לוקה בחסר עד שכמוהו כהעדר תיעוד. המקרה הנדון אינו נמנה על מקרים אלה.

16. סוף דבר, הערר מתקבל בחלקו באופן שנקבע כי נספח ב' להודעת המשיבה מיום 31.10.2016, שהוגש לבית משפט זה, הוא בבחינת "חומר חקירה", בהתאם לאמור בפסקה 12 לעיל. כל יתר הטענות שהעלה העורר אינן מתקבלות.

ניתנה היום, י"ד בחשון התשע"ז (15.11.2016).

ש ו פ ט