



עפ"א 16393-12-13 - מדינת ישראל - משרד הכלכלה נ' אלירן דואב

סדר דין פלילי - גילוי חומר חקירה

var MareMakom = "עפא 16393-12-13 - מדינת ישראל - משרד הכלכלה נ' אלירן דואב, תק-אר 2015(3),
{;p.IDHidden{display:none ;" (09/09/2015)1352

בית הדין הארצי לעבודה

בפני כב' השופטת רותית רוזנפלד

עפ"א 16393-12-13
עפ"א 43130-02-14

ניתנה ביום 09 ספטמבר 2015

העוררת בעפ"א 16393-12-13
העוררת בעפ"א 43130-02-14

מדינת ישראל - משרד הכלכלה

נגד

המשיב בעפ"א 16393-12-13
המשיבים בעפ"א 43130-02-14

1. אלירן דואב
2. אל זיו תשתיות ופיתוח בע"מ
3. גיל בן עזיז

לפני: הנשיא יגאל פליטמן, השופטת רותית רוזנפלד, השופט אילן איטח

בשם העוררת	-	עו"ד נעמי גרנות ועו"ד דרורה נחמני-רוט
בשם משרד הכלכלה	-	עו"ד גלי לוי, עו"ד אנט שקורי-פליישמן
בשם רשות האוכלוסין וההגירה	-	עו"ד ענבר סהראי, עו"ד ענת שמעוני
בשם המשיב 1	-	עו"ד ד"ר מיכל טמיר, עו"ד ודים שוב, עו"ד מאיה ברקאי
בשם המשיבים 2-3	-	עו"ד גרגורי פאוסט קורצ'מני



החלטה

השופטת רונית רוזנפלד

כללי

1. לפנינו שתי הודעות ערר שהגישה העוררת לפי סעיף 74(ה) לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], תשמ"ב-1982 (להלן: **חסד"פ** או **החוק**) הנדונות במאוחד. הודעת הערר האחת, היא על החלטת בית הדין האזורי בירושלים (השופטת יפה שטיין; ת"פ 127-09); הודעת הערר השנייה היא על החלטת בית הדין האזורי בתל אביב (השופטת אסנת רובוביץ' ברכש; הע"ז 1358-08). בשתי הודעות הערר עולה סוגיה עקרונית משותפת השנויה במחלוקת בין הצדדים, והיא בדבר חלות הוראתו של סעיף 74 לחסד"פ על גילוי מידע הנדרש לנאשם לצורך ביסוס טענה בדבר אכיפה בדרנית פסולה. ובמילים אחרות, האם מידע זה הכולל בין השאר נתונים שונים אודות הגשת כתבי אישום, הוא בגדר "חומר חקירה" כמשמעו בסעיף 74 לחסד"פ. נציין כבר כאן, כי במסגרת העררים מבקשת העוררת (להלן גם: **המדינה**), כי בית דין זה ישקול מחדש החלטתו בסוגיה כפי שניתנה על ידו בהחלטה קודמת בפרשת עמית ובפרשת פריאל (עפ"א 29798-10-11, עפ"א 9796-04-12, **מדינת ישראל נ' מרים יהודית עמית; מדינת ישראל נ' נילי ברק פריאל** (22.4.2013), להלן: **פרשת עמית פריאל**). בנסיבות המקרה, נוכח הסוגיה העקרונית העומדת להכרעה, בה מתבקש בית דין זה לשקול מחדש החלטתו בסוגיה, מתקיים הדיון בעררים שלפנינו במותב תלתא. כך, על פי החלטת חברי הנשיא יגאל פליטמן מיום 11.6.2014 (ראו לעניין הסמכות להרחבת ההרכב הדין בערר בבש"פ 1372/96 **ח"כ הרב אריה דרעי נ' מדינת ישראל**, פדי נ(1), 177, 180-178 (1996), וכן ראו כדוגמה, החלטת בית המשפט העליון מן הזמן האחרון שניתנה בהרכב מורחב, נוכח שאלה עקרונית שהתעוררה שם בערר לפי הוראת סעיף 74 לחסד"פ - בבש"פ 7955/13 **פלוגי נ' מדינת ישראל** (10.4.2014), בפסקה 2).

2. סדר הילוכנו במתן ההחלטה יהיה כדלקמן: בפתח הדיון נציג את עיקרי החלטת בית דין זה בפרשת **עמית פריאל**, עליה מבוססות החלטות בתי הדין האזוריים מושא העררים. לאחר מכן נסקור בקצרה את החלטות בתי הדין האזוריים, ונציג את עיקרי טענות הצדדים בקשר אליהן. בשלב הבא של הדיון נסקור את התשתית הנורמטיבית הרלוונטית לסוגיה שבמחלוקת כפי שהיא משתקפת בפסיקה. לבסוף נפרוש הכרעתנו בסוגיה הכללית, ובהתאמה ניתן החלטתנו בעררים התלויים ועומדים.

3. הנה כי כן במרכז הדיון בעררים שלפנינו עומדת הוראת סעיף 74 לחוק סדר הדין הפלילי, תשמ"ב-1982, בה נקבע כך:

74. עיון בחומר החקירה

- (א) הוגש כתב אישום בפשע או בעוון, רשאים הנאשם וסניגורו, וכן אדם שהסניגור הסמיכו לכך, או, בהסכמת התובע, אדם שהנאשם הסמיכו לכך, לעיין בכל זמן סביר בחומר החקירה וכן ברשימת כל החומר שנאסף או שנרשם בידי הרשות החוקרת, והנוגע לאישום שבידי התובע ולהעתיקו.
- (ב) נאשם רשאי לבקש, מבית המשפט שאליו הוגש כתב האישום, להורות לתובע להתיר לו לעיין בחומר שהוא, לטענתו, חומר חקירה ולא הועמד לעיונו.
- (ג) בקשה לפי סעיף קטן (ב) תידון לפני שופט אחד ובמידת האפשר היא תובא בפני שופט שאינו דן באישום.

עמוד 2



(ד) בעת הדיון בבקשה יעמיד התובע את החומר שבמחלוקת לעיונו של בית המשפט בלבד.

(ה) על החלטת בית משפט לפי סעיף זה ניתן לערור לפני בית המשפט שלערוור שידון בערר בשופט אחד; הערר יוגש בתוך 30 ימים מיום שניתנה החלטת בית המשפט, ואולם בית המשפט רשאי להאריך את המועד להגשת הערר מטעמים שיירשמו.

(ו) אין בסעיף זה כדי לפגוע בהוראות פרק ג' לפקודת הראיות [נוסח חדש], תשל"א-1971.

לצידה של הוראת סעיף 74 לחסד"פ, ניזקק בהמשך להוראת סעיף 149(10) לחוק, עליה נסמכת טענת האכיפה הבררנית, שלצורך הוכחתה מתבקש גילוי המידע כאמור. וזו לשון הסעיף:

"149. לאחר תחילת המשפט רשאי הנאשם לטעון טענות מקדמיות, ובהן -

.....

(10) הגשת כתב האישום או ניהול ההליך הפלילי עומדים בסתירה מהותית

לעקרונות של צדק והגנות משפטית."

ההחלטה בפרשת עמית פריאל

4. בפרשת **עמית פריאל** נדונו שני עררים על החלטות בית הדין האזורי בתל אביב לפי סעיף 74(ה) לחסד"פ. **הערעור האחד**, התייחס להחלטת בית הדין האזורי בעניין מרים יהודית עמית (תע"ז 111-01-5687 מדינת ישראל - **מרים יהודית עמית**). באותו עניין דובר בכתב אישום שהוגש כנגד גב' עמית בגין העסקת עובדת זרה במשק ביתה במשך 9 חודשים בלא היתר כדן ומבלי שהסדירה עבורה ביטוח רפואי. במקרה זה בקשה גב' עמית לקבל, במסגרת סעיף 74 לחסד"פ, נתונים בדבר מספר כתבי אישום וקנסות מנהליים שהוטלו בגין עבירה של העסקת עובדים זרים במשק בית בין השנים 2008 - 2010, תוך מתן פירוט למועד ביצוע העבירה ומועד נקיטת הליך האכיפה. **הערעור השני** התייחס להחלטת בית הדין האזורי בעניין גב' ברק פריאל (תע"ז 11-03-22473 מדינת ישראל - **נילי ברק פריאל**). באותו עניין הוגש כתב אישום כנגד גב' ברק פריאל בגין העסקת עובדת זרה בביתה במשך 8 חודשים בלא היתר כדן, ללא חוזה עבודה וללא ביטוח רפואי. גב' ברק פריאל בקשה לגלות העתקי כתבי אישום שהוגשו כנגד אחרים, שפרטיהם נזכרו בתגובת המאשימה לבקשה שהגישה לביטול כתב האישום מכוח טענת הגנה מן הצדק.

הבקשות לקבלת חומר חקירה לפי סעיף 74 לחסד"פ נועדו בשני המקרים לביסוס טענת הנאשמות לאכיפה בררנית, טענה המקימה להן "הגנה מן הצדק". נציין כבר כאן כי שתי הנאשמות פנו בהליך מנהלי לבקשת מידע, קודם שהגישו בקשותיהן לקבלת חומר חקירה לפי סעיף 74 לחסד"פ.

5. בהחלטה רחבת היקף מפי השופט אילן סופר, עמד בית דין זה על מכלול תכליותיה של הזכות לעיון בחומר חקירה. כמו כן עמד בית הדין על מעמדה של הזכות שהיא בעלת מאפיינים חוקתיים מובהקים, משהיא נגזרת מזכות היסוד של הנאשם לפרוש הגנתו. כל זאת, בהסתמך על פסיקה מנחה של בית המשפט העליון בנושא. בהידרשו לשאלה בדבר מהותו של "חומר חקירה" ציין בית הדין כי **"מבחן העל לסיווג 'חומר חקירה' הוא מידת הרלבנטיות שלו. מכך נגזרת השאלה מהו 'חומר חקירה' שיש להעמידו לעיון הסנגוריה. ההכרעה בעניין תיעשה באופן פרטני ותיבחן על פי תכליתה של הוראת סעיף 74- קיום זכותו של הנאשם למשפט הוגן".** בית הדין הטעים כי **"אין לפרש את המונח 'חומר חקירה' פירוש דווקני ומצומצם, המוגבל לחומר**



הראיות הנוגעות אך ורק במישרין לעבירה המיוחסת לנאשם. הנטייה היא למתן פירוש רחב. די גם בנגיעה עקיפה. לשון אחרת; 'חומר חקירה' הוא גם ראיות השייכות באופן הגיוני 'לפריפריה של האישום', אשר להן עשויה להיות רלבנטיות לאישום או לניהול ההגנה. עם זאת, במסגרת שיקול הדעת של התביעה - הכפוף לביקורת בית המשפט - אין לכלול במונח 'חומר חקירה' ראיות שהרלבנטיות שלהן לאישום הפלילי הנדון רחוקה ושולית" (שם, בפסקה 23).

מכאן פנה בית הדין לבחון את השאלה אם נתונים סטטיסטיים ומסמכים בדבר מדיניות אכיפה הנחוצים לביסוס טענה בדבר אכיפה בררנית במסגרת הגנה מן הצדק, הם בבחינת "חומר חקירה". בית הדין ציין לעניין זה כי:

"יש להביא בחשבון את הקושי האינהרנטי הטמון בהוכחת טענת אפליה בגין אכיפה בררנית, שכן כל המידע הרלבנטי מצוי בידי הרשות ואין לנאשם גישה אליו. קבלת טענת המאשימה עלולה להביא לתוצאה לפיה נאשם לעולם לא יוכל להוכיח טענת אפליה. לפיכך, כאשר מדובר בטענת אפליה, יש להקל במידת ההוכחה לכאורה הנדרשת מהנאשם. כמו כן, יש לאפשר לנאשם לקבל מידע ונתונים מהרשות (הן נתונים סטטיסטיים והן נתונים על שיקולי הרשות ומדיניות האכיפה), הדרושים להוכחת הטענה.... בהתאם לכך ראוי לאפשר לנאשם לעיין בהחלטות רלבנטיות של התביעה, ובמקרים המתאימים לקבל נתונים סטטיסטיים על הגשת כתבי אישום במקרים דומים. כאשר יש להקל בנטל הראייה לצורך קבלת הנתונים, בשונה מנטל הראייה הנדרש לצורך הוכחת הטענה של אכיפה בררנית" (שם, בפסקאות 25, 26).

אשר לצורך בהימצאות חומר החקירה בתיק החקירה, ציין בית הדין כי חומר חקירה עשוי לכלול גם חומר שאינו מצוי בידי רשויות החקירה והתביעה באופן פיזי, ולצורך כך תיבחן הרלוונטיות שלו, ומיקומו הפיזי לא יעמוד לו לרועץ. נקבע כי ככלל "מדובר בחומר המצוי בשליטתן של רשויות החקירה והתביעה, על פי מובנו הרחב של המונח 'שליטה', בשים לב לדרך בה שמור ואגור המידע" (שם, בפסקה 26).

6. בית הדין הוסיף עוד ובחן היבטים שונים שבסוגיה ובהם זכויות צדדים שלישיים לפרטיות, ומידת ההכבדה על הרשות. לגבי הזכות לפרטיות של צדדים שלישיים ציין בית הדין, כי "יש לאזן בין זכותו של הנאשם למשפט הוגן מול ההגנה על הפרטיות והכבוד של צדדים שלישיים. ככל שלחומר יש רלבנטיות ממשית לבירור האשמה ולהגנת הנאשם, יש למצוא את הדרך בה לא תיפגע, או באם תיפגע הרי שבאופן הפחות ביותר, הזכות לפרטיות של צד שלישי" (שם, בפסקה 28). אשר להכבדה על הרשות הכרוכה בבקשות מן הסוג הנדון קבע בית הדין כי "אין די בשיקולי נוחות מנהלית כדי להצדיק דחיית בקשה למידע שהוא חלק מזכות העיון הציבורית כדי שניתן יהיה לסרב למסור מידע, יש צורך בשיבוש קשה בעבודת הרשות".

7. לאחר מכן בחן בית הדין את הסוגיה בזיקה להוראות חוק חופש המידע, תשנ"ח-1998 (להלן: חוק חופש המידע). בית הדין סקר בהקשר זה את דעות השופטים כפי שבאו לידי ביטוי בפסק דינו של בית המשפט העליון בפרשת סגל (ע"מ 2398/08 מדינת ישראל משרד המשפטים נ' סגל (19.6.2011), להלן: פרשת סגל), ופירט מסקנותיו בהקשר לחוק חופש המידע לפיהן "אין לחייב נאשם לפתוח בהליך לפי חוק חופש המידע כאשר מדובר בהליך פלילי תלוי ועומד. מהותו של ההליך הפלילי מחייבת בירור יעיל ומהיר, ולא עיכובו על מנת לקיים הליכים אחרים מחוץ לתיק הפלילי. יש גם לקחת בחשבון כי האינטרס העומד בפני בית המשפט הוא זכותו של הנאשם להליך הוגן, שהוא בעל משקל הרה גורל לנאשם, בשונה מהאינטרס הציבורי בהליך לפי חוק חופש המידע".



8. בבואו ליישם את העקרונות כפי שעמד עליהם בנסיבותיהם הספציפיות של העררים שהונחו לפניו, קבע בית הדין כי הנתונים להם עתרו הנאשמות הם "**חומר חקירה במובנו הרחב, וזאת בשל העובדות הלכאוריות שהניחו בפני בית הדין**" (ההדגשה שלי, ר.ר.). בית הדין ציין כי בעניינה של גב' ברק "**הובא בסיס לכאורי רחב ומבוסס הרבה יותר מאשר בעניינה של גב' עמית**" וכי "**חלק מהמידע שהתבקש בעניין גב' עמית נמסר מרצון כבר בתיק של גב' ברק והיווה חלק ממסד הנתונים של הבקשה שם**". על כן הבהיר בית הדין כי בחן את השאלה כפי שהוצבה לפניו "**על בסיס המידע המצטבר שהניחו שתי הנאשמות בבית הדין האזורי**" (שם, בפסקה 33). בהמשך לכך, ובקשר לבקשת גב' עמית לגילוי מדיניות האכיפה בכל הקשור להעסקת עובדים זרים במשק בית קבע בית הדין, כי הרשות מחויבת בפרסום ובגילוי ההנחיות הקיימות אצלה בכל הקשור למדיניות הגשת כתבי אישום. לפי קביעת בית הדין, "**מדיניות האכיפה היא חלק מחומר החקירה הרלבנטי להגנת הנאשם, באשר היא משמשת המסד שעליו החליטה התביעה להגיש את כתב האישום**". בהסתמכו על עמדת הנשיא גרוניס בפרשת סגל קבע בית הדין כי לא ראוי שבשלב זה של הדיון תפנה התביעה את הנאשמת לממונה על חוק חופש המידע, באשר בכך יהיה כדי להאריך שלא לצורך את ההליך הפלילי.

בית הדין אישר את החלטת בית הדין האזורי לפיה "**בהעדר הצהרה על מדיניות האכיפה**", לא היה מנוס מלהורות לתביעה למסור את הנתונים בדבר הליכי אכיפה שננקטו ביחס לעבירות של העסקת עובדים זרים במשק בית בשנים 2008 - 2010. **אשר לגב' ברק** - בפתח דבריו בקשר לבקשת גב' ברק ציין בית הדין כי "**כאמור, ההיענות לבקשה לגילוי חומר חקירה הייתה מוצדקת מאחר והבסיס העובדתי הראשוני שהציגה הנאשמת שם כלל כבר מידע שנמסר על ידי התביעה לפי חוק חופש המידע וכן לפי מידע גלוי שנאסף במאגרים רשמיים**" (שם, בפסקה 39, ההדגשה שלי ר.ר.). בית הדין פירט את המידע שקיבלה גב' ברק מן הממונה על תביעות במשרד הפנים כמו גם מן הממונה על חופש המידע במשרד הפנים, וציין כי בבקשתה מושא ההחלטה פירטה גב' ברק את הנתונים שהיו בידיה, על בסיסם התבקש החומר הנוסף, לפי סעיף 74 לחסד"פ. בקשר לכך ציין בית הדין כי: "**משהגענו עד הלום ברור לנו כי יש לבחון את הבקשה באספקלריה של כל המידע שנמסר עד אותו זמן לנאשמת וגם נאסף על ידה באופן עצמאי**". בסוקרו את כלל החומר שהציגה גב' ברק קבע בית הדין כי גב' ברק עמדה "**בנטל הראיה הראשוני להוכיח כי מדובר במסמכים ונתונים הנחוצים לצורך הגנתה**", כי בעזרת הנתונים שהתבקשו היא תנסה לבסס טענתה להגנה מן הצדק, ועל כן הם חלק מחומר החקירה.

9. בית הדין היה סבור כי בנסיבות המקרה אין מדובר בהכבדה מיוחדת על הרשות, ואפילו הייתה כאן הכבדה היא אינה ניכרת. לפי קביעת בית הדין "**מדובר היה ב-60 תיקים. אין ספק שמסירת העתקי כתבי האישום, או מסירת מספרי התיקים על מנת שהצדדים יוכלו לעיין בהם בבית הדין, אינה יוצרת הכבדה על הרשות. גם אם היינו רואים בכך הכבדה, הרי שהיא אינה ניכרת עד כדי כך שתגבר על זכויות הנאשמת להליך הוגן**". אשר לאפשרות פגיעה בצדדים שלישיים ציין בית הדין כי המאשימה רשאית לחסות את שמות הנאשמים, ואף למסור רק את מספרי התיקים בהם הוגשו כתבי האישום. בית הדין העיר כי הבחירה בידי המאשימה מהי הדרך הפחות מכבידה שבה עליה לנקוט באופן שלא תפגע באינטרס של צד שלישי.

10. לסיכום קבע בית הדין כי:

"חומר חקירה הבא בגדר סעיף 74 לחוק, כולל גם כתבי אישום שהוגשו כנגד נאשמים אחרים בעבירות זהות, נתונים סטטיסטיים בדבר אכיפה וכן נהלים בקשר להגשת כתבי



אישום. מסקנה זו הינה פועל יוצא של העובדות הראשוניות שנאספו ממקורות שונים והונחו בפני בית הדין האזורי. על יסוד עובדות אלו, התברר כי המידע המבוקש חיוני להגנת הנאשמות, מסירתו אינה מכבידה במידה ניכרת על הרשות ואין בו כדי לפגוע בצדדים שלישיים.

דברים אלו יפים, גם במקום בו המאשימה אינה מגלה את הנהלים להגשת כתב אישום, שאז נכון להורות לה, למסור את כל המידע הרלבנטי ליישום מדיניות האכיפה."

על כן, **"על בסיס הדיון המשותף בשני התיקים"** מצא בית הדין להורות על דחיית העררים, ועל גילוי מידע לשתי המשיבות, כפי שפורט בבקשת גב' ברק.

ההחלטות מושא העררים

11. כאמור, החלטות בתי הדין האזוריים מושא העררים שלפנינו נסמכות בעיקרו של דבר על הנפסק בפרשת **עמית פריאל**. ואלה הם עיקרי ההחלטות העומדות להכרעתנו במסגרת העררים.

ת"פ 127-09 מדינת ישראל - אלירן דואיב

עיקרי ההליך וההחלטה

12. כנגד המשיב מר אלירן דואיב, שהוא "קבלן כוח אדם", כמשמעו בחוק העסקת עובדים על ידי קבלני כוח אדם, תשנ"ו-1996 (להלן: **חוק קבלני כוח אדם**), הוגש ביום 3.12.2009 כתב אישום, שבו יוחסה לו עבירה של העסקה של עובדת בעבודות ניקיון, ללא רישיון, בניגוד לסעיף 2(א) ו-20(ב) לחוק קבלני כוח אדם. בחודש פברואר 2010 הומצא לבאת כוח המשיב חומר חקירה בצירוף רשימה בה פורט החומר המצורף. ביום 28.11.2011, לאחר שהתקיים דיון הוכחות ראשון הגיש המשיב בקשתו במסגרת סעיף 74 לחסד"פ לחומר חקירה נוסף, בה ביקש את המסמכים שלהלן: א. נהלי משרד התמ"ת והיועץ המשפטי לממשלה הנוגעים למדיניות העמדה לדיון בעבירות לפי סעיף 2(א) ו-20(ב) לחוק העסקת עובדים זרים על ידי קבלני כוח אדם, תשנ"ו-1996, לרבות הנהלים שקדמו ליום 13.12.2006 (מועד העברת הסמכות להגשת כתבי אישום למשרד התמ"ת).

ב. כל ההחלטות שלא להעמיד לדיון חשודים בביצוע עבירות לפי סעיפי החוק הנ"ל.

ג. כל הכרעות הדיון וגזרי הדין בהליכים בהם הואשמו נאשמים בעבירות לפי סעיפי החוק.

בשלב ראשון נדחתה בקשתו של המשיב על ידי בית הדין האזורי. על ההחלטה הוגש ערעור לבית דין זה, שהחזיר את הבקשה לבית הדין האזורי על מנת שיקיים דיון בבקשה במעמד הצדדים. יצוין כי בין לבין, הגישה באת כוח המשיב בקשה לקבלת מידע לפי חוק חופש המידע. מתשובת הממונה לפי חוק חופש המידע מיום 9.4.2013 עלה, כי בתקופה שמיום 1.1.2010 ועד ליום 9.4.2013, הוגשו 27 כתבי אישום בגין עבירות לפי חוק קבלני כוח אדם.

13. בית הדין האזורי דחה בהחלטתו את טענת השיהוי שטענה המדינה, ובהסתמכו על הנפסק בפרשת **עמית פריאל**, קיבל את הבקשה. בית הדין ציין כי זכותו של הנאשם לעיון בחומר החקירה שבידי המדינה מעוגנת בסעיף 74(א) לחסד"פ, וכי היקף הזכות הורחב בפסיקת בית הדין הארצי, כש"מבחן העל" הוא מבחן הרלוונטיות. ההכרעה תיעשה באופן פרטני, ותיבחן על פי תכליתה של הוראת סעיף 74 לחסד"פ, שהיא קיום זכותו של הנאשם למשפט הוגן. צוין כי בפרשת **עמית פריאל** נקבע כי היקף חומר חקירה כולל כתבי אישום שהוגשו כנגד אחרים בגין אותן עבירות, כמו גם מידע סטטיסטי בדבר הליכי אכיפה. כמו כן, ובהתייחס לטענה בדבר פגיעה בפרטיותם של צדדי ג' כטענת המאשימה, קבע בית הדין, כי **"האיזון הראוי בין זכותו של הנאשם למשפט הוגן לבין זכות הפרטיות הוא שדי באפשרות סבירה כי בחומר מצוי מידע העשוי לסייע לנאשם בהגנתו כדי להורות על גילוי של החומר"**. בית הדין הוסיף עוד ודחה את טענת המאשימה בדבר "הכבדה



ניכרת" על רשויות המדינה בגילוי המבוקש. בית הדין ציין כי בפרשת **עמית פריאל** השתרע הגילוי עליו הורה בית הדין על היקף רחב יותר של חומר מכפי שהתבקש בעניינו. בית הדין הבהיר כי בקביעותיו הוא נסמך על פרשת **עמית פריאל** בו קבע בית הדין הארצי כי **"אין לחייב נאשם לפתוח בהליך לפי חוק חופש המידע כאשר מדובר בהליך פלילי תלוי ועומד, וזאת כדי שלא לעכב את ההליך"**. על כן הורה בית הדין האזורי למאשימה להעביר לידי המשיב את המידע המבוקש, בתוך 30 ימים ממועד קבלת ההחלטה.

עפ"א 43130-02-14 מדינת ישראל - אל זיו תשתיות ופיתוח בע"מ, וגיל בן עזיז

עיקרי ההליך וההחלטה

14. נגד המשיבה אל זיו תעשיות ופיתוח בע"מ (להלן: **חברת אל זיו או החברה**), הוגש כתב אישום בגין העסקת 6 עובדים זרים שלא על פי היתר כדן לפי סעיף 2(א) לחוק עובדים זרים, תשנ"א-1991. כמו כן, ובהתייחס לאחד העובדים, הואשמה החברה בעבירה של העסקת עובד זר ללא הסדרת ביטוח רפואי עבורו, בניגוד להוראת סעיף 2(ב)(3) לחוק עובדים זרים. המשיב גיל בן עזיז הואשם באחריות נושא משרה לפי סעיף 5 לחוק עובדים זרים, בהקשר לעבירות שביצעה החברה. כתב האישום הוגש כנגד הנאשמים לאחר שהתקבלה בקשתה של החברה להישפט. יצוין כי לפי העולה מן התיק, לחברת אל זיו חוזה התקשרות כקבלן משנה, עם חברת סולל בונה, לביצוע עבודה באתר שבו הועסקו העובדים מושא כתב האישום. הדיון בבקשת המשיב 1 לקבלת חומר חקירה נדונה לפני השופטת אסנת רובוביץ'-ברכש שלפניה מתברר גם ההליך העיקרי.

15. בקשתם של המשיבים לקבלת חומר חקירה לפי סעיף 74 לחסד"פ שהוגשה לאחר שהחלה פרשת ההוכחות בבית הדין האזורי, התקבלה על ידי בית הדין האזורי אך בחלקה, וזאת בנוגע ל"**הליכי האכיפה, במישור הפלילי והמנהלי, אשר ננקטו נגד קבלני משנה נוספים, להם היתה מערכת חוזית דומה לזו של הנאשמת 1 עם שלוש החברות** (חברת "סולל בונה", חברת "דרך ארץ" וחברת "דניה סיבוס", ר.ר.) **ואשר עסקו אף הם בעבודות שונות הנוגעות לפרויקט בניה נושא כתב האישום במועד הרלוונטי**" (להלן: **חומר חקירה בעניין קבלני המשנה**). יובהר כי חומר החקירה בעניין קבלני משנה התבקש על ידי המשיבים לצורך ביסוס טענתם בדבר אכיפה בררנית שנוקטת המאשימה מול קבלני משנה אחרים, שהתקשרו אף הם עם סולל בונה, בהסכם דוגמת ההסכם שבו התקשרה חברת אל זיו עם סולל בונה.

16. בפתח החלטתו דחה בית הדין האזורי את בקשת המשיבה להעביר את הדיון בבקשה לשופט אחר. השופטת רובוביץ' ברכש לפנייה נדונה הבקשה כמו גם ההליך העיקרי ציינה בהחלטתה לעניין זה, כי כעולה מהוראת סעיף 74(ג) לחסד"פ אין חובה להעביר את הדיון בבקשה לידי שופט אחר שאינו דן באישום. השופטת ציינה כי כבר החלה שמיעת הראיות בתיק ולא יהא זה יעיל להעביר את הדיון בבקשה לשופט אחר. בהמשך, דחה בית הדין חלק מן הבקשה. חלק זה בהחלטה אינו עומד לפנינו לדיון בערעור ועל כן לא נרחיב בו דברים. בקשר לבקשת המשיבים לקבלת חומר חקירה בעניין קבלני המשנה, הפנה בית הדין האזורי אל פסיקת בית הדין בפרשת **עמית פריאל** לפיה מדיניות האכיפה היא חלק מחומר החקירה הרלוונטי והחיוני להגנת הנאשם, וכי **"כתבי אישום שהוגשו נגד נאשמים אחרים בעבירות זהות וכן נתונים סטטיסטיים בדבר אכיפה ונהלים בקשת להגשת כתבי אישום - מהווים אף הם חומר חקירה"**. בית הדין האזורי הוסיף עוד וציין כי **"נוסחת האיזון תהיה קיומה של אפשרות סבירה שיהא בחומר כדי לסייע בהגנת הנאשם"** וכי לגבי מידת ההכבדה על הרשות, יש לבחון אם מדובר בהכבדה ניכרת. נוסף על כך הפנה בית הדין האזורי



לקביעה בפרשת עמית פריאל, לפיה "אין לחייב נאשם לפתוח בהליך לפני חוק חופש מידע כאשר עסקינן בהליך פלילי תלוי ועומד, וזאת על מנת שלא לעכבו".

בהתייחס לטענת המשיבים בדבר אכיפה בררנית מול קבלני משנה נוספים ציין בית הדין האזורי בהחלטתו כי "לכאורה, ככל שיתברר כי קבלני משנה נוספים מעסיקים אף הם עובדים זרים שלא כדין ואין נוקטים בהליכים מנהליים ופליליים נגדם - אזי יש מקום לבחון את טענת הנאשמים בדבר אכיפה בררנית". בית הדין דחה את טענת המדינה בדבר היעדר "כל דרך מעשית להמציא לנאשמים את מבוקשם בלא להשבית את פעילות רשות האוכלוסין וההגירה שכן הדבר מחייב בחינה פרטנית של אלפי תיקים ויותר", והפנה לעניין זה לכך שאין די בשיקולי נוחות מנהלית כדי להצדיק דחיית בקשה למידע, וכי ניתן לסרב למסור מידע רק כאשר יש במסירתו כדי ליצור שיבוש קשה בעבודת הרשות. על כן קבע בית הדין האזורי כי "יש לאזן בין זכות הנאשמים לקבל מידע בדבר מדיניות אכיפה לבין מידת ההכבדה על הרשות". מן הבחינה האופרטיבית הורה בית הדין למדינה "להמציא את המידע בנוגע להליכי האכיפה שנקטו נגד קבלי משנה שלהם היתה מערכת חוזית דומה לזו של הנאשמת 1, אולם זאת רק בגין עבירות שבוצעו בשנת 2003". בית הדין האזורי הורה למדינה לדווח, בתוך 10 ימים ממועד מתן ההחלטה "כמה תיקי חקירה נפתחו בשנת 2003 נגד קבלני משנה בנושא העסקת עובדים זרים שלא כדין בענף הבניה; נגד כמה קבלני משנה הוטלו קנסות מנהליים בגין עבירות אלו שבוצעו בשנת 2003 ונגד כמה קבלני משנה הוגשו כתבי אישום בגין עבירות אלו שבוצעו בשנת 2003".

העררים

עיקר טענות המדינה בעררים

17. בעיקרו של דבר, טענת המדינה היא, כי בקשה לקבלת מידע לצורך ביסוסה של טענה לאכיפה בררנית פסולה אינה צריכה להתברר במסגרת סעיף 74 לחסד"פ. סעיף זה מקים לנאשם זכות עיון בכל חומר החקירה "הנוגע לאישום" נגדו, ונדון ככלל על ידי השופט שאינו דן בתיק העיקרי. ככלל, סעיף 74 לחסד"פ לא נועד ליתן זכות עיון במידע מתיקי חקירה אחרים נגד נאשמים אחרים. לדעת המדינה, מקומה של בקשה לקבלת מידע כאמור להתברר במסגרת טענה של "הגנה מן הצדק", לפי סעיף 149(10) לחסד"פ, בפני בית המשפט הדן בהליך העיקרי. במסגרת זו נתונה לבית המשפט הסמכות לפי סעיף 108 לחסד"פ להורות למאשימה להמציא מסמכים כאלה ואחרים במסגרת תשובתה לטענת הגנה מן הצדק.

לטענת המדינה, עמדתה זו מתחייבת מניתוחו של כל אחד משני ההליכים המשפטיים, הליך לפי סעיף 74 לחסד"פ בעניין עיון בחומר חקירה מזה, והליך לפי סעיף 149 לחסד"פ בעניין טענה לאכיפה בררנית פסולה מזה, והמסקנה אך מתחזקת משילוב ניתוחם של שני ההליכים.

אשר לסעיף 74 לחוק, לשון הוראת החוק מלמדת שיש לאפשר לנאשם עיון בחומר רלוונטי "הנוגע לאישום". מסמכים שנאספו ונרשמו לצרכי תיקים אחרים הם חיצוניים לאישום. מידע מתיקים אחרים נגד נאשמים אחרים שבינם לבין הנאשם אין אלא דמיון במעשה, הוא חיצוני לאישום, ולכן אינו יכול להיכנס בגדר חומר חקירה "הנוגע לאישום". לא רק לשון החוק מלמדת על הפירוש שיש ליתן למונח חומר חקירה אלא גם אופן יישום הוראתו. לעניין זה מפנה המדינה לחובה המוטלת עליה מיד עם הגשת כתב אישום להעמיד לעיון הנאשם כל חומר חקירה הנוגע לאישום. אלא שאם החומר המבוקש יסווג כחומר חקירה, לתביעה אין שום אפשרות למילוי החובה, שכן היא אינה יודעת, ואין לה כל אפשרות לדעת אם עתידה להיטען טענה של אכיפה בררנית אם לאו, ואם תיטען, מה יהיה טיבה. ממילא אין התביעה יכולה



בשלב זה לאסוף חומרים לצורך מתן מענה לטענה. המדינה מאשרת כי יכול להיווצר מצב שבו עקב טענה שיעלה הנאשם, יתברר כי לא נאסף מלוא החומר, כגון: טענה של הגנה עצמית, אלא שבמקרה כזה מוטלת הייתה מלכתחילה חובה על התביעה לחקור ולאסוף חומר בנושא, שלא כמו במקרה של טענה בדבר אכיפה בררנית.

אשר לטענה בדבר אכיפה בררנית פסולה: המדינה מפנה ראשית לחזקה בדבר תקינות פעילותה של הרשות המנהלית, ובהמשך לכך, לנטיית הפסיקה למעט בהתערבות בהחלטות רשויות התביעה בדבר העמדה לדין. על הטוען לאכיפה בררנית פסולה מוטל נטל לא פשוט להוכיח טענתו, והטענה תתקבל במקרים חריגים בלבד. לטענת המדינה, ככל שאין בידי הטוען לאכיפה בררנית ולו ראשית ראיה לכך, ראוי שבית המשפט ידחה את הטענה והתביעה תעמוד בחזקתה, והמשפט ימשיך לבירור האשמה. חיוב התביעה למסור מידע בקשר להעמדה או אי העמדה לדין בתיקים אחרים בכל פעם שעולה טענה של אכיפה בררנית, ללא כל בסיס ראיתי ולו ראשוני, משמעו העברת נטל ההוכחה המוטל על ההגנה אל כתפי התביעה, וסתירה של חזקת תקינות המעשה המנהלי. כל עוד לא הציג נאשם תשתית ראיתית ראשונית לביסוס הטענה לאכיפה בררנית פסולה, לא קמה לו זכות במסגרת ההליך הפלילי לקבל מידע מתיקים אחרים כדי לנסות ולבסס טענה זו. בקשתו למידע כזה ראוי להיתפס כמסע "דיג" פסול מעיקרו. הדיון באשר לבסיס הראיתי לטענה צריך להיערך בפני המותב הדן בתיק העיקרי. שאחרת, הדיון בבקשה לעניין החומר העשוי לבסס את הטענה נערך בנפרד מן הדיון בטענה עצמה.

המדינה מדגישה בטיעוניה כי בהליך לפי סעיף 74 לחסד"פ לא מובאות ראיות ואף לא ראשית ראיה. בהליך זה בוחן בית המשפט אם התביעה מילאה אחר חובתה למסור לנאשם את מלוא חומר החקירה עם הגשת כתב האישום נגדו. לטענת המדינה "אם עצם העלאת הטענה של אכיפה בררנית פסולה די בה כשלעצמה כדי לחייב את התביעה למסור חומרים מתיקים אחרים....אזי יש בכך עקיפה ברורה של הכלי המשפטי של טענת הגנה מן הצדק...במקום שבהליך העיקרי היה נטל ההוכחה מוטל על הנאשם, הטילו בית הדין על התביעה...". לטענת המדינה משמעות קביעתו של בית הדין היא כי עם הגשת כתב אישום על כל תובע להצטייד בשתי מערכות של חומרים, האחת לביסוס כתב האישום, והשנייה, לביסוס העובדה שההליך היה תקין. כך יוצא שלסעיף 74 שתי מטרות, האחת "טיהור" התובע מאשמת התנהלות פסולה, והשנייה - בירור אשמתו של הנאשם.

המדינה טוענת כי בית המשפט העליון טרם הכריע בסוגיה, ומכל מקום, ניתן להסיק מפסיקתו בסוגיות דומות כי זו גם עמדתו, וכי מדיניות אכיפה אינה חלק מחומר "חקירה" לפי סעיף 74 לחסד"פ. לטענת המדינה אכן ראוי שבקשות מעין אלה תוכרענה במסגרת ההליך הפלילי, אלא שזאת יש לעשות במסגרת ההליך הנכון בתוך ההליך הפלילי, והוא במסגרת בירור טענת ההגנה מן הצדק על פי הוראת סעיף 149 לחסד"פ על הכללים המיוחדים כפי שנקבעו לבירורה. בקשר למשיב דואיב מפנה המדינה לטענתו לפיה מדיניות האכיפה הסלקטיבית עולה כבר מטיעוני המדינה עצמה. אם אכן כך הם פני הדברים, הרי שבידי המשיב, כדבריו שלו, כבר קיימת ראשית ראיה לטענתו וממילא פתוחה לפניו הדרך לטעון טענותיו במסגרת דיון בסעיף 149 לחסד"פ לפני המותב הדן בתיק העיקרי.

18. במסגרת השלמת טיעוניה בעררים מדגישה המדינה כי אין לגזור ישירות מן הפסיקה בהליך המנהלי על ההליך הפלילי, במיוחד כשהמידע המתבקש מתוך תיקים פליליים אחרים הוא לא אחת מידע שחוק חופש המידע אינו חל עליו. המדינה מדגישה כי מעצם מהותו, "חומר חקירה" הוא חומר שנאסף על ידי רשויות החקירה או שהיה צריך להיאסף על ידם והוא נוגע לאישום. חומר חקירה אינו אמור להיגזר לפי טענות ובקשות מקריות של נאשם פלוני או נאשם אלמוני. כמו כן, הגישה לפיה



זכותו של נאשם לקבל מידע על מדיניות האכיפה של הרשות במסגרת סעיף 74 לחסד"פ על סמך עצם רצונו לבסס טענה של אכיפה בררנית פסול משמעה הלכה למעשה היתר ליציאה ל"מסע דיג", אלא שפסיקתו של בית המשפט העליון דחתה שוב ושוב מתן היתר ל"דיג" מעין זה. עוד טוענת המדינה כי חשש לאכיפה בררנית הוא ענין עובדתי הדורש בירור עובדתי לפני המותב הדין בתיק העיקרי. אין אפוא אפשרות כי השופט הדין בבקשה לפי סעיף 74 לחסד"פ, ידון בקיומו של "חשש לאכיפה בררנית".

עיקר טענות המשיב בעפ"א 169393-12-13 מדינת ישראל - אלירן דואיב (להלן: עניין אלירן דואיב)

19. לטענת המשיב, המחלוקת בינו לבין המדינה מתמקדת בארבע שאלות שונות, שרק שתי האחרונות שבהן עשויות להצריך הכרעה בערעור.

השאלה הראשונה היא באשר לעצם זכותו המהותית של נאשם לקבל לידי נתונים אודות העמדה לדין בעבירה בה הוא מואשם. לטענת המשיב, שאלה זו כבר הוכרעה בפסיקה עניפה, באופן שנקבע כי נתונה לנאשם זכות כאמור, בכפוף לתנאים שנקבעו בפסיקה, ועל כן אין היא טעונה הכרעה בערר.

השאלה השנייה היא באיזה בית משפט, מנהלי או פלילי יוכל נאשם לקבל מידע זה. בפרשת **סגל ובפרשת ג'ולאני** (ראו על פסקי הדין הללו בהמשך) היה מדובר בהליך מינהלי לפי חוק חופש המידע ונקבע שהנאשם אכן זכאי לקבל את המידע בהליך זה. עם זאת, בשני פסקי הדין הציג בית המשפט העליון באהדה את האפשרות לקבל את המידע במסגרת ההליך הפלילי, שבכך יש כדי לייעל את קבלת המידע לעומת ניהול ההליך על פי חוק חופש המידע. משכך הוכרע, אין צורך להכריע בסוגיה במסגרת הערר.

השאלה השלישית היא באיזה הליך דיוני יכול הנאשם לבקש את המידע שהוא זכאי לו לגבי נתוני העמדה לדין במסגרת הדין הפלילי. האפשרויות העולות הן סעיף 74 או סעיף 108 או שניהם. לטענת המשיב שאלה זו רלוונטית אך ככל שבית דין זה יבקש לפתוח לדין מחודש את פרשת **עמית פריאל**. המשיב סבור כי ניתן לבקש את המידע במסגרת סעיף 74 לחסד"פ, משום שיש לראות את המידע המבוקש כחומר חקירה הדרוש ורלוונטי להגנת הנאשם, ובמיוחד שהחומר נמצא בידי המדינה. חששה של המדינה כי היא תוצף בבקשות לקבלת מידע לגבי נתוני העמדה לדין אם יוגדר חומר כזה כחומר חקירה הוא חשש לא מבוסס, והוא נטען אך בעלמא. הלכה למעשה פונים אך סניגורים מועטים לקבלת מידע מעין זה בהם יש חשש אמיתי לאכיפה בררנית. המשיב מסכים כי ניתן לבקש את החומר האמור בדומה לכל חומר חקירה גם לפי סעיף 108 לחוק, אלא שבכך אין כדי לגרוע מהיקפו של סעיף 74.

השאלה הרביעית היא מהו היקף המידע אותו זכאי המשיב לקבל לגבי נתוני העמדה לדין לפי סעיף 108 לחסד"פ. שאלה זו דורשת הכרעה, והתשובה עליה ברורה מתוך "הלכת סגל". כמות החלטות בענייננו פחותה מזו שהייתה בפרשת **סגל**, שם דובר בהעברה של 1,200 החלטות לנאשם, וזאת במיוחד על רקע דבריו של השופט גרוניס (כתוארו אז) שהביע דעתו כי יש לקבוע כללים דיוניים של היקף גילוי לגבי נאשם במסגרת ההליך הפלילי ולגבי נאשם העותר לפי חוק חופש המידע, ובקשר לעדיפות ההליך הפלילי מבחינת יעילות הדין ואיחוד ההליכים.

20. לטענת המשיב, אין לקבל את עמדת המדינה לפיה ניתן לפנות בבקשת מידע רק לפי סעיף 108. טענה זו שגויה ומנוגדת לתכלית הסעיף. מבחינה מהותית סעיף 74 לחסד"פ יחול על חומר הנוגע לליבת העניין הנדון בהליך הפלילי שאמור להימצא בידי התביעה, בעוד שסעיף 108 יחול על חומר שאינו בליבת העניין ולא מצוי בידי התביעה. כמו כן בקשה לפי סעיף 74 תוגש לפני תחילת שלב



ההוכחות בעוד שבקשה לפי סעיף 108 תוגש לאחר תחילת שלב ההוכחות.

לטענת המשיב, יש לפרש את המונח חומר חקירה פרשנות מרחיבה, כשהמבחן הוא מבחן הרלוונטיות. חומר חקירה כולל גם נתונים על העמדה לדין, כאשר נתונים אלה נדרשים לצורך הוכחת טענת הפליה. מדובר בזכות חוקתית מן המעלה הראשונה. המשיב מוסיף כי ההליך היה מתייגר אם המדינה הייתה מפנימה את פרשת **סגל** ופועלת באופן נמרץ על מנת להסדיר את הנתונים שברשותה במאגרים ממוחשבים, כך שיהיו נגישים לכלל הציבור.

21. עוד טוען המשיב, כי לאור קשיי ההוכחה האינהרנטיים שביסוד טענת האכיפה הסלקטיבית, על בתי המשפט להקל ככל הניתן בדרישות הראשוניות המוטלות על נאשמים לצורך הפרכת חזקת החוקיות, והעברת הנטל על התביעה להראות כי האכיפה תקינה, כמו גם בחובות הגילוי המוטלות על המדינה.

עיקר טענות המשיב בעפ"א 43130-02-14 מדינת ישראל - אל זיו תשתיות ופיתוח בע"מ וגיל בן עזיז (להלן: עניין אל זיו)

22. המשיבים מודיעים בטיעוניהם כי הם מאמצים את טענות הסנגוריה, כפי שנטענו בעניין אלירן דואיב. לטענתם, ככל שהמדינה פועלת תוך אכיפה בררנית עליה לציין זאת, ולהעביר את כל החומר לעיון הנאשמים. חובה זו קמה מכללי הגינות בסיסיים. ברוב המקרים המדינה לא תהיה מחויבת להעביר את המידע, וזאת כאשר היא פועלת מכוח ניהול מסוים או שמדובר בעבירה שבעטיה מוגשים כתבי אישום "למכביר". לא כך כאשר מגישים כתב אישום לראשונה בסוגיה כלשהי. אז ההגינות מחייבת לידע על כך את הנאשמים. ככל שמדובר בטענת סרק ובמסע דיג, כך יותר קל למדינה להביא ראיות ולסכל בקשות סרק. המנגנון המוצע על ידי המדינה מעניק פרס למדינה בגין אי סדר ומטיל את מחדליה על נאשמים.

לטענת המשיבים, אין להידרש להליך לפי חוק חופש המידע וגם לא לפי סעיף 108 לחסד"פ. מאחר שהחומר מצוי בידי המדינה, וזו נקודת המוצא, צריך לחול סעיף 74 לחוק. סעיף 108 אינו מתאים מאחר שהמצאת המידע על פיו היא באמצעות עדים, אלא שלעדי המאשימה שהוזמנו להעיד אין ידיעה אודות המידע מושא הערר.

בנסיבות המקרה דן המדינה לא הביאה אף לא בדל של ראיה מדוע לא נחקרה סולל בונה ומדוע לא הוגש נגדה כתב אישום. כמו כן, אם האחריות היא על מחזיק המקרקעין, וזהו בדרך כלל הקבלן הראשי, הרי שיש ממש בטענת המשיבים בדבר אכיפה בררנית. בסיכומיהם מוסיפים המשיבים ומצביעים על הטעמים המבססים טענתם בדבר אכיפה בררנית כלפיהם, כמו גם על פגמים שנפלו בהליך שננקט כלפיהם, שגם הם מבססים טענת הגנה מן הצדק.

עד כאן עיקרי טענות הצדדים בשני הערים.

דין והכרעה

פתח דבר

23. מהו המקור הנורמטיבי ומהי המסגרת הדיונית, לקיום הדיון בבקשות מושא דיונו, ובבקשות דומות, בהן מתבקשים נתונים מספריים, סטטיסטיקות, כללים והנחיות בדבר העמדה לדין, והכל לצורך ביסוסה של טענה בדבר אכיפה בררנית, הנטענת כ"הגנה מן הצדק" מפיו של הנאשם בפלילים? דומה כי אין מחלוקת באשר לעצם האפשרות הקיימת לעיגון של בקשות לנתונים מעין אלה, בהוראותיו של חוק חופש המידע, בכפוף לכללים והסייגים הקבועים בו. כך גם נעשה בפועל, לרבות בפרשת **עמית פריאל**, בפרשת **סגל** שהוזכרה, בעניין דואיב מושא החלטה זו, ובפרשת **ג'ולאני** עליו



עוד נעמוד בפירוט בהמשך (עע"ם 1786/12 **אברהים ג'ולאני נ' מדינת ישראל המשרד לביטחון פנים** (20.11.2013), להלן: **פרשת ג'ולאני**). מכל מקום, ככל שקיימים חילוקי דעות באשר להיקף הגילוי מכוח הוראותיו של חוק חופש המידע, נושא זה אינו חלק מן השאלות העומדות להכרעתנו. דומה שאף אין מחלוקת בדבר עצם האפשרות הקיימת לבקש נתונים כאמור במסגרת ההליך הפלילי, לצידו של ההליך המנהלי לפי חוק חופש המידע. **המחלוקת כפי שהיא באה לידי ביטוי בעררים שלפנינו היא בדבר "האכסניה" המתאימה לבירורן של בקשות כאמור, בתוך תחומי ההליך הפלילי, וכפועל יוצא מכך הכללים על פיהם תתברר הבקשה. מהי הוראת החוק עליה תתבסס הבקשה מן הבחינה הנורמטיבית: האם הוראת סעיף 74 לחסד"פ שעניינו גילוי "חומר חקירה", על כל המשתמע מכך באשר למהותו של "חומר חקירה", לסדרי הדיון, וההלכות המשפטיות כפי שגובשו ביחס להוראה זו, או שמא מקומה להתברר לפני המותב הדן בטענת האכיפה הבררנית, לביסוס טענת הגנה מן הצדק, שאז, ככל שיש מקום ליתן צו להמצאת הנתונים, הוראת החוק הרלוונטית להסתמך עליה היא הוראת סעיף 108 לחסד"פ? זו השאלה העומדת להכרעתנו בהליך זה, ובה טרחו הצדדים ופרשו לפנינו משנתם בהעמקה ובהרחבה יתירה, זה בכה וזה בכה. ויודגש כבר כאן, כי בית המשפט העליון טרם אמר את דברו, ולא הכריע בשאלה זו. לא זואף זו, עוד נראה בהמשך דברינו כי לאמיתו של דבר, אף בהחלטת בית דין זה בפרשת **עמית פריאל** אין למצוא הכרעה חד משמעית בסוגיה כפי שסבורים המשיבים, ולפחות דומה שיש צורך בהבהרתה ובחידוד קביעותיה.**

נקדים אחרית לראשית ונאמר, **בכל הקשור למסגרת ההליך הפלילי**, כי המקור הנורמטיבי לבירור בקשות כאמור, לצורך ביסוס טענה בדבר אכיפה בררנית, נמצא לטעמנו בתוך תחומי הדיון בטענה בדבר אכיפה בררנית ולא מחוצה לו. זכותו של נאשם לקבל נתונים להוכחת טענה כאמור תקום לו על פי הכללים כפי שגובשו בפסיקה לעניין הוכחת טענת אכיפה בררנית, ולעניין זה מקובלת עלינו טענת המדינה, כי הנתונים אודות היקף הגשתם של כתבי אישום והנחיות בדבר מדיניות אכיפה אינם באים בגדר "חומר חקירה" כמשמעו בסעיף 74 לחסד"פ. עם זאת, נוכח מהותו של המידע המבוקש שמעצם טיבו אינו מצוי בידי הפרט, אנו סבורים כי על בית המשפט להקפיד שלא "להחמיר" עם הנאשם בעניין רמת ההוכחה הלכאורית הראשונית הנדרשת ממנו בשלב הראשון של בירור טענתו לאכיפה בררנית, כפי שיפורט להלן.

מסקנתנו כאמור נסמכת על אופיים ומהותם של ההליכים השונים, עליהם נעמוד בהמשך. כך נעשה תוך הפנייה לעיקרים מן הפסיקה בקשר להוראת סעיף 74 לחסד"פ מחד, ולעקרונות מנחים מן ההלכה הפסוקה לדיון בטענה בדבר אכיפה בררנית המועלית במסגרת טענה ל"הגנה מן הצדק" מאידך. ברקע הדברים יעמדו לנגד עינינו גם הוראות חוק חופש המידע, ופסיקתו של בית המשפט העליון בה הועלו שאלות בדבר זיקה בין ההליכים מן התחומים השונים. מתוך כל אלה נצביע על "הסביבה" הנורמטיבית המתאימה לדיון בבקשות מן הסוג שלפנינו. נקדים עוד ונציין כי להשקפתנו, המסקנה אליה הגענו אף מתיישבת במידה לא מבוטלת עם הנפסק בפרשת **עמית פריאל**, והכל כפי שיובהר בהמשך. נעמוד אם כך על מהותם ואופיים של ההסדרים שבחוק לעניין עיון בחומר חקירה מזה, וטענה לאכיפה בררנית מזה.

עיון בחומר חקירה - הוראת סעיף 74 לחסד"פ

24. נמצאנו למדים כי אף שאין חולק על זכותו של נאשם לעיין ולקבל חומרי חקירה, הנושא מעסיק רבות את בתי המשפט על ערכאותיהם השונות, וכי **"נהרות דיו נשפכו בהחלטות שניתנו לגבי סעיף 74"** (בש"פ 8252 **מדינת ישראל נ' ליאל שיינר** (23.1.2014), להלן: **פרשת שיינר**).



בהחלטת השופט יצחק עמית בפרשת **שיינר** שניתנה זה לא מכבר, נמצא סיכום דברים מקיף אודות מהות זכותו של הנאשם על פי הוראת הסעיף, אופייה והיקפה, תוך הפנייה לפסקי דין רבים וחשובים בסוגיה. כך נמצא שם, כי **"זכות הגילוי והעיון נתפסת כחלק מזכות היסוד של הנאשם לפרוס הגנתו בבית המשפט"**, והיא מגלמת בתוכה את **"זכותו של הנאשם למשפט הוגן, זכותו של הנאשם לערוך הגנתו ולהיערך כראוי למשפט, הערך של גילוי האמת, וצמצום פערי הכוחות בין התביעה להגנה"**. כמו כן:

"תכלית הגילוי היא להוציא את האמת לאור, כי אילולא זכות זו, נשללת מהנאשם האפשרות לסתור ראיה או לבחון מהימנות ראיה. באמצעות הגילוי מתאפשר לנאשם לבחון את הראיות שבכוונת התביעה להסתמך עליהן ולהכין הגנתו בהתאם (עניין ברקו בפסקה 21; בג"ץ 5207/04 אפל נ' היועץ המשפטי לממשלה בפסקה 11 (20.5.2010); בש"פ 8683/09 אהרון נ' מדינת ישראל בפסקה 6 (10.11.2009) ...). האפשרות של הנאשם להכיר את חומר הראיות נגדו ולהיערך כראוי למשפט משרת את האינטרס הציבורי של ירידה לחקר האמת כך שבדין יימצא חייב רק מי שאשמתו הוכחה (ע"פ 4765/98 אבו סעדה נ' מדינת ישראל, פ"ד נג (1) 832, 838 (1999); בש"פ 6507/09 קצב נ' מדינת ישראל, פסקה 7 (13.9.2009). ... עוד על הרציונלים שבסיס זכות העיון, ראו חיה זנדברג "על זכות העיון בחומר חקירה" המשפט י 335 (2004))" (שם, בפסקה 11).

25. עוד מלמדת אותנו הפסיקה על הקושי להגדיר למה יחשב "חומר חקירה". נקבע כי השאלה אם חומר מסוים אכן מהווה חומר חקירה, תוכרע **"על פי טיבו של החומר ומידת זיקתו לסוגיות הנדונות בהליך הפלילי אשר במסגרתו הוא מבוקש"** (ראו בפרשת **שיינר** וההפניות שם). בקשר לכך הובהר כי תנאי מקדמי לגילוי ולהעברת חומר חקירה הוא רלוונטיות, שלצורך הכרעה בדבר קיומה יש להידרש למבחני השכל הישר וניסיון החיים - **"מבחנים אלה מדריכים את בית המשפט בשאלה איזה חומר רלבנטי להגנת הנאשם, על מנת להעניק לסניגוריה הזדמנות הוגנת להכין את הגנתה"** (בג"ץ 5274/91 חוזה נ' שר המשטרה, פ"ד מו(1) 724 (1992)). כמו כן נקבע כי **"מנוסח הסעיף ומלשונו ניתן רק ללמוד כי חובת מסירת החומר לעיון הנאשם או סניגורו חלה על חומר חקירה "הנוגע לאישום", לשון אחר מדובר בחומר רלוונטי לאישום"** (בג"ץ 620/02 התובע הצבאי הראשי ואח' נ' בית הדין הצבאי לערעורים ואח' פ"ד נז(4), 625 (2003), להלן: עניין התובע הצבאי). מוסיפה השופטת דורית ביניש ומבהירה שםכי:

"ההנחיה שניתנה בפסיקתנו באשר לזיהוי של "חומר חקירה" שעל התביעה חובה למוסרו לנאשם, הותירה שוליים רחבים גם למקרים שבהם החומר שבמחלוקת אינו קשור במישרין לאישום או לנאשם, והרלוונטיות שלו לאישום היא גבולית. גישה זו מבוססת על הטעם שתכליתה של זכות העיון של הנאשם היא לאפשר לו לממש את הזכות למשפט הוגן וליתן לו הזדמנות מלאה להתגונן מפני האישומים המיוחסים לו. לפיכך יכללו בגדר חומר כזה גם "ראיות השייכות באופן הגיוני לפריפריה של האישום..." (בג"ץ 233/85 אל הוזייל נ' משטרת ישראל (להלן - פרשת אל הוזייל [2]), בעמ' 129; בש"פ 4157/00 נמרודי נ' מדינת ישראל [3], בעמ' 632-633). ככלל, כאשר מדובר בחומר שעל-פי טיבו אינו חומר חקירה במובהק, אך הוא נאסף במהלך החקירה, הרי בהיעדר מניעה עקב פגיעה בזכויותיו של אדם אחר, או פגיעה באינטרס מוגן אחר, יפעל הספק בעניין זה לטובת הנאשם, והחומר יימסר לו" (שם, בעמ' 633).

26. עם זאת הובהר בפסיקה כי **"בית המשפט אינו אמור להביא בחשבון אפשרויות הגנה ערטילאיות שאינן נראות לעין, או כאשר הרלבנטיות של החומר לתביעה היא רחוקה ושולית ; בית המשפט לא יתיר "מסע דיג" בלתי ממוקד אחר חומר, מתוך תקווה ספקולטיבית של ההגנה שמא יימצא באותו חומר סיוע לנאשם"** (ראו בפרשת **שיינר** בפסקה 11, וההפניות שם, ההדגשה שלי ר.ר.).



עוד נקבע, כי "לא כל חומר הנמצא בתיק החקירה הופך להיות מיניה וביה "חומר חקירה", ומנגד, גם חומר שאינו נמצא פיזית בתיק החקירה, אך נמצא בשליטתן ובהישג ידן של רשויות אכיפת החוק, או שצריך להימצא בידי התביעה או הרשות החוקרת יכול וייחשב כ"חומר חקירה" (פרשת שיינר בפסקה 11, וההפניות שם).

עם זאת "האפשרות של התביעה להשיג את החומר המבוקש לא די בה כשלעצמה כדי להכריע כי בחומר חקירה מדובר (עניין מצרי, בעמ' 339) או כי החומר רלבנטי לבירור האשמה (עניין מסראווה). אדרבה, חזקה היא כי רשויות החקירה אספו את כלל החומר הרלבנטי (עניין מסארווה; עניין ברקו, בפסקה 23), כך שאי הימצאות החומר בידי רשויות התביעה והחקירה, מהווה אינדיקציה לכך שעל פני הדברים אין מדובר ב"חומר חקירה" (עניין שרים, פסקה 18; עניין אהרון, בפסקה 7).

27. לא למותר הוא לציין כבר בשלב זה כי גילוי חומר חקירה לנאשם מכוח הוראת סעיף 74 לחוק אינו **מצריך** הצגה של ראיות מצידו לתמיכה בבקשתו. העמדה של דרישה מעין זו לפני הנאשם כתנאי למימוש זכותו במסגרת הליך לפי סעיף 74 לחסד"פ, אינה עולה בקנה אחד עם תכלית הסעיף, המעגנת את זכות היסוד של הנאשם לפרוס הגנתו בבית המשפט.

28. מפסיקת בית המשפט העליון נמצאנו למדים עוד כי שיקולים ששקלו הגורמים המוסמכים בקשר לעצם ההעמדה לדין אינם בגדר "חומר חקירה" כמובנו בסעיף 74 לחסד"פ. כך עולה מפסק הדין בעניין **התובע הצבאי הראשי**, שם עמדה לדיון השאלה בדבר חובת גילוי "חומר חקירה" לפי סעיף זה, בהתייחס לנתונים שנגעו לביקורת השיפוטית על שיקול הדעת של הפרקליט הצבאי הראשי בדבר עצם ההעמדה לדין. וכך נקבע שם לעניין זה:

"טעם זה שכלל בית-הדין הצבאי לערעורים בהחלטתו, נוגע לביקורת השיפוטית על שיקול-הדעת של הפרקליט הצבאי הראשי בהעמדה לדין, אך אין לו כל משמעות לעניין הגנת הנאשם במשפטו. טעם זה מתייחס להליך מסוג אחר, ואין בו כדי להצדיק את הרחבת המושג "חומר חקירה" בסעיף 74(א) לחסד"פ. לא זו בלבד שבדיקת הפולגירף עצמה אינה קבילה כראיה במשפט, הרי שאינה חלק מהתשתית הראייתית שעליה מבוסס האישום, וכל כולה בתחום המצוי מחוץ להליך הפלילי התלוי ועומד" (שם, בפסקה 11).

ברוח זו פסק בית המשפט העליון פה אחד, במותב תלתא, גם בבש"פ 7955/13 פלוני נ' מדינת ישראל (10.4.2014), בהרכב הנשיא אשר גרוניס והשופטים חנן מלצר וצבי זילברטל, להלן: **עניין פלוני**). כאן עמדה לדיון השאלה אם נימוקים להגשת כתב אישום לפי סעיף 14 לחוק הנוער (שפיטה ענישה ודרכי טפול) תשל"א - 1971, הם בגדר חומר חקירה לפי סעיף 74 לחסד"פ. באותו עניין עתר הנאשם, כחלק מבקשתו לביטול האישומים נגדו, להורות לתביעה, במסגרת סעיף 74 לחסד"פ, כי יועברו לידיו מסמכים ובהם הנימוקים להעמדתו לדין. המשיבה טענה שם בין השאר, כי מקומה של הבקשה להתברר במסגרת סעיף 149(10) לחסד"פ, כטענת הגנה מן הצדק. בקשר לכך טענה הסנגוריה הציבורית, בדומה לטענותיה לפנינו, כי **"חשיפת הנימוקים במסגרת הליך של תקיפת ההחלטה על ההעמדה לדין באמצעות טענת "הגנה מן הצדק" הקבועה בסעיף 149(10) לחוק סדר הדין הפלילי ורק לאחר שבית המשפט משתכנע כי העיון בהם דרוש לצורך דיון אפקטיבי בטענה האמורה, כפי שמציעה המשיבה, אינה פתרון מספק. נטען כי ראוי שהנאשמים יקבלו את הנימוקים בשלב מוקדם יותר כך שיוכלו להחליט בצורה מושכלת האם נכון להעלות טענה של הגנה מן הצדק ולבקש כי יבוטל כתב האישום"**.

בפסק הדין מפי השופט זילברטל, נקבע כי:

"נימוקים אלה נוגעים לאישור הגשת כתב האישום ולא לאישום עצמו והם אינם חלק



מהתשתית הראייתית עליה מבוסס כתב האישום. ההנמקה אינה חלק מהחומרים הנאספים במהלך החקירה והיא ניתנת רק לאחר שגורמי התביעה מחליטים שיש מקום להגיש כתב אישום המבוסס על הראיות השונות בתיק. בפסיקה נקבע כי כל ראיה או חומר רלוואנטי לטענות הנאשם מהווה "חומר חקירה" שצריך להימסר לעיונו. ואולם, נימוקי ההעמדה לדין אינם ראיות, אינם נאספים במהלך החקירה, אינם משמשים כבסיס להגשת כתב האישום ונשקלים על-ידי גורם חיצוני לגורמי החקירה ועל-כן לטעמי אינם נמצאים בגדר תחולתו של סעיף 74 לחוק סדר הדין הפלילי" (ההדגשה שלי, ר.ר.).

ובפסקת הסיכום של פסק הדין:

"סעיף 74 לחוק סדר הדין הפלילי לא יכול לשמש כמקור החובה למתן הנמקה כתובה ומפורטת לאישור העמדה לדין לפי סעיף 14 לחוק הנוער ולזכות הנאשם לעיון בה. ... לנאשם עומדת האפשרות להעלות טענת ההגנה מן הצדק ולתקוף במסגרתה את תקינות או סבירות ההחלטה על ההעמדה לדין. אם בגדר בירורה של טענה זו יסבור בית המשפט שיש מקום לקבל את בקשת הנאשם כי היועץ יעלה על הכתב את הנימוקים שעמדו בבסיס החלטתו לפי סעיף 14 לחוק הנוער, הוא מוסמך להורות כן. זאת, באותם מקרים, חריגים מטבעם, בהם לא ימצא די בטיעונים שיושמעו מפי המשיבה, באמצעות נציג היועץ, במענה לטענת הנאשם" (שם, בפסקה 30).

29. הנה כי כן, הפסיקה מתחבטת רבות בשאלות בדבר מהותו של חומר חקירה הנכנס בגדרו של סעיף 74 לחסד"פ, ואף נקבעו "שוליים רחבים" הכוללים גם ראיות מן הפריפריה של האישום, שיחשבו כ"חומר חקירה". עם זאת מן הפסיקה בסוגיה כן עולה בבירור כי **נתונים המתייחסים לאופן הפעלת שיקול הדעת בדבר ההעמדה לדין אינם בגדר חומר חקירה, והם אינם חוסים באותם שוליים רחבים.**

30. כאן המקום להתייחס לפסק הדין **בפרשת סגל**, עליה בין השאר נסמך בית דין זה בפסיקתו בפרשת **עמית פריאל**, ולפרשת **ג'ולאני**, שהיא מאוחרת לפסק הדין בפרשת **עמית פריאל** ועליה, בין השאר, נסמכים המשיבים לביסוס עמדתם. נעמוד איפוא קצרות על הנפסק בהם.

עע"מ 2398/08 מדינת ישראל משרד המשפטים נ' סגל (19.6.2011) - פרשת סגל

31. **בפרשת סגל** העלה המשיב במשפטו טענה של הגנה מן הצדק, לפיה הגשת כתב האישום נגדו נגועה באפליה ונובעת משיקולים זרים. לצורך ביסוס טענתו פנה המשיב למשרד המשפטים בבקשה לפי חוק חופש המידע, בה ביקש לעיין בכל ההחלטות על העמדה לדין ועל אי-העמדה לדין בעבירות המגבילות את חופש הביטוי מאז שנת 1995. בית המשפט העליון נזקק באותו עניין לפירוש הוראת סעיף 8(1) לחוק חופש המידע בדבר משמעותה של "הכבדה בלתי סבירה", שכלל שנגרמת כזו לרשות, אין להורות על גילוי המידע המבוקש. המדינה העלתה שם טענותיה ביחס למסלול הפלילי בכלל, וביחס לטענת הגנה מן הצדק בפרט, תוך שהטעימה כי **"רק לנאשם שהעמיד תשתית ראייתית ראשונית לטענה של 'הגנה מן הצדק', באמצעות חומר המצוי תחת ידו, יש אינטרס מוגבר לקבל מידע אודות תיקים שבידי רשויות התביעה"**, וכי המשיב לא הביא **"ולו ראשית ראיה לטענת ההפליה"**. בקשר לטענה זו קבעה השופטת (כתוארה אז) מרים נאור כי **"הליך זה עניינו בפרשנות חוק חופש המידע"**; כי ההכרעה בטענת הגנה מן הצדק, לרבות בשאלת התשתית הראייתית הדרושה להוכחת הטענה, נתונה להכרעתו של בית משפט השלום במסגרת ההליך הפלילי בעניינו, וכי **"אין מקום 'לעקוף' את הדיון בערכאה הדיונית בשאלת ההגנה מן הצדק באמצעות ערעור לבית משפט זה במסלול המינהלי"** (שם, בפסקה 9). השופטת נאור הוסיפה שם עוד כי לדעתה **"אין מקום להכריע במסגרת הליך זה בשאלה האם יכול היה המשיב לקבל את ההחלטות אותן ביקש במסלול הפלילי, באמצעות סעיף 74 לחוק סדר הדין**



הפלילי (כחומר חקירה) או באמצעות סעיף 108 לחוק סדר הדין הפלילי (בקשה לצו להמצאת מסמכים ומוציאים), בין בכלל, בין לתקופה של 3 שנים ובין לתקופה של 7 שנים". בהפנותה לטענות המדינה והסנגוריה בסוגיה, שהן דומות במהותן לטענות המועלות במסגרת העררים שלפנינו קבעה השופטת נאור כי אין צורך להכריע בטענה זו במסגרת אותו הליך, שכן לדעתה **"חובה על המדינה לחשוף את המידע לתקופה של שלוש שנים במסלול חוק חופש המידע"**. הנשיאה (כתוארה אז) דורית בייניש הצטרפה לדעתה של השופטת נאור, וכך גם השופט (כתוארו אז) אשר גרוניס, שהוסיף, כי הוא מוטרד מן הממשק בין ההליך הפלילי לבין הליך לפי חוק חופש המידע, ומהתנהלות שני ההליכים במקביל, מצב דברים המעכב את בירור ההליך הפלילי באופן שאינו ראוי ואינו יעיל. על כך הוסיף השופט גרוניס דברים אלה:

"עם זאת, אין סיבה שהנאשם יידרש לוותר על טענתו בדבר אכיפה בירנית, אך מן הטעם שאין לעכב את ההליך הפלילי עד להכרעה בהליך לפי החוק. התשובה צריכה להימצא, לטעמי, בקביעה של כללים דומים לעניין היקף הגילוי בין אם מדובר בהליך הפלילי ובין אם מדובר בהליך לפי החוק. זאת, כמובן, לגבי אותם מקרים בהם מדובר בבקשה של נאשם לקבלת מידע. ... בכל מקרה יש להיזהר מאימוץ של כללים שיתנו תמריץ לנאשם להעלות טענה בדבר אכיפה בירנית בלא כל בסיס ורק מתוך מטרה לעכב את התנהלותו של ההליך הפלילי" (שם, בפסקה 4 לחוות דעת גרוניס, ההדגשה שלי ר.ר.).

הנה כי כן בית המשפט העליון בחן בפרשת **סגל** את הסוגיה כפי שהונחה לפניו באספקלריה של חוק חופש המידע, ו**נמנע מלהכריע** בטענות שהועלו לפניו בקשר להליך הפלילי בכלל, ולעניין הבסיס הנורמטיבי בתוך ההליך הפלילי, בפרט.

ע"מ 1786/12 אברהים ג'ולאני נ' מדינת ישראל, המשרד לביטחון פנים (20.11.2013) - פרשת ג'ולאני

32. כנגד המערערים בפרשת **ג'ולאני** הוגש כתב אישום שייחס להם עבירות של **"החזקה בתנאי עבדות"**. המערערים טענו כי יש לזכותם מן האשמה גם מן הטעם שהגשת כתב האישום נגדם הייתה נגועה באכיפה בירנית. לצורך ביסוס טענתם פנו אל המשיבים בבקשה לקבל מידע לפי חוק חופש המידע. כנגד דחיית בקשתם הגישו עתירתם לבית המשפט לעניינים מנהליים, ומשנדחתה העתירה, הגישו ערעורם לבית המשפט העליון. הערעור נדון לפני הרכב השופטים דנציגר, הנדל וברק ארז, שהגיעו למסקנה משותפת בדבר תוצאות הערעור, אך נחלקו בדעותיהם, בכל הקשור לניתוח המשפטי בדרכם לתוצאה המשותפת. לענייננו ראוי להדגיש כי נושא הדיון שם היה, כמו בפרשת **סגל**, היקף הגילוי על פי הוראות חוק חופש המידע. עם זאת נמצא שם התייחסויות מסוימות מפי השופטים לסוגיות מושא דיוננו, ואליהם ראוי שניתן דעתנו כאן. בקשר לכך נפנה ראשונה לחוות דעתה של השופטת דפנה ברק ארז שדעתה היא דעת הרוב, שלצד חוות דעתה המפורטת בקשר להוראות חוק חופש המידע מצאה מקום לייחד דברים לטענת האכיפה הסלקטיבית במסגרת ההליך הפלילי, בציינה, בין השאר, כי **"על-פי פסיקתו של בית משפט זה, לטענה של אכיפה בירנית יש להניח תשתית עובדתית מבוססת" (שם, בפסקה 23 וראו האסמכתאות שם).**

לא נעמוד כאן על הניתוח המשפטי רחב היריעה המובא בפסק הדין בקשר להוראות חוק חופש המידע. נציג אך מקצת הדברים הנוגעים לענייננו, בקשר ל"השקה" בין מערכות הדינים. וכך בין היתר נאמר שם מפי השופטת ברק ארז:

"לא למותר לציין, כי המקרה שבפנינו מעורר בעקיפין את שאלת יחסי הגומלין בין עיון בחומר חקירה לפי סעיף 74 לחוק סדר הדין הפלילי לבין עיון בחומרים שעשויים לסייע לנאשם מחוץ להליך זה, על-פי חוק חופש המידע. שאלה זו נותרה למעשה "פתוחה" במידת מה בעניין סגל שבו הבקשה לגילוי וההליך בעקבותיה נעשו ב"מסלול" של חוק



חופש המידע, כמו גם בענייננו... (שם, בפסקה 37).

ובהמשך:

"לכאורה, נקודות המוצא של סעיף 74 לחוק סדר הדין הפלילי ושל חוק חופש המידע הן שונות בתכלית. בגדרו של סעיף 74 לחוק סדר הדין הפלילי הגדרתם של מסמכים כ"חומר חקירה" היא ההצדקה לגילויים. לעומת זאת, בגדרו של חוק חופש המידע סיווגו של חומר כ"חומר חקירה" מוציא אותו לכאורה מתחום תחולתו של החוק. זאת ועוד, בהקשרו של סעיף 74, ככל שהנאשם מבקש לחרוג ממה שהוא חומר החקירה במובן הצר אל עבר חומרים נוספים שנמצאים בידי המשטרה או בגדר יכולת השגתה עליו להראות כי מדובר בחומרים שיש להם פוטנציאל להשפיע על טענות הגנה אפשריות שלו (ראו: גבריאל הלוי תורת הדין הפלילי כרך ב 541-539 (2011)). לעומת זאת, כאשר מדובר בבקשה על-פי חוק חופש המידע, העובדה שהמבקש זקוק למידע אינה נדרשת לכאורה לשם ביסוס בקשתו. אכן, הבדלים אלה מיטשטשים בחיי המעשה - לפחות באותם מקרים שבהם העיון מתייחס לחומרי חקירה שחוסים תחת החריג של סעיף 14(א)(9) ועל מנת להצדיק את העיון בהם יש להצביע על "אינטרס לגיטימי". הבדל נוסף בין שני ההסדרים מתבטא בזיהויו של בית המשפט שדן בעניין. בבקשה לעיון בחומר חקירה לפי סעיף 74 לחוק סדר הדין הפלילי דן בית המשפט שדן בתיק עצמו (אף כי סעיף 74(ג) לחוק סדר הדין הפלילי קובע כי, ככל האפשר, ייעשה הדבר בידי שופט שאינו דן באישום). לעומת זאת, בבקשה לפי חוק חופש המידע דן בית משפט אחר - בית המשפט המחוזי בשבתו כבית משפט לעניינים מינהליים. בשים לב לכך, חשוב להקפיד שבקשות לעיון על-פי חוק חופש המידע לא תשמשנה בסיס להארכת ההליך הפלילי, בעיקר בשים לב שהן נמצאות מחוץ למסגרת המפקחת של בית המשפט הדין בכתב האישום. יוזכר כי בית משפט זה לא פסל את האפשרות כי ניתן יהיה לקבל מידע לצורך ביסוסה של טענת אכיפה בררנית מכוח סעיף 74 לחוק סדר הדין הפלילי (ראו והשוו: עניין סגל, ...). אכן, דומה שיש טעם בטענה לפיה קיימים יתרונות לכך שבקשות לקבלת מידע לצורך ההליך הפלילי ירוכזו בבית המשפט שדן בכתב האישום (בין אם באמצעות שימוש בסעיף 74 לחוק סדר הדין הפלילי ובין באמצעות שימוש בכלים דיוניים אחרים), ולא יופרדו להליך מנהלי נפרד (השוו גם: בג"ץ 9131/05 ניר עם כהן ירקות אגודה שיתופית חקלאית בע"מ נ' מדינת ישראל - משרד התעשייה המסחר והתעסוקה, [פורסם בנבו] בפסקה 5 (9.2.2006)). מכל מקום, שאלה זו אינה מצריכה הכרעה במקרה דנן, וניתן להותירה לעתיד לבוא" (שם בפסקה 39, ההדגשה שלי, ר.ר.).

וכן:

"שאלת יחסי הגומלין שבין עיון בחומרי חקירה לפי סעיף 74 לחוק סדר הדין הפלילי לבין בקשה לקבלת מידע לפי חוק חופש המידע, היא שאלה הראויה לבירור נוסף. זאת, בשים לב לקושי הטבוע בניהולו של הליך חופש מידע כ"נספח" חיצוני להליך הפלילי ולצידו. עם זאת, אין לשלול על הסף את האפשרות שיהיו מקרים אשר בהם הליך של עתירת חופש מידע יתאים יותר - ככל שמדובר בחומרי חקירה מפרשות שונות לחלוטין, אשר הידרשות אליהן עלולה להסיט את בית המשפט של ההליך העיקרי ממסלולו. על אף האמור, בשונה מחברי, אני סבורה שהדין המלא בשאלה זו אינו צריך ואינו יכול להיעשות בענייננו. הצדדים שבפנינו לא טענו בעניין זה, לא בכתב ולא בעל פה. בפנינו נדון ערעור על פסק דין של בית המשפט המחוזי שניתן בעתירה לגילוי מידע לפי חוק חופש המידע, ורק אליו התייחסו הצדדים. השאלה שהובאה להכרעתנו הייתה האם זכאים המערערים לקבל את המידע בגדר חוק חופש המידע, ולא האם היה מקום לקבלה לו הלכו ב"דרך שלא נבחרה". ... כפי שציינתי לעיל, שאלה נכבדה זו נותרה "פתוחה" בעניין סגל, ואין לנו צורך להכריע בה גם כעת" (שם, בפסקה 43).

33. השופט הנדל בדעת מיעוט הצטרף לתוצאה, כפי שפסקה השופטת ברק ארז, על פי הוראות חוק חופש המידע. עם זאת לפי שיטתו, סעיף 74 לחסד"פ הוא זה שבמסגרתו צריכה הייתה להתברר בקשת המערערים, וזאת בזיקה להנחיית פרקליט המדינה שפרטיה נדונו שם. לפי גישתו של השופט



הנדל: "דרך המלך להשיג על החלטת רשויות התביעה בבקשת עיון מטעם נאשם לפי הנחית פרקליט המדינה הינה לבית המשפט הפלילי אליו הוגש האישום נגדו. הבקשה תידון לפי המסלול המרחיב של סעיף 74, ומבחינה מהותית גם על פי השיקולים בהנחית פרקליט המדינה" (ראו שם בפסקה 11 לחוות דעת השופט הנדל, וראו חוות דעתו של השופט הנדל במלואה).

לדעתה של השופטת ברק ארז, הצטרף השופט דנציגר, תוך שהדגיש כי "נקודת המוצא המהותית, מבלי להקל ראש בעניינים שבסמכות ובפרוצדורה, צריכה להיות גילוי רחב ככל הניתן לטובת מי שיש לו זיקה חזקה לחומר המבוקש, קרי בנסיבות בהן אי חשיפת החומר תביא לקיפוח הגנתו במשפט הפלילי. חובת גילוי רחבה זו נגזרת מכללים ספציפיים עליהם עמדה השופטת ברק-ארז אך בראש ובראשונה ממעמדן של הפרקליטות והמשטרה כזרועותיה הארוכות של המדינה שחבה בחובת הגינות מוגברת בהיותה נאמן הציבור".

34. הנה כי כן לא רק שהשאלה בדבר יחסי הגומלין בין הוראות חוק חופש המידע לבין סעיף 74 לחסד"פ נותרה ללא הכרעה גם בפרשת ג'ולאני, אלא שבפרשת ג'ולאני כלל לא הוזכרה האפשרות של דיון בשאלת גילוי הנתונים המבוקשים לפני המותב הדין באישום הפלילי, במסגרת הדיון בטענת האכיפה הבררנית, כטענה להגנה מן הצדק לפי סעיף 149(10) לחסד"פ. שאז, המצאת המסמכים המבוקשים תהא נסמכת על הוראת סעיף 108 לחסד"פ. עם זאת ואף שהשאלה לא הוכרעה, ראויים הדברים כפי שהשמיע בית המשפט העליון להילקח בחשבון, וכך נעשה בהמשך דברינו.

משעמדנו על הבסיס הנורמטיבי עליו נשענת החלטת בתי הדין האזוריים העררים מושא הדיון, היא הוראת סעיף 74 לחסד"פ, נציג כעת עיקרים מדוקטרינת ההגנה מן הצדק, והאכיפה הבררנית, שלמעשה, על דרכי הוכחתה הדעות כה חלוקות.

דוקטרינת ההגנה מן הצדק והאכיפה הבררנית כללי

35. טענה של אכיפה בררנית נחשבת לאחד הביטויים של טענת ה"הגנה מן הצדק" המוכרת כטענה מקדמית במשפט הפלילי, והיא מעוגנת היום בהוראת סעיף 149(10) לחסד"פ (ראו ע"פ 6328/12 מדינת ישראל נ' פולדי פרץ ואח' (10.9.2013), בפסקה 27 וההפניות שם, להלן: עניין פרץ, וכן בש"פ 7148/12 עז אל דין כנאנה נ' מדינת ישראל (14.10.2012) (להלן: עניין כנאנה, בפסקה 14). ביסוד דוקטרינת ההגנה מן הצדק עומדת התכלית להבטיח הליך פלילי ראוי, צודק והוגן. כך נקבע בשורה ארוכה של פסקי דין, ובהם פסק הדין המנחה בפרשת בורוביץ' אשר קבע כי "בעיקרון עשויה אפוא ההגנה לחול בכל מקרה שבו קיומו של ההליך הפלילי פוגע באופן ממשי בתחושת הצדק וההגינות כפי שזו נתפסת בעיניו של בית-המשפט. מטרת החלטה של ההגנה היא לעשות צדק עם הנאשם, ולא לבוא חשבון עם רשויות האכיפה על מעשיה הנפסדים". עם זאת הובהר שם, כי "לרוב (אם כי לא תמיד) תיחוס הפגיעה בצדקתו ובהגינותו של ההליך הפלילי להתנהגות נפסדת של הרשויות; ובמקרים כאלה אכן מוטל על בית-המשפט לבקר את מהלכיהן. ברם, לא כל מעשה נפסד שעשו הרשויות החוקרת או המאשימה, או רשות מעורבת אחרת, יצדיק את המסקנה שדין האישום להתבטל מטעמי הגנה מן הצדק" (ע"פ 4855/02 מדינת ישראל נ' בורוביץ', פ"ד נט(6), 806-807 (2005), להלן: פרשת בורוביץ'). הוסיף בית המשפט העליון והדגיש שםכי:

"ביטולו של הליך פלילי מטעמי הגנה מן הצדק מהווה ... מהלך קיצוני שבית המשפט



אינו נזקק לו אלא במקרים חריגים ביותר. בדרך כלל יידרש הנאשם להראות, שהתקיים קשר סיבתי בין התנהגות הנפסדת של הרשויות לבין הפגיעה בזכויותיו. ... (שם, בעמ' 807).

בית המשפט העליון הוסיף והתווה בפרשת **בורוביץ'** שלושה שלבים בבחינת החלטה של טענת הגנה מן הצדק, ואלה הם:

"בשלב ראשון על בית-המשפט לזהות את הפגמים שנפלו בהליכים שננקטו בעניינו של הנאשם ולעמוד על עוצמתם, וזאת במנותק משאלת אשמתו או חפותו. בשלב השני על בית המשפט לבחון אם בקיומו של ההליך הפלילי חרף הפגמים יש משום פגיעה חריפה בתחושת הצדק וההגינות. בשלב זה, נדרש בית-המשפט לאזן בין האינטרסים השונים, שהעיקריים שבהם פורטו לעיל, תוך שהוא נותן דעתו לנסיבותיו הקונקרטיות של ההליך שבפניו..." בתוך כך עשוי בית-המשפט לייחס משקל, בין היתר, לחומרת העבירה המיוחסת לנאשם; לעוצמת הראיות (הלכאוריות או המוכחות) המבססות את אשמתו; לנסיבותיהם האישיות של הנאשם ושל קורבן העבירה; למידת הפגיעה ביכולתו של הנאשם להתגונן; לחומרת הפגיעה בזכויות הנאשם ולנסיבות שהביאו לגרימתה; למידת האשם הרובץ על כתפי הרשות שפגעה בהליך או בנאשם, וכן לשאלה אם הרשות פעלה בזדון או בתום-לב. ברי כי בגיבוש האיזון בין השיקולים הנגדיים ייחס בית-המשפט לכל אחד מהשיקולים את המשקל היחסי הראוי לו בנסיבותיו הקונקרטיות של המקרה הנתון" (שם, בעמ' 807).

36. עוד צוין כי דוקטרינת ההגנה מן הצדק עשויה לחול גם על מקרה בו שוכנע בית המשפט כי ההחלטה להגיש כתב אישום חרגה ממתחם הסבירות. במקרה מעין זה, בחינת סבירות שיקול הדעת "עשויה להקיף גם את השאלה אם בנסיבות העניין הנתון יש בהגשת כתב-האישום כדי לפגוע באופן חריף בתחושת הצדק וההגינות. לכאורה הרי זה מבחן רחב וגמיש. אין תימה - ואפשר שדווקא משום כך - הפעלתו הלכה למעשה, היאה למקרים יוצאי-דופן, מחייבת זהירות רבה" (שם, בעמ' 808, וראו עוד לעניין הגנה מן הצדק פסק הדין המקיף של בית המשפט העליון מן הזמן האחרון **בעניין פרץ** מפי השופט עוזי פוגלמן, וכן סקירה מפורטת של התפתחות ההלכה בפסק דינו של בית דין זה מפי השופטת לאה גליקסמן ע"פ (ארצי) 14/07 **מדינת ישראל - הום סנטרס ואח** (22.11.2007) להלן: **עניין הום סנטרס**, וכן ע"פ (ארצי) 43/10 **אלוניאל בע"מ נ' מדינת ישראל** (24.1.2013)).

37. אכיפה בררנית שהיא כאמור אחד הביטויים של טענת ההגנה מן הצדק היא "אכיפת הדין נגד אדם אחד והימנעות מאכיפתו נגד אחרים - כאשר מדובר במקרים דומים", והיא יכולה לבוא לידי ביטוי בשני אופנים: "הראשון, החלטה להעמיד לדין רק חלק מן המעורבים בפרשה נדונה; השני, החלטה להעמיד לדין בשעה שבפרשות אחרות שעניינן דומה לא הוגשו כתבי אישום". המשותף לשניהם הוא כי "סמכות האכיפה הופעלה נגד אחד ולא נגד אחרים, ללא כל טעם טוב להבחנה ביניהם" (ראו **בעניין פרץ** בפסקה 23, וראו שם הדין רחב היריעה בנושא האכיפה הבררנית). אכיפה חלקית תחשב לאכיפה בררנית, וככזו, לאכיפה פסולה, באותם מקרים בהם ימצא שהיא פוגעת בשוויון "במובן זה שהיא מבדילה לצורך אכיפה בין בני אדם דומים או בין מצבים דומים לשם השגת מטרה פסולה, או על יסוד שיקול זר, או מתוך שרירות גרידא. דוגמה מובהקת לאכיפה בררנית היא, בדרך כלל, החלטה לאכוף חוק כנגד פלוני ולא לאכוף את החוק כנגד פלמוני, על בסיס שיקולים של דת, לאום או מין, או מתוך יחס של עוינות אישית או יריבות פוליטית כנגד פלוני" (בג"צ 6396/96 **זקין נ' ראש עיריית באר שבע ואח'**; פ"ד נג(3) 289, 304-305 (1999), להלן: **עניין זקין**; וכן ראו: ע"פ 7014/06 **מדינת ישראל נ' לימור** (4.9.2007), בפסקאות 60-61; **עניין פרץ**). עם זאת בפסק הדין המנחה **בעניין זקין** מפי השופט עמוד 19



יצחק זמיר, לא פסל בית המשפט העליון את האפשרות כי ההכרעה בשאלת קיומה של אכיפה בררנית תסתמך, במקרים המתאימים, גם על חריגת רשויות התביעה ממתחם הסבירות. כך לפי קביעת בית המשפט העליון מתבקש "**מאופי הביקורת השיפוטית שמפעיל בית-המשפט לגבי החלטת התביעה להגיש כתב-אישום..**" (עניין זקין בעמ' 815-814, ובעניין פרץ בפסקה 23). בפסק דינו בעניין פרץ מדגיש בית המשפט העליון כי הבעיה באכיפה בררנית איננה בכך שהיא חלקית "**אלא בפגמים הקשורים בהפעלת שיקול הדעת של רשויות האכיפה**" (שם, בפסקה 29). כך נמצא שכללים מתוך המשפט המינהלי באים בגדרו של המשפט הפלילי, שכן "**דרך המלך להעלאת טענות נגד פגמים שנפלו בהגשת כתב אישום (ובגדרם גם טענה לאכיפה בררנית) הינה במסגרת ההליך הפלילי**" (בג"ץ 9131/05 ניר עם כהן ירקות אגודה שיתופית חקלאית בע"מ נ' מדינת ישראל - משרד התעשייה המסחר והתעסוקה (6.2.2006), פסקאות 4-5, עניין פרץ בפסקה 30, וראו שם אתהדיון הרב החשיבות בדבר ההשקפה בין כללים מתחום המשפט המנהלי בדבר ביקורת שיפוטית על החלטות רשויות המינהל, לעקרונות מתחום המשפט הפלילי, כפי שנמצא בבירור טענה לאכיפה בררנית, וכן ראו מאמרם של ז. סגל וא. זמיר "הגנות מן הצדק כיסוד לביטול האישום - על קו התפר בין המשפט הפלילי למשפט הציבורי" הפרקליט מז, 42 (2003)).

38. כאן המקום להדגיש כי גם לרשות המנהלית שבידה מופקדת הסמכות להגיש כתבי אישום כמו לכל רשות מינהלית אחרת, עומדת חזקת התקינות המינהלית, לפיה היא מוחזקת כמי שפעלה כדין בהגישה את כתב האישום, וזאת כל עוד לא הוכח אחרת. על הטוען אחרת, הוא הנאשם שבפיו טענה לאכיפה בררנית, מוטל הנטל לנסות ולסתור את החזקה "**ולהוכיח כי בוצעה לכאורה הבחנה לא ראויה בין מי שנתוניהם הרלוונטיים שווים. משעה שהוצג בסיס ראייתי כאמור, מתערערת חזקת התקינות והנטל יעבור אל כתפי הרשות המינהלית, אשר תתבקש להוכיח כי האכיפה - אף שהיא נחזית בררנית על-פני הדברים - התבססה על שיקולים ענייניים בלבד, שיש להם משקל מספיק כדי לבסס עליהם את החלטתה**" (עניין פרץ בפסקה 38, ההדגשה שלי ר.ר.); וראו עניין זקין בעמ' 308; ע"פ 3215/07 פלוני נ' מדינת ישראל (4.8.2008), בפסקה 37). ככל שימצא המותב הדן בטענה בדבר אכיפה בררנית כי די בתשתית הראייתית הלכאורית הראשונית שהניח הנאשם לפניו כדי להעביר את הנטל משכמו אל שכם התביעה כאמור לעיל, ובמסגרת תשובת המאשימה, יוכל בית המשפט להשתמש בסמכות כפי שהיא נתונה לו בסעיף 108 לחסד"פ ולהורות על הגשת נתונים ומסמכים, והכל בהתאם לנסיבות המקרה כפי שנפרשו לפניו. לשלמות התמונה נביא את הוראת סעיף 108 לחסד"פ כלשונו, והוא קובע כך:

"בית המשפט רשאי, לבקשת בעל דין או מיזמת בית המשפט, לצוות על עד שהוזמן או על כל אדם אחר להמציא לבית המשפט במועד שיקבע בהזמנה או בצו, אותם מסמכים הנמצאים ברשותו ושפורטו בהזמנה או בצו."

39. יודגש כידרך בירור טענת האכיפה הבררנית, המחייבת כאמור הצגת בסיס ראייתי ראשוני מטעמו של הנאשם לסתירת תקינות המעשה המינהלי, מחייבת את בית המשפט להיכנס **כבר בשלב הראשון לבדיקה פרטנית של חומר הראיות שלפניו**. זאת לפחות על מנת להשתכנע שהנאשם נמנה עם קבוצת השוויון הרלוונטית שעליה הוא מצביע בטענתו לאכיפה בררנית. עמדה על כך השופטת ברק ארז בעניין כנאנה, בו עלתה לבירור השאלה אם ניתן להיזקק לטענה בדבר אכיפה בררנית בשלב הדיון במעצר עד תום ההליכים. בהיזקקה להיבטים מהותיים העומדים ביסוד הטענה לאכיפה בררנית ואופי בירורה, קבעה השופטת ברק ארז כי אין מקום לבירור הטענה במסגרת דיון במעצר



עד תום ההליכים. מתוך הדברים שם יפים לענייננו, ובשינויים המחויבים, הדברים הבאים:

"העלאת טענה של אכיפה בררנית, מחייבת את הנאשם להוכיח כי ההבחנה שערכה התביעה בינו לבין נאשמים או חשודים אחרים הנמנים עם אותה קבוצת השוויון הינה שרירותית, מפלה או שביסודה שיקולים זרים. לא כל אכיפה חלקית הינה אכיפה בררנית, ויש בידי התביעה מתחם רב של שיקול דעת בקביעת סדרי העדיפות באכיפת הדין הפלילי. אופייה זה של טענת האכיפה הבררנית מחדד מכיוון נוסף את מגבלותיה של הבדיקה הראייתית המתקיימת בשלב ההחלטה על מעצר עד תום ההליכים. מגבלה זו היא כפולה: היא נוגעת לא רק למידת העמקה בראיות אלא גם להיקף הראיות הרלוונטיות להכרעה. במלים אחרות, טענה של אכיפה בררנית מחייבת לא רק בדיקה מעמיקה יותר של חומר הראיות מן הסטנדרט הראייתי הנוהג בשלב זה, אלא גם, לפחות במקרה הטיפוסי, הרחבה של היקף הראיות שעומדות בפני בית המשפט, בהתחשב בכך שנתונים לגבי אכיפה במקרים אחרים או שיקולי התביעה אינם חלק מחומר החקירה שנמצא בפני בית המשפט הנדרש להחליט בשאלה של מעצר עד תום ההליכים" (שם, בפסקה 21 וההפניות שם).

הנה כי כן, לפי העולה מן האמור, משנדרשת העמקה בחומר הראיות, תוך ראייה כוללת של מלוא היקפן, אך נכון הוא שהגורם שיזקק לדין בטענת האכיפה הבררנית על שלביה השונים יהיה המותב הדין באישום לגופו.

היקף התשתית הראייתית הנדרשת מן הנאשם על מנת ל"הניע" את תהליך הבחינה של טענתו בדבר אכיפה בררנית הוא ללא ספק "נושא בפני עצמו", והוא לא עמד להכרעה לפנינו במסגרת הליך זה. עם זאת, ואך לשם שלמות התמונה נייחד לו דברים אחדים בהמשך.

סיכום ביניים ו"סגירת המעגל"

40. משהגענו עד הלום, מהי המסקנה המתבקשת מבחינתם של שני ההסדרים הנורמטיביים, ששניהם מעוגנים היטב בתחומי המשפט הפלילי, עיון ב"חומר חקירה" מזה, ואכיפה בררנית מזה? לאחר שסקרנו את התשתית הנורמטיבית הרלוונטית בקשר לשני ההליכים, הגענו לכלל מסקנה כי נתונים אודות הגשת כתבי אישום בעניינים כאלה או אחרים, ומדיניות אכיפה בנושא פלוני או אלמוני אינם בגדר "חומר חקירה" הבא בגדרו של סעיף 74 לחסד"פ. גילוי מידע ונתונים מעין אלה, לנאשם המבקש לבסס טענה בדבר אכיפה בררנית יערך לפני המותב הדין בטענתו לאכיפה בררנית, ובהתאם לכללים כפי שגובשו בפסיקה לבירורה של טענה זו. נפנה בקצירת האומר אל עיקרי הדברים כפי שהדגשנו בסקירתנו המפורטת, עליהם נסמכת מסקנתנו זו:

הוראת סעיף 74 לחוק במהותה, מקימה בראש ובראשונה חובה על רשויות התביעה להציג לפני נאשם חומר חקירה שאספה בעניינו, או כזה שהייתה אמורה לאסוף. אם לא הובא החומר במלואו לעיון הנאשם, כי אז יורה בית המשפט לתביעה על גילוי. זו מהות הוראתו של סעיף 74, וככזו אין היא מתיישבת עם מצב דברים בו תהא חובת הגילוי תלויה בהעלאת טענה בדבר אכיפה בררנית על ידי הנאשם, ובפרטי הטענה. כמו כן, חומר חקירה לפי לשונו של סעיף 74 לחסד"פ הוא חומר הנוגע לאישום. הפסיקה אמנם פרשה שוליים רחבים והכניסה לגדרו של "חומר חקירה" גם חומרים שהם שוליים לאישום, והם רלוונטיים לו, אלא שהפסיקה הוסיפה וקבעה כי מדיניות הגשת כתבי אישום והנמקתם אינם נכנסים בגדר חומר חקירה לפי סעיף 74 לחוק, ואין להורות על גילויים במסגרת זו, לצורך ביסוס טענת הגנה מן הצדק. משכך קבעה הפסיקה, כי אז על פני הדברים, הנתונים המבוקשים בהליכים מושא דיונו שנועדו לצורך בחינת מדיניות רשויות האכיפה להוכחת טענה בדבר אכיפה בררנית, אינם בגדר "חומר חקירה". נוסף על כך, אין חולק כי לצורך עיון בחומר חקירה אין הנאשם צריך להציג תשתית ראייתית כלשהי. אשר על כן, בהיענות לבקשה לקבלת נתונים מן הסוג הנדון במסגרת סעיף 74 לחוק, ימצא עצמו בית המשפט מסייע



ל"מסעות דיג", אף למי שטרם גמר בדעתו אם בכלל להעלות טענה לאכיפה בררנית. ויודגש כי הפסיקה מתריעה מפני עשיית שימוש בסעיף 74 לחוק באופן שיאפשר קיום מסעות דיג כאמור. מצב דברים שבו יתאפשר לנאשם לבקש נתונים כדוגמת הנתונים מושא דיונו במסגרת סעיף 74 לחוק, שכאמור אינו מצריך אף הבאת ראשית ראיה מצידו של הנאשם, אף חותר תחת חזקת התקינות המינהלית שעל פיה חובה על הטוען לאכיפה בררנית להציג תשתית ראייתית ראשונית להוכחת טענתו. כך יוצא שהנטל מתהפך וחובה על רשויות האכיפה להביא ראשונות ראיה לתקינות פעולתן. לא זו אף זו, ככלל, לפי הוראת סעיף 74(ג) לחסד"פ, הדיון בבקשה לפי סעיף 74 מתנהל לפני שופט **שאינו דן באישום לגופו**. זאת, בעוד שקיימת חשיבות בקיום הדיון בבקשות לאכיפה בררנית על כל שלביו לפני המותב הדן בתיק, שבדונו בבקשה לגופה, על שלבי הדיון השונים בה, אמור להעמיק בחומר הראיות על כלל היקפו.

הנה כי כן, המסקנה המתבקשת לטעמנו היא כי סעיף 74 לחסד"פ אינו מתאים לשמש אכסניה לבקשת נאשם לקבלת נתונים לצורך ביסוס טענה לאכיפה בררנית. לא נותר אלא להותיר את הדיון בבקשה להצגת נתונים כאמור בתוך מסגרת הדיון בו מתבררת טענה לאכיפה בררנית כהגנה מן הצדק, לפי סעיף 149(10) לחסד"פ. כל זאת, בהתאם לכללים כפי שגובשו בפסיקה לבירור הטענה, **לרבות הדרישה בדבר הצגת תשתית ראייתית ראשונית לביסוס הטענה בדבר אכיפה בררנית מפי הטוען אותה** (ראו עוד להלן, התייחסותנו לשאלה בדבר היקפה של התשתית הראייתית הראשונית הנדרשת מן הטוען לאכיפה בררנית). למען הסר ספק, בקביעתנו זו אין כדי להביע עמדה בנוגע לקבלת מידע במסגרת הליך לפי חוק חופש המידע. נושא זה אינו עומד לדיון ולהכרעה לפנינו במסגרת העררים שלפנינו.

41. לא למותר הוא לציין כי בית דין זה אכן הכריע בפרשת **עמית פריאל** כי סעיף 74 לחסד"פ מהווה אכסניה מתאימה לבקשות לקבלת נתונים מספריים אודות הגשת כתבי אישום בעבירות שונות, ובדבר מדיניות אכיפה, וכי יש לראותם כ"חומר חקירה". עם זאת, ואף שגילוי ועיון בחומר חקירה לפי סעיף 74 לחסד"פ אינו מחייב הצגת תשתית ראייתית מטעמו של נאשם, בהתייחסות לבקשותיהן של העוררות שם צוין בהחלטה, פעם אחר פעם, כי בבסיס ההחלטה להורות על גילוי הנתונים כפי שהתבקשו במסגרת סעיף 74 לחסד"פ, עומדת תשתית ראייתית שהניחה גב' פריאל לבקשתה, תשתית ראייתית שיש בה די גם לביסוס בקשתה של גב' עמית. מכך עולה החשיבות שמצא בית הדין בדונו בפרשת **עמית פריאל**, בקיום הבירור בטענת האכיפה הבררנית כסדרו, **לרבות לעניין העברת הנטל לשכמה של התביעה אך לאחר שהובאה תשתית ראייתית ראשונית לסתור את חזקת התקינות המנהלית**. ככל הנראה, חלק זה שבהחלטה נותר ככל הנראה בלתי ברור דיו, ואין הוא בא לידי ביטוי בהחלטות בתי הדין האזוריים מושא העררים שלפנינו, כפי שעוד נבהיר בהמשך. מכל מקום, אף אנו סבורים כמו חברנו השופט אילן סופר בהחלטתו בפרשת **עמית פריאל**, כי נחוצה תשתית ראייתית ראשונית קודם כל מטעמו של הנאשם הטוען לאכיפה בררנית, כתנאי למתן צו לרשויות האכיפה על גילויים של נתונים ומידע מן הסוג המבוקש כאן. עם זאת, לטעמנו, צו כזה אמור להינתן במקומו הטבעי, על ידי המותב הדן בתיק, ועל יסוד התשתית הראייתית כפי שהיא פרושה לפני בית הדין הדן באישום, וזאת במסגרת הסמכות הנתונה לו, לפי הקבוע בסעיף 108 לחסד"פ.

היקף התשתית הראייתית הראשונית לביסוס טענה לאכיפה בררנית

42. הנה כי כן, קביעתנו לפיה הנתונים שהתבקשו אינם בבחינת חומר חקירה, ובהתאמה לכך, סעיף 74 לחסד"פ אינו מהווה אכסניה לבירור בקשה לקבלתם תבוא לידי ביטוי מעשי בשניים אלה: ראשית,



הפורום שלפניו צריכה להתברר בקשה לקבלת נתונים מעין אלה הוא המותב שלפניו מתברר האישום לגופו, לרבות הטענה בדבר אכיפה בררנית. שנית, המותב יוכל להיזקק לבקשה לקבלת נתונים כאמור אך לאחר שהנאשם הטוען לפניו לאכיפה בררנית יציג תשתית ראייתית לכאורית שיש בה כדי לסתור את חזקת התקינות המנהלית ממנה נהנות רשויות התביעה. היקף התשתית הראייתית הלכאורית הנדרשת מן הנאשם בשלב זה היא שאלה עקרונית וחשובה, שלא נדונה ולא התבררה במסגרת העררים שלפניו ולא נכריע בה. עם זאת פטור בלא כלום אי אפשר, ועל כן נצביע על הקשיים שמעוררת הסוגיה, ועל פתרונות אפשריים לה.

43. הקושי שבסוגיה נעוץ בכך שבמקרים רבים, לנאשם הטוען להפליה בהגשת האישום נגדו ביחס למקרים דומים אחרים אין נגישות למידע אודות מקרים רלוונטיים אחרים. פרופ' דפנה ברק ארז עומדת על קושי זה במאמרה "אכיפה בררנית: מן הזכות לסעד", ובאלה המילים:

"שאלה מרכזית שנמצאת ביסודו של כל דיון בטענה של אכיפה בררנית נוגעת להנחת התשתית העובדתית לה. אין להעלות טענה בדבר אכיפה בררנית בעלמא אלא יש להניח לה תשתית הולמת בראיות. אולם כיצד ניתן להניח תשתית כזו כאשר הנתונים לגבי האכיפה אינם נמצאים בידי ההגנה? לעיתים הנתונים עשויים לעלות מחומרי חקירה שמסרה התביעה לנאשם. במקרים אחרים, הנתונים הנדרשים להוכחת הטענה עשויים להיות נלמדים ממקורות גלויים. כך למשל המאגרים המשפטיים יכולים לשמש מקור לא אכזב לאיסוף מידע בדבר הגשת כתבי אישום במקרים דומים. עם זאת מאגרים אלה לא כוללים כמובן את ההחלטות שהתקבלו במקרים שבהם לא הוגשו בסופו של דבר מקור גלוי אחר הוא הנחיות פרקליט המדינה (או היועץ המשפטי לממשלה)... ככלל, מתכונת הבדיקה של טענת אכיפה בררנית צריכה לנהיות מבוססת על כך שהנאשם יצביע על מקרים שבהם הרשות נהגה באורח שונה, על מנת להעביר את הנטל להצדיק את ההחלטה. עם זאת קיימות גישות שונות באשר לגובהו של הרף שאותו יצטרך הנאשם לעבור (מהיבט התשתית הראייתית לטענת האכיפה הבררנית) כדי להעביר את הנטל בעניין זה לרשות" (הסניגור 200 (נובמבר 2013), 14, 17).

ואמנם, בפסק הדין **בעניין פרץ** התגלעו חילוקי דעות בין שופטי ההרכב שם בדבר רף הראיות הנדרש מן הנאשם, בבואו "להניע" את הליך הבחינה של טענתו בדבר אכיפה בררנית. להשקפתו של השופט פוגלמן "בשלב זה של העברת הנטל, די יהא בהצבעה על מקרים ספורים - ואני נכון להניח לטובת המשיבים ולצורך הדיון כי במקרים מסוימים, אף על מקרה אחד - לצורך העברת הנטל לשכמה של הרשות. טעם הדבר הוא כי הרשות היא שנהנית מנגישות עדיפה למידע הרלוונטי, ולה - להבדיל מן הנאשם - נגישות לעובדותיהם של מקרים דומים שאירעו בעבר" (שם, בפסקה 38). הנשיא גרוניס סבר אחרת בציינו כי ספק בעיניו אם די במקרה אחד בו פעלו הרשויות המנהליות בעבר ולא הגישו כתב אישום כדי להוביל לביטולו של כתב האישום במקרה דומה אחר. לדבריו "על הנאשם להראות, כי לאורך זמן ובאופן שיטתי (או קרוב לכך) קיבלו הרשויות המינהליות במקרים דומים החלטות שונות מאלה שנתקבלו במקרה שלו" (שם, בפסקה 4 לחוות הדעת). השופט ג'ובראן הסכים לחוות דעתו של הנשיא גרוניס בהקשר זה, תוך שציינו כי אינו משוכנע "שהצבעה על מקרים בודדים מעביר את הנטל לרשות להוכיח כי לא התקיימה אכיפה בררנית" (סעיף 4 לחוות דעתו של השופט ג'ובראן). ההכרעה בין הגישות השונות התייתרה בעניין **פרץ** נוכח העובדה שרשויות התביעה הצביעו שם על דוגמאות רבות שבהן הוגשו כתבי אישום בנסיבות דומות, וכך ביססו את הטענה שהגשת כתב האישום באותו עניין עלה בקנה אחד עם המדיניות הנוהגת (ראו גישות שונות בסוגיה גם בבית דין זה: ע"פ (ארצי) הנדימן - מדינת ישראל, פד"ע לח, 262 (2000), עניין הום סנטר בפסקאות 65-68; וכן ראו פסק הדין של בית המשפט המחוזי (ע"פ (מחוזי י-ם) 30636/06 מדינת



ישראל נ' מטר (19.7.2007), פסקה 16; ישגב נקדימון, **הגנה מן הצדק** בעמ' 412 (מהדורה שניה, 2009), וראו שם הפרק כולו, מעמ' 383; מיכל טמיר, **אכיפה סלקטיבית**, עמ' 481-490 (2008).

44. הנה כי כן הסוגיה נותרה לאמיתו של דבר כשהיא בלתי מוכרעת, והיא אף איננה עומדת להכרעתנו במסגרת העררים כאן. עם זאת מתוך שנתנו דעתנו להערות הפסיקה שכיוונו מן הבחינה העקרונית בעיקר להקלה עם הנאשמים הטוענים לאכיפה בררנית (ראו הערות הנשיא גרוניס בפרשת **סגל**, חוות הדעת של השופטים ברק ארז ודנציגר בפרשת **ג'ולאני**, וחוות דעתו של השופט פוגלמן בעניין **פרץ**), ובקשר לכלל השיקולים כפי שפורטו נציין במלוא הזהירות המתבקשת, כי להשקפתנו, שעה שמדובר בטענת אכיפה בררנית תוך הפליה בהגשת כתב האישום, אל לו לבית המשפט "להכביד ידו" על הטוען, בדרישה לרמת הוכחה גבוהה מן המידה, לצורך העברת הנטל לכתפי הרשות להוכחת תקינות פעולתה (ראו גם פסיקתו של בית דין זה בעניין **הום סנטרס**). אנו סבורים כי הקלה בתשתית הראייתית הנדרשת בשלב הראשון מן הנאשם הטוען לאכיפה בררנית אף תסייע במגמה לריכוז הבירורים בנושא בתחומי המשפט הפלילי, ולטעמנו יהיה בכך ליעל בבירור ההליך בשלמותו. יחד עם זאת, ולצד ההקלה ברמת ההוכחה, יהיה על בית המשפט בהפעילו את שיקול דעתו להזהיר עצמו **"שלא ניתן להעלות על הדעת מצב שכל הליך פלילי יהיה מלווה ב"שובל" של בקשות הנוגעות לתיקי חקירה אחרים בקשות אשר עלולות לעכב את ההליך ולהכביד עליו ללא הצדקה"** (ראו במאמרה של פרופ' ברק ארז, **שם** בעמ' 17). כאמור, סוגיה זו לא עמדה להכרעתנו בערעור וממילא, בנסיבות אלה אין אנו פוסקים בה.

מן הכלל אל הפרט

עניין אלירן דואיב

45. **בעניין אלירן דואיב** קיבל בית הדין האזורי את בקשת המשיב 1 מר אלירן דואיב לקבלת שורה ארוכה של נהלים, החלטות, הכרעות דין וגזרי דין, והכל במסגרת סעיף 74(א) לחסד"פ, דהיינו לצורך עיון ב"חומר חקירה", לשם ביסוסה של טענה בדבר אכיפה בררנית. בידי המשיב 1 היה מידע מסוים שהתקבל אצלו מן הממונה לפי חוק חופש המידע, אלא שמידע זה לא שקל לעניין קבלת ההחלטה.

נוכח החלטתנו כפי שפורטה, לפיה הנתונים מן הסוג שהתבקש אינם בגדר "חומר חקירה", אין להורות על גילויים על יסוד הוראת סעיף 74 לחסד"פ שעניינו גילוי ועיון בחומר חקירה. אשר על כן החלטת בית הדין האזורי מושא הערר בעניין אלירן דואיב מבוטלת. התיק יוחזר לבית הדין האזורי ויובא לפני השופט הדן באישום. ככל שלמשיב 1 טענה לאכיפה בררנית במסגרת "הגנה מן הצדק", בית הדין ידון בה כמקובל, ובשים לב לקביעות שבפסק דין זה. כך לרבות לעניין חובת הנאשם הטוען לאכיפה בררנית להציג תשתית ראייתית ראשונית שיש בה כדי לסתור בשלב ראשון את חזקת התקינות המנהלית, ולהעביר את נטל הראיה אל המדינה להוכיח את תקינות פעולתה. ככל שיעלה בידי המשיב 1 להציג תשתית ראיתית לכאורית כאמור, לרבות בשים לב לחומר שהתקבל אצלו מן הממונה על פי הוראות חוק חופש המידע, תהא נתונה לבית הדין הסמכות מכוח תקנה 108 לחסד"פ, להורות על המצאת נתונים וראיות להמשך בירור טענת המשיב 1 בדבר אכיפה בררנית.

עניין אל זיו

46. החלטת בית הדין האזורי מושא הערר ניתנה בהליך זה על ידי השופטת הדנה באישום, ובה הורה למדינה, גם כן מכוח סעיף 74 לחסד"פ על גילוי נתונים שונים כ"חומר חקירה", וזאת בנוגע להליכי אכיפה, ככל שננקטו כאלה כנגד קבלני משנה להם הייתה מערכת חוזית דומה לזו של המשיבה 2



עם חברת סולל בונה. כל זאת לצורך תמיכה בטענה לאכיפה בררנית שהתכוונו המשיבים 2 ו-3 להעלות לפניו. בית הדין נסמך בהחלטתו על הנפסק בפרשת **עמית פריאל**. בית הדין לא נזקק בהחלטתו לתשתית ראייתית לכאורית ראשונית שיש בה כדי לסתור את חזקת התקינות המנהלית שבהגשת כתב האישום כנגד המשיבים. בנסיבות אלה ולאור פסיקתנו כפי שפורטה לעניין סעיף 74 לחסד"פ שאינו אמור לשמש אכסניה לבקשות מעין אלה, אנו מקבלים את הערר ומבטלים את החלטת בית הדין האזורי. התיק יוחזר אל בית הדין האזורי לשופטת שלפניה מתנהל הדיון באישומים כנגד המשיבים. יצוין כי לטענת המשיבים די בטענותיהם כדי לבסס את אותה תשתית לכאורית ראשונית הנדרשת ממי שטוען לאכיפה בררנית. ככל שהמשיבים עומדים על טענתם בדבר אכיפה בררנית כאמור יציגו מלוא טיעוניהם במסגרת הדיון, ובית הדין ייתן החלטתו בהתאם, לרבות לעניין מתן צו לפי סעיף 108 לחסד"פ, ככל שימצא לנכון לעשות כן.

עניין אחרון לפני סיום

47. בטיעוניו לפנינו בערר הציג המשיב 1 המיוצג על ידי הסניגוריה הציבורית ארבע שאלות העומדות לשיטתו להכרעתנו. הרביעית שבהן, לשיטת המשיב 1, היא השאלה בדבר "**היקף המידע אותו זכאי המשיב לקבל לגבי נתוני העמדה לדין לפי סעיף 108 לחסד"פ**". המשיב 2 הצטרף בטיעוניו לטיעוני המשיב 1. אלא שהשאלה הרביעית כאמור, כפי שהוצגה על ידי המשיב 1 כלל אינה עומדת להכרעתנו בהליך זה, בו טוענת המדינה במסגרת העררים שהגישה כנגד החלטות בתי הדין האזוריים שהורו על גילוי נתונים כאלה ואחרים, בהתבססם על הוראת סעיף 74 לחסד"פ שעניינו גילוי חומר חקירה. כך, בעוד שלטענתה, האכסניה לבירור בקשת העוררים למידע ולנתונים כאמור היא במסגרת בירור טענתם להגנה מן הצדק, שבמסגרתה רשאי בית הדין להורות על גילוי נתונים כאמור לפי הוראת סעיף 108 לחוק. אין אנו אמורים לדון ולהכריע בשאלה הרביעית כפי שהוצבה על ידי המשיב 1 מן הטעם הפשוט שבראש ובראשונה יהיה על בית הדין האזורי לדון ולהכריע בשאלה, אם בכלל התקיימו בנסיבות המקרה התנאים למן צו לפי סעיף 108, ורק אם ישיב בחיוב, יהיה על בית הדין האזורי להידרש להיקפו של הצו. לא עלינו כערכאת הערעור ליתן דעתנו ראשונים לשאלות אלה.

סיכומם של דברים

48. במסגרת החלטה זו נדרשנו לבירור השאלה בדבר חלות הוראתו של סעיף 74 לחסד"פ על גילוי מידע הנדרש לנאשם לצורך ביסוס טענה בדבר אכיפה בררנית פסולה. לאחר שסקרנו את ההסדרים הנורמטיביים הרלוונטיים, ההסדר המעוגן בהוראת סעיף 74 לחסד"פ מזה וההסדר הקבוע בדין לעניין טענת האכיפה הבררנית, במסגרת "הגנה מן הצדק" מזה, הגענו לכלל מסקנה כי סעיף 74 לחסד"פ אינו מתאים לשמש אכסניה לבקשת נאשם לקבלת נתונים לצורך ביסוס טענה בדבר אכיפה בררנית. בקשה זו צריכה להתברר לפני המותב הדין בטענה בדבר אכיפה בררנית ועל פי הכללים כפי שהותוו בפסיקה לדיון בטענה זו. כך, לרבות הצורך בהבאת תשתית ראייתית ראשונית מפי הנאשם לביסוס טענתו, ולסתירת חזקת התקינות המינהלית העומדת לתביעה. ככל שעלה בידי הנאשם להציג תשתית ראייתית כאמור המעבירה את הנטל לשכם התביעה, כי אז נתונה לבית המשפט הסמכות ליתן צו לפי הוראת סעיף 108 לחסד"פ בדבר הצגת נתונים ומסמכים שיש להם רלוונטיות לטענה בדבר האכיפה הבררנית. בקביעותינו כאמור לא הבענו עמדה בשאלה בדבר קבלת מידע במסלול המנהלי לפי חוק חופש המידע. כמו כן לא הכרענו בשאלה בדבר היקף התשתית הראייתית הנדרשת מן הנאשם לצורך העברת הנטל אל כתפי התביעה להוכיח את תקינות



כתב האישום מן ההיבט של אכיפה בררנית פסולה. עם זאת, בכל הקשור להיקף התשתית ראייתית הנדרשת, מצאנו מקום להצביע על הקושי האינהרנטי להוכיח טענת הפליה, משעה שכרגיל, לא יהיה בידי הנאשם מידע שיש בו כדי לבסס טענה לעניין זה. על כן ציינו כי ראוי במקרים המתאימים שלא להכביד על הנאשמים ברמת ההוכחה הנדרשת בהקשר זה. זאת כמובן בזהירות המתבקשת על מנת שלא ליצור תמריץ להגשת בקשות מעין אלה. בשים לב לכל האמור מצאנו כי דין העררים להתקבל.

49. בשים לב לכל האמור, העררים מתקבלים. מבוטלות החלטות בתי הדין האזוריים מושא העררים. בתי הדין האזוריים ימשיכו וידונו בהליכים התלויים ועומדים לפניהם בהתאם למפורט בסעיפים 45 ו-46 לעיל, ובהתאם לכלל הקביעות שבפסק דין זה.

ניתנה היום, כ"ה אלול תשע"ה (09 ספטמבר 2015) בהעדר הצדדים ותישלח אליהם.

אילן איטח,
שופט

רונית רוזנפלד,
שופטת

יגאל פליטמן,
נשיא, אב"ד