



בבית המשפט העליון

בש"פ 2364/21

בש"פ 2367/21

לפני: כבוד השופט ג' קרא

המבקש: עמירס בן אוליאל

נגד

המשיבה: מדינת ישראל

עתירה לגילוי ראייה חסויה לפי סעיף 44(א) לפקודת
הראיות [נוסח חדש];
בקשה לעיון בחומר חקירה לפי סעיף 74 לחוק סדר הדין
הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982

תאריך הישיבה: י"ז בתמוז התשפ"א (27.6.2021)
כ"ד באלול התשפ"א (1.9.2021)

בשם המבקש: עו"ד אביגדור פלדמן; עו"ד יהושע רוניק; עו"ד עומרי
ברבש

בשם המשיבה: עו"ד רחלי זוארץ-לוי; עו"ד ארוז בן-ארויה

החלטה

לפני מונחות שתי בקשות שהגיש המבקש. האחת בבש"פ 2364/17, עניינה בקשה להסרת
חסיון לפי סעיף 44(א) לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א-1971 (להלן: פקודת
הראיות) והשנייה בבש"פ 2367/21, עניינה בקשה לעיון בחומר חקירה לפי סעיף 74
לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982 (להלן: החסד"פ).

רקע

1. המבקש הורשע לאחר שמיעת הוכחות ברצח של שלושה בני משפחת דוואבשה
בכפר דומא וכן בשתי עבירות של נסיון רצח, שתי עבירות של הצתה ובקשירת קשר
לפשע ממניע לאומני וזוכה מחברות בארגון טרור. בשל כך נדון המבקש לשלושה מאסרי
עולם ולעשרים שנות מאסר – כולם במצטבר – וכן לתשלום פיצויים (תפ"ח (מחוזי

מרכז-לוד) 16-01-932 מדינת ישראל נ' בן אוליאל, הכרעת דין מיום 18.5.2020 וגזר דין מיום 14.9.2020). ערעור שהגיש המבקש על הרשעתו, תלוי ועומד בבית משפט זה. לאחר הגשת הערעור הגיש המבקש בקשה שאיגדה הן את בקשתו להסרת חסיון והן את בקשתו לעיון בחומר חקירה. הבקשה נמחקה בהחלטת השופט נ' סולברג מיום 10.3.2021, שציינ כי על המבקש להגיש את בקשותיו למותב הדן בערעור (בש"פ 1506/21).

2. המבקש פעל בהתאם והגיש בקשה כאמור למותב הדן בערעור ויחד עמה בקשה לקבלת ראיות חדשות בערעור. בהחלטה מיום 4.4.2021 קבע המותב הדן בערעור, בהפנותו לסעיף 74(ג) לחסד"פ, כי נכון יהיה שהדיון בבקשות ייעשה בפני דן יחיד שאינו אחד מחברי ההרכב וכי למען הסדר הטוב יש להגיש בקשות נפרדות ביחס לעיון בחומר החקירה וביחס להסרת החיסיון, גם אם שתיהן תדונה בפני אותו שופט (ע"פ 7388/20). בקשה לעיון חוזר בהחלטה זו, שהגישה המשיבה בנימוק כי הבקשה לא הובאה לידיעתה ולא ניתנה לה הזדמנות להשיב לה וכי במהותה מדובר בבקשה להגשת ראיות חדשות בערעור שמקומה להיבחן על ידי ההרכב הדן בערעור, נדחתה על ידי ההרכב.

לפיכך, הגיש המבקש שתי בקשות נפרדות, ואלו מונחות לפניי.

הבקשות - כללי

3. בבסיס הבקשות מושא החלטה זו שתי חקירות שנחקר המבקש על ידי חוקרי השב"כ המכונות "חקירות צורך" במסגרתן נעשה שימוש ב"אמצעים מיוחדים", כשבמהלך חקירת הצורך הראשונה הודה המבקש בביצוע מעשי הרצח. המבקש נחקר גם בחקירה משטרתית במהלכה הודה ושחזר את המעשה. הודאות המבקש שנגבו במסגרת חקירת הצורך, כמו גם שתי הודאות שניתנו לאחר חקירת הצורך הראשונה, נפסלו בהחלטת בית המשפט קמא במסגרת משפט זוטא. אולם הודאות אחרות שנמסרו בחקירתו במשטרה, כמו גם השחזור שנערך, לא נפסלו משנקבע על בסיס התיעוד החזותי של החקירות כי הן ניתנו באופן חופשי ומרצון והן קבילות כראיה.

4. טענת ההגנה היא כי לא היה כל בסיס לחקירת המבקש בחקירת צורך וכי היא ננקטה לא מתוך רצון להביא לסיכול "פצצה מתקתקת", אלא בשל הלחץ על רשויות הביטחון להביא לפיענוח מעשי הרצח. במהלך חקירתו נמנע מן המבקש לפגוש בעורך דינו במשך 21 יום, כשעל פי הנטען בדרך זו התאפשרה חקירתו באמצעים מיוחדים על מנת לחלץ ממנו הודאה בביצוע המעשים. עוד טוענת ההגנה, כי להנחתה כל המעורבים

בחקירה, ובכלל זה היועץ המשפטי לממשלה וצוותו, ידעו "מתוך הסכמה שבשתיקה" כי אין מדובר בחקירת צורך אלא ברצון לחלץ הודאה מן המבקש, ששמר על שתיקה בחקירתו במשך 17 יום, בימים האחרונים לאיסור המפגש, שתקופתו המרבית לפי חוק היא 21 ימים. כן נטען כי במהלך חקירתו בשב"כ, ובייחוד לפני עריכת השחזור, כאשר ביקש המבקש להיפגש עם עורך דין, טענו בפניו חוקרי השב"כ כי מניעת המפגש חוקית, כי אין לו כל צורך בכך וכי ממילא כבר הודה ובשחזור יוכל לדייק בפרטים שמסר.

5. ההגנה ביקשה כי הדיון בשתי הבקשות יתקיים בפני שופט שאינו חבר במותב הדין בערעור המבקש, מחשש כי בבקשה לעיון בחומר החקירה ישתרכבו מסמכים שהוטל עליהם חסיון, ולהיפך. יחד עם זאת, בדיון שהתקיים לפניי ציין בא כוח המבקש עו"ד פלדמן, כי ההגנה לא תתנגד להעברת הדיון בבקשה לעיון בחומר חקירה למותב הדין בערעור.

הבקשה להסרת חסיון

6. בגדר בקשה זו מבקשת ההגנה לקבל לידיה נהלים פנימיים של השב"כ ביחס לחקירות צורך, ובכלל זה הגורם המוסמך לאשרן; טיבן ונסיבות הפעלתם של האמצעים המיוחדים; המלל המתלווה אליהם; משך הזמן שניתן להפעילם ברצף ועוד. לשיטתה, יש בחומר המבוקש כדי להועיל להגנת המבקש בהפרכת הטענה כי דובר בחקירת צורך ולסייע לטענה שהועלתה בערעורו ולפיה חקירתו לא היתה חקירת צורך, שהיא מטבעה ספונטנית, חד פעמית ומיוחדת למקרים נדירים של "פצצה מתקתקת". נטען, כי כעולה מהפרפראזה שהועמדה לעיון ההגנה, האמצעים המיוחדים שננקטו לא נקבעו "על המקום" בשעת הצורך, אלא הוכנו מראש ואף הופעלו בדרך כמעט זהה גם על הנאשם הנוסף, שאף הוא נחקר בחקירת צורך. בכך, כך נטען, הפר שירות הבטחון הכללי את הנחיות בית משפט זה בבג"ץ 5100/94 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נג(4) 817 (1999) (להלן: עניין הוועד הציבורי נגד עינויים)). ההגנה מצביעה על מספר מקורות מהם עולה כי קיימות הנחיות פנימיות קבועות של שירות הבטחון הכללי בנוגע להפעלת אמצעים מיוחדים בחקירות צורך, הקובעות לא רק מי מוסמך לאשר שימוש באמצעים אלו אלא, להנחת ההגנה, גם את אמצעי חקירת הצורך. מסמך מסוג זה הוא בלתי חוקי ומפר הוראות מפורשות של בית משפט זה בעניין הוועד הציבורי נגד עינויים, ואין זה ראוי לחסותו. עוד נטען, כי האמור בבג"ץ 9018/17 טביש נ' היועץ המשפטי לממשלה (26.11.2018) (להלן: עניין טביש)) ביחס לחיסיון המוטל על ההנחיות הפנימיות בשב"כ לחקירת צורך הוא בבחינת אמרת אגב ולא הלכה מחייבת,

ואם להלכה ייחשב, הרי שהיא מוטעית. מה גם, כך נטען, כי עניין טביח התייחס ליצירת כללי סמכות והרשאות ולא לקביעת אמצעי חקירה מפורטים.

עוד לשיטת ההגנה, מדובר בראיה חיונית להגנת המבקש משיש בה כדי להעיד על אי חוקיות יסודית העומדת בבסיס חקירותיו, וככל שיתברר כי אלו הם פני הדברים, היא בכך כדי להוכיח זאת ולהביא לפסילת הודאותיו והשחזור שעשה.

הבקשה לעיון בחומר חקירה

7. בגדר בקשה זו התבקשו שלושה סוגי מסמכים, כמפורט להלן.

(1) דוחות ומסמכים שנמסרו לעיון בית המשפט במעמד צד אחד בעת שהתבקשו הארכות תקופת איסור המפגש בין המבקש לעורך דין (ביום 16.12.2015 וביום 20.12.2015). נטען כי סודיות החומר רלוונטית למועד הגשתה לפני כארבע שנים ואינה רלוונטית כעת, לאחר שהוגש כתב אישום נגד המבקש, ולא כל שכן לאחר שהסתיים משפטו בערכאה הדיונית. לשיטת ההגנה, לא היתה כל סיבה הנוגעת לחקירה להארכת מניעת המפגש וזו נועדה למנוע מהמבקש לקבל עצה משפטית ביחס לאמצעים המיוחדים שננקטו בחקירתו ובייחוד לכך כי חזרה על הודאה שנמסרה תחת נקיטת אמצעים מיוחדים, היא בעלת משמעות. בחומר המבוקש יש כדי לסייע למבקש בטענתו כי לא היה צורך חוקי לאיסור המפגש וכי בית המשפט הוטעה משלא נמסר כי מניעת המפגש נועדה למנוע ייעוץ משפטי ולכן התבקשה הסרת החיסיון מעל מסמכים אלו והעמדתם לעיון המבקש.

בבקשה ציינה ההגנה כי באי כוחו הקודמים של המבקש, שייצגוהו בבית המשפט קמא, נמנעו מלהגיש בקשה להסרת חסיון ממסמכים אלו "וסיבותיהם עמם" וכי סנגורו של נאשם נוסף, שהועמד לדין יחד עם המבקש הגיש בקשה כזו, שנדחתה (בש"פ 6227/16 פלוני נ' מדינת ישראל (29.12.2016) (להלן: בש"פ 6227/16)). לשיטת ההגנה, אין להכרעה בבקשתו של הנאשם הנוסף כל משקל בבקשה הנוכחית, שהוגשה שנים לאחריה, ואף אם היתה בעבר עילה חוקית שלא לחשוף מסמכים אלו – היא אינה עומדת בעינה כעת. בנוסף נטען כי אף שמשמעות הבקשה היא הוספת ראיה חדשה בערעור, הרי שהיא עומדת בתנאי סעיף 211 לחסד"פ.

(2) תיעוד פגישה שהתקיימה ביום 11.12.2015 בין בכירי השב"כ לבין בכירי משרד המשפטים (להלן: הישיבה מיום 11.12.2015 או הישיבה). לטענת ההגנה, מראיון

טלוויזיוני שנערך בינואר 2020 עם המשנה ליועץ המשפטי לממשלה, עולה כי ישיבה זו התייחסה אך ורק לאישור הפעלת אמצעים מיוחדים נגד המבקש, ולכן כל תיעוד של הישיבה הוא בבחינת "חומר חקירה" ויש בו חשיבות להוכחת טענת המבקש לפיה חקירת הצורך איננה תוצאה של צורך אובייקטיבי-חיצוני אלא בבחינת "כלי עבודה סובייקטיבי" כלפי נחקרים סרבנים. עוד נטען כי באי כוחו דאז של המבקש כלל לא היו מודעים לקיומה של הישיבה, בחומר החקירה שהועבר לידי המבקש אין כל תיעוד לקיומה והראיון התקיים לאחר שהסתיים משפט הזוטא בעניינו. עוד נטען כי הראיון עם המשנה ליועץ המשפטי לממשלה בדבר הפגישה, "נוטלת כל משקל" מהטענה כי מדובר בישיבה חשאית.

(3) תיעוד קולי וחזותי של חקירות המבקש בשב"כ, תיעוד שלשיטת ההגנה קיים, הגם כי קיומו הוכחש על ידי חוקרי השב"כ. נטען כי ככל שהתשובה תהיה שאין תיעוד כזה, עליה להינתן בתצהיר (מטעמו של ראש השב"כ) כשהוא מאומת כחוק. במהלך הדיון בבקשה נטען כי זהו חומר חקירה מובהק, הנוגע לטענות זוטא וככזה אין תעודת החיסיון יכולה לחול עליו והיה על המשיבה למוסרו להגנה, ולא ליתן פרפראזה בלבד. וזאת בין אם התבקש החומר על ידי ההגנה ובין אם לאו, הגם כי אם לא התבקש מדובר בכשל.

תשובת המשיבה

8. בהתאם להחלטתי מיום 8.4.2021, נדרשה המשיבה גם לשאלת הסמכות והמותב בפניו תדונה הבקשות. לשיטת המשיבה מהות הבקשה היא, הלכה למעשה, ניסיון לקבלת ולהגשת ראיות נוספות בשלב הערעור, ראיות שלא התבקשו בעת ניהול ההליך בערכאה הדיונית אף כי לא היתה מניעה לעשות כן. לפיכך סבורה המשיבה כי בקשות אלה הן חלק מן הערעור עצמו והדרך היחידה לדון בהן היא על ידי ההרכב הדין בערעורו, לפי סעיף 211 לחסד"פ ובהתאם למבחנים הנוהגים ביחס לבקשות להגשת ראיות חדשות בשלב הערעור. בכלל זה יש לבחון מדוע לא הוגשו הבקשות במועדן והאם יש בכוחן לשנות את הכרעת הדין. המשיבה הדגישה כי המבקש כלל לא נימק מדוע בקשותיו לא הוגשו בזמן אמת והוא אף מודה כי באי כוחו באותה עת נמנעו, מתוך בחירה מודעת ומושכלת, מהגשת בקשה להסרת חסיון ממסמכים שהוגשו במסגרת הבקשה להארכת מניעת המפגש, הגם שהתקיים משפט זוטא בעניינו במסגרתו נחקרו חוקרי השב"כ ממושכות. לפיכך, שעה שהמבקש אינו מנימק מדוע נכון לסטות בעניינו מסדרי הדין המקובלים, יש חשיבות למועד הגשת הבקשות, ערב הדיון בערעורו. לעמדת המשיבה, הדיון בבקשות אלו בדין יחיד, שאינו חלק מן המותב הדין בערעור, הוא בגדר הענקת

זכויות המנוגדות להליך הפלילי לפיכך שבה המשיבה וביקשה כי בית המשפט יעיין מחדש בהחלטתו מיום 4.4.2021 ויקבע כי הבקשות יידונו בפניו במסגרת הערעור.

9. לגופן של הבקשות, סבורה המשיבה כי יש לדחותן. הדוחות והמסמכים שנמסרו לבית המשפט במסגרת הבקשה להארכת הפגישות מניעת המפגש הינם עיבוד וניתוח של חומר הראיות יחד עם חומר מודיעיני שמוטל עליו חסיון, ואינם בגדר חומר חקירה; הפגישה במשרדי השב"כ היתה פגישת התייעצות ואינה מהווה פעולת חקירה שיש חובה לתעד וסעיף 74 לחסד"פ אינו חל עליה; הבקשה לקבלת תיעוד השימוש באמצעים המיוחדים בחקירות המבקש מקומה במסגרת בקשה להסרת חסיון, ולא במסגרת בקשה לעיון בחומר חקירה, ומכל מקום הועברה למבקש פרפראזה בעניינה (ת/1). עוד לשיטת המשיבה, אף לו היו הבקשות נדונות במועדן בעת ניהול משפטו של המבקש בבית המשפט קמא – הן היו נדחות, קל וחומר דינן להידחות כעת משהוגשו לראשונה בשלב הערעור.

באשר לבקשה להסרת חסיון טענה המשיבה כי לעיונו של המבקש הועברה פרפראזה ביחס לאמצעים המיוחדים שננקטו בחקירותיו, הכוללת פירוט האמצעים; כי הנהלים שהתבקשו אינם בבחינת חומר חקירה; וכן כי המבקש אינו מנמק מהו הפוטנציאל המזכה הטמון בהם לערעורו מעבר לפרפראזה שנמסרה לו אלא מעלה טענה כללית תוך ניסיון להשתמש בהליך הפלילי לשם בירור טענות מנהליות התוקפות את חוקיות נהלי השב"כ, טענה שנדונה והוכרעה בעניין טביש, לאחר עיון בנהלים, ועמדתו של המבקש לפיה מדובר באמרת אגב או בהלכה מוטעית הינה חסרת בסיס ובקשה להסרת חסיון אינה האכסניה המתאימה לדון בה.

במהלך הדיון לפני טענה באת-כוח המשיבה כי בהחלטתו בעניין משפט הזוטא קבע בית המשפט קמא כי ההחלטה ביחס לחקירה היתה סבירה וכי היה קיים יעד סיכולי ראוי ולא ראה להכריע בשאלה האם עמד לחוקרים סייג הצורך. עוד נטען כי הבחירה של באי כוחו הקודמים של המבקש היתה בחירה מושכלת ולא ניתן לשנות את הדברים רק בשל החלפת הייצוג. כן הוצהר כי לא קיים תיעוד קולי או ויזואלי של חקירת המבקש בשב"כ. עוד נטען כי מעבר לפרפראזה שהועברה למבקש ביחס לאמצעים המיוחדים שהופעלו אין בחומר הנוסף כדי לסייע או להועיל לו או להיות בעל פוטנציאל מזכה. בנוסף, הוצג לעיוני, במעמד צד אחד, התיעוד המלא לעומת הפרפראזה.

דיון והכרעה

10. לאחר שעיינתי בבקשות ובתגובה להן ושמעתי את טיעוני הצדדים בדיונים שהתקיימו לפניי בימים 27.6.2021 ו-1.9.2021 במהלכם קיימתי דיון במעמד צד אחד בו

נשמעו נציגי המדינה וגורמי שב"כ, כשביום 1.9.2021 אף נשמעו טענות ההגנה במעמד צד אחד, ועיינתי במסמכים שהוצגו לי במסגרת זו, החלטתי כי יש לדחותן.

11. המדובר בבקשה לעיון בחומר חקירה ובעתירה לגילוי ראיה חסויה שהוגשו לראשונה לאחר הגשת ערעור המבקש לבית משפט זה. מטבע הדברים, וכפי שמעלה גם העיון בדברי החקיקה הרלוונטיים, נועדו הליכים אלו להתנהל במהלך הבירור בערכאה הדיונית. כך, סעיף 74 לחסד"פ מצוי בפרק ד' לחוק שכותרתו "הליכים שלפני משפט", בסימן ג' לפרק ד' שכותרתו "עיון בראיות התביעה"; וכך סעיף 44(א) לפקודת הראיות מתייחס לעניינו של "נאשם" ולתועלת שיש לראיה להגנתו, ולאפשרות לשוב ולבחון את ההחלטה "עם התקדמות ההליך העיקרי", כאמור בסעיף 46(א2) לפקודה. במצב הדברים הרגיל בקשות לגילוי חומר חקירה מוגשות בסמוך להגשת כתב האישום ולפני שמיעת הראיות בערכאה המבררת (ראו: יצחק עמית חסיונות ואינטרסים מוגנים – הליכי גילוי ועיון במשפט האזרחי והפלילי 187 (2021); (להלן: עמית)). ובשינויים המחוייבים, גם בקשה לגילוי ראיה חסויה (לדיון ביחס לעיתוי הראוי, ראו: יניב ואקי דיני ראיות כרך ג' 1664, 1680 (טובה אולשטיין עורכת, 2021)) ומכל מקום לפני ההרשעה (עמית, 754).

12. הגשת בקשות מסוג זה בשלב מאוחר יוצרת קשיים מסוגים שונים, הן כאשר היא מונחת בפני הערכאה המבררת באיחור (כך למשל: ת"פ (מחוזי י-ם) 426/09 זקן נ' מדינת ישראל, פסקה 13 (15.2.2011)), והן כאשר היא נעשית לראשונה בערכאת הערעור, ובכך אף מביאה ל"אנומליה משפטית" (ראו והשוו: בש"פ 8614/11 התובע הצבאי הראשי נ' פלוני (1.12.2011)).

13. יחד עם זאת, האפשרות להגשת בקשה לעיון בחומר חקירה לפי סעיף 74 לחסד"פ לראשונה בערכאת הערעור מבלי שזו הוגשה קודם לכן בערכאה הדיונית, הוכרה בפסיקה אך יוחדה למקרים נדירים, שבהם למשל מתברר כי לא נמסר לנאשם כל חומר הראיות בערכאה הדיונית (בש"פ 4121/10 בן יהודה נ' מדינת ישראל, פסקה 5 (26.7.2010) (להלן: בש"פ 9 בן יהודה); בש"פ 5184/14 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 5 (22.1.2015)) או כאשר במהלך המשפט נודעה להגנה עובדה חדשה (ראו: עמית, 197). במקרים כאלו הועברו הבקשות לדיון בפני ההרכב הדין בערעור, תוך שראו בה בקשה להגשת ראיות נוספות בערעור שיש לדון בה בהתאם למבחנים המקובלים בהקשר זה (כך בבש"פ 9 בן יהודה, פסקה 5).

14. כלל דומה יש להחיל גם בבקשות לגילוי ראייה חדשה המוגשות לראשונה בשלב הערעור, ולסייג את האפשרות לדון בהן למקרים נדירים בלבד. כך בקשה לגילוי ראייה חדשה לפי סעיף 44 לפקודת הראיות, שהוגשה לראשונה בשלב הערעור, שהתברר בבית המשפט המחוזי, נדונה בבש"פ 4797/12 פלוני נ' מדינת ישראל (10.10.2012). באותו עניין נדונה הבקשה לגופה בבית משפט זה, בנסיבות בהן רק לאחר הגשת הערעור הוציאה המדינה תעודת חסיון ומסרה למבקש פרפראזה וחומר נוסף.

15. על פי טענת ההגנה, הטעם לבירורן של שתי הבקשות בפני שופט שאינו נמנה על המותב הדין בערעור נעוץ ברצון למנוע הצגת חומרים חסויים לעיני המותב הדין בערעור, הן בבקשה לגילוי ראייה חסויה והן בבקשת לעיון בחומר חקירה, שמא ישתרכב גם לשם פריט הנתון תחת חסיון. אף כי יש טעם בדברים, יש לזכור כי השלב הדיוני בו אנו מצויים אינו דיון בערכאה הדיונית, על כל המשתמע מכך. לטעמי, ככלל בשלב דיוני זה המקום הראוי לבירור הטענות הוא המותב הדין בערעור, כפי שנעשה בעניינים שנמנו לעיל (וראו גם: עמית, 198 ו-747), משום שלמעשה עניין לנו בטענות הנוגעות לבקשה להוספת ראיות חדשות בערעור.

16. אולם משההרכב הדין בערעורו של המבקש הורה על העברת הבקשות לקבלת חומר חקירה ולגילוי ראייה חדשה לשופט שאינו נמנה על חבריו, ועל הפרדתן מן הבקשה להוספת ראיות חדשות, וזאת ברוח הדברים שנאמרו בע"פ 3427/19 מדינת ישראל נ' פלוני (21.11.2019), אדון בהן.

17. כאמור, לאחר שבחנתי את הבקשות לגופן, מצאתי לדחותן, מן הטעמים שיפורטו להלן.

18. ראשית, שתי הבקשות הוגשו בשיהוי ניכר, לאחר הגשת הערעור, ללא כל נימוק ממשי להימנעות מהגשתן במהלך הליך שהתנהל בבית המשפט קמא (ולמעט הבקשה ביחס לישיבה, שאליה אתייחס בהמשך), ואף מבלי שנטענה טענה לכשל בייצוג בהליך דלמטה. לשלב הדיוני המאוחר שבו הוגשו הבקשות יש משקל בבחינת הבקשות והנטל על המבקש כבד יותר. בבחינת הבקשה בשלב דיוני מאוחר נשקלים, בין היתר, משקלו הפוטנציאלי של החומר המבוקש להגנת המבקש ונבחנת השאלה האם המבקש ידע או יכול היה לדעת על קיומו של החומר מבעוד מועד (בש"פ 5335/16 מדינת ישראל נ' מלק, פסקה 16 (19.7.2016)). בבש"פ 213/19 פלוני נ' מדינת ישראל (6.2.2019) גרס השופט א' שטיין כי הדבר אף מהווה טעם לדחיית הבקשה (שם, פסקה 15; וראו גם עמית, 197).

עמדה דומה משתמעת מדברי השופט נ' הנדל בע"פ 3140/10 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 5 (25.11.2012), שגרס כי משלא הוגשה בקשה לגילוי ראיה חסויה לפי סעיף 44 לפקודת הראיות, נחסמה הדרך לבירורה והעלאת הטענה בשלב הערעור מאוחרת מדי מבחינה מהותית. יחד עם זאת, להבדיל מענייננו כאן, באותו עניין לא התבקש בית משפט שלערעור לדון בבקשה לגילוי ראיה חסויה בשלב זה אלא הועלתה טענה כללית כי החסיון שהוטל על חקירתו של המערער – שהסרתו כאמור לא התבקשה – מעלה ספק ביחס למהימנות הודאותיו שנגבו במהלך חקירת השב"כ (שם, פסקה 4).

19. שנית, וכפי שיפורט להלן, אף בחינת הבקשות לגופן, מעלה כי מן הדין לדחותן.

20. ככלל, חומר חסוי המוצג לבית המשפט בהליכי מעצר במעמד צד אחד אינו בא בגדר "חומר חקירה" בסעיף 74 לחסד"פ. בהקשר זה יש להבחין בין חומר גלם שנאסף במהלך החקירה שהינו חומר חקירה לבין עיבוד של החומר הנאסף או התכתבויות פנימיות שאינן בגדר חומר חקירה (בש"פ 6229/18 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 30 (19.8.2019); בש"פ 1388/18 מדינת ישראל נ' אבו עמאר, פסקה 15 (12.3.2018) (להלן: בש"פ 1388/18); בש"פ 3579/20 חורי נ' מדינת ישראל (1.7.2020)). בענייננו, מתגובת המשיבה עולה כי מדובר בעיבוד של חומר ראיות שהמבקש קיבל במסגרת זכותו לפי סעיף 74 לחסד"פ וכן בחומר מודיעיני שמוטל עליו חסיון (סעיף 23 לתגובת המשיבה) – מסמכים שאינם באים בגדרו של "חומר חקירה" שהיה עליה להעמידו לעיון המבקש. לטעמי, די היה בנימוק זה לבדו כדי לדחות את הבקשה לקבל את החומר החסוי שעמד לעיני בית המשפט בעת החלטתו לאשר את מניעת המפגש.

21. למעלה מן הנדרש, לבקשתי, וזאת תוך שימוש בסמכותי לפי סעיף 74(ד) לחסד"פ, הוצג לעיוני במעמד צד אחד החומר שהוצג לבית המשפט המחוזי בעת הדיון בבקשות להארכת מניעת המפגש ולא מצאתי כי יש בחומר האמור כדי לתמוך בטענתו של המבקש, לפיה הארכת מניעת המפגש נעשתה ממניעים בלתי ענייניים כטענתו. החומרים שהוגשו לעיוני משקפים, הלכה למעשה, את שלבי התפתחות החקירה, בדגש על דרכי החקירה והנימוקים שבגינם נדרש המשך מניעת המפגש – כגון שיבוש חקירה והעברת אינפורמציה בשיטוי שעלולה לפגוע בחקירה ובמעצר חשודים נוספים.

עוד יש לציין כי החלטות בית המשפט המחוזי לעניין מניעת המפגש היו נתונות לביקורתו של בית משפט זה במסגרת עררים שהגיש המבקש, אשר נדונו ונדחו (בש"פ 8642/15 (15.12.2015); בש"פ 8704/15 (17.12.2015); בש"פ 8790/15 (21.12.2015)).

והדבר מחליש את טענתו של המבקש כי יש במסמכים אלו כדי לבסס את טענתו כי לא היה צורך אמיתי במניעת המפגש.

לבסוף בעניין זה, יש לדחות את טענתו של המבקש כי חלוף הזמן ייתר הלכה למעשה את מעטה הסודיות שאפף חומרים אלה שהיו סודיים, לעת יצירתם והצגתם בפני בית המשפט קמא. שכן, אין בחלוף הזמן כשלעצמו כדי להוות טעם להעברת החומר לעיון המבקש:

”החומר החסוי כולל דוחות פעולה שהם ”מסמכים קלאסיים” המוגשים כעניין שבשגרה על-ידי המשטרה לתמיכה בבקשות מעצר, ובגדרם מפורטות פעולות החקירה שבוצעו ותוצאותיה, פעולות החקירה הצפויות ועילות המעצר הרלוונטיות. בית משפט זה עמד לא פעם על האינטרסים המוגנים בגינם נמנעת חשיפת מסמכים אלה, ובכללם – ההגנה על עבודת המשטרה ומהלכי החקירה השונים המאפיינים חקירות מסוימות. אינטרסים אלה חורגים מדלת אמותיה של החקירה הקונקרטיית החלה בעניינו של הנאשם, ולפיכך, עומדים הם בעינם גם בסיום החקירה.” (בש”פ 1388/18, פסקה 16).

22. גם תיעוד הישיבה מיום 11.12.2015 בין בכירי השב”כ לבכירי המערכת המשפטית אינו בבחינת ”חומר חקירה” בהיותו תרשומת של ישיבה פנימית שאינה מחויבת בגילוי. זהו הכלל הנהוג, והטעם לכך נעוץ בחשש לפגיעה בתפקודן התקין ובסדרי עבודתן של רשויות החקירה ועל מנת לאפשר דיון חופשי (בש”פ 5339/20 תדן נ’ מדינת ישראל, פסקה 9 (6.8.2020)); בש”פ 10480/07 בניזרי נ’ מדינת ישראל, פסקה 10 (31.3.2008); בש”פ 7553/10 בר אושר נ’ מדינת ישראל, פסקה 11 (7.12.2010); עמית, 787 ו-790). הראיון של המשנה ליועץ המשפטי לממשלה שהתייחס לישיבה מיום 11.12.2015, ניתן לאחר שהסתיים משפט הזוטא בעניינו של המבקש אולם בטרם ניתנה הכרעת הדין. אף אם בנסיבות אלה, לא ייזקף האיחור בבקשה לחובת המבקש, הרי שיש לדחות את בקשתו בעניין זה, לגופה.

23. באשר לתיעוד חקירות הצורך של המבקש מעבר לפרפראזה שהועברה לידי ההגנה. ראשית, בדיון לפני הצהירה וחזרה והצהירה באת-כוח המשיבה כי אין בנמצא תיעוד קולי או ויזואלי של החקירה בשב”כ. שנית, לאחר עיון בפראפרזה והשוואתה לעומת החומר הכתוב המלא, שנמסר לעיוני במעמד צד אחד, מצאתי כי קיימת התאמה בין השניים שאפשרה למבקש לטעון את טענותיו במהלך משפט הזוטא כפי שנעשה, הלכה למעשה. משאין מחלוקת כי הופעלו אמצעים מיוחדים כלפי המבקש והדברים

נמסרו בפרפראזה, לא מצאתי כי יש בחומר הנוסף כדי להועיל להגנת המבקש ולטענותיו ביחס לפסול שנפל בחקירותיו, מעבר לדברים שנמסרו בפרפראזה, ומשכך ממילא אף אינו חיוני להגנתו. ואף אם נניח שיש בחומר המבוקש תועלת מסוימת, אין היא שקולה לפגיעה בבטחון המדינה הכרוכה בחשיפתו ואין מקום להורות על גילוי הראיה, החוסה תחת תעודת החסיון (למבחן שבבסיס סעיף 44 לפקודת הראיות ראו למשל: בש"פ 6227/16, פסקאות 26-27). יודגש, כי למעשה קו ההגנה שמציג המבקש בערעור, כפי שזה הוצג בבקשות שלפני, הוא כי יש מקום לפסילת הודאותיו במשטרה, בשל אופן חקירתו באמצעים מיוחדים משום שאלו ננקטו מבלי שהיה למעשה צורך בכך וכן משום שלא היה בפער הזמנים בין החקירות בשב"כ לבין החקירות במשטרה כדי לנתק את הקשר בין הודאת המבקש במשטרה לבין חקירותיו בשב"כ, בניגוד לקביעת בית המשפט קמא. טענה זו כמובן מקומה בערעור, אולם אין בתיעוד המבוקש – מעבר לאמור בפרפראזה שהועברה לידי ההגנה – כדי להועיל למבקש בטענותיו אלו.

24. לבסוף, יש גם לדחות את הבקשה לגילוי ראיה חסויה ביחס לנהלי השב"כ לחקירות צורך. נהלים אלו חסויים מכוחה של תעודת החסיון ולשיטת המשיבה כלל אינם מהווים חומר חקירה אלא נהלים פנימיים שאינם מחויבים בגילוי. טענות המבקש ביחס לנהלים אלו הן טענות כלליות באשר לאי חוקיותן לאור קביעת בית משפט זה בעניין הוועד הציבורי נגד עינויים. בעניין טביש נקבע, לאחר עיון בהנחיות, כי אין בהן כדי לסתור את האמור בעניין הוועד הציבורי נגד עינויים (עניין טביש, פסקה 62-66 לפסק דינו של השופט י' אלרון) וכי אין מדובר בהנחיות ובהיתרים כלליים הנוגעים לשימוש באמצעים פיזיים בחקירת חשוד בפעילות חבלנית (שם, פסקה 3 לפסק דינו של השופט י' עמית). אף כי טענת העותרים באותו עניין היתה כי יש להורות על ביטול ההנחיות "בפרט ככל שהן מתייחסות למערכת ההתייעצויות והאישורים בתוך השב"כ" (שם, פסקה 30 לפסק דינו של השופט אלרון), הרי שהקביעות בעניין זה היו רחבות יותר ונגעו להתאמת ההנחיות לפסק הדין בעניין הוועד הציבורי נגד עינויים. המדובר בקביעות עובדתיות, בעניין כה בסיסי להכרעה בדבר חוקיות ההחלטות ואין הן מהוות אמרת אגב בלבד, כפי שסבורה ההגנה. לבקשתי, ולאחר שהוצג לעיוני במעמד צד אחד הנוהל לעניין חקירה תחת הגנת הצורך, אשר לפי הצהרת המשיבה הוא אותו נוהל שהוצג בעניינו של טביש, לא מצאתי להוסיף על הדברים שנכתבו בעניין זה בפרשת טביש.

25. עד כאן, התייחסות לטענות לגופן. מעבר לכך, וכפי שצוין בפתח הדברים, המדובר בטענות שניתן היה להעלותן בעת ניהול ההליך בערכאה הדיונית, ואשר חלקן אף הועלו במסגרת בקשה שהגיש הנאשם הנוסף (בש"פ 6227/16). בהעדר הסבר ממשי לשיהוי בהגשתן, ומשלא נטענה טענה מפורשת ומפורטת לכשל בייצוג, אין די בהחלפת

הייצוג ובאימוץ טענות הגנה שונות בערעור כדי להצדיק היעדרות לבקשה (ראו והשוו: בש"פ 3484/04 חזן נ' מדינת ישראל (21.4.2004)). לא כל שכן בשלב מאוחר זה של ההליך המשפטי, משגם הבסיס הדיוני להידרשות לטענה מהווה חריג שבחריגים.

26. סוף דבר, הבקשות נדחות.

ניתנה היום, כ"ח באלול התשפ"א (5.9.2021).

ש פ ט