



## בית המשפט העליון

בש"פ 6871/16

לפני: כבוד השופט צ' זילברטל

העורר: מחמד דיסי

נגד

המשיבה: מדינת ישראל

ערר על החלטת בית המשפט המחוזי בירושלים בת"פ 42291-02-16 שניתנה ביום 17.7.2016 על ידי כב' השופט אלכסנדר רון

תאריך הישיבה: י"ז באלול התשע"ו (20.9.2016)

בשם העורר: עו"ד דרויש נאשף

בשם המשיבה: עו"ד רחלי זוארץ-לוי

מתורגמן לשפה הערבית: מר איאד אבו גוש

### החלטה

ערר לפי סעיף 74(ה) לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח חדש], התשמ"ב-1982 (להלן: החוק) על החלטתו של בית המשפט המחוזי בירושלים מיום 17.7.2016 בת"פ 42291-02-16 (השופט א' רון), בגדרה נדחתה בקשת העורר לקבל מסמכים המהווים לשיטתו חומר חקירה.

1. ביום 19.2.2016 הוגש נגד העורר כתב אישום בו יוחסו לו עבירה של רכישה והחזקת נשק ועבירה של עסקה אחרת בנשק. לפי כתב האישום, העורר קנה נשק מסוג 16M קצר, ולאחר שהחליפו בנשקים אחרים, הסתיר את הנשק אצל האדם ממנו רכש אותו. בד בבד עם הגשת כתב האישום, הוגשה גם בקשה למעצרו של העורר עד תום ההליכים נגדו (מ"ת 42300-02-16), וכיום הוא מצוי במעצר בפיקוח אלקטרוני.

2. העורר הגיש בקשה לקבלת חומרי חקירה, בגדרה ביקש לקבל את מלוא החומר המצוי בידי המשיבה בכל הקשור לתיקים ואירועים פליליים שאירעו במהלך השנה האחרונה באזור כפר עקב וקלנדיה (להלן: האזור), שבו הוא מתגורר. בבקשה טען העורר כי הוא מתכוון לטעון במסגרת תשובתו לכתב האישום טענה של הגנה מן הצדק וטענות צורך והגנה עצמית, בהתבסס על כך שהמדינה אינה אוכפת את החוק ואינה מגנה על האזרחים באזור, ולכן ביקש את החומר הבא ביחס לאזור ולגבי השנה האחרונה: רשימה של האירועים הפליליים והטיפול בהם; רשימה של הדיווחים למשטרה על אירועים פליליים והטיפול בהם; רשימה של מספר כניסות המשטרה לאזור, שלא לצרכים ביטחוניים; וכן רשימה של כל ההנחיות והנהלים הקשורים לטיפול באירועים פליליים באזור.

3. המשיבה התנגדה לבקשה, וטענה כי המסגרת הנורמטיבית הראויה להגשת בקשתו של העורר היא סעיף 108 לחוק, בהפנותה לבש"פ 2242/16 מדינת ישראל נ' מזרחי (31.3.2016) (להלן: עניין מזרחי) וכן לעצ"מ 2668/15 מדינת ישראל נ' וייס (18.11.2015) (להלן: עניין וייס)). העורר טען כי עניין מזרחי הוא חריג בפרשנות היחס בין סעיפים 74 ו-108 לחוק, ועמד על כך שמדובר בבקשה לקבלת חומר חקירה לפי סעיף 74 לחוק, נוכח הפרשנות הרחבה שניתנה לסעיף זה וכן כיוון שהחומרים נוגעים ללב קו ההגנה שלו.

4. ביום 17.7.2016 ניתנה החלטת בית המשפט המחוזי בבקשה, על-ידי השופט הדין בתיק העיקרי. בית המשפט קבע כי החומר המבוקש אינו חומר חקירה, על אף הפרשנות הרחבה שניתנה למושג זה, שכן נדרשת זיקה, ולו מסוימת, לאישום הקונקרטי בגינו מתבקש החומר. בית המשפט הפנה לעניין מזרחי ממנו ניתן ללמוד כי בקשה לקבלת חומרים ונתונים לצורך ביסוס הגנה מן הצדק צריכה להיות נדונה בגדר הוראת סעיף 108 לחוק. לפיכך קבע בית המשפט כי יש לדון בבקשה לגופה כאילו הוגשה מלכתחילה לפי סעיף זה. בית המשפט ציין כי קיימת בעייתיות בטענה לפיה המסוכנות במקומות מסוימים מצדיקה החזקת נשק, והבהיר כי המקום לדון בה יהיה בגדר ההליך העיקרי. בית המשפט המשיך וקבע כי ישנו קושי בהנחות העומדות בבסיס הבקשה, לפיהן ניתן "לסווג" כניסות משטרתיות למקום כקשורות לאירוע מסוים או לצרכים מסוימים ולקבוע מה מהווה "כניסה" משטרתית כאמור. כן צוין, כי ייתכן שיש לבחון שאלות אלו בבדיקה השוואתית באספקלריה של גודל האוכלוסייה. בית המשפט קבע כי היעדרות לבקשה משמעה צו שיוביל לבחינת נתונים לא עניינית להקשרים הרלוונטיים. מעבר לאמור נקבע, כי אף ללא הבעיות שנמנו, מדובר בנתונים חסויים משיקולים של שלום הציבור, הן באשר לכניסות המשטרתיות והן באשר להנחיות ולנהלים של המשטרה, שספק אם

נכון לחשוף אותם. לבסוף, קבע בית המשפט כי דין הבקשה להידחות, בין אם על-פי סעיף 74, ובין אם לפי סעיף 108 לחוק.

5. כנגד החלטה זו הוגש הערר דנא.

העורר סבור כי יש לדון בערר לפי סעיף 74 לחוק. לטענתו, החומרים המבוקשים הם חומרי חקירה, נוכח הפרשנות הרחבה שניתנה למושג "חומר חקירה" בפסיקה, וכיוון שהחומר המבוקש נוגע, לשיטתו, ללב הגנתו.

6. בדיון בערר טען בא-כוחו של העורר, שכיוון שהבקשה הוגשה לפי סעיף 74 לחוק, לא היה מקום לדון בה כאילו הוגשה לפי סעיף 108 לחוק, ואף לדחות בקשה לפי סעיף זה, שכלל לא הוגשה. עוד נטען כי לא היה מקום שבית המשפט יקבע שמדובר בחומרים חסויים, מבלי שהמשיבה טענה לכך ומבלי שננקטו ההליכים המתאימים על-ידי המדינה. העורר טען כי המדינה לא הצביעה על קושי בעיבוד הנתונים, וכי בית המשפט לא עיין בחומרים שבמחלוקת בטרם ניתנה החלטתו. העורר טען עוד כי יש לאבחן את עניינו מעניין מזרחי, שבו נטענו טענות ביחס להתנהלות מינהלית בדבר העמדה לדין, בעוד שבמקרה דנא, הטענה שהעורר מבקש לבסס היא טענה עובדתית, לפיה המצב בשטח, של העדר אכיפת החוק, גרם לו לבצע את העבירות.

7. המשיבה טענה כי החומרים המבוקשים דומים במהותם לאלו שהתבקשו בעניין מזרחי, ועוסקים במדיניות אכיפה, וכי המסלול הנכון לדון בטענה, גם על-פי עניין וייס, הוא טענה לפי סעיף 149(10) לחוק, שאליה עשויה להצטרף גם בקשה לפי סעיף 108 לחוק. כן נטען כי החומר מבוקש על-מנת לבסס טענת הגנה מן הצדק שהיא טענה מקדמית, שאינה נוגעת לאישום, ועל כן החומרים המבוקשים אינם חוסים תחת סעיף 74 לחוק. המשיבה הדגישה כי מדובר במידע שכלל אינו בהישג ידה, ושיהיה צורך להפיקו לצורך הבקשה.

דיון והכרעה

8. הערר שבפני יסודו בבקשה שהוגשה לפי סעיף 74 לחוק, הקובע כי הנאשם רשאי לעיין ב"חומר חקירה". רבות נכתב בשאלה מהם החומרים הבאים בגדרי המונח "חומר חקירה" לפי סעיף זה, ונקבעו ביחס לכך מבחנים שונים. ככלל, הפסיקה נקטה בפרשנות מרחיבה, כך שחומר חקירה יכלול כל חומר שנאסף במהלך החקירה ושקשור לאישום,

באופן ישיר או עקיף. עם זאת, הפסיקה גם הזהירה מפני הרחבת יתר של המונח "חומרי חקירה", ומפני מצב שהוא יכלול גם ראיות שהרלוונטיות שלהן לאישום שולית ורחוקה (ראו: בג"ץ 233/85 אל הווייל נ' משטרת ישראל, פ"ד לט(4) 124 (1985); בש"פ 9322/99 מסארווה נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(1) 376 (6.2.2000) (להלן: עניין מסארווה); בש"פ 8252/13 מדינת ישראל נ' שיינר (23.1.2014), וההפניות שם (להלן: עניין שיינר)). כלומר, המבחן המרכזי הוא מבחן הרלוונטיות לאישום, והוא פורש באופן מרחיב יחסית. עוד נקבע בפסיקה, כי יש לבחון בידי מי נמצא החומר המבוקש – אם מדובר בחומר המצוי בידי התביעה, ההנחה הניתנת לסתירה כי מדובר בחומר חקירה. ככל שמדובר בחומר שאינו בידי התביעה, הנטייה לקבוע כך תפחת, על אף שייתכנו מצבים שבהם גם חומר כזה יוגדר כחומר חקירה – מקום בו החומר נוגע לליבת המחלוקת והוא צריך להיות בידי התביעה ובשליטתה (עניין שיינר, בפסקה 21; בש"פ 7955/13 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 14 (10.4.2014) (להלן: עניין פלוני)).

9. בפני ההגנה עומד מסלול נוסף לשם קבלת חומרים, הוא המסלול הקבוע בסעיף 108 לחוק, המאפשר לבית המשפט או לבעל דין לבקש מכל אדם להביא בפני בית משפט מסמכים שנמצאים ברשותו. באמצעות סעיף זה ניתן לבקש חומרים המצויים בידי צדדים שלישיים, או חומרים שאינם בידי התביעה כחלק מחומר החקירה. "הקו המפריד" בין "מסלול" זה לבין "המסלול" של סעיף 74 לחוק אינו תמיד חד וברור. ההבחנה נעוצה בעיקרו של דבר, בשאלה אם החומר המבוקש הוא חומר שקיימת חובה על התביעה להמציאו לעיון הנאשם, אם לאו (בג"ץ 9264/04 מדינת ישראל נ' בית משפט השלום בירושלים, פ"ד ס(1) 360, 376 (6.6.2005)).

10. במקרה דנא, העורר שב וביקש כי בקשתו תידון לפי סעיף 74 לחוק ולא במסגרת אחרת, לה לא נזקק כלל, לפחות לעת הזו. אני סבור כי יש מקום לקבל טענה זו. אין בכך שייתכן שקיים מסלול נוסף לבקשת החומרים לפי סעיף 108 לחוק, כדי לחסום טענות של העורר לפי סעיף 74 לחוק, והדבר נתון לשיקול דעת בית המשפט (ראו עניין מזרחי, בפסקה 7; עניין שיינר, בפסקה 17). בעניין מזרחי נדונה הטענה של הגנה מן הצדק במובן של אכיפה בררנית, ונקבע כי היא אינה רלוונטית לאישום גופו ועל כן אינה נופלת לגדרי סעיף 74 לחוק. אולם, בית המשפט המשיך וקבע כי לטענת ההגנה מן הצדק פנים רבות, וכי לא נדרשת הכרעה בקטגוריות אחרות (שם, בפסקה 6). משכך, הבחינה שעליי לערוך היא בחינה פרטנית – אם הטענה הנטענת בפני היא בעלת רלוונטיות לאישום, המצדיקה לראות בחומר המבוקש "חומר חקירה" (ראו בש"פ 1372/96 דרעי נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(1) 177 (17.03.1996); בש"פ 5989/01 מדינת ישראל נ' פרג (27.8.2001)). בשים לב לאמור, סבורני כי החלטתו של בית המשפט המחוזי לדון בבקשה כאילו הוגשה על-פי

סעיף 108 לחוק, חרף התנגדות העורר, לא הייתה במקומה, וכי היה מקום להכריע בבקשה כפי שהוגשה, לפי סעיף 74 לחוק, וכך אדון בערר. לפיכך, ככל שתוגש בעתיד, ביחס לחומרים עליהם סב הדיון, בקשה לפי סעיף 108, יהיה צורך לדון בה מראשיתה על פי הטיעונים שיועלו ובהתעלם מההחלטה נושא ערר זה.

11. לגופו של עניין, איני סבור כי החומר המבוקש על-ידי העורר הוא בגדר "חומר חקירה", ומשכך, דין הערר, על-פי סעיף 74 לחוק, להידחות. לא השתכנעתי כי החומר המבוקש הוא בעל זיקה לאישום שגובש על-ידי התביעה שכן אין הוא קשור לתשתית הראייתית שעליה מבוסס האישום, וטענתו של העורר כי מדובר בטיעון מרכזי עבור קו הגנתו, אינה מבססת, כשלעצמה, חובה על התביעה למסור לעיונו חומר. הבנה זו מתחדדת מקום בו החומר לא מצוי בידי התביעה, ואף יהיה צורך להפיקו במיוחד לצורך הבקשה. המצבים בהם חומר כזה ייחשב כחומר חקירה הם יוצאי דופן, ועניינם במקרים בהם מדובר בטענת הגנה שלא נחקרה כראוי על-ידי המשטרה על אף שקמה חובה לחקרה, או שנדרשת השלמת חקירה או תיעודה של זו (ראו: עניין מסארווה, בעמ' 383). יצירת המסמכים שמבקש העורר במקרה דנא אינה בעלת זיקה ישירה לאישום, והיא מרחיבה יתר על המידה את גבולותיו של המושג חומר חקירה (ראו והשוו עניין 97לונני, בפסקאות 16-17). לא כל טענת הגנה שהנאשם מעוניין להוכיח מטילה, מניה וביה, חובה על התביעה לספק לנאשם את הראיות להוכחתה, בוודאי לא טענה שאינה מתייחסת ישירות לרכיב מרכיבי כתב האישום.

12. כאמור, ככל שירצה העורר להגיש בקשה בעניין לפי סעיף 108 לחוק, הדרך פתוחה בפניו לעשות כן.

הערר נדחה, אפוא.

ניתנה ביום, כ"ג באלול התשע"ו (26.9.2016).

תוקנה היום, י"ב בחשון התשע"ז (13.11.2016).

ש ו פ ט