

בש"פ 6662/19 - מדינת ישראל נגד יניב בן עוז, אסף דולינסקי, ליאור ציוני

בית המשפט העליון
בש"פ 6662/19

לפני: כבוד השופט י' עמית

העוררת: מדינת ישראל

נגד

המשיבים: 1. יניב בן עוז
2. אסף דולינסקי
3. ליאור ציוני

ערר על החלטתו של בית המשפט המחוזי בירושלים
בת"פ 19-04-26484 שניתנה ביום 24.9.2019 על
ידי כבוד השופט י' צבן

תאריך הישיבה: כ"א בחשוון התש"ף (19.11.2019)

בשם העוררת: עו"ד עידית פרג'ון, עו"ד יובל קפלינסקי
ועו"ד אילת לוי

בשם המשיב 1: עו"ד איתי הלמן
בשם המשיב 2: עו"ד סתיו סער
בשם המשיב 3: עו"ד נעמה שגיא רייכמן

החלטה

1. ערר לפי סעיף 74(ה) לחוק סדר הדין הפלילי (נוסח משולב), התשמ"ב-1982 (להלן: החסד"פ), על החלטת בית המשפט המחוזי בירושלים (כב' השופט העמית י' צבן) מיום 24.9.2019.

בגדרה של החלטה זו, הורה בית המשפט לעוררת (להלן: המדינה) למסור לעיונם של המשיבים את "הבקשה

עמוד 1

לעזרה משפטית בעניין פלילי" מיום 12.3.2019 (להלן: הבקשה לעזרה משפטית), שהוגשה לגרמניה על ידי המדינה. יצוין כי ביצוע ההחלטה עוכב עד להכרעה בערר זה.

העובדות הצריכות לעניין

2. ביום 11.4.2019 הוגש נגד המשיבים כתב אישום בגין יבוא סם מסוכן מסוג GBL (המוכר כ"סם האונס") מגרמניה לישראל. כתב האישום כולל שמונה אישומים, שרק אחד מהם מייחס לכל המשיבים עבירות של יבוא סם מסוכן והחזקת סם שלא לצריכה עצמית (אישום 8). שבעת האישומים האחרים, כולם בעבירות של סחר בסמים ועבירות נוספת הקשורות בסמים, מיוחסים למשיב 1 (להלן: המשיב).

3. כתב האישום מגולל את הסיפור הבא. משטרת ישראל הפעילה שוטר ששימש כסוכן (להלן: הסוכן). לצידו של הסוכן פעלו מספר שוטרים שהתחזו לצרכני ולסוחרי סמים, שכינויים הוא קובי וצביקה.

המשיב ביצע מול הסוכן ומול השוטרים מספר עסקאות של מכר סמים מסוגים שונים ובכמויות שונות. שבעת האישומים הראשונים מגוללים את עסקאות הסמים בהן היה המשיב מעורב. עניינינו-שלנו מתמקד באישום מספר 8, שהדרך אליו עוברת דרך אישומים 4 ואילך. באישומים אלה, מתוארות עסקאות הסמים השוטפות שניהל הסוכן מול המשיב. לצד עסקאות אלה ובמקביל אליהן, מתואר בהרחבה כי המשיב הציע לסוכן ולשוטר המתחזה קובי, לייבא לישראל את סם ה-GBL. באחד המפגשים ביניהם, אמר השוטר המתחזה למשיב כי הוא נכון לטוס לחו"ל כדי להביא את הסם. המשיב הודיע לו כי כבר הזמין ושילם עבור 4 ליטר של הסם, והוא עובד עם כימאי שביכולתו לרבע את כמות הסם (ככל שדמיונו של הקורא מפליג אל סדרת הדרמה הטלוויזיונית "שובר שורות", הדבר הוא על אחריותו). הסוכן, קובי והמשיב סיכמו ביניהם כיצד להתחלק בהוצאות הכרוכות ביבוא הסם. באישומים שלאחר מכן, מתוארות שיחות בין הסוכן לבין המשיב על אודות התוכנית לייבוא הסם. המשיב סיפר לסוכן שכבר רכש את הסם, וכי תוך 36 שעות מהרגע שיקבל כתובת במלון בחו"ל, ידאג לשליח שיעביר לקובי את החבילה עם סם ה-GBL. המשיב הבטיח לסוכן שהוא יכול "להעביר" את הסם באמצעות הטלגרם תוך שבוע, וכי מדובר ברווח של מאה אלף ₪ לכל צד. בהמשך, ביקש המשיב את פרטי המלון בו ישהה קובי בחו"ל ואמר שידאג לכך ששליח יגיע לשם עם הסם, ולאחר שקובי יביא את הסם לארץ, הוא ידאג להעבירו לכימאי על מנת להגדיל את כמות הסם. קובי שלח למשיב את פרטי המלון בו ישהה בברלין, ובנקודה זו אנו מגיעים אל אישום מס' 8.

באישום זה נטען כי במהלך חודש ינואר 2019 - עוד קודם לעסקאות המתוארות באישומים הקודמים - קשרו המשיב והמשיב 2 קשר לייבא לישראל כמות של 4 ליטר של סם ה-GBL. השניים תכננו להזמין את הסם דרך אתר אינטרנט, וכי הסם יישלח לכתובת באירופה ומשם ייבאו אותו לישראל. המשיב שיתף את המשיב 3 ברצונו לייבא את הסם.

ובחזרה להמשך העלילה. קובי טס עם שוטר נוסף לברלין, והמשיב הנחה אותם להמתין במלון בברלין עד להגעת המשלוח. ביום 18.3.2019 שלח המשיב למשיב 2 הודעה ובה פרטי המלון בברלין, והמשיב 2 עדכן אותו כי דאג למשלוח. ברם, השניים נתקלו בבעיה, שכן חברת המשלוח לא אישרה את המשלוח מאחר שקובי וצביקה אינם תושבי אירופה. המשיב גילה יוזמה, והודיע לקובי שהוא יוצר קשר עם סוחר סמים מקומי בברלין על מנת לרכוש ממנו את הסם. המשיב 2 שלח למשיב פרטים של חנות בברלין ושל פרטי המוצר, וכתב למשיב "זה כל הפרטים של החנות שייכלו

לחנות ויקנו". נקצר בדברים ונספר כי בהמשך, המשיב 2 שלח פרטי חנות נוספת ופנה גם לסוחר סמים בברלין בשם לארס, על מנת שהלה ירכוש סם מסוג GBL בכמות של כליטר, והעביר את פרטיו של אותו לארס למשיב. המשיב והמשיב 3 פנו אל לארס ורכשו ממנו באמצעות העברה כספית באפליקציית "פייפל" ליטר של הסם, ובמקביל עדכנו את קובי ואת המשיב 2. בהתאם להנחייתו של המשיב, הגיע קובי לכתובתו של לארס, שם קיבל כליטר סם GBL, ובאותו היום הוא וצביקה - השוטר המתחזה הנוסף - חזרו לארץ כשברשותם הסמים. קובי, הסוכן והמשיב נפגשו בארץ, והמשיב, שהביע אכזבתו מהכמות הקטנה שהוברחה לארץ, סיפר לקובי כי קבע להיפגש עם המשיב 2 עוד באותו יום כדי להגדיל את כמות הסם ועל מנת לפעול למכירתו. לבקשת המשיב, התקשר המשיב 2 לחנות צמחים כדי להזמין נייר לקמוס (שתפקידו לבחון את רמת החומציות), והמשיב 3 הגיע לחנות ורכש שם את נייר הלקמוס. לסופו של יום הגיע המשיב 2 כדי לערוך את הבדיקה של הסם על מנת לבחון את האפשרות להגדיל את הכמות לצורך מכירת הסם. או-אז נתפסו השלושה "על חם" בביתו של המשיב כשהסם ברשותם.

עד כאן סיפור המעשה.

4. המשיבים עתרו לקבלת חומרי חקירה לפי סעיף 74 לחסד"פ. בין מכלול החומרים שביקשו המשיבים, נכללו חומרים הנוגעים לפעילות היחידה החוקרת בגרמניה, ובין היתר, בקשות ופניות שהוגשו בהליך מטעם המדינה לפי חוק עזרה משפטית בין מדינות, התשנ"ח-1998 (להלן: חוק עזרה משפטית); היתרים או אישורים לביצוע פעולות חקירה מחוץ לשטחי המדינה; היתרים שניתנו לנציגי משטרת ישראל לביצוע פעולות חקירה הכרוכות בביצוע עבירות סמים בשטח גרמניה; אסמכתאות מגורם מוסמך בברלין באשר לתיאום העברת הסם בביקורת הגבולות והעלאתו לטיסה; תיעוד הנוגע למעמד הרכישה או הקבלה של הסם בברלין; והעתק כרטיסי הטיסה ורישום מעבר גבולות של נציגי היחידה החוקרת.

5. בדיון מיום 30.6.2019 דחה בית משפט קמא את הבקשה ביחס לחומרים הנוגעים לפעילות היחידה החוקרת בגרמניה. נקבע כי "אלה אינם בגדר חומר חקירה רלוונטי להגנת העורר שכן מדובר בהתכתבות פנימית בין רשויות האכיפה בין המדינות" ועומדת לגביהן חזקת התקינות המנהלית.

6. על החלטה זו הוגש ערר על ידי משיב 2, במסגרתו נטען כי החלטת בית משפט קמא "מותירה את ההגנה ללא כל מידע לגבי פעילותה של היחידה החוקרת בגרמניה וחוקיותה". נטען, כי אם יתגלו פגמים בהליכי החקירה, הדבר יקים למשיב 2 טענות הגנה מן הצדק וטענות לפי דוקטרינת הפסלות הפסיקתית.

בהחלטתו של השופט ע' פוגלמן מיום 14.8.2019 (בש"פ 5187/19), נדחתה טענת המשיב 2 כי יש להעביר לרשותו חומרים הנוגעים לפעילות היחידה החוקרת בגרמניה. לכן, נדחתה הבקשה ככל שהתייחסה לאסמכתאות מביקורת הגבולות המקומית באשר לתיאום העברת הסם המסוכן והעלאתו לטיסה; אסמכתאות מטעם קצין הביטחון של חברת אל-על בנוגע לתיאום העלאת הסם לטיסה; העתק הקלטת מפגש הרכישה או האיסוף של הסם בברלין או כל תיעוד אחר שנוגע למעמד רכישת או קבלת הסם בברלין; העתק כרטיסי הטיסה של נציגי היחידה החוקרת; ורישום מעבר הגבולות הנוגעים להם בתקופה הרלוונטית. בנוסף, נקבע כי אין מקום להורות על מסירת כרטיסי הטיסה או רישומי מעברי הגבולות של נציגי היחידה החוקרת, בהיעדר רלוונטיות להגנת העורר.

עם זאת, מאחר שבית המשפט המחוזי לא עיין בבקשה לעזרה משפטית בטרם דחה את בקשת העורר לעיין

עמוד 3

בה, הורה בית המשפט על החזרת נושא נקודתי זה לבחינת בית המשפט המחוזי, שיעיין בבקשה ויחליט אם יש הצדקה למסור אותה לידי ההגנה.

7. בהחלטתו מיום 24.9.2019, לאחר שעיין בבקשה לעזרה משפטית, הורה בית המשפט המחוזי על מסירתה לידי ההגנה. בהחלטה נאמר כי בקשה לעזרה משפטית היא בדרך כלל חומר פנימי שלא נחשף "אלא אם יש לו זיקה מובהקת להליך הפלילי המתנהל", ובמקרה דכאן יש זיקה בין הבקשה לבין האירועים בכתב האישום.

על החלטה זו נסב ערר המדינה.

הערר וטיעוני הצדדים

8. המדינה טענה, בתמצית, כי הבקשה לעזרה משפטית אינה חומר רלוונטי, ובכל מקרה, מדובר בתרשומת פנימית שאין מקום לחשוף אותה. נטען כי למסמך הבקשה אין ערך עצמאי גולמי ואינו אלא עיבוד של חומר חקירה. עוד נטען, כי חשיפת ההתכתבויות בין רשויות האכיפה של המדינות השונות, ובכלל זה הבקשות לעזרה משפטית, עלולה להוציאן מהקשרן הרחב ולפגוע באינטרס של המדינה לשיתוף פעולה בינלאומי במאבק בפשיעה.

9. המשיבים 1-2 הגישו עיקרי טיעון מטעמם עוד קודם לדיון. נטען כי אי מסירת הבקשה תיצור מצב שלהגנה לא תהיה שום אינדיקציה מחומר הראיות על שיתוף הפעולה של גורם גרמני עם המדינה. מסמך זה הוא המסמך היחיד שקיים בנוגע לסמכותם של נציגי משטרת ישראל לפעול בשטחה הריבוני של גרמניה. חשיפת המסמך תאפשר להגנה לבסס את ליבת טענתה - היעדר תקינותו וחוקיותו של ההליך, ולכן יש לו משמעות עצומה לקיום הליך הוגן עבורם.

10. במהלך הדיון בפניי, נמסרה לעיוני הבקשה לעזרה משפטית. נעתרתי לבקשת הסניגורים לשמוע אותם במעמד צד אחד, וזאת על מנת לעמוד על קו ההגנה שלהם.

[במאמר מוסגר: שמיעת ההגנה במעמד צד אחד היא הליך חריג: "עד שתעתר ערכאה דיונית לבקשת סניגור ותשמע מפיו טענות במעמד צד אחד ללא נוכחות המאשימה, עליה לבחון ולהשתכנע כי יש הצדקה ממשית לנקיטת צעד חריג כזה" (בש"פ 4764/06 מדינת ישראל נ' אופנר, פסקה 2 (15.6.2006); בש"פ 6071/17 מדינת ישראל נ' פישר, פסקה 33 והאסמכתאות שם (27.8.2017)).]

לאחר ששמעתי את דברי הסניגורים, ובהמלצתי, "חשפו" הסניגורים את קו ההגנה שלהם בפני המאשימה. לשיטת ההגנה, ייתכן כי כל סיפור הסוכנים הישראליים שביצעו רכישת סם בברלין לא היה ולא נברא, אלא חלום באספמיה (ובמקרה שבפנינו, חלום בגרמניה). והא-ראיה, שההגנה פנתה אל משרד עורכי דין בברלין, שפנה אל הרשויות בגרמניה, שהשיבו לו, שאין ברישומיהן כל בקשה הנוגעת לפרשה שבפנינו. קו הגנה זה, הוא הסיבה בגינה ביקשה ההגנה, בין היתר, את רישומי מעברי הגבול וכרטיסי הטיסה של הסוכנים.

11. אקדים ואומר כי דין הערר להתקבל.

המקרה שבפנינו מדגים לטעמי את העיוות שנוצר בשנים האחרונות בהליך הפלילי, עיוות שמקורו בעליית קרנה של ההגנה מן הצדק ושל כלל הפסילה הפסיקתית, שדומה כי חרג ממידותיו כפי ששורטטו בהלכת יששכרוב (ע"פ 5121/98 יששכרוב נ' התובע הצבאי הראשי, פ"ד סא(1) 461 (2006)).

צא ולמד. על פי הנטען והמתואר בכתב האישום, יושבים להם שלושת המשיבים בביתו של המשיב, לידם בקבוק סם GBL, וכל זאת, לאחר שהיחידה החוקרת עוקבת אחריהם מזה חודשים ומאזינה לשיחותיהם. ומה יש למשיבים לומר להגנתם? שמא סברו כי הסם הנוזלי שברשותם אינו אלא וודקה משובחת, והם רק ביקשו ליתן בכוס עינם? איננו יודעים, כי טרם ניתנה תשובה לכתב האישום. חזית המחלוקת אינה ידועה בשלב זה, סתמו המשיבים ולא פירשו.

במקום זאת, המשיבים מפנים אצבע מאשימה אל המאשימה, וחל היפוך תפקידים - הנאשם קם מכיסאו והופך לקטיגור, והמאשימה אמורה מכאן ואילך להתגונן ולהוכיח כי פעלה כחוק. אם נתרגם את טענתה של ההגנה, אזי המאשימה מואשמת בכך שפעלה באופן בלתי חוקי על אדמת גרמניה, או שהמציאה את הסיפור על רכישת הסם בגרמניה. כעת נדרשת המאשימה להוכיח כי "יש לה אחות", וכי המעשה המתואר בכתב האישום לא היה חלום ולא אגדה, אלא מציאות, וכי שוטרים ישראלים בשר ודם אכן טסו לגרמניה וחזרו מגרמניה עם הסם שרכשו מסוחר הסמים המקומי, וכי פעלו בתיאום עם הרשויות בגרמניה.

12. נחזור אל מושכלות יסוד.

מושכלת יסוד ראשונה: פעמים אין ספור ולכל אורך השנים, נאמר בפסיקה כי במסגרת סעיף 74 לחסד"פ, הנחת היסוד היא שהתביעה ממלאת תפקידה נאמנה בהגינות ובמימונות (ראו: בג"צ 1885/91 צוברי נ' פרקליטות מחוז ת"א, פ"ד מה(3) 630, 633 (1991); בש"פ 1372/96 דרעי נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(1) 177, 183 (1996); בש"פ 2602/96 זינגר נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(3) 231, 236 (1996); בש"פ 1355/98 בן ארי נ' מדינת ישראל, פ"ד נג(2) 1, 4 (1998); בש"פ 9322/99 מסארווה נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(1) 376, 382 (2000); עפ"א (ארצי) 21/08 מדינת ישראל נ' טכנומאב"מ, בפסקה 13 (5.8.2008)).

מתוך נקודת מוצא זו, אנו מעמידים את התביעה בחזקתה כמי שפועלת ביושר ובהגינות (בש"פ 5221/08 מוחמד נ' מדינת ישראל, בפסקה 13 (1.9.2008); בש"פ 3099/08 אברהמי נ' מדינת ישראל, בפסקה 8 (23.2.2009); בש"פ 10804/08 בופמן נ' מדינת ישראל, בפסקה 20 (16.2.2009); בש"פ 683/15 הירשמן נ' מדינת ישראל, בפסקה 9 (5.2.2015); בש"פ 6229/18 פלוני נ' מדינת ישראל, בפסקה 26 (19.8.2019)).

וכפי שנאמר על ידי השופטת חיות(כתוארה אז):

"המלאכה של מיון החומר שנאסף מסורה כאמור בידי המשטרה והפרקליטות. הנחת היסוד היא כי גורמים אלה מבצעים את מלאכתם נאמנה ובאופן מקצועי ונטול פניות, ומשכך 'בשלב זה של קביעת היקף 'חומר החקירה' המועמד לרשות הסניגוריה חייבים כל הנוגעים בדבר לסמוך על הגינותם, מומחיותם ניסיונם ושיקול דעתם הנאות של נציגי התביעה הכללית'" (עניין צוברי, 633 [...])" (בש"פ 7064/08 מדינת ישראל נ' ברקו, בפסקה 23 (2009); וראו גם שם, בפסקה 28).

הכלל, שלפיו נקודת המוצא היא שהתביעה פועלת בהגינות ובמקצועיות, בסווגה את חומר החקירה, אף הוגדר על ידי בית המשפט העליון כ"עיקרון מנחה... בביקורת בית המשפט על החלטות רשויות התביעה באשר למסירת חומר החקירה לידי הנאשם" (בש"פ 3152/05 בן יעיש נ' מדינת ישראל, בפסקה 6 (10.5.2005)).

חזקת ההגינות היא אחת תאומה לחזקת התקינות, ולא בכדי אנו מוצאים את שתיהן בדיבור אחד: "כידוע, המשיבה נהנית מחזקת התקינות, שלפיה רשויות האכיפה והתביעה עושות מלאכתן ביושר ובהגינות" (בש"פ 8762/18 שם טוב נ' מדינת ישראל, בפסקה 12 (29.1.2019)).

מושכלת יסוד שניה: הרלוונטיות היא תנאי מקדמי, שלב שאין בלתו, בהליכי גילוי, הן במשפט האזרחי והן במשפט הפלילי. מבחני הרלוונטיות הם רחבים, וכוללים אפילו חומר שהוא בפריפריה של האישום (בש"פ 4157/00 נמרודי נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(3) 625 (2000)).

אולם, על אף הגישה הליברלית, המבחן אינו מבחן הזיקה לאירוע, ובוודאי שלא "אם לא יועיל לא יזיק". לכן, בקשה לעיון בחומר מתוך גישה שמא אולי ניתן יהיה לדלות ממנו טענה לפגם כזה או אחר בהליכי החקירה, היא בבחינת מסע דיג. לא די לנאשם להעלות טענה לאכיפה בררנית כדי להצדיק מתן רשות עיון, "ואל לו לבית המשפט להתיר לסנגור להפליג למרחקים ולערוך 'מסע דיג' (fishing expedition) בלתי מסוים ובלתי ממוקד מתוך תקווה ספקולטיבית שמא ימצא בחומר המבוקש דבר מה העשוי לסייע להגנה" (בש"פ 2886/16 גורבאן נ' מדינת ישראל, בפסקה 11 (11.5.2016); בש"פ 8252/13 מדינת ישראל נ' שיינר, בפסקה 11 והאסמכתאות שם (23.1.2014) (להלן: עניין שיינר)).

מושכלת יסוד שלישית: רק לאחר שחוצים את מחסום הרלוונטיות, אנו נדרשים למלאכת האיזון בין זכותו של הנאשם לעיין בחומר לבין חיסיון או אינטרס נוגד אחר. במלאכת האיזון יש ליתן משקל למקבילית הכוחות של עוצמת הרלוונטיות (שולית או גבוהה) מול עוצמת האינטרס המוגן. ככל שעוצמת הרלוונטיות של המסמך המבוקש גבוהה, יהיה לכך משקל בהחלטת בית המשפט להורות על גילוי המסמך על אף קיומו של חיסיון יחסי או אינטרס מוגן. ולהיפך – ככל שהרלוונטיות נמוכה או ככל שקיימות ראיות אחרות שניתן להסתמך עליהן ללא צורך להידרש למסמך שגילוי מתבקש, יינתן משקל רב יותר לחיסיון ולאנטרס הנוגד (עניין שיינר, פסקה 11).

13. ומהתם להכא.

ההגנה מבקשת לעיין בבקשה לעזרה משפטית ששלחה המדינה אל הרשות המרכזית בגרמניה. על בקשה מעין

זו נאמר על ידי השופט מ' מזוז:

"רצונו על העורר לעיין בכל ההתכתבות שמא ימצא סטייה של המדינה מהוראות סעיף 7 לאמנה וסעיף 48 לחוק עזרה משפטית היא מקרה מובהק של 'מסע דייג'" (בש"פ 9275/17 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 10 (14.12.2017)).

הדברים יפים לענייננו ככפפה ליד וכמכסה לסיר, ואין לי אלא להצטרף אליהם (וראו, בדומה, בש"פ 2652/14 זונשוילי נ' מדינת ישראל (13.5.2014); בש"פ 10160/04 גולד נ' מדינת ישראל, פ"ד נט(3) 373 (2004)). מכאן, שהמבקשים אינם צולחים אפילו את שלב הרלוונטיות.

בנקודה זו אציין כי ההחלטה בבש"פ 7746/18 שם טוב נ' מדינת ישראל (31.1.2019) היא החלטה חריגה, שלטעמי סוטה מהלכות קודמות ואין דעתי כדעתה. כך, איני סבור כי המונח "תרשומת פנימית" לא עולה בקנה אחד עם התכתבות בין המדינה לרשויות זרות. כל עוד מדובר בדיאלוג בין גורמים שונים, המדובר בתכתובת פנימית, ללא קשר לעובדה שאותם גורמים מרוחקים זה מזה גיאוגרפית.

ואכן, כפי שיובהר בהמשך, את הבקשה לעזרה משפטית יש לראות כתרשומת פנימית ולכך מספר השלכות עליהן אעמוד בהמשך.

14. הטענה של המשיבים היא ספקולטיבית, ולמעשה, סתורה מתוכה. מחד גיסא, נטען כי רשויות החקירה פעלו באופן בלתי חוקי על אדמת גרמניה, כי שוטרים ישראלים ביצעו על אדמת גרמניה עסקת סמים בלתי חוקית, ולכן יש לזכות את הנאשמים. מאידך גיסא נטען כי ה"מבצע" על אדמת גרמניה לא היה ולא נברא, וככל שירדתי לסוף דעתה של ההגנה, הרי שמדובר בראיות 'מפוברקות' שדין להיפסל.

15. כאמור, דומה כי המשיבים לא חצו את שלב הרלוונטיות. ראשית, ההנחה כי שוטרים מישראל ביצעו עסקת סמים בגרמניה שלא בידיעת הרשויות שם, היא הנחה בלתי סבירה. אין מדובר בפעולה של המדינה הנוגעת לביטחון המדינה במדינת אויב או במדינה ידידותית, שהחשאיות יפה לה, ושאינה מאפשרת שיתוף פעולה עם גורמים זרים. שנית, גם בהנחה שנפל פגם חוקי כלשהו במבצע הישראלי לרכישת GBL על אדמת גרמניה, אין משמעות הדבר שיש בפגם זה כדי לפסול את מכלול הראיות. הלכת יששכרוב לא התיימרה לקבוע כלל פסילה גורף (exclusionary rule) במשפט הישראלי, כל אימת שנפל פגם בהליכי חקירה (וראו אסף הרדוף "רעיון בלתי-קביל, אמת לא-נוחה: פסילת ראיות בגין אופן השגתן" משפט וממשל כ 141 (2019)).

16. ככל שהטענה היא שסיפור השוטרים מישראל על אדמת גרמניה לא היה ולא נברא, הרי שגם טענה זו אינה סבירה, בלשון המעטה, וזאת אף טרם עיין בבקשה לעזרה משפטית עצמה.

אם נקבל טענה מעין זו, הרי שניתן א-פריורי לפקפק בכל ראיה וראיה. אם השוטר ראובן כתב במזכר כי עקב אחר הנאשם בדרכו לעפולה, קשה להלום כי כבר בשלב זה של סעיף 74 לחסד"פ ההגנה תהיה זכאית לדרוש את פלט הטלפון הסלולרי של השוטר, האיכון של הטלפון, שיבוץ העבודה שלו בתחנה באותו שבוע ותצהיר של אשתו, על מנת

עמוד 7

להוכיח שלמעשה, השוטר ראובן לא היה כלל בעפולה בזמן הרלוונטי. השוטר שמעון כתב במזכר כי מצא בזירת הרצח שלושה תרמילים? מי לידינו יתקע כי השוטר שמעון היה בכלל בזירת הרצח? לגישה זו, לגבי כל ראיה וראיה, כל מזכר ומזכר, ניתן יהיה לבקש את "נתוני המסגרת" (Metadata) שיכולים לאשש את מהימנותה של אותה ראיה. ואין לדבר סוף, שהרי ניתן לפקפק גם באותם "נתוני מסגרת" שנועדו לחזק את הראיה או המזכר, עד שנגיע ל"בראשית ברא", ולבסוף נחזור לנקודת המוצא דרך המסקנה הפילוסופית "אם אתה כתוב משמע אתה קיים".

ודוק: הדרך לא חסומה בפני ההגנה להעלות טענות מעין אלה. ההגנה רשאית כמובן לכפור בכל ראיה וראיה, ולחקור את השוטר ראובן בחקירה נגדית על מנת להוכיח שלא היה בעפולה באותו יום, ולחקור את השוטר שמעון על מנת להוכיח שלא ביקר כלל בזירה. ובענייננו, כאשר יעלו על דוכן העדים השוטרים שנסעו לגרמניה וחזרו לישראל עם הסם, פתוחה הדרך בפני ההגנה לעמת אותם עם הטענה שלמעשה לא היו כלל בגרמניה.

17. גם אם טעיתי במסקנתי והמשיבים צולחים את שלב הרלוונטיות, הרי שמול בקשתם לעיון, עומד האינטרס של הרשות המינהלית שלא לחשוף תרשומות פנימיות. הפסיקה עמדה על הרציונל שבבסיס החיסיון:

"מתן פומבי לתרשומות פנימיות, התכתביות פנימיות, חוות דעת וסיכומים עלול להרתיע עובדי ציבור להעלות על הכתב דברים באופן פתוח וגלוי, וכן להרתיע את הגורם המחליט מלבקש מעובדיו להעלות את כל עמדותיהם בגלוי ובבירור על הכתב, ובכך לעקר מתוכן ממשי את הליך קבלת החלטות המינהל הציבורי" (בג"ץ 2534/97 ח"כ יהב נ' פרקליטות המדינה, פ"ד נא(3) 39, 44 (1997)).

(וראו בנוסף: בש"פ 6507/09 קצב נ' מדינת ישראל בפסקה 14 (13.9.2009); בג"ץ 366/12 התובעת הצבאית הראשית נ' בית הדין הצבאי לערעורים, פסקה י"ז (28.1.13). לחיסיון תרשומות פנימיות בדין האזרחי ראו לילך דיין "חיסיון תרשומות פנימיות בהליך האזרחי" משפט מפתח - כתב העת של פרקליטות המדינה 38 (ספטמבר 2014)). יצוין כי חיסיון תרשומות פנימיות הוא חיסיון יחסי שעומד לזכות הרשות המינהלית בהליכי משפט אזרחי, פלילי ומינהלי, ויש להבחין בין חיסיון זה, לבין הוראת סעיף 9(ב)(4) לחוק חופש המידע, תשנ"ח-1998.

18. ככלל, הפסיקה הבחינה בין ראיות עצמאיות או "חומרי גלם" הנאספים על ידי גורמי החקירה כמו עדויות, ראיות חפציות ופורנזיות, שאותן יש לגלות, לבין עיבוד וריכוז של חומרי הגלם, שיש בהם ניתוח או סיכום או הסקת מסקנות על בסיס חומר הראיות הגולמי. את אלה יש לראות כתרשומת פנימית (בש"פ 7553/10 בר-אושר נ' מדינת ישראל (7.12.2010)).

בפסיקה נקבע כי סיכום חקירה, על אף שיכול היה להקל על ההגנה להתמצא בחומר חקירה רב היקף, מהווה תרשומת פנימית שעליה חל חיסיון יחסי (בש"פ 7008/97 מדינת ישראל נ' הרוביץ, פ"ד נא(5) 224 (1997); בש"פ 4285/97 אופנהיים נ' מדינת ישראל (10.9.1997); בש"פ 5425/01 אלחאק נ' מדינת ישראל, פ"ד נה(5) 426 (2001)).

19. כמו לגבי כל חיסיון יחסי, רשאי בית המשפט לעיין במסמך כדי לעמוד על קנקנו (סעיף 74(ד) לחסד"פ). עיינתי

בבקשה לעזרה משפטית. הבקשה עצמה אינה פעולת חקירה, להבדיל מהפעולות שבוצעו בעקבות הבקשה. ברי כי בעקבות הבקשה התנהלו תכתובות רבות לתיאום פעולת השוטרים מישראל על אדמת גרמניה, תכתובות שאף הן בגדר תרשומות פנימיות. מכל מקום, הבקשה לעזרה משפטית מהווה מעין סיכום ועיבוד של החקירה, שנשלח לרשויות בגרמניה, והיא לא כוללת חומר גולמי, כך שאין בה כדי לסייע להגנתם של המשיבים. לכן, אין בבקשה ערך ראייתי עצמאי מעבר לחומרי הגלם שכבר הועברו לידי המשיבים.

לטעמי, יש גם ממש בהיקש שעשתה המדינה בין בקשה לקבלת עזרה משפטית לבין הנחיות פרקליטות לחוקרי המשטרה לביצוע חקירה או להשלמתה. מסמך מעין זה, אף הוא נתפס כתרשומת פנימית (בש"פ 2270/06 אל עילווי נ' מדינת ישראל, פ"ד סא(3) 74 (2006)).

20. כאשר בבקשה לעזרה משפטית עסקינן, הרי שלצד הרציונל של הבטחת דיון כן ופתוח, ניתן להצביע על רציונל נוסף – חשש לפגיעה בשיתוף הפעולה הבינלאומי בתחום הפשיעה. כפי שנטען על ידי המדינה, קיימת מערכת יחסים הדדית רגישה בין המדינות השונות, ומחמת ייחודן נקבעו סעיפים בחוקים ובאמנות הרלוונטיות המאפשרים שמירה על סודיות המגעים. חשיפה של התכתובות בין רשויות האכיפה של המדינות השונות, ובכלל זה בקשות לעזרה משפטית, עלולה להקשות על מדינת ישראל להשתלב במאבק הבינלאומי בפשיעה, ועלולה להיות לה השלכה אפשרית על שיתוף פעולה בעתיד עם הרשות המרכזית במדינות אחרות.

סיכום וסוף דבר

21. בקשתם של המשיבים לעיין בבקשה לעזרה משפטית היא ספקולטיבית ובבחינת מסע דיג, כך שאין מדובר בחומר רלוונטי להגנתם. מכל מקום, הבקשה לעזרה משפטית חוסה תחת החיסיון היחסי של תרשומת פנימית. נוכח עוצמת הרלוונטיות השולית, אם בכלל, של הבקשה לעזרה משפטית, ומנגד, נוכח האינטרס שבבסיס חיסיון זה, לצד האינטרס של שמירה על קשרי חוץ ושיתוף פעולה עם מדינות זרות, ידם של אינטרסים אלה על העליונה.

סוף דבר, שהערר מתקבל, והמדינה פטורה מלחשוף את הבקשה לעזרה משפטית בפני המשיבים.

ניתנה היום, כ"ו בחשוון התש"ף (24.11.2019).

ש ו פ ט