

בש"פ 7191/17 - שלמה כהן נגד מדינת ישראל

בבית המשפט העליון
בש"פ 7191/17

כבוד השופטת ד' ברק-ארז
שלמה כהן

לפני:
העורר:

נגד

מדינת ישראל

המשיבה:

ערר על החלטתו של בית המשפט המחוזי בתל באביב-
יפו מיום 6.9.2017 במ"ת 40649-12-16 שניתנה על-
ידי כבוד השופט ג' גונטובניק

תאריך הישיבה: ו' בתשרי התשע"ח (26.9.2017)

בשם העורר: עו"ד מאיה סטול-רייטן

בשם המשיבה: עו"ד עידית פרג'ון

החלטה

1. בפני ערר לפי סעיף 74(ה) לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982 (להלן: חוק סדר הדין הפלילי או החוק) על החלטתו של בית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו מיום 6.9.2017 (מ"ת 40649-12-16, השופט ד"ר ג' גונטובניק).

כתב האישום וההליכים עד כה

2. ביום 20.12.2016 הוגש לבית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו כתב אישום נגד העורר. על-פי הנטען בכתב האישום, עובר ליום 6.12.2016 קשר העורר קשר עם תושבת ברזיל בשם ז'קלין, יחד עם שלושה אנשים נוספים, לייבא סם

עמוד 1

מסוכן מסוג קוקאין מברזיל לישראל. מכתב האישום עולה כי אחד מהמעורבים הנוספים (המכונה פלוני) הציע לז'קלין לייבא קוקאין לישראל מברזיל בתמורה לסך של 5,000 דולר. ז'קלין הסכימה להצעה ולשם ביצוע הייבוא קיבלה כרטיסי טיסה לישראל. כמו כן, פלוני הטמין במזוודתה של ז'קלין שתי חבילות של קוקאין; אחת במשקל 2,006.11 גרם ואחת במשקל 1,705.11 גרם. ביום 9.12.2016 ז'קלין נחתה בישראל כשברשותה המזוודה עם חבילות הקוקאין ונתפסה על-ידי משטרת ישראל. משלב זה ז'קלין החלה לפעול בהתאם להנחיותיה של המשטרה. ביום 10.12.2016 קיבלה ז'קלין הוראות ממעורב אחר בפרשה (המכונה בריאן) והעורר ערך תצפיות על ז'קלין בעודה מבצעת את ההוראות וכן בחן את המקומות בהם נאמר לז'קלין לשהות. לאחר מכן, הורה לה בריאן לשים את החבילות בתיק גב ולהגיע לנקודת מפגש תוך שהוא מציין כי "הוא שם". בריאן הורה לה למסור את תיק הגב לאדם שתפגוש ולומר לו את מילת הקוד "פידל קסטרו" (להלן: מילת הקוד). כאשר התקרבה ז'קלין לנקודת המפגש, החל העורר לעקוב אחריה. העורר ניגש אליה, אמר לה את מילת הקוד ונטל ממנה את תיק הגב, שבו היא שמה, בהוראת המשטרה, כמות קטנה יותר של קוקאין מזו שייבאה, במשקל של כ-13 גרם בלבד.

3. בשל מעשים אלה יוחסו לעורר עבירת קשר לפשע לפי סעיף 499(א) לחוק העונשין, התשל"ז-1977, ועבירת יבוא סם מסוכן לפי סעיף 13 לפקודת הסמים המסוכנים [נוסח חדש], התשל"ג-1973 (להלן: הפקודה) ולפי סעיף 19 לפקודה.

4. ביום 8.1.2017 הוצאה תעודת חיסיון מטעמי אינטרס ציבורי חשוב על-פי סעיף 45 לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א-1971 (להלן: פקודת הראיות) על חומרי חקירה בעניינו של העורר. על-פי התעודה החיסיון חל, בין היתר, על "כל פרט או מידע שיש בו כדי לגלות זהות אנשי המשטרה אשר ביצעו פעולות עיקוב במהלך החקירה בתיק זה, לרבות מספרם, שמה של היחידה אליה הם משתייכים ומקום מושבה, ולרבות השיטות, האמצעים והעזרים הטכניים ששימשו את אנשי היחידה לצורך ביצוע העיקוב, ולרבות היקף ומועדי פעולות העיקוב, ולרבות תוכנו של מכלול החומר ומכלול הדו"חות שהופקו על-ידי היחידה".

5. ביום 27.6.2017 הגיש העורר בקשה לקבל מהיחידה החוקרת רשימה של כל חומרי החקירה שנאספו ונרשמו, כולל חומר החקירה החסוי (ברמת הפירוט המתאימה לחומר זה, בהתחשב בחיסיון). ביום 3.7.2017 הבהירה המשיבה כי אין ביכולתה להיעתר לבקשה לפירוט בכל הנוגע לחומר החסוי, בשל תעודת החיסיון הקיימת בתיק.

6. העורר הגיש בקשה לבית המשפט המחוזי לקבלת חומר חקירה לפי סעיף 74 לחוק סדר הדין הפלילי, ודין בבקשה התקיים ביום 10.8.2017. העורר הדגיש כי הוא אינו מבקש לקבל את תוכן הדו"חות החסויים אלא רק רשימה של הפריטים החסויים. בסיום הדיון הורה בית המשפט המחוזי (השופטת ל' מרגולין-יחידי) כי המדינה תבחן שנית האם ניתן למסור לעורר רשימת חומרים מפורטת יותר, מבלי לפגוע בתעודת החיסיון. בהמשך לכך, ביום 21.8.2017 שלחה המדינה מכתב לבאת-כוח העורר בו ציינה כי "לא ניתן לפרט ברשימה את החומר הקשור בעיקוב שאז נמצא עצמו פוגעים שלא כדין בתעודת החיסיון".

7. העורר הגיש בקשה נוספת לבית המשפט המחוזי לקבלת רשימה של החומר החסוי שנאסף בחקירה. בהחלטה מיום 6.9.2017 קבע בית המשפט המחוזי (השופט גונטובניק) כי עיקר המידע אותו מבקש העורר לקבל נוגע לפעולות

העיקוב בתיק, אשר חוסות תחת תעודת החיסיון. בית המשפט המחוזי הוסיף כי בקשה לפי סעיף 74 לחוק סדר הדין הפלילי אינה מאפשרת להתגבר על היקף החיסיון, משום שסעיף זה מסיג עצמו מפורשות מפני חיסיון שהוטל לפי פקודת הראיות. עם זאת, בית המשפט המחוזי הוסיף כי העורר יכול להגיש בקשה לצמצום תעודת החיסיון לפי פקודת הראיות בפני המותב בתיק העיקרי, ובהתאם לתוצאות הבקשה ניתן יהיה לבחון את העניין בשנית.

הערר

8. בערר שבפני טוען העורר כי בית המשפט המחוזי שגה בעת שפסק כי הנוסח של תעודת החיסיון בתיק מונע את האפשרות להעביר לרשותו רשימה של הפריטים החוסים תחת החיסיון. לשיטתו של העורר, החלטת בית המשפט המחוזי מנוגדת לסעיף 74(א)(1) לחוק סדר הדין הפלילי כפי שיש לפרשו לאור חוק סדר הדין הפלילי (תיקון מס' 75), התשע"ו-2016 (להלן: תיקון 75) המחייב מפורשות את המדינה להעביר לידי ההגנה רשימה הכוללת גם את החומר החסוי כל עוד הפירוט אינו פוגע בחיסיון לפי כל דין. העורר מוסיף כי החלטתו של בית המשפט המחוזי מסרבלת את ההליכים ופוגעת בהגנתו, משום שהיא דורשת מהעורר לפנות לנתיב של עתירה להסרת חיסיון מבלי שהוא יודע את מהות המידע החוסה תחת החיסיון, ולכן מבלי שהוא יכול להעריך את הנחיצות והתרומה של המידע החסוי להגנתו. העורר מוסיף כי הפנייתו לנתיב זה בפני המותב בתיק העיקרי שוללת ממנו את זכות הערר המוקנית לו בסעיף 74 לחוק סדר הדין הפלילי.

9. לצד זאת, העורר מכחיש כל קשר לעבירת יבוא סם מסוכן וטוען כי האישום נגדו מבוסס במידה רבה על השימוש אותו לכאורה עשה במילת הקוד. הוא מוסיף כי בדיון ההוכחות שהתקיים בתיק המרכזי בבית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו (ת"פ 40667-12-16, השופט צ' קאפח) העידה ז'קלין כי בעת שאמר העורר את מילת הקוד נשאה מכשירי הקלטה. מאחר שלא הועברו לידי חומרי הקלטות כאמור רואה בכך העורר אינדיקציה ברורה לכך שרשימת החומר שנמסרה לו היא חלקית ובלתי מספקת. לטענת העורר, ככל שקיימת הקלטה כזו, עליה להופיע ברשימה הגלויה של חומרי החקירה, ולמצער ברשימת חומר החקירה החסוי. העורר מדגיש כי ציון קיומה של הקלטה אינו פוגע באינטרס שלשמו הוצאה תעודת החיסיון. לבסוף ביקש העורר כי בית המשפט יעיין בחומר החסוי לפי סעיף 74(ב)-(ד) לחוק ובתוך כך יבחין בין מידע מודיעיני לבין תוצרי החקירה שעליהם חלה תעודת החיסיון. יתרה מזאת, לדידו תיקון 75 מטיל על המדינה חובת הנמקה במצבים שבהם היא מסרבת לפרט את החומרים החסויים, ולו בקווים כלליים.

10. בדיון שנערך בפני ביום 26.9.2017 סמכה באת-כוח המדינה את ידיה על החלטת בית המשפט המחוזי, בהסבירה כי לא ניתן לציין את חומרי החקירה החסויים מבלי לפגוע בחיסיון עצמו. באת-כוח המדינה הבהירה גם היא כי ככל שהעורר מעוניין בחשיפת החומרים החסויים עליו לפנות בהליך המתאים בהתאם לפקודת הראיות. אשר לטענה בדבר קיומה של הקלטה, באת-כוח המדינה מסרה כי הדברים נבדקים עם היחידה החוקרת, ומכל מקום העניין לא קשור לתעודת החיסיון וההקלטה לא כלולה בה.

דיון והכרעה

11. לאחר ששקלתי את הדברים הגעתי למסקנה כי דין הערר להידחות.

12. סעיף 74(א)(1) לחוק סדר הדין הפלילי קובע כי נאשם רשאי לעיין "בחומר החקירה" בעניינו וכן "ברשימת כל החומר שנאסף או שנרשם בידי הרשות החוקרת, והנוגע לאישום...". ענייננו מתמקד ב"רשימת כל החומר", שלגביה מבהיר סעיף 74(א)(1), בנוסחו זהיום לאחר תיקון 75, כי היא כוללת גם "חומר שנאסף או שנרשם בתיק שהוא חסוי על פי כל דין, וכן פירוט של סוג החומר כאמור, נושאו והמועד שבו נאסף או נרשם, ובלבד שאין בפירוט האמור לגבי חומר חסוי כדי לפגוע בחיסיון לפי כל דין".

13. הצדדים שבפני חלוקים על יישומה של הוראה זו בנסיבות העניין, כאשר דומה כי כל צד מתמקד בפן אחר שלה. העורר טוען כי עליו לקבל במסגרת "רשימת כל החומר" פירוט של חומרי החקירה שעליהם חלה תעודת החיסיון, בהדגישו כי הסעיף מחייב את הרשויות להעמיד לרשותו במסגרת רשימת כל החומר גם רשימה של חומרי חקירה חסויים. אולם, הוראה זו גם מסייגת את הדברים בכך "שאינן בפירוט האמור לגבי חומר חסוי כדי לפגוע בחיסיון לפי כל דין". בנסיבות העניין, המדינה טוענת כי העברת רשימה של חומרי החקירה החסויים לידי העורר תפגע בחיסיון עצמו.

14. נקודת המוצא להחלטתי היא זו שהנחתה אף את בית המשפט המחוזי ומצויה בנוסחה של תעודת החיסיון. נוסח זה קובע כי החיסיון חל, בין היתר, על פרטים הנוגעים לפעולות העיקוב שהתבצעו בחקירה הנדונה, לרבות שיטות העיקוב, האמצעים והעזרים ששימשו לצורך פעולות העיקוב, מספרן של הפעולות והיקפן.

15. הלשון הברורה שבה מנוסחת התעודה מבהירה כי החיסיון לא מוגבל רק לתוכן החומר שנאסף על-ידי היחידה החוקרת, אלא גם לפרטים נוספים הנוגעים לעצם קיומו של החומר, כגון מספר העיקובים והיקפם. על כן, יש טעם בטענת המדינה כי העברת מידע זה תפגע בחיסיון. למעלה מן הצורך, אציין כי בנסיבות העניין נתמכת מסקנה זו אף ב"שכל הישר" בכל הנוגע לטיבו של החומר החסוי. כך למשל, אף מספרן של פעילויות העיקוב עשוי להיות בעל משמעות (ולא רק תוכן).

16. באת-כוח העורר טענה בדיון בפני כי הניסוח הגורף, כהגדרתה, של תעודת החיסיון, מקשה על העורר לנהל את הגנתו. אולם, טענה זו אינה מקומה בהליך שבו נקט העורר, אלא בגדרי הליך לגילוי ראיה חסויה לפי פקודת הראיות. על כן, דומה שצדק בית המשפט המחוזי כשהפנה את העורר למסלול דיוני זה בנסיבות העניין.

17. בהקשר זה יצוין כי האסמכתאות שאליהן הפנה העורר אינן מובילות למסקנה שאליה הוא מכוון. כך למשל, העורר הפנה לבש"פ 9322/08 מדינת ישראל נ' אלמטיאל (20.11.2008) (להלן: עניין אלמטיאל), בהדגישו, בין השאר, את הדברים הבאים:

"תעודת חיסיון אינה משחררת את התביעה מלעמוד בחובתה לפי סעיף 74(א) לחוק ולכלול ברשימת חומר החקירה, לצד פירוט חומר החקירה הגלוי, גם פירוט ברמה זו או אחרת של חומר החקירה החסוי, באופן שהחיסיון לא יפגע ובה

בעת הרשימה תוכל להוות אינדיקציה מסוימת באשר לראיות שתחת החיסיון ... הנחת המוצא של הבחינה השיפוטית הינה כי התביעה, שהחומר כולו פרוש בפניה וגיבוש הרשימה נתון במידה רבה לשיקול דעתה, מנחה עצמה בעקרונות אלה וכי חזקה עליה שהרשימה שהעבירה לידי ההגנה אכן מהווה פירוט מלא של חומר החקירה הגלוי, ופירוט ככל הניתן בהתחשב במגבלות החיסיון של חומר החקירה החסוי" (שם, בפסקאות 6-7. ההדגשות הוספו - ד' ב' א').

18. אין צריך לומר שעקרונות אלה מקובלים גם עלי. השאלה היא רק כיצד יש ליישם בנסיבות העניין. בסופו של יום, בעניין אלמטיאל בית המשפט הורה למדינה לבחון האם אכן לא ניתן להעביר לידי ההגנה פירוט כלשהו, ולו מינימלי או בקווים כלליים ביותר, באשר לטיב החומר במסמכים החסויים, כולם או חלקם. לאחר מכן, כך הורה בית המשפט, ועל-פי התשובות שתתקבלנה, תוכל ההגנה לשקול האם היא חפצה בחשיפת הראיות החסויות, שאז פתוחה בפניה הדרך לפתוח בהליך לפי סעיף 46 לפקודת הראיות. כך בדיוק נהג בית המשפט המחוזי גם בעניינו של העותר: בהחלטה מיום 10.8.2017 הורתה השופטת מרגולין-יחידי למדינה לבחון האם ניתן להעביר לעורר רשימה מפורטת יותר, ובהמשך, נוכח תשובת המדינה, קבע השופט גונטובניק כי בפני העורר פתוחה הדרך לפנות למותב העיקרי בתיק ולבקש כי תעודת החיסיון תצמצם.

19. בשולי הדברים אעיר כי מלכתחילה הערר נדרש בהרחבה לשאלה האם בידי המדינה הקלטה שבה תועד העורר אומר את מילות הקוד במפגש עם ז'קלין. אולם, באת-כוח המדינה הבהירה בדיון כי נושא זה נמצא בבדיקה, ומכל מקום תעודת החיסיון לא חלה עליה.

20. סוף דבר: הערר נדחה.

ניתנה היום, ח' בתשרי התשע"ח (28.9.2017).

שופטת